

การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก  
ในฐานะความผิดทางอาญาร้ายแรง\*  
Suspension of Sentence and Suspension of Punishment  
for Serious Criminal Offenses

ณฐา วิเชียร  
Natha Wichien

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330  
LL.M Candidate  
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330  
Corresponding author E-mail: nathawi97@gmail.com  
(Received: May 31, 2023; Revised: July 24, 2024; Accepted: July 26, 2024)

### บทคัดย่อ

การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 เป็นมาตรการที่มีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเป็นมาตรการที่บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้ศาลใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษสำหรับคดีที่มีอัตราโทษจำคุกกระยะสั้นหรือโทษปรับ ตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ในคดีความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกหรือปรับ และศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ทั้งนี้ เพื่อให้มีให้ผู้กระทำความผิดเล็กน้อยนั้นเข้าไปปะปนกับผู้กระทำความผิดเป็นอาชญากรรมและเลียนแบบพฤติกรรมนั้นจนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และเพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้รู้สำนึกถึงสิ่งที่ได้กระทำลงไป รวมถึงสามารถกลับมาดำเนินชีวิตในสังคมได้อย่างเป็นปกติ แต่ในทางกลับกันเมื่อพิจารณาจากการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้กับทุกฐานความผิด แม้ลักษณะของฐานความผิดนั้นจะกระทบกระเทือนต่อความปลอดภัยของสังคมมากเพียงใด แต่หากโทษจำคุกที่ศาลลงมีกำหนดไม่เกิน 5 ปี ศาลก็สามารถสั่งรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้กับทุกกรณี ซึ่งอาจจะขัดหรือแย้งกับทฤษฎีการลงโทษทางอาญาประการอื่น กล่าวคือ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้น การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง การลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม รวมถึงการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม อันส่งผลกระทบต่อความรู้สึกและการได้รับความยุติธรรมของผู้เสียหาย หรือเหยื่อในคดีอาญารวมทั้งประชาชนในสังคม เนื่องจากในบางกรณีเป็นฐานความผิดที่มีความร้ายแรง และเป็นอันตรายต่อสังคม แต่ผู้กระทำความผิดกลับไม่ถูกลงโทษ ยิ่งไปกว่านั้นอาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความยุติธรรม และบุคคลทั่วไปย่อมเข้าใจว่าการกระทำร้ายแรงเช่นนั้นสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องรับผลใด ๆ จากการกระทำดังกล่าว

\* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์เรื่อง “การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกในฐานะความผิดทางอาญาร้ายแรง” หลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ฉะนั้นจึงควรปรับปรุงแก้ไข และจัดทำคำแนะนำเกี่ยวกับวิธีการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยการกำหนดแนวทาง หรือข้อพิจารณาที่ผู้ใช้กฎหมายควรให้การคำนึง และให้ความสำคัญยิ่งขึ้นเกี่ยวกับฐานความผิดร้ายแรงที่ไม่ควรรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ เพื่อให้การลงโทษเป็นไปตามสัดส่วนของการกระทำความผิด และตรงตามทฤษฎีวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

**คำสำคัญ:** รอกการกำหนดโทษ, รอกการลงโทษ, ฐานความผิดอาญา

## Abstract

Suspension of sentence under Section 56 of the Criminal Code is an important measure in the criminal justice process that was established to allow the court to exercise discretion to suspend the sentence or the punishment for cases with a short prison sentence or a fine. According to the rehabilitative theory, suspension of sentence and suspension of punishment can help in preventing such offenders from associating with other offenders and imitating their behaviors which can result in repeated offenses, and give the offenders the opportunity to remorse, as well as allow the offender to rehabilitate and return to a normal life in society. However, the court can exercise its discretion to apply the suspension of sentence and suspension of punishment to all offenses despite the fact that the nature of such an offense may significantly affect the security of the society as long as the prison sentence does not exceed 5 years. This may contradict to other theories of criminal punishment, namely the retributive theory, the deterrence theory, the theory of removing offenders from society, and the preventive theory, and can affect the emotional feelings of justice of victims and of other members of society because in some cases the offense is considerably grave and imposes significant threat to the society. Moreover, it may cause the victims to suffer the injustice, and other members of society may misunderstand that such acts of violence can be carried out without any criminal penalty.

Therefore, there should be a clear guideline for the court's discretion to order suspension of sentence and suspension of punishment so that the significance and severity of certain criminal offenses will be taken into consideration, making the punishment proportional to the offense and coherent with other theories of criminal punishment.

**Keywords:** Suspension of Sentence, Suspension of Punishment, Criminal Offenses

## 1. บททั่วไป

### 1.1. ความหมาย

“**รอกการกำหนดโทษ**” หมายความว่า วิธีการที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด แต่ยังไม่ได้กำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย ส่วน “**รอกการลงโทษ**” หมายความว่า วิธีการที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด และได้กำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยแล้ว แต่ยังไม่ให้รอกการลงโทษไว้ก่อน การรอกการกำหนดโทษและรอกการลงโทษเป็นวิธีการหนึ่งที่มีแนวความคิดเน้นหนักไปที่การแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation) ผู้กระทำความผิดที่ไม่สมควรถูกส่งตัวเข้าสู่ระบบเรือนจำ ให้ได้มีโอกาสกลับตัวกลับใจเป็นคนดีภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้ออกคำสั่งระยะเวลาที่ศาลจะได้ออกคำสั่งคือระยะเวลาที่ศาลจะรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษแล้วแต่กรณี<sup>1</sup>

### 1.2. แนวคิดเกี่ยวกับการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ

ต้นกำเนิดของแนวคิดหรือพัฒนาการของการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเริ่มต้นในศตวรรษที่ 17 โดยประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการนำมาใช้เป็นประเทศแรก ๆ ซึ่งแต่เดิมนั้นจะดำเนินการไปในลักษณะเป็นการลดหย่อนผ่อนโทษประการเดียวเท่านั้น มิได้เป็นไปเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม วิธีการนี้ได้หยุดชะงักไปเป็นระยะเวลาหนึ่ง จนกระทั่งปี ค.ศ. 1830 ก็ได้มีการรื้อฟื้นระบบดังกล่าวกลับมาใช้อย่างจริงจังอีกครั้ง เนื่องจากนักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาสมัยใหม่เห็นว่ากระบวนการดังกล่าวนี้มีคุณค่าต่อมนุษย์และสังคม และยอมรับว่าการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้ในการบำบัดรักษาและแก้ไขผู้กระทำความผิด ซึ่งต่อมามีประเทศอื่น ๆ ก็ได้นำมาปรับใช้เช่นเดียวกันอย่างกว้างขวาง<sup>2</sup> แต่วิธีการเรียกชื่ออาจจะแตกต่างกันไปแล้วแต่ประเทศ แต่ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็มีแนวคิดพื้นฐานเช่นเดียวกัน กล่าวคือ

ในอดีตเมื่อมีผู้กระทำความผิด การลงโทษแก่บุคคลเหล่านั้นก็จะมีไม่ใช่วิธีการไม่ว่าจะเป็นการทรมานร่างกายด้วยวิธีการต่าง ๆ ที่รุนแรง การเข็ญตี การตัดอวัยวะ การประหารชีวิต รวมถึงการเนรเทศผู้คนออกไปจากสังคม หรือออกไปจากประเทศนั้น ๆ เพื่อกำจัดคนกระทำความผิดออกจากสังคม อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการใช้วิธีเนรเทศเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมนั้นแล้วและให้ส่งไปอยู่ในสถานที่ทุรกันดาร แต่การกระทำความผิดในสังคมก็ยังคงเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ไม่ลดน้อยลง จึงส่งผลกระทบต่อสภาพที่กักขังหรือเรือนจำต่าง ๆ ที่ไม่สามารถรับมือกับเหตุการณ์นี้ได้ ทำให้เกิดปัญหาโทษล้นเรือนจำตามมา รัฐจึงได้พยายามหาวิธีการที่จะแก้ไขปัญหานั้น และนั่นก็คือเป็นจุดกำเนิดของการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ หรือการทำทัณฑ์บน หรืออาจจะเรียกชื่ออย่างอื่นแตกต่างกันออกไป แต่ก็ล้วนมีพื้นฐานแนวคิดที่เหมือนกัน

<sup>1</sup> นันทพัฒน์ บุญทวี, “ปัญหาการรอกการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา,” 50. อ้างถึงใน สิทธิชัย ไม้แก้ว, “การใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษ: ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557), 20.

<sup>2</sup> ประเทือง ธานีผล, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), 219.

โดยให้ใช้ระบบเรือนจำในการกักขังผู้กระทำความผิดเป็นหลัก และนำระบบเรือนจำหรือการลงโทษมาใช้อย่างมีเงื่อนไขซึ่งการที่จะได้รับประโยชน์จากมาตรการนี้ก็จะมีกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติไว้ ทั้งในเรื่องของวินัย ความประพฤติของตัวนักโทษ สภาพแวดล้อม และอื่น ๆ แต่การใช้มาตรการนี้ก็ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นการผ่อนผันโดยให้ปล่อยตัวไปเสียทีเดียว รัฐยังคงกำหนดเงื่อนไขหรือวิธีการเพื่อคุมประพฤติกับบุคคลเหล่านั้นในระหว่างที่ได้รับการปล่อยตัวด้วย เช่น ให้ทำสาธารณประโยชน์ภายในเวลาที่กำหนด เพราะฉะนั้นนักโทษแต่ละคนก็จะได้รับประโยชน์ต่างกันขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ แต่เพื่อให้แน่ใจว่าการลงโทษนั้นจะได้ประสิทธิภาพ ก่อนการผ่อนผันนักโทษทุกคนจะต้องผ่านการลงโทษจำคุกเดิมอย่างน้อยครั้งหนึ่ง หรือในหนึ่งหรือสามของโทษนั้น ๆ ก่อน

### 1.3. ทฤษฎีเกี่ยวกับการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษนั้นไม่มีชื่อเรียกทฤษฎีอย่างเป็นทางการที่สามารถเรียกได้ชัดเจนเหมือนในทฤษฎีทางอาญาอื่น ๆ กล่าวคือ ไม่มีการระบุเป็นชื่อเฉพาะโดยมีผู้คิดค้นตั้งขึ้น และไม่มีการเรียกขานตามชื่อของบุคคลที่คิดค้นขึ้น เป็นแต่เพียงการอธิบายแนวคิดเพื่อการนำมาใช้เป็นพื้นฐานสำหรับการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเท่านั้น โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

**ทฤษฎีประการแรก** คือทฤษฎีที่มีแนวคิดว่าการให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเปรียบเสมือนเป็นรางวัล เนื่องจากผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้มองว่าการถูกคุมขังนั้นควรใช้เฉพาะกับผู้ต้องขังที่กระทำความผิดร้ายแรง กระทบต่อคนในสังคมส่วนรวมและมีความชั่วอยู่ในตัวโดยแท้จริงเท่านั้น หากใครที่กระทำความผิดไม่ร้ายแรง ไม่กระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนใหญ่ และเมื่อปฏิบัติตนดี เคารพ เชื่อฟัง กฎระเบียบ มีความขยันหมั่นเพียรในการทำงาน ก็ควรใช้มาตรการดังกล่าวนี้กับผู้นั้นเพื่อเป็นรางวัลตอบแทน สำหรับการประพฤติตัวดีในระหว่างถูกกักขัง ซึ่งมาตรการนี้จะถูกนำมาใช้กับผู้ที่สามารถรักษา กฎระเบียบระหว่างถูกขังภายในเรือนจำได้ดี โดยจะต้องแสดงพยานหลักฐานให้เห็นว่าบุคคลเหล่านั้นสามารถที่จะออกไปใช้ชีวิตภายนอกเรือนจำได้ ทั้งนี้การได้รับประโยชน์จากการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกของสาธารณชนในสังคม ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้หากต้องการใช้มาตรการดังกล่าวก็ต้องแสดงให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่มาสสนับสนุนว่าบุคคลนั้นมีความพร้อมที่จะออกไปสู่สังคมแล้ว ฉะนั้นจะต้องมีการทำรายงานบันทึกพฤติกรรมของผู้ต้องขังเพื่อพิจารณาคุณสมบัติ การทำบันทึกของเจ้าหน้าที่ระหว่างที่ถูกขังจึงเป็นสิ่งสำคัญนั่นเอง<sup>3</sup>

**ทฤษฎีประการที่สอง**<sup>4</sup> เป็นทฤษฎีที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากทฤษฎีแรก มีพื้นฐานของทฤษฎีที่เหมือนกัน คือ มองว่าการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเป็นรางวัลสำหรับการประพฤติตัวดีในระหว่างที่ถูกคุมขัง เพียงแต่ทฤษฎีนี้จะเพิ่มหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาว่าบุคคลใดมีคุณสมบัติที่จะได้รับ

<sup>3</sup> Helen Leland Witmer, "The History, Theory and Results of Parole," *Journal of Criminal Law and Criminology* 18, no. 1 (May 1927): 47.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 47-48.

ประโยชน์จากมาตรการนี้ได้ โดยต้องพิจารณาในเรื่องดังนี้เพิ่มขึ้น กล่าวคือ ประวัติ ลักษณะของผู้กระทำความผิด ลักษณะของการกระทำความผิด ประวัติและสภาพแวดล้อมก่อนหน้าที่จะกระทำความผิด สภาพแวดล้อมที่เป็นไปได้หากถูกคุมขัง ข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์ผู้กระทำความผิด และข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่มีความเหมาะสม อย่างไรก็ตาม การพิจารณาพยานหลักฐานเหล่านั้นก็ยากที่จะตัดสินใจว่าบุคคลใดควรจะได้รับการรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษ จึงควรพิจารณาร่วมกับรายงานความเห็นทางการแพทย์ด้วย

**ทฤษฎีประการที่สาม** เป็นทฤษฎีที่มองว่าการรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษเพื่อเป็นรางวัลตอบแทนผู้ประพฤติชั่ว และกระทำความผิดไม่ร้ายแรงอย่างสองทฤษฎีแรกนั้น ไม่สามารถที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวกลับใจเป็นคนดีและสามารถกลับเข้าสู่สังคมได้ โดยผู้ที่สนับสนุนทฤษฎีนี้มองว่าผู้ที่กระทำความผิดทุกคนไม่เพียงแต่คนที่กระทำความผิดที่รุนแรง ร้ายแรงหรือเป็นอันตรายต่อสังคมเท่านั้นที่จะต้องรับโทษ แต่ทุกคนที่กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษทุกคน และไม่ควรมีมาตรการดังกล่าวมาใช้เป็นรางวัลตอบแทนสำหรับผู้กระทำความผิด ยิ่งไปกว่านั้นบุคคลที่มีนิสัยเป็นอาชญากรโดยเนื้อแท้ก็ควรถูกแยกออกจากสังคมอย่างถาวร<sup>5</sup>

## 2. แนวคิดเรื่องการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

### 2.1. แนวคิดเรื่องการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

การลงโทษถือเป็นหลักในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด ซึ่งในสมัยอดีตไม่มีหลักเกณฑ์กลางที่สังคมยอมรับและปฏิบัติตาม การลงโทษจึงเป็นเรื่องของการแก้แค้นตอบแทนระหว่างคู่อริและพวก หากฝ่ายผู้เสียหายอ่อนแอกว่าก็จะเลิกราเรื่องราวและยุติไปเอง แต่หากผู้เสียหายไม่ยอมเลิกราก็จะเป็นการแก้แค้นจองเวรกันไปเรื่อย ๆ ต่อมาเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงไปบ้านเมืองมีการปกครองที่มีแบบแผน สังคมมีระเบียบ มีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ ได้รับการช่วยเหลือจากรัฐเมื่อเกิดคดีความกัน ทั้งผู้ได้รับความเสียหายและผู้กระทำความผิดก็ต่างได้รับความยุติธรรมมากขึ้น การแก้แค้นกันเองก็เริ่มหมดไป โดยให้ถือว่าความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดครั้งนั้นเกิดความเสียหายต่อส่วนรวมและสังคมด้วยไม่เพียงแต่เกิดความเสียหายเฉพาะปัจเจกชนเท่านั้น ทั้งนี้รัฐจะใช้วิธีการลงโทษที่รุนแรงเพื่อเป็นการข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดและคนในสังคมเกรงกลัวจนไม่กล้าที่จะกระทำความผิด แต่เมื่อกาลเวลาผ่านไปวิธีการลงโทษก็พัฒนาเปลี่ยนแปลงไป ไม่เพียงแต่นั้นวิธีการที่รุนแรงแต่ยังให้ความสำคัญกับเรื่องการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดอย่างในปัจจุบันอีกด้วย<sup>6</sup> ทั้งนี้การลงโทษในหลาย ๆ วิธีการนั้นก็ต่างก็มีฐานความคิด ทฤษฎี และวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ดังนี้

<sup>5</sup> Ibid., 48-49.

<sup>6</sup> ประเทือง ฉนิยผล, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, 134-135.

### 2.1.1. วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

การลงโทษทางอาญานั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการกระทำหรือไม่กระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเกิดขึ้น โดยให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิด<sup>7</sup> ก็เพื่อที่จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับความทุกข์อย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพในทางร่างกาย หรือการสูญเสียทรัพย์สิน หรืออื่น ๆ<sup>8</sup> การลงโทษในแต่ละยุคสมัยมีเหตุผล และวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน สามารถอธิบายได้หลายทฤษฎี ดังนี้

**ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)**<sup>9</sup> เป็นทฤษฎีที่ลงโทษเพื่อตอบแทนการกระทำของผู้กระทำความผิดเอง ให้ผู้กระทำความผิดได้รู้สำนึกถึงสิ่งที่ผู้เสียหายได้รับ และสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป เพื่ออ้างความยุติธรรมในสังคม เพื่อให้สาสมกับที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิดลงไป และให้ยอมรับสารภาพหรือรู้สึกถึงการกระทำ โดยใช้วิธีการที่รุนแรง ทารุณ โหดร้าย ซึ่งมีฐานความคิดว่าเมื่อผู้กระทำความผิดมีเจตจำนงเสรีในการกระทำ การคิด ตัดสินใจ ลงมือทำด้วยตนเองประกอบกับมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผลสามารถคิดและตัดสินใจเองได้ ฉะนั้นเมื่อตัดสินใจกระทำไปแล้วจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นจึงสมควรถูกดำเนินและได้รับการลงโทษ และการลงโทษนั้นก็เป็นการลงโทษของตนเอง **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)**<sup>10</sup> เป็นทฤษฎีที่เชื่อว่าการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสังคมนั้นเป็นสิ่งที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถกลับไปแก้ไขได้แล้ว ดังนั้น หากเกิดการกระทำความผิดขึ้น จึงควรหาวิธีการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอีก โดยมีจุดประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่และยับยั้งทั้งตัวผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวและไม่กล้ากระทำความผิดอีก และยับยั้งป้องกันบุคคลอื่นในสังคมไม่ให้กระทำความผิดตามเนื่องจากเห็นในผลร้ายของการกระทำผิด และโทษที่จะได้รับ **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal From Society)**<sup>11</sup> เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในการกำจัดผู้กระทำความผิดและป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร คือ การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมชั่วคราว คือ การลงโทษจำคุก หรือกักขัง เป็นทฤษฎีที่ทำให้ประชาชนในสังคมเกิดความพึงพอใจและเชื่อมั่นในกฎหมายที่สามารถลงโทษผู้ที่ก่อกระทำความผิดให้เป็นไปตามสัดส่วนกับโทษที่จะได้รับ นอกจากนี้ยังทำให้รู้สึกถึงความปลอดภัยในการใช้ชีวิตประจำวัน ไม่ต้องรู้สึกหวาดกลัวหรือหวาดระแวงที่จะต้องอยู่ร่วมกับผู้กระทำความผิดในสังคมอีกด้วย **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention of**

<sup>7</sup> สหชน รัตน์ไพจิตร, “ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), 8.

<sup>8</sup> H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (London: Oxford University Press, 1982), 4-5. อ้างถึงใน สหชน รัตน์ไพจิตร, เรื่องเดียวกัน.

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, 33-34.

<sup>10</sup> อรรถพร ชูบำรุง, *ทฤษฎีอาชญาวิทยา* (กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2527), 137.

<sup>11</sup> อรรถ สุวรรณบุบผา, *หลักอาชญาวิทยา*, 139. อ้างถึงใน สิทธิชัย ไม้แก้ว, “การใช้ดุลพินิจในการรอการลงโทษ: ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา,” 14.

Crimes)<sup>12</sup> เป็นทฤษฎีที่มีจุดประสงค์เพื่อป้องกันสังคมให้พ้นจากอันตรายหรือผลร้ายของอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต เป็นการลงโทษเพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมาก่อทำผิดอีกและได้รับการแก้ไขฟื้นฟูระหว่างต้องโทษ และ **ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory)**<sup>13</sup> เป็นแนวคิดที่มองว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่กระทำเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี เพื่อลดอัตราการกระทำความผิดซ้ำ และทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้ตามปกติ จึงต้องให้ความช่วยเหลือโดยให้มีการเรียนรู้ การอบรม การฝึกอาชีพ อันเป็นการเพิ่มทักษะในการดำรงชีวิตเพื่อภายหลังพ้นโทษออกไปจะได้ดำรงชีวิตต่อไปได้ ทั้งนี้สังคมก็ต้องให้ความร่วมมือในการแก้ไขฟื้นฟูด้วยการไม่แสดงพฤติกรรมที่บ่งบอกว่ารู้สึกไม่ตี หรือรังเกียจเมื่อรู้หรือพบเห็น เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเหล่านั้นไม่รู้สึกรังเกียจในชีวิตและดำเนินการใช้ชีวิตได้อย่างปกติ อย่างไรก็ตาม การรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษเป็นหนึ่งในมาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งการใช้มาตรการดังกล่าวก็จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานที่จะต้องตั้งอยู่บนหลักการของความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมด้วยอันเป็นหลักที่ปรากฏในข้อกำหนดโตเกียว<sup>14</sup> และข้อมติเวียนนา<sup>15</sup> ซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานนั้น ดังนั้น เมื่อใดก็ตามหากมีการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษก็จะต้องให้ความสำคัญถึงความปลอดภัยของสังคมเป็นหลัก แต่มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษของประเทศไทยปรากฏการใช้หลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมไว้เป็นลำดับรองหรือเป็นการนำมาใช้ในรูปแบบทางอ้อม<sup>16</sup> มิได้นำมาพิจารณาเป็นลำดับแรก กล่าวคือ

<sup>12</sup> ปรีชา ขำเพชร, “ดุลยพินิจของศาลในการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ: ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), 9.

<sup>13</sup> ธีรวัชร ธีรวัชร, *ทฤษฎีการลงโทษในแนวการศึกษาชุกวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554), 3-4.

<sup>14</sup> **ข้อกำหนดโตเกียว (The Tokyo Rules)** หรือมาตรฐานขั้นต่ำสหประชาชาติสำหรับมาตรการไม่ควบคุมตัว (United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures) เป็นข้อกำหนดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่ได้รับการใช้มาตรการอื่นแทนการลงโทษจำคุก โดยมุ่งเน้น และเปิดโอกาสให้ประชาชน หรืออาสาสมัครเข้ามามีส่วนร่วมในทุก ๆ ขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องปรับปรุง และพัฒนาให้กฎหมายภายในมีความสอดคล้องกับข้อกำหนดดังกล่าว แต่ก็ต้องให้เหมาะสมกับสภาพทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ และเมื่อนำมาตรการดังกล่าวมาใช้ก็ต้องพิจารณาเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิของผู้กระทำความผิด สิทธิของเหยื่อ และความปลอดภัยของสังคมด้วย ทั้งนี้เพื่อฟื้นฟู เยียวยาผู้ต้องขัง และทำให้ผู้ต้องขังสามารถกลับคืนสู่สังคมได้อีก.

<sup>15</sup> **ข้อมติเวียนนา** หรือข้อสหประชาชาติว่าด้วยการส่งเสริมและสนับสนุนการปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุก เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกที่พัฒนามาจากข้อกำหนดโตเกียว ซึ่งได้รับการรับรองจากคณะรัฐมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council หรือ ECOSOC) มีสาระสำคัญเพื่อการส่งเสริมและสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกปรับใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษจำคุกตามความเหมาะสม.

<sup>16</sup> **มาตรการที่ปรากฏหลักความปลอดภัยของสังคม** ได้แก่ มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก มาตรการพักการลงโทษจำคุก และมาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก โดยแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ ปรากฏในรูปแบบทางตรง และปรากฏในรูปแบบทางอ้อม

**รูปแบบทางตรง** คือ มาตรการที่มีการกำหนดให้นำหลักความปลอดภัยของสังคมมาพิจารณาเป็นเหตุปัจจัยในการพิจารณาว่าจะมีการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดคนนั้นหรือไม่เป็นลำดับแรก ได้แก่ มาตรการลดวันต้องโทษจำคุก มาตรการพักการลงโทษจำคุก ตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์

**รูปแบบทางอ้อม** คือ มาตรการที่ไม่ได้กำหนดให้นำหลักความปลอดภัยของสังคมมาพิจารณาเป็นเหตุปัจจัยในการพิจารณาว่าจะมีการให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้หรือไม่เป็นลำดับแรก แต่กลับปรากฏอยู่ในการพิจารณาลำดับรองในขั้นตอนของการกำหนดเงื่อนไขให้มีการคุมประพฤติ ได้แก่ มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 วรรคหนึ่ง อันเป็นเรื่องการพิจารณาหลักเกณฑ์การรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษ และมาตรา 56 วรรคสอง.

หลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมปรากฏอยู่ในการกำหนดเงื่อนไขคุ้มครองประพฤติดังมาตรา 56 วรรคสอง โดยพิจารณาจากถ้อยคำในอนุมาตราต่าง ๆ เช่น ให้ละเว้นการคบหาสมาคม<sup>17</sup> ให้เข้ารับการฝึกอบรม ณ สถานที่ที่กำหนด<sup>18</sup> ห้ามออกนอกสถานที่อยู่อาศัย หรือห้ามเข้าในสถานที่ใดในระหว่างเวลาที่กำหนด<sup>19</sup> ให้ทำทัณฑ์บนโดยกำหนดจำนวนเงินตามที่ศาลเห็นสมควรว่าจะไม่ก่อเหตุร้าย หรือก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่น หรือทรัพย์สิน<sup>20</sup> หรือกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อการแก้ไขฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกากระทำความผิดซ้ำอีก<sup>21</sup> เงื่อนไขเหล่านี้เป็นสิ่งที่ศาลจะกำหนดในภายหลังจากได้มีการพิจารณาว่าจะให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษหรือไม่ตามมาตรา 56 วรรคหนึ่งแล้ว ซึ่งหมายความว่า ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 56 วรรคหนึ่งว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับโอกาสจากมาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษหรือไม่นั้น มิได้มีการคำนึงถึงหลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมดังกล่าวมาเป็นลำดับแรก แต่จะพิจารณาที่อัตราโทษที่ศาลจะลงโทษ และประวัติการเคยรับโทษจำคุกมาก่อนหน้าของผู้กระทำความผิดหรือไม่เท่านั้น และเมื่อพิจารณาได้ความว่าควรให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ จึงค่อยมาพิจารณาเงื่อนไขการคุ้มครองประพฤติดังอื่น ๆ ที่ต้องพิจารณาและให้ความสำคัญกับความปลอดภัยของสังคม ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วควรพิจารณาเป็นลำดับแรกแต่มีได้หมายความว่าหากนำหลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมมาพิจารณาเป็นลำดับแรกแล้วจะมีให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก แต่จะนำมาหลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมมาใช้ผ่านการกำหนดฐานความผิดที่ไม่ควรรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเป็นพิเศษ

### 3. ที่มาและความสำคัญของปัญหา

การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ เป็นมาตรการที่มีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยการรอกการกำหนดโทษ ได้แก่ กรณีที่ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ผู้นั้นมีความผิดจริง แต่ศาลยังไม่ได้กำหนดโทษสำหรับบุคคลนั้นด้วยเหตุผลที่ศาลเห็นควร ส่วนการรอกการลงโทษ ได้แก่ กรณีที่ศาลได้พิพากษาตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดแล้วแต่ลักษณะพฤติการณ์แห่งคดี หรือประวัติพฤติกรรมของผู้ผู้นั้นมีเหตุอันควรที่ได้รับการผ่อนผันหรือบรรเทาโทษ ทำให้ผู้กระทำความผิดยังไม่ควรได้รับการลงโทษ อันเป็นมาตรการที่นำมาใช้กับผู้กระทำความผิดเพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้กลับตัวกลับใจและรู้สำนึกถึงสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป สำหรับประเทศไทยการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษถูกบัญญัติไว้ในบททั่วไปแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56<sup>22</sup> ซึ่งเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่มีโทษจำคุกหรือปรับและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วย

<sup>17</sup> มาตรา 56 วรรคสอง (3) ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>18</sup> มาตรา 56 วรรคสอง (5) ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>19</sup> มาตรา 56 วรรคสอง (6) ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>20</sup> มาตรา 56 วรรคสอง (9) ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>21</sup> มาตรา 56 วรรคสอง (10) ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>22</sup> มาตรา 56 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา

หรือไม่ก็ตาม ซึ่งเป็นโทษจำคุกระยะสั้น ไม่ให้ต้องรับโทษแต่ให้การกำหนดโทษหรือรอการลงโทษไว้ก่อน โดยผู้กระทำความผิดต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด เพื่อผู้กระทำความผิดจะได้มีโอกาสในการกลับตัวกลับใจภายหลังแทนที่จะส่งตัวผู้กระทำความผิดเข้าเรือนจำ ซึ่งอาจส่งผลเสียหลังจากนั้น เช่น ผู้กระทำความผิดอาจทำผิดไปตลอดเพราะเกิดพฤติกรรมเลียนแบบนักโทษในเรือนจำ แม้มาตรการนี้จะสอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด (Rehabilitative Theory) โดยให้โอกาสสำหรับการแก้ไขพฤติกรรมแก่บุคคลนั้น และช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคมได้ก็ตาม แต่ในทางกลับกันการใช้วิธีการนี้อาจกระทบต่อความรู้สึกและการได้รับความยุติธรรมของผู้เสียหาย หรือเหยื่อในคดีอาญาบางฐานความผิดอันอาจจะขัดหรือแย้งกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ที่เป็นผลมาจากระบบการปกครองสังคมในสมัยอดีต ที่ผู้มีอำนาจจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อตอบแทนผู้กระทำความผิดให้ได้รับโทษโดยใช้วิธีการที่รุนแรงต่าง ๆ เพื่อให้สาสมกับที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป ให้รู้สึกสำนึกถึงการทำความผิดประกอบกับการที่มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผล เมื่อตัดสินใจทำอะไรลงไปย่อมต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ตนกระทำจึงสมควรได้รับการลงโทษ มิฉะนั้นหากรัฐเลือกที่จะใช้แต่วิธีการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว สังคมก็จะหันมาแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดด้วยตนเอง

นอกจากนี้ การที่ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษเนื่องจากได้รับการรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ ยังอาจไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) และทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crimes)<sup>23</sup> ซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิด โดยทั้งสองทฤษฎีนี้ มีแนวความคิดว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคมแล้วการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ผู้กระทำความผิดจะไม่สามารถกลับไปแก้ไขการกระทำของตนเองได้อีก ฉะนั้นจึงควรหาวิธีการยับยั้งป้องกันแก่ผู้เสียหายและสังคมรวมถึงผู้กระทำความผิดเองเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำความผิดอีก ทั้งนี้การลงโทษด้วยการอาศัยทฤษฎีนี้ก็ทำให้ผู้กระทำความผิดรวมถึงบุคคลอื่น ๆ ในสังคมเกิดความเกรงกลัวจนไม่กล้ากระทำความผิดตามหรือกระทำความผิดซ้ำอีกด้วย<sup>24</sup> อีกทั้งการรอการกำหนดโทษหรือการรอการลงโทษยังอาจขัดหรือแย้งกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal From Society)<sup>25</sup> ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีการลงโทษที่มีประสิทธิภาพในการกำจัดตัวผู้กระทำความผิดและปกป้องสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมไม่ว่าจะเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมชั่วคราว เช่น การลงโทษจำคุก หรือกักขัง หรือการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร เช่น การลงโทษประหารชีวิต การลงโทษตามทฤษฎีที่ได้กล่าวไปข้างต้นเป็นวิธีการลงโทษที่ทำให้ประชาชนในสังคมได้รับความเป็นธรรมจากการที่ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษหรือได้รับโทษตามสัดส่วนของการกระทำความผิดและผู้นั้นได้ถูกกำจัดออกไปจากสังคมเพื่อความปลอดภัยของส่วนรวม ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร

<sup>23</sup> ปรีชา ข้าเพชร, “ดุลยพินิจของศาลในการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ: ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา,” 9.

<sup>24</sup> ณัฐรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน, *ทฤษฎีรอการลงโทษ*, 3-4.

<sup>25</sup> อรรถ สุวรรณบุบผา, *หลักอาชญาวิทยา*, 139. อ้างถึงใน สิทธิชัย ไม้แก้ว, “การใช้ดุลยพินิจในการรอการลงโทษ: ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกา,” 14.

ปัจจุบันศาลจะใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้นั้น ต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 วรรคหนึ่ง<sup>26</sup> คือ ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุก หรือ ปรับ และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม หรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น

- (1) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือ
- (2) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือ ความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือ
- (3) เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่า 5 ปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

เห็นได้ว่าศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้กับทุกฐานความผิด หากความผิดที่ศาลจะลงโทษนั้นมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี และปรากฏว่าเข้าเงื่อนไขตามอนุมาตรา 1 ถึง อนุมาตรา 3 อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถือเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระทั้งนี้แม้จะมีคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษและการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559<sup>27</sup> โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ของความผิดที่จะสามารถนำมาใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกได้ว่าเป็นความผิดประเภทใดบ้าง แต่ในคำแนะนำ ดังกล่าวก็ไม่ได้มีการบัญญัติยกเว้นฐานความผิดที่ร้ายแรงฐานใดไว้ว่าควรเป็นฐานความผิดที่ไม่ควรใช้มาตรการดังกล่าว จึงหมายความว่ากฎหมายก็ยังเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจสำหรับรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกได้กับทุกฐานความผิดไม่ว่าจะเป็นมาตรา 56 ที่แก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2545 หรือที่มาตรา 56 ได้แก้ไขใหม่แล้วเมื่อปี พ.ศ. 2559 โดยกำหนดให้ศาลพิจารณาจากโทษที่จะลงหากไม่เกิน 5 ปี ก็เข้าหลักเกณฑ์ที่สามารถรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ ซึ่งในมาตรา 56 ก็ยังกำหนดหลักเกณฑ์อีกว่าถ้าบุคคลใดที่ไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ย่อมหมายความว่าถ้าบุคคลเคยกระทำความผิดมาก่อนครั้งหนึ่งแล้วและศาลรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษแก่บุคคลนั้นไว้ ต่อมาได้กระทำความผิดในครั้งหลังอีกบุคคลนั้นก็เป็นผู้ที่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลจะรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้อีก เพราะกรณีที่บุคคลเคยได้รับโทษจำคุกตามความในมาตรานี้ย่อมหมายถึงการได้รับโทษจำคุกจริง ๆ จึงอาจกล่าวอย่างไม่เป็นทางการได้ว่าศาลสามารถสั่งให้รอกแล้วรอกอีกได้นั่นเอง และแม้การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจนั้นศาลจะได้พิจารณา และคำนึงถึงเหตุผลอื่น ๆ ประกอบ ตลอดจนสามารถกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติของผู้กระทำความผิดไว้ในมาตรา 56 วรรคสอง<sup>28</sup> แต่ก็ไม่ได้เป็นการประกันว่าตัวผู้กระทำความผิดจะไม่ไปกระทำความผิดซ้ำอีกในระหว่างระยะเวลา

<sup>26</sup> มาตรา 56 วรรคหนึ่ง แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2559.

<sup>27</sup> ข้อ 6 และ ข้อ 9 คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษและการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติ พ.ศ. 2559

<sup>28</sup> มาตรา 56 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา

ที่ศาลกำหนด เนื่องจากในทางปฏิบัติการใช้มาตรการดังกล่าวยังขาดการพัฒนาให้เหมาะสม ทั้งในเรื่องของการจำคุก และคัดกรองบุคคลว่าบุคคลใดสมควรได้รับการปล่อยตัวไป รวมถึงกระบวนการสืบเสาะข้อมูลของผู้กระทำความผิดที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนเอาไว้อย่างชัดเจน ทั้งยังขาดกระบวนการบำบัดฟื้นฟูที่มีประสิทธิภาพประกอบกับผู้กระทำความผิดยังมีพฤติกรรมที่เป็นปัญหาต่อตนเอง เป็นภัยผู้เสียหาย เป็นภัยต่อสังคม นอกจากนี้ หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการรายงานตัวตามมาตรการคุมประพฤติยังใช้วิธีการรายงานตัวแบบสั้น ๆ จัดกิจกรรมเพื่อบริการสังคมอย่างง่าย ซึ่งเป็นวิธีการที่สะดวกเพราะมีบุคลากรและทรัพยากรอย่างจำกัด<sup>29</sup> ซึ่งการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษเช่นนี้อาจจะส่งผลกระทบต่อผู้เสียหาย กล่าวคือ ทำให้ผู้เสียหายรู้สึกไม่ได้รับความยุติธรรมและรู้สึกหวาดกลัวที่จะต้องอยู่ร่วมกันในสังคมกับบุคคลนั้น นอกจากนี้ การที่ผู้กระทำความผิดได้รับการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษแทนที่จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด แม้จะมีการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติไว้ ก็ย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการบำบัดแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดได้อย่างแท้จริง ทั้งอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่รู้สึกเกรงกลัวต่อบทลงโทษของกฎหมาย และอาจกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก อันส่งผลทำให้สังคมไม่มีความปลอดภัยอีกด้วย

ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 40/2546 มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก 6 เดือน โดยโทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 2 ปี ในความผิดฐานมีอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนและพาอาวุธติดตัวไปในเมือง แต่ภายในระยะเวลาที่ศาลรอกการลงโทษจำเลยกลับมากระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายในคดีนี้<sup>30</sup> เห็นได้ว่าแม้ศาลจะให้โอกาสจำเลยในการกลับตัวกลับใจด้วยการใช้มาตรการรอกการลงโทษแก่จำเลยแล้วแต่จำเลยกลับไม่รู้สำนึกถึงโอกาสที่ได้รับ และได้กลับมากระทำความผิดที่รุนแรงขึ้นในคดีนี้<sup>30</sup> หรือในคดีตามคำพิพากษาของศาลอาญาคดีหนึ่งมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยได้ขโมยสินค้าจากร้านสะดวกซื้อ อันเป็นการกระทำความผิดตามฟ้องจริง ศาลอาญามีคำพิพากษาจำคุกจำเลย 1 ปี แต่เนื่องจากจำเลยรับสารภาพ ศาลจึงเห็นควรลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 6 เดือนโดยไม่รอลงอาญา โดยให้เหตุผลว่าแม้ทรัพย์สินที่ขโมยนั้นจะมีมูลค่าเล็กน้อยก็ตาม แต่เมื่อจำเลยได้เคยกระทำความผิดก่อนหน้านี้นี้มาแล้วหลายครั้ง และศาลได้ให้โอกาสกลับตัวเป็นพลเมืองดีด้วยการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษจำคุก แต่จำเลยก็ไม่ได้สำนึกถึงโอกาสที่ได้รับในการแก้ไขปรับปรุงตัว ทั้งไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และประพฤติตัวเช่นเดิมจนกลับมากระทำความผิดและได้รับโทษในคดีนี้<sup>31</sup> คำพิพากษาของศาลในคดีนี้สะท้อนให้เห็นว่าการที่ศาลเคยใช้มาตรการรอกการลงโทษกับจำเลยเพื่อให้โอกาสจำเลยในการแก้ไขปรับปรุงตัว สำนึกถึงสิ่งที่ได้กระทำลงไปและไม่ไปกระทำผิดซ้ำอีก แต่จำเลยก็มีได้นำพา ยังคงกระทำตัวเช่นเดิมในระหว่างระยะเวลาที่ได้รับโอกาสนั้น แล้วมากระทำความผิดอีก<sup>31</sup>

<sup>29</sup> คณะกรรมการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม สภาขับเคลื่อน การปฏิรูปประเทศ, รายงาน เรื่อง การพัฒนามาตรการต่อผู้กระทำความผิดอาญาแทนการควบคุมตัว (Non - custodial Measures) โดยการมีส่วนร่วมขององค์กรสหวิชาชีพและชุมชน, (สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการ สภาผู้แทนราษฎร ปฏิบัติหน้าที่สำนักงานเลขาธิการสภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ, วันที่ 29 มิถุนายน พ.ศ. 2560), 4-5.

<sup>30</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 40/2546.

<sup>31</sup> ทีมข่าวอาชญากรรม ผู้จัดการรายวัน, “คุก 1 ปี หนักตงงานลัก “ขนมเปี๊ยะ” เซเวนฯ 15 บาท” สืบค้นเมื่อ 17 กรกฎาคม 2567, <https://mgronline.com/crime/detail/9520000154240>

นอกจากนี้ ยังมีกรณีข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาต่าง ๆ ที่สามารถยกตัวอย่างให้เห็นถึงกรณีฐานความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง อันอาจกระทบต่อความรู้สึกมั่นคงปลอดภัยของประชาชนในสังคม แต่ยังคงอยู่ในขอบเขตตามกฎหมายที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ดังต่อไปนี้ เช่น กรณีกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตน ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกกระหนงละ 6 ปี แต่ลดโทษให้กระหนงละกึ่งหนึ่ง และให้รอกการลงโทษไว้<sup>32</sup> หรือกรณีร่วมกันทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส แต่ให้รอกการลงโทษไว้<sup>33</sup> หรือกรณีจำเลยกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นแต่มีเหตุบรรเทาโทษ ทำให้โทษอยู่ในหลักเกณฑ์ที่สามารถรอกการลงโทษได้<sup>34</sup> หรือในคดีที่เยาวชนได้กระทำความผิดฐานขับรถโดยประมาทชนกับรถโดยสารประจำทางเป็นเหตุให้ผู้โดยสารถึงแก่ความตายเป็นจำนวนหลายคน ซึ่งศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดให้จำคุก 2 ปี แต่ให้รอกการลงโทษไว้ก่อนเป็นเวลา 4 ปี (คดีแพรวา 9 ศพ)<sup>35</sup> หรือกรณีจำเลยขับรถในขณะเมาสุราเป็นเหตุให้ผู้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 3 ปี แต่ให้รอกการลงโทษไว้ก่อน (คดีเสี่ยรถเบนซ์)<sup>36</sup> เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้น ได้มีสถิติอัตราการกระทำความผิดซ้ำโดยแยกตามประเภทคดี กล่าวคือ ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยพิจารณาจากระยะเวลาติดตามพฤติกรรม 1 ปี และ 2 ปี หลังจากที่ได้รับ การปล่อยตัวในช่วงปี พ.ศ. 2561 ถึง 2565 โดยจะเสนอข้อมูลเป็นตารางต่อไปนี้

<sup>32</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2560 ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้ภริยาของตนตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ซึ่งการกระทำของจำเลยเป็นความผิดหลายกรรมต่างกันให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระหนงความผิดไปตามมาตรา 91 จำคุกกระหนงละ 6 ปี ปรับกระหนงละ 10,000 บาท รวม 2 กระหนง เป็นจำคุก 12 ปีและปรับ 20,000 บาท จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณามีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กระหนงละกึ่งหนึ่งตามมาตรา 78 คงจำคุก 6 ปี และปรับ 10,000 บาท โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 2 ปี ตามมาตรา 56

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5368/2562 ศาลพิพากษาให้จำเลยมีความผิดตามมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี รวม 2 กระหนง กระหนงละ 5 ปี และปรับกระหนงละ 5,000 บาท ซึ่งจำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณามีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุกกระหนงละ 2 ปี 6 เดือน ปรับกระหนงละ 2,500 บาท โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 2 ปี ตามมาตรา 56.

<sup>33</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2459-2460/2562 ศาลพิพากษาว่าจำเลยทั้งสี่มีความผิดตามมาตรา 297 (8) มาตรา 371 ประกอบมาตรา 83 คือร่วมกันทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสโดยจำเลยทั้งสี่ให้การรับสารภาพจึงมีเหตุบรรเทาโทษลดโทษให้ และให้รอกการลงโทษไว้ตามมาตรา 56.

<sup>34</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5299/2562 ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรา 288, 80 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก 69 ลงโทษจำคุกจำเลย 6 ปี ทางนำสืบของจำเลยเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้หนึ่งในสามตามมาตรา 78 คงลงโทษจำคุก 4 ปี โทษจำคุกให้รอกการลงโทษไว้ตามมาตรา 56.

<sup>35</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 297-308/2562 จำเลยที่ 1 มีความผิดฐานขับรถประมาทเป็นเหตุให้ผู้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย และทำให้ทรัพย์สินเสียหาย ค่าให้การในชั้นพิจารณาเป็นประโยชน์ ลดโทษให้ 1 ใน 3 คงจำคุกเป็นเวลา 2 ปี โดยโทษจำคุกให้รอกการลงอาญา 4 ปี.

<sup>36</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2284/2562 จำเลยขับรถด้วยความเร็วเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่เมาสุราหรือของมึนเมาอย่างอื่นเป็นเหตุให้ผู้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย และทรัพย์สินเสียหาย ศาลพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ม.291, 300 และ พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ม.43 (2) (4), 67 วรรคหนึ่ง, 152, 157, 160 ตี วรรคสาม วรรคสี่ อันเป็นการกระทำความผิดเดียวผิดกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษฐานขับรถในขณะเมาสุรา ซึ่งเป็นบทหนักสุด ให้จำคุก 6 ปี และปรับ 200,000 บาท โดยจำเลยให้การรับสารภาพ ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 3 ปี พร้อมปรับ 100,000 บาท รวมทั้งมีคำสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ของจำเลย และสั่งห้ามจำเลยดื่มสุรา-เบียร์ หรือเครื่องดื่มมึนเมาทุกชนิดด้วย ศาลพิเคราะห์ตามรายงานสืบเสาะแล้วโทษจำคุกจำเลยให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 3 ปี.

ตารางที่ 1 อัตราการกระทำความผิดซ้ำโดยแยกตามประเภทคดีในช่วงปี พ.ศ. 2561 ถึง ปี พ.ศ. 2565

ปี พ.ศ.	2561		2562		2563		2564		2565	
ระยะเวลาติดตาม / ลักษณะความผิด	1 ปี	2 ปี	1 ปี	2 ปี	1ปี	2 ปี	1 ปี	2 ปี	1 ปี	2 ปี
1. ความผิดเกี่ยวกับ การก่อ การร้าย	1	1	10	14	3	4	19	25	26	27
2. ความผิดเกี่ยวกับ เพศ	154	268	180	337	179	316	238	473	254	362
3. ความผิดเกี่ยวกับ ชีวิตและ ร่างกาย	555	1,021	801	1,352	576	1,199	783	1,609	651	967
4. ความผิดเกี่ยวกับ ทรัพย์	2,844	4,694	4,050	6,625	3,239	5,536	3,723	6,772	3,708	4,944

ที่มา : กรมราชทัณฑ์ ข้อมูล ณ วันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2566

จากการศึกษาพบว่า ไม่มีหน่วยงานใดรวบรวมสถิติการกระทำความผิดซ้ำภายในเวลาที่ศาลรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษจำคุก มีเพียงกรมราชทัณฑ์ที่รวบรวมสถิติการกระทำความผิดซ้ำของผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวไปแล้วกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยแยกเป็นรายลักษณะความผิดมิได้ แยกเป็นรายฐานความผิดไว้ ดังตารางอัตราการกระทำความผิดซ้ำของผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวไปดังกล่าวข้างต้น แม้จะไม่ได้กล่าวถึงการกระทำความผิดซ้ำในระหว่างรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ

จำคุกโดยตรงก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดการคำนวณอัตราโทษจากความผิดซ้ำจากการที่ศาลตัดสินเป็นคดีถึงที่สุดให้ต้องรับโทษจำคุกอยู่ในเรือนจำแล้ว เพราะฉะนั้นหากมีการรอกการลงโทษก็ไม่นับเป็นผู้กระทำความผิดซ้ำและไม่มีการเก็บสถิติ<sup>37</sup> แต่อย่างไรก็ตาม สถิติหรือจำนวนตัวเลขเหล่านี้ล้วนเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาว่าสุดท้ายแล้ว ผู้ที่เคยได้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นในลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ตาม บุคคลเหล่านั้นก็มักไม่ได้มีความรู้สึกผิดหรือสำนึกในสิ่งที่ได้กระทำให้ไป และจะมีพฤติกรรมในลักษณะเดิมที่ทวนกลับมากระทำผิดซ้ำโดยอาจเป็นความผิดเดียวกัน หรือความผิดอื่นอันมีลักษณะที่รุนแรงกว่าเดิม ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายรวมถึงประชาชนในสังคมอีก

จากที่ได้กล่าวไปในข้างต้นไม่ว่าจะเป็นความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งหากพิจารณาจากหลักอันตราย (Harm Principle)<sup>38</sup> หรือหลักความผิด (Offense Principle)<sup>39</sup> แล้วล้วนเป็นคดีที่มีความรุนแรง ร้ายแรง ส่งผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย กระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของจิตใจทั้งต่อตัวผู้เสียหายและต่อประชาชนทั่วไป ทั้งยังเป็นอันตรายที่เกิดผลร้ายและกระทบกระเทือนต่อความปลอดภัยกับสังคมส่วนรวม และผู้อื่นอีกด้วย เนื่องจากผู้คนในสังคมจะไม่มีใครเกรงกลัว ไม่เคารพและเชื่อฟังกฎหมาย เพราะเห็นว่อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ยังคงเปิดช่องให้แก่ศาลในการใช้ดุลพินิจในการใช้มาตรการรอกกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษสำหรับทุกฐานความผิดได้อยู่ เพราะฉะนั้นความผิดประเภทนี้จึงไม่ควรรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้โดยง่าย ผู้ที่กระทำความผิดจะต้องได้รับการลงโทษเสมอ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวทั้งก่อนกระทำความผิดและหลังกระทำความผิดได้มีการคิด วิเคราะห์หรือยับยั้งชั่งใจก่อนจะได้ลงมือกระทำความผิดในฐานนั้นเพราะเป็นฐานความผิดที่จะไม่สามารถใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ เนื่องจากการกำหนดเช่นนี้จะทำให้ทั้งผู้กระทำความผิดและประชาชนในสังคมเกิดความรู้สึกเกรงกลัวต่อกฎหมายและสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์เรื่องการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) หรือการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crimes) รวมถึงการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal From Society) ได้

<sup>37</sup> นที จิตสง่าง, “สถิติการกระทำผิดซ้ำของผู้ต้องขังในประเทศไทย” สืบค้นเมื่อ 10 กรกฎาคม 2566, <http://www.nathee-chitsawang.com>

<sup>38</sup> **หลักอันตราย (Harm Principle)** เป็นทฤษฎีที่ให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล โดยพิจารณาจากอันตรายของการกระทำว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในระดับที่เป็นการก่อดอันตรายกับการดำรงชีวิตของประชาชนในสังคมเป็นสิ่งที่คนในสังคมไม่อาจยอมรับได้ อันทำให้เกิดอันตรายและเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือสังคม ย่อมถือเป็นภัยอันตรายร้ายแรงก็ควรกำหนดเป็นความผิดอาญา แต่หากการกระทำใดไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นแม้จะผิดศีลธรรมแล้วก็ไม่ควรที่จะกำหนดเป็นความผิดอาญาเพราะทุกคนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการดำรงชีวิตได้อย่างเป็นอิสระ.

<sup>39</sup> **หลักความผิด (Offense Principle)** เป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดว่าการจะกำหนดการกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้นก็ควรต้องเป็นวิธีที่จำเป็นและมีประสิทธิภาพที่สามารถป้องกันความผิดที่ร้ายแรงกับผู้อื่นได้ โดยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของการกระทำแม้การกระทำบางอย่างจะไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้อื่นแต่ถ้าหากการกระทำนั้นมีลักษณะที่เป็นการล่วงละเมิดต่อความรู้สึกของบุคคลทั่วไปก็ถือว่ามิเหตุผลเพียงพอที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้บังคับได้.

ฉะนั้นในฐานะความผิดบางประเภทหากศาลพิจารณาคดีตัดสินแล้วไม่ว่าจะเป็นความผิดใดก็ตามหากเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คือ เมื่อศาลมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ย่อมสามารถใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้กับทุกฐานความผิด ทั้งที่ในความเป็นจริงฐานความผิดเหล่านั้นเป็นฐานความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง รุนแรง นอกจากจะส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายโดยตรงแล้วยังส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวมด้วย ไม่ว่าจะเป็นลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ตาม และจะกล่าวถึงลักษณะความผิดดังกล่าวอีกครั้งในหัวข้อที่ห้า

เห็นได้ว่า หากศาลตัดสินให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษตามที่กฎหมายระบุขั้นต่ำไว้ ตามตัวอย่างข้างต้น คือลงโทษจำคุก 4 ปี หรือ 5 ปี ก็เข้าเงื่อนไขของมาตรา 56 ที่ให้ศาลสามารถสั่งให้รอกการกำหนดโทษหรือ รอกการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ แต่หากพิจารณาถึงลักษณะของความผิดย่อมต้องถือว่าเป็นความผิดที่มีความรุนแรง และกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกของผู้เสียหาย หรือประชาชนในสังคม แต่ในขณะเดียวกันก็ถือว่าเป็นโทษระยะสั้นที่อยู่ในหลักเกณฑ์ให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้

ทั้งนี้บทความนี้เป็นการศึกษาเชิงเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการรวบรวมเอกสาร ตำรา หลักกฎหมาย และทฤษฎีต่าง ๆ นำมาเรียบเรียงใหม่เพื่อเป็นแนวทางในการค้นหาคำตอบ ซึ่งได้ทำการศึกษาหลักกฎหมายในเรื่องการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษในประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น

#### 4. หลักเกณฑ์การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษของต่างประเทศ

บทความนี้ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษ และรอกการกำหนดโทษจำคุกของต่างประเทศดังนี้ กล่าวคือ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) และประเทศอังกฤษ กับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น โดยแต่ละประเทศต่างมีรูปแบบ และหลักเกณฑ์ของมาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่แตกต่างกันเพราะเหตุปัจจัยต่าง ๆ แต่ในส่วนของแนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับมาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษนั้นย่อมมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ต้องการให้โอกาสผู้กระทำความผิดเล็กน้อยได้ปรับปรุงแก้ไขตนเอง เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนั่นเอง ได้แก่

**ประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย)** แต่เดิมมีรูปแบบ และหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษ และรอกการกำหนดโทษใกล้เคียงกับประเทศไทย โดยปรากฏในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 1991 คือพิจารณาเพียงอัตราโทษที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ศาลอาจใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษได้<sup>40</sup> ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้อย่างกว้างขวางเพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิด แต่ในทางกลับกันผู้เสียหาย หรือเหยื่อ รวมถึงประชาชนในสังคมก็มีความ

<sup>40</sup> Section 27 of Sentencing Act 1991.

เห็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษเดิมว่ามีข้อกังวล และเล็งเห็นถึงปัญหาว่าตนรู้สึกไม่ได้รับความยุติธรรมหากศาลใช้มาตรการดังกล่าวแก่ผู้กระทำความผิดและไม่แน่ใจว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะสามารถแก้ไขฟื้นฟูตนเองได้จริงหรือไม่ หากได้รับโอกาสนั้น สำหรับกรณีความผิดที่มีลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงไม่ว่าจะเป็นความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ตาม และเมื่อรัฐได้รับทราบและเห็นถึงปัญหาของมาตรการดังกล่าวว่ามีข้อบกพร่องที่ควรได้รับการปฏิรูปและแก้ไข เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย จึงพยายามแก้ไขกฎหมายเรื่อยมา ในระยะแรกรัฐวิคตอเรียจึงไม่นำมาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษมาใช้สำหรับความผิดร้ายแรง<sup>41</sup>

ทั้งนี้รัฐวิคตอเรียเป็นรัฐที่มีการกำหนดให้คำนิยามเกี่ยวกับความผิดร้ายแรงเอาไว้ในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 1991<sup>42</sup> ซึ่งทำให้สะดวกต่อการนำมาปรับใช้กับมาตรการดังกล่าว เนื่องจากการกำหนดนิยามไว้เช่นนั้นย่อมทำให้เกิดความชัดเจน และไม่เป็นที่สงสัยว่าฐานความผิดใดจะเป็นความผิดร้ายแรงที่ได้รับการยกเว้นหรือไม่ เพราะได้มีการกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนแล้ว เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น<sup>43</sup> ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา<sup>44</sup> ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นด้วยอาวุธ<sup>45</sup> ความผิดฐานฆาตกรรมเด็ก<sup>46</sup> ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนได้รับอันตรายสาหัส<sup>47</sup> ความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส<sup>48</sup> ความผิดฐานทำให้ได้รับบาดเจ็บไม่ว่าโดยเจตนาหรือประมาท<sup>49</sup> ความผิดฐานข่มขืน<sup>50</sup> ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ<sup>51</sup> ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศเด็กอายุต่ำกว่า 12 ปี<sup>52</sup> ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี<sup>53</sup> ความผิดเกี่ยวกับการกระทำทางเพศระหว่างคนในครอบครัว<sup>54</sup> ความผิดฐานลักพาตัว<sup>55</sup> ความผิดฐานบุกรุก<sup>56</sup> ความผิดฐานลอบวางเพลิงเป็นเหตุทำให้ผู้อื่นเสียชีวิต<sup>57</sup> หรือ ความผิดฐานขับรถเป็นเหตุให้ผู้อื่นเสียชีวิต<sup>58</sup> รวมถึงความผิดที่เกี่ยวกับการก่อการร้าย ตามพระราชบัญญัติ

<sup>41</sup> Donald Ritchie and Nick Turner, *Suspended Sentences in Victoria Monitoring Report* (Australia: BigPrint, 2010), 1-2.

<sup>42</sup> Section 3 of Sentencing Act 1991

<sup>43</sup> Section 3 of Crimes Act 1958

<sup>44</sup> Section 3A of Crimes Act 1958

<sup>45</sup> Section 5 of Crimes Act 1958

<sup>46</sup> Section 5A of Crimes Act 1958

<sup>47</sup> Section 15A of Crimes Act 1958

<sup>48</sup> Section 17 of Crimes Act 1958

<sup>49</sup> Section 18 of Crimes Act 1958

<sup>50</sup> Section 38 of Crimes Act 1958

<sup>51</sup> Section 40 of Crimes Act 1958

<sup>52</sup> Section 49A of Crimes Act 1958

<sup>53</sup> Section 49B of Crimes Act 1958

<sup>54</sup> Section 50 of Crimes Act 1958

<sup>55</sup> Section 63A of Crimes Act 1958

<sup>56</sup> Section 77B of Crimes Act 1958

<sup>57</sup> Section 197A of Crimes Act 1958

<sup>58</sup> Section 318 of Crimes Act 1958

การก่อการร้าย หรือ Community Protection Act<sup>59</sup> ด้วย เป็นต้น และในระยะต่อมา รัฐวิคตอเรีย ประเทศออสเตรเลียก็ได้ยกเลิกมาตรการรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษสำหรับทุกความผิดในที่สุด<sup>60</sup> เพื่อต้องการคงไว้ซึ่งวัตถุประสงค์ของการลงโทษหลัก คือ เพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากรรม ต้องการลงโทษผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคม และต้องการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิดรวมถึงบุคคลอื่นในสังคมเป็นเยี่ยงอย่าง และหันมาพิจารณาเรื่องการแก้ไขฟื้นฟูเป็นลำดับรองลงมาโดยอาจนำมาปรับใช้ในระหว่างได้รับโทษตามความเป็นจริงแทน

**ประเทศอังกฤษ** ในระยะแรกตามพระราชบัญญัติ Criminal Justice Act 1991 ทำให้ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่เมื่อมีการพิจารณาและพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย ก็จะมีการลงโทษจำคุกทันทีโดยจะนำมาตราการรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษมาใช้เป็นบางกรณีเท่านั้น นั่นคือเฉพาะกรณีที่เป็นสถานการณ์พิเศษ<sup>61</sup> ซึ่งหมายความว่า ในทุกคดีศาลมักจะลงโทษตามที่พิจารณาได้ความนั่นเอง และจะนำมาตราการดังกล่าวมาใช้เป็นข้อยกเว้น แต่ต่อมาเมื่อสังคมให้ความสำคัญกับสิทธิ และเสรีภาพของผู้กระทำความผิดเพิ่มมากขึ้น การลงโทษผู้กระทำความผิดในระยะต่อมาจึงเน้นที่การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดมากกว่าการลงโทษเพื่อทำโทษผู้กระทำความผิดเท่านั้น หลักเกณฑ์การรอกการลงโทษในระยะต่อมา ซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติ Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 จึงขยาย และให้สิทธิแก่ผู้กระทำความผิดมากขึ้น จากที่ทุกคดีจะต้องลงโทษจำคุกตามที่ศาลมีคำพิพากษา เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นซึ่งเป็นสถานการณ์พิเศษ เป็นการกำหนดว่าเมื่อใดก็ตามที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกิน 2 ปี ไม่ว่าจะเป็ความผิดฐานใดก็ตาม ศาลอาจใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษได้โดยกำหนดระยะเวลาการรอกการลงโทษอย่างน้อย 1 ปี แต่ไม่เกิน 2 ปี<sup>62</sup> และต่อมาแม้จะมีการปรับปรุง แก้ไขกฎหมายเรื่อยมา แต่หลักเกณฑ์ในระยะหลังก็คงไว้ซึ่งหลักเกณฑ์ในลักษณะเดียวกัน เพียงแต่ปรับเปลี่ยนระยะเวลาที่ศาลมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย กับระยะเวลาของการรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษเท่านั้น นั่นก็คือการแก้ไขในพระราชบัญญัติ Criminal Justice Act 2003<sup>63</sup> ที่กำหนดว่า หากเป็กรณีที่ศาลพิจารณาพิพากษาลงโทษจำคุกตั้งแต่ 14 วัน แต่ไม่เกิน 2 ปี สามารถใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษได้ หรือในช่วงเวลาต่อมาที่มีการแก้ไขว่าหากเป็กรณีที่เมื่อศาลจะมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกตั้งแต่ 28 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 51 สัปดาห์ ให้สามารถรอกการลงโทษได้<sup>64</sup> จนกระทั่งในปัจจุบันก็คงเหลือเพียงแต่หลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 2020 ด้วยการใช้อายุของผู้กระทำความผิดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณีนั้นจะเป็เหตุให้สามารถรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษได้หรือไม่ กล่าวคือ กรณีผู้กระทำความผิดมีอายุต่ำกว่า 21 ปี กำหนดว่าหากได้กระทำความผิดและความผิดที่กระทำนั้นศาลพิพากษาลงโทษไม่เกิน 2 ปี ศาลอาจรอกการลงโทษได้<sup>65</sup> และกรณีผู้กระทำความผิด

<sup>59</sup> Section 4 (1) of Community Protection Act 2003

<sup>60</sup> Sentencing Amendment 2010

<sup>61</sup> Section 5 of Criminal Justice Act 1991

<sup>62</sup> Section 118 of Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000

<sup>63</sup> Section 189 of Criminal Justice Act 2003

<sup>64</sup> Section 189 of Criminal Justice Act 2003

<sup>65</sup> Section 264 of Sentencing Act 2020

มีอายุมากกว่า 21 ปี กำหนดว่าหากผู้กระทำความผิดได้รับโทษจำคุกอย่างน้อย 14 วัน แต่ไม่เกิน 2 ปี ศาลอาจให้รอกการลงโทษได้<sup>66</sup> แต่หากได้กระทำความผิดที่ได้รับโทษจำคุกในคราวเดียวกันตั้งแต่ 2 ความผิดขึ้นไป และโทษนั้นรวมกันแล้วมากกว่า 2 ปี ก็จะไม่สามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้ ส่งผลให้การแก้ไขกฎหมายตั้งแต่ในอดีตมาจนถึงปัจจุบันทำให้ศาลใช้มาตรการดังกล่าวเพิ่มมากขึ้น แต่เพื่อเป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลไม่ให้กว้างจนเกินไปก็ยังคงกำหนดเอาไว้ดีกว่า หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในคราวเดียวกันมากกว่าสองความผิดขึ้นไป<sup>67</sup> ก็จะไม่สามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้

**ประเทศเยอรมนี** เป็นประเทศที่มีรูปแบบ และหลักเกณฑ์เรื่องการรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษใกล้เคียงกับประเทศไทยด้วยการพิจารณาจากอัตราโทษที่ศาลจะพิพากษาลงโทษเป็นเกณฑ์ ซึ่งเงื่อนไขการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 56 ว่าสำหรับกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี โดยพิจารณาจากข้อสันนิษฐานว่าจำเลยจะไม่ไปกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต<sup>68</sup> และกรณีที่ศาลมีค่าพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี<sup>69</sup> หากพิจารณาลักษณะความผิดหรือเหตุอื่น ๆ ประกอบแล้ว ศาลอาจรอกการลงโทษได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้างขวางซึ่งอาจจะนำไปใช้ได้กับทุกความผิดก็ตามที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดแล้ว แต่ประเทศเยอรมนียังคงมีบทตัดอำนาจศาลในการใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษในกรณีที่เป็นการร้ายแรงเพื่อเป็นการป้องกันระเบียบและรักษากฎหมายเพื่อคงไว้ซึ่งความเคารพกฎหมายของประชาชนไว้ด้วยแม้ในคดีที่ศาลจะลงโทษจะเป็นโทษระยะสั้นหรือเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกก็ตาม<sup>70</sup>

**ประเทศญี่ปุ่น** กำหนดมาตรการรอกการลงโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 25 โดยเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางซึ่งแทบจะทุกฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญา และมีความใกล้เคียงกับของประเทศไทยเช่นเดียวกัน โดยพิจารณาเพียงว่าหากเป็นคดีที่ศาลจะลงโทษไม่เกิน 3 ปี ก็สามารถใช้มาตรการดังกล่าวได้ เช่น ความผิดฐานมีส่วนร่วมวางแผนในการก่อการร้ายต้องระวางโทษจำคุกโดยไม่มีงานทำตลอดชีวิต<sup>71</sup> ความผิดฐานช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการก่อการร้ายต้องระวางโทษจำคุกโดยไม่มีงานทำ 7 ปี<sup>72</sup> ความผิดฐานบุกรุกต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี<sup>73</sup> ความผิดฐานกระทำอนาจารในที่สาธารณะระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน<sup>74</sup> ความผิดฐานกระทำอนาจารโดยใช้กำลังต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือน แต่ไม่เกิน 10 ปี<sup>75</sup> ความผิดฐานข่มขืนซึ่งมีอัตราโทษจำคุก

<sup>66</sup> Section 277 of Sentencing Act 2020

<sup>67</sup> Section 264 (3)(a) and Section 277 (3)(a) of Sentencing Act 2020

<sup>68</sup> Section 56 (1) of The German Criminal Code

<sup>69</sup> Section 56 (2) of The German Criminal Code

<sup>70</sup> Section 56 (3) of The German Criminal Code

<sup>71</sup> Article 77 (1)(ii) of The Penal Code of Japan

<sup>72</sup> Article 79 of The Penal Code of Japan

<sup>73</sup> Article 130 of The Penal Code of Japan

<sup>74</sup> Article 174 of The Penal Code of Japan

<sup>75</sup> Article 176 of The Penal Code of Japan

ประเภทต้องทำงานและใช้แรงงานด้วยเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี<sup>76</sup> หรือ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่กำหนดอัตราโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต<sup>77</sup> หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ถึงแก่ความตายที่มีอัตราโทษจำคุกซึ่งต้องทำงานหรือใช้แรงงานด้วยเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี<sup>78</sup> หรือกรณีความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี<sup>79</sup> หรือกรณีความผิดฐานปล้นทรัพย์ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี<sup>80</sup> กรณีความผิดฐานชิงทรัพย์ที่มีอัตราโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 6 ปี<sup>81</sup> ฐานความผิดเหล่านี้ หากศาลใช้ดุลพินิจลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดไม่เกิน 3 ปี ย่อมอยู่ในเงื่อนไขที่สามารถรอกการลงโทษได้<sup>82</sup> อันส่งผลให้ศาลใช้มาตรการดังกล่าวกับผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนมาก ซึ่งหากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิดแล้วในทุกฐานความผิดล้วนเป็นการกระทำที่ร้ายแรงทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ก็ได้มีการบัญญัติยกเว้นห้ามมิให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษเด็ดขาด หากเป็นกรณีที่คดีนั้นมีการใช้มาตรการควบคุมสอดส่องและผู้นั้นได้กระทำความผิดภายในระยะเวลาควบคุมสอดส่อง กล่าวคือ คดีแรกศาลให้รอลงโทษและใช้มาตรการควบคุมสอดส่องด้วยแต่ต่อมาได้มากระทำความผิดภายในระยะเวลาควบคุมสอดส่องในคดีหลังในคดีหลังก็จะไม่สามารถรอกการลงโทษได้อีก<sup>83</sup> ส่งผลให้ศาลมักมีคำพิพากษาให้รอกการลงโทษพร้อมกับใช้มาตรการควบคุมสอดส่องกับคดีที่มีความร้ายแรงเพื่อเป็นบทตัดการใช้มาตรการดังกล่าว

จะเห็นได้ว่าในประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) ได้ยกเลิกการใช้มาตรการรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษสำหรับฐานความผิดที่มีความร้ายแรงในระยะแรก โดยมีการกำหนดนิยามของการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงไว้อย่างชัดเจน ซึ่งส่งผลต่อการกำหนดหลักเกณฑ์ในการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่ไม่ต้องพิจารณาอีกว่าการผิดใดที่จะถือเป็นความผิดร้ายแรง เพราะมีกฎหมายกำหนดนิยามเอาไว้แล้ว จึงสามารถหยิบยกมาปรับใช้ได้ทันที ว่าความผิดที่ร้ายแรงเหล่านั้นไม่ควรได้รับประโยชน์จากมาตรการรอกการลงโทษ ส่วนประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น ที่จะมีหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางกว่า แต่ในประเทศเหล่านั้นก็ล้วนมีข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดว่าหากได้กระทำความผิดในคราวเดียวกันตั้งแต่สองความผิดขึ้นไปก็ไม่สามารถใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้สำหรับประเทศอังกฤษ หรือในประเทศเยอรมนีที่มีข้อจำกัดว่าหากมิได้กระทำการลงโทษแล้วจะทำให้ความเคารพในกฎหมายของประชาชนต้องเสื่อมเสียไปและเพื่อเป็นการป้องกันระเบียบและรักษากฎหมาย แม้ว่าคดีที่ศาลจะลงโทษจะเป็นโทษระยะสั้นหรือเป็นการกระทำความผิดครั้งแรก ศาลก็ไม่อาจใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้ หรือในประเทศญี่ปุ่นที่มีบทห้ามมิให้ศาลใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษเด็ดขาดหากเป็นกรณีที่คดีนั้นมีการใช้มาตรการควบคุมสอดส่องและ

<sup>76</sup> Article 177 of The Penal Code of Japan

<sup>77</sup> Article 199 of The Penal Code of Japan

<sup>78</sup> Article 205 of The Penal Code of Japan

<sup>79</sup> Article 235 of The Penal Code of Japan

<sup>80</sup> Article 236 of The Penal Code of Japan

<sup>81</sup> Article 240 of The Penal Code of Japan

<sup>82</sup> Article 25 (1) of The Penal Code of Japan

<sup>83</sup> Article 25 (2) of The Penal Code of Japan

ผู้นั้นได้กระทำความผิดภายในระยะเวลาควบคุมสอดส่อง ในคดีหลังก็จะไม่สามารถรอการลงโทษได้อีก ส่งผลให้ศาลมักมีคำพิพากษาให้รอการลงโทษพร้อมกับใช้มาตรการควบคุมสอดส่องกับคดีที่มีความร้ายแรงเพื่อเป็นบทตัดการใช้มาตรการดังกล่าว และนอกจากนี้แม้ในประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น จะมีได้มีการกำหนดนิยามความผิดร้ายแรงเอาไว้รวมถึงประเทศไทย แต่เมื่อพิจารณาจากประเภทของความผิด และลักษณะของความผิดแล้วก็มักเป็นความผิดประเภทเดียวกันที่จะถูกกำหนดเป็นข้อยกเว้นหรือข้อจำกัด ซึ่งในทุกประเทศก็มักจะนำกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมมาเป็นเกณฑ์เพื่อบ่งบอกว่าการกระทำเหล่านี้ถือเป็นความผิดร้ายแรงเพราะเป็นสิ่งที่คนในสังคมไม่เห็นชอบด้วย และไม่อาจยอมรับได้นั่นเอง กล่าวคือ แม้จะไม่ได้กำหนดนิยามความผิดร้ายแรงเอาไว้แต่ก็อาจอนุมานได้เองว่าการกระทำใดที่ควรเป็นความผิดร้ายแรงโดยพิจารณาจากบรรทัดฐานของสังคม ศีลธรรม หรือจรรยา

## 5. ฐานความผิดที่ไม่ควรรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษจำคุก

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้นทั้งในเรื่องความสำคัญของปัญหา บททั่วไปเกี่ยวกับความหมายของการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษ แนวคิดเกี่ยวกับการรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ ทฤษฎีเกี่ยวกับการรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษ รวมถึงแนวคิดเรื่องการลงโทษและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และแนวทางการรอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษของต่างประเทศแล้ว ทำให้ผู้เขียนตระหนักได้ว่าในประมวลกฎหมายอาญามีฐานความผิดบางประเภทที่มีลักษณะเป็นความผิดร้ายแรงที่ไม่ควรให้รอการลงโทษหรือรอการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิด เนื่องจากเป็นฐานความผิดที่ลักษณะของการกระทำความผิดนั้นร้ายแรง รุนแรง และเป็นอันตรายอันส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายหรือเหยื่อทั้งทางร่างกายและทางจิตใจรวมถึงส่งผลกระทบต่อดำรงชีวิตร่วมกันของประชาชนในสังคม

ฐานความผิดบางประเภทมีลักษณะเป็นความผิดที่ร้ายแรง เช่น ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

โดยจะพิจารณาลักษณะของการกระทำความผิดนั้นจากด้านคุณธรรม จริยธรรม และศีลธรรม และด้านกฎหมาย ซึ่ง**ประการแรก** ได้แก่ ด้านคุณธรรม จริยธรรม และศีลธรรม กล่าวคือ ปกติมนุษย์ทุกคนในสังคมส่วนใหญ่ย่อมปรารถนาถึงการดำรงชีวิตของตนให้สามารถอยู่ร่วมกันกับผู้อื่นได้อย่างสงบสุข ทุกคนอยู่บนพื้นฐานของการมีสิทธิอย่างอิสระในการดำเนินการหรือกระทำการต่าง ๆ トラบเท่าที่ไม่เป็นการเบียดเบียนบุคคลอื่น ทุกคนจึงต้องให้ความเคารพซึ่งกันและกัน และต้องปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนอันเป็นบรรทัดฐานของสังคม เพื่อเป็นการสร้างกรอบว่าการกระทำเพียงใดเป็นการกระทำที่อยู่ในระดับที่สังคมสามารถให้การยอมรับได้ และไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลอื่น ฉะนั้นมนุษย์ทุกคนจึงต้องแสดงออกผ่านการกระทำที่ดีต่อกัน และสิ่งที่เป็นตัวกำหนดว่าการกระทำใดจะเป็นสิ่งที่

เรียกว่า ความดี หรือความชั่ว ความถูกต้อง หรือความผิด คือ คุณธรรม<sup>84</sup> จริยธรรม<sup>85</sup> หรือศีลธรรม<sup>86</sup> ซึ่งเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในสังคมมาตั้งแต่ในสมัยอดีต ก่อนที่จะมีการกำหนดกฎหมายมาพิจารณาเพื่อแยกแยะ การกระทำดังกล่าว โดยในยุคสมัยก่อนที่จะมีกฎหมาย หรือหลักเกณฑ์อื่นมาเป็นตัวแบ่งแยกว่าสิ่งใดเป็น สิ่งที่ถูก หรือผิด ผู้คนในสังคมจึงนำกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับศีลธรรมหรือจริยธรรม มาเป็นเกณฑ์ในการนิยาม ถึงการกระทำเหล่านั้นด้วยการพิจารณาจากคุณค่า หรือศีลธรรมที่คนในสังคมยึดถือ และประพฤติปฏิบัติ ตามกันมาเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าการกระทำใดเป็นสิ่งที่ถูกต้อง สังคมให้การยอมรับได้ หรือ สิ่งใดเป็นที่สิ่งไม่ถูกต้องซึ่งสังคมไม่อาจยอมรับได้

**ประการที่สอง** พิจารณาจากกฎหมาย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้แก่

1. กรณีสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ที่กำหนดไว้ในหมวดที่ 3 ซึ่งสืบเนื่องมาจากการที่ ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศ มีผลผูกพันให้ประเทศไทยต้องรายงานสถานการณ์สิทธิมนุษยชนแต่ละด้านต่อสหประชาชาติ และต้องมีการปรับปรุงรัฐธรรมนูญ หรือกฎระเบียบต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับพันธกรณี โดยในปฏิญญาดังกล่าวได้มีการกำหนดสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่พึงได้รับไม่ว่าในเรื่องสิทธิในการมีชีวิตอยู่<sup>87</sup> ตามมาตรา 28 วรรคหนึ่ง<sup>88</sup> หรือเสรีภาพในความมั่นคงปลอดภัยของบุคคล ปลอดภัยจากการถูกทำร้าย

<sup>84</sup> **คุณธรรม (Virtue)** ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานให้คำนิยามว่าหมายถึง สภาพคุณงามความดี คุณความดี ความดี งาม ซึ่งคุณธรรมถือเป็นเรื่องภายในจิตใจ และเป็นสิ่งสำคัญในการสร้างระเบียบแบบแผนให้แก่สังคม เสริมสร้างความสงบสุขและความ เจริญแก่บุคคล ดังนั้น บุคคลใดที่มีคุณงามความดีจากภายใน เช่น เป็นผู้ที่มีความคิดดี มีทักษะการพูดที่ดี มีความจริงใจ และแสดงการ กระทำออกมาผ่านกระบวนการที่ได้ถูกกลั่นกรองผ่านการวิเคราะห์ แยกแยะมาแล้ว จึงเป็นผู้ที่มีคุณธรรม ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนส่งผลให้เป็น สิ่งส่งเสริมถึงการพัฒนาบุคลิกภาพ ส่งเสริมการสร้างมิตรภาพของบุคคลอีกด้วย ทำให้ผู้คนอยู่ร่วมกันได้อย่างมีความสุข ประสบความสำเร็จในการดำรงชีวิตและสังคมเกิดความสงบสุข.

<sup>85</sup> **จริยธรรม (Ethics)** เป็นถ้อยคำที่มักถูกกล่าวถึงควบคู่กับคำว่าคุณธรรม แต่เมื่อแยกพิจารณาแล้วคำว่าจริยธรรมเป็นคำ ที่มาจากคำว่า “จริยะหรือจริยา” หมายถึง การกระทำที่ควรประพฤติปฏิบัติ ส่วนคำว่า “ธรรม” หมายถึง คุณงามความดีที่คนในสังคม ประพฤติ เมื่อนำมารวมกันจึงเกิดความหมายใหม่ว่า คุณงามความดีที่คนในสังคมควรประพฤติปฏิบัติ จริยธรรมจึงหมายถึง ความดีงาม คุณงามความดีที่มุ่งแสดงออกผ่านทางกรกระทำ หรือการประพฤติปฏิบัติของคนในสังคม ซึ่งแตกต่างจากคุณธรรมที่เป็นเรื่องคุณงาม ความดี หรือความดีงามที่อยู่ภายในจิตใจ.

<sup>86</sup> **ศีลธรรม (Morals)** ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้คำนิยามว่า หมายถึง ความประพฤติที่ดีที่ชอบ ศีลและ ธรรม ธรรมในระดับศีล ความประพฤติในทำนองคลองธรรมของหลักคำสอนศาสนา ศีลธรรมเป็นกฎเกณฑ์การปฏิบัติของคนในสังคมที่ แสดงออกตามวิถีชีวิตที่ได้รับมาจากการถ่ายทอดในอดีตซึ่งเป็นการบังคับความคิดของตนเองเพื่อไม่ให้ไปตามสัญชาตญาณ ให้ สามารถยับยั้งชั่งใจจากการกระทำที่จะส่งผลกระทบต่อผู้คนในสังคมได้ ศีลธรรมจึงเป็นสิ่งที่ทำให้บุคคลมีความเอื้อเฟื้อ เห็นอกเห็นใจ ซึ่งกันและกัน.

<sup>87</sup> Article 3 of Universal Declaration of Human Rights

<sup>88</sup> มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ทรมาน ทารุณกรรม<sup>89</sup> ตามมาตรา 28 วรรคสี่<sup>90</sup> มีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยตนเองและโดยร่วมกับผู้อื่น จะถูกเอาทรัพย์สินไปจากตนตามอำเภอใจไม่ได้<sup>91</sup> ตามมาตรา 37 วรรคหนึ่ง<sup>92</sup>

2. บทบัญญัติมาตรา 77 วรรคสามตอนท้ายที่บัญญัติว่า “...พึงกำหนดโทษในความผิดอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” แม้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ฉบับดังกล่าวจะมีได้อธิบายถึงนิยามของคำว่า ความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงเอาไว้แน่ชัด แต่เพื่อให้เกิดความชัดเจนในมาตราดังกล่าว คณะรัฐมนตรีจึงได้มอบหมายให้คณะกรรมการพัฒนากฎหมายดำเนินการพิจารณาและเสนอเกี่ยวกับการใช้โทษทางอาญา ซึ่งต่อมาคณะกรรมการพัฒนากฎหมายก็ได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย โดยให้คำนิยามความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง<sup>93</sup> ว่าหมายถึง การกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลซึ่งสิทธิส่วนบุคคลนั้นถือเป็นสิ่งที่สำคัญและในรัฐธรรมนูญของทุกประเทศได้บัญญัติรับรองสิทธิให้แก่ประชาชน จึงถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดที่ไม่อาจถูกกระทบกระเทือนหรือถูกแทรกแซงได้ ดังนั้น การกระทำใดที่เป็นการกระทำต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพ และส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้นไม่ว่ามากน้อยเพียงใด หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการก่อให้เกิดความกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อสังคมวงกว้างโดยตรงอันมีผลต่อการใช้ชีวิตในการอยู่ร่วมกันไม่ว่าในด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมืองการปกครอง หรือสิ่งแวดล้อม การกระทำเหล่านั้นก็สมควรที่จะกำหนดโทษในความผิดอาญา อย่างไรก็ตาม แม้หลักเกณฑ์ในมาตรา 77 วรรคท้ายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นจะกล่าวถึงการพิจารณาลักษณะของการกระทำที่ควรกำหนดโทษในความผิดอาญาว่าควรเป็นความผิดร้ายแรง มิได้กล่าวถึงลักษณะของการกระทำที่ร้ายแรงว่าควรกำหนดเป็นความผิดอาญา แต่หากพิจารณาแล้วเมื่อมีการกำหนดโทษอาญาให้แก่การกระทำความผิดเหล่านั้น หมายความว่า การกระทำความผิดในลักษณะนั้นก็ย่อมเป็นความผิดร้ายแรงด้วยเช่นกัน

จะเห็นได้ว่าความผิดประเภทเหล่านั้น กล่าวคือ ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงตามคำนิยามดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับเป็นความผิดที่มีการกำหนดโทษอาญาเอาไว้ ย่อมถือเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง และความผิดเหล่านั้นมีความเสี่ยงที่จำเลยจะกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกในระหว่างรอการกำหนดโทษ หรือรอการลงโทษ กรณีเช่นนี้ย่อมจะทำให้เกิดผลกระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมในด้านความมั่นคงและปลอดภัยต่อการใช้ชีวิตได้ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

<sup>89</sup> Article 5 of Universal Declaration of Human Rights

<sup>90</sup> มาตรา 28 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>91</sup> Article 17 (1) of Universal Declaration of Human Rights

<sup>92</sup> มาตรา 37 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>93</sup> คำแนะนำคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย.

ตัวอย่างฐานความผิดที่อยู่ในเงื่อนไขตามมาตรา 56 ที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษ เช่น

**1. กรณีความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย** ได้แก่ ความผิดฐานก่อการร้าย<sup>94</sup> หรือความผิดฐานขู่เชิญว่าจะทำการก่อการร้าย สะสมกำลังพลหรืออาวุธ จัดหาหรือรวบรวมทรัพย์สิน ให้หรือรับการฝึกการก่อการร้าย เตรียมการอื่นใด หรือสมคบกัน เพื่อก่อการร้าย<sup>95</sup> หรือความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนในการก่อการร้าย<sup>96</sup> หรือความผิดฐานเป็นสมาชิกของคณะบุคคลซึ่งมีมติของหรือประกาศภายใต้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติกำหนดให้เป็นคณะบุคคลที่มีการกระทำอันเป็นการก่อการร้าย<sup>97</sup> เป็นต้น

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย มีเจตนารมณ์ของกฎหมาย สืบเนื่องมาจากภายหลังการเกิดวินาศกรรมการโจมตีสหรัฐอเมริกา โดยมูลเหตุของการเกิดวินาศกรรมครั้งนี้เกิดขึ้นเนื่องจากกลุ่มอัลเคดา<sup>98</sup> ที่มีความเชื่อว่าความวุ่นวายของโลกตะวันออกกลางและอิสลามเกิดขึ้นมาจากสหรัฐอเมริกาจึงทำการก่อเหตุร้ายแรงขึ้น และต่อมาได้เกิดการขยายกลุ่มอื่น ๆ เพิ่มมากยิ่งขึ้นเรื่อยมาอยู่ตามดินแดนต่าง ๆ โดยมีรูปแบบ และการดำเนินการในลักษณะที่คล้ายกัน มีการทำงานด้วยการประสานงานกัน มีการรับสมัครอย่างเป็นระบบ จนตรวจสอบได้ยากขึ้น ด้วยการใช้ชื่อและวิธีการที่แตกต่างกันไป<sup>99</sup>

สำหรับเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หลังจากที่เกิดเหตุการณ์วินาศกรรมดังกล่าว ส่งผลให้ภูมิภาคนี้เป็นภูมิภาคที่สหรัฐอเมริกาเฝ้าระวังเป็นอย่างสูงเพราะเป็นหนึ่งในฐานของการปฏิบัติการของกลุ่มอัลเคดามาจนถึงปัจจุบัน สถานการณ์การก่อการร้ายของเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เริ่มต้นมาจากการเปลี่ยนแปลงของระบอบการปกครองที่ส่วนใหญ่มีก่นำระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย และระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมตะวันตกมาปรับใช้ แต่ปราศจากความระมัดระวัง มิได้ปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมกับวัฒนธรรมในพื้นที่นั้น ๆ ประชากรในประเทศไม่มีความพร้อม การพัฒนาเศรษฐกิจ และการเมืองของประเทศเหล่านี้จึงเกิดการเอารัดเอาเปรียบจากทุนนิยม เหตุผลเหล่านี้ก็นำมาสู่การหลอหลอมให้เกิดความเกลียดชังของโลกทุนนิยมไม่ว่าจะเป็นระบอบการปกครองแบบตะวันตก หรือระบบเศรษฐกิจแบบสหรัฐอเมริกา<sup>100</sup>

<sup>94</sup> มาตรา 135/1 ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>95</sup> มาตรา 135/2 ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>96</sup> มาตรา 135/3 ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>97</sup> มาตรา 135/4 ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>98</sup> อัลเคดา เคยเป็นเครือข่ายสนับสนุนของกองทัพโซเวียตในสงครามอัฟกานิสถานในช่วงทศวรรษที่ 1980 แต่ต่อมาโซเวียตถอยกำลังในปี 1989 กลุ่มนี้จึงสลายไปและรวมกับกลุ่มอิสลามติดอาวุธอื่น และก่อตั้งเป็น อัลเคดา โดย โอซามา บิน ลาดิน และเชื่อว่าสหรัฐ อเมริกาเป็นต้นเหตุของความวุ่นวายทั้งหมดในตะวันออกกลางและโลกอิสลามตั้งแต่สมัยอ่าวเปอร์เซีย จึงเป็นเหตุผลในการปฏิบัติการก่อการร้าย ณ ตึก World Trade Center และอาคาร Pentagon.

<sup>99</sup> ไทยรัฐออนไลน์, “21 ปี 9/11 จาก อัลกออิดะห์ โอเอส ถึงยุคตาลีบันอัฟกานิสถาน” สืบค้นเมื่อ 11 กันยายน 2565, <https://plus.thairath.co.th/topic/speak/102086>

<sup>100</sup> จุฑาทิพ คล้ายทับทิม, “การก่อการร้ายในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้,” *วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์* 31 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 12-13.

อย่างไรก็ตาม ภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นภูมิภาคที่มีความสำคัญทั้งต่อกลุ่มการค้าการร้าย และประเทศสหรัฐอเมริกาหลายด้าน<sup>101</sup> ได้แก่ ด้านภูมิศาสตร์ ด้านความขัดแย้งทางชาติพันธุ์ และศาสนา ด้านภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ ด้านเสถียรภาพทางการเมือง หรือปัญหาทางเศรษฐกิจ และด้านความสำคัญทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ปัจจัยเหล่านี้ล้วนมีความสำคัญกับทั้งฝ่ายสหรัฐอเมริกา และฝ่ายกลุ่มการค้าการร้ายทั้งสิ้น ทั้งนี้เดิมประเทศไทยเป็นประเทศที่มีใช้เป้าหมายโดยตรงของกลุ่มการค้าการร้าย แต่เนื่องจากประเทศไทยมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น โดยเฉพาะประเทศตะวันตกที่เป็นเป้าหมายของกลุ่มการค้าการร้าย ส่งผลให้ประเทศไทยตกอยู่ภายใต้ความเสี่ยงดังกล่าวที่ต้องเข้าไปผูกพันกับข้อตกลงบางประการ เพื่อให้ประเทศไทยเกิดความปลอดภัย และปราศจากอันตราย แต่เหตุการณ์เหล่านั้นส่งผลให้ประชาชนในประเทศเกิดความหวาดกลัวไม่น้อยแม้จะไม่ได้เกิดเหตุการณ์ต่อประเทศไทยโดยตรง อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยเองกลับมีปัญหาคาความรุนแรงในทางภาคใต้ ซึ่งมีลักษณะรูปแบบการดำเนินการของการก่อการร้ายมากยิ่งขึ้น ประเทศไทยจึงต้องให้ความสำคัญกับปัญหาดังกล่าว<sup>102</sup>

ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานก่อการร้ายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองภัยคุกคามจากการก่อการร้าย ที่มุ่งประสงค์ต่อชีวิตประชาชน หรือทำลายทรัพย์สินให้เกิดความเสียหาย เพื่อสร้างความปั่นป่วนให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน และทำให้เกิดความวุ่นวายในประเทศเพื่อบังคับขู่เข็ญให้รัฐบาลไทย หรือรัฐบาลของรัฐใด หรือองค์การระหว่างประเทศจำยอมต้องกระทำ หรือละเว้นการกระทำตามที่มีการเรียกร้อง ซึ่งการกระทำดังกล่าวได้เกิดในประเทศใกล้เคียง และมีแนวโน้มอาจเกิดขึ้นภายในประเทศไทยได้ จึงได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานการก่อการร้ายขึ้นมา<sup>103</sup>

เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ และเหตุผลในการกำหนดให้การกระทำเกี่ยวกับการก่อการร้ายเป็นความผิดทางอาญานั้น ก็เพื่อต้องการให้ความคุ้มครอง และเป็นหลักประกันต่อประชาชนภายในประเทศจากการถูกทำร้ายจากกลุ่มคนที่มีความประสงค์ในการมุ่งทำลายต่อชีวิต และทรัพย์สินของบุคคล ให้เกิดความเสียหาย เพื่อสร้างความปั่นป่วนโดยให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชน และทำให้เกิดความวุ่นวายในประเทศ หรือเพื่อบังคับขู่เข็ญให้รัฐบาลไทย รัฐบาลของรัฐใด หรือองค์การระหว่างประเทศ จำยอมต้อง

<sup>101</sup> เรื่องเดียวกัน, 14-16.

<sup>102</sup> อัครวิน ศุภระสร, “ความผิดฐานก่อการร้ายในประเทศไทย : มาตรการป้องกันและปราบปราม” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), 76-77.

<sup>103</sup> เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ เนื่องจากในสถานการณ์ปัจจุบัน ปรากฏว่า มีภัยคุกคามจากการก่อการร้าย โดยมุ่งประสงค์ต่อชีวิตของประชาชนผู้บริสุทธิ์ หรือทำลายทรัพย์สินให้เกิดความเสียหาย เพื่อสร้างความปั่นป่วนโดยให้เกิดความหวาดกลัวในหมู่ประชาชนและทำให้เกิดความวุ่นวายในประเทศ หรือเพื่อบังคับขู่เข็ญให้รัฐบาลไทย รัฐบาลของรัฐใด หรือองค์การระหว่างประเทศ จำยอมต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำตามที่มีการเรียกร้องของผู้ก่อการร้าย ซึ่งการกระทำเช่นนั้นได้เกิดขึ้นในประเทศใกล้เคียง และมีแนวโน้มว่าจะเกิดขึ้นภายในประเทศ อันจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศอย่างร้ายแรง นอกจากนี้ การกระทำดังกล่าวยังเป็นการกระทำในลักษณะการร่วมมือกระทำความผิดระหว่างประเทศ ซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้มีมติที่ 1373 เมื่อวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 2001 ขอให้ทุกประเทศร่วมมือดำเนินการป้องกันและปราบปรามการกระทำใดที่เป็นการก่อการร้าย รวมถึงการสนับสนุนทางทรัพย์สินหรือกรณีอื่นใดที่มีวัตถุประสงค์จะนำไปใช้ดำเนินการก่อการร้าย หรือเป็นสมาชิกขององค์กรก่อการร้าย โดยเหตุที่การก่อการร้ายเป็นการกระทำที่เป็นภัยร้ายแรง ต้องแก้ไขปัญหาลงมืออย่างรวดเร็ว จึงเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศและความปลอดภัยสาธารณะ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้.

กระทำ หรือละเว้นการกระทำตามที่มีการเรียกร้องของผู้ก่อการร้าย แม้ในช่วงเริ่มต้นภัยคุกคามดังกล่าว จะมิได้เกิดขึ้นกับประเทศไทยโดยตรง แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในเป้าหมายทั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้ก่อการร้าย หรือฝ่ายของประเทศที่ถูกคุกคาม ดังนั้น เมื่อสถานการณ์ภายนอกประเทศเริ่มมีความร้ายแรง และทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น รัฐบาลยังต้องให้ความสำคัญคุ้มครองกับผู้คนภายในประเทศเพิ่มมากยิ่งขึ้นด้วย เพื่อรองรับเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตข้างหน้า ประกอบกับในระยะหลังทางภาคใต้ของประเทศไทยก็เริ่มเกิดเหตุการณ์ความไม่สงบ มีการประทุษร้ายต่อกันโดยการใช้อาวุธปืน ระเบิด เพื่อบังคับ ช่มชู้ ประชาชนในพื้นที่บริเวณนั้นให้มีจุดมุ่งหมายเดียวกันกับตน โดยมีมูลเหตุมาจากทางด้านการเมือง หรือด้านศาสนา เป็นต้น เพราะฉะนั้น หากเกิดการกระทำก่อการร้ายแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้างทั้งต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลรวมถึงของประเทศชาติ นอกจากนี้ ยังเกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจ ระบบขนส่ง ระบบคมนาคม รวมถึงระบอบการเมือง และด้านศาสนาของคนในประเทศที่มีการนับถืออย่างหลากหลายอีกด้วย ดังนั้น ผู้ใดที่ได้กระทำ ความผิดดังกล่าวก็สมควรที่จะต้องได้รับการลงโทษให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

**2. กรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ** ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา<sup>104</sup> หรือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม<sup>105</sup> เป็นต้น

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ มีเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อที่จะคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในเนื้อตัว ร่างกาย จิตใจ รวมถึงชื่อเสียงและเกียรติคุณของบุคคลในสังคมที่บุคคลเหล่านั้นย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในทางเพศได้อย่างอิสระ ที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลอื่นเนื่องจากทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของในร่างกายของตนเอง ฉะนั้นบุคคลอื่นก็ไม่ควรที่จะมากระทำละเมิด นอกจากนี้ ยังเพื่อคุ้มครองและรักษามาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมด้วย เพราะการกระทำละเมิดในทางเพศย่อมเป็นสิ่งที่คนในสังคมไม่สามารถให้การยอมรับได้ถึงขนาดที่ว่าในบางกรณีแม้จะได้รับความยินยอมในการกระทำแต่กฎหมายก็ยังบัญญัติห้ามไว้ ทั้งนี้เมื่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดทั้งต่อศีลธรรมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐจึงได้กำหนดให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดทางอาญา

จากการวิเคราะห์โครงสร้างความผิดของฐานกระทำชำเราผู้อื่นทำให้ทราบถึงการกระทำที่จะเป็นองค์ประกอบความผิดว่าจะต้องมีการข่มขืนบังคับจิตใจ และกระทำชำเรา ต่อผู้อื่น ซึ่งการข่มขืนบังคับจิตใจก็คือการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยมิได้รับความยินยอม ได้แก่ ชูเชิญให้เกิดความกลัว เช่น การใช้อาวุธปืน ช่มชู้ หรือชูว่าจะฆ่าหากไม่ยินยอม หรือการใช้กำลังประทุษร้ายไม่ว่าจะกระทำต่อร่างกาย หรือจิตใจ เช่น การสะกดจิต การใช้ยาทำให้มึนเมา หรือการกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ทั้งในกรณีที่ไม่สามารถขัดขืนได้จากสภาพภายในของผู้เสียหายเอง กล่าวคือ เพราะการเจ็บป่วย ร่างกายไม่สมบูรณ์ หรือทุพพลภาพ และกรณีที่ไม่สามารถขัดขืนได้จากสภาพภายนอก กล่าวคือ การอยู่ในสถานที่เปลี่ยว หรือทำให้ผู้เสียหายเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น เป็นต้น

<sup>104</sup> มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>105</sup> มาตรา 277 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา

ส่วนการกระทำชำเรา<sup>106</sup> ก็คือการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศล้วงลำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น ทั้งสองประการเป็นสิ่งสำคัญที่บ่งบอกว่าการกระทำของคุณคนนั้นจะครบองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่นั่นเอง รวมถึงการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก ซึ่งมีลักษณะการกระทำที่ใกล้เคียงกันแตกต่างกันเพียงแต่วัตถุแห่งการกระทำจะต้องเป็นเด็กที่อายุไม่เกิน 15 ปี ซึ่งมีใช้สามมีหรือภริยาของตนไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายในการกำหนดให้การกระทำเกี่ยวกับเพศเป็นความผิดทางอาญานั้น เห็นได้ว่าเพื่อต้องการให้ความคุ้มครอง และเป็นหลักประกันจากการถูกล่วงละเมิดของคุณคน เพราะการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนอิสรภาพ กระทบต่อเนื้อตัว และร่างกาย นอกจากนี้ ยังกระทบต่อจิตใจ ซึ่งขัดต่อเสรีภาพในการตัดสินใจเพราะเป็นการกระทำที่บังคับให้เหยื่อหรือผู้ถูกกระทำต้องยอมจำนนต่อสิ่งที่เขาไม่ได้ยินยอม ทั้งยังเหยียดหยามศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยิ่งไปกว่านั้นแม้ในอดีตก่อนที่จะมีการกำหนดให้การกระทำนี้เป็นความผิดในทางกฎหมาย การกระทำเหล่านี้ก็เป็นสิ่งที่ผิดศีลธรรม จริยธรรมมาตั้งแต่ในสมัยนั้นแล้ว เป็นสิ่งที่ผู้คนไม่อาจยอมรับได้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำชำเรา หรือการกระทำอนาจารก็ตาม นอกจากจะกระทบกระเทือนต่อชีวิต และร่างกายแล้ว ก็ยังกระทบกระเทือนต่อชื่อเสียง เกียรติคุณอีกด้วย ส่งผลให้ผู้ถูกกระทำไม่อาจดำเนินชีวิตต่อไปได้อย่างปกติสุข

เห็นได้ว่าแม้การกระทำชำเราต่อบุคคลที่มีวุฒิภาวะมากพอแล้วยังถือเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องที่ต้องให้การคุ้มครอง ดังนั้น หากการกระทำเหล่านั้นเกิดขึ้นกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบห้าปีซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมายก็ยิ่งต้องให้ความคุ้มครองมากยิ่งขึ้นไปอีก สังเกตได้จากเรื่องความยินยอม ที่แม้ตัวเด็กผู้ถูกกระทำจะให้ความยินยอมก็ตาม ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดอยู่

ฉะนั้นเมื่อวิเคราะห์จากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทั้งก่อนที่จะมีการบัญญัติให้การกระทำความผิดฐานกระทำชำเราซึ่งเป็นความผิดในทางอาญา การกระทำเหล่านี้ก็ถือเป็นความผิดในตัวเองซึ่งเป็นความผิดต่อกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมที่ประชาชนในสังคมไม่อาจยอมรับได้อยู่ก่อนแล้ว โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำอันร้ายแรง รุนแรง ที่เป็นการกระทำซึ่งกระทบต่อร่างกายอันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญที่สุดของการเป็นมนุษย์ที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองไว้<sup>107</sup> จึงสรุปได้ว่าหากมีบุคคลกระทำผิดเหล่านี้ บุคคลเหล่านั้นก็สมควรต้องรับโทษให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อเป็นการลงโทษนั่นเอง

**3. กรณีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย** ได้แก่ ความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย<sup>108</sup> หรือความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น<sup>109</sup> หรือกรณีกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย โดยความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดตามที่บัญญัติ

<sup>106</sup> มาตรา 1 (18) ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>107</sup> มาตรา 28 วรคสึ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>108</sup> มาตรา 290 ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>109</sup> มาตรา 295 ประมวลกฎหมายอาญา

ไว้ในมาตรา 289<sup>110</sup> หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายรับอันตรายสาหัส<sup>111</sup> หรือกรณีกระทำความผิดตามมาตรา 297 โดยความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289<sup>112</sup> เป็นต้น

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย มีเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองคุณธรรมที่เป็นส่วนบุคคล นั่นคือ การคุ้มครองชีวิตของตัวบุคคลนั้นรวมถึงคนในสังคม เพราะมนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่มีชีวิตอยู่และได้รับความคุ้มครองจากรัฐตามรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย นอกจากจะเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่อชีวิต ต่อเนื้อตัวและร่างกายของผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อเองแล้ว ยังกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนส่วนรวมในสังคมอีกด้วย<sup>113</sup> ซึ่งหากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิดจะเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้เสียหายถึงแก่ชีวิต อันถือเป็นการละเมิดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคล และเป็นสิ่งที่คนในสังคมไม่อาจยอมรับได้เพราะเป็นสิ่งที่ยึดทั้งศีลธรรม และกฎหมาย นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจิตใจของผู้กระทำแล้วบุคคลนั้นย่อมเป็นผู้ที่มีจิตใจชั่วร้ายการปล่อยให้ผู้กระทำลอยนวล และใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุขบนความเจ็บปวดของบุคคลอื่นนั้น เป็นสิ่งที่วิญญูชนไม่เห็นพ้องด้วย จึงได้มีการกำหนดให้การกระทำนี้เป็นความผิดอาญานั้นเอง นอกจากนี้ เมื่อได้วิเคราะห์โครงสร้างความผิดของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น และฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น ลักษณะของการกระทำ หรือสภาพความผิดของฐานผิดฐานนั้น ๆ ทำให้เห็นว่าวิธีการอันเป็นการกระทำที่จะทำให้เกิดเป็นความผิดได้ เป็นสิ่งที่ออกจากร้ายแรง ซึ่งไม่ว่าใครก็ตามไม่ควรไปกระทำต่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นการฆ่าโดยใช้วิธีการต่าง ๆ เช่น การกดน้ำ<sup>114</sup> การขับรถชนตาย<sup>115</sup> การยิงปืน<sup>116</sup> การใช้มีดแทง<sup>117</sup>

<sup>110</sup> มาตรา 296 ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>111</sup> มาตรา 297 ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>112</sup> มาตรา 298 ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>113</sup> คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1: ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ลักษณะ 11 ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง (พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), 19-21.

<sup>114</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 617/2526 ข้อเท็จจริงฟังได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้ตายและฆ่าผู้ตายโดยวิธีกดให้จมน้ำจนสำลักน้ำตายเพื่อปกปิดความผิดของจำเลย.

<sup>115</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2526 จำเลยขับรถชนผู้ตายจนกระดูกหักถึงกำหนดพอลงจุดตรวจซึ่งมีแผงเหล็กเครื่องหมาย “หยุด” ตั้งอยู่กลางถนน ตำรวจได้ไปนำกวดและให้สัญญาณให้จำเลยหยุด จำเลยกลัวถูกจับ จึงไม่หยุดรถ แต่กลับเร่งเครื่องยนต์เหล็กเครื่องหมายจราจรพุ่งเข้าใส่ตำรวจที่ยืนอยู่ทางซ้าย 2-3 คนแต่ตำรวจกระโดดหลบเสียทัน ดังนี้ จำเลยย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำได้ว่ารถยนต์ที่จำเลยขับพุ่งเข้าใส่เช่นนั้น จะต้องชนตำรวจที่ยืนอยู่ในถนนถึงแก่ความตายได้ จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติกรตามหน้าที่ตาม ป.อ.มาตรา 289,80.

<sup>116</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1478/2528 จำเลยกับพวกพร้อมกันใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายถูกที่ด้านหลัง กระสุนปืนติดบริเวณไขสันหลัง ขาด ผู้ตายเป็นอัมพาตตั้งแต่เอวจนจดเท้าและถึงแก่ความตายสืบเนื่องมาจากบาดแผลที่ถูกยิงและภาวะติดเชื้ออย่างรุนแรงหลังจากเกิดเหตุ 9 เดือนเศษ ดังนี้ ผู้ตายถึงแก่ความตายสืบเนื่องมาจากบาดแผลที่ถูกยิง แม้จะเนื่องจากการรักษาไม่ดีขึ้นบาดแผลติดเชื้อ ก็เป็นผลธรรมดาอันสืบเนื่องมาจากการกระทำของจำเลย จำเลยจึงมีความผิดฐานฆ่าผู้ตายโดยเจตนา.

<sup>117</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 7663/2540 ผู้ตายถูกจำเลยทำร้ายร่างกาย โดยใช้มีดพร้าฟันบริเวณลำคอ 2 ครั้ง จนระบบหายใจเป็นอัมพาตและถึงแก่ความตายหลังเกิดเหตุประมาณ 56 วันปรากฏตามรายงานการชันสูตรพลิกศพของแพทย์ว่า การตายของผู้ตายเกิดจากภาวะหายใจล้มเหลวจากปอดอักเสบติดเชื้อ ซึ่งเป็นภาวะแทรกซ้อนจากระบบหายใจเป็นอัมพาต อันเนื่องจากไขสันหลังช่วงคอถูกทำลายซึ่งเป็นผลที่เกิดจากการถูกจำเลยฟันทำร้ายทั้งสิ้นและผู้ตายถึงแก่ความตายขณะที่ยังต้องรักษาอาการที่เกิดจากการถูกจำเลยทำร้าย และไม่ปรากฏว่ามีเหตุพิเศษอื่นใดเกิดขึ้นกับผู้ตายอีก การตายของผู้ตายจึงเป็นผลธรรมดาที่เกิดจากการถูกจำเลยฟันทำร้าย.

การวางยาพิษ<sup>118</sup> หรือการใช้สัตว์มีพิษ<sup>119</sup> ก็ตาม หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ด้วยการใช้ไม้หรือขวานทุบตี<sup>120</sup> หรือชกต่อย<sup>121</sup>

จากที่ยกตัวอย่างเห็นได้ว่า การกระทำที่จะครบองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดต่าง ไม่ว่าจะเป็นในอดีตก่อนที่จะมีการบัญญัติให้เป็นความผิดต่อกฎหมาย หรือในปัจจุบันที่ได้บัญญัติให้เป็นความผิดต่อกฎหมายแล้ว ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าการจะตัดสินว่าบุคคลใดมีการกระทำความผิดฐานนั้นหรือไม่ คงใช้เพียงกฎเกณฑ์ของสังคมเท่านั้น การกระทำที่จะถือเป็นความผิดจึงอ้างอิงจากหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมมาก่อนทั้งสิ้น โดยใช้ความรู้สึก จิตใต้สำนึก จิตวิญญาณของวิญญาณธรรมดาเพื่อพิจารณาว่าการกระทำใดถูกหรือผิด แม้อ้อมมาเมื่อมีการบัญญัติให้เป็นความผิดต่อกฎหมาย หลักเกณฑ์ทางสังคมก็ยังคงถูกนำมาใช้เป็นพื้นฐานของการบัญญัติให้การกระทำต่าง ๆ เป็นความผิดอยู่ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากเจตนารมณ์อันเป็นสิ่งที่จะอธิบายเหตุผลของการบัญญัติให้การกระทำเหล่านั้นเป็นความผิด ดังเช่น ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ที่มีเจตนารมณ์ในการที่จะกำหนดให้เป็นความผิดต่อกฎหมายก็เพื่อป้องกันและคุ้มครองชีวิตของประชาชนในสังคม เพราะบุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการมีชีวิตอยู่ตามสิทธิขั้นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ<sup>122</sup> ผู้ใดจะมาทำลายมิได้ เมื่อพิจารณาทั้งจากหลักเกณฑ์ทางด้านศีลธรรม รวมทั้งนิยามที่กฎหมายกำหนดขึ้นมา การกระทำความผิดดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญาและมีโทษทางอาญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคท้าย ดังนั้น ผู้ที่กระทำความผิดเหล่านี้จึงสมควรที่จะต้องได้รับโทษให้เป็นไปตามสัดส่วนของการกระทำที่ตนได้กระทำลงไป

**4. กรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ได้แก่ ความผิดฐานชิงทรัพย์<sup>123</sup> หรือความผิดฐานปล้นทรัพย์ เป็นต้น**

ลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ มีเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สิ้นเนื่องจากทรัพย์สิ้นถือเป็นปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตและเป็นสิ่งที่สามารถวัดคุณภาพของประชากรในสังคมได้ ประกอบกับการที่มีผู้กระทำความผิดในการกระทำนี้ จะทำให้เศรษฐกิจของบ้านเมืองเกิดความเสียหาย คือ เจ้าของทรัพย์จะไม่สามารถประกอบกิจการใด ๆ ได้ เพราะต้องคอยระวังและกังวลว่าทรัพย์ของตนนั้นจะสูญหายหรือไม่ หรือตนจะถูกชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ไปหรือไม่ ซึ่งนอกจากการสูญเสียวทรัพย์

<sup>118</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1429/2515 จำเลยเอายาฆ่าแมลงให้บุตรชายสองคนของจำเลยกินด้วยเจตนาแต่ประการเดียวที่จะให้บุตรทั้งสองตายไปพร้อม ๆ กันกับตน หากได้มีเจตนาที่จะให้ตายแยกเป็นคน ๆ ไปไม่ เมื่อบุตรของจำเลยตายคนหนึ่ง อีกคนหนึ่งไม่ตายการกระทำความผิดของจำเลยก็เป็นการกระทำอันเป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท.

<sup>119</sup> เทียบเคียงคำพิพากษาฎีกาที่ 235/2498 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยจับผู้ตายโดยเจตนาจำเลยจะผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา นั้น โจทก์จะต้องสืบให้ได้ความว่าผู้ตายนั้นกัดผู้ใดแล้วผลธรรมาอันควรเกิดขึ้นและน่าจะเกิดขึ้นก็คือผู้ตายนั้นจะแก่ความตายเมื่อโจทก์ไม่สืบและข้อเท็จจริงกลับฟังได้ว่าจำเลยกระทำไปโดยมีความเชื่อมั่นว่าผู้ตายซึ่งได้รับการลัก (จากจำเลย) แล้วถูกงูเห่ากัดจะไม่เป็นอันตรายถึงชีวิต ทั้งพยานโจทก์ว่าถ้ารักษาดีหรือกินยา ก็หายได้ดังนั้นก็กลับยังลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาไม่ได้.

<sup>120</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 659/2498.

<sup>121</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 193/2519.

<sup>122</sup> มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>123</sup> มาตรา 339 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา

แล้วก็อาจจะเกิดการกระทบกระเทือนต่อเนื้อตัวและร่างกายได้หากการลักทรัพย์นั้นได้กระทำด้วยการประทุษร้ายต่อร่างกาย หรือหากเป็นกรณีที่ผู้เสียหายเคยถูกระงับมาก่อนก็อาจจะรู้สึกท้อและไม่ต้องการที่จะประกอบกิจการอีก เนื่องจากตนได้พยายามทำมาหากินด้วยวิชาชีพที่สุจริตให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน แต่กลับมีบุคคลอื่นมาฉวยโอกาสเอาสิ่งที่ตนหาได้มาไปก็อาจจะหมดกำลังใจ<sup>124</sup>

ในทางกลับกันตัวผู้กระทำความผิดก็จะกระทำผิดต่อไปเป็นนิสัยและไม่คิดที่จะลงมือทำมาหากินด้วยอาชีพที่สุจริต ไม่มีความมานะพยายามในการดำรงชีพ และคอยแต่จะหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินที่บุคคลอื่นหามาได้อย่างง่ายดาย ส่งผลทำให้บุคคลเหล่านั้นไม่รู้ถึงคุณค่าของสิ่งที่มีอยู่ ใช้จ่ายสุรุ่ยสุร่ายไม่ประหยัดอดออม เมื่อทรัพย์สินนั้นหมดไปก็จะกลับมากระทำผิดซ้ำอีกต่อไปเรื่อย ๆ ไม่รู้จัก ดังนั้นการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์จึงเป็นการกระทำความผิดที่ส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินและความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม<sup>125</sup> เมื่อความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เป็นความผิดที่มีวัตถุประสงค์หรือเจตนากรณีในการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคลในสังคมเพื่อให้สามารถใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุข ไม่ต้องหวาดระแวงว่าทรัพย์สินของตนเองที่หามาได้โดยสุจริตนั้นจะถูกขโมยโดยบุคคลอื่นไปเมื่อใด และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดฐานชิงทรัพย์ และความผิดฐานปล้นทรัพย์ ที่มีองค์ประกอบของการประทุษร้ายต่อเนื้อตัวและร่างกายของเจ้าของทรัพย์อยู่ด้วยก็ย่อมเป็นอันตรายมากยิ่งขึ้นไปอีกสมควรที่จะต้องมีการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์เป็นอย่างยิ่ง ทั้งยังเป็นการกระทำความผิดที่ไม่เพียงแต่กระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายรายบุคคลเท่านั้นแต่กระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวมด้วย ดังนั้นกฎหมายตั้งแต่ในอดีตจนกระทั่งปัจจุบันได้เล็งเห็นถึงความสำคัญและความปลอดภัยของสังคมจึงได้มีการกำหนดให้การกระทำเช่นนี้เป็นความผิดอาญาในประมวลกฎหมาย

สำหรับลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์นั้นหากมองภาพรวมอาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการกระทำต่อวัตถุ สิ่งของ ไม่ได้มีการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อเนื้อตัวและร่างกาย อย่างไรก็ตามลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ แต่ทั้งกฎเกณฑ์ทางศีลธรรม และกฎหมายก็ให้ความสำคัญคุ้มครองต่อทรัพย์สินของเจ้าของกรรมสิทธิ์เช่นเดียวกัน เพราะทั้งกฎเกณฑ์ทางศีลธรรมและกฎหมายให้ความสำคัญกับความเสมอภาคและความเท่าเทียมกัน ผู้ใดที่ทำมาหาได้โดยสุจริต ได้ทรัพย์สินนั้นมาบุคคลนั้นก็ควรเป็นเจ้าของ เพื่อเป็นขวัญกำลังใจแก่บุคคลที่ตั้งใจ มุ่งมั่น ในการทำงานต่าง ๆ นั่นจึงเป็นเหตุผลว่าเหตุใดจึงต้องให้ความสำคัญคุ้มครองแก่สิ่งของ หรือวัตถุของบุคคลในสังคม ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อการลักทรัพย์ ที่มีการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจเข้ามาเกี่ยวข้อง การกระทำนั้นก็ย่อมร้ายแรงยิ่งกว่าเพราะนอกจากผู้ถูกระงับอาจสูญเสียทรัพย์สินที่ตนทำมาหาได้แล้วก็อาจสูญเสียชีวิตและร่างกายจากการกระทำในครั้งนั้นเพียงเพื่อให้ได้ทรัพย์ไปอีกด้วย อีกทั้งยังเป็นฐานความผิดที่กฎหมายให้ความสำคัญและคุ้มครองมาตั้งแต่อดีต แม้ในช่วงแรกจะเป็นการคุ้มครองเพียงแต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น แต่เมื่อเวลาผ่านไปก็ได้มีการบัญญัติให้ความสำคัญคุ้มครองเพิ่มขึ้นแปรผันตามกันเนื่องจากผู้กระทำ

<sup>124</sup> พระวรภักดิ์พิบูลย์, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, 120. อ้างถึงใน วิโรจน์ งามสุวรรณวานิช, “เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานชิงทรัพย์และปล้นทรัพย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), 42.

<sup>125</sup> ปัญญา วรวิวัฒน์, *กฎหมายอาญา ภาคความผิดและละหุโทษ มาตรา 107 ถึงมาตรา 398*, 583. อ้างถึงใน วิโรจน์ งามสุวรรณวานิช, เรื่องเดียวกัน, 47.

ความผิดได้มีการพัฒนาวิธีการกระทำความผิดและร้ายแรงมากยิ่งขึ้นด้วยการเอาชีวิตและร่างกายของเจ้าของกรรมสิทธิ์มาเกี่ยวข้องเพื่อให้ตนเองสะดวกแก่การเอาทรัพย์สินหรือวัตถุนั้นไป ด้วยเหตุนี้ การที่ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่นอกจากจะกระทบต่อทรัพย์สิน หรือวัตถุต่าง ๆ แล้ว และยังมีผลกระทบต่อกระทบกระเทือนต่อชีวิตและร่างกายย่อมถือเป็นความผิดที่ร้ายแรงนั่นเอง

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ สำหรับฐานความผิดในทางอาญานั้นหากได้พิจารณาจากแนวคิดหรือทฤษฎีที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา ทฤษฎีเพื่อการลงโทษ หรือทฤษฎีการรอกการลงโทษก็ตาม ทั้งนี้จะไม่ว่าประเทศใดก็ตามล้วนมีแนวคิด หลักการ หรือเหตุผลที่คล้ายคลึงกันหรือหากแตกต่างกันก็เพียงเล็กน้อยเท่านั้น อาจเป็นเพราะปัจจัยในการรับอิทธิพลต่าง ๆ มาตั้งแต่ในสมัยอดีต เห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินก็ตาม เหตุผลของการกำหนดให้เป็นความผิด หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการบัญญัติขึ้นมา รวมถึงสิ่งที่ต้องการให้ความคุ้มครองย่อมใกล้เคียงกัน ในทุกประเทศจึงมีการบัญญัติให้การกระทำเหล่านั้นเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาของประเทศตนเอง ทั้งนี้อาจแตกต่างกันเพียงบทลงโทษ กล่าวคือ

**กรณีประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย** ได้กำหนดให้ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานฆาตกรรม ความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับบาดเจ็บไม่ว่าโดยเจตนาหรือประมาท ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสไม่ว่าโดยเจตนาหรือโดยประมาทก็ตาม เป็นต้น ซึ่งเป็นความผิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติอาชญากรรม หรือ Crimes Act 1958 ของประเทศและรัฐดังกล่าว เป็นความผิดร้ายแรง เนื่องจากความผิดเหล่านี้หากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิด และผลที่ผู้ถูกระทำได้รับแล้ว ล้วนเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพในชีวิตและร่างกายของผู้ถูกระทำหรือเหยื่อ รวมถึงประชาชนในสังคม ทั้งยังผิดต่อศีลธรรม คุณธรรม และจริยธรรม อันเป็นสิ่งที่ประชาชนไม่อาจยอมรับได้ และเพื่อความชัดเจนต่อการปรับใช้กฎหมาย หรือเพื่อให้สามารถเข้าใจได้ว่าความผิดลักษณะใดเป็นความผิดร้ายแรง จึงได้มีการกำหนดความผิดเหล่านั้นไว้ในนิยามของความผิดร้ายแรง ซึ่งเมื่อความผิดเหล่านี้ได้ถูกกำหนดว่าเป็นความผิดร้ายแรง ส่งผลให้สะดวกต่อการจัดหมวดหมู่ หรือการจัดทำข้อยกเว้นต่าง ๆ ดังเช่น ในกรณีที่เกิดปัญหา หรือข้อวิจารณ์เกี่ยวกับกฎหมายในเรื่องการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่มาจากประชาชนในสังคม หรือเหล่านักวิชาการ และนักกฎหมาย

ทั้งนี้รวมถึงลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งบุคคลธรรมดา หรือเด็กที่อายุต่ำกว่าสิบสองปี หรือต่ำกว่าสิบหกปี ความผิดฐานกระทำอนาจาร ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศ และความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามพระราชบัญญัติการก่อการร้าย เป็นต้น เหล่านี้ก็ได้ถูกกำหนดไว้ในนิยามของความผิดร้ายแรงในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 1991 ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม แม้ลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลียจะไม่ได้

ถูกกำหนดเอาไว้ว่าเป็นความผิดร้ายแรงตามนิยามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติ Sentencing Act 1991 ก็ตาม แต่หากพิจารณาลักษณะของการกระทำแล้วก็ย่อมอนุมานได้ว่าเป็นสิ่งที่ร้ายแรง และสุดท้ายแล้วเมื่อปรับใช้เรื่องมารัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลียก็ได้ยกเลิกการลงโทษหรือการกำหนดโทษสำหรับทุกความผิดในที่สุด

**ส่วนกรณีประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น** ทั้งสามประเทศนี้เป็นประเทศที่ไม่มีการกำหนดนิยามของ “ความผิดร้ายแรง” เอาไว้อย่างในรัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลีย เช่นเดียวกับประเทศไทยซึ่งก็ได้มีการให้นิยามของความผิดร้ายแรงเอาไว้อย่างชัดเจนว่าได้แก่ความผิดฐานใดบ้าง เพียงแต่ให้ข้อเสนอแนะหรือข้อพิจารณาเอาไว้ว่าการกระทำในลักษณะใดบ้างที่อาจเป็นความผิดร้ายแรงได้ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากการกำหนดข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดในเรื่องการลงโทษหรือการกำหนดโทษแล้ว ความผิดที่เป็นข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดมักเป็นความผิดที่ปรากฏในลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยมีเหตุผลที่ใกล้เคียงคล้ายกันทั้งสิ้น นั่นคือ เพราะความผิดเหล่านั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะของการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพในชีวิตและร่างกาย กระทบกระเทือนต่อจิตใจของผู้ถูกกระทำหรือเหยื่อ รวมถึงผู้คนในสังคม การกระทำความผิดเหล่านี้จึงถูกยกเว้นหรือถูกจำกัดเอาไว้ ทั้งนี้แม้จะมีได้มีการกำหนดนิยามเอาไว้ชัดเจนอย่างในประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) แต่ในประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี หรือประเทศญี่ปุ่นก็ได้นำเอาหลักเกณฑ์ หรือกฎในทางศีลธรรม หรือคุณธรรม รวมถึงความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมมาเป็นพื้นฐานในการพิจารณาเพื่อแสดงให้เห็นว่าการกระทำเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกครรถองครองธรรม เป็นสิ่งที่ปู้คุณธรรมดาไม่ประพฤติปฏิบัติ การกระทำความผิดเหล่านั้นจึงเป็นความผิดความร้ายแรงอยู่ในตัวเองแม้จะมีได้มีการนิยามเอาไว้ก็ตาม

จากการพิจารณาเป็นรายลักษณะฐานความผิดต่าง ๆ ประกอบกับการพิจารณาหลักเกณฑ์ในทางศีลธรรม จริยธรรม หรือคุณธรรมของสังคม รวมถึงเปรียบเทียบฐานความผิดอันเป็นการกระทำร้ายแรงตามกฎหมายต่างประเทศแล้ว กับทั้งเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา ตลอดจนองค์ประกอบความผิดของฐานความผิดนั้น ๆ รวมถึงยกตัวอย่างคำพิพากษาเพื่ออธิบายการกระทำว่าการกระทำนั้นร้ายแรงอย่างไร จึงนำมาสู่ข้อสรุปที่ว่าฐานความผิดอันควรถือเป็นความผิดร้ายแรง ได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดฐานขู่เข็ญ หรือสะสมกำพล หรืออาวุธ ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการก่อการร้าย ความผิดฐานเป็นสมาชิกที่ทำการก่อการร้าย ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีนไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานชิงทรัพย์ และความผิดฐานปล้นทรัพย์

## 6. พฤติการณ์ที่ศาลมักการลงโทษหรือการกำหนดโทษ

ตามที่กล่าวไปข้างต้นแม้การกระทำความผิดในลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน จะมีลักษณะของการกระทำหรือสภาพเป็นความผิดร้ายแรงตามกฎหมายเกณฑ์ต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นก็ตาม แต่มิได้หมายความว่าหากเกิดการกระทำความผิดดังกล่าวแล้วศาลจะต้องพิจารณาใช้ดุลพินิจในการไม่รอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษไปเสียทุกกรณี หากแต่ต้องพิจารณาในบางพฤติการณ์ที่ถึงแม้จะเป็นความผิดดังกล่าวก็ยังคงอำนาจให้ศาลในการใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษไว้ได้อยู่

จากการศึกษาเกี่ยวกับพฤติการณ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาเพื่อให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษแล้วไม่ว่าจะเป็น ประเทศไทย ประเทศออสเตรเลีย (รัฐวิกตอเรีย) ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี หรือประเทศญี่ปุ่น ล้วนมีพฤติการณ์ที่คล้ายคลึงกัน แต่ในการพิจารณาเพื่อนำมาใช้อาจแตกต่างกันเพียงเล็กน้อย กล่าวคือ มีการพิจารณาอายุของผู้กระทำความผิด<sup>126</sup> ประวัติ ความประพฤติ ลักษณะนิสัยของผู้กระทำความผิด อาชีพ หน้าที่การงาน<sup>127</sup> สติปัญญา การศึกษา<sup>128</sup> สุขภาพร่างกาย สุขภาพจิตใจ<sup>129</sup> การรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น<sup>130</sup> สำหรับประเทศไทยพฤติการณ์เหล่านี้มักถูกนำมาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาว่าจะให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษหรือไม่ หากผู้กระทำความผิดอายุยังน้อยก็มักให้โอกาสเพื่อแก้ไขฟื้นฟูตนเอง เพราะมองว่าการกระทำความผิดนั้นอาจเกิดจากการกระทำไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ไม่มีวุฒิภาวะมากพอที่จะคิด วิเคราะห์ แยกแยะ หรือหากผู้กระทำความผิดมีอายุมากแล้วก็อาจเป็นพฤติการณ์ที่ศาลอาจให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษก็ได้ เพราะมองว่าอาจส่งตัวผู้กระทำความผิดที่มีอายุมากแล้วเข้าสู่เรือนจำอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพร่างกายของผู้นั้น หรือส่งผลกระทบต่อบุคลากรที่จะต้องให้การดูแลเป็นพิเศษ นอกจากนี้ ยังพิจารณาประวัติ ความประพฤติ หรือลักษณะนิสัยส่วนตัว ที่หากบุคคลนั้นไม่เคยมีประวัติกระทำความผิดมาก่อน หรือปกติเป็นคนที่มีนิสัยดี จิตใจโอบอ้อมอารีก็มักให้โอกาสเพื่อแก้ไขฟื้นฟูตนเอง รวมถึงพิจารณาอาชีพการงาน

<sup>126</sup> พิจารณาอายุ ไม่ว่าจะอายุมากหรือน้อยก็ตามหากได้กระทำไปโดยขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ไม่มีวุฒิภาวะ กระทำไปโดยการคิดคะนอง ศาลอาจนำมาพิจารณาเพื่อรอกการลงโทษหรือการกำหนดโทษได้.

<sup>127</sup> ประวัติ ความประพฤติ นิสัย อาชีพและสิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิด หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีคุณงามความดีในอดีต ความประพฤติไม่เสื่อมเสีย เป็นคนนิสัยดี โอบอ้อมอารี ช่วยเหลือผู้อื่น ไม่เอาเปรียบผู้อื่น ไม่เห็นแก่ตัว ประกอบอาชีพสุจริตเป็นหลักแหล่งมั่นคง มีเกียรติในสังคม ไม่คบหานักเลงอันธพาล หรือมั่วสุมในแหล่งที่มีการกระทำความผิดชุกชุม ศาลอาจนำมาพิจารณาประกอบได้ เช่น การรับราชการเป็นผู้ว่าราชการจังหวัด กำนัน นายอำเภอ ผู้ใหญ่บ้าน ครู อาจารย์ หนายความ พยาบาล เป็นต้น.

<sup>128</sup> สติปัญญา และการศึกษา เช่น การทำผิดเพราะโง่เขลา เบบปัญญา กระทำไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือมีการศึกษาขั้นต่ำหรือขั้นสูง เป็นเหตุให้กระทำความผิดขึ้น แต่ด้วยเหตุที่มีการศึกษาที่ดีนั้นอาจทำคุณประโยชน์แก่ประเทศชาติต่อไปได้ ศาลอาจให้รอกการลงโทษได้ เช่น จำเลยเป็นนักเรียนอยู่ระหว่างการศึกษามีอาเสพติดไว้ในครอบครอง ศาลให้รอกการลงโทษได้เพื่อให้โอกาสกลับตัวเป็นคนดีและทำการศึกษาต่อเพื่ออนาคตของจำเลย หรืออยู่ในระหว่างการศึกษแต่กลับกระทำความผิดโดยขาดความรับผิดชอบ ศาลให้รอกการลงโทษได้ หรือกำลังศึกษาเล่าเรียนอยู่ นับว่าอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดี อาจช่วยให้กลับตัวได้ดีกว่าการลงโทษจำคุก เป็นต้น.

<sup>129</sup> สุขภาพ และภาวะแห่งจิต เช่น เจ็บป่วยเรื้อรัง เป็นโรคติดต่อร้ายแรง พิการ เป็นโรคประสาทหรือเป็นหญิงมีครรภ์ ศาลอาจรอกการลงโทษให้ได้ เพราะหากให้รับโทษไปจะทำให้สุขภาพกาย และสุขภาพจิตเป็นอันตรายร้ายแรง.

<sup>130</sup> การรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น คือ การรู้สึกผิดต่อสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป พยายามที่จะรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยการชดใช้ค่าเสียหาย เป็นต้น.

การศึกษา หากเป็นผู้ที่ประกอบอาชีพการงานที่ดี มีความน่าเชื่อถือ และสามารถทำคุณประโยชน์ต่อสังคมส่วนรวมได้ศาลก็จะนำมาเป็นเหตุให้ใช้มาตรการดังกล่าว หรือในทางกลับกัน การมีหน้าที่การงานที่ดี มีการศึกษาที่สูงก็อาจไม่ได้โอกาสจากมาตรการดังกล่าวเสมอไป เพราะถูกมองว่าเมื่อเป็นคนมีความรู้ดี มีการศึกษาสูง มีอาชีพที่มั่นคง น่าไว้วางใจ ก็ย่อมต้องรู้จักผิดชอบชั่วดีมากกว่าบุคคลอื่น กรณีเช่นนี้ศาลก็ไม่อาจให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษได้ รวมถึงการพิจารณาสุขภาพร่างกาย และสุขภาพจิตใจ หากมีโรคประจำตัว หรือโรคทางจิต เช่น โรคซึมเศร้า ศาลก็จะพิจารณาเป็นกรณีพิเศษที่ต้องให้ความสำคัญกับคุณภาพชีวิตและอาจให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษเอาไว้ก่อนหรือจนกว่าบุคคลนั้นจะหายเป็นปกติ เพราะหากส่งตัวเข้าไปในเรือนจำทันทีก็อาจจะทำให้สุขภาพเป็นอันตรายร้ายแรงกว่าเดิมได้ อย่างไรก็ตาม พฤติการณ์ที่กล่าวไปข้างต้นนั้นหากปรากฏในการพิจารณาของประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี หรือประเทศญี่ปุ่น ศาลมักจะนำพฤติการณ์เหล่านั้นมาเป็นเพียงเหตุผลโทษ หรือบรรเทาโทษลงเท่านั้นมิได้นำไปเพื่อพิจารณาว่าจะให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษหรือไม่ หมายความว่าผู้กระทำความผิดก็ยังคงต้องได้รับโทษอยู่แต่โทษนั้นจะลดลง

นอกจากนี้ ยังมีการพิจารณาถึงสภาพความผิด ลักษณะของการกระทำความผิด<sup>131</sup> สำหรับประเทศไทยนอกจากพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำความผิด ความร้ายแรงของการกระทำความผิด ยังพิจารณาต่อไปถึงพฤติการณ์ของคดีที่มีเหตุป้องกันทำให้ไม่ต้องรับผิด<sup>132</sup> หรือมีเหตุบันดาลโทสะทำให้ลดโทษได้<sup>133</sup> หรือกรณีที่มีการกระทำเกิดขึ้นโดยไม่เจตนา หรือประมาท<sup>134</sup> ก็ตามเพื่อนำมาพิจารณาในการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษด้วย แต่สำหรับประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย ประเทศอังกฤษ ไม่ได้คำนึงว่าการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นเพราะเหตุที่ได้กระทำโดยเจตนา หรือไม่เจตนา กระทำโดยประมาทหรือไม่ประมาท ถ้าหากเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นขึ้นแล้วบุคคลนั้นก็ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดอยู่<sup>135</sup> ยิ่งไปกว่านั้นยังนำเอาหลักความคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมมาพิจารณาเป็นลำดับแรกเพื่อเป็นเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจในการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษอีกด้วย

<sup>131</sup> การพิจารณาลักษณะของการกระทำความผิด ความหนักเบา ร้ายแรงของผู้กระทำความผิด หรือความผิดที่เกิดขึ้นร้ายแรงเพียงใด หากศาลใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษจะส่งผลให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่างหรือไม่ ซึ่งอาจประกอบด้วยพฤติการณ์แห่งการกระทำ และ มูลเหตุในการกระทำความผิดซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ได้แก่ กรณีกระทำการป้องกัน หรือการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ กรณีกระทำโดยบันดาลโทสะ กรณีกระทำโดยรู้เห็นเป็นใจ กรณีเป็นการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ เป็นต้น.

<sup>132</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 186/2524 จำเลยเป็นนายเรือเดินทะเล ลูกเรือชักชวนกันละทิ้งหน้าที่แต่ยังมีคนทำงานเรือเดินทางมาอย่างปกติ ภยันตรายที่เรือใกล้จะอัปปางจึงยังไม่มี ผู้ตายแสดงกิริยาให้เข้าใจว่าจะทำร้ายจำเลย และร้องบอกพรรคพวกให้นำอาหารมาให้เป็นไปไม่ได้ที่จะให้จำเลยหลบเข้าห้อง และที่ประจันหน้ากับผู้ตายก็มีใช้สมัครใจต่อสู้กับผู้ตาย จำเลยยังผู้ตายซึ่งไม่มีอาวุธติดตัวเป็นการป้องกันสิทธิ แต่เกินสมควรแก่เหตุ จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288, 69 จำคุก 2 ปี รอกการลงโทษไว้ 2 ปี ตามมาตรา 56.

<sup>133</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 435/2500 จำเลยยิงผู้เสียหายในขณะที่จำเลยไปพบผู้เสียหายกำลังกอดกิริยาของจำเลยอยู่จนถึงได้มีการต่อสู้กันขึ้นอันเรียได้ว่าจำเลยบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม จำเลยจึงได้ยิงผู้เสียหายในขณะนั้นซึ่งตามมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ศาลจะลงโทษ จำเลยน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ ศาลลงโทษจำคุกจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,80 และ 72 มีกำหนด 2 ปี แต่ให้รอกการลงโทษไว้มีกำหนด 5 ปี.

<sup>134</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 201/2520 จำเลยกับผู้ตายต่างประมาทในลักษณะเดียวกันจนเกิดเหตุขึ้น การใช้ดุลพินิจจะพิจารณาแต่ความประมาทของจำเลยฝ่ายเดียวไม่ได้ เมื่อต่างฝ่ายต่างประมาทไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน ตัวจำเลยเองบาดเจ็บสาหัส ศาลลงโทษจำคุกจำเลยแต่รอกการลงโทษไว้.

<sup>135</sup> คดี DPP v. JA & Ors [2023] VSC 531 และ คดี R v.Tame Kohunui [2007] VSC 180.

## 7. บทสรุป: ข้อดีข้อเสียของหลักเกณฑ์การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษตามกฎหมายไทย และข้อเสนอแนะ

กล่าวโดยสรุปว่าจากหลักเกณฑ์การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยในปัจจุบันสะท้อนให้เห็นว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่มุ่งเน้นให้มีการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษเป็นอย่างยิ่ง สังเกตได้จากอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดเป็นเกณฑ์ที่มีการแก้ไขอัตราโทษเพิ่มเติมขึ้นมาเรื่อย ๆ จากในอดีตที่กำหนดให้พิจารณากรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ศาลอาจพิจารณาให้มีการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษได้ จนกระทั่งปัจจุบันอัตราโทษดังกล่าวได้ขยายเป็นกรณีที่ศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ศาลอาจพิจารณาใช้มาตรการดังกล่าวได้ ถ้าปรากฏว่าไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อน หรือเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือเคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่า 5 ปี แล้วมากระทำความผิดอีกโดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ และแม้การที่ศาลให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกนั้น จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ ที่ถูกต้องตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ก็ตามอันสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitative Theory) เพื่อจะได้รู้สึกสำนึกต่อความผิดที่ได้กระทำลงไปและกลับตัวกลับใจเป็นคนดี แต่การใช้มาตรการนี้ทำให้การลงโทษไม่ได้เป็นไปตามสัดส่วนของความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อไว้ ทั้งที่ได้มีคำพิพากษาตัดสินแล้วว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดจริง ดังนั้น บุคคลเหล่านี้จึงควรได้รับการลงโทษเพื่อให้สอดคล้องกับทฤษฎีการแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการแก้แค้นกันเอง ทั้งยังเพื่อปกป้องสังคมจากผู้กระทำความผิด ประชาชนในสังคมจะได้ไม่รู้สึกหวาดกลัวที่จะต้องอยู่ร่วมกับผู้ที่ก่อความผิดรวมถึงเป็นการยับยั้งและป้องปรามการก่ออาชญากรรมล่วงหน้าได้ตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยังยั้ง (Deterrence Theory) การลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crimes) และการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal From Society) เพื่อเป็นหลักประกันว่าบุคคลที่ได้กระทำความผิดนั้นได้รับโทษเหมาะสมตามสัดส่วนของการกระทำความผิดแล้ว และหากมั่นใจได้ว่าเขาจะรู้สึกสำนึก กลับตัวกลับใจจริง ก็สามารถนำมาตราการรอกการลงโทษมาใช้ได้ นั่นก็คือว่าบรรล่วัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแล้ว ฉะนั้นการที่กระบวนกรยุติธรรมทางอาญานำตัวบุคคลผู้กระทำความผิดเข้ามาสู่ระบบย้อมเป็นสิ่งที่ดีกว่าการปล่อยตัวไปแล้วไปกำหนดเงื่อนไขในการคุมความประพฤติซึ่งก็อาจจะไม่ได้รับการฟื้นฟูแก้ไขอย่างแท้จริง เนื่องจากการใช้มาตรการคุมประพฤติในประเทศไทยนั้นยังคงขาดประสิทธิภาพทั้งด้านการคัดกรอง หรือจำแนกบุคคล การสืบเสาะหาข้อมูล การรายงานตัวของผู้ถูกคุมประพฤติในระยะเวลาที่ไม่ต่อเนื่อง ประกอบกับจำนวนบุคลากรและทรัพยากรไม่เพียงพอ และเพื่อไม่ให้เป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลมากเกินไป รวมถึงกรณีที่หากเกิดการกระทำความผิดโดยมีเหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุยกโทษ หรือเหตุบรรเทาโทษแล้วแต่กรณี ซึ่งยังคงเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีได้อยู่ และเพื่อที่จะสะท้อนให้เห็นถึงความร้ายแรงของฐานความผิดบางฐานที่จำเป็นจะต้องนำมาพิจารณาเป็นพิเศษ

อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการการลงโทษหรือการกำหนดโทษจำคุกนี้ย่อมมีทั้งข้อดี และข้อเสียเกิดขึ้น กล่าวคือ

### ข้อดีของการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษจำคุก

การลงโทษจำคุกอาจมีผลเสียต่อตัวผู้กระทำความผิดรวมถึงกระทบต่อครอบครัวของบุคคลนั้นด้วย การรอกการลงโทษ หรือการกำหนดโทษจึงเป็นการให้โอกาสเพื่อได้กลับไปทำหน้าที่ต่อครอบครัวต่อไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้กระทำความผิดเป็นหัวหน้าครอบครัว ครอบครัวก็จะเกิดความลำบาก และได้รับความเดือดร้อน หรือเป็นการให้โอกาสผู้กระทำความผิดได้แก้ไขฟื้นฟูตนเองมิให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก จนสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไปตามหลักทฤษฎีการลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory) นอกจากนี้ ยังลดอัตราการแอ็ดของนักโทษในเรือนจำ<sup>136</sup> อีกด้วย

### ข้อเสียของการรอกการกำหนดโทษหรือการลงโทษจำคุก

ข้อเสียของการรอกการลงโทษ หรือการกำหนดโทษนั้นอาจทำให้ความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายลดลง เพราะทำให้การลงโทษมิได้เป็นไปตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิด (Deterrence Theory) ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และอาจกลับมากระทำความผิดซ้ำได้อีกเนื่องจากไม่เข็ดหลาบจากการกระทำของตนเอง นอกจากนี้ ยังอาจทำให้ประชาชนในสังคมเกิดการเลียนแบบพฤติกรรม เพราะเห็นว่าอย่างไรก็ตามแม้ตนจะกระทำความผิดก็ย่อมได้รับประโยชน์จากมาตรการรอกการลงโทษ หรือการกำหนดโทษได้ ยิ่งไปกว่านั้นการปล่อยตัวผู้กระทำความผิดกลับมาออกมายุ่งร่วมกับประชาชนในสังคมก็อาจจะทำให้ผู้คนเกิดการหวาดกลัว สังคมมีความอันตราย และไม่ปลอดภัยตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crimes) และทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal From Society) และที่สำคัญที่สุดย่อมส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อผู้เสียหายที่อาจทำให้รู้สึกว่าคุณค่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมในการดำเนินกระบวนการตามกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นสิ่งที่เสี่ยงให้เกิดเหตุการณ์ที่ผู้เสียหายอาจกลับมาแก้แค้นกันเองได้ ฉะนั้น รัฐจึงควรดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด บุคคลใดกระทำความผิดก็สมควรได้รับโทษเพื่อป้องกันการแก้แค้นกันเองอย่างไม่มีที่สิ้นสุดตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) นอกจากนี้ การใช้มาตรการการลงโทษหรือการกำหนดโทษอย่างในปัจจุบันที่กำหนดอัตราโทษที่ศาลจะลงโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 5 ปี<sup>137</sup> ที่แม้ศาลอาจมีการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมประพฤติไว้ตามมาตรา 56 วรรคสอง<sup>138</sup> ก็ตาม ก็มีได้เป็นการประกันได้ว่าบุคคลที่ได้โอกาสจากมาตรการนั้นจะสามารถกลับตัว แก้ไขฟื้นฟูตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะในทางปฏิบัติหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในหลายหน่วยงานยังคงไม่มีความพร้อม และขาดความเหมาะสม ทั้งกรมคุมประพฤติที่ปัจจุบันมีเจ้าหน้าที่คุมประพฤติไม่เพียงพอต่อการควบคุม ทำให้การดูแลไม่ครอบคลุม และไม่ทั่วถึง

<sup>136</sup> สิทธิชัย ไม้แก้ว, “การใช้ดุลพินิจในการรอกการลงโทษ: ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา,” 25.

<sup>137</sup> มาตรา 56 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา

<sup>138</sup> มาตรา 56 วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งนำเสนอข้อเสนอแนะเพื่อเป็นแนวทางหรือข้อเสนอแนะ และข้อที่ควรคำนึงสำหรับการใช้มาตรการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษที่ปรากฏใน “คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย” นำมาพัฒนาต่อยอดให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ด้วยการหยิบยกในส่วนที่มีความแตกต่างอันเป็นจุดสำคัญของแต่ละประเทศ และนำไปปรับใช้กับประเทศไทยให้มีความเหมาะสมมากที่สุด ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีเพียงประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรียที่ยกเลิกการใช้มาตรการดังกล่าวสำหรับทุกความผิดเท่านั้น ส่วนประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่นทั้งสามประเทศนี้มีรูปแบบ หรือหลักเกณฑ์ของมาตรการดังกล่าวที่ใกล้เคียงกับรูปแบบ หรือหลักเกณฑ์ของประเทศไทย แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งสามประเทศนั้นก็ยังมีข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดที่ถือเป็นจุดสำคัญ

เมื่อทราบถึงจุดแตกต่างที่เป็นข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นของแต่ละประเทศแล้ว แต่ละประเทศก็มีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไป และต่างมีประโยชน์ไม่เหมือนกัน ซึ่งหากต้องมีการนำข้อแตกต่างนั้นไปปรับใช้กับประเทศอื่น ๆ ก็จะต้องพิจารณาปัจจัยในหลาย ๆ ด้าน และสำหรับผู้เขียนเองเห็นว่าการนำข้อแตกต่างของประเทศออสเตรเลีย รัฐวิกตอเรีย ในเรื่องการให้คำนิยามความผิดร้ายแรงเอาไว้ในพระราชบัญญัติมาปรับใช้เพื่อเป็นแนวทางในการให้คำนิยามประเภทความผิดร้ายแรงของประเทศไทยให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ

ให้มีการกำหนดนิยามของความผิดร้ายแรงว่าได้แก่ความผิดฐานใดบ้างให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ด้วยการต่อยอดจาก “คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย พ.ศ. 2559” ประกอบกับ “คำแนะนำของคณะพัฒนากฎหมายเรื่อง การกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย” ที่จัดทำโดยคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับลักษณะของความร้ายแรงว่าจะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์เช่นไรบ้าง โดยมีได้ระบุนฐานความผิดไว้ชัดเจน ก็ควรกำหนดให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ยิ่งไปกว่านั้นหากพิจารณาเหตุผลทางด้านคุณธรรม จริยธรรม หรือศีลธรรมทางสังคมแล้ว การกระทำเหล่านี้ก็ถือเป็นการกระทำที่ผิดและกระทบต่อศีลธรรมเช่นเดียวกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายดังกล่าวประกอบกับเกณฑ์ในทางศีลธรรมแล้ว ก็สามารถพิจารณากำหนดให้ลักษณะความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศ ลักษณะความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย และลักษณะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ให้ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงได้ เพราะเป็นความผิดที่มีลักษณะของการกระทำครบตามเงื่อนไขดังที่คำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษอาญาในกฎหมายได้กล่าวไว้ ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมข้อที่ 3/1 เพื่อเป็นการขยายความของคำว่า “**อาญาร้ายแรงและน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม**” ตามที่ปรากฏอยู่ในข้อที่ 3<sup>139</sup> ของคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย พ.ศ. 2559

---

<sup>139</sup> คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย พ.ศ. 2559 ข้อ 3 “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ศาลพึงให้โอกาสจำเลยมีต้องรับโทษจำคุกหรือโทษปรับโดยไม่จำเป็น แต่พึงเน้นการใช้มาตรการเพื่อแก้ไขฟื้นฟูและป้องกันมิให้จำเลยกระทำความผิดซ้ำแทนการลงโทษจำคุก ส่วนโทษจำคุกนั้น ควรนำมาใช้เมื่อจำเลยกระทำความผิดอาญาร้ายแรงและน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม”.

ตารางที่ 2 เพิ่มเติม ข้อ 3/1 โดยการกำหนดฐานความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา ให้เป็นความผิดอาญาร้ายแรงและน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม ในคำแนะนำของประธานศาลฎีกา เกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัย พ.ศ. 2559

เดิม	แก้ไขเพิ่มเติม
-	<p>เพิ่มเติมข้อ 3/1</p> <p>“ฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาต่อไปนี้ เป็นความผิดอาญาร้ายแรงและน่าจะเป็นอันตรายต่อสังคม</p> <p>(1) ความผิดฐานก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/1</p> <p>(2) ความผิดฐานขู่เชิญว่าจะทำการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/2</p> <p>(3) ความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/3</p> <p>(4) ความผิดฐานเป็นสมาชิกของคณะบุคคลที่มีการกระทำการอันเป็นการก่อการร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 135/4</p> <p>(5) ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288</p> <p>(6) ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้นั้น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295</p> <p>(7) ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายรับอันตรายสาหัส ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 297</p> <p>(8) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276</p> <p>(9) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277</p> <p>(10) ความผิดฐานชิงทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 339</p> <p>(11) ความผิดฐานปล้นทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 340</p> <p>(12) ความผิดอื่นใดที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน”</p>

อย่างไรก็ตาม หากเป็นการกระทำความผิดร้ายแรงตามที่กำหนดใน ข้อ 3/1 ศาลจะต้องให้ความสำคัญ และคำนึงถึงเป็นพิเศษ เมื่อต้องมีการใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุก แต่ก็มิได้หมายความว่าหากเป็นกรณีที่จำเลยได้กระทำความผิดดังกล่าวแล้วจะไม่สามารถใช้มาตรการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษจำคุกได้โดยเด็ดขาด แต่การกำหนดเช่นนั้นเป็นไปเพื่อให้มีการตระหนักถึงลักษณะของการกระทำความผิดก่อนที่จะมีการใช้มาตรการดังกล่าวมากยิ่งขึ้น เหตุเพราะความผิดเหล่านั้นล้วนเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง และเป็นอันตรายต่อประชาชนรวมถึงสังคมส่วนรวม ส่งผลให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าหากมีพฤติการณ์พิเศษบางกรณี จำเลยก็อาจได้ประโยชน์จากมาตรการดังกล่าวอยู่ โดยพิจารณาพฤติการณ์พิเศษจากที่กำหนดใน ข้อ 6<sup>140</sup> ของคำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษและการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ พ.ศ. 2559

ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางแก่ศาลในการใช้ดุลพินิจรอกการลงโทษ หรือรอกการกำหนดโทษจำคุกให้สอดคล้องกับทฤษฎีว่าด้วยวัตถุประสงค์ของการลงโทษต่าง ๆ และเพื่อให้ประชาชนในสังคมเกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมว่าผู้กระทำความผิดร้ายแรงจะได้รับการลงโทษ ตลอดจนเกิดความรู้สึกมั่นคงปลอดภัยในสังคมสืบไป

---

<sup>140</sup> คำแนะนำของประธานศาลฎีกาเกี่ยวกับวิธีการรอกการกำหนดโทษ การรอกการลงโทษ และการกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติ พ.ศ. 2559 ข้อ 6

- (1) จำเลยกระทำความผิดโดยมีสาเหตุมาจากความยากจนหรือรู้เท่าไม่ถึงการณ์ และไม่เกิดความเสียหายร้ายแรง
- (2) จำเลยสำนึกถึงการกระทำความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น และในกรณีที่มีผู้เสียหายบุคคลดังกล่าวไม่ตั้งใจที่จะดำเนินคดีแก่จำเลย
- (3) จำเลยเป็นหญิงมีครรภ์ คนชรา คนพิการ ผู้ที่เจ็บป่วยหรือเป็นโรคร้ายแรง
- (4) ผู้เสียหายกับจำเลยมีความสัมพันธ์กันในทางใดทางหนึ่ง เช่น เป็นบุคคลในครอบครัว ญาติ เพื่อนบ้าน หรือผู้ร่วมงาน และผู้เสียหายกับจำเลยต่างมีความเข้าใจที่ดีต่อกันแล้ว
- (5) หากปรากฏพฤติการณ์อื่นใดอันสมควรรอกการกำหนดโทษเพื่อมิให้จำเลยมีประวัติการต้องโทษติดตัว.