

วิเคราะห์หลักและทฤษฎี การลงโทษทางอาญา



The Analysis of Principles and Theories of Punishment

รองศาสตราจารย์ ดร. ศรีสมบัติ โชคประจักษ์ชัด
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วรณพร เตชะโกสียวณิช
คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล

วิเคราะห์หลักและทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

The Analysis of Principles and Theories of Punishment

รองศาสตราจารย์ ดร. ศรีสมบัติ โชคประจักษ์ชัด

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วรรณพร เตชะไผ่ศิยวณิช

คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล

วิเคราะห์หลักและทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

The Analysis of Principles and Theories of Punishment

พิมพ์ครั้งแรก : พฤษภาคม พ.ศ. 2563 จำนวน 200 เล่ม และรูปแบบ E - book
จำนวนหน้า : 216 หน้า
ราคา : 300 บาท

ผู้แต่งและผู้จัดพิมพ์: รองศาสตราจารย์ ดร.ศรีสมบัติ โชคประจักษ์ชัด และ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณพร เตชะโกศิยวณิช
คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ
National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

ศรีสมบัติ โชคประจักษ์ชัด

วิเคราะห์หลักและทฤษฎีการลงโทษทางอาญา = The analysis of principles and theories of punishment.--กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2563. 216 หน้า.

1. การลงโทษ--กฎหมายและระเบียบข้อบังคับ. I. วรรณพร เตชะโกศิยวณิช, ผู้แต่งร่วม. II. ชื่อเรื่อง

345.0773

ISBN 978-616-568-417-0

ISBN E-book: 978-616-568-429-3
พิมพ์ที่: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา
ถนนสามเสน เขตดุสิต กทม. 10300
โทรศัพท์ 02 243 0613 โทรสาร 02 243 1820
www.cgpo.go.th

ออกแบบปก: นายสิริวิทย์ อัมสุวรรณ

ออกแบบรูปเล่ม: นางสาวกรรณิกา ขาวจันทร์, นายเอกสิทธิ์ มั่นทวงศ์ และ นางณิชาสุนันท์ ธรรมาพฤติ

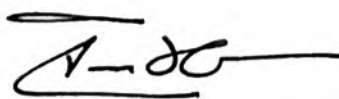
สงวนลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และฉบับเพิ่มเติม พ.ศ. 2558 ไม่อนุญาตให้ทำการลอกเลียนเนื้อหาทำซ้ำ สแกนหนังสือหรือคัดลอกเนื้อหาส่วนใดส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดเพื่อสร้างฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และ/หรือจัดทำเป็นเอกสารรูปเล่มเพื่อการใดๆ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์แล้วเท่านั้น

คำนิยม

กฎหมายให้ศาลมีดุลพินิจในการลงโทษทางอาญาเพื่อความเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป แต่สังคมตั้งคำถามเสมอว่าทำไมศาลจึงกำหนดโทษเช่นนั้น ซึ่งปัญหาดังกล่าว มีนักคิดมากมายค้นคว้าวิเคราะห์วิจัยตั้งทฤษฎีไว้หลายหลาก ทั้งนี้ เพราะสังคมเป็นสังคมมนุษย์ที่หลากหลายเชื้อชาติเผ่าพันธุ์ หลากวัฒนธรรม หลากความคิด หลากเงื่อนไข หลากสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ทฤษฎีอันหลากหลายนั้นสามารถช่วยให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสม ช่วยให้สังคมเข้าใจการใช้ดุลพินิจ ช่วยให้เจ้าพนักงานบังคับโทษได้ตรงตามวัตถุประสงค์ ช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดี และช่วยให้สังคมปลอดภัยมีสมาชิกที่ดีร่วมกันพัฒนาชาติบ้านเมือง

หนังสือเล่มนี้รวบรวมทฤษฎีและแนวคิดต่าง ๆ เกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาไว้อย่างเป็นระบบระเบียบ เรียบเรียงหัวข้อเป็นลำดับให้เข้าใจที่มา ความหมาย วัตถุประสงค์ และวิธีการของแต่ละทฤษฎี ทั้งมีความก้าวหน้าทันสมัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทวิเคราะห์โทษประหารชีวิตซึ่งเป็นปัญหาโต้เถียงทั้งทางการเมืองและทางวิชาการ ผู้เขียนวิเคราะห์ให้ทราบความเป็นมาและเหตุผลของแต่ละฝ่าย ซึ่งอาจกระตุ้นให้ผู้อ่านวางทัศนคติของตนได้

ขอชื่นชมผู้เขียนทั้งสองท่านที่ผลิตผลงานชิ้นนี้ขึ้นขึ้นประดับวงการวิชาการทัณฑวิทยา ซึ่งยังมีไม่มากนักในประเทศไทย



(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.จิรนิติ หะวานนท์)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

อดีตผู้พิพากษาอาวุโสในศาลฎีกา

ผู้บรรยายวิชาอาชญาวิทยาชั้นสูง คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พ.ศ. 2530 - ปัจจุบัน

คำนำ

การลงโทษถือเป็นขั้นตอนที่สำคัญของกระบวนการยุติธรรมซึ่งมิใช่เป็นเพียงเครื่องชี้ชะตา ผู้กระทำความผิด แต่ยังหมายรวมถึงเหยื่อผู้เสียหาย และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในสังคม กระบวนการลงโทษจึงจำเป็นต้องอยู่บนพื้นฐานของความชอบธรรมและอยู่ภายใต้กรอบกฎหมายที่เป็นธรรม จึงจะนำมาซึ่งสันติสุขของสังคม เพื่อให้กระบวนการลงโทษบรรลุเป้าประสงค์ สามารถนำมาประยุกต์ ปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย

หนังสือเล่มนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ หลักการ แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษทางอาญา โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์หลักการ ทฤษฎีการลงโทษในมิติต่างๆ ในระดับมหภาค ส่วนในระดับจุลภาคผู้เขียนนำประเด็นการใช้โทษประหารชีวิตที่นับว่าเป็นการลงโทษที่รุนแรงที่สุด โดยนำเสนอวิเคราะห์ถึงเหตุผลของฝ่ายที่สนับสนุนการใช้โทษประหารชีวิต และฝ่ายที่คัดค้านการใช้ โทษประหารชีวิตตามกรอบของหลักปรัชญาการลงโทษ พร้อมทั้งให้มุมมองการขับเคลื่อนของประเทศไทยเกี่ยวกับการพยายามยุติการใช้โทษประหารชีวิต

ผู้เขียนหวังว่า หนังสือเล่มนี้ที่ผู้เขียนได้เสนอแนวทางในการวิเคราะห์หลักการ ทฤษฎีการลงโทษจะเป็นประโยชน์ทางวิชาการในการสร้างความรู้ความเข้าใจให้กับนักเรียน นักศึกษาที่ศึกษาค้นคว้าด้านกฎหมาย และด้านกระบวนการยุติธรรม และคงจะเป็นประโยชน์แก่บุคลากรทางด้านกระบวนการยุติธรรมและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งประชาชนทั่วไป ที่สนใจเกี่ยวกับแนวคิดการลงโทษภายใต้กระบวนการยุติธรรม สุดท้ายนี้ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าหนังสือเล่มนี้จะเป็นส่วนหนึ่งของการสร้างความพร้อมให้กับสังคมที่จะขับเคลื่อนไปสู่การเปิดรับการปฏิรูปกระบวนการลงโทษในรูปแบบใหม่ของประเทศในอนาคต

สารบัญ

คำนิยม	iii
คำนำ	v
สารบัญ	vii
สารบัญภาพ	ix
สารบัญตาราง	x
บทนำ	1
บทที่ 1 วิวัฒนาการการลงโทษ (Evolution of Punishment)	5
ส่วนที่ 1 ทฤษฎีการลงโทษหลัก (Main Punishment Theories)	
บทที่ 2 ทฤษฎีการแก้แค้น ทดแทน (Retributivism)	17
2.1 หลักการ	19
2.2 รากฐานแนวคิด	20
2.3 รูปแบบและลักษณะ	24
2.4 ข้อวิพากษ์ของทฤษฎีการแก้แค้น ทดแทน	28
บทที่ 3 ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)	35
3.1 หลักการ	37
3.2 รากฐานแนวคิด	38
3.3 รูปแบบและลักษณะ	40
3.4 ข้อวิพากษ์ของทฤษฎีข่มขู่ ยับยั้ง	42
บทที่ 4 ทฤษฎีการตัดโอกาสการกระทำผิด (Incapacitation)	49
4.1 หลักการ	51
4.2 รากฐานแนวคิด	52
4.3 รูปแบบและลักษณะ	54
4.4 ข้อวิพากษ์ของทฤษฎีการตัดโอกาสการกระทำผิด	56
บทที่ 5 ทฤษฎีการบำบัดฟื้นฟู (Rehabilitation)	63
5.1 หลักการ	66
5.2 รากฐานแนวคิด	67

5.3 รูปแบบและลักษณะ	68
5.4 ข้อวิพากษ์ของทฤษฎีการบำบัด พื้นฟู	75
บทที่ 6 ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice)	81
6.1 หลักการ	83
6.2 รากฐานแนวคิด	92
6.3 รูปแบบและลักษณะ	95
6.4 ข้อวิพากษ์ของทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์	99
ส่วนที่ 2 ทฤษฎีการลงโทษแบบผสม (Mixed Punishment Theories)	
บทที่ 7 ทฤษฎีการแสดงออก (Expressivism Theory)	111
7.1 หลักการ	114
7.2 รากฐานแนวคิด	115
7.3 รูปแบบและลักษณะ	116
7.4 ข้อวิพากษ์ของทฤษฎีการแสดงออก	119
บทที่ 8 ทฤษฎีความเป็นเอกภาพ (Unified Theory)	123
8.1 หลักการ	125
8.2 รากฐานแนวคิด	127
8.3 รูปแบบและลักษณะ	128
8.4 ข้อวิพากษ์ของทฤษฎีความเป็นเอกภาพ	129
ส่วนที่ 3 บทวิเคราะห์โทษประหารชีวิต	
บทที่ 9 บทวิเคราะห์โทษประหารชีวิต	137
9.1 การยกเลิกโทษประหารชีวิตของนานาประเทศ	139
9.2 โทษประหารชีวิตตามกฎหมายไทย	142
9.3 สถานการณ์สถิตินักโทษประหารชีวิตของประเทศไทย	143
9.4 การขับเคลื่อนเกี่ยวกับการยกเลิกโทษประหารชีวิตของประเทศไทย	144
9.5 วิเคราะห์กฎหมายไทยที่มีโทษประหารชีวิต	149
9.6 ข้อวิพากษ์เกี่ยวกับโทษประหารชีวิตในแง่หลักการและทฤษฎีการลงโทษ	164
บรรณานุกรม	175
ดัชนีคำค้น	193

สารบัญภาพ

แผนภาพ 1.1 แสดงแนวคิดสัญญาประชาคม	11
แผนภาพ 1.2 แสดงวัตถุประสงค์ของการลงโทษ	13
แผนภาพ 2.1 แสดงหลักการทฤษฎีการแก้แค้น ทดแทน	25
แผนภาพ 3.1 แสดงองค์ประกอบของหลักการทฤษฎีการข่มขู่ ยับยั้ง	40
แผนภาพ 4.1 แสดงหลักแนวคิดทฤษฎีการตัดโอกาสการกระทำผิด	56
แผนภาพ 5.1 แสดงแนวคิดของหลักการทฤษฎีการบำบัดฟื้นฟู	75
แผนภาพ 6.1 แสดงหลักการทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์	96
แผนภาพ 7.1 แสดงหลักการของทฤษฎีการแสดงออก	118
แผนภาพ 8.1 แสดงหลักการทฤษฎีความเป็นเอกภาพ	129

สารบัญตาราง

ตาราง 6.1 เปรียบเทียบหลักการระหว่างแนวคิดกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์และ ความยุติธรรมแบบแก้แค้นทดแทน	84
ตาราง 6.2 แสดงลักษณะสำคัญของทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์	89
ตาราง 6.3 เปรียบเทียบแนวคิดการลงโทษหลัก	106
ตาราง 8.1 เปรียบเทียบแนวคิดการลงโทษแบบผสม	134
ตาราง 9.1 สถิตินักโทษประหารชีวิตของประเทศไทย นับถึงเดือนธันวาคม 2562	144
ตาราง 9.2 แสดงฐานความผิดที่มีโทษประหารชีวิต ทั้ง 55 ฐานความผิด ตามกฎหมายไทย	150
ตาราง 9.3 แสดงฐานความผิดที่มีบทลงโทษประหารชีวิตตามกฎหมายอาญาทหาร	153
ตาราง 9.4 แสดงฐานความผิดที่มีบทลงโทษประหารชีวิตตามกฎหมายอื่น	155

บทนำ

ทฤษฎีหลักของการลงโทษถือเป็นทฤษฎีที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะตัวอันอยู่บนพื้นฐานความชอบธรรมเพื่อใช้ลงโทษผู้กระทำผิดผ่านรูปแบบของกระบวนการลงโทษที่มีความหลากหลายตามวัตถุประสงค์ที่แต่ละทฤษฎียึดถือ ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการชดใช้การกระทำของตนเอง เพื่อการข่มขู่ยับยั้ง เพื่อการจำกัดความสามารถในการกระทำผิด เพื่อการบำบัดฟื้นฟูพฤติกรรม หรือเพื่อการเยียวยาฟื้นฟูความสัมพันธ์ทางสังคมให้กลับสู่ภาวะปกติสุข และแม้ทฤษฎีที่กล่าวมาจะมีลักษณะเด่นเฉพาะตัวแต่ก็มีข้อจำกัดที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์มากมาย ซึ่งทำให้เราไม่สามารถเลือกที่จะใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งจัดการป้องกัน ควบคุมและแก้ไขปัญหการกระทำผิดกฎหมายได้ทั้งหมด ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการศึกษาวิเคราะห์เพื่อคัดสรรคุณลักษณะเด่นของแต่ละทฤษฎีเพื่อนำมาผสมผสานต่อยอดประยุกต์ใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด

จอห์น รอว์ส (John Rawls) และ เฮอร์เบิร์ต ฮาร์ด (Herbert Hart) พยายามชี้ให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในการมองทฤษฎีการลงโทษที่ไม่จำเป็นต้องจำกัดอยู่เพียงวัตถุประสงค์เดียวในหนึ่งทฤษฎีตามที่เข้าใจกัน การดึงคุณลักษณะเฉพาะของแต่ละทฤษฎีเข้ามาผสมผสานกันจะสามารถเพิ่มประสิทธิภาพให้กับกระบวนการยุติธรรม และสร้างความยืดหยุ่นของการประยุกต์ใช้ทฤษฎีที่จะทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคม (Lippke, 2006)

หากพิจารณาในบริบทปัจจุบัน การลงโทษถือเป็นส่วนสำคัญของกระบวนการบังคับใช้กฎหมายซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ และคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเจตนารมณ์ของการออกกฎหมายและการพิจารณาตัดสินดำเนินคดีผู้กระทำความผิดย่อมมีนัยยะสำคัญของวัตถุประสงค์ที่มุ่งเน้นทั้งการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมซึ่งเป็นทั้งเรื่องของการมุ่งผลประโยชน์ในอนาคตและพิจารณากำหนดโทษ (sentencing) ซึ่งเป็นเรื่องของกรมองย้อนอดีตถึงบทลงโทษที่เหมาะสมกับการกระทำความผิด ประกอบกับความรู้สึกนึกคิดของประชาชนโดยทั่วไปยังคงมองการลงโทษเป็นการแก้แค้นทวงคืนความยุติธรรมให้แก่ผู้เสียหายตามแนวคิดทฤษฎีการแก้แค้นทดแทนซึ่งเห็นได้ชัดจากการแสดงความคิดเห็นผ่านสื่อสังคมออนไลน์ในรูปแบบต่างๆ ทำให้เห็นได้ว่าแนวคิดการลงโทษสามารถมีได้หลากหลายวัตถุประสงค์ตามแต่มุมมองของบุคคลและสังคม แต่ตัววัตถุประสงค์นี้เองคือผู้มีบทบาทสำคัญในการกำหนดลักษณะและรูปแบบของการลงโทษ

ดังนั้น จึงจำเป็นต้องตระหนักถึงความสำคัญของหลากหลายหลักการภายใต้แนวคิด ทฤษฎีการลงโทษที่อาจมีบทบาทที่แตกต่างกันในแต่ละช่วงของกระบวนการลงโทษเพื่อตอบคำถาม ไม่ว่าจะเป็นความชอบธรรมของหลักการลงโทษโดยทั่วไป (ทำไม) ความชอบธรรมในการลงโทษ ตัวบุคคล (ใคร) และวิธีการลงโทษที่เหมาะสม (อย่างไร) ซึ่งไม่อาจใช้แนวคิดใดแนวคิดหนึ่งตอบคำถาม ได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ ทฤษฎีการลงโทษจึงเป็นเหมือนทฤษฎีอื่นๆ ที่มีได้มีทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง เป็นสูตรสำเร็จ แต่ต้องอาศัยการส่งเสริมเติมเต็มซึ่งกันและกันเพื่อให้ตอบสนองได้เท่าทันต่อบริบท แวดล้อมของสังคมที่ไม่เคยหยุดนิ่งและเพื่อให้การอำนวย “ความยุติธรรม” ที่แท้จริงเป็นไป อย่างมีประสิทธิภาพ

หนังสือเล่มนี้จึงเป็นการนำเสนอแนวคิดและการวิเคราะห์เกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา ผ่านมุมมองจากหลากหลายทฤษฎี อันประกอบไปด้วยสามส่วนด้วยกัน โดยในส่วนที่ 1 ได้มีการสรุป รวบรวมทฤษฎีการลงโทษหลักทั้งหมด 5 ทฤษฎี ซึ่งประกอบด้วยการวิเคราะห์ที่มาของรากฐาน แนวคิด หลักการ รูปแบบ การประยุกต์ใช้บริบทของประเทศไทย และข้อวิพากษ์ของแต่ละแนวคิด อันได้แก่

- (1) ทฤษฎีการแก้แค้น ทดแทน (Retributivism)
- (2) ทฤษฎีการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)
- (3) ทฤษฎีการตัดโอกาสการกระทำผิด (Incapacitation)
- (4) ทฤษฎีการบำบัดฟื้นฟู (Rehabilitation)
- (5) ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice)

ในส่วนที่ 2 จะเป็นการนำเสนอทฤษฎีการลงโทษที่เป็นแบบผสม (mixed theories) ซึ่งเป็นทฤษฎี ที่มีการผสมผสานของหลักการและแนวคิดลงโทษที่ได้กล่าวมาในส่วนแรก ซึ่งถือเป็นทฤษฎีที่ได้รับการต่อยอดมาจากทฤษฎีหลัก ประกอบด้วยการวิเคราะห์ที่มาของรากฐานแนวคิด หลักการ รูปแบบ การประยุกต์ใช้บริบทของประเทศไทย และข้อวิพากษ์ของแต่ละแนวคิด อันได้แก่

- (1) ทฤษฎีการแสดงออก (Expressivism Theory)
- (2) ทฤษฎีความเป็นเอกภาพ (Unified Theory)

และในส่วนที่ 3 จะเป็นการนำเสนอบทวิเคราะห์โทษประหารชีวิต ประกอบด้วย สถานการณ์ การใช้โทษประหารชีวิตของนานาประเทศและในประเทศไทย การขับเคลื่อนเกี่ยวกับการยกเลิกโทษ ประหารชีวิตของประเทศ และข้อวิพากษ์เกี่ยวกับโทษประหารชีวิตในแง่หลักการและทฤษฎีการลงโทษ

การนำเสนอทฤษฎีและแนวคิดการลงโทษในส่วนของทฤษฎีเป็นการวิเคราะห์หลักการสำคัญ และวัตถุประสงค์ ตลอดจนข้อดีและข้อจำกัดของแต่ละทฤษฎีที่ในปัจจุบันได้มีการนำมาผสมผสาน ประยุกต์พัฒนาและต่อยอดเป็นทฤษฎีและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกระบวนการลงโทษและมาตรการ ลงโทษทางเลือกในรูปแบบใหม่ๆ ของประเทศไทย

หนังสือเล่มนี้จึงมีวัตถุประสงค์หลักในการมุ่งสร้างความรู้ให้แก่บุคคลทั่วไปรวมถึงผู้ที่อยู่ใน แวดวงวิชาการและกระบวนการยุติธรรม อันจะมีส่วนเกี่ยวข้องในการผลักดันปฏิรูปกระบวนการยุติธรรม ของประเทศเพื่อให้เกิดการนำหลักการไปประยุกต์ใช้อย่างสอดคล้องกับสถานการณ์และความต้องการ ของประเทศ



บทที่ 1

วิวัฒนาการการลงโทษ
(Evolution of Punishment)

บทที่ 1

วิวัฒนาการการลงโทษ (Evolution of Punishment)

ต้นกำเนิดและพัฒนาการของการลงโทษมิได้มีความแน่ชัดอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากมุมมองการให้คำนิยามของการลงโทษที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งหากเชื่อว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่ก่อกำเนิดจากความคับแค้นและต้องการเอาคืนส่วนบุคคล รวมถึงความปรารถนาที่จะให้บุคคลปฏิบัติตามคำสั่งการลงโทษย่อมถือว่าเป็นกระบวนการที่มีมาช้านานนับตั้งแต่ยุคสมัยดึกดำบรรพ์ จึงอาจมองได้ว่าที่มาของการลงโทษคือปฏิกิริยาตอบสนองต่อสิ่งรบกวนใจที่บุคคลหนึ่งแสดงต่ออีกบุคคลหนึ่ง ผู้ซึ่งอาจอยู่ใต้บังคับบัญชาหรือการควบคุม การลงโทษโดยสังคมก็อาจเปรียบได้กับปฏิกิริยาตอบสนองที่เป็นการแสดงออกถึงสิ่งรบกวนใจต่อบุคคลที่ไม่ประพฤติปฏิบัติตามกฎหมายที่วางไว้ ความคาดหวังและการประพฤติปฏิบัติของบุคคลในสังคมย่อมกลายมาเป็นบรรทัดฐาน (social norms) ของการอยู่ร่วมกัน ซึ่งนั่นก็หมายรวมถึงการลงโทษที่ได้รับการขัดเกลาให้มีรายละเอียดที่ชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อเป็นกลไกสำหรับการป้องกันตัวของบุคคลและสังคม¹

แนวคิดการลงโทษได้รับการพัฒนาขึ้นอย่างเป็นรูปเป็นร่างในยุคอารยธรรม อาทิ อียิปต์ บาบิโลเนียน ฮีบรูส์ อันเป็นต้นกำเนิดประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นยุคที่สังคมเริ่มมีการจัดระเบียบทางสังคม แต่ก็ยังคงไว้ซึ่งความเชื่อเหนือปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ (superstition) เสียเป็นส่วนใหญ่ โดยมีศาสนาเป็นเครื่องมือสำคัญในการบังคับใช้บทลงโทษ และเป็นที่น่าศึกษาว่าการวางกรอบกติกาทางสังคมสำหรับการลงโทษมิได้เกิดขึ้นเพื่อการข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ แต่กลับมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งเน้นให้มีกรอบกติกาการลงโทษเพื่อควบคุมและป้องกันการตอบโต้ระหว่างบุคคลที่อาจกระทำเกินกว่าเหตุและเป็นไปอย่างไม่เป็นธรรม (Stearns, 1936)

ในยุคอารยธรรมกรีกและโรมันเป็นอีกยุคสำคัญที่กฎหมายอาญาได้รับการขัดเกลามากขึ้น แต่แนวคิดการลงโทษก็มิได้มีความแตกต่างจากยุคสมัยดึกดำบรรพ์มากนัก ที่ให้อำนาจแก่ผู้นำครอบครัวในการลงโทษสมาชิก รวมถึงทาสรับใช้ การทรมานสามารถกระทำได้กับเฉพาะแต่เพียงทาส และสารัตถะของกฎหมายอาญาส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการลงโทษการละเมิดหลักศีลธรรมและศาสนา

¹ Warren A. Stearns (1936) ได้กล่าวถึงรูปแบบของอาชญากรรมของสังคมมนุษย์ในสมัยดึกดำบรรพ์ อันได้แก่ (1) กบฏ (2) การใช้เวทมนตร์คาถาอาคม (3) การลบหลู่สิ่งศักดิ์สิทธิ์ (3) การร่วมประเวณีของผู้ที่เกี่ยวข้องกันทางพันธุกรรม หรือการกระทำผิดทางเพศอื่นๆ (5) การวางยาพิษ (6) การละเมิดกฎการล่า ซึ่งมักได้รับการลงโทษด้วยการทำให้สูญพันธุ์หรือการเนรเทศ

การลงโทษด้วยการประหารชีวิตถือเป็นเรื่องปกติซึ่งมีทั้งในรูปแบบของการแขวนคอ การตรึงกับไม้กางเขน การตัดศีรษะ โยนให้สัตว์ป่าเป็นอาหาร หรือในรูปแบบพิสดารที่จะสามารถคิดได้ในยุคนั้น ความยุติธรรมจึงเป็นเรื่องของนามธรรมและการอำนวยความสะดวกก็เพียงเพื่อให้เกิดปฏิกริยาทางสังคม (social action) (Stearns, 1936)

พัฒนาการของแนวคิดการลงโทษยังคงสืบเนื่องต่อมาในยุคมืด (dark age) ซึ่งเป็นยุคแห่งการครอบงำทางศาสนาซึ่งมีทั้งกษัตริย์และผู้นำทางศาสนาเป็นผู้กำหนดกรอบความประพฤติของบุคคลในสังคม และเป็นยุคที่เริ่มใช้แนวคิดการข่มขู่ยับยั้ง (deterrence) เข้ามาใช้ในการลงโทษซึ่งมีการใช้การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นเยี่ยงอย่างแก่สังคมโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการป้องกันการก่ออาชญากรรม เกิดระบบชนชั้นของผู้ซึ่งมีอำนาจในการลงโทษ (punishing class) ภายใต้ระบบศักดินาซึ่งได้รับการเชื่อมต่อเข้ากับแนวคิดค่านิยมทางศาสนาเพื่อทำให้สังคมชาวสะอาด ส่งผลให้การลงโทษมีความรุนแรงและขาดซึ่งความมีมนุษยธรรมเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างแก่บุคคลในสังคม การลงโทษด้วยการทรมานจึงเป็นรูปแบบหลักที่ใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว การลงโทษ แม้จะขาดความชอบธรรม แต่ก็มีรูปแบบของความเป็นทางการมากขึ้น กล่าวคือเป็นการลงโทษโดยกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจภายใต้รัฐ ระบบแนวคิดแบบเทวราชาหรือสมมติเทพ (divine rights) ได้ให้อำนาจผู้ปกครองอย่างเบ็ดเสร็จในการพิจารณาตัดสินและระงับข้อพิพาทระหว่างบุคคล (Stearns, 1936)

แนวคิดการลงโทษได้รับการเชื่อมโยงกับบริบทของความชอบธรรมทางด้านการเมือง การปกครองมากขึ้น โดยเฉพาะในช่วงยุคศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นยุคที่เกิดปฏิวัติทางการเมืองการปกครอง การท้าทายทางอำนาจการปกครอง และการต่อต้านระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ขึ้นในหลายประเทศ อันนำไปสู่พัฒนาการของแนวคิดและปรัชญาด้านการลงโทษที่มีความชอบธรรมและการควบคุมการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจลงโทษบนพื้นฐานความเชื่อที่ว่าอำนาจในการลงโทษมิได้มาจากอำนาจอันศักดิ์สิทธิ์ แต่เป็นอำนาจที่ประชาชนเป็นผู้มอบให้ซึ่งต้องถูกใช้อย่างชอบธรรม แนวคิดถึงการคำนึงต่อการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดจึงเกิดขึ้น โดยในช่วงแรกๆ ศาสนายังคงมีอิทธิพลต่อการลงโทษ การปฏิวัติรูปแบบของการลงโทษและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดจึงเกิดขึ้นมาจากความพยายามและการต่อต้านอิทธิพลการครอบงำของชนชั้นซึ่งมีอำนาจในการลงโทษ ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้รับการแทนที่โดยกลุ่มบุคคลที่มีวิชาชีพและความรู้ที่เหมาะสม

จากวิวัฒนาการและประวัติศาสตร์ของแนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษโดยสังเขปที่กล่าวมา จึงเห็นได้ว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดทางกฎหมายจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่เป็นไปเพื่อควบคุมและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ทั้งนี้ ความหมายของการลงโทษในบริบทของกระบวนการยุติธรรมอาจแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศซึ่งขึ้นอยู่กับองค์ประกอบของการลงโทษ² แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น องค์ประกอบของหลักการลงโทษที่มีความสอดคล้องกันเป็นสากลคงหลีกเลี่ยงไม่ได้ว่าการลงโทษที่ต้องเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายหรือกฎระเบียบที่ได้ถูกบัญญัติไว้และมีรัฐหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในกระบวนการยุติธรรมเป็นผู้ดำเนินการ

ความชอบธรรมของการลงโทษทางกฎหมายได้ถูกเชื่อมโยงเข้ากับหลากหลายปรัชญาแนวคิด ไม่ว่าจะเป็นเชิงศีลธรรมจริยธรรม (moral) เชิงกฎหมาย (legal) หรือเชิงการเมือง (political) เนื่องจากเป็นกระบวนการว่าด้วยการกระทำของรัฐหรือเห็นชอบโดยรัฐต่อบุคคลผู้กระทำความผิดซึ่งเกี่ยวข้องกับการริดลอนทรัพย์สิน เวลา ทรัพยากร เสรีภาพ รวมถึงสร้างภาระบางอย่างให้แก่ผู้ได้รับโทษ ด้วยลักษณะดังกล่าว การลงโทษจึงต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความชอบธรรมบางประการ ซึ่งอาจจะเป็นความชอบบนหลักการเมืองการปกครอง

หากพิจารณาถึงองค์ประกอบของการลงโทษตามกฎหมายซึ่งจำเป็นต้องมีรัฐเป็นผู้ดำเนินการ อาจเห็นได้ว่าแนวคิดการลงโทษมีความเชื่อมโยงกับทฤษฎีการเมืองการปกครองอย่างใกล้ชิด โดยเฉพาะทฤษฎีเรื่องสัญญาประชาคม (social contract) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เชื่อว่าปัจเจกแวดล้อมด้านสังคมในสภาพธรรมชาติ (“state of nature”) ส่งผลให้บุคคลเกิดความหวาดระแวง ไม่ไว้ใจซึ่งกันและกัน และจำเป็นต้องมารวมตัวกันเพื่อสร้างข้อตกลงร่วมกันที่จะละอำนาจและสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลบางส่วนให้แก่รัฐเพื่อแลกกับความปลอดภัยในชีวิต ทรัพย์สิน และสวัสดิภาพของตน (Gough, 1936 อ้างใน ศรีสมบัติ โชคประจักษ์ชัด ทองใหญ่ อัยยะวรากุล วรณพร เตชะโกศิยวณิช และนิตยา สำเร็จผล, 2560) ทฤษฎีดังกล่าวเกิดในยุคที่เรียกว่ายุคแห่งการรู้แจ้ง (Enlightenment) โดยมีนักคิด นักปรัชญาในอดีตได้มีการตีความไว้อย่างหลากหลาย อาทิ โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) ของ ชาร์ค รูสโซ (Jean-Jacque Rousseau) จอห์น ล็อก (John Locke) แต่ล้วนเกี่ยวพัน

² ตัวอย่างรูปแบบการลงโทษที่มีความแตกต่างกันออกไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ อาทิ ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (punitive damage) ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) โดยเฉพาะของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ซึ่งมีหลักการเพื่อชดใช้ค่าสินไหม และการลงโทษทางอาญาเพื่อเป็นการป้องปราม รวมถึงเพื่อลงโทษกับจำเลยที่หลบหนีความผิด (ธรรมนิติย์ สมนันตกุล, 2558)

กับเรื่องที่มาและอำนาจอันชอบธรรมของรัฐ (legitimate power of state) อันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Zafirovski, 2010) โดยจากทฤษฎีที่กล่าวมา หากการได้มาซึ่งอำนาจของรัฐซึ่งมาจากการได้รับการยินยอมจากประชาชนเป็นไปโดยวัตถุประสงค์ที่จำกัด การใช้อำนาจของรัฐย่อมต้องเป็นไปอย่างจำกัดและเป็นไปในทางที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์นั้นๆ เท่านั้น หลักสิทธิมนุษยชนจึงเป็นเสมือนเส้นแบ่งเขตสำหรับการใช้อำนาจของรัฐ และการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างประชาชน เมื่อรัฐได้รับอำนาจจากประชาชนในการบริหารปกครองบ้านเมือง รัฐย่อมจำเป็นต้องใช้อำนาจภายใต้กรอบกฎหมายที่กำหนด ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิด ความชอบธรรมของการลงโทษจึงขึ้นอยู่กับที่มาแห่งอำนาจ โดยผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายและกระบวนการลงโทษที่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจนเพื่อมิให้การลงโทษเป็นไปโดยอำเภอใจ (arbitrary) และขาดความถูกต้อง (abusive)

หลักการลงโทษตามทฤษฎีเรื่องสัญญาประชาคม (social contract) ยังถือเป็นเรื่องว่าด้วยความชอบธรรมเกี่ยวกับการควบคุมอารยะขัดขืน (civil disobedience) จากการยอมรับของประชาชนซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการบริหารจัดการเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ (efficiency) และความยุติธรรม (justice) ภายในสถาบันทางสังคม ด้วยเหตุผลสำคัญสองประการ ประการแรกคือการที่ประชาชนยอมสำนึกในหน้าที่โดยธรรมชาติ (natural duty) ที่จะปฏิบัติตามสถาบันซึ่งต่างเชื่อว่าจะให้ความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ และประการที่สองคือความเชื่อในประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากความคาดหวังว่าบุคคลอื่นๆ ย่อมต้องถือปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกัน และจากการอยู่ภายใต้กรอบกติกาของสถาบันดังกล่าว (Arthur, 1996: 357)