

บทที่ 2

หลักการและแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดอันยอมความได้

และความผิดอาญาแผ่นดิน

การที่กฎหมายอาญามีภารกิจประการหนึ่ง คือ ภารกิจในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม กฎหมายอาญาจึงเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความเป็นระเบียบของบ้านเมือง ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น รัฐจึงมีอำนาจโดยชอบธรรมในการบังคับใช้กฎหมายอาญาได้โดยตรง โดยที่ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย¹ แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวหาได้นำมาใช้ในทุกบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ เพราะในความผิดอาญาบางประเภท เช่น ความผิดอันยอมความได้ กฎหมายได้กำหนดให้มีเงื่อนไขในการดำเนินคดีที่เข้มงวดมากกว่าความผิดอาญาแผ่นดิน²

ดังนั้น จากลักษณะของความผิดอันยอมความได้ จึงเป็นความผิดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากความผิดอาญาแผ่นดินทั่วไป ซึ่งเมื่อได้ศึกษาแล้วทำให้เห็นได้ว่า หลักเกณฑ์และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการที่จะกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดอาญานั้น มีดังต่อไปนี้

2.1 หลักเกณฑ์และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความผิดทางอาญา

2.1.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

พฤติกรรมลักษณะใดของบุคคลที่ควรถือว่าเป็นอาชญากรรมหรือการกระทำใดที่สมควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ซึ่งจะถูกลงโทษโดยกฎหมายอาญา ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนเป็นที่ยุติ แต่ก็มีนักกฎหมายหลายท่านได้เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องความเหมาะสมของ

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8). หน้า 9.

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. แหล่งเดิม. หน้า 76.

กฎหมายอาญาไว้ ซึ่งล้วนแต่มีเหตุผลที่เป็นประโยชน์สำหรับการนำไปสู่การหาคำตอบดังกล่าว เช่น³

2.1.1.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Lon Fuller

Lon Fuller เห็นว่ากฎหมายและศีลธรรมมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกัน ศีลธรรมเป็นเหตุผลที่แฝงอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย ดังนั้น Lon Fuller จึงได้เสนอหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญาที่เหมาะสมไว้ 8 ประการ คือ⁴

- 1) ต้องมีการวางเกณฑ์ในการบังคับ เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง
- 2) เกณฑ์ดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้ไปในอนาคต ไม่ใช่มุ่งย้อนไปในอดีต เพราะหากมีผลย้อนหลังเท่ากับบุคคลจะต้องถูกลงโทษสำหรับการกระทำในอดีตที่ในขณะที่นั้นการกระทำนั้นไม่มีความผิด
- 3) เกณฑ์ในการควบคุมต้องมีการเผยแพร่ให้ทราบทั่วกัน เพื่อให้ประชาชนทราบว่ากรกระทำใดของตนที่จะถูกควบคุมหรือถูกบังคับโดยกฎเกณฑ์ดังกล่าว
- 4) เกณฑ์การควบคุมต้องมีลักษณะที่รัดกุม เหมาะสม
- 5) เกณฑ์การควบคุมต้องไม่มีลักษณะที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์อื่นๆ เพื่อไม่ให้ประชาชนเกิดความสับสน
- 6) การปฏิบัติตามเกณฑ์ควบคุมดังกล่าวต้องสามารถปฏิบัติได้จริง เพราะเกณฑ์ที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ย่อมทำให้การควบคุมนั้นไร้ประโยชน์
- 7) เกณฑ์ควบคุมนั้นต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เพราะความแน่นอนชัดเจนของกฎเกณฑ์เป็นสาระสำคัญที่จะส่งผลให้เกิดการปฏิบัติตามได้
- 8) เกณฑ์การควบคุมที่ได้เผยแพร่ให้ทราบทั่วกันนั้นต้องสอดคล้องกับแนวทางการปฏิบัติในการควบคุมของเจ้าหน้าที่ซึ่งรับผิดชอบดูแลและบังคับใช้เกณฑ์ดังกล่าว

³ วิภาพร เนติจิรโชติ. (2548). “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”. หน้า 47-58.

⁴ Austin M. Chinhengo. (1995). *Essential Jurisprudence*. p. 68. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิรโชติ. (2548). “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”. หน้า 47-48.

2.1.1.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Herbert L. Packer

Herbert L. Packer นักทฤษฎีกฎหมายเห็นว่า โทษอาญานั้นเป็นโทษที่มีค่าใช้จ่ายสูง⁵ และรุนแรงจนสมควรสงวนไว้ใช้เฉพาะความผิดที่ร้ายแรงจริงๆ เท่านั้น ดังนั้น จึงมีเหตุผล 2 ประการเท่านั้นที่บุคคลควรถูกลงโทษด้วยมาตรการทางอาญา คือ

- 1) การลงโทษเพื่อให้สมควรแก่ผู้กระทำความผิดอย่างชั่วร้าย
- 2) เพื่อป้องกันอาชญากรรม

Herbert L. Packer เห็นว่า ในสังคมปัจจุบัน รัฐควรมีอำนาจที่จะบังคับประชาชนเพียงเท่าที่เขาได้กระทำ ไม่ใช่บังคับให้เป็นดังที่รัฐต้องการ⁶ และในการที่รัฐจะลงโทษบุคคลจะต้องพิจารณาถึงสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย ซึ่งการที่รัฐได้คำนึงถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำความผิดนั้นจะป้องกันมิให้กฎหมายอาญาตกเป็นเครื่องมือของแนวคิดเรื่องการป้องกัน ซึ่งเป็นแนวคิดในเชิงอรรถประโยชน์นิยมอย่างไม่มีขีดจำกัด⁷ นอกจากนี้ Herbert L. Packer ยังเห็นว่าไม่ควรลงโทษบุคคลที่การกระทำของเขาไม่อาจถูกดำเนินได้อย่างเหมาะสม⁸ และไม่ควรลงโทษบุคคลโดยเหตุผลทางศีลธรรมเท่านั้น เพราะการลงโทษด้วยเหตุผลทางศีลธรรมนั้นแคบหรือเพียงใดที่สมควรต้องได้รับโทษทางอาญา เป็นไปไม่ได้ที่จะใช้กฎหมายอาญากับทุกการกระทำที่ผิดศีลธรรม ไม่มีอะไรพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายอาญาจะสามารถทำให้บุคคลมีศีลธรรมที่ดีขึ้นหรือเลวลง Herbert L. Packer เห็นว่าการใช้มาตรการทางอาญากับพฤติกรรมที่เป็นเรื่องศีลธรรมส่วนตัวซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวม อาจก่อให้เกิดผลเสียต่างๆ ได้ เช่น ความยากลำบากในการควบคุมพฤติกรรมเหล่านั้น ความเป็นไปได้น้อยในการบังคับใช้กฎหมายอาญาทำให้เป็นปัญหาต่อผู้บังคับใช้กฎหมาย การที่ประชาชนพบว่ากฎหมายที่ห้ามนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้จริงเท่ากับเป็นการสนับสนุนการไม่เคารพศรัทธาในกฎหมายมากขึ้น เป็นต้น การใช้มาตรการทางอาญากับ

⁵ ที่ว่าโทษอาญาเป็นโทษที่มีค่าใช้จ่ายสูง เพราะการบังคับใช้กฎหมายอาญานั้นมีต้นทุนค่าใช้จ่ายในการบังคับใช้สูง ทั้งในด้านของงบประมาณ บุคลากร เวลา และความยากง่ายในการบังคับใช้กฎหมาย.

⁶ Herbert L. Packer. (1968). *The Limit of The Criminal Sanction*. p. 274. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิรโชติ. (2548). “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”. หน้า 48-50.

⁷ Ibid. p. 76.

⁸ Ibid. p. 117.

พฤติกรรมเหล่านี้อาจทำให้เกิดปัญหาอื่นๆ ตามมา เช่น อาจทำให้เกิดปัญหาคอร์ปชั่นของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายได้โดยง่าย⁹ จากที่กล่าวมาสามารถสรุปแนวทางการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมตามความเห็นของ Herbert L. Packer ได้ดังนี้¹⁰

- (1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- (2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
- (3) การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา (การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น) จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- (4) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- (5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำความผิดดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถ ทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
- (6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับการกระทำนั้น

2.1.1.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Tadeusz Grygier¹¹

Tadeusz Grygier เห็นว่า ในความคิดของมนุษย์นั้น กฎหมายกับความยุติธรรมเป็นสิ่งที่อยู่ร่วมกันในสถานะเดียวกับที่เข้าใจในระบบศาสนา มนุษย์มีแนวโน้มที่จะเชื่อว่าระบบความยุติธรรมที่ตนเข้าใจนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้น เมื่อมนุษย์พบว่ามิกฎหมายที่แตกต่างออกไปจากความเข้าใจดั้งเดิมก็เท่ากับว่ากฎหมายนั้นผิดพลาดและไม่ยุติธรรม และยังเห็นว่า การที่มนุษย์เปรียบเทียบความยุติธรรมตามธรรมชาติว่ามีลักษณะเดียวกับความสูงสุดของเทพเจ้าหรือสิ่งที่ตน

⁹ Ibid. pp. 306-308.

¹⁰ Ibid. p. 296.

¹¹ Tadeusz Grygier. (1977). **Social Protection Code : A New Model of Criminal Justice**. p. xvii. อ้างถึงใน สกต นิสารัตน์. (2545). “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม”. หน้า 40-46.

นับถือว่าสูงสุดและเป็นสากล ทำให้มนุษย์ไม่ยอมรับความคิดที่ว่า สิ่งที่เป็นความถูกต้องในสถานที่ และเวลาหนึ่งอาจไม่ใช่ความถูกต้องในอีกสถานที่หรืออีกเวลาหนึ่งได้ ดังนั้น Tadeusz Grygier จึงเห็นว่า ถึงเวลาสมควรแล้วที่จะเปลี่ยนแนวความคิดที่ว่ากฎหมายอาญามีหน้าที่ควบคุมมนุษย์ใน ลักษณะเดียวกับเจตจำนงของสิ่งสูงสุดในทางศาสนาและ Tadeusz Grygier ยังได้เสนอแนวความคิด ว่า กฎหมายอาญาที่มนุษย์ต้องการ คือ

- 1) กฎหมายซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาความขัดแย้งของมนุษย์ได้โดยแท้จริง
- 2) กฎหมายซึ่งจะควบคุมพฤติกรรมของแต่ละบุคคลหรือแต่ละกลุ่มบุคคล เพื่อปกป้อง

ชุมชน

- 3) กฎหมายที่จะนำมาซึ่งความสุขแก่ประชาชนจำนวนมากที่สุด ซึ่งกฎหมายที่มนุษย์ต้องการเหล่านี้ ควรต้องมีลักษณะดังนี้

- 1) ไม่ใช้การลงโทษที่เป็นการทารุณกรรม
- 2) ใช้บังคับโดยเท่าเทียมกัน
- 3) เป็นมาตรการที่มีเมตตาธรรม
- 4) ไม่สนับสนุนผลซึ่งไม่ใช่ความสุขอันแท้จริง

นอกจากนี้ Tadeusz Grygier เห็นว่า โดยทั่วไปคนมักตระหนักถึงอาชญากรรมในสอง แ่ง คือ ความร้ายแรงของอาชญากรรม (harm or risk) และข้อตำหนิ (culpability) ซึ่งรวมถึงความรับผิดชอบ (strict liability) ด้วย ซึ่ง Tadeusz Grygier แยกอาชญากรรมออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) ลักษณะความเป็นอันตราย (harm characteristically done) หรือความเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำของผู้กระทำผิด

2) ความเบี่ยงเบนจากมาตรฐานของบุคคลที่มีเหตุผลในสถานะเช่นนั้น (deviation from the standard of the reasonable person)

- 3) ระดับของความเป็นอันตรายต่อสังคม (degree of social danger)

กฎหมายที่มนุษย์ในยุคปัจจุบันต้องการ คือ กฎหมายที่ไม่ซับซ้อน สามารถเข้าใจได้ โดยง่าย ไม่ทารุณโหดร้าย และเอื้ออำนวยต่อประโยชน์สุขของสังคมส่วนรวม ซึ่งกฎหมายที่ Tadeusz Grygier นำเสนอมากายได้แนวความคิดเหล่านี้มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายอาญา โดยทั่วไปมาก ทั้งในด้านความมุ่งหมายของกฎหมายและในด้านการให้คำจำกัดความของ

อาชญากรรมแต่ละประเภท แต่มีลักษณะของพื้นฐานความคิดและปรัชญาใกล้เคียงกับเอกชนมากกว่า

Tadeusz Grygier เห็นว่า การที่กฎหมายอาญาทั่วไปบัญญัติถึงเรื่ององค์ประกอบภายในจิตใจ (Mental Element) นั้นเป็นเพียงแค่ว่าในความคิดหรือมุมมองของนักกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่ได้พิจารณาถึงมุมมองในทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตาม Tadeusz Grygier ก็ยอมรับว่าการคำนึงถึงเรื่องเจตนาหรือเรื่อง mens rea นี้ไม่ใช่จะไม่มีความสำคัญเลย เพราะสิ่งเหล่านี้ทำให้สามารถชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างความรับผิดในทางอาญา โดยพิจารณาจากความรู้สึกลึกซึ้งของหัวใจโดยทั่วไปกับความรับผิดที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (objective liability) ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับความรับผิดเด็ดขาด นอกจากนี้ Tadeusz Grygier ยังยอมรับอีกว่า แม้เรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจจะไม่สมบูรณ์โดยแท้จริง แต่ก็มีประโยชน์อย่างมากในกรณีที่การพิสูจน์เจตนาสามารถกระทำได้ง่าย

2.1.1.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาของนักกฎหมาย นักปรัชญา และนักสังคมวิทยา

นักกฎหมาย นักปรัชญา และนักสังคมวิทยาได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์หรือขอบเขตของกฎหมายอาญาไว้ดังนี้¹²

1) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟังและผลของการไม่เชื่อฟังก็คือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น (รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทนด้วยการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว) ซึ่งหลักในข้อนี้มีที่มาจากแนวความคิดของซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ในเรื่องอรรถประโยชน์ของการลงโทษที่ว่า “การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งเป็นเป้าหมายสูงสุดแห่งกฎหมายนิติบัญญัติที่ดี”

¹² บทสรุปแนวความคิดของ cf. Walker (1980). อ้างถึงใน ประธาน วัฒนวานิชย์ ก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. หน้า 356-360.

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย คือ ถ้าการกระทำนั้นไม่มีความชั่วร้าย ก็ไม่มีเหตุผลแต่อย่างใดที่จะบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำนั้น เช่น การไม่บัญญัติกฎหมายลงโทษผู้ที่มีมารยาทเลว หรือสิ่งที่บุคคลเห็นว่าเป็นความเลว

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีที่มาตราฐานอื่นๆซึ่งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า มีประสิทธิภาพเท่าหรือเกือบเท่าในการลดจำนวนการกระทำนั้น คือ ในกรณีที่รัฐสามารถใช้วิธีการอย่างอื่นในการควบคุมอาชญากรรมแทนการลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐก็ควรใช้วิธีการที่เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า เช่น การใช้โทษปรับแทนโทษกักขัง

4) กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติห้ามการกระทำซึ่งจะก่อให้เกิดผลพลอยได้ อันจะเป็นผลร้ายมากกว่าการกระทำที่รัฐไม่ส่งเสริม กล่าวคือ การลงโทษจะก่อให้เกิดประโยชน์หรือไม่จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างความพอใจกับความเจ็บปวดที่ผู้กระทำผิดได้รับ เช่น การที่กฎหมายห้ามการทำแท้ง ทำให้มีการรับจ้างทำแท้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่กฎหมายห้ามการค้าประเวณี ย่อมก่อให้เกิดการประพฤติดุจริตแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากผู้รักษากฎหมายกับหญิงที่ค้าประเวณี การบัญญัติกฎหมายห้ามการเสพกัญชา ได้ก่อให้เกิดตลาดมืด ดังนี้ จึงมีผู้กล่าวว่า กฎหมายอาญาสมควรใช้บังคับกับการกระทำของบุคคลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้สมาชิกในสังคมทำอันตรายต่อบุคคลอื่นเป็นหลัก

5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำการเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น ซึ่งแนวคิดนี้เป็นของจอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) ที่เห็นว่ารัฐไม่ควรลดทอนเสรีภาพของประชาชน หรือจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมายถ้าการกระทำนั้นมิได้เกิดจากการใช้ความรุนแรงหรือเป็นอันตรายต่อผู้อื่น เช่น การเสพสุรา ยาเสพติด และการเล่นการพนัน

6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน กล่าวคือ การที่รัฐบัญญัติกฎหมายห้ามการกระทำบางอย่างที่แม้จะเป็นความผิดแต่ผู้กระทำไม่ได้รับการประณามจากสังคม เพื่อให้บุคคลเปลี่ยนแปลงความประพฤตินั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เช่น ความผิดกฎหมายจรรยาบรรณ แม้จะเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้ามก็ตาม แต่ผู้กระทำก็ไม่ได้รับการประณามจากสังคมอย่างเห็นได้ชัด หรือการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสะอาดของบ้านเมือง มักจะได้รับการต่อต้านจากผู้ค้าหาบเร่และแผงลอย ซึ่งในปัจจุบันการบังคับใช้

กฎหมายบางประเภททำได้ยากและต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง รวมทั้งไม่มีกำลังเจ้าหน้าที่ที่เพียงพอ ดังนั้น ถ้าประชาชนไม่ให้ความร่วมมือรายงานการกระทำความผิดต่างๆแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะทราบการกระทำความผิดได้น้อยมาก

7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา (หรือรัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามบางประการที่เมื่อมีการละเมิดข้อห้ามนั้นแล้วไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง) ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายในที่นี้ไม่ได้หมายถึงการบัญญัติความผิดที่เป็นไปไม่ได้ เช่น ห้ามบุคคลมีความคิดที่ชั่วร้ายอันเป็นภัยอันตรายต่อชาติ ศาสนา และพระมหากษัตริย์ หรือห้ามการกล่าวเท็จต่อบุคคลอื่น แต่หมายความว่า รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดเช่นนั้นไว้ในกฎหมายอาญาถ้าผู้ฝ่าฝืนกฎหมายถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษมีเพียงจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น เช่น มีบุคคลกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก 100 ราย แต่เจ้าหน้าที่สามารถหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดจริงเพียง 1-2 ราย ดังนี้ กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติความผิดฐานนี้ไว้ เพราะจะทำให้ผู้กระทำความผิดจำนวนมากรอดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย

กล่าวโดยสรุป วิธีการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญานั้นมีอยู่หลายวิธี และได้มีการพัฒนาเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดกฎหมายอาญามาโดยตลอด กล่าวคือ ในอดีต การกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญามักจะใช้เกณฑ์ในเรื่องศีลธรรมหรือการมีข้อตำหนิในทางศีลธรรม และสิทธิเสรีภาพของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดหรือถูกก้าวร้าวโดยบุคคลอื่น ชุมชน สังคม หรือโดยรัฐ ต่อมาแม้แนวคิดที่ว่าแม้ปัจจัยทางด้านศีลธรรมจะมีความเกี่ยวข้องกับความรู้สึกตอบสนองของประชาชนในสังคมก็ตาม แต่ปัจจัยทางด้านศีลธรรมก็ยังคงมีความคลุมเครืออยู่มากในการนำมาเป็นเกณฑ์กำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญา ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาจึงได้คำนึงถึงสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิด ลักษณะความน่าตำหนิของการกระทำ วัตถุประสงค์ของการลงโทษ และการป้องกันอาชญากรรม และการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาได้พัฒนาต่อมาโดยอาศัยเกณฑ์ในเรื่องความชั่วร้ายของการกระทำ ผลกระทบต่อสังคม และผลกระทบจากมาตรการทางอาญามาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญา¹³

¹³ วิภาพร เนติจิรโชติ. เล่มเดิม. หน้า 58.

กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือของสังคมในอันที่จะกล่อมเกลากการประพฤติปฏิบัติของมนุษย์ให้ดำเนินไปในทางที่สังคมเห็นว่าพึงประสงค์ โดยสนับสนุนการประพฤติปฏิบัติบางประการในทางอ้อม (โดยการบัญญัติห้ามไม่ให้กระทำ) และห้ามการประพฤติปฏิบัติบางอย่างที่ตรงข้ามกับการประพฤติปฏิบัติอย่างแรก (โดยบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษ) แต่อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายอาญาในสังคมใดก็ตามจะมีปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมอื่นๆ ประกอบด้วยเสมอ เช่น ความคิดของผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ค่านิยมและความรู้สึกนึกคิดทางด้านศีลธรรมของประชาชน กลุ่มผลประโยชน์ แรงกดดันทางด้านการเมืองและอื่นๆ¹⁴

2.1.1.5 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดตามกฎหมายเยอรมัน¹⁵

ปัญหาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งสมควรที่รัฐจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น เป็นการถามถึงคุณสมบัติในทางเนื้อหาของการกระทำที่มีโทษทางอาญา ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ช่วยให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ว่าการกระทำใดที่ควรเป็นความผิดอาญา และการกระทำใดไม่ควรเป็นความผิดอาญา Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin วางหลักเกณฑ์ในกรณีดังกล่าวว่าเป็นเรื่องของการคุ้มครองนิติสมบัติในวิถีทางสุดท้าย (subsidiärer Rechtsgüterschutz) ซึ่งกฎหมายอาญาควรที่จะมีไว้เพื่อคุ้มครองเฉพาะ “สมบัติ” (Güter) บางประการที่กำหนดไว้เท่านั้น เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย ชื่อเสียง เป็นต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาเป็นระเบียบแห่งการคุ้มครองและระเบียบสันติภาพ (eine Schutz- und Friedensordnung) ที่มีรากฐานมาจากระเบียบแห่งคุณค่าในทางจริยศาสตร์สังคม (die sozioethische Wertordnung) ของรัฐธรรมนูญ ทำให้กฎหมายอาญาในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่คุณค่าพื้นฐานของการมีชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมและการคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม และในกรณีที่มีการละเมิดต่อบัญญัติในกฎหมายอาญาก็จะมีมาตรการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

จากหลักการดังกล่าว ก่อให้เกิดผลที่สำคัญอย่างน้อย 2 ประการดังนี้ กล่าวคือ

¹⁴ ประธาน วัฒนวานิชย์ ข (2524). “แนวความคิดในการลงโทษ”. วารสารนิติศาสตร์, 12, 2. หน้า 8.

¹⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (กรกฎาคม, 2548). “การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน”.

ประการแรก การกระทำที่เป็นแต่เพียงการขัดต่อศีลธรรมอันดี ไม่เป็นความผิดอาญา (Das Ausscheiden blosser Moralwidrigkeiten aus dem strafrecht) กล่าวคือ การกระทำที่เป็นแต่เพียงขัดต่อศีลธรรม แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่น ไม่ได้ทำให้สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเสียหายแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่เป็นการกระทำที่จะเป็นความผิดอาญา ซึ่งในการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น ได้มีการแก้ไขกฎหมายอาญาโดยวางอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า “กฎหมายอาญามีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองนิติสมบัติ”

ประการที่สอง การกระทำที่เป็นแต่การละเมิดต่อระเบียบ ไม่เป็นความผิดอาญา (Das Ausscheiden von Ordnungswidrigkeiten aus dem Strafrecht) มาจากแนวคิดที่ว่า “กฎหมายอาญามีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองนิติสมบัติที่มีอยู่ก่อนแล้ว” (vorgegebene Rechtsgueter) กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนที่มีอยู่ก่อนที่จะมีรัฐ (staatsunabhaenger Individualrechte) นั่นเอง ส่วนการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ต่างๆ ของรัฐ (staatliche Anordnungen) ที่ไม่ได้มีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองนิติสมบัติ หากแต่เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกมาเพื่อให้ภารกิจที่เกี่ยวกับระเบียบสาธารณะและภารกิจในการที่จะทำให้ประชาชนอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุขเป็นไปได้โดยเรียบร้อยนั้น ถือว่าเป็นเพียงการละเมิดต่อระเบียบที่ไม่ควรจะนำมาตราการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับ จากแนวคิดดังกล่าวทำให้การกระทำบางอย่าง เช่น การทำร้ายร่างกาย เป็นความผิดอาญา ส่วนการกระทำบางอย่าง เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด ไม่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา เพราะเนื้อหาของข้อห้ามไม่ให้กระทำหรือข้อบัญญัติให้กระทำได้ดังกล่าวนั้น เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยรัฐ กล่าวคือ ไม่ใช่เป็นสิ่งที่มียู่แต่เดิมก่อนที่จะมีรัฐ (nicht vorgegeben) ด้วยเหตุนี้ จึงไม่ใช่นิติสมบัติ

โดยหากพิจารณาแหล่งกำเนิดของกฎหมายอาญา (Die Wurzeln des Strafrechts) ก็ จะพบว่า มีที่มาจากทัศนคติในเชิงคุณค่าทางจริยศาสตร์สังคม (in dem sozialetische Wertvorstellungen) โดยที่ทัศนคติดังกล่าวเป็นตัวกำหนดสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง (Rechtsgueter) นั่นเอง ในทางจริยศาสตร์สังคม (Sozialethik) นั้น การทำหน้าที่บางอย่างเป็นสิ่งจำเป็นแก่การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมให้เป็นไปได้โดยปกติสุข แต่ไม่ได้หมายความว่า การทำหน้าที่ในทางจริยศาสตร์สังคมในทุกๆ กรณี (nichr alle Verhaltensnormen der Sozialethik) จะต้องมีมาตรการบังคับทางอาญาและเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอาญา ดังนั้น กฎหมายอาญาในฐานะที่

เป็นวิถีทางสุดท้าย (ultima ratio) จะมีความชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อวิธีการอื่นๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่า (เป็นต้นว่า วิธีการทางกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายมหาชน) เป็นมาตรการที่ไม่เพียงพอแก่การที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองอย่างได้ผล

หลักการคุ้มครองนิติสมบัติในวิถีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญามาจากหลักสัดส่วน (Verhaeltnismasssigkeitsgrundsatz) ซึ่งมีรากฐานแนวความคิดมาจากหลักนิติรัฐ เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นมาตรการทางกฎหมายของรัฐที่ล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีผลรุนแรงที่สุด ดังนั้น กฎหมายอาญาจะถูกนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อวิธีการอื่นๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่าใช้ไม่ได้ผลแล้ว มิฉะนั้น จะถือว่าเป็นการขัดต่อข้อห้ามของการเกินสัดส่วน (das Uebermassverbot) หากรัฐใช้มาตรการบังคับทางกฎหมายอาญาในกรณีที่มีมาตรการบังคับอื่นๆ ยังคงสามารถที่จะคุ้มครองนิติสมบัติได้ดีพอๆ กับหรือดีกว่าการใช้มาตรการบังคับทางกฎหมายอาญา

จากหลักที่ว่า “กฎหมายอาญามีไว้เพื่อคุ้มครองนิติสมบัติโดยเป็นวิถีทางสุดท้าย” นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาว่า มีความจำเป็นหรือไม่และมีความจำเป็นแค่ไหนที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งที่เกิดผลเสียหายแก่สังคม ในกรณีดังกล่าว Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin มีความเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติควรกำหนดให้การกระทำบางอย่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของความผิดเล็กๆ น้อยๆ (eine geringfügige Rechtsgüterbeeinträchtigung) เป็นแต่เพียงความผิดที่เป็นการละเมิดต่อระเบียบ (eine Ordnungswidrigkeit) ในกรณีที่มีมาตรการบังคับอื่นๆ ที่ไม่ใช่มาตรการบังคับทางอาญาก็สามารถที่จะคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองได้อย่างได้ผลเช่นเดียวกัน แต่ในทางปฏิบัติก็หาได้เป็นเช่นนั้นไม่ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ยังคงกำหนดให้การกระทำความผิดเล็กๆ น้อยๆ เป็นความผิดอาญาที่มีโทษเล็กน้อยอยู่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ใช้มาตรการบังคับอื่นๆ ที่เบากว่า (เช่น การฟ้องคดีแพ่ง) ไม่เป็นการแน่นอนว่าจะสามารถได้ผลที่ดีเท่ากับกรณีของการใช้มาตรการบังคับทางอาญาแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติมีสิทธิที่จะใช้ดุลพินิจที่จะเลือกได้ (eine Einschätzungsprärogative) ดังนั้น หลักวิถีทางสุดท้าย (das Subsidiaritätsprinzip) จึงเป็นหลักที่วางแนวทางในทางอาญานโยบาย (eine kriminalpolitische Richtlinie) มากกว่าเป็นข้อบัญญัติบังคับ (ein zwingendes Gebot)

2.1.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

การที่จะกำหนดให้การกระทำความผิดในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญานั้น ก็เป็นสิ่งไม่ได้ที่จะต้องศึกษาในเรื่องทฤษฎีการลงโทษ เพราะกฎหมายอาญานั้นจะต้องมีสภาพบังคับหรือที่เรียกได้ว่ามีบทกำหนดโทษนั่นเอง ซึ่งในปัจจุบันนี้ต้องยอมรับว่าปัญหาที่เกิดขึ้นเหมือนกันในทุกๆ ประเทศหรือแทบจะทุกประเทศก็ว่าได้ ก็คือ ปัญหาอาชญากรรม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นปัญหาที่มีมาคู่กับสังคมมนุษย์อยู่ตลอดเวลา ที่เห็นได้ชัดและเป็นเรื่องใกล้ตัวก็คือ ปัญหาระหว่างบุคคลในครอบครัว ซึ่งถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก โดยนับวันปัญหาดังกล่าวจะยิ่งทวีความรุนแรงขึ้น ทั้งในด้านของการกระทำและผลของการกระทำที่กระทบต่อคนในครอบครัวนั้นๆ และอาจขยายวงกว้างออกไปจนกลายเป็นผลกระทบต่อสังคมด้วย ซึ่งนั่นอาจนำมาซึ่งปัญหาสังคมด้านต่างๆ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผู้กระทำที่เป็นสมาชิกในครอบครัวก็ได้กระทำด้วยความตั้งใจ แต่ได้กระทำไปเพราะความพลั้งเผลอ แต่ผู้เสียหายซึ่งก็เป็นสมาชิกในครอบครัวเช่นกัน ซึ่ง ณ ตอนนั้น อาจอยู่ในอารมณ์โกรธหรือโมโห จึงได้มีการแจ้งความร้องทุกข์เพื่อที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด แต่เมื่อเวลาผ่านไปก็กลับมาคืนดีกันเข้าใจกันและให้อภัยกันดังเดิม การที่ปล่อยให้เกิดกรณีเช่นนี้มากขึ้นๆ ก็จะส่งผลกระทบต่อสถานภาพความมั่นคงในครอบครัว ทำให้ครอบครัวไม่มั่นคงแข็งแรง อาจทำให้ครอบครัวแตกแยก และอาจส่งผลถึงบุตรหลานของตนด้วย นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กล่าวคือ ทำให้คดีรกรงรกรงศาลปัจจุบันจึงได้มีการนำเอากระบวนการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) มาใช้เพื่อที่จะช่วยลดปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาลซึ่งเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย

2.1.2.1 ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

โทษทางอาญานั้นคือการลงอาญาต่อผู้กระทำผิด หรืออีกนัยหนึ่งก็คือปฏิกิริยาที่ผู้กระทำผิดจะพึงได้รับจากผลของความผิดที่ได้กระทำลง ฉะนั้น การลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญาจึงหมายถึง ปฏิกิริยาที่ผู้กระทำผิดในทางอาญาจะพึงได้รับจากผลของความผิดที่ได้กระทำตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นอันมีลักษณะและบทกำหนดโทษทางอาญา¹⁶

แนวคิดในเรื่องการลงโทษผู้กระทำผิดที่กระทำการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางสังคมนั้นมีมาตั้งแต่ในอดีตแล้ว ด้วยเหตุผลที่ว่าแนวคิดเช่นนี้เป็นสิ่งที่มีอยู่ในความรู้สึกร่วมกันของคนในสังคม แต่วิธีการลงโทษจะใช้วิธีใดนั้นก็แตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมในแต่ละยุคสมัย เมื่อ

¹⁶ ทศนีย์ แสงสุข. (2552). “การสร้างความปลอดภัยในครอบครัวโดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ : ศึกษากรณีความรุนแรงในครอบครัว”. หน้า 33.

สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษก็มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยจากเดิมที่มุ่งเน้นการลงโทษให้หลายจำเป็นอย่างเดียว ก็เปลี่ยนเป็นมุ่งแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดแทน และจากเหตุดังกล่าวนี้ การลงโทษด้วยการแก้แค้นทดแทน รวมทั้งการลงโทษด้วยวิธีขังขังขัง ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นในการตัดความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดให้ออกจากสังคมและให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวในผลที่จะได้รับจากความผิดที่ตนได้ก่อขึ้น กรณีดังกล่าวไม่สามารถทำให้พฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นได้ ฉะนั้น จึงเกิดแนวคิดในการที่จะแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดขึ้น¹⁷ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีและสามารถอยู่ร่วมกับสมาชิกในสังคมนั้นต่อไปได้อย่างปกติสุข ยิ่งถ้าเป็นการกระทำความผิดของสมาชิกในครอบครัวเดียวกันด้วยแล้วก็ยิ่งจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเยียวยา ดังนั้น ในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญานั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และทฤษฎีการลงโทษทางอาญาประกอบด้วย ซึ่งในแต่ละทฤษฎีก็จะมีรูปแบบและสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่แตกต่างกันออกไป

1) วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา

การลงโทษตามกฎหมายอาญานั้น หากพิจารณาในแง่ทัศนคติทางสังคม¹⁸ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์หลายประการ ดังนี้

- (1) การคุ้มครองมนุษย์ (และบางกรณีรวมถึงสัตว์ด้วย) จากการกระทำต่างๆ โดยเจตนา โดยใช้ความรุนแรง โหดร้ายทารุณ และความประพฤติที่สังคมไม่พึงประสงค์
- (2) การคุ้มครองบุคคลจากภัยอันตรายซึ่งกระทำโดยไม่เจตนา เช่น การกระทำความผิดกฎหมายจราจร มลพิษ โรคระบาด เป็นต้น
- (3) การคุ้มครองบุคคลผู้อ่อนแอ หรือผู้ถูกชักจูงได้โดยง่าย มิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทั้งทางร่างกายและทรัพย์สิน เช่น เด็ก คนชรา คนป่วย หรือผู้มีปัญหาทางร่างกายและจิตใจ
- (4) การป้องกันการกระทำที่ผิดปกติหรือวิปริตผิดธรรมดา แม้ว่าผู้กระทำจะเป็นผู้ใหญ่หรือผู้มีส่วนร่วมจะยินยอม เช่น การใช้ยาเสพติด โสเภณี การพนัน เป็นต้น
- (5) การป้องกันการกระทำอันไม่สมควรต่างๆ ซึ่งมีได้รวมไว้ในข้อต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วโดยกระทำในที่สาธารณะ เช่น การมีความสัมพันธ์ทางเพศ กอด หรือจูบ หรือเปลือยกายในที่สาธารณะ

¹⁷ ทศนีย์ แสงสุข. แหล่งเดิม.

¹⁸ ประธาน วัฒนาวณิชย์ ค (2541, ธันวาคม). “การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาญาวิทยา”. *บทบัญญัติ*, 54, 4. หน้า 11.

(6) การห้ามการกระทำที่ยั่วหรือความประพฤติที่จะนำไปสู่ความไม่สงบสุขในสังคม เช่น การดูหมิ่น และหมิ่นประมาทบุคคลอื่น

(7) การคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลจากการถูกลัก หนี้อ โกง ยักยอก หรือทำลาย

(8) การป้องกันความไม่สะดวก หรือความไม่เป็นระเบียบ เช่น การขัดขวางหรือกีดขวางการจราจร

(9) การเก็บภาษีอากรและรายได้ต่างๆ ให้แก่รัฐ และบัญญัติความผิดสำหรับผู้ฝ่าฝืน

(10) การกำหนดความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ

(11) การบัญญัติความผิดสำหรับการไม่ทำตามนโยบายของรัฐ เช่น กฎหมายบังคับให้บุคคลไปเลือกตั้ง ให้ส่งบุตรไปเข้ารับการศึกษาระดับมัธยมศึกษาและเกณฑ์ทหาร

(12) การคุ้มครองสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันครอบครัว สถาบันศาสนา เป็นต้น

(13) การบังคับใช้กฎหมายที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญต่อการอำนวยความยุติธรรมของรัฐ เช่น ความผิดต่อเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานในการยุติธรรม และเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ใดโดยเฉพาะให้ได้รับโทษสูงขึ้น หรือความผิดเกี่ยวกับการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมในเรื่องการจับผู้กระทำความผิด ช่วยเหลือผู้กระทำความผิดให้รอดพ้นจากการลงโทษและเป็นพยานในชั้นศาล

กรณีของการพิจารณาวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาในแง่ที่สะท้อนทางสังคมตามที่กล่าวมานั้น มีเป้าหมายในการควบคุมความประพฤติของมนุษย์ที่มีอยู่อย่างหลากหลาย หากที่จะวางหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและโทษสำหรับการกระทำที่เห็นว่าไม่เหมาะสมและเป็นอันตรายต่อสังคม การอยู่ร่วมกันและระเบียบของสังคม ความประพฤติใดควรบัญญัติห้ามมิให้กระทำหรือความประพฤติใดที่ควรจะยกเลิกล้มให้เป็นความผิด จึงขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปของสังคม

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีนักกฎหมายสมัยใหม่ได้แยกวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

(1) การป้องกันทั่วไป (General Prevention)¹⁹ เป็นการใช้โทษเพื่อการข่มขู่ผู้อื่นมิให้กระทำความผิดในทำนองเดียวกันนั้น หรือเพื่อมิให้เป็นแบบอย่างซึ่งบังคับจิตใจให้บุคคลทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิดอย่างเดียวกันให้กังวลความคิดนั้นๆ เสีย

¹⁹ คณิต ฒ นคร ก (2547). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 361.

(2) การป้องกันพิเศษ (Special Prevention) เป็นการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนั้นอีก ทั้งนี้ โดยการลงโทษผู้นั้นหรือโดยการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยบังคับแก่ผู้นั้น

วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญานั้นเพื่อคุ้มครองสังคมมากกว่าเหตุผลอื่น แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าการคุ้มครองสังคมจะเป็นจุดหมายสูงสุดท้ายของการลงโทษ แต่ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ ควรจะใช้การลงโทษอย่างใดจึงจะได้ผลเป็นการคุ้มครองสังคมที่ดีที่สุด²⁰ ซึ่งจะได้กล่าวถึงทฤษฎีการลงโทษทางอาญาในหัวข้อถัดไป

2) ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

ทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนั้น สามารถแยกได้ดังต่อไปนี้

(1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Punishment as retribution retaliation or revenge)²¹

การลงโทษเพื่อการแก้แค้นและทดแทนนี้มีวัตถุประสงค์ใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีมาแต่สมัยโบราณและแพร่หลายมากที่สุด และถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่เก่าที่สุด ทั้งนี้ เนื่องจากสัญชาตญาณแห่งการแก้แค้นของคนและสัตว์ซึ่งมีมาแต่ดึกดำบรรพ์และมาจากความคิดที่ว่า จะเป็นการไม่ยุติธรรมเลย หากว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับผลอันเนื่องมาจากการที่กระทำความผิดนั้น ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดระบบศีลธรรม โดยในการลงโทษควรเป็นโทษที่หนักและสาสมกับความผิดที่ได้กระทำ ตามทฤษฎี Free Will โดย Jeremy Bentham มีความเห็นว่ากฎหมายควรกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด และควรกำหนดลักษณะของโทษไว้หลายๆ ประเภท เพราะว่าโทษอย่างเดียวกันจะให้เหมาะสมกับความผิดทุกอย่างย่อมเป็นไปได้

ปัจจุบัน การลงโทษเพื่อแก้แค้นและทดแทนไม่เป็นที่นิยมของนักทฤษฎีทั่วไป เพราะแนวคิดนี้เป็นสิ่งที่ล้าสมัยและไม่ชอบด้วยมนุษยธรรม แต่ก็ยังมีการใช้กันอยู่ เพราะความรู้สึกนึกคิดของคนส่วนมากยังต้องการให้อาชญากรได้รับผลจากการกระทำผิดที่หนักพอกับความอุกฉกรรจ์ของความผิดที่ได้กระทำลงไป จึงไม่อาจจะทิ้งวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้แค้นและทดแทนนี้ได้ นอกจากนี้ การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐคือ ผู้พิพากษาจะกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดรายใดก็มักจะนึกถึงพฤติการณ์แห่งความร้ายแรงของการกระทำผิดว่าสมควรจะลงโทษหนักเบาเพียงใด วัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้แค้นและทดแทนนี้จึงยังมีใช้อยู่ในปัจจุบัน

²⁰ ประธาน วัฒนวานิชย์ ค เล่มเดิม. หน้า 12.

²¹ อรรถ สุวรรณบุบผา. (2518). หลักอาญาวิทยา. หน้า 139.

(2) การลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกัน (Punishment as a deterrence or restraint or prevention)

วัตถุประสงค์ก็เพื่อจะทำให้ผู้กระทำผิดเข็ดหลาบและเกรงกลัวไม่กล้ากระทำผิดอีกต่อไป และเพื่อเป็นการเตือนมิให้คนอื่น ๆ ทำตามอย่างผู้กระทำผิด²² เพราะจะถูกลงโทษเช่นเดียวกัน สมมติฐานภายใต้แนวคิดนี้มีอยู่ว่า ถ้าสังคมไม่สามารถจะนำตัวผู้กระทำผิดมาสู่ระบบงานยุติธรรมและลงโทษผู้กระทำผิดแล้ว ก็เท่ากับว่าสังคมส่งเสริมอาชญากรรมให้เกิดขึ้น เพราะฉะนั้น การลงโทษจึงมุ่งที่จะหยุดหรือลดอาชญากรรมมิให้เกิดขึ้น และให้มีผลยับยั้งพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายด้วย

การลงโทษเพื่อยับยั้งหรือป้องกันเพื่อเป็นการข่มขู่บุคคลให้เกรงกลัวนั้นเป็นการไม่ยุติธรรม เพราะบุคคลใดจะถูกลงโทษประการใดย่อมขึ้นอยู่กับกระทำของผู้กระทำผิดและไม่ควรถูกลงโทษเพราะความต้องการที่จะใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือให้บังเกิดผลต่อบุคคลอื่น เพราะมนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำเช่นนั้น ส่วนในเรื่องการลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกันของผู้กระทำผิดเองเพื่อให้เกิดความหลาบจำนั้น มีข้อโต้แย้งได้ว่าอาจไม่เป็นจริงเสมอไป แต่จะกลับมีผลตรงกันข้าม เพราะเหตุผลประการหนึ่งที่บุคคลทั่วไปไม่ยอมกระทำผิดเพราะชื่อเสียงเกียรติยศของตนเอง ไม่ต้องการถูกตราหน้าว่าเคยได้รับโทษทัณฑ์มาแล้ว แต่ถ้าได้ถูกลงโทษมาแล้วครั้งหนึ่ง ความกลัวดังกล่าวย่อมหมดไป เพราะไม่ว่าจะกระทำผิดอีกหรือไม่ ชื่อเสียงเกียรติยศก็ไม่อาจกลับคืนมาได้ ดังนั้น การลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกันเพื่อให้เข็ด หลาบจำ จึงไม่เป็นจริงเสมอไป

(3) การลงโทษเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคม (Punishment as a protection of society or an incapacitation)

การลงโทษเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมเริ่มขึ้นเมื่อมีการนำเอาวิธีการลงโทษจำคุกมาใช้ แต่ก่อนหน้านี้นี้การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนและเพื่อเป็นการยับยั้งมิให้ซ้ำเป็นอันมากในการกำจัดศัตรูทางการเมือง ผู้มีอำนาจปกครอง นครเทศน์ักโทษการเมือง หรืออาจกำจัดด้วยวิธีการประหารชีวิต หรือขังในห้องใต้ดิน แต่สำหรับผู้ประกอบอาชญากรรมถูกกำจัดออกไปจากสังคมเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมยังมิได้นำมาใช้ ต่อมาเมื่อมีการนำโทษจำคุกมาใช้ การจำคุกจึงถือเป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัยด้วย คือ นักโทษที่ถูกจำคุกอยู่ย่อมไม่สามารถจะออกไปก่ออาชญากรรมหรือความเดือดร้อนแก่สังคมได้อีกอย่างน้อยเป็นการชั่วคราวระหว่างที่ถูกจำคุก

²² พงจจิตต์ อธิคมนันท์. (2525). สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ. หน้า 128-129.

(4) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Punishment as a mean of formation)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษในสมัยปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปจากสมัยก่อน คือ การลงโทษที่มุ่งการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคลเพื่อให้กลับตัวเป็นคนดี และเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากการประกอบอาชญากรรม

การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้น นอกจากจะไม่เกิดผลดีแก่สังคมแล้ว ยังกลับเป็นโทษแก่สังคมอีกด้วย จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขในด้านการคุมประพฤติและการดูแลนักโทษในทัณฑสถานและการพักการลงโทษ ที่มุ่งมิให้บุคคลกลับมาก่อทำผิดอีก โดยการแก้ไขปรับปรุงตัวบุคคลผู้กระทำความผิด

หลักการนี้มีแนวความคิดเห็นว่า การลงโทษซึ่งเป็นผลร้ายนั้น ไม่น่าจะทำให้บุคคลกลับตัวเป็นคนดีได้ จึงควรเปลี่ยนมาใช้การปฏิบัติแทน โดยมีวิธีการปฏิบัติดังนี้

ก. พยายามไม่ให้ผู้กระทำความผิดประสบกับสิ่งที่เปลี่ยนแปลงบุคลิกภาพของเขาไปในทางที่เสื่อมลง เช่น การรอกการลงโทษ หรือการแยกประเภทของนักโทษ

ข. วิธีการปรับปรุงผู้ต้องโทษในระหว่างคุมขัง ได้แก่ การฝึกหัดอาชีพ และให้การศึกษอบรมทางศีลธรรม ศาสนา ที่จะให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไป

ค. การให้ความช่วยเหลือหลังพ้นโทษ นักโทษส่วนมากเมื่อพ้นโทษแล้วต้องการกลับตัวเป็นคนดีแต่พบอุปสรรค คือ ไม่สามารถสมัครเข้าทำงานได้

ดังนั้น การช่วยเหลือจึงเป็นสิ่งสำคัญในการช่วยปรับปรุงผู้กระทำความผิด เช่น อาจมีการตั้งกองทุนช่วยเหลือการบริการจัดหางานให้ เป็นต้น²³

2.1.2.2 ทฤษฎีการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรม (Diversion)

การเบี่ยงเบนคดี หรืออาจมีบางคนเรียกว่าการหันเหคดี (Diversion) นั้น เป็นมาตรการที่มีความประสงค์ที่จะไม่นำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางศาล ดังนั้น จึงใช้มาตรการในการดำเนินการที่เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้น เช่น การไกล่เกลี่ยยอมความในคดีความผิดอันยอมความได้ หรือการส่งไปรับการรักษาฟื้นฟูสุขภาพจิตกรณีเป็นผู้ติดยาเสพติด เพื่อที่จะไม่ต้องนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล หรือการกักหรือคุมประพฤติเด็กหรือเยาวชนแทนการสั่งฟ้องคดี ซึ่งมีความประสงค์จะใช้มาตรการกักและอบรมแทนการฟ้องคดี เพื่อให้เด็กและเยาวชนไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล หรือการชะลอการฟ้องของพนักงานอัยการ ซึ่งมีแนวทางที่จะนำมาใช้เพื่อสั่งไม่ฟ้องคดีที่มีมูลโดยการกำหนดมาตรการคุมประพฤติแทน เป็นต้น ซึ่งมาตรการเบี่ยงเบนคดีหรือมาตรการหันเหคดีเหล่านี้ มิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างความเข้าใจระหว่างผู้กระทำความผิด

²³ ทศนีย์ แสงวสุข. เล่มเดิม. หน้า 35.

ผู้เสียหายหรือชุมชน และมีได้มีเป้าหมายที่จะให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมดได้มากำหนดมาตรการที่จะใช้กับผู้กระทำความคิดที่เหมาะสมและเป็นที่ยอมรับของทุกฝ่าย เหมือนเช่นเป้าหมายของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ดังนั้น มาตรการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) นี้จึงเป็นมาตรการที่เน้นการปฏิบัติต่อผู้กระทำความคิดเป็นหลัก²⁴

ปกติแล้วคดีอาญามักจะเริ่มเมื่อมีการกล่าวหาว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นการกล่าวหาโดยเอกชนกระทำต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการร้องทุกข์หรือการกล่าวโทษต่อเจ้าพนักงาน หรือผู้เสียหายอาจฟ้องคดีต่อศาลโดยตรง หรือการกล่าวโทษโดยพนักงานสอบสวนเป็นผู้เริ่มคดีเอง และเมื่อพนักงานสอบสวนได้เริ่มดำเนินการสืบสวนสอบสวนจนสามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้เพียงพอแล้ว ก็จะมีความเห็นสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีนั้น แล้วส่งไปให้พนักงานอัยการดำเนินการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล เมื่อศาลประทับรับฟ้องไว้ก็จะดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปจนเสร็จสิ้นสำนวนความ ซึ่งอำนาจในการดำเนินคดีนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขระดับคดี กล่าวคือ เหตุการณ์ใดๆ ที่ส่กักกันการชี้ขาดเนื้อหาคดี และทันทีที่เกิดเหตุการณ์นั้นๆ ขึ้น การดำเนินคดีที่มีเป้าหมายเพื่อการชี้ขาดเนื้อหาคดีจะกระทำมิได้ ผลคือ หากมีเหตุการณ์ตามเงื่อนไขระดับคดีเกิดขึ้น จะทำให้การดำเนินคดีอาญาลิ้นสุดลง ซึ่งการขอมความในคดีความผิดอันขอมความได้นั้นก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งที่ทำให้คดีอาญาระงับโดยไม่ต้องนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล ตรงนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการทำให้คดีไม่รกรงรอกศาล และเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลซึ่งถือเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย

อาจกล่าวได้ว่า “การขอมความ” คือ การที่ผู้เสียหายหรือโจทก์ได้ตกลงกับผู้กระทำความคิดเพื่อระงับข้อพิพาทในคดีอาญาที่เกิดขึ้น โดยผู้เสียหายไม่ตั้งใจเอาความกับผู้กระทำความคิดอีกต่อไป มีผลทำให้คดีอาญาในความผิดอันขอมความได้ระงับลง²⁵ (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)) ด้วยเหตุที่แนวคิดในการมองปัญหาอาชญากรรมได้เปลี่ยนแปลงไปจากการมองว่าการกระทำผิดเป็นการกระทำต่อรัฐ รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหายได้เปลี่ยนมาเป็นการกระทำผิดเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคล เอกชนเป็นผู้ได้รับความเสียหาย จึงมีสิทธิที่จะดำเนินคดีหรือระงับคดีโดยขอมสละสิทธิของตนเองได้ วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้มุ่งเน้นที่ผู้เสียหาย การระงับข้อพิพาทจะเกิดขึ้นได้จะต้องเกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายเท่านั้น รัฐไม่มีอำนาจก้าวเข้าไปในสิทธิของผู้เสียหาย เนื่องจากในคดีอาญาอันขอมความได้

²⁴ ณรงค์ ใจหาญ ก (2553). กระบวนการสร้างความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในศาลยุติธรรม (รายงานผลการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย). สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 38-39.

²⁵ ชัยสิทธิ์ ตราชุกรม. (2535). “การขอมความคดีอาญา”. วารสารกฎหมาย, 5, 2. หน้า 104.

มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่ามีสิทธิในการฟ้องหรือไม่ หากผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องก็ย่อมไม่มีสิทธิขอมความ การขอมความจึงเป็นเรื่องของการตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด²⁶

การขอมความเป็นกรณีการตกลงระงับข้อพิพาทโดยมีผู้เกี่ยวข้องในการดำเนินการ 2 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายผู้กระทำความผิด และฝ่ายผู้เสียหาย ซึ่งในการขอมความจำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้เสียหายเป็นหลัก ฝ่ายผู้กระทำความผิดจะชดใช้ค่าเสียหายหรือไม่ไม่ใช่หลักเกณฑ์สำคัญ ขอเพียงแต่ฝ่ายผู้เสียหายยินยอมระงับคดีก็เพียงพอ การขอมความจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มุ่งเน้นการตกลงของฝ่ายผู้เสียหายเพื่อให้คดีระงับลง²⁷

2.2 หลักการในการแบ่งประเภทความผิดอันยอมความได้และความผิดอาญาแผ่นดิน

การกระทำความผิดในทางอาญานั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อมหาชนเป็นส่วนรวม สมควรที่รัฐต้องเข้าดำเนินการป้องกันและปราบปราม โดยที่ไม่ต้องอาศัยให้ผู้ใดมาร้องทุกข์กล่าวโทษ แต่ก็มี ความผิดบางประเภทที่มีลักษณะเฉพาะที่เรียกว่าความผิดอันยอมความได้ ซึ่งความผิดประเภทนี้มี ลักษณะประกอบกับเหตุผลอันเป็นส่วนตัวของผู้เสียหายบางประการ สมควรที่รัฐจะเข้าไปดำเนินการเมื่อเอกชนผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ขึ้นก่อน²⁸ ซึ่งเหตุที่กฎหมายได้มีการแบ่งประเภท ความผิดอาญาออกเป็นความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดินนี้ก็เนื่องมาจากมี หลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่แตกต่างกันดังต่อไปนี้

2.2.1 หลักการดำเนินคดีอาญา

การดำเนินคดีอาญา โดยเนื้อหาของการดำเนินการก็เพื่อที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือ ยืนยันความผิด เพื่อกำหนดโทษหรือมาตรการอื่นๆ หรือเพื่อยืนยันความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหา นอกจากนี้การดำเนินคดีอาญายังเป็นการกระทำเพื่อให้กฎหมายอาญาได้มีการบังคับใช้เพื่อทำให้เกิดความสงบสุขขึ้นในสังคม²⁹ โดยพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปตามสังคม ซึ่งแต่เดิมการลงโทษมี

²⁶ “ความยินยอม-ขอมความตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา”. (2517, พฤษภาคม). วารสารกฎหมาย, 1, 2. หน้า 162.

²⁷ ฅภัทร กตเวทีเสถียร. (2547). “การระงับข้อพิพาทในคดีอาญาโดยกระบวนการยุติธรรมเชิง สมานฉันท์ (ศึกษาเฉพาะความผิดที่มีผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา)”. หน้า 30.

²⁸ จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10). หน้า 2.

²⁹ ฅณิต ฅ นคร ข (2541, มิถุนายน). “วิธีพิจารณาความอาญากับความคิดตามหลักกฎหมายแพ่ง”. วารสารอัยการ, 4, 42. หน้า 53.

ลักษณะเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะดำเนินการเอาผิดแก่ผู้ที่กระทำผิดกฎหมาย การดำเนินคดีจึงเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยบุคคลผู้เสียหาย ยังไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ของสังคม รัฐจึงไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว โดยปล่อยให้เป็นที่ของผู้เสียหายที่จะต้องจัดการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นและลงโทษผู้กระทำผิด ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาจึงเป็นหน้าที่ของบุคคลที่ถูกประทุษร้าย จึงมักก่อให้เกิดการทวีความรุนแรงในการแก้แค้นจนการกระทำผิดทางอาญานั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของสมาชิกในสังคม จึงพัฒนาเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ซึ่งเป็นแนวความคิดแบบปัจเจกชนนิยม³⁰ และพัฒนาไปเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐจนถึงปัจจุบัน ซึ่งสามารถแบ่งหลักการดำเนินคดีอาญาออกได้เป็น 3 ประเภทดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.2.1.1 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย (Private Prosecution)

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายมีจุดก่อกำเนิดมาจากการที่สังคมในอดีตยังไม่มี การรวมตัวกันเป็นรัฐดังเช่นในปัจจุบัน สังคมต่างๆ เหล่านั้นมีแนวคิดที่ว่า หลักการควบคุมอาชญากรรมควรกำหนดให้ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดอาญาสมควรที่จะได้รับการเยียวยาชดเชยในความเสียหายนั้น³¹ วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาในสมัยนั้นจึงเป็นไปเพื่อแก้แค้นทดแทนความอาฆาตพยาบาทกันเป็นการส่วนตัว จึงให้อำนาจในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้เสียหาย กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้นแก่บุคคล ทำให้เขาเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิของบุคคลใด ก็เป็นหน้าที่ของเขาคที่จะรวบรวมพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล³² ดังนั้น การกำหนดสิทธิที่เกิดขึ้นจากผลของการกระทำผิดอาญาจึงถูกกำหนดไว้อย่างรวมๆ ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างสิทธิในการฟ้องคดีอาญากับสิทธิในการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา และไม่มี การแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบในทางอาญากับความรับผิดชอบในทางแพ่ง ทำให้หลักการดำเนินคดีอาญาจึงคำนึงถึงแต่เฉพาะส่วนได้เสียของบุคคลเป็นหลัก โดยไม่มีส่วนได้เสียของสังคมเข้าไปเกี่ยวข้อง และกฎหมายจะให้อำนาจเฉพาะ

³⁰ Delmar Karlen. (1967). *Anglo-American Criminal Justice*. p. 19.

³¹ อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2524). “ผู้เสียหายในคดีอาญา”. หน้า 5.

³² อรรถพล ใหญ่สว่าง. แหล่งเดิม. หน้า 47.

ผู้เสียหายหรือเครือญาติของผู้ที่นั่นเท่านั้นที่มีอำนาจฟ้องคดี ทำให้บุคคลอื่นที่ไม่มีส่วนได้เสียจะไม่มีสิทธิฟ้องร้อง³³

2.2.1.2 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน (Popular Prosecution)

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนเป็นพัฒนาการของสังคมที่ก่อให้เกิดแนวคิดที่ว่าไม่เฉพาะผู้เสียหายเท่านั้นที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดในทางอาญา หากแต่สังคมก็มีส่วนได้รับผลกระทบนั้นด้วย เช่นนี้ เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ประชาชนทุกคนซึ่งถือว่าเป็นหน่วยหนึ่งของรัฐหรือสังคมจึงมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ด้วยและถือว่ามีหน้าที่ในการฟ้องร้องและดำเนินคดี ทำให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย³⁴ แนวความคิดเช่นนี้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายโรมัน ซึ่งได้แยกลักษณะของความผิดออกเป็นความผิดต่อส่วนตัว (délit privé) กับความผิดอาญาแผ่นดิน (délit public) และการแยกดังกล่าวทำให้เกิดการฟ้องคดีตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ดังเช่นในกรณีความผิดต่อส่วนตัว อำนาจฟ้องยังคงเป็นของผู้เสียหาย ส่วนกรณีความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งกฎหมายโรมันเห็นว่าเป็นการก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยในสังคมและสร้างความเสียหายต่อประโยชน์ของมหาชนด้วย ดังนั้น จึงถือว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย ไม่ว่าจะบุคคลเหล่านั้นจะได้รับผลร้ายโดยตรงจากการกระทำความผิดนั้นหรือไม่ก็ตาม เหตุนี้อำนาจฟ้องจึงเป็นของประชาชนทุกคน³⁵

2.2.1.3 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution)

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนี้เป็นหลักที่เกิดขึ้นใหม่ กล่าวคือ เป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐซึ่งมีแนวความคิดในทางอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) คือ การกระทำใดที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสังคม รัฐซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยจะต้องเข้าไปดำเนินการป้องกันการกระทำดังกล่าวนี้ ซึ่งแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายที่การฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นสิทธิของเอกชนผู้เสียหาย ซึ่งเป็นแนวความคิดทางปัจเจกชนนิยม (Individualism) กล่าวคือ ให้เอกชนมีสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวมาก แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนี้ก็มิได้หมายความว่ารัฐจะผูกขาดอำนาจในการดำเนินคดีอาญาไว้แต่เพียงผู้

³³ อุดม รัฐอมฤต. (2535). “การฟ้องคดีอาญา”. วารสารนิติศาสตร์, 22, 2. หน้า 243.

³⁴ คณิง ภาไชย ก (2531). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 69.

³⁵ อุดม รัฐอมฤต. หน้าเดิม.

เดียว แม้ในประเทศที่ถือหลักนี้อย่างเคร่งครัดก็ยังมีกรณีผ่อนคลายเป็นเอกชนผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาได้ เช่น ประเทศเยอรมัน แต่ก็ได้มีการจำกัดประเภทและฐานความผิดเอาไว้³⁶

อาจกล่าวได้ว่าหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐมีแนวคิดพื้นฐานหรือแหล่งที่มาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปเป็นส่วนใหญ่ โดยมุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิของสมาชิกในสังคมหรืออาจเรียกว่า ประชาชนสาธารณะ ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐส่วนมากจะมีหน่วยงานของรัฐที่เรียกว่า “พนักงานอัยการ” ซึ่งมีสถานภาพเป็นเจ้าพนักงานของรัฐหรือตัวแทนของรัฐนั่นเอง โดยมีภาระหน้าที่ 3 ประการ คือ ภาระหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมในทางอาญา ภาระหน้าที่ในการรักษาประโยชน์ของรัฐ และภาระหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ³⁷

การดำเนินคดีอาญาโดยเจ้าพนักงานของรัฐนี้ถือเป็นหน้าที่โดยตรงที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวนฟ้องร้อง ซึ่งมีปัญหาให้พิจารณาอยู่ 2 ประเด็น คือ³⁸ การใช้อำนาจสอบสวนฟ้องร้องของเจ้าพนักงานของรัฐ สมควรกระทำในทุกคดีที่ปรากฏหลักฐานอันพอจะเชื่อได้ว่ามีการกระทำความผิดหรือไม่ และหากเจ้าพนักงานของรัฐสามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้เพียงพอที่จะฟ้องต่อศาลได้ สมควรจะต้องฟ้องบุคคลนั้นต่อศาลในทุกคดีหรือไม่

สำหรับปัญหาดังกล่าว แนวทางปฏิบัติของเจ้าพนักงานของรัฐย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศว่ายึดถือ “หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย” (Legality Principle) หรือ “หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ” (Opportunity Principle) ดังจะกล่าวต่อไป³⁹

1) หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality Principle)

หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายเป็นหลักที่กำหนดถึงอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนฟ้องร้อง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นหลักที่บังคับ

³⁶ คณิต ฌ นคร ก (2540). “ปัญหาการใช้ดุลพินิจของอัยการ”. รวบรวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร. หน้า 31-32.

³⁷ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. “อัยการกับกระบวนการยุติธรรม”. วารสารกฎหมาย, 17, 1. หน้า 149.

³⁸ ณรงค์ ใจหาญ ข (2552). หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 10). หน้า 33.

³⁹ คณิต ฌ นคร ง (2540). “วิธีพิจารณาความอาญาไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน”. รวบรวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร. หน้า 312.

ให้เจ้าพนักงานของรัฐต้องทำการสอบสวนฟ้องร้องในทุกๆ คดี ไม่ว่าจะการกระทำความผิดอาญานั้น จะมีผู้มาร้องทุกข์หรือกล่าวโทษหรือไม่ก็ตาม และเมื่อเจ้าพนักงานได้ฟ้องคดีแล้วจะต้องดำเนินคดีจนถึงที่สุดโดยไม่สามารถถอนฟ้องได้ กล่าวคือ เมื่อสอบสวนแล้ว พนักงานอัยการจะต้องฟ้องร้องและดำเนินคดีอาญาไปโดยไม่อาจใช้ดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติได้⁴⁰

2) หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle)

หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจเป็นหลักที่ผ่อนคลายความเข้มงวดในการใช้กฎหมายอาญา เนื่องจากสังคมมีสภาพเปลี่ยนแปลงไป ส่งผลให้แนวคิดในการลงโทษเปลี่ยนแปลงไปด้วย จากเดิมที่ใช้ “ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน” (Vergeltungstheorie) ปัจจุบันกลับเห็นว่าการลงโทษสมควรมีจุดมุ่งหมายอยู่ 2 กรณี คือ กรณีแรก : เพื่อเป็นการป้องกันทั่วไป (Generalprävention) คือ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมจะไม่นิ่งเฉยกับการกระทำของตน พร้อมกับเป็นการเตือนบุคคลอื่นว่าหากได้มีการกระทำความผิดขึ้นมาอีก ก็จะต้องถูกลงโทษเช่นเดียวกัน ส่วนกรณีที่สอง : เพื่อเป็นการป้องกันพิเศษ (Spezialprävention) หมายถึง เป็นการลงโทษที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดและความชั่วของผู้กระทำความผิด เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลนั้นได้รับการแก้ไขปรับปรุงความประพฤติของตนไม่ให้กระทำผิดซ้ำอีกและมีโอกาสกลับเข้าสู่สังคมได้ จากเหตุผลตามที่กล่าวมานี้กฎหมายจึงได้มีบทบัญญัติให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้ดุลพินิจในการไม่ดำเนินการสอบสวนหรือยุติการสอบสวน และหากได้ทำการสอบสวนแล้วเห็นว่าผู้ต้องหากระทำผิดจริงและมีพยานหลักฐานพอฟ้อง เจ้าพนักงานอาจไม่ฟ้องผู้ต้องหา นั้น ซึ่งขึ้นอยู่กับเหตุผลของแต่ละคดีไป

จะเห็นได้ว่า ในแต่ละหลักนั้นก็ยังมีทั้งข้อดีและข้อเสียอยู่ในตัวของมันเอง กล่าวคือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย มีข้อดี คือ เป็นหลักประกันความเสมอภาคตามกฎหมาย ซึ่งเจ้าพนักงานจะต้องไม่ใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ และเป็นเกราะคุ้มกันเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจฟ้องคดีที่จะไม่ถูกบังคับให้ใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่มีมูลด้วย กล่าวคือ ป้องกันมิให้มีการใช้อิทธิพลทางการเมือง หรือ โดยมีชอบทางอื่นที่จะบังคับมิให้เจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่⁴¹ ส่วนข้อเสีย คือ

⁴⁰ ชาญจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา. (2534). “อัยการกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดี : ข้อเสนอสำหรับประเทศไทย”. *บทบัญญัติ*, 47, 4. หน้า 113.

⁴¹ John H. Langbein. *Comparative Criminal Procedure : Germany*. pp. 91-92. อ้างถึงใน ณรงค์ ใจหาญ ข เล่มเดิม. หน้า 33-34.

ทำให้เกิดความแข็งกระด้างในการใช้กฎหมาย และมีแนวคิดที่ค่อนข้างเป็นการแก้แค้นต่อผู้กระทำความผิด โดยไม่คำนึงว่าผู้นั้นควรต้องรับโทษทางอาญาหรือไม่⁴²

ส่วนข้อดีของหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ คือ ทำให้เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาได้ยืดหยุ่น เพื่อปรับให้เข้ากับสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป และเป็นการลดความแข็งกระด้างของกฎหมายลงได้ แต่ก็ยังมีข้อเสีย คือ ถ้าการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานดังกล่าวขาดการควบคุมที่ดี จะก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติและทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย⁴³

ในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยนั้น ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายกลับให้สิทธิแก่เอกชนผู้เสียหายในการฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งจะเห็นได้จากมาตรา 28 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁴⁴ กรณีเช่นนี้จึงเห็นได้ว่าแตกต่างกับกรณีของต่างประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้เสียหายเองไม่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้โดยตรง

อย่างไรก็ดี หากพิจารณากฎหมายในประเทศต่างๆก็จะเห็นได้ว่า มีการยอมรับหลักการดำเนินคดีอาญาทั้งสองหลักที่กล่าวข้างต้นนี้แตกต่างกัน ซึ่งพอจะแยกได้เป็น 3 ประเภท คือ ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายอย่างเดียว เช่น ออสเตรเลีย อิตาลี และสเปน เป็นต้น ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ เช่น ญี่ปุ่น เบลเยียม สาธารณรัฐฝรั่งเศส เดนมาร์ก และฮอลแลนด์ เป็นต้น ส่วนประเทศที่ใช้ทั้งสองหลัก ก็เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และไทย เป็นต้น

ในส่วนที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้ทั้งหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายและหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจประกอบกันนั้น มีข้อพิจารณาดังนี้

⁴² คณิต ฌ นคร ค เล่มเดิม. หน้า 32-33.

⁴³ ณรงค์ ใจหาญ ข เล่มเดิม. หน้า 34.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญา

ต่อศาล

(1) พนักงานอัยการ

(2) ผู้เสียหาย”

ในส่วนที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย ก็เนื่องจากกรณีที่การดำเนินการสอบสวนซึ่งกระทำโดยพนักงานสอบสวนนั้นกฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าพนักงานสอบสวนจะใช้ดุลพินิจที่จะไม่ดำเนินการสอบสวนในคดีที่เป็นความผิดอาญาได้หรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 122 ที่เปิดโอกาสให้พนักงานสอบสวนมีดุลพินิจไม่ดำเนินการสอบสวนได้ จึงอาจแปลความหมายได้ว่า กรณีที่นอกเหนือจากที่มาตรา 122 ระบุไว้ พนักงานสอบสวนต้องดำเนินการสอบสวน ดังนั้น จึงเห็นว่าการดำเนินคดีของพนักงานสอบสวนเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย⁴⁵ แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ นั้น มีคดีอยู่ไม่น้อยที่พนักงานสอบสวนไม่ดำเนินการสอบสวนแม้ว่าจะมีการแจ้งความให้ดำเนินคดี⁴⁶

ส่วนกรณีที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ ก็เนื่องจากกรณีที่การดำเนินคดีของพนักงานอัยการนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานอัยการมีหน้าที่ในการสั่งคดีและฟ้องร้อง กล่าวคือ มาตรา 141, 143 และ 144 ได้ให้อำนาจพนักงานอัยการที่จะใช้ดุลพินิจฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีอาญา นอกจากนี้ ในมาตรา 145 และ 35 ยังเปิดโอกาสให้พนักงานอัยการถอนฟ้องคดีอาญาได้ ซึ่งการที่พนักงานอัยการมีอำนาจถอนฟ้องคดีอาญาได้ แสดงว่า กฎหมายอนุญาตให้ใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาได้ ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจนั่นเอง⁴⁷

กล่าวโดยสรุป การกระทำความผิดอาญาใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลผู้เสียหายและผู้เสียหายได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น โดยตรง น่าจะเป็นกรณีที่มีการบัญญัติให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ เพราะการดำเนินคดีต่อไปย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางสังคม เนื่องจากความผิดดังกล่าวมีเพียงผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเท่านั้นที่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น ถ้าหากมีการดำเนินคดีก็จำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง กรณีอาจทำให้ผู้เสียหาย

⁴⁵ อนุมัติ ใจสมุทร. (2514). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 726.; คณิต ฌ นคร จ (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 62.

⁴⁶ ธเนศ ซาลี. (2539). “มาตรการการควบคุมการเริ่มต้นคดีของตำรวจ”.

⁴⁷ คณิต ฌ นคร จ หน้าเดิม.

ได้รับความเสียหายมากขึ้น เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น ส่วนการกระทำความผิดอาญาใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมส่วนรวม โดยผู้เสียหายไม่ได้รับผลกระทบโดยเฉพาะเจาะจง กรณีดังกล่าวจึงไม่อาจที่จะขอมความกันได้ เช่นนี้แล้วจึงน่าจะบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือความผิดอันยอมความไม่ได้

ฉะนั้น ในความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ หากผู้เสียหายไม่คิดใจเอาความกับผู้กระทำความผิด เช่น ไม่ยอมรับร้องทุกข์ ตำรวจก็จะไม่มีอำนาจสอบสวน หรือหากมีการดำเนินคดีต่อไป ผู้เสียหายอาจถอนคำร้องทุกข์ ทำให้สิทธิในการดำเนินคดีอาญานั้นระงับสิ้นไป ส่วนความผิดอาญาแผ่นดิน บุคคลผู้เสียหายไม่เป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีของรัฐ แม้บุคคลผู้เสียหายจะไม่เอาความก็ตาม รัฐก็ต้องดำเนินการสอบสวนฟ้องร้องและพิจารณาพิพากษาคดีไปตามกฎหมาย เช่นนี้ ในเรื่องเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีอาญาจึงต้องพิจารณาส่วนได้เสียที่ถูกกระทบจากการกระทำความผิด ด้วยเหตุนี้ แม้จะได้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐเพื่อฟ้องคดีอาญาเอง ก็ไม่ทำให้การฟ้องคดีอาญาโดยเอกชนหมดความสำคัญลงไปได้ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงสมควรที่จะพิจารณาในส่วนได้เสียของฝ่ายหนึ่งเป็นหลัก กล่าวคือ พิจารณาจากผู้ที่ได้รับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั่นเองว่าระหว่างบุคคลผู้เสียหายหรือรัฐ ฝ่ายไหนได้รับความเสียหายมากน้อยกว่ากันเพียงใด

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาของประเทศไทยถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก ส่วนการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนนั้นเป็นหลักรอง⁴⁸ เพราะการกระทำความผิดอาญาทุกความผิดเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และได้มีการยอมรับให้เอกชนผู้เสียหายฟ้องร้องคดีอาญาได้ ก็เท่ากับยอมรับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนว่าใครๆก็เป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญานั้นเองได้⁴⁹

ส่วนในกรณีที่เป็นการผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายของไทยเรานั้น ในทางปฏิบัติจะเห็นได้ว่า ผู้เสียหายจะเป็นหลัก กล่าวคือ แม้จะได้มอบอำนาจให้รัฐดำเนินคดี หากผู้เสียหาย

⁴⁸ คณิง ภาไชย ก เล่มเดิม. หน้า 69.

⁴⁹ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 34-38. : กุลพล พลวัน. (2526, กุมภาพันธ์). “บทบาทของพนักงานอัยการในการเป็นโจทก์”. วารสารอัยการ, 6, 62. หน้า 26.

ประสงค์จะยุติการดำเนินคดีนั้นของเจ้าพนักงานก็สามารถที่จะกระทำได้ทุกเมื่อ แม้ในชั้นฎีกา ผู้เสียหายก็สามารถถอนคำร้องทุกข์ได้⁵⁰

2.2.2 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย

ในการศึกษาความผิดอาญาฐานต่าง ๆ นั้น สมควรที่จะต้องพิจารณาถึงสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งเป็นเรื่องในทางความคิด สิ่งนี้ในทางตำราเยอรมันเรียกว่า Rechtsgut หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ตามตำรากฎหมายของท่าน ศ.ดร.คณิต ฒ นกร เพราะในการบัญญัติความผิดอาญา ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรงหรือไม่ แต่การบัญญัตินั้นก็แสดงให้เห็นถึงการยอมรับเอาคุณธรรมทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเข้าไปโดยอัตโนมัติ ซึ่งไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิดหรือเป็นสิ่งที่ป็นนามธรรม กล่าวโดยเฉพาะเป็นสิ่งที่ป็น “ประโยชน์” (Interesse หรือ Interest) หรือเป็นสิ่งที่ป็น “คุณค่า” (Wert หรือ Value) ในการอยู่ร่วมกันของสังคมมนุษย์ ดังนั้นในการที่จะให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความเป็นปกติสุขนั้น มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมาย จึงหมายถึง “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” นั่นเอง⁵¹

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติต่างๆ ของประมวลกฎหมายอาญาก็จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเหล่านั้นมีสิ่งที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นพื้นฐานรวมอยู่ในนั้นด้วย ซึ่งทำให้สามารถรับรู้ได้ถึงเหตุผลในการบัญญัติความผิดอาญาฐานต่างๆ ได้อย่างละเอียดลึกซึ้งซึ่งว่า เหตุใดรัฐจึงบัญญัติให้ความผิดอาญาฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ความผิดอาญาอีกฐานหนึ่งกลับป็นความผิดอาญาแผ่นดิน และการที่คุณธรรมทางกฎหมายได้มีการแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม จึงทำให้มีผลต่อการพิจารณาเรื่องผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้ใดจะเป็นผู้เสียหายที่ถูกกระทบจากการกระทำความผิดได้ ก็จะต้องดูที่ผู้ผู้นั้นเป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายนั้นหรือไม่ เช่นนี้ จึงต้องพิจารณาเสียก่อนว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดอาญาฐานนั้นๆ คืออะไร และเมื่อได้คำตอบแล้วก็จะต้อง

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11/2518

⁵¹ คณิต ฒ นกร ก เล่มเดิม. หน้า 132.

พิจารณาต่อไปว่า คุณธรรมทางกฎหมายนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลหรือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม⁵²

คุณธรรมทางกฎหมายจึงแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

2.2.2.1 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ เป็นต้น คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนี้ยังอาจแบ่งย่อยออกเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย ซึ่งการแบ่งย่อยต่อออกไปนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น

โดยทั่วไป คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ผู้เป็นเจ้าของสามารถ ไล่ความคุ้มครองได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์นั้น แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจไล่ความคุ้มครองได้⁵³

สำหรับคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดลักษณะใดเป็นคุณธรรมที่มุ่งจะคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน (individualrechtsgut) จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าผลของการกระทำความผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน ถ้าสังคมส่วนรวมได้รับความเสียหายมากกว่า ก็ต้องถือว่ามีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่หากผลจากการกระทำความผิดดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อเอกชนผู้เสียหายโดยตรงมากกว่าความเสียหายที่สังคมได้รับ รัฐก็จะต้องปล่อยให้เป็นที่ติของผู้เสียหายที่จะตัดสินใจเองว่าสมควรจะเอาโทษผู้กระทำผิดหรือไม่ รัฐมีหน้าที่เพียงแต่คอยช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกเพื่อให้ความประสงค์ของ

⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และคดี ค. น. คร. จ. (2521, มกราคม). “ผู้เสียหายในคดีอาญา”. วารสารอัยการ, 1, 1. หน้า 49-50.

ศาสตราจารย์คณิง ภาไชย ได้พิจารณาตีความคำว่า “ผู้เสียหายตามสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง” ได้ว่า ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายใดมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลประเภทใดแล้วการฝ่าฝืนบทบัญญัตินั้นๆเป็นการกระทำความผิดต่อบุคคลนั้น บุคคลนั้นจึงเป็นผู้เสียหาย” ส่วนศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฅ น. คร. ได้พิจารณาตีความคำว่า “ผู้เสียหาย โดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายได้ว่า ผู้เสียหาย หมายถึง บุคคลที่ คุณธรรมทางกฎหมายของเขาถูกล่วงละเมิดจากการกระทำความผิดอาญา”.

⁵³ คณิต ฅ น. คร. ก. เล่มเดิม. หน้า 133-134.

ผู้เสียหายสำเร็จไปเท่านั้น ความผิดในลักษณะเช่นนี้ก็จะถูกแบ่งแยกออกมาเป็นความผิดประเภทที่ ยอมความได้

ในกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองบุคคลผู้เสียหายโดยตรง จะ สังเกตเห็นได้ว่าบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายอาญาก็จะมีสิ่งที่คุณกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแฝงอยู่ ด้วย ฉะนั้น บุคคลผู้เสียหายที่เป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งซึ่ง ก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อบุคคลผู้เสียหายนั้น โดยตรง ก็จะทำให้บุคคลนั้นเข้ามาเป็นเงื่อนไข ให้อำนาจดำเนินคดีอาญาแก่เจ้าพนักงานของรัฐสำหรับคดีความผิดที่ยอมความกันได้ เช่น ความผิด เกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายคือ “เสรีภาพในทางเพศ” กล่าวคือ เสรีภาพใน การที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง⁵⁴ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามมาตรา 352 ฐาน ยักยอก ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ “กรรมสิทธิ์”⁵⁵ รัฐจึงเปิดโอกาสให้บุคคล ผู้เสียหายเข้ามาเพื่อป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของตน โดยผู้เสียหายมีอิสระที่จะตัดสินใจว่าจะ ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่ เพราะผู้เสียหายบางคนไม่ต้องการเสื่อมเสีย จึงทนนิ่งเฉย เสียดีกว่าให้เรื่องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมซึ่งอาจจะทำให้เรื่องอื้อฉาวขึ้น⁵⁶

2.2.2.2 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม เช่น “ความปลอดภัยในการจราจร” ในความผิด ตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร “ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา” ในความผิด เกี่ยวกับเงินตรา “ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน” ในความผิดฐานกบฏ ดินแดน เป็นต้น⁵⁷

ดังนั้น ถ้าหากคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดใดเป็นคุณธรรมที่มุ่งคุ้มครองถึง ประโยชน์ที่เป็นส่วนรวม (universalrechtsgut) ต้องถือว่าสังคมส่วนรวมเสียหายจากการกระทำผิด นั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐเท่านั้นที่จะเข้าดำเนินการใดๆ เพื่อระงับข้อพิพาทและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยลักษณะเช่นนี้ความผิดประเภทดังกล่าวจะเป็นความผิดประเภทที่ไม่สามารถยอมความได้

⁵⁴ คณิต ฌ นคร ช (2553). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10). หน้า 415-416.

⁵⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2548). คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 50.

⁵⁶ วุฒิสาสตร์ เนติญาณ. (2520). วิธีพิจารณาความอาญา ม.ป.ท. หน้า 7.

⁵⁷ คณิต ฌ นคร ก หน้าเดิม.

เพราะขัดกับหลักคดีอาญาที่จะตกลงกันไม่ได้ถ้ารัฐไม่มีนโยบายให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิในการเป็นเงื่อนไขให้อ่านาจดำเนินคดี (Prozessvoraussetzung)⁵⁸ ซึ่งหากปล่อยให้มีการขอมความกันโดยคู่กรณีพิพาทตกลงขอมความกันเอง การตกลงดังกล่าวจะไม่มีผลเป็นการระงับข้อพิพาททางอาญา อันจะมีผลให้ข้อพิพาทระงับลงตามกฎหมาย

ฉะนั้น อาจกล่าวได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายนี้เป็นพื้นฐานในทางความคิดที่ว่าความผิดอาญาฐานใดควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดอันขอมความได้ และความผิดอาญาฐานใดควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดอันขอมความไม่ได้หรือความผิดอาญาแผ่นดิน โดยหากพิจารณาลงไปให้ลึกซึ้งก็จะพบสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นแฝงอยู่ในบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายอาญา ซึ่งมีทั้งสิ่งที่เป็นประโยชน์ส่วนบุคคลกับสิ่งที่เป็นประโยชน์สาธารณะ จึงสมควรที่จะต้องพิจารณาอย่างละเอียดว่าการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้นกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม โดยใช้หลักการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgutabwegung) ซึ่งตามหลักนี้ถือว่า การที่จำเป็นต้องล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่ง ก็เพื่อคุ้มครองรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่า⁵⁹ หรืออาจเรียกว่า การชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ (Balancing of interest หรือ Güterabwägungsprinzip)⁶⁰ ซึ่งหลักการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายนี้ได้พัฒนาขึ้นโดยศาลสูงสุดแห่งอาณาจักรไรซ์ (Reichsgericht) ในปี ค.ศ. 1927 โดยมีหลักอยู่ว่า เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์แล้ว ผู้กระทำความผิดจะกระทำการเพื่อรักษาผลประโยชน์ที่สูงกว่าไว้ หลักนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ความจำเป็นที่อยู่เหนือตัวบทกฎหมาย (extra-statutory necessity)⁶¹

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การศึกษาลงไปให้ลึกซึ้งถึงประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือที่เรียกว่าคุณธรรมทางกฎหมายนั้น ก่อให้เกิดประโยชน์ในหลายประการ กล่าวคือ

1) คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ ซึ่งเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้

⁵⁸ กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2532). “ความยินยอมในกฎหมายอาญา”. หน้า 51.

⁵⁹ คณิต ฌ นคร ฌ เล่มเดิม. หน้า 48.

⁶⁰ Albin Eser. **Justification and Excuse**. Jerome Holl, Comment on Justification and Excuse, 24Am. J. Comp.L. 629-630, (1976). อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 5.

⁶¹ ชัชวิน ระงับภัย. (2534). “ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์กรณีการทดลองต่อมนุษย์”. หน้า 45-47.

2) คุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ ประเภทความผิดเพื่อการศึกษา

3) โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งที่เป็นส่วนเอกชน (individualrechtsgut) เช่น ชีวิต เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยของการจราจร สภาพความแท้ของเงินตรา การรักษาไว้ซึ่งความลับของประเทศ ในทางทหาร เป็นต้น ซึ่งการแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าว จะเป็นการช่วยในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และช่วยในการพิจารณาปัญหาที่ว่าในกรณีใดบุคคลจึงจะสามารถป้องกันสิทธิของตนได้ ซึ่งเอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนเท่านั้น และนอกจากนี้ยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย⁶²

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาในเรื่องหลักการแบ่งแยกประเภทความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน โดยนำหลักการดำเนินคดีอาญา ซึ่งได้แก่ หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน และหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ กับหลักคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายอาญา ก็จะพบว่า ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ความผิดอาญาในแต่ละฐานนั้นต้องถือว่าโดยหลักแล้วเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้หรือความผิดอาญาแผ่นดิน ส่วนกรณีความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้นั้นถือเป็นข้อยกเว้นในการที่จะให้ผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีของเจ้าพนักงานของรัฐ โดยที่ผู้เสียหายมีอิสระที่จะตัดสินใจได้ว่า จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่ ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น

ดังนั้น ในการพิจารณาเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีจึงต้องพิจารณาที่การกระทำความผิดอาญาในกรณีนั้นๆ ว่า การกระทำความผิดดังกล่าวได้สร้างผลกระทบต่อรัฐหรือต่อผู้เสียหายมากกว่ากัน แต่อย่างไรก็ดี มีบางกรณีที่ผู้เสียหายได้สละคุณธรรมทางกฎหมายนั้นไป เพื่อมิให้การกระทำความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นเป็นความผิด หรือเพื่อให้การกระทำความผิดอาญานั้นได้รับการยกเว้นโทษ⁶³ แต่การที่ผู้เสียหายสละคุณธรรมทางกฎหมายนั้นอาจจะเป็นความผิดอาญาและไม่ได้รับยกเว้นโทษก็เป็นได้หากสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นมีได้คุ้มครอง

⁶² คณิศ ฅ นคร ช (2523, มกราคม). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา”. วารสาร อัยการ, 3, 25. หน้า 59-61.

⁶³ อักขราทร จุฬารัตน. (2520). “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา”. วารสารนิติศาสตร์, 9, 1. หน้า 62.

เพียงแค่บุคคลผู้เสียหายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่กฎหมายยังประสงค์จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วย เช่นนี้ การสละคุณธรรมทางกฎหมายในลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นการกระทบต่อส่วนรวมด้วย ผู้เสียหายจึงไม่สามารถที่จะอ้างสิทธิในการเป็นเงื่อนไขให้อำนาจในการเริ่มดำเนินคดีได้

2.3 ผลในทางกฎหมายของความผิดอันยอมความได้

สำหรับความผิดอันยอมความได้ เช่น ความผิดฐานฉ้อโกง ชักยอก หรือบุกรุกนั้น ย่อมมีลักษณะที่แตกต่างกับความผิดอาญาแผ่นดิน โดยความผิดเหล่านี้หากผู้เสียหายประสงค์ที่จะไม่ดำเนินคดีอาญาต่อไป ก็สามารถตกลงยอมความกันได้ ส่วนผลที่เกิดขึ้นภายหลังการยอมความ คือ สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2) แต่หากเป็นกรณีของความผิดอาญาแผ่นดินย่อมไม่อาจที่จะตกลงยอมความกันได้ เว้นแต่จะเป็นความผิดอาญาแผ่นดินบางประเภทที่กฎหมายบัญญัติให้ยอมความกันได้ ดังนั้น การศึกษาในเรื่องของผลในทางกฎหมายของความผิดอันยอมความได้ มีสาระสำคัญดังนี้

2.3.1 การเริ่มคดีอาญาของความผิดอันยอมความได้

การดำเนินคดีอาญาถือเป็นกระบวนการดำเนินคดีของรัฐ โดยเป็นสิทธิและหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินคดีอาญา ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อรัฐมีความสงสัยตามสมควรว่าได้มีการกระทำความผิดอาญา ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการกระทำความผิดนั้นจะรู้โดยเจ้าพนักงานของรัฐ หรือจากการกล่าวโทษหรือร้องทุกข์โดยเอกชนก็ตาม⁶⁴ ซึ่งหากเป็นกรณีที่เอกชนเป็นผู้กล่าวหา อาจกล่าวหาต่อเจ้าพนักงาน ได้แก่ การร้องทุกข์หรือการกล่าวโทษ หรืออาจกล่าวหาต่อศาลโดยตรงเลยทีเดียวโดยไม่ผ่านเจ้าพนักงานเลยก็ได้ เช่น กรณีของการฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหาย⁶⁵

ดังนั้น “การร้องทุกข์”⁶⁶ ถือเป็นกลไกสำคัญในการดำเนินคดีอาญา เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะ เมื่อมีการกระทำความผิดอาญา หากมิได้มีการร้องทุกข์ก็ไม่อาจจะทำให้เจ้าพนักงานของรัฐ

⁶⁴ คณิต ฌ นคร ข เล่มเดิม, หน้า 302-303.

⁶⁵ คณิต ฌ นคร จ เล่มเดิม, หน้า 41.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121 วรรคสอง บัญญัติว่า “คดีความผิดต่อส่วนตัวห้ามมิให้ทำการสอบสวน เว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ”

สามารถทราบได้ว่าการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นเมื่อใด แม้ว่ากฎหมายจะมีได้จำกัดประเภทของความผิดอาญาที่จะร้องทุกข์ได้ แต่การร้องทุกข์มีความจำเป็นสำหรับคดีความผิดต่อส่วนตัว⁶⁷

สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการร้องทุกข์นี้ ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในฎีกาที่ 755/2502 ว่า การร้องทุกข์นั้นย่อมมอบอำนาจให้ร้องทุกข์แทนกันได้ (ฎน.1040) กรณีดังกล่าวมีผู้ไม่เห็นด้วยโดยอธิบายว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution) เป็นหลักนำ ส่วนการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย (Private Prosecution) นั้นถือเป็นหลักการรอง ดังนั้น การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าในคดีอาญามอบอำนาจกันได้นั้น เท่ากับเป็นการขยายหลักการ และทำให้เกิดผลทางอ้อมที่ว่าทุกคนอาจฟ้องคดีอาญาได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการวางหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนทางอ้อม (Popular Prosecution) อันเป็นการนำเอาหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ปะปนกับกฎหมายอาญาโดยปราศจากข้อจำกัด ซึ่งไม่น่าจะถูกต้อง ส่วนคดีอาญาที่มีเรื่องทางแพ่งผสมอยู่มีแต่เรื่องความผิดอันยอมความได้เท่านั้น เพราะความผิดอาญาประเภทนี้เกี่ยวข้องกับเรื่องส่วนตัวของผู้เสียหายเป็นอย่างมาก⁶⁸

ส่วนกรณีที่ผู้เสียหายยังมิได้ทำการร้องทุกข์ จะถือว่าพนักงานสอบสวนมีอำนาจในการสอบสวนหรือไม่ เกี่ยวกับเรื่องนี้มีความเห็นออกเป็น 3 แนวทาง คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่า แม้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็ตาม พนักงานสอบสวนก็สามารถสอบสวนได้โดยให้คำอธิบายว่า การสอบสวนมีเนื้อหาที่สำคัญ 2 ประการ คือ เป็นการรวบรวมพยานหลักฐานและเป็นการใช้มาตรการบังคับ⁶⁹ ดังนั้นกรณีที่เป็นเมื่อได้รับคำร้องให้ช่วยเหลือ พนักงานสอบสวนก็สามารถทำการสอบสวนในความผิดต่อส่วนตัวไปก่อนได้ แม้ว่าจะยังไม่มีคำร้องทุกข์ก็ตาม⁷⁰ ด้วยเหตุนี้ การรวบรวมพยานหลักฐานและการใช้มาตรการบังคับอื่น นอกจาก

⁶⁷ คณิต ณ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 179.

⁶⁸ คณิต ณ นคร ณ (2521). “การมอบอำนาจให้จัดการแทนในคดีอาญา”. วารสารนิติศาสตร์, 10, 2. หน้า 188.

⁶⁹ คณิต ณ นคร ช เล่มเดิม. หน้า 5.

⁷⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 125 บัญญัติว่า “เมื่อพนักงานสอบสวน หรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจได้กระทำการสืบสวนหรือสอบสวนไปทั้งหมดหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดตามคำขอร้องให้ช่วยเหลือ ให้ตกเป็นหน้าที่ของพนักงานนั้นจัดการให้มีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 123 และ 124”

มาตรการบังคับที่กระทำต่อเนื้อตัวผู้ต้องหา “ก่อน” การร้องทุกข์จึงสามารถกระทำได้ แต่การที่จะใช้มาตรการบังคับที่กระทำต่อเนื้อตัวผู้ต้องหา เช่น การจับ การนำตัวและการควบคุมนั้น ไม่สามารถกระทำได้นอกจากจะมีการร้องทุกข์ตามระเบียบแล้ว⁷¹

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า หลักของมาตรา 125 นั้น ใช้เฉพาะคดีความผิดต่อแผ่นดินเท่านั้น ดังนั้น หากยังไม่มีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีสิทธิดำเนินการ “สืบสวน” คดีอาญาเท่านั้น ไม่มีอำนาจดำเนินการสอบสวน⁷²

ฝ่ายที่สาม แนวทางที่ศาลฎีกาวางหลักไว้ กล่าวคือ แม้จะเป็นความผิดต่อส่วนตัว แต่หากว่าเป็นการกระทำที่ทำให้รัฐเสียหายแล้ว เจ้าพนักงานของรัฐก็สามารถดำเนินคดีอาญาได้ แม้จะไม่มีคำร้องทุกข์ตามระเบียบก็ตาม ซึ่งเป็นไปตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 405/2464 วินิจฉัยว่า “จำเลยบุกรุกเข้าไปในสถานีรถไฟอันเป็นสถานที่ราชการ แล้วจำเลยใช้ศาสตราวุธตีและฟันประตูและเสาสถานีนั้นชำรุด ดังนี้ ถึงแม้จะไม่มีผู้ร้องทุกข์ขอให้ว่ากล่าว เจ้าพนักงานอัยการก็มีอำนาจฟ้องร้องได้ เพราะเป็นสถานที่ของรัฐบาล และอัยการก็เป็นนายของแผ่นดินอยู่แล้ว (ธ.5 น.294)”

นอกจากนี้ สำนักงานอัยการสูงสุดก็มีความเห็นในทำนองเดียวกัน โดยจะเห็นได้จากกรณีการล่อโก่งที่เป็นการกระทำให้รัฐได้รับความเสียหาย เช่น ในคดีทุจริตซื้อที่ดินทิ้งขยะเมืองพัทยาซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ไปโดยทุจริต และเมื่อถูกร้องเรียนกลับไม่ยอมเข้าร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานสอบสวน ทำให้เจ้าพนักงานสอบสวนต้องมีหนังสือหาหรือสำนักงานอัยการสูงสุดในประเด็นเรื่องการร้องทุกข์ว่า จะสามารถทำการสอบสวนโดยไม่มีคำร้องทุกข์ได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตอบว่า “ทรัพย์สินของนิติบุคคลซึ่งเป็นองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ ต้องถือว่าเป็นทรัพย์สินของส่วนรวม ฉะนั้น ความผิดฐานล่อโก่งที่กระทำต่อนิติบุคคลที่เป็นองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ จึงไม่เป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ที่จะต้องห้ามตามมาตรา 121 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การดำเนินคดีกับผู้ล่อโก่งทรัพย์สินขององค์กรหรือหน่วยงานของรัฐจึงกระทำได้โดยมิพักต้องมีการร้องทุกข์” (คำชี้

⁷¹ คณิต ฒ นคร จ เล่มเดิม, หน้า 126-127.

⁷² หยุค แสงอุทัย ก (2507). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา : ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา*. หน้า 840.

ขาดของสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 107/2541)⁷³ ซึ่งกรณีนี้จะเห็นได้ว่า รัฐได้มีการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองที่อยู่เบื้องหลังความผิดนั้นๆว่ากระทบต่อประโยชน์ของรัฐหรือปัจเจกชนมากกว่ากัน หากการกระทำนั้นกระทบต่อประโยชน์ของรัฐมากกว่า รัฐก็มีสิทธิที่จะเข้าไปดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ โดยมีต้องคำนึงถึงเจตจำนงของผู้เสียหายว่ามีความประสงค์จะให้รัฐทำเช่นนั้นหรือไม่

2.3.2 เหตุที่ทำให้คดีอาญาระงับ

เหตุที่ทำให้คดีอาญาระงับในความผิดอันยอมความได้มีหลายประการ เช่น การถอนคำร้องทุกข์ การถอนฟ้อง หรือการยอมความโดยถูกต้องตามกฎหมาย การกระทำเหล่านี้ถือว่าเป็น “เงื่อนไขระงับคดี” (Prozesshindernis) ซึ่งหมายถึงเหตุการณ์ใดๆ ที่สกัดกั้นการชี้ขาดเนื้อหาคดี และทันทีที่เกิดเหตุการณ์นั้นๆ ขึ้น การดำเนินคดีในคดีที่มีเป้าหมายเพื่อการชี้ขาดเนื้อหาคดีจะกระทำมิได้ โดยเงื่อนไขระงับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 มีอยู่หลายประการ และบางประการก็มีเงื่อนไขระงับคดีโดยแท้ ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้⁷⁴

2.3.2.1 ความตายของผู้กระทำความผิด

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 38 บัญญัติว่า “โทษให้เป็นอันระงับไปด้วยความตายของผู้กระทำความผิด” และบทบัญญัตินี้ถือเป็นเรื่องเดียวกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 ซึ่งความตายของผู้กระทำความผิดนั้น ไม่ถือว่าเป็นเงื่อนไขระงับคดี เพราะกรณีจะเป็นเงื่อนไขระงับคดีได้คดีต้องมีอยู่หากแต่ดำเนินการต่อไปไม่ได้ ขณะที่ความตายของผู้กระทำความผิดนั้นกลับมีผลทำให้คดีอาญาตกไปทั้งคดี กล่าวคือ ไม่มีคดีอาญาหลงเหลืออยู่ให้พิจารณาอีกต่อไป

2.3.2.2 การถอนคำร้องทุกข์

การถอนคำร้องทุกข์ หมายถึง การไม่คิดใจดำเนินคดีที่ได้ร้องทุกข์ไว้ทั้งเรื่องหรือเฉพาะการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง (ถ้าเป็นการร้องทุกข์ในการกระทำความผิดหลายฐาน) หรือเฉพาะผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่ง (ถ้าเป็นการกล่าวหาผู้กระทำความผิดหลายคน) และโดยปกติการถอนคำร้องทุกข์ต้องกระทำโดยชัดแจ้ง คือ ต้องกระทำเป็นคำร้องขอถอนคำร้องทุกข์ตามนัยนั้น

⁷³ คณิต ฅ นคร ช เล่มเดิม. หน้า 5-6.

⁷⁴ คณิต ฅ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 176-184.

ด้วย⁷⁵ และเมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ไปแล้ว พนักงานสอบสวนจะหมดอำนาจที่จะดำเนินการสอบสวนหรือฟ้องร้องคดีนั้นต่อไป⁷⁶

2.3.2.3 การถอนฟ้อง

การถอนฟ้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่โจทก์ได้ยื่นฟ้องไปแล้ว ต่อมาอาจมีพฤติการณ์บางประการเกิดขึ้นแก่คดีของโจทก์ หรือโดยเหตุผลอื่นใดก็ตาม ทำให้โจทก์ไม่ต้องการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ดังนี้ โจทก์อาจทำได้ด้วยการถอนฟ้อง⁷⁷ ซึ่งในคดีความผิดต่อส่วนตัว โจทก์ย่อมถอนฟ้องได้ “ก่อนคดีถึงที่สุด” แต่หากจำเลยขอคัดค้านการถอนฟ้องของโจทก์ ศาลจะต้องยกคำร้องขอถอนฟ้องนั้นเสีย

การถอนฟ้องนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจชี้ขาดเนื้อหาคดีของศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 36 (2) (3) ซึ่งอำนาจของศาลดังกล่าวจะสิ้นสุดในกรณีดังนี้⁷⁸

- 1) คดีความผิดต่อส่วนตัวเมื่ออัยการถอนฟ้อง โดยได้รับความยินยอมของผู้เสียหาย
- 2) คดีความผิดต่อส่วนตัวเมื่อผู้เสียหายถอนฟ้อง

นอกจากนี้ในเรื่องการถอนฟ้องยังมีผู้อธิบายว่า ในคดีความผิดอันยอมความได้จะมีลักษณะของความเสียหายเป็นการเฉพาะที่มีผลกระทบต่อบุคคลเท่านั้น ซึ่งความเสียหายนั้นโดยมากจะเป็นเรื่องทางแพ่ง ดังที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า Compoundable Offence ซึ่งหมายถึงเป็นความผิดที่ตกลงกันได้ (Settled by mutual concession) อีกทั้งในอดีตขณะที่ประเทศไทยยังใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 อยู่ นั้น ก็ถือว่าการกระทำความผิดต่อส่วนตัวเป็นการละเมิดในทาง

⁷⁵ คณิง ภาไชย ข (2548). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8). หน้า 314.

⁷⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 484/2503 วินิจฉัยว่า ในคดีอาญาความผิดต่อส่วนตัว ผู้เสียหายได้ถอนคำร้องทุกข์แล้ว เพราะผู้ต้องหาจะยอมใช้เงิน ภายหลังผู้เสียหายจะกลับแจ้งความในเรื่องนั้นอีกหาได้ไม่ สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไปตามมาตรา 39 (2) (ฎน.5561).

⁷⁷ คณิง ภาไชย ข เล่มเดิม. หน้า 126.

⁷⁸ คณิต ฌ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 183.

แพ่งเท่านั้น จึงเป็นการสนับสนุนเหตุผลที่ว่า คดีความผิดต่อส่วนตัวนั้น ควรให้ผู้เสียหายถอนฟ้อง หรือยอมความกันได้เสมอ⁷⁹

2.3.2.4 การยอมความ

การยอมความในคดีอาญาเป็นกรณีเฉพาะเรื่องการประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการประนีประนอมยอมความเป็นเรื่องหนึ่ง แต่การยอมความเป็นเรื่องการระงับคดีอาญาและเกี่ยวข้องกับอำนาจชี้ขาดเนื้อหาของศาล⁸⁰ โดยศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1290/2500 ว่า การฟ้อง การถอนฟ้อง หรือการยอมความในคดีอาญาไม่ใช่นิติกรรมในกฎหมายเอกชน แต่เป็นวิธีการตามบทบัญญัติในกฎหมายมหาชน (ฎน.1258)⁸¹

ดังนั้น การยอมความ จึงหมายความว่า การที่ผู้เสียหายหรือโจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายตกลงระงับข้อพิพาทหรือความผิดที่เกิดขึ้นกับผู้กระทำความผิดหรือจำเลย ไม่คิดใจว่ากล่าวเอาความอีกต่อไป ซึ่งมีผลทำให้คดีอาญาที่เกี่ยวกับความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัวระงับไป⁸² ส่วนเหตุที่กฎหมายยอมให้มีการยอมความกันได้ นั้น เพราะเห็นว่าความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นความผิดเกี่ยวข้องกับเอกชน โดยเฉพาะ เป็นต้นว่า ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เกียรติยศ ชื่อเสียงของเอกชน⁸³

2.3.3 อายุความในคดีอาญา

อายุความในคดีอาญามีอยู่ 2 ประเภท คือ อายุความฟ้องร้อง และอายุความล่วงเลยการลงโทษ ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศจะมีบทบัญญัติเรื่องอายุความทั้งสองประเภทนี้ไว้ดังนี้⁸⁴

- 1) กรณีที่รัฐไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องภายในกำหนดเวลา หรือ
- 2) ไม่สามารถนำตัวผู้ต้องคำพิพากษามาลงโทษภายในเวลาที่กำหนด

⁷⁹ ศัญญา ธรรมศักดิ์. (2530). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 456-457.

⁸⁰ คณิต ฌ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 183.

⁸¹ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. เล่มเดิม. หน้า 104.

⁸² ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. แหล่งเดิม.

⁸³ อรรถพล ใหญ่สว่าง. เล่มเดิม. หน้า 194.

⁸⁴ คณิต ฌ นคร ค เล่มเดิม. หน้า 443.

โดยที่สาเหตุทั้งสองประการตามที่กล่าวมา ถือเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้รัฐหมดอำนาจที่จะดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด หรือบังคับโทษแก่ผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งในบางประเทศได้กำหนดให้ความผิดบางฐานไม่มีการขาดอายุความฟ้องร้องหรืออายุความล่วงเลยการลงโทษ เช่น ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Völkermord หรือ Genocide) ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

ปัญหามีว่า อายุความฟ้องร้องนั้นจะถือว่าเป็นกฎหมายอาญาหรือเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งปัญหานี้มีความเห็นออกเป็น 3 แนวทาง คือ⁸⁵

แนวทางแรก เห็นว่า การที่ผู้กระทำความผิดต้องคอยหลบซ่อนให้พ้นเงื้อมมือของกฎหมายนั้น เท่ากับว่าผู้นั้นได้รับความลำบากเพียงพอแล้ว ฉะนั้น การที่คดีขาดอายุความฟ้องร้องถือเป็นกรณีที่กฎหมายยอมยกโทษให้ผู้นั้นแล้ว จึงเห็นว่า “อายุความฟ้องร้อง” เป็น “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” จากสาเหตุนี้ อายุความฟ้องร้องถือว่าเป็นกฎหมายอาญา

แนวทางที่สอง เห็นว่า การที่เวลาล่วงเลยไปยิ่งนานเท่าใดความทรงจำก็ยิ่งน้อยลงเท่านั้น ซึ่งมีผลต่อพยานหลักฐานในคดีและอาจก่อให้เกิดความผิดพลาดของกระบวนการยุติธรรมได้ จากเหตุผลทางด้านพยานหลักฐานนี้ “อายุความฟ้องร้อง” ถือเป็น “เงื่อนไขระงับคดี” (Prozesshindernis) และเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แนวทางที่สาม เห็นว่า เป็นได้ทั้งสองลักษณะ คือ เป็นเงื่อนไขระงับคดีและเป็นเหตุยกโทษให้เฉพาะตัว ดังนั้น “อายุความฟ้องร้อง” จึงเป็นทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยนอกจากจะมีอายุความฟ้องร้องและอายุความล่วงเลยการลงโทษแล้ว ยังมีอายุความอีกประเภทหนึ่งเรียกว่า “อายุความร้องทุกข์” กล่าวคือเป็นระยะเวลาที่ผู้เสียหายจะต้องร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 สำหรับวันที่รู้เรื่องความผิด หมายถึง วันที่ผู้เสียหายรู้ว่ามีการกระทำความผิดต่อตนและรู้ว่าความผิดนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งทั้งสองวันตามที่กล่าวนี้อาจเป็นคนละวันกันได้⁸⁶

⁸⁵ คณิต ฅ นคร ค แหล่งเดิม. หน้า 444-445.

⁸⁶ คณิต ฅ นคร ค แหล่งเดิม. หน้า 448-449.

การที่กฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความฟ้องร้องคดีและกำหนดเวลาที่ล่วงเลยเวลาการลงโทษไว้นั้น เนื่องด้วยเหตุผลสำคัญ 3 ประการ คือ⁸⁷

1) กฎแห่งการลืม (la loi de l'oubli) กล่าวคือ เมื่อเวลาล่วงเลยไป ยิ่งนานเท่าใดความทรงจำก็ยิ่งน้อยลงเท่านั้น ความแม่นยำในเหตุการณ์ที่ผ่านไปก็จะลดลง อีกทั้งการพิสูจน์ของฝ่ายโจทก์และจำเลยก็จะเป็นไปด้วยความยากลำบากและก่อให้เกิดความผิดพลาดเพิ่มมากขึ้น และยิ่งเวลาผ่านไปเนิ่นนานขึ้น จะทำให้เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นถูกลืมไป ดังนั้น ก็ไม่มีประโยชน์อันใดที่จะรื้อฟื้นฟ้องร้องพิพากษาโทษกันอีก อันจะเป็นการสร้างควมวุ่นวายให้กับประชาชนขึ้นใหม่

ข้อสังเกต กฎแห่งการลืมนี้น่าสอดคล้องกับเรื่องความหนักเบาแห่งความผิด ซึ่งกฎหมายได้กำหนดอายุความสั้นยาวตามความผิดนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความผิดที่ไม่ร้ายแรงหรือเล็กน้อยย่อมถูกลืมง่าย ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดอายุความให้มีระยะเวลาสั้นกว่าความผิดหนักหรือความผิดฉกรรจ์ ซึ่งเป็นที่จดจำของสังคมและถูกลืมได้ยาก เช่น ความผิดลหุโทษมีอายุความหนึ่งปี ขณะที่ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นมีอายุความถึงยี่สิบปี เป็นต้น⁸⁸

2) เป็นการทรมานผู้กระทำความผิด จากที่ผู้กระทำความผิดต้องหลบหนีไปจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาของอายุความที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ย่อมเป็นการทรมานบุคคลผู้นั้นพอสมควร ถือว่าเป็นการลงโทษอีกทางหนึ่ง ดังนั้น เมื่อผู้กระทำความผิดได้หลบหนีไปจนพ้นระยะเวลาของอายุความในความผิดนั้นๆ แล้ว จึงเป็นการไม่สมควรที่จะถูกนำตัวกลับมาลงโทษซ้ำอีก ซึ่งเป็นไปตามหลัก “non bis in idem” (not twice for the same) หรือ “nemo bis punitur pro eodem delicto” (no man is punished twice for the same offense) หมายถึง บุคคลไม่ควรถูกลงโทษสองครั้งในความผิดเดียวกัน⁸⁹

3) ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องควบคุมความประพฤติของตนเอง เพราะการที่ผู้กระทำความผิดต้องหลบหนีไปจนกว่าจะครบกำหนดอายุความ บุคคลนั้นย่อมต้องคุมประพฤติของตนเองมิให้เป็นที่สนใจของประชาชน จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าเขาได้ระวังตนเองอย่างดีจนไม่สมควรถูก

⁸⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, เล่มเดิม, หน้า 1271-1272.

⁸⁸ สมพร พรหมหิตาธร. (2543). อายุความแพ่ง-อาญา และคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 140.

⁸⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก (2548). ประมวลกฎหมายอาญาระบบอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 17). หน้า 53.

ลงโทษซ้ำอีก ดังนั้น อายุความจึงเป็นปัจจัยที่ทำให้บุคคลนั้นต้องรู้สำนึกที่จะควบคุมความประพฤติของตนเองให้ได้ ถือได้ว่าเป็นนโยบายในทางอาญาในการป้องกันการกระทำความผิดในทางอาญา

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของอายุความฟ้องคดี ยังได้ถูกแบ่งออกเป็น 2 ชั้น คือ อายุความทั่วไป และอายุความในความผิดอันยอมความได้ ซึ่งอายุความทั้งสองประเภทนี้มีลักษณะที่แตกต่างกัน 2 ประการ คือ⁹⁰

1) อายุความทั่วไป ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 95 จะเริ่มนับตั้งแต่วันที่เกิดเหตุกระทำความผิด ซึ่งวิธีการนับอายุความฟ้องคดีนั้น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 198-199/2508 ให้นับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 193/3 มาตรา 193/5 และมาตรา 193/8 กล่าวคือ มิให้นับวันแรกแห่งระชยะเวลานั้นเข้าด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ จึงต้องนับวันถัดไปจากวันที่เกิดเหตุเป็นวันแรก (ฉน.182)⁹¹

2) อายุความในความผิดอันยอมความได้ ได้แก่ อายุความร้องทุกข์ตามมาตรา 96 โดยเริ่มนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งอาจเป็นวันเดียวกับวันที่เกิดเหตุหรือเป็นวันอื่นหลังจากวันกระทำความผิดก็ได้ แต่หากผู้เสียหายเพิ่งรู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเมื่อเลยกำหนดอายุความตามมาตรา 95 แล้ว ก็ย่อมหมดสิทธิที่จะทำการร้องทุกข์เนื่องจากอายุความทั่วไปได้ขาดอายุความไปแล้ว ดังนั้น สิทธิในการดำเนินคดีอาญาย่อมระงับสิ้นไป⁹² สาเหตุที่เป็นเช่นนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1036/2482 สรุปได้ว่า ความผิดต่อส่วนตัวนั้นย่อมสำคัญน้อยกว่าความผิดอาญาแผ่นดิน เมื่อความผิดอาญาแผ่นดินขาดอายุความแล้ว ความผิดต่อส่วนตัวก็ควรจะขาดอายุความด้วย ดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า การที่กฎหมายบัญญัติกรณีที่มีน้ำหนักมากไว้ เท่ากับได้บัญญัติถึงกรณีที่มีน้ำหนักน้อยกว่าไว้ด้วย (argumentum a majori ad minus) ดังนั้นถือว่าเป็นการไม่มีเหตุผลอันสมควรหากจะปล่อยให้อายุความในคดีความผิดต่อส่วนตัวยืดยาวออกไปไม่มีที่สิ้นสุดตราบเท่าที่ผู้เสียหายยังไม่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด และหากกำหนดให้อายุความในทางอาญาไม่มีที่สิ้นสุดแล้ว

⁹⁰ สมพร พรหมพิตร. เล่มเดิม. หน้า 144.

⁹¹ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ ก (2547). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 58.

⁹² สมพร พรหมพิตร. เล่มเดิม. หน้า 165.

อาจเป็นหนทางให้ผู้เสียหายนำไปข่มขู่แก่ผู้กระทำความผิดให้ต้องจ่ายเงินแก่ตน (Black mail) ได้อีกทางหนึ่ง⁹³

ส่วนการที่มาตรา 96 แห่งประมวลกฎหมายอาญาใช้คำว่า “รู้เรื่องความผิด” หมายถึง การรู้ถึงข้อเท็จจริงที่ประกอบกันเป็นความผิด มิได้หมายถึงการรู้ถึงข้อกฎหมายว่าข้อเท็จจริงเหล่านั้นเป็นความผิดที่จะต้องร้องทุกข์⁹⁴ สำหรับการรู้ตัวบุคคลผู้กระทำความผิด หมายถึง การรู้ว่าผู้ใดกระทำความผิดนั้น ถ้ารู้ตัวบุคคลแล้ว แม้จะไม่รู้จักชื่อที่อยู่ก็ไม่เป็นการขัดขวางการร้องทุกข์ซึ่งอาจบอกรูปพรรณเท่าที่บอกได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 123

2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา

การอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวนั้นอาจมีการกระทบกระทั่งกันบ้างไม่มากก็น้อยซึ่งถือว่าเป็นเรื่องธรรมดา แต่การกระทบกระทั่งกันดังกล่าวอาจนำไปสู่การกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้เช่นกัน ซึ่งแน่นอนว่าเมื่อสมาชิกในครอบครัวกระทำความผิดระหว่างกันขึ้น ก็ย่อมจะต้องรับโทษตามกฎหมาย บางกรณีผู้กระทำอาจจะต้องรับโทษหนักขึ้นสำหรับการกระทำนั้นๆ แต่บางกรณีผู้กระทำอาจได้รับยกเว้นโทษหรือลดโทษแล้วแต่กรณี

ซึ่งเมื่อดูบริบทของสังคมไทยก็จะเห็นได้ว่าสังคมไทยเป็นสังคมที่ให้ความสำคัญกับเรื่องครอบครัวเป็นอย่างมาก และหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันก็จะพบว่า ได้มีการนำเอาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวมาเป็นเหตุในการบัญญัติฐานความผิดต่างๆ ซึ่งไม่แต่เฉพาะกรณีที่เป็นเหตุเพิ่มโทษเท่านั้น ยังมีกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุลดโทษอีกด้วย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

⁹³ หยุด แสงอุทัย ข (2529). กฎหมายอาญา รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาของศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย. หน้า 217.

⁹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 414/2515 วินิจฉัยว่า ผู้ทรงนำเช็คเข้าบัญชี ธนาคารแจ้งให้มาเบิกเงินใหม่เพราะวันนั้นผู้สั่งจ่ายไม่มีเงินในบัญชี แต่มีฐานะดีอาจนำเงินมาเข้าบัญชีได้ ผู้ทรงนำเช็คไปเข้าบัญชีวันหลัง ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน อายุความนับตั้งแต่วันแรก (ฎน.33)

2.4.1 กรณีที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น

กรณีที่กฎหมายบัญญัติความผิดอาญาซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น หรือกรณีที่เรียกว่าเป็นเหตุเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญานั้นมีอยู่หลายมาตรา ได้แก่ มาตรา 285 มาตรา 296 มาตรา 298 เป็นต้น

มาตรา 285 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277ตรี มาตรา 277ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำได้ระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

มาตรา 296 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 298 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 297 ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี”

2.4.2 กรณีที่ทำให้ผู้กระทำได้รับยกเว้นโทษหรือลดโทษ

ส่วนในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ความผิดบางฐาน ผู้กระทำความผิดอาจไม่ต้องรับโทษ หรือศาลอาจลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่งถ้าดูตามประมวลกฎหมายอาญาก็มีอยู่หลายมาตรา ดังนี้

กรณีเหตุยกเว้นโทษ ได้แก่ มาตรา 71 วรรคแรก มาตรา 193 มาตรา 214 วรรคสอง เป็นต้น

มาตรา 71 วรรคแรก บัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๓๔ ถึง มาตรา ๓๓๖ วรรคแรก และมาตรา ๓๔๑ ถึงมาตรา ๓๖๔ นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ”

มาตรา 193 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวมาในมาตรา 184 มาตรา 189 หรือมาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

มาตรา 214 บัญญัติว่า “ผู้ใดประพฤตินั้นเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พัก ที่ซ่อนเร้น หรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำความผิด ศาลจะลงโทษก็ได้”

ส่วนกรณีเหตุผลโทษ ได้แก่ มาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งมาตรานี้กฎหมายยังบัญญัติให้เป็น ความผิดอันยอมความได้อีกด้วย

มาตรา 71 วรรคสอง บัญญัติว่า “ความผิดดังระบุนานี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการี กระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน กระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอม ความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือสมาชิกในครอบครัวนั้น ครอบครัว เป็นหน่วยที่เล็กที่สุดของสังคม แต่ก็ยังเป็นพื้นฐานที่สำคัญของสังคม บุคคลในครอบครัวเดียวกัน บางครั้งอาจมีการกระทำความผิดอาญาระหว่างกันเองบ้าง ซึ่งหากการกระทำและผลของการกระทำ ใดไม่มีพฤติการณ์ร้ายแรงถึงขนาดแล้ว กฎหมายก็จะไม่ถือเป็นความผิด และในบางกรณีก็บัญญัติ ให้สามารถที่จะยอมความกันได้ เนื่องจากบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันในครอบครัวนั้น อย่างไรก็ตามเสีย เขาก็มีความสัมพันธ์และภาระหน้าที่ที่จะดูแลอุปการะกันอยู่ และย่อมจะให้อภัยกันได้อยู่เสมอ หาก กฎหมายไม่มีการผ่อนปรนเสียเลยก็อาจทำให้ความสัมพันธ์ในสถาบันครอบครัวเสียไปได้ ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วหากการกระทำผิดของบุคคลในครอบครัวดังกล่าวไม่ได้สร้างความเสียหายให้กับ ส่วนรวมแล้ว ความผิดอาญาในกรณีดังกล่าวก็จะบัญญัติให้สามารถยอมความกันได้เป็นกรณีพิเศษ⁹⁵

⁹⁵ จุฬารัตน์ เอื้ออำนวย. (2553). การพัฒนากรอบแนวทางการวิจัยชุดโครงการกระบวนการยุติธรรม ทางเลือกในสังคมไทย (รายงานการวิจัย). หน้า 21-23.

