

บทที่ 2

แนวความคิดและหลักทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา ในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์

การศึกษากฎหมายไม่ใช่เป็นการศึกษาเพียงเพื่อเรียนรู้และเข้าใจเป้าหมายหรือการศึกษา โดยเน้นที่ตัวบทกฎหมายเท่านั้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้ย่อมเป็นการศึกษาที่จะหาประโยชน์ไม่ได้เลย และจะเป็นการเพียงเพื่อฝืนอยู่กับอุดมคติหากไม่สามารถเข้าใจในเป้าหมายนั้น⁶ ด้วยเหตุนี้การศึกษา กฎหมายที่ดีจะต้องประกอบด้วยความเข้าใจถึงแนวความคิดของ “นิติวิธี” ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่สำคัญให้ถูกต้อง เพราะการจัดให้มี “นิติวิธี” ให้ตรงกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์เป็นสิ่งสำคัญ และนิติวิธีในระบบกฎหมายทั้งสองระบบมีความแตกต่างกัน⁷ จึงต้องรู้จักใช้กฎหมายให้บรรลุผลเป้าหมายนั้นอย่างมีประสิทธิภาพที่ดีที่สุดด้วย

ดังนั้น การศึกษาจะต้องเรียนรู้เนื้อหาของกฎหมาย ทั้งในส่วนของโครงสร้าง หมวดหมู่ และการแยกประเภทข้อความคิดต่างๆ ของระบบกฎหมาย และจะต้องเข้าใจถึงทัศนคติ แนวความคิด และวิธีการทางกฎหมายของระบบกฎหมายของตัวเองด้วย เพราะนักกฎหมายที่รู้แต่ตัวบทกฎหมาย แต่ใช้กฎหมายไม่เป็นและการใช้กฎหมายไปตามแห่งเหตุผลประโยชน์ของตน อาจก่อให้เกิดผลร้ายแก่สังคมอีกด้วย ดังนั้น เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาแนวความคิดของการกฎหมายไทยได้อย่างถูกต้อง ควรที่จะต้องศึกษาแนวความคิดและนิติวิธีของระบบกฎหมายทั้งสองระบบเสียก่อนเพื่อได้นำว่ามีพื้นฐานการศึกษาและความเข้าใจในระบบนิติวิธีของกฎหมายไทยได้อย่างถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด

⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์”. *สุลพาท*, 41(1). น. 50.

⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). *บันทึกของนายออร์ซ ปาดูซ์ ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับ การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*. น. 94.

2.1 ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์

2.1.1 ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์

2.1.1.1 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์

ในสมัยโบราณ การใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งในสมัยนั้นการใช้กฎหมายในประเทศอังกฤษได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมันเพียงเล็กน้อย โดยกฎหมายที่ใช้บังคับคือ กฎหมายจารีตประเพณีอันเป็นกฎหมายของอารยชนที่ใช้อยู่จนกระทั่งอยู่ในสมัยกลาง จนกระทั่งมีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ภายใต้การปกครองของพระมหากษัตริย์ที่มีอำนาจสูงสุดเด็ดขาด มีการจัดระบบการปกครองเสียใหม่ในการครองที่ดิน อันเป็นการเสริมให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจเหนือศักดินาอื่นๆ และได้ตั้งตัวแทนในลักษณะของศาลที่เดินทางไปตัดสินท้องถิ่นต่างๆ เรียกว่าศาลหลวง (Royal Court) วิธีการพิจารณาวินิจฉัยของศาลหลวงนั้นเป็นการนำเอาจารีตประเพณีของท้องถิ่นมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เมื่อมีคำตัดสินจากศาลหลวงดังกล่าวท้องถิ่นนั้นๆ ต้องยอมรับและปฏิบัติตามสำหรับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างท้องถิ่นและปัญหาว่าจะใช้จารีตประเพณีท้องถิ่นใดตัดสิน ได้รับการคลี่คลายโดยระบบศาลหลวงเป็นผู้ตัดสินคดีข้อพิพาทนั้นๆ เช่นกัน

ในกรณีที่ไม่มีจารีตประเพณีของท้องถิ่นศาลหลวงจำต้องสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ โดยเป็นการใช้เหตุผลไปพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดเป็นข้อพิพาท แล้วศาลหลวงวางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดจากการพิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงนั้น หลักเกณฑ์เช่นนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ต่างจากการใช้กฎหมายท้องถิ่นแบบเดิมมิใช่เป็นกฎหมายจารีตประเพณี แต่เป็นการวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายทั่วไปนั่นเอง ต่อมาเมื่อระยะเวลาผ่านไปได้มีการพัฒนาระบบเดียวกันภายใต้กฎเกณฑ์ที่ศาลหลวงเป็นผู้กำหนด โดยมีได้แบ่งแยกเช่นเดิมอีกต่อไป การจัดระบบจารีตประเพณีเป็นหนึ่งเดียวนี้จึงทำให้เป็นระบบส่วนกลาง หรือระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)⁸ โดยหลักคอมมอนลอว์นั้น ถือว่าเป็นหลักที่ศาลสร้างขึ้นจากหลักเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาท มิใช่เป็นการตัดสินตามอำเภอใจนี้เอง จึงทำให้มีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อนมาใช้ในการตัดสินที่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแบบเดียวกันในภายหลัง ตามหลักที่ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน และพัฒนาต่อมา

⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. น. 59.

⁹ Frederick G. Kempin. (973). Historical Introduction to Anglo – American Law in a Nutshell (2 nd ed.). p. 77. อ้างในสุกัญญา เจริญวัฒนสุข. (2542). บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติ. น. 7-9.

จนเกิดเป็นทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (The Doctrine of Precedent) ในราวปลายศตวรรษที่ 18¹⁰

ศาลหลวงมีอำนาจครอบคลุมทั้งทั้งราชอาณาจักร วิธีการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลหลวงนั้นเป็นการใช้เหตุผลไปพิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดเป็นข้อพิพาท แล้วศาลหลวงวางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดจากการพิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงนั้นจึงมีบางคดีที่กฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีอำนาจครอบคลุมไปถึง ทำให้ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากศาลหลวงและได้หันมาพึ่งพาและร้องขอความเป็นธรรมจากพระมหากษัตริย์ผ่านทางราชเลขาการของพระองค์ เรียกว่า ชานเซลเลอร์ (The Chancellor) และในราวคริสต์ศตวรรษที่ 16 ชานเซลเลอร์ก็ได้รับอำนาจเด็ดขาดในการตัดสินคดีความ ต่อมาได้กลายเป็นกฎหมายเรียกว่า The Equity of the case โดยอาศัยหลักความเป็นธรรมและศีลธรรมเป็นเกณฑ์ในการตัดสินคดี และได้พัฒนาเป็นกฎหมายอิกวิตีที่ใช้พิจารณาคดีเฉพาะในศาลชานเซอร์คิวบ์กลับกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ใช้พิจารณาคดีเฉพาะในศาลหลวง¹¹

ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะในช่วงปี ค.ศ. 1832-1833 และ 1852 นับได้ว่าเป็นยุคที่มีการปฏิรูปทางกฎหมายในอังกฤษอย่างแท้จริง คือมีการปฏิรูปวิธีพิจารณาเสียใหม่ โดยให้ความสำคัญต่อกฎหมายนี้้น้อยมากและหันไปให้ความสำคัญแก่กฎหมายสารบัญญัติมากขึ้น เหมือนกับประเทศในภาคพื้นยุโรป นอกจากนั้นยังได้พยายามจัดทำคำพิพากษาให้เป็นหมวดหมู่ ในปี ค.ศ. 1873-1875 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขและจัดระเบียบศาลยุติธรรมโดยกฎหมายที่เรียกว่า Judicature Acts ซึ่งสาระสำคัญคือยกเลิกความแตกต่างของอำนาจศาลหลวงและศาลชานเซอร์รี โดยให้ศาลทั้งสองมีอำนาจพิจารณาคดีโดยนำกฎหมายคอมมอนลอว์และอิกวิตีมาใช้ได้ทั้งสองหลัก และได้มีการยกเลิกกฎหมายเก่าที่ล้าสมัย รวมทั้งแก้ไขปรับปรุงกฎหมายสารบัญญัติอื่นๆ อีกมากมาย แต่การแก้ไขปรับปรุงก็ยังคงรักษารูปแบบเดิมของกฎหมายอังกฤษไว้ คือยังให้ความสำคัญต่อศาลอยู่มาก แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้ามามีบทบาทในการบัญญัติกฎหมายขึ้นก็ตาม ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีความเปลี่ยนแปลงทางสังคมจากระบบเสรีนิยมมาเป็นระบบสังคมนิยมมากขึ้น ทำให้กฎหมายอังกฤษต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขตาม เริ่มยอมรับกฎหมายในรูปสังคมนิยมเข้ามาแทนที่เพื่อให้ทันกับความต้องการของสังคมยุคใหม่ ทำให้กฎหมายอังกฤษกับกฎหมายในภาคพื้น

¹⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวลลอว์และคอมมอนลอว์.” *ศาลพาท*, 41(1). น. 60.

¹¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. (2528). *เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1-7*. น. 228-229.

ยุโรปมีความโน้มเอียงเข้าหากัน ในระยะหลังกฎหมายอังกฤษได้รับแบบอย่างกฎหมายจากภาคพื้นยุโรปไปพอสมควร¹²

2.1.1.2 หลักการใช้นิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์

หลักการใช้นิติวิธีของนักกฎหมายในระบบนี้ได้มีการพิจารณาในเรื่องสำคัญดังนี้

1. ทศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย กฎหมายในภาคพื้นยุโรปยอมรับว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดสูงสุดและขึ้นชมอยู่กับระบบประมวลกฎหมาย แต่ในระบบคอมมอนลอว์ไม่ยอมรับการจัดทำประมวลกฎหมาย และยังคงยึดหลักปรัชญาแบบประสบการณ์นิยม กล่าวคือ ยอมรับเอาคำพิพากษาในคดีก่อนๆ นั้นมาเป็นบ่อเกิดรากฐานของระบบกฎหมาย ดังนั้นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญในระบบคอมมอนลอว์ คือ หลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งได้สืบทอดมาจากระบบศาลหลวงที่ถือว่าเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับตัดสินข้อพิพาทเพราะเหตุผล (Reason) มีค่าเป็นกฎหมายที่เป็นอยู่แล้ว ศาลเป็นเพียงผู้ค้นพบและประกาศใช้ และการที่ศาลระบบคอมมอนลอว์ยอมผูกพันตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานก็เป็นไปตามหลักแห่งเหตุผลที่ว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน แต่การที่ศาลระบบคอมมอนลอว์จะยอมผูกพันยึดถือตามแนวคำพิพากษาเดิม (The Doctrine of Precedent) นั้นยอมขึ้นอยู่กับเงื่อนไข 2 ประการคือ

1. ส่วนที่เป็นเหตุผลที่จำเป็นในการวินิจฉัยคดีนั้นๆ (The ratio Decidendi)¹³
2. คำพิพากษานั้นต้องเป็นคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา (House of Lords)¹⁴

ผู้พิพากษาในระบบคอมมอนลอว์จึงมีบทบาทสำคัญมากจนกระทั่งเรียกระบบกฎหมายนี้ว่า “ระบบกฎหมายที่ศาลกำหนดขึ้น” ก็คือคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์นั้นนอกจากจะมีบทบาทในการปรับใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแล้วยังมีบทบาทในการวางหลักนิติวิธีทางกฎหมายด้วย การถือตามแนวบรรทัดฐานในคำพิพากษานี้ มักจะมีปัญหาว่า นานไปแนวคำพิพากษานั้นอาจจะไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง จึงมีข้อยกเว้นการใช้หลักนี้ในกรณีข้อเท็จจริงแตกต่างกัน เรียกว่า “หลักพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง” คือว่าถ้าข้อเท็จจริงในคดีเหมือนกันทุกประการก็ต้องถือตามแนวบรรทัดฐานเดิม ทำให้ศาลระบบคอมมอนลอว์สามารถพัฒนาระบบกฎหมายให้ยืดหยุ่นและสามารถแก้ไขปัญหาใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นได้ โดยไม่ต้องกลับหลักกฎหมายที่มีมาแต่เดิม

¹² อุกฤษ มงคลนาวิน. (2514). *ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล)*. น. 49.

¹³ สุนัย มโนมัยอุดม. (2545). *ระบบกฎหมายอังกฤษ*. น. 239-242.

¹⁴ สุนัย มโนมัยอุดม. แหล่งเดิม. น. 189-218.

ดังนั้นแม้ว่าศาลจำเป็นต้องเจริญรอยตามคำพิพากษาก่อนๆ ซึ่งเป็นแบบอย่างก็ตาม แต่ถ้าหากว่าในกรณีที่เกิดก่อนศาลได้ตัดสินไม่ถูกต้องศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในคดีปัจจุบัน อาจพิพากษาผิดพลาดไปและพิพากษากลับหลักเกณฑ์ที่คำพิพากษาในคดีก่อนได้กำหนดไว้ก็ได้ กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการสร้างแบบอย่างขึ้นมาใหม่ ทั้งนี้เพื่อความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับสถานการณ์ใหม่ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป¹⁵

2. บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ มีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ทวีความสำคัญมากขึ้น เนื่องจากการขยายตัวของสังคมและความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นกลไกควบคุมสังคมที่ซับซ้อนมากขึ้นทุกที โดยเริ่มมีการยอมรับว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเทียบเท่าหลักกฎหมายในคำพิพากษามากขึ้น

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายคอมมอนลอว์มีทัศนคติต่อกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเห็นว่า โดยทั่วไปผู้บัญญัติกฎหมายจะพยายามบัญญัติให้เป็นรูปธรรมและละเอียดลออเพียงใดก็ตามมักจะถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีฐานะที่ต่ำกว่าหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาได้วางเอาไว้ทำให้บทกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นไม่ได้รับการยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างจริงจังจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งได้นำบทบัญญัตินั้นไปใช้บังคับเสียก่อน และเมื่อเกิดข้อพิพาททำนองเดียวกัน ศาลที่พิจารณาคดีมักจะนิยมอ้างคำพิพากษามากกว่าอ้างบทกฎหมาย

3. จารีตประเพณี ระบบคอมมอนลอว์ได้ก่อกำเนิดขึ้น โดยการพยายามกีดกันการใช้กฎหมายจารีตประเพณีของท้องถิ่น อิทธิพลของศาสนจักร และพวกขุนนาง เจ้าที่ดิน ดังนั้น จารีตประเพณีในความหมายนี้ไม่ได้คลุมไปถึงประเพณีทางการค้า เมื่อศาลยอมรับบังคับตามจารีตประเพณีใดก็ทำให้จารีตประเพณีนั้นหมดความสำคัญที่จะนำมาอ้างได้อีก เพราะได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาซึ่งมีผลบังคับในฐานะเป็นกฎหมายตามหลักแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา

4. ข้อคิดเขียนของนักนิติศาสตร์ งานเขียนทางนิติศาสตร์ในอังกฤษนั้นมี 2 ประเภทคือ งานเขียนของนักวิชาการและงานเขียนของผู้พิพากษา ซึ่งในอดีตงานเขียนของนักวิชาการไม่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายอังกฤษเท่าใดนัก แต่งานเขียนของผู้พิพากษาที่มีชื่อเสียง เช่น Glanville, Bracton และ Littleton จะได้รับการยอมรับนับถือตามเหมือนกับเป็นคัมภีร์กฎหมาย แต่ภายหลังจากคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน งานเขียนของนักวิชาการเริ่มมีบทบาทและเป็นที่สนใจจากนักนิติศาสตร์มากขึ้น แต่ก็ยังต้องด้อยกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษา

¹⁵ หุุด แสงอุทัย. (2523). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. น. 12-13.

5. เหตุผลและความยุติธรรม ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตั้งอยู่บนรากฐานของจารีตประเพณีและหลักเหตุผลของข้อเท็จจริงอันเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างกฎหมาย และเป็นบ่อเกิดที่ไม่มีขอบเขตซึ่งช่วยให้กฎหมายอังกฤษสามารถพัฒนาไปได้นั้นจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายตามคำพิพากษามีได้เป็นหลักที่เกิดจากเหตุผลทางจริยธรรม นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษยังมีหลักความยุติธรรม () เป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่คู่เคียงกับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่หลักความยุติธรรมที่จะใช้บังคับได้นั้น ในปัจจุบันได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาไปแล้ว หลักความยุติธรรมจึงมีฐานะเช่นเดียวกับหลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่จะนำหลักยุติธรรมมาใช้ได้เฉพาะที่เคยมีในแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาแล้วเท่านั้น

2.1.1.3 นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์¹⁶

หลักนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์เป็นหลักที่ได้รับมาจากการเทียบเคียงหลักในคำพิพากษาของศาล ทำให้หลักการให้กฎหมายจึงมักเป็นหลักเฉพาะเรื่องเฉพาะราวที่ใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี หลักเกณฑ์ในการใช้กฎหมายอังกฤษนั้นต้องตั้งอยู่บนรากฐานของหลักเหตุผลในคำพิพากษา (Ratio Decidendi) คือต้องดำเนินตามคำพิพากษาของศาลสูงที่เป็นแบบอย่าง และใช้กับกรณีที่ประเด็นแห่งคดีที่มีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันเท่านั้น นักกฎหมายอังกฤษจะเลี่ยงที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ที่ศาลกำหนดขึ้นมาใช้อย่างครอบคลุมแบบการใช้หลักกฎหมาย (Doctrine) เพราะการทำเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการบิดเบือนกฎหมายที่เดียว และเนื่องจากการใช้กฎหมายของระบบคอมมอนลอว์เป็นการใช้เฉพาะกรณี (Case Law)

ดังนั้น วิธีการใช้กฎหมายจึงเป็นการพิเคราะห์แยกแยะข้อเท็จจริง กล่าวคือ หากเป็นข้อเท็จจริงที่เคยเป็นประเด็นและได้มีแนวคำพิพากษาไว้แล้วก็ต้องถือตามนั้น แต่ถ้าเป็นกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร นักกฎหมายคอมมอนลอว์มักจะเห็นว่าเป็นสิ่งที่แปลกปลอมและไม่ค่อยยอมรับฐานะของกฎหมายประเพณี โดยมองว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบทกวีเป็นหลักทั่วไปและจะมุ่งใช้หลักกฎหมายตามคำพิพากษากว่า ดังนั้น หลักทั่วไปในการตีความกฎหมายอังกฤษตั้งอยู่บนความเชื่อว่า ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นระบบของเหตุผลจากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงมีความเหมาะสมแก่การอำนวยความสะดวกยุติธรรม และมีความแน่นอนชัดเจนมากกว่าระบบการใช้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติขึ้นตามอำเภอใจ หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของระบบคอมมอนลอว์ที่รู้จักกันโดยทั่วไปนี้มีอยู่ 3 ประการ

¹⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตลอว์และคอมมอนลอว์”. *ศุลพาห*, 41(1). น. 78-95.

1. หลักการตีความตามตัวอักษร (Literal Rule) เป็นข้อแรกและข้อสำคัญที่สุดในการตีความ ศาลจะถือว่าความหมายที่ถูกต้องแท้จริงของบทกฎหมายต้องเป็นความหมายตามธรรมดาที่ถ้อยคำนั้นแสดงออกมา และศาลจะต้องบังคับใช้ตามความตัวอักษรของถ้อยคำนั้น โดยไม่คำนึงถึงว่าผลจากการแปลถ้อยคำตามความหมายธรรมดาเหล่านั้นจะมีเหตุผลมากน้อยเพียงใด ซึ่งวิธีนี้ผู้ทำหน้าที่ตีความจะต้องพิจารณาความหมายในทางภาษามากกว่าจะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ หลักนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากนักกฎหมายอังกฤษ ทั้งที่เป็นผู้พิพากษาระดับสูงและนักกฎหมายทั่วไป โดยส่วนใหญ่เห็นว่าการยึดมั่นในถ้อยคำ และเข้าใจว่าถ้อยคำแต่ละคำจะมีความหมายในตัวเองโดยไม่ต้องไปพิจารณาจากเนื้อความทั้งหมด น่าจะอยู่บนสมมุติฐานที่ผิดและการตีความตามอักษรโดยยึดมั่นต่อการใช้ความหมายจากพจนานุกรมน่าจะไม่ถูกต้องเสมอไป¹⁷

2. หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (Golden Rule) หลักนี้มีสาระสำคัญว่าถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะต้องตีความในทางที่จะละเว้นไม่ให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา ในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอาจแปลความหมายไปได้เป็นสองนัยหรือมากกว่านั้น ศาลหรือผู้ทำหน้าที่ตีความกฎหมายต้องตีความไปในทางที่มีความหมายอันสมควร ไม่ใช่ไปในทางที่ไม่ควรจะเป็นหรือบังเกิดผลประหลาด ในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีความหมายตามตัวอักษรเพียงประการเดียว ก็ไม่ต้องตีความหมายตามตัวอักษรนั้น ถ้าหากจะทำให้เกิดผลประหลาดในแง่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลตีความตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยอาศัยเหตุผลอื่นนอกจากถ้อยคำและความหมายธรรมดาแห่งถ้อยคำที่ปรากฏในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งศาลไม่สมควรจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้น¹⁸ ดังนั้นในข้อนี้จะต้องสังเกตด้วยว่า การตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างนี้มีได้มิได้ในทุกกรณี แต่จะมีขึ้นต่อเมื่อมีการพิจารณาถึงผลของการใช้ความหมายนั้นเสียก่อน และการตีความตามเจตนารมณ์นี้ต้องไม่ตีความจนเลยเถิด และจะต้องใช้ต่อเมื่อต้องการเลี่ยงผลในทางร้ายอย่างมากเท่านั้น

3. หลักการตีความตามหลักแก้ไขข้อเสีย (Mischief Rule) เป็นการตีความโดยคำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมาย¹⁹ โดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นเครื่องมือขจัดความ ในกรณีที่มิชอบกพร่องอยู่ก่อนแล้วใน

¹⁷ อักษราทร จุฬารัตน์. (2542). *การตีความกฎหมาย*. น. 30-41.

¹⁸ ธาณินทร์ ทรัพย์วิเชียร และวิชามหาคุณ. (2539). *การตีความกฎหมาย*. น. 9-10.

¹⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวลลอร์และคอมมอนลอว์”. *คูลพาท*, 41(1). น. 79.

กฎหมาย และต่อมาอีกกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแก้ไข ศาลหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความกฎหมาย ต้องตีความกฎหมายใหม่ไปในทางที่แก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายใหม่นั้น ดังนั้นศาลสูงของอังกฤษได้วางหลักไว้ว่า ศาลจำเป็นต้องพิจารณาจากแนวทาง 4 ประการดังนี้

ก. ต้องพิจารณาว่าก่อนที่จะมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นใช้บังคับกับหลักระบบคอมมอนลอว์มีอยู่ประการใด

ข. มีข้อบกพร่องประการใดที่หลักคอมมอนลอว์มิได้ให้ช่องทางแก้ไขเอาไว้

ค. รัฐสภาได้ให้ทางแก้ไขข้อบกพร่องนั้นไว้ประการใด และ

ง. เหตุผลแห่งการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นมีประการใด

หลักการตีความหลักที่ 3 นี้ เป็นเพียงข้อยกเว้นหลักการตีความตามตัวอักษรเท่านั้น ในการที่ศาลจะใช้หลักนี้ โดยปกติศาลจะต้องอ้างอิงถึงเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นใช้บังคับจากคำปรารภในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นหรือจากรายงานของคณะกรรมการพิจารณาค้นคว้าปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนั้นโดยตรง²⁰

ถ้าหากว่าไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์จะแก้ไขปัญหา โดยการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นมีจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่ แต่ถ้าจารีตประเพณีไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ก็จะแก้ไขปัญหา โดยการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นมีข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์เขียนไว้อย่างไร และสามารถนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทนั้นได้หรือไม่ และการใช้หลักเหตุผลของข้อเท็จจริงและหลักความยุติธรรม (Equity) มาปรับใช้ก็จะถือว่าเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ กล่าวคือ เป็นการค้นหาหลักเกณฑ์ หรือสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่โดยใช้หลักเหตุผล และหลักความยุติธรรมจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น และไม่ว่าจะเป็นไปในทางกฎหมายแพ่งหรือในทางกฎหมายอาญาศาลในระบบคอมมอนลอว์ก็สามารถค้นหาหลักเกณฑ์หรือสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่ได้

ดังนั้น นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นการใช้และเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายตามแนวความคิดหรือทัศนคติของนักกฎหมาย ก็จะเป็นการใช้นิติวิธีตามลำดับความสำคัญของบ่อเกิดของกฎหมาย และโดยเหตุที่ศาลในระบบคอมมอนลอว์สามารถสร้างหลักเกณฑ์หรือวางหลักเกณฑ์จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมาได้ เว้นแต่ในทางกฎหมายอาญาจะมีบทบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรที่กำหนดวิธีไว้โดยชัดเจนเท่านั้น

²⁰ เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก. (2537). การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบทางอาญา: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศไทย เยอรมัน และไทย. น. 10.

2.1.2 ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์

2.1.2.1 ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้พัฒนาและเปลี่ยนรูปไปจากกฎหมายโรมันอันเป็นต้นกำเนิดดั้งเดิมไปเป็นอันมาจากหลักเกณฑ์ทางจารีตประเพณีของชาวโรมัน ซึ่งถือเป็นกฎศักดิ์สิทธิ์และมีลักษณะแยกย่อยเฉพาะเรื่องเฉพาะราว กลายมาเป็นหลักการที่เป็นระบบ มีเหตุผล และสอดคล้องเท่าถึงกัน พัฒนาการของกฎหมายซีวิลลอว์นี้ กล่าวได้ว่าเป็นพัฒนาการของการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป โดยใช้เหตุผลไปศึกษาและปรุงแต่งสรุปลงขึ้นมาจากกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง ดังนั้นความเป็นมาของหลักนิติวิธีในกฎหมายซีวิลลอว์นี้ อาจแบ่งช่วงพัฒนาการออกเป็น 3 ระยะ ได้แก่

1. สมัยโรมัน ระบบซีวิลลอว์ได้พัฒนาขึ้นในอาณาจักรโรมันที่ยึดถือจารีตประเพณีตั้งแต่สมัยบรรพกาลในการปฏิบัติและตัดสินข้อพิพาทกันอย่างเคร่งครัด จนกระทั่งพลเมืองของชาวโรมันที่เรียกว่า “Plebian” ได้รวมตัวเรียกร้องให้มีการนำจารีตประเพณีที่ถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดและรับรู้กันในเฉพาะชนชั้นสูงที่เรียกว่า “Patrician” มาบันทึกไว้ในที่เปิดเผยให้สาธารณชนรับรู้ได้โดยทั่วไป ด้วยการจารึกบนแผ่นศิลาจำนวน 12 แผ่น หรือที่รู้จักกันดีในนามของ “กฎหมาย 12 โต๊ะ”²¹

ด้วยความเชื่อในความศักดิ์สิทธิ์ของจารีตประเพณีที่ถือกันมาอย่างเคร่งครัดจึงทำให้ชาวโรมันมีทัศนคติที่ถือความศักดิ์ของตัวอักษรที่บันทึกตามจารีตประเพณีอย่างเคร่งครัด ไปด้วย โดยเริ่มจากการตีความตามตัวบทมาสู่การตีความโดยใช้หลักตรรกวิทยาของภาษาและถ้อยคำที่เรียบเรียงไว้เป็นเครื่องช่วยการเรียนรู้กฎหมายโดยอาศัยภาษาเป็นสื่อนี้ให้เกิดการอ้างอิง ตั้งข้อโต้แย้งและอธิบายกฎหมายด้วยเหตุผลธรรมดาตามหลักภาษา หลักภาษาวินัย และหลักนิติศาสตร์ อันเป็นต้นกำเนิดของวิชานิติศาสตร์ ทำให้กฎหมายโรมันได้เจริญขึ้นจนถึงขั้นมีการรวบรวมและข้อคิดของนักนิติศาสตร์มาจัดระบบเสียใหม่ในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนในราวปี ค.ศ. 529 ต่อมาจักรพรรดิโรมันได้เสื่อมสลายลงด้วยการรุกรานของอนารยชนเผ่าเยอรมัน พัฒนาการของกฎหมายโรมันก็สิ้นสุดลงในปลายศตวรรษที่ 6

2. สมัยกลาง ในช่วงที่อาณาจักรโรมันได้ล่มสลายลงไป ระบบกฎหมายก็เสื่อมทรามลง วิชาการทางนิติศาสตร์ได้หยุดชะงัก และคนที่อยู่ในดินแดนต่างๆ ของยุโรป ได้กลับมาใช้กฎหมายประเพณีของชนเผ่า トラบจนกระทั่งในราวศตวรรษที่ 12 และ 13 ได้มีการฟื้นฟูกฎหมายโรมันขึ้นอีกครั้งหนึ่งในสมัยฟื้นฟูศิลปวิทยาการ ทั้งทางด้านการค้าพาณิชย์และการศึกษาที่ขยายตัวขึ้น และความขัดแย้งระหว่างอาณาจักรกับศาสนจักรที่ได้ขยายอิทธิพลในช่วงที่กฎหมายโรมันล่ม

²¹ สุกัญญา เจริญวัฒนสุข. (2542). *บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติ*.

สลายลงนั้น และด้วยความเชื่อว่ากฎหมายจะเป็นเครื่องมืออำนาจความก้าวหน้า รักษาความมั่นคง และจัดวางระเบียบแบบแผนแก่สังคม และเป็นบันทึวสู่ความยิ่งใหญ่ได้เหมือนกับสมัยโรมันในอดีตอีกครั้งหนึ่งด้วยความเชื่อแบบนี้ นักกฎหมายที่ศึกษากฎหมายโรมันจึงศึกษากฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนอย่างเชื่อมั่นศรัทธาว่ากฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ถูกต้องและมีเหตุผล เป็นกัมภีร์แห่งสติปัญญา (Ratio Scripta) และด้วยทัศนคติต่อกฎหมายเช่นนี้ จึงทำให้นักกฎหมายรุ่นต่อๆ มาได้รับสืบทอดทัศนคติว่า “ตัวอักษร” กับ “เหตุผล” เป็นสิ่งที่แยกกันไม่ออก อันเป็นนิวัติวิธีสำคัญของนักกฎหมายซีวิลลอว์

3. สมัยใหม่ ในสมัยใหม่นี้ ในช่วงต้นๆ วิชานิติศาสตร์ได้รับการปรุงแต่งจากเหตุผลล้วนๆ ด้วยอิทธิพลของความเชื่อทางสำนักกฎหมายธรรมชาติ มีการอ้างหลักเหตุผลตามธรรมชาติมาเป็นหลักคิดเบื้องต้นทางกฎหมาย ใช้หลักเหตุผลมาวิพากษ์และศึกษากฎหมายแทนที่จะศึกษากฎหมายในฐานะเป็นกฎที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้ากำหนดไว้ด้วยความศรัทธาแบบสมัยกลาง แม้ต่อมาความนิยมในสถาบันศาสนาและความศรัทธาในความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายจะเสื่อมถอยลง แต่โดยที่กฎหมายโรมันยังคงเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาที่มีเหตุผลมาแต่เดิม โดยเหตุนี้วิชานิติศาสตร์ที่ใช้กฎหมายโรมันอันคงทนต่อการพิสูจน์ในแง่ของการใช้เหตุผล และอาศัยเหตุผลเป็นเครื่องมือในการศึกษา และทำให้มีการพัฒนาการทางกฎหมายยังก้าวต่อไปไม่หยุดยั้ง

ในศตวรรษที่ 18 อันเป็นยุคเฟื่องปัญญา (Enlightenment) และความเชื่อมั่นที่ถือว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือในการกำหนดวิถีชีวิตของมนุษย์และเป็นเครื่องมือในการสร้างสังคมใหม่ และการบัญญัติกฎหมายเป็นเครื่องแสดงออกถึงความเป็นอิสระของรัฐตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตย ทำให้เกิดแนวความคิดในการบัญญัติประมวลกฎหมายขึ้น โดยมีประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (ค.ศ. 1804) เป็นแบบอย่างและได้แพร่ขยายไปหลายๆ ประเทศต่างๆ ในยุโรปในศตวรรษที่ 19 ด้วยเหตุนี้แนวความคิดที่นิยมกฎหมายส่วนบัญญัติหรือลัทธิกฎหมายบ้านเมือง (Positivism) จึงมีอิทธิพลมากขึ้น เพราะความเชื่อแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองนี้สนับสนุนลัทธิอำนาจอธิปไตย และถือว่ากฎหมาย คือ เจตจำนงของรัฐที่แสดงออกมา ผู้ใดฝ่าฝืนต้องได้รับโทษ และถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายสูงสุดประการเดียว

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ประมวลกฎหมายเยอรมัน และสวิส มิได้เดินตามแนวของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสอีกต่อไป แต่ได้เลือกเดินสายกลาง คือใช้หลักการตีความกฎหมายตามแบบสำนักประวัติศาสตร์ คือ ถือว่าบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่แสดงออกมาด้วยเหตุผลตามตัวอักษร และเป็นตัวแทนเจตจำนงของผู้บัญญัติกฎหมายและมีประเพณี และนิวัติวิธีอย่างอื่นๆ เป็นบ่อเกิดกฎหมายในลำดับรองลงไปด้วย วิธีดังกล่าวจึงได้รับการยอมรับจากนานาชาติและแพร่หลายไปทั่วโลกที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ในเวลาต่อมา

2.1.2.2 หลักการใช้นิติวิธีของระบบซีวิลลอว์²²

จากการพัฒนาการของกฎหมายนับตั้งแต่สมัยโรมันเป็นต้นมา ในระบบซีวิลลอว์เป็นระบบของเหตุผลที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติ ซึ่งนิติวิธีของนักกฎหมายนี้ อาจเห็นได้จากการพิจารณาเรื่องที่สำคัญได้แก่

1. บทบัญญัติแห่งกฎหมาย นักกฎหมายในประเทศซีวิลลอว์ถือว่า ตัวบทกฎหมายเป็นตัวแทนของเหตุผลในตัวเอง และความเชื่อนี้ฝังรากลึกสืบทอดมานานตั้งแต่สมัยกฎหมาย 12 โต๊ะ จนมาถึงสมัยบัญญัติประมวลกฎหมาย นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์จึงเป็นผู้ที่มีความภักดีต่อตัวบทกฎหมาย เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักกฎหมายจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงในข้อพิพาท แล้วแสวงหาประเด็นอันเป็นปัญหา เพื่อนำมาอ้างหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้แก่กรณีพิพาท โดยวิธีการตีความกฎหมาย กล่าวคือ หากข้อความในตัวบทกฎหมายนั้นไม่ชัดเจน ไม่คลุมเครือ ศาลต้องปรับใช้กฎหมายนั้นตามตัวอักษร หากข้อความในตัวบทกฎหมายคลุมเครือ ไม่ชัดเจนเกิดความสงสัยในความหมายของตัวอักษรนั้น ศาลจึงค่อยใช้วิธีตีความกฎหมาย²³

2. จารีตประเพณี ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้พัฒนามาจากกฎหมายประเพณีในสมัยโรมัน โดยถือว่าจารีตประเพณีจะต้องสอดคล้องกับเหตุผล จึงจะใช้บังคับเป็นกฎหมายประเพณีได้ กฎหมายจารีตประเพณีในที่นี้ หมายถึง กฎหมายจารีตประเพณีที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะหากนำไปบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมกลายเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรไป และกฎหมายจารีตประเพณีนี้เป็นแบบอย่างของความประพฤติซึ่งประชาชนทั่วไปนิยมปฏิบัติตามกันมานานจนเป็นที่ยอมรับกันว่ามีความศักดิ์สิทธิ์เสมอด้วยกฎหมายหรือเป็นข้อบังคับที่ประชาชนรู้สึกกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายและรัฐได้ใช้ข้อบังคับที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอดมา²⁴ ดังนั้นนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์จึงให้ความสำคัญกับจารีตประเพณีอย่างมาก ทั้งในทางยุโรปตะวันตกก็ยอมรับว่าประเพณีมีบทบาทอย่างมากในระบบกฎหมาย และถือว่าตามความจริงนั้นความคิดของนักกฎหมายย่อมจะถูกชักนำให้คล้อยตามระเบียบประเพณีของสังคม และในบางครั้งอาจจะมาเป็นบ่อเกิดที่คู่เคียง ส่งเสริมหรือคัดถอนบทกฎหมาย

²² กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์.” *ศาลพาหน*, 41(1). น. 59.

²³ René David. (1985). *Major legal systems in the world today* (3 rd ed.). p. 120. อ้างถึงใน สุรเศรษฐ์ หน้างาม. (2549). *นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย*. น. 7.

²⁴ สุรเศรษฐ์ หน้างาม. (2549). *นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย*. น. 8.

ก็ได้ นอกจากนี้บทกฎหมายยังมักจะบัญญัติให้ใช้กฎหมายประเพณีบังคับในกรณีต่างๆ บางกรณีเพื่อให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้นอีกด้วย

3. คำพิพากษาของศาล นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ถือว่าคำพิพากษาของศาลมีความสำคัญในฐานะเป็นตัวอย่างในการปรับใช้กฎหมายในกรณีรูปธรรม เป็นการแสดงออกซึ่งความมีอยู่ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรม (ภาวะวิสัย)²⁵ ดังนั้นการใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์นั้นเป็นการใช้กฎหมายตามตัวบทกฎหมายและศาลมีหน้าที่ต้องเคารพบทบัญญัติอันเป็นที่รวมของหลักการและเหตุผลของกฎหมายเสมอ และอาจแฝงอยู่ในบทกฎหมายต่าง ๆ ที่นำมาปรับใช้ แต่คำพิพากษาไม่ใช่เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ ทั้งไม่ใช่ตัวบทกฎหมายและจะขัดหรือก้ำวล่วงขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้

4. หลักกฎหมายทั่วไป และข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เชื่อว่า มีหลักการทางกฎหมายแทรกอยู่ในตัวบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของระบบนั่นเอง แต่หลักการแห่งเหตุผลที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลายทั้งปวงนี้เป็นสิ่งที่นักนิติศาสตร์จะต้องแสวงหาคึกภา คั่นคว้า ทำความเข้าใจ และแสดงให้เห็นปรากฏ บทกฎหมายที่ฝ่าฝืนความเป็นธรรมจึงเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ กรณีที่กฎหมายมีช่องว่าง คือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงและนักกฎหมายมีหน้าที่อุดช่องว่างนี้ด้วยหลักความเป็นธรรม ซึ่งก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย นอกจากนี้พัฒนาการของระบบซีวิลลอว์ผูกพันอยู่กับการศึกษาค้นคว้าบทบัญญัติ และหลักการแห่งบทบัญญัติโดยนักนิติศาสตร์ในรั้วมหาวิทยาลัยนับเป็นเวลายาวนานปี ดังนั้นหลักการที่เป็นผลจากการศึกษาค้นคว้าของนักนิติศาสตร์แล้วสอนเป็นหลักสืบทอดกันมาหรือหลักการที่ปรากฏอยู่ในความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับกัน อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายซีวิลลอว์นี้ไม่เพียงแต่จะเป็นระบบกฎหมายแบบแผนแห่งบทบัญญัติเท่านั้น ยังเป็นระบบกฎหมายของนักนิติศาสตร์ และเป็นทั้งคำสอนและข้อเขียนต่างๆ ที่มีส่วนในการกำหนดแนวทางในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติอีกด้วย

2.1.2.3 นิติวิธีของระบบซีวิลลอว์²⁶

นิติวิธีของนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ถือว่ากฎหมายจะต้องปรับใช้ตามที่บัญญัติไว้ โดยถือว่าบทกฎหมายทั้งหลายมีฐานะเป็นหลักการอันกอปรไปด้วยเหตุผล เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่

²⁵ René David. *Major legal systems in the world today*. p. 133. and Andrew West. *The French Legal Systems*. p. 54.

²⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์”. *จุลพาท*, 41(1). น. 65.

ใช้เป็นแนวในการวินิจฉัยสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางปฏิบัติ และมีฐานะสูงกว่าหลักเกณฑ์ในคำวินิจฉัยเฉพาะคดีในคำพิพากษา โดยไม่ให้ความสำคัญแก่เรื่องวิธีพิจารณาและแนวคำพิพากษาของศาลเกินไปจนเป็นผลเสียแก่หลักการทางสารบัญญัติ นักกฎหมายซีวิลลอว์จะใช้กฎหมายโดยถือว่ากฎหมายนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานความประพฤติในสังคม และมีหลักการทางสังคมแฝงอยู่เสมอ หลักเกณฑ์ของบทกฎหมายจึงเป็นหลักที่ถือว่าครอบคลุมไปถึงบรรดากรณีต่างๆ อย่างกว้างขวาง ในการนำเอาหลักเกณฑ์นี้ไปใช้ในทางปฏิบัติ เพื่อให้ได้ผลทั้งด้านความยุติธรรมและความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย การใช้กฎหมายจึงต้องกระทำอย่างละเอียดอ่อน รอบคอบ ทั้งเข้าใจปัญหาที่จะวินิจฉัยอย่างถ่องแท้ เพื่อจะสามารถนำเอาหลักการในบทบัญญัติมาปรับใช้ได้เหมาะสมแก่กรณีรูปธรรมนั้นๆ หลักทฤษฎีในการตีความกฎหมายในระบบซีวิลลอว์นี้มีอยู่ 2 ประการ คือ

1. หลักการตีความตามหลักภาษา (Grammatical Interpretation) เป็นการมุ่งใช้สำหรับการตีความหมายจากถ้อยคำที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้บัญญัติไว้

2. หลักการตีความตามเหตุผลทางตรรกะ (Logical Interpretation) เป็นการมุ่งที่จะใช้แสดงความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมาย²⁷

การใช้กฎหมายโดยการถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีฐานะเป็นเกณฑ์ทั่วไป เช่นเดียวกับให้ความสำคัญกับการตีความเป็นอย่างมาก ซึ่งอาจทำให้มองได้ว่า กฎหมายขาดความแน่นอนชัดเจน ในกรณีเช่นนี้นักกฎหมายซีวิลลอว์ได้แก้ไขโดยด้านหนึ่งก็ใช้กฎหมายตามบทบัญญัติเป็นหลัก (กฎเกณฑ์ปฐมภูมิ) และใช้เกณฑ์การตีความของศาลที่วางเป็นบรรทัดฐานสืบเนื่องกันมาเป็นคำอธิบายบทบัญญัติมาประกอบเป็นการให้รายละเอียด (กฎเกณฑ์ทุติยภูมิ) วิธีนี้จะช่วยให้การตีความกฎหมายและการใช้กฎหมายตามบทบัญญัตินั้นสมบูรณ์ขึ้นและแน่นอนชัดเจนมากขึ้น

การตีความกฎหมายนั้นศาลหรือผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายจะพิจารณาถ้อยคำตามอักษรเป็นหลัก ถ้าปรากฏว่าจากความหมายของถ้อยคำดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลที่ประหลาด หรือความหมายของถ้อยคำนั้นๆ มีความหมายกำกวมอาจแปลได้หลายความหมายหรือบทบัญญัติในกฎหมายนั้นบกพร่องจำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างของกฎหมาย ศาลหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความย่อมสามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างกว้างขวาง โดยเริ่มจากการพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกัน ก็อาจทำให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ชัดเจนขึ้น และอาจพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้นๆ

ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ การใช้และการตีความกฎหมายจะกระโดยการพิจารณาถ้อยคำตามอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปพร้อมๆ กัน

²⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. น. 70-71.

ทั้งนี้เหตุผลสืบเนื่องมาจากประวัติความเป็นมาและนิติวิธีของระบบกฎหมายนี้ที่ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่กำหนดขึ้นย่อมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพียงประการเดียว อีกประการหนึ่งนักกฎหมายชีวิตลอร์มีทัศนคติต่อการใช้และการตีความกฎหมายว่าถ้อยคำที่คนทั่วไปเข้าใจว่าสามารถแปลได้ตามความหมายธรรมดานั้นเป็นสิ่งที่ไม่น่าแน่นอนเสมอไป เพราะถ้อยคำที่เข้าใจได้ตามความหมายธรรมดานั้น ความจริงอาจมีความหมายอย่างอื่นได้อีกด้วย

2.1.3 สรุปความแตกต่างของความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบคอมมอนลอร์และระบบชีวิตลอร์

จากการศึกษาถึงหลักความเป็นมา หลักนิติวิธี และโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาในระบบคอมมอนลอร์และระบบชีวิตลอร์ ดังกล่าวก็จะเห็นได้ว่าในทางด้านนิติวิธีในระบบกฎหมายทั้งสองมีความเหมือนหรือความแตกต่างกันดังต่อไปนี้

2.1.3.1 ความเป็นมาของระบบคอมมอนลอร์และระบบชีวิตลอร์

ระบบคอมมอนลอร์ มีที่มาจากจารีตประเพณี ซึ่งใช้บังคับเป็นกฎหมายตั้งแต่สมัยโบราณ สำหรับคำพิพากษาของศาลก็ถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายอย่างหนึ่ง เพราะคำพิพากษาของศาลตัดสินคดีต่างๆ ถือเป็นบรรทัดฐานหรือแบบอย่างที่ศาลต่อมาจะต้องยึดถือและพิพากษาตามเมื่อมีกรณีอย่างเดียวกันเกิดขึ้นอีก เหตุนี้จึงมีคำกล่าวที่ว่า “ศาลสร้างกฎหมายขึ้นมา” (Judge made law)²⁸ นอกจากคำพิพากษาของศาลแล้วยังมีหลักของความยุติธรรมที่อาจถือได้ว่าเป็นที่มาของกฎหมายที่ศาลนำมาใช้ให้เกิดความเสมอภาคและเป็นธรรมได้

ส่วนระบบชีวิตลอร์ นั้น ส่วนใหญ่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและประมวลกฎหมายต่าง ๆ จารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปก็อาจนำมาใช้เป็นกฎหมายได้ในบางกรณี และอาจถือได้ว่าเป็นที่มาของกฎหมายอีกอย่างหนึ่งด้วย

2.1.3.2 ทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย

ด้วยความก้าวหน้าของทั้งสองระบบกฎหมายได้มีการพัฒนาการทางด้านกฎหมายขึ้นตลอดเวลา จึงทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางด้านโครงสร้างกฎหมายอันเป็นผลมาจากประวัติความเป็นมาที่ทำให้เกิดความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายที่แตกต่างกันดังนี้

ในระบบคอมมอนลอร์จะให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายเป็นลำดับ คือ (1) หลักกฎหมายจากคำพิพากษา (2) บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (3) จารีตประเพณี (4) ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ และ (5) เหตุผลและความยุติธรรม

²⁸ กำธร กำประเสริฐ และ สุเมธ จารประดับ. (2544). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมาย* หลัก. น. 175.

ส่วนในระบบซีวิลลอว์จะให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายเป็นลำดับ คือ (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (2) จารีตประเพณี (3) คำพิพากษาของศาล (4) หลักกฎหมายทั่วไปและข้อคิดเขียนของนักนิติศาสตร์

2.1.3.3 ในเรื่องของผลคำพิพากษา²⁹

ในระบบคอมมอนลอว์ เป็นการพิจารณาคดีของศาลจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีนั้นๆ และผู้พิพากษาได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นบรรทัดฐานหรือแบบอย่างที่เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงในคดีนั้น เป็นการพิจารณาคดีจากข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไป เมื่อศาลได้พิพากษาและกำหนดแบบอย่างอันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายแล้ว ศาลต่อๆ มาต้องผู้พันที่จะพิพากษาไปในแนวเดียวกัน

ส่วนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เป็นการคำนึงถึงตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ การพิจารณาคดีของศาลเป็นการนำเอาตัวบทกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปมาปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่อยๆ ไป เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาไปแล้ว คำพิพากษาของศาลไม่ถือว่าเป็นบรรทัดฐานหรือแบบอย่างที่ศาลต้องจำเป็นพิพากษาไปในทางเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาของศาลสูงแม้ไม่ใช่กฎหมาย แต่ก็ได้รับความเคารพเชื่อถือในแง่ที่ว่า ศาลสูงได้ใคร่ครวญและถ่วงถอย คำพิพากษาของศาลชั้นต้นมาแล้ว อีกทั้งถ้าศาลล่างมีคำพิพากษาแตกต่างไปจากศาลสูง คำพิพากษานั้นอาจจะถูกกลับได้แนวคำวินิจฉัยของศาลสูงจึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนากฎหมาย นักศึกษากฎหมายจำเป็นต้องเอาใจใส่ศึกษาไม่น้อยกว่าตัวบทกฎหมาย

2.1.3.4 การศึกษากฎหมาย

ในระบบคอมมอนลอว์ นักศึกษากฎหมายจำเป็นต้องศึกษาจากคำพิพากษาของศาลที่ได้ตัดสินไว้แล้วเป็นบรรทัดฐาน และเป็นการศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาจากข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้น โดยถือหลักเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานของคำพิพากษาที่จะนำไปใช้เป็นแบบอย่างสำหรับคดีต่อๆ มา จึงมีลักษณะเป็นการรวบรวมเอาคำพิพากษาที่สำคัญที่ได้ตัดสินไปแล้ว นำมาวิเคราะห์ โดยมุ่งจะแสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ปรากฏในคำพิพากษาเหล่านั้น

ส่วนในระบบซีวิลลอว์ การศึกษากฎหมายมีความสำคัญอยู่ที่ตัวบทกฎหมาย ซึ่งส่วนใหญ่ก็ได้แก่ประมวลกฎหมายต่างๆ จากตัวบทกฎหมายเหล่านั้นหรือการค้นคว้าจากคำอธิบาย เพื่อให้เข้าใจความหมายของตัวบทกฎหมายดังกล่าว จึงมีลักษณะที่เป็นการอธิบายความหมายของตัวบทกฎหมายซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เป็นแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ หรือนักปราชญ์ทางกฎหมายตลอดจนคำพิพากษาของศาลสูง ซึ่งถือว่าเป็นตัวอย่างที่ดีของการใช้กฎหมายอีกด้วย

²⁹ คำธร คำประเสริฐ และ สุเมธ จารประดับ. แหล่งเดิม. น. 177.

2.1.3.5 หลักการใช้นิติวิธี

ในระบบคอมมอนลอว์นั้น การใช้หลักนิติวิธีนี้ได้พัฒนาต่อเนื่องกันมาโดยเริ่มจากการแก้ปัญหาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง โดยอาศัยเหตุผลที่แฝงอยู่ในข้อเท็จจริงนั้นเป็นเกณฑ์พิจารณา และด้วยการสะสมประสบการณ์ที่หลากหลายมาเป็นเครื่องช่วยในการแสวงหาสิ่งจากข้อเท็จจริงเหล่านั้น หลักเหตุผลในคำพิพากษา (Ratio Decidendi) ของอังกฤษนั้นตั้งอยู่บนหลักปรัชญาและประสบการณ์นิยม (Empiricism) ในขณะที่หลักนิติวิธีของซีวิลลอว์ก่อตัวขึ้นมาจากการแก้ปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน แต่การสรวและพัฒนากฎเกณฑ์ที่ใช้ในการแก้ไขปัญหานั้นแตกต่าง

ส่วนในระบบซีวิลลอว์ ได้พัฒนาการจากหลักเกณฑ์นิติวิธี โดยการพยายามหาหลักทั่วไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมา แล้วสรุปเป็นหลักทฤษฎี จัดระบบเค้าโครงและวางระเบียบแบบแผนโดยตั้งอยู่บนระบบเหตุผลทางตรรกวิทยา แล้วประสานทฤษฎีอันเป็นสิ่งที่ทั่วไปเข้ากับการปฏิบัติ คือ การแก้ปัญหารูปธรรม ด้วยหลักการตีความกฎหมาย (Interpretation) อันเป็นหลักการที่ตั้งอยู่บนปรัชญาแบบเหตุผลนิยม (Rationalism)

2.1.4 โครงสร้างความคิดทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์

จากการศึกษาความเป็นมาและหลักนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์นี้ ทำให้ในระบบกฎหมายทางอาญาของคอมมอนลอว์ มีความคิดที่เกี่ยวกับโครงสร้างความคิดอาญาไว้ในกรณีวินิจฉัยความผิดของบุคคลที่กระทำความผิดทางอาญา และการลงโทษบุคคลในทางอาญา ดังนั้น หลักของการพิจารณาโครงสร้างความคิดทางอาญา ก็ได้สืบเนื่องมาจากการพัฒนาทางประวัติศาสตร์ ทั้งในส่วนที่เป็นเนื้อหาของกฎหมาย (Legal Contents) และนิติวิธี (Juristic Method) ในทางกฎหมายอาญาของระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ ซึ่งมีส่วนสำคัญในการวิเคราะห์ปัญหาที่ต่างกันออกไปด้วย ดังนี้

2.1.4.1 โครงสร้างความคิดอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์³⁰

โครงสร้างความคิดทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์นี้ ได้พัฒนาการจากการวินิจฉัยความผิดมาจากประเทศอังกฤษที่มีภาษิตที่ถือว่าเป็นหลักมาตั้งแต่สมัยกลาง “Actus non facit reum nisi mens sit rea” ที่ถือว่า การกระทำจะไม่เป็นผิดถ้าผู้กระทำไม่มีเจตนาร้าย หลักดังกล่าวนี้ได้เกิดขึ้นจากแนวความคิดทางศาสนาในสมัยกลาง ซึ่งเน้นในเรื่องสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำผิดเป็นอย่างมาก กล่าวคือ จิตใจที่เป็นอาชญากรรม เจตนาและการกระทำทั้งสองอย่างนี้ต้องประกอบกันจึงจะทำให้เป็นความผิดอาญา³¹ ซึ่งในสมัยกลางความสำนึกในศีลธรรมได้รับการยืนยันให้

³⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2527, ธันวาคม). “โครงสร้างความคิดอาญา: ความแตกต่างในระบบกฎหมาย”. *วารสารนิติศาสตร์*, 14(4). น. 8.

³¹ คณิต ฌ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. น. 88.

เด่นชัดขึ้นกว่าในอดีตหรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้นยังคงถือความคิดแบบเดิมเพียงแต่ได้มีการเปลี่ยนแปลงในจุดที่เน้นมากกว่าในอดีตเท่านั้น การวินิจฉัยความรับผิดของบุคคลที่เน้นไปในเรื่องอัตตะวิสัย (Subjective) เป็นอย่างมาก หลักกฎหมายอาญาก็ได้ถูกแยกออกจากอิทธิพลทางศาสนาโดยนำเอามาตรการทางภาวะวิสัย (re-adapt the objective standard) มาประกอบเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งในการวินิจฉัยความรับผิดของบุคคลต่างๆ กับการเน้นในส่วน of จิตใจ

ดังนั้นการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคลในระบบคอมมอนลอว์ มีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ส่วน คือ

1. Actus reus หรือ criminal act หมายถึง การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม³² ซึ่งในส่วนนี้จะอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา

2. Mens rea หรือ criminal intent หมายถึง จิตใจที่ควรถูกตำหนิหรือจิตใจที่ชั่วร้าย ซึ่งในส่วนนี้จะอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายในของความผิดอาญา

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกนั้นเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาจากส่วนของ Actus Reus ก่อน ถ้าสิ่งที่แสดงออกมาผิดกฎหมายแล้วจึงไปดูส่วนที่เกี่ยวกับจิตใจ ส่วนของจิตใจนี้ก็อาจแตกต่างกันไปแต่ละกรณี ซึ่งอาจจะเป็นเรื่องเจตนา (Intention) ประมาทโดยรู้ตัว (Recklessness) ประมาท (Negligence) หรือเป็นความพลั้งเผลอที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless Inadvertent) และโดยปกติแล้วถือว่าเจตนาร้ายหรือในส่วนของ mens rea ที่จะมีอยู่ในกรณีของเจตนา (Intention) และกรณีประมาทโดยรู้ตัวเท่านั้น ส่วนความพลั้งเผลอที่ไม่อาจตำหนิได้ถือว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากเจตนาร้ายซึ่งกฎหมายถือว่าไม่เป็นความผิด

2.1.4.2 โครงสร้างความรับผิดอาญาตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์³³

การพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญานี้ จะวิเคราะห์แนวความคิดและทฤษฎีกฎหมายอาญาที่รับรู้กันในทางวิชาการนิติศาสตร์ภาคพื้นยุโรป โดยการพิจารณาเบื้องต้นจะพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นเข้าองค์ประกอบหรือไม่ และเมื่อการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบแล้วจึงจะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งในส่วนที่สองนี้เป็นการพิจารณาในส่วนที่เรียกว่า “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit) ถ้าหากข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นเข้าองค์ประกอบและผิดกฎหมายแล้ว จึงจะพิจารณาถึงตัวบุคคลนั้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่ หรือสิ่งที่บุคคลนั้นกระทำไปเป็นสิ่งที่สังคมควรจะตำหนิได้หรือไม่อย่างไร ซึ่ง

³² Michael J. Allen. Op.cit. p. 19. อ้างในสุรเศรษฐ์ หน้า 33. นิตินิติกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย. หน้า 33.

³³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. แหล่งเดิม. หน้า 2.

เป็นการพิจารณาในส่วนของ “ความชั่ว” (Schuld) แนวความคิดทางอาญาในปัจจุบัน ได้แยกโครงสร้างความรับผิดชอบออกเป็น 3 ส่วน คือ 1) ส่วนขององค์ประกอบ 2) ส่วนของความผิดกฎหมาย 3) ส่วนของความชั่ว ซึ่งถือว่าเป็นส่วนประกอบในทางรูปแบบของความผิดอาญา³⁴ ที่ได้บัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน ดังจะอธิบายดังต่อไปนี้

1. องค์ประกอบความผิด เป็นองค์ประกอบความผิดที่สามารถแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ 1 องค์ประกอบภายนอกและ 2 องค์ประกอบภายใน

1.1 องค์ประกอบภายนอกนั้นเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด ผลของการกระทำและกรรมของการกระทำนั้น ตลอดจนข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำนั้น เช่น เหตุการณ์ในบางฐานความผิด

1.2 องค์ประกอบภายในได้แก่การพิจารณาในเรื่องของเจตนา และมูลเหตุจูงใจอื่นๆ และโดยปกติการกระทำที่จะถือเป็นความผิดสำเร็จ

ดังนั้นความรับผิดชอบทางอาญาของระบบชีวิตลอร์ดจะต้องพิจารณาจากการกระทำนั้นและจะต้องครบทั้งในส่วนองค์ประกอบภายนอกและส่วนองค์ประกอบภายใน ยกเว้นเรื่องของการพยายามกระทำความผิด ที่ส่วนองค์ประกอบภายในครบถ้วน แต่องค์ประกอบภายนอกไม่ครบทุกส่วน

2. ความผิดกฎหมาย เป็นส่วนที่พิจารณาต่อมาหลักจากพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าเข้าองค์ประกอบแล้ว การพิจารณาว่าการกระทำที่เข้าองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว การกระทำนั้นเมื่อมองโดยระบบกฎหมายทั้งหมดแล้วยังถือว่าผิดกฎหมาย หรือไม่ ซึ่งเหตุที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ก็อาจจะเป็นเรื่องของจารีตประเพณี แต่การนำจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญานั้นสามารถนำมาอ้างได้เฉพาะในกรณีที่จะช่วยให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดเท่านั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่จะนำจารีตมาลงโทษบุคคลทางอาญาโดยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ย่อมเป็นเรื่องที่มีอาจจะทำได้เลยเพราะจะเป็นการขัดกับหลักไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena sine lege)

3. ความชั่ว เป็นการพิจารณาในชั้นตอนสุดท้าย คือ การพิจารณาว่าการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบและการกระทำนั้นผิดกฎหมายแล้ว จึงมาพิจารณาที่ตัวผู้กระทำอีกครั้งหนึ่งว่าบุคคลนั้นได้กระทำให้โดยรู้ผิดชอบหรือไม่เพียงใด หรือสิ่งที่บุคคลได้ทำลงเป็นสิ่งที่สังคมควรจะดำเนินเขาได้หรือไม่ หากได้ความว่าผู้กระทำให้ได้กระทำให้โดยไม่รู้ผิดชอบหรือการกระทำของเขาเป็นสิ่งที่สังคมไม่อาจจะดำเนินได้ กฎหมายก็จะยกเว้นโทษให้เพราะถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความชั่ว

³⁴ คณิต ฒ นคร. (2549). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. น. 1.

การกำหนดโครงสร้างความรับผิดชอบทั้งสามส่วนนี้ เป็นการกำหนดจากพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการกระทำผิดและโทษ เนื่องจากกฎหมายอาญาบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคม และการบัญญัติกฎหมายอาญาเป็นการกำหนดข้อปฏิบัติที่เกี่ยวเนื่องกับศีลธรรมของการอยู่ร่วมกัน ผู้ใดกระทำการ โดยผิดต่อศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกันของกฎหมาย จึงเป็นการกระทำที่ชั่วและเป็นการกระทำที่ตำหนิได้

2.1.4.3 สรุปลักษณะแตกต่างของโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์ และระบบซีวิลลอว์

ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของทั้งสองระบบกฎหมายดังกล่าวนี้ ต่างก็พยายามที่จะจัดระบบให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาที่ได้กระทำ ความผิด ซึ่งมีความแตกต่างกันหรือไม่ ดังต่อไปนี้

1. โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ต่างก็มีการพิจารณาขั้นตอนแรกในส่วนขององค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในที่เหมือน แต่การพิจารณาของทั้งสองระบบจะแตกต่างกันในเรื่องของการแบ่งประเภทของความผิดแต่ละ ขั้นตอนที่ไม่เหมือนกันคือ

ในระบบคอมมอนลอว์ เป็นการพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลตามโครงสร้างความรับผิดชอบในส่วนขององค์ประกอบภายนอก คือ ในส่วนของ Actus Reus กล่าวคือ เป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงในขั้นตอนแรกก่อนว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดในสิ่งที่กฎหมายห้ามหรือเป็นการกระทำในสิ่งผิดกฎหมายหรือไม่ ถ้าข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกเป็นเรื่องผิดกฎหมาย ก็จะเป็นการพิจารณาในส่วนของสภาวะจิตใจ อันเป็นเรื่องของอัตวิสัย และตามด้วยองค์ประกอบภายในคือ ในส่วนของ Mens Rea

ส่วนในระบบซีวิลลอว์ จะแบ่งองค์ประกอบเป็น 3 ส่วนด้วยกัน คือ 1) ส่วนขององค์ประกอบ 2) ส่วนของความผิดกฎหมาย 3) ส่วนของความชั่ว โดยทางซีวิลลอว์เห็นว่าแม้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จะไม่ครบในส่วนขององค์ประกอบภายนอกของความผิดก็ตาม แต่ถ้าได้ความว่าผู้กระทำได้กระทำโดยจิตใจ ที่คิดว่าตนกำลังทำสิ่งที่ผิดบทบัญญัติของกฎหมายและในความเป็นจริงก็มีบทบัญญัติฐานความผิดในเรื่องนั้นแล้ว

2. การพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญา

ในระบบคอมมอนลอว์การพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญามีได้แยกความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างการกระทำที่ไม่เป็นความผิดและการกระทำที่เป็นความผิด แต่กฎหมายยกเว้นโทษไว้ให้ชัดเจน

ส่วนระบบชีวิลอว์ การพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญามีการแยกตัวขององค์ประกอบ ออกโดยชัดแจ้งแล้ว ยังได้แยกเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายและเหตุที่ทำให้การกระทำ นั้นได้รับการยกเว้นโทษออกจากกัน

ดังนั้นแนวความคิดและหลักนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์และระบบชีวิลอว์นี้จะมี ความแตกต่างกันไม่มากเท่าใดนัก เพราะในระบบคอมมอนลอว์นั้นนับวันบทกฎหมายลายลักษณ์ อักษรนี้ยังมีความสำคัญมากขึ้น และเป็นที่ยอมรับกันมากขึ้นพอๆ กับการยอมรับหลักศาลเป็น ผู้สร้างหลักกฎหมาย ซึ่งขึ้นกับสถานการณ์การเปลี่ยนแปลงสังคมที่มอบหมายให้รัฐสภามี บทบาทในหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร และรัฐเข้าสู่ระบบประชาธิปไตย ดำเนิน แนวทางรัฐสวัสดิการ และการนำประเทศเข้าสู่ระบบประชาคมเศรษฐกิจยุโรป แต่การที่ระบบคอมมอนลอว์มีความจำเป็นต้องนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้นั้นก็ไม่ได้ลดบทบาทของศาลที่มีมา แต่เดิมลงไป ส่วนในระบบชีวิลอว์บ่อเกิดของกฎหมายก็ยังเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ศาล จะต้องนำมาปรับใช้ก่อนกฎหมายประเภทอื่นๆ และในระบบชีวิลอว์นี้ก็ไม่สามารถที่จะปฏิเสธได้ ว่า คำพิพากษามีบทบาทมากขึ้น ในฐานะของตัวอย่างการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย แม้ว่าจะมี ข้อความที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วก็ตาม ในบางกรณีก็ต้องอธิบาย ตัวอย่างคำพิพากษาที่มีการแก้ปัญหาแล้วเช่นกัน³⁵

2.2 หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญา

หลักเกณฑ์การกำหนดความผิดอาญาเป็นการบัญญัติขึ้น โดยที่รัฐบัญญัติขึ้นจากผลคำนึง ของประชาชน เป็นกฎหมายที่รัฐต้องการที่จะกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดและการ กำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดทางกฎหมายอาญาสำหรับความผิดนั้นด้วยการกระทำ ความผิดต่อชีวิตบุคคลจึงเป็นจุดเริ่มต้นในทางกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะของผู้กระทำผิด หรือผู้เสียหายก็ตาม กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองชีวิตบุคคลหลังจากที่ได้เกิดมาแล้ว และกฎหมาย จะไม่ให้มีการทำลายชีวิตผู้อื่นหรือตนเองไม่ว่าในทางใดๆ ก็ตามที่จะทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดถึง แก่ความตาย และความผิดต่อชีวิตนี้ เป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตโดยตรง

2.2.1 แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญา

ความผิดทางอาญา³⁶ คือ การกระทำที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสังคม หรือคนส่วนใหญ่ ของประเทศหากปล่อยให้ผู้ใดกระทำความผิดแล้วมีการลงโทษหรือแก้แค้น ล้างแค้นกันเอง จะทำให้มี

³⁵ สุกัญญา เจริญวัฒนสุข. บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติ. น. 21-22.

³⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2549). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. น. 2.

การกระทำความผิดอาญามากขึ้น บ้านเมืองจะไม่มีความสุข ทุกคนจะหันมาจับอาวุธป้องกันตัวเอง คนที่แข็งแรงกว่าจะรังแกคนที่อ่อนแอกว่า กฎหมู่หรือการเล่นพวกจะเพิ่มขึ้นอย่างมากมาย ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องยื่นมือเข้ามาลงโทษผู้กระทำความผิดเสียเองโดยโทษที่จะลงต้องเป็น โทษที่กฎหมายได้ กำหนดไว้

แนวความคิดการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายอาญามีดังนี้

2.2.1.1 การกำหนดความผิดอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติชัดเจน เช่น ในขณะที่กระทำความผิดต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วอย่างชัดเจนว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด และเจ้าหน้าที่ผู้ใช้กฎหมายจะสร้างกฎหมายใหม่ขึ้นมาใช้บังคับแก่ประชาชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้ เช่น กฎหมายบัญญัติว่า "การลักทรัพย์เป็นความผิด" ดังนั้น ผู้ใดลักทรัพย์ก็ย่อมมีความผิดเช่นเดียวกัน

2.2.1.2 ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

2.2.1.3 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ถ้าหากในขณะที่มีการกระทำสิ่งใดยังไม่มีความผิดอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ต่อมาภายหลังจะมีกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำอย่างเดียวกันนั้นเป็นความผิดก็จะนำกฎหมายใหม่มาใช้กับการกระทำครั้งแรกไม่ได้ กฎหมายอาญาในที่นี้ คือบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการกระทำความผิดและโทษ ที่มีคำสาภาษิตว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena sine lege)”

2.2.1.4 ห้ามใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นลงโทษแก่บุคคล

กฎหมายอาญาและศีลธรรมที่มีความเกี่ยวพันกันในการก่อให้เกิดกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายมีความสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนา ศีลธรรม และการบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายด้วย ความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น การฆ่าคน ชิงทรัพย์ ข่มขืน ล้วงแต่ผิดศีลธรรม แต่มีการกระทำบางอย่างไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น กรณีความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดในทางอาญา กล่าวคือ ไม่เจตนา ไม่ประมาท แต่กฎหมายก็ยังมีบัญญัติว่าการกระทำนั้นๆ เป็นความผิด

ศีลธรรมคงไม่ใช่เครื่องกำหนดว่าการกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดอาญา เพราะเป็นเรื่องเลื้อยลอย บางกรณีจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาปฏิเสธศีลธรรมอย่างสิ้นเชิง แต่ถ้าหากจะถือหลักเกณฑ์ที่ว่า “ภัยอันตรายต่อผู้อื่น” (Harm to Others) ก็เท่ากับปฏิเสธหลักที่ว่า “ความยินยอม ไม่ยกเว้นความผิด” เพราะหากผู้ถูกระทำความผิดยินยอม การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นภัยต่อผู้ถูกระทำต่อไปอีก แต่จะถือว่าการกระทำเช่นนั้นไม่ผิด เพราะไม่มีภัยต่อผู้อื่นเช่นนั้นจะถูกต้องแล้วหรือ

ดังนั้นแนวความคิดของ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ในหนังสือเรื่อง *The Limits of the Criminal Sanction* ได้ให้หลักการไว้ 6 ประการ ในอันที่จะถือว่าการกระทำนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ดังนี้³⁷

1. การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดเจนในหมู่ชนส่วนมากกว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
2. ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ
3. การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
4. หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
5. การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
6. ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

จะเห็นได้ว่า สำหรับความผิดที่ร้ายแรงต่างๆ เช่น ฆ่าคนตาย ชิงทรัพย์ ได้ผ่านหลักเกณฑ์ 6 ประการของแพ็กเกอร์ทั้งสิ้น แต่สำหรับการกระทำที่ผิดศีลธรรมแท้ๆ หรือที่เรียกว่า Moral Offenses เช่น การทำชู้ร่วมเพศผิดจารีต รังแกร่วมเพศ โสเภณี การทำแท้งโดยมีเงื่อนไข การพนันนั้น น่าจะต้องพิจารณาว่า ได้ผ่านหลักเกณฑ์ดังกล่าวทุกข้อหรือไม่

2.2.2 ความผิดที่กระทำต่อชีวิตมนุษย์

“ชีวิตมนุษย์” เป็นสิ่งที่เป็นคุณค่าพื้นฐานที่เกี่ยวกับมนุษย์ที่สังคมอารยะทั้งหลายยอมรับว่าเป็นคุณค่าที่สูงที่สุด กฎหมายอาญาจึงบัญญัติคุ้มครองชีวิตมนุษย์และให้ความสำคัญอย่างมากกับชีวิตมนุษย์³⁸ จะเห็นได้ว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นมาจากการระวางโทษตามกฎหมายที่กำหนดไว้สำหรับความผิดต่อชีวิตที่เป็นโทษที่สูงมากการทำลายชีวิตบุคคล ดังนั้นความผิดที่กระทำต่อชีวิตมนุษย์ที่มีโทษหนักสูงสุดได้มีการพิจารณาจากการกระทำความผิดดังนี้

³⁷ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (California: Stanford University Press, 1968), p. 296. อ้างในเกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 4.

³⁸ คณิต ฒ นคร. (2549). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. น. 70.

2.2.2.1 การกระทำโดยเจตนา³⁹

การพิจารณาเรื่องเจตนาอาจแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ 1. เจตนาตามความเป็นจริง (ประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผล) และ 2. เจตนาโดยผลของกฎหมาย (ไม่ประสงค์ต่อผล และไม่เล็งเห็นผล) ดังนี้

1. เจตนาตามความเป็นจริง หรือ เจตนาประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผล ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาไทยมาตรา 59 วรรคสอง และวรรคสาม มีดังนี้

“การกระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะที่เดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้”

หลักสำคัญของการกระทำที่ผู้กระทำมีเจตนา และต้อง “รู้” ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้น เช่น ความผิดตามมาตรา 288 องค์ประกอบภายนอกคือ (1) ผู้ใด (2) ฆ่า (3) ผู้อื่น ความผิดตามมาตรานี้ มีองค์ประกอบภายในคือ เจตนา การที่จะถือว่าผู้กระทำมีเจตนาตามมาตรา 288 ได้ ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำของตนเป็นการฆ่า และรู้ด้วยว่าวัตถุแห่งการกระทำเป็นผู้อื่น หากผู้กระทำเข้าใจไปว่าวัตถุแห่งการกระทำไม่ใช่ผู้อื่น เช่น เข้าใจผิดไปว่าเป็นสัตว์หรือเป็นศพ ก็ไม่ถือว่ามีเจตนาฆ่าผู้อื่นอันเป็นความผิดตามมาตรา 288

2. เจตนาโดยผลของกฎหมาย หรือ ไม่ประสงค์ต่อผล และไม่เล็งเห็นผล หมายความว่า ผู้กระทำมิได้มีเจตนาตามความเป็นจริงแก่บุคคลซึ่งได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น กล่าวคือ มิได้ประสงค์ให้เกิดแก่บุคคลนั้น หรือมิได้เล็งเห็นว่าผลจะเกิดแก่บุคคลนั้น แต่กฎหมาย “ให้ถือว่า” ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาแก่บุคคลซึ่งได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น เจตนาดังกล่าวเรียกว่าเป็น “เจตนาโดยผลของกฎหมาย” หรือ “เจตนาโอน” ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

2.2.2.2 การกระทำโดยประมาท

ความรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาท จะบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาไทยมาตรา 59 วรรคสี่ บัญญัติว่า “กระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำด้วยความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” สามารถแยกพิจารณาได้เป็นการกระทำโดยไม่เจตนาและการใช้ความระมัดระวัง⁴⁰

³⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 142.

⁴⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. น. 93.

1. การกระทำโดยไม่เจตนา คือการกระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำมิใช่โดยเจตนา หมายความว่าผู้กระทำมิได้ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำของตน แต่ผู้กระทำต้องรู้ตัวว่าตนอยู่เพราะหากไม่รู้ตัวนั้นก็ไม่ใช่เป็นการกระทำ เมื่อไม่มีการกระทำก็จะเป็นการกระทำโดยประมาทมิได้ และการกระทำโดยประมาทเป็นการงดเว้นหน้าที่อย่างหนึ่งด้วย

2. การใช้ความระมัดระวัง ความระมัดระวังตามมาตรานี้ กฎหมายคำนึงถึงในแง่ของผู้กระทำและสภาพแวดล้อมกรณี กล่าวคือ มิได้กำหนดกว้างขวางเกินไปจนทำให้บุคคลต้องระมัดระวังตลอดเวลา การใช้ความระมัดระวังของบุคคลจึงพิจารณาจาก 1) วิสัย 2) พฤติการณ์ 3) การใช้ความระมัดระวัง

ในการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยประมาทนี้เป็นเรื่องการลงโทษผู้ที่มีได้กระทำโดยเจตนาซึ่งเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา จึงต้องมีผลเสียหายเกิดขึ้น และมีกฎหมายกำหนดไว้ ถ้าความผิดในกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ลงโทษการกระทำได้โดยประมาทก็จะลงโทษบุคคลได้ก็เฉพาะเมื่อมีการกระทำโดยเจตนาเท่านั้น

ดังนั้น ความผิดต่อชีวิตเป็นการบัญญัติขึ้น โดยที่รัฐบัญญัติขึ้นจากเจตจำนงของประชาชน เป็นกฎหมายที่รัฐต้องการที่จะกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดและการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดทางกฎหมายอาญาสำหรับความผิดนั้นด้วยชีวิตบุคคลเป็นจุดเริ่มต้นในทางกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะอยู่ในฐานะของผู้กระทำผิดหรือผู้เสียหายก็ตาม กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองชีวิตบุคคลหลังจากที่ได้เกิดมาแล้ว และกฎหมายจะไม่ให้มีการทำลายชีวิตผู้อื่นหรือตนเองไม่ว่าในทางใดๆ ก็ตามที่จะทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดถึงแก่ความตาย และความผิดต่อชีวิตนี้ เป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตโดยตรง