

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในความผิด ฐานเข้าร่วมในการข่มขืนต่อผู้

มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่มีความจำเป็นที่จะต้องอยู่ร่วมกันและพึ่งพาอาศัยกัน ซึ่งการอยู่ร่วมกันนั้นจำเป็นที่จะต้องมีการจัดระเบียบทางสังคมในรูปแบบต่างๆ เพื่อให้คนในสังคมยึดถือเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติหรือเป็นบรรทัดฐานของสังคม เพื่อให้คนในสังคมได้อยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข ซึ่งกฎหมายก็ถือเป็นบรรทัดฐานอย่างหนึ่งของสังคม โดยกฎหมายอาญานั้นถือเป็นวิธีการที่สามารถใช้ควบคุมและจัดระเบียบสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างหนึ่ง เนื่องจาก เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกระบวนการที่เป็นทางการ มีมาตรการบังคับที่รุนแรง อีกทั้งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ กฎหมายอาญาจึงถือเป็นมาตรการขั้นสูงที่จะนำมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อให้จุดประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมบรรลุผลสำเร็จนั่นเอง

2.1 ทฤษฎีและหลักการกำหนดความผิดอาญา

2.1.1 ทฤษฎีการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

2.1.1.1 ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory)

ทฤษฎีความรับผิดในทางภาวะวิสัยนั้นเกิดขึ้นจากปัญหาความไม่ลงรอยกันระหว่างทฤษฎีเงื่อนไขที่ถือว่าเหตุทุกเหตุมีค่าเท่ากับทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมที่ถือเอาเฉพาะเหตุที่เหมาะสมเท่านั้น โดย Richard Honing เห็นว่า “ในทางกฎหมายนั้นมิใช่เรื่องของการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเพียงอย่างเดียว แต่ปัญหาที่จะต้องพิจารณามีต่อไปอีกว่าผลนั้นเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดหรือไม่” ดังนั้น แนวความคิดของทฤษฎีความรับผิดในทางภาวะวิสัยจึงเป็นอย่างเดียวกับแนวความคิดของทฤษฎีเหตุที่สำคัญนั่นเอง

ทฤษฎีนี้เห็นว่ากรกระทำที่จะเป็นการเริ่มต้นหรือลงมือกระทำความผิดหรือพยายามได้ต้องเป็นการกระทำที่นำไปสู่ความสำเร็จได้ เพียงแค่มีเจตนาร้ายแต่ไม่มีการกระทำที่จะเกิดผลเป็นความผิดก็ไม่ใช่เป็นการกระทำที่จะนำมาเป็นเหตุลงโทษผู้กระทำ เนื่องจากไม่มีผลร้ายเกิดขึ้น โดยทฤษฎีนี้ถือว่าผลของการกระทำจะเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่ออันตรายต่อการเกิดผลที่กฎหมายไม่พึงประสงค์และอันตรายนั้นก่อให้เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

แนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายนี้ให้ความสำคัญกับผลที่เกิดจากการกระทำเป็นหลัก เช่น การลงมือกระทำความผิดต้องเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดหรือเป็นเหตุที่ทำให้ความผิดเพิ่มขึ้น เช่น การเอามือจับทรัพย์เป็นการลงมือ ลักทรัพย์เป็นการจับทรัพย์ เป็นการกระทำเพื่อเอาทรัพย์นั้น ไปอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานลักทรัพย์ หรือการเข้าไปในเคหสถานเพื่อลักทรัพย์เป็นการลงมือลักทรัพย์แล้วและเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

ทฤษฎีภาวะวิสัยนี้เป็นทฤษฎีที่ถือเอาการกระทำและความเสียหายเป็นใหญ่ โดยพิจารณาว่าสังคมมีความปั่นป่วนและเสียหายเพียงใด และจะต้องลงโทษผู้กระทำให้เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

2.1.1.2 ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory)

ทฤษฎีอัตตะวิสัยนี้ให้ความสำคัญกับเจตนาของผู้กระทำ เช่น การเริ่มลงมือกระทำความผิดนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่แท้จริงในการกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อมีการกระทำที่มีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ

ศาลฎีกาของฝรั่งเศสนั้นมีความเห็นโน้มเอียงไปทางทฤษฎีนี้โดยให้การวินิจฉัยไว้ว่า “การกระทำทุกอย่างที่จะนำไปสู่การกระทำความผิด ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะกระทำความผิดแล้วย่อมเป็นการลงมือกระทำความผิด” โดยหลักวินิจฉัยเช่นนี้ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่ากรณีต่อไปนี้เป็นการเริ่มลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่น การเข้าไปในบ้านผู้อื่นในเวลากลางคืน โดยไม่ได้ใส่รองเท้าเป็นการแสดงเจตนาที่จะลักทรัพย์¹

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว แนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายนี้พิจารณาว่าการกระทำของผู้นั้นเกิดขึ้นเพื่อตนเองหรือเป็นการกระทำเพื่อบุคคลอื่น ถ้าการกระทำเกิดขึ้นตามนัยแรกแล้วให้ถือว่าผู้กระทำเป็นตัวการผู้กระทำความผิด แต่หากการกระทำเกิดขึ้นตามนัยหลังแล้วให้ถือว่าผู้กระทำเป็นเครื่องมือหรือผู้ช่วยกระทำความผิด²

2.1.2 หลักประกันในกฎหมายอาญา

การบังคับใช้กฎหมายอาญานั้น นอกจากขอบเขตในเรื่องสถานที่ตามหลักดินแดนและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว หลักสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็คือ หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ซึ่งมาจากภาษิตที่ว่า Nullum crimen, nulla poena sine lege เรียกว่า หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย Nulla poena,

¹ ฌ็อง ดูว์ตี ดิมาก. (2546). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด. หน้า 25.

² George P. Fletcher. *Rethinking Criminal law*. p. 655. (อ้างถึงใน ฌ็อง ดูว์ตี ดิมาก, 2546 หน้า 26).

sine lege (no punishment without law) ซึ่งหลักนี้ถือเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่เป็นหลักสากลในปัจจุบัน และได้มีการรับรองหลักนี้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน³ ด้วย โดยประเทศไทยได้บัญญัติหลักประกันในกฎหมายอาญานี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก⁴ อีกทั้งยังได้บัญญัติรับรองหลักประกันนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39⁵ ด้วย ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้มีผลทำให้ในทางกฎหมายรัฐไม่สามารถออกกฎหมายใดๆ มาลบล้างหลักของมาตรา 2 ในประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะจะเท่ากับเป็นการลบล้างหลักของรัฐธรรมนูญ ทำให้หากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ก็จะต้องมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญมาตรา 39 ก่อน โดยหลักประกันในกฎหมายอาญามีลักษณะสำคัญ ดังนี้

2.1.2.1 การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

หากสังเกตบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก จะพบว่ากฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” แสดงว่า กฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติรวมถึงกฎหมายที่ออกจากฝ่ายบริหารผู้มีอำนาจด้วย ซึ่งกฎหมายที่ตรงข้ามกับ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ก็คือ “กฎหมายจารีตประเพณี” โดยกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้เกิดจากการบัญญัติหากแต่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานาน

ดังนั้น การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีจึงหมายความว่า หากจะนำจารีตประเพณีมาลงโทษบุคคล คือ ใช้ในทางที่เป็นผลร้ายย่อมทำไม่ได้ เพราะ กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้เกิดจากการบัญญัติ จึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้เพื่อลงโทษในทางอาญา เพราะจะขัดกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 แต่กฎหมายจารีตประเพณีนี้สามารถนำมาใช้ได้ในกรณีที่เป็นคุณแก่

³ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 11(2) บัญญัติว่า “ จะถือบุคคลใดๆ ว่ามีความผิดทางอาญาเนื่องด้วยการกระทำหรือละเว้นใดๆ อันมิให้จัดเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายแห่งชาติ หรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะกระทำการนั้นขึ้นไม่ได้ และจะลงโทษอันหนักกว่าที่ใช้อยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นไม่ได้.”

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และ โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย.”

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้.”

ผู้กระทำ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เช่น การชกมวย การที่ครูตีเด็กตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน หรือกรณีบิดามารดาลงโทษบุตร เป็นต้น

2.1.2.2 การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า “Analogy” หมายถึง การให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน หลักนี้สามารถนำมาปรับใช้ได้ในกฎหมายแพ่ง ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4⁶ แต่สำหรับกฎหมายอาญา หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะนำมาปรับใช้ได้ก็เฉพาะในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดเท่านั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่น่าบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับเพื่อลงโทษบุคคลย่อมทำไม่ได้ เพราะการจะลงโทษบุคคลทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงเท่านั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง การนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ นอกจากจะไม่ต้องตามบทบัญญัติแห่งตัวอักษรและเจตนารมณ์ในเรื่องนั้นๆแล้ว ยังเป็นการกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก เพราะทำให้ขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิจารณาคดี⁷ ดังนั้น การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา หมายความว่า การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย⁸

2.1.2.3 กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมาตรา 2 ใช้คำว่า “บัญญัติเป็นความผิด” ฉะนั้นการที่จะให้คนรู้ล่วงหน้าว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิดนั้น ถ้อยคำในกฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มีความชัดเจนแน่นอนและปราศจากความคลุมเครือ⁹ เพื่อเป็นหลักประกันว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับ

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีความช่วยเหลือให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป.”

⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 21-22.

⁸ vgl. etwa Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, S.78 (อ้างถึงใน คณิต ฌ นคร กกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, 2551 หน้า 69).

⁹ ตัวอย่างของกฎหมายที่มีความคลุมเครือ เช่น กฎหมายของนาซี ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1935 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใดๆ ซึ่งอาจถูกลงโทษตามกฎหมายได้ หรือซึ่งสมควรถูกลงโทษตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา และตามความรู้สึกอันดีงามของประชาชน ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ.”

เจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริงและเป็นการป้องกันไม่ให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามความรู้สึกของตน

เหตุผลในการที่จะต้องให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนนั้นก็เพื่อที่จะให้ประชาชนผู้ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายได้มีโอกาสรู้ล่วงหน้าว่า การกระทำหรือไม่กระทำของเขาเป็นความผิดหรือไม่ ถ้าประชาชนไม่อาจรู้ล่วงหน้าได้ว่า การกระทำหรือไม่กระทำของเขาเป็นความผิดหรือไม่ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายคลุมเครือมากเกินไปแล้ว หากมีการใช้กฎหมายนั้นกับเขา เขาก็จะขัดขึ้นหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ¹⁰ นอกจากนี้การที่กฎหมายไม่ยอมให้ประชาชนอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นมาเป็นข้อแก้ตัวโดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 ก็หมายความว่ารัฐจะต้องออกกฎหมายให้มีความชัดเจนไม่คลุมเครือ เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสรู้ได้ทันทีว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิดหรือไม่

เหตุผลอีกประการหนึ่ง คือ หากกฎหมายอาญามีความชัดเจนแน่นอนแล้ว ก็จะทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายลดการใช้บังคับกฎหมายโดยเลือกปฏิบัติและลดการใช้กฎหมายตามอำเภอใจลงไปได้บ้าง มิเช่นนั้นอาจทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการและศาลมีการใช้ดุลพินิจบังคับกฎหมายกับบุคคลบางประเภทอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดและนอกจากบทบัญญัติในส่วนของความผิดที่จะต้องบัญญัติไว้ให้มีความชัดเจนปราศจากความคลุมเครือแล้ว บทบัญญัติที่เกี่ยวกับโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนด้วยว่าการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดนั้นจะต้องได้รับโทษอย่างไร¹¹

2.1.2.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

หากในเวลาที่ไม่กระทำความผิดไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ต่อมาจะมีกฎหมายออกมาว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด กฎหมายที่ออกมาใหม่นั้นก็จะใช้บังคับได้เฉพาะกับการกระทำในปัจจุบันหรืออนาคตเท่านั้น จะไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่ผ่านมา เว้นแต่จะย้อนหลังไปเป็นคุณกับผู้กระทำความผิด โดยศาสตราจารย์เอดูต์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “หลักนี้มีเหตุผลสนับสนุนได้ง่าย ทั้งนี้เพราะว่าในกฎหมายอาญา กฎหมายได้ระบุนการกระทำต่างๆ ที่ห้ามไว้ และเอกชนย่อมมีสิทธิที่จะถือว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่กฎหมายไม่ห้ามไว้แล้วย่อมทำได้ เพราะฉะนั้นถ้าบุคคลใดได้เชื่อโดยสุจริต การกระทำการใดๆ ลงไปโดยเชื่อว่ามีอำนาจกระทำได้แล้วผู้นั้นหากควรถูกฟ้องร้องเพราะเหตุที่กฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปไม่จริงอยู่ที่น่าเสียดายอยู่ว่าโดยวิธีนี้ผู้ร้ายบางคนอาจหลุดพ้นจาก

¹⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1: บทบัญญัติทั่วไป*. หน้า 21.

¹¹ ตัวอย่างของกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษไว้คลุมเครือ เช่น กฎหมายของนาซี ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1935 ที่บัญญัติว่า “หากไม่มีโทษทางอาญาที่แน่นอนสำหรับใช้ในกรณีดังกล่าว ให้ลงโทษตามกฎหมายหรือตามความคิดขั้นพื้นฐานซึ่งเหมาะสมกับการกระทำอย่างมากที่สุด.”

โทษซึ่งใช้ลงแก่ผู้ร้ายที่ทำผิดเช่นเดียวกันในกาลต่อมาไม่นานนักแต่ถ้าให้ลงโทษได้แล้วจะมีอุปสรรคมากกว่านี้อีก ทั้งนี้เพราะว่าถ้าให้ลงโทษได้เสรีภาพจะไม่มีเลย ถ้าบุคคลใดอาจถูกจับเพราะได้กระทำการนั้นบัญญัติว่าผิดและศาลอาจลงโทษโดยอาศัยกฎหมายนี้แล้วราษฎรจะไม่แน่ใจเลยว่า การใด ๆ อันตนได้กระทำไปนั้นจะเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ จริงอยู่ที่การกระทำบางอย่างน่าจะพึงหวังว่ากฎหมายคงจะต้องห้าม แต่ด้วยความผิดเป็นอันมาก ซึ่งมากระทบกระเทือนความรู้สึกในศีลธรรมและความยุติธรรมของปวงชนเท่าใด บุคคลจะละเว้นไม่กระทำก็เฉพาะเมื่อมีกฎหมายห้ามไว้เท่านั้น เช่น การพนัน เป็นต้น แต่เมื่อไม่มีกฎหมายประกาศี้อยู่ในขณะนั้นแล้วใครจะไปรู้ก่อนอย่างไร”¹²

เหตุผลสนับสนุนอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ย่อมสันนิษฐานได้ว่าเป็นกฎหมายที่ดีกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เดิม ดังนั้น จึงควรให้กฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นใหม่มีผลใช้บังคับต่อข้อเท็จจริงเกิดขึ้นภายหลัง ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่าถ้ากฎหมายใหม่ดีกว่ากฎหมายเก่าก็ต้องใช้กฎหมายใหม่บังคับทันที จึงถือหลักที่ว่ากฎหมายใช้บังคับย้อนหลังได้ ถ้าย้อนหลังในทางที่เป็นคุณนั่นเอง และยังรวมไปถึงกรณีที่ทำกในขณะกระทำมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้แล้ว และต่อมามีการออกกฎหมายมาย้อนหลังเพิ่มโทษการกระทำดังกล่าวให้หนักขึ้นด้วย โดยการกระทำดังกล่าวย่อมกระทำมิได้

2.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความผิดอาชญาฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้

บทบัญญัติของความผิดฐานต่างๆ ในกฎหมายอาญามักเป็นบทบัญญัติที่สั้นและกะทัดรัด แต่จะเห็นว่าบทบัญญัติเหล่านั้นได้รวบรวมเอาสิ่งที่เป็นพื้นฐานของความผิดต่างๆ ไว้ด้วยกันอย่างเหมาะสม ซึ่งก็คือ ผู้กระทำ การกระทำ ผลของการกระทำ รวมทั้งคุณธรรมทางกฎหมายด้วย โดย

“คุณธรรมทางกฎหมาย” ถือเป็นพื้นฐานทางความคิดในการบัญญัติความผิดอาชญาฐานต่างๆ

2.1.3.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ เป็น “ภาพในทางความคิด” ซึ่งเป็นสิ่งที่ เป็นนามธรรม¹³ ถือเป็นสิ่งที่ เป็นประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์นั้น มนุษย์ทุกคนจำเป็นต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการ

¹² เอกุต์. (2477). กฎหมายอาชญา. หน้า 69-70.

¹³ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 132.

อยู่ร่วมกัน หากผู้ใดทำการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันแล้ว ก็จะถือว่าผู้นั้นละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” นั้นเอง

2.1.3.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ เป็นต้น¹⁴ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนี้ยังสามารถแบ่งแยกออกไปได้อีกเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” (höchstpersönliches Rechtsgut) เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย¹⁵ ซึ่งการแบ่งแยกประเภทนี้เป็นเพียงการพยายามแยกให้เห็นได้ชัดเพื่อประโยชน์ทางวิชาการเท่านั้น เช่น ในกรณีของการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น

โดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเจ้าของสามารถจะสละความคุ้มครองได้เว้นแต่ “ชีวิตมนุษย์” เท่านั้น ซึ่งเรื่องของชีวิตมนุษย์นี้ยังเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิมนุษยชนด้วยโดย “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองค.ศ. 1966” (Covenant on Civil and Political Rights, 1966) ได้กล่าวถึงความสำคัญของชีวิตมนุษย์ไว้โดยบัญญัติอยู่ในข้อ 6 อนุ 1 มีใจความว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย บุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ”

Devlin ให้ความเห็นว่าถ้ากฎหมายให้ความคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงแล้วผู้กระทำอาจยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างเพื่อลบล้างความผิดได้ แต่ในกรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงเอกชนเท่านั้นหากแต่ยังคุ้มครองถึงสังคมด้วยแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมไม่ลบล้างความผิดของผู้กระทำ¹⁶

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) บทบัญญัติที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมนั้นจะเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย เป็นระเบียบและยุติธรรม เช่น คุณธรรมทางกฎหมายเรื่องความปลอดภัยในการจราจรในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร คุณธรรมทางกฎหมายเรื่องความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตราในความผิดเกี่ยวกับเงินตรา หรือความเป็นเอกภาพของดินแดนในความผิดฐานกบฏดินแดน เป็นต้น โดยกฎหมายประเภทนี้ปัจเจกบุคคลจะสละการคุ้มครองด้วยการสมัครใจยินยอมเสี่ยงภัยหรือรับความเสียหายเองไม่ได้ ดังนั้นบทบัญญัติกฎหมายใดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนรวม

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 133.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 134.

¹⁶ กมลชัย รัตนสากววงศ์ ก (2523). ความยินยอมในกฎหมายอาญา. หน้า 52-53.

แล้วผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมในการกระทำนั้นได้เลย กล่าวคือ ความยินยอมดังกล่าวนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยนั่นเอง

กล่าวโดยสรุป คือ ความผิดอาญาที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนรวม ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่หากเป็นความผิดอาญาที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนบุคคลและโดยปกติกฎหมายไม่ได้คำนึงถึงความยินยอมของผู้เสียหาย กรณีนี้ผู้กระทำความผิดจะสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

2.1.3.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายมีประโยชน์หลายด้าน กล่าวคือ

การแบ่งแยกประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย มีผลต่อการวินิจฉัยเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น จะกระทำได้ในกรณีของการป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น¹⁷ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยทั่วไปเจ้าของสามารถที่จะสละความคุ้มครองได้ ดังนั้น จึงมีความสำคัญในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย และโดยที่คุณธรรมทางกฎหมายนั้นยังถือเป็นพื้นฐานสำคัญของความผิดฐานต่างๆ ดังนั้น จึงถือเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญา¹⁸ อีกทั้งยังมีประโยชน์ในการวินิจฉัยปัญหาผู้เสียหายในคดีอาญาได้อีกด้วย

2.1.3.4 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้

ความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับภยันตรายต่อปัจเจกบุคคลโดยคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / legal interest) ของความผิดฐานนี้ คือ “ภยันตรายต่อชีวิต” หรือ “ภยันตรายต่อร่างกาย” แล้วแต่กรณี¹⁹ กล่าวคือ หากเป็นความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้เป็นเหตุให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งถึงแก่ความตายตามมาตรา 294 คุณธรรมทางกฎหมายก็คือ “ภยันตรายต่อชีวิต” แต่หากเป็นความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้เป็นเหตุให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 299 คุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ภยันตรายต่อร่างกาย”

ความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้จัดเป็น “ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย” ซึ่งกฎหมายประสงค์ที่จะไม่ให้อันตรายเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติป้องกันอันตรายไว้ก่อนโดยที่อันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายจะถูกผนวกด้วยโทษไว้เพื่อมิให้มีการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย และโดยที่ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่คุ้มครองภยันตรายต่อความปลอดภัยของชีวิตและร่างกาย

¹⁷ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 133.

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 134.

¹⁹ คณิต ณ นคร ข (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 159.

นอกจากนี้ยังเป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตราย ดังนั้น ความผิดฐานนี้จึงแตกต่างจากความผิดต่อความปลอดภัยของชีวิตและร่างกายซึ่งเป็นการทำอันตราย

2.1.4 หลักการกำหนดความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายกับความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

ความผิดอาญาสามารถแบ่งได้เป็นหลายประเภท และการแบ่งความผิดอาญาที่เป็นที่นิยมประเภทหนึ่ง คือ การแบ่งโดยพิจารณาถึงความเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น “ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย” และ “ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย” เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ห้ามเฉพาะการกระทำที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายเท่านั้น แต่ยังห้ามการกระทำที่เป็นการก่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วย

2.1.4.1 การแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

การพิจารณาแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้น สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

1) การแบ่งแยกโดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมาย

1.1 ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย

การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายโดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายนี้ การกระทำความผิดจะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลอื่น เช่น การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตมนุษย์ ส่วนการกระทำใดที่จะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ก็จะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายผู้อื่น หรือในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 นั้นการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ก็ต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์ของผู้อื่น เป็นต้น

1.2 ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายโดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายนี้ มีข้อพิจารณาว่า หากการกระทำใดใกล้ที่จะก่อให้เกิดผลที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครองแล้วการกระทำนั้นก็เป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ทั้งนี้ เพราะความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้น กฎหมายลงโทษผู้กระทำเพื่อป้องกันอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง เช่น ในความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 นั้น จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต

หรือสุขภาพของเด็กแล้ว หรือในความคิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และ 299 ก็จะเห็นได้ว่าการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ก็เป็นการกระทำที่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลแล้ว เป็นต้น

2) การแบ่งแยกโดยพิจารณาที่ความรุนแรงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำ

2.1 ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย

การแบ่งแยกความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายโดยพิจารณาที่ความรุนแรงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำ การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายจะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อวัตถุที่ถูกกระทำ เช่น ในความคิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 นั้นมีวัตถุที่ถูกกระทำ คือ มนุษย์ และความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อวัตถุที่ถูกกระทำก็คือ ความตาย หรือในความคิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 วัตถุที่ถูกกระทำในที่นี้ก็คือ มนุษย์ และความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อวัตถุที่ถูกกระทำก็คือ การบาดเจ็บของร่างกายนั่นเอง

2.2 ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายโดย พิจารณาที่ความรุนแรงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำนั้น หากพิจารณาได้ว่าการกระทำนั้นทำให้มีการเกิดขึ้นของสถานการณ์ที่เป็นอันตรายต่อวัตถุที่ถูกกระทำ การกระทำนั้นก็ถือเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายแล้ว เช่น ในความคิดฐานทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 นั้น ทันทีที่มีการทอดทิ้งก็เป็นความผิดตามมาตรานี้แล้ว

อย่างไรก็ตามแม้ว่าความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้นจะมีความแตกต่างกัน แต่การกระทำที่เป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้นก็ไม่ได้ตัดการกระทำที่เป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายแต่อย่างใด กล่าวคือ หากการกระทำใดเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอีกทั้งการกระทำนั้นก็เป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายด้วย ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดในความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายด้วย เช่น ในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสนั้น ผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 หรือมาตรา 299 แล้วแต่กรณี นอกจากนี้หากทราบว่าผู้ใดเป็นผู้ทำให้บุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสด้วยแล้ว ผู้นั้นก็ต้องมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 หรือทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 อีกกระทงหนึ่งด้วยนั่นเอง

2.1.4.2 ประเภทของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายโดยทั่วไปอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ และความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์ โดยความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์นั้นจะมีระดับของอันตรายที่มากกว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ

1) ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำผิดเป็นอันตรายโดยทั่วไปต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับการคุ้มครอง โดยที่การกระทำดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องปรากฏผลของอันตรายที่ประจักษ์ในทางองค์ประกอบความผิดแต่อย่างใด และในองค์ประกอบของความผิดจะกล่าวถึงการกระทำที่เป็นอันตรายโดยไม่คำนึงถึงว่าในกรณีนั้น อันตรายจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ เนื่องจากการบัญญัติความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ นี้ เป็นเพียงมูลเหตุจูงใจของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ทางฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดการกระทำต่างๆ ที่พิจารณาแล้วว่าเป็นการกระทำที่เป็นอันตราย โดยพิจารณาจากประสบการณ์²⁰ กล่าวได้ว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ นี้ไม่ได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อที่จะลงโทษต่อการก่อให้เกิดความเสียหายที่เห็นได้อย่างประจักษ์ แต่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อที่จะก่อให้เกิดความมั่นคงและป้องกันอันตรายนั่นเอง

2) ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำผิดในคดีที่เฉพาะเจาะจงได้ปรากฏผลของอันตรายที่เห็นได้ประจักษ์ต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น ผลของอันตรายในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์จึงเป็นการยอมรับในฐานะขององค์ประกอบในทางภาวะวิสัย²¹ ดังนั้น การวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญาในกรณีดังกล่าว จึงต้องประกอบไปด้วยการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดและผลของการก่ออันตราย เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 306 และ 307 ซึ่งเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์ การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ ทอดทิ้งบุคคลบางประเภท เช่น เด็กที่อายุน้อยมากๆ ประกอบด้วยผลของการก่ออันตราย

²⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ก (2537, กันยายน-ตุลาคม). “ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.” *คูลพาท*, 41, 5. หน้า 137.

²¹ Hermann Blei. (1975). *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. p. 84. (อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ก, 2537 หน้า 139).

ดังนั้น การทิ้งเด็กอายุ 2 เดือนไว้ที่โรงพยาบาลจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้ แต่การทิ้งเด็กอายุ 2 เดือนไว้เพียงลำพังในบ้านที่ถูกปิดไว้โดยปราศจากผู้ดูแลจึงจะเป็นความผิดฐานดังกล่าว หรือในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 โดยการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ต้องครบองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ประกอบด้วยผลของการก่ออันตราย คือ การที่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส จึงจะเป็นความผิดได้ ดังนั้นการเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่ไม่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสจึงไม่เป็นความผิดฐานนี้ ดังนั้น ศาลจึงต้องเป็นผู้วินิจฉัยว่ามีผลของอันตรายเกิดขึ้นจริงหรือไม่²² ซึ่งผลของอันตรายที่เห็นประจักษ์นั้นอาจเกิดจากผลของการกระทำของผู้กระทำผิด หรืออาจเกิดจากเงื่อนไขอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากการกระทำของผู้กระทำผิด²³ ก็ได้

2.2 หลักในการลงโทษ

2.2.1 ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

โทษถือเป็นมาตรการบังคับทางอาญาอย่างหนึ่ง ซึ่งตามกฎหมายไทยมีการกำหนดโทษไว้ 5 ประการ คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์²⁴ กล่าวได้ว่า การลงโทษเป็นการที่รัฐกำหนดภาวะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำผิด โดยมีสาเหตุจากการที่บุคคลนั้นกระทำผิดตามที่กฎหมายที่ใช้บังคับในขณะที่เกิดการกระทำความผิดขึ้นและได้กำหนดโทษไว้ และแม้จะเป็นการกระทำความผิดที่อ่อนสัทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ก็เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ

²² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 140.

²³ Gallas Wilhelm. (1972). *Abstrakte und konkrete Gefährdung*. p. 175-176. (อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ก, 2537 หน้า 141).

²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิน”

โดยทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎีใหญ่ๆ คือ

1) ทฤษฎีเด็ดขาด

ทฤษฎีนี้มีความเห็นว่า ความประสงค์ในการลงโทษบุคคลก็เพื่อเป็นการทดแทนความผิดที่บุคคลนั้น ได้ก่อให้เกิดขึ้น อีกทั้งยังเป็นการรักษาความยุติธรรมของสังคมไว้ การลงโทษจึงไม่ต้องคำนึงถึงกาลเทศะหรือพฤติการณ์แวดล้อมใดๆทั้งสิ้น กล่าวกันว่า ทฤษฎีเด็ดขาดนี้เป็นทฤษฎีที่สามารถจะใช้ได้เสมอไปและตลอดไปไม่ว่าสถานที่ใด ทฤษฎีเด็ดขาดนี้จึงเป็นทฤษฎีของการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด หรือลงโทษให้สาสมกับความผิดของบุคคลที่ได้ก่อให้เกิดขึ้น ความประสงค์ของการลงโทษตามแนวความคิดนี้จึงเป็นเรื่องของการรักษาความยุติธรรมและตั้งอยู่บนพื้นฐานของศีลธรรม และที่สำคัญก็คือจะต้องไม่ใช่เพื่อเป็นการแก้แค้นตอบสนองต่อสัญชาตญาณความโกรธโดยอยู่บนความรู้สึกทางอารมณ์ของบุคคล

สำหรับเหตุที่ต้องมีการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนความผิดหรือให้สาสมกับความผิดนี้มีคำอธิบายทางปรัชญาให้การสนับสนุนดังนี้

ก. ค้านท์ (Kant) ให้ความเห็นว่า เหตุที่ต้องลงโทษก็เนื่องจากผู้หนึ่งกระทำความผิด การลงโทษก็เพื่อเป็นการรักษาความยุติธรรมเอาไว้ โดยถือว่า ความยุติธรรมที่ถูกละเมิดจะต้องได้รับการทดแทน เพราะหากความยุติธรรมและสิทธิของมนุษย์ถูกทำลายลง ชีวิตของมนุษย์ก็จะไม่มีคุณค่าอะไรเหลืออยู่ในโลกเลย ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงไม่ควรคำนึงถึงผลที่จะเกิดขึ้นในประการอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นผลที่จะเกิดขึ้นกับตัวอาชญากรหรือผลที่จะเกิดขึ้นกับสังคม แต่ควรคำนึงถึงเพียงว่า เมื่อมีการกระทำความผิดก็ต้องมีการลงโทษ เพราะ กฎหมายอาญาเป็นคำสั่งเด็ดขาดที่จะต้องทำเช่นนั้น ดังนั้น ในความเห็นของค้านท์ โทษจึงเป็นสิ่งจำเป็นในทางความรู้สึกผิดชอบ โทษเป็นการตอบแทนความยุติธรรมที่ถูกประทุษร้าย

ข. เฮเกล (Hegel) เห็นว่า เหตุผลของการลงโทษให้สาสมกับความผิดก็เพื่อนำความถูกต้องกลับคืนมา เพราะ เขาเห็นว่า การกระทำความผิดเป็นการปฏิเสธสิ่งที่ถูกต้อง การลงโทษจึงเป็นปฏิกริยาของสังคมที่ไม่เห็นด้วยกับการปฏิเสธสิ่งที่ถูกต้องนี้ ดังนั้น การลงโทษจึงเป็นสิ่งทีผู้กระทำความผิดจะได้รับ เนื่องจากการกระทำความผิดของเขา ฉะนั้น ตามทฤษฎีเด็ดขาดนี้ ถือว่าการลงโทษเป็นการตอบแทนการกระทำความผิด โดยถือว่า การลงโทษจะหนักหรือเบาขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้ที่กระทำ การลงโทษจึงต้องให้ได้สัดส่วนกับผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิด กล่าวคือ ถ้าก่อให้เกิดผลร้ายแรงมากก็ต้องลงโทษหนักมากนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีเด็ดขาดก็ได้รับการคัดค้านด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ลักษณะของทฤษฎีนี้เป็นเรื่องล้าสมัยเพราะเป็นการมองแต่อดีต คือ เอาการลงโทษมาตอบแทนแก้แค้นการกระทำความผิด โดยไม่ได้มุ่งถึงประโยชน์ในอนาคตเลย กล่าวคือ ไม่ได้คำนึงถึงว่าการ

ลงโทษนั้นจะมีผลในทางป้องกัน ไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ ทั้งที่จุดมุ่งหมายพื้นฐานของรัฐก็คือการคุ้มครองสวัสดิภาพของสมาชิกในสังคม ดังนั้นการลงโทษตามกฎหมายก็ควรทำเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วย ส่วนเหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้ทฤษฎีนี้ได้รับการคัดค้านก็คือเห็นว่าทฤษฎีนี้ไร้เหตุผลเพราะถือเอาความผิดทางศีลธรรมเป็นสำคัญแต่ปัจจุบันมีความผิดจำนวนมากที่ไม่ใช่เรื่องของศีลธรรมแต่เป็นความผิดที่กฎหมายห้ามเท่านั้น ดังนั้นหากจะลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนในความผิดทุกๆเรื่องก็จะเป็นเรื่องที่ไม่ยุติธรรม

2) ทฤษฎีสัมพัทธ์

เป็นทฤษฎีที่ขึ้นอยู่กับเหตุผลและเหตุการณ์ โดยพิจารณาในแง่ที่ว่า ควรจะลงโทษอย่างไรจึงจะเกิดประโยชน์ ดังนั้น การลงโทษจึงต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดกับเพื่อนมนุษย์คนอื่นๆ กล่าวคือ การลงโทษนั้นควรที่จะเกิดประโยชน์ในแง่ที่จะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นเกิดความหวาดกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอีก ในขณะที่เดียวกันก็ทำให้บุคคลทั่วไปเกิดความกลัวไม่กล้ากระทำความผิดเช่นกัน ซึ่งจะทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิด กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือจุดประสงค์ของการลงโทษตามแนวความคิดนี้เป็นการป้องกันบุคคลที่ทำผิดไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก เรียกว่าเป็นการป้องกันพิเศษ (special prevention) และในขณะที่เดียวกันก็เป็นการป้องกันบุคคลทั่วไปไม่ให้กระทำความผิดด้วย เรียกว่าเป็นการป้องกันทั่วไป (general prevention) ดังนั้นทฤษฎีนี้จึงถือว่าลำพังแต่เพียงการข่มขู่ด้วยโทษอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการป้องกันการกระทำความผิดในอนาคต ดังนั้น การลงโทษจึงต้องมีลักษณะเป็นการแก้ไขตัวผู้กระทำความผิดด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำ

เหตุผลของการลงโทษตามแนวความคิดนี้มีพื้นฐานมาจากแนวความคิดอรรถประโยชน์นิยม (utilitarian) ซึ่งถือว่า การที่จะตัดสินว่า การกระทำใดเป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลดีแก่สังคมตามหลักอรรถประโยชน์นิยมหรือไม่ ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผลดีหรือประโยชน์ที่จะได้รับการลงโทษ ก็คือเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเช่นนั้นอีก

2.2.2 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

ทฤษฎีการลงโทษต่างๆที่กล่าวมานั้น มีความประสงค์ในการลงโทษที่แตกต่างกันออกไป โดยพิจารณาจากความหนักเบาของการกระทำของผู้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษแต่ละแบบนั้นจะกำหนดไว้ในมาตราต่างๆของประมวลกฎหมายอาญา โดยวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายของการลงโทษนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 4 ประการ คือ

2.2.2.1 การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคม ซึ่งการลงโทษควรจะต้องมองย้อนหลังไปในอดีตว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำอะไรลงไปบ้าง และควรจะต้องรับผิดชอบในการกระทำอย่างไรบ้างเพื่อให้ได้สัดส่วนกัน²⁵ โดยนักปรัชญาชาวเยอรมัน Immanuel Kant ได้ให้เหตุผลสนับสนุนความคิดตามทฤษฎีนี้ และยังมีความคิดว่าถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับการกระทำของเขา และด้วยเหตุนี้ก็มีผลเสมือนว่าสังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำผิด²⁶ ซึ่งการที่รัฐเข้ามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้มีการแก้แค้นกันเอง ซึ่งจะทำให้สังคมวุ่นวาย เพราะจะมีการแก้แค้นกันเองโดยไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งเป็นการแสดงถึงความไร้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้ถือเป็นการลงโทษที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนมากที่สุด แต่ปัจจุบันลดความสำคัญลงไปมาก

2.2.2.2 การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)

วัตถุประสงค์ในการลงโทษข้อนี้มีหลักการว่า การลงโทษจะคำนึงถึงแต่เพียงผลของการลงโทษต่อตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้นไม่ได้ แต่จะต้องคำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปด้วยโดยถือว่าการลงโทษเป็นการข่มขู่เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และเป็นตัวอย่างให้บุคคลอื่นๆ ในสังคมเกิดความหวาดกลัวต่อการลงโทษ²⁷ ซึ่งมีผลเป็นการป้องกันอาชญากรรม²⁸ วัตถุประสงค์นี้เรียกว่า “การยับยั้งโดยทั่วไป” (general deterrence) เช่น การนำโทษประหารชีวิตมาใช้ นั่น เชื่อว่า วิธีประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม โดย เจมส์ ชูทเธอร์ (James Chuter) กล่าวไว้ว่า ไม่มีบทลงโทษอื่นใดที่จะมีผลยับยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิดทางอาญาเท่ากับโทษประหารชีวิต นอกจากนี้ยังมีวิธีการลงโทษประเภทต่างๆ อีก เช่น การใช้ข้อ การเขียน การจำคุก การให้นักโทษทำงานหนัก เป็นต้น การลงโทษด้วยวิธีการต่างๆ เหล่านี้ เกี่ยวเนื่องกับหลักธรรมชาติที่ว่า มนุษย์ปรารถนาที่จะได้รับความสุขสบายและหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมาน ฉะนั้น การลงโทษจึงก่อให้เกิดการยับยั้งอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “การยับยั้งเป็นพิเศษ” (Special deterrence) โดยเป็นการลงโทษเพื่อให้เป็นบทเรียน

²⁵ อุกฤษ สุภาพ. (2549, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม.” *คูลพาท*, 53, 2. หน้า 65.

²⁶ ธาณี วรรักษ์. (2553). *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก*. หน้า 32.

²⁷ ประสพสุข บุญเดช. (2540, เมษายน-มิถุนายน). “ดุลพินิจในการกำหนดโทษ.” *คูลพาท*, 44, 2. หน้า 163.

²⁸ ประธาน วัฒนาวณิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. หน้า 361.

ให้ผู้กระทำผิดรู้สึกสำนึกผิดและเจ็บช้ำทรมานไม่คิดกระทำผิดอีกในอนาคต ซึ่งการยับยั้งเป็นพิเศษ (Special deterrence) นี้ เพ่งเล็งเฉพาะตัวผู้กระทำผิดเพื่อให้เกิดความกลัวต่อโทษและไม่กล้ากระทำความผิดอีกในอนาคต²⁹

การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่และยับยั้งการกระทำความผิดเป็นการทำให้บุคคลเกิดความกลัวที่จะถูกลงโทษซึ่งนอกจากจะทำให้หลายคนไม่กล้าที่จะกระทำความผิดแล้ว ยังมีผลให้คนทั่วไปคิดว่า การกระทำความผิดนั้นเป็นสิ่งที่ไม่พึงกระทำและควรหลีกเลี่ยง โดยการลงโทษที่จะมีผลในการข่มขู่และยับยั้งการกระทำผิดนั้นจะต้องเป็นการลงโทษที่มีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และเหมาะสม กล่าวคือ

1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องทำให้ผู้กระทำผิดมีโอกาสหลุดรอดจากการถูกจับกุมลงโทษไปได้อย่างยาก ซึ่งจะมีผลในการข่มขู่และยับยั้งให้คนทั่วไปและผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงกระทำผิดขึ้นอีก เพราะทำผิดแล้วต้องถูกจับก็ไม่คุ้มค่า³⁰

2) การลงโทษจะต้องสามารถทำได้รวดเร็ว กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องสามารถนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างได้ว่าหากกระทำผิดแล้วจะต้องได้รับผลร้ายอย่างไร

3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค โดยผู้กระทำผิดจะต้องถูกลงโทษอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้กระทำผิดหรือผู้ที่คิดจะกระทำผิดไม่มีโอกาสที่จะแก้ตัวหรือหาทางหลีกเลี่ยงการถูกลงโทษหากตนกระทำความผิด

4) การลงโทษจะต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดทอนกับความผิด หากบทลงโทษเบาไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำผิดและคนทั่วไปไม่เกิดความเกรงกลัวและคุ้มค่าที่จะเสี่ยงกระทำผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดพยายามปกปิดการกระทำความผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น³¹

2.2.2.3 การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Rehabilitation)

การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้นักโทษที่กระทำความผิดมาแล้ว กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยทำการเปลี่ยนพฤติกรรมจากความชั่วเป็นการประพฤติดีด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อให้สามารถกลับมาใช้ชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมได้อย่างปกติ

²⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์. (2555). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. หน้า 131.

³⁰ ธานี วรภัทร์. เล่มเดิม. หน้า 34.

³¹ แหล่งเดิม. หน้า 35.

สุข เช่น การให้การศึกษา การฝึกหัดอาชีพ การอบรมทางศาสนาและศีลธรรม การแก้ไขสภาพแวดล้อม เป็นต้น

2.2.2.4 การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้เกิดซ้ำ (Incapacitation)

การลงโทษโดยวิธีประหารชีวิต จำคุก กักขัง ถือเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม เป็นแนวความคิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสได้กระทำความผิดซ้ำอีก โดยมีความประสงค์ที่จะกำจัดผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคมซึ่งโทษประหารชีวิตถือเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร ส่วนโทษจำคุกและกักขังนั้นเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้สมาชิกในสังคมปลอดภัยจากอาชญากรรม

2.2.2.5 การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)

กล่าวคือ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชน หรือสังคมนั้นปลอดภัยจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขพื้นที่ระหว่างต้องโทษ พร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก³²

มาร์ค แอนเซล (Marc Ancel) ได้ให้คำนิยามของ “การป้องกันสังคม” ไว้ว่าหมายถึง การปกป้องคุ้มครองสังคมที่เปรียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงชีวิตอันปลอดภัย โดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรม โดยสังคมจะปลอดภัยจากอาชญากรรมได้จำเป็นต้องกระทำร่วมกันหลายฝ่ายเพื่อให้อาชญากรรมลดลง ซึ่งแนวทางการป้องกันสังคมจำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดี นอกจากนี้จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมโดยวางแนวทางปฏิบัติที่จำเป็นจะต้องกระทำวางระบบการควบคุมการลงโทษ การกำหนดโทษ หรือวางเงื่อนไข ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันสังคม³³

2.2.3 การกำหนดโทษทางอาญา

การลงโทษอาญานั้นเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำ (Retribution) เพื่อคดนิสัยของผู้กระทำความผิด (Reformation)³⁴ เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง (Deterrent) และเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรือ

³² อัจฉริยา ชูตินันท์. เล่มเดิม. หน้า 133.

³³ แหล่งเดิม.

³⁴ Herbert L Packer. (1978). *The Limit of the Criminal Sanction*. p. 117-118.

ถาวร (Incapacitation) จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าโทษอาญาควรใช้กับการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงเท่านั้น ศาสตราจารย์ Herbert L. Packer แห่งมหาวิทยาลัยแอสตันฟอร์ด เสนอหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางไว้ดังนี้³⁵

(1) คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าการกระทำนั้นคุกคามหรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม โดยมีลักษณะเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคม เช่น การฆ่าผู้อื่น การข่มขืนกระทำชำเรา การใช้กำลังการประทุษร้าย การชิงทรัพย์ เป็นต้น

(2) การลงโทษทางอาญาต้องทำให้การกระทำผิดนั้นๆ ลดน้อยลง

(3) การลงโทษอาญาต้องไม่ทำให้พฤติกรรมที่พึงประสงค์ของสังคมต้องลดน้อยลง

(4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้โดยต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ

(5) กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด โดยไม่ก่อให้เกิดภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขตทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญา

หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่เสนอโดยศาสตราจารย์ Packer สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่เสนอโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของแคนาดา (Law Reform Commission of Canada) ว่าการกระทำนั้นต้องเป็นความผิดอาญาที่แท้จริง กล่าวคือ เป็นอันตรายร้ายแรงต่อบุคคลอื่นรวมถึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Fundamental values) หรืออาจเป็นอันตรายต่อสังคมและโทษอาญาที่จะกำหนดนั้นต้องสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้และต้องไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเสียเอง

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญานี้เกิดขึ้นมานานแล้วโดยสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School of Criminology) ที่มีผู้ก่อตั้งคือ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย โดยเขาได้นำเสนอให้การพิจารณาบทลงโทษควรมีความเหมาะสมกับความผิดที่บุคคลนั้นกระทำเพราะถือว่ามนุษย์ทุกคนนั้นมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ที่จะเลือกทำหรือไม่ทำสิ่งใดก็ได้ ดังนั้นการลงโทษจึงควรมีความหนักเบาตามสัดส่วนความรุนแรงของอาชญากรรม โดยต้องกำหนดให้เหมาะสมกับลักษณะ

³⁵ Ibid. p. 296.

ของความผิดและไม่มากเกินไปจนโหดร้ายทารุณอีกทั้งต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำ ความผิดคิดว่าผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำผิดนั้นคุ้มค่ากับการประกอบอาชญากรรม

นอกจากนี้นักอาชญาวิทยาอีกท่านหนึ่ง คือ เจเรมี เบนธัม มีแนวความคิดว่า การบัญญัติ กฎหมายต้องกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับอาชญากรรม การลงโทษเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อ ช่มขวัญยับยั้งการทำความผิด และเพื่อป้องกันการทำความผิดซ้ำ³⁶ โดยเห็นว่ามนุษย์ทุกคน มีศูนย์รวมแห่งความเพลิดเพลินพอใจและความเจ็บปวด ซึ่งมีอิทธิพลต่อการกำหนดพฤติกรรมของ มนุษย์ ดังนั้น เมื่อมนุษย์มีความพอใจกับการกระทำผิดก็จะเลือกที่จะกระทำผิด แต่ถ้ามนุษย์รู้ว่ ความเพลิดเพลินพอใจที่ได้รับจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าความเจ็บปวดทรมานในการถูกลงโทษ แล้ว เขาก็จะเลือกไม่ทำความผิดโดยจะคิดยับยั้งไม่ทำความผิดนั้นเสีย

2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของไทย

หลักการที่ว่าบุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และ โทษที่จะลงแก่ผู้ทำความผิดนั้น ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย³⁷ เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย อาญาทั้งยังได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย โดยหลักการนี้ ถือเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาในการกำหนดความรับผิดในทางอาญาโดยมีที่มาจากหลัก สุภาษิตกฎหมายอาญาที่ว่า “Nullum crimen , nulla poena sine lege” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า ไม่ มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำใดจะเป็นความผิดและจะต้องรับโทษ ในทางอาญานั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติและกำหนดโทษไว้ ซึ่งหลักนี้เป็นที่ยอมรับกันในประเทศ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) รวมทั้งประเทศไทยด้วย

การที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญา และต้องถูกลงโทษหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิด ที่เรียกว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” โดย หากพิจารณาแล้วจะพบว่าในทางตำราของไทยมีการอธิบายถึงโครงสร้างความผิดอาญาที่แตกต่างกัน เนื่องจาก นักกฎหมายของไทยมักจะสำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศ ซึ่งจะแบ่งเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และ กลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ด้วยเหตุนี้

³⁶ อัจฉริยา ชูตินันท์. เล่มเดิม. หน้า 68.

³⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา

จึงทำให้การอธิบายโครงสร้างความคิดอาญาของไทยมีความแตกต่างกัน โดยการอธิบายการวินิจฉัยความคิดอาญาจากโครงสร้างความคิดอาญานั้น นักกฎหมายไทยมีแนวคิดดังนี้

2.3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาที่นำเอาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษไว้นอกโครงสร้างความคิดอาญา

นักนิติศาสตร์ของไทยที่มีแนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาที่นำเอาเหตุยกเว้นโทษไว้นอกโครงสร้างความคิดอาญานั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่มีแนวความคิดตามระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และฝ่ายที่มีแนวความคิดตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

2.3.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

นักนิติศาสตร์ของไทยที่นำเอาโครงสร้างความคิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้อธิบายกฎหมายอาญาของไทยมีหลายท่าน โดยสามารถแบ่งความเห็นในทางตำราได้เป็น 3 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1 ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทยคนแรกที่นำเอาโครงสร้างความคิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้อธิบายกฎหมายอาญาของไทยโดยในระยะแรกสมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญาท่านได้อธิบายการวินิจฉัยคดีอาญาตามทฤษฎี Kausalität ซึ่งจะวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1. การกระทำของผู้นั้นตามที่ปรากฏภายนอกเข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดหรือไม่

2. การกระทำนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่

3. การกระทำมีความชั่วร้ายหรือไม่

4. เงื่อนไขแห่งการลงโทษมีครบถ้วนหรือไม่

5. มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษเป็นส่วนตัวแก่ผู้กระทำผิดหรือไม่

6. เงื่อนไขแห่งการฟ้องร้องครบถ้วนหรือไม่

ปัญหาเหล่านี้จะต้องพิจารณาเรียงกันไปเป็นลำดับ ถ้าปรากฏว่าขาดหลักเกณฑ์ที่จะทำให้จำเลยรับโทษในลำดับใดลำดับหนึ่งก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเกณฑ์ต่อไปในลำดับต่อจากนั้นอีก³⁸

³⁸ หยุด แสงอุทัย ก (2483). “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา.” *บทบัญญัติ, ปีที่ 12*. หน้า 212-213.

ในระยะต่อมาเมื่อประเทศไทยใช้ประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน ท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยถือแบบประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก กล่าวคือ การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณา ดังนี้

1. จะต้องมีการกระทำตามความหมายของกฎหมาย โดยพิจารณาตามประเภทความผิด

1.1 ความผิดที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลกระทำ กล่าวคือ ถ้าบุคคลกระทำการนั้นๆ อันเป็นการผิดข้อห้ามจะต้องรับโทษ และ

1.2 ความผิดที่กฎหมายบังคับให้บุคคลกระทำ กล่าวคือ การที่เราไม่กระทำตามที่กฎหมายกำชับให้เรากระทำนั้น กฎหมายได้บัญญัติเป็นความผิดและเอาโทษแก่เรา³⁹

2. ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า การกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต้องเกิดผลจากการกระทำนั้นๆ ก็จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

3. การกระทำเท่าที่แสดงออกภายนอกมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

4. ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท

เมื่อปรากฏว่าบุคคลได้กระทำการอันประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติบัญญัติเป็นความผิดแล้ว ก็ยังไม่ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดเสมอไป เพราะอาจมีกฎหมายอื่นให้อำนาจกระทำได้⁴⁰ ซึ่งจะถือว่า การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ซึ่งมีกรณีดังต่อไปนี้

1. กฎหมายลายลักษณ์อักษร แยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. ประมวลกฎหมายอาญา

ถ้าประมวลกฎหมายอาญาประสงค์จะแสดงว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้แล้ว ประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ไม่มีความผิด”⁴¹ เพื่อแสดงว่าไม่มีความผิดอาญาเกิดขึ้นเลยซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

การกระทำของนายแพทย์ให้หญิงแท้งลูก ตามมาตรา 305

การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริตเพื่อประโยชน์ หรือในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา มาตรา 329 (1) (2) (3) และ (4)

การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล โดยคู่ความหรือทนายความของกลุ่มความ เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ตามมาตรา 331

³⁹ หุุด แสงอุทัย ข (2544). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 49.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 130.

⁴¹ แหล่งเดิม. หน้า 131.

ข. กฎหมายอื่นๆนอกจากประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และพระราชบัญญัติอื่นๆ

2. กฎหมายจารีตประเพณี เช่น การชกมวยหรือการเล่นกีฬาที่ถูกกติกา หรือ การกระทำของแพทย์ที่ตัดแขนคนไข้โดยที่คนไข้ยินยอมเพื่อรักษาความเจ็บป่วย เป็นต้น

และต่อมาก็จะต้องมาพิจารณาในเรื่อง “เหตุยกเว้นโทษ” ซึ่งกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ไม่ต้องรับโทษ” หมายความว่า การกระทำนั้นยังมีความผิดอยู่ แต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับโทษ ซึ่งเหตุยกเว้นโทษนั้น มี 3 กรณี ดังนี้

ก. เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ ได้แก่

การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67

การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 70

ข. เหตุที่เกี่ยวข้องกับความไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

กรณีที่เด็กกระทำความผิด

กรณีที่บุคคลที่กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน

กรณีที่บุคคลกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เนื่องจาก ความมึนเมา เพราะ เสพย์สุราหรือสิ่งเมาอย่างอื่น

ค. เหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น ซึ่งได้แก่

เหตุที่เกี่ยวข้องกับความเป็นสามีภริยา และความเป็นญาติ

เหตุที่เกี่ยวข้องกับการบันดาลโทษ

เหตุบรรเทาโทษ

แนวความเห็นที่ 2 ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร อธิบายว่า การกระทำใดที่เป็นความผิดอาญานั้น จะต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว อย่างครบถ้วนเสมอ หากขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิดอาญา และข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของความผิดอาญานี้เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับจากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบ คือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหา คือ “ความผิด

กฎหมาย” และ “ความชั่ว” เหตุนี้ในการวินิจฉัยการกระทำใดว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่จะต้องวินิจฉัยโดยเรียงลำดับ ดังนี้

- (1) เป็นการกระทำที่มี “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” หรือไม่
- (2) เป็นการกระทำที่มี “ความผิดกฎหมาย” หรือไม่
- (3) เป็นการกระทำที่มี “ความชั่ว” หรือไม่⁴²

ฉะนั้น หากวินิจฉัยแล้วว่า การกระทำใดไม่เป็นการกระทำที่เป็น “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญประการที่สองและประการที่สาม เพราะเป็นการไม่จำเป็นและฟุ่มเฟือยที่จะกระทำ ในทำนองเดียวกันหากวินิจฉัยแล้วว่า การกระทำใดเป็นการกระทำที่มี “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แต่การกระทำนั้นไม่มี “ความผิดกฎหมาย” กรณีนี้ก็ไม่ต้องไปพิจารณาถึงเรื่อง “ความชั่ว” เพราะเป็นการไม่จำเป็นและฟุ่มเฟือยที่จะกระทำเช่นนั้น

สำหรับโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ประการนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบของความผิด หมายถึง สิ่งทั้งหลายที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด และสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง⁴³ ดังนั้น องค์ประกอบของความผิดจึงแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ “องค์ประกอบภายนอก” และ “องค์ประกอบภายใน”

1.1 องค์ประกอบภายนอก

คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด⁴⁴ ซึ่งประกอบด้วย

ผู้กระทำ

การกระทำ

กรรมของการกระทำ

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ในบางกรณีความผิดบางฐานอาจมี “สิ่งที่เป็นส่วนพิเศษอื่น” เช่น เวลากลางคืน ในความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 335 (1) เป็นต้น

⁴² คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 103.

⁴³ แหล่งเดิม. หน้า 150.

⁴⁴ แหล่งเดิม. หน้า 151.

นอกจากนี้สิ่งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกนั้นยังรวมไปถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” อีกด้วย

1.2 องค์ประกอบภายใน

คือ สิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ หมายถึงสิ่งที่เป็นส่วนภายในของผู้กระทำความผิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง⁴⁵ ซึ่งประกอบด้วย

เจตนา

ประมาท

องค์ประกอบภายในอื่นๆ เช่น มูลเหตุชกุงใจ เป็นต้น

2. ความผิดกฎหมาย

การที่จะยืนยันว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” ได้นั้น ในเบื้องต้นต้องยืนยันให้ได้ก่อนว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็น “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว และเมื่อได้ยืนยันแล้วว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็น “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” กรณีก็จะต้องยืนยันต่อไปอีกว่ากรณีนั้นเป็นการกระทำที่ไม่มี “เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้” ในการกระทำนั้น⁴⁶ ซึ่งเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ มีดังต่อไปนี้ เช่น

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 305

เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายแพ่ง

ความยินยอมของผู้เสียหาย⁴⁷

ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ และ

การใช้อำนาจรัฐ

3. ความชั่ว

ความชั่ว หมายความว่า การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง⁴⁸ โดยการพิจารณาความชั่วหรือการดำเนินได้ของการกระทำว่ามีอยู่หรือไม่นั้นไม่ได้พิจารณาที่ตัวผู้กระทำในฐานะปัจเจก

⁴⁵ แหล่งเดิม. หน้า 152.

⁴⁶ แหล่งเดิม. หน้า 208.

⁴⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508

⁴⁸ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 251.

บุคคลแต่อย่างใด หากแต่จะต้องพิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด

กฎหมายอาญากำหนดการพิจารณา “ความสามารถในการทำชั่ว” ไว้ 2 สถานการณ์ คือ

(1) กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาถึงความเจริญวัยของบุคคลโดยพิจารณาที่อายุ และ

(2) กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของจิตของบุคคล⁴⁹

ดังนั้น หากปรากฏว่าบุคคลนั้นได้กระทำไปโดยปราศจากความรู้สึกผิดชอบหรือความตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนงแล้ว ก็จะถือว่า การกระทำของบุคคลนั้นขาดความชั่ว ดังนั้น ผู้กระทำความผิดจึงไม่ต้องรับโทษ โดยเหตุต่างๆ ที่เกี่ยวกับความชั่วนั้น มีดังนี้

ความไม่รู้ผิดชอบ เพราะ ความบกพร่องทางจิต ตามมาตรา 65

ความไม่รู้ผิดชอบ เพราะ ความไม่รู้เพียงสา ตามมาตรา 73 และมาตรา 74

การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67

การกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70

การป้องกันเกินสมควรกว่าเหตุ ตามมาตรา 69

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีเหตุต่างๆ ที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา อันมีผลเกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดอีก ได้แก่

(1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญานั้น แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในข้อสาระสำคัญของ 3 ประการของความผิดอาญา เป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาและประมาท⁵⁰

(2) เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับผู้กระทำความผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว⁵¹ ซึ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีอยู่ก่อนการกระทำความผิด เป็นผลให้กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำความผิด เช่น มาตรา 71 วรรคหนึ่ง

ข. เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด และเป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีผลย้อนหลังไปเป็นการยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดนั้น เช่น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 82

⁴⁹ แหล่งเดิม. หน้า 253.

⁵⁰ แหล่งเดิม. หน้า 123.

⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 114.

จากการพิจารณาคำอธิบายในทางคำราชของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร นั้น สามารถสรุปได้ว่าท่านนำแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาใช้อธิบายในการวินิจฉัยความผิดในกฎหมายอาญาของไทย โดยได้แยกเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษในเรื่อง “ความชั่ว” หรือ ความน่าตำหนิได้ ออกจาก “เหตุยกเว้น โทษเฉพาะตัว” โดยเหตุยกเว้น โทษเฉพาะตัวนั้นจะเป็นส่วนที่อยู่ นอกโครงสร้างความผิดอาญา

แนวความเห็นที่ 3 ได้แก่ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส อธิบายว่า โครงสร้างของความผิดอาญาประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. องค์ประกอบ (Tatbestandsmäßigkeit or fulfillment of the statutory elements of a crime) ซึ่งเป็นการพิจารณาถึง

1.1 องค์ประกอบภายนอก ได้แก่

ผู้กระทำ

การกระทำ

กรรมของการกระทำ

ผลของการกระทำ และ

ข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น⁵²

1.2 องค์ประกอบภายใน ได้แก่

เจตนา

ประมาท

มูลเหตุชกุงใจ (เฉพาะในบางฐานความผิด)

2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit or unlawfulness of the act)

เป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายหรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่⁵³ ซึ่งจะพิจารณาจากเหตุที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างๆ ไม่จำกัดเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น นอกจากนี้เหตุที่จะทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมาย ยังอาจพิจารณาไปถึงเรื่องของจารีตประเพณี และความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย

⁵² แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก เล่มเดิม. หน้า 46.

⁵³ แหล่งเดิม. หน้า 85.

สามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับจารีตประเพณี

แม้ว่าจารีตประเพณีจะไม่ใช่อรรถกถาที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เกิดจากการถือปฏิบัติของประชาชนอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานว่าเป็นสิ่งที่กระทำได้ จึงสามารถนำจารีตประเพณีมาใช้เป็นข้ออ้างให้พ้นผิดได้ โดยไม่ขัดกับหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

2.2 หลักความยินยอม

แม้ในประเทศไทยจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติเรื่องความยินยอมเอาไว้ แต่หากการอ้างหลักความยินยอมนั้นเป็นการนำมาอ้างในโครงสร้างข้อ 2 เพื่อพิจารณาเหตุที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายถือเป็นการอ้างหลักความยินยอมที่เป็นคุณกับผู้กระทำความคิด จึงไม่ใช่เรื่องต้องห้ามและไม่ขัดกับหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

2.3 กฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่

ก. ประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่

หลักป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68

หลักชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือหลักชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย ตามมาตรา 305(1)

การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต ตามมาตรา 329 และมาตรา 331

ข. กฎหมายอื่นๆ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และพระราชบัญญัติอื่นๆ

3. ความชั่ว (Schuld or guilt or culpability)

เป็นการพิจารณาจากความชั่วของผู้กระทำความคิด เพราะ ถือว่าความชั่วของผู้กระทำความคิดนั้นเป็นพื้นฐานของการลงโทษ ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพส่วนตัวของผู้กระทำหรือสภาพแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำนั้น หากพิจารณาแล้วปรากฏว่าผู้กระทำไม่มีความชั่ว กฎหมายก็จะยกเว้นโทษให้ ซึ่งสำหรับการพิจารณาว่าผู้กระทำมีความชั่วหรือไม่เพื่อนำมาเป็นพื้นฐานของการลงโทษนั้น อาจพิจารณาได้จากกรณีดังต่อไปนี้

3.1 อายุของผู้กระทำผิด

3.2 จิตของผู้กระทำผิด

3.3 ความไม่รู้ข้อถูกผิด

3.4 เหตุที่ไม่อาจดำเนินได้อย่างอื่น

การกระทำใดแม้ครบองค์ประกอบ ผิดกฎหมาย แต่ปรากฏว่าผู้กระทำปราศจากความชั่วด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งดังกล่าวมาแล้ว บุคคลนั้นย่อมได้รับการยกเว้นโทษ ถือว่าขาดสาระสำคัญของโครงสร้างความผิดอาญาส่วนที่สาม แต่นอกจากการยกเว้นโทษด้วยเหตุผลที่

ผู้กระทำปราศจากความชั่วแล้ว ในทางกฎหมายอาญายังมีเหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษด้วยเหตุผลอื่นๆ ด้วย ทั้งๆ ที่การกระทำนั้นครบโครงสร้างทั้งสามส่วนแล้ว⁵⁴ โดยเป็นเหตุผลที่อยู่นอกเหนือโครงสร้างความผิดอาญาซึ่งได้แก่

- (1) เหตุที่เกี่ยวกับความเป็นสามีภริยาและความเป็นญาติ ตามมาตรา 71
- (2) เหตุเกี่ยวกับการบันดาลโทสะ ตามมาตรา 72
- (3) เหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ซึ่งแยกได้เป็น

ก. เหตุก่อนการกระทำผิด ได้แก่

เป็นผู้โอดเวลาเขาปัญญา หมายความว่า ผู้กระทำมีความด้อยทางปัญญา จึงกระทำความผิดไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์

ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส เช่น บิดามารดาหรือบุตรกำลังป่วยหนัก ไม่มีเงินค่ารักษาพยาบาล จึงต้องลักทรัพย์

ข. เหตุหลังการกระทำผิด ได้แก่

ผู้กระทำความรู้สึกถึงความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น เช่น เมื่อขับรถโดยประมาทชนคน ก็ได้พาส่งโรงพยาบาลและดูแลอย่างดี

ลูกแก่โทษ เช่น เข้ามอบตัวและสารภาพว่าได้กระทำความผิด

ให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดี และ

เหตุอื่นๆ ที่ศาลเห็นว่ามิลักษณะทำนองเดียวกัน

จากการศึกษาคำอธิบายในทางตำราของศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส จะเห็นได้ว่าท่านเป็นนักกฎหมายอีกท่านหนึ่งที่น่าเอาทฤษฎีกฎหมายเยอรมันไปใช้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาในกฎหมายไทยเช่นเดียวกับศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร นั่นเอง

2.3.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

นักนิติศาสตร์ที่นำโครงสร้างความผิดอาญาตามแนวคิดทฤษฎีของประเทศฝรั่งเศสมาใช้อธิบายกฎหมายอาญาของไทยนั้นมีหลายท่าน โดยสามารถแบ่งความเห็นในทางตำราได้เป็น 2 แนวความเห็น ดังนี้

⁵⁴ แหล่งเดิม. หน้า 113.

แนวความเห็นที่ 1 ได้แก่ ศาสตราจารย์วิจิตร ลุฑิตานนท์⁵⁵ อธิบายว่า การกระทำอันใดอันหนึ่ง จะพึงถือได้ว่าเป็นความผิดและถูกลงโทษ จะต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการด้วยกัน คือ

1. ข้อสาระทางกฎหมาย

เป็นการพิจารณาว่า การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้นั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ดังภาษาละตินที่ว่า Nullum crimen sine lege ส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ก็จะต้องเป็นโทษที่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดเช่นเดียวกัน ซึ่งข้อสาระทางกฎหมายนี้ ไม่ว่าประเทศใดก็ตามต่างถือเป็นหลักสำคัญของกฎหมายอาญาในปัจจุบัน เพราะ เรื่องความผิดและโทษนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ โดยถือเสมือนเป็นหลักประกันอันสำคัญแก่เสรีภาพของประชาชน เนื่องจากหากไม่มีหลักดังกล่าวแล้ว ความยุติธรรมทางอาญาก็จะเป็นเพียงแค่มุขฉ้อธรรมตามพฤติการณ์ กาลเวลา หรืออารมณ์ของบุคคลเท่านั้น

2. ข้อสาระทางการกระทำ

ได้แก่ ความจำเป็นที่จะต้องมีการปรากฏการณ์ภายนอก คือ จะต้องมีการกระทำ เนื่องจากความผิดอาญานั้นไม่สามารถที่จะเกิดขึ้นได้โดยความคิดเท่านั้น แต่จะต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกายด้วย และโดยปกติความผิดอาญาจะต้องเกิดขึ้นเพราะมีการกระทำ อย่างไรก็ตามบางกรณีการกระทำในทางอาญานั้นก็ไม่จำเป็นต้องเกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกายเสมอไป เพราะความผิดอาญานั้นอาจเกิดจากการงดเว้นการที่จะต้องกระทำก็ได้ ซึ่งเหตุผลในการบัญญัติให้การงดเว้นการที่จะต้องกระทำนั้นมีความรับผิดชอบในทางอาญาก็เพราะต้องการที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั่นเอง

3. ข้อสาระทางเจตนา

หมายความว่า การกระทำที่จะประกอบเป็นความผิดนั้น จะต้องมิเจตนาเป็นสำคัญด้วย กล่าวคือ ข้อสาระทางเจตนาเป็นสิ่งจำเป็นขององค์ประกอบความผิด โดยข้อสาระทางเจตนา นั้นประกอบไปด้วย

3.1 ความผิดที่กระทำโดยเจตนา หมายความว่า ได้กระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำก็ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

⁵⁵ วิจิตร ลุฑิตานนท์. (2507). คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ ปีที่ 4 กฎหมายอาญา (ภาค 1). หน้า 79-152. (อ้างถึงใน ชานนท์ ศรีสาตร์, 2545 หน้า 31-33 และ ชาติทิพย์ แสงหิ่งห้อย, 2552 หน้า 10-12).

3.2 ความผิดที่กระทำโดยประมาท หมายความว่า มิได้กระทำโดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลเช่นนั้นจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

เมื่อการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ครบข้อสาระในโครงสร้างความผิดอาญาทั้งสามประการแล้ว คือ ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางเจตนา ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึง “ความรับผิดชอบในทางอาญา” อีกด้วย เพื่อที่จะสามารถบอกได้ว่า การกระทำที่ครบโครงสร้างความผิดอาญาของบุคคลนั้นจะเป็นความผิดกฎหมายซึ่งจะทำให้ต้องรับผิดหรือถูกลงโทษในทางอาญาหรือไม่ ซึ่ง “ความรับผิดชอบในทางอาญา” นั้นสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. เหตุที่เกี่ยวกับธรรมชาติทางร่างกาย ได้แก่ กรณีดังต่อไปนี้

เด็ก

ความอ่อนอายุ

ความไม่สามารถรู้ผิดชอบ

ความมึนเมา

ความเป็นญาติ

ข. เหตุเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตใจ ได้แก่ กรณีดังต่อไปนี้

การกระทำโดยเจตนา

การกระทำโดยประมาท

การกระทำโดยพลาด

การกระทำโดยสำคัญผิด

บันดาลโทสะ

ค. เหตุเกี่ยวกับเหตุผลทางกฎหมาย ได้แก่ กรณีดังต่อไปนี้

ความไม่รู้กฎหมาย

การกระทำด้วยความจำเป็น

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน

เหตุบรรเทาโทษ

จากการศึกษาในทางตำราของ ศาสตราจารย์วิจิตร ลุฑิตานนท์ จะพบว่าท่านได้นำเอาแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาตาม โครงสร้างทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาใช้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาในกฎหมายอาญาของไทย โดยแบ่งข้อสาระใน โครงสร้างความผิดอาญา ออกเป็นสามประการ คือ ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางเจตนา

และเมื่อการกระทำใดเป็นการกระทำที่ครบข้อสาระทั้งสามประการแล้วก็ยังคงไปพิจารณาถึง “ความรับผิดชอบในทางอาญา” ต่ออีกด้วย จึงจะสามารถบอกได้ว่า การกระทำของบุคคลที่ครบโครงสร้างความผิดอาญาแล้วนั้นจะเป็นความผิดกฎหมายและต้องถูกลงโทษหรือไม่

แนวความเห็นที่ 2 ได้แก่ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า การกระทำผิดอาญา ต้องประกอบพร้อมด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ 1. ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิด 2. ต้องมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติ และ 3. การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยสภาพทางจิตใจ ซึ่งตามปกติจะได้แก่ เจตนากระทำ เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะ⁵⁶ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. สาระสำคัญทางกฎหมาย

เป็นการพิจารณาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดอาญาก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และโทษที่จะพึงมีสำหรับการกระทำผิดต่อกฎหมายนั้นก็ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเช่นเดียวกันตามหลักที่รับรองกันทั่วไปว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (Nullum crimen , nulla poena sine lege) ทำให้ในการตีความกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษทางอาญานั้นจะต้องตีความโดยเคร่งครัด

2. สาระสำคัญทางการกระทำ

เป็นการพิจารณาว่า ความผิดทั้งหลายที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้นจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยบุคคลกระทำ กรรมหรือการกระทำซึ่งเป็นความผิดต้องแสดงออกมามีผลอันอาจกระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของชุมชน เพียงแต่คิดอยู่ในใจจะชั่วร้ายเพียงใดก็ไม่อาจเป็นความผิดได้จนกว่าจะมีการกระทำเกิดขึ้นตามที่คิดนั้น⁵⁷ โดยสาระสำคัญทางการกระทำนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.1 การกระทำ และ

2.2 การไม่กระทำ ซึ่งได้แก่ การละเว้นการกระทำ และการงดเว้นการกระทำ

3. สาระสำคัญทางจิตใจ

ตามปกติจะถือว่าบุคคลกระทำผิดได้ก็ต่อเมื่อเขาได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่บางกรณีที่น่าถือว่าเป็นความผิด เพราะกระทำโดยประมาทหรือมีเหตุผลพิเศษที่กฎหมายบัญญัติให้ลงโทษ ทั้งๆ ที่กระทำโดยไม่มีเจตนา⁵⁸ ซึ่งเจตนาที่ถือเป็นสาระสำคัญที่จะต้องมีความผิดอาญา

⁵⁶ จิตติ ดิงศภัทย์ ก (2546). *กฎหมายอาญาภาค 1*. หน้า 39.

⁵⁷ แหล่งเดิม. หน้า 132.

⁵⁸ แหล่งเดิม. หน้า 210.

ทั่วไปตามมาตรา 59 กฎหมายจึงไม่ต้องบัญญัติซ้ำในกรณีความผิดฐานต่างๆอีกว่า ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยเจตนา⁵⁹

เมื่อได้พิจารณาข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการดังกล่าวที่ทำให้การกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นความผิดในทางอาญาแล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การกระทำความผิดดังกล่าวนั้นมี “เหตุยกเว้นความรับผิด” อีกหรือไม่ ซึ่งเหตุยกเว้นความรับผิดนี้สามารถแยกออกได้เป็น

ก. เหตุยกเว้นความผิด คือ เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาเลย ได้แก่

การกระทำโดยป้องกัน

ความยินยอมของผู้เสียหาย

การล่อให้กระทำความผิด

ข. เหตุยกเว้นโทษ กล่าวคือ การกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิด แต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นทั้งหมด ซึ่งได้แก่เหตุดังต่อไปนี้

ความวิกลจริต

ความมีนเมา

ความจำเป็น

คำสั่งของเจ้าพนักงาน

ค. เหตุลดหย่อนความรับผิด เป็นกรณีที่กฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษให้บางส่วน กล่าวคือ การกระทำของบุคคลนั้นผิดกฎหมายเพียงแต่กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นแต่เพียงบางส่วน อาจเป็นกรณีลดมาตราส่วนโทษที่กฎหมายกำหนดไว้หรือเป็นกรณีลดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดก็ได้⁶⁰ โดยจะพิจารณาถึง

ความสัมพันธ์ทางการสมรสหรือญาติ

บันดาลโทษ

อายุน้อย

เหตุบรรเทาโทษ

⁵⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 873/2504 การฟ้องความผิดฐานรับของโจรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357 ไม่จำเป็นต้องบรรยายว่า รับไว้โดยรู้ว่าเป็นของร้ายอย่างไรในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 321 ฉะนั้น เมื่อโจทก์บรรยายเพียงว่าจำเลยบังอาจรับทรัพย์สินของผู้เสียหายซึ่งถูกลักไปนั้นไว้จากคนร้ายผู้ได้ทรัพย์สินนั้นมาในการทำความผิดฐานลักทรัพย์ ดังนี้ ก็ครบองค์ความผิดและชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (5) แล้ว เพราะการทำความผิดฐานนี้ต้องประกอบด้วยเจตนาตามมาตรา 59 อยู่แล้ว. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

⁶⁰ จิตติ ดิงศภัทย์ ก เล่มเดิม. หน้า 877.

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยยึดถือโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ คือ สาระทางกฎหมาย สาระทางการกระทำ และสาระทางจิตใจ และเมื่อการกระทำนั้นครบโครงสร้างสาระสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ก็จะต้องไปพิจารณาถึง “เหตุยกเว้นความรับผิด” อีกว่า การกระทำของบุคคลนั้นมีเหตุยกเว้นความรับผิดในทางอาญาหรือไม่ โดยหากการกระทำของบุคคลนั้นครบโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว แต่มี “เหตุยกเว้นความรับผิด” ก็จะทำให้การกระทำของบุคคลนั้นอาจจะไม่เป็นความผิดอาญา หรือมีความผิดอาญาแต่ไม่ต้องถูกลงโทษ

2.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาที่นำเอาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษรวมไว้ในโครงสร้างความผิดอาญา

นักนิติศาสตร์ไทยที่อธิบายโครงสร้างความผิดอาญาโดยนำเอาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษรวมไว้ในโครงสร้างความผิดอาญามีหลายท่าน โดยสามารถแบ่งความเห็นในทางตำราได้เป็น 3 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1 ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อการกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดและไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. โครงสร้างข้อ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ คือ

1.1 มีการกระทำ หมายความว่าถึง มีการเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ

1.2 การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดในเรื่องนั้นๆ โดยองค์ประกอบภายนอกของความผิดแทบทุกฐาน จะแบ่งได้เป็น 3 ส่วน คือ ผู้กระทำ การกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำ⁶¹

1.3 การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดในเรื่องนั้นๆ ซึ่งสิ่งที่จะต้องพิจารณานั้น ได้แก่

ก. เจตนา

ข. ประมาท

ค. กรณีไม่เจตนาและไม่ประมาท (ความผิดโดยเด็ดขาด) ซึ่งจำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง

⁶¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 127.

องค์ประกอบภายในนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ⁶² ดังนั้น ในการพิจารณาเรื่องเจตนาหรือประมาท จึงต้องอาศัยพฤติการณ์ต่างๆที่ผู้กระทำแสดงออกมาภายนอกเป็นหลักในการวินิจฉัยสภาพจิตใจของผู้กระทำในขณะที่กระทำ

1.4 ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2. โครงสร้างข้อที่ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด⁶³

การกระทำซึ่งครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อ 1 นั้น หากมีกฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อ 2 นี้ การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิด และผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา⁶⁴ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั่นเอง โดยเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดนั้นมีหลายกรณี ดังนี้

2.1 กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา เช่น

การกระทำโดยป้องกัน ตามมาตรา 68

การทำแท้งกรณีพิเศษ ตามมาตรา 305

การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต ตามมาตรา 329 หรือการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลของกลุ่มความหรือทนายความของกลุ่มความ ตามมาตรา 331

2.2 กฎหมายยกเว้นความผิดที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ความยินยอมจารีตประเพณี เป็นต้น

2.3 กฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ

2.4 กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

เจ้าของที่ดินใช้สิทธิตัดรากไม้ที่รุกเข้ามาจากที่ดินที่ติดต่อและเอาไว้เสีย ตามมาตรา 1347

การจัดการงานนอกสั่ง ตามมาตรา 396 และมาตรา 397

การทำบุญสลายหรือทำลายทรัพย์สิ่งหนึ่งสิ่งใด เพื่อบำบัดปัดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน ตามมาตรา 450

⁶² แหล่งเดิม. หน้า 148.

⁶³ แหล่งเดิม. หน้า 358.

⁶⁴ แหล่งเดิม. หน้า 372.

การที่ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ฆ่าสัตว์ที่เข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์
ตามมาตรา 452

การใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 1567 (2)

บางกรณีอำนาจตามสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ทำให้การกระทำไม่
เป็นความผิดฐานบุกรุก เช่น สัญญาเช่า เป็นต้น

การใช้สิทธิเหนือที่ดินแปลงอื่นอันตกอยู่ในภาระจำยอม ตามมาตรา 1387

บิดาเอาเงินของบุตรที่บิดาครอบครองไปใช้โดยอาศัยอำนาจ ตามมาตรา 1573

2.5 กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การที่
พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับผู้กระทำ “ความผิดซึ่งหน้า” ตามมาตรา 78(1)

3. โครงสร้างข้อที่ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

การกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อที่ 1 แม้ไม่มี
กฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อที่ 2 ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในทาง
อาญาเสมอไป เพราะอาจมีกฎหมายยกเว้นโทษให้ก็ได้⁶⁵ ซึ่งการกระทำต่างๆที่เป็นความผิดแต่
กฎหมายยกเว้นโทษให้นั้นมีอยู่หลายกรณี ดังนี้

3.1 การกระทำความผิดโดยจำเป็น ตามมาตรา 67

3.2 การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี และไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา

73 และมาตรา 74

3.3 การกระทำความผิดของคนวิกลจริต ตามมาตรา 65

3.4 การกระทำความผิดของผู้มีเมมา ตามมาตรา 66

3.5 การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ตาม
มาตรา 70

3.6 การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางความผิดระหว่างสามีภริยา ตามมาตรา
71 วรรคแรก

อย่างไรก็ตามยังมีเหตุยกเว้นโทษอื่นๆอีกที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา
โดยตรง แต่เป็นที่เข้าใจกันว่ากฎหมายไม่ควรลงโทษผู้กระทำ เช่น กรณีผู้กระทำถูกล่อให้กระทำ
ความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทน เป็นต้น

เมื่อการกระทำใดเป็นการกระทำที่ครบโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ข้อ ที่กล่าวมาแล้ว
บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา แต่อย่างไรก็ตามมีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติเหตุบางประการ
ไว้ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลดโทษหรืออภัยหนึ่งก็คือการลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

⁶⁵ แหล่งเดิม. หน้า 437.

สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่ง “เหตุลดโทษ” นี้เป็นส่วนที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา โดยกฎหมายบัญญัติไว้ ดังนี้

ก. ความไม่รู้กฎหมาย ตามมาตรา 64

ข. คนวิกลจริตที่ยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ตามมาตรา 65 วรรคสอง

ค. คนมีนเมาซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ตามมาตรา 66

ง. การป้องกัน จำเป็น เกินขอบเขต ตามมาตรา 69

จ. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราระหว่างญาติสนิท ตามมาตรา 71 วรรคสอง

ฉ. ผู้กระทำอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี ตามมาตรา 75 หรือตั้งแต่ 18 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี ตามมาตรา 76

ช. เหตุบรรเทาโทษ ตามมาตรา 78 และ

ซ. บันดาลโทษระ ตามมาตรา 72

เหตุลดโทษนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อการกระทำของผู้นั้นต้องรับผิดในทางอาญา กล่าวคือ ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดและไม่มีเหตุยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำ และต่อไปจึงจะไปพิจารณาว่ามีเหตุลดโทษแก่ผู้กระทำหรือไม่

จากการพิจารณาคำอธิบายในทางตำราของรองศาสตราจารย์เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ นั้น สามารถสรุปได้ว่า ท่านได้อธิบายโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 3 ประการเช่นเดียวกัน โดยเมื่อพิจารณาโครงสร้างส่วนที่ 1 คือ “การกระทำความผิดที่กฎหมายบัญญัติ” และโครงสร้างส่วนที่ 2 คือ “การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด” นั้นมีความคล้ายคลึงกับการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของเยอรมันแต่เมื่อพิจารณาในโครงสร้างส่วนที่ 3 คือ “การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ” ท่านพิจารณาจาก “ผล” ของบทบัญญัติกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าในกรณีใดกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำนั้นผู้กระทำไม่ต้องถูกลงโทษแล้ว ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งอยู่ในโครงสร้างส่วนที่ 3 คือ การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษนั่นเอง แต่ถ้าในกรณีใดเป็นเรื่องที่บทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ท่านก็จะนำไปไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งท่านเรียกว่า “เหตุลดโทษ”⁶⁶

แนวความเห็นที่ 2 ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ อธิบายว่า ลำดับขั้นตอนในการพิจารณาความผิดอาญาของบุคคลนั้น มีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

⁶⁶ ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 47.

1. องค์ประกอบ ซึ่งแบ่งออกเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ได้แก่

1.1 การกระทำ โดยจะต้องเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้รวมตลอดถึงการเคลื่อนไหวที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย

1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ขั้นแรกต้องพิจารณาก่อนว่าความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นต้องการผลสำเร็จหรือไม่⁶⁷ หากความผิดนั้นต้องการผล จึงจะพิจารณาว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำดังกล่าวหรือไม่

1.3 เข้าองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามกฎหมายอาญา

1.4 เจตนาหรือประมาท ซึ่งเป็นส่วนขององค์ประกอบภายใน

2. อำนาจกระทำ

ได้แก่ การพิจารณาว่าผู้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดนั้น มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ได้กระทำลงไปโดยมีอำนาจหรือไม่ หากเขาได้กระทำไปโดยมีอำนาจหรือมีสิทธิตามกฎหมาย เขาก็ไม่ต้องรับผิด⁶⁸ เช่น กรณีของการป้องกัน ตามมาตรา 68 หรือกรณีราษฎรจับกุมผู้กระทำความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ซึ่งกำลังจะหลบหนียอมกระทำได้ตามกฎหมายโดยไม่มีความคิดต่อเสรีภาพ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 79

3. เหตุยกเว้นโทษ

ในบางกรณีแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะได้กระทำลงไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายก็ตาม หากแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษ กล่าวคือ การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่แต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ โดยพิจารณาได้ดังนี้

3.1 เหตุยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ ได้แก่

ก. การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67

ข. การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70

3.2 เหตุเกี่ยวกับความสามารถในการกระทำความผิด ได้แก่

ก. การกระทำของเด็ก

ข. การกระทำของคนวิกลจริต

ค. การกระทำเพราะความมึนเมา

3.3 เหตุเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด ได้แก่

ก. เหตุเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการสมรส หรือความเป็นญาติ

⁶⁷ ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2549). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา*. หน้า 9.

⁶⁸ แหล่งเดิม. หน้า 10.

ข. เหตุเกี่ยวกับการบันดาลโทษ และ

ค. เหตุบรรเทาโทษอื่นๆ

จากการพิจารณาคำอธิบายทางตำราของรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ จะเห็นได้ว่า ท่านได้อธิบายส่วนของ โครงสร้างส่วนที่ 1 “องค์ประกอบ” และส่วนที่ 2 “อำนาจ กระทำ” เช่นเดียวกับการอธิบายโครงสร้างความคิดอาญาของเยอรมัน แต่ในส่วนที่ 3 เรื่อง “เหตุ ยกเว้นโทษ” นั้น ท่านได้อธิบายเกี่ยวกับความชั่วด้วย กล่าวคือ กรณีของการกระทำโดยจำเป็น ตาม มาตรา 67 นั้น กฎหมายยกเว้นโทษให้ เนื่องจากผู้กระทำไม่มีความชั่ว โดยท่านได้นำเอาเหตุที่ กฎหมายยกเว้นโทษในเรื่องอื่นๆ มารวมไว้ในโครงสร้างส่วนที่ 3 ด้วย

แนวความเห็นที่ 3 ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล อธิบายว่า การ กระทำของผู้ใดจะเป็นความผิดอาญาและผู้นั้นจะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องวินิจฉัยจาก หลักเกณฑ์ 3 ประการดังต่อไปนี้

1. การกระทำของผู้นั้น “ครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” หรือไม่ ซึ่งจะต้อง พิจารณาจาก

1.1 องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การพิจารณาข้อเท็จจริงในส่วนต่างๆ ตาม บทบัญญัติของความผิดแต่ละฐานซึ่งประกอบด้วยข้อเท็จจริงในส่วนต่างๆ⁶⁹ คือ ผู้กระทำ การ กระทำ กรรมหรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ และผลของการกระทำ

1.2 องค์ประกอบภายใน ได้แก่การพิจารณาในส่วนจิตใจของผู้กระทำ⁷⁰ ประกอบด้วย เจตนาธรรมดา เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจ

2. เหตุยกเว้นความผิด (Justification) การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดแล้วอาจ ไม่เป็นความผิดอาญาก็ได้ หากมีเหตุยกเว้นความผิดไว้ ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

2.1 การกระทำที่กฎหมายต่างๆ อนุญาตให้กระทำได้ เช่น

ก. ประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

การกระทำโดยจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายตาม มาตรา 305 (1)

เหตุต่างๆ ที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 329

เหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท กรณีคู่ความหรือทนายความของคู่ความแสดงความ คิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลเพื่อประโยชน์แก่คดีของตนตามมาตรา 331

⁶⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ก (2555). คำอธิบายความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 11.

⁷⁰ แหล่งเดิม. หน้า 11.

ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอนตามมาตรา 1567 (2) ซึ่งผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

การอนุญาตให้เจ้าของที่ดินตัดรากไม้ซึ่งรุกล้ำเข้ามาจากที่ดินติดต่อและเอาไว้เสีย ตามมาตรา 1347 เจ้าของที่ดินย่อมไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ หรือทำให้เสียทรัพย์

ค. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น มาตรา 78 (3) อนุญาตให้เจ้าพนักงานจับผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดและจะหลบหนีได้ โดยเจ้าพนักงานไม่มีความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา

2.2 ความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งจะเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ก็ต่อเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ

มีการยินยอมก่อนกระทำและยังคงมีอยู่จนกระทำการ

ความยินยอมจะต้องได้มาโดยบริสุทธิ์

ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.3 จารีตประเพณี

3. เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ (Excuse) ซึ่งมีดังนี้

3.1 เหตุยกเว้นโทษ เพราะผู้กระทำไม่มีความรู้สึกผิดชอบ ได้แก่

การกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 73, 74

การกระทำของคนวิกลจริต ตามมาตรา 65

การกระทำของผู้มีเมมา ตามมาตรา 66

3.2 เหตุยกเว้นโทษ เพราะการกระทำนั้นมีเหตุไม่สมควรลงโทษ ได้แก่

การทำความผิดโดยจำเป็น ตามมาตรา 67

การทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70

การทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางฐานระหว่างสามีภริยา ตามมาตรา 71 วรรคหนึ่ง

จากการพิจารณาคำอธิบายในทางตำราของศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล จะพบว่า ในการอธิบายส่วนที่ 1 คือ “องค์ประกอบความผิดอาญา” และส่วนที่ 2 คือ “เหตุยกเว้นความผิด” นั้นมีความคล้ายคลึงกับการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาเยอรมัน⁷¹

ส่วนการอธิบายในส่วนที่ 3 คือ “เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ” นั้น ท่านได้แยกพิจารณาเป็นเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำผิดโดยพิจารณาจากเหตุผลที่ผู้กระทำไม่มีความรู้สึกผิดชอบ และเหตุผลที่การกระทำนั้นมีเหตุไม่สมควรลงโทษ ซึ่งการแยกเหตุยกเว้นโทษออกเป็น 2 กรณี

⁷¹ ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 50.

ดังกล่าวนี้มีความเหมือนกับการอธิบายในเรื่อง “เหตุเนื่องจากตัวบุคคล” (Cause Subjective) ตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

ดังนั้นในการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของท่านจึงเกิดจากการนำทฤษฎีกฎหมายของต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทย เพื่อการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาให้มีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาไทยนั่นเอง⁷²

2.4 ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 253 และมาตรา 258 ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “วิวาทต่อสู้กัน” ต่างกับในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันที่ใช้คำว่า “ชุลมุนต่อสู้” ดังนั้นในการพิจารณาความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของกฎหมายไทยนี้จึงสมควรที่จะต้องกล่าวถึงวิวัฒนาการของความผิดฐานนี้ โดยเริ่มพิจารณาความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก่อนแล้วจึงมาพิจารณาความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

2.4.1 วิวัฒนาการของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้

2.4.1.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยปรากฏครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 253 และมาตรา 258 ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “วิวาทต่อสู้กัน” โดยทั้งสองมาตรามีความแตกต่างกัน คือ มาตรา 253 เป็นกรณีวิวาทต่อสู้กันเป็นเหตุให้มีผู้บาดเจ็บถึงแก่ความตาย ส่วนมาตรา 258 เป็นกรณีวิวาทต่อสู้กันเป็นเหตุให้มีผู้บาดเจ็บสาหัส ซึ่งในการร่างความผิดฐานนี้ผู้ร่างได้กล่าวไว้ในหมายเหตุสำหรับมาตรา 253 ว่า “การวิวาทต่อสู้ทำร้ายกันชุลมุนมีมากในประเทศไทยและมักจะหาพยานยากที่จะพิสูจน์ว่าผู้ใดทำร้ายใคร อย่างไร จึงต้องมีบทบัญญัติรวมลงโทษผู้ที่ร่วมในการวิวาท”⁷³ จากหมายเหตุดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการที่ต้องบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมานั้นก็เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า การชุลมุนต่อสู้มักมีบุคคลหลายคนเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น จึงยากที่จะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าใครเป็นผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ใครเป็นผู้ลงมือทำร้ายในเหตุการณ์นั้น จึงบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นเพื่อป้องกันไว้หากเกิดกรณีที่ไม่รู้ตัวผู้กระทำความผิด โดยบัญญัติลงโทษผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทั้งหมดนั่นเอง

⁷² แหล่งเดิม. หน้า 51.

⁷³ จิตติ ดิงศภัทย์ ข (2545). *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. หน้า 173.

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ตามมาตรา 253⁷⁴

มาตรานี้เป็นบทพิเศษที่บัญญัติขึ้นเพื่อวางโทษแก่ผู้กระทำการวิวาทซึ่งในการวิวาทนั้นมีผลคือ เป็นเหตุให้คนตายนอกจากคนที่ปรากฏว่าได้ต่อสู้เพราะความจำเป็นต้องป้องกันอันตรายแล้ว ต้องมีความผิดตามมาตราที่ถึงขั้นและถึงแม้ว่าผู้ตายจะเป็นพวกของตนเองก็ยังคงมีความผิดตามมาตราที่

การวิวาทเอกริกในมาตรา 253 นี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นการวิวาทซึ่งเกิดขึ้นในที่ทันใดจะตั้งใจคุมพวกไปวิวาทกันก็ได้ อนึ่งไม่จำเป็นต้องมีพวกฝ่ายละหลายๆคนด้วยกัน แม้ฝ่ายหนึ่งคนเดียวอีกฝ่ายหนึ่งหลายคนก็เป็นการวิวาทตามบทที่กล่าวนี้ได้

ความประสงค์ของกฎหมายในข้อที่ลงโทษคนโดยมากที่อยู่ในการวิวาทนั้น ก็เพราะว่าเมื่อมีคนวิวาทต่อสู้กันในหมู่มาแล้วเกิดล้มตายขึ้นนั้น เป็นการยากที่จับตัวจริงว่าใครเป็นผู้ทำให้คนตาย ถ้าจะปล่อยไปทั้งหมดไม่เอาโทษก็จะทำให้ผู้ร้ายกำเริบได้ใจ เมื่อต้องการจะข่มเหงใครก็คุมพวกมาหลายๆ เข้าทำร้ายเขา จับมือใครคมไม่ได้ คนตายก็ตายเปล่าไป จริงอยู่ถ้าสืบได้ว่าพวกนั้นสคบร่วมคิดตั้งใจมากระทำผิดด้วยกันถึงลงโทษฐานเป็นตัวการได้ทั้งหมด แต่ข้อสมคบนี้ไม่ได้สืบได้ง่ายนัก บางเรื่องก็สืบได้บางเรื่องก็ไม่ได้ เรื่องใดสืบไม่ได้ก็ปลดปล่อยแก่เหล่าผู้ร้ายทั้งหมด ดังนี้เป็นเหตุอันไม่สมควร ท่านจึงให้สันนิษฐานเอาโทษแก่ผู้ที่วิวาทอยู่ในที่นั้นทั้งหมดไว้ชั้นหนึ่งก่อนตามมาตราที่⁷⁵ ทั้งนี้ไม่ว่าจะกระทำโดยการสมคบกันมาก่อนหรือไม่ก็ตาม และต้องปรากฏว่าความตายนั้นเกิดขึ้นในระหว่างที่จำเลยกระทำการต่อสู้ด้วย จำเลยจึงจะมีความผิดตามมาตราที่

เมื่อปรากฏว่าเหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตายนั้นได้เกิดขึ้นในที่วิวาทแล้วก็เป็นเพียงพอไม่จำเป็นว่าจะต้องให้มีผู้ขาดใจตายคาที่วิวาทนั้นเสมอไป เช่น คนที่ถูกทำร้ายบาดเจ็บสาหัสปางตาย แต่ยังมีทันขาดใจตาย มีพวกพ้องหามเข้าบ้านไปแล้วจึงขาดใจตาย ดังนี้ต้องถือคู่เดียวกันกับว่าได้ตายในที่วิวาท เพราะเหตุที่กระทำให้ตายนั้นได้บังเกิดในที่วิวาทนั้นเองหาใช่เพราะเหตุอื่น

⁷⁴ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 253 บัญญัติว่า “ถ้ามีผู้ถูกบาดเจ็บถึงแก่ความตายในที่วิวาทต่อสู้กันระหว่างคนตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ท่านว่านอกจากคนที่ปรากฏว่าได้ต่อสู้เพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตรายแก่ตัวมันเองแล้ว บรรดาคนที่วิวาทกันในที่นั้นมีความผิด ต้องวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสองปี แลให้ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาทอีก โสดหนึ่งด้วยกันทุกคน

แต่โทษที่ว่าในมาตรานี้ท่านมิให้นำเอาไปใช้ลงโทษฐานฆ่าคนตายหรือกระทำร้ายแก่ร่างกายในการวิวาทนั้น.”

⁷⁵ พระอินทปรีชา. (2469). *กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2*. หน้า 1219.

ไม่ บรรดาผู้ที่วิวาทจึงมีความผิดตามมาตรา ๕๑ ด้วยถือว่าเหตุที่ทำให้ตายนั้นเป็นปัจจัยสำคัญยิ่งกว่าการที่ผู้ร้ายจะขยับเขยื้อนไปตายในที่แห่งใด⁷⁶

การวิวาทตามความหมายในมาตรา ๕๑ มีได้ ๒ ประการ คือ ต่างฝ่ายต่างสมัครใจต่อสู้ซึ่งกันและกันอย่างหนึ่ง หรือฝ่ายหนึ่งตั้งใจไปทำร้ายเขา เขาต่อสู้ เพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตรายอีกอย่างหนึ่ง ฝ่ายที่ต่อสู้เพราะความจำเป็นนั้นแก้ตัวได้ แต่ฝ่ายที่สมัครใจเข้าวิวาทหรือตั้งใจไปทำร้ายเขา นั้นแก้ตัวไม่ได้⁷⁷

คำในบทบัญญัติที่ว่า “ต่อสู้เพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตรายแก่ตัวมันเอง” นี้ไม่ได้หมายความว่า ถ้าหากญาติพี่น้องของเราถูกคนข่มเหงรุมทำร้ายจะเข้าช่วยป้องกันไม่ได้ เพราะการป้องกันตามมาตรา ๕๐⁷⁸ ของกฎหมายลักษณะอาญาซึ่งกฎหมายยอมให้เป็นข้อยกเว้นความผิดนั้นใช้ได้ตลอดถึงการป้องกันสำหรับผู้อื่นด้วย ในต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษ⁷⁹ ไม่มีคำจำกัดว่า “แก่ตัวมันเอง” ซึ่งควรเข้าใจว่ามาตรา ๕๐ มาใช้ได้อย่างบริบูรณ์ ส่วนภาษาไทยที่มีคำจำกัดเช่นนั้น น่าจะประสงค์แต่เพียงว่า เมื่อเขาต่างฝ่ายสมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้กันซึ่งนับว่าเป็นผู้กระทำผิดด้วยกันตั้งนั้นแล้ว ผู้ใดจะเข้าช่วยฝ่ายใดโดยอ้างว่ากระทำการป้องกันนั้นหาได้ไม่ ต้องนับว่าเป็นการวิวาทกับเขาด้วยเพราะช่วยคนผิดมิได้ ท่านจึงเลยใช้คำว่า “ต่อสู้เพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตรายแก่ตัวมันเอง” เพื่อมิให้อ้างว่าต่อสู้เพราะป้องกันคนใดคนหนึ่งที่ว่าทกัน ซึ่งเป็นข้อแก้ตัวที่ฟังไม่ขึ้น⁸⁰

มีข้อสังเกตว่า ผู้ที่จะมีความผิดตามมาตรา ๕๑ จะต้องเป็นคนที่วิวาทในที่นั้น ไม่ใช่เหมาเอาว่าทุกคนที่อยู่ในที่วิวาทจะต้องถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิด ข้อความที่ว่า “บรรดาคนที่วิวาทกันในที่นั้นมีความผิด” หากินความถึงผู้ที่เข้าไปกระทำการห้ามปรามโดยความสุจริตไม่

⁷⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ ๒๔๑-๒๔๒/๒๔๖๕ การที่จะฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา ๒๕๓ นั้น ต้องให้ได้ความว่าจำเลยได้ "เป็นคนที่วิวาทกันในที่นั้น" ถ้าฟังแต่เพียงได้ความว่า จำเลยเหล่านี้มีบาดเจ็บในระหว่างที่มีผู้วิวาทกันเท่านั้นหาเพียงพอที่จะลงโทษจำเลยได้ไม่. สืบค้นเมื่อ ๒ กรกฎาคม ๒๕๕๕, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

⁷⁷ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า ๑๒๒๐-๑๒๒๑.

⁷⁸ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ มาตรา ๕๐ บัญญัติว่า “บุคคลที่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด แต่พอสมควรแก่เหตุโดยมีความจำเป็นเพื่อป้องกันชีวิต, เกียรติยศ และชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของตัวเองก็ดี หรือของผู้อื่นก็ดี เพื่อให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดขึ้น โดยผิดด้วยกฎหมาย ท่านว่าไม่ควรลงอาญาแก่มัน.”

⁷⁹ Section 253 “Whenever death is caused in an affray in which three or more persons are engaged, every person engaged in such affray and not acting for necessary defence shall be punished with imprisonment not exceeding two years and fine not exceeding five hundred ticals, without prejudice to the punishment prescribed for any person causing death or bodily harm.”

⁸⁰ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า ๑๒๒๑-๑๒๒๒.

เพราะไม่ใช่เป็นผู้วิวาท และในการห้ามเช่นนั้นแม้จะใช้กำลังบ้างก็ได้แต่ต้องทำโดยละม่อมเฉพาะเพื่อประโยชน์ที่จะป้องกันไม่ให้เขาทำร้ายกันเท่านั้น ถ้าโจทก์นำสืบได้ความเพียงแต่ว่าจำเลยอยู่ในที่วิวาท ไม่มีหลักฐานว่าเป็นคนที่วิวาทด้วย เพียงนี้ยังลงโทษจำเลยไม่ได้ เพราะอาจเป็นผู้ถูกทำร้ายฝ่ายเดียวก็ได้⁸¹ เช่น มีพวกจีนประมาณ 30 คนฝ่ายหนึ่ง กับไทยประมาณ 50 คนฝ่ายหนึ่ง ต่างวิวาททำร้ายซึ่งกันและกันถึงสาหัส แลนายเต้าชาตจีนถึงแก่ความตาย 1 คน จำเลยเฉพาะหน้าศาลนี้ ได้ถูกทำร้ายบาดเจ็บในระหว่างที่มีผู้วิวาทกัน ไม่มีพยานปากใดให้การว่าจำเลยเหล่านี้เกี่ยวข้องกับเป็นผู้วิวาทด้วย ศาลตัดสินว่า ข้อเท็จจริงที่ปรากฏเพียงว่า จำเลยเหล่านี้มีบาดเจ็บในระหว่างที่มีผู้วิวาทกันนั้น ไม่เป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยเหล่านี้ “เป็นคนที่วิวาทกันในที่นั้น” ซึ่งเป็นข้อที่โจทก์ต้องนำสืบ เพื่อให้ศาลลงโทษจำเลยตามมาตรา 253⁸²

คนที่วิวาทกันในที่เกิดเหตุซึ่งจะต้องรับโทษตามมาตรา นี้จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนกระทำการวิวาท ซึ่งจะกระทำโดยกิริยาหรือวาจา หรือแสดงอาการอย่างใดอย่างหนึ่งว่าตนเป็นผู้เกี่ยวข้องในการวิวาทนั้นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องให้ปรากฏถึงแก่ว่าได้ใช้อาวุธตีรันฟันแทงเมื่อโจทก์นำสืบได้ว่า จำเลยได้กระทำการวิวาทด้วยแล้ว ต่อไปจึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะพิสูจน์แก้ตัวว่า ได้กระทำเพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตราย⁸³

ข้อความในตอน 2 ของมาตรา 253 ซึ่งกล่าวว่า โทษที่ว่าในมาตรานี้ท่านมิให้นำเอาไปใช้ลงล้างโทษฐานฆ่าคนตายหรือกระทำร้ายแก่ร่างกายในการวิวาทนั้น ท่านหมายความว่า โทษในมาตรานี้เป็นการบัญญัติขึ้น โสดหนึ่ง ไม่เกี่ยวแก่โทษฐานฆ่าคนตายหรือทำร้ายร่างกาย ซึ่งถ้าปรากฏความจริงว่า ผู้วิวาทคนใดเป็นผู้กระทำให้เขาถึงแก่ความตาย ก็จะต้องรับโทษฐานฆ่าคนตายด้วยอีกบทหนึ่ง แต่เมื่อกระทำผิดในวาระเดียวกันต้องด้วยกฎหมาย 2 บท ดังนี้ จะต้องลงโทษบทหนัก คือฐานฆ่าคนตาย⁸⁴ และถ้าคดีพิจารณาได้ความจริงว่า พวกวิวาทเหล่าใดได้สลับคบร่วมคิดกัน ตั้งใจจะฆ่าผู้ใดหรือพวกใด พวกที่ได้สมคบกันกระทำการฆาตกรรมนั้นต้องมีความผิดฐานเป็นตัวการฆ่าคนตายด้วยกันทุกคนตามลักษณะตัวการที่กล่าวไว้ในมาตรา 63⁸⁵

⁸¹ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1222.

⁸² คำพิพากษาฎีกาที่ 241-242/2465

⁸³ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1224.

⁸⁴ แหล่งเดิม.

⁸⁵ แหล่งเดิม. หน้า 1225.

2. ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตามมาตรา 258⁸⁶

มาตรานี้มีนัยอย่างเดียวกับมาตรา 253 ผิดกันแต่ว่าในมาตรา 253 นั้นวิวาทกันถึงบังเกิดความตายแต่ในมาตรานี้เพียงเกิดการบาดเจ็บสาหัสเท่านั้นจึงบัญญัติอัตราโทษให้น้อยลง แต่ถ้าในการวิวาทนั้นปรากฏว่าผู้ใดได้กระทำร้ายแก่บุคคลผู้ใดก็จะต้องรับโทษตามอากรที่ตนกระทำ มาตรานี้ไม่มีความลบหลู่ความจริงของการที่กระทำไปนั้น แบบเดียวกับที่กล่าวไว้ในมาตรา 253⁸⁷

สิ่งที่ควรสังเกตในมาตรานี้มีว่า ข้อความในฉบับที่ไม่รัดกุมเหมือนมาตรา 253 ถ้าจะถือเอามาตรานี้เป็นหลักและวินิจฉัยตรงตามตัวบท โดยไม่พิเคราะห์ถึงเหตุผลและความประสงค์ของกฎหมายแล้ว จะคลาดเคลื่อนต่อสิ่งที่พึงปรารถนา เช่น คนที่ไม่ได้วิวาท แต่เข้าไปห้าม อาจถูกลงโทษตามมาตรานี้ได้ ซึ่งหากควรเป็นเช่นนั้นไม่ ในต้นร่างภาษาอังกฤษมาตรา 253 กับมาตรา 258 2 บทนี้มีข้อความและถ้อยคำเทียบกันได้อย่างสนิท⁸⁸ ผิดกันแต่ข้อหนักเบาเท่านั้น ตามฉบับภาษาไทยในมาตรา 253 แปลความชัดเจนดี ควรถือเป็นบทมาเทียบเคียงมาตรา 258 นี้ได้ และจะทำให้ความบริบูรณ์ขึ้น⁸⁹

มาตรานี้มิได้ประสงค์ว่า ถ้ามีการประทุษร้ายแก่ร่างกายอย่างสาหัสเกิดขึ้นในที่วิวาทต่อสู้กันระหว่างคนตั้งแต่สามคนขึ้นไป บรรดาคนที่อยู่ในที่วิวาทจะต้องมีความผิดหมด แท้จริง

⁸⁶ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 258 บัญญัติว่า “ถ้ามีการประทุษร้ายแก่ร่างกายอย่างสาหัสเกิดขึ้นในที่วิวาทต่อสู้กันระหว่างคนตั้งแต่สามคนขึ้นไป ท่านว่าบรรดาคนที่ไม่ปรากฏว่าจำเป็นต้องต่อสู้เพื่อป้องกันภัยอันตรายแก่ตัวมันเองแล้ว มีความผิดต้องวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าปีหนึ่ง แลปรับไม่เกินกว่าสองร้อยบาทอีกโสดหนึ่งด้วยกันทุกคน

แต่ความที่ในมาตรานี้ ท่านมิให้เอาไปใช้ลบหลู่ในคดีที่ปรากฏว่าผู้หนึ่งผู้ใดได้กระทำประทุษร้ายแก่ร่างกายผู้อื่น.”

⁸⁷ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1251.

⁸⁸ Section 253 “Whenever death is caused in an affray in which three or more persons are engaged, every person engaged in such affray and not acting for necessary defence shall be punished with imprisonment not exceeding two years and fine not exceeding five hundred ticals, without prejudice to the punishment prescribed for any person causing death or bodily harm.”

Section 258 “Whenever grievous bodily harm is caused in an affray in which three or more persons are engaged, every person engaged in such affray and not acting for necessary defence shall be punished with imprisonment not exceeding one year and fine not exceeding two hundred ticals.”

⁸⁹ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1252.

จะต้องให้ได้ความว่าผู้ที่อยู่ในที่วิวาทนั้น ได้กระทำการวิวาทกับเขาด้วย และไม่มีเหตุที่จะแก้ตัวว่า จำเป็นต้องต่อสู้เพื่อป้องกันอันตราย จึงจะมีความผิด⁹⁰

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 503-504/2463 โจทก์จำเลยต่างมีพวกวิวาทกัน ฮ. มีบาดแผลสาหัสจากการวิวาทนั้น แต่ไม่ได้ความแน่ว่า ใครเป็นผู้ลงมือทำ ฎีกาตัดสินว่า ฮ. จ. ซึ่งได้วิวาทด้วยและไม่ใช่เป็นผู้กระทำโดยป้องกันตัว มีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 258

ถ้าในการวิวาทนั้นปรากฏว่า ใครเป็นผู้ลงมือกระทำร้ายให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสแล้ว ต้องลงโทษผู้นั้นฐานทำร้ายร่างกายอย่างสาหัสตามมาตรา 256 หรือ 257 ซึ่งเป็นบทที่มีอัตราโทษหนักกว่ามาตรานี้⁹¹

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 656-657/2461 ได้ความว่า ผ. กับ ป. ไปด้วยกัน ผ. เมาสुरาเข้าไปในบ้าน ส. ส. กับพวกออกมาจะทำร้าย ป. กลับไปบ้านเอามิดดาบไปต่อสู้กับพวก ส. และ ฟัน ห. กับ ส. มีบาดแผลสาหัส ฎีกาตัดสินว่า แม้จะเป็นกรณีวิวาทก็ตาม แต่ปรากฏว่าจำเลยเป็นผู้ลงมือทำร้าย ต้องลงโทษตามมาตรา 256

ในคดีวิวาทกันซึ่งไม่มีผู้ถูกทำร้ายถึงบาดเจ็บสาหัสหรือถึงตายนั้น ถ้าโจทก์สืบไม่ได้ว่า ผู้วิวาทคนใดเป็นผู้ลงมือทำร้ายแล้ว ก็ไม่มีกฎหมายที่จะลงโทษพวกวิวาทเหล่านั้นได้⁹²

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 644/2468 ป. กับพวกฝ่ายหนึ่ง จ. กับพวกฝ่ายหนึ่งได้ใช้อาวุธทำร้ายซึ่งกันและกัน มีบาดแผลไม่สาหัสด้วยกันทั้งสองฝ่าย ทางพิจารณาโจทก์สืบไม่ได้ว่ามูลกรณีวิวาทเกิดขึ้นจากอะไร และไม่ปรากฏว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ ฎีกาตัดสินว่าโจทก์สืบไม่ได้ว่าใครทำร้ายใคร เมื่อไม่มีผู้บาดเจ็บสาหัสหรือถึงตายในคดีวิวาทแล้ว ไม่มีบทกฎหมายที่จะลงโทษจำเลยได้ ให้ปล่อยตัวจำเลยไป⁹³

2.4.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติอยู่ในลักษณะที่ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย มาตรา 294 และมาตรา 299 โดยในมาตรา 294 คือ กรณีเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299 คือ กรณีเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งหากพิจารณาความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันกับกฎหมาย

⁹⁰ แหล่งเดิม. หน้าเดิม.

⁹¹ แหล่งเดิม. หน้า 1253.

⁹² แหล่งเดิม. หน้า 1254.

⁹³ แหล่งเดิม. หน้า 1254-1255.

ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แล้วจะพบว่า มาตรา 294 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นมีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 253 ของกฎหมายลักษณะอาญา ส่วนมาตรา 299 มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 258 ของกฎหมายลักษณะอาญา โดยความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในกฎหมายลักษณะอาญาจะใช้คำว่า “วิวาทต่อสู้กัน” ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ชุลมุนต่อสู้” นั่นเอง

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้จัดเป็น “ความผิดที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์” เนื่องจาก การชุลมุนต่อสู้เป็นการก่อหรือเพิ่มอันตรายต่อชีวิตหรือต่อร่างกายของบุคคล โดยมีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ภัยอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายแล้วแต่กรณี กล่าวคือ การที่กฎหมายบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมา ก็เพราะกฎหมายประสงค์ที่จะไม่ให้อันตรายเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นเพื่อป้องกันอันตรายไว้ก่อนนั่นเอง

หากเราพิจารณาความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่าทั้งสองมาตรานี้มีหลักเกณฑ์องค์ประกอบความผิดเหมือนกัน จะแตกต่างกันก็เฉพาะ มาตรา 294 เป็นกรณีเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย ส่วนมาตรา 299 เป็นกรณีเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น โดยเราสามารถพิจารณารายละเอียดของทั้งสองมาตราได้ดังนี้

1. ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตามมาตรา 294⁹⁴

มาตรา 294 มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

- 1) ผู้ใดเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้
- 2) ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป
- 3) เป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้ที่เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ถึงแก่

ความตาย

- 4) เจตนา (ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายใน)

ข้อยกเว้น หากผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ได้กระทำไปเพื่อ

- 1) ห้ามการชุลมุนต่อสู้กัน หรือ
- 2) ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

⁹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปและบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้ที่เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ถึงแก่ความตาย โดยการกระทำในการชุลมุนต่อสู้กัน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้กันแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้กันหรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ.”

การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้กันตามมาตรานี้กฎหมายกำหนดไว้ว่า ต้องมีบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ฉะนั้น ถ้ามีเพียง 2 คนต่อสู้กันก็ไม่เรียกว่าชุลมุนต่อสู้กัน แต่เป็นการต่อสู้กันระหว่างบุคคล ถ้ามีความตายเกิดขึ้นย่อมทราบได้แน่นอนว่าใครเป็นผู้ทำให้ตาย ซึ่งผู้ทำให้ตายนั้นจะต้องมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือไม่เจตนาแล้วแต่กรณีแต่ไม่มีความผิดตามมาตรา 294⁹⁵

การที่กฎหมายใช้คำว่า เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้กันทำให้คนตายต้องมีแต่ 3 คนขึ้นไป นั้น มีความหมายถึงว่า การชุลมุนต่อสู้กันทำให้คนตายนั้นไม่ทราบว่าใครเป็นผู้ทำให้ตาย เป็นแต่ว่าเมื่อเกิดการชุลมุนต่อสู้กันแล้วมีคนตายขึ้น ผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนมีความผิดตามมาตรา 294⁹⁶

คำว่า “การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้” หมายถึง การกระทำเพื่อใช้กำลังทำร้ายร่างกาย โดยบุคคลหลายคนเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้กันอย่างสับสนวุ่นวายและไม่ได้ความว่าใครทำร้ายร่างกายใคร อย่างไร หรือไม่ต้องถึงกับได้ใช้กำลังทำร้ายร่างกายสำเร็จแล้ว เช่น ตีกันแต่ไม่ถูกร่างกายกันเลยก็เป็นการต่อสู้กันแล้วและถือว่าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนเป็นตัวการในการกระทำความผิดตามมาตรา 83⁹⁷

การต่อสู้ หมายถึง การใช้กำลังเพื่อทำร้ายร่างกาย ไม่ต้องถึงกับทำร้ายร่างกายผิดสำเร็จ⁹⁸ และหมายความถึง การที่บุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปสมัครใจเข้าต่อสู้ทำร้ายกัน ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งทำร้ายอีกฝ่ายหนึ่งหนีหรือไม่สู้⁹⁹ หรือป้องกันตัว

การต่อสู้ต้องกระทำระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป จะเป็น 2 ฝ่ายหรือกว่านั้นไม่สำคัญ อาจเป็นบุคคล 3 คนต่างต่อสู้กันไม่รู้ว่าใครเป็นใคร หรือแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายก็เป็นวิวาทกันได้ คำว่า ชุลมุนต่อสู้ คงจะหมายความว่าไม่จำเป็นต้องรู้ว่าใครเป็นฝ่ายไหนก็เป็นความผิดมาตรานี้ได้

⁹⁵ สุปิ่น พูนพัฒน์. (2540). คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ. หน้า 166.

⁹⁶ แหล่งเดิม.

⁹⁷ ประภาศน์ อวยชัย. (2548). ประมวลกฎหมายอาญา เล่มที่ 5 มาตรา 270 ถึงมาตรา 308 พร้อมด้วยคำอธิบายและย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2546. หน้า 2873.

⁹⁸ กมลชัย รัตนสกลวงศ์ ข (2544). คู่มือประกอบการศึกษากฎหมายอาญา มาตรา 288-มาตรา 398. หน้า 36.

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 791-792/2504 กรณีชุลมุนต่อสู้กันระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปและมีบุคคลถึงตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 นั้น หมายถึงกรณีที่ไม่ว่าทราบว่ามีผู้ใดหรือผู้ใดร่วมกันใครได้ทำร้ายผู้ตายถึงตาย ถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งกลุ่มรวมกันทำร้ายผู้ตายถึงตาย ฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบร่วมกันฆ่าผู้ตายโดยเจตนา. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

มิใช่ว่าถ้าแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่ง 2 คน อีกฝ่ายหนึ่งคนเดียว ต่อสู้กันแล้วจะ ไม่เป็นการชุลมุน ไม่เป็นการวิวาท¹⁰⁰

การกระทำที่เป็นการร่วมในการชุลมุนต่อสู้ หมายความว่า ต้องอยู่ต่อหน้าการชุลมุนต่อสู้ แต่ไม่ต้องถึงกับอยู่ในวงการต่อสู้ทีเดียว และเมื่ออยู่ในที่ต่อหน้าการชุลมุนต่อสู้แล้วได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการใช้กำลังเพื่อทำร้ายด้วย¹⁰¹ เช่น ได้ชกต่อยด้วยหรือยืนอยู่ห่างกลุ่มคน 30-40 คน ที่ทำร้ายกัน 2 วาและเอาเก้าอี้ทุ่มลงไปในกลุ่มที่ต่อสู้กันนั้น¹⁰² และมีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง คือ รองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ได้ให้ความเห็นในทางขยายความคำว่า “เข้าร่วม” ว่าบุคคลที่เข้าร่วมไม่จำเป็นต้องอยู่ในบริเวณที่มีการชุลมุนต่อสู้ แม้จะยิงกันคนละฝากลองทำร้ายกันขณะอยู่ในเรือคนละลำก็เป็นการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้แล้ว¹⁰³

แม้จะถูกทำร้ายจนหนีไม่รอดก็ไม่พ้นความผิด แต่ถ้าได้ความเพียงว่าผู้ใดอยู่ในที่วิวาท หากไม่ได้ความว่าได้ร่วมกระทำการอันเป็นการใช้กำลังเพื่อทำร้ายผู้อื่นด้วยแล้วก็ไม่มีความผิด¹⁰⁴

การชุลมุนต่อสู้ต้องมีผลให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดถึงตาย โดยการกระทำในการชุลมุนต่อสู้ กล่าวคือ เป็นผลโดยตรงจากการกระทำในการต่อสู้กันตามทฤษฎีเจือใจ ซึ่งไม่มีเหตุมาตัดความสัมพันธ์ระหว่างการต่อสู้กัน¹⁰⁵

ความตายที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นการตายเพราะการกระทำของผู้วิวาทคนใดไม่สำคัญ และบุคคลที่ตายก็ไม่จำเป็นต้องเป็นคู่ต่อสู้ จะเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ก็ได้ ข้อสำคัญนั้นอยู่ที่ว่า การตายนั้นเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้หรือไม่ หากใช้ก็เป็นความผิดตามมาตรา 253 นอกจากนั้นความตายที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้กันนี้ไม่จำเป็นว่าจะต้องตายทันทีในขณะที่ชุลมุนต่อสู้กัน แต่อาจตายในวันอื่นหลังจากวันชุลมุนต่อสู้กันก็ได้ เช่น ก. ถูกทำร้ายในการชุลมุนต่อสู้กันบาดเจ็บสาหัสนำไปรักษาในโรงพยาบาลได้ 2 วันก็ถึงแก่ความตาย ดังนี้ ก็มีความหมายดังที่กล่าวไว้ในมาตรานี้ว่าคนตายในการชุลมุนต่อสู้กันแล้ว¹⁰⁶

¹⁰⁰ จิตติ ดิงศภัทย์ ข เล่มเดิม. หน้า 176.

¹⁰¹ แหล่งเดิม. หน้า 177.

¹⁰² คำพิพากษาฎีกาที่ 241/2491 ไม่ได้อยู่ในกลุ่มคนวิวาทกันแต่ได้ยืนอยู่ใกล้ที่วิวาทและได้เอาเก้าอี้ทุ่มลงไปในกลุ่มคนที่วิวาทกัน ได้ชื่อว่าเป็นการวิวาทด้วย เมื่อเกิดการทำร้ายกันตายในวงวิวาท ก็ต้องมีความผิดตามมาตรา 253 ด้วย. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

¹⁰³ โกเมศ ขวัญเมือง. (2526). *กฎหมายอาญา 4*. หน้า 65.

¹⁰⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ ข เล่มเดิม. หน้าเดิม.

¹⁰⁵ แหล่งเดิม. หน้า 177-178.

¹⁰⁶ สุปิน พูนพัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 167.

ในประเด็นที่ว่าหากมีความตายเกิดขึ้นก่อนหรือหลังที่บุคคลจะเข้าไปทำการชุลมุนต่อสู้แล้ว บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ เช่น มีการชุลมุนต่อสู้กันและมีบุคคลถึงแก่ความตายอยู่ก่อนแล้ว ต่อมา นาย ก จึงเข้าไปร่วมชุลมุนต่อสู้ด้วย โดยในระยะเวลาที่ นาย ก เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ด้วย จนกระทั่งเล็กน้อยนั้น ไม่มีความตายเกิดขึ้น หรือ นาย ก เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้แต่ต่อมาก็ล้มเลิก ซึ่งเมื่อออกมาแล้วก็ยังมีการชุลมุนต่อสู้กันต่ออีกและมีความตายเกิดขึ้นเช่นนี้ กรณีนี้เห็นได้ว่าในกรณีนี้ความตายไม่ได้เกิดขึ้นในขณะที่ นาย ก เข้าไปร่วมชุลมุนต่อสู้ด้วย จึงเป็นปัญหาว່ว่า นาย ก จะต้องรับผิดชอบนี้หรือไม่ กรณีนี้มีความเห็นในทางดำตรา 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก ซึ่งเป็นฝ่ายข้างมาก มีความเห็นว่าต้องรับผิดชอบในความตายที่เกิดขึ้น เช่น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิย์ ให้ความเห็นไว้ว่า

“มาตรา ๓๑ ไม่มีข้อความจำกัดว่าต้องเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ใด โดยเฉพาะ และไม่ใช้กรณีที่จะใช้หลักเรื่องร่วมกระทำในลักษณะตัวการตามมาตรา ๘๓ จึงไม่จำเป็นต้องเข้าร่วมตั้งแต่ก่อนหรือขณะกระทำการอันมีผลให้บุคคลใดถึงตาย ตามบทบัญญัติมาตรา ๓๑ ความตายเป็นผลมาจากการชุลมุนต่อสู้ตั้งแต่ต้นจนจบ ไม่ใช่ผลจากการเข้าร่วมของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ”¹⁰⁷

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“โดยที่ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตราย ฉะนั้น เมื่อการชุลมุนต่อสู้เกิดขึ้นแล้ว ผู้ที่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในในเวลาต่อมาก็ต้องมีความผิดฐานนี้ แม้ความตายหรืออันตรายสาหัสจะเกิดขึ้นก่อนที่ตนเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ หรือจะเกิดภายหลังที่ตนได้เลิกการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้แล้วก็ตาม”¹⁰⁸

ฝ่ายที่สอง ความเห็นฝ่ายข้างน้อย มีความเห็นว่า ไม่ต้องรับผิดชอบในความตาย เช่น พระอินทปรีชา ให้ความเห็นไว้ว่า

“อนึ่ง จะต้องให้ได้ความปรากฏว่า ความตายได้บังเกิดขึ้นในระหว่างที่จำเลยกระทำการต่อสู้ จำเลยจึงจะมีความผิดตามมาตรา ๓๑ ถ้าได้ความว่าบังเกิดความตายขึ้นก่อนที่จำเลยเข้ากระทำการวิวาทต่อสู้ จำเลยไม่มีความผิด เพราะการกระทำของจำเลยไม่มีผลอย่างใดต่อความตายซึ่งได้บังเกิดอยู่ก่อนแล้วนั้นเลย”¹⁰⁹

เหตุที่จะมีการชุลมุนต่อสู้กันนั้น โดยปกติธรรมดาจะเกิดมาจากการทะเลาะวิวาทกันระหว่างบุคคล 2 ฝ่ายเสมอ หรืออาจจะเกิดจากพวกเดียวกัน เมื่อคึกคะนองแล้วได้เถียงตกลงกัน

¹⁰⁷ จิตติ ดิงศกัทธิย์ ฌ เล่มเดิม. หน้า 179.

¹⁰⁸ คณิต ฌ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 161.

¹⁰⁹ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1219-1220.

ไม่ได้ จึงเกิดทะเลาะวิวาทชุลมุนต่อสู้กันขึ้น แต่ก็เรียกว่าเป็น 2 ฝ่ายเหมือนกัน เพราะตอนหลังแยกจากพวกเดียวกันเป็น 2 ฝ่ายแล้ว และการชุลมุนต่อสู้กันนี้จะเกิดจากความตั้งใจมาตั้งแต่แรกโดยยกพวกมาต่อสู้กัน หรือเกิดขึ้นปัจจุบันทันด่วน เพราะเนื่องจากโต้เถียงตกลงกันไม่ได้ดังกล่าวมาแล้ว ก็เรียกว่าเป็นการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้กันตามมาตรา ๒๙๔ ข้อสำคัญให้มีจำนวนบุคคลเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้กันตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเท่านั้น¹¹⁰

ในกรณีที่ทราบว่าคนใดที่เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้กันนั้นเป็นผู้ทำให้คนตาย ผู้นั้นก็ต้องมีความผิดฐานฆ่าคนตายแยกเป็นความผิดอีกกระทงหนึ่งด้วย เพราะการกระทำแต่ละอย่างต่างก็เป็นความผิดแยกออกจากกันอยู่แล้ว มาตรา 294 นี้ไม่ได้เป็นบทบัญญัติลบล้างความผิดฐานฆ่าคนตาย¹¹¹

ตัวอย่างเช่น ก. ฝ่ายหนึ่งกับ ข. ค. อีกฝ่ายหนึ่งได้เข้าชุลมุนต่อสู้กัน ปรากฏว่าในการชุลมุนต่อสู้กันนั้น ค. ถึงแก่ความตายโดยไม่ทราบว่าใครเป็นผู้ทำให้ ค. ตาย ดังนี้ ก. ข. มีความผิดตามมาตรา 294

แต่ถ้าปรากฏว่า ก. หรือ ข. มีอาวุธเป็นมีดหรือปืนก็ตาม เมื่อปรากฏว่า ค. ตายเพราะถูกมีดหรือถูกยิงด้วยปืน ของ ก. หรือ ข. แล้ว ก. หรือ ข. ย่อมมีความผิดตามมาตรา 294 กระทงหนึ่ง และมีความผิดฐานฆ่าคนอีกกระทงหนึ่งตามมาตรา 288 หรือ 290 แล้วแต่กรณี¹¹²

การจะลงโทษตามมาตรา 294 ได้ ก็เฉพาะในกรณีที่มีการชุลมุนต่อสู้กันแล้วมีการตายเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำเพราะชุลมุนต่อสู้กัน แต่ถ้าเป็นกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งรุมทำร้ายเขาจนถึงตาย

¹¹⁰ สุปิ่น พูนพัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 167.

¹¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 900/2508 ฟ้องว่า จำเลยที่ 1-2 ฝ่ายหนึ่ง กับผู้ตายอีกฝ่ายหนึ่งร่วมชุลมุนต่อสู้ทำร้ายกันและกันในการต่อสู้กันนี้ จำเลยที่ 1 ใช้มีดฟันผู้ตายถูกที่บริเวณศีรษะโดยมีเจตนาฆ่าให้ตาย ผู้ตายถึงแก่ความตายด้วยบาดแผลนั้นขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288, 294 ไม่เป็นฟ้องที่ขัดแย้งกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 ผู้ที่ชุลมุนต่อสู้กันนั้นต้องมีความผิดทุกคนเว้นแต่แสดงได้ว่าได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 ถ้าปรากฏว่าในพวกที่ชุลมุนกันนั้นบุคคลใดเป็นผู้กระทำให้ตาย อาจมีความผิดฐานฆ่าคนตายตามมาตรา 288 อีกบทหนึ่งต่างหากเพราะมาตรา 294 ไม่ลบล้างความผิดฐานฆ่าคนตาย. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

¹¹² สุปิ่น พูนพัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 168.

โดยที่ผู้ตายไม่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เลยก็ไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 294 แต่จะมีความผิดตามมาตรา 288 หรือ 290 แล้วแต่กรณี¹¹³

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้¹¹⁴

“เจตนาเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้” คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป และผู้กระทำต้องการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้¹¹⁵ และหากมีเจตนาที่จะกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ไม่ได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ เพียงแต่อาศัยโอกาสที่มีการชุลมุนเข้าทำร้ายบุคคลในวงต่อสู้เท่านั้น ก็มีใช่เป็นผู้เข้าร่วมชุลมุน¹¹⁶

ข้อยกเว้น

มาตรา 294 วรรค 2 บัญญัติว่า ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้¹¹⁷ไม่ต้องรับโทษ เมื่อผู้นั้นสามารถนำสืบแสดงได้ว่า ตนได้กระทำไปเพื่อ

- 1) ห้ามการชุลมุนต่อสู้¹¹⁸ หรือ
- 2) ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข้อยกเว้นทั้งสองประการนี้ หน้าที่นำสืบตกอยู่แก่ฝ่ายที่กล่าวอ้างขึ้นมาเพื่อให้ตนพ้นความรับผิด กล่าวคือ ถ้าสืบมูลเหตุชักจูงใจของตนให้ศาลเชื่อได้ว่า ตนมีมูลเหตุชักจูงใจอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ คือ (1) ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ คือ เพื่อที่จะทำให้การชุลมุนต่อสู้ยุติลง หรือ (2) เพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย บุคคลนั้นก็ไม่ต้องรับโทษ

ในเรื่องการกระทำที่เป็นข้อยกเว้นทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในวรรคสองของความผิดฐานนี้¹¹⁹ ความเห็นในทางตำราแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย โดยฝ่ายแรกเห็นว่า บทบัญญัติที่ว่า

¹¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 791-792/2504 จำเลยทั้ง 3 กับพวกอีก 2-3 คน พากันขึ้นไปบนสถานลีลาศ แสดงกิริยาพาลเกรซกต้อยคนเฝ้าประตูและซักมีตออกมามีคนห้ามจำเลยกับพวกลงมาข้างล่างและทำท่ายให้ลงมาสู้กันข้างล่าง ราว 5 นาทีต่อมาผู้ตายซึ่งมาฝึกลีลาศได้ทราบเรื่องจึงลงมาถามจำเลย กลับถูกจำเลยกับพวกชุมชกต้อยเอา และในขณะที่เดียวกันนายนั้นจำเลยใช้มีดยาว 1 คืบแทงถูกหน้าท้องผู้ตายจนลำไส้ทะลุแสดงว่ามีเจตนาฆ่าผู้ตายโดยไม่ใช่กรณีชุลมุนต่อสู้กันระหว่างบุคคล 3 คนขึ้นไปไม่มีคนถึงตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 เพราะมาตรานี้หมายถึงกรณีที่ไม่ว่าใครหรือผู้ใดร่วมกับใครได้ทำร้ายผู้ตายถึงตาย แต่เป็นกรณีที่จำเลยกับพวกกลุ่มรวมทำร้ายผู้ตาย ต้องถือว่าจำเลยทั้ง 3 ได้ร่วมกันทำผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

¹¹⁴ คณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 160.

¹¹⁵ แหล่งเดิม.

¹¹⁶ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. (2553). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด มาตรา 288 ถึง 366*.

“ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้” นั้น แท้จริงแล้วการกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นการชุลมุนต่อสู้ ซึ่งเป็นการขาดองค์ประกอบ¹¹⁷ กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวขาด “เจตนาในการชุลมุนต่อสู้” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของ โครงสร้างความคิดอาญาในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ จึงทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด และในส่วนของ การป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายนั้นความเห็นในทางตำราของฝ่ายนี้เห็นว่า การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงเป็นผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิด ส่วนฝ่ายที่ 2 เห็นว่า การเข้าห้ามในการที่ผู้อื่นชุลมุนต่อสู้โดยไม่ถึงกับต่อสู้กับผู้ใดนั้นเป็นการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้แล้ว¹¹⁸ ส่วนการเข้าไปป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้จะยังไม่ได้ออกสู้กับใครแต่หากมีคนตายหรือได้รับอันตรายสาหัส โดยการกระทำในการชุลมุนต่อสู้ การเข้าไปเพื่อป้องกันนั้นก็ถือว่าผู้นั้นได้เข้าไปร่วมในการชุลมุนต่อสู้แล้วเช่นกัน แต่หากผู้นั้นแสดงได้ว่าตนเข้าไปร่วมในการชุลมุนต่อสู้เพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษ

คำว่า “ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้” นั้น หมายความว่า ผู้นั้นไม่ได้มีเจตนาเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ แต่ได้เข้าไปโดยมีเจตนาที่จะห้ามการชุลมุนต่อสู้¹¹⁹

“เพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” หมายความว่า ผู้นั้นจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรานี้ ก็คือ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 นั่นเอง

หลักเกณฑ์ในการพิจารณากรณีการกระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ คือ

ก. ต้องมีการชุลมุนต่อสู้ก่อนแล้ว และผู้ห้ามจึงเข้าไปด้วยเจตนาห้ามตั้งแต่ตอนเข้าไป และไม่เปลี่ยนเจตนาห้ามเป็นสมัครใจวิวาทต่อสู้¹²⁰

ข. ไม่ว่าจะมีการตายเกิดขึ้นก่อนหรือหลังจากการที่ผู้ห้ามเข้าไปห้าม ก็ถือว่ามี การตายเกิดขึ้น¹²¹

ส่วนในเรื่องการต่อสู้ว่าป้องกันนั้น ผู้สมัครใจเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ จะอ้างว่ากระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ตนพ้นผิดในการเข้าร่วมในความผิดฐานนี้ไม่ได้

¹¹⁷ คณิต วัฒนคร ข เล่มเดิม. หน้า 161.

¹¹⁸ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. (2515). คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1. หน้า 70.

¹¹⁹ พัชร์ เนียมกฤษ. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เรียงตามมาตรา. หน้า 471.

¹²⁰ โกเมศ ขวัญเมือง. เล่มเดิม. หน้า 65.

¹²¹ แหล่งเดิม.

โดยการสมัครใจเข้าสู่โดยมิใช่แต่เพียงไม่หลบหนี ไม่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย¹²² และจะทำร้ายผู้หนึ่งเพื่อป้องกันผู้อื่นอีกผู้หนึ่งที่วิวาทต่อสู้กันอยู่ก็ไม่ได้ เพราะบุคคลนั้นไม่มีสิทธิป้องกันตนต่อภัยที่ตนสมัครใจเข้าเสี่ยงเอง โดยไม่มีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย¹²³

2. ความผิดฐานเข้าร่วมในการข่มขู่ตามมาตรา 299¹²⁴

ความผิดตามมาตรา 299 นี้ มีหลักเกณฑ์และองค์ประกอบความผิดเป็นอย่างเดียวกันกับความผิดตามมาตรา 294 คงต่างกันเพียงแต่ว่า มาตรา 299 นี้เป็นกรณีข่มขู่ต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น ส่วนมาตรา 294 เป็นกรณีข่มขู่ต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย ดังนั้นจึงสามารถนำหลักเกณฑ์ต่างๆ ในมาตรา 294 มาใช้กับมาตรา 299 นี้ได้

ส่วนในกรณีที่ว่าอย่างไรเป็น “อันตรายสาหัส” นั้น จะพิจารณา “อันตรายสาหัส” ตามความหมายในมาตรา 297 โดยมาตรา 297 วรรคสอง ได้บัญญัติถึงอันตรายสาหัสว่า

“อันตรายสาหัสนั้น คือ

- (1) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียนานประสาท
- (2) เสียววัยวะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์
- (3) เสียนิ้ว ขา มือ เท้า นิ้ว หรืออวัยวะอื่นใด
- (4) หน้าเสียนิ้วอย่างติดตัว
- (5) แหว่งลูก
- (6) จิตพิการอย่างติดตัว
- (7) ทูพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต
- (8) ทูพพลภาพหรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า ยี่สิบวัน หรือจนประกอบ

กรณียกตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน”

¹²² คำพิพากษาฎีกาที่ 1370/2497 เริ่มแรกจำเลยต่อเจตนาไม่ผิดของจำเลยด้วยการนำมิดและอาวุธปืนลูกซองไม่จดทะเบียนไป แล้วรื้อฟื้นร้ายของผู้ตายที่ปิดทางไว้โดยพลการซึ่งแสดงว่าจำเลยเตรียมตัวจะต่อสู้กับผู้ตายอย่างเต็มที่ แม้จะปรากฏว่าผู้ตายได้ห้ามและได้เจ้อขวานจะฟันจำเลยก่อน จำเลยก็ยังเอาด้วยปืนที่เตรียมมาดั่งนี้ จำเลยจะอ้างว่าป้องกันตัวหาได้ไม่. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

¹²³ จิตติ ดิงศกัทธิย์ข เล่มเดิม. หน้า 181.

¹²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 299 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าร่วมในการข่มขู่ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป และบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้ที่เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ รับอันตรายสาหัสโดยการกระทำการในการข่มขู่ต่อสู้นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการข่มขู่ต่อสู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำให้ไปเพื่อห้ามการข่มขู่ต่อสู้นั้น หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ.”

“ตาบอด” หมายความว่า ดวงตาเสียความสามารถที่จะเห็นภาพได้อย่างสิ้นเชิง ไม่จำเป็นที่ดวงตาจะต้องหลุดหายไปจากร่างกาย และแม้จะบอดข้างเดียวก็เป็นอันตรายสาหัสแต่ต้องบอดตลอดไปไม่ใช่มองไม่เห็นชั่วคราว

“หูหนวก” หมายความว่า หูข้างหนึ่งข้างใดเสียความสามารถที่จะได้ยินเสียงตลอดไป

“ลึนขาด” หมายถึง ลึนขาดหายไป ความขาดหายจะมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ¹²⁵

เพียงแต่ขาดไปบางส่วน แม้จะน้อยนิดเดียวก็ได้ชื่อว่าลึนขาด

“เสียมานประสาท” หมายความว่า เสียความสามารถที่จะได้กลิ่น คงจะต้องเสียความสามารถสิ้นเชิงทำนองเดียวกับตาบอด หูหนวก

“เสียอวัยวะสืบพันธุ์” หมายความว่า อวัยวะในการร่วมประเวณี ไม่ว่าจะเป็นอย่างชายหรือหญิง อาจเป็นอวัยวะนอกหรืออวัยวะภายในก็ได้ เช่น มดลูก รังไข่

“เสีย” คือ อวัยวะสืบพันธุ์ขาดหายไป และหมายความรวมถึงการทำให้อวัยวะสืบพันธุ์ใช้สืบพันธุ์ไม่ได้แม้จะไม่ถึงขาดหายก็ตาม¹²⁶

“เสียความสามารถในการสืบพันธุ์” หมายความว่า อวัยวะยังคงมีอยู่แต่ไม่สามารถใช้สืบพันธุ์ได้ แม้ว่าจะยังสามารถร่วมประเวณีได้ก็ตาม

คำว่า “เสีย” ตาม (3) ไม่หมายเฉพาะขาดหายไปเท่านั้น แต่หมายความถึงทำให้ใช้อวัยวะนั้นๆ ไม่ได้ด้วย เช่น แขนหรือขาเป็นอัมพาต¹²⁷

“อวัยวะอื่นใด” ตาม (3) ต้องเป็นอวัยวะสำคัญ และรวมถึงอวัยวะภายในด้วย¹²⁸ โดยจะต้องเป็นอวัยวะที่หากสูญเสียไปแล้วมีความสำคัญเทียบได้กับการเสียแขน ขา มือ เท้า นิ้ว ตามที่กฎหมายระบุไว้

“หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว” คือ การเสียความงามของใบหน้าจนน่าเกลียด กล่าวคือ มีความเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของรูปพรรณของใบหน้าเมื่อมองจากภายนอก¹²⁹

แผลเสียโฉมนั้นต้องเป็นอย่างติดตัว หมายความว่า มีลักษณะที่ไม่อาจหายได้

“แท้งลูก” หมายความว่า กระทำให้ลูกตายในครรภ์หรือตายก่อนที่จะคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก ไม่ใช่ทำให้ลูกออกจากครรภ์มารดาที่กำหนดโดยไม่ต้องคำนึงว่ามีชีวิตหรือไม่ โดย

¹²⁵ คณิต ฌ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 135.

¹²⁶ แผล่งเดิม.

¹²⁷ แผล่งเดิม.

¹²⁸ แผล่งเดิม.

¹²⁹ vgl. Diehelm Kienapfel , Grundriss des österreichischen Strafrechts : Besonderer Teil , Band I,

S.137 (อ้างถึงใน คณิต ฌ นคร ข, 2553 หน้า 136).

การแทงลูกนี้ ศาลฎีกาเห็นว่าจะต้องเป็นกรณีกระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกทำร้ายออกมาในลักษณะที่ลูกนั้นไม่มีชีวิต

“จิตพิการอย่างติดตัว” หมายความว่า จิตพิการที่มีลักษณะแสดงว่าไม่อาจหายได้¹³⁰ แต่ไม่ได้หมายความว่าต้องติดตัวไปจนตลอดชีวิตจริงๆ มิเช่นนั้นจะต้องคอยจนผู้เสียหายตายเสียก่อน จึงจะกล่าวได้ว่าจิตพิการอย่างติดตัวจริง

“ทุพพลภาพ” คือ การเสื่อมเสียทางกายหรือจิตใจผิดไปจากภาวะปกติ

คำว่า “ป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต” เป็นข้อขยายความพิการว่าต้องเป็นความพิการในระยะยาวที่เป็นผลต่อคุณภาพชีวิตอย่างชัดเจน กล่าวคือ ความพิการบางกรณีอาจได้รับการรักษาให้หายขาดได้¹³¹

ส่วนในกรณีทุพพลภาพหรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่ายี่สิบวัน ตาม (8) นั้น เป็นเรื่องทุพพลภาพหรือป่วยเจ็บเช่นเดียวกับ (7) แต่ไม่ต้องถึงกับเป็นตลอดชีวิต แต่จะต้องประกอบด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วัน หรือประกอบกรณีกิจกรรมปกติไม่ได้เกินกว่า 20 วัน

2.4.2 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้

ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดอาญาและจะต้องถูกลงโทษหรือไม่ ทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และ ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ต่างก็ยอมรับว่าจะต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดที่เรียกว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” ซึ่งการวิเคราะห์โครงสร้างความผิดอาญาของระบบกฎหมายทั้งสองระบบนั้นจะมีการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันไป สำหรับประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายโดยยึดถือแนวระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งประเทศที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของไทยเป็นอย่างมากก็คือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและฝรั่งเศสนั่นเอง

ความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้ของไทยนั้นมี 2 มาตรา คือ มาตรา 294 การเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299 การเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งทั้ง 2 มาตรานี้มีหลักเกณฑ์องค์ประกอบความผิดเหมือนกัน แตกต่างกันเฉพาะผลที่เกิดขึ้นในการเข้าร่วมซุลมุนต่อผู้เท่านั้น โดยมาตรา 294 ผลคือ มีบุคคลถึงแก่ความตาย แต่มาตรา 299 ผลคือ มีบุคคลได้รับอันตรายสาหัส ส่วนในวรรคสองของทั้งสองมาตรานั้นเป็นการบัญญัติการยกเว้นความรับผิดเอาไว้ คือ ในกรณีที่ผู้เข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้สามารถนำสืบได้ว่าตนเอง

¹³⁰ คณิต ฌ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 137.

¹³¹ แหล่งเดิม.

กระทำไปเพื่อ 1) ห้ามการชุลมุนต่อสู้นั้น หรือ 2) เพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษ

หากเรานำความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทั้ง 2 มาตรามาพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส รวมทั้งบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 แล้วจะพบว่าการกระทำที่ความผิดฐานนี้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในวรรคสองของทั้ง 2 มาตรา โดยหลักแล้วเป็นการกระทำที่ไม่มี ความผิด กล่าวคือ หากทำการวินิจฉัยการกระทำทั้งสองประการ คือ การห้ามการชุลมุนต่อสู้ และการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว จะพบว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญา จึงทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ส่งผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษ ดังนั้นจึงพบว่าผลของการวินิจฉัยการกระทำทั้ง 2 ประการดังกล่าวตามโครงสร้างความผิดอาญานั้นมีความแตกต่างกับความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ซึ่งย่อมาหมายความว่าผู้กระทำมีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น นอกจากนี้ยังพบว่ากรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายทั้ง 3 มาตรา คือ มาตรา 68 มาตรา 294 และมาตรา 299 ใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติเช่นเดียวกัน คือ คำว่า “ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” แต่กลับบัญญัติผลในทางกฎหมายออกมาแตกต่างกันนั้น อาจก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ใช้กฎหมายได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงพบว่าบทบัญญัติในวรรคสองของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทั้งสองมาตราบัญญัติไว้ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญา

2.4.3 ลักษณะความน่าจะเป็นอันตรายของการชุลมุนต่อสู้ที่มีต่อสาธารณะ

หากเราพิจารณาสภาพสังคมไทยในปัจจุบันจะพบว่าปัญหาประการหนึ่งที่เพิ่มความรุนแรงขึ้นมาก คือ ปัญหาความขัดแย้งของกลุ่มบุคคลต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นความขัดแย้งทางการเมือง หรือผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลต่างพวกกัน รวมถึงปัญหาความขัดแย้งทางความคิดของกลุ่มเด็กวัยรุ่น ซึ่งความขัดแย้งของกลุ่มบุคคลดังกล่าวนี้มักจะจบลงด้วยการตัดสินใจใช้ความรุนแรงในการแก้ปัญหา โดยเหตุการณ์การใช้ความรุนแรงที่มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นมากในปัจจุบันก็คือ เหตุการณ์ที่กลุ่มเด็กนักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันยกพวกตีกันนั่นเอง โดยจะปรากฏให้เห็นตามหน้าหนังสือพิมพ์และสื่อวิทยุโทรทัศน์อยู่บ่อยครั้ง โดยผู้ก่อเหตุมักอ้างว่ากระทำไปเพื่อรักษาหรือป้องกันศักดิ์ศรีของสถาบันรวมทั้งปกป้องศักดิ์ศรีของเพื่อนฝูง ซึ่งการยกพวกตีกันของนักเรียนระหว่างสถาบันนี้จัดว่าเป็นลักษณะเฉพาะของความรุนแรงในหมู่เยาวชนวัยรุ่นของไทย โดยจากการศึกษาปัญหาความรุนแรงของเยาวชนทั่วโลกนั้น พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศ

หนึ่งที่มีปัญหาเยาวชนวัยรุ่นใช้ความรุนแรงสูงมากซึ่งมีทั้งการเสพยาและค้ายาเสพติด การก่ออาชญากรรม การฆ่าคน การใช้ความรุนแรงในสถานศึกษา ตลอดจนการตั้งแก๊งก่อความวุ่นวายสังคม แต่กลับไม่ปรากฏข่าวการยกพวกตีกันของนักเรียนนักศึกษาระหว่างสถาบันแต่อย่างใด¹³²

เหตุการณ์การใช้ความรุนแรงในการยกพวกตีกันของกลุ่มนักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันเหล่านี้มักก่อให้เกิดผลกระทบและความเสียหายต่อประชาชนหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อตัวบุคคลผู้กระทำเองที่อาจได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายหรือบุคคลภายนอกที่อาจถูกลูกหลงจากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดความสูญเสียทั้งในทางทรัพย์สินรวมทั้งชีวิตหรือร่างกายในกรณีที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บ ซึ่งท้ายที่สุดผลจากการกระทำดังกล่าวนั้นยังส่งผลไปยังครอบครัวของบุคคลผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำเหล่านั้นที่จะต้องได้รับความเดือดร้อนเนื่องจากต้องสูญเสียบุคคลที่เป็นเสาหลักในครอบครัว อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อประเทศชาติที่จะต้องสูญเสียบุคลากรในการพัฒนาประเทศอีกด้วย ปัญหาดังกล่าวจึงถือเป็น “ปัญหาเรื้อรัง” ที่จะต้องได้รับการแก้ไขเยียวยาอย่างเร่งด่วน นอกจากนี้พบว่าในการทะเลาะวิวาทและชุลมุนต่อสู้นั้นหลายครั้งผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ยังได้นำเอาอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดมาใช้ในการชุลมุนต่อสู้ด้วยซึ่งอาวุธดังกล่าวถือเป็นสิ่งที่สร้างความหวาดกลัวให้แก่ประชาชนในสังคมเป็นอย่างมากอีกทั้งการมีหรือใช้อาวุธดังกล่าวนั้นจะเป็นการเพิ่มอันตรายต่อสังคมมากขึ้นกว่ากรณีการชุลมุนต่อสู้ที่ไม่มีอาวุธดังกล่าว เนื่องจาก การที่ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ใช้อาวุธดังกล่าวอาจส่งผลให้การชุลมุนต่อสู้นั้นมีจนถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้ง่ายและรวดเร็วขึ้นนั่นเอง

จากสภาพปัญหาของสังคมไทยที่กล่าวข้างต้นนั้น หากเราจะต้องพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดในเหตุการณ์ดังกล่าวแล้วพบว่าความผิดฐานหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญาที่มักนำมาใช้ในกรณีนี้คือ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ เนื่องจาก ในเหตุการณ์ที่มีกลุ่มบุคคลจำนวนมากก่อเหตุวิวาทต่อสู้อันนั้น บุคคลต่างก็ต่อสู้กันอย่างสับสนวุ่นวายจึงหาพยานหลักฐานที่จะระบุตัวผู้กระทำความผิดแล้วนำมาลงโทษฐานทำร้ายร่างกายหรือฐานฆ่าคนตายได้ยาก เป็นเหตุให้จำเป็นต้องนำความผิดฐานนี้มาใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะความผิดฐานนี้บัญญัติเอาผิดผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนนั่นเอง และที่จากกล่าวแล้วว่าเมื่อพิจารณาปัญหาของสังคมไทยจะพบว่าการชุลมุนต่อสู้กันที่ปัจจุบันมักมีการใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเข้ามาเป็นเครื่องมือในการชุลมุนต่อสู้กันด้วยนั้นเป็นเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมมากขึ้น แต่พบว่าปัจจุบัน

¹³² รายงานสถานการณ์และแนวโน้มประเทศไทย สิงหาคม 2547 นักเรียนตีกัน : การต่อต้านของเยาวชน. (2547, 3 ตุลาคม). มติชนออนไลน์. สืบค้นเมื่อ 26 มิถุนายน 2555, จาก <http://www.dmh.go.th/news/view.asp?id=845>.

ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนนั้นจะถูกลงโทษโดยพิจารณาจากผลที่เกิดจากการชุมนุมต่อสู้ตามมาตรา 294 หรือมาตรา 299 เท่านั้นซึ่งจะเห็นได้ว่าโทษที่ผู้กระทำผิดได้รับนั้นไม่ได้นำเอาอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดมาใช้พิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดด้วย ดังนั้นกฎหมายจึงควรมีบทบัญญัติที่เหมาะสมเพื่อใช้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีนี้

2.4.4 การกำหนดสัดส่วนของอัตราโทษกับความรุนแรงของการกระทำความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้

เหตุการณ์การชุมนุมต่อสู้ในปัจจุบันที่หลายครั้งผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดนั้นเป็นการกระทำที่สามารถสร้างความหวาดกลัวให้แก่ประชาชนรวมทั้งเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อทรัพย์สินและชีวิตร่างกายของประชาชนได้เป็นอย่างมากและรวดเร็ว กล่าวคือ อาจทำให้การชุมนุมต่อสู้นั้นมีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บได้ง่ายขึ้นและรวดเร็วกว่าการชุมนุมต่อสู้ที่ไม่มีการใช้อาวุธดังกล่าวนั่นเอง ทั้งนี้ เนื่องจากอาวุธดังกล่าวนั้นถูกสร้างหรือออกแบบขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ทำร้ายหรือป้องกันตัวหรือใช้ทำลายชีวิตหรือทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ ซึ่งบุคคลผู้ใช้ย่อมเล็งเห็นหรือคำนวณได้ว่าการใช้อาวุธดังกล่าวสามารถทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้เมื่อเปรียบเทียบกับอาวุธชนิดอื่นนั่นเอง นอกจากนี้ยังอาจทำให้ความเสียหายที่เกิดจากเหตุการณ์นั้นแผ่ขยายเป็นวงกว้างได้ เนื่องจากอานุภาพความร้ายแรงของอาวุธดังกล่าวนั้น ดังนั้น หากจะให้ผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดได้รับโทษเท่ากับกรณีของการชุมนุมต่อสู้ที่กฎหมายบัญญัติไว้ย่อมเป็นการไม่เหมาะสมกับปริมาณความรุนแรงของความเสียหายที่ประชาชนจะต้องได้รับมากขึ้นจากการชุมนุมต่อสู้นั้นรวมถึงจำนวนผู้ที่ได้รับความเสียหายที่อาจเพิ่มจำนวนมากขึ้นด้วย ดังนั้น จึงเห็นว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้สมควรได้รับการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้มีความเหมาะสมกับการบังคับใช้ในสภาพสังคมไทยปัจจุบัน