

บทที่ 4

วิเคราะห์การวินิจฉัยความผิดอาชญาฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

บทบัญญัติความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยปรากฏขึ้นครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยความผิดฐานนี้ถูกบัญญัติขึ้น เนื่องจาก ผู้ร่างเห็นว่า การวิวาทต่อสู้ทำร้ายกันอย่างชุลมุนมีมากในประเทศไทยและยากที่จะหาพยานมาพิสูจน์ว่าผู้ใดทำร้ายใครอย่างไร จึงต้องมีบทบัญญัติรวมเพื่อลงโทษผู้ที่ร่วมในการวิวาทนั้น และปัจจุบันความผิดฐานนี้มักถูกนำมาใช้กับเหตุการณ์นักเรียนนักศึกษาขกพวกทะเลาะวิวาททำร้ายกัน ซึ่งปัญหานี้จัดเป็นลักษณะเฉพาะของการใช้ความรุนแรงในหมู่เยาวชนวัยรุ่นไทยที่สมควรได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วน

4.1 ปัญหาการวินิจฉัยเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยตามโครงสร้างความผิดอาญา

ปัจจุบันสามารถแบ่งระบบกฎหมายได้เป็น 2 ระบบใหญ่ๆ คือ ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ซึ่งกฎหมายทั้ง 2 ระบบต่างก็ยอมรับว่าในการที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดอาญาและจะต้องถูกลงโทษหรือไม่นั้นจะต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดที่เรียกว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” โดยแต่ละประเทศนั้นก็จะมีกรวินิจฉัยโครงสร้างความผิดอาญาที่ต่างกันไป โดยประเทศที่มีอิทธิพลในแนวทางการวินิจฉัยความรับผิดในทางอาญาของไทยเป็นอย่างมากก็คือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ยึดถือแนวระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่นเดียวกับไทยนั่นเอง

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 ซึ่งทั้ง 2 มาตรามีหลักเกณฑ์องค์ประกอบความผิดเหมือนกันจะต่างกันก็เฉพาะมาตรา 294 เป็นกรณีที่มีการชุมนุมต่อสู้นั้นเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย ส่วนมาตรา 299 เป็นกรณีที่มีการชุมนุมต่อสู้นั้นเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส และหากพิจารณาความผิดฐานนี้ตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและฝรั่งเศสแล้ว จะพบว่าความผิดฐานนี้มีปัญหาอยู่ที่วรรคสองของทั้ง 2 มาตราที่บัญญัติเหตุยกเว้นโทษไว้โดยบัญญัติ

เช่นเดียวกันว่า “ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้นั้นหรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” ซึ่งปัญหาที่เกิดจากการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษดังกล่าว คือ การที่กฎหมายบัญญัติว่าผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นั้นไม่ต้องรับโทษ หากผู้นั้นสามารถนำสืบได้ว่าตนได้เข้าไปร่วมในการชุมนุมต่อสู้อเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้นั้น หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำทั้ง 2 ประการ คือ “การห้ามการชุมนุมต่อสู้อ” และ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็นการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษนั้น ไม่ถูกต้องตามหลักการวินิจฉัยความผิดอาญาตาม โครงสร้าง ความผิดอาญา เนื่องจาก หากนำการกระทำดังกล่าวมาพิจารณาตาม โครงสร้าง ความผิดอาญา ซึ่งเป็น หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดแล้วจะพบว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด เนื่องจาก เป็นการกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบของ โครงสร้าง ความผิดอาญา หากใช่เป็นการกระทำที่มีความผิดแต่ กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ทั้ง 2 มาตราบัญญัติไว้ว่า “ไม่ต้องรับโทษ” แต่อย่างไร โดยสามารถ วินิจฉัยการกระทำทั้ง 2 ประการตาม โครงสร้าง ความผิดอาญาได้ ดังนี้

4.1.1 การห้ามการชุมนุมต่อสู้อ

คำว่า “ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้อ” หมายความว่า ผู้นั้นไม่ได้มีเจตนาเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้อ แต่ได้เข้าไปโดยมีเจตนาที่จะห้ามการชุมนุมต่อสู้อนั้น กล่าวคือ เจตนาที่แท้จริงของผู้กระทำ คือ ต้องการระงับหรือยุติการชุมนุมต่อสู้อไม่ได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้อแต่อย่างใด

เราสามารถพิจารณา “การห้ามการชุมนุมต่อสู้อ” ตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดตาม โครงสร้าง ความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและฝรั่งเศสได้ดังนี้

4.1.1.1 วินิจฉัยความผิดตาม โครงสร้าง ความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

โครงสร้าง ความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว โดยที่การวินิจฉัยความผิดอาญานั้นจะต้องวินิจฉัยตามลำดับขั้นตอน คือ ในลำดับแรกต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” หรือไม่ หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ก็จะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นมี “ความผิดกฎหมาย” หรือไม่ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมายแล้ว สุดท้ายก็ต้องพิจารณาตัวผู้กระทำว่าผู้นั้นมี “ความชั่ว” หรือไม่ หากพบว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นครบ โครงสร้าง ความผิดอาญาทั้ง 3 ประการ ก็จะถือว่า การกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดและจะต้องถูกลงโทษ แต่หากการกระทำของบุคคล

นั้นขาดโครงสร้างความคิดอาญาข้อใดข้อหนึ่งไป การกระทำนั้นก็จะไม่เป็นความคิดอาญา โดยโครงสร้างความคิดอาญาทั้ง 3 ประการนั้นสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) แบ่งออกเป็น

1) องค์ประกอบภายนอก คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความคิดฐานใดฐานหนึ่ง คือ เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด ซึ่งได้แก่ “ผู้กระทำความผิด” และ “การกระทำ” นอกจากนี้ยังมี “กรรมของการกระทำ” และ “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” อีกทั้งในความคิดบางฐานอาจมี “สิ่งที่เป็นส่วนพิเศษอื่น” ด้วยและคุณธรรมทางกฎหมายก็เป็นสิ่งที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกด้วย

2) องค์ประกอบภายใน คือ สิ่งที่อยู่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่เป็นภายในตัวผู้กระทำผิดหรือเป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความคิดฐานใดฐานหนึ่งซึ่งตามปกติจะมีสิ่งเดียว แต่ในความคิดบางฐานอาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าหนึ่งสิ่งก็ได้โดยองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกจริต และองค์ประกอบภายในอื่นๆ

2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) เป็นส่วนที่จะต้องพิจารณาหลังจากที่พิจารณาแล้วว่า การกระทำนั้นครบในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยการพิจารณาความผิดกฎหมายเป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่เข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยความผิดกฎหมายนี้เป็นเรื่องของการกระทำที่มีเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ มีผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นความคิดอาญาและเป็นเรื่องเดียวกับเรื่องเหตุยกเว้นความผิด

3. ความชั่ว (Schuld) เป็นการพิจารณาถึงตัวบุคคลผู้กระทำความผิดว่า การที่ผู้นั้นได้ตัดสินใจกระทำความผิดลงไปในนั้นเขามีความรู้สึกผิดชอบหรือไม่ หากการกระทำของบุคคลนั้นไม่อาจถูกดำเนินได้ เพราะ ผู้กระทำไม่รู้ผิดชอบหรือการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจดำเนินได้ ผู้นั้นก็ไม่มี ความชั่ว จึงไม่ต้องรับโทษ

อย่างไรก็ตามแม้การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นการกระทำที่ครบถ้วนด้วยข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ก็มีได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษเสมอไป เนื่องจากกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” สำหรับผู้กระทำความผิดไว้อย่างนอกโครงสร้างความคิดอาญา ซึ่งการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนี้เป็นการพิจารณาหลังจากที่การกระทำของบุคคลนั้นครบโครงสร้างความคิดอาญาแล้ว โดยเหตุยกเว้นโทษสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว (persönlicher Strafausschliessungsgrund) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วก่อนการกระทำความผิด มีผลทำให้กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำ

ความผิด ได้แก่ เหตุห้ามลงโทษกรณีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว ความผิดต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความผิดต่อสิทธิครอบครอง และสิทธิเจ้าบ้าน รวมถึงเรื่องเอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐและบุคคลอื่น

2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว (persönlicher Strafaufhebungsgrund) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด มีผลทำให้ “ความสมควรลงโทษ” (Strafwürdigkeit) เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นที่ไม่สมควรจะลงโทษผู้กระทำความผิดต่อไป ได้แก่ กรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

หากนำการกระทำคือ “การห้ามการชุลมุนต่อสู้” มาพิจารณาตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะพบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีส่วนของ “องค์ประกอบภายนอกของความผิด” ฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ กล่าวคือ มีตัวผู้กระทำความผิด คือ ผู้ที่เข้าไปห้ามนั้นก็เป็นผู้ที่เข้าร่วมอยู่ในการชุลมุนต่อสู้ด้วย และมีการกระทำ คือ การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป แต่ต่อมาเมื่อพิจารณาถึงส่วนขององค์ประกอบภายในแล้วจะพบว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นี้มีองค์ประกอบภายใน คือ “เจตนาในการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้” ซึ่งจะพบว่า การกระทำที่เป็นการเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้ที่เข้าไปหาได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ด้วยแต่อย่างใดไม่ หากแต่ได้เข้าไปโดยมีเจตนาที่ต้องการจะระงับหรือยุติการชุลมุนต่อสู้เท่านั้น

ดังนั้น การเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้จึงเป็นการกระทำที่ขาดเจตนาในการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ ซึ่งเป็นส่วนของ “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ครบ “องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” และเมื่อการกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติจึงไม่ต้องไปพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนของความผิดกฎหมายและความชั่วอีกต่อไป จึงสรุปได้ว่าการเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้เป็นการกระทำที่ไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญา ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดหาใช่เป็นการกระทำที่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 วรรคสอง และมาตรา 299 วรรคสองบัญญัติไว้

4.1.1.2 วินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส

การวินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดหรือไม่นั้นจะต้องวินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งโครงสร้างความผิดอาญาของฝรั่งเศสมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ องค์ประกอบทางกฎหมาย องค์ประกอบทางการกระทำ และองค์ประกอบทางจิตใจ โดยสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1) องค์ประกอบทางกฎหมาย (Elément Légal) หมายความว่า การกระทำจะมีความผิด และจะถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้

2) องค์ประกอบทางการกระทำ (Elément Matériel) คือ กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมภายนอกซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น โดยความผิดตามกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามหรืออาจเกิดขึ้นโดยละเว้นการกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำก็ได้ ส่วนผลของการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็อาจเป็นความผิดได้

3) องค์ประกอบทางจิตใจ (Elément Moral) การกระทำใดๆของบุคคลย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจก่อนแล้วจึงบังคับให้ร่างกายปฏิบัติตามจิตใจนั้น ดังนั้น ความประสงค์ของผู้กระทำจึงขึ้นอยู่กับจิตใจและแสดงออกมาโดยการกระทำ องค์ประกอบทางจิตใจนี้จะพิจารณาถึงเจตนาและความประมาทที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ และความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำที่จะมีการกำหนดความผิดและโทษ¹

เมื่อการกระทำของบุคคลครบโครงสร้างความผิดอาญาในข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังต้องพิจารณาอีกว่า การกระทำของบุคคลนั้นมี “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” หรือไม่ โดยเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุเนื่องจากการกระทำ (Cause Objective) เป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำ โดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับตัวบุคคล แต่เป็นการพิจารณาถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือเหตุยกเว้นความผิด (Justification) ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด และผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและในทางแพ่ง

2) เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) เป็นการพิจารณาความสามารถในการรับรู้การที่จะถูกลงโทษ คือ ผู้กระทำสมควรที่จะได้รับโทษในความผิดที่ตนได้กระทำไปหรือไม่ โดยผลที่เกิดจากเหตุที่พิจารณาตัวผู้กระทำผิดก็คือ การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่ เพียงแต่ว่าผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดในทางแพ่ง

หากนำการกระทำคือ “การห้ามการชุลมุนต่อสู้อย่างผิดกฎหมาย” มาพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาของฝรั่งเศสแล้ว จะพบว่าเป็นการกระทำที่ครบ “องค์ประกอบทางกฎหมาย” เนื่องจากในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นั้นกฎหมายบัญญัติเอาผิดผู้ที่เข้าร่วมอยู่ในการชุลมุนต่อสู้อยู่ทุกคนซึ่งผู้ที่เข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้นี้ก็เป็นผู้ที่อยู่ในการชุลมุนต่อสู้อยู่ด้วย จึงเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบทางกฎหมาย

¹ ชานนท์ ศรีสาคร. เล่มเดิม. หน้า 6.

เมื่อพิจารณาต่อมาในส่วนของ “องค์ประกอบทางการกระทำ” จะพบว่า ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เป็นความผิดที่กฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้บุคคลเข้าไปร่วมในการชุลมุนต่อสู้จึงบัญญัติเป็นความผิด ซึ่งการเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้นี้ได้มีการเคลื่อนไหวร่างกายเข้าไปในวงการชุลมุนต่อสู้แล้วจึงถือเป็นการกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้าม ดังนั้น จึงเป็นการกระทำที่มีองค์ประกอบทางการกระทำ และท้ายที่สุดเมื่อพิจารณาถึง “องค์ประกอบทางจิตใจ” ในเรื่องความประสงค์หรือเจตนาของผู้ที่เข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้ จะพบว่าผู้กระทำไม่ได้มีความประสงค์หรือเจตนาที่จะเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้แต่อย่างใด แต่ได้เข้าไปโดยมีความประสงค์หรือเจตนาที่จะระงับหรือยุติการชุลมุนต่อสู้เท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบทางจิตใจ ทำให้การเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้นั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีความผิดหาใช่เป็นการกระทำที่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 วรรคสอง และมาตรา 299 วรรคสองบัญญัติไว้

การที่กฎหมายบัญญัติถึงผลของการเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้ว่า “ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” นอกจากจะไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว การบัญญัติผลของการกระทำไว้ดังกล่าวยังอาจส่งผลกระทบต่อผู้กระทำด้วย เนื่องจาก การกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษมีผลทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญาเท่านั้นแต่ยังคงต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งอยู่ ต่างจากการกระทำที่ไม่เป็นความผิดซึ่งจะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง

4.1.2 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 294 วรรคสอง และมาตรา 299 วรรคสอง บัญญัติให้ผู้ที่สามารถนำสืบพิสูจน์ได้ว่าตนเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นั้นเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ต้องรับโทษ

ในเรื่องการต่อสู้ป้องกันนั้นผู้ที่สมัครใจเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้จะอ้างว่ากระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ตนพ้นผิดในการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ไม่ได้ เนื่องจากบุคคลนั้นไม่มีสิทธิป้องกันตนต่อภัยที่ตนสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยเองโดยไม่มีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย และจะทำร้ายผู้อื่นเพื่อป้องกันอีกผู้หนึ่งที่วิวาทต่อสู้กันอยู่ก็ไม่ได้ด้วย

ดังนั้น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในความผิดฐานนี้ย่อมต้องหมายความถึงการป้องกันตนเองหรือผู้อื่นที่ไม่ได้เป็นผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ เนื่องจาก หากเป็นการป้องกันตนเองหรือผู้อื่นที่มีเจตนาเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้แล้วย่อมไม่สามารถกระทำได้

พิจารณา “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและฝรั่งเศสได้ดังนี้

4.1.2.1 วินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

โครงสร้างความผิดอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว โดยเมื่อเราวินิจฉัยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามโครงสร้างความผิดอาญาแล้วจะพบว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Rechtfertigungsgrund/justification) เหตุหนึ่งในหลายๆ เหตุ² โดยการกระทำดังกล่าวนั้นกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันว่าเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 32 โดยวางหลักเกณฑ์ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ดังนี้

(1) ผู้ใดกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดกฎหมาย

(2) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายรวมถึง ความจำเป็นในการป้องกันภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งเกิดกับตนเองหรือผู้อื่น

ด้วยเหตุนี้การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนี้จึงอยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนของ “ความผิดกฎหมาย” โดยเป็นเหตุหนึ่งที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ และเป็นเหตุยกเว้นความผิดอันเป็นผลให้การกระทำของผู้กระทำไม่เป็นความผิดอาญาจึงไม่อาจลงโทษผู้กระทำได้นั้นเองและเมื่อเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนของความชั่ว อีกต่อไป

การป้องกันถือเป็นสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิทางสังคม ไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะผู้ถูกประทุษร้ายเท่านั้นแต่ยังขยายไปยังบุคคลที่ 3 และรัฐด้วย โดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ไม่ได้เป็นสิทธิเด็ดขาดที่จะถูกนำมาใช้ได้ในทุกกรณี แต่จะถูกนำมาใช้เมื่อไม่เป็นการขัดกับภารกิจของสังคมเท่านั้น โดยข้อคิดพื้นฐานของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมาจากสุภาษิตกฎหมายที่ว่าความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง³

² คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 211.

³ Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen (Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 10 Auflage (Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1967) p. 81 (อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ค การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน, 2539 หน้า 133).

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาในประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วก็จะพบว่าบัญญัติเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ไว้มาตรา 68 โดยถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่นเดียวกัน ดังนั้นเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายจึงทำให้การกระทำนั้น ไม่เป็นความผิด

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะพบว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” นั้นถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด หากมีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษ ให้ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 วรรคสอง และมาตรา 299 วรรคสองบัญญัติไว้ว่า “ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” แต่อย่างไร

4.1.2.2 วิจัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส

การวิจัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้นจะต้อง วิจัยตามองค์ประกอบทั้งสิ้น 3 ส่วน คือ องค์ประกอบทางกฎหมาย องค์ประกอบทางการกระทำ และองค์ประกอบทางจิตใจ และเมื่อการกระทำของบุคคลใดครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการแล้ว ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังจะต้องไปพิจารณาถึง “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” อีกประการหนึ่ง ด้วย คือ จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นมีเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดหรือไม่ ซึ่งเหตุแห่ง การไม่ต้องรับผิดนั้นแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. เหตุเนื่องจากการกระทำ (Cause Objective) เป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำโดยไม่ขึ้นอยู่กับพิจารณาตัวบุคคลแต่อย่างไร โดยพิจารณาถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือเหตุยกเว้นความผิด (Justification) ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด และผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและในทางแพ่ง โดยเหตุเนื่องจากการกระทำนั้น ได้แก่ กรณีดังต่อไปนี้

ก. การกระทำตามหน้าที่ (L'accomplissement d'un devoir) ได้แก่

การกระทำตามกฎหมาย (l'ordre de la loi)

การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย (Le commandement de l'autorité légitime)

ข. การใช้สิทธิ (L'exercice d'un droit) ได้แก่

การกระทำโดยป้องกัน (La légitime défense)

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยป้องกันไว้ใน มาตรา 122-5 โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ คือ

“บุคคลที่เผชิญหน้าต่อภัยอันตรายที่มีขอบด้วยกฎหมายซึ่งมาถึงตนเองหรือผู้อื่น หากได้กระทำการในขณะที่มีภัยอันตรายนั้น โดยความจำเป็นเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่ว่าวิธีการที่ใช้ป้องกันนั้นไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด

บุคคลที่กระทำการไปเพื่อยับยั้งความผิดอกุศลโทษหรือมรรยโทษที่ได้กระทำต่อทรัพย์สินของเขาหากได้กระทำการป้องกันไปด้วยความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อระงับยับยั้งการกระทำ ความผิดต่อทรัพย์สินนั้นและวิธีการที่ใช้ในการป้องกันได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา”

กรณีอื่นๆ ที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ (Les autres permissions justificatives)

ก. การกระทำโดยจำเป็น (L'état de nécessité) และความยินยอมของผู้เสียหาย (Le consentement de la victime)

2) เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective)

เป็นการพิจารณาไปถึงความสามารถในการรับรู้การที่จะถูกลงโทษด้วย กล่าวคือ ต้องพิจารณาด้วยว่าผู้กระทำสมควรที่จะได้รับโทษในความผิดที่ตนได้กระทำลงไปหรือไม่ โดยเหตุเนื่องจากการกระทำนั้น ได้แก่

ก. การกระทำเพราะถูกบังคับ

ข. การกระทำโดยวิกลจริต

ค. การกระทำความผิดโดยผู้เยาว์

ซึ่งผลที่เกิดจากเหตุที่พิจารณาตัวผู้กระทำผิดก็คือ การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่ เพียงแต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง

เมื่อเราทำการพิจารณา “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบแล้ว” จะพบว่า การป้องกันนั้นเป็น “เหตุเนื่องจากการกระทำ” โดยถือเป็นการใช้สิทธิซึ่งเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด จึงทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสแล้วจะพบว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็นการกระทำที่ไม่มี ความผิดหาใช่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 วรรค นอกจากนั้นเมื่อเราพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วจะพบว่าได้บัญญัติเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ไว้ในภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป มาตรา 68 โดยกฎหมายได้บัญญัติผลของการกระทำไว้ว่า “ผู้กระทำไม่มีความผิด” ซึ่งต่างกับผลในทางกฎหมายของมาตรา 294 และมาตรา 299

ที่บัญญัติให้ผู้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น “ไม่ต้องรับโทษ” ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ตนเอง การที่บทบัญญัติทั้ง 3 มาตราใช้คำว่า “ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกันแต่กลับบัญญัติผลของการกระทำไว้แตกต่างกันเช่นนี้ ย่อมเป็นการไม่เหมาะสม เพราะ อาจส่งผลทำให้ผู้ใช้กฎหมายเกิดความสับสนในเรื่องผลของถ้อยคำในกฎหมายได้ อีกทั้งการที่กฎหมายบัญญัติผลของการกระทำดังกล่าวไว้เช่นนี้ก็อาจส่งผลกระทบต่อตัวผู้กระทำความผิด เนื่องจากการกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษนั้นมีผลเพียงทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษทางอาญาเท่านั้นแต่ผู้กระทำความผิดยังคงต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งอยู่ต่างจากการกระทำที่ไม่เป็นความผิดซึ่งจะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษทั้งทางอาญาและทางแพ่งนั่นเอง

4.2 ปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้

4.2.1 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับความผิดอาชญาฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และ 299 โดยในมาตรา 294 คือ กรณีเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299 คือ กรณีเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่จะมีความผิดฐานนี้ได้ นั้น จะต้องปรากฏว่าการชุมนุมต่อสู้นั้นมีบุคคลถึงแก่ความตาย หรือได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้นกฎหมายจึงจะลงโทษผู้กระทำความผิดตามความผิดฐานนี้ได้ ดังนั้นหากในการชุมนุมต่อสู้ไม่ปรากฏว่ามีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสเป็นแต่เพียงมีผู้ได้รับบาดเจ็บเท่านั้นและไม่ปรากฏว่าผู้ใดทำร้ายใครก็จะไม่มีบทกฎหมายที่จะลงโทษผู้กระทำได้ กรณีนี้จึงเป็นเหตุให้ศาลต้องปล่อยตัวจำเลยไป ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 644/2468 ป. กับพวกฝ่ายหนึ่ง จ. กับพวกฝ่ายหนึ่ง ได้ใช้อาวุธทำร้ายซึ่งกันและกัน มีบาดแผลไม่สาหัสด้วยกันทั้งสองฝ่าย ทางพิจารณาโจทก์สืบไม่ได้ว่ามูลกรณีวิวาทเกิดขึ้นจากอะไร และไม่ปรากฏว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ ฎีกาตัดสินว่าโจทก์สืบไม่ได้ว่าใครทำร้ายใคร เมื่อไม่มีผู้บาดเจ็บสาหัสหรือถึงตายในคดีวิวาทแล้ว ไม่มีบทกฎหมายที่จะลงโทษจำเลยได้ ให้ปล่อยตัวจำเลยไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 942/2507 บรรยายฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ถึงที่ 4 ฝ่ายหนึ่ง และจำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 กับพวกอีกฝ่ายหนึ่ง บังอาจสมใจเข้าใช้กำลังชกต่อยเตะถีบทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน จนจำเลยที่ 3 กับที่ 5 บาดเจ็บ ดังนี้ เห็นได้ว่า โจทก์ไม่ได้บรรยายว่าจำเลยคนใดทำร้ายใคร และถือไม่ได้ว่าโจทก์ฟ้องว่าจำเลยแต่ละฝ่ายต่างร่วมกันมากระทำความผิดฟ้องโจทก์จึงเป็นฟ้องฐานทำร้ายร่างกายในการชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป ซึ่งเมื่อไม่ปรากฏว่ามีบุคคลถึงตายหรือ

ได้รับอันตรายสาหัส โดยการกระทำในการชดเชยต่อผู้ถูกกระทำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 294 หรือ 299 แล้ว แม้จำเลยให้การรับสารภาพ ก็ลงโทษจำเลยไม่ได้

จากคำพิพากษาฎีกาทั้ง 2 กรณีดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการชดเชยต่อผู้ที่มีบุคคลได้รับบาดเจ็บ โดยไม่ปรากฏว่ามีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส จึงทำให้ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานเข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ได้ นอกจากนี้ยังเป็นกรณีที่ไม่ว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ คือ กรณีหนึ่งเป็นกรณีที่ปรากฏว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ไม่ได้บรรยายฟ้องว่าจำเลยคนใดทำร้ายใคร จึงทำให้ไม่สามารถลงโทษจำเลยในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้ ดังนั้น ศาลจึงต้องปล่อยตัวจำเลยไป โดยหากพิจารณาแล้วจะพบว่ากรณีที่ศาลไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมชดเชยต่อผู้ตามกรณีที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาในความผิดฐานเข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ตามมาตรา 294 และ 299 รวมถึงไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมชดเชยต่อผู้ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้ นั้น เนื่องมาจากเหตุผลดังต่อไปนี้

เมื่อนำกรณีการชดเชยต่อผู้ที่มีบุคคลได้รับบาดเจ็บมาพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาของความผิดฐานเข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้แล้ว จะพบว่าในความผิดฐานนี้การที่จะลงโทษผู้เข้าร่วมชดเชยต่อผู้ได้จะต้องปรากฏว่าการชดเชยต่อผู้ที่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น โดยความเห็นเกี่ยวกับผลที่เกิดจากการชดเชยต่อผู้ คือ “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” ว่าอยู่ในส่วนใดของโครงสร้างความผิดอาญานั้น กรณีนี้นักกฎหมายมีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่ง⁴ เห็นว่าคำว่า “ถึงแก่ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” เป็นองค์ประกอบภายนอกที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของการชดเชยต่อผู้และผล คือ ความตายหรืออันตรายสาหัสจะต้องเป็นผลซึ่งตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้จากการเข้าร่วมชดเชยต่อผู้ตามมาตรา 63 ดังนั้นเมื่อพิจารณาการชดเชยต่อผู้ที่มีบุคคลได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับสาหัสจึงพบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานเข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้

แต่หากพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่ง⁵ ซึ่งเห็นว่า “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” นั้นเป็น “เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย” ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องประสงค์ต่อผล คือ “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” ทั้งไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ก่อผลนั้นขึ้นเองด้วย กรณีนี้จะพบว่าการชดเชยต่อผู้ที่มีบุคคลได้รับบาดเจ็บนั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดในความผิดฐานเข้าร่วมชดเชยต่อผู้แต่

⁴ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย .

⁵ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร และ ศาสตราจารย์จิติ ดิงสภักดิ์.

ขาดในส่วนของการลงโทษทางภาวะวิสัย ดังนั้นจึงไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมุนต่อผู้ได้

อย่างไรก็ตามแม้ว่านักกฎหมายจะมีความเห็นในเรื่องของผลที่เกิดจากการหลุมุนต่อผู้คือ “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” แตกต่างกันก็ตาม แต่ก็พบว่าไม่ว่าจะพิจารณาข้อเท็จจริงในคำพิพากษาฎีกาตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายใดก็ตามก็ไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมหลุมุนต่อผู้ในความผิดฐานเข้าร่วมหลุมุนต่อผู้ได้ทั้งสิ้น เนื่องจาก หากพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรกการกระทำดังกล่าวจะขาดตั้งแต่ส่วนขององค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้เลยทีเดียว แต่หากพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งจะพบว่าการกระทำดังกล่าวครบโครงสร้างความผิดอาญาของความผิดฐานนี้ คือ องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว แต่เมื่อมาพิจารณา “เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย” ซึ่งถือเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญาแต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว จะพบว่ากรณีดังกล่าวขาด “เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย” ของความผิดฐานเข้าร่วมหลุมุนต่อผู้ ซึ่งก็คือ “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” นั่นเอง

นอกจากนี้เหตุผลของการที่ไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมหลุมุนต่อผู้ในกรณีการหลุมุนต่อผู้ที่ปรากฏว่ามีบุคคลได้รับบาดเจ็บตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้ นั้น ก็เนื่องจาก การที่จะลงโทษผู้กระทำตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้จะต้องปรากฏเป็นที่ชัดเจนแน่นอนว่าใครเป็นผู้ลงมือทำร้ายใครให้ได้รับบาดเจ็บ ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 644/2468 พบว่าในการหลุมุนต่อผู้ปรากฏว่ามีผู้บาดเจ็บแต่ไม่ปรากฏว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ จึงทำให้กรณีนี้ไม่สามารถลงโทษจำเลยตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้ ส่วนในคำพิพากษาฎีกาที่ 942/2507 นั้น ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาพบว่าโจทก์ไม่ได้บรรยายข้อเท็จจริงมาในฟ้องว่าจำเลยคนใดทำร้ายใคร ซึ่งแสดงว่าในการสอบสวนฟังไม่ได้ว่าใครทำร้ายใคร ดังนั้น จึงไม่สามารถลงโทษจำเลยตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้เช่นกัน

จากคำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้นจะพบว่าหากเกิดกรณีการหลุมุนต่อผู้ที่ไม่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส แต่การหลุมุนต่อผู้เป็นเพียงเหตุที่ทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บเท่านั้นและในกรณีนี้ไม่สามารถหาบุคคลผู้ลงมือทำร้ายได้ นั้นจะเกิดปัญหาในการพิจารณาคดีของศาล เนื่องจาก จะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมุนต่อผู้ มาตรา 294 หรือมาตรา 299 ได้ อีกทั้งยังไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 295 และมาตรา 391 ได้อีกด้วย เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ จึงทำให้ศาลต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไป เนื่องจากไม่มีบทลงโทษที่จะนำมาลงโทษผู้กระทำผิดในกรณีนี้ได้ นั่นเอง ซึ่งการปล่อยตัวผู้กระทำผิดไปโดยที่เขาไม่ต้องรับโทษใดๆเลยนั้นย่อมเป็นการไม่ยุติธรรม

กับผู้เสียหายที่นอกจากจะต้องได้รับบาดเจ็บทางร่างกายแล้วยังต้องได้รับผลกระทบทางจิตใจ เนื่องจากผู้กระทำความผิดถูกปล่อยตัวไปโดยไม่ได้รับการลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำไป

4.2.2 วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาและสัดส่วนของโทษที่ผู้กระทำจะต้องได้รับ

หากพิจารณาสภาพสังคมไทยในปัจจุบันแล้วจะพบว่าปัญหาสำคัญที่สมควรได้รับการแก้ไขอย่างยิ่งประการหนึ่ง คือ ปัญหาเกี่ยวกับกลุ่มเด็กนักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันยกพวกตีกันนั่นเอง โดยพบว่าปัญหาเหล่านี้เพิ่มจำนวนสูงขึ้นมากในปัจจุบัน โดยจากสถิติการรับแจ้งเหตุของกองบัญชาการตำรวจนครบาล พบว่าใน ปีพ.ศ. 2551 มีสถิติการแจ้งเหตุนักเรียนทะเลาะวิวาทรวม 639 ครั้ง ปีพ.ศ. 2552 มีตัวเลขรับแจ้งเหตุจำนวนสูงถึง 2,619 ครั้ง ปีพ.ศ. 2553 พบว่าเพียงครึ่งปีมีการแจ้งเหตุทะเลาะวิวาทวิวาทของนักเรียนนักศึกษาเข้ามาถึง 881 ครั้ง ส่วนในปีพ.ศ. 2554 มีการทำสถิติตลอดทั้งปีไว้ว่ามีคนตายถึง 26 ศพ⁶ ซึ่งกล่าวได้ว่าการยกพวกตีกันของนักเรียนระหว่างสถาบันนี้จัดว่าเป็นลักษณะเฉพาะของความรุนแรงในหมู่เยาวชนวัยรุ่นของไทย โดยจากการศึกษาปัญหาความรุนแรงของเยาวชนทั่วโลกนั้น พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่มีปัญหาเยาวชนวัยรุ่นใช้ความรุนแรงสูงมากซึ่งมีทั้งการเสพและค้ายาเสพติด การก่ออาชญากรรม การฆ่าคน การใช้ความรุนแรงในสถานศึกษา ตลอดจนการตั้งแก๊งก่อวุ่นชนชั้นสังคม แต่กลับไม่ปรากฏข่าวการยกพวกตีกันของนักเรียนนักศึกษาระหว่างสถาบันแต่อย่างใด⁷

เหตุการณ์เหล่านี้มักก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหลายฝ่ายไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลผู้กระทำเองหรือบุคคลภายนอกที่อาจถูกลูกหลงจากการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความสูญเสียในทางทรัพย์สินหรือได้รับบาดเจ็บทางร่างกายและในบางกรณีอาจถึงแก่ความตายอีกด้วย ซึ่งท้ายที่สุดผลที่เกิดจากการกระทำนี้ก็ยังส่งผลกระทบต่อผู้ครอบครัวที่อยู่เบื้องหลังของบุคคลเหล่านั้นที่จะต้องสูญเสียบุคคลในครอบครัวอันเป็นที่รักและยังส่งผลกระทบต่อประเทศชาติที่จะต้องสูญเสียบุคลากรที่จะใช้ในการพัฒนาประเทศอีกด้วย โดยหากเราพิจารณาฐานความผิดที่จะนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีดังกล่าวได้แล้วจะพบว่าความผิดฐานหนึ่งที่มีนำมาใช้ก็คือ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ เนื่องจาก ในเหตุการณ์ดังกล่าวมีผู้ก่อเหตุเป็นจำนวนมาก ทำให้หากมีบุคคลได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายก็จะระบุตัวผู้ลงมือกระทำได้ยาก จึง

⁶ อันธพาลเต็มเมือง ช่างกลตีกัน จะตายอีกก็ศพ. (2555, 15 มิถุนายน). ASTV ผู้จัดการ. สืบค้นเมื่อ 26 มิถุนายน 2555, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9550000073216>.

⁷ รายงานสถานการณ์และแนวโน้มประเทศไทย สิงหาคม 2547 นักเรียนตีกัน : การต่อต้านของเยาวชน. (2547, 3 ตุลาคม). มติชนออนไลน์. สืบค้นเมื่อ 26 มิถุนายน 2555, จาก <http://www.dmh.go.th/news/view.asp?id=845>.

จำเป็นต้องนำความผิดฐานนี้มาใช้พิจารณาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะความผิดฐานนี้บัญญัติเอาผิดกับผู้ที่เกี่ยวข้องในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนนั่นเอง

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นี้มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ภัยอันตรายต่อชีวิตหรือภัยอันตรายต่อร่างกาย โดยความผิดฐานนี้จัดเป็น “ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย” ที่เห็นประจักษ์ เนื่องจาก การชุลมุนต่อสู้เป็นการก่อหรือเพิ่มอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของบุคคล และกฎหมายบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมา ก็เพราะประสงค์ที่จะไม่ให้อันตรายเกิดขึ้นจึงบัญญัติความผิดฐานนี้เพื่อป้องกันอันตรายไว้ก่อน โดยอาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษของความผิดฐานนี้เป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องจะกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อการลงโทษและทำให้ผู้กระทำความผิดไม่กล้ามากระทำความผิดซ้ำนั่นเอง

4.2.2.1 กรณีการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยบัญญัติเอาผิดกับผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ 2 กรณี คือ กรณีการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และ กรณีการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้น หากในการชุลมุนต่อสู้นั้นไม่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส แต่เป็นการชุลมุนต่อสู้ที่มีบุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้นก็จะไม่สามารถใช้ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในการลงโทษได้ กรณีนี้จึงทำให้จะต้องนำมาตรา 295⁸ มาใช้ในการวินิจฉัยความผิด แต่หากต้องใช้มาตรา 295 ในการพิจารณาการกระทำความผิดในกรณีนี้แล้วพบว่าอาจก่อให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยความผิดได้ เพราะการใช้มาตรา 295 ลงโทษผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ได้ จะต้องเป็นกรณีสามารถระบุตัวผู้ลงมือทำร้ายได้เท่านั้นและจะลงโทษได้เฉพาะผู้ที่ลงมือทำร้าย แต่ไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ได้ทุกคน เนื่องจาก มาตรา 295 จะต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำด้วย คือ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาทำร้ายซึ่งต่างจากความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่กฎหมายลงโทษผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนโดยผู้ที่ไม่จำเป็นต้องมีเจตนาทำร้ายผู้ใดโดยเฉพาะ โดยกฎหมายถือว่าเพียงแต่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เท่านั้นก็มีความผิดแล้ว นอกจากนี้เมื่อพิจารณาระวางโทษของมาตรา 295 ก็จะพบว่า มีระวางโทษที่สูงกว่ามาตรา 299 ซึ่งเป็นกรณีชุลมุนต่อสู้เป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเสียอีก ทำให้หากจะใช้มาตรา 295 ลงโทษผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กาย

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ.”

หรือจิตใจโดยผู้ยื่นต้องรับโทษหนักกว่ากรณีเป็นอันตรายสาหัสย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง เป็นเหตุผลให้ไม่สามารถใช้มาตรา 295 ลงโทษผู้ที่เป็นเพียงผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่ไม่ได้เป็นผู้ลงมือทำร้ายได้

จากที่กล่าวมานี้ทำให้หากเกิดการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจขึ้นและไม่สามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายร่างกายได้นั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดของศาลได้ เนื่องจาก ไม่มีบทบัญญัติใดที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้โดยตรงดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 644/2468 และคำพิพากษาฎีกาที่ 942/2507 ที่กล่าวมาแล้ว หรือในบางกรณีผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ทุกคนรวมทั้งผู้ที่เป็นผู้ทำร้ายด้วยก็อาจมีความผิดตามมาตรา 372⁹ หรือมาตรา 379¹⁰ ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษที่มีระวางโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่แล้วว่าการชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุการณ์ที่ต่างฝ่ายต่างก็ชุมนุมต่อสู้กันอย่างสับสนวุ่นวายย่อมเป็นการยากที่จะหาพยานหลักฐานว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครอย่างไรอยู่แล้วจึงมีความเป็นไปได้มากกว่าจะไม่สามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายร่างกายได้ ซึ่งการที่จะให้ทุกคนที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ไม่ต้องรับโทษเลย เนื่องจากไม่มีฐานความผิดที่จะนำมาลงโทษได้ย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมกับผู้เสียหาย หรือการที่จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเพียงเล็กน้อยในความผิดลหุโทษก็เป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับความผิดและไม่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมไม่สามารถที่จะข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวที่จะไม่กระทำความผิดได้ทั้งนี้เนื่องจากโทษที่ได้รับนั้นเบาเกินไปและไม่ได้สัดส่วนกับความผิดจึงอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่คิดที่จะยับยั้งชั่งใจไม่กระทำความผิดนั้นนั่นเอง

การที่กฎหมายไม่มีบทบัญญัติลงโทษผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้มีบุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ทำให้ต้องใช้มาตรา 295 มาพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดแทน และหากไม่สามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ก็อาจทำให้ผู้กระทำไม่ต้องถูกลงโทษหรือผู้กระทำอาจมีเพียงความผิดลหุโทษดังที่กล่าวมาแล้วนั้นถือเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับความผิดของผู้กระทำ ซึ่งต่างกับกรณีการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้มีบุคคลได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติเอาผิดผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ในกรณีเช่นกัน ทำให้ในจะต้องนำมาตรา 391 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษมาใช้ในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำซึ่งก็จะสามารถใช้ลงโทษได้เฉพาะบุคคลที่เป็นผู้ลงมือทำร้ายเท่านั้นเช่นเดียวกันกับมาตรา 295 ส่วนผู้เข้าร่วมชุมนุม

⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 372 บัญญัติว่า “ผู้ใดทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในทางสาธารณะ หรือสาธารณะสถาน หรือกระทำโดยประการอื่นใดให้เสียความสงบเรียบร้อยในทางสาธารณะ หรือสาธารณะสถาน ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท.”

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 379 บัญญัติว่า “ผู้ใดชักหรือแสดงอาวุธในการวิวาทต่อสู้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.”

ต่อผู้อื่นก็อาจมีความผิดหุโทษตามมาตรา 372 หรือมาตรา 379 และหากหาตัวผู้ลงมือทำร้ายไม่ได้ผู้ที่ลงมือทำร้ายรวมถึงทุกคนที่เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้ก็อาจมีความผิดหุโทษตามมาตรา 372 หรือมาตรา 379 เช่นเดียวกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าในกรณีของการชุมนุมต่อผู้ที่เป็นเหตุให้มีบุคคลได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ทำร้ายได้หรือไม่ ผู้ที่ลงมือทำร้ายรวมถึงผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้ก็มีความผิดเพียงหุโทษเช่นเดียวกันในทุกกรณี ซึ่งระวางโทษในความผิดหุโทษทั้ง 3 มาตรา คือ มาตรา 391 มาตรา 372 และ มาตรา 379 นั้นแตกต่างกันเพียงเล็กน้อยเท่านั้นทำให้ระวางโทษที่ผู้กระทำจะต้องได้รับมีความแตกต่างกันไม่มาก แตกต่างกับกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการชุมนุมต่อผู้ที่มีบุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจที่หากสามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ผู้นั้นก็จะต้องรับโทษตามมาตรา 295 แต่หากไม่สามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ผู้นั้นก็อาจมีเพียงความผิดหุโทษในมาตรา 372 หรือ 379 ซึ่งมีระวางโทษต่างกับมาตรา 295 เป็นอย่างมากนั่นเอง และเนื่องจากสังคมไทยปัจจุบันปัญหาการชุมนุมต่อผู้เพิ่มจำนวนสูงขึ้น หากการชุมนุมต่อผู้นั้นมีผลให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจที่ปัจจุบันไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงโทษผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้ในกรณีนี้ก็จะทำให้พบปัญหาบางประการทำให้ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวและยับยั้งชั่งใจที่จะไม่กระทำความผิดจึงควรมีบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติครอบคลุมถึงการชุมนุมต่อผู้ที่เป็นเหตุบุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจด้วยโดยความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อผู้ควรบัญญัติเอาผิดแก่ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้ตั้งแต่การชุมนุมต่อผู้ขึ้นเกิดผล คือ อันตรายแก่กายหรือจิตใจโดยไม่ต้องให้ผลที่เกิดจากการกระทำนั้นลุกลามบานปลายไปจนถึงกับเป็นอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายก่อนจึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนี้ได้ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในกรณีนี้ย่อมเป็นประโยชน์กับตัวผู้เสียหายที่จะได้รับความยุติธรรม และยังเป็น การช่วยสกัดกั้นปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดในลักษณะนี้นั่นเอง

4.2.2.2 กรณีที่ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด

จากปัญหากลุ่มนักเรียนนักศึกษาทะเลาะวิวาทและยกพวกตีกันที่มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นนั้นพบว่าหลายครั้งผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อผู้มีการนำเอาอาวุธปืนรวมถึงวัตถุระเบิดเข้ามาใช้เป็นอาวุธในการวิวาทต่อผู้กันด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าอาวุธปืนและวัตถุระเบิดต่างก็ถือเป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงที่สร้างความหวาดกลัวให้แก่บุคคลผู้พบเห็นและสามารถก่อให้เกิดความเสียหายและอันตรายต่อทรัพย์สินรวมถึงชีวิตร่างกายของประชาชนได้เป็นอย่างมากทั้งในด้านปริมาณความรุนแรงของความเสียหายที่บุคคลจะได้รับและในด้านของจำนวนคนที่ได้รับความเสียหายที่จะมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นจากการชุมนุมต่อผู้ที่มีการใช้อาวุธดังกล่าว เนื่องจาก อาวุธดังกล่าวมีอำนาจสูงในการทำลายย่อมสามารถที่จะก่อให้เกิดความเสียหายได้อย่างรุนแรงอีกทั้งเป็นวงกว้างและรวดเร็ว ส่งผลให้หากมีการใช้อาวุธดังกล่าวในการชุมนุมต่อผู้ซึ่งมักจะกระทำกันใน

สถานที่สาธารณะซึ่งเป็นสถานที่ที่มีประชาชนทั่วไปรวมอยู่ด้วยแล้วก็อาจทำให้จำนวนผู้ที่ได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายเนื่องจากเหตุการณ์นั้นมีจำนวนมากขึ้นได้ เนื่องจากประชาชนทั่วไปอาจพลาดถูกลูกหลงจากการชุลมุนต่อสู้ที่มีการใช้อาวุธดังกล่าวนั่นเอง อีกทั้งการที่ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ใช้อาวุธดังกล่าวนั้นอาจส่งผลให้การชุลมุนต่อสู้มีคนตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้ง่ายและรวดเร็วขึ้นอีกด้วย ทั้งนี้ เพราะอาวุธดังกล่าวถูกสร้างหรือออกแบบขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ทำร้ายหรือป้องกันตัวหรือใช้ทำลายชีวิตหรือทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บซึ่งบุคคลผู้ใช้ออมเล็งเห็นหรือคำนวณแล้วว่าสามารถทำให้ผู้อื่นตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้เมื่อเปรียบเทียบกับอาวุธชนิดอื่นนั่นเอง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในกรณีนี้หากจะให้ผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวนี้ได้รับโทษเท่ากับกรณีของผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ทั่วไปที่ไม่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวย่อมเป็นการไม่เหมาะสมกับปริมาณความร้ายแรงของความเสียหายที่ประชาชนจะต้องได้รับมากขึ้นรวมถึงจำนวนผู้ได้รับความเสียหายที่อาจเพิ่มจำนวนมากขึ้นด้วย

4.3 เปรียบเทียบความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยกับต่างประเทศ

4.3.1 เปรียบเทียบความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยกับอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ (Public order Act 1986) โดยบัญญัติอยู่ในส่วนที่ 1 ความผิดใหม่ (New Offences) และบัญญัติไว้ 3 มาตราซึ่งบทบัญญัติทั้ง 3 มาตรานี้มีสาระสำคัญเช่นเดียวกันจะต่างกันก็เฉพาะเรื่องของจำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งจะเป็นตัวกำหนดระยะเวลาโทษเท่านั้น โดยความผิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นี้ถูกบัญญัติอยู่ในมาตราต่าง ดังนี้

มาตรา 1 ความผิดฐานก่อจลาจล (Riot)¹¹

¹¹ *Public order Act 1986 Section 1 Riot* (1) Where 12 or more persons who are present together use or threaten unlawful violence for a common purpose and the conduct of them (taken together) is such as would cause a person of reasonable firmness present at the scene to fear for his personal safety, each of the persons using unlawful violence for the common purpose is guilty of riot.

(2) It is immaterial whether or not the 12 or more use or threaten unlawful violence simultaneously.

(3) The common purpose may be inferred from conduct.

(4) No person of reasonable firmness need actually be, or be likely to be, present at the scene.

(5) Riot may be committed in private as well as in public places.

(6) A person guilty of riot is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding ten years or a fine or both.

มาตรา 2 ความผิดฐานก่อให้เกิดความไม่สงบอย่างร้ายแรง (Violent disorder)¹²

มาตรา 3 ความผิดฐานทะเลาะวิวาท (Affray)¹³

โดยสามารถเปรียบเทียบรายละเอียดส่วนต่างๆของความผิดฐานนี้ในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย ได้ดังนี้

4.3.1.1 จำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิด

กฎหมายอังกฤษกำหนดจำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิดไว้ 3 กรณี คือ 12 คนขึ้นไป¹⁴ 3 คนขึ้นไป¹⁵ และ 2 คนขึ้นไป¹⁶ ซึ่งจำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิดนี้จะเป็นตัวกำหนดระวางโทษแก่ผู้กระทำความผิด ต่างจากความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยที่กำหนดจำนวน

¹² *Public order Act 1986 Section 2 Violent disorder* (1) Where 3 or more persons who are present together use or threaten unlawful violence and the conduct of them (taken together) is such as would cause a person of reasonable firmness present at the scene to fear for his personal safety, each of the persons using or threatening unlawful violence is guilty of violent disorder.

(2) It is immaterial whether or not the 3 or more use or threaten unlawful violence simultaneously.

(3) No person of reasonable firmness need actually be, or be likely to be, present at the scene.

(4) Violent disorder may be committed in private as well as in public places.

(5) A person guilty of violent disorder is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 5 years or a fine or both, or on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both.

¹³ *Public order Act 1986 Section 3 Affray* (1) A person is guilty of affray if he uses or threatens unlawful violence towards another and his conduct is such as would cause a person of reasonable firmness present at the scene to fear for his personal safety.

(2) Where 2 or more persons use or threaten the unlawful violence, it is the conduct of them taken together that must be considered for the purposes of subsection (1).

(3) For the purposes of this section a threat cannot be made by the use of words alone.

(4) No person of reasonable firmness need actually be, or be likely to be, present at the scene.

(5) Affray may be committed in private as well as in public places.

(6) A constable may arrest without warrant anyone he reasonably suspects is committing affray.

(7) A person guilty of affray is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 3 years or a fine or both, or on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both.

¹⁴ Public Order Act 1986 Section 1 (1).

¹⁵ Public Order Act 1986 Section 2 (1).

¹⁶ Public Order Act 1986 Section 3 (2).

ผู้กระทำความผิดไว้เพียงกรณีเดียว คือ ต้องมีผู้ร่วมในการกระทำความผิดตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ผู้กระทำจึงจะมีความผิดฐานนี้

4.3.1.2 ผลของอันตรายที่เกิดจากการชุลมุนต่อผู้ที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ

กฎหมายอังกฤษบัญญัติเอาผิดกับผู้กระทำตั้งแต่การชุลมุนต่อผู้ซึ่งไม่มีผลของอันตรายเกิดขึ้น กล่าวคือ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่คาดว่าจะมีการใช้ความรุนแรงที่อาจทำให้นुकคลได้รับบาดเจ็บหรือเสียหาย ผู้กระทำก็มีความผิดแล้ว และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็ไม่ได้จำกัดว่า จะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลเท่านั้นแต่ยังรวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินด้วย¹⁷ ต่างจากกฎหมายไทยที่ผู้กระทำจะมีความผิดฐานนี้ก็ต่อเมื่อการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้อื่นเกิดผลของอันตราย คือ มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสก่อน ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้อื่นจึงจะมีความผิด และหากผลของอันตรายที่เกิดขึ้น คือ มีบุคคลได้รับบาดเจ็บเท่านั้น ผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อผู้อื่นจะไม่มีผิดฐานนี้ รวมถึงหากการชุลมุนต่อผู้อื่นทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินไม่ใช่ตัวบุคคล ผู้กระทำก็ไม่มีผิด

4.3.1.3 การกำหนดระวางโทษของผู้กระทำความผิด

กฎหมายอังกฤษกำหนดระวางโทษของผู้กระทำความผิดฐานนี้ให้มีความหนักเบาตามจำนวนของผู้กระทำความผิด ต่างจากความผิดฐานนี้ในกฎหมายไทยที่กำหนดระวางโทษของผู้กระทำความผิดให้มีความหนักเบาตามผลของอันตรายที่เกิดขึ้นกับบุคคล

4.3.1.4 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

หากพิจารณาเรื่องข้อยกเว้นที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษจะพบว่ากฎหมายอังกฤษไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในความผิดฐานนี้แต่อย่างใด ต่างจากกฎหมายไทยที่บัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อผู้อื่นที่พิสูจน์ได้ว่าตนเข้าไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อผู้อื่นหรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ต้องรับโทษ

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่าความผิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้อื่นของอังกฤษนั้นมีความแตกต่างกับไทยทั้งในเรื่องระวางโทษที่กำหนดความหนักเบาตามจำนวนผู้ร่วม

¹⁷ *Public order Act 1986 Section 8 Interpretation*

“violence” means any violent conduct, so that

(a) except in the context of affray, it includes violent conduct towards property as well as violent conduct towards persons, and

(b) it is not restricted to conduct causing or intended to cause injury or damage but includes any other violent conduct (for example, throwing at or towards a person a missile of a kind capable of causing injury which does not hit or falls short).

กระทำความผิด อีกทั้งเรื่องผลของอันตรายที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้ที่บัญญัติไว้กว้างกว่ากฎหมายไทยกล่าวคือ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่สื่อว่าจะมีการใช้ความรุนแรงที่อาจทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บหรือเสียหาย ผู้กระทำก็มีความผิดแล้ว และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็ไม่ได้จำกัดว่า จะต้องเกิดขึ้นกับบุคคลเท่านั้นแต่ยังรวมถึงความเสียหายแก่ทรัพย์สินด้วย รวมถึงข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษด้วยที่กฎหมายอังกฤษไม่ได้มีการบัญญัติไว้แต่อย่างใด

4.3.2 เปรียบเทียบความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ไว้ใน บทที่ 17 ความผิดเกี่ยวกับบุคคล มาตรา 231¹⁸ โดยสามารถเปรียบเทียบรายละเอียดส่วนต่างๆ ของความผิดฐานนี้ในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย ได้ดังนี้

4.3.2.1 จำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิด

กฎหมายเยอรมันไม่ได้ระบุจำนวนผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ว่าจะต้องมีจำนวนกี่คน จึงจะทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดต่างจากไทยที่กฎหมายระบุว่าความผิดฐานนี้จะต้องมีผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ผู้กระทำจึงจะมีความผิด

4.3.2.2 ผลของอันตรายที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับผิด

กฎหมายเยอรมันบัญญัติเอาผิดกับผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้หากการชุลมุนต่อสู้นั้นก่อให้เกิดผล 2 กรณี คือ เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายและเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งความผิดฐานนี้ของไทยก็ได้บัญญัติเอาผิดกับผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ไว้ 2 กรณีเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน จะแตกต่างกันก็คือ กฎหมายเยอรมันบัญญัติทั้ง 2 กรณีไว้ในมาตราเดียวกันแต่กฎหมายไทยบัญญัติไว้เป็น 2 มาตรา คือ มาตรา 294 กรณีเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299 กรณีเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส

¹⁸ Section 231 Taking part in a brawl

(1) Whosoever takes part in a brawl or an attack committed against one person by more than one person shall be liable for this participation to imprisonment not exceeding three years or a fine if the death of a person or grievous bodily harm (section 226) is caused by the brawl or the attack.

(2) Whosoever took part in the brawl or the attack without being to blame for it shall not be liable under subsection (1) above.

4.3.2.3 การกำหนดระวางโทษของผู้กระทำความผิด

กฎหมายเยอรมันกำหนดระวางโทษของผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายและที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสไว้ที่อัตราโทษเดียวกัน แตกต่างกับไทยที่กำหนดระวางโทษของผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ให้มีความหนักเบาตามผลของอันตรายที่เกิดจากการกระทำ กล่าวคือ ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่การชุมนุมต่อสู้นั้นเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายจะต้องรับโทษหนักกว่ากรณีที่การชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส

4.3.2.4 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ในเรื่องข้อยกเว้นที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษนี้ กฎหมายเยอรมันบัญญัติไว้ใน (2) ของความผิดฐานนี้ โดยบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่ปราศจากความสมควรถูกดำเนินคดีไม่ต้องรับโทษ ต่างจากไทยที่บัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่พิสูจน์ได้ว่าตนเข้าไปเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ต้องรับโทษ

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีทั้งส่วนที่แตกต่างและคล้ายคลึงกับไทย กล่าวคือ กฎหมายเยอรมันได้บัญญัติเอาผิดแก่ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ไว้ 2 กรณีเช่นเดียวกับไทย คือ กรณีเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และกรณีเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส จะต่างกันเรื่องระวางโทษที่กฎหมายเยอรมันกำหนดระวางโทษทั้ง 2 กรณีไว้เท่ากัน แต่กฎหมายไทยกำหนดระวางโทษตามความหนักเบาของอันตรายที่เกิดขึ้นกับบุคคล ส่วนในเรื่องจำนวนของผู้ร่วมกระทำผิดนั้นกฎหมายเยอรมันไม่ได้ระบุไว้ว่าจะต้องมีผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้กี่คนจึงจะเป็นความผิดฐานนี้ และในเรื่องข้อยกเว้นที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษนั้นกฎหมายเยอรมันบัญญัติไว้ต่างกับไทย โดยบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่ปราศจากความสมควรถูกดำเนินคดีไม่ต้องรับโทษ

4.4 แนวทางในการพัฒนากฎหมายในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้

เมื่อพิจารณาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยทั้ง 2 มาตรา คือ “การห้ามการชุมนุมต่อสู้” และ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ตามโครงสร้างความผิดอาญา พบว่าเป็นการกระทำที่ไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญาที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด นอกจากนี้เมื่อทำการพิจารณาการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ก็บัญญัติไว้ว่าผู้ที่กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่มีความผิดเช่นกัน ดังนั้น การกระทำทั้ง 2 ประการจึงเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด หากใช่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ความผิดฐานนี้บัญญัติไว้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยสมควรได้รับการแก้ไขให้ถูกต้องเหมาะสมตาม

หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาและบทบัญญัติทั่วไปเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา โดยผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ ซึ่งได้แก่ มาตรา 294 และ มาตรา 299 ควรตัดข้อความในวรรคสองที่บัญญัติว่า “ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” ออกไปจากบทบัญญัติ เนื่องจาก หากยังคงบัญญัติข้อความดังกล่าวไว้เช่นนี้ก็จะเป็นการไม่ถูกต้องตามหลักการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญานั้นเอง

ปัญหาการใช้ความรุนแรงของสังคมไทยที่เพิ่มสูงมากขึ้นในปัจจุบัน โดยเฉพาะปัญหา นักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันยกพวกตีกันนั้นก่อให้เกิดปัญหาภัยกับสังคมเป็นอย่างมากและสมควรได้รับการแก้ไขอย่างจริงจังและเร่งด่วนซึ่งวิธีหนึ่งที่จะสามารถทำให้ผู้กระทำความผิดเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดคือ การลงโทษตามกฎหมาย และบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถเอาผิดกับบุคคลที่กระทำการยกพวกทะเลาะวิวาทเหล่านี้ได้ก็คือ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ แต่เนื่องจากปัจจุบันความผิดฐานนี้บัญญัติเอาผิดกับผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้เพียง 2 กรณี คือ การชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้น หากเกิดการชุลมุนต่อสู้ที่มีบุคคลได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายสาหัสก็จะไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ทุกคนในความผิดฐานนี้ได้ อีกทั้งหากจะนำมาตรา 295 มาใช้ก็จะต้องปรากฏอย่างแน่ชัดว่าใครเป็นผู้ลงมือทำร้ายเท่านั้น ส่วนผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้คนอื่นอาจมีเพียงความผิดหลุโทษตามมาตรา 372 หรือ 379 เท่านั้น และยังไปกว่านั้น คือ หากในกรณีนี้ไม่สามารถระบุตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนรวมถึงผู้ที่ลงมือทำร้ายด้วยก็อาจมีความผิดแค่เพียงหลุโทษเช่นเดียวกันทุกคน ซึ่งเห็นว่ากรณีนี้โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นไม่เหมาะสมกับความผิดที่พวกเขาได้กระทำ และไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งยังเป็นการไม่ยุติธรรมกับผู้เสียหายอีกด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาควรเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเพิ่มเข้ามาในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้โดยทำการกำหนดระวางโทษให้เหมาะสมและลดหลั่นลงมาจากกรณีเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 299 แต่ทั้งนี้ระวางโทษดังกล่าวก็ต้องน้อยกว่าระวางโทษกรณีทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 โดยหากรู้ตัวผู้ลงมือทำร้ายแล้วผู้นั้นก็จะต้องมีความผิดตามมาตรา 295 อีกฐานหนึ่ง

ปัญหากลุ่มนักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันทะเลาะวิวาทกพวกตีกันที่มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นนั้นพบว่าหลายครั้งผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้มีการนำเอาอาวุธปืนและวัตถุระเบิดมาใช้เป็นอาวุธด้วยซึ่งอาวุธดังกล่าวต่างก็เป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงสามารถก่อให้เกิดความเสียหายและอันตรายต่อทรัพย์สินรวมทั้งชีวิตร่างกายของประชาชนได้เป็นอย่างมากทั้งในด้านปริมาณความรุนแรงของความเสียหายที่บุคคลจะต้องได้รับและจำนวนบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายที่จะต้องเพิ่มขึ้นจากการชุมนุมต่อสู้ที่มีการใช้อาวุธดังกล่าว อีกทั้งอาจส่งผลให้การชุมนุมต่อสู้มีคนตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้ง่ายและรวดเร็วขึ้นด้วย เนื่องจาก อาวุธดังกล่าวถูกสร้างหรือออกแบบขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ทำร้ายหรือป้องกันตัวหรือใช้ทำลายชีวิตและทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บซึ่งผู้ช้ย่อมเล็งเห็นได้ว่าสามารถทำให้ผู้อื่นตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้เมื่อเปรียบเทียบกับการใช้อาวุธชนิดอื่น ดังนั้น หากจะให้ผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวได้รับโทษเท่ากับผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ทั่วไปย่อมเป็นการไม่เหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้นั้นก่อขึ้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายควรบัญญัติให้การมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดในการชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุเพิ่มโทษให้ผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อให้โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับมีความเหมาะสมกับปริมาณความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำความผิดใช้อาวุธดังกล่าว

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้ให้นิยามของคำว่าอาวุธปืนและวัตถุระเบิดเอาไว้ แต่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “อาวุธ” ไว้โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 1(5)¹⁹ อาวุธตามประมวลกฎหมายอาญาจึงมี 2 ประเภท คือ

1. สิ่งซึ่งเป็นอาวุธโดยสภาพ เช่น ปืน หอก ดาบ แหวน หลาว โดยการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นอาวุธโดยสภาพพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการผลิต หากว่าเจตนาในการสร้างอาวุธนั้นต้องการที่จะสร้างขึ้นเพื่อประหารชีวิตโดยตรงก็ถือว่าเป็นอาวุธโดยสภาพ²⁰

2. สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

¹⁹ มาตรา 1 (5) บัญญัติว่า “อาวุธ หมายความว่ารวมถึง สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ.”

²⁰ สรรค์ชัย โปธิสุวรรณ. (2553). ความรับผิดชอบทางอาญากรณีใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนกระทำความผิด: เปรียบเทียบกับการกระทำความผิดโดยใช้อาวุธปืน. หน้า 24.

อย่างไรก็ตามในพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 ได้ให้ความหมายของ “อาวุธปืน” ไว้ในมาตรา 4 (1) และ 4 (2)²¹ โดยหมายความว่า อาวุธปืนโดยสภาพไม่ว่าจะใช้การได้หรือไม่ก็ตาม และรวมถึงส่วนประกอบของอาวุธปืนด้วย แต่อย่างไรก็ตามเมื่อได้พิจารณาคำว่าอาวุธปืนตามพระราชบัญญัติดังกล่าวประกอบกับคำว่า “อาวุธโดยสภาพ” ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จะพบว่า ล้ากล้องปืนก็ดี เครื่องลูกเลื่อนก็ดี เครื่องลั่นไกก็ดี หรือเครื่องส่งกระสุนก็ดี โดยตัวของมันเองยังไม่มีสภาพของการเป็นอาวุธปืน และไม่สามารถทำให้เป็นอันตรายสาหัสแก่กายได้ จึงไม่ถือว่าเป็นอาวุธปืนโดยสภาพตามประมวลกฎหมายอาญา²²

ส่วนคำว่า “วัตถุระเบิด” นั้นตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ จำกัดไว้ 2 อย่าง คือ เป็นวัตถุที่สามารถส่งกำลังดันอย่างแรงต่อสิ่งห่อล้อมโดยฉับพลันในเมื่อระเบิดขึ้น โดยมีสิ่งเหมาะสมทำให้เกิดกำลังดันอย่างหนึ่ง หรือโดยการสลายตัวของวัตถุระเบิดนั้นอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งทั้ง 2 อย่างนี้จะต้องทำให้มีแรงทำลายหรือแรงประหารเกิดขึ้นด้วย²³

ผู้เขียนเห็นว่าหากความผิดฐานเข้าร่วมในการซุกซ่อนต่อสู้อของไทยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือ ทำการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 294 และมาตรา 299 โดยตัดข้อความในวรรคสองของทั้งสองมาตราออกเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดตาม โครงสร้าง ความผิดอาญารวมถึงให้เป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตาม มาตรา 68 จะทำให้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามีความถูกต้องและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น อีกทั้งหากกฎหมายมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในกรณีการเข้าร่วมในการซุกซ่อนต่อสู้อเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจและทำการบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมซุกซ่อนต่อสู้อที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่กฎหมายบัญญัติตั้งที่กล่าวมาข้างต้นจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมในการช่วยปรามและข่มขู่ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดให้เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดซึ่งยอมเป็นการช่วยลดอันตรายที่จะเกิดขึ้นในสังคมและทำให้สังคมไทยมีความสงบสุขต่อไป

²¹ อาวุธปืน หมายความว่ารวมตลอดถึง อาวุธทุกชนิดซึ่งใช้ส่งเครื่องกระสุนปราย กระสุนแตก ลูกกระเบิด ตอร์ปิโด ทุ่นระเบิดและจรวด ทั้งชนิดที่มีหรือไม่มีกรดแก๊สเชื้อเพลิง เชื้อโรค ไอพิช หมอกหรือควัน หรือกระสุน ลูกกระเบิดตอร์ปิโด ทุ่นระเบิด และจรวดที่มีคุณสมบัติคล้ายคลึงกัน หรือเครื่องหรือสิ่งสำหรับอัดหรือทำ หรือใช้ ประกอบเครื่องกระสุนปืน.

²² สรรค์ชัย โปธิสุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 28.

²³ พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 4 (3).