

## บทที่ 2

# แนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความผิดที่มีลักษณะเป็นการก่ออันตราย ต่อการอยู่ร่วมกันโดยฝ่าฝืนข้อบัญญัติในทางศีลธรรมและกระทบ ต่อความไม่ปลอดภัยของประชาชน

กฎหมายอาญามีแนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดทางอาญามากมาย ได้แก่ แนวคิดในการกำหนดความรับผิดทางอาญาภายใต้หลักประกันทางกฎหมายที่เป็นการก่ออันตรายต่อการอยู่ร่วมกันของประชาชน แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายต่อการอยู่ร่วมกัน และเมื่อการกระทำใดเป็นความผิดอาญาตามแนวคิดใดแนวคิดหนึ่ง อัตราโทษที่จะลงสำหรับความผิดนั้นก็ต้องแปรผันตามกันกับความร้ายแรงและพฤติการณ์แห่งการกระทำผิด โดยนำทฤษฎีและหลักในการลงโทษ เช่น ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา หลักในการกำหนดโทษทางอาญา วัตถุประสงค์ของการลงโทษมาเป็นเงื่อนไขเพื่อที่จะกำหนดขอบเขตความรับผิดและบทกำหนดโทษที่เหมาะสมกับความผิดทางอาญาวัตถุประสงค์

### 2.1 คุณธรรมทางกฎหมายและแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา

#### 2.1.1 แนวคิดและขอบเขตการกำหนดความผิดอาญาภายใต้หลักประกันในกฎหมายอาญา

การกำหนดความผิดอาญาซึ่งต้องศึกษาถึงขอบเขตในการใช้กฎหมายอาญา ทั้งขอบเขตในเรื่องของเวลาที่กฎหมายใช้บังคับตามหลักดินแดนและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว หลักสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนคือ หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษไม่มีกฎหมาย ซึ่งมาจากภาษิตที่ว่า “Nullum crimen, nulla poena sine lege” เรียกย่อๆ ว่า หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย Nulla poena, sine lege (no punishment without law) ซึ่งหลักนี้ถือเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่เป็นหลักสากลในปัจจุบันซึ่งได้มีการรับรองหลักนี้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย<sup>1</sup> และต่อมาหลักประกันในกฎหมายอาญานี้ได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก

<sup>1</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 11(2) บัญญัติว่า “จะถือบุคคลใดว่ามีความผิดอาญาเนื่องด้วยการกระทำหรือละเว้นใดๆ อันมิให้จัดเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายแห่งชาติ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่กระทำการนั้นขึ้นไม่ได้และจะลงโทษอันหนักกว่าที่ใช้อยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นไม่ได้”

ซึ่งหลักนี้เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง<sup>2</sup> โดยประเทศไทยได้บัญญัติหลักประกันในกฎหมายอาญานี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก<sup>3</sup> อีกทั้งยังได้บัญญัติรับรองหลักประกันนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นี้มีผลให้หลักการนี้ในทางกฎหมาย รัฐไม่สามารถออกกฎหมายใดๆ มาลบล้างหลักของมาตรา 2 ในประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะจะเท่ากับเป็นการลบล้างหลักของรัฐธรรมนูญ<sup>4</sup> ทำให้หากจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญาก็จะต้องมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญมาตรา 39 ก่อน โดยหลักประกันในกฎหมายอาญามีลักษณะดังนี้

#### 2.1.1.1 การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

พึงสังเกตว่ากฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่า กฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน กฎหมายจารีตประเพณีจึงมิได้เกิดจากการบัญญัติแต่เกิดจากการปฏิบัติ เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญา

ดังนั้น การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีจึงหมายความว่า หากจะนำจารีตประเพณีมาลงโทษบุคคล คือ ใช้ในทางที่เป็นผลร้ายย่อมทำไม่ได้ เพราะกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้เกิดจากการบัญญัติ จึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้เพื่อลงโทษทางอาญา เพราะจะขัดกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 แต่กฎหมายจารีตประเพณีนี้สามารถนำมาใช้ได้ในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เช่น การชกมวย การที่ครูฝึกตีเด็กตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน หรือกรณีบิดามารดาลงโทษบุตร เป็นต้น

<sup>2</sup> กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 บัญญัติว่า

“มาตรา 7 บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่จะกระทำความผิดและกำหนดโทษไว้และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่นนอกจากอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาที่ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญาเว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่จะกระทำความผิดนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะต้องหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่จะกระทำความผิดมิได้”

### 2.1.1.2 การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งภาษาอังกฤษเรียกว่า “Analogy” หมายถึง การให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน หลักนี้สามารถนำมาปรับใช้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4<sup>5</sup>

การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งในกฎหมายอาญามีเหตุผลอย่างเดียวกับเหตุผลของการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาดังที่กล่าวมา กล่าวคือ การที่จะลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งนั้นชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ นอกจากนี้ยังมีเหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ หากมีการยอมให้ใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้ว ผลก็จะกลายเป็นว่าการลงโทษการกระทำใดการกระทำหนึ่งหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องความรู้สึกอันเป็นเรื่องในทางอัตวิสัย (subjektiv หรือ subjective) นี้ในทางกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและเป็นสิ่งที่ต้องหลีกเลี่ยง การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาหมายความว่าความถึงการห้ามใช้กฎหมายอาญาเกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากกรณีความกฎหมาย<sup>6</sup>

### 2.1.1.3 กฎหมายอาญาต้องบัญญัติชัดเจนแน่นอน

การที่จะต้องเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนนั้นก็เพราะว่า การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้นรัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ ในการบัญญัติกฎหมายอาญาจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง ทั้งจะเป็นเครื่องมือป้องกันมิให้ศาลใช้อำนาจกฎหมายตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของตน เหตุผลในการที่จะต้องให้กฎหมายอาญาที่มีความชัดเจนแน่นอนนั้นก็เพื่อที่จะให้ประชาชนผู้ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายได้มีโอกาสรู้ล่วงหน้าว่า การกระทำหรือไม่กระทำของเขาเป็นความผิดหรือไม่ถ้าประชาชนไม่อาจรู้ล่วงหน้าได้ว่า การกระทำหรือไม่กระทำของเขาเป็นความผิดหรือไม่ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายครอบคลุมมากเกินไปแล้ว หากมีการใช้กฎหมายนั้นกับเขา เขาก็จะขัดข้องหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ<sup>7</sup>

<sup>5</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้บรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

<sup>6</sup> From *Strafrecht : Allgemeiner Teil* S. 78, by Etwa Eberhard Schmidhauser

<sup>7</sup> จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1: บทบัญญัติทั่วไป* (น.21), โดย เกียรติจิจร วัจนะสวัสดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง.

เหตุผลอีกประการหนึ่ง คือ หากกฎหมายอาญามีความชัดเจนแน่นอนแล้ว ก็จะทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายลดการใช้บังคับกฎหมายโดยเลือกปฏิบัติและลดการใช้กฎหมายตามอำเภอใจลงไปได้บ้าง มิฉะนั้นอาจทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการและศาลมีการใช้ดุลยพินิจบังคับใช้กฎหมายกับบุคคลบ้างประเภทอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดและนอกจากบทบัญญัติในส่วนของความผิดที่จะต้องบัญญัติไว้ให้มีความชัดเจนปราศจากความคลุมเครือแล้ว บทบัญญัติที่เกี่ยวกับโทษที่ใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนด้วยว่าการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดนั้นจะต้องได้รับโทษอย่างไร<sup>8</sup>

#### 2.1.1.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

หากในเวลาที่กระทำไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ต่อมาจะมีกฎหมายออกมาว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด กฎหมายที่ออกมาใหม่นั้นก็จะใช้บังคับได้เฉพาะกับการกระทำในปัจจุบันหรืออนาคตเท่านั้น จะไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่ผ่านมาแล้ว เว้นแต่จะย้อนหลังไปเป็นคุณกับตัวผู้กระทำความผิด โดยศาสตราจารย์เอกูต์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “หลักนี้มีเหตุผลสนับสนุนได้ง่าย ทั้งนี้เพราะว่าในกฎหมายอาญา กฎหมายได้ระบุนการกระทำต่างๆที่ห้ามไว้ และเอกชนย่อมมีสิทธิที่จะถือว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่กฎหมายไม่ห้ามไว้แล้วย่อมทำได้ เพราะฉะนั้นถ้าบุคคลใดได้เชื่อโดยสุจริต กระทำการใดๆลงไปโดยเชื่อว่ามีอำนาจที่จะกระทำได้แล้วผู้นั้นหาควรถูกฟ้องร้องเพราะเหตุที่กฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปไม่จริงอยู่ที่น่าเสียดายอยู่ว่าโดยวิธีนี้ผู้ร้ายบางคนอาจหลุดพ้นจากโทษซึ่งใช้ลงแก่ผู้ร้ายที่ทำความผิดเช่นเดียวกันในกาลต่อมาไม่นานนักแต่ถ้าให้ลงโทษได้แล้วจะมีอุปสรรคยิ่งกว่านี้อีก ทั้งนี้เพราะว่าถ้าให้ลงโทษได้เสรีจะไม่มีเลย ถ้าบุคคลใดอาจถูกจับเพราะได้กระทำการนั้นบัญญัติว่าผิดและศาลอาจลงโทษโดยอาศัยกฎหมายนี้แล้วราษฎรจะไม่แน่ใจเลยว่าการกระทำใดๆ อันตนได้กระทำไปนั้นจะเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ จริงอยู่ที่การกระทำบางอย่างน่าจะพึงหวังว่ากฎหมายคงจะต้องห้าม แต่ที่มีความผิดเป็นอันมาก ซึ่งมากระทบกระเทือนความรู้สึกในศีลธรรมและความยุติธรรมของปวงชนเท่าใด บุคคลจะละเว้นไม่กระทำก็เฉพาะเมื่อมีกฎหมายห้ามไว้เท่านั้น เช่น การพนัน เป็นต้น แต่เมื่อไม่มีกฎหมายประกาศใช้อยู่ในขณะนั้นแล้วใครจะไปรู้ก่อนอย่างไร”<sup>9</sup>

<sup>8</sup> ตัวอย่างของกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษไว้คลุมเครือ เช่น กฎหมายของนาซี ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1935 ที่บัญญัติว่า “หากไม่มีโทษทางอาญาที่แน่นอนสำหรับใช้ในกรณีดังกล่าว ให้ลงโทษตามกฎหมายหรือตามความคิดขึ้นพื้นฐานซึ่งเหมาะสมกับการกระทำอย่างมากที่สุด”

<sup>9</sup> จาก *กฎหมายอาญา* (น.69-70), โดย เอกูต์, 2477, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

## 2.1.2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับคุณธรรมทางกฎหมายกับการบัญญัติกฎหมายอาญา

### 2.1.2.1 คุณธรรมทางกฎหมาย

ความคิดอาญาแต่ละฐานมีสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งสิ่งนี้ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่างวัตถุ หรือบุคคล แต่เป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิด เช่น ความคิดอาญาฐานฆ่าผู้อื่นสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองไม่ใช่บุคคลที่ถูกฆ่าแต่เป็นชีวิตมนุษย์ สิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนี้เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิด ซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นามธรรม<sup>10</sup> ถือเป็นสิ่งทีเป็นประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันในสังคมมนุษย์ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์นั้น มนุษย์ทุกคนจำเป็นต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน หากผู้ใดทำการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันแล้ว ก็ถือว่าผู้นั้นละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” นั้นเอง

หน้าที่ของกฎหมายอาญาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งก็คือการที่กฎหมายอาญากระดับของ “สมบัติ” (gut) เฉพาะอย่างขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย เนื่องจากในปทัสถาน (norm) ทั้งหลายนั้นมีสมบัติบางอย่างแฝงอยู่เบื้องหลัง เช่น ปทัสถานที่ว่าการฆ่าเป็นสิ่งไม่ควร การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะชีวิตเป็นสิ่งทีพึงหวงแหน ดังนั้นการบัญญัติความผิดตามมาตรา 288 ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาก็เพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมายไป คุณธรรมทางกฎหมายไม่ได้เป็นสิ่งทีสามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นามธรรมคือเป็นสิ่งที่เป็ “ประโยชน์” (Interesse หรือ Interest) หรือเป็นสิ่งที่เป็ “คุณค่า” (Wert หรือ Value) ในการที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกันอย่างมีความปกติสุขนั้นมนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายจึงหมายถึงประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันทีกฎหมายคุ้มครอง

สมบัติทีได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญาไม่ว่าจะเป็นในประมวลกฎหมายอาญาเองหรือในพระราชบัญญัติอื่นๆ ล้วนเป็นสมบัติทีสำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น การคุ้มครองในรูปแบบอื่นจึงไม่เพียงพอดังนั้นจึงต้องมีการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา ซึ่งสมบัติทีได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย

<sup>10</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 118), โดย คณิต ฒ นคร, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ในกฎหมายอาญานั้นนอกจากชีวิตมนุษย์แล้วยังมี ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพในการกระทำ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทาง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความบริสุทธิ์สะอาดของอำนาจรัฐ ความคงอยู่ของสถาบันต่างๆ ของรัฐ ความปลอดภัยของการจราจร ฯลฯ ความผิดอาญาแต่ละฐานได้ ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน

#### ก. ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์<sup>11</sup> เป็นต้น และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนี้ยังสามารถ แบ่งแยกออกไปได้อีกเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” (hochstpersonliches Rechtsgut) เช่น เกียรติ ความปลอดภัยในร่างกาย ซึ่งการแบ่งแยกประเภทนี้เป็นเพียงการพยายาม แยกให้เห็นได้ชัดเจนเพื่อประโยชน์ทางวิชาการเท่านั้น เช่น ในกรณีของการบัญญัติความผิด อันยอมความได้ เป็นต้น

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) บทบัญญัติที่มี คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมนั้นจะเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบ เรียบร้อย เป็นระเบียบและยุติธรรม เช่น คุณธรรมทางกฎหมายเรื่องความปลอดภัยในการจราจรใน ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร คุณธรรมทางกฎหมายเรื่องความมั่นคงเชื่อถือและการชำระ หนี้ได้ของเงินตราในความผิดเกี่ยวกับเงินตรา หรือความเป็นเอกภาพของดินแดนในความผิดฐาน กบฏดินแดน เป็นต้น โดยกฎหมายประเภทนี้ปัจเจกบุคคลจะสละการคุ้มครองด้วยการสมัครใจ ยินยอมเสี่ยงภัยหรือรับความเสียหายเองไม่ได้ ดังนั้นบทบัญญัติกฎหมายใดที่มีคุณธรรมทาง กฎหมายเป็นส่วนรวมแล้วผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมในการกระทำนั้นได้เลย กล่าวคือ ความ ยินยอมดังกล่าวนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยนั่นเอง

#### ข. ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายมีประโยชน์หลายด้าน กล่าวคือ<sup>12</sup>

1) โดยการที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญาได้ ในการค้นหาความหมาย ของตัวบทกฎหมายจำเป็นต้องค้นหาคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อใช้ประโยชน์ในการตีความกฎหมาย อาญา การตีความกฎหมายอาญาโดยขาดการพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายอาจทำให้เกิดปัญหา ต่างๆ ได้เช่น

<sup>11</sup> แหล่งเดิม.

<sup>12</sup> คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา (น. 55-61).

1.1 ปัญหาการตีความกฎหมายโดยขัดต่อหลักการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตามมาตรา 2

1.2 ปัญหาการไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างของความผิดฐานต่างๆ ที่คล้ายคลึงกันหรือใกล้เคียงกัน เช่น ไม่อาจแยกแยะความผิดตามมาตรา 217 กับความผิดตามมาตรา 358 ว่าต่างกันอย่างใด การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดตามมาตรา 217 กับความผิดตามมาตรา 218 และการไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานยักยอก เป็นต้น

2) การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยก จัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดอาญาเพื่อการศึกษา ซึ่งในตำรากฎหมายอาญาภาคความผิดของเยอรมันได้จัดหมวดหมู่ประเภทความผิดอาญาตามคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>13</sup>

3) โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชน (individualrechtsgut) เช่น ชีวิต เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (universal-rechtsgut) เช่น ความปลอดภัยของการจราจร สภาพความแท้ของเงินตรา การรักษาไว้ซึ่งความลับของประเทศในทางทหาร เป็นต้น ซึ่งการแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าว นอกจากจะช่วยให้การวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนแล้ว ยังมีผลต่อการพิจารณาปัญหาที่ว่าในกรณีใดบุคคลจึงจะสามารถป้องกันสิทธิของตนได้ คือ เอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนเท่านั้น นอกจากนี้การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าวยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย

#### 2.1.2.2 การบัญญัติความผิดอาญาในกฎหมายอาญา

มนุษย์โดยธรรมชาติมีความจำเป็นจะต้องอยู่ร่วมกันและต้องมีการพึ่งพาอาศัยกันเพราะมนุษย์เป็นสัตว์สังคม ดังนั้นเมื่อมีการรวมตัวกันอยู่ด้วยกันย่อมต้องมีการกระทบกระทั่งกันบ้าง จึงต้องมีการจัดระเบียบสังคมในรูปแบบต่างๆ เพื่อให้คนจำนวนมากในสังคมยึดถือเป็นแนวทาง แต่การใช้ระเบียบทางสังคมในการควบคุมมนุษย์นั้นเป็นเรื่องของความสมัครใจของแต่ละบุคคล โดยไม่มีสภาพบังคับจากสังคมภายนอก ฉะนั้นลำพังแต่ระเบียบสังคมอย่างเดียวไม่มีทางที่จะทำให้สังคมเกิดความสงบสุขและเป็นระเบียบเรียบร้อย ดังนั้นแล้วเพื่อให้สังคมได้อยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยเฉพาะกฎหมายอาญา เพราะกฎหมายอาญานั้นมีสภาพบังคับที่รุนแรงที่สุดสามารถใช้ควบคุมและจัด

<sup>13</sup> จาก “คุณธรรมทางกฎหมาย” โดย คณิต ฒ นคร, วสารอัยการ, 25(1), น. 55.

ระเบียบสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพ กฎหมายอาญาจึงมีส่วนสำคัญที่เป็นตัวควบคุมความประพฤติของคนในสังคมให้บรรลุผลสำเร็จได้นั่นเอง

กฎหมายอาญานั้นได้มีผู้ให้ความหมายไว้หลากหลายความหมาย เช่น

กฎหมายอาญา คือบรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น<sup>14</sup>

กฎหมายอาญา คือบรรดากฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษไว้ซึ่งรัฐจะเป็นผู้ลงไว้ในกรณีที่มีการกระทำผิดนั้นๆ<sup>15</sup>

กฎหมายอาญา ได้แก่ กฎหมายที่บัญญัติถึงความผิดและโทษ<sup>16</sup>

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดไว้ด้วย<sup>17</sup>

กฎหมายอาญา เป็นกฎข้อบังคับต่างๆ ที่กำหนดเกี่ยวกับความประพฤติของมนุษย์ซึ่งประกาศใช้บังคับโดยผู้มีอำนาจในทางการเมือง และใช้บังคับแก่บุคคลทุกคนทุกชนชั้นโดยเสมอกันและการบังคับนั้นกระทำโดยการลงโทษโดยรัฐ<sup>18</sup>

กฎหมายอาญา คือกฎหมายซึ่งมีความมุ่งหมายในอันที่จะป้องกันความเสียหายต่อสังคมโดยบัญญัติว่าการกระทำใด เป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่การกระทำนั้น<sup>19</sup>

กฎหมายอาญา ได้แก่การกระทำ หรืองดเว้นการกระทำ ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติห้ามหรือให้กระทำเพื่อรักษาความสงบของชุมชนหรือรักษาสีธรรม<sup>20</sup>

จากคำนิยามของกฎหมายอาญาต่างๆ เหล่านี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดถึง

<sup>14</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 26), โดย คณิต ฅ นคร, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>15</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาค 1* (น.2), โดย อุทิศ แสนโกศิก, 2528, กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.

<sup>16</sup> จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (น.119), โดย หยุต แสงอุทัย, 2545, กรุงเทพฯ: ประกายพริก.

<sup>17</sup> จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1* (น.1), โดย เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, 2544, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>18</sup> From *Principle of Criminology* (p.4), by Edwin Sutherland and Donald Cressey, 1966, New York: JB Lippincott.

<sup>19</sup> From *Criminal Law* (p.5), by Wayne R. Lafave & Austin W. Scott, Jr., 1992, St. Paul Minn. : West Publishing co.

<sup>20</sup> จาก *กฎหมายอาญาหลักและปัญหา* (น.3-4), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2540, กรุงเทพฯ: นิติธรรม

(1) ความผิดกฎหมายจะบัญญัติห้ามไว้ว่าไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งถ้าได้กระทำการที่ห้ามไว้จะถือว่ามีความผิด (เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 334 357 ฯลฯ) และบัญญัติให้มีหน้าที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าไม่กระทำตามหน้าที่นั้นถือว่ามีความผิด (เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 126, 154, 166, 200 ฯลฯ)

(2) มาตรการบังคับทางอาญา ได้แก่ โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย หรือมาตรการบังคับทางอาญาอื่น<sup>21</sup> กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งคือเพื่อป้องกันความเสียหายของสังคมหรือเพื่อป้องกันอันตรายต่ออนามัย ต่อความปลอดภัยและศีลธรรมของส่วนรวม

ดังนั้นการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ก็ต้องทำ โดยให้กฎหมายอาญามีสภาพบังคับหรือมีการลงโทษผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั่นเอง ความเสียหายที่กฎหมายอาญาประสงค์จะปกป้องหรือคุ้มครองนั้นบางเรื่องก็เป็นความเสียหายที่เป็นรูปธรรม เช่น การฆ่าคนหรือการทำร้ายคนในความผิดฐานฆ่าคนหรือฐานทำร้าย การเผาบ้านในความผิดฐานวางเพลิง การสูญเสียทรัพย์ในความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น บางกรณีความเสียหายนั้นอาจเป็นเรื่องนามธรรม เช่น ความเสียหายต่อเกียรติยศชื่อเสียงในความผิดฐานหมิ่นประมาท และในบางกรณีความเสียหายที่มุ่งจะป้องกันนั้นก็อาจเป็นเพียงสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งอันน่าหวาดเสียวหรือจะก่ออันตรายขึ้น เช่น ความผิดฐานเป็นช่องโจร เป็นต้น<sup>22</sup>

2.1.3 แนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความรับผิดชอบอาญาที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของประชาชน

ก่อนที่เราจะศึกษาถึงแนวคิดในการกำหนดความผิดอาญา เราต้องทราบถึงการกระทำอย่างไรจึงจะควรกำหนดเป็นความผิดอาญา

หลักการพิจารณาว่าการกระทำใดควรจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น นักกฎหมายคนสำคัญท่านหนึ่งคือ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) ได้อธิบายหลักการเรื่องนี้ไว้ในหนังสือชื่อ “The Limits of the Criminal Sanction” โดยวางหลักการไว้ 6 ประการดังนี้คือ<sup>23</sup>

1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่มชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่มชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ

<sup>21</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.325-326), โดย คณิต ฉนกร, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>22</sup> จาก “ลักษณะทั่วไปของกฎหมายอาญาและปรัชญากฎหมายอาญา. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายอาญา 1 : ภาคทบทวนคดีทั่วไป” (น.6-7), โดย วิสาร พันธุณะ, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช.

<sup>23</sup> จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (น.3), โดย เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, 2549, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

การกระทำผิดในความผิดประเภท มาลาอินเซ (mala in se) เช่น การฆ่าคนตาย การปล้นทรัพย์ การลักทรัพย์ การข่มขืน เป็นความผิดที่มีความชั่วร้ายในตัวเอง หรือเห็นได้ในตัวเอง ย่อมเข้าข่ายหลักทั้ง 6 ประการของแฟ็กเกอร์

แนวความคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา มี 3 ทฤษฎี คือ<sup>24</sup>

1) ทฤษฎีความรับผิดชอบที่ต้องอาศัยทั้งการกระทำ และความผิดของจิตทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญในเรื่องความรู้สึกนึกคิดในจิตใจของผู้กระทำ โดยถือว่าความรู้สึกในทางที่ผิดของจิตใจเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ดังนั้นในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาจึงต้องคำนึงถึงปัจจัย 2 ประการ คือ การกระทำ ซึ่งเป็นอันตรายต่อสังคม และสภาวะของจิตใจที่มีลักษณะควรแก่การลงโทษซึ่งสภาวะของจิตใจก็คือ เจตนา (คือต้องรู้ถึงการกระทำ ของตนและขณะเดียวกันก็ต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น) หรือประมาท (คือไม่คิดถึงหรือไม่นึกถึงอันตรายที่จะเกิดจากการกระทำของตนหรือเพิกเฉยไม่แยแสต่อผลร้ายที่จะเกิดจากการกระทำนั้น) ความรับผิดชอบตามทฤษฎีนี้จึงแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

1) ความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อกระทำโดยเจตนา

2) ความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อกระทำโดยประมาท

ความรับผิดชอบทางอาญาโดยเจตนาเป็นหลักทั่วไปของของความรับผิดชอบทางอาญา ส่วนความรับผิดชอบเมื่อกระทำโดยประมาทเป็นข้อยกเว้นประเทศต่างๆ ได้กำหนดความรับผิดชอบอาญาโดยอาศัยทฤษฎีนี้โดยกำหนดให้ผู้กระทำ ความผิดอาญาจะมีความผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำ ความผิดโดยมีสภาวะจิตใจที่สมควรแก่การลงโทษ เช่น ในประเทศอังกฤษที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law มีหลักว่า “การกระทำไม่ก่อให้เกิดเป็นความผิดเว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นมีเจตนาที่

<sup>24</sup> จาก *สาระสำคัญของประมวลกฎหมายอาญา*, (น.346-353), โดย วิสาร พันธุณะ, 2543, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช.

ชั่วร้ายในขณะที่กระทำความผิด” (the act does not constitute guilt unless the mind be guilty) ดังนั้นจึงได้นำ หลักดังกล่าวมากำหนดเป็น โครงสร้างความคิดอาญาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้จะต้องประกอบไปด้วย การกระทำ ที่แสดงออกภายนอกนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) และผู้กระทำ ได้กระทำ โดยจิตใจที่ชั่วร้าย (mens rea) หรือในประเทศเยอรมันการกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาได้นั้นผู้กระทำ จะต้องมีความชั่ว (schuld) ซึ่งหมายถึงการดำเนินใจของการกำหนดเจตจำนงการกระทำใดจะเป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่ขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจในการกระทำของผู้กระทำความผิดในขณะที่กระทำความผิดนั้นคือผู้ที่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีแยกแยะว่าอะไรผิดอะไรถูกและเป็นผู้ที่มีสติยอมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำ การอันเป็นการผิดกฎหมายลงไปผู้นั้นยอมเป็นบุคคลที่จะต้องถูกดำเนินจากสังคมและการกระทำ ของเขายอมเป็นการกระทำที่ถูกดำเนินได้ หรือเป็นการกระทำที่มีความชั่ว<sup>25</sup>

2) ทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ทฤษฎีนี้กำหนดความรับผิดทางอาญาโดยถือเอาการกระทำ เพียงอย่างเดียว ไม่คำนึงถึงสถานะของจิตใจเนื่องจากทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ไม่คำนึงถึงสถานะของจิต ดังนั้นจึงไม่คำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำเท่านั้นคือแม้กระทำโดยไม่มีเจตนาที่ต้องรับผิดทางอาญา (ความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ไม่รวมถึงกรณีประมาท เพราะถ้ากระทำ โดยไม่ประมาทก็ไม่ต้องรับผิด) ทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้มีความคิดเห็นอยู่ 2 แนว คือ

(1) ฝ่ายที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องมีความรับผิดโดยเคร่งครัดเพราะความผิดอาญาบางประเภทการที่จะพิสูจน์ถึงเจตนาในการกระทำความผิดกระทำได้ยากดังนั้นจึงจำเป็นต้องบังคับให้บุคคลต้องรับผิดแม้ไม่มีเจตนา นอกจากนี้ยังเห็นว่าหากการกระทำนั้นอาจเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่บ้างหรือคาดว่ากระทำนั้นจะเกิดเป็นคดีที่ต้องฟ้องร้องจำนวนมากจึงเห็นสมควรให้ผู้กระทำต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนาเพื่อมิให้โจทก์ต้องมีการพิสูจน์เจตนาของจำเลยอีกซึ่งความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้มักใช้กับกรณีความผิดเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกลงโทษเสื่อมเสียชื่อเสียงแต่อย่างใด<sup>26</sup>

(2) ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด คำนว่าการลงโทษที่ถือเอาเพียงแต่การกระทำ อย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงสถานะจิตใจของผู้กระทำด้วยนั้นเป็นสิ่งที่ไม่เกิดประโยชน์เพราะการลงโทษโดยที่ผู้กระทำไม่รู้สึกว่าตนเองได้กระทำความผิดนั้นจะไม่มีผลเป็นการยับยั้งผู้กระทำ หรืออบุคคลอื่นมิให้กระทำเช่นนั้นอีกในอนาคตทั้งการกระทำนั้นก็ไม่ได้แสดงว่า

<sup>25</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น.193-194), โดย คณิต ณ นคร, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>26</sup> From, *Criminal Law* (p.912), by Granville Williams, 1978, London : Steven & sons.

ผู้กระทำ เป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมที่สมควรจะต้องลงโทษหรือแก้ไขเขา และนอกจากนี้ยังเห็นว่าการลงโทษตามทฤษฎีนี้ไม่ยุติธรรมเพราะผู้กระทำต้องถูกตราหน้าว่าเป็นอาชญากรโดยปราศจากความผิดในแง่ของศีลธรรม

(3) ทฤษฎีความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) ทฤษฎีนี้ไม่คำนึงถึงทั้งการกระทำ ความผิดและสภาวะทางจิตใจของผู้ที่ต้องรับผิดชอบ ความรับผิดชอบตามทฤษฎีนี้เป็นการบังคับให้บุคคลต้องรับผิดชอบในการกระทำ ของผู้อื่นแม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้กระทำความผิดด้วยตนเองเลย ซึ่งทฤษฎีนี้เหมาะสมดีถ้า นำมาใช้ในกฎหมายแพ่ง โดยเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิด การนำ ทฤษฎีนี้มาใช้ในกฎหมายอาญา (เช่น การบัญญัติให้นายจ้างต้องรับผิดชอบทางอาญาในความผิดที่ถูกจ้าง ได้กระทำ ตามพระราชบัญญัติมาตราซังตวง วัด พ.ศ. 2466 มาตรา 33<sup>27</sup>) นั้นมีความเห็นอยู่ 2 ความเห็น คือ

1) ฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้เห็นว่าในบางกรณีการที่จะพิสูจน์ถึงเจตนาหรือการรู้เห็นของผู้กระทำความผิดทำได้ยากต่อการกระทำ ความผิดของผู้กระทำความผิดดังนั้นเพื่อเป็นการตัดปัญหาทำให้โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงการรู้เห็นเป็นใจของผู้ที่จะต้องรับผิดชอบ จึงบัญญัติให้รับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นซึ่งการบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นเช่นนี้เป็นการบังคับให้ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบ เช่น นายจ้าง หรือผู้แทนนิติบุคคล เอาใจใส่ดูแลการทำงานของลูกจ้าง

2) ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น เห็นว่าความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นนั้นขัดกับหลักความรับผิดชอบทางอาญาในกฎหมายอาญา เพราะโดยหลักแล้วบุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่นเว้นแต่บุคคลนั้นจะได้บงการหรือช่วยเหลือให้บุคคลอื่นกระทำความผิด

## 2.2 แนวคิดในการกำหนดความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นการก่ออันตรายต่อการอยู่ร่วมกันโดยฝ่าฝืนข้อบัญญัติในทางศีลธรรมและกระทบต่อความไม่ปลอดภัยของประชาชน

### 2.2.1 ลักษณะความผิดอาญาที่เป็นกรก่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย

การพิจารณาความรับผิดทางอาญาสิ่งที่ต้องพิจารณาคือการกระทำของมนุษย์ แต่การที่จะเป็นความผิดอาญาฐานใดขึ้นอยู่กับว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำอันตราย หรือก่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ทั้งนี้เพราะว่ากฎหมายมิได้ห้ามเฉพาะแต่เพียงการกระทำที่เป็นกรทำ

<sup>27</sup> พระราชบัญญัติมาตราซังตวง วัด พ.ศ. 2466 มาตรา 33 บัญญัติว่า คำรับรองสำหรับเครื่องซังตวงวัดชนิดใดให้มีอายุเท่าใดให้ กำหนดในกฎกระทรวงในการให้คำรับรอง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ประทับหรือ แสดงวันสิ้นอายุของคำรับรองไว้ที่เครื่องซังตวงวัดและที่หนังสือสำคัญแสดง การให้คำรับรองสำหรับเครื่องซังตวงวัดนั้น

อันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการกระทำที่เป็นการก่ออันตรายแต่คุณธรรมทางกฎหมายอีกด้วย

การกระทำที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายรู้จักกันในฐานะความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย ส่วนการกระทำที่เป็นการก่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายรู้จักกันในฐานะของความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย กล่าวคือความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อวัตถุที่ถูกกระทำ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ก็คือความตาย หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ในทางตรงกันข้าม ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายเพียงแต่มีการเกิดขึ้นของสถานการณ์ที่เป็นอันตรายต่อวัตถุที่ถูกกระทำก็เป็นการเพียงพอแล้ว เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 ทั้งนี้ที่มีการทอดทิ้งก็เป็นความผิดตามมาตรานี้แล้ว เป็นต้น อย่างไรก็ตามความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายในทางตำราของไทยยังมิได้มีการกล่าวถึงแนวความคิดดังกล่าวในทางทฤษฎีมากเท่าใดนัก เป็นเหตุให้เกิดความสับสนในการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวในบางครั้งซึ่งเป็นปัญหาทั้งในระดับอัยการและระดับศาล ซึ่งนอกจากจะมีการแบ่งแยกความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายกับการทำอันตรายโดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ยังสามารถแบ่งแยกโดยพิจารณาจากรุนแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำดังที่กล่าวมาข้างต้น

### 2.2.2 ประเภทของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย เป็นที่ยอมรับกันว่ามีปัญหาในการตีความว่ามีความเป็นอันตรายมีกี่รูปแบบ และมีระดับของอันตรายแค่ไหนซึ่งโดยทั่วไปอาจแบ่งออกได้เป็นสองรูปแบบใหญ่ๆ<sup>28</sup> คือ ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ และความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่ประจักษ์ และในส่วนระดับของอันตราย ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่ประจักษ์จะมีระดับของอันตรายที่มากกว่าซึ่งจะกล่าวรายละเอียดโดยเริ่มจากความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่ประจักษ์

#### 1. ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำผิดในคดีที่เฉพาะเจาะจงได้ปรากฏผลของอันตรายที่เห็นได้ประจักษ์ต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น ผลของอันตรายในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์จึงเป็นการยอมรับในฐานะขององค์ประกอบ

<sup>28</sup> From Strafgesetzbuch and Nebengesetze : band 10,(p.10),by Herbert Troendle, neubearbeitete Auflage.

ในทางภาวะวิสัย<sup>29</sup> ดังนั้น การวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญาในกรณีดังกล่าว จึงต้องประกอบไปด้วยการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดและผลของการก่ออันตราย เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 306 และ 307 ซึ่งเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์ การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ ทอดทิ้งบุคคลบางประเภท เช่น เด็กที่อายุน้อยมากๆ ประกอบด้วยผลของการก่ออันตราย ดังนั้น การทิ้งเด็กอายุ 2 เดือนไว้ที่โรงพยาบาลจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้ แต่การทิ้งเด็กอายุ 2 เดือนไว้เพียงลำพังในบ้านที่ถูกปิดไว้โดยปราศจากผู้ดูแลจึงเป็นความผิดฐานดังกล่าว ปัญหาคือผลของอันตรายที่ประจักษ์ หมายความว่าอย่างไร ซึ่งอาจให้คำนิยามได้ดังนี้ กล่าวคือผลของอันตรายที่ประจักษ์เป็นกรณีที่ภายใต้สภาวะที่ผิดปกติ การเกิดขึ้นของความเสียหายใกล้ที่จะเกิดขึ้นตามข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เห็นได้อย่างประจักษ์<sup>30</sup> ซึ่งผลของอันตรายที่ประจักษ์อาจเกิดจากผลของการกระทำของผู้กระทำผิด หรืออาจเกิดจากเงื่อนไขอื่นๆ ที่เกิดขึ้นหลังการกระทำของผู้กระทำผิด

อย่างไรก็ตาม ผลของอันตรายที่ประจักษ์จะไม่ถูกนำมาพิจารณาเมื่อปราศจากวัตถุที่ถูกกระทำ เช่น อันตรายจากทารกในครรภ์จากการใช้ยานอนหลับ Contergen หรือ Thaidomid ของหญิงมีครรภ์ ซึ่งในบางกรณีจะเป็นผลให้ทารกที่คลอดออกมาพิการที่แขนขา และกระดูกสันหลัง ผลของอันตรายดังกล่าวจะไม่ถูกนำมาพิจารณา ถ้าหากข้อสันนิษฐานในทางการแพทย์โดยทั่วไปแล้วหญิงนั้น ไม่มีครรภ์ หรือกรณีที่กระสุนปืนที่ฝังอยู่ในขาคนยอมแสดงให้เห็นอย่างเพียงพอแล้วว่า เป็นสาเหตุที่สำคัญในการทำร้าย แต่ถ้าผู้ที่ถูกยิงนั้นใส่ขาเทียมในกรณีดังกล่าว ผลของอันตรายดังกล่าวก็จะไม่ถูกนำมาพิจารณาเช่นกัน นอกเหนือจากวัตถุที่ถูกกระทำไม่มีอยู่ในขณะกระทำที่จะเป็นผลให้ผลของอันตรายที่ประจักษ์ไม่ถูกนำมาพิจารณาแล้วยังรวมถึงกรณีของความสามารถของตัวผู้กระทำอีกด้วย<sup>31</sup> เช่น การที่นักแข่งรถที่ได้รับการฝึกฝนมาอย่างดีควบคุมสถานการณ์ที่ฉุกเฉินในขณะที่ขับรถได้ดีกว่าคนขับรถโดยทั่วไป หรือผู้ขับรถเฉพาะวันอาทิตย์เท่านั้น ซึ่งในสถานการณ์ดังกล่าวคนขับรถยอมที่จะควบคุมสถานการณ์ดังกล่าวได้โดยตัวของตัวเอง แต่การกระทำดังกล่าวของนักแข่งรถอาจจะไปกระตุ้นให้ คนขับรถที่มีความสามารถต่างๆ ไปทำอย่างเขาคือด้วยกล่าวคือขับรถด้วยความเร็ว ซึ่งในกรณีดังกล่าวคนขับรถยอม ไม่สามารถที่จะควบคุมลำดับของเหตุการณ์ได้ และยอมรับกันว่าเป็นอันตรายที่ประจักษ์แล้ว นอกจากนี้ผลของอันตรายที่ประจักษ์ ในบางกรณีจะไม่ถูกนำมาพิจารณา<sup>32</sup> เช่น ในกรณีที่นาย ก คนขับรถยนต์ส่วนบุคคลได้ขับรถแข่งรถบรรทุกขึ้นมา

<sup>29</sup> From *Strafrecht: Allgemeiner Teil* (p.84), by Hermann Blei, 1975.

<sup>30</sup> From *Gunther Arzt und Ulrich Weber*, (p.22), by Hans-Heinrich Jescheck.

<sup>31</sup> Ibid, p.24.

<sup>32</sup> Ibid, p.25.

แม้ว่าจะมีรถสปอร์ตขับสวนมาก็ตาม คนขับรถสปอร์ตที่มีความสามารถในการขับรถอย่างสามัญไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงการชนได้ แต่นาย ข ขับรถสปอร์ตสามารถที่จะหลีกเลี่ยงการชนได้เป็นอย่างดี เพราะเขามีอาชีพเป็นนักขับรถ และในสถานการณ์ดังกล่าวการหลีกเลี่ยงการชนไม่ใช่เป็นเรื่องยากสำหรับเขาเลย นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมกล่าวคือ ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมีแนวโน้มที่จะยอมรับเฉพาะความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่ประจักษ์เท่านั้น

## 2. ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอบๆ

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอบๆ เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำผิดเป็นอันตรายโดยทั่วไปต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับการคุ้มครอง โดยที่การกระทำดังกล่าวนั้น ไม่จำเป็นต้องปรากฏผลของอันตรายที่ประจักษ์ในทางองค์ประกอบความผิดแต่อย่างใดและในองค์ประกอบของความผิดจะกล่าวถึงการกระทำที่เป็นอันตรายโดยไม่คำนึงถึงว่าในกรณีนั้น อันตรายจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ เนื่องจากการบัญญัติความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอบๆ นี้เป็นเพียงมูลเหตุจูงใจของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ทางฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดการกระทำต่างๆ ที่พิจารณาแล้วว่าเป็นการกระทำที่เป็นอันตราย โดยพิจารณาจากประสบการณ์<sup>33</sup> กล่าวได้ว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอบๆ นี้ไม่ได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อที่จะลงโทษต่อการก่อให้เกิดความเสียหายที่เห็นได้อย่างประจักษ์ แต่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อที่จะก่อให้เกิดความมั่นคงและป้องกันอันตรายนั่นเอง

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ในมุมมองหนึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอบๆ และความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่ประจักษ์ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตามในอีกมุมมองหนึ่งความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย อาจแบ่งออกได้เป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายต่อปัจเจกชนและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายต่อสาธารณชน

### 1) ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายต่อปัจเจกชน (Individulgefahr)

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายต่อปัจเจกชน เป็นกรณีที่การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำผิด เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายอันใดอันหนึ่ง เช่น ชีวิตมนุษย์ เป็นต้น ซึ่งถ้าพิจารณาจากความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่ประจักษ์ จะพบว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่ประจักษ์มีแนวความคิดดังกล่าวเช่นเดียวกัน เช่นความผิดฐานทอดทิ้ง ตามมาตรา 221 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ถูกทอดทิ้งได้

<sup>33</sup> จาก “ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน”, โดย สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, (2537,กันยายน-ตุลาคม), *ตุลพาห*, 41,5. น.137.

ถูกปล่อยให้อยู่ในภาวะที่ไม่อาจช่วยตัวเองได้ เป็นต้น ทั้งนี้เพราะว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่ประจักษ์ องค์กรประกอบของความเป็นอันตราย เป็นกรณีของความเป็นอันตรายต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง<sup>34</sup> ซึ่งความเป็นอันตรายดังกล่าวอาจเป็นกรณีของความเป็นอันตรายต่อชีวิต หรือร่างกายของบุคคลอื่นตลอดถึงค่าในทรัพย์สินของบุคคลอื่น

## 2) ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายต่อสาธารณชน (Gemeingefahr)

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายต่อสาธารณชน อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ กล่าวคือ<sup>35</sup>

### 2.1) ความเป็นอันตรายต่อผู้เสียหายจำนวนมากซึ่งไม่เฉพาะเจาะจง

เช่น ความผิดฐานวางเพลิงขั้นรุนแรง ตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน (เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 218) จึงอยู่ในกรณีดังกล่าวเพราะว่าประชาชนจำนวนมากอาจได้รับความเสียหายอันไม่อาจคำนวณได้จากการถูกลอบวางเพลิงดังกล่าว และจากประสบการณ์ในทางประวัติศาสตร์ที่มีการไฟไหม้ใหญ่ซึ่งได้ทำลายเมืองไปครึ่งก่อนเมือง ทำให้ภาพของอันตรายที่เกิดจากไฟยังคงติดตราตรึงใจประชาชนโดยทั่วๆ ไปอยู่

2.2) ความเป็นอันตรายต่อผู้เสียหายคนใดคนหนึ่งซึ่งไม่เจาะจงภายใต้สถานการณ์บางอย่าง

เช่น ความผิดฐานทำให้เสียหายแก่สิ่งปลูกสร้างที่สำคัญ ตามมาตรา 318 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (เทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 226) การทำลายหรือทำให้เสียหายแก่สิ่งปลูกสร้างที่สำคัญบางอย่างเช่น ทาเดินที่ทอดผ่านลำธารระหว่างภูเขา ซึ่งทางดังกล่าวสามารถถูกข้ามได้เพียงแค่นกๆ เดียวเท่านั้น (แล้วจะพังลง) หากว่าสะพานดังกล่าวถูกประกาศว่าจะพังลงโดยการข้ามของคนถัดไป ทางดังกล่าวสามารถที่จะพังได้แค่เพียงครั้งเดียว และบุคคลที่จะตาย หรือบาดเจ็บก็มีได้เพียงแค่นกๆ เดียว บุคคลที่เป็นเหยื่อในกรณีดังกล่าวก็คือบุคคลที่ถูกเลือกมาจากคนทั่วๆ ไป กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเหยื่อในกรณีนี้ก็คือ ตัวแทนของบุคคลโดยทั่วไปนั่นเอง โดยสรุปก็คือ การกระทำดังกล่าวเป็นอันตรายต่อประชาชน โดยทั่วไปแล้วเพียงแต่ผลจะเกิดขึ้นแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น

### 2.2.3 การจัดประเภทของความผิดอาญาที่เป็นความผิดลหุโทษกับความผิดอาญาทั่วไป

#### 2.2.3.1 การจัดประเภทความผิดอาญาทั่วไป

<sup>34</sup> From Gunther Arzt und Ulrich Weber, op. cit., footnote 12 (p.28), by Hans-Heinrich Jescheck.

<sup>35</sup> Ibid0 p.30.

ความผิดอาญาทั่วไป สามารถจัดประเภทออกเป็นประเภทต่างๆ ได้หลายวิธีตามแนวคิดและความมุ่งหมาย เช่น การจัดประเภทตามลำดับความหนักเบาของความผิด การจัดประเภทตามภัยอันตรายต่อสังคม การจัดประเภทตามเจตนา การจัดประเภทตามลักษณะของความผิด การจัดประเภทตามความชั่วร้ายทางศีลธรรม และการจัดประเภทตามคุณธรรมทางกฎหมาย ดังที่จะได้กล่าวต่อไปตามลำดับ

ก. การจัดตามความลำดับความหนักเบาของความผิด

การจัดประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้สามารถแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภทคือ

ความผิดประเภท Treason ตามกฎหมาย Common Law เดิมของประเทศอังกฤษ ความผิดประเภท Treason แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) High Treason (การกบฏ) คือการกระทำ อันเป็นการต่อต้านพระมหากษัตริย์

2) Petit Treason คือการฆาตกรรมผู้ปกครองหรือผู้อยู่เหนือโดยผู้อยู่ใต้อำนาจเช่น ภรรยาฆ่าสามี บ่าวฆ่านาย แต่ในปัจจุบันความผิดฐานนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว และการกระทำ ที่เป็นความผิดประเภท Petit Treason เดิมนั้นปัจจุบันก็คือความผิดฐานฆ่าคนตายนั่นเองในประเทศสหรัฐอเมริกาความผิดประเภท Treason คือความผิดฐานกบฏเป็นความผิดเฉพาะอย่างเช่นเดียวกับความผิดฐานอื่นๆ และในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีเพียง 2-3 รัฐเท่านั้นที่แบ่งความผิด Treason ออกเป็นความผิดอีกประเภทหนึ่งนอกเหนือจากความผิดประเภท Felonies และ Misdemeanors<sup>36</sup>

ความผิดประเภท Felonies เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงอยู่ในลำดับถัดจากความผิดประเภท Treason ซึ่งความหมายของความผิดประเภท Felonies นี้จะแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ และส่วนมากจะกำหนดความหมายของความผิดประเภท Felonies โดยพิจารณาจากบทระวางโทษของความผิด เช่น กฎหมายของรัฐอลาบามา จอร์เจีย อินเดียน่า ไอโอวา มิชิแกน มิสซิสซิปปี วอชิงตัน และรัฐเวอร์จิเนียตะวันตกของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดว่าความผิดประเภท Felonies คือความผิดที่มีระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกในเรือนจำของรัฐ ในรัฐฮาวาย กำหนดว่าความผิดประเภท Felonies คือความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ในรัฐอาร์ิโซนา แคลิฟอร์เนีย ไอดาโฮ โอเรกอน กำหนดว่าในกรณีที่มีการกระทำความผิดนั้นมีบทระวางโทษจำคุกในเรือนจำของรัฐหรือในที่กักขังของเมือง (county jail) หรือปรับ ศาลมีอำนาจในการใช้

<sup>36</sup> From *Basic Criminal Law* (p.56-59), by Allen Z. Gammage and Charles F. Hempill, 1974, New York: McGraw-Hill.

ดุลพินิจกำหนดให้การกระทำ ความผิดใดเป็นความผิดประเภท Misdemeanors ได้<sup>37</sup> แต่ในบางรัฐ ก็จะกำหนดไว้ในกฎหมายเลยว่า การกระทำ ความผิดใดเป็นความผิดประเภท Felonies หรือ Misdemeanors ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ต้องพิจารณาถึงบทระวางโทษของความผิดนั้น<sup>38</sup> และมีบางรัฐ เช่น เซาท์คาโรไลนา ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า ความผิดใดบ้างที่เป็นความผิดประเภท Felonies ดังนั้นความผิดอื่นๆนอกจากนี้ทั้งหมดเป็นความผิดประเภท Misdemeanors<sup>39</sup> เป็นต้น

จากความหมายของความผิดประเภท Felonies จะเห็นได้ว่าส่วนมากกำหนดความผิดประเภท Felonies โดยพิจารณาจากบทระวางโทษของความผิดนั้นๆ มากกว่าที่จะพิจารณาถึงธรรมชาติและลักษณะของความผิด<sup>40</sup> หรือโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจริงๆ ดังนั้นผู้กระทำความผิดประเภท Felonies อาจได้รับโทษในความเป็นจริงน้อยกว่าผู้กระทำความผิดประเภท Misdemeanors

ความผิดประเภท Misdemeanors เป็นความผิดอาญาที่มีความรุนแรงอยู่ในลำดับรองลงมาจากความผิดประเภท Felonies หมายถึงความผิดอื่นที่ไม่ใช่ความผิดประเภท Treasons และความผิดประเภท Felonies การให้ความหมายของความผิดประเภท Misdemeanors พิจารณาจากบทระวางโทษของความผิดเป็นเกณฑ์ แต่ก็มีกฎหมายบางฉบับก็อาจกำหนดไว้โดยเฉพาะว่า ความผิดตามกฎหมายฉบับนั้นๆ เป็นความผิดประเภท Misdemeanors ต้นแบบประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา (Model Penal Code) ได้แบ่งความผิดประเภท Misdemeanors ออกเป็น 2 ประเภท คือ Misdemeanors และ Petty Misdemeanors ความผิดอาญาใดจะเป็นความผิดประเภท Misdemeanors จะถูกกำหนดไว้โดย Model Penal Code หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นๆ<sup>41</sup> และความผิดอาญาใดที่กฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทความผิดไว้ไม่ว่าจะโดยกฎหมายหรือ

<sup>37</sup> From *Classification and Application of Crimes in Concepts of Criminal Law : Selected reading.ed.Robert W. Ferguson* (p. 312), by Robert W. Ferguson,1975, ST. Paul, MN: West Publishing.

<sup>38</sup> From *Handbook of Criminal Law*,35th reprint Handbook Series (p. 44), by Justin Miller,1975, St. paul, MN: Publishing.

<sup>39</sup> From *Classification and Application of Crimes in Concepts of Criminal Law : Selected reading.ed.Robert W. Ferguson* (p. 313), by Robert W. Ferguson,1975, ST. Paul, MN: West Publishing.

<sup>40</sup> From *Handbook of Criminal Law*,35 th reperint Handbook Series (p. 42), by Justin Miller,1975, St. paul, MN: Publishing.

<sup>41</sup> From Model Penal Code: Official draft and explanatory notes section 1.04 ( 3 ).

A crime is a misdemeanors if it is so designated in this Code or in a statute other than code enacted subsequent thereto.

โดยคำพิพากษาของศาลความผิดนั้นก็จะมีความผิดประเภท Misdemeanors<sup>42</sup> ส่วนความผิดประเภท Petty Misdemeanors ได้แก่ ความผิดอาญาซึ่ง Model Penal Code หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นกำหนดให้เป็นความผิดประเภท Petty Misdemeanors หรือเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกอย่างสูงต่ำกว่าหนึ่งปี<sup>43</sup>

การจัดประเภทความผิดอาญาตามลำดับความหนักเบาของความผิดนี้มีบางรัฐหรือบางเขตอำนาจศาลได้แบ่งความผิดที่มีลักษณะที่เบากว่า Misdemeanors ออกเป็นความผิดอีกประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ และมีการเรียกชื่อต่างๆ กัน เช่น Police Regulations, Public Torts<sup>44</sup> Infractions, County Ordinances<sup>45</sup>

การจัดประเภทความผิดตามลำดับความหนักเบาของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยสามารถจัดความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. ความผิดลหุโทษ ความผิดซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

2. ความผิดทั่วไป ได้แก่ ความผิดซึ่งมีโทษหนักกว่าความผิดลหุโทษ คือจำคุกเกินหนึ่งเดือน หรือปรับเกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ข. การจัดตามยกยั้งต่อสังคม

การจัดประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้ใช้ยกยั้งต่อสังคมเป็นเกณฑ์ในการจัดการแบ่งประเภทความผิดตามลักษณะยกยั้งต่อสังคมมีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมความผิดที่ก่อให้เกิดอันตรายในลักษณะเดียวกันต่อสังคมมารวมไว้ในแต่ละประเภท ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยสามารถจัดออกได้เป็น 12 ประเภท คือ

1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

<sup>42</sup> From Model Penal Code: Official draft and explanatory notes section 1.04 ( 6 ).

Any offense declared by law to constitute a crime, without specification of the grade thereof or of the sentence authorized upon concoction, is a misdemeanor.

<sup>43</sup> From Model Penal Code: Official draft and explanatory notes section 1.04 ( 4 ).

A crime is a petty misdemeanor if it so designated in this Code or in a statute other than this Code enacted subsequent thereto or if it is defined by a statute other than this Code that now provides that persons convicted thereof may be sentenced to imprisonment for a term of which the maximum is less than one year .

<sup>44</sup> From *Handbook of Criminal Law*, 35th reprint Handbook Series (p. 42), by Justin Miller, 1975, St. Paul, MN: Publishing.

<sup>45</sup> From *Basic Criminal Law* (p.59), by Allen Z. Gammage and Charles F. Hempill, 1974, New York: McGraw-Hill.

- 2) ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง
- 3) ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม
- 4) ความผิดเกี่ยวกับศาสนา
- 5) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน
- 6) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน
- 7) ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง
- 8) ความผิดเกี่ยวกับการค้า
- 9) ความผิดเกี่ยวกับเพศ
- 10) ความผิดเกี่ยวกับชีวิต และร่างกาย
- 11) ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง
- 12) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน

ค. การจัดตามเจตนา

การจัดประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้สามารถจัดความผิดอาญาออกเป็น 4 ประเภท คือ

1) ความผิดที่กระทำโดยเจตนาเป็นความผิดทั่วไปและเป็นลักษณะทั่วไปของการกระทำอาญา

2) ความผิดที่กระทำโดยประมาท ได้แก่ การทำความผิดโดยไม่เจตนาแต่เป็นการกระทำ ความผิดโดยปราศจากความระมัดระวังและผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้ว่าจะกระทำโดยประมาท

3) ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนา ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ต้องรับผิดชอบแม้กระทำโดยไม่เจตนา เช่น ความผิดลหุโทษ

4) ความผิดอันเกิดขึ้นเกินเลยไปจากเจตนาที่มีเป็นความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาแต่ผลที่เกิดขึ้นนั้นอยู่นอกเหนือไปจากเจตนาของผู้ทำความผิด เช่น ผู้กระทำมีเจตนาแก่ทำร้ายร่างกายแต่ผู้ถูกทำร้ายถึงแก่ความตายผู้กระทำมีความผิดฐานฆ่า

ง. การจัดตามลักษณะของความผิด

การจัดประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้ตามกฎหมายไทยสามารถจัดได้<sup>46</sup>

1) ความผิดอาญาแผ่นดิน และความผิดอันยอมความได้ ความผิดต่อแผ่นดินเป็นความผิดที่รัฐมีอำนาจดำเนินการฟ้องร้องได้เองโดยผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องร้องทุกข์ก่อน เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดอันยอมความได้ คือ ความผิดที่ผู้เสียหายจะต้อง

<sup>46</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.98-101), โดย คณิต ฅ นคร, 2543, กรุงเทพฯ:วิญญูชน.

ร้องทุกข์ก่อนรัฐจึงจะมีสิทธิฟ้องร้องผู้กระทำความผิดได้ หากผู้เสียหายไม่ร้องทุกข์รัฐไม่มีอำนาจฟ้องคดีนั้นแต่ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีได้ และเมื่อฟ้องคดีแล้วผู้เสียหายจะถอนฟ้องหรือยอมความในเวลาใดก็ได้ก่อนคดีถึงที่สุด<sup>47</sup> ความผิดใดจะเป็นความผิดอันยอมความได้กฎหมายจะบัญญัติบอกไว้ เช่น ความผิดฐานข่มขืน เป็นต้น

2) ความผิดอาญาที่ต้องการผลและไม่ต้องการผล

ความผิดที่ต้องการผล เช่น ความผิดตามมาตรา 288, 295, 334, 357 เป็นต้น ความผิดที่ไม่ต้องการผล เช่น ความผิดตามมาตรา 177, 374 เป็นต้น

3) ความผิดที่เป็นการทำอันตรายและความผิดที่เป็นการก่ออันตรายความผิดที่เป็นการทำอันตราย การกระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีการทำอันตรายคุณธรรมทางกฎหมาย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นจะเป็นการกระทำความผิดก็ต่อเมื่อมีการทำอันตรายต่อชีวิตมนุษย์ผู้อื่น การกระทำความผิดที่เป็นการทำอันตรายตามประมวลกฎหมายอาญาเช่นความผิดตามมาตรา 288, 295, 334, 357 เป็นต้นความผิดที่เป็นการก่ออันตราย กฎหมายประสงค์ที่จะไม่ให้มีอันตรายเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติกฎหมายเป็นการป้องกันไว้ก่อน อันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายจะถูกผนวกด้วยโทษไว้เลยเพื่อมิให้มีการทำอันตรายคุณธรรมทางกฎหมายนั้น เช่น ความผิดตามมาตรา 294, 299, 306, 307, 371, 373, 377, 379 เป็นต้น

4) ความผิดที่มีสภาพจบสิ้นและความผิดที่มีสภาพต่อเนื่องความผิดที่มีสภาพจบสิ้น เช่น ความผิดตามมาตรา 358 ความผิดที่มีสภาพต่อเนื่องเป็นความผิดที่ไม่เพียงแต่มีสภาพของการกระทำเท่านั้น แต่การกระทำนั้นยังคงมีอยู่ต่อไปจนกว่าสภาพนั้นจะหมดสิ้นลง เช่น ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังตามมาตรา 310 สภาพการเป็นความผิดฐานนี้จะยังคงมีอยู่ตลอดเวลาที่ผู้ถูกกระทำยังไม่ได้รับเสรีภาพคืน

5) ความผิดที่ไม่เจาะจงผู้กระทำความผิดและความผิดที่เจาะจงผู้กระทำความผิด ความผิดที่ไม่เจาะจงผู้กระทำ ความผิด กฎหมายจะบัญญัติขึ้นต้นด้วยคำว่า “ผู้ใด” ซึ่งไม่จำกัดผู้กระทำความผิดว่าจะต้องมีคุณสมบัติอย่างไร ความผิดที่เจาะจงผู้กระทำ ความผิดกฎหมายจะกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ

6) ความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องกระทำเองโดยทั่วไปผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดด้วยตนเองหรือโดยบุคคลอื่นที่ตนควบคุมการกระทำ ของเขาก็ได้แต่ในบางกรณี เฉพาะผู้ที่ได้กระทำ ความผิดด้วยตนเองเท่านั้นจึงจะเป็นผู้กระทำความผิดได้ เช่น ความผิดฐานบิภิกขเวศตามตรา 177

<sup>47</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 120, 121 และมาตรา 33.

### จ. การจัดตามความชั่วร้ายทางศีลธรรม

การจัดประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้สามารถจัดความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภท

1) ความผิดแบบ Mala in se หมายถึงความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเองหรือที่มีความชั่วร้ายตามธรรมชาติ (inherently evil)<sup>48</sup> Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายว่า เป็นการกระทำความผิดในตัวเองการกระทำที่ผิดศีลธรรมและการกระทำที่ละเมิดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดี (mala in se mean wrong in themselves, act morally wrong, offence against conscience)<sup>49</sup> Mala in se ถือได้ว่าเป็นความผิดที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมนุษย์สามารถรู้ได้ด้วยตนเองว่าการกระทำเช่นใดเป็นความผิด<sup>50</sup> เช่น ความผิดฐานข่มขืนความผิดฐานฆ่าคนตายความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ความผิดประเภทนี้เวลาบัญญัติกฎหมายไม่ต้องบัญญัติบังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำเสียก่อนแล้วจึงจะบัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนแล้วมีความผิด แต่จะบัญญัติลงไปเลยว่าการกระทำอย่างนั้นอย่างนี้เป็นความผิด<sup>51</sup>

2) ความผิดแบบ Mala Prohibita หรือความผิดเพราะกฎหมายห้ามไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายตามธรรมชาติ แต่ถือว่าเป็นความผิดก็เพราะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมาย<sup>52</sup> Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายว่า เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดเพราะมีข้อห้ามหรือการกระทำที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายที่บัญญัติขึ้น (mala prohibita mean prohibited wrongs or offence; act which are made offence by positive law)<sup>53</sup> การกำหนดความผิดมีลักษณะเป็นข้อตกลงไม่ใช่เป็นความผิดโดยธรรมชาติ<sup>54</sup> ความผิดประเภทนี้ไม่ได้บัญญัติจากเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎแห่งศีลธรรมเลย แต่ที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดเท่านั้นเองมองไม่เห็นความชั่วหรือความเลวของผู้กระทำความผิดได้ในตัวเอง เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติต่างๆ เช่น การมีอาวุธปืนโดยไม่ได้รับอนุญาต การนำ ของต้องห้ามเข้ามาใน

<sup>48</sup> From *Criminal Law. 2nd ed* (p.32), by Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr,1986, Minnesota : West Publishing Co.

<sup>49</sup> From *Black 's Law Dictionary 5th ed* (p.822), by Henry Campbell Black West,1979, Publishing Co.

<sup>50</sup> From *General Principle of Criminal Law 2nd ed* (p. 337), by Jerome Hall,1960, Indianapolis.

<sup>51</sup> จาก *กฎหมายอาญา เล่ม 2* (น. 22), โดย สว่าง ลีนะสมิต,2514, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

<sup>52</sup> From *Criminal Law* (p.32), by Wayne R.Lafave & Austin W Scott. Jr,1992,St. Paul Minn.: West Publishing co.

<sup>53</sup> From *Black's Law Dictionary* (p. 861), by Henry Campbell.

<sup>54</sup> From *General Principle of Criminal Law* (p. 338), by Jerome Hall.

ราชอาณาจักร การจับสัตว์น้ำในเขตหวงห้าม เป็นต้น ความผิดประเภทนี้เวลาบัญญัติกฎหมายจะต้องบัญญัติบังคับให้กระทำ หรือห้ามมิให้กระทำ อย่างนั้นอย่างนี้เสียก่อน แล้วจึงจะบัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนมีความผิด<sup>55</sup>

การแบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็น mala in se และ mala Prohibita ปัจจุบันได้เสื่อมความนิยมลงเพราะการแบ่งประเภทความอาญาแบบนี้ไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานหรืออยู่บนหลักการที่มีเหตุผลขาดหลักเกณฑ์ในการแบ่งที่ชัดเจนแน่นอน และนำมาใช้ไม่ได้ในทางปฏิบัติ<sup>56</sup>

#### จ. การจัดตามคุณธรรมทางกฎหมาย

ความผิดอาญาแต่ละฐานมีสิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งสิ่งนี้ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่างวัตถุ หรือบุคคล แต่เป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิด เช่น ความผิดอาญาฐานฆ่าผู้อื่นสิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองไม่ใช่บุคคลที่ถูกฆ่าแต่เป็นชีวิตมนุษย์ สิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนี้เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)

หน้าที่ของกฎหมายอาญาที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งก็คือการที่กฎหมายอาญากระดัดของ “สมบัติ” (gut) เฉพาะอย่างขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย เนื่องจากในปทัสถาน (norm) ทั้งหลายนั้นมีสมบัติบางอย่างแฝงอยู่เบื้องหลัง เช่น ปทัสถานที่ว่า การฆ่าเป็นสิ่งไม่ควร การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะชีวิตเป็นสิ่งที่มีค่า หวงแหน ดังนั้นการบัญญัติความผิดตามมาตรา 288 ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาก็เพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมายไปคุณธรรมทางกฎหมายไม่ได้เป็นสิ่งที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นามธรรมคือเป็นสิ่งที่เป็ “ประโยชน์” (Interesse หรือ Interest) หรือเป็นสิ่งที่เป็ “คุณค่า” (Wert หรือ Value) ในการที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกันอย่างมีความปกติสุขนั้นมนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์ หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายจึงหมายถึงประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง

สมบัติที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญาไม่ว่าจะเป็นในประมวลกฎหมายอาญาเองหรือในพระราชบัญญัติอื่นๆ ล้วนเป็สมบัติที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น การคุ้มครองในรูปแบบอื่นจึงไม่เพียงพอ ดังนั้นจึงต้องมีการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา ซึ่งสมบัติที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย

<sup>55</sup> กฎหมายอาญา เล่ม 2 (น. 22-23). เล่มเดิม.

<sup>56</sup> From Perkins on Criminal Law 2nd University Textbook Series Mineola (p. 784-788), by Rollen M. Perkins, 1969, NY: the Foundation Press.

ในกฎหมายอาญานั้นนอกจากชีวิตมนุษย์แล้วยังมีความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพในการกระทำ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงที่ทางกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความบริสุทธิ์สะอาดของอำนาจรัฐ ความคงอยู่ของสถาบันต่างๆ ของรัฐ ความปลอดภัยของการจราจร ฯลฯ ความผิดอาญาแต่ละฐานได้ ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน

## 2.3 ทฤษฎีและหลักในการลงโทษต่อลักษณะของการกระทำที่เป็นการก่ออันตรายต่อการอยู่ร่วมกัน โดยฝ่าฝืนต่อข้อบัญญัติในทางศีลธรรมและกระทบต่อความปลอดภัยของประชาชน

### 2.3.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

โทษในทางอาญาเป็นการบังคับโดยรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจลงโทษต่อผู้กระทำความผิดอาญา ทั้งนี้เพื่อเป็นการแสดงว่าชุมชนไม่ต้องการให้การกระทำความผิดเช่นนั้นมีขึ้นและเป็นการตอบแทนผู้กระทำ ความผิดเพื่อให้หลายจำด้วย ดังนั้นการลงโทษจึงหมายถึงการที่รัฐทำให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับผลร้ายเพราะเหตุที่ผู้นั้นฝ่าฝืนกฎหมาย ทั้งนี้โดยเจตนาให้ผู้ได้รับโทษรู้สึกว่าการลงโทษนั้นเป็นผลร้าย 11 ในส่วนที่เกี่ยวกับโทษทางอาญานั้นมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ทฤษฎี คือ “ทฤษฎีเด็ดขาด” และ “ทฤษฎีสัมพัทธ์”<sup>57</sup>

(1) ทฤษฎีเด็ดขาด (Absolute Theory) ถือว่าการลงโทษเป็นสิ่งที่มิได้อยู่โดยธรรมชาติในทุกความผิด ถือเป็นผลที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ของความผิด ดังนั้นผู้ใดกระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าการกระทำ ความผิดเป็นกรรมชั่วผู้ใดกระทำความผิดจะต้องชดใช้กรรมของตน โดยต้องยอมรับการลงโทษตามทฤษฎีนี้ แม้จะไม่มีรัฐก็สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้เพียงแต่รัฐรับคำ เนินการลงโทษเสียเองเพื่อบรรลุถึงความมุ่งหมายบางประการ ทฤษฎีนี้เห็นว่าการลงโทษเป็นของควบคู่กับการกระทำความผิด ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด ก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำความผิดของผู้นั้นซึ่งจะมีผลเหมือนว่าสังคมเป็นผู้สนับสนุนให้มีการกระทำ ความผิด ทฤษฎีนี้ยังเห็นว่าจะใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือเพื่อให้เกิดประโยชน์อย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าจะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ลงโทษเองหรือแก่สังคมก็ตาม ดังนั้นการลงโทษทุกกรณีจะต้องเนื่องมาจากเหตุที่บุคคลผู้ถูกลงโทษได้กระทำความผิดเท่านั้นทฤษฎีเด็ดขาดได้รับการคัดค้านด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ลักษณะของทฤษฎีนี้เป็นเรื่องล้าสมัยเพราะเป็นการมองแต่อดีตคือเอาการลงโทษเป็นการตอบแทนแก่แก่นความผิดที่ได้กระทำไปแล้ว ไม่ได้มุ่งถึงประโยชน์ในอนาคตเลย กล่าวคือไม่ได้คำนึงถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในทางป้องกันไม่ให้มีการ

<sup>57</sup> จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (น.208), โดย หยุด แสงอุทัย, 2535, กรุงเทพฯ: ปรกาศปริก.

กระทำ ความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ การลงโทษเกิดขึ้น โดยกฎหมายและกฎหมายก็เป็นเครื่องมือของรัฐซึ่งจุดมุ่งหมายพื้นฐานของรัฐย่อมได้แก่สวัสดิภาพของบรรดาสมาชิกในรัฐดังนั้นการลงโทษตามกฎหมายก็ควรทำเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว การลงโทษจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องยุติธรรมก็ต่อเมื่อเกิดประโยชน์ต่อผู้ถูกลงโทษเองหรือต่อประชาชนส่วนรวมมิฉะนั้น โทษก็จะกลายเป็นสิ่งเลวร้ายประการหนึ่ง ทฤษฎีเด็ดขาดเป็นเรื่องไร้เหตุผลเพราะว่าทฤษฎีเด็ดขาดเอาความผิดทางศีลธรรมเป็นสำคัญแต่ปัจจุบันมีความผิดจำนวนมากที่ไม่ใช่เป็นเรื่องของศีลธรรมแต่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม ดังนั้นถ้าจะลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทนไปหมดก็เป็นเรื่องที่ไม่ยุติธรรมอย่างยิ่ง<sup>58</sup>

(2) ทฤษฎีสัมพัทธ์ (Relative Theory) ทฤษฎีนี้ไม่ได้พิจารณาในแง่การกระทำผิดแต่พิจารณาในแง่ที่ว่าควรลงโทษอย่างไรจึงจะเกิดประโยชน์ทั้งแก่ตัวผู้กระทำความผิดเองและแก่สังคมส่วนรวม การลงโทษจะต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำ ความผิดและสภาพแวดล้อมอื่นด้วย และโทษนั้นควรจะมีผลทำให้ผู้กระทำ ความผิดเกิดความหวาดกลัวทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำผิด ทฤษฎีสัมพัทธ์มีลักษณะเป็นการมองไปในอนาคตเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำ ความผิดเกิดขึ้นอีกซึ่งอาจจะโดยการข่มขู่ไม่ให้คนทั่วไปกระทำความผิดหรือแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี แต่ทฤษฎีสัมพัทธ์ถือว่าลำพังแต่การข่มขู่ด้วยโทษอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการป้องกันการกระทำความผิดอาญาในอนาคต ดังนั้นการลงโทษจึงต้องมีลักษณะเป็นการแก้ไขตัวผู้กระทำความผิดด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดไปกระทำความผิดซ้ำอีก<sup>59</sup>

ดังนั้นผลของการลงโทษที่รัฐได้กระทำต่อบุคคลจึงมีวัตถุประสงค์ 2 ประการคือ<sup>60</sup>

1) การป้องกันบุคคลหรือป้องกันพิเศษ (Special Prevention) หมายถึงการป้องกันผู้ที่กระทำผิดแล้วไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก ได้แก่ การขังขัง การแก้ไข หรือการทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถกระทำ ความผิดได้อีกต่อไป เช่น การลงโทษประหารชีวิต จำคุกหรือกักขัง เป็นต้น

2) การป้องกันทั่วไป (General Prevention) หมายถึงการลงโทษที่มีผลต่อสังคมส่วนรวม คือการลงโทษต้องเป็นการป้องกันมิให้บุคคลทุกๆ คนกระทำ ความผิดจะต้องลงโทษเพื่อให้ทุกๆ คนหวาดกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอย่างเดียวกันนั้นขึ้นอีก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือจะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้เป็นแบบอย่างซึ่งมีผลต่อจิตใจของบุคคลทั่วไปที่คิด

<sup>58</sup> จาก *หลักกฎหมายอาญา : การลงโทษ* (น. 7-11). เล่มเดิม.

<sup>59</sup> แหล่งเดิม.

<sup>60</sup> จาก “แนวความคิดในการลงโทษ,” โดย ประธาน วัฒนวาณิชย์ (2524), *วารสารนิติศาสตร์*, 12(2),

จะกระทำ ความผิดอย่างเดียวกันในห้วงเวลานั้นเสียการลงโทษเป็นเครื่องมือของรัฐที่ใช้ตอบโต้การก่ออาชญากรรมหรือการกระทำความผิด ซึ่งถือว่าเป็นผลเสียหายต่อสาธารณชนและกระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยการลงโทษจึงเป็นเครื่องมือส่งเสริมประสิทธิภาพของกฎหมายในอันที่จะตอบสนองความต้องการของสังคมเพื่อวัตถุประสงค์ในการอยู่ร่วมกันอย่างสงบ เพราะการลงโทษมีลักษณะเป็นการบังคับให้ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบต่อผลของการกระทำของตน ต่อชุมชนหรือรัฐการลงโทษอาจเป็นการกระทำ ต่อตัวบุคคลที่กระทำความผิดนั้นเอง หรือต่อทรัพย์สินของผู้นั้นก็ได้ซึ่งการลงโทษโดยวิธีการต่างๆจะมีลักษณะที่สำคัญดังนี้<sup>61</sup>

1) มีลักษณะเป็นผลร้าย ทั้งนี้เนื่องมาจากวัตถุประสงค์เพื่อการทดแทนโทษเป็นการทำให้ได้รับความลำบากทำให้ผู้ต้องโทษรู้สึกลำบากทรมานหรืออย่างน้อยก็ถูกจำกัดสิทธิ

2) มีลักษณะที่น่าอับอาย เป็นเครื่องแสดงความไม่เห็นชอบของมหาชนเพราะเป็นเครื่องแสดงว่าความประพฤติปฏิบัติของผู้ถูกลงโทษนั้น ไม่เพียงแต่ไม่สมควรเท่านั้นแต่ควรต้องถูกตำหนิตนด้วยในแง่ของสังคมแต่ทั้งนี้ลักษณะที่น่าอับอายนี้จะต้องไม่มีมากเกินไปจนทำให้ยากแก่การกลับคืนสู่สังคม

3) มีลักษณะเป็นการกำหนดไว้ก่อนเพื่อเป็นการข่มขู่และตอบแทน

4) มีลักษณะเป็นการแน่นอน การลงโทษไม่ใช่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายแต่เป็นเพียงส่วนประกอบที่มีหน้าที่จ้ำจุนและสนับสนุนให้กฎหมายได้รับการยอมรับนับถือและปฏิบัติจนบรรลุ เป็นปัจจัยที่มุ่งหวังผลในทางจิตใจของสมาชิกในสังคมเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวและเคารพกฎหมายและปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย เมื่อมีผู้ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งมีผลเป็นการกระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวมก็จะมีกรลงโทษทางอาญาซึ่งอาจเป็นการบังคับต่อตัวบุคคลหรือทรัพย์สินการลงโทษย่อมเปลี่ยนแปลงและแตกต่างกันไปตามสถานที่และเวลา ตลอดจนวัฒนธรรมประเพณีของสังคมในแต่ละท้องถิ่น แต่การลงโทษที่ดีคือการบังคับใดๆ ก็ตามไม่ว่าบังคับต่อร่างกายหรือทรัพย์สินที่ได้คำนึงถึงการเคารพหลักมนุษยธรรม การลงโทษที่ป่าเถื่อนทารุณโหดร้ายย่อมถือได้ว่าเป็นการละเมิดหลักพื้นฐานแห่งมนุษยธรรม

### 2.3.2 หลักในการกำหนดโทษทางอาญา

การลงโทษอาญานั้นเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของ

<sup>61</sup> จาก *กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาเปรียบเทียบ* (น.1), โดย โกเมน ภัทรภิรมย์, 2518, กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

การกระทำ (Retribution) เพื่อตัดนิสัยของผู้กระทำความผิด (Reformation)<sup>62</sup> เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง (Deterrent) และเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรือถาวร (Incapacitation) จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าโทษอาญาควรใช้กับการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงเท่านั้น ศาสตราจารย์ Herbert L. Packer แห่งมหาวิทยาลัยแอสตนฟอร์ด เสนอหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางไว้ดังนี้<sup>63</sup>

(1) คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าการกระทำนั้นคุกคามหรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม โดยมีลักษณะเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคม เช่น การฆ่าผู้อื่น การข่มขืนกระทำชำเรา การใช้กำลังประทุษร้าย 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

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญานี้เกิดขึ้นมานานแล้ว โดยสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School of Criminology) ที่มีผู้ก่อตั้งคือ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย โดยเขาได้เสนอให้

<sup>62</sup> From *The Limit of the Criminal Sanction* (pp. 117-118), by Herbert L Packer, 1978.

<sup>63</sup> Ibid. (p. 296).

การพิจารณาบทลงโทษควรมีความเหมาะสมกับความผิดที่บุคคลนั้นกระทำเพราะถือว่ามนุษย์ทุกคนนั้นมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ที่จะทำหรือไม่ทำอะไรก็ได้ ดังนั้นการลงโทษจึงควรมีความหนักเบาตามสัดส่วนความรุนแรงของอาชญากรรม โดยต้องกำหนดให้เหมาะสมกับลักษณะของความผิดและไม่มากเกินไปจนโหดร้ายทารุณอีกทั้งต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำผิดนั้นคุ้มค่ากับการประกอบอาชญากรรม

นอกจากนี้นักอาชญาวิทยาอีกท่านหนึ่ง คือ เจเรมี เบนธัม มีแนวความคิดว่า การบัญญัติกฎหมายต้องกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับอาชญากรรม การลงโทษเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด และเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ<sup>64</sup> โดยเห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีสัญชาตญาณแห่งความเพลิดเพลินพอใจและความเจ็บปวด ซึ่งมีอิทธิพลต่อการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้น เมื่อมนุษย์มีความพอใจกับการกระทำผิดก็จะเลือกที่จะกระทำผิด แต่ถ้ามนุษย์รู้ถึงความเพลิดเพลินพอใจที่ได้รับจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าความเจ็บปวดทรมานในการถูกลงโทษแล้ว เขาก็จะเลือกไม่กระทำความผิดโดยจะคิดยับยั้งไม่กระทำความผิดนั้นเสีย

### 2.3.3 หลักนิติเศรษฐศาสตร์กับโทษทางอาญา

นิติศาสตร์คือศาสตร์ที่ว่าด้วยความเป็นธรรม ในขณะที่เศรษฐศาสตร์คือศาสตร์ที่ว่าด้วยการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่จำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุดเพื่อให้เกิดสวัสดิการสังคมทั้งสองศาสตร์ล้วนมีแนวคิดบางส่วนที่สอดคล้องกันและบางส่วนที่ต่างกัน เช่น ในกรณีของผู้ขับรถฝ่าสัญญาณจราจรเพื่อนำคนป่วยฉุกเฉินส่งโรงพยาบาล เราวินิจฉัยโดยมุมมองกฎหมายโดยใช้หลักการการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษทางอาญา ศาลจะไม่ลงโทษผู้ฝ่าฝืนสัญญาณจราจร<sup>65</sup> ในเหตุการณ์เดียวกันหากพิจารณาในมุมมองเศรษฐศาสตร์แล้ว หลักเศรษฐศาสตร์ให้คำตอบเดียวกันว่าไม่สมควรลงโทษผู้กระทำความผิด แต่ให้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ได้ว่า ผู้กระทำความผิดด้วยความจำเป็นนั้นได้กระทำสิ่งที่ “สังคมปรารถนา” (socially desirable)<sup>66</sup> เพราะผลประโยชน์ที่สังคมได้รับ (benefits) จากการกระทำดังกล่าวมากกว่าความเสียหาย (ham) ที่เกิดขึ้นกับสังคม การศึกษาปัญหาต่างๆ โดยใช้หลักนิติเศรษฐศาสตร์ มีทั้งข้อดีและข้อควรระวัง การแก้ปัญหาสังคมโดยใช้มุมมองทางกฎหมายอาจเป็นที่คุ้นเคยของนักกฎหมายที่เคารพกับหลักความ

<sup>64</sup> จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น. 68), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2555, พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพฯ : ศูนย์หนังสือกฎหมายวิญญูชน.

<sup>65</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 67.

<sup>66</sup> From “Criminal law the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent” in *Jules Coleman and Jeffrey Lange, Law and economics, volume 1, Aldershot (p.472), by Steven Shavell, 1992 Dartmouth.*

เป็นธรรม แต่การใช้มุมมองทางเศรษฐศาสตร์มาช่วยวิเคราะห์และแก้ไขปัญหาอาจช่วยเพิ่มมุมมองที่กว้างขึ้นให้กับนักกฎหมายแต่ก็ควรใช้อย่างระมัดระวัง

รูปแบบทางเศรษฐศาสตร์ของอาชญากรรม (The economic model of crime)<sup>67</sup> Becker ได้เสนอแนวคิดในเรื่องนี้ว่า อาชญากรทุกคนล้วนแต่มีเหตุผลในการกระทำความผิด โดยการตัดสินใจกระทำความผิดของอาชญากรนั้นขึ้นอยู่กับว่า “ผลประโยชน์คาดหวัง” (expected gain) ที่อาชญากรคาดหวังว่าจะได้รับมีความสัมพันธ์อย่างไรกับ “การลงโทษคาดหวัง” (expected punishment) ที่อาชญากรคาดหวังจะได้รับ กล่าวคือ หากผลประโยชน์ที่อาชญากรจะได้รับมีปริมาณมากกว่าการลงโทษที่อาชญากรจะได้รับ อาชญากรนั้นจะประกอบอาชญากรรมขึ้น ในทำนองตรงกันข้าม ถ้าผลประโยชน์ที่คาดหวังมีปริมาณน้อยกว่าโทษที่อาชญากรจะได้รับ อาชญากรก็จะถูกยับยั้ง (deter) โดยกฎหมายและจะไม่ประกอบอาชญากรรมนั้น<sup>68</sup> ดังนั้น ผลจากแนวคิดดังกล่าว หากรัฐไม่ต้องการให้มีอาชญากรเกิดขึ้นในสังคม รัฐสามารถทำได้สองประการ คือ ประการที่หนึ่ง รัฐต้องเพิ่มต้นทุนของอาชญากรในการประกอบอาชญากรรม เช่น เพิ่มโทษให้สูงขึ้น ประการที่สอง รัฐต้องลดผลประโยชน์ที่อาชญากรจะได้รับ เช่น ตัดโอกาสในการที่อาชญากรได้รับประโยชน์จากการประกอบอาชญากรรม เป็นต้น

หากกำหนดให้ O คือขนาดของการยับยั้งอาชญากรรมที่เหมาะสม (optimal deterrence) C คือ ต้นทุนคาดหวังของผู้กระทำความผิด (expected costs) B คือผลประโยชน์คาดหวังที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ (expected benefits) สมการของการยับยั้งอาชญากรรมที่เหมาะสมจะเป็นดังนี้

$$O = C > B$$

ในทำนองตรงกันข้าม หากต้นทุนคาดหวัง (C) น้อยกว่าผลประโยชน์คาดหวัง (B) แล้ว สถานการณ์ดังกล่าวอาจจะทำให้ผู้กระทำความผิดตัดสินใจกระทำความผิด เพราะผู้กระทำรู้สึกว่าการกระทำนั้น ในทำนองตรงกันข้าม หากผู้กระทำเห็นว่า “ต้นทุน” (Costs) สูงกว่า “ประโยชน์” (benefits) ที่ได้ ผู้กระทำจะไม่กระทำการนั้น ในทำนองตรงกันข้าม หากผู้กระทำเห็นว่า “ต้นทุน” น้อยกว่า “ผลประโยชน์” ที่ได้ ผู้กระทำจะกระทำการนั้น

<sup>67</sup> From “Empirical study of criminal punishment” in A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, Volume 1 (p.459), by Steven D. Levitt and Thomas J. Miles, 2007 Elsevier.

<sup>68</sup> หลักการดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์ (Cost-benefit analysis) ที่ยอมรับกันกล่าวคือ หากผู้กระทำเห็นว่า “ต้นทุน” (Costs) สูงกว่า “ประโยชน์” (benefits) ที่ได้ ผู้กระทำจะไม่กระทำการนั้น ในทำนองตรงกันข้าม หากผู้กระทำเห็นว่า “ต้นทุน” น้อยกว่า “ผลประโยชน์” ที่ได้ ผู้กระทำจะกระทำการนั้น

### 2.3.4 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

เมื่อมีการกระทำผิดขึ้นในสังคม สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งในการจัดการกับคนที่ทำผิด ละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคมเพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดดังกล่าว การที่สังคมจะจัดการกับคนที่ทำผิดอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัยเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำผิดและเหตุผลที่จะต้องจัดการหรือปฏิบัติกับคนที่ทำผิด ซึ่งจะเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัย ตามสถานการณ์ของแต่ละยุค โดยสังคมแต่ละยุคแต่ละสมัยจะมีจุดเน้นในวัตถุประสงค์และวิธีการที่จะปฏิบัติต่อคนที่ทำผิดหรือการลงโทษผู้กระทำผิดที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติหรือการลงโทษผู้กระทำผิดที่เกิดขึ้นในยุคต่างๆ ที่ผ่านมามาจนถึงปัจจุบันพอสรุปได้ดังนี้คือ

- 1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)
- 2) การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence)
- 3) การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด (Incapacitation)
- 4) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation)

วัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้ง 4 ประการ เป็นความคิดหรือความเชื่อของสังคมในยุคต่างๆ ซึ่งสะท้อนให้เห็นจากวิธีการปฏิบัติหรือการลงโทษผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้ง 4 ข้อนี้ยังคงมีอยู่ในปัจจุบัน หากแต่จุดเน้นได้เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์

- 1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)<sup>69</sup>

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เก่าแก่มีมาแต่สมัยที่มนุษย์ยังเป็นสังคมดั้งเดิมโดยมีความเชื่อกันว่าผู้ที่ทำผิดเป็นผู้ที่มีความชั่วร้าย จึงเป็นที่จะต้องลงโทษให้สาสมกับความชั่วร้าย รูปแบบการลงโทษจึงมีลักษณะรุนแรง ป่าเถื่อน เช่น การตัดอวัยวะ การเขี่ยนตี ทรมาน และการประหารชีวิต แต่การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชน โดยทั่วไปที่ต้องการจะเห็นคนที่ทำร้ายผู้อื่นได้รับผลร้ายตอบแทนเช่นกันจึงจะเกิดความยุติธรรม โดยเป็นการลงโทษที่ทดแทนและสาสมกับความผิด<sup>70</sup> ตามหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye, a tooth for a tooth) คือเมื่อไปปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างไรก็ควรได้รับการปฏิบัติเช่นกันตอบแทน

<sup>69</sup> การลงโทษสถานหนักต่อผู้กระทำความผิดกฎหมาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี), โดย ประคนธ์ พันธุ์วิชาติกุลม, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>70</sup> ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี), โดย สหชน รัตนไพจิตร, 2527, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปัญหามีอยู่ว่าทำไมรัฐต้องเข้าไปลงโทษผู้กระทำผิด การที่รัฐเข้ามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นการทดแทนก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการแก้แค้นกันเอง ทำให้สังคมวุ่นวาย เพราะจะมีการแก้แค้นกันเองโดยไม่สิ้นสุด ในขณะที่เดียวกันก็เพื่อช่วยเหลือผู้ที่อ่อนแอกว่าให้ได้รับความเป็นธรรม โดยการลงโทษผู้ละเมิดให้ได้รับผลร้ายที่สาสมและทดแทนกันอย่างยุติธรรม วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นจึงเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่ยังคงหลงเหลืออยู่ในปัจจุบัน เพราะเป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของประชาชน แต่จะมีมาน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับความรุนแรงของปัญหาอาชญากรรมในสังคมนั้นๆ แม้ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ที่ลดความสำคัญลงเพราะสังคมมีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์อื่นในการที่จะต้องลงโทษผู้กระทำผิดเข้ามาประกอบ และวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีจุดอ่อนหลายประการ คือ

1. การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้มองถึงประโยชน์ในอนาคต คือไม่ได้พิจารณาถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ การลงโทษเพื่อทดแทนมิได้ทำให้เกิดผลอะไรกลับคืนมา

2. การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่กระทำ ฉะนั้นเมื่อได้ลงโทษผู้กระทำผิดตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมาทุกๆ ที่ยังเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ หรือเช่นกรณีการตัดมือผู้กระทำผิดฐานลักทรัพย์ สังคมจะไม่ได้อะไรจากการลงโทษดังกล่าวนอกจากคนพิการที่สังคมจะต้องเป็นภาระเลี้ยงดูต่อไป

3. เป็นการยากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ เพราะในสภาพความเป็นจริงสังคมยังไม่สามารถมีมาตรการใดๆ ที่จะลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิดอย่างแท้จริงได้ เช่นกรณีการลักทรัพย์ การจะลงโทษอย่างไรจึงจะสาสม หากจะใช้โทษจำคุกจะต้องจำคุกกี่ปีจึงจะทดแทนกันได้เป็นเรื่องของความรู้สึกทั้งสิ้น ยังไม่มีมาตรฐานใดๆ ที่จะวัดได้ว่าทดแทนกันได้ ปัญหาจึงเกิดว่าผู้กระทำผิดถูกลงโทษอย่างยุติธรรมหรือผู้เสียหายได้รับการตอบแทนที่ยุติธรรมหรือไม่ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองประกอบกับสังคมมีความเจริญรุ่งเรืองขึ้นและมีการเชิดชูสิทธิมนุษยชนมากขึ้น ทำให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนลดความสำคัญลงในปัจจุบัน แต่ก็ยังคงมีอยู่ ทั้งนี้เพราะยังสอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนทั่วไปในการที่จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับการลงโทษเพื่อทดแทนให้สาสมกัน เช่นในกรณีการวางระเบิดและฆ่าหมู่รวม 93 ศพ ในประเทศนอร์เวย์ มีประชาชนเรียกร้องให้มีการลงโทษผู้กระทำผิดอย่างรุนแรงและนำโทษประหารชีวิตกลับมาใช้

## 2) การลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง (Deterrence)

แนวความคิดของวัตถุประสงค์ของการลงโทษแบบนี้ เป็นผลมาจากแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School) ซึ่งเชื่อว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นจากคนไม่เกรงกลัวกฎหมายหรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ ทั้งนี้เพราะมนุษย์มีเหตุมีผล และมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ที่จะเลือกหรือไม่เลือกทำอะไรก็ได้ โดยเลือกทำในสิ่งที่จะทำให้ตนเองได้รับประโยชน์และพอใจ แต่ไม่เลือกทำสิ่งที่ทำให้เกิดความทุกข์และความเจ็บปวดมนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง การทำความผิดจึงเกิดจากการเลือกกระทำของเขาเองเนื่องจากเห็นว่าได้ประโยชน์มากกว่าจึงกล้าเสี่ยงทำผิด การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการทำความผิด โดยการทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าการกระทำก่อให้เกิดความเจ็บปวดและไม่ก่อให้เกิดผลดีเลย เมื่อมนุษย์ได้รับความเจ็บปวดจากการทำความผิดมากกว่าได้รับความพอใจแล้วเขาก็จะหลีกเลี่ยงที่จะทำความผิด<sup>71</sup>

แนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมเน้นการลงโทษเพื่อป้องกันอาชญากรรมหรือข่มขวัญยับยั้งไม่ให้เกิดการทำความผิดขึ้นอีกในอนาคต ซีซาร์ เบ็คคาเรีย กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า การลงโทษต้องมุ่งผลในการป้องกัน ซึ่งผลของการลงโทษก่อให้เกิดการข่มขวัญยับยั้ง 2 ลักษณะ คือ การข่มขวัญยับยั้งโดยทั่วไป (General Deterrence) และการข่มขวัญยับยั้งเฉพาะราย (Special Deterrence) การข่มขวัญยับยั้งโดยทั่วไปเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อข่มขวัญหรือป้องกันไม่ให้คนอื่นในสังคมกระทำความผิดแบบเดียวกัน เพราะเกรงกลัวต่อการลงโทษ เช่น การลงโทษจำคุกจะทำให้คนทั่วไปเห็นว่าทำผิดแล้วต้องติดคุก ต้องลำบาก ทำให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าทำผิดเพราะเห็นแบบอย่าง ส่วนการข่มขวัญยับยั้งเฉพาะรายเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดนั้นเข็ดกลัวต่อการลงโทษ และไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก เนื่องจากได้รู้รสของ ความยากลำบากหรือความเจ็บปวดจากการถูกลงโทษ เป็นผลให้ต้องไตร่ตรองในการกระทำผิดว่าจะคุ้มค่าหรือไม่กับความเจ็บปวดที่เคยได้รับมา แต่การที่จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขวัญยับยั้ง จะต้องทำให้การลงโทษนั้น เรย์ เจฟเฟอร์รี่ กล่าวไว้ว่า จะต้องมีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และโทษที่เหมาะสม กล่าวคือมีลักษณะ 4 ประการ

1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสหลุดรอดจากการถูกจับกุมลงโทษไปได้

<sup>71</sup> การลงโทษสถานหนักต่อผู้กระทำความผิดกฎหมาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี), โดย ประคนธ์ พันธุ์วิชาติกุลม, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ยาก ซึ่งจะมีผลในการข่มขวัญและยับยั้งให้คนทั่วไปและผู้กระทำผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยง กระทำผิดขึ้นอีก เพราะทำผิดแล้วต้องถูกจับก็ไม่คุ้มค่า

2) การลงโทษจะต้องกระทำได้อย่างรวดเร็ว เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องสามารถนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็วให้ “เห็นผลทันตา” จึงจะทำให้ผู้กระทำผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างว่าเมื่อกระทำผิดแล้วจะได้รับผลร้ายเช่นไร ในทางตรงกันข้ามหากมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้ว อีก 3 ปีต่อมาจึงจะสามารถจับกุมตัวผู้กระทำผิดได้ หรืออีก 5 ปีต่อมา กว่าศาลจะลงโทษผู้กระทำผิด ก็จะทำให้คนทั่วไปลืมถึงเรื่องราวการกระทำผิดที่เกิดขึ้น และทำให้การลงโทษไม่มีผลในการข่มขวัญยับยั้งเพราะไม่เห็นผลทันตา ดังนั้น หากเป็นกรณีการกระทำผิดในคดีที่สะท้อนขวัญประชาชนหรือคดีที่ประชาชนให้ความสนใจ กระบวนการยุติธรรมโดยตำรวจ อัยการ ศาล อาจร่วมมือกันในการเร่งดำเนินคดี เพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับการพิจารณาตัดสินโดยเร็ว ก็จะทำให้การลงโทษมีผลในการข่มขวัญยับยั้งมากขึ้น

3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค โดยผู้ที่กระทำผิดจะต้องถูกลงโทษ เท่าเทียมกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลให้ผู้กระทำผิดหรือผู้ที่คิดจะทำผิดไม่มีโอกาสแก้ตัว หรือหาทางหลีกเลี่ยงหรือหาข้อยกเว้นจากการถูกลงโทษถ้าทำผิด การลงโทษจึงจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้ง หากเมื่อมีการกระทำผิดแล้วบางคนได้รับโทษ บางคนมีข้อยกเว้น ก็จะทำให้การลงโทษไม่ศักดิ์สิทธิ์ ทำให้ต่างหาช่องทางที่จะหลบหลีกเลี่ยงหรือหาข้อยกเว้นที่ไม่ต้องรับโทษทำให้ไม่มีความเกรงกลัวต่อโทษ

4) การลงโทษจะต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและหักเหกับความผิด หากบทลงโทษเบาเกินไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำผิดและคนทั่วไป ไม่เกิดความเกรงกลัว และคุ้มค่าที่จะเสี่ยงกระทำผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไป ก็จะทำให้ผู้กระทำผิดพยายามปกปิดการกระทำผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น เช่น หากใช้โทษประหารชีวิตกับการปล้นหรือข่มขืนจะกระตุ้นให้มีการปล้นแล้วฆ่าเจ้าทุกข์หรือข่มขืนแล้วฆ่ามากขึ้นเพื่อปกปิดการกระทำผิดของตนเองเพราะโทษเท่ากัน ในขณะที่เดียวกันกระบวนการยุติธรรมจะต้องทำงานหนักมากขึ้นในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ เพราะยังมีโทษหนักยังคงต้องมีการพิสูจน์หรือมีพยานหลักฐานที่ชัดเจน ศาลจึงจะส่งลงโทษ หากพยานหลักฐานหรือการฟ้องร้องดำเนินคดีไม่รัดกุมพอก็จะเป็นโอกาสให้ผู้กระทำผิดหลุดรอดจากการถูกลงโทษไปได้ ดังนั้น โทษจึงต้องมีความเหมาะสมและหักเหกับการกระทำผิด จึงจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้ง

อย่างไรก็ตาม แม้หลักการของการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขวัญยับยั้งจะมุ่งในการป้องกันอาชญากรรม แต่ก็ปรากฏว่าในประเทศที่มีการลงโทษอย่างเฉียบขาดและรุนแรงก็ยังมีอาชญากรรมเกิดขึ้นอยู่ทั่วไป ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าการลงโทษจะมีผลในการข่มขวัญยับยั้งการกระทำผิดได้จริง

หรือ และแค่ไหน เพียงไร นอกจากนี้ การลงโทษเพื่อมุ่งข่มขวัญยับยั้งนั้นยังไม่สามารถทำให้ผู้กระทำผิดเกิดความสามารถที่จะยับยั้งได้ เพียงแต่ทำให้เกิดความเกรงกลัว อาจไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดการยับยั้งได้ เช่น กรณีผู้กระทำผิดเพราะมีบุคลิกภาพบกพร่องหรือขาดความรู้ ทักษะในการประกอบอาชีพอันจะนำไปสู่การกระทำผิด ดังนั้น ไม่ว่าจะลงโทษรุนแรงอย่างไรก็เพียงพอทำให้เกิดความเกรงกลัวแต่ไม่เกิดความสามารถที่จะยับยั้งนั้น คือ ไม่ได้ทำให้เหตุผลผลักดันไปสู่การกระทำผิดหมดไป ข้อจำกัดของวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้งอีกประการหนึ่งก็คือ การใช้โทษเป็นเครื่องมือในการยับยั้งนั้นเป็นการยับยั้งที่เกิดจากความเกรงกลัว การลงโทษไม่ได้เกิดจากจิตใจที่ตื่นามหรือการยับยั้งจากภายใน คือ เพราะการเป็นผู้มีวินัยหรือมีจิตใจที่ไม่คิดจะทำผิดแม้มีโอกาส ซึ่งเป็นเรื่องของการขัดเกลาทางสังคมและเป็นปัจจัย ที่สำคัญในการที่จะป้องกันอาชญากรรม

### 3) การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด (Incapacitation)<sup>72</sup>

การป้องกันสังคมหรือการตัดโอกาสกระทำผิดนี้ มีหลักการว่าอาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากรหรืออาชญากร ไม่มีโอกาสที่จะทำผิด การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำผิดมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง คือ เพื่อการป้องกันอาชญากรรม แต่แตกต่างกันว่าตามหลักการของการลงโทษเพื่อการข่มขวัญยับยั้งมุ่งให้เกิดความเกรงกลัวไม่กระทำผิดขึ้นอีก ส่วนการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมุ่งป้องกันการกระทำผิดซ้ำโดยการทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดขึ้นได้ ซึ่งวิธีการที่จะขจัดผู้กระทำผิดอาจทำได้โดยการเนรเทศเพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากร โดยนำอาชญากรไปอยู่ที่อื่นเพื่อให้สังคมปลอดภัย เช่น อังกฤษเคยส่งนักโทษไปไว้ที่ออสเตรเลีย หรือโดยการทำลายอวัยวะเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำผิดในการประกอบอาชญากรรม เช่น ตัดมือพวกลักขโมย ทำให้หมดโอกาสลักขโมย หรือการประหารชีวิต สำหรับวิธีการลงโทษที่สนองต่อวัตถุประสงค์นี้ และใช้กันแพร่หลายในปัจจุบันก็คือ การจำคุก โดยการกันผู้กระทำผิดออกไปจากสังคมให้สังคมปลอดภัย แต่การจำคุกเป็นวิธีที่แยกผู้กระทำผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว เพราะการลงโทษจำคุกเพื่อสนองต่อวัตถุประสงค์นี้ไม่ได้เป็นวิธีที่ดีที่สุด เนื่องจากผู้กระทำผิดยังคงต้องกลับมาอยู่ในสังคมในท้ายที่สุด แม้จะเป็นโทษจำคุกตลอดชีวิตซึ่งมักจะมีการลดโทษ และเมื่อกลับมาแล้วผู้กระทำผิดอาจมีความโกรธแค้นสังคมมากยิ่งขึ้น เป็นผลต่อเนื่องจากการลงโทษที่เขาได้รับ หรือปรับตัวเข้ากับสังคมยากขึ้น เพราะสังคมไม่ยอมรับเนื่องจากมีตราบาปเป็นคนที่คุก

<sup>72</sup> การลงโทษสถานหนักต่อผู้กระทำผิดกฎหมาย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย ประคนธ์ พันธุ์วิชาตุกลม, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

#### 4) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation)

แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็น แนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) ซึ่งเชื่อในเรื่องเกี่ยวกับเจตจำนงกำหนด (Determinism) กล่าวคือ การกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่างๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระ ใช้เหตุผลในการเลือก แต่มนุษย์ถูกกดดัน หล่อหลอมจากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกร่องและหันไปสู่การกระทำผิด ดังนั้น การกระทำของมนุษย์เป็นผลมาจากปัจจัยหลายอย่างรวมกัน ได้แก่ ปัจจัยทางจิตวิทยา ปัจจัยทางชีวภาค และปัจจัยเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมทางสังคม ปัจจัยเหล่านี้อยู่นอกเหนือการควบคุมของมนุษย์ ดังนั้น การกระทำความผิดจึงเกิดจากปัจจัยหลายอย่างร่วมกันด้วย ซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละบุคคล การลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำความผิดเป็นหลัก แต่ควรพิจารณาจากสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำผิดและการแก้ไขไปที่สาเหตุนั้น การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด จึงเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดมากกว่าการกระทำผิด โดยการเน้นการศึกษาผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลหรือการจำแนกลักษณะ เพื่อหาสาเหตุการกระทำผิดและแนวทางแก้ไข ทั้งนี้เพราะสังคมจัดให้มีการลงโทษขึ้นก็เพื่อปิดโอกาสให้สังคมได้แก้ไขผู้กระทำความผิด ดังนั้น ระยะเวลาของการลงโทษจำคุกขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้กระทำความผิดที่จะแก้ไขตนเอง เช่น ผู้ต้องขังคดีฆ่า อาจได้รับการปล่อยตัวก่อน ผู้ต้องขังคดีลักทรัพย์ที่กระทำผิดซ้ำซาก ถ้าผู้ต้องขังสามารถสำนึกผิดและมีพฤติกรรมตามที่สังคมต้องการและมีแนวโน้มว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก<sup>73</sup>

แนวความคิดในการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจึงเป็นแนวคิดที่ให้โอกาสคนกลับตัว ให้โอกาสแก้ไขปรับปรุงตัวโดยการทำให้คนที่ทำผิดไม่ให้ถลำตัวลึกไปสู่การกระทำผิดมากขึ้น ทั้งนี้โดยการพยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษในลักษณะที่เป็นการทำลายคุณลักษณะหรือศักยภาพในการกลับเข้าสู่สังคมของเขา โดยการใช้มาตรการเลี้ยงโทษจำคุก เช่น การรอกการลงอาญา โดยมีการคุมประพฤติ การใช้โทษปรับและการใช้มาตรการในชุมชนอื่นๆ ทั้งนี้ เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลกระทบในทางลบในเรือนจำ นอกจากนี้ยังใช้วิธีการเลี้ยงโทษจำคุกในกรณีที่ได้เข้าไปรับโทษในเรือนจำมาระดับหนึ่งแล้วก็ให้อยู่ในเรือนจำให้น้อยที่สุดเพื่อให้ได้รับผลกระทบน้อยที่สุดเช่นกัน โดยใช้วิธีการพักการลงโทษ การลดวันต้องโทษ หรือการทำงานสาธารณะและศูนย์ควบคุม ในขณะที่พวกที่ใช้วิธีการจำคุกในเรือนจำก็ให้การอบรมแก้ไขโดยการฝึกวิชาชีพ ให้การศึกษา การอบรมทางศีลธรรมและศาสนา การจัดสวัสดิการ การให้การบำบัดแก้ไขเป็นกลุ่มและ

<sup>73</sup> From "Criminal law and Procedure for the paralegal: a systems approach", (p.12), 3rd ed. P. cm.

รายบุคคล ทั้งนี้เพื่อมุ่งแก้ไขสาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำผิดมีความบกพร่องและเป็นเหตุให้กระทำผิด อย่างไรก็ตาม การแก้ไขผู้กระทำผิดในปัจจุบัน แม้จะเป็นแนวทางที่ยอมรับกันในวงการราชทัณฑ์ โดยทั่วไป แต่ก็ยังเป็นที่ยังสงสัยว่าจะได้รับผลตามประสงค์เพียงไร เพราะการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด จะมีอุปสรรคหลายประการ กล่าวคือ

1) ผู้กระทำผิดบางส่วนเปรียบเสมือนกับแก้วที่แตกไปแล้วยากต่อการที่จะมาต่อให้เหมือนเดิมเพราะได้สูญเสียบุคลิกภาพไปแล้ว โดยถูกหล่อหลอมและขัดเกลาให้มีบุคลิกลักษณะ เช่นนั้นมาเป็นเวลานาน แต่ใช้เวลาในเรือนจำไม่นาน เพื่อที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้ฟื้นคืนกลับมา และให้ปรับตัวเข้ากับคน โดยทั่วไปในสังคมนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก

2) การลงโทษเพื่อการแก้ไขขัดกับความรู้สึกของคนในสังคมว่าผู้กระทำผิดไม่ควรได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าคนทั่วไป ตามหลักของเจเรมี เบนเท็ม (Jeremy Bentham) ที่เรียกว่า “หลักการได้รับประโยชน์ที่น้อยกว่า” (Principle of less eligibility) ทั้งนี้เพราะคนโดยทั่วไปจะเห็นว่าเป็นการไม่เป็นธรรมที่ผู้กระทำผิดจะได้รับประโยชน์มากกว่าคนสุจริตโดยทั่วไป เช่น ผู้กระทำผิดจะได้รับการอบรมแก้ไขฝึกวิชาชีพ สวัสดิการ อาหาร ที่อยู่อาศัย ตลอดจนการจัดการศึกษา การหางาน ในขณะที่คนโดยทั่วไปในสังคมอีกจำนวนมากไม่ได้รับบริการดังกล่าว ความรู้สึกของคนทั่วไปดังกล่าวเห็นได้ว่าขัดกับ หลักของการแก้ไขฟื้นฟู

3) การแก้ไขฟื้นฟูเหมาะสำหรับผู้กระทำผิดบางประเภทเท่านั้น เช่น ผู้กระทำผิดครั้งแรก ซึ่งได้กระทำผิดไปเพราะอารมณ์ชั่ววูบหรือโดยพลั้งพลาด หรือทำไปเพราะความจำเป็น การแก้ไขฟื้นฟูไม่ทำให้กระทำผิดซ้ำขึ้นอีกย่อมมีทางทำสำเร็จได้มาก แต่สำหรับผู้กระทำผิดที่เคยกระทำผิดและถูกลงโทษมาหลายครั้งแล้ว หรือพวกอาชญากรอาชีพหรือพวกทำผิดคดีฉ้อโกง โอกาสที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้กลับตัวจะยอมเป็นไปได้อย่างดี ดังนั้น การแก้ไขฟื้นฟูจึงไม่สามารถจะทำให้ผู้กระทำผิดกลับตัวได้ทุกกรณีไป

4) การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในเรือนจำ จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับ トラบาปกลายเป็นคนขี้คุกขี้ตะราง เมื่อพ้นโทษออกไปก็จะไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม จึงต้องไปคบหาสมาคมกับพวกเดียวกันที่ยอมรับและกลับเข้ามาในเรือนจำใหม่

อย่างไรก็ตาม แม้การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจะมีข้อจำกัดอยู่หลายประการดังกล่าว แต่ก็ เป็นวัตถุประสงค์ที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติอยู่ในวงการราชทัณฑ์ของประเทศต่างๆ โดยทั่วไป โดยจะต้องทำควบคู่ไปกับหลักการจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง เพื่อแยกคนที่สมควรแก้ไขฟื้นฟูมา ดำเนินการอย่างจริงจัง ทั้งนี้ โดยผสมผสานไปกับวัตถุประสงค์ข้ออื่นๆ วัตถุประสงค์ในการลงโทษ ทั้งสี่ข้อข้างต้น ยังเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่แพร่หลายอยู่ในสังคมปัจจุบัน หากแต่จุดเน้นได้ เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่เน้นการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนไปสู่การลงโทษเพื่อการอบรม

แก้ไข แต่การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนก็ยังคงปรากฏอยู่ในความคาดหวังของสังคม ซึ่งจะเห็นได้จากกรณีที่ รัฐยังต้องลงโทษเพื่อตอบสนองความรู้สึกของประชาชนในกรณีที่มีอาชญากรรมรุนแรงเกิดขึ้น ในขณะที่เดียวกันการลงโทษยังเป็นการทำให้คนทั่วไปเกิดความเกรงกลัวในการถูกลงโทษ การลงโทษจึงมุ่งเพื่อข่มขู่ยับยั้งเช่นกัน นอกจากนี้การลงโทษโดยการจำคุกยังถือเป็นการลงโทษเพื่อตัดออกจากสังคม ดังนั้น วัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสี่ข้อจึงยังเป็นวัตถุประสงค์ที่ผสมผสานในการลงโทษอยู่ในปัจจุบัน

### 2.3.5 ทฤษฎีวิธีการเพื่อความปลอดภัย

การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยเริ่มมีมานานแล้ว โดยใช้กับผู้กระทำความผิดซ้ำหรือกระทำผิดติดนิสัย ตั้งแต่ ค.ศ. 1532 โดยพระเจ้าจักรพรรดิชาร์ลที่ 5 ทรงบัญญัติกฎหมายให้ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมีอำนาจสั่งให้ขังบุคคลที่จะเป็นภัยต่อบุคคลอื่นไว้ในเรือนจำ จนกว่าจะหาประกันหรือผู้ค้ำประกันที่เหมาะสมได้ กฎหมายอาญาของประเทศสเปน ค.ศ. 1977 ก็ได้บัญญัติให้ควบคุมผู้กระทำความผิดซึ่งถูกส่งแจวเรือไว้อีก 2 ปี ต่อจากระยะเวลาที่แจวเรือ ในกรณีที่การปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไปจะเป็นอันตรายต่อสังคม ต่อมาในประเทศเบลเยียมก็มีกฎหมายป้องกันสังคม ค.ศ. 1931

จุดสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณาก็คือ สภาพที่เป็นอันตรายของผู้กระทำความผิดว่าเอาอะไรเป็นเกณฑ์วัดเพราะคนที่ประกอบอาชญากรรมนั้นมิได้ประกอบอาชญากรรมตลอดเวลา และลักษณะหรือร่องรอยที่แสดงว่าจะทำให้ประกอบอาชญากรรมสังเกตได้ยาก ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายกักกันคนกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในสหรัฐอเมริกา (Sexual psychopath Laws) ซึ่งหลายรัฐได้บัญญัติขึ้นใช้หลังจากมีความผิดเกี่ยวกับเพศที่ร้ายแรงเกิดขึ้น และสื่อมวลชนออกข่าวกันอย่างเกรียวกราวในที่สุดกฎหมายเหล่านี้ก็ใช้บังคับไม่ได้ เพราะเหตุว่าข้อความในกฎหมายไม่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยไว้ถึง 5 ข้อ ด้วยกันในมาตรา 39

ประเด็นคือว่า วิธีการปลอดภัย ทั้ง 5 ข้อมีทฤษฎีกล่าวไว้อย่างไรบ้าง ซึ่งผู้เขียนขอแยกพิจารณาออกเป็น 2 เรื่องคือ

- (1) ทฤษฎีเกี่ยวกับการกักกัน และ
- (2) ทฤษฎีเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยอื่นๆ

(1) ทฤษฎีเกี่ยวกับการกักกัน

ในต่างประเทศก็มีกฎหมายเกี่ยวกับการกักกันอยู่หลายฉบับอาทิ เช่น กฎหมายกักกันของอังกฤษตาม พรบ.งานยุติธรรมทางอาญา ค.ศ. 1948 และกฎหมายกักกันของเยอรมัน ตามร่างกฎหมายเยอรมันมาตรา 86 ซึ่งมีบทบัญญัติคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องเดียวกัน

เพียงแต่ว่าของอังกฤษแบ่งกลุ่มอายุของผู้ที่ถูกฟ้องกักกันออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มอายุ 21-29 ปี และกลุ่มอายุ 30 ปี ขึ้นไปสำหรับกลุ่มแรกให้ใช้วิธีส่งไปปรับการฝึกอบรม และสำหรับกลุ่มหลังให้ส่งไปกักกัน สำหรับวัตถุประสงค์ก็เพื่อความปลอดภัยของประชาชน ส่วนร่างกฎหมายเยอรมันดังกล่าว ก็มีวัตถุประสงค์เพื่อความปลอดภัยของประชาชนเช่นเดียวกัน

คำถามเกี่ยวกับการกักกัน (ปอ.มาตรา 40) ก็คือว่าเรากักกันผู้กระทำความผิด เพราะเหตุผลอะไรคำตอบประการหนึ่งก็คงเป็นเพราะเหตุผลว่า บุคคลนั้นได้กระทำความผิดคดีนี้แล้ว และถ้าจะไม่ควบคุมตัวไว้บุคคลนั้นจะเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่น ถ้ามองในแง่นี้ การควบคุมตัวเอาไว้เพื่อไม่ให้ประกอบอาชญากรรมอีกก็นับว่าเป็นมาตรการคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมตามแนวความคิดของนักอาชญาวิทยา สำนักป้องกันสังคม นั่นคือเพื่อป้องกันอาชญากรรม เพราะเหตุว่าเมื่อได้ศึกษาหาสาเหตุแล้วและแก้ไขปรับปรุงแล้วผู้กระทำความผิดก็ยังไม่อาจกลับตนเป็นคนดีได้ วิธีเดียวที่นักอาชญาวิทยาสถาบันป้องกันสังคมเสนอไว้ก็คือแยกบุคคลนั้นไว้ออกไปจากสังคม โดยทั่วไปจะควบคุมไว้ในที่ๆ บุคคลนั้นไม่อาจประทุษร้ายสังคมได้แต่การคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมโดยกักกันผู้กระทำความผิดไว้ มิใช่เป็นเหตุผลเดียวแต่ยังมีอีก 2 เหตุผล คือ เพื่อตัดนิสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ เหตุผล 2 ประการ เหล่านี้ชี้ไปยังทฤษฎีที่แตกต่างกันไปอีก 2 ทฤษฎี คือเพื่อตัดนิสัยคล้ายกันว่าเอาทฤษฎีที่ยั่งยืนของสำนักคลาสสิกมาประยุกต์ใช้ อย่างน้อยที่สุด สภาพการกักกันในสถานกักกันก็ไม่ได้แตกต่างไปจากสภาพของเรือนจำมากนัก เพราะเป็นการจำกัดอิสระเช่นเดียวกันดังเช่น สถานกักกัน ของกรมราชทัณฑ์ที่จังหวัดนครปฐม เป็นต้น เมื่ออยู่ในสถานกักกันเช่นนี้ ผลของการกักกันอาจมีส่วนตัดนิสัยของผู้ถูกกักกันได้ แต่ในทางปฏิบัติก็ยังเป็นที่น่าสงสัยอยู่ เพราะแนวความคิดของการกักกันไม่ใช่โทษแต่ก็เป็นเหมือนโทษ

ในเหตุผลประการที่ 2 เพื่อฝึกหัดอาชีพก็เป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีของนักอาชญาวิทยาสถาบันโปสิติฟดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้น ในการแก้ไขฟื้นฟูนั้น การฝึกหัดอาชีพก็เป็นส่วนหนึ่งที่จะปลูกฝังความคิดและค่านิยมตลอดจนทักษะในการประกอบอาชีพ เพื่อให้ใช้เวลาว่างให้เป็นประโยชน์และขณะเดียวกันก็เพื่อเป็นการเตรียมตัวผู้กักกันไว้ให้พร้อมเมื่อครบกำหนดกักกันจะได้ออกไปประกอบอาชีพที่ฝึกไว้ แต่ปัญหาในทางปฏิบัติก็เกิดขึ้นเช่นเดียวกันว่าในเขตที่กำหนด คือสถานกักกันมีเจ้าหน้าที่มีอุปกรณ์และเครื่องมือฝึกอาชีพแก่ผู้ต้องการตามความประสงค์ของเขาหรือไม่ คำตอบคงจะเป็นไปในทางปฏิเสธ เพราะเหตุผลว่าสถานกักกันเป็นสถานที่ได้รับงบประมาณน้อยมาก และในวงการบริหารของโทษแทบจะไม่มีใครพูดถึงการกักกันเลย

## (2) ทฤษฎีเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยอื่นๆ

การห้ามเข้าเขตกำหนด การเรียกประกันทัณฑ์บนการส่งตัวไปควบคุมไว้ในสถานพยาบาล และการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างมีวัตถุประสงค์เพื่อความปลอดภัยของประชาชนจากอันตรายที่จะเกิดขึ้น ในแต่ละข้อมีที่มาจากทฤษฎีอะไร

### 1. การห้ามเข้าเขตกำหนด (ปอ.มาตรา 44,45)

การห้ามเข้าเขตกำหนดเป็นการห้ามเข้าไปในเขตที่เคยกระทำความผิดนั้น เพราะเกรงว่าอาจกระทำความผิดอีก เป็นการมองในแง่ความปลอดภัยของประชาชนที่อยู่ในเขตที่กำหนดไว้ นั่นซึ่งกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสของนอร์เวย์และของเยอรมันก็มีบทบัญญัติทำนองเดียวกัน โดยเฉพาะตามกฎหมายเยอรมันนั้น ศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดไม่หลบจำ หรือถูกจำคุกในคดีค้าประเวณีหรือขูดตาน เป็นต้น ห้ามเข้าไปในเขตหรือให้อยู่เขตที่กำหนดโดยมีเจ้าพนักงานเป็นผู้ดูแลทำนองเดียวกับการคุมความประพฤติ คำถามก็คือการห้ามเข้าเขตกำหนดอาศัยทฤษฎีอะไรเมื่อดูโทษของผู้ฝ่าฝืนคำสั่งของศาล คือ จะถูกลงโทษจำคุก 1 ปี แล้ว ก็เห็นได้ว่ามีที่มาจากทฤษฎีคุ้มครองสังคมของสังคมของสำนักป้องกันสังคมนั่นเองเพราะเป็นการบัญญัติกฎหมายอาญาให้มีผลในการป้องกันมิใช่โทษที่เน้นยับยั้งตัวผู้กระทำความผิด แต่เน้นที่การคุ้มครองสังคมจากอันตรายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตโดยการตัดโอกาสคือห้ามเข้าเขตที่กำหนดไว้ แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยวิธีการนี้ก็คงจะได้ผลน้อย คือ คงจะไม่มากกว่าวิธีการรอกการลงโทษจำคุก เพราะต้องรอให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นใหม่เท่านั้น เรื่องจึงจะถึงศาลที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพราะศาลเองก็ไม่มีเจ้าหน้าที่ออกไปคอยสอดส่องดูแลให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้ ทางเลือกน่าจะแก้ไขกฎหมายโดยให้ศาลสั่งคุมความประพฤติได้เลย โดยไม่ต้องรอกการลงโทษและการห้ามเข้าเขตกำหนดเป็นเงื่อนไขคุมความประพฤติได้แบบเดียวกับกฎหมายให้อำนาจศาลในอังกฤษ

### 2. การเรียกประกันทัณฑ์บน (ปอ.มาตรา 46)

วิธีการเพื่อความปลอดภัย วิธีนี้มีไว้เพื่อยับยั้งอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยเอาเงินที่รับไว้เป็นประกันเป็นเครื่องมือในการจับ การใช้ประกันหรือทัณฑ์บนเมื่อฝ่าฝืนต้องใช้เป็นเงินสดนี้ ก็ถือว่าเป็นทฤษฎีการคุ้มครองสังคมของสำนักป้องกันสังคมได้อย่างหนึ่ง ปัญหาที่อยู่ที่ว่าจำนวนเงินที่ศาลจะเรียกให้ชำระแต่ละครั้งมากน้อยเพียงใดและผู้ที่ศาลสั่งให้ทำประกันทัณฑ์บนมีฐานะทางเศรษฐกิจอย่างไร เพราะการข่มขู่จะได้ผลก็ต่อเมื่อจำนวนเงินนั้นมากพอจนผู้ประกันเสียดายอย่างไรก็ดีถ้าผู้นั้นเป็นคนฐานะทางเศรษฐกิจดี เงิน 5,000 บาท นั้น ก็คงไม่มีความหมาย ถึงกระนั้นก็ดีจากการที่ศาลได้วางข้อกำหนดผู้ปกครองเด็กตาม ปอ.มาตรา 74 และ 77 เพื่อดูแลไม่ให้เด็กกระทำความผิดนั้น จากประสบการณ์ของผู้เขียนผู้ปกครองที่ยากจนและเห็นว่าจะดูแลเด็กกระทำความผิดมิให้กระทำความผิด ได้นำเด็กมาคืนต่อศาล เพราะเกรงจะต้องเสียค่าปรับ

### 3. คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล (ปอ.มาตรา 48,49)

กุมตัวไว้ในสถานพยาบาลเป็นมาตรการที่ศาลใช้ควบคุมผู้ที่กระทำความผิดซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษตาม ปอ.มาตรา 65 หรือผู้ที่ถูกลงโทษจำคุกหรือรอการลงโทษอันเกี่ยวกับความผิดที่ได้กระทำเนื่องจากเสพสุราเป็นอาจิมหรือติดยาเสพติดให้โทษไว้ในสถานพยาบาล (ซึ่งในกรุงเทพฯ ส่วนใหญ่จะส่งไปที่โรงพยาบาลนิติจิตเวช) โดยเอาโทษเมื่อหลบหนีมาข่มขู่ให้จำต้องรักษาตัวอยู่ในสถานพยาบาลจนกว่าจะได้รับการปล่อยตัว วิธีการนี้จะมีที่มาจากทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูของสำนักโบซิติฟ ส่วนหนึ่งและจากทฤษฎีคุ้มครองสังคมของสำนักป้องกันสังคมอีกส่วนหนึ่ง คือถ้าแก้ไขฟื้นฟูสมรรถภาพได้จนหายเป็นปกติ บุคคลพวกนี้ก็จะไม่เป็นอันตรายต่อสังคม เพราะจะไม่เกี่ยวข้องกับพยาธิสภาพทางจิตหรือสิ่งเสพติดต่อไป แต่ปัญหาก็คือโรงพยาบาลจะมีความสามารถในการแก้ไขพยาธิสภาพและการติดสุราหรือยาเสพติดได้หรือไม่ และจะควบคุมบุคคลเหล่านี้ได้หรือไม่ ข้อมูลจากสถาบันที่เกี่ยวข้องดูเหมือนจะได้ผลน้อย

### 4. ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง (ปอ.มาตรา 50)

ห้ามประกอบอาชีพบางอย่างเป็นวิธีการที่จะป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดอาศัยวิชาชีพแล้วฉวยโอกาสกระทำความผิด เป็นการยับยั้งตัวผู้กระทำความผิดนั้นมิให้กระทำความผิดอีก และขณะเดียวกันก็ป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ประชาชนด้วย กฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1953 มาตรา 42(1) ก็ดูเหมือนจะมีหลักการคล้ายกันกับของไทย เพราะฉะนั้นในแง่ของทฤษฎี การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง ถ้าฝ่าฝืนจะถูกลงโทษก็เป็นการเอาโทษจำคุกมาขู่ เป็นทฤษฎีการยับยั้งของสำนักคลาสสิก และขณะเดียวกันก็เป็นการคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรม ตามทฤษฎีคุ้มครองสังคมของนักอาชญาวิทยาสำนักป้องกันสังคมด้วยเพราะการห้ามประกอบอาชีพก็เป็นวิธีเคลื่อนย้ายผู้กระทำความผิดไปจากวิชาชีพที่ทำอยู่อย่างไรก็ดี การควบคุมดูแลมิให้เขาประกอบอาชีพก็คงจะทำได้ไม่ถนัดนัก เช่นเดียวกัน ยกเว้นเป็นวิชาชีพหรือกิจกรรมที่ทำขนาดใหญ่ เช่น ศาลจังหวัดมหาสารคาม ได้มีคำสั่งฟ้องค่าน้ำปลาผลิตน้ำคุณภาพ ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพการผลิตน้ำปลา มีกำหนดเวลาไม่เกิน 3 ปี นับแต่วันพ้นโทษ เป็นต้น

## 2.4 ความผิดและบทกำหนดโทษในความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลที่มีลักษณะเป็นการก่ออันตราย

2.4.1 ความเป็นมาและเหตุผลในการบัญญัติความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลโดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำการลามกอย่างอื่น

### 2.4.1.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นับว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับสมัยใหม่ (Modern Law) ฉบับแรกของไทยที่ร่างขึ้นด้วยความพิถีพิถะระห์เป็นอย่างยิ่งกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 ของไทยที่ประกาศใช้เวลานั้นเมื่อเทียบกับประมวลกฎหมายของประเทศอื่นที่จัดทำขึ้นในเวลาใกล้เคียงกันจึงจะมีความสมบูรณ์กว่าแม้ผู้ร่างจะใช้ประมวลกฎหมายอาญาของต่างประเทศหลายประเทศเป็นแนวในการร่างก็ตาม แต่มิได้รับเอาความคิดมาทั้งหมด สิ่งหนึ่งที่ผู้ร่างคำนึงอยู่เสมอคือประมวลกฎหมายที่จะประกาศใช้นั้นจะต้องเหมาะสมกับคนไทยและสภาพของสังคมไทยด้วย ด้วยเหตุนี้เราจึงจะพบวาทบัญญัติบางมาตรายังคงไว้ซึ่งความคิดแบบไทยๆ อยู่บทบัญญัติบางมาตราที่ระบุเหตุผลของเรื่องไว้เด่นชัดในตัวบทนั้นๆ เช่น เหตุผลที่กฎหมายไม่ลงโทษเด็กที่อายุไม่เกิน 7 ปีก็เพราะว่าเด็กอายุเพียงนั้นยังไม่รู้ผิดและชอบ พิจารณาตามโครงสร้างความคิดอาญาในประเทศซีวิลลอว์ถือว่าเด็กอายุอยู่ในเกณฑ์ดังกล่าวยังขาดความชู้วนั่นเอง

ความคิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายของไทยปรากฏครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 337 เป็นการบัญญัติอยู่ในหมวดความผิดหุโทษฐานอนาจาร ซึ่งกฎหมายในตอนนั้นได้มีการบัญญัติแยกการกระทำที่เป็นการขายหน้าต่อธารกำนัลไว้สองกรณี โดยเป็นการแสดงวาจาลามก ต่อหน้าธารกำนัลกรณีหนึ่ง และเป็นการเปลือย หรือกระทำการอย่างอื่นฯ อันควรขายหน้าต่อธารกำนัล อีกกรณีหนึ่ง เหตุที่มีการแยกออกเป็นสองส่วนในบทมาตรเดียวกันนั้น จะเห็นได้ว่าการวางบทลงโทษในแต่ละกรณีที่กล่าวมาข้างต้นก็แตกต่างกัน เพราะหากเข้าลักษณะเป็นความผิดในกรณีที่หนึ่ง ในสมัยนั้นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กำหนดว่าบุคคลผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษชั้น 3 คือ จำคุกไม่เกิน 10 วัน ปรับไม่เกิน 50 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 337(1) ประกอบ มาตรา 332 และหากเข้าลักษณะเป็นความผิดในกรณีหลัง คือ โดยการเปลือยหรือกระทำการอย่างอื่นฯ กฎหมายในสมัยนั้นกำหนดให้บุคคลผู้กระทำความผิดนั้นต้องระวางโทษชั้น 4 คือ จำคุกไม่เกิน 1 เดือน ปรับไม่เกิน 100 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 337(2) ประกอบมาตรา 332 ซึ่งจะเห็นว่าจากที่กล่าวมา เหตุผลที่มีการบัญญัติแยกกันไว้เฉพาะน่าจะดูจากข้อดำเนินทางศีลธรรม และความร้ายแรงของการกระทำ เนื่องจากการที่มีการแสดงวาจาลามกอนาจารนั้น อาจจะเป็นเพราะเกิดจากความนึกคิด อารมณ์ และสภาพแวดล้อมโดยไม่ได้ตั้งใจ ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ร้ายแรงมากนักซึ่งถือว่าผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้นอาจให้อภัยได้ และไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรือผลกระทบต่อสังคมโดยรวมหรือสาธารณะ

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 587/2478 จำเลยคำว่า “เย็ดแม่” เป็นคำลามกอนาจารเมื่อธารกำนัลได้ยินถ้อยคำชนิดนี้แล้ว ย่อมระคายหู ต้องเหตุว่าเป็นศัพท์ที่มุ่งหมายถึงการกระทำที่ไม่เปิดเผยต่อหน้าสาธารณะชนมีความผิดตามมาตรา 337(1)

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 699/2490 จำเลยต่างค่าว่าหมิ่นประมาทกันซึ่งหน้า ต่อหน้าธารกำนัล “มึงนี่คั่นนั กูจะต้องเอาควยใหญ่ๆ ยาวๆ มาแก็ให้มันจึงจะหายคัน” และว่า “ถ้าเอาคนไม่พอก็ให้ไปเอาข้างเอาม้า” ดังนี้ เป็นคำลามกอนาจารตามมาตรา 337(1) จำเลยจึงมีความผิด ส่วนกรณีในเรื่องการเปลือย ที่มีการบัญญัติแยกไว้และมีบทกำหนดโทษสูงขี้นั้น เหตุผลน่าจะมาจากการที่ผู้กระทำความผิดกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ การแสดงออกมาไม่ว่าจะเป็น การเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายส่วนใดๆ ที่ดูเป็นการลามกอนาจารย่อมจะทำให้ถูกตำหนิทางสังคม และกระทบต่อศีลธรรมอันดี และอาจเป็นแบบอย่างที่ไม่ดีต่อสาธารณะ ถือเป็นการก่อให้เกิด อันตรายต่อสังคมและส่วนรวมมากกว่าการใช้เพียงแก็จากพูดลามก ดังนั้นการที่กฎหมายลักษณะ อาญา ร.ศ. 127 บัญญัติความผิดฐานนี้ขี้นก็เพื่อเป็นการป้องกัน ขั้บขั้ง ตลอดจนทั้งเป็นการข่มขู่ไม่ให้ เกิดการกระทำความผิดฐานนี้ขี้นนั่นเอง

#### 2.4.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญามีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 ซึ่งเป็นการประกาศ ใช้แทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เหตุที่มีการร่างประมวลกฎหมายอาญาเพราะกฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ใช้มานานแล้วและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายแห่งกระจัดกระจายกันอยู่ จึงเป็นการสมควรที่จะได้ชำระสะสางและนำ เข้ารูปประมวลกฎหมายอาญาเสียในฉบับเดียวกัน นอกจากนี้ปรากฏว่าหลักการบางอย่างและวิธีการลงโทษบางอย่างควรจะได้รับการปรับปรุงให้สม กับกาลสมัยและแนวความคิดของนานาประเทศในสมัยปัจจุบัน แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาจะเป็นการขร่างขี้นใหม่ทั้งฉบับแต่ประมวลกฎหมายอาญาก็ไม่ได้ละทิ้งหลักการในกฎหมายลักษณะ อาญาไปเสียทั้งหมด หลักการสำคัญบางอย่างในกฎหมายลักษณะอาญาก็ยังคงนำ มาบัญญัติไว้ใน ประมวลกฎหมายอาญา เพียงแต่ได้แก้ไขถ้อยคำ ให้ชัดเจนมากขึ้นกว่าของเดิม หรือนำมาจัด หมวดหมู่ให้เป็นระเบียบขี้น เช่น การกระทำโดยเจตนา หรือประมาท เป็นต้น ปัจจุบันประมวล กฎหมายอาญาได้ใช้บังคับมาเป็นเวลากว่า 40 ปีแล้ว และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง ประมวล กฎหมายอาญามีตัวบทมาตราทั้งสิ้น 398 มาตรา (ไม่รวมพวกมาตราทวิ และตรีที่เพิ่มเติมภายหลัง) โดยแบ่งออกเป็น 3 ภาค ดังนี้

ภาค 1 ว่าด้วยบทบัญญัติทั่วไป หรือหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติ ที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายอาญา ความรับผิดชอบและโทษทางอาญา ซึ่งใช้บังคับแก็ความผิดทั่วไป ทั้ง ความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและความผิดตามกฎหมายอื่น ๆ ที่มีโทษทางอาญา ด้วย ภาคนี้มีบทมาตราจากมาตรา 1 ถึงมาตรา 106

ภาค 2 ว่าด้วยความผิด เป็นการให้ความหมายคำจำกัดความของแต่ละฐานความผิด กล่าวคือ บัญญัติว่าการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำ ใดๆใดเป็นความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ภาค 2 นี้มีบทมาตรามากที่สุด คือ เริ่มตั้งแต่มาตรา 107 ถึงมาตรา 366

ภาค 3 ว่าด้วยความผิดหลุโทษ ซึ่งความจริงภาคนี้เป็นภาคความผิดนั่นเอง แต่ว่าภาค 3 นี้เป็นความผิดเล็กๆ น้อยๆ และมีหลักเกณฑ์บางอย่างแตกต่างจากความผิดในภาค 2 อยู่บ้างบางประการเท่านั้น ภาคนี้มีบทมาตราดังแต่มาตรา 367 ถึงมาตรา 398

โดยปัจจุบันความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลโดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายนั้น ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันของไทย โดยบัญญัติไว้ในส่วนภาค 3 ว่าด้วยความผิดหลุโทษมาตรา 388 ซึ่งหากพิจารณาความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แล้วพบว่า มาตรา 388 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นมีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 337 ของกฎหมายลักษณะอาญาโดยพบว่ามาตรา 388 ได้ตัดข้อความในอนุมาตรา 1 ของมาตรา 337 “ผู้ใดแสดงวาจาลามกอนาจารต่อหน้าธารกำนัล” ออกทั้งหมด แล้วมาบัญญัติรวมเป็นอันเดียวโดยใช้คำว่า “การกระทำลามกอย่างอื่น” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลตามมาตรา 388 สามารถพิจารณารายละเอียดได้ดังนี้

ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลตามมาตรา 388

องค์ประกอบภายนอก

- 1) กระทำการอันควรขายหน้า
- 2) โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น
- 3) ต่อหน้าธารกำนัล

องค์ประกอบภายใน (เจตนาธรรมดา)

การเปิดเผยร่างกายนั้น หมายถึง เปิดเผยส่วนที่ควรปกปิด เช่น อวัยวะเพศหรือหน้าอกของผู้หญิง แต่ถ้าแม้ให้มลูกล้อมไม่ผิดตามมาตรานี้ ส่วนการกระทำอันลามกอย่างอื่นนั้นไม่ได้หมายความเฉพาะที่เกี่ยวกับร่างกาย เช่น ชายหญิงแสดงความใคร่ออกมาโดยไม่อายเท่านั้น แต่รวมถึงการใช้วาจาด้วย

การกระทำอันควรขายหน้า หมายถึง การกระทำที่หน้าอับอาย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการรู้สึกของประชาชนและขนบธรรมเนียมประเพณี ส่วนมากมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับศีลธรรมทางเพศ เช่น การเปิดเผยอวัยวะเพศ การเปลือยกาย การกอดจูบก้น เป็นต้น

การกระทำอันควรขายหน้า หมายถึง ลักษณะของการกระทำ นั้นบุคคลทั่วไปเห็นว่า เป็นการกระทำ อันน่าอับอาย ซึ่งการกระทำ ใดๆใดจะก่อให้เกิดความอับอายหรือไม่ขึ้นอยู่กับการกระทำ อันน่าอับอาย ซึ่งการกระทำ ใดๆใดจะก่อให้เกิดความอับอายหรือไม่ขึ้นอยู่กับการ

ขนบธรรมเนียมประเพณีและความรู้สึกของสาธารณชน ไม่ได้ถือเอาจากความรู้สึกส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ การกระทำที่น่าจะก่อให้เกิดความขายหน้า เช่น ยืนปัสสาวะข้างถนนโดยเปิดเผยอวัยวะเพศต่อผู้สัญจรไปมา กอดจูบก้น เปลือยกาย เป็นต้น<sup>74</sup> การกระทำอันควรขายหน้าส่วนมากจะเป็นเรื่องอันควรอับอายขายหน้าเกี่ยวกับศีลธรรมทางเพศอันเป็นเรื่องของการอนาจารแต่ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องอนาจารเสมอไป คือแม้จะไม่เป็นการกระทำ อันเป็นการอนาจารก็มีลักษณะที่จะก่อให้เกิดความอับอายขายหน้าได้ เช่น นั่งอุจจาระข้างทางสาธารณะโดยเปิดเผยต่อสายตาผู้อื่น<sup>75</sup>

เปลือยกาย หมายความว่า เปิดเผยร่างกายทั้งตัว

เปลือยร่างกาย หมายความว่า การไม่มีสิ่งใดๆปกปิดร่างกาย

เปิดเผยร่างกาย หมายความว่า เปิดเผยร่างกายบางส่วน เช่น สวมเสื้อแต่ไม่นุ่งผ้า นุ่งผ้าแต่ไม่สวมเสื้อ หรือเปลือยเฉพาะนมหรืออวัยวะเพศ ก็เป็นความผิดแต่ต้องมีลักษณะลามกจึงจะเป็นความผิด แต่ถ้าเปลือยกายให้นักศึกษาถ่ายภาพศิลปะหรือวาดรูปศิลปะก็ไม่ใช่เป็นความผิด

เปิดเผยร่างกาย หมายถึง เปิดเผยร่างกายบางส่วนหรือเปิดเผยอวัยวะที่ควรปกปิด เช่น เปิดเผยเฉพาะส่วนนอกของหญิงหรือเปิดเผยของลับ

การกระทำลามกอย่างอื่น หมายความว่า แม้ไม่เปลือยหรือเปิดเผยร่างกายก็เป็นความผิดได้ เช่น แสดงท่าร่วมประเวณีให้คนดู ชายหญิงกอดจูบลูบไล้กันท่ามกลางสายตาผู้คนที่เดินผ่านไปผ่านมา รวมถึงการใช้วาจา เช่น คำหยาบคายด้วย

การกระทำลามกอย่างอื่น หมายถึงการกระทำลามกอย่างอื่นนอกจากเปลือยกายเปิดเผยร่างกาย เช่น ใส่เสื้อฟ้ามอทะลุไปเห็นเนื้อหนังข้างใน การที่ชายและหญิงแสดงความรักใคร่ต่อกันร่วมเพศกัน การกระทำลามกอย่างอื่นไม่ได้หมายความเฉพาะแต่เรื่องเกี่ยวกับทางกายเท่านั้นแต่อาจกระทำด้วยวาจาก็ได้<sup>76</sup>

ความผิดฐานนี้เป็นความผิดเกี่ยวกับวัฒนธรรม ซึ่งวัฒนธรรมหมายถึงลักษณะที่แสดงถึงความเจริญงอกงาม ความเป็นระเบียบเรียบร้อย ความกลมเกลียวก้าวหน้าของชาติและศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>77</sup> วัฒนธรรมเป็นสิ่งที่แสดงถึงลักษณะของชาติ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคนในชาติซึ่งเป็นรากฐานสำคัญของความเป็นปึกแผ่นมั่นคงของชาติดังนั้นคนไทยทุกคนจึงมี

<sup>74</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอน 2 (น.777), โดย สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, (ม.ป.ป). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

<sup>75</sup> แหล่งเดิม.

<sup>76</sup> จาก กฎหมายอาญา ภาคความผิด (น.379-380) โดย คณิต ฌ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>77</sup> พระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485, มาตรา 4.

หน้าที่ต้องปฏิบัติตามวัฒนธรรมแห่งชาติและต้องพึงส่งเสริมความเจริญก้าวหน้าของชาติโดยรักษาไว้ซึ่งวัฒนธรรมตามประเพณีอันดีงาม และช่วยกันปรับปรุงทำนุบำรุงให้ดียิ่งขึ้นตามลำดับ

พระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485 ได้กำหนดให้บุคคลต้องปฏิบัติตามวัฒนธรรมดังต่อไปนี้<sup>78</sup>

1. ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการแต่งกาย จรรยา และมารยาท ในที่สาธารณสถาน หรือที่ปรากฏแก่สาธารณชน

2. ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการปฏิบัติตน และการปฏิบัติต่อบ้านเรือน

3. ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการประพฤติตนอันเป็นทางนำ มาซึ่งเกียรติของ

ชาติไทยและพระพุทธศาสนา

7. ความนิยมไทย

ดังนั้นคนไทยทุกคนจึงมีหน้าที่ที่จะต้องแต่งกายให้เรียบร้อยตามวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมของไทย เช่น แต่งกายให้มิดชิด หรือไม่เปิดเผยร่างกายในส่วนที่ไม่ควรเปิดเผย ในที่สาธารณสถานหรือที่ปรากฏแก่สาธารณชน ประพฤติตนให้เป็นระเบียบเรียบร้อยอันเป็นทางนำมาซึ่งเกียรติของชาติไทยและพระพุทธศาสนา การประกอบอาชีพอย่างมีมารยาทโดยคำนึงถึงความเจริญงอกงามแห่งจิตใจและศีลธรรมอันดีของประชาชน หากไม่ประพฤติตนตามหน้าที่ดังกล่าวก็เป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงพบว่าบทบัญญัติในความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลในประมวลกฎหมายอาญานั้น ไม่ได้มีอะไรเปลี่ยนแปลงไปมากจากประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีเพียงแค่บทกำหนดโทษเท่านั้นที่เป็นการลดระดับความผิดลงมา จากที่เคยมีบทลงโทษจำคุก เปลี่ยนมาเป็นให้เหลือแค่โทษปรับ ซึ่งปัจจุบันความผิดฐานนี้ ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษเสียค่าปรับไม่เกิน 500 บาทเท่านั้น ซึ่งจะเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยให้ความสำคัญของเรื่องนี้น้อยลงไปมาก ซึ่งเมื่อเทียบกับสถานการณ์และสังคมในปัจจุบันแล้ว เรื่องเพศ การเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายนั้นย่อมทวีความรุนแรงมากขึ้นในรูปแบบและลักษณะต่างๆ ที่แตกต่างกับในอดีตซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศอนุรักษ์วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีที่งดงาม ตลอดจนศีลธรรมอันดีของประเทศชาติ

2.4.2 สัดส่วนบทกำหนดโทษกับลักษณะความรุนแรงของความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล โดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำลามกอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายอาญา

<sup>78</sup> พระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485, มาตรา 6.

จากข่าวเหตุการณ์ตามหน้าหนังสือพิมพ์ในปัจจุบัน พบว่าผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้โดยการเปลือย หรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่นมีเพิ่มมากขึ้นและทวีความรุนแรงมากขึ้นจากที่ในอดีต ประชาชนมีความรักนวลสงวนตัว แต่งกายมิดชิด แต่ ณ ปัจจุบันความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี สังคม สภาพแวดล้อม การช่วยจากสิ่งรอบข้าง ทำให้คนกล้าแสดงออกมากขึ้น หรือแม้กระทั่งเกิดจากสิ่งมีนเมาตลอดจนความทึบคองของตัวผู้กระทำความผิดเอง ซึ่งการกระทำที่เป็นการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย เช่นพวกเดินโชว์โดยการเปลือยท่อนล่างหรือท่อนบน ทั้งหลายจะเห็นว่านอกจากจะเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับวัฒนธรรมแล้วยังเป็นความผิดที่มีข้อตำหนิต่างศีลธรรม และส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรมอันดีของชาติและสังคมส่วนรวมด้วย และกรณีส่วนของการกระทำลามกอย่างอื่น เช่น ข่าวที่เพิ่งผ่านมานานานซึ่งมีชายคนหนึ่งช่วยตัวเองจนน้ำอสุจิกระเด็นไปเปื้อนขาหญิงสาวผู้เสียหาย ซึ่งในกรณีนี้เห็นว่านอกจากจะเป็นการทำให้ผู้เสียหายขายหน้าแล้ว อาจจะทำให้ผู้เสียหายเกิดความวิตกกังวล เกิดความวิตกจริต เพราะนี่ขนาดต่อหน้าสาธารณชนจำนวนมากแล้วยังไม่มีความปลอดภัยเลย ซึ่งกรณีต่างๆ ที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นนี้บางกรณีไม่แน่ว่าอาจล่อแหลมหรือยั่วให้เกิดอาชญากรรมอื่นๆ ตามมาได้ เช่นอาชญากรรมทางเพศ ดังนั้นหากมีการกำหนดโทษในความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลโดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือการกระทำลามกอื่นไว้เพียงแค่โทษปรับย่อมไม่เป็นการเหมาะสมกับสัดส่วนปริมาณความรุนแรงของความเสียหายที่ประชาชนได้รับเพราะเพียงแค่โทษปรับเล็กน้อยๆ ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดย่อมไม่มีความเกรงกลัว เพราะหากเพียงเพราะเกิดจากความทึบคองหรือแค่อยากเด่นอยากดังก็ใช้วิธีการเปิดโชว์เปลือยร่างกายหรือการเปิดเผยร่างกายหรือการกระทำลามกอื่นเพื่อเรียกร้องความสนใจโดยคิดว่าไม่เสียหายอะไรหากผู้กระทำความผิดโดยจับเนื่องจากกระทำความผิดฐานนี้ก็แค่เสียค่าปรับเล็กๆ น้อยๆ เท่านั้น และนอกจากนี้อาจส่งผลกระทบต่อเกิดการเลียนแบบกันขึ้นไปเรื่อยๆ โดยไม่คำนึงถึงว่ามันเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย เป็นสิ่งที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ดังนั้น ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัลโดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายหรือการกระทำลามกอย่างอื่นนี้สมควรแล้วหรือไม่ที่จะได้รับการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้มีความเหมาะสมกับการบังคับใช้ในสภาพสังคมปัจจุบัน

## 2.5 แนวคิดเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำความผิดและความสำคัญของปัญหาผู้มีความผิดปกติทางจิตกับการก่อคดี

### 2.5.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาผู้มีความผิดปกติทางจิตกับการก่อคดี

จากการเปลี่ยนแปลงของสังคมที่มากขึ้นทุกวันทำให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมามากมาย เช่น พวกที่แก๊งค์เปลือยกายเต้นกลางแจ้งในเทศกาลสงกรานต์ พวกที่ชอบ โข่วเปลือยกลางที่สาธารณะ หรือแม้กระทั่งพวกที่ชอบช่วยตัวเองในที่สาธารณะ บุคคลเหล่านี้ล้วนแต่มีความผิดปกติทางจิตทั้งสิ้น ดังที่ปรากฏตามข่าวหนังสือพิมพ์ แต่การกระทำดังกล่าวนี้ยังมีการตรวจสอบและพิสูจน์สภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดยังไม่มากพอที่จะบอกได้ว่าจริงแล้วผู้กระทำความผิดนั้นมีความเจ็บป่วยทางจิตหรือไม่

การคาดการณ์ว่ามีประชากรในโลกที่ต้องทนทุกข์ทรมานจากปัญหาการเจ็บป่วยทางจิตถึง 1,500 ล้านคน และส่วนใหญ่ประมาณสามในสี่อยู่ในประเทศที่กำลังพัฒนา รวมถึงประเทศไทยด้วย พบว่าการเข้าถึงการรับบริการทางจิตเวชยังไม่เพียงพอ แต่ก็มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีผู้ป่วยและญาติบางส่วนที่ยังต้องพึ่งพาและพึ่งพิงไสยศาสตร์อยู่หรือมักจะไม่ยอมรับว่าตนเองป่วย จึงไม่ยอมรับการรักษาเช่นการรับประทานยา หรือฉีดยา และขาดการรักษาอย่างต่อเนื่อง จนทำให้มีแนวโน้มที่จะกลับมาป่วยซ้ำจนกลายเป็นผู้ป่วยเรื้อรัง และนอกจากนี้ในการกลับมาป่วยซ้ำของผู้ป่วยนั้นมักจะตามมาด้วยการก่ออันตรายทั้งต่อตนเองและผู้อื่นอยู่เสมอ จนบางรายเกิดเป็นคดีความขึ้นมาไม่ว่าจะเป็นคดีเล็กน้อยๆ จนถึงคดีที่รุนแรง โดยที่มีอาการหูแว่ว หวาดระแวงหลงผิด คิดว่ามีคนมาปองร้ายทำให้ขาดการควบคุมอารมณ์ มีอาการอะอะโวยวายคลุ้มคลั่ง นอกจากนี้บางรายก็ไปใช้สารเสพติดร่วมด้วย ซึ่งมักพบได้ค่อนข้างมากในผู้ป่วยที่มีความเจ็บป่วยทางจิต ไม่ว่าจะเป็นการถูกหลอกให้ใช้ หรือใช้จนติด แม้กระทั่งการเข้าใจผิดว่าเมื่อเสพสารเสพติดแล้วจะช่วยบรรเทาอาการทางจิตที่ปกติให้ดีขึ้น (self medicated) ซึ่งเมื่อเข้าใจผิดแบบนี้ก็มักจะตามมาด้วยอาการที่รุนแรงมากขึ้นดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น

### 2.5.2 แนวคิดเกี่ยวกับสาเหตุของการกระทำความผิด

#### ก. แนวคิดทางด้านกายภาพและชีวภาพ

มีนักอาชญาวิทยาได้สังเกตและอธิบายว่าผู้กระทำความผิดมักจะมีลักษณะทางร่างกายที่แตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป เช่น รูปหน้าที่แปลกไม่ได้สัดส่วน หรือความผิดปกติบนใบหน้าอีกหลายอย่างซึ่งอาจจะเป็นผลจากการถ่ายทอดทางพันธุกรรมหรือความผิดปกติทางด้านพันธุกรรม ซึ่งอาจจะนำมาซึ่งความเจ็บป่วยจนถึงขั้นมีอาการทางจิตเกิดขึ้นและไม่สามารถควบคุมตนเองได้ พูดยรวมๆ ว่าบุคลิกภาพหรือการแสดงออกทางร่างกายที่เห็นอาจจะส่งผลทางอารมณ์หรือการควบคุมอารมณ์ของคนคนนั้นก็ได้ นอกจากนี้ความผิดปกติทางโครโมโซมก็มีส่วนสำคัญต่อ

พฤติกรรมของบุคคลด้วย เช่นคนที่มีโครโมโซม xyy จะเป็นคนที่เก็บความรู้สึก ไม่ชอบสมาคม แต่ก็มีความก้าวร้าวต่อผู้อื่น นำมาซึ่งการก่อคดีได้ง่าย เป็นต้น

#### ข. แนวคิดทางด้านจิตวิทยา

ได้มีการอธิบายถึงสาเหตุของการกระทำความผิดของบุคคลว่าเกิดจากความไม่สมประกอบของบุคลิกภาพหรือสภาพจิตใจที่ไม่ปกติ อันอาจจะเกิดจากประสบการณ์ที่เลวร้ายในอดีตหรือปัจจุบันก็ได้ร่วมกับสภาวะแวดล้อมที่ผลักดันซึ่งมีผลกระทบต่ออารมณ์ ส่งผลให้เกิดความวิตกกังวลและต้องการหาทางระบายออกทางใดทางหนึ่ง จากทฤษฎีของฟรอยด์ให้เหตุผลว่า “พฤติกรรมของคนเรามีสาเหตุมาจากความขัดแย้งกับทางบุคลิกภาพและความวิตกกังวลที่ได้รับการปรุงแต่งจากสภาพแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากประสบการณ์ทางครอบครัว ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบิดามารดาจะมีอิทธิพลต่อบุคลิกภาพและอารมณ์ของเด็กในอนาคต” นอกจากนี้ยังรวมถึงความบกพร่องทางสติปัญญา (ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว มีสาเหตุจากความบกพร่องทางกายหรือทางสมองมากกว่า) ซึ่งมีผลต่อการกระทำความผิดหรือการก่ออาชญากรรมขึ้นได้เช่นเดียวกัน เช่นการประมาทเลินเล่อ การตกเป็นเครื่องมือของมิชฌาชีพ ขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ซึ่งอาจจะกระทำความผิดเล็กๆ น้อยๆ จนถึงขั้นความผิดที่ร้ายแรงก็ได้

#### ค. แนวคิดทางด้านจิตเวช

ส่วนใหญ่ด้านนี้ก็จะมุ่งเน้นในด้านการเจ็บป่วยหรือป่วยด้วยโรคทางจิตเวช นำมาซึ่งเหตุผลของการกระทำความผิดได้ง่ายดังนี้

1. ไม่สามารถรู้สึกชอบชั่วดีหรือไม่สามารถเล็งเห็นผลข้างหน้าได้ว่าจะเกิดความเสียหายอย่างไรตามมา
2. ขาดความยับยั้งหรือหักห้ามใจ เพราะระบบประสาทชำรุด ไม่สามารถที่จะทำหน้าที่ได้อย่างปกติ ร่วมกับความกดดันจากสิ่งแวดล้อมก็จะยิ่งทำให้ขาดความยับยั้งชั่งใจมากขึ้น
3. ถูกเกลียดชังหรือชกแจงได้ง่าย จึงอาจตกเป็นเหยื่อของคนที่มีฉลาดกว่า เช่น คนที่เป็นปัญญาอ่อน

#### ง. แนวคิดด้านอื่นๆ

เช่น ความขัดแย้งทางด้านวัฒนธรรม ประเพณี การลอกเลียนแบบของบุคคลใกล้ชิด การอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ไม่ดี หรือแม้กระทั่งการประสบปัญหาทางด้านเศรษฐกิจก็อาจจะทำให้เกิดการนำไปสู่การก่อคดีได้เช่นกัน

มีทฤษฎีอยู่ทฤษฎีหนึ่งที่เรียกว่า ทฤษฎีการตราบาปหรือตราหน้า (The labeling of Mental Disorder Theory) กล่าวไว้ว่าเมื่อใดที่พฤติกรรมต่างๆ ได้รับการแปลว่าเป็นสัญลักษณ์ของโรคจิต เมื่อนั้นก็จะเกิดกระบวนการตราหน้าบุคคลนั้นว่าเป็นโรคจิต ซึ่งเป็นตราที่อยากจะลืมเลือนไป

ได้และตอนนี้ก็จะติดตัวผู้นั้นตลอดไป ซึ่งทำให้มีผลกระทบต่อตัวผู้ป่วยมาก เนื่องจากจะไม่ได้รับการต้อนรับจากสังคม การขาดความน่าเชื่อถือ และมักจะถูกขัดขวางเมื่อพยายามเข้ามามีส่วนร่วมในสังคม แม้แต่สมาชิกในครอบครัวก็มักมีทัศนคติการกระทำต่อผู้ป่วยไม่ดี ทำให้มีผลกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่ของผู้ป่วยจิตเวชในสังคมเป็นอย่างมาก และนำมาซึ่งการทำให้อาการทางจิตกำเริบขึ้น และนำไปสู่การประกอบอาชญากรรมต่างๆหรือกระทำผิดซ้ำได้

### 2.5.3 ความสัมพันธ์ของการก่อกบฏกับการเจ็บป่วยทางจิต

ปัญหาการกระทำความคิดที่เกิดจากการเจ็บป่วยทางจิตหรือผู้ป่วยทางด้านจิตเวชนั้นในความเป็นจริงแล้วเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นไม่บ่อยนักเมื่อเปรียบเทียบกับกรกระทำความคิดจากบุคคลที่สภาพจิตปกติ แต่เมื่อเกิดขึ้นแล้วมักจะสร้างความสะเทือนขวัญแก่ประชาชนทั่วไป โดยเฉพาะในคดีที่รุนแรงเช่นฆ่าคนตาย หรือการพยายามฆ่า ดังที่เป็นข่าวกริกโครมกันอยู่เรื่อยๆ จากการศึกษาพบว่าแนวโน้มเพิ่มจำนวนขึ้นเรื่อยๆ และพบว่าในความเป็นจริงแล้วเกิดจากการขาดการรักษาที่ต่อเนื่องและการดูแลเอาใจใส่จากบุคคลในครอบครัวหรือการได้รับการกระตุ้นทางอารมณ์จนเกิดความเครียดและมีอาการกำเริบขึ้น นอกจากนี้ในทางกลับกันผู้ป่วยทางจิตต่างหากที่มักจะตกเป็นเหยื่อมากกว่าที่จะกระทำความผิดเสียเอง

มีการศึกษาพบว่าตัวทำนายที่จะบอกว่าคนคนนั้นจะมีพฤติกรรมรุนแรงหรือจะไปก่อกบฏหรือไม่นั้น ไม่ใช่เกิดจากความผิดปกติทางจิตทั้งหมด แต่การมีประวัติการกระทำความคิดมาก่อน การเป็นอาชญากร และการใช้สารเสพติดเป็นสาเหตุสำคัญ อย่างไรก็ตามดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า มีการศึกษาในปัจจุบันเพิ่มเติมว่าความผิดปกติทางจิตอย่างรุนแรงและการไม่ได้รับการรักษาก็เป็นปัจจัยตัวหนึ่งที่มีผลต่อการก่อความรุนแรงได้

โดยสรุป บุคคลที่ป่วยทางจิตอย่างรุนแรงและได้รับการรักษาไม่ได้มีภาวะอันตรายมากกว่าประชาชนทั่วไป แต่บุคคลที่ป่วยทางจิตอย่างรุนแรงและไม่ได้รับการรักษา จะมีภาวะอันตรายมากกว่าประชาชนทั่วไป นอกจากนี้ยังมีผลการศึกษานับสนุนว่าบุคคลที่ไม่ได้รับการรักษาติดต่อกันนาน 6 เดือน(งานศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกา) จะมีพฤติกรรมรุนแรงอย่างผิดปกติ ก่อความวุ่นวาย และมีอาการทางจิตอันจะนำไปสู่ความเสี่ยงต่อการกระทำรุนแรงอย่างมีนัยสำคัญ และข้อมูลจากการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกายังพบว่ากรก่อกบฏรุนแรงที่เกิดขึ้นนั้น มีเพียงร้อยละ 3 เท่านั้นของคดีทั้งหมดที่เกิดจากผู้ป่วยโรคจิต