

บทที่ 2

ภารกิจของกฎหมายอาญาและคุณธรรมทางกฎหมาย

กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญาอื่น ¹

เป็นที่ทราบดีว่าจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม มีส่วนสำคัญในการก่อให้เกิดกฎหมายและการปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม การบังคับให้ปฏิบัติตามกฎหมายก็คงไม่ใช่เรื่องยากลำบากเพราะผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนก็จะต้องคำนึงถึงอยู่เสมอว่าตนมิได้ฝ่าฝืนแต่เฉพาะกฎหมายเท่านั้น แต่ยังฝ่าฝืนมาตรการอื่น ๆ ที่ควบคุมสังคมอยู่ด้วย เช่น หลักศีลธรรมทางศาสนา เป็นต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกัน ความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น ฆ่าคน ชิงทรัพย์ ข่มขืน ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม มีหลายกรณีด้วยกันที่ถือว่าผิดศีลธรรม แต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา เช่น การทำชู้ในประเทศไทยไม่ถือว่าผิดกฎหมายอาญา ตัวอย่างกรณีที่พระภิกษุร่วมประเวณีกับหญิงในกุฏิของพระภิกษุซึ่งอยู่ในบริเวณวัดเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม และ “ไม่สมควรอย่างยิ่ง” แต่ไม่มีความผิดตามมาตรา 206 ฐานเหยียดหยามศาสนา (คำพิพากษาฎีกาที่ 736/2505²) และมีบางกรณีการกระทำไม่ผิดศีลธรรมแต่ผิดกฎหมายอาญา เช่น ความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดในทางอาญา กล่าวคือ ไม่เจตนา ไม่ประมาท แต่กฎหมายก็ยังบัญญัติว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิด ดังนั้น ศีลธรรมและกฎหมายอาจไม่ได้สอดคล้องต้องกันทุกกรณี เราจึงจะใช้ศีลธรรมเป็นเครื่องกำหนดความผิดอาญาไปตายตัวคงไม่ได้

¹ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 32.

² สืบค้นวันที่ 1 มกราคม 2557, จาก <http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

เมื่อเป็นเช่นนี้เราจะต้องถือหลักเกณฑ์อย่างไร หากจะถือหลักที่ว่าภัยอันตรายต่อผู้อื่น (harm to other) ก็เท่ากับปฏิเสธหลักที่ว่า “ความยินยอมไม่ยกเว้นความผิด” เพราะหากผู้ถูกระทำ ความผิดยินยอม การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นภัยต่อผู้ถูกระทำต่อไปอีก หากรัฐมุ่งแต่จะ ควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือ โดยไม่พิจารณาถึง ประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะบังคับใช้กฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะไร้ ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมี โอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการบังคับใช้กฎหมายซึ่งมิได้มีการ บังคับใช้มาเป็นเวลานาน ผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายก็จะเกิดปฏิกิริยาไม่พอใจหรือต่อต้านเพราะถือ ว่าถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะทำความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บังคับกฎหมายและชุมชนเสื่อมเสียไป³

กฎหมายทุกลักษณะเมื่อถูกบัญญัติขึ้นมาแล้วย่อมมีภารกิจของตัวเอง กฎหมายอาญาก็ เช่นเดียวกัน ซึ่งภารกิจของกฎหมายนี้เองที่จะเป็นตัวกำหนดแนวทางในการบัญญัติกฎหมายและ ช่วยให้ผู้วินิจฉัยคดีกำหนดหลักเกณฑ์ว่าการกระทำใดที่ควรเป็นความผิดอาญา และการกระทำใด ไม่ควรเป็นความผิดอาญาได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น ในการกำหนดความผิดอาญาก็ย่อมต้อง กำหนดให้สอดคล้องกับภารกิจของกฎหมายอาญาดังเช่นกัน

ในบทนี้จะกล่าวถึงภารกิจของกฎหมายอาญา รวมไปถึงคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่ง ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองอันเป็นสิ่งที่สอดคล้องและสัมพันธ์กันกับภารกิจของกฎหมายอาญา

2.1 ภารกิจของกฎหมายอาญา

ในส่วนที่เกี่ยวกับภารกิจของกฎหมายอาญานั้นอาจกล่าวได้ในเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้⁴

2.1.1 ภารกิจในการคุ้มครองสังคม

มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่ไม่สามารถอยู่ได้โดยลำพังตลอดไป มนุษย์จึงจำเป็นต้องอยู่ ร่วมกันเป็นกลุ่ม เมื่อมนุษย์อยู่ร่วมกันก็ย่อมต้องมีการทะเลาะเบาะแว้งและกระทบกระทั่งกันเป็น

³ ดู เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตร “การพัฒนานิติกระดัดต้น” (พ.ต.ก.) รุ่นที่ 1 ระหว่าง วันที่ 23 มกราคม – 24 กุมภาพันธ์ 2555 ณ ห้องประชุม 2 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม อาคารศาลแขวงพระนครเหนือ ชั้น 6 เรื่อง “มาตรการการลงโทษทางอาญา : ศึกษากรณีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ และความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวข้อง”. หน้า 5 อ้างอิงจาก http://elib.coj.go.th/Ebook/data/ptk/ptk2555_1_3.pdf

⁴ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 44-50.

ธรรมดา กฎหมายอาญาในฐานะเครื่องมือในการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมจึงมีความสำคัญมาก ด้วยลักษณะที่มีภาพในเชิงบังคับที่รุนแรงกว่ากฎหมายลักษณะอื่น ๆ

อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายอาญาต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและบังคับใช้เฉพาะเท่าที่จำเป็นเท่านั้น เพื่อไม่ให้กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ต้องถูกบังคับโดยกฎหมายอาญาจนเกินความจำเป็น กฎหมายจึงไม่เพียงแต่มุ่งจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย⁵

2.1.2 ภารกิจในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำความผิด

เมื่อมีการกระทำความผิดใดเกิดขึ้นกฎหมายอาญาก็จะเข้ามาทำหน้าที่ในการปราบปรามการกระทำความผิดนั้น และทำหน้าที่ป้องกันมิให้การกระทำความผิดเช่นนั้นเกิดขึ้นอีก กล่าวคือกฎหมายอาญาจะต้องถูกใช้เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และในขณะเดียวกันก็ต้องทำหน้าที่เตือนบุคคลทั่วไปด้วยว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นอีกก็จะมีกลงโทษเช่นเดียวกัน

ในการใช้กฎหมายอาญาจะต้องให้บรรลุผลของการป้องกันสำหรับผู้กระทำความผิดบางคนที่มีลักษณะที่เป็นอันตรายและเป็นที่ยกเว้นได้ว่าเขาอาจก่อเหตุการณ์อันไม่พึงปรารถนานั้นขึ้นซ้ำอีก เพื่อให้ภารกิจคุ้มครองสังคมของกฎหมายอาญาได้บรรลุเป้าหมายอย่างแท้จริง กรณีจึงอาจมีความจำเป็นต้องมาตรการบังคับทางอาญาที่มีโทษที่ใช้ในกฎหมายอาญาสมัยใหม่สำหรับบุคคลประเภทดังกล่าวก็คือมาตรการบังคับทางอาญาที่เรียกว่า “วิธีการเพื่อความปลอดภัย”⁶ อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ต้องขึ้นอยู่กับการกระทำความผิดอาญา ดังนั้นหากไม่มีการกระทำความผิดอาญาก็ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ได้

2.1.3 ภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำ

ปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องกับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีอยู่มากมายและมีความหลากหลายด้วย การที่จะใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นทุกปัญหาย่อมจะเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องเป็นอย่างยิ่ง เพราะปัญหาหลายปัญหาเป็นปัญหาที่เล็กน้อยที่ยังไม่สมควรหรือไม่จำเป็นถึงกับต้องใช้การลงโทษทางอาญา หรือไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหา

⁵ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 45.

⁶ แหล่งเดิม. หน้า 47.

เหล่านั้น กฎหมายอาญาควรจำกัดตัวเองอยู่กับการคุ้มครอง “คุณค่าพื้นฐาน” (basic value) ของระเบียบสังคม (social order) เท่านั้น ไม่ชอบที่จะขยายขอบเขตออกไปมากกว่านี้⁷

สิ่งที่หล่อหลอมให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปโดยปกติสุขเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง เป็นสิ่งที่ไม่อาจสัมผัสได้โดยใช้ประสาทสัมผัส แต่เป็นสิ่งที่ เป็น “คุณค่า” (value) และเป็นคุณค่าที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ สิ่งนี้เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย”⁸

“คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นสิ่งที่ถูกยอมรับไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอัตโนมัติไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายหรือไม่ก็ตาม โดยคุณธรรมทางกฎหมายที่ถูกยอมรับนั้นอาจเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (individual legal interest) เช่น เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ หรืออาจเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (universal legal interest) เช่น “ความปลอดภัยในการจราจร” ในความผิดเกี่ยวกับการจราจร “กติกาสองรัฐธรรมนูญ” ในความผิดฐานกบฏรัฐธรรมนูญ “ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน” ในความผิดฐานกบฏดินแดน หรือ “ความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่ง” ในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ เป็นต้น⁹

กฎหมายอาญาถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครอง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย และเพื่อคุ้มครอง “คุณภาพของการกระทำ” ให้เป็นการกระทำที่ถูกต้องตามหน้าที่ เพราะการกระทำที่เป็น “ความผิดอาญา” นอกจากจะเป็นการกระทำที่ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ยังเป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่ในขณะเดียวกันด้วย¹⁰

การพิเคราะห์ในทางกฎหมายอาญาไม่ได้เกี่ยวพันเฉพาะเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายเท่านั้น แต่เกี่ยวพันถึงคุณภาพของการกระทำของมนุษย์ที่ทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วยความเสียหายที่เกิดจากพายุกับความเสียหายที่เกิดจากการวางระเบิด ในทางกฎหมายมีความแตกต่างกันมาก แม้ถึงว่าผลที่เกิดขึ้นจากกรณีทั้งสองอาจมีความเท่าเทียมกันก็ตาม ในกรณีแรกเป็นเรื่องของภัยธรรมชาติที่ชี้ให้เห็นถึงมาตรการช่วยเหลือว่ามีอยู่จำกัดหรือไม่เพียงใด และมาตรการในการ

⁷ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 47-48.

⁸ แหล่งเดิม.

⁹ แหล่งเดิม. หน้า 49.

¹⁰ แหล่งเดิม. หน้า 50.

ป้องกันมีความพร้อมหรือไม่ ส่วนในกรณีหลังเป็นเรื่องของผลงานที่ก่อสร้างจากฝีมือมนุษย์ที่มีเจตจำนงที่ไม่นำพาต่อกฎหมายบ้านเมือง การกระทำนี้เป็นการกระทำที่สันตะเทือนต่อการอยู่ร่วมกันของเพื่อนมนุษย์ในสังคม เจตจำนงของมนุษย์ที่ฝ่าฝืนข้อเรียกร้องของกฎหมายนี้เป็นรากฐานของการพิเคราะห์ “ค่าของการกระทำ” ของความผิดอาญาที่แตกต่างจากการพิเคราะห์ “ค่าของผล” กฎหมายอาญาคุ่มครองคุณธรรมทางกฎหมายโดยหาทางระงับยับยั้งเจตจำนงของมนุษย์ผู้อยู่ใต้กฎหมายโดยการเรียกร้องให้ทุกคนประพฤติปฏิบัติทำนองเดียวกัน คือ ปล่อยให้ละเมิดกฎหมายอาญา ความผิดอาญาจึงเป็นทั้งการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายและการทำผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีกฎหมายลงโทษล่าช้าเจตจำนงที่ฝ่าฝืนกฎหมายเท่านั้น โดยมีพิกัดต้องเกิดผลขึ้น เช่น กรณีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ เป็นต้น¹¹

2.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

บทบัญญัติของความผิดต่าง ๆ เป็นบทบัญญัติที่สั้นและกระชับรัด แต่ในความสั้นและกระชับรัดของบทบัญญัตินั้นได้รวบรวมเอาสิ่งต่าง ๆ ที่เป็นพื้นฐานของความผิดเอาไว้ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ และผลของการกระทำ และในบทบัญญัติของความผิดฐานต่าง ๆ จะมีส่วนที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแฝงอยู่เสมอ สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองที่เป็นส่วนที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ นี้ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่างหรือวัตถุหรือบุคคล แต่เป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิด ซึ่งเป็นเรื่องในทางความคิด สิ่งนี้ในทางตำราเยอรมันเรียกว่า “Rechtsgut”¹² หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (legal interest) ซึ่ง “คุณธรรมทางกฎหมาย” นี้เป็นสถานะความคิดที่เป็นนามธรรมและเป็นที่มาของ “ปทัศสถาน” (Norm) อันเป็นพื้นฐานของ “ความผิดอาญา” (Crime) กล่าวคือ ใน “ปทัศสถาน” นั้นมี “คุณธรรมทางกฎหมาย” แฝงอยู่ การประพฤติดิ “ปทัศสถาน” บางอย่างอาจยังไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงพอที่สมควรจะกำหนดเป็น “ความผิดอาญา” ก็ได้ ฉะนั้น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ในทางกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่นล้วนแล้วแต่เป็น “คุณธรรมทาง

¹¹ คณิต ฅ นคร. (2523, มกราคม). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา”. *วารสารอัยการ*, 25, 3. หน้า 56-61.

¹² แหล่งเดิม.

กฎหมาย” ที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น การคุ้มครองในรูปแบบอื่นจึงไม่เพียงพอ ด้วยเหตุนี้จึงต้องคุ้มครอง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่สำคัญนั้นด้วยกฎหมายอาญา

ตำรากฎหมายเยอรมันกล่าวว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลิตผลของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้นกล่าวว่ากฎหมายอาญาตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิ สมบัติทั้งหลายที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและสมบัติอื่น ๆ (สมบัติในทางความคิด) ของบุคคลชอบที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาและเห็นกันว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่นอกเหนือจากนี้ โดยนัยนี้ก็คือว่าคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณากันก็เฉพาะในกรณีที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสมบัติสามารถละสมบัตินั้นได้เท่านั้น สมบัติที่สละได้ เช่น กรรมสิทธิ์ ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ เป็นต้น¹³

ความผิดอาญาแต่ละฐานได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอันในการทำอันตรายหรือก่ออันตรายต่อกรรมของการกระทำที่บัพัญญูติของกฎหมายอาญาต้องการจะคุ้มครองให้เกิดความมั่นคงนี้เท่ากับเป็นการก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาหรือผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้น ในทางกฎหมายอาญาจึงมีการพิเคราะห์ค่าบางประการด้วย¹⁴

ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี อนามัยก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” คุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติมาตรานี้ คือ ชีวิต ร่างกาย (ความปลอดภัยของร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ จะเห็นได้ว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” มิได้มีแต่ในเฉพาะกฎหมายอาญาเท่านั้น ในกฎหมายอื่นก็มี “คุณธรรมทางกฎหมาย” ด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม การที่จะกล่าวว่าอะไรคือคุณธรรมทางกฎหมายนั้นรู้สึกว่าจะไม่สู้มีปัญหาเป็นต้นว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ก็คือชีวิตมนุษย์ที่ถูกฆ่า มาตรา 358 คือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเจ้าทุกข์ แต่หากพิจารณาบทบัญญัติให้ลึกซึ้งแล้วจะพบว่าคุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สมบัติเฉพาะส่วนของเจ้าทุกข์เฉพาะบุคคล ถึงแม้ว่าการกระทำที่ต้องลงโทษนั้นเป็นการกระทำโดยตรงต่อสมบัตินั้น ๆ และจะว่าคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสมบัติของบุคคลผู้อาจตกเป็น

¹³ แหล่งเดิม.

¹⁴ แหล่งเดิม.

เจ้าทุกข์ขณะใดขณะหนึ่งได้ เช่น ว่าเป็นชีวิตของผู้อยู่ใต้กฎหมายด้วยกันก็ไม่ใช่อีก ปัญหาจึงมีว่า คุณธรรมทางกฎหมายในเนื้อหาความหมายความถึงอะไร¹⁵

ในบทบัญญัติบางเรื่องถ้าพิจารณาจากถ้อยคำของตัวบทกฎหมายเพียงอย่างเดียวอาจไม่สามารถอธิบายความแตกต่างที่ชัดเจนได้ เช่น ความแตกต่างระหว่างมาตรา 217 และมาตรา 358 ในกรณีที่มีปัญหาว่าสามีนำเสื้อผ้าของภรรยาไปเผาที่พื้นคอนกรีตหน้าบ้าน สามีจะมีความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น ตามมาตรา 217 หรือเป็นเพียงความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามมาตรา 358 ข้อเท็จจริงเช่นนี้ทางพนักงานสอบสวนเห็นว่าเป็นความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น แต่ทางพนักงานอัยการเห็นว่าเป็นเพียงความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ที่เป็นปัญหาเพราะถ้อยคำในบทบัญญัติไว้อย่างสั้นกระชับจึงอาจทำให้เกิดความเข้าใจที่แตกต่างกันได้ อันถือว่าเป็นปัญหาในการตีความกฎหมาย แต่หากพิจารณาจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย” ของบทบัญญัติ มาตรา 217 ก็พบว่าความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์เป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตรายต่อประชาชน ฉะนั้น การกระทำที่จะเป็นการวางเพลิงเผาทรัพย์ จึงต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะก่ออันตรายต่อประชาชนมิใช่เพียงการเผาทรัพย์เท่านั้น¹⁶

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้บัญญัติกฎหมายจะได้คำนึงถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” หรือไม่ก็ตาม การบัญญัตินั้นก็ยังคงแสดงถึงการยอมรับเอา “คุณธรรมทางกฎหมาย” อย่างใดอย่างหนึ่งเข้าไป โดยอัตโนมัติ และกฎหมายก็มีภารกิจที่ต้องคุ้มครอง “คุณธรรมทางกฎหมาย” เช่นว่านั้น โดยอัตโนมัติด้วยเช่นกัน

2.2.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย¹⁷

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ เป็น “ภาพในทางความคิด” ซึ่งเป็นนามธรรม กล่าวโดยเฉพาะ “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นสิ่งที่ เป็น “ประโยชน์” (Interest) หรือเป็นสิ่งที่ เป็น “คุณค่า” (Value) ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม

ในการที่จะให้อยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความเป็นปกติสุขนั้น มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิด “ประโยชน์” หรือ “คุณค่า” ของการอยู่ร่วมกัน การละเมิด “ประโยชน์” หรือ

¹⁵ แหล่งเดิม.

¹⁶ คณิต ฅ นคร. (2525). “หมายเหตุท้ายคำชี้ขาดความเห็นแย้งของอธิบดีกรมอัยการ”. *อัยการนิเทศ*, 44, 1. หน้า 20-21. อ้างถึงใน แสง บัญเฉลิมวิภาส ข เล่มเดิม. หน้า 33.

¹⁷ คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 132-133.

“คุณค่า” ของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” ฉะนั้นจึงสามารถให้ความหมายของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ได้ว่า

“คุณธรรมทางกฎหมาย” หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง”

จึงกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” คือเหตุผลของการกำหนดความผิดอาญา

“คุณธรรมทางกฎหมาย” กับ “กรรมของการกระทำ” (Object of protection) เป็นคนละอย่างและแตกต่างกัน ในขณะที่ “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นคุณค่าในทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังของความผิดฐานต่าง ๆ แต่ “กรรมของการกระทำ” เป็นวัตถุที่ถูกระทบจากการกระทำที่ละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย”

ภารกิจของกฎหมายอาญาประการหนึ่ง คือ การคุ้มครอง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ไม่ให้เป็นอันตรายหรือถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย แต่ในบางกรณีที่เป็นการเฉาะอาจมีความเห็นที่แตกต่างกันได้ว่าในกรณีนั้นเป็นการกระทำละเมิดต่อ “คุณธรรมทางกฎหมาย” แล้วหรือไม่ และการละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” นั้นผิดกฎหมายหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น กรณีเกิดเพลิงไหม้บ้านพักอาศัย หากพนักงานดับเพลิงสามารถที่จะช่วยเด็กที่ติดอยู่ท่ามกลางเพลิงไหม้ให้รอดพ้นจากความตายได้ก็แต่โดยการโยนเด็กลงบนผ้าใบรองรับเท่านั้น แม้พนักงานดับเพลิงจะเล็งเห็นถึงอันตรายของการ โยนเด็กลงไปนั้นได้ว่า หากเด็กตกลงไปพิศทำเด็กก็อาจเป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ แต่พนักงานดับเพลิงก็จำต้องเล็ง และผลปรากฏว่าอันตรายดังกล่าวก็ได้เกิดขึ้นจริง ๆ กล่าวคือ เด็กถึงแก่ความตาย กรณีนี้นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่าการกระทำของพนักงานดับเพลิงไม่เป็นการละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” แต่ประการใด กรณีจึงไม่เป็นการกระทำที่ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามความหมายของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288 กล่าวคือ กรณีเป็นการขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แต่นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่าการกระทำของพนักงานดับเพลิงดังกล่าวเป็นการละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” กรณีจึงเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว แต่การกระทำของพนักงานดับเพลิงไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

2.2.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (individual legal interest) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ เป็นต้น และ

(2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนร่วม (universal legal interest) เช่น ความปลอดภัยในการจราจรความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา ความดีความชอบแห่งอำนาจรัฐ ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน เป็นต้น

ซึ่งความผิอาญาบางฐานอาจมีคุณธรรมทางกฎหมายมากกว่าหนึ่งคุณธรรมทางกฎหมาย และอาจมีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมและคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลรวมกันอยู่ในความผิอาญานั้นได้¹⁸ ซึ่งการตีความหมายของถ้อยคำของกฎหมายตามที่ได้บัญญัติไว้โดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายย่อมทำให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถเข้าใจความมุ่งหมายของความผิอาญานั้นได้ดีและสามารถนำเสนอต่อประชาชนที่ไม่ทราบความหมายของกฎหมายให้เข้าใจได้โดยง่าย ยกตัวอย่างเช่น ความผิอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 ทวิ ซึ่งเป็นความผิอาญาประเภทเดียวกันกับความผิอาญาลักทรัพย์ของผู้อื่น ตามมาตรา 334 แต่กฎหมายได้บัญญัติเพิ่มเติมถ้อยคำใน มาตรา 335 ทวิ ว่า “ทรัพย์นั้นเป็นที่สักการบูชาของประชาชน หรือเก็บรักษาไว้เป็นสมบัติของชาติ” ดังนั้น ความผิอาญานี้จึงมีคุณธรรมทางกฎหมายมากกว่าหนึ่งคุณธรรมทางกฎหมาย ได้แก่ “กรรมสิทธิ์” “การครอบครอง” และ “คุณค่าในทางประวัติศาสตร์และศิลปวัฒนธรรมของชาติ” ซึ่งเป็นการตีความกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้อย่างชัดเจน

ในส่วนที่เกี่ยวกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” นั้น ยังอาจแบ่งแยกย่อยออกไปเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย เป็นต้น แต่การแบ่งเช่นนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติความผิอาญาอันยอมความได้ เป็นต้น โดยทั่วไป “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์นั้นแม้จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” แต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจสละความคุ้มครองได้¹⁸

2.2.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย¹⁹

การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายมีประโยชน์ประการแรกคือช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิอาญาเพื่อการศึกษา ซึ่งการจัดหมวดหมู่ประเภทความผิอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาก็มีพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง

¹⁸ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 134.

¹⁹ แหล่งเดิม.

นอกจากนี้ โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งที่เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เช่น ชีวิต เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” เช่น ความปลอดภัยของการจราจร สภาพความแท้ของเงินตรา การรักษาไว้ซึ่งความลับของประเทศ ในทางทหาร เป็นต้น การแบ่งแยกประเภทของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” จึงมีผลต่อการวินิจฉัย เรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายกระทำได้เฉพาะ กรณีกระทำการป้องกัน “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เท่านั้น และดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ว่า “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” โดยทั่วไปเจ้าของสามารถระงับความคุ้มครองได้ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” จึงมีความสำคัญในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย

ในความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญามี 2 ประเภท คือ ความผิดอันยอมความได้โดยทั่วไป หมายถึงความผิดที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ มีทั้งสิ้น 30 ฐานความผิด และความผิดอันยอมความได้โดยมีเงื่อนไข เป็นความผิดที่ปกติมิใช่เป็น ความผิดอันยอมความได้ เช่น เป็นการกระทำระหว่างสามีภริยาหรือเป็นการกระทำระหว่าง ผู้สืบสันดานโดยตรง ได้แก่ ความผิดที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 71 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่ง ประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้สามารถยอมความได้โดยมีเงื่อนไขเนื่องจากลักษณะ ความสัมพันธ์ใกล้ชิดของบุคคลในฐานะคู่สมรสหรือญาติอาจมีการกระทบกระทั่งการกระทำ ความผิดต่อกันในบางเรื่อง หากไม่มีการลดหย่อนผ่อนปรนอาจทำให้ความสัมพันธ์ในครอบครัว ต้องร้าวฉาน กฎหมายจึงกำหนดขึ้นเพื่อไม่ให้ความผิดอาญากระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของ สถาบันพื้นฐานของสังคมอย่างสถาบันครอบครัว²⁰

ความผิดอันยอมความได้มีผลแตกต่างจากความผิดอาญาแผ่นดิน กล่าวคือ หาก ผู้เสียหายไม่คิดใจเอาความแก่ผู้กระทำความผิด เช่น ไม่ยอมร้องทุกข์ พนักงานสอบสวนก็จะ สอบสวนผู้กระทำความผิดไม่ได้²¹ อันจะทำให้รัฐไม่อาจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดไปโดยลำพัง ได้ หรือหากมีการดำเนินคดีไปแล้วแต่ผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกัน สิทธิ

²⁰ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป*. หน้า 13-14.

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121 บัญญัติว่า “พนักงานสอบสวนมีอำนาจ สอบสวนคดีอาญาทั้งปวง

แต่ถ้าเป็นคดีความผิดต่อส่วนตัว ห้ามมิให้ทำการสอบสวนเว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ”

นำคดีนั้นมาฟ้องก็ต้องระงับไป²² ส่วนความผิดอาญาแผ่นดินนั้น ความเห็นชอบของผู้เสียหายไม่ เป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีของรัฐ แม้ผู้เสียหายไม่พอใจเอาความ รัฐก็ต้องสอบสวนฟ้องร้อง และพิจารณาพิพากษารวมทั้งบังคับคดีไปตามกฎหมาย

นอกจากนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ยังมีประโยชน์ในการวินิจฉัยปัญหาผู้เสียหายใน คดีอาญาอีกด้วย เพราะผู้เสียหายคือผู้ที่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลถูกล่วงละเมิด ดังนั้น หากทราบว่าคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินั้นคือสิ่งใดแล้ว บุคคลผู้เป็นเจ้าของ คุณธรรมทางกฎหมายและคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวได้ถูกล่วงละเมิด บุคคลนั้นย่อมเป็น ผู้เสียหาย

ในความผิดอาญานั้น อาจกล่าวได้ว่าแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ความผิดอาญา ประเภทที่มีผู้เสียหาย และความผิดอาญาประเภทที่ไม่มีผู้เสียหาย และอาจกล่าวต่อไปได้อีกว่า ความผิดอาญาที่มีผู้เสียหายเป็นความผิดต่อเอกชน ส่วนความผิดอาญาที่ไม่มีผู้เสียหายเป็นความผิด ต่อสาธารณชน กับอาจกล่าวต่อไปได้อีกว่าความผิดอาญาที่มีผู้เสียหายที่โดยทั่วไปเป็นความผิดต่อ เอกชนนั้น อาจเป็นความผิดที่กระทบทั้งต่อเอกชนและต่อสาธารณชนในคราวเดียวกันได้ด้วย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่กระทบต่อ “ชีวิตมนุษย์” และขณะเดียวกันก็กระทบต่อ “ความสงบเรียบร้อย ของสาธารณชน” หรือเช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ที่กระทบต่อ “กรรมสิทธิ์” และ “การครอบครอง” และขณะเดียวกันก็กระทบต่อ “ความสงบเรียบร้อยของสาธารณชน” ด้วย

โดยทั่วไปการดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องของรัฐ และการดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานใดฐานหนึ่งที่มีผู้เสียหายที่เป็นเอกชนนั้น ไม่ว่าจะเป็ความผิดที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชนด้วยหรือไม่ก็ตามก็เป็นเรื่องของรัฐที่จะต้องดำเนินการทั้งสิ้น กล่าวคือ ไม่ว่าผู้เสียหายหรือผู้ถูก ประทศุร้ายจะประสงค์ให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม รัฐก็มีอำนาจหน้าที่หลักและ เป็นอำนาจหน้าที่โดยสมบูรณ์ที่จะต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ในบาง

²² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2) บัญญัติว่า “สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อม ระงับไปดังต่อไปนี้

(1) ...

(2) ในคดีความผิดต่อส่วนตัว เมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกัน โดยถูกต้องตาม กฎหมาย...”

ความผิดและในบางกรณีการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดต้องขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหายหรือผู้ถูกประทุษร้ายเป็นสำคัญ²³

แนวคิดนี้ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้นำไปต่อสู่คดีให้นายอานันท์ ปันยารชุน ซึ่งถูกฟ้องฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157²⁴ โดยโจทก์ในคดีนี้ได้ฟ้องอดีตนายกรัฐมนตรีอานันท์ ปันยารชุน กับพวกเป็นจำเลยในความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยมีเจตนาถั่นแกล้งเพื่อให้โจทก์ไม่ได้รับการแต่งตั้งเป็นอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 1 โดยในคดีนี้ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร มีความเห็นว่าผู้ฟ้องหรือโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายเพราะคุณธรรมทางกฎหมายตาม มาตรา 157 นี้ไม่ใช่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่เป็น “ความบริสุทธิ์สะอาดแห่งอำนาจรัฐหรือความบริสุทธิ์สะอาดแห่งตำแหน่ง” ซึ่งเป็นเรื่องของส่วนรวมและเป็นเรื่องของรัฐโดยแท้ โจทก์หรือแม้บุคคลใด ๆ ก็ตามในฐานะเอกชนไม่อาจเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ได้

และ โดยที่ “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นพื้นฐานที่สำคัญของความผิดฐานต่าง ๆ “คุณธรรมทางกฎหมาย” จึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญาซึ่งหากมิได้มีการศึกษาเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายกันให้เข้าใจก็อาจจะทำให้เกิดความผิดพลาดในการตีความกฎหมายได้ เช่น กรณีการลัดกระแสน้ำ ไฟฟ้า ศาลฎีกาได้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ว่าเป็นการลัดกระแสน้ำ ไฟฟ้า ปัญหาว่าการลัดกระแสน้ำ ไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ หากพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์ที่ประสงค์จะคุ้มครองกรรมสิทธิ์และการครอบครอง และจากความหมายของคำว่า “กรรมสิทธิ์” ที่ว่า คือ สิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง ส่วน “การครอบครอง” คือ อำนาจแท้จริงเหนือทรัพย์ในขณะใดขณะหนึ่ง การจะถือว่าการลัดกระแสน้ำ ไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ย่อมไม่ตรงกับคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติกฎหมาย เพราะกระแสน้ำ ไฟฟ้าเป็นพลังงาน ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่าง สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์ ทั้งการที่จะแสดงอำนาจแท้จริงเหนือไฟฟ้าก็

²³ สืบค้นวันที่ 1 มกราคม 2557, จาก <http://www.prasong.com/กฎหมาย/2/112-8>

²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ยอมเป็นไปไม่ได้ การลักกระแสไฟฟ้าจึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ไม่ได้ ในเรื่องนี้แม้จะมีความคิดว่าสมควรจะลงโทษผู้ลักกระแสไฟฟ้า แต่ก็ควรแก้ไขโดยกระบวนการนิติบัญญัติจึงจะเหมาะสมกว่า²⁵ นอกจากนี้ การลงโทษบุคคลกรณีลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์ยังขัดต่อหลัก “ไม่มีโทษไม่มีกฎหมาย” (nulla poena sine lege) ในข้อห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียง (Analogieverbot) อีกด้วย²⁶

ในทางปฏิบัติคุณธรรมทางกฎหมายได้ถูกนำมาใช้อย่างเป็นรูปธรรมในคดีชื่อเสียงที่จังหวัดบุรีรัมย์²⁷ ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งอัยการสูงสุดเป็นผู้ออกคำสั่งฟ้องคดีดังกล่าวด้วยตนเองได้อธิบายในเรื่องนี้ไว้ดังนี้²⁸

ข้อเท็จจริงในสำนวนการสอบสวนเป็นที่ยุติว่าเจ้าพนักงานตำรวจได้ร่วมกันเข้าตรวจค้นบ้านที่เกิดเหตุ ผลการตรวจค้นพบเงินสดจำนวน 11,400,000 บาท เป็นธนบัตรฉบับละ 100 บาท และฉบับละ 20 บาท มีการนำเอาธนบัตรฉบับละ 100 บาท และฉบับละ 20 บาท มาเย็บติดกันเป็นชุด ๆ และประทับตราลายรูปยันต์ที่ธนบัตรฉบับละ 20 บาท และแผ่นโฆษณาหาเสียงภาพผู้สมัครหมายเลข 4, 5, 6 เขตเลือกตั้งที่ 1 กับบัญชีรายชื่อราษฎร อำเภอปลายมาศ บัญชีรายชื่อหัวคะแนน บัญชีรายชื่อแกนนำ รายชื่อผู้รับผิดชอบแต่ละตำบล ตารางแสดงจำนวนหมู่บ้าน และหน่วยผู้มีสิทธิของอำเภอปลายมาศ และเอกสารอื่น ๆ เห็นว่าการกระทำและสิ่งของทั้งปวงเกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งทั้งสิ้น ขณะตรวจค้นและยึดของกลางได้นั้นเหลือเวลาเพียง 3 วัน จะถึงกำหนดวันลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั่วประเทศ และผู้ต้องหาทั้งสองเกี่ยวพันเป็นน้องเขยและน้องสาวของผู้สมัครรับเลือกตั้งหมายเลข 4 เขตเลือกตั้งที่ 1 จังหวัดบุรีรัมย์ จึงเห็นว่ารูปคดีเชื่อได้ว่าเงินจำนวน 11,400,000 บาท นั้น ผู้ต้องหาไว้เพื่อแจกซื้อหัวคะแนนเสียงเลือกตั้งเพื่อจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งหมายเลข 4, 5, 6

²⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส ข เล่มเดิม. หน้า 32.

²⁶ คณิต ฒ นคร. (2523, มกราคม). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา”. *วารสารอัยการ*, 25, 3. หน้า 56-61.

²⁷ ดู คำพิพากษาฎีกาที่ 7562/2540.

²⁸ คณิต ฒ นคร. (2546, มีนาคม). “การดำเนินคดีของพนักงานอัยการและคำพิพากษาของศาลในคดีชื่อเสียงที่จังหวัดบุรีรัมย์”. *วารสารนิติศาสตร์*, 33 (1). หน้า 1-18.

พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35 บัญญัติว่า

“เมื่อได้มีการประกาศพระราชกฤษฎีกาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเขตเลือกตั้งใด จนถึงวันเลือกตั้งนั้น ห้ามมิให้ผู้สมัครหรือผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจูงใจให้ผู้เลือกตั้ง ลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่น หรือให้แก่วันมิให้ลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครใดด้วย วิธีการดังนี้

- (1) จัดทำ ให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจ คำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด
- (2) ให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้เงินหรือทรัพย์สินอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือ ทางอ้อม แก่สมาคม มูลนิธิ วัด สถาบันการศึกษา หรือสถานสงเคราะห์อื่นใด
- (3) ทำการโฆษณาหาเสียงด้วยการจัดให้มีมหรสพและการรื่นเริงต่าง ๆ
- (4) ทำสิ่งอันเป็นสาธารณประโยชน์หรือสิ่งอื่นใดเพื่อประโยชน์ของบุคคล ชุมชน สมาคม มูลนิธิ วัด สถาบันการศึกษา หรือสถาบันอื่นใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม หรือไม่ก็ตาม
- (5) เลี้ยงหรือรับจะเลี้ยงผู้ใด”

การที่กฎหมายบัญญัติความผิดนี้ไว้ก็เพื่อให้การเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยได้ เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม ฉะนั้น สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความคิดฐานนี้คือความ บริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้ง การกระทำใด ๆ อันเป็นการกระทำต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของ การเลือกตั้งย่อมเป็นความผิด หากการกระทำนั้นบรรลุผลก็เป็นความผิดสำเร็จตามกฎหมาย หากได้ ลงมือกระทำก็เป็นพยายามกระทำผิดตามกฎหมาย ดังนั้นข้อพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการ ลงมือกระทำ จึงต้องพิจารณาจากสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือที่เรียกว่าคุณธรรมทาง กฎหมายว่าได้ถูกระทบจากการกระทำนั้นหรือไม่ และข้อพิจารณาที่ว่า การลงมือกระทำจะต้อง ใกล้เคียงกับความผิดสำเร็จนั้นก็จำต้องอาศัยข้อพิจารณาว่าการกระทำใดกระทบต่อสิ่งที่กฎหมาย ประสงค์จะคุ้มครองเช่นกันหาใช่จะพิจารณาจากช่วงเวลาหรือวิธีการของการกระทำเท่านั้นไม่

จากข้อเท็จจริงข้างต้น ไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาทั้งสองได้กระทำการโฆษณาหาเสียงด้วย การจัดให้มีมหรสพหรืองานรื่นเริงต่าง ๆ ทำสิ่งอันเป็นสาธารณประโยชน์ หรือสิ่งอื่นใดเพื่อ ประโยชน์ของบุคคล ชุมชน สมาคม มูลนิธิ วัด สถาบันการศึกษา หรือสถาบันอื่นใด ทั้งนี้ไม่ว่าจะ

เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมหรือไม่ก็ตาม และไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาทั้งสองได้เลี้ยงหรือรับจัดเลี้ยงผู้ใด การกระทำของผู้ต้องหาทั้งสองจึงไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35 (3) (4) และ (5) และไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาทั้งสองได้ให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้เงินของกลางจำนวน 11,400,000 บาท ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมแก่สมาชิก มุลนิธิ วัด สถาบันการศึกษา หรือสถานสงเคราะห์อื่นใด การกระทำของผู้ต้องหาทั้งสองจึงไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2522 มาตรา 35 (2) เช่นกัน

คำว่า “จัดทำ” พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มิได้บัญญัติความหมายไว้ จึงต้องพิจารณาความหมายที่เป็นสามัญธรรมดาซึ่งหมายความว่าดำเนินการ ตกแต่ง ประกอบ ผลิต สร้าง หรือก่อสร้างใด ๆ ขึ้น โดยเป็นการกระทำต่อสิ่งใด ๆ ที่มีอยู่ให้เป็นของใหม่ขึ้น เปลี่ยนรูปไป หรือเพิ่มค่าขึ้น การจัดทำทรัพย์สินตามความหมายนี้จึงเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินที่ไม่อาจหยิบยื่น ส่งมอบให้แก่กันได้โดยง่ายของทั่วไป เพราะหากทรัพย์สินนั้นสามารถหยิบยื่นส่งมอบให้แก่กันได้โดยง่ายของทั่วไปแล้ว กรณีก็จะเข้าลักษณะ “ให้” ดังที่มาตรา 35 (1) ได้บัญญัติแยกการกระทำไว้เป็นอีกกรณีหนึ่ง จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น การกระทำของผู้ต้องหาทั้งสองจึงมิใช่เป็นการจัดการทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด ตามความในมาตรา 35 (1)

พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35 (1) บัญญัติความผิดในเรื่อง “การให้” ไว้ถึง 3 ประการด้วยกัน คือ “ให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้” แสดงว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดทั้ง 3 ประการนี้เป็นการกระทำที่กระทบต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้งอันเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงคจะคุ้มครองแล้ว แม้เพียงแต่เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้ โดยที่ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้นั้นผู้กระทำเองอาจจะยังไม่มีอยู่เลย หรือยังไม่ได้จัดหาเตรียมไว้ ทั้งผู้หนึ่งผู้ใดยังไม่ได้รับเลย ก็เป็นความผิดสำเร็จตามมาตรา 35 (1) นี้ได้ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงคจะคุ้มครอง คือความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้งแล้ว

การที่ผู้ต้องหาทั้งสองจัดหาเงินสดจำนวนมากถึง 11,400,000 บาท โดยนำเอาธนบัตรฉบับละ 100 บาท กับธนบัตรฉบับละ 20 บาท เย็บติดกันเป็นชุด ๆ รวมเป็นเงินชุดละ 120 บาท แล้ว

ใช้ตราประทับรูปยันต์ลงที่ธนบัตร 20 บาท พร้อมกับแผ่นโฆษณาหาเสียงภาพผู้สมัครและมีเอกสารบัญชีต่าง ๆ บรรจุใส่กล่องไว้ในบ้านที่เกิดเหตุด้วย และเป็นระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับวันลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง แม้ผู้ต้องหาทั้งสองจะยังไม่ให้เงินแก่ผู้ใดการกระทำดังกล่าวก็เป็นการลงมือกระทำความผิดฐานให้ทรัพย์สินฯ แล้ว เพราะการกระทำทั้งปวงประกอบระยะเวลาดังกล่าวเป็นอันตราโดยตรงและใกล้ชิดกระทบต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้ง หากใช่เป็นการเตรียมการซึ่งไม่เป็นความผิดไม่ ผู้ต้องหาทั้งสองเพียงแต่แจกจ่ายเงินสดและแผ่นโฆษณาหาเสียงภาพผู้สมัครรับเลือกตั้งให้กับผู้หนึ่งผู้ใด โดยจะดำเนินการด้วยตนเองหรือโดยบุคคลอื่นก็จะเป็นความผิดสำเร็จทันที อัยการสูงสุดจึงสั่งฟ้องผู้ต้องหาทั้งสองฐานร่วมกันพยายามให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดฯ ตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35 (1), 91 พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 มาตรา 22 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 17, 33, 80, 83

ศาลจังหวัดบุรีรัมย์ได้รับฟังและเชื่อตามพยานหลักฐานที่พนักงานอัยการ โจทก์นำสืบทั้งสิ้น แต่ศาลจังหวัดบุรีรัมย์เห็นว่าการกระทำของจำเลยยังอยู่ในขั้นการเตรียมกระทำความผิด จึงได้พิพากษายกฟ้อง โดยถือหลักความใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จ แล้วเห็นว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองยังไม่ใกล้ชิดกับการกระทำความผิดสำเร็จ ความเห็นนี้เป็นไปตามแบบอย่างศาลฎีกายึดถือ²⁹

ต่อมาศาลอุทธรณ์ภาค 1 พิพากษาแก้คำพิพากษาศาลชั้นต้นเป็นว่า จำเลยทั้งสองมีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินตามฟ้อง

คดีนี้จำเลยฎีกาว่าการกระทำของจำเลยยังอยู่ในขั้นเตรียมซึ่งไม่เป็นความผิด ซึ่งศาลฎีกามีความเห็นว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ล่วงไปถึงขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการนำธนบัตรของกลางไปแจกจ่ายหรือให้แก่บรรดาผู้เลือกตั้งเพื่อจะจูงใจผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครที่จำเลยทั้งสองให้การสนับสนุนเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อความสำเร็จที่จะเกิดขึ้น จึงต้องถือว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองพ้นขั้นเตรียมการเข้าสู่การลงมือกระทำความผิดแล้ว หากแต่ไม่สำเร็จเพราะเจ้าพนักงานตำรวจจับจำเลยทั้งสองได้เสียก่อน มิฉะนั้นแล้วจำเลยทั้งสองก็จะกระทำความผิดต่อไปได้สำเร็จ การที่จำเลยทั้งสองถูกจับเสียก่อนใน

²⁹ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2541/2488.

ขณะที่ลงมือกระทำความผิดแล้วเช่นกัน ย่อมมีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งเพื่อจะ
จงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครดังที่โจทก์ฟ้องแล้ว

อย่างไรก็ตามได้มีหมายเหตุไว้ท้ายคำพิพากษาฎีกาและสรุปความเห็นของศาลฎีกาว่า...
การกระทำของจำเลยเป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษฐานพยายามกระทำความ
ผิด ศาลจึงพิพากษาลงโทษได้เพียงฐานพยายามกระทำความผิดเท่าที่ขอมา ตามประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192

การที่ความเห็นทางกฎหมายของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร แตกต่างจากความเห็น
ทางกฎหมายของศาลฎีกานั้น น่าจะมีสาเหตุจากความบกพร่องแต่ประการใด แต่กรณีเป็นเรื่องในทาง
วิชาการที่จะต้องถกเถียงกัน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นพ้องด้วยกับศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ว่า การ
กระทำของผู้ถูกกล่าวหาในคดีนี้มีใช่เป็น “การจัดทำทรัพย์สิน” หากแต่เป็น “การพยายามให้
ทรัพย์สิน” โดยใช้หลักการพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิ่งที่
กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้งแล้ว

2.3 การตีความกฎหมายอาญา

การให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาว่าเหตุใดการกระทำเช่นนั้นจึงเป็นหรือไม่เป็น
ความผิดอาญาฐานรับของโจรนั้น ต้องพิจารณาไปตามโครงสร้างของความผิดอาญา แต่หากพบว่ามี
ความคลุมเครือหรือไม่ชัดเจนของบทบัญญัติก็จำเป็นที่จะต้องอาศัยการตีความกฎหมายเพื่อให้
สามารถปรับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงระบบการ
ตีความกฎหมายอาญาและสิ่งที่ควรนำมาพิจารณาประกอบในการวินิจฉัยความผิด เพื่อให้การปรับ
ใช้กฎหมายเป็นไปโดยถูกต้องและเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเฉพาะ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอาญา มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลทั่วไป และ
รักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง และยังมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วย
แต่ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาก็ย่อมต้องใช้ความระมัดระวังในการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้ถูก
ลงโทษเพราะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกลงโทษด้วยเช่นกัน และหลักการที่จะนำมา
พิจารณาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมายอาญาดังกล่าวก็คือ การตีความกฎหมาย
อาญา

การตีความกฎหมาย (Interpretation of law) คือ การค้นหาหรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน กำกวม หรืออาจแปลได้หลายทาง เพื่อทราบว่าถ้อยคำในกฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร³⁰ โดยอาศัยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก ให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้นเพื่อที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหาได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม³¹

ข้อสังเกตประการสำคัญของการตีความกฎหมายก็คือ การตีความกฎหมายไม่ใช่การสร้างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ แต่เป็นเพียงการให้ความหมายที่ชัดเจนแก่บทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น³²

เหตุที่ต้องมีการตีความกฎหมายก็เพราะว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถรู้เหตุการณ์ล่วงหน้าที่เกิดขึ้นในภายหน้าได้ทุกกรณี จึงไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณี นอกจากนั้นฝ่ายนิติบัญญัติอาจมีความผิดพลาดในเรื่องการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับได้ เช่นบัญญัติกฎหมายไว้เคลือบคลุมหรือขัดแย้งกันเอง³³ ดังนั้น ในการใช้กฎหมายจึงต้องมีการตีความกฎหมาย ซึ่งการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับอันอาจกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล

หลักในการใช้กฎหมายเบื้องต้นมีอยู่ว่า ต้องใช้ไปในทางที่ต้องด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามตัวอักษร กล่าวคือ มีถ้อยคำบัญญัติไว้อย่างใด ย่อมใช้ไปตามที่บัญญัติไว้ นั้น ซึ่งหลักการนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคแรก ตอนแรก และหลักเกณฑ์นี้ย่อมนำไปใช้ในกฎหมายอาญาด้วย โดยจะตีความด้วยการนำถ้อยคำหรือส่วนที่มีได้มีการบัญญัติไว้มาใช้บังคับมิได้

การตีความกฎหมายไม่ว่าทางแพ่งหรือทางอาญา ต้องตีความเพื่อใช้บังคับตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ หากกฎหมายมีเนื้อความที่ชัดเจนไม่คลุมเครือ ผู้ใช้จึงสามารถใช้หรือตีความกฎหมายตามตัวอักษร (Literal Interpretation or construction) ตรงกันข้าม หากกฎหมายมี

³⁰ หุค แสงอุทัย ก (2535). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. หน้า 110. และ วิษณุ เครืองาม. *เอกสารประกอบการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หน่วยที่ 1-8*, หน้า 267.

³¹ ชานินทร์ กรัยวิเชียร. “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย”. *เอกสารงานวิชาการรำลึก 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงสภักดิ์*. (2551, 29 มีนาคม). คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ้างอิงจาก <http://www.law.tu.ac.th/news/2551/April/ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย.pdf>.

³² แหล่งเดิม.

³³ ชานินทร์ กรัยวิเชียร. (2539). *การตีความกฎหมาย*. หน้า 1.

บทบัญญัติที่ไม่ชัดเจน คลุมเครือ ผู้ใช้จึงจำเป็นต้องมีการตีความบทบัญญัตินั้น ๆ โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ระบบกฎหมายที่ใช้อยู่บริบททางสังคมขณะที่มีการร่างบทบัญญัตินั้น การตีความกฎหมายอาญา ต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร ถ้าการตีความเคร่งครัดตามตัวอักษรจะทำให้เกิดผลที่ผิดแปลกก็จะต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดเช่นกัน³⁴

1) การตีความตามตัวอักษร

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 การตีความ กฎหมายอาญาจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด ในเมื่อกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดและต้องรับโทษในทางอาญาแล้วก็ต้องถือว่าการกระทำนั้น ๆ เท่านั้นที่เป็นความผิดและผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษ จะรวมถึงการกระทำอื่นๆด้วยไม่ได้ นั่นคือ จะต้องตีความตามตัวอักษร หรือตามถ้อยคำในตัวของกฎหมายอย่างเคร่งครัดนั่นเอง

การตีความตามตัวอักษรนั้น ถ้อยคำทั่วไปในตัวของกฎหมายจะต้องถือว่า ผู้บัญญัติกฎหมายได้ตั้งใจจะให้ถ้อยคำนั้น ๆ มีความหมายตามสามัญชนเข้าใจกันอยู่ ในกรณีใดที่ผู้บัญญัติกฎหมายเห็นว่าถ้อยคำของกฎหมายไม่ควรจะเข้าใจอย่างภาษาสามัญธรรมดา หรือที่เรียกว่าภาษาเทคนิค ผู้บัญญัติกฎหมายก็จะได้กำหนดบทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยาม ไว้ กรณีเช่นนี้ถ้อยคำดังกล่าว ย่อมมีความหมายพิเศษตามที่ได้กำหนดไว้ในบทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยามนั้น ดังจะเห็นได้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 ซึ่งได้บัญญัติคำนิยามไว้ 13 ข้อด้วยกัน

การตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดอาจมีความหมายไปในทางที่เป็นโทษแก่จำเลยได้ฉะนั้น การตีความหมายกฎหมายอาญาจึงต้องตีความตามตัวอักษร โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย

2) การตีความตามเจตนารมณ์

ในบางกรณีการตีความกฎหมายอาญาตามตัวอักษรแต่เพียงอย่างเดียว ยังไม่อาจทำให้เข้าใจความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย หรือในกรณีที่หากการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรจะทำให้เกิดผลประหลาด ก็ต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม หากถ้อยคำในตัวของกฎหมายชัดเจนอยู่แล้ว ก็ไม่มีทางที่จะตีความเป็นอย่างอื่นได้ และไม่สามารถจะอ้างเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อแสดงว่ากฎหมายมีความผิดไปกว่าถ้อยคำอันชัดเจนนั้นได้

³⁴ ชานินทร์ กรีชัยเชียร. เล่มเดิม. หน้า 388.

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการตีความกฎหมายอาญาจะต้องมีการตีความเพื่อให้เกิดการวินิจฉัยคดีเกิดความถูกต้องตรงตามความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายอาญาอาจจะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายเอาไว้ดังเช่นในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายอาญานั้นเมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายอาญาแล้วจะพบว่าไม่มีหลักเกณฑ์คร่าว ๆ ดังนี้คือ³⁵

1) พิจารณาคำในบทบัญญัติของกฎหมาย

โดยที่การตีความกฎหมายจะต้องมีวัตถุประสงค์ของการตีความซึ่งก็คือ ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายการพิจารณาคำในตัวบทกฎหมายจึงเป็นเรื่องการที่จะต้องทำความเข้าใจ แม้ว่าถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะมีความชัดเจนแน่นอนพอควรก็ตาม แต่หากพิจารณาให้ลึกซึ้งก็จะพบว่าถ้อยคำแต่ละคำมีความหมายกว้างแคบต่างกันอยู่หลายระดับ หากทำความเข้าใจถ้อยคำนั้น ๆ ต้องค้นหาทั้งส่วนที่เป็นแก่นความหมายหรือแก่นความ ความหมายตามธรรมดา ความหมายอย่างกว้าง ตลอดจนเนื้อความที่ถือโดยอนุโลม แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ ในบางกรณีถ้าเนื้อความนั้นอยู่นอกกรอบถ้อยคำธรรมดาจะครอบคลุมถึงกฎหมายจะกำหนดเป็นบทนิยาม ซึ่งก็จะต้องเข้าใจความหมายบทนิยามนั้น ๆ

2) พิจารณาความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์

ในการตีความกฎหมาย การพิจารณาคำตามตัวอักษรในกฎหมายเพียงอย่างเดียวย่อมไม่เพียงพอ การตีความแต่ละครั้งจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องพิจารณาควบคู่กันไป ไม่ใช่ถือหลักใดก่อนหลักใดหลังแต่จะต้องพิจารณาควบคู่กันไปเสมอ โดยถือว่าทั้งสองอย่างมีน้ำหนักเท่ากัน³⁶ จึงต้องใช้ให้สอดคล้องกันทั้งตัวอักษรและเจตนารมณ์ ใช้ตัวอักษรเกินกว่าเจตนารมณ์ไม่ได้ และจะใช้เจตนารมณ์เกินตัวอักษรไม่ได้เช่นกัน

เหตุที่ต้องพิจารณาเจตนารมณ์ควบคู่ไปด้วยก็เนื่องจากว่าคำพิงถ้อยคำแต่ละถ้อยคำที่ประกอบเป็นข้อความนั้น ไม่มีความหมายที่ชัดเจนในตัวของมันเอง ความหมายของมันจะปรากฏขึ้นเมื่อเราอ่านรวมกับถ้อยคำอื่นที่เป็นข้อความแวดล้อมและรวมเข้ามาประกอบเป็นข้อความทั้งหมดของเรื่องนั้น ฉะนั้น การตีความจึงต้องอ่านข้อความแวดล้อมและอ่านข้อความทั้งหมดก็คือ

³⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส ข เล่มเดิม. หน้า 25.

³⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, จิตติ ดิงศภัทย์, คณิต ณ นคร. "การตีความกฎหมายอาญา". วารสารนิติศาสตร์.,

การค้นหาเหตุผลของกฎหมายเจตนารมณ์ของกฎหมายจะต้องพิจารณาถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของบทบัญญัตินั้นกับบทบัญญัติที่มีอยู่ คือ มองกฎหมายเป็นระบบ

3) พิเคราะห์ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ในการค้นหาเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น อาจมีความจำเป็นที่จะต้องค้นหา ทำความเข้าใจถึงประวัติศาสตร์ของกฎหมายในเรื่องนั้นไว้ด้วย ทั้งนี้เพราะกฎหมายมิใช่มาจากเจตจำนงของบุคคลเท่านั้น แต่เป็นผลจากการวิวัฒนาการมาเป็นเวลานานในอดีต จากแหล่งที่แตกต่างกัน

4) พิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติของกฎหมาย

นอกจากการพิเคราะห์ ตัวอักษรกับการค้นหาความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายตลอดจนการพิเคราะห์ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ดังกล่าวมาแล้ว การพิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติกฎหมายก็เป็นหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งซึ่งช่วยในการตีความกฎหมายได้ เพราะการพิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติกฎหมายเท่ากับเป็นการค้นหาสิ่งที่เป็นภาพรวมของบทบัญญัติ ซึ่งจะช่วยให้มองเห็นถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่างระหว่างบทบัญญัตินั้น ๆ เช่น การพิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานยักยอก จะพบว่าความผิดทั้งสองมีเนื้อความที่คล้ายคลึงกัน แต่ต่างกันที่ใครครอบครองทรัพย์นั้น

5) พิเคราะห์คุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

ในบทบัญญัติของความผิดฐานต่าง ๆ จะมีส่วนที่กฎหมายประสงค์ที่คุ้มครองแฝงอยู่ ซึ่งเรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย การตีความโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติ จะทำให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ เช่น การลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์หรือไม่ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป การตีความกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ว่าต้องใช้หลักอะไรไว้อย่างชัดเจนเพียงแต่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติไว้เท่านั้น ซึ่งหลักดังกล่าวตามสากลแล้วเรียกว่า Nulla crimen, nulla poena sine lege หรือ Principle of Legality หมายความว่า “หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักนี้ได้นำมาบัญญัติไว้ตั้งแต่สมัยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และได้มีการปรับปรุงกฎหมายในเวลาต่อมาซึ่งเกิดขึ้นในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และจากการศึกษาพบว่า การตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายนั้น ๆ โดยมีหลักการตีความหมายพิเศษอีกประการคือ กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับอันอาจกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคล

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะอัยการและผู้พิพากษา จะได้รับการศึกษากฎหมายจากมหาวิทยาลัย จากสำนักอบรมกฎหมายฯ และผ่านการสอบคัดเลือกมาแล้ว แต่ก็ยังพบว่านักกฎหมายส่วนหนึ่งยังขาดความรู้ความเข้าใจที่จะใช้กฎหมายในการแก้ปัญหาและอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคม เรื่องที่เกิดขึ้นในบางกรณีเป็นการใช้กฎหมายโดยการตีความตามตัวอักษรมากกว่าจะทำความเข้าใจว่ากฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นมาด้วยความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองอะไร อะไรคือคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินั้น และจะใช้นิติวิธีอย่างไรเพื่อให้กฎหมายนั้นบรรลุเจตนารมณ์ที่ตั้งไว้³⁷

การปรับใช้กฎหมายจะต้องเป็นไปตามคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มิใช่ดูแลเฉพาะตัวอักษรโดยอ้างว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งแท้จริงแล้วหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ที่ใช้ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่มีประมวลกฎหมาย ในการปรับใช้กฎหมายอาญาจะคำนึงถึงสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือที่เรียกว่าคุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เป็นสำคัญ โดยการตีความต้องอยู่ในขอบเขตดังกล่าว³⁸ ซึ่งจะขอยกตัวอย่างกรณีปัญหาการตีความของของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1 และคณะที่ 5)³⁹ ในกรณีการมีผลใช้บังคับของบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยประเด็นการหารือและข้อกฎหมายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะต้องพิจารณานั้น สืบเนื่องมาจากหน่วยงานของรัฐ 3 แห่งได้มีหนังสือถึงคณะกรรมการกฤษฎีกา⁴⁰ หรือในประเด็นของกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติตามมาตรา 67 วรรคสอง⁴¹ ว่า

³⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2552, กันยายน-ธันวาคม). “ปัญหาการยุติข้อเท็จจริงและปรับใช้หลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองประชาชนและประโยชน์ของชาติ”. *ศุลพาห*, 56 (3). หน้า 52.

³⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 59.

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 53-59.

⁴⁰ คูรายละเอียดยุติได้จากบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงตามมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (เรื่องเสร็จที่ 491-493/2552 ก.ค.2552)

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 67 วรรคสอง บัญญัติว่า “...การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม

“ในขณะที่ยังไม่มียกเลิกการอิสระตามมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนทางด้านสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพนั้น คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานสามารถพิจารณาอนุญาตการประกอบกิจการพลังงานได้หรือไม่ หรือต้องรอให้มีการจัดตั้งองค์การอิสระเพื่อให้ความเห็นประกอบก่อน จึงจะสามารถพิจารณาอนุญาตได้”

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1 และคณะที่ 5) ได้พิจารณาปัญหาข้อหาดังกล่าวข้างต้นและมีความเห็นพอสรุปได้ดังนี้

โดยหลักการตรากฎหมายต้องถือว่า เมื่อได้มีการประกาศกฎหมายฉบับใดในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ผลใช้บังคับของกฎหมายฉบับนั้นย่อมเริ่มตั้งแต่วันที่กำหนดในกฎหมายฉบับนั้น โดยหลักดังกล่าวรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ.2550 ซึ่งเป็นวันที่ได้ประกาศรัฐธรรมนูญในราชกิจจานุเบกษาและถือว่าสิทธิชุมชนตามส่วนที่ 12 ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ในมาตรา 66 และมาตรา 67 ได้เกิดขึ้นและได้รับการคุ้มครองแล้วตามรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 303 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งบัญญัติว่า “ในวาระเริ่มแรก ให้คณะรัฐมนตรีที่เข้าบริหารราชการแผ่นดินหลังจากการเลือกตั้งทั่วไปเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญนี้ ดำเนินการจัดทำหรือปรับปรุงกฎหมายในเรื่องดังต่อไปนี้ให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด” จะเห็นว่ายังจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดรายละเอียดเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการใช้สิทธินั้นขึ้นใช้บังคับก่อน ซึ่งมาตรา 303 (1) ได้กำหนดระยะเวลาไว้ว่าจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีแถลงนโยบายต่อรัฐสภา จึงต้องถือว่าบทบัญญัติมาตรา 67 ของรัฐธรรมนูญยังไม่มีผลใช้บังคับทันที

และสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาด้านสิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว...”

เพราะมีบทเฉพาะกาลตามมาตรา 303 (1) กำหนดให้มีผลใช้บังคับภายใต้เงื่อนไขที่ต้องมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเสียก่อน ดังที่กล่าวมาแล้ว

เมื่อมีการตีความเช่นนี้ จึงถือว่าในระหว่างที่คณะรัฐมนตรียังไม่ปรับปรุงหรือจัดทำกฎหมายรายละเอียดในการดำเนินการดังกล่าว หน่วยงานอนุญาตจึงอาจพิจารณาออกใบอนุญาตให้แก่โครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือชุมชนได้ โดยปฏิบัติตามแนวทางที่กฎหมายซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันกำหนดไว้ เพื่อมิให้การพิจารณาอนุญาตหรือการลงทุนของเอกชนต้องหยุดชะงัก อันส่งผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินและเศรษฐกิจของประเทศ

การตีความในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์ด้วยความเป็นห่วงว่า หากตีความกฎหมายเช่นนี้ดูเหมือนจะคำนึงถึงภาคเอกชนผู้ลงทุนมากกว่าความปลอดภัยในสุขภาพและชีวิตของประชาชน ซึ่งเป็นสิ่งที่มาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประสงค์จะคุ้มครอง ยิ่งถ้าสืบค้นลงไปถึงตัวบุคคลบางคนที่เป็นกรรมการกฤษฎีกาสองชุดดังกล่าว ก็จะพบว่า หลายท่านมีส่วนได้เสียมีประโยชน์ทับซ้อนอยู่ จึงเป็นที่สงสัยว่าการมีผลประโยชน์ทับซ้อนมีส่วนทำให้การวินิจฉัยข้อกฎหมายผิดเพี้ยนไปหรือไม่

ต่อมาได้มีผู้เสนอเรื่องเพื่อขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาในเรื่องดังกล่าว และศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาเรื่องดังกล่าวโดยให้เหตุผลต่างไปจากที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยไว้ โดยศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ให้เห็นว่า

“...ปัญหาสิ่งแวดล้อมโดยส่วนใหญ่มักส่งผลกระทบต่อเนื่องเป็นระยะยาวนานกว่าความเสียหายอันเกิดจากกรณีละเมิดทั่ว ๆ ไป แม้อาจมีการมองว่ายังมีได้ส่งผลในทันที แต่ก็เห็นได้ว่าย่อมส่งผลในอนาคต โดยเฉพาะความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยของชุมชนในท้องถิ่นนั้น ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้โดยง่าย...”

จากเหตุผลดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า “...การให้ความเห็นทางกฎหมายดังกล่าวของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อเป็นแนวปฏิบัติในการบริหารราชการแผ่นดิน จึงขัดกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า โครงการหรือกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ ต้องดำเนินการตามที่มาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งแก้ไข

คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเป็นผู้ผูกฟ้องคดีทั้งแปด สั่งระงับโครงการหรือกิจกรรมตามเอกสารหมายเลข 7 ท้ายคำฟ้อง ไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น ยกเว้นโครงการหรือกิจกรรมประเภทอุตสาหกรรมลำดับที่ 16, 22, 37, 41, 45, 50 และ 54 และประเภทคมนาคมลำดับที่ 2, 3, 4 และ 6 นอกจากนี้ก็แก้ไข้เป็นไปตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น” (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 592/2552 (วันที่ 2 ธันวาคม 2552.))

2.4 โครงสร้างของความผิดอาญา

การวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น ต้องวินิจฉัยตาม “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Structure of Crime) ซึ่งในแต่ละประเทศต่างก็มีรูปแบบและแนวความคิดในเรื่องของโครงสร้างของความผิดอาญาที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายและแนวความคิดทฤษฎีที่ได้รับการถ่ายทอดต่อ ๆ กันมา นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ประกอบด้วย เพื่อให้การวินิจฉัยความผิดอาญาเป็นไปโดยถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และไม่ผิดเพี้ยนไปจากหลักการทฤษฎีของกฎหมายอาญา ดังนั้น ในบทนี้จึงขอกล่าวถึงโครงสร้างของความผิดอาญา คุณธรรมทางกฎหมาย รวมถึงหลักการตีความกฎหมายอาญา เพื่อให้ทราบและเข้าใจหลักการพื้นฐานในกาตีความและวินิจฉัยความผิดอาญา อันจะนำไปสู่การให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาที่ถูกต้องตรงตามหลักการทฤษฎีของกฎหมายอาญาต่อไป

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันมีความสมบูรณ์ที่สุด โดยได้แยกโครงสร้างของความผิดอาญาออกเป็น 3 ส่วน คือ

- 1) เป็นการกระทำที่มี “การครอบงำประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ”
- 2) เป็นการกระทำที่มี “ความผิดกฎหมาย”
- 3) เป็นการกระทำที่มี “ความชั่ว”⁴²

โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างของความผิดอาญา ดังนี้

- 1) การครอบงำประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ

เป็นการพิจารณาตามรูปแบบของความผิดอาญา ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดอาญาแต่ละฐาน ทั้งนี้ การพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบความผิดอาญาเป็น

⁴² แสง บุญเฉลิมวิภาส ก เล่มเดิม. หน้า 33.

เพียงการพิจารณาในเบื้องต้นเท่านั้น ยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ องค์ประกอบความผิดอาญาสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ

ก. องค์ประกอบภายนอก (Objective Elements) คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนของจิตใจของผู้กระทำความผิด องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานใดฐานหนึ่ง อย่างน้อยต้องมี “ผู้กระทำความผิด” และ “การกระทำ”

ฉะนั้น จึงอาจพอสรุปได้ว่าองค์ประกอบภายนอก ได้แก่

- (1) ผู้กระทำความผิด โดยปกติหมายถึง มนุษย์คนใดคนหนึ่ง
- (2) การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายของมนุษย์ที่มีเจตจำนงควบคุม⁴³
- (3) กรรมของการกระทำหรือวัตถุแห่งการกระทำ ซึ่งอาจเป็นบุคคลหรือสิ่งของก็ได้

ได้ ปกติกรรมของการกระทำจะปรากฏอยู่ในความผิดที่ต้องการผล

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล สามารถวินิจฉัยตามประเภทของความผิดได้ 2 ประการ คือ

ประการที่ 1 การวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของความผิดอาญาที่ต้องการผล ซึ่งทฤษฎีที่สามารถนำมาวินิจฉัยได้ค่อนข้างดี คือ “ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย” ที่ถือหลักว่า ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำต่อเมื่อการกระทำนั้นก่ออันตรายอื่นและอันตรายได้เกิดขึ้นจริง

ประการที่ 2 การวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของความผิดอาญาที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากผลซึ่งมีหลักว่าผลของการกระทำนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมชาติย่อมเกิดขึ้นได้⁴⁴

(5) องค์ประกอบภายนอกอื่นๆ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในความผิดอาญาบางฐานเท่านั้น โดยปกติจะอยู่เป็นความผิดฉกรรจ์ของความผิดอาญาที่เป็นฐานความผิดพื้นฐาน เช่น “เวลากลางคืน” ในความผิดฐานลักทรัพย์ในเวลากลางคืน ตามมาตรา 335 (1) เป็นต้น⁴⁵

นอกจากนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ก็อยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกด้วย⁴⁶

⁴³ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 172.

⁴⁴ คณิต ฌ นคร ก (2553). *ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. หน้า 273-278.

⁴⁵ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 174.

ข. องค์ประกอบภายใน (Subjective Elements) คือ สิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ เป็นสิ่งที่อยู่ภายในตัวของผู้กระทำความผิดหรือเป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่งซึ่งตามปกติจะมีเพียงสิ่งเดียว แต่ในความผิดบางฐานหรือหลายฐานอาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าหนึ่งสิ่งได้ เช่น องค์ประกอบภายในของความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334 มีสองสิ่ง คือ “เจตนา” และมูลเหตุชักจูงใจ “โดยทุจริต” เป็นต้น เมื่อการกระทำของผู้ใดครบองค์ประกอบภายใน การกระทำของผู้นั้นก็จะเป็น “การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งตามปกติในความผิดที่กระทำโดยเจตนา นั้น “การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ” จะต้องมีเจตนาอยู่เสมอจึงจะเกิดความรับผิดในทางอาญาได้⁴⁷

ตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ “การกระทำของมนุษย์ คือ การแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมายกำกับ”⁴⁸ การกระทำของมนุษย์จึงเป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกำหนดความมุ่งหมายโดยมีเจตจำนงกำกับ มิใช่แต่เหตุการณ์เป็นผลจากการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกเท่านั้น เพราะการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำเป็นเพียงเงื่อนไขเบื้องต้นหรือข้อพิจารณาเบื้องต้นของการกระทำ แต่ในการที่มนุษย์จะเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกนั้น มนุษย์จะกำหนดจุดมุ่งหมายและรายละเอียดเป็นขั้นเป็นตอน รวมทั้งกำหนดแผนการที่จะดำเนินการแล้วดำเนินการไปตามขั้นตอนรายละเอียดและแผนการนั้น เพื่อที่จะบรรลุถึงจุดหมายที่ต้องการ ขั้นตอนของการกำหนดจุดมุ่งหมายรายละเอียดเป็นขั้นเป็นตอนและแผนการที่จะดำเนินการแล้วดำเนินการไปตานั้นต่างหากที่เป็นการกระทำของมนุษย์ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในการกระทำของมนุษย์นั้นจะมีการคิด การตกลงใจตามที่คิดไว้ แล้วทำไปตามที่ตกลงใจไว้แล้วนั้น ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีการกระทำของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat) นักทฤษฎีฝ่ายนี้เห็นว่า การกระทำของมนุษย์มิได้มีแต่เฉพาะส่วนในทาง “ภาววิสัย” (Objective) เท่านั้น แต่ยังมีส่วนในทาง “อัตวิสัย” (Subjective) รวมอยู่ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ใน “การครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญประการหนึ่งและเป็นประการแรก ของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” นั้น มีส่วนที่เป็น “อัตวิสัย” (Subjective) อันได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจ รวมตลอดถึงองค์ประกอบภายในอื่นรวมอยู่ด้วย⁴⁹

⁴⁶ แหล่งเดิม.

⁴⁷ คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 152-153.

⁴⁸ vgl. Hans Welzel. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*. S. 1; derselber. *Das Deutsche*

Strafrecht. S. 33 อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก แหล่งเดิม. หน้า 107.

⁴⁹ คณิต ฅ นคร ก แหล่งเดิม.

2) ความผิดกฎหมาย

“ความผิดกฎหมาย” เป็นส่วนที่พิจารณาหลังจากที่ได้พิจารณาว่าการกระทำนั้นครบถ้วนในส่วนของ “การครอบงำประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว โดยในโครงสร้างส่วนนี้เป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่เป็นองค์ประกอบนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านทฤษฎี (Objective) สำหรับการกระทำที่ “ครอบงำประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” นั้นมิได้หมายความว่ากระทำนั้นจะผิดกฎหมายในตัวเอง หากแต่การกระทำที่เป็น “การครอบงำประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” จะเป็นข้อบ่งชี้ถึง “ความผิดกฎหมาย” ของการกระทำ ฉะนั้น การกระทำที่เป็น “การครอบงำประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” ที่ไม่ “ผิดกฎหมาย” จึงมีได้ แต่ “ความผิดกฎหมาย” จะเกิดขึ้นไม่ได้เลยถ้าปราศจากการกระทำที่เป็น “การครอบงำประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ในความผิดแต่ละฐานจะมี “ปทัสถานที่เป็นข้อห้าม” อยู่เบื้องหลังเสมอ แต่การกระทำที่ “ผิดปทัสถาน” ก็มีได้เป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” เสมอไป เพราะในบางกรณีในการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นอาจมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ปรากฏอยู่ด้วย กรณีจึงทำให้กลายเป็นการกระทำที่ “ชอบด้วยกฎหมาย” ไป เป็นต้นว่า ในการฆ่าผู้อื่นที่ผู้กระทำได้กระทำไปเพราะผู้กระทำจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและผู้กระทำได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำในการฆ่าผู้อื่นนั้นก็กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไป⁵⁰ ดังนั้น “ความผิดกฎหมาย” จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่มีเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา ซึ่งอาจเป็นเรื่องของจารีตประเพณีที่มีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ความยินยอมของผู้ถูกระทำในบางกรณี หรืออาจเป็นเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

3) ความชั่ว

คำว่า “ความชั่ว” ในกฎหมายอาญาเป็นเรื่องความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน ซึ่ง “ความชั่ว” ในที่นี้ไม่ได้หมายถึงความชั่วในความหมายทั่วไป กล่าวคือ ไม่ได้หมายถึง สภาพความไม่ดีไม่งามอันเกิดจากการฝ่าฝืนศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคม ความชั่วในความหมายทั่วไปดังกล่าวจึงเป็นคนละเรื่องกับ “ความชั่ว” ในทางกฎหมายอาญา

การกระทำใดการกระทำหนึ่งที่ “ครอบงำประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” และเป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” จะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจในการกระทำของผู้กระทำความผิดในขณะกระทำการนั้น ผู้ที่มีความรู้ผิดชอบหรือผู้ที่รู้จักแยกแยะว่าอะไรถูกอะไร

⁵⁰ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 207.

ผิดและเป็นผู้ที่มีสติย่อมจะไม่กระทำการใดอันเป็นการ “ผิดกฎหมาย” แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการใดเป็นการ “ผิดกฎหมาย” ลงไป ผู้นั้นย่อมจะเป็นบุคคลที่จะต้องถูกดำเนินจากสังคม และการกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ตำหนิได้ และด้วยเหตุนี้เองที่ในทางกฎหมายอาญาถือว่าผู้กระทำนั้นได้กระทำชั่ว ดังนั้น จึงอาจให้ความหมายของ “ความชั่ว” ได้ว่า

“ความชั่ว” หมายถึง การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง⁵¹

ฉะนั้น ความชั่วทางกฎหมายอาญาจึงแตกต่างจากความชั่วในความหมายทั่วไปซึ่งเกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณี เพราะความชั่วในทางกฎหมายอาญา หมายถึง การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง โดยพิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด และผู้กระทำความผิดนั้นต้องมีความสามารถในการทำชั่วด้วย เนื่องจากในการกระทำความผิดของบุคคล ปัจจัยที่สำคัญที่สุดคือ “ความสามารถในการทำชั่ว”⁵² เพราะกฎหมายจะลงโทษเฉพาะบุคคลที่สามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำของตนได้เท่านั้น การกระทำใดที่บุคคลกระทำลงไปโดยไม่มีความสามารถในการทำชั่ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สามารถถูกตำหนิได้หรือการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ปราศจาก “ความชั่ว”

การพิจารณาความสามารถในการทำชั่วของบุคคล กฎหมายอาญาได้กำหนดไว้ 2 สถานการณ์ คือ

ก. พิจารณาที่อายุของบุคคล⁵³

ข. พิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิตใจของบุคคล

นักกฎหมายที่นำเอาแนวความคิดทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมาอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร⁵⁴ และรองศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส⁵⁵

⁵¹ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil*, S. 363; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, S. 139. อ้างถึงใน คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม, หน้า 251.

⁵² คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม, หน้า 253-266.

⁵³ ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 ถึงมาตรา 76.

⁵⁴ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม, หน้า 95-111.

⁵⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส ข (2524), *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3), หน้า 43-46.