

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของคำว่าบุพการีตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง มาตรา 289 (1) และการตั้งครรภ์แทน

ประเทศไทยมีระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งในการตีความตัวบทกฎหมายอาญานั้น จะต้องตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษร หากมิได้มีการบัญญัติเป็นความผิดไว้แล้ว บุคคลก็ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา จะตีความโดยขยายความในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้ผู้กระทำความผิด (in dubio pro reo)¹⁵ และกฎหมายอาญาได้บัญญัติขึ้นโดยมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม โดยมีความเชื่อมโยงกับศีลธรรมอันดีอันเป็นอิทธิพลของศาสนา เห็นได้จากในหลายๆ มาตราที่บัญญัติขึ้น เมื่อกล่าวถึงการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการีในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289(1) ซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ปราบกษัตริย์มาตั้งแต่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ โดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 อันเนื่องมาจากว่าผู้บัญญัติกฎหมายมีความประสงค์ที่จะคุ้มครองความเป็นเอกภาพในครอบครัวและคุ้มครองให้ผู้กระทำมีความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ นอกจากนี้ยังส่งเสริมให้คนในสังคมเกรงกลัวต่อการประพฤติผิดศีลธรรมต่อผู้มีพระคุณ อย่างไรก็ตามก็ตามประมวลกฎหมายอาญามิได้มีการบัญญัติไว้ให้ชัดเจนว่าบุพการีซึ่งเป็นผู้มีพระคุณนั้น หมายถึงผู้ใดบ้าง มีขอบเขตเพียงใด หากผู้สืบสันดานเกิดจากการตั้งครรภ์แทน และกระทำต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ มารดาที่ตั้งครรภ์แทน หรือสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนหากมี จะวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาอย่างไร

การตั้งครรภ์แทนนับว่าเป็นเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าอย่างแพร่หลายทั่วโลก เพราะสาเหตุการมีบุตรยากของกลุ่มสมรส ในส่วนของประเทศไทยนั้น ยังไม่มีกฎหมายที่ออกมาควบคุมการตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจนนัก แต่เห็นได้ว่าการตั้งครรภ์แทนมีแนวคิดและพัฒนาการ

¹⁵ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (น.47), โดย หยุด แสงอุทัย ก, 2554, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2554 โดยสำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ทางกฎหมายที่พยายามจะให้ความครอบคลุมมากขึ้นเป็นลำดับ เพื่อให้เกิดความเข้าใจและนำไปสู่การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญา กรณีการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการี และบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน จึงขอกล่าวถึงแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ดังต่อไปนี้

2.1 แนวความคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

2.1.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

Amselm von Feuerbach ได้วางหลักประกันในกฎหมายอาญา ไว้เป็นครั้งแรกในหนังสือกฎหมายอาญาของเขาที่เขียนเมื่อปี ค.ศ. 1801 โดยวางหลักไว้สามประการ คือ¹⁶

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย (nulla poena sine lege)
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับกรรมอยู่ของการกระทำ (nulla poena sine crimine)
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine poena legali)

หลักประกันในกฎหมายอาญา ดังกล่าวนี้นี้จึงได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักสากลไปแล้ว

สำหรับในประเทศไทยนั้น เมื่อได้มีการปรับปรุงกฎหมายตามแบบอย่างตะวันตก และได้ประกาศใช้ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ.2451) หลักประกันในกฎหมายอาญา ที่ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และหลักนี้ได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์เสมอมา

เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายความว่า เฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้ (nullum crimen sine lege) และเฉพาะกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ (nulla poena sine lege) และทั้งสองประการที่กล่าวมานั้นจะต้องมีอยู่แล้วก่อนการกระทำนั้น และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะ

¹⁶ Eberhard Schmidhauser (อ้างถึงใน กนิต ณ นคร ข. , 2556, น.79).

ทำได้ กล่าวคือ ต้องยึดหลักความชัดเจนแน่นอน เป็นผลสืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวนั่นเอง

ดังนั้น บทบัญญัติอันเป็น หลักประกันในกฎหมายอาญา ครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ คือ

(1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

ในบทบัญญัติมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายใช้คำว่า บัญญัติ ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ ซึ่งกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัตินี้ รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกด้วย

กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ คือ กฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณี เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน¹⁷ จึงมิได้เกิดจากการบัญญัติ แต่เกิดจากการปฏิบัติ เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำ กฎหมายจารีตประเพณี มาใช้ในกฎหมายอาญา และจะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้ ทำให้กฎหมายอาญาแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง¹⁸ ซึ่งจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง

เหตุผลของ การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในกฎหมายอาญานั้น ปรากฏอยู่ในข้อเรียกร้องที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาชอบที่จะต้องผ่านรัฐสภาอันเป็นสถาบันที่แสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้แท้จริงแล้วก็คือเหตุผลตามหลักประชาธิปไตยนั่นเอง

(2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่ รวมตลอดถึงการห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษด้วยซึ่งหมายความว่าหากในกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณินั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้นเสมอ เนื้อหาของหลักประกันในข้อนี้จึงมีความเกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด¹⁹

¹⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์ (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ข. , 2556, น.82).

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

¹⁹ หยุต แสงอุทัย (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ข. , 2556, น.83).

การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุดเช่นเดียวกันกับข้อเรียกร้องในการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

การที่จะลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งนั้น ชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ นอกจากนี้ยังมีเหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ หากยอมให้มีการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้ว ผลก็จะกลายเป็นว่าการลงโทษการกระทำใดการกระทำหนึ่งหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องความรู้สึกอันเป็นเรื่องในทางอัตตะวิสัยนั้น ในทางกฎหมายแล้วเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและเป็นสิ่งที่ต้องหลีกเลี่ยง เหตุผลประการหลังนี้จึงเป็นเหตุผลในทางนโยบายทางอาญา การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จึงหมายถึง การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากกรณีความกฎหมาย

กฎหมายอาจมีช่องว่างได้ ซึ่งช่องว่างของกฎหมายนั้น อาจจะมีอยู่เดิมในกฎหมายแล้ว หรืออาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นในภายหลัง ในกรณีที่กฎหมายมีช่องว่างหากเป็นคดีอาญาศาลจะต้องพิพากษายกฟ้องและต้องปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ แต่ถ้าเป็นกรณีของคดีแพ่งแล้วศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายจะปรับใช้ไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4²⁰

(3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

ข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา คือ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน การที่ต้องเรียกร้องเช่นนี้ ก็เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ตามกล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกตน

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือความความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

หลักประกันในกฎหมายอาญา ประการที่สามนี้แสดงให้เห็นถึง หลักนิติรัฐ ในกฎหมายอาญาด้วยว่ามีความเข้มข้นกว่าในกฎหมายอื่นเช่นเดียวกัน และข้อเรียกร้องนี้มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเสียอีก

Prof. Dr. Hans Welzel กล่าวว่า “อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันของกฎหมายอาญาไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา”²¹

(4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึงหลักนิติรัฐในกฎหมายอาญาที่ก้าวไกลกว่าหลักนิติรัฐในกฎหมายลักษณะอื่นๆ ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง จำกัดตัวเองอยู่เฉพาะในส่วนกฎหมายอาญาเท่านั้น

การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและในขณะที่กระทำนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด และการกระทำที่ลงโทษหนักแก่ผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำนั้นก็กระทำมิได้ด้วย

การห้ามย้อนหลังนี้ขยายไปถึงการเป็นผลร้ายอื่นของฐานะของผู้กระทำความผิดที่กำหนดขึ้นภายหลังด้วย เช่น ความผิดอาญาฐานใดที่เดิมเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ดังนี้ ถ้าการกระทำความผิดฐานนั้นได้เกิดขึ้นในขณะที่ความผิดฐานนั้นยังเป็นความผิดอันยอมความได้และคดีได้ขาดอายุความร้องทุกข์แล้ว กรณีย่อมไม่มีผลย้อนหลัง แม้กฎหมายใหม่จะมีเนื้อหาเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่ด้วยก็ตาม

2.1.2 หลักการตีความกฎหมายอาญา

คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” นั้น มีความไม่ชัดเจนในความหมายอย่างมาก เนื่องจากนักนิติศาสตร์บางท่านหมายความว่า ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเป็นผลร้าย ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในทางเป็นผลร้าย และห้ามนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในทางเป็นผลร้าย ซึ่งก็คือเนื้อหาส่วนหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2²² แต่นักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวถึงตามความหมายของหลักการตีความตามตัวอักษร ของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) สืบเนื่องมาจากนักกฎหมายไทยในรุ่นแรกๆ นิยมไปศึกษากฎหมาย

²¹ Hans Welzel (อ้างถึงใน คณิต ฌ นคร ข. , 2556, น.90).

²² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 66). เล่มเดิม.

ที่ประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งหลักการตีความของระบบกฎหมายนี้จะจะเป็นไปตามหลักที่ว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ขัดแย้งต่อกฎหมายคอมมอนลอว์จะถูกตีความโดยเคร่งครัดและถูกยอมรับในแบบอย่างที่น่าเชื่อถือในฐานะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏออกมา การเรียนการสอนของไทยที่ให้ความหมายของการตีความกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัด จึงอาจไม่เหมาะกับระบบกฎหมายของไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)²³

การตีความกฎหมายอาญาเป็นเรื่องการตีความกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ หรือเป็นเรื่องของการตีความตัวบทกฎหมาย เพราะเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกจากการบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น การตีความจึงต้องทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาล ต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้ โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้น การตีความก็ต้องใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมาะสม หน้าทีของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายก็คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดี เฉพาะกรณีในการตีความกฎหมาย ผู้พิพากษาจะต้องทำหน้าที่ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาอื่นก็จะต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกัน กล่าวคือการตีความกฎหมายอาญาจะต้อง มีความเป็นภาวะวิสัย ที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้ กล่าวคือ ในการวินิจฉัยคดีของศาลจะต้องมีเหตุผลในการตัดสินใจทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย หากขาดเหตุผลเหล่านี้ ก็จะเป็นการกระทำที่ขาดความเป็นภาวะวิสัย ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ก็ได้กล่าวถึงการตีความกฎหมายอาญาว่า การตีความในกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความตามกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือ ต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ การตีความจะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา ดังนั้น คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย จึงเป็นการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายเพียง 2 ประการ คือ การตีความตามหลักภาษา และการตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายเท่านั้น²⁴

(1) หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย

²³ แหล่งเดิม.

²⁴ จาก *กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง* (น.335), โดย หยุด แสงอุทัย ข, 2543, กรุงเทพฯ:วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2543 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

การตีความกฎหมายอาญา หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของ
ตัวบทกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการ คือ²⁵

(1.1) การตีความตามหลักภาษา

เนื่องจากหลักประกันในกฎหมายอาญาที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลจะต้องรับโทษในทาง
อาญาก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด จึงเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้การตีความกฎหมายอาญา
จะต้องดูจากถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย

ซึ่งการตีความตามหลักภาษา เป็นการหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมาย
ของภาษาที่ใช้กันทั่วไป ความหมายของตัวบทกฎหมายจึงเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดผลร้ายแก่
บุคคล²⁶

การตีความตามหลักภาษา มีความยากตรงที่ว่า จะรู้ได้อย่างไรว่าถ้อยคำที่จะ
ตีความหมายนั้นมีความหมายที่ตรงกันทั้งตามที่ใช้กันทั่วไปและในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ตีความ
กฎหมายจึงต้องดูด้วยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายนั้น มีความหมาย
เป็นพิเศษอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่ การดูความหมายพิเศษของถ้อยคำในกฎหมาย ก็คือ การดูนิยาม
ของตัวบทกฎหมาย เช่น

การพิเคราะห์ถึงถ้อยคำในตัวบทกฎหมายจึงเป็นเรื่องแรกที่ต้องทำความเข้าใจ แม้ว่า
ถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะมีความชัดเจนแน่นอนพอควรก็ตาม แต่หากพิเคราะห์ให้ลึกซึ้งแล้วจะ
พบว่า ถ้อยคำแต่ละคำมีความหมายกว้างแคบต่างกันอยู่หลายระดับ จึงต้องหาแกนความหมาย (Core
meaning) ความหมายธรรมดา (Ordinary meaning) ความหมายอย่างกว้าง (Extended meaning)
ตลอดจนเนื้อความที่ถือโดยอนุโลม (Extreme meaning)²⁷

(1.2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

แม้ว่าจะตีความตามหลักภาษา แต่อย่างไรก็ตามภาษากฎหมายอาจแตกต่างกันได้ ขึ้นอยู่
กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบกฎหมาย นักกฎหมายได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ ก็ให้
ว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับ
นิยามที่แตกต่างกันได้

บางกรณีก็ไม่มีการบัญญัติอยู่ในกฎหมายอาญา เนื่องจากความสัมพันธ์กันอย่างเป็น
ระบบของกฎหมาย จึงต้องนำหลักในกฎหมายอื่นนั้นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย เป็นต้นว่า

²⁵ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.69). เล่มเดิม.

²⁶ Harro Otto (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ข. , 2556, น.70).

²⁷ จาก “การตีความกฎหมายอาญา”, โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, จิตติ ดิงศภัทย์ และคณิต ณ นคร, 2527,
วารสารนิติศาสตร์, 14(4), 43.

กฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินไว้ แต่กฎหมายแพ่งมีความหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งหมายถึง วัตถุมีรูปร่าง กรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย ตามหลักความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย

การตีความกฎหมายตาม หลักการตีความตามหลักภาษา เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วยการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีต้องยอมรับว่าในบางกรณีระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจน

(1.3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น ทั้งนี้ เพราะกฎหมายไม่ใช่มาจากเจตจำนงของบุคคลเท่านั้น แต่เป็นผลมาจากวิวัฒนาการมาเป็นเวลานานในอดีต จากแหล่งที่มาแตกต่างกัน ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท หรือที่ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ เรียกว่า ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น (Three-layer Theory of law) ซึ่งได้แบ่งกฎหมายออกเป็นสามยุค จากการแบ่งกฎหมายออกเป็นสามยุคนี้เอง ทำให้สามารถอธิบายความหมายของหลักกฎหมายได้หลายๆกรณี และที่สำคัญสามารถช่วยในการตีความกฎหมายอาญาได้เป็นอย่างดีด้วย ดังต่อไปนี้²⁸

1) ยุคกฎหมายชาวบ้าน เป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นจากเหตุผลธรรมดาของสามัญชน หรือสามัญสำนึก (Simple natural reason) เป็นความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานาน ยุคนี้กฎหมายและศีลธรรมไม่ได้แยกจากกัน การกระทำที่ผิดศีลธรรมก็คือ ผิดกฎหมาย เพราะฉะนั้นการกระทำที่แสดงออกมาจึงสะท้อนถึงศีลธรรมด้วย การพิจารณาความผิดแต่เดิม จึงไม่ใช่การพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงจิตใจเลย แต่สิ่งนั้นได้แสดงออกโดยการกระทำแล้ว ยิ่งความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงมาก ก็คือ การแสดงถึงบาปที่น่ารังเกียจมากในสมัยนั้น การกระทำความผิดอาญาในสมัยก่อน จึงเป็นสิ่งที่ขัดต่อความรู้สึกทางศีลธรรมในสังคมด้วย เช่น ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ซึ่งเป็นสิ่งที่คนสามารถรู้ได้ด้วยสามัญสำนึกตนเอง เป็นต้น

2) ยุคกฎหมายของนักกฎหมาย เป็นยุคที่เริ่มมีเหตุผลมาซึ่งตรงในการชี้ขาดข้อพิพาท เป็นเหตุผลที่ปรุงแต่งทางกฎหมาย ปรุงแต่งจากหลักเดิม เกิดนักกฎหมาย องค์กรตุลาการ และวิชาชีพนักกฎหมาย หลักกฎหมายที่เกิดขึ้น จึงเรียกว่ากฎหมายของนักกฎหมาย หลักกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ต้องศึกษาเล่าเรียนจึงจะรู้ไม่เหมือนกฎหมายประเพณีที่เกิดจากเหตุผลธรรมดาสามัญสำนึกก็สามารถรู้ได้ เช่น เรื่องอายุความในการฟ้องร้องผู้กระทำความผิด ซึ่งต่างกับสามัญสำนึกของ

²⁸ จาก *หลักกฎหมายอาญา* (น.130-132), โดย แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก , 2551, กรุงเทพฯ:วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2551 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

คนทั่วไปว่า คนทำผิดก็ต้องถูกลงโทษโดยไม่ได้คำนึงถึงเงื่อนไขหรือหลักในเรื่องการป้องกันบุคคลสามารถอ้างป้องกันได้หากเป็นการกระทำต่อภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมาย และภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง ถ้าหากได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ เป็นต้น ซึ่งหลักการเหล่านี้ได้กลายเป็นหลักทั่วไป นำไปวินิจฉัยข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง นับว่านักกฎหมายได้พัฒนาหลักกฎหมายไปอีกขั้นหนึ่งด้วย

3) ยุคกฎหมายเทคนิค (Technical Law) กฎหมายในยุคนี้เกิดจากการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะเจาะจงในบางเรื่อง ทั้งนี้เนื่องจากสังคมซับซ้อนขึ้น ข้อขัดแย้งในสังคมมีมากขึ้น และเป็นข้อขัดแย้งที่ต่างจากปัญหาในอดีต การจะรอให้ประเพณีค่อยๆ เกิดขึ้นย่อมไม่ทันต่อเหตุการณ์เฉพาะหน้า จึงมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นด้วยเหตุผลทางเทคนิค กฎหมายอาจจะมิได้เกิดจากศีลธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีโดยตรง ผู้กระทำความผิดจึงไม่รู้สึกรู้ว่าตนกำลังทำผิดศีลธรรม เพราะฉะนั้นการบังคับโทษตามกฎหมายเทคนิค จึงต้องรุนแรงและแน่นอน

จากทฤษฎีกฎหมายสามชั้น (Three-layer Theory of law) ซึ่งได้แบ่งกฎหมายออกเป็น 3 ยุคนั้น ทำให้เห็นถึงลักษณะเด่นของกฎหมายในแต่ละเรื่อง ว่ากฎหมายใดที่มีขึ้นโดยเหตุผลทางศีลธรรมล้วนๆ กฎหมายใดที่นักกฎหมายมีส่วนเข้าไปปรุงแต่งและกฎหมายใดเกิดขึ้นด้วยเหตุผลทางเทคนิค การนำทฤษฎีมาใช้จะทำให้เราสามารถแยกแยะบทบัญญัติในแต่ละเรื่องได้ชัดเจน ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายที่มีผลทางเทคนิคเพื่อจะควบคุมคนในสังคม มักเป็นเรื่องที่อันตราย เพราะเป็นกรณีที่แยกกฎหมายออกจากศีลธรรมอย่างเด็ดขาด

การพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภานอกจากนี้เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเราก็เป็นข้อมูลหนึ่งที่สามารถหยั่งทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ การตีความตามวิธีนี้จะนำไปสู่ การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายต่อไป

(1.4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย หรือการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือ การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ซึ่งอาศัยคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องช่วยในการตีความ

ตัวอย่างเช่น ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(1) ความผิดฐานฆ่าบุพการี คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ชีวิตมนุษย์ และความกตัญญูต่เวทีย สองสิ่งนี้ก็จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

อีกนัยหนึ่งในการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายนั้น คือ หลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องพิจารณาควบคู่กันไป โดยถือว่ามิให้นำหนักเท่าเทียมกัน เหตุเพราะลำพังถ้อยคำแต่ละถ้อยคำที่ประกอบเป็นข้อความนั้นไม่มีความหมายที่ชัดเจนในตัวเอง ความหมายของมันจะปรากฏขึ้นเมื่อเราอ่านรวมกับถ้อยคำอื่นที่เป็นข้อความแวดล้อมและรวมเข้ามาประกอบเป็นข้อความทั้งหมดของเรื่องนั้น เพื่อค้นหาเหตุผลของกฎหมายเจตนารมณ์ หรือวิญญูณของกฎหมาย²⁹

(2) วิธีการตีความกฎหมายและการตีความกฎหมาย

ในการตีความกฎหมาย ผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ โดยถือเอา การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายเป็นแกนนำ ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้น เป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปเข้าไปใกล้กับความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น ในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติทำนองเดียวกันกับที่กล่าวมานี้

การตีความกฎหมายอาญาเดิมที่เดียนักนิติศาสตร์เห็นว่า การตีความโดยขยายความเป็นวิธีการที่ต้องห้าม แต่การตีความโดยจำกัดความกระทำได้โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เป็นผลร้ายก่อภาระที่หนักแก่บุคคลและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น แต่ในปัจจุบันนี้นักนิติศาสตร์ไม่เห็นด้วยกับหลักการดังกล่าวต่อไปอีกแล้ว เพราะในเรื่องการตีความกฎหมายนั้น ไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง

การใช้กฎหมายต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมายแล้ว กรณีก็ไม่ใช่การตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา และถ้าการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งนั้น เป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา³⁰

2.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายอาญา

ความผิดต่างๆ เป็นบทบัญญัติที่สั้นและกะทัดรัด แต่ในความสั้นและกะทัดรัดของบทบัญญัตินั้นๆ จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้รวบรวมเอาสิ่งต่างๆ ที่เป็นพื้นฐานของความผิดต่างๆ นั้น เข้าไว้ได้อย่างเหมาะสม สิ่งที่เป็นพื้นฐานดังกล่าวนี้ คือ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ รวมทั้ง คุณธรรมทางกฎหมาย ด้วย

²⁹ หลักกฎหมายอาญา (น.28-29). เล่มเดิม.

³⁰ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.75). เล่มเดิม.

ในการบัญญัติความผิดฐานต่างๆ นั้น จะมี “คุณธรรมทางกฎหมาย”³¹ เป็นพื้นฐาน ในทางความคิดด้วยเสมอ ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ก่อนการบัญญัติ หรือไม่ก็ตาม เพราะความผิดอาญา มาจาก ปทัสถาน และปทัสถาน มาจาก คุณธรรมทางกฎหมาย เช่น ปทัสถาน มีว่าเป็นการไม่สมควรที่จะฆ่ามนุษย์เพราะชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน และชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งหรือคุณค่าที่สำคัญที่ขอบที่จะคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา เหตุนี้จึงต้องมีการบัญญัติ มาตรา 288 ขึ้น

ในปทัสถาน นั้นมีคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ การประพุดิพิศปทัสถานบางอย่าง อาจไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงพอที่สมควรกำหนดเป็นความผิด อาญาก็ได้ ดังนั้นคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญา จึงเป็นสิ่งสำคัญที่จำเป็นสำหรับการ อยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ที่สำคัญนั้นด้วยกฎหมายอาญา

เรื่องคุณธรรมทางกฎหมายจึงไม่ใช่เรื่องใหม่ในทางกฎหมายในประเทศไทยเราเพียงแต่ ยังไม่เคยมีการกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวนี้กันอย่างเป็นกิจจะลักษณะเท่านั้น ท่านอาจารย์คณิต ฒ นคร ได้กล่าวถึงเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย เป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 2521

คำว่า คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน ที่กฎหมายคุ้มครอง หรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง³² แต่คุณธรรมทางกฎหมาย เป็นคนละอย่าง กับกรรมของการกระทำ เพราะคุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่า ในทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังของ ความผิดฐานต่างๆ แต่กรรมของการกระทำเป็นวัตถุที่ถูกกระทบจากการกระทำที่ละเมิดคุณธรรม ทางกฎหมาย เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ มีทรัพย์เป็นกรรมของการกระทำ แต่คุณธรรมทาง กฎหมาย คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครอง เป็นต้น

ภารกิจของกฎหมายอาญาประการหนึ่งคือการคุ้มครอง คุณธรรมทางกฎหมาย ไม่ให้ เป็นอันตรายหรือถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย แต่ในกรณีใดกรณีหนึ่งซึ่งเป็นการเฉพาะนั้น ถ้าพึง การกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมาย อาจมีการลงความเห็นที่แตกต่างกันได้ว่าในกรณีเฉพาะนั้น เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายแล้วหรือไม่ และการละเมิดคุณธรรม ทางกฎหมายนั้น ผิดกฎหมายหรือไม่

คุณธรรมทางกฎหมายนั้น แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมาย ที่เป็นส่วนบุคคล เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ และ คุณธรรมทางกฎหมาย

³¹ แหล่งเดิม.

³² Hans-Joachim Rudolphi (อ้างถึงใน คณิต ฒ นคร ข. , 2556, น.149).

ที่เป็นส่วนรวม เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา ในความผิดเกี่ยวกับเงินตรา เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนั้น ยังอาจแบ่งแยกย่อยออกไปเป็น คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย แต่การแบ่งแยกต่อออกไปนี้ เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น

โดยทั่วไป คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถระงับความคุ้มครองได้ แต่ชีวิตมนุษย์ แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจระงับความคุ้มครองได้

2.1.4 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ แนวคิดเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ เฉพาะตัว และเหตุเพิ่มโทษ เฉพาะตัว

กรณีการกระทำผิดต่อชีวิต ที่เป็นการกระทำของผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี มีบทบัญญัติของกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289(1) ซึ่งผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น หรือเป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว มีระวางโทษประหารชีวิต ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจในเรื่อง วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา และเหตุเพิ่มโทษ จึงขอกล่าวถึงแนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1.4.1 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

สังคมคาดหวังว่าการลงโทษจะมีผลเป็นการควบคุมสังคม และควบคุมอาชญากรรม การกำหนดโทษตามคำพิพากษา (Sentencing) จึงเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการยุติธรรม และเป็นจุดเริ่มต้นในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Treatment) ในเรือนจำ³³

เมื่อมีการกระทำผิดขึ้นในสังคม จำเป็นที่สังคมจะต้องหาวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อจัดการกับผู้กระทำความผิดละเมิดกฎเกณฑ์ของสังคม เพราะหากสังคมไม่จัดการกับคนที่ทำผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำดังกล่าวการที่สังคมจะจัดการกับคนที่ทำผิดอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับสังคมว่ายุคสมัยนั้นว่าสังคมมีการจัดการกับผู้กระทำความผิดอย่างไร ซึ่งบางการกระทำอาจเป็นความผิดในสังคมหนึ่งช่วงเวลาหนึ่ง แต่อาจไม่ผิดในสังคมหนึ่งช่วงเวลาหนึ่ง โดยสังคมแต่ละยุค

³³ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา* (น.360), โดย ประธาน วัฒนวานิชย์, 2546, กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก. ลิขสิทธิ์ 2546 โดยสำนักพิมพ์ปรกาศพริก.

แต่ละสมัยจะเน้นในวัตถุประสงค์และวิธีการที่จะปฏิบัติต่อคนที่ทำผิดหรือการลงโทษผู้กระทำผิดที่แตกต่างกันไป³⁴ อย่างไรก็ตาม สามารถสรุปวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ ดังนี้

(1) การลงโทษเพื่อเป็นการทดแทน (Retributive Justification)

ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษ เพราะเขาได้กระทำผิด และต้องรับผิดชอบการกระทำของตนเอง โทษต้องเหมาะสมกับความรับผิดชอบ (Culpability) ความรับผิดชอบมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับผลร้ายของการกระทำ เจตนา ไม่เจตนา หรือประมาท แรงจูงใจ พฤติการณ์แวดล้อม เหตุเพิ่มโทษ ลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษ แต่แนวคิดนี้ก็ยังคงยอมรับการทดแทนความผิดที่มีขอบเขตจำกัด หรือความแตกต่างระหว่างบุคคลได้ตามหลักผู้สมควรได้รับโทษ (Distributive Justice) ตามสถานะของบุคคล หรือความชั่ว เป็นต้น³⁵

ในสมัยโบราณ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้เสียหายหรือญาติของผู้เสียหายมักจะใช้วิธีแก้แค้นเพื่อตอบแทนกับฝ่ายตรงข้าม โดยถือหลักว่า เมื่อบุคคลใดกระทำความผิด หรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนย่อมต้องได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้นอย่างสาสมโดยใช้หลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” หรืออาจเรียกว่า “An eye for an eye, a tooth for a tooth” ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีการนี้เป็นการแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดโดยไม่มีข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ที่แน่นอนขึ้นอยู่กับความพอใจเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือญาติพี่น้องของเหยื่อจะใช้วิธีการตอบแทนโดยการแก้แค้น ซึ่งปรากฏว่า การลงโทษนั้นค่อนข้างรุนแรงและเกินขอบเขตมีความทารุณโหดร้ายปราศจากมนุษยธรรม³⁶

ต่อมา เมื่อมนุษย์ได้รู้จักการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มชน หรือสังคมย่อยๆ จึงได้มีการมอบอำนาจในการลงโทษให้แก่ผู้นำหรือหัวหน้ากลุ่ม และในเวลาต่อมาเมื่อมนุษย์มีความเจริญทางวัฒนธรรมและสติปัญญา จึงเกิดระเบียบแบบแผนรวมทั้งกฎเกณฑ์ต่างๆ และกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่สมาชิกของสังคม

นักคิดทางปรัชญาชาวเยอรมัน คือ Immanuel Kant ได้ให้เหตุผลสนับสนุนความคิดตามแนวทฤษฎีนี้ว่า ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับรองการกระทำของเขา และด้วยเหตุเช่นนี้ก็มีผลโดยเสมือนว่า สังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำความผิด และกล่าวในหนังสือ Philosophy of Law ว่า “จะใช้การลงโทษเป็นเพียงเครื่องมือ เพื่อให้

³⁴ นัทธี จิตสว่าง. (ม.ป.ป.). วัตถุประสงค์ในการลงโทษ. สืบค้น 20 สิงหาคม 2557, จาก <http://www.gotoknow.org/posts/454719>.

³⁵ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (น.360). เล่มเดิม.

³⁶ จาก อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น.130), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ:วิญญชน. ลิขสิทธิ์ 2557 โดยสำนักพิมพ์วิญญชน.

เกิดประโยชน์อย่างอื่นไม่ได้ ไม่ว่าจะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ลงโทษเองหรือแก่สังคม เป็นส่วนรวมก็ตาม การลงโทษในทุกกรณีจะต้องเนื่องมาจากเหตุที่ว่าบุคคลที่ถูกลงโทษได้กระทำความผิดเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะเป็นการไม่บังคับที่จะปฏิบัติต่อบุคคลหนึ่งเพียงเพื่อที่จะเป็นเครื่องมือให้บังเกิดผลแก่บุคคลอื่น ทุกคนมีสิทธิในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ในอันจะไม่ถูกปฏิบัติเช่นนั้น³⁷

ปัญหาที่อยู่ว่าทำไมสังคมต้องเข้าไปลงโทษผู้กระทำความผิด การที่รัฐเข้ามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการทดแทนก็เพื่อป้องกันไม่ให้มีการแก้แค้นกันเอง ทำให้สังคมวุ่นวาย เพราะมีการแก้แค้นกันเองโดยไม่สิ้นสุด ซึ่งแสดงถึงความไร้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในขณะที่เดียวกันก็เพื่อช่วยเหลือผู้ที่อ่อนแอกว่าให้ได้รับความเป็นธรรม โดยการลงโทษผู้กระทำความผิดให้ได้รับผลร้ายที่สาสมและทดแทนกันอย่างยุติธรรม วัตถุประสงค์ในการลงโทษข้อนี้เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ในทุกสังคม แม้ว่า จะเป็นวัตถุประสงค์ที่ปัจจุบันเริ่มที่จะลดความสำคัญลงเพราะสังคมมีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์อื่นในการจะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดมากขึ้น ประกอบกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนมีจุดอ่อนหลายประการ คือ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้พิจารณาถึงประโยชน์ในอนาคต คือ ไม่ได้พิจารณาถึงว่าการลงโทษนั้นจะมีผลในการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ การลงโทษเพื่อการทดแทนมิได้ทำให้เกิดผลอะไรกลับคืนมาในเชิงความคิดในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในอนาคต และการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนไม่ได้คำนึงถึงความจำเป็นของสังคม แต่คำนึงถึงความเหมาะสมของโทษกับความผิดที่กระทำ ฉะนั้น เมื่อได้ลงโทษผู้กระทำความผิดตามอัตราโทษแล้ว ก็ต้องปล่อยตัวออกมาต่างๆ ที่ยังเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่ หรือ เช่นกรณีการตัดมือผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ สังคมจะไม่ได้อะไรจากการลงโทษดังกล่าว นอกจากคนพิการให้ที่สังคมจะต้องเป็นภาระเลี้ยงดูต่อไป หรือแม้กระทั่งความผิดเกี่ยวกับเพศจะมีวิธีการอย่างไรลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่ นอกจากนี้ยังเป็นการยากมากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ เพราะในสภาพความเป็นจริง สังคมยังไม่สามารถมีมาตรการใดๆ ที่จะลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิดอย่างแท้จริงได้ เช่น กรณีการลักทรัพย์ การจะลงโทษอย่างไรจึงจะสาสม หากจะใช้โทษจำคุกจะต้องจำคุกกี่ปีจึงจะทดแทนกันได้ เป็นเรื่องของความรู้สึกทั้งสิ้น ยังไม่มีมาตรฐานใด ๆ ที่จะวัดได้ว่าทดแทนกันได้ ปัญหาจึงเกิดว่าผู้กระทำความผิดถูกลงโทษอย่างยุติธรรมหรือผู้เสียหายได้รับการตอบแทนที่ยุติธรรมหรือไม่

³⁷ จาก หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (น.31), โดย ธาณี วรภัทร์ ,2553, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

ในปัจจุบัน การลงโทษโดยถือหลักการแก้แค้นตอบแทนได้วิวัฒนาการไปตามแนวคิดทางอาชญวิทยาสมัยใหม่ คือ หลีกเลียงเลิกใช้วิธีการทรมานร่างกายจึงใช้โทษจำคุกแทนมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะความหนักเบาแห่งการกระทำผิด แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่า สังคมปัจจุบันยังคงมีแรงกระตุ้นเตือนในการแก้แค้นผู้กระทำความผิด ซึ่งการมีบทลงโทษต่างๆ เป็นการเปิดโอกาสให้แก่ชุมชนได้แก้แค้นผู้กระทำความผิดโดยผ่านทางกฎหมาย กฎหมายจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือเพื่อการลงโทษแทน

(2) การลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งหรือข่มขู่ (Utilitarian or Reductive Justification)

การลงโทษมีเหตุผลในการลดจำนวนอาชญากรรม การลงโทษรุนแรงจะเป็นการยับยั้งการกระทำความผิด หรือมีผลป้องกันอาชญากรรม (Deterrence) เพราะ³⁸

(2.1) ยับยั้งผู้ที่กระทำความผิด มิให้กระทำความผิดอีก

(2.2) ยับยั้งผู้ที่อาจจะกระทำความผิด หรือผู้ที่จะเลียนแบบ

(2.3) แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

(2.4) ให้การศึกษาแก่สาธารณชนเพื่อจะได้ตระหนักถึงการกระทำความผิด และมีความระมัดระวังอันเป็นการช่วยลดปัญหาอาชญากรรม

(2.5) ให้ความคุ้มครองแก่สาธารณชน หรือผู้ที่อาจจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม โดยการแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคม

ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของผู้อื่น (Specific deterrence) และเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง เช่น การนำโทษประหารชีวิตมาใช้ นั่น เชื่อว่าวิธีประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม โดย เจมส์ ชูทเธอร์ (Jame Chuter) กล่าวว่า ไม่มีบทลงโทษอื่นใดที่จะมีผลยับยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิดทางอาญาเท่ากับโทษประหารชีวิต นอกจากนี้ ยังมีวิธีการลงโทษประเภทต่างๆ อีก เช่น การใช้ข้อ การเข็ญ การจำคุก การให้นักโทษทำงานหนัก เป็นต้น การลงโทษด้วยวิธีการต่างๆ เหล่านี้ เกี่ยวเนื่องกับหลักธรรมชาติที่ว่า มนุษย์ปรารถนาที่จะได้รับความสุขความสบาย และหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมาน ฉะนั้น การลงโทษจึงก่อให้เกิดการยับยั้งอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า การยับยั้งเป็นพิเศษ (Special deterrence) เพ็งเล็งเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดความกลัวต่อโทษและไม่กล้ากระทำความผิดในอนาคต³⁹

³⁸ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญวิทยา (น.361). เล่มเดิม.

³⁹ อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา (น.131). เล่มเดิม.

(3) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Reformation and Rehabilitation)

ในปัจจุบันมนุษย์เห็นความมีคุณค่าของการอยู่ร่วมกันและการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันมากขึ้น และคำนึงถึงหลักศีลธรรม และหลักมนุษยธรรมมากยิ่งขึ้น และเป็นที่เห็นพ้องต้องกันได้ว่า การลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีได้ แต่กลับเป็นการเสริมสร้างสันดานหยาบกระด้างยิ่งขึ้น หรือเพิ่มความเหี้ยมโหด ทารุณกักขฬะแก่ผู้กระทำความผิดเพิ่มมากยิ่งขึ้นไปอีก ซึ่งเห็นว่าไม่เป็นผลดีต่อคนในชุมชนหรือสังคมแม้แต่น้อย และไม่อาจเป็นหลักประกันว่าจะไม่การกระทำความผิดซ้ำเกิดขึ้นอีก⁴⁰

โดยทั่วไปการแก้ไขผู้กระทำความผิดในเรือนจำมักจะเรียกว่า Reformation และการแก้ไขผู้กระทำความผิดในชุมชนมักจะเรียกว่า Rehabilitation เพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างบุคคลที่อยู่ในและนอกเรือนจำ หรือถูกลงโทษและใช้วิธีการหลีกเลี่ยงการลงโทษ อย่างไรก็ตามก็ยังมีผู้ใช้คำทั้งสองทดแทนกันในความหมายเดียวกัน การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในที่นี้หมายถึงการแก้ไขฟื้นฟู และบำบัดรักษา ทั้งทางร่างกาย จิตใจ หรือรวมทั้งการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบุคลิกภาพ (Modification) เพื่อส่งเสริมให้ผู้ต้องโทษเป็นพลเมืองที่เคารพกฎหมายเมื่อพ้นโทษหรือมีทัศนคติที่ดีต่อสังคม การแก้ไขฟื้นฟูจะประสบผลสำเร็จอย่างน้อยที่สุดต้องมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงในระยะสั้น หรือเป็นครั้งคราวเท่านั้น⁴¹

การแก้ไขผู้กระทำความผิด จึงเป็นการห้ามปรามมิให้เกิดการประกอบอาชญากรรม จึงเป็นงานที่รัฐบาลจะต้องกระทำเพื่อแก้ไขฟื้นฟูหรือเยียวยารักษาผู้กระทำความผิดเปลี่ยนให้เขาเคารพกฎหมายให้ได้⁴²

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขผู้กระทำความผิดในปัจจุบัน แม้จะเป็นแนวทางที่ยอมรับกันในวงการราชทัณฑ์โดยทั่วไป แต่ก็ยังเป็นที่ยสงสัยว่าจะได้รับผลตามประสงค์เพียงไร เพราะการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดจะมีอุปสรรคหลายประการ กล่าวคือ

1) ผู้กระทำความผิดบางส่วนเปรียบเสมือนกับแก้วที่แตกไปแล้วยากต่อการที่จะมาต่อให้เหมือนเดิมเพราะได้สูญเสียบุคลิกภาพไปแล้วโดยถูกหล่อหลอมและขัดเกลาให้มีบุคลิกลักษณะเช่นนั้นมาเป็นเวลานาน แต่ใช้เวลาในเรือนจำไม่นาน เพื่อที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้ฟื้นคืนกลับมา และให้ปรับตัวเข้ากับคนโดยทั่วไปในสังคมนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก

⁴⁰ แหล่งเดิม.

⁴¹ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา (น.362). เล่มเดิม.

⁴² อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น.132). เล่มเดิม.

2) การลงโทษเพื่อการแก้ไขขัดกับความรู้สึกของคนในสังคมว่าผู้กระทำผิดไม่ควรได้รับการปฏิบัติที่ดีกว่าคนทั่วไป ตามหลักของเจเรมี เบนเทม (Jeremy Bentham) ที่เรียกว่า “หลักการได้รับประโยชน์ที่น้อยกว่า” (Principle of less eligibility) ทั้งนี้เพราะคนโดยทั่วไปจะเห็นว่าเป็นการไม่เป็นธรรมที่ผู้กระทำผิดจะได้รับประโยชน์มากกว่าคนสุจริตโดยทั่วไป เช่น ผู้กระทำผิดจะได้รับการอบรมแก้ไขฝึกวิชาชีพ สวัสดิการ อาหาร ที่อยู่อาศัย ตลอดจนการจัดการศึกษา การหางาน ในขณะที่คนโดยทั่วไปในสังคมอีกจำนวนมากไม่ได้รับบริการดังกล่าว สังคมภายนอกยังมีความยากจน ไม่มีงานทำเลี้ยงดูตนเองและความคร่ำ จึงทำให้ความรู้สึกของคนทั่วไปดังกล่าวเห็นได้ว่าขัดกับหลักของการแก้ไขฟื้นฟู

3) การแก้ไขฟื้นฟูเหมาะสำหรับผู้กระทำผิดบางประเภทเท่านั้น เช่น ผู้กระทำผิดครั้งแรก ซึ่งได้กระทำผิดไปเพราะอารมณ์ชั่ววูบหรือโดยพลั้งพลาด หรือทำไปเพราะความจำเป็น การแก้ไขฟื้นฟูไม่ทำให้กระทำผิดซ้ำขึ้นอีกย่อมมีทางทำสำเร็จได้มาก แต่สำหรับผู้กระทำผิดที่เคยกระทำผิดและถูกลงโทษมาหลายครั้งแล้ว หรือพวกอาชญากรอาชีพหรือพวกทำผิดติดนิสัย โอกาสที่จะแก้ไขฟื้นฟูให้กลับตัวจะยอมเป็นไปได้อีก ดังนั้น การแก้ไขฟื้นฟูจึงไม่สามารถจะทำให้ผู้กระทำผิดกลับตัวได้ทุกกรณีไป

4) การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดในเรือนจำ จะทำให้ผู้กระทำผิดได้รับทราบปกลายเป็นคนจู้จุกขี้ตะรัง เมื่อพ้นโทษออกไปก็จะไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม จึงต้องไปคบหาสมาคมกับพวกเดียวกันที่ยอมรับและกลับเข้ามาในเรือนจำใหม่ อันตรงกับทฤษฎีการติดตรา (Labeling Theory)

อย่างไรก็ตาม แม้การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูจะมีข้อจำกัดอยู่หลายประการดังกล่าว แต่ก็ยังเป็นวัตถุประสงค์ที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติอยู่ในวงการราชทัณฑ์ของประเทศต่างๆ โดยทั่วไปโดยจะต้องทำควบคู่ไปกับหลักการจำแนกลักษณะผู้ต้องขัง เพื่อแยกคนที่สมควรแก้ไขฟื้นฟูมาดำเนินการอย่างจริงจัง ทั้งนี้ โดยผสมผสานไปกับวัตถุประสงค์ข้ออื่น ๆ⁴³

(4) การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำความผิดได้อีก (Incapacitation)

เป็นวัตถุประสงค์หรือแนวที่ทำให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสกระทำความผิด อาจได้แก่ การลงโทษจำคุกตลอดชีวิต จำคุกมีกำหนดระยะเวลา การประหารชีวิต เป็นต้น โดยประสงค์ที่จะกำจัดผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคมอย่างถาวรหรือชั่วคราวก็ตาม อันเป็นการป้องกันให้คนในสังคมอยู่ได้อย่างปลอดภัย ไม่ต้องหวาดระแวงภัยจากบุคคลนั้นๆ อีกต่อไป นอกจากนี้ วิธีการที่จะตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคมอาจทำได้โดยการเนรเทศเพื่อป้องกัน

⁴³ นัทธิ จิตสว่าง. (ม.ป.ป.). วัตถุประสงค์ในการลงโทษ. สืบค้น 20 สิงหาคม 2557 ,จาก <http://www.goto know.org/posts/454719>.

สังคมนอกจากอาชญากร โดยการกักอาชญากรไปอยู่ที่อื่นเพื่อให้สังคมปลอดภัย เช่น อังกฤษเคยส่งนักโทษไปไว้ที่ออสเตรเลีย หรือโดยการทำลายอวัยวะเพื่อตัดโอกาสผู้กระทำผิดในการประกอบอาชญากรรม เช่น ตัดมือพวกลักขโมย ทำให้หมดโอกาสลักขโมย หรือการประหารชีวิต⁴⁴ หรือสหรัฐอเมริกาเคยส่งผู้ต้องขังคดีอาชญากรรมไปอยู่บนเกาะอัลคาทาส (Alcatraz island) เป็นต้น

(5) การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)⁴⁵

การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชน หรือสังคมนั้นปลอดภัยจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขฟื้นฟูในระหว่างต้องโทษ พร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก

มาร์ค แอนเซล (Marc Ancel)⁴⁶ เป็นนักอาชญาวิทยาที่มีชื่อเสียงของประเทศฝรั่งเศสได้ให้คำนิยามของการป้องกันสังคมว่าหมายถึง การปกป้องคุ้มครองสังคมที่เปรียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยจำเป็นยิ่งต่อการดำรงต่อต้านอาชญากรรม โดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรม อย่างไรก็ตามนโยบายในการรักษาความสงบสุขและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมสามารถแบ่งเป็นขั้นตอน ดังนี้ คือ

- 1) วางแผนการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม
 - ก) เร่งรัดเจ้าหน้าที่ป้องกันและปราบปรามโจรผู้ร้าย
 - ข) ขอความร่วมมือจากราชฎาอาสาสมัคร
 - ค) ควบคุมการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรม
 - ง) สอดส่องดูแลการปฏิบัติงานพร้อมทั้งความประพฤติ
 - จ) จัดวางสายงานการให้ข่าวกรองที่เชื่อถือได้
 - ฉ) ให้มีการประเมินผล
- 2) ให้การศึกษาแก่ประชาชนในเรื่องการป้องกันทรัพย์สินและความปลอดภัย
- 3) จริยธรรมของผู้ปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรม
- 4) การประสานงานของสถาบันที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม

จะเห็นได้ว่า สังคมจะปลอดภัยจากอาชญากรรมได้นั้น จำเป็นต้องกระทำร่วมกันหลายฝ่าย เพื่อให้อาชญากรรมลดจำนวนลง ซึ่งแนวทางการป้องกันสังคมจำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องกับ

⁴⁴ แหล่งเดิม.

⁴⁵ อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น.133). เล่มเดิม.

⁴⁶ ผจงจิตต์ อธิคมนันท์ (อ้างถึงใน อัจฉริยา ชูตินันท์. , 2557, น.133).

การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิด เพื่อให้ผู้กระทำผิดกลับตนเป็นคนดี นอกจากนี้ จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม โดยวางแนวทางปฏิบัติที่จำเป็นจะต้องกระทำ วางระบบการควบคุมการลงโทษ การกำหนดโทษหรือวางเงื่อนไข ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครอง ป้องกันสังคม

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามที่กล่าวมานี้ เป็นพื้นฐานสำคัญในการลงโทษทางอาญา โดยในการนำไปใช้นั้นจะเน้นหนักไปทางใดก็เป็นไปตามลักษณะทางวัฒนธรรมของกลุ่มชนนั้น สภาพชีวิตความเป็นอยู่ ศาสนา และแนวนโยบายแห่งรัฐในบางช่วงเวลา แนวคิดของทฤษฎีต่างๆเหล่านี้ อาจเป็นเครื่องมือของรัฐในการคุ้มครองป้องกันสังคมในสถานการณ์ที่วิกฤตได้ หากเราพิจารณาประวัติการลงโทษอาญาของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จะพบว่ามีการนำทฤษฎีต่างๆมาใช้ผสมกลมกลืนกันอยู่หลายทฤษฎี ปรากฏในโทษและวิธีการบังคับโทษในทางอาญา

สำหรับวิธีการลงโทษที่สนองต่อวัตถุประสงค์นี้และใช้กันแพร่หลายในปัจจุบันก็คือ การจำคุกโดยกันผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเพื่อให้สังคมปลอดภัย แต่การจำคุกเป็นวิธีแยกผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมเพียงชั่วคราว ผู้กระทำความผิดยังคงต้องกลับมาอยู่ในสังคม และเมื่อกลับมาแล้วผู้กระทำความผิดอาจมีความโกรธแค้นสังคมมากยิ่งขึ้น เป็นผลต่อเนื่องจากการลงโทษที่เขาได้รับหรือการอยู่ในเรือนจำเป็นระยะเวลานานๆ ทำให้บุคคลนั้นปรับตัวเข้าอยู่ร่วมกับสังคมได้ยากยิ่งขึ้น ประกอบกับโดยทั่วไปสังคมไม่ยอมรับบุคคลที่ผ่านการรับโทษจำคุกมาแล้ว คนเหล่านี้จึงมีตราบาปของการเป็นคนจี้คุก ทำให้กลายเป็นคนที่สังคมไม่ยอมรับอีก⁴⁷

แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากวัตถุประสงค์การลงโทษตามที่กล่าวมาแล้ว การลงโทษยังจำต้องคำนึงถึงหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด(Individualization) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่จะส่งผลให้การบังคับโทษเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ซึ่งการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด พิจารณาจากความเป็นจริงที่ว่า มนุษย์แต่ละคนมีความสามารถที่ไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรได้รับการลดโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวคิดนี้จะมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงหาได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่นไม่ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นคนดีและกลับคืนสังคมได้ เพราะการลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้น ในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตนให้เป็นคนดีได้

⁴⁷ หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (น.36). เล่มเดิม.

ทั้งนี้ การลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคลนั้น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด เป็นองค์ประกอบสำคัญต่อการดำเนินคดีอาญา เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด โดยนำข้อเท็จจริง เหล่านี้มาประกอบการพิจารณาสิ่งคดีของพนักงานอัยการและตัดสินคดีของศาล อันได้แก่ ความร้ายแรงของการกระทำความผิด ประวัติของผู้กระทำความผิด ความประพฤติ สุขภาพ ร่างกาย ภาวะแห่งจิต รวมทั้งสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำความผิดอีกด้วย⁴⁸ ซึ่งหากนำ ข้อเท็จจริงเหล่านี้มาประกอบการพิจารณาก็จะทำให้การลงโทษเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการ ลงโทษและหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Individualization) อันจะทำให้ เกิดผลสัมฤทธิ์มาจากการลงโทษมากขึ้น

2.1.4.2 แนวคิดเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้

ในยุคก่อนมีสำนักทางอาชญาวิทยา ระบบกฎหมายขณะนั้นมีลักษณะคลุมเครือ ไม่ชัดเจน และมีช่องว่างมาก เปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจตีความได้ตามอำเภอใจ ทำให้ เกิดอคติในการพิจารณาพิพากษาคดี รวมทั้งขาดหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน มีการทรมาน เพื่อได้รับสารภาพด้วยวิธีการต่างๆ

เมื่อเกิดสำนักความคิดทางอาชญาที่เรียกว่า สำนัก Classical School โดย Cesare Beccaria ที่พยายามต่อต้านวิธีพิจารณาพิพากษาคดีที่กระทำโดยปราศจากขอบเขตของศาล จึงเสนอ ให้มีหลักเกณฑ์เพื่อหลีกเลี่ยงการตีความตามอำเภอใจ และในทัศนะของสำนักความคิดนี้เห็นว่า กฎหมายจะต้องได้รับการบังคับใช้สำหรับประชาชน โดยเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาในชั้นศาล คือ การพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดจริงหรือไม่ ถ้าบุคคลได้ กระทำความผิดจริงก็จะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย ไม่จำกัดเพศ วัย สติปัญญา และสถานภาพทางสังคม ผู้พิพากษาควรเป็นเพียงกลไกของกฎหมายที่ทำหน้าที่พิจารณาว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดจริงหรือไม่ เท่านั้น ไม่ควรมีอำนาจในการตีความกฎหมายและการลดหย่อนผ่อนโทษ ทั้งนี้ เพราะอำนาจ ในการบัญญัติกฎหมายและบทกำหนดโทษเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายที่พึงประสงค์จึงควร มีลักษณะที่เด็ดขาด เกร็งครัด แน่นอนและไม่มีอคติ และโทษที่จะลงต้องมากพอที่จะก่อให้เกิดผู้กระทำ ผิดรู้สึกสูญเสียยิ่งกว่ารู้สึกว่าได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิด หลักในเรื่องการลดหย่อนโทษหรือ เหตุปรานีต่างๆ จึงยังไม่ได้รับการพิจารณาในยุคนี้⁴⁹

⁴⁸ จาก ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดเพื่อประกอบการดำเนินคดีอาญา (บทคัดย่อ), โดย พรชิตา เอี่ยมศิลา, 2549, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2549 โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁴⁹ จาก อาชญาวิทยา: สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม (น.25), โดย ปุระชัย เปี่ยมสมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2531 โดย โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ต่อมาเมื่อเข้าสู่ศตวรรษที่ 19 แนวความคิดของสำนัก Classical School ได้รับความพัฒนาขึ้นมาในแนวทางใหม่ มีทัศนะกว้างขึ้น โดยให้ความสำคัญต่อบัจจัยต่างๆ เกี่ยวกับตัวผู้กระทำมากขึ้น เกิดเป็นสำนักใหม่ที่เรียกว่า Neo Classical School มีสาระสำคัญ 4 ประการ⁵⁰ คือ

- 1) เสนอให้มีการนำพฤติกรรมแห่งคดีเข้ามาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล
- 2) การชี้แนะของให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นในการพิจารณาถึงประวัติภูมิหลังของผู้กระทำผิด
- 3) เสนอให้ศาลยอมรับฟังคำให้การของผู้เชี่ยวชาญ
- 4) กระตุ้นให้ศาลสนใจกับบุคคลบางประเภทที่มีความรับผิดชอบทางอาญา แตกต่างจากบุคคลทั่วไป เนื่องจากไม่อาจกำหนดเจตจำนงโดยอิสระได้ โดยสมควรที่กฎหมายจะให้ความปรานีและผ่อนปรนการลงโทษแก่บุคคลบางประเภท เช่น เด็ก บุคคลวิกลจริต คนชรา เป็นต้น สาระสำคัญดังกล่าวนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายอาญา

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าในยุค Neo Classical School เป็นยุคแรกที่สังคมหันมาให้ความสำคัญกับเหตุปรานีต่างๆ และให้ความสำคัญกับการกำหนดโทษที่เหมาะสม ซึ่งหลักการนี้ทำให้หลายประเทศหันมาปรับปรุงระบบกฎหมายของตนเอง โดยยอมรับเอาพฤติกรรมต่างๆ ที่เห็นว่าผู้กระทำผิดสมควรได้รับความปรานีหรือลดหย่อนโทษให้ สำหรับประเทศไทย อิทธิพลทางความคิดดังกล่าวนี้ได้เข้ามาครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นยุคที่มีการปฏิรูปกฎหมายของประเทศ เพื่อให้สอดคล้องกันประเทศอื่นๆ และในประมวลกฎหมายปัจจุบัน เราก็ได้ยอมรับแนวคิดข้างต้นไว้ด้วย เช่น การกระทำความผิดของเด็ก การกระทำด้วยความจำเป็น การกระทำความผิดต่อสามีภริยา การกระทำความผิดต่อญาติสนิท เป็นต้น

2.1.4.3 แนวคิดเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว

ปัญหาอาชญากรรมเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นควบคู่กับสังคม ไม่ว่าจะเป็นสังคมที่เจริญแล้วหรือกำลังพัฒนาต่างก็ประสบปัญหาอาชญากรรมทั้งสิ้น ปัญหาอาชญากรรมเป็นปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของมนุษย์ สังคมต้องสร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคม รวมทั้งแสวงหาวิธีการต่างๆ ในการป้องกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้ปลอดภัยจากการกดขี่ข่มเหง การเอารัดเอาเปรียบ และการใช้อำนาจเกินขอบเขตของรัฐ ดังนั้นแม้บุคคลจะมีลักษณะเป็นอิสระ แต่ต่างก็แสดงความยินยอมพร้อมใจกันที่จะเข้าร่วมกันในสังคม และเพื่อการอยู่ร่วมกันอย่างสันติและมั่นคง บุคคลจึงได้ยอมสละเสรีภาพหรือความสะดวกสบายบางประการของตน

⁵⁰ แหล่งเดิม.

เพราะฉะนั้นสังคมจึงมีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อบุคคล และบุคคลก็มีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อสังคม บุคคลไม่ได้ยินยอมสละสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลทั้งหมดให้กับรัฐ แต่บุคคลได้มอบสิทธิเสรีภาพเพียงบางส่วนเท่าที่จำเป็นต่อการรวมตัวทางสังคมเท่านั้นให้กับรัฐ ดังนั้น กฎหมายซึ่งเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นในการลงโทษก็ควรใช้เพียงเพื่อป้องกันสิทธิเสรีภาพของสาธารณชนจากการล่วงละเมิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง บุคคลผู้กระทำผิดจึงจำเป็นต้องรับโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้กำหนดโทษไว้ล่วงหน้า การลงโทษเช่นนี้ก็มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการกระทำความผิดทั้งของผู้กระทำผิดเองและเพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นนำไปเป็นเยี่ยงอย่าง

ในด้านของจุดประสงค์ของการลงโทษที่ให้ผู้กระทำความผิดประกอบเหตุจรรยาต้องรับโทษหนักขึ้นนั้น ก็จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่สำคัญๆ คือ⁵¹

- 1) เพื่อเป็นการแก้แค้นและทดแทนการกระทำความผิด
- 2) เพื่อเป็นการข่มขู่และป้องกันอาชญากรรม

จุดประสงค์ทั้ง 2 ประการนี้เป็นจุดประสงค์ของการลงโทษที่มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ และตามแนวความคิดในการลงโทษสมัยใหม่ถือว่าการลงโทษเช่นนี้เป็นสิ่งที่ล้าสมัยและไม่ชอบด้วยมนุษยธรรม โดยนักอาชญาวิทยาได้ให้ความเห็นว่า การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สมควรและไม่ชอบด้วยเหตุผล เพราะถือว่าการแก้แค้นทดแทนนั้นไม่ได้คำนึงถึงความปลอดภัยของสังคม คือ ไม่ได้คำนึงว่าการลงโทษนั้นจะเป็นการทำให้อาชญากรรมลดลงหรือไม่ และเมื่อไม่ได้คำนึงถึงอนาคตแล้ว การลงโทษหรือไม่ลงโทษก็จะมีผลเท่ากัน เพราะความผิดได้กระทำไป และเกิดขึ้นแล้ว แม้จะลงโทษหรือไม่ลงโทษ ก็จะไม่มีการทำให้ผลร้ายจากการกระทำความผิดนั้นกลับคืนมาได้ นอกจากนั้นจุดประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทนนี้ยังมีได้คำนึงถึงความปลอดภัยของสังคม เพราะเมื่อผู้กระทำความผิดได้รับโทษจนสาสมความผิดแล้ว ก็จะถูกปล่อยออกมาต่างๆ ที่ยังอาจเป็นภัยต่อสังคม

แม้จุดประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทน และข่มขู่ป้องกันอาชญากรรมจะมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการก็ตาม และในปัจจุบันยึดหลักว่าการลงโทษควรเป็นการมุ่งประสงค์ให้เป็นการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคลเพื่อให้กลับตัวเป็นพลเมืองดีด้วย แต่ในสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน จุดประสงค์ของการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนก็ยังคงจะต้องมีอยู่เพราะความรู้สึกนึกคิดของคนส่วนมากยังต้องการให้อาชญากรได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดหนักกับความอุกฉกรรจ์ของความผิดที่กระทำลง และเมื่อกฎหมายเป็นเครื่องมือของสังคม กฎหมาย

⁵¹ จาก เหตุจรรยาในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ (น.13-16), โดย ขวัญธิดา สุวรรณบัตร, 2545, กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2545 โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

จึงไม่อาจจะทิ้งจุดประสงค์ดังกล่าวเสียได้ การกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากเหตุกรรจ์ในคดีอาญาจึงยังคงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในสถานการณ์ปัจจุบัน ซึ่งมีสถิติการกระทำความผิดเกิดขึ้นและรูปแบบของการกระทำความผิดก็ยิ่งรุนแรงมากขึ้นด้วย

ทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษ⁵²

1) ระดับความร้ายแรงของการกระทำที่กำหนดโทษสำหรับความผิดในกฎหมายอาญาไทย

ตามกฎหมายไทยส่วนใหญ่จะกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดให้ได้สัดส่วนกับการกระทำ โดยมีแนวคิดที่คำนึงถึงสิ่งต่างๆ ที่สำคัญ ดังนี้

(1) การคำนึงถึงผลของการกระทำ

ถ้าผลของการกระทำเกิดขึ้นร้ายแรงมาก ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษหนักมากขึ้นตามส่วนของผลที่กระทำ แต่ในทางตรงข้าม ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นเป็นผลเล็กน้อย ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษให้น้อยลง เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กาย หรือจิตใจ ตามมาตรา 295 แต่หากการทำร้ายร่างกายนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส ก็เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 และเช่นกัน หากการทำร้ายนั้นเป็นเหตุให้เกิดความตายแม้ผู้กระทำเพียงแต่เจตนาทำร้ายเท่านั้น ผู้กระทำก็มีความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 290 แม้จะปรากฏต่อไปว่า ผู้กระทำมีเจตนาเพียงทำร้ายร่างกายผู้อื่นไม่ให้ได้ถึงกับเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ตาม ซึ่งระวางโทษในความผิดดังกล่าวข้างต้นจะสูงขึ้นตามผลของการกระทำ

(2) การคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำ

ถ้าผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้ายมาก ประมวลกฎหมายอาญาก็กำหนดโทษหนักมากส่วนของความชั่วของจิตใจ กล่าวคือ ผู้กระทำมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลร้ายแรงเพียงใดหรือไม่ ดังเห็นได้จากการที่ประมวลกฎหมายอาญาใช้ระบบคำนึงถึงจิตใจด้วย ในความผิดบางมาตราจึงมิได้กำหนดว่า จะต้องเป็นการกระทำอย่างไร และแม้ว่าการกระทำความผิดอย่างเดียวกัน กฎหมายอาญาอาจจะกำหนดโทษแตกต่างกันไป ตามแต่ผู้กระทำจะมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลร้ายเพียงใด เช่น การใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ถ้าผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำร้ายร่างกายบุคคลปกติ ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามมาตรา 391 โดยเพียงเป็นความผิดลหุโทษ

⁵² เหตุกรรจ์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยเจตนา ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ (น.13). เล่มเดิม.

เท่านั้น แต่ถ้าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาต่อบุพการี ต่อเจ้าพนักงาน ก็เป็นความผิดตามมาตรา 296 ซึ่งมีโทษสูงขึ้น

(3) การคำนึงถึงภัยอันจะเกิดขึ้น

เป็นการคำนึงถึงผลของการกระทำความคิด แม้ว่าการกระทำนั้นผลของความคิดจะยังไม่เกิดขึ้น หรือเจตนาของผู้กระทำความคิดไม่มีเช่นนั้นก็ตาม แต่ผลของการกระทำความคิดอาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งกฎหมายมักใช้คำว่า มีลักษณะอันน่าจะเป็นอันตราย เช่น ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน เช่น มาตรา 220 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เกิดเพลิงไหม้แก่วัตถุใดๆ แม้จะเป็นของตนเอง จนน่าจะเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น...” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำความคิดดังกล่าว แม้ผลของการกระทำจะยังไม่เกิดขึ้นแต่ก็เป็นการกำหนดบทลงโทษไว้โดยคำนึงถึงภัยอันอาจเกิดขึ้นได้

2.2 เหตุผลและแนวคิดทางศาสนา และสังคมวิทยา ที่มีผลต่อการบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญากรณีผู้สืบสันดาน กระทำต่อบุพการีตามมาตรา 71วรรคสอง และมาตรา 289(1)

2.2.1 แนวคิดทางศาสนา และศีลธรรม

ความเชื่อทางพุทธศาสนาเป็นสิ่งที่มีความเป็นมาเป็นเวลายาวนาน กล่าวถึงความกตัญญูกตเวทีต่อผู้มีพระคุณนั้น ในทางพุทธศาสนาพระพุทธเจ้าตรัสบรรยายคุณธรรมของบุตรธิดาไว้อย่างสั้นๆ แต่จับความไว้ได้อย่างครบถ้วน คือคำว่า กตัญญู กตเวที คุณค่าและศักดิ์ศรีของความเป็นบุตรธิดาที่ตีรวมอยู่ใน 2 คำนี้ กตัญญู เป็นธรรมอันเป็นมงคลที่ 25 ที่พระพุทธเจ้าทรงตรัสไว้โดยเน้นให้นำไปพัฒนาคุณสมบัติของคนดี การรู้บุญคุณคนหรือรู้อุปการคุณที่ผู้อื่นทำให้ตนเองนับถือเป็นหลักแห่งความยุติธรรมและความเป็นธรรมอย่างหนึ่งในสังคมมนุษย์ เฉพาะกตัญญูต่อบิดามารดาในฐานะบุพการี หมายถึง รู้คุณเห็นคุณบิดามารดา คือ เห็นด้วยใจ เห็นด้วยปัญญา ว่าบิดามารดาเป็นผู้มีพระคุณต่อตนอย่างแท้จริง ประโยชน์ที่บิดามารดาทำแก่บุตรแตกต่างจากคนทั่วไป บิดามารดาทำหน้าที่ให้กำเนิดและสงเคราะห์บุตรจนสุดชีวิตโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน ความกตัญญูจึงเป็นคุณธรรมเบื้องต้นของบุตร และเป็นบ่อเกิดของความรับผิดชอบต่อความเป็นมนุษย์ เป็นเครื่องทำลายความเห็นแก่ตัว ซึ่งเป็นอันตรายสำคัญของความดี ส่วนกตเวทีตา หมายถึง การตอบแทนคุณบิดามารดา โดยการประกาศคุณ และการตอบแทนคุณ⁵³

⁵³ จาก ศึกษาวิเคราะห์การบำรุงบิดามารดาตามแนวคิดทางพระพุทธศาสนาเถรวาท (น.51-54), โดย นัยนา นามเข็ม, 2554, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2554 โดย มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.

บุตรบางคนได้ทำบาปด้วยการประทุษร้ายต่อบุพการีของตนด้วยกายกรรมบ้าง วจีกรรมบ้าง มโนกรรมบ้าง ทั้งเขาไปหาหนัก บางคนอาจประทุษร้ายต่อบุพการีจนถึงแก่กรรม ผู้ทำย่อมได้รับโทษสูงสุดทันที เช่นตัวอย่าง บุพกรรมในอดีตของพระมหาโมคคัลลานะ ที่เคยประทุษร้ายมารดาจนถึงแก่กรรม เพราะหลงเชื่อคำพูดที่ภรรยาของส่อเสียดให้ฆ่ามารดาของตน ทางพุทธศาสนาถือว่าบุคคลนี้ได้อ่านนัตริยกรรม คือ กรรมอันหนักห้ามสวรรค์ห้ามนิพพานเลยทีเดียว แม้ในชาติสุดท้ายของพระมหาโมคคัลลานะ ท่านจึงถูกโจรทำร้ายถึงแก่กรรมเช่นเดียวกับที่ทำไว้แก่มารดาของตนในอดีตชาติ ดังนั้น บุตรจึงควรรู้โทษหรือผลกระทบที่จะเกิดแก่ตนทั้งในปัจจุบันชาติและภพหน้า หากเป็นคนอกตัญญูและประทุษร้ายต่อบุพการี⁵⁴

บิดามารดา ในพุทธศาสนา พระพุทธเจ้าทรงตรัสยกย่องไว้ในพรหมสูตร แห่งคตินิบาตและจตุกกนิบาต อัง กุตตรนิกายว่า "พรหมมาติ ภิกขเว มาตาปีตุนเมตํ อธิวณฺํ เป็นต้น แปลความว่า ภิกขุทั้งหลาย คำว่า พรหม นั้น เป็นชื่อของบิดามารดา เพราะบิดามารดา เป็นผู้มียุประการมาก บำรุงเลี้ยงดูและเป็นผู้แสดงโลกนี้แก่บุตรทั้งหลาย ดังนี้ บิดามารดามีคุณธรรมเหมือนกับพระพรหม ที่เรียกว่า พรหมวิหารธรรม แปลว่า ธรรมเป็นเครื่องอยู่อย่างประเสริฐ เป็นเครื่องอยู่ของพระพรหม ซึ่งบิดามารดาควรจะมีคุณสมบัติต่อบุตร 4 ประการ คือ⁵⁵

- 1) เมตตา มีความเอ็นดู ปรารถนาให้บุตรธิดามีความสุข ความเจริญ
- 2) กรุณา มีความสงสาร ต้องการจะให้บุตรธิดาที่มีความทุกข์พ้นจากความทุกข์
- 3) มุทิตา แสดงความยินดีด้วยความจริงใจเมื่อบุตรธิดาได้ศึมีสุข
- 4) อุเบกขา วางเฉย ไม่ชวนชววยกังวล เมื่อทราบว่บุตรธิดาเติบโตใหญ่ มีงานทำเลี้ยงตัวเองและครอบครัวเป็นหลักฐานแล้ว

เมื่อกล่าวถึงการตั้งครรรค์แทนนั้น ในทางพุทธศาสนาเป็นศาสนาที่ค่อนข้างเปิดกว้างในเรื่องการตั้งครรรค์แทนมากกว่าศาสนาอื่น ๆ โดยถือเพียงว่าถ้าไม่เป็นการทำลาย หรือฆ่าสัตว์ตัดชีวิตกันแล้วก็น่าจะกระทำได้ไม่เป็นการผิดศีลธรรม แตกต่างจากศาสนาคริสต์ที่มีแนวคิดที่ไม่เห็นด้วยกับการกำเนิดบุตรที่ไม่ธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางพุทธศาสนาอาจจะไม่ชี้ชัดว่าการตั้งครรรค์แทนไม่ผิดถ้ามีเหตุผลเพียงพอ แต่อาจจะมิข้อโต้แย้งได้หากว่าการกำเนิดชีวิตโดยการใช้เทคโนโลยีการแพทย์สมัยใหม่ มีตัวอ่อนบางส่วนถูกทำลายไป ตัวอ่อนนั้นก็ต้องถือว่า

⁵⁴ แหล่งเดิม.

⁵⁵ พระเทพคุณาภรณ์. (2554 ,30 เมษายน). พระพรหมของลูก. *ข่าวสตรายวัน* (7457), น. 31.

มีชีวิตแล้ว การทำลายตัวอ่อนก็ต้องเป็นบาปเช่นกัน⁵⁶ และกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนยินยอมตั้งครรภ์โดยมิใช่บุตรของตนเอง หรืออาจจะเป็นบุตรทางชีววิทยาของตนก็ได้ มีเจตนาจะสละความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมาเพื่อยกเป็นบุตรของผู้อื่น ถูกรังแกร่างกายของหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นเสมือนที่รับบริการตามแต่ใจของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน หรือเป็น โรงงานที่สามารถผลิตสินค้า คือเด็กกลายเป็นสินค้าที่สามารถซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนได้ด้วยเงิน ความผูกพันทางสายเลือด และสายสัมพันธ์ระหว่างมารดาผู้ให้กำเนิดและเด็กที่เกิดมาจะหมดไป พื้นฐานอันแข็งแกร่งของระบบครอบครัวที่เกิดจากบิดามารดาและบุตรถูกทำลาย ก่อให้เกิดความสับสนแก่เด็กที่เกิดมาว่าชาติกำเนิดของตนมีมาอย่างไร⁵⁷

จะเห็นได้ว่าสถาบันศาสนา ได้มีส่วนอย่างสำคัญในความเกี่ยวข้องเกี่ยวเนื่องกันกับกฎหมาย โดยเฉพาะพุทธศาสนาซึ่งประชากรส่วนใหญ่ในประเทศไทยนับถือนั้น มีส่วนทำให้กฎหมายมีลักษณะผสมผสานกับความเชื่อในกฎแห่งกรรม ก่อให้เกิดหลักอันมั่นคงแห่งศีลธรรม จรรยาที่วางรากฐานการประพฤติปฏิบัติของผู้คนในสังคม จนหลักแห่งศีลธรรมจรรยาที่วางรากฐานการประพฤติปฏิบัติของผู้คนในสังคม จนหลักศีลธรรมได้ค่อยๆ มีวิวัฒนาการมาเป็นหลักกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าศาสนามีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายไทย ที่เห็นเด่นชัดได้แก่ กฎหมายตราสามดวง ซึ่งเป็นหลักฐานสำคัญที่แสดงถึงความเชื่อ ประเพณี พิธีกรรม ที่ผสมผสานจากฐานแห่งศาสนา และจากการที่กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่ใช้มาแต่ครั้งกรุงศรีอยุธยา มาจนถึง 5 รัชกาลแรกแห่งกรุงรัตนโกสินทร์ จึงมีผลอย่างมากต่อการตรากฎหมายในชั้นหลังที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่าพุทธศาสนาได้มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน⁵⁸

เมื่อกฎหมายมีความสอดคล้องกับจารีตประเพณี ศาสนา และศีลธรรม การบังคับใช้กฎหมายก็คงไม่ยาก เพราะผู้ที่คิดจะฝ่าฝืนก็ต้องคำนึงอยู่เสมอว่าตนมิได้ฝ่าฝืนเฉพาะกฎหมายเท่านั้น แต่ยังฝ่าฝืนมาตรการอื่นๆ ที่ควบคุมสังคมด้วย เช่น ศีลธรรมทางศาสนา ที่กล่าวมานี้ เป็นต้น ตามจารีตประเพณีของไทยแต่โบราณนั้น แม้เพียงจับเนื้อต้องตัวระหว่างชายหญิง ก็ถือเป็น

⁵⁶ จาก การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก (น.26-27), โดย ณัฐวิวรรณ อภิสิทธิ์ โยธิน, 2543, กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2543 โดย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁵⁷ จาก “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีใหม่”, โดย วิชา มหาคุณ, 2537, วารสารศาลกฎหมาย, 15(1), 20.

⁵⁸ จาก “อิทธิพลของพระพุทธศาสนาต่อระบบกฎหมายไทย”, โดย จารุณี ฐานรตากรณ์, 2553, วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์, 4(3), 3.

ที่เสียหายแก่หญิงแล้ว และถ้าถึงขนาดยื้อยุดมือถือแขน หรือลักลอบพุดจกักับภริยาของผู้อื่นในกฎหมายลักษณะฝ่าฝืนถือว่ามีความผิด ต้องโทษปรับไหมด้วย⁵⁹

ความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ล้วนแต่ผิดศีลธรรมทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามก็ยังมีกรกระทำบางอย่างที่ถือว่าผิดศีลธรรมแต่ไม่เป็นความผิดกฎหมาย เช่น การพุดโกหก เว้นแต่การโกหกนั้นจะเป็นการโกหก โดยการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน หรือการฉ้อโกง เป็นต้น การดื่มสุรา เว้นแต่เมาจนครองสติไม่ได้ ส่งเสียงโวยวายในสาธารณสถาน การทำชั่ว ซึ่งเป็นความผิดทางศีลธรรม แต่ไม่มีโทษในทางอาญา การที่พระภิกษุร่วมประเวณีกับหญิงในกุฏิพระ เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม และไม่สมควรอย่างยิ่ง แต่ไม่เป็นความผิดทางอาญาเช่นกัน หรือในทางกลับกัน ก็มีความผิดหลายฐานที่เป็นความผิดทางอาญา แต่ไม่ผิดศีลธรรม เช่น ความผิดลหุโทษ เห็นได้ว่าศีลธรรมกับกฎหมายอาญาเองก็ไม่ได้สอดคล้องกันไปในทุกกรณี ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้นิยามคำว่า ศีลธรรม ไว้ว่าหมายถึงความรู้สึกลึกซึ้งของมนุษย์ ว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิด เช่นเดียวกับในประเทศทางตะวันตก แพตริก เดฟลิน (Patrik Devlin) เห็นว่าการกระทำความผิดทางอาญาและศีลธรรมนั้นมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด เดฟลิน เห็นว่าสมควรที่จะใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมศีลธรรมให้คงอยู่ในสังคม ซึ่งเขาได้แสดงความคิดเห็นในหนังสือชื่อ *The Enforcement of Morals* ว่า การปราบปรามสิ่งชั่วร้ายเป็นหน้าที่ของกฎหมายพอๆกับ การปราบปรามการกระทำการก่อการร้ายต่างๆ เพื่อลบล้างเปลี่ยนแปลงสังคมทีเดียว เดฟลินได้รับแนวคิดในเรื่องกฎหมายอาญาและศีลธรรมมาจาก เจมส์ ฟิตส์เจมส์ สตีเฟน (James Fitzjames Stephen)

ประการต่อมาเมื่อพิจารณาถึงอาชญากรรมกับศาสนา⁶⁰ จะเห็นได้ว่า ศาสนาก็เป็นสถาบันทางสังคมที่ยึดเหนี่ยวจิตใจของสมาชิกในสังคมและส่งเสริมให้มีการปฏิบัติต่อกันอย่างถูกต้องตามครรลองคลองธรรม เพื่อความสงบสุขในสังคมเช่นกัน ฉะนั้นอาชญากรรมกับศาสนาจึงมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด จะเห็นได้ว่าการประกอบอาชญากรรมมักเกิดจากการกระทำผิดศีลห้าข้อใดข้อหนึ่ง เช่น การลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆ่าคนตาย เป็นต้น และเมื่อพิจารณาถึงธรรมที่พระพุทธเจ้าได้ทรงแสดงไว้ในพระไตรปิฎก ก็จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายบัญญัติความผิดที่กระทำต่อบุพการีไว้แตกต่างจากการกระทำต่อบุคคลทั่วไป ก็เป็นเพราะบุพการีเป็นผู้มี

⁵⁹ จาก *การกระทำผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วมประเวณี ในระหว่างเครือญาติ* (น.12), โดย สุพจน์ เกรือคัล้าย, 2548, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2548 โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁶⁰ *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น.31). เล่มเดิม.

พระองค์ต่อมนุษย์ทุกคนในโลกใบนี้ทำให้บุพการีมีความสัมพันธ์ที่พิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่น การกระทำความผิดต่อบุพการีจึงควรมีโทษที่แตกต่างออกไป ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมาย ซึ่งเป็นมาตรการในการควบคุมอาชญากรรมนั้นมีต้นกำเนิดมาจากบทบัญญัติของศาสนาเป็นส่วนใหญ่ และความหย่อนยานในการนับถือศาสนาย่อมมีส่วนผลักดันให้มนุษย์ขาดหลักธรรมประจำใจ อันนำไปสู่สาเหตุของการเกิดอาชญากรรมได้

อาชญากรรมกับขนบธรรมเนียมประเพณี ซึ่งเป็นสิ่งที่สังคมยึดถือปฏิบัติต่อกันมานานและเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวให้สมาชิกในสังคมเกิดความรู้สึกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ดังนั้นเมื่อบ้านเมืองเปลี่ยนแปลงไป ความนึกคิด ความเชื่อ และความยึดถือในขนบธรรมเนียมประเพณีของสมาชิกในสังคมก็เปลี่ยนแปลงไปตามความเหมาะสมกับสภาพเหตุการณ์และสิ่งแวดล้อมนั้นด้วย ขนบธรรมเนียมประเพณีไทยนั้น มีมากมายหลายประการที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทย ซึ่งการเคารพขนบต่อผู้มีพระคุณ ก็เป็นประการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับจากสังคมมาอย่างช้านาน บิดามารดาซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดชีวิตก็ย่อมมีลักษณะพิเศษมากกว่าบุคคลทั่วไป กฎหมายจึงได้กำหนดความผิดและโทษเอาไว้โดยเฉพาะในความผิดบางประเภท แต่ขนบธรรมเนียมที่ไม่ดีงามบางประเภทก็อาจได้รับการยกเลิกโดยกฎหมายได้ เช่น การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยวิธี ตาต่อตา ฟันต่อฟัน เป็นต้น หรือขนบธรรมเนียมบางประเภทก็อาจนำไปสู่ปัญหาการเกิดอาชญากรรมได้ เช่น การเคารพผู้มีอิทธิพล การถือพรรคถือพวก เป็นต้น จึงเป็นหน้าที่ของนักอาชญาวิทยาที่จะต้องศึกษาถึงผลดี ผลเสีย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาว่าจะมีส่วนสนับสนุนหรือต่อต้านขนบธรรมเนียมประเพณีนั้นๆ พร้อมทั้งหาทางป้องกันอาชญากรรมที่อาจเกิดขึ้นตามกรณีดังกล่าว

อาชญากรรมกับศีลธรรม ศีลธรรม หมายถึงระเบียบปฏิบัติที่ทำให้คนเป็นคนดี มีศีล มีัจจะ มีความกตัญญู ซึ่งอยู่ในส่วนลึกของจิตใจเป็นการยากที่จะแสดงออก หรือประกาศเกียรติคุณ ระดับศีลธรรมในจิตใจของคนย่อมสูงต่ำแตกต่างกัน กฎหมายจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในสังคม โดยเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมที่จะพึงปฏิบัติต่อกัน อันเป็นหลักประกันของการมีศีลธรรมขั้นพื้นฐานในสังคมที่สมาชิกแต่ละคนสามารถเข้าใจและปฏิบัติได้ ซึ่งเป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมประเภทหนึ่ง พฤติกรรมที่เป็นอาชญากรรมจึงอาจมีลักษณะที่ผิดต่อกฎหมาย แต่ไม่ผิดศีลธรรม หรือเป็นการกระทำที่ผิดทั้งกฎหมายและผิดทั้งศีลธรรม⁶¹ เช่น การฆ่าบุพการี การลักทรัพย์บุพการี ย่อมเป็นทั้งอาชญากรรมที่ผิดต่อกฎหมาย และผิดต่อศีลธรรมด้วย แต่การบุกรุกเข้าไปในเคหสถานของบุพการีแม้จะมีความผิดต่อกฎหมาย แต่ก็มีได้มี

⁶¹ แหล่งเดิม .

ความคิดต่อศีลธรรมแต่อย่างใด ประกอบกับสังคมก็มิได้เห็นว่าเป็นพฤติกรรมนั้นร้ายแรงถึงขั้น จะอยู่ในข่ายของการประกอบอาชญากรรมด้วย เป็นต้น

2.2.2 แนวคิดทางสังคมวิทยาและความรุนแรงในครอบครัว

2.2.2.1 แนวคิดทางสังคมวิทยา

แนวความคิดและทฤษฎีทางด้านนี้สามารถจำแนกออกได้เป็นสองลักษณะ คือ⁶²

1) ทฤษฎีเกี่ยวกับโครงสร้างทางสังคม (Social Structural Theories) ซึ่งกล่าวถึง ระบบโครงสร้างของสังคมอันเป็นตัวกำหนดให้เกิดอาชญากรรม

โครงสร้างทางสังคมทางด้านเศรษฐกิจ มีนักสังคมวิทยาและนักอาชญาวิทยาหลาย ท่าน ให้ทัศนะเกี่ยวกับผลของปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจต่อการเกิดอาชญากรรม เช่น คาร์ล มาร์ก (Karl Mark) เชื่อว่าปัญหาต่างๆในสังคมรวมตลอดถึงปัญหาอาชญากรรมด้วยนั้น มีผลมาจากการได้รับ บริการและสินค้าในสังคมที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งจะเป็นปัญหาคู่กับสังคมเสมอ ทางแก้ คือ การปฏิวัติ สังคมใหม่และเปลี่ยนระบบเศรษฐกิจทั้งหมด

2) ทฤษฎีสภาวะไร้ระเบียบของสังคม (Anomie Theory) ของ Robert K. Merton เป็นทฤษฎีที่เห็นว่าโครงสร้างทางวัฒนธรรม เป็นตัวกำหนดเป้าหมายชีวิตของคนในสังคม แต่ใน ขณะเดียวกันโครงสร้างทางสังคม จะเป็นตัวกำหนดวิถีทาง หรือความประพฤติที่เข้าสู่เป้าหมาย ดังกล่าว เหตุที่ทำให้พฤติกรรมเบี่ยงเบนในตัวคนเรานั้น เนื่องจากคนไม่สามารถปรับตัว (Adaptation) เข้ากับเงื่อนไขสองประการ หรือเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง

จากการศึกษาวิจัยของนักสังคมวิทยาพบว่า การกระทำผิดของเด็กจะมีจำนวน สูงมากในท้องที่ที่เป็นย่านสลัมและย่านธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในย่านที่มีความเปลี่ยนแปลง อัน ได้แก่ ย่านที่มีการอพยพ ซึ่งเป็นเขตของธุรกิจย่อย บ้านเช่าราคาถูกๆ ใกล้กับใจกลางเมืองและอัตรา จะลดลงตามระยะห่างจากใจกลางเมืองด้วย

3) ทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการทางสังคม (Social Process Theories) เป็นทฤษฎี ที่อธิบายถึงสาเหตุของพฤติกรรมอาชญากรของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลว่ามีกระบวนการอย่างไร อันมีผลให้เขากลายเป็นอาชญากร หรือมีพฤติกรรมอาชญากร ทฤษฎีนี้มีสมมติฐานว่าพฤติกรรม ของมนุษย์เรียนรู้ได้ และดังนั้นพฤติกรรมอาชญากรก็อาจจะได้รับมาโดยกระบวนการเรียนรู้ เช่นเดียวกับพฤติกรรมมิใช่อาชญากร ก็ได้รับกระบวนการเรียนรู้

ในเรื่องของการตั้งครุฑแทน ทศนาคีและการยอมรับในสังคมนั้น กำลังขยายวงกว้าง ออกไปเรื่อยๆ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะสังคมมีค่านิยมในเรื่องการมีบุตรไว้สืบสกุล มนุษย์ถูกสั่งสอน

⁶² การกระทำผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดฐานร่วมประเวณีในระหว่างเครือญาติ (น 28). เล่มเดิม.

ว่า การมีลูก มีทายาทเป็นเรื่องดี ชายหญิงเมื่อแต่งงานกันแล้วก็คาดหวังจะมีลูกเพื่อสร้างครอบครัวที่สมบูรณ์ ตามที่สังคมบอกไว้ ถ้าชายหญิงคู่ใดไม่มีลูก ก็จะถูกผลักดัน สนับสนุน โดยค่านิยมของสังคม ให้พยายามลองทุกวิธีทางที่จะได้ลูก ทำให้คู่สมรสพยายามจะลองทุกวิธีทางเพื่อให้มีลูกให้ได้ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใด หรือเสียค่าใช้จ่ายเท่าไรก็ตาม และเมื่อมีเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้า คู่สมรสหลายคู่จึงใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ได้ลูกไว้เชยชม เพราะเป็นวิธีการที่ดีกว่าให้สามีไปมีความสัมพันธ์กับหญิงอื่น อีกทั้งการตั้งครรภ์แทนนั้น คู่สมรสทั้งคู่อาจมีส่วนร่วมในการให้กำเนิดด้วย เพราะเป็นเจ้าของตัวอสุจิและไข่ที่ใช้ในการผสมเทียม

จากผลการวิจัย ในวิทยานิพนธ์ของสหทยา สุนทรเกตุ เรื่องปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน⁶³ ได้แสดงผลการยอมรับในเรื่องการตั้งครรภ์แทน โดยแบ่งเป็นเพศชายให้การยอมรับร้อยละ 89.69 แต่ร้อยละ 10.31 ยอมรับไม่ได้ ส่วนฝ่ายหญิงยอมรับได้ร้อยละ 83.50 แต่ร้อยละ 16.50 ยอมรับไม่ได้

2.2.2.2 ความรุนแรงในครอบครัว

ปัญหาเรื่องความรุนแรงในครอบครัวเป็นประเด็นที่สื่อให้ความสนใจนำเสนออย่างสม่ำเสมอ และเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นรายวันทั่วประเทศ ในปีพ.ศ. 2552-2554 มีสถิติของความรุนแรงในครอบครัวสูงมาก⁶⁴ กล่าวคือ

ความรุนแรงในครอบครัวที่ถึงแก่ชีวิต ได้แก่ ทำร้ายร่างกายจนเสียชีวิตที่เกิดขึ้นภายในครอบครัว โดยบุคคลในครอบครัวหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด คู่กรณีอาจเป็นทั้งพ่อแม่กับลูก สามีกับภรรยา หรือคู่ความสัมพันธ์ในครอบครัวแบบอื่นๆ ทั้งที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือด การแต่งงาน และนอกสมรส โดยการทำร้ายที่ถึงแก่ชีวิต โดยบุคคลในครอบครัวนั้นมีทั้งสิ้น 4,164 รายการ คิดเป็น 64% ของข่าวในหัวข้อความรุนแรงในครอบครัว แต่กรณีความรุนแรงในครอบครัวระหว่างพ่อ แม่ ลูก ไม่ว่าจะเป็นพ่อแม่กระทำต่อลูก หรือลูกกระทำต่อพ่อแม่จนถึงแก่ชีวิต มีสัดส่วน 26% ของข่าวว่าด้วยความรุนแรงในครอบครัว สาเหตุของความรุนแรงในครอบครัวมีหลายประการด้วยกัน เช่น ฆ่าครอบครัวเพื่อหนีปัญหาบางอย่าง โดยเฉพาะปัญหาเศรษฐกิจ ความเครียด ความผิดหวัง ความเจ็บป่วยร้ายแรง หรือเป็นผลจากเมาเหล้า ดินยาเสพติด การฆ่าในกรณีเหล่านี้ รวมถึงพ่อแม่เลี้ยง หรือพ่อแม่บุญธรรมด้วย

⁶³ จาก ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน (น.50), โดย สหทยา สุนทรเกตุ, 2539, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2539 โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁶⁴ จาก ภาพและชีวิตครอบครัวในสังคมไทย (น.72), โดย กุลภา วจนสาระ, 2554, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล. ลิขสิทธิ์ 2554 โดยสำนักพิมพ์เดือนตุลา.

2.3 ประวัติความเป็นมาในการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง และ มาตรา 289(1)

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ และมาตรา 289(1) เป็นการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นเหตุเพิ่มโทษ ปรากฏชัดเจนตั้งแต่ในสมัยกรุงศรีอยุธยา โดยกำหนดให้ผู้กระทำรับผลพิเศษแตกต่างจากการกระทำต่อบุคคลธรรมดาทั่วไป ดังนั้น การศึกษาถึงประวัติความเป็นมาในการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) จึงเป็นการทำความเข้าใจ เพื่อให้เห็นพัฒนาการ แนวคิด และเบื้องหลังกฎหมาย นำไปสู่แนวทางในการวินิจฉัยปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาในมาตรา 71 วรรคสอง และมาตรา 289(1) กรณีที่เป็นการกระทำระหว่างผู้สืบสันดานและบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ มารดาที่ตั้งครรภ์แทน และสามีของมารดาที่ตั้งครรภ์แทนหากมี ต่อไป

2.3.1 กฎหมายตราสามดวง

ลักษณะสำคัญของกฎหมายตราสามดวง มีดังต่อไปนี้⁶⁵

1) กฎหมายตราสามดวงมีลักษณะเป็นกฎหมายของนักกฎหมาย กล่าวคือ กฎเกณฑ์ส่วนใหญ่ของกฎหมายตราสามดวง โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นพระธรรมศาสตร์ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไปและมีฐานะสูงกว่าจารีตประเพณี กฎเกณฑ์เหล่านี้เกิดจากการใช้เหตุผลปรุงแต่งของนักนิติศาสตร์อินเดีย และได้รับการสืบทอดพัฒนาต่อมาโดยนักนิติศาสตร์มอญและไทยตามลำดับ

กฎหมายตราสามดวงเป็นระบบกฎหมายที่ค่อนข้างซับซ้อนยากที่ชาวบ้านธรรมดาจะได้อ่านรู้ จนบางครั้งแม้แต่แก่นักกฎหมายใหญ่ๆ ก็ยังไม่สามารถทำความเข้าใจและปรับบทกฎหมายบางบทแก่คดีที่เกิดขึ้นได้ ต้องกราบบังคมทูลพระกรุณาเพื่อขอพระบรมราชวินิจฉัย ดังมีตัวอย่างปรากฏในพระราชบัญญัติ ฉบับที่ 2 ว่านักกฎหมายใหญ่อย่างพระเกษมราชสุภาวดี เจ้ากรมศาลแพ่งเกษม ยังเกิดปัญหาในการปรับใช้บทกฎหมาย เพราะไม่เข้าใจกฎหมายบางบทจนไม่รู้ว่าจะปรับใช้แก่คดีอย่างไร ต้องนำความขึ้นกราบบังคมทูลพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 เพื่อทรงมีพระบรมราชวินิจฉัย ซึ่งพระองค์ได้ทรงวินิจฉัย โดยมีพระราชปรารภถึงความซับซ้อนของกฎหมายว่า “บทพระไอยการคำบรรณท่านว่าไว้สุขุมคำภีรภาพยากที่บุคคลจะรู้...”

2) กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายธรรมชาติ โดยที่กฎหมายตราสามดวงได้แสดงไว้ในนิทานต้นเรื่องพระธรรมศาสตร์ว่า พระธรรมศาสตร์เป็นของศักดิ์สิทธิ์ เป็นกฎหมายที่ไม่เปลี่ยนแปลงชั่ววันจันทร์ มนุษย์ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายชนิดนี้ได้ เพราะเป็นกฎของ

⁶⁵ จาก *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (น.121), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส ข, 2554, กรุงเทพฯ:วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2554 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

ธรรมชาติที่อยู่เหนือมนุษย์ เป็นที่น่าสังเกตว่า แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายเช่นนี้คล้ายคลึงกับกฎหมายธรรมชาติ (Jus natural) ของกฎหมายโรมัน แต่ต่างกันที่กฎหมายธรรมชาติของกฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่พระธรรมศาสตร์ในกฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

3) ไม่มีการนิติบัญญัติโดยแท้ ตามที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง พระมหากษัตริย์มิได้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริง พระองค์มีพระราชภาระในการดูแลความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและบำบัดทุกข์บำรุงสุขให้แก่ราษฎร โดยอาศัยบทกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวงเป็นสำคัญ หากมีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายใหม่ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีอยู่เดิม ก็จะต้องคำนึงถึงหลักที่มีอยู่ในพระธรรมศาสตร์เพราะกฎหมายที่ออกเพิ่มเติมจะต้องมีเนื้อความสอดคล้องกับหลักกฎหมายในพระธรรมศาสตร์ แตกต่างจากแนวคิดเรื่องการนิติบัญญัติในปัจจุบันที่ว่า ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยสามารถบัญญัติกฎหมายอะไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด

การออกกฎหมายใหม่หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีอยู่เดิมมักเกิดขึ้นจากการที่มีคดีขึ้นสู่ศาล และศาลได้พยายามใช้ตัวบทกฎหมายปรับแก้คดีโดยอาศัยการตีความบทกฎหมายเดิม เมื่อได้รับการรับรองจากพระมหากษัตริย์ จึงได้รับการตราขึ้นเป็นบทกฎหมายบทกฎหมายใหม่จึงเป็นผลงานของนักกฎหมาย อันได้แก่ ศาลและพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นนักกฎหมายด้วย ไม่ใช่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นด้วยเหตุผลทางเทคนิคโดยกระบวนการนิติบัญญัติอย่างในปัจจุบัน

4) ความนับถือตัวบทกฎหมาย จากคดีอ้าแดงป้อมพ็องหย่านายนบุญศรีช่างเหล็กหลวงที่ปรากฏอยู่ในประกาศพระราชปรารภ มีข้อสังเกตที่สำคัญประการหนึ่งว่า ลูกขุนที่พิจารณาพิพากษาคดีนี้ได้พิจารณาพิพากษาไปตามตัวบทกฎหมายที่ว่า “ชายหาผิดมิได้ หญิงขอหย่า ท่านว่าเปนหญิงหาชายหาได้” โดยเคร่งครัด และแม้พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 จะทรงเห็นว่าเป็นบทกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม แต่เมื่อลูกขุนได้พิจารณาพิพากษาคดีนี้ไปตามตัวบทกฎหมายดังกล่าวก็สามารถคุ้มครองป้องกันลูกขุนจากความรับผิดชอบในผลแห่งคดีที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้ พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 1 ได้แต่ทรงแก้ไขคำพิพากษาในคดีนี้ให้ถูกต้องเป็นธรรมขึ้น และทรงโปรดเกล้าฯ ให้มีการชำระสะสางตัวบทกฎหมายให้ถูกต้องดุจเดิมนั้น

5) ไม่ใช่ประมวลกฎหมายที่มีเนื้อหาครอบคลุมทุกด้าน กฎหมายตราสามดวงอาจถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นประมวลกฎหมายแบบเก่าซึ่งเป็นที่รวมของบทกฎหมายที่ปรุงแต่งโดยนักกฎหมายและจารีตประเพณีที่สำคัญเท่านั้น แตกต่างจากประมวลกฎหมายแบบใหม่ที่มีบทกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมชีวิตสังคมทุกด้าน

นอกจากกฎหมายตราสามดวงแล้ว ยังมีกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร คือ จารีตประเพณีที่ใช้อยู่ในสังคมด้วย นอกจากนี้กฎหมายตราสามดวงมีแผนการใช้บังคับเฉพาะในเรื่องที่กระทบกับสังคมโดยตรงหรือเป็นความขัดแย้งขนาดที่อำนาจอิสระของเอกชนไม่สามารถหรือไม่เหมาะสมที่จะจัดการกันเองเท่านั้น ยังมีแผนอิสระซึ่งกฎหมายปล่อยให้เอกชนมีอำนาจจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้นภายในได้เอง ตัวอย่างเช่น อำนาจอิสระที่บิดามารดามีอยู่เหนือบุตรสามีมีอยู่เหนือภรรยา มุลนายมีอยู่เหนือไพร่ทาสในสังกัด นายจ้างมีอยู่เหนือลูกจ้าง เป็นต้น

6) กฎหมายเป็นคู่มือในการชี้ขาดตัดสินคดี กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาพิพากษาคดี และใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นหลัก ไม่ใช่กฎหมายที่เขียนขึ้นในลักษณะตำรากฎหมาย จึงเป็นคู่มือของเจ้าหน้าที่บ้านเมืองในการบังคับใช้กฎหมาย ไม่ใช่ตำราที่บุคคลทั่วไปจะร่ำเรียนได้ ประกอบกับมีบทกฎหมายว่าด้วยฉ้อโกงความ ซึ่งห้ามมิให้บุคคลที่มีได้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเข้าฟ้องคดีแทนหรือสู้คดีแทน คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือช่วยแนะนำการเขียนคำฟ้องหรือคำให้การแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทำให้กฎหมายตราสามดวงกลายเป็นของหวงห้ามสำหรับเจ้าหน้าที่บ้านเมืองเท่านั้น กระทั่งในรัชกาลที่ 3 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ นายโหมดได้นำกฎหมายตราสามดวงไปให้หมอบรัดเลย์พิมพ์พระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 3 ทรงทราบ ถึงกับโปรดให้รับกฎหมายที่พิมพ์ขึ้นนั้นเสียทั้งสิ้น เพราะเกรงว่าพวกเจ้าฉ้อโกงความจะนำไปใช้เป็นเครื่องมือทำให้เกิดความยากลำบากในการพิจารณาพิพากษาคดี

โครงสร้างของกฎหมายตราสามดวง จะประกอบไปด้วย 3 ส่วน คือ

- 1) พระราชนิติศาสตร์ (ราชนิติคดี)
- 2) พระธรรมศาสตร์ (มูลคดี)
- 3) พระราชศาสตร์ (สาขาคดี)

หลักการใหญ่ๆ ในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์จะกำหนดมูลคดีออกเป็นสองประเภท คือ มูลคดีแห่งผู้พิพากษาและตุลาการ 10 ประการ และมูลคดีวิวาท 29 ประการ กล่าวถึงมูลคดีวิวาทเป็นกฎหมายแม่ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกิดกรณีพิพาทต่อกันไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งอาญา หรืออื่นใด⁶⁶ ซึ่งก็ปรากฏความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ดังนี้

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาส่วนใหญ่มีมาตั้งแต่สมัยอยุธยา และได้รับการชำระใหม่ในรัชสมัยของรัชกาลที่ 1 โดยการรวบรวมตรวจสอบกฎหมายที่กระจัดกระจาย

⁶⁶ แหล่งเดิม.

ให้มาอยู่รวมกันเป็นหมวดหมู่ และตัดทอนบางส่วนที่ขัดแย้งซับซ้อนกันออก เพื่อให้มีความเหมาะสมกับสภาพของสังคมไทยในยุคนั้น

2.3.1.1 เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หรือลดโทษให้

ในลักษณโจรบทที่ 146 ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเครือญาติ ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หรือลดโทษให้ ไว้ในลักษณะว่า “การลักทรัพย์ระหว่างพ่อตา แม่ยาย ลูกเขย ลูกสะใภ้ เมียหลวง เมียน้อย ปู่ย่าตายาย ลุงป้า น้าอา หลาน พี่เมีย น้องเขย ให้คืนทรัพย์แก่กัน จะลงโทษหรือปรับใหม่แก่กันดังผู้อื่นนั้นมิได้” เพราะ “ท่านว่าใช้อื่นเขา ทรัพย์เรื่องเดียวกัน ยากไร้เขาเสียกันมิได้” ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้ ก็เพราะหากกฎหมายเอาโทษก็กลับจะเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของครอบครัวให้เสียไปโดยไม่สมควรคิดนั่นเอง⁶⁷

2.3.1.2 เหตุเพิ่มโทษ

ตามกฎหมายตราสามดวง ความผิดในการกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย จะมีบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะต่างๆ หลายลักษณะได้แก่ กฎหมายลักษณะอาญาหลวง กฎหมายลักษณะวิวาท กฎหมายลักษณะฝ่าเมีย กฎหมายลักษณะโจร กฎหมายลักษณะลักพา กฎหมายลักษณะทาสและกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ โดยข้อความที่บัญญัติไว้จะค่อนข้างมีลักษณะเป็นรายละเอียดเฉพาะแต่ละกรณีไป จะไม่ได้บัญญัติเป็นความผิดในลักษณะที่เป็นบททั่วไป ซึ่งจะสามารถปรับใช้กับการกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยทั่วไป ในลักษณะที่เป็นความผิดหลักๆ และการแบ่งแยกฐานความผิดโดยใช้องค์ประกอบภายในของความผิด อย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน โดยตามกฎหมายตราสามดวงนั้น แม้จะมีบทบัญญัติที่แยกให้เห็นถึงเรื่องของการกระทำที่กระทำโดยมีเจตนาและไม่มีเจตนา แต่ไม่ได้แยกให้เห็นว่าเป็นการกระทำที่มีเจตนาฆ่าหรือเจตนาทำร้าย และเป็นโดยความประมาทหรือโดยอุบัติเหตุ แต่จะพิจารณาจากการกระทำ อย่างเช่น การตีฟันแทงผู้อื่น และผลของการกระทำ คือ ความตาย

นอกจากนี้ การบัญญัติถึงความรับผิดชอบในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามกฎหมายตราสามดวง จะบัญญัติรวมเรื่องของความรับผิดชอบในทางแพ่ง และความรับผิดชอบในทางอาญา ไว้ในมาตราเดียวกัน มีบทกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย คือการประหารชีวิต โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำโดยมีเจตนาฆ่า หรือมีเจตนาทำร้ายอย่างไร ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีเหตุผลโทษหรือไม่ถือเป็นความผิด

⁶⁷ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น.913), โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, 2546, กรุงเทพฯ:เนติบัณฑิตยสภา. ลิขสิทธิ์ 2546 โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

ซึ่งมาตรานี้ มีลักษณะเดียวกันกับ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่มีการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน และบัญญัติให้ผู้กระทำได้รับการลดโทษกึ่งหนึ่งเท่านั้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ให้ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำสามารถขอมความกันได้ด้วย

2.3.2.2 เหตุเพิ่มโทษ

บทบัญญัติในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ดังนี้

ตามกฎหมายลักษณะอาญาเป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายไทยจากกฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ได้แบ่งออกเป็นความผิดฐานต่างๆ โดยใช้องศ์ประกอบภายใน คือ เรื่องของเจตนา และประมาท ซึ่งมีฐานความผิดคล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่ในที่นี้ ผู้วิจัยจะศึกษาถึงความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาเท่านั้น

กฎหมายลักษณะอาญา มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงความผิดฐานฆ่าผู้อื่นไว้ในมาตรา 249 ดังนี้ “มาตรา 249 ผู้ใดกระทำโดยเจตนา ให้ผู้หนึ่งผู้ใดถึงแก่ความตาย ท่านว่ามันฆ่าคนตาย โดยเจตนา มีความผิดให้ลงอาญาแก่มันตามโทษานุโทษเป็นสามฐาน คือ ฐานหนึ่งให้ประหารชีวิตว่าให้มันตายตกไปตามกัน ฐานหนึ่งให้จำคุกไว้ตลอดชีวิต ฐานหนึ่งให้จำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี”

องค์ประกอบความผิดในมาตรานี้มีเช่นเดียวกับมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน เพียงแต่ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันคือ มีองค์ประกอบภายนอกคือ การฆ่า ซึ่งใช้คำว่า กระทำให้ผู้หนึ่งผู้ใดถึงแก่ความตาย มีความหมายถึงการกระทำที่เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ซึ่งอาจกระทำได้ด้วยประการใดๆ และมีกรรมคือ ผู้อื่น นอกจากผู้กระทำ นอกจากนี้ยังต้องประกอบด้วยองค์ประกอบภายในของความผิดคือ เจตนาที่จะทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แต่มีความหมายอย่างเดียวกันว่าเป็นกิริยาที่กระทำลงด้วยอาการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อชีวิตของบุคคล

ส่วนผู้ถูกฆ่านั้นจะต้องมีสภาพเป็นบุคคล คือ เมื่อได้คลอดออกมาจากครรภ์มารดาแล้วยังมีชีวิตอยู่ ส่วนทารกนั้นจะตัดสายสะดือแล้วหรือยัง ไม่เป็นข้อสำคัญ

เหตุกรรจ์ของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาแห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มีบัญญัติไว้ในมาตรา 250 ดังนี้⁷⁰

⁷⁰ คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (น.366). เล่มเดิม.

มาตรา 250 “ผู้ใดฆ่าคนโดยเจตนา ต้องตามลักษณะอย่างใดที่ว่าต่อไปนี้ในมาตรานี้
คือ

- (1) ฆ่าบิดามารดา หรือฆ่าญาติที่สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปก็ดี
- (2) ฆ่าเจ้าพนักงานผู้ประจำหน้าที่ หรือฆ่าเพราะเหตุที่กระทำการตามหน้าที่ก็ดี
- (3) ฆ่าโดยพยายามด้วยความพยายามตามความหมายก็ดี
- (4) ฆ่าคนด้วยกระทำทรมาณ หรือการแสดงความดุร้าย ทำแก่ผู้ตายให้ได้รับความยากลำบากอย่างสาหัสก็ดี
- (5) ฆ่าคนเพื่อประโยชน์ที่จะเตรียมการ หรือให้เป็นความสะดวกในการที่มันจะกระทำอย่างอื่นก็ดี
- (6) ฆ่าคนเพื่อที่จะเอาผลประโยชน์อันเกิดแต่การกระทำผิดอย่างอื่นมาเป็นของมัน หรือเพื่อจะปกปิดการกระทำผิดอย่างอื่น หรือเพื่อจะหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอย่างอื่นก็ดี

ท่านว่ามันผู้ฆ่าคนตายโดยเจตนา ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังว่ามานี้เป็นคนทารุณร้ายกาจ ให้ลงอาญาฆ่ามันให้ตายตกไปตามกัน”

การฆ่าผู้อื่นตามมาตรา ๒๕๐ มีหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับมาตรา 249 ที่กล่าวมาแล้ว ผิดกันแต่ในข้อเจตนาที่ยิ่งหย่อนกว่ากันเท่านั้น

เหตุจูงใจในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นนี้ เริ่มมีบัญญัติไว้ชัดเจนในกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งเป็นการฆ่าผู้อื่นที่มีเหตุพิเศษประกอบให้เป็นความผิดที่ร้ายแรงยิ่งขึ้นมีลักษณะหลายอย่าง ซึ่งอาจเป็น โดยอาการของการกระทำซึ่งถือเป็นการร้าย หรือบุคคลผู้ถูกประทุษร้ายเป็นผู้ทรงคุณความดีแก่ตน หรือบ้านเมือง หรือเป็นการกระทำด้วยจิตใจซึ่งร้ายแรงกล้า หรือกระทำ ความผิดซ้ำซ้อนหลายประการ ซึ่งเหตุเหล่านี้ถือว่าเป็นความสมควรลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักยิ่งกว่าการฆ่าให้ตายธรรมดา

2.4 แนวคิดและพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีการตั้งครรภ์แทน

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลายรูปแบบ เช่น การผสมเทียม (Artificial Insemination) การปฏิสนธินอกร่างกาย (In vitro Fertilization หรือ IVF) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อ นำไข่ (Gamete Intro Follopion Transfer หรือ GIFT) เป็นต้น โดยไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใดก็หมายถึงการทำให้เกิดการตั้งครรภ์โดยกระบวนการที่ปราศจากการร่วมประเวณีหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การก่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่มีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแต่อย่างใด และบางแห่งก็ให้คำนิยามของการผสมเทียม

หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ว่าเป็นการทำให้เกิดการปฏิสนธิ โดยกรรมวิธีอื่นใดที่ไม่มีในการร่วมประเวณี อันผิดไปจากวิธีการตามธรรมชาติก็ได้⁷¹

การแก้ปัญหามีบุตรยากนั้นแพทย์สามารถเลือกใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม ซึ่งอาจจะ เป็นเพียงให้คำแนะนำในการปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามสรีรวิทยาของการเจริญพันธุ์ ก็อาจสามารถ ตั้งครรภ์เองได้ตามธรรมชาติ แต่ถ้าคู่สามีภริยามีปัญหาในการตั้งครรภ์อย่างรุนแรง แพทย์ จำเป็นต้องใช้การผสมเทียม (Artificial Insemination) ซึ่งหมายถึง การนำเชื้อของฝ่ายชายฉีดเข้าทาง ช่องคลอดของฝ่ายหญิง เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนการมีเพศสัมพันธ์ตามปกติ หรือหากฝ่ายหญิง ไม่สามารถมีบุตรได้เพราะ ไม่มีมดลูกที่จะรองรับการตั้งครรภ์หรือมีโรคประจำตัวที่ไม่สามารถ ตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองก็ยังสามารถใช้วิธีการให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนตนได้ เป็นต้น

1) ความหมายของการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Arrangement)

ภาวะการมีบุตรยากเป็นปัญหาที่คู่สมรสส่วนใหญ่ต้องการการบำบัดรักษา สาเหตุของ ภาวะมีบุตรยากของคู่สมรสแต่ละคู่มีความแตกต่างกัน ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงก็มักมีปัญหาที่ทำให้เกิด ภาวะมีบุตรยากแตกต่างกันออกไป แต่ภาวะมีบุตรยากอย่างหนึ่งที่ในปัจจุบันยังไม่สามารถบำบัดได้ คือ การที่หญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ เนื่องจากฝ่ายหญิงที่ปัจจัยที่ไม่เหมาะสมต่อ การตั้งครรภ์ เช่น ฝ่ายหญิงไม่มีมดลูก หรือมีเนื้องอกที่มดลูก หรือมีโรคประจำตัวทางร่างกายที่ ไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือการที่หญิงนั้นมีประวัติการแท้งบ่อยครั้ง ซึ่งหากตั้งครรภ์อาจ เกิดอันตรายแก่สุขภาพหญิงนั้นได้ ในปัจจุบันยังไม่มียาเทคโนโลยีที่สามารถทำให้ฝ่ายหญิงสามารถ ตั้งครรภ์โดยปราศจากมดลูกได้และไม่ปรากฏว่าการผลิตมดลูกเทียมประสบความสำเร็จ วิธีการ อย่างเดียวที่สามารถทำให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์มีบุตรได้ ก็คือ การให้หญิงอื่นรับ ตั้งครรภ์แทน⁷²

การตั้งครรภ์แทนเป็นคำที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ในสังคมไทยเมื่อประมาณ 12 ปีที่ผ่านมา ซึ่งบางคนอาจจะเรียกคำๆ นี้ในรูปแบบอื่น เช่น การรับตั้งครรภ์ การรับจ้างตั้งครรภ์ หรือการรับจ้าง ตั้งครรภ์แทน ความแตกต่างในเรื่องของคำเรียกนั้น ภาษาอังกฤษเองก็ยังมี ความแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับว่าแต่ละคนจะใช้คำไหน เช่น Surrogate ,Surrogate mother, Surrogate motherhood หรือ Surrogacy เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเลือกใช้คำใดก็ล้วนแต่มีความหมายไปในแนวทาง เดียวกันทั้งสิ้น แต่สำหรับสังคมไทยแล้วอาจจะคุ้นเคยกับคำว่า อุ้มบุญ มากกว่าคำอื่นๆ เป็น

⁷¹ จาก การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา (น.5), โดย ชมพรรณ รัตนากร, 2543, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2543 โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁷² จาก การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (น.21), โดย จักรกฤษณ์ วรรณ, 2548, ม.ป.ท. โดย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ความเข้าใจในระดับชาวบ้านว่าเป็นกรณีที่หญิงคนหนึ่งรับตั้งครรภ์แทนสามีภรรยาซึ่งไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ แต่แท้จริงแล้ว ความหมายของคำว่าตั้งครรภ์แทน หรือ อุ้มบุญ ยังมีองค์ประกอบอื่นที่มากกว่าเป็นการตั้งครรภ์แทนเพื่อคลอดบุตรแทนผู้อื่นเท่านั้น

ความหมายของคำว่า การตั้งครรภ์แทน หรือ Surrogate ใน Webster's Encyclopedia Unabridged Dictionary of the English Language ได้นิยามความหมายไว้ว่า

Surrogate คือ บุคคล หรือสิ่งของซึ่งกระทำ หรือถูกใช้แทนผู้อื่น หรือแทนสิ่งอื่น⁷³

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “แทน” คือ อาการที่บุคคลหนึ่งทำหน้าที่ในฐานะของบุคคลอีกบุคคลหนึ่ง เช่น รักษาการแทน ทำแทนไปแทน

ศาสตราจารย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้กล่าวถึง การผสมเทียมในมนุษย์ซึ่งกระทำโดยเอา น้ำอสุจิจากชายฉีดเข้าไปในช่องคลอดของหญิงในระยะเวลาใกล้เคียงกับไข่สุก เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนการสืบพันธุ์โดยวิธีธรรมชาติ วิธีการเช่นนี้ทำในกรณีที่สามีภรรยาไม่สามารถมีบุตรจากการอยู่ร่วมกันตามปกติได้ และวิธีการผสมเทียมนี้ได้ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายมากขึ้น และทำในลักษณะว่าจ้างหญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทนภรรยาในกรณีที่ภรรยาไม่สามารถมีบุตรได้ว่าไม่ว่ากรณีใดๆ แต่สามีมีตัวอสุจิพอที่จะผสมพันธุ์ได้จึงต้องหาหญิงอื่นที่สามารถมีบุตรได้มารับจ้างตั้งครรภ์โดยฉีดอสุจิของฝ่ายสามีเข้าในช่องคลอดของหญิงนั้น เมื่อหญิงนั้นตั้งครรภ์พอคลอดบุตรออกมาก็ยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของสามีภรรยาซึ่งฝ่ายสามีเป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นทันที⁷⁴

นายแพทย์สมชัย โกวิทเจริญกุล ได้ให้นิยามการตั้งครรภ์แทนว่า หมายถึง การนำลูกหรือตัวอ่อนไปฝากไว้ในมดลูกของหญิงคนหนึ่ง โดยนำไปกับอสุจิของพ่อและแม่ผสมกันเก็บไว้ในหลอดทดลอง หรือจานเพาะเลี้ยงพักในตู้อบในอุณหภูมิพอเหมาะเหมือนอยู่ในร่างกายมนุษย์ คือมีอากาศสภาพแวดล้อมเลียนแบบในท้องแม่ หลังจากนั้น 48 ชั่วโมง จึงคัดเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุด 2-3 ตัว ส่งกลับไปยังผู้หญิงอีกคนหนึ่งให้เป็นผู้ตั้งครรภ์แทน⁷⁵

⁷³ การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก (น.8). เล่มเดิม.

⁷⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ (อ้างถึงใน ญรัฐวิวรรณ อภิสิทธิ์ โยธิน. , 2543, น.9).

⁷⁵ การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก (น.10). เล่มเดิม.

2) ประเภทของการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกว่าการอุ้มบุญ หากแบ่งตามหน้าที่ในการอุ้มท้องแทน (Surrogate function) สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ หรืออุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) และการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่สมบูรณ์ หรืออุ้มบุญเทียม (Traditional Surrogacy)⁷⁶

(1) อุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) คือ การนำไข่ของมารดามาปฏิสนธิกับเชื้อของบิดาแล้วอาศัยมดลูกของคนอื่นอุ้มท้องแทน ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมดลูกของมารดามีปัญหาจนไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดก็ตาม แต่รังไข่ยังสามารถผลิตไข่ได้ตามปกติ กรณีเช่นนี้จึงมีผู้เปรียบเทียบว่าเป็นเสมือนการเช่ามดลูก (Womb Leasing) เท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้บางครั้งจึงถูกเรียกว่า การรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์ หรือการรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ (Full surrogacy)⁷⁷ เนื่องจากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดขึ้นทั้งหมด

(2) อุ้มบุญเทียม (Traditional Surrogacy) คือ การใช้ตัวอ่อนซึ่งเกิดจากการผสมระหว่างเชื้อของบิดากับไข่ของผู้รับหน้าที่ท้องแทน หรือผู้อุ้มบุญ (surrogacy mother) เมื่อผสมกันจนได้ตัวอ่อนแล้วก็ใส่เข้าไปในมดลูกของผู้อุ้มบุญ กระบวนการนี้ใช้เพียงเชื้อของบิดาเท่านั้น ลักษณะเช่นนี้เกิดในกรณีที่มารดาไม่มีไข่และอุ้มท้องไม่ได้ จึงต้องอาศัยไข่ของคนอื่นในการสร้างตัวอ่อนแทน การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้ได้กระทำก่อนการรับตั้งครรภ์แทนประเภทอื่น ในบางครั้งจึงเรียกการตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ว่า การรับตั้งครรภ์แบบดั้งเดิม⁷⁸ หรือการรับตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์ (Partial Surrogacy)⁷⁹ และวิธีการนี้จะทำให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายชายที่ว่าจ้างและกับฝ่ายหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

สำหรับการศึกษาในครั้งนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญาที่เกิดขึ้นกับการรับตั้งครรภ์แทน โดยสมบูรณ์ หรือการอุ้มบุญแท้ (Gestational Surrogacy) เนื่องจากเป็นลักษณะการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เพื่อเป็นการแก้ปัญหาคriminal law อีกทั้ง ยังมีกรณีศึกษาที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานะของบิดามารดา ซึ่งเป็นการรับตั้งครรภ์แทนประเภทที่กล่าวมานี้ด้วย

⁷⁶ จาก “การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการตั้งครรภ์แทน (กฎหมายอุ้มบุญ)”, โดย นุชกุล สัจจิติเสริม, 2555, รัฐสภาสาร, 60(4), 77-82.

⁷⁷ McHale J, Fox M, and Murphy (อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์, 2548, น.24).

⁷⁸ Kerian C (อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์, 2548, น.24).

⁷⁹ McHale J, Fox M, and Murphy (อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์, 2548, น.24).

การตั้งครุฑแทนทำให้สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กมีลักษณะที่ซับซ้อน เนื่องจากมีหลายฝ่ายต่างๆที่เข้ามาเกี่ยวข้องเพิ่มเติมขึ้นอีก สำหรับในประเทศไทยนั้น เคยมีข้อหาหรือจากกรมบัญชีกลางไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับกรณีคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดของมหาวิทยาลัยว่าได้มีการแจ้งจำนวนบุตรพร้อมแสดงหลักฐานของทางราชการเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการรักษายาบาลและการศึกษาของบุตร แต่เป็นบุตรที่เกิดจากการนำเชื้อสุมิจของข้าราชการชายกับไข่ของข้าราชการหญิงแล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครุฑแทน จะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการอันจะมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการของทางราชการหรือไม่ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกเลขเสร็จ 100/2543 ให้ความเห็นว่าการทกรกในครุฑมารดาตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง ทารกที่เกิดนั้นจะต้องเกิดจากครุฑมารดาของผู้เป็นบุตร ดังนั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์ โดยการนำเชื้อสุมิจของข้าราชการชายผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงและให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทน หญิงซึ่งเป็นผู้ตั้งครุฑแทนและคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ส่วนหญิงเจ้าของไข่แต่ไม่ได้เป็นผู้ตั้งครุฑและชายเจ้าของเชื้อสุมิจแต่ไม่ได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครุฑ จึงมิใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁸⁰

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 3) มีความเห็นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวว่า เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เริ่มใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2477 และมีการปรับปรุงเมื่อ พ.ศ. 2519 และ พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นการใช้มา 64 ปีแล้ว ไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่กล่าวถึงการปฏิสนธิด้วยการนำเชื้อสุมิจของสามีผสมกับไข่ของภรรยาแล้วนำเข้าไปอยู่ในครรภ์ของหญิงอื่น โดยรับอาหารจากร่างกายของหญิงอื่นภายในระยะเวลา 310 วัน จะเป็นบุตรของสามีภรรยาเจ้าของเชื้อสุมิจและไข่ และในเรื่องนี้จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 มาใช้เพื่ออนุโลมโดยวิธีการต่างๆ ตามมาตรา 4 นั้น ย่อมทำไม่ได้ เพราะเป็นปัญหาครอบครัวอันเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมและการดำเนินชีวิตอันละเอียดอ่อนของคนไทยโดยเฉพาะ เว้นแต่จะมีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ โดยทำให้ถูกต้องตามหลักวิชาการ และรับรองด้วยว่าหญิงที่รับไข่ที่ได้รับการผสมแล้วนั้น ไม่มีเชื้อของชายอื่นอยู่ในครรภ์มาก่อน ตลอดจนถึงบังคับว่า บุตรเช่นนี้ ต้องมีการจดทะเบียน⁸¹

⁸⁰ จาก “ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์”, โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส และดารารพร ธีระวัฒน์, 2548, *คูลพาท*, 52(2), 13-14.

⁸¹ แหล่งเดิม.

กฎหมายไทยในขณะนี้ยังไม่มียกเว้นที่ครอบคลุมและสามารถแก้ไขปัญหายุ่งยากอย่างเหมาะสมในเรื่องของการรับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายที่คำนึงถึงผลกระทบที่เกิดกับฝ่ายต่างๆ ทั้งฝ่ายที่เป็นผู้ประสงค์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองหรือบิดามารดาทางพันธุกรรมฝ่ายเด็ก และฝ่ายของหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทน ในกรณีที่อนุญาตให้ใช้เทคนิคเจริญพันธุ์นี้ได้ก็สมควรพัฒนากฎหมายให้รับรองความก้าวหน้าทางการแพทย์ และเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและประชาชนทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องด้วย⁸² อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ของการรับตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันนั้น เป็นไปตามประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 และเมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... แล้ว และได้เสนอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) เป็นผู้พิจารณาต่อไป⁸³ โดยประกาศแพทยสภา และร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

2.4.1 ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 และ 21/2545

กฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการตั้งครรภ์แทนในปัจจุบัน คือ ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ซึ่งแพทยสภาออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 21(1) ในส่วนของการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน มีสาระสำคัญดังนี้⁸⁴

- 1) ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะต้องการทำสำเนาชีวิต (Human Cloning)
- 2) กรณีคู่สมรสต้องการมีบุตร โดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ กระทำได้โดยใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำภายในหรือภายนอกร่างกาย รับประทานตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์
- 3) กรณีคู่สมรสต้องการมีบุตร โดยให้ผู้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทน (อุ้มบุญ) จะกระทำได้เฉพาะในกรณีที่ใช้ตัวอ่อนมาจากเซลล์สืบพันธุ์ (ไข่และอสุจิ) ของคู่สมรส

⁸² แหล่งเดิม.

⁸³ คสช.เห็นชอบร่างกม.อุ้มบุญ พร้อมเสนอ สนช.พิจารณา. (2557). สืบค้น 10 กันยายน 2557 ,จาก www.manager.co.th/politics/ViewNews.aspx?NewsID=9570000092214.

⁸⁴ จาก การตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ :กรณีศึกษาตามกฎหมายต่างประเทศ และศึกษากฎหมายไทย (น.14), โดย พัฒนา ศิลปะอนันต์, 2554, กรุงเทพฯ:วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม. ลิขสิทธิ์ 2554 โดย วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม.

เท่านั้น โดยมีเงื่อนไข คือ ไม่มีค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ที่ทำให้เข้าใจว่าเป็นการซื้อขาย ไม่มีค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่อาจทำให้เข้าใจว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรส และการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูกให้กระทำได้ตามความจำเป็นและสมควรแต่ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ

การบังคับใช้ประกาศนี้ยังมีข้อเสียอีกมาก เนื่องจากไม่ครอบคลุมในทุกเรื่อง เช่น การคุ้มครองทารกที่เกิดมา สิทธิในการเป็นผู้ปกครองทางกฎหมาย เป็นต้น

2.4.2 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ...

ด้วยข้อขัดข้องทางกฎหมาย ซึ่งทำให้เกิดปัญหากับกรณีการตั้งครรภ์แทน กระทั่งพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จึงได้เสนอ “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ...” ต่อคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) และได้รับความเห็นชอบ เพื่อนำเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาต่อไป สำหรับร่างกฎหมายนี้มีลักษณะมุ่งที่จะช่วยแก้ปัญหาทางกฎหมายสำหรับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อมิให้เกิดปัญหาข้อกฎหมายว่าผู้ใดควรเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งนักวิชาการบางท่านยังมีความเห็นว่าร่างกฎหมายนี้มีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของสามีและภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร โดยกรรมวิธีทางการแพทย์ ยิ่งกว่าการมุ่งคุ้มครองเด็ก และจะมีผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะเป็นการก่อให้เกิดเด็กโดยวิธีทางการแพทย์ที่ก้าวหน้า และใช้กระบวนการทางนิติบัญญัติตัดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรตามธรรมชาติ ความรู้สึกทางศีลธรรมจึงอาจจะไปด้วยกันไม่ได้ โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งตามธรรมชาติแล้ว เขามีความผูกพันกันในฐานะแม่ลูกตามความเป็นจริง แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบันมีการรับตั้งครรภ์แทนกันอย่างแพร่หลาย จนเกิดเป็นปัญหาทางสังคมอย่างมาก เช่น การทอดทิ้งเด็กไว้ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเลี้ยงดู การรับจ้างตั้งครรภ์แทนด้วยการโฆษณาผ่านทางสื่อออนไลน์ และการว่าจ้างตั้งครรภ์แต่มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาค่าการมีบุตรยาก หลายฝ่ายจึงเล็งเห็นความสำคัญ และมุ่งที่จะแก้ปัญหาการรับตั้งครรภ์แทน ให้มีกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน เพื่อควบคุมมิให้เกิดปัญหาดังกล่าว โดยร่างกฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญโดยสรุป ดังนี้

1) ร่างกฎหมายฉบับนี้มีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ 2 วิธี คือ

1.1) การผสมเทียม หมายความว่า การนำอสุจิเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง เพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่มีส่วนร่วมประเวณี

1.2) การตั้งครรภ์แทน (อุ้มบุญ) หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงกับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย นั้น (มาตรา 3)

2) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องมีคุณสมบัติและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนด (มาตรา 15)

3) ก่อนให้บริการ จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้รับบริการและของผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการรวมทั้งป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย (มาตรา 16) และมีการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร แต่ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ เพราะสามีภริยาบางคู่อาจต้องการเฉพาะลูกหญิงหรือลูกชาย ก็จะใช้วิธีการให้แพทย์ทำการตรวจตามมาตรานี้ เพื่อขอทราบเพศล่วงหน้า หากทราบว่ามิใช่เพศที่ตนต้องการก็จะเกิดความผิดหวังถึงขั้นรังเกียจเด็ก นับเป็นบาปเคราะห์ของเด็กที่ต้องรับกรรมเมื่อเกิดมา

4) การผสมเทียมต้องการกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายและให้เป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภากำหนด (มาตรา 19) ดังนั้นตามร่างมาตรา 19 นี้ หญิงโสดที่ไม่มีสามีเช่นเป็นหม้ายเคยมีบุตรมาก่อนแต่มีเฉพาะบุตรชายหรือบุตรหญิงต้องการมีบุตรเพิ่มที่เป็นเด็กหญิงหรือเด็กชายโดยไม่ต้องมีสามีใหม่ หรือหญิงโสดไม่เคยมีเพศสัมพันธ์ หรือมีแต่ไม่ได้แต่งงานเช่นอยู่กินกับชาย แต่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรสกันแล้วเลิกกันไป ต่อมาต้องการมีบุตร ก็อาจใช้วิธีผสมเทียมแทน ซึ่งปัจจุบันหญิงโสดจำนวนไม่น้อยได้ใช้วิธีนี้กันอยู่ รวมทั้งกรณีหญิงต่อหญิงที่รักเพศเดียวกันประสงค์มีบุตรร่วมกัน แต่ต่อไปบุคคลเหล่านี้จะต้องถูกจำกัดสิทธิโดยร่างมาตรา 19

5) การผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมด้วย (มาตรา 20) เพราะกรณีใช้อสุจิจากชายอื่นนั้น หากไม่ได้รับความยินยอมจากสามีของหญิงนั้น สามีอาจจะรู้สึกรังเกียจเด็กที่เกิดมาและไม่ยอมรับลูกจะเกิดเป็นปัญหาในการเลี้ยงดู และไม่เป็นที่ชอบธรรมแก่สามีของหญิงนั้นที่จะต้องรับภาระเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากอสุจิของชายอื่น เพราะกฎหมายให้ถือเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาผู้นั้น

6) ส่วนการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้

6.1) สามีนและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้มีประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีความพร้อมทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก

6.2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม 6.1) ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงหลักการจากเดิมตามประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 ที่กำหนดว่าหญิงตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือด เช่น แม่หรือยายหรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันเท่านั้น เหตุที่มาตรา 21 ห้ามใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาก่อนตั้งครรภ์แทน ก็คงไม่ประสงค์ให้เกิดความสับสนในการนับญาติกันระหว่างเด็กกับหญิงที่รับตั้งครรภ์ว่าจะนับญาติกันอย่างไร เช่น ให้แม่ของหญิงนั้นตั้งครรภ์แทน ผู้ตั้งครรภ์แทนจะมีสถานะเป็นทั้งยายและแม่ตามความเป็นจริงของเด็กนั้นด้วย

6.3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้น มีสามีต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย (มาตรา 21)

7) การดำเนินการให้ตั้งครรภ์แทนจะกระทำได้ 2 วิธี คือ

7.1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากเชื้ออสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน เป็นกรณีที่มีเชื้ออสุจิและไข่ของภรรยาแข็งแรง แต่ภรรยาตั้งครรภ์เองไม่ได้ เช่น มดลูกไม่ดีจึงต้องให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

7.2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น แต่ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (มาตรา 22) เป็นกรณีเชื้ออสุจิของสามีไม่มีปัญหาแต่ไข่ของภรรยาอาจมีปัญหา เช่น ไม่แข็งแรงหรือภรรยาเป็นหมัน จึงต้องใช้ ไข่ของหญิงอื่นแทน หรือเชื้ออสุจิของสามีมีปัญหา เช่น ไม่แข็งแรงหรือสามีเป็นหมัน แต่ไข่ของภรรยาใช้ได้ดี จึงต้องใช้เชื้ออสุจิของชายอื่นแทน แล้วนำไปใส่ในหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ซึ่งกฎหมายไม่อนุญาตให้ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ก็เพราะไม่ประสงค์ให้เกิดความผูกพันระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับเด็กที่กฎหมายรับตั้งครรภ์แทน มิฉะนั้นอาจไม่ยอมคืนเด็ก ให้สามีภรรยาคนอื่นก็ได้ ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็เคยเกิดปัญหาในสหรัฐอเมริกาแล้ว

8) กฎหมายห้ามมิให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า (มาตรา 23) คือ ห้ามรับจ้างตั้งครรภ์แทนกัน โดยทำเป็นธุรกิจ แต่มิได้บัญญัติห้ามชัดแจ้งว่าหากจะมีค่าตอบแทนแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งก็น่าจะทำได้เพราะเมื่อกฎหมายไม่ให้ใช้หญิงอื่นที่เป็นบุพการีหรือผู้สืบสายโลหิตกันแล้ว ก็ต้องใช้หญิงอื่นทั่วไปซึ่งจะต้องเสี่ยงภัยในการตั้งครรภ์แทน ต้องเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายต่างๆ เกี่ยวกับการดูแลในท้อง รวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับ

การตั้งครรภ์แทน รวมทั้งผลกระทบต่างๆ อันเกิดแก่บุคคลภายในครอบครัวของผู้ตั้งครรภ์ด้วย ก็ควรมีค่าตอบแทนให้ได้ด้วย มิฉะนั้นก็อาจจะไม่มีใครยอมรับตั้งครรภ์แทนให้ แม้กฎหมายจะอนุญาตให้มีค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด (มาตรา 24) ก็ยังเป็นค่าใช้จ่ายเพียงบางส่วนเท่านั้น

9) ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ร่างกฎหมายบัญญัติว่าเด็กที่เกิดจากอสุจิไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้ว แต่กรณีไม่ว่าจะโดยการผสมเทียมหรือการตั้งครรภ์แทน ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด (มาตรา 27) เช่น สามีของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมเกิดตายก่อนเด็กเกิด เด็กนั้นก็ถือเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีที่ตายไปก่อนแล้ว มีสิทธิรับมรดกของบิดาได้หรือสามีภริยาให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ขณะตั้งครรภ์ฝ่ายสามีหรือภรรยาคนหนึ่งคนใดหรือทั้งสองคนเกิดอุบัติเหตุตายไปพร้อมกันทั้งที่ทารกยังอยู่ในครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดมาก็ยังถือเป็นบุตรที่ชอบด้วยสามีภริยาคนนั้น ยังมีสิทธิต่างๆ อาทิ รับมรดกของผู้ตายได้ โดยกฎหมายบัญญัติว่าให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนทำหน้าที่เป็นผู้ปกครองเด็กนั้น จนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ (มาตรา 28) แต่เด็กคนนั้นมีใช้บุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด จึงไม่มีสิทธิตามกฎหมายอย่างใดๆ กับผู้ที่ให้กำเนิดคลอดออกมา และกรณีที่เกิดจากอสุจิของผู้บริจาคให้ เด็กคนนั้นก็มิใช่บุตรของชายที่บริจาคอสุจิแต่อย่างใด แม้จะทราบชื่อชายผู้บริจาคอสุจิก็คงตาม

ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช ได้เคยให้ความเห็นในเรื่องมรดกที่ตั้งครรภ์แทนไว้ก่อนที่จะมีการร่างกฎหมายนี้ว่า⁸⁵ “น่าจะมีการออกกฎหมายยอมรับสัญญารับจ้างตั้งครรภ์ให้มีผลบังคับได้ และควรมีการควบคุมมิให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์ในทางการค้า ต้องกำหนดคุณสมบัติและอายุของผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างไว้ แพทย์ผู้ทำการผสมเทียมควรเป็นแพทย์ที่จดทะเบียนเพื่อการนี้โดยเฉพาะ โดยก่อนดำเนินการผู้ว่าจ้างต้องยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาล เพื่อให้ศาลมีโอกาสควบคุมตรวจสอบความสามารถของผู้ว่าจ้างในการให้ความอุปการะเลี้ยงดู ให้การศึกษา ให้ความรัก ความห่วงใยแก่เด็ก ที่จะเกิดมา สุขภาพร่างกายและจิตใจ สติปัญญาและความรู้สึกนึกคิดทางศีลธรรมของผู้ว่าจ้าง ทั้งนี้ เพื่อความผาสุกและประโยชน์ของเด็ก การรับจ้างตั้งครรภ์ในกฎหมายนี้แต่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขการสมรสที่ห้ามญาติสืบสายโลหิตหรือพี่น้องสมรสกันควรต้องห้าม เช่น มารดาที่ตั้งครรภ์แทนลูกสะใภ้ โดยใช้อสุจิของบุตรชายและไข่ของลูกสะใภ้

⁸⁵ จาก “การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์”, โดย ประสพสุข บุญเดช, 2538, บทบัญญัติ, 51(4), 196.

เหล่านี้ไม่ควรอนุญาตให้กระทำ เพราะทำให้เด็กที่เกิดมามีความสับสนในเครือญาติ และอาจมีผลร้ายทางพันธุกรรมแก่เด็กอีกด้วย” ซึ่งหลักเกณฑ์ในการตั้งครรรค์แทนเหล่านี้ ก็ปรากฏอยู่ในร่างกฎหมายนี้ด้วย แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องการกำหนดสถานะของมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจาก ศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช เห็นว่า ให้ผู้ว่าจ้างจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ส่วนหญิงที่ตั้งครรรค์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁶

การที่นักวิชาการมีความเห็นว่าหญิงที่ตั้งครรรค์แทน เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นก็เนื่องมาจากปัญหาระหว่างมารดาและบุตรนั้น มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพียงมาตราเดียว คือ มาตรา 1546 แต่เดิมบัญญัติไว้เพียงว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น” ทำให้เด็กที่เกิดนอกสมรสเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาเท่านั้นเอง ที่เป็นเช่นนี้เพราะเรื่องมารดากับบุตรเป็นเรื่องข้อเท็จจริง ไม่ใช่ข้อกฎหมาย เด็กคลอดจากครรรค์มารดาคนไหนก็นำพยานมาสืบก็แล้วกันไป ต่อมาตามตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2551 ได้เพิ่มข้อความต่อมาว่า “เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” เนื่องจากกรณีที่มีเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เจริญก้าวหน้ามาก เด็กจึงอาจจะมิใช่บุตรของหญิงที่คลอดตน หากหญิงนั้นรับตั้งครรรค์แทน⁸⁷

นอกจากปัญหาสถานะของมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดในกฎหมายครอบครัวดังที่กล่าวมาแล้ว ความเป็นมารดายังอาจก่อให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญา หากเป็นการกระทำความผิดต่อบุพการีแต่เป็นกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือลดโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง และกรณีที่เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัวตามมาตรา 289(1) คือ การฆ่าบุพการี กฎหมายอาญามีได้ให้คำจำกัดความของคำว่าบุพการีไว้ให้ชัดเจน มีเพียงการตีความโดยคำพิพากษา หรือความเห็นของนักวิชาการ ซึ่งยังมีความเห็นที่ไม่ตรงกันอยู่เช่นเดียวกัน และในการตีความกฎหมายอาญานั้น ก็มีความแตกต่างจากการตีความกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายอาญานั้น มุ่งประสงค์จะคุ้มครองให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยมีศีลธรรมอันดีเป็นสิ่งที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย ฉะนั้น จะเห็นได้ว่าเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทนนั้น นอกจากจะส่งผลกระทบต่อกฎหมายแพ่งแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อกฎหมายอาญาอีกด้วย

⁸⁶ จาก “มารดารับจ้างตั้งครรรค์”, โดย ประสพสุข บุญเดช, 2531, *คุลพาท*, 35(1), 16-24.

⁸⁷ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว* (น.308), โดย ไพโรจน์ กำพูสิริ, 2556, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2556 โดยสำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2.5 ขอบเขตความรับผิดทางอาญา กรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีและบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน

2.5.1 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคสอง

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามแนวคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต้องวินิจฉัยเรียงตามลำดับ ดังนี้⁸⁸

- 1) เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่
- 2) เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่
- 3) เป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่

การบัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเกิดขึ้นจากเหตุผลที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของข้อสาระสำคัญทั้งสามประการ ดังนั้นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงไม่กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมาย กับทั้งไม่เกี่ยวข้องกับวิธีการกระทำความผิดของผู้กระทำ เพราะคุณธรรมทางกฎหมายและวิธีการกระทำต่างเป็นเนื้อหาของข้อสาระองค์ประกอบของความผิด⁸⁹

ดังนั้น เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว จึงหมายถึง ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ทั้งหลายที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วก่อนการกระทำความผิดนั้น ในทางตำราเรียกว่า เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว แต่หากเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด ในทางตำราเรียกว่า เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว⁹⁰

1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีผลห้ามลงโทษผู้กระทำความผิด และข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์นั้นต้องมีอยู่แล้วในเวลากระทำความผิด เช่น ความเป็นสามีภริยาตามมาตรา 71 วรรคหนึ่ง อย่างไรก็ตามการห้ามลงโทษนี้อาจเป็นการห้ามลงโทษเลย หรืออาจเป็นการห้ามลงโทษเต็มตามที่กฎหมายกำหนด และนอกจากนั้นในบางกรณีกฎหมายให้ดุลพินิจแก่ศาลที่จะไม่ลงโทษผู้กระทำเหล่านี้ ถือว่าเป็นเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวทั้งสิ้น ฉะนั้น เหตุตามมาตรา 71 วรรคสอง จึงเป็นเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวด้วย

⁸⁸ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.131). เล่มเดิม.

⁸⁹ จาก *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา* (น.49), โดย คณิต ฅ นคร ค , 2553, กรุงเทพฯ:วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁹⁰ แหล่งเดิม.

2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงแห่งเรื่องในตัวผู้กระทำความผิดที่ไม่ขึ้นอยู่กับความผิดกฎหมาย และความชั่ว ที่ย้อนหลังไปจัดการลงโทษซึ่งมีอยู่เดิมออกไป เพราะความสมควรลงโทษซึ่งมีอยู่เดิมนั้นไม่มีอีกต่อไป

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวอันเนื่องมาจากความเป็นญาติ คือ การกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการี หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน จะเปลี่ยนสภาพความผิดจาก ความผิดอาญาแผ่นดิน เป็น ความผิดอันยอมความได้ ตามมาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งกรณีนี้ไม่ใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่การที่กฎหมายบัญญัติว่า ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ นั้น เป็นเรื่องของการลดโทษให้ และเหตุแห่งการลดโทษให้ก็คือความเป็นบุพการีและผู้สืบสันดานต่อกัน หรือความเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน ซึ่งก็เป็นเหตุผลส่วนตัว ฉะนั้น บทบัญญัติมาตรา 71 วรรคสอง เฉพาะส่วนที่มีเหตุผลโทษไว้ในกรณีดังกล่าวนี้ จึงเป็น เหตุยกเว้นโทษให้เฉพาะตัวอันเนื่องมาจากความเป็นญาติ ซึ่งความเป็นญาติเป็นสิ่งที่มียู่ก่อนแล้วก่อนการกระทำความผิด และกรณีนี้เป็น เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว เช่นเดียวกัน เพียงแต่ไม่ใช่ห้ามลงโทษเลย หากแต่ห้ามลงโทษเต็มระวางโทษเท่านั้น⁹¹

การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราระหว่างผู้สืบสันดานและบุพการี ตามมาตรา 71 วรรคสอง นี้ เป็นเรื่องที่กฎหมายเล็งเห็นความเป็นเอกภาพในครอบครัว เหตุผลของการลดโทษให้ จึงเป็นเหตุผลพิเศษที่ไม่อยู่ใน โครงสร้างความคิดอาญา แต่เป็นเหตุผลที่เกี่ยวกับการรักษาความเป็นปึกแผ่นของสถาบันครอบครัว เพราะกฎหมายไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเรื่องทุกเรื่องในครอบครัวได้ และความคิดเหล่านี้ เมื่อเทียบกับความเป็นเอกภาพในครอบครัวแล้ว ย่อมมีความด้อยกว่า ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายว่า ครอบครัวนั้นมีขนบธรรมเนียมประเพณี และกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นเอง ที่อำนาจรัฐเข้าไปยุ่งเกี่ยวไม่ได้ เรียกว่าเป็น Autonomous legal หรือ Autonomous domain of unwritten law⁹² และนอกจากนี้แล้วยังเป็นเหตุผลในทางศีลธรรม ถึงแม้ว่าในทางกฎหมายจะไม่รับรู้ก็ตาม สืบเนื่องจากความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับสภาพครอบครัว หมู่เหล่าที่แยกกันไม่ออกในทางทรัพย์สิน หากกฎหมายเอาโทษก็กลับจะเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของครอบครัวให้เสียไปโดยไม่สมกับความผิด⁹³

⁹¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.131). เล่มเดิม.

⁹² ปรีดี เกษมทรัพย์ (อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส ก. , 2551, น.102).

⁹³ คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น.912-913). เล่มเดิม.

ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 71 กฎหมายลศ โทษให้เฉพาะที่เกี่ยวกับความผิดที่กระทำต่อทรัพย์เท่านั้น หากเป็นเรื่องที่กระทบต่อชีวิต ร่างกาย กฎหมายไม่ได้ยกเว้น หรือลศ โทษให้ จะสังเกตเห็นได้ว่า แม้ในความผิดฐานวิงวาททรัพย์ กฎหมายบัญญัติยกโทษให้เฉพาะมาตรา 336 วรรคแรก คือ เฉพาะที่ไม่เป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้น⁹⁴

2.5.2 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 และมาตรา 289(1)

2.5.2.1 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เป็นการบัญญัติความผิดที่กระทำต่อชีวิต โดยเจตนาซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึง ยี่สิบปี” โดยมีองค์ประกอบความผิด ดังต่อไปนี้⁹⁵

องค์ประกอบภายนอก

1) ฆ่า โดยไม่ได้จำกัดรูปแบบของการกระทำ อาจเป็นการยิงให้ตาย แทะให้ตาย หรือวางยาพิษให้ตาย หรือทำให้ตกใจตายก็เป็นการฆ่าเช่นเดียวกัน เช่น เราทราบว่ายิงฆาตรกรเป็นโรคหัวใจและรักบุตรชายที่ไปทำสงครามมาก จึงแกล้งโทรไปบอกว่าบุตรของฆาตรกรถึงแก่ความตายแล้ว ฆาตรกรจึงตกใจและหัวใจวายตาย เราก็มีความผิดฐานฆ่าคนตายเหมือนกัน เป็นต้น อย่างไรก็ตามแม้ความตายจะผิดไปจากความตั้งใจของผู้กระทำบ้าง แต่ผลที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำตามทฤษฎีเงื่อนไข ก็ต้องถือว่าผลเกิดจากการกระทำเช่นกัน

การฆ่าอาจกระทำโดยทางอ้อมได้ เช่น นายแพทย์หลอกพยาบาลให้วางยาพิษคนไข้โดยบอกว่าเป็นยาบำรุงกำลัง ซึ่งกรณีนี้แพทย์จะเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยอ้อมต้องรับโทษฐานเจตนาฆ่าผู้อื่น

2) ผู้อื่น คำว่าผู้อื่น หมายความว่า เป็นบุคคลอื่นที่นอกจากผู้กระทำเอง ฉะนั้นการพยายามฆ่าตัวตายจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 288

องค์ประกอบภายใน

คือ เจตนาฆาตรกร ซึ่งหมายถึงเจตนาโดยประสงค์ต่อผล หรือเจตนาโดยยอมนิ่งเห็นผล การที่จะหยั่งทราบเจตนาอันนั้น อาศัยหลัก กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา เช่น ดูจากอาวุธที่ใช้ในการฆ่า ตำแหน่งของบาดแผล จำนวนบาดแผล เป็นต้น

⁹⁴ แหล่งเดิม.

⁹⁵ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (น.184-185), โดย หยุด แสงอุทัย ง , 2548, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2548 โดยสำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

คุณธรรมทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญามาตรา 288 คือ การคุ้มครองชีวิตมนุษย์⁹⁶

2.5.2.2 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289(1)

มาตรา 289 เป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นความเป็นลำดับจากน้อยไปหามากของกฎหมายอาญา โดยมาตรา 288 แสดงให้เห็นว่าความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเป็นความผิดพื้นฐานของความผิดฐานทำให้มนุษย์ถึงแก่ความตายโดยเจตนา ส่วนมาตรา 289 เป็นเหตุเพิ่มโทษที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 บัญญัติว่า “ผู้ใด

(1) ฆ่าบุพการี

(2) ฆ่าเจ้าพนักงาน

(3) ฆ่าผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ในการที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นจะช่วยเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่บุคคลนั้นได้ช่วยเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่

(4) ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

(5) ฆ่าผู้อื่นโดยทรมาณหรือโดยทารุณโหดร้าย

(6) ฆ่าผู้อื่นเพื่อเตรียมการในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น หรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น

(7) ฆ่าผู้อื่นเพื่อจะเอาผลประโยชน์อันเกิดจากการที่ตนได้กระทำความผิดอื่น หรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการที่ตนได้กระทำความผิดอื่น หรือปกปิดความผิดอื่นของตน หรือหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนทำไว้”

ผู้วิจัยขอกล่าวถึงเฉพาะองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานฆ่าบุพการี คือ การที่ผู้สืบสันดานทำให้บุพการีของตนถึงแก่ความตาย โดยเจตนาฆ่าบุพการี⁹⁷

องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำ คือ ผู้สืบสันดานของผู้ถูกกระทำ

2) กรรมของการกระทำ หรือผู้ถูกกระทำ คือ บุพการี

สำหรับการกระทำ คงเป็นไปในทำนองเดียวกันกับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น และในกรณีที่บุพการีถึงแก่ความตาย ก็จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลด้วย กรณีจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ

⁹⁶ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.82-83). เล่มเดิม.

⁹⁷ แหล่งเดิม.

องค์ประกอบภายใน

เจตนาฆ่าบุพการี คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าบุคคลที่ตนจะฆ่าเป็นบุพการีตน และผู้กระทำต้องการที่จะกระทำให้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย

เนื่องจากว่าเจตนาฆ่าบุพการีต้องร้ายแรงกว่าเจตนาฆ่าบุคคลทั่วไป คือ นอกจากเจตนาฆ่าแล้ว ผู้ฆ่าต้องรู้ว่าผู้ที่ตนฆ่าคือบุพการีของตนด้วย เพื่อเน้นให้เห็นว่าผู้ฆ่ามีเจตนาโหดเหี้ยม ผิดธรรมดามนุษย์ ซึ่งหากผู้ฆ่าไม่รู้ จะเป็นกรณีที่ไม่รู้ชื่อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม เช่น มารดาและบุตรแยกกันไปตั้งแต่บุตรยังเป็นทารก พบกันอีกครั้งเมื่อบุตรโตเป็นหนุ่มและมารดาก็แก่มาก หากบุตรฆ่ามารดาโดยไม่รู้ว่าป็นมารดาซึ่งให้กำเนิดตนมา บุตรจะมีความผิดตามมาตรา 288 เท่านั้น เป็นต้น⁹⁸

คุณธรรมทางกฎหมายในการกระทำความผิดต่อชีวิต

ความผิดฐานฆ่าบุพการี เป็นลักษณะความผิดของประเทศในทวีปเอเชีย และกล่าวได้ว่าเป็นอิทธิพลของศาสนา และลัทธิ ต่างๆ ในภูมิภาคนี้⁹⁹

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดต่อชีวิต คือ ชีวิตมนุษย์ ซึ่งชีวิตมนุษย์ เป็นสิ่งที่เป็นคุณค่าพื้นฐานที่เกี่ยวกับมนุษย์ที่สังคมอารยะทั้งหลายยอมรับว่าเป็นคุณค่าที่สูงที่สุด กฎหมายอาญาจึงได้บัญญัติคุ้มครองชีวิตมนุษย์และให้ความสำคัญอย่างมากต่อชีวิตมนุษย์ ดังจะเห็นได้จากระวางโทษตามกฎหมายสำหรับความผิดต่อชีวิตที่สูงมาก ในขณะที่การทำลายชีวิตในกรรมมารดา มีระวางโทษที่เบากว่ามาก

ชีวิตมนุษย์ เป็นคุณธรรมทางกฎหมายประเภทที่เป็นส่วนบุคคล ซึ่งผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่ในทางกฎหมายอาญาแล้ว ชีวิตมนุษย์เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของไม่สามารถที่จะสละความคุ้มครองได้ ความเห็นของศาลก็ได้ยืนยันหลักการนี้เช่นกัน ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 59/2502 การใช้ปืนยิงคนโดยเชื่อว่าอยู่ยงคงกระพัน มีความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา ผู้กระทำความผิดจะอ้างว่าผู้ตายยินยอมไม่ได้

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานฆ่าบุพการี นอกจากจะเป็นชีวิตมนุษย์แล้ว ยังมีความกตัญญูต่อบุพการีด้วย

⁹⁸ จาก *เชิงปฏิบัติ : กติความผิดต่อชีวิตและร่างกาย* (น.66-67), โดย สมพร พรหมพิลาธร และศรีนิตา พรหมพิลาธร , 2543, กรุงเทพฯ:ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์. ลิขสิทธิ์ 2543 โดยสำนักพิมพ์นิติธรรม.

⁹⁹ *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น.82-83). เล่มเดิม.

ความผิดฐานเหล่านี้เห็นได้ว่านอกจากจะมีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีแล้ว ยังมีความเกี่ยวข้องกับจารีตประเพณีในสังคมไทยด้วย ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ากฎหมายไทยนั้นได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาและศีลธรรมอย่างแท้จริง

ในสมัยที่ยังมีการให้กำเนิดชีวิตมนุษย์ด้วยวิธีธรรมชาติ มีปัญหาว่าตามประมวลกฎหมายอาญา คำว่า บุพการี หมายความว่าอย่างไร หากว่าสามีและภริยามิได้จดทะเบียนสมรสกัน และได้คลอดบุตรระหว่างนั้น สามีซึ่งไม่ใช่บิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่มีสายโลหิตเดียวกัน จะเป็นบุพการีหรือไม่ นักกฎหมายยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ว่า ในกรณีนี้จะหมายถึง บุพการีที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือรวมไปถึงบุพการีตามความเป็นจริงซึ่งมีสายโลหิตเดียวกันด้วย

คำว่าบุพการี ตามความหมายในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายความว่า ผู้ที่ทำอุปการะมาก่อน เช่น บิดามารดาเป็นบุพการีของบุตรธิดา , ญาติทางสายโลหิตโดยตรงขึ้นไป ได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด¹⁰⁰

นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า “บุพการี” หมายถึง บุพการีที่ชอบด้วยกฎหมาย

โดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย¹⁰¹ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิย์¹⁰² และศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฅ นคร¹⁰³ เห็นว่า หมายถึงบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า “บุพการี” หมายถึงรวมถึง บุพการีตามความเป็นจริง หรือบุพการีที่มีสายโลหิตเดียวกันนั่นเอง

โดย ศาสตราจารย์สัญญาชัย สัจจวานิช¹⁰⁴ และรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์¹⁰⁵ เห็นว่าผู้ให้กำเนิดและผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปของผู้ให้กำเนิดเป็นบุพการี ดังนั้น นอกจากจะหมายถึงบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ให้หมายรวมถึงบุพการีตามความเป็นจริง คือ มีสายโลหิตเดียวกันด้วย ซึ่งความเห็นนี้เทียบเคียงได้กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้ความหมายของคำว่าบุพการีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2) ว่าให้หมายถึง บุพการีตามความเป็นจริง

¹⁰⁰ ราชบัณฑิตยสถาน. (ม.ป.ป.). พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน. สืบค้น 10 สิงหาคม 2557, จาก <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>.

¹⁰¹ หยุด แสงอุทัย (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก. , 2556, น.92).

¹⁰² จิตติ ดิงศกัทธิย์ (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ข. , 2556, น.92).

¹⁰³ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.92). เล่มเดิม.

¹⁰⁴ สัญชัย สัจจวานิช (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ข. , 2556, น.92).

¹⁰⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น.345), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2546, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2543 โดยมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1384/2516 “ผู้บุพการีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2) นั้น หมายถึง ผู้บุพการีตามความเป็นจริง โจทก์กับนางล้นแต่งงานกัน โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย ผู้ตายอายุ 17 ปี ยังเป็นผู้เยาว์ เป็นบุตรเรือนเดียวกัน และอยู่ในความปกครองของโจทก์กับนางล้น โจทก์ก็เป็นผู้ไปแจ้งเกิดว่าผู้ตายเป็นบุตรคน และให้การศึกษาดลอดมา แต่โจทก์ไม่เคยยื่นต่ออำเภอรับรองว่าผู้ตายเป็นบุตร แม้ผู้ตายจะมีใช้บุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ แต่โจทก์ก็เป็นบุพการีตามความเป็นจริง เมื่อผู้ตายถูกจำเลยทำร้ายถึงแก่ความตาย โจทก์ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริงของผู้ตายย่อมมีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้ตายได้”

นอกจากนี้ คำพิพากษาฎีกาที่ 956/2509 วินิจฉัยว่า “คำว่าสืบสันดานตามพจนานุกรมหมายความว่า สืบเชื้อสายมาโดยตรง และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/28 มาตรา 1598/29 และมาตรา 1627 แสดงว่าบุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะแตกต่างกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมมีฐานะแตกต่างกับบุพการี โดยตรงของบุตรบุญธรรมอยู่หลายประการ มาตรา 1598/28 และมาตรา 1627 เป็นบทพิเศษให้สิทธิบางประการแก่บุตรบุญธรรมในทางแพ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางครอบครัวและมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ต้องใช้โดยเคร่งครัด จึงหาชอบที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวมาใช้ตีความคำว่าผู้สืบสันดานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71 วรรคสอง ไม่ บุตรบุญธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีตามมาตรา 71 จึงยอมความไม่ได้” และในคำพิพากษานี้มีบันทึกท้ายฎีกาซึ่งได้กล่าวถึงข้อสังเกตเกี่ยวกับบุพการี ผู้สืบสันดาน และบุตรบุญธรรมไว้ ดังนี้¹⁰⁶

1) ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ถึง 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึง มาตรา 364 ถ้าเป็นการกระทำที่บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดานหรือกลับกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ (ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 71) ในกรณีที่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีต้องได้รับโทษหนักกว่ากรณีธรรมดา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 296 และมาตรา 298 เป็นต้น

2) บุตรบุญธรรมนั้น เห็นได้ชัดว่ามีใช้บุตรที่เป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของผู้รับบุตรบุญธรรม มิใช่บุตรโดยธรรมชาติ (natural) การรับและเลิกรับบุตรบุญธรรมจะต้องมีการจดทะเบียนตามกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/27,31) บุตรบุญธรรมจึงมิใช่ผู้สืบสันดาน สิทธิและหน้าที่ของบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมที่มีต่อกันหา

¹⁰⁶ จาก “บันทึกท้ายฎีกาเกี่ยวกับบุพการี ผู้สืบสันดานและบุตรบุญธรรม”, โดย ไพจิตร บุญญพันธุ์, 2537, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช, (6), 6-8.

เกี่ยวกับความผิดทางอาญาไม่ การที่บุตรบุญธรรมผู้รับบุตรบุญธรรมกระทำต่อกัน กรณีจึงไม่ต้องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 มาตรา 289 มาตรา 296 และมาตรา 298 ถ้าหากผู้รับบุตรบุญธรรมประสงค์จะให้รับผิดหนักขึ้นก็ย่อมจะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง อย่างเช่นประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติว่า ถ้าฆ่าบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายที่แท้จริงหรือบิดามารดาเลี้ยงหรือบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายคนใด ก็ถือว่าเป็นความผิดฐานฆ่าบิดามารดาหรือญาติพี่น้อง

3) ถ้าเป็นบุตรที่เกิดจากหญิงชายที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ถ้ามีการกระทำผิดระหว่างกัน กรณีจะต้องด้วยมาตรา 71 มาตรา 289 มาตรา 296 และมาตรา 298 หรือไม่ บุตรที่เกิดจากหญิงชายนั้น ย่อมเห็นได้ว่าเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของหญิงชายนั้น โดยแท้ จึงน่าจะนำบทมาตราดังกล่าวมาใช้บังคับได้ ดังกล่าวมาแล้วในข้อ 2) ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติไว้ชัดว่า ถ้าฆ่าบิดามารดาที่แท้จริง (ซึ่งอาจไม่เป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย) ก็เป็นความผิดฐาน Parricide เหมือนกัน

ดังที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่าขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งเป็นการกระทำของผู้สืบสันดานต่อบุพการี ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ว่า หมายถึง บุพการีที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หรือหมายถึงบุพการีตามความเป็นจริง อันมีสายโลหิตเดียวกันด้วย เมื่อมีปัญหาที่ต้องตีความเช่นนี้ ประกอบกับพัฒนาการทางการแพทย์ ในการตั้งครรภ์แทน ซึ่งไม่ใช่การตั้งครรภ์ตามธรรมชาติที่เกิดจากการร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิง แต่เป็นวิธีการที่มีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยาก โดยใช้เชื้ออสุจิของสามีและไข่ของภรรยาฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน จึงเกิดความซับซ้อนเพิ่มเติมว่า คู่สมรสผู้ว่าจ้าง ผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน เป็นบุพการีหรือไม่ และใครคือบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งไม่มีสายโลหิตเดียวกับเด็ก แต่เป็นบุคคลที่ให้กำเนิดและเลี้ยงดูทารกในครรภ์ มีความผูกพันกับทารกทั้งทางร่างกายและจิตใจตลอดระยะเวลาของการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” เรื่องมารดากับบุตรเป็นเรื่องข้อเท็จจริง ไม่ใช่ข้อกฎหมาย เด็กคลอดจากครรภ์หญิงคนไหน หญิงนั้นก็เป็นการชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันก็ยังมีได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น คณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้ให้ความเห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นการชอบด้วยกฎหมาย และหากหญิงมีสามี สามีของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 เนื่องจากเด็กคลอดระหว่างที่ชายและหญิงคู่นี้สมรสกัน จะเห็นได้ว่ากฎหมายแพ่งนั้นมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิของเด็กให้มีบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงคำนึงถึงสายสัมพันธ์ระหว่างทารกและผู้ให้กำเนิด แต่ก็ยังขัดต่อ

หลักความเป็นจริงอยู่ เพราะบิดามารดาและบุตรจะมีได้มีลักษณะทางพันธุกรรมที่ตรงกัน และจะมีได้อยู่ร่วมกันเป็นสถาบันครอบครัว ในขณะที่กฎหมายอาญามีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย โดยมีบทลงโทษ และลดโทษให้กับผู้กระทำความผิด ซึ่งบทลงโทษก็มีมาตรการที่รุนแรงถึงประหารชีวิต โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม และยับยั้งมิให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่าง ในขณะที่การลดโทษบางประการเกิดจากการคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ คือ ความสัมพันธ์ในครอบครัว ซึ่งรัฐส่งเสริมความเป็นเอกภาพในครอบครัว รัฐจึงให้ยกเว้นโทษเฉพาะตัวผู้กระทำ ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอนไม่อาจที่จะเทียบเคียงกับกฎหมายที่ใกล้เคียงกัน อาศัยจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปได้ ทำให้กฎหมายอาญามีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้ง เมื่อพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมาย ในความผิดฐานฆ่าบุพการี กฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และความกตัญญูต่อผู้มีพระคุณ การกำหนดความหมายของบุพการีในกฎหมายอาญา จึงต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ประกอบด้วย ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นบุตรมีความระลึกถึงศีลธรรมอันดี และบุญคุณของผู้มีพระคุณ ผู้ที่มีสายโลหิตเดียวกัน และความเป็นสถาบันครอบครัวประกอบกัน เมื่อมีการกระทำผิดทางอาญาจะต้องมีบทบัญญัติบังคับกับเรื่องดังกล่าวแตกต่างจากการกระทำต่อบุคคลทั่วไป ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประมวลกฎหมายอาญาจะต้องกำหนดขอบเขตของคำว่าบุพการีให้มีความชัดเจน คำนึงถึงหลักสายโลหิต (Jus sanguinis) ความเป็นเอกภาพของครอบครัว และให้มีความสอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง โดยครอบคลุมถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับการตั้งครรภ์แทน คือ บิดามารดาผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายอีกต่อไป