

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีไว้เพื่อควบคุมความประพฤติของมนุษย์ จึงเป็นกฎหมายที่ต่างจากกฎหมายอื่นๆ ไปตรงที่มีการบัญญัติถึงความผิดและโทษ ทั้งนี้ เนื่องจากมนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่ต้องอยู่ร่วมกัน เริ่มตั้งแต่สังคมเล็กๆ ในระดับครอบครัว และใหญ่ขึ้นไปเรื่อยๆ จากสังคมเป็นชุมชนและเป็นประเทศ ในสังคมเล็กๆ การอยู่ร่วมกันย่อมสามารถควบคุมดูแลกันได้ง่ายโดยอาจใช้เพียงคำสั่งของผู้ที่เป็นหัวหน้าครอบครัวหรือหัวหน้าชุมชน แต่เมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นจำนวนมากขึ้น การควบคุมดูแลกันย่อมมีความยากขึ้นไปด้วย และโดยธรรมชาติของมนุษย์ที่มักชอบทำอะไรตามใจ ด้วยเหตุนี้เองอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่นๆ ให้ได้รับความเดือดร้อนได้ การควบคุมเริ่มมาจากผู้ที่เป็นหัวหน้าซึ่งอาจจะใช้เพียงพลังกำลัง และได้พัฒนามาเรื่อยๆ ตามลำดับไม่ว่าในรูปแบบศีลธรรม กฎเกณฑ์ทางสังคม จนกระทั่งได้พัฒนามาเป็นกฎหมาย แต่โดยที่กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือการทำให้บ้านเมืองสงบสุขทำให้มนุษย์มีความปลอดภัยด้านต่างๆ ในการดำรงชีวิต และในขณะเดียวกันก็เป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษมนุษย์ที่ฝ่าฝืน ทำให้กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบในด้านลบต่อมนุษย์ในสังคมนั้นโดยตรง ฉะนั้น การที่จะบัญญัติการกระทำใดให้เป็นความผิดทางอาญา ย่อมมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญามีทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1 ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา

การที่จะกำหนดให้บุคคลใดมีความผิดทางอาญาหรือไม่นั้น มีแนวความคิดที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งมี 3 ทฤษฎี คือ¹

2.1.1 ทฤษฎีความรับผิดชอบที่ต้องอาศัยการกระทำและความผิดของจิต ทฤษฎีนี้ให้ความสำคัญในเรื่องความรู้สึกนึกคิดในจิตใจของผู้กระทำโดยถือว่าความรู้สึกในทางที่ผิดของจิตใจเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา ดังนั้น ในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาจึงต้องคำนึงถึงปัจจัย 2 ประการ คือ การกระทำซึ่งเป็นอันตรายต่อสังคม และสภาวะของจิตใจที่มีลักษณะควรแก่การลงโทษ ซึ่งสภาวะของจิตใจก็คือ “เจตนา” ซึ่งเป็นการรู้ถึงการกระทำของตนและ

¹ วิสาร พันธนะ. (2543). *สาระสำคัญของประมวลกฎหมายอาญา*. หน้า 346-353.

ขณะเดียวกันก็ต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น หรือ “ประมาท” คือไม่คิด หรือไม่นึกถึงอันตรายที่เกิดจากการกระทำของตน หรือเพิกเฉยไม่แยแสต่อผลร้ายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ความรับผิดตามกฎหมายนี้จึงแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

- 1) ความรับผิดทางอาญาเมื่อกระทำโดยเจตนา
- 2) ความรับผิดทางอาญาเมื่อกระทำโดยประมาท

ความรับผิดทางอาญาโดยเจตนาเป็นหลักทั่วไปของความรับผิดทางอาญา ส่วนความรับผิดเมื่อกระทำโดยประมาทเป็นข้อยกเว้น

ประเทศต่างๆ ได้กำหนดความรับผิดทางอาญาโดยอาศัยทฤษฎีนี้ โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดทางอาญาจะมีความผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำความผิดโดยมีสภาวะจิตใจที่สมควรแก่การลงโทษ เช่น ในอังกฤษที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีมีหลักว่าการกระทำไม่ทำให้ (ผู้กระทำของการกระทำนั้น) เป็นความผิด หากไม่มีจิตใจที่ชั่วร้าย (the act does not constitute guilt unless the mine be guilty)² ดังนั้น จึงได้นำหลักดังกล่าวมากำหนดเป็นโครงสร้างความรับผิดทางอาญาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้จะต้องประกอบไปด้วย การกระทำที่แสดงออกภายนอกนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) และผู้กระทำได้กระทำโดยจิตใจที่ชั่วร้าย (mens rea) หรือในประเทศเยอรมัน การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาได้นั้นผู้กระทำจะต้องมีความชั่ว (schuld) ซึ่งหมายถึงการตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง การกระทำใดจะเป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่ขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจในการกระทำของผู้กระทำความผิดในขณะที่กระทำความผิดนั้น คือผู้ที่มีความรู้สึกลึกซึ้งพอที่จะรู้ว่าอะไรผิดอะไรถูกและเป็นผู้ที่มีสติยอมไม่กระทำการใดที่ผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการอันเป็นความผิดกฎหมาย ผู้นั้นยอมเป็นบุคคลที่จะต้องถูกตำหนิจากสังคมและการกระทำของเขาย่อมเป็นการกระทำที่ถูกตำหนิได้ หรือเป็นการกระทำที่มีความชั่ว

2.1.2 ทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ทฤษฎีนี้กำหนดความรับผิดทางอาญาโดยถือเอาการกระทำเพียงอย่างเดียวไม่คำนึงถึงสภาวะทางจิตใจ เนื่องจากทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้ไม่คำนึงถึงสภาวะของจิตใจ ดังนั้น จึงไม่คำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำเท่านั้น กล่าวคือถึงแม้กระทำโดยไม่มีเจตนาที่ต้องรับผิดทางอาญา ทฤษฎีความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้มีความคิดเห็นเป็นสองแนวทางคือ

- 1) ฝ่ายที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องมีความรับผิดโดยเคร่งครัด เพราะการพิสูจน์ถึงเจตนาในการกระทำความผิดอาญาบางประเภทกระทำได้ยาก ดังนั้น จึงจำเป็นต้องบังคับให้บุคคลต้องรับผิดแม้ไม่มี เจตนา นอกจากนี้ยังเห็นว่าหากการกระทำนั้นอาจเป็นอันตรายต่อสังคมอยู่บ้างหรือคาดว่ากระทำนั้นจะเกิดเป็นคดีที่ต้องฟ้องร้องจำนวนมากจึงเห็นสมควรให้

² คณิต ฌ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 88.

ผู้กระทำได้รับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนาเพื่อมิให้โจทก์ต้องมีภาระในการพิสูจน์เจตนาของจำเลยอีก ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดนี้มักใช้กับกรณีความผิดเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกลงโทษเสื่อมเสียชื่อเสียงแต่อย่างใด

2) ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด คำนว่าการลงโทษที่ถือเอาเพียงแต่การกระทำอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงสภาวะจิตใจของผู้กระทำด้วยนั้นเป็นสิ่งที่ไม่เกิดประโยชน์ เพราะการลงโทษโดยที่ผู้กระทำไม่รู้สึกว่าตนเองได้กระทำความผิดนั้นจะไม่มีผลเป็นการยับยั้งผู้กระทำหรือบุคคลอื่นมิให้กระทำเช่นนั้นอีกในอนาคต ทั้งการกระทำนั้นก็ไม่ได้แสดงว่าผู้กระทำเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมที่สมควรต้องลงโทษหรือแก้ไขเขา และนอกจากนี้ยังเห็นว่าการลงโทษตามทฤษฎีนี้ไม่ยุติธรรมเพราะผู้กระทำได้ถูกตราหน้าว่าเป็นอาชญากรโดยปราศจากความผิดในแง่ของศีลธรรม

2.1.3 ทฤษฎีความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) ทฤษฎีนี้ไม่คำนึงถึงทั้งการกระทำความผิดและสภาวะทางจิตใจของผู้ที่ต้องรับผิดชอบ ความรับผิดชอบตามทฤษฎีนี้เป็นการบังคับให้บุคคลต้องรับผิดชอบในการกระทำ ของผู้อื่น แม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้กระทำความผิดด้วยตนเอง ทฤษฎีนี้จะเหมาะสมหากนำไปใช้กับกฎหมายแพ่ง โดยเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิด การนำทฤษฎีนี้มาใช้ในกฎหมายอาญานั้นมีความเห็นอยู่สองแนวทาง คือ

1) ฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้เห็นว่า การพิสูจน์ถึงเจตนาหรือการรู้เห็นของผู้กระทำความผิดในบางกรณีกระทำได้ยาก ดังนั้น เพื่อเป็นการตัดปัญหาให้โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงการรู้เห็นเป็นใจของผู้ที่จะต้องรับผิดชอบ จึงบัญญัติให้รับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น ซึ่งการบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นเช่นนี้เป็นการบังคับให้ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบ เช่น นายจ้าง หรือผู้แทนนิติบุคคล ต้องเอาใจใส่ดูแลการทำงานของลูกจ้าง

2) ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้เห็นว่า ความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นนั้นขัดกับหลักความรับผิดชอบทางอาญาในกฎหมายอาญา เพราะโดยหลักแล้วบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น เว้นแต่บุคคลนั้นจะได้บงการหรือช่วยเหลือให้บุคคลอื่นกระทำความผิด

2.2 หน้าที่ของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญามีหน้าที่ที่สำคัญ 3 ประการ คือ³

2.2.1 หน้าที่ในการคุ้มครองสังคม กฎหมายอาญามีหน้าที่ในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม เพราะกฎหมายอาญามีสภาพบังคับมากกว่าระเบียบของสังคม แต่การใช้กฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นและไม่อาจ

³ เรื่องเดิม. หน้า 40-46.

หลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาอย่างพร่ำเพรื่อแล้วสิทธิเสรีภาพของบุคคลอาจถูกกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็น ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงไม่เพียงแต่จะมุ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

2.2.2 หน้าที่ในการปราบปราม และในการป้องกันการกระทำความผิด เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นก็จะต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น ซึ่งในการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดนั้นยังเป็นการป้องกันมิให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย การลงโทษหรือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกรังเกียจต่อผู้กระทำความผิดและบุคคลทั่วไป ก็จะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และต้องทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นจะต้องถูกลงโทษ

2.2.3 หน้าที่ในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย สิ่งที่หล่อหลอมให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปโดยปกติสุขเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง ไม่อาจสัมผัสได้โดยการใช้ประสาทสัมผัส แต่เป็นสิ่งที่เรียกว่า "คุณค่า" (Wert หรือ Value) และเป็นคุณค่าที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ เป็นต้น คุณค่าพื้นฐานเหล่านี้ไม่เพียงแต่ได้รับการรับรองและคุ้มครองในทางแพ่งเท่านั้น ในทางอาญาก็มีการรับรองและคุ้มครองชีวิตมนุษย์ ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยการบัญญัติความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน และรับเอาคุณค่าเหล่านี้เข้าไปในกรอบแห่งการคุ้มครองของกฎหมาย ทำให้ชีวิตมนุษย์ ความปลอดภัยต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพทรัพย์สินหรือสิทธิอย่าง หนึ่งอย่างใดนั้นกลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut หรือ Legal Interest)

บทบัญญัติของกฎหมายอาญาของความผิดฐานต่างๆ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งหรือหลายอัน กฎหมายอาญาจึงมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้เป็นอันตรายหรือไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมนั้นมีอยู่มากมายซึ่งจะใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นทุกปัญหานั้นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง เพราะบางปัญหาเป็นเรื่องที่เล็กน้อยไม่สมควรหรือไม่มีความจำเป็นที่ต้องใช้กฎหมายอาญาลงโทษ หรือไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาเหล่านั้น กล่าวคือ กฎหมายอาญาควรจำกัดอยู่แค่การคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของระเบียบทางสังคมเท่านั้น เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

2.3 ลักษณะของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา หมายถึง บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น⁴ โดยกฎหมายอาญามีหลักที่สำคัญที่เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา คือ หลัก “nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือ “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญามีหลักความสำคัญมาจากการบัญญัติกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายอาญามีผลมาจากอำนาจการลงโทษของรัฐ เนื่องจากรัฐมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อควบคุมดูแลการอยู่ร่วมกันของคนในรัฐไม่ให้มีการกระทบกระเทือนได้โดยง่าย

สำหรับในประเทศไทยมีการบัญญัติใช้กฎหมายอาญากับความผิดทุกความผิดที่กระทบกระเทือนต่อบุคคล ต่อทรัพย์สิน ต่อสังคม หรือกระทบกระเทือนต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ รัฐมีหน้าที่ควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยของคนรัฐนั้น รัฐจึงได้กำหนดกฎหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย นั่นคือการบัญญัติกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญามีลักษณะที่สำคัญดังต่อไปนี้

2.3.1 เป็นกฎหมายมหาชน เหตุที่เป็นกฎหมายมหาชนก็เพราะว่าเป็นบทบัญญัติถึงความเกี่ยวกันระหว่างเอกชนกับรัฐ แม้การกระทำความผิดบางอย่างจะได้กระทำโดยตรงต่อเอกชนให้ได้รับอันตรายหรือเสียหายก็ตาม แต่การกระทำความผิดนั้นก็ยังมีผลกระทบกระเทือนต่อมหาชนเป็นส่วนรวมถึงขนาดที่รัฐต้องเข้าดำเนินการป้องกันและปราบปรามได้เองโดยไม่ต้องให้ผู้ใดมาร้องทุกข์กล่าวโทษก่อน ยกเว้นความผิดอันยอมความได้

2.3.2 เป็นกฎหมายว่าด้วยความผิดและโทษ

2.3.2.1 ความผิดในทางอาญาอาจแยกออกได้เป็นหลายประเภท กล่าวคือ

- 1) แบ่งแยกประเภทความผิดในแง่การกระทำ
- 2) แบ่งแยกประเภทความผิดที่ต้องมีผลปรากฏกับความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ
- 3) แบ่งแยกประเภทความผิดธรรมดา กับ ความผิดซับซ้อน ซึ่งความผิดซับซ้อนยัง

อาจแยกออกได้เป็น (1) ความผิดต่อเนื่อง (2) ความผิดที่ยืดออกไป (3) ความผิดเป็นปกติธุระ และ (4) ความผิดซ้อน

4) แบ่งแยกประเภทความผิดในแง่เจตนา โดยอาจแบ่งได้ดังนี้ (1) ความผิดที่กระทำโดยเจตนา (2) ความผิดที่กระทำโดยประมาท (3) ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนา (4) ความผิดนอกเหนือเจตนา (5) ความผิดชนิดที่ต้องรับผิดในผลสุดท้ายแห่งเจตนา และ (6) ความผิดการเมื่อง

⁴ เรื่องเดิม. หน้า 30-31.

2.3.2.2 โทษอาญา เป็นโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 มี 5 สถาน คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน

2.3.3 ตามปกติบังคับเฉพาะการกระทำในราชอาณาจักร ตามปกติแล้วกฎหมายอาญาจะใช้บังคับเฉพาะภายในพระราชอาณาเขตเท่านั้น เว้นแต่การกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรตามมาตรา 7 มาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

2.3.4 บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร

2.3.5 กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อรัฐได้บัญญัติกฎหมายไว้ชัดเจนแล้วว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดเป็นความผิดอาญาแล้ว จะต้องถือว่าตามบทบัญญัตินั้นเท่านั้น ที่เป็นความผิดและไม่รวมการกระทำที่นอกเหนือจากบทบัญญัติด้วย

2.3.6 ไม่มีผลย้อนหลัง กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ

2.4 ประเภทความผิดของกฎหมายอาญา

ความผิดอาญาอาจแบ่งออกเป็น ประเภทต่างๆ ได้หลายวิธีตามแนวคิดและความมุ่งหมาย ดังนี้

2.4.1 การแบ่งตามลำดับความหนักเบาของความผิด การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้ สามารถแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภท คือ

2.4.1.1 ความผิดประเภท Treason ตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี เดิมของอังกฤษ ความผิดประเภท Treason แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

- 1) High Treason (การกบฏ) คือ การกระทำอันเป็นการต่อต้านพระมหากษัตริย์
- 2) Petit Treason คือ การฆาตกรรมผู้ปกครองหรือผู้อยู่เหนือโดยผู้อยู่ใต้อำนาจ เช่น ภรรยาฆ่าสามี บ่าวฆ่านาย แต่ในปัจจุบันความผิดฐานนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว และการกระทำที่เป็นความผิดประเภท Petit Treason เดิมนั้น ปัจจุบันก็คือความผิดฐานฆ่าคนตาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกาความผิดประเภท Treason คือความผิดฐานกบฏ เป็นความผิดเฉพาะอย่างเช่นเดียวกับความผิดฐานอื่นๆ และในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีเพียงสองสามรัฐเท่านั้นที่แบ่งความผิด Treason ออกเป็นความผิดอีกประเภทหนึ่งนอกเหนือจากความผิดประเภท Felonies และ Misdemeanors

2.4.1.2 ความผิดประเภท Felonies เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงอยู่ในลำดับถัดจากความผิดประเภท Treason ซึ่งความผิดประเภท Felonies จะมีความหมายแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ และส่วนมากจะกำหนดความหมายโดยพิจารณาจากบทระวางโทษของความผิด เช่น กฎหมายของรัฐอลาบามา จอร์เจีย อินเดียนา ไอโอวา มิชิแกน มิสซิสซิปปี วอชิงตัน และรัฐเวอร์จิเนียตะวันตก

ของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดว่าความผิดประเภท Felonies คือความผิดที่มีระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกในเรือนจำของรัฐ ในรัฐฮาวายกำหนดว่าความผิดประเภท Felonies คือความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ในรัฐอริโซนา แคลิฟอร์เนีย ไอดาโฮ โอเรกอน กำหนดว่าในกรณีที่มีการกระทำความผิดนั้นมีบทระวางโทษจำคุกในเรือนจำของรัฐหรือในที่กักขังของเมือง (County Jail) หรือปรับ ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจกำหนดให้การกระทำความผิดใดเป็นความผิดประเภท Misdemeanors ได้ แต่ในบางรัฐก็จะกำหนดไว้ในกฎหมายเลยว่า การกระทำความผิดใดเป็นความผิดประเภท Felonies หรือ Misdemeanors ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ต้องพิจารณาถึงบทระวางโทษของความผิดนั้น และมีบางรัฐ เช่น เซาท์แคโรไลนา ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าความผิดใดบ้างที่เป็นความผิดประเภท Felonies ดังนั้น ความผิดอื่นๆ นอกจากที่กำหนดนี้ทั้งหมดก็จะเป็นความผิดประเภท Misdemeanors เป็นต้น จะเห็นได้ว่าโดยส่วนใหญ่จะกำหนดความผิดประเภท Felonies โดยพิจารณาจากบทระวางโทษของความผิดนั้นๆ มากกว่าที่จะพิจารณาถึงธรรมชาติและลักษณะของความผิดหรือโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจริงๆ ดังนั้น ผู้ที่กระทำความผิดประเภท Felonies อาจได้รับโทษในความเป็นจริง น้อยกว่าผู้กระทำความผิดประเภท Misdemeanors

2.4.1.3 ความผิดประเภท Misdemeanors เป็นความผิดอาญาที่มีความรุนแรงอยู่ในลำดับรองลงมาจากความผิดประเภท Felonies หมายถึงความผิดอื่นที่ไม่ใช่ความผิดประเภท Treasons และความผิดประเภท Felonies การให้ความหมายของความผิดประเภท Misdemeanors พิจารณาจากบทระวางโทษของความผิดเป็นเกณฑ์ แต่ก็มักมีกฎหมายบางฉบับอาจกำหนดไว้โดยเฉพาะว่าความผิดตามกฎหมายฉบับนั้นๆ เป็นความผิดประเภท Misdemeanors ต้นแบบของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา (Model Penal Code) ได้แบ่งความผิดประเภท Misdemeanors ออกเป็น 2 ประเภท คือ Misdemeanors และ Petty Misdemeanors ความผิดอาญาใดจะเป็นความผิดประเภท Misdemeanors จะถูกกำหนดไว้โดย Model Penal Code หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นๆ และความผิดอาญาใดที่กฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทความผิดไว้ไม่ว่าจะโดยกฎหมายหรือโดยคำพิพากษาของศาล ความผิดนั้นก็จะมีความผิดประเภท Misdemeanors ส่วนความผิดประเภท Petty Misdemeanors ได้แก่ความผิดอาญาซึ่ง Model Penal Code หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นกำหนดให้เป็นความผิดประเภท Petty Misdemeanors หรือเป็นความผิดที่มีระวางโทษจำคุกอย่างสูงต่ำกว่าหนึ่งปี

การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามลำดับความหนักเบาของความผิดนี้ มีบางรัฐหรือบางเขตอำนาจศาลได้แบ่งความผิดที่มีลักษณะที่เบากว่า Misdemeanors ออกเป็นความผิดอีกประเภท

หนึ่งโดยเฉพาะและมีการเรียกชื่อต่างๆ กันเช่น Police Regulation, Public Torts, Infractions, County Ordinances

ส่วนการแบ่งประเภทความผิดตามลำดับความหนักเบาของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยสามารถแบ่งความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ (1) ความผิดลหุโทษ ได้แก่ ความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และ (2) ความผิดทั่วไป ได้แก่ ความผิดซึ่งมีโทษหนักกว่าความผิดลหุโทษ คือจำคุกเกินหนึ่งเดือน หรือปรับเกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

2.4.2 การแบ่งตามเจตนา

การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้สามารถแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 4 ประเภท คือ

2.4.2.1 ความผิดที่กระทำโดยเจตนา เป็นความผิดทั่วไป และเป็นลักษณะทั่วไปของการกระทำอาญา

2.4.2.2 ความผิดที่กระทำโดยประมาท ได้แก่ การทำความผิดโดยไม่เจตนา แต่เป็นการทำความผิดโดยปราศจากความระมัดระวัง และผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบแม้ว่าจะกระทำโดยประมาท

2.4.2.3 ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนา ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ต้องรับผิดชอบแม้กระทำโดยไม่เจตนา เช่น ความผิดลหุโทษ

2.4.2.4 ความผิดอันเกิดขึ้นเกินเลยไปจากเจตนาที่มี เป็นความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา แต่ผลที่เกิดขึ้นนั้นอยู่นอกเหนือไปจากเจตนาของผู้ทำความผิด เช่น ผู้กระทำมีเพียงเจตนาทำร้ายร่างกายแต่ผู้ถูกทำร้ายถึงแก่ความตาย ผู้กระทำมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา

2.4.3 การแบ่งตามลักษณะของความผิด

การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้ตามกฎหมายไทยแบ่งออกเป็น ⁵

2.4.3.1 ความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดอันยอมความได้

1) ความผิดอาญาแผ่นดิน เป็นความผิดที่รัฐมีอำนาจดำเนินการฟ้องร้องได้เอง โดยผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องร้องทุกข์ก่อน เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานลักทรัพย์

2) ความผิดอันยอมความได้คือ ความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ก่อน รัฐจึงจะมีสิทธิฟ้องร้องผู้ทำความผิดได้ หากผู้เสียหายไม่ร้องทุกข์รัฐไม่มีอำนาจฟ้องคดีนั้น แต่ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีได้ และเมื่อฟ้องคดีแล้วผู้เสียหายจะถอนฟ้องหรือยอมความในเวลาใดก็ได้ก่อนคดีถึงที่สุด ความผิดใดจะเป็นความผิดอันยอมความได้กฎหมายจะบัญญัติบอกไว้ เช่น ความผิดฐาน

⁵ เรื่องเดิม. หน้า 122-125.

ยกยอก เป็นต้น ความผิดอันยอมความได้จะมีลักษณะ 3 ประการ ดังนี้ 1) เป็นความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมน้อย 2) เป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องส่วนตัวอย่างมากที่พึงเคารพเจตจำนงของผู้เสียหาย และ 3) เป็นความผิดที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง ความผิดอาญานั้นโดยหลักถือว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่รัฐจะต้องดำเนินการโดยผู้เสียหายไม่ต้องให้ความเห็นชอบใดๆ ทั้งสิ้น ส่วนความผิดอันยอมความได้นั้นถือว่าเป็นข้อยกเว้นซึ่งความผิดอันยอมความได้นี้ผู้เสียหายเป็นผู้ยอมความ ดังนั้น โดยลักษณะแล้วย่อมหมายความว่าความผิดที่มีผู้เสียหายโดยเฉพาะเจาะจงนอกเหนือจากรัฐที่ถือว่าได้รับความเสียหายเป็นส่วนรวมอยู่แล้ว

2.4.3.2 ความผิดที่ต้องการผลและความผิดที่ไม่ต้องการผล

- 1) ความผิดที่ต้องการผล เช่น ความผิดตามมาตรา 288, 295, 334, 357 เป็นต้น
- 2) ความผิดที่ไม่ต้องการผล เช่น ความผิดตามมาตรา 177, 374 เป็นต้น

2.4.3.3 ความผิดที่ผู้กระทำความผิดต้องกระทำ เอง โดยทั่วไปผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นผู้กระทำความผิดด้วยตนเองหรือโดยบุคคลอื่นที่ตนควบคุมการกระทำของเขาก็ได้ แต่ในบางกรณีเฉพาะผู้ที่ได้กระทำความผิดด้วยตนเองเท่านั้นจึงจะเป็นผู้กระทำความผิดได้ เช่น ความผิดฐานเบียดความเท็จตามมาตรา 177

2.4.3.4 ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล เป็นความผิดที่ผลเกิดขึ้นเกินเจตนาของผู้กระทำ เช่น ความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา 290 ความผิดฐานนี้ผู้กระทำมีเจตนาเพียงทำร้ายเท่านั้น ไม่ได้มีเจตนาที่จะฆ่า ความตายที่เกิดจึงเกินเลยไปจากเจตนาของผู้กระทำ

การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของความผิดประเภทนี้ไม่ได้พิจารณาตามหลักทฤษฎีว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลดังกรณีของความผิดที่ต้องการผล แต่กรณีนี้กฎหมายได้บัญญัติการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 63

2.4.4 การแบ่งตามความชั่วร้ายของศีลธรรม

การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามวิธีนี้สามารถแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภทคือ

2.4.4.1 ความผิดแบบ Mala in se หมายถึงความผิดอาญาที่เป็นความผิดในตัวเองหรือที่มีความชั่วร้ายตามธรรมชาติ (Inherently Evil) ซึ่ง Black's Dictionary ได้ให้ความหมายว่าเป็นการกระทำผิดในตัวเอง เป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมและการกระทำที่ละเมิดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดี Mala in se ถือได้ว่าเป็นความผิดที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมนุษย์สามารถรู้ได้ด้วยตนเองว่าการกระทำ

เช่นใดเป็นความผิด เช่น ความผิดฐานข่มขืน ความผิดฐานฆ่าคนตาย เป็นต้น ความผิดประเภทนี้เวลาบัญญัติกฎหมายไม่ต้องบัญญัติบังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำเสียก่อนแล้วจึงจะบัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนแล้วมีความผิด แต่จะบัญญัติลงไปเลยว่าการกระทำอย่างนั้นเป็นความผิด

2.4.4.2 ความผิดแบบ Mala Prohibita หรือความผิดเพราะกฎหมาย ห้าม ปกติไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาที่เป็นความชั่วร้ายตามธรรมชาติ แต่ถือว่าเป็นความผิดก็เพราะเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติของกฎหมาย Black's Dictionary ได้ให้ความหมายว่า เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดเพราะมีข้อห้าม หรือการกระทำที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายที่บัญญัติขึ้น การกำหนดความผิดมีลักษณะเป็นข้อตกลงไม่ใช่เป็นความผิดโดยธรรมชาติ ความผิดประเภทนี้ไม่ได้บัญญัติจากเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎแห่งศีลธรรมเลย แต่ที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายบัญญัติเท่านั้นเอง ซึ่งอาจมองไม่เห็นความชั่วหรือความเลวของผู้กระทำความผิดได้ในตัวเอง เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติต่างๆ เช่น การมีอาวุธปืน โดยไม่ได้รับอนุญาต การนำของต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร การจับสัตว์น้ำในเขตหวงห้าม เป็นต้น ความผิดประเภทนี้เวลาบัญญัติกฎหมายจะต้องบัญญัติบังคับให้กระทำหรือห้ามมิให้กระทำอย่างนั้นอย่างนี้เสียก่อนแล้วจึงจะบัญญัติว่าถ้าฝ่าฝืนมีความผิด

การแบ่งความผิดออกเป็น Mala in se และ Mala Prohibita นี้ ในปัจจุบันได้เสื่อมความนิยมลง เพราะการแบ่งประเภทความผิดอาญาแบบนี้ไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานหรืออยู่บนหลักการที่มีเหตุผล ขาดหลักเกณฑ์ในการแบ่งที่ชัดเจนแน่นอนและนำมาใช้ไม่ได้ในทางปฏิบัติ

2.4.5 การแบ่งตามคุณธรรมทางกฎหมาย

ความผิดอาญาแต่ละฐานมีสิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง สิ่งนี้ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่างเป็นวัตถุ หรือบุคคล แต่เป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิด เช่น ในความผิดอาญาฐานฆ่าผู้อื่น สิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์คุ้มครองไม่ใช่บุคคลที่ถูกฆ่าแต่เป็นชีวิตมนุษย์ สิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนี้เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)

หน้าที่ของกฎหมายอาญาที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งก็คือการที่กฎหมายอาญากระดัดของ “สมบัติ” (Gut) เฉพาะอย่างขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย เนื่องจากในปทัสถาน (Norm) ทั้งหลายนั้นมีสมบัติบางอย่างแฝงอยู่เบื้องหลัง เช่น ปทัสถานที่ว่า การฆ่าเป็นสิ่งไม่ควร การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะชีวิตเป็นสิ่งที่มีค่า หวงแหน ดังนั้น การบัญญัติความผิดตามมาตรา 288 ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาก็เพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ ทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมายไป คุณธรรมทางกฎหมายไม่ได้เป็นสิ่งที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางหรือเป็นสิ่งที่ป็นนามธรรม คือเป็นสิ่งที่ป็นประโยชน์ (Interesse หรือ Interest) หรือเป็นสิ่งที่ป็น “คุณค่า” (Wert หรือ Value) ในการที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกัน

อย่างมีความปกติสุขนั้น มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายจึงหมายถึงประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง⁶ สมบัติที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะเป็นในประมวลกฎหมายอาญาเองหรือในพระราชบัญญัติอื่นๆ ล้วนเป็นสมบัติที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น การคุ้มครองในรูปแบบอื่นจึงไม่เพียงพอ ดังนั้นจึงต้องมีการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา ซึ่งสมบัติที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญานั้นนอกจากชีวิตมนุษย์แล้วยังมีความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพในการกระทำ เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงที่ทาง กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความบริสุทธิ์สะอาดของอำนาจรัฐ ความคงอยู่ของสถาบันต่างๆ ของรัฐ ความปลอดภัยของการจราจร ฯลฯ ความผิดอาญาแต่ละฐานได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งอาจมีเพียงอันหนึ่งหรือหลายอันพร้อมกัน

2.4.5.1 ประโยชน์ของการศึกษาคุณธรรมทางกฎหมาย มีประโยชน์หลายประการ คือ

1) โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญาได้ ในการค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมายจำเป็นต้องค้นหาคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อใช้ประโยชน์ในการตีความกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญาโดยขาดการพิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายอาจทำให้เกิดปัญหาต่างๆ ได้ เช่น ปัญหาการตีความกฎหมายโดยขัดต่อหลักการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 2 และปัญหาการไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างของความผิดฐานต่างๆ ที่คล้ายคลึงกันหรือใกล้เคียงกัน เช่น ไม่อาจแยกแยะความผิดตามมาตรา 217 กับความผิดตามมาตรา 358 ว่าต่างกันอย่างไร การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดตามมาตรา 217 กับมาตรา 218 และการไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานยักยอก เป็นต้น

2) การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยก จัดหมวดหมู่ ประเภทของความผิดอาญาเพื่อการศึกษา ซึ่งในตำรากฎหมายอาญาภาคความผิดของกฎหมายเยอรมัน ได้จัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดอาญาตามคุณธรรมทางกฎหมาย

3) โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชน (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universal-Rechtsgut) เช่น ความปลอดภัยของการจราจร สภาพความแท้ของเงินตรา การรักษาไว้ซึ่งความลับของประเทศในทางทหาร เป็นต้น ซึ่งการแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าว นอกจากจะช่วยให้การวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณา

⁶ เรื่องเดิม. หน้า 118.

ความอาญามีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนแล้ว ยังมีผลต่อการพิจารณาปัญหาที่ว่าในกรณีใดบุคคลจึงจะสามารถป้องกันสิทธิของตนได้ กล่าวคือ เอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนเท่านั้น นอกจากนี้การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าวยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย

2.4.5.2 การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามคุณธรรมทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยสามารถแบ่งได้หลายประเภท เช่น

- 1) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ชีวิตมนุษย์” เช่น ความผิดตามมาตรา 288, 289, 291, 292 เป็นต้น
- 2) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ความปลอดภัยของร่างกาย” เช่น ความผิดตามมาตรา 295, 290, 297, 300, 390, 391 เป็นต้น
- 3) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ชีวิตในครรภ์มารดา” เช่น ความผิดตามมาตรา 301, 302, 303 เป็นต้น
- 4) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ภัยอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย” เช่น ความผิดตามมาตรา 294, 299, 306, 307, 307 เป็นต้น
- 5) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “เกียรติ” เช่น ความผิดตามมาตรา 326, 327, 393 เป็นต้น
- 6) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “เสรีภาพ” เช่น ความผิดตามมาตรา 309, 310, 310 ทวิ, 311, 312, 313, 315 เป็นต้น
- 7) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ความลับ” เช่น ความผิดตามมาตรา 322, 323, 324 เป็นต้น
- 8) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “กรรมสิทธิ์” เช่น ความผิดตามมาตรา 334, 352, 355 เป็นต้น
- 9) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “การครอบครอง” เช่น ความผิดตามมาตรา 349 เป็นต้น
- 10) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ทรัพย์สิน” เช่น ความผิดตามมาตรา 341, 343, 345, 346, 347, 353 เป็นต้น
- 11) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ความปลอดภัยสาธารณะ” เช่น ความผิดตามมาตรา 374 เป็นต้น
- 12) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ความมีเมตตาต่อสัตว์” เช่น ความผิดตามมาตรา 281, 282 เป็นต้น

13) ความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “อำนาจรัฐในการปฏิบัติตามกฎหมาย” เช่น ความผิดตามมาตรา 367, 368, 369 เป็นต้น

2.5 การบัญญัติความผิดฐานชุลมุนต่อผู้

ความผิดฐานชุลมุนต่อผู้เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกาย เนื่องจากมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการตายและการบาดเจ็บสาหัสเป็นองค์ประกอบของความผิด หากการกระทำที่เป็นการชุลมุนต่อผู้ แต่ไม่มีการตายหรือการบาดเจ็บสาหัสของบุคคลหนึ่งบุคคลใดแล้ว ผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้ก็ไม่มี ความผิดฐานนี้ ดังนั้น ความผิดฐานชุลมุนต่อผู้จึงมีความเกี่ยวข้องกับ ความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกาย ซึ่งความเป็นมาของความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายในประเทศไทยก่อนใช้ประมวลกฎหมายอาญาลับปัจจุบัน อาจแยกพิจารณาความเป็นมาและแนวคิดของความผิดฐานความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายตามกฎหมายที่เคยใช้ โดยแบ่งเป็นสองช่วงคือ ความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายตามกฎหมายตราสามดวง และความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

2.5.1 ความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายตามกฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่มีมาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา และได้รับการชำระใหม่ในสมัยรัชกาลที่ 1 โดยการรวบรวมตรวจสอบกฎหมายที่กระจัดกระจายให้มาอยู่รวมกันเป็นหมวดหมู่และตัดทอนส่วนที่ขัดแย้งซ้ำซ้อนกันออกไปเพื่อให้มีความเหมาะสมกับสภาพของสังคมไทยในยุคนั้น ซึ่งกฎหมายตราสามดวงกำหนดการกระทำอันเป็นความผิดและกำหนดโทษสำหรับความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายไว้ ดังปรากฏจากบทพระไอยการรวม 4 ลักษณะ ได้แก่ (1) พระไอยการอาญาหลวง (2) พระไอยการอาญาราย (3) พระไอยการลักษณโจร และ (4) พระไอยการลักษณวิวาทตีต่อกัน

ส่วนวิธีการบัญญัติพระอัยการ เหล่านั้น ปรากฏว่ามีได้มีการแบ่งแยกความผิดต่อชีวิตเป็นหมวดหมู่แตกต่างหากจากความผิดต่อร่างกายคงมีการบัญญัติไว้ปะปนกัน ทั้งยังบัญญัติปะปนกับความผิดอาญาในฐานอื่นๆ อีกด้วย โดยให้ความสำคัญต่อพฤติการณ์แห่งการกระทำและผลของการกระทำเป็นหลักในการกำหนดความผิดและโทษ ซึ่งสามารถจำแนกประเภทบทบัญญัติที่กำหนดการกระทำอันเป็นความผิดและกำหนดโทษสำหรับความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่⁷

⁷ ฉันทชาย โรจนสโรช. (2543). การศึกษาทฤษฎีกฎหมายอาญาใหม่ในร่างพระราชกำหนดลักษณประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ รัตน โกสินทร ศก 118. หน้า 15-20.

2.5.1.1 บทบัญญัติลงโทษเฉพาะความผิดต่อชีวิต ได้มีการบัญญัติไว้ในบทมาตราของ พระไอยการ 2 ลักษณะ ดังนี้

(ก) พระไอยการลักษณะโจร บัญญัติลงโทษความผิดต่อชีวิตไว้ 4 สถาน ประกอบด้วย

- (1) ฐานเป็นโจรคบเพื่อน ปล้นบ้านเรือน และฆ่าเจ้าบ้าน เจ้าเรือนตาย เอาทรัพย์ไป ตามมาตรา 54
- (2) ฐานเป็นโจรตีชิง โจรฉกฉวย หรือโจรล้วงลักพาพวกไปลักทรัพย์และชกตีฟันแทงเจ้าทรัพย์ตาย ตามมาตรา 57
- (3) ฐานไม่ ฟ้องร้องคดี แต่ทะนงองอาจคุมพวกไปเกาะกุมผู้อื่นจากบ้านเรือนมายังเรือนคนแล้วฟันแทงทาบชกตีผู้นั้นตาย ตามมาตรา 66
- (4) ฐานเดินทาง ไปอยู่กินด้วยกัน ฟันแทงกันตาย แล้วอำพรางว่าเสื่อขบตายหรืออุบตาย ตามมาตรา 68

(ข) พระไอยการลักษณะวิวาทตีต่อกัน บัญญัติลงโทษความผิดต่อชีวิตไว้ 2 สถาน ประกอบด้วย

- (1) ฐานวิวาทตีต่อกัน ฝ่ายหนึ่งหนีขึ้นเรือนตน อีกฝ่ายตามขึ้นเรือนไปตีจนตาย ตามมาตรา 4
- (2) ฐานวิวาทกันตีหรือฟันแทงถูกที่สำคัญตาย ตามมาตรา 29

2.5.1.2 บทบัญญัติลงโทษเฉพาะความผิดต่อร่างกาย ได้มีการบัญญัติไว้ในบทมาตราของ พระไอยการทั้ง 4 ลักษณะ ดังนี้

(ก) พระไอยการอาญาหลวง มีบทบัญญัติลงโทษความผิดต่อร่างกายไว้ 5 สถาน คือ

- (1) ฐานตีกันในสถานที่ไม่สมควร ตามมาตรา 9
- (2) ฐานทะนงศักดิ์สำหาวจั๊ซ่าง ม้า เรือ นำพวกถืออาวุธไป กระ โขกบ้านผู้อื่น และตีค่าจ้างของฟันแทงผู้นั้น ตามมาตรา 34
- (3) ฐานเกาะกุมเอาตัวผู้มีความชอบอันจับกุมผู้ร้ายทำผิดไป จำจง โบย ตี ตามมาตรา 50
- (4) ฐานชิงช่วงค่าตีเพื่อให้ได้มาซึ่งตราสารของทางราชการตามมาตรา 81
- (5) ฐานเป็นผู้รับร้องทุกข์ร้าย อ้างศักดิ์สำหาวไปย้อชักเอาไพร่พลเมืองผู้ต้องคดีและหนีต้องคดีมาจำจงตี โบยโดยพลการ ตามมาตรา 110

- (ข) พระโอยการอาณาราช บัญญัติลงโทษความผิดต่อร่างกายไว้ 3 ฐาน คือ
- (1) ฐานละเมิดทำเนือหนังสือคำร้องโดยผู้ถูกฟ้องจับตัวผู้ฟ้องคดีไปโดย
รับคำตี ตามมาตรา 6
 - (2) ฐานตีผู้อื่น ตามมาตรา 9
 - (3) ฐานละเมิดทำเนือฟ้องโดยฝ่ายหนึ่งจับอีกฝ่ายหนึ่งไปจงจำมัดผู้คดี
โดย ตามมาตรา 14
- (ค) พระโอยการลักษณโจร บัญญัติลงโทษความผิดต่อร่างกายไว้ 4 ฐาน คือ
- (1) ฐานปล้นสดมพินแทงเจ้าทรัพย์บาดเจ็บ และเก็บเอาทรัพย์ไป ตามมาตรา
55
 - (2) ฐานเป็นโจรตัดช่องย่องเบาพินแทงเจ้าทรัพย์บาดเจ็บ และเก็บเอาทรัพย์
ไป ตามมาตรา 56
 - (3) ฐานเอาหอกดาบแหลนหลาวหรือสิ่งอื่น แแต่หรือแทงเรือนผู้อื่น ถูกผู้อื่น
ในเรือนบาดเจ็บ ตามมาตรา 89
 - (4) ฐานวิวาทถูกลงตีค่ากัน เอาหอกดาบศาสตราวุธพินแทงผู้อื่นบาดเจ็บ
สาหัส ตามมาตรา 97
- (ง) พระโอยการลักษณวิวาทตีค่ากัน บัญญัติลงโทษความผิดต่อร่างกายไว้
4 ฐาน คือ
- (1) ฐานวิวาทชกตีถูกลงบิดข่วน เอาถุงผ้าฟาดตีผู้อื่นหรือผลักผู้อื่นให้
กระทบกระเบื้องไม้หนามอิฐ ตามมาตรา 23
 - (2) ฐานวิวาทค่าตีกันและเอาสิ่งโสโครกทิ้งซัดหรือถมน้ำลายรดผู้อื่น ตาม
มาตรา 25
 - (3) ฐานวิวาทกันแล้วใช้ไฟจุด น้ำร้อนสาด เอาทองคำ เงิน ทองแดง สำริด
ทองเหลือง ทองขาว สังกะสี ดีบุก ชันร้อน หอก ดาบ มีดพร้า ขวาน ลีว แหลนเหล็ก หลาวเหล็ก
ฉมวก พินแทงผู้อื่นหรือใช้ปืนยิง ผู้อื่นบาดเจ็บ ตามมาตรา 28
 - (4) ฐานวิวาทตีพินแทงเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส คือ หูขาดทั้งสอง
ข้าง ตาบอดทั้งสองข้าง ซ้อมือหักทั้งสองข้าง ข้อแขนหักทั้งสองข้าง แข้งขาหักทั้งสองข้าง ถิ่นค้วน
และจุมูกค้วน หรือไม่สาหัส คือ ช้ำน่วมทั้งตัว ถ่าปากปางตาย หนั่งตาขาด จุมูกแหวง และเสียโฉม
ตามมาตรา 30

2.5.1.3 บทบัญญัติลงโทษความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกาย ได้มีการบัญญัติ ความผิดและกำหนดโทษสำหรับความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายไว้ปะปนกัน ปรากฏในบท มาตรการของพระไอยการ 3 ลักษณะ ดังนี้

(ก) พระไอยการหลวง บัญญัติลงโทษความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกาย รวม 2 ฐาน คือ

(1) ฐานฟันแทงกันตาย หรือทำร้ายกัน ตามมาตรา 10

(2) ฐานพาพวกไปจับไล่ตีค่าฟันแทงผู้ไปทำราชการตามที่พระเจ้าอยู่หัวใช้ ถึงตายหรือบาดเจ็บ ตามมาตรา 96

(ข) พระไอยการลักษณะ โจร มีบทบัญญัติลงโทษความผิดต่อชีวิตและความผิด ต่อร่างกายรวม 10 ฐาน คือ

(1) ฐานลักทรัพย์แล้วฟันแทงเจ้าทรัพย์บาดเจ็บหรือตาย ตามมาตรา 61

(2) ฐานล่องลวงผู้อื่นไปฆ่าไปตีถึงบาดเจ็บหรือตาย ตามมาตรา 63

(3) ฐานลอบฟันแทงผู้อื่นบาดเจ็บ บาดเจ็บสาหัส หรือตาย ตามมาตรา 65

(4) ฐานใช้หอก ดาบ หรือศาสตราวุธอื่น ฟันแทงผู้อื่นบาดเจ็บสาหัสหรือ ตาย ตามมาตรา 69

(5) ฐานถือมีดพร้าหรือศาสตราวุธ ไปลักหมาก พลุ กล้วย อ้อย หรือเครื่องอัน ยมณีในไร่สวนผู้อื่นในเวลากลางคืน และ โยงตีฟันแทงเจ้าของบาดเจ็บหรือตาย ตามมาตรา 70

(6) ฐานล่องลวงลูกหลานผู้อื่นแก้เก็บเอาทรัพย์ แล้วฟันแทงบาดเจ็บหรือตาย ตามมาตรา 72

(7) ฐานเป็นโจรตัดพกลอบลักตีชิงทรัพย์ในทางบก ทางเรือ ฟันแทงเจ้าทรัพย์ บาดเจ็บหรือตาย ตามมาตรา 73

(8) ฐานลอบทุบตีฟันแทงคบถองผู้อื่นบาดเจ็บหรือตาย ตามมาตรา 88

(9) ฐานทำร้ายเจ้าบ้านเจ้าเรือนซึ่งตนหลอกให้ออกมาบาดเจ็บหรือตาย ตาม มาตรา 90

(10) ฐานปรักปรำว่าผู้อื่นลักทรัพย์ตน แล้วผูกมัดจำองตีค่าฟันแทงถึง บาดเจ็บ หรือ โยงตีฟันแทงถึงตาย ตามมาตรา 140

(ค) พระไอยการลักษณะวิวาทตีค่ากัน มีบทบัญญัติลงโทษความผิดต่อชีวิตและ ความผิดต่อร่างกายรวม 5 ฐาน คือ

(1) ฐานวิวาทตีค่ากันโดยใช้อาวุธในตรอก ตลาดหรือถนนเป็นเหตุให้ ผู้อื่นบาดเจ็บหรือตาย ตามมาตรา 7

(2) ฐานชกตี ยิง ชัด พันแทงกันมีบาดเจ็บและตายลงใน 15 วัน ถือเป็นความผิดต่อชีวิต แต่หากตายลงหลังจาก 15 วัน ถือเป็นความผิดต่อร่างกาย ตามมาตรา 20

(3) ฐานชกตีกันฟกช้ำ ดำ ชับ แแตก ฉลาย ขึ้น หัก บอด หรือตาย ตามมาตรา 26

(4) ฐานวิวาทตีกันจับเอาสันมิด สันพร้าว สันหอก สันดาบ หรือสิ่งอื่นฟาดตี ทั่งชกผู้อื่น จำผู้อื่นให้ตายด้วยข้อคาโช่ตรวน หรือปลักผู้อื่นให้กระทบหอกดาบมีดพร้าว ขวาน สี่ว แหล่นเหล็ก หลาวเหล็ก ฉมวก กัดถึงบาดเจ็บ ตามมาตรา 27

(5) ฐานวิวาทตีค่าพันแทงสมณพราหมณ์ หรือบิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยายของตน บาดเจ็บหรือตาย ตามมาตรา 32

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าบทพระไอยการทั้งสี่ลักษณะของกฎหมายตราสามดวงนี้มีได้มีการบัญญัติจำแนกความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายออกจากกันโดยบัญญัติเป็นหมวดหมู่อย่างชัดเจน หากแต่บัญญัติระคนกันไปโดยมุ่งพิจารณาจากลักษณะของการกระทำและผลของการกระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในแต่ละมาตรา

แต่เนื่องจากกฎหมายตราสามดวงซึ่งบังคับใช้เป็นเวลานาน ไม่อาจตอบสนองสภาพสังคมที่แปรเปลี่ยนไปทำให้ขาดบทบัญญัติในการบังคับกับความผิดใหม่ๆ ที่เกิดขึ้น ทั้งในกฎหมายตราสามดวงไม่มีการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งทำให้เกิดการซ้ำซ้อนกัน ประกอบกับโทษที่ระบุไว้ในกฎหมายตราสามดวงไม่เหมาะสมกับแนวคิดของกฎหมายสมัยใหม่และโทษสำหรับความผิดบางฐานไม่เป็นสากลตามแบบตะวันตก และประการสุดท้ายกฎหมายตราสามดวงมีการบังคับใช้จำกัดอยู่เพียงบริเวณหัวเมืองชั้นในและหัวเมืองชั้นนอกที่อยู่ไม่ไกลจากกรุงเทพมหานคร⁸ เหล่านี้จึงเป็นปัจจัยที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโดยได้มีการร่างกฎหมายลักษณะอาญาในเวลาต่อมา

2.5.2 ความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นับเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย โดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้น และทรงประกาศใช้เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2451

การร่างกฎหมายลักษณะอาญานี้กล่าวได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญาของไทยที่เข้ามาแต่ดั้งเดิมเข้าสู่ระบบแบบรัฐสมัยใหม่ ซึ่งหลักกฎหมายที่ผู้ร่างได้นำมาบัญญัติไว้อาจสรุปได้ดังนี้⁹

⁸ กนิษฐา ชิตช่วง. (2532). *มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127*. หน้า 71-90.

⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. หน้า 218-228.

2.5.2.1 การกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับความผิดทางอาญา ก่อนที่จะได้จัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญา กฎหมายอาญาของไทยที่ใช้มาแต่เดิมไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เด่นชัดนักเกี่ยวกับหลักทั่วไปแบบประมวลกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ บทบัญญัติในกฎหมายเดิมมักบัญญัติไว้เป็นกรณีเฉพาะเรื่อง เช่น การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำโดยเจตนา การกระทำโดยเจตนาไม่มีบัญญัติไว้เด่นชัด แต่ก็ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ มาตรา 153 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดหากไม่ไกลหนทางแลมีผู้เข้ามาใกล้ขวนหลุดจากมือไปต้องท่าน เป็นบาปกำแก่ผู้ตาย ให้ผู้ใดไปช่วยทำบุญส่งไปแก่ผู้ตาย ถ้าขวนหลุดมือทั้งตัวทั้งตัว ให้ใช้ค่าคนท่าน” ลักษณะการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแม้ผู้อ่านจะเข้าใจความหมายในกรณีนั้น แต่ก็มิได้มีคำนิยามหรือการกำหนดเป็นหลักทั่วไปแต่อย่างใด ในการร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ผู้ร่างจึงได้กำหนดบทบัญญัติไว้ชัดเจนว่าอย่างไรเป็นการกระทำโดยเจตนา อย่างเป็นทางการกระทำโดยประมาท โดยได้กำหนดในมาตรา 43 ซึ่งบัญญัติว่า “ต่อผู้ใดกระทำโดยเจตนา ผู้นั้นจึงควรรับอาญา ถ้าแลมันมิได้มีใจเจตนาที่จะกระทำ ท่านว่าอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย เว้นแต่เมื่อมันกระทำโดยประมาทต้องตามลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่ามีโทษ ท่านจึงให้ลงอาญาแก่มันฐานกระทำโดยประมาท

ที่ว่ากระทำโดยเจตนา นั้น ท่านอธิบายว่าบุคคลกระทำโดยตั้งใจและประสงค์ต่อผล หรืออาจจะแลเห็นผลแห่งการที่กระทำนั้นได้ อย่างนี้ชื่อว่ากระทำโดยเจตนา

ที่ว่ากระทำโดยประมาทนั้น ท่านอธิบายว่าบุคคลกระทำโดยมิได้ตั้งใจ แต่กระทำโดยอาการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังว่าต่อไปนี้ คือ

- (1) กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง อันควรเป็นวิสัยของปกติชนก็ดี
 - (2) ผู้หาเลี้ยงชีพด้วยศิลปะศาสตร์ ในกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น เป็นหมอหรือเป็นช่าง เป็นต้น ละเลยการอันควรต้องทำให้ดีในทางศิลปะศาสตร์นั้นเสียก็ดี
 - (3) ทำฝ่าฝืนกฎหมาย ข้อบังคับหรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี
- เหล่านี้ถึงกระทำโดยมิได้ตั้งใจ ท่านก็ว่ากระทำโดยฐานประมาท”

ตลอดจนวางหลักกฎหมายในเรื่องการพยายามกระทำความผิด การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของผู้ที่มีความบกพร่องทางจิต หรือเหตุยกเว้น โทษอื่นๆ นอกจากนี้ยังได้กำหนดขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายด้วย คือ กฎหมายดังกล่าวนอกจากจะใช้บังคับแก่บุคคลผู้กระทำความผิดในประเทศไทยแล้วยังใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดนอกประเทศไทยด้วย หากความผิดนั้นเป็นความผิดเกี่ยวกับการคิดประทุษร้ายต่อพระเจ้าอยู่หัวหรือประทุษร้ายต่อพระราชอาณาจักรหรือเป็นความผิดในการปลอมเงินตราดวงตรา หรือความผิดในฐานโจรสลัด

2.5.2.2 การแบ่งประเภทของความผิด ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาที่ร่างขึ้นใหม่นี้ได้ยกเลิกการแบ่งความผิดออกเป็นความผิดลหุ โทษ ความผิดมัชยโทษ ความผิดอุกฤษโทษ ดังที่กฎหมาย

เดิมหรือกฎหมายอาญาบางประเทศนิยมที่จะแบ่งเช่นนั้น เช่น กฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส เบลเยียม เยอรมัน ญี่ปุ่น เป็นต้น ซึ่งการแบ่งประเภทความผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นแบบอย่างที่ดี ตามกันมา แต่ในการร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญาของไทยในครั้งนี้ได้รับเอาหลักการนี้มา บัญญัติไว้ ทั้งนี้เพราะผู้ร่างตระหนักถึงความบกพร่องของการแบ่งความผิดออกเป็นประเภท ดังกล่าว ด้วยเหตุผลที่ว่า เป็นไปได้ยากที่จะสามารถจำแนกความผิดทั้งสามประเภทออกจากกัน โดย ลื่นเชิง การแบ่งแยกความผิดนี้จะมีประโยชน์ในแง่ของความชัดเจนในเรื่องอำนาจศาล แต่ในความเป็นจริงแล้วประเทศไทยในขณะนั้นเรื่องของอำนาจศาลก็ยังไม่มีการแบ่งอย่างชัดเจน การที่ไม่ได้ แบ่งความผิดออกเป็นประเภทดังประเทศอื่นๆ นั้น นับเป็นหลักการที่แตกต่างไปจากประเทศที่มี ประมวลกฎหมายในเวลานั้น แต่ต่อมาในหลายๆ ประเทศก็ได้ยกเลิกการแบ่งความผิดเป็นประเภท ดังกล่าว เช่น ประเทศญี่ปุ่น แต่ในประเทศฝรั่งเศสยังคงปรากฏการแบ่งประเภทความผิดเช่นนี้แม้ใน กฎหมายอาญาในปัจจุบัน ประมวลกฎหมายอาญานับนี้จึงแบ่งออกเป็นเพียงสองภาคเท่านั้นคือ ภาคหนึ่งเกี่ยวกับบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอาญา และภาคสองเกี่ยวกับความผิดและบท กำหนดโทษ ซึ่งการแบ่งความผิดเช่นนี้ถือเอาแบบอย่างมาจากประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียมและ ญี่ปุ่น¹⁰

2.5.2.3 เกี่ยวกับการลงโทษ จากการศึกษาที่ประมวลกฎหมายลักษณะอาญามีได้แบ่งแยก ความผิดออกเป็นประเภทดังกล่าวทำให้การกำหนดโทษที่จะลงง่ายขึ้น ตามมาตรา 12 ของประมวล กฎหมายลักษณะอาญาได้กำหนดโทษไว้ 6 สถาน คือ ประหารชีวิต จำคุก ปรับ ให้อยู่ภายในเขตที่ อันมีกำหนด รับทรัพย์สิน และเรียกประกันทัณฑ์บน¹¹ ซึ่งกำหนดโทษเช่นนี้ต่างจากกฎหมายอาญา ฝรั่งเศสที่กำหนดโทษไว้ 15 สถาน ส่วนประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นกำหนดโทษไว้ถึง 18 สถาน โดยกำหนดให้เหมาะสมกับประเภทความผิดที่แบ่งไว้ แต่เมื่อกฎหมายลักษณะอาญาของ ไทยมิได้แบ่งความผิดเป็นประเภท ความจำเป็นที่ต้องกำหนดรายละเอียดของโทษไว้หลายสถานจึง ไม่มี

2.5.2.4 เกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดในครั้งแรกและผู้กระทำความผิดซ้ำ มาตรการในการควบคุมผู้กระทำความผิดโดยทั่วไปมักจะใช้ระบบของการกำหนดเงื่อนไขในคำพิพากษา หรือกำหนดมาตรการอื่นไว้ถ้าหากมีการกระทำความผิดอีกโดยไม่เช็ดหลาย แต่ในการร่างประมวล กฎหมายลักษณะอาญานั้น ได้กำหนดวิธีการไว้ทั้งสองกรณีซึ่งนับเป็นสิ่งใหม่ในประเทศไทย

¹⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). *บันทึกของนายบอร์ซ ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่าง กฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127*. หน้า 55-56.

¹¹ สุรพล ไตรเวทย์. (2550). *การร่างประมวลกฎหมายในสยาม เรอเน่ กียอง หัวหน้าคณะกรรมการยก ร่างประมวลกฎหมายประเทศสยาม*. หน้า 78.

สำหรับกรณีของการกำหนดเงื่อนไขในคำพิพากษานั้นเท่ากับเป็นการให้โอกาสหรือเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดขึ้นอีก และวิธีนี้ยังมีประโยชน์ในการที่จะหลีกเลี่ยงการจำคุกจำเลยในระยะสั้น ฉะนั้น ศาลจึงอาจวางเงื่อนไขเรื่องเวลาไว้ในคำพิพากษาเพื่อให้เขากลับตัวเป็นคนดีซึ่งนับเป็นแรงจูงใจอย่างหนึ่งที่จะไม่ให้เขากระทำความผิดอีก ระบบของการพิพากษาโดยกำหนดเงื่อนไขไว้เช่นนี้ได้บังคับใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกและประเทศเบลเยียมได้เคยนำมาบังคับใช้และประสบความสำเร็จ ทำให้ประเทศอื่นๆ เช่น ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น อียิปต์ รัสเซีย รับไปใช้บ้าง เมื่อประเทศไทยได้ร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญาจึงได้นำหลักการนี้มาใช้

สำหรับการเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดอีกโดยไม่เจ็ดหลายก็เป็นอีกมาตรการอีกแบบหนึ่งที่จะควบคุมไม่ให้มีการกระทำความผิดขึ้นอีก ในเวลานั้นระบบนี้นิยมใช้กันแพร่หลายในประเทศภาคพื้นยุโรปมากกว่าในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ เมื่อประเทศไทยได้ร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญาที่ได้รับหลักการในระบบนี้มาบัญญัติไว้ด้วย

2.5.2.5 การกำหนดโทษขั้นสูงและขั้นต่ำ ในการกำหนดโทษขั้นสูงและขั้นต่ำที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดเป็นวิธีการที่หลากหลาย ประเทศนิยมที่จะกำหนดไว้เพื่อให้ดุลพินิจแก่ศาลที่จะพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดเป็นกรณีไป ในอังกฤษจะให้ดุลพินิจแก่ศาลมากโดยกำหนดโทษที่จะลงในแต่ละฐานความผิดไว้เพียงโทษขั้นสูง ส่วนโทษขั้นต่ำจะไม่ได้กำหนดไว้แต่จะปล่อยให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดในแต่ละคดีอันแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสซึ่งกำหนดโทษที่จะลงไว้ทั้งขั้นสูงและขั้นต่ำ และกำหนดช่วงระหว่างโทษขั้นสูงและขั้นต่ำไว้ค่อนข้างแคบเพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ในวงที่จำกัด ซึ่งการกำหนดไว้เช่นนี้เป็นผลมาจากความคิดของการปฏิวัติฝรั่งเศสที่จะพยายามคุ้มครองประชาชนให้พ้นจากการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐให้มากที่สุด ในการร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ประเทศไทยก็ได้รับวิธีการแบบฝรั่งเศสมาบัญญัติไว้แต่ได้ขยายช่วงของโทษขั้นสูงและขั้นต่ำให้กว้างขึ้นเพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจได้มากในการพิจารณาคดี

2.5.2.6 การกระทำความผิดหลายบทหรือหลายกรรม หลักกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดหลายบทหรือหลายกรรมก็เป็นหลักกฎหมายอีกประการหนึ่งที่ผู้ร่างได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายลักษณะอาญาของไทย หลักกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดหลายบทหรือหลายกรรมนี้ประเทศทางภาคพื้นยุโรป เช่น ฝรั่งเศส มีแนวความคิดที่แตกต่างจากอังกฤษ โดยในประเทศฝรั่งเศสถือหลักว่าถ้าผู้กระทำความผิดได้กระทำการอันใดเป็นการผิดกฎหมายหลายบทหรือกระทำความผิดหลายกรรมต่างวาระกัน การลงโทษให้ใช้กฎหมายที่เป็นบทหนักแก่บุคคลนั้น แนวคิดเช่นนี้เกิดจากผลของการปฏิวัติฝรั่งเศส โดยผู้ร่างกฎหมายถือว่าการที่ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดครั้งแรกและมีได้ถูกจับกุมจนได้มีการกระทำความผิดขึ้นอีกนั้นเป็นเรื่องที่เกิดจากความบกพร่องของรัฐด้วย เพราะถ้าผู้กระทำความผิดถูกจับและถูกลงโทษตั้งแต่แรก การกระทำความผิดครั้งที่

สองและครั้ง ต่อๆ ไปคงจะไม่เกิดขึ้น ประเทศญี่ปุ่นในเวลานั้น ได้แก้ปัญหาดังกล่าวโดยใช้วิธีลงโทษ ผู้กระทำผิดด้วยบทกฎหมายที่มีโทษหนักที่สุดเช่นกัน แต่ใช้วิธีเพิ่มโทษหนึ่งในสี่ส่วนหรือหนึ่งในสามส่วนแล้วแต่กรณี สำหรับอังกฤษหลักกฎหมายดังกล่าวได้แตกต่างออกไป โดยกฎหมายอังกฤษถือหลักว่าถ้าบุคคลกระทำผิดหลายครั้งหรือต่างกรรมต่างวาระกันออกไป ผู้กระทำผิดก็ควรจะได้รับโทษสำหรับการกระทำของตนในแต่ละกระทงความผิดนั้น แต่ถ้าหากเป็นกรณีของการกระทำกรรมเดียวที่ผิดกฎหมายหลายบทก็ให้ใช้บทหนักลงโทษแล้วแต่กรณี ในการร่างกฎหมายลักษณะอาญาของไทย ผู้ร่างได้นำเอาหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวจากอังกฤษมาบัญญัติไว้ในหมวด 7 มาตรา 70 และมาตรา 71

2.5.2.7 การนับเวลาของโทษจำคุก เกี่ยวกับการนับโทษเวลาของโทษจำคุกนั้นนับเป็นเรื่องสำคัญอีกเรื่องหนึ่งที่ประเทศต่างๆ ได้พยายามกำหนดไว้ให้ชัดเจนในกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเป็นปัญหาที่ได้โต้แย้งกัน ได้เสมอว่าการนับเวลาของการลงโทษจำคุกจะเริ่มนับเมื่อไรและสิ้นสุดลงเมื่อไร ถ้าโทษนั้นกำหนดเป็นเดือนจะนับเวลาอย่างไร ในกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดเรื่องนี้อย่างชัดเจน เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจ รวมถึงประเทศญี่ปุ่นก็ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน ในการร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ก็ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 32 และมาตรา 33

2.5.2.8 การกระทำผิดของเด็กและเยาวชน การกำหนดวิธีปฏิบัติของเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดนั้นนับเป็นข้อกำหนดใหม่ที่ประเทศไทยได้นำมาบัญญัติไว้อย่างเด่นชัดในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ความคิดเกี่ยวกับการกำหนดวิธีการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนให้ต่างไปจากผู้ใหญ่ก็ด้วยความคิดที่ว่าเด็กยังขาดความรู้ผิดชอบและเมื่อได้กระทำผิดก็สมควรที่จะได้รับการแก้ไขมากกว่าที่จะส่งเข้าคุกซึ่งอาจจะเกิดผลเสียมากกว่า หลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน อังกฤษ ญี่ปุ่น อียิปต์ โดยถือกันเป็นหลักทั่วไปว่าเด็กที่อายุยังไม่ถึง 7 ปี นั้นยังไม่มีความรู้ผิดชอบ เมื่อกระทำผิดจึงสมควรที่จะได้รับการยกเว้นโทษ และเมื่ออายุจะเกิน 7 ปี แต่ยังไม่ถึง 14 ปี ก็ยังถือว่ายังขาดความรู้ผิดชอบอยู่ แต่ก็ได้กำหนดวิธีการสำหรับเด็ก เช่น การตักเตือนหรือส่งตัวไปฝึกอบรมหรือให้บิดามารดาจับตัวกลับไปอบรม หรือแม่เด็กที่อายุกว่า 14 ปี แต่ยังไม่ถึง 16 ปี ก็ยังได้รับการวินิจฉัยเป็นพิเศษว่าขาดความรู้ผิดชอบหรือไม่ หากปรากฏว่ากระทำไปโดยยังขาดความรู้ผิดชอบก็ให้ใช้วิธีการสำหรับเด็ก แต่ถ้าถือว่ามีความรู้ผิดชอบและจะลงโทษก็ให้ศาลลดโทษลงกึ่งหนึ่ง บทบัญญัติต่างๆ เหล่านี้ก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 57 และมาตรา 58

ในเบื้องต้นเมื่อปี พ.ศ. 2440 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงได้แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจชำระและร่างกฎหมาย¹² ประกอบด้วย

¹² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. เล่มเดิม. หน้า 31-34.

1. พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม เป็นประธาน
2. พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงพิชิตปรีชากร ซึ่งเคยรับราชการในตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม
3. พระยาประชาภิจักรจักร (เข้ม) อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง
4. เจ้าพระยาอภัยราชา (นายโรแลง ชัคแมงส์ : Rolin Jacquemyns) ที่ปรึกษาทั่วไปแห่งรัฐบาลสยาม อดีตเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมแห่งรัฐบาลเบลเยียม
5. นายเกริก แพทริสนายริชาร์ด เคิร์ก แพทริ: Richard Kirkpatrick) ที่ปรึกษากฎหมาย
6. ดร.โตกิจิ มาซา (โตกิจิ มาซาโอ : Dr.Tokichi Masao) เนติบัณฑิตชาวญี่ปุ่น สำเร็จปริญญาเอกจากมหาวิทยาลัยเยล (Yale)

คณะกรรมการชุดนี้ได้ดำเนินการยกร่างกฎหมายลักษณะอาญาซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย ในขั้นตอนของการยกร่างนี้ปรากฏตามบันทึกของ ดร.โตกิจิ มาซาว่า เขาได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการให้เป็นผู้จัดทำร่าง โดยได้ทำเสร็จในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1898 สำหรับต้นแบบที่ใช้ในการร่างได้อาศัยกฎหมายอาญาของอินเดียและกฎหมายอาญาของญี่ปุ่นฉบับเก่ามาเป็นแนว แต่ไม่ปรากฏหลักฐานที่เป็นรายละเอียดว่าได้อ้างอิงกฎหมายของอินเดียหรือของญี่ปุ่นในตอนใดบ้าง แต่ปรากฏว่าร่างกฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้รับการพิจารณา และปรากฏจากบันทึกของ ดร.โตกิจิ มาซา อีกว่าในปี ค.ศ. 1900 ได้มีการตั้งกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายอาญาใหม่ โดยมีบุคคลชุดแรกและมีเพิ่มเติมอีกสองท่าน คือ นาย Schlessler และนาย Henvaux และได้มีการแก้ไขร่างกฎหมายจนเสร็จ แต่ก็ยังไม่ได้รับการพิจารณา¹³ หลังจากนั้นปรากฏว่าการดำเนินการก็ได้หยุดชะงักลงโดย ไม่ทราบสาเหตุที่แน่ชัด ต่อมาภายหลังในปี พ.ศ.2448 ก็ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งเป็นคณะกรรมการชุดที่ 2 ประกอบด้วย¹⁴

1. นายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) เป็นประธาน
 2. นายวิลเลียม อัลเฟรด คุณติเลกิ (นายติลเลกิ : Tillke) ทนายความ ทำหน้าที่เป็นอธิบดีกรมอัยการ
 3. พระอรรดการประสิทธิ์ (ปลื้ม) ผู้พิพากษาศาลคดีต่างประเทศ
 4. หลวงสกลสัตยาทร (ทองนุ่น บุญยमानพ) ผู้พิพากษาศาลแพ่ง
- โดยคณะกรรมการในชุดที่สองนี้ได้ใช้เวลาในการยกร่างประมาณหนึ่งปีเศษ โดยได้ทำการเปรียบเทียบประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ ซึ่งได้แก่¹⁵ ประมวลกฎหมายประเทศฝรั่งเศส

¹³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 210-212.

¹⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. เล่มเดิม. หน้า 36.

¹⁵ เรื่องเดิม. หน้า 50-51.

ค.ศ. 1810 และแก้ไขพระราชบัญญัติถึง 19 ฉบับ ในช่วงปี ค.ศ. 1832-1905 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1870 นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอาญาที่นำมาใช้อ้างอิงมากเป็นพิเศษ ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาอังกีร์ว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษและมัธยโทษ ค.ศ. 1878 ประมวลกฎหมายของเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1881 ประมวลกฎหมายอิตาลี ค.ศ. 1889 ประมวลกฎหมายอาญาลับแก้ไขสำหรับศาลของอียิปต์ บัญญัติเมื่อปี ค.ศ. 1904 ประมวลกฎหมายอินเดีย บัญญัติในปี ค.ศ. 1867 และแก้ไขเมื่อ ค.ศ. 1870 ค.ศ. 1882 และค.ศ. 1886 และร่างประมวลกฎหมายอาญาลับแก้ไขใหม่ของญี่ปุ่น พิมพ์ในปี ค.ศ. 1903 แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างไม่ได้ผูกพันที่จะใช้ประมวลกฎหมายอาญาลับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะ แม้จะมีการนำเอาแบบอย่างจากประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลีและเนเธอร์แลนด์มาเป็นอย่างมากก็ตาม¹⁶

2.5.3 ความผิดต่อชีวิตและความผิดต่อร่างกายตามกฎหมายประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาลับปัจจุบันของไทยได้เริ่มใช้มาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 โดยมีรากฐานมาจากแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยทั้งสองฉบับจะมีลักษณะรวมทั้งฐานความผิดต่างๆ ที่คล้ายคลึงกันแต่ได้มีการปรับปรุงแก้ไขให้มีความทันสมัยมากขึ้น โดยประมวลกฎหมายอาญาได้แบ่งออกเป็น 3 ภาค ภาคแรกเป็นบทบัญญัติทั่วไป เป็นการกล่าวถึงลักษณะโดยทั่วไปและการใช้กฎหมายอาญา ภาคที่สอง ความผิด เป็นภาคที่บัญญัติความผิดฐานต่างๆ ปัจจุบันแบ่งความผิดออกเป็น 13 ลักษณะ ประกอบด้วย ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ความผิดเกี่ยวกับ ศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดเกี่ยวกับการค้า ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง และความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ส่วนภาคสุดท้าย ลหุโทษ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดที่มีโทษเล็กน้อย

ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายยังแบ่งออกเป็น 4 หมวด ประกอบด้วย หมวด 1 ความผิดต่อชีวิต หมวด 2 ความผิดต่อร่างกาย หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก และ หมวด 4 ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา ซึ่งความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายนี้จะมีทั้งความผิดที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนา ไม่เจตนา และประมาท รวมทั้งความผิดในลักษณะฉกรรจ์ ความผิดฐานหลุมุนต่อผู้เป็นความผิดที่มีบัญญัติอยู่ทั้งในหมวดความผิดต่อชีวิตและหมวดความผิดต่อร่างกาย โดยจะแตกต่างกันในส่วนของผลที่เกิดจากการกระทำผิดซึ่งได้แก่ความตายและการได้รับอันตรายสาหัส

¹⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส. เล่มเดิม. หน้า 217-218.

ความผิดฐานชุลมุนต่อสู้ นอกจากจะมีผลของการกระทำอันมีลักษณะเป็นความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายแล้ว ยังมีลักษณะของการกระทำที่ใกล้เคียงกับความผิดฐานก่อการจลาจลหรือก่อความไม่สงบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 215 และมาตรา 216 ด้วย กล่าวคือ ตามมาตรา 215 วรรคแรกซึ่งบัญญัติว่า ผู้ใดมีวามุวมกันตั้งแต่สิบคนขึ้นไป ใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมือง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ คำว่า “มีวามุวม” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความว่า ชุมนุมกัน ซึ่งจะต้องมีลักษณะที่มีการนัดหมายกันมาก่อน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 593/2462 ซึ่งวินิจฉัยไว้ว่า ความผิดฐานก่อการจลาจลนั้น จะต้องประกอบด้วยคนมีจำนวนตั้งแต่ 10 คนขึ้นไปรวบรวมกันไปทำร้ายโดยมีความตกลงหรือความพร้อมใจช่วยเหลือกัน พวกของจำเลย 2 ถึง 3 คน เกิดปากเสียงและวิวาทกันขึ้นตั้งแต่นั้นรุ่งขึ้นเช้าของ และพวกของจำเลยราว 30 คน เกิดชุลมุนวิวาทตีและขว้างปากัน การที่บุคคลทำมาหาเลี้ยงชีพอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย และเกิดทะเลาะกันขึ้นโดยทันทีเช่นนั้นบุคคลที่เข้าช่วยเหลือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยมิได้ตกลงกันมาก่อนนั้นแม้จะมีจำนวนในข้างหนึ่งเกิน 10 คน บุคคลเหล่านี้หามีความผิดฐานก่อการจลาจลไม่ และ คำพิพากษาฎีกาที่ 698/2462 การที่จะเป็นความผิดฐานก่อการจลาจลนั้น เพียงแต่ปรากฏว่าบุคคลเกิน 10 คน วิวาททำร้ายกันเท่านั้นยังไม่พอ ต้องปรากฏว่ามีการประชุมนัดหมายกันมาก่อนด้วย จะเห็นได้ว่าความผิดฐานชุลมุนต่อสู้ซึ่งจะต้องมีการชุลมุนต่อสู้กัน ส่วนความผิดฐานก่อการจลาจลหรือก่อความไม่สงบนี้จะต้องมีการมีวามุวมกัน ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายๆ กันเพียงแต่ความผิดฐานชุลมุนต่อสู้ไม่จำเป็นต้องมีการนัดหมายกันดังความผิดฐานนี้ และนอกจากจำนวนของผู้กระทำที่ต่างกัน ข้อแตกต่างที่สำคัญคือความมุ่งหมายของการกระทำ ความผิดที่ความผิดฐานก่อการจลาจลหรือก่อความไม่สงบนี้จะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมืองด้วย

2.5.4 ลักษณะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย

กฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบกฎหมายจารีตประเพณีต่างให้อำนาจบุคคลในการป้องกันสิทธิของตนและของผู้อื่น หากได้กระทำไปไม่เกินขอบเขต ผู้กระทำนั้นไม่มีความรับผิดทางอาญา ส่วนในประเทศไทยอาจแบ่งศึกษาได้เป็นการป้องกันก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา และภายหลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา

การป้องกันก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา เริ่มย้อนหลังขึ้นไปในสมัยกรุงศรีอยุธยา ซึ่งปรากฏหลักฐานจากกฎหมายตราสามดวงในลักษณะต่างๆ และในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.

2.5.4.1 กฎหมายตราสามดวง

ในสมัยกรุงศรีอยุธยา มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันอยู่ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งกระจายอยู่ในกฎหมายลักษณะต่างๆ ดังนี้

1) ลักษณะวิวาท ในส่วนที่เกี่ยวกับการป้องกันบัญญัติอยู่ในมาตรา 40 โดยให้อำนาจเจ้าบ้านในการที่จะใช้สิทธิป้องกันผู้บุกรุกเข้าไปตีค่าพินแพงถึงเรือนได้โดยกฎหมายไม่เอาโทษ เพราะถือว่าการกระทำของผู้ที่บุกรุกเข้าไปเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) ลักษณะฝ่าฝืน บัญญัติอยู่ในมาตรา 9 มาตรา 102 มาตรา 116 โดยในมาตรา 9 นั้นให้อำนาจเจ้าบ้านในขณะที่ทำชู้กับเมียได้โดยกฎหมายไม่เอาโทษ ซึ่งเหตุผลก็น่าจะเป็นเพราะเป็นการป้องกันชื่อเสียงเกียรติยศของสามี เนื่องจากในสมัยนั้นการมีชู้ถือว่าผิดธรรมเนียมประเพณีอย่างร้ายแรงและก่อให้เกิดความเสียหายต่อเกียรติยศชื่อเสียงของสามีอย่างมาก ส่วนมาตรา 102 เป็นกรณีที่ชายหญิงอยู่กินกันฉันท์สามีภริยาแม้จะไม่ได้เป็นสามีที่ถูกต้องตามกฎหมาย และยังไม่ได้เปิดเผยต่อพ่อแม่หญิงก็ยินยอมยกหญิงให้ชายรับเลี้ยงดูเป็นสามีภริยากัน กฎหมายถือว่าหญิงนั้นเป็นสิทธิของชายเช่นเดียวกับภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ชายจึงมีอำนาจฆ่าชายชู้และหญิงนั้นตายโดยที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ เพราะถือว่าผู้ตายทำนอกประเพณีแผ่นดิน กรณีดังกล่าวกฎหมายถือว่าเป็นสิทธิของชายที่มีมากกว่าชายคู่หมั้นธรรมดา เนื่องจากพ่อแม่หญิงยอมยกหญิงนั้นให้มาอยู่กินกับชายฉันท์สามีภริยาและชายหญิงได้เสียกันแล้ว ชายจึงมีสิทธิที่จะป้องกันชื่อเสียงเกียรติยศของตนโดยการฆ่าชู้และหญิงนั้นเสียได้โดยกฎหมายยกเว้นโทษให้ และในมาตรา 116 กรณีชายได้ลู่ขอหญิงและได้เสียกับหญิงนั้นแล้วก็ตาม แต่ชายนั้นก็ไม่มีสิทธิในตัวหญิงที่จะห้ามไม่ให้หญิงนั้นไปมีชู้ได้ ชายมีสิทธิคิดเอาเพียงค่าสินสอดคืนเป็นสองเท่า หากชายไปทำร้ายหรือฆ่าชู้หรือหญิงนั้นก็จะมีควมผิด ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะชายยังมีได้มีสิทธิในการเป็นสามีที่บริบูรณ์ และโดยมาตรานี้แตกต่างจากมาตรา 102 ตรงที่มาตรา 102 พ่อแม่หญิงยินยอมยกหญิงให้ชายรับเลี้ยงดูเป็นสามีภริยาแล้ว ชายจึงมีอำนาจในการฆ่าหรือทำร้ายชายชู้หรือหญิงนั้นได้

3) ลักษณะโจร ได้มีบัญญัติในมาตรา 64 มาตรา 95 และมาตรา 137 โดยในมาตรา 64 ให้อำนาจตอบโต้ต่อการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้าย แม้ทำให้ผู้ร้ายถึงตายก็ไม่ต้องรับโทษซึ่งจะมีลักษณะใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ในปัจจุบันเป็นอย่างมาก ในมาตรา 95 ได้ยกเว้นโทษให้ผู้กระทำผิดซึ่งเป็นเจ้าบ้านที่จะครอบครองเคหสถานของตนโดยปกติสุขที่ไปทำร้ายผู้ที่บุกรุกเข้าไปในบ้านแม้ผู้นั้นจะไม่ใช่ผู้ร้ายก็ตาม ส่วนมาตรา 137 หากมีโจรเข้าไปในบ้าน เจ้าบ้านย่อมมีอำนาจเข้าไปจับกุมโจรนั้น หากโจรจัดขึ้นต่อสู้เจ้าบ้านย่อมมีสิทธิในการป้องกัน โดยชอบที่จะฆ่าโจรนั้นเสียได้ แต่กรณีที่โจรไม่ได้ต่อสู้แต่เจ้าบ้านนั้นไปฆ่าโจรตาย

เช่นนี้กฎหมายก็ให้ลงโทษเจ้าบ้าน ทั้งนี้ น่าจะเป็นเพราะเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตอันสมควรในการจับกุม ซึ่งในบทนี้ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ในปัจจุบัน

2.5.4.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นับเป็นประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยที่จัดระบบความผิดอาญาไว้เป็นรูปประมวลกฎหมาย (Code) โดยในเรื่องของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ได้มีการจัดระบบใหม่ที่มีเนื้อหาสาระต่างออกไปจากกฎหมายตราสามดวงซึ่งมีความทันสมัยมากขึ้น

1) หลักเกณฑ์ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.

127

มาตรา 50 “บุคคลที่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่พอสมควรแก่เหตุโดยมีความจำเป็นเพื่อป้องกันชีวิต เกียรติยศ แลชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของตัวมันเองก็ดี หรือของผู้อื่นก็ดี เพื่อให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดโดยผิดด้วยกฎหมาย ท่านว่าไม่ควรลงอาญาแก่มัน”

มาตรา 51 “การต่อสู้เจ้าพนักงานที่กระทำการอย่างใดใดตามหน้าที่นั้น ท่านว่ามีให้นับว่าเป็นการป้องกันที่ชอบด้วยกฎหมาย”

กฎหมายลักษณะอาญากำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยป้องกันไว้ว่าเป็นระบบ ซึ่งก่อนหน้านั้นแม้จะมีกฎหมายที่ให้อำนาจผู้กระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันแต่ก็กระจัดกระจายกันไป ในกฎหมายลักษณะต่างๆ ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและชัดเจนดังเช่นกฎหมายลักษณะอาญานี้

การป้องกันตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 50 นี้ มีหลักเกณฑ์แตกต่างจากการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เพราะการป้องกันตามกฎหมายลักษณะอาญาจำกัดเพียงเป็นการกระทำโดยมีความจำเป็นเพื่อป้องกันชีวิต เกียรติยศ และชื่อเสียง จากความหมายในตัวอย่างทำให้เห็นกฎหมายมีความเห็นว่า การป้องกันต้องเป็นการจำเป็น ดังนั้น ถ้ามีวิธีการอื่นที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งผู้จะรับภัยอันตรายนั้นอาจแก้ไขได้แล้ว ถ้าไม่ได้ใช้วิธีนั้นผู้กระทำผิดจะแก้ตัวไม่ได้ เช่น มีคนชูงะทำร้ายด้วยมีดหรือไม้ซึ่งตนเองยังสามารถวิ่งหนีได้ ถ้าไปฆ่าเขาตายโดยใช้ปืนยิงจะแก้ตัวไม่ได้ ส่วนตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่การป้องกันชีวิต เกียรติยศและทรัพย์สินเท่านั้น แต่ได้ใช้คำว่า “เพื่อป้องกันสิทธิ” ดังนั้น สิทธิที่สามารถป้องกันได้ตามประมวลกฎหมายอาญาจึงกว้างกว่ากฎหมายลักษณะอาญา อนึ่ง การป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญาต้องประกอบไปด้วยเจตนาธรรมดาและเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันชีวิต ร่างกาย เกียรติยศ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิด้วย ซึ่งต้องกระทำด้วยความสุจริต ไม่มีจิตใจที่มุ่งร้าย ดังนั้น ผู้ที่ก่อเหตุขึ้นก่อนหรือสมครใจต่อสู้ยอมอ้างการป้องกันไม่ได้

ในกฎหมายอาญามาตรานี้อาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาได้ว่า เมื่อการป้องกันเป็นการกระทำที่ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งหมายถึงเป็นการกระทำที่ยังเป็นความผิดอยู่แต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ก็คือ อาจทำให้เกิดการป้องกันซ้อนการป้องกันขึ้นได้อีก เพราะการป้องกันในตอนแรกถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมายอยู่ จึงถือว่าเป็นภยันตรายซึ่งเกิดขึ้นโดยผิดกฎหมายตามมาตรา 50 ทำให้สามารถก่อให้เกิดการป้องกันซ้อนขึ้นมาอีกได้ แต่ในกรณีของกฎหมายอาญาจะไม่มีปัญหา เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นอำนาจกระทำได้โดยชอบ ผู้กระทำไม่มีความผิด จึงไม่ถือว่าการกระทำในครั้งแรกเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ดังนั้น จึงไม่ก่อให้เกิดอำนาจป้องกันซ้อนขึ้นมาได้

ส่วนกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 51 เป็นกรณีที่กฎหมายไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิในการป้องกันต่อเจ้าพนักงานผู้ซึ่งกระทำการตามหน้าที่ ซึ่งหลวงพิณิจการโกศลได้เคยอธิบายไว้ว่า กฎหมายต้องมีผู้บริหารให้ราษฎรปฏิบัติกรให้เป็นไปตามกฎหมาย ผู้บริหารนี้เรียกว่า “เจ้าพนักงาน” เจ้าพนักงานเป็นมือของกฎหมาย รัฐบาลบัญญัติกฎหมายไว้เพื่อประโยชน์ของประชาชน เจ้าพนักงานจึงเป็นผู้แทนของรัฐบาลหรือประชาชน เพื่อสนับสนุนความศักดิ์สิทธิ์ของเจ้าพนักงาน รัฐบาลหรือประชาชนจึงสันนิษฐานไว้เบื้องต้นว่ากิจการทุกอย่างที่เจ้าพนักงานกระทำลงไปเป็นการถูกต้องด้วยกฎหมายเสมอ และกิจการที่เจ้าพนักงานทำนั้นเป็นงานของรัฐบาลซึ่งย่อมเป็นการชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น การต่อสู้ขัดขืนจึงเป็นการไม่จำเป็นและเป็นความผิด เพื่อให้การงานของรัฐบาลลุล่วงไปได้โดยสะดวกและเพื่อเป็นเครื่องป้องกันแก่เจ้าพนักงานผู้กระทำการอันยอมไม่เป็นที่พอใจแก่ผู้ถูกระทำ จึงจำเป็นต้องมีข้อห้ามมิให้กระทำการป้องกันหรือต่อสู้เจ้าพนักงาน ซึ่งเจ้าพนักงานดังกล่าวต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งภายในขอบเขตของกฎหมายจึงจะทำให้ผู้ต่อสู้เจ้าพนักงานอ้างป้องกันไม่ได้

แม้ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาจะได้ตัดมาตรา 51 ออกไปโดยเห็นว่าไม่จำเป็น เพราะเมื่อเจ้าพนักงานได้กระทำตามหน้าที่ภายใต้กรอบของกฎหมาย ถือว่าเป็นอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน กรณีจึงไม่มีภยันตรายที่ผิดกฎหมายที่จะสามารถใช้สิทธิป้องกันได้ แต่ในกฎหมายลักษณะอาญาแม้จะมีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่จำเป็น แต่ก็มีนักกฎหมายให้เหตุผลว่ากฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองแก่เจ้าพนักงาน เพราะการกระทำของเจ้าพนักงานบางครั้งอาจเกินขอบเขตไปได้บ้าง ซึ่งแม้จะเป็นเช่นนั้น หากปรากฏว่าเป็นการที่ได้กระทำตามหน้าที่โดยสุจริตแล้ว กฎหมายไม่ยอมให้ผู้ใดต่อสู้ป้องกันได้

2) ความพยายามในการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญาในเรื่องการป้องกันก่อนที่จะเป็นประมวลกฎหมายอาญา

ในที่ประชุมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มีมติว่าควรร่างมาตรา 50 ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาใหม่ โดยใช้ถ้อยคำตามประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี โดยใช้คำว่า ป้องกัน “สิทธิ” แทนคำว่าป้องกันชีวิต เกียรติยศ และชื่อเสียงหรือทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อใช้คำว่าสิทธิแล้ว มีความหมายว่าสิทธิใดๆ ก็ป้องกันได้ทั้งสิ้น

ในที่ประชุมคณะกรรมการดังกล่าวได้มีปัญหาโต้เถียงกันเกี่ยวกับเรื่องสามเฒ่าชายชู้ ขณะกระทำชำเราภริยาจะเป็นป้องกันหรือไม่และควรบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมไปถึงด้วย แต่ที่ประชุมมีมติว่า แม้จะถือว่ากฎหมายศัวยเมียบทที่ 9 ถูกยกเลิกแล้ว ก็เป็นเรื่องซึ่งศาลยุติธรรมจะต้องวินิจฉัยว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการป้องกันสิทธิหรือไม่ จึงมิใช่เป็นเรื่องที่ต้องบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย มติของที่ประชุมยังเห็นพ้องด้วยว่าควรบัญญัติแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 50 ว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดๆ เพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายอันเกิดขึ้นโดยผิดกฎหมาย ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ ผู้นั้นไม่ต้องรับอาญา” เหตุที่ใช้คำว่าจำต้อง เพราะผู้กระทำประสงค์จะป้องกันแล้ว เขาจำต้อง กระทำการ นั้นๆ แต่ที่ประชุมได้พิจารณาแก้ไขในส่วนของคำ “อันตราย” โดยมีมติแก้ไขเป็น “ภัยอันตรายอันเกิดขึ้นโดยละเมิดต่อกฎหมาย” และให้เพิ่มคำว่า “ให้ถือว่าเป็น การป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย” ลงท้ายคำว่า “พอสมควรแก่เหตุ” ดังนั้น ตามมติของที่ประชุมจึงได้บทบัญญัติของการป้องกันที่แก้ไขแล้วจากกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 50 ดังนี้

“ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายอันเกิดขึ้นโดยละเมิดต่อกฎหมาย ถ้าได้กระทำการพอสมควรแก่เหตุ ให้ถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับอาญา”

การแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 50 นี้ ในที่ประชุมยังมีความเห็นไม่ลงรอยกัน โดยมีผู้เห็นว่าการกระทำตามมาตรานี้บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด และมีผู้คัดค้านว่าไม่ควรบัญญัติการกระทำตามมาตรานี้เป็นความผิด ในที่สุดที่ประชุมก็มีมติให้บัญญัติว่า ผู้นั้นไม่ต้องรับอาญา” (shall not be punished) ซึ่งการตีความของถ้อยคำนี้ในที่ประชุมยังมีผู้เสนอแนวความคิดให้ใช้คำว่า การกระทำของผู้ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นความผิด (is not guilty) ถ้ายังใช้คำว่า shall not be punished อยู่ก็แปลว่ามีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ

ส่วนมาตรา 51 ของกฎหมายลักษณะอาญานั้น ที่ประชุมมีมติเป็นเอกฉันท์ให้ยกเลิกโดยเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย เพราะบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการป้องกันครอบคลุมถึงอยู่แล้ว แต่ภายหลังผ่านขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการบัญญัติกฎหมาย ข้อความต่างๆ ก็ได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปตามเนื้อความที่เหมาะสม จนที่สุดได้กลายมาเป็นมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

2.5.4.3 ประมวลกฎหมายอาญา

ในประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเรื่องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้บัญญัติไว้ คล้ายคลึงกับกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยแสดงถึงอำนาจในการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำ เมื่อการกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำไม่มีความผิด ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ได้บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่น ให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 มีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 50 แต่มีความแตกต่างในสาระสำคัญคือ การขยายหลักเกณฑ์ของสิทธิที่สามารถป้องกันได้ จากเดิมที่ให้สิทธิป้องกันชีวิต เกียรติยศ ชื่อเสียง และทรัพย์สิน มาเป็นการป้องกันสิทธิ และในประเด็นนี้บ่งชี้ว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ผู้กระทำไม่มีความผิด มิเป็นเพียงการกระทำที่ไม่ต้องรับโทษเท่านั้น

2.5.5 ลักษณะการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นในประเทศไทย

ก่อนที่จะได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญารบปัจจุบันนั้น ประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดด้วยความจำเป็นอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ดังนี้ มาตรา

49 “ผู้ใดกระทำความผิด เพราะต้องทำด้วยความจำเป็นในเหตุเหล่านี้ คือว่า

1) เพราะมันอยู่ในที่บังคับแลในใต้อำนาจที่มันไม่สามารถจะขัดขึ้น หรือหลีกเลี่ยงได้ ก็ดี

2) มันไม่มีเจตนาชั่วร้าย แต่ต้องกระทำผิดเพื่อจะป้องกันตัวเองหรือผู้อื่น ให้พ้นอันตรายอันร้ายแรง ซึ่งมันมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเอง และป้องกันอันตรายนั้นด้วยอุบายอย่างอื่นมิได้ ก็ดี ถ้าความผิดของมันในสองข้อที่กล่าวมานี้ ไม่ปรากฏว่ามันได้กระทำเกินไปกว่าสมควรแก่เหตุ แล้วว่าอย่าให้เอาโทษแก่มันเลย

แต่ความ กรุณาที่ว่ามานี้ ท่านมิให้ใช้ในส่วนคดีที่กระทำผิดคิดประทุษร้ายต่อพระเจ้าอยู่หัว หรือประทุษร้ายต่อพระราชอาณาจักร ตามที่กล่าวไว้ตั้งแต่มาตรา 97 จนมาตรา 111”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแยกการกระทำด้วยความจำเป็นออกเป็น 2 อย่าง คือ

1) การกระทำเพราะอยู่ในที่บังคับและในใต้อำนาจที่ไม่สามารถขัดขึ้นหรือหลีกเลี่ยงได้ และกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ เช่น ก เอาปืนชูให้ ข เอามีดแทง ก ถ้า ข ไม่แทง ก ก็จะมี ข ให้ตาย ข จึงเอามีดแทง ก ตาย ข ไม่มีโทษเพราะ ข กระทำโดยถูกบังคับอยู่ในใต้อำนาจของ ก และ ข

ไม่สามารถขัด ขึ้นหรือหลีกเลี่ยงได้ ประกอบกับการกระทำของ ข ดังกล่าวเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุ

2) กระทำโดยไม่มีเจตนาร้ายเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นอันตรายอันร้ายแรง และภัยอันตรายนั้นผู้กระทำมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเอง ทั้งจะต้องป้องกันด้วยอุบายอื่นไม่ได้ และผู้กระทำได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุแล้ว ไม่มีโทษ เช่น เกิดไฟไหม้บ้านในบริเวณบ้านที่ ก อาศัยอยู่ ไฟไหม้จะลามถึงบ้าน ก ถ้า ก ไม่รีบร้อน ข ออก ไฟก็จะต้องลามมายังบ้าน ก ก จึงรีบร้อน ข เพื่อตัดไฟ ก ไม่มีโทษ

และต่อมาเมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ก็ได้บัญญัติการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นในมาตรา 67 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 67 “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขึ้นได้ หรือ

2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายใกล้จะถึง และไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้วผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

2.5.5.1 การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพราะถูกบังคับให้ทำหรืออยู่ภายใต้อำนาจอันไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขึ้นได้ ตามมาตรา 67 (1) ปัญหาที่ควรต้องพิจารณาจากมาตรานี้คือ¹⁷

1) อย่างไรจึงเป็นการอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ หมายถึงกรณีที่มีอิทธิพลจากภายนอกมาบังคับบงการให้ผู้กระทำผิดด้วยความจำเป็นจำต้องกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดตามที่ถูกบังคับ เป็นการบังคับอิริยาบถให้กระทำหรืองดเว้นกระทำ แต่ไม่หมายความถึงการบังคับโดยผู้นั้นไม่มีการเคลื่อนไหวโดยอิสระได้เลย เช่น การจับมือของคนหนึ่งไปตบหน้าอีกคนหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกจับมือไม่ได้กระทำความผิดใด เป็นเรื่องที่ผู้ที่จับมือนั้นเป็นผู้กระทำผิดเองโดยตรง ซึ่งคนที่ถูกจับมือเปรียบเสมือนเครื่องมือในการกระทำความผิด การบังคับบงการนี้อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของมนุษย์ สัตว์ หรือโดยธรรมชาติก็ได้

แต่ข้อน่าสังเกตก็คือตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 (1) นี้แม้จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เรียกว่า Duress หรือ Compulsion ก็ตาม แต่การกระทำที่เรียกว่า Duress หรือ Compulsion ตามกฎหมาย Common Law นั้นเป็นการขู่หรือบังคับซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำของมนุษย์แต่กรณีตามมาตรา 67 (1) หากจะตีความหมายเฉพาะแต่การกระทำของมนุษย์โดยตรงเท่านั้นก็จะแคบไป แม้โดยปกติแล้วสัตว์หรือธรรมชาติจะไม่อาจบังคับให้มนุษย์กระทำการอย่างใดลงไปได้เพราะการบังคับต้องมีเจตนาของผู้บังคับแล้วมีการกระทำตามความประสงค์ของผู้บังคับ

¹⁷ เรื่อง เดิม. หน้า 24-31.

แต่ตามมาตรานี้ยังมีข้อความที่นอกเหนือไปจากคำว่าบังคับอีกว่า “เพราะอยู่ในที่บังคับ” ซึ่งการตกอยู่ในที่บังคับนี้อาจเกิดจากกระทำของมนุษย์ สัตว์ หรือเหตุจากธรรมชาติก็ได้ ดังนั้น ตามมาตรา 67

(1) นี้จึงมีความหมายกว้างกว่าคำว่าเรื่อง Duress ของ Common Law

การบังคับตามมาตรานี้ไม่รวมถึงความเกรงกลัวหรือความเครพยำเกรงอันเกิดขึ้นระหว่างบิดามารดาและบุตร สามีกภริยา หรือกรณีมีความสัมพันธ์ในฐานะครูกับศิษย์หรือนายจ้างกับลูกจ้าง และการบังคับนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการขู่บังคับเอากับตัวผู้ถูกบังคับโดยตรงก็ได้ แต่คำพูดและกิริยาเท่าที่แสดงออกนั้นอาจมีความหมายที่แสดงให้เห็นว่าเป็นการขู่บังคับโดยตรงแล้วก็ได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 694/2503 ซึ่งเป็นเรื่องการพูดต่อเจ้าพนักงานผู้ควบคุมผลการเลือกตั้งว่า ถ้าไม่ยอมตามก็ต้องใช้กำลังแล้วผู้พูดก็นำปืนออกมาวางไว้ ในเรื่องนี้ศาลฎีกาเห็นว่าจากกิริยาของผู้ขู่ประกอบกับคำพูดของเขา เมื่อพิจารณาร่วมกันแล้วเป็นเรื่องการขู่ให้เปลี่ยนแปลงผลการเลือกตั้งกรณีจึงเป็นเรื่องตามมาตรา 67 (1) นั่นเอง

2) ลักษณะของภัยที่จะเกิดขึ้นจากการบังคับ เกี่ยวกับเรื่องนี้ในประเทศที่ใช้กฎหมาย Common Law ภัยซึ่งถือว่าการบังคับตามมาตรา 67 (1) นี้ ศาลให้ยอมอ้างได้แต่เฉพาะภัยซึ่งขู่จะทำอันตรายต่อชีวิต หรือขู่จะทำอันตรายต่อร่างกายของผู้ถูกข่มขู่เท่านั้นจึงจะถือเป็นภัยซึ่งอ้างว่ากระทำด้วยความจำเป็นได้ สำหรับกฎหมายอาญาของประเทศไทยเองเมื่อพิจารณาตามมาตรา 67 (1) จะเห็นว่าไม่ได้กำหนดไว้ว่าภัยจากการขู่บังคับจะจำกัดเฉพาะภัยต่อชีวิตหรือภัยต่อร่างกายหรือจะต้องมีความร้ายแรงถึงขนาดทำให้ตายหรือบาดเจ็บสาหัสเท่านั้น และจะตีความเช่นนั้นก็ได้ ดังนั้น แม้จะเป็นการขู่จะทำอันตรายต่อทรัพย์สิน เสรีภาพ หรือภัยอย่างอื่น หากเข้ากรณีเป็นเรื่องบังคับแล้วถือว่าการบังคับตามมาตรา 67 (1) ทั้งสิ้น

3) ภัยซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ กฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนในมาตรา 67 (1) ว่า ภัยซึ่งจะอ้างเป็นข้อแก้ตัวว่าถูกบังคับนี้จะต้องเป็นภัยซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ เพราะว่าการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเป็นเรื่องการก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลซึ่งโดยปกติมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำผิดหรือไม่ได้มีเจตนาจะก่อให้เกิดภัยขึ้น ดังนั้น กฎหมายจึงต้องบัญญัติคุ้มครองบุคคลนั้น โดยกำหนดให้ผู้กระทำจะกระทำผิดด้วยความจำเป็นได้แต่เฉพาะในกรณีที่ไมอาจขัดขืนหรือหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น ซึ่งประเด็นนี้เป็นข้อแตกต่างประการหนึ่งระหว่างการทำโดยจำเป็นกับการกระทำโดยป้องกัน ซึ่งในเรื่องการกระทำโดยป้องกันไม่ได้กำหนดว่าผู้กระทำการป้องกันจะต้องหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนต่อภัยนั้นก่อน ทั้งนี้ เพราะการป้องกันเป็นเรื่องการกระทำต่อผู้ประทุษร้ายซึ่งกระทำการอันละเมิดต่อกฎหมายโดยตรงนั่นเอง

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งของมาตรา 67 (1) คือ ไม่ได้กำหนดว่าการบังคับนั้นจะต้องเป็นภัยใกล้จะถึงเหมือนกับที่กำหนดไว้ในมาตรา 67 (2) แต่หากพิจารณาถ้อยคำตามมาตรา 67 (1) ซึ่งระบุไว้อย่างชัดเจนว่า อยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงชัดเจนได้ ก็แสดงอยู่ในตัวแล้วว่าเป็นภัยอันใกล้จะถึงนั่นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 224/2477 ตัดสินว่า จำเลยถูกกักขังบังคับให้ให้การเท็จต่อพนักงานสอบสวน มิฉะนั้นกักขังจะเอาตัวจำเลยเป็นผู้ต้องหาด้วย จำเลยจึงให้การเท็จในการสอบสวน ซึ่งการสอบสวนนั้นกระทำโดยกักขังผู้ข่มขู่กับปลัดอำเภอ แต่ไม่ปรากฏว่าปลัดอำเภอได้ทำบังคับจำเลยให้ให้การเท็จด้วยแต่อย่างใด กรณีนี้จำเลยจะอ้างว่าให้การเท็จเพราะความจำเป็นเนื่องจากถูกบังคับไม่ได้ เพราะในตอนที่ทำให้การต่อหน้าปลัดอำเภอจำเลยอาจให้การไปตามความเป็นจริงได้

4) ภัยซึ่งบังคับต้องมีได้เกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้กระทำความผิดด้วยความจำเป็น กรณีนี้ก็เช่นเดียวกัน แม้ในต้วบทตามมาตรา 67 (1) จะไม่ได้บัญญัติไว้เช่นในมาตรา 67 (2) แต่เป็นที่เห็นได้ว่า หากการข่มขู่บังคับนั้นเกิดขึ้นจากความผิดของผู้กระทำโดยจำเป็นแล้วก็ย่อมจะยกข้ออ้างว่าเป็นเหตุจำเป็นไม่ต้องรับโทษไม่ได้ เช่น จำเลยเมาสุราอาละวาดถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับตัวไว้ ทำให้จำเลยไปเข้ารับการคัดเลือกเป็นทหารไม่ได้ จำเลยจะอ้างว่าอยู่ในที่บังคับคือถูกคุมขังโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ได้ เพราะการที่จำเลยถูกคุมขังอยู่จนเป็นเหตุให้เข้ารับการคัดเลือกเป็นทหารไม่ได้นั้นเกิดขึ้นเพราะความผิดของจำเลยเอง

2.5.5.2 การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น โดยหลีกเลี่ยงภัยเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายอันใกล้จะถึงตามมาตรา 67 (2)

ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจในเรื่องต้นก่อนว่า การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 (1) และ (2) นั้นมีลักษณะที่แตกต่างประการหนึ่งคือ การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 (1) มีลักษณะทำนองที่ผู้กระทำความผิดด้วยความจำเป็นช่วยตนเองให้พ้นจากภัยอันเกิดจากการข่มขู่บังคับนั้นมากกว่า เช่น เพราะเกรงจะถูกทำร้ายจึงยอมทำความผิดขึ้นตามที่ถูกขู่ แต่การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 (2) นี้ มีบางครั้งและผู้กระทำได้กระทำไปโดยเจตนาช่วยเหลือผู้อื่น หรือช่วยสังคมเป็นส่วนรวม เช่น ไฟกำลังลุกไหม้เสื้อผ้าซึ่ง ก สวมใส่อยู่ ข เดินผ่านมาเห็นจึงใช้เสื้อคลุมของ ค คลุมดับไฟให้แก่ ก ซึ่งกำลังประสบภัยเป็นการช่วยชีวิตของ ก ไว้แต่ทำให้เสื้อคลุมของ ค ไหม้ไฟเสียหาย เห็นได้ว่าการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นของ ข ในลักษณะนี้เป็นประโยชน์ต่อสังคมสมควรส่งเสริมให้กระทำได้ เพราะสังคมควรจะยอมเสียสิ่งที่มีค่าน้อยเพื่อรักษาสิ่งที่มีค่ามากกว่า

1) อย่างไรก็ตามจะถือเป็นภัยอันตรายอันอาจจะหลีกเลี่ยงได้ คำว่าภัยอันตรายในที่นี้หมายถึงภัยหรือความเสียหายที่จะบังเกิดขึ้น ซึ่งมาตรา 67 (2) ไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าจะต้องเป็นภัยอันเกิด

จากสิ่งใดหรือต้องเป็นภัยอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายดังเช่นในเรื่องการป้องกัน ดังนั้น ภัยอันเกิดจากการกระทำของมนุษย์ สัตว์หรือธรรมชาติ ย่อมถือเป็นภัยอันตรายตามความหมายของมาตรานี้แล้ว

ภัยอันตรายนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องเป็นภัยอันตรายอันร้ายแรง แต่ข้อสำคัญคือ ภัยอันตรายนี้ต้องเป็นกรณีที่ทำให้บุคคลเกิดความหวาดกลัวคิดจะหลีกเลี่ยงหลบหนี และภัยอันตรายนี้ต้องไม่ใช่เรื่องความรู้สึกทางจิตใจ เช่น ความอาฆาตพยาบาทหรือความโกรธแค้นซึ่งจะเป็นเรื่องบันดาลโทษ ภัยซึ่งเกิดขึ้นโดยตรงต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น เกิดแผ่นดินไหวทำให้เสียหลักไปชนคนอื่นตกตึกเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย หรือคนเกาะขอนไม้ลอยอยู่ในทะเล น้ำทะเลพัดเอาขอนไม้นั้นลอยเข้าไปในเขตประเทศที่ผู้นั้น ไม่มีหนังสือเดินทาง กรณีนี้แม้จะเป็นภัยอันตรายแต่ก็ไม่ได้อยู่ในความหมายของมาตรา 67 (2) ที่ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ และมีใช้โดยอาศัยเรื่องการกระทำโดยจำเป็นหากแต่เป็นกรณีที่ไม่มีการกระทำความผิดอาญาเลย

2) ลักษณะของภัยอันตราย ภัยอันเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สิน ถือเป็นภัยอันจะก่อให้เกิดการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นได้ทั้งสิ้น โดยไม่จำกัดว่าเฉพาะจะต้องเป็นภัยอันตรายต่อสิทธิของผู้กระทำเหมือนกับการกระทำโดยป้องกัน และภัยนี้ก็ไม่ได้จำเป็นอีกเช่นเดียวกันว่าจะต้องเป็นภัยอันร้ายแรง ทั้งนี้เพราะการที่ผู้กระทำความผิดด้วยความจำเป็นจะอ้างเหตุจำเป็นไม่ต้องรับโทษได้หรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับความผิดที่เขาได้ก่อให้เกิดขึ้นเมื่อได้นำมาเปรียบเทียบกับภัยอันตรายซึ่งทำให้เขาต้องหลีกเลี่ยงภัยนั้น เป็นกรณีเกินสมควรกว่าเหตุหรือไม่

ภัยอันตรายนี้ก็ไม่ได้จำเป็นว่าต้องเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายอย่างเช่นกรณีการป้องกัน แต่อาจจะเป็นภัยอันละเมิดต่อกฎหมาย หรือเป็นภัยซึ่งเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ หรือเกิดจากสัตว์ก็ได้ ดังที่ศาลฎีกาได้ตัดสินไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 110/2470 ว่าถูกช้างป่าไล่ทำร้ายจึงได้ยิงช้างนั้น จำเลยไม่มีความผิดต่อพระราชบัญญัติรักษาช้างป่า พ.ศ. 2465 ข้อสังเกตในเรื่องนี้ก็คือ แม้จะเป็นการกระทำตอบโต้ต่อสิ่งที่ก่อให้เกิดภัยขึ้นก็ตาม แต่กรณีก็มีใช้เรื่องการป้องกันเพราะช้างไม่อาจกระทำการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งไม่มีการบัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อาศัยคำพิพากษาของศาลเป็นหลักนั้น กรณีแพทย์ทำแท้งให้หญิงมีครรภ์เพื่อสุขภาพของหญิงนั่นเองถือเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น แพทย์กระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย แต่ในเรื่องเดียวกันนี้ในประเทศกฎหมายระบบ Civil Law ซึ่งมีบัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่นในประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 อนุญาตให้แพทย์ทำแท้งได้ในกรณีเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น หรือทำให้แก่หญิงซึ่งมีครรภ์เนื่องมาจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา การที่แพทย์ทำแท้งนั้นถือได้ว่าเป็นการกระทำตามกฎหมาย โดยไม่ต้องมาคำนึงว่าจะเป็นกรณีจำเป็นตาม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 อีกหรือไม่ เพราะการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นนั้นต้องเป็นกรณีซึ่งเพื่อให้ผู้อื่นพ้นจากอันตรายจึงได้ไปกระทำความผิดอาญาขึ้น แต่ในเรื่องนี้การทำแท้งของแพทย์เมื่อทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงไม่ต้องมาพิจารณาเรื่องจำเป็นอีก

มีอันตรายอีกประเภทหนึ่งซึ่งมีปัญหาว่าจะถือเป็นอันตรายที่จะกระทำการหลีกเลี่ยงตามมาตรา 67 (2) ได้หรือไม่ นั่นคือ ความอดอยากหิวโหยอันมีผลมาจากสภาวะทางเศรษฐกิจ ซึ่งในภาษาอังกฤษเรียกว่า Economic Necessity เช่น ผู้ที่อดอาหารมาหลายวันแล้วและกำลังใกล้จะตายเพราะความหิวจึงได้ไปขโมยขนมปังกินเพื่อประทังชีวิต โดยกลุ่มประเทศ Common Law อย่างอังกฤษและสหรัฐอเมริกา จะมองไปในทางที่ว่ากรณีดังกล่าวไม่ถือเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมาย จะยกขึ้นอ้างเป็นเหตุไม่ต้องรับโทษไม่ได้

แต่ในประเทศฝรั่งเศส กรณีที่จำเลยกระทำความผิดฐานลักทรัพย์เพราะความอดอยากหิวโหยนี้ ศาลในประเทศฝรั่งเศสได้ตัดสินไว้ว่า หญิงซึ่งอดอาหารมาแล้วสองวันและได้ขโมยขนมปังไปจากหน้าร้านก๋อนหนึ่งเพื่อเอาไปกินเป็นอาหาร เป็นกรณีจำเป็น

สำหรับในประเทศไทยมีปัญหาว่าในกรณีนี้จะนำมาอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 และมาตรา 335 โดยเฉพาะในวรรคสุดท้ายของมาตรา 335 ซึ่งเป็นเหตุฉกรรจ์ของการลักทรัพย์ตามมาตรา 334 บัญญัติไว้ว่า ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรานี้ เป็นการกระทำโดยจำใจ หรือความยากจนเหลือทนทาน และทรัพย์นั้นมีราคาเล็กน้อย ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ก็ได้ นั่นคือแม้จะได้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ด้วยความจำใจ หรือความยากจนเหลือทนทานและทรัพย์มีราคาน้อย กรณีก็ยังเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ เพียงแต่ศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยตามมาตรา 334 จำเลยจะอ้างว่าจำเป็นเพื่อไม่ต้องรับโทษไม่ได้ อย่างไรก็ดี ถ้าเป็นกรณีถูกขู่บังคับให้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งเป็นกรณีจำเป็นตามมาตรา 67 (1) จึงจะยกเหตุจำเป็นเพราะถูกบังคับขึ้นอ้างเพื่อไม่ต้องรับโทษได้

3) อันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงชัดเจนได้ ดังได้กล่าวแล้วว่า การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเป็นเรื่องก่อให้เกิดภัยขึ้นต่อบุคคลซึ่งมิได้มีส่วนรู้เห็นด้วย แต่กฎหมายยอมให้ยกขึ้นอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้ ดังนั้น จึงต้องจำกัดการกระทำให้เป็นไปอย่างเคร่งครัดโดยกำหนดให้ผู้กระทำไม่สามารถหลีกเลี่ยงต่อกันนั้นได้เสียก่อน จึงยอมให้กระทำความผิดด้วยความจำเป็น คำว่าอันตรายที่ใกล้จะถึงนั้นเป็นการเน้นว่าเป็นภัยซึ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ถ้าอันตรายยังอยู่ห่างไกลก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องเลือกกระทำความผิดเพื่อหลีกเลี่ยงภัยนั้น เพราะยังอาจหาทางหลีกเลี่ยงได้โดยวิธีอื่น โดยไม่ต้องกระทำความผิดได้ ต่อเมื่อภัยนั้นใกล้จะถึงแล้วและไม่สามารถหลีกเลี่ยงด้วยวิธีอื่นใดได้นอกจากการกระทำความผิดจึงจะยกขึ้นอ้างแก้ตัวได้ ข้อสังเกตในเรื่องนี้ที่เกี่ยวกับการป้องกัน

ตามมาตรา 68 ซึ่งต้องเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงเช่นเดียวกัน แต่การกระทำเพื่อป้องกันนั้นไม่มีหลักเกณฑ์ว่าต้องไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ด้วยวิธีอื่น

คำว่าภัยอันใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงขจัดขึ้นได้นี้ต้องดูพฤติการณ์แวดล้อมด้วย เช่น บุคคลธรรมดาที่มีอิสระในการเคลื่อนไหวอาจหลีกเลี่ยงต่อภัยที่อาจเกิดขึ้นได้ แต่หากเป็นกรณีผู้ต้องขังในเรือนจำ การหลีกเลี่ยงต่อภัยย่อมกระทำได้ยากลำบากกว่า การตีความคำว่าภัยใกล้จะถึงจำต้องขยายกว้างขึ้น

4) ภัยนั้นผู้กระทำความผิดด้วยความจำเป็นต้องมีได้เป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้น หรือเกิดขึ้น เพราะความผิดของตนเอง ตามปกติเมื่อผู้ใดก่อให้เกิดภัยขึ้นผู้นั้นย่อมต้องได้รับผลในภัยพิบัติซึ่งตนได้ก่อให้เกิดขึ้น ตนจะกระทำความผิดอีกอย่างขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่ตนก่อยอมไม่มีเหตุอันควรที่จะให้เป็นไปเช่นนั้น แต่อย่างไรก็ดีคำว่าความผิดของผู้กระทำนั้นมิใช่ที่เห็นแตกต่างกันอยู่สำหรับภัยอันตรายที่เกิดขึ้นโดยเจตนา กรณีนี้ไม่ว่าจะเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลก็ตามย่อมเห็นได้ว่าเป็นความผิดของผู้กระทำโดยแท้ ส่วนภัยอันตรายซึ่งเกิดขึ้นโดยประมาทยังไม่เป็นที่ยุติแน่นอนว่าจะถือเป็นความผิดของผู้กระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 (2) หรือไม่ ในมาตรา 67 (2) ไม่ได้บัญญัติให้เห็นโดยเฉพาะว่าหมายความถึงการกระทำให้เกิดภัยอันตรายขึ้นโดยเจตนาแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น จึงต้องเข้าใจว่าความหมายของคำว่าความผิดในที่นี้หมายความรวมถึงการกระทำโดยประมาทด้วย เหตุผลที่สนับสนุนอีกประการหนึ่งก็คือ ในการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคลที่สามซึ่งมิได้มีส่วนก่อให้เกิดภัยนั้นขึ้นด้วยเลย ดังนั้น หากจะให้ผู้ซึ่งจำต้องรับภัยโดยมิได้มีส่วนในความผิดต้องรับผลจากภัยที่เกิดขึ้นเพราะความประมาทของผู้กระทำด้วยโดยผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ก็จะเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้กระทำมากเกินไป

2.5.5.3 ข้อแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 (1) และ มาตรา 67 (2)

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law รวมถึงบางประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพราะถูกบังคับ (Compulsion) กับการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันใกล้จะถึง (Necessity) มีผลแตกต่างกันคือ ในประการแรกจะเป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ (Excuse) ส่วนในประการหลังถือว่าผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิด (Justifiable) ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่าการกระทำทั้งสองลักษณะมีความแตกต่างกันอย่างมากเพราะผลในทางกฎหมายมีความแตกต่างกัน

แต่ผลของการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามกฎหมายของประเทศไทยไม่ว่ากรณีตามมาตรา 67 (1) หรือมาตรา 67 (2) มีผลเป็นอย่างเดียวกัน คือถือว่าเป็นเรื่องซึ่งผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ แต่มีข้อแตกต่างของทั้งสองอนุมาตราที่พอจะจำแนกได้ คือ¹⁸

1) มูลเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ซึ่งตามมาตรา 67 (1) เป็นเรื่องของการอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ เป็นเรื่องของอิทธิพลที่มีมาจากภายนอกบงการให้จำต้องกระทำความผิดลงด้วยความจำเป็น อิทธิพลเหล่านั้นไม่ใช่มีผลเฉพาะในด้านจิตใจเท่านั้น แต่เป็นเรื่องบังคับเอากับการกระทำด้วยว่าจำต้องกระทำตามที่ถูกบังคับ เช่น ใช้อาวุธปืนขู่บังคับให้คนหนึ่งไปชกหน้าอีกคนหนึ่ง เป็นการบังคับอิริยาบถของบุคคลแรกให้จำงาน และต้องยอมทำตามที่ถูกบังคับ โดยการชกหน้าอีกคน แต่อย่างไรก็ดีการบังคับการกระทำนี้ต้องไม่ใช่เรื่องบังคับเอาแก่เนื้อตัว ร่างกายจนผู้ถูกบังคับไม่อาจจะเคลื่อนไหวอิริยาบถของตนเองได้โดยอิสระ เช่น คนที่ร่างกายใหญ่โตแข็งแรงกว่าจับมือใส่มือของคนตัวเล็กซึ่งอ่อนแอกว่าแล้วจับมือของคนนั้นแทงผู้อื่น เช่นนี้ไม่ถือว่าคนที่ตัวเล็กกว่านั้นกระทำด้วยความจำเป็นเพราะถูกบังคับ แต่เป็นเรื่องที่เขาไม่ได้ลงมือกระทำความผิดด้วยตัวของเขาเองเลย

ส่วนกรณีตามมาตรา 67 (2) นั้นเป็นเรื่องการหลีกเลี่ยงภัย เป็นเรื่องซึ่งมีภัยอันตรายเกิดขึ้นทำให้ผู้ประสบภัยนั้นต้อง คิดหาทางหลีกเลี่ยง แล้วตกลงใจหลีกเลี่ยงภัยนั้น โดยการไปกระทำความผิด ซึ่งเป็นเรื่องผู้ที่ประสบภัยนั้นเลือกทำเช่นนั้นเอง โดยเลือกไปในทางกระทำความผิดต่อผู้อื่นเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายนั้น

2) ในบางกรณี การกระทำอย่างหนึ่งอาจพิจารณาได้ในแง่ที่ว่าเป็นกรณีตามมาตรา 67 (1) หรือมาตรา 67 (2) เช่น ผู้ซึ่งได้รับหมายเรียกให้ไปเป็นพยานที่ศาล แต่พอถึงวันนัดถูกผู้ร้ายจับตัวขังไว้ในห้องใต้กุญแจทำให้ไปศาลไม่ได้ กรณีนี้ถือว่าเป็นกรณีอยู่ในที่บังคับจึงทำให้มาเบิกความเป็นพยานไม่ได้ ซึ่งเป็นเรื่องตามมาตรา 67 (1) แต่หากเป็นกรณีที่คนร้ายจับตัวขังไว้ชั้นบนของบ้าน โดยคนร้ายเฝ้าอยู่ชั้นล่าง แต่ผู้นั้นไม่กล้าที่จะกระโดดลงมาจากชั้นบนเพราะกลัวว่าจะได้รับอันตราย กรณีนี้เป็นเรื่องของการกระทำผิดโดยฉวยโอกาสไม่ไปเป็นพยานที่ศาลโดยหลีกเลี่ยงภัยคือหลีกเลี่ยงไม่ให้ตนเองต้องได้รับบาดเจ็บจากการกระโดดลงมายังพื้นชั้นล่าง ซึ่งเป็นกรณีมาตรา 67 (2)

แต่ถ้ากรณีดังกล่าวเป็นการที่ผู้ร้ายจับตัวมัดไว้กับเสาทำให้ผู้นั้นไปเบิกความต่อศาลตามหมายเรียกไม่ได้ กรณีไม่ถือว่าเป็นเรื่องของการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น แต่ถือว่าผู้นั้นไม่ได้กระทำความผิดเลยเพราะไม่มีการกระทำผิดโดยฉวยโอกาส โดยตัวของเขาเองแต่อย่างใด

¹⁸ เอกชัย ชินฉงศ์. (2524). การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น. หน้า 23-24.