

## บทที่ 3

### การวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์

การกระทำความผิดอาญาจัดว่าเป็นปรากฏการณ์ที่ปรากฏขึ้นควบคู่กับสังคมมนุษย์ด้วย เหตุนี้ความพยายามที่จะอธิบายถึงหลักการที่จะนำมาวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะถือว่าเป็นความผิดอาญา และจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่จึงไม่ใช่เรื่องใหม่ มนุษย์นับแต่โบราณกาลได้พยายามแสวงหาคำอธิบายหลักการวินิจฉัยดังกล่าว แม้กระนั้นกรอบทฤษฎีที่จะนำมาอธิบายถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาก็ได้เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย และยังคงมีความแตกต่างกันไปตามระบบกฎหมายทั้งนี้เนื่องมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ต่างมี “นิติวิธีหรือแนวคิดในทางกฎหมาย” ที่แตกต่างกันไป จึงมีผลทำให้หลักการที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญา และจะมีความรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่แตกต่างกันไป

ในการศึกษาการวินิจฉัยความผิดอาญาในบทที่ 3 นี้จะเป็นการศึกษาถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์ซึ่งจะมุ่งศึกษาถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศอังกฤษเป็นหลักและในการศึกษาถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบซีวิลลอว์จะมุ่งศึกษาถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีเป็นหลัก เนื่องจากการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศต่างๆ ที่กล่าวมานี้ต่างมีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของกฎหมายไทย

#### 3.1 การวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์

ในการศึกษาการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์นี้จะมุ่งศึกษาถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศอังกฤษเป็นหลักทั้งนี้เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศต้นแบบของระบบคอมมอนลอว์ และมีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของกฎหมายไทย

การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายอังกฤษถือหลักว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้ จะต้องประกอบด้วยการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย หรือการกระทำที่แสดงออกภายนอกนั้นผิดกฎหมาย (Actus reus) และจะต้องมีส่วนจิตใจที่ควรถูกตำหนิได้ (Mens rea) ซึ่งการพิจารณานี้เป็นไปตามหลักพื้นฐานของสุภาษิตลาตินที่ว่า “Actus non facit reum nisi mens sit rea” (the act itself does not constitute guilty unless done with a guilty mind) ซึ่งมีความหมายว่า การกระทำในตัวของมันเองไม่เป็นความผิด เว้นแต่มีจิตใจที่ผิดด้วย<sup>51</sup> ดังนั้นความผิดอาญาของประเทศ

<sup>51</sup> Michael J. Allen.(2003). *Textbook on Criminal Law* (7 th ed.), p. 17.

อังกฤษประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วนเป็นลำดับ คือ 1. Actus reus หรือ guilty act หรือ criminal act 2. Mens rea หรือ guilty mind<sup>52</sup>

**3.1.1 Actus reus หรือ guilty act หรือ criminal act** หมายถึง การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม<sup>53</sup> ในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาในด้านองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ 2 ส่วน คือ 1) ส่วน Actus และ 2) ส่วน Reus ดังนี้

1) ส่วน Actus หมายถึง การกระทำในทางอาญา ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้<sup>54</sup>

- (1) การกระทำ (Act)
- (2) การงดเว้นการกระทำ (Omission)
- (3) สถานการณ์ (State of Affair)
- (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)

**(1) การกระทำ (Act)**

J C Smith and Brain Hogan นักวิชาการชาวอังกฤษได้ชี้ให้เห็นถึงความหมายของการกระทำในความหมายของกฎหมายว่าจะต้องประกอบด้วย<sup>55</sup>

- ก. พฤติกรรม (Conduct)
- ข. พฤติการณ์แวดล้อม (Surrounding material circumstances)
- ค. ผลจากการกระทำ (Consequences)

นอกจากนี้นักวิชาการ คือ Glanville William ยังได้ให้ความหมายของการกระทำในความหมายของกฎหมายว่าจะต้องประกอบด้วย<sup>56</sup>

- ก. การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกหรือภายใต้จิตใจบังคับ (A willed movement (or omission))
- ข. สถานการณ์แวดล้อม (Certain surrounding circumstances (including past facts))

<sup>52</sup> Micheal T Molan. (2003). **Textbook Criminal Law** (4 th ed.). p. 33.

<sup>53</sup> Michael J. Allen. Op.cit. p. 19.

<sup>54</sup> Smith and Hogan.(2002). **Criminal law** (10 th ed.). pp. 28-60.

<sup>55</sup> Smith and Hogan. Op.cit. pp. 36-37.

<sup>56</sup> Glanville William. (1961). **Criminal law** (2 nd ed.). p. 16.

ก. ผลของการกระทำ (Certain consequences)

เช่น ก. ฆ่า ข. ด้วยปืน จะประกอบด้วยกระบวนกรเคลื่อนไหวกายใต้จิตใจบังคับโดยยกปืนขึ้น หันไปทาง ข. เล็ง งอนิ้ว กระดิกไกปืน ซึ่งบรรจุลูกและไม่มีควมบกพร่องในกลไกของปืนและลูกกระสุน ลูกกระสุนแล่นออกไปรวมกับสภาพแวดล้อมที่มี ข. อยู่ในวิถีกระสุนปืน ตลอดจนผลที่ลูกกระสุนปืนแล่นออกไปถูก ข. ทำให้สภาวะร่างกายของ ข. เปลี่ยนแปลงไป เป็นเหตุให้ ข. ถึงแก่ความตาย<sup>57</sup>

(2) การงดเว้นการกระทำ (Omission)<sup>58</sup>

ความผิดสำหรับการงดเว้นการกระทำ (Omission) ในประเทศอังกฤษถือเป็นกรณีพิเศษ เป็นความผิดที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการมีอยู่ของสถานการณ์ (Situation) โดยทั่วไป กฎหมายของประเทศอังกฤษจะเป็นกฎหมายที่ลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำที่แสดงออกอย่างชัดเจน (Positive Act) กล่าวคือ ไม่สามารถกระทำความผิดโดยการงดเว้นได้ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ หรือ ความผิดฐานชิงทรัพย์ การงดเว้นจะเป็นความผิดได้เมื่อผู้กระทำมีหน้าที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลโดยตรง หน้าที่ดังกล่าวมีดังต่อไปนี้ 1. หน้าที่อันเป็นผลจากสัญญา 2. หน้าที่อันเป็นผลจากความสัมพันธ์ 3. หน้าที่อันเป็นผลจากความสมัครใจของตนที่จะเข้าดูแล 4. หน้าที่อันเป็นผลจากการก่อให้เกิดสถานการณ์อันตราย

(3) สถานการณ์ (State of Affair)<sup>59</sup>

สถานการณ์ (State of Affair) ในทางทฤษฎีกฎหมายอังกฤษอาจอธิบายได้ว่าสถานการณ์ (State of Affair) ถือเป็นความผิดอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นได้แม้ไม่มีการกระทำก็ตาม หากสถานการณ์ที่เข้ามาแทนที่การกระทำนั้นมีการกำหนดรายละเอียดของสถานการณ์ที่สามารถพิสูจน์ถึงความจริงที่มีอยู่นั้นได้ ความผิดลักษณะนี้บางครั้งเรียกว่า “Status” หรือ “Situation” โดยมีพระราชบัญญัติบางฉบับกำหนดความผิดในลักษณะนี้ขึ้น โดยอาศัยสถานการณ์อย่างหนึ่งแทนการเคลื่อนไหวกายหรือไม่เคลื่อนไหวกาย ความผิดดังกล่าวอาจเกิดขึ้นโดยที่บุคคลไปอยู่ในสถานที่ต้องห้ามและโจทก์ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยอยู่ในสถานการณืนั้นโดยสมัครใจ และรู้ว่าตนเองอยู่ในสภาพเช่นนั้น หรือไม่สนใจว่าตนเองอยู่ในสภาพเช่นนั้นหรือไม่ เช่น ในคดี *Larsonneur* 1933 ซึ่ง

<sup>57</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2525). “ลักษณะแห่งการกระทำในกฎหมายอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 12, ฉบับที่ 3. หน้า 165-166.

<sup>58</sup> Michael J. Allen. Op.cit., pp. 24 – 25, 28 - 31.

<sup>59</sup> Smith and Hogan. Op.cit. pp. 58 - 59 .

ตาม The Aliens Order 1920 จำเลยเป็นคนต่างด้าว ซึ่งถูกปฏิเสธไม่ให้อยู่ในประเทศอังกฤษแล้ว แต่ยังคงพบตัวอยู่ในประเทศอังกฤษ คือ พบตัวอยู่ในห้องขังสถานีตำรวจ ศาลพิพากษาว่าเป็นความผิดที่ยังพบตัวอยู่ในประเทศอังกฤษ มิใช่ความผิดตรงที่เข้ามาในประเทศอังกฤษ

อนึ่ง ความผิดประเภทนี้รวมถึงการครอบครอง (Possession) กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีที่จำเลยครอบครองวัตถุต้องห้าม เช่น ธนบัตรปลอม อาวุธร้ายแรง หรือ ยาอันตราย หรือเป็นผู้ดูแลรักษาของบางสิ่งบางอย่างซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ถ้าจำเลยครอบครองโดยสมัครใจหรือถ้าจำเลยไม่สนใจว่า จำเลยครอบครอง ดูแลรักษาวัตถุที่ต้องห้ามหรือไม่จำเลยต้องรับผิด

#### (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation)<sup>60</sup>

การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) เป็นการพิจารณาว่า การกระทำเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดผลนั้นขึ้นหรือไม่เพราะการฟ้องร้อง คือ การกล่าวหาว่าผลของความผิดอาญานั้นมาจากไหน ดังนั้นในการฟ้องร้องผู้ฟ้องร้องจำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่า การกระทำ (Acts) หรือการงดเว้น (Omissions) นั้นเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดผลนั้นขึ้น เช่น ในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา (Murder) หรือในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา (Manslaughter) การพิสูจน์การกระทำที่ถูกฟ้องร้องต้องมีการพิสูจน์ว่า การกระทำ (Acts) หรือการงดเว้น (Omissions) นั้นเป็นสาเหตุของการตายแต่ถ้าการตายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากบางสิ่งบางอย่างที่มากกว่าการกระทำ (Acts) หรือการงดเว้น (Omissions) นั้นความผิดอาญามีได้เกิดจากการกระทำผิดนั้น เช่น D ได้ใส่ยาพิษ ในน้ำดื่มของแม่เขาโดยเขามีเจตนาที่จะฆ่าแม่ของตนเอง ต่อมาแม่ของเขาได้ตายลงโดยแก้วที่ใส่ยาพิษนั้นได้ถูกดื่มไปแล้ว 1 ส่วนใน 4 ส่วน ในทางการแพทย์ได้มีการพิสูจน์พยานหลักฐานปรากฏว่าแม่ของ D นั้น ได้ตายลงเพราะหัวใจล้มเหลวไม่ได้เกิดมาจากยาพิษ D ถูกตัดสินให้พ้นจากความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา เพราะการกระทำของเขาไม่ได้เป็นสาเหตุของการตายดังนั้นจึงขาดส่วนประกอบในส่วนของ Actus reus แต่อย่างไรก็ตาม D อาจถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานพยายามฆ่าได้

2) ส่วน Reus<sup>61</sup> หมายถึง ที่เป็นความผิด ในการวินิจฉัยความผิดอาญาตามกฎหมายอังกฤษ เมื่อพิจารณาว่ามีการกระทำคือส่วน Actus แล้วจะต้องดูว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายด้วยหรือไม่คือดูในส่วนที่เป็น Reus จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำที่ผิด

<sup>60</sup> Michael J. Allen. Op.cit., pp. 32 - 33.

<sup>61</sup> Reus คือ จำเลย หรือ ผู้ถูกพิพากษาว่าผิด ใน Black' Law Dictionary ให้ความหมาย Reus ว่า In criminal law. Accused or Convicted person. See Bryan A. Garner (2004). **Black' Law Dictionary** (8 th ed.), p. 1344.

กฎหมาย หรือ การกระทำที่กฎหมายห้าม ซึ่งการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือการกระทำที่กฎหมายห้ามนี้อาจเป็นความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) หรือความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law offence) ก็ได้ ดังนั้นการกระทำที่จะผิดกฎหมายได้นั้นการกระทำนั้นต้องครบทั้งในส่วนประกอบของ Actus และ reus เพราะถ้าพึงแต่มีการกระทำแต่การกระทำนั้นในความเป็นจริงแล้วไม่ผิดกฎหมายหรือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด ก็ไม่สามารถลงโทษบุคคลนั้นได้ เพราะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบของความผิด โดยไม่ต้องไปพิจารณาในส่วนจิตใจของผู้กระทำ ดังเช่น ในกรณียิงศพโดยคิดว่าเป็นคน แม้ว่าจะมีส่วนของ Actus แต่ถือว่าขาดส่วนของ Reus ในความผิดต่อชีวิต จึงไม่สามารถลงโทษได้ในความผิดฐานลักทรัพย์ก็เช่นกัน แม้ได้ความว่าจำเลยเอาทรัพย์ไปโดยทุจริตโดยคิดว่าเป็นทรัพย์ของผู้อื่น แต่ความจริงทรัพย์นั้นมิได้เป็นของผู้ใดเพราะไม่มีเจ้าของ ก็ถือว่าจำเลยไม่มีความผิดเพราะขาดส่วนของ Actus reus<sup>62</sup> ดังนั้นจะเห็นได้ว่า Actus reus เป็นการวินิจฉัยตามองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา

อย่างไรก็ตามในประเทศอังกฤษยังคงมีข้อถกเถียงในทางวิชาการอยู่ว่าเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Justification) และเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Excuse) เป็นส่วนหนึ่งของ Actus reus ด้วยหรือไม่ (Actus reus and Justification or Excuse) ซึ่งในเรื่องนี้มี 2 แนวความคิด คือ<sup>63</sup>

(1) ตามแนวความคิดของ Glanville William อธิบายว่า Actus reus รวมถึงการไม่มีอยู่ทั้งหมดของ Justification หรือ Excuse ด้วย (ดังนั้น Justification หรือ Excuse คือคำอธิบายทั้งหมดในกฎหมายที่จะทำให้เกิดความผิดอาญาหรือเป็นที่เข้าใจว่าเป็นผลสืบเนื่องจากศาลทำให้สอดคล้องกับหลักทั่วไป)

(2) ตามแนวความคิดหนึ่งของ D.J Lanham อธิบายว่า เราสามารถพิจารณาได้ว่าความผิดอาญาถูกสร้างขึ้นโดยมีส่วนประกอบ 3 ส่วน คือ 1. Actus reus 2. Mens rea 3. การไม่มีอยู่ของข้อแก้ตัวที่ชอบด้วยกฎหมาย (ข้อสาระสำคัญในทางปฏิเสธ a negative element) หรือก็คือ Justification หรือ Excuse นั่นเอง

ข้อสังเกต ความแตกต่างของเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Justification) และเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Excuse) คือ

เหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Justification) เป็นการยกเว้นความผิดให้ผู้กระทำเพราะถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เหมาะสมที่สุดในสถานการณ์เช่นนั้นแม้ว่าจะก่อให้เกิดผลร้ายซึ่งหากขาดข้อโต้เถียงของเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Justification) แล้ว

<sup>62</sup> Smith and Hogan. Op.cit. pp. 33-35.

<sup>63</sup> Smith and Hogan. Op.cit. p. 33. and Michael J. Allen. **Textbook on Criminal Law.** pp. 18-19.

จะเป็นความผิดอย่างหนึ่งก็ตาม เช่น การป้องกันตัวเอง (self – defence) แม้ว่าการกระทำของผู้ที่ทำการป้องกันตัวเองนั้นจะเป็นอันตรายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำดังกล่าวนี้เราอาจกล่าวได้ว่าไม่มี Actus Reus

ส่วนเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Excuse) เป็นการยกเว้นความผิดให้ผู้กระทำเพราะผู้กระทำไม่มีความรับผิดชอบเพียงพอ (หรือไม่เพียงพอที่จะดำเนินเขาได้) หรือ มีข้อผิดพลาด เช่น D ทำอันตราย V เพราะเขาได้รับการบอกกล่าวโดย X ว่ามีคนจับกุมตัวภรรยาของ D เป็นตัวประกัน ถ้า D ไม่ยอมทำตามหรือไม่ยอมเชื่อฟัง เช่นนี้ D สามารถแก้ตัวได้ว่าได้กระทำโดยถูกบังคับขู่เข็ญ (Duress) ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้ D มีเจตนาที่จะทำอันตราย V โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ในกรณีเช่นนี้ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Justification) สำหรับการกระทำ) ในภาวะเช่นนี้จึงมี Actus Reus แต่มีข้อโต้แย้งว่าได้กระทำโดยถูกบังคับขู่เข็ญ (Duress) ซึ่งทำให้เกิดเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Excuse) ซึ่งมีผลทำให้ปฏิเสธ Actus Reus ในที่สุด

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันในประเทศอังกฤษยังคงมีข้อถกเถียงในทางวิชาการอยู่ว่าเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Justification) และเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Excuse) เป็นส่วนหนึ่งของ Actus reus ด้วยหรือไม่ นั่นซึ่งยังไม่เป็นที่ยุติ

**3.1.2 Mens rea หรือ guilty mind** หมายถึง จิตใจที่ควรถูกดำเนินหรือจิตใจที่ชั่วร้ายใน ส่วน Mens rea นี้เป็นส่วนองค์ประกอบภายในของความผิดอาญา โดยเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดโดยตรง Mens rea เป็นสภาวะจิตใจที่นำคำตัดสินของผู้กระทำ ที่จะนำมาพิจารณาประกอบกับ Actus reus เพื่อจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดและจะลงโทษบุคคลนั้นได้หรือไม่ นั่นต้องปรากฏว่า Actus reus และ Mens rea นั้นจะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันด้วย<sup>64</sup>

ตามหลักกฎหมายอังกฤษได้มีการศึกษาองค์ประกอบทางด้านจิตใจว่าเป็น Mens rea หรือไม่ ตัวอย่างเช่น<sup>65</sup>

- 1) เจตนา (Intention)
- 2) การละเลย (Reckless) หรือประมาทโดยจงใจ
- 3) การประมาท (Negligence)
- 4) โดยรู้ (Know ledge)<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Micheal T Molan. *Textbook Criminal Law*. p. 33.

<sup>65</sup> Smit and Hogan. *Criminal law*. pp. 69-86.

<sup>66</sup> Michael J. Allen. *Textbook on Criminal Law*. pp. 70-71.

5) การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless inadvertence)

### 1) เจตนา (Intention)

เจตนา (Intention) ตามทฤษฎีกฎหมายอังกฤษอาจแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือ (1) เจตนาโดยตรง (direct intention) (2) เจตนาโดยอ้อม (oblique intention)

(1) เจตนาโดยตรง (direct intention) ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า บุคคลมีเจตนาประสงค์ต่อผลถ้าบุคคลนั้นได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายในการกระทำของตนนั้น<sup>67</sup> เช่น D ยิง V เพื่อที่จะฆ่า V ในสถานการณ์นี้การที่ V ตาย คือ ความต้องการและเจตนาของ D ผลการตายของ V บางครั้ง เรียกว่า วัตถุประสงค์ จุดประสงค์ หรือ จุดมุ่งหมาย ของ D ประเภทของเจตนาที่มีข้อเสนอนี้คือ เจตนาโดยตรง (direct intention) ถึงแม้ว่าบางครั้ง D มีโอกาสฆ่า V มาก บางครั้งเล็กน้อย เพราะระยะทาง หรือ ปืนไม่สมบูรณ์บกพร่อง ที่กล่าวมานี้ไม่มีผลต่อเจตนาของ D ที่จะฆ่า V<sup>68</sup>

(2) เจตนาโดยอ้อม (oblique intention) ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า บุคคลมีเจตนาโดยอ้อมเมื่อบุคคลนั้นได้สังเกตเห็นผลที่มีความน่าจะเป็นไปได้สูงว่าผลนั้นอาจจะเกิดขึ้นได้จากการกระทำของตน แม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่มีวัตถุประสงค์ หรือ จุดมุ่งหมาย ในการกระทำของตนนั้นเลย<sup>69</sup> เช่น D เห็น V กำลังยืนอยู่หลังหน้าต่าง D ยิง V ดังนั้นตามความเป็นจริง กระสุนปืนต้องทำให้กระจกแตกเป็นประการแรก ในสถานการณ์เช่นนี้ บางครั้งเรียกว่า D มีเจตนาที่จะทำให้กระจกแตกเช่นกัน คือ มันเป็นความสำคัญที่เป็นสภาพแวดล้อมก่อนที่จะฆ่า V บางครั้งเราอธิบายได้ว่าเป็นเจตนาโดยอ้อม (oblique intention) การที่กระจกแตก คือ ส่วนประกอบของจุดประสงค์ หรือ วัตถุประสงค์ที่ต่อเนื่องรองลงมาของ D อย่างใดอย่างหนึ่งที่จะต้องได้รับถ้าเขามีจุดประสงค์ที่จะทำให้บรรลุผลสุดท้ายทั้งหมด หรือวัตถุประสงค์ที่สำคัญอันดับแรก หรือ D บรรลุระเบิดไว้ได้ที่หนึ่งของ V ตั้งเวลาระเบิดเพื่อที่จะฆ่าเขาในระหว่างทางของการบินเมื่อนักบินบังคับเครื่องบินอยู่เหนือทะเลแอตแลนติก ในสถานการณ์นี้ D ไม่ได้ต้องการฆ่าลูกเรือหรือผู้โดยสารบนเครื่องบิน และความตายของพวกเขาเหล่านั้นไม่ใช่สภาพแวดล้อมก่อนที่จะฆ่า V ในวิถีทางตามปกติวิสัย อย่างไรก็ตาม ความตายของพวกเขาเหล่านั้นเป็นผลที่ตามมาภายหลังซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้อย่างแน่นอน ซึ่งถือเป็นผลพลอยได้ (ผลข้างเคียง) โดยการระเบิดของ D ซึ่งบรรลุผลโดยวัตถุประสงค์พื้นฐานของ

<sup>67</sup> Smith and Hogan. Op.cit. pp. 70-71.

<sup>68</sup> Michael J. Allen. Op.cit. p. 50.

<sup>69</sup> Smith and Hogan. Op.cit. pp. 70-71.

เขา พวกเขาที่ตายนั้นเป็นผลที่ไม่สามารถแยกออกจากการฆ่านั้นได้ บางครั้งอาจกล่าวได้ว่าการตั้งระเบิดเวลา ความตายของลูกเรือและผู้โดยสารเป็นพฤติกรรมที่ประจักษ์แจ้งถ้า D บรรลุวัตถุประสงค์พื้นฐานด้วยเหตุนี้บางครั้งสถานการณ์ดังกล่าวมีการพิจารณาเห็นว่าเป็นตัวอย่างของเจตนาโดยอ้อม (oblique intention)<sup>70</sup>

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันในคดี R v Molony 1985 และคดี R v Hancock 1986 และคดี R v Nedrick 1986 ศาลในประเทศอังกฤษได้วางหลักว่า “การเล็งเห็นผลที่จะเกิดขึ้นได้นั้นมิใช่เจตนา แต่เป็นเพียงพยานหลักฐานหรือสิ่งที่จะนำมาชี้ให้เห็นถึงเจตนาเท่านั้น”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าศาลในประเทศอังกฤษยอมรับว่าเจตนา (intention) นั้นมีเพียงเจตนาโดยตรง (direct intention) เท่านั้น ส่วนเจตนาโดยอ้อม (oblique intention) ศาลในประเทศอังกฤษเห็นว่ามีใช่เจตนา แต่เป็นเพียงพยานหลักฐานหรือสิ่งที่จะนำมาชี้ให้เห็นถึงเจตนาเท่านั้น” (ซึ่งในปัจจุบันนี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ระหว่างฝ่ายนักวิชาการและศาลว่า เจตนาโดยอ้อม (oblique intention) นั้นถือเป็นเจตนา (intention) ด้วยหรือไม่)

อย่างไรก็ตามการเล็งเห็นผลที่จะเกิดขึ้นได้นั้นอาจจะเป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่งของการละเลย หรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ได้ เช่น D ยิง V ขณะที่เขากำลังขับรถ D สามารถเล็งเห็น ได้ว่ามีความน่าจะเป็นไปได้อย่างสูงที่ผู้โดยสารบนรถจะได้รับอันตรายหรือถูกฆาตกรรม ในสถานการณ์เช่นนี้ D ไม่ต้องการที่จะฆ่าหรือทำอันตรายผู้โดยสาร การได้รับอันตรายหรือการตายของพวกเขาเหล่านั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ถึงแม้ว่าจะมีความเป็นไปได้สูง การเล็งเห็นผลที่น่าจะเกิดขึ้นอย่างสูงนี้อาจสรุปว่าเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลหรือเป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่งของการละเลยหรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness)<sup>71</sup>

## 2) การละเลย (Recklessness) หรือประมาทโดยจงใจ

การละเลย (Recklessness) หรือประมาท โดยจงใจตามทฤษฎีกฎหมายอังกฤษอาจแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือ (1) การละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) (2) การละเลยตามภาวะวิสัย (Objective recklessness)<sup>72</sup>

ในเรื่องของการละเลย (Recklessness) หรือประมาทโดยจงใจนี้ Smith and Hogan ได้อธิบายว่าการที่จะเป็นการละเลย (Recklessness) หรือประมาทโดยจงใจได้นั้นจะต้องมีการพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นจะต้องมีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้<sup>73</sup> ก. ผู้กระทำเล็งเห็นว่าจะมีผลร้าย

<sup>70</sup> Michael J. Allen. Op.cit. pp. 50 -51.

<sup>71</sup> Michael J. Allen. Op.cit. p. 51.

<sup>72</sup> Micheal T Molan. **Textbook Criminal Law.** pp. 60-61.

<sup>73</sup> Smith and Hogan. (1988). **Criminal law** (6 th ed.). pp. 61-62.

จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน ข. ผู้กระทำไม่ได้คิดหรือเล็งเห็นผลร้ายจากการกระทำของตน ค. ผู้กระทำเล็งเห็นว่าจะมีผลร้ายเกิดขึ้นจากการกระทำของตนและผู้กระทำได้ตัดสินใจที่จะกระทำการนั้นลงไปโดยคิดว่าผลร้ายนั้นจะไม่เกิดขึ้น

(1) การละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) หรือเรียกว่า “Cunningham recklessness” ซึ่งอธิบายได้ว่า ในคดี R v Cunningham 1957 นั้นการละเลยตามอัตตะวิสัยเป็นกรณีที่ต้องมีการพิสูจน์ถึงสภาวะทางจิตใจ (Subjective) ของผู้กระทำโดยตรง<sup>74</sup> กล่าวคือ จะต้องมีการพิสูจน์ว่าผู้กระทำได้เล็งเห็นว่าจะมีผลร้ายจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนแต่ผู้กระทำยังตัดสินใจกระทำการนั้น<sup>75</sup>

(2) การละเลยตามภาวะวิสัย (Objective recklessness)<sup>76</sup> หรือเรียกว่า “Caldwell recklessness” ซึ่งอธิบายได้ว่า ในคดี MPC v Caldwell 1982 การละเลยตามภาวะวิสัยเป็นกรณีที่จะต้องมีการพิสูจน์ว่าผู้กระทำเล็งเห็นว่าจะมีผลร้ายจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนและผู้กระทำได้กระทำการดังกล่าวไปโดยไม่ได้คิดหรือเล็งเห็นผลร้ายนั้นเลยซึ่งผลร้ายดังกล่าวนี้วิญญูชนเล็งเห็นได้จากการกระทำของผู้กระทำนั้น (สาเหตุที่จำเป็นต้องสร้างมาตรฐานในการพิสูจน์ (Recklessness) เพราะในคดี R v Cunningham 1957 มีช่องว่าง กล่าวคือ จำเลยอาจอ้างว่าจำเลยละเลยและไม่ได้คิดถึงผลร้ายนั้นเลยหรืออาจเป็นไปได้ว่าจำเลยจะโกหกว่าตนเองไม่ได้เล็งเห็นผลร้ายนั้นเลยเพื่อให้ลูกขุนตัดสินใจลงโทษไม่ได้ ซึ่งทำให้ตนเองไม่ต้องรับผิดชอบคดี R v Cunningham 1957 ดังนั้นจึงต้องมีมาตรฐานขึ้นมาในการพิสูจน์ (Recklessness) ว่า ถ้าผลร้ายนั้นชัดเจนต่อวิญญูชนและจำเลยไม่ได้เล็งเห็นผลร้ายนั้นเลยจำเลยต้องรับผิดชอบละเลย (Recklessness) หรือประมาทโดยจงใจด้วยเช่นกัน<sup>77</sup>) ดังนั้นในคดี MPC v Caldwell 1982 จึงมีลักษณะการพิสูจน์ในทางภาวะวิสัย (Objective) แต่อย่างไรก็ตามในคดี MPC v Caldwell 1982 ยังต้องมีการพิสูจน์ภาวะจิตใจของ

<sup>74</sup> Michael J. Allen.(2002). **Textbook on Criminal Law.** pp. 73-75 . and Catherine Elliott and Frances Quinn. **Criminal Law** (4 th ed.). p. 15. and Janet Dine and James Gobert.(2003). **Cases and Materials on Criminal Law** (4 th ed.). pp..166-167.

<sup>75</sup> Smith and Hogan. (2002). **Criminal law.** pp. 78-79. and Micheal T Molan. **Textbook Criminal Law.** p. 60. and Michael J. Allen. **Textbook on Criminal Law.** pp. 73-75.

<sup>76</sup> Smith and Hogan. **Criminal law.** pp. 78-79. and Micheal T Molan. **Textbook Criminal Law..** p. 61. and Michael J. Allen. **Textbook on Criminal Law.** pp. 74-75 . and Catherine Elliott and Frances Quinn. **Criminal Law.** pp. 15-16.

<sup>77</sup> Smith and Hogan. **Criminal law.** pp. 82-83. and Janet Dine and James Gobert. **Cases and Materials on Criminal Law.** p. 167.

จำเลย<sup>78</sup> คือ พิสูจน์ว่าจำเลยไม่ได้คิดถึงหรือเล็งเห็นผลร้ายนั้นเลยซึ่งมีลักษณะเป็นอัตตะวิสัย (Subjective) ด้วยดังนั้นศาลอังกฤษจึงยอมรับว่าการละเลยตามภาวะวิสัย (Objective recklessness) นี้เป็น Mens rea อย่างหนึ่งตามกฎหมายคอมมอนลอว์

การละเลยตามภาวะวิสัย (Objective recklessness) นี้ไม่รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำเล็งเห็นว่าจะมีผลร้ายเกิดขึ้นจากการกระทำของตนและผู้กระทำได้ตัดสินใจที่จะกระทำการนั้นลงไปโดยคิดว่าผลร้ายนั้นจะไม่เกิดขึ้น อีกทั้งในกรณีดังกล่าวนี้ยังไม่เป็นการละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) อีกด้วยเนื่องจากในท้ายที่สุดตัวผู้กระทำคิดว่าผลร้ายนั้นจะไม่เกิดขึ้นเท่ากับผู้กระทำไม่ได้เล็งเห็นผลร้ายดังกล่าว ดังนั้นกรณีที่ว่านี้จึงไม่สามารถเป็นความผิดฐานละเลย (Recklessness) ได้ แต่อาจจะเป็นความผิดฐานประมาทได้<sup>79</sup> หากฐานความผิดดังกล่าวกฎหมายบัญญัติให้การกระทำโดยประมาทเป็นความผิดด้วย

อย่างไรก็ตามในปี 2003 ศาลสหราชอาณาจักรในคดี R v G and another 2003 กลับคำพิพากษาในคดี MPC v Caldwell 1982 โดยเห็นว่าศาลในคดี MPC v Caldwell 1982 ตีความกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติผิด กล่าวคือการจะกระทำความผิดฐานละเลย (recklessness) ใต้นั้น จำเลยจะต้องเล็งเห็นภัยดังกล่าวด้วยตนเองตามคำพิพากษาในคดี R v Cunningham 1957 เท่านั้น

### 3) ประมาท (Negligence)

ประมาท (Negligence) ตามทฤษฎีกฎหมายอังกฤษอาจแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือ (1) ประมาทธรรมดา (Negligence) (2) การประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence)

(1) ประมาทธรรมดา (Negligence) ในเรื่องประมาทธรรมดานี้ตามกฎหมายคอมมอนลอว์จะไม่ยอมรับว่าเป็น Mens rea<sup>80</sup> เพราะ การกระทำโดยประมาทธรรมดานี้จะต้องมีการพิสูจน์ในทางภาวะวิสัย (Objective) กล่าวคือ จะต้องมีการพิสูจน์ว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นต่ำกว่ามาตรฐานของวิญญูชนพึงกระทำในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำนั้น<sup>81</sup> ความผิดประเภทประมาทธรรมดานี้โดยปกติแล้วจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติเท่านั้น เช่น พ.ร.บ. จราจร ปี 1988 (s.3 of the Road Traffic Act 1988)

<sup>78</sup> Smith and Hogan. **Criminal law**. p. 82.

<sup>79</sup> Smith and Hogan. **Criminal law**. p. 84.

<sup>80</sup> Michael J. Allen. **Textbook on Criminal Law**. p. 96.

<sup>81</sup> Michael J. Allen. **Textbook on Criminal Law**. p. 96. and Catherine Elliott and Frances Quinn. **Criminal Law**. p. 27. and Micheal T Molan. **Textbook Criminal Law**. p. 68.

(2) ประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) โดยปกติประเพณีของกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ได้กำหนดให้การกระทำโดยประมาท (Negligence) ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เพราะตามกฎหมายคอมมอนลอว์จะไม่ยอมรับว่า ประมาท (Negligence) เป็น Mens rea แต่อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นเกี่ยวกับความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา (Manslaughter) ซึ่งจะต้องใช้หรือพิจารณาองค์ประกอบภายในในเรื่องประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) เพราะความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา (Manslaughter) ถือเป็นความผิดอาญาที่ร้ายแรงคั้งนี้ศาลในประเทศอังกฤษจึงถือว่า ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา (Manslaughter) เป็นการประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence)<sup>82</sup>

องค์ประกอบฐานประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) ชนิดนี้แตกต่างจากองค์ประกอบฐานประมาทธรรมดา (Negligence) ตรงที่การประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) ต้องมี ก. ระดับของความเสี่ยงภัยสูงกว่ามาก และ ข. ความร้ายแรงของภัยต้องสูงกว่ามากเช่นกัน และจะเป็นประมาทอย่างร้ายแรงหรือไม่ เป็นปัญหาข้อเท็จจริง คณะลูกขุนจะเป็นผู้ตัดสินมี ข้อสังเกตว่า เดิมมีความสับสนอยู่ว่าในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา (Manslaughter) นั้น ศาลควรใช้องค์ประกอบภายในเรื่องใดเพื่อเอาผิดจำเลย ระหว่าง 1. การละเลยตามภาวะวิสัย (Objective recklessness) และ 2. การประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) (ส่วนการละเลยตามอัตรวิสัยเป็น Manslaughter อยู่แล้ว) อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2004 ศาลฎีกาขุนนางในคดีชื่อว่า R v Adomako 2004 ได้ตัดสินให้ความชัดเจนในเรื่องนี้ว่าศาลจะใช้องค์ประกอบภายในเรื่องประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence) กับความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา (Manslaughter) เท่านั้น<sup>83</sup>

#### 4) โดยรู้ (Know ledge)<sup>84</sup>

โดยรู้ (Know ledge) ถือเป็นส่วนที่เกี่ยวข้อกับสถานการณ์หรือสภาพแวดล้อมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดหรือพิสูจน์ถึงระดับของ Mens rea ดังนั้น Mens rea ในกฎหมายคอมมอนลอว์สามารถแบ่งได้ 3 ระดับ คือ (1) รู้จริง (Actual knowledge) มีค่าเท่ากับ เจตนา (intention) ถ้าผู้กระทำได้รู้ถึงสถานการณ์หรือสภาพแวดล้อมที่มีอยู่ (2) รู้ได้แต่ตั้งใจไม่รู้ (Wilful

<sup>82</sup> Michael J. Allen. **Textbook on Criminal Law**. p. 96 . and Catherine Elliott and Frances Quinn. **Criminal Law**. pp. 27, 84-85.

<sup>83</sup> Smith and Hogan. **Criminal law**. p. 83 . and Catherine Elliott and Frances Quinn. **Criminal Law**. pp. 27, 84-85.

<sup>84</sup> Michael J. Allen. **Textbook on Criminal Law**. pp. 70-71.

Blindness) มีค่าเท่ากับ การละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) (3) น่าจะรู้ (Constructive knowledge) ถือเป็นส่วนหนึ่งของการประมาท (Negligence) และไม่เพียงพอที่จะกำหนดหรือเป็นเหตุแห่งความรับผิดในทางอาญา เนื่องจากเป็นเพียงองค์ประกอบทางจิตใจที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (objective)

### 5) การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless inadvertence)<sup>85</sup>

เป็นสภาวะทางจิตใจอีกแบบหนึ่ง ซึ่งถ้าพิเคราะห์กันจริงๆ แล้ว เป็นเรื่องของความพลั้งเผลอของบุคคล แต่ความพลั้งเผลอนี้เป็นสิ่งที่ไม่อาจตำหนิได้ เพราะอาจจะเกิดขึ้นได้กับวิญญูชนทุกคน เนื่องจากผลที่เกิดขึ้นนั้นมีใช้สิ่งที่จะคาดหมายได้จากการกระทำนั้น เช่น การตบผู้อื่นเพียงเบา ๆ ซึ่งโดยปกติไม่ถึงตาย แต่บุคคลนั้นเกิดแก่ความตายด้วยเหตุที่ผิดไปจากคนธรรมดา เช่น เพราะกระโหลกศีรษะบาง ในกรณีนี้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิด เพราะถือว่าเป็นผลที่เกิดขึ้น โดยไม่อาจจะคาดหมายได้ จิตที่ทำโดยความพลั้งเผลอนี้ไม่ถึงขนาดที่กฎหมายจะเข้าไปลงโทษ เพราะฉะนั้น Mens rea จึงไม่รวมถึงสภาวะของจิตใจในส่วนนี้ เช่นกัน

อย่างไรก็ตามแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญา กล่าวคือ การกระทำนั้นครบทั้งส่วน Actus reus และ Mens rea แล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำความผิดอาจยก “ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิด” ขึ้นมาอ้างเพื่อปฏิเสธว่าการกระทำนั้นขาด Actus reus หรือ Mens rea อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ครบ โครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษ ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิด<sup>86</sup> อาจแบ่งได้ดังต่อไปนี้

1. ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดทั่วไป (General Defences) คือ ข้อเท็จจริงที่ยกขึ้นมาโต้เถียงโดยปฏิเสธว่าการกระทำนั้นขาด Actus reus หรือ Mens rea อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดทั่วไปนี้สามารถใช้ได้กับความผิดอาญาทุกประเภท เช่น

- 1.1 ความอ่อนเยาว์ (Infancy)
- 1.2 วิกลจริต (Insanity)
- 1.3 การกระทำโดยไม่รู้สำนึก (Automatism)
- 1.4 การป้องกัน (Public or Private Defences)
- 1.5 การถูกขู่เชือด (Duress) หรือความจำเป็น (Necessity)

<sup>85</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2541). ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. หน้า 53-54.

<sup>86</sup> ประธาน จุฬาโรจน์มนตรี. โครงสร้างความรับผิดทางอาญา.. เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายอาญาเปรียบเทียบ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

2. ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบเฉพาะฐานความผิด (Specific Defences) คือ ข้อเท็จจริงที่ยกขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุลดฐานความผิดจากความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา (Murder) มาเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา (Manslaughter) ดังนี้ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบเฉพาะฐานความผิดนี้จะใช้เฉพาะกับความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเท่านั้น เช่น

2.1 ความรับผิดชอบทางอาญาที่เบาลง (Diminished Responsibility)

2.2 บันดาลโทสะ (Provocation)

3. ข้อโต้เถียงในเรื่องอื่นๆ เช่น

3.1 ความมึนเมา (Intoxication)

3.1.1 การเสพของมึนเมาโดยรู้ว่าเป็นของมึนเมา (Voluntary intoxication)

3.1.2 การเสพของมึนเมาโดยไม่สมัครใจ (Involuntary intoxication)

### 3.2 การวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบซีวิลลอว์

ในการศึกษาการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบซีวิลลอว์นี้จะมุ่งศึกษาถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และมีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของกฎหมายไทย

#### 3.2.1 การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส

การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎี<sup>87</sup> คือ  
1) ตามทฤษฎีดั้งเดิม 2) ตามทฤษฎีปัจจุบัน

##### 1) ตามทฤษฎีดั้งเดิม

ตามทฤษฎีดั้งเดิม การวินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคล จะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้นจะต้องวินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ

<sup>87</sup> รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล. (2543). อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาของไทย. หน้า 16-18.

## (1) องค์ประกอบทางกฎหมาย (Elément légal)

องค์ประกอบทางกฎหมาย หมายความว่า การกระทำนั้นจะเป็นความผิด และถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด และได้กำหนดโทษไว้

## (2) องค์ประกอบทางการกระทำ (Elément matériel)

องค์ประกอบทางการกระทำ คือ กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอกซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น โดยการกระทำนั้นจะแสดงออกมาในลักษณะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการก็ได้

## (3) องค์ประกอบทางจิตใจ (Elément moral)

องค์ประกอบทางจิตใจ คือ ความประสงค์ของผู้กระทำซึ่งอยู่ในจิตใจ โดยในองค์ประกอบนี้จะพิจารณาถึงเจตนาและประมาทของผู้กระทำ

นอกจากการวินิจฉัย ในองค์ประกอบ 3 ส่วนนี้แล้ว ตามทฤษฎีกฎหมายของฝรั่งเศส ยังต้องวินิจฉัยถึง “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” (L'impunité de l'infraction) อีก ซึ่งเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดนั้นเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือโครงสร้างความผิดอาญา และเป็นการพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นมีความผิดอาญาหรือไม่ หรือมีความผิดอาญาแล้วจะต้องถูกลงโทษหรือไม่อย่างไร ดังนั้นการวินิจฉัยถึงเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดจึงต้องวินิจฉัยหลังจากที่วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นครบโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ประการแล้ว ซึ่ง “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด”<sup>88</sup> สามารถแบ่งได้ 2 ประเภทคือ ก. เหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ข. เหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause subjective)

ก. เหตุจากการกระทำ (Cause Objective) เป็นการพิจารณาพฤติการณ์ของการกระทำ (Circumstances objective) โดยไม่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาตัวผู้กระทำผิดอย่างไร และเหตุจากการกระทำนี้ เป็นเหตุที่ได้ปลงล้างองค์ประกอบด้านกฎหมายของความผิดอาญาไปเลย ซึ่งทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา เหตุจากการกระทำนี้แท้จริงแล้วก็คือ เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือ เหตุยกเว้นความผิด (Justification) และเป็นเหตุลักษณะคดี (in rem) ในทางทฤษฎีนักกฎหมายฝรั่งเศสได้อธิบายเหตุที่พิจารณาจากการกระทำ ออกเป็น 3 ประการดังนี้

<sup>88</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2530). “การกระทำโดยจำเป็น : เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17, ฉบับที่ 3. หน้า 143-145.

1) การกระทำตามหน้าที่ (L'accomplissement d'un devoir) ได้แก่ การกระทำตามกฎหมาย (L'ordre de la loi) และการกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน (Le commandement de l'autorité légitime)

2) การใช้สิทธิ (L'exercice d'un droit) ได้แก่ การกระทำโดยป้องกัน (La légitime défense) และกรณีอื่นๆ ที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ (Les autres permissions justificatives)

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

ข. เหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause subjective) ในการที่จะพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดนอกจากผู้กระทำจะต้องกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้วจะต้องพิจารณาความสามารถในการรับรู้การที่จะถูกลงโทษด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำสมควรที่จะได้รับโทษ (L'aptitude à la sanction) ตามความผิดที่ได้กระทำลงไปหรือไม่ เหตุจากตัวผู้กระทำตามกฎหมายฝรั่งเศส ได้แก่

1) การกระทำเพราะถูกบังคับ (ทางร่างกายและทางจิตใจ)

2) การกระทำโดยวิกลจริต

3) การกระทำความผิดโดยผู้เยาว์

สำหรับผลที่เกิดจากเหตุที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำ นั่นก็คือ การกระทำนั้นยังเป็นความผิดแต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเท่านั้น (Causes Subjective de non-imputabilité) ดังนั้นเหตุจากตัวผู้กระทำแท้จริงแล้วก็คือ เหตุยกเว้นโทษ (excuse) ในกฎหมายอาญา และผลการกระทำนี้เป็นเหตุส่วนตัว (in personam)

## 2) ตามทฤษฎีปัจจุบัน

ปัจจุบันทางตำรากฎหมายอาญาฝรั่งเศส ได้มีการอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาจากทฤษฎีดั้งเดิม โดยเพิ่มองค์ประกอบที่ 4 คือ องค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรม ซึ่งได้อธิบายว่า ในองค์ประกอบส่วนนี้เป็นการพิจารณาว่า ความผิดอาญาจะต้องเป็นการทำร้าย หรือละเมิด ใน 2 ลักษณะนี้ คือ

1. ละเมิดกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

และ

2. ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

แต่ในการอธิบายเช่นนี้ ไม่เป็นที่นิยมในประเทศฝรั่งเศสนัก ทั้งนี้เพราะเป็นการอธิบายในทางนิติปรัชญามากกว่าเป็นการอธิบายในทางเทคนิค กฎหมาย นักกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเห็นว่าเป็นการยุ่งยากและประโยชน์ในทางปฏิบัติไม่ชัดเจน และแม้ไม่มีองค์ประกอบข้อที่ 4 ก็สามารถอธิบายความผิดอาญาได้เหมือนกันอยู่แล้ว

อย่างไรก็ตามแนวความคิดการอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาของฝรั่งเศสในปัจจุบันนี้ได้มีการอธิบายที่เปลี่ยนแปลงไปอีก กล่าวคือ ได้มีการนำเอาหลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) หรือที่เรียกว่า เหตุทางภาวะวิสัยหรือเหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งถือเป็นเหตุยกเว้นความผิด มาอธิบายรวมไว้ในส่วนของ “องค์ประกอบทางกฎหมาย” (Elément légal) ว่า เมื่อการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ หากมีเหตุที่เนื่องมาจากการกระทำ (Cause Objective) หรือ เหตุยกเว้นความผิดแล้ว การพิจารณาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) ของการกระทำดังกล่าวนี้ ก็จะพิจารณาวินิจฉัยรวมอยู่ในส่วนของ “องค์ประกอบทางกฎหมาย” (Elément légal) เท่านั้น<sup>89</sup> กล่าวคือ หากการกระทำไม่เป็นความผิดก็จบไปโดยไม่ต้องไปพิจารณาองค์ประกอบทางการกระทำและองค์ประกอบทางจิตใจอีก และในส่วนเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause subjective) ก็อธิบายว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำได้รับยกเว้นโทษ

นอกจากนี้ ในทางตำรากฎหมายอาญาฝรั่งเศส Merle และ Vitu ได้กล่าวถึง “เหตุที่ผู้กระทำได้รับยกเว้นโทษ<sup>90</sup>” ว่าเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาว่าอย่างน้อยที่สุด ผู้กระทำจะต้องมีความสามารถรู้ผิดชอบ (Le minimum d'aptitude au discernement) กล่าวคือ ผู้นั้นจะต้องสนองต่อผลของการกระทำผิดอาญาของตนเองได้

การพิจารณาความสามารถรู้ผิดชอบนี้ ตามแนวคลาสสิกแล้วเป็นการมองว่า ผู้กระทำผิดสมควรที่จะต้องรับโทษทัณฑ์ หรือมีความรับผิดอาญาหรือไม่ (Aptitude a meriter la sanction) ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำผิดสมควรจะต้องรับโทษเมื่อเขาได้กระทำโดยมีความประสงค์อันเป็นอิสระ และมีสติสมบูรณ์ (Volonté libre et intelligence Imcide) กล่าวคือ ผู้กระทำผิดนั้นจะต้องมีความสามารถเข้าใจในการกระทำของตน และต้องการกระทำ ความผิดนั้นอยู่

<sup>89</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2542). “ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29, ฉบับที่ 4. หน้า 636-638.

<sup>90</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 22, ฉบับที่ 1. หน้า 82-84.

แต่ถ้ามองตามแนวความคิดทางอาชญาวิทยาแล้ว จะเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำผิดสามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้ (Aptitude a meriter la sanction) หรือที่เรียกว่าเป็นความสามารถในทางอาญา (capacite penail) ที่ผู้กระทำผิด สามารถรับผิดทางอาญาได้

โทษนั้น มีอยู่ 3 ประการคือ

สำหรับเหตุต่างๆ ที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำได้รับยกเว้น

1. เหตุเกี่ยวกับการจำกัดเรื่องเสรีภาพ ในการกระทำ (La liberte du comportement penal) ได้แก่ การกระทำเพราะถูกบังคับ
2. เหตุเกี่ยวกับสติปัญญาของผู้กระทำ (la lucidite du comportement penal) ได้แก่ เหตุวิกลจริต และเหตุเกี่ยวกับเด็กกระทำผิด
3. เหตุที่เกี่ยวกับความเหมาะสมในการลงโทษ (L'opportunité de la sanction penale) เหตุนี้เป็นการพิจารณาว่า จริงอยู่ในการที่จะลงโทษบุคคลใด ได้นั้นบุคคลต้องมีความสามารถรู้สึกผิดชอบ แต่ในทางตรงกันข้ามแม้บุคคลนั้นจะมีความรู้สึกผิดชอบก็มิได้หมายความว่า จะต้องลงโทษบุคคลนั้นเสมอไป ทั้งนี้การลงโทษต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมในการลงโทษด้วย โดยเฉพาะเหตุผลที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในการลงโทษแล้ว บางกรณีกฎหมายอาจมีการยกโทษให้แก่ผู้กระทำผิดได้

เหตุยกโทษ (Absolution) กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในการลงโทษแล้ว บางกรณีกฎหมายอาจมีการยกโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้ การยกโทษ หมายความว่า การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่และผู้กระทำยังมีความรู้สึกผิดชอบได้ ทุกประการ ซึ่งโดยปรกติแล้วเขาจะต้องถูกลงโทษ ดังนั้นการยกโทษนี้จึงไม่ได้เป็นการลบล้างความผิดหรือลบล้างความรู้สึกผิดชอบของตัวผู้กระทำเลย (elle ne supprime ni l'infraction ni la culpabilite) และผู้ที่ได้รับการยกโทษโดยพิจารณาเหตุผลด้านความเหมาะสมในการลงโทษนี้ โดยหลักแล้วจะต้องถูกดำเนินคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาถึงเรื่องความรู้สึกผิดชอบ แต่ศาลไม่อาจลงโทษเขาได้เนื่องจากเหตุผลเรื่องความเหมาะสมในการลงโทษที่กฎหมายกำหนดยกโทษให้

สำหรับเหตุยกโทษที่พิจารณาถึงความเหมาะสมในการลงโทษนี้ เช่น

1. เหตุแห่งการไม่ลงโทษสามี ภรรยา ในความผิด

ฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 380

2. ในความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เมื่อผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดแจ้งว่าใครเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนก่อนความผิดสำเร็จ ผู้นั้นก็ได้รับการยกเว้นโทษตอบแทน ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 101

แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1992 ได้มีการบัญญัติถึง “เหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) และเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause subjective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษ” ใหม่ โดยให้มีผลในทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกันคือ “ไม่มีความรับผิดในทางอาญา” กล่าวคือ มิได้มีการแยกถึงความแตกต่างในผลของการกระทำว่าการกระทำอย่างไรเป็นเหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) หรือการกระทำอย่างไรเป็นเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause subjective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเหมือนประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเดิม<sup>91</sup> เช่น

ในมาตรา 122-1 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดในทางอาญา ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดในขณะที่ถูกรบกวนทางจิตใจ หรือผิดปกติทางประสาทหรือจิตใจและสิ่งนั้นได้ทำลายความสามารถในการวินิจฉัย หรือความสามารถในการควบคุมการกระทำของบุคคลนั้น”

ในมาตรา 122-2 บัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดในทางอาญา ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดไปภายใต้อำนาจการบังคับครอบงำโดยผิดทำนองคลองธรรม หรือบังคับให้ปฏิบัติโดยบุคคลนั้นได้ต่อต้านหรือขัดขวางแล้ว”

ในมาตรา 122-3 บัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดในทางอาญา หากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นเชื่อว่าได้กระทำหรือปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมาย เพราะสำคัญผิดหรือสันนิษฐานว่ามีกฎหมายทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด”

ในมาตรา 122-4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดในทางอาญา ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำตามคำสั่งของกฎหมาย” และในวรรคสอง บัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดในทางอาญา ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน เว้นแต่ได้กระทำโดยรู้ว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

ในมาตรา 122-5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดในทางอาญา ถ้าบุคคลนั้นได้เผชิญหน้าอยู่กับการโจมตีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเหนือตัวบุคคลนั้นเองหรือเหนือบุคคลอื่น บุคคลนั้นได้กระทำการในขณะที่ถูกบังคับ โดยความจำเป็นเพื่อป้องกันตนเอง หรือป้องกันผู้อื่น เว้นแต่วิธีการป้องกันจะไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการกระทำที่ผิดกฎหมาย” และในวรรคสองบัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดในทางอาญาถ้าเพื่อจะ

<sup>91</sup> France Penal Code (1992). Article 122 – 1 to Article 122-8.

ขัดขวางการมอบหมายหน้าที่ที่เกี่ยวกับความผิดอาญาที่ร้ายแรง หรือผู้กระทำความผิดต่อทรัพย์สิน บุคคลนั้นได้กระทำการป้องกันมากกว่ามีเจตนาที่จะฆ่าผู้อื่น เมื่อการกระทำคือความจำเป็นถูกต้อง โดยมีจุดมุ่งหมายที่ได้สัดส่วนกับความผิดอาญาที่มีลักษณะร้ายแรงนั้น”

ในมาตรา 122- 6 บัญญัติว่า “บุคคลถูกสันนิษฐานว่า มีการกระทำโดยป้องกันตัวเองถ้าบุคคลนั้นได้ปฏิบัติดังต่อไปนี้

- 1)ต่อต้านการเข้ามาในเคหสถาน โดยการบุกรุก การใช้ความรุนแรง หรือ การหลอกลวง
- 2) บุคคลนั้นป้องกันตัวเอง จากการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยการขโมย การปล้น หรือเหตุฉุกเฉินร้ายแรง”

ในมาตรา 122-7 บัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา ถ้าบุคคลนั้นได้เผชิญหน้าต่อภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงตัวบุคคลนั้นเอง บุคคลอื่น หรือทรัพย์สิน โดยบุคคลนั้นได้กระทำด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนเอง บุคคลอื่น หรือทรัพย์สินปลอดภัย เว้นแต่วิธีการที่กระทำไปนั้นไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงที่เกิดจากการคุกคามนั้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายโดยเป็นการนำเอาผลสุดท้ายที่ได้จากวิธีสืบญัตติมาเป็นกฎหมาย และการบัญญัติกฎหมายเช่นนี้มีแนวความคิดคล้ายคลึงกับแนวความคิดในระบบคอมมอนลอว์ซึ่งมิได้แยกแยะเหตุยกเว้นความผิด และเหตุยกเว้นโทษ ออกจากกัน ทั้งนี้ในประเทศฝรั่งเศสอาจเริ่มมีแนวความคิดที่เหมือนกับระบบคอมมอนลอว์ที่ว่า ไม่ว่าจะมีความผิด หรือเหตุยกเว้นโทษ ในที่สุดผู้กระทำก็จะไม่ต้องรับโทษเหมือนกัน หรือไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาเหมือนกันนั่นเอง

อย่างไรก็ตามแม้ว่าในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะได้บัญญัติถึงเหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งถือเป็นเหตุยกเว้นความผิด และเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) ซึ่งถือเป็นเหตุยกเว้นโทษ รวมกันไปด้วยโดยไม่มีการแยกถึงความแตกต่างในผลว่ากรณีใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือในกรณีใดเป็นเหตุยกเว้นโทษ โดยบัญญัติถึงผลขั้นสุดท้ายว่าบุคคลไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาก็ตาม แต่ในทางทฤษฎีก็ยังคงมีการอธิบายแยกแยะว่ากรณีใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือในกรณีใดเป็นเหตุยกเว้นโทษตามทฤษฎีดั้งเดิม ซึ่งเป็นการอธิบายถึงเหตุเพื่อนำไปสู่ผลในขั้นสุดท้ายว่าทำไมบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา

### 3.2.2. การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศเยอรมนี

โดยที่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการลงโทษการกระทำผิดของบุคคลในสังคม เพราะฉะนั้นการพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดทางอาญาจะต้องพิจารณาจาก ตัวผู้กระทำและการกระทำของบุคคลนั้น โดยจะต้องพิจารณาว่าสิ่งที่บุคคลนั้นกระทำไปเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาทางด้านภาวะวิสัย (Objective) และถ้าหากข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นเรื่องผิดกฎหมายแล้ว จึงจะไปพิจารณาทางด้านอัตตะวิสัย (Subjective) ว่าบุคคลนั้นกระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่และตั้งใจหรือประมาทหรือไม่อย่างไร ซึ่งเรียกกันว่า ความชั่ว (Schuld) เพราะฉะนั้นแนวความคิดอาญาในระยะแรก จึงได้แยกโครงสร้างของความผิดอาญาออกเป็น 2 ส่วน<sup>92</sup> คือ

- ส่วนภาวะวิสัย Objective อันได้แก่ โครงสร้างในส่วนขององค์ประกอบ และส่วนของความผิด

- ส่วนอัตตะวิสัย Subjective อันได้แก่ ส่วนของความชั่ว

ในเวลาต่อมานักกฎหมายเยอรมนีได้เกิดแนวความคิดว่า การแบ่งโครงสร้างออกเป็นสองส่วนดังกล่าวไม่เป็นการถูกต้องและเป็นการแบ่งที่มีลักษณะผิวเผินเกินไป เพราะส่วนขององค์ประกอบนั้นมิได้แยกเฉพาะส่วนภาวะวิสัยล้วนๆ ส่วนอัตตะวิสัยก็มีอยู่ด้วย ดังจะเห็นได้จากความผิดบางฐานที่บัญญัติถึงมูลเหตุซึ่งใจอันเป็นส่วนอัตตะวิสัยและเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำ และส่วนขององค์ประกอบกับส่วนของความผิดนั้นเป็นส่วนที่แยกจากกันได้ เนื่องจากการกระทำบางอย่าง แม้จะต้องตามบทบัญญัติอันเป็นส่วนประกอบของความผิดก็ตาม การกระทำนั้นอาจจะไม่ผิดกฎหมายก็ได้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้หากพิจารณาในทางกลับกันแม้การกระทำนั้นผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำ หรือเป็นความผิด แต่ก็มีได้หมายความว่า เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบ เช่น การทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหายโดยประมาท จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง แต่ก็ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ดังนั้นแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันในระยะหลังจึงถือว่า ส่วนขององค์ประกอบ และส่วนของความผิดเป็นส่วนที่แยกจากกันได้ เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น โดยถือว่าการกระทำที่ต้องตามองค์ประกอบของความผิดเป็นเพียงเหตุหนึ่งที่แสดงว่าการกระทำนั้นจะผิดได้เท่านั้นเอง<sup>93</sup>

<sup>92</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. หน้า 4-5.

<sup>93</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส.แหล่งเดิม. หน้า 4-5.

ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายเยอรมันจึงได้มีการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องโครงสร้างความผิดอาญา โดยแยกออกเป็นข้อสาระสำคัญ 3 ประการ<sup>94</sup> คือ 1. การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) 2. เป็นการกระทำที่เป็นความผิด (Rechtswidrigkeit) 3. เป็นการกระทำที่มีความชั่ว (Schuld)

ดังนั้น ในประเทศเยอรมนีการวินิจฉัยความผิดอาญาจะวินิจฉัยในลักษณะของโครงสร้างความผิดอาญา (Verbrechenaufbau) กล่าวคือ การกระทำที่เป็นความผิดอาญา (Verbrechen) ต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญสามประการ และข้อสาระสำคัญทั้งสามประการนี้เกี่ยวข้องและสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับ คือ 1) เป็นการกระทำที่มีการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ 2) เป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมายหรือไม่ และ 3) เป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่<sup>95</sup>

รายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างของความผิดอาญา 3 ประการประกอบด้วย

### 1) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

(Tatbestandsmäßigkeit)

ในการพิจารณาเรื่อง องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นการพิจารณาถึงข้อสาระสำคัญตามรูปแบบของความผิดอาญา ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน กล่าวคือ เป็นการพิจารณาว่า การกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดก็คือการกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดฐานใดฐานหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และโดยที่การพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้นเป็นการพิจารณาในข้อสาระสำคัญตามรูปแบบของความผิดอาญาผลจึงมีว่าการพิจารณาดังกล่าวเป็นการพิจารณาเบื้องต้นเท่านั้น โดยยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่<sup>96</sup>

### 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

สำหรับความผิดกฎหมายเป็นส่วนที่พิจารณาต่อมาหลังจากพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าการกระทำนั้น ได้ครบในส่วนของ “องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว โดยในโครงสร้างส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาว่า การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่

<sup>94</sup> คณิต ฒ นคร. (2529). “โครงสร้างความผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ mens rea.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 16, ฉบับที่ 3, หน้า 206-207.

<sup>95</sup> คณิต ฒ นคร.(2547). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 91-94.

<sup>96</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. หน้า 6.

กฎหมายบัญญัตินั้น มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัย (Objective)<sup>97</sup>

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Rechtswidrig) ในตัวเอง หากแต่การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ จะเป็นข้อบ่งชี้ถึง ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) ฉะนั้น การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ที่ไม่ผิดกฎหมายจึงมีได้ แต่ความผิดกฎหมาย จะเกิดขึ้นไม่ได้เลยถ้าปราศจาก การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ<sup>98</sup>

ดังนั้น ความผิดกฎหมายจึงเป็นเรื่องของการพิจารณาถึงเหตุที่ผู้กระทำให้มีอำนาจกระทำได้ ซึ่งมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา และเป็นเรื่องเดียวกับเหตุยกเว้นความผิด (Rechtfertigungsgrund หรือ Justification) สำหรับการกระทำนั้น<sup>99</sup> ส่วนเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย<sup>100</sup> ได้แก่

- (1) การป้องกัน (Notwehr หรือ self-defence)
- (2) ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Rechtfertigender Notstand) หรือ (Justifying necessity)
- (3) ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย (Einwilligung หรือ justifying consent )
- (4) ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (Mutmassliche Einwilligung หรือ Presumption of consent )
- (5) หลักการซึ่งนำหน้าผลประโยชน์ของสิ่งที่กฎหมายประสงคืจะคุ้มครอง (Pflichtenkollision Justifying conflict of duties)

<sup>97</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส. แหล่งเดิม. หน้า 6.

<sup>98</sup> คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 179.

<sup>99</sup> คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 179.

<sup>100</sup> Nigel G. Foster. (1993). *German Law & Legal System*. pp. 172-173. อ้างใน เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก. การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบทางอาญา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และ ไทย. หน้า 21-22.

### 3) ความชั่ว (Schuld)<sup>101</sup>

การพิจารณาถึงความชั่วเป็นการพิจารณาหลังจากที่ได้พิจารณาถึงความผิดกฎหมายแล้ว ซึ่งการพิจารณาในส่วนของความชั่วนั้นเป็นการพิจารณาในส่วนที่เป็น อัตตะวิสัย (Subjective) ซึ่งต่างจาก 2 ส่วนแรกที่เป็น การพิจารณาในทาง ภาวะวิสัย (Objective) ความชั่วจึงเป็นการพิจารณาถึงตัวผู้กระทำว่าบุคคลนั้นกระทำผิดไปโดยรู้สึกผิดชอบเพียงไรหรือ การกระทำของเขานั้นเป็นสิ่งที่สังคมควรจะตำหนิได้หรือไม่ ดังนั้น ความชั่ว จึงหมายถึง การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง (Schuld ist Vorwerfbarkeit der Willensbildung) ฉะนั้น หากได้ความว่าผู้กระทำผิดได้กระทำไปโดยไม่รู้สึกผิดชอบ หรือการกระทำของเขานั้นเป็นสิ่งที่สังคมไม่ควรตำหนิแล้วกฎหมายจะยกเว้นโทษให้ เพราะถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความชั่ว<sup>102</sup>

อนึ่ง การพิจารณาความชั่ว หรือการนำตำหนิได้ของการกระทำว่ามีหรือไม่ ไม่ได้พิจารณาตัวผู้กระทำในฐานะปัจเจกชน แต่พิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด และผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องมีความสามารถในการทำชั่ว (Schuldfähigkeit) อนึ่งความชั่วนั้นมีทั้งความผิดที่กระทำโดยเจตนาและในความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท<sup>103</sup>

สำหรับเหตุต่างๆ ที่เกี่ยวกับความชั่วได้แก่<sup>104</sup>

- (1) การ ป้องกันเกิน สม ควร แก่ เหตุ ( Intensiver Notwehrexzess หรือ Excessive use of force in self-defence)
- (2) ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย (Entschuldigender Nostand หรือ Necessity as an excuse)
- (3) การ ชั่งน้ำหนักสิ่ง ที่เท่ากัน (Schuldausschliessende Pflichtenkollision หรือ Conflict of duties as an excuse)

อย่างไรก็ตาม ตำแหน่งของเจตนาในการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมนี แม้จะเป็นที่ยอมรับกันตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมนีว่า

<sup>101</sup> คณิต ฒ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 221-222.

<sup>102</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส. แหล่งเดิม. หน้า 12.

<sup>103</sup> คณิต ฒ นคร. แหล่งเดิม หน้า 221-222.

<sup>104</sup> Nigel G. Foster. (1993). **German Law & Legal System.** pp. 172-173. อ้างใน เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก. แหล่งเดิม. หน้า. 21-22. อย่างไรก็ตามเหตุต่างๆ ที่เกี่ยวกับความชั่วนั้น คณิต ฒ นคร อธิบายว่า ได้แก่ 1.) การกระทำผิดของเด็ก 2.) การกระทำของคนวิกลจริต 3.) การกระทำผิดด้วยความจำเป็น 4.) การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน 5.) การป้องกันเกินกว่าเหตุ 6.) การกระทำของคนมีเมมา. คณิต ฒ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 218.

โครงสร้างความผิดอาญาประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และ ความชั่ว ก็ตาม แต่นักกฎหมายอาญาเยอรมนีก็ยังมีที่ตั้งคำถามกันว่าส่วนที่ชั่วด้วย องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) นั้นเป็นส่วนภาวะวิสัยแท้ๆ หรือว่ามีส่วนอัตตะวิสัยอยู่ด้วย หรือส่วนอัตตะวิสัยทั้งหมดจะอยู่ในส่วนของ ความชั่ว (Schuld) ของการกระทำ จากข้อถกเถียงดังกล่าวจึงทำให้เกิดทฤษฎีการกระทำ ซึ่งแบ่งออกได้ 2 ทฤษฎี<sup>105</sup> คือ ก. ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre) ข. ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finale Handlungslehre)

ก. ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre) นั้นมีความเห็นว่าการกระทำของมนุษย์คือ การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำ ตามทฤษฎีนี้การกระทำของมนุษย์จึงเป็นเพียงเหตุการณ์ของการเกิดผลเท่านั้น ส่วนความต้องการให้เกิดผลตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น ต้องการให้ความตายเกิดขึ้นในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เหล่านี้หารวมอยู่ในการกระทำไม่ ดังนั้นทฤษฎีนี้จึงถือว่า ในการกระทำความผิดอาญานั้น การกระทำกับจุดหมายในผลของการกระทำนั้นสามารถแยกออกจากกันได้โดยถือเป็นคนละส่วนกัน เพราะฉะนั้นทฤษฎีนี้จึงถือว่า เจตจำนง (will) ที่จะให้เกิดผลหรือไม่นั้นเป็นเรื่องของความชั่ว (Schuld) ซึ่งเป็นส่วนของ อัตตะวิสัย (Subjective) โดยแท้ ไม่รวมอยู่ในส่วนขององค์ประกอบ ดังนั้นในโครงสร้างความผิดอาญาส่วนที่ 1 นั้นประกอบด้วยส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (objective) อย่างเดียวเท่านั้น กล่าวคือ มีเฉพาะองค์ประกอบภายนอกอย่างเดียวเท่านั้น ส่วนองค์ประกอบภายในได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกุงใจนั้นถือเป็นส่วนอัตตะวิสัย (subjective) และจะอยู่ใน โครงสร้างของความผิดอาญาในส่วนที่ 3 คือ ความชั่ว (Schuld) ซึ่งเป็นส่วนอัตตะวิสัยเหมือนกัน

ข. ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finale Handlungslehre) ถือว่าการกระทำความผิดอาญาในทุกกรณี นอกจากผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สึกลแล้ว ผู้กระทำยังมีเจตจำนง (will) ที่จะให้ผลเกิดจากการกระทำนั้นด้วย ดังนั้นใน โครงสร้างของความผิดอาญาส่วนที่ 1 นั้นประกอบด้วย องค์ประกอบภายนอกซึ่งเป็นส่วนภาวะวิสัย (objective) และองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกุงใจ ซึ่งเป็นส่วนอัตตะวิสัย (subjective) รวมอยู่ด้วย

อนึ่ง ความแตกต่างในแนวความคิดระหว่างทฤษฎีทั้งสองนี้ต่างก็มีเหตุผลที่น่าพิจารณาคนละด้าน<sup>106</sup> กล่าวคือ หากถือตามทฤษฎี การกระทำก่อให้เกิดผล เราจะไม่สามารถอธิบายปัญหาในบางเรื่องได้ เช่น ปัญหาในเรื่องของการพยายามกระทำความ

<sup>105</sup> คณิต ฒ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 94-99.

<sup>106</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. หน้า 16.

ผิด, ปัญหาการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด เพราะปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องของ อัตตะวิสัย (Subjective) ซึ่งหากไม่พิจารณาจากเจตจำนง (will) ของผู้กระทำแล้ว จะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวไม่ได้ แต่หากถือตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ แม้จะสามารถอธิบายปัญหาดังกล่าวมาแล้วได้ แต่ก็จะมีปัญหาในเรื่องของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น โดยประมาท เพราะประมาทเป็นที่เห็นได้ชัดว่าไม่มีส่วนของเจตจำนง (will) อยู่เลย แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายที่ถือตามแนวทฤษฎีนี้ก็ได้พยายามที่จะอธิบายว่า แม้กรณีประมาทก็ยังถือว่าเป็นการกระทำที่มีจุดมุ่งหมาย โดยยกตัวอย่างว่า ในกรณีที่เรำขับรถนั้น จุดมุ่งหมายในกรณีนี้ก็คือ เราต้องการขับรถไป และต้องการขับไม่ให้เกิดผลร้ายจากการขับรถนั้น เพราะฉะนั้นหากเกิดผลร้ายขึ้นมาถือว่ามี การรู้ในจุดมุ่งหมายแล้ว

อย่างไรก็ตาม จากการโต้เถียงของแนวความคิดทั้งสองทำให้เกิดเป็นทฤษฎีความชั่ว (Schuld theory) และทฤษฎีเจตนา (Vorsatz theory) ในเวลาต่อมา ซึ่งจะนำมาอธิบายเกี่ยวกับปัญหาเรื่องสำคัญผิดในข้อห้าม โดยทฤษฎีความชั่ว (Schuld theory) ถือว่าเจตนาอยู่ในส่วนขององค์ประกอบ ในขณะที่ทฤษฎีเจตนา (Vorsatz theory) ถือว่าเจตนาอยู่ในส่วนของความชั่ว ซึ่งความแตกต่างในทฤษฎีดังกล่าว ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายเกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาสำคัญผิดที่แตกต่างกันออกไป

ในสหพันธ์รัฐเยอรมนีในปัจจุบัน ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finale Handlungslehre) เป็นทฤษฎีการกระทำที่ได้รับการยอมรับว่าถูกต้อง เพราะได้มีการบัญญัติกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ “ความสำคัญผิดในข้อห้าม” ลงไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเมื่อ ค.ศ. 1975 เป็นไปตามแนวของทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ ทำให้การวินิจฉัยในเรื่อง “สำคัญผิดในข้อห้าม” ซึ่งประกอบด้วยความสำคัญผิด 2 ประการ คือ “ความสำคัญผิดในอำนาจกระทำ” และ “ความสำคัญผิดว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย” เป็นอันยุติลงด้วยบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม โดยที่ความผิดอาญา (Verbrechen) ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องและสมควรลงโทษ ดังนั้นความผิดอาญารฐานต่างๆ จึงมี “ความสมควรลงโทษ” (Strafwürdigkeit) เป็นพื้นฐานความคิดอยู่เบื้องหลังเสมอ แต่ในบางกรณีฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าความสมควรลงโทษเท่านั้นยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำทั้งนี้เพราะฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าในกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะนั้นมีข้อเท็จจริงที่อยู่นอก โครงสร้างของความผิดอาญาที่มีเหตุพิเศษและเป็นเหตุที่มีความหนักแน่นเพียงพอที่ผู้กระทำยังไม่สมควรถูกลงโทษทางอาญาแม้ผู้กระทำจะได้กระทำครบข้อสาระสำคัญของโครงสร้างความผิดอาญาก็ตาม เหตุดังกล่าวนี้เรียกว่า “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” และในบางกรณีฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าน่าจะต้องมีข้อเท็จจริงที่อยู่นอก

โครงสร้างของความผิดอาญาที่มีเหตุผลพิเศษและเป็นเหตุผลที่มีความหนักแน่นเพียงพอที่จะต้องคำนึงถึงนอกเหนือจากการกระทำในความผิดฐานนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้กำหนด “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” ลงไปในความผิดฐานนั้น

### 1. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว<sup>107</sup>

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หมายถึง ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว ที่ว่าเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาก็คือ ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับเรื่องความผิดกฎหมาย และไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับเรื่องความชั่ว และโดยที่เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาซึ่งเกิดจากเหตุผลที่อยู่นอกเหนือเหตุผลของโครงสร้างความผิดอาญาเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญาซึ่งเป็นผลให้เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวไม่กระทบกระเทือนคุณธรรมทางกฎหมายและไม่เกี่ยวข้องกับวิธีการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดด้วยเพราะที่กล่าวมานี้ต่างเป็นสาระสำคัญในโครงสร้างความผิดอาญา

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมนีนั้นแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

1.1 เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว (Persönlicher Strafausschliessungsgrund) เป็นการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีก่อนการกระทำผิดอันมีผลทำให้กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว เหตุนี้ ได้แก่ การไม่ลงโทษในบางฐานความผิดระหว่างสามีภรรยาซึ่งกระทำผิดต่อกัน

1.2 เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว (Persönlicher Strafaufhebungsgrund) เป็นการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดเนื่องจากการทำดีของผู้กระทำความผิดอันทำให้ความสมควรลงโทษเปลี่ยนไปในทางที่ดีและทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษตกไปด้วย เหตุนี้ ได้แก่ การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เป็นต้น

<sup>107</sup> คณิต ฒ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 100-108.

## 2. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย<sup>108</sup>

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา การลงโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานนั้นขึ้นอยู่กับกรณีของข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย โดยที่ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยมิใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ดังนั้นเจตนาและประมาทจึงไม่ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมาย ลักษณะของเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย มีลักษณะเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางเนื้อหา ซึ่งจะปรากฏอยู่ในความผิดอาญาบางฐานเท่านั้น ซึ่งผลทางกฎหมายก็คือว่า ถ้าบทบัญญัติใดที่มีทั้งส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด และมีส่วนของบทบัญญัติที่เป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยแล้ว การที่จะลงโทษบุคคลใดได้จะต้องปรากฏว่าการกระทำนั้นมีทั้งข้อเท็จจริงทั้งส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายนอก และส่วนของเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยนั้นด้วย จึงจะลงโทษตามบทบัญญัตินั้นๆ ได้

### 3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์

จากการศึกษาถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบกฎหมายทั้งสองนั้นมีความเหมือนหรือแตกต่างกันดังต่อไปนี้

3.3.1 การวินิจฉัยความผิดอาญาไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์ (ประเทศอังกฤษ) หรือ ระบบซีวิลลอว์ (ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี) ต่างมีความเหมือนกันในเบื้องต้น กล่าวคือ ต่างต้องพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบภายนอก (การกระทำ) และส่วนองค์ประกอบภายใน (เจตนา) เป็นหลักกล่าวคือ

1) ในระบบคอมมอนลอว์ ในส่วนขององค์ประกอบภายนอก คือ ส่วน Actus reus และในส่วนขององค์ประกอบภายใน คือ ส่วน Mens rea

2) ในระบบซีวิลลอว์ แยกเป็น 2 แนว คือ

(1) การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสจะพิจารณาจากโครงสร้าง 3 ส่วนเป็นหลัก คือ ส่วนองค์ประกอบทางกฎหมาย ส่วนองค์ประกอบทางการกระทำ และส่วนองค์ประกอบทางจิตใจ

<sup>108</sup> คณิต ฒ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 109-115.

ดังนั้นในส่วนขององค์ประกอบภายนอก คือ ส่วนองค์ประกอบทางกฎหมาย กับส่วนองค์ประกอบทางการกระทำ และในส่วนขององค์ประกอบภายใน คือ ส่วนองค์ประกอบทางจิตใจ (เจตนา)

(2) การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศเยอรมนี จะพิจารณาจากโครงสร้าง 3 ส่วนเป็นหลักคือ ส่วนองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ส่วนความผิดกฎหมาย และส่วนความชั่ว

ดังนั้นส่วนองค์ประกอบภายนอก (การกระทำ) และส่วนองค์ประกอบภายใน (เจตนา) ก็คือการพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั่นเอง

3.3.2 อย่างไรก็ตามแม้ว่าในระบบคอมมอนลอว์ (ประเทศอังกฤษ) และระบบซีวิลลอว์ (ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี) จะมีการพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบภายนอก (การกระทำ) และส่วนองค์ประกอบภายใน (เจตนา) เป็นหลักเหมือนกันก็ตาม แต่ในส่วนขององค์ประกอบที่เป็นข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบหรือองค์ประกอบทางกฎหมายนั้นในระบบซีวิลลอว์จะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งทั้งนี้เนื่องมาจากระบบซีวิลลอว์ยึดถือหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” ส่วนในระบบคอมมอนลอว์ต้องแยกว่าเป็นความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) หรือ ความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law offence) ซึ่งความผิดทั้งสองประเภทมีนิติวิธีที่แตกต่างกัน<sup>109</sup> กล่าวคือ ความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) ความผิดประเภทนี้เกิดจากการที่ศาลคอมมอนลอว์กำหนดความผิดอาญาขึ้นใหม่โดยวิธีการวางหลักเกณฑ์ขึ้นมาจนกลายเป็นหลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ดังนั้นในความผิดอาญาประเภทนี้ศาลสามารถวางหลักเกณฑ์หรือหลักกฎหมายใหม่ๆ ในคำพิพากษาได้เพราะในระบบคอมมอนลอว์มิได้ยึดถือหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” เหมือนอย่างระบบซีวิลลอว์ ผลจึงมีว่าในส่วนของ Reus (ที่เป็นความผิด) ในความผิดตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common law offence) ในระบบคอมมอนลอว์ในส่วนที่เป็นข้อสาระสำคัญทางรูปแบบหรือองค์ประกอบทางกฎหมายจึงไม่มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแต่ก็จะปรากฏอยู่ในรูปของคำพิพากษาของศาล แต่ในส่วนของความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law offence) ในส่วนของ Reus (ที่เป็นความผิด) ของความผิดประเภทนี้ในส่วนที่เป็นข้อสาระสำคัญทางรูปแบบหรือองค์ประกอบทางกฎหมายจึงเป็นความผิดที่เกิดขึ้นจากฝ่ายรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาดังนั้นในส่วนของ Reus (ที่เป็นความผิด) ของความผิดประเภทนี้จึงถูกบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเหมือนในระบบซีวิลลอว์

<sup>109</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. หน้า 18.

3.3.3 ในส่วนของส่วนองค์ประกอบภายใน (เจตนา) ในระบบซีวิลลอว์ (ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี) ได้มีการแยกความแตกต่างระหว่าง เจตนา และประมาท ออกจากกัน แต่ในระบบคอมมอนลอว์ (ประเทศอังกฤษ) Mens rea หรือ เจตนาร้าย นั้นมีความหมายครอบคลุม ทั้ง เจตนา (Intention), การละเลย (Recklessness) หรือ ประมาท โดยจงใจ, การประมาท (Negligence), การประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence), เจตนาพิเศษอื่นๆ เช่น โดยรู้ (Knowledge), การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless inadvertence) เป็นต้น

โดยเฉพาะความแตกต่างในความหมายของเจตนาร้าย (Mens rea) ตามระบบคอมมอนลอว์ (ประเทศอังกฤษ) และความหมายของเจตนา (Vorsatz) และประมาท (Fahrlässigkeit) ของประเทศเยอรมนี ในระบบซีวิลลอว์<sup>110</sup> กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงความเข้าใจในความหมายของเจตนาและประมาทในระบบซีวิลลอว์ และความหมายของเจตนาร้ายหรือ Mens res ในทางคอมมอนลอว์ แล้วจะพบว่ามีความแตกต่างกันอยู่บางส่วน ซึ่งเหตุผลของความแตกต่างนี้มีผู้ให้ความเห็นว่า เกิดขึ้นเนื่องจากในระบบกฎหมายของเยอรมนีนั้น ได้รับการพัฒนาทางทฤษฎีมากกว่าในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงสามารถที่จะแยกความหมายในเรื่องเจตนา (Vorsatz) ออกให้เห็นได้ชัดเจนและแตกต่างจากเรื่องประมาท (Fahrlässigkeit) ในขณะที่กฎหมายคอมมอนลอว์ ได้พูดถึงเรื่อง Mens rea ในลักษณะที่ครอบคลุมทั้ง เจตนา (Intention), การละเลย (Reckless) หรือ ประมาทโดยจงใจ, การประมาท (Negligence), การประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence), เจตนาพิเศษอื่นๆ เช่น โดยรู้ (Knowledge), การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless inadvertence)

3.3.4 ในส่วนของวิธีการวินิจฉัยความผิดอาญาเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าประเทศเยอรมนีจะมีการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยมีการพิจารณาข้อสาระสำคัญ 3 ส่วน คือ 1) องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ 2) เหตุที่ผู้กระทำความผิดกระทำได้ (ความผิดกฎหมาย) และ 3) เหตุที่ทำให้การกระทำนั้นได้รับยกเว้นโทษซึ่งเป็นการพิจารณาเรื่องของการชั่วมารวมเป็นลำดับโครงสร้างในการวินิจฉัยความผิดอาญา และการกระทำจะเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อการกระทำนั้นครบข้อสาระสำคัญทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้น

ส่วนวิธีการในการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสและของประเทศอังกฤษหากพิจารณาแล้วจะมีลักษณะคล้ายคลึงกันกล่าวคือต่างพิจารณาเฉพาะในส่วน

<sup>110</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส. ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. หน้า 64-67.

องค์ประกอบภายนอก หรือการกระทำ และองค์ประกอบทางกฎหมาย และพิจารณาส่วนองค์ประกอบภายในหรือ ส่วนเจตนา เป็นหลักเท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้นในชั้นตอนสุดท้ายจะต้องมีการพิจารณาถึง “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาอีกครั้งหนึ่งเพื่อพิจารณาว่าเมื่อการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดอาญาแล้วการกระทำของบุคคลนั้นมีเหตุยกเว้นความผิดอาญาหรือไม่ (Justification) กล่าวคือ เป็นการพิจารณาถึงเหตุจากการกระทำ (Cause Objective) หรือเมื่อการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดอาญาแล้วจะต้องถูกลงโทษหรือไม่อย่างไร (Excuse) กล่าวคือเป็นการพิจารณาถึงเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) ตามลำดับ (แม้ว่าในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจะได้บัญญัติถึงเหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งถือเป็นเหตุยกเว้นความผิด และเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) ซึ่งถือเป็นเหตุยกเว้นโทษ รวมกันไปโดยไม่มีการแยกถึงความแตกต่างในผลว่ากรณีใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือในกรณีใดเป็นเหตุยกเว้นโทษ โดยบัญญัติถึงผลขั้นสุดท้ายว่าบุคคลไม่มีความรับผิดทางอาญาก็ตาม แต่ในทางทฤษฎีก็ยังคงมีการอธิบายแยกแยะว่ากรณีใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด หรือในกรณีใดเป็นเหตุยกเว้นโทษตามทฤษฎีดั้งเดิม ซึ่งเป็นการอธิบายถึงเหตุเพื่อนำไปสู่ผลในขั้นสุดท้ายว่าทำไมบุคคลไม่ต้องรับผิดในทางอาญา)

และในส่วนของประเทศอังกฤษแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญา กล่าวคือ การกระทำนั้นครบทั้งส่วน Actus reus และ Mens rea แล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำความผิดอาจยก “ข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิด” ขึ้นมาอ้างเพื่อปฏิเสธว่าการกระทำนั้นขาด Actus reus หรือ Mens rea อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งทำให้การกระทำนั้นไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษซึ่งเหตุยกเว้นความผิดดังกล่าวนี้เรียกว่า “ข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิด” ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับ “เหตุยกเว้นความผิด” และ “เหตุยกเว้นโทษ” ในระบบซีวิลลอว์ ซึ่งอาจแบ่งได้ดังต่อไปนี้

1. ข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดทั่วไป (General Defences) เช่น
  - 1.1 ความอ่อนเยาว์ (Infancy)
  - 1.2 วิกลจริต (Insanity)
  - 1.3 การกระทำโดยไม่รู้สำนึก (Automatism)
  - 1.4 การป้องกัน (Public or Private Defences)
  - 1.5 การถูกขู่เช็ญ (Duress) หรือความจำเป็น (Necessity)
2. ข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดเฉพาะฐานความผิด (Specific Defences)

เช่น

2.1 ความรับผิดชอบทางอาญาที่เบาลง (Diminished Responsibility)

2.2 บันดาลโทสะ (Provocation)

3. ข้อโต้แย้งในเรื่องอื่นๆ เช่น

3.1 ความมึนเมา (Intoxication)

3.1.1 การเสพของมึนเมาโดยรู้ว่าเป็นของมึนเมา (Voluntary intoxication)

3.1.2 การเสพของมึนเมาโดยไม่สมัครใจ (Involuntary intoxication)

อย่างไรก็ตามที่กล่าวมานี้เป็นเรื่องในทางศาลหรือในทางปฏิบัติในประเทศอังกฤษดังนั้นจึงไม่มีการแยกแยะว่าข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบอย่างใดถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Justification) และ/หรือเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Excuse) เหมือนอย่างคำอธิบายในทางทฤษฎีของประเทศอังกฤษ ทั้งนี้สาเหตุที่ไม่มีการแยกแยะความแตกต่างของเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Justification) และเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า (Excuse) ให้มีความชัดเจนเหมือนเหตุยกเว้นความผิด (Justification) และเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ในระบบชีวิตล่อว์น่าจะเป็นเพราะในทางศาลหรือในทางปฏิบัติที่พิจารณาถึงผลสุดท้ายของวิธีบัญญัติ กล่าวคือ ไม่ว่าจะกระทำจะไม่เป็นความผิด หรือการกระทำได้รับยกเว้นโทษ ผลสุดท้ายคือผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญานั้นเอง

3.3.5 กรณีเรื่องของการกระทำผิดที่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จ โดยที่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของคอมมอนล่อว์ แตกต่างจากพื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของชีวิตล่อว์ กล่าวคือ ในขณะที่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของชีวิตล่อว์ เป็นความรับผิดชอบในการกระทำ แต่พื้นฐานความรับผิดชอบในทางอาญาของคอมมอนล่อว์เป็นความรับผิดชอบในผล เช่น ในกรณีของการยิงศพหรือในกรณีที่ทำให้หญิงแท้งลูก โดยเข้าใจว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์แต่จริงๆแล้ว หญิงนั้นมีได้ตั้งครรภ์ โดยทั้งสองกรณีนี้นักกฎหมายฝ่ายคอมมอนล่อว์ เห็นว่าแม้ผู้กระทำจะมี Mens rea แต่ในส่วน Actus reus ยังไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ แม้จะมีการกระทำ Act แต่ไม่ Reus เพราะการกระทำเป็นสิ่งที่ไม่ผิดกฎหมาย เพราะบุคคลนั้นเป็นศพไปแล้ว ความตายจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ กรณีจึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบ แต่นักกฎหมายฝ่ายชีวิตล่อว์ เห็นว่า การยิงศพเป็นการกระทำที่ผู้กระทำรู้ (สำคัญว่ายังมีชีวิตอยู่) ว่ากรรมของการกระทำนั้นเป็นมนุษย์และผู้กระทำต้องการให้ถึงแก่ความตาย เมื่อความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้ กรณีก็เป็นกรณียกข้อยกเว้น

อันเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้<sup>111</sup> ซึ่งถือว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดฐานพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้แล้วนั่นเอง



---

<sup>111</sup> คณิต ณ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 87-89.