

บทที่ 4

นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาถึงนิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย ในเรื่องของนิติวิธีนี้ นายอรรถ ปาคุช เคยเขียนบันทึกข้อความหลังจากที่มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ว่า “เมื่อประเทศสยามได้รับเอาระบบประมวลธรรม (Civil law) มาใช้แล้วสิ่งที่จะต้องเตรียมการด้วยก็คือจะต้องจัดให้มี นิติวิธี หรือ Juristic Method ให้ตรงกับระบบกฎหมายด้วย¹¹²” ในปัจจุบันแม้ว่าประเทศไทยจะได้รับเอาระบบกฎหมายซีวิลลอว์มาใช้เป็นเวลานานแล้วก็ตามแต่ก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับความเข้าใจในนิติวิธีตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์อยู่เป็นอันมาก และโดยเหตุที่ประเทศไทยได้มีนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษ ที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และนักกฎหมายเหล่านี้ต่างได้นำเอาแนวทฤษฎีการวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายที่ตนได้ศึกษามาอธิบายเพื่อวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนจนก่อให้เกิดปัญหา หรือข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษมาแล้ว¹¹³ ดังนั้นการที่ประเทศไทยจะได้มี “นิติวิธี” และมี “การวินิจฉัยความผิดอาญา” ที่ถูกต้องและเหมาะสมกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วก็จะทำให้นักกฎหมายไทยใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องมีประสิทธิภาพสามารถอำนวยความสะดวกอันเป็นเป้าหมายของกฎหมายได้อย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

¹¹² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). บันทึกของนายอรรถ ปาคุช ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับ การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 94.

¹¹³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535, มีนาคม). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 2, ฉบับที่ 1. หน้า 76-84.

4.1 ความเป็นมาและนิติวิธีในระบบกฎหมายของไทย

4.1.1 ประวัติความเป็นมาของระบบกฎหมายไทย¹¹⁴

ในการศึกษาประวัติความเป็นมาของระบบกฎหมายไทยนี้จะขอกล่าวถึงการแบ่งยุคประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เพราะการแบ่งเวลาในทางประวัติศาสตร์เป็นช่วงหรือเป็นยุคๆ นั้น เป็นเรื่องสำคัญที่จะช่วยให้เห็นว่าความเป็นมาของระบบกฎหมายไทยนั้นเป็นอย่างไร

การแบ่งยุคในทางประวัติศาสตร์กฎหมายนั้นอาจแบ่งยุคประวัติศาสตร์กฎหมายได้เป็น 2 ยุค คือ 1) ยุคก่อนสมัยใหม่ และ 2) ยุคสมัยใหม่ โดยถือเอาช่วงรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์เป็นจุดแบ่ง เพราะเป็นระยะเวลาที่ประเทศสยามได้รับอิทธิพลของกฎหมายตะวันตก ซึ่งเป็นกฎหมายสมัยใหม่เข้ามาในประเทศจนมีการจัดทำประมวลกฎหมาย (Codification) ในเวลาต่อมา

1) ยุคกฎหมายไทยก่อนสมัยใหม่

ยุคก่อนสมัยใหม่นั้นหากพิจารณาแล้วจะพบว่ากฎหมายไทยในยุคนี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 ช่วง

(1) ช่วงที่เป็นกฎหมายไทยเดิมแท้ๆ กล่าวคือ กฎหมายในช่วงนี้เป็นกฎหมายที่มาจากวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของสังคมไทยแท้ๆ ก่อนที่จะได้รับอิทธิพลของวัฒนธรรมอินเดีย ระยะเวลาในช่วงนี้จะเริ่มจากถิ่นกำเนิดคนไทยจนถึงสมัยสุโขทัยซึ่งจากการศึกษาค้นคว้าของนักวิชาการก็พบว่าสังคมไทยดั้งเดิมนี้เป็นสังคมแบบมาตาธิปไตย คือ ถือแม่เป็นใหญ่ ทั้งนี้เนื่องจากธรรมเนียมการสมรสแบบ Matrilocal marriage คือ ชายหญิงเมื่อสมรสกันแล้วชายต้องมาอยู่กับครอบครัวของหญิง หญิงจึงเป็นผู้เลี้ยงดูบุตร และเก็บรักษาทรัพย์สิน โดยธรรมเนียมนี้ทำให้หญิงสำนึกว่าตนเป็นเจ้าของบ้าน ดังนั้นฝ่ายชายจึงเหมือนเป็นแขกในครอบครัวฝ่ายหญิง ทำให้ฝ่ายชายต้องให้ความสำคัญคนในครอบครัวหญิงรวมทั้งตัวหญิงเองด้วย ดังนั้นฝ่ายหญิงจึงมีบทบาทในการจัดการกิจการของครอบครัว เมื่อลักษณะสังคมวิทยาของครอบครัวเป็นเช่นนี้ ผู้หญิงจึงมีบทบาทสำคัญในสังคม ลักษณะเช่นนี้เป็นลักษณะสำคัญทางโครงสร้างพื้นฐานของสังคมไทย ซึ่งเป็นลักษณะที่ดั้งเดิมที่สุด แต่โครงสร้างพื้นฐานที่กล่าวนี้ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงไปเมื่อชนชาติไทยในแหลมอินโดจีนได้สัมผัสและรับวัฒนธรรมอินเดียเข้ามา

(2) กฎหมายในช่วงที่สองนี้เป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลของวัฒนธรรมอินเดีย ซึ่งวัฒนธรรมอินเดียเป็นวัฒนธรรมที่ถือชายเป็นใหญ่ หรือเรียกว่า ปิตาธิปไตย ทำให้สถาน

¹¹⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2547). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 52-58.

ภาพของหญิงไทยเปลี่ยนไปอย่างเห็นได้ชัด กลายเป็นสามีเป็นใหญ่ และมีอำนาจอย่างมากเหนือภริยา บทบาทของหญิงจึงถูกจำกัดลงโดยวัฒนธรรมและกฎเกณฑ์ของสังคม

ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายแม่บทซึ่งใช้ในการปกครองอิทธิพลของกฎหมายอินเดียที่มีต่อกฎหมายไทยได้แก่ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ ซึ่งไทยได้รับมาจากกฎหมายพระมนูของอินเดียโดยผ่านทางมอญซึ่งนับถือพุทธศาสนาโดยถือหลักว่าคัมภีร์พระธรรมศาสตร์เป็นกฎหมายแม่บทที่ศักดิ์สิทธิ์ผู้ใดจะแก้ไขไม่ได้ทำนองเดียวกับความคตินักกฎหมายธรรมชาติหรือความคิดแบบธรรมนิยม (Natural school) ของตะวันตกและพระธรรมศาสตร์นี้ก็ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ไทยใช้เรื่อยมาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ก่อนที่จะรับเอากฎหมายสมัยใหม่จากตะวันตกเข้ามา

2) ยุคกฎหมายไทยสมัยใหม่

การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในช่วงนี้จะเริ่มตั้งแต่สมัยรัชการที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ อันเป็นเวลาที่ถูกกฎหมายไทยได้เริ่มรับแนวคิดจากกฎหมายตะวันตก ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสมัยใหม่เข้ามาในสังคมไทยและมีการจัดทำประมวลกฎหมายต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 จึงถือได้ว่าช่วงเวลาดังกล่าวนี้เป็นจุดที่ประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติสมัยใหม่

สำหรับการเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมายในสมัยนี้ อาจแยกวิวัฒนาการออกได้เป็น 3 ช่วงเวลาคือ

(1) ครั้งแรกเป็นการรับเอากฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาเฉพาะเรื่องไปก่อน เพราะการปฏิรูปกฎหมายทั้งระบบต้องใช้เวลาอันยาวนาน การรับกฎหมายอังกฤษเข้ามาในครั้งนี้เข้ามาใน 2 ทางคือ

ก. การรับเข้ามาใช้เป็นเรื่อง ๆ หรือที่เรียกว่า Piece meal โดยศาลจะนำหลักกฎหมายของอังกฤษเข้ามาเป็นส่วนประกอบเพื่อให้กฎหมายไทยที่บกพร่องสมบูรณ์ขึ้น

ข. เป็นการรับเข้ามาโดยทางโรงเรียนสอนกฎหมาย กล่าวคือ ไทยได้ส่งนักกฎหมายไปศึกษาต่อที่ประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพระบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษ และได้ตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นและทรงนำเอาหลักเกณฑ์ แห่งกฎหมายอังกฤษ เข้ามาสอนในโรงเรียน เช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าขาย และเรื่องของสัญญาฉบับละเมิด ส่วนผู้พิพากษาซึ่งสำเร็จวิชานิติศาสตร์จากอังกฤษก็นำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาพิพากษาอรรถคดี ยกเว้นแต่กฎหมายที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น พ.ร.บ. วิธีพิจารณาความมีโทษ

สำหรับใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 พ.ร.บ. วิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 พ.ร.บ. ลักษณะล้มละลาย ร.ศ. 127 ฯลฯ อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษจึงแผ่เข้ามาในลักษณะนี้

(2) มีการตัดสินใจจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง 2 บรรพแรกของฝรั่งเศส สาเหตุสำคัญที่ต้องจัดทำคือ ปัญหาในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต โดยชาติตะวันตกอ้างว่าไทยมีความล่าสมัย กลายเป็นข้ออ้างไม่ให้นักในบังคับของตนขึ้นศาลไทย จนกว่าประเทศไทยจะปรับปรุงกฎหมายเหมือนอารยประเทศ ซึ่งในช่วงนี้เองเป็นช่วงเวลาที่ รัชกาลที่ 5 ทรงตัดสินพระทัยเลือกระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งในขณะนั้นก็มีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย กล่าวคือ พระเจ้าลูกยาเธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงเห็นว่าควรใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เหมาะสมกว่าระบบซีวิลลอว์ เพราะไม่ต้องใช้เวลากร่างยาวนาน ไม่สิ้นเปลืองและมีความยืดหยุ่น ดังปรากฏหลักฐานต่อไปนี้¹¹⁵

“....ความเห็นของข้าพระพุทธเจ้าเองนั้นออกจะรักโค๊ต แต่ก็ทราบดีอยู่ว่าในสมัยนี้โค๊ตเป็นอันสำเร็จไปไม่ได้ ประการหนึ่งการนั้นยากกว่าทำรถไฟสายเมืองเพ็ชบุรีธาบ่อน้ำสำหรับกรุงเทพ....โค๊ตอาญาอย่างเดียวกับเมืองอินเดียกินเงินถึง 25,000 ปอนด์ ในเมืองไทยถ้าจะทำแล้วค่าจ้างที่จะต้องให้แต่ละหมวดต้องนับเป็นร้อย ๆ ชั่ง....วิธีทำโค๊ตนั้นนั้นจะเปรียบกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งทำได้รวดเร็วขึ้นไม่ได้ เพราะเหตุว่าในระหว่าง 7 ปี มีประกาศเล็กน้อยแก้ไขพระราชบัญญัตินั้นจนไม่รู้ว่าจะไปทางไหนแล้ว....โค๊ตนั้นมีประโยชน์แก่ราษฎร แต่เป็นการตรึงตัวข้าราชการเจ้าหน้าที่ทุกกระทรวงทบวงการลงเป็นแนวเส้นบรรทัด....”

ส่วนฝ่ายที่เห็นว่าการเลือกใช้ระบบระบบซีวิลลอว์ เหมาะสมกว่า คือ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยาดำรงราชานุภาพ แต่พระองค์ก็ไม่ทรงให้เหตุผลที่แน่ชัด เพียงแต่กล่าวถึงความเห็นส่วนพระองค์ไว้ดังนี้

“...ข้าพระพุทธเจ้าได้อ่าน และได้ตรองดูแล้ว ความเห็นของข้าพระพุทธเจ้าในเรื่องนี้ก็เห็นด้วยเกล้าฯ พ้องกับความเห็นมิสเตอร์แบลคที่ว่า กฎหมายที่มีอยู่บัดนี้ ยึดได้สมกับกาลสมัยที่เป็นอยู่ และพ้องกับความเห็นผู้แนะนำ กฎหมายในข้อที่ว่า ถ้ามีโค๊ตแล้ว เป็นการตรึงตัวข้าราชการ เจ้าหน้าที่ทุกกระทรวงการลงเป็นแนวเส้นบรรทัด สงสัยว่า ราชการยังดำเนินไปยังไม่ถึงกาลสมัยนั้น ที่ว่าข้าพระพุทธเจ้า เห็นจริงด้วยเพราะข้าราชการบัดนี้ยังไม่มีคุณวุฒิและความ สามารถไม่เพียงพอโดยมาก แต่กระนั้นความเห็นของ ข้าพระพุทธเจ้าก็อยากมีโค๊ต...”

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของระบบซีวิลลอว์ และระบบคอมมอนลอว์ จะพบว่าระบบซีวิลลอว์ มีลักษณะที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายที่พระบาทสมเด็จพระ

¹¹⁵ กนิษฐา ชิตช่วง. (2532). มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 104-108.

พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงตั้งพระราชประสงค์หลายประการ ซึ่งพอจะสรุปลักษณะกว้างๆ ของกฎหมายทั้งสองระบบได้ 3 ประการดังนี้

ประการแรก กฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรป หรือระบบซิวิลลอว์ ได้บัญญัติไว้ในรูปประมวลกฎหมาย คือ กฎหมายที่บัญญัติรวมเรื่องเดียวกันไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน โดยได้ร้อยกรองจัดเป็นระบบขึ้นใหม่ และแบ่งเป็นหมวดหมู่เรียบร้อย มีการกล่าวข้อความทั่วถึงซึ่งกันและกัน โดยจะมีพระราชบัญญัติออกเพิ่มเติมบ้าง ซึ่งในเวลาพิพากษาคดีนั้นจะเป็นการตีความจากตัวบทของประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติ เท่านั้น ส่วนกฎหมายเอง โกลแซกซอนหรือระบบคอมมอนลอว์ เป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เกิดจากจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาลเป็นพื้น และมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไปของประเทศ ส่วนพระราชบัญญัติที่ออกมาเป็นฉบับๆ ไปนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง และถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายทั่วไปสำหรับที่มาของระบบคอมมอนลอว์นั้นมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรม กล่าวคือเมื่อมีคดีเกิดขึ้นและศาลวินิจฉัยไปแล้ว คำพิพากษาของศาลย่อมถือเป็นบรรทัดฐานของศาลต่อๆ มา จากลักษณะของกฎหมายทั้งสองระบบข้างต้นนี้ ระบบซิวิลลอว์จะมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมสยามในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว มากที่สุด เพราะการมีประมวลกฎหมายจะช่วยในการรวบรวมกฎหมายที่กระจัดกระจายมารวมเป็นหมวดหมู่ต่อเนื่องเป็นเรื่องเดียวกัน ซึ่งจะช่วยให้ผู้พิพากษาของสยามที่ยังขาดความรู้ความชำนาญในกฎหมายต่างประเทศ สามารถที่จะเรียนรู้กฎหมายได้ง่ายกว่าเพราะมีแม่บทกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี

ประการที่สอง กฎหมายของประเทศภาคพื้นยุโรปหรือระบบซิวิลลอว์ ได้แยกประเภทกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนออกจากกัน แต่ตามกฎหมายเอง โกลแซกซอนหรือระบบคอมมอนลอว์จะไม่แยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน และโดยเหตุนี้จึงต้องฟ้องยังศาลยุติธรรมด้วยกันทั้งนั้น ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ทรงตัดสินใจพระทัยเลือกใช้ระบบซิวิลลอว์ เพราะสอดคล้องกับนโยบายของพระองค์ที่จะทรงแบ่งประเภทคดีแพ่งและอาญาออกจากกันอย่างชัดเจน เพื่อให้มีการลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างเหมาะสมไม่ปะปนกันอีกต่อไป

ประการที่สาม เนื่องจากระบบคอมมอนลอว์ เป็นระบบที่ให้ศาลเป็นผู้สร้างกฎหมายขึ้นมาจากคดีความใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งต้องอาศัยระยะเวลาที่ยาวนานในการพัฒนาระบบกฎหมายใหม่ จึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับสังคมสยามซึ่งมีความต้องการที่จะปฏิรูปกฎหมายโดยเร็ว

จากเหตุผลที่กล่าวมาสามประการเป็นเพียงตัวอย่างที่ยกมาสนับสนุนการสันนิษฐานว่า เป็นเพราะเหตุใดที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ จึงทรงตัดสินพระทัยเลือกระบบซีวิลลอว์มาใช้ในสังคมสยาม

(3) มีการตัดสินใจที่จะจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งตามแบบเยอรมัน ซึ่งเริ่มต้นโดยมีบรรพทั่วไป ผู้มีบทบาทอย่างมากในการร่างกฎหมายครั้งนี้คือ พระยามานวราชเสวี โดยได้ทำหน้าที่เลขานุการคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมาย ในการนี้ท่านได้ถวายความเห็นต่อพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวว่า ควรใช้แบบประมวลกฎหมายเยอรมัน โดยลอกเลียนแบบจากประเทศญี่ปุ่นซึ่งดัดแปลงไว้แล้วจะได้เกิดความรวดเร็ว เพื่อจะได้ขอยกเลิกในเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต

ในยุคกฎหมายสมัยใหม่ นอกจากมีการจัดทำประมวลกฎหมายแล้ว ในสมัยรัชกาลที่ 5 ยังได้มีการปฏิรูปทางด้านการศึกษาครั้งสำคัญโดยมีการตั้งกระทรวงยุติธรรมและรวมศาลแต่เดิมซึ่งกระจัดกระจายอยู่ตามกระทรวงต่างๆ ให้มาไว้ในแห่งเดียวกัน มีการปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดิน และจัดทำประมวลกฎหมาย ซึ่งรวมถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความด้วยจนเสร็จสิ้น

4.1.2 บ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

โดยที่ประเทศไทยได้รับเอาระบบกฎหมายซีวิลลอว์มาใช้แล้ว ดังนั้นบ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยควรเป็นไปอย่างเดียวกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ดังนี้ 1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร 2) จารีตประเพณี 3) คำพิพากษาของศาล 4) หลักกฎหมายทั่วไป และข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

โดยที่ระบบกฎหมายของไทยจัดอยู่ในระบบซีวิลลอว์ และกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ส่วนใหญ่เป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ¹¹⁶ ดังนั้นกฎหมายในระบบซีวิลลอว์จึงมีทัศนคติและแนวความคิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมาย ทั้งนี้ด้วยความเชื่อเบื้องต้นที่ว่าบทกฎหมายเป็นตัวแทนของเหตุผลและความเป็นธรรมในตัวเอง โดยเหตุนี้ นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์จึงเป็นผู้ที่มีความจงรักภักดีต่อบทกฎหมายเป็นประการแรก เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักกฎหมายจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทาง

¹¹⁶ คณิต ฌ นคร. (2547). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 47.

ข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น แล้วแสวงหาประเด็นอันเป็นปัญหาจากนั้นจึงอ้างหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นมาปรับใช้แก่กรณีพิพาทโดยวิธีตีความกฎหมาย¹¹⁷

ดังนั้นนักกฎหมายไทยต้องให้ความสำคัญแก่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในฐานะเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมาย ซึ่งในที่นี้คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งได้แก่กฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นไว้เป็นข้อบังคับกำหนดความประพฤติของบุคคล และประกาศให้ราษฎรทราบ สำหรับประเทศไทยกฎหมายได้ประกาศให้ราษฎรทราบในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ส่วนมากเป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา บรรดากฎหมายเหล่านี้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹¹⁸ เป็นต้น

ดังนั้นในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นนักกฎหมายไทยจะต้องค้นหาประเด็นอันเป็นปัญหา แล้วจึงอ้างหลักหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นมาปรับใช้แก่กรณีพิพาทโดยวิธีตีความกฎหมายเป็นอันดับแรกทั้งนี้เพราะ บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีฐานะเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมาย และการใช้กฎหมายในระบบชีวิลลอว์เป็นการใช้กฎหมายตามตัวบทกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมาย และศาลมีหน้าที่ต้องเคารพบทบัญญัติอันเป็นที่รวมของหลักการและเหตุผลของกฎหมายนั่นเอง¹¹⁹

2) จารีตประเพณี¹²⁰

จารีตประเพณี หมายถึง แบบอย่างของความประพฤติ ซึ่งประชาชนทั่วไปนิยมปฏิบัติตามกันมานานจนเป็นที่ยอมรับว่ามีความศักดิ์สิทธิ์เสมอด้วยกฎหมาย หรือเป็นข้อบังคับที่ประชาชนรู้สึกกันโดยทั่วไปว่าเป็นกฎหมายและรัฐได้ใช้ข้อบังคับที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอดมา เช่น การชกมวยบนเวที ซึ่งถือเป็นกีฬาอย่างหนึ่งแม้จะเป็นเหตุที่ทำให้คู่ต่อสู้ฝ่ายหนึ่งบาดเจ็บหรือตาย ก็ไม่มีใครรู้สึกว่าผู้ชกมวยมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือฆ่าคนตาย หรือในกรณีที่แพทย์ตัดขาคนไข้ โดยความยินยอมของคนไข้ ย่อมไม่มีความรู้สึกว่าเป็นการทำร้ายร่างกายจนรับอันตรายสาหัส และไม่เคยปรากฏว่ามีการฟ้องร้องนักมวยหรือแพทย์ตามตัวอย่างดังกล่าวเลย แต่จารีตประเพณีที่กล่าวนี้ต้องเป็นจารีตประเพณีที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะหากนำไปบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรย่อมกลายเป็นบทบัญญัติแห่ง

¹¹⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). นิติวิธีในระบบชีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. หน้า 32.

¹¹⁸ หยุต แสงอุทัย. (2545). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 15). หน้า 11.

¹¹⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. หน้า 34-36.

¹²⁰ หยุต แสงอุทัย. แหล่งเดิม. หน้า 71-72.

กฎหมายไป เช่น ในประเทศไทยอำนาจบิดามารดาในการทำโทษเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนบุตรเดิมนั้นถือเป็นจารีตประเพณีที่บิดามารดาสามารถกระทำได้โดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยปัจจุบันได้นำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย มาตรา 1567 (2) ซึ่งบัญญัติให้ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิ์ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนซึ่งผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

3) คำพิพากษาของศาล

ในเรื่องคำพิพากษาของศาลนี้ แม้ว่าระบบกฎหมายของไทยจะจัดอยู่ในระบบซีวิลลอว์ซึ่งเน้นการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก และถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นเพียงตัวอย่างการในการบังคับและปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งไม่ผูกมัดหรือผูกพันเป็นการทั่วไปเหมือนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งนักกฎหมายจะต้องถือตามก็ตาม แต่คำพิพากษาก็ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเช่นเดียวกันแม้จะมีข้อบ่งชี้ของกฎหมายโดยแท้ แต่โดยเหตุที่ว่า การบังคับใช้กฎหมายต้องมีความสม่ำเสมอ กล่าวคือ “ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน” คือ ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันผลในทางกฎหมายควรต้องเป็นอย่างเดียวกัน คำพิพากษาจึงได้รับการบังคับใช้ประหนึ่งเป็นที่มาของกฎหมายนั่นเอง และคำพิพากษาใดที่ได้ตัดสินวางหลักไว้อย่างดีมักได้รับการยอมรับปฏิบัติตาม เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 เรื่องความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ ในเรื่องนี้แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ภักย์ก็สามารถวางหลักไว้อย่างดี แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ไม่มีจารีตประเพณี ศาลฎีกาก็วางหลักไว้จนศาลในคดีหลังๆ ต้องยึดถือปฏิบัติตาม

4) หลักกฎหมายทั่วไปและข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำไปใช้ปรับแก้ข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ ผู้ใช้กฎหมายหากกฎหมายเพื่อมาใช้ปรับแก้กรณีไม่พบ¹²¹ จึงทำให้กฎหมายมีช่องว่างคือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง ดังนั้นนักกฎหมายมีหน้าที่อุดช่องว่างเสียด้วยหลักความเป็นธรรมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนั่นเอง ซึ่งหลักความเป็นธรรมในที่นี้ก็คือ “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งเป็นหลักการที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติทั้งหลายนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายหากเป็นกรณีที่มีกฎหมายได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ก็ต้องดำเนินการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะบัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคสอง และวรรคสาม ว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่า

¹²¹ หยุด แสงอุทัย, แหล่งเดิม, หน้า 131.

นั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีความให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่ระบบกฎหมายไทยยอมรับ เช่น หลักสุจริต ซึ่งได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 เป็นต้น

ส่วนข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ ศาลก็สามารถนำเอาแนวความคิดของนักนิติศาสตร์มาใช้เป็นแนวทางในการตัดสินใจคดีได้ว่าจะสามารถนำไปใช้ได้เพียงใด แต่ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ไม่มีค่าในการบังคับใช้เหมือนตัวบทกฎหมาย ซึ่งในส่วนนี้ได้แก่คำอธิบายในทางกฎหมาย เช่น คำอธิบายกฎหมายอาญา ของท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงสภักดิ์ หรือคำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไปของท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร หรือคำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 ของท่านศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่สำคัญคือ จารีตประเพณี คำพิพากษา และแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ แม้ไม่มีค่าบังคับใช้เป็นกฎหมายแต่ก็มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมาย เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 (2) อำนาจทำโทษและว่ากล่าวตักเตือนบุตรของบิดามารดา ซึ่งเดิมถือเป็นจารีตประเพณีแต่ก็ได้มีการนำมาบัญญัติไว้ชัดเจน เป็นต้น

4.1.3 นิติวิธีของระบบกฎหมายไทย

นิติวิธีในระบบกฎหมายไทย คือ แนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายไทย ที่มีต่อระบบกฎหมายของตนอันได้แก่ทัศนคติที่มีต่อบ่อเกิดของกฎหมาย วิธีศึกษา วิธีใช้และวิธีการแก้ไขปัญหาต่างๆ ของนักกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

นิติวิธีของระบบกฎหมายไทยโดยหลักแล้วต้องเป็นไปตามนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ เพราะระบบกฎหมายไทยจัดอยู่ในระบบซีวิลลอว์นั่นเอง กล่าวคือ นักกฎหมายไทยต้องถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งสำคัญที่สุด เป็นหลักที่ประกอบด้วยเหตุผล เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้เป็นแนวในการวินิจฉัยสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางปฏิบัติ และมีฐานะสูงกว่าหลักเกณฑ์ในคำวินิจฉัยเฉพาะคดีในคำพิพากษา และยึดถือสาระของหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติเป็นใหญ่ โดยไม่ให้ความสำคัญแก่เรื่องวิธีพิจารณาและแนวคำพิพากษาของศาลเกินไปจนเป็นผลเสียแก่หลักการทางสารบัญญัติ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักกฎหมายไทยจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น แล้วแสวงหาประเด็นอันเป็นปัญหาจากนั้นจึงอ้างหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นมาปรับใช้แก้กรณีพิพาทโดยวิธีตีความกฎหมาย โดยไม่ต้องไปวางหลักเกณฑ์ปลีกย่อยอื่นๆ มาอธิบายให้มากความอีก¹²²

¹²² กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. หน้า 43-45.

แต่อย่างไรก็ตามหลักการตีความกฎหมายของไทยมิได้มีการกำหนดไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้ ณ ที่ใด มีเพียงหลักการใช้กฎหมายของศาลในการปรับแก้คดีไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 เท่านั้น ส่งผลให้หลักการตีความกฎหมายของไทยนั้นเป็นลักษณะคำสอนของนักนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยที่อยู่ในรูปของคำบรรยายหรือตำรากฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลที่นำเรื่องการตีความมาปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริงรายคดี มากกว่าการบัญญัติเป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย¹²³ ซึ่งประกอบด้วย 1. หลักการตีความตามหลักภาษา (Grammatical Interpretation) หลักการตีความตามหลักภาษาเป็นการตีความหมายจากถ้อยคำที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้บัญญัติไว้ และ 2. หลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Logical Interpretation) เป็นหลักการตีความมุ่งที่จะใช้แสดงความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมาย

อย่างไรก็ตามมีปัญหาในทางปฏิบัติ กล่าวคือ จะต้องตีความตามหลักภาษาเสียก่อน จึงค่อยมาตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรืออย่างไร ในปัญหานี้ข้างต้นจะเห็นได้ว่าควรจะต้องตีความโดยมุ่งค้นหาความมุ่งหมายและเจตนาที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายมากกว่าการตีความตามหลักภาษา เพราะการตีความเป็นกระบวนการค้นหาความหมายของกฎหมายจากการอ่านพิเคราะห์ถ้อยคำอักษรของกฎหมายโดยคำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมายเรื่องนั้นพร้อมกันไป ในขณะที่เดียวกันจะแยกการตีความตามตัวอักษรออกจากการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือ ตีความตามหลักภาษาเสียก่อนหากมิได้ความหมายจึงค่อยใช้การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหลักการตีความทั้งสองดังกล่าวนี้เป็นไปตามแนวคิดและนิติวิธีของระบบชีวิตลอว์นั่นเอง

อย่างไรก็ตามการใช้กฎหมายโดยถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปเช่นนี้เท่ากับให้ความสำคัญกับการตีความเป็นอย่างมาก ซึ่งอาจทำให้มองได้ว่ากฎหมายขาดความแน่นอนชัดเจน ในกรณีเช่นนี้ระบบชีวิตลอว์ได้แก้ไขโดยด้านหนึ่งก็ใช้กฎหมายตามบทบัญญัติเป็นหลัก (กฎเกณฑ์ปฐมภูมิ) และใช้เกณฑ์การตีความของศาลที่วางเป็นบรรทัดฐานสืบเนื่องกันมาเป็นคำอธิบายบทบัญญัติมาประกอบเป็นการให้รายละเอียด (กฎเกณฑ์ทุติยภูมิ) วิธีนี้จะช่วยให้การตีความกฎหมาย และการใช้กฎหมายตามบทบัญญัตินั้นสมบูรณ์ขึ้นและแน่นอนชัดเจนมากขึ้น¹²⁴

อย่างไรก็ตาม กรณีหากปรากฏว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ได้นักกฎหมายไทยควรจะแก้ปัญหาโดยการมาพิจารณาว่าข้อพิพาท

¹²³ สุทัศน์ เจริญวัฒนสุข. บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายสารบัญญัติ. หน้า 44-49.

¹²⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ. แหล่งเดิม. หน้า 44-45.

ดังกล่าวนั้นเคยมีคำพิพากษาคัดสินเป็นบรรทัดฐานไว้หรือไม่ (แม้ว่าในทางทฤษฎีกฎหมาย ในระบบซีวิลลอว์จะยอมรับว่าจารีตประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรองก็ตาม) และแม้ว่าเคยมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานไว้ก็ตาม นักกฎหมายไทยจะถือตามคำพิพากษาดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ เพราะในระบบซีวิลลอว์ถือว่าคำพิพากษานั้นเป็นเพียงตัวอย่างการปรับใช้กฎหมาย คำพิพากษาไม่ใช่กฎหมาย และไม่ผูกพันเป็นการทั่วไปเหมือนบทบัญญัติของกฎหมาย กรณีหากปรากฏว่าข้อพิพาทดังกล่าวไม่เคยมีคำพิพากษาคัดสินไว้เป็นบรรทัดฐาน นักกฎหมายไทยควรจะแก้ปัญหาโดยการมาพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวนี้มีจารีตประเพณีที่สามารถนำมาปรับใช้ได้หรือไม่ หากปรากฏว่าไม่มีจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้แก่ข้อพิพาทดังกล่าวได้ นักกฎหมายไทยควรจะแก้ปัญหาโดยการมาพิจารณาว่าข้อพิพาทดังกล่าวนี้มีหลักกฎหมายทั่วไปพอที่จะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่ ซึ่งถือเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย และท้ายที่สุดหากปรากฏว่าไม่มีหลักกฎหมายทั่วไปที่พอจะนำมาปรับกับข้อพิพาทดังกล่าวได้ นักกฎหมายไทยควรจะแก้ปัญหาโดยการมาคิดว่าข้อพิพาทดังกล่าวนี้มีข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ให้ความเห็นไว้อย่างไรหรือเคยสอนเป็นหลักสืบทอดกันมาอย่างไรเป็นประการสุดท้าย

นิติวิธีที่กล่าวมานี้เป็นหลักการใช้และเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายตามแนวความคิดหรือทัศนคติของนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์นั่นเองซึ่งเป็นการใช้นิติวิธีตามลำดับความสำคัญของบ่อเกิดของกฎหมาย เพราะแม้ว่าในระบบซีวิลลอว์จะให้ความสำคัญแก่บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากเพียงใดก็ตาม แต่โดยสภาพของบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเองที่ไม่อาจทำให้สมบูรณ์ปราศจากช่องว่างได้ ดังนั้นจึงต้องใช้และแก้ไขปัญหทางกฎหมายโดยการนำบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรองลงมาใช้เพื่อเสริมบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สมบูรณ์นั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามหลักการใช้นิติวิธีดังกล่าวหากมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้อย่างไรหลักการใช้นิติวิธีก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น แต่ทั้งนี้นิติวิธีต้องแยกกันให้ชัดเจนว่าเป็นนิติวิธีในทางกฎหมายแพ่ง หรือในทางกฎหมายอาญา

สำหรับระบบกฎหมายไทยในทางแพ่งหรือกรอบทางแพ่งหากนิติวิธีมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ ก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้นั้น เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคแรกบัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” และวรรคสองบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ดังนั้นนิติวิธีในทางแพ่งอันดับแรกต้องใช้นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก หากไม่มีบทกฎหมาย

ลายลักษณ์อักษร อันดับต่อมาก็จะใช้คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือ บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไป เรียงลำดับกันไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้นั่นเอง

ส่วนในทางอาญา กรอบในทางกฎหมายอาญาของระบบกฎหมายไทยแม้ในประมวลกฎหมายอาญาจะไม่ได้บัญญัติวิธีไว้ชัดเจนเช่นเดียวกับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 4) ก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ได้บัญญัติถึงหลักกฎหมายอาญาที่สำคัญคือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา”¹²⁵ หรือ หลักประกันในกฎหมายอาญา¹²⁶ กล่าวคือ ในกฎหมายอาญาอาญามีหลักกฎหมายที่สำคัญที่สุดซึ่งมาจากหลักสภายิตกฎหมายที่ว่า “Nullum crimen, nulla poena sine lege” แปลเป็นภาษาไทยว่า “ไม่มีความผิด, ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่างๆ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2540 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 32 ที่ว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้อันการกระทำอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” และในกฎหมายอาญาเองก็ได้มีการบัญญัติไว้ตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นต้นมา จนถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันซึ่งได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 2 วรรคแรก ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” หลักดังกล่าวนี้มีความสำคัญเนื่องจากถือว่าเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ที่ว่า “บุคคลจะมีความผิดและมีโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น”¹²⁷ ซึ่งบทบัญญัตินี้หมายความว่า เฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดอาญาได้ (Nullum crimen sine lege) และเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ (Nulla poena sine lege) และทั้งสองประการที่กล่าวมานี้จะต้องมีอยู่แล้วก่อนการกระทำนั้นเช่นกัน¹²⁸ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า แม้ว่ากฎหมายอาญาจะเน้นที่กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ แต่กฎหมายจารีตประเพณีก็ใช้บังคับได้ในกฎหมายอาญา เพียงแต่การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญามีขอบเขตที่จำกัดเท่านั้น

¹²⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วิวัฒนกุล, หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา Principe de la legalite criminelle. รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงส์กี. หน้า 11.

¹²⁶ คณิต ฌ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 59-60.

¹²⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วิวัฒนกุล. แห่ลงเดิม. หน้า 11.

¹²⁸ คณิต ฌ นคร. *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 61.

กล่าวคือ จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้¹²⁹ และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้นรัฐจึงจำต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนที่สุดเท่าที่จะทำได้ ข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนี้เป็นผลที่สืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวนั่นเอง ดังนั้นบทบัญญัติอันเป็นหลักประกันของกฎหมายอาญาจึงครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ¹³⁰ คือ

- 1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- 2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- 3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน
- 4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

รายละเอียดของหลักประกันในกฎหมายอาญามีดังต่อไปนี้¹³¹

1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ในที่นี้พึงสังเกตคำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติคือ “กฎหมายจารีตประเพณี” กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกันและ โดยที่กฎหมายจารีตประเพณีมิได้เกิดจากการบัญญัติแต่เกิดจากการปฏิบัติจึงต้องห้ามนำมาใช้ในกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตามการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีนี้ครอบคลุมเพียงในเรื่องของการกระทำที่เป็นความผิดอาญา และในเรื่องของการกระทำที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเท่านั้น หรือกล่าวอีกในหนึ่ง คือ ห้ามใช้ในทางที่เป็นโทษ แต่ในทางที่เป็นคุณยอมใช้ได้ เช่น การชกมวยบนเวที ซึ่งถือเป็นกีฬาอย่างหนึ่งแม้จะเป็นเหตุที่ทำให้คู่ต่อสู้ถูกฝ่ายหนึ่งบาดเจ็บหรือตาย ก็ไม่มีใครรู้สึกว่าคุณชกมวยมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือฆ่าคนตาย หรือในกรณีที่แพทย์ตัดขาคนไข้ด้วยความยินยอมของคนไข้ยอมไม่มีความรู้สึกว่าคุณทำร้ายร่างกายจนรับอันตรายสาหัสและไม่เคยปรากฏว่ามีการฟ้องร้องนักมวยหรือแพทย์ตามตัวอย่างดังกล่าวเลย ซึ่งความจริงนั้นไม่มีกฎหมายใด

¹²⁹ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 47-48.

¹³⁰ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 61-62.

¹³¹ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 61-67. และ คณิต ฌ นคร. (2546). ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 215-221.

อนุญาตให้นักมวยหรือแพทย์ทำได้ และไม่มีทางอธิบายเป็นอย่างอื่นได้นอกจากว่าการกระทำเช่นนี้ไม่เป็นความผิดอาญาเพราะมีกฎหมายจารีตประเพณีอนุญาตให้ทำได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าสามารถอ้างจารีตประเพณีมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้พ้นผิดได้ แม้ว่าจารีตประเพณีจะไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็สามารถอ้างได้ไม่ขัดต่อหลักในมาตรา 2 หรือหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege”^{132,}

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

เนื้อหาของหลักประกันข้อนี้เกี่ยวข้องกับความคิดความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด กล่าวคือ การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาหมายความถึง การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย กฎหมายอาญาจึงแตกต่างจากกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ ในกฎหมายแพ่งนั้นมีหลักอยู่ว่าจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายมาปรับใช้ไม่ได้¹³³ แต่ในทางอาญานั้นจะอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่เป็นโทษไม่ได้ (nulla poena sine lege stricta) เช่น การที่ศาลฎีกาเคยพิพากษาเรื่องการลัดกระแสนไฟฟ้าว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334, 335 แล้วแต่กรณีนั้น การวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยชนิดนิติวิธีในการใช้กฎหมายอาญา กล่าวคือในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877 / 2501 การที่ศาลฎีกาพิพากษาเรื่องการลัดกระแสนไฟฟ้าว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334, 335 แล้วแต่กรณีนั้น ในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติให้ความหมายคำว่า “ทรัพย์” ไว้ว่าหมายความว่าอย่างไร แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ความหมายของคำว่า “ทรัพย์” ไว้ว่าหมายถึง วัตถุที่มีรูปร่าง ดังนั้นกรณีจึงต้องนำหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้เพื่อให้ความหมายของคำว่า ทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย ฉะนั้นเมื่อ “ทรัพย์” หมายถึง วัตถุที่มีรูปร่าง แต่กระแสนไฟฟ้าเป็นพลังงานจึงไม่ใช่ทรัพย์ และหากพิจารณาในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานลักทรัพย์คือ กรรมสิทธิ์และการครอบครองสิทธิในไฟฟ้าไม่ใช่กรรมสิทธิ์ เพราะกรรมสิทธิ์เป็นสิทธิในทรัพย์หรือสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง การ

¹³² หยุต แสงอุทัย. (2545). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 15). หน้า 11. และ แสงบุญเฉลิมวิภาส. (2546). หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 85.

¹³³ ดู ป.พ.พ. มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป และดู ป.วิ.พ. มาตรา 134 บัญญัติว่า “ไม่ว่าในกรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษา หรือมีคำสั่งชี้ขาดโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์”

ครอบครองคือ อำนาจแท้จริงเหนือทรัพย์สินในขณะใดขณะหนึ่ง การแสดงอำนาจเหนือไฟฟ้าจึงไม่อาจมีได้ ฉะนั้นการที่ศาลฎีกาพิพากษาว่าการลัดกระแไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ จึงขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญาในข้อการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (analogy)¹³⁴ ดังนี้ การลัดกระแไฟฟ้า เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด ศาลจึงชอบที่จะยกฟ้อง และปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลไม่ชอบที่จะใช้อำนาจเสียเอง

อย่างไรก็ตามในทางอาญาการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่เป็นคุณแล้วย่อมกระทำได้ เช่น ในประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย “ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย” เป็นการเฉพาะ แต่ก็สามารถกำหนดเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เพราะความจำเป็นต้องกระทำให้เป็นเหตุหนึ่งโดยการใช้อำนาจที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ และบทบัญญัติของกฎหมายที่จะนำมาใช้เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีนี้คือ บทบัญญัติในมาตรา 305 (1) ซึ่งมีสาระสำคัญก็คือ เป็นความจำเป็นที่นายแพทย์ต้องทำแท้งให้หญิงเนื่องจากสุขภาพของหญิง กล่าวคือ เป็นกรณีที่นายแพทย์จำเป็นต้องเลือกเอาระหว่างการรักษาไว้ซึ่งชีวิตหญิงและการรักษาไว้ซึ่งชีวิตในครรภ์มารดา และนายแพทย์จำเป็นต้องเลือกทำลายชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตหญิงเพราะมิฉะนั้นแล้วหญิงก็จะต้องถึงแก่ความตายอย่างแน่นอน

การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่เป็นคุณนั้นศาลฎีกาได้เคยพิพากษาไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 5161 / 2547 โดยวินิจฉัยว่า การที่จำเลยนำแผ่นบันทึกข้อมูลแปลถอดข้อมูลจากแผ่นบันทึกข้อมูลของโจทก์ร่วม ไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 โดยศาลฎีกาได้ให้เหตุผลว่า “ข้อมูล” ตามพจนานุกรมให้ความหมายว่า “ข้อเท็จจริง หรือสิ่งที่ถือหรือยอมรับว่าเป็นข้อเท็จจริงสำหรับใช้เป็นหลักอนุมานหาความจริงหรือการคำนวณ” ส่วน “ข้อเท็จจริง” หมายความว่า “ข้อความแห่งเหตุการณ์ที่เป็นมาหรือที่เป็นอยู่ตามจริง ข้อความหรือเหตุการณ์ที่จะต้องวินิจฉัยว่าเท็จหรือจริง” ดังนั้นข้อมูลจึงไม่นับเป็นวัตถุมีรูปร่าง สำหรับตัวอักษร ภาพ แผ่นผัง และตราสาร เป็นเพียงสัญลักษณ์ที่ถ่ายทอดความหมายของข้อมูลออกจากแผ่นบันทึกข้อมูล โดยอาศัยเครื่องคอมพิวเตอร์ มิใช่รูปร่างของข้อมูลเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 บัญญัติว่า “ทรัพย์สิน” หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง ข้อมูลในแผ่นบันทึกข้อมูลจึงไม่ถือเป็นทรัพย์สิน ดังนั้นการที่จำเลยนำแผ่นบันทึกข้อมูลแปลถอดข้อมูลจากแผ่นบันทึกข้อมูลของโจทก์ร่วม จึงไม่เป็นความผิด

¹³⁴ คณิต ฌ นคร. แห่งเดิม. หน้า 52. คณิต ฌ นคร. (2546). ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 214-215.

ฐานหลักทรัพย์ ดังนี้จะเห็นได้ว่าตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเป็นการที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยความหมายของคำว่า ข้อมูลว่าเป็นทรัพย์หรือไม่ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติให้ความหมายคำว่า “ทรัพย์” ไว้ว่าหมายความว่าอย่างไร ดังนั้นศาลฎีกาจึงอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ซึ่งบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีนี้คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีดังกล่าวเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่เป็นคุณซึ่งสามารถทำได้ไม่ผิดนิติวิธีในทางกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

อนึ่ง การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) หมายถึง การใช้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน เช่น การที่ศาลฎีกาพิพากษาเรื่องการลักกระแสไฟฟ้าและการลักข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวมาข้างต้น

3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้นรัฐต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ โดยต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้เพื่อที่จะให้บุคคลทราบได้ว่ารัฐต้องการให้เขาประพฤติตนหรือไม่ประพฤติตนอย่างไร ดังนั้นหากบทบัญญัติของกฎหมายคลุมเครือ ไม่ชัดเจนมากเกินไปแล้ว หากมีการใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่ประชาชน ประชาชนก็จะขัดข้องและรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ นอกจากนั้นการที่รัฐไม่ยอมให้ประชาชนอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นมาเป็นข้อแก้ตัว (มาตรา 64) ก็หมายความว่ารัฐจะต้องออกกฎหมายที่ชัดเจน ไม่คลุมเครือนั่นเอง ดังนั้นหากกฎหมายคลุมเครือก็ย่อมไม่เป็นธรรมที่จะไม่ยอมให้ประชาชนยกเอาความไม่รู้กฎหมายเป็นข้อแก้ตัว¹³⁵

แต่อย่างไรก็ตามที่ว่าการกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนนั้น หมายความว่าชัดเจนแน่นอนพอควร (reasonably definite) เท่านั้น เพราะจะให้บัญญัติให้ละเอียดถี่ถ้วนลงไปนั้นคงทำได้ยากมากซึ่งก็ไม่มีประเทศใดสามารถทำได้ อนึ่งกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนนี้หมายถึงว่านอกจากบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดต้องบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดแล้ว บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับโทษก็ต้องแจ้งชัดด้วยว่าการกระทำที่ถือเป็นความผิดนั้นๆ จะได้รับโทษสถานใดการที่กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะเป็นหลักประกันว่า สิ่งที่

¹³⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 21.

กฎหมายบัญญัติตรงกับความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นการป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบตามความรู้สึกของตน¹³⁶

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

ถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคหนึ่งที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำ” แสดงให้เห็นได้ชัดถึงการห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา กล่าวคือ กฎหมายอาญาเมื่อบัญญัติขึ้นแล้วย่อมมีผลในปัจจุบันและอนาคตเท่านั้น ไม่มีผลย้อนหลังไม่บังคับถึงการกระทำในอดีตด้วยเวลาขณะที่การกระทำได้ถูกกระทำลงจึงเป็นสาระสำคัญในการใช้กฎหมายอาญา

ดังนั้นจากหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังจึงมีผลว่า¹³⁷ บุคคลจะรับโทษทางอาญาต่อเมื่อ 1. กระทำการอันกฎหมายที่ใช้บังคับขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิด (มาจากหลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย) 2. กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำต้องกำหนดโทษไว้ด้วย (มาจากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย)

การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและในขณะกระทำอย่างนั้นการกระทำไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาโดยเด็ดขาด และการลงโทษหนักแก่ผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำนั้นก็กระทำมิได้ด้วย อนึ่ง การห้ามย้อนหลังนี้ขยายไปถึงการเป็นผลร้ายอื่นของฐานะของผู้กระทำความผิดที่กำหนดขึ้นภายหลังด้วย

การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังมีข้อยกเว้นที่สำคัญคือ ถ้ากฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำมีความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ภายหลังการกระทำความผิด กฎหมายให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิด และกฎหมายที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดนั้นหมายถึงกฎหมายที่ในกรณีนั้นอาจลงโทษผู้กระทำได้เบาที่สุด

ดังนี้โดยเนื้อหาของหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยว่า “ไม่มีความผิด, ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” นี้เองส่งผลให้วิธีการใช้และวิธีการแก้ไขปัญหาในทางกฎหมายอาญาของไทยต้องยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร (ประมวลกฎหมายอาญา) เป็นสำคัญ กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลจะวินิจฉัยตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษต้องยึดถือประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก ศาลจะวินิจฉัยตัดสินพิพากษาลงโทษบุคคลในทางอาญาเป็นการทั่วไปโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

¹³⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 21.

¹³⁷ ทวีเกียรติ นະกนิษฐ. (2545). กฎหมายอาญาหลักและปัญหา (พิมพ์ครั้งที่ 5).

ดังนั้นหากศาลได้วินิจฉัยตัดสินพิพากษาลงโทษบุคคลในทางอาญาเป็นการทั่วไปโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ย่อมเป็นการขัดต่อหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือขัดต่อหลักกฎหมายอาญามาตรา 2 ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยและเป็นการผิดนิติวิธีในทางกฎหมายอาญาตามระบบกฎหมายไทยอีกด้วย

ตัวอย่างในการที่ศาลไทยได้วินิจฉัยตัดสินพิพากษาลงโทษบุคคลในทางอาญาเป็นการทั่วไปโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ในเรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล¹³⁸ ซึ่งในเรื่องนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับแนววินิจฉัยของศาลไทย กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติเป็นหลักทั่วไป ให้นิติบุคคลต้องมีความรับผิดทางอาญา และนอกจากนั้นหากพิจารณาถึงโทษที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้บัญญัติไว้ซึ่งได้แก่ โทษประหารชีวิต โทษจำคุก โทษกักขัง โทษปรับ และโทษริบทรัพย์สินแล้วจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะลงโทษนิติบุคคลเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด ซึ่งหมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติผู้ออกกฎหมายมุ่งที่จะลงโทษ บุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่ได้มุ่งที่จะลงโทษตัวนิติบุคคลด้วยแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาไทยก็ได้วินิจฉัยว่า นิติบุคคลอาจมีความรับผิดในทางอาญาได้

ในเรื่องนี้พอจะแยกกฎหมายที่กำหนดความผิดที่เกี่ยวข้องออกเป็น 3 ประเภท คือ

(1) ความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ลงโทษนิติบุคคลโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติกำหนดความผิดห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2499 ซึ่งถือเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ลงโทษนิติบุคคลโดยตรง

(2) ในความผิดที่กฎหมายบัญญัติตัวผู้รับผิดชอบที่มีฐานะอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น ในพระราชบัญญัติ มาตรา ชั่ง ตวง วัด พ.ศ. 2466 มาตรา 33 กำหนดให้ตัวการ หรือนายจ้าง ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนหรือลูกจ้างซึ่งทำเพื่อประโยชน์ของตัวการหรือนายจ้าง ดังนั้นจะเห็นว่านิติบุคคลอาจเป็น ตัวการ หรือนายจ้างได้ จึงอาจต้องรับผิดทางอาญาในการกระทำของผู้อื่นได้

(3) ในความผิดที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ลงโทษนิติบุคคลโดยตรง หรือไม่ได้บัญญัติตัวผู้รับผิดชอบที่มีฐานะอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะให้ต้องรับผิดชอบจึงเป็นกรณีที่มีปัญหาจะต้องพิจารณาว่านิติบุคคลจะต้องมีความรับผิดทางอาญาในความผิดประเภทนี้ได้หรือไม่ ซึ่งเป็นการที่จะต้องวินิจฉัยคำว่า “ผู้ใด” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

ดังนั้นสำหรับความผิดประเภทที่ 3 นี้การที่ศาลฎีกาไทยได้พิพากษาลงโทษนิติบุคคลในทางอาญาเป็นการที่ศาลฎีกาไทยได้วินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล

¹³⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. หน้า 103-111.

ตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายอาญาโดยพิจารณาในส่วนของ “องค์ประกอบความผิด” ซึ่งประกอบด้วย องค์ประกอบภายนอก (ผู้กระทำ, การกระทำ, วัตถุประสงค์การกระทำ) และองค์ประกอบภายใน (เจตนาและเจตนาพิเศษ) ซึ่งมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

ก. เกี่ยวกับผู้กระทำ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในคดีต่างๆ ว่า คำว่า “ผู้ใด” รวมถึงนิติบุคคลด้วย โดยศาลฎีกาไทยได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1669 / 2506 ว่า “แม้จำเลยที่ 1 จะเป็นนิติบุคคลไม่สามารถกระทำการทุกอย่างได้เช่นบุคคลธรรมดาก็ตาม แต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นไปตามความประสงค์ซึ่งได้จดทะเบียนไว้ และได้รับประโยชน์อันเกิดจากการกระทำนั้นแล้ว ก็ย่อมมีเจตนาในการกระทำผิดอาญาได้”

ดังนั้น แนวความคิดในเรื่องบุคคลตามกฎหมายแพ่ง เป็นเรื่องที่บุคคลสามารถเป็นประธานแห่งสิทธิโดยกฎหมายให้นิติบุคคลมีสิทธิหน้าที่อย่างเดียวกับบุคคลธรรมดา แต่ในด้านกฎหมายอาญา สภาพความเป็นมนุษย์ในกฎหมายอาญาเป็นการเริ่มสภาพการที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ดังนั้นคำว่า “ผู้ใด” น่าจะเป็นเรื่องของบุคคลธรรมดาเท่านั้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกล่าวถึง การกระทำย่อมหมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึกหรือภายใต้จิตใจบังคับ ดังนั้นการกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาย่อมหมายถึงการกระทำของมนุษย์เท่านั้น เพราะหากพิจารณาโดยสภาพแล้วนิติบุคคลไม่อาจมีการกระทำตามความหมายของกฎหมายอาญาได้เนื่องจากไม่มีชีวิตจิตใจ การที่กฎหมายยอมรับให้นิติบุคคลมีสภาพบุคคลต่างหากจากบุคคลธรรมดาได้นั้นเป็นการยอมรับให้นิติบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นนิติบุคคลจึงไม่อาจทำผิดอาญาได้

ดังนั้นจะเห็นว่าเป็นการที่ศาลฎีกาได้พิพากษาลงโทษนิติบุคคล โดยเห็นว่าคำว่า “ผู้ใด” ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นรวมถึงนิติบุคคลด้วย ซึ่งหากพิจารณาตามแนวความคิดเรื่องบุคคลในด้านกฎหมายอาญาคำว่า “ผู้ใด” น่าจะเป็นเรื่องของบุคคลธรรมดาเท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นการที่ศาลฎีกาไทยได้พิพากษาโดยขยายความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล โดยไม่มีหลักกฎหมายใดสนับสนุนในเรื่องนี้

ข. เกี่ยวกับการกระทำ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1669 / 2506 ว่า “แม้จำเลยที่ 1 จะเป็นนิติบุคคลไม่สามารถกระทำการทุกอย่างได้เช่นบุคคลธรรมดาก็ตาม แต่ถ้าการกระทำนั้นเป็นไปตามความประสงค์ซึ่งได้จดทะเบียนไว้ และได้รับประโยชน์อันเกิดจากการกระทำนั้นแล้ว ก็ย่อมมีเจตนาในการกระทำผิดอาญาได้”

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่านิติบุคคลจะมีความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อ “ผู้แทนของนิติบุคคล” ได้กระทำไปในการดำเนินงานตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นๆ และนิติบุคคลได้ประโยชน์จากการกระทำนั้นๆ แล้ว

ดังนั้นเมื่อพิจารณาตามแนวความคิดเรื่องบุคคลในด้านกฎหมายอาญาเมื่อคำว่า “ผู้ใด” เป็นเรื่องของบุคคลธรรมดาเท่านั้น ดังนั้นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาย่อมหมายถึง การกระทำของมนุษย์เท่านั้น ฉะนั้นนิติบุคคลจึงไม่อาจกระทำความผิดอาญาได้ และในประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้กำหนดให้นิติบุคคลต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น หรือผู้แทนนิติบุคคลแต่อย่างใดซึ่งต่างไปจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 76 ที่กำหนดให้นิติบุคคลต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหากการกระทำตามหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลซึ่งได้กระทำอยู่ในขอบเขตวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของนิติบุคคลนั้นและการกระทำตามหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น

ฉะนั้นการที่ศาลฎีกาได้พิพากษาลงโทษนิติบุคคลโดยเห็นว่าการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลเป็นการกระทำของนิติบุคคลด้วยจึงเป็นการที่ศาลฎีกาได้พิพากษาลงโทษนิติบุคคล โดยการขยายความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลโดยไม่มีหลักกฎหมายใดสนับสนุนในเรื่องนี้

ค. เกี่ยวกับเจตนา ศาลฎีกาไทยได้วางหลักในการวินิจฉัยว่า นิติบุคคลอาจมีความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดที่ต้องการเจตนาได้ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 787-788/2506 ว่า “เจตนาของนิติบุคคลย่อมแสดงออกทางผู้แทนของนิติบุคคลตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 75 (คือ มาตรา 70 วรรคสอง ป.พ.พ. ปัจจุบัน) เมื่อผู้แทนของนิติบุคคลแสดงเจตนาอันใดซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้แทนในทางการดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล เจตนาอันนั้นก็ผูกพันและต้องถือว่าเป็นเจตนาของนิติบุคคลนั่นเอง ฉะนั้นนิติบุคคลจึงมีเจตนาอันเป็นองค์ประกอบความผิดในทางอาญาและกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำต้องมีเจตนา ซึ่งทั้งนี้จะต้องพิจารณาตามลักษณะความผิด พฤติการณ์แห่งการกระทำและอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคลประกอบวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ของนิติบุคคลเป็นรายๆ ไป เมื่อนายบุญเพชร (หุ้นส่วนผู้จัดการ) ได้กระทำการไปในอำนาจหน้าที่ของนายบุญเพชร ในทางการค้าอันเป็นวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วนจำเลย ถือได้ว่าเป็นเจตนาและการกระทำของห้างหุ้นส่วนจำเลยด้วย....จึงพิพากษาลงโทษห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลด้วย”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นการที่ศาลฎีกาได้ลงโทษนิติบุคคล เพราะได้มีเจตนา โดยถือหลักเอาจาก การแสดงเจตนาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรคสอง มาเป็นเจตนาในทางอาญาดูด้วย ซึ่งแท้จริงแล้วหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรคสอง ที่ว่า “การแสดงวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลย่อมปรากฏจากผู้แทนทั้งหลายของนิติบุคคลนั้น หมายถึง การแสดงเจตนาในทางแพ่งเท่านั้น มิใช่เจตนาในทางอาญาแต่

อย่างไรก็ดี การที่ศาลฎีกานำหลักกฎหมายแพ่งมาขยายความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลนี้จึงเป็นการเทียบเคียง (Analogy) บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาลงโทษทางอาญาแก่บุคคลจึงเป็นการผิดหลักเกณฑ์ความคิดในทางกฎหมายอาญา และไม่มีหลักกฎหมายใดสนับสนุนในเรื่องนี้

ง. เกี่ยวกับเจตนาพิเศษ ศาลฎีกาได้พิพากษาลงโทษนิติบุคคล แม้ในความผิดที่ต้องการเจตนาพิเศษด้วยคงจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87 / 2518 ซึ่งศาลลงโทษบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลในความผิดฐานล่อโก่งประชาชน ซึ่งเป็นความผิดที่ต้องการเจตนาทุจริตด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นการที่ศาลฎีกาได้พิพากษาลงโทษนิติบุคคล เพราะได้มีเจตนาพิเศษนี้เป็นการขยายความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลโดยไม่มีหลักกฎหมายใดสนับสนุนในเรื่องนี้

จ. สำหรับความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา นั้น เมื่อถือเอาการกระทำของผู้แทนนิติบุคคล เป็นการกระทำของนิติบุคคลแล้ว ย่อมไม่มีปัญหาว่านิติบุคคลต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ ดังนั้นเพียงแต่มีการกระทำของนิติบุคคลก็เป็นการเพียงพอแล้วที่นิติบุคคลจะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา

ในเรื่องนี้หากศาลได้พิพากษาลงโทษนิติบุคคลสำหรับความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา เท่ากับเป็นการที่ศาลขยายความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลโดยไม่มีหลักกฎหมายใดสนับสนุนในเรื่องนี้เช่นกัน

ฉ. สำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท ศาลฎีกาไทยได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3446 / 2537 โดยพิพากษาให้ลงโทษนิติบุคคลในความผิดฐานประมาท เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นการที่ศาลฎีกาได้พิพากษาลงโทษนิติบุคคล เพราะเห็นว่านิติบุคคลมีการกระทำโดยประมาทได้ซึ่งแท้จริงแล้วหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 การกระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนาแต่ได้กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

จากความหมายและข้อความในมาตรา 59 วรรค 4 ดังกล่าวพอจะเห็นได้ว่า เฉพาะบุคคลธรรมดาที่มีชีวิตจิตใจเท่านั้น ที่จะมีความประมาทในทางอาญาได้ ทั้งนี้เนื่องจากการพิจารณาว่าควรมีความระมัดระวังหรือไม่นั้น จะต้องดูจากวิสัยและพฤติการณ์ที่ผู้นั้นอาจใช้ความระมัดระวังได้

“วิสัย” ที่บุคคลจะต้องใช้ความระมัดระวัง หมายความว่า “ลักษณะที่เป็นอยู่ของบุคคลผู้กระทำ บางที่เรียกว่า “สภาพภายในตัวผู้กระทำ”

“พฤติการณ์” หมายถึง ข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ บางทีเรียกว่า “เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ”

และเมื่อพิจารณาโทษที่จะลงแก่นิติบุคคลซึ่งในคดีดังกล่าวนี้ แม้ศาลจะวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นนิติบุคคลมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 ฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายก็ตาม แต่ศาลก็ไม่อาจลงโทษจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ เพราะ โทษตามมาตรา 291 นั้นกำหนดให้ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปีและปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ดังนั้นศาลจะลงโทษเฉพาะแต่โทษปรับแต่โทษจำคุกศาลไม่ลงไม่ได้ เพราะว่าบทลงโทษดังกล่าวในทางวิชาการเป็นเรื่องที่ศาลไม่สามารถใช้ดุลพินิจลงเฉพาะโทษปรับได้เนื่องจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 291 ประสงค์ให้ลงทั้งโทษจำคุกและปรับไปด้วยกัน

ดังนั้นจึงเป็นการที่ศาลฎีกาได้พิพากษาขยายความรับผิดชอบอาญาของนิติบุคคลโดยไม่มีหลักกฎหมายใดสนับสนุนในเรื่องดังกล่าวและเป็นการผิดหลักเกณฑ์ความคิดในทางกฎหมายอาญาเช่นกัน

ดังนั้นโดยสรุปจะเห็นได้ว่าแม้ในประมวลกฎหมายอาญามีได้มีบทบัญญัติที่เป็นการวางหลักการทั่วไป เรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของนิติบุคคลไว้แต่อย่างใด แต่ศาลฎีกาไทยก็ได้วินิจฉัยว่า นิติบุคคลอาจมีความรับผิดชอบในทางอาญาได้ โดยได้วินิจฉัยไว้ใน

คำพิพากษาฎีกาต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งการวินิจฉัยคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวข้างต้นของศาลฎีกาไทยนั้นเป็นการวินิจฉัยตัดสินพิพากษาลงโทษนิติบุคคลในทางอาญาเป็นการทั่วไปโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ เป็นการที่ศาลฎีกาไทยได้พิพากษาให้นิติบุคคลมีความรับผิดชอบในทางอาญาโดยปราศจากหลักกฎหมายและเหตุผลในการสนับสนุนแนววินิจฉัยดังกล่าวและเป็นการขยายขอบเขตความรับผิดชอบอาญาแก่นิติบุคคล ซึ่งเป็นการขัดต่อหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือขัดต่อหลักกฎหมายอาญามาตรา 2 ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยและเป็นการผิดนิติวิธีในทางกฎหมายอาญาตามระบบกฎหมายไทยอีกด้วย เพราะเมื่อประเทศไทยเป็นระบบชีวิตล่อว์การวินิจฉัยข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้นต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้หากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นความจำเป็นที่จะต้องให้นิติบุคคลรับผิดชอบในทางอาญา ก็จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเป็นหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาว่าจะให้นิติบุคคลรับผิดชอบในกรณีใดบ้าง และกำหนดโทษ โดยเฉพาะแก่นิติบุคคลด้วยนั่นเอง

อนึ่งนอกจากศาลจะต้องยึดถือบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลักในการวินิจฉัยตัดสินพิพากษาคดีแล้ว ศาลจะนำสิ่งอื่นที่ไม่ใช่บทบัญญัติในประมวล

กฎหมายอาญามาวินิจฉัยตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษไม่ได้ กล่าวคือ จะใช้จารีตประเพณี คำพิพากษา บทกฎหมายใกล้เคียง หรือ หลักกฎหมายทั่วไป มาตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษไม่ได้ แต่อาจจะใช้ในทางอื่นที่เป็นคุณได้¹³⁹ การใช้จารีตประเพณีในทางที่เป็นคุณ เช่น การชกมวยบนเวทีโดยถูกต้องตามกติกา แม้ว่าจะทำให้คู่ชกบาดเจ็บก็ไม่มีผิด กล่าวคือ สามารถอ้างจารีตประเพณีมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้พ้นผิดได้ แม้ว่าจารีตประเพณีจะไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตามก็สามารถอ้างได้ไม่ขัดต่อหลักในมาตรา 2 ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ หลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege”¹⁴⁰ หรือการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางที่เป็นคุณ เช่น ในเรื่องของ ความยินยอมของผู้เสียหาย แม้ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่บัญญัติให้ ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็น เหตุให้ผู้กระทำความผิดสามารถทำได้ แต่ก็มีหลักกฎหมายทั่วไปในทางกฎหมายรวมทั้งในกฎหมายอาญาด้วย คือ หลัก “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด” (Volenti non fit injuria) ดังนี้ในทางคำรุกรกฎหมายอาญาจึงยอมรับและอธิบายว่า ความยินยอมของ ผู้เสียหาย เป็น เหตุให้ผู้กระทำความผิดทำได้¹⁴¹ เหตุหนึ่ง ซึ่ง ความยินยอมในกรณีนี้ ศาลฎีกาได้เคยวางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ 1403 / 2508 ดังนี้ “มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอม นั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” ดังนี้จะเห็นว่าความยินยอมที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดทำได้ แม้ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็สามารถอ้างได้ไม่ขัดต่อหลักในมาตรา 2 ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือ หลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege”¹⁴² อย่างไรก็ตามความยินยอมประเภทนี้ต้องประกอบด้วย¹⁴³ 1. กรณีต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลสามารถสละได้ กล่าวคือ เป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี 2. กรณีต้องไม่มีข้อบกพร่องในการให้ความยินยอม กล่าวคือ เป็นความยินยอมอันบริสุทธิ์แท้จริง และเกิดขึ้นโดยสมัครใจ 3. กรณีต้องเป็นเรื่องของความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น

¹³⁹ คณิต ฌ นคร. การตีความกฎหมายอาญา. หน้า 225 และ 229.

¹⁴⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2546). หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 85.

¹⁴¹ คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 203-208.

¹⁴² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา 1. หน้า 390-391.

¹⁴³ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 205.

อนึ่งที่กล่าวมานี้เป็นเรื่อง ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุ ที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่บัญญัติให้ ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ มิใช่เรื่อง ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด¹⁴⁴ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ตาม มาตรา 334 คำว่า “เอาไป” เป็นองค์ประกอบภายนอก หมายความว่า พาทรัพย์เคลื่อนที่ไปจากการ ครอบครองของผู้อื่น จึงต้องมีการกระทำเป็นสองประการ คือ แย่งการครอบครองประการหนึ่ง และ พาเคลื่อนที่ไปอีกประการหนึ่ง ดังนั้นการเอาทรัพย์ไปโดยผู้ครอบครองอนุญาตไม่เป็นการแย่งการ ครอบครอง¹⁴⁵

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า โดยเนื้อหาของหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา หรือ หลักประกันใน กฎหมายอาญา” นี้ถือเป็นหลักกฎหมายอาญาที่สำคัญและถือเป็นนิติวิธีที่สำคัญที่สุดในทางกฎหมาย อาญา และผลของหลักดังกล่าวนี้ส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม อย่างเคร่งครัด¹⁴⁶

4.2 การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศไทย

4.2.1 ประวัติความเป็นมาของการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย¹⁴⁷

สำหรับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย ประเทศไทยได้รับเอาแนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศตะวันตกเข้ามาทั้ง 2 ระบบ ทั้งระบบคอมมอนลอว์และ ระบบซีวิลลอว์ซึ่งทำให้มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย

ในการรับเอาแนวความคิดของการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบ คอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์เข้ามานี้สามารถอธิบายตามลำดับได้ดังนี้

¹⁴⁴ คณิศ ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 204. และ กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2523). ความยินยอมในกฎหมายอาญา. หน้า 165.

¹⁴⁵ จิตติ ดิงศักดิ์. (2539). กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (พิมพ์ครั้งที่ 5). หน้า 2282.

¹⁴⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา *Principe de la legalite criminelle* รวบรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์. หน้า 14-15.

¹⁴⁷ รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล. อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาของไทย. หน้า 35-59 และ 109-110.

1) สมัยก่อนใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ประเทศไทยรับแนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์ โดยได้รับมาเป็นเรื่องๆ หรือ เรียกว่า “Piecemeal” มาอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาเป็นเรื่องๆ ซึ่งในขณะนั้นยังไม่ได้อธิบายเป็น โครงสร้างความผิดอาญา

2) สมัยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ใช้บังคับ

ประเทศไทยรับแนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาทั้ง 2 ระบบเลยทีเดียว คือ ระบบคอมมอนลอว์ และระบบซีวิลลอว์ ซึ่งสามารถแยกได้ดังนี้

(1) ในระบบคอมมอนลอว์ ลักษณะการรับแนวความคิด ได้รับเข้ามาเป็นเรื่องๆ เช่นเดียวกับที่รับในสมัยก่อนใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เช่นกัน และอีกทางหนึ่งเป็นการรับเข้ามาโดยทางโรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นการนำหลักกฎหมายอังกฤษเข้ามาสอนใน โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม การรับทางนี้ถือได้ว่ามีผลทำให้หลักกฎหมายอังกฤษเข้ามามีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยความผิดอาญาไทยอย่างมาก โดยเฉพาะคำสอนของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งในการวินิจฉัยความผิดอาญาในสมัยนี้ ได้มีการนำหลักกฎหมายของระบบ Common Law มาอธิบาย ใน 2 ลักษณะ คือ ส่วนใหญ่จะอธิบายในลักษณะเป็นเรื่องๆ ไม่ได้อธิบายเป็น โครงสร้างความผิดอาญา แต่ก็มีส่วนที่อธิบายในลักษณะเป็น โครงสร้างความผิดอาญา

(2) ในระบบซีวิลลอว์ การรับแนวความคิดของระบบซีวิลลอว์ จะรับมาใน 2 ลักษณะคือ ในการเลือกใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ แทนระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในการบัญญัติกฎหมาย และจากนักกฎหมายที่ได้ไปศึกษากฎหมายมาจากประเทศในภาคพื้นยุโรป และนำแนวความคิดของระบบซีวิลลอว์มาเผยแพร่ ทั้งโครงสร้างการวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี สำหรับ โครงสร้างความผิดอาญาในระบบซีวิลลอว์ ในสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส ก็จะเป็นโครงสร้างตามแนวดั้งเดิม ซึ่งมีทั้งนำมาสอนในลักษณะเป็น โครงสร้างความผิดอาญาเลยก็มี และนำมาสอนเป็นส่วนๆ ก็มี แต่สำหรับ โครงสร้างของประเทศเยอรมนีที่นำมาสอนกัน จะนำมาสอนเป็น โครงสร้างเลยทีเดียว โดยได้สอนตามทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausalitat) ซึ่งผู้ที่นำมาสอนก็คือศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัยนั่นเอง

(3) สมัยปัจจุบันหรือสมัยประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันใช้บังคับ ประเทศไทยยังคงนำแนวความคิดของทั้ง 2 ระบบมาใช้ในการวินิจฉัยความผิดอาญาอยู่ แต่ในยุคนี้ได้เริ่มมีการนำทั้ง 2 แนวความคิดนี้ไปพัฒนา และผสมผสานกัน แต่สำหรับระบบคอมมอนลอว์

นักกฎหมายที่อธิบายตามระบบนี้เริ่มน้อยลง อาจเป็นเพราะในสมัยนี้เริ่มมีการยอมรับว่าระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบซีวิลลอว์นั่นเอง และในระบบซีวิลลอว์ก็ได้มีการนำแนวความคิดใหม่ๆ ของระบบซีวิลลอว์มาอธิบาย กล่าวคือ การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส เริ่มมีการอธิบายตามแนวใหม่ และสำหรับการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศเยอรมนีก็ได้มีการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finalitat) แทนการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausalitat) นอกจากนี้คำอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาของทั้ง 2 ระบบนี้แล้วยังได้มีการนำเอาแนวความคิดของการวินิจฉัยความผิดอาญาทั้งสองระบบดังกล่าวมาผสมผสานกันจนเกิดเป็นแนวความคิดการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานสำหรับรายละเอียดของการวินิจฉัยความผิดอาญาในสมัยประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันใช้บังคับนี้โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 4.2.2 การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศไทย ซึ่งเป็นหัวข้อต่อไป

4.2.2 การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศไทย

การวินิจฉัยความผิดอาญาที่นำมาอธิบายดังต่อไปนี้เป็นการวินิจฉัยความผิดอาญาในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบันบังคับใช้ ซึ่งมีดังต่อไปนี้

- 1) การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์
- 2) การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์
 - (1) การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส
 - (2) การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน
- 3) การวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน

1) การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีนักกฎหมายได้นำเอาแนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาดังกล่าวมาอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย คือ อาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร¹⁴⁸ ซึ่งท่านได้นำเอาหลัก Mens rea มาอธิบายเรื่อง เจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย โดยท่านได้อธิบายว่า “เจตนา เป็นเรื่องยาก แต่ถ้าจะพิจารณาถึงหลักสากลแล้วมาเทียบกับประมวลกฎหมายอาญา ทำความคิดเป็น

¹⁴⁸ พิพัฒน์ จักรางกูร. (2540). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 220-391. ในคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ของท่านอาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร นี้ท่านได้เรียบเรียงคำอธิบายของท่านจากแนวคำบรรยายของพระยารรณการีย์นพน์ ซึ่งพระยารรณการีย์นพน์ ท่านได้อธิบายว่า “เจตนา” คือ การกระทำโดยตั้งใจและโดยมีเจตนาร้าย (mens rea) ซึ่งก็เป็นทำนองเดียวกับ “การกระทำโดยตั้งใจ” และ “ประสงค์ต่อผล” นั่นเอง พระยารรณการีย์นพน์. (2485). กฎหมายอาญาพิศดารว่าด้วยความรับผิดชอบบุคคลในทางอาญา. หน้า 46-51.

ตอนๆ ก็จะทำความเข้าใจได้ดียิ่งขึ้น และกล่าวว่า หลักสากลคือ Mens rea หรือ guilty intention และกล่าวต่อไปอีกว่าประมวลกฎหมายอาญาของเราไม่ได้บอกว่า Mens rea แต่พูดถึงประสงค์ต่อผล หรือยอมถึงเห็นผล ซึ่งก็คือหลักอย่างเดียวกับหลักสากลนั่นเอง”

อีกท่านหนึ่งคือ อาจารย์สง่า ลินะสมิต ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาของ อาจารย์สง่า ลินะสมิต ซึ่งท่านได้อธิบายไว้ดังนี้¹⁴⁹

ความรับผิดชอบในทางอาญาแบ่งเป็นส่วนๆ ได้ดังนี้

- (1) ส่วนการกระทำและงดเว้นการกระทำ
- (2) ส่วนการกระทำโดยเจตนาและโดยประมาท
- (3) ส่วนความผิดฐานพยายาม
- (4) ส่วนความผิดที่เป็นไปไม่ได้
- (5) เหตุที่เปลี่ยนแปลงความรับผิดชอบ ได้แก่

ก. เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ได้แก่ 1. การกระทำเพื่อป้องกัน 2. กฎหมายให้อำนาจกระทำได้ 3. ความยินยอมของผู้เสียหาย

ข. เหตุยกเว้นและลดหย่อนอาญา ได้แก่ 1. วิกลจริต 2. ความมึนเมา 3. ความจำเป็น 4. กระทำตามคำสั่ง 5. ความเป็นญาติและสามีภริยา 6. ชั่วโทษ 7. ความอ่อนอายุ 8. เหตุบรรเทาโทษ

- (6) การร่วมกระทำความผิดด้วยกัน

ในการอธิบายส่วนของการกระทำ และงดเว้นการกระทำ ท่านอธิบายว่าเป็น Actus reus และในส่วนของการกระทำโดยเจตนาและประมาท ท่านอธิบายว่าเป็น Mens rea หรือเจตนาร้าย ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์

2) การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์

การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมาย ซีวิลลอว์ มีนักกฎหมายได้นำเอาแนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาอธิบาย 2 ทฤษฎี คือ (1) ตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส และ (2) ตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

(1) การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส

นักกฎหมายที่ได้นำเอาแนวความคิดทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสมาอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยคือ ศาสตราจารย์วิจิตร

¹⁴⁹ สง่า ลินะสมิต. (2518). กฎหมายอาญาล่ม 2. หน้า 30-187.

ลูดีตานนท์¹⁵⁰ ศาสตราจารย์ ดร.โกเมน ภัทรภิรมย์¹⁵¹ และศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ภักย์ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวความคิดของ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ภักย์ ซึ่งท่านได้อธิบายไว้ดังนี้¹⁵²

สาระสำคัญของความผิดประกอบด้วย

- ก. สาระสำคัญทางกฎหมาย
- ข. สาระสำคัญทางการกระทำ
- ค. สาระสำคัญทางจิตใจ

นอกจากนี้ท่านได้อธิบายถึง เหตุยกเว้นความรับผิด ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาว่าความรับผิดในทางอาญาอาจไม่เกิดขึ้นหรือมีเหตุยกเว้นหรือลดหย่อนลงได้ โดยกฎหมายถือว่าการกระทำไม่เป็นความผิดหรือเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้นหรือลดโทษโดยเหตุผลต่างๆ กันเหตุยกเว้นความรับผิด มีดังนี้

1. การกระทำไม่เป็นความผิด
2. เหตุยกเว้นโทษ
3. เหตุลดหย่อนความรับผิด

ในรายละเอียดสาระสำคัญของความผิดแต่ละข้อพอสรุปได้ดังนี้

ก. สาระสำคัญทางกฎหมาย ท่านได้อธิบายถึงหลัก ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena sine lege) หรือหลักในมาตรา 2 และมาตรา 3 เป็นหลัก และท่านได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ ในประมวลกฎหมายอาญาไทย ได้แก่ หลักการใช้การตีความ , หลักและข้อจำกัดเรื่องเวลา , พื้นที่ , (หลักดินแดน , หลักอำนาจลงโทษสากล , หลักบุคคล, คำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ)

ข. สาระสำคัญทางการกระทำ ท่านได้อธิบายถึง การกระทำโดยกระทำ และการกระทำโดยไม่กระทำ

ในส่วนของการอธิบายการกระทำโดยกระทำนั้น ท่านได้อธิบายไปถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลด้วย

ในส่วนของการอธิบายการกระทำโดยไม่กระทำนั้น ท่านได้อธิบายถึงการละเว้นการกระทำ กับการงดเว้นการกระทำด้วย

¹⁵⁰ วิจิตร ลูดีตานนท์. (2507). กฎหมายอาญา (ภาค 1) (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 79-85, 105-107.

¹⁵¹ โกเมน ภัทรภิรมย์. (2542). คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส. หน้า 1-2.

¹⁵² จิตติ ดิงส์ภักย์. (2529). กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8). หน้า 32-295, 709-838, 838-910, 911-1013.

ค. สาระสำคัญทางจิตใจ ท่านได้อธิบายถึง เจตนา, ความรู้ข้อเท็จจริง, ความสำคัญผิด (สำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำ, กระทำผิดตัวโดยสำคัญผิด กระทำผิดตัวโดยพลาด, ความไม่รู้กฎหมาย), มูลเหตุจูงใจ, ประมาท, ความคิดที่ไม่ต้องมีเจตนา ในส่วนของ เหตุยกเว้นความรับผิด ท่านได้อธิบายไว้ดังนี้

1. การกระทำไม่เป็นความผิด ท่านได้อธิบายถึง เหตุยกเว้นความผิดว่า เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ได้แก่ ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมาย (การกระทำโดยป้องกัน, อำนาจอื่นๆ คือมีกฎหมายอื่นให้อำนาจบุคคลกระทำการบางอย่างได้ซึ่งมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้), ความยินยอมของผู้เสียหาย (ความผิดที่ความยินยอมของผู้เสียหายยกเว้นได้, หลักเกณฑ์ของความยินยอม), การล่อให้กระทำความผิด, ผู้ที่เข้าพนักงานกันไว้เป็นพยาน

2. เหตุยกเว้นโทษ ท่านได้อธิบายถึง เหตุยกเว้นโทษว่า การกระทำเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ ได้แก่ วิกลจริต, ความมีนเมา, ความจำเป็น, คำสั่งของเจ้าพนักงาน

3. เหตุลดหย่อนความรับผิด ท่านได้อธิบายถึงเหตุลดหย่อนความรับผิดว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด และไม่ได้รับยกเว้นโทษ แต่กฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษให้ เว้นแต่ในบางกรณีโดยเฉพาะที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ทั้งหมด อาจเป็นกรณีลดมาตราส่วนโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นกรณีลดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดก็ได้ ได้แก่ ความสัมพันธ์ทางสมรสหรือญาติ, บันดาลโทษ, อายุน้อย, เหตุบรรเทาโทษ

(2) การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

นักกฎหมายที่นำเอาแนวความคิดทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมาอธิบาย การวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร และรองศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส¹⁵³ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวความคิดของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร ซึ่งท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาไว้ดังนี้¹⁵⁴

¹⁵³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 43-46.

¹⁵⁴ คณิต ฌ นคร. *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 00-99, 128-176, 177-217, 219-262, 100-108, 109-115.

ความผิดอาญาประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

- ก. การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- ข. ความผิดกฎหมาย
- ค. ความชั่ว

นอกจากนี้ท่านได้อธิบายต่อไปอีกว่า ในกฎหมายนอกจากจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดและโทษแล้ว ยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องหรือข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาด้วย บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องหรือข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา คือ

1. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวและเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว
2. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

รายละเอียดของสาระสำคัญแต่ละข้อพอสรุปได้ดังนี้

ก. การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ท่านได้อธิบายถึง องค์ประกอบของความผิด ว่าประกอบด้วย

1) องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ, การกระทำ, กรรมของการกระทำ, ผลของการกระทำและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล, องค์ประกอบภายนอกอื่น, คุณธรรมทางกฎหมาย

2) องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา, ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด (ความสำคัญผิดในกรรมของการกระทำ, การกระทำโดยพลาด, เจตนาเป็นการทั่วไป), ประมาท (โดยท่านได้แยกอธิบายเป็น โครงสร้างของความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท ซึ่งท่านได้อธิบายว่า ประมาทเป็นองค์ประกอบภายในอย่างหนึ่งนอกเหนือจากเจตนา)

ข. ความผิดกฎหมาย ท่านได้อธิบายว่า ในความผิดแต่ละฐานมีปทัสฐานที่เป็นข้อห้ามอยู่เบื้องหลังเสมอ หากได้กระทำความผิดขึ้นเท่ากับแสดงให้เห็นถึงความผิดปทัสฐานของการกระทำ แต่การกระทำที่ผิดปทัสฐานมิได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเสมอไป เพราะในบางกรณีในการกระทำนั้นอาจมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ ซึ่งทำให้การกระทำที่ผิดปทัสฐาน กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเราเรียกว่า เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ได้แก่ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย, ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย, เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายแพ่ง, ความยินยอมของผู้เสียหาย, ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้, การใช้อำนาจรัฐ

ค. ความชั่ว ท่านได้อธิบายว่า ความชั่ว ในที่นี้ไม่ได้หมายถึงความชั่วในเรื่องการฝ่าฝืนศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมของสังคม แต่เป็นการพิจารณาทางอัตตะวิสัย (Subjective) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่กับการตัดสินใจในการกระทำนั้นของผู้กระทำในขณะนั้นว่าเขาเป็นผู้ที่มีความรู้ผิดชอบหรือรู้จักแยกแยะว่าอะไรผิดอะไรถูกและหากเป็นผู้ที่มีสติ ย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการอันใดเป็นการผิดกฎหมายลงไปแล้วจึงต้องถูกดำเนินจากสังคมและเป็นการกระทำที่ดำเนินได้ ดังนี้ ความชั่ว จึงหมายถึง การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง ได้แก่ ความสามารถในการทำชั่ว, ความสำคัญผิดในความผิดกฎหมาย, เหตุที่กฎหมายให้อภัย, ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย, การทำตามคำสั่งที่มีขอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน, การป้องกันเกินเหตุ, ความสำคัญผิดในเหตุที่กฎหมายให้อภัย

สำหรับรับเหตุยกเว้น โทษเฉพาะตัวและเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ท่านได้อธิบายไว้ดังนี้

1. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงที่อยู่นอก

โครงสร้างความผิดอาญาและเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวแยกพิจารณาได้ 2 กรณี

1.1 เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว เช่น ความเป็นสามี ภรรยา

มาตรา 71 วรรค 1

1.2 เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว เช่น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด มาตรา 82, การถอนตัวจากการกระทำความผิดที่สำเร็จแล้ว มาตรา 182 และ 183

ในส่วนของเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ท่านอธิบายว่าเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศให้หนักขึ้น เพราะมีเหตุเฉพาะตัว ในทางนิติบัญญัติกระทำได้ โดยการบัญญัติให้เป็นฐานความผิดเป็นการเฉพาะ หรือบัญญัติให้เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว สำหรับประเทศไทยกระทำโดยการบัญญัติให้เป็นเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว ตามมาตรา 285

สำหรับเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย ท่านได้อธิบายไว้ดังนี้

2. เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดนั้น แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญา

ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการลงโทษทางภาวะวิสัยนี้เป็นสิ่งที่จำเป็นต้องมี มิฉะนั้นแล้วจะลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนั้นไม่ได้ เช่น คำว่า ซึ่งมีสัมพันธไมตรี มาตรา 130, ในการปฏิบัติกรตามหน้าที่ มาตรา 138, ในความผิดฐานปล้นทรัพย์ตามมาตรา 340 วรรค 2 เป็นต้น

(3) การวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน

นักกฎหมายที่ได้้นำเอาการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานมาอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยคือ ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ¹⁵⁵ และรองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล¹⁵⁶ ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวความคิดของ ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์¹⁵⁷ ซึ่งท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาไว้ดังนี้

บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาเมื่อ

- ก. การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- ข. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
- ค. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

นอกจากนี้ท่านยังได้อธิบายถึง ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งเป็นเรื่องของเหตุที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง ซึ่งท่านเรียกว่า “เหตุผลโทษ” รายละเอียดของสาระสำคัญแต่ละข้อสรุปได้ดังนี้

ก. การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ท่านอธิบายถึงการกระทำ (มีการกระทำ, การกระทำโดยดเว้น, การกระทำโดยละเว้น), การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดเรื่องนั้นๆ (ผู้กระทำ, การกระทำ, วัตถุแห่งการกระทำ), การกระทำครบองค์ประกอบภายในของความผิดเรื่องนั้นๆ (เจตนา, การสำคัญผิดในตัวบุคคล, การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง, การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงโดยประมาท, การกระทำโดยพลาด, ประมาท, ไม่เจตนาไม่ประมาท, ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล)

¹⁵⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2540). กฎหมายอาญาหลักและปัญหา (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 8-11.

¹⁵⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2539). คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 11-16.

¹⁵⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 77-85, 85-335, 336-395, 396-446, 447-490.

ข. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ท่านอธิบายถึง การกระทำที่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา กฎหมายยกเว้นความผิดมีผลให้ผู้กระทำ ไม่มี ความผิด ได้แก่ ป้องกัน, ความยินยอม, กฎหมายยกเว้นความผิดที่มีได้บัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร, กฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ, กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ค. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ท่านอธิบายว่าแม้การกระทำครบข้อสาระสำคัญสองประการแล้วก็ได้ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเสมอไปเพราะอาจมีกฎหมายยกเว้นโทษให้ ได้แก่ การกระทำโดยจำเป็น, เหตุยกเว้นโทษอื่นๆ ตามประมวลกฎหมายอาญา(การกระทำผิดของเด็กอายุไม่เกิน 14 ปี, การกระทำผิดของคนวิกลจริต, การทำความผิดของผู้มีนเมา, การทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบของเจ้าพนักงาน, การทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางความผิดระหว่างสามีภรรยา), เหตุยกเว้นโทษพิเศษ ผู้กระทำถูกล่อให้ทำความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทน

และท่านได้อธิบายถึง เหตุลดโทษว่า เป็นเรื่องของเหตุที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง ได้แก่ เหตุลดโทษทั่วไป (ความไม่รู้กฎหมาย, คนวิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง, คนมีนเมาซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง, ป้องกัน จำเป็นเกินขอบเขต, การทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางมาตราระหว่างญาติสนิท, ผู้ทำความผิดอายุกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปีหรือเกิน 17 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี, เหตุบรรเทาโทษ, บันดาลโทษ)

4.2.3 วิเคราะห์การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศไทย

การวิเคราะห์ถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศไทยในในหัวข้อนี้จะเป็นการวิเคราะห์ถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาที่นักกฎหมายต่างได้นำมาอธิบายเพื่อวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาใดที่นักกฎหมายนำมาอธิบายนั้นมีความสมบูรณ์และเหมาะสมกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย

การวินิจฉัยความผิดอาญาที่นักกฎหมายได้นำมาอธิบายนั้น โดยมากเป็นการจัดลำดับการวินิจฉัยความผิดอาญาในรูปแบบของ “โครงสร้างความผิดอาญา” (Structure of crime)

การค้นหา “โครงสร้างความผิดอาญา” คือ การค้นหาความเหมือนกันของความผิดอาญาฐานต่างๆ ที่บัญญัติแตกต่างกันนั้น¹⁵⁸

¹⁵⁸ คณิต ฅ นคร. ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. หน้า 222.

โครงสร้างความคิดอาญาเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากในกฎหมายอาญา เพราะเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเป็นศาสตร์ของกฎหมายอาญา และยังก่อให้เกิดประโยชน์ในการวินิจฉัยความคิดอาญาในทางปฏิบัติด้วย

การค้นหาคำความถูกต้องในทางระบบ โครงสร้างความคิดอาญา นักนิติศาสตร์มักประสบปัญหา 2 ประการ¹⁵⁹ คือ

- 1) นักนิติศาสตร์ต้องกำหนดคกฏเกณฑ์จากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นอาจมีความขัดแย้งหรือมีระบบที่แตกต่างกันในตัวเองได้
- 2) ในการกำหนดคกฏเกณฑ์นั้นนักนิติศาสตร์ไม่เพียงแต่แสดงให้เห็นถึงความถูกต้องของระบบ แต่ต้องให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติด้วย กล่าวคือ จะต้องเปิดช่องให้เกิดคำวินิจฉัยที่เป็นที่ยอมรับด้วย

ดังนั้นในการวิเคราะห์ว่าการวินิจฉัยความคิดอาญาหรือโครงสร้างความคิดอาญาใดที่มีความสมบูรณ์และเหมาะสมกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย จึงต้องกำหนดคกฏเกณฑ์จากประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้เป็นหลัก

ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ว่าด้วย บทบัญญัติทั่วไป กล่าวถึง บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป อันได้แก่ บทนิยาม การใช้กฎหมายอาญา โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ความรับผิดชอบในทางอาญา การพยายามกระทำความผิด ตัวการและผู้สนับสนุน การกระทำความผิดหลายบทหรือหลายกระทง การกระทำความผิดอีก และอายุความ และบทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดลหุโทษ ซึ่งเป็นการวางโครงสร้างอย่างหนึ่ง แต่ในโครงสร้างดังกล่าวมิได้แสดงให้เห็นโดยตรงถึง “โครงสร้างความคิดอาญา”¹⁶⁰

ส่วนในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ว่าด้วยความผิด และภาค 3 ว่าด้วยความผิดลหุโทษ นั้นเป็นบทบัญญัติที่วางรูปแบบของความคิดอาญา คือ เป็นการบัญญัติให้เห็นว่า ความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษนั้นต้องบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมาย

ดังนั้นการที่จะวิเคราะห์ค้นหาคำวินิจฉัยความคิดอาญาหรือ โครงสร้างความคิดอาญาจึงต้องพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาทั้ง 3 ภาครวมกันไปเพื่อที่จะค้นหาคำความเหมือนกันของความคิดอาญาฐานต่างๆ ที่บัญญัติไว้แตกต่างกันนั้นว่ามีความเหมือนกันอย่างไร

อนึ่ง โดยที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่จัดอยู่ในระบบซีวิลลอว์ ดังนั้นในด้านกฎหมายอาญาจึงต้องยึดถือหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege” เป็นสำคัญ ซึ่งหลัก

¹⁵⁹ คณิต ฅ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 86-87.

¹⁶⁰ คณิต ฅ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 86.

ดังกล่าวนี้¹⁶¹ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้

กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ดังนั้นความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษนั้นจะต้องบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำที่เป็นความผิดอาญาและต้องลงโทษนั้นต้องบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย

และโดยพื้นฐานการบัญญัติกฎหมายอาญาจะมีอยู่ 2 ระบบ¹⁶¹ คือ กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ และกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำ และกฎหมายอาญาของไทยเราปัจจุบันเป็นกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำ กล่าวคือ กรณีใดจะเป็นความผิดอาญากฎหมายจะกำหนดโดย “การกระทำ” อย่างไรก็ตามในกฎหมายอาญาของไทยบางกรณีกฎหมายก็ได้บัญญัติโดยคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย และภายในกรอบของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น กรณีก็จะทำให้ความผิดฐานนั้นมีลักษณะเป็น กฎหมายอาญาบนพื้นฐานของผู้กระทำ รวมอยู่ด้วย กล่าวคือกรณีใดที่จำเป็นต้องกล่าวถึงพฤติกรรมของผู้กระทำผิดกฎหมายจะกล่าวไว้เป็นการเฉพาะในบทบัญญัติความผิดฐานนั้น เช่น ความผิดฐานประพฤติดนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พัก ที่ซ่อนเร้นหรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ตามมาตรา 214 วรรคหนึ่ง เป็นต้น

ฉะนั้น เมื่อกฎหมายอาญาของไทยเป็นระบบ “กฎหมายอาญาบนพื้นฐานการของกระทำ” ดังนั้นจะเห็นว่ารูปแบบของบทบัญญัติก็จะบัญญัติโดยกล่าวถึง “การกระทำ” ที่เป็นความผิดอาญาและกำหนดโทษสำหรับ “การกระทำ” ที่เป็นความผิดอาญานั้นไว้ด้วยการบัญญัติโดยกล่าวถึง “การกระทำ” ที่เป็นความผิดอาญาและกำหนดโทษสำหรับ “การกระทำ” ที่เป็นความผิดอาญานั้นก็เป็นที่ไปตามหลักมาตรา 2 นั้นเอง

และเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 หมวด 4 เป็นเรื่องของความรับผิดชอบทางอาญา จะเห็นว่าในมาตรา 59 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา” จะเห็นว่าเป็นการที่กฎหมายบัญญัติวางหลักความรับผิดชอบในทางอาญาในส่วนภายใน (Subjective) ไว้¹⁶² กล่าวคือ การที่บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญานั้นนอกจากมี “การกระทำ” ที่เป็นความผิดตามรูปแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว “การกระทำ” ของบุคคลนั้น

¹⁶¹ คณิต ฅ นคร.แหล่งเดิม. หน้า 39-40.

¹⁶² คณิต ฅ นคร.แหล่งเดิม. หน้า 159.

ต้องเป็นการกระทำโดย “เจตนา” ด้วยนั่นเอง ส่วนประมาท หรือ ไม่มีเจตนา นั้นเป็นข้อยกเว้น ดังนั้น เราจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาในส่วนที่เป็นรูปแบบของบทบัญญัติว่าการกระทำใด จะเป็นความผิดอาญานั้นต้องประกอบด้วย “การกระทำ” และ “เจตนา” เป็นหลักเสมอ

ดังนั้นจึงเรียก “การกระทำ” และ “เจตนา” ว่าเป็นส่วน “องค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติในทางรูปแบบ” ซึ่งในส่วน “การกระทำ” เรียกว่า “องค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา” หรือเรียกสั้นๆ ว่า “องค์ประกอบภายนอก” และในส่วน “เจตนา” เรียกว่า “องค์ประกอบภายในของความผิดอาญา” หรือเรียกสั้นๆ ว่า “องค์ประกอบภายใน” ฉะนั้น “องค์ประกอบของความผิด” จึงสามารถแยกได้เป็น 1. องค์ประกอบภายนอก 2. องค์ประกอบภายใน

อย่างไรก็ตามในส่วน “องค์ประกอบของความผิดในทางรูปแบบ”¹⁶³ โดยเฉพาะในส่วน “องค์ประกอบภายนอก” หากได้มีแต่การกระทำไม่ “องค์ประกอบภายนอก” คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง เป็นสิ่งที่มีใช้ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด กล่าวคือ องค์ประกอบภายนอกของความผิดซึ่งเป็นเนื้อหาทางรูปแบบนั้นอย่างน้อยต้องมี “ผู้กระทำความผิด” และ “การกระทำ” นอกจากนี้ยังมี “กรรมของการกระทำ” “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” และในความผิดบางฐานอาจมี สิ่งที่เป็นส่วนพิเศษอื่น เช่น เวลา กลางคืน ในความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 335 (1) นอกจากนี้ยังรวมถึงคุณธรรมทางกฎหมายด้วย เช่น “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 คือ ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ซึ่งมี “ผู้กระทำ” คือ ผู้ใด “การกระทำ” คือ การฆ่าหรือการทำให้มนุษย์ผู้อื่นถึงแก่ความตาย “กรรมของการกระทำ” คือ มนุษย์ผู้อื่น “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” คือ ความตายซึ่งเป็นผลของการกระทำต้องสัมพันธ์กับการกระทำ คือการทำให้ตาย ส่วนคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ การคุ้มครองชีวิตมนุษย์ ดังนั้นเมื่อการกระทำของผู้ใดครบองค์ประกอบภายนอก การกระทำของผู้นั้นก็จะเป็น “การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติ”

ในส่วน “องค์ประกอบภายใน” คือ สิ่งโดยตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก คือหมายถึง สิ่งที่เป็นส่วนภายในตัวผู้กระทำความผิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง เช่น “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 คือ “เจตนา” ดังนั้นเมื่อการกระทำของผู้ใดครบองค์ประกอบภายใน การกระทำของผู้นั้นก็จะเป็น การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ และตามปกติ “การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ” จะต้องมีอยู่เสมอจึงจะเกิดความรับผิดในทางอาญาได้

ดังนั้นเราจะเห็นว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความคิดอาญาในส่วนแรกตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยคือ “องค์ประกอบของความผิด”

¹⁶³ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 130-133.

อย่างไรก็ตามการกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ยังไม่สามารถอธิบายได้ว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาและต้องรับโทษ เพราะการศึกษาโครงสร้างความผิดอาญาเป็นการศึกษาจาก “ความผิดอาญา” และ “โทษ”¹⁶⁴

ความผิดอาญา คือ การกระทำที่สมควรลงโทษ ผลของความผิดอาญาจึงมีว่า ผู้ใดทำชอย่อมลงโทษเขาไม่ได้ ฉะนั้น การกระทำที่เป็นความผิด หรือ ความผิดกฎหมาย จึงเป็นข้อสาระสำคัญประการหนึ่งของความผิดอาญา¹⁶⁵

ในความผิดกฎหมายมีความไม่ถูกต้องของการกระทำ หากกรณีใดที่การกระทำใดเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68 การกระทำนั้นย่อมไม่ “ผิดกฎหมาย” ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และเมื่อการกระทำไม่ผิดกฎหมายแล้วจะลงโทษสำหรับการกระทำนั้นไม่ได้

ความผิดกฎหมายมิได้มีเฉพาะในกฎหมายอาญาเท่านั้น แม้ในกฎหมายแพ่ง (ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น) หรือในกฎหมายปกครองก็มีเรื่อง ความผิดกฎหมาย เช่นเดียวกัน เช่น การที่ข้าราชการทำผิดวินัยก็เป็นการกระทำที่ ผิดกฎหมาย กรณีจึงอาจต้องลงโทษแก่ข้าราชการที่ได้กระทำผิดวินัย ดังนี้ “ความผิดกฎหมาย” ไม่ว่าจะในกฎหมายใดๆ ก็เป็นเรื่องเดียวกัน ซึ่งเป็นไปตาม “หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย” เหตุนี้ในการพิจารณาเรื่อง “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” จึงต้องพิจารณากฎหมายทั้งระบบ กล่าวคือ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไม่ว่าจะอยู่ในกฎหมายประเภทหรือลักษณะใดก็เป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ที่ใช้ในทางกฎหมายอาญาได้ด้วยทั้งสิ้น¹⁶⁶

ดังนี้ “ความผิดกฎหมาย” จึงเป็นข้อสาระสำคัญประการหนึ่งของการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญา

อย่างไรก็ตามเมื่อประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติขึ้นภายในระบบกฎหมายอาญาบนพื้นฐานของการกระทำเป็นหลัก การลงโทษจะผูกไว้โดยตรงกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่การที่จะลงโทษสำหรับการกระทำนั้นได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับว่า จะดำเนินผู้กระทำ

¹⁶⁴ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 91-92.

¹⁶⁵ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 92.

¹⁶⁶ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 179-180.

ความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้นได้หรือไม่¹⁶⁷ ดังนั้นหากไม่สามารถจะตำหนิผู้กระทำ ความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้นได้ เช่น การกระทำผิดโดยความจำเป็น ตามมาตรา 67 แม้ว่าการกระทำของเขจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายกรณีนี้กฎหมายก็จะยกเว้นโทษให้สำหรับการกระทำนั้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า “ความน่าตำหนิ” เป็นเรื่องของการพิจารณาว่า บุคคล ควรที่จะรับผิดทางอาญาหรือไม่ กล่าวคือ หากสามารถจะตำหนิผู้กระทำ ความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้นได้ บุคคลนั้นต้องรับผิดในทางอาญาก็คือ ต้องรับโทษ หากไม่สามารถจะ ตำหนิผู้กระทำ ความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้นได้ บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดในทาง อาญาก็คือ ไม่ต้องรับโทษ

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าในการวินิจฉัย “ความผิดอาญา” มีการพิจารณาเรื่อง “ความรับผิดทางอาญา” รวมเข้าไว้ในการกระทำที่เป็น “ความผิดอาญา” ด้วยเพราะ “ความผิด อาญา” คือ “การกระทำที่ควรลงโทษ” นั่นเอง

อนึ่ง บางกรณีแม้ว่าสามารถจะตำหนิผู้กระทำ ความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้นได้ แต่ก็ไม่ลงโทษผู้กระทำ ความผิดเพราะมีเหตุผลเนื่องจากเป็นนโยบายทาง อาญา เช่น กรณีมาตรา 71 วรรคหนึ่ง “การกระทำ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางความผิดระหว่าง สามัญริยา” ดังนั้นเพื่อรักษาความสัมพันธ์และความสงบสุขในครอบครัวมิให้สถาบันครอบครัวต้อง แดกแยกเนื่องจากการลงโทษคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กรณีเช่นนี้กฎหมายอาญาก็ ยกเว้นโทษเฉพาะ ตัว ให้แก่ผู้กระทำ ความผิดนั้น¹⁶⁸

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายอาญาของไทยแม้จะมีได้ลำดับถึง การวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้าง ความผิดอาญาไว้ แต่ก็สามารถอธิบายถึงลำดับของการ วินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้าง ความผิดอาญาจากประมวลกฎหมายอาญาได้ดังนี้

(1) องค์ประกอบของความผิด เพราะองค์ประกอบของความผิดเป็น เรื่องของการบัญญัติถึง การกระทำที่กฎหมายเห็นว่าเป็นความผิดและประสงค์จะลงโทษ กล่าวคือ เป็นการบัญญัติให้เห็นว่าความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษนั้นต้องบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมาย

(2) ความผิดกฎหมาย เพราะความผิดกฎหมาย เป็นเรื่องที่พิจารณาว่า การกระทำที่ผู้กระทำ ได้กระทำไปนั้นมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้อยู่หรือไม่ ซึ่งหากมีเหตุที่ กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ก็จะทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย กล่าวคือ ทำให้การ กระทำนั้นกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากปรากฏว่าไม่มีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้

¹⁶⁷ คณิต ฒ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 39.

¹⁶⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. หน้า 27-28.

ทำได้ปรากฏอยู่ก็จะทำให้การกระทำนั้นผิดกฎหมาย แต่จะลงโทษการกระทำนั้นได้หรือไม่ต้องไปพิจารณา ความน่าตำหนิของการกระทำด้วย

ดังนี้ “เหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้” ที่ทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนี้เรียกว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้”

(3) ความน่าตำหนิ เพราะความน่าตำหนิ เป็นเรื่องของการพิจารณาความรับผิดชอบในทางอาญา กล่าวคือ ความน่าตำหนิเป็นเรื่องของการกระทำที่ยังผิดกฎหมายอยู่ เพียงแต่สามารถจะตำหนิผู้กระทำผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้นได้หรือไม่เท่านั้น หากตำหนิได้การกระทำเป็นความผิดอาญาและต้องรับโทษ หากตำหนิไม่ได้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญากฎหมายจึงยกเว้นโทษให้สำหรับการกระทำนั้น¹⁶⁹

อย่างไรก็ตามที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นการอธิบายเรื่องลำดับของการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างของตัวความผิดอาญา (Structure of Crime) ว่าใน “ความผิดอาญา (Crime)” ต้องประกอบด้วยอะไรบ้าง โดยอธิบายจากพื้นฐานในการบัญญัติกฎหมายอาญา และอธิบายจากประมวลกฎหมายอาญาประกอบกันไป

ดังนั้นหากลองพิจารณาถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่มีนักกฎหมายได้นำเอาแนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาดังกล่าวมาอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย คือ อาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร¹⁷⁰ ซึ่งท่านได้นำเอาหลัก Mens rea มาอธิบายเรื่อง เจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย โดยท่านได้อธิบายว่า “เจตนาเป็นเรื่องยาก แต่ถ้าจะพิจารณาถึงหลักสากลแล้วมาเทียบกับประมวลกฎหมายอาญา ทำความคิดเป็นตอนๆ ก็จะทำความเข้าใจได้ดียิ่งขึ้น และกล่าวว่า หลักสากลคือ Mens rea หรือ guilty intention และกล่าวต่อไปอีกว่าประมวลกฎหมายอาญาของเราไม่ได้บอกว่าเป็น Mens rea แต่พูดถึงประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล ซึ่งก็คือหลักอย่างเดียวกับหลักสากลนั่นเอง

¹⁶⁹ ในเรื่อง “ความน่าตำหนิ” นี้ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ มีความเห็นว่า ความน่าตำหนิเป็นส่วนหนึ่งของเหตุยกเว้นโทษที่มีอยู่หลายๆ อย่าง บางอย่างก็ยกเว้นโทษให้ทั้งๆ ที่มีความชั่ว (ความน่าตำหนิ) เช่น การกระทำผิดระหว่างสามีภรรยา ซึ่งมีความชั่วอยู่เต็มเปี่ยมแต่เข้านโยบายทางอาญาจึงยกเว้นโทษให้ ดังนั้นการจำกัดเหตุยกเว้นโทษไว้แต่เพียงเรื่องความชั่ว (ความน่าตำหนิ) โดยกล่าวว่านโยบายทางอาญาเป็นเรื่องที่อยู่นอกโครงสร้างนั้นน่าจะไม่ได้ถูกต้อง ดังนั้น จึงควรใช้คำว่า “เหตุยกเว้นโทษ” มากกว่าคำว่า “น่าตำหนิ” หรือ “ความชั่ว” ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเพียงเหตุเดียวมาเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา รายละเอียดโปรดดู ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ.(2542). “ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29, ฉบับที่ 4. หน้า 636 – 638.

¹⁷⁰ พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 220–391.

อีกท่านหนึ่งคือ อาจารย์สง่า ลีนะสมิต ในการอธิบายส่วนของการกระทำ และงดเว้นการกระทำ ท่านอธิบายว่าเป็น Actus reus และในส่วนของการกระทำโดยเจตนา และประมาท ท่านอธิบายว่าเป็น Mens rea หรือ เจตนาร้าย ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์

ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบในกฎหมายไทยพบว่า Actus Reus ก็คือเรื่ององค์ประกอบภายนอกเหมือนกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย แต่การจะลงโทษผู้กระทำได้นั้นต้องปรากฏว่า ผู้นั้นได้กระทำโดยมี Mens rea หรือมีเจตนาร้ายด้วย ซึ่งก็คือเรื่ององค์ประกอบภายใน ดังนั้นเมื่อเทียบกับการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาของไทย ก็คือเรื่ององค์ประกอบของความผิด ตามการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาในข้อแรกของไทยเท่านั้น ดังนั้นการวินิจฉัยความผิดอาญา หรือโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีระบบคอมมอนลอว์จึงขาดความสมบูรณ์ที่จะนำมาวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

และในเรื่องของ Mens Rea มีนัยที่กว้างกว่าเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยกล่าวคือ Mens Rea หมายถึง เจตนา (Intention), การละเลย (Reckless) หรือประมาทโดยจงใจ, การประมาท (Negligence), การประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence), โดยรู้ (Know ledge), การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless inadvertence)

ปัญหาจึงมีว่า Mens Rea หรือเจตนาร้ายกับเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 ของไทยมีความหมายอย่างเดียวกันหรือไม่ ในประเด็นนี้จากการศึกษาค้นคว้าเปรียบเทียบพบว่า Mens Rea ไม่ใช่เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา เพราะเจตนาในประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นเป็นความหมายของเจตนาในเรื่องการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล มีลักษณะเป็นบททั่วไปเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่า เป็นเจตนาดีหรือเจตนาร้ายแต่ประการใด ดังนั้น Mens Rea ในระบบคอมมอนลอว์ จึงไม่สอดคล้องกับเจตนาตามที่มีบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ให้ไว้ อีกทั้ง Mens Rea ในระบบคอมมอนลอว์ยังหมายรวมถึงประมาทด้วย ซึ่งกรณีความผิดเกี่ยวกับประมาทในประมวลกฎหมายอาญานั้นมีกฎหมายบัญญัติให้รับผิดแยกต่างหาก¹⁷¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหลัก Mens Rea ไม่มีในระบบกฎหมายไทยเรา ฉะนั้นการนำเอาหลักนี้มาอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยจึงไม่ถูกต้อง

และในส่วนองแนวความคิดของทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสที่นักกฎหมายนำมาอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย คือ ศาสตราจารย์วิจิตร ลุฬิตานนท์ ศาสตราจารย์ ดร. โกเมน ภัทรภิรมย์ และศาสตราจารย์จิตติ

¹⁷¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. หน้า 20-22.

ดิงส์กัทซ์ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวความคิดของ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์กัทซ์ ซึ่งท่านได้อธิบายไว้ดังนี้

สาระสำคัญของความผิดประกอบด้วย

- ก. สาระสำคัญทางกฎหมาย
- ข. สาระสำคัญทางการกระทำ
- ค. สาระสำคัญทางจิตใจ

นอกจากนี้ท่านได้อธิบายถึงเหตุยกเว้นความรับผิดซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาว่า ความรับผิดในทางอาญาอาจไม่เกิดขึ้น หรือมีเหตุยกเว้นหรือลดหย่อนลงได้ โดยกฎหมายถือว่าการกระทำไม่เป็นความผิดหรือเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้นหรือลดโทษโดยเหตุผลต่างๆ กันเหตุยกเว้นความรับผิด มีดังนี้

1. การกระทำไม่เป็นความผิด
2. เหตุยกเว้นโทษ
3. เหตุลดหย่อนความรับผิด

การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส คือ เมื่อการกระทำครบข้อสาระสำคัญของความผิดทั้งสามประการแล้วการกระทำก็จะเป็นความผิดอาญา ส่วนการที่จะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้นต้องมาพิจารณา เหตุยกเว้นความรับผิด ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาอีกครั้งหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในแง่ของความสมบูรณ์ของการวินิจฉัย “ความผิดอาญา” จะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยความผิดอาญา หรือ โครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสนั้นยังขาดความสมบูรณ์ในการวินิจฉัยความผิดอาญาที่ได้จากการอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยและพื้นฐานการบัญญัติกฎหมายอาญา กล่าวคือ การวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความผิดอาญาของไทยประกอบด้วย 1) องค์ประกอบของความผิด 2) ความผิดกฎหมาย 3) ความน่าตำหนิ ส่วนการกระทำใดที่เป็นความผิดอาญาแต่กฎหมายไม่ลงโทษถือเป็นข้อยกเว้น แต่การวินิจฉัยความผิดอาญา หรือ โครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสจะพิจารณาในข้อสาระสำคัญของความผิดอาญาสามประการคือ 1) สาระสำคัญทางกฎหมาย 2) สาระสำคัญทางการกระทำ 3) สาระสำคัญทางจิตใจ ซึ่งเทียบได้กับการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความผิดอาญาของไทยในข้อแรก คือ องค์ประกอบของความผิดเท่านั้น ดังนั้นการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความผิดอาญา ตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสจึงขาดความสมบูรณ์ที่จะนำมาวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย

อย่างไรก็ตาม การขาดความสมบูรณ์ของการวินิจฉัยความผิดอาญา หรือ โครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสนี้เป็นการขาดความสมบูรณ์เฉพาะการวินิจฉัย “ความผิดอาญา” เท่านั้น แต่หากได้พิจารณาส่วนที่เป็นโครงสร้างความผิดอาญาและเหตุ ยกเว้นความรับผิดซึ่งเป็นส่วนที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญารวมกัน ไปและเป็นการพิจารณา วินิจฉัยถึงความรับผิดทางอาญาซึ่งเป็นผลของการกระทำที่จะได้รับในที่สุดแล้ว จะเห็นว่าในที่สุดก็ สามารถอธิบายถึงความรับผิดทางอาญาของการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้อย่าง สมบูรณ์เช่นกัน โดยที่ไม่มีอะไรแตกต่าง

อนึ่งมีข้อสังเกตอยู่ว่าแม้ว่าศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์กัทย์ จะได้อธิบาย การวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบ ซีวิลลอว์ก็ตามแต่ในส่วนของเนื้อหาในคำอธิบายก็ได้มีการอธิบายตามทฤษฎีกฎหมายอังกฤษซึ่งใช้ ระบบคอมมอนลอว์ปะปนอยู่ ดังนี้ผู้ศึกษาควรรู้ความระมัดระวังในการศึกษาคำ เช่น การอธิบาย ในเรื่องของ “การกระทำ”¹⁷² ท่านอธิบายว่า การกระทำเป็นเหตุการณ์อันอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ มนุษย์ และแยกออกได้เป็น 3 ส่วนคือ 1. อิริยาบถ (origin , movement) 2. พฤติกรรมประกอบอิริยา บถ (circumstances) 3. ผลจากอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบนั้น (consequences) หรือ ในเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล¹⁷³ ในส่วนของเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดในกรณีที่ความ ประมาทของผู้กระทำการในตอนแรกอาจเป็นคนละลักษณะไม่มีส่วนสัมพันธ์กับภัยที่เกิดขึ้นเลย ท่านอธิบายว่า กรณีที่ความประมาทไม่สัมพันธ์กับผลนี้ถ้าวินิจฉัยตามหลักเรื่องหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ตามกฎหมายอังกฤษจะเห็นได้ง่ายขึ้น การใช้ความระมัดระวังนั้นจำกัดขอบเขต เฉพาะในกรณีและต่อบุคคลที่ผู้กระทำมีหน้าที่ต้องระวังเท่านั้น ถ้า ก. ขาดความระมัดระวังในเรื่องหนึ่ง ก. หารต้องรับผิดในผลที่เกิดในเรื่องอื่นไม่ การไม่ระวังเป็นเรื่องไม่กระทำการคือไม่ใช้ความระมัดระวังที่มี หน้าที่ต้องใช้ ตามมาตรา 59 วรรคสี่บัญญัติว่า บุคคลจักต้องใช้ความระมัดระวัง แต่หาได้ใช้ให้เพียง พอไม่ตามวรรคห้า ถือว่าการงดเว้นที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลเป็นการกระทำให้เกิดผล นั้นด้วย ซึ่งตรงกับหลักเรื่อง duty of care นั้นเอง การไม่ป้องกันมิให้เกิดผลอันหนึ่งจึงไม่ใช่การ กระทำให้เกิดผลอื่นซึ่งไม่มีหน้าที่ต้องป้องกันมิให้เกิด หลักนี้คงช่วยให้การวินิจฉัยเรื่องความ สัมพันธ์ระหว่างความประมาทกับผลทำได้ง่ายขึ้น

และในส่วน of แนวความคิดของทฤษฎีกฎหมายเยอรมันที่ นักกฎหมายนำมาอธิบายถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร และรองศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส ในที่นี้จะกล่าวถึงการ

¹⁷² จิตติ ดิงส์กัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 114-126.

¹⁷³ จิตติ ดิงส์กัทย์. แหล่งเดิม. หน้า 169-170.

วินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวความคิดของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ซึ่งท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาไว้ดังนี้

ความผิดอาญาประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

- ก. การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- ข. ความผิดกฎหมาย
- ค. ความชั่ว

นอกจากนี้ท่านได้อธิบายต่อไปอีกว่า ในกฎหมายนอกจากจะมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผิดและ โทษแล้ว ยังมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่อง หรือข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาด้วย บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องหรือข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา คือ

1. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวและเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว
2. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน คือ เมื่อการกระทำครบข้อสาระสำคัญทั้งสามประการแล้วการกระทำก็จะเป็นความผิดอาญาและต้องรับโทษสำหรับการกระทำนั้น อย่างไรก็ตามแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาแต่กฎหมายอาจยกเว้นโทษให้เฉพาะตัว หรือแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญา (สำหรับความผิดอาญาที่ต้องการเงื่อนไขแห่งการลงโทษแห่งภาวะวิสัย) แต่หากไม่ปรากฏว่ามีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยก็ไม่สามารถลงโทษสำหรับการกระทำนั้นได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยความผิดอาญา หรือ โครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันที่นำมาอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยหากพิจารณาแล้วก็จะมีความเหมือนกันกับลำดับการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความผิดอาญาของไทยเพียงแต่ “ความน่าตำหนิ” ตามการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความผิดอาญาของไทยนั้น ในทฤษฎีกฎหมายเยอรมันเรียกว่า “ความชั่ว” เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การอธิบายถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความผิดอาญาของไทยตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันนี้ มีคำถามที่เกิดขึ้น คือ การวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญา ต้องครบข้อสาระสำคัญ 3 ประการ ดังกล่าว จึงจะเป็นความผิดอาญา ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ ในส่วนของความชั่วซึ่งทฤษฎีกฎหมายเยอรมันอธิบายว่าเป็นการตำหนิได้ของการแสดงเจตจำนง ซึ่งหมายความว่า การกระทำจะเป็นความผิดอาญาผู้กระทำจะต้องรู้ผิดชอบชั่วดี การกระทำจึงจะเป็นความผิดซึ่งในทางตำรา อธิบาย ได้ 3 อย่าง¹⁷⁴

¹⁷⁴ กมลชัย รัตนสากวางศ์. ความยินยอมในกฎหมายอาญา. หน้า 8-10.

1. ความสามารถในการทำชั่ว (ความรู้ผิดชอบชั่วดี) เช่น กรณีของเด็ก ตามมาตรา 73 , 74 , 75 และคนวิกลจริต ตามมาตรา 65 วรรค 1 ถือว่าไม่มีความรู้ผิดชอบชั่วดี จึงไม่ควรรับโทษ
2. เหตุที่กฎหมายให้อภัย (ความไม่น่าตำหนิ) เช่น การกระทำโดยจำเป็น ตามมาตรา 67 หรือการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ตามมาตรา 69
3. ความไม่รู้ข้อผิดถูก เช่น การทำตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้านักงาน โดยผู้กระทำ เชื่อสุจริตว่าควรจะต้องทำตาม เพราะคิดว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 70

ดังนั้น ปัญหาคือ ทฤษฎีกฎหมายเยอรมันอธิบายว่าถ้าการกระทำไม่ครบข้อสาระสำคัญประการที่ 3 คือ ความชั่ว กล่าวคือ “หากผู้กระทำไม่มีความชั่ว การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา” แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย บัญญัติถึงผลของการกระทำของบุคคลเหล่านี้ว่า “ไม่ต้องรับโทษ” ดังนั้นจึงมีคำถามว่ากรณีเด็กหรือคนวิกลจริตกระทำความผิด หรือ บุคคลกระทำความผิดด้วยความจำเป็น เราจะอ้างป้องกันต่อการกระทำของเด็ก หรือคนวิกลจริต หรือของบุคคลที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็น ได้หรือไม่ เมื่อการกระทำของเด็ก หรือคนวิกลจริต หรือบุคคลที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็น “ไม่มีความชั่ว (ไม่สามารถตำหนิได้ ตามการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยหรือโครงสร้างความผิดอาญาของไทย)” จึงทำให้การกระทำนั้นนั้นไม่เป็นความผิดอาญา ในข้อนี้ตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันอธิบายได้ว่าความผิดกฎหมายและความชั่วนั้นเป็นคนละเรื่องกัน และยังแยกตัดขาดจากกัน ฉะนั้นการกระทำของเด็ก หรือคนวิกลจริต หรือบุคคลที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็น แม้จะไม่เป็นความผิดอาญา แต่การกระทำของเด็ก หรือคนวิกลจริต หรือบุคคลที่กระทำความผิดด้วยความจำเป็น ยังเป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” อยู่และการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมกระทำได้เมื่อมีการประทุษร้าย อันละเมิดต่อกฎหมายเกิดขึ้น โดย “ความชั่ว (ความน่าตำหนิ) “ของผู้กระทำการประทุษร้าย ไม่เป็นเงื่อนไขของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด¹⁷⁵

ปัญหาประการต่อมาคือ เมื่อการกระทำของเด็กอายุกว่า 7 ปีแต่ยังไม่เกิน 14 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดมาตรการสำหรับเด็กได้ กล่าวคือ การว่ากล่าวตักเตือนเด็ก การวางข้อกำหนดแก่บิดามารดา การคุมประพฤติเด็ก และการส่งตัวเด็กไปยังโรงเรียนหรือสถานฝึกและอบรมเพื่อฝึกอบรมเด็ก ตามมาตรา 74 ปัญหาคือทฤษฎีกฎหมายเยอรมันอธิบายว่าถ้าการกระทำไม่ครบข้อสาระสำคัญประการที่ 3 คือความชั่ว กล่าวคือ “หากผู้กระทำไม่มีความชั่ว การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา”

¹⁷⁵ คณิต ฅ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 94-95, 181-189 และ 245.

ดังนั้นจึงมีคำถามว่ากรณีหากการกระทำของเด็ก เป็นการกระทำที่ไม่อาจดำเนินได้หรือเป็นการกระทำที่ไม่มีความชั่วการกระทำของเด็กนั้นไม่เป็นความผิดอาญา ดังนั้นเมื่อการกระทำของเด็กไม่เป็นความผิดอาญาแล้วจะใช้มาตรการบังคับทางอาญาตามมาตรา 74 ที่กำหนดไว้ได้หรือไม่ ในข้อนี้ตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันอธิบายได้ว่า เด็กอายุกว่า 7 ปีแต่ยังไม่เกิน 14 ปี กฎหมายถือว่าเป็นผู้ที่ไม่รู้เพียงสา กฎหมายจึงไม่ลงโทษ แต่เพื่อการแก้ไขปรับปรุงตัวเด็ก ศาลสามารถใช้มาตรการสำหรับเด็กได้ “มาตรการสำหรับเด็ก” ถือเป็น “มาตรการบังคับทางอาญา” เช่นกันแม้จะไม่ถือว่าเป็นมาตรการสำหรับเด็กเป็นมาตรการบังคับทางอาญาในความหมายที่แท้จริงของกฎหมายอาญา เพราะเป็นมาตรการเพื่อให้การอบรมสั่งสอนและแก้ไขปรับปรุงตัวเด็กและเยาวชน เป็นมาตรการที่ไม่ได้กระทำเพื่อให้เด็กและเยาวชนได้รับผลร้าย แต่อย่างไรก็ตามการใช้มาตรการสำหรับเด็กก็ขึ้นอยู่กับความผิดอาญาเช่นเดียวกันกับการใช้โทษและ/หรือวิธีการเพื่อความปลอดภัย กล่าวคือ เฉพาะการใช้โทษเท่านั้นที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ความชั่ว” ของผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำในอดีตของผู้กระทำความผิด ส่วนการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ขึ้นอยู่กับ “ความชั่ว” ของผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำในอดีตของผู้กระทำความผิด แต่เป็นการใช้เพื่อป้องกันอันตรายอันเกิดจากผู้กระทำความผิดนั้นในอนาคต ดังนั้นเมื่อ “มาตรการสำหรับเด็ก” มิใช่ “โทษ” การใช้มาตรการสำหรับเด็กจึงไม่ขึ้นอยู่กับ “ความชั่ว” ของเด็กผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำในอดีตของเด็กผู้กระทำความผิด ดังนั้นแม้ว่าการกระทำของเด็กอายุกว่า 7 ปีแต่ยังไม่เกิน 14 ปี จะไม่เป็นความผิดอาญาศาลก็สามารถใช้มาตรการสำหรับเด็กได้เพราะกฎหมายถือว่าเป็นผู้ที่ไม่รู้เพียงสา กฎหมายจึงไม่ลงโทษ แต่เพื่อการแก้ไขปรับปรุงตัวเด็ก ศาลสามารถใช้มาตรการสำหรับเด็กได้นั้นเอง¹⁷⁶

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันที่นำมาอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความสมบูรณ์ในการวินิจฉัย “ความผิดอาญา” ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยมากที่สุด

และในส่วนของนักกฎหมายที่ได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน มาอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยคือ ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ซึ่งในที่นี้จะขอก้าวถึงการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานตามแนวความคิดของ ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ซึ่งท่านได้อธิบายไว้ดังนี้

บุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อ

- ก. การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- ข. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

¹⁷⁶ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 30-37.

ค. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

นอกจากนี้ท่านยังได้อธิบายถึง ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้าง ความรับผิดชอบ ซึ่งเป็นเรื่องของเหตุที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง ซึ่งท่านเรียกว่า “เหตุลดโทษ”

การวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานของ ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ที่ท่านได้อธิบายไว้มีข้อน่าสังเกตดังนี้ คือ ท่านไม่ได้ใช้คำว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” แต่ท่านใช้คำว่า “โครงสร้างความรับผิดในทางอาญา” ซึ่งในการอธิบายท่านได้อธิบายว่า “ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น ประการแรกต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วต้องดูต่อไปว่า “การกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่” หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ก็ต้องดูต่อไปว่า “การกระทำมีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่” หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดในทางอาญา¹⁷⁷” ดังนั้นเห็นว่าท่านมิได้กล่าวถึงการวินิจฉัย “ความผิดอาญา” ไว้เลย ปัญหาคือว่า หากจะวินิจฉัย “ความผิดอาญา” ตามการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานนี้ จะวินิจฉัยอย่างไร ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาดังกล่าว มีข้อน่าพิจารณาดังต่อไปนี้

1) การวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานมีการจัดลำดับการวินิจฉัยความผิดอาญาลำดับกับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

2) การวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานหากเทียบกับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันแล้วการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน ในส่วนของข้อเท็จจริงในโครงสร้างข้อที่สามยังคงกล่าวรวมๆ กันไป หากเทียบกับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ การวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานพิจารณาจาก “ผล” ที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ แต่ในส่วนของ การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน พิจารณาจาก “ความน่าดำเนินได้ของการกระทำหรือการดำเนินได้ของการแสดงเจตจำนง”

3) หากการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานวินิจฉัย “ความผิดอาญา” ในลักษณะเดียวกันกับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน ก็จะถูกตั้งคำถามเช่นเดียวกันกับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ จะมีการอ้างป้องกันต่อการกระทำของเด็ก คนวิกลจริต การกระทำโดยจำเป็น ได้หรือไม่ หรือกรณีเด็กอายุกว่า 7 ปีแต่ยังไม่เกิน 14 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ

¹⁷⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา 1. หน้า 77.

ศาลจะมีอำนาจในการกำหนดใช้มาตรการสำหรับเด็กตามมาตรา 74 ได้หรือไม่ ในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีเช่นนี้การวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานจำต้องแก้ไขปัญหาเช่นเดียวกับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

4) หากการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานไม่ได้วินิจฉัย “ความผิดอาญา” ในลักษณะเดียวกันกับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน ดังนี้ปัญหาคือ การวินิจฉัยความผิดอาญาจะอธิบายอย่างไร ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน น่าจะพิจารณาจากข้อสาระสำคัญประการแรกเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำนั้นก็เป็น “ความผิดอาญา” ทันที เพราะเมื่อพิจารณาจากข้อสาระสำคัญประการที่สองที่ว่า “การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด” เท่ากับว่า การกระทำเป็น “ความผิดอาญา” มาแล้ว จึงค่อยมาพิจารณาว่า มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากมีกฎหมายยกเว้นความผิดมีผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดมีผลให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา แต่จะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่ ต้องดูว่า มีกฎหมายยกเว้นโทษ หรือไม่ ดังนี้จะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน มีลักษณะการวินิจฉัย ความผิดอาญา คล้ายคลึงกับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีฝรั่งเศส เพียงแต่ในส่วนของ “เหตุยกเว้นความผิด หรือ เหตุยกเว้นโทษ” การวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานจัดให้อยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญา แต่การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีฝรั่งเศสจัดให้อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา

ดังนี้หากการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานวินิจฉัย “ความผิดอาญา” อย่างที่ผู้เขียนเข้าใจ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานยังขาดความสมบูรณ์ในการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย กล่าวคือ การวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความผิดอาญาของไทยประกอบด้วย 1) องค์ประกอบของความผิด 2) ความผิดกฎหมาย 3) ความน่าตำหนิ ส่วนการกระทำใดที่เป็นความผิดอาญาแต่กฎหมายไม่ลงโทษถือเป็นข้อยกเว้น แต่การวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในลักษณะผสมผสาน การกระทำจะเป็น “ความผิดอาญา” เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ เท่านั้น ซึ่งเทียบได้กับการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความผิดอาญาของไทยในข้อแรก คือ องค์ประกอบของความผิด เท่านั้น ดังนั้นการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในลักษณะผสมผสานจึงขาดความสมบูรณ์ที่จะนำมาวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย

อย่างไรก็ตาม การขาดความสมบูรณ์ของการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในลักษณะผสมผสานนี้เป็นการขาดความสมบูรณ์เฉพาะการ

วินิจฉัย “ความผิดอาญา” เท่านั้น แต่หากได้พิจารณาส่วนที่เป็น โครงสร้างความคิดทางอาญาทั้ง สามข้อรวมกันไปและเป็นการพิจารณาวินิจฉัยถึงความรับผิดชอบทางอาญาของการกระทำที่จะได้รับใน ที่สุดแล้ว จะเห็นว่าในที่สุดก็สามารถอธิบายถึงความรับผิดชอบทางอาญาของการกระทำตามประมวล กฎหมายอาญาของไทย ได้อย่างสมบูรณ์เช่นกัน โดยที่ไม่มีอะไรแตกต่าง

ดังนั้นเมื่ออธิบายและพิจารณาการจัดลำดับการวินิจฉัยความผิดอาญา หรือ โครงสร้างความคิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยและพื้นฐานการบัญญัติกฎหมาย อาญาเป็นหลักแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความคิดอาญาตามทฤษฎี กฎหมายเยอรมัน มีความสมบูรณ์ที่สุดใน การวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของ ไทย ส่วนการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความคิดอาญาตามทฤษฎีฝรั่งเศสและการวินิจฉัย ความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความคิดอาญาในลักษณะผสมผสานยังขาดความสมบูรณ์ในการ วินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นการพิจารณาวินิจฉัยถึงความรับผิดชอบทาง อาญาของการกระทำที่จะได้รับในที่สุดแล้วจะเห็นว่าในที่สุดทั้งการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครง สร้างความคิดอาญาตามทฤษฎีฝรั่งเศส และการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือ โครงสร้างความคิดอาญา ในลักษณะผสมผสาน ก็สามารถอธิบายถึงความรับผิดชอบทางอาญาของการกระทำตามประมวล กฎหมายอาญาของไทย ได้อย่างสมบูรณ์เช่นกัน โดยที่ไม่มีอะไรแตกต่างไปจากการวินิจฉัยความผิด อาญาหรือ โครงสร้างความคิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

เมื่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยต้องดำเนินการตามความคิดตาม โครงสร้างความคิดอาญาดังนี้ การวินิจฉัยความผิดอาญาไม่ว่าจะกระทำในทางปฏิบัติหรือการศึกษา ควรต้องลำดับความคิดตาม โครงสร้างความคิดอาญา กล่าวคือ ต้องเริ่มพิจารณาจากองค์ประกอบ เมื่อเห็นว่าครบองค์ประกอบแล้วจึงมาพิจารณา ความผิดกฎหมาย โดยเฉพาะการพิจารณาว่ามีเหตุที่ ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่สำหรับกรณีนั้น เมื่อพิจารณาแล้วว่าการกระทำนั้นเป็น ความผิดกฎหมายก็ไปพิจารณาในเรื่อง การดำเนินได้ของการกระทำต่อไป ตามลำดับ ดังนั้นหากไม่ วินิจฉัยความผิดอาญาตามลำดับของ โครงสร้างความคิดอาญา การวินิจฉัยดังกล่าวก็เป็นการผิคนิติ วิธีด้วยนั่นเอง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 370 / 2520 วินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 เป็น เรื่องการกล่าวโดยสุจริตตามข้อ 1 ถึง 4 ไม่เป็นความผิด มาตรา 330 เป็นเรื่องพิสูจน์ได้ว่า เป็นความ จริงและมีใช่เป็นเรื่องส่วนตัวซึ่งไม่เป็นประโยชน์แก่ประชาชนเป็นความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ เมื่อยกเว้นโทษตามมาตรา 330 แล้ว ก็ไม่ต้องวินิจฉัยว่าไม่มีความผิดตามมาตรา 329 การดำเนินการ ความคิดวินิจฉัยตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ไม่เป็นไปตามลำดับของ โครงสร้างความคิดอาญา ซึ่งลำดับ จะต้องพิจารณาวินิจฉัยปัญหามาตรา 329 ก่อน หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 443 / 2515 วินิจฉัยว่า จำเลย

เอารถยนต์ของผู้เสียหายมาเพื่อจะขับไปกินข้าวต้มแล้วจะเอากลับมาคืน แสดงว่าไม่มีเจตนาจะเอารถนั้นเป็นของคนหรือของผู้อื่น การกระทำของจำเลยยังไม่มี ความผิดฐานลักทรัพย์ การดำเนินความคิดวินิจฉัยตามคำพิพากษานี้ไม่เป็นไปตามลำดับของโครงสร้างความคิดอาญา กล่าวคือ หากวินิจฉัยตามลำดับก็จะเป็นว่า การเอารถยนต์ของเขาไปในลักษณะนั้นไม่เป็นการกระทำที่เป็นการตัดกรรมสิทธิ์ ดังนั้นจึงไม่เป็นการเอาไปตามความหมายของความคิดฐานลักทรัพย์ เพราะการเอาไปต้องเป็นการทำร้ายกรรมสิทธิ์และการครอบครองและเมื่อไม่เป็นการเอาไปก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในเรื่องเจตนาแต่อย่างใด¹⁷⁸ ดังนั้นคำพิพากษาดังกล่าวนี้จึงเป็นการวินิจฉัยที่ผิดหลักการตามลำดับในการวินิจฉัยความคิดอาญาหรือ โครงสร้างความคิดอาญาและเป็นการผิดนิติวิธีในทางกฎหมายอาญาด้วยนั่นเอง

4.2.4 วิเคราะห์การวินิจฉัยความคิดอาญาของประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะในกรณีเรื่องเจตนาและการกระทำด้วยความจำเป็นและการกระทำของเด็กอายุน้อยตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

จากการวิเคราะห์การวินิจฉัยความคิดอาญาของไทยในหัวข้อ 4.2.3 ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยความคิดอาญาหรือ โครงสร้างความคิดอาญาหรือ โครงสร้างความคิดในทางอาญานั้นเป็นเรื่องที่นักกฎหมายต่างได้พยายามที่จะอธิบายถึงหลักการในการวินิจฉัยถึงเรื่อง การกระทำที่จะเป็นความคิดอาญาและการกระทำที่จะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเหมือนกันนั่นเองและต่างก็มีความสมบูรณ์เฉพาะตัวเพียงแต่วิธีการในการอธิบายนั้นแตกต่างกันไปเท่านั้น

ในการศึกษาวิเคราะห์ในหัวข้อ 4.2.4 นี้ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างถึงคำอธิบายในทางทฤษฎีการวินิจฉัยความคิดอาญาในเรื่องของ 1) เจตนา 2) การกระทำด้วยความจำเป็น และ 3) การกระทำของเด็กอายุน้อย

1) เจตนา

ในการอธิบายเรื่องเจตนาผู้เขียนจะอธิบายถึงเจตนาของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศไทย

¹⁷⁸ คณิต ฅ นคร. (2527). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม). หน้า 11-12.

(1) เจตนา (Intention) ของประเทศอังกฤษ

ในเรื่องเจตนาของประเทศอังกฤษได้มีการศึกษาอยู่ในส่วนของ Mens rea หรือ guilty mind ซึ่งหมายถึง จิตใจที่ควรถูกดำเนินหรือจิตใจที่ชั่วร้ายในส่วน Mens rea นี้เป็นส่วนองค์ประกอบภายในของความผิดอาญา โดยเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดโดยตรง Mens rea เป็นสภาวะจิตใจที่น่าดำเนินของผู้กระทำ ที่จะนำมาพิจารณาประกอบกับ Actus reus เพื่อจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดและจะลงโทษบุคคลนั้นได้หรือไม่นั้นต้องปรากฏว่า Actus reus และ Mens rea นั้นจะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันด้วย¹⁷⁹

ตามหลักกฎหมายอังกฤษได้มีการศึกษาองค์ประกอบทางด้านจิตใจว่าเป็น Mens rea หรือไม่ ตัวอย่างเช่น¹⁸⁰

- ก) เจตนา (Intention)
- ข) การละเลย (Reckless) หรือประมาทโดยจงใจ
- ค) การประมาท (Negligence)
- ง) โดยรู้ (Know ledge)¹⁸¹
- จ) การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจดำเนินได้ (Blameless inadvertence)

ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึง เจตนา (Intention) และการละเลย (Reckless) หรือประมาทโดยจงใจ

ก) เจตนา (Intention)

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

1. เจตนาโดยตรง (direct intention) ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า บุคคลมีเจตนาประสงค์ต่อผลถ้าบุคคลนั้นได้กระทำโดยมีวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายในการกระทำของตนนั้น¹⁸² เช่น D ยิง V เพื่อที่จะฆ่า V ในสถานการณ์นี้การที่ V ตาย คือ ความต้องการและเจตนาของ D ผลการตายของ V บางครั้ง เรียกว่า วัตถุประสงค์ จุดประสงค์ หรือ จุดมุ่งหมาย ของ D ประเภทของเจตนาที่มีข้อเสนอแนะว่า คือ เจตนาโดยตรง (direct intention) ถึงแม้ว่าบางครั้ง D มีโอกาสฆ่า

¹⁷⁹ Micheal T Molan. *Textbook Criminal Law*. p. 33.

¹⁸⁰ Smit and Hogan. *Criminal law*. pp. 69-86.

¹⁸¹ Michael J. Allen. *Textbook on Criminal Law*. pp. 70-71.

¹⁸² Smith and Hogan. *Ibid*. pp. 70-71.

V มาก บางครั้งเล็กน้อย เพราะระยะทาง หรือ ปืนไม่สมบูรณ์บกพร่อง ที่กล่าวมานี้ไม่มีผลต่อเจตนาของ D ที่จะฆ่า V¹⁸³

2. เจตนาโดยอ้อม (oblique intention) ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า บุคคลมีเจตนาโดยอ้อมเมื่อบุคคลนั้น ได้เล็งเห็นผลที่มีความน่าจะเป็นไปได้สูงว่าผลนั้นอาจจะเกิดขึ้นได้จากการกระทำของตน แม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่มีวัตถุประสงค์ หรือ จุดมุ่งหมาย ในการกระทำของตนนั้นเลย¹⁸⁴ 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 บรรลุระเบิดไว้ได้ที่นั่งของ V ตั้งเวลาระเบิดเพื่อที่จะฆ่าเขาในระหว่างทางของการบินเมื่อนักบินบังคับเครื่องบินอยู่เหนือทะเลแอตแลนติก ในสถานการณ์นี้ D ไม่ได้ต้องการฆ่าลูกเรือหรือผู้โดยสารบนเครื่องบินและความตายของพวกเขาเหล่านั้นไม่ใช่สภาพแวดล้อมก่อนที่จะฆ่า V ในวิถีทางตามปกติวิสัย อย่างไรก็ตามความตายของพวกเขาเหล่านั้นเป็นผลที่ตามมาภายหลังซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้อย่างแน่นอน ซึ่งถือเป็นผลพลอยได้ (ผลข้างเคียง) โดยการระเบิดของ D ซึ่งบรรลุผลโดยวัตถุประสงค์พื้นฐานของเขา พวกเขาที่ตายนั้นเป็นผลที่ไม่สามารถแยกออกจากการฆ่ามันได้ บางครั้งอาจกล่าวได้ว่า การตั้งระเบิดเวลา ความตายของลูกเรือและผู้โดยสารเป็นพฤติกรรมที่ประจักษ์แจ้ง ถ้า D บรรลุวัตถุประสงค์พื้นฐานด้วยเหตุนี้บางครั้งสถานการณ์ดังกล่าวมีการพิจารณาเห็นว่าเป็นตัวอย่างของเจตนาโดยอ้อม (oblique intention)¹⁸⁵

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันในคดี 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) ศาลในประเทศอังกฤษเห็นว่ามิใช่เจตนา แต่เป็นเพียงพยานหลักฐานหรือสิ่งที่จะนำมา

¹⁸³ Michael J. Allen. *Textbook on Criminal Law*. p. 50.

¹⁸⁴ Smith and Hogan. *Ibid.* pp. 70-71.

¹⁸⁵ Michael J. Allen. *Ibid.* pp. 50-51.

ชี้ให้เห็นถึงเจตนาเท่านั้น” (ซึ่งในปัจจุบันนี้ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ระหว่างฝ่ายนักวิชาการและศาลว่า เจตนาโดยอ้อม (oblique intention) นั้นถือเป็นเจตนา (intention) ด้วยหรือไม่)

อย่างไรก็ตามการเล็งเห็นผลที่จะเกิดขึ้นได้นั้นอาจจะเป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่งของการละเลย หรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ได้ เช่น D ยิง V ขณะที่เขากำลังขับรถ D สามารถเล็งเห็น ได้ว่ามีความน่าจะเป็นไปได้อย่างสูงที่ผู้โดยสารบนรถ จะได้รับอันตรายหรือถูกฆาตกรรม ในสถานการณ์เช่นนี้ D ไม่ต้องการที่จะฆ่าหรือทำอันตรายผู้โดยสาร การได้รับอันตรายหรือการตายของพวกเขาเหล่านั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ถึงแม้ว่าจะมีความเป็นไปได้อย่างสูง การเล็งเห็นผลที่น่าจะเกิดขึ้นอย่างสูงนี้อาจสรุปว่าเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลหรือเป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่งของการละเลยหรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness)¹⁸⁶

ข) การละเลย (Recklessness) หรือประมาทโดยจงใจ

การละเลย (Recklessness) หรือประมาทโดยจงใจตามทฤษฎีกฎหมายอังกฤษอาจแบ่งออกได้ 2 ประเภท คือ (1) การละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) (2) การละเลยตามภาวะวิสัย (Objective recklessness)¹⁸⁷

ในเรื่องของการละเลย (Recklessness) หรือประมาทโดยจงใจนี้ Smith and Hogan ได้อธิบายว่าการที่จะเป็นการละเลย (Recklessness) หรือประมาทโดยจงใจได้นั้น จะต้องมีการพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นจะต้องมีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้¹⁸⁸ ก. ผู้กระทำเล็งเห็นว่าจะมีผลร้ายจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน ข. ผู้กระทำไม่ได้คิดหรือเล็งเห็นผลร้ายจากการกระทำของตน ค. ผู้กระทำเล็งเห็นว่าจะมีผลร้ายเกิดขึ้นจากการกระทำของตนและผู้กระทำได้ตัดสินใจที่จะกระทำการนั้นลงไปโดยคิดว่าผลร้ายนั้นจะไม่เกิดขึ้น

(1) การละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) หรือเรียกว่า “Cunningham recklessness” ซึ่งอธิบายได้ว่า ในคดี R v Cunningham 1957 นั้นการละเลยตามอัตตะวิสัยเป็นกรณีที่ต้องมีการพิสูจน์ถึงสภาวะทางจิตใจ (Subjective) ของผู้กระทำโดยตรง¹⁸⁹

¹⁸⁶ Michael J. Allen. Ibid. p. 51.

¹⁸⁷ Micheal T. Molan. Textbook Criminal Law. pp.60-61.

¹⁸⁸ Smith and Hogan. (1988). **Criminal law** (6 th ed.). pp. 61-62.

¹⁸⁹ 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.

กล่าวคือ จะต้องมีการพิสูจน์ว่าผู้กระทำได้เล็งเห็นว่าจะมีผลร้ายจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนแต่ผู้กระทำยังตัดสินใจกระทำการนั้น¹⁹⁰

(2) การละเลยตามภาวะวิสัย (Objective recklessness)¹⁹¹ หรือเรียกว่า “Caldwell recklessness” ซึ่งอธิบายได้ว่า ในคดี MPC v Caldwell 1982 การละเลยตามภาวะวิสัยเป็นกรณีที่จะต้องมีการพิสูจน์ว่าผู้กระทำเล็งเห็นว่าจะมีผลร้ายจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนและผู้กระทำได้กระทำการดังกล่าวไปโดยไม่ได้คิดหรือเล็งเห็นผลร้ายนั้นเลยซึ่งผลร้ายดังกล่าวนี้วิญญูชนเล็งเห็นได้จากการกระทำของผู้กระทำนั้น (สาเหตุที่จำเป็นต้องสร้างมาตรฐานในการพิสูจน์ (Recklessness) เพราะในคดี R v Cunningham 1957 มีช่องว่าง กล่าวคือ จำเลยอาจอ้างว่าจำเลยละเลยและไม่ได้คิดถึงผลร้ายนั้นเลยหรืออาจเป็นไปได้ว่าจำเลยจะโกหกกว่าตนเองไม่ได้เล็งเห็นผลร้ายนั้นเลยเพื่อให้ลูกขุนตัดสินใจลงโทษไม่ได้ ซึ่งทำให้ตนเองไม่ต้องรับผิดชอบตามคดี R v Cunningham 1957 ดังนั้นจึงต้องมีมาตรฐานขึ้นมาในการพิสูจน์ (Recklessness) ว่า ถ้าผลร้ายนั้นชัดเจนต่อวิญญูชนและจำเลยไม่ได้เล็งเห็นผลร้ายนั้นเลยจำเลยต้องรับผิดชอบตามภาวะวิสัย (Recklessness) หรือประมาทโดยจงใจด้วยเช่นกัน¹⁹²) ดังนั้นในคดี MPC v Caldwell 1982 จึงมีลักษณะการพิสูจน์ในทางภาวะวิสัย (Objective) แต่อย่างไรก็ตามในคดี MPC v Caldwell 1982 ยังต้องมีการพิสูจน์ภาวะจิตใจของจำเลย¹⁹³ คือ พิสูจน์ว่าจำเลยไม่ได้คิดถึงหรือเล็งเห็นผลร้ายนั้นเลยซึ่งมีลักษณะเป็นอัตตะวิสัย (Subjective) ด้วยดังนั้นศาลอังกฤษจึงยอมรับว่าการละเลยตามภาวะวิสัย (Objective recklessness) นี้เป็น Mens rea อย่างหนึ่งตามกฎหมายคอมมอนลอว์

การละเลยตามภาวะวิสัย (Objective recklessness) นี้ไม่รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำเล็งเห็นว่าจะมีผลร้ายเกิดขึ้นจากการกระทำของตนและผู้กระทำได้ตัดสินใจที่จะกระทำการนั้นลงไปโดยคิดว่าผลร้ายนั้นจะไม่เกิดขึ้น อีกทั้งในกรณีดังกล่าวนี้ยังไม่เป็นการละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) อีกด้วยเนื่องจากในท้ายที่สุดตัวผู้กระทำคิดว่าผลร้ายนั้นจะไม่เกิดขึ้น เท่ากับผู้กระทำไม่ได้เล็งเห็นผลร้ายดังกล่าว ดังนั้นกรณีที่ว่านี้จึงไม่สามารถเป็นความผิด

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² Smith and Hogan. **Criminal law**. pp. 82-83. and Janet Dine and James Gobert. **Cases and Materials on Criminal Law**. p. 167.

¹⁹³ Smith and Hogan. **Criminal law**. p. 82.

ฐานละเลย (Recklessness) ได้ แต่อาจจะเป็นความผิดฐานประมาทได้¹⁹⁴ หากฐานความผิดดังกล่าว กฎหมายบัญญัติให้การกระทำโดยประมาทเป็นความผิดด้วย

อย่างไรก็ตามในปี 2003 ศาลฎีกาชนนงในคดี R v G and another 2003 กลับคำพิพากษาในคดี MPC v Caldwell 1982 โดยเห็นว่าศาลในคดี MPC v Caldwell 1982 ตีความกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติผิด กล่าวคือการจะกระทำความผิดฐานละเลย (recklessness) ได้นั้น จำเลยจะต้องถึงเห็นภัยดังกล่าวด้วยตนเองตามคำพิพากษาในคดี R v Cunningham 1957 เท่านั้น

(2) เจตนา (Vorsatz) ของประเทศเยอรมนี¹⁹⁵

ในเรื่องเจตนา (Vorsatz) ของประเทศเยอรมนีได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 16 วรรคหนึ่งว่า “ผู้ใดในการกระทำความผิด ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ผู้นั้น มิได้กระทำโดยเจตนา”

จากบทบัญญัติมาตรา 16 วรรคหนึ่ง ดังกล่าวนั้นนักนิติศาสตร์เยอรมนี อธิบายว่า เจตนาประกอบด้วยส่วนประกอบภายในสองส่วนคือ “ส่วนรู้” กับ “ส่วนต้องการ” และได้ให้ความหมายของเจตนาว่า เจตนา คือ “การรู้และการต้องการการเกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด”

ดังนั้นส่วนประกอบของเจตนา ก็คือ 1) ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด 2) ส่วนต้องการการเกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด

1) ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด¹⁹⁶

ในส่วนนี้มีปัญหาว่าขอบเขตของการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดอยู่ตรงไหน ในเรื่องนี้กฎหมายวางหลักว่า การรู้ข้อเท็จจริงนั้น ผู้กระทำ เพียงแต่รู้ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงโดยทั่ว ๆ ไปเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดที่เฉพาะเจาะจงหรือจะกล่าวอีกในหนึ่งก็คือ การรู้นั้นไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดตามความเป็นจริงที่เรียกว่า actual Knowledge แต่ก็ไม่ใช่เพียงแต่รู้ในสิ่งที่คาดว่าจะเป็นไปได้ (potential) เท่านั้น เพราะฉะนั้นขอบเขตของการรู้จึงควรอยู่ระหว่าง actual Knowledge และ potential Knowledge ยกตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีอาวุธถ้าหากข้อเท็จจริงได้ความว่า เจ้าพนักงานซึ่ง

¹⁹⁴ Smith and Hogan. *Criminal law*. p. 84.

¹⁹⁵ คณิต ฌ นคร. *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 162-168.

¹⁹⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส. *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 57-60.

ตามปกติพกอาวุธอยู่และได้เข้าไปปลุกทรัพย์ในบ้านผู้อื่น โดยมีอาวุธนั้นติดตัวเข้าไปก็ถือได้ว่าเป็นกรณีลักทรัพย์โดยมีอาวุธแล้ว

2) ส่วนต้องการการเกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด

ในส่วนนี้กฎหมายแบ่ง “ส่วนต้องการการเกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด” ของ “เจตนา” ออกเป็นสองระดับ คือ “ส่วนต้องการที่เป็นความประสงค์ที่แท้จริงของผู้กระทำ” ระดับหนึ่งกับ “ส่วนต้องการที่เล็งเห็นได้จากการกระทำนั้น” อีกระดับหนึ่ง

ด้วยการแบ่งส่วนประกอบของ “เจตนา” ออกเป็น 2 ระดับดังกล่าว “เจตนา” จึงแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ก. เจตนาประสงค์ต่อผลหรือ “เจตนาโดยตรง” (dolus directus) ข. เจตนาย่อมเล็งเห็นผลหรือ “เจตนาโดยอ้อม” (dolus eventualis)

ก. เจตนาประสงค์ต่อผลหรือ “เจตนาโดยตรง” (dolus directus)

ความต้องการที่เป็นการประสงค์ต่อผลคือความต้องการโดยตรงของผู้กระทำความผิด แต่ความต้องการโดยตรงของผู้กระทำความผิดอาจเป็นความต้องการที่แท้หรือ ความต้องการที่รองลงมาก็ได้ เช่น ก. ต้องการฆ่า ข. จึงใช้อาวุธปืนยิง ข. ถึงแก่ความตายและโดยการยิงนั้นกระสุนปืนได้ทะลุเสื่อของ ข. ดังนี้ความต้องการที่แท้คือ ชีวิต ข. ความต้องการรองลงมาคือ ความเสียหายที่เสื่อ ข. ดังนี้ ก. จึงมีความผิดฐานฆ่า ข. โดยเจตนาโดยตรงและมีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์โดยเจตนาโดยตรงเช่นเดียวกัน ฉะนั้นในทางตำราจึงได้แยกเจตนาประสงค์ต่อผลออกเป็น 2 ระดับคือ¹⁹⁷

1. เจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง (unmittelbarer Vorsatz หรือ directus ersten Grades) ผู้กระทำตั้งใจกระทำการอันเป็นความผิดทางอาญาหรือกระทำการอันเป็นเงื่อนไขขององค์ประกอบความผิดทางอาญาซึ่งก่อให้เกิดผลเสียหายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยมีเป้าหมายที่ต้องการให้บรรลุผล

2. เจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม (mittelbarer Vorsatz หรือ dolus direct zweiten Grades) ผู้กระทำมีเจตนากระทำการอย่างหนึ่ง แต่การกระทำให้เกิดผลดังเจตนาอันจำเป็นจะต้องเกิดผลข้างเคียงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำโดยคาดเห็นได้ล่วงหน้าว่าผลนั้นจำเป็นต้องเกิดขึ้นจากการกระทำของเขา แต่ยังไม่กระทำการนั้น

¹⁹⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส. แหล่งเดิม. หน้า 63-64.

ข. เจตนาข้อมเล็งเห็นผลหรือ “เจตนาโดยอ้อม” (dolus eventualis)

ในเรื่องเจตนาโดยอ้อมนี้คำพิพากษาสูงสุดสหพันธ์รัฐเยอรมนี (Bundesgerichtshof) ที่ได้รับความสนใจจากฝ่ายวิชาการอย่างมากคือ คำพิพากษาที่ลงวันที่ 22 เมษายน 1955 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเจตนาโดยอ้อมว่า

“ผู้ใดยอมรับเอาผล (เหตุการณ์ตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด) ที่จะเกิดขึ้นนั้นโดยไม่ได้ตั้งใจ ผู้นั้นกระทำโดยเจตนาแต่บุคคลอาจยอมรับเอาผลที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้ตั้งใจได้ แม้ทั้งที่ผลนั้นจะมีสิ่งที่เขาปรารถนาก็ตาม”

หลักเกณฑ์ตามคำพิพากษาดังกล่าวนี้ในพื้นฐานตรงกับหลักเกณฑ์ที่ Prof. Dr. Hans-Heirich Jescheck วางหลักเกณฑ์เอาไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีดังนี้

“เจตนาโดยอ้อม หมายความว่า ผู้กระทำมีความมั่นใจว่าเหตุการณ์ตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้น และผู้กระทำก็พอใจที่เหตุการณ์ที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น”

ดังนั้นจากที่ได้อธิบายมาข้างต้นหากจะเปรียบเทียบระหว่างเจตนา (Vorsatz) ของประเทศเยอรมนี กับ Mens rea ในเรื่องเจตนา (Intention) ของประเทศอังกฤษ จะมีความเหมือนและแตกต่างดังต่อไปนี้

1. ในเรื่องเจตนาประสงค์ต่อผลหรือ “เจตนาโดยตรง” (dolus directus) ในส่วนของเจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง (unmittelbarer Vorsatz หรือ directus ersten Grades) ของประเทศเยอรมนีเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าอาจเทียบได้กับ “เจตนาโดยตรง” (direct intention) ของประเทศอังกฤษ เพราะต่างอธิบายถึง ความต้องการหรือวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายโดยตรงของผู้กระทำความผิด

2. ในเรื่องเจตนาประสงค์ต่อผลหรือ “เจตนาโดยอ้อม” (dolus directus) ในส่วนของเจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม (mittelbarer Vorsatz หรือ dolus directus zweiten Grades) ของประเทศเยอรมนีเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าอาจเทียบได้กับ “เจตนาโดยอ้อม” (oblique intention) ของประเทศอังกฤษ เพราะต่างอธิบายถึง ผลที่ผู้กระทำรู้ว่าจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนและยอมรับอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กล่าวคือ เป็นผลข้างเคียงที่หลีกเลี่ยงไม่ได้และจำเป็นต้องเกิดขึ้นหากต้องการให้บรรลุความต้องการหรือวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายโดยตรงของผู้กระทำ ความผิด

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าในปัจจุบันในคดี R v Molony 1985 และคดี R v Hancock 1986 และคดี R v Nedrick 1986 ศาลในประเทศอังกฤษได้วางหลักว่า “การเล็งเห็นผลที่จะเกิดขึ้นได้นั้นมิใช่เจตนา แต่เป็นเพียงพยานหลักฐานหรือสิ่งที่จะนำมาชี้ให้เห็น

ถึงเจตนาเท่านั้น” ดังนี้จะเห็นได้ว่าศาลในประเทศอังกฤษยอมรับว่าเจตนา (intention) นั้นมีเพียงเจตนาโดยตรง (direct intention) เท่านั้น ส่วนเจตนาโดยอ้อม (oblique intention) ศาลในประเทศอังกฤษเห็นว่ามิใช่เจตนา แต่เป็นเพียงพยานหลักฐานหรือสิ่งที่จะนำมาชี้ให้เห็นถึงเจตนาเท่านั้น”

3. ในเรื่องของเจตนาอ้อมถึงเห็นผลหรือ “เจตนาโดยอ้อม” (dolus eventualis) ของประเทศเยอรมนีเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าอาจเทียบได้กับการละเลย (Recklessness) หรือประมาท โดยจงใจในกรณีของการละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) หรือเรียกว่า “Cunningham recklessness” ของประเทศอังกฤษเพราะต่างอธิบายถึงการถึงเห็นภัยหรือผลที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน (ตัวผู้กระทำความผิดเอง) ซึ่งภัยหรือผลที่อาจจะเกิดขึ้นนั้นไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่จะเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ดังเช่นในกรณีของเจตนาประสงค์ต่อผลหรือ “เจตนาโดยตรง” (dolus directus) ในส่วนของเจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม (mittelbarer Vorsatz หรือ dolus direct zweiten Grades) ของประเทศเยอรมนีกับ “เจตนาโดยอ้อม” (oblique intention) ของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ภัยหรือผลที่ถึงเห็นหรือคาดเห็นว่าจะเกิดขึ้นหรือความเสี่ยงของภัยหรือผลที่จะเกิดขึ้น ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นทีเดียว เพียงแต่อาจเป็นไปได้ก็เพียงพอแล้ว

ในส่วนเรื่องของเจตนาในกฎหมายอาญาของไทยเดิมนับตั้งแต่มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ความหมายของเจตนาก็ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ให้ชัดเจนโดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องเจตนาไว้ในมาตรา 43 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำโดยเจตนา ผู้นั้นจึงควรรับอาญา ถ้าแลมันมิได้มีใจเจตนาที่จะกระทำ ท่านว่าอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย เว้นแต่เมื่อมันกระทำโดยประมาทต้องตามลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่ามีโทษ ท่านจึงให้ลงอาญาแก่มันฐานกระทำการโดยประมาท
ที่ว่ากระทำโดยเจตนา นั้น ท่านอธิบายว่า บุคคลกระทำโดยตั้งใจแลประสงค์ต่อผลหรืออาจจะแลเห็นผลแห่งการที่กระทำนั้นได้ อย่างนี้ชื่อว่ากระทำโดยเจตนา”

จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจกล่าวได้ว่าเป็นครั้งแรกที่ประเทศไทยได้นำเอากฎหมายแบบตะวันตกมาใช้และเป็นความพยายามที่จะทำให้กฎหมายของเราให้เป็นระบบ

อย่างไรก็ตามในสมัยนี้ได้มีการนำหลัก Mens Rea มาอธิบาย เจตนา โดยใช้วิธีเทียบเคียงจากกฎหมายอาญอังกฤษ และอินเดียมาอธิบายเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็มีนักกฎหมายบางท่านที่ได้อธิบายเจตนาตามระบบของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย¹⁹⁸

¹⁹⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. หน้า 68-87.

ต่อมาหลังจากได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา เมื่อ พ.ศ. 2499 แล้วการให้ความหมายในเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิดก็ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสองและวรรคสาม ซึ่งมีความว่า “การกระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เราจะพบว่าการบัญญัติเรื่องเจตนาในการกระทำความผิดเราใช้คำว่าเจตนาเท่านั้น ความคิดเกี่ยวกับเรื่องเจตนาที่ว่าเจตนาในการกระทำความผิดควรจะใช้คำว่าเจตนาร้ายนั้นไม่ปรากฏในบทบัญญัติอันใหม่ แม้ว่าจะได้มีการถกเถียงกันในคณะกรรมการตรวจแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาว่าการใช้คำว่า เจตนาเฉย ๆ ให้ความหมายลอย ๆ อยู่ ควรระบุด้วยว่าเจตนาอะไร เพราะเจตนาคือความตั้งใจซึ่งต้องมีอะไรประกอบด้วย จึงมีการเสนอให้ใช้คำว่า “อาชญาเจตนา” หรือ “อาญาเจตนา” ซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า criminal intention หรือใช้คำว่า เจตนาร้าย (Mens Rea) แต่ในที่สุดที่ประชุมก็เห็นควรใช้คำว่า เจตนาเท่านั้น เจตนาอย่างไรวินั้นต้องไปดู ภาค 2 ที่บัญญัติถึงความผิดนั้นๆ เอง¹⁹⁹

ในสมัยนี้แม้ว่าจะได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้วก็ตาม การอธิบายความหมายของ เจตนา ในทางตำราของไทยก็ยังมีให้นำหลัก Mens Rea มาอธิบาย เจตนา โดยใช้วิธีเทียบเคียงจากกฎหมายอาญาอังกฤษเช่นกันแต่ก็มีน้อยมาก²⁰⁰

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายที่อธิบายความหมายของเจตนาจากบทบัญญัติมาตรา 59 วรรคสอง ที่ว่า “การกระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น” ก็ยังอธิบายแตกต่างกันไปคนละทิศคนละทาง เช่น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ภักดิ์ เห็นว่า “การกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ” มิใช่องค์ประกอบของ “เจตนา” แต่เป็นองค์ประกอบของการกระทำ ส่วนองค์ประกอบของเจตนาคือ ความประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำนั้น ซึ่งหมายถึงผลสำเร็จแห่งการกระทำนั้นเอง (but immediate) รวมทั้งผลอันเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นด้วย เหตุนี้เจตนาจึงมิใช่แต่เพียงการกระทำโดยรู้สำนึก หรือจิตใจบังคับอธิปไตยเท่านั้น แต่ต้องประกอบด้วย

¹⁹⁹ รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 104 / 401 / 2483 วันอังคารที่ 9 กรกฎาคม 2483.

²⁰⁰ พืฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 220-391.

ความมุ่งหมายต่อผลตามความหมายดังกล่าวอีกด้วย²⁰¹ หรือ ดร. อุทิศ แสนโกสิก เห็นว่า “การกระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ” เป็นองค์ประกอบของเจตนา²⁰²

ส่วนนักกฎหมายที่เห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 59 วรรคสองมิได้เรียงลำดับของส่วนประกอบของเจตนาไว้คือ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร และศาสตราจารย์ ดร. เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ โดยทั้งสองท่านนี้เห็นว่า “เจตนา” ต้องเรียงลำดับดังต่อไปนี้²⁰³ 1. การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด 2. การประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำ

ฉะนั้นจากความเห็นดังกล่าวข้างต้นความหมายของ “กระทำโดยเจตนา” คือ กระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น”

ดังนั้น การพิจารณาส่วนประกอบของเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 จึงต้องพิจารณาตามลำดับเป็นสองส่วนประกอบกัน คือ ส่วนรู้ (มาตรา 59 วรรคสาม) และส่วนต้องการ (มาตรา 59 วรรคสอง)

เช่น เจตนาฆ่า คือ กระทำโดยรู้ว่าสิ่งที่จะกระทำต่อหน้าเป็นมนุษย์ และผู้กระทำต้องการให้มนุษย์ผู้นั้นถึงแก่ความตาย

ใน “ส่วนรู้” ของเจตนา หมายถึง ส่วนที่ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ในเรื่องนี้ขอบเขตของการรู้นั้นเพียงแต่ผู้กระทำ “รู้ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงโดยทั่วๆ ไปก็เพียงพอแล้วไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดเฉพาะเจาะจง”

ใน “ส่วนต้องการ” ของเจตนา หมายถึง ส่วนที่ผู้กระทำต้องการการเกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ในเรื่องนี้ถือเป็นส่วนประกอบที่สำคัญของเจตนาโดย “ส่วนต้องการ” นี้อาจแยกได้ 2 ระดับ คือ

1. ส่วนต้องการที่เป็นความประสงค์ที่แท้จริงของผู้กระทำหรือส่วนเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเจตนาโดยตรง (dolus directus) ซึ่งในส่วนนี้เป็นส่วนที่ผู้กระทำต้องการให้ผลเกิดขึ้นตามความประสงค์หรือตามจุดมุ่งหมายของผู้กระทำ²⁰⁴

²⁰¹ จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 181.

²⁰² อุทิศ แสนโกสิก. กฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 65.

²⁰³ คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 161. และเกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา 1. หน้า 136.

²⁰⁴ จิตติ ดิงศภัทย์. แหล่งเดิม. หน้า 182.

2. ส่วนต้องการที่เล็งเห็น ได้จากการกระทำนั้น หรือเจตนาข้อมเล็งเห็นผลหรือเจตนาโดยอ้อม (dolus eventualis) ซึ่งในส่วนนี้เป็นส่วนที่ผู้กระทำข้อมเล็งเห็นผลของการกระทำ โดยที่ผู้กระทำอาจไม่ประสงค์ให้เกิดผลอันทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้น แต่ถ้าผู้กระทำข้อมเล็งเห็นผลนั้นแล้วก็ต้องถือว่าผู้กระทำมีเจตนาคู่เดียวกับได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลที่เล็งเห็นนั้นด้วยเหมือนกัน²⁰⁵

อนึ่งคำว่า “ข้อมเล็งเห็นผล” มีความหมายอยู่ในตัวแล้วว่าผลที่เกิดอาจไม่แน่นอนแต่ก็มีใช่ว่าไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย คงเป็นเพียงผลนั้นอาจเป็นไปได้ไม่ถึงกับจำต้องเกิด แม้ผู้กระทำไม่ประสงค์ต่อผลที่เล็งเห็นผลได้ก็ต้องถือว่าผู้กระทำมีเจตนาคู่เดียวกัน²⁰⁶

ดังนั้นจากการอธิบายดังกล่าวข้างต้นในเรื่องของเจตนาโดยตรง (dolus directus) หรือเจตนาประสงค์ต่อผลตามกฎหมายอาญาของไทยผู้เขียนเห็นว่าในการอธิบายเจตนาในส่วนนี้ไม่ค่อยมีปัญหาเท่าใดนักเพราะเป็นการอธิบายถึงส่วนที่ผู้กระทำต้องการให้ผลเกิดขึ้นตามความประสงค์หรือตามจุดมุ่งหมายของผู้กระทำ และหากจะเทียบกับในเรื่องเจตนา (Vorsatz) ของเยอรมนีแล้วอาจเทียบได้กับ “เจตนาโดยตรง” (dolus directus) ในส่วนของเจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง (unmittelbarer Vorsatz หรือ directus ersten Grades) ของประเทศเยอรมนี และอาจเทียบได้กับ Mens Rea ในส่วนของ intention โดยเฉพาะในส่วน of “เจตนาโดยตรง” (direct intention) ของประเทศอังกฤษ เพราะต่างอธิบายถึง ความต้องการหรือวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายโดยตรงของผู้กระทำผิด

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการอธิบายในเรื่องเจตนาโดยตรง (dolus directus) หรือเจตนาประสงค์ต่อผลตามกฎหมายอาญาของไทยนั้นหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า การอธิบายนั้นเป็นการอธิบายที่ยังขาดความสมบูรณ์ในทางวิชาการอยู่ กล่าวคือ ในคำอธิบายส่วนมากมิได้แยกเจตนาโดยตรง (dolus directus) หรือเจตนาประสงค์ต่อผลออกมาเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรงและเจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม อย่างในประเทศเยอรมนีหรือแม้ในประเทศอังกฤษเองก็ยังมีกรพยายามที่จะอธิบายในทางทฤษฎีว่าเจตนา (intention) แบ่งได้ 2 ประเภทคือ “เจตนาโดยตรง” (direct intention) และ “เจตนาโดยอ้อม” (oblique intention) แม้ว่าศาลในประเทศอังกฤษจะถือว่า “เจตนาโดยอ้อม” เป็นเพียงพยานหลักฐานหรือสิ่งที่จะนำมาชี้ให้เห็นถึงเจตนาที่ตาม โดยที่นักกฎหมายไทยมักอธิบายว่าเจตนาประสงค์ต่อผลหรือเจตนาโดยตรง (dolus directus) เป็นส่วนที่ผู้กระทำต้องการให้ผลเกิดขึ้นตามความประสงค์หรือตามจุดมุ่งหมายของผู้กระทำเท่านั้น

²⁰⁵ จิตติ ดิงศักดิ์. แหล่งเดิม. หน้า 183.

²⁰⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาหลักและปัญหา. หน้า 103.

อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้มีเพียงนักกฎหมายบางท่านเท่านั้นที่ได้อธิบายแยกเจตนาโดยตรง (dolus directus) หรือเจตนาประสงค์ต่อผลออกมาเป็น 1. เจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง 2. เจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม อย่างเดียวกันกับทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมนีซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการอธิบายดังกล่าวมีความถูกต้องทางทฤษฎีและมีความสมบูรณ์ทางวิชาการซึ่งทำให้การอธิบายเรื่องเจตนาชัดเจนยิ่งขึ้น²⁰⁷

ส่วนในเรื่องของเจตนาโดยอ้อม (dolus eventualis) หรือเจตนาข่มเล็งเห็นผล ผู้เขียนเห็นว่ามีลักษณะของการอธิบายที่คล้ายกับเรื่องของเจตนาข่มเล็งเห็นผลหรือ “เจตนาโดยอ้อม” (dolus eventualis) ของประเทศเยอรมนีและคล้ายกับเรื่องการละเลย (Recklessness) หรือประมาท โดยจงใจในกรณีของการละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) หรือเรียกว่า “Cunningham recklessness” ของประเทศอังกฤษ เพราะต่างอธิบายถึงการเล็งเห็นภัยหรือผลที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน (ตัวผู้กระทำความผิดเอง) ซึ่งภัยหรือผลที่อาจจะเกิดขึ้นนั้นไม่จำต้องถึงขนาดที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแต่ก็มีไว้ว่าไม่อาจเกิดขึ้นได้เลยคงเป็นเพียงผลนั้นอาจเป็นไปได้ไม่ถึงกับจำต้องเกิด

อนึ่งมีข้อสังเกตอยู่ว่าในเรื่องเจตนาข่มเล็งเห็นผลนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงส์กัทย์และศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ยังอธิบายต่อไปว่าเจตนาข่มเล็งเห็นผลนั้น หมายความว่า เล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอน เท่าที่จิตใจของบุคคล ในฐานะเช่นนั้นจะเล็งเห็นได้ กล่าวคือ การวินิจฉัยเจตนาข่มเล็งเห็นผลต้องมีการสมมติบุคคลในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยถึงเจตนาข่มเล็งเห็นผลด้วยซึ่งถือว่าเป็นการวินิจฉัยในด้านภาวะวิสัย ซึ่งหากจะเทียบกับเจตนาข่มเล็งเห็นผลหรือ “เจตนาโดยอ้อม” (dolus eventualis) ของประเทศเยอรมนีและเทียบกับการละเลย (Recklessness) หรือประมาท โดยจงใจในกรณีของการละเลยตามอัตตะวิสัย (Subjective recklessness) แล้วการวินิจฉัยถึงเจตนาของประเทศเยอรมนีในกรณีดังกล่าวและการวินิจฉัยถึง Mens Rea ของประเทศอังกฤษในกรณีดังกล่าวไม่มีการสมมติบุคคลในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยถึงเจตนาข่มเล็งเห็นผล หรือ Mens Rea แต่จะเป็นการวินิจฉัยในส่วนของอัตตะวิสัยของผู้กระทำโดยแท้²⁰⁸

²⁰⁷ จิตติ ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 165. และแสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักกฎหมายอาญา. หน้า 63-64.

²⁰⁸ จิตติ ดิงส์กัทย์. กฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 183 –189. และเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา 1. หน้า 156.

อนึ่งในการอธิบายเรื่องเจตนา²⁰⁹ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌนกร ได้ให้ความเห็นไว้ว่า²⁰⁹ ในเรื่องเจตนา²⁰⁹ ในทางศาลก็ไม่ได้ให้ความชัดเจนในความหมายของเจตนาได้ทั้งนี้เพราะในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทยมักจะมีการกระทำในสองเรื่องไปพร้อมๆ กันคือ จะมีการพิจารณาซึ่งนำหลักเกณฑ์ไปพร้อมๆ กับการปรับบท ปัญหาเรื่องเจตนาจึงกลายเป็นปัญหาของการซึ่งนำหลักเกณฑ์ไป

เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 330 / 2490 ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับเจตนาฆ่าว่า “ใช้ปืนยิงคนต้องสันนิษฐานว่ามีเจตนาฆ่าให้ตาย”

และโดยที่การศึกษากฎหมายอาญาของไทยเรายังขาดความสมบูรณ์ในทางทฤษฎีอยู่อย่างมาก ประกอบกับคำพิพากษาของศาลฎีกาเองก็ไม่ได้วางหลักแม้กระทั่งในส่วนที่เกี่ยวกับเจตนาดังกล่าวมาแล้ว การวินิจฉัยเจตนาโดยอ้อมของศาลฎีกาจึงขาดความชัดเจนไปด้วย และในกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยอ้อมเล็งเห็นผลแท้จริงแล้วเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยเจตนาประสงค์ต่อผลทั้งสิ้น

เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2567 / 2544 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า จำเลยใช้ปืนยิงไปที่กลุ่มคน ซึ่งอยู่ในที่จำกัดบนรถยนต์โดยสารที่จำเลยโดยสารมาด้วยถือว่ามีเจตนาฆ่าโดยเจตนาอ้อมเล็งเห็นผล

หรือในคำพิพากษาฎีกาที่ 154 / 2544 จำเลยใช้ปืนยิงไปทางกลุ่มลูกค้าที่อยู่ในร้านขายอาหาร ซึ่งมีประมาณ 20 คน แม้เป็นการยิงเพียงนัดเดียว เป็นเจตนาฆ่าโดยอ้อมเล็งเห็นผล

ดังนั้นเพื่อให้การวินิจฉัยเรื่องเจตนาเป็นไปอย่างถูกต้องตามทฤษฎีจึงจำเป็นต้องมีการวินิจฉัยที่เป็นลำดับ กล่าวคือ เจตนาโดยตรง เป็นเจตนาในลำดับต้นที่จะได้รับการวินิจฉัยก่อนเสมอ และเมื่อการกระทำใดการกระทำหนึ่งไม่เป็นการกระทำโดยเจตนาโดยตรงแล้วกรณีจึงจะวินิจฉัยต่อไปถึงเจตนาโดยอ้อมหรือเจตนาอ้อมเล็งเห็นผล

2) การกระทำด้วยความจำเป็น

ในการอธิบายเรื่องการทำด้วยความจำเป็นนี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress หรือ Excusable Necessity และการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Necessity หรือ Justifiable Necessity ของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศไทย

(1) การกระทำด้วยความจำเป็นของประเทศอังกฤษ

²⁰⁹ คณิต ฌนกร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 160-161, 168.

ในประเทศอังกฤษได้มีการแบ่งแยกการกระทำโดยจำเป็นไว้ 2 กรณี คือ
ก. ความจำเป็นแบบ Duress ข. ความจำเป็นแบบ Necessity

ก. ความจำเป็นแบบ (Duress)

เป็นการกระทำเพราะถูกคุกคามขู่เข็ญทำให้บุคคลต้องกระทำความผิดเพื่อหลีกเลี่ยงภัยที่ร้ายแรงมากกว่าของการคุกคามขู่เข็ญนั้น²¹⁰ และตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ความจำเป็นแบบ Duress แบ่งแยกได้ 2 ประเภท คือ 1. ความจำเป็นแบบ Duress by threat 2. ความจำเป็นแบบ Duress of circumstances

1. ความจำเป็นแบบ Duress by threat (การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล) คือ การที่บุคคลกระทำความผิดเพราะมีสิ่งที่น่าหวาดกลัวที่เกิดจากการบังคับข่มขู่จากบุคคลซึ่งกำลังเกิดขึ้นกับเขา²¹¹

2. ความจำเป็นแบบ Duress of circumstances (การถูกขู่บังคับจากสถานการณ์ภายนอก) คือ การที่บุคคลกระทำความผิดเนื่องจากมีความหวาดกลัวเช่นเดียวกับ Duress by threat แต่ไม่มีใครบังคับให้เขากระทำ เขาได้กระทำความผิดเนื่องจากชีวิตของเขาถูกคุกคาม และเขามีอยู่เพียงหนทางเดียวที่จะหลีกเลี่ยง คือ การที่เขาจะต้องกระทำความผิดดังกล่าว²¹²

ข. ความจำเป็นแบบ Necessity

เป็นการกระทำความผิดอันเนื่องมาจากสถานการณ์หรือสิ่งแวดล้อมภายนอกที่เป็นอันตรายทำให้บุคคลจะต้องกระทำความผิดเพื่อหลีกเลี่ยงภัยที่ร้ายแรงกว่าเพื่อตัวของเขาเองหรือเพื่อบุคคลอื่น²¹³ กล่าวคือ สถานการณ์ หรือ สภาพแวดล้อมภายนอกที่เป็นอันตรายนั้นทำให้บุคคลต้องเผชิญหน้ากับ 2 ทางเลือกซึ่งไม่พึงประสงค์ทั้งสองทางและทางเลือกหนึ่งนั้นคือการที่บุคคลนั้นจะต้องกระทำความผิดโดยการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย²¹⁴

ในเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity คดีที่เป็นข้อถกเถียงกันมากสำหรับการที่จะยอมรับความจำเป็นแบบ Necessity ให้เป็นข้อโต้แย้งทั่วไปคือ คดี Dudley and Stephens 1884 ซึ่งข้อเท็จจริงมีว่า กลาสี 3 คน และเด็กเฝ้าเรือ 1 คน ซึ่งเป็นลูกเรือของเรือท่องเที่ยวอังกฤษ ประสบภาวะเรือแตก จึงหนีลงเรือขุดที่ลอยอยู่ห่างฝั่งมากกว่า 1000 ไมล์ 12 วัน หลังจากนั้นขาด

²¹⁰ Michael J. Allen.(2003). *Textbook on Criminal Law* (7 th ed.). pp. 179-180.

²¹¹ Smith and Hogan. *Criminal law* (10 th ed.). pp. 251-252.

²¹² Smith and Hogan. *Criminal law*. pp. 251-252.

²¹³ Michael J. Allen. *Textbook on Criminal Law*. pp. 179-180.

²¹⁴ Smith and Hogan. *Criminal law*. p. 266.

อาหารและน้ำที่จะสะสมไว้ในอีกหลายๆ วันต่อไป ผู้ถูกกล่าวหาทั้งสองคนจึงปรึกษาและแนะนำผู้ต้องหาคนที่สามว่าควรฆ่าเด็กและกินเป็นอาหาร ผู้ต้องหาคนที่สามปฏิเสธ แต่สองวันหลังจากนั้น Stephens ได้ฆ่าเด็กซึ่งอยู่ในสภาพที่อ่อนแอมากๆ ทั้งสามคนกินเด็กเป็นอาหาร หลังจากนั้น 4 วันพวกเขาได้รับการช่วยเหลือและถูกฟ้องฐานฆ่าคนตาย คณะลูกขุนพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าชายสามคนอาจต้องตายใน 4 วัน ถ้าพวกเขาไม่ได้กินเด็กเป็นอาหาร และเด็กอาจจะตายก่อนพวกเขา ในขณะที่ฆ่าเด็กพวกเขาไม่มีวิธีการอื่นใดที่ดีกว่าที่จะรักษาชีวิตของเขา นอกจากฆ่าคนหนึ่งเพื่อเป็นอาหารของคนอื่นๆ อีกหลายคน แต่ผู้ต้องหาทั้งสามคนถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานฆ่าคนตาย แต่ศาลลงโทษเพียง 6 เดือน เหตุผลของการตัดสิน (Ratio decidendi) คือ การไม่ยอมรับข้อโต้แย้งเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity เพราะการฆ่าเด็กไม่ได้มีความจำเป็นมากไปกว่าการฆ่าผู้ใหญ่²¹⁵

นับแต่เกิดคดี Dudley and Stephens 1884 ศาลในประเทศอังกฤษยอมรับความจำเป็นแบบ Necessity ให้เป็นข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบเฉพาะในบางกรณี เช่น ในคดี Eourne (1939) 1 K.B. 687 (1938) 3 All E.R 615 ซึ่งเป็นเรื่องของการทำแท้งเพื่อเป็นการคุ้มครองชีวิตของมารดา โดยผู้กระทำมีเจตนาสุจริต แม้ว่าขณะนั้นไม่มีบทกฎหมายให้ทำได้ และในบางครั้งศาลก็ไม่ยอมรับความจำเป็นแบบ Necessity เช่น ในคดี Buckoke v. GLC 1971 ซึ่งเป็นกรณีที่นักดับเพลิงขับรถฝ่าสัญญาณไฟแดง เพื่อที่จะไปช่วยชายที่ติดอยู่บนบ้านและบ้านดังกล่าวอยู่ห่างจากสัญญาณไฟเพียง 200 หลา ศาลตัดสินว่านักดับเพลิงมีความผิดฐานขับรถฝ่าฝืนสัญญาณไฟแดง และปฏิเสธไม่ยอมรับข้อโต้แย้งของความจำเป็นแบบ Necessity ซึ่งในคดีนี้ LORD Denning มีความเห็นว่า ในคดีนี้ศาลเห็นว่าการกระทำเป็นความผิด และไม่ยอมให้ยกข้อโต้แย้งเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity ก็จริง แต่จริงๆ แล้วคดีเช่นนี้เป็นเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity และไม่ควรมีการฟ้องคดีมาตั้งแต่ต้น ทั้งนี้การไม่ฟ้องคดีนั้นก็เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ²¹⁶

นอกจากนี้ LORD Hailsham LC in Howe 1987 กล่าวว่า ความจำเป็นแบบ Duress เป็นส่วนหนึ่งของความจำเป็นแบบ Necessity และควรมีข้อโต้แย้งในเรื่องของความจำเป็นแบบ Necessity เพราะเมื่อความจำเป็นแบบ Duress นั้นเป็นส่วนหนึ่งของความจำเป็นแบบ Necessity ก็ควรจะอนุญาตให้มีข้อโต้แย้งในเรื่องของ Defence of Necessity ได้²¹⁷

²¹⁵ คดี Dudley and Stephens 1884.

²¹⁶ Michael J. Allen. Ibid. p. 180.

²¹⁷ Michael J. Allen. Ibid. p. 184.

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันความจำเป็นแบบ Necessity ศาลยอมรับในกรณีที่มี พ.ร.บ. บัญญัติไว้โดยเฉพาะและในกรณีที่ศาลได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาเป็นกรณีเฉพาะเท่านั้น กล่าวคือ²¹⁸

ในกรณีที่มี พ.ร.บ.บัญญัติไว้โดยเฉพาะ เช่น ในคดี DPP v Harris 1995 ตำรวจจราจรถูกฟ้องว่าได้เข้าทำการจับกุมโดยมีการจับขี้นยานพาหนะโดยปราศจากความระมัดระวังและเกิดอุบัติเหตุขึ้นโดยเกิดการชนของยานพาหนะนั้นขึ้น ซึ่งฝ่าฝืน to s. 3 the Road Traffic Act 1988 ภายหลังจากมีการจับขี้นยานพาหนะผ่านสัญญาณไฟแดงในการตามจับโดยยานพาหนะโดยเชื่อว่าการบรรเทาทุกอาวุธที่เกี่ยวกับการชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ ซึ่งกฎข้อบังคับ 34 (1) (b) of the Traffic Signs Regulation 1981 อนุญาตให้ตำรวจใช้ยานพาหนะผ่านสัญญาณไฟแดงได้โดยมีเงื่อนไขว่าการกระทำนั้นจะต้องไม่มีผลต่อความน่าจะเป็นไปได้ของอันตรายโดยการจับขี้นยานพาหนะนั้น The Divisional Court (ศาล) มีความเห็นว่ากฎข้อบังคับนั้นเป็นเพียงเงื่อนไขเดียวของข้อโต้แย้งที่เหมาะสมเพื่อการเข้าจับกุมโดยการจับขี้นยานพาหนะโดยปราศจากความระมัดระวังในสถานการณ์เช่นนั้นและถ้าเป็นเช่นนั้นกฎข้อบังคับดังกล่าวจึงแยกออกจากข้อโต้แย้งทั่วไปทั้งหมดของความจำเป็นแบบ Necessity

และในกรณีที่เกิดจากคำพิพากษาที่ศาลได้วางหลักไว้เป็นกรณีเฉพาะ เช่น ในคดี R v Bournewood Community and Mental Health NHS Trust 1998 ข้อโต้แย้งของ Necessity ศาลยอมรับและนำมาปรับใช้ โดย House of Lords (ศาลฎีกา) ว่า การที่หมอจับหรือควบคุมตัวคนที่จิตผิดปกติเพื่อประโยชน์แก่ตัวของบุคคลผู้นั้นเองศาลยอมรับให้อ้าง Necessity ได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าศาลในประเทศอังกฤษไม่ยอมรับข้อโต้แย้งเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity ทุกกรณีไป ทั้งนี้อาจจะเป็นเพราะศาลในประเทศอังกฤษเห็นว่าข้อโต้แย้งเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity ไม่มีความเหมาะสมถูกต้องเพียงพอที่จะถือให้เป็นข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบทั่วไปได้เพราะมีผู้เห็นว่าข้อโต้แย้งเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity เป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification มิใช่เหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ดังเช่นข้อโต้แย้งเรื่องความจำเป็นแบบ Duress²¹⁹ กล่าวคือ ในประเทศอังกฤษได้มีการวิเคราะห์แบ่งแยกว่าความจำเป็นแบบ Duress of circumstances และความจำเป็นแบบ Duress by threats คือเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse และแบ่งแยกว่าความจำเป็นแบบ Necessity และการป้องกันแบบ Self-Defence คือเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification ซึ่งในกรณีหากมีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนแล้วจะมีผลดังนี้คือ ผู้ที่

²¹⁸ Michael J. Allen. Ibid. pp. 181-183.

²¹⁹ Michael J. Allen. Ibid. pp. 184-185.

ได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นนั้นสามารถที่จะป้องกันตัวเองจากการประทุษร้ายที่เป็นเพียงเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ได้แต่ไม่สามารถป้องกันตัวเองจากกรณีของเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification ได้ เช่น จำเลยถูกข่มขู่ว่าจะถูกฆ่าถ้าไม่ไปขโมยหนังสือของนาย A ในกรณีเช่นนี้นาย A มีสิทธิที่จะป้องกันหนังสือจากการขโมยของจำเลยนั้นได้เพราะการกระทำของจำเลยนั้นละเมิดสิทธิในกรรมสิทธิ์ของนาย A ดังนั้นนาย A จึงมีสิทธิป้องกันทรัพย์สินของตนได้ ในทางตรงกันข้ามหากเป็นการประทุษร้ายที่ชอบด้วยกฎหมายเจ้าของทรัพย์สินไม่อาจปิดป้องรักษาผลประโยชน์หรือทรัพย์สินของตนได้ เช่น เจ้าของไร่ต้องยอมให้บุคคลอื่นบุกรุกเข้ามาเผาไร่ของตนเพื่อหยุดหรือป้องกันการลุกลามของไฟ นอกจากนี้กรณีดังกล่าวยังรวมไปถึงการช่วยเหลือหรือสนับสนุนการกระทำที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification หรือการกระทำที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ด้วย เช่น การเป็นผู้ช่วยเหลือหรือสนับสนุนในการเผาไร่เพื่อหยุดหรือป้องกันการลุกลามของไฟนั้นสามารถกระทำได้เพราะเป็นการช่วยเหลือสนับสนุนการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (กรณีเป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification) แต่หากเป็นกรณีการช่วยเหลือสนับสนุนจำเลยในการขโมยหนังสือตามที่ถูกข่มขู่ นั้นไม่อาจกระทำได้เพราะเป็นการช่วยเหลือหรือสนับสนุนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (กรณีเป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse)²²⁰ เป็นต้น

อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกดังกล่าวยังมีปัญหา คือ การแยกความแตกต่างระหว่างเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification และเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse อาจจะไม่มีความชัดเจนและไม่อาจทราบได้ว่าจะใช้มาตรฐานใดในการแยกว่าบุคคลควรจะทำอะไรเช่นใดภายใต้สถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งและการกระทำดังกล่าวจะเป็นที่ยอมรับได้หรือไม่ และปัญหาของการแบ่งแยกประการต่อมาคือจะวินิจฉัยในมุมมองของฝ่ายใดระหว่างฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลย เช่น ในคดี Herald of Free Enterprise ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าในขณะที่เรือกำลังจมนั้น ผู้โดยสารต่างปีนบันไดเพื่อจะหนีให้ปลอดภัย มีคนหนึ่งเกิดอาการกลัวจนแข็งทื่อ ไม่ขยับเขยื้อน ทำให้คนอื่นๆ ไม่สามารถปีนบันไดขึ้นไปได้ และไม่สามารถโน้มขยับตัวเขาได้ ดังนั้นเขาจึงถูกผลัดลงมาตาย กรณีนี้เมื่อคนอื่นๆ พยายามผลักเขาตกจากบันได ปัญหาจึงมีว่า เขามีสิทธิป้องกันตนเองหรือไม่ คำตอบมี 2 ทางเลือก คือ

1. ถ้าเป็นกรณีเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification การกระทำของคนอื่นๆ ที่ผลักเขาตกบันไดเพื่อช่วยคนอื่นๆ ให้รอดจากความตายในขณะนั้น เขาก็ไม่มีสิทธิป้องกัน

²²⁰ C.M.V. Clarkson. (2004, February). "Necessary Action : A New Defence." *The criminal Law Review*, pp. 82-86.

ตัวเอง (กรณีนี้เป็นการมองว่าคนอื่น ๆ มาเขาด้วยความจำเป็นแบบ Necessity หรือการป้องกันแบบ Self-Defence ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงเหตุผลของการกระทำ)

2. ถ้าเป็นกรณีเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse การกระทำของคนอื่น ๆ ที่ผลักเขาเป็นความผิดเพราะเขาควรมีโอกาสเลือกที่จะมีชีวิตอยู่ เขาก็มีสิทธิป้องกันตนเอง (กรณีนี้เป็นการมองว่า เขามีสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่เช่นเดียวกับคนอื่น ๆ เป็นการพิจารณาที่ตัวผู้กระทำว่ามีสิทธิหรือไม่ในการอ้างความจำเป็นแบบ Duress of circumstances)

ดังนั้นด้วยสาเหตุดังกล่าวข้างต้นศาลในประเทศอังกฤษจึงยังไม่มี ความแน่นอนว่าจะยอมรับความจำเป็นแบบ Necessity ทั้งนี้เพราะการแบ่งแยกถึงเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification และเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ยังไม่มีความชัดเจนว่าควรจะใช้มาตรฐานใดมาตัดสินว่าการกระทำใดควรถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification และการกระทำใดควรถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ทั้งนี้เพราะในทางความเป็นจริงไม่อาจเข้าใจได้ว่า “มาตรฐานใดที่จะวัดว่าคุณจะกระทำการเช่นใดภายใต้สถานการณ์เดียวกันและจะเป็นที่ยอมรับได้หรือยอมรับไม่ได้นั่นเอง”²²¹

อนึ่งมีข้อสังเกตอยู่บางประการแม้ว่าศาลอังกฤษไม่มีความแน่นอนว่าจะยอมรับความจำเป็นแบบ Necessity แต่ศาลอังกฤษก็ยอมรับความจำเป็นแบบ Duress of circumstances โดยแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษยอมรับว่าความจำเป็นแบบ Duress of circumstances เป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse แม้ว่าในประเทศอังกฤษความจำเป็นแบบ Duress of circumstances ยังเป็นข้อถกเถียงในทางวิชาการอยู่ว่าเป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification หรือเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ก็ตามและในเรื่องของความจำเป็นแบบ Necessity และความจำเป็นแบบ Duress of circumstances นี้ศาลอังกฤษยังเห็นว่า มีลักษณะที่เหมือนกัน กล่าวคือ ศาลอังกฤษเห็นว่าความจำเป็นแบบ Necessity และความจำเป็นแบบ Duress of circumstances นั้นมีขอบเขตที่จำกัดเช่นเดียวกัน โดยที่ความจำเป็นทั้งสองอย่างนั้นเป็นการถูกบังคับจากสถานการณ์หรือสภาพแวดล้อมภายนอกที่เป็นอันตราย และบุคคลนั้นต้องกระทำความผิดเพื่อหลีกเลี่ยงความตาย หรือ อันตรายร้ายแรงเช่นเดียวกัน ดังนั้นในกฎหมายอังกฤษในสถานการณ์ที่เป็นที่สุดจึงจะมีการยอมรับข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity ในรูปแบบของความจำเป็นแบบ Duress ซึ่งเรียกว่า ความจำเป็นแบบ Duress of circumstances ทั้งนี้เพราะข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity และข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Duress of circumstances เป็นอย่างเดียวกัน และศาลอังกฤษยอมรับว่าข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Duress of circumstances เป็นอย่างเดียวกันกับเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse มิใช่เหตุยกเว้นความผิดแบบ

²²¹ C.M.V. Clarkson. *Necessary Action : A New Defence*, p. 86.

Justification²²² และนอกจากนี้ในคดี Shayler ศาลได้พิพากษาว่าหลักว่าความจำเป็นแบบ “Duress of circumstances (การถูกขู่บังคับจากสถานการณ์ภายนอก) คือ Necessity นั้นเองและเป็นเพียงชื่อเรียกที่แตกต่างกันสำหรับสิ่งของเดียวกัน²²³

ในสถานการณ์ที่เป็นที่สุดที่จะมีการกล่าวอ้างความจำเป็นแบบ Necessity นั้นเดิมนับตั้งแต่มีการตัดสินในปี 1884 จนถึงปัจจุบันคดี Dudley and Stephens 1884 ยังเป็นที่สงสัยอยู่ว่าการฆ่าๆ คนหนึ่งเพื่อรักษาชีวิตคนอื่นหลายคนการกระทำดังกล่าวจะถือว่าชอบธรรมหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาด้านตรรกวิทยาแล้วการที่ Stephens ฆ่าคนตายเพื่อช่วยชีวิตของตนเองและคนอื่นอีก 2 คน เป็นสิ่งที่ยากต่อการอธิบาย แต่ถ้าเป็นการช่วยชีวิตคนจำนวนมากแล้วจะมีความชัดเจนมากกว่าในการที่จะอ้างความจำเป็นแบบ Necessity ขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ เช่น การปิดเขื่อน ซึ่งเป็นเหตุให้คนสองคนต้องตาย แต่เป็นวิธีการเดียวที่จะรักษาตัวเขื่อนมิให้พังทลายและทำให้น้ำท่วมทั้งเมือง อย่างไรก็ตามปัจจุบันในเรื่องนี้ J C Smith and Hogan ได้มีความเห็นว่า ข้อโต้เถียงของความจำเป็นแบบ Necessity สามารถนำมาปรับใช้ได้ในกรณีเช่นนี้ได้ (ในกรณีสถานการณ์ที่เป็นที่สุด) โดยยกกรณีตัวอย่างของเหตุการณ์ การทำลายตึก World Trade Center ของสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2001 โดยการจี้เครื่องบิน (Hijacked) ว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายในการที่จะยิงเครื่องบินนั้น ซึ่งเป็นการฆ่าผู้โดยสารผู้บริสุทธิ์ และพวกถูกเรือดำเป็นทางเลือกเดียวที่จะป้องกันหายนะที่ยิ่งใหญ่และใกล้จะถึงได้ จากเรื่องดังกล่าว การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นแบบ Necessity สามารถยกขึ้นเป็นข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาได้²²⁴

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงที่มีความสำคัญต่อสาระสำคัญของกฎหมายอาญาและแนวความคิดของกฎหมายอาญาในประเทศอังกฤษโดยมีการเสนอ “ข้อโต้เถียงคดีแบบใหม่ Necessary Action” คือการอ้างอิงความจำเป็นแบบ Duress of circumstances (การถูกขู่บังคับจากสถานการณ์ภายนอก) โดยเชื่อมโยงกับความจำเป็นแบบ Duress by threats (การถูกขู่บังคับข่มขู่จากบุคคล) ซึ่งยอมให้ยกขึ้นเป็นข้อโต้เถียงในการกระทำความผิดด้วยความจำเป็น (A Defence of Necessity) อนึ่งหลักการในเรื่อง “ข้อโต้เถียงคดีแบบใหม่ Necessary Action” จะพิจารณาการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นกับหลักความได้สัดส่วน (Necessary Action : The Proportionality Principle) เป็นหลัก เช่น ในกรณีที่จำเลยถูกคุกคามโดยการบังคับให้จำเลยอยู่ในสภาวะจำยอมจนกระทั่งต้องป้องกันตนเอง ปัญหาในการพิจารณาว่าจำเลย

²²² Michael J. Allen. *Textbook on Criminal Law*. pp. 183-185.

²²³ C.M.V. Clarkson. *Necessary Action : A New Defence*. p. 81.

²²⁴ Smith and Hogan. *Criminal law*. pp. 273-274.

กระทำความผิดหรือไม่ ต้องพิจารณาควบคู่กันระหว่างความมีเหตุผลในการกระทำและการกระทำ ต้องได้สัดส่วนกับภัยที่เผชิญเพื่อเป็นเหตุผลที่จะยกเว้นให้จำเลยจากความรับผิดตามกฎหมาย ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้ศีลธรรมของสังคมและการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น สังคมไม่ยอมรับบุคคลที่ หิวโหยแล้วไปขโมยจากร้านค้า เพราะเขาอาจจะขอความช่วยเหลือจากหน่วยงานของรัฐได้จึงเป็นการขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละสังคม นโยบายการเมือง ดังนั้น มาตรฐานในการตัดสินคดีก็จะแตกต่างกันกรณีๆ ไป บนพื้นฐานของการได้รับการอบรม ภาระหน้าที่ ประสบการณ์ของผู้กระทำความผิดในการพิจารณาว่ากระทำความผิดด้วยความจำเป็น และได้สัดส่วนกับภัยหรือไม่ เป็นต้น²²⁵

(2) การกระทำด้วยความจำเป็นของประเทศสหรัฐอเมริกา²²⁶

หลักเกณฑ์เรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นในประเทศสหรัฐนั้นมีวิวัฒนาการคล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษ ทั้งนี้เนื่องจากสหรัฐอเมริกาเป็นดินแดนใหม่ และผู้ที่อพยพไปอยู่ในสหรัฐอเมริกาส່ว่นใหญ่เป็นชาวอังกฤษซึ่งอพยพไปอยู่ตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 ฉะนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำระบบคอมมอนลอว์ (common law) มาใช้บังคับแต่ก็มีข้อจำกัดว่าการนำระบบคอมมอนลอว์มาใช้นั้นต้องเหมาะสมต่อสภาพการดำรงชีวิตของคนในแต่ละกลุ่มด้วย

การกระทำด้วยความจำเป็นของสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ก. การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress และ ข. การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Necessity

ก. การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress²²⁷ คือ การที่บุคคลต้องกระทำความผิดเพราะถูกบังคับข่มขู่โดยมิชอบด้วยกฎหมายจากบุคคล ซึ่งบังคับข่มขู่ว่าจะทำอันตรายต่อชีวิต หรือร่างกายของผู้ถูกข่มขู่ หรือต่อบุคคลที่สาม เพื่อให้ผู้ถูกบังคับข่มขู่กระทำการที่มิชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่งการที่บุคคลซึ่งถูกบังคับข่มขู่ต้องกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเพราะบุคคลที่ถูกบังคับข่มขู่เชื่อว่ามีเหตุผลว่ามีอยู่เพียงหนทางเดียวที่จะหลีกเลี่ยงอันตรายที่ใกล้จะถึงซึ่งเกิดจากการบังคับข่มขู่ นั้น โดยการทำกระทำการที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายอาญา

²²⁵ C.M.V. Clarkson. *Necessary Action : A New Defence*. pp. 88-90.

²²⁶ กุสุมา จินดาทิพย์. (2531). *ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ*. หน้า 48-53.

²²⁷ Wayne R. La Fave and Austin W, Scott, Jr. (1986). *Criminal Law* (2 nd ed.). pp. 432-433.

การกระทำโดยถูกบังคับข่มขู่ที่จะยกเป็นข้อต่อสู้ได้ต้องประกอบ

ด้วย²²⁸

1. ความกลัวอย่างมีเหตุผลต่อการข่มขู่หรือบังคับ (a reasonable fear)
2. ภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นในทันที (immediate or imminent)
3. การข่มขู่จะทำให้ตายหรือทำร้ายร่างกายจนบาดเจ็บสาหัส (death or serious bodily harm)

ข. การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Necessity²²⁹ คือ การบังคับซึ่งเกิดขึ้นอย่างฉุกเฉิน โดยธรรมชาติ ทำให้ผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจบังคับ ต้องประสบกับทางเลือกสองทาง ได้แก่ การยอมกระทำการที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายอาญา หรือมิฉะนั้นต้องยอมรับภัยนั้นไว้เสียเอง ดังนั้นหากกรณีที่เกี่ยวข้องเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิด ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงกว่า ภัยซึ่งผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดขึ้น กรณีเช่นนี้เพื่อประโยชน์นโยบายของสังคมอนุญาตให้ผู้กระทำความผิดยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้หรือแก้ตัวได้ โดยถือว่าเป็นกรณีของการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Necessity

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลอเมริกันพบว่าศาลอเมริกันได้ยอมรับการกระทำโดยจำเป็นดังกล่าวว่าเป็นการกระทำที่ชอบธรรม เช่น การที่กัปตันเรือกระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติการขนส่ง โดยการเข้าไปจอดเทียบท่าเรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อเรือถูกพายุ เหตุที่ถือว่าเป็น “ความจำเป็น” เพราะต้องการรักษาชีวิตของลูกเรือ และผู้โดยสารรวมทั้งสินค้าที่อยู่บนเรือไว้ กรณีมิใช่เป็นกรณีที่เรือจะจมเพราะถูกพายุ แต่เป็นกรณีที่กัปตันเรือตัดสินใจที่จะเลือกละเมิดกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่มากกว่า การกระทำความผิดดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายยอมรับหรือชอบที่จะกระทำได้

การยกข้อต่อสู้ในเรื่อง necessity นี้ถ้าเป็นกรณีการฆ่าคนตายแล้วศาลอเมริกันยอมรับให้ยกเป็นข้อต่อสู้ได้ในกรณีการฆ่าคนหนึ่งเพื่อรักษาชีวิตคนจำนวนมากว่าซึ่งในจุดนี้จะแตกต่างจากศาลอังกฤษ คดีที่ศาลอเมริกันตัดสินเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวซึ่งเป็นคดีที่มีชื่อเสียงมาก คือ คดี U.S. & Holmes (1842) Holmes เป็นหนึ่งในกลาสีของเรือที่อับปางเนื่องจากถูกพายุกลาสีและผู้โดยสารบนเรือต่างหนีลงเรือรอด แต่เนื่องจากมีผู้โดยสารจำนวนมากทำให้เรือเพียบน้ำและเรือรั่ว เพื่อป้องกันมิให้เรือจม ต้นหนได้ออกคำสั่งให้จับผู้ชายบนเรือโยนลงทะเล และ Holmes ก็ช่วยโยนผู้โดยสารที่เป็นผู้ชายจำนวนมากกว่า 16 คนลงทะเล ทำให้ลูกขุนเห็นว่าการกระทำของ

²²⁸ Wayne R. La Fave and Austin W, Scott, Jr. **Criminal Law**. p. 436.

²²⁹ Wayne R. La Fave and Austin W, Scott, Jr. **Criminal Law**. pp. 441–443.

จำเลยเป็นเพียงการฆ่าคนโดยขาดเจตนา (manslaughter) ซึ่งคดีนี้ศาลได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายกำหนดว่าผู้โดยสารจะต้องถูกโยนลงทะเลก่อนลูกเรือ เพราะลูกเรือเป็นผู้นำเรือซึ่งสามารถพาเรือไปได้โดยปลอดภัย และผู้โดยสารที่จำเป็นต้องถูกโยนลงทะเลจะต้องจับสลากกัน แต่วิธีนี้มีให้นำมาใช้ในคดีนี้ ศาลจึงว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นแต่เนื่องจากจำเลยไม่ได้ใช้วิธีการที่เหมาะสมในการเลือกผู้เคราะห์ร้ายที่จะตาย ศาลจึงลงโทษจำเลยแต่ลงโทษในสถานเบาเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษที่เป็นที่ยกขึ้นอ้างได้เป็นเฉพาะกรณีจะไม่มีกำหนดไว้เป็นหลักทั่วไป²³⁰

อเนียงค์ประกอบของการยกข้อต่อสู้เรื่อง necessity มีดังต่อไปนี้²³¹

1. ภัยอันตรายที่จะหลีกเลี่ยง (The Harm Avoided) นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นภัยทางร่างกายเสมอไป อาจจะเป็นภัยต่อทรัพย์สิน เช่น นักดับเพลิงได้ทำลายทรัพย์สินบางอย่างเพื่อป้องกันการแพร่ขยายของไฟซึ่งจะทำลายทรัพย์สินที่มีค่ามากกว่า อาจจะเป็นภัยต่อผู้กระทำนั้นเองหรือภัยต่อบุคคลอื่น

2. ภัยอันตรายที่กระทำลง (The Harm Done) นั้น ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นภัยอันตรายชนิดใด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับชีวิตหรือทรัพย์สิน

3. เจตนาที่จะหลีกเลี่ยง (Intention to Avoid Harm) ผู้กระทำต้องมีเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่มากกว่า การอ้าง necessity โดยไม่กล่าวถึงเจตนาด้วยแล้วยังไม่เพียงพอ เช่น A ฆ่า B ซึ่งเป็นศัตรูของเขาโดยการแก้แค้นและได้ทราบต่อมาว่าการฆ่า B นั้น เขาได้ช่วยชีวิต C และ D ไว้ เช่นนี้ A ไม่อาจยกข้อต่อสู้ได้

4. คุณค่าที่สัมพันธ์กันระหว่างภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงและภัยอันตรายที่ได้กระทำลง (Relative Value of Harm Avoided and Harm Done) ความเชื่อของผู้กระทำในเรื่องนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับผู้กระทำ เป็นอำนาจของศาลที่จะชั่งน้ำหนักของภัยอันตรายทั้งสองประการ โดยศาลให้ใช้เป็นข้อต่อสู้เฉพาะกรณีภัยอันตรายที่ผู้กระทำได้เลือกกระทำนั้นน้อยกว่าภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นถ้าเลือกกระทำอีกทางหนึ่ง เช่น บางคนอาจคิดว่าการรักษาภาพวาดอันมีค่าขึ้นนั้นสำคัญกว่าการรักษาชีวิต และเลือกที่จะทำลายชีวิตและรักษาภาพวาดนั้นไว้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะยกข้อต่อสู้เรื่อง necessity ไม่ได้

ในบางครั้งการเลือกที่จะกระทำการทั้งสองทางเกี่ยวข้องกับชีวิตมนุษย์ แม้ในบางครั้งเราสามารถจัดลำดับคุณค่าของชีวิตในระดับสูงกว่าได้ เช่น คนหนุ่มมีคุณค่ามากกว่าคนแก่ คนที่มีจิตใจดีมีคุณค่ามากกว่าคนที่จิตใจทราม แต่กฎหมายก็ถือว่าทุกชีวิตมีค่าเท่ากัน โดยไม่ต้องพิจารณาถึงอายุ บุคลิกลักษณะ สุขภาพหรือลักษณะที่ดีของบุคคล ฉะนั้น หากชายหนุ่ม

²³⁰ คดี U.S. & Holmes 1842.

²³¹ Wayne R. La Fave and Austin W, Scott, Jr. **Criminal Law**. pp. 445–450.

ผู้มีจิตใจคืออยู่ในระหว่างทางของความตาย ทางเดียวที่จะช่วยได้คือต้องฆ่าคนแก่ที่มีจิตใจทราม กรณีเช่นนี้ไม่อาจยกเป็นข้อต่อสู้ได้

5. ทางเลือกที่จะกระทำ : ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง (Optional Courses of Action : Imminence of Disaster) การอ้างความจำเป็นเป็นข้อต่อสู้ได้ในกรณีที่เกิดทางเลือก 2 ทาง แต่ถ้ามีทางเลือกที่สาม ซึ่งภัยอันตรายน้อยกว่าสองทางแรกแล้วจำเลยเลือกกระทำ หนึ่งในสองทางเลือกแรก แม้ว่าจะมีผลร้ายน้อยกว่าอีกทางหนึ่งก็อ้างไม่ได้ เช่น ในกรณีที่กฎหมายห้ามนำของมีนเมาเข้ามาในโบสถ์ ผู้กระทำผิดได้นำเอาวิสกี้เข้ามาโดยอ้างว่าเป็นยาศาลตัดสินว่าผู้กระทำอ้างไม่ได้ เพราะเขามีทางเลือกที่ดีกว่านี้คืออยู่กับบ้านหรือนำยาชนิดอื่นเข้ามาแทนได้

6. ไม่มี ความผิดในการก่อให้เกิดสถานการณ์นั้นขึ้น (No Fault in Bringing About the Situation) ในเรื่องของความจำเป็นแบบ Necessity นี้เป็นเรื่องที่จำเลยต้องเลือกกระทำระหว่าง 2 สิ่งที่ชั่วร้าย ด้วยเหตุนี้หากจำเลยเป็นผู้ที่ก่อให้เกิดสถานการณ์ขึ้น จำเลยจะต้องรับผิดชอบในสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดขึ้นนั้นด้วย กล่าวคือ หากจำเลยมีเจตนาก่อให้เกิดสถานการณ์นั้นขึ้น จำเลยต้องรับผิดชอบในทางอาญาที่เกี่ยวกับเจตนา หรือ หากจำเลยกระทำโดยการละเลยหรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) จำเลยต้องรับผิดชอบในทางอาญาที่เกี่ยวกับการละเลยหรือประมาทโดยจงใจ หรือ หากจำเลยประมาท (Negligence) จำเลยต้องรับผิดชอบในทางอาญาที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท เช่น จำเลยขับรถโดยไม่ระมัดระวังหรือเดินเลื้อ (Recklessness) บนถนนและรถเกิดเสียหลักด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดสถานการณ์ที่ทำให้จำเลยต้องควบคุมรถบนถนนที่รถวิ่งอยู่นั้น และบนทางเท้าด้านซ้ายมี B และ C เดินอยู่ ส่วนบนทางเท้าด้านขวามี D เดินอยู่ จำเลยเลือกที่จะควบคุมรถไปทางด้านขวาและรถเกิดชน D ตาย เช่นนี้แม้จำเลยตกลงใจเลือกที่จะกระทำในทางที่เป็นอันตรายน้อยกว่าก็ตามจำเลยต้องรับผิดชอบฐานกระทำโดยการละเลยหรือประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ประเภทฆ่าคนตายโดยขาดเจตนาในส่วนที่เกี่ยวกับ D บนเหตุผลที่อธิบายได้ว่า “เนื่องจากจำเลยได้กระทำการโดยไม่ระมัดระวังหรือเดินเลื้อจึงก่อให้เกิดสถานการณ์นั้นขึ้น” ในกรณีเช่นนี้ไม่ใช่จำเลยมีความผิดฐานเจตนาฆ่า D อย่างที่มันดูเหมือนจะเป็น

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนักนิติบัญญัติอเมริกัน ได้ร่างแบบของประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal Code) ขึ้นมา โดยกำหนดแยกการกระทำด้วยความจำเป็นออกเป็น 2 กรณีอย่างชัดเจน กล่าวคือ Duress ในทัศนคติที่เป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ (excuse) และ necessity ในทัศนคติที่เป็นเหตุที่กฎหมายยอมรับ (justification) โดย Duress กำหนดไว้ในมาตรา 2.09 ดังนี้²³²

มาตรา 2.09 Duress

²³² American Model Penal Code section 2.09 and section 3.02.

(1) ข้อต่อสู้ที่ได้รับการยืนยันว่าผู้กระทำเกี่ยวข้องกับในการกระทำผิดกฎหมายเพราะว่าเขาถูกข่มขู่ให้กระทำเช่นนั้น โดยการไว้หรือขู่ว่าจะใช้กำลังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อผู้กระทำหรือบุคคลอื่นซึ่งบุคคลในพฤติการณ์เช่นนั้นจะไม่สามารถต่อต้านได้

(2) ข้อต่อสู้ที่กำหนดไว้ในมาตรานี้จะไม่ใช้บังคับถ้าผู้กระทำกระทำไปด้วยความประมาทโดยรู้ตัวปล่อยให้ตนเองอยู่ในภาวะอันอาจจะถูกข่มขู่เช่นนั้นได้ ข้อต่อสู้เช่นนี้จะไม่ใช่บังคับเช่นกัน ถ้าผู้กระทำกระทำโดยประมาท ซึ่งความประมาทนั้นถึงขนาดที่ก่อให้เกิดความชั่วในข้อกล่าวหา

(3) ข้อต่อสู้นี้มีให้ยกขึ้นอ้างในกรณีที่หญิงกระทำการตามคำสั่งของสามีเว้นแต่หญิงนั้นได้กระทำภายใต้การกระทำภายใต้การข่มขู่เช่นนั้น ในลักษณะที่จะเป็นข้อต่อสู้ตามมาตรา 3.02 (ข้อสันนิษฐานว่าหญิงมีสามีกระทำการต่อหน้าสามีของหญิงนั้นแสดงว่าหญิงนั้นถูกสามีข่มขู่ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว)

(4) เมื่อการกระทำของผู้กระทำจะเป็นการชอบธรรมกรณีอื่นๆ ตามมาตรา 3.02 แล้ว มาตรานี้จะไม่ใช้กับข้อต่อสู้เช่นกัน

ส่วน necessity นั้น กำหนดไว้ในมาตรา 3.02 ของ Model Penal Code ในลักษณะว่าเป็นความชอบธรรมทั่วไป เป็นการเลือกที่จะกระทำ ความชั่วร้ายที่น้อยกว่า ดังนี้ “มาตรา 3.02 ความชอบธรรมทั่วไป : การเลือกที่จะกระทำ ความชั่วร้าย

(1) การกระทำซึ่งผู้กระทำเชื่อว่าเป็นความจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายหรือความชั่วร้ายต่อตัวผู้กระทำหรือผู้อื่น นั้นจะถือว่าเป็นความชอบธรรมต้องประกอบด้วย

ก. ภัยอันตรายหรือความชั่วร้ายซึ่งเป็นเหตุให้ต้องหลีกเลี่ยง โดยการกระทำเช่นนั้นมากกว่าภัยอันตรายหรือความชั่วร้ายซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายที่กำหนดว่าเป็นความผิด และ

ข. ไม่มีประมวลกฎหมายหรือกฎหมายอื่นใดกำหนดข้อยกเว้นหรือข้อต่อสู้ที่เกี่ยวข้องกับพฤติการณ์เฉพาะนั้น และ

ค. จุดประสงค์ของกฎหมายจะขัดข้อเรียกร้องในเรื่องความชอบธรรม ไม่ได้ปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัด

(2) เมื่อผู้กระทำกระทำด้วยความประมาทโดยรู้ตัวหรือกระทำโดยประมาท ก่อให้เกิดพฤติการณ์ที่ต้องเลือกระหว่างภัยอันตรายหรือความชั่วร้ายหรือความจำเป็นในการกระทำนั้น ความชอบธรรมตามมาตรา 3.02 นี้จะไม่ใช้บังคับในการดำเนินการฟ้องร้องสำหรับการ

กระทำความผิดใดๆ ซึ่งอาจเกิดขึ้น โดยการก่อให้เกิดความชั่วร้ายนั้นหรือประมาทตามที่กรณีอาจจะเป็นการเพียงพอในการก่อให้เกิดการกระทำความผิด”

บทบัญญัติใน Model Penal Code เกี่ยวกับการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นกรณีดังกล่าวได้รับการรับรองจากรัฐต่างๆ อย่างชัดเจน โดยมีการกำหนดหลักการทั้ง 2 ประการดังกล่าวไว้ในกฎหมายของรัฐนั้นๆ เช่น เพนซิลวาเนีย ฮาวาย เท็กซัส โคโลราโด แคลิฟอร์เนีย อิลลินอยส์ และวิสคอนซิน

(3) การกระทำความผิดด้วยความจำเป็นของประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการแบ่งแยกการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นออกเป็น 2 กรณีคือ ก. การกระทำเพราะถูกบังคับ (Duress หรือ Compulsion) และ ข. การกระทำด้วยความจำเป็น (Necessity) ดังต่อไปนี้

ก. การกระทำเพราะถูกบังคับ (Duress หรือ Compulsion)²³³

การถูกบังคับให้กระทำความผิด ปัจจุบันบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1992 โดยบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการกระทำเพราะถูกบังคับได้บัญญัติไว้ในมาตรา 122-2 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดไปภายใต้อำนาจการบังคับครอบงำโดยผิดทำนองคลองธรรม หรือบังคับให้ปฏิบัติโดยบุคคลนั้นได้ต่อต้านหรือขัดขวางแล้ว”

การกระทำเพราะถูกบังคับตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส แบ่งออกเป็น 2 ประการ 1. การบังคับซึ่งเกิดขึ้นโดยเหตุการณ์ภายนอก (La contrainte physique) และ 2. การบังคับโดยเหตุภายในจิตใจของบุคคล (La contrainte morale)

1. การบังคับซึ่งเกิดขึ้นโดยเหตุการณ์ภายนอก (La contrainte physique) เหตุที่ถือว่าเป็นการบังคับอาจเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ เช่น ฝนตกหนักทำให้กำแพงถล่มพังลงทางสาธารณะ หรืออาจเกิดจากการกระทำของสัตว์ เช่น ถูกสุนัขป่าไล่ทำร้ายจึงหลบหนีบุกกรุกเข้าไปในที่หวงห้าม หรือเกิดจากการกระทำของมนุษย์ด้วยกัน เช่น ถูกกักขังตัวไว้ ทำให้ไม่อาจไปรับการเกณฑ์ทหารได้ทันตามกำหนด

เงื่อนไขซึ่งเกิดจากการบังคับโดยเหตุการณ์ภายนอก ซึ่งจะอ้างเป็นเหตุแก้ตัวเพื่อไม่ต้องรับผิดชอบนั้น ต้องประกอบด้วย

²³³ เอกชัย ชินนพงศ์. (2524). การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น. หน้า 16-18.

1.1 ผู้กระทำไม่สามารถจะปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายได้ในกรณีนี้ศาลฝรั่งเศสตัดสินเคร่งครัดไปในทำนองที่ว่า ต้องเป็นเรื่องที่ไม่อาจกระทำตามกฎหมายได้ เพราะเหตุพื้นวิสัย ศาลฝรั่งเศสเคยตัดสินว่า ผู้ที่ถูกเนรเทศออกจากประเทศฝรั่งเศสแต่ไม่มีประเทศข้างเคียงประเทศโดยอมรับผู้ถูกเนรเทศนั้น ไม่ถือว่าเป็นเหตุบังคับ ศาลฝรั่งเศสตัดสินลงโทษผู้นั้นฐานขัดขืนการเนรเทศ ในคดีนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่า บุคคลผู้ถูกเนรเทศยังอาจเดินทางออกจากประเทศฝรั่งเศส โดยทางทะเลและหาที่อยู่ในประเทศที่มีอาณาเขตติดต่อกับฝรั่งเศสได้ หรือในกรณีที่รถยนต์ซึ่งก่ออุบัติเหตุขึ้นเพราะสาเหตุยางระเบิด คันส่งหลุด หรือเบรกแตก จะอ้างเหตุบังคับอันเกิดจากภายนอกไม่ได้

1.2 การบังคับนั้นต้องมาจากเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ ศาลฝรั่งเศสเคยตัดสินยอมรับเหตุซึ่งถือว่าการบังคับจากภายนอกว่า ในกรณีที่หัวหน้าครอบครัวซึ่งถูกทำร้ายและป่วยหนักไม่อาจทำงานได้ จึงไม่ได้ส่งค่าเลี้ยงดูให้แก่ครอบครัว ไม่ต้องรับผิดชอบละทิ้งครอบครัว

1.3 การบังคับนั้นหากเกิดจากความผิดของผู้กระทำเองศาลไม่ยอมรับให้เป็นข้อแก้ตัว เช่น ในคดีที่ทหารเรือ ซึ่งถูกเจ้าหน้าที่ตำรวจจับ และถูกควบคุมตัวในข้อหาเมาสุราในที่สาธารณะเป็นเหตุให้ทหารเรื่อนั้นกลับลงเรือไม่ทันกำหนดเรือออกเดินทาง และถูกฟ้องถูกลงโทษฐานหลบหนีราชการทหาร ไม่อาจอ้างการที่ถูกตำรวจจับเป็นเหตุสุดวิสัยทำให้มาลงเรือไม่ทัน ทั้งนี้เพราะเป็นความผิดของทหารเรือผู้นั้นเอง ที่เมาสุราจนถูกจับ

2. การบังคับโดยเหตุภายในจิตใจของบุคคล (La contrainte morale) การถูกบังคับโดยทางจิตใจนี้แบ่งได้ 2 กรณี คือ 2.1 การถูกบังคับในทางจิตใจโดยเหตุอันมาจากภายนอกตัวผู้กระทำ 2.2 การถูกบังคับในทางจิตใจ อันมีสาเหตุมาจากในตัวผู้กระทำ ความผิดเอง

2.1 การถูกบังคับในทางจิตใจโดยเหตุอันมาจากภายนอกตัวผู้กระทำ ได้แก่ การข่มขู่หรือบังคับโดยบุคคลอื่น แต่การบังคับข่มขู่นั้นจะต้องถึงขนาดที่ผู้ถูกบังคับข่มขู่ไม่สามารถมีเจตนาเป็นอิสระของตนได้เลย (ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้) จึงจะเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับผิดชอบได้ และการบังคับข่มขู่นั้น ต้องเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายด้วยความกลัวเกรงหรือเคารพนับถือของบุตรต่อบิดา หรือความเคารพยำเกรงของภรรยาต่อสามี คนรับใช้ต่อนายจ้าง ไม่ถือว่าเป็นการบังคับข่มขู่ตามกฎหมาย คดีที่ศาลฝรั่งเศสตัดสินว่า เป็นการกระทำโดยถูกบังคับจิตใจให้กระทำความผิด คือ นักสู้วัวกระทิง ซึ่งฆ่าวัวกระทิงต่อหน้าประชาชนผู้ดู ในเมืองซึ่งไม่มี

ประเพณีผู้ว่ากระตัง แต่นักสู้วันนั้น ได้กระทำไปตามคำสั่งของนายกเทศมนตรี ไม่ต้องรับโทษฐาน ทำทารุณต่อสัตว์

2.2 การถูกบังคับในทางจิตใจ อันมีสาเหตุมาจากในตัว ผู้กระทำความผิดเอง โดยปกติศาลไม่ยอมรับให้ยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวว่าเป็นการถูกบังคับได้ ไม่ว่าจะ ได้กระทำความผิดไปเพราะเหตุที่ผู้กระทำมีความโกรธ พยายามท้อแท้ แค้นอย่างรุนแรง ทั้งนี้ เพราะถือว่าปกติแล้วการกระทำความผิดต่างๆ ก็เกิดจากอารมณ์ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามเคยมีกรณีที่ศาล ปลดปล่อยจำเลยซึ่งกระทำความผิดไป เพราะอารมณ์รุนแรงในเรื่องความรัก เช่น หญิงซึ่งถูกล่วงลวงมา ได้ฆ่าชายที่ล่อลวงนั้น หรือสามีทำร้ายชายชู้เพราะพบภรรยากำลังทำชู้กับชายชู้ ทั้งนี้โดยศาลไม่ให้ เหตุผลในการปล่อยตัวจำเลยไปแต่บางครั้งก็ลดโทษให้เพราะถือเป็นกรณีบันดาลโทสะ

ข. การกระทำด้วยความจำเป็น (Necessity)²³⁴

ในอดีตหลักเกณฑ์เรื่องความจำเป็นในประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่มีการบัญญัติเรื่องความจำเป็นไว้เป็นกรณีทั่วไปแม้กระทั่งในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 1810 ก็ไม่มีการบัญญัติไว้เช่นกัน จะมีก็แต่บทบัญญัติกรณีเฉพาะบางมาตราเท่านั้นที่ บัญญัติถึง การกระทำบางอย่างที่เป็นความผิด โดยมีเงื่อนไขว่า “เป็นการกระทำไปโดยไม่มีความจำเป็น” (Sans necessité) เช่น มาตรา R. 38 – 11 บัญญัติเอาความผิดแก่ผู้วางของกีดขวางทางสาธารณะโดย “ไม่มีความจำเป็น” มาตรา R. 40 – 9 บัญญัติเอาความผิดที่ฆ่าสัตว์เลี้ยวโดย “ไม่มีความจำเป็น” ตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่าหากเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นแล้วผู้กระทำย่อม ไม่มีความผิดอาญา ดังนี้ต่อปัญหาที่ว่า ผู้กระทำด้วยความจำเป็น จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ นั้น ถึงแม้จะไม่มีการบัญญัติถึงเรื่อง การกระทำด้วยความจำเป็นกรณีทั่วไปไว้ก็ตาม แต่ในทาง ทฤษฎีและในทางปฏิบัติเองก็มีความเห็นพ้องต้องกันว่า ผู้กระทำด้วยความจำเป็นได้รับยกเว้นความ รับผิดชอบ (L' impunité de L' infraction) ซึ่งในการนี้ ทั้งในแนวคำพิพากษา ตลอดจนในทาง ทฤษฎีได้พยายามให้เหตุผลที่แตกต่างกันไป จากหลักกฎหมายดั้งเดิมที่ว่า “ความจำเป็นย่อมไม่มี กฎหมาย” (Nécessité n' a pass de loi) เป็นที่ตั้ง

สำหรับแนวคำพิพากษาของศาลก่อนข้างระมัดระวังในการ ยอมรับหลักในเรื่องของความจำเป็นอย่างชัดเจน แต่ศาลก็ยอมรับในทางปฏิบัติ วิธีการที่ศาลจะ ยอมรับแต่เดิมมี 2 วิธี

²³⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล.(2530). “การกระทำโดยจำเป็น : เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย อาญาฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17, ฉบับที่ 3. หน้า 143-153.

วิธีแรกฝ่ายศาลอธิบายว่า การกระทำด้วยความจำเป็น เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำโดยถูกบังคับตาม มาตรา 6 ของประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อบุคคลถูกบังคับโดยอำนาจซึ่งผู้นั้นไม่สามารถจะขัดขืนได้ ย่อมไม่มีความผิดอุกฤษโทษ หรือ มัธยโทษ” และเป็นเหตุที่ไม่ต้องรับโทษ ซึ่งเป็นการพิจารณาเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) กล่าวคือ การกระทำด้วยความจำเป็นเป็นการกระทำโดยถูกบังคับทางจิตใจ (Contrainte morale) กล่าวคือ ถือว่าบุคคลที่อยู่ในสถานการณ์เช่นนั้น ถูกบังคับให้เลือกระหว่างการยอมกระทำความผิด หรือ ต้องยอมรับเอาผลร้ายที่จะเกิดแก่ตน หรือ ผู้อื่น เช่นนี้ถือว่าผู้กระทำไม่มีอิสระในการตัดสินใจ คดีแรกที่ศาลตัดสินไม่ลงโทษ ผู้กระทำด้วยความจำเป็นคือ คดีเมนาร์ด (Affaire MENARD) โดยศาลแห่งเมือง Château Thierry ได้ตัดสินตามคำพิพากษาลงวันที่ 4 มีนาคม 1898 หญิงที่ขโมยขนมปัง เพื่อให้ตนเองและบุตรรอดพ้นจากความอดอยากหิวโหย ไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์โดยถือว่าหญิงจำเลยในคดีนี้ไม่มีอิสระในการตัดสินใจอย่างแท้จริง และหญิงถูกบังคับให้ขโมยขนมปังโดยอำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ การให้เหตุผลทำนองนี้ ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในทางทฤษฎีว่า การกระทำด้วยความจำเป็น (état de nécessité) นั้น แตกต่างจากการกระทำโดยถูกบังคับ (contrainte) กล่าวคือ การกระทำโดยถูกบังคับนั้น ผู้กระทำจะไม่มีเสรีภาพ หรือความเป็นอิสระในการตัดสินใจด้วยตนเอง แต่การกระทำด้วยความจำเป็นนั้นเสรีภาพในการตัดสินใจยังคงมีอยู่เพียงแต่ผู้กระทำจะต้องเลือกระหว่าง 2 กรณี คือ (การยอมกระทำความผิด หรือ การยอมรับเอาผลร้าย) และผู้กระทำได้เลือกที่จะกระทำความผิดเท่านั้น

วิธีที่สองฝ่ายศาลอธิบายว่า “การกระทำด้วยความจำเป็น” เป็นการกระทำโดยไม่มีเจตนาในการกระทำความผิด (défaut d'intention délictueuse) โดยอธิบายว่า ผู้กระทำด้วยความจำเป็นไม่มีเจตนาในการกระทำความผิด เพราะไม่มีเหตุจูงใจที่จะกระทำความผิด (mobile) ซึ่งเป็นการให้เหตุผลที่ผิด เพราะในกรณีเช่นนี้ ผู้กระทำด้วยความจำเป็นมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอย่างเต็มที่ เพียงแต่ขาดมูลเหตุจูงใจที่จะกระทำความผิดเท่านั้น และในการพิจารณา “เจตนา” ของผู้กระทำ ก็ไม่นำ “มูลเหตุจูงใจ” ในการกระทำมาพิจารณาด้วยเลย แม้ว่ามูลเหตุจูงใจจะไม่สมควรลงโทษหรือ นำสรรเสริญก็ตาม โดยศาลแห่งเมืองอามีแยงส์ (Cour d'Amiens) ได้ตัดสินตามคำพิพากษาลงวันที่ 22 เมษายน 1898 ในชั้นอุทธรณ์ของคดีเมนาร์ดว่า หญิงที่ขโมยขนมปังเนื่องจากความหิวโหย เพื่อเลี้ยงตนเองและบุตรนี้ไม่ได้กระทำความผิดเพราะขาดเจตนา

สำหรับการให้ความเห็นของฝ่ายทฤษฎีนั้นเห็นว่า การกระทำด้วยความจำเป็นเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายโดยให้เหตุผลจากการกระทำนั้นเอง (l'explication objective de l'impunité) ดังนี้

1. อธิบายว่า การลงโทษผู้กระทำด้วยความจำเป็นจะไม่ก่อประโยชน์อันใดขึ้นมาเลย กล่าวคือ หากพิจารณาในด้านผลประโยชน์ของสังคมแล้วกลับจะมีประโยชน์ในแง่ที่ว่า การกระทำความผิดนี้ก็เพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าไว้ โดยยอมสละคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่า หรือแม้ว่าคุณธรรมทางกฎหมายทั้งสองอย่างจะมีคุณค่าเท่าเทียมกันในด้านประโยชน์ของสังคมแล้ว ก็ไม่มีผลแตกต่างกันแต่อย่างใด นอกจากนี้การลงโทษผู้กระทำด้วยความจำเป็นก็ไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษไม่ว่าในแง่ของการลงโทษเพื่อแก้ไขหรือเพื่อข่มขู่เพราะการกระทำด้วยความจำเป็นไม่ได้แสดงถึงความมีจิตใจอันชั่วร้ายของผู้กระทำผิดแต่อย่างใด

2. อธิบายว่า การกระทำด้วยความจำเป็นนั้นเป็นการยินยอมของกฎหมาย ทั้งนี้จากการตีความบทบัญญัติเฉพาะกรณีที่มีอยู่ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว กล่าวคือ หากพิจารณาจากบทบัญญัติเฉพาะที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้วจะเห็นได้ว่า หากเป็นกรณีที่กระทำการที่เป็นความผิด เพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่มีคุณค่าสูงกว่าแล้วยอมเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ และการตีความโดยขยายความเช่นนี้ก็ไม่ขัดต่อการตีความกฎหมายอาญา ซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัด (interpretation restrictive) แต่อย่างใดเพราะ เป็นคุณแก่ผู้กระทำ

3. อธิบายว่า การลงโทษการกระทำด้วยความจำเป็น เป็นสิ่งที่ไปด้วยกันไม่ได้กับการปรับใช้กฎหมายอาญา (incomparable avec l' application de la loi) และถือว่าการเยียวยาหรือแก้ไขกฎหมาย (fait correcteur desrègles de droit)

จากการให้เหตุผลของฝ่ายทฤษฎีโดยอธิบายจากเหตุที่พิจารณาจากการกระทำ (Cause objective) จึงสอดคล้องกับหลักที่มีมาแต่เดิมว่า “ความจำเป็นยอมไม่มีกฎหมาย” และสรุปว่า ในบางสถานการณ์แล้วไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบังคับใช้กฎหมายอาญาแต่อย่างใด (dans certains circonstances, la loi n'a plus logiquement de raison d' être)

ดังนั้นหลังจากที่ฝ่ายทฤษฎีได้อธิบายเหตุผลโดยพิจารณาจากการกระทำ (Cause objective) ว่าทำไมการกระทำด้วยความจำเป็นจึงเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย ทางฝ่ายศาลเองเริ่มมีความคิดคล้อยตาม โดยครั้งแรกที่ศาลสูง (แผนกคดีอาญา) ลงวันที่ 25 มิถุนายน 1958 ซึ่งข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยได้ขับรถกินเข้าไปในทางซ้ายเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ภรรยาและบุตรของจำเลยตกลงไปจากรถซึ่งกำลังแล่นอยู่ เนื่องจากประตูปิดไว้ไม่ดีและการขับรถกินเข้าไปทางซ้ายดังกล่าวก่อให้เกิดอันตรายขึ้น ศาลฎีกาเห็นว่า ไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับความจำเป็นเกิดขึ้นเนื่องจากจำเลยมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดอันตรายดังกล่าว คือไม่ระมัดระวังปิดประตูให้สนิท ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคดีนี้ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยว่าการกระทำผิด และให้เหตุผลว่า “การกระทำของจำเลยไม่เข้าเงื่อนไขที่จะถือว่าการกระทำด้วยความจำเป็น ซึ่งไม่เป็นการผิด” ทั้ง

ในคำพิพากษานี้ได้อธิบายถึงเงื่อนไขการกระทำด้วยความจำเป็นไว้อีกด้วย คำพิพากษานี้จึงถือเป็นบรรทัดฐาน ซึ่งได้รับการอ้างอิงต่อๆ มา

อย่างไรก็ตามเนื่องจากการกระทำโดยจำเป็นไม่เป็นความผิดนี้ไม่มีอธิบายไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 ศาลและทางทฤษฎี จึงพยายามวางเงื่อนไขของการกระทำโดยจำเป็นดังนี้

1. จะต้องมิภัยอันตรายในปัจจุบัน หรือใกล้จะถึง และไม่มีทางเลือกเสียได้โดยประการอื่น กล่าวคือ ต้องเป็นความจำเป็นที่เด็ดขาด ไม่มีทางเลือกเสียได้โดยประการอื่นได้ หากผู้กระทำยังมีหนทางที่จะหลีกเลี่ยง และกระทำโดยประการอื่นได้แล้วการกระทำย่อมไม่เป็นการกระทำโดยจำเป็น

2. การพิจารณาเปรียบเทียบคุณธรรมทางกฎหมาย เป็นการเปรียบเทียบคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดที่ได้กระทำลงกับคุณธรรมทางกฎหมายของสิ่งที่ต้องการจะปกป้อง การที่ผู้กระทำได้กระทำการกระทำที่เป็นความผิดนี้ก็เพื่อปกป้องคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่า หรืออย่างน้อยที่สุดคุณธรรมทางกฎหมายที่เสมอกัน กับคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดที่ได้กระทำลง หากเป็นการกระทำเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่าแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็น ผู้กระทำจะอ้างว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นไม่ได้ อย่างไรก็ตาม กรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายมีคุณค่าเสมอกันในทางทฤษฎียังมีการถกเถียงกันอยู่โดยมีความเห็นว่า หากคุณธรรมทางกฎหมายมีค่าเท่ากันแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีความเห็นแย้งว่า แม้คุณธรรมทางกฎหมายจะมีคุณค่าเท่าเทียมกัน ก็ยังถือว่าเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นและไม่เป็นความผิดเพราะ ในกรณีเช่นนี้ แม้การกระทำผิดจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสังคม แต่ไม่มีความแตกต่างกันในการที่จะรักษาคุณธรรมทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งอยู่นั่นเอง (การเปรียบเทียบคุณธรรมทางกฎหมายนี้ในทางปฏิบัติ ศาลในประเทศฝรั่งเศสเองก็มีความลำบากในการชั่งคุณธรรมทางกฎหมายอยู่เช่นกัน)

3. ภัยอันตรายที่เกิดขึ้น ไม่ได้เกิดขึ้นจากความผิดของผู้กระทำด้วยความจำเป็นเอง เงื่อนไขในข้อนี้ มีความเห็นที่ไม่ลงรอยเช่นกัน กล่าวคือ มีความเห็นว่าการกระทำด้วยความจำเป็นไม่เป็นความผิดแล้วก็นี้อาจเป็นการพิจารณาจากเงื่อนไข ทางด้านการกระทำ (Cause objective) ไม่ได้พิจารณาจาก ตัวผู้กระทำผิด (Cause subjective) แต่อย่างไร และยังอธิบายต่อไปอีกว่า การพิจารณาความผิดนั้นเป็นการพิจารณาขณะลงมือกระทำความผิดไม่ได้พิจารณาจากพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนการกระทำความผิดแต่อย่างไร เช่น บุคคลหนึ่งประมาทเดินเล่อก่อให้เกิดไฟไหม้ขึ้นและตัวเองกำลังตกอยู่ในภัยอันตราย และเพื่อจะหนีให้พ้นจากภัยอันตรายดังกล่าวบุคคลนั้นได้พังรั้วและบุกเข้าไปในสวนของเพื่อนบ้าน กรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำด้วย

ความจำเป็น ซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาฝรั่งเศส ดังนั้นเงื่อนไขประการนี้บางท่านจึงเห็นว่าไม่ควรนำมาพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นหรือไม่

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติบทบัญญัติทั่วไปในเรื่อง “การกระทำเพราะถูกบังคับ” และได้บัญญัติบทบัญญัติทั่วไปในเรื่อง “การกระทำด้วยความจำเป็น” ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1992 โดยบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการกระทำเพราะถูกบังคับได้บัญญัติไว้ในมาตรา 122-2 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดไปภายใต้อำนาจการบังคับครอบงำโดยผิดทำนองคลองธรรม หรือบังคับให้ปฏิบัติโดยบุคคลนั้นได้ต่อต้านหรือขัดขวางแล้ว” และได้บัญญัติบทบัญญัติทั่วไปในเรื่อง “การกระทำด้วยความจำเป็น” ไว้ ในมาตรา 122-7 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา ถ้าบุคคลนั้นได้เผชิญหน้าต่อภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงตัวบุคคลนั้นเอง บุคคลอื่น หรือทรัพย์สิน โดยบุคคลนั้นได้กระทำความจำเป็นเพื่อให้ตนเอง บุคคลอื่น หรือทรัพย์สินปลอดภัย เว้นแต่วิธีการที่กระทำไปนั้นไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงที่เกิดจากการคุกคามนั้น”

อย่างไรก็ตามการอธิบายในเรื่อง “การกระทำเพราะถูกบังคับ” และ “การกระทำด้วยความจำเป็น” ในประเทศฝรั่งเศสยังคงมีการอธิบายตามแนวทฤษฎีดั้งเดิมอยู่ กล่าวคือ การกระทำเพราะถูกบังคับ (ทางร่างกาย และทางจิตใจ) เป็นการพิจารณาจากตัวผู้กระทำ (Cause subjective) ซึ่งถือว่าการกระทำนั้นยังเป็นความผิดแต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเท่านั้น ส่วนการกระทำด้วยความจำเป็นได้รับยกเว้นความรับผิดชอบ โดยพิจารณาเหตุผลด้านการกระทำ (Cause objective) และถือว่าการกระทำด้วยความจำเป็นไม่มีความผิดเลยทีเดียว

(4) การกระทำด้วยความจำเป็นของประเทศเยอรมนี²³⁵

หลักเกณฑ์เรื่องความจำเป็นในประเทศเยอรมันนั้นสามารถแบ่งได้ 2 ประเภท คือ ก. ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Necessity as a Justification) และ ข. ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยหรือความจำเป็นที่ยกเว้นโทษ (Necessity as a excuse)

หลักความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ (Necessity as a Justification) เป็นหลักที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยได้ปรากฏขึ้นภายใต้พื้นฐานของหลักการชั่งคุณค่าทางกฎหมาย (Rechtsgüterabwägung) หรือหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ (Principle of interest balancing) หรืออาจจะเรียกว่าเป็นหลักการกระทำความชั่วร้ายที่น้อยกว่า (Lesser evils) ซึ่งแต่เดิมนั้นในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ค.ศ. 1871 ยังไม่มีการกล่าวถึงความจำเป็นที่เป็นการชอบธรรม (Necessity as a Justification) ซึ่งนำเอาทฤษฎีความชั่วร้ายที่น้อยกว่ามาใช้ แต่กลับมีการกล่าวถึง

²³⁵ กุสุมา จินดาพิทย์. (2531). ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ. หน้า 18-30.

ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยหรือความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Necessity as a excuse) ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากการนำเอาหลักการ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” (imminent danger) ต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้กระทำหรือครอบครัวของผู้กระทำมาใช้ และไม่มีข้อกำหนดว่าการกระทำที่จำเป็นนั้นได้รับการรับรองเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคมที่มากกว่า กล่าวคือ ไม่มีข้อกำหนดในการชั่งน้ำหนักระหว่างภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงและภัยอันตรายที่ต้องยอมรับเมื่อมีการละเมิดหลักเกณฑ์หรือปทัสถาน

ดังนี้ โดยเฉพาะความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ (Necessity as a Justification) ในประเทศเยอรมนี จึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือหลักการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งในภาษาเยอรมนีใช้คำว่า Güterabwägung หมายถึงความถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างสิ่งสองสิ่ง (Balancing of good) เป็นประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) และในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี (The German Penal Code 1998) ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำด้วยความจำเป็นไว้ โดยแยกออกเป็น 2 กรณีคือ ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Necessity as a Justification) ตามมาตรา 34 และความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยหรือยกเว้นโทษ (Necessity as a excuse) ตามมาตรา 35²³⁶

ก. ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Necessity as a Justification)

ตามมาตรา 34 ได้นำหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์มาบัญญัติไว้ ดังนี้ มาตรา 34 ผู้ใดต้องเผชิญหน้ากับภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือ ผลประโยชน์ทางกฎหมายอย่างอื่นอันใกล้จะถึง ซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ กระทำการเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตัวเองหรือหรือบุคคลอื่น ถือว่าไม่ได้กระทำความผิดกฎหมายเมื่อพิเคราะห์ถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ทั้งสองด้านแล้วโดยเฉพาะอย่างยิ่งผลประโยชน์ทางกฎหมายซึ่งถูกระทบและความหนักเบาของภัยอันตรายซึ่งจะเกิดขึ้นกับเขาปรากฏว่าผลประโยชน์ซึ่งถูกปกป้องนั้นมีน้ำหนักอย่างชัดเจนเหนือผลประโยชน์ที่ถูกระทบ อย่างไรก็ตามสิ่งที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะใช้บังคับเฉพาะกรณีที่การกระทำดังกล่าวเป็นวิธีการซึ่งได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่ต้องหลีกเลี่ยงเท่านั้น

จากความในมาตรา 34 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ค.ศ. 1998 ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังต่อไปนี้²³⁷

1. สถานการณ์ที่เป็นความจำเป็น

²³⁶ The German Penal Code. (1998). section 34-section 35.

²³⁷ คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 190-195.

สถานการณ์ที่ถือได้ว่าเป็นสถานการณ์ที่ความจำเป็นได้เกิดขึ้นแล้ว คือสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งที่มีความเสียหายที่ร้ายแรงที่กระทบโดยตรงต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายในที่นี้ คือ ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ทางกฎหมายของผู้กระทำหรือของบุคคลที่สาม

อนึ่ง ความจำเป็นที่จะอ้างเป็นเหตุกระทำได้ในกรณีของความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายนี้ต้องเป็นความจำเป็นในขณะกระทำนั้นหรือเป็นความจำเป็นที่ใกล้จะถึง

อย่างไรก็ตามในบางกรณีโดยกฎหมาย สัญญาหรือการยอมรับกันทั่วไปกำหนดให้บุคคลต้องทนทานต่อภัยหรือความเสียหาย ในกรณีเช่นนี้ผู้กระทำจะอ้างความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ บุคคลดังกล่าวเช่นเจ้าหน้าที่ตำรวจ ทหาร นักบิน นายแพทย์ ผู้พยาบาล เป็นต้น

2. การกระทำที่จำเป็นต้องกระทำ

การกระทำที่จำเป็นต้องกระทำต้องเป็นการกระทำที่จำกัดครั้งคราว ทั้งนี้เพราะในกรณีของความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีอาจกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลที่สามได้ ฉะนั้นการกระทำที่จำเป็นต้องกระทำจึงต้องเป็นการกระทำที่ไม่มีทางเลือกอื่น

อนึ่ง ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ขัดแย้งกัน ฉะนั้นการกระทำที่จำเป็นต้องกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่เป็นการรักษาประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าและด้วยเหตุนี้จึงต้องกระทำต่อประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่า

3. การกระทำที่มีเจตนาที่ช่วยเหลือ

องค์ประกอบส่วนนี้เป็นองค์ประกอบในทางอัตตะวิสัย การกระทำเพราะเหตุความจำเป็นโดยชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีเจตนาช่วยเหลือผู้อื่น กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรู้สถานการณ์แห่งความจำเป็นนั้นและได้กระทำการช่วยเหลือนั้นไป

4. การกระทำที่จำเป็นต้องกระทำดังกล่าวต้องเป็นวิธีการซึ่งได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่จะหลีกเลี่ยงเท่านั้น

สภาพที่เป็นปัญหาของหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่ปรากฏในมาตรา 34 นี้ อยู่ที่ว่าบทบัญญัติในตัวของมันเองมิได้กำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับประโยชน์ที่จะนำมาชั่งน้ำหนักกันว่าประโยชน์อย่างใดที่จะนำมาซึ่งเปรียบเทียบกันได้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่

จะต้องเป็นผู้พิจารณาเอง ตามประโยคแรกของมาตรา 34 การกระทำที่กระทำในสถานการณ์ของความจำเป็น ไม่ถือเป็นความผิด (Wrongful) นั้นกำหนดว่า ในการชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน กล่าวคือ ประโยชน์ทางกฎหมายที่พาดพิงถึง และระดับของภัยอันตรายที่ผู้กระทำได้รับ ประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองต้องมีน้ำหนักมากกว่าที่ต้องเสียไป อย่างไรก็ตาม ประโยคที่สองที่เขียนว่า แต่จะใช้เฉพาะสำหรับการกระทำที่เป็นวิธีการซึ่งได้สัดส่วนกับภัยอันตรายที่หลบเลี่ยงเท่านั้น ดังนั้นหากมีผู้ตั้งคำถามว่าเมื่อใดที่การกระทำที่เป็นความผิดจะเป็นวิธีที่เหมาะสมของการคุ้มครองประโยชน์ที่ถูกรุกราน ซึ่งคำถามนี้สามารถตอบได้โดยใช้หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมแต่ละกรณีที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีการบัญญัติหลักการเรื่องความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับไว้โดยชัดแจ้งในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ในปี 1998 ในมาตรา 34 แล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีปัญหาเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นอยู่ เนื่องจากการกระทำด้วยความจำเป็นนั้นเกี่ยวพันถึงความเสียหายที่ต่อบุคคลที่สาม ฉะนั้นการยกเรื่องความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในปัจจุบันมักอ้างเหตุผลว่าเป็น ความจำเป็นทางสังคม (social necessity) ซึ่งถือว่าเป็นประโยชน์ที่มีน้ำหนักมากทีเดียว เพราะประโยชน์ของสังคมย่อมอยู่เหนือประโยชน์ของปัจเจกชน นอกจากนี้ หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ยังเปิดกว้างให้กับวิวัฒนาการใหม่ๆ ซึ่งเราจะพบได้ในคำตัดสินของศาล แต่การที่หลักนี้ขาดส่วนที่เป็นเนื้อหาโดยเฉพาะในส่วนของประโยชน์ที่จะนำมาชั่งน้ำหนักกันนั้น นับว่าเป็นอันตรายมากทีเดียว

ข. ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยหรือความจำเป็นที่ยกเว้นโทษ

(Necessity as a excuse)

ในมาตรา 35 ได้ให้คำจำกัดความของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยไว้ดังนี้ มาตรา 35 ผู้ใดต้องเผชิญหน้ากับภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ กระทำ ความผิดกฎหมายเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตัวเขาเอง ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับเขา ถือว่าเขากระทำโดยไม่มี ความผิด กรณีที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่ใช้บังคับในกรณีซึ่งผู้กระทำการสามารถถูกคาดหวังภายใต้สถานการณ์ เช่นนั้นว่าสามารถมองเห็นภัยอันนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพราะว่าเขาก่อให้เกิดภัยอันนั้นขึ้นเอง หรืออยู่ในฐานะที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายเป็นพิเศษ อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวนี้ สามารถลดโทษตาม มาตรา 49 1) ถ้าผู้กระทำการไม่ถูกคาดหวังที่จะมองเห็นภัยอันนั้นซึ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์ เป็นพิเศษทางกฎหมาย 2) ถ้าในการกระทำอันนั้นผู้กระทำเข้าใจผิดว่าสถานการณ์เสี่ยงภัยเช่นนั้นมี

อยู่ ซึ่งจะสามารถเป็นเหตุยกเว้นโทษกับเขาภายใต้ (1) เขาจะถูกทำโทษเฉพาะในกรณีถ้าเขาสามารถหลีกเลี่ยงความเข้าใจผิดอันนั้นได้ โทษที่จะได้รับจะถูกลดลงตามมาตรา 49 (1)

จากความในมาตรา 35 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1998 ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยสามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้²³⁸

1. สถานการณ์ที่เป็นความจำเป็น

สถานการณ์แห่งความจำเป็นในกรณีของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยย่อมเป็นอย่างเดียวกันกับสถานการณ์แห่งความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสถานการณ์แห่งความจำเป็น คือ ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงที่มีผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดเองหรือผู้อื่นซึ่งผลร้ายนั้นต้องเป็นผลร้ายที่ร้ายแรงที่กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายในที่นี้ คือ ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ของผู้กระทำหรือ ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับเขาเท่านั้น

2. การกระทำที่จำเป็นต้องกระทำ

สถานการณ์แห่งความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยเป็นสถานการณ์ทำนองเดียวกับสถานการณ์แห่งความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายในประการที่ว่าต่างเป็นสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ ความแตกต่างอยู่ที่ว่า การกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อช่วยให้บุคคลหลีกเลี่ยงให้พ้นจากภัยอันตรายในกรณีความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยมิใช่การเลือกกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่น้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่สูงกว่าดังเช่นกรณีการกระทำในความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เป็นการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่มีค่าเท่ากันหรือมีค่าน้อย

อนึ่งในขณะที่การกระทำในกรณีความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นการกระทำที่ไม่มีทางเลือกอื่น แต่การกระทำในกรณีความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยนี้มีใช่เป็นกรณีของการจำกัดทางเลือก

อย่างไรก็ตามกรณียอมไม่เป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยถ้าการกระทำความผิดที่ต้องกระทำไปนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากความผิดของผู้กระทำ ความผิดเองหรือหรือผู้กระทำความผิดอยู่ในฐานะที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายเป็นพิเศษ

3. เจตจำนงที่จะช่วยเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นภัยอันตราย

ถ้อยคำในกฎหมายที่ว่า “กระทำความผิดกฎหมายเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตัวเขาเอง ญาติ หรือบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดกับเขา ” แสดงว่า

²³⁸ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 247-251.

ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตจำนงที่จะกระทำความผิดกฎหมายเพื่อที่จะช่วยให้ตนเองหรือผู้อื่นนั้น หลีกเลียงให้พ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงนั้น

จากความในมาตรา 34 และ มาตรา 35 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย และความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย ดังนี้

1) หลักความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยนั้นเป็นเรื่องเฉพาะบุคคล (personal) ซึ่งยอมให้เฉพาะผู้กระทำที่ ชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพของเขาต้องประสบอันตรายอันใกล้จะถึงหรือคนที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้กระทำเท่านั้น ในทางตรงข้าม ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ยอมให้บุคคลที่สามซึ่งไม่ใช่ตัวผู้กระทำอาจจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนหรือแม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำไม่ว่าในทางใดก็ตาม ยกเรื่องความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ หากการกระทำของบุคคลที่สามนั้นได้กระทำไปเพื่อที่จะรักษาประโยชน์ของบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งมีคุณค่าสูงกว่า (ในความหมายนี้จะมีผลกระทบต่อผู้ที่ร่วมกระทำความผิดในกรณีที่เป็นความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย เช่น ในกรณีที่ b ช่วย a ในการฆ่า c เพื่อรักษาชีวิตของ a เช่นนี้ b จะต้องรับผิดจากการฆ่า c แม้ว่า a อาจได้รับการยกเว้นโทษโดยการเรื่อง ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย)

2) ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยตามมาตรา 35 จะไม่นำมาใช้ในกรณีที่ ผู้กระทำเป็นผู้ก่อความผิดนั้นขึ้นด้วยตนเอง หรือ ผู้กระทำอยู่ในฐานะที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายเป็นพิเศษแต่ถ้าเป็นความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 34 แล้วใช้ได้ แม้ในกรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้ก่อความผิดนั้นขึ้นด้วยตนเองหรือ ผู้กระทำอยู่ในฐานะที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายเป็นพิเศษ ทั้งนี้เพราะเป็นการสร้างความจำเป็นภายใต้แวดล้อมที่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าจากการอธิบายเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นดังกล่าวข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ต่างได้มีการแยกแยะการกระทำด้วยความจำเป็นออกเป็น 2 กรณี คือ 1. Duress หรือ Excusable Necessity และ 2. Necessity หรือ Justifiable Necessity ซึ่งสามารถเปรียบเทียบความเหมือนหรือแตกต่างกันได้ดังต่อไปนี้

1. การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress หรือ

Excusable Necessity

1.1 การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress ของ

ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษได้แยกการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress ออกเป็น 2 ประเภท คือ 1. ความจำเป็นแบบ Duress by threat (การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล) 2. ความจำเป็นแบบ Duress of circumstances (การถูกข่มขู่บังคับจากสถานการณ์ภายนอก)

1.1.1 ในเรื่องของความจำเป็นแบบ Duress by threat (การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล) ของประเทศอังกฤษอาจเทียบได้กับ

1) การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งก็คือ การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคลเช่นเดียวกัน และ

2) เทียบได้กับการกระทำเพราะถูกบังคับโดยเหตุภายในจิตใจของบุคคล (La contrainte morale) ในกรณีที่มีการถูกบังคับนั้นเป็นการถูกบังคับในทางจิตใจโดยเหตุอันมาจากภายนอกตัวผู้กระทำซึ่งก็คือการถูกข่มขู่หรือบังคับจากบุคคลอื่นของประเทศฝรั่งเศส และ

3) ความจำเป็นแบบ Duress by threat (การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล) น่าจะเทียบหรือเป็นส่วนหนึ่งของ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนี ซึ่งภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนีนั้นน่าจะมีความหมายที่กว้างกว่าซึ่งอาจรวมถึงความจำเป็นแบบ Duress of circumstances (การถูกข่มขู่บังคับจากสถานการณ์ภายนอก) ของประเทศอังกฤษด้วย

1.1.2 ในเรื่องความจำเป็นแบบ Duress of circumstances (การถูกข่มขู่บังคับจากสถานการณ์ภายนอก) ของประเทศอังกฤษอาจเทียบได้กับ

1) การกระทำเพราะถูกบังคับในกรณีการบังคับซึ่งเกิดขึ้นโดยเหตุการณ์ภายนอก (La contrainte physique) ซึ่งเหตุที่ถือว่าเป็นการบังคับอาจเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ หรืออาจเกิดจากการกระทำของสัตว์ หรือเกิดจากการกระทำของมนุษย์ด้วยกัน ของประเทศฝรั่งเศส และ

2) น่าจะเทียบหรือเป็นส่วนหนึ่งของ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนี ซึ่งภัยอันตราย

ที่ใกล้จะถึงในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนีนั้นน่าจะมีความหมายที่กว้างกว่าซึ่งอาจรวมถึงความจำเป็นแบบ Duress by threat (การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล) ของประเทศอังกฤษด้วย

1.2 การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งก็คือ การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคลนั้นอาจเทียบได้กับ

1.2.1 ความจำเป็นแบบ Duress by threat (การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล) ของประเทศอังกฤษ และ

1.2.2 อาจเทียบได้กับการกระทำเพราะถูกบังคับโดยเหตุภายในจิตใจของบุคคล (La contrainte morale) ในกรณีที่มีการถูกบังคับนั้นเป็นการถูกบังคับในทางจิตใจโดยเหตุอันมาจากภายนอกตัวผู้กระทำซึ่งก็คือการถูกข่มขู่หรือบังคับจากบุคคลอื่นของประเทศฝรั่งเศส และ

1.2.3 น่าจะเทียบหรือเป็นส่วนหนึ่งของ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนี ซึ่งภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนีนั้นน่าจะมีความหมายที่กว้างกว่าความจำเป็นแบบ Duress ของประเทศสหรัฐอเมริกา

1.3 การกระทำเพราะถูกบังคับของประเทศฝรั่งเศส (Duress หรือ Compulsion)

การกระทำเพราะถูกบังคับในประเทศฝรั่งเศสสามารถแยกได้ 2 ประเภท คือ 1. การบังคับซึ่งเกิดขึ้นโดยเหตุการณ์ภายนอก (La contrainte physique) และ 2. การบังคับโดยเหตุภายในจิตใจของบุคคล (La contrainte morale)

1.3.1 ในเรื่องของการบังคับซึ่งเกิดขึ้นโดยเหตุการณ์ภายนอก (La contrainte physique) ซึ่งเหตุที่ถือว่าเป็นการบังคับอาจเกิดขึ้นโดยธรรมชาติ หรืออาจเกิดจากการกระทำของสัตว์ หรือเกิดจากการกระทำของมนุษย์ด้วยกันนั้นอาจเทียบได้กับ

1) ความจำเป็นแบบ Duress of circumstances (การถูกข่มขู่บังคับจากสถานการณ์ภายนอก) ของประเทศอังกฤษ และ

2) อาจเทียบได้กับ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนี ซึ่งภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนีนั้นน่าจะมีความหมายที่กว้างกว่าการบังคับ

ซึ่งเกิดขึ้น โดยเหตุการณ์ภายนอก (La contrainte physique) ของประเทศฝรั่งเศสซึ่งอาจรวมถึงการบังคับโดยเหตุภายในจิตใจของบุคคล (La contrainte morale) ของประเทศฝรั่งเศสด้วย

1.3.2 ในเรื่องของการบังคับโดยเหตุภายในจิตใจของบุคคล (La contrainte morale) ในกรณีที่มีการถูกบังคับนั้นเป็นการถูกบังคับในทางจิตใจโดยเหตุอันมาจากภายนอกตัวผู้กระทำซึ่งก็คือการถูกข่มขู่หรือบังคับจากบุคคลอื่นของประเทศฝรั่งเศสนั้น อาจเทียบได้กับ

1) ความจำเป็นแบบ Duress by threat (การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล) ของประเทศอังกฤษ และ

2) เทียบได้กับความจำเป็นแบบ Duress ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งก็คือ การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล และ

3) อาจเทียบได้กับ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนี ซึ่งภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนีนั้นน่าจะมีความหมายที่กว้างกว่าการบังคับโดยเหตุภายในจิตใจของบุคคล (La contrainte morale) ของประเทศฝรั่งเศสซึ่งอาจรวมถึงการบังคับซึ่งเกิดขึ้น โดยเหตุการณ์ภายนอก (La contrainte physique) ของประเทศฝรั่งเศสด้วย

1.4 ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนี

(Necessity as a excuse)

ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยของประเทศเยอรมนีนั้นอาจเทียบได้กับ

1.4.1 ความจำเป็นแบบ Duress by threat (การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล) และความจำเป็นแบบ Duress of circumstances (การถูกขู่บังคับจากสถานการณ์ภายนอก) ของประเทศอังกฤษ ทั้งนี้คำว่า “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยนั้นน่าจะมีความหมายที่กว้างกว่าและรวมถึงความจำเป็นแบบ Duress ทั้งสองแบบของประเทศอังกฤษด้วยนั่นเอง และ

1.4.2 อาจเทียบได้กับความจำเป็นแบบ Duress ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งก็คือ การถูกบังคับข่มขู่จากบุคคล และ “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยยังมีความหมายที่กว้างกว่าความจำเป็นแบบ Duress ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่ง “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยนี้ยังรวมถึงการบังคับจากสถานการณ์ภายนอกซึ่งมิใช่จำกัดอยู่เพียงการบังคับข่มขู่จากบุคคลเท่านั้น และ

1.4.3 อาจเทียบได้กับการบังคับซึ่งเกิดขึ้นโดยเหตุการณ์ภายนอก (La contrainte physique) และการบังคับโดยเหตุภายในจิตใจของบุคคล (La contrainte morale) ของประเทศฝรั่งเศส ทั้งนี้คำว่า “ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยนั้นน่าจะมีความหมายที่กว้างกว่าและรวมถึงการกระทำเพราะถูกบังคับทั้งสองแบบของประเทศฝรั่งเศสด้วยนั่นเอง

อนึ่งมีข้อสังเกตอยู่ในเรื่องของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยนี้ตามทฤษฎีกฎหมายของเยอรมนียังได้มีการอธิบายเพิ่มเติมในเรื่องของคุณธรรมทางกฎหมายอีกว่า “การกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อช่วยให้บุคคลหลีกเลี่ยงให้พ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงในกรณีความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยมิใช่การเลือกกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่ค้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่สูงกว่าดังเช่นกรณีการกระทำในความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เป็นการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่มีค่าเท่ากันหรือมีค่าน้อย” ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะแตกต่างกับการอธิบายในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress ของประเทศอังกฤษและของประเทศสหรัฐอเมริกาและยังต่างจากเรื่องการกระทำเพราะถูกบังคับของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมิได้มีการอธิบายถึงเรื่องคุณธรรมในทางกฎหมายไว้เลย

2. การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Necessity หรือ หรือ

Justifiable Necessity

ในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Necessity หรือ Justifiable Necessity ในประเทศฝรั่งเศส และในประเทศเยอรมนีต่างมีการอธิบายที่มีลักษณะคล้ายกัน โดยมีการอธิบายถึงความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายว่าเป็นเรื่องของภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่มีทางเลือกอื่นได้โดยประการอื่น จึงต้องกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อช่วยให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงนั้น และความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายต้องเป็นเรื่องการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ขัดแย้งกัน ฉะนั้นการกระทำที่จำเป็นต้องกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่เป็นการรักษาประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าและด้วยเหตุนี้จึงต้องกระทำต่อประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ค้อยกว่า ดังนั้นในกรณีที่มีการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่าเท่ากันในประเทศเยอรมนีถือเป็นเรื่องความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย ส่วนในประเทศฝรั่งเศสยังคงเป็นที่ถกเถียงในทางวิชาการอยู่ว่าในกรณีที่มีการกระทำต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่าเท่ากันนั้นกรณีจะเป็นเรื่องของความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ส่วนข้อแตกต่างอีกอย่างหนึ่งคือ กรณีที่ผู้กระทำด้วยความจำเป็นเป็นผู้ก่อภัยนั้นขึ้นเองในประเทศเยอรมนี

ยอมให้ผู้นั้นอ้างการกระทำโดยจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นอ้างได้ ทั้งนี้เพราะเป็นการสร้างความจำเป็นภายใต้แวดล้อมที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนในประเทศฝรั่งเศสในทางวิชาการยังคงเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ว่าจะยอมให้ผู้ก่อภัยอ้างความจำเป็นแบบ Necessity ได้หรือไม่ ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศฝรั่งเศสเป็นไปในแนวที่ไม่ยอมให้อ้างความจำเป็นแบบ Necessity ในกรณีที่ผู้กระทำเป็นผู้ที่ก่อภัยนั้นขึ้นเอง (และในประเทศสหรัฐอเมริกาในกรณีนี้ไม่ยอมให้ผู้ก่อภัยนั้นขึ้นอ้างความจำเป็นแบบ Necessity ได้)

ส่วนในเรื่องของการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Necessity ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นต่างมีการอธิบายในลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีเพียงแต่ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามีได้มีการอธิบายถึงเรื่องของคุณธรรมในทางกฎหมายให้ชัดเจนและเป็นทฤษฎีเหมือนอย่างในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี แต่เป็นการอธิบายถึงการที่บุคคลต้องตกอยู่ในอำนาจบังคับของสถานการณ์หรือสภาพแวดล้อมภายนอกที่เป็นอันตรายและทำให้บุคคลนั้นต้องเผชิญอยู่กับสองทางเลือกที่ไม่พึงประสงค์ทั้งสองทางซึ่งทางเลือกหนึ่งนั้นคือการที่บุคคลต้องกระทำความผิดโดยการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอาญาทั้งนี้เพื่อรักษาประโยชน์ที่เหนือกว่า

อย่างไรก็ตามมีข้อที่น่าสังเกตอยู่ว่าการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Necessity ในประเทศอังกฤษนั้นศาลในประเทศอังกฤษไม่มีความแน่นอนว่าจะมีการยอมรับข้อโต้เถียงของการกระทำดังกล่าวทั้งนี้เพราะศาลในประเทศอังกฤษเห็นว่าข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity ไม่มีความเหมาะสมถูกต้องเพียงพอที่จะถือให้เป็นข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบไปได้เพราะมีผู้เห็นว่าข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity เป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification มิใช่เหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ดังเช่นข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Duress กล่าวคือ ในประเทศอังกฤษได้มีการวิเคราะห์แบ่งแยกว่าความจำเป็นแบบ Duress of circumstances และความจำเป็นแบบ Duress by threats คือเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse และแบ่งแยกว่าความจำเป็นแบบ Necessity และการป้องกันแบบ Self-Defence คือ เหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification ซึ่งในกรณีหากมีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนแล้วจะมีผลดังนี้คือ ผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นนั้นสามารถที่จะป้องกันตัวเองจากการประทุษร้ายที่เป็นเพียงเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ได้แต่ไม่สามารถป้องกันตัวเองจากกรณีของเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification ได้ ดังนั้นศาลในประเทศอังกฤษจึงได้ คำนึงถึงว่าการแบ่งแยกถึงเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification และเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ยังไม่มีความชัดเจนว่าควรจะใช้มาตรฐานใดมาตัดสินว่าการกระทำใดควรถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification และการกระทำใดควรถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse ทั้งนี้เพราะในทางความเป็นจริงไม่อาจเข้าใจ

ได้ว่า “มาตรฐานใดที่จะวัดว่าคุณจะกระทำการเช่นใดภายใต้สถานการณ์เดียวกัน” และจะเป็นที่ยอมรับได้หรือยอมรับไม่ได้นั่นเอง

อย่างไรก็ตามในกฎหมายอังกฤษในสถานการณ์ที่เป็นที่ สุดจึงจะมีการยอมรับข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity ในรูปแบบของความจำเป็นแบบ Duress ซึ่งเรียกว่า ความจำเป็นแบบ Duress of circumstances ทั้งนี้เพราะข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Necessity และข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Duress of circumstances เป็นอย่างเดียวกัน และศาลอังกฤษยอมรับว่าข้อโต้เถียงเรื่องความจำเป็นแบบ Duress of circumstances เป็นอย่าง เดียวกันกับเหตุยกเว้นความผิดแบบ Excuse มิใช่เหตุยกเว้นความผิดแบบ Justification

อนึ่งผลของการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress หรือ Excusable Necessity และความจำเป็นแบบ Necessity หรือ Justifiable Necessity มีดังต่อไปนี้²³⁹

ในเรื่องของการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในการอธิบายในทางทฤษฎีจะเห็นได้ว่าได้มีการแยก Duress กับ Necessity ออกจากกันโดยในทางทฤษฎีได้มีการอธิบายว่า การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress เป็นเรื่องของ Excuse ส่วน Necessity เป็นเรื่องของ Justification โดยถือเอาเรื่องบ่อเกิดแห่งอำนาจบังคับให้กระทำเป็นหลักสำคัญ โดยถือว่าถ้าบ่อเกิดแห่งอำนาจบังคับเกิดจากอำนาจของมนุษย์ ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจนั้น อาจจะป้องกันหรือหลีกเลี่ยงในประการอื่น นอกจากการทำความผิดได้ จึงให้เป็นเรื่องของ Excuse แต่ถ้าบ่อเกิดแห่งอำนาจบังคับเกิดจากอำนาจทางธรรมชาติก็เป็นเรื่องของการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Necessity เพราะเขาถือว่าอำนาจทางธรรมชาตินั้นยากที่ผู้ใดจะป้องกัน หรือหลีกเลี่ยงได้ จึงถือให้เป็นเรื่องของ Justification

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบชีวิตลอว์อย่างประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ได้แยกผลของการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นทั้งเรื่องของการกระทำโดยบังคับข่มขู่ หรือ กระทำโดยหลีกเลี่ยงต่อภัย ให้มีผลเป็นทั้งเรื่องของการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย Justification และการกระทำที่ไม่ต้องรับโทษ Excuse

ผลในทางกฎหมายอีกประการหนึ่งคือผลในทางแพ่ง กล่าวคือ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายการกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิด

²³⁹ มุรธา วัฒนะชีวะกุล. (2520, พฤษภาคม-สิงหาคม). “สิทธิในการหลบหนีของนักโทษในสหรัฐอเมริกา.” วารสารคณะนิติศาสตร์, ปีที่ 3, ฉบับที่ 2. หน้า 79.

ผลคือผู้กระทำไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง แต่หากการกระทำนั้นเป็นความผิดเพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้นั้นผลคือผู้กระทำจำต้องชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง

อนึ่ง หลักเรื่องความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยกับความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายยังมีความแตกต่างกันในแง่โครงสร้างความผิดอาญาอีกด้วย กล่าวคือความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ผู้กระทำได้กระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว แต่ผู้กระทำไม่มีความผิด เป็นเรื่องที่กฎหมายยอมรับให้กระทำได้ จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย Justification ส่วนความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษนั้นผู้กระทำได้กระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว และเป็นความผิดต่อกฎหมาย เพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษ Excuse ให้เท่านั้น²⁴⁰

ส่วนเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นในประเทศไทยนั้น เดิมตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งได้มีการประกาศใช้มาตั้งแต่วันที่ 21 เมษายน รัตนโกสินทร์ศก 127 (ตรงกับพ.ศ. 2541) นั้น มีการบัญญัติในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นไว้ในมาตรา 49 ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 49 ผู้ใดกระทำความผิดเพราะต้องทำด้วยความจำเป็นในเหตุผลเหล่านี้ คือว่า

- 1) เพราะมันอยู่ในที่บังคับและในได้อ่านาที่มันไม่สามารถจะขัดขึ้นหรือหลีกเลี่ยงได้ก็ดี
- 2) มันไม่มีเจตนาชั่วร้าย แต่ต้องกระทำความผิดเพื่อที่จะป้องกันตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายอันร้ายแรง ซึ่งมันมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเองและจะป้องกันอันตรายนั้นด้วยอุบายอย่างอื่นมิได้ก็ดี

ถ้าความผิดของมันในสองข้อที่กล่าวมานี้ไม่ปรากฏว่า มันกระทำไปเกิน ไปกว่าสมควรแก่เหตุแล้ว ท่านว่าอย่าให้เอาโทษแก่มันเลย

แต่ความกรุณาที่ว่ามานี้ท่านมิให้ใช้ในส่วนคดีกระทำผิดคิดประทุษร้ายต่อพระเจ้าอยู่หัว หรือประทุษร้ายต่อพระราชอาณาจักร ตามที่กล่าวไว้ตั้งแต่มาตรา 97 จนมาตรา 111

ดังนั้นจากบทบัญญัติในมาตรา 49 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ดังกล่าว ได้แยกการกระทำด้วยความจำเป็นออกเป็น 2 อย่าง คือ 1. กระทำเพราะอยู่ในที่บังคับและในได้อ่านาที่ไม่สามารถขัดขึ้นหรือหลีกเลี่ยงได้ และกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ ตัวอย่างเช่น ก กับพวกใช้ปืนชู่ ข ให้ ข เอาดาบฟัน ค ถ้า ข ไม่ฟัน ค ก กับพวกจะยิง ข ให้ตาย ข จึง

²⁴⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. หน้า 90.

เอาดาบฟัน ค ตาย ข ไม่มีโทษ เพราะ ข กระทำโดยถูกบังคับอยู่ในใต้อำนาจของ ก กับพวก และ ข ไม่สามารถขัดขืนหรือหลีกเลี่ยงได้ กอปรกับการกระทำของ ข ดังกล่าวเป็นการกระทำพอสมควรแก่เหตุ 2. กระทำโดยไม่มีเจตนาร้ายเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายอันร้ายแรงและภัยอันตรายนั้น ผู้กระทำมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเอง ทั้งจะป้องกันด้วยอุบายอย่างอื่นมิได้และผู้กระทำได้กระทำไปโดยสมควรแก่เหตุแล้วไม่มีโทษตัวอย่างเช่น เกิดไฟไหม้ขึ้นในหมู่บ้านที่ ก อยู่ ลามไปใกล้จะถึงบ้าน ก ถ้าไม่รีบบ้าน ข แล้ว ไฟต้องลามไหม้บ้าน ก ก จึงรีบบ้าน ข เพื่อตัดไฟ ก ไม่มีโทษ

สำหรับกรณีของการกระทำด้วยความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายในบทบัญญัติกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ไม่มีบัญญัติไว้

ต่อมาเมื่อมีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาขึ้นในปี พ.ศ. 2499 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นไว้ใน 2 มาตรา คือ มาตรา 67 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำโดยจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษ และมาตรา 305 (1) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะกรณีทำแท้งโดยแพทย์เพื่อสุขภาพของหญิงนั้นอันเป็นการกระทำด้วยความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับหรือความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีผลให้แพทย์ผู้กระทำไม่มีความผิด

ตามมาตรา 67 แห่งประมวลกฎหมายอาญานี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำด้วยความจำเป็นไว้ดังนี้

ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากอันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนเองมิได้ก่อให้เกิดขึ้น เพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้วผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

ในการอธิบายในทางตำราของไทยได้มีการอธิบายว่าบทบัญญัติในมาตรา 67 แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ 1. จำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ 2. จำเป็นเพื่อให้พ้นภัยอันตราย

1. จำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจมี

หลักเกณฑ์ดังนี้²⁴¹

²⁴¹ จิตติ ดิงส์ภักย์. กฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 887-882. และ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 397-403.

อื่นใดได้

ผิดของตน

- 1.1 อยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ
- 1.2 ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้
- 1.3 กระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ
2. จำเป็นเพื่อให้พ้นภัยอันตรายมีหลักเกณฑ์ดังนี้²⁴²
 - 2.1 มีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
 - 2.2 ภัยอันตรายนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธี
 - 2.3 ภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความ
 - 2.4 กระทำไปไม่เกินสมควรแก่เหตุ

ดังนั้นจากบทบัญญัติดังกล่าวได้มีการแยกความจำเป็น 2 ประการ ซึ่งมีสภาพที่ต่างกัน ในข้อ 1 เป็นความจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ กล่าวคือ มีการบังคับหรือบงการให้กระทำที่เป็นความผิดนั้นจากภายนอก ผู้ถูกบังคับนั้นมิได้คิดริเริ่มกระทำการนั้นขึ้นด้วยใจตนเอง แต่ไม่มีทางที่จะทำอย่างอื่นได้ ในข้อ 2 เป็นความจำเป็นซึ่งไม่มีการบังคับหรือบงการให้กระทำ แต่มีภัยอันตรายที่จะต้องหลีกเลี่ยงและผู้กระทำเลือกหลีกเลี่ยงภัยอันตรายโดยวิธีกระทำการอันเป็นความผิดด้วยความคิดริเริ่มของตน²⁴³

อนึ่ง ความเห็นในทางตำราฯ ได้พยายามชี้ให้เห็นว่า การกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 (1) เรียกว่า “จำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ” ซึ่งตำรากฎหมายอาญาในต่างประเทศเรียกชื่อว่า “Duress” ส่วนตามอนุมาตรา 2 เรียกว่า “จำเป็นเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย” ซึ่งในต่างประเทศเรียกว่า “Necessity”²⁴⁴

อย่างไรก็ตามยังมีความเห็นในทางตำราอธิบายโดยชี้ให้เห็นอีกว่าเมื่อพิจารณาข้อความในมาตรา 67 (1) และ (2) แล้วจะเห็นว่าไม่แตกต่างกันเพราะอำนาจหรือที่บังคับตาม (1) ก็คือ ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงตาม (2) อย่างหนึ่งนั่นเอง²⁴⁵ หรือ การที่บุคคลตกอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้และได้กระทำความผิดไปนั้น แท้จริงก็คือการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายนั่นเอง ฉะนั้นพื้นฐานของ

²⁴² จิตติ ดิงส์กัทย์. กฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 882-891. และ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 403-407.

²⁴³ จิตติ ดิงส์กัทย์. แหล่งเดิม. หน้า 872-873.

²⁴⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 397.

²⁴⁵ จิตติ ดิงส์กัทย์. แหล่งเดิม. หน้า 882. และ คณิต ฦ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 247-248.

ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยก็คือพื้นฐานของการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามนัยมาตรา 67 (2) นั่นเอง²⁴⁶

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า หากเราจะถือว่าการกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 (1) เรียกว่า “จำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ” ซึ่งตำรากฎหมายอาญาในต่างประเทศเรียกชื่อว่า “Duress” ส่วนตามอนุมาตรา 2 เรียกว่า “จำเป็นเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย” ซึ่งในต่างประเทศเรียกว่า “Necessity” ก็ไม่ผิดเพราะเป็นความเห็นในทางกฎหมายและความเห็นในเรื่องดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า มีลักษณะที่เหมือนกับคำอธิบายในทางทฤษฎีของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ มาตรา 67 (1) ที่เรียกว่า “จำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ” เทียบได้กับ 1. การกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress ทั้งสองลักษณะของประเทศอังกฤษ และ 2. เทียบได้กับการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress ของประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงแต่มาตรา 67 (1) ที่เรียกว่า “จำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ” ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น มีความหมายที่กว้างกว่าการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่จำกัดการบังคับข่มขู่ นั้นต้องเกิดจากการกระทำของมนุษย์เท่านั้น ในขณะที่กฎหมายไทย “จำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ” อาจเกิดจากการกระทำของมนุษย์ สัตว์ หรือเหตุที่เกิดจากธรรมชาติก็ได้ และ 3. เทียบได้กับการกระทำเพราะถูกบังคับ (Duress หรือ Compulsion) ของประเทศฝรั่งเศสด้วยนั่นเอง และมาตรา 67 (2) เรียกว่า “จำเป็นเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย” ซึ่งในต่างประเทศเรียกว่า “Necessity” นั้นผู้เขียนเห็นว่าก็มีลักษณะที่เหมือนกับการอธิบายทางทฤษฎีของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส จะแตกต่างกันเพียงแต่ผลของการกระทำที่บัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 เท่านั้น กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพราะ “จำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ” หรือ “จำเป็นเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย” ผลของการกระทำเหมือนกันคือผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ซึ่งไม่ถูกต้องในทางทฤษฎี

อนึ่งเมื่อการกระทำด้วยความจำเป็นตามกฎหมายไทยถือเป็นเหตุยกเว้นโทษเท่านั้น ดังนั้นการวินิจฉัยความผิดอาญาต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว และเป็นความผิดต่อกฎหมาย เพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excuse) ให้เท่านั้นและผลในทางแพ่งจึงมีว่าผู้กระทำจำต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งด้วย

ดังนั้นหากจะทำให้ถูกต้องเป็นไปตามทฤษฎีควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 67 ให้ถูกต้อง โดยการบัญญัติแยกการกระทำด้วยความจำเป็นทั้งสองแบบออกจากกันให้ชัดเจนเพราะหลักเกณฑ์และผลของการกระทำทั้งสองเรื่องนั้นแตกต่างกันซึ่งในเรื่องดังกล่าวนี้เดิมในขณะที่มีการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่

²⁴⁶ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 247-248.

133/71/2483 วันอังคาร ที่ 13 สิงหาคม 2483 ในเรื่องของการกระทำด้วยความจำเป็นนี้ ค.ร. เดือน บุนนาค และนายอาร์ ก็ยง ได้เสนอว่าในต่างประเทศได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ออกเป็นหลายมาตรา ดังนั้นจึงควรมีการแบ่งแยกให้ชัดเจนจึงจะเป็นที่ถูกต้องในทางทฤษฎี แต่ประธานในที่ประชุมคือ พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ ได้เสนอว่า เห็นด้วยว่าถูกต้องในทางทฤษฎี แต่ผู้พิพากษาของเราเคยใช้ มาแล้วไม่คุ้มค่า ดังนั้นที่ประชุมจึงเห็นว่า เป็นเรื่องจำเป็นด้วยกัน ที่บัญญัติไว้ที่ถูกต้องแล้ว ดังนั้น การกระทำด้วยความจำเป็นจึงไม่ถูกบัญญัติแบ่งแยกให้ถูกต้องเป็นไปตามทฤษฎีจนถึงปัจจุบันนี้²⁴⁷

ส่วนความเห็นในทางดำราที่ว่าเมื่อพิจารณาข้อความใน มาตรา 67 (1) และ (2) แล้วจะเห็นว่าไม่แตกต่างกันเพราะอำนาจหรือที่บังคับตาม (1) ก็คือ ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงตาม (2) อย่างหนึ่งนั่นเอง หรือ การที่บุคคลตกอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ ซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้และได้กระทำความผิดไปนั้น แท้จริงก็คือการกระทำความผิด ด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายนั่นเอง ฉะนั้นพื้นฐานของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยก็คือพื้นฐานของการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นตามนัยมาตรา 67 (2) นั่นเอง ก็ไม่ผิดเพราะเป็น ความเห็นในทางกฎหมายเพียงแต่เป็นการมองในแง่มุมของนักกฎหมายชีวิตลว้โดยแท้เพราะการ กระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายก็คือเรื่องของความจำเป็นแบบ Excusable Necessity ตามทฤษฎีเยอรมนีนั่นเองและหากจะว่าไปแล้วก็เทียบได้กับการกระทำเพราะถูกบังคับ ตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสและเทียบได้กับการกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress ของทางคอมมอนลอว์นั่นเองเพียงแต่มีวิธีการในการนำเสนอหรืออธิบายเรื่องเดียวกันให้แตกต่างกันเท่านั้นซึ่ง ในข้อที่แตกต่างกันนี้ทฤษฎีกฎหมายเยอรมนีได้มีการอธิบายเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายเพิ่มเติมเข้ามา อีกว่าการกระทำในกรณีของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัยนั้นเป็นการกระทำต่อคุณธรรมทาง กฎหมายหรือประโยชน์ที่มีค่าเท่ากันหรือมีค่าน้อยซึ่งทำให้ง่ายต่อการพิจารณาและวินิจฉัยในเรื่อง ของการกระทำในกรณีของความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย Excusable Necessity

อนึ่งในเรื่องของ “ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย” เมื่อ ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะเหมือนอย่างใน ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส จะมีแต่เพียงความเห็นในทางดำราเท่านั้นที่พยายามชี้ให้เห็น ว่า การกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 (2) “จำเป็นเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย” คือ “Necessity” ตามดำราหรือการอธิบายในทางทฤษฎีต่างประเทศ²⁴⁸

²⁴⁷ โปรตศึกษารายละเอียดได้จากรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 133/71/2483 วันอังคารที่ 13 สิงหาคม 2483.

²⁴⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. แหล่งเดิม. หน้า 397.

อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้ก็ได้มีการพยายามอธิบายในทางตำราโดยได้มีการอธิบายว่า ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย “ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย” เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ก็สามารถกำหนดเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เพราะความจำเป็นต้องกระทำให้เป็นเหตุหนึ่งโดยการใช้อรรถาธิบายใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ และบทบัญญัติที่จะนำมาใช้เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกรณีนี้ก็คือบทบัญญัติในมาตรา 305 (1) ซึ่งอาจมีข้อความที่อาจเขียนเสียใหม่ได้ดังนี้ “การทำแท้งให้หญิงที่กระทำโดยนายแพทย์โดยหญิงยินยอม และเป็นการกระทำที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิง เป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด”

สาระสำคัญของการทำแท้งตามมาตรา 305 (1) ก็คือ เป็นความจำเป็นที่นายแพทย์ต้องทำแท้งให้หญิงเนื่องจากสุขภาพของหญิง กล่าวคือ ในกรณีนี้นายแพทย์จำเป็นต้องเลือกเอาระหว่างการรักษาไว้ซึ่งชีวิตของหญิงและการรักษาไว้ซึ่งชีวิตในครรภ์มารดา และนายแพทย์จำเป็นต้องเลือกทำลายชีวิตในครรภ์มารดาเพื่อรักษาชีวิตหญิงเพราะมิฉะนั้นแล้วหญิงจะต้องถึงแก่ความตายอย่างแน่นอน²⁴⁹

อนึ่งความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายมีหลักการพิจารณาดังนี้²⁵⁰

1. การกระทำที่เป็นการละเมิดบรรทัดฐานต้องกระทำเพื่อประโยชน์ที่เหนือกว่า กล่าวคือ ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างภัยที่หลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดกับภัยซึ่งจะกระทำลง โดยพิจารณาจากคุณค่า (Value) ในแต่ละเรื่อง หากคุณค่าของภัยที่ผู้กระทำจะหลีกเลี่ยงนั้นมีคุณค่ามากกว่าหรือสูงกว่าภัยที่ผู้กระทำจะกระทำลงไป ย่อมถือว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่า จะต้องได้ประโยชน์มากกว่าหรือกำไร (Benefit) จากการกระทำนั้น

ดังนั้นในกรณีต้องทำลายชีวิตหนึ่งเพื่อรักษาชีวิตหนึ่งไว้ จะอ้างความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ จะอ้างได้ก็คงเป็นเพียงความจำเป็นที่กฎหมายยกเว้นโทษเท่านั้น Excuse

2. การละเมิดบรรทัดฐานดังกล่าว จะต้องเป็นเรื่องที่จำเป็นหรือหนทางที่น้อยที่สุด (Cheapest means) เพื่อหลีกเลี่ยงภัยที่จะเกิด กล่าวคือ ไม่สามารถหลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่นใดได้

3. จะต้องมิยก้นตราที่ใกล้จะถึง คือเป็นยก้นตราที่ปรากฏเฉพาะหน้า

²⁴⁹ คณิต ฌ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 191.

²⁵⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2546). หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 201-202.

ดังนี้ผู้เขียนเห็นว่าจากการอธิบายในทางตำราและเพื่อให้ถูกต้องในทางทฤษฎีจึงควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยโดยมีการบัญญัติกระทำด้วยความจำเป็นแบบ Duress หรือ Excusable Necessity และความจำเป็นแบบ Necessity หรือ Justifiable Necessity ให้แยกออกจากกันให้ชัดเจนโดยมีการบัญญัติให้ชัดเจนดังเช่นในประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งจะทำให้การอธิบายในทางทฤษฎีหรือในทางตำราสามารถอธิบายให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันได้

3) การกระทำของเด็กอายุน้อย

ในเรื่องการกระทำของเด็กอายุน้อยในเรื่องนี้ผู้เขียนจะขออธิบายในเรื่องการกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศไทย

(1) การกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศอังกฤษ

ในเรื่องการกระทำความผิดของเด็กอายุน้อยในประเทศอังกฤษนั้นได้มีข้อสันนิษฐานของกฎหมายอาญาว่า “เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปีในเวลาที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้นเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปีดังกล่าวไม่สามารถถูกตัดสินว่ามีความผิดในความผิดอาญาที่เกิดขึ้นนั้นได้ (see . s.50 of the Children and Young Persons Act 1933, as amended) และโดยผลของหลักทั่วไป *doli incapax* นอกจากเด็กไม่มีความรับผิดชอบในความผิดอาญาแล้วแต่เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปีนั้นไม่มีการกระทำความผิดในความผิดอาญาเลย²⁵¹ นอกจากนั้นยังมีข้อสันนิษฐานอีกว่าเด็กที่มีอายุ 10 ปีแต่ไม่ถึง 14 ปี ไม่มี *Mens rea* ในการกระทำความผิดอาญาด้วย²⁵²

ดังนั้นเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปีในประเทศอังกฤษนอกจากมีข้อสันนิษฐานว่าไม่มีการกระทำความผิดในความผิดอาญาแล้วยังไม่มี *Mens rea* ในการกระทำความผิดอาญาด้วย ทั้งนี้เพราะกฎหมายอาญาสันนิษฐานและยอมรับว่าเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปีนั้นยังมีความอ่อนเยาว์และไม่สามารถเข้าใจถึงความแตกต่างว่าอะไรคือ ความถูกต้อง หรืออะไรคือความผิดหรือความไม่ถูกต้อง

อย่างไรก็ตามหากหากความผิดอาญาได้เกิดขึ้นโดยการยุยงส่งเสริมของบุคคลอื่น บุคคลดังกล่าวนั้นต้องรับผิดชอบในทางอาญาฐานเป็นผู้สนับสนุน²⁵³

²⁵¹ Michael J. Allen. *Textbook on Criminal Law*. pp. 115-117.

²⁵² Catherine Elliott and Frances Quinn. *Criminal Law*. p.260.

²⁵³ Michael J. Allen. *Ibid*. p. 116.

อนึ่งการไม่มีอยู่ของความผิดอาญานั้นบางครั้งอาจปลงความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลอื่นได้ เช่น คดี Walters v Lunt (1951) 2 All ER 645 พ่อแม่ของเด็กถูกตัดสินให้พ้นความรับผิดชอบในกรณีซึ่งยอมรับรู้การกระทำของลูกชายที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปี ในการขโมยรถสามล้อ โดยเหตุผลว่าหากลูกชายอายุ 7 ปีไม่สามารถกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ได้ดังนั้นรถสามล้อที่เขาได้มาก็ไม่ใช่ทรัพย์ซึ่งถูกลักมา กล่าวคือ เมื่อการกระทำของเด็กไม่เป็นความผิดฐานลักทรัพย์แล้ว พ่อแม่ของเด็กก็ไม่มี ความผิดฐานรับของโจร เว้นแต่ได้มีการยุยงส่งเสริมเด็กในการขโมยรถสามล้อ นั้นผู้ที่ยุยงส่งเสริมนั้นต้องรับผิดชอบในทางอาญาฐานเป็นผู้สนับสนุน²⁵⁴

(2) การกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศเยอรมนี²⁵⁵

ในเรื่องการกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศเยอรมนีบัญญัติไว้ในมาตรา 19 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดและมีอายุต่ำกว่า 14 ปี ขาดความสามารถที่จะถูกตัดสินว่ามีความผิด”²⁵⁶

การขาดความสามารถของเด็กดังกล่าวข้างต้นคือการขาด “ความสามารถในการทำชั่ว” ดังนั้นเมื่อการกระทำของเด็กไม่มีความชั่วแม้ว่าการกระทำของเด็กเป็นความผิดกฎหมาย แต่การกระทำของเด็กก็ไม่เป็นความผิดอาญา

อนึ่งการที่กฎหมายกำหนดอายุของเด็กไว้ดังกล่าวเป็นการกำหนดโดยมิได้คำนึงถึงความเฉลียวฉลาด (intelligence) ของเด็ก กล่าวคือ กฎหมายได้กำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาของเด็กบนพื้นฐานของความคิดที่ว่า เด็กในวัยดังกล่าวยังไม่มีความเจริญเติบโตพอที่จะมีความรู้สึกผิดชอบในอันที่จะดำเนินการกระทำของเด็กได้จึงเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ทางชีวภาพ (biologisch หรือ biological) เพียงด้านเดียว

ดังนั้นการกระทำของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 14 ปีเป็นการกระทำที่ไม่อาจดำเนินได้ หรือเป็นการกระทำที่ไม่มีความชั่ว การกระทำของบุคคลดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่ว เหตุนี้การกระทำของบุคคลที่อายุต่ำกว่า 14 ปี จึงไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา

(3) การกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศฝรั่งเศส

การกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศฝรั่งเศสบัญญัติไว้ในมาตรา 122-8 ซึ่งบัญญัติว่า ผู้เยาว์ที่สามารถเข้าใจว่าพวกเขาได้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางอาญาที่เกี่ยวกับ ความผิด

²⁵⁴ Michael J. Allen. *Textbook on Criminal Law*. p. 117.

²⁵⁵ คณิต ฌ นคร. แหล่งเดิม. หน้า 223–226.

²⁵⁶ The German Penal Code 1998 section 19.

อาญาที่ร้ายแรง ความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง หรือ ความผิดอาญาเล็กน้อย อย่างหนึ่งอย่างใด พวกเขาต้องถูกตัดสินว่ามีความรับผิดชอบในทางอาญาและพวกเขาต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยวิธีการให้ความช่วยเหลือคุ้มครอง การกำกับดูแล และการให้การศึกษานี้ขึ้นอยู่กับการกำหนดเงื่อนไขโดยสภานิติบัญญัติ

กฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติจะต้องกำหนดเงื่อนไขที่เป็นการกำหนดโทษซึ่งจะใช้กับผู้เยาว์ที่มีอายุระหว่าง 10 ปี ถึง 18 ปี เช่นเดียวกับการกำหนดโทษแก่ผู้เยาว์ที่มีอายุระหว่าง 13 ปี ถึง 18 ปี ในการพิจารณาการลดโทษในความรับผิดชอบทางอาญานั้นให้พิจารณาจากอายุของพวกเขา²⁵⁷

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่าการกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เด็กที่มีอายุระหว่าง 10 ปี ถึง 18 ปีขึ้นไปจึงจะต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญา

ดังนั้นการกระทำของเด็กที่มีอายุไม่ถึง 10 ปีแม้ว่าการกระทำของเด็กจะเป็นความผิดอาญาก็ไม่ต้องรับโทษหรือไม่มี ความรับผิดชอบในทางอาญาเพราะถือเป็นเหตุเกี่ยวกับสติปัญญาของผู้กระทำ (la lucidité du comportement penal) ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสมองตามแนวความคิดทางอาชญาวิทยาแล้ว จะเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำผิดสามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้หรือไม่ (Aptitude a meriter la sanction) หรือที่เรียกว่าเป็นความสามารถในทางอาญา (capacité pénale) ที่ผู้กระทำผิดสามารถรับผิดชอบในทางอาญาได้หรือไม่นั่นเอง

ดังนั้นจากการอธิบายในเรื่องการกระทำของเด็กอายุน้อยดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าการกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศอังกฤษจะแตกต่างกับการกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสคือ การกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศอังกฤษมีข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปีในประเทศอังกฤษนอกจากมีข้อสันนิษฐานว่าไม่มีการกระทำความผิดในความผิดอาญาแล้วยังไม่มี Mens rea ในการกระทำความผิดอาญาด้วย ส่วนในประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสแม้ว่าการกำหนดอายุของเด็กที่จะต้องรับผิดชอบในทางอาญาจะต่างกันกล่าวคือประเทศเยอรมนีกำหนดอายุของเด็กขั้นต่ำที่จะมีความรับผิดชอบในทางอาญาไว้ 14 ปี ส่วนประเทศฝรั่งเศสกำหนดอายุของเด็กขั้นต่ำที่จะมีความรับผิดชอบในทางอาญาไว้ 10 ปีก็ตามแต่หากพิจารณาในแง่ของการวินิจฉัยความผิดอาญาแล้วการกระทำของเด็กอายุน้อยของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสนั้นก็มีความเหมือนกันตรงที่ว่าถือว่าเด็กอายุน้อยนั้นมีการกระทำในทางอาญาได้และมีเจตนาในการกระทำความผิดอาญาได้เช่นเดียวกันแต่ก็มีความแตกต่างกันตรงที่หากเป็นการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันแล้วการกระทำของเด็กอายุน้อยที่

²⁵⁷ France Penal code 1992, Article 122-8.

ต่ำกว่า 14 ปีนั้นแม้ว่าการกระทำของเด็กอายุน้อยนั้นจะเป็นความผิดกฎหมายแต่ย่อมไม่สามารถที่จะตำหนิการกระทำของเด็กนั้นได้กล่าวคือเป็นการกระทำที่ไม่มีความชั่วดั่งนี้การกระทำของเด็กอายุน้อยดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่ว เหตุนี้การกระทำของเด็กที่อายุต่ำกว่า 14 ปี แม้จะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแต่การกระทำของเด็กไม่เป็นความผิดอาญาดั่งนี้เด็กที่อายุต่ำกว่า 14 ปี จึงไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญา ส่วนการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส เมื่อการกระทำของเด็กอายุน้อยมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และเด็กถือว่ามีกรกระทำและเจตนาในทางอาญาได้ต้องถือว่ากรกระทำของเด็กนั้นเป็นความผิดอาญาเพียงแต่หากว่าเด็กถ้านั้นมีอายุต่ำกว่า 10 ปีแม้ว่าการกระทำของเด็กจะเป็นความผิดอาญาเด็กนั้นก็ไม่ต้องรับโทษหรือไม่มี ความรับผิดชอบในทางอาญาเพราะถือเป็นเหตุเกี่ยวกับสติปัญญาของผู้กระทำ (la lucidite du comportement penal) ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสมองตามแนวความคิดทางอาชญาวิทยาแล้ว จะเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำผิดสามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้หรือไม่ (Aptitude a meriter la sanction) หรือที่เรียกว่าเป็นความสามารถในทางอาญา (capacite penail) ที่ผู้กระทำผิดสามารถรับผิดชอบในทางอาญาได้หรือไม่นั่นเอง โดยในเรื่องนี้กฎหมายประเทศฝรั่งเศสจึงกำหนดให้เด็กมีความรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อมีอายุตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป

ครั้งนี้หากจะพิจารณาในแง่ของกฎหมายไทยแล้ว เดิมตามกฎหมายลักษณะวิอาท มาตรา 10 มีบัญญัติไว้เช่นกันโดยบัญญัติว่า เด็กอายุต่ำกว่า 7 ปีและเฒ่าอายุกว่า 70 ปี ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบชั่วดี หากได้ไปหมิ่นประมาทหรือตีผู้อื่นแล้วห้ามมิให้ลงโทษปรับหรือโทษอื่นใดเลย แต่นายของมันหรือผู้ปกครองท้องถิ่นจะต้องอธิบายให้เข้าใจถึงความผิดที่ได้ก่อขึ้น และใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ต้องเสียหายนั้น และต่อมาเมื่อมีการร่างกฎหมายลักษณะอาญานายอรรถปาคุชได้บันทึกไว้ว่าในเรื่องการกระทำของเด็ก เป็นปัญหาสังคมประการหนึ่งที่แก้ไขได้ยากในประเทศสยาม ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กมีอยู่เป็นจำนวนมากในพระนคร วิธีการลงโทษที่กระทำมาแต่ก่อนก็จำกัดอยู่เฉพาะการโบย หรือมีการลงโทษสถานเบา ประมวลกฎหมายอาญาได้มีบทบัญญัติเฉพาะเพื่อใช้กับเด็กที่กระทำความผิด (มาตรา 56, 57, 58) ซึ่งหลักใหญ่ๆ ก็นำมาจากประมวลกฎหมายอิตาลี (มาตรา 53 ถึงมาตรา 56) ประมวลกฎหมายอาญาของอียิปต์ (มาตรา 59 ถึงมาตรา 67) และประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย (มาตรา 82 และ 83) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (มาตรา 399) เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปี ไม่ต้องรับโทษและไม่ต้องถูกดำเนินคดีอาญา เด็กที่อายุ 7 ปี ถึง 14 ปีก็ไม่ต้องรับโทษเช่นเดียวกัน หากถูกดำเนินคดีในศาล ผู้พิพากษาสามารถเลือกตามที่เห็นควรว่า จะปล่อยตัวเด็กนั้นไป หลังจากว่ากล่าวตักเตือนให้รู้สึกตัว หรือจะเรียกประกันทัณฑ์บนจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็กนั้น ซึ่งเป็นวิธีการทำนองเดียวกับการ

เรียกประกันทันทีบนตามที่เคยกล่าวมาแล้ว หรือผู้พิพากษาอาจส่งตัวเด็กนั้นไปไว้ในโรงเรียน
 คัดสันดานตามระยะเวลาที่ศาลจะกำหนด แต่ไม่ให้เกินกว่าเด็กนั้นจะมีอายุครบ 18 ปี²⁵⁸

ในปัจจุบันในประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงการกระทำของเด็กอายุน้อย
 ไว้ในมาตรา 73 ซึ่งบัญญัติว่า “เด็กอายุยังไม่เกินเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด
 เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ”

ดังนั้นจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำของเด็กอายุน้อยตาม
 ประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นเด็กที่มีอายุน้อยสามารถมีกระทำความผิดในทางอาญาและมีเจตนา
 ในทางอาญาได้

ดังนั้นการวินิจฉัยความผิดอาญาของเด็กอายุน้อยนั้นจึงต้องถือว่าเมื่อเด็กที่อายุ
 น้อยกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้วต้องถือว่าการกระทำของเด็กอายุน้อยนั้น
 ครอบคลุมประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วและต้องถือว่าการกระทำของเด็กอายุน้อยนั้นเป็นความผิด
 กฎหมายแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น

จากการวินิจฉัยความผิดอาญาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าการวินิจฉัยความผิด
 อาญาดังกล่าวนั้นเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี ดังนั้นการ
 กระทำความผิดของเด็กอายุน้อยดังกล่าวก็สามารถอธิบายตามทฤษฎีของประเทศทั้งสองได้ซึ่งต่าง
 กับการกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศอังกฤษที่มีข้อสันนิษฐานว่าเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปีใน
 ประเทศอังกฤษนอกจากมีข้อสันนิษฐานว่าไม่มีการกระทำความผิดในความผิดอาญาแล้วยังไม่มี
 Mens rea ในการกระทำความผิดอาญาด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อสันนิษฐานดังกล่าวไม่อาจนำมา
 ปรับใช้กับกฎหมายอาญาของไทยได้

อย่างไรก็ตามมีข้อที่น่าสังเกตคือไม่ว่าในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศสและ
 ประเทศเยอรมนี ต่างได้มีการกำหนดอายุของเด็กที่จะต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญาไว้สูงกว่าการ
 กำหนดอายุของเด็กในประเทศไทยทั้งนี้อาจเป็นเพราะในต่างประเทศได้มีการศึกษาว่าความรับผิด
 ชอบในทางอาญาควรเริ่มเมื่อมีอายุเท่าไร และเนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ของสห
 ประชาชาติได้เรียกร้องให้รัฐภาคีกำหนดอายุขั้นต่ำที่เหมาะสมโดยตั้งสมมติฐานว่าเด็กไม่มีความ
 สามารถในการทำละเมิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งสอดคล้องกับหลัก *doli incapax* ที่สันนิษฐานว่า
 เด็กที่มีอายุน้อยยังไม่มีความสามารถในการกระทำความผิด หรืออีกนัยหนึ่งคือ การที่เด็กมีอายุน้อย
 นั้นทำให้เด็กยังอ่อนเยาว์เกินไปที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำและต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย ซึ่ง
 โดยปกติคนทั่วไปมักเข้าใจผิดว่าเด็กที่มีเกณฑ์อายุไปโรงเรียนย่อมมีวุฒิภาวะที่เข้าใจผลของการ

²⁵⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. บันทึกของนายออร์ซ ปาตู ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการ
 การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 74-75.

กระทำของตน ซึ่งข้อเท็จจริงมิได้เป็นเช่นนั้น เพราะการเจริญเติบโตทางด้านกายภาพไม่ได้เกี่ยวข้องกับความสำเร็จเรื่องเหตุผลเสมอไปประเด็นนี้ต้องพิจารณาจากพัฒนาการทางสมอง และยังต้องพิจารณาเหตุผลในด้านการแพทย์ เหตุผลด้านจิตวิทยา เหตุผลด้านสิทธิมนุษยชน ประกอบกันไป อย่างไรก็ตามในเรื่องของการกำหนดอายุของเด็กที่จะต้องรับผิดชอบในทางอาญานี้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ได้มีการแนะนำให้มีการปรับอายุของเด็กที่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 โดยแนะนำว่าอายุขั้นต่ำที่เหมาะสมควรอยู่ระหว่าง 12-14 ปี ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดอายุขั้นต่ำในการรับผิดชอบในทางอาญาของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยตามมาตรา 73 ที่กำหนดให้เด็กอายุยังไม่เกินเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ ดังกล่าวน่าจะไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเพราะในประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดอายุของเด็กที่จะต้องรับผิดชอบในทางอาญาไว้ต่ำเกินไปโดยไม่ได้คำนึงถึงวุฒิภาวะของเด็ก ดังนั้นจะก่อให้เกิดผลเสียคือ เป็นการผลักดันเด็กเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเร็วขึ้น และเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการแก้ไขฟื้นฟูเด็กและคุ้มครองสิทธิของเด็กด้วย ดังนั้นในปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะได้มีการแก้ไขเกี่ยวกับอายุขั้นต่ำของเด็กตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 โดยอาจจะต้องศึกษาจากเหตุผลทางด้านกายภาพ เหตุผลด้านจิตวิทยา เหตุผลด้านสิทธิมนุษยชน และสภาพของสังคมไทยประกอบกันไป²⁵⁹

ดังนั้นจากการอธิบายโดยการยกตัวอย่างในเรื่องของการกระทำด้วยความจำเป็นและการกระทำของเด็กอายุน้อยแล้วผู้เขียนเห็นว่าคำอธิบายในทางทฤษฎีการวินิจฉัยความผิดอาญาในเรื่องดังกล่าวที่ได้นำเสนอมานั้น ไม่ว่าจะเป็นหลักในคำอธิบายของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ต่างก็ได้มีการพยายามอธิบายตามหลักทฤษฎีของตนให้สมบูรณ์ที่สุด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคำอธิบายต่างๆ เหล่านี้ย่อมมีความสมบูรณ์อยู่ในตัวเองในการอธิบายในทางทฤษฎีของประเทศต่างๆ จะกล่าวว่าคำอธิบายและทฤษฎีของระบบกฎหมายหนึ่งสมบูรณ์กว่าอีกประเทศกฎหมายหนึ่งหรือว่าคำอธิบายและทฤษฎีของประเทศใดประเทศหนึ่งสมบูรณ์กว่าของประเทศหนึ่งคงไม่ได้ ปัญหาจึงอยู่ตรงที่ว่าหากจะนำเอาทฤษฎีเหล่านั้นมาอธิบายโดยปรับใช้กับประมวลกฎหมายอาญาของไทยคำอธิบายในทางทฤษฎีของประเทศใดจะมีความเหมาะสมกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่สุด ซึ่งในเรื่องนี้เองก็เป็นการยากที่จะกล่าวได้เช่นกันเพราะในแต่ละคำอธิบายก็มีเหตุผลสมบูรณ์อยู่ในตัวเองเพียงแต่ในบางครั้งต่างมีวิธีการที่นำเสนอหรือการอธิบายที่

²⁵⁹ ปัทมปานิ พลกุล. (2545). ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีเกณฑ์อายุขั้นต่ำและขั้นสูงของเด็กและเยาวชน.

แตกต่างกันเท่านั้นแต่ผลในทางกฎหมายอาจเป็นอย่างเดียวกันได้ ในการอธิบายต่างๆนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเป็นทฤษฎีที่ง่ายต่อการทำความเข้าใจและง่ายต่อการนำไปปฏิบัติ ส่วนทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นการอธิบายในเชิงทฤษฎีซึ่งยากต่อการทำความเข้าใจแต่เป็นการอธิบายในเชิงทฤษฎีที่มีความสมบูรณ์และมีเหตุผลซึ่งหากสามารถทำความเข้าใจในทฤษฎีต่างๆ ได้ก็สามารถตอบคำถามต่างๆ ในทางอาญาได้อย่างสมบูรณ์เป็นเหตุเป็นผลดังเช่นการอธิบายโดยการยกตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น ส่วนทฤษฎีกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะกับการนำมาปรับใช้ในการอธิบายกฎหมายไทยเพราะในการอธิบายในบางเรื่องไม่มีในกฎหมายไทย เช่น เรื่องเจตนาร้ายหรือ Mens rea เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติวิธีก็แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงแม้ว่าจะมีจุดมุ่งหมายคือความยุติธรรมเช่นเดียวกันก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีกฎหมายอังกฤษดังกล่าวให้นักกฎหมายไทยควรศึกษาเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายของตนเพื่อพัฒนากฎหมายไทยต่อไป