บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาถึงนิติวิธีของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แล้วปรากฏว่าที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์ดั้งเดิมนั้นมีที่มาอย่างเดียวกัน กล่าวคือ มีที่มาจากจารีตประเพณี แต่แม้ว่าจะมีที่มาของกฎหมายเหมือนกันก็ตาม แต่ระบบกฎหมายทั้งสองระบบนั้นก็มีพัฒนาการทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปและโดยที่กฎหมายในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์มีพัฒนาการทางกฎหมายที่แตกต่างกันจึงทำให้ระบบกฎหมายทั้งสองระบบนี้ให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายที่แตกต่างกันและทำให้นิติวิธีของแต่ละระบบนั้นแตกต่างจากกันไป กล่าวคือ ในระบบซีวิลลิอว์นั้นจะให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายเป็นลำดับดังต่อไปนี้1. บทบัญญัติแห่งกฎหมาย 2. จารีตประเพณี 3. คำพิพากษาของศาล 4. หลักกฎหมายทั่วไปและข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

ดังนี้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ก็จะมีหลักการใช้กฎหมาย ตลอดจนวิธีการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายตามลำดับความสำคัญของบ่อเกิดของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ต้องแยกว่าเป็นนิติวิธีในทางแพ่งหรือในทางอาญา กล่าวคือ นิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ในทางแพ่งนั้นหากมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างไรก็ต้องเป็นไปตามนั้น ส่วนในทางอาญา กรอบในทางอาญาของระบบซีวิลลอว์จะมีหลักกฎหมายที่สำคัญที่สุดซึ่งมาจากหลักสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “Nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด, ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” กล่าวคือ “บุคคลจะมีความผิดและมีโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น”[260] และโดยเนื้อหาของ “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา หรือ หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้เองส่งผลให้วิธีการใช้และวิธีการแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาในระบบซีวิลลอว์ต้องยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสำคัญ กล่าวคือ ในการที่ศาลจะตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษบุคคลนั้นต้องยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลัก จะนำสิ่งอื่นที่ไม่ใช่บทบัญญัติแห่ง

---

[260] สุรศักดิ์ ลิขสิทธิวัฒนกุล. **หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา** Principe de la legalite criminelle. รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ติงศ์ภัทิย์. หน้า11.

กฎหมายมาตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษไม่ได้ แต่อาจจะใช้ในทางอื่นที่เป็นคุณได้เช่น อาจใช้จารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปในทางที่เป็นคุณได้ เป็นต้น[261]

ส่วนในระบบคอมมอนลอว์จะให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายเป็นลำดับดังต่อไปนี้ 1. หลักกฎหมายจากคำพิพากษา 2. บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร 3. จารีตประเพณี 4. ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ 5. เหตุผลและความยุติธรรม ดังนี้นิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์ก็จะมีหลักการใช้กฎหมาย ตลอดจนวิธีการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายตามลำดับความสำคัญของบ่อเกิดของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามนิติวิธีของนักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นั้น นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์จะให้ความสำคัญต่อหลักกฎหมายจากคำพิพากษาทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อยู่ภายใต้หลักที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า เป็นระบบกฎหมายที่ศาลได้กำหนดขึ้น (Judge made law) ดังนั้นนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์จึงเป็นหลักที่ได้มาจากการเทียบเคียงหลักในคำพิพากษาของศาล (Precedent) และโดยเหตุที่ศาลในระบบคอมมอนลอว์สามารถสร้างหลักเกณฑ์หรือวางหลักเกณฑ์จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใหม่ได้ ดังนั้น นิติวิธีในทางกฎหมายแพ่ง และในทางกฎหมายอาญาจึงไม่มีความแตกต่างกันเลย เว้นแต่ในทางกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายอาญานั้นจะมีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดนิติวิธีไว้โดยชัดเจนเท่านั้น เช่น ความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory law offence)[262] ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดที่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมา ความผิดประเภทนี้เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม (Mala Prohibita) ศาลจึงต้องใช้หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด เช่น ความผิดเกี่ยวกับภาษี ความผิดเกี่ยวกับการพนัน ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ส่วนการวินิจฉัยความผิดอาญาในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์นั้น โดยพื้นฐานการวินิจฉัยความผิดอาญา เพื่อจะลงโทษผู้กระทำผิดอาญาจะต้องวินิจฉัยมาจาก 2 ส่วน คือ 1. ส่วนขององค์ประกอบภายนอก (การกระทำ) และ 2. ส่วนองค์ประกอบภายใน (เจตนา) เป็นหลัก ซึ่งระบบกฎหมายใหญ่ๆ 2 ระบบ คือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบซีวิลลอว์ ได้นำการวินิจฉัยความผิดอาญา 2 ส่วนนี้ไปพัฒนาเป็นโครงสร้างการวินิจฉัยความผิดอาญาในระบบของตน โดยสามารถสรุปได้ ดังนี้

ในระบบคอมมอนลอว์ ได้วินิจฉัยความผิดอาญาอยู่บนพื้นฐานของสุภาษิตลาตินที่ว่า “Actus non facit reum nisi mens sit rea” ซึ่งมีความหมายว่า การกระทำในตัวของมันเองไม่เป็นความผิดเว้นแต่มีจิตใจที่ผิดด้วย เมื่อพิจารณาแล้วสามารถแยกองค์ประกอบได้ 2 ส่วน คือ 1. ส่วน

---

[261] คณิต ณ นคร. **การตีความกฎหมายอาญา**. หน้า 225, 229.

[262] สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). **ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา.** หน้า 18.

องค์ประกอบความผิดหรือส่วนองค์ประกอบภายนอก (Actus reus) และ2. ส่วนขององค์ประกอบทางด้านจิตใจหรือส่วนองค์ประกอบภายใน (Mens rea)

สำหรับในระบบซีวิลลอว์ ในการวินิจฉัยความผิดอาญา ได้นำส่วนองค์ประกอบภายนอกและส่วนองค์ประกอบภายใน มาพัฒนาทางทฤษฎี โดยสามารถพัฒนาได้ 2 ลักษณะใหญ่ ๆ คือ ตามลักษณะโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี

1. โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส สามารถแบ่งได้ 2 ลักษณะ คือ โครงสร้างความผิดอาญาตามแนวดั้งเดิม ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ องค์ประกอบทางกฎหมาย (Elément legel) องค์ประกอบทางการกระทำ (Elément material) และองค์ประกอบทางจิตใจ (Elément moral) และโครงสร้างความผิดอาญาตามแนวปัจจุบัน ซึ่งเป็นการอธิบายเพิ่มเติมลักษณะโครงสร้างตามแนวดั้งเดิม โดยอธิบายองค์ประกอบที่ 4 คือ องค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรม (Elément d'illiceite) และเหตุยกเว้นโทษเพิ่มเติม

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันอย่างไรก็ตามแนวความคิดการอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาของฝรั่งเศสในปัจจุบันนี้ได้มีการอธิบายที่เปลี่ยนแปลงไปอีก กล่าวคือ ได้มีการนำเอาเหตุทางภาวะวิสัยหรือเหตุจากการกระทำ (Cause Objective) มาอธิบายรวมไว้ในส่วนของ "องค์ประกอบทางกฎหมาย" ว่า เมื่อการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ หากมีเหตุที่มาจากการกระทำ (Cause Objective) หรือ เหตุยกเว้นความผิดแล้ว ก็จะพิจารณาวินิจฉัยอยู่ในส่วนของ องค์ประกอบทางกฎหมาย เท่านั้นโทษ[263] กล่าวคือ หากการกระทำไม่เป็นความผิดก็จบไปโดยที่ไม่ต้องไปพิจารณาองค์ประกอบทางการกระทำและองค์ประกอบทางจิตใจอีก และในส่วนเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause subjective) ก็อธิบายว่าเป็น เหตุที่ผู้กระทำได้รับยกเว้นโทษ

อนึ่งในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ 1992 ได้มีการบัญญัติถึง "เหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) และเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause subjective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษ" ใหม่โดยให้มีผลในทางกฎหมายเป็นอย่างเดียวกันคือ "ไม่มีความรับผิดในทางอาญา" กล่าวคือ มิได้มีการแยกถึงความแตกต่างถึงผลของการกระทำว่าการกระทำอย่างใดเป็นเหตุจากการกระทำ (Cause Objective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) หรือการกระทำอย่างใดเป็นเหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause subjective) ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษเหมือนประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเดิม[264] ดังนี้จะเห็นได้ว่าการบัญญัติเช่นนี้จะมีแนวความคิดคล้ายคลึงกับระบบคอมมอนลอว์ซึ่งมิได้แยกแยะเหตุยกเว้นความผิด และเหตุยกเว้นโทษ ออกจากกัน ทั้งนี้ในประเทศฝรั่งเศสอาจเริ่มมีแนวความคิดที่เหมือนกับระบบคอมมอนลอว์ที่ว่า ไม่ว่าจะ

---

[263] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ์. **ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา.** หน้า 636-638.

[264] ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1992 มาตรา 122-1 ถึง 122-8.

มีเหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุยกเว้นโทษ ในที่สุดผู้กระทำก็จะไม่ต้องรับโทษเหมือนกัน หรือไม่ต้องรับผิดทางอาญาเหมือนกันนั่นเอง

ส่วนลักษณะโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศเยอรมนี ก็สามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ โครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausalitat) และโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finalitat) ซึ่งลักษณะโครงสร้างความผิดอาญาของทั้ง 2 ทฤษฎีนี้มีโครงสร้าง 3 ส่วน เช่นกัน คือ ส่วนองค์ประกอบ (Tatestandmässigkeit) ส่วนความผิด (Rechtswidrigkeit) และส่วนความชั่ว (Schuld) ส่วนที่แตกต่างกันของ 2 ทฤษฎีนี้ ก็คือ ตำแหน่งขององค์ประกอบภายใน ซึ่งเป็นเรื่องที่พิจารณาถึงเรื่องเจตนาและประมาท โดยตามโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausalitat) ถือว่าองค์ประกอบภายใน จะต้องพิจารณาในส่วนของความชั่ว ซึ่งเป็นส่วนที่ 3 ของโครงสร้างความผิดอาญา แต่ตามโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finalitat) ถือว่าองค์ประกอบภายในจะต้องพิจารณาในส่วนของการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติซึ่งเป็นส่วนที่ 1 ของโครงสร้างความผิดอาญา จึงทำให้ผลการวินิจฉัยความผิดอาญาในบางเรื่องมีผลแตกต่างกันไป

และเมื่อนำการวินิจฉัยความผิดอาญาในระบบคอมมอนลอว์ กับ ระบบซีวิลลอว์ มาเปรียบเทียบกันแล้ว จะพบว่ามีความเหมือนและแตกต่างกันดังต่อไปนี้ คือ

1. การวินิจฉัยความผิดอาญาไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์หรือระบบซีวิลลอว์ ต่างมีความเหมือนกันในเบื้องต้น กล่าวคือ ต่างต้องพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบภายนอก หรือการกระทำ และส่วนองค์ประกอบภายในหรือ ส่วนเจตนาเป็นหลัก

2. ลักษณะโครงสร้างความผิดอาญา มีความแตกต่างกัน เช่น โครงสร้างการวินิจฉัยความผิดอาญา ในระบบคอมมอนลอว์ มี 2 ส่วน คือ Actus reus และ Mens rea แต่สำหรับลักษณะโครงสร้างของระบบซีวิลลอว์ มี 3 ส่วนหลัก ๆ คือ โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส ประกอบด้วยองค์ประกอบทางกฎหมาย องค์ประกอบทางการกระทำ และองค์ประกอบทางจิตใจ และสำหรับโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศเยอรมนี ประกอบด้วย ส่วนองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ส่วนความผิดกฎหมาย และส่วนความชั่ว นอกจากโครงสร้างความผิดอาญาที่แตกต่างกันแล้ว ในระบบซีวิลลอว์ ก็ยังแยกแยะความแตกต่างระหว่างเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ กับ เหตุที่ทำให้การกระทำนั้นได้รับยกเว้นโทษออกจากกันอย่างชัดเจนอีกด้วย ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีต่างๆ ได้อย่างดี แต่สำหรับระบบ

คอมมอนลอว์มิได้แยกความแตกต่างระหว่าง 2 เหตุนี้ไว้แต่จะกล่าวรวมกันอยู่ใน ข้อโต้เถียงเพื่อให้พ้นความรับผิด

3. ความแตกต่างในความหมายของคำว่า เจตนาร้าย (Mens rea) ตามระบบคอมมอนลอว์ กับความหมายของคำว่า เจตนา (Vorsatz) และประมาท (Fahrlassigkeit) ตามระบบซีวิลลอว์ ซึ่งเจตนาร้าย (Mens rea) ของระบบคอมมอนลอว์ หมายความรวมถึงเจตนาและประมาทบางกรณีด้วย แต่สำหรับระบบซีวิลลอว์ ได้แบ่งแยกเจตนาออกจากประมาทโดยชัดเจน

4. กรณีเรื่องของการกระทำความผิดที่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จ โดยที่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดในทางอาญาของคอมมอนลอว์ แตกต่างจากพื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดในทางอาญาของซีวิลลอว์ กล่าวคือ ในขณะที่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดในทางอาญาของซีวิลลอว์ เป็นความรับผิดในการกระทำ แต่พื้นฐานความรับผิดในทางอาญาของคอมมอนลอว์เป็น ความรับผิดในผล เช่นปัญหากรณียิงศพเป็นต้น

สำหรับประวัติความเป็นมาของระบบกฎหมายไทยนี้สามารถแบ่งยุคประวัติศาสตร์กฎหมายไทยได้เป็น 2 ยุค คือ 1. ยุคก่อนสมัยใหม่ และ 2. ยุคสมัยใหม่ ซึ่งยุคกฎหมายไทยสมัยใหม่นี้การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในช่วงนี้จะเริ่มตั้งแต่สมัยรัชการที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ อันเป็นเวลาที่กฎหมายไทยได้เริ่มรับแนวคิดจากกฎหมายตะวันตก ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสมัยใหม่เข้ามาในสังคมไทยและมีการจัดทำประมวลกฎหมายต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 จึงถือได้ว่าช่วงเวลาดังกล่าวนี้เป็นจุดที่ประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติ

สำหรับนิติวิธีของประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ดังนี้นิติวิธีควรจะเป็นไปตามนิติวิธีของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ กล่าวคือ ต้องให้ความสำคัญต่อบ่อเกิดของกฎหมายเป็นลำดับดังต่อไปนี้ 1. บทบัญญัติแห่งกฎหมาย 2. จารีตประเพณี 3. คำพิพากษาของศาล 4. หลักกฎหมายทั่วไปและข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

นิติวิธีในระบบกฎหมายไทย คือ แนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายไทยที่มีต่อระบบกฎหมายของตนอันได้แก่ทัศนคติที่มีต่อบ่อเกิดของกฎหมาย วิธีศึกษา วิธีใช้และวิธีการแก้ไขปัญหาต่างๆ ของนักกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

แต่อย่างไรก็ตามนิติวิธีต้องแยกว่าเป็นนิติวิธีในทางแพ่งหรือในทางอาญา กล่าวคือ นิติวิธีในทางแพ่งสำหรับระบบกฎหมายไทยในทางแพ่งหรือกรอบทางแพ่งหากนิติวิธีมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ ก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้นั้น เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคแรกบัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ” และวรรคสองบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตาม

จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป" ดังนี้นิติวิธีในทางแพ่งอันดับแรกต้องใช้บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก หากไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร อันดับต่อมาก็จะใช้คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือ บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไป เรียงลำดับกันไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้นั่นเอง

ส่วนในทางอาญากรอบในทางกฎหมายอาญาของระบบกฎหมายไทยแม้ในประมวลกฎหมายอาญาจะไม่ได้บัญญัตินิติวิธีไว้ชัดเจนเช่นเดียวกับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 4) ก็ตาม แต่ในทางกฎหมายอาญาก็จะมีหลักกฎหมายที่สำคัญคือ"หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา หรือ หลักประกันในกฎหมายอาญา" กล่าวคือ ในกฎหมายอาญามีหลักกฎหมายที่สำคัญที่สุดซึ่งมาจากหลักสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "Nullum crimen, nulla poena sine lege" ซึ่งแปลได้ว่า "ไม่มีความผิด, ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย" หลักดังกล่าวนี้มีความสำคัญเนื่องจากถือว่าเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ที่ว่า " บุคคลจะมีความผิดและมีโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น" ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่าง ๆ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2540 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 32 และในกฎหมายอาญาเองก็ได้มีการบัญญัติไว้ตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นต้นมา จนถึงประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันซึ่งได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 2 วรรคแรก ว่า "บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย"

และโดยเนื้อหาของ "หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา หรือ หลักประกันในกฎหมายอาญา" นี้เองส่งผลให้วิธีการใช้และวิธีการแก้ไขปัญหากฎหมายอาญาในระบบกฎหมายไทยต้องยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสำคัญ กล่าวคือ ในการที่ศาลจะตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษบุคคลนั้นต้องยึดถือบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลัก จะนำสิ่งอื่นที่ไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญามาตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษไม่ได้ถือเป็นการผิดนิติวิธี เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501 การที่ศาลฎีกาพิพากษาเรื่องการลักกระแสไฟฟ้าว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334, 335 แล้วแต่กรณีนั้น หรือในคำพิพากษาฎีกาที่ 787-788/2506 วินิจฉัยว่า นิติบุคคลอาจมีความรับผิดทางอาญาในความผิดที่ต้องการเจตนาได้ ซึ่งทั้งสองกรณีนี้ถือเป็นการที่ศาลได้เทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) มาลงโทษบุคคลในทางอาญา ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักในมาตรา 2 จึงเป็นการไม่ถูกต้องผิดนิติวิธีของระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ เมื่อประเทศไทยเป็นระบบซีวิลลอว์การวินิจฉัยข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้นต้องเป็นไปตาม

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ ดังนี้เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญา ศาลจึงชอบที่จะยกฟ้อง และปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลไม่ชอบที่จะใช้อำนาจเสียเอง

นอกจากศาลจะต้องยึดถือบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลักในการวินิจฉัยแล้ว ศาลจะนำสิ่งอื่นที่ไม่ใช่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษไม่ได้ กล่าวคือ จะใช้จารีตประเพณี คำพิพากษา บทกฎหมายใกล้เคียง หรือหลักกฎหมายทั่วไป มาตัดสินพิพากษาคดีเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษไม่ได้ แต่อาจจะใช้ในทางอื่นที่เป็นคุณได้เพราะแม้ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็สามารถอ้างได้ไม่ขัดต่อหลักในมาตรา 2 หรือหลัก “Nullum crimen, nulla poena sine lege”

ดังนี้จะเห็นได้ว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญา หรือ หลักประกันในกฎหมายอาญา” ถือเป็นนิติวิธีที่สำคัญที่สุดในกฎหมายอาญา และผลของหลักความชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายอาญาส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด

สำหรับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย ประเทศไทยได้รับเอาแนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศตะวันตก เข้ามาทั้ง 2 ระบบ ซึ่งทำให้มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย ซึ่งอาจแบ่งได้ดังนี้ 1. สมัยก่อนใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 2. สมัยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ใช้บังคับ 3. ในสมัยปัจจุบันหรือสมัยประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันใช้บังคับ ซึ่งในสมัยนี้อาจแบ่งแยกได้ 3 แนวคิดคือ

1. แนวความคิดตามทฤษฎีระบบคอมมอนลอว์โดยมีอาจารย์สง่า ลีนะสมิต และอาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร เป็นผู้นำมาอธิบาย

2. แนวความคิดตามทฤษฎีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งสามารถแยกได้ 2 แนวความคิด คือ

2.1 ตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส โดยมีศาสตราจารย์ วิจิตร ลุลิตานนท์ ศาสตราจารย์ ดร.โกเมน ภัทรภิรมย์ และศาสตราจารย์ จิตติ ติงศ์ภัทิย์ เป็นผู้นำมาอธิบาย

2.2 ตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน โดยมีศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร และรองศาตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส เป็นผู้นำมาอธิบาย

3. แนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน โดยมีศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และรองศาสตรจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ์ และรองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เป็นผู้นำมาอธิบาย

และจากการศึกษาวิจัยการอธิบายหรือจัดลำดับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะพบว่าในประมวลกฎหมายอาญาของไทยแม้จะมิได้ลำดับการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาไว้ แต่ก็สามารถอธิบายลำดับการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาจากพื้นฐานการบัญญัติกฎหมายอาญา และจากประมวลกฎหมายอาญาได้ดังนี้

1. องค์ประกอบของความผิด คือ เป็นเรื่องของการบัญญัติถึงการกระทำที่กฎหมายเห็นว่าเป็นความผิดและประสงค์จะลงโทษ กล่าวคือ เป็นการบัญญัติให้เห็นว่า ความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษนั้นต้องบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมาย

2. ความผิดกฎหมาย คือ เป็นเรื่องที่พิจารณาว่าการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำไปนั้นมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้อยู่หรือไม่ ซึ่งหากมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ก็จะทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย กล่าวคือ ทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากปรากฏว่าไม่มีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ก็จะทำให้การกระทำนั้นผิดกฎหมาย แต่จะลงโทษการกระทำนั้นได้หรือไม่ต้องไปพิจารณา ความน่าตำหนิของการกระทำ ด้วย

3. ความน่าตำหนิ คือ เป็นเรื่องการพิจารณาความรับผิดในทางอาญา กล่าวคือ ความน่าตำหนิเป็นเรื่องของการกระทำที่ยังผิดกฎหมายอยู่ เพียงแต่สามารถจะตำหนิผู้กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการกระทำของเขานั้นได้หรือไม่เท่านั้น หากตำหนิได้การกระทำเป็นความผิดอาญาและต้องรับโทษ หากตำหนิไม่ได้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญากฎหมายจึงยกเว้นโทษให้สำหรับการกระทำนั้น

และจากการวิเคราะห์ถึงการวินิจฉัยความผิดอาญา หรือโครงสร้างความผิดอาญาที่นักกฎหมายต่างได้นำมาอธิบายนั้นพบว่า

การวินิจฉัยความผิดอาญา หรือโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน มีความสมบูรณ์ที่สุดที่จะนำมาวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยเพราะมีการจัดลำดับการวินิจฉัยความผิดอาญาที่คล้ายกับการวินิจฉัยความผิดอาญาที่ได้จากการอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยและพื้นฐานการบัญญัติกฎหมายอาญา

ส่วนการวินิจฉัยความผิดอาญา หรือโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีประเทศอังกฤษยังขาดความสมบูรณ์ที่จะนำมาวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย และโดยเฉพาะในเรื่องของ Mens Rea มีนัยที่กว้างกว่าเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยกล่าวคือ Mens Rea หมายถึง เจตนา (Intention), การละเลย (Reckless) หรือประมาทโดยจงใจ, การประมาท (Negligence), การประมาทอย่างร้ายแรง (Gross Negligence), เจตนาพิเศษอื่นๆ เช่น โดยรู้

(Knowledge) โดยทุจริต (Dishonesty), การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless inadvertence) แต่ เจตนา ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นเป็นความหมายของเจตนาในเรื่องการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล มีลักษณะเป็นบททั่วไปเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่าเป็นเจตนาดีหรือเจตนาร้ายแต่ประการใด ดังนั้น Mens Rea .ในระบบคอมมอนลอว์ จึงไม่สอดคล้องกับเจตนาตามที่มีบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ให้ไว้ อีกทั้ง Mens Rea ในระบบคอมมอนลอว์ยังหมายรวมถึงประมาทด้วย ซึ่งกรณีความผิดเกี่ยวกับประมาทในประมวลกฎหมายอาญานั้นมีกฎหมายบัญญัติให้รับผิดแยกต่างหาก

ส่วนการวินิจฉัยความผิดอาญา หรือโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีฝรั่งเศส และการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาอาญาในลักษณะผสมผสาน จากการวิเคราะห์ของผู้เขียนเห็นว่าแนวความคิดทั้งสองยังขาดความสมบูรณ์ที่จะนำมาวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ได้จากการอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยและพื้นฐานการบัญญัติกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตามการขาดความสมบูรณ์ของการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส และการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความรับผิดทางอาญาในลักษณะเฉพาะนี้เป็นการขาดความสมบูรณ์เฉพาะการวินิจฉัย “ความผิดอาญา” เท่านั้น แต่หากได้พิจารณาส่วนที่เป็นโครงสร้างความรับผิดทางอาญาทั้งหมดรวมกันไปและเป็นการพิจารณาวินิจฉัยถึงความรับผิดทางอาญาของการกระทำที่จะได้รับในที่สุดแล้ว จะเห็นว่าในที่สุดก็สามารถอธิบายถึงความรับผิดทางอาญาของการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้อย่างสมบูรณ์เช่นกัน โดยที่ไม่มีอะไรแตกต่างไปจากหลักการวินิจฉัยความผิดตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

เมื่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยต้องดำเนินความคิดตามโครงสร้างความผิดอาญาดังนี้ การวินิจฉัยความผิดอาญาไม่ว่าจะกระทำในทางปฏิบัติหรือการศึกษาควรต้องลำดับความคิดตามโครงสร้างความผิดอาญา กล่าวคือ ต้องเริ่มพิจารณาจากองค์ประกอบ เมื่อเห็นว่าครบองค์ประกอบแล้วจึงมาพิจารณา ความผิดกฎหมาย โดยเฉพาะการพิจารณาว่ามีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่สำหรับกรณีนั้น เมื่อพิจารณาแล้วว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายก็ไปพิจารณาในเรื่อง การตำหนิได้ของการกระทำต่อไป ตามลำดับ ดังนั้นหากไม่วินิจฉัยความผิดอาญาตามลำดับของโครงสร้างความผิดอาญา การวินิจฉัยความผิดอาญาดังกล่าวก็เป็นการผิดนิติวิธีด้วยนั่นเอง

ส่วนการอธิบายในทางทฤษฎีการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องของเจตนานั้นสามารถสรุปได้ว่าในการอธิบายเรื่องเจตนาประสงค์ต่อผลและเจตนาย่อมเล็งเห็นผลตามกฎหมายไทยนั้นไม่มีการแยกแยะประเภทหรือระดับของเจตนา

ออกจากกันให้ชัดเจนเหมือนอย่างในประเทศเยอรมนีและประเทศอังกฤษจึงทำให้การอธิบายในเรื่องเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นยังขาดความสมบูรณ์ในทางวิชาการอยู่มากและทำให้เกิดความสับสนในการวินิจฉัยในปัญหาเรื่องเจตนา

อนึ่งในทางศาลเองในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทยมักจะมีการกระทำในสองเรื่องไปพร้อมๆ กันคือ จะมีการพิจารณาชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไปพร้อมๆ กับการปรับบท ปัญหาเรื่องเจตนาจึงกลายเป็นปัญหาของการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไป

ส่วนการอธิบายในทางทฤษฎีการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นนั้นสามารถสรุปได้ว่าไม่ว่าจะนำหลักคำอธิบายตามแนวทฤษฎีกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีมาอธิบายก็สามารถอธิบายตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้ตามแนวทฤษฎีของประเทศต่าง ๆ เช่นกันจะมีแต่เพียงในเรื่องของผลของการกระทำด้วยความจำเป็นเท่านั้นที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติโดยให้มีผลเป็นอย่างเดียวกันคือ ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่ผิดในหลักในทางทฤษฎีกฎหมาย ดังนั้นจึงควรมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 67 นี้แยกต่างหากจากกันให้ชัดเจนทั้งนี้เพราะหลักการของเรื่องดังกล่าวต่างกันและผลในทางกฎหมายก็แตกต่างกันไปด้วยนั่นเอง

ส่วนในเรื่องของการกระทำของเด็กอายุน้อยนั้นจะเห็นได้ว่าการกระทำของเด็กอายุน้อยตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้นเด็กที่มีอายุน้อยสามารถมีการกระทำในทางอาญาและมีเจตนาในทางอาญาได้ดังนั้นการกระทำของเด็กอายุน้อยจึงเป็นความผิดกฎหมายแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เช่นเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีและการกระทำความผิดของเด็กอายุน้อยดังกล่าวก็สามารถอธิบายตามทฤษฎีของประเทศทั้งสองได้ซึ่งต่างกับการกระทำของเด็กอายุน้อยในประเทศอังกฤษที่มีข้อสันนิษฐานว่าเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปีในประเทศอังกฤษนอกจากมีข้อสันนิษฐานว่าไม่มีการกระทำความผิดในความผิดอาญาแล้วยังไม่มี Mens rea ในการกระทำความผิดอาญาด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อสันนิษฐานดังกล่าวไม่อาจนำมาปรับใช้กับประมวลกฎหมายอาญาไทยได้

ดังนี้จากการศึกษาวิจัยจะพบว่าประเทศไทยจัดเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ฉะนั้นนิติวิธีและการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยควรดำเนินความคิดไปตามลำดับของระบบซีวิลลอว์ ซึ่งในเรื่องนิติวิธีไม่สู้ที่จะมีปัญหาเท่าใดนัก แต่การวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยนั้น เนื่องจากนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี ต่างก็ได้นำเอาการวินิจฉัยความผิดอาญาหรือโครงสร้างความผิดอาญาที่ตนได้ศึกษามาอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย และ

ยังมีนักกฎหมายที่ได้นำเอาแนวความคิดของทั้งสองประเทศนี้มาผสมผสานกันจนเกิดการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน ดังนี้จึงก่อให้เกิดความสับสนว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรจะดำเนินแนวความคิดไปในทางใดซึ่งในการศึกษาวิจัยของผู้เขียนพบว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมีความสมบูรณ์และมีลักษณะคล้ายคลึงกับการวินิจฉัยความผิดอาญาที่ได้จากการอธิบายตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่แม้ว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมีความสมบูรณ์และมีลักษณะคล้ายคลึงกับการวินิจฉัยความผิดอาญาที่ได้จากการอธิบายตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ตามแต่หากเป็นการพิจารณาวินิจฉัยถึงความรับผิดทางอาญาของการกระทำที่จะได้รับในที่สุดแล้ว จะเห็นว่าในที่สุดทั้งการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส และหลักการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสานนั้นก็สามารถอธิบายถึงความรับผิดทางอาญาของการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้อย่างสมบูรณ์เช่นกันโดยที่ไม่มีอะไรแตกต่างไปจากการวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยที่ผ่านมาผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะมีการศึกษาวิจัยต่อไปว่าการอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยควรจะอธิบายอย่างไรต่อไปเพราะจากการศึกษาวิจัยของผู้เขียนโดยการยกตัวอย่างการอธิบายในเรื่องเจตนาและในเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็นและในเรื่องการกระทำของเด็กอายุน้อยผู้เขียนพบว่าไม่ว่าแนวความคิดทฤษฎีกฎหมายใดต่างก็มีความสมบูรณ์เฉพาะตัวอยู่ด้วยกันทั้งนั้น แต่จะมีปัญหาอยู่เพียงว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยบัญญัติไว้ได้ถูกต้องตามทฤษฎีหรือไม่และหากเราต้องเลือกที่จะมีทฤษฎีหนึ่งทฤษฎีใดมาอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยนักกฎหมายไทยจะเห็นด้วยกับแนวความคิดทฤษฎีกฎหมายใด ซึ่งคงเป็นเรื่องยากที่จะกล่าวเพราะแนวความคิดทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสก็เป็นทฤษฎีที่สามารถทำความเข้าใจและนำไปปฏิบัติได้ง่าย ส่วนทฤษฎีกฎหมายเยอรมันแม้จะยากที่จะทำความเข้าใจแต่ก็เป็นทฤษฎีที่หากทำความเข้าใจได้ดีแล้วก็สามารถตอบคำถามในทางกฎหมายอาญาได้ทั้งหมดอย่างมีเหตุมีผลเช่นกัน ดังนี้เพื่อให้การอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยมีความแน่นอนไม่สับสนจึงควรที่จะมีอธิบายประมวลกฎหมายอาญาของไทยตามแนวคิดใดแนวคิดหนึ่งเพียงแนวคิดเดียว ส่วนแนวคิดอื่นๆ ต้องศึกษาแล้วเอามาเปรียบเทียบเพื่อพัฒนากฎหมายอาญาของไทยต่อไป