

บทที่ 2

หลักความยินยอมในกฎหมายอาญา

ความยินยอมในความผิดฐานทำร้ายร่างกายนั้น อยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ข้อที่ 2 (ความผิดกฎหมาย) เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งบุคคลผู้เป็นเจ้าของสามารถให้ความยินยอมที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความปลอดภัยของร่างกายได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักเกณฑ์ของความยินยอมในทางกฎหมายอาญา เพื่อเข้าใจถึงหลักความยินยอมดังกล่าว

การสักร่างกายมีทั้งการสักเพื่อความสวยงามหรือเพื่องานศิลปะ และการสักยันต์ที่มีจุดประสงค์หลักในเรื่องของความเชื่อทางไสยศาสตร์ เช่น จะทำให้มีโชค แคล้วคลาด ปลอดภัย อยู่ยงคงกระพัน และพ้นจากอันตรายต่างๆ โดยมีความเชื่อว่า รูปแบบลายสักหรือยันต์แต่ละชนิดจะให้คุณที่ต่างกัน และผู้ที่ได้รับการสักยันต์จะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับที่แต่ละสำนักกำหนดไว้ เช่น ห้ามคำบิคาบารดา ห้ามลบหลู่ครูอาจารย์ ดังนั้นผู้เขียนจำเป็นต้องทำการศึกษาแนวคิดและวิวัฒนาการในการบัญญัติขอบเขตความรับผิดฐานการสักลายบนผิวหนังโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 ความยินยอมในกฎหมายอาญา

2.1.1 ความยินยอมของผู้เสียหาย

ในกฎหมายอาญาของไทยเราไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่บัญญัติให้ “ความยินยอมของผู้เสียหาย” (Einwilligung) เป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ของไทยเรากล่าวว่า มีหลักอยู่ประการหนึ่งที่ยอมรับกันทั่วไปในทางกฎหมายรวมทั้งในทางกฎหมายอาญาด้วย คือหลักที่ว่า “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดการละเมิด” (volenti non fit iniuria) ดังนั้น ในตำรากฎหมายอาญาของไทยเราจึงยอมรับกันทั่วไปว่า “ความยินยอมของผู้เสียหาย” เป็น “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” เหตุหนึ่ง¹ ฉะนั้น เพื่อความสมบูรณ์ในทางตำราจึงจะกล่าวถึงความยินยอมของผู้เสียหายไว้ด้วย

¹ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7), *ตอน 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6) จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (หัวข้อ 256), โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, 2525, กรุงเทพฯ : สยามการพิมพ์.

ความยินยอมในทางอาญานั้นแตกต่างจากความยินยอมในทางแพ่ง ในทางแพ่งถือว่าความยินยอมเป็นการแสดงเจตนาเพื่อก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง² แต่ความยินยอมในกฎหมายอาญานั้น เป็นการที่ผู้เสียหายได้สละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่ได้รับผลร้าย

“ความยินยอมของผู้เสียหาย” คือ การที่ผู้เสียหายสละความคุ้มครองในทางกฎหมายโดยการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) โดยรู้ตัว กล่าวคือ ผู้เสียหายรู้ว่า จะเกิดผลอย่างไรแก่ตนในกรณีนั้น ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายจึงเกี่ยวข้องกับ “ผลของการกระทำ” มิใช่เกี่ยวข้องกับ “ตัวการกระทำ”³

ในทางกฎหมายอาญามีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่ 2 ลักษณะ คือ

- (1) ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ และ
- (2) ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิด⁴

ความยินยอมทั้งสองอย่างนี้มีผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ ในการกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย แต่ในการกระทำใดที่มีความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดปรากฏอยู่ด้วย การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

ตัวอย่าง

การที่ผู้รับการรักษาพยาบาลยอมให้นายแพทย์ทำการรักษาพยาบาล โดยในการรักษาพยาบาลนั้น นายแพทย์ต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตน

(ก) ถ้ากฎหมายบัญญัติให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ กรณีถือว่าการกระทำของนายแพทย์ครบองค์ประกอบของความผิดฐานทำร้ายร่างกายแต่การกระทำนี้ไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

(ข) แต่ถ้ากฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ในกรณีเช่นนี้อาจถือว่าการกระทำของนายแพทย์ไม่ใช่การทำร้ายในความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เพราะการทำร้ายคือการกระทำให้เลวลง แต่การกระทำในการรักษา

² ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 24.). เล่มเดิม.

³ จาก ความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำความผิดอาญา (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต) (น. 3-8). โดย ประพิน ประญาภรณ์, 2522, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁴ ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา (น. 54). เล่มเดิม.

พยาบาลเป็นการกระทำให้ดีขึ้น การกระทำของนายแพทย์จึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานทำร้ายร่างกายแต่บางกรณีการกระทำก็ไม่เป็นความผิดหากความยินยอมนั้น “ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี” เช่น การที่คนไข้ยินยอมให้แพทย์ตัดอวัยวะเพื่อรักษาโรค แม้การกระทำของแพทย์จะครบองค์ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่การกระทำของแพทย์ก็ไม่มี ความผิด เพราะความยินยอมของคนไข้ยกเว้นความผิดให้แก่แพทย์เนื่องจากเป็นความยินยอมที่ ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี ข้อสังเกตความยินยอมดังกล่าวนี้เป็น “เหตุยกเว้นความผิด” ซึ่ง แตกต่างกับกรณีผู้ครอบครองทรัพย์สินอนุญาตให้อาแพทย์ไป ซึ่งเป็นความยินยอมที่ทำให้การกระทำ ไม่เป็นความผิดเพราะ “ขาดองค์ประกอบ(ภายนอก)ของความผิด”⁵

2.1.2 ความยินยอมของผู้เสียหายกับคุณธรรมทางกฎหมาย

ความยินยอมของผู้เสียหายเกี่ยวข้องโดยตรงกับการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ของผู้เสียหาย

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) มี 2 ประเภทคือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut)⁶ การ สละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เท่านั้น สำหรับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” บุคคลไม่มีอำนาจที่จะ สละได้ เพราะบุคคลไม่ใช่เจ้าของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ประเภทนี้

การแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายอาจเป็นการแสดงเจตจำนงโดย ชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่ต้องเป็นการแสดงเจตจำนงโดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งออกไป ภายนอก การนิ่งเฉยไม่ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมหรือเป็นการสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)⁷

2.1.3 องค์ประกอบของความยินยอมของผู้เสียหาย

ความยินยอมของผู้เสียหายประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ ทำนองเดียวกับเหตุ ที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้อื่นๆ คือ

- (1) สถานการณ์ของความยินยอม
- (2) การกระทำในกรณีของความยินยอม และ

⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 9) (น. 431), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2549. กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

⁶ จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 155), โดย คณิต ฌ นคร ข, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷ แหล่งเดิม. (น. 266).

(3) การรู้เรื่องความยินยอม

1) สถานการณ์ของความยินยอม

สถานการณ์ที่จะถือว่าเป็นสถานการณ์ที่ผู้เสียหายจะยินยอมให้กระทำได้อาจจะต้องเป็นสถานการณ์ที่ประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการที่ประกอบเข้าด้วยกัน คือ “เงื่อนไขในทางเนื้อหา” (sachliche Voraussetzung) และ “เงื่อนไขในทางส่วนตัว” (personliche Voraussetzung)

(1) เงื่อนไขในทางเนื้อหา

เงื่อนไขในทางเนื้อหา (sachliche Voraussetzung) ของสถานการณ์ของความยินยอมประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) กรณีต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลสามารถสละได้

(2) กรณีต้องไม่มีข้อบกพร่องในการให้ความยินยอม และ

(3) กรณีต้องเป็นเรื่องของความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำ

“คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) โดยทั่วไปเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่ผู้เสียหายสามารถที่จะสละได้ เป็นต้นว่า เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน

“ความปลอดภัยของร่างกาย” แม้จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) แต่ก็มีข้อจำกัดในการสละ กล่าวคือ เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าความยินยอมของผู้เสียหายในส่วนที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของร่างกายที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸

สำหรับ “ชีวิตมนุษย์” นั้นถือว่าเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่มีค่าสูงสุดสำหรับมนุษย์ แม้ในทาง “คุณธรรมทางกฎหมาย” สาระสำคัญของชีวิตมนุษย์จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) แต่ก็ยึดถือกันทั่วไปว่าชีวิตมนุษย์เป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่ไม่สามารถสละได้

ตัวอย่าง

ใช้ปืนยิงคน โดยเชื่อว่าอยู่ยงคงกระพันอันปราศจากเหตุผล เป็นความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา⁹

ดังนั้น ไม่ว่าจะกรณีใดๆ การกระทำต่อชีวิตมนุษย์ผู้กระทำย่อมมีความรับผิดชอบในทางอาญาเสมอ ความรับผิดชอบในทางอาญาย่อมไม่อาจตกไปเพราะความยินยอม

⁸ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (พิมพ์ครั้งที่ 7), ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6), กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

⁹ ฎีกาที่ 59/2502 (น. 95).

ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีข้อบกพร่องใดๆ ในการแสดงเจตจำนงในการให้ความยินยอม ฉะนั้น ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดจากการบังคับ บังคับหรือหลอกลวงจึงไม่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริงและเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ

ในบางสถานการณ์ที่เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหาย ผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องอธิบายให้ผู้ที่จะให้ความยินยอมนั้นทราบและเข้าใจถึงผลเสียของการกระทำ และผู้ที่จะให้ความยินยอมเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นกับตนแล้ว กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีของความยินยอมที่เรียกว่า “ความยินยอมที่บอกกล่าว” (Informed Consent) และในกรณีเช่นนี้ “ความยินยอมที่บอกกล่าว” เท่านั้นที่จะเป็นความยินยอมของผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายและที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย กรณีของความยินยอมที่บอกกล่าวมานี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือกรณีระหว่างนายแพทย์กับผู้ป่วย

ความยินยอมของผู้เสียหายจะต้องเป็นความยินยอมที่มีอยู่ก่อนการกระทำหรืออย่างน้อยขณะกระทำ ความยินยอมของผู้เสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำหรือการให้สัตยาบันกับการกระทำไม่ใช่ความยินยอมของผู้เสียหายที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เพราะในกรณีของการให้สัตยาบันนั้นถือว่าอำนาจลงโทษของรัฐได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ก่อนหน้านั้นแล้ว ฉะนั้น รัฐเท่านั้นที่จะมีอำนาจสละอำนาจลงโทษได้ เป็นต้นว่า โดยการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องโดยพนักงานอัยการ หรือโดยการอภัยโทษโดยฝ่ายบริหาร กรณีไม่อยู่ในอำนาจของผู้เสียหายอีกต่อไป

(2) เงื่อนไขในทางส่วนตัว

เงื่อนไขในทางส่วนตัวที่จะทำให้ความยินยอมของผู้เสียหายเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

(1) อำนาจที่จะสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) และ

(2) ความสามารถที่จะสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)

โดยทั่วไปผู้ใดเป็นเจ้าของ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ผู้นั้นเท่านั้นที่มีอำนาจที่จะสละ “คุณธรรมทางกฎหมาย” นั้นได้ อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้เสียหายก็อาจมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายแทนผู้เสียหายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และทรัพย์สิน

ในบางสถานการณ์อาจมีบุคคลหลายคนต่างมีอำนาจที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายในกรณีเช่นนี้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายได้

ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในคดีหนึ่งว่า

“จำเลยเข้าไปในเรือนของผู้เสียหายกลางคืนเวลา 1 นาฬิกา โดยบุตรของผู้เสียหาย ซึ่งรักใคร่กับจำเลยมาก่อนนัดให้เข้าไปและพาขึ้นเรือนนั้น นับว่าจำเลยเข้าไปโดยมิเหตุอันสมควร แม้ว่าผู้เสียหายและภรรยาไม่อนุญาตก็เป็นไปตามวิสัยของเรื่องเช่นนี้ที่ต้องปิดบัง ดังนี้ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364 ประกอบด้วย มาตรา 365 (2) (3)”¹⁰

กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการเข้าไปโดยไม่มีเหตุอันควร แต่กรณีต้องถือว่าบุตรของผู้เสียหายมีสิทธิเข้าบ้านร่วมด้วย บุตรของผู้เสียหายจึงมีอำนาจสละคุณธรรมทางกฎหมายได้ด้วยอีกผู้หนึ่ง โดยนัยดังกล่าวนี้จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุก¹¹

ความสามารถในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย ซึ่งความสามารถในการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนี้แม้จะเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งแต่ก็ไม่เกี่ยวข้องกับความสามารถของบุคคลในการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง

ความสามารถในการที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องของความสามารถในการรู้เรื่องรู้ราวและความสามารถในการตัดสินใจของบุคคลในทางความเป็นจริง กล่าวคือผู้ใดมีความรู้ความเข้าใจในความหมายและผลได้ผลเสียของเรื่องที่จะให้ความยินยอมนั้นที่เพียงพอแล้ว แม้ผู้นั้นจะยังเป็นผู้เยาว์ก็สามารถที่จะให้ความยินยอมได้และทำให้ความยินยอมนั้นเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย

2) การกระทำในกรณีของความยินยอม

การกระทำที่อยู่ในกรอบของความยินยอมของผู้เสียหาย คือการกระทำที่ตรงกับความประสงค์ของผู้เสียหายและตรงกับเจตจำนงของผู้เสียหาย กล่าวคือ ต้องพิจารณาลักษณะของการกระทำ วัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ความมากน้อยของการกระทำ และในบางกรณีอาจต้องพิจารณาเวลา สถานที่ และบุคคลประกอบด้วย ซึ่งการจะถือว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่อยู่ในกรอบของความยินยอมของผู้เสียหายหรือไม่ จะต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป

3) การรู้เรื่องความยินยอม

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ทุกเหตุต้องประกอบด้วยส่วนที่เป็นอัตตะวิสัย (Subjective) รวมอยู่ด้วยเสมอ ในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายนี้ก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในขณะที่กระทำจะต้องมีความยินยอมของผู้เสียหายอยู่แล้ว และผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้ถึงการมีอยู่ของความยินยอมของผู้เสียหาย

¹⁰ ฎีกาที่ 1353/2508 (น. 2056)

¹¹ กฎหมายอาญาภาคความผิดอาญา (น.270). เล่มเดิม.

4) ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ความยินยอมต้องไม่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

“ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ต้องพิจารณาที่จุดมุ่งหมายของการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย หลักการคือ “ความรู้สึกรับได้และถูกต้องของทุกคนในสังคม” (das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden)¹² เช่น ในเรื่องการทำร้ายหรือการฆ่ากัน เป็นกรณีที่กฎหมายไม่ยอมรับความยินยอม เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองบุคคลมิให้ทำร้ายหรือฆ่ากันเอง¹³ ทั้งนี้ความผิดเช่นฐานความผิดทำร้ายร่างกายมาตรา 295 มาตรา 297 และมาตรา 290 ผู้ถูกระทำจะยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจการกระทำนั้นก็ครบองค์ประกอบความผิด¹⁴ เรื่องนี้จึงต้องพิจารณาผลประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง (Rechtsgut หรือ interest protected by law) ว่าข้อใดที่กฎหมายยอมให้สละได้ เพราะคุณธรรมทางกฎหมายมิใช่จะสละได้ทั้งหมด คุณธรรมทางกฎหมายสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท¹⁵ คือ¹⁶

1.1 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยต่างๆ กฎหมายคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมจะสละไม่ได้เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มุ่งให้เกิดความสงบแก่ส่วนรวมและความยุติธรรมในสังคม

1.2 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัว (Individualrechtsgut) ได้แก่ เรื่องชีวิตร่างกาย เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น ผู้เป็นเจ้าของคุณธรรมนี้อาจยอมให้ผู้ละเมิดได้ แต่ต้องดูว่ากฎหมายนั้นมุ่งคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงหรือไม่ เช่น ในเรื่องข้อโกงตามมาตรา 341 ยักยอกตาม มาตรา 352 หรือข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก เป็นต้น ถ้ากฎหมายมิได้คุ้มครองเพียงส่วนตัวบุคคล ยังมองถึงสังคมรวมด้วยแล้ว เช่น การข้อโกงประชาชนตามมาตรา 343 ก็ดี การข่มขืนกระทำชำเราที่เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัล หรือทำให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายตามมาตรา 281 ก็ดี ความยินยอมของผู้เสียหายก็ไม่ลบล้างความผิด

¹² From *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, Band 1, 3, Auflage, Muchen 1977, & 13 Rdn 39; Harro Otter, *Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Auflage, Berlin 2004, & Randnummer 120, S. 129.

By Vgl. Claus Roxin,

¹³ Hart, *Law, Liberty, and Morality*, (p. 31).

¹⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 431). เล่มเดิม

¹⁵ จาก “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” โดย คณิต ณ นคร ค. 2521, *วารสารอัยการ*, 1(1), น. 48.

¹⁶ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (แก้ไขเพิ่มเติม) (พิมพ์ครั้งที่ 13) (น. 161), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ตัวอย่าง

ผู้ให้ความยินยอมเป็นผู้ที่มีความวิปริตทางเพศยอมให้คู่ขาทำร้ายเพื่อจะได้สำเร็จความใคร่ ความยินยอมดังกล่าวเป็นความยินยอมที่ฝ่าฝืนศีลธรรมอันดี ไม่อาจอ้างเป็นความยินยอมได้

5) การยอมรับเอาซึ่งการกระทำ

ในกรณีใดที่องค์ประกอบภายนอกของความผิดใจวางเงื่อนไขอยู่ที่การฝ่าฝืนเจตจำนงที่แท้จริงของผู้อื่น ในกรณีนั้นการครอบงำองค์ประกอบยอมจะเกิดขึ้นไม่ได้หากผู้ถูกกระทำได้ยอมรับเอาซึ่งการกระทำนั้น หรือการกระทำที่มี “การยอมรับเอาซึ่งการกระทำ” (Einverständnis) ของผู้เสียหาย

ตัวอย่าง

การลักทรัพย์คือการเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น ซึ่งหมายถึงการกระทำที่ฝ่าฝืนการครอบครองของผู้อื่นและตั้งการครอบครองใหม่ นายหนึ่งต้องการลักรถยนต์นายสองและนายสองสังเกตเห็นการกระทำดังกล่าว นายสองยินดีที่รถโบโรทั้งจะได้พ้นไปจากตน ในกรณีนี้ยอมไม่มีการฝ่าฝืนการครอบครอง องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานลักทรัพย์ไม่สมบูรณ์ กรณีจึงเป็นเพียงการพยายามลักทรัพย์ที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เท่านั้น¹⁷

2.1.4 ระยะเวลาของการให้ความยินยอม

1) ความยินยอมจะต้องมีอยู่ก่อนหรืออย่างน้อยจะต้องมีอยู่ขณะกระทำและมีอยู่ตลอดการกระทำนั้น โดยทั่วไปแล้วความยินยอมจะต้องมีอยู่ขณะกระทำไม่ว่าจะเป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายแสดงออกในขณะที่มีการกระทำ หรือแสดงออกก่อนการกระทำแล้วยังคงมีผลอยู่มิได้บอกถอนเสียก่อนการกระทำนั้นจะสิ้นสุดลง

2) การบอกถอนความยินยอม ทำให้ความยินยอมนั้นเป็นอันสิ้นผล Dr”Johannes Andenaes ยอมรับว่าการยินยอมให้ทำร้ายร่างกายในการชกมวยไม่ขัดต่อกฎหมายอาญา ยกตัวอย่างเช่นว่าในตอนแรก ก. ยอมรับคำท้าของ ข. และต่อสู้กับ ข. แต่ต่อมาเกิดเปลี่ยนใจถอนความยินยอม ข. ยังทำร้าย ก. ข. จะอ้างคำพูดที่ว่า “a word is a word a man is a man” มาเถียงการลงโทษนั้นไม่ได้¹⁸ แสดงว่าเมื่อได้มีการถอนความยินยอมแล้ว ก็ถือว่าไม่มีความยินยอมจะอ้างความยินยอมแต่แรกเริ่มมาเถียงการลงโทษนั้นไม่ได้แต่ความยินยอมครั้งก่อนก็สมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น ก.อนุญาตให้ ข. ตัดไม้ในที่ดินของ ก. ดังนี้ ข.ยอมไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ หรือทำให้เสียทรัพย์ หรือบุกรุก และได้กรรมสิทธิ์ในไม้้นั้นมาเป็นเจ้าของ ต่อมา ก.จะเปลี่ยนเจตนาในอดีตโดยไม่ยอมให้ ข. เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในไม้้นั้นไม่ได้ และ ก.จะเรียกคืนก็ไม่ได้และผูกพัน ก.ตามหลักทางแพ่ง

¹⁷ From *Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre*, 7, By Vgl. Harro Otto, 2004, Auflage, Berlin 2004, & Randnummer 124, S.130.

¹⁸ *Johannes Andenaes* (p. 185). Op. cit.

การบอกเลิกความยินยอมจะมีผลเป็นการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้ในทางแพ่งหรือไม่ย่อมแล้วแต่ความรับผิดชอบในทางแพ่งอีกส่วนหนึ่ง เช่น เจ้าของที่ดินยอมให้ผู้อื่นปลูกบ้านรुक้ำที่ดินผู้ปลูกบ้านรुक้ำยอมไม่มีความผิดอาญาฐานบุกรุกหรือละเมิดในทางแพ่ง แต่เจ้าของที่ดินเพิกถอนความยินยอมได้ ถ้าไม่รื้อถอนไปภายหลังที่ได้บอกเลิกความยินยอมแล้วก็เป็นละเมิดในทางแพ่ง ความยินยอมมีผลเพียงเรียกค่าเสียหายในกรณีที่ทำไปแล้วไม่ได้แต่ไม่ผูกพันถึงกับจะบอกเลิกไม่ได้¹⁹

3) ความยินยอมภายหลังการกระทำ กล่าวอีกนัยหนึ่งความยินยอมในทางอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เช่นการยกโทษให้ ไม่ใช่สาระสำคัญของความผิดอาญา ที่จะแยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างให้พ้นจากความรับผิดทางอาญา มีผู้ให้คำอธิบายว่า การยกโทษให้หรือการให้อภัยนี้เป็นสิ่งที่มาภายหลังจากข้อเท็จจริงเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายได้ผ่านไป²⁰ ดังนั้นการให้อภัย จึงไม่มีผลอะไรต่อความผิดอาญา การยกโทษหรือการให้อภัยนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา เพราะกฎหมายอาญาถือว่าผลประโยชน์ของรัฐซึ่งดำเนินกระบวนการพิจารณากับการกระทำผิดนั้นเป็นเรื่องมหาชน²¹ มีความสำคัญว่าการที่ปัจเจกบุคคลให้อภัยกัน ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วการที่ปัจเจกบุคคลให้อภัยกันจึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำเนินคดีของรัฐ เป็นต้น

2.1.5 ความยินยอมของผู้เยาว์

เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เยาว์ โดยทั่วไปแล้วความยินยอมของบุคคลที่ยังไม่เป็นผู้ใหญ่ (adults) มักจะเป็นความยินยอมที่มีน้ำหนักน้อยและไม่ค่อยจะมีเหตุผลและถือกันว่าเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย²²

สำหรับประเทศไทยเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอมได้นั้น แม้ผู้เสียหายจะยังไม่บรรลุนิติภาวะ ถ้ายังไม่ถึงกับไร้เดียงสาแล้ว บุคคลดังกล่าวมีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมได้ เช่น หญิงอายุ 16 ปี อยู่ในความปกครองของบิดา อาจยินยอมในความผิดต่อเพศได้²³ ผู้เยาว์ยินยอมให้หมั้นประมาทได้²⁴

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1084/2507

²⁰ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott (p. 410). Op. cit.

²¹ คดี Combs V. Commonwealth, 283 S.W. 2d 714 (Ky.1955); People V. Gould, 70 Mich. 240, 38 N.W. 232 (1888), Ibid, n.41 kp.411.

²² กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 (น. 810). เล่มเดิม

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 828/2486 (2486 ถ.754)

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 743/2464 (5 ธศ.536)

2.1.6 การให้ความยินยอมแทน

ในกรณีที่ผู้เยาว์ คนวิกลจริต ไม่อาจให้ความยินยอมได้²⁵ เช่น

1) ผู้ให้ความยินยอมแทน²⁶ ในกรณีที่ผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต ซึ่งไม่อาจให้ความยินยอมได้โดยทั่วไปแล้วบิดามารดาหรือผู้ปกครองเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมแทนได้²⁷ เว้นแต่ในความคิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัวผู้อื่นจะมาให้ความยินยอมแทนไม่ได้ และกฎหมายคุ้มครองผู้เยาว์ไว้โดยเด็ดขาดแม้แต่ตัวผู้เยาว์เองในบางกรณี (มาตรา 277) ก็ไม่อาจให้ความยินยอมเองได้ แต่ที่จำเป็นจะต้องให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองให้ความยินยอมแทนนั้น เพราะผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริตมีความรู้สึกลึกซึ้งไม่ถึงระดับที่จะใช้ดุลพินิจให้ความยินยอมได้ ประการหนึ่ง และการกระทำบางอย่างถ้าหากไม่ได้รับความยินยอมแล้ว ผู้กระทำมีความผิดทางอาญาอีกประการหนึ่ง ดังนั้น เมื่อบิดามารดา หรือผู้ปกครองเป็นผู้ที่คอยดูแลผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริตอยู่แล้ว เป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมแทน อย่างไรก็ตามศาลก็มีอำนาจที่จะให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ได้

2) ดุลพินิจในการให้ความยินยอมแทน บิดามารดาหรือผู้ปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้ความยินยอมในทางที่ไม่ขัดกับผลประโยชน์หรือเป็นผลร้ายต่อผู้เยาว์หรือผู้วิกลจริต อย่างไรก็ตามศาลมีอำนาจที่จะทบทวนการใช้ดุลพินิจนี้ได้เมื่อมีผู้ร้องขอจะเห็นได้จากคดีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ

²⁵ คดี *Marry V. Vandevander*, 522 P.2d 302 (IkI.App.1974), *Ibid.* p.p. 92-93

กรณีปกติตัวบุคคลผู้นั้นเองเป็นผู้มีอำนาจเหนือตัวของเขาเอง ที่จะตัดสินใจด้วยตนเองเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคล (individual's right) แต่สำหรับผู้สูงอายุหรือบุคคลผู้ทุพพลภาพ อาจให้พนักงานอัยการกระทำในนามของเขาเพื่อที่จะรับการรักษาปฏิบัติทางแพทย์ และในกรณีที่บุคคลนั้นมีคำสั่งศาลว่าเป็นคนไร้ความสามารถในประเทศสหรัฐอเมริกา การให้ความยินยอมในการรับการรักษาหรือปฏิบัติทางแพทย์จะต้องได้รับจากคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเรียก "the mentally incompetent's committee" *Ibid.* p. 92.

²⁶ กฎหมายคอมมอนลอว์วินิจฉัยว่า บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามบทกฎหมายของเด็ก มีอำนาจที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเด็ก เดิมเคยวินิจฉัยว่า เด็กยังไม่เจริญเติบโตยังไม่มีความสามารถในการตัดสินใจได้อย่างเหมาะสม และเชื่อว่าบิดามารดาจะกระทำในสิ่งที่เป็นประโยชน์ต่อเด็กมากที่สุด และเด็กจะได้รับการคุ้มครอง แต่ก็เป็นข้อสันนิษฐานที่สามารถโต้แย้งได้บางครั้งเพราะความเชื่อทางศาสนาของบิดามารดา อาจจะไม่อนุญาตให้เด็กได้รับการรักษาพยาบาล ซึ่งสังคมเชื่อว่าการรักษาพยาบาลนี้เป็นประโยชน์ต่อเด็กมากที่สุด รัฐจึงใช้สิทธิของตนเองภายใต้ *Parents patria doctrine duty of state to protect its citizens*) เข้าแทรกแซงเพื่อคุ้มครองผู้เยาว์ *Ibid.* p. 93.

²⁷ *The Guardianship Act 1973* มาตรา 1(1) ยอมรับว่าบิดามารดามีอำนาจให้ความยินยอมแทนเด็กที่ยังเยาว์ในการผ่าตัดได้ในกรณีที่เด็กยังไม่อาจเข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของการผ่าตัด ดู *Glanville Williams, op.cit.*

2.1.7 ความยินยอมของผู้เยาว์และบิดามารดาหรือผู้ปกครองขัดกัน

ในกรณีที่ผู้เยาว์ปฏิเสธการรักษาพยาบาลทางแพทย์ บิดามารดาจะให้ความยินยอมแทนได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากอายุของการใช้ดุลพินิจ (the age of discretion) ของผู้เยาว์ Dr. Glanville Williams มีความเห็นว่าในเรื่องจริยศาสตร์ทางแพทย์เช่น การสละอวัยวะแม้ผู้เยาว์จะอายุต่ำกว่า 16 ปี ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 แห่ง The Family Law Reform Act 1969²⁸ แต่มีอายุที่สูงกว่าระดับที่ใช้ดุลพินิจได้แล้ว ย่อมให้ความยินยอมได้เพราะเรื่องจริยศาสตร์ทางแพทย์มิใช่เรื่องของกฎหมายที่จะมาควบคุม²⁹ แต่ถ้าในเรื่องการผ่าตัดในกรณีที่เด็กอายุสูงกว่าระดับที่ใช้ดุลพินิจแต่ยังจะต้องให้บิดามารดาหรือผู้ปกครองให้ความยินยอมแทน หากความยินยอมขัดกัน ควรให้ศาลเป็นผู้พิจารณา แต่ถ้าเด็กมีความสามารถที่จะให้ความยินยอมตามกฎหมายแล้ว การคัดค้านของบิดามารดาหรือผู้ปกครองย่อมไม่ทำให้ความยินยอมของเด็กเสียไปแต่อย่างใด เช่นกรณีที่บิดาห้ามบุตรสาวร่วมเพศกับชายย่อมไม่ทำให้ชายมีความผิดฐานข่มขืน เพราะความผิดฐานข่มขืนจะต้องได้รับความยินยอมจากตัวหญิง ความไม่ยินยอมของบิดาย่อมไม่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด ด้วยเหตุอย่างเดียวกันการที่เด็กยินยอมให้แพทย์ทำแท้ง³⁰ หรือทำการคุมกำเนิด บิดาไม่อาจห้ามแพทย์มิให้กระทำการดังกล่าว³¹ หรือไม่อาจห้ามแพทย์ทำการผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิตเด็กได้ และในกรณีที่เด็กมีความสามารถตามกฎหมายที่จะให้ความยินยอมได้ หากเด็กไม่ยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดบิดาก็ไม่อาจบังคับได้

2.2 แนวคิดและหลักในการบัญญัติกฎหมายอาญา

2.2.1 หลักความชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา

1) ข้อความทั่วไป

²⁸ ผู้เยาว์ที่อายุครบ 16 ปี สามารถให้ความยินยอมในการผ่าตัดหรือรับการรักษาพยาบาลทางแพทย์หรือทันตแพทย์ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง

²⁹ *Glanville Williams* (p. 526). Op.cit.

³⁰ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด

³¹ ความเห็นของคณะทำงาน The Abortion Act ของประเทศอังกฤษ

ความคิดที่จะให้มี³² “หลักประกันในกฎหมายอาญา”³³ เดิมทีเคียวหาใช้ความคิดในทางกฎหมายอาญาไม่ แต่เป็นความคิดในทางการเมืองที่ต้องการจะจำกัดอำนาจรัฐ เป็นต้นว่า รัฐธรรมนูญอเมริกันค.ศ. 1776 ได้บัญญัติถึงการห้ามออกกฎหมายย้อนหลัง³⁴ ครั้นเมื่อ “หลักนิติรัฐ” ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางจึงได้มีการวาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ขึ้น และผู้ที่ได้วาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ขึ้นไว้ก็คือ Anselm von Feuerbach³⁵ ได้วาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ไว้เป็นครั้งแรกในหนังสือกฎหมายอาญาของเขาที่เขียนขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1801 โดยวางหลักไว้ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับกรมืออยู่ของการกระทำ
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ดังกล่าวนี้จึงได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งต่อมา “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้ได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก และในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักสากลไปแล้ว

สำหรับประเทศไทยเรานั้น เมื่อได้มีการปรับปรุงกฎหมายตามแบบอย่างประเทศตะวันตกและได้ประกาศใช้ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” (พ.ศ. 2451) “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” นี้เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง³⁶ และหลักนี้ได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์ตลอดมา

ครั้งเมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว นอกจากจะได้บัญญัติหลักประกันนี้ไว้ใน

³² กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 79). เล่มเดิม

³³ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เรียก “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่า “เอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา” และ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 9) (น. 16), พฤษภาคม 2549, กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์.

³⁴ U.S. Constitution Section 9 (3) “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.”

³⁵ Anselm von Feuerbach เป็นนักกฎหมายอาญาเยอรมันที่ยิ่งใหญ่มากที่สุดคนหนึ่ง เกิดเมื่อปี ค.ศ. 1775 และตายเมื่อปี ค.ศ. 1833

³⁶ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 บัญญัติว่า “มาตรา 7 บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่นนอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว³⁷ ยังได้มีการบัญญัติหลักประกันนี้ลงไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วย³⁸ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ด้วย สำหรับกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น ได้เคยละเลยต่อหลักประกันดังกล่าวนี้ไประยะหนึ่งกล่าวคือ ในสมัยที่ Adolf Hitler เติงอำนาจนั้น ได้มีการแก้ไขกฎหมายให้สามารถใช้ “กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในการลงโทษบุคคลได้ แต่หลังการแพ้สงครามในสงครามโลกครั้งที่ 2 ชาตินาซีอำนาจซึ่งยึดครองประเทศเยอรมนีก็ได้ประกาศยกเลิกกฎหมายดังกล่าวไป และเมื่อได้มีการสถาปนา “สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” ขึ้นในเวลาต่อมาก็ได้มีการ นำหลักประกันนี้ไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย³⁹

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงเนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา เวลาของการใช้บังคับของกฎหมายอาญา เวลากระทำความผิด กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณ และกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะช่วงเวลา

2) เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็น ความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายความว่าเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้และเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ และทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วนั้น จะต้องมียู่แล้วก่อนการกระทำนั้น และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ กล่าวคือ ต้องยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” ซึ่งข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้น เป็นผลที่สืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวนี้เอง⁴⁰

³⁷ มาตรา 2.

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 39 วรรคหนึ่ง.

³⁹ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) มาตรา 103 (2).

⁴⁰ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 80). เล่มเดิม

บทบัญญัติอันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ คือ

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

1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการแรก คือ การห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

พึงสังเกตว่าในบทบัญญัติดังกล่าวมานั้นกฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ซึ่ง “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นี้รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน⁴¹

“กฎหมายจารีตประเพณี” จึงมิได้เกิดจากการ “บัญญัติ” แต่เกิดจากการ “ปฏิบัติ” เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำ “กฎหมายจารีตประเพณี” มาใช้ในกฎหมายอาญา

“การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” หมายความว่า จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดย “กฎหมายจารีตประเพณี” ไม่ได้⁴²

ข้อเรียกร้องในทางกฎหมายที่ให้กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นั้น เป็นข้อเรียกร้องที่หนักแน่นกว่ากฎหมายอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนักแน่นกว่ากฎหมายแพ่ง เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสองบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณี

⁴¹ จาก *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 21), จัดพิมพ์โดยคณะกรรมการบริการทางวิชาการ, โดย ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ; *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 12) (น. 63), โดย หยุด แสงอุทัย, 2538, กรุงเทพฯ: ประกายพริก.

⁴² จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16) (น.133), โดย หยุด แสงอุทัย, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาชญากรรมที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ดังนั้น “กฎหมายจารีตประเพณี” หรือที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” เป็น “ที่มาของกฎหมาย” ของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง

เหตุผลของ “การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญานั้น ปรากฏอยู่ในข้อเรียกร้องที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาชอบที่จะต้องผ่านรัฐสภาอันเป็นสถาบันที่แสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้แท้จริงแล้วก็คือเหตุผลตามหลักประชาธิปไตยนั่นเอง

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สอง คือ “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญา เนื้อหาของหลักประกันในข้อนี้เกี่ยวข้องกับ การตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด⁴³ กล่าวคือ ตามมาตรา 2 นั้น ห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว รวมตลอดถึงการห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษด้วย ซึ่งหมายความว่าหากในกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณีนั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้นเสมอ “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุดเช่นเดียวกันกับข้อเรียกร้อง “การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญา

ทั้งนี้กฎหมายอาจมีช่องว่างได้ ซึ่งช่องว่างของกฎหมายนั้น อาจจะมีอยู่เดิมในกฎหมายแล้วหรืออาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น ในภายหลังในกรณีที่กฎหมายมีช่องว่างนั้นหากเป็นกรณีของคดีอาญาศาลจะต้องพิพากษายกฟ้องและต้องปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ⁴⁴ แต่ถ้าเป็นกรณีของคดีแพ่งแล้วศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายจะปรับ

⁴³ แหล่งเดิม. (น. 44-45).

⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญา (The Revised Penal Code) ของฟิลิปปินส์ มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่าสนใจดังนี้
Article. 5. Duty of the court in connection with acts which should be repressed but which are not covered by the law, and in cases of excessive penalties.

Whenever a court has knowledge of any act which it may deem proper to repress and which is not punishable by law, it shall render the proper decision, and shall report to the Chief Executive, through the Department of Justice, the reasons which induce the court to believe that said act should be made the subject of legislation.

In the same way, the court shall submit to the Chief Executive, through the Department of Justice, such statement as may be deemed proper, without suspending the execution of the sentence, when a strict enforcement of the provisions of this Code would result in the imposition of a clearly excessive penalty, taking into consideration the degree of malice and the injury caused by the offense.

ใช้ไม่ได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็น “ที่มาของกฎหมาย” ของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง กรณีจึงตรงข้ามกับกฎหมายอาญาที่ตามปกติกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่อาจนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ เหตุนี้ การเอารถยนต์ของผู้อื่น ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตก็ผิด⁴⁵ และการลักกระแสไฟฟ้าก็ผิด⁴⁶ ศาลจึงชอบที่จะพิพากษายกฟ้องและปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ⁴⁷ ศาลไม่ชอบที่จะใช้อำนาจเสียเอง เพราะการพิพากษาลงโทษสองกรณีดังกล่าวนี้เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁴⁸

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่กล่าวถึง “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญานั้น มีเนื้อหาครอบคลุมทุกๆ ส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นกฎหมายอาญา ได้แก่ ส่วนที่เป็นเรื่องของ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “ความผิดกฎหมาย” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “ความชั่ว” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “เหตุยกเว้น โดยเฉพาะตัว” ซึ่งประกอบด้วย “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” และ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” และส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” เช่น การร้องทุกข์ เพราะ “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”⁴⁹

อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเป็นคุณย่อมกระทำได้ เช่น การใช้บทบัญญัติของมาตรา 305 (1) กับกรณีอื่นๆ

⁴⁵ ฎีกาที่ 1212/2514 (อ้างถึงใน อัยการนิเทศ เล่ม 33 ฉบับที่ 4, 2515, น. 328; จาก “ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์” *วารสารอัยการ* ปีที่ 4 ฉบับที่ 37 มกราคม 2524 (น. 82), โดย คณิต ฅ นคร ง, (2524).; จาก *ความผิดฐานลักทรัพย์ : ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต), โดย อุไรวรรณ อุดมวัฒน์กุล, (2531), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

⁴⁶ ฎีกาที่ 877/2501 (น. 986)

⁴⁷ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน การเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ (มาตรา 248 บี) และการลักกระแสไฟฟ้า (มาตรา 248 ซี) เป็นความผิดอาญา

⁴⁸ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” โดย คณิต ฅ นคร จ, 2523, *วารสารอัยการ*, 3, 25, น. 60.

⁴⁹ จาก *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น.173-188). โดย คณิต ฅ นคร ฉ, 2549, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการแรกทีกล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ต่างเป็นข้อห้ามในกฎหมายอาญา เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สาม คือ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สามนี้เป็นข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นการเรียกร้องว่าการบัญญัติความผิดอาญา ต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

การที่จำต้องเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนหรือเรียกร้องให้ยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” นั้น ก็เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐ ที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ตามกล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามอำเภอใจ หรือตามความรู้สึกของตน

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สามนี้ก็แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาด้วยว่ามีความเข้มข้นกว่าในกฎหมายอื่นเช่นเดียวกัน ซึ่งข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้น มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเสียอีกจน Prof. Dr. Hans Welzel⁵⁰ ถึงกับกล่าวว่า อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันของกฎหมายอาญาไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สี่ คือ กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำผิด” แสดงให้เห็นชัดถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา “การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง” นั้นเป็นเนื้อหาสาระที่สี่ของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาที่ก้าวไกลกว่า “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง จำกัดตัวเองอยู่เฉพาะในส่วนกฎหมายอาญาเท่านั้น

“การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง” หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลง และในขณะกระทำนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่า

⁵⁰ Prof. Dr. Hans Welzel เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาเยอรมันที่ชื่อใหญ่มากผู้หนึ่ง เพิ่งจะเสียชีวิตไปเมื่อไม่นานมานี้ สุดท้ายเขาเป็นศาสตราจารย์ทางอาญา ณ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์

การกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในคดีหนึ่งว่า “ออกเช็คก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2503 ลงวันล่วงหน้าไปถึงวันที่ใช้พระราชบัญญัตินั้นแล้ว นับแต่วันนั้นจำเลยไม่ได้กระทำความผิดพระราชบัญญัติดังกล่าว จำเลยย่อมไม่มีความผิด⁵¹ ดังนี้ การกระทำของจำเลยเกิดก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2503 ใช้บังคับ จำเลยจึงไม่มีความผิดเพราะขณะออกเช็คยังไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ทั้งนี้ การลงโทษหนักแก่ผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำนั้นก็กระทำมิได้ด้วย⁵²

อนึ่ง การห้ามย้อนหลังนี้ขยายไปถึงการเป็นผลร้ายอื่นของฐานะของผู้กระทำความผิดที่กำหนดขึ้นภายหลังด้วย เช่น ความผิดอาญาฐานใดที่เดิมเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ดังนี้ ถ้าการกระทำความผิดฐานนั้นได้เกิดขึ้นในขณะที่ความผิดฐานนั้นยังเป็นความผิดอันยอมความได้และคดีได้ขาดอายุความร้องทุกข์แล้วกรณียอมไม่มีผลย้อนหลังแม้กฎหมายใหม่จะมีเนื้อหาเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่ด้วยก็ตาม

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เคยมีปัญหาการย้อนหลังของอายุความฟ้องร้องเกิดขึ้น กล่าวคือ รัฐสภาได้บัญญัติกฎหมายฉบับหนึ่งความว่า ในความผิดฐานฆาตกรรม ไม่มีอายุความฟ้องร้อง กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อมิให้ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ที่ได้กระทำลงในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ต้องขาดอายุความฟ้องร้องลง เพราะตามกฎหมายของเยอรมันในขณะนั้นอายุความฟ้องร้องสูงสุดคือ 15 ปี และผลของการใช้บังคับได้ของกฎหมายฉบับนี้ได้เป็นปัญหาที่ขึ้นไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วยอายุความฉบับนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีได้หรือไม่ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของความผิดกฎหมายของการกระทำ ฉะนั้นการยืดระยะเวลาของอายุความออกไปหรือการยกเลิกอายุความจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ก็ได้วิจารณ์ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญว่า ปัญหาของเรื่องควรอยู่ที่คำถามที่ว่า “ทำไมจึงต้องมีบทบัญญัติเรื่องอายุความ” ซึ่งคำตอบจะพุ่งไปที่ความสงสัยในความถูกต้องของคำพิพากษา และในขณะเดียวกันสภาพของผู้กระทำความผิดที่ระยะเวลาได้ผ่านไปนานมากนั้น ย่อมไม่อาจเป็นอย่างเดียวกับขณะกระทำความผิด การแก้แค้นทดแทนความไม่ถูกต้องและความชั่ว ย่อมเกี่ยวข้องกับความเป็นตัวตนของผู้กระทำความผิดโดยตรง การคิดแต่จะแก้แค้นทดแทนย่อมไม่สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสภาพของผู้กระทำความผิด กฎหมายว่า

⁵¹ ฎีกาที่ 1997/2500 (น.1780)

⁵² มาตรา 3.

ด้วยอายุความดังกล่าวจึงกระทบต่อ “หลักความชั่ว” และขัดต่อรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลสูงได้พิพากษาเปลี่ยนแปลงหลักที่เคยวางไว้ นั่น ผลอาจย้อนหลังไปกระทบต่อผู้กระทำความผิดได้ทำนองเดียวกับการแก้ไขกฎหมายและเป็นปัญหาเรื่องกฎหมายย้อนหลัง เป็นต้นว่า เดิมศาลสูงได้วางหลักความมีนเมาที่จะต้องรับผิดไว้ ณ จำนวนแอลกอฮอล์ในระดับหนึ่ง แต่ต่อมาได้เปลี่ยนแปลงหลักความมีนเมาให้เข้มข้น ในกรณีนี้นักนิติศาสตร์เห็นว่าย้อนหลังได้ เพราะข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายย่อมไม่ใช้กับการกระทำของอำนาจตุลาการ เป็นต้น

2.2.2 หลักการตีความกฎหมายอาญา

1) ข้อความทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อ ไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติซ้ำอีกว่า “มาตรา 134 ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขอขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์”

ดังนี้ ในกฎหมายแพ่งไม่มีช่องว่างของกฎหมาย ข้อนี้จึงตรงกันข้ามกับกฎหมายอาญา ซึ่งมีช่องว่างของกฎหมายอันเนื่องมาจาก “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁵³ ซึ่งหลักประกันในกฎหมายอาญานั้น เป็นหลักรัฐธรรมนูญด้วย⁵⁴

2) ที่มาของกฎหมายอาญา

ดังกล่าวมาแล้วว่า “ที่มาของกฎหมาย” คือ เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมาย หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหาที่กฎหมายแก้ว่า ในลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมาย ดังนั้น จึงสามารถให้ความหมายของที่มาของกฎหมายอาญาได้ว่า

ที่มาของกฎหมายอาญา หมายถึง เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมายอาญา หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหาที่กฎหมายแก้ว่า ในรูปลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็น

⁵³ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 39 วรรคหนึ่ง

กฎหมายอาญาในทางกฎหมายอาญามีหลักสำคัญอยู่ประการหนึ่งที่ถือว่าเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁵⁵ และหลักประกันในกฎหมายอาญานี้เป็นหลักรัฐธรรมนูญที่เดียว⁵⁶

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักประกันในกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงลำดับความสำคัญของการเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ของกฎหมายอาญาอย่างเด่นชัด

“กฎหมายอาญา” ที่เกิดจากการบัญญัติปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา และในพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาอีกจำนวนมาก รวมทั้งประมวลกฎหมายอาญาทหารด้วย

กฎหมายที่ตรงข้ามกัน “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน⁵⁷ หรือเป็นข้อบังคับที่ราษฎรรู้สึกกันทั่วไปว่าเป็นกฎหมายและรัฐได้ใช้ข้อบังคับที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอด

เกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญานั้น มีคำกล่าวที่มักจะใช้กันในการเรียนการสอนกฎหมายอาญาในประเทศไทยเรายู่อำหนึ่ง คือ คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด”⁵⁸

3) หลักการตีความกฎหมายอาญา

คำกล่าวเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาของนักนิติศาสตร์ไทยที่ว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” นั้น มีความไม่ชัดเจนในความหมายเป็นอย่างมาก เพราะนักนิติศาสตร์บางท่านได้ใช้คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” ในความหมายว่าห้ามใช้ “กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในทางเป็นผลร้าย ห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในทางเป็นผลร้าย และห้ามนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในทางเป็นผลร้าย⁵⁹ ซึ่งก็คือเนื้อหาของบางส่วนของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ตามมาตรา 2 นั้นเอง แต่นักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวถึงถ้อยคำดังกล่าวโดยนัยแห่งความหมายของ “หลักการตีความตามตัวอักษร” (literal rule) ของระบบคอมมอนลอว์ (common law) เลยทีเดียว⁶⁰

⁵⁵ มาตรา 2 วรรคหนึ่ง

⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 วรรคหนึ่ง

⁵⁷ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น. 23). เล่มเดิม

⁵⁸ กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, ตอน 2 เล่มเดิม. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 22). เล่มเดิม.

⁵⁹ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 ((น. 22-29). เล่มเดิม

⁶⁰ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 64-76). เล่มเดิม

การที่นักนิติศาสตร์ไทยนำ “หลักการตีความตามตัวอักษร” (literal rule) มาใช้ในการตีความกฎหมายอาญานั้น เป็นที่เข้าใจได้ในตัวเพราะนักกฎหมายไทยรุ่นแรกๆ นิยมไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษ⁶¹ และในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศในระบบคอมมอนลอว์ (common law) นั้น มีความผิดอาญาอยู่ 2 ประเภท คือ ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ หรือ common law crime และความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ statutory crime ซึ่งในระหว่างความผิดอาญาสองประเภทดังกล่าวมานั้น ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ หรือ common law crime เป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นแน่นอน ครั้งต่อมาเมื่อเกิดความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ statutory crime ขึ้น การตีความจึงเป็นไปตามหลักที่ว่า

“กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ขัดแย้งต่อกฎหมายคอมมอนลอว์จะถูกตีความโดยเคร่งครัดและถูกยอมรับในแบบอย่างที่น่าเชื่อถือในฐานะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏออกมา”⁶²

การเรียนการสอนกฎหมายอาญาโดยกล่าวว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” จึงมีความไม่สมบูรณ์และไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยเราซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ (civil law)

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” หรือเป็นเรื่องของ “การตีความตัวบทกฎหมาย”

เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาล จึงต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้นและโดยการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมือนกัน ความถูกต้องและความชอบธรรมของคำพิพากษาจึงอยู่ที่ความสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้แสดงออกผ่านทางบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายหรือต้องอยู่ในอาณาเขตของกฎหมาย หน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายก็คือการหาความหมายของตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดีเฉพาะกรณี ในการตีความกฎหมายนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด กล่าวคือ จะต้องกระทำหน้าที่ให้ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาอื่นก็ต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกันนั้น

⁶¹ จาก นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย (หนังสือรวมบทความ) (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 19), โดย คณิต ฅ นคร ช, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญชน.

⁶² ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย (น. 98). เล่มเดิม

4) วิธีการตีความกฎหมายอาญา

การตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ โดยถือเอา “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เป็นแกนนำ ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้นเป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปเข้ากับ ความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น ในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติ ทำนองเดียวกันที่กล่าวมานี้

เกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาเดิมที่เดียนักนิติศาสตร์เห็นกันว่าการตีความโดย ขยายความเป็นวิธีการที่ต้องห้าม แต่การตีความโดยจำกัดความกระทำได้โดยให้เหตุผลว่ากฎหมาย อาญาเป็นกฎหมายที่เป็นผลร้ายก่อภาระที่หนักแก่บุคคลและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น แต่ในปัจจุบันนี้นักนิติศาสตร์ไม่เห็นกันดังกล่าวต่อไปอีกแล้ว เพราะในเรื่องของการตีความ กฎหมายนั้นไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง

การใช้กฎหมายอาญาต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินเลยกรอบหรือขอบเขตความหมายของตัวบทกฎหมายแล้วกรณีก็มิใช่การ ตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie)⁶³ ในกฎหมายอาญาและ ถ้าการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งนั้น เป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา⁶⁴

5) ปัญหาการตีความกฎหมายอาญา

การกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาโดยแยกเป็นเรื่องหนึ่งหรือเป็นบท หนึ่งอีกต่างหากในหนังสือกฎหมายอาญาในประเทศไทยกระทำกันน้อยมาก หนังสือกฎหมายอาญา เพียงบางเล่มเท่านั้นที่กล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาไว้เป็นการเฉพาะ⁶⁵ แต่หนังสือ กฎหมายอาญาส่วนใหญ่จะกล่าวถึงเรื่องการตีความกฎหมายอาญาไว้ในคำอธิบายมาตรา 2 และว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” ซึ่งไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทยเรา ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น เหตุนี้การใช้กฎหมายอาญาของนักกฎหมายไทยเราจึงเป็นการใช้กฎหมายที่

⁶³ *กฎหมายอาญาความผิด*. (น.69-78). เล่มเดิม. “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา” *วารสารอัยการ* (เล่ม 33 ฉบับที่ 25 พ.ศ. 2523) (น. 55, 60). เล่มเดิม. และดู ฎีกาที่ 3653/2526.

⁶⁴ *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7), *ตอน 2* (หัวข้อ 16). เล่มเดิม. (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง น. 44); และดู *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 32), โดย แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶⁵ *กฎหมายอาญา ภาค 1* (น.43-45). เล่มเดิม. จาก *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 25-33). โดย แสวง บุญเฉลิมวิภาส ข, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คดีอยู่ตัวอักษร⁶⁶ และบางครั้งก่อให้เกิดปัญหาการใช้กฎหมายอาญาต่างๆ ที่มีใช้เป็นเพราะกฎหมายอาญามีช่องว่างแต่อย่างไร

การใช้กฎหมายที่ก่อให้เกิดปัญหา เช่น ศาลฎีกาวินิจฉัยวางหลักว่า หากผู้ใดมีรายได้ปกติและไม่ปรากฏว่ารายได้ที่ได้นั้น ไม่พอดำรงชีพ หรือมีรายได้ปกติพอดำรงชีพ แม้ผู้นั้นจะแบ่งรายได้หรือรับส่วนแบ่งจากการค้าประเวณีของหญิงก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 286⁶⁷ ทั้งๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำในความหมายของความผิดตามมาตรา 276 เพราะผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 นี้ คือผู้ที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับหญิงซึ่งค้าประเวณีหรือหญิงนครโสเภณี ซึ่งความสัมพันธ์ส่วนตัวดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์อันมีระยะเวลาที่เนิ่นนานตามควรและในการนี้ ผู้นั้นเป็นส่วนหนึ่งของหญิงในส่วนที่เกี่ยวกับการหารายได้ในการค้าประเวณีของหญิงนั้นและทำตัวเองเป็นกาฝากขูดรีดหญิง⁶⁸

ดังกล่าวมาแล้วว่าในการค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมายจำเป็นต้องค้นหา “คุณธรรมทางกฎหมาย” เพื่อประโยชน์ในการตีความกฎหมายอาญา⁶⁹ และแม้ว่าเรื่อง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ในกฎหมายอาญาจะไม่ใช่ของใหม่ แต่ก็เป็นเรื่องที่เพิ่งจะมีการศึกษากัน⁷⁰ การตีความกฎหมายอาญาโดยขาดการพิจารณา “คุณธรรมทางกฎหมาย” จึงเป็นปัญหาอยู่มาก เช่น

- (1) ปัญหาการตีความกฎหมายอาญาที่ขัดต่อข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 2⁷¹
- (2) ปัญหาการไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างความผิดฐานต่างๆ ที่คล้ายๆ กัน หรือใกล้เคียงกัน เช่น

⁶⁶ ฎีกาที่ 3643/2526 : เมื่อมาตรา 2517 บัญญัติว่า การวางเพลิงศพทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นความผิด จะตีความคำว่า “ทรัพย์สินของผู้อื่น” ให้รวมถึงทรัพย์สินที่ผู้อื่นมีส่วนเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยหาได้ไม่ เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายใน มาตรา 2

⁶⁷ เป็นต้นว่า ฎีกาที่ 3488/2520, ฎีกาที่ 2555/2521 ฎีกาที่ 883/2522.

⁶⁸ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 461). เล่มเดิม

⁶⁹ หลักกฎหมายอาญา (น. 30). เล่มเดิม.

⁷⁰ “ผู้เสียหายในคดีอาญา” *วารสารอัยการ* (ประจำเดือนมกราคม 2521) (น. 48), โดย คณิต ฅ นคร ช, 2521., “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา” *วารสารอัยการ* (ประจำเดือนมกราคม 2523). (น. 60). เล่มเดิม.

⁷¹ “ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์,” (ประจำเดือนมกราคม 2524), *วารสารอัยการ* (น. 82). เล่มเดิม

(1) การไม่อาจแยกแยะว่าความผิดฐานวางเพลิงตามมาตรา 217 กับความผิดฐานทำให้เสียหายตามมาตรา 358 ต่างกันอย่างไร⁷²

(2) การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดตามมาตรา 217 กับความผิดตามมาตรา 218⁷³ และ

(3) การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานยักยอก⁷⁴ เป็นต้น

อนึ่ง ปัญหาของการตีความกฎหมายทั้งหลายทั้งปวงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเราเสมอๆ นั้น แท้จริงแล้วก็เพราะความสับสนของการใช้ “นิติวิธี” (juristic method) กล่าวคือ ในขณะที่ประเทศไทยเราเลือกเอาระบบซีวิลลอว์ (civil law) แต่เรากลับใช้กฎหมายอาญาตามแนวทางของระบบคอมมอนลอว์ (common law)⁷⁵

2.2.3 การตีความกฎหมายต้องมีลักษณะของ “ความเป็นภาวะวิสัย (Objektivitat) ที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้

หลักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186 (6) บัญญัติบังคับศาลว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีเหตุผลในการตัดสินใจทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ศาลต้องให้เหตุผลที่ละเอียดชัดเจนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้จึงจะถูกต้อง อย่างไรก็ตาม บางครั้งจะพบว่าศาลกลับไม่ได้ให้เหตุผลในการชี้ขาดตัดสินคดีเลยก็มีอยู่ ซึ่งไม่ถูกต้องเป็นอย่างยิ่ง เป็นต้นว่า กรณีการชี้ขาดตัดสินคดีเรื่องการลักระแสไฟฟ้านั้น เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงการตีความกฎหมายอาญาว่า “การตีความในกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ (spirit)”⁷⁶

และศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวต่อไปอีกความว่า “การตีความกฎหมายอาญาจะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการ

⁷² กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 588). เล่มเดิม.

⁷³ แหล่งเดิม (น. 592-594).

⁷⁴ ฎีกาที่ 1626/2500 (น. 1544) และ แหล่งเดิม (น. 312-313).

⁷⁵ จาก ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. (น. 92-104), และ การตีความกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 2). โดย อักษราทร จุฬารัตน์, 2549, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์กฎหมายไทย.

⁷⁶ กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 43). เล่มเดิม.

ขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา”⁷⁷

คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ดังกล่าวมานั้น ได้แสดงถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายไว้บ้างแต่ยังไม่สมบูรณ์ครบถ้วนเสียทีเดียว เพราะหากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ได้กล่าวต่อไปนี้แล้ว คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เป็นการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายเพียง 2 ประการเท่านั้น กล่าวคือ ได้กล่าวถึงเฉพาะ “การตีความตามหลักภาษา” และ “การตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เท่านั้น⁷⁸

ดังนั้นการตีความกฎหมาย” หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมาย เมื่อกล่าวถึงการตีความกฎหมายในทางคำรามีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย 4 หลักเกณฑ์ คือ

1) การตีความตามหลักภาษา

หลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นั้นได้แสดงให้เห็นอย่างมั่นคงและแน่นอนว่าบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำความผิดที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้นจุดเริ่มของการตีความกฎหมายจึงอยู่ที่ถ้อยคำของตัวบทกฎหมายอาญาดังกล่าว

“การตีความตามหลักภาษา” หมายถึง การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไปความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล

ในคดีเรื่องลัทธิกระแสไฟฟ้านั้น จำเลยต่อสู้ในคดีที่ถูกฟ้องว่าลัทธิกระแสไฟฟ้าว่า “ไฟฟ้าเป็นพลังงานไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง”⁷⁹

ดังนั้น กล่าวได้ว่าเป็นการที่จำเลยได้หยิบยกหลัก “การตีความตามหลักภาษา” ขึ้นเป็นเหตุผลในการต่อสู้คดีนั่นเอง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยเกี่ยวกับการลัทธิกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์โดยไม่วินิจฉัยว่าข้อต่อสู้ของจำเลยฟังขึ้นหรือไม่จึงไม่ถูกต้องตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา”

“การตีความตามหลักภาษา” มีความยากตรงที่ว่า จะรู้ได้อย่างไรว่าถ้อยคำที่จะตีความนั้นมีความหมายที่ตรงกันทั้งตามที่ใช้กันทั่วไปและในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ตีความกฎหมายจึงต้องดูด้วยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายนั้นมีความหมายเป็นพิเศษอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่

⁷⁷ แหล่งเดิม (น. 44).

⁷⁸ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 76). เล่มเดิม

⁷⁹ ฎีกาที่ 877/2501.

2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

ในการตีความกฎหมายนั้น แม้ผู้ตีความจะต้องถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์ แต่ผู้ตีความกฎหมายก็ต้องระลึกด้วยว่าภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ แม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็เชื่อว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้

คำว่า “โดยทุจริต” นั้น กฎหมายให้นิยามว่า “โดยทุจริต หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”⁸⁰

นอกจากนั้นสิ่งบางสิ่งที่ไม่ได้อยู่ในกฎหมายอาญา แต่มีอยู่ในกฎหมายอื่น และเนื่องจากความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมายกรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายอื่นนั้นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย เป็นต้นว่า กฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ “ทรัพย์สิน” ไว้ แต่กฎหมายแพ่งได้ให้ความหมายของ “ทรัพย์สิน” ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง”⁸¹ ดังนั้น กรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย ทั้งนี้ ตามหลัก “ความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย” ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

ดังนั้น ตามข้อต่อสู้ของจำเลยกล่าวได้ว่าเป็นการสที่จำเลยได้หยิบยก “หลักการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมายขึ้นเป็นเหตุผลในการต่อสู้คดีนั่นเอง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยเกี่ยวกับการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์จึงไม่ถูกต้อง เพราะเป็นการตีความที่ขัดกับ “หลักการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมาย

ดังนั้นการตีความกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วย “การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีก็ต้องยอมรับกันด้วยว่าในบางกรณีระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจนได้

3) การตีความประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

“การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย” คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น

⁸⁰ มาตรา 1 (1)

⁸¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 137.

เกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของความผิดฐานลักทรัพย์นั้น ในกฎหมายโรมันเรียกการลักทรัพย์ว่า “furtum” ซึ่งมีสามอย่าง คือ

(1) furtum rei คือ การลักเอาทรัพย์ไป ซึ่งก็คือความผิดฐานลักทรัพย์

(2) furtum possessionis คือ การลักเอาการครอบครองไป ซึ่งก็คือความผิดฐานโกงเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 349 และ

(3) furtum usus คือ การเอาการใช้ไป ซึ่งได้แก่การเอายานพาหนะเข้าไปใช้โดยมิชอบ⁸² ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์⁸³ จึงไม่ถูกต้องตามหลักการตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย เพราะกรณีไม่ต้องด้วย furtum ใดๆ เลย

สำหรับกรณี “การเอาการใช้ไป” (furtum usus) นั้น กฎหมายของไทยเราในปัจจุบันไม่ได้บัญญัติเป็นความผิด ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษ “การเอาการใช้ไป” ว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ โดยวินิจฉัยว่า “ผู้เสียหายฝากรถยนต์ไว้ในอู่และจ้างจำเลยซึ่งเป็นคนขับรถของผู้ที่ฝากรถไว้ในอู่เดียวกันทำความสะดวก จำเลยเอารถยนต์ของผู้เสียหายไปใช้โดยพลการ เป็นการเอารถของผู้เสียหายไปโดยทุจริต จึงมีความผิดฐานลักทรัพย์”⁸⁴

กรณีจึงไม่ถูกต้องตามหลัก “การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย” (historische Auslegung) เช่นเดียวกัน เพราะกรณีไม่ต้องด้วย furtum ใดๆ และเช่นเดียวกัน

การพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภานอกจากนี้ “เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย” ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเราเป็นข้อมูลหนึ่งที่สามารถยังทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ การตีความตามวิธีนี้จะนำไปสู่ “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” ต่อไป

4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

ในส่วนการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย คือ การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้การตีความตามวิธีนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี เป็นต้นว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ของความผิดฐานลักทรัพย์คือ “กรรมสิทธิ์”

⁸² กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 376). เล่มเดิม; และ จาก ความผิดฐานลักทรัพย์ : ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ (น. 25-28). เล่มเดิม.

⁸³ ฎีกาที่ 877/2501 (หน้า 896)

⁸⁴ ฎีกาที่ 1212/2514 ใน อัยการนิเทศ เล่ม 33 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2514 น. 238.

และ “การครอบครอง”⁸⁵ ซึ่งกรรมสิทธิ์หมายถึงสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง⁸⁶ หรือสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์เพราะไฟฟ้าไม่ใช่ว่ามีรูปร่าง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสนไฟฟ้าฐานลักทรัพย์⁸⁷ จึงไม่ถูกต้องกับหลัก “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย”

ใน “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” นั้น นอกจากจำเป็นที่จะต้องค้นหา “คุณธรรมทางกฎหมาย”⁸⁸ แล้ว อาจจำเป็นต้องคำนึงถึงคุณค่าของการกระทำด้วย เป็นต้นว่า การทำให้ดีขึ้น อาทิ การกระทำต่อร่างกายในการรักษาพยาบาลย่อมไม่เป็นการ “ทำร้าย” ในความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

2.3 โครงสร้างความคิดอาญาตามระบบ civil law และ common law

2.3.1 โครงสร้างความคิดอาญาตามระบบ civil law

ก) โครงสร้างของความคิดของประเทศเยอรมนี

นักนิติศาสตร์ไทยเราที่ได้้นำเอา “โครงสร้างของความคิดอาญา (Verbrechensaufbau) ของเยอรมนีมาอธิบายกฎหมายอาญาของไทยเราเป็นคนแรกคือศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้เขียนบทความกฎหมายอาญาเรื่องหนึ่งขึ้นในปี พ.ศ. 2483 ในบทความนี้ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้กล่าวถึง “โครงสร้างของความคิดอาญา” ของเยอรมนีไว้โดยตรง

และโดยที่ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบายเรื่อง “การครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmassigkeit) ว่าเป็นเรื่องของการกระทำที่ปรากฏภายนอกเท่านั้น ส่วนเรื่อง “ความชั่วร้ายหรือความชั่ว” (Schuld) ได้อธิบายว่า ผู้กระทำจะมีความชั่วร้ายต่อเมื่อได้กระทำโดยความรู้สึกลึกซึ้งชอบและได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท ดังนั้น “โครงสร้างของความคิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ที่ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย กล่าวถึงนั้น จึงเป็น “โครงสร้างของความคิดอาญา” ของ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) นั้นเอง

⁸⁵ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 306). เล่มเดิม

⁸⁶ จาก กฎหมายลักษณะทรัพย์ (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 171), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2520, กรุงเทพฯ: อักษรศาสตร์.

⁸⁷ จาก การอภิปรายเรื่อง “การตีความกฎหมายอาญา” วารสารนิติศาสตร์ (ฉบับที่ 4 ปีที่ 18 ธันวาคม 2527) (น. 59). โดย คณิต ฌ นคร ฌ, 2527. ; และ จาก หลักกฎหมายอาญา. (น. 30). เล่มเดิม.

⁸⁸ แหล่งเดิม. (น. 59). และ จาก หลักกฎหมายอาญา (น. 30). เล่มเดิม.

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ว่ามีส่วนสามส่วน⁸⁹ คือ

- 1) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit)
- 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และ
- 3) ความชั่วร้ายหรือความชั่ว (Schuld)

นักวิชาการเยอรมันที่กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) เดิมมีแต่ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) ต่อมาได้มีนักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งได้เกิดขึ้น คือ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันความคิดของ “ฝ่ายผลกำหนด” ได้ถูกปฏิเสธ และถูกแทนที่ด้วยความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” โดยสิ้นเชิงแล้วเมื่อปี ค.ศ. 1975 หรือเมื่อปี พ.ศ. 2518

“โครงสร้างของความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ของนักคิดเยอรมันทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ทั้ง “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) และ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat) ต่างก็เห็นตรงกันว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” มีสามส่วน คือ “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmassigkeit) “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit) และ “ความชั่ว” (Schuld)

ความแตกต่างของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ของนักคิดแต่ละฝ่ายอยู่ที่ว่า “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat) เห็นว่าเจตนาประมาทและองค์ประกอบภายในอื่นเป็นเรื่องที่อยู่ในส่วนแรกของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” กล่าวคือ อยู่ในส่วนของ “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmassigkeit) ในขณะที่ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) เห็นว่าเรื่องส่วนภายในดังกล่าวอยู่ในส่วนที่สามของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” กล่าวคือ อยู่ในส่วนของ “ความชั่ว” (Schuld) เท่านั้น

ประเทศไทยเราได้รับเอาระบบซีวิลลอว์ (civil law) มาใช้ การร่างประมวลกฎหมายอาญาลับปัจจุบันนี้ อิทธิพลความคิดทางกฎหมายอาญาของเยอรมันก็น่าจะมีอยู่ไม่น้อย เพราะศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งสำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนีเป็นผู้มีบทบาทสูงในการร่างประมวลกฎหมายอาญา⁹⁰ แต่เนื่องจากในขณะนั้นในประเทศเยอรมนีความคิดของนักกฎหมาย “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat) ยังมีอิทธิพลสูง ประมวลกฎหมายอาญาไทยของเราจึงเดินตามความคิดของ “ฝ่ายผลกำหนด” ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง “ความสำคัญผิดในความผิดกฎหมาย”

⁸⁹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 115). เล่มเดิม

⁹⁰ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา: ศึกษาทางคำพิพากษาศาฎีกา* (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 30), โดยหยุด แสงอุทัย, 2505, กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์.

ความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalitat) นับเป็นความก้าวหน้าทางวิชาการของเยอรมันทีเดียว และต้องถือว่าการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมันมีความสมบูรณ์ที่สุด ฉะนั้นจึงจะดำเนินการตามการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมัน และถือเอาความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” เป็นเกณฑ์ เพราะเห็นว่าการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมันเกี่ยวกับ “โครงสร้างของความคิดอาญา” (Verbrechensaufbau) นั้น เป็นการศึกษาวิจัยที่ชัดเจนจนกล่าวได้ว่าปราศจากข้อโต้แย้งเป็นต้น

การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร ได้อธิบายถึงองค์ประกอบความผิดว่าประกอบด้วย องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ, กรรมของการกระทำ, ผลของการกระทำ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล องค์ประกอบภายในอื่นๆ คุณธรรมทางกฎหมาย อีกส่วนคือองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ประมาท (ประมาทเป็นองค์ประกอบภายในอย่างหนึ่งนอกเหนือจากเจตนา)

ส่วนความผิดกฎหมายนั้น ท่านได้อธิบายว่าในความผิดแต่ละฐานมีปทัสฐานที่เป็นข้อห้ามอยู่เบื้องหลังเสมอ แต่การกระทำที่ผิดปทัสฐานมิได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเสมอไป เพราะในบางกรณีในการกระทำนั้นอาจมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ ซึ่งทำให้การกระทำที่ผิดปทัสฐาน กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ได้แก่ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นต้น

ส่วนความชั่วนั้น ท่านได้อธิบายว่าความชั่ว ในที่นี้ไม่ได้หมายความถึงความชั่วในเรื่องการฝ่าฝืนศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคม แต่เป็นการพิจารณาทางอัตตะวิสัย ซึ่งเป็นเรื่องที่สูงขึ้นอยู่กับการตัดสินใจในการกระทำนั้นของผู้กระทำในขณะนั้นว่าเขาเป็นผู้ที่มีความรู้ผิดชอบ หรือรู้จักแยกแยะว่าจะอะไรผิดอะไรถูก และหากเป็นผู้ที่มีสติแล้วย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าขาดสติและได้กระทำการอันใดเป็นการผิดกฎหมายลงไปจึงต้องถูกดำเนินจากสังคม และเป็นการที่ดำเนินได้ ดังนี้ ความชั่วจึงหมายถึงการดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง⁹¹

ข) โครงสร้างของความรับผิดชอบของประเทศฝรั่งเศส⁹²

ในจำนวนกลุ่มนักกฎหมายของไทยเราที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศยุโรปภาคพื้นนั้น กล่าวได้ว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสมีบทบาทในการเรียนการสอนกฎหมายอาญา

⁹¹ จาก นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต) (น. 92-94). โดย สุรเศรษฐ์ หน้างาม, 2549, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁹² กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 114). เล่มเดิม.

อย่างสูงมาก และนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสผู้ที่ได้นำแนวความคิดในทาง
 อาญาของประเทศฝรั่งเศสมาอธิบายกฎหมายอาญาของเราที่สำคัญ คือ ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตา
 นนท์ อธิบายว่า ความผิดอาญามีหลักสามประการ คือ

- 1) ข้อสาระทางกฎหมาย
- 2) ข้อสาระทางเจตนา และ
- 3) ข้อสาระทางการกระทำ⁹³

สำหรับศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทักท์ นั้น แม้จะมีได้สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศส
 แต่ในการเขียนตำรากฎหมายอาญา ภาค 1 ก็ได้อ้างอิงหนังสือกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นสำคัญ และ
 อธิบายว่า

“การกระทำความผิดอาญาต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิด
- 2) ต้องมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั้น และ
- 3) การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยสภาพทางจิตใจ ซึ่งตามปกติก็ได้แก่เจตนากระทำ

เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น”⁹⁴

ซึ่งเมื่อได้วิเคราะห์คำอธิบายดังกล่าวมาแล้ว เห็นว่าความเห็นและคำอธิบายกฎหมาย
 อาญาของศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทักท์ เป็นอย่างเดียวกับความเห็นและคำอธิบายกฎหมายอาญาของ
 ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ นั้นเอง เพราะในการอธิบายข้อแรกนั้นทั้งศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตา
 นนท์ และศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทักท์ ต่างก็อธิบายเนื้อหาของมาตรา 2สรุปว่า “โครงสร้างของ
 ความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau) ของฝรั่งเศสนั้น ประกอบด้วยข้อสาระสามประการดังที่
 ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ ได้กล่าวมาข้างต้น

ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงส์ทักท์ได้อธิบายถึงเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่
 นอกโครงสร้างความผิดอาญาว่าความรับผิดในทางอาญาอาจไม่เกิดขึ้นหรือมีเหตุยกเว้นหรือ
 ลดหย่อนลงได้ โดยกฎหมายถือว่าการกระทำไม่เป็นความผิดหรือเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้น
 หรือลดโทษ โดยเหตุผลต่างๆ กัน เหตุยกเว้นความรับผิด มีดังนี้ คือ 1) การกระทำไม่เป็นความผิด
 2) เหตุยกเว้นโทษ 3) เหตุลดหย่อนความรับผิด

⁹³ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 80-85), โดย วิจิตร ลุติตานนท์, 2507, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹⁴ *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7), *ตอน 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6) (หัวข้อ 13). เล่มเดิม. และจาก *ปัญหาพิเศษในทางกฎหมายอาญา* (รวบรวมโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดิเรก ควรสมาคม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ) (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 18-19.), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

การกระทำไม่มีความผิด เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่มีความผิด ได้แก่ ผู้กระทำมีอำนาจตามกฎหมาย ความยินยอมของผู้เสียหาย การล่อให้กระทำความผิด ผู้ที่เข้าพนักงานกันไว้เป็นพยาน⁹⁵

2.3.2 โครงสร้างความรับผิดชอบอาญาตามระบบ common law

แรกเริ่มเดิมทีนั้น แม้ประเทศไทยเราจะรับเอาระบบซีวิลลอว์ (civil) แต่ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญาของคอมมอนลอว์ (common law) มีอิทธิพลต่อการเรียนการสอนในสถาบันการศึกษากฎหมายของประเทศไทยเราสูงมาก เพราะนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษมีบทบาทสูงทั้งในกระบวนการยุติธรรมและในการเรียนการสอนกฎหมายนักกฎหมายไทยดังกล่าวจึงได้นำเอาหลัก mens rea มาใช้ในการอธิบายกฎหมายอาญากันอย่างเป็นนัยสำคัญ⁹⁶

หลักเกี่ยวกับ “ความผิดอาญา” (Verbrechen) ของคอมมอนลอว์ (common law) มีว่า “Actus non facit reum, nisi mens sit rea” ซึ่งหมายความว่า

“การกระทำไม่ทำให้ (ผู้กระทำของการกระทำนั้น) เป็นความผิด หากไม่มีจิตใจที่ชั่วร้าย กล่าวคือ จิตใจที่เป็นอาชญากรรม เจตนาและการกระทำทั้งสองอย่างนี้ต้องประกอบกันจึงจะทำให้เป็นความผิดอาญา”⁹⁷

ดังนั้น ความผิดอาญา (Verbrechen) ของคอมมอนลอว์ (common law) จึงประกอบด้วย ส่วนประกอบ (element) ต่างๆ ที่สำคัญ 2 ส่วน คือ

- 1) Actus reus หรือ criminal act และ
- 2) Mens rea หรือ criminal intent

นักกฎหมายของไทยเราได้เดินตามหลักนี้มานานมาก แม้ต่อมาเมื่อได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันเมื่อปี พ.ศ. 2500 ความคิดในทางกฎหมายอาญาตามแนวทางคอมมอนลอว์ (common law) ก็ยังหลงเหลืออยู่⁹⁸

⁹⁵ นิติวธิกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย (น. 91-92). เล่มเดิม

⁹⁶ จาก ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส ก, 2524, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹⁷ An act does not make (the doer of it) guilty, unless the mind be guilty; that is, unless the intention be criminal. The intent and the act must both concur to constitute the crime.

See BLACK'S LAW DICTIONARY

⁹⁸ จาก อาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 179), โดย พิพัฒน์ จักรางกูร, 2525, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร.

พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของคอมมอนลอว์ (common law) แตกต่างจากพื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของซีวิลลอว์ (civil law) กล่าวคือในขณะที่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของซีวิลลอว์ (civil law) เป็น “ความรับผิดชอบในการกระทำ” (Handlungshaftung) แต่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของคอมมอนลอว์ (common law) เป็น “ความรับผิดชอบในผล” (Erfolgshaftung)⁹⁹

ในกรณีการยิงศพนั้น นักกฎหมายฝ่ายคอมมอนลอว์ (common law) เห็นว่าแม้ผู้กระทำจะมี mens rea แต่ใน ส่วน actus reus ยังไม่สมบูรณ์ เพราะแม้จะมี actus แต่ไม่มี reus กล่าวคือ ผลคือความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย นักกฎหมายฝ่ายคอมมอนลอว์ (common law) จึงเห็นว่ากรณีการยิงศพเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบ

แต่ในกรณีการยิงศพสำหรับนักกฎหมายฝ่ายซีวิลลอว์ (civil law) นั้น นักกฎหมายฝ่ายซีวิลลอว์ (civil law) กลับเห็นว่า การยิงศพเป็นการกระทำที่ผู้กระทำรู้ (สำคัญว่ายังมีชีวิตอยู่) ว่ากรรมของการกระทำนั้นเป็นมนุษย์ และผู้กระทำต้องการให้มนุษย์นั้นถึงแก่ความตาย เมื่อความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้ กรณีเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นอันเป็นการพยายามกระทำที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้

หลัก mens rea นั้น ไม่มีในระบบกฎหมายของไทยเรา ฉะนั้น การที่นักนิติศาสตร์ไทยเราได้นำเข้าหลัก mens rea มาอธิบายกฎหมายอาญาจึงไม่ถูกต้องมาตั้งแต่ต้น

2.3.3 โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของไทย¹⁰⁰

สรุปความรับผิดชอบในทางอาญาได้ดังต่อไปนี้

- (1) มีการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
 - (2) การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
 - (3) การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ
- ทั้งนี้สามารถแยกพิจารณาเป็นลำดับดังต่อไปนี้
- (1) มีการกระทำ
 - (2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความคิดเรื่องนั้นๆ
 - (3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความคิดเรื่องนั้นๆ
 - (4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำนั้นๆ

⁹⁹ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1988, S. 262 f.

¹⁰⁰ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (น. 25-30). เล่มเดิม

1) มีการกระทำ

การกระทำหมายถึงการเคลื่อนไหวร่างกาย หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึกโดยรู้สำนึกหมายถึงอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจอันได้แก่

- (1) มีความคิดที่จะกระทำ
- (2) ตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดไว้
- (3) ได้กระทำตามที่ตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด

2) การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดเรื่องนั้นๆ

องค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่อยู่ภายนอกซึ่งสามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ ซึ่งการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายต้องพิจารณาเป็นรายมาตรานั้นๆ ไป เช่น มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าถึงยี่สิบปี” องค์ประกอบภายนอกของความผิดมาตรานี้คือ

- (1) ผู้ใด
- (2) ฆ่า
- (3) ผู้อื่น

ทั้งนี้เพราะทั้ง 3 ข้อของความผิดฐานนี้สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ และนอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากความผิดฐานต่างตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่นยังสามารถสรุปได้ว่าส่วนใหญ่แล้วองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายอาญามีอยู่ด้วยกัน 3 ส่วนคือ

- (1) ผู้กระทำ
- (2) การกระทำ
- (3) วัตถุแห่งการกระทำ

(ลองพิจารณาจากมาตรา 288 ผู้ใด = ผู้กระทำ ฆ่า = การกระทำ ผู้อื่น = วัตถุแห่งการกระทำ เป็นต้น)

3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดเรื่องนั้นๆ

จากการพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดอาญา การกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอกยังไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้แต่จะต้องมีส่วนขององค์ประกอบภายในด้วยและส่วนขององค์ประกอบภายในที่สำคัญประการหนึ่งก็คือเจตนาของผู้กระทำผิด โดยเจตนานี้จะคลุมถึงองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาดังนั้นในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก จึงบัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดย

ประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ไม่ได้กระทำโดยไม่เจตนา”

4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำนั้นๆ

นักนิติศาสตร์ได้วางเป็นทฤษฎีหลายทฤษฎี แต่ทฤษฎีที่ได้รับความนิยมในการนำมาอธิบายข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ได้แก่ ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม และทฤษฎีเงื่อนไข

ดังนั้น การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศไทยได้รับเอาแนวคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศตะวันตกเข้ามาทั้ง 2 ระบบ ซึ่งทำให้มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย ซึ่งในปัจจุบันแบ่งแยกได้ 3 แนวคิด คือ

แนวที่ 1 แนวความคิดตามระบบคอมมอนลอว์ โดยมีอาจารย์สง่า ลีนะสมิต และอาจารย์พิพัฒน์จักรางกูร เป็นผู้นำมาอธิบาย

แนวที่ 2 แนวความคิดตามทฤษฎีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งสามารถอธิบายได้ 2 แนวความคิด คือ

1) ตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส โดยมีศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์, ศาสตราจารย์ ดร. โภเมน ภัทรภิรมย์ และศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เป็นผู้นำมาอธิบาย

2) ตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน โดยมีศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร และรองศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส เป็นผู้นำมาอธิบาย

แนวที่ 3 แนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน (ดังที่อธิบายในหัวข้อ 2.3.3) โดยมีศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เป็นผู้นำมาอธิบาย

ตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายโครงสร้างความรับผิดชอบว่าต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ, ความผิดกฎหมาย และความชั่ว

ซึ่งในหัวข้อความผิดกฎหมาย ท่านได้อธิบายว่าในความผิดแต่ละฐานมีปทัสถานที่เป็นข้อห้ามอยู่เบื้องหลังเสมอ แต่การกระทำที่ผิดปทัสถานมิได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเสมอไป เพราะในบางกรณีในการกระทำนั้นอาจมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ปรากฏอยู่ ซึ่งทำให้การกระทำที่ผิดปทัสถาน กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ได้แก่ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย, ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย, ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นต้น

ตามแนวความคิดการวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะผสมผสาน ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และการกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในส่วนของการกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ท่านอธิบายว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายยกเว้นความผิด ได้แก่ การป้องกัน ความยินยอมของผู้เสียหาย เป็นต้น

2.4 วิวัฒนาการ และประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับเรื่องการสักร่างกายและการขลิบอวัยวะเพศ

“รอยสัก” หรือ “Tattoo” หมายถึง การตีหรือการเคาะ ซึ่งเกิดจากการสักด้วยเครื่องสักหรืออาจใช้เข็มซึ่งมีด้ายร้อยเคลือบสีอยู่ แทะผ่านตามตำแหน่งที่ต้องสักลงไปที่ผิวหนัง โดยการสักและเจาะร่างกายพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า “สัก” คือ เอาของแหลมแทงลงด้วยวิธีการหรือเพื่อประโยชน์ต่างๆ กัน เช่น สักปลาไหล สักหาของในน้ำ สักรอยช้ำเพื่อรีดเอาเลือดที่คั่งออก ใช้เหล็กแหลมจุ่มหมึกหรือน้ำมันแทงที่ผิวหนังให้เป็นอักขระเครื่องหมายหรือลวดลาย ถ้าใช้หมึก เรียกว่า สักหมึก ถ้าใช้น้ำมัน เรียกว่า สักน้ำมัน ทำเครื่องหมายโดยใช้เหล็กแหลมจุ่มหมึกแทงที่ผิวหนังเพื่อแสดงเป็นหลักฐาน¹⁰¹ และพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายเพิ่มเติมว่า การสักอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “สักยันต์”

2.4.1 ความเป็นมาในการสัก

การสักในประเทศไทยมีมาแต่โบราณ ดังปรากฏในวรรณคดีเรื่อง ขุนช้างขุนแผน และวรรณกรรมอื่นๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้อยู่ยงคงกระพัน (ซึ่งแตกต่างจากการสักร่างกายของประเทศแถบยุโรปที่เน้นความสวยงาม แต่ปัจจุบันการสักมักมองว่ามักจะเป็นไปในด้านลบเสียมากกว่า ถูกมองว่าเป็นนักเลง เนื่องจากในอดีตนั้น รอยสักถูกใช้เป็นสัญลักษณ์ของการประณามหรือประกาศความชั่ว เช่น การสักหน้าโจรผู้ร้ายเมื่อจับตัวได้ เพื่อให้คนในสังคมได้ระมัดระวัง หรือบางครั้งพวกโจรผู้ร้ายก็เลือกจะใช้การสักยันต์ เป็นภูมิคุ้มกันความตายให้กับตัวเอง การสักในอดีตมีวัตถุประสงค์หลายประการ ดังนี้

1) การสักเพื่อป้องกันตัว

ผู้ชายที่ต้องไปออกรบเพื่อสู้ชาติบ้านเมือง เปรียบเป็นเครื่องรางของขลังอย่างหนึ่งของนักรบตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา อาจกล่าวได้ว่า ได้รับอิทธิพลมาจากขอมยามาจนถึงสงครามโลกครั้งที่ 2 หรือแม้แต่สงครามเอเชีย-บูรพา เพราะคนเชื่อว่า ถ้าสักยันต์แล้วมนต์ตราอำนาจแห่งรอยสัก

¹⁰¹ จาก รอยสัก : จากความเชื่อ...สู่แฟชั่น (น. 2-7), โดย ชลพรชัย ดวงนภา, 2553, สำนักงานวัฒนธรรมจังหวัดตราด.

จะช่วยคุ้มครองและป้องกันภัยอันตรายจากคมมีด คมดาบ หรือลูกกระสุนได้ ดังเช่นภาพยนตร์เรื่อง จอมขมังเวทย์ หรือมหาอุตม์ ที่แสดงถึงอำนาจแห่งรอยสัก

2) การสักเพื่อแสดงความรักชาติ

ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับรอยสักของผู้ต้องขัง พบว่า ในสมัยที่ไทยมีกรณีพิพาทกับฝรั่งเศส ในปี พ.ศ. 2436 กรมหลวงชุมพรเขตอุดมศักดิ์ และทหารเรือหลายคนได้สักคำว่า “ร.ศ. 112 และ ตราด” ไว้ที่หน้าอก เพื่อเป็นเครื่องเตือนใจเมื่อชาติไทยถูกรุกรานทางทะเลจากประเทศฝรั่งเศส เกิดการรบที่ปากแม่น้ำเจ้าพระยา เหตุการณ์นี้ทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียดินแดนไปบางส่วน

3) การสักของข้าราชการ

ข้าราชการไทยในอดีตจะทำคำหนิที่ข้อมือคนในบังคับ ซึ่งเป็นหน้าที่ของแผนก ทะเบียนเป็นผู้บันทึกและรวบรวมสถิติชาย และอาจคาดการณ์ได้ว่าการสักเป็นจุดเริ่มต้นของการแบ่ง ส่วนราชการของไทย หรือการสักเป็นไปตามการแบ่งส่วนราชการ การทำเครื่องหมายลงบนร่างกาย นี้อาจมีมาตั้งแต่สมัยอยุธยาตอนต้น ในรัชสมัยของสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ (พ.ศ. 1991-2031)

4) การสักเพื่อแสดงหมูกองที่ไพร่สังกัด

มีการสักที่ข้อมือเพื่อบอกหมูกองที่สังกัด ถ้าไม่มีรอยสักเรียกว่า “พวกแขนขาว” เป็น ไพร่ที่ไม่มีสังกัด เมื่อเกิดคดีความฟ้องร้องกันขึ้นจะไม่มีผู้ใดรับรอง คนที่เข้ารับราชการกอง ประจำการต้องสักขึ้นทะเบียนที่ข้าหลวงกลาโหมประจำเมืองนั้น

5) การสักเพื่อประจานความผิด

ในสมัยรัชการที่ 4 มีการสักหน้าผากของผู้ที่กระทำความผิด เพื่อประจานความผิดเป็นการประกาศให้ผู้ได้พบเห็น ไม่ให้การสนับสนุน ช่วยเหลือ และไม่คบค้าสมาคม

6) การสักเพื่อความมีเสน่ห์ สิริมงคล และให้เกิดความเกรงขาม

มักเป็นสักเป็นอักขระ อักษรขอม เลขยันต์ โดยใช้หมึกและน้ำมัน (ใช้น้ำมันงาเชื่อว่า 10 ชนิด) การสักน้ำมันจะมีรอยให้เห็น 3 วัน แผลจึงหาย

การสักตามร่างกายเป็นความเชื่ออย่างหนึ่งของมนุษย์สมัยโบราณ เกิดขึ้นเมื่อ 5,300 กว่า ปีมาแล้ว สมัยกรีก โรมัน อียิปต์ จีน ญี่ปุ่น โดยมีความเชื่อที่แตกต่างกัน นักวิทยาศาสตร์ได้กล่าวถึง รอยสักไว้หลายคน บางคนกล่าวว่า ลายสักและความนิยมในการสักมีขึ้นในหมู่มนุษยชาติมาแล้ว ไม่นต่ำกว่า 4,000 ปี ทั้งนี้จากการค้นพบพระศพของกษัตริย์ไอคุปต์ ที่มีอายุถึง 4,000 ปีสภาพศพ อาบน้ำยาหรือ “มัมมี่” นั้น มีรอยสักสลบสีอย่างงดงาม บางคนกล่าวว่า รอยสักปรากฏในร่างกายของมัมมี่ 3,300 ปี ก่อนคริสตศักราช บางคนก็ว่ามีในร่างกายของมัมมี่ในอียิปต์และนูเบีย 2,000 ปี ก่อนคริสตศักราชความเชื่อเกี่ยวกับรอยสักของมนุษย์ในแต่ละซีก โลก ต่างก็มีความหมายที่แตกต่าง กันออกไปตามวัฒนธรรมและประเพณี ชาวอียิปต์โบราณเชื่อมั่นว่า เมื่อวิญญาณออกไปจากร่างแล้ว

อีกวันหนึ่งข้างหน้าดวงวิญญาณจะกลับมาอีกครั้ง รอยสักจึงกลายเป็นสัญลักษณ์อย่างหนึ่งในความเชื่อที่บันทึกเครื่องหมายเอาไว้ในร่างกายเพื่อเป็นหลักฐานว่า ครั้งหนึ่งวิญญาณของเขานั้นเคยได้อาศัยอยู่ในร่างนี้ พวกเขาเคยใช้สัญลักษณ์ของแมลงปีกแข็งชนิดหนึ่งเป็นเครื่องหมายของการสักและเป็นที่ยกย่องในหมู่ของชาวอียิปต์โบราณว่า เป็นความคงทนถาวรที่จะมีชีวิตเป็นนิรันดร์

ในประเทศญี่ปุ่น ค้นพบการสักจากรูปปั้นดินเหนียว ซึ่งมีการเพ้นท์บนหน้าเป็นลวดลายเป็นลายสักมีอายุเก่าแก่ 5,000 ปี ก่อนคริสต์ศักราชหรือมากกว่านั้น คนเผ่าที่มีการสัก คือเผ่า Ainu มีการสักที่แสดงออกถึงความเข้มแข็งด้วยสัญลักษณ์ของรูปสัตว์ต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงความมีอำนาจ มีความว่องไว กล้าหาญ เช่น ปลา มังกร สิงโต เสือ แสดงให้เห็นว่าเขาคือผู้ใหญ่ที่พร้อมจะต่อสู้โลกได้แล้วนักวิทยาศาสตร์บางคนกล่าวว่า ชาวเมารีของนิวซีแลนด์และพวกโอโนของญี่ปุ่นภาคเหนือมีความเชื่อว่า การสักจะช่วยคุ้มครองความเป็นหนุ่มสาวและความกระฉับกระเฉงของพวกเขา

พวกบริตันส์ กอลส์ (ยุโรปตะวันตก ในยุคโบราณรวมทั้งทางตอนเหนือของอิตาลี ฝรั่งเศส เบลเยียม และทางใต้ของเนเธอร์แลนด์) เยอรมัน และกรีกเฮโรโดตัส (Herodotus) นักปราชญ์ชาวกรีก ซึ่งได้รับยกย่องว่าเป็นบิดาแห่งประวัติศาสตร์ ได้บันทึกไว้ว่า พวกจารบุรุษในสมัยโบราณเมื่อเข้าสู่ความลับที่มีความสำคัญที่สุดของฝ่ายศัตรูได้แล้วจะโกนศีรษะแล้วสักข้อความอันเป็นความลับนั้นลงที่กลางศีรษะแล้วทิ้งให้ผมยาวดั้งเดิม จึงลอบกลับไปหาพวกของตน การสักจึงเป็นวิธีที่ช่วยให้จารบุรุษนำความลับผ่านแนวข้าศึกศัตรูได้อย่างสะดวก¹⁰²

ในส่วนของกะลาสีเรือ รอยสักเป็นที่นิยมตั้งแต่สมัยกัปตันคุก นักเดินเรือชาวอังกฤษในปีคริสต์ศักราช 1700 กว่า นับว่ารอยสักเป็นสิ่งที่ดึงดูดใจของทหารเรือมานานแล้วการสักเป็นภาพสลัปลืออย่างสวยงามนั้น ชาวญี่ปุ่นได้รับการยกย่องว่ามีฝีมือมากที่สุดแต่ชาวโลกเพิ่งจะรู้ว่า ช่างสักชาวญี่ปุ่นมีฝีมือยอดเยี่ยมที่สุดในโลกเมื่อกลางศตวรรษที่ 18 ซึ่งความจริงแล้วชาวญี่ปุ่นมีฝีมือเป็นเลิศในการสักภาพสลัปลืออย่างสวยงามมาตั้งแต่ 500 ปี ก่อนคริสตกาลเพราะก่อนหน้านั้นชนชาติญี่ปุ่นปิดประเทศสำหรับชาวต่างชาติ ต่อมาเมื่อญี่ปุ่นเปิดประเทศต้อนรับชาวต่างชาติ ความเป็นผู้มีฝีมือในการสักของชาวญี่ปุ่นจึงระเบิดลือเลื่องไปทั่วโลก ถึงกับมีการเปิดร้านหุหรารสำหรับรับสักกลายเป็นล่ำเป็นสัน

ในประวัติศาสตร์จีน พบการสักที่หลังของ “งักสูย” แม่ทัพของจีนที่นำทัพเข้าต่อต้านกองทัพอมองโกล ในสมัยราชวงศ์ซ้องเป็นรอยสักที่มีชื่อเสียงมากในประวัติศาสตร์ชาติจีน สักเป็นอักษรจีน 4 ตัว แปลว่า “ตอบแทนชาติด้วยความซื่อสัตย์”

¹⁰² สืบค้น 25 มิถุนายน 2558, จาก <http://rama4.mahidol.ac.th/ramalaser/th/knowledge/tattoo1>

ในเกาะโซโลมอน ผู้หญิงจะไม่มีโอกาสแต่งงานหากบนร่างกายของพวกเธอถ้าปราศจากรอยสัก เช่นเดียวกับผู้หญิงชาวเอสกิโมที่เชื่อว่า ผู้หญิงที่มีรอยสักแล้วเท่านั้นจึงจะแต่งงานมีครอบครัวได้

แต่สำหรับในประเทศอิรัก รอยสักเป็นสิ่งที่ยืนยันให้เห็นถึงความอดทนของผู้หญิง โดยสักในที่เปิดเผยให้เห็นเด่นชัด

รอยสักชาวฮาวาย ใช้ลวดลายจากธรรมชาติมาใช้ในการสัก เช่น ฟันปลาฉลาม ลายถักทอ เม่นทะเล มีความหมายลึกซึ้งโดดเด่นเฉพาะตัว

สำหรับประเทศเพื่อนบ้านอย่างพม่าและมาเลเซีย การสักลายของพม่าพบในสมัยพระเจ้าโพดอพญา (ค.ศ. 1143-1181) เวลาทำนาหรือออกรบผู้ชายมักจะต้องนุ่งผ้าดอกเขมร ลายสักจึงถือเป็นเครื่องแสดงความเป็นลูกผู้ชาย และถือว่าผู้มีลายสักเป็นผู้ที่มีความอดทนและกล้าหาญ ดังนั้นผู้ชายที่ไม่สักลายมักจะถูกดูแคลน และอาจไม่เป็นที่หมายปองของหญิงสาวอีกด้วย นิยมสักจากเอวจนถึงหัวเข่า สีที่ใช้สักมักจะเป็นสีดำหรือสีน้ำเงินเข้ม มีสีแดงบ้างเล็กน้อย ส่วนในประเทศมาเลเซีย พบประวัติการสักของชนเผ่าบอร์เนียวมานานนับพันปี นิยมสักลายกราฟิก ลายดอกไม้

สำหรับคริสเตียน รอยสักกลับเป็นสิ่งต้องห้าม ในคริสต์ศักราช 787 มีข้อห้ามมิให้คริสต์ศาสนิกชนในยุโรปทำการสักอย่างเด็ดขาด โดยอ้างว่าการสักทำให้ร่างกายมัวหมองมีราศีปราศจากความบริสุทธิ์ผุดผ่อง ไม่พึงประสงค์ของพระเจ้าเป็นยุคที่การสักในยุโรปชบเซาตั้งแต่นั้นมา

2.4.2 การลงโทษประจานโดยการสัก

สมัยก่อน การลงโทษต่อเนื้อตัวร่างกายเป็นวิธีการลงโทษที่นิยมใช้กันอย่างแพร่หลาย มุ่งแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิดให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำ เช่น การโบยตี เข็มย่น ทวน การตัดอวัยวะ การลงตราประทับหรือประจาน และการทรมานอื่นๆ¹⁰³

แนวคิดเรื่องการลงโทษโดยการประจาน (Branding) ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความอับอาย โดยการสักบนใบหน้าของนักโทษเป็นวิธีหนึ่งในการประจานให้ผู้กระทำความผิดได้รับความอับอาย และเป็นการทำให้คนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างว่าทำผิดแล้วจะถูกลงโทษอย่างไรด้วย

2.4.3 วัตถุประสงค์ในการลงโทษ

การลงโทษ หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ที่ต้องรับโทษซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงโทษเปรียบเสมือนเครื่องมือของการตัดสินของสาธารณะ ซึ่งประเด็นสำคัญคือ เป็นวิธีการที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดหรือการทรมานซึ่งเป็นผลจากการตัดสิน

¹⁰³ จาก *อาชญวิทยา และทัณฑวิทยา* (น. 174), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

โดยค่านิยมบางอย่างของสังคม นอกจากนี้มีนักวิชาการหลายท่านเสนอความคิดว่า การลงโทษเป็นการกระทำตามสัญชาตญาณการแก้แค้น โดยเป็นกระบวนการที่ยุ่ยากซับซ้อน อาชญากรรมบางประเภทและการกระทำบางชนิดถูกมองว่าผิด และทำให้สังคมเสียสมดุล ทำให้เสียผลประโยชน์ของบุคคลหรือสมาชิก ปฏิบัติการลงโทษต่างๆ จึงเป็นส่วนในการทำลายความสมดุลที่เกิดขึ้น ดังนั้นการลงโทษอาจเป็นเพียงหนึ่งในปฏิกริยาหลายๆ อย่างต่อการฝ่าฝืนกฎหมาย¹⁰⁴

การบัญญัติกฎหมายอาญาขึ้นมา ก็เพื่อที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น วัตถุประสงค์และรูปแบบในการลงโทษได้มีวิวัฒนาการผ่านยุคต่างๆ ของสังคม ซึ่งวัตถุประสงค์และรูปแบบในการลงโทษนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะการปฏิบัติงานราชทัณฑ์จะมีประสิทธิภาพเพียงใดขึ้นอยู่กับ การทำความเข้าใจวัตถุประสงค์และรูปแบบในการลงโทษ¹⁰⁵

1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution)

เป็นวัตถุประสงค์การลงโทษที่เก่าแก่ รูปแบบการลงโทษจะมีลักษณะรุนแรงป่าเถื่อน เช่นการตัดอวัยวะ การเข็มนติ การทรมาน เป็นต้น วัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทนนี้เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชน จึงเป็นวัตถุประสงค์ที่ยังคงหลงเหลืออยู่ในปัจจุบัน วัตถุประสงค์นี้มีจุดอ่อน คือ การลงโทษแก้แค้นทดแทนนี้ไม่ได้มองถึงประโยชน์ในอนาคต ไม่ได้พิจารณาถึงการป้องกัน อีกทั้งเป็นการยากที่จะวัดขนาดความรุนแรงของโทษกับความผิดว่ามีความเท่าเทียมกันหรือไม่

2) การลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง (Deterrence)

แนวคิดนี้เป็นผลมาจากความคิดของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School) ซึ่งเชื่อว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นจากการที่คนไม่เกรงกลัวกฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ ทั้งนี้เพราะมนุษย์มีเหตุผลและมีเจตจำนงอิสระ การทำผิดจึงเกิดจากการเลือกกระทำของเขาเอง เนื่องจากเห็นว่าได้ประโยชน์มากกว่าจึงกล้าเสี่ยงทำผิด การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำความผิด แต่วัตถุประสงค์นี้มีข้อจำกัดว่า การใช้โทษเป็นเครื่องมือในการยับยั้งนั้นเป็นการยับยั้งที่เกิดจากความเกรงกลัว การลงโทษไม่ได้เกิดจากจิตใจที่ติงามหรือการยับยั้งจากภายในของผู้กระทำ

3) การลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำความผิด (Incapacitation)

มีหลักการว่า อาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากร หรืออาชญากรไม่มีโอกาสที่จะทำผิด วัตถุประสงค์นี้คล้ายกับวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อข่มขวัญยับยั้ง แต่แตกต่างกันว่าตาม

¹⁰⁴ แหล่งเดิม. (น. 130).

¹⁰⁵ จาก *หลักทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการวิเคราะห์ระบบงานราชทัณฑ์* (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 18-19, 23-42), โดย นัทธี จิตสว่าง, 2545, กรุงเทพฯ: ราชทัณฑ์.

หลักการของการลงโทษเพื่อการช่มขวัญยังมุ่งให้เกิดความเกรงกลัวที่จะไม่กระทำผิดขึ้นอีก แต่การลงโทษเพื่อตัดโอกาสมุ่งป้องกันการกระทำผิดซ้ำ โดยการทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดขึ้นได้ ซึ่งอาจมีวิธีการเนรเทศผู้กระทำความผิด เช่น ประเทศไทยสมัยก่อนนิยมส่งนักโทษอุกฉกรรจ์และนักโทษการเมืองไปอยู่เกาะตะลุมเตอันห่างไกลและกันดารในภาคใต้¹⁰⁶ หรือการตัดอวัยวะเพื่อตัดโอกาสในการประกอบอาชญากรรม เช่น ตัดมือพวกลักขโมย เป็นต้น แต่สำหรับปัจจุบันเป็นการจำคุกโดยกันผู้กระทำความผิดออกไปจากสังคมให้ปลอดภัย แต่ก็เป็นการแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราว การลงโทษจำคุกเพื่อสนองวัตถุประสงค์นี้มีชีวิตที่ดีที่สุด เนื่องจากผู้กระทำความผิดต้องกลับมาอยู่ในสังคมเดิมในท้ายที่สุด และเมื่อกลับมาแล้วผู้กระทำความผิดอาจมีความโกรธแค้นสังคมมากยิ่งขึ้น

4) การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation)

เป็นแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School) ซึ่งเชื่อเรื่องเจตจำนงกำหนด (Determinism) กล่าวคือ การกระทำของมนุษย์ถูกกำหนดจากปัจจัยต่างๆ มนุษย์ไม่สามารถเลือกกระทำได้อย่างอิสระ แต่มนุษย์ถูกกดดันหล่อหลอมจากสิ่งแวดล้อมและปัจจัยต่างๆ จนมีบุคลิกภาพที่บกพร่องและหันไปสู่การกระทำผิด ซึ่งปัจจัยต่างๆ นี้อยู่นอกเหนือการควบคุมของมนุษย์ การลงโทษจึงไม่ควรมุ่งเน้นที่การกระทำความผิดเป็นหลัก แต่ควรพิจารณาจากสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดและการแก้ไขไปที่สาเหตุนั้น แนวความคิดนี้จึงเป็นแนวคิดที่ให้โอกาสคนกลับตัว ให้โอกาสแก้ไขปรับปรุงตัว โดยการทำให้คนที่ทำผิดไม่ให้อึดอัดไปสู่อารมณ์ความผิดมากขึ้น โดยใช้มาตรการลงโทษที่ไม่ทำให้เกิดรอยมลทินและได้รับการขัดเกลาจากผู้กระทำความผิดอื่นๆ วิธีการดังกล่าวได้แก่ การรอลงอาญาโดยมีการคุมประพฤติ การใช้โทษปรับและการใช้มาตรการในชุมชนอื่นๆ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่ได้รับการยอมรับและปฏิบัติอย่างกว้างขวางโดยผสมผสานกับวัตถุประสงค์ข้ออื่นๆ

วัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสี่ข้อข้างต้น ยังเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่แพร่หลายอยู่ในสังคมปัจจุบัน หากแต่จุดเน้นได้เปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่เน้นการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนไปสู่การลงโทษเพื่อการอบรมแก้ไข แต่การลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทนก็ยังคงปรากฏอยู่ในความคาดหวังของสังคม ซึ่งจะเห็นได้จากกรณีที่รัฐต้องลงโทษเพื่อตอบสนองความรู้สึกของประชาชนในกรณีที่มีอาชญากรรมรุนแรงเกิดขึ้น ในขณะที่เดียวกันการลงโทษยังเป็นการทำให้คนทั่วไปเกิดความเกรงกลัวในการถูกลงโทษ การลงโทษจึงมุ่งเพื่อข่มขู่ยับยั้งเช่นกัน

¹⁰⁶ อาชญาวิทยา และทัณฑวิทยา (น. 175). เล่มเดิม

ดังนั้น วัตถุประสงค์ในการลงโทษทั้งสี่ข้อดังกล่าวจึงยังเป็นวัตถุประสงค์ที่ผสมผสานในการลงโทษอยู่ในปัจจุบัน

2.4.4 ความเป็นมาในการขลิบอวัยวะเพศ

การทำสุหนัต เป็นกระบวนการผ่าตัดในทางการแพทย์ซึ่งเป็นที่รู้จักกันมายาวนาน เพราะเป็นที่ปฏิบัติอย่างกว้างขวางในฐานะที่เป็นพิธีกรรมทางศาสนาอิสลามและศาสนาอื่น แต่โบราณ โดยมีหลักฐานเก่าแก่ที่สุดของการขลิบอวัยวะเพศชายสามารถย้อนหลังไปถึงสมัยอียิปต์ เมื่อ 2,300 ปี ก่อนคริสตกาล สมัยหลังสงครามโลกครั้งที่สอง การขลิบอวัยวะเพศเด็กหนุ่มก็เป็นที่นิยมไปทั่วโลก¹⁰⁷

การเข้าสุหนัตเป็นพิธีกรรมที่สำคัญอย่างหนึ่งของชาวมุสลิม มีความเชื่อว่าชาวมุสลิมที่แท้จริงต้องเข้าสุหนัต ถ้าไม่ทำถือว่าเป็นมุสลิมที่ไม่สมบูรณ์ การเข้าสุหนัตนั้น อาจทำเพียงคนเดียวหรือบางครั้งอาจจะนำเด็กชายซึ่งเป็นญาติกัน มาทำการขลิบพร้อมกันหลายคน เพื่อทำให้เกิดความอุ่นใจแก่ผู้ที่จะต้องถูกทำการขลิบ

จากที่ได้กล่าวว่าการขลิบมีการปฏิบัติกันทั่วโลก ซึ่งมีใช้แต่เฉพาะในประเทศอิสลามเท่านั้น แต่ยังปฏิบัติกันในส่วนอื่นๆของโลกอีกด้วย เช่น ในสหรัฐอเมริกา ทารกเพศชายกว่าหนึ่งล้านคนก็ได้รับการขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศในแต่ละปี การขลิบอวัยวะเพศชายเป็นกฎของการรักษาความสะอาดข้อหนึ่งในอิสลาม วิธีการขลิบในสมัยก่อนเรียกว่า Abraham's method ทำโดยการใช้มีดหนีบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศให้ยึดออกพอประมาณ จากนั้นใช้ของมีคมที่หาได้ตามแต่ในยุคสมัยนั้น ตัดผ่านผิวหนังหุ้มเฉพาะส่วนที่ยึดพันจากปลายขององคชาตอย่างรวดเร็ว และปล่อยให้เลือดหยุดเอง¹⁰⁸ และช่วงอายุที่ทำการขลิบนั้นไม่ได้มีการบัญญัติที่เฉพาะเจาะจง แต่มีหลักฐานว่าสามารถทำได้หลายช่วงอายุ เช่น ขลิบเมื่อบรรลุนิติภาวะแล้ว (มีการเคลื่อนของอสุจิ หรือฝันเปียก) หรือทำการขลิบเมื่อมีอายุได้ 7 วัน หรือการขลิบเมื่อเข้ารับนับถือศาสนาอิสลาม¹⁰⁹

ปัจจุบันการขลิบ (Circumcision) โดยบุคลากรทางการแพทย์ได้รับความนิยมนำขึ้น เนื่องจากมีความสะอาด ปลอดภัย ภาวะแทรกซ้อนน้อย และมีการดูแลหลังผ่าตัดจากเครือข่ายทางการแพทย์ เช่น สถานีอนามัยและโรงพยาบาล ทำให้ได้รับการดูแลทันทั่วถึงเมื่อเกิดปัญหาแทรกซ้อนต่างๆ เช่น แผลติดเชื้อหรือมีเลือดออก เป็นต้น

¹⁰⁷ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก <http://www.bloggang.com/viewblog.php?id=thaicirc20&group=1>.

¹⁰⁸ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก <http://islamhouse.muslimthai.com/main/index.php?page=sub&category=7&id=18360>

¹⁰⁹ สืบค้น 28 มิถุนายน 2558, จาก http://www.prostate-rama.com/reading_detail.php?cid=76

การขลิบอวัยวะเพศนั้น มีข้อดี คือ ช่วยลดการติดเชื้อทางเดินปัสสาวะในเด็กเล็กได้ ลดการเกิดโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ การขลิบลดการเกิดโรค HIV และ HPV ในผู้ชาย และลดมะเร็งปากมดลูกในหญิงที่เป็นคู่นอนได้ อีกทั้งการขลิบมีความสัมพันธ์ช่วยลดการเกิดมะเร็งองคชาติได้ อีกด้วย

2.5 การกระทำต่อร่างกายกับการให้ความยินยอมของผู้เยาว์

2.5.1 การสักร่างกาย

ปัจจุบันการสักร่างกายกำลังได้รับความนิยมจากผู้เยาว์ โดยการสักร่างกายนั้นสามารถกระทำได้ในหลายสถานที่ เช่น ตามตลาดนัด ศูนย์การค้า เป็นต้น ซึ่งการสักร่างกายเป็นการทำให้เกิดบาดแผล เลือดออก อีกทั้งยังเกิดสิบริเวณใต้ผิวหนังในลักษณะถาวร อีกทั้งในการสักร่างกายผู้เยาว์นั้นมีโอกาสที่จะติดเชื้อ เช่น โรคไวรัสตับอักเสบบ หรือโรคร้ายแรงอย่างโรคเอดส์ได้¹¹⁰ ซึ่งมีผู้เยาว์จำนวนมากไม่น้อยที่สักร่างกาย โดยได้ให้ความยินยอมที่จะสละคุณธรรมทางกฎหมาย ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมของผู้เยาว์ที่ยังไม่เข้าใจถึงสภาพของการกระทำการสักว่าการสักจะมีผลกระทบอย่างไร ความยินยอมของผู้เยาว์ดังกล่าวที่ได้ให้ในการสักร่างกายนั้น ย่อมเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.5.2 การขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ

การขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ หรือที่เรียกว่าการทำสุหนัด¹¹¹ (ritual circumcision) เป็นการกระทำตามศาสนาอิสลามและยิว ปัจจุบันนิยมการขลิบหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศตั้งแต่ยังเป็นเด็กทารก¹¹² เป็นการตัดหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศของเด็กออกไป การขลิบจะลดการติดเชื้อและการอักเสบของหนังหุ้มปลายอวัยวะเพศ ซึ่งจะลดการเกิดมะเร็งที่อวัยวะเพศ และการขลิบจะทำให้ทำความสะอาดปลายอวัยวะเพศได้ง่าย ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็ไม่ขัดต่อศีลธรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการขลิบนั้น แม้ว่าบิดามารดาหรือ

¹¹⁰ จาก “พฤติกรรมทางเพศของผู้ติดยาเสพติดโดยใช้เข็มฉีดยา,” *ทุนวิจัยสนับสนุนโดยองค์การอนามัยโลก โครงการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพเพื่อพัฒนานักวิจัยรุ่นใหม่ แผนงานส่งเสริมการวิจัยพฤติกรรมสุขภาพ (รายงานการวิจัย) (น. 4, 8),* โดย นงลักษณ์ เทพสวัสดิ์ และนัทธี จิตสว่าง, 2534.

¹¹¹ *ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา* (น. 108). เล่มเดิม

¹¹² สืบค้น 3 พฤษภาคม 2558, จาก http://www.siamhealth.net/public_html/mother_child/children/circum/circum.htm#. VUbGvUZCKSo

ตัวผู้เข่าวเองจะไม่ได้นับถือศาสนาอิสลาม หรือศาสนายิว แต่การขลิบนั้นเป็นการกระทำเพื่อความสะอาด และลดอัตราการเกิดโรคต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ ประกอบกับการขลิบนั้นถือเป็นการผ่าตัดเล็ก จะกระทำในสถานพยาบาลซึ่งมีมาตรฐานในการรักษาความสะอาดอยู่แล้ว

จะเห็นได้ว่าการสักร่างกายปัจจุบันไม่ถือว่าการลงโทษ แต่เป็นที่ยอมรับจากมติมหาชนว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับแฟชั่น สามารถที่จะทำได้ เช่นเดียวกับการทำศัลยกรรมจมูก ศัลยกรรมตาสองชั้น เจาะหู เป็นต้น ซึ่งไม่ผิดศีลธรรม แต่อย่างไรก็ตาม ความยินยอมของผู้เข่าวก็ควรได้รับความคุ้มครอง รวมไปถึงบุคคลผู้มีความบกพร่องทางจิต เช่น ผู้วิกลจริตและผู้อยู่ในอาการมึนเมา เพราะฤทธิ์ของแอลกอฮอล์ หรือยาเสพติดด้วย