

ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดและยกเว้นโทษ

ความนำ

บทนี้จะพิจารณาถึงการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งบรรยายถึงลักษณะของฐานความผิดอันเป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาที่เป็นอิสระนั้น ความรับผิดทางอาญาอาจไม่เกิดขึ้น ถ้าการกระทำนั้นมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิด (nichterchtswidrig) และแผนการกระทำจะครบองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ ผู้กระทำนั้นก็อาจไม่ต้องรับโทษ ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลที่สังคมไม่อาจตำหนิผู้กระทำได้ (blameworthiness of the perpetrator) หรือมีเหตุที่ทำให้การตำหนิส่วนตัว (personal blameworthiness) เปลี่ยนไป ซึ่งเป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษ (Excusation) ให้ ทั้งนี้โดยหลักหลายประการ และประการหนึ่งคือ หลักว่าควยความจำเป็นทางนโยบายทางอาญา ¹

¹ นโยบายทางความผิดอาญา (Criminal Policy) เป็นวิชาที่ศึกษาถึง

ก. วิธีการป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรม (Criminal Prophylaxy) โดยกำจัดมูลเหตุที่ศึกษามาจากอาชญาวิทยา เช่น โดยการจัดตั้งองค์การดำเนินการป้องกันต่าง ๆ กำจัดสมุฏฐานทางตัวบุคคลผู้กระทำผิด กำจัดสมุฏฐานทางสังคม ตลอดจนจัดดำเนินการสงเคราะห์ผู้พ้นโทษไปแล้ว เป็นต้น

ข. วิธีการทางนิติบัญญัติ (legislation) ได้แก่ การศึกษาให้ทราบถึงกฎหมายที่ควรจะมีขึ้นอย่างไรจึงจะโดยผลในทางป้องกัน และปราบปรามการกระทำผิดทั้งหมดทั้งในทางกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบบัญญัติ กล่าวคือทั้งกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา, กฎ จิตติ คิงศัททย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 4.

โครงสร้างทางความผิดอาญา

การกระทำ¹ จะ เป็นความผิดและ ผู้กระทำจะ ต้องรับโทษหรือไม่ นั้น เรา ต้องพิจารณาจากโครงสร้างความผิดทางอาญา (Verbrechensoufbau) การพิจารณาถึงความผิดของบุคคลใดนั้น เราจะต้องมีแนวความคิดทางอาญา (Concept of crimes) ซึ่งประกอบด้วยโครงสร้าง 3 ประการ² คือ

ก. องค์ประกอบ (Tatbestandsmassiqkrit & fulfillment of the Statutory elements of a crime) ของความผิดอาญา ในทางรูปแบบ กล่าวคือ การกระทำที่ ต้องรับโทษนั้นจะต้องบัญญัติขึ้นเป็นบทกฎหมาย บรรยายถึงลักษณะของฐานความผิด ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาที่เป็นอิสระ

¹กรรมหรือการกระทำซึ่ง เป็นความผิดต้องแสดงออกมารภายนอก จึงจะมีระดับอาชญากรรมกระเทือนความสงบเรียบร้อยของชุมชน เพียงแต่คิดในใจ จะชั่วร้ายเพียงใดก็ไม่อาจเป็นความผิดได้ จนกว่าจะมีการกระทำเกิดขึ้นตามที่คิดนั้น ดู จิตติ ทิงศรัทิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 114.

²Jerome Hall, "Comment on Structure and Theory. Albin Eser, Justification and Excuse," J. Comp. L. 24 am (1976) pp. 615-637.

แนวความคิดทางอาญาคงกล่าว เป็นที่ยอมรับของประเทศในภาคพื้นยุโรป และทฤษฎีกฎหมายของกลุ่มละติน-อเมริกัน

สำหรับประเทศที่ใช้ Common Law นั้นพิจารณา Maxim "acties non facit reum nisi mens sit rea"

โดยยังไม่ได้นิยามว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาแล้วหรือยัง พิจารณาจาก
 วัตถุประสงค์ที่มีไว้เป็นการกระทำโดยประมาท โดยทั่วไปแล้วแบ่งออกเป็น องค์
 ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน

1. องค์ประกอบภายนอก ประกอบด้วยผู้กระทำ การกระทำ กรรม
 ของการกระทำ ผลของการกระทำและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล
 - 1) ผู้กระทำ โดยปกติจะไม่จำกัดว่าผู้กระทำเป็นใคร เว้นแต่
 ในบางกรณีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำไว้เป็นพิเศษ ดังเช่น กรณีตาม
 มาตรา 147-166 และมาตรา 200-205 ทั้งนี้ ทำให้บุคคลทั่วไปไม่อาจเป็น
 ผู้ร่วมกระทำผิดได้ เพราะขาดคุณสมบัติกล่าวคือ ไม่ใช่เป็นเจ้าพนักงาน¹
 - 2) การกระทำ การกระทำคือเหตุการณ์ที่ปรากฏออกมาภายนอก
 โดยจิตใจบังคับ² กระทำการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้³ และในกรณีที่ต้องการผล⁴

¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 320/2490, 492/2512, 2159/2518

²H.M. Perkins Criminal Law, 2 ed. (New York. The
 Foundation Press Inc. 1969) p.551.

³ตัวอย่างเช่น การทำให้ตาย ตามมาตรา 288, การทำร้าย มาตรา
 295 การเอาไป ตามมาตรา 334 เป็นต้น

⁴ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความตายของผู้ถูกฆ่าเป็นองค์
 ประกอบอยู่ด้วย ถ้ามีการกระทำแต่ไม่เกิดผลถึงตายหรือมีความตายเกิดขึ้น แต่มี
 ได้เกิดขึ้น เพราะผลแห่งการกระทำนั้น หากเป็นผลจากเหตุอื่น การกระทำนั้นก็
 เป็นเพียงพยายามฆ่าเท่านั้น ดู จิตติ คิงศกทิตย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา
ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 8.

(délits matériels) ผู้มีหน้าที่¹ กระทำการอันใดเพื่อป้องกันผลไต่กันวงกระทำ การคังกล่าว ถือว่าการวงคเวนคังกล่าวเป็นการกระทำ (délits de commission pas commission) ตามนัยแห่งกฎหมายอาญาค่าย²

3. กรรมของการกระทำ คังเช่น ความเป็นมนุษย์ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288 ถ้ายังไม่มีสภาพเป็นมนุษย์ กล่าวคือ ยังเป็นทารกในครรภ์มารดา ก็เป็น กรรมของการกระทำในความผิดฐานแทงลูก เป็นต้น

4. ผลของการกระทำ ความผิดอาญาแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ความผิดที่ทงมีผลเกิดขึ้นจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ (délits matériels) เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 และความผิดที่ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นก็ถือว่าเป็นความผิดที่สำเร็จแล้ว เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 ซึ่งเมื่อแจ้งความเท็จก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนเจ้าพนักงานจะเชื่อหรือไม่สำหรับถ้อยคำที่แจ้งนั้นไม่ใช่ข้อที่ทงพิจารณา³

¹ หมายถึงผู้ที่มีหน้าที่ทงกระทำและทงไม่หมายถึงว่าเป็นเพียงหน้าที่คามศีลธรรม (Moral Obligation) เท่านั้น คังนั้นอาจหมายคามรวมถึง เกิดจากกรณีกฎหมายบังคับ สัญญา หรือคามรับผิดชอบ โดยการเข้ารับหน้าที่อย่างใดโดยสมัครใจและการวงคเวนคัง- กล่าวเป็นเหตุโดยทงให้เกิดผลเสียหายขึ้น หน้าที่ป้องกันผลคังกล่าว R.M. Perkins เห็นว่า "...Such a legal duty may exist because of (1) an express Provision of Law, (2) a legal relation, (3) a factual or (4) a contract" กู R.M. Perkins , Criminal Law, p. 82.

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคทาย.

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 459/2472.

5) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล การพิจารณาจะต้องถือว่า การกระทำทุก ๆ การกระทำ ย่อมจะก่อให้เกิดผล ถ้าหากปรากฏว่าไม่มี การกระทำ นั้น ๆ แล้ว ผลนั้นจะไม่เกิดขึ้น (*Conditio sine quanon*) เว้นแต่ในกรณี ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดที่มีโทษแรง โดยไม่คำนึงถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำ (*durch den Erfolg qualifizierte Delikte*) เช่นความผิดฐานทำให้คน ตายโดยประมาท เป็นต้น ความผิดประเภทหลังนี้ บุคคลจะรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำ ของตนเฉพาะเมื่อการกระทำนั้น ตามความรู้ ความชำนาญของมนุษย์เหมาะสมที่จะให้บังเกิด ผลเช่นนั้นได้ (*adequate Verusachung*)

ส่วนความผิดที่ผลไม่ จำต้องเกิดขึ้นก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จนั้น ก็ไม่จำต้อง พิจารณาหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2. องค์ประกอบภายใน ประกอบด้วยเจตนา มูลเหตุชักจูงใจ และองค์ประกอบ ภายนอกที่นอกเหนือเจตนาและมูลเหตุชักจูงใจ

1) เจตนา ผู้กระทำจะต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของ ความผิด และผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำ

¹ สายหยุด แสงอุทัย, การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา, บทบัญญัติ, 12 (มิถุนายน 2483) : 218-219.

² ส่วนประมาทเป็นองค์ความผิดเฉพาะบางกรณีที่ยกกฎหมายบัญญัติไว้โดย เฉพาะเท่านั้น

³ การวินิจฉัยความรู้ข้อเท็จจริงต้องพิจารณาจิตใจผู้กระทำ (*Subjective*) ข้อสังเกตการกระทำโดยความสำคัญผิดและกระทำโดยพลาด ก็เป็นเรื่อง เจตนาเหมือนกัน
 ภู หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 89

นั้น¹ ดังนั้น ถ้าผู้กระทำมีเจตนาจะฆ่าผู้อื่นความมาตรา 288 ผู้กระทำจะถือว่าผู้ที่จะ
ฆ่า นั้น เป็นมนุษย์และคนของการทำใหม่มนุษย์นั้นตาย นอกจากนี้ยังมีการกระทำที่เกิดผลนอก
เหนือจากเจตนาที่ผู้กระทำประสงค์แต่เป็นผลธรรมดา² หรือผลที่กฎหมายบัญญัติให้รับผิดตลอด
ไปถึง³ คอย

¹ ปัญหาเรื่องเจตนามักจะเกิดขึ้นในลักษณะเล็งเห็นผล เพราะตามปกติ
ย่อมไม่อาจทราบได้ชัดแจ้งว่าผู้กระทำประสงค์อะไร ศาลได้แต่จะพิจารณาจากรวมและ
พฤติการณ์ภายนอก แล้ววินิจฉัยเจตนาของผู้กระทำจากพฤติการณ์เหล่านั้นเท่านั้น
ทนายศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้เสนอความเห็นในเรื่อง
เจตนาย่อมเล็งเห็นผลไว้ 3 ประการ กล่าวคือ 1) ผู้กระทำเห็นแล้วว่าผลจะเกิดขึ้น
แต่ผู้กระทำยังขึ้นทำ 2) ผู้กระทำจะตองยอมรับเอาผลไว้วงหน้า หรือเรียกว่าทฤษฎียอม
รับผลเอาไว้วงหน้า Die (herrschende) Einwilligungstheorie 3) ผู้
กระทำไม่โยคีคือผลที่เกิดขึ้นหรือเรียกว่า ทฤษฎีไม่โยคีคือผลที่เกิดขึ้น (Die
Wahrscheinlichkeitstheorie) และมีความเห็นว่าความเห็นข้อ 1 กว้างไปความเห็น
ข้อ 2 แคบเกินไป ความเห็นข้อ 3 เป็นการเดินสายกลาง จึงเห็นด้วยกับความเห็นข้อ
3 ดู หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 63-65.

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63.

³ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 290, มาตรา
294, มาตรา 298 เป็นต้น

2) มูลเหตุจูงใจ ความผิดบางความผิด¹ เพียงแต่ผู้กระทำมีเจตนา
 ธรรมดายังไม่เห็นความผิด ต้องปรากฏควาผู้กระทำไปโดยมีมูลเหตุจูงใจ
 พิเศษ² ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เพิ่มเติมจากเจตนาธรรมดา จึงจะเป็นความผิด

3) องค์ประกอบภายในอื่นที่นอกเหนือเจตนาและมูลเหตุจูงใจ ตัวอย่าง
 เช่น ไตรตรองไวก่อน ทรมาณ หรือกระทำทารุณโหดร้าย³ เป็นต้น

ข. ความผิด การกระทำเป็นความผิด (Rechtswidrigkeit &
 unlawfulness of the act) คือเมื่อเป็นกรณีที่ไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ถ้า
 มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้แล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด (nichtrechtswidrig)
 ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัย (objective)⁴

¹ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 119, มาตรา 123, มาตรา 148
 เป็นต้น

² เหตุจูงใจให้กระทำความผิดดังกล่าว Garraud แบ่งออกตามลักษณะที่แตก
 ต่างกันเป็น 2 ประเภท คือ

1. อาจเป็นเหตุจูงใจที่เป็นข้อเท็จจริงอันได้เกิดขึ้นแล้วในขณะกระทำความผิด
 ข้อเท็จจริงนั้นเป็นเหตุใหญ่ผู้กระทำตกลงใจกระทำความผิด (motifdeterminant)

2. อาจเป็นเหตุจูงใจอันเป็นข้อเท็จจริงที่ยังไม่เกิดขึ้น แต่ผู้กระทำมุ่งประสงค์
 ที่ข้อเท็จจริงอันจะเป็นผลอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะเกิดขึ้นเพราะการกระทำนั้น (but,
 intention finale) ดู Garraud, Traite Theorique et pratique de Droit
 Penal Francais ed. 3., p. 578.

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (6), (7).

⁴ ดู Jerome Hall, "Comment on Structure and Theory : Albin
 Eser, Justification and Excuse," pp. 615-637.

ค. ความชั่ว ผู้กระทำมี "ความชั่ว" (Schuld & quilt, blameworthiness) ความชั่วโดยทั่วไปเป็นเรื่องความรู้สึกชอบ¹ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงทางอัตวิสัย (Subjective) ในกรณีที่ไม่อาจกำหนดผู้กระทำผิดได้ (blameworthiness of the perpetrator) กฎหมายยกเว้นโทษให้ตลอดจนหมายความถึงเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ² การยกเว้นโทษนั้นไม่มีผลต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่ทำให้การกำหนดส่วนตัว (Personal blameworthiness) เปลี่ยนไป และจะได้รับการยกเว้นโทษก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

¹บุคคลอาจจะบกพร่องในเรื่องความรู้สึกชอบเนื่องจากความเจริญเติบโตตาม มาตรา 73, 74 หรือ เนื่องจากพยาธิสภาพทางจิต ตามมาตรา 65, 66

ความชั่วของบุคคลอาจเป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ ไม่มีความชั่วเลย ตามมาตรา 65, 73, 74, เป็นต้น มีความชั่วอย่างจำกัด มาตรา 69, 75 เป็นต้น และมีความชั่วสมบูรณ์ ซึ่งผู้ที่มีความชั่วสมบูรณ์โดยทั่วไปก็คือบุคคลปกติธรรมดาที่มีอายุกว่า 17 ปี ตามมาตรา 76

โดยที่ความชั่วเป็นองค์สำคัญของความผิดอาญาและตามที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าผู้ที่จะถูกกำหนดโทษหรือมีความชื่อนั้นจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น เพราะความชั่วเป็นเรื่องของ "ความสามารถรู้สึกชอบ" นิติบุคคลไม่มีความรู้สึกชอบจึงจะมี "ความชั่ว" ไม่ได้ เพราะเป็นบุคคลที่สมมติ เหตุนี้ที่ศาลลงโทษนิติบุคคลโดยปราศจากการจำกัดจึงผิดหลักเกณฑ์ของความผิดในทางกฎหมายอาญา ดู คณิต ๗ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, (กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522) หน้า 3.

²ท่านศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบายว่า เมื่อปรากฏว่าจำเลยมีความรู้สึกผิดชอบ... ก็ไม่เป็นการเหมาะสมไปที่การกระทำนั้นต้องเป็นการชั่วร้าย และจำเลยจะต้องรับโทษ เพราะอาจมีเหตุซึ่งกฎหมายยกเว้นโทษให้ก็ได้ ถ้ามีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ การกระทำนั้นก็ไม่ใช่การชั่วร้ายดู สายหยุต แสงอุทัย, "การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา," หน้า 232.

นอกจากจะต้องใช้แนวความคิดทางอาญา (Concept of Crimes)
 ดังกล่าว เพื่อพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา อันจะทำให้จำเลยต้องรับ
 โทษหรือไม่ จากโครงสร้างความผิดอาญา (Verbrechen Aufbau) แล้วนั้น
 เราต้องพิจารณาเงื่อนไขประการอื่น ที่จะทำให้จำเลยต้องรับโทษประกอบด้วย กล่าวคือ

ง. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย การบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ คือ
 การประมวลองค์ประกอบโดยทั่วไป โดยคำในกฎหมายก็คือองค์ประกอบนั่นเอง อย่างไรก็ตาม
 ก็ตามในบางกรณีโดยคำของกฎหมายที่ระบุไว้แล้ว ท้ายขององค์ประกอบไม่ กล่าวคือ มีใ
 องค์ประกอบภายนอก เป็นต้นว่าคำว่า "ซึ่งมีสัมพันธไมตรี" ในมาตรา 130 หรือคำ
 ว่า "ในการปฏิบัติกรตามหน้าที่" ในมาตรา 138 ข้อเท็จจริงที่ยกมาเป็นตัวอย่างนี้
 มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่เป็น "เงื่อนไขแห่งการลงโทษทาง
 ภาวะวิสัย" และอยู่นอกเหนือเจตนาหรือประมาท กล่าวคือ ผู้กระทำไม่จำต้องรู้เงื่อนไข
 แห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย แต่ต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด (ดู
 มาตรา 59 วรรค 3) ผลก็คือว่า ตามตัวอย่างผู้กระทำมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย
 ประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องสัมพันธไมตรี และผู้กระทำ
 มีความผิดฐานต่อสูชัชชววง เจ้าพนักงานผู้กระทำจะไม่รู้ว่าเจ้าพนักงานนั้นปฏิบัติกรตาม
 หน้าที่

เงื่อนไขแห่งการลงโทษ คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ
 ความผิดโดยตรง แต่ไม่บริรวมอยู่ทั้งในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ และข้อเท็จจริง
 ในความชั่ว เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยมีลักษณะ เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษใน
 ทางเนื้อหา

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยด้วยกันนั้น
 มีลักษณะที่แตกต่างกันอยู่ ทั้งนี้เนื่องจากบางเงื่อนไขมีลักษณะ เป็นเอกเทศจริง ๆ แต่บาง
 เงื่อนไขมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับองค์ประกอบ แต่แม้เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยจะ
 มีลักษณะที่แตกต่างกันดังกล่าว แต่ก็ตกอยู่ในหลักเกณฑ์เดียวกัน คือ

"ปัญหาการลงโทษขึ้นอยู่กับว่ามีอยู่หรือไม่มีอยู่ของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทาง
ภาวะวิสัยนั้น ๆ โดยเจตนาและประมาทไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับถึงเลย

กฎเกณฑ์ที่กล่าวมานี้หมายความว่าผู้กระทำมีความผิดและจะต้องรับโทษ ถ้า
เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยปรากฏอยู่หรือปรากฏขึ้นภายหลัง แม้ทั้งที่ผู้กระทำจะ
มิได้รู้ หรือควรคาดหมายล่วงหน้าได้ว่า ปรากฏขึ้นก็ตาม และไม่อาจลงโทษผู้กระทำฐาน
พยายามกระทำผิดได้ ถ้าผู้กระทำเชื่อว่า เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย
ปรากฏอยู่หรือจะต้องปรากฏขึ้น ซึ่งโดยความเป็นจริงแล้วไม่ปรากฏว่ามีอยู่หรือจะปรากฏ
ขึ้นไม่ได้เลย¹

จ. เงื่อนไขแห่งการฟ้องร้อง เมื่อมีการกระทำผิดกฎหมายเกิดขึ้นแล้ว
ก็ไม่เป็นการแน่ว่าจำเลยจะต้องรับโทษเสมอไป เพราะอาจเป็นไปได้ว่า เงื่อนไขแห่ง
การฟ้องร้องไม่ครบถ้วนก็ได้ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขแห่งการฟ้องร้องด้วย
เช่น เรื่องอายุความ² เป็นต้น

ดังนั้น ตามกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า แม้การกระทำของผู้กระทำจะครบ
องค์ประกอบความผิด ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ก็ไม่จำเป็นเสมอไปว่าการกระทำของผู้
กระทำนั้นจะเป็นความผิดและต้องรับโทษ การกระทำนั้นอาจเป็นเรื่องที่ผู้กระทำมีอำนาจ
กระทำได้ ไม่มีความชั่วหรือมีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษก็เป็นได้

ทฤษฎียกเว้นความผิด (Justification)

การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งบรรยายถึงลักษณะ
ของฐานความผิด อันเป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาที่เป็นอิสระนั้น ความรับผิดชอบทางอาญา

¹กนิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 4-5

²ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 95,96

อาจไม่เกิดขึ้น ถ้าการกระทำนั้นมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ การกระทำนั้นย่อมไม่
เป็นความผิด (nichterrechtswideig) ซึ่งอาจแบ่งประเภทของเหตุที่ผู้กระทำ
มีอำนาจกระทำได้ออกเป็น 2 ประเภท คือ

ก. กฎหมายจารีตประเพณี ได้แก่ กฎหมายที่มีบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแต่
เป็นหลักที่ประชาชนทั่วไปปฏิบัติตามเป็นระยะเวลาช้านาน และเมื่อมีการบังคับตามประเพณี
อยู่แล้ว ก็สมควรที่จะได้รับการรับรองตามกฎหมายด้วย ถือว่าจะตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่¹
ในสมัยเกิดจารีตประเพณีปะปนกันอยู่กับกฎหมาย ปัจจุบันกฎหมายก็ยังมีบัญญัติรับรอง² จารีตประ
เพณี อิทธิพลต่อกฎหมายอยู่มาก เพราะเป็นแนวปฏิบัติในการดำรงชีวิตประจำวันของ
ประชาชนในสังคมกฎหมายที่ออกตามจารีตประเพณี จึงมักจะได้รับการปฏิบัติตามด้วยดี³ และ
สามารถใช้อำนาจตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Subordinate source of Law)
เพราะสามารถควบคุมความประพฤติของชุมชนได้ และมีลักษณะบังคับเหมือนกับเป็นกฎหมาย⁴
ปัจจุบันกฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจจะกำหนดความผิดขึ้นใหม่ได้ หรือจะกำหนดโทษใหม่
อย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ไม่ได้ เพราะเป็นการขัดต่อหลักที่ว่าโทษและความผิดต้อง
ชัดแจ้ง (Nullum crimen, nulla poena sine lege)⁵ แต่กฎหมาย
จารีตประเพณีอาจมีการปฏิบัติ อันเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบของบุคคลที่กระทำการ ซึ่งโดย

¹ Sir J. Salmond Jurisprudence, no. 32 12 ed by P.J. Fitzgerald. (London, Sweet & Maxwell 1966) p. 191.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4

³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ "ปัญหาในการใช้กฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทาง
เพื่อการปฏิรูปกฎหมาย, "วารสารนิติศาสตร์" ฉบับที่ 4(2521), หน้า 106-107.

⁴ H.L.A. Hart. The Concept of Law, (Oxford : Clarendon Press, 1961) pp. 43-48

⁵ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2

ปกติเป็นความผิดอาญาได้ เช่น การเล่นเกมกีฬาตามกติกา หรือการลงโทษเด็กในการใช้อำนาจปกครองตามสมควรแทนบิดามารดา ดังนั้นการชกมวยบนเวทีโดยถูกต้องตามกติกา แม้จะทำให้คนตายก็ไม่มีผิด¹ จารีตประเพณีเช่นนี้เรียกว่าเป็นจารีตประเพณีที่เป็นบทบัญญัติอย่างชัดทอนกฎหมายลายลักษณ์อักษร² การเล่นเกมที่มีอันตรายโดยสภาพ ซึ่งอาจมีการบาดเจ็บได้ แม้ว่าจะมีความยินยอมของผู้เล่นตายก็มีได้หมายความว่าผู้เล่นจะยินยอมให้ทำให้ตนบาดเจ็บโดยการเล่นที่ไม่เป็นธรรม³ และการเล่นเกมซึ่งเป็นประเพณีนั้น ผู้เล่นจะต้องเล่นด้วยความมุ่งหมายในการกีฬา มิใช่เล่นเพราะความอาฆาต หาไม่แล้ว แม้จะเล่นกันบนเวทีก็ไม่ใช่ขอแก้ตัว จึงเห็นว่าการเล่นตามกติกาแต่มีเจตนาทำอันตรายสาหัสไม่เป็นข้อยกเว้น ในทำนองกลับกัน การเล่นผิดกติกาโดยไม่เจตนาให้เกิดอันตราย ผู้กระทำก็อาจไม่มีความผิดเช่นกัน เพราะกติกาโดยตัวของมันเองไม่ใช่กฎหมาย⁴

ข. กฎหมายลายลักษณ์อักษร ความสามารถที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้อันถือว่า ถ้ามีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้แล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร อาจแบ่งได้ออกเป็น 4 กรณี คือ

¹ แต่ถ้าท้อมามีความคิดและกฎหมายเปลี่ยนไปว่าการชกมวยไม่ใช่กีฬาอีกต่อไปจารีตประเพณีก็ตองยกเลิก ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) หน้า 186.

² ปรีดี เกษมทรัพย์, ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ หรือหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป, กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทยการพิมพ์, 2520) หน้า 32.

³ J.H. Beale, "Consent in the Criminal Law," & Harv. L. Rev. (1894) : 317-323. "...an injury caused by unfaire play is not consent to..."

⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา, หน้า 186.

1. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นสิทธิที่มาจากเหตุผลที่ว่าความ
ถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความ (Recht Beacht Unrecht
nicht auszuweichen) อันเป็นเหตุที่กฎหมายยอมให้มีการป้องกันตนเองได้เป็นเพราะ
รัฐไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่ทุกคน ทุกขณะและทุกกรณีได้ และการป้องกันก็เป็นการกระทำ
ทำโดยผู้ที่จะเกิดกฎหมาย จึงไม่เกิดประโยชน์ที่จะลงโทษผู้กระทำการป้องกัน ไม่ว่าจะ
เป็นในแง่แก้ไขผู้กระทำผิด หรือ เพื่อประโยชน์ของชุมชนก็ตาม¹ ประมวลกฎหมายอาญา
ได้บัญญัติรับรองสิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 68

มาตรา 68 บัญญัติว่า "ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง
หรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตราย ซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็น
ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดย
ชอบด้วยกฎหมายผู้นั้นไม่มีความผิด"

การป้องกันตนเองนี้ เป็นการยกเว้นความรับผิด ตามหลักในเรื่องการรักษา
ตน (Self - Preservation) ซึ่งเป็นสิทธิที่จะมิให้ใครมารุกล้ำล่วงเกินและ
การป้องกันเป็นการกระทำที่ไม่กระทบกระเทือนผลประโยชน์ของสังคม²

¹ดูเกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524) หน้า 203.

²M.C. Bassiouni Substantive Criminal Law (Illinois,
Charles C. Thomas, Publisher 1978), pp. 462-463.



2.. การกระทำกรณี¹ คณากรรมทางกฎหมายขัดกัน การกระทำในกรณีที่เกิด
ประโยชน์ หรือคณากรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut)¹ ขัดกัน หรือกรณีที่น่า
ที่ขัดกัน (Pflichtenkollision) เช่น การกระทำของแพทย์ให้หญิงแท้งลูก
ตามมาตรา 305 (1)

มาตรา 305 บัญญัติว่า "ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301
และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) ...

ผู้กระทำไม่มีความผิด"

บทบัญญัติดังกล่าว มาจากเหตุผลที่ว่า ผลประโยชน์ที่ได้รับมากกว่าผลประโยชน์
ที่สูญเสีย หรือการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ (balancing of interests &
Güterabwägungsprinzip)² หรืออาจจะเรียกว่าหลักการ ชั่งน้ำหนักระหว่าง
คณากรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüterabwägung)³ ตามหลักนี้ ถือว่าการที่บุคคล
จำต้องล่วงละเมิดคณากรรมทางกฎหมายที่น้อยกว่า เพื่อรักษาคณากรรมทางกฎหมายที่เหนือ

¹"คณากรรมทางกฎหมาย" เป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองสิ่งที่กล่าวมานี้มิใช่
วัตถุหรือบุคคลหรือสิ่งที่มีรูปร่าง แต่เป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการ
ล่วงละเมิด กู คณิต ณ นคร, "ผู้เสียหายในคดีอาญา" หน้า 4-8.

²Albin Eser, Justification and Excuse, p. 630

³คณิต ณ นคร, "กฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์
และสาธารณสุข", วารสารอัยการ ปีที่ 1, ฉบับที่ 11, พ.ศ. 2521, (กรุงเทพฯ:
โรงพิมพ์กรุงสยามการพิมพ์) หน้า 66.

คว่าเอาไว้นั้น (Rechtsguterabwegung) ถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความผิด เพราะชีวิตมนุษย์ (หญิงมีครรภ์) เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าชีวิตของทารกในครรภ์มารดา และหลักการซึ่งนำหน้าระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายนี้ อาจนำไปใช้ในกรณีอื่น ๆ ได้ด้วย¹

3. การสละคุณธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายบัญญัติคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกชน (Individualrechtsgut) และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียที่ได้สละการคุ้มครองนั้นเสีย (renounced its protection) เช่น การให้ความยินยอมต่อการกระทำของผู้อื่น² ความยินยอมทำให้ไม่เสียหาย (Volenti non fit injuria) การให้ความยินยอมโดยปกติแล้วไม่มีผลต่อกฎหมายอาญา เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายมหาชน³ การกระทำความผิดยอมเป็นส่วนได้เสียของส่วนรวม บุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่อาจจะให้ความยินยอมได้ แต่ความยินยอมมีผลต่อการกระทำความผิดบางอย่าง ทั้งในการที่จะทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น มาตรา 303, 318 หรือความยินยอมอาจเป็นผลทำให้ไม่เป็นความผิดได้ เช่น มาตรา 276, 278 หรือ มาตรา 283, 284 ความผิดคอเสีรภาพ มาตรา 309, 313(2), 320 ตลอดจน

¹ เรื่องเดียวกัน,

² ดู กมลชัย รัตนสการวงศ์, ความยินยอมในกฎหมายอาญา, (วิทยานิพนธ์, นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523) หน้า 24-31.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 (ประชุมใหญ่)

³ เทียบ R.M.Rerkins Criminal Law and Procedure 5 ed, pp. 961 -962.

ความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน¹ เป็นต้น นอกจากนี้ความยินยอมยังมีผลเกี่ยวกับความคิดประเภท
ที่ยอมความได้ เช่น มาตรา 272 ความยินยอมชนิดนี้ แม้เป็นเรื่องการยอมซึ่ง
เกิดขึ้นในภายหลัง การกระทำความผิด ก็ แต่ผลของการยอมความก็ทำให้ความผิดนั้นยุติ
เช่นกัน

จากการที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ความยินยอมเป็นส่วนหนึ่งในการที่ก่อให้เกิด
ความผิดขึ้น กล่าวคือ ความผิดฐานนั้น ๆ ถ้าเกิดขึ้นเพราะความไม่ยินยอมแล้วจึงเป็น
ความผิด ดังนั้นความยินยอมที่จะมีผลทำให้การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นความผิดได้จะต้อง
ประกอบด้วยหลักดังนี้

1) ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน
ส่วนการกระทำใดจะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่นั้น คงต้องดูตามความรู้สึกของ
บุคคลทั่วไปในท้องถิ่นในเวลาที่เกิดการกระทำนั้น เช่น ในเรื่องการทำร้ายหรือการฆ่า
กัน เป็นกรณีกฎหมายไม่ยอมรับความยินยอม เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองบุคคลมิให้
ทำร้ายหรือฆ่ากันเอง²

2) ความยินยอมนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยความบริสุทธิ์ใจ โดยเสรีและชัดแจ้ง
ปราศจากการข่มขู่ ลอกลงหรือสำคัญผิด³ ในข้อนี้ยังคงมีปะหาคือไปถือว่า ผู้ยินยอมจะต้อง
มีความรู้ความเข้าใจแค่ไหนจึงจะเรียกว่ามีการยินยอมโดยบริสุทธิ์ใจ⁴

¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 (ประชุมใหญ่)

²H.L.A.Hart . Law, Liberty, and Morality, (London : Oxford
University Press, 1963) p. 31.

³M.C.Bassioni, Substantive Criminal Law, p. 447.

⁴J.H.Beale, Consent in the Criminal Law p. 317.

3) ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ตลอดเวลาที่กระทำผิด เช่น ก จ้าง ข ตัดผม ก่อนที่ ข จะตัดผม ก เสร็จลง ไม่ว่าช่วงใดในขณะนั้น ก อาจจะไม่ยอมให้ ข ตัดผมต่อไปก็ได้ การที่ ข ตัดผม ก ในขณะที่ ก ยินยอมนั้น หากจะถือเป็นการทำร้ายก็เป็นการกระทำโดยความยินยอมตามจารีตประเพณีและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ข ไม่มีคามผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่ไม่ว่าในขณะใด เมื่อ ก ไม่ยินยอมให้ ข ตัดผมต่อไปแล้ว หาก ข ขึ้นทำต่อไป ข ย่อมมีความผิดจะอ้างความยินยอมอีกไม่ได้¹

อนึ่ง ในเรื่องการเล่นกีฬาที่มีลักษณะเสี่ยงภัย เช่น ชกมวยหรือเล่นฟุตบอล อันเป็นเรื่องของจารีตประเพณี ประกอบกับความยินยอม เพราะเป็นที่ยอมรับกันตามกติกา ซึ่งกติกาข่มกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันอันตราย ดังนั้นหากมีการเล่นกันนอกกติกาจะถือว่าเขายินยอมคงไม่ได้² อย่างไรก็ตาม กติกาไม่ใช่กฎหมาย ดังนั้นหากเล่นนอกกติกาและเกิดบาดเจ็บ แต่มิใช่โดยเจตนาหรือประมาท ผู้กระทำอาจไม่ต้องรับผิดชอบในทำนองกลับกัน แม้เล่นนอกกติกาแต่เล่นด้วยเจตนาทางอาญา ผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบ จะอ้างว่ามีอำนาจกระทำตามกติกาไม่ได้

4. การใช้สิทธิหรือกระทำการตามหน้าที่ตามกฎหมาย อันเป็นอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจบุคคลกระทำการบางอย่างได้ในเหตุการณ์ที่บัญญัติไว้ ซึ่งถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เช่นนั้นแล้ว การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิด ดังเช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา ใต้แก่ การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต ตามมาตรา 329 การแสดง

¹ จิตติ ดิงศรัทธี, คำประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, ตอนที่ 2 หน้า 692-693 ส่วนกรณีแพทย์จำต้องตัดขา คนไข้เพื่อช่วยชีวิต หากคนไข้ไม่ยอม แพทย์ทำไม่ได้ แต่หากแพทย์ไม่อาจถามความยินยอมได้ จำต้องกระทำไปโดยพลการ ก็คงเป็นเรื่องการกระทำด้วยความจำเป็น

² J.H. Beale, Consent in the Criminal Law, p. 322.

ความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลโดยคู่ความ หรือทนายความของ
 คู่ความ เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ตามมาตรา 331 ตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ผู้มี
 เอกสิทธิตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ สมาชิกสภาผู้แทน สมาชิกวุฒิสภา
 รัฐมนตรี บุคคลที่ประธานสภาอนุภาคให้แถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นในสภา
 ผู้พิมพ์และโฆษณารายงานการประชุมตามคำสั่งของสภาเฉพาะเกี่ยวกับการแถลงข้อเท็จจริง
 หรือการแสดงความคิดเห็นในสภา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ กรณี
 ที่เจ้าของที่ดินใช้สิทธิตัดรากไม้ ซึ่งรุกเข้ามาจากที่ดินที่ติดต่อกันและเอาไว้เสีย ตามมาตรา
 1347 ไม่เป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ หรือการจัดการงานนอกสั่งตามมาตรา 395
 มาตรา 297 ไม่เป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ หรือความผิดฐานบุกรุก การทำบุบ
 สลายหรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อบำบัดภัยอันตราย ซึ่งริมาเป็นสาธารณะ
 โดยฉุกเฉิน ตามมาตรา 450 หรือการที่ยุ้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ซ้ำตัวที่เข้ามา
 ทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 452 ไม่เป็นความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์
 การที่ผู้ใช้อำนาจปกครองทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ตามมาตรา
 1567(2) ไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ
 อาญา ได้แก่ การที่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ จับกุมบุคคลผู้เฝ้าอันสมควรสงสัย
 ว่าได้กระทำความผิดมาแล้วจะหลบหนี ตามมาตรา 178(3) ไม่เป็นความผิดต่อเสรีภาพ
 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้แก่ การที่พนักงานบังคับคดีค้นสถานที่ใด ๆ
 อันเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษา ตามมาตรา 279 ไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก เป็นต้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1 กฎ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา
 114, มาตรา 128 วรรคสอง มาตรา 150 วรรคสอง.

ทฤษฎียกเว้นโทษ¹ (Excusation)

แม้การกระทำจะครบองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ และผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำนั้นก็อาจไม่ต้องรับโทษ ด้วยเหตุผู้กระทำไม่มีความชั่ว (Schuld & quilt, blameworthiness) ความชั่วโดยทั่วไปเป็นเรื่องของความรับผิดชอบ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงทางอัตวิสัย (Subjectve) ในกรณีที่ไม่อาจกำหนดตัวผู้กระทำได้ (blameworthiness of the perpetrator) เพราะเหตุผู้กระทำไม่มีความชั่ว² กรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษ³ (Excusation) ให้

การยกเว้นโทษนี้ไม่มีผลต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่ทำให้การกำหนดส่วนตัว (personal blameworthiness) เปลี่ยนไป และจะได้รับการยกเว้นโทษก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนผ่อนโทษ สามารถพิจารณาวิเคราะห์ออกได้เป็น 4 กรณี คือ

¹ทฤษฎียกเว้นโทษ (Excusation) มีด้วยกัน 2 แนวความคิด คือ หมายเฉพาะกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น หรืออาจหมายความรวมถึงเหตุที่กฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษด้วย

²คดี ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 4.

³สายหยุด แสงอุทัย, การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา, หน้า 232.

ก. เหตุทางสภาวะจิตใจของผู้กระทำ อันทำให้ผลในทางข่มขู่ (Deterrence) ของกฎหมายน้อยลงหรือล้มเหลว และสังคมไม่อาจตำหนิผู้กระทำได้ (blameworthiness of the perpetrator) หรือเป็นเหตุทำให้การตำหนิส่วนตัว (personal blameworthiness) เปลี่ยนไป กฎหมายจึงยกเว้นโทษ (Excusation) ให้แบ่งออกเป็น

1. ความรู้สึกรู้ผิดชอบ¹ เรื่องของความรู้สึกรู้ผิดชอบ เด็กที่อายุยังไม่เกิน 14 ปี กฎหมายสันนิษฐานไว้แต่เดิมาว่า ไม่มีความรู้ผิดชอบ ตามมาตรา 73 และ 74

มาตรา 73 บัญญัติว่า "เด็กอายุไม่เกินเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติ เป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ"

บทบัญญัติในมาตรานี้แสดงให้เห็นว่า ²เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ได้รับการสันนิษฐานว่าไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญา ดังนั้นกฎหมายจึงสรุปเองว่า เด็กนั้นไม่อาจมีเจตนาในทางอาญาได้นั่นเอง จึงห้ามเด็กชกามีโทษอาญาแก่เด็ก แม้ตามข้อเท็จจริง เด็กนั้นจะมีความรู้สึกนึกคิด หรือความรู้สึกรู้ผิดชอบมากมายเพียงใด ตลอดจนไม่อาจจะกำหนดให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยอย่างใด ๆ ด้วย

¹ดู คณิต ๗ นคร, คำบรรยายในการประชุมทางวิชาการ สังคมนิติจิตเวช ของโรงพยาบาลสมเด็จเจ้าพระยา ณ ห้องประชุมของโรงพยาบาลสมเด็จเจ้าพระยา เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2521

²กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 56 ใช้คำว่า "...
ท่านว่าฉันยังไม่รู้ผิดและชอบ อย่าให้ลงอาญาแก่ฉันเลย"

มาตรา 74 บัญญัติว่า "เด็กอายุกว่าเจ็ดปี แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดการคุ้มครองไปนี้....."

เด็กอายุกว่าเจ็ดปี แต่ยังไม่เกินสิบสี่ปี โดยทั่วไปยังถือว่าขาดความรู้สึกผิดชอบ ไม่มีความสามารถในการกระทำความผิดอาญาด้วย¹ จะลงโทษเด็กนั้นไม่ได้แต่ศาลอาจใช้วิธีการสำหรับเด็กเพื่อแก้ไขปรับปรุงตัวเด็กได้

บุคคลที่อายุกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี อาจมีความรู้ผิดชอบได้ การกระทำของบุคคลที่มีอายุระหว่างนี้จึงอาจเป็นความผิดอาญาได้ ตามมาตรา 75 ส่วนบุคคลอายุ 17 ปี กฎหมายถือว่ามีความรู้สึกผิดชอบแล้ว จึงมีความสามารถที่จะมีความชั่วบริบูรณ์ การกระทำของบุคคลอายุกว่า 17 ปี โดยปกติเป็นความผิดอาญา²

มาตรา 75 บัญญัติว่า "ผู้ใดอายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่เกี่ยวเนื่องกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่า สมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง"

¹ แต่ในความคิดสมัยใหม่ก็จะมี การระบุนอายุในการกระทำความผิดตามลักษณะของความผิด ไม่นับพื้นฐานให้เป็นคุณทั้งหมด

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 287/2510 วินิจฉัยว่า "เด็กอายุไม่เกิน 20 ปี กระทำผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษลงก็ได้ ตามมาตรา 76".

ตามมาตรานี้ ให้ศาลเลือกพิจารณาว่า จะสมควรใช้วิธีการสำหรับเด็ก หรือ จะลงโทษอาญา โดยพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำ อันได้แก่ การคุณภาพ แวดล้อมควรวาดควรจะจัดการอย่างไร จึงจะทำให้เขากลับตัวเป็นคนดีได้ มาตรานี้จึง กำหนดให้ศาลได้มีการพิจารณาถึงสิ่งอื่น ๆ เกี่ยวกับตัวผู้ผิดด้วย ดังนั้น แม้ว่าผู้กระทำ จะรู้สึกผิดชอบดีในขณะที่กระทำความผิด เมื่อศาลเห็นว่าหากจะจัดการกับผู้ผิดโดยใช้วิธีการ สำหรับเด็กจะทำให้เขากลับตนได้ดีกว่า ศาลก็อาจทำได้ เพราะเด็กยอมถูกชักจูงได้ง่าย และสามารถแก้ไขได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่ ศาลจึงคงถือว่าถ้าจะทำให้เด็กกลับตัวได้โดยไม่ต้อง ลงโทษ ก็ไม่ต้องลงโทษ

กรณีบุคคลผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ในขณะที่กระทำความผิด เป็นผู้ที่ไม่มีความรู้สึกผิดชอบ การกระทำของบุคคลดังกล่าวจึงไม่ต้องรับโทษ เพราะขาด ความชั่ว แต่ถาบุคคลดังกล่าวยังสามารถรู้สึกชอบอบุบาง หรือยังสามารถบังคับตนเอง ได้บ้าง ย่อมสามารถที่จะกำหนดว่ามีความชั่วใดบ้าง แต่ไม่บริบูรณ์ ตามมาตรา 65

มาตรา 65 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้สึกชอบหรือ ไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ สำหรับความผิดนั้น

แต่ถาผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้สึกชอบอบุบาง หรือยังสามารถบังคับตนเอง ได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงเล็กน้อยได้"

การที่กฎหมายอาญาเข้าไปเกี่ยวข้องกับควยก็คงเป็นเพราะพฤติการณ์ ที่ปรากฏ ออกมาเป็นภัยอันตราย เพราะความวิกลจริตทำให้ไม่อาจคิดค่อสัมพันธ์ เพื่อสร้าง ความหมาย ให้เข้าใจหรือเปลี่ยนแปลงลักษณะพฤติกรรมของผู้นั้น ทำให้ผู้นั้นอยู่ในสังคมหรือรอบข้างบุคคล เช่น ว่าเป็นอันตราย จนต้องมีวิธีการแก้ไขหรือป้องกันอย่างหนึ่งอย่างใด

นอกจากนั้นในส่วนของการรู้ผิดชอบ ยังรวมถึงเรื่องการกระทำเพราะความ
 มั่นเหมายตาม มาตรา 66 ค่าย

มาตรา 66 บัญญัติว่า "ความมั่นเหมายเพราะเสพยาหรือสิ่งเหมายอื่นจะ
 ยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา 65 ไม่ได้ เว้นแต่ความมั่นเหมายนั้นจะเกิดโดยผู้เสพยา
 ไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้เหมาย หรือได้เสพยาโดยถูกขืนใจให้เสพยาและได้กระทำความผิดในขณะ
 ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงจะได้รับการยกเว้น
 โทษสำหรับความผิดนั้น แต่ผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเอง
 ได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้"

จะเห็นได้ว่าถ้อยคำในกฎหมายที่กล่าวถึงโทษหรือลดโทษให้ เพราะผู้กระทำ
 กระทำในขณะไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ โดยหลักเกี่ยวกับเรื่อง
 วิกลจริตตามมาตรา 65 แต่เหตุที่ให้แตกต่างกัน กล่าวคือตามมาตรานี้เกิดเพราะความ
 มั่นเหมาย ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เหตุแห่งการยกเว้นหรือลดโทษและผลของความมั่นเหมาย คล้าย
 คลึงกับการวิกลจริตแต่ก็ไม่อาจจะจัดอยู่ในพวกเดียวกันได้¹ อาจเป็นเพราะในเรื่องความ
 มั่นเหมายผู้กระทำสามารถสร้างเงื่อนไขขึ้นเองได้ กฎหมายยกเว้นโทษให้ก็เฉพาะเมื่อผู้นั้น
 ได้กระทำความผิดเนื่องจากความมั่นเหมายซึ่งเกิดขึ้นเพราะผู้เสพยาไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้เหมาย
 หรือได้เสพยาโดยถูกขืนใจให้เสพยา และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือ
 ไม่สามารถบังคับตนเองได้

2. เหตุกฎหมายให้อภัย

ในบางกรณีกฎหมายให้อภัยสำหรับการกระทำแม้ผู้กระทำจะเป็นผู้ที่มีความ
 รู้ผิดชอบก็ตาม ดังเช่น การกระทำผิดโดยจำเป็น ตามมาตรา 67 การกระทำด้วยความ
 จำเป็น จึงเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีความชั่ว (Schuld) การกระทำของผู้

¹ R.M. Perkin, Criminal Law, 2 ed p. 894.

กระทำในกรณีจำเป็นจึงไม่ต้องรับโทษอาญา คุ้มเหตุผลที่ว่าเขาไม่อาจถูกตำหนิ (Cannot be blame) ในการกระทำของเขา อันเป็นกรณีที่มีพฤติการณ์ ซึ่งทำให้บุคคลหนึ่ง ต้องเลือกเอาระหว่างการกระทำผิดกฎหมายกับการที่จะยอมให้เกิดความเสียหายอย่างหนึ่ง อย่างใดขึ้นแก่ตนเอง ซึ่งมีได้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน หรือในกรณีที่บุคคลใดบุคคล หนึ่งอยู่ในสภาพที่มิอาจจะกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดได้ นอกจากต้องละเมิดกฎหมาย เรียกว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายเพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจ เพื่อหลีกเลี่ยง ความเสียหาย เท่ากับว่า การกระทำผิดกฎหมายนั้น ๆ มิได้เกิดจากความคิดโดยอิสระ อย่างแท้จริงของผู้กระทำ (free will) แต่ก็มิใช่จะขาดแคลนในการกระทำ ความผิดเสียทีเดียว ทั้งนี้ในแง่ของกฎหมายจึงจะต้องดูว่าพฤติการณ์อย่างไรจึงจะสมควรยกเว้น โทษหรือเพียงแต่ลดโทษให้แก่ผู้กระทำด้วยความจำเป็นนั้น

มาตรา 67 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

- (1) เพราะอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจ ซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือ ชักขึ้นได้ หรือ
- (2) เพราะ เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และไม่สามารถ หลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภัยอันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ "

เหตุแห่งการยกเว้นโทษนั้นพิจารณาจากทฤษฎีในเรื่องความเป็นอิสระในการ กระทำ (the free will theory) เห็นได้ว่า บุคคลที่กระทำความผิดเพราะ ตกอยู่ในที่บังคับหรือภายใต้อำนาจอย่างหนึ่งอย่างใด อันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ การกระทำ ของเขามีได้มีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะรับผิดชอบในการกระทำของตน อีกประการหนึ่งก็เป็น

¹Jerome Hall, "Comment on Justification and Excuse,"

การสมควรอยู่เองที่จะไม่เอาโทษแก่บุคคลที่เลือกกระทำความผิดเพื่อหลีกเลี่ยงจากภัยอันตรายที่ร้ายแรงกว่าการละเมิดกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อกล่าวถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาประการหนึ่ง ก็คือ อยุ่ยังมีโทษคุกคามกระทำผิด (Deterrence) โดยการลงโทษนั้นจะไม่บังเกิดผล ถ้าโทษนั้นเบากว่าภัยอันเกิดขึ้นเฉพาะหน้าบุคคลนั้น ¹ ภัยอันร้ายแรงกว่านั้นย่อมครอบงำความรู้สึกของผู้กระทำให้คลายความกลัวโทษตามกฎหมายอีกประการหนึ่งหากจะคิดไปแล้ว ระบบกฎหมายอาญาเองเป็นระบบแห่งการบังคับข่มขู่เช่นกัน เพราะกฎหมายเองก็มีโทษบังคับถึงชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สิน ² จึงเท่ากับว่าบุคคลที่ถูกขู่โดยกฎหมายไว้ไม่ให้กระทำผิด ดังนั้นการถูกขู่ เช่นนี้จึงควรระงับไป เมื่อผู้กระทำผิดเผชิญกับการข่มขู่บังคับมากกว่าหรือเท่ากัน ³

3. เหตุไม่ระงับผิดถูก ⁴ ในกรณีที่ผู้กระทำอยู่ในสภาพที่ไม่อาจรู้ถึงข้อผิดถูกในการกระทำนั้น การกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงาน แม่คำสั่งนั้นจะมีขอบข่ายกฎหมาย ถ้า

¹ อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 104-105.

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18.

³ W.H. Hitchler, "Duress as a Defence in Criminal Cases"

4 Va.L.Rev. 4 (1917) p. 520-521.

⁴ ในประเทศเยอรมันปี 1941 สิตเลอร์ออกคำสั่งให้ชาคนมาหรือเลิปลดตีใจจำเลย เป็นผู้ช่วยแพทย์ในการคัดเลือกผู้ใดเป็นคนบ้า หลังจากคัดเลือกแล้วก็จับใส่ห้องแกส จำเลยได้ใช้ชื่อปลอมกรอกลงในแบบฟอร์ม แล้วชาคนมาไป 6,652 คน ในค่ายกักกันโดยเชื่อว่า เป็นคำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้ ศาลมหันตโทษของเมืองฟรังเฟิร์ต (Schwurgerichte Frankfurt) ตัดสินเมื่อปี ค.ศ. 1972 ว่าแม่คำสั่งจะไม่ใช้กฎหมาย แต่แพทย์ผู้นั้นก็ไม่มีทางเลือกเพราะเชื่อว่าทำได้ในสถานการณ์เช่นนั้น ศาลฎีกาเยอรมัน (Bundesgerichtshof) พิพากษายืน (คดี Born ค.ศ. 1972) ดู Harnotto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, (Berlin 1976) p. 197.

ผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม โดยไม่รู้ว่าคำสั่งนั้นมีชอบ
 ควดยกกฎหมาย สังคมยอมไม่สามารถทำหนีผู้กระทำได้ ผู้กระทำยอมไม่มีความชั่ว อันเป็น
 เหตุยกเว้นโทษ ตามมาตรา 70

มาตรา 70 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้น
 จะมีชอบควดยกกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามนั้นไม่
 ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งมีชอบควดยกกฎหมาย"

หลักการของเรื่องนี้ มีขึ้นเพื่อประสิทธิภาพในการบังคับบัญชาตนเอง เพราะ
 หากไม่ให้ความมั่นใจแก่ผู้กระทำตามคำสั่งแล้ว การบังคับบัญชาจะเสียไป โดยเหตุที่ผู้
 รับคำสั่งจะต้องสอบสวนพิจารณาคำสั่งต่าง ๆ ของผู้บังคับบัญชาว่าผิดกฎหมายหรือไม่ รวม
 ตลอดจนถึงผู้รับคำสั่งที่เป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป¹ หรือในกรณีที่มีสภาพและพฤติการณ์ผู้กระทำ
 ความผิด อาจจะไม่รู้อาณัติ² บัญญัติว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลก็จะลง
 โทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ตามมาตรา 64³

¹ ตรีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา, หน้า 216

² จะต้องเป็นกฎหมายที่เป็นข้อห้าม (mala prohibita) ไม่ใช่กฎหมาย
 ที่เป็นการผิดในตัวเอง (Mala in se) ดู หยก แสงอภัย, กฎหมายอาญา
 ภาคทั่วไป, หน้า 73-74.

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 เป็นบทบัญญัติห้ามหลัก Ignorantia
 Juris neminem excusat.

มาตรา 64 บัญญัติว่า "บุคคลจะแก้ ทัณฑ์ว่าไม่รู้จักกฎหมายเพื่อให้อภัยจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ ศาลเห็นว่า ความสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้จักกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้จักกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ "

อันเป็นกรณีสามารถกำหนดโทษบางส่วน ผู้กระทำยังคงมีความชั่วอยู่ แต่ไม่บริบูรณ์

4. บันดาลโทสะ แม้ว่ากรกระทำทำความผิดด้วยโทสะ จะไม่เป็นเหตุให้การกระทำนั้นชอบก็ตาม หากมีการขู่หรือข่มเหงกันด้วยเหตุร้ายแรงอย่างไม่เป็นธรรม ก็น่าคิดว่าผู้ที่กระทำนั้นไม่สมควรจะต้องรับผิดชอบอย่างเต็มที่ เพราะหากไม่มีการข่มเหงดังกล่าว โทสะหรือความโกรธก็ไม่เกิด เมื่อพิจารณาในแง่จิตใจของผู้กระทำที่กระทำโดยโง่เขลาเพราะถูกขู่ข่มข่มเป็นภัยน้อยกว่าผู้ที่กระทำการในขณะที่รู้ตัวคืออยู่ทุกประการ ประกอบกับการบันดาลโทสะนี้ ผู้เสียหายเองก็มีส่วนก่อให้เกิดความโกรธขึ้น ตัวผู้กระทำจึงควรได้รับการลดหย่อนโทษบ้าง กฎหมายต้องยอมรับธรรมชาติของมนุษย์ที่อาจถูกขู่ข่มจนเกิดโทสะได้ เพราะถ้าไม่มีการกระทำดังกล่าว บุคคลก็จะไม่มีสภาพอันตรายแก่ใคร ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติลดหย่อนโทษให้ ตามมาตรา 72

มาตรา 72 บัญญัติว่า "ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะที่นั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้"

1J. Miller, . Handbook of Criminal Law, (West Publishing Company 1954, reprinted 34 ed 1973) p. 170-171.

ข. ผลในทางแก้ไขทัศนีย์ (Reformation) ซึ่งเป็นทฤษฎีใหม่ที่น่าสนใจ กล่าวคือ ถ้าบุคคลแสดงออกว่ามีแนวโน้มหรือรู้สึกผิดแล้วที่จะกลับตัว การข่มขู่ (Deterrence) โดยกฎหมายก็ไม่จำเป็นอีกต่อไป สำหรับคน ๆ นั้น กฎหมายจึงยกเว้นโทษหรือลดโทษน้อยลง (Excusation) แบ่งออกเป็น

1. ก่อนความผิดสำเร็จ การกระทำที่เข้าชั้นพยายามกระทำผิดแล้ว ก่อนที่จะเป็นความผิดสำเร็จควรเปิดโอกาสให้ผู้กระทำยับยั้งเสียได้ เป็นการป้องกันหรือบรรเทาผลร้ายลงได้ทางหนึ่ง กฎหมายจึงให้โอกาสผู้กระทำกลับใจโดยไม่ลงโทษฐานพยายาม ผู้กระทำจะใดไม่คิดว่าเป็น ๆ ก็จะต้องรับโทษฐานพยายามแล้วก็ไม่แก้ไขปล่อยให้การกระทำดำเนินต่อไปจนสำเร็จอันทำให้เกิดผลร้ายแรงมากขึ้น กฎหมายยอมยกเว้นไม่เอาโทษในฐานพยายาม ทั้งที่การกระทำเข้าชั้นพยายามแล้วคงเอาโทษในฐานความผิดที่การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดสำเร็จในตัวเองขึ้นแล้วเท่าที่กระทำไป ตามมาตรา 82

มาตรา 82 บัญญัติว่า "ผู้ใดพยายามกระทำผิด หากยับยั้งเสียเอง ไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำผิดนั้น แต่ถาการกระทำที่ใดกระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ"

การยับยั้งจะต้องกระทำระหว่างที่การกระทำเข้าชั้นพยายามตามมาตรา 80 ไปแล้ว จนกระทั่งถึงเวลาก่อนที่การกระทำเป็นความผิดสำเร็จ การยับยั้งจะเป็นโดยไม่กระทำการให้ตลอดก็ดี หรือยับยั้งโดยกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผลก็ดีจะต้องเป็นการที่ผู้กระทำได้ยับยั้งเอง ซึ่งหมายความว่า ได้ยับยั้งโดยใจสมัคร ไม่มีความกดดันจากภายนอก ไม่ว่าจะมีความกดดันทางร่างกายหรือจิตใจ อันทำให้การยับยั้งมิได้เป็นไปโดยใจสมัคร

¹ จิตติ คิงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอนที่ 2 หน้า 352-355

² กู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา, หน้า 118.

2. หลังความผิดสำเร็จ ความผิดบางฐานแม้เป็นความผิดสำเร็จแล้วก็ยังไม่เป็นความผิดโดยเด็ดขาดจนกว่าจะผ่านพ้นเวลาหรือพฤติกรรมอื่นอีกกระทันหัน และหากผู้กระทำกลับใจแก้ไขความผิดในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็อาจได้รับการยกเว้นโทษ (Excusation) ทั้งนี้ เพื่อจูงใจให้บุคคลบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิด ดังเช่น ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 175 แล้วลู่แกโทษตลอด และขอถอนฟ้องหรือแก้ฟ้องก่อนมีคำพิพากษตามมาตรา 176

มาตรา 176 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 175 แล้วลู่แกโทษตลอด และขอถอนฟ้องหรือแก้ฟ้องก่อนมีคำพิพากษา ให้ศาลลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือศาลจะไม่ลงโทษเลยก็ได้"

ผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 177 หรือมาตรา 178 แล้วลู่แกโทษและกลับแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงานก่อนจับกุมเบิกความหรือการแปล ตามมาตรา 182

มาตรา 182 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 177 หรือมาตรา 178 แล้วลู่แกโทษ และกลับแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงานก่อนจับกุมเบิกความหรือการแปล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ"

ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 177 มาตรา 178 หรือมาตรา 180 แล้วลู่แกโทษและกลับแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงานก่อนมีคำพิพากษา และถอนตนถูกฟ้องในความผิดที่ใดกระทำตามมาตรา 183

มาตรา 183 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 177 มาตรา 178 หรือมาตรา 180 แล้วลู่แกโทษ และกลับแจ้งความจริงต่อศาล หรือเจ้าพนักงานก่อนมีคำพิพากษา และถอนตนถูกฟ้องในความผิดที่ใดกระทำ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้"

ค. ผลในทางสังคม เมื่อพิจารณาผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสังคมในการเอาผิด และลงโทษผู้กระทำผิดนั้นมีผลร้ายมากกว่าประโยชน์ในทางชุมชน (Deterrenec) ของรัฐ กังกรณี ความสัมพันธ์ต่อกันเป็นพิเศษทางครอบครัว ซึ่งสังคมอาจจะถูกทำลายลงโดยกฎหมาย กฎหมายก็ยกเว้นโทษ (Excusation) ให้

ความสัมพันธ์ต่อกันเป็นพิเศษทางครอบครัว อาจทำให้ความผิดซึ่งกระทำต่อกัน มีความร้ายแรงน้อยกว่าธรรมดาที่ได้ ซึ่งบางกรณีเมื่อพิจารณาเหตุผลทางศีลธรรม (moral) และความเป็นมิ่งแผนของสถาบันครอบครัวแล้ว อาจทำให้การดำเนินไป แล้วแต่ลักษณะของความผิดที่เป็นเหตุยกเว้นโทษหรือลดโทษดังเช่น มาตรา 71

มาตรา 71 บัญญัติว่า "ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามมีกระทำต่อกัน หรือกรรยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ความผิดครั้งนี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องรวมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้"

เหตุผลในการยกเว้นโทษหรือลดโทษ เพราะหากไม่มีการลดหย่อนผ่อนปรนโทษลงบ้าง ก็อาจทำให้ความสัมพันธ์ดังกล่าวร้ายแรงได้ กฎหมายจึงกำหนดยกเว้นโทษหรือลดโทษในความผิดบางฐาน และให้มีการยอมความกันได้ ในความผิดที่โดยปกติที่ยอมความกันไม่ได้ เพื่อจะไม่ให้ความผิดอาญาเป็นเหตุกระทบกระเทือนความสงบสุขของครอบครัวอันเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคม ที่สำคัญที่สุด หรือการยกเว้นโทษ เพราะเหตุผลทางศีลธรรมเกี่ยว

¹ ในขณะที่ยุติความผิดที่ร้ายแรงมาก ที่กระทำในระหว่างบุคคลใดครอบครัวเองก็เป็นเหตุให้รับโทษหนักขึ้น เช่น ความผิดตามมาตรา 285 และมาตรา 289 เพราะกฎหมายเห็นว่าความผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นปฏิปักษ์ต่อสถาบันครอบครัวอย่างร้ายแรง

กับความสัมพันธ์พิเศษทางครอบครัว ทำให้การตำหนิ (blame) เปลี่ยนแปลงตาม
มาตรา 193,214

มาตรา 193 บัญญัติว่า "ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 184
มาตรา 189 หรือมาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามี หรือ
ภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้"

มาตรา 214 บัญญัติว่า "ผู้ใดประพฤติดนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พักที่
ซ่อนเร้น หรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่า เป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ต้อง
ระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามี
หรือภริยาของผู้กระทำศาลจะไม่ลงโทษก็ได้"

ง. เหตุแห่งความจำเป็นทางนโยบายทางอาญา¹ เหตุแห่งความจำเป็นทาง
นโยบายทางอาญา (Criminal Policy) กรณีนี้โดยเนื้อหาแล้วแตกต่างไปทฤษฎี
ยกเว้นโทษ (Excusation) อัน อันเป็นทฤษฎีทางกฎหมายอาญาที่กล่าวมาข้าง
ต้น เพราะเหตุเป็นการยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนโทษ ที่เกิดจากความจำเป็นทาง
นโยบายทางอาญา (Criminal Policy) ดังเช่นแนวความคิดในเรื่องการให้ความ
สะดวกต่อกระบวนการยุติธรรมโดยการลดหย่อนโทษภายใต้ดุลพินิจของศาลตามมาตรา 78 หรือกรณี
ยกเว้นโทษหรือลดหย่อนโทษโดยเหตุตามมาตรา 205 และมาตรา 316 เป็นต้น กล่าวคือ

1. เหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78

สำหรับกรณีดังกล่าวนี้ เมื่อครั้งมีการร่างกฎหมายลักษณะอาญานับแรก
ขึ้นใช้ในศาลที่ 5 ได้มีการแต่งตั้งนักกฎหมายและนักปกครอง เข้าร่วมพิจารณาการร่าง

¹ ดู R.Merle and A Vitu, Traite'de Droit Criminal
(Editions Cujas, Paris-ve, 1973)p. 772.

กฎหมายสำคัญฉบับนี้ ในชั้นตราจรวงครั่งสุดท้าย สมเด็จพระบาทสมเด็จพระวชิรเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ

ได้ทรงเป็นประธานการตราจรวงครั่งได้มีการแก้ไขร่างกฎหมายใหม่ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิธีการจูงใจให้จำเลยสารภาพเพื่อจะไต่ลัดโทษ ซึ่งฝ่ายปกครองถือว่าเรื่องนี้เป็นรัฐประศาสนนโยบายที่ควรกระทำ

เหตุบรรเทาโทษ ดังกล่าวเป็นเหตุที่ไต่ลัดพินิจศาลในการพิจารณา จะลงโทษบุคคลใดจึงจะเหมาะสมตามเหตุแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งอาจมีเหตุผลให้การกำหนดเปลี่ยนแปลงอันเป็นเหตุลัดโทษตามมาตรา 78

มาตรา 78 บัญญัติว่า " เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือมีการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควร จะลดโทษไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ฉลาดเฉลียวเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษขอเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาล อันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณาหรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีความสำคัญเกี่ยวกัน"

เหตุที่ทำให้การกำหนดโทษเปลี่ยนแปลงมี 2 ลักษณะ คือ

ก) พฤติการณ์ก่อนกระทำผิด

1) ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ฉลาดเฉลียวเบาปัญญา (lack of intelligence) เรื่องนี้ไม่เกี่ยวกับความผิดปกติของจิต หรือความรู้ผิดชอบ แต่ความโง่เขลาหรือ อความรู้เท่าไม่ถึงการเป็นเหตุบรรเทาโทษตามมาตรานี้ เช่น จำเลยเป็นหญิงอายุมากแล้ว จึงรวมมือด้วยความโง่เขลา ศาลลงโทษเบาลง²

¹ วิชาญ เครื่องงาม, คำบรรยายความรู้เบื้องต้นทางนิติปรัชญา, หน้า 221.

² คำพิพากษาศาลฎีกา 1841/2522

2) ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส (serious distress) เช่น บิคาป่วยลงอย่างกระทันหันทำให้ครอบครัวซึ่งยากจนมากอยู่แล้วทุกข์หนักลงไปอีก จึงจำต้องวิ่งราวทรัพย์สินเพื่อเอาเงินไปรักษามิคา¹

3) ผู้กระทำความผิดมีคุณความดีมาก่อน (previous good conduct) หมายถึงประวัติของผู้กระทำความผิดเคยมีมาในทางที่ดี ประพฤติตนเรียบร้อย ไม่เคยทำเสียชื่อเสียงหรือประกอบคุณความดีแก่ประเทศชาติ ทั้งในทางส่วนตัวและในราชการ² เป็นต้น

ข) พฤติการณ์หลังกระทำความผิด

1) ผู้กระทำความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น เช่น นุศคราหญิงมาแล้ว ขอขมาเลี้ยงเป็นภริยา³ วางเพลิงเผาบ้านเขาแล้วช่วยดับ ทำร้ายเขาแล้วช่วยนำไปรักษา ยักยอกเงินแล้วกลับบอกให้ผู้บังคับบัญชาผู้จึงได้เงินคืนมา เป็นต้น

2) ผู้กระทำความผิดยอมจำนนต่อเจ้าพนักงาน (voluntary surrender to an official) หมายถึง ยอมมอบตัวแก่เจ้าพนักงานก่อนที่ความผิดปรากฏ

¹ เทียบกับมาตรา 335 วรรคท้าย เรื่องลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์ที่ว่า "ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรานี้เป็นการกระทำโดยความจำใจหรือความยากจนเหลือทนทาน และทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ก็ได้" ซึ่งเป็นโทษที่เบากว่าและไม่มีโทษขั้นต่ำ ถ้าลักทรัพย์โดยยากจนเหลือทนทานแต่ทรัพย์สินไม่ใช่ราคาเล็กน้อยหรือความผิดฐานอื่น ซึ่งไม่ต้องด้วยมาตรา 335 วรรคท้าย ศาลอาจลดโทษตามมาตรา 78 นี้ได้

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 744/2521.

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1665/2510.

ไม่ว่าจะรับสารภาพหรือไม่ก็ตาม แม้จะมอบตัวเพื่อต่อสู้คดีที่เข้าหลักเกณฑ์ในข้อนี้¹ หรือ ยิงเพราะมันตก เลโทสะแล้ว เขามอบตัว ศาลลดโทษให้กึ่งหนึ่งหลังจากที่ลดฐานมันศาลโทสะแล้ว² แต่ดา เขามอบตัวหลังจากที่ตำรวจออกหมายจับแล้ว ไม่มีเหตุผลโทษ³ หรือ เขามอบตัวต่อเจ้าพนักงานหลังเกิดเหตุ 2 เดือน คอสูคคีปฏิบัติอย่างที่อยู่ ไม่เป็นการลดโทษ⁴ เป็นต้น

3) ผู้กระทำให้ความรูแก่ศาล อันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา เช่น รับสารภาพในชั้นสอบสวนโดยประกอบให้หลักฐานของโจทก์หนักแน่นขึ้นมาก⁵ แต่หากรับสารภาพเพราะจำเลยจำนวนต่อหลักฐาน หรือมิได้ให้ความรูแก่ศาล ไม่เป็นเหตุผลโทษ⁷ เป็นต้น

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้เปิดโอกาสให้ศาลลดโทษได้ในเมื่อมีเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่า มีลักษณะทำนองเดียวกัน เช่น แม่ขนน้ำสืบของจำเลยจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่การพิจารณาคดี แต่เมื่อพิจารณาถึงพฤติการณ์การกระทำของจำเลยแล้ว มีเหตุอื่นอันควรลดโทษได้ หรือจำเลยใช้วิธีการที่เกินสมควรแก่พฤติการณ์แห่งการจับกุมและเป็นการตัดสินใจผิดใจใน

¹ คำพิพากษาศาลฎีกา 347/2500

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 689/2508

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 770/2515

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1666/2520

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1821/2504, 564/2509, 1001/2521

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1875/2520 วินิจฉัยว่า "รับสารภาพต่อศาลเพราะจำนวนหลักฐาน ไม่เป็นเหตุผลโทษประหารชีวิต"

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 161/2514

ขณะที่มีเหตุฉุกเฉิน หรือขี้อวดหับคนตายโดยประมาท แล้วเป็นธุระจัดการงานศพให้ เป็นต้น

2. กรณียกเว้นโทษตามมาตรา 205

การยกเว้นโทษตามมาตรา 205 นี้ เนื่องด้วยความจำเป็นทางนโยบายโดยยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 204 โดยประมาท และถ้าผู้กระทำความผิดจัดให้ได้ตัวผู้ที่ถูกหนจากการคุมขัง ภายในสามเดือน ตามมาตรา 205 เพราะมีเช่นนั้น คงจะไม่มีผู้สมัครเขาเป็นเจ้าของงานผู้หนีหน้าที่คงกล่าว เนื่องจากต้องเสี่ยงภัยกับอาญาแผ่นดิน

มาตรา 205 บัญญัติว่า "ถ้าการกระทำดังกล่าวในมาตรา 204 เป็นการกระทำโดยประมาท ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

...
ถ้าผู้กระทำความผิดจัดให้ได้ตัวผู้ที่ถูกหนจากการคุมขังมาภายในสามเดือน ให้งดการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น"

3. กรณียกเว้นโทษตามมาตรา 316 การยกเว้นโทษตามมาตรา 316 นี้ เนื่องด้วยความจำเป็นทางนโยบายเช่นเดียวกัน โดยยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 313 มาตรา 314 หรือมาตรา 315 ถ้าผู้กระทำจัดให้ผู้ถูกเอาตัวไปผู้ถูกหนวงเหนียวหรือผู้ถูกกักขังไว้รับเสรีภาพก่อนศาลชั้นต้นพิพากษา โดยผู้นั้นมิได้รับอันตรายสาหัสหรือตกอยู่ในภาวะอันใกล้จะเป็นอันตรายต่อชีวิต ตามมาตรา 316

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1955/2515

มาตรา 316 บัญญัติว่า "ถ้าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 313 มาตรา 314 หรือมาตรา 315 จักให้ผู้อื่นเอาตัวไป ผู้ถูกทวงหนี้ยวหรือผู้ถูกกักขังได้รับเสรีภาพก่อน ศาลชั้นต้นพิพากษา โดยผู้นั้นมิได้รับอันตรายสาหัสหรือตกอยู่ในภาวะอันใดจะเป็นอันตรายต่อชีวิต ใหลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง"

จากแนวความคิดตามทฤษฎียกเว้นความผิด (Justification) และทฤษฎี Excusation ดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า การเสนอยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดฐานรับหรือให้สินบน เพื่อประโยชน์อย่างอื่นของรัฐกล่าวคือ แก้ไขปัญหาข้อบกพร่องในการป้องกันและปราบปรามเพื่อลดปัญหา การกระทำความผิดดังกล่าวตามที่วิเคราะห์ในบทที่ 2 นั้น อันเป็นเหตุผลทางนโยบายทางอาญา (Criminal Policy) ประการหนึ่งซึ่งสามารถกระทำได้ กล่าวคือ

1. การยกเว้นโทษโดยเหตุผลทางนโยบายทางอาญา นั้น พบว่าทำได้และปัจจุบันใช้กันมากตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 มาตรา 205 และ มาตรา 316 เป็นต้น ดังนั้นการยกเว้นโทษเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดฐานรับหรือให้สินบนตามประมวลกฎหมายอาญา ย่อมกระทำได้เช่นเดียวกัน และการที่รัฐสามารถลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้ ย่อมเกิดประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามเพื่อลดปัญหาการกระทำความผิดดังกล่าว อันเป็นนโยบายทางอาญาประการหนึ่ง

2. เป็นเรื่องบัญญัติกฎหมายเป็นพิเศษ การยกเว้นโทษดังกล่าวตามข้อเสนอ เป็นแต่เพียงเรื่องบัญญัติกฎหมายเป็นพิเศษเท่านั้น เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 205 และมาตรา 316 จึงไม่ได้บัญญัติไว้ในเรื่องทั่วไป หากแต่บัญญัติไว้ในความพิเศษของ ความผิดที่ศึกษาโดยทรง จึงไม่เป็นการกระทบต่อเหตุผลอื่นของแนวความคิดยกเว้นโทษ (Excusation) แก่ประการใด แท้จริงเป็นเพียงเหตุผลอันเกิดจากความจำเป็นพิเศษ เฉพาะเรื่องเท่านั้น

3. แนวทางแก้ปัญหของต่างประเทศ

ปัจจุบัน ในต่างประเทศก็พบว่า เริ่มมีการนำแนวความคิดเรื่องยกเว้น โทษให้แก่ผู้กระทำความผิดด้วยเหตุผลทางนโยบายทางอาญา ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของรัฐ ในการป้องกันและปราบปรามเพื่อลดปัญหาการคอร์รัปชั่นดังกล่าวมาไว้ เช่นเดียวกัน กล่าวคือ

- 1) ตุรกี ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1926
- 2) สหรัฐอเมริกา เฉพาะบางมลรัฐ คือ หลุยเซียนา มอนทานา อคลาโฮมา (ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญาหลุยเซียนา ค.ศ. 1942) ส่วนในกฎหมายของสหรัฐนั้น ไม่มีบทถอนพรนโทษ
- 3) กรีก ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1951
- 4) รัสเซีย ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1960
- 5) จีนไต้หวัน (ประมวลกฎหมายอาญาไม่มีบทถอนพรนโทษ แต่ในกฎหมายการลงโทษคอร์รัปชั่นระหว่างเวลาการก่อการร้ายคอมมิวนิสต์ ค.ศ. 1963 ได้มีบทถอนพรนโทษพิเศษสำหรับความผิดบางประเภท
- 6) โรมานี ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1968
- 7) โปแลนด์ ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1969

ประเทศต่าง ๆ ดังกล่าวกำหนดหลักในการถอนพรนโทษในลักษณะที่สอดคล้องกัน กล่าวคือ ต้องเป็นการถูแก้ไขโดยสมัครใจ แต่ในระยะต้นของการกระทำความผิด แต่วิธีการถอนพรนโทษและขอบเขตแตกต่างกัน ซึ่งอาจแยกออกได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

- 1) ให้ถอนพรนโทษแก่ทั้งสองฝ่ายที่มีส่วนในการกระทำความผิด คือทั้งเจ้าพนักงานผู้รับสินบนและผู้ให้สินบน โดยถือว่าไม่เป็นความผิด (ตุรกี)
- 2) ให้ถอนพรนแก่ทั้งสองฝ่าย โดยการลดโทษ (โปแลนด์และจีน)

3) ให้ออปรนแกทั้งสองฝ่าย โดยอาจจะไม่ฟ้องคดี (สหรัฐอเมริกา เฉพาะบางมลรัฐ)

4) ให้ออปรนแกฝ่ายผู้ให้สินบนฝ่ายเดียว โดยการไม่ลงโทษ (กรีก โรมาเนีย และรัสเซีย)

บทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศที่มีการออปรนโทษเกี่ยวกับการให้และรับสินบน คือ

1. ประมวลกฎหมายอาญาตรี ค.ศ. 1926

มาตรา 224 ถ้าผู้ซึ่งได้รับการเสนอให้รับสินบน ทั้งนี้ไม่ว่าก่อนหรือหลังการรับสินบน และก่อนที่การรับสินบนนั้นใคร่ถึงผู้อื่นและต้องไม่เกินหนึ่งเดือน นับแต่ได้มีการดำเนินการตามนั้น ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ได้แจ้งองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้อง และส่งมอบสินบนทั้งหมดที่ตนได้รับ ผู้นั้นไม่มีความผิด โดยทำนองเดียวกัน ถ้าผู้ให้สินบน สำนึกในความผิดและแจ้งองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะมีการปฏิบัติสำเร็จตามคำขอ อันไม่ชอบด้วยกฎหมายของตน ผู้นั้นไม่มีความผิดและเงินหรือสิ่งอื่นใดที่ให้แก่ผู้รับสินบนอาจเรียกร้องเอาคืนแก่ตนได้

2. ประมวลกฎหมายอาญาหลุยเซียนา ค.ศ. 1942

มาตรา 121 ผู้กระทำความผิดตามบทบัญญัติว่าด้วยการให้สินบนเจ้าพนักงานวิาคยการให้สินบนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ว่าด้วยการให้สินบนแก่ผู้ซึ่งอาจใช้สิทธิพลคอเจ้าพนักงาน² ที่ให้ข้อเท็จจริงภายใต้การสอบสวนแก่อัยการแห่งท้องที่ ผู้ซึ่งมีอำนาจฟ้องคดี

¹กฎหมายทำนองเดียวกันมีใช้ในมลรัฐมอนตানাและโอคลาโฮมา ดู Wade O. Martin, Jr. State of Louisiana Criminal Code and Narcotics Law (1967) หน้า 171-172.

²ผู้กระทำความผิดมีทั้งฝ่ายเจ้าพนักงานและฝ่ายผู้ให้สินบน

ความผิดนั้น หรือที่ให้พยานหลักฐานอันอาจนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิดอื่นตามบทบัญญัติดังกล่าว อัยการอาจให้ความคุ้มครองกันจากการฟ้องคดีเกี่ยวกับความผิดที่รายงานนั้นได้ เว้นแต่เป็นกรณีให้การเท็จ

3. ประมวลกฎหมายอาญากฎีกา ค.ศ. 1951

มาตรา 236 ผู้ใดให้เสนอให้หรือมีคำมั่นว่าจะให้ของขวัญหรือประโยชน์อื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตามที่กำหนดในมาตรา 235 แต่การกระทำดังกล่าวจะไม่ถูกลงโทษถ้าผู้นั้นโดยความสมัครใจและก่อนที่จะถูกสอบสวนเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว ได้แจ้งต่อพนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานสอบสวนคนใดหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้อง โดยการแจ้งควรวางจาและยื่นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคำให้การนั้นในกรณีเช่นนั้น บรรดาของขวัญหรือประโยชน์ที่ถกยัดหรือได้ส่งมอบแก่องค์กรผู้มีหน้าที่สอบสวนให้คืนแก่ผู้ให้เพราะบทบัญญัติมาตรา 238³ ไม่ใช่บังคับแก่กรณีเช่นนั้น

4. ประมวลกฎหมายอาญาสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียตรัสเซีย ค.ศ. 1960

มาตรา 174 การให้สินบนต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงแปดปี การให้สินบนหลายครั้งหรือโดยบุคคลซึ่งถูกลงโทษฐานให้สินบนมาแล้ว ต้องระวางโทษจำคุกเจ็ดปีถึงสิบห้าปี และอาจมีการวิบัติหรืออาจมีการเนรเทศเป็นเวลาสองถึงห้าปีหลังจากครบกำหนดโทษจำคุก

¹ มาตราแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1972

² โทษเจ้าพนักงานผู้รับสินบน ซึ่งจำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี โดยมีประเภทโทษในมาตรา 53 ว่าโทษจำคุกทั่วไปนี้ต้องไม่เกิน 5 ปี

³ กรณีรับสินบน

บุคคลผู้ให้สินบนพ้นจากความรับผิดชอบอันใดถูกบีบบังคับเอาไปจากคนหรือ
หลังจากให้สินบนแล้ว ผู้นั้นได้แจ้งให้ทราบถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยสมัครใจ

5. กฎหมายการลงโทษคอร์รัปชันระหว่างการรื้อถอนการร้ายคอมมิวนิสต์ ค.ศ. 1963

จีนไท่หวาน

มาตรา 10 ในกรณีที่เจ้าพนักงานผู้กระทำความผิดยอมมอบตัวต่อองค์
กรของรัฐที่เกี่ยวข้องหลังจากที่ได้กระทำความผิดตามมาตรา 4 ถึง 6 (ความผิดบาง
ประเภทของเจ้าพนักงานรวมทั้งการรับสินบน) แห่งพระราชบัญญัตินี้ โทษที่จะลงให้ลดลง
มาในกรณีที่ผู้นั้นได้สารภาพโดยสมัครใจเกี่ยวกับการกระทำความผิดของตนในระหว่างการ
สอบสวน โทษของผู้นั้นอาจจะลดลงมาได้เช่นกัน

มาตรา 11 ผู้ใดเสนอให้มีความจำเป็นจะให้หรือให้สินบนหรือผลประโยชน์
อื่นอันไม่สมควรแก่บุคคลที่ระบุในมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัตินี้ (เจ้าพนักงานผู้กระทำความ
ผิดตามกฎหมายที่กำหนด) ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินเจ็ดปี

กรณีเดียวกันนี้ให้ใช้บังคับแก่ผู้ซึ่งมิได้มีฐานะของบุคคลดังที่ระบุในมาตรา
2 แห่งพระราชบัญญัตินี้ แต่ได้กระทำความผิดดังที่กำหนดในวรรคก่อน

ในกรณีที่ผู้ใดยอมมอบตัวแก่องค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องหลังจากที่ได้กระทำความ
ผิดตามสองวรรคก่อน โทษของผู้นั้นอาจลดลงมาหรือยกเว้นเสีย ในกรณีที่ผู้นั้นได้สารภาพโดย
สมัครใจเกี่ยวกับการกระทำความผิดของตนในระหว่างการสอบสวน โทษของผู้นั้นให้ลด
ลงมา

6. ประมวลกฎหมายอาญาโรมานีเย ค.ศ. 1968

มาตรา 255 การให้ค้ำประกัน การเสนอให้ หรือการให้เงินหรือผล

¹ ส่วนนี้แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1962



มาตรา 241 ผู้ใดในกรณีดังที่ระบุในมาตรา 239 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสอง ให้หรือให้คำมั่นว่าจะให้ประโยชน์อันเป็นวัตถุหรือเป็นส่วนบุคคล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา 242 ผู้ใช้และผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดตามมาตรา 239 ต้องระวางโทษดังที่กำหนดไว้สำหรับผู้ที่ให้หรือให้คำมั่นว่าจะให้ประโยชน์อันเป็นวัตถุหรือเป็นส่วนบุคคล

มาตรา 243 ถ้าผู้กระทำความผิดดังที่ระบุในมาตรา 239 ถึงมาตรา 242 ได้แจ้งแก่องค์กรซึ่งมีอำนาจฟ้องคดี ซึ่งขอเท็จจริงหรือสภาพแวดล้อมของการกระทำความผิด ก่อนที่องค์กรดังกล่าวจะได้ทราบถึงสิ่งนั้น ศาลอาจลดโทษให้เป็นพิเศษหรือจะไม่ลงโทษก็ได้

กึ่งกล่าวข้างต้นเมื่อพิจารณาโครงสร้างความผิดทางอาญา (Verbrechenaufbau)

ความแนวความคิดทางอาญา (Concept of Crimes) การกระทำจะเป็นความผิดและ ผู้กระทำจะตอบโทษหรือไม่นั้น นอกจากพิจารณาส่วนที่กฎหมายบัญญัติหรือส่วน "องค์ประกอบ" (Tatbestandmassigkeit & fulfillment of the Statutory elements of a Crime) อันเป็นส่วนประกอบของความผิดอาญาในทางรูปแบบ กล่าวคือ การกระทำที่ตอบโทษนั้นจะต้องบัญญัติขึ้นเป็นบทกฎหมายบรรยายถึงลักษณะของฐานความผิด ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาที่เป็นอิสระ โดยยังไม่ได้วินิจฉัยว่า การกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาแล้วหรือยัง และส่วน "ความผิด" (Rechtswidrigkeit & Unlawfulness of act) อันเป็นส่วนที่พิจารณาว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด ต่อเมื่อเป็นกรณีที่ไม่มีความผิดที่กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายถ้ามีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิด (nichtrechtswidrig) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัย (Objective) แล้วนั้น เรายังคงพิจารณา

ถึงส่วน "ความชั่ว" (Schuld & guilt, blameworthiness) อีกด้วย

ความชั่วโดยทั่วไปเป็นเรื่องความรับผิดชอบ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงทางอภิปรัชญา (Subjective) กรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษและหรือกรณีเหตุผลทางนโยบายอาญา (Criminal Policy) ทำให้ไม่อาจตำหนิผู้กระทำ (blameworthiness of the perpetrator) กฎหมายก็ยกเว้นโทษ (Excusation) ให้ ซึ่งการยกเว้นโทษ (Excusation) นี้ไม่มีผลต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่ทำให้การตำหนิส่วนตัว (personal blameworthiness) เปลี่ยนไป และจะได้รับการยกเว้นโทษ (Excusation) ก็ต่อเมื่อผู้กระทำใดกระทำภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าไม่จำเป็นเสมอไปที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษอาจเนื่องจากเหตุผลที่สังคมไม่อาจตำหนิผู้กระทำ (blameworthiness of the perpetrator) หรือมีเหตุที่ทำให้การตำหนิส่วนตัว (personal blameworthiness) เปลี่ยนไป ไม่ว่าจะเป็นเหตุสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำผิด เหตุแห่งความต้องการผลในทางแก้ไขตัวผู้ (Reformation) ผลในทางสังคม หรือความจำเป็นทางนโยบายทางอาญา ซึ่งเป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษให้การป้องกันและปราบปรามเพื่อลดปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับฐานรับหรือให้สินบน เป็นความจำเป็นทางนโยบายทางอาญาประการหนึ่ง การยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดเพื่อผลประโยชน์อย่างอื่นของรัฐดังกล่าวจึงสามารถกระทำได้เช่นเดียวกัน