

## บทที่ 2

### ความทั่วไป

#### 1. ความทั่วไปว่าด้วยโครงสร้างความผิดอาญา

เป็นที่ทราบกันอยู่ทั่วไปว่ากฎหมายอาญาคือกฎหมายที่กำหนดการกระทำที่เป็นความผิดและโทษ ดังนั้นในเบื้องต้นจึงเข้าใจได้ว่าสิ่งที่จะถูกนำมาพิจารณาในทางอาญามีใช้ความคิดของมนุษย์ แต่เป็นการกระทำของมนุษย์ เพราะการกระทำของมนุษย์เท่านั้นที่จะผิดหรือไม่ผิดชั่วหรือไม่ชั่ว<sup>1</sup> ซึ่งแตกต่างกับความรับผิดทางศีลธรรมที่แม้มีความคิดที่ชั่วร้ายเพียงอย่างเดียวก็เป็นบาปแล้ว

การพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดอาญา (Verbrechensaufbau) จึงพิจารณาจากขอบเขตความหมายของกฎหมายอาญาดังที่ได้กล่าวมาแล้วนี้ ซึ่งมีปัญหาต่อไปว่า การกระทำอย่างไรจึงจะถูกนำมากำหนดเป็นความผิดและโทษกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การกระทำอย่างไรจึงจะเรียกว่าเป็นความผิดอาญา ในปัญหาดังกล่าวมีข้อสมมติฐานว่า ความผิดอาญาคือ "การกระทำที่ผิดกฎหมายซึ่งผู้กระทำสมควรถูกลงโทษ"<sup>2</sup> ดังนั้นการพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดอาญาจึงต้องพิจารณาจากข้อสมมติฐานดังกล่าว ซึ่งจะพบว่ามีหลักเกณฑ์ใหญ่ ๆ 2 ประการ คือ

1. การกระทำที่ผิดกฎหมาย (Unrechtstat)
2. การกระทำที่ผู้กระทำสมควรถูกลงโทษ (Strafwuerdigkeit)

---

<sup>1</sup> คณิต ๗ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 8.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, คณิต ๗ นคร, "โครงสร้างความผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea," วารสารนิติศาสตร์ 16 (กันยายน 2529): 208.

## 1. การกระทำที่ผิดกฎหมาย

การกระทำที่ผิดกฎหมายเป็นสิ่งที่แสดงถึง "ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับการกระทำ"<sup>3</sup> จึงมีปัญหว่า "ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับการกระทำ" นั้นพิจารณาจากหลักเกณฑ์อะไร ในปัญหาดังกล่าวนั้นถ้าเราพิจารณาที่จากการกระทำของมนุษย์แล้วเราจะพบว่า การกระทำของมนุษย์จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับปทัสถาน (norm) อยู่ 2 ประเภท คือ ปทัสถานของสังคม (social norm) และปทัสถานของกฎหมาย (legal norm) ดังนั้นการพิจารณาถึง "ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับการกระทำ" จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นอยู่ในขอบเขตของปทัสถานทั้ง 2 หรือไม่ ถ้าการกระทำนั้นอยู่นอกขอบเขตของปทัสถานทั้ง 2 ก็เป็นการแสดงถึง "ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับการกระทำ" ปัญหาจึงมีต่อไปว่าอะไรคือสิ่งที่จะมาชี้ให้เห็นว่าการกระทำนั้นอยู่นอกขอบเขตของปทัสถานของสังคมและปทัสถานของกฎหมาย ซึ่งเราอาจแยกพิจารณาได้

### 1.1 ขอบเขตของปทัสถานของสังคม

เนื่องจากการกระทำของมนุษย์ย่อมมีส่วนที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับหรือสัมพันธ์กับการอยู่ร่วมกันในสังคมเสมอ ดังนั้นถ้าการกระทำที่ในตัวของมันเองมิได้เป็นการก่ออันตราย (Gefaehrdung) หรือทำอันตราย (Verletzung) ต่อการอยู่ร่วมกันในสังคม (imputatio facti) ก็ไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่แสดงถึง "ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับการกระทำ" เช่น การนอนหลับ ฯลฯ หรือถ้าการกระทำใดที่แม้เป็นการก่ออันตรายหรือทำอันตรายต่อการอยู่ร่วมกันในสังคม แต่อยู่ภายในขอบเขตของระเบียบของการอยู่ร่วมกันที่ยอมรับนับถือกันทั่วไปที่มีประวัติความเป็นมาจนกลายเป็นระเบียบของการอยู่ร่วมกันหรือขนบธรรมเนียมประเพณีวัฒนธรรม หรือที่เรียกว่า "การกระทำที่สังคมยอมรับ" (Sozialadaquenz)<sup>4</sup> ก็ไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่แสดงถึง "ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับการกระทำ" เช่นการก่อสร้างตึกสูง การก่อสร้างตึกสูง การประกอบอุตสาหกรรมที่เป็นอันตราย ฯลฯ เพราะผู้กระทำยังไม่ได้ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ใน

<sup>3</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 8.

<sup>4</sup> คณิต ฌ นคร, "การเลี้ยงที่อนุญาต," วารสารอัยการ 4 (พฤษภาคม 2524):

การใช้ความระมัดระวังทางภาวะวิสัยที่จะไม่ไปกระทบต่อการอยู่ร่วมกันในสังคม ดังนั้น การพิจารณาถึง "ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับการกระทำ" ภายในขอบเขตของบทัสดานของสังคมจึงเป็นการพิจารณาถึงสภาพความเป็นอันตรายของการกระทำ และหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังทางภาวะวิสัยที่จะไม่ไปกระทบต่อการอยู่ร่วมกันในสังคม

## 1.2 ขอบเขตของบทัสดานของกฎหมาย

การกระทำบางอย่างที่ไม่อยู่ในขอบเขตของบทัสดานของสังคม แต่กฎหมายอาจเห็นว่าการกระทำนั้นมีความสมควรที่จะกระทำได้อีกได้ เช่น การทำแท้งโดยสภาพของมัยย่อมเป็นอันตรายต่อชีวิตในครรภ์มารดา และสังคมก็ไม่ถือว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่อยู่ภายในขอบเขตของระเบียบการอยู่ร่วมกันที่ยอมรับนับถือกันทั่วไป แต่ถ้าการทำแท้งที่ได้กระทำโดยนายแพทย์ และจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงในสายตาของกฎหมายก็ถือว่าการทำแท้งนั้นมีความสมควรที่จะกระทำได้ และเป็นสิ่งที่อยู่ภายในขอบเขตของบทัสดานทางกฎหมายที่กฎหมายอนุญาตหรือให้อำนาจกระทำได้ ดังนั้นการพิจารณาถึงความไม่สมควรที่เกี่ยวกับการกระทำ" ภายในขอบเขตของบทัสดานของกฎหมายจึงเป็นการพิจารณาถึง "เหตุที่ทำให้การกระทำนั้นมัยอำนาจกระทำได้" (Rechtfertigungsgrund)

## 2. การกระทำที่ผู้กระทำสมควรถูกลงโทษ (Strafwuerdigkeit)

การพิจารณาถึงความสมควรลงโทษเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำผิดควรจะต้องรับโทษหรือไม่เพียงใด ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงความรับผิดชอบเฉพาะตัว

(Verantwortlichkeit)<sup>5</sup> หรือ "ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำ"<sup>6</sup> ปัญหาว่าความสมควรลงโทษนั้นพิจารณาจากหลักเกณฑ์อะไรในปัญหานี้ถ้าเราพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาแล้วเราจะพบว่า กฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคมโดย

<sup>5</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1086/2530," คำพิพากษาศาลฎีกา สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ เล่ม 4 พ.ศ. 2530, หน้า 161.

<sup>6</sup> คณิต ๗ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 8.

กำหนดหน้าที่ให้คนในสังคมมีหน้าที่ต้องประพฤติดีประพฤติชอบ เพราะสังคมเรียกร้องให้ทุกคนกระทำแต่ในสิ่งที่ถูกต้อง หากผู้ใดตัดสินใจที่จะเลือกกระทำไปในทางที่ผิด ผู้นั้นก็ควรถูกลงโทษ ดังนั้นความชอบธรรมในการลงโทษผู้ใดจึงขึ้นอยู่กับว่า สังคมอาจตำหนิผู้กระทำหรือเรียกร้องให้ลงโทษผู้กระทำได้หรือไม่ ซึ่งการที่สังคมจะตำหนิหรือเรียกร้องให้มีการลงโทษผู้กระทำได้ก็ต่อเมื่อ ผู้กระทำได้เลือกตัดสินใจที่จะกระทำในสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับ โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นเช่นนั้น<sup>7</sup> ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงความสามารถในการรับผิดชอบหรือความสามารถในการควบคุมการกระทำของผู้กระทำ (Die subjektive Zurechenbarkeit)<sup>8</sup> หรือที่เรียกว่า "ความชั่ว" (Schuld)

จากที่กล่าวมาแล้วนี้จะเห็นได้ว่า การกระทำที่ผิดกฎหมายผิดและการกระทำที่ผู้กระทำสมควรถูกลงโทษหรือความชั่วเป็นหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของความผิดอาญา อย่างไรก็ตามความผิดอาญานอกจากจะอะไรหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาแล้วยังต้องอาศัยหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบอีกด้วย ซึ่งก็คือ การกระทำที่ผิดกฎหมายที่สมควรถูกลงโทษนั้นจะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายเพื่อให้ประชาชน

---

<sup>7</sup> คณิต ๗ นคร, "โครงสร้างความผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea," หน้า 208.

<sup>8</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, "หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1084/2530, "คำพิพากษาศาลฎีกา สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ เล่ม 4 พ.ศ. 2530, หน้า 162.

ได้รู้ล่วงหน้าว่าการกระทำอย่างไรจึงจะเป็นความผิดอาญาเพื่อที่เขาจะได้ไม่คิดที่จะไปกระทำ ความผิด\* หรือที่เรียกว่า "องค์ประกอบ" (Tatbestand)

---

\*หลักที่ว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาจะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายนั้นเป็นผล ประการหนึ่งของหลักประกันในกฎหมายอาญา ซึ่งมีที่มาจากหลัก *nullum crimen, nulla poena sine lege* (ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย) ซึ่งเป็นหลักที่แสดงถึงความ เป็นนิติรัฐที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนถึงขนาด Prof. Franz von Liszt เรียกว่าเป็น "ธรรมนูญของอาชญากร" (Magna Charta des Verbrechers) หลักนี้ มีลักษณะสำคัญ 4 ประการคือ

1. สิ่งที่จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดอาญาต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์ อักษร (Positive Law) เท่านั้น ดังนั้น กฎหมายจารีตประเพณีจึงไม่ใช่สิ่งที่จะมา กำหนดการ กระทำที่เป็นความผิดอาญาเพื่อลงโทษบุคคลได้

2. การบัญญัติกฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถ จะทำได้ (Bestimmtheitsgrundsatz)

3. การบังคับใช้กฎหมายอาญาจะไม่มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง

4. ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) มาลงโทษทางอาญาแก่ บุคคล

ดู คณิต ฒ นคร, "หลักประกันในกฎหมายอาญา," วารสารอัยการ 4 (กุมภาพันธ์ 2524): 52-56

ดังนั้นโครงสร้างความผิดอาญาจึงประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ<sup>9</sup> คือ

- ก. องค์ประกอบ (Tatbestand)
- ข. ความผิด (Rechtswidrigkeit)
- ค. ความชั่ว (Schuld)

ก. องค์ประกอบ (Tatbestand) คือ การกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ เพราะกฎหมายเห็นว่าการกระทำนั้นสมควรลงโทษอันเนื่องมาจากการกระทำนั้นเป็นการทำอันตราย (Verletzung) หรือเป็นการก่ออันตราย (Gefährdung) ไม่ว่าจะ เป็นแบบนามธรรม (abstrakt) หรือแบบรูปธรรม (konkret)\* ต่อการอยู่ร่วมกันในสังคมจนสังคมไม่อาจยอมรับได้ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นที่กฎหมายจะต้องเข้าไปกำหนดสมบัติบางอย่างที่ถูกรับทำอันตรายหรือถูกก่ออันตรายให้เป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง

<sup>9</sup>ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสพิจารณาความผิดอาญาจากหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ

1. องค์ประกอบทางกฎหมาย (Element Legal) คือต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้
2. องค์ประกอบทางการกระทำ (Element material) คือการลงมือหรือกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติ
3. องค์ประกอบทางจิตใจ (Element moral) คือความประสงค์ของผู้กระทำซึ่งอยู่ในจิตใจ

คูโกเมน กัททริมย์, "กฎหมายอาญาฝรั่งเศส," (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524) หน้า 1-2 (อัคราเนนา)

\*การทำอันตราย (Verletzung) หมายถึงต้องมีการเกิดขึ้นของความเสียหายต่อวัตถุที่ถูกกระทำ ส่วนการก่ออันตราย (Gefährdung) หมายถึงเพียงแต่มีการเกิดขึ้นของสถานการณ์ที่เริ่มเป็นอันตรายต่อวัตถุที่ถูกกระทำ รายละเอียดโปรดดู สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พันธ์, "ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายตามกฎหมายเยอรมัน," ศิลปาท 41(กันยายน 2537):130

จากการล่องละเมิดซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร เรียกว่า "คุณธรรมทางกฎหมาย" (Rechtsgut)<sup>10</sup> ขณะเดียวกันก็บัญญัติให้คนในสังคมมีหน้าที่ที่จะไม่ไปล่องละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าว ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนไปล่องละเมิดก็จะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา แต่ถ้าการกระทำใดที่แม้เป็นการทำอันตรายหรือก่ออันตรายต่อการอยู่ร่วมกันแต่สังคมยอมรับได้ (Sozialadaquenz) ก็ถือว่าอยู่นอกที่สถานของ "องค์ประกอบ"<sup>11</sup> เช่นนักกีฬาปะทะกันในระหว่างเล่นกีฬา

โดยปกติการบัญญัติ "องค์ประกอบ" ที่จะมีความผิดอาญาจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดคือ จะต้องให้รายละเอียดของการกระทำที่เป็นความผิดทำที่จะสามารถทำได้ (Bestimmtheitsgrundsatz) เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายถูกผูกมัดกับกฎหมายอันเป็นการป้องกันการใช้กฎหมายตามอำเภอใจ แต่อย่างไรก็ตามมีการกระทำบางอย่างซึ่งโดยสภาพลักษณะของตัวมันไม่สามารถจะบัญญัติให้ชัดเจนได้ ได้แก่ศัพท์กฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจง (Unbestimmte Rechtsbegriffe) เช่น การงดเว้นกระทำการ (Echtes Unterlassungs) หรือการกระทำโดยประมาท หรือ "องค์ประกอบทางที่สถาน" (Normatives Tatbestandsmerkmal) เช่น คำว่า สิ่งลามกตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 ซึ่งผู้ใช้กฎหมายต้องใช้ดุลพินิจที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของคุณค่าทางศีลธรรม จริยธรรม ความรู้สึกชั่วดีประกอบเข้าหากันแล้วจึงจะวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเข้า "องค์ประกอบ" หรือไม่ องค์ประกอบเหล่านี้จึงไม่สามารถกำหนดรายละเอียดให้ชัดเจนได้

<sup>10</sup>คณิต ฌ นคร, "คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา," วารสารอัยการ 3 (มกราคม 2523): 55-61.

<sup>11</sup>คณิต ฌ นคร, "การเลี้ยงที่อนุญาต," หน้า 66 และแม้การกระทำบางอย่างจะเป็นการทำอันตรายหรือก่ออันตรายต่อการอยู่ร่วมกัน กฎหมายอาจจะบัญญัติเป็นความผิดแต่ยกเว้นโทษไว้ก็ได้ เพราะเห็นว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยที่ยังไม่สมควรลงโทษก็ได้ เช่น ป.อ.ม. 105, 106, 304 ดู จิตติ ดิงศักดิ์ย์, กฎหมายอาญามาตรา 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: แสงจันทร์การพิมพ์, 2529), หน้า 416 และ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา มาตรา 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 366.

"องค์ประกอบ"แบ่งเป็น 2 ประเภท\*คือ

1. องค์ประกอบ(Objektiver Tatbestand)ซึ่งยังแบ่งออกเป็น<sup>12</sup>

คือ

1.1 องค์ประกอบภายนอกที่สำคัญ ได้แก่ ผู้กระทำ (Tatsubjekt) และการกระทำ (Handlung)

1.2 องค์ประกอบภายนอกที่ในส่วนผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำ ได้แก่ ผลของการกระทำ (Erfolg) และวัตถุแห่งการกระทำ (Handlungsobjekt) ซึ่งก็คือคุณธรรมทางกฎหมาย(Rechtsgut) ที่ถูกล่วงละเมิด

2. องค์ประกอบภายใน (Subjektiver Tatbestand) ซึ่งได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจ เป็นต้น

โดยปกติการกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาในโครงสร้าง "องค์ประกอบ" จะต้องมียุ่ครบถ้วนทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน แต่มีข้อยกเว้นคือ

---

\*การแบ่งประเภทของ "องค์ประกอบ" เป็น 2 ประเภทดังกล่าวนี้เป็นแนวความคิดของ "ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ" (Finale Handlungslehre) ซึ่งตรงกันข้ามกับ "ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล" (Kausale Handlungslehre) รายละเอียดเกี่ยวกับทฤษฎีทั้งสอง ดู คณิต ฌ นคร, "โครงสร้างความผิดอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea," หน้า 212-214.

<sup>12</sup>Peter M. Polak, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1 Auflage. (Wien : 1982), S.14.

1. การพยายามกระทำความผิด (Versuch) ซึ่งเป็นกรณีที่องค์ประกอบภายในในเรื่องของเจตนามีอยู่ครบถ้วน แต่องค์ประกอบภายนอกในเรื่องของผลของการกระทำไม่ครบถ้วน

2. ความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ซึ่งเป็นกรณีที่องค์ประกอบภายนอกครบถ้วนเท่านั้น เช่นความผิดลหุโทษบางฐานความผิดที่ผู้กระทำผิดต้องรับผิดทางอาญา โดยไม่ต้องมีเจตนาตามหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 104

#### ข. ความผิด (Rechtswidrigkeit)

โดยหลักเมื่อการกระทำเข้าหลักเกณฑ์ของ "องค์ประกอบ" แล้วกฎหมายอาญาก็จะมีสภาพการบังคับใช้กับการกระทำนั้นทันที แต่อย่างไรก็ตามมีเหตุบางอย่างซึ่งเป็นปทัสสถานที่กฎหมายยอมรับ หรืออนุญาตให้ทำได้อันมีผลทำให้กฎหมายอาญาจะไม่เข้าไปบังคับใช้กับการกระทำนั้นซึ่งส่งผลให้เป็นการลบล้างความผิดที่ได้กระทำไป (Rechtfertigungsgrund) ซึ่งการพิจารณาถึงเหตุดังกล่าวเป็นการพิจารณาถึงความชอบธรรมที่เกี่ยวกับการกระทำนั้นหรือที่เรียกว่า "เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้"

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้อาจจะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา เช่นการป้องกันตาม มาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรืออาจปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่น เช่น การป้องกันต่อทรัพย์ตาม มาตรา 450 วรรคสามแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรืออาจเกิดจากผู้ใช้กฎหมายเป็นผู้กำหนด เช่น หลักเรื่อง "การชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย" (Rechtguterabwaegung) หรืออาจเกิดจากฝ่ายตำราเป็นผู้กำหนด เช่น หลักเรื่อง "การเสี่ยงที่อนุญาต" (Erlaubtes Risiko)<sup>13</sup>

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้อาจจะแบ่งแยกได้ดังนี้คือ

1. การใช้สิทธิป้องกันให้พ้นจากภัยอันตรายที่มีมา โดยฉุกเฉินซึ่งผู้รับภัยไม่มีหน้าที่ต้องยอมรับอันพอสมควรแก่เหตุ

<sup>13</sup> คณิต ฃ นคร, "การเสี่ยงที่อนุญาต," หน้า 62-63.

โดยทั่วไป กฎหมายอาญาบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดให้คนในสังคมมีหน้าที่ที่จะไม่ไปล่วงละเมิดผู้อื่นหรือความสงบสุขของส่วนรวม แต่ในสถานการณ์บางอย่างหากปรากฏภัยอันตรายที่มีมาโดยฉุกเฉินซึ่งผู้รับภัย ไม่มีหน้าที่ต้องยอมรับ กฎหมายก็ถือว่าการตอบโต้ภัยดังกล่าวเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายตามหลัก "ความถูกต้อง ไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง" (Recht braucht Unrecht nicht auszuweichen) การใช้สิทธิป้องกันจึงอยู่เหนือกว่าหน้าที่ที่กฎหมายอาญากำหนดไว้ เช่น การที่มีคนเอาปืนมายิงเรา แล้วเราใช้ปืนยิงเขาเพื่อไม่ให้เขายิงเราจะเห็นได้ว่าการที่เรายิงเขาก็เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายอาญากำหนดไว้ซึ่งมีผลทำให้การกระทำของเราเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา แต่การกระทำของเราเป็นการใช้สิทธิป้องกัน ซึ่งกฎหมายถือว่าการใช้สิทธิป้องกันดังกล่าวมีคุณค่าสูงกว่าหน้าที่ที่กฎหมายอาญากำหนดไว้ อันทำให้การกระทำของเราเป็นสิ่งที่ชอบธรรมตามกฎหมาย จึงเป็นการลบล้างความผิดที่เราได้กระทำให้

เนื้อหาของการใช้สิทธิป้องกันปรากฏอยู่ใน

1.1 การใช้สิทธิป้องกันให้พ้นจากภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา 68

1.2 การใช้สิทธิป้องกันเพื่อให้พ้นจากภัยอันตรายที่มีมาโดยฉุกเฉิน เพราะตัวทรัพย์เป็นเหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 450 วรรคสาม

## 2. ความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้คือสถานการณ์ที่เร่งด่วนที่มาบังคับให้ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำการหนึ่งสิ่งใดอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายอาญากำหนดไม่ให้ไปล่วงละเมิดต่อผู้อื่น ซึ่งสถานการณ์ที่เร่งด่วนที่จะถือว่าเป็นเหตุที่ชอบธรรมตามกฎหมายได้แก่

2.1 ความจำเป็นที่เป็นการรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่มีประโยชน์มากที่สุด

ความจำเป็นประเภทนี้เกิดขึ้นจากสถานการณ์ที่มีประโยชน์หลายอันขัดแย้งกันอยู่และไม่อาจที่จะรักษาประโยชน์เหล่านั้นให้คงอยู่ได้ทั้งหมดในเวลาเดียวกัน นอกจากจะรักษาสິงหนึ่งไว้และทำลายอีกสิ่งหนึ่งไป ตัวอย่างของความจำเป็นประเภทนี้ได้แก่

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1), ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 450  
วรรคหนึ่ง เป็นต้น

2.2 ความจำเป็นที่เป็นการบังคับสิทธิโดยผลการเพราะไม่อาจ  
ขอให้รัฐบังคับได้ทันที

ความจำเป็นประเภทนี้เกิดขึ้นจากสถานการณ์ที่ผู้กระทำความ  
สิทธิอยู่ก่อนแล้ว แต่การบังคับสิทธิที่ต้องเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายนั้นไม่อาจกระทำได้เพราะ  
หากต้องเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายการบังคับสิทธิก็จะไม่สมประโยชน์แห่งสิทธิ เนื้อหาของ  
ความจำเป็นประเภทนี้ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 451 วรรคหนึ่ง  
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 117

3. การกระทำที่บรรลุผลถึงความสำเร็จของการปฏิบัติหน้าที่ราชการ  
โดยปกติการปฏิบัติหน้าที่ราชการก็ถือว่าเป็นมีความชอบธรรมอยู่ใน  
ตัวเองอยู่แล้ว เพราะถือว่าหน้าที่ราชการย่อมอยู่เหนือกว่าหน้าที่ที่กฎหมายอาญากำหนดไว้ไม่ให้  
ไปล่วงละเมิดผู้อื่น แต่ในบางกรณีเพื่อให้บรรลุผลถึงการปฏิบัติหน้าที่ราชการก็อาจต้องใช้  
มาตรการบางอย่างเข้ามาช่วยเสริม เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 82,  
83, 94 เป็นต้น

4. การเสี่ยงที่อนุญาต (Erlaubtes Risiko, Permissible risk)  
โดยทั่วไปการกระทำที่เป็นการก่อหรือทำอันตรายต่อการอยู่ร่วมกันใน  
สังคมจนสังคม ไม่อาจยอมรับได้ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรมในตัวเองแต่มีสถานการณ์บางอย่างที่การ  
กระทำแม้จะเป็นการก่อหรือทำอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง แต่กฎหมายก็อนุญาต  
ให้เสี่ยงกระทำได้ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท<sup>14</sup> คือ

4.1 การเสี่ยงภัยที่เป็นการช่วยเหลือแม้ว่าการช่วยเหลือนั้นจะนำ  
มาซึ่งอันตรายอย่างมากแก่คุณธรรมทางกฎหมายและอาจจะไม่ใช่วิถีทางเดียวที่จะต้องทำเช่นนั้น  
เช่น การที่เจ้าหน้าที่ดับเพลิงจับบุคคลซึ่งยังลี้เลอยู่ว่าจะหนีไฟอย่างไร โยนลงมาบนพื้นผ้าใบรองรับ

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

4.2 การเสี่ยงที่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณะของตัวผู้กระทำหรือของผู้เสียหาย ตัวอย่างของการเสี่ยงประเภทนี้ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329(1), (3) (4) หรือกรณีบิดาพราภบุตรนอกสมรสไปจากมารดาเพื่ออุปการะเลี้ยงดู (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 389/2517) หรือผู้ที่ขายอาวุธโดยรู้อยู่แล้วคนซื้ออาวุธอาจนำไปใช้กระทำความผิด<sup>15</sup>

## 5. อำนาจทำโทษ

อำนาจทำโทษเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ภายในครอบครัวซึ่งพ่อแม่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564) กฎหมายจึงให้มีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567(2)) โดยขอบเขตของการทำโทษจะต้องกระทำเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนเท่านั้น จะกระทำเพราะความโกรธแค้นด้วยโทษจริงไม่ได้<sup>16</sup>

อำนาจทำโทษนี้ยังขยายไปถึงผู้ที่อยู่ในฐานะเดียวกัน (in loco parentis) อำนาจทำโทษนี้จึงสามารถโอนหรือมอบหมายกันต่อไปได้ แต่จำกัดเฉพาะผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลบุตรผู้เยาว์เหมือนกับสมาชิกในครอบครัวคนหนึ่ง แม้จะไม่ถึงขั้นเป็นการรับบุตรบุญธรรมก็ตาม<sup>17</sup>

## 6. ความยินยอมหรือการสละคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหาย

ปัญหาการนำหลักเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายมาใช้นั้นผู้เห็นว่าไม่สามารถนำมาใช้ได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้<sup>18</sup> จึงมีผู้เสนอว่าควรนำหลักความยินยอมมาบัญญัติให้ชัดเจนไว้ในกฎหมาย<sup>19</sup> แต่อย่างไรก็ดีศาลฎีกาก็เคยนำหลักความยินยอมมาใช้ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508)

<sup>15</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 750.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 751.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 752.

<sup>18</sup> คณิต ๗ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 27.

<sup>19</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 165-171.

นอกจากเหตุที่กล่าวมาแล้วยังมีเหตุอื่น ๆ อีก เช่น สิทธิยืตห่วงตาม  
กฎหมายแพ่ง เป็นต้น

### ค. ความชั่ว (Schuld)

ตามที่ได้เคยกล่าวมาแล้วว่า ความผิดอาญาคือ การกระทำที่ไม่ถูกต้องอัน  
สมควรลงโทษ การลงโทษจึงเป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ถูกต้อง ("องค์ประกอบ" และ  
"ความผิด") โทษจึงเป็นสิ่งที่แสดงออกถึง "ความไม่สมควรที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำ" หรือ "สิ่งที่  
กฎหมายเห็นว่าไม่สมควรเกี่ยวกับตัวผู้กระทำ" อันเนื่องมาจากการที่เราได้กระทำการอันล่วง  
ละเมิดต่อกฎหมาย<sup>20</sup> ความชอบธรรมในการที่จะลงโทษผู้ใดจึงขึ้นอยู่กับว่าสังคมสามารถตำหนิผู้  
กระทำได้หรือไม่ ถ้าสังคมสามารถตำหนิผู้กระทำได้ เขาก็สมควรต้องถูกลงโทษ ปัญหาจึงมีว่า  
การที่สังคมจะตำหนิผู้กระทำได้หรือไม่ใช้หลักเกณฑ์อะไรเป็นเครื่องกำหนด ในปัญหานี้หากเรา  
พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาแล้วเราจะพบว่ากฎหมายอาญามีขึ้นเพื่อคุ้มครอง  
การอยู่ร่วมกันในสังคม โดยกฎหมายจะเข้าไปกำหนดหน้าที่ให้คนในสังคมมีหน้าที่ต้องประพฤติดี  
ประพฤติชอบ เพราะสังคมเรียกร้องให้ทุกคนกระทำแต่ในสิ่งที่ดีที่ถูกต้อง หากผู้ใดตัดสินใจ  
เลือกที่จะกระทำในสิ่งที่สวนทางกับข้อเรียกร้องของสังคมโดยเขารู้ดีอยู่ว่าเป็นเช่นนั้น เขาก็  
ควรถูกลงโทษ ดังนั้นเหตุที่สังคมจะตำหนิผู้กระทำได้หรือไม่หรือที่เรียกว่า "ความชั่ว" นั้นมี  
องค์ประกอบที่จะต้องพิจารณาอยู่ 2 ประการคือ

1. ความสามารถในการรู้หรือเข้าใจความผิดของการกระทำของตน
2. ความสามารถในการตัดสินใจโดยอิสระในการที่จะเลือกกระทำใน

สิ่งที่ถูกต้อง

1. ความสามารถในการรู้หรือเข้าใจในความผิดของการกระทำของ  
ตน บุคคลใดที่ไม่สามารถรู้สึก หรือเข้าใจในความผิดของการกระทำของตน ย่อมถือว่าไม่มี  
ความชั่ว ซึ่งเหตุที่ไม่สามารถรู้สึกหรือเข้าใจในความผิดของการกระทำของตนได้แก่

<sup>20</sup> คณิต ๕ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 8.

### 1.1 เหตุภายในตัวผู้กระทำ

เหตุภายในตัวผู้กระทำมีหลายชนิด เช่น สภาพทาง จิตใจ สติปัญญา อารมณ์ ฯลฯ บัญญัติจึงมีว่า เหตุภายในตัวผู้กระทำเช่นไรที่จะทำให้อัตตาชั่งที่ผู้กระทำไม่สามารถรู้สึกหรือเข้าใจในความผิดของการกระทำ

ในเรื่องนี้ ระบบ Civil Law ได้ยอมรับเฉพาะเหตุภายในตัวผู้กระทำที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจ (mental mind) สติปัญญา เท่านั้น ส่วนเรื่องของอารมณ์ (emotion) เช่น การกระทำผิดโดยบันดาลโทสะนั้นถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ในการประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล เท่านั้น

ประเภทของเหตุภายในตัวผู้กระทำที่ทำให้ไม่สามารถรู้สึกเข้าใจในความผิดของการกระทำ ได้แก่

ก. เหตุอันเนื่องมาจากความบกพร่องทางจิตใจอันเกิดจากความไม่สมบูรณ์ของทางร่างกายที่มีผลต่อจิตใจ ซึ่งก็คือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65\*

ข. เหตุอันเนื่องมาจากความบกพร่องทางสติปัญญา ซึ่งพิจารณาจากระดับความเจริญเติบโตทางสมอง ดังนั้นผู้ที่ระดับความเจริญเติบโตทางสมองมีน้อยก็ย่อมไม่มีสติปัญญาที่จะไปรู้หรือเข้าใจได้ว่าอะไรถูก อะไรผิด ซึ่งบุคคลประเภทนี้ก็ได้แก่ เด็กตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73, 74\*\*

---

\*ถ้าเป็นความบกพร่องทางจิตใจอันเกิดจากการเสพยาหรือของมึนเมา กฎหมายไม่ยอมให้ยกขึ้นอ้างเป็นข้อแก้ตัวได้ เพราะจะกลายเป็นเครื่องมือส่งเสริมให้คนเสพยาหรือของมึนเมาเพื่อยอมใจให้กล้าที่จะไปกระทำผิด เว้นแต่ความมึนเมานั้นเกิดจากผู้เสพยาไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มึนเมา หรือถูกขี้ใจให้เสพยาจึงจะยอมให้ยกขึ้นเป็นข้ออ้างได้ ดู หุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 269.

\*\*แต่อายุของเด็กตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 นั้นเป็นเรื่องที่อาจมีความชั่วหรือไม่ก็ได้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีว่าเด็กนั้นมีความเจริญเติบโตทางสมองอย่างไร ดู คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 21.

## 1.2 เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ

ในบางกรณีผู้กระทำมีสภาพจิตใจและสติปัญญาที่จะสามารถรับรู้ และเข้าใจถึงความผิดของการกระทำได้ แต่มีเหตุภายนอกหรือสถานการณ์ภายนอกบางอย่างที่เข้ามาทำให้ผู้กระทำไม่สามารถรับรู้และเข้าใจในความผิดของการกระทำนั้นได้ ซึ่งได้แก่

ก. ความสำคัญผิดในข้อห้าม (Verbotsirrtum) ซึ่งแบ่งเป็น

- ความสำคัญผิดว่ามีอำนาจกระทำได้ (Direkt

Verbotsirrtum) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62<sup>21</sup>

- ความไม่รู้กฎหมาย (Indirekt Verbotsirrtum)

ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64

ข. การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานที่มีชอบด้วย

กฎหมาย โดยผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70

ค. การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่ง

ความจำเป็น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69

2. ความสามารถในการตัดสินใจโดยอิสระในการที่จะเลือกกระทำในสิ่งที่ถูกต้อง ในบางกรณีแม้ผู้กระทำจะมีความสามารถรับรู้และเข้าใจถึงข้อผิดของการกระทำได้ แต่มีเหตุภายนอกหรือสถานการณ์ภายนอกที่เข้ามากระทบต่อการตัดสินใจในการที่จะเลือกกระทำในสิ่งที่ถูกต้องของผู้กระทำจนทำให้ผู้กระทำไม่สามารถพิจารณาเป็นอย่างอื่นได้ ซึ่งเหตุที่มีผลกระทบต่อตัดสินใจของผู้กระทำได้แก่

2.1 เหตุเพราะถูกบังคับหรือภายใต้อำนาจซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

หรือเพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67

<sup>21</sup>ตรงคำ ใจหาญ, "ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้,"

(วิทยานิพนธ์ปริณัยมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 44-94.

2.2 เหตุที่ผู้กระทำไม่สามารถใช้ความระมัดระวังได้ในเรื่องของ  
ประมาท หรือที่เรียกว่า "เหตุที่ไม่สามารถจะฝืนใจให้ผู้กระทำกระทำเป็นอย่างอื่นได้"

(Unzumutbarkeit)<sup>22</sup>

จากหลักเกณฑ์ 3 ประการที่กล่าวมาแล้วนี้ยังมีข้อเท็จจริง  
บางอย่างที่อยู่นอกโครงสร้างความคิดอาญา ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวมีผลต่อการลงโทษว่าจะลง  
โทษได้หรือไม่ เพียงใดได้แก่

1. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (objektive  
Bedingung der Strafbarkeit)

ตามปกติเราจะพบว่าบทบัญญัติต่าง ๆ ในประมวลกฎหมาย  
อาญา มักจะปรากฏให้เห็นในรูปขององค์ประกอบภายนอกของความผิดเป็นส่วนมาก ลักษณะ  
ของบทบัญญัติเหล่านี้ถือเป็นเงื่อนไขที่จะเป็นความผิดอาญาก็ต่อเมื่อผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำ  
ต่อข้อเท็จจริงเหล่านั้นการกระทำจึงจะครบ "องค์ประกอบ" แต่มีข้อเท็จจริงบางอย่างที่ดูน่า  
มาบัญญัติไว้ในกฎหมายด้วยเหตุผลพิเศษทางนโยบายทางอาญา โดยตัวมันเอง มีข้อเท็จจริงที่  
จะกำหนดความเป็นองค์ประกอบของความผิดอาญาแต่ตัวมันเอง เป็นเงื่อนไขที่จะใช้กำหนดถึง  
ความมีอยู่ของการลงโทษว่าสามารถลงโทษได้หรือไม่เพียงใด

ประเภทของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย แบ่ง  
ออกเป็น 2 ชนิด<sup>23</sup> คือ

<sup>22</sup> พุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป คำสอนชั้นปริญญาตรีทางรัฐศาสตร์,  
(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2493), หน้า 167.

<sup>23</sup> คณิต ๕ นคร, "เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย," ใน รวมบทความ  
ในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์,  
2531), หน้า 126-129.

1.1 เงื่อนไขแห่งการลงโทษที่แท้ (echte Strafbarkeitsbedingung) หรือเหตุจำกัดการลงโทษ (Strafeinschraenkungsgrund) เช่น ถ้อยคำกฎหมาย "สัมพันธ์ไมตรี" ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 130

1.2 เงื่อนไขการลงโทษที่ไม่แท้ (unecht strafbarkeitsbedingung) ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

ก. เหตุเพิ่มโทษ (strafschaerfungsgrund) เช่นการมีอาวุธติดตัวของผู้กระทำคนใดคนหนึ่งในการปล้นทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340 วรรคสอง

ข. เหตุให้ต้องลงโทษ (strafbegruendender Tatumstand) เช่น คำว่า "การปฏิบัติตามหน้าที่" ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 138

เนื่องจากข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเป็นเงื่อนไขที่จะพิจารณาถึงความมีอยู่ของการลงโทษว่าสามารถลงโทษได้หรือไม่อันเกี่ยวข้องกับ "องค์ประกอบภายนอกของความผิด" (objektiver tatbestand) ดังนั้นจึงต้องนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดทุกคนที่เข้ามาเกี่ยวข้อง (im rem)<sup>24</sup>

2. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว (persoenlicher Ausnahmen von der Strafbarkeit)

โดยปกติเมื่อการกระทำใดครบหลักเกณฑ์อันเป็นความผิดอาญาความสมควรลงโทษ (Strafwuerdigkeit) สำหรับการกระทำนั้นก็ย่อมมีอยู่ในตัวเองแต่อย่างไรก็ตามในบางกรณี แม้การกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญา แต่อาจมีเหตุผลที่อยู่นอกเหนือความสมควรลงโทษก็ได้ อันมีผลเกี่ยวกับความมีอยู่ของการลงโทษว่าสามารถกระทำได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งเรียกว่า "เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว"

---

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 128.

ประเภทของเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวมี 2 ประเภท<sup>25</sup> คือ

2.1 เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว (persoenlicher Strafausschliessungsgrund) คือข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในขณะกระทำความผิดที่แสดงให้เห็นว่า ความสมควรลงโทษสำหรับการกระทำนั้นไม่มีอยู่ตั้งแต่ต้น เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาก็ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71, 193 ซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักการรักษาความเป็นเอกภาพของครอบครัว

2.2 เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว (persoenlicher Strafaufhebungsgrund) คือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดที่แสดงให้เห็นว่าความสมควรลงโทษสำหรับการกระทำได้ตกไปในภายหลัง แต่มีผลย้อนหลังมายกโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด เหตุยกโทษเฉพาะตัวที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา เช่น เรื่องการถอนตัวจากการกระทำความผิด\* ซึ่งแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ

ก. การถอนตัวก่อนความผิดสำเร็จ ซึ่งแบ่งเป็น

- การถอนตัวจากการพยายามกระทำความ

ผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82, 88

- การถอนตัวจากการเตรียมที่กฎหมาย

บัญญัติว่าเป็นความผิดหรือจากการสมคบที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด (conspiracy) ในเรื่องดังกล่าวนี้ ประมวลกฎหมายอาญาโทษยังไม่มีการบัญญัติรองรับ แต่ก็มีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่าน่า

<sup>25</sup> คณิต ฌ นคร, "เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว," วารสารนิติศาสตร์ 16

(มิถุนายน 2529): 147.

\* เหตุผลที่กฎหมายยกโทษให้กับการถอนตัวจากการกระทำความผิด มีทฤษฎีอธิบายไว้ดังนี้คือ

ก. ทฤษฎีนโยบายทางอาญา (Kriminal politische Theorie)

ข. ทฤษฎีอภัยโทษ (Gnadertheorie)

ค. ทฤษฎีวัตถุประสงค์ของการลงโทษตกไป (Strafzwecktheorie)

รายละเอียด ดู คณิต ฌ นคร, "เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว," หน้า 145-146.

จะเทียบเคียง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 มาใช้ได้โดยอนุโลม<sup>26</sup>

ข. การถอนตัวเมื่อความผิดสำเร็จ ซึ่งกฎหมายยอมให้เฉพาะความผิดบางเรื่องเท่านั้น เช่น

- ความผิดเกี่ยวกับการให้ข้อเท็จจริงที่เป็นเท็จ (ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 176, 182, 183) ซึ่งได้แก่ความผิดฐานฟ้องเท็จตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 175, ความผิดฐานเบิกความเท็จ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 177 ความผิดฐานเปลื้องความหรือความหมายให้ผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 178, ความผิดฐานนำสืบหรือแสดงหลักฐานอันเป็นเท็จ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 180

- ความผิดต่อเสรีภาพ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 316) ซึ่งเป็นเรื่องความเกี่ยวกับการพาตัวไปเรียกค่าไถ่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 313-315

นอกจากนี้ เหตุยกโทษให้เฉพาะตัวยังปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่น เช่น การลดโทษประหารชีวิตแก่จำเลยผู้วิกลจริตตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 248 วรรคสอง หรือการยกโทษ เปลี่ยนโทษหนักเป็นเบา และลดโทษ ที่บัญญัติอยู่ในภาค 7 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เนื่องจากข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวไม่ว่าประเภทใดก็ตาม เป็นการพิจารณาถึงความมีอยู่ของการลงโทษว่าสามารถลงโทษได้หรือไม่อันเกี่ยวข้องกับใกล้ชิดกับ "ตัวผู้กระทำผิด" (Tater) ดังนั้นจึงนำมาใช้เฉพาะกับผู้กระทำที่ข้อเท็จจริงดังกล่าวปรากฏอยู่กับตัวเขาเอง (in personam) เท่านั้น

<sup>26</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 2

(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 172 และกิตติพงษ์ กิตยารักษ์, "การนำหลักความผิดฐานสมคบมาใช้ในประเทศไทย," บทบัญญัติ 50 (มิถุนายน 2537): 121.

### 3. เหตุเพิ่มโทษหรือลดโทษ

ในบางกรณีการลงโทษอาจจะไม่เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิด กฎหมายจึงกำหนดให้ศาลมีหน้าที่ต้องเพิ่มโทษหรือลดโทษเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ ซึ่งได้แก่ เหตุเพิ่มโทษที่จะลง เพราะกระทำความผิดอีกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 92, 93 หรือเหตุลดมาตราส่วนโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับความน่าคำห็นของผู้กระทำ

### 4. ข้อเท็จจริงประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ

(Strafzumessungsgrund)

ในบางกรณีแม้การกระทำที่เป็นความผิดอาญาอันมีความสมควรลงโทษปรากฏอยู่ แต่การที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจำต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์และวิธีการลงโทษด้วย ดังนั้นหากมีเหตุที่กฎหมายเห็นว่ามีค่าสำคัญเพียงพอที่จะเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษก็จะบัญญัติให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจว่าควรลงโทษจำเลยด้วยสถานใดมากน้อยเพียงใดจึงจะเหมาะสม เพื่อให้สอดคล้องกับทฤษฎีวัตถุประสงค์ของการลงโทษและวิธีการลงโทษ ซึ่งมีดังต่อไปนี้คือ

4.1 ข้อเท็จจริงที่ให้ศาลมีดุลพินิจในการลดมาตราส่วนโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 76 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับความน่าคำห็นของผู้กระทำ

4.2 ข้อเท็จจริงที่ให้ศาลมีดุลพินิจลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ เช่น การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ซึ่งเป็นเหตุผลในเรื่องของความน่าคำห็น

4.3 ข้อเท็จจริงที่ให้ศาลมีดุลพินิจลดโทษที่จะลง เช่น เหตุบรรเทาโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78

4.4 ข้อเท็จจริงที่ให้ศาลมีดุลพินิจกำหนดโทษน้อยกว่าโทษที่จะลง เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 55 ซึ่งเป็นเหตุผลของการหลีกเลี่ยงการจำคุกระยะสั้น

4.5 ข้อเท็จจริงที่ให้ศาลมีดุลพินิจเปลี่ยนสถานะของโทษ เช่น การเปลี่ยนโทษจำคุกเป็นโทษกักขัง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 23 ซึ่งเป็นเหตุผลของการหลีกเลี่ยงการจำคุกกระยะสั้น หรือการเปลี่ยนโทษกักขังกลับไปเป็นโทษจำคุก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 27

4.6 ข้อเท็จจริงที่ให้ศาลมีดุลพินิจเลือกวิธีการลงโทษ ที่เป็นคุณแก่จำเลยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 20 ที่ให้ศาลมีอำนาจจะเลือกจำคุกอย่างเดียวก็ได้ ซึ่งเป็นเหตุผลทางด้านมนุษยธรรม ที่หลีกเลี่ยงการลงโทษซ้ำซ้อนเกินกว่าความชั่วของจำเลย หรือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 55 ตอนที่ 1 ที่ให้ศาลมีอำนาจยกโทษจำคุกได้ โดยลงแต่โทษปรับอย่างเดียวก็ได้ ซึ่งเป็นเหตุผลในเรื่องนโยบายทางอาญาที่ต้องการหลีกเลี่ยงการจำคุกกระยะสั้น อันจะเป็นการตีตราผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สังคมได้ยาก หรือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335\* วรรคท้ายอันเป็นการกระทำด้วยความจำใจหรือยากจนเหลือทนทาน และทรัพย์สินมีราคาเล็กน้อย ที่ให้ศาลมีอำนาจลงโทษตาม ม.334 ก็ได้ ซึ่งเป็นเหตุผลเกี่ยวกับความน่าตำหนิของผู้กระทำ

4.7 ข้อเท็จจริงที่ให้ศาลมีดุลพินิจเปลี่ยนโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยไปเป็นวิธีการอย่างอื่น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 หมายความว่าด้วยการเปลี่ยนโทษและการใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชน

5. ข้อเท็จจริงประกอบดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษ หรือรอกการลงโทษ

โดยหลักทั่วไป เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นแล้ว การลงโทษผู้กระทำผิดจะต้องมีอยู่เสมอ แต่ถ้การลงโทษผู้กระทำผิดนั้นมีประโยชน์น้อยกว่าประโยชน์ของการไม่ลงโทษ กฎหมายจึงให้ศาลมีดุลพินิจที่จะรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดดังรายละเอียดที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

---

\*มีผู้เห็นว่า บทบัญญัติใน ม.335 วรรคท้ายนี้เป็นเรื่องของความชั่ว (Schuld) คุณมลชัย รัตนสกาวงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา," หน้า 9.

## 2. ความทั่วไปว่าด้วยเจตนา

### ก. ความหมายและขอบเขตของเจตนา

Lord Bridge กล่าวไว้ในคดี R v Meloney<sup>27</sup> ว่า "เจตนา" คือ บางสิ่งบางอย่างที่ค่อนข้างจะเด่นชัดจากมูลเหตุซึ่งจูงใจหรือความปรารถนา (intention is something quite distinct from motive or desire)

### ข. องค์ประกอบของเจตนา\*

#### 1. การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด (Wissen)

1.1 ความหมายของการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หมายถึง การรู้ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด (objective element) ซึ่งหมายถึง การเข้าใจถึงโอกาสที่การกระทำของตนจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบของความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ดังนั้นจึงอาจเรียกว่าเป็น "องค์ประกอบในทางสติปัญญา" (Intellektuellen Komponenten)<sup>28</sup>

<sup>27</sup>(1985) 1 All E.R.

\*เนื่องจากองค์ประกอบของเจตนามีอยู่ 2 ส่วนคือการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด (Wissen) และการต้องการในผลของการกระทำ (Wollen) จึงมีผู้เสนอว่า คำว่า "กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ..." ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 2 ซึ่งไม่ใช่องค์ประกอบของเจตนาควรถูกตัดออกไป ดู แสง บุษย์เฉลิมวิภาส, "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 107-108.

<sup>28</sup>Otto triffterer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1 Auflage. (Wien : 1985), S. 160.

1.2 ช่วงเวลาของการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะต้องมียู่ในขณะกระทำผิด ดังนั้น ถ้ารู้ข้อเท็จจริงในภายหลังการกระทำผิดก็ไม่อยู่ในขอบเขตของเจตนาในทางอาญา ซึ่งเรียกว่า *dolus subsequens*<sup>29</sup>

1.3 ขอบเขตของการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด นักนิติศาสตร์ในระบบ Civil Law ได้อธิบายว่าขอบเขตของการรู้ข้อเท็จจริงๆ นั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมากมายจนถึงกับแน่ใจว่าผลจะเกิดขึ้นได้จริง ๆ เช่นการใช้ปืนยิงคน ผู้กระทำอาจไม่แน่ใจว่าตนยิงถูกคนหรือไม่ แต่เมื่อผู้กระทำทราบว่าตนเป็นผู้ยิงและผู้ถูกตนยิงเป็นคนก็เป็นการเพียงพอสำหรับการรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นเกณฑ์ภายนอกที่ประกอบเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายแล้ว กล่าวคือไม่จำเป็นต้องรู้ถึงขั้นในรายละเอียดที่ว่า ถ้าตนได้กระทำอะไรไปแล้ว จะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร หรือที่เรียกว่ารู้อย่างแท้จริง (*actual knowledge*) เพราะมีฉะนั้นแล้วจะกลายเป็นว่านักกฎหมายเท่านั้นที่จะกระทำผิดได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ใช่เพียงแค่ว่ารู้ในสิ่งที่คาดว่าจะเป็นไปได้ (*potential knowledge*) เพราะมีฉะนั้นแล้วการกระทำอย่างนั้นที่ผู้กระทำคาดว่าจะก่อให้เกิดผลที่ผิดกฎหมาย จะเป็นความผิดทุกกรณีซึ่งกว้างเกินไป ดังนั้นขอบเขตของการรู้ข้อเท็จจริงๆ จึงอยู่ระหว่าง *actual knowledge* กับ *potential knowledge*<sup>30</sup> กล่าวคือรู้ถึงเนื้อหาของความมียู่ตามธรรมชาติ (*natürlicher Sinngehalts*) ของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด<sup>31</sup> เช่นในความผิดฐานลักทรัพย์ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ถึงขั้นว่าวัตถุที่ตนเอาไปนั้น เป็น "ทรัพย์" ตามความหมาย กฎหมายแต่เพียงแค่ว่าสิ่งที่ตนแย่งมาจากผู้อื่นนั้น

<sup>29</sup>แสวง บุญเฉลิมวิภาส, "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 20. และ กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, "เจตนาย่อมเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญาเยอรมัน," วารสารนิติศาสตร์ 18 (มิถุนายน 2531): 63-64.

<sup>30</sup>หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไปคำสอนชั้นปริญญาตรีทางรัฐศาสตร์ หน้า 150.

<sup>31</sup>Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5 Auflage. (Muenchen 1992), S.148.

เป็นวัตถุที่มีคุณค่าซึ่งผู้อื่นยังหวงแหนครอบครองอยู่ก็เพียงพอแล้ว

## 2. การต้องการให้มีผลอันเป็นการครอบงำประกอบของความผิด (Wollen)

2.1 ความหมายของการต้องการให้มีผลอันเป็นการครอบงำประกอบของความผิด หมายถึง สภาพการกำหนดการตัดสินใจอย่างเด็ดขาดของผู้กระทำที่จะสมัครใจให้การกระทำของตนก่อให้เกิดผลที่เป็นการครอบงำประกอบของความผิดดังนั้นจึงอาจเรียกว่าเป็น "องค์ประกอบของความสมัครใจ" (Voluntativer Komponente)<sup>32</sup> ดังนั้นในกรณีที่ผู้กระทำยังมีได้กำหนดการตัดสินใจอย่างเด็ดขาด ที่จะให้กระทำของตนก่อให้เกิดผลที่เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานใดฐานหนึ่ง จะถือว่าผู้กระทำมีความต้องการมิได้ เช่น ก. ถือปืนส่ายไปส่ายมาโดยปากกระบอกปืนยังชี้ไปยังกลุ่มคน โดย ก. ยังไม่แน่ใจว่าจะยิงปืนเข้าไปในกลุ่มคนนั้นดีหรือไม่ ปรากฏว่า ก. ทำกระสุนปืนถูกคนในกลุ่มตาย ดังนั้นแม้ ก. จะรู้ได้ว่าการกระทำของตนอาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่ ก. มิได้กำหนดการตัดสินใจอย่างเด็ดขาดที่จะให้เกิดผลเช่นนั้น ก็ไม่ถือว่า ก. มีเจตนาฆ่าต่อผู้ที่ถูกกระสุนปืน<sup>33</sup>

2.2 ช่วงเวลาของการต้องการในผลของการกระทำ จะต้องมียู่ในขณะกระทำ ดังนั้นถ้าขณะกระทำไม่มีความต้องการ แม้มีผลเกิดขึ้นเป็นสิ่งที่เดียวกับความต้องการที่มีอยู่ในอดีตของผู้กระทำ ก็ไม่อยู่ในขอบเขตของเจตนาในทางอาญา หรือที่เรียกว่า *dolus antecedens*<sup>34</sup>

### ค. การแบ่งประเภทของเจตนา

ประเภทต่าง ๆ ของเจตนาแบ่งแยกได้ดังนี้ คือ

- *dolus indeterminatus* หมายถึง ผู้กระทำที่มีเจตนากระทำความผิดโดยไม่เฉพาะเจาะจงกับความผิดฐานใดฐานหนึ่ง โดยความรับผิดชอบของผู้กระทำขึ้นอยู่กับผล

<sup>32</sup>Otto Triffterer, ebenda

<sup>33</sup>กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "เจตนาย่อมเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญาเยอรมัน, หน้า 72-73 และ

<sup>34</sup>Fritjof Haft, a.a.O., S.152.

ของการกระทำที่เกิดขึ้นว่าจะไปเข้าองค์ประกอบความผิดอาชญาฐานใด<sup>35</sup> กล่าวคือ เป็นเจตนาโดยทั่วไปที่ไม่เฉพาะเจาะจงแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง หรือต่อสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เช่น ก. ตั้งใจยิงปืนไปยังหมู่คนละครเพื่อให้คนละครคนใดคนหนึ่งถึงแก่ความตาย ละครจะได้หยุดเล่น ลูกปืนไปถูก ข. ตาย หรือ ก. ตั้งใจยิงใครก็ได้ที่เดินผ่านหน้าบ้าน ก. โดยประสงค์ให้ตาย ข. เดินผ่านบ้าน ก. มาถูก ก. ยิงตาย<sup>36</sup>

เจตนาที่ไม่เฉพาะเจาะจง (*dolus indeterminatus*) อาจเกิดขึ้นกับเจตนาเล็งเห็นผล (*dolus eventualis*) ก็ได้ เช่น ก. ไม่แน่ใจว่าความแรงของปืนของ ก. จะทำร้ายคนใดคนหนึ่งที่ยืนอยู่ในหมู่คณะที่ปากแม่น้ำอีกปากหนึ่งได้หรือไม่ แต่ ก. ทำใจว่าแม้ปืนจะยิงไกลไปถึง ได้และทำให้คนยืนอยู่ที่ปากแม่น้ำนั้นถึงแก่ความตายก็ไม่เป็นไรเพราะตนคงหนีได้ทัน ถ้าลูกกระสุนปืนของ ก. ไปถูกคนใดคนหนึ่งที่ยืนอยู่คนละปากของแม่น้ำนั้นตาย ก. มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาซึ่งเจตนาของ ก. เป็นเจตนาโดยย่อเล็งเห็นผลด้วย และเป็นเจตนาโดยทั่วไปที่ไม่เฉพาะเจาะจงด้วย เพราะ ก. ไม่ได้เจตนาเจาะจงทำร้ายผู้ใด<sup>37</sup>

- *dolus determinatus* เป็นเจตนาที่ผู้กระทำความมุ่งหมายกระทำแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือต่อสิ่งใดสิ่งหนึ่งเจาะจงลงไปทีเดียว

- *dolus alternativus* หมายถึง เจตนาที่สัมพันธ์กับองค์ประกอบของความผิดอาญา ตั้งแต่ 2 ฐานความผิดขึ้นไป ซึ่งไม่ใช่เจตนาใหม่อีกลักษณะหนึ่ง แต่เป็นรูปแบบ

<sup>35</sup>Hermann Blei, *Strafrecht I*, 16 Auflage. (Muenchen 1975), S.108.

อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "เจตนาโดยย่อเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญาเยอรมัน," หน้า 63.

<sup>36</sup>หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป คำสอนชั้นปริญญาตรีทางรัฐศาสตร์, หน้า 151.

<sup>37</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 154.

พิเศษของความประสงค์ที่จะกระทำความผิดอาญา และจะอยู่ในรูปแบบของเจตนาประสงค์ต่อผล หรือเจตนายอมเล็งเห็นผลก็ได้แล้วแต่กรณี ตัวอย่างเช่น ก. เจตนาจะกลั่นแกล้ง ข. ขณะที่เห็น ข. เดินเล่นกับ ค. ก. ขวางกั้นหนไปยัง ข. แต่ ก. เล็งไม่ตี และเพราะ ข. เดินใกล้ชิดกับ ค. มาก ทำให้กั้นหนของ ก. ถูก ค. ได้รับอันตรายสาหัส ก. ต้องรับผิดชอบพยายามทำร้าย ข. และผิดฐานทำร้ายร่างกายให้ได้รับอันตรายสาหัสต่อ ค.<sup>38</sup>

#### ง. ตำแหน่งของเจตนา

ทฤษฎีที่อธิบายถึงตำแหน่งของเจตนาในโครงสร้างความคิดอาญามี 2 ทฤษฎีคือ

1. ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre) ตามทฤษฎีนี้ถือว่า การกระทำของมนุษย์ คือ การเคลื่อนไหวของร่างกายเท่านั้น ส่วนเจตนาจำนงหรือ ความมุ่งหมายแยกออกเป็นส่วนหนึ่งต่างหาก การกระทำในความหมายตามทฤษฎีนี้จึงเป็นสิ่งที่ เป็นภาวะวิสัย (objective) ล้วน ๆ เท่านั้น ดังนั้นเจตนาจึงไปอยู่ในส่วนของ "ความชั่ว" (Schuld)<sup>39</sup>

2. ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finale Handlungslehre) ตามทฤษฎีนี้ถือว่าการกระทำของมนุษย์เป็นการแสดงออกที่มีความมุ่งหมาย<sup>40</sup> หรือเจตจำนง ดังนั้น เจตนาจึงอยู่ในส่วนของ "องค์ประกอบ" (Tatbestand)

<sup>38</sup>กมลชัย รัตนสกาวงศ์, "เจตนายอมเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญาเยอรมัน," หน้า 64.

<sup>39</sup>หยุด แสงอุทัย, "การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา, " บทบัญญัติ 12 (มิถุนายน 2483):229. และ แสง บุษเบลิมวิภาส, "โครงสร้างความคิดอาญากับการกระทำโดยประมาท," วารสารนิติศาสตร์ 18 (มิถุนายน 2531): 54-55.

<sup>40</sup>คณิต ฌ นคร, "โครงสร้างความคิดอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea," หน้า 213.

### จ. เจตนากับความคาดหวัง

ความคาดหวัง (expectation) กับเจตนาไม่เหมือนกัน บางครั้งเราอาจจะคาดหวังว่าความน่าจะเป็นที่ผลจะเกิดขึ้น (probable) มีน้อยมาก แต่เราก็ปรารถนา หรือประสงค์จะให้เกิดขึ้น เราใช้ปืนพกยิงคนที่ยืนอยู่ในระยะห่างไกลมาก ๆ โดยเรารู้ว่าโอกาสที่กระสุนจะไปถูกคนผู้นั้นมีเพียงแค่ 1 ใน 1,000 แต่เราก็ยังประสงค์ให้ลูกกระสุนไปถูกคนผู้นั้น<sup>41</sup> หรือบางครั้งเราอาจจะคาดหวังว่าเป็นไปได้ที่ผลอาจจะเกิดขึ้นได้ (possible) แต่เราก็ไม่ได้ปรารถนาหรือประสงค์จะให้เกิดขึ้น เช่นแพทย์ที่ผ่าตัดผู้ป่วยกลางป่าอย่างฉุกเฉินย่อมอาจจะรู้ได้ว่าเป็นไปได้ที่การผ่าตัดอาจทำให้ผู้ป่วยตายได้ เพราะเครื่องมือผ่าตัดไม่สะอาด แต่แพทย์ก็ยังผ่าตัดโดยแพทย์คิดแต่ว่าจะเป็นการช่วยชีวิตผู้ป่วย

### ฉ. เจตนากับมูลเหตุจูงใจ

มูลเหตุจูงใจ (motive) หมายถึง เหตุผลที่เป็นสาเหตุให้ต้องกระทำมูลเหตุจูงใจมิใช่องค์ประกอบของเจตนา ดังนั้นโดยหลักทั่วไป มูลเหตุจูงใจจึงมิใช่หลักเกณฑ์ที่จะนำไปวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาได้ เว้นแต่บางกรณีคือ

1. ความผิดบางฐานต้องการมูลเหตุจูงใจเป็นองค์ประกอบความผิด เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์
2. ความผิดบางฐานต้องการมูลเหตุจูงใจเป็นเหตุที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297(7)
3. เหตุที่ผู้กระทำความผิดกระทำได้ในบางกรณีต้องอาศัยมูลเหตุจูงใจเป็นตัวกำหนด เช่น การป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68
4. ในการกำหนดโทษจำเลยให้เหมาะสม ศาลก็นำมูลเหตุจูงใจมาประกอบด้วย

<sup>41</sup>อุททิศ แสนโกสิค, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2525), หน้า 67-68. และจิตติ ดิงศภัทย์, "เจตนาในทางอาญา," บทบัญญัติ 13 (กันยายน 2484): 1038-1041.

ช. ความสัมพันธ์ระหว่างเจตนาฆ่ากับเจตนาทำร้าย

เจตนาฆ่าและเจตนาทำร้ายมีความสัมพันธ์กันมาก ในทางตำราของกฎหมายเยอรมันมีความเห็นในเรื่องนี้ออกได้ดังนี้ คือ<sup>42</sup>

"1. เจตนาฆ่าย่อมไม่เป็น หรือ ปฏิเสธเจตนาทำร้ายร่างกาย เพราะเจตนาฆ่ามุ่งต่อการทำลายชีวิตของบุคคล ส่วนเจตนาทำร้ายยังคงรักษาไว้ซึ่งชีวิตของบุคคลอยู่ เป็นความเห็นของ Lange, Welzel

2. เจตนาในระดับย่อมเล็งเห็นผล อาจเป็นเจตนาฆ่า และเจตนาทำร้ายร่างกายในขณะเดียวกันในลักษณะที่เป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท เพราะเจตนาที่ต่างย่อมเล็งเห็นผลในทั้งสองความผิด

3. เจตนาฆ่าย่อมรวมเจตนาทำร้ายร่างกายไว้ในตัว เพราะการฆ่าย่อมผ่านขั้นตอนการทำร้ายร่างกายก่อน ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นจึงรวมความผิดฐานทำร้ายร่างกายไว้ในตัวเอง ดังนั้นในกรณีที่ผู้กระทำยับยั้งการกระทำเสียเอง ไม่กระทำให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้กระทำคงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นความเห็นของ Jakobs, Krey, Hirsch, Maurach

แนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดทางอาญาของสหพันธ์รัฐเยอรมัน ถือเอาความเห็นที่ 3 นี้ (BGHST 16, S.122; S.225)"

---

<sup>42</sup>กมลชัย รัตนสกววงศ์, "หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 71/2531,"

คำพิพากษาฎีกาสำนักรงานส่งเสริมงานงานตุลาการ เล่มที่ 2 พ.ศ. 2530, หน้า 13-18.