

## วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืน ของไทยและของต่างประเทศ

### 4.1 พิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

#### 4.1.1 การมีหรือใช้อาวุธปืนประกอบความผิดเป็นการทำร้ายหรือ พยายามฆ่า

การกระทำต่อร่างกายมนุษย์ ไม่ว่าจะกระทำความผิดต่อร่างกายหรือกระทำ ความผิดต่อชีวิต อาจมีลักษณะการกระทำที่เหมือนกัน จะแตกต่างกันก็แต่ "เจตนา" ของผู้กระทำผิดเท่านั้น การพิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนาเช่นไรก็ต้องอาศัย "กรรม เป็นเครื่องชี้เจตนา" ถ้าการกระทำความผิดต่อร่างกาย ผู้กระทำผิดมิได้ใช้ "อาวุธปืน" ประกอบความผิด การพิจารณาถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้กระทำผิดว่ามี เจตนาทำร้าย หรือเจตนาฆ่า ก็เป็นเรื่องที่ไม่น่ายุ่งยากนัก แต่ถ้าผู้กระทำผิด "ใช้อาวุธปืน" ประกอบความผิด การพิจารณาจึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยุ่งยากในการ พิสูจน์เจตนาของผู้กระทำผิด

เหตุที่การใช้อาวุธปืนทำร้ายร่างกาย เป็นเรื่องที่ยุ่งยากต่อการพิสูจน์เจตนา ของผู้กระทำผิดนั้นก็เพราะ "อาวุธปืนถือเป็นอาวุธร้ายแรง" สามารถใช้ทำร้ายให้ ร่างกายได้รับบาดเจ็บสาหัสและถึงตายได้ ถ้าการพิจารณาได้ความว่า ผู้กระทำผิดมี เจตนาใช้อาวุธปืนกระทำความผิดเพียงทำร้ายร่างกายเท่านั้น การกระทำความผิดที่ ผู้กระทำต้องรับโทษเบาที่สุดคือ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพัน บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 391) และโทษหนักที่สุดคือ ฐานทำร้ายผู้อื่นจนถึง แก่ความตาย ลงโทษจำคุกตั้งแต่สามปี ถึงสิบห้าปี (มาตรา 290) แต่ถ้าการพิจารณา

พิสูจน์ว่า ผู้กระทำผิดมีเจตนาฆ่า ผู้กระทำต้องรับโทษที่เบาที่สุดในความผิดต่อชีวิต คือ พยายามฆ่าคนที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ตามมาตรา 288, 81 และ โทษที่หนักที่สุดคือ ฆ่าผู้อื่นจนถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 288

การที่ศาลใช้หลัก "กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา" ซึ่งเป็นหลักอย่างกว้างในการวินิจฉัยเจตนาและวินิจฉัยความผิดของจำเลย ทำให้ศาลใช้ดุลพินิจสันนิษฐานข้อเท็จจริงได้อย่างกว้างขวาง ถึงแม้จะมีข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลมากนักเพียงใด ถ้าจำเลยใช้อาวุธปืนทำร้ายศาลจึงมักสันนิษฐานว่าจำเลยมีเจตนาฆ่ามากกว่าเจตนาทำร้าย เหตุที่มีข้อเท็จจริงน้อยอาจเนื่องมาจากพนักงานของรัฐ (พนักงานอัยการ) รวบรวมพยานหลักฐานนำเสนอต่อศาลน้อยจึงทำให้ศาลมีข้อเท็จจริงให้พิจารณาน้อย ผลสุดท้ายศาลก็อาศัยหลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาเป็นเครื่องวินิจฉัยความผิด จึงเป็นเหตุให้จำเลยได้รับโทษหนักขึ้นกว่าเจตนาที่แท้จริงของตน

ถ้าหากได้มีการบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืนเพิ่มขึ้นแล้ว จะทำให้พนักงานอัยการต้องรวบรวมพยานหลักฐานนำเสนอต่อศาลมากขึ้นเพื่อพิสูจน์เจตนาของจำเลยโดยปราศจากข้อสงสัยว่า "มีเจตนาฆ่า" ศาลก็มีข้อเท็จจริงในการวินิจฉัยความผิดมากขึ้น โดยใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อสันนิษฐานน้อยลงทำให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษหนักขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมายในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ซึ่งต้องตามเจตนาที่แท้จริงของตน มิใช่หนักขึ้นเนื่องจากการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงของศาล

โทษตามบทบัญญัติใหม่นี้จะมีอัตราโทษหนักกว่าความผิดฐานทำร้ายร่างกายธรรมดา เพราะถึงแม้การทำร้ายจะไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจแก่ผู้เสียหาย แต่ถ้าผู้กระทำมีอาวุธปืนติดตัวไปด้วย ก็ถือว่ามีความผิดฐานนี้แล้ว การบัญญัติฐานความผิดขั้นใหม่นี้ เพื่อมุ่งคุ้มครองความปลอดภัยในร่างกายและชีวิตของผู้เสียหายที่อาจเกิดจากการใช้อาวุธปืน ป้องกันไม่ให้ผู้ที่มีอาวุธปืนแล้วนำอาวุธปืนนั้นไปใช้ทำร้ายร่างกายผู้อื่น บทบัญญัติความผิดฐานนี้เพื่อควบคุมการใช้อาวุธปืน ถึงแม้ผู้นั้นจะได้รับอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ถ้าเขามีอาวุธปืนนั้นเพื่อไปทำร้ายผู้อื่นก็ต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัตินี้ด้วย

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือฆ่าคน โดยใช้อาวุธปืนประกอบความผิด จึงมีผลต่อฐานความผิด และบทลงโทษเป็นอย่างมาก กล่าวคือ กรณีที่การพิจารณาเป็นการสันนิษฐานข้อเท็จจริงไปในทางความผิดต่อชีวิต ถ้าผู้กระทำมีเพียงเจตนาทำร้าย ข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงนั้นก็เป็นที่โทษแก่จำเลย ในทางกลับกันถ้าผลการวินิจฉัยไปในทางความผิดต่อร่างกาย ถ้าผู้กระทำมีเจตนาฆ่า ข้อสันนิษฐานนั้นก็เป็นผู้กระทำโทษแก่จำเลย

โดยที่อาวุธปืนเป็นอาวุธร้ายแรงโดยสภาพ มีวัตถุประสงค์ของการสร้างขึ้นมาก็เพื่อเป็นเครื่องประหารชีวิต การใช้อาวุธปืนประกอบความผิดต่อร่างกาย ในแนวทางการวินิจฉัยความผิด ศาลมักสันนิษฐานในข้อเท็จจริงเป็นไปตามวัตถุประสงค์และสภาพของอาวุธปืน คือ ความร้ายแรงของอาวุธปืน ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าเสมอ ซึ่งข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้อาจถือได้ว่าเป็นข้อสันนิษฐานที่เป็นโทษแก่จำเลย ขัดต่อบทบัญญัติของมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่บัญญัติไว้ว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย" ดังนั้น ถ้ากรณีเป็นที่น่าสงสัยก้ำกึ่งกันว่าจำเลยใช้อาวุธปืนมีเจตนาทำร้าย หรือเจตนาฆ่า ทางพิจารณาที่ถูกต้องตามมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศาลจะต้องยกประโยชน์แห่งข้อสงสัยให้แก่จำเลย กล่าวคือ ศาลจะต้องวินิจฉัยว่าจำเลยมีเจตนาทำร้าย ซึ่งเป็นฐานความผิดต่อร่างกาย มีบทลงโทษที่เบากว่าความผิดต่อชีวิต บทบัญญัติตามกฎหมายบทนี้อนุสนธิมาจากสภามติกฎหมายที่ว่า "ปล่อยคนผิดสิบคน ยังดีกว่าลงโทษผู้บริสุทธิ์หนึ่งคน"<sup>1</sup>

<sup>1</sup>ชานินทร์ กรัยวิเชียร, "ศาลกับพยานบุคคล" วารสารกฎหมาย ปีที่ 3 ฉบับที่ 3 (กันยายน - ธันวาคม 2520), หน้า 39.

ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเราอาจจำแนกความผิดที่ผู้กระทำ "ใช้ อาวุธปืน" ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือฐานพยายามฆ่า ได้ดังต่อไปนี้

1. แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าผู้กระทำมีเจตนาทำร้าย เช่น

ฎีกาที่ 1069/2468 ใช้อาวุธปืนที่ไม่ได้บรรจุกระสุนแต่บรรจุเมล็ดข้าวสาร  
ยิงคนเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ฎีกาที่ 321/2491 ใช้ปืนยิงเขาบาดเจ็บ แต่เป็นปืนที่ไม่อาจยิงคนให้ถึง  
ตายได้ เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ฎีกาที่ 1006/2501 ใช้ปืนยิงคนในระยะใกล้ 1 วา ถูกขาเหนือตาคุ่ม  
กระดูกแตก ซึ่งถ้าตั้งใจฆ่าจริง ทุกระเบิดก็สำคัญได้ แสดงว่าไม่มีเจตนาฆ่า มีแต่  
เจตนาทำร้ายเท่านั้น

2. แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าถึงแม้จะใช้อาวุธปืนที่มีกำลังน้อยยิงคน  
ก็เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าคน เช่น

ฎีกาที่ 347/2500 ใช้ปืนยิงเขา มีผลรอกกระสุนที่ชนกว้างครึ่งเซนติ  
เมตร ยาวครึ่งเซนติเมตร ผลนี้มีผลเดียวหรือ 9 ผลยังเป็นปัญหา สรุปแต่เพียง  
ว่าผลเล็กน้อย ส่วนปืน ในการพิจารณาทราบไม่ได้อีกว่าเป็นปืนชนิดร้ายแรงหรือ  
สักแต่ว่าเป็นปืน วินิจฉัยว่า เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าคน

ฎีกาที่ 107/2510 ใช้ปืนยิงคน ปืนที่จำเลยใช้ยังมีกำลังน้อยมาก ยิงถูก  
หน้าข้างเป็นรอยบวม บวมเข้าไปเพียงเล็กน้อย รักษา 4 วันก็กลับบ้านได้ เป็น  
ความผิดฐานพยายามฆ่าคนที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยซึ่ง  
ใช้ในการกระทำผิด

ฎีกานี้ได้วินิจฉัยว่าจำเลยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดต่อชีวิต  
ซึ่งเป็นการวินิจฉัยไปในทางตรงข้ามกับ ฎีกาที่ 321/2491

3. แนวคำนิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่า "อาวุธปืนเป็นอาวุธที่ร้ายแรง" แม้ยิงถูกที่ไม่สำคัญก็เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าคน เช่น

ฎีกาที่ 817/2510 ใช้อาวุธปืนลูกซองยิงตรงไปกลางวงพ่นนกจวนครอบ ไซโลแตกกระสุนถูกผู้เสียหายแขนซ้ายกระดูกหัก ถ้ากระสุนปืนถูกหน้าอกทะลุเข้าไป ถูกอวัยวะสำคัญภายใน ผู้เสียหายก็น่าจะถึงความตายได้ เป็นความผิดฐานพยายามฆ่า

ฎีกาที่ 280/2515 ใช้ปืนลูกโม้ชนิดทำเอง แต่ปืนไม่ลั่น ปรากฏว่าปืนนี้ใช้ยิงทำอันตรายแก่ชีวิตได้ เหตุที่ปืนไม่ลั่นเพราะช่องบรรจุกระสุนมี 7 ช่องแต่บรรจุกระสุนไว้เพียง 4 ช่อง ช่องที่ตรงกับเข็มแทงชนวนอาจเป็นช่องที่ว่าง หรืออาจเป็นความรึร้อนหรือตกตะลึงถ้าจำเลยบรรจุกระสุนตรงช่องที่ตรงกับเข็มแทงชนวน เมื่อยิงครั้งแรกกระสุนปืนจะลั่น และผู้เสียหายก็น่าจะได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าคน ตามมาตรา 288, 80 ไม่ใช่ มาตรา 81

ฎีกาที่ 926/2520 ใช้ปืนยิงไปที่กลุ่มผู้เสียหายซึ่งห่าง 1 วาเศษ กระสุนปืนถูกพวกผู้เสียหายที่เท้าเพราะปืนลูกซองพรมีแรงสับคามาก เมื่อยิงระดับเอววิถีกระสุนอาจลงต่ำถูกเท้าได้ ถือว่ามีเจตนาฆ่า เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าคน

ฎีกาที่ 870/2526 ชักปืนเล็งไปที่หน้าอกผู้เสียหายและขึ้นนกจะยิงในระยะห่างประมาณ 1 เมตรเศษ แต่มีผู้เข้าจับมือกดต่ำลง ปืนลั่นถูกผู้อื่นที่เท้า ถือว่ามีเจตนาฆ่า เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย

แนวคำนิพากษาของศาลฎีกาที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันว่า "อาวุธปืนที่ใช้กระทำความผิดเป็นอาวุธอันตรายร้ายแรงหรือไม่" และ "ใช้ทำอันตรายถึงแก่ชีวิตได้หรือไม่" ประกอบกับพฤติการณ์ตามข้อเท็จจริงในคดีบ่งบอกถึงเจตนาที่อยู่ในใจของผู้กระทำความผิด ถึงแม้ผลของการกระทำความผิดจะยังไม่เกิดจนถึงกับเป็นอันตรายแก่กายของผู้เสียหายเลยก็ตาม (ฎีกาที่ 280/2515)

4. แนวคำนิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่า การใช้ปืนที่ว่าจะยิง ยังไม่เป็นการ  
ความผิดฐานพยายามฆ่าคน เช่น

ฎีกาที่ 3916/2534 ใช้ปืนที่ขี้นกมีผู้เสียหายแล้วพูดว่า กูจะฆ่ามึงทั้ง ถ้า  
มึงไปถึงกิ่งอำเภอก็จะฆ่าเมื่อนั้น วินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยมีลักษณะ  
ขี้นกว่าเจตนาฆ่า ถ้าจำเลยมีเจตนาฆ่าก็คงใช้ปืนยิงผู้เสียหายทันที โดยไม่ต้อง  
พูดถึงเหตุการณ์ในอนาคต ประกอบกับผู้เสียหายกับจำเลยไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคือง  
กันมาก่อน และจำเลยกระทำในขณะมีเมามาวินิจฉัยว่าจำเลยยังไม่มี ความผิดฐาน  
พยายามฆ่า

ฎีกาที่ 1786, 1787/2518 จำเลยชักปืนลูกซองสั้นจากเอว แต่ยังมีทันทยก  
ปืนจ้องไปทางผู้เสียหาย ก็ถูกตีปืนหลุมมือ การลงมือยังไม่ทันเริ่มต้น ไม่เป็นการผิด  
ฐานพยายามฆ่าคน

จะเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าคนที่ต่อเมื่อยกปืนขึ้นพร้อมจะยิง ได้จ้องปืน  
ไปทางผู้เสียหายโดยเจตนาที่จะยิง แม้ยังมีทันทีกปืนก็ตาม ก็เป็นการผิดฐาน  
พยายามฆ่าคน เพราะการลงมือยิงได้เริ่มต้นขึ้นแล้วตั้งแต่ยกปืนที่พร้อมจะยิงได้  
เล็งไปยังเป้าหมาย (ฎีกาที่ 147/2504)

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศักดิ์ย์ ได้หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 1786-1787/  
2518 ว่าข้อหาฐานพยายามฆ่าคน ควรดูฎีกาที่ 147/2504 ที่มีข้อวินิจฉัยว่า  
"การขี้นกแล้วสับไกเป็นขั้นตอนสุดท้ายที่ทำให้การยิงสำเร็จ การลงมือยิงได้เริ่มต้น  
ขึ้นแล้วตั้งแต่ยกปืนพร้อมที่จะยิงรู้สึกว่าการยิงสำเร็จมากในการวินิจฉัยการเริ่มลงมือ  
พยายามฆ่าคนโดยใช้ปืนยิง การเริ่มลงมือ คือการเริ่มทำการที่จะนำไปสู่ผลสำเร็จ  
โดยไม่มีการหยุดยั้งในระหว่างนั้น ไม่มีการพักเป็นตอน ๆ ซึ่งน่าจะได้แก่เริ่มจับปืน  
เพื่อชักออกมาแล้วก็ยิงได้ติดต่อกันไป ไม่ต้องชักออกมาจางนกลีงก่อนจึงจ้องยิง  
ถ้ารอถึงจ้องปืนจึงจะเป็นการเริ่มพยายามแล้ว ก็เห็นจะไม่ทันจับหรือแย่งปืนไปได้  
ก่อนที่จะลั่นไก ควรสังเกตที่ศาลฎีกากล่าวถึงการเริ่มต้นตั้งแต่ยกปืน ส่วนการกระทำ  
ต่อไปเช่น จ้างนก จ้องปืน ลั่นไก เป็นการกระทำติดต่อกันไปก่อนถึงขั้นสุดท้ายและ  
ก่อนสำเร็จเป็นการฆ่าคนเท่านั้น แต่ความเห็นของศาลฎีกาเคร่งครัดกว่านั้น"

จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 147/2504 และ 1786, 1787/2518 ประกอบกับความเห็นของท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทธี ช่วยวินิจฉัยความผิดที่ใช้อาวุธปืนประกอบความผิดว่าเป็นความผิดถึงขั้นลงมือพยายามฆ่าคนหรือยัง อาจสรุปเป็นหลักช่วยวินิจฉัยความผิดได้ดังนี้

1. พิจารณาว่าเป็นอาวุธปืนที่ใช้ทำอันตรายแก่ชีวิตได้หรือไม่
2. การชักปืนออกจากเอวยังไม่ทันจ้องปืนไปยังผู้เสียหาย ยังไม่ผิดฐานพยายามฆ่าคน
3. การลงมือยิงได้ เริ่มต้นขึ้นแล้วตั้งแต่การยกปืนพร้อมที่จะยิง และเล็งไปยังเป้าแล้วถึงแม้จะยังไม่ทันจ้องนก จ้องปืน หรือลั่นไกก็ตาม และต้องเป็นการกระทำที่ติดต่อกันไป

การขึ้นนกแล้วสับไปเป็นขั้นตอนสุดท้ายของความผิดสำเร็จฐานฆ่าคน (กรณีผลคือความตายเกิดขึ้น)

ส่วนฎีกาที่ 3619/2534 นั้นมีข้อที่น่าพิจารณาว่า การใช้อาวุธปืนซึ่งเป็นอาวุธที่เป็นอันตรายร้ายแรง จีที่ขมับของผู้เสียหายนั้นถือเป็นการคุกคามเป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้เสียหายแล้วหรือไม่

จากที่ได้ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการใช้อาวุธปืนประกอบความผิดที่มีทั้งเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และเป็นความผิดฐานพยายามฆ่า ทำให้ทราบว่าแนวคำพิพากษาส่วนใหญ่จะวินิจฉัยไปในทางความผิดต่อชีวิต คือเป็นความผิดฐานพยายามฆ่า มากกว่าความผิดต่อร่างกาย ทั้งนี้เนื่องจากศาลวิเคราะห์เอาจากสภาพของอาวุธปืนซึ่งเป็นอาวุธร้ายแรงโดยสภาพ และบางฎีกาศาลได้วินิจฉัยเลยไปว่า "ถ้าลูกกระสุนปืนถูกหน้าอกและทะลุเข้าไปภายในอกอวัยวะสำคัญภายใน ผู้เสียหายก็น่าจะถึงแก่ความตาย" และบางฎีกาศาลก็วินิจฉัยเป็นที่คลุมเคลือว่า "แผลเด็ชหรือ 9 แผลยังเป็นปัญหา สรุปแต่เพียงว่าแผลเล็กน้อย ส่วนปืนในการพิจารณาทราบไม่ได้ถือว่าเป็นปืนชนิดร้ายแรงหรือสักแต่ว่าเป็นปืน" ซึ่งการวินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลได้ใช้ดุลพินิจเกินกว่าข้อเท็จจริงอันเป็นผลร้ายแก่จำเลย ทำให้ต้องได้รับโทษหนักขึ้น ขัดต่อมาตรา 227 แห่งประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในประเด็นที่ว่า "เมื่อมีความสงสัยตามควรว่าจำเลย ได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย"

ส่วนในประเด็นที่เป็นข้อสงสัยก้ำกึ่งกันระหว่างจะเป็นความผิดต่อร่างกาย หรือความผิดฐานพยายามฆ่านั้น ควรพิจารณาดังนี้

1. ให้พิจารณาในส่วนของความผิดต่อร่างกายก่อน ตามองค์ประกอบของความผิด ดังนี้

#### 1.1 องค์ประกอบภายนอก

ก. มีการทำร้าย โดยใช้อาวุธปืน

ข. ผลจากการกระทำ (ไม่ก่อเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตาย)

#### 1.2 องค์ประกอบภายใน

ก. มีเจตนาทำร้ายเท่านั้น (มิใช่เจตนาฆ่า)

2. ให้พิจารณาตามทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ตาม มาตรา 63 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดา ย่อมเกิดขึ้นได้)

หลักการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรานี้ ใช้เฉพาะกับการวินิจฉัย "ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล" เท่านั้น หลักนี้ไม่ใช้กับการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของ "ความผิดที่ต้องการผล" การวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของ ความผิดที่ต้องการผลเป็นไปตามหลักทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เช่น ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย\*

---

\* เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์ที่ เกี่ยวพันกับการทำความผิดโดยตรง แต่ไม่นับรวมอยู่ทั้งในข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบและข้อเท็จจริงในความชั่ว เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัยมีลักษณะ



ดังนั้น หลักการตามมาตรา 63 จึงไม่ใช้กับความผิดฐานฆ่าคน เพราะเป็น ความผิดที่ต้องการผล คือความตายเท่านั้น

การใช้อาวุธปืนทำร้ายร่างกาย เป็นการกระทำที่คุกคามชีวิตมนุษย์ ทำให้ ชีวิตตกอยู่ในภาวะอันตราย ถ้าการพิจารณาองค์ประกอบทั้ง 2 ข้อดังกล่าวมาข้าง ดันการกระทำเข้าลักษณะของความผิดต่อร่างกาย แต่ผู้กระทำใช้อาวุธปืนซึ่งเป็นอาวุธ อันตรายร้ายแรง ผู้กระทำผิดน่าจะได้รับโทษหนักขึ้น แต่บทบัญญัติกฎหมายอาญาของ ไทยมิได้บัญญัติลักษณะของความผิด และโทษที่สูงขึ้นในลักษณะของเงื่อนไขแห่งการลง โทษทางภาวะวิสัยนี้โดยเฉพาะ จึงเป็นปัญหาต่อการวินิจฉัยความผิด (ทำร้ายร่างกาย หรือพยายามฆ่า) ที่ผู้กระทำผิดใช้อาวุธปืนกระทำความผิด ซึ่งในจุดนี้เป็นประเด็นหนึ่ง ที่ผู้เขียนจะได้เสนอแนะไว้ในบทสรุปต่อไป

3. เมื่อพิจารณาวินิจฉัยตามข้อ 1. แล้วเห็นว่าเป็นการกระทำที่มีเจตนาเกิน กว่าทำร้ายร่างกาย ให้พิจารณาความผิดฐานฆ่าผู้อื่นต่อไปดังนี้

### 3.1 องค์ประกอบภายนอก

ก. ฆ่า (ไม่จำกัดการกระทำ เมื่อเป็นผลให้ตายก็เรียกว่าเป็น การฆ่า) การทำให้ตายโดยใช้อาวุธปืนนั้น ถ้าเป็นอาวุธปืนอย่างธรรมดาที่คนใช้กัน ทั่ว ๆ ไปแล้ว ตามหลักวินิจฉัยของศาลฎีกาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการเจตนา ฆ่าเสมอ เว้นแต่จะปรากฏเป็นอย่างอื่น เช่น ปืนทำเองกำลังแรงส่งอ่อนไม่อาจทำ ให้ถึงตายได้ เป็นต้น<sup>2</sup>

\* (ต่อ)

เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางเหนือหา

ดู คณิต ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานความ เข้าใจ พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2535), หน้า 184.

<sup>2</sup>ดู สุวัณชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา : ความผิดเกี่ยวกับ ชีวิตและร่างกาย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534), หน้า 107.

## ข. ผู้อื่น

### 3.2 องค์ประกอบภายใน

#### ก. เจตนาฆ่า ความประสงค์คือความตาย

เนื่องจากการพิสูจน์เจตนาในความผิดฐานฆ่าคน โดยใช้อาวุธปืนเป็นเรื่องที่พิสูจน์เจตนายาก เราจึงต้องหาหลักเป็นเครื่องช่วยในการวินิจฉัย คือหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เกิดความตายจากการกระทำ มีข้อวินิจฉัยเบื้องต้นว่าการกระทำเป็นผลให้บังเกิดความตายหรือความตายเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำนั้นหรือไม่ ในกรณีที่ไม่ตายในที่เกิดเหตุในทันที ต่อมาอีกหลายวันจึงตาย จะต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริง และพฤติการณ์อื่น ๆ ประกอบว่าความตายเป็นผลโดยตรงจากการกระทำนั้นหรือไม่ การพิจารณาค้นหาเหตุผลดังกล่าวให้ถือหลักเอาเหตุอันใกล้เคียงกับผลคือความตายนั้นมาวินิจฉัยประกอบกัน หลักที่จะนำมาวินิจฉัยดังกล่าวแยกได้เป็น 3 ประการคือ

- (1) การกระทำหรือกิริยาวาจาที่ผู้กระทำแสดงออก หมายความว่า การกระทำต่อ ผู้ตายโดยรุนแรง ซึ่งจะมีสาเหตุความโกรธเคืองกันหรือไม่ก็ตาม
- (2) ขนาดผลที่ถูกกระทำ ให้พิจารณาประกอบกับอาวุธที่ใช้กระทำ และกิริยาที่กระทำลงไปแล้วมาประมวลเข้าด้วยกัน จึงจะรู้ว่าผู้กระทำมีเจตนาฆ่าหรือไม่
- (3) อาวุธที่ใช้กระทำ ถ้าเป็นอาวุธปืนศาลฎีกาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีเจตนาฆ่าเสมอ

แต่พฤติการณ์ของการใช้อาวุธปืนบางครั้งแม้ไม่มีผู้ใดได้รับบาดเจ็บ ก็ถือว่าผู้กระทำมีเจตนาฆ่าคนแล้ว เช่น

ฎีกาที่ 1446/2513 การใช้อาวุธปืนยิงคนในบ้านไม่เห็นตัวตรงที่ผู้เสียหายนอนนอนในห้องเรือน แต่กระสุนปืนไม่ถูก เพราะผู้เสียหายรู้ตัวเสียก่อน จึงย้ายไปนอนเสียที่ระเบียง การที่ผู้เสียหายรู้ตัวแล้วหลบไป ถือได้ว่าเป็นเรื่องบังเอิญ และผู้เสียหายยังคงอยู่บนเรือนนั่นเอง ผู้กระทำมีความผิดฐานพยายามฆ่าคน ตามมาตรา 288, 80

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้ เห็นได้ชัดเจนว่า ศาลพิจารณาวินิจฉัยคดีและ  
 อาวุธปืนที่ใช้กระทำผิดเป็นหลัก โดยมีได้คู่ที่ผลและบาดแผล ก็ลงความเห็นชี้ขาดว่า  
 ผู้กระทำมีเจตนาฆ่า

ดังนั้น ในความผิดที่ผู้กระทำใช้อาวุธปืนทำร้าย แนวพิจารณาวินิจฉัยคดีศาล  
 ฎีกามักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าเสมอ ซึ่งข้อสันนิษฐานดังกล่าวนี้เป็นไป  
 ในทางที่เป็นโทษแก่จำเลย

จากการที่ได้ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกามาแล้ว เราอาจสรุปหลักเกณฑ์ตาม  
 แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่พิจารณาวินิจฉัยกรณีของผู้กระทำใช้อาวุธปืนทำร้ายว่ามี  
 เจตนาฆ่า ดังนี้

1. พิจารณาว่าเป็นอาวุธปืนที่ร้ายแรง มีกำลังแรงพอที่ทำให้ถึงตายได้ (แต่  
 บางครั้งแม้ปืนที่ไม่สามารถทำให้ถึงตายได้ ศาลฎีกาก็ลงโทษฐานพยายามฆ่าที่ไม่สามารถ  
 บรรลุผลได้อย่างแน่แท้ หรือพยายามฆ่า)<sup>3</sup>
2. พิจารณาการลงมือกระทำโดยการชักปืนขึ้นมาเล็งไปยังผู้เสียหาย ถึงแม้  
 จะยังไม่จ้วงนก จ้องปืน หรือลั่นไกก็ตาม<sup>4</sup> (การใช้ปืนจ่อที่ขมับผู้เสียหายเพื่อไม่ให้  
 ฐานพยายามฆ่า)<sup>5</sup>
3. ใช้ปืนยิงไปยังที่ ๆ ผู้เสียหายเคยนอนเป็นประจำ แม้ไม่ถูกผู้ใด<sup>6</sup>
4. ใช้ปืนที่มีคุณภาพร้ายแรงยิงถูกแขน หรือขา กระดูกแตก สันนิษฐานว่าถ้า  
 อกอวัยวะสำคัญภายในก็ทำให้ถึงตายได้<sup>7</sup> แต่ถ้ายิงในระยะ 1 วา เจตนายังถูกที่ขา  
 ไม่ผิดฐานพยายามฆ่า<sup>8</sup> แต่ถ้าเหตุที่ถูกขาเพราะปืนสับัด<sup>9</sup> หรือมีผู้จับกดปืนต่ำลง

<sup>3</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 347/2500, 107/2500.

<sup>4</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 147/2504.

<sup>5</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3916/2534.

<sup>6</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1446/2513.

<sup>7</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 817/2510.

<sup>8, 9</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1006/2501. และดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 926/2520.

ป็นล้นถูกผู้อื่นที่เท่า<sup>10</sup> หรือลูกกระสุนปืนไม่ตรงกับช่องเข็มแทงชนวน<sup>11</sup> เป็นความผิดฐานพยายามฆ่า

5. การใช้อาวุธปืนร้ายแรงทำร้าย บางกรณีแม้ไม่เกิดผลของการกระทำคือบาดเจ็บก็ผิดฐานพยายามฆ่าคนแล้ว<sup>12</sup> แต่ถ้ายังถูกอวัยวะไม่สำคัญจนเกิดบาดเจ็บประกอบด้วยระยะยิงและโอกาสเลือกยิงเป็นเครื่องชี้เจตนาว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาฆ่าได้<sup>13</sup>

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าการใช้อาวุธปืนทำร้ายในความผิดฐานพยายามฆ่าคน แนวทางการพิจารณาวินิจฉัยถึงเจตนาของผู้กระทำยังสรุปเป็นหลักเกณฑ์แน่นอนไม่ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์และข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป และขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล

#### การบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืน

จากการศึกษาวิจัยพบว่าประมวลกฎหมายอาญาของไทยในความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยผู้กระทำใช้อาวุธปืนทำร้ายยังมีช่องว่างของกฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตัวอย่างกว้างขวาง โดยศาลใช้หลัก "กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา" เป็นเครื่องช่วยวินิจฉัย ทำให้การรวบรวมพยานหลักฐานของรัฐ (พนักงานอัยการ) ไม่จำกัดถึงขนาดที่ชัดโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าหรือไม่ เพียงแต่รวบรวมพยานหลักฐานให้ครบองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าคนก็เพียงพอแล้ว ทำให้ข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อศาลมีน้อย เป็นผลให้ศาลมีข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีน้อยเกินไป เมื่อมีข้อสงสัยว่าจำเลยมีเจตนาเช่นไร ศาลก็จะใช้ดุลพินิจในข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ "อาวุธปืน" ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า มากกว่าเจตนาทำร้าย

<sup>10</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 870/2526.

<sup>11</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 280/2515.

<sup>12, 13</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1446/2513 และฎีกาที่ 1006/2501

แนวทางแก้ไขข้อช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว คือ การบัญญัติความผิด  
 ผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืน ซึ่งมีอัตราโทษหนักกว่าการทำร้ายร่าง  
 กายธรรมดา แต่เบากว่าอัตราโทษฐานพยายามฆ่าคน เป็นผลให้การแจ้งข้อกล่าว  
 หาของพนักงานสอบสวน การรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานอัยการมีมากขึ้นกว่า  
 เดิม โดยรัฐมีหน้าที่ต้องพิสูจน์เจตนาของจำเลยโดยปราศจากข้อสงสัยจากพยานหลัก  
 ฐานว่าจำเลยมี "เจตนาฆ่า" ทำให้ศาลมีข้อเท็จจริงในการพิจารณามากขึ้นและใช้  
 หลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาแค้นลง ส่งผลให้จำเลยได้รับโทษต้องตามเจตนาที่แท้  
 จริง

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืน กับความผิดฐานมีและใช้อาวุธปืนตาม  
พ.ร.บ.อาวุธปืน ฯ พ.ศ. 2490

ในกรณีที่มีบทบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืนแล้ว  
 มีปัญหาว่า จะมีผลต่อผู้ที่ได้รับอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้มี  
 อาวุธปืนติดตัวตามกฎหมายอาวุธปืนหรือไม่

เกี่ยวกับปัญหานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน  
 หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้มีอาวุธปืนติดตัว จะไม่ได้รับผลกระทบตามบทบัญญัติที่มีขึ้นใหม่แต่  
 อย่างไรก็ดี แต่จะก่อให้เกิดผลดีในแง่ที่ทำให้ผู้ที่มีอาวุธปืนหรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้มีอาวุธ  
 ปืนติดตัวใช้อาวุธปืนสำหรับป้องกันตัวหรือทรัพย์สินมีความรอบคอบระมัดระวังในการใช้  
 อาวุธปืนมากขึ้น เพราะถ้าหากเขาใช้อาวุธปืนนั้นไปทำร้ายผู้อื่น หรือนำอาวุธปืนจะไป  
 ทำร้ายผู้อื่น ก็เป็นความผิดฐานนี้ได้ และในขณะเดียวกันเขาก็ได้รับความคุ้มครองตาม  
 กฎหมายให้สิทธิป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้ว

ส่วนผู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนโดยมิได้รับอนุญาตก็มีความผิดทั้งความผิดฐานทำร้าย  
 ร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืนและมีความผิดตาม พ.ร.บ.อาวุธปืน ฯ พ.ศ. 2490 และ  
 ก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายให้สิทธิป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน

#### 4.1.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาการใช้อาวุธรูปประกอบความผิดตามแนวฎีกาของศาลไทย

จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้กล่าวมาแล้วทำให้เราทราบว่าแนวคำพิพากษาของศาลฎีกามีแนวทางพิจารณาวินิจฉัยคดีที่ผู้กระทำผิดใช้อาวุธปืนว่าเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือพยายามฆ่า แตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ "ดุลพินิจ" ของศาลว่าจะหาเหตุผลสนับสนุนคำพิพากษานั้น ๆ อย่างไร จึงมีข้อสงสัยว่าศาลใช้หลักเกณฑ์ใดในการใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีว่า เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือความผิดฐานพยายามฆ่า

เมื่อมีคดีมาสู่ศาล นอกจากศาลจะต้องพิจารณาถึงปัญหาข้อกฎหมายที่มีบัญญัติอยู่แล้วยังจะต้องใช้ดุลพินิจใคร่ครวญไตร่ตรองถึงพฤติเหตุ พฤติการณ์ต่าง ๆ ของข้อเท็จจริงที่ปรากฏรวมอยู่ในท้องสำนวนด้วย การใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับปัญหาข้อเท็จจริงเหล่านี้ เป็นอำนาจโดยแท้ของศาลด้วยเหตุที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดไว้แน่นอนดังเช่นปัญหาข้อกฎหมาย การใช้ดุลพินิจในทำนองนี้เองสิ่งที่เป็นหลักอยู่เบื้องหลัง คือ การที่ศาลหรือผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงความยุติธรรมเสมอ เพื่อจะได้วินิจฉัยบรรดาคดีตามที่ปรากฏในปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริงให้เป็นไปอย่างเที่ยงธรรมสมกับคำว่า "ศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน"

สำหรับการพิจารณาพิพากษาในคดีอาญานั้น แม้ว่าจะมีการวินิจฉัยพิจารณาใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก็ตาม แต่กฎหมายอาญามีหลักที่เป็นพิเศษอยู่ในตัวเองคือ "กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด" เพราะเป็นกฎหมายที่กระทบถึงเสรีภาพของบุคคลโดยตรง หากปล่อยให้ศาลใช้ดุลพินิจมากเกินไปในการวินิจฉัยลงโทษ ย่อมจะมีโอกาสให้บุคคลได้รับความเสียหายได้โดยง่าย ด้วยเหตุนี้เองการใช้กฎหมายอาญาจึงตรงกับภาษิตกฎหมายที่ว่า "กฎหมายที่ดีย่อมเป็นกฎหมายที่ให้โอกาสศาลใช้ดุลพินิจน้อยที่สุด"<sup>14</sup>

<sup>14</sup> นพพร โพนธิรังสิยากร, "การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ",

คำว่า "ดุลพินิจ" หมายถึง การวินิจฉัยที่เห็นสมควร<sup>15</sup> ตรงกับคำภาษาอังกฤษว่า "Discretion" หรือ "Discretio" ในรากศัพท์ภาษาลาติน

สำหรับความหมายในทางกฎหมาย หมายถึง เป็นอำนาจหรือสิทธิพิเศษ (privilege) ของศาลที่จะพิจารณาตามหลักความยุติธรรม<sup>16</sup>

สรุปความหมายของดุลพินิจมีอยู่ 3 ประการคือ

1. ค้นหาข้อเท็จจริง (finds facts)
2. ปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย (applies law)
3. พิจารณาเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ภายหลังจากที่ทราบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้ว (decides what is desirable in the circumstances after the facts and the law are known)

การใช้ดุลพินิจในกฎหมายอาญา เมื่อคำนึงถึงความต้องการยุติธรรมเฉพาะกรณี หรือเฉพาะบุคคล (individualized justice) แล้ว กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ต้องการมากที่สุด ด้วยเหตุที่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยตรง ฉะนั้น ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมกรณี ในกฎหมายอาญาจึงมีความสำคัญยิ่ง หากจะกล่าวโดยเฉพาะแล้ว กฎหมายอาญาต้องการความยุติธรรมเฉพาะบุคคลหรือเฉพาะกรณี เพื่อช่วยเหลือการบังคับใช้ตามกฎหมายดังนี้

---

<sup>14</sup> (ต่อ)

(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 1.

<sup>15</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2525), หน้า 305.

<sup>16</sup> Black's Law Dictionary, 4<sup>th</sup> ed, (st Paul, Minn : West Publishing Co., 1951), p.553.

ก. การวินิจฉัยข้อเท็จจริง (find fact) ข้อเท็จจริงตามกฎหมายอาญานั้น ถือว่ามีความสำคัญมาก เพราะจะเป็นเครื่องช่วยกำหนดในการตัดสินใจของศาลว่าควรจะใช้บังคับต่อผู้ต้องหาหรือผู้กระทำผิดอย่างไรบ้าง ด้วยเหตุนี้ ศาลฎีกาจึงได้วางหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 631-638/2482 ว่า "ในการวินิจฉัยพยานหลักฐานนั้น ศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจหยิบยกหลักฐานใดขึ้นพิจารณาประกอบหลักฐานอื่นได้ไม่จำต้องหยิบยกมาพิจารณาทุกชั้นทุกอัน และการหยิบยกหรือไม่หยิบยกเช่นนี้ ไม่เป็นข้อกฎหมายประการใด"

ข. การใช้กฎหมาย (applies law) ในการพิจารณาใช้กฎหมายก็เช่นกัน ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสม ว่าข้อเท็จจริงเช่นใดควรจะใช้กฎหมายหรือควรจะใช้ดุลพินิจแทนกฎหมาย

ค. การกำหนดโทษ (impose penalties) การใช้ดุลพินิจของศาลในคดีอาญาเพื่อกำหนดโทษลงแก่ผู้กระทำผิดนี้ ถือเป็นประเด็นที่สำคัญยิ่ง เพราะเหตุที่กำหนดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจที่สำคัญ 2 ประการคือ

(1) พิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามพฤติเหตุแวดล้อมคดี การใช้ดุลพินิจในข้อนี้เอง ถือว่าเป็นการให้ความยุติธรรมเฉพาะกรณีมากที่สุด เพราะเป็นเครื่องช่วยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดติดนิสัยได้รับโทษต่างกับผู้กระทำผิดอันควรปราณี

(2) พิจารณาลงโทษให้เหมาะสมกับทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและการลงโทษตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่มีอยู่หลายประการ แต่ละประการย่อมมีประโยชน์แตกต่างกัน เช่น

- ทำให้ไม่อาจกระทำความผิดได้อีก (incapacitation)
- เพื่อให้กลับใจแก้ไขเสียใหม่ (reformation)
- เพื่อข่มขู่ให้กลัว (intimidation)<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Halsbury's Law of England, 3<sup>rd</sup> ed. (London : Butterworth Co. (Publishers) Ltd., 1955), p.487.



การใช้ดุลพินิจพิจารณาตัดสินอรรถคดีลงไปอย่างใดนั้น ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการคือ ข้อกฎหมาย และข้อเท็จจริง สำหรับข้อกฎหมายศาลสามารถพิจารณาได้โดยตรง โดยค้นได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ ที่รัฐได้บัญญัติตราขึ้นไว้ ส่วนข้อเท็จจริงนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติไว้ว่า "ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งนำพยานหลักฐานทั้งปวง อย่างพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย"

หลักในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเพื่อประกอบในการใช้ดุลพินิจในการลงโทษนั้น มาตรา 227 วางหลักเกณฑ์ไว้เป็นแนวทางแต่เพียงว่า ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งนำพยาน และ หากแน่ใจว่ามีการกระทำผิดโดยจำเลยนั้น ให้ศาลลงโทษได้ หากมีความสงสัยว่าจำเลยจะกระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แก่จำเลย

แนวทางของกฎหมายที่กำหนดตามมาตรา 227 นี้ เป็นแนวทางที่กว้างขวางมาก เพราะการใช้ดุลพินิจว่าอย่างไรจึงจะแน่ใจว่าเป็นการกระทำผิดนั้น พื้นฐานความเข้าใจหรือแน่ใจ ความหนักแน่น ความละเอียดรอบคอบ ของผู้พิพากษาแต่ละนายมีไม่เหมือนกัน ฉะนั้นจึงปรากฏความจริงอยู่เสมอว่า คดีอย่างเดียวกันศาลใช้ดุลพินิจไม่เหมือนกัน

สาเหตุที่ศาลใช้ดุลพินิจไม่เหมือนกันอาจเนื่องมาจากศาลใช้ "หลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา" ในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงต่างกัน โดยเฉพาะในเรื่องการใช้อาวุธปืนทำร้าย ส่วนใหญ่แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้วินิจฉัยในข้อเท็จจริงนี้ให้ถือว่า "จำเลยมีเจตนาฆ่าเสมอ" (ฎีกาที่ 65/2461, 330/2490, 817/2510) เป็นต้น

หลักในเรื่องกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา นี้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาถือว่าเป็นข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริง ความจริงแล้วน่าจะเป็นเรื่องของการซึ่งนำพยานหลักฐานเสียมากกว่า เพราะหลักฐานของหลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา นี้มาจากการบ่งชี้ของพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่รวบรวมมาทำให้เห็นเจตนา ไม่ใช่การคาดคะเน

เอาจากพยานหลักฐานต่าง ๆ นั้น<sup>1๘</sup>

ข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงกับกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาอาจมีความหมายต่างกันบ้างกล่าวคือ ข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงอาจใช้กับการหาข้อเท็จจริงบางอย่างซึ่งไม่ใช่การค้นหาเจตนาและเมื่อได้ข้อเท็จจริงที่คั่นหานั้นแล้ว จะนำข้อมูลนั้นไปใช้กับหลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา เพื่อค้นหาเจตนาอีกชั้นหนึ่ง เมื่อพิจารณาในแง่ของจำเลยแล้ว แม้ว่าข้อมูลที่ได้จากการใช้ข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงจะเป็นความจริงก็ตาม ในแง่จิตวิทยา จำเลยอาจรู้สึกว่าคุณที่ได้นั้นเกิดจากการคาดคะเน แล้วนำเอาข้อมูลที่เกิดจากการคาดคะเนนั้นมาค้นหาเจตนาของตนอีกชั้นหนึ่ง เจตนาที่ค้นได้จึงอาจไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง ดังนั้น อาจทำให้จำเลยที่ถูกลงโทษเข้าใจผิดได้ว่าตนถูกลงโทษเพราะการคาดคะเนว่าตนทำผิด ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อกระบวนการยุติธรรม<sup>1๙</sup> ฉะนั้น คำว่าข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงในทางอาญา จึงไม่ควรนำมาใช้

ในคดีที่จำเลยใช้ปืนซึ่งเป็นอาวุธร้ายแรงยิงไปยังผู้เสียหายจะถือว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหายยังไม่ได้ จะต้องรวบรวมข้อเท็จจริงอื่น ๆ ประกอบอีก ซึ่งในทางปฏิบัติ หลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาที่ใช้ในความหมายที่กว้างกว่าตัวอักษร กล่าวคือ ดูจากข้อเท็จจริงและเหตุผลแวดล้อมภายนอกที่เกิดขึ้นทั้งหมดที่รวบรวมได้ เพื่อวินิจฉัยว่าสภาพทางจิตใจของ ผู้กระทำในขณะที่กระทำนั้นเป็นอย่างไร<sup>2๐</sup>

<sup>1๘</sup> ดู จาตุรงค์ ฉินวิวัฒน์, "ข้อสันนิษฐานในคดีอาญาที่เป็นโทษแก่จำเลย" วิทยานพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526, หน้า 40.

<sup>1๙</sup> ดู ชานินทร์ กรีชัยเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, (กรุงเทพ : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523), หน้า 330-331.

<sup>2๐</sup> ดู อุทิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพ : โรงพิมพ์ เรือนแก้วการพิมพ์, 2525) หน้า 65.

จากหลักเกณฑ์เรื่องข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริง ที่นำไปใช้ในหลักกรรมเป็น  
เครื่องชี้เจตนา<sup>๒๑</sup> บางคดีศาลได้พิจารณาวินิจฉัยเป็นผลร้ายแก่จำเลย เช่น

ฎีกาที่ 330/2491 ที่วินิจฉัยว่า ปืนเป็นเครื่องประหารถึงตายได้  
ดังนั้นการใช้ปืนยิงคนนั้น ตามธรรมดาต้องสันนิษฐานว่า มีเจตนาฆ่า

ฎีกาที่ 347/2500 ใช้ปืนยิงเขากระสุนถูกที่แขน มีบาดแผลเดียวหรือมี 9  
แผลยังเป็นปัญหา สรุปเพียงว่าบาดแผลเล็กน้อย ส่วนปืน ในการพิจารณาทราบไม่ได้  
อีกว่าเป็นปืนชนิดร้ายแรงหรือสักแต่ว่าเป็นปืน ดังนี้ ต้องวินิจฉัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า

ดังนั้น จากแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า การสันนิษฐานในข้อเท็จ  
จริงที่ว่า "อาวุธปืนเป็นอาวุธร้ายแรงทำให้ถึงตายได้" เพียงอย่างเดียวมาเป็นเครื่อง  
ชี้เจตนาว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า<sup>๒๑</sup> นั้น น่าจะไม่ถูกต้อง เพราะการสันนิษฐานเช่นนั้นทำให้  
ความผิดของจำเลยต้องปรับบทเป็นความผิดต่อชีวิต แทนที่จะได้รับการวินิจฉัยว่าเป็น  
ความผิดต่อร่างกายซึ่งมีโทษที่เบากว่ามาก การสันนิษฐานเพื่อค้นหาเจตนาของจำเลย  
จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่น ๆ ประกอบด้วย

ในปัจจุบันได้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นเครื่องช่วยสันนิษฐานในข้อเท็จจริง ที่นำไป  
ใช้ในหลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่า "จำเลยมีเจตนาฆ่าหรือ  
เจตนาทำร้าย" ดังนี้คือ

1. พิจารณาจาก "อาวุธ" ที่ใช้กระทำ
2. พิจารณาจาก "อวัยวะ" ที่ถูกกระทำ
3. พิจารณาจาก "ลักษณะของบาดแผล" ที่ถูกกระทำ
4. พิจารณาจาก "พฤติการณ์อื่น ๆ"<sup>๒๑</sup>

นอกจากนี้แล้วรัฐควรออกกฎหมายในเรื่อง การทำร้ายร่างกายโดยมีหรือ

---

<sup>๒๑</sup> ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์  
ครั้งที่ 3 (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 108.

ใช้อาวุธปืนซึ่งผู้กระทำมิได้มีเจตนาฆ่า ให้แน่นอนชัดเจน ทั้งนี้เพื่อช่วยกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลในเรื่องนี้ให้อยู่ในแนวทางเดียวกัน สมดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "กฎหมายที่ดีย่อมเป็นกฎหมายที่ให้โอกาสศาลใช้ดุลพินิจน้อยที่สุด"

#### 4.1.3 ไทยไม่มีหลักกฎหมายบัญญัติถึงความผิดมีหรือใช้อาวุธปืนประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ตามที่เราได้ศึกษามาแล้ว ในคดีที่จำเลยใช้อาวุธปืนทำร้ายแนวคำพิพากษาฎีกาสันนิษฐานไปในแนวทางเดียวกันว่า "ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า" เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะศาลใช้ดุลพินิจสันนิษฐานในข้อเท็จจริงไปในทางที่เป็นโทษแก่จำเลย อันเนื่องมาจากข้อสันนิษฐานที่ว่า "อาวุธปืนเป็นอาวุธร้ายแรงโดยสภาพ" มีผลต่อการวินิจฉัยปรับบทความผิด และฐานความผิดว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า หรือเจตนาเพียงทำร้าย

ในเรื่องข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงนี้ ยังไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจน เพียงแต่มีมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประกอบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 631-638/2482 ที่ว่า "ในการวินิจฉัยพยานหลักฐานนั้น ศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจหยิบยกหลักฐานใดชั้นพิจารณาประกอบหลักฐานอื่นได้ไม่จำต้อง หยิบยกมาพิจารณาทุกชั้นทุกอัน และการหยิบยกหรือไม่หยิบยกเช่นนี้ ไม่เป็นข้อกฎหมายประการใด" ซึ่งเป็นการให้ศาลใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางและเป็นอำนาจใช้ดุลพินิจของศาลโดยเฉพะ การใช้ดุลพินิจของศาลดังกล่าวนี้อาจเป็นผลร้ายหรือเป็นโทษแก่จำเลยก็ได้ เนื่องจากข้อสันนิษฐานดังกล่าวข้างต้น

นอกจากนี้ข้อสันนิษฐานที่ทำให้ศาลใช้ดุลพินิจไปในทางที่ผิดพลาดอาจเกิดจาก สาเหตุ 4 ประการดังนี้คือ

1. ศาลวินิจฉัยผิดพลาดเอง
2. คู่ความนำข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดมาสู่ศาล
3. ดุลพินิจอันคับแคบของศาล

#### 4. อดติของผู้พิพากษา<sup>22</sup>

5. ศาลวินิจฉัยตามหลัก "กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา" กว้างเกินไป  
 ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการใช้ดุลพินิจสันนิษฐานในข้อเท็จจริงของศาล อาจ  
 เกิดข้อผิดพลาดได้หลายประการ โดยเฉพาะข้อสันนิษฐานในเรื่องที่จำเลยใช้อาวุธ-  
 ปืนทำร้าย ที่ศาลเคยสันนิษฐานไปในทางที่เป็นโทษแก่จำเลยว่ามีเจตนาฆ่า<sup>23</sup>

จากหลักกฎหมายที่ว่า "กฎหมายที่ดีย่อมเป็นกฎหมายที่ให้โอกาสศาลใช้ดุล  
 พินิจน้อยที่สุด" จะเห็นได้ว่าในเรื่องการใช้อาวุธปืนทำร้ายร่างกายยังไม่มีบัญญัติไว้  
 ในกฎหมายอาญาหรือเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมายอาญา การวินิจฉัยคดีของศาลจึง  
 อาศัยหลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา โดยการใช้อุปินิจสันนิษฐานจากข้อเท็จจริงที่  
 ปราบกฏในท้องสำนวน และจากพยานหลักฐานที่โจทก์นำเข้าสู่สืบ ประกอบกับพฤติการณ์  
 แวดล้อมคดี แล้วจึงลงความเห็นชี้ขาดลงไปว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าหรือเจตนาทำร้าย  
 ซึ่งตามแนวฎีกาที่ได้ศึกษามาดังกล่าวแล้ว ยังไม่เป็นที่แน่นอนชัดเจน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ  
 การใช้ดุลพินิจของศาลนั่นเอง

การจำกัดดุลพินิจของศาลในเรื่องการใช้อาวุธปืนทำร้ายร่างกายโดยผู้  
 กระทำมีเพียงเจตนาทำร้าย มิได้มีเจตนาฆ่านั้น มีอยู่ทางเดียว คือการบัญญัติเป็น  
 ฐานความผิดโดยเฉพาะของฐานความผิดทำร้ายร่างกายโดยใช้อาวุธปืน หรือใน  
 ลักษณะการเพิ่มโทษ โดยให้ถือว่าการใช้อาวุธปืนทำร้ายเป็นลักษณะการลงโทษให้  
 หนักขึ้นตามเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยเมื่อการพิจารณาปรากฏโดยชัดแจ้ง  
 ว่าผู้กระทำมีเจตนาเพียงทำร้ายเท่านั้น หรืออาจบัญญัติไว้เป็นข้อสันนิษฐานของกฎ-  
 หมายไว้เลยว่า "การใช้อาวุธปืนทำร้ายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า  
 เว้นแต่จะพิสูจน์ให้ได้ความว่ามีเพียงเจตนาทำร้าย" ทั้งนี้เพื่อให้โอกาสศาลใช้ดุล  
 พินิจน้อยที่สุด และถือได้ว่าเป็นการให้โอกาสแก่จำเลยพิสูจน์เจตนาของตนเอง

<sup>22</sup> ดู นพพร โปธิรังสิยากร, "การใช้ดุลพินิจของศาลในการลงโทษ",  
 หน้า 62-65.

<sup>23</sup> เช่น ฎีกาที่ 330/2491, 347/2500 เป็นต้น.

ก่อให้เกิดความยุติธรรม และเกิดความเกรงกลัวไม่กล้านำอาวุธปืนมาทำร้ายซึ่งกัน และกันอีกต่อไป

จากการที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัติให้การใช้อาวุธปืนประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยเฉพาะนั้น ทำให้แนวทางการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีของศาลไม่เป็นแนวทางเดียวกัน และทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น เช่นบางลักษณะกฎหมายสมควรลงโทษให้หนักขึ้นเมื่อผู้กระทำผิดใช้อาวุธปืนทำร้าย หรือชู้ โดยไม่มีเจตนาฆ่า เป็นต้น

การทำร้ายร่างกายบางลักษณะมีความรุนแรง เช่นการใช้อาวุธที่มีความรุนแรงแตกต่างกัน แต่รับผิดและรับโทษเหมือนกัน ตัวอย่างเช่น

(ก) นายแดงใช้กำลังทำร้ายร่างกายนายขาว ทำให้นายขาวได้รับบาดเจ็บที่บริเวณใบหน้า ไม่เป็นอันตรายสาหัส ดังนั้นนายแดงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295

(ข) นายแดงใช้ไม้เป็นอาวุธตีชานายขาว ได้รับบาดเจ็บ ดังนั้นนายแดงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295

(ค) นายแดงตั้งใจใช้อาวุธปืนยิงขาของนายขาว ในระยะห่าง 1 วา เป็นเหตุให้นายขาวได้รับบาดเจ็บไม่สาหัส ดังนั้นนายแดงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 เช่นเดียวกับข้อ (ก) และข้อ (ข)

จะเห็นได้ว่าผลของการกระทำที่เกิดขึ้นตามข้อ (ก) (ข) (ค) นายแดงต้องได้รับโทษฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 เหมือนกัน แต่เมื่อเปรียบเทียบลักษณะการกระทำระหว่างข้อ (ข) และข้อ (ค) แล้วจะเห็นได้ว่า การใช้อาวุธทำร้ายแตกต่างกัน กล่าวคือ ในข้อ (ค) ใช้อาวุธปืนทำร้าย ซึ่งถือว่าเป็นอาวุธที่ร้ายแรงกว่าไม้ สามารถทำอันตรายให้ถึงตายได้มากกว่าไม้ ดังนั้นการใช้อาวุธปืนทำร้ายจึงถือว่าเป็นลักษณะการกระทำที่รุนแรงกว่า การลงโทษการกระทำในลักษณะนี้จึงน่าจะมีโทษที่หนักกว่าการใช้กำลัง หรือใช้อาวุธอื่น ๆ ทำร้าย แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีบทบัญญัติฐานใช้อาวุธปืนทำร้ายร่างกาย และไม่มีการกำหนดโทษให้สูงขึ้น ผู้กระทำผิดจึงได้รับโทษเท่ากัน ในทางกลับกัน ถ้าศาลเห็นว่าการใช้อาวุธ

ป็นทำร้ายแสดงถึงเจตนาฆ่าศาลก็จะนิยามว่านายแดงมีความผิดฐานพยายามฆ่าคน ซึ่งมีโทษหนักกว่าความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกายเป็นอันมาก ทำให้รู้สึกว่าการผิดฐานทำร้ายร่างกายมีสิ่งที่เหมาะสมควรลงโทษให้หนักขึ้น ในเรื่องของความรุนแรง โดยใช้อาวุธปืนทำร้ายนั้นหายไป

เมื่อเปรียบเทียบประมวลกฎหมายอาญาของไทยกับของประเทศอื่น ๆ ที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law หรือประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law แล้ว จะเห็นได้ว่า ในต่างประเทศล้วนแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายโดยชัดแจ้งถึงลักษณะการใช้ "อาวุธ" ซึ่งรวมถึง "อาวุธปืน" ด้วย กระทำ ความผิดต่อร่างกายถือเป็นความผิดที่สมควรได้รับโทษหนักขึ้น ถึงแม้ไม่เกิดผลร้าย คือไม่เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็ตาม เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 311 เป็นต้น ซึ่งการบัญญัติให้อาวุธปืนทำร้ายร่างกายอยู่ในลักษณะความผิดต่อร่างกายให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษหนักขึ้นนั้น ทำให้ง่ายต่อการวินิจฉัยคดีของศาล และเพื่อให้ศาลได้วินิจฉัยคดีเป็นเบื้องต้นก่อนว่าผู้ต้องหากระทำผิดในฐานความผิดต่อร่างกายหรือไม่ แล้วจึงวินิจฉัยเลยไปถึงความผิดต่อชีวิตในลำดับต่อไป

#### 4.2 พิจารณาความผิดฐานทำร้ายร่างกายของต่างประเทศ

##### 4.2.1 พิจารณาตามกฎหมาย Common Law

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายของประเทศไทยที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law ได้กำหนดลักษณะความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็น 2 ประการคือ Assault และ Battery

Assault หมายถึง การขู่ว่าจะใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องมีการทำร้ายจริง ๆ หรือการสัมผัสถูกต้องเนื้อตัวร่างกายแต่อย่างใด แต่การข่มขู่ต้องถึงขนาดที่ทำให้ผู้ถูกข่มขู่เกิดความหวาดกลัวว่า จะมีการใช้กำลังทำร้ายในทันทีทันใดนั้น

Battery หมายถึง การใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การกระทำจะต้องมีการสัมผัสถูกเนื้อตัวร่างกายผู้ถูกทำร้ายในลักษณะที่จะก่อให้เกิดอันตราย หรือเป็นการสัมผัสที่ผิดกฎหมาย และเกิดผลจากการกระทำนั้น

ความผิด Assault ใกล้เคียงกับความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 309 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าความผิดตามวรรคแรกได้กระทำโดยมีอาวุธ หรือโดยร่วมกันกระทำ ความผิดด้วยกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป หรือได้กระทำเพื่อให้ผู้ถูกข่มขืนใจทำ ถอน หรือทำให้เสียหาย หรือทำลายเอกสารสิทธิอย่างใด ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

การทำให้กลัว อาจใช้กริยาทำทาง คำพูด เขียน แม้ไม่คิดจะทำให้เกิดอันตรายจริง ๆ ตามที่ชู้ (ฎีกาที่ 1278/2503 หน้า 1378) หรือการเอาปืนมาขู่ให้คิด บัญชี (ฎีกาที่ 1447/2513 หน้า 1922)

ความผิด Assault เป็นความผิดในลักษณะขู่ว่าจะใช้กำลังทำร้ายร่างกาย ในทันทีทันใดนั้น ทำให้ผู้ถูกกระทำเกิดความกลัวว่าจะถูกทำร้ายจริง ๆ เป็นความผิดต่อร่างกาย ที่มีผลต่อจิตใจของผู้ถูกข่มขู่

ส่วนความผิด Battery เป็นลักษณะการทำร้ายต่อเนื้อตัวร่างกาย จะเป็นโดยการผ่านเสื้อผ้า หรือโดยทางอ้อมวิธีอื่น ๆ ก็ได้ เช่น ทำให้มีผ้าที่เขาที่อยู่สุดดลัม ผู้ที่ตกลงมาได้รับบาดเจ็บ เป็นต้น ต้องเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ถูกกระทำนั้น แม้จะเป็นการกระทำที่เบาที่สุดก็ตาม เทียบเคียงได้กับการทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติว่า "ใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้นั้น ผู้นั้น



กระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

การเปรียบเทียบความผิดฐานทำร้ายร่างกายของ Common Law ที่มีลักษณะคล้ายกับของไทยจากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เราอาจทำตารางเปรียบเทียบลักษณะการกระทำผิดได้ดังนี้

Common Law	ประมวลกฎหมายอาญาของไทย
<p><u>ความผิด Assault</u></p> <p>- ช่มชู้ว่าจะใช้กำลังทำร้ายร่างกาย จนผู้ถูกช่มชู้เกรงกลัวว่าจะถูกทำร้ายจริง ๆ (ไม่ใช่ช่มชู้เพื่อหวังประโยชน์อย่างอื่น ๆ ด้วย)</p>	<p><u>ความผิดตามมาตรา 309</u></p> <p>- ช่มชู้ใจผู้อื่นเพื่อให้กระทำการใด ๆ ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกาย ฯลฯ ของผู้ถูกช่มชู้หรือผู้อื่น หรือใช้กำลังประทุษร้ายช่มชู้ใจ</p>
<p><u>ความผิด Battery</u></p> <p>- ใช้กำลังทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยมีชอบด้วยกฎหมาย และเกิดผลจากการทำร้าย</p>	<p><u>ความผิดตามมาตรา 295</u></p> <p>- ใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น</p>

นอกจากลักษณะของความผิดดังกล่าวแล้ว Common Law ยังแบ่งความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็น ทำร้ายร่างกายธรรมดา (Simple assault) และทำร้ายร่างกายสาหัส (aggravated assault) ตามความร้ายแรง และความรุนแรง (violence) ของการกระทำและผลร้าย นอกจากนี้ยังได้บัญญัติถึงลักษณะการทำร้ายโดยใช้อาวุธ (weapon) ทั้งอาวุธทำอันตรายถึงตาย หรืออาวุธร้ายแรง

(dangerous or deadly weapons) ใช้อาวุธอย่างชัดเจน

#### 4.2.2 พิจารณาตามกฎหมาย Civil Law

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศต่าง ๆ เช่น นอร์เวย์ ตุรกี เยอรมัน ฝรั่งเศส เป็นต้น ที่ใช้ระบบ Civil Law มีการบัญญัติลักษณะความผิดฐานทำร้ายร่างกาย โดยใช้ทั้งคำว่า "assault" และ "battery" โดยแบ่งลักษณะของการกระทำที่ทำให้เกิดผล ดังนี้

- (ก) ทำร้ายร่างกาย หรือประทุษร้ายแก่กายของผู้อื่น ก่อให้เกิดผล
- ทำให้เสียหายต่อร่างกาย หรือ
  - ทำให้เสื่อมเสียสุขภาพ หรือ
  - ก่อให้เกิดความผิดปกติทางจิต

เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศนอร์เวย์ มาตรา 228, ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศตุรกี มาตรา 456, ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน มาตรา 223 (1), ประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี มาตรา 581 เป็นต้น

- (ข) ทำร้ายร่างกาย ก่อให้เกิดผลรุนแรงขึ้นกว่าข้อ (ก) ดังนี้
- ก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือสุขภาพ
  - ก่อให้เกิดความเจ็บปวดอย่างมาก
  - ทำให้เกิดบาดแผล ทุบตี
  - ทำให้เกิดความเสื่อมเสียแก่สภาวะปกติของร่างกาย
  - ทำให้อยู่ในสภาวะหมดความรู้สึกร่างกาย

เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส มาตรา 309, ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศนอร์เวย์ มาตรา 228 วรรคสอง เป็นต้น

- (ค) ทำร้ายร่างกาย ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ร่างกายหรือจิตใจสาหัส ดังนี้
- ทำให้ร่างกายได้รับบาดเจ็บสาหัส
  - เป็นเหตุให้เสื่อมอย่างถาวรแก่ประสาทรับรู้หรืออวัยวะ

- ทำให้หย่อนความสามารถทางการนูดอย่างถาวร
- ทำให้หน้าเสียวลมถาวร
- ทำให้เกิดความเจ็บป่วยทางร่างกาย หรือจิตใจเป็นระยะเวลา ต่อเนื่องกันเกิดกว่าสี่สิบวัน

- ก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต
- ทำให้แท้งลูก
- สูญเสีย มือ เท้า หรือความสามารถในการนูด
- ทำให้เป็นหมัน
- เสียความสามารถในการใช้แขน ขา หรือเกิดการเปลี่ยนแปลง ต่อใบหน้าอย่างถาวร

- เสียดวงตาข้างใดข้างหนึ่ง หรือทั้งสองข้าง
- เจ็บป่วยเรื้อรัง เป็นอัมพาต หรือจิตพิการ

เช่น ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน มาตรา 224, ประมวลกฎหมายอาญาของ สวีเดน มาตรา 5, ประมวลกฎหมายอาญาของนอร์เวย์ มาตรา 229, ประมวลกฎหมายของตุรกี มาตรา 456 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่

การกำหนดโทษหนักเบาของความผิดฐานทำร้ายร่างกายของประเทศที่ใช้กฎหมาย Civil Law นั้น กำหนดตามผลของความร้ายแรงที่เกิดกับผู้ถูกกระทำ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่มีข้อแตกต่างกันอยู่บ้างก็คือ มีหลายประเทศที่บัญญัติถึงเรื่องการใช้อาวุธ หรือวัตถุอื่น ๆ (weapon or instrument) การวางยาพิษ หรือใช้สารพิษ รวมทั้งอาวุธปืนทำร้าย ทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการกระทำที่มีลักษณะรุนแรง (violence) เช่นประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสมาตรา 311, ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน มาตรา 223 a, ประมวลกฎหมายของประเทศนอร์เวย์ มาตรา 232 เป็นต้น

#### 4.2.3 การบัญญัติความผิดมีหรือใช้อาวุธปืนประกอบความผิด

กฎหมายอาญาของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law และ Civil Law ในหลาย ๆ ประเทศได้บัญญัติให้ "อาวุธ" หรือ "อาวุธปืน" เป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัย (objective) ของความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้น บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเน้นการควบคุม และปราบปรามลักษณะของการ "มีหรือใช้อาวุธปืน" ประกอบความผิด ซึ่งเป็นลักษณะการกระทำที่รุนแรง ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้ถูกกระทำมากกว่าการทำร้ายธรรมดาที่ใช้กำลังทำร้าย

การที่กฎหมายมีบทบัญญัติที่แน่นอนชัดเจนถึงลักษณะของการใช้อาวุธ หรืออาวุธปืนประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายดังกล่าว เพื่อให้ผู้กระทำผิดรู้ถึงโทษที่ตนเองได้รับ เป็นการข่มขู่ให้กลัว และเป็นการง่ายต่อการวินิจฉัยคดีของศาล ทำให้การใช้ดุลพินิจในการสันนิษฐานข้อเท็จจริงถึง "เจตนา" ของผู้กระทำผิดมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจน และเป็นการยึดหลักของกฎหมายอาญาที่ว่า "ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย" หรือที่รู้จักกันในวลีที่ว่า "Nulla poeno sine lege"

จากการที่เราได้ศึกษาบทบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายธรรมดา กับความผิดที่ "มีหรือใช้อาวุธ หรืออาวุธปืน" ประกอบความผิด เราอาจสรุปได้เป็นตารางเปรียบเทียบลักษณะความผิด ดังนี้คือ

ตารางเปรียบเทียบความผิดทำร้ายร่างกายธรรมดา กับการใช้ "อาวุธ" หรือ "อาวุธปืน" ประกอบความผิดของ Common Law และ Civil Law (หน้าถัดไป)

ประเทศ	ความผิดพื้นฐาน	ความผิดประกอบอาวุธปืน
สหรัฐอเมริกา <sup>1</sup>	assault จำคุกไม่เกิน 6 เดือน	with a dangerous weapon จำคุกไม่เกิน 5 ปี
อังกฤษ <sup>2</sup>	assault จำคุกไม่เกิน 5 ปี	with any weapon จำคุก 5 ปี
นอร์เวย์ <sup>3</sup>	assault จำคุกตั้งแต่ 2 ปี	with other specially dangerous instrument เพิ่มโทษหนักขึ้นกว่าในมาตรานั้น ๆ 3 ปี
ฝรั่งเศส <sup>4</sup>	assault ทำร้ายร่างกายบาดเจ็บ จำคุก 2 เดือนถึง 5 ปี	by bearing arms การทำร้ายไม่ก่อให้เกิดบาดเจ็บ จำคุก 2 เดือนถึง 5 ปี
เยอรมัน <sup>5</sup>	assault จำคุกไม่เกิน 3 ปี	by means of a weapon or other dangerous instrument จำคุกตั้งแต่ 2 เดือนขึ้นไป

<sup>1</sup>United States Code Service. Section 113 (d) , (c).

<sup>2</sup>The Offence Against the Person Act 1861. Section 47 , 20.

<sup>3</sup>The Norwegian Penal Code. Section 231 , 232.

<sup>4</sup>The French Penal Code. Section 309 , 311.

<sup>5</sup>The German Penal Code of 1871. Section 223(1) , 223 a.

#### 4.3 ข้อดี-ข้อเสียของการบัญญัติความผิดฐานมีหรือใช้อาวุธปืนประกอบความผิด

กฎหมายอาญามีหลักว่า "Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali" หรือแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า "No Crime nor punishment without law" "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย" หรือเรียกว่า "หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย"<sup>24</sup> หลักนี้ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ที่ว่า "บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย" และได้รับรองไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 28 ที่ว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

เหตุที่กฎหมายอาญาต้องบัญญัติความผิดและโทษไว้อย่างชัดเจนเช่นนี้ เพราะกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลมากกว่ากฎหมายใด ๆ

สาระสำคัญของมาตรา 2 นี้ จำแนกได้เป็น 4 ประการคือ

(1) ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

---

<sup>24</sup> ดู อภิสิรา ศิริวัฒนา, "ขอบเขตของ อันตรายแก่กายหรือจิตใจ ในความผิดต่อร่างกาย" ปรินญาณินพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533, หน้า 9. และดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, 2536, หน้า 35. และดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, 2536, หน้า 14.

(2) กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้เป็นผลร้ายมิได้

(3) ถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากการคลุมเครือ

(4) กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด

ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามที่กฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้ในมาตรา 391 มาตรา 295 มาตรา 297 มาตรา 290 นั้นมิได้บัญญัติถึงลักษณะของการทำร้ายโดย "มีหรือใช้อาวุธปืน" ประกอบความผิดโดยเฉพาะ ดังนั้นการพิจารณาวินิจฉัยความผิดจึงต้องใช้หลักข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงพิสูจน์ว่าผู้กระทำมีเจตนาเพียงทำร้าย หรือมีเจตนาฆ่าตามที่เรารู้ได้ศึกษามาแล้ว อันอาจทำให้เกิดข้อผิดพลาดจากการวินิจฉัยพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำผิดขึ้นได้ และส่งผลไปถึงการปรับบทกฎหมายและบทกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดไปในทางที่เป็นผลร้ายและไม่เหมาะสม

กฎหมายอาญาของไทยเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) การบัญญัติลักษณะของความผิด และบทกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดจึงมีความสำคัญและจำเป็นมาก ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาของไทยสมควรบัญญัติให้ "การมีหรือใช้อาวุธปืน" ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นลักษณะของเหตุฉกรรจ์ที่ผู้กระทำสมควรได้รับโทษหนักขึ้นกว่าการทำร้ายร่างกายธรรมดา ซึ่งการบัญญัติดังกล่าวทำให้เกิดผลคืออย่างน้อย 3 ประการคือ

1. เป็นไปตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีโทษ
2. ทำให้การลงโทษต้องตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษและตามเจตนา
3. กำหนดขอบเขตดุลพินิจของศาล

#### 4.3.1 ข้อดีของการบัญญัติความผิดฐานมีหรือใช้อาวุธปืนประกอบความผิด

การบัญญัติถึงลักษณะการกระทำความผิดให้ "การมีหรือใช้อาวุธปืน"

ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ทำให้เกิดผลดี ดังต่อไปนี้คือ

4.3.1.1 เป็นไปตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีโทษ

4.3.1.2 ทำให้การลงโทษต้องตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ  
และตามเจตนา

4.3.1.3 กำหนดขอบเขตดุลพินิจของศาล

#### 4.3.1.1 เป็นไปตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีโทษ

ในปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติฐานความผิดทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืน ทำให้การวินิจฉัยคดีเป็นไปตามบทบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และความผิดฐานพยายามฆ่า การวินิจฉัยความผิดในปัญหาเรื่องจำเลยมี "เจตนาฆ่าหรือเจตนาทำร้าย" ศาลใช้หลัก "กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา" เป็นเครื่องวินิจฉัย ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เป็นแน่นอนชัดเจนเป็นบรรทัดฐานเดียวกัน ดังนั้นการใช้พิจารณาวินิจฉัยความผิดของศาลในเรื่องดังกล่าวนี้จึงขึ้นอยู่กับ "ดุลพินิจในข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริง" ที่ไม่แน่นอนชัดเจน ทำให้ศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง เป็นผลให้การลงโทษไม่ต้องตามเจตนาที่แท้จริงของจำเลย ทางที่จะแก้ไขปัญหานี้ได้ก็โดยการบัญญัติฐานความผิดทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืนขึ้น ทำให้การรวบรวมพยานหลักฐานนำสู่การพิจารณาของศาลมากขึ้น ศาลมีข้อเท็จจริงในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องเจตนาของจำเลยได้ละเอียดรอบคอบขึ้น และจำเลยยังได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย เพราะถ้าหากกรณีเป็นที่สงสัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าหรือเจตนาทำร้าย และมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์เจตนาฆ่าของจำเลยได้ ศาลจะยกประโยชน์แห่งข้อสงสัยให้จำเลย โดยใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่นี้เป็นฐานรองรับความผิดของจำเลย ในกรณีที่มีปัญหาเรื่องการพิสูจน์เจตนาของจำเลยดังกล่าวแล้ว

การบัญญัติกฎหมายให้ "การมีหรือใช้อาวุธปืน" ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย เป็นไปตามหลักไม่มีกฎหมายไม่มีโทษ ถือว่าเป็นการต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ทำให้เกิดผลดี ดังนี้คือ



- ก. ทำให้ผู้กระทำผิดรู้ถึงฐานความผิดและโทษ
- ข. การรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์เจตนาฆ่าของจำเลยมีมากขึ้น ทำให้ง่ายต่อการพิจารณาคดีของศาล และให้ศาลใช้ดุลพินิจน้อยที่สุด
- ค. ช่วยให้การวินิจฉัยข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงของศาล ในปัญหาข้อเท็จจริงเรื่องเจตนาฆ่า หรือเจตนาทำร้าย แคบขึ้นกว่าเดิม
- ง. ทำให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้กระทำผิดที่จะได้รับการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม ในกรณีที่ผู้กระทำมีเพียงเจตนาทำร้ายเท่านั้น
- จ. ทำให้การพิจารณาคดีเป็นขั้นตอน โดยเริ่มแต่ความผิดฐานทำร้ายร่างกายก่อน แล้วจึงพิจารณาฐานความผิดต่อชีวิตในลำดับต่อไป
- ง. ทำให้ลดช่องว่างระหว่างความผิดฐานทำร้ายร่างกาย กับความผิดฐานพยายามฆ่า โดยมีหรือใช้อาวุธปืน
- จ. การบัญญัติให้ "มีหรือใช้อาวุธปืน" เป็นลักษณะฉกรรจ์ของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ผู้กระทำต้องได้รับโทษหนักขึ้น ถือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่กฎหมายจำต้องบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

#### 4.3.1.2 ทำให้การลงโทษต้องตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษและตามเจตนา

วัตถุประสงค์ของการลงโทษมี 4 ประการ คือ

- (1) การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นตอบแทนการกระทำผิด (Punishment as retribution)
- (2) การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือป้องกันอาชญากรรม (Punishment as a deterrence)
- (3) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Punishment as a means of reformation)

(4) การลงโทษเพื่อเป็นการคุมครองสังคม (Punishment as an incapacitation)<sup>25</sup>

ศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษ ตามทฤษฎีอยู่ 2 ทฤษฎี คือ<sup>26</sup>

(ก) ทฤษฎีเด็ดขาด (absolute theory) ซึ่งถือว่าการลงโทษเป็นการตอบแทนการกระทำผิด ตามทฤษฎีเด็ดขาดนี้ การลงโทษจะหนักหรือเบาขึ้นอยู่กับความชั่ว\* ของผู้ที่กระทำ ซึ่งปรากฏในการกระทำผิดนั้น ๆ หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การลงโทษเป็นการใช้บาปที่ผู้กระทำได้กระทำลงไป

(ข) ทฤษฎีสัมพัทธ์ (relative theory) ถือว่าการลงโทษต้องให้ถูกต้องตามจุดประสงค์ของการลงโทษ กล่าวคือ (1) ให้มีผลเป็นการป้องกันบุคคลทั่วไปไม่ให้กระทำความผิดอย่างเดียวกันอีก (general prevention) หรือ (2) ให้มีผลเป็นการป้องกันผู้กระทำผิดนั้นเองมิให้กระทำความผิดซ้ำอีก (special prevention)

ตามความเห็นของท่านศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เห็นว่าในการลงโทษผู้กระทำความผิดนี้จะต้องเอาทฤษฎีเด็ดขาดและทฤษฎีสัมพัทธ์มาใช้ประกอบกัน และจะ

<sup>25</sup> สุพจน์ สุโรจน์, กฎหมายอาญาภาค 1 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา, 2525), หน้า 175-178.

<sup>26</sup> หยุต แสงอุทัย, คำสอนชั้นปริญญาตรีคณะนิติศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 351.

\*"ความชั่ว" คือความรู้ผิดชอบ บุคคลที่จะสามารถมีความรู้สึกผิดชอบนั้นโดยปกติคือผู้ที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว ความชั่วของบุคคลอาจเป็นกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ ไม่มี ความชั่วเลย (มาตรา 65, 73, 74, 67) หรือมีความชั่วอย่างจำกัด (มาตรา 69, 75) และมีความชั่วที่บริบูรณ์ (มาตรา 76) ความชั่วเป็นองค์สำคัญของความผิดอาญา

ดู คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด พิมพ์ครั้งที่ 2, 2525, หน้า 10.

ต้องตั้งต้นด้วยทฤษฎีเด็ดขาด คือการลงโทษเป็นการตอบแทนการกระทำผิด และศาลจะต้องลงโทษหนักเบาให้ได้ส่วนสัดส่วนกับความชั่วของผู้กระทำ กล่าวคือถ้ามีความชั่วมากก็ควรลงโทษหนักมาก ส่วนในขณะเดียวกันการลงโทษจะบรรลุจุดประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีสัมผัสหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญลำดับที่สอง

นอกจากนี้การลงโทษให้หนักขึ้นนอกเหนือเจตนาหรือประมาท แต่ไม่นับรวมอยู่ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบและข้อเท็จจริงในความชั่ว ใช้ทฤษฎีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย\*

โทษทางอาญา คือ โทษที่ใช้บังคับเอากับตัวของผู้กระทำผิด

โทษทางอาญาที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายอาญามี 5 ประการ คือ

- 1) ประหารชีวิต
- 2) จำคุก
- 3) กักขัง
- 4) ปรับ
- 5) ริบทรัพย์สิน

---

\*"เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย" คือข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดโดยตรง แต่ไม่นับรวมอยู่ทั้งในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบและข้อเท็จจริงในความชั่ว เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยมีลักษณะเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางเนื้อหา

ดู คณิต ฌ นคร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-11.

โทษสำหรับความผิดต่อร่างกายและความผิดต่อชีวิตที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เราอาจจัดทำตารางอัตราโทษสำหรับความฐานทำร้ายร่างกาย กับ ความผิดฐานพยายามฆ่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังนี้ คือ

ฐานทำร้ายร่างกาย	อัตราโทษ
มาตรา 391	จำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
มาตรา 295	จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 4,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
มาตรา 297	จำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี
มาตรา 290	จำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 15 ปี
ฐานพยายามฆ่า	อัตราโทษ
มาตรา 288,80	ระวางโทษ 2 ใน 3 ส่วนของโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ 15 ปีถึง 20 ปี
มาตรา 288,81	ระวางโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ 15 ปีถึง 20 ปี

เมื่อเปรียบเทียบอัตราโทษอาญาที่ลงแก่ผู้กระทำผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 391 และ 295 กับความผิดฐานพยายามฆ่าแล้วจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันมาก

การพิจารณาวินิจฉัยฐานความผิดของศาล มีผลต่ออัตราโทษและการปรับบทลงโทษ ที่ผู้กระทำผิดจะต้องได้รับแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลที่จะชี้ขาดว่าผู้กระทำมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือความผิดฐานพยายามฆ่า เช่น

#### ตัวอย่างที่ 1

ฎีกาที่ 321/2491 ใช้ปืนยิงเขาบาดเจ็บ แต่เป็นปืนที่ไม่อาจยิงคนให้ถึงตายได้ เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ตามตัวอย่างฎีกานี้ศาลใช้อัตราโทษ ตามมาตรา 295 หรือ 297 ขึ้นอยู่กับผลของการกระทำ

#### ตัวอย่างที่ 2

ฎีกาที่ 107/2510 ใช้ปืนยิงคน ปืนที่จำเลยใช้ยังมีกำลังน้อยมาก ยิงถูกหน้าข้างเป็นรอยบวม บวมเข้าไปเพียงเล็กน้อย รักษา 4 วันก็กลับบ้านได้ เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าคนที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำผิด

ตามตัวอย่างฎีกานี้ ศาลใช้อัตราโทษตาม มาตรา 288 , 81

#### ตัวอย่างที่ 3

ฎีกาที่ 688/2529 จำเลยใช้ขวดสุรชาติหน้าผากผู้เสียหาย 1 ครั้ง และใช้มีดแทงถูกแขนซ้ายและอกด้านซ้าย เฉพาะแผลที่อกลึกประมาณ 1 เซนติเมตร ถูกกล้ำมเนื้อไม่ทะลุเข้าไปถึงอวัยวะภายในและไม่ถูกกระดูก รักษาหายใน 7 วัน เมื่อเกิดเหตุแล้ว มีผู้อื่นเข้ามาห้าม จำเลยก็เชื่อฟัง เหตุทำร้ายเพราะผู้เสียหายต่อว่าจำเลยว่าเป็นสายลับให้ตำรวจ ดังนั้นไม่พ้องว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย คงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295

ตามตัวอย่างฎีกานี้ จำเลยใช้มีดแทงบริเวณหน้าอกด้านซ้าย ซึ่งเป็นบริเวณ อวัยวะสำคัญ แต่ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานพยายามฆ่า คงมี ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ใช้อัตราโทษตามมาตรา 295

### วิเคราะห์เปรียบเทียบ

ตามตัวอย่างที่ 1 เกิดผลเช่นเดียวกับตัวอย่างที่ 2 และผู้กระทำผิดใช้อาวุธปืนที่ไม่สามารถทำให้ถึงตายได้เช่นเดียวกัน แต่ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยเจตนา ของผู้กระทำผิดแตกต่างกัน โดยตัวอย่างที่ 2 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นความผิดต่อ ชีวิต การปรับบทลงโทษและอัตราโทษจึงหนักกว่า

ส่วนตัวอย่างที่ 3 แม้จำเลยจะใช้อาวุธมีดแทงถูกบริเวณหน้าอกด้านซ้าย ศาลก็ลงโทษฐานทำร้ายร่างกาย เช่นเดียวกับกับการใช้อาวุธปืนยิงตามตัวอย่างที่ 1

จะเห็นได้ว่าปัจจัยของการใช้อาวุธมีด กับอาวุธปืนทำร้าย ไม่มีผลต่อการ ลงโทษให้แตกต่างกันเลย ขึ้นอยู่กับว่าศาลจะใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนิสัจน์ เจตนาของจำเลยไปในแนวทางใด

พิจารณาในแง่ของวัตถุประสงค์ของการลงโทษ การใช้อาวุธปืนทำร้าย ถือได้ว่าการกระทำมีลักษณะความรุนแรงกว่าการใช้มีดหรือใช้กำลังทำร้าย ความ ร้ายแรงของอาวุธปืนอาจทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายมากกว่าอาวุธมีด ซึ่งอาวุธปืน โดยปกติธรรมดาทั่วไปแล้ว อาวุธปืนถือได้ว่าเป็นอาวุธร้ายแรงโดยสภาพ สามารถ ทำอันตรายให้ร่างกายได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือตายได้ การลงโทษแก่ผู้กระทำผิด เบาเกินไป หรือเป็นโทษที่ไม่เหมาะสมแก่ผู้ใช้อาวุธปืนทำร้าย ทำให้ผู้กระทำผิด ไม่รู้สึกเกรงกลัวและไม่เป็นการก้ำกัณฑ์ตนแทนแก่ผู้เสียหาย หรือถ้าลงโทษหนักเกินไป ผู้กระทำผิดก็รู้สึกว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม

การบัญญัติกฎหมายให้ลงโทษหนักขึ้นแก่ผู้ใช้อาวุธปืนทำร้าย ที่มีอัตราโทษ หนักกว่าการทำร้ายโดยใช้อาวุธอื่น ๆ หรือการใช้กำลังทำร้ายธรรมดา แต่เบากว่า อัตราโทษความผิดฐานพยายามฆ่า จึงน่าจะมีความเหมาะสมกว่าอัตราโทษที่เป็นอยู่ ในปัจจุบัน เป็นการต้องตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และต้องตามเจตนาที่แท้ จริงของผู้กระทำผิด

#### 4.3.1.3 กำหนดขอบเขตดุลพินิจของศาล

การไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความผิด และกำหนดโทษไว้ อย่างชัดเจน เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้น ศาลจะใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริง ว่า ข้อเท็จจริงนั้นเข้ากับบทบัญญัติของกฎหมายใดที่บัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด แล้วจึงพิจารณาใช้กฎหมายที่มีอยู่ปรับให้เข้ากับข้อเท็จจริงนั้น แล้วจึงกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด

ดุลพินิจในการลงโทษของศาลจึงขึ้นอยู่กับ ข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย สำหรับข้อกฎหมายนั้น ศาลพิจารณาได้โดยตรงโดยค้นได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ ส่วน ข้อเท็จจริงนั้น ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งนำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง การใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาลนี้กว้างขวางมาก ศาลจะหยิบยกเอาหลักฐานใดขึ้นพิจารณาประกอบหลักฐานอื่น หรือไม่หยิบยกเอาหลักฐานใดขึ้นพิจารณา ก็ได้ ไม่เป็นการผิดข้อกฎหมายแต่อย่างใด การใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัย ข้อเท็จจริงอย่างกว้างขวางนี้ ทำให้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลอยู่เสมอ ๆว่า ในคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน แต่ศาลใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยความผิด และกำหนดโทษแตกต่างกันไป

คดีที่ผู้กระทำผิดใช้อาวุธปืนทำร้ายก็เช่นเดียวกัน บางคดีศาลขึ้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกาใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีแตกต่างกันไป ข้อแตกต่างที่ปรากฏอยู่เสมอ คือการวินิจฉัยฐานความผิดว่าผู้กระทำมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือความผิดฐานพยายามฆ่า ซึ่งเป็นการวินิจฉัยคดีคนละฐานความผิดไปเลย โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดจึงมีความแตกต่างกันมาก กล่าวคือ ถ้าศาลวินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดฐานพยายามฆ่า จำเลยก็ต้องรับโทษหนักกว่าการวินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ซึ่งโทษของทั้งสองฐานความผิดมีความหนักเบาแตกต่างกันมาก

ถ้าได้มีการบัญญัติความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืนขึ้นแล้ว จะทำให้รัฐมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงมากขึ้น เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดีของศาลในการค้นหาความจริง ซึ่งทำให้ศาลใช้หลักเรื่องกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนาอันน้อยลง

การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงในปัจจุบัน มีหลักกฎหมายว่า "กรณีเป็นที่สงสัยว่าจำเลยจะกระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย" ถือว่าข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงที่เป็นคุณแก่จำเลยหรือผู้ต้องหา ส่วนข้อสันนิษฐานที่เป็นโทษแก่จำเลยหรือผู้ต้องหา นั้น จะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่น ตามพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 มาตรา 6 บัญญัติว่า "ผู้ใดอยู่ในวงการเล่นอันขัดต่อบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ . . . ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเล่นด้วย เว้นแต่ผู้ซึ่งเพียงแต่ดูการเล่นในงานรื่นเริงสาธารณะ . . ." ส่วนข้อสันนิษฐานตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 330/2490 ที่ว่า ". . . การใช้ปืนยิงคนนั้นตามธรรมดาต้องสันนิษฐานว่ามีเจตนาฆ่า" จึงถือว่าเป็นข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับและเป็นข้อสันนิษฐานที่เป็นโทษแก่จำเลยที่ต้องถูกปรับบทกฎหมายและบทกำหนดโทษให้หนักขึ้น

ข้อสันนิษฐานในข้อเท็จจริงตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 330/2490 นี้ เป็นข้อสันนิษฐานที่เป็นแนวทางให้ศาลใช้วินิจฉัยปัญหาเรื่องเจตนาของจำเลยอยู่เสมอถึงแม้การใช้ปืนยิงไปยังที่คนเคยนอน แม้จะไม่ถูกใครก็ตาม เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าคนแล้ว (ฎีกาที่ 1446/2513)

ตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกาที่วินิจฉัยคดีกลับไปกลับมา ดังนี้

(1) ฎีกาที่ 65/2461 ก่อเหตุค่าแลขว้างปาเขาก่อน ครั้นเขาปาตอบข้างกลับฉวยปืนยิงเขาหากกระสุนปืนถูกที่ไม่สำคัญ จึงเป็นแต่เพียงบาดเจ็บไม่ถึงตาย ดังนี้ วินิจฉัยว่ามีความผิดฐานพยายามฆ่าคนโดยสัตย์เจตนา ฯ

- ในคดีนี้ - ศาลชั้นต้น พิพากษาเป็นทำร้ายสาหัส  
- ศาลอุทธรณ์ พิพากษากลับเป็นพยายามฆ่า  
- ศาลฎีกา พิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์

(2) ฎีกาที่ 321/2491 ใช้ปืนยิงเขาบาดเจ็บ แต่เป็นปืนที่ไม่อาจยิงคนให้ถึงตายได้นั้น ไม่มีความผิดฐานพยายามฆ่าคน คงมีผิดเพียงฐานทำร้ายร่างกายเท่านั้น

- ในคดีนี้ - ศาลชั้นต้น พิพากษาว่าเป็นพยายามฆ่า



- ศาลอุทธรณ์ นิพากษายืนตามศาลชั้นต้น
- ศาลฎีกา นิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาล

อุทธรณ์เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

(3) ฎีกาที่ 107/2510 จำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหายในระยะใกล้เพียงวาเดียว บาดแผลเป็นวงกลม เส้นผ่าศูนย์กลางประมาณ 1 เซนติเมตร บริเวณรอบ ๆ แผลเป็นรอยบวม บาดแผลไม่ลึก เนื่องจากติดกับกระดูกหน้าแข้ง และที่หน้าแข้งที่ตรงกับแผลได้บวมเข้าไปเพียงเล็กน้อย บาดแผลนี้รักษาอยู่ 4 วันก็กลับบ้านได้ แสดงว่าบาดแผลมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งเห็นว่าเป็นที่จำเลยใช้ยิงมีกำลังน้อยมาก ดังนั้นความผิดของจำเลยจึงต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 โดยถือว่าจำเลยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำผิด จำเลยย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288,81

- ในคดีนี้
- ศาลชั้นต้นพิพากษาเป็นพยานฆ่า ตามมาตรา 288,80
  - ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน
  - ศาลฎีกาพิพากษากลับเป็นพยานฆ่า ตามมาตรา 288,81

(4) ฎีกาที่ 1647/2513 จำเลยมาพบผู้เสียหายที่บ่อน้ำ ผู้เสียหายพูดกับจำเลยเรื่องทำร้ายหลานชายผู้เสียหายซึ่งเป็นใบ้ จำเลยไม่พอใจผู้เสียหายและพูดว่าเดี๋ยวยิง ผู้เสียหายทำให้ยิง จำเลยจึงควักปืนออกมา ปากกระบอกเพิ่งพ้นจากเอวยังไม่ทันหันมาทางผู้เสียหาย ก็ถูกผู้เสียหายแย่งไปได้ การที่จำเลยชักปืนออกมาเป็นเพียงเตรียมการเอาปืนออกมาเท่านั้น ยังไม่ถึงขั้นลงมือ การที่จำเลยเพียงแต่ควักปืนยังไม่พ้นเอว จำเลยอาจทำท่าขู่ก็ได้ พฤติการณ์ยังไม่พอพียงว่าจำเลยมีเจตนาจะฆ่า การกระทำของจำเลยจึงยังไม่เป็นพยานกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80

- ในคดีนี้
- ศาลชั้นต้น พิพากษาว่าจำเลยไม่ผิดตามมาตรา 288,80
  - ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับว่าจำเลยผิด ตามมาตรา 288,80
  - ศาลฎีกาพิพากษากลับเป็นว่าจำเลยไม่ผิด

(5) ฎีกาที่ 3916/2534 จำเลยใช้อาวุธปืนซึ่งมีผู้เสียหายพร้อมกับพูดว่าจะฆ่ามึงทั้งถ้ามึงไปถึงกิ่งอำเภอเมื่อไรก็จะฆ่าเมื่อนั้น ดังนี้ คำพูดของจำเลยขณะที่ใช้อาวุธปืนซึ่งผู้เสียหายหากมีความหมายชัดเจนว่าจำเลยจะยิงผู้เสียหายเมื่อไปถึงกิ่งอำเภอ ไม่ใช่ยิงในขณะนั้น เป็นการกระทำในลักษณะที่ผู้เสียหายมากกว่า หากจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหายก็คงใช้อาวุธปืนนั้นยิงผู้เสียหายทันที โดยไม่ต้องใช้อาวุธปืนจริงและมีการพูดถึงเหตุการณ์ในอนาคตเช่นนั้น ประกอบกับผู้เสียหายกับจำเลยไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกันมาก่อน และจำเลยกระทำในขณะมีเมมา การกระทำของจำเลยยังถือไม่ได้ว่าเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย

- ในคดีนี้ - ศาลชั้นต้น พิพากษาว่าจำเลยผิดฐานพยายามฆ่า
- ศาลอุทธรณ์ พิพากษากลับว่าจำเลยไม่ผิด
  - ศาลฎีกา พิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์

จากตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างนี้ แสดงให้เห็นว่าในคดีเดียวกันศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีแตกต่างกัน และในคดีคล้ายคลึงกัน ที่จำเลยใช้อาวุธปืนที่ไม่สามารถทำอันตรายให้ถึงตายได้ทำร้าย ศาลฎีกาก็ใช้ดุลพินิจแตกต่างกัน ทำให้เห็นได้ว่าถ้ากฎหมายบัญญัติให้ "การมีหรือใช้อาวุธปืน" ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และมีโทษหนักขึ้นแล้ว จะทำให้การใช้ดุลพินิจของศาลแคบลงกว่าเดิม กล่าวคือ ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีในความผิดฐานทำร้ายร่างกายก่อนเป็นลำดับแรก กรณีเป็นที่สงสัยก้ำกึ่งกันว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าหรือเจตนาทำร้าย ศาลต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงไปในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย ว่า "มีเจตนาทำร้ายโดยมีหรือใช้อาวุธปืน" เพราะเป็นลักษณะการทำร้ายที่เป็นเหตุฉกรรจ์ มีโทษสูงกว่าการทำร้ายตามปกติ แต่น้อยกว่าโทษในความผิดฐานพยายามฆ่า

การบัญญัติให้ "การมีหรือใช้อาวุธปืน" ประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายจึงทำให้ดุลพินิจของศาลแคบลงกว่าเดิม สมดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า "กฎหมายที่ดี ย่อมเป็นกฎหมายที่ให้โอกาสศาลใช้ดุลพินิจน้อยที่สุด"

#### 4.3.2 ข้อเสียของการบัญญัติความผิดฐานมีหรือใช้อาวุธปืนประกอบ ความผิด

ข้อเสียของบทบัญญัติความผิดฐานมีหรือใช้อาวุธปืนมีเพียงประการเดียว คือ ทำให้รัฐ (พนักงานอัยการ) ต้องมีภาระมากขึ้นในการพิสูจน์เจตนาของจำเลย ในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่า จำเลยมีเจตนาฆ่า มิฉะนั้นในชั้นพิจารณาของศาล ถ้าหากข้อเท็จจริงมีไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์เจตนาฆ่าของจำเลยได้โดยปราศจากข้อสงสัยแล้ว ศาลจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย โดยพิจารณาว่าจำเลยมีเพียงเจตนาทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืนเท่านั้น