

บทที่ 2

ลักษณะของกฎหมายอาญาและขอบเขตของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาแตกต่างจากกฎหมายอื่นหลายประการแต่ลักษณะเด่นชัดที่สุด คือ สิ่งที่เป็นอำนาจของกฎหมายอาญา มาจากการประกอบด้วยคุณลักษณะ 4 ประการใหญ่ ๆ คือ¹

1. คุณลักษณะในการกำหนดว่าอะไรเป็นความผิดอาญา (Criminalisation)
2. คุณลักษณะในการจัดประเภทความผิด (Classifying)
3. คุณลักษณะในการจัดระดับความผิด (Grading)
4. คุณลักษณะในการกำหนดข้อห้ามไม่ให้ปฏิบัติ (Prohibiting)

นอกจากนั้นแล้วกฎหมายอาญายังมีความแตกต่างจากกฎหมายอื่นตรงที่เป็น การเกี่ยวข้องกับกับคุณธรรมร่วมกันของสังคมส่วนรวม ในการบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ จะมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นพื้นฐานในทางความคิดเสมอ² ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติหรือไม่ เพราะ “ความผิดอาญา” มาจาก “ปทัสถาน” (Norm) และ ปทัสถานมาจากคุณธรรมทางกฎหมาย เช่น ปทัสถานมิว่าเป็นการไม่สมควรที่จะฆ่ามนุษย์เพราะชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน และชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งหรือคุณค่าที่สำคัญที่ชอบจะคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา ด้วยเหตุนี้จึงมีการบัญญัติมาตรา 288 ขึ้น หรือกรณีมาตรา 335 ทวิ เป็นผลสืบเนื่องจากการที่ได้มีการลักลอบตัดเศียรพระพุทธรูปสำคัญและสิ่งอื่นทำนองเดียวกันที่มีคุณค่าในทางประวัติศาสตร์และศิลปวัฒนธรรม ของชาติ จึงเป็นการสมควรที่จะต้องบัญญัติให้การกระทำความผิด เป็นความผิดอาญา

¹ John Wilson. **Fundamental of Criminal Law : An Ovaries of Basic Ideas**. อ้างถึงใน สกต นิสารัตน. (2545). การกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรม. หน้า 8 – 9.

² กนิต ฅ นคร. (2543). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป**. หน้า 92 - 93.

ในปทัสถานมีคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ การประพฤติดิพปทัสถานบางอย่างยังไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงพอที่สมควรกำหนดเป็นความผิดอาญา ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในทางกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่น ล้วนเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น เหตุนี้จึงต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้นโดยกฎหมายอาญา ลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาอาจเห็นได้จากสิ่งที่เป็นผลจากกฎหมายอาญาคือคำว่า “อาชญากรรม” (Crime) ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงและเกี่ยวข้องกับความคิดในเรื่องกฎหมายอาญา (Criminal Law) โดยความเกี่ยวข้องของคำว่าอาชญากรรมและกฎหมายอาญาที่กล่าวมานั้นสามารถแสดงได้จากหลักดั้งเดิมตั้งแต่โบราณ 2 ประการ คือ

1. nullum crimen sine poena หรือ no crime without punishment
2. nulla poena sine lege หรือ no punishment without law

ซึ่งสามารถนำมาอธิบายเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญาเพิ่มเติมได้ดังนี้³

1. ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา หากการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้
2. กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้ผลร้ายมิได้
3. ถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากการคลุมเครือ
4. กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด

ทั้งนี้แม้จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาประกอบไปด้วย 2 ส่วนคือ

1. ส่วนที่เป็นข้อห้าม และ
2. ส่วนที่เป็นข้อกระตุ้นให้ต้องทำซึ่งเป็นการกำหนด “การกระทำความผิดที่เกิดจากการไม่กระทำ”

³ เกียรติจิจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 17 – 22.

กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษซึ่งรัฐจะเป็นผู้ลงไว้ในกรณีที่มีการกระทำผิดนั้น ๆ⁴

จากความหมายดังกล่าวนี้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญามีลักษณะ คือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับความผิด และกำหนดโทษของความผิดนั้น ๆ ไว้ การบัญญัติเกี่ยวกับความผิดหมายถึง การบัญญัติห้ามไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้ากระทำการจะถือว่ามีความผิดและการบัญญัติให้มีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าไม่กระทำตามหน้าที่ก็ถือว่ามีความผิด ส่วนกรณีกำหนดโทษของความผิดนั้น ๆ ไว้เพราะโทษเป็นบทบังคับของกฎหมายอาญา ซึ่งมีผลในทางบังคับให้บุคคลจำต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หากมีการละเมิดกฎหมายอาญาก็จะต้องถูกรัฐลงโทษตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ควรสังเกตว่าการกระทำที่เป็นความผิดอาญาจำนวนไม่น้อยที่ผลของการกระทำ(ความเสียหาย) ตกแก่เอกชนโดยตรง เช่น การทำร้ายร่างกาย ลักทรัพย์ เป็นต้นแต่รัฐเท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิด จะให้เอกชนผู้เสียหายเป็นผู้ลงโทษเองไม่ได้เพราะมิฉะนั้น การลงโทษจะมีลักษณะเป็นการแก้แค้นตอบแทนอันจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคมซึ่งเป็นการผิดวัตถุประสงค์ของการลงโทษ

เมื่อกฎหมายอาญาหมายความถึง บรรดากฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษไว้ดังกล่าวแล้ว ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงไม่ได้หมายถึงเฉพาะประมวลกฎหมายอาญาแต่เพียงฉบับเดียว แต่หมายถึงบรรดากฎหมายอื่นใดที่บัญญัติถึงความผิดและกำหนดโทษไว้ด้วย เช่น พระราชบัญญัติสมามการค่า พ.ศ. 2509 หรือพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 เป็นต้น และนอกจากนี้กฎหมายอาญายังรวมถึงกฎหมายที่กำหนดวิธีการบังคับการลงโทษด้วยทั้งนี้เพื่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เพื่อประโยชน์สุขของสังคม และเพื่อตอบแทนการที่ได้กระทำ

⁴ อุททิศ แสนโกศิก. (2525). กฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 2.

2.1 แนวความคิดการเกิดความรับผิดทางอาญา

กฎหมายเป็นระเบียบความประพฤติของมนุษย์ในสังคม วิวัฒนาการมาจาก ศีลธรรม ศาสนา และจารีตประเพณี ซึ่งสิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติจากการถือปฏิบัติกันในสังคม มนุษย์มีความรู้สึกขึ้นเองในจิตใจ (simple natural reason) ว่าสิ่งใดควรกระทำ และสิ่งใดไม่ควรกระทำ ฉะนั้น การกำหนดการกระทำให้เป็นความผิดในทางอาญาจึงกำหนดขึ้นจากการกระทำหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเองและนำดำเนิน โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ (mala in se) เป็นหลักเบื้องต้นของการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดอาญา เป็นการกระทำที่ขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรม เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดฐานลักทรัพย์ แต่อย่างไรก็ตาม มีหลายกรณีด้วยกันที่ถือว่าเป็นการผิดศีลธรรม แต่ไม่ผิดกฎหมายอาญา เช่น การเป็นชู้กัน หรือกรณีการทำแท้งในบางประเทศ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวคิดทางประวัติศาสตร์ ปรัชญา เศรษฐกิจ และการเมือง (นโยบายรัฐ) และทั้งนี้การกระทำดังกล่าวจะต้องมีลักษณะที่จะดำเนินตัวผู้กระทำได้ด้วยอันจะก่อให้เกิดความรับผิดในทางอาญาได้

นอกจากนี้ การกระทำบางอย่างแม้ไม่ผิดศีลธรรมหรือไม่มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเองสืบเนื่องมาจากเมื่อสังคมเจริญขึ้นการติดต่อระหว่างคนในสังคมมีมากขึ้น จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ความประพฤติมาจัดระเบียบกับสถานการณ์ในลักษณะที่อาจก่อความเสียหายต่อสังคม เรียกว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยเหตุผลเทคนิค (Technical Reason) เมื่อมีพฤติกรรมที่มีลักษณะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความสงบและความมั่นคงของสังคมได้เช่นนี้ กฎหมายจึงต้องบัญญัติห้ามการกระทำดังกล่าวไว้เสียก่อน โดยกำหนดจากการกระทำหรือพฤติกรรมใด ๆ ที่กฎหมายประสงค์จะให้เป็นการผิด (mala prohibita) เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติจราจร ความผิดที่เกี่ยวกับเหตุผลทางเศรษฐกิจ เช่นการค้ำกำไรเกินควร เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม นอกจากจะกำหนดความรับผิดทางอาญาในแง่ “การกระทำที่น่าดำเนิน” (criminal culpability) หรือในแง่ “การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อความสงบและมั่นคงของสังคม” ได้แล้วการกำหนดความรับผิดยังต้องพิจารณาถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำในการกระทำอันเป็นความผิดอาญานั้น ผู้กระทำจะรับผิดในการกระทำได้ต่อเมื่อกระทำโดยมีเจตนาชั่วร้ายที่จะก่อให้เกิดผลนั้นขึ้นมา หลักเกณฑ์อันมีรากฐานมาจากหลักทางศีลธรรมซึ่งได้รับอิทธิ

พลจากแนวความคิดทางศาสนาแต่เดิม ก่อให้เกิดหลักในทางกฎหมายที่ว่า “Ream linguam non facit nisi mens rea” หมายความว่า การกระทำไม่มีความผิดถ้าขาดเจตนา และเป็นหลักที่ยอมรับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

อนึ่ง สำหรับการพิจารณาว่า ผู้กระทำการใดสมควรมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่นั้น แนวคิดดั้งเดิม(Moral Wrongness Approach) เห็นว่า การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่สมควรถูกสังคมประณามหรือตำหนิ(Moral Wrongness) อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาตามแนวคิดดังกล่าวมีข้อโต้แย้งว่ามีลักษณะจำกัดมาก เนื่องจากต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทางศีลธรรมประกอบด้วย ทำให้ความรับผิดชอบทางอาญาตามทฤษฎีดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะแต่การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อศีลธรรมเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำที่เพียงแต่ฝ่าฝืนผลประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคมและสมาชิกในสังคมส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าสมควรป้องปรามมิให้สมาชิกของสังคมเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำนั้น โดยที่ยังไม่ชัดเจนว่าสังคมจะประณามการกระทำนั้นหรือไม่นอกจากนี้กฎเกณฑ์ทางศีลธรรมดังกล่าวสามารถเบี่ยงเบนได้ง่าย เนื่องจากเป็นเรื่องของอารมณ์ความรู้สึกมิใช่เหตุผลของเรื่องอย่างแท้จริง

โดยผลของข้อโต้แย้งดังกล่าวประกอบกับความเฟื่องฟูของแนวความคิดมนุษยนิยม(Humanitarianism) ซึ่งถือว่าสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล(Individual autonomy) เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาเปลี่ยนแปลงไปตามแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นอันตรายต่อผู้อื่น การกระทำใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์ของบุคคลอื่นนั้น ผู้กระทำต้องรับผิดชอบทางอาญา

⁵ www.police.go.th/police/news/show.php.news.

2.2 โครงสร้างความคิดทางอาญา

โครงสร้างความคิดแบ่งออกเป็น 3 หัวข้อใหญ่ ๆ คือ⁶

2.2.1 “องค์ประกอบ”(The elements of crime) หมายถึง

1.1 องค์ประกอบภายนอก(The external elements) ได้แก่ การกระทำ(act and omission) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล(causation) ครอบงำองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

1.2 องค์ประกอบภายใน(mental elements) ได้แก่ เจตนา ประมาท ไม่เจตนา และไม่ประมาท

ในทางคอมมอนลอว์การพิจารณาความคิดทางอาญาวินิจฉัยจากองค์ประกอบ 2 ส่วน⁷ ส่วนแรก เรียกว่า Actus Reus หมายถึง การกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม กล่าวคือ พิจารณาว่ามีกรกระทำในประการแรก เมื่อมีการกระทำโดยสมัครใจในส่วนของ Actus Reus ข้อที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ พิจารณาส่วน Reus ว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำในทางอาญา(ครบในส่วนประกอบของ Actus Reus) ถ้ามีเพียงอย่างเดียว กล่าวคือ แม้มีการกระทำแต่การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย หรือไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ก็ไม่อาจลงโทษบุคคลนั้นได้ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ถ้าลักทรัพย์ของตัวเองโดยคิดว่าเป็นทรัพย์ของผู้อื่นจึงเอาทรัพย์โดยเจตนาทุจริต ผู้ทำการลักทรัพย์ไม่มีความผิดเพราะทรัพย์นั้นไม่ใช่ของผู้อื่นแต่เป็นทรัพย์ของตนเองจึงขาดในส่วนของ Reus นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาในส่วนที่ 2 เรียกว่า Mens Rea เป็นประการต่อมา กล่าวคือ พิจารณาในส่วนของจิตใจที่บ่งบอกถึงสถานะที่แท้จริงของจิตใจว่ามีความประสงค์ร้าย มีจิตใจที่ชั่วร้ายหรือไม่ซึ่งต้องมีในทุกความผิด และต้องบังเกิดพร้อมกันกับการกระทำความผิด⁸ อาจกล่าวได้ว่าในส่วนนี้ผู้กระทำอาจจะกระทำไป

⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด และภาคลหุโทษ. หน้า 15.

⁷ Smith and Hogan. (1988). *Criminal law*. p.32.

⁸ Charles W. Luther. (1974). *Survey of criminal Law*. p.83.

โดยเจตนา(Intention) ประมาทโดยรู้ตัว(Recklessness) ประมาทธรรมดา(Negligence) หรือเป็นเพียงจิตใจที่พลั้งเผลอไม่อาจตำหนิได้(Blamless inadvertent)

2.2.2 เหตุยกเว้นความผิด หรืออำนาจกระทำ(The Justification)

เมื่อผู้กระทำได้กระทำการต่าง ๆ ตามขั้นตอนของกฎหมายอาญาโดยตลอดแล้วกล่าวคือ ผู้กระทำได้มีการกระทำมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตลอดจนผู้กระทำได้กระทำไปครบองค์ประกอบภายนอก และมีเจตนาหรือประมาทให้เกิดผลโดยปราศจากเหตุบกพร่องทางจิตใจใด ๆ แต่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบให้ทำให้อำนาจกระทำการดังกล่าวได้ ดังนั้น ในการที่จะทราบว่าบุคคลจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยไม่ผิดกฎหมายนั้นจะต้องทราบว่ากฎหมายให้อำนาจไว้อย่างไรหรือไม่ ซึ่งอาจจะไม่เพียงแต่กฎหมายอาญา อาจเป็นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และนอกจากนี้อาจเป็นลายลักษณ์อักษรหรือตามจารีตประเพณีก็ได้

กฎหมายลายลักษณ์อักษร แบ่งออกเป็น

ก. ประมวลกฎหมายอาญา ตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ยกเว้นความรับผิดชอบผู้กระทำ ได้แก่

1. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย(มาตรา 68)
2. การกระทำของนายแพทย์ให้หญิงแท้งลูก(มาตรา 305)
3. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตในกรณีที่มีบัญญัติไว้(มาตรา 329

(1)-(4))

4. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลหรือโดยคู่ความเพื่อประโยชน์แก่คดีของตน(มาตรา 331)

ข. ตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 157, 158
2. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 450, 1347, 1567

3. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78

4. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278 เป็นต้น

จารีตประเพณี ได้แก่ กรณีที่มีกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแต่เป็นหลักที่ประชาชนทั่วไปปฏิบัติตามเป็นระยะเวลานาน และเมื่อมีการบังคับตามประเพณีอยู่แล้วสมควรที่จะได้รับการรับรองตามกฎหมายด้วย

2.2.3 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ(The Excuse)

อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดจะไม่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นความผิดไว้ แต่ก็ยังไม่อาจสรุปได้ทันทีว่าผู้กระทำต้องรับผิดจะต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่า การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่

กฎหมายที่ยกเว้นโทษให้แก่การกระทำต่าง ๆ ที่เป็นการผิดมีหลายกรณีด้วยกันเช่น

1. การกระทำความผิดโดยความจำเป็น(มาตรา 67)
2. การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี และไม่เกิน 14 ปี(มาตรา 73 และ 74)
3. การกระทำความผิดของคนวิกลจริต(มาตรา 65)
4. การกระทำความผิดของผู้มีเมมา(มาตรา 66)
5. การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน(มาตรา 70)
6. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในบางความผิดระหว่างสามีภริยา(มาตรา 71

วรรคแรก)

นอกจากนั้นกฎหมายยังยกเว้นโทษในกรณีที่ความผิดอยู่ในขั้นพยายาม แต่ผู้กระทำยับยั้งหรือกลับใจแก้ไข(มาตรา 82) หรือเป็นการพยายามทำแท้งตามมาตรา 301 และ 302 วรรคแรก และการพยายามกระทำความผิดลหุโทษ(มาตรา 105)

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาก็จะต้องวินิจฉัยเรียงลำดับมาว่า เป็นการกระทำที่มีการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ผู้กระทำมีอำนาจกระทำหรือไม่และเป็นการกระทำซึ่งกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ หากว่าวินิจฉัยแล้วว่าการกระทำใดไม่เป็นการกระทำที่ครบ

องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ก็ไม่ต้องพิจารณาถึงเหตุยกเว้นความผิด หรือหากไม่มีเหตุยกเว้นโทษ บุคคลนั้นก็จะต้องรับผิดในทางอาญาเสมอ

2.3 สาธารณะของการกระทำ

หลักของความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายไทยโดยทั่วไป ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย...” และในมาตรา 59 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาทในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

และวรรคท้าย บัญญัติว่า การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

ตามหลักทั่วไปกฎหมายอาญาเอาโทษเฉพาะเมื่อมีการกระทำซึ่งมีผลร้ายต่อสวัสดิภาพของสังคม หรือเมื่อมีการกระทำอันมีลักษณะโน้มเอียงไปในทางที่จะให้เกิดผลร้ายเช่นนั้น ฉะนั้น จะมีความผิดทางอาญาได้ต้องมีการกระทำคือการแสดงออกแล้ว เพียงแต่มีความคิดว่าจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอยู่ในใจยังไม่เพียงพอจะให้เกิดความรับผิดทางอาญาได้ ดังนั้น ความรับผิดทางอาญาจึงเริ่มต้นที่ “การกระทำ” หากไม่มีการกระทำก็ไม่มีความผิด(เทียบฎีกา 679/2510 น.1078)การกระทำทางอาญาประกอบด้วยกระบวนการต่าง ๆ คือ⁹ (1) การเคลื่อนไหวกล้ามเนื้อของผู้กระทำภายใต้จิตใจบังคับ (2) สภาพแวดล้อมของการเคลื่อนไหวนั้น (3) ผลของการเคลื่อนไหว

⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข (2525). “ลักษณะแห่งการกระทำในกฎหมายอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, 12, 3. หน้า 67.

ไหวเช่น การที่ ก ยิง ข ตายนั่น การเคลื่อนไหวของ ก ได้แก่ การยกปืนขึ้นเล็งกระดิกไกปืนเท่านั้นแต่ตามความรู้สึกรวมไป การกระทำของ ก รวมถึงการที่ลูกกระสุนวิ่งออกจากปืนไปเข้าสู่ร่างกายของ ข และเกิดปฏิกิริยาทำให้ภาวะทางร่างกายของ ข เปลี่ยนไปเป็นเหตุให้ ข ถึงแก่ความตายด้วย ทั้ง ๆ ที่สิ่งที่เกิดขึ้นทั้งหมดนั้นมีหลายส่วนที่มีใช้การเคลื่อนไหวร่างกายของ ก. ก.เป็นแต่เพียงอาศัยสภาพการณ์ต่าง ๆ มาประกอบกันเข้าเพื่อให้เกิดผลตามที่ตนปรารถนาเท่านั้น หากจะให้มองเห็นชัดขึ้น ได้แก่ตัวอย่าง เช่น ก. กดปุ่มไฟฟ้าเข้าบ้านที่ต่อไปสู่กระดิ่ง เราเรียกว่า ก. กดกระดิ่ง คือ เรารวมเอาเสียงกระดิ่งเข้าไว้ด้วยแม้ว่ามันอาจจะมีเงื่อนไขหลายอย่างที่ ก. ไม่อาจควบคุมได้ เช่น กระแสไฟฟ้าหรือความบกพร่องของสายไฟ หรือกลไกในปุ่มกด หรือกระดิ่งดังนั้นสาระสำคัญของการกระทำจึงต้องประกอบไปด้วย 3 ประการ คือ¹⁰

1. การเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับ(A willed movement (or omission))
2. พฤติการณ์แวดล้อม(Certain surrounding circumstances)
3. ผลของการเคลื่อนไหว(Certain consequence)

การเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับ ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ท่านใช้คำว่า “อิริยาบถ”¹¹ ได้แก่ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายโดยรู้สำนึก หมายถึง การเคลื่อนไหวโดยจิตใจบังคับ หรือไม่เคลื่อนไหวโดยจิตใจบังคับเช่นเดียวกัน

พฤติการณ์แวดล้อม(พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ) การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถอันเดียวกัน ย่อมมีผลแตกต่างกันแล้วแต่พฤติการณ์ประกอบ เช่น การกำมือ งอแขนกระดิกนิ้ว จะเป็นการยิงปืนก็ต่อเมื่อมีพฤติการณ์เช่นนั้นประกอบ คือ มีปืนที่ยิงได้อยู่ในมือ และจะเป็นฆ่าคนก็ต่อเมื่อมีพฤติการณ์เพิ่มขึ้นคือมีคนอยู่ในวิถีกระสุน

ผลของการกระทำ การกระทำความสำเร็จลงเมื่อมีผลเกิดขึ้นจากการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถในพฤติการณ์ประกอบนั้น ผลที่ว่านี้มี 2 ประเภท คือ ผลที่เป็นความประสงค์ใกล้ชิด ซึ่งรวมอยู่ในการกระทำนั่นเอง เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จ

¹⁰ Glanville Williams. (1961). **Criminal Law : The General Part** (2 nd ed). p. 10.

¹¹ จิตติ ดิงศภัทย์ ก (2546). **กฎหมายอาญา ภาค 1**. หน้า 114.

เมื่อได้แสดงข้อความอันเป็นที่ใจให้เจ้าพนักงานทราบ ถือว่าการกระทำเกิดผลครบองค์ความผิดแล้ว ส่วนเจ้าพนักงานจะเชื่อหรือไม่ไม่สำคัญ หรือผลสุดท้ายซึ่งเกิดขึ้นต่างหากจากอิริยาบถนั้นอีกส่วนหนึ่ง เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ซึ่งความผิดเหล่านี้เป็นความผิดที่ต้องอาศัยผลสุดท้าย อันเกี่ยวพันกับปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

บางความเห็นก็จำกัดการกระทำอยู่เพียงการเคลื่อนไหวร่างกายเท่านั้น ไม่รวมเอาพฤติการณ์แวดล้อมหรือผลของการกระทำไว้ด้วย เช่น Holmes¹² เห็นว่าควรจำกัดการกระทำเพียงแค่การเคลื่อนไหวร่างกายเท่านั้น ไม่รวมพฤติการณ์แวดล้อม หรือผลของการกระทำไว้ด้วยซึ่งทางกฎหมายคงไม่อาจยอมรับได้ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนด้วยการยิงหรือวางยาพิษ เห็นได้ว่ากฎหมายต้องการไม่เพียงแต่การเคลื่อนไหวของผู้กระทำด้วยการยิงหรือวางยาพิษเท่านั้น จะต้องรวมถึงสภาพแวดล้อมที่ถูกระสุนได้ก่อให้เกิดแก่ร่างกายของผู้ที่เป็นเป้าหมาย หรือผลของยาพิษที่ทำลายเยื่อกระเพาะอาหารและส่วนต่าง ๆ ด้วย ความตายนั้นจึงเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำมากกว่าเป็นเพียงผลของมัน¹³ แต่ก็มึนนักกฎหมายท่านอื่นที่เห็นว่าให้รวมทั้งส่วนที่เป็นพฤติการณ์แวดล้อม และผลของอิริยาบถด้วย เช่น Salmon¹⁴

การเคลื่อนไหวร่างกายจะต้องเกิดจากการควบคุมของจิตใจด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำลงโดยสมัครใจ หรือมีเจตจำนงที่จะเคลื่อนไหวไปในทางทิศนั้น หากได้กระทำไปโดยไม่ได้อยู่ในอำนาจจิต(a reflex) หรือเกิดอาการชักกระตุก(convulsion) ไม่รู้สึกรู้ตัว(unconsciousness) หรือละเมอ ผู้ที่เป็นโรคจิตหรือจิตบกพร่องถึงขนาดไม่รู้สึกรู้ถึงสาระแห่งการกระทำของตนไม่เป็น

¹² Holmes The Common Law 91. อ้างถึงใน Glanville Williams. Op.cit. p.11 .

¹³ Perkins “Negative Act” 22 Iowa L.Rev. (1937). pp. 659 – 661. and Pollock note 5 supra. p. 147. อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข (2525). “ลักษณะแห่งการกระทำในกฎหมายอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, 12, 3. หน้า 168.

¹⁴ J.W. Salmon. Salmon on Jurisprudence 401. อ้างถึงใน Glanville Williams. Loc.cit. p. 11.

การกระทำ หรืออยู่ในระหว่างถูกสะกดจิต(hypnotic) ดังนั้น การกระทำทางอาญาจึงแบ่งขั้นตอนของการกระทำออกเป็น 3 ขั้นตอน คือ¹⁵

1. มีการคิดที่จะเคลื่อนไหวร่างกายหรือจะเคลื่อนไหวร่างกาย
2. มีการตกลงใจที่จะเคลื่อนไหวร่างกายหรือจะเคลื่อนไหวร่างกาย
3. มีการเคลื่อนไหวร่างกายหรือจะเคลื่อนไหวร่างกายตามที่ตกลงใจนั้น

หลักสำคัญคือ การเคลื่อนไหวหรือการจะเคลื่อนไหวดังกล่าวจะต้องส่งผลหรือน่าจะส่งผลให้เกิดเป็นความผิดฐานหนึ่งฐานใดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น ในเรื่องการกระทำความผิดโดยประมาท แม้จะมีใช่เป็นการกระทำโดยเจตนา แต่ผู้กระทำรู้ตัวอยู่ในขณะกระทำเพียงแต่มิได้ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลในการกระทำของตนเท่านั้น

เมื่อได้พิจารณาในสาระของการกระทำแล้ว ต่อไปจึงพิจารณากรณีที่ถือว่ามี การกระทำซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้ความผิดบางชนิดอาศัยสถานการณ์อย่างหนึ่งแทนการเคลื่อนไหว หรือไม่จำเป็นที่จะต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับ(Willed muscular movement)¹⁶ เป็นความผิดได้ เรียกว่า “State of Affairs” บางครั้งอาจเรียกว่า “Status Crimes” หรือ “Situation offences” การกระทำความผิดโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย จะต้องมีลำดับขั้นตอนเหมือนกับ การกระทำโดยการเคลื่อนไหวร่างกาย คือ มีการคิดที่จะไม่เคลื่อนไหวร่างกาย มีการตกลงใจที่จะไม่เคลื่อนไหวร่างกายตามที่คิด และไม่เคลื่อนไหวร่างกายตามที่ตกลงใจนั้นความรับผิดชอบประเภทนี้ เป็นกรณีที่ผู้กระทำเลือกตัดสินใจที่จะอยู่ในสภาพเช่นนั้น ทั้ง ๆ ที่สามารถจะเลือกได้ จึงเป็นการละเว้นที่จะปฏิเสธสภาพเช่นนั้น เช่น ภายใต้กฎหมายจราจร(Traffic Act 1972, s.5 (2),) มีตัวอย่างว่า บุคคลผู้ซึ่งควบคุมยานพาหนะซึ่งวิ่งอยู่บนท้องถนน หรือสถานที่สาธารณะซึ่งไม่เหมาะสมต่อการ ขับขี่โดยได้มีการดื่มสุรา หรือเสพยาเป็นการกระทำผิดกฎหมาย บุคคลไม่สามารถที่จะควบคุมตนเองได้โดยปราศจากสติในการขับรถ แต่มันก็ยังไม่อาจจะกล่าวได้ว่าการควบคุมยานพาหนะ หรือ ความไม่เหมาะสมของร่างกายอย่างไรเป็นการเกิดการกระทำความผิด แต่มันก็เป็นสิ่งที่ปรากฏ เห็นได้โดยง่ายในการควบคุมยานพาหนะว่ามันไม่เหมาะสมที่จะดื่มเหล้าหรือเสพยา

¹⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก (2547). กฎหมายอาญา หลัก และปัญหา. หน้า 49.

¹⁶ Smith and Hogan. Op.cit. p.46.

ในกรณีนี้แสดงว่าได้เลือกตัดสินใจที่จะอยู่ในสภาพของการเสพยา หรือดื่มสุราในขณะที่ต้องขับรถบนถนน เป็นการกระทำตั้งแต่ตัดสินใจเลือกที่จะอยู่ในสภาพเช่นนั้นแล้วจึงมีความผิด หรือในกรณีที่เมาสุราในที่สาธารณะ (Found drunk in public) เมาแล้วโดนโยนออกมานอกผับยังไม่ทันจะขับตัวตำรวจมาพบและเขียนใบสั่ง กรณีเมาสุราในที่สาธารณะเช่นนี้ในเมืองนอกจะต้องเตือนเมื่อมีการเมาเกิน ในกรณีนี้รู้อยู่แล้วว่ามาจะต้องกลับบ้านถือว่ามีอาการกระทำ¹⁷

ในกรณีของการปรากฏตัว ในคดีของ Larssonneur¹⁸ ซึ่งจำเลยเป็นคนฝรั่งเศสถูกตัดสินภายใต้ (The Aliens Order 1920) จำเลยถูกเนรเทศออกไปจากเกาะอังกฤษแล้วเดินทางไปยังไอร์แลนด์ และได้ถูกเจ้าหน้าที่ของไอร์แลนด์จับตัวส่งกลับไปยังอังกฤษอีก และถูกฟ้องฐานเป็นบุคคลที่ถูกสั่งให้ออกไปจากอังกฤษแล้วยังพบตัว (being found) ในประเทศอังกฤษอีก ในคดีนี้การที่จำเลยเลือกที่จะไปไอร์แลนด์เป็นการมองเห็นได้ว่าอาจจะถูกส่งกลับจึงถือว่ามีอาการกระทำ

Education Act 1944 มาตรา 36 ได้กำหนดให้บิดามารดาที่มีหน้าที่ต้องให้เด็กได้รับการศึกษาที่มีประสิทธิภาพ และเหมาะสมตามความสามารถและตามวัย¹⁹ มาตรา 39 (1) กำหนดว่าหากเด็กลี้ภัยในการเอาใจใส่ในการที่จะไปโรงเรียนอย่างสม่ำเสมอ บิดามารดาไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่ารู้ หรือว่าละเลยหรือไม่²⁰ ในกรณีนี้เป็นกรณีที่บิดามารดาละเว้นซึ่งกฎหมายกำหนดให้บิดามารดาที่มีหน้าที่ต้องให้เด็กได้รับการศึกษาและต้องเอาใจใส่ หากบิดามารดาละเลยจึงเป็นการกระทำโดยการละเว้น

ในกรณีของการครอบครอง (Possession) แม้ว่าการครอบครองอาจไม่เป็นอาการกระทำ แต่ก็อาจเป็นความผิดได้ หากบุคคลครอบครองทรัพย์สินที่กฎหมายบัญญัติว่ามีไว้เป็นความผิดซึ่งก็มีหลายกรณีในทางกฎหมายที่เพียงการครอบครองก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น การครอบครองยาเสพติดให้โทษ วัตถุระเบิด และธนบัตรปลอมก็เป็นความผิด²¹ ซึ่งก็เป็นความผิดในตัวของมันเอง

¹⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ง (2547, 28 มกราคม). เอกสารประกอบคำบรรยายวิชาปัญหากฎหมายอาญาชั้นสูง.

¹⁸ Smith and Hogan. Op.cit. p. 46.

¹⁹ Duncal Johb Bloy. Child Law. Head of the School of Law Glamorgan.

²⁰ Smith and Hogan. Op.cit. p. 47.

²¹ Ibid.

อย่างไรก็ตาม ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าตนครอบครองสิ่งของผิดกฎหมายอยู่ และมีได้กระทำการใด เพื่อให้การครอบครองนั้นสิ้นสุดลง การครอบครองโดยรู้ ดังนั้น จึงจะจัดเป็นการกระทำได้อย่างหนึ่งไม่ว่า จะมีการเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่ก็ตาม²² หรือในกรณีที่บิดามีอาวุธปืนต่อมากบิลดาตาย ปืนตกเป็น มรดกแก่บุตร บุตรเป็นเจ้าของปืนโดยมรดก การครอบครองปืนของบุตรเป็นการกระทำเนื่องจากการ ครอบครองอาวุธปืนจะต้องมีการขออนุญาต หากบุตรไม่ขออนุญาตจึงเป็นการละเว้นไม่ขอ อนุญาต เป็นความผิดเนื่องจากไม่กระทำตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำ

กล่าวโดยสรุป “State of Affairs” หรือ “Status Crimes” เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายมี เจตนาบรรณลงโทษการละเว้นไม่แก้ไขไม่ให้มีสถานการณ์เช่นนั้นขึ้น²³ เป็นความผิดอันเนื่องมาจากการ เลือกตัดสินใจที่จะอยู่ในสถานการณ์เช่นนั้น และเป็นการกระทำตั้งแต่เลือกตัดสินใจเช่นนั้น แล้ว

2.4 ประเภทของการกระทำ

2.4.1 การกระทำในเชิงบวก (positive act or affirmative act)

การกระทำในเชิงบวก (positive act or affirmative act) เป็นการกระทำที่แสดงออก มาภายนอกโดยการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้บังคับของจิตใจ ซึ่งอาจจะกระทำเองหรือโดยผ่านผู้อื่น ดังนั้น การกระทำในเชิงบวกจึงอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณีคือ²⁴

(1) การกระทำโดยตรง เป็นการกระทำของบุคคลนั่นเอง เช่น การใช้ปืนยิง ใช้มีดแทง โดยมีการคิด ตกลงใจ และได้กระทำการตามที่คิด ตกลงใจนั้น ถือเป็น การเคลื่อนไหวร่างกายโดย จิตใจบังคับให้มีการเคลื่อนไหว ดังนั้น การกระทำจึงหมายถึงการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหว ร่างกายโดยจิตใจบังคับ หรือโดยรู้สึกสำนึกนั่นเอง (an act of mind) การกระทำจึงไม่หมายความ ถึง การเคลื่อนไหวโดยละเมอ การถูกบังคับด้วยกำลังกายที่เหนือกว่า เช่น จับมือให้กระทำ

²² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ๓ เล่มเดิม. หน้า 46.

²³ จิตติ ดิงศภัทย์ ข (2527). “จุก ๆ จิก ๆ ในกฎหมายอาญา.” วารสารนิติศาสตร์, 14, 4. หน้า 26-27.

²⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2544). หลักกฎหมายอาญา. หน้า 38 – 39.

การเคลื่อนไหวที่ไม่ได้อยู่ในบังคับของจิตใจ เช่น การหาวนอน เป็นลมบ้าหมู หรือตกจากที่สูง โดยอุบัติเหตุ เป็นต้น การกระทำโดยตรงในหัวข้อนี้จึงได้แก่ผู้กระทำเป็นผู้บงการการกระทำของตนโดยตรงนั่นเอง²⁵ และนอกจากนี้การใช้สัตว์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เช่น การยุสุนัขที่ตนเองฝึกมาให้ตรงเข้าไปกัดผู้อื่น หรือการใช้บุคคลผู้ไม่มีการกระทำเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด เช่น สะกดจิตแล้วสั่งให้เขาไปกระทำผิด เป็นต้น

(2) การกระทำโดยทางอ้อม ได้แก่ การกระทำที่ผู้กระทำมิได้กระทำโดยตนเอง แต่ใช้บุคคลที่ไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญาโดยเจตนาในฐานะเดียวกับผู้กระทำเป็นผู้กระทำ ผู้กระทำโดยอ้อมจัดให้บุคคลอื่นเป็นเงื่อนไขอันหนึ่งในการกระทำความผิด²⁶ ทั้งนี้ต่างกับเรื่องผู้ใช้เพราะในเรื่องของผู้ใช้ ผู้กระทำการตามที่ผู้ต้องรับผิดชอบในทางอาญาในฐานะกระทำความผิดโดยเจตนา ถ้าผู้ใช้ไม่สามารถรู้หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ต้องถือว่าผู้ใช้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดนั่นเอง แต่ถ้าผู้ใช้ยังพอรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ถือว่ามีการก่อให้เกิดกระทำความผิดแล้วจึงเป็นผู้ใช้ และผู้ใช้ก็มีเหตุผลโทษอันเป็นเหตุส่วนตัวตามกฎหมาย หรือในกรณีใช้บุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติกระทำความผิด เช่น เจ้าพนักงานใช้ให้บุคคลธรรมดาปลอมเอกสารตาม มาตรา 161 เมื่อผู้ใช้ไม่ใช่เจ้าพนักงานจึงไม่มีความผิดตามมาตราดังกล่าว ถือว่าเจ้าพนักงานเป็นผู้กระทำเอง โดยมีผู้ใช้เป็นผู้สนับสนุน เป็นต้น

การกระทำความผิดโดยทางอ้อมนี้ เป็นกรณีที่ผู้ใช้ให้กระทำความผิดเป็นเงื่อนไขในการกระทำความผิด (semi-innocent agent) ต่างจากกรณีให้บุคคลที่ไม่มีการกระทำหรือกระทำโดยไม่รู้ว่าเป็นความผิดเลย (innocent agent) เช่น จับมือให้ชกคน หรือฝึกสุนัขให้กัดคน หรือแพทย์ให้พยาบาลเอายาพิษไปให้คนใช้กินโดยหลอกว่าเป็นยารักษาโรค ดังนี้ เป็นการกระทำโดยตรง ซึ่งได้กระทำโดยผ่านคนหรือสัตว์ ผู้บงการดังกล่าวต้องรับผิดชอบเอง

²⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 50.

²⁶ แหล่งเดิม.

2.4.2 การกระทำในเชิงลบ (Negative act or Passive in action)

การกระทำในเชิงลบเป็นการไม่เคลื่อนไหวร่างกายทั้ง ๆ ที่มีหน้าที่ต้องเคลื่อนไหวร่างกาย การกระทำในเชิงลบแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

(1) การกระทำโดยการงดเว้น (Omission to act)

การกระทำโดยการงดเว้นนั้นเป็นการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งโดยหลักทั่วไป กฎหมายอาญาจะเอาผิดลงโทษบุคคลต่อเมื่อได้กระทำการเคลื่อนไหวร่างกาย ดังนั้น “การไม่กระทำในทางอาญา” จึงไม่น่าที่จะเอาผิดลงโทษได้เป็นปัญหาที่อาจขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญาว่าด้วยความชัดเจนแน่นอนและการห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาเป็นผลร้าย²⁷

อย่างไรก็ตาม เหตุที่กฎหมายลงโทษ “การไม่กระทำ” เป็นการประนีประนอมความมีอยู่ของหน้าที่ที่ต้องกระทำ ตามแนวคิดสายกลางเรื่องหน้าที่ที่ต้องกระทำ (Concept of duties to act) ในรูปแบบการฝ่าฝืนหน้าที่โดยตรงกับหน้าที่ธรรมดาที่ต้องกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ แนวคิดดังกล่าวจึงปฏิเสธหลักทั่วไปที่ว่า ทุกคนที่ไม่กระทำการไม่ต้องรับโทษทางอาญาโดยสิ้นเชิง และปฏิเสธหลักการกำหนดให้ทุกคนต้องรับโทษอาญา

ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย บัญญัติว่า การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย

จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าการงดเว้น (omission) เป็นการกระทำอย่างหนึ่งด้วยซึ่งอาจเรียกได้ว่ากระทำงดเว้นการกระทำ (an act of omission) ความรับผิดชอบจึงอาจเกิดจากการงดเว้นได้เท่า ๆ กับการกระทำ²⁸ ซึ่งการงดเว้นให้เกิดผลดังกล่าวนั้นเป็นการบงการให้ร่างกายอยู่เฉย ๆ ทั้ง ๆ ที่มีหน้าที่ต้องเคลื่อนไหว การงดเว้นที่ถือเป็นการกระทำที่ต้องรับผิดชอบ ได้แก่ การปล่อยให้ผลเสียหายเกิดขึ้นโดยนิ่งเฉย ทั้ง ๆ ที่มีหน้าที่ต้องป้องกันเป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนา

²⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. หน้า 49.

²⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข เล่มเดิม. หน้า 179.

ร้ายอย่างหนึ่ง มีค่าเท่ากับเป็นเงื่อนไขให้เกิดผลเสียหายขึ้นเสมือนกับการกระทำนั่นเอง แต่การจะกำหนดให้ต้องรับผิดชอบแค่ไหนเพียงใด ควรต้องมีการกำหนดให้ชัดเจน มิฉะนั้นความรับผิดชอบจะไปไม่มีขอบเขต

บทบัญญัติในมาตรา 59 วรรคท้าย จึงต้องมีข้อที่จะพิจารณา 2 ประการ คือ²⁹

1. เมื่อใดจึงจะถือได้ว่าเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำ
2. หน้าที่ที่ต้องกระทำนั้น มีจุดประสงค์เพื่อป้องกันผลมิให้เกิดขึ้น

ในประเด็นปัญหานี้ จะต้องพิจารณาก่อนว่า “จักต้อง” กระทำเพื่อป้องกันผลมีความหมายว่าอย่างไร ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นว่าเป็นกรณีที่จะต้องมีหน้าที่เพื่อป้องกันผลตามวิสัยและพฤติการณ์³⁰ คำว่า “จักต้อง” เป็นคำกลาง ๆ ทำให้เข้าใจถึงที่มา หรือบ่อเกิดของหน้าที่เพื่อป้องกันผล มาจากตัวบุคคล โดยเฉพาะเจาะจงที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะสถานะหรือบทบาทของตำแหน่งผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นจากการเลือกตัดสินใจไม่เข้าป้องกันผล ทั้ง ๆ ที่ตามพฤติการณ์เช่นนั้นผู้กระทำตกอยู่ในฐานะที่ถูกคาดหวังให้ต้องกระทำการเพื่อป้องกันผลมิให้เกิดขึ้น พฤติการณ์นั้น ได้แก่ การมีสภาวะ หรือความผูกพันบางอย่าง หรือหน้าที่เฉพาะกำหนดหน้าที่แก่บุคคลจำต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น การกำหนดมาตรฐานพฤติการณ์ใดที่ให้มีกรกระทำหรือมีหน้าที่ป้องกันผลจึงต้องเด่นชัดพอสมควร³¹ การกำหนดหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลสรุปได้ ดังนี้³²

1. หน้าที่ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ (Duty based upon relationship)

ในระบบคอมมอนลอว์ได้มีการยอมรับหลักการในเรื่องความสัมพันธ์ของบุคคล บิดามารดาจะต้องให้ความช่วยเหลือบุตรซึ่งยังเล็ก สามีภรรยาต้องช่วยเหลือกัน กัปตันจะต้องช่วย

²⁹ จิตติ ดิงศภัทย์ ก เล่มเดิม. หน้า 173.

³⁰ รายงานการพิจารณาการประชุมกรรมการวิสามัญร่างพระราชบัญญัติประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2495 ครั้งที่ 14/2496 พุทธศักราชที่ 19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2496.

³¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข เล่มเดิม. หน้า 182.

³² Wayne R. LaFAVE. (1972). **Criminal Law**. pp. 184-186.

เหลือลูกเรือ นายจ้างต้องช่วยเหลือลูกจ้าง ดังนั้นบิดามารดาจะต้องมีความผิดฐานฆาตกรรมหากไม่เรียกหมอรักษานบุตรซึ่งไม่สบาย ซึ่งต่อมานบุตรนั้นถึงแก่ความตาย³³

ในประเทศไทยบัญญัติมีบทบัญญัติในเรื่องของความสัมพันธ์ของบุคคล ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 ว่าบิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

บทบัญญัติตาม มาตรา 1564 กำหนดให้บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูก็ได้แก่ การให้ปัจจัย 4 เช่น การให้อาหารและเครื่องนุ่งห่ม ให้การรักษาพยาบาลเมื่อบุตรเจ็บป่วย การที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ บิดามารดาจึงต้องป้องกันมิให้บุตรผู้เยาว์ได้รับอันตรายซึ่งอาจเป็นการกระทำอันตรายของบุตรเอง หรืออันตรายจากบุคคลที่สามต่อบุตร นอกจากนี้บิดามารดายังมีหน้าที่ต้องป้องกันมิให้บุตรผู้เยาว์ไปก่ออันตรายให้เกิดขึ้นแก่บุคคลที่สามด้วย เพราะบิดามารดามีอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 (2) ที่จะลงโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน³⁴

นอกจากนี้แล้ว ยังมีกรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้กับบุตรในการที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเช่นเดียวกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 1563 ว่า บุตรมีหน้าที่ให้สิ่งจำเป็นแก่บิดามารดา ในยามที่บิดามารดาไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้เนื่องจากความชราหรือความเจ็บป่วย

ในระหว่างสามีภริยาก็เช่นเดียวกันแต่หมายถึงเฉพาะสามีภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ตามมาตรา 1461 วรรคสอง กำหนดให้สามีภรรยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน หน้าที่ระหว่างสามีภรณานี้ควรเป็นหน้าที่ในลักษณะให้ความดูแล ให้ความคุ้มครองแก่สามีหรือภรรยา ในสภาวะที่สามีหรือภรรยาไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ เช่น มีความเจ็บป่วยทางร่างกายหรือจิตใจถึงขนาดไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้เป็นผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือป่วยเป็นอัมพาต หรือตกอยู่ในภยันตรายอันไม่อาจช่วยตัวเองได้ หากสามีหรือภรณานั้นสามารถช่วยเหลือตนเองได้แล้ว แต่ยอมให้อันตรายนั้นเกิดขึ้นแก่ตนโดย

³³ Commonwealth v. Breth, 44 Pa. County Ct. 56 (1915).

³⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 72.

สมัครใจ สามีย่อมไม่มีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล เช่น สามีย่อมไม่มีหน้าที่ที่จะต้องขัดขวางภรรยาซึ่งมีสุขภาพกายและจิตใจที่แข็งแรงในการที่ภรณานั้นพยายามฆ่าตัวตาย แต่หากข้อเท็จจริงเป็นว่าภรณานั้นวิกลจริต ถึงไม่ขนาดไม่รู้ถึงสภาพและลักษณะของการกระทำของตนจะถือว่าเป็นการกระทำโดยสมัครใจไม่ได้ ฉะนั้น สามียังมีหน้าที่ต้องขัดขวางการกระทำเช่นนั้นของภรรยา

คำว่าป้องกันผล หมายความว่า ป้องกันมิให้ผลอันเกิดจากอันตรายและความเสียหายแก่บุคคลซึ่งตนมีหน้าที่ต่อผู้นั้น โดยลักษณะและพฤติการณ์ คำว่าหน้าที่มิได้หมายถึงเฉพาะเพียงหน้าที่ต้องทำอะไรสักอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่ต้องเป็นหน้าที่เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นด้วย³⁵ คำว่าอันตรายและความเสียหาย อาจเกิดโดย

1. เป็นภัยธรรมชาติ เช่น ความเจ็บป่วย ความอดอยาก การจมน้ำ
2. เป็นภัยซึ่งเกิดจากการกระทำของบุคคลที่ 3 จะเป็นละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ก็ได้ เช่น การฆ่า การทำร้ายร่างกาย การถูกข่มขืน หรือการที่บุคคลที่ 3 กระทำโดยปกติ เช่น การขับรถยนต์ไปตามท้องถนน เป็นต้น

3. กรณีที่ “การสมัครใจทำร้ายตนเองหรือฆ่าตนเอง” จะถือว่าเป็นอันตรายที่ผู้มีหน้าที่ต้องป้องกันผล จักต้องกระทำหรือไม่ ท่าน ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่าเป็นการกระทำโดยจงใจโดยยกตัวอย่างว่า แดงเป็นบิดาของดำบุตรผู้เยาว์ แดงรู้ว่าดำจะฆ่าตัวตาย แดงสามารถขัดขวางได้แต่แดงไม่ขัดขวางกลับปล่อยให้ดำยิงตัวตาย แม้การฆ่าตัวตายจะไม่ใช่ความผิดแต่การที่แดงจงใจไม่ป้องกันความตายของดำจากการกระทำของดำเอง แดงก็ต้องรับผิดชอบฆ่าดำโดยการจงใจ โดยถือเสมือนหนึ่งว่าดำตายเพราะแดงใช้ปืนยิงดำเองด้วยมือของแดง³⁶

2. หน้าที่อันเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย (Duty based upon status)

ในบางเวลากฎหมายก็กำหนดหน้าที่ให้กับบุคคลกระทำการช่วยเหลือบุคคลอื่นซึ่งตก

³⁵ ทวี กสิยพงศ์. (2515). “การกระทำโดยเคลื่อนไหวกับการกระทำโดยจงใจ.” *บทบัญญัติ*, 29, 3. หน้า 619.

³⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 109.

อยู่ในอันตราย ซึ่งได้มีการกำหนดว่าผู้ขับขี่รถได้ล้อมรอบ (involve) ที่เกิดอุบัติเหตุจะต้องหยุด และช่วยเหลือเท่าที่จำเป็นแก่ผู้ที่ได้รับบาดเจ็บผู้ที่ฝ่าฝืนมีความผิดตาม the hit and run statute

นอกจากนี้หากมีการตายอันเนื่องมาจากการไม่ช่วยเหลือของผู้ขับขี่รถควมรับผิดชอบทางอาญาของเขา ต้องรับผิดชอบสำหรับการฆาตกรรม ซึ่งหน้าที่ต้องกระทำนี้ก็เพื่อที่จะปกป้องรักษาชีวิต (preserve life) ของบุคคล

หน้าที่นี้คล้ายกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 374 ตามกฎหมายไทยได้กำหนดให้เป็นหน้าที่โดยทั่ว ๆ มิใช่เป็นหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง

3. หน้าที่อันเกิดจากสัญญา (Duty based upon contract)

หน้าที่ต้องทำการช่วยเหลือผู้อื่นซึ่งอาจเกิดขึ้นโดยสัญญา แม้ว่าจะไม่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัว ไม่ว่าสัญญานั้นจะมีค่าบำเหน็จตอบแทนหรือไม่ก็ตาม และหน้าที่ที่ต้องทำตามเจตจำนงของสัญญานั้น ผู้เคราะห์ร้ายไม่จำเป็นต้องเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดด้วย

การผูกพันโดยสัญญาอาจเกิดได้ 2 ลักษณะ คือ³⁷ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์โดยตรงในการคุ้มครองความปลอดภัย เช่น สัญญาระหว่างการรถไฟกับพนักงานปิดกั้นถนนตรงทางรถไฟผ่าน สัญญารับเลี้ยงดูเด็ก ตลอดจนสัญญาระหว่างนายพรานกับนักนิยมไพร หากมีสภาพอันตรายเกิดขึ้นและผู้รับสัญญาด่วนเข้าช่วยเหลือ ผู้นั้นต้องรับผิดชอบโดยตรง ส่วนสัญญาที่มีได้มีวัตถุประสงค์โดยตรงแต่ได้สร้างความสัมพันธ์ขึ้นทำให้เกิดหน้าที่ต่อกันตามโอกาส เช่น นายทหารกับพลทหาร กัปตันเรือกับลูกเรือ พันธะโดยตรงของทหาร คือ การรบ หรือกัปตันกับลูกเรือ คือการบริการผู้โดยสาร แต่เนื่องด้วยการที่ต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันเพื่อให้งานบรรลุตามพันธะ หรือตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (บริการผู้โดยสาร) หากพลทหารตกในภยันตรายก่อนหน้าที่ให้นายทหารต้องช่วยเหลือ เว้นแต่เป็นเรื่องทางยุทธศาสตร์การรบ ซึ่งเป็นข้อผูกพันหลัก และหากลูกเรือคนหนึ่งพลัดตกทะเลไป กัปตันมีหน้าที่ต้องช่วยเหลือ หากไม่แล้วก็คือว่าเป็นการงดเว้น เว้นแต่การช่วยเหลือดังกล่าวจะนำอันตรายมาสู่ผู้โดยสารเรือและลูกเรืออื่น ๆ อันเป็นหน้าที่รับผิดชอบโดยตรง

³⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 185.

ความคิดนี้ยังคงมีอยู่แม้ว่าสัญญาจะเป็น โฆษณาหรือไม่สมบูรณ์ด้วยประการใด ๆ ก็ตาม เว้นเสียแต่ว่าความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวเกิดจากเหตุอันทำให้ผู้นั้น ไม่ต้องรับโทษทางอาญา เช่น วิกจริต เป็นต้น

4. หน้าที่อันเกิดจากการเข้ารับดูแลโดยสมัครใจ (Duty based upon voluntary assumption of care)

แม้ว่าบุคคลคนหนึ่งไม่มีหน้าที่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในอันตรายตั้งแต่แรก แต่ถ้าเขาได้ลงมือช่วยผู้นั้น เขาต้องมีหน้าที่ต้องกระทำไปจนถึงที่สุด ดังนั้น ถึงแม้ว่าเขาจะไม่มีหน้าที่อุ้มคนที่หมดสติจากรถไฟ ขณะที่รถไฟกำลังแล่นเข้ามาแต่ถ้าเขาได้อุ้มผู้นั้นจากรถไฟแล้ว ในเวลาต่อมาเขาไม่อาจที่จะวางผู้นั้นลงไว้ที่เดิมอีก หากเขาทำเช่นนั้น และรถไฟทับผู้นั้นถึงแก่ความตายเขามีความผิดอาญาฐานทำให้คนตาย

บุคคลซึ่งยอมรับเลี้ยงดูเด็กที่ช่วยตัวเองไม่ได้จากเพื่อนบ้านชั่วคราวเวลาหนึ่ง แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่เปล่า ถ้าเขางดเว้นและผลของการงดเว้นทำให้เด็กตกบันไดตาย เขาต้องมีความผิดอาญาฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

5. หน้าที่อันเกิดจากการที่ตนก่อให้เกิดอันตราย (Duty based upon creation of the peril)

บุคคลหนึ่งอาจกระทำให้ผู้อื่นตกอยู่ในอันตรายโดยเจตนา (intention) หรือประมาท (negligent) หรือโดยไม่มีความคิด (without fault) เขาจึงมีหน้าที่ต้องป้องกันบุคคลอื่นจากอันตรายนั้น รวมตลอดถึงการที่ผู้กระทำได้ก่อให้เกิดสภาพอันตรายขึ้น³⁸ จึงต้องมีหน้าที่ระงับยับยั้งภัยที่จะมีต่อไปเท่าที่ตนจะทำได้ สภาพอันตรายอาจเกิดได้หลายทาง เช่น เจ้าของรถผู้ซึ่งนั่งไปด้วย หากเห็นว่าคนขับขับรถอยู่อย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือน่าจะเกิดอันตรายได้ เจ้าของรถมีหน้าที่สั่งให้คนขับขับให้ถูกต้อง หากเจียบเฉยอยู่เพราะตนเองก็จะรีบไปเช่นกัน เจ้าของรถย่อมต้องรับผิดชอบเหมือนกับคนขับ หากไปชนคนเข้าด้วยความประมาทหรือเล็งเห็นผล การขับชนคนแล้วหนีทำให้มีคนบาดเจ็บ หรือชนคนเดินถนนสลบโดยทั้ง ๆ ที่รู้ว่าอยู่ว่าหากตนหยุดช่วยเหลือ หรือแจ้งข่าวให้

³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 183.

คนอื่นมาช่วยแล้ว คนนั้นจะรอดชีวิตหรือความเสียหายจะลดน้อยลงได้แต่ถึงคว้น โดยหลบหนีไปเสีย หากผู้ที่ได้รับบาดเจ็บตายเพราะไม่ได้รับความช่วยเหลือทันการณ์ หรือมีรถคันอื่นแล่นมาทับโดยไม่ทันได้สังเกตเห็น กรณีแรกเป็นผลโดยตรงจากการกระทำ ส่วนกรณีหลังเป็นผลมาจากการคว้นเนื่อง จากคนก่อสภาพอันตรายขึ้นนั่นเอง

กรณีที่สภาพอันตรายเกิดจากอุบัติเหตุ ซึ่งบางทีหน้าที่ต้องกระทำมีค่าเท่ากับใน กรณีที่จำเลยได้เป็นผู้ก่อให้เกิดอันตรายโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ จำเลยทำให้เกิดเพลิงไหม้โดยอุบัติเหตุ ในที่ของจำเลยซึ่งมีประกันวินาศภัยไว้กับบริษัทแห่งหนึ่ง เมื่อจำเลยรู้ว่าไฟได้ไหม้ขึ้น จำเลยไม่ได้ จัดการดับไฟแต่อย่างใด และไม่ได้เรียกผู้ใดมาช่วยเหลือเพื่อหวังเงินประกันภัยจากบริษัท³⁹ จำเลยมีความ ผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ คดีนี้ตอนแรกไฟเกิดไหม้ขึ้นในสถานที่ข้างบ้านจำเลยโดยอุบัติเหตุ แต่ส่วนไฟที่ไหม้บ้านจำเลยในส่วนตอนหลังเป็นเพราะจำเลยประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลว่า หากจำเลยงดเว้นไม่ป้องกันผล บ้านของจำเลยจะต้องไหม้แม้ว่าจำเลยอาจไม่ต้องรับผิดชอบในขณะก่อ เหตุแต่ก็ไม่พินิจ เพราะไม่พยายามระงับเหตุตอนหลังเพื่อหวังผลประโยชน์แต่หากจำเลยไม่ได้ก่อ เหตุแต่แรกจำเลยก็ไม่มีหน้าที่ แม้ว่าจำเลยจะประสงค์ให้ไฟไหม้บ้านจำเลยก็ตาม⁴⁰

กรณีมีปัญหาว่า หากเหตุที่เกิดขึ้นมิได้เกิดเพราะความผิดของ ก เลย ก เป็นแต่ เพียงเงื่อนไขให้เกิดเหตุเท่านั้น เช่น ก ขับรถมาโดยถูกต้องถูกช่องทางตามกฎหมายทุกประการ แต่มีรถแซงขึ้นมาชน ก หรือทำให้ ก ต้องหักหลบโดยกะทันหันไปชนเอาคนเดินถนน ทำให้สลบ ในคืนที่อากาศหนาวจัด หาก ก ไม่ช่วยเหลือทำให้ผู้เคราะห์ร้ายตายเพราะปอดบวม ก จะต้องรับผิดชอบ หรือไม่ ซึ่งมีผู้เห็นว่าหากมีกฎหมายกำหนดผู้ประสบเหตุต้องเข้าช่วยเหลือตามความจำเป็น ก. ก็จะต้องรับผิดชอบ กรณีพนักงานขับรถไฟหน้าที่ที่แท้จริงคือการบริการผู้โดยสาร ไม่มีหน้าที่โดยตรง ในการป้องกันผลไม่ให้เกิดไฟไหม้หรือเกิดอุบัติเหตุเป็นเรื่องของการใช้ความระมัดระวัง อันเป็นการ กระทำมากกว่า หลักนี้นำไปปรับได้กับกรณีคนที่จมน้ำตายเพราะผู้ที่พบเห็นไม่เข้าช่วยเหลือหรือ กรณีขอทานหิวจนตายเพราะคนรวยไม่ยอมให้เศษสตางค์ซื้ออาหารเพราะผู้ที่พบเห็นนี้มิได้เป็นผู้ก่อภัย ดังกล่าว หรือแม้ว่าเขาจะเป็นผู้ก่อภัยแต่หากเขาไม่ทราบว่าเขาเป็นผู้ก่อภัย ผลก็คงเหมือนกันซึ่งมี

³⁹ Commonwealth v. Cali 247 Mass. 20, 141 N.E. 510 (1923).

⁴⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ค เล่มเดิม. หน้า 55.

นักกฎหมายบางท่านที่เห็นว่าการก่ออันตรายด้วยความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ (innocent create danger) อยู่ในหลักการเดียวกันกับผู้เห็นเหตุการณ์ (bystander)⁴¹ ดังนั้น ผู้ที่นั้นไม่มีหน้าที่ต้องกระทำการช่วยเหลือแก่ผู้ตกอยู่ในอันตรายนั้น การลงโทษบุคคลที่ไม่ช่วยเหลือผู้อื่นเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ เราต้องไม่เอาผิดกับการจเว้นซึ่งส่วนมากเกี่ยวข้องกับศีลธรรมที่สมควรได้รับการตำหนิ แต่ควรลงโทษเฉพาะการจเว้นกระทำในบางสภาวะพฤติการณ์ซึ่งการผิดศีลธรรมนั้น ๆ เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษบุคคล ไม่มีสภาพพฤติการณ์ใด ๆ ซึ่งปรากฏแก่เราว่าเหมาะสมดีเท่ากับสภาวะพฤติการณ์ซึ่งโดยทั่ว ๆ ไปแล้วจะพบในความผิดอาญาที่ร้ายแรง

6. หน้าที่ในการควบคุมการกระทำของบุคคลอื่น (Duty to control conduct of other)

บุคคลผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น เขาต้องยอมรับในหน้าที่ของการควบคุมบุคคลอื่น ในเรื่องของการปลอดภัยสาธารณะ (public safety) ดังนั้น การจเว้นกระทำอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญา เช่น บิดามารดาไม่เพียงแต่มีหน้าที่ให้ความปลอดภัยดูแลบุตร แต่เขามีหน้าที่ดูแลความปลอดภัยแก่บุคคลที่สามจากการกระทำของบุตร นายจ้างมีหน้าที่ต้องควบคุมการกระทำของลูกจ้างที่ทำงานให้ธุรกิจของนายจ้าง ดังนั้น เจ้าของรถยนต์อาจมีความรับผิดชอบทางอาญาเมื่อบุคคลที่ 3 บาดเจ็บ หรือถูกทำร้ายซึ่งเป็นผลมาจากการไม่ควบคุมคนขับรถที่เร่งความเร็วรวมถึงผู้ขับนั้นจะไม่ใช่ลูกจ้างก็ตาม⁴²

ในเรื่องความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะตัวนี้ จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่บิดามารดาที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่อยู่ในความควบคุมนั้นกระทำความผิดหรือไม่ ในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่าบุคคลหนึ่งไม่สมควรต้องรับผิดชอบในทางอาญาในผลของความผิดที่บุคคลอีกคนหนึ่งได้กระทำไป เว้นแต่ว่าจะมีส่วนร่วมรู้เห็นเป็นใจในความผิดนั้น แม้ว่าเขาจะมีความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะตัวก็ตามเพราะเป็นการกีดกันเสรีภาพของบุคคลในการที่จะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้อื่นมากเกินไป บางครั้งแม้ว่าบิดามารดาจะทำดีที่สุดแล้ว ก็อาจจะมีสถานการณ์ทางอารมณ์ที่มีผลให้เกิด

⁴¹ Wayne R. LaFAVE. Op.cit. p. 186.

⁴² Moreland v. State 164 Ga. 467, 139 S.E. 77 (1927).

ความเหลวไหลของเด็ก ไม่ใช่ความผิดของบิดามารดาแต่เป็นความผิดของเด็กนั่นเอง⁴³ เช่น บิดามารดาเห็นบุตรของตนเองกำลังจะทำร้าย นาย ข. ถ้าบิดามารดาไม่ห้ามการกระทำของบุตรโดยหลักแล้วบิดามารดาไม่ต้องรับผิดชอบเป็นตัวการหรือเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย แต่บิดามารดาอาจมีความผิดตามมาตรา 374 คือ เห็นผู้อื่นตกอยู่ในภัยอันตรายซึ่งอาจช่วยได้แต่ไม่ช่วยซึ่งเป็นความผิดลหุโทษเท่านั้น การลงโทษบุคคลที่ไม่ช่วยเหลือผู้อื่นเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ เราต้องไม่เอาผิดกับการงดเว้นซึ่งส่วนมากเกี่ยวข้องกับศีลธรรมที่สมควรได้รับการดำเนิน แต่ควรลงโทษเฉพาะการงดเว้นกระทำในบางภาวะพฤติการณ์ซึ่งการผิดศีลธรรมนั้น ๆ เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษบุคคล ไม่มีสถานะพฤติการณ์ใด ๆ ซึ่งปรากฏแก่เราว่าเหมาะสมดีเท่ากับภาวะพฤติการณ์ซึ่งโดยทั่ว ๆ ไปแล้วจะพบในความผิดอาญาที่ร้ายแรง ผู้เยาว์นั้นมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ในการเคลื่อนไหวร่างกายซึ่งสำนักอาชญาวิทยาตั้งเดิม มีแนวคิดที่ว่า⁴⁴ มนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (free will) สามารถเลือกจะทำหรือไม่ทำอะไรก็ได้ การเลือกโดยการชั่งน้ำหนักความสุขกับความเจ็บปวด ความสุขหมายถึงผลที่จะได้รับ ในขณะที่ความเจ็บปวดหมายถึงโทษที่กฎหมายได้ระบุไว้ชัดเจนว่าการกระทำผิดอย่างนี้จะถูกลงโทษอย่างไร ดังนั้น เมื่อคนมีการคิดด้วยเหตุผล และไตร่ตรองกำไรขาดทุนแล้ว จึงจำเป็นต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง

7. หน้าที่ของเจ้าของที่ดิน (Duty of land owner)

เจ้าของที่ดินอาจต้องมีหน้าที่จัดเตรียมความปลอดภัยสำหรับบุคคลผู้ซึ่งเชื่อเชิญเข้ามาในที่ดินของเจ้าของที่ดิน ในคดีซึ่งเจ้าของไนท์คลับถูกตัดสินให้รับผิดชอบทำให้คนตายโดยประมาทเพราะไม่จัดหาทางออกที่หนีไฟให้เพียงพอ จึงเป็นสาเหตุให้ลูกค้าของเขาถึงแก่ความตายจากการเกิดเพลิงไหม้แล้วหนีไม่พ้น⁴⁵

การกระทำที่ก่อให้เกิดผลตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่าการกระทำให้เกิดผลเช่นนั้นเป็นความผิด การงดเว้นกระทำของบุคคลซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดผลนั้น แต่บุคคลนั้นมิได้กระทำเพื่อป้องกันผลที่เกิดขึ้น บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับมีการกระทำที่

⁴³ Glanvill William. Op.cit. p. 846.

⁴⁴ สุตสงวน สุธีสร. (2546). อาชญาวิทยาและงานสังคมสงเคราะห์. หน้า 45.

⁴⁵ Commonwealth v. Welansky 316 Mass 383, 55 N.E. 2d 902 (1944).

เป็นความผิดนั่นเอง เมื่อตรวจกระทำ ถือว่าเป็นการกระทำชนิดหนึ่งแล้ว ความรับผิดชอบทางอาญาจึงดำเนินไปตามหลักความรับผิดชอบในเรื่องโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา กล่าวคือ

1. มีการตรวจกระทำตามหน้าที่ที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น
2. การตรวจกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ผู้กระทำ กรรมของการกระทำ ข้อเท็จจริงอื่น เป็นต้น
3. การตรวจกระทำโดยมีเจตนาหรือประมาท
4. ผลที่เกิดขึ้นจะต้องสัมพันธ์กับการตรวจกระทำตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

นอกจากนี้แล้วยังจะต้องพิจารณาว่า ผู้มีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลมีกำลังความสามารถทางกายภาพที่จะกระทำเพื่อป้องกันผลได้⁴⁶ (he can physically perform the act) เช่น เห็นบุตรกำลังจะจมน้ำแต่บิดาไม่ช่วยเพราะตัวบิดาเองว่ายน้ำไม่เป็น ถ้าลงไปช่วยก็ต้องตายแน่เช่นนี้ย่อมถือว่าบิดาไม่ได้กระทำโดยตรวจต่อบุตร แต่ถึงอย่างไรก็ต้องดูว่าบิดาได้ทำอย่างดีที่สุดแล้วหรือยัง กรณีข้างต้นแม้จะว่ายน้ำไม่เป็น แต่พอจะหากิ่งไม้หรือสิ่งอื่นพอจะช่วยบุตรได้ไหมหรือกรณีบุตรป่วยหนัก หากไม่พาไปรักษาย่อมเป็นการตรวจหน้าที่ป้องกันผล แต่หากไม่พาไปรักษาเพราะไม่มีเงินค่ารักษาเลย และแพทย์ก็ไม่ยอมรับรักษาถ้าไม่มีเงินบิดามารดาจะพ้นจากหน้าที่ได้ก็ต่อเมื่อไม่สามารถหาเงินมารักษาได้เลย ไม่ว่าจะด้วยการขอความช่วยเหลือจากบุคคลหรือองค์กรอื่น ๆ หรือแพทย์คนอื่น ๆ ก็ตาม จึงจะได้ชื่อว่าได้ทำหน้าที่ของตนอย่างดีที่สุดแล้วเมื่อป้องกันผลไม่ได้ ก็ไม่อาจถือเป็นความรับผิดชอบได้อยู่ดี เพราะแม้ทำดีที่สุดแล้วผลก็ยังเกิดอยู่ดีผลที่เกิดจึงมิใช่เนื่องมาจากการตรวจ

(2) การกระทำโดยการละเว้น

การละเว้นนี้เป็นการไม่กระทำอย่างหนึ่งซึ่งเป็นความผิดที่รัฐบัญญัติขึ้น โดยบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของบุคคลต้องกระทำในพฤติการณ์ใดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในพฤติการณ์หรือสถาน

⁴⁶ Wayne R. LaFAVE. Op.cit. p. 182.

การณั้ให้ต้องกระทำ ถ้าละเว้นกระทำการแล้วจะมีความผิดและกำหนดบทลงโทษไว้ด้วย เช่น ไม่
 การแจ้งการเกิดหรือแจ้งการตายเมื่อมีการเกิดหรือการตาย ทั้งนี้โดยมีจุดประสงค์เพื่อป้องกันผล
 ประโยชน์การตาย เพื่อประโยชน์สาธารณชนและการป้องกันภัยสาธารณะ แต่แตกต่างจากการงด
 เว้นที่กล่าวมาแล้ว เนื่องจากการกระทำโดยละเว้นมีกฎหมายบัญญัติความผิดไว้โดยเฉพาะ และก็มี
 ได้กำหนดให้มีหน้าที่เพื่อป้องกันผลแต่อย่างใด⁴⁷ การละเว้นไม่กระทำตามหน้าที่เป็นแต่เพียงความ
 ผิดต่อกฎหมายที่บัญญัติหน้าที่นี้ โดยหน้าที่บุคคลต้องกระทำในกรณีที่ยกเว้นไว้เช่นนี้ บทบัญญัติ
 หน้าที่ให้กระทำในกรณีนี้ก็เป็นบทบัญญัติในกฎหมายอาญาเท่านั้น
 การละเว้นไม่กระทำตามหน้าที่เหล่านี้จึงเป็นแต่เพียงความผิดต่อกฎหมายที่บัญญัติหน้าที่นี้โดย
 เฉพาะซึ่งมีบทกำหนดโทษไว้สำหรับการละเว้นนั้นแล้ว ผู้ละเว้นมีความผิดและต้องรับโทษตามบท
 บัญญัตินี้เท่านั้น ไม่มีความผิดนอกเหนือไปจากนั้นเพราะการละเว้นนั้นอีก⁴⁸ การละเว้นที่กฎหมาย
 บัญญัติว่าเป็นความผิดอาจต้องมีผลปรากฏ เช่น มาตรา 148, 158, 159, 160, 163 แต่ก็ไม่ใช่เป็น
 การงดเว้นไม่ป้องกันผลที่เกิดขึ้นตามมาตรา นั้น ๆ ตามนัยที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 พรรคท้าย
 การละเว้นได้แก่ กรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าการไม่กระทำกรณีนั้น ๆ เป็นความผิด เช่น มาตรา 126,
 150, 154, 156, 200, 202, 216, 227, 367, 368, 374, 383 หรือบัญญัติว่าการละเว้นไม่กระทำเป็น
 ความผิด เช่น มาตรา 154, 157, 162 หรือบัญญัติว่าละเลย เช่น มาตรา 373, 377, 386 ละทิ้งการงาน
 เช่น มาตรา 166 ขัดขึ้น เช่น มาตรา 168, 169, 170, 171 บางกรณีถือคำที่บัญญัติอาจเป็นได้
 ทั้งการกระทำและไม่กระทำ เช่น ยอมให้ผู้อื่นกระทำความผิด มาตรา 147, 159, 160, 163, 301 หรือ
 ทอดทิ้งตามมาตรา 306, 307, 385 เป็นต้น ถ้าไปเข้าในกรณีในเรื่องของการงดเว้น เช่น ความผิด
 ฐานทอดทิ้งเด็กหรือคนชราตามมาตรา 306 หากผู้ที่ถูกทอดทิ้งเป็นบุตรหรือเป็นบิดามารดาของ
 ผู้ทอดทิ้ง ย่อมเป็นการงดเว้นจกต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วยนั่นเอง⁴⁹

การไม่กระทำในเชิงลบ (Nagative act) เป็นสิ่งที่มนุษย์คาดหวังในลักษณะเป็นความรู้
 สึกให้เกิดขึ้นโดยเหตุผลธรรมชาติแก่ทุก ๆ คน ให้ควรกระทำในสิ่งที่ควรกระทำหรือควรจก

⁴⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ค เล่มเดิม. หน้า 57.

⁴⁸ จิตติ ดิงศภัทย์ ก เล่มเดิม. หน้า 171.

⁴⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ค เล่มเดิม. หน้า 58.

กระทำซึ่งตรงข้ามกับการกระทำในเชิงบวก (Positive act) ที่ห้ามมิให้กระทำในสิ่งที่ไม่ควรกระทำ โดยตรง และการไม่กระทำเช่นนี้เป็นสิ่งที่น่าตำหนินำมาวางกรอบสิ่งที่คาดหวังให้มีลักษณะของความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการไม่กระทำ จุดที่แยกพิจารณากรณีใดเป็นการไม่กระทำในลักษณะเป็นการกระทำโดยละเว้น หรือการกระทำโดยงดเว้น ส่วนใหญ่การกระทำโดยการละเว้น มาจากรากฐานทางศีลธรรมซึ่งมันอาจไม่แน่นอนอ่อนเลือนลอย จึงนำมากำหนดเป็นหน้าที่ทั่วๆ ไปที่บุคคลนั้นจักต้องกระทำ ถ้าละเว้นการกระทำที่กฎหมายระบุจกมีกฎหมายกำหนดเป็นความผิดและบทลงโทษ เช่นเดียวกับความผิดโดยการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงบวก เช่น บุคคลหนึ่งเห็นผู้อื่นตกอยู่ในอันตรายซึ่งตนอาจช่วยได้แต่ไม่ช่วย ผู้นั้นต้องรับผิดชอบตามมาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ไม่ใช่ว่าหน้าที่ตามกฎหมายทุกอย่างกำหนดมาจากหน้าที่ตามศีลธรรมทั้งสิ้น หน้าที่ตามศีลธรรมยากแก่การกำหนดความหมายของความชอบธรรมว่ามีแค่ไหน เพียงใด ในส่วนของกรงดเว้นกระทำมีพื้นฐานมาจากหน้าที่ตามศีลธรรมเช่นเดียวกัน แต่เป็นการกำหนดหน้าที่ให้บุคคลนั้นป้องกันไม่ให้ผลเกิด ซึ่งการกระทำโดยการละเว้นและการกระทำโดยงดเว้นมีข้อพิจารณาที่แตกต่างกันดังนี้

1. การกระทำโดยการงดเว้นเกิดจากตัวบุคคลอยู่ในตำแหน่งผู้ต้องรับผิดชอบต่อผลที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะสถานะข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องกระทำการเพื่อป้องกันผลมิให้เกิดผลขึ้น ผู้ที่มีหน้าที่ป้องกันมิให้ผลเกิด แล้วงดเว้นไม่ป้องกันผลความเสียหายหรืออันตรายที่เกิดขึ้นมีค่าเท่ากับกรกระทำในเชิงบวกประจูดังการก่อให้เกิดผลอันตรายขึ้น

ส่วนการกระทำโดยละเว้นเกิดขึ้นมาจากเหตุผลของการให้ความช่วยเหลือผู้ที่ตกอยู่ในอันตราย โดยมีพื้นฐานจาก “หลักของการไม่เดือดร้อนมากนักแก่ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือ” (absence of inconvenience) และ “หลักในทุกกรณีที่จะต้องช่วย” (All Necessary help) โดยสภาพของมาตรฐานหลักดังกล่าวแล้วยังมีสภาพไม่แน่นอน หากความชัดเจนไม่ได้ซึ่งโดยหลักแล้วกฎหมายไม่ต้องการให้บุคคลที่ไม่กระทำต้องรับผิดชอบทางอาญาเสมอไป เพราะเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในทิศทางการเคลื่อนไหว และเป็นการกำหนดให้บุคคลต้องสอดเข้ายุ่งเกี่ยวในเรื่องของบุคคลอื่น ในลักษณะต้องผูกพันตนเองให้รับผิดชอบต่ออันตรายที่เกิดขึ้น ทั้ง ๆ ที่ตนเป็นเพียงผู้ประสบเหตุเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้มีการเยียวยาแก้ไขหาทางออกโดยวิธีรวบรวมหน้าที่โดยเฉพาะเป็น

เรื่อง ๆ ไป โดยส่วนใหญ่หน้าที่ที่ต้องกระทำตามกฎหมายมีสภาพของลักษณะหน้าที่โดยทั่วไปไม่ใช่หน้าที่เพื่อป้องกันผล เพราะผู้ประสบเหตุไม่มีข้อเท็จจริงที่ผูกพันก่อให้เกิดหน้าที่เพื่อป้องกันผลแต่อย่างใด จึงไม่ต้องรับผิดชอบอย่างการกระทำโดยการงดเว้น เช่น การไม่แจ้งอุบัติเหตุแก่เจ้าพนักงาน การไม่ช่วยคนที่กำลังจมน้ำที่ตนอาจช่วยได้แต่ไม่ช่วยซึ่งจะเห็นได้ว่าการงดเว้นกระทำมีสภาพของความรับผิดชอบมิให้ผลเกิดของตัวบุคคลซึ่งมีหน้าที่เพื่อป้องกันผล แต่การละเว้นการกระทำมีลักษณะเป็นหน้าที่โดยทั่วไปโดยมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ

2. การกระทำโดยละเว้นเกิดขึ้นได้จากกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแหล่งเดียวซึ่งระบุหน้าที่ทั่วไปไว้ในกฎหมายอาญาดังกล่าว ถ้าไม่กระทำตามเจตนาที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ก็ต้องรับผิดชอบในการละเว้นการกระทำ เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งเด็กอายุไม่เกิน 9 ปีไว้ ตามมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งหากว่าบุคคลผู้ทอดทิ้งไม่มีหน้าที่ต้องป้องกันผล โดยปกติแล้วผู้ทอดทิ้งก็จะไม่มีความผิดใด ๆ ถ้าหากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเป็นเพียงคนที่ขาดมนุษยธรรมในลักษณะใจคอที่โหดเหี้ยม โหดร้าย เช่น นาง ก เป็นญาติกับ นางสาว ข ที่คลอดบุตรออกมาที่บ้านของนาง ก หลังคลอดเสร็จนางสาว ข ก็หลบไปอยู่ที่อื่น ฝ่ายนาง ก ไม่ต้องการดูแลเด็กทารกที่ถูกมารดาทิ้งและเนื่องจากฐานะยากจนจึงตัดสินใจปล่อยเด็กไว้เพื่อให้พ้นจากตนโดยทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล นาง ก มีความผิดตามมาตรา 306 แต่ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่านาง ก ยอมรับภาระดูแลเด็กทารกโดยสมัครใจในครั้งแรก ต่อมาฐานะยากจนลงจึงไม่ยอมรับภาระเลี้ยงดูเด็กทารกนั้นต่อไป จึงตัดสินใจปล่อยเด็กทิ้งไว้ซึ่งการยอมรับภาระเลี้ยงดูนี้เป็นการก่อให้เกิดการมีหน้าที่ที่ต้องกระทำการเพื่อป้องกันผลมิให้ผลเกิดขึ้นแล้ว นาง ก จึงต้องมีหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลโดยต้องเข้าควบคุมรักษารายที่จกเกิดขึ้นกับเด็ก โดยการดูแลเด็กหรือนำเด็กส่งสถานสงเคราะห์เด็กอนาถาก็ได้ ถ้านาง ก งดเว้นในการที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกันผลดังกล่าว นาง ก จักต้องรับผิดชอบในความผิดอาญาโดยการงดเว้นตามมาตรา 59 วรรคท้าย

จากตัวอย่างข้างต้น ทำให้พิจารณาได้ว่าจุดที่แตกต่างประการหนึ่ง คือ การงดเว้นการกระทำเกิดจากแหล่งของหน้าที่ที่ต้องกระทำการเพื่อป้องกันผลได้หลายประการ ซึ่งหน้าที่ที่ต้องป้องกันผลดังกล่าวมาแล้ว เช่น หน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ในครอบครัว หน้าที่อันเกิดจากสัญญาหรือยอมรับด้วยความสมัครใจ หน้าที่อันเนื่องมาจากการที่ตนเป็นผู้ก่อเหตุ เป็นต้น

ส่วนการกระทำโดยการละเว้นเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ระบุไว้ให้เป็นหน้าที่โดยทั่วไป ซึ่งมีกฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะ

3. การกระทำโดยการงดเว้นเป็นความผิดอาญาที่ต้องการผล กล่าวคือ ผลที่เกิดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำโดยงดเว้น ตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล⁵⁰(causation) ความผิดที่ต้องการผล คือ ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏผลของการกระทำเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของความผิด เพียงมีการกระทำแต่การกระทำนั้นยังไม่เกิดผล ความผิดก็ยังไม่เกิดขึ้นเป็นความผิดสำเร็จ อาจเป็นไปได้แต่เพียงพยายามเท่านั้น⁵¹ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความตายของผู้ถูกฆ่าเป็นองค์ประกอบของความผิดอยู่ด้วย ถ้ามีการกระทำแต่ไม่เกิดผลถึงตาย หรือมีความตายเกิดขึ้น แต่มิได้เกิดขึ้นเพราะเป็นผลแห่งการกระทำแต่หากเป็นผลมาจากเหตุอื่น การกระทำนั้นจะเป็นได้อย่างมากก็แต่เพียงพยายามฆ่าเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีการกระทำโดยการงดเว้นก็จักต้องมีผลปรากฏ เพราะสภาพการมีหน้าที่เพื่อป้องกันผลมิให้เกิดขึ้นถ้างดเว้นในการจักต้องกระทำทั้ง ๆ ที่ตนมีหน้าที่ป้องกันผล อันผลนั้น ได้แก่ ภัยอันตรายหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นผู้งดเว้นจักต้องรับผิดชอบในการงดเว้นดังกล่าว

ส่วนการละเว้นตามปกติเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล เช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 374 ปัญหาว่าผู้ตกอยู่ในภยันตรายต่อชีวิตในที่สุดสามารถได้รับการช่วยเหลือหรือไม่เป็นข้อสำคัญ เมื่อได้ละเว้นการช่วยเหลือก็เป็นความผิดสำเร็จแล้วหรือกรณีความผิดอาญาตามมาตรา 157 ถ้าละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบก็มีความผิดทันที ดังนั้น จึงไม่มีปัญหาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล แต่ก็มีบางกรณีการละเว้นตามที่กฎหมายบัญญัติอาจต้องมีผลปรากฏ⁵² เช่น มาตรา 147, 158, 159, 160, 163 แต่ก็ไม่ใช่เป็นการงดเว้นไม่ป้องกันผลที่เกิดขึ้นตามมาตราอื่น ๆ

2.5 ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability)

⁵⁰ เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 81.

⁵¹ จิตติ ดิงศภัทย์ ก. เล่มเดิม. หน้า 16.

⁵² แหล่งเดิม. หน้า 171.

โดยทั่วไปแล้ว หลักแห่งความรับผิดในทางอาญาของบุคคล บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาเฉพาะการกระทำของตนเองเท่านั้น บุคคลหนึ่งไม่ต้องรับผิดในทางอาญาในผลของการกระทำผิดที่บุคคลอีกคนหนึ่งได้กระทำขึ้น ซึ่งผู้ที่ต้องรับผิดไม่มีเจตนาหรือไม่ประมาทก็ย่อมต้องรับผิดได้ คือ ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งเป็นความรับผิดเพราะมีฐานะอย่างใดอย่างหนึ่ง⁵³ เช่น เพราะเป็นนายจ้างจึงต้องรับผิดในทางอาญาในการทำความผิดทางอาญาของลูกจ้าง หรือเพราะเป็นบรรณาธิการจึงต้องรับผิดในการที่นักข่าวเขียนข่าวหมิ่นประมาทผู้อื่น เป็นต้น

ความรับผิดทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น คือ การที่บุคคลหนึ่งปราศจากการกระทำที่น่าดำเนินต้องมารับผิดในความประพฤติของอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งจะปรากฏพบในระบบคอมมอนลอว์ ในเรื่องลูกจ้างกับนายจ้างซึ่งในธุรกิจหนึ่งสามารถมีแนวโน้มทำให้บุคคลนั้นต้องรับผิดแม้ว่าจะปราศจากการกระทำที่น่าดำเนินได้ สำหรับความประพฤติของบางคนโดยส่วนมากจะเป็นลูกจ้างของเขา ความรับผิดทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่นจัดว่าเป็นความรับผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาหรือปราศจากส่วนผิดในด้านจิตใจอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นการเสมอไปที่ศาลจะสามารถแยกวินิจฉัยได้โดยใช้ความระมัดระวังแล้วระหว่าง Strict กับ Vicarious liability ถึงแม้ว่ามันจะมีความแตกต่างที่สำคัญของคำสองคำนี้ก็ตาม การเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างก็เนื่องจาก Vicarious liability เป็นกรณีที่บุคคลไม่มีในเรื่องของ Actus reus แต่ยังมีกรกระทำโดยจิตได้สำนึกของลูกจ้างของเขา ในระบบคอมมอนลอว์อย่างไรก็ตาม Vicarious liability ก็มีกฎเกณฑ์ที่เหมือนกับ Strict liability คือ ไม่ได้มีการต้องการที่จะให้พิสูจน์ถึงความจริงในการกระทำหรือการละเว้นโดยผู้เป็นนายจ้าง และไม่ต้องการที่จะให้พิสูจน์ถึงความจริงว่าไม่มีการกระทำภายใต้จิตสำนึก (ไม่มีเจตนา)⁵⁴

ในระบบซีวิลลอว์ความรับผิดชอบที่รับแทนผู้อื่นตั้งอยู่บนหลักความรับผิดชอบที่เหนือกว่า (the doctrine of respondeat superior)⁵⁵ การลงโทษในทางอาญามีพื้นฐานมาว่าต้องมีการ

⁵³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เล่มเดิม. หน้า 199.

⁵⁴ Wayne R. LaFAVE. Op.cit. p. 223.

⁵⁵ Ibid. p. 224.

กระทำที่ดำเนินได้ การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดถ้าไม่มีเจตนาร้าย (actus facit reum nisi mens sit rea) ส่วนความรับผิดชอบของบุคคลที่มีความรับผิดชอบที่เหนือกว่านั้นมีอยู่ในกฎหมายเรื่องละเมิด (Tort) การนำหลักการดังกล่าวมาประยุกต์ใช้ในคดีอาญามีความแตกต่างในเรื่องของแนวคิดอย่างชัดเจน ในกฎหมายละเมิดโดยหลักการแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อชดใช้ให้กับบุคคลที่เสียหายแต่ในคดีอาญาการลงโทษบุคคลที่เป็นภัยก็เพื่อรักษาความสงบสุขของสังคม

ปัจจุบันได้มีการยอมรับโดยทั่วไปว่าบริษัทอาจถูกให้รับผิดชอบได้ในการกระทำของตัวแทนบริษัทที่กระทำในนามบริษัทภายใต้ขอบเขตการจ้างไม่ว่าสถานิติบัญญัติมีเจตนาที่จะบังคับการยอมรับผิดเช่นนั้นหรือไม่ แต่คำว่า “บุคคล” (Person) ในกฎหมายอาญามักจะถูกตีความให้รวมถึงบริษัท (Corporation) มีการเสนอความเห็นที่ดีกว่าว่าจะเรียกว่า “ตัวแทนของผู้มีอำนาจ” (Superior agent) ความรับผิดชอบทางอาญาของบริษัทจะถูกจำกัดเฉพาะที่มีการกระทำหรือมีส่วนร่วมโดยคณะกรรมการ (Board of director) หรือ ตัวแทนผู้บริหารระดับสูง (high managerial agent)⁵⁶ โดยทั่วไปเจ้าหน้าที่และพนักงานบริษัทมักจะไม่ว่างให้ยอมรับผิดเป็นการส่วนตัวในการกระทำผิดของบริษัท ยกเว้นหากบุคคลนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องเป็นการส่วนตัวในการกระทำผิด หรือชี้แนะ หรืออนุญาตให้กระทำไม่มีการตอบโต้ว่าการกระทำนั้นได้กระทำไปในนามของบริษัท แต่เดิมความเห็นของกฎหมายโดยทั่วไปเห็นว่าบริษัทไม่สามารถกระทำความผิดทางอาญา เพราะบริษัทไม่มีชีวิตจิตใจ ดังนั้น จึงไม่สามารถมีเจตนากระทำผิดบริษัทไม่มีร่างกายจึงไม่สามารถถูกจำคุกความคิดนี้เปลี่ยนแปลงไปเมื่อบริษัทได้มีพัฒนาขึ้นในโลกธุรกิจสมัยใหม่ และปัจจุบันเกือบจะได้รับการยอมรับในสากลว่า บริษัทสามารถถูกให้รับผิดชอบได้ในการกระทำหรือไม่กระทำของตัวแทนซึ่งได้ทำในนามบริษัท⁵⁷ ความเห็นของนักกฎหมายแต่เดิมในระบบคอมมอนลอว์ เริ่มมีการเคลื่อนไหวซึ่งอาจเป็นไปตามที่คาดหวังเกี่ยวกับความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (strict Liability) ในการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพซึ่งมิได้กระทำไปภายใต้จิตใจได้สำนึก (Mental) โดยได้มีการลงโทษปรับ (Fine)

⁵⁶ Ibid. p. 228.

⁵⁷ Ibid. p. 229.

ในประเทศไทย มีคำพิพากษาฎีกาที่ 3446/2537 เป็นคดีซึ่งเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล มีการพิจารณาคดีที่รถแก๊สพลิกคว่ำจนเป็นเหตุระเบิดทำให้เกิดเพลิงลุกไหม้เป็นเหตุให้มีคนตาย บาดเจ็บสาหัส และทรัพย์สินเสียหายจำนวนมาก เหตุการณ์ดังกล่าวนี้ พนักงานอัยการฟ้องบริษัทอุตสาหกรรมแก๊สสยาม จำกัด เป็นจำเลยที่ 1 และกรรมการผู้จัดการบริษัทดังกล่าวเป็นจำเลยที่ 2 ในข้อหาร่วมกันกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้คนตาย ตามมาตรา 291 บาดเจ็บสาหัส มาตรา 300 และกระทำให้เกิดเพลิงไหม้โดยประมาทเป็นเหตุให้ทรัพย์สินเสียหายและน่าจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของผู้อื่น มาตรา 225 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้อุบัติเหตุคดีนี้สาเหตุส่วนหนึ่งจะเกิดจากความประมาทของลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ขับรถบรรทุกแก๊สคันเกิดเหตุพลิกคว่ำทำให้ถังบรรจุแก๊สหลุดออกจากตัวรถ แก๊สที่บรรจุอยู่ในถังรั่วไหลเกิดเพลิงไหม้และระเบิดอย่างรุนแรงเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายและได้รับอันตรายสาหัสจำนวนมาก รวมทั้งทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหายก็ตาม แต่ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่าผลของอุบัติเหตุครั้งนี้มีสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการกระทำของจำเลยที่ 1 ด้วย หากใช้เป็นการประมาทของลูกจ้างของจำเลยที่ 1 แต่เพียงผู้เดียวไม่ เพราะถ้าจำเลยที่ 1 ได้ปฏิบัติตามกฎกระทรวงและประกาศกรมโยธาธิการ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการติดตั้งถังขนส่งแก๊ส และลักษณะและส่วนประกอบภายในแล้ว ก็จะไม่เกิดโศกนาฏกรรมเช่นนี้ขึ้น การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นการกระทำโดยประมาท ส่วนจำเลยที่ 2 ในฐานะกรรมการผู้จัดการของจำเลยที่ 1 มีอำนาจสั่งการภายในบริษัทแทนจำเลยที่ 1 ได้ แต่เพิกเฉยไม่จัดการแก้ไขรถยนต์บรรทุกแก๊สคันเกิดเหตุเสียให้ถูกต้องตามกฎกระทรวงและประกาศกรมโยธาธิการกลับนำรถบรรทุกแก๊สคันเกิดเหตุมาใช้จนกระทั่งเกิดเหตุ การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นความผิดตามฟ้อง พิพากษาลงโทษจำเลยทั้งสองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 291 ซึ่งเป็นบทหนัก ลงโทษจำเลยที่ 1 ปรับ 20,000 บาท ส่วน จำเลยที่ 2 ลงโทษจำคุกมีกำหนด 2 ปี และปรับ 20,000 บาท โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด 3 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56

ตามฎีกานี้ ศาลพิเคราะห์และใช้คำว่า จำเลยที่ 2 กรรมการผู้จัดการ เพิกเฉย ไม่จัดการแก้ไขสถานการณ์...ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ทฤษฎีอันว่าด้วยความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นจะมีคำว่า เพิกเฉย ละเลย เข้ามาเกี่ยวข้องเสมอ ๆ แต่ถึงอย่างไรก็ตามคดีนี้เป็นกรณีที่ถูกจ้างไปกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย การที่ศาลสั่งลงโทษทางอาญาแก่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นนิติบุคคล อาจดูเหมือนว่า ปัญหาเรื่องความรับผิดชอบทางอาญานี้ ศาลฎีกาเริ่มขยายขอบเขตให้นิติ

บุคคลรับผิดในความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท⁵⁸ ซึ่งยังเป็นที่ยังสงสัยว่าโดยสภาพของนิติบุคคลแล้ว นิติบุคคลจะมีการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ไรท์ดีศาลในอังกฤษและอเมริกาก็ได้มีการขยายความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลออกไป เช่น ในความผิดฐานหมิ่นประมาท ละเมิดอำนาจศาลและโก่งภาษี เป็นต้น และยังคงต่อไปจนถึงเรื่องทำให้คนตายโดยประมาท แต่ความเห็นเหล่านี้ก็ยังสับสนไม่ลงรอยกัน⁵⁹

2.6 ขอบเขตความรับผิดทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น

มีคดีเกิดขึ้นปี 1730 ใน คดี Rex v. Huggins, 2 Ld.Raym, 1574 92 Eng.Rep. 518 (K.B.1730) ว่า จำเลยเป็นผู้ดูแลเรือนจำ และผู้ทำการแทนของเขาถูกฟ้องข้อหาฆ่าคนโทษ ศาลมีคำพิพากษาว่าผู้ทำการแทนของผู้ดูแลเรือนจำมีเจตนาร้าย (malicious) โดยผู้ทำการแทน ได้ขังนักโทษไว้ในห้องที่มีขอบเขตจำกัดโดยไม่ถูกสุขอนามัย (sanitary) ต่อมานักโทษตาย ศาลพิพากษาว่าผู้ทำการแทนมีความผิด ส่วนผู้ดูแลเรือนจำไม่ได้สั่ง หรือรู้เห็นยินยอมด้วย จึงตัดสินปล่อยผู้ดูแลเรือนจำ⁶⁰

คดีดังกล่าวนี้วางหลักความรับผิดทางอาญาต่อเมื่อ ได้อนุญาต ได้ออกคำสั่ง คดีข้างต้นไม่ปรากฏว่า ผู้ดูแลเรือนจำได้มีการออกคำสั่ง หรือ มีการอนุญาต จึงไม่ต้องรับผิด

ในคดี Moreland v. State 164 Ga. 467, 139 S.E.77 (1927) ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยเป็นเจ้าของรถยนต์ ได้ให้คนขับรถยนต์ของเขาเป็นผู้ขับแทนบนถนน ไสเวย์ด้วยอัตราความเร็ว 50 ไมล์ต่อชั่วโมง ในขณะที่ฝนกำลังตก เมื่อถึงทางโค้งรถของจำเลยชนกับรถที่วิ่งสวนมา และบุคคลที่อยู่ในรถคันที่วิ่งสวนมา นี้ได้ถึงแก่ความตาย คนขับรถของจำเลยหลบหนีไป และจำเลยถูกฟ้องฐาน manslaughter ไม่ปรากฏว่าจำเลยได้ออกคำสั่ง หรืออนุญาตโดยตรงต่อคนขับ แต่ศาลก็ลงโทษจำเลย โดยให้เหตุผลว่าจำเลยรู้ดีว่ารถวิ่งโดยอัตราความเร็วที่ผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดการตายและ

⁵⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2538). “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3446/2537 เรื่องความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล.” วารสารนิติศาสตร์, 25, 2. หน้า 271.

⁵⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ จ (2548). ประมวลกฎหมายอาญาระบบอ้างอิง. หน้า 122.

⁶⁰ Rollin M. Perkins. (1969). **Criminal Law** (2 nd ed). p. 812.

จำเลยได้ให้ความยินยอมโดยปริยาย⁶¹ ในคดีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นกรณีที่จำเลยมีหน้าที่ในการควบคุมบุคคลอื่น (Duty to control conduct of others) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องของการกระทำโดยงดเว้น จำเลยมีหน้าที่ต้องป้องกันมิให้ผลเกิด แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้อนุญาตหรือออกคำสั่ง การนิ่งเฉยย่อมถือเป็นการยินยอมโดยปริยาย ดังนั้นจึงต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่าขอบเขตความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น จะต้องปรากฏว่าผู้ที่ต้องรับโทษ จะต้องมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่กระทำความผิด โดยบุคคลที่จะต้องรับโทษมีหน้าที่ควบคุมดูแลแต่เพียงเฉย หรือกรณีมีคำสั่ง หรือมีการรู้เห็น ยินยอม ซึ่งอาจเป็นการยินยอมโดยปริยาย หรือยินยอมโดยชัดแจ้งก็ตาม หากว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น บุคคลซึ่งเพียงเฉย ยินยอม หรือมีคำสั่งจะต้องเข้ามารับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น

ทฤษฎีความความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น กับการกระทำโดยการงดเว้น มีข้อแตกต่างกันบางประการ เช่น ความรับผิดชอบซึ่งกระทำโดยงดเว้น ไม่ใช่ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict liability) ดังนั้นจึงอาจยกข้อต่อสู้ในเรื่อง เจตนา หรือในเรื่องของข้อเท็จจริงขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ และโดยปกติการกระทำโดยงดเว้น ส่วนมากจะใช้ในเฉพาะที่มีความร้ายแรงถึงแก่ชีวิต ซึ่งเป็นความรับผิดชอบก่อนที่จะเกิดผล ส่วนความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น มีลักษณะเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (Strict liability) จึงไม่อาจต่อสู้ว่าไม่มีเจตนา และส่วนมากใช้ในเรื่องของการเป็นนายจ้างลูกจ้าง ผู้มีอำนาจทำการแทนบริษัท หรือผู้แทน และเป็นความผิดซึ่งเกิดขึ้นแล้วจึงมีบุคคลดังกล่าวเข้ามารับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น ส่วนมากเป็นความผิดไม่ร้ายแรง และโทษที่จะลงไม่ควรเกินโทษปรับ

ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น มีปัญหาต้องพิจารณาในส่วนของ “การกระทำ” ซึ่งเป็นพื้นฐานความรับผิดชอบทางอาญา หากว่าไม่มีการกระทำก็ไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาองค์ประกอบในข้ออื่น ๆ จึงมีข้อที่จะต้องพิจารณาว่า ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น ขัดกับหลัก “ไม่มีการกระทำ ไม่มีโทษ” อันเป็นหลักที่ยอมรับกันทั่วไปหรือไม่ ข้อที่เถียงกันอยู่ก็คือคนหนึ่งกระทำผิดจะให้อีกคนหนึ่งที่ไม่ได้กระทำผิดต้องรับโทษด้วยได้อย่างไร ปัญหาขึ้นอยู่กับ

⁶¹ Wayne R. LaFave. Op.cit. p. 186.

คำว่า “กระทำ” หมายความว่า แลไหน การกระทำในความหมายอย่างแคบ หมายความว่า การเคลื่อนไหวร่างกายที่ได้จิตใจบังคับ (Will movement) หรือการที่จิตใจบังคับไม่ให้มีการเคลื่อนไหวร่างกายส่วนในความหมายอย่างกว้างการกระทำประกอบด้วย การเคลื่อนไหวร่างกาย สภาพแวดล้อม และผลที่เกิดขึ้น⁶² คำว่า “กระทำ” ในประมวลกฎหมายอาญา ในที่นี้จะเข้าใจตามตัวอักษรไม่ได้⁶³ ที่เห็นได้ชัดเจนก็คือ “ละเว้น” ในบางกรณีเป็นการไม่เคลื่อนไหวร่างกายก็เป็นความผิดได้ตามบทมาตรานี้ต่าง ๆ ถ้าเช่นนั้น ในบางมาตรา การที่กฎหมายลงโทษผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่น เช่น นายจ้างรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง แม้นายจ้างไม่ได้รู้เห็นด้วยดังนี้ จะทำให้ได้เหตุผลคือการลงโทษตามที่บัญญัติไว้เป็นการตีความคำว่า “กระทำ” หมายความว่า การละเว้นไม่ควบคุมดูแลมิให้มีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ผู้มีอำนาจควบคุมดูแลมิให้เกิดการกระทำที่เป็นผิด เมื่อละเว้นไม่ทำตามที่กฎหมายมุ่งหมายให้ทำ ก็เป็นการละเว้นที่เป็นความผิด

2.7 ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่นในประเทศไทย

ความผิดบางอย่างแม้บุคคลจะมีได้ร่วมกระทำหรือใช้หรือสนับสนุน ก็อาจต้องรับผิดชอบได้ทั้งที่เป็นการกระทำของบุคคลอื่น ทั้งนี้ต้องมีกฎหมายบัญญัติเป็นพิเศษให้เห็นได้เช่นนั้น เช่น ความรับผิดชอบของสมาชิกอัยยี่ช่องโจรตามมาตรา 213⁶⁴ ซึ่งเป็นมาตราเดียวของประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ได้กำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของคนอื่น⁶⁵ ความผิดชนิดนี้ตามปกติมักจะเกี่ยวกับกิจการบางอย่างที่กฎหมายประสงค์ให้ผู้ประกอบกิจการนั้นรับผิดชอบในบรรดาการกระทำของบุคคลที่ตนจัดหามาดำเนินการ ไม่แต่ในทางแพ่งแต่ต้องรับผิดชอบจนทางอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ด้วย กรณีเช่นนี้พอจะเทียบได้กับความรับผิดชอบในการกระทำที่ไม่ต้องมีเจตนา ตาม

⁶² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ฎ (2548). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 34.

⁶³ จิตติ ดิงศภัทย์ ข เล่มเดิม. หน้า 25.

⁶⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ ก เล่มเดิม. หน้า 477.

⁶⁵ หยุด แสงอุทัย. *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*. หน้า 112.

นัยแห่งมาตรา 59 จำพวกหนึ่งก็ได้ บางกรณีก็มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน⁶⁶ เช่นพระราชบัญญัติ
 มาตรา ชั่ง ตวง วัด พ.ศ. 2466 มาตรา 33 ตัวการหรือนายจ้างต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทน
 หรือลูกจ้าง ซึ่งทำการเพื่อประโยชน์ของตัวการหรือนายจ้าง อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้
 (ฎีกาที่ 1149/2477) และนอกจากนี้ก็มีพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 มาตรา 48 บัญญัติว่า เมื่อ
 ความผิดนอกจากที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัตินี้เกิดขึ้นด้วยโฆษณาสิ่งพิมพ์ นอกจากหนังสือพิมพ์ ผู้
 ประพันธ์ซึ่งตั้งใจให้โฆษณาบทประพันธ์นั้นต้องรับผิดชอบเป็นตัวการถ้าผู้ประพันธ์ไม่ต้องรับผิดชอบหรือ
 ไม่ได้ตัวผู้ประพันธ์ ก็ให้เอาโทษแก่ผู้พิมพ์เป็นตัวการ วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีแห่งหนังสือ
 พิมพ์ ผู้ประพันธ์ และบรรณาธิการต้องรับผิดชอบเป็นตัวการ ถ้าไม่ได้ตัวผู้ประพันธ์ก็ให้เอาโทษแก่ผู้
 พิมพ์เป็นตัวการด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ (990/2508 น.1579) วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 เป็นบรรณาธิการหนังสือ
 พิมพ์ฉบับที่โจทก์นำมาฟ้อง จึงต้องรับผิดชอบเป็นตัวการในการที่หนังสือพิมพ์จำเลยลงข่าวหมิ่น
 ประมาทโจทก์ ตาม พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 วรรค 2 แม้จำเลยที่ 1 จะไม่ได้ลงข่าวนี้ โดย
 มอบหมายให้จำเลยที่ 2 เป็นผู้ดำเนินการแทนก็ตาม จำเลยที่ 1 หาพินิจไม่

พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 10 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2516 มาตรา 8 ตามคำพิพากษา
 ฎีกาที่ (1604/2522 น.1300) รับจ้างขนแร่ของบริษัทเกินจำนวนในใบอนุญาตให้ขนกว่าร้อยละ 5
 บริษัทต้องรับผิดชอบในการกระทำของลูกจ้าง ข. ขนแร่ของคนรวมไปกับแร่ของบริษัท ถือว่าการขนแร่
 เป็นความผิดที่ผู้รับใบอนุญาตเป็นตัวการด้วย และถือเป็นผู้ผิดกฎหมายทั้งหมด ตามมาตรา 110
 ต้องปฏิบัติตามมาตรา 154 ฉบับที่ 2 พ.ศ.2516 มาตรา 39 ไม่ว่าจะมีส่วนกลางหรือไม่

เหตุผลในการลงโทษผู้มีฐานะอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น นายจ้างในการกระทำของลูกจ้าง
 ในเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นนั้น ก็คล้าย ๆ กับเหตุผลในการลงโทษในเรื่องความ
 ผิดโดยเด็ดขาดนั่นเองกล่าวคือ⁶⁷ เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่านายจ้างใช้ จ้าง วาน หรือ ยุงส่งเสริม
 หรือร่วมในการกระทำผิด กับลูกจ้าง และคดีต่าง ๆ เหล่านี้มีเกิดขึ้นมากจนกระทั่งอัยการอาจ

⁶⁶ จิตติ ดิงศภัทย์ ก หน้าเดิม.

⁶⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 282.

จะทำงานไม่ได้ ผลคือหากมีแต่จะต้องพิสูจน์ความผิดของนายจ้างทุก ๆ รายไป นอกจากนี้ ความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นนี้ ก็อาจจะทำให้นายจ้างใช้ความระมัดระวังในการเลือกหาและควบคุมลูกจ้างมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามการลงโทษนายจ้างซึ่งไม่มีส่วนผิดด้วยนั้น เป็นการขัดต่อหลักที่ว่าควรลงโทษเฉพาะผู้ที่มีส่วนผิดเท่านั้น ดังนั้นเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องลงโทษจริง ๆ ควรลงโทษสถานเบา เช่น โทษปรับเท่านั้น⁶⁸

ความรับผิดทางอาญาอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) เป็นกรณีที่ต้องรับผิดไม่ได้กระทำและไม่มีเจตนาที่จะก่อให้เกิดการกระทำที่ละเมิดกฎหมายขึ้น หากแต่ต้องรับผิดในผลแห่งการกระทำผิดกฎหมายของบุคคลอื่นซึ่งได้กระทำโดยเจตนาก่อให้เกิดผลร้ายนั้นขึ้น ซึ่งจัดว่าเป็นความผิดทางอาญาที่ไม่ต้องการเจตนาหรือปราศจากส่วนผิดในด้านจิตใจ (Liability without fault) ซึ่งไม่ใช่หลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญาโดยตรง แต่เป็นการนำหลักการทางแพ่งเข้ามาใช้ในกฎหมายอาญา และโทษที่จะลงนั้นมักจะลงโทษไม่เกินโทษปรับและถือว่าการระวางโทษเกินกว่านั้นถึงขั้นจำคุกเป็นการละเมิดต่อหลักนิติธรรม (Due Process)⁶⁹ ไม่มีผลใช้บังคับได้

การลงโทษทางอาญากับบิดามารดาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ มาตรา 26 (3) มีลักษณะของการนำทฤษฎีในเรื่องความรับผิดทางอาญาของบุคคลอื่นมาผสมผสาน โดยเฉพาะบิดามารดามีอำนาจใจการควบคุมดูแลบุตร หากเพิกเฉยละเลย ยินยอมให้บุตรประพฤติตนไม่สมควร หรือน่าจะมีความประพฤติดีเสี่ยงต่อการกระทำผิด บิดามารดาจะต้องถูกลงโทษ แต่ถึงอย่างไรก็ตามการกระทำอันเป็นการส่งเสริม หรือยินยอม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 26 (3) เป็นการกระทำและละเว้นกระทำ อันเป็นการกระทำของบิดามารดาเอง มิใช่ความรับผิดในการกระทำของบุตร

⁶⁸ Wayne R. LaFave. Op.cit. p. 228.

⁶⁹ Rollin M. Perkins. Op.cit.. p. 815.