

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาและกฎหมายจารีตประเพณี ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในการลงโทษบุคคลตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอน

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความสงบสุขของการอยู่ร่วมกันในสังคม จึงกำหนดให้การกระทำที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของส่วนรวมเป็นความผิดที่ผู้กระทำต้องได้รับโทษ ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายอาญานี้ย่อมอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นการใช้กฎหมายอาญาได้อย่างมีประสิทธิภาพจึงต้องเข้าใจถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับที่มาของกฎหมาย และต้องเป็นการใช้การตีความที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์บางประการเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล อีกทั้งการพิจารณาความรับผิดอาญาของบุคคลก็จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดอาญาอันที่เป็นยอมรับกันโดยทั่วไปด้วยเช่นกัน ดังจะได้กล่าวต่อไปในบทนี้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักประกันในกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือเอกชนเพื่อคุ้มครองสังคมให้ปกติสุข รัฐจึงต้องกำหนดให้การกระทำที่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของส่วนรวมเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษโดยรัฐเท่านั้น กฎหมายอาญาจึงมีผลกระทบต่อสิทธิในชีวิตร่างกายของบุคคล เพราะมีบทลงโทษที่รุนแรง ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายอาญาจึงจำเป็นต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์บางประการเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายในกฎหมายอาญานั้นและเป็นการจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ในขอบเขต ไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งหลักเกณฑ์ประการสำคัญซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา คือ “หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege)

หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) นี้มีรากฐานกำเนิดมาจากยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการคือในราวศตวรรษที่ 18 อันเป็นช่วงเวลาที่รัฐต่าง ๆ ในยุโรปได้พัฒนาสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ (Modern state) และหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้ก็ถือเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของกฎหมายสมัยใหม่ (Modern

Law) ซึ่งนักคิดและนักนิติศาสตร์ในยุโรปได้พัฒนาคำสอนทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยถือว่ารัฐหรือผู้มีอำนาจจะจับกุมลงโทษประชาชนโดยอ้างว่าเขาเหล่านั้นทำผิดอย่างลอย ๆ โดยปราศจากข้อจำกัดไม่ได้ โดยประชาชนจะต้องรับโทษก็แต่เฉพาะกรณีที่ได้กระทำการอันกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น จึงเท่ากับว่าเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจจนเกินขอบเขต ซึ่งถือได้ว่าเป็นความสำเร็จที่น่าสังเกตประการหนึ่งของกฎหมายสมัยใหม่เกี่ยวกับความคิดทางกฎหมายอาญา¹¹ นักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวถึงหลักกฎหมายดังกล่าวว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหัวใจของกฎหมายอาญา เพราะการมีหลักประกันนี้จะทำให้ประชาชนสามารถทราบได้ล่วงหน้าว่าเขาจะต้องปฏิบัติตนอย่างไรจึงจะไม่ผิดกฎหมายอาญา และถ้าเขาไม่ได้ทำผิด ใครจะมาลงโทษเขาย่อมไม่ได้ จึงเท่ากับเป็นการรับรองและป้องกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบนั่นเอง

ปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 และในหลายประเทศต่างก็ยอมรับหลักกฎหมายนี้มาใช้ในระบบกฎหมายของตน ไม่ว่าจะเป็น ฝรั่งเศส เบลเยียม ยูโกสลาเวีย โปรตุเกส อิตาลี สวิส จีน ซิลิ โปแลนด์ โคลัมเบีย อูรุกวัย เป็นต้น สำหรับประเทศไทยก็ได้ยอมรับหลักการดังกล่าวเช่นกัน โดยนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย¹² และในประมวลกฎหมายอาญา¹³

สาระสำคัญของหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege)

1) กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน

ด้วยหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายนี้เป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้นการบัญญัติถ้อยคำในกฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มีความชัดเจนและแน่นอน เพื่อให้ประชาชนได้ทราบว่า “การกระทำ” หรือ “การไม่กระทำอันเป็นการละเว้น

¹¹ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (น. 173), โดย คณิต ณ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

¹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

หรือควเว้น” อย่างไรก็ตาม จึงจะผิดกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องเป็นไปในลักษณะที่หลีกเลี่ยงถ้อยคำที่จะทำให้การตัดสินใจขึ้นอยู่กับความรู้สึกที่เป็นอัตวิสัยและอำเภอใจของผู้พิจารณาตัดสิน รวมถึงอาจทำให้การใช้กฎหมายอาญาเป็นไปอย่างไม่ถูกต้องตามเจตนารมณ์และเกิดการแสวงหาประโยชน์จากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้

ตัวอย่างของบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนแน่นอน ได้แก่¹⁴

กฎหมายของนาซี ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1935 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใด ๆ ซึ่งอาจถูกลงโทษตามกฎหมายได้หรือซึ่งสมควรจะถูกลงโทษตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา และตามความรู้สึกอันดีงามของประชาชน ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ” และ “หากไม่มีโทษอาญาที่แน่นอนสำหรับใช้ในกรณีดังกล่าว ให้ลงโทษตามกฎหมายหรือตามความคิดขั้นพื้นฐานซึ่งเหมาะสมกับการกระทำอย่างมากที่สุด”

คำสั่งคณะปฏิรูปการปกครอง ฉบับที่ 22 บัญญัติว่า “บุคคลที่หาเลี้ยงชีพด้วยวิธีการอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ถือเป็นความผิดอาญา”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี

อันตรายสาหัสนั้น คือ

(3) เสียแขน ขา มือ เท้า นิ้วหรืออวัยวะอื่นใด

(4) หน้เสียโฉมอย่างติดตัว

2) ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญา

ด้วยเหตุผลจากหลักการประการแรกว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน ดังนั้นกฎหมายอาญาที่จะนำมาใช้ลงโทษแก่บุคคลใดจึงต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านขั้นตอนนิติบัญญัติเท่านั้น ส่วนกฎหมายจารีตประเพณีนั้น แม้จะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย แต่ก็มีได้เกิดจากการนิติบัญญัติ

¹⁴ จาก *หลักกฎหมายอาญา* (น. 19-20), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2544, กรุงเทพฯ: วิทยุชน. ลิขสิทธิ์ 2544 โดยสำนักพิมพ์วิทยุชน.

เป็นแต่เพียงการเกิดขึ้นจากการประพฤติปฏิบัติที่สม่ำเสมอและถูกต้องเป็นเวลานานจนเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ดังนั้น การนำจารีตประเพณีมาใช้เพื่อลงโทษหรือนำมาเป็นผลร้ายในทางอาญาจึงต้องห้าม แต่อย่างไรก็ตาม หากนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เพื่อเป็นผลดีหรือในทางที่เป็นคุณแล้วก็สามารถนำมาใช้ได้

3) ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญา

การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) นั้นเป็นการให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน ซึ่งหลักการนี้สามารถนำมาปรับใช้ได้ในระบบกฎหมายแพ่ง แต่สำหรับกฎหมายอาญาแล้วหลักกฎหมายทั่วไปไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายอาญา (source of law) เพราะกฎหมายอาญาจะต้องเกิดจากการบัญญัติขึ้น ดังนั้น การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) จะนำมาปรับใช้ได้ก็แต่เฉพาะในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำเท่านั้น ไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อลงโทษบุคคลได้ เพราะการจะลงโทษบุคคลในทางอาญาจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงเท่านั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงแล้ว การนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ นอกจากจะไม่ต้องตามบทบัญญัติแห่งตัวอักษรและเจตนารมณ์ในเรื่องนั้น ๆ แล้ว ยังจะเป็นการกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย เพราะทำให้ขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิจารณาคดี และกลายเป็นเรื่องที่ยื่นอยู่กับความรูสึกของบุคคลจนเกินขอบเขต

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

หลักห้ามย้อนหลังนับเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งในกฎหมายอาญา เพราะถือเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การที่รัฐจะกำหนดความผิดอาญาขึ้นได้นั้น จะต้องมีการกระบวนทางนิติบัญญัติและแจ้งให้ประชาชนทราบล่วงหน้าว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดจะเป็นความผิดอาญา ดังนั้น หากมีการตรากฎหมายกำหนดความผิดขึ้นและให้ใช้ย้อนหลังกับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายประกาศใช้ ย่อมเป็นผลร้ายต่อประชาชน และถือเป็นเรื่องต้องห้าม ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงต้องไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่ผ่านมาแล้ว กล่าวคือ ถ้าหากในเวลาที่เกิดกระทำไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แม้ต่อมาจะมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิด กฎหมายดังกล่าวก็จะใช้บังคับได้เฉพาะกับการกระทำในปัจจุบันหรือในอนาคตเท่านั้น แต่ไม่อาจใช้ลงโทษการกระทำที่ผ่านมาแล้วได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากการใช้กฎหมายนั้นจะเป็นคุณแก่ผู้กระทำแล้วก็สามารถใช้กฎหมายย้อนหลังไปเป็นคุณแก่ผู้กระทำได้

นอกจากนี้ การบัญญัติกฎหมายอาญามาใช้บังคับนั้นยังต้องพิจารณาถึงขอบเขตที่เหมาะสมของการกำหนดให้การกระทำอย่างใดเป็นการกระทำผิดกฎหมายอาญา ซึ่งต้องพิจารณา

ปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมอื่น ๆ ประกอบด้วยเสมอ¹⁵ เช่น ความคิดของผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ค่านิยม และความรู้สึกนึกคิดทางด้านศีลธรรมของประชาชน กลุ่มผลประโยชน์ แรงกดดันทางการเมือง เป็นต้น ซึ่งหลักทั่วไปว่าด้วยการจำกัดขอบเขตของกฎหมายอาญา มีดังนี้¹⁶

- 1) รัฐไม่ควรบัญญัติข้อห้ามในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อก่อให้เกิดหลักประกันว่า การฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการแก้แค้นตอบแทนด้วยการลงโทษเพียงอย่างเดียว
- 2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย
- 3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งสามารถบรรลุได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า
- 4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายในกรณีผลร้ายซึ่งเกิดจากการลงโทษมีมากกว่าผลร้ายซึ่งเกิดจากความผิด
- 5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์บังคับในการให้บุคคลกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของตนเอง
- 6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน
- 7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

2.2.1 .ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

- 1) การวินิจฉัยความรับผิดตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

แนวคิดของนักกฎหมายอาญาเยอรมันในระยะแรกได้แยกโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนภาวะวิสัย อันได้แก่ โครงสร้างในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ และส่วนของความผิดกฎหมาย และส่วนอัตวิสัย อันได้แก่ ส่วนของความชั่ว ในเวลาต่อมา นักกฎหมายเยอรมันจึงพบว่า การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดนั้นบางครั้งก็มิได้เป็นความผิดเสมอไป เนื่องจากตัวผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น การป้องกัน ซึ่งจะเห็นว่าแม้การกระทำของบุคคลนั้นจะครบองค์ประกอบมีความผิดกฎหมาย แต่กฎหมายเหตุยกเว้นความผิด และในบางครั้งแม้การกระทำนั้น ไม่ถูกต้องหรือเป็นความผิดกฎหมาย แต่ก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์โดยประมาท ดังนั้น นักกฎหมายเยอรมันจึงเห็นว่า การกระทำที่

¹⁵ จาก “แนวความคิดในการลงโทษ : การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา,” โดย ประธาน วัฒนวานิชย์, 2525, มิถุนายน, *วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)*, 12 (2), น. 8.

¹⁶ แหล่งเดิม. (น. 4-8).

ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ และความผิดกฎหมาย น่าจะไม่ใช่เรื่องเดียวกัน ซึ่งสามารถแยกออกจากกันได้ เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น¹⁷ โดยถือว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นเพียงเหตุหนึ่งที่แสดงว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดได้

ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการพัฒนาแนวความคิดในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา โดยแยกออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินี้เป็นการพิจารณาตามรูปแบบของความผิดอาญา ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน โดยที่การพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบนั้นเป็นการพิจารณาในเบื้องต้นเท่านั้น โดยยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งองค์ประกอบของความผิดนี้สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประการ คือ

(1) องค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งมีใช้ส่วนจิตใจของผู้กระทำ ได้แก่ ตัวผู้กระทำความผิด การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และองค์ประกอบภายนอกอื่น ๆ ซึ่งนอกจากนี้คุณธรรมทางกฎหมายก็เป็นสิ่งที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกด้วย¹⁸

(2) องค์ประกอบภายใน หมายถึง สิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ สิ่งที่เป็นภายในตัวผู้กระทำผิด หรือส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่งซึ่งตามปกติจะมีสิ่งเดียว แต่ในความผิดบางฐานหรือหลายฐานอาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าหนึ่งสิ่งก็ได้ ดังนั้นองค์ประกอบภายในจึงได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกจริต และองค์ประกอบภายในอื่นๆ¹⁹

2) ความผิดกฎหมาย

ความผิดกฎหมายเป็นส่วนที่พิจารณาหลังจากที่ได้พิจารณาการกระทำนั้นได้ครบในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว โดยในส่วนโครงสร้างนี้จะเป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่เข้าองค์ประกอบนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาในด้านภาวะวิสัย ดังนั้น ในการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติก็มิได้หมายความว่า การกระทำนั้นจะผิดกฎหมายในตัวเอง แต่จะเป็นเพียงตัวบ่งชี้ถึงความผิดกฎหมายของการกระทำ ฉะนั้นการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติจึงมิได้ แต่ความผิดกฎหมายจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยหากปราศจากการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ จึงอาจ

¹⁷ จาก *กฎหมายอาญาคณาจารย์* (น. 72), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2556 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

¹⁸ แหล่งเดิม. (น. 114).

¹⁹ แหล่งเดิม. (น. 108).

สรุปได้ว่า ความผิดกฎหมายเป็นเรื่องของการกระทำที่มีเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ซึ่งทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา และเป็นเรื่องเดียวกับเหตุยกเว้นความผิด

3) ความชั่ว

การพิจารณาเรื่องความชั่วนั้น เป็นการพิจารณาหลังจากที่ได้พิจารณาในส่วน โครงสร้างเรื่องความผิดกฎหมายแล้วว่าการกระทำของบุคคลนั้นไม่มีเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งถือเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย โดยต้องพิจารณาจากบุคคลที่มีมาตรฐานอย่างเดียวกับผู้กระทำ และพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่สังคมตำหนิได้หรือไม่ ซึ่งหากบุคคลที่มีความสามารถรู้สึกผิดชอบหรือรู้จักแยกแยะว่าอะไรถูกผิดและเป็นผู้มีสติยอมไม่กระทำการอันผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการอันผิดกฎหมายลงไป การกระทำของเขาย่อมนำตำหนิได้ และด้วยเหตุนี้เองในทางกฎหมายอาญาจึงถือว่าเขาได้กระทำชั่ว ดังนั้น ความชั่วจึงหมายถึง การนำตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง²⁰ ซึ่งการพิจารณาว่าความชั่วหรือการนำตำหนิได้ของการกระทำนี้มีอยู่หรือไม่ จะพิจารณาจากมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิด และความชั่วนั้นมิได้ทั้งความผิดที่กระทำโดยเจตนาและในความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท²¹

สรุปได้ว่า เมื่อได้มีการแยกโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 3 ส่วนเช่นนี้แล้ว การวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาจึงต้องเป็นไปตามขั้นตอนของโครงสร้างความผิดอาญา โดยเริ่มพิจารณาว่าการกระทำนั้นเข้า “องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่” เมื่อการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วจึงจะไปพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้น “มีความผิดกฎหมายหรือไม่” และขั้นตอนสุดท้ายจึงดูที่ตัวผู้กระทำว่ามี “ความชั่วหรือไม่” ถ้าหากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นครบโครงสร้างทั้งสามประการแล้ว จึงจะถือว่าการกระทำของบุคคลนั้นมีความผิดและต้องถูกลงโทษ แต่ถ้าพบว่าการกระทำของบุคคลนั้นขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งดังกล่าวมาข้างต้น การกระทำของบุคคลนั้นก็ไม่ใช่ความผิดอาญา

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นที่ยอมรับกันตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันว่า โครงสร้างความผิดอาญาประกอบด้วยข้อสาระสำคัญสามประการดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่นักกฎหมายเยอรมันก็ยังมี การตั้งคำถามในส่วนที่ว่าด้วยองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติถือว่าเป็นส่วนภาวะวิสัยแท้ ๆ หรือว่ามีส่วนอัตวิสัยอยู่ด้วย หรือส่วนที่เป็นอัตวิสัยทั้งหมดจะอยู่ในส่วนของความชั่ว จากข้อถกเถียงดังกล่าวจึงทำให้เกิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำขึ้น 2 ทฤษฎี²² คือ

1) ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล

²⁰ แหล่งเดิม. (น. 193).

²¹ แหล่งเดิม. (น. 194).

²² แหล่งเดิม. (น. 195-196).

ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลนี้อธิบายว่า การกระทำของมนุษย์คือการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำ ดังนั้น สิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่มีความรู้สำนึกกำกับ เช่น การละเมอ การสะท้อนของประสาท จึงไม่เป็นการกระทำในความหมายของกฎหมาย ซึ่งจากกรณีศึกษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยปราศจากส่วนที่เป็นอวัยวะ และเจตจำนงที่จะให้เกิดผลและบังคับการเคลื่อนไหวร่างกายไม่เป็นส่วนประกอบของการกระทำ ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงมองว่าตำแหน่งของเจตนาและประมาทนั้นอยู่ในส่วนของความชั่วซึ่งเป็นส่วนอวัยวะ

ในปัจจุบัน ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลนี้ได้เสื่อมความนิยมไปโดยสิ้นเชิง เพราะเหตุว่าทฤษฎีนี้ได้ทำลายเจตจำนงของมนุษย์ไป ซึ่งส่งผลให้ทฤษฎีนี้ไม่สามารถอธิบายเรื่องของการพยายามกระทำความผิดได้ เพราะการพยายามกระทำความผิดนั้นมีส่วนอวัยวะอยู่ในการกระทำ กล่าวคือ ในการพยายามกระทำความผิดนั้น ผู้กระทำจะต้องมุ่งประสงค์สิ่งทีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ซึ่งก็คือองค์ประกอบภายในนั่นเอง จึงเป็นเรื่องที่ส่วนของอวัยวะเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำ

2) ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ

ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ คือ การแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมายกำกับ ทฤษฎีนี้จึงมองว่า การกระทำของมนุษย์เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจากการกำหนดความมุ่งหมายโดยมีเจตจำนงกำกับมิใช่เหตุการณ์ที่เป็นผลมาจากการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกเฉย ๆ แต่การที่มนุษย์จะเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกนั้น มนุษย์จะกำหนดจุดมุ่งหมายและรายละเอียดและแผนการนั้นเพื่อบรรลุถึงจุดหมายที่ต้องการ ดังนั้น ทฤษฎีนี้จึงถือว่าเจตนาอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายใน ในโครงสร้างข้อที่ 1 องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในปัจจุบันทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำนี้เป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าถูกต้อง

จากการพิจารณาเกี่ยวกับทฤษฎีการกระทำตามกฎหมายอาญาเยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่า ทั้งทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล และทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ ต่างเห็นว่าโครงสร้างความผิดอาญานั้นประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว โดยจะแตกต่างกันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับโครงสร้างความผิดอาญา ในข้อสาระสำคัญประการที่ 1 คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ ตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำนั้นเห็นว่า ส่วนองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นประกอบไปด้วยองค์ประกอบภายนอกซึ่งเป็นส่วนภาวะวิสัย และองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาทมูลเหตุชักจูงใจ ซึ่งเป็นส่วนอวัยวะรวมอยู่ด้วย แต่ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลเห็นว่า ข้อ

สาระสำคัญประการที่ 1 คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น มีเฉพาะองค์ประกอบภายนอก ซึ่งเป็นส่วนภาวะวิสัยเท่านั้น ส่วนองค์ประกอบภายในได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกุงใจ ซึ่งเป็น ส่วนอัตวิสัยนั้นจะไปอยู่ในส่วนข้อสาระสำคัญประการที่ 3 คือ ความชั่ว ซึ่งเป็นส่วนอัตวิสัย เหมือนกัน

2) การวินิจฉัยความรับผิดชอบตามกฎหมายฝรั่งเศส

ตามแนวคิดทฤษฎี Classic Theory ได้แบ่งโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาออกเป็น 3 ส่วน²³ คือ

1) องค์ประกอบทางกฎหมาย

องค์ประกอบทางกฎหมาย หมายถึง การกระทำจะมีความผิดและจะถูกลงโทษได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ ซึ่งเป็นไปตาม หลักกฎหมายอาญาว่า “เมื่อ ไม่มีกฎหมายก็ไม่มีผิดและไม่มีโทษ”²⁴

2) องค์ประกอบทางการกระทำ

องค์ประกอบทางการกระทำ หมายถึง กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอก ซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น แต่เดิมจะมีความผิดได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำเท่านั้น แต่ต่อมากฎหมายเห็นความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันเพื่อความสงบและปกติสุข กฎหมายจึงได้ บัญญัติให้บุคคลต้องกระทำบางอย่างเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวม หรือละเว้นการกระทำบางอย่าง ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้กระทำ ดังนั้น ความผิดตามกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำในสิ่งที่ กฎหมายห้ามหรืออาจเกิดขึ้น โดยการละเว้นการกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำก็ได้ ส่วนผลของการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็อาจเป็นความผิดขึ้นมาได้ ซึ่งตาม แนวความคิดของกฎหมายฝรั่งเศสนี้เห็นว่า กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอก ซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้นนั้น ถ้าเหตุแห่งการกระทำไม่สามารถที่จะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ผู้กระทำจะมีความผิดฐานพยายามหรือไม่ นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสจึงมีความเห็นแตกต่างออกเป็น 2 ทฤษฎี คือ

(1) ฝ่ายที่ถือการกระทำเป็นใหญ่ เห็นว่า การกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ไม่เป็นการพยายามกระทำผิด เพราะการกระทำนั้นไม่ได้รับกวนความสงบเรียบร้อยของ สังคม หรือแม้จะรบกวนก็เป็นการรบกวนน้อยกว่าที่ได้กระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล และเมื่อ การกระทำนั้นเป็นไปไม่ได้แล้ว การลงมือหรือการพยายามก็มีไม่ได้ด้วยตนเอง จึงไม่ควรลงโทษการ พยายามที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้

²³ คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (น. 1-2). เล่มเดิม.

²⁴ หลัก Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege.

(2) ฝ่ายที่ถือจิตใจเป็นใหญ่ เห็นว่า เมื่อการกระทำนั้นได้แสดงออกมาปรากฏภายนอก การกระทำนั้นย่อมแสดงให้เห็นถึงเจตนาร้ายอันซ่อนอยู่ในการกระทำ เพราะสภาพการกระทำเป็นภัยต่อสังคมของผู้กระทำแล้ว การกระทำนั้นจะสำเร็จหรือไม่ก็ต้องถูกลงโทษ เพราะผู้กระทำมีเจตนาร้ายเท่า ๆ กัน การพยายามกระทำความผิดก็ควรที่จะถูกลงโทษเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ ส่วนการกระทำใดที่ถือว่าถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว การกระทำนั้นจะต้องแสดงเจตนาแน่ชัดว่าจะกระทำความผิด และการกระทำนั้นสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการกระทำความผิด จะเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดมีส่วนใกล้ชิดต่อผลแล้ว

ซึ่งหากพิจารณาตามแนววินิจฉัยของศาลฝรั่งเศสแล้วจะพบว่า แต่เดิมนั้นจะถือตามฝ่ายที่ถือการกระทำเป็นใหญ่ แต่ในปัจจุบันมีแนวโน้มไปตามฝ่ายที่ถือจิตใจเป็นใหญ่

3) องค์ประกอบทางจิตใจ

องค์ประกอบทางจิตใจนี้มาจากพื้นฐานที่ว่า การกระทำใด ๆ ของบุคคลย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจก่อน แล้วจึงบังคับร่างกายให้ปฏิบัติตามจิตใจนั้น ดังนั้น ความประสงค์ของผู้กระทำจึงขึ้นอยู่กับจิตใจและแสดงออกมาโดยการกระทำ องค์ประกอบทางจิตใจนี้จะพิจารณาถึงเจตนาและความประมาทที่ไม่ใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ และความรู้สึกลึกซึ้งชอบของผู้กระทำที่จะมีการกำหนดความรับผิดชอบและโทษ

เมื่อการกระทำของบุคคลใดครบโครงสร้างในองค์ประกอบสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของบุคคลนั้นมี “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบ” หรือไม่ ซึ่งเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบนี้แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุเนื่องจากการกระทำ

เป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำ โดยไม่ขึ้นอยู่กับ การพิจารณาตัวบุคคลแต่อย่างใด เช่น การกระทำโดยป้องกัน การกระทำตามกฎหมาย การกระทำตามคำสั่งอันมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน และการกระทำโดยจำเป็น ซึ่งการพิจารณาถึงเหตุเนื่องจากการกระทำนี้เป็นการพิจารณาถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือที่เรียกว่า “เหตุยกเว้นความผิด” (Justification) กล่าวคือ เหตุเนื่องจากการกระทำได้ลบล้างองค์ประกอบด้านกฎหมายของความผิดอาญาไปเลย และถือว่าเป็นเหตุในลักษณะคดี

2) เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ

เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำนี้เป็นการพิจารณาที่ตัวบุคคล โดยเฉพาะได้แก่ ความวิกลจริต การถูกบังคับ และความสำคัญผิด การกระทำของเด็ก การลักทรัพย์ระหว่างสามภริยา ซึ่งมีผลเฉพาะตัวผู้กระทำความผิด แต่ไม่มีผลไปถึงตัวการร่วมหรือผู้สนับสนุน ซึ่งเหตุเหล่านี้

ถือเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญาเท่านั้น แต่ผู้กระทำยังมีความผิดอาญาอยู่ และผู้กระทำก็ยังคงต้องรับผิดทางแพ่งอีกด้วย และถือว่าเป็นเหตุส่วนตัว

ปัจจุบันในทางตำรากฎหมายฝรั่งเศสได้มีการวินิจฉัยความผิดอาญาจากทฤษฎีเดิม โดยเพิ่มองค์ประกอบอีกประการหนึ่งคือ “องค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรม” (Élément illicéité) ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าความผิดอาญาจะต้องมีการทำร้ายหรือละเมิดใน 2 ลักษณะ คือ

- 1) ละเมิดกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และ
- 2) ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

แต่การอธิบายเช่นนี้ไม่ได้รับความนิยมมากนัก เนื่องจากเป็นการอธิบายในทางนิติปรัชญามากกว่า จะเป็นการอธิบายในทางเทคนิคกฎหมาย นักกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจึงเห็นว่าเป็นการยุ่งยากและให้ประโยชน์ในทางปฏิบัติที่ไม่ชัดเจน

นอกจากนี้ นักกฎหมายฝรั่งเศสยังได้เสนอแนวความคิดในเรื่องเหตุที่ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษว่าเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาอย่างน้อยที่สุดว่า ผู้กระทำจะต้องมีความสามารถรู้ผิดชอบ กล่าวคือ ผู้นั้นจะต้องสามารถตอบสนองต่อผลของการกระทำความผิดอาญาของตนเองได้ ซึ่งในการพิจารณาความสามารถรู้ผิดชอบตามแนวคิดคลาสสิกนั้นเป็นการมองว่าผู้กระทำสมควรที่จะต้องรับโทษทัณฑ์หรือมีความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งหมายความว่าผู้กระทำผิดสมควรที่จะต้องรับโทษเมื่อเขาได้กระทำโดยมีเจตจำนงอันเป็นอิสระและมีสติสมบูรณ์ กล่าวคือ ผู้กระทำนั้นจะต้องมีความสามารถเข้าใจในการกระทำของตนและต้องการที่จะกระทำความผิดนั้นอยู่ แต่หากมองตามแนวคิดทางอาชญาวิทยาแล้วจะเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดสามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้ หรือที่เรียกว่า “ความสามารถในทางอาญา” (Capacité Pénale) ที่ผู้กระทำความผิดสามารถที่จะมีความรับผิดชอบทางอาญาได้

2.2.2 ในระบบคอมมอนลอว์

ในการศึกษาการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์นี้ จะมุ่งศึกษาถึงการวินิจฉัยของประเทศอังกฤษเป็นหลัก ซึ่งตามระบบกฎหมายอังกฤษถือหลักว่า การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้ จะต้องประกอบด้วยการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย หรือการกระทำที่แสดงออกภายนอกนั้นผิดกฎหมาย (Actus reus) และจะต้องมีส่วนจิตใจที่ควรถูกตำหนิได้ (Mens rea) ซึ่งเป็นไปตามหลักพื้นฐานของสุภาษิตละตินที่ว่า “Actus non facit reum nisi mens sit rea” ซึ่งหมายความว่า การกระทำในตัวของมันเองไม่เป็นความผิด เว้นแต่มีจิตใจที่ผิดด้วย ดังนี้ การพิจารณาความผิดอาญาของประเทศไทยจึงประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วน คือ

1) Actus reus หมายถึง การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม Actus reus นี้ เป็นการพิจารณาส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (objective) ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญาของ

บุคคล ซึ่งเป็นขั้นตอนแรกก่อนพิจารณาทางด้านสถานะจิตใจที่น่าคำหึงของผู้กระทำ กล่าวคือ ในการวินิจฉัยตาม โครงสร้างความคิดในทางอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น จะเริ่มจากการพิจารณาว่า พฤติการณ์ที่ผู้กระทำแสดงออกมามีลักษณะเป็นการกระทำตามส่วน Actus แล้วหรือไม่ ถ้ามีการกระทำแล้วจะต้องดูว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ ดูในส่วนที่เป็น Reus ด้วย จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำที่กฎหมายห้าม ซึ่งเท่ากับครบในส่วนประกอบของ Actus Reus ต่อจากนั้นจึงจะพิจารณาใน โครงสร้างส่วนภาวะจิตใจที่เรียกว่า Mens Rea ต่อไป²⁵

2) Mens Rea ถือเป็นส่วนภาวะที่แท้จริงของจิตใจที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด ซึ่งเป็นการพิจารณาในส่วนที่เป็นอัตวิสัย (subjective) คือ เกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดโดยตรง Mens Rea เป็นภาวะจิตใจที่น่าคำหึงของผู้กระทำซึ่งต้องนำมาพิจารณาประกอบกับส่วน Actus reus และ Mens Rea จะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน

แต่แม้ว่าการกระทำนั้นจะครบทั้งส่วน Actus reus และ Mens Rea แล้วก็ตาม แต่ผู้กระทำมีความผิดอาจยกข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดขึ้นมาอ้างเพื่อปฏิเสธว่าการกระทำนั้นของ Actus reus และ Mens Rea อย่างใดอย่างหนึ่ง อันจะทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ครบโครงสร้าง ความผิดอาญาและมีผลทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษ ซึ่งข้อโต้แย้ง เพื่อให้พ้นความรับผิด อาจแบ่งได้ดังนี้

1) ข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดทั่วไป คือ ข้อเท็จจริงที่ยกขึ้นมาโต้แย้งโดยปฏิเสธว่าการกระทำนั้นขาด Actus reus และ Mens Rea อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดทั่วไปนี้สามารถใช้ได้กับความผิดอาญาทุกประเภท เช่น ความอ่อนแอ ความเป็นวิกลจริต การกระทำโดยไม่รู้สำนึก การป้องกัน การถูกขู่เข็ญ หรือความจำเป็น

2) ข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดเฉพาะฐานความผิด คือ ข้อเท็จจริงที่ยกขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุผลฐานความผิดจากความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเป็นความผิดฐานฆ่าคนตายโดยขาดเจตนา ซึ่งข้อโต้แย้งเพื่อให้พ้นความรับผิดเฉพาะฐานความผิดนี้จะใช้เฉพาะกับความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเท่านั้น เช่น ความผิดทางอาญาที่เบาลง บันดาลโทษ

3) ข้อโต้แย้งในเรื่องอื่น ๆ เช่น ความมีเมตตา โดยรู้ว่าเป็นของมีเมตตา หรือการเสพของมีเมตตาโดยไม่สมัครใจ

ส่วนข้อพิจารณาเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความรับผิดที่เรียกว่า “Justification” นั้น ถือเป็นการยกเว้นความผิดให้ผู้กระทำ เพราะถือว่ากระทำนั้นเป็นการกระทำที่เหมาะสมที่สุดในสถานการณ์

²⁵ จาก ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดในทางอาญามาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์) (น. 18-19), โดย ดุษฎี หัสละเมียร, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เช่นนั้น แม้ว่าจะก่อให้เกิดผลร้าย ซึ่งหากขาดข้อโต้เถียงของเหตุยกเว้นความผิดแบบที่เรียกว่า “Justification” แล้วจะเป็นความผิดอย่างหนึ่งก็ตาม เช่น การป้องกันตัวเอง แม้ว่าการกระทำของผู้ที่ทำการป้องกันตัวเองนั้นจะเป็นอันตรายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำดังกล่าวนี้เราอาจกล่าวได้ว่า ไม่มี Actus reus ส่วนเหตุยกเว้นความรับผิดแบบที่เรียกว่า “Excuse” นั้น เป็นการยกเว้นความผิดให้ผู้กระทำ เพราะผู้กระทำไม่มีความรับผิดเพียงพอ หรือมีข้อผิดพลาด เช่น ถูกบังคับขู่เข็ญ ให้กระทำความผิด ซึ่งยังถือว่ามี Actus reus แต่สามารถอ้างเหตุยกเว้นความรับผิดแบบที่เรียกว่า “Excuse” ซึ่งมีผลทำให้ปฏิเสธ Actus reus ได้²⁶

2.2.3 ในระบบกฎหมายไทย

นักนิติศาสตร์ไทยได้อธิบายแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาไว้หลายแนวทาง โดยอาศัยพื้นฐานจากทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในทฤษฎีกฎหมายเยอรมันและทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส รวมไปถึงได้มีการอธิบายโดยการนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยอีกด้วย จึงอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1) การวินิจฉัยความรับผิดตามแนวการวินิจฉัยโครงสร้างความผิดกฎหมายอาญาเยอรมัน

นักกฎหมายไทยที่ได้้นำแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาในกฎหมายไทยมี 2 ท่าน คือ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร และศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้ นำแนวความคิดตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาวินิจฉัยความผิดอาญาตามกฎหมายไทย โดยท่านอธิบายว่า²⁷ โครงสร้างความผิดอาญาประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ การกระทำนั้นครบ (1) องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (2) ความผิดกฎหมายและ (3) ความชั่ว อย่างครบถ้วนเสมอ หากขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิดอาญา และข้อสาระสำคัญสามประการของความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับจากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบ คือ “การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหา คือ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” และในข้อสาระสำคัญทางเนื้อหาดังกล่าวด้วยกันนั้น ความผิดกฎหมายมาก่อนความชั่ว ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่จะต้องวินิจฉัยเรียงลำดับกันดังนี้ คือ

1. เป็นการกระทำที่มีการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่

²⁶ จาก นิตินิติศาสตร์กับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 37). เล่มเดิม.

²⁷ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 72). เล่มเดิม.

2. เป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมายหรือไม่

3. เป็นการกระทำที่มีความชั่วหรือไม่

ฉะนั้น ในการวินิจฉัยหากปรากฏว่าถ้าการกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยในโครงสร้างส่วนที่ 2 เรื่องความผิดกฎหมายแต่อย่างใด หรือถ้าการกระทำใดครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วแต่การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ไม่เป็นความผิดกฎหมายก็ไม่จำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยต่อไปในเรื่องความชั่วแต่อย่างใด

ในเนื้อหาของโครงสร้างความผิดอาญา 3 ประการ นั้น แยกพิจารณาได้ดังนี้

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ

(1) องค์ประกอบภายนอก ซึ่งประกอบด้วย ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และในบางกรณีอาจมีส่วนพิเศษอื่น ๆ เช่น เวลา กลางคืนในความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น

(2) องค์ประกอบภายใน ประกอบด้วย เจตนา ประมาท และองค์ประกอบภายในอื่น ๆ เช่น มูลเหตุจูงใจ เป็นต้น

2. ความผิดกฎหมาย การพิจารณาความผิดกฎหมายนั้นเป็นการพิจารณาหลังจากที่การกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งการพิจารณาในเรื่องความผิดกฎหมายนี้เป็นการพิจารณาในด้านเนื้อหา และเป็นการพิจารณาถึงเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นมีอำนาจที่กฎหมายรับรองให้กระทำได้นั้นเอง ดังนั้น การกระทำที่ไม่เป็นความผิดกฎหมายผู้กระทำจึงไม่มีความผิดอาญา สำหรับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือความผิดกฎหมายนั้นมีอยู่กระจัดกระจายในกฎหมายต่าง ๆ แต่ที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

(1) การป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) ความจำเป็นตามกฎหมายแพ่ง เช่น การป้องกันตามมาตรา 450 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3) การใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตน

(4) อำนาจทำโทษของบิดามารดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567

(2)

(5) ความยินยอมของผู้เสียหาย

3. ความชั่ว เป็นการพิจารณาหลังจากที่พิจารณาในส่วนความผิดกฎหมายแล้ว โดยพิจารณาถึงตัวบุคคลผู้กระทำความผิดว่า การกระทำของบุคคลนั้นมีความชั่วหรือไม่ ซึ่ง “ความชั่ว”

นั้น หมายถึง การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง และการพิจารณาความชั่วหรือการดำเนินได้ของการกระทำว่ามีหรือไม่มีก็ได้พิจารณาจากตัวผู้กระทำในฐานะปัจเจกชน แต่เป็นการพิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำความผิดนั้น²⁸

กฎหมายอาญากำหนดการพิจารณา “ความสามารถในการทำชั่ว” ไว้ 2 ประการ คือ

1. กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาถึงความเจริญวัยของบุคคลหรือกำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุ และ

2. กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาความสมบูรณ์ของจิต

ดังนั้น ความชั่วจึงเป็นการพิจารณาถึงความรู้สึกผิดชอบหรือการนำดำเนินได้ของการกระทำ กล่าวคือ ถ้าปรากฏว่าบุคคลนั้นได้กระทำไปโดยปราศจากความรู้สึกผิดชอบหรือความนำดำเนินแล้ว บุคคลนั้นก็ไม่ต้องถูกลงโทษ เพราะถือว่ากระทำของเขานั้นขาดความชู้มันเอง

เรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับความชู้มัน ได้แก่

(1) การกระทำของคนวิกลจริต มาตรา 65

(2) การกระทำของคนมีเมมา มาตรา 66

(3) การกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน มาตรา 70

(4) การป้องกันเกินกว่าเหตุ มาตรา 69

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีเหตุต่าง ๆ ที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาอันมีผลเกี่ยวข้องกับตัวบุคคลผู้กระทำความผิด ได้แก่

1. เจื่อนใจแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญานั้น แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของความผิดอาญาซึ่งผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น

2. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาและเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับผู้กระทำผิด โดยตรงเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.1 เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีอยู่ก่อนการกระทำผิด เป็นผลให้กฎหมายห้ามลงโทษ

2.2 เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด มีผลให้ความสมควรลงโทษตกไป

จากการอธิบายในทางตำราของท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร นั้นสรุปได้ว่า ท่านได้นำเอาแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความผิดในกฎหมายอาญาไทย

²⁸ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 194-195). เล่มเดิม.

โดยท่านมีความเห็นว่าตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นได้วิเคราะห์โครงสร้างความผิดอาญาสมบูรณ์มากที่สุด ซึ่งจะทำให้การวินิจฉัยในกฎหมายอาญาไทยมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยท่านได้แยกเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษในเรื่องเกี่ยวกับความรู้สึกลึกซึ้งผิดชอบหรือการนำคำหึงได้ ที่เรียกว่า “ความชั่ว” ออกจาก “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” โดยนำเรื่องความชั่วไว้ในโครงสร้าง ส่วนที่ 3 และได้แยกเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวออกไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา เนื่องจากการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นเป็นการพิจารณาจากพื้นฐานที่ว่า ผู้กระทำความผิดประกอบประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติและเป็นความผิดกฎหมายรวมถึงต้องมีความชั่วด้วย

ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส ได้อธิบายว่า โครงสร้างของความผิดอาญาอันเป็นที่ยอมรับในปัจจุบันประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ²⁹

1. องค์ประกอบภายนอก เป็นการพิจารณาถึง
 - องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ และข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น
 - องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท และมูลเหตุชกแจงใจ
2. ความผิด ความผิดหรือเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายนั้นเป็นการพิจารณาถึงเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้
 - 2.1 บทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่
 - 2.1.1 ประมวลกฎหมายอาญา
 - ก. การป้องกันตามมาตรา 68
 - ข. หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือคุณธรรมทางกฎหมาย มาตรา 305 (1)
 - ค. การแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต
 - 2.1.2 กฎหมายอื่น ๆ
 - ก. รัฐธรรมนูญ
 - ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 - ค. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
 - ง. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
 - ช. พระราชบัญญัติอื่น ๆ

²⁹ จาก *หลักกฎหมายอาญา* (น. 41-43), โดย แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2542, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2542 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

2.2 จารีตประเพณี

2.3 ความยินยอม

3. ความชั่ว เป็นการพิจารณาจากตัวบุคคลผู้กระทำความผิด ซึ่งได้แก่

3.1 อายุของผู้กระทำความผิด

3.2 จิตของผู้กระทำความผิด

3.3 ความไม่รู้ข้อผิดถูก

3.4 เหตุที่ไม่อาจตำหนิได้อย่างอื่น เช่น การกระทำด้วยความจำเป็น มาตรา 67

นอกจากนี้ยังได้อธิบายว่า “ในการกำหนดโครงสร้างความผิดอาญาเป็นสามส่วนเช่นนี้กำหนดขึ้นจากหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดและโทษ ดังนั้น การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่จะดำเนินตามโครงสร้างความผิดอาญาดังกล่าว กล่าวคือในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาว่า การกระทำนั้นครบองค์ประกอบหรือไม่ ถ้าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบ โดยพิจารณาทั้งส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน จึงพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ และขั้นต่อไปจึงดูที่ตัวผู้กระทำว่ามีความชั่วหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในสองส่วนแรกของโครงสร้างจะพิจารณาจากการกระทำ ส่วนในโครงสร้างข้อที่สามจะพิจารณาจากตัวผู้กระทำ เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดโทษ การจะลงโทษหรือไม่ หรือจะกำหนดโทษอย่างไรขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้กระทำความผิด”

จากการศึกษาในทางตำราของท่านศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส จะเห็นได้ว่า ท่านได้นำเอาทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความผิดอาญาในกฎหมายไทยอีกท่านหนึ่ง ซึ่งในการอธิบายของท่านนั้นเหมือนกับการอธิบายของท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร

2) การวินิจฉัยความรับผิดตามแนวการวินิจฉัยโครงสร้างความผิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

นักกฎหมายไทยที่ได้นำเอาแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศสมาอธิบายในการวินิจฉัยความรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้นมี 2 ท่าน ได้แก่

ศาสตราจารย์วิจิตร ลุฑิตานนท์³⁰ ซึ่งได้อธิบายโครงสร้างความรับผิดอาญาว่า “การกระทำอันใดอันหนึ่งจะพึงถือว่าเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษ จึงต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการคือ (1) ข้อสาระทางกฎหมาย (2) ข้อสาระทางการกระทำ (3) ข้อสาระทางเจตนา” ดังนั้น ข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ แยกพิจารณาได้ดังนี้

³⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา (ภาค 1) (น. 79-152), โดย วิจิตร ลุฑิตานนท์, 2507, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2507 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

1. ข้อสาระทางกฎหมาย เป็นการพิจารณาว่าการกระทำใดที่จะเป็นความผิดอาญานั้น จะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ดังภาษิตละตินที่ว่า “nullum crimen sine lege” ส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็จะต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย เช่นเดียวกัน ข้อสาระทางกฎหมายนี้ย่อมเป็นหลักสำคัญของกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ไม่ว่าในประเทศใด ๆ เพราะหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาในเรื่องความผิดและโทษนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ และถือเสมือนหนึ่งเป็นหลักประกันอันสำคัญแก่เสรีภาพของปวงชน เพราะหากไม่ถือหลักดังกล่าวแล้ว ความยุติธรรมในทางอาญาก็จะเป็นการยุติธรรมตามพฤติการณ์ตามกาลเวลา หรือตามอารมณ์บุคคล

2. ข้อสาระทางการกระทำ ได้แก่ ความจำเป็นที่จะต้องมียปรากฏการณ์ทางภายนอก คือ สภาพความผิด ซึ่งหมายความว่า จะต้องมีการกระทำ เพราะความผิดอาญาไม่สามรถที่จะเกิดได้ เพียงแต่มีความคิดเท่านั้น จะต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกายด้วย โดยปกติความผิดอาญานั้นจะต้องเกิดขึ้นเพราะมีการกระทำเสมอไป ในบางกรณีการกระทำในทางอาญานั้นก็ไม่จำเป็นที่จะต้องเกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกายเสมอไป เพราะความผิดอาญานั้นอาจเป็นความผิดโดยการงดเว้นการที่จักต้องกระทำก็ได้ ซึ่งเหตุผลที่บัญญัติให้การงดเว้นการจักต้องกระทำนั้นต้องรับผิดในทางอาญาก็เนื่องจากความสงบเรียบร้อยของประชาชน

3. ข้อสาระทางเจตนา หมายความว่า การกระทำที่จะประกอบเป็นความผิดนั้นจะต้องมีเจตนาด้วย กล่าวคือ ข้อสาระทางเจตนาเป็นสิ่งที่จำเป็นขององค์ความผิด ดังนั้นข้อสาระทางเจตนาจึงประกอบไปด้วย

3.1) ความผิดที่กระทำโดยเจตนา หมายความว่า ได้กระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำ และในขณะที่ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

3.2) ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หมายความว่า มิได้กระทำโดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังได้แต่หาใช้ให้เพียงพอไม่

นอกจากพิจารณาจากองค์ประกอบทั้งสามประการแล้วยังต้องพิจารณาถึงเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาอีก โดยสามารถแยกพิจารณาสิ่งต่าง ๆ ต่อไปนี้

ก) เหตุที่เกี่ยวกับธรรมชาติทางร่างกาย ได้แก่

เด็ก

อ่อนอายุ

ความสามารถรู้ผิดชอบ

ความมีนเมา

ความเป็นญาติ

- ข) เหตุเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตใจ ซึ่งได้แก่กรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ
- การกระทำโดยเจตนา
 - การกระทำโดยประมาท
 - การกระทำโดยพลาด
 - การกระทำโดยสำคัญผิด
 - บันดาลโทสะ
- ค) เหตุเกี่ยวกับเหตุผลทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่กรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ
- ความไม่รู้กฎหมาย
 - การกระทำด้วยความจำเป็น
 - การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย
 - การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน
 - เหตุบรรเทาโทษ

จากการศึกษาในทางคำราชของท่านศาสตราจารย์วิจิตร ลุฑิตานนท์ ท่านได้อธิบายโครงสร้างความคิดอาญาตามแนวทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ซึ่งได้แบ่งข้อสาระในโครงสร้างความคิดอาญาออกเป็น 3 ประการ คือ ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางเจตนา และการที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งของบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือจะถูกลงโทษในทางอาญาหรือไม่นั้น ก็จะต้องนำการกระทำนั้นไปพิจารณาถึง “ความรับผิดชอบในทางอาญา” อีกชั้นหนึ่งก่อน จึงจะบอกได้ว่าการกระทำของบุคคลที่ครบโครงสร้างความคิดอาญานั้นจะเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ และเมื่อเป็นความผิดอาญาและจะต้องถูกลงโทษหรือไม่

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ท่านศาสตราจารย์วิจิตร ลุฑิตานนท์ นั้น ได้รับเอาแนวทางการวินิจฉัยความคิดอาญาตามโครงสร้างทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาอธิบายในการวินิจฉัยความคิดอาญาในกฎหมายอาญาของไทย

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงสภักดิ์³¹ ได้อธิบายไว้ว่า การกระทำความคิดอาญานั้นต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. ข้อสาระสำคัญทางกฎหมาย เป็นการพิจารณาว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาที่ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็จะต้องบัญญัติไว้

³¹ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 319-325), โดย จิตติ ดิงสภักดิ์, 2529, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. ลิขสิทธิ์ 2529 โดยสำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา.

ในกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักที่รับรองกันทั่ว ๆ ไปว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย”

2. ข้อสาระสำคัญทางการกระทำ เป็นการพิจารณาว่าความผิดทั้งหลายที่กฎหมายบัญญัติไว้จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำของบุคคล กรรมหรือการกระทำซึ่งเป็นความผิดต่อเมื่อแสดงออกมามีภายนอก เพียงแต่คิดอยู่ในใจจะชั่วร้ายเพียงใดนั้นก็ไม้อาจเป็นความผิดได้จนกว่าจะมีการกระทำเกิดขึ้นตามที่คิดนั้น ซึ่งข้อสาระทางการกระทำนั้นประกอบด้วย

การกระทำ

การไม่กระทำ ได้แก่ การละเว้นการกระทำกับการงดเว้นการกระทำ

3. ข้อสาระสำคัญทางจิตใจ เป็นการพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำความผิด เพราะการกระทำหนึ่ง ๆ ผลออกมาอย่างเดียวกันแต่ในบางกรณีนั้นผู้กระทำอาจมีจิตใจที่มีความชั่วร้ายต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำแต่ละคน ดังนั้น ในการพิจารณาข้อสาระสำคัญทางจิตใจ ซึ่งเป็นการพิจารณาในเรื่อง

เจตนา

ประมาท

ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนา

นอกจากการวินิจฉัยถึงข้อสาระสำคัญ 3 ประการแล้ว ยังต้องพิจารณาถึง “เหตุยกเว้นความรับผิด” ซึ่งแยกได้เป็น³²

ก) การกระทำไม่มีความผิด เป็นการพิจารณาถึง

การป้องกัน

ความยินยอมของผู้เสียหาย

การล่อให้กระทำความผิด

ข) เหตุยกเว้นโทษ เป็นการพิจารณาถึง

ความวิกลจริต

ความมีนเมา

ความจำเป็น

คำสั่งของเจ้าพนักงาน

ค) เหตุลดหย่อนความผิด เป็นการพิจารณาถึง

ความสัมพันธ์ทางสมรสหรือญาติ ตามมาตรา 71

บันดลโทษ

³² แหล่งเดิม. (น. 675 – 770).

อายุน้อย

เหตุบรรเทาโทษ

จากคำอธิบายในทางตำราของศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ นั้น สรุปได้ว่า ท่านได้อธิบายโครงสร้างในการวินิจฉัยความรับผิดชอบโดยยึดถือตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กล่าวคือ บุคคลนั้นจะรับผิดชอบจะต้องพิจารณาถึงข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางจิตใจ ส่วนการจะพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่นั้นก็จะต้องนำการกระทำที่ครบโครงสร้างความผิดอาญานั้นไปพิจารณาถึง “เหตุยกเว้นความผิด” ว่า การกระทำของบุคคลนั้น ๆ มีเหตุยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ นั่นหมายความว่า ถ้าการกระทำของบุคคลที่ครบโครงสร้างความผิดอาญา และมี “เหตุยกเว้นความรับผิดชอบ” การกระทำของบุคคลนั้นอาจจะไม่เป็นความผิดอาญา หรือมีความผิดอาญาแต่ไม่ต้องถูกลงโทษ ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าเหตุยกเว้นความรับผิดชอบนั้นเป็นเหตุประเภทใด ซึ่งท่านได้แยกเหตุยกเว้นความรับผิดชอบออกเป็น 3 ประการด้วยกัน คือ

- 1) เหตุยกเว้นความรับผิดชอบ
- 2) เหตุยกเว้นโทษ
- 3) เหตุลดหย่อนความรับผิดชอบ

สำหรับเหตุแรกคือ “เหตุยกเว้นความผิด” คือ เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นความผิดอาญาเลย ส่วนใน 2 เหตุหลังนั้นคือ “เหตุยกเว้นโทษและเหตุลดหย่อนความรับผิดชอบ” นั้น หมายความว่า การกระทำของบุคคลนั้นผิดกฎหมายเพียงแต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำผิดนั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเท่านั้น

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้นำแนวความคิดในการวินิจฉัยความผิดตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาอธิบายในการวินิจฉัยความรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาของไทยเช่นเดียวกัน

3) การวินิจฉัยความรับผิดชอบโดยนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทย

ในการอธิบายตามโครงสร้างความผิดอาญาตามแนวคิดนี้ นักกฎหมายได้นำเอาเหตุยกเว้นโทษหรือการกระทำนั้นผิดกฎหมาย แต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดไว้ในโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนที่ 3 ทั้งหมด ซึ่งนักกฎหมายที่สำคัญหลายท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความรับผิดชอบตามแนวนี้ ได้แก่

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย³³ ในสมัยที่ประเทศไทยใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ท่านได้นำแนวคิดทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาตามทฤษฎี Kausalität ซึ่งอธิบายว่า การกระทำอันหนึ่งอันใดจะเป็นความผิดอาญาอันจะทำให้จำเลยได้รับโทษหรือไม่นั้น ตามกฎหมายภาคพื้นยุโรปจำเป็นจะต้องวินิจฉัยตามเกณฑ์ต่อไปนี้ คือ

1. การกระทำนั้นตามที่ปรากฏออกมาภายนอกเข้าเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดหรือไม่

2. การกระทำนั้นเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่

3. ผู้กระทำความชั่วร้ายหรือไม่

4. เงื่อนไขแห่งการลงโทษครบถ้วนหรือไม่

5. มีเหตุยกเว้นโทษเป็นส่วนตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่

6. เงื่อนไขแห่งการฟ้องครบถ้วนหรือไม่

ซึ่งปัญหาเหล่านี้จะต้องพิจารณาเรียงกันเป็นลำดับไป ถ้าปรากฏว่าขาดหลักเกณฑ์ที่จะทำให้จำเลยรับโทษในลำดับใดลำดับหนึ่งก็ไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงเกณฑ์ต่อไปในลำดับต่อจากนั้นอีก

ต่อมาเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน ท่านได้อธิบายในการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยถือแบบประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก กล่าวโดยสรุป คือ

1. การวินิจฉัยความผิดอาญา จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

1.1 จะต้องมีการกระทำตามความหมายของกฎหมาย

1.2 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าการกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต้องเกิดผลจากการกระทำนั้น ๆ ก็ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

1.3 การกระทำนั้นเท่าที่แสดงออกมาภายนอกมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

1.4 ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท

2. เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ การกระทำใดที่มีเหตุที่ให้อำนาจกระทำได้ก็จะถือว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายอาญา ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจให้กระทำได้มีดังนี้

2.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร สามารถแยกได้ดังนี้

2.1.1 ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจทำได้ โดยประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ไม่มีความผิด” เพื่อแสดงว่าไม่มีความผิดอาญาเกิดขึ้นเลย ซึ่งเหตุดังกล่าว ได้แก่

³³ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (น. 205-209, 240-278), โดย หยุต แสงอุทัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2551 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ก. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68
 ข. การกระทำของแพทย์ให้หญิงแท้งลูก ตามมาตรา 305
 ค. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริตเพื่อประโยชน์หรือในกรณี
 ที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (1) (2) (3) และ (4) แห่งมาตรา 329

ง. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล โดย
 คู่ความหรือทนายความของคู่ความ เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ตามมาตรา 329

2.1.2 กฎหมายอื่น ๆ นอกจากประมวลกฎหมายอาญา เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และประมวลกฎหมาย
 วิธีพิจารณาความอาญา

2.2 จารีตประเพณี เช่น การชกมวย หรือการเล่นกีฬาที่ถูกกีดกัน หรือการกระทำของ
 แพทย์ที่ตัดแขนคนไปเพราะเจ็บป่วย เป็นต้น

3. เหตุยกเว้นโทษ กรณีที่เป็นเหตุยกเว้นโทษ ประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ไม่
 ต้องรับโทษ” ซึ่งหมายความว่า การกระทำนั้นยังมีความผิดอยู่ แต่กฎหมายยกเว้นโทษ ผู้กระทำจึง
 ไม่ต้องรับโทษเท่านั้น ซึ่งท่านได้อธิบายไว้ว่า เหตุยกเว้นโทษมี 3 กรณี คือ

3.1 เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ ได้แก่ กรณีการกระทำผิดด้วยความ
 จำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งเป็น
 คำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70

3.2 เหตุที่เกี่ยวกับความไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ได้แก่
 กรณีเด็กกระทำผิด กรณีที่บุคคลกระทำผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับ
 ตนเองได้เพราะความมึนเมา เพราะเสพสุราหรือสิ่งมึนเมาอย่างอื่น

3.3 เหตุยกโทษ เหตุลดโทษ หรือบรรเทาโทษอย่างอื่น ได้แก่ เหตุเกี่ยวกับความเป็น
 สามีภรรยาและความเป็นญาติ เหตุที่เกี่ยวกับการบันดาลโทสะ และเหตุบรรเทาโทษ

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย สรุปได้ว่า ในระยะแรกนั้น
 ท่านได้นำทฤษฎีกฎหมายเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความผิดในกฎหมายไทย ต่อมาท่านจึงได้
 อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาใหม่ โดยอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาโดยยึดถือแบบตัวบท
 กฎหมายไทยเป็นหลักในการวินิจฉัยความรับผิดอาญา

แต่อย่างไรก็ตาม ในการอธิบายในหัวข้อที่ 1 และหัวข้อที่ 2 ของท่านนั้นเปรียบเทียบกับ
 การอธิบายในส่วนของ “องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” และส่วนของ “ความผิดกฎหมาย”
 ตามโครงสร้างความผิดอาญาเยอรมัน นั่นเอง และเมื่อพิจารณาในหัวข้อที่ 3 ของท่าน โดยเฉพาะ
 ในหัวข้อที่ 3.1 และหัวข้อที่ 3.2 นั้นก็คือการอธิบายในเรื่องที่กฎหมายยกเว้นโทษโดยพิจารณาถึง

ความรู้สึกผิดชอบหรือการตำหนิได้ ส่วนในหัวข้อที่ 3.3 นั้นเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าน่าจะเป็นเรื่อง ที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งพิจารณาจากเหตุผลอื่น ๆที่ไม่เกี่ยวกับความรู้สึกผิดชอบ หรือการตำหนิได้ ท่านจึงได้แยกออกไว้เป็นอีกหัวข้อหนึ่งต่างหาก

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ ท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความรับผิดชอบ ในทางอาญาว่า³⁴ บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อการกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติซึ่งจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. การกระทำ “ครบองค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ

1.1 มีการกระทำ ซึ่งได้แก่ การกระทำโดยการเคลื่อนไหวร่างกาย และการกระทำ โดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย (การกระทำโดยจงใจและการกระทำโดยละเว้น)

1.2 การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดแทบทุกฐาน แบ่งได้เป็น 3 ส่วน คือ

ก) ผู้กระทำความผิด

ข) การกระทำ (ตามฐานความผิด)

ค) วัตถุแห่งการกระทำ

1.3 การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดในเรื่องนั้น ๆ ซึ่งสิ่ง ที่ต้องพิจารณา ได้แก่

ก) เจตนา

ข) ประมาท

ค) กรณีไม่เจตนาและไม่ประมาท (ความผิดโดยเด็ดขาด)

1.4 ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำ ตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง การกระทำและผล

2. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด กล่าวคือ การที่กฎหมายยกเว้นความผิดมี ผลทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ โดยเหตุที่ กฎหมายยกเว้นความผิดมีมากมายหลายกรณี เช่น

2.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ก) การกระทำโดยป้องกันตามมาตรา 68

ข) การทำแท้งตามมาตรา 305

³⁴ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 74-82), โดย เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, 2549, กรุงเทพฯ: จีระรัช การพิมพ์. ลิขสิทธิ์ 2549 โดยโรงพิมพ์จีระรัชการพิมพ์.

ค) การแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตตามมาตรา 329 หรือการแสดงความคิดเห็นในกระบวนการพิจารณาของศาลตามมาตรา 331

2.2 กฎหมายยกเว้นความผิดที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ความยินยอม จาริตประเพณี เป็นต้น

2.3 กฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ

2.4 เหตุยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ก) การที่เจ้าของที่ดินใช้สิทธิตัดรากไม้ตามมาตรา 1347

ข) การจัดการงานนอกสั่งตามมาตรา 395 และมาตรา 397

ค) การทำนุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินเพื่อปกป้องภัยตามมาตรา 450

ง) การที่ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์มาสัตว์ที่เข้ามารบกวนการครอบครองตามมาตรา 452

จ) การใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 1567 (2)

ฉ) บางกรณีอำนาจตามสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งก็ไม่ทำให้ไม่เป็นความผิดอาญาฐานบุกรุก เช่น สัญญาเช่า

2.5 กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การจับของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามมาตรา 78 (3)

3. การกระทำนั้น ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

การกระทำที่ยกเว้นโทษให้แก่การกระทำต่าง ๆ ที่เป็นความผิดมีหลายกรณี แต่ท่านได้อธิบายไว้ในกรณีดังต่อไปนี้

3.1 การกระทำความผิดโดยจำเป็น ตามมาตรา 67

3.2 การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีและไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 73 และมาตรา 74

3.3 การกระทำความผิดของคนวิกลจริต ตามมาตรา 65

3.4 การกระทำความผิดของผู้มีเมมา ตามมาตรา 66

3.5 การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานตามมาตรา 70 วรรคแรก

นอกจากโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ส่วนแล้ว ท่านยังได้แยก “เหตุผลโทษ” ไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา โดยท่านอธิบาย “เหตุผลโทษ” คือ เหตุที่อาจทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น เหตุลดโทษที่บัญญัติไว้ได้แก่ ความไม่รู้กฎหมายตามมาตรา 64 คนวิกลจริตที่ยังสามารถรู้สึกผิดชอบอยู่บ้างตาม

มาตรา 65 วรรคสอง คนมีนเมาที่ยังสามารถรู้สึกผิดชอบอยู่บ้างตามมาตรา 66 การป้องกันจำเป็นเกินขอบเขตตามมาตรา 69 การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางมาตราระหว่างญาติสนิทตามมาตรา 71 วรรคสอง ผู้กระทำอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี หรือตั้งแต่ 18 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี ตามมาตรา 75 และ 76 เหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 และบันดลโทษตามมาตรา 72

นอกจากนี้ ท่านยังได้อธิบายว่า “ในการจัดลำดับโครงสร้างนั้นมิได้เรียงตามตัวบทมาตรา แต่การจัดโครงสร้างนั้นจะคำนึงถึงเหตุยกเว้นความผิดก่อนเหตุยกเว้นโทษ เพราะเมื่อการกระทำมีเหตุยกเว้นความผิดแล้ว ผู้กระทำก็ไม่มีผิด และไม่ต้องรับผิดในทางอาญาแต่อย่างใด ซึ่งไม่มีความจำเป็นที่จะต้องไปพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษอีกต่อไป” และในกรณี “เหตุผลโทษ” นั้น ท่านได้จัดไว้นอกโครงสร้างความผิดและได้อธิบายว่า “การที่จะอธิบายถึงเหตุผลโทษนั้นก็ต่อเมื่อการกระทำของผู้นั้นต้องรับผิดในทางอาญา กล่าวคือ ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดและไม่มีเหตุยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำ ซึ่งในตอนต่อไปจึงจะไปพิจารณาว่ามีเหตุผลโทษแก่ผู้กระทำผิดหรือไม่

จากการอธิบายในทางตำราของท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร. เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์ นั้นสรุปได้ว่า ท่านได้อธิบายโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 3 ประการเช่นเดียวกัน โดยในการแบ่งแยกโครงสร้างความรับผิดออกเป็น 3 ประการนั้น เมื่อพิจารณาในโครงสร้างส่วนที่ 1 คือ “การกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” และส่วนที่ 2 คือ “การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด” ก็มีความคล้ายเคียงกับการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของเยอรมัน

แต่เมื่อพิจารณาในโครงสร้างส่วนที่ 3 แล้ว พบว่า ในการพิจารณาว่า “การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ” ท่านพิจารณาจาก “ผล” ของบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าในกรณีใดกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นผู้กระทำไม่ต้องถูกลงโทษแล้ว ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งอยู่ในโครงสร้างส่วนที่ 3 คือ การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษนั่นเอง แต่ถ้าในกรณีใดเป็นเรื่องที่บทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ท่านก็จะนำไปไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งท่านเรียกว่า “เหตุผลโทษ” นั่นเอง

รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ³⁵ ได้อธิบายในการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา โดยได้อธิบายว่าลำดับในการวินิจฉัยความผิดอาญาของบุคคลนั้นมีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

1. องค์ประกอบ ซึ่งแบ่งออกเป็น องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ได้แก่

1.1 การกระทำตามความหมายของกฎหมายอาญา เช่น โดยการกระทำความผิด การกระทำ และละเว้นการกระทำ

³⁵ กฎหมายอาญา หลักและปัญหา (น. 7-9). เล่มเดิม.

1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งต้องพิจารณาก่อนว่าความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นต้องมีผลสำเร็จหรือไม่ ถ้าความผิดนั้นต้องการผลเราจึงจะไปพิจารณาว่า ในกรณีผลเกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำดังกล่าวหรือไม่

1.3 เข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา

1.4 เจตนาหรือประมาท ซึ่งเป็นส่วนขององค์ประกอบภายใน

2. อำนาจกระทำ ได้แก่ การพิจารณาว่าผู้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ ได้กระทำไปโดยมีอำนาจหรือไม่ หากเขาได้กระทำไปโดยมีอำนาจหรือมีสิทธิตามกฎหมายเขาก็ไม่ต้องรับผิด

3. เหตุยกเว้นโทษ ในบางกรณีแม้ว่าผู้กระทำผิดจะได้กระทำลงไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายก็ตาม หากแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ เช่น กรณีมาตรา 67 การกระทำโดยความจำเป็นซึ่งกฎหมายยกเว้นโทษให้เพราะผู้กระทำไม่มีความชั่ว หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา ตามมาตรา 71 วรรคหนึ่ง กฎหมายยกเว้นโทษให้เพราะคำนึงถึงความสัมพันธ์ในครอบครัว เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า ในการอธิบายในทางตำราของท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ นั้น ท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความรับผิดอาญาโดยแยกโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 3 ประการ คือ (1) องค์ประกอบ (2) อำนาจกระทำ (3) เหตุยกเว้นโทษ ซึ่งในการอธิบายโครงสร้างส่วนที่ 1 “องค์ประกอบ” และส่วนที่ 2 “อำนาจกระทำ” นั้น เหมือนกับการอธิบายตามโครงสร้างความผิดเยอรมัน ส่วนที่ 3 “เหตุยกเว้นโทษ” นั้น ท่านได้อธิบายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความชั่วด้วย กล่าวคือ กรณีการกระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 67 การที่กฎหมายยกเว้นโทษให้เนื่องจากผู้กระทำไม่มีความชั่ว แต่อย่างไรก็ตาม ในโครงสร้างส่วนที่ 3 “เหตุยกเว้นโทษ” นั้น ไม่ได้มีเฉพาะในเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษเฉพาะผู้กระทำความชั่วแต่อย่างเดียว แต่ท่านได้นำเอาเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษในเรื่องอื่น ๆ มาไว้ในโครงสร้างที่ 3 อีกด้วย เช่น การกระทำผิดระหว่างสามีภรรยาตามมาตรา 71 เป็นต้น³⁶

ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขิตวีวัฒน์กุล³⁷ ได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาว่า การกระทำของผู้ใดเป็นความผิดอาญา และผู้นั้นจะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังต่อไปนี้คือ

1. การกระทำของผู้นั้น “ครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” หรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาจาก

³⁶ แหล่งเดิม. (น. 11).

³⁷ คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา (น. 11-16). เล่มเดิม.

1.1 องค์ประกอบภายนอก ได้แก่

- ก. ผู้กระทำ
- ข. การกระทำ
- ค. กรรมหรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ
- ง. ผลของการกระทำ

1.2 องค์ประกอบภายใน ได้แก่

- ก. เจตนาธรรมดา
- ข. เจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุจูงใจ

2. เหตุยกเว้นความผิด (Justification) การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดแล้วอาจไม่เป็นความผิดอาญาก็ได้ หากมีเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งมีดังต่อไปนี้

- 2.1 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68
- 2.2 การกระทำโดยจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา

305 (1)

2.3 การกระทำที่กฎหมายต่าง ๆ อนุญาตให้กระทำได้ เช่น

1) ตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น

เหตุต่าง ๆ ที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาทตามมาตรา 329

เหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาทกรณีคู่ความหรือทนายความของกลุ่มความแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพื่อประโยชน์แก่คดีของตนตามมาตรา 331

2) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอนตามมาตรา 1567 (2) ซึ่งผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

การอนุญาตให้เจ้าของที่ดินตัดรากไม้ซึ่งรुक้าเข้ามาจากที่ดินติดต่อและเอาไว้เสีย ตามมาตรา 1347 เจ้าของที่ดินย่อมไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ หรือทำให้เสียทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

3) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น มาตรา 78 (3) อนุญาตให้เจ้าพนักงานจับผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดและจะหลบหนีได้ โดยเจ้าพนักงานไม่มีความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

4) ความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งจะเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ก็ต่อเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

มีการยินยอมก่อนกระทำและยังคงมีอยู่จนกระทำการ
 ความยินยอมจะต้องได้มาโดยบริสุทธิ์
 ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ
 ประชาชน

3. เหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ซึ่งมีดังนี้ คือ

3.1 เหตุยกเว้นโทษเพราะผู้กระทำไม่มีความรู้สึกผิดชอบ ได้แก่

ก. การกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 14 ปี

ข. การกระทำของคนวิกลจริต

ค. การกระทำของผู้มีเมมา

3.2 เหตุยกเว้นโทษเพราะการกระทำนั้นมีเหตุไม่สมควรลงโทษ ได้แก่

ก. การกระทำความผิดโดยจำเป็น

ข. การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน

ค. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา

จากคำอธิบายในทางตำราของศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล สรุป
 ได้ว่า ในการวินิจฉัยความผิดอาญานั้นจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ 1) การกระทำ
 ของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบของความผิดอาญา 2) เหตุยกเว้นความผิด (Exemption) และ
 3) เหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ซึ่งในการอธิบายในส่วนที่ 1 คือ “องค์ประกอบความผิดอาญา” และ
 ส่วนที่ 2 “เหตุยกเว้นความผิด” นั้น มีความคล้ายกับการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาเยอรมัน
 ส่วนการอธิบายในส่วนที่ 3 คือ “เหตุยกเว้นโทษ” นั้น ท่านได้แยกการพิจารณาออกเป็นการที่
 กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำผิดโดยพิจารณาจากเหตุผลจากผู้กระทำไม่มีความรู้สึกผิดชอบ และ
 เหตุผลของการกระทำนั้นมีเหตุไม่สมควรลงโทษ ซึ่งในการแยกเหตุยกเว้นโทษออกเป็น 2 กรณี
 ดังกล่าวนั้นมีความเหมือนกับการอธิบายในเรื่อง “เหตุเนื่องจากตัวบุคคล” (Cause Subjective)
 ตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ดังนั้น ในการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของท่านจึงเกิดจาก
 การนำทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยในการวินิจฉัย
 ถึงความรับผิดอาญาให้มีความสอดคล้องกันประมวลกฎหมายอาญาไทย

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

จากการศึกษาเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น จะพบว่าในปัจจุบันเป็นที่
 ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าจำเป็นต้องพิจารณาเป็นลำดับตาม โครงสร้างความผิดอาญา กล่าวคือ จะต้อง
 พิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดหรือไม่ แล้วจึงมาพิจารณาว่า

การกระทำนั้นเป็นความผิดหรือมีเหตุยกเว้นความผิดหรือไม่ และจึงพิจารณาในขั้นสุดท้ายว่า ผู้นั้นจะต้องรับโทษหรือมีเหตุยกเว้นโทษหรือไม่ ซึ่งในส่วนของ “เหตุยกเว้นความผิด” (Justification) หรือที่เรียกว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” นั้น ในระบบกฎหมายไทยได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจนจาก “เหตุยกเว้นโทษ” (Excuse) เช่นเดียวกับประเทศในระบบ Civil Law ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะใช้คำว่า “ไม่มีความผิด” สำหรับกรณีเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ และใช้คำว่า “ไม่ต้องรับโทษ” สำหรับกรณีเป็นเหตุยกเว้นโทษ”³⁸

นักกฎหมายไทยหลายท่านได้อธิบายเกี่ยวกับ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย³⁹ ได้อธิบายเกี่ยวกับ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ดังนี้ เมื่อปรากฏว่าบุคคลได้กระทำการอันประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติอื่นบัญญัติเป็นความผิดแล้ว ยังถือไม่ได้ว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดเสมอไป เพราะอาจมีกฎหมายอื่นให้อำนาจให้กระทำได้ ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐเช่นเดียวกันและมีฐานะเสมอกัน ตัวอย่างเช่น กิ่งไม้ของเพื่อนบ้านยื่นเข้ามาในเขตที่ดินของเรา เราขอให้เพื่อนบ้านตัด เขาไม่ยอมตัด เราจึงตัดกิ่งไม้เท่าที่ล้ำเข้ามาในเขตที่ดินของเราออกเสียเอง การตัดกิ่งไม้ของผู้อื่นนั้นย่อมเป็นความผิดฐานทำให้เสียหาย ตามมาตรา 358 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นข้าวของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” แต่ในเรื่องตัดกิ่งไม้นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1347 บัญญัติว่า “เจ้าของที่ดินอาจตัดรากไม้ซึ่งรุกเข้ามาจากที่ดินติดต่อกันและเอาไว้เสีย ถ้ากิ่งไม้ยื่นล้ำเข้ามา เมื่อเจ้าของที่ดินได้บอกผู้ครอบครองที่ดินติดต่อกันให้ตัดภายในเวลาอันสมควรแล้ว แต่ผู้นั้นไม่ตัด ท่านว่าเจ้าของที่ดินตัดเอาเสียได้” เมื่อมาตรา 1347 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้อำนาจไว้เช่นนี้ ย่อมเห็นได้ในตัวว่าการตัดกิ่งไม้ดังกล่าวจะเป็นความผิดฐานทำให้เสียหายไม่ได้เลย ดังนั้น ตามที่กล่าวมาข้างต้นว่าในการที่เราจะทราบว่ากระทำอันใดอันหนึ่งเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่นั้น เราจะศึกษา

³⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อ กฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควร แก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด” และ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งมิชอบด้วยกฎหมาย”

³⁹ กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 110-113). เล่มเดิม.

เฉพาะประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติอื่นที่กำหนดความผิดและโทษอาญาอย่างเดียว ไม่พอ เราต้องดูกฎหมายอื่นว่าให้อำนาจให้กระทำได้หรือไม่ และกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำได้อาจเป็น

1. กฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ
2. กฎหมายจารีตประเพณี

ทั้งนี้ขอควรสังเกตว่า ในกรณีที่มีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ ไม่ว่าจะเหตุนี้เกิดจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณี ต้องถือว่าผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมายอย่างใดเลย ฉะนั้นผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้นต้องยอมให้กระทำ เช่น เมื่อตำรวจจะเข้าจับเรา เพราะมีเหตุอันควรสงสัยว่าเราได้กระทำความผิดมาแล้วและเราจะหลบหนี เราต้องยอมให้จับ เราจะไปต่อสู้หรือขัดขวางไม่ได้ และจะไปป้องกันต่อการกระทำดังกล่าวก็ไม่ได้ เพราะไม่ใช่ภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายตามมาตรา 68

ศาสตราจารย์ ดร. จิตติ ดิงศภัทย์⁴⁰ ได้อธิบาย “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ว่า พฤติการณ์ที่กฎหมายยอมให้อ้างเป็นข้อยกเว้นความผิดอาญานั้น ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมายอาญาเท่านั้น อาจเป็นบทบัญญัติของกฎหมายอื่นเช่นกฎหมายแพ่งก็ได้ เช่น อำนาจของผู้ปกครองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ก็เมื่อกฎหมายแพ่งไม่จำเป็นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสมอไป ตามบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นๆ ก็ย่อมมีน้ำหนักเป็นกฎหมายได้เช่นเดียวกัน เฉพาะกรณีที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาเท่านั้นที่ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง แต่ในการยกเว้นความผิดในทางอาญานั้นหากจำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยไม่

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติจักร วัฒนสวัสดิ์⁴¹ ได้อธิบายเกี่ยวกับ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ว่า ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ต้องพิจารณาประการแรกว่าการกระทำนั้น “ครบองค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ซึ่งการกระทำครบองค์ประกอบนั้น ในความผิดแต่ละฐานความผิดจะเห็นได้ว่ามีสาระสำคัญคล้าย ๆ กัน คือ (1) มีการกระทำ (2) การกระทำนั้นต้องครบองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ผู้ถูกกระทำ เมื่อครบองค์ประกอบภายนอกแล้ว (3) การกระทำนั้นจะต้องครบองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท เมื่อวินิจฉัย

⁴⁰ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (ภาค 1 ตอนที่ 2) (น. 512), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2521, กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. ลิขสิทธิ์ 2521 โดยสำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา.

⁴¹ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 81-87). เล่มเดิม.

มาถึงตรงนี้แล้วหากเป็นความผิดที่ต้องการผล (4) ผลของการกระทำนั้นก็ต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำ ดังนั้นแล้วจึงจะเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบ แต่ถ้าการกระทำที่ครบองค์ประกอบดังกล่าวมี “กฎหมายยกเว้นความผิด” ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เพราะกฎหมายยกเว้นความผิดมีผลทำให้ผู้กระทำ “ไม่มีความผิด” หรือกล่าวได้ว่า ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งกฎหมายยกเว้นความผิดนั้นมีอยู่มากมายหลายกรณี เช่น กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายอาญานี้เอง เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68, 305, 329, 331 หรืออาจจะเป็นกฎหมายยกเว้นความผิดที่ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งนำมาใช้ได้โดยถือเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” เช่น หลักในเรื่องความยินยอม, จารีตประเพณี เป็นต้น หรือกฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ หรือแม้กระทั่งกฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งกฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ⁴² ได้ให้ความหมายของ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ว่าหมายถึง เหตุยกเว้นความรับผิดชอบของผู้กระทำที่ทำให้ผู้กระทำที่ได้กระทำการต่าง ๆ ตามขั้นตอนของการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างมาโดยตลอดแล้ว คือผู้กระทำได้มีการกระทำตามความหมายของกฎหมายอาญา มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ตลอดจนผู้กระทำได้กระทำไปครบองค์ประกอบภายนอก และมีเจตนาหรือประมาท แต่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบให้ ทำให้ผู้นั้นมีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งในการที่จะทราบว่าบุคคลจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยไม่ผิดกฎหมายนั้นจะต้องทราบว่ากฎหมายให้อำนาจไว้อย่างไรหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นใด นอกจากนี้แล้วกฎหมายที่ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้กระทำอาจเป็น ได้ทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีก็ได้

ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส⁴³ ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ไว้ว่า การลำดับความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญา เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบตามโครงสร้างข้อแรกแล้ว ขั้นตอนต่อมาคือการพิจารณาว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการพิจารณาว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบนั้น มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายหรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ ซึ่งการพิจารณาเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามโครงสร้างข้อสองดังกล่าวจะพิจารณาจากเหตุที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต่าง ๆ

⁴² จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 153-154), โดย ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2553 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

⁴³ หลักกฎหมายอาญา (น.75). เล่มเดิม.

ไม่จำกัดเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้เหตุที่จะทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมาย ยังอาจจะพิจารณาจากเรื่องของจารีตประเพณีและความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย

จากคำอธิบายข้างต้น สรุปได้ว่า “เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้” หมายถึง เหตุที่ทำให้บุคคลที่ได้กระทำครบองค์ประกอบความผิดตามหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา คือ มีการกระทำที่ครบทั้งองค์ประกอบภายนอกและภายในแล้ว บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากมีเหตุที่ทำให้บุคคลนั้นกระทำการดังกล่าวได้ ซึ่งเหตุดังกล่าวอาจมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจกระทำไว้ หรืออาจเป็นเหตุตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำไว้ ทั้งนี้รวมไปถึงหลักกฎหมายทั่วไป เช่น เรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย อีกด้วย และในกรณีที่บุคคลมีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจทำได้แล้ว จะต้องถือว่าบุคคลนั้นไม่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมายอย่างใดเลย ดังนั้น ผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้นต้องยอมให้กระทำ เพราะเมื่อการกระทำดังกล่าวผู้กระทำความผิดมีอำนาจที่จะกระทำได้แล้ว การนั้นย่อมเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย มิใช่ภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายอันจะอ้างเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายขึ้นต่อผู้ได้

จากการศึกษาที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงอาจจำแนกประเภทของเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ เหตุที่กฎหมายต่าง ๆ อนุญาตให้กระทำได้ ความยินยอมของผู้เสียหาย และกฎหมายจารีตประเพณี โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 เหตุที่กฎหมายต่าง ๆ อนุญาตให้กระทำได้ แบ่งได้เป็น

(1) เหตุในประมวลกฎหมายอาญา

ก. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 68⁴⁴ เป็นการใช้สิทธิป้องกันตนเองหรือผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาจากเหตุผลที่ว่า “ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง” ทั้งการป้องกันก็เป็นการกระทำต่อผู้ที่ละเมิดกฎหมายจึงไม่เกิดประโยชน์ที่จะลงโทษผู้กระทำการป้องกัน ไม่ว่าจะเป็นในแง่แก้ไขผู้กระทำความผิดหรือเพื่อประโยชน์ของชุมชนก็ตาม โดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีหลักเกณฑ์⁴⁵ ดังนี้

ต้องมีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งภัยอันตรายดังกล่าวจะต้องเกิดจากการกระทำของบุคคลเท่านั้น สัตว์หรือสิ่งของไม่อาจก่อให้เกิดการละเมิดต่อกฎหมาย

⁴⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

⁴⁵ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 156-160). เล่มเดิม.

ได้ด้วยตัวของมันเอง และการละเมิดต่อกฎหมายนี้ หมายถึงภัยที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจ จะกระทำได้ เมื่อผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำ บุคคลผู้กำลังจะประสบภัยจึงไม่จำเป็นต้องทนรับภัยนั้น

ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องรอให้ภัยนั้นเกิดขึ้นเสียก่อน แต่ต้องอยู่ในลักษณะที่ว่าหากไม่กระทำการเพื่อป้องกันแล้วจะต้องเกิดภัยอย่างแน่นอน ดังนั้น ถ้าภัยยังอยู่ในอนาคตหรือห่างไกลก็ไม่เกิดสิทธิป้องกันได้ และถ้าภัยนั้นผ่านพ้นไปแล้วก็ไม่เป็น ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง

ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น หมายความว่า ผู้กระทำต้องมีมูลเหตุชักจูงใจเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือผู้อื่น และต้องกระทำ เท่าที่จำเป็นต้องป้องกันสิทธิดังกล่าว

ต้องกระทำไปพอสมควรแก่เหตุ โดยเป็นการพิจารณาว่าการกระทำขนาดไหนเพียงใด จึงจะถือว่าพอเพียงในการป้องกันสิทธิ โดยจะพิจารณาจากลักษณะของภัยเป็นหลัก ซึ่งการป้องกัน จะต้องได้สัดส่วนกับภัยที่เกิดขึ้น หรือในกรณีที่มีการป้องกันไม่ได้สัดส่วนกับภัยที่เกิดขึ้น ก็จะต้องเป็นการป้องกันด้วยวิธีทางที่น้อยที่สุด

ข. การกระทำของนายแพทย์ให้หญิงแท้งลูก มาตรา 305⁴⁶ ซึ่งให้อำนาจแก่แพทย์ ที่จะทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายในกรณีจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิง โดยถือว่าความจำเป็น ที่ต้องรักษาสุขภาพของมารดาเมื่ออยู่เหนือกว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการรักษาชีวิตของทารก ที่อยู่ในครรภ์มารดา ซึ่งถือได้ว่าเป็นการล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอย่างหนึ่งเพื่อรักษาไว้ซึ่ง คุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าจึงเป็นเรื่องที่ยอมรับได้ และถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจ กระทำได้

ค. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริตเพื่อประโยชน์หรือในกรณี ที่บัญญัติไว้ มาตรา 329 (1) – (4)⁴⁷

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

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

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 บัญญัติว่า “ผู้ใดแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริต

(1) เพื่อความชอบธรรม ป้องกันตนหรือป้องกันส่วนได้เสียเกี่ยวกับตนตามคลองธรรม

(2) ในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติกรตามหน้าที่

(3) ดิชมด้วยความเป็นธรรม ซึ่งบุคคลหรือสิ่งใดอันเป็นวิสัย ของประชาชนย่อมกระทำ หรือ

ง. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลโดยคู่ความหรือทนายความของคู่ความ เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน มาตรา 331⁴⁸

(2) เหตุใดในกฎหมายอื่น ๆ

ก. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁴⁹ ได้ให้เอกสิทธิ์แก่บุคคล 6 ประเภท คือ (1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (2) สมาชิกวุฒิสภา (3) รัฐมนตรี (4) บุคคลที่ประธานสภานิติบัญญัติ ให้แถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นในสภาผู้แทน หรือวุฒิสภา หรือรัฐสภา และ (5) ผู้พิมพ์หรือโฆษณารายงานการประชุมตามคำสั่งของสภา ตลอดจนผู้ดำเนินการถ่ายทอดการประชุมสภาทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ที่ได้รับอนุญาตจากประธานสภาแห่งนั้นด้วย ทั้งนี้ เฉพาะเท่าที่เกี่ยวกับการแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นในสภาผู้แทน หรือวุฒิสภา หรือรัฐสภานั้น แม้บุคคลดังกล่าวจะกล่าวข้อความอันเป็นหมิ่นประมาทที่ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท

ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น การตัดรากไม้หรือกิ่งไม้รุกกล้าในที่ดินของตนโดยไม่มีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ (มาตรา 1347) หรือการทำลายทรัพย์เพื่อจะบำบัดปัดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน (มาตรา 450) หรือการใช้อำนาจปกครองทำโทษบุตรตามสมควร (มาตรา 1567) ย่อมไม่มีความผิด

ค. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตัวอย่างเช่น กรณีที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีค้นสถานที่ใด ๆ อันเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษามาตรา 278⁵⁰ ย่อมไม่มีความผิดฐานบุกรุก

(4) ในการแจ้งข่าวด้วยความเป็นธรรม เรื่องการดำเนินการอันเปิดเผยในศาลหรือในการประชุมผู้ขึ้นไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

⁴⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 331 บัญญัติว่า “คู่ความหรือทนายความของคู่ความ ซึ่งแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ไม่มีความผิดฐานหมิ่นประมาท”

⁴⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (มาตรา 130, 131), พ.ศ. 2534 (มาตรา 125, 126)

⁵⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 278 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งภาคนี้ว่าด้วยอำนาจและหน้าที่ของเจ้าพนักงานบังคับคดี นับแต่วันที่ได้ส่งหมายบังคับคดีให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือถ้าหมายนั้นมิได้ส่งนับแต่วันออกหมายนั้นเป็นต้นไป ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจในฐานะผู้แทนเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในอันที่จะรับชำระหนี้หรือทรัพย์สินที่ลูกหนี้นำมาวางและออกใบรับให้กับมีอำนาจที่จะยึดหรืออายัดและยึดถือทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาไว้ และมีอำนาจที่จะเอาทรัพย์สินเช่นว่านี้ออกขายทอดตลาด ทั้งมีอำนาจที่จะจำหน่ายทรัพย์สินหรือเงินรายได้จากการนั้น และดำเนินวิธีการบังคับทั่ว ๆ ไปตามที่ศาลได้กำหนดไว้ในหมายบังคับคดี รวมทั้งให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีได้โดยให้ถือเสมือนเป็นเจ้าพนักงานศาล”

ง. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตัวอย่างเช่น กรณีที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับกุมบุคคลตามมาตรา 78⁵¹ การจับนั้นไม่เป็นความผิดต่อเสรีภาพ

จ. พระราชบัญญัติอื่น ๆ เช่น กรณีที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะเข้าไปยังสถานที่หรือที่ดินของประชาชนเพื่อตรวจสอบเรื่องต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ⁵² เป็นต้น ซึ่งการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก

2.3.2 ความยินยอมของผู้เสียหาย

หลักความยินยอมของผู้เสียหายที่ถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นี้ปรากฏหลักฐานว่าเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยโรมัน ดังจะเห็นได้จากสุภาษิตที่ว่า “Volenti non fit injuria” (one who consents suffers no wrong) หรือ “ความยินยอมทำให้ไม่เป็นความผิด” ซึ่งถือได้ว่าเป็นหลักที่ยอมรับกันในทุกประเทศ โดยบางประเทศได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ประเทศเยอรมัน ประเทศอิตาลี ประเทศอินเดีย เป็นต้น⁵³ และในบางประเทศแม้จะมีได้นำหลักความยินยอมไปบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ได้ยอมรับในทางทฤษฎีว่าความยินยอมของผู้เสียหายนั้นสามารถนำมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดของผู้กระทำได้ รวมถึงประเทศไทยด้วย โดยกฎหมายไทยนั้นไม่ปรากฏว่ามีประมวลกฎหมายอาญามาตราใดที่บัญญัติยอมรับหลักความยินยอมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดนี้เลย จะพบก็เพียงแต่บทบัญญัติที่ถือความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการลงโทษ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น⁵⁴ ความผิดฐานกระทำอนาจาร⁵⁵ เป็นต้น และบทบัญญัติที่กฎหมายประสงค์ให้การกระทำใดซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 บัญญัติว่า “พนักงานฝ่ายปกครองหรือ ตำรวจจะจับผู้ใดโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งของศาลนั้นไม่ได้ เว้นแต่

(1) เมื่อบุคคลนั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้าดังได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 80

(2) เมื่อพบบุคคลโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด

(3) เมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับบุคคลนั้นตาม มาตรา 66 (2) แต่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับบุคคลนั้นได้

(4) เป็นการจับผู้ต้องหาหรือ จำเลยที่หนีหรือจะหลบหนีในระหว่างถูกปล่อยชั่วคราวตามมาตรา 117”

⁵² เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 48, 53, 54 เป็นต้น

⁵³ จาก การใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 106), โดย บุญศิริรัตน์ สมบูรณ์, 2531, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2531 โดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁵⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278.

เห็นว่าอาจเป็นภัยคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็จะบัญญัติให้เรื่องเหล่านั้นเป็นความผิดโดยชัดแจ้งถึงแม้จะมีความยินยอมก็ตาม เช่น ความผิดฐานทำให้แท้งลูก⁵⁶ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยรับรองไว้หลายครั้ง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508⁵⁷ “ข้อตกลงว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญานั้น อาจถือเป็นความยินยอมให้กระทำการที่ตามปกติต้องด้วยบทบัญญัติว่าเป็นความผิดได้ มีหลักทั่วไปเป็นเหตุยกเว้นความผิดอาญาตามนัยฎีกาที่ 616/2482 และ 787/2483 ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้กระทำการนั้นเป็นความผิดขึ้นได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2073/2537⁵⁸ “จำเลยที่ 1 กระทำชำเราด้วยความยินยอมของผู้เสียหายจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนจำเลยที่ 2 กระทำชำเราโดยที่ผู้เสียหายมิได้ยินยอมจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา”

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ความยินยอมให้กระทำต่อร่างกาย ถ้าไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือความรู้สึกในทางธรรมจรรยา และเป็นความยินยอมที่มีอยู่ก่อนหรือจนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ความยินยอมนั้นยกเว้นความผิดได้ แต่หากความยินยอมนั้นขัดต่อความรู้สึกในทางศีลธรรมจรรยาหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วก็ไม่อาจยกเว้นความผิดได้⁵⁹ จึงเป็นที่มาของการศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด โดยสรุปได้ดังหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

1) ความยินยอมนั้นต้องเป็นความยินยอมที่แสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และต้องเป็นความยินยอมที่ไม่มีเงื่อนไข ทั้งเมื่อยินยอมต่อสิ่งหนึ่งแล้วมิได้หมายความว่ายินยอมต่อสิ่งอื่น ประกอบกับผู้กระทำต้องรู้ถึงความยินยอมนั้นด้วย

2) ความยินยอมนั้นต้องได้มาโดยชอบ กล่าวคือ ผู้ให้ความยินยอมจะต้องให้ความยินยอมด้วยใจสมัครไม่ว่าทางกายหรือทางจิตใจ ไม่ได้เกิดจากการหลอกลวง ข่มขู่ ความสำคัญผิด

⁵⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301, 302.

⁵⁷ จาก ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา (โปรแกรมคอมพิวเตอร์), โดยศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ศาลฎีกา. ลิขสิทธิ์ 2550 โดยศาลฎีกา.

⁵⁸ แหล่งเดิม.

⁵⁹ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 400-401), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. ลิขสิทธิ์ 2556 โดยมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

หรือโดยวิธีการอันมิชอบด้วยประการใด ๆ ทั้งผู้ให้ความยินยอมจะต้องรู้ถึงผลที่จะเกิดขึ้นตามมาในภายหลังด้วย

3) ความยินยอมนั้นต้องมีอยู่จนกระทั่งเกิดการกระทำผิด กล่าวคือ เมื่อผู้ถูกระทำให้ความยินยอมแล้ว ความยินยอมนั้นจะต้องมีอยู่ตลอดไปจนกระทั่งเกิดการกระทำผิด หากผู้ถูกระทำบอกเลิกความยินยอมเสียก่อนเวลาที่จะเกิดการกระทำผิดและผู้กระทำยังคงขึ้นกระทำต่อไป ความยินยอมก็จะไม่ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นความผิดแต่อย่างใด

4) ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือ ความยินยอมของผู้ถูกระทำนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความรู้สึกของประชาชนโดยทั่ว ๆ ไป เช่น การยินยอมให้ผู้อื่นฆ่าตนเอง จะเห็นได้ว่า หากเกิดการกระทำลักษณะเช่นนี้ขึ้นจะกระทบต่อความรู้สึกและความสงบสุขของประชาชนอย่างมาก ทั้งอาจเป็นการเล็งกฎหมาย ดังนั้น การให้ความยินยอมในการกระทำเช่นนี้ก็ไม้อาจถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้

2.3.3 กฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับในฐานะ “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” นี้ เป็นกรณีที่ปรากฏหลักการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักที่ประชาชนทั่วไปปฏิบัติตามเป็นระยะเวลาอันประจวบกับประชาชนเห็นว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นกฎหมาย และเมื่อมีการบังคับตามจารีตประเพณีอยู่แล้ว ก็สมควรที่จะได้รับการรับรองตามกฎหมายด้วย ดีกว่าจะตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่

การที่มนุษย์รวมตัวกันเป็นหมู่คณะทำให้เกิดสังคมขึ้น ซึ่งประชาชนในสังคมนั้นจะมีกฎเกณฑ์ความประพฤติในสังคม (norms) ที่ก่อตัวขึ้น และเจริญพัฒนาขึ้นเองโดยมิได้อาศัยอำนาจบงการหรือเจตนาที่ตั้งขึ้น โดยมนุษย์ หลักการที่เป็นสิ่งที่ส่งเสริมการดำรงอยู่ของสังคมเช่นนี้เกิดขึ้นได้เองและได้รับการประพฤติปฏิบัติกันต่อมาเรื่อย ๆ จนทำให้เป็นสิ่งที่ยอมรับอย่างเป็นธรรมดาและอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งการที่มนุษย์ตัดสินใจประพฤติปฏิบัติตามแนวทางใด ๆ นั้นมีผู้ให้เหตุผลว่าสืบเนื่องมาจากสาเหตุ⁶⁰ ดังต่อไปนี้

1) เหตุผลในการจำแนกแยกแยะ หรือที่เรียกว่า ความสามารถในการจำได้หมายความว่า รู้ว่าข้อเท็จจริงเป็นเรื่องอะไร และรู้ถึงความเหมือน ความแตกต่าง หรือความคล้ายคลึงกัน

2) เหตุผลในทางศีลธรรม เป็นความรู้สึกที่เกิดขึ้นในจิตใจของผู้มีสติปัญญาเองที่จะรู้ว่าสิ่งใดควรทำ สิ่งใดไม่ควรทำ รู้ว่าสิ่งใดผิด สิ่งใดถูก ซึ่งความสามารถรับรู้อาจริยธรรมนี้มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์โดยธรรมชาติ ที่เรียกว่า “เหตุผลภายใน” ส่วนความสัมพันธ์ในเรื่องข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ประกอบเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกิดขึ้นในสังคมนอก อันได้แก่ ความสัมพันธ์ต่อเนื่องซึ่งกัน

⁶⁰ การใช้กฎหมายจารีตประเพณี ในกฎหมายอาญา (วิชานิติพนธ์ปริญญาโท) (น. 34). เล่มเดิม.

และกันในฐานะเหตุการณ์หรือเหตุการณ์หนึ่งในทางวิทยาศาสตร์ เรียกว่า “เหตุผลของเรื่อง” (nature of things) หรือ เหตุผลภายนอกที่เมื่อมนุษย์ใช้ความสามารถรับรู้ทางศีลธรรมมาพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของข้อมูลต่าง ๆ ที่มีอยู่ภายนอกก็จะสามารถมองเห็นเหตุผลของเรื่องในเรื่องนั้น ๆ ได้จากเหตุผลของเรื่องซึ่งเป็นข้อมูลภายนอกประกอบกับการบ่งชี้ในตัวว่าสถานการณ์เช่นนั้น ฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูก ฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด อันเป็นเหตุผลภายในก็จะเกิดการวินิจฉัยขึ้น โดยอัตโนมัติจากการเชื่อมโยงกันระหว่างเหตุผลภายในกับเหตุผลภายนอก และเมื่อได้รับการปฏิบัติตามติดต่อกันอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานก็จะยิ่งผนึกอยู่กับความสำนึกของหมู่คนที่ปฏิบัติเช่นนั้น จนต้องยอมรับว่าถูกโดยไม่ต้องมีการวินิจฉัยใด ๆ อีก ในที่สุดก็จะกลายเป็นขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของหมู่คนนั้น ๆ

เมื่อต่อมาจารีตประเพณีของหมู่คนนั้น ๆ ได้รับการประพฤติปฏิบัติติดต่อกันเรื่อยมา จนเกิดเป็นความคิดในหมู่คนว่าเป็นสิ่งที่ต้องประพฤติปฏิบัติตาม โดยไม่มีใครบังคับจนทำให้ปรากฏตัวเป็นกฎเกณฑ์ที่มีรูปร่างชัดเจนขึ้น ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (Opinio juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น (Opinio necessitatis) จารีตประเพณีก็จะพัฒนากลายเป็น “กฎหมายจารีตประเพณี”

โดยทั่วไปแล้ว วิถีทางปฏิบัติต่อกันในสังคมเกิดขึ้นจากขนบธรรมเนียมประเพณี เป็นเบื้องต้น แต่ต่อมาวิถีทางการปฏิบัติต่อกันดังกล่าวจะต้องมีกฎหมายบังคับใช้ เพราะอาจจะเป็นเพราะความจิตจางในขนบธรรมเนียมประเพณี หรืออาจจะเป็นเพราะขนบธรรมเนียมนั้นได้รับการยอมรับจากสังคมอย่างกว้างขวางจนต้องบัญญัติเป็นกฎหมายรับรองไว้ และในทางตรงกันข้าม อาจกล่าวได้ว่า ขนบธรรมเนียมประเพณีที่ไม่ดีไม่งามบางประเภทก็อาจจะได้รับการยกเลิกโดยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน อาทิเช่น การลงโทษผู้กระทำความผิดโดยวิธี “ตาต่อตาฟันต่อฟัน” เป็นต้น⁶¹

กฎหมายจารีตประเพณีนี้ อาจพิจารณาในแง่ความหมายได้โดยการพิจารณาถึงลักษณะที่ถือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ก่อให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีขึ้น ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านั้น ได้แก่

1) เป็นหลักเกณฑ์ที่กำเนิดขึ้นมานานแล้ว หลักเกณฑ์ประการนี้จะเข้าลักษณะที่เกิดขึ้นมานานแล้วหรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป แต่ทั้งนี้ต้องนานจนเกินกว่าความทรงจำของบุคคลว่าเริ่มมีใช้อย่างแน่นอนเมื่อใด และไม่ใช่ว่าเพิ่งเกิดขึ้นมาใหม่ด้วย ซึ่งความช้านานนี้จะถือเป็นเครื่องพิสูจน์ให้เห็นว่า หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักความประพฤติของคนทั่วไป ซึ่งความประพฤติของคนทั่วไป ที่จะนิยมตาม ๆ กันนั้นจะเกิดขึ้นในเร็ววันไม่ได้ หากแต่จะต้องเป็นสิ่งที่ค่อยเป็นค่อยไปที่ละน้อย

⁶¹ จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น. 32), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2557 โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน.

2) เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้รับการปฏิบัติมาอย่างต่อเนื่องโดยทั่วไป กล่าวคือ ได้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวในรูปลักษณะอย่างเดียวกันตลอดมา จนกระทั่งถึงเวลาที่เราจะพิสูจน์หลักเกณฑ์นั้น ๆ โดยรายละเอียดในการพิจารณาว่าเป็นการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป และการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องนั้นไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานว่าได้ปฏิบัติติดต่อกันทุกวัน โดยไม่มีการหยุด

3) เป็นหลักเกณฑ์ที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาด้วยความสมัครใจ กล่าวคือ ประชาชนได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์นั้น ๆ ด้วยความสันติ ไม่มีผู้ใดใช้อำนาจขู่หรือบังคับ

4) เป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากการที่ประชาชนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinion juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติ (opinio necessitatis)

5) เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความมั่นคงและแน่นอน กล่าวคือ สามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่าหลักเกณฑ์นั้นมีปฏิบัติกันอยู่ในสังคมนั้น ๆ จริง

6) เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้มีการปฏิบัติตามกันโดยทั่วไป กล่าวคือ ได้มีการปฏิบัติตามโดยบุคคลเป็นส่วนใหญ่ และในสถานที่ที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์นั้น ๆ ซึ่งอาจจะเป็นส่วนหนึ่งของจังหวัดใดในภาคใดภาคหนึ่งของประเทศ หรือทั้งประเทศก็ได้

7) เป็นหลักเกณฑ์ที่ชอบด้วยเหตุผลและสอดคล้องกันกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการวัดความมีเหตุผลของหลักเกณฑ์นั้น ๆ จะพิจารณาจากข้อเท็จจริงของหลักเกณฑ์นั้น ๆ ว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมหรือไม่ ถ้าไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ย่อมเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถยอมรับได้ นอกจากนี้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นจะเป็นเรื่องใดก็ตามและไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติยกเลิกหรือขัดต่อหลักเกณฑ์นั้น ๆ ในภายหลัง

กฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้ในทางอาญานั้น มีข้อพิจารณาประการสำคัญอยู่ 2 ประการ⁶² คือ

1) กฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจกำหนดความผิดขึ้นใหม่และไม่อาจกำหนดให้มีโทษอย่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ เพราะจะเป็นการขัดต่อหลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) และขัดต่อหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนุษย์ที่ยอมรับว่าเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้นที่จะกำหนดความผิดและโทษได้

2) กฎหมายจารีตประเพณีสามารถใช้ในทางที่เป็นคุณได้ กล่าวคือ ใช้ในฐานะที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดทางอาญา โดยกฎหมายจารีตประเพณีอาจมีข้อความให้อำนาจบุคคลกระทำการ

⁶² กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 133). เล่มเดิม.

ใด ๆ ซึ่งโดยปกติการกระทำนั้น ๆ เป็นความผิดอาญาได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นบทเคียงคู่อย่างตัดทอน กฎหมายลายลักษณ์อักษร⁶³ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ก. การชกมวยหรือเล่นกีฬาที่ถูกกติกา แม้จะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งตายก็ไม่เป็นความผิด แต่ถ้ากระทำผิดกติกา เช่น ชกเข่าล้มลงแล้วยังเตะซ้ำ และเขาตายเพราะการเตะนั้น ผู้กระทำก็มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา

ข. แพทย์ที่ตัดแขนคนไข้โดยที่คนไข้ยินยอม เพราะเป็นมะเร็ง ถ้าทิ้งไว้จะเป็นอันตรายถึงชีวิต แพทย์ย่อมมีอำนาจทำได้ แต่ถ้าคนไข้ไม่ยินยอม แพทย์ก็มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ค. การลงโทษเด็กโดยการใช้อำนาจปกครองตามสมควรแทนบิดามารดา นั้น หากลงโทษเด็กตามสมควรก็ไม่มีผิด

ในที่นี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงการยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ในประเด็นการยอมรับจารีตประเพณีในการลงโทษผู้เยาว์ตามสมควร เพื่ออบรมสั่งสอน ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

1) กรณีการใช้อำนาจลงโทษโดยบิดามารดา

สังคมไทยนั้น ได้ชื่อว่าเป็น “สังคมกสิกรรม” แรงงานจากสมาชิกทุกคนในครอบครัวจึงมีความสำคัญและมีความจำเป็นที่จะต้องมีส่วนในครอบครัวเพื่อทำหน้าที่จัดระเบียบแรงงานเมื่อผลผลิตทุกอย่างมาจากที่ดินที่สามีครอบครองหรือเป็นเจ้าของ สามีซึ่งเป็นเจ้าบ้านจึงเป็นเหมือนเจ้าที่ปกครองเหล่าลูกเมียภายในอาณาจักรของตน นอกจากนี้การศึกษาในสมัยนั้นยังทำกันในวัดโดยพระสงฆ์เป็นผู้สอน หญิงจึงไม่มีโอกาสเท่าชาย ดังนั้น ด้วยอำนาจเศรษฐกิจที่สามีมุมอยู่ทั้งในและนอกบ้านจึงทำให้สมาชิกทุกคนในครอบครัวต้องพึ่งพาสามีในชีวิตประจำวัน สามีจึงมีสถานะเป็นหัวหน้าครอบครัว ส่วนภรรยาทำงานบ้านมีหน้าที่เลี้ยงดูลูก และอำนาจปกครองทั้งหมดจึงเป็นของบิดาโดยมารดาไม่มีส่วนร่วม และจะปกครองไปจนกว่าบุตรจะแต่งงานไปตั้งครอบครัวใหม่ของตนเอง

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรนั้น ปราภภูมิบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะฟัวเมียที่กำหนดหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร (และภรรยา) ไว้อย่างชัดเจน⁶⁴ โดยบทที่ 74 ได้กำหนดไว้ว่า “ราษฎรทั้งหลายในแว่นแคว้นเสมามณฑลให้เลี้ยงดูลูกเมียพี่น้องพ้องพันธ์งชอบโดยธรรม” ซึ่งบทบัญญัตินี้แสดงเจตนาของผู้ร่างไว้เป็นอย่างดีว่า เป็นเจตนาของ

⁶³ จาก กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น. 30), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2525, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2525 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶⁴ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (น. 366), โดย ไพโรจน์ กัมพูศิริ, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2551 โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บ้านเมืองที่ต้องการให้หน้าที่เลี้ยงดูบุตรนี้คานกับสิทธิเด็ดขาดในครอบครัวของตนเอง เป็นบทกฎหมายลักษณะคำสั่ง และเป็นคำสั่งบทที่ลดความแข็งแกร่งในภาพของบิดา ทั้งยังแสดงถึงความเอื้ออาทรของผู้คนทุกระดับในยุคสมัยของการใช้กฎหมายลักษณะนี้บังคับ

ต่อมาเมื่อประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เป็นครั้งแรกในวันที่ 1 ตุลาคม 2478 โดยที่การร่างบรรพ 5 ของประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เยอรมัน และบางส่วนก็นำมาจากกฎหมายญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ได้ให้อำนาจเด็ดขาดแก่สามีในครอบครัวอันเป็นระบบเดียวกับที่เป็นเมื่อครั้งไทยยังใช้กฎหมายลักษณะฝ่าเมีย ในแง่นี้จึงไม่เกิดปัญหาในการรับเอาความคิดดังกล่าวมากำหนดไว้ในกฎหมายครอบครัวของไทยเนื่องจากสอดคล้องกับแนวปฏิบัติในสังคมและแนวของกฎหมายที่ใช้มาก่อนหน้านั้นอยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้เองบทบัญญัติที่มีอยู่ในบรรพ 5 พ.ศ. 2478 จึงเป็นบทบัญญัติที่รับรองอำนาจในครอบครัวของสามีฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นอำนาจเหนือภริยาในความสัมพันธ์ส่วนตัวและทรัพย์สิน⁶⁵ รับรองอำนาจในฐานะบิดาผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์แต่เพียงฝ่ายเดียว⁶⁶ ซึ่งบทบัญญัตินี้ใช้บังคับเรื่อยมาจนกระทั่งได้มีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งใหญ่เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน อันเป็นผลบังคับจากมาตรา 29 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 โดยให้สามีและภริยามีสิทธิเท่าเทียมกัน ในความสัมพันธ์ส่วนตัวและการจัดการทรัพย์สิน รวมทั้งให้มารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์กับบิดา ซึ่งหลักการดังกล่าวคงมีอยู่มาตลอดจนถึงปัจจุบัน เพียงแต่มีการแก้ไขปรับปรุงรายละเอียดให้ชัดเจนและครอบคลุมมากขึ้น

2) กรณีการใช้อำนาจลงโทษโดยครูอาจารย์

ตั้งแต่ครั้งสมัยสุโขทัย อยุธา ธนบุรี เรื่อยมาจนกระทั่งสมัยรัตนโกสินทร์ ปราภูลักษณ์ฐานเด่นชัดว่า การศึกษาของเด็กไทยนั้นใช้วัดเป็นศูนย์กลางและมีพระสงฆ์เป็นครู⁶⁷ ซึ่งชาวบ้านจะส่งบุตรหลานที่เป็นชายไปเล่าเรียนตามวัดที่ตนเลื่อมใสศรัทธา ศิษย์ของพระรูปไหนก็สอนอยู่ที่กุฏิของตนในวัดตามความสะดวก โดยมีพระสงฆ์จะสอนให้รู้จักการอ่าน การเขียน

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1454 บัญญัติว่า “สามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่ และเป็นผู้อำนวยการในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู” และมาตรา 1468 บัญญัติว่า “สามีเป็นผู้จัดการสินบริคนห์ เว้นแต่ในสัญญาก่อนสมรสจะได้กำหนดให้ภริยาเป็นผู้จัดการหรือให้จัดการร่วมกัน”.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2478 มาตรา 1537 บัญญัติว่า “บุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ ต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดามารดา อำนาจปกครองนั้นอยู่แก่บิดา”.

⁶⁷ จาก *ความเป็นมาของการศึกษาไทย* (น. 15-16), โดย จิตรกร ตั้งเกษมสุข, 2525, กรุงเทพฯ: เคล็ดไทย. ลิขสิทธิ์ 2525 โดยสำนักพิมพ์เคล็ดไทย.

พร้อมทั้งสอดแทรกจริยธรรมและหลักธรรมของพระพุทธศาสนาไปในตัว ส่วนลูกหลานที่เป็นหญิงก็ให้เล่าเรียนการบ้านการเรือนอยู่กับบ้าน

การเรียนการสอน ในสมัยที่วัดเป็นสถานศึกษาและพระสงฆ์ทำหน้าที่เป็นครูนั้น เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าพระสงฆ์มีอำนาจลงโทษลูกศิษย์ของตนได้ ดังความตอนหนึ่งที่พระยาอนุমানราชชน⁶⁸ กล่าวไว้ว่า “เมื่อเริ่มเรียน พระผู้เป็นอาจารย์จะเขียนพยัญชนะ ก ข ลงบนกระดานดำให้อ่านก่อน เด็กจะต้องเล่าท่องดัง ๆ จนจำได้ แล้วจึงหัดเขียนโดยใช้ก้านธูปชี้ไปตามตัวหนังสือต้นฉบับที่อาจารย์เขียนไว้ให้ ถ้าทำให้ลบเลือนหายไปเป็นต้องถูกทำโทษ ลงที่อาจารย์ลบต้นแบบครั้งหนึ่งหรือทั้งหมดเพื่อทดลองให้เขียนเอง ถ้าเขียนไม่ถูกก็บังคับให้เอากระดาน โขกหัวเสียดสามครั้ง หรืออาจารย์เขียนตัวละที หรืออย่างดีให้งอมือเป็นลูกมะเหงกเขกกระดานเท่าจำนวนตัวหนังสือที่เขียนผิด” ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะอยู่ในยุคสมัยใด ประชาชนต่างยอมรับว่าครูอาจารย์สามารถทำโทษเด็กหรือลูกศิษย์เพื่อว่ากล่าวอบรมสั่งสอน โดยที่ครูอาจารย์นั้นจะไม่มีคามผิดทางอาญาใด ๆ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายจารีตประเพณีนี้แม้มิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ได้รับการยอมรับให้สามารถนำมาใช้ในฐานะที่เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เพื่อยกเว้นความผิดในทางอาญาได้ ทั้งยังสามารถให้ความเป็นธรรมต่อสังคมได้ดีกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรในบางกรณี ด้วยเหตุที่กฎหมายจารีตประเพณีจะมีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ของสังคมในแต่ละช่วงเวลาเวลามากกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก

สิทธิเด็กเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเด็กเป็นกลุ่มคนที่ต้องการการปกป้องคุ้มครองมากกว่าคนทั่วไป เนื่องจากความสามารถของสภาวะทางร่างกายและสติปัญญาของเด็กนั้นไม่เท่าเทียมกับผู้ใหญ่ จึงต้องได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เพื่อให้พัฒนาการและเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าต่อสังคม ในประชาคมระหว่างประเทศเห็นความสำคัญในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1924 องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” หรือที่เรียกว่า “ปฏิญญาเจนีวา” (the Declaration of Geneva 1924) เมื่อมีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติก็ได้มีการประกาศ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” (the Universal Declaration of Human Rights) เมื่อปี ค.ศ. 1948 ต่อมาในปี ค.ศ.1959 องค์การสหประชาชาติได้พัฒนาและประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” (the United Nations Declaration

⁶⁸ จาก *ชีวิตชาวไทยสมัยก่อน* (น. 156-157), โดย เสถียร โกเศศ, 2510, กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา. ลิขสิทธิ์ 2510 โดยสำนักพิมพ์แพร่พิทยา.

on the Rights of the Child 1959) แต่ปฏิญญาไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ จนกระทั่งปี ค.ศ. 1989 สหประชาชาติจึงได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปของ "อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก" (Convention on the Rights of the Child 1989) และในปี ค.ศ.2000 องค์การสหประชาชาติได้จัดทำตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศอีก 2 ฉบับ ในรูปแบบของพิธีสารต่อท้ายอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คือ พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยกำลังอาวุธ (Optional Protocol on the involvement of Children in Armed Conflict) และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเรื่องการค้าเด็ก การค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก (Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)

ปัจจุบันถือว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารต่อท้ายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลสำคัญอย่างยิ่งในการกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นอนุสัญญาที่มีประเทศต่าง ๆ เข้าเป็นภาคีสมาชิกมากกว่าอนุสัญญาอื่นทุกฉบับ ส่วนพิธีสารทั้งสองฉบับนั้นอยู่ระหว่างการเปิดให้ลงนามและให้สัตยาบัน

2.4.1 สาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มีหลักการสำคัญสองประการ⁶⁹ คือ

1) สิทธิของเด็กนั้น ไม่ใช่เรื่องที่รัฐหรือใครให้กับเด็ก แต่เป็นสิทธิของเด็กทุกคนที่มีติดตัวมาตั้งแต่เกิด ซึ่งอนุสัญญาใช้คำว่า สิทธิติดตัว (inherent rights) ดังนั้น เด็กจึงเป็นผู้มีสิทธิที่ไม่มีผู้ใดสามารถไปตัดทอนหรือจำกัดการใช้สิทธิอันชอบธรรมของเด็กหรือละเมิดสิทธิของเด็กได้

2) ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็ก จะต้องคำนึงถึงสิทธิเด็กและที่สำคัญที่สุดคือ ต้องยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) เป็นข้อพิจารณาในการดำเนินการ

ในการเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น เป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคีสมาชิก เพราะเป็นการกำหนดมาตรฐานในการคุ้มครองเด็กขั้นต่ำที่ประเทศเหล่านั้นจะต้องยกมาตรฐานของตนเองขึ้นให้เท่ากับที่กำหนดในอนุสัญญาฯ หรือสูงกว่า ส่วนประเทศที่มีการคุ้มครองที่สูงกว่าที่อนุสัญญาฯ กำหนดไว้จะได้รับการยกย่องและกระตุ้นให้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้สูงขึ้น เหตุที่เป็นประโยชน์โดยตรงต่อประเทศภาคีสมาชิก เพราะการคุ้มครองเด็กอย่างน้อยตามมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญาฯ เป็นการรับประกันว่า เด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นจะได้มีอัตราการอยู่รอดที่สูง ได้รับการพัฒนาทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจในระดับที่เด็กจะเติบโตเป็น

⁶⁹ จาก *แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก*, สืบค้น 23 ธันวาคม 2557, จาก http://www.organellelife.com/webboard_view.php?id=29

ผู้ใหญ่ที่มีความสามารถและมีสุขภาพกายแข็งแรงและมีสุขภาพจิตดี เด็กต้องไม่ถูกนำไปใช้แรงงาน ก่อนวัยอันควรซึ่งขัดขวางการพัฒนาการทางการศึกษาของเด็กและต้องไม่ถูกนำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบไม่ว่าในการค้าประเวณี ในการใช้ประโยชน์ทางเพศหรือทางด้านอื่นๆ อันเป็นการทำลายชีวิตและอนาคตของเด็กโดยตรง และให้เด็กได้มีส่วนร่วมตามระดับความสามารถซึ่งเป็นการพัฒนาเด็กให้เป็นผู้ใหญ่ที่ดีต่อไป เนื่องจากเด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ของประเทศในอนาคตการพัฒนาเด็กซึ่งเป็นสิ่งที่ค่าที่สุดของประเทศให้เติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่ดีมีความสามารถ เป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าและทำประโยชน์ให้ต่อประเทศชาติทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งต่อความเจริญก้าวหน้าของประเทศนั้น ๆ และจำเป็นอย่างยิ่งต่อการแข่งขันกันทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม หากเด็กไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานที่ดีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เด็กจะเติบโตขึ้นมาอย่างไรคุณภาพแทนที่จะเติบโตเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่าของสังคม ทำให้ไม่สามารถพัฒนาประเทศได้อย่างเต็มที่และจะทำให้สังคมและทรัพยากรของประเทศนั้นอ่อนแอและตกเป็นรองประเทศอื่น ๆ ในการแข่งขันเพื่อความอยู่รอดและการพัฒนาของประเทศ

คำว่า “เด็ก” ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ว่าหมายความว่าบุคคลทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้คำนิยามคำว่า “เด็ก” ไว้ในข้อ 1 ว่า เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ เด็กหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น จากคำนิยามดังกล่าวจึงหมายความว่า มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อยู่ในความหมายของคำว่า “เด็ก” ทั้งสิ้น⁷⁰ เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ให้อยู่ก็จะไม่อยู่ในความคุ้มครองของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอีกต่อไป

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ ให้ความสำคัญคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กทุกคนในโลก โดยได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ โดยกำหนดว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องเคารพและคุ้มครองสิทธิเด็กทุกคนที่อยู่ภายในเขตอำนาจของตนไม่ว่าจะเป็นคนสัญชาติของประเทศนั้นหรือไม่ ที่อยู่ภายในเขตอำนาจของตนโดยไม่เลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติพันธุ์ หรือสังคม ทรัพย์สิน ความทุพพลภาพ การเกิด หรือสถานะอื่น ๆ ของเด็ก หรือ บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย (ข้อ 2) การไม่เลือกปฏิบัตินั้นไม่ได้หมายความว่ารัฐจะต้องปฏิบัติต่อเด็กทุกคนเหมือนกันหมด หากเด็กกลุ่มใดไม่สามารถใช้สิทธิเช่นเดียวกับเด็กอื่น เพราะสภาวะทางร่างกาย จิตใจ หรือสังคม เช่น เด็กพิการทางร่างกายหรือทางสมอง เด็กเร่ร่อน ยาจน เป็นต้น รัฐอาจจัดบริการให้เด็ก

⁷⁰ แหล่งเดิม.

เหล่านี้เป็นกรณีพิเศษ เพื่อช่วยให้เด็กกลุ่มนี้ได้ใช้สิทธิเท่าเทียมกับเด็กอื่น ๆ และยังสามารถกำหนดว่าในการกระทำที่เกี่ยวกับเด็ก ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก

อนุสัญญาฯ ยังได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยจำแนกได้เป็น 4 ประเภท⁷¹ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด หมายถึง สิทธิของเด็กที่คลอดออกมาแล้วจะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย อนุสัญญาฯ กำหนดว่า รัฐภาคีรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดที่จะมีชีวิต และรัฐภาคีต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก โดยเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูไม่ว่าจะโดยบิดามารดา ญาติพี่น้อง หรือรัฐ เพื่อให้อยู่รอดและเจริญเติบโต และมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอตามฐานะซึ่งหากครอบครัวไม่สามารถดำเนินการได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำ รัฐต้องเข้าไปให้การช่วยเหลือ นอกจากนี้เด็กยังมีสิทธิที่จะได้รับการบริการด้านสุขอนามัยให้พ้นจากโรคภัยต่าง ๆ ที่จะทำให้เด็กเสียชีวิตหรือพิการ เช่น การมีสิทธิที่จะได้รับวัคซีนป้องกันโรคต่าง ๆ การตรวจรักษาและการบริการด้านสาธารณสุขอื่น ๆ มีที่อยู่อาศัย ไม่ถูกทอดทิ้งให้เป็นเด็กเร่ร่อน สิทธิที่จะได้รับอาหารในปริมาณที่เพียงพอและสะอาด สิทธิที่จะมีชื่อและสิทธิที่จะได้มีสัญชาติ กล่าวคือ เด็กทุกคนต้องไม่เกิดมาเป็นผู้ไร้สัญชาติ รัฐภาคีจะต้องดำเนินการให้เด็กมีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็สัญชาติของบิดาหรือของมารดา หรือของประเทศที่เด็กนั้นเกิด เพราะการเป็นเด็กที่ไร้สัญชาติจะมีผลกระทบต่อชีวิตของเด็กนั้นอย่างร้ายแรง และเป็นเวลายาวนาน ในเรื่องของการเลี้ยงดูนั้น อนุสัญญาฯ เน้นการเลี้ยงดูและความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดามารดาอย่างมาก โดยกำหนดให้รัฐภาคีให้หลักประกันว่า เด็กจะต้องไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่การแยกเด็กนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายซึ่งสามารถตรวจสอบได้โดยศาลและเป็นกรณีจำเป็นที่จะต้องแยกเด็กออกมาเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอง เมื่อมีการทำร้ายใช้เด็กในทางที่ผิด หรือเด็กถูกบิดามารดาทอดทิ้ง ทั้งนี้เพราะโดยหลักการแล้วบุคคลที่จะเลี้ยงดูเด็กได้ดีที่สุดคือบิดาและมารดาด้วยกัน ซึ่งเป็นไปตามข้อเท็จจริงตามธรรมชาติที่ว่าไม่มีใครรักและหวังดีต่อเด็กเกินไปกว่าบิดามารดาของเด็กนั้น ยกเว้นกรณีที่บิดาหรือมารดาของเด็กมีปัญหาอย่างอื่นทำให้ไม่สามารถดูแลเด็กหรือบางครั้งกลับทำร้ายเด็กเอง

2) สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง กล่าวคือ เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจ และทางเพศ ซึ่งรวมทั้งการล่วงละเมิดทางเพศกับหรือการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ จากเด็ก เช่น การค้าประเวณีเด็ก การขายเด็ก การนำเด็กไปใช้ขอตาน ไม่ว่าโดยบิดา มารดา

⁷¹ แหล่งเดิม.

ผู้ปกครองเด็กหรือโดยบุคคลอื่น เด็กที่ลี้ภัยจากอันตรายเข้ามาในประเทศของรัฐภาคีจะต้องได้รับการคุ้มครองและช่วยเหลือ เด็กพิการทั้งทางร่างกายและจิตใจมีสิทธิได้ใช้ชีวิตที่ดีอย่างมีศักดิ์ศรีและได้รับการส่งเสริมให้พึ่งพาตนเองกับมีส่วนร่วมในชุมชน เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากโรคภัยต่าง ๆ ตามมาตรฐานสาธารณสุขที่ดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จะต้องไม่มีเด็กคนถูกตัดออกจากการได้รับการบริการสาธารณสุข เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการใช้แรงงาน โดยห้ามการใช้แรงงานเด็กที่อายุต่ำกว่าอายุขั้นต่ำที่ให้ทำงานได้ ในส่วนของยาเสพติด เด็กมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากการใช้ยาเสพติดในทุกรูปแบบและมีสิทธิได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกใช้ในการผลิตหรือการค้ายาเสพติด นอกจากนี้ เด็กยังมีสิทธิได้รับการคุ้มครองจากรัฐและสังคมจากการถูกนำไปใช้ประโยชน์ทางเพศหรือการล่วงละเมิดทางเพศในทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการชักชวนหรือข่มขู่ให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศ การค้าประเวณีหรือการเข้าไปมีส่วนร่วมในสื่อลามกเด็ก การลักพาตัว การค้าเด็กในทุกรูปแบบ เด็กมีสิทธิได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกนำไปใช้ในการสู้รบด้วยกำลังอาวุธ เด็กที่ตกเป็นผู้ต้องหามีสิทธิหลายประการคือ เด็กจะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยความทารุณ โหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม และเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิตหรือด้วยการจำคุกตลอดชีวิตโดยไม่มีโอกาสได้รับการปล่อยตัว เด็กที่ถูกจับกุม คุมขัง จะต้องถูกควบคุมตัวหรือขังแยกจากผู้ใหญ่ เพื่อป้องกันการเรียนรู้ถ่ายทอดพฤติกรรมจากผู้ต้องขังหรือนักโทษที่เป็นผู้ใหญ่และเป็นการป้องกันมิให้เด็กถูกข่มเหง รังแก บังคับจิตใจ หรือตกอยู่ในอิทธิพลของผู้ต้องขังที่เป็นผู้ใหญ่ และเด็กที่ถูกจับกุม คุมขังมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายและด้านอื่นโดยเร็ว นอกจากนี้ เด็กที่เป็นผู้ถูกระงับจากการถูกทอดทิ้ง การหาประโยชน์โดยมิชอบหรือทำร้ายและการล่วงละเมิด การทรมานหรือการลงโทษโดยโหดร้าย ทารุณหรือโดยไร้มนุษยธรรม มีสิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือฟื้นฟูสภาพร่างกาย จิตใจและให้กลับคืนสู่สังคมที่ดีได้อีกด้วย

3) สิทธิในการพัฒนา สิทธิในการพัฒนาตนเองของเด็ก เน้นทั้งด้านการพัฒนาทางร่างกายและสติปัญญา ซึ่งเน้นที่การเลี้ยงดูเด็กโดยพ่อแม่ หรือในบางกรณีโดยรัฐ โดยเด็กมีสิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่เพียงพอต่อการพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ศีลธรรมและทางสังคมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขและการตรวจรักษาเพื่อให้เด็กพ้นจากโรคภัยที่ป้องกันรักษาได้และไม่ให้โรคภัยดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการของเด็ก มีสิทธิที่ได้รับการศึกษาเพื่อให้เด็กได้พัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กให้เต็มศักยภาพของเด็กแต่ละคน ให้เด็กได้พัฒนาความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เป็นการเตรียมเด็กให้มีชีวิตและมีความรับผิดชอบต่อสังคมที่เสรีด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจ สันติภาพ ความอดกลั้น ความเสมอภาคทางเพศ และมิตรภาพใน

หม่อมหลวงมนุษย์ ทั้งให้มีความเคารพต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติและเคารพต่อบิดามารดา เอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษาและค่านิยมต่าง ๆ ทั้งที่เป็นของตนเองและที่แตกต่างไป โดยอนุสัญญาฯ ครอบคลุมถึงเด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้น ไม่ว่าจะสัญชาติใดตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ดังนั้น เด็กไม่ว่าจะมีสัญชาติใด และไม่ว่าการอยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นจะมีสถานะที่ถูกกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ก็มีสิทธิที่จะได้รับการศึกษาภาคบังคับและมีสิทธิที่จะได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันสำหรับการศึกษาที่สูงกว่าการศึกษาภาคบังคับ ในส่วนของเด็กที่พิการในรูปแบบต่าง ๆ รัฐต้องจัดให้เด็กเหล่านี้มีโอกาสที่จะได้รับการศึกษาอย่างเต็มที่เช่นเดียวกับเด็กปกติด้วย

4) สิทธิในการมีส่วนร่วม อนุสัญญาฯ เน้นถึงสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็ก โดยเสรีในทุกเรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็กและรัฐภาคีต้องดำเนินมาตรการให้เด็กได้แสดงความคิดเห็น ทั้งต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นนั้นตามควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการทางศาลและทางการบริการที่จะมีผลกระทบต่อเด็ก เด็กต้องได้รับโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นต่อการดำเนินการนั้นตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดและสิทธิในการแสดงออกของเด็กรวมถึงอิสระ ในการแสวงหาได้รับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดในทุกรูปแบบและในสื่อทุกประเภท เด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา สิทธิในการมีส่วนร่วมนี้รวมทั้งสิทธิของเด็กที่จะสมาคมกัน โดยสงบ เด็กมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยเฉพาะที่มีความมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมเด็กในด้านต่าง ๆ

2.4.2 กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก

2.4.2.1 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ เป็นกฎหมายที่มุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เด็กทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ รวมถึงการสงเคราะห์ การคุ้มครองสวัสดิภาพ การพัฒนาและฟื้นฟู ทั้งนี้โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้นจึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติต่อเด็ก โดยมีสาระสำคัญ⁷² ดังนี้

1) ผู้ปกครองต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองตามสมควรแก่ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น รวมถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กมิให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และผู้ปกครองต้องไม่ทอดทิ้งหรือละทิ้งเด็กไว้หรือละเลยไม่ดูแลเด็ก

⁷² จาก *สรุปสาระสำคัญ พ.ร.บ. คุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546*. สืบค้น 27 ธันวาคม 2557, จาก http://intranet.opp.go.th/fls/fls_uploads/47566/พรบ.คุ้มครองเด็ก.docx

2) ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่พระราชบัญญัตินี้กำหนด มีหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในเขตพื้นที่รับผิดชอบ รวมถึงดูแลตรวจสอบสถานที่ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่สำคัญเพื่อคุ้มครองเด็กทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียงหรือสิทธิประโยชน์อื่นของเด็ก เช่น ห้ามบุคคลใดกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมเด็ก ห้ามบุคคลใดบังคับ ชูเชิญ ส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็กประพฤติตนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำผิดในด้านต่าง ๆ เป็นต้น และเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ จึงได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจและหน้าที่พิเศษบางประการ เช่น อำนาจในการตรวจค้นสถานที่, มีหนังสือเรียกบุคคลมาให้ถ้อยคำ, เรียกให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานต่าง ๆ เป็นต้น

2.4.2.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550

เนื่องจากปัญหาการแก้ไขการใช้ความรุนแรงในครอบครัวมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการทำร้ายร่างกายระหว่างบุคคลโดยทั่วไป การใช้มาตรการทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามายังบังคับกับการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวจึงไม่เหมาะสม เนื่องจากกฎหมายอาญามีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดหรือปกป้องคุ้มครองผู้ที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ดังนั้น การมีกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว จึงมีความเหมาะสมกว่าการใช้กระบวนการทางอาญา โดยให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับตัวและยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ รวมทั้งสามารถรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ได้ ประกอบกับเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงได้บัญญัติกฎหมายโดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) “ความรุนแรงในครอบครัว”⁷³ หมายความว่า การกระทำใด ๆ โดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบ แต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท

(2) “บุคคลในครอบครัว”⁷⁴ หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยา โดยมีได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน

⁷³ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 3.

⁷⁴ แหล่งเดิม.

(3) ผู้ใดกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว ผู้นั้นกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น หากการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๕๕ ด้วย⁷⁵

นอกจากนี้ ยังกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ที่ได้พบเห็นการกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว หรือได้รับแจ้งจากผู้ถูกกระทำหรือผู้พบเห็นการกระทำ มีอำนาจเข้าไปในเคหสถานหรือสถานที่ที่เกิดเหตุเพื่อสอบถาม รวมทั้งให้มีอำนาจจัดให้ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวเข้ารับการรักษาจากแพทย์ และขอรับคำปรึกษาแนะนำจากจิตแพทย์ นักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์ ในกรณีที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ประสงค์จะดำเนินคดี ให้จัดให้ผู้นั้นร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ถ้าผู้นั้นไม่อยู่ในวิสัยหรือมีโอกาสร้องทุกข์ได้ด้วยตนเอง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้ร้องทุกข์แทนได้

⁷⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 6 วรรคสอง.