

## บทที่ 2

### แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดที่เป็นการก่ออันตรายกับ ขอบเขตความรับผิดฐานยิงปืนโดยใช่เหตุในที่ชุมนุมชน

สังคมไทยในปัจจุบันนี้มีมนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่มีความจำเป็นที่จะต้องอยู่ร่วมกันและพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ซึ่งการอยู่ร่วมกันนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการจัดระเบียบทางสังคมให้มีแบบแผนเดียวกัน เพื่อที่จะให้ทุกคนในสังคมนั้นเกิดการยึดถือและเป็นแนวทางในการปฏิบัติและเพื่อให้เกิดบรรทัดฐานของสังคมในการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข จึงทำให้กฎหมายอาญานั้นเป็นกระบวนการส่วนหนึ่งในการใช้เป็นวิธีการควบคุมและเป็นวิธีการจัดระเบียบทางสังคมที่มีประสิทธิภาพและยังมีลักษณะที่เป็นทางการ มีมาตรการที่รุนแรง อีกทั้งเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ จึงถือเป็นกระบวนการทางกฎหมายที่มีมาตรการขั้นสูงที่จะนำมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อให้จุดประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมคนในสังคมนั้นบรรลุผลสำเร็จนั่นเอง

#### 2.1 ทฤษฎีและแนวความคิดในการกำหนดความรับผิดอาญา

จากการพิจารณาในฐานความผิดของกฎหมายอาญาแล้วนั้นจะปรากฏความผิดที่ประกอบด้วยสาเหตุของการก่อให้เกิดการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำที่เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายในทางกายภาพ (Physical injury) หรือเป็นลักษณะการก่อให้เกิดอันตราย (harm) อย่างเช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ภัยอันตรายหรือความเสียหายในความผิดนี้คือผลของการบาดเจ็บหรือการก่อให้เกิดอันตรายต่อกายอันเป็นข้อเท็จจริงที่มีมูลเหตุมาจากการทำร้าย หรือกรณีความผิดลักษณะอื่นๆ นั้นข้อเท็จจริงหรือมูลเหตุแห่งภัยอันตรายนั้นอาจประกอบไปด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพจิตใจ หรือรายละเอียดเกี่ยวกับตัวเหยื่ออื่นๆ เช่น ความกลัว ความเสี่ยงที่จะเกิดภัยอันตรายความเสียหายนั้น<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> จาก ความรับผิดทางอาญา กรณีใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนกระทำความผิด: เปรียบเทียบกับการกระทำความผิดโดยใช้อาวุธปืน (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 9), โดย สรรค์ชัย โพธิ์สุวรรณ, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ภัยอันตราย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ภัยอันตรายหลัก (primary harm) และภัยอันตรายรอง (secondary harm)<sup>2</sup>

ภัยอันตรายหลัก (primary harm) หรือภัยอันตรายในเนื้อหาของความผิดหรือผลสำเร็จของความผิด หมายถึง ความเสียหายทางกายภาพจากการกระทำความผิดนั้นๆ เช่นความผิดฐานทำร้ายร่างกายภัยอันตรายปฐมภูมิของความผิดฐานนี้คือการได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย,ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ภัยอันตรายหลักของฐานนี้คือความตายของบุคคลเป็นต้นการกระทำที่เป็นภัยอันตรายประเภทนี้จะถูกบัญญัติให้เป็นความผิดที่เรียกว่า ความผิดในส่วนของเนื้อหาของความผิด (substantive offence) ซึ่งต้องการผลสำเร็จของการกระทำความผิดหรือลักษณะของการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผลสำเร็จของความผิดนั้นๆ เป็นองค์ประกอบของความผิด

ภัยอันตรายรอง (secondary harm) หากวิเคราะห์ดูในความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายหลักของความผิดนั้นจะประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงทางการกระทำ หรือสถานการณ์ของภัยนั้น รวมถึงจิตสำนึกของบุคคลที่พยายามจะกระทำให้เกิดความเสียหาย และประกอบด้วยภายใต้สภาพจิตใจของเหยื่อในความเสี่ยงที่อาจจะเกิดความเสียหาย เช่นการตกใจ หรือความกลัว ในการเริ่มต้นลงมือกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดนั้นผู้เสียหายย่อมเผชิญกับภัยโดยปราศจากการได้รับความคุ้มครองหรือความปลอดภัยในตัวเอง ความคาดหมาย ความกลัวว่าจะมีภัยอันตรายหรือความเสียหาย ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายนั้นเป็นภัยอันตรายชนิดหนึ่งรวมเรียกว่าภัยอันตรายรองซึ่งไม่จำเป็นต้องมีข้อเท็จจริงในความเสียหายทางกายภาพเกิดขึ้นจริงๆ

### 2.1.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย<sup>3</sup> ดังนั้นจึงสามารถที่จะกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญานั้นแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายอาญา คือ ความผิดอาญา (crime) และส่วนที่ว่าด้วย ผลทางกฎหมายในกฎหมายอาญาเรียกว่า มาตรการบังคับทางอาญา (sanction)<sup>4</sup> กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อ

<sup>2</sup> จาก การพยายามการกระทำความผิด:ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมการกระทำความผิด (น. 25), โดย ฤทธิรุจ เขมระวนิช.

<sup>3</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 1), โดย เกียรติจักร วจนะสวัสดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง.

<sup>4</sup> จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 32), โดย คณิต ณ นคร, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ความปลอดภัย และมาตรการบังคับอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับอาญาอื่นนั้น<sup>5</sup>

กฎหมายอาญามีหลักประกันประการหนึ่งที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ก็คือหลักไม่มีความผิด และไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ซึ่งมาจากภาษิตที่ว่า Nullumcrimen, nullapoena, sinelege หรือเรียกย่อๆ ว่า หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย หลัก Nullapoena, sine lege (no punishment without law) นี้ถือเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่เป็นหลักสากลในปัจจุบัน และได้มีการรับรองหลักนี้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน<sup>6</sup>ด้วย โดยประเทศไทยได้บัญญัติหลักประกันในกฎหมายอาญานี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก<sup>7</sup> อีกทั้งยังได้บัญญัติรับรองหลักประกันนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39<sup>8</sup> ด้วย หลักประกันในกฎหมายอาญามีลักษณะสำคัญ ดังนี้

#### 2.1.1.1 การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติตามประมวลกฎหมายมาตรา 2 วรรคแรก จะพบว่ากฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” แสดงว่ากฎหมายอาญาเกิดจากการบัญญัติรวมถึงกฎหมายที่ออกจากรัฐมนตรีที่มีอำนาจ ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน โดยที่กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้เกิดจากการบัญญัติ แต่เกิดจากการปฏิบัติจึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้ในกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตามการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีครอบคลุมเพียงในเรื่องการกระทำที่เป็นความผิดอาญา และในเรื่องการ

<sup>5</sup> แหล่งเดิม.

<sup>6</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ11(2) บัญญัติว่า “จะถือบุคคลใดๆ ว่ามีความผิดทางอาญาเนื่องด้วยการกระทำหรือละเว้นใดๆ อันมิให้จัดเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายแห่งชาติ หรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะกระทำการนั้นขึ้นไม่ได้ และจะลงโทษอันหนักกว่าที่ใช้อยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นไม่ได้.”

<sup>7</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย.”

<sup>8</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้.”

กระทำที่ต้องรับโทษหนักขึ้นเท่านั้น คือห้ามใช้ในทางที่เป็นโทษ แต่ในทางที่เป็นคุณย่อมสามารถนำหลักจารีตประเพณีมาปรับใช้ในทางอาญาได้<sup>9</sup>

#### 2.1.1.2 การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ภาษาอังกฤษ เรียกว่า “Analogy” หมายถึง การให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน หลักนี้สามารถนำมาปรับใช้ได้ ในกฎหมายแพ่ง ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4<sup>10</sup> แต่สำหรับนักกฎหมายอาญา หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะนำมาปรับใช้ได้ก็เฉพาะในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดเท่านั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่น่าบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับเพื่อลงโทษบุคคลย่อมทำไม่ได้ เพราะการจะลงโทษบุคคลทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงเท่านั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง การนำบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ นอกจากจะไม่ต้องตามบทบัญญัติแห่งตัวอักษรและเจตนารมณ์ในเรื่องนั้นๆ แล้วยังเป็นการกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก เพราะทำให้ขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิจารณาคดี<sup>11</sup> ดังนั้นการห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา หมายความว่า การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากคำความกฎหมาย<sup>12</sup>

#### 2.1.1.3 กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

จากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย เป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลฉะนั้นการบัญญัติกฎหมายต้องมีความชัดเจน เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปทราบว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดต่อกฎหมายและต้องรับโทษ โดยมาตรา 2 ใช้คำว่า “บัญญัติ” เป็นความผิด ดังนั้นการที่ให้ผู้รู้ล่วงหน้าว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิดนั้น ถ้อยคำในกฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มีความชัดเจนแน่นอนและปราศจากความคลุมเครือ เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และเป็นการป้องกันไม่ให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามความรู้สึกของตน Professor Hans Welzel ได้

<sup>9</sup> ฎีกาที่ 1403/2508.

<sup>10</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”.

<sup>11</sup> จาก *หลักกฎหมายอาญา* (น. 21-22), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส ก, 2551, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

<sup>12</sup> *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 69). เล่มเดิม.

กล่าวไว้ว่า ภัยที่คุกคามหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายแท้จริงแล้วไม่ใช่หลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่คือความไม่ชัดเจนแน่นอนในกฎหมายอาญา<sup>13</sup>

เหตุผลในการที่จะต้องให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนนั้นก็เพื่อประโยชน์ให้ประชาชนผู้ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายได้มีโอกาสรู้ล่วงหน้าว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิด ถ้าประชาชนไม่อาจรู้ล่วงหน้าได้ว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดหรือไม่ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายคลุมเครือ หากมีการใช้กฎหมายนั้น ประชาชนก็จะขัดข้องหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิกิริยา โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ<sup>14</sup> นอกจากนี้การที่กฎหมายไม่ยอมให้ประชาชนอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัว โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 64<sup>15</sup> หมายความว่ารัฐจะต้องออกกฎหมายให้มีความชัดเจนแน่นอน เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสรู้ได้ทันทีว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ และอีกเหตุผลหนึ่ง คือ หากกฎหมายอาญามีความชัดเจนแน่นอนแล้ว ก็ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องโดยไม่เลือกปฏิบัติและลดการใช้กฎหมายตามอำเภอใจ

#### 2.1.1.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

มาตรา 2 ที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำ” นั้นแสดงให้เห็นถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา การกระทำที่บุคคลจักต้องรับโทษต้องเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา ตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้น ถ้าในขณะกระทำยังไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ต่อมาได้มีการบัญญัติขึ้นภายหลังว่าการกระทำเช่นนั้นมีความผิด ก็จะลงโทษการกระทำก่อนที่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดอาญาไม่ได้ กล่าวคือ กฎหมายใช้ขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ภายหลังการกระทำความผิดกฎหมายให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ให้ใช้กฎหมายที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้เบาที่สุดนั่นเอง

<sup>13</sup> จาก *หลักประกันในกฎหมายอาญา* (น. 81), โดย คณิต ณ นคร ข, 2524, กรุงเทพฯ: ธรรมศาสตร์.

<sup>14</sup> *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1: บทบัญญัติทั่วไป* (น. 21). เล่มเดิม.

<sup>15</sup> มาตรา 64 บัญญัติว่า บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้.

<sup>15</sup> มาตรา 64 บัญญัติว่า บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

### 2.1.2 คุณธรรมทางกฎหมายกับลักษณะการกระทำที่เป็นการก่ออันตรายหรือทำอันตราย

กฎหมายอาญามีหน้าที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ “การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย” การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย คือ การที่กฎหมายอาญากระดัดของ “สมบัติ” (Gut) เฉพาะอย่างขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) กล่าวคือ ในปทัสสถาน (Norm) ทั้งหลายนั้นมีสมบัติบางอย่างแฝงอยู่เบื้องหลัง เช่น ปทัสสถานที่ว่า “การฆ่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควร” การที่ไม่สมควรนั้นก็เพราะว่า “ชีวิต” เป็นสิ่งที่พึงหวงแหน การบัญญัติมาตรา 288 ในประมวลกฎหมายอาญาก็เพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ และโดยการบัญญัติความผิดฐานนี้จึงทำให้ชีวิตมนุษย์กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย

สมบัติที่ได้รับการกระดัดขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาเองหรือในพระราชบัญญัติอื่นๆ ล้วนเป็นสมบัติที่สำคัญที่จำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น การคุ้มครองในรูปแบบอื่นจึงไม่เพียงพอ เหตุนี้จึงต้องมีการคุ้มครองในกฎหมายอาญา

สมบัติที่ได้รับการกระดัดขึ้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายในกฎหมายอาญานั้นนอกจากชีวิตมนุษย์แล้ว ก็มีเช่น ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพในการกระทำ เสรีภาพในการเคลื่อนไหว เปลี่ยนที่ทาง กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน ความบริสุทธิ์สะอาดของอำนาจรัฐ ความเด็ดขาดของอำนาจรัฐ การคงอยู่ของสถาบันต่างๆ ของรัฐ ความปลอดภัยของการจราจร ฯลฯ เหล่านี้เห็นได้ว่าเป็นสมบัติที่จำเป็นสำหรับการคงอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น<sup>16</sup>

#### 2.1.2.1 คุณธรรมทางกฎหมายกับการบัญญัติกฎหมายอาญา

##### ก. ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

ความผิดอาญารฐานต่างๆ มีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นส่วนที่แฝงอยู่ สิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองที่เป็นส่วนที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติความผิดฐานต่างๆ นี้ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่างที่สามารถจับต้องได้หรือวัตถุหรือบุคคล แต่เป็นภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิดซึ่งเป็นเรื่องในทางความคิด ซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นามธรรมถือเป็นสิ่งที่เป็ประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์นั้น มนุษย์ทุกคนจำเป็นต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน หากผู้ใดทำการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันแล้ว ก็จะถือว่าผู้นั้นละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” นั่นเอง

<sup>16</sup> จาก พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา : คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา (น. 89-90), โดย คณิต ฒ นคร ก, 2553.

เกี่ยวกับความหมายของคุณธรรมทางกฎหมายนี้ ในตำรากฎหมายเยอรมันยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ เป็นต้นว่า นักตำราส่วนหนึ่งเห็นว่า คุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง” Welzel เห็นว่า คุณธรรมทางกฎหมาย คือ “สถานะที่พึงปรารถนาในทางสังคมที่กฎหมายต้องการจะประกันจากการล่วงละเมิด” แต่ Rudolphi และ Otto เห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ความสัมพันธ์เฉพาะที่แท้จริงของบุคคลที่มีต่อคุณค่าที่กฎหมายรับรอง”<sup>17</sup>

#### ข. ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut)

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ เป็นต้นและคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนี้ยังสามารถแบ่งแยกออกไปได้อีกเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” (höchstpersönliches Rechtsgut) เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย<sup>18</sup> ซึ่งการแบ่งแยกประเภทนี้เป็นเพียงการพยายามแยกให้เห็นได้ชัดเพื่อประโยชน์ทางวิชาการเท่านั้น เช่น ในกรณีการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น

โดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเจ้าของจะสละความคุ้มครองได้ เว้นแต่ “ชีวิตมนุษย์” เท่านั้น ซึ่งเรื่องของมนุษย์นี้ยังเป็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิมนุษยชนด้วย โดย “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966” (Covenant on Civil and Political Rights, 1966) ได้กล่าวถึงความสำคัญของชีวิตมนุษย์ไว้โดยบัญญัติอยู่ในข้อ 6 อนุ 1 มีใจความว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย บุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ”

Devlin ให้ความเห็นว่าถ้ากฎหมายให้ความคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงแล้ว ผู้กระทำอาจยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างเพื่อลบล้างความผิดได้ แต่ในกรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงเอกชนเท่านั้นหากแต่ยังคุ้มครองถึงสังคมด้วยแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมไม่ลบล้างความผิดของผู้กระทำ<sup>19</sup>

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) บทบัญญัติที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมนั้นจะเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสังคมทำให้เกิดความสงบเรียบร้อย

<sup>17</sup> แหล่งเดิม. (น. 93).

<sup>18</sup> กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 134). เล่มเดิม.

<sup>19</sup> จาก ความยินยอมในกฎหมายอาญา (น. 52-53), โดย กมลชัย รัตนสกาววงศ์, 2523, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

และเป็นธรรมชาติของกรรมของการจรรยา ความทางกฎหมายเรื่องความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตราในความคิดเกี่ยวกับเงินตรา หรือความเป็นเอกภาพของดินแดนในความคิดฐานกบฏดินแดน เป็นต้น โดยกฎหมายประเภทนี้ปัจเจกบุคคลจะสละความคุ้มครองด้วยการสมัครใจยินยอมเสียภัยหรือรับความเสียหายเองไม่ได้ ดังนั้นบทบัญญัติกฎหมายใดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนรวมแล้วผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมในการกระทำนั้นได้เลย กล่าวคือ ความยินยอมดังกล่าวนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยนั่นเองเหล่านี้เห็นได้ว่ามีความจำเป็นสำหรับการคงอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น

กล่าวโดยสรุป คือ ความผิดอาญาที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนรวม ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่หากเป็นความผิดอาญาที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนบุคคลและโดยปกติกฎหมายไม่ได้คำนึงถึงความยินยอมของผู้เสียหาย กรณีนี้ผู้กระทำผิดจะสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>20</sup>

#### ค. ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายมีประโยชน์หลายประการ เป็นต้นว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ นัยหนึ่งคือคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญาได้ ซึ่งการตีความกฎหมายอาญาจัดได้ว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ สามารถใช้คุณธรรมทางกฎหมายเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อไม่ก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย อีกประการหนึ่งคือคุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทความผิดของประมวลกฎหมายอาญาโดยที่คุณธรรมทางกฎหมายทั้งที่เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชน” (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยของการจราจร สภาพความแท้ของเงินตรา การรักษาไว้ซึ่งความลับของประเทศในทางทหาร เป็นต้น ซึ่งการแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวนอกจากจะช่วยในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนแล้วยังมีผลต่อการพิจารณาปัญหาที่ว่าในกรณีใดบุคคลสามารถที่จะป้องกันสิทธิของตนได้ กล่าวโดยย่อก็คือเอกชนอาจป้องกันโดยเฉพาะ

<sup>20</sup> กฎหมายอาญาภาคทั่วไป ก (น. 133). เล่มเดิม.

สิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนเท่านั้น นอกจากนี้การแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย<sup>21</sup>

### 2.1.3 ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

โดยทั่วไปเป็นที่ยอมรับกันว่า การที่กฎหมายอาญาจะเข้ามากระทบต่อสิทธิและเสรีภาพย่อมมีขอบเขตที่จำกัดอยู่ กล่าวคือ ต้องมีการกระทำและผลที่เป็นความเสียหายซึ่งสืบเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวเพราะหากปราศจากการกระทำแล้วความรับผิดชอบจะเป็นสิ่งที่บุคคลไม่อาจทนทานได้ และถ้าปราศจากความเสียหายความรับผิดชอบก็ไม่มีผลดีพอ ด้วยเหตุนี้การกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำจึงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการรับผิดชอบในทางอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า กฎหมายอาญาจะมีความชอบธรรมในอันที่จะเข้ามาแทรกแซงก็ต่อเมื่อมีผลที่เป็นความเสียหายเกิดขึ้น (Harmful result) ซึ่งถ้าพิจารณาตามหลัก “ไม่มีการลงโทษหากปราศจากความเสียหาย” (No punishment without harm) อันเป็นหลักกฎหมายอาญาหนึ่งในปัจจุบัน ซึ่งมีสาระสำคัญว่าการลงโทษไม่อาจกระทำได้ในกรณีที่ความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับ ความคุ้มครอง หรือความเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายไม่มีอยู่ การก่อให้เกิดผลที่บัญญัติห้ามไว้จึงเป็นสิ่งที่จะต้องมีมาก่อน (prerequisite) สำหรับการบังคับโทษ

อนึ่ง ผลที่เป็นความเสียหายในทางกฎหมายอาญา อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) ผลที่เสียหายอย่างแท้จริงต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ความผิดของผลที่เป็นที่เสียหายประเภทนี้รู้จักกันในฐานะที่เป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย (A crime causing danger of injury)

2) ผลที่เป็นอันตรายต่อความเสียหายทางคุณธรรมทางกฎหมาย ความผิดของผลที่เสียหายประเภทนี้รู้จักกันในฐานะเป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตราย (A crime causing danger or a crime of danger)<sup>22</sup>

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะมีความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายหรือความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายก็ล้วนแต่มี “ความสมควรลงโทษ” (Strafwuerdigkeit) อยู่ในตัวเองทั้งสิ้น<sup>23</sup>

<sup>21</sup> พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา: คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา ค (น. 93-96). เล่มเดิม.

<sup>22</sup> จาก ผลของการกระทำในทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีที่มีผลเป็นการก่ออันตราย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 6-8), โดย สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, 2536, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>23</sup> จาก เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย. รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ (น. 126), โดย คณิต ฌ นคร ง, 2531.

### 2.1.3.1 การแบ่งประเภทความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายกับความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

ความผิดอาญาสามารถแบ่งได้เป็นหลายประเภท และการแบ่งประเภทความผิดอาญาที่นิยมประเภทหนึ่ง คือ การแบ่งโดยพิจารณาถึงความเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น “ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย” และ “ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย” เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ห้ามเฉพาะการกระทำที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายเท่านั้น แต่ยังห้ามการกระทำที่เป็นการก่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วย ซึ่งสามารถแยกความแตกต่างระหว่างความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ได้ดังนี้

#### 1) พิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมาย

1.1 ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายโดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายนี้ การกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลอื่น อาจกล่าวได้ว่าความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายนี้จะต้องมีการกระทำต่อกรรมของการกระทำ เช่น การกระทำที่เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตมนุษย์ ส่วนการกระทำใดที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ก็จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายผู้อื่น หรือในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 นั้น การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ก็จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์ของผู้อื่น เป็นต้น

1.2 ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย โดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายนี้ มีข้อพิจารณาว่าหากการกระทำใดใกล้ที่จะก่อให้เกิดผลที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครองแล้ว การกระทำนั้นก็เป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ทั้งนี้ เพราะความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้น กฎหมายลงโทษผู้กระทำเพื่อป้องกันอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง เช่น ในความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 นั้น จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือสุขภาพของเด็กแล้ว หรือในความผิดฐานเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 ก็เห็นได้ว่าการเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ก็เป็นการกระทำที่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลแล้ว เป็นต้น

## 2) พิจารณาจากความรุนแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำ

2.1 ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย การแบ่งแยกความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายโดยพิจารณาจากความรุนแรงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำ การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายจะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อวัตถุที่ถูกกระทำ เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 นั้นมีวัตถุที่ถูกกระทำ คือ มนุษย์ และความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อวัตถุที่ถูกกระทำก็คือ ความตาย หรือในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 วัตถุที่ถูกกระทำก็คือ มนุษย์ และความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อวัตถุที่ถูกกระทำ คือ การบาดเจ็บของร่างกายนั่นเอง

2.2 ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายโดยพิจารณาจากความรุนแรงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำนั้น หากพิจารณาได้ว่าการกระทำนั้นทำให้มีการเกิดขึ้นของสถานการณ์ที่เป็นอันตรายต่อวัตถุที่ถูกกระทำ การกระทำนั้นก็ถือเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายแล้ว เช่น ในความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 นั้น ทิ้งที่ที่มีการทอดทิ้งก็เป็นความผิดตามมาตรานี้แล้ว

อย่างไรก็ตามแม้ว่าความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้นก็ล้วนแต่มี “ความสมควรลงโทษ” อยู่ในตัวเองทั้งสิ้นกล่าวคือ ความผิดที่เป็นการทำอันตราย เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา ความสมควรลงโทษความผิดฐานนี้เกิดจากแนวความคิดที่ว่าชีวิตมนุษย์เป็นของมีค่า ฝ่ายนิติบัญญัติจึงห้ามการกระทำความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา เกิดจากแนวความคิดว่าการทอดทิ้งเด็กเป็นอันตรายต่อชีวิตเด็กแล้ว เห็นได้ว่า ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายความสมควรลงโทษการกระทำความผิดกล่าวอยู่ที่ว่าใกล้จะก่อให้เกิดผลที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ เพราะความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย กฎหมายลงโทษผู้กระทำเพื่อป้องกันอันตรายกับคุณธรรมทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้แม้ผลความเสียหายจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตาม ก็สามารถลงโทษได้หากเกิดการกระทำก่ออันตรายขึ้น โดยนัยยะดังกล่าวย่อมหมายความว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มครองมีความสำคัญอย่างมาก

### 2.1.3.2 เหตุผลของการบัญญัติความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย อาจเกิดจากเหตุผลอย่างน้อย 2 ประการ คือ ข้อจำกัดของแนวความคิดของความรับผิดชอบในผล และข้อจำกัดแนวความคิดของการพยายามกระทำ ความผิด

### 1) ข้อจำกัดของแนวความคิดของความผิดในผล

กฎหมายอาญาแต่เดิมวางบนพื้นฐานแนวความคิดรับผิดในผล กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาต่อเมื่อความเสียหายเกิดขึ้น มีความสัมพันธ์กันในระหว่างการกระทำและผล โดยไม่คำนึงความชั่ว (Guilt) ต่อมา เมื่อสังคมได้พัฒนาเป็นระบบการปฏิบัติอุตสาหกรรมเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ส่งผลให้คนต้องมาเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น การยึดถือแนวความคิดการรับผิดในผลบางกรณีอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ เช่น การกระทำบางอย่างที่เห็นว่าเป็นการก่ออันตรายแล้ว หากไม่ก่อความเสียหายก็ไม่อาจลงโทษได้ นอกจากนี้ในความผิดอาญาบางฐาน ผู้กระทำต้องมีเจตนาทำอันตราย ถ้าผู้กระทำมีเพียงเจตนาก่ออันตรายแต่ผลไม่เกิดขึ้นก็เป็นเพียงการขาดเจตนาเท่านั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงต้องมีการบัญญัติเรื่องก่ออันตรายขึ้น อย่างไรก็ตาม อาจมีการกล่าวอ้างได้ว่า แม้ผู้กระทำไม่มีเจตนาประสงค์ต่อผลที่เป็นการทำอันตรายอย่างน้อยผู้กระทำก็ต้องยอมเสี่ยงเห็นผล

### 2) ข้อจำกัดเรื่องแนวคิดการพยายามกระทำความผิด

หลักกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิด ไม่อาจแก้ปัญหาเรื่องการกระทำบางอย่างที่เป็นอันตรายได้ โดยฝ่ายที่ถือการกระทำเป็นหลัก พิจารณาแต่ความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นในสังคมและความหนักเบาของความไม่สงบเรียบร้อย ถือว่า การพยายามกระทำความผิดไม่สมควรถูกลงโทษ เพราะมิได้รับกวนความสงบเรียบร้อยของสังคม และแม้จะรบกวนก็รบกวนน้อยกว่าความผิดสำเร็จ ส่วนฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก ถือว่า การพยายามกระทำความผิดแสดงถึงเจตนาชั่วร้ายและลักษณะที่เป็นภัยต่อสังคมเท่ากับการกระทำความผิดสำเร็จ จึงต้องลงโทษเช่นเดียวกัน

จากเหตุผลของทั้งสองฝ่าย ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติความผิดอาญาโดยพิจารณาความเป็นไปได้ของผลที่จะเกิดขึ้นไว้ในกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้เพราะความสัมพันธ์ของชีวิตได้นำไปสู่ความจำเป็นที่จะต้องป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายอาญาข้อความคิดของความเป็นอันตราย มีลักษณะสำคัญอย่างน้อย 2 ประการ คือ

ก. ไม่ได้วางบนพื้นฐานของโอกาสที่จะเกิดความเสียหาย กล่าวคือ แม้โอกาสความเสียหายจะน้อยก็ถือว่าอยู่บนพื้นฐานของความเป็นอันตรายแล้ว อย่างไรก็ตาม ถ้าโอกาสที่จะเกิดความเสียหายมีอยู่น้อยมาก โดยทั่วไปก็ไม่อาจถือว่าเป็นอันตราย

ข. เป็นสิ่งที่ปราศจากสถานะ ทั้งนี้ เพราะการวินิจฉัยถึงความอันตรายแต่ละคนย่อมแตกต่างกันออกไป อีกทั้งยังแตกต่างในความเห็นของระดับอันตราย ด้วยเหตุนี้ จึงมีคำกล่าวว่าอันตรายเป็นเพียงการแสดงออกถึงความไม่แน่นอนของจิตใจเท่านั้น กล่าวคือ เป็นเรื่องของดุลพินิจ

ซึ่งแตกต่างกันขึ้นอยู่กับเงื่อนไขต่างๆ ขอบเขตของข้อความคิดของความเป็นอันตรายจึงต้องถูกกำหนดในระดับมาตรฐาน และต้องมีพื้นฐานที่แท้จริงของความเป็นอันตราย

### 2.1.3.3 ประเภทของความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตราย

เป็นที่ยอมรับกันว่ามีปัญหาในการตีความเฉพาะอันตรายมีที่รูปแบบ และระดับแค่ไหน โดยทั่วไปแบ่งออกเป็นสองรูปแบบ คือ ความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ และความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตรายประจักษ์

ความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตราย อาจแบ่งได้ 2 ประเภท คือ

#### 1) ความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ

ความผิดพลาดที่เป็นการทำอันตรายอย่างลอยๆ เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำผิดเป็นอันตรายโดยทั่วไปต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับการคุ้มครอง โดยที่การกระทำดังกล่าวนั้น ไม่จำเป็นต้องปรากฏผลของอันตรายที่ประจักษ์ในทางองค์ประกอบความผิดแต่อย่างใด และในองค์ประกอบของความผิดจะกล่าวถึงการกระทำที่เป็นอันตรายโดยไม่คำนึงถึงว่าในกรณีนั้น อันตรายจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ เนื่องจากการบัญญัติความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ เป็นเพียงมูลเหตุจูงใจของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ทางฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดการกระทำต่างๆ ที่พิจารณาแล้วว่าเป็นการกระทำที่เป็นอันตราย โดยพิจารณาจากประสบการณ์<sup>24</sup> ด้วยเหตุนี้ในกรณีของความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ ไม่ต้องวินิจฉัยว่าผลของอันตรายเกิดขึ้นจริงหรือไม่โดยไม่ต้องพิจารณาผลของอันตรายที่เห็นประจักษ์ในทางองค์ประกอบของความผิดแต่อย่างใด เพื่อที่จะก่อให้เกิดความมั่นคง

#### 2) ความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์

ความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำผิดในคดีที่เฉพาะเจาะจง ได้ปรากฏผลของอันตรายที่เห็นได้ประจักษ์ต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น ผลของอันตรายในกรณีของความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์จึงเป็นการยอมรับในฐานะขององค์ประกอบในทางภาวะวิสัย<sup>25</sup> ดังนั้นการวินิจฉัยความรับผิดในทางอาญาในกรณีดังกล่าวจึงต้องประกอบไปด้วยการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดและผลของการก่ออันตราย เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 และ 307 ซึ่งเป็นความผิดพลาดที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์ การกระทำที่เป็นความผิดฐานนี้ต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด

<sup>24</sup> จาก “ความรับผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน,” โดย สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์วัฒน์, (2537), *คูลพาหะ*, 5(41). น. 137.

<sup>25</sup> แหล่งเดิม (น. 139-141).

กล่าวคือ ทอดทิ้งบุคคลบางประเภท เช่น เด็กที่อายุน้อยมากๆ ประกอบด้วยผลของการก่ออันตราย ดังนั้นการทอดทิ้งเด็กอายุ 2 เดือนไว้ที่โรงพยาบาลจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้ แต่การทิ้งเด็กอายุ 2 เดือนไว้เพียงลำพังในบ้านที่ถูกปิดไว้โดยปราศจากผู้ดูแลจึงจะเป็นความผิดฐานดังกล่าว หรือในความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมศพต่อผู้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 โดยการกระทำที่เป็นความผิดฐานนี้ต้องครบองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ เข้าร่วมในการหลุมศพต่อผู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ประกอบด้วยผลของการก่ออันตราย คือ การที่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส จึงจะเป็นความผิดได้ ดังนั้นการเข้าร่วมในการหลุมศพต่อผู้ที่ไม่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสจึงไม่เป็นความผิดฐานนี้ ดังนั้น ศาลจึงต้องเป็นผู้วินิจฉัยว่ามีผลของอันตรายเกิดขึ้นจริงหรือไม่ซึ่งผลของอันตรายที่เห็นประจักษ์นั้นอาจเกิดจากผลของการกระทำของผู้กระทำผิด หรืออาจเกิดจากเงื่อนไขอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากการกระทำของผู้กระทำผิดก็ได้

#### 2.1.4 หลักการกำหนดความผิดทางอาญาต่อลักษณะความน่าจะเป็นอันตราย

แนวทางในการกำหนดความรับผิดอาญา ควรให้ความสำคัญจากผลกระทบของอาชญากรรมหรือความร้ายแรงของอาชญากรรมมากกว่าความผิดเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งไม่ก่อให้เกิดอรรถประโยชน์กับสิ่งที่สังคมต้องให้เป็นการตอบแทน ซึ่งผลของการกระทำหรือความเสียหายที่เกิดจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคมจะนำมาเป็นหลักในการกำหนดความผิดอาญาได้ดังนี้

##### 2.1.4.1 ลักษณะความน่าจะเป็นอันตรายจากผลกระทบของการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสังคม

สามารถนำประโยชน์จากหลักการและแนวคิดเรื่องอันตรายมาใช้ในเรื่องของการกำหนดการกระทำที่ควรเป็นความผิดได้ ทั้งนี้เพราะการให้ความสำคัญกับเรื่องนี้จะเห็นเหตุผลสนับสนุนที่จะไม่กำหนดให้การกระทำใดๆ ต้องเป็นความผิดอาญาเพียงเพราะสังคมรู้สึกว่าการกระทำนั้นเป็นการผิดศีลธรรม รวมทั้งยังเป็นเครื่องยืนยันว่าจะเกิดผลร้ายขึ้นจริงหากผลกระทบจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับสังคมไม่ถูกบังคับโดยกฎหมาย<sup>26</sup> และเป็นเครื่องกระตุ้นให้สามารถกำหนดผู้รับผิดชอบที่จะต้องนำมาตราการทางอาญามาใช้บังคับการกระทำที่มีผลร้ายแรงต่อสังคม ซึ่งโดยส่วนใหญ่ผลร้ายที่เกิดขึ้นในสังคมจะประกอบด้วย การกระทำที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนาและที่เกิดจากการกระทำที่บุคคลไม่ได้ใส่ใจหรือระมัดระวังผลจากการกระทำของตน

<sup>26</sup> From *The limits of the Criminal Sanction* (p. 267), By Herbert L. Packer, 1968. (อ้างอิงใน สกต นิชารัตน์. (2545). กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม: แนวคิดทางด้านปรัชญาและวัฒนธรรมทางสังคม. น.53).

ในความเป็นจริงยังพบว่าความเสียหายส่วนใหญ่ในสังคมเกิดจากเหตุประการหลังมากกว่า ในแบบ การกำหนดความผิดอาญาที่พิจารณาถึงผลกระทบจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับสังคม ต้องให้น้ำหนักกับความเป็นอันตรายเป็นปัจจัยหลัก การพิจารณาถึงระดับของความเป็นอันตรายนี้ส่งผลถึง การกำหนดรูปแบบของการลงโทษ และจะต้องมีมาตรการป้องกันสังคมมิให้ได้รับอันตรายจากการ กระทำความผิดอีก

หลักในการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดความเป็นอันตรายจากอาชญากรรมจะต้อง คำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ดังนี้

1) ลักษณะของอันตรายซึ่งคนส่วนใหญ่ในสังคมยอมรับว่าเป็นอันตราย เพราะอาจมี ปัญหาว่าการกระทำหนึ่งที่บางบุคคลเห็นว่าเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่น แต่อาจมีบางคนไม่เห็นด้วยใน ทำนองเดียวกันว่า พฤติกรรมนั้นเป็นอันตรายมากพอแล้วหรือไม่ จึงกล่าวได้ว่าความเป็นอันตราย นั้นเป็นเพียงการแสดงออกถึงความไม่แน่นอนของจิตใจคนเท่านั้น ขอบเขตของความเป็นอันตราย จึงต้องถูกกำหนดให้อยู่ในระดับมาตรฐานและต้องมีหลักพื้นฐานที่แท้จริงของความเป็นอันตราย

ในเรื่องความเป็นอันตรายนั้นไม่จำเป็นว่าความเป็นอันตรายต้องอยู่บนพื้นฐานของ โอกาสที่จะเกิดความเสียหาย กล่าวคือแม้โอกาสของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นมีอยู่น้อยก็แสดงให้เห็น ถึงความเป็นอันตรายแล้ว แต่ถ้าโอกาสที่จะเกิดความเสียหายมีอยู่น้อยมากๆ แล้วก็ไม่ได้หมายความว่า เป็นอันตราย รายละเอียดในเรื่องนี้อาจพิจารณาโดยอาศัยหลักความใกล้ชิดต่อผล (The concept of causation) ได้

2) ลักษณะของความเป็นอันตรายที่เหมาะสมต้องไม่มุ่งไปยังสภาวะอันตรายเฉพาะ บุคคล (individual harm) เท่านั้น แต่ต้องคำนึงถึงลักษณะอันตรายต่อส่วนรวมด้วย เพื่อให้กฎหมาย อาญาสามารถใช้บังคับเพื่อป้องกันหรือแก้ไขปัญหามาบางอย่าง เช่นปัญหาสิ่งแวดล้อมรวมถึงยังต้อง สามารถสะท้อนภาพความเสียหายอันเป็นผลกระทบต่อส่วนรวม เช่นผลร้ายแรงของอาชญากรรม เศรษฐกิจ ที่แม้จะไม่มีลักษณะของความรุนแรงแต่เป็นการกระทำที่สมควรได้รับการกำหนดให้เป็น ความผิดเนื่องจากสภาพความเป็นอันตรายต่อสังคมส่วนรวมนั่นเอง

3) ลักษณะของความน่าจะเป็นอันตรายของอาชญากรรมเพราะว่าผลยังไม่เกิด ไม่ปรากฏความเป็นอันตรายที่ชัดเจน (ตัวอย่างการพยายามลอบยิงเหยื่อแต่ล้มเหลวโดยที่เหยื่อนั้น ไม่รู้ตัว) ผู้เขียนเห็นว่าความเป็นอันตรายในที่นี้มีได้หมายถึงเฉพาะแต่เพียงการกระทำที่เป็นการทำ ต่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการกระทำที่เป็นการก่ออันตราย ต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วย (a crime causing danger or crime it danger ซึ่งพบว่าบางตำราเรียกว่า Danger delists หรือ Crime of peril หรือ Crime of risk)<sup>27</sup>

<sup>27</sup> ผลของการกระทำในทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีผลที่เป็นการก่ออันตราย (น. 2). เล่มเดิม.

แม้โดยทั่วไปเป็นที่ยอมรับกันว่าการที่กฎหมายอาญาจะเข้ามากระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีขอบเขตที่จำกัดอยู่ กล่าวคือ ต้องมีการกระทำและผลที่เป็นความเสียหายซึ่งสืบเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าว เพราะว่าหากปราศจากการกระทำแล้วต้องรับผิดชอบ ก็จะเป็นสิ่งที่บุคคลไม่อาจทนทานได้ และถ้าปราศจากความเสียหายแล้วต้องรับผิดชอบก็เป็นสิ่งที่ไม่มีเหตุผลดีพอ ด้วยเหตุนี้เองการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำ จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับความรับผิดชอบอาญา โดยเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่ากฎหมายอาญาจะมีความชอบธรรมในอันที่จะเข้ามาแทรกแซงก็ต่อเมื่อมีผลที่เป็นความเสียหายเกิดขึ้น (harmful result) ถ้าพิจารณาตามหลัก “ไม่มีการลงโทษหากปราศจากความเสียหาย” (no punishment without harm หรือ no crime without harm) อันเป็นหลักกฎหมายอาญาหลักหนึ่งในปัจจุบัน ซึ่งมีสาระสำคัญว่าการลงโทษไม่อาจกระทำได้ในกรณีที่ความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครอง หรือความเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวไม่มีอยู่ การก่อให้เกิดผลที่บัญญัติห้ามไว้จึงเป็นสิ่งที่จะต้องมีมาก่อน สำหรับการบังคับโทษ อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นความผิดทางอาญาที่เป็นการทำอันตรายหรือความผิดทางอาญาที่เป็นการก่อให้เกิดอันตรายก็ล้วนแต่มี “ความสมควรลงโทษ” อยู่ในตัวเองทั้งสิ้น กล่าวคือความผิดทางอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ความสมควรลงโทษสำหรับความผิดดังกล่าวอยู่ที่ว่าการกระทำดังกล่าว โกลัที่จะก่อให้เกิดผลที่เป็นการกระทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้เพราะว่าความผิดทางอาญาที่เป็นการก่ออันตราย กฎหมายลงโทษผู้กระทำเพื่อป้องกัน อันตรายกับคุณธรรมทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้แม้ว่าผลที่เป็นความเสียหายจะยังไม่เกิดขึ้นก็ตามก็สามารถลงโทษได้แล้วหากการกระทำดังกล่าวได้ก่ออันตรายขึ้น (Creating danger)

การแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายโดยพิจารณาการกระทำของผู้กระทำนั้น โกลัชิดต่ออันตรายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนั้นๆ หรือไม่ประกอบกับคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย

ลักษณะของความเสียหายที่เป็นอันตรายสามารถครอบคลุมถึงความเสียหายต่างๆ ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องคุ้มครองให้กับคนในสังคม ดังนี้

1) เป็นความเสียหายต่อประโยชน์ในความผาสุก (welfare interest) เช่น เรื่องคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล เป็นต้น

2) เป็นความเสียหายต่อประโยชน์ในเรื่องความมั่นคง (security interest) เช่น ความปลอดภัยในร่างกาย

3) เป็นความเสียหายต่อประโยชน์เสริมที่ไม่ใช่ปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิต (accumulative interest) เช่น ทรัพย์สิน

4) เป็นความเสียหายต่อคุณค่าที่สัมผัสไม่ได้ โดยเป็นเพียงการแสดงออกของความเสียหายต่อประโยชน์ต่างๆ ของสังคมเท่านั้น เช่น ความผิวด้านข่มขืนกระทำชำเราที่การบาดเจ็บของร่างกายไม่ใช่สาระสำคัญเท่ากับเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของหญิงโดยความเสียหายดังกล่าวไม่สามารถจะจำกัดขอบเขตเฉพาะความเสียหายในทางกายภาพเท่านั้น

5) เป็นความเสียหายอันละเมิดต่อประโยชน์ที่บุคคลมีสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงจากประสบการณ์ที่ไม่น่าพึงพอใจ เช่น การทำให้รำคาญ (annoyance) การรบกวน (inconvenience) ความตื่นตระหนก (alarm) ความกลัว (fear) ความอับอาย (embarrassment) โดยการละเมิดความคุ้มครองดังกล่าว

6) เป็นความเสียหายอันละเมิดต่อสวัสดิภาพของส่วนรวม เช่น การมีเศรษฐกิจที่ดี (sound economy) โดยการละเมิดความคุ้มครองดังกล่าว เช่นความผิวด้านปลอมแปลงเงินตรา เป็นต้น

7) เป็นความเสียหายอันละเมิดต่อประโยชน์รัฐ ซึ่งในที่นี้หมายถึงประโยชน์ของรัฐบาลอันเป็นเพียงประโยชน์เพื่อการปกครองเท่านั้น

แนวคิดเรื่องความเป็นอันตราย แม้จะไม่สอดคล้องกับการออกกฎหมายใหม่ๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นความผิวด้านเกิดจากการที่กฎหมายห้ามเพื่อประโยชน์ในการปกครอง อันเป็นวิวัฒนาการที่คล้ายคลึงกันมานานานาประเทศที่มีความเจริญมากขึ้น แต่การกำหนดให้การกระทำความคิดที่มีลักษณะของความเป็นอันตรายในระดับต่ำควรได้รับผลการลงโทษที่ด้อย่อมมีความเหมาะสมและเป็นไปตามหลักการ ได้สัดส่วนของการกระทำความคิด (Proportional Basis) และเป็นสิ่งที่ถูกต้องแล้ว

หลักความเสียหายอาจถูกพิจารณาได้จากสองแง่มุมที่แตกต่างกัน กล่าวคือในแง่มุมหนึ่งอาจถูกพิจารณาในด้านผู้เสียหาย ว่าแค่ไหนจึงจะถือว่าเป็นความเสียหายแก่เขา อันจะถือว่าเป็นความผิวด้านอาญา ในกรณีดังกล่าวเป็นการพิจารณาในประเด็นของการกระทำในทางอาญา (Criminal conduct) ส่วนในอีกแง่มุมหนึ่งอาจถูกพิจารณาในด้านผู้กระทำว่าระดับของการลงโทษแก่ผู้กระทำผิดควรมีขอบเขตอย่างไร ซึ่งเป็นการพิจารณาในประเด็นของมาตรการในการลงโทษ (punitive sanction)

#### 2.1.4.2 ลักษณะความน่าจะเป็นอันตรายจากความรุนแรงหรือก้าวร้าวของการกระทำ

กฎหมายอาญาทั่วไปจะมุ่งพิจารณาถึงเรื่ององค์ประกอบภายในจิตใจ ซึ่งนักวิชาการบางส่วนเห็นว่าเป็นเพียงแค่ว่าในความคิดหรือมุมมองของนักกฎหมายเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงมุมมองในแง่ของวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ (Only the Jurist's view if man but they ignore the

scientist's view of man) หากความเห็นของแพทย์หรือนักจิตวิทยาก็จะได้รับคำตอบว่า เป็นเรื่องที่ไม่อาจชี้เฉพาะเจาะจงได้อย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตามมิใช่การคำนึงถึงเรื่ององค์ประกอบภายในจิตใจปราศจากความสำคัญจากความก้าวหน้าทางนิติศาสตร์พบว่า กฎหมายอาญา ได้พัฒนาแนวคิดในการแสดงถึงสภาพความสามารถในการรับผิดชอบ (Responsibility) ผนวกกับการกระทำที่มีลักษณะที่สามารถถูกดำเนิน (Culpability) และนำไปสู่สภาพการกระทำที่มีสภาพความรับผิดชอบอันควรได้รับการกล่าวโทษ (Blameworthiness) หรือ Blameworthiness = Responsibility + Culpability ซึ่งในส่วนตัวเองที่ผู้เขียนเห็นว่าเราสามารถนำมาใช้เพื่อสามารถจัดได้ถึงระดับของลักษณะความรุนแรงของการกระทำหรือความก้าวร้าวหรือรุนแรงของการกระทำโดยพิจารณาจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีโดยทั่วไป

การคำนึงถึงลักษณะความรุนแรงของการกระทำหรือความก้าวร้าวของการกระทำนั้นเป็นที่ยอมรับในระบบการกำหนดความผิดโดยทั่วไป เห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายอาญาส่วนใหญ่จะกำหนดให้ผู้ที่มีความผิดโดยมีลักษณะของความรุนแรงของการกระทำหรือความก้าวร้าวมาก ต้องได้รับโทษหนักมากขึ้นตามไปด้วย ซึ่งเป็นหลักการที่สอดคล้องกับเหตุผลและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปจากคนส่วนใหญ่ในสังคม

2.1.4.3 ลักษณะความน่าจะเป็นอันตรายจากปฏิกิริยาตอบสนองต่อคนส่วนใหญ่ในสังคม

หมายถึงปรากฏการณ์ที่เป็นลักษณะกระบวนการตอบสนองของสังคมภายในช่วงเวลาปกติและในสถานการณ์ต่างๆ ไป (On society's perception of an act at the particular time in the particular circumstances) ลักษณะของปฏิกิริยาโต้ตอบจากสังคมนั้น กล่าวได้ว่าเป็นบทสรุปจากข้อเท็จจริงที่ว่าผลของการกระทำผิดที่สังคมรับรู้ไม่ได้เกิดจากตัวผู้กระทำหรือบรรทัดฐานในสังคมที่ถูกล่วงละเมิดเป็นหลัก หากแต่เป็นปรากฏการณ์ที่เป็นลักษณะกระบวนการตอบสนองของสังคมภายใต้ช่วงเวลาปกติหรือในสถานการณ์ปกติ (On society's perception of an act at the particular time in the particular circumstances) นั่นเอง

ดังนั้นการกำหนดให้การกระทำที่สังคมมีความรู้สึกหวาดกลัวหรือมีปฏิกิริยาตอบสนองจากคนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นความผิด และกฎหมายอาญาจะต้องเข้ามาแก้ไขและป้องกันจึงสามารถช่วยให้เกิดความผาสุกและไว้วางใจในการอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างแท้จริง

จากการนำผลกระทบของสังคมอันเกิดจากอาชญากรรมที่คนร้ายลงมือกระทำที่ควรกำหนดเป็นความผิดอาญาข้างต้น ทำให้สามารถสรุปได้ว่า การกระทำนั้นต้องเกี่ยวข้องกับความเป็นอันตราย ความก้าวร้าวรุนแรง หรือการกระทำที่สังคมมีปฏิกิริยาตอบสนองอย่างรุนแรง

สรุปได้ว่า หากสังคมต้องการให้สังคมปลอดจากอาชญากรรม การกำหนดความผิดทางอาญาก็มีบทบาทหนึ่งในการป้องกันสังคมจากอาชญากรรม หลักในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาควรพิจารณาจากผลกระทบหรือความเสียหายอันเกิดจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้น โดยแนวทางการพิจารณาว่าการกระทำใดสมควรเป็นความผิดทางอาญานั้น สามารถพิจารณาการกระทำที่เข้าข่ายมีลักษณะความเป็นอันตราย หรือมีความก้าวร้าวรุนแรงหรือเป็นการกระทำที่ประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมมีปฏิกริยาต่อต้านการกระทำนั้นๆ หรือไม่ ทั้งนี้หากเห็นว่าการกระทำใดๆที่ไม่อยู่ในขอบเขตของผลกระทบทั้ง 3 ข้อที่กล่าวมานี้ ก็ไม่ควรจัดการการกระทำนั้นๆ ให้เป็นความผิดอาญาอีก เนื่องจากการใช้กฎหมายอาญาควรเพื่อเป็นมาตรการควบคุมในทางสังคมต่อเมื่อจำเป็น โดยวิธีทางที่น้อยที่สุดและต้องจำเพาะเฉพาะเพื่อประโยชน์ต่อสังคมอย่างแท้จริง ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางที่เหมาะสมในที่นี้คือ การพิจารณาจากแนวทางกรอบกำหนดความผิดอาญาโดยอาศัยผลกระทบอันเกิดจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับสังคมที่กล่าวมาแล้วมากำหนดหลักในการกำหนดความผิดทางอาญา

## 2.2 ทฤษฎีและแนวคิดการลงโทษทางอาญา

การลงโทษ (Punishment) เป็นวัฒนธรรมทางเนติธรรมของแต่ละชนชาติ ซึ่งจะมีวิธีการที่แตกต่างกันไปตามวัฒนธรรม ความเชื่อ ศาสนา และกฎระเบียบทางสังคมของบ้านเมืองนั้นๆ ซึ่งถือเป็นขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการยุติธรรมที่ปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดตามคำพิพากษาของศาล อันเป็นหน้าที่หลักของกรมราชทัณฑ์ จึงทำให้โทษทางอาญานั้นเป็นมาตรการบังคับอย่างหนึ่งซึ่งโทษตามกฎหมายอาญาของไทยนั้นมีการกำหนดโทษไว้ 5 ประการ คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน<sup>28</sup> จึงเป็นการที่รัฐนั้นได้กำหนดภาวะอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เกิดผลร้ายต่อผู้กระทำความผิด โดยเป็นการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดนั้นกระทำความผิดตามกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะที่การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นและได้กำหนดโทษไว้แล้ว เพื่อให้เกิดความสงบสุขเรียบร้อยของประชาชนในรัฐ

<sup>28</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

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

## 2.2.1 ทฤษฎีการลงโทษ

โดยทั่วไปแล้วทฤษฎีการลงโทษที่เป็นที่นิยมในปัจจุบันมี 4 ทฤษฎี คือ

### 2.2.1.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งตั้งอยู่บนความเชื่อพื้นฐานว่าการกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสังคมเมื่อเกิดขึ้นแล้วไม่สามารถที่จะย้อนเวลากลับไปไม่ให้เกิดการกระทำนั้นเกิดขึ้นอีกได้ ดังนั้นเมื่อเกิดการกระทำผิดเกิดขึ้นเราจึงควรหาทางที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นมาอีกมากกว่าที่จะแก้แค้นทดแทนผู้กระทำผิดแนวคิดนี้จึงมองว่าสังคมควรจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นอีก โดยการลงโทษเป็นการข่มขู่บุคคลอื่นในสังคมกลัวเกรงโทษที่จะได้รับและไม่กล้ากระทำผิดซึ่งจะถือว่าเป็นการปลูกฝังศีลธรรมให้แก่บุคคลในสังคมไปด้วย บุคคลสำคัญของความคิดนี้มี 2 ท่าน คือ

1) ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) เห็นว่าการลงโทษเป็นสิ่งจำเป็นการลงโทษสามารถช่วยป้องกันสังคมได้โดยการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำผิดเบ็คคาเรียได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาแห่ง “ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง” (Deterrence Theory) เบ็คคาเรียได้วางแนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งไว้เป็นแนวคิดและหลักการพื้นฐานในการลงโทษ (Beccaria's Concept of Deterrence) เบ็คคาเรียอธิบายถึงทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งว่าการลงโทษที่สามารถข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำผิดได้ควรจะต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ (Three Key Elements of Punishment)<sup>29</sup>

1.1 การลงโทษต้องทำด้วยความรวดเร็ว (Swiftess of punishment) เบ็คคาเรียให้เหตุผลสองประการว่าทำไมจึงต้องลงโทษด้วยความรวดเร็วเหตุผลแรกผู้กระทำผิดบางรายกระบวนกรยุติธรรมใช้เวลาหลายปีกว่าที่จะนำตัวมาพิพากษาลงโทษบ่อยครั้งที่พบว่าเวลาที่ใช้ในการติดตามตัวยาวนานกว่าเวลาตามโทษที่จะกำหนดให้ลงโทษสำหรับความผิดนั้นเสียอีกแม้ว่าจะกำหนดโทษสูงสุดแล้วก็ตามเบ็คคาเรียจึงกล่าวไว้ว่า “การลงโทษด้วยความรวดเร็วไวและ ความใกล้ชิดกับการประกอบอาชญากรรมจะเกิดประโยชน์มากกว่า” เหตุผลประการที่สองเบ็คคาเรียเน้นว่า ความรวดเร็วในการพิพากษาวางโทษผู้กระทำผิดมีความสัมพันธ์กับขนาดของการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งการพิพากษาวางโทษและการลงโทษด้วยความรวดเร็วมีความสำคัญอย่างยิ่ง

<sup>29</sup> From *Criminological Theory* ( pp. 58-60), By Tibbetts, Stephen G. and Hemmens, 2010, A Text/Reader. Los Angeles: Sage Publishing (อ้างอิงในรองศาสตราจารย์ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน, “ทฤษฎีอาชญาวิทยา” แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูงหน่วยที่ 5 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2554, น. 25-26).

1.2 ความแน่นอนในการลงโทษ (Certainty of punishment) ประเด็นเรื่องความแน่นอนในการลงโทษเบ็คคาเรียเห็นว่าเป็นคุณภาพที่สำคัญที่สุดของการลงโทษเบ็คคาเรียกล่าวว่า “...แม้กระทั่งความชั่วร้ายที่น้อยที่สุดแต่เมื่อผู้กระทำผิดได้รับโทษที่แน่นอนย่อมจะมีผลในการสร้างความเกรงขามในจิตใจคนได้ดียิ่ง” และเขายังกล่าวอีกว่า “ความแน่นอนในการลงโทษหากมันสามารถช่วยบรรเทาได้การลงโทษนั้นมันจะถูกบันทึกในความทรงจำได้ยิ่งกว่าความกลัวในวิธีอื่นซึ่งยุ่งยากกว่าแต่เจอไว้ด้วยความหวังว่าจะได้รับการยกเว้นโทษ”

1.3 ความเคร่งครัดหรือความรุนแรงในการลงโทษ (Severity of punishment) เบ็คคาเรียเน้นว่าการลงโทษที่มีประสิทธิภาพโทษที่เป็นไปได้นี้จะต้องมากเกินกว่าประโยชน์ที่ผู้กระทำผิดจะได้รับจากการประกอบอาชญากรรม

ดังนั้น การลงโทษต้องกระทำเพื่อความมุ่งหมายที่สำคัญที่สุดคือ เพื่อป้องกันอาชญากรรม มิใช่การกระทำตามอำเภอใจเพื่อความพอใจของคนๆ หนึ่งหรือบางกลุ่มเท่านั้น และการลงโทษไม่ใช่เพื่อแก้แค้นทดแทนเพราะการแก้แค้นมักจะกระทำเกินเลยไปและไม่เกิดประโยชน์ในด้านการป้องกันอาชญากรรม ฉะนั้น การลงโทษผู้กระทำผิดควรกระทำโดยเปิดเผย รวดเร็วและมีความหนักเบาเหมาะสมและได้สัดส่วนแห่งความร้ายแรงของอาชญากรรม และการลงโทษต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย<sup>30</sup> อีกทั้งการข่มขู่ขังนั้นต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขสองประการคือ<sup>31</sup> 1) การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับอาชญากรรมหมายถึงโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดจะต้องมีความเหมาะสมกับความหนักเบาของการกระทำผิด 2) สาธารณชนจะต้องได้รับรู้เข้าใจอย่างแน่ชัดเกี่ยวกับการลงโทษนั้นหมายถึงการลงโทษต้องทำในที่เปิดเผยไม่ปิดบังควรจะต้องให้สาธารณชนรับรู้เพื่อเกรงกลัวต่อโทษ

สรุปได้ว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษคือการป้องกันผู้กระทำผิดไม่ให้กระทำผิดอีกเป็นการลงโทษโดยมีความมุ่งหมายที่จะให้ผู้กระทำผิดที่ได้รับโทษไปแล้วเกิดความกลัวจำเกรงกลัวโทษที่จะได้รับจนไม่กล้ากระทำผิดและขณะเดียวกันผลของการลงโทษผู้กระทำผิดคนหนึ่งจะมีผลเป็นการยับยั้งป้องปรามบุคคลอื่นมิให้กระทำผิดอันนับได้ว่าเป็นการป้องกันการกระทำผิด

<sup>30</sup> จาก *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น. 139-140), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>31</sup> Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments*, with notes and introduction by David Young (Indianapolis, IN: Kackett, 1985). The selection here has been abridged from the original. (อ้างถึงใน รองศาสตราจารย์ฉัตรวิวัฒน์ สุทธิโยธิน, “ทฤษฎีอาชญาวิทยา” แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยา ชั้นสูงหน่วยที่ 5 สาขาวิชานิติศาสตร์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช 2554, น.22).

2) เจริญ เป็นซัม (Jeremy Bentham) เห็นว่า มนุษย์ทุกคนถ้ามีสติปัญญาหรือฉลาดพอสมควร ไม่ใช่ทึบหรือโรคจิตทราแล้ว มักจะต้องปรารถนาที่จะหาความสุขให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ และให้ได้รับความทุกข์น้อยที่สุดเท่าที่จะน้อยได้ เป็นซัมจึงได้นำแนวความคิดนี้ปรับกับทัณฑวิทยาโดยเสนอแนะว่า โทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น กฎหมายควรจะกำหนดไว้ให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับความทุกข์ทรมานให้สาสม หรือมากยิ่งขึ้นกว่าความพอใจที่เขาได้รับจากการกระทำความผิด หรือประกอบอาชญากรรมนั้น โดยจะส่งผลให้สังคมเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้าประกอบอาชญากรรมขึ้นอีก<sup>32</sup>

นอกจากนี้เบ็คคาเรียและเป็นซัม มีแนวความคิดที่นิยมเรียกกันว่า ทฤษฎี Free Will กล่าวคือ เป็นทฤษฎีที่ถือว่าทุกคนมีเสรีภาพที่จะเลือกตามใจปรารถนาว่าจะกระทำความผิดหรือไม่ เพราะกฎหมายได้กำหนดโทษสำหรับความผิดนั้นลงแล้ว และเมื่อเห็นว่าความสุข ความพอใจจากการกระทำความผิดนั้นจะไม่คุ้มกันกับความทุกข์ทรมานที่ตนจะได้รับก็จะไม่กล้าตัดสินใจเสี่ยงกระทำความผิด ซึ่งตรงนี้ย่อมเป็นผลในทางป้องกันอาชญากรรมและหลักทฤษฎี Free Will นี้มีหลักสำคัญ คือ ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด (Punishment to fit the crime) จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ว่า ทุกคนมีความสามารถในการคิดไตร่ตรองได้เท่ากันหมด ดังนั้น เมื่อละเมิดกฎหมายทุกคนย่อมต้องรับโทษเท่ากัน ซึ่งตามทฤษฎีนี้ ถือว่าการกำหนดโทษไว้ให้เหมาะสมกับความผิดนั้นแล้ว<sup>33</sup>

สรุปได้ว่า เป็นซัมมีความคิดความเชื่อสอดคล้องกับเบ็คคาเรียเกี่ยวกับหลักเจตจำนงอิสระ (Free will) ที่ว่ามนุษย์มีอิสระที่จะคิดตัดสินใจและกระทำการต่างๆด้วยตนเองจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนที่กระทำลงไปเป็นซัมเห็นด้วยว่าการลงโทษเป็นวิธีการที่จำเป็นต้องนำมาใช้เพื่อข่มขู่ยับยั้งอาชญากรรมเพื่อป้องกันการกระทำผิดซ้ำแต่เป็นซัมไม่เห็นด้วยที่จะลงโทษที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมานแก่บุคคลเกินกว่าความจำเป็น

2.2.1.2 ทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสม (Retributive Theory) หลักการของการลงโทษตามทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสม มีดังนี้

1) ผู้กระทำความผิดเท่านั้นที่จะถูกลงโทษ<sup>34</sup> เนื่องจากตามความประสงค์ของการลงโทษเพื่อให้สาสมกับความผิด การลงโทษจึงใช้กับผู้ได้กระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นเงื่อนไขของ

<sup>32</sup> อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น. 140). เล่มเดิม.

<sup>33</sup> แหล่งเดิม. (น. 141).

<sup>34</sup> จาก ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 38), โดย สหชน รัตนไพจิตร, 2527, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การลงโทษจึงจะต้องมีการกระทำความผิดขึ้นมาก่อน การกระทำความผิดนั้นจึงจะต้องถูกลงโทษ เพื่อให้สาสมกับความผิด จึงเห็นได้ว่าการกระทำผิดเป็นเงื่อนไขจำเป็นของการลงโทษ บุคคลที่ไม่ได้กระทำความผิดนั้นจะทำการลงโทษไม่ได้ไม่ว่าจะทำการลงโทษไปแล้วจะต้องได้รับประโยชน์มากเพียงใดก็ตาม ทั้งนี้เพราะเขาไม่มีความผิดอะไรที่จะไปทดแทนหรือลบล้างได้เลย

2) ผู้ที่กระทำความผิดทุกคนต้องได้รับการลงโทษโดยไม่มีข้อยกเว้น<sup>35</sup> ทั้งนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักแห่งความยุติธรรม เนื่องจากว่าคนที่กระทำความผิดเป็นผู้ละเมิดกฎแห่งความยุติธรรมเป็นคนที่สมควรจะได้รับการตอบแทนโดยการลงโทษ ดังนั้นผู้กระทำความผิดทุกคนจึงต้องถูกลงโทษ ทั้งนี้เนื่องจากว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ฝ่าฝืนกฎแห่งความยุติธรรม

3) จำนวนโทษต้องพอเหมาะกับความผิดที่ได้กระทำไป<sup>36</sup> การลงโทษเพื่อให้สาสมมีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษความผิดที่ได้กระทำไปให้สาสม ดังนั้นจำนวนโทษที่จะใช้กับผู้กระทำความผิดนั้นจึงต้องมีความหนักเบาพอเหมาะกับความผิดที่เขาได้กระทำลงไป ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดเกี่ยวกับ Just Desert นั้นเอง ทั้งนี้ความพอเหมาะนี้มี 2 แนวคิด คือ<sup>37</sup> การลงโทษเพื่อให้สาสมต้องเท่าเทียมกับความผิดที่ได้กระทำ แต่อะไรคือขนาดของการลงโทษที่ต้องยึดเป็นมาตรฐาน กรณีนี้ต้องนำหลักแห่งความเท่าเทียม (Principle of Equality) ซึ่งเปรียบเหมือนตาชั่งแห่งความยุติธรรมที่ได้เอนเอียงไปข้างใดข้างหนึ่งความเลวที่คนๆ หนึ่งกระทำต่ออีกคนคนหนึ่งโดยไม่สมควรมัน เป็นสิ่งที่เขาได้กระทำกับตัวของเขาเอง ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า ถ้าท่านให้ร้ายคนอื่นท่านก็ให้ร้ายตัวเอง ถ้าท่านขโมยจากคนอื่นท่านขโมยจากตัวเอง ถ้าท่านฆ่าคนอื่นท่านก็ฆ่าตัวเอง สัดส่วนในการลงโทษเราจะต้องนำหลักการทดแทนมาใช้ (Principle of Retaliation) ซึ่งหมายความว่าทำอย่างไรจะได้ผลตอบแทนอย่างนั้น (like as like)

ในการพิจารณาจึงต้องพิจารณาเฉพาะความผิดแต่ละรายว่าความผิดแต่ละอย่างนั้นจะต้องได้รับการทดแทนเท่าใด บุคคลบางกลุ่มเห็นว่าจำนวนโทษต้องมีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของความผิดดังกล่าว คือ ถือว่าการกระทำที่หนักพอกันควรได้รับโทษพอกัน ความผิดไม่เท่ากันการลงโทษก็ควรไม่เท่ากัน การกระทำความผิดร้ายแรงกว่าควรถูกลงโทษมากกว่าพวกนี้ถือว่าการลงโทษที่ยุติธรรมนั้นไม่ได้หมายถึงการลงโทษที่เท่าเทียมกันจริงๆ กับความผิด แต่หมายถึงการลงโทษที่พอเหมาะกับความผิด เพราะเราไม่มีทางจะคำนวณโทษให้เท่ากับความผิดอย่างแท้จริงในทุกกรณี

<sup>35</sup> แหล่งเดิม.

<sup>36</sup> แหล่งเดิม. (น. 39).

<sup>37</sup> Immanuel Kant. "The Right of Punishing an of pardoning, in Freedom and Responsibility." Ed. Herbert Forris. pp. 503-504 (อ้างถึงใน สหชน รัตนไพจิตร. (2527). ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา. น. 41-42).

แต่เรารู้ได้ว่าการกระทำอย่างหนึ่งผิดร้ายแรงกว่าอีกอย่างหนึ่ง เพราะการลงโทษอย่างหนึ่งหนักกว่า การลงโทษอีกอย่างหนึ่ง เราจึงลงโทษการกระทำที่ผิดร้ายแรงกว่าด้วยโทษมากกว่าได้

### 2.2.1.3 ทฤษฎีลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)

กล่าวคือ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชนหรือสังคมนั้นปลอดจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมาทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขฟื้นฟูระหว่างต้องโทษ พร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก<sup>38</sup>

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการลงโทษควรมีลักษณะเพื่อป้องกันสังคมเมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดขึ้นมาแล้ว ความเสียหายในอดีตย่อมไม่สามารถที่จะเยียวยาให้ดีขึ้นได้ แต่เราอาจใช้ประโยชน์จากการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมไม่ให้เกิดการกระทำผิดเช่นนั้นขึ้นมาอีก โดยการลงโทษเป็นการทำให้กลัวโทษ หรือสร้างนิสัยและสอนศีลธรรมแก่ประชาชน ซึ่งอาจแบ่งความประสงค์ในการลงโทษได้เป็น 2 ประการคือ

1) เพื่อให้มีผลต่อตัวผู้กระทำความผิดเอง (Special preventive) คือทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก

2) เพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไป (General preventive) โดยให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำความผิดแล้ว จะต้องได้รับโทษเพื่อคนทั่วไปที่ได้ทราบ จะได้เกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิด

แนวความคิดของทฤษฎีนี้ไม่ได้คำนึงถึงแต่เพียงผลของการลงโทษต่อตัวผู้กระทำความผิดอย่างเดียว แต่ได้คำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปด้วย เช่นถ้าพิจารณาในแง่ตัวผู้กระทำความผิดเอง แม้อาจไม่จำเป็นต้องลงโทษเพราะถึงไม่ลงโทษเขาคงไม่กระทำความผิดขึ้นอีก แต่เมื่อคำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปแล้ว อาจต้องมีการลงโทษเพื่อเป็นตัวอย่างเป็นต้น

วิธีการลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกันนี้อาจพิจารณาได้เป็น 3 ประการคือ

- (1) ให้มีปริมาณโทษที่เหมาะสม
- (2) มีความแน่นอนและรวดเร็วในการลงโทษ
- (3) ใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือให้คนอื่นกลัวโทษ

### 2.2.1.4 ทฤษฎีลงโทษเพื่อปรับปรุง (Reformatory Theory)

หลักนี้เป็นผลจากความตื่นตัวทางวิทยาศาสตร์และนำวิธีการศึกษาแบบ Empirical method มาใช้แทนวิธีแบบ metaphysics method ซึ่งเป็นวิธีการศึกษาแบบวิทยาศาสตร์ไม่ใช้การคิดในเชิงหาเหตุผลทั่วไปเหมือนในสมัยดั้งเดิม ดังเช่นตัวอย่างแนวคิดของ Franz Von Liszt ชาวเยอรมัน

<sup>38</sup> อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น. 133). เล่มเดิม.

ซึ่งกล่าวว่าจะต้องพิจารณากฎหมายอาญาในทางคันคว้าหาเหตุผลทางด้านข้อเท็จจริง ไม่ควรมองในด้านศีลธรรม แต่ต้องพยายามอธิบายการทำความผิดในฐานะที่เป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในทางธรรมชาติวิทยา การที่มนุษย์แต่ละคนทำความผิดนั้น ย่อมเนื่องมาจากอุปนิสัยของผู้กระทำผิด และพฤติการณ์ภายนอก หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การทำความผิดกฎหมายเป็นผลเนื่องจากลักษณะของผู้กระทำผิดเป็นคณา ประกอบกับความสัมพันธ์ในทางสังคมภายนอก<sup>39</sup>

วิธีการลงโทษเพื่อตัดแปงมีรูปแบบหลายวิธีการเช่น

1) พยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ผู้กระทำผิดประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา เช่น ไม่ให้มีการประจาน เป็นต้น

2) พยายามหลีกเลี่ยงโทษจำคุกระยะสั้น โดยหันมาใช้วิธีการอย่างอื่นแทน

3) การลงโทษต้องลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล

4) เมื่อผู้ทำความผิดได้รับแก้ไขดีแล้ว ก็ไม่ต้องลงโทษต่อ

5) ให้มีการปรับปรุงผู้ต้องโทษระหว่างถูกคุมขัง

ซึ่งวิธีการทั้งหลายเหล่านี้สามารถนำวิธีการหนึ่งวิธีการใด หรือหลายๆ วิธีมาใช้ร่วมกันได้ ทางทฤษฎีเมื่อพิจารณาในแง่วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามกฎหมายอาญาส่วนใหญ่มีจุดประสงค์ที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือมักจะประกอบด้วย

1) เพื่อทดแทนความผิด

1.1 เพื่อแก้แค้น (vengeance)

1.2 ชดเชยความผิดหรือล้างบาป (expiation)

1.3 เพื่อมิให้ได้ประโยชน์จากความผิดที่กระทำ (desert)

1.4 เพื่อติเตียน ตำหนิ (censure or denunciation)

2) เพื่อป้องกันมิให้กระทำผิด (deterrence)

2.1 เพื่อป้องกันโดยเฉพาะเจาะจง (individual deterrence)

2.2 เพื่อป้องกันทั่วไป (general deterrence)

2.3 เพื่อให้เป็นตัวอย่าง (educative deterrence)

3) เพื่อตัดความสามารถในการทำความผิด (incapacitation) และเพื่อฟื้นฟู

(rehabilitation)

<sup>39</sup> จาก กฎหมายอาญากฎทั่วไป (น. 393), โดย หยุด แสงอุทัย, 2520, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปัญหาทุกวันนี้ในเรื่องของการลงโทษนั้น ส่วนใหญ่เป็นผลมาจากการที่เราขาดการจับคู่ที่เหมาะสมระหว่างอาชญากรรมที่เกิดกับโทษที่จะได้รับ และการขาดการพิจารณาถึงรูปแบบและระดับของการลงโทษที่เหมาะสม

### 2.2.2 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

การกำหนดความผิดของกฎหมายอาญาเป็นการกำหนดเพื่อวางกรอบในการควบคุมสังคมให้เกิดความสงบสุขตามภารกิจของกฎหมายอาญา หากมีการล่วงละเมิดกฎหมายที่วางไว้ ผู้ที่ละเมิดกฎหมายก็สมควรที่จะถูกลงโทษ ซึ่งวัตถุประสงค์ในการลงโทษนั้นมีหลักคิดจากในอดีตจนถึงปัจจุบันก็ยังมีแนวคิดเหมือนเดิมที่สามารถจำแนกออกได้เป็น 5 ประการ ดังนี้

#### 2.2.2.1 เป็นการกระทำเพื่อแก้แค้นทดแทน (Punishmen for retribution)

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้ เป็นวัตถุประสงค์ดั้งเดิม เป็นที่แพร่หลายในสมัยโบราณและถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่เก่าแก่ที่สุด แม้กระทั่งในปัจจุบันระบบการลงโทษแบบตาต่อตา ฟันต่อฟันก็เป็นตัวอย่างของการลงโทษเพื่อการแก้แค้นทดแทน กล่าวได้ว่าผู้กระทำความผิดควรที่จะได้รับการโต้ตอบด้วยการลงโทษอย่างสาสมกับความผิดที่ได้กระทำขึ้นอาจกล่าวได้ว่า การลงโทษมีจุดประสงค์เพื่อเป็นการแก้แค้น เป็นเครื่องมือที่จะนำความสมดุลในสังคมที่มีอยู่ก่อนการกระทำความผิดให้กลับคืนมา ตามแนวความคิดนี้ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับการลงโทษและโทษที่จะลงโทษควรเท่ากับความเจ็บปวดและความยากลำบากที่สังคมหรือผู้เสียหายได้รับ<sup>40</sup> และยังเป็น การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคม ซึ่งการลงโทษควรจะต้องมองย้อนหลังไปในอดีตว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำอะไรลงไปบ้าง และควรจะต้องรับผิดชอบในการกระทำอย่างไรบ้าง เพื่อให้ได้สัดส่วนกัน<sup>41</sup>

อิมมานูเอลคานท์ (Immanuel Kant) มีความเห็นว่า การลงโทษเป็นของคู่กับการกระทำความผิด เพื่อความยุติธรรมแล้วผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษให้ได้สัดส่วนพอดีทั้งในสภาพและความหนักเบากับความผิดของเขา ถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำของเขา และยังมีผลเสมือนว่าสังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำความผิดด้วย<sup>42</sup> นอกจากนั้นยังเห็นว่า การลงโทษไม่ควรมีลักษณะเป็นเครื่องมือเพื่อให้เกิดผลคือความเกรงกลัวแก่บุคคลอื่นเพราะ

<sup>40</sup> จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (น. 174-175), โดย สุพจน์ สุโรจน์, 2525, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

<sup>41</sup> จาก การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม, โดย อุทิศ สุภาพ, 2549, *คูลพาหะ*, 53.2 น. 65.

<sup>42</sup> จาก *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก* (น. 32), โดย ชานี วรภัทร์, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

จะเป็นการไม่ยุติธรรมแก่ผู้ถูกลงโทษซึ่งควรจะถูกลงโทษ เนื่องมาจากการกระทำความผิดของตนเองเท่านั้น<sup>43</sup>

#### 2.2.2.2 การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งการกระทำผิด (Deterrence)

วัตถุประสงค์ข้อนี้มีหลักการว่าการลงโทษจะคำนึงถึงแต่เพียงผลของการลงโทษต่อตัวผู้กระทำผิดเท่านั้นไม่ได้ แต่จะต้องคำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปด้วย โดยถือว่าการลงโทษเป็นการข่มขู่เพื่อให้ผู้กระทำผิดเกิดความเกรงกลัว ไม่กล้ากระทำผิดซ้ำขึ้นอีก และเป็นตัวอย่างให้บุคคลอื่นๆ เกิดความหวาดกลัวต่อการลงโทษซึ่งมีผลเป็นการป้องกันอาชญากรรม<sup>44</sup> วัตถุประสงค์นี้เรียกว่า “การยับยั้งโดยทั่วไป” (general deterrence) เช่น การนำโทษประหารชีวิตมาใช้ นั่น เชื่อว่าวิธีประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม โดย เจมส์ ชูเทอร์ (James Chuter) กล่าวไว้ว่า ไม่มีบทลงโทษอื่นใดที่จะมีผลยับยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิดทางอาญาเท่ากับโทษประหารชีวิต นอกจากนี้ยังมีวิธีการลงโทษประเภทต่างๆ อีก เช่น การใช้ข้อ การเขียน การจำคุก การให้นักโทษทำงานหนัก เป็นต้น การลงโทษด้วยวิธีการต่างๆ เหล่านี้ เกี่ยวเนื่องกับหลักธรรมชาติที่ว่า มนุษย์ปรารถนาที่จะได้รับความสุขสบายและหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมาน ฉะนั้น การลงโทษจึงก่อให้เกิดการยับยั้งอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า “การยับยั้งเป็นพิเศษ” (Special deterrence) โดยเป็นการลงโทษเพื่อให้เป็นบทเรียนให้ผู้กระทำผิดรู้สึกสำนึกผิดและเข็ดหลาบ ไม่คิดกระทำความผิดอีกในอนาคต ซึ่งการยับยั้งเป็นพิเศษ (Special deterrence) นี้ เฟ็งเล็งเฉพาะตัวผู้กระทำผิดเพื่อให้เกิดความกลัวต่อโทษและไม่กล้ากระทำความผิดอีกในอนาคต<sup>45</sup>

การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่และยับยั้งการกระทำผิดเป็นการทำให้บุคคลเกิดความกลัวที่จะถูกลงโทษซึ่งนอกจากจะทำให้หลายคนไม่กล้าที่จะกระทำความผิดแล้ว ยังมีผลให้คนทั่วไปคิดว่าการกระทำผิดนั้นเป็นสิ่งที่ไม่พึงกระทำและควรหลีกเลี่ยงโดยการลงโทษที่จะมีผลในการข่มขู่และยับยั้งการกระทำผิดนั้น จะต้องเป็นการลงโทษที่มีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และเหมาะสม คือ

1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้ว จะต้องทำให้ผู้กระทำผิดมีโอกาสหลุดรอดจากการถูกจับกุมมาลงโทษไป

<sup>43</sup> จาก “วัตถุประสงค์ของการลงโทษ,” โดย อุททิศ แสนโกสติก, 2523, *บทบัญญัติ*, 27, ตอน 2. น. 272-273.

<sup>44</sup> จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา* (น. 361), โดย ประธาน วัฒนวานิชย์, 2546, กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก.

<sup>45</sup> *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (น. 131). เล่มเดิม.

ได้ยาก ซึ่งจะมีผลในการข่มขู่และข่มขู่ให้คนทั่วไปและผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงกระทำความผิดขึ้นอีก เพราะทำผิดแล้วต้องถูกจับก็ไม่คุ้มค่า<sup>46</sup>

2) การลงโทษจะต้องสามารถทำได้รวดเร็ว กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำความผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างได้ว่าหากกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับผลร้ายอย่างไร

3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค โดยผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่คิดจะกระทำความผิดไม่มีโอกาสที่จะแก้ตัวหรือหาทางหลีกเลี่ยงการถูกลงโทษหากตนกระทำความผิด

4) การลงโทษจะต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดทอนกับความผิด หากบทลงโทษเบาไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดและคนทั่วไปไม่เกิดความเกรงกลัว และคุ้มค่าที่จะเสี่ยงต่อการกระทำความผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดพยายามปกปิดการกระทำของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น<sup>47</sup>

#### 2.2.2.3 การลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไข (Rehabilitation)

การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลที่กระทำความผิดมาแล้วกลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก โดยมีการเปลี่ยนพฤติกรรมจากความชั่วเป็นการประพฤติดีด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อให้สามารถกลับมาใช้ชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมได้อย่างปกติสุข เช่น การให้การศึกษา การฝึกอาชีพ การอบรมทางศาสนาและศีลธรรม หรือการแก้ไขสภาพแวดล้อม เป็นต้น ให้เพียงพอที่จะนำไปใช้ในการดำเนินชีวิตได้รวมทั้งการพยายามช่วยให้ผู้กระทำความผิดไม่รู้สึกรับผิดชอบจากการที่ได้รับการลงโทษไปแล้ว

#### 2.2.2.4 การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้กระทำความผิดอีก (Incapacitation)

การลงโทษโดยวิธีประหารชีวิต จำคุก กักขัง ถือเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม เป็นแนวความคิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสได้กระทำความผิดซ้ำอีก โดยมีความประสงค์ที่จะกำจัดผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคม ซึ่งโทษประหารชีวิตถือเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร ส่วนโทษจำคุกและกักขังนั้นเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพียงชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้สังคมปลอดภัย

#### 2.2.2.5 การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)

การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชนหรือสังคมปลอดภัยจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก โดยได้แก้ไขพื้นที่ระหว่างต้องโทษ

<sup>46</sup> หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก (น. 34). เล่มเดิม.

<sup>47</sup> แหล่งเดิม. (น. 35).

พร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพ เมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก<sup>48</sup>

มาร์ค แอนแซล (Marc Ancel) ได้ให้คำนิยามของ “การป้องกันสังคม” ไว้ว่า หมายถึง การปกป้องคุ้มครองสังคมที่เพียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการรณรงค์ต่อต้านอาชญากรรม โดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรม โดยสังคมจะปลอดจากอาชญากรรมได้จำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องกับปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดเพื่อให้ผู้กระทำผิดกลับตนเป็นคนดี นอกจากนี้จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม โดยวางแนวทางปฏิบัติที่จำเป็นจะต้องกระทำ วางระบบการควบคุมการลงโทษการกำหนดโทษ หรือวางเงื่อนไข ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันสังคม<sup>49</sup>

### 2.2.3 แนวคิดการกำหนดโทษทางอาญา

ในการกำหนดโทษทางอาญาเป็นต้นกำเนิดของแนวคิดนิติเศรษฐศาสตร์กับการลงโทษทางอาญารูปแบบทางเศรษฐศาสตร์ของอาชญากรรม การใช้โทษปรับ การใช้โทษจำคุก ขนาดของความเสียหายต่อสังคมกับการลงโทษ ประสิทธิภาพในการจับกุมกับความรุนแรงของโทษทางอาญา และเลือกวิธีการเพิ่มต้นทุนของผู้กระทำผิดเพื่อยับยั้งอาชญากรรม<sup>50</sup> ในการกำหนดการลงโทษมีอยู่ 2 รูปแบบคือ

1) การกำหนดการลงโทษทางอาญาโดยการใช้โทษปรับมีแนวคิดของ Becker ในการลงโทษคือ “โทษปรับควรนำมาใช้กับผู้กระทำผิด” เพราะเป็นโทษที่ไม่ก่อให้เกิดต้นทุนกับสังคม (social costs) เนื่องจากเป็นการโอนทรัพย์สินจากบุคคลสู่รัฐแต่โทษจำคุกเป็นโทษที่สร้างต้นทุนกับสังคมอยู่มาก เช่นรัฐต้องเสียค่าใช้จ่ายในการสร้างเรือนจำ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูนักโทษ ค่าใช้จ่ายในการจ้างผู้ดูแลนักโทษ<sup>51</sup> ดังนั้นหากโทษปรับสามารถยับยั้งอาชญากรรมได้แล้ว รัฐควรกำหนดโทษปรับเป็นอันดับแรก

2) การกำหนดการลงโทษทางอาญาโดยการใช้โทษจำคุก เนื่องจากโทษจำคุกก่อให้เกิดต้นทุนต่อสังคมอย่างมาก ทั้งต้นทุนการสร้างเรือนจำ และดูแลนักโทษ ดังนั้น ในมุมมอง

<sup>48</sup> อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา (น. 133). เล่มเดิม.

<sup>49</sup> แหล่งเดิม.

<sup>50</sup> จาก “การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์,” โดย ปกป้อง ศรีสนิท (2553), *วารสารนิติศาสตร์*, 3, 39. น.510.

<sup>51</sup> From “Crime and Punishment : An Economic Approach,” (p. 24), By Gary S. Becker, 1974, in *Essays in the Economics of Crime and Punishment* at [www.nber.org/chapters/c3625.pdf](http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf) June 1, 2010. (อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนิท, (2553), “การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์.” *วารสารนิติศาสตร์*, 3, 39. น. 517-518).

นิติเศรษฐศาสตร์การจำคุกควรนำมาเป็นโทษเสริมเพื่อใช้เฉพาะกรณีที่โทษปรับไม่สามารถยับยั้งอาชญากรรมได้ มีอยู่ 5 กรณี<sup>52</sup> คือ

กรณีที่หนึ่ง เมื่อผู้กระทำความผิดเป็นคนที่ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอสำหรับโทษปรับ

กรณีที่สอง เมื่ออัตราการหลบหนีจากการถูกดำเนินคดีมีมากขึ้น เมื่อใดก็ตามที่ผู้กระทำความผิดมีโอกาสหลบหนีจากการถูกดำเนินคดีมากขึ้น โทษปรับที่จะใช้ยับยั้งอาชญากรรมนั้นก็ต้องสูงมากขึ้นเรื่อยๆ เช่นกัน เพื่อให้มีผลเป็นการยับยั้งอาชญากรรม ตัวอย่างเช่น เมื่อมีการหลบหนีครั้งหนึ่ง โทษปรับจะต้องสูงขึ้นเป็นสองเท่าเพื่อให้มีผลเป็นการป้องกันอาชญากรรม ดังนั้นถ้ามีการหลบหนีมากขึ้นเรื่อยๆ จนทำให้โทษปรับต้องสูงขึ้นเรื่อยๆ จนโทษปรับนั้นเกินทรัพย์สินสินของผู้กระทำความผิด การปรับผู้กระทำความผิดจึงไม่ได้ผลจึงต้องใช้โทษจำคุกแทน

กรณีที่สาม เมื่อผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้กระทำความผิด (private benefits) ที่ได้รับจากการกระทำความผิดมีจำนวนมหาศาล โทษปรับที่เหมาะสมที่จะใช้ยับยั้งจะต้องเป็นจำนวนค่าปรับที่สูงมากเช่นเดียวกัน เมื่อค่าปรับสูงมากจนเกินทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดการปรับจึงไม่ได้ผลอีกเช่นกัน การยับยั้งอาชญากรรมที่สร้างมูลค่าผลประโยชน์มหาศาล ให้กับผู้กระทำความผิดจึงต้องใช้โทษจำคุก

กรณีที่สี่ เมื่ออาชญากรรมมีความจำเป็นไปได้สูงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคม ค่าปรับไม่สามารถยับยั้งอาชญากรรมได้ จึงต้องใช้โทษจำคุก

กรณีที่ห้า ต่อเนื่องจากกรณีที่สี่ เมื่อขนาดความเสียหายต่อสังคม (magnitude of harm) มีสูงมาก เช่น ฆาตกรรม หรืออาชญากรรมร้ายแรงต่างๆอาชญากรรมดังกล่าวสร้างความเสียหายให้กับสังคมอย่างมาก การยับยั้งอาชญากรรมโดยใช้โทษปรับจึงไม่เพียงพอ จึงต้องใช้โทษจำคุก

ดังนั้น หลักนิติเศรษฐศาสตร์สามารถนำมาวิเคราะห์การลงโทษทางอาญา โดยเป็นการนำเสนอถึงต้นกำเนิดของแนวความคิดนิติเศรษฐศาสตร์กับการลงโทษทางอาญา รูปแบบทางเศรษฐศาสตร์ของอาชญากรรม การใช้โทษปรับ การใช้จำคุก ขนาดของความเสียหายต่อสังคมกับการลงโทษ ประสิทธิภาพในการจับกุมกับความรุนแรงของโทษทางอาญาและเลือกวิธีการเพิ่มเติมต้นทุนของผู้กระทำผิดเพื่อยับยั้งอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย

การลงโทษทางอาญานั้นมีทั้งการลงโทษปรับและการลงโทษจำคุกเป็นการลงโทษที่มีความรุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดโดยมิวัตถุประสงค์เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำ (Retribution) เพื่อคัดนิสัยของผู้กระทำ

<sup>52</sup> Steven Shavell, op. cit. p. 467. (อ้างถึงใน ปกป้อง ศรีสนธิ (น. 519). เล่มเดิม).

ความผิด (Reformation)<sup>53</sup> เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง (Deterrence) และเพื่อตัดผู้กระทำผิดออกไปจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรือถาวร (Incapacitation) จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าโทษทางอาญาควรใช้กับการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงเท่านั้นศาสตราจารย์ Herbert L. Packer แห่งมหาวิทยาลัยแอสแตนฟอร์ดเสนอหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางไว้ดังนี้

1) คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าการกระทำนั้นคุกคามหรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมโดยมีลักษณะเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคมเช่นการฆ่าผู้อื่นการข่มขืนการใช้กำลังการประทุษร้ายการชิงทรัพย์ เป็นต้น

2) การลงโทษทางอาญาต้องทำให้การกระทำผิดนั้นๆลดน้อยลง

3) การลงโทษอาญาต้องไม่ทำให้พฤติกรรมที่พึงประสงค์ของสังคมต้องลดน้อยลง

4) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันทั้งนี้โดยต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ

5) กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดและการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไม่ก่อให้เกิดภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขตทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

6) ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญา

หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาที่เสนอโดยศาสตราจารย์ Packer สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่เสนอโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของแคนาดา (Law Reform Commission of Canada) ว่าการกระทำนั้นต้องเป็นความผิดอาญาที่แท้จริงกล่าวคือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อบุคคลอื่นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Fundamental values) หรืออาจเป็นอันตรายต่อสังคมและโทษอาญาที่จะกำหนดนั้นต้องสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้และต้องไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเสียเอง<sup>54</sup>

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญานี้เกิดขึ้นมานานแล้ว โดยสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classic School of Criminology) ที่มีผู้ก่อตั้ง คือ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย โดยได้นำเสนอให้การพิจารณาบทลงโทษควรมีความเหมาะสมกับความผิดที่บุคคลนั้นกระทำ เพราะถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ที่จะเลือกทำหรือไม่ทำสิ่งใดก็ได้ ดังนั้นการลงโทษจึงควรมี

<sup>53</sup> From *The Limit of the Criminal Sanction* (p. 117-118), By Herbert L Packer, 1978 (อ้างถึงใน รัชวัลพร รัทตะเมธากุล, 2555. น. 26).

<sup>54</sup> Ibid. (p. 296).

ความหนักเบาตามสัดส่วนความรุนแรงของอาชญากรรม โดยต้องกำหนดให้เหมาะสมกับลักษณะของความผิด และไม่มากเกินไปจนโหดร้ายทารุณ อีกทั้งต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าผลประโยชน์จากการกระทำผิดนั้นคุ้มค่ากับการประกอบอาชญากรรม

นอกจากนี้ กอาชญาวิทยาอีกท่านหนึ่ง คือ เจเรมี เบนธัม มีแนวความคิดว่าการบัญญัติกฎหมายต้องกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับอาชญากรรม การลงโทษเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อข่มขวัญยับยั้งการทำความผิด และเพื่อป้องกันการทำความผิดซ้ำ<sup>55</sup> โดยเห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีสัญชาตญาณแห่งความเพลิดเพลินพอใจและความเจ็บปวด ซึ่งมีอิทธิพลต่อการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ ดังนั้น เมื่อมนุษย์มีความพอใจกับการกระทำผิดก็เลือกที่จะกระทำผิด แต่ถ้ามนุษย์รู้ว่าความเพลิดเพลินพอใจที่ได้รับจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าความเจ็บปวดทรมานในการถูกลงโทษแล้วมนุษย์ก็เลือกที่จะไม่ทำความผิด โดยจะคิดยับยั้งไม่ทำความผิดนั้นเสีย

#### 2.2.4 ความสมควรลงโทษต่อการกระทำที่เป็นการก่ออันตราย

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่ากฎหมายอาญาจะมีความชอบธรรมในอันที่จะเข้ามาแทรกแซงก็ต่อเมื่อมีผลที่เป็นความเสียหายเกิดขึ้น (Harmful result) ซึ่งถ้าพิจารณาตามหลัก “ไม่มีการลงโทษหากปราศจากความเสียหาย” (no punishment without harm) อันเป็นหลักกฎหมายอาญาหลักหนึ่งในปัจจุบัน ซึ่งมีสาระสำคัญว่าการลงโทษไม่อาจกระทำได้ในกรณีที่ความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครอง หรือความเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวไม่มีอยู่ การก่อให้เกิดผลที่บัญญัติห้ามไว้จึงเป็นสิ่งที่จะต้องมีมาก่อน (prerequisite) สำหรับการบังคับโทษ

ความเสียหายในทางกฎหมายอาญาอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

1) เป็นผลที่เป็นความเสียหายที่แท้จริงต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ความผิดของผลที่เป็นความเสียหายประเภทนี้ รู้จักกันในฐานะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย (a crime causing injury or a crime of injury)

2) เป็นผลที่เป็นอันตรายต่อความเสียหายของคุณธรรมทางกฎหมายความผิดของผลที่เป็นความเสียหายประเภทนี้ รู้จักกันในฐานะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย (a crime causing danger or a crime of danger)

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย หรือความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายก็ล้วนแต่มี “ความสมควรลงโทษ” (Strafwuerdigkeit) อยู่ในตัวเองทั้งสิ้น กล่าวคือความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา

<sup>55</sup> อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา (น. 68). เล่มเดิม.

288 ความสมควรลงโทษในความผิดฐานนี้เกิดจากแนวความคิดที่ว่าชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่มีความค่า ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ห้ามการกระทำดังกล่าวโดยบัญญัติเป็นความผิดอาญาไว้ หรือความผิดอาญาที่เป็น การก่ออันตราย เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 ความสมควร ลงโทษในความผิดฐานนี้ เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การทอดทิ้งเด็กก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตของ เด็กแล้ว เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ความสมควรลงโทษสำหรับ ความผิดดังกล่าวอยู่ที่ว่าการกระทำดังกล่าว ใกล้เคียงที่จะก่อให้เกิดผลที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรม ทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้เพราะว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย กฎหมายลงโทษผู้กระทำเพื่อป้องกันอันตราย กับคุณธรรมทางกฎหมายด้วยเหตุนี้ แม้ว่าผลที่เป็น ความเสียหายจะยังไม่ได้ไม่เกิดขึ้นก็ตาม ก็สามารถลงโทษได้แล้วหากการกระทำดังกล่าวได้ก่อ อันตรายขึ้น (creating danger) โดยนัยยะดังกล่าวย่อมหมายความว่า ความผิดอาญาที่เป็นการก่อ อันตราย ประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มครองนั้นต้องมีความสำคัญอย่างมาก

## 2.3 การมีหรือใช้อาวุธปืน สิ่งเทียมอาวุธปืน กับลักษณะของความน่าจะเป็นอันตราย

อาวุธ อาวุธปืน หรือสิ่งเทียมอาวุธ มักมีความเกี่ยวข้องกับอาชญากรรม ทั้งนี้เนื่องจาก อาชญากรรมนิยมใช้อาวุธ อาวุธปืน หรือสิ่งเทียมอาวุธปืนเป็นเครื่องมือประกอบการกระทำความผิด มากกว่าชนิดอื่น ๆ เพราะอาวุธปืนและสิ่งเทียมอาวุธปืนเป็นเครื่องมือประกอบการกระทำความผิด ไม่ต้องฝึกฝนเป็นระยะเวลาอันยาวนาน จึงเป็นความจำเป็นที่รัฐจะต้องจำกัดการใช้งานของอาวุธ อาวุธปืน หรือสิ่งเทียมอาวุธปืนให้อยู่ในขอบเขตที่จะไม่เกิดอันตรายต่อสังคมส่วนรวม โดยการวางกฎหมาย มาควบคุมเพื่อมิให้มีการครอบครองและใช้อาวุธ อาวุธปืน หรือสิ่งเทียมอาวุธปืน ได้โดยเสรีเป็นการ ป้องปรามมิให้เกิดปัญหาความรุนแรงจากการใช้อาวุธ อาวุธปืน หรือสิ่งเทียมอาวุธปืนนั่นเอง

### 2.3.1 ขอบเขตความหมายของอาวุธ อาวุธปืน และสิ่งเทียมอาวุธปืนที่ใช้ในการก่ออันตราย

#### 2.3.1.1 คำว่า อาวุธ

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายว่า “เครื่องประหาร ใช้ในการทำร้าย ป้องกัน หรือต่อสู้ โดยปริยาย หมายถึง สิ่งที่มีลักษณะคล้ายคลึงเช่นนั้น เช่น ใช้ ปัญญาเป็นอาวุธ”

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีคำว่า “ศาสตราวุธ” บัญญัติไว้ในบางมาตรา เช่น ใน มาตรา 335 (2) “ผู้ใดถืออาวุธซึ่งอาจทำให้เป็นที่หวาดเสียวแก่สาธารณะชนหรือมีศาสตราวุธพาไปใน ถนนทางหลวงหรือที่ประชุมสาธารณะสถานต่างๆ โดยมันมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานอันชอบ ด้วยกฎหมายให้พาไปได้ ท่านว่ามันกระทำความผิดต้องระวางโทษชั้น 1 และให้รับศาสตราวุธนั้นเสียด้วย

ความในข้อนี้หาได้หมายความว่าห้ามถึงการที่ถืออาวุธปืนไม่ประจวบเพื่อประโยชน์ในการยิงสัตว์อันชอบด้วยกฎหมายนั้นด้วยไม่”<sup>56</sup>

มาตรานี้มีการห้ามทั้งถืออาวุธปืนและพาสาตราวุธ จึงมีข้อควรพิจารณาว่าอาวุธกับสาตราวุธที่ใช้ในมาตรานี้มีความหมายเหมือนกันหรือต่างกันเพียงใด

การที่กฎหมายบัญญัติคำว่า “สาตราวุธ” ประปนกับคำว่า “อาวุธ” ทำให้สงสัยว่าคำว่า “สาตราวุธ” กับคำว่า “อาวุธ” มีความหมายเหมือนกันหรือไม่

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 6 (15) ให้ความหมายคำว่า “อาวุธ” หมายความว่า “เครื่องประหารอันสามารถจะใช้กระทำแก่ร่างกายให้แตกหักบอบสลายได้ถึงสาหัส คือ ปืน ดาบ หอก แหวน หลาว มีด เป็นต้น” แม้กฎหมายลักษณะอาญาจะใช้ “อาวุธ” กับ “สาตราวุธ” ประปนกัน ก็มีความหมายเป็นคำๆ เดียวกัน ไม่มีความหมายผิดแผกแตกต่างกันเลย<sup>57</sup>

การพิเคราะห์ว่าอะไรเป็นอาวุธหรือไม่นั้น ต้องพิเคราะห์คุณสมบัติของวัตถุนั้นๆ เองว่ามีสภาพเป็นวัตถุที่ใช้สำหรับรบพุ่งหรือทำร้าย คนธรรมดาสามัญเรียกว่าอาวุธหรือไม่ โดยเหตุนี้เมื่อวัตถุใดเป็นอาวุธอยู่แล้วย่อมเป็นอาวุธตลอดไป<sup>58</sup> อาวุธตามกฎหมายลักษณะอาญาศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่ามี 2 อย่างคือ

1) อาวุธโดยสภาพ คือสิ่งซึ่งทำไว้เป็นเครื่องมือประหารโดยตรง เช่น ปืน หอก ดาบ แหวน หลาว

2) อาวุธโดยการใช้ คือ สิ่งที่มีได้ทำไว้เป็นเครื่องประหารโดยตรง แต่ได้นำมาใช้เป็นอาวุธ เช่นไม้คานหาบของ เอาไว้ใช้ประทุษร้ายได้<sup>59</sup>

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (5) ให้คำนิยาม อาวุธว่า หมายความว่า ความรวมถึงสิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ บทนิยามดังกล่าว อาวุธ ตามประมวลกฎหมายอาญาจึงมี 2 อย่าง เช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา คือ

1) สิ่งซึ่งเป็นอาวุธโดยสภาพ เช่น ปืน หอก ดาบ แหวน หลาว

<sup>56</sup> จาก “อาวุธกับสาตราวุธ,” โดย ชุนรบบาทบริหาร, (2485, มีนาคม), *บทบัญญัติ*, 14, ตอน 1. น. 114.

<sup>57</sup> จาก “พาอาวุธปืนไปในที่สาธารณะ,” โดย ชุตติธร, (2513), *บทบัญญัติ*, 27, ตอน 4. น. 929. และ พระคฤศนกรณพิทากรณ์. (2492). น. 19.

<sup>58</sup> *อาวุธกับสาตราวุธ* (น. 116). เล่มเดิม.

<sup>59</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 232/2458. และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 560/2458. อ้างถึงใน ชุตติธร. (2513). “พาอาวุธปืนไปในที่สาธารณะ.” *บทบัญญัติ*, 27, ตอน 4. น. 929.

อาวุธโดยสภาพ หมายความว่า สิ่งซึ่งโดยสภาพใช้ทำให้เป็นอันตรายสาหัสแก่ร่างกาย รวมทั้งกายและจิตใจตามมาตรา 295 อันตรายสาหัสมาตรา 297<sup>60</sup> การที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นอาวุธ โดยสภาพนั้น พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการผลิต หากว่าเจตนาในการสร้างอาวุธนั้นต้องการที่จะสร้างขึ้นมาเพื่อระหัดประหาร โดยตรงก็ถือว่าเป็นอาวุธโดยสภาพ

อาวุธโดยสภาพเมื่อเป็นอาวุธโดยสภาพแล้ว แม้ต่อมาอาวุธดังกล่าวจะไม่สามารถใช้ได้ ก็ยังเป็นอาวุธอยู่<sup>61</sup> เพราะการพิจารณาอาวุธโดยสภาพ พิจารณาที่สภาพอาวุธมิได้พิจารณาว่า อาวุธจะทำหน้าที่ได้ตามสภาพของอาวุธหรือไม่ เพราะคนร้ายอาจนำสภาพของอาวุธไปใช้กระทำความผิดได้ การพิจารณาความเป็นอันตรายของอาวุธโดยสภาพนั้น ต้องพิจารณาจากภายนอกของอาวุธนั้น<sup>62</sup>

ดังนั้นการที่คนร้ายพกอาวุธปืน โดยสภาพ แม้อาวุธปืนดังกล่าวจะไม่สามารถใช้ยิงได้ก็ตาม ก็เป็นความผิดฐานพกพาอาวุธปืนไปในเมืองหมู่บ้านหรือทางสาธารณะ

2) สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างรุนแรง สิ่งเหล่านี้ตามสภาพไม่เป็นอาวุธถึงแม้จะใช้ทำอันตรายสาหัสแก่กายได้ แต่ถ้าได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ทำอันตรายสาหัสก็ถือเป็นอาวุธ โดยมีข้อความสำคัญว่าใช้อย่างอาวุธ<sup>63</sup> คือแม้วัตถุบางอย่างจะใช้ทำอันตรายบุคคลถึงสาหัส หากลักษณะวิธีการที่ใช้เทียบไม่ได้กับอาวุธโดยสภาพแล้วก็ไม่ถือเป็นอาวุธ เช่น ใช้เชือกรัดคอ ขับรถยนต์ไล่ชน เหล่านี้เทียบไม่ได้กับอาวุธโดยสภาพจึงไม่เป็นอาวุธ<sup>64</sup>

อย่างไรจึงจะเรียกว่าเจตนาจะใช้อาวุธอาจพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์ที่นำติดตัวไปและพฤติการณ์เป็นเรื่องราวๆ ไป การที่นัดวิวาทกันแล้วมีสิ่งไปด้วยถือว่ามีเจตนาจะใช้เป็นอาวุธ ถ้าไม่มีเหตุผลพิเศษเป็นอย่างอื่น<sup>65</sup>

การใช้กำลังประทุษร้าย พอเทียบได้กับบทนิยาม มาตรา 1 (6) ซึ่งหมายความว่า “ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใดและให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดขึ้นได้ไม่ว่าจะใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิตหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”

<sup>60</sup> จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น.2048), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2553, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

<sup>61</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1459/2523. สืบค้น 28 พฤษภาคม 2557, จาก <http://www.supremecourt.or.th>.

<sup>62</sup> กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 1649). เล่มเดิม.

<sup>63</sup> แหล่งเดิม.

<sup>64</sup> จาก เอกสารการสอนกฎหมายอาญา 1 (น. 41), โดย สง่า ลินะสมิต, 2530, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

<sup>65</sup> แหล่งเดิม. (น. 39).

คำว่า อาวุธ ใด้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหลายมาตรา เช่น มาตรา 140 วรรคแรก มาตรา 277 วรรค 3 มาตรา 335 (7) มาตรา 337 (2) มาตรา 340 วรรค 2 มาตรา 340 ตีวรรค 3 เป็นต้น ในบทบัญญัติดังกล่าวใช้คำว่า “มีอาวุธ” “มีหรือใช้อาวุธ” และ “ใช้อาวุธ” กฎหมายอาญาถือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นเหตุฉกรรจ์ผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษหนักขึ้นกว่าลักษณะความผิดธรรมดาของฐานความผิดนั้นความมุ่งหมายของกฎหมายที่บัญญัติคำนิยามว่า อาวุธ เพื่อใช้เป็นเหตุเพิ่มโทษของความผิดต่างๆ ในกรณีที่ผู้กระทำมีอาวุธ<sup>66</sup>

ดังนั้นหากพิจารณาอาวุธโดยการใช้นั้น จะเห็นว่าการนำอาวุธปืนโดยสภาพไปใช้ แม้ว่า จะไม่สามารถใช้ยิงได้อย่างอาวุธ ผู้กระทำก็ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากมีหรือใช้อาวุธเช่นกันแต่ สิ่งที่เป็นข้อสังเกต หากมีการนำสิ่งที่มีรูปลักษณะเหมือนอาวุธ ไปใช้กระทำความผิดอย่างอาวุธแล้ว ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักเสมือนการใช้อาวุธหรือไม่กรณีนี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกา<sup>67</sup> ตัดสินไว้ว่า ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากวัตถุที่ใช้นั้นไม่เป็นอาวุธ

### 2.3.1.2 คำว่า ปืน

คำว่า ปืน ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ใด้ให้ความหมายว่า อาวุธ สำหรับยิงให้ลูกออกจากลำกล้องด้วยกำลังดินระเบิดหรือแรงอันดันด้วยลม เป็นต้น ถ้าเป็นปืน จำพวกขนาดใหญ่ใช้ในการรบ เรียกว่าปืนใหญ่ ถ้ารูปสั้นใช้สำหรับยิงให้วิถีกระสุนโค้งมากเรียกว่า ปืนครก ถ้าเป็นจำพวกใช้กำลังไฟ เรียกว่าปืนกล (สร หน้าไม้ เกาทัณฑ์ โบราณเรียกว่า “ปืน” ปืนที่ใช้กำลังไฟ เรียกว่า ปืนไฟ)

ปืน คือ เหล็กหลายชิ้นหรือหลายส่วนประกอบกันขึ้นและใช้ยิงได้ ความสำคัญของปืน อยู่ที่ลูกปืนซึ่งมีนานาชนิดสำหรับใช้แก่ปืนต่างๆ ลูกปืนจะลำแดงฤทธิ์ต่อเมื่อถูกบรรจุอยู่ในลำกล้อง(barrel) และถูกยิงที่แก๊ปที่กั้นลูกปืนเป็นเชื้อเพลิงติดดินปืนในลูกปืน ในเวลาเดียวกันก็ดันหัวลูกปืนหลุดออกไปทางปลายกระบอกปืน เพราะไม่มีทางอื่นจะออกได้โดยทางด้านหลังลูกปืนมีเหล็กสกัดกั้นไว้เจาะรูไว้สำหรับเข็มแทงชนวน (firing pin) หรือนกดทับ (hammer) ให้แทงหรือ สับแก๊ปปืน<sup>68</sup>

<sup>66</sup> จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา (น. 19), โดย หยุต แสงอุทัย, 2511.

<sup>67</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8/2539 ปืนไฟแช็กที่จำเลยใช้ชี้ผู้เสียหายนั้นเป็นสิ่งเทียมอาวุธปืน มิใช่อาวุธปืนตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ จึงไม่ต้องรับโทษหนักตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 340 ตี.

<sup>68</sup> จาก เรื่องของปืน (ตอน 1), โดย หลวงบริหารพินิจนัยกิจ, (2502, กรกฎาคม), *ดุลพินิจ*, 6, 7. น. 448-449.

ปืน แบ่งออกเป็น 2 จำพวก คือ ปืนที่ใช้ในราชการสงคราม และปืนที่ประชาชนใช้ทั่วไป มีทั้งชนิดปืนสั้น (Handguns) หมายถึง ปืนที่ใช้พกได้ และปืนยาวมีปืนไรเฟิล (Rifle) และปืนยิงนก (shot guns)

ดังนั้น คำว่า ปืน จึงหมายถึงอาวุธโดยสภาพ ตามความหมายของคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (5) ถือได้ว่าเป็นอาวุธที่ร้ายแรงมีประสิทธิภาพในการทำลายล้างมากกว่าเมื่อเทียบกับอาวุธชนิดอื่น

คำว่า ปืน ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น มาตรา 340 วรรค 4 มาตรา 340 ทวิ วรรค 5 โดยใช้คำว่าใช้ปืนยิง หมายถึง ลักษณะของการใช้ (to be used) เป็นการแสดงออกของผู้กระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์ซึ่งกฎหมายอาญาถือว่าเป็นการกระทำที่อุกฉกรรจ์ของความผิดมีบทลงโทษที่หนักกว่ากระทำความผิดปล้นทรัพย์ธรรมดา

### 2.3.1.3 คำว่า อาวุธปืน

คำว่า อาวุธปืน หมายความว่ารวมตลอดถึงอาวุธทุกชนิดซึ่งใช้ส่งเครื่องกระสุนปราย กระสุนแตก ลูกกระเบิด ตอร์ปิโด ทุ่นระเบิดและจรวด ทั้งชนิดที่มีหรือไม่มีกรดแก๊สเชื้อเพลิง เชื้อโรค ไอพิษ หมอกหรือควัน หรือกระสุน ลูกกระเบิดตอร์ปิโด ทุ่นระเบิดและจรวดที่มีคุณสมบัติคล้ายคลึงกัน หรือสิ่งสำหรับอัดหรือทำ หรือใช้ประกอบเครื่องกระสุนปืน<sup>69</sup>

อาวุธปืนตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 4 (1) สามารถจำแนกได้เป็น

#### 1) อาวุธปืนโดยตรง ได้แก่

- 1.1 อาวุธปืนสำหรับใช้ยิง
- 1.2 มีเครื่องประกอบด้วยลำกล้องที่ทำด้วยโลหะที่ทนทานต่อแรงระเบิดของดินปืน
- 1.3 ดินระเบิดที่เป็นพลังขับเคลื่อนกระสุนให้ออกจากลำกล้อง
- 1.4 เครื่องจุดชนวนดินระเบิดหรือที่เรียกว่าเครื่องลั่นไกและ
- 1.5 กระสุนซึ่งส่วนมากทำด้วยเหล็กหรือตะกั่ว เรียกว่า เครื่องกระสุนปืนจะถูกขับเคลื่อนออกจากลำกล้องด้วยแรงระเบิดของดินปืน

2) นอกจากอาวุธปืนตามหลักที่กล่าวในข้อ 1.แล้วยังให้หมายความรวมถึงอาวุธทุกชนิดซึ่งใช้ส่งเครื่องกระสุนปืนโดยวิธีระเบิดหรือกำลังดันของแก๊ส หรือลมอัด หรือเครื่องกลไกอย่างใด ซึ่งต้องอาศัยอำนาจพลังงานและส่วนหนึ่งส่วนใดของอาวุธนั้นๆซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่าสำคัญและได้ระบุไว้ในกฎกระทรวง

3) ส่วนของอาวุธปืนที่ให้ถือว่าเป็นอาวุธปืนนั้น ได้แก่ ส่วนใดส่วนหนึ่งของอาวุธปืนตามข้อ 1 แห่งกฎกระทรวงมหาดไทย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2491 ดังนี้

<sup>69</sup> พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490, มาตรา 4 (1).

## 3.1 ล้ากลิ้ง

## 3.2 เครื่องลูกเลื่อนหรือส่วนประกอบสำคัญของเครื่องลูกเลื่อน

## 3.3 เครื่องถั่นไก หรือส่วนประกอบสำคัญของเครื่องถั่นไก และ

3.4 เครื่องส่งกระสุน ชองกระสุน หรือส่วนประกอบสำคัญของสิ่งเหล่านี้<sup>70</sup>

ดังนั้นคำว่า อาวุธปืนตามความหมายของกฎหมายอาวุธปืน จึงหมายถึงอาวุธปืนโดยสภาพถึงแม้ว่าจะใช้การได้หรือไม่ก็ตาม<sup>71</sup> และส่วนประกอบของอาวุธปืนด้วย<sup>72</sup> เมื่อได้ศึกษาคำนิยามคำว่า อาวุธ ปืน และอาวุธปืนแล้ว มาพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1022/2522 และ 1459/2523 แล้วทำให้เกิดเป็นข้อสงสัย 4 ประการ คือ

1) ส่วนประกอบของอาวุธปืน ถือว่าเป็นอาวุธตามคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่

2) อาวุธปืนที่มีสภาพชำรุดใช้ประทุษร้ายแก่ร่างกายไม่ได้ ถือเป็นอาวุธปืนตามคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่

3) อาวุธปืนที่ไม่มีลูกกระสุนปืนถือเป็นอาวุธปืนตามคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่

4) คำว่า อาวุธปืน หรือ ปืน ในประมวลกฎหมายอาญากับคำว่าอาวุธปืน ในมาตรา 4(1) แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 มีความหมายเหมือนกันหรือไม่

ประเด็นปัญหาที่ 1 มีว่า ส่วนประกอบของอาวุธปืนตามข้อ 1) แห่งกฎกระทรวงมหาดไทย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2491 ตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ให้ถือว่าเป็นอาวุธปืนด้วย จึงมีปัญหาว່ว่าส่วนประกอบของอาวุธปืนดังกล่าวเป็นอาวุธ ตามมาตรา 1(5) แห่งประมวลกฎหมายอาญาด้วยหรือไม่

ได้ศึกษามาแล้วในบทนิยามของคำว่า อาวุธ ที่ได้ยกตัวอย่างว่าสิ่งซึ่งเป็นอาวุธโดยสภาพ ได้แก่ ปืน ดาบ เป็นต้น คำว่า ปืน หมายถึง อาวุธสำหรับยิงลูกออกจากลำกล้องด้วยกำลังดินระเบิดหรือแรงอัดดันด้วยลม ปืน คือเหล็กหลายชิ้นหรือหลายส่วนประกอบกันขึ้นใช้ยิงได้

<sup>70</sup> จาก *ย่อหลักกฎหมายปืน* (น.1-3), โดย สมพร พรหมพิตร, 2525, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

<sup>71</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1022/2522 มีอาวุธปืนลูกซองพกสั้นและลำกล้องปืนเก็บไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต แม้ปืนและลำกล้องปืนดังกล่าวจะชำรุดใช้การไม่ได้ก็เป็นความผิด. สืบค้น 28 พฤษภาคม 2557, จาก <http://www.supremecourt.or.th>.

<sup>72</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1459/2523 อาวุธปืนไม่มีลูกโม้และแกนลูกโม้ ไม่สามารถใช้อิงได้ก็เป็นอาวุธปืน โดยสภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (5). สืบค้น 28 พฤษภาคม 2557, จาก <http://www.supremecourt.or.th>.

เมื่อได้พิจารณาถึงคำว่า อาวุธ โดยสภาพแล้ว ถ้ากลองปืนก็ดี เครื่องลูกเลื่อนก็ดี เครื่องลั่นไกก็ดี หรือเครื่องส่งกระสุนก็ดี โดยตัวของมันเองยังไม่มีสภาพของการเป็นอาวุธปืนและไม่สามารถทำอันตรายสาหัสแก่กายได้แต่สามารถประกอบเป็นอาวุธปืนได้ทุกขณะ จึงถือได้ว่าเป็นอาวุธปืน โดยสภาพตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากส่วนประกอบ หรืออุปกรณ์บางอย่างของปืนนั้น บางอย่างมันมีความสำคัญมาก หากขาดมันไปเพียงชิ้นเดียว ปืนก็ไม่สามารถใช้งานได้ ดังนั้นกฎหมายจึงได้กำหนดให้ส่วนประกอบบางอย่างของตัวปืนนั้น ถือเสมือนกับเป็นตัวปืนอย่างสมบูรณ์

ประเด็นปัญหาที่ 2 มีว่า อาวุธปืนที่มีสภาพชำรุดใช้ประทุษร้ายไม่ได้ถือได้ว่าเป็นอาวุธตามคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่

ปัญหาข้างต้นนั้นสามารถพิจารณาได้ว่า อาวุธปืนจะเป็นอาวุธตามคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (5) หรือไม่นั้น พิจารณาจากสภาพของวัตถุว่ามีองค์ประกอบเป็นตัวปืนหรือไม่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าอาวุธปืนนั้นจะใช้งานได้หรือไม่ หรือใช้ประทุษร้ายร่างกายสาหัสได้หรือไม่ เพราะโดยปกติแล้วผู้เสียหายไม่อาจทราบได้ว่าอาวุธปืนที่ผู้กระทำความผิดใช้กระทำความผิดนั้นจะใช้งานได้หรือไม่ เหตุที่ทำให้เกิดความกลัวเนื่องจากสภาพของอาวุธปืนต่างหากที่สำคัญ ภาระการพิสูจน์นั้นก็จะต้องถึงขนาดว่าใช้งานได้หรือไม่ ขอเพียงแต่เป็นอาวุธปืนโดยสภาพต่อให้มีสภาพชำรุดใช้ประทุษร้ายไม่ได้ก็ถือได้ว่าเป็นอาวุธปืนตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว

ประเด็นปัญหาที่ 3 มีว่าอาวุธปืนที่ไม่มีลูกกระสุนปืนถือได้ว่าเป็นอาวุธปืนตามคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่

ปัญหาข้างต้นมีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1459/2523 อาวุธปืนไม่มีลูกโม้และแกนลูกโม้ไม่สามารถใช้ยิงได้ก็เป็นอาวุธปืนโดยสภาพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (5)

ดังนั้นจึงได้หลักว่า อาวุธปืน หรือ ปืน จะเป็นอาวุธ ตามคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (5) หรือไม่นั้น เราพิจารณาที่สภาพของวัตถุว่ามีองค์ประกอบเป็นตัวปืนหรือไม่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่า อาวุธปืนหรือปืนนั้นจะใช้งานได้หรือไม่ และไม่ต้องดูว่าปืนนั้นจะบรรจุกระสุนหรือไม่ เพราะโดยปกติแล้วผู้เสียหายไม่อาจทราบได้ว่าอาวุธปืนที่ผู้กระทำความผิดใช้กระทำความผิดนั้นบรรจุกระสุนปืนอยู่หรือไม่ เหตุที่ทำให้เกิดความกลัวเนื่องจากสภาพของอาวุธปืน ภาระการพิสูจน์ก็ไม่ถึงขนาดว่าอาวุธปืนนั้นบรรจุกระสุนปืนอยู่หรือไม่ ขอเพียงแต่เป็นอาวุธปืนโดยสภาพก็ถือได้ว่าเป็นอาวุธตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว

ประเด็นปัญหาที่ 4 มีว่า คำว่า อาวุธปืน หรือ ปืน ซึ่งใช้ในประมวลกฎหมายอาญากับคำว่า อาวุธปืน ในพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 มีความหมายเหมือนกันหรือไม่

ปัญหาข้างต้นได้ศึกษามาแล้วว่า อาวุธปืน ในพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 มีความหมายกว้าง กล่าวคือ หมายรวมถึง ส่วนประกอบของอาวุธปืนที่ระบุไว้ใน กฎกระทรวงมหาดไทยฉบับที่ 3 พ.ศ. 2491 ข้อ 1 ด้วยส่วนคำว่า อาวุธปืนและคำว่า ปืน ในประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติเป็นคำนิยามไว้ มีเพียงคำว่า อาวุธ เท่านั้น ในกรณีที่เป็นที่สงสัย เช่น นายแดงพกพาเอาด้ามล้องติดตัวไปด้วยในขณะที่ทำการลักทรัพย์ ดังนั้นนายแดงมีความผิดฐานใดบ้าง มีแนวคำตอบคือนายแดงมีความผิดตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ฐานมีอาวุธปืนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนท้องที่และพาอาวุธปืนไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาตให้มีอาวุธปืนติดตัว แต่ไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีหรือใช้อาวุธปืน พาอาวุธปืนไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยเปิดเผย หรือโดยไม่มีเหตุอันสมควร คงมีความผิดเฉพาะลักทรัพย์ธรรมดาเท่านั้น

ตามแนวคำตอบนี้ถือว่า คำว่าอาวุธปืนในประมวลกฎหมายอาญามีความหมายเหมือนกับคำว่าอาวุธปืนในพระราชบัญญัติอาวุธปืน พ.ศ. 2490 เป็นการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดและไม่เป็นผลร้ายแรงแก่จำเลย เพราะ มาตรา 336 ทวิ เป็นบทหนักของมาตรา 334

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คำว่า อาวุธปืน หรือ ปืน ที่ปรากฏตามมาตราต่างๆ ในประมวลกฎหมายอาญาไม่เหมือนกับคำว่าอาวุธปืน ในมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490

#### 2.3.1.4 วัตถุประสงค์ของอาวุธปืน

การประดิษฐ์คิดค้นและการพัฒนาอาวุธปืนมีวัตถุประสงค์หลัก คือใช้เป็นเครื่องประหารเท่านั้น ต่อมากฎหมายอนุญาตให้บุคคลมีและใช้อาวุธได้ โดยมีวัตถุประสงค์ 3 ประการคือ

1. ใช้ในการป้องกันตัว
2. ใช้ในการกีฬา
3. ใช้ในการยิงสัตว์

อาวุธปืนบางประเภทที่กฎหมายไม่อนุญาตให้บุคคลมีและใช้โดยส่วนตัวได้ เช่น อาวุธปืนที่ใช้ในราชการสงคราม อาวุธปืนที่มีอำนาจร้ายแรง ปืนเก็บเสียง เป็นต้น

ปัจจุบันเราจะเห็นได้ว่าทุกประเทศทั่วโลก ในด้านการทหารมีอาวุธปืนไว้ในการป้องกันประเทศ อาชญากรใช้อาวุธปืนประทุษร้ายต่อร่างกายชีวิตผู้อื่น หรือใช้เป็นอาวุธประทุษร้ายต่อทรัพย์ ตำรวจใช้อาวุธปืนเพื่อปราบปรามโจรผู้ร้ายและป้องกันตัวขณะปฏิบัติหน้าที่ นักกีฬายิงปืนใช้อาวุธปืนในการแข่งขันกีฬา

แต่อย่างไรก็ดี อาวุธปืนแทบทุกชนิดล้วนแต่เป็นอาวุธที่เป็นอันตรายร้ายแรงทั้งสิ้น สามารถใช้ทำอันตรายต่อร่างกายถึงบาดเจ็บสาหัสและถึงตายได้ เพราะวัตถุประสงค์หลักของการสร้าง สำหรับใช้เป็นเครื่องประหารนั่นเอง ในทุกประเทศจึงต้องบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมอาวุธปืนอย่างเข้มงวด ส่วนของประเทศไทยมีกฎหมายควบคุม ทั้งพระราชบัญญัติอาวุธปืนและประมวลกฎหมายอาญา

### 2.3.1.5 คำว่า สิ่งเทียมอาวุธปืน

คำว่า สิ่งเทียมอาวุธปืน หมายความว่า สิ่งซึ่งมีรูปและลักษณะอันน่าจะทำให้หลงเชื่อว่าเป็นอาวุธ<sup>73</sup>

การที่จะพิจารณาว่าวัตถุที่เหมือนอาวุธปืนเป็นอาวุธปืนหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามหลักกฎหมาย 3 ข้อดังนี้<sup>74</sup> คือ

1. ต้องเป็นอาวุธโดยสภาพ<sup>75</sup> หรือเจตนาทำเป็นอาวุธ
2. ต้องส่งกระสุนปืน โดยวิธีระเบิด หรือกำลังดันของแก๊สหรือลมอัดหรือเครื่องกลไก
3. เป็นการส่งกระสุนโดยอาศัยอำนาจของพลังงาน

หลักในการพิจารณาว่าวัตถุที่เห็นเหมือนอาวุธปืนนั้น เป็นอาวุธปืนหรือไม่ สิ่งนั้นต้องถูกสร้างขึ้นโดยเจตนาที่จะใช้เป็นอาวุธและเป็นอาวุธประเภทที่ใช้ยิงกระสุนออกไป จะด้วยแรงระเบิด แรงแก๊ส หรือกลไกใดๆ อย่างเช่น สปริงคิด หรือยางยืดก็ได้ และต้องส่งกระสุนออกไปด้วยพลังงานนั้นด้วย

ดังนั้น หากวัตถุที่เห็นมีรูปลักษณะเหมือนอาวุธปืนแต่ไม่ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นอาวุธปืน แม้มีรูปร่างเหมือนอาวุธปืน มีระบบกลไกการทำงานของกระสุน โดยอาศัยของพลังงาน โดยวิธีระเบิด กำลังดันของแก๊ส หรือลมอัดหรือเครื่องกลไก ก็ไม่ถือว่าเป็นอาวุธปืนตามกฎหมายแต่ถือว่าเป็นสิ่งเทียมอาวุธปืน<sup>76</sup>

<sup>73</sup> พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 4 (5).

<sup>74</sup> สรรค์ชัย โปธิสุวรรณ.(2552).ความรับผิดชอบทางอาญากรณีใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนกระทำความผิด: เปรียบเทียบกับการกระทำความผิดโดยใช้อาวุธปืน. หน้า 43.

<sup>75</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(5) อาวุธหมายความรวมถึงสิ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุร้ายร่างกายให้ได้รับอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ.

<sup>76</sup> พระราชบัญญัติอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490, มาตรา 1 (5).

ความแตกต่างระหว่างอาวุธปืนกับสิ่งเทียมอาวุธปืนนั้น การเป็นอาวุธปืนนั้นไม่ได้มองรูปร่างภายนอก แต่จะดูองค์ประกอบภายในและความสามารถใช้งานเป็นเครื่องมือในการประหารชีวิตหรือเจตนาทำเป็นอาวุธ และต้องเป็นอาวุธที่สามารถส่งกระสุนปืนอาศัยอำนาจของพลังงาน โดยวิธีระเบิด หรือกำลังดันของแก๊สหรืออัดลมหรือเครื่องกลไกสิ่งนั้นก็เป็อาวุธปืน ส่วนสิ่งเทียมอาวุธปืนนั้นจะดูที่รูปลักษณะภายนอกว่าโครงสร้างภายนอกที่เห็นน่าจะทำให้หลงเชื่อว่าเป็นอาวุธปืน<sup>77</sup> ส่วนองค์ประกอบภายในหรือประสิทธิภาพของการใช้งานไม่ใช่สาระสำคัญ

พัฒนาการของสิ่งเทียมอาวุธปืน สิ่งเทียมอาวุธปืนนั้นมีการพัฒนาเทคนิค รูปลักษณะ และกลไกการทำงานขนาด น้ำหนัก สี หรือวัสดุเหมือนอาวุธปืนทุกประการ นอกจากนั้นยังพัฒนาระบบกลไกการทำงานในการส่งกระสุน โดยสามารถใช้พลังงานแรงดันของแก๊ส หรือไฟฟ้าในการส่งกระสุนออกไปได้ เช่นเดียวกับอาวุธปืน โดยจุดประสงค์ของการพัฒนาประสิทธิภาพเพื่อเป็นการแข่งขันทางการค้า เพื่อเอาใจนักสะสมอาวุธปืน หรือผู้ชอบกีฬาประเภทยุทธภีฬา

สิ่งเทียมอาวุธปืนนั้นยังมีชื่อเรียก ตามชนิดและวิธีการเล่น เช่น แอร์ซอฟต์กัน (Air soft gun) หรือ บีบีกัน (Ball bullet) เป็นปืนอัดลมเบา มีประสิทธิภาพเหนือกว่าปืนอัดลมทั่วไป ลักษณะของรูปลักษณะของตัวปืนนั้นมีความคล้ายคลึงกับของจริง โดยลอกเลียนแบบปืนจริงในอัตราส่วน 1:1 ส่วน เริ่มใช้งานครั้งแรกในประเทศญี่ปุ่น จัดเป็นอุปกรณ์สำคัญของกีฬาในลักษณะเกมผจญภัย (survival game) เช่นเดียวกับ เพนต์บอล แหล่งผลิตมาจากหลากหลายประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น จีน ฮองกง ซึ่งสินค้าจากประเทศญี่ปุ่นเป็นที่น่าไว้วางใจที่สุด เนื่องจากมีมาตรฐานสูงและแม่นยำมาก สำหรับแอร์ซอฟต์กัน (Air soft gun) หรือ บีบีกัน (Ball bullet) ในประเทศไทยได้รับความนิยมค่อนข้างมากเนื่องจากมีความสนุกสนาน และมีขนาดให้เลือกอย่างหลากหลาย อีกทั้งยังจำลองเป็นแบบสงครามด้วยจึงเป็นที่นิยมแก่วัยรุ่นหรือเยาวชน แต่คิดที่ยังราคาสูง (โดยเฉพาะของญี่ปุ่น)

การกระทำความผิดอาญาในการใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนหากพิจารณาถึงประสิทธิภาพของสิ่งเทียมอาวุธปืนในปัจจุบันสิ่งเทียมอาวุธไม่เพียงมีรูปลักษณะเป็นอาวุธปืนเท่านั้น แต่ยังสามารถยิงทำอันตรายได้เหมือนอาวุธปืนเพียงแต่ประสิทธิภาพไม่สามารถฆ่าคนให้ตายได้ แต่ด้วยเหตุที่มีสภาพเป็นเหมือนอาวุธปืน คนร้ายจึงใช้กระทำความผิด โดยมีเจตนาแสดงให้ผู้เสียหายเชื่อว่าเป็นอาวุธปืน เพื่อให้ผู้เสียหายหวาดกลัวต่อความตายหรือบาดเจ็บจากอาวุธปืน หากผู้เสียหายจัดซื้อและผู้เสียหายเองก็ได้รับความเสียหายเช่นเดียวกับคนร้ายใช้อาวุธปืน

<sup>77</sup> มติที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2485, ธันวาคม). รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย (อนุกรรมการ ชุดที่ 2). ครั้งที่ 806/2485. (อ้างถึงใน สรรค์ชัย โพธิ์สุวรรณ. (2552). ความรับผิดชอบทางอาญากรณีใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนกระทำความผิด:เปรียบเทียบกับกระทำความผิดโดยใช้อาวุธปืน.น. 44).

ผลกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายจากการใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนในการวินิจฉัยการกระทำที่คนร้ายใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนประกอบการกระทำความผิดก่อนอื่นต้องพิจารณาว่า การกระทำของคนร้ายได้กระทำครบองค์ประกอบความผิดนั้น เป็นการที่คนร้ายใช้เครื่องมืออันเป็นที่คาดหวังของคนร้ายว่า หากผู้เสียหายเห็นอาวุธปืนอยู่ในมือของคนร้าย ก็จะเกิดความหวาดกลัวต่อความตายหรือบาดเจ็บและคนร้ายสามารถกระทำความผิดได้สำเร็จเร็วยิ่งขึ้นกว่าปกติ

พิจารณาตามหลักกฎหมายอาญาแล้ว การใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนของคนร้ายนั้นเป็นการเร่งให้การกระทำของคนร้ายสำเร็จได้ง่ายหรือเร็วขึ้น เพราะผู้เสียหายหวาดกลัวต่อภาพอาวุธปืนที่อยู่ในมือของคนร้าย ดังนั้นการกระทำความผิดที่คนร้ายใช้สิ่งเทียมอาวุธปืน จึงเป็นอันตรายหรือคุกคามสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย เนื่องจากการใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนประกอบการความผิดนั้น ถือเป็นการเร่งให้การกระทำของคนร้ายสำเร็จได้ง่ายหรือเร็วขึ้นย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะการใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนของคนร้าย

การกระทำความผิดที่ผู้กระทำให้สิ่งเทียมอาวุธปืนนั้น เป็นการกระทำที่คนร้ายมีเจตนากระทำให้สิ่งเทียมอาวุธปืนเป็นอาวุธปืน เพื่อให้ผู้เสียหายหวาดกลัวต่อความตายหรือบาดเจ็บถือว่าเป็นการทำอันตรายต่อคุณค่าของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ และเป็นการแสดงให้เห็นถึงผลกระทบและความร้ายแรงของความน่าจะเป็นอันตราย ส่วนผลที่จะกระทบกับผู้เสียหายหรือไม่ ขนาดไหนอยู่ที่ลักษณะการใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนกระทำความผิด

### 2.3.2 ความร้ายแรงของอาวุธปืนที่ใช้ในการก่ออันตราย

อาวุธปืน (Firearms, Guns) มีวัตถุประสงค์ในการสร้างเพื่อใช้เป็นเครื่องประหารอาวุธปืนในสมัยโบราณมีคุณภาพไม่ร้ายแรงเท่ากับอาวุธปืนในสมัยนี้ เพราะเหตุว่าอาวุธปืนในสมัยโบราณลำกล้องปืนไม่มีเกลียว ทำให้การยิงไม่มีความแม่นยำ ลูกกระสุนใช้ดินปืนที่ไม่มีประสิทธิภาพ มีแรงขับเคลื่อนต่ำ ระบบกลไกและความแข็งแรงของปืนไม่ดีพอ ส่วนอาวุธปืนในสมัยใหม่ได้พัฒนาให้มีขีดความสามารถสูง สามารถพัฒนาเป็นปืนระบบต่างๆ ยิ่งลูกกระสุนได้ครั้งละหลายๆ นัดภายใน 1 วินาที ระยะการยิงหวังผลไกลกว่าเดิม มีอุปกรณ์ที่ช่วยทำให้เกิดความแม่นยำมากขึ้น เช่น กล้องส่องเล็งเป้าใช้แสงเลเซอร์ ใช้ดาวเทียมนำเป้า และใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยเข้าช่วยเป็นต้น การพัฒนาลูกกระสุนปืนหลายแบบในอาวุธปืนขนาดเดียวกันทำให้การทำลายล้างชีวิตมีประสิทธิภาพมากขึ้นหวังผลได้มากขึ้น

อาวุธปืน (Firearms, Guns) ในตำรากฎหมายต่างประเทศถือว่าเป็นอาวุธร้ายแรงโดยสภาพ (deadly weapon per se)

Firearms หมายถึง เครื่องมือซึ่งใช้ในการยิงกระสุนหรือปลอกกระสุนซึ่งทำงานโดยกำลังของดินปืนที่ระเบิดตัวอยู่ภายใน อาวุธที่ทำงานโดยใช้กำลังของดินปืนคำนี้รวมความถึงปืนทุกประเภททั้งกระสุนปลอกและดินปืนด้วย<sup>78</sup>

Deadly weapon per se หมายถึง อาวุธใดๆ ที่ตามปกติแล้วตัวของมันเองทำให้ผู้อื่นถึงตายได้ เช่น อาวุธปืน<sup>79</sup>

Gun หมายถึง อาวุธปืนที่พกพาได้ เช่น ปืนยาว ปืนพก ปืนลูกม่ ปืนสั้น คาร์บิน<sup>80</sup>

สำหรับประเทศไทยคดีที่ใช้อาวุธปืนทำร้าย ศาลฎีกามักพิจารณาวินิจฉัยเป็นแนวทางเดียวกันว่า อาวุธปืนเป็นอาวุธร้ายแรง<sup>81</sup> มีผลต่อข้อกล่าวหาว่าจำเลยมีเจตนาฆ่ามากกว่าเจตนาทำร้าย ศาลฎีกาของไทยมีแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับอาวุธที่ใช้ ถ้าเป็นอาวุธปืนให้ถือว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าเสมอ<sup>82</sup>

เห็นได้ว่า อาวุธปืนนอกจากโดยสภาพเป็นอาวุธร้ายแรงแล้ว ในทางกฎหมายถือว่าอาวุธปืนเป็นอาวุธที่ร้ายแรงใช้ทำอันตรายแก่ร่างกายให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสถึงตายได้ การใช้อาวุธปืนกระทำต่อร่างกายให้ได้รับบาดเจ็บมีผลต่อข้อกล่าวหาหรือฐานความผิด เพราะแนวคำพิพากษาของศาลฎีกามองว่าผู้กระทำความผิดมี “เจตนาฆ่า” มากกว่า “เจตนาทำร้าย”

อาวุธที่ใช้ทำอันตรายถึงตายได้ (Deadly weapon) หมายถึง อาวุธปืนหรืออาวุธใดๆ เครื่องมือวัตถุ หรือมวลสารใดๆ ซึ่งเราดูจากลักษณะที่ใช้หรือถูกใช้โดยเจตนา ซึ่งรู้ได้ว่าสามารถทำให้ตายหรือทำให้บาดเจ็บสาหัสได้ แม้ว่าอาวุธนั้นจะใช้ได้ หรือไม่ก็ตาม อาวุธเช่นนั้นถูกสร้างหรือออกแบบมาเพื่อการทำร้ายหรือป้องกันตัว หรือใช้ทำลายชีวิตหรือทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ ซึ่ง

<sup>78</sup> Black, H.C. (1979). Black'Lawdictionary. p. 570.

“Firearm” An instrument used in the propulsion of shot, shell, or bullets by the action of gunpowder exploded within it. A weapon which acts by force of gun power. This word comprises all sorts of guns. Fowlingnade shells, fuse and powder may be considered “firearm” even though disassembled.

<sup>79</sup> Ibid. p. 356. “deadly weapon per se” A weapon which of itself is deadly or one which would ordinarily result in death by its uses; e.g. gun.

<sup>80</sup> Ibid. (p. 637).

<sup>81</sup> คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 108). เล่มเดิม.

<sup>82</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 65/2461, 330/2490, 233/2498, 1344/2498, 605/2500, 347/2500, 817/2510, 107/2510.

สืบค้น 28 พฤษภาคม 2557, จาก <http://www.supremecourt.or.th>.

บุคคลผู้ใช้ได้สังเกตเห็นหรือคำนวณแล้วว่าทำให้ผู้อื่นตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้<sup>83</sup> เมื่อเปรียบเทียบกับอาวุธประเภทอื่น เช่น มีด หอก ดาบ แล้วจะเห็นว่าโดยสภาพของอาวุธที่ใช้เป็นเครื่องประหาร อาวุธปืนก่อให้เกิดความตายมากกว่าอาวุธชนิดอื่น

สำหรับประเทศไทยคดีที่คนร้ายใช้ยิง ศาลฎีกามักพิจารณาวินิจฉัยคดีเป็นแนวทางเดียวกันว่า อาวุธปืนเป็นอาวุธร้ายแรง มีผลต่อข้อกล่าวหาว่าจำเลยมีเจตนาฆ่า เพราะว่าศาลใช้หลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา การวินิจฉัยเจตนาและความผิดได้จากการใช้อาวุธปืน

อาวุธปืนเมื่อเปรียบเทียบกับอาวุธประเภทอื่น เช่น มีด หอก ดาบ แล้วจะเห็นว่าโดยสภาพของอาวุธที่ใช้เป็นเครื่องประหาร อาวุธปืนก่อให้เกิดความตายมากกว่าอาวุธชนิดอื่น

### 2.3.3 การมีอาวุธปืนหรือการใช้อาวุธปืนกระทำความผิด

2.3.3.1 มีอาวุธปืนหมายถึง การมีอาวุธปืนอยู่ในมือหรือการพกพาอาวุธปืนนั้นอยู่ในลักษณะที่สามารถหยิบฉวยใช้ได้ทันทีโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าบุคคลนั้นจะมีเจตนายึดถือเพื่อตนหรือไม่ก็ตาม บุคคลผู้มีอาวุธปืนอยู่ในครอบครองตามกฎหมายอาวุธปืน ถ้าได้มีอาวุธปืนนั้นเพื่อทำร้ายผู้อื่นก็ถือว่ามีความผิดฐานทำร้ายร่างกายด้วยเว้นแต่มีไว้เพื่อป้องกันตัวหรือทรัพย์สินตามกฎหมาย

การมีอาวุธปืนตามลักษณะนี้ โดยคำนึงถึงความเป็นอันตรายร้ายแรงของอาวุธปืนที่บุคคลอาจหยิบฉวยขึ้นมาใช้กระทำความผิดต่อร่างกายได้ ถือว่าเป็นระดับความผิดเบื้องต้นของความผิดฐานทำร้ายร่างกายโดยมีหรือใช้อาวุธปืน

2.3.3.2 ใช้อาวุธปืน หมายถึง การนำอาวุธปืนมาใช้โดยลักษณะใดลักษณะหนึ่งของการใช้อาวุธปืนอันอาจเกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นการใช้อาวุธปืนอาจเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะดังนี้ คือ

1) การนำเอาอาวุธปืนมาใช้แต่ยังไม่ได้ยิง เช่น ใช้อาวุธปืนขู่ ใช้อาวุธปืนเล็ง ใช้อาวุธปืนจ้อง ใช้อาวุธปืนจี้ เป็นต้น

การใช้อาวุธปืนขู่ การขู่โดยคนร้ายมีหรือใช้อาวุธปืนประกอบการกระทำนั้นหลักในการตีความของศาลนั้น ศาลใช้หลักกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา ดังนั้นหากคนร้ายใช้อาวุธปืนจริงคนร้ายมีโอกาสมารถใช้อาวุธปืนยิงผู้เสียหายได้ทันทีหากว่าคนร้ายต้องการใช้ ดังนั้น ถ้าดูแนวทางในคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทย ถ้าคนร้ายใช้อาวุธปืนให้ถือว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าเสมอ

<sup>83</sup> Black,H.C.opcit. p.359.

“Deadly weapon. Any firearm, or other weapon, device, instrument, material or substance, whether animate or inanimate, which in the manner it is used or is intended to be used is known to be capable of producing death or serious bodily injury.”

หากลงโทษคนร้ายที่มีอาวุธปืนไปกระทำความผิดว่าเป็นการใช้อาวุธปืนนั้น ต้องมีพฤติกรรมการกระทำผิดที่คนร้ายมีเวลาใช้อาวุธปืนยิงได้ หากต้องการแต่คนร้ายเลือกที่จะไม่ยิง เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกา 3916/2534 จำเลยใช้อาวุธปืนจี้ข่มขู่เสียหายพร้อมกับพูดว่า คุณจะฆ่ามึงทิ้ง ถ้ามึงไปก่อกำเริบเมื่อไร คุณจะฆ่าเมื่อนั้น ดังนี้ คำพูดของจำเลยขณะใช้อาวุธปืนจี้ข่มขู่เสียหายมีความหมายชัดเจนว่าจำเลยจะยิงผู้เสียหายเมื่อไปถึงก่อกำเริบไม่ใช่ยิงขณะนั้น เป็นการกระทำในลักษณะข่มขู่ผู้เสียหายมากกว่า หากจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหายก็คงใช้อาวุธปืนนั้นยิงผู้เสียหายทันทีโดยไม่ต้องใช้อาวุธปืนจี้และมีการพูดถึงเหตุการณ์ในอนาคตเช่นนั้น ประกอบกับผู้เสียหายกับจำเลยไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกันมาก่อน และจำเลยกระทำในขณะเมาสุรา การกระทำของจำเลยยังไม่ได้ว่าเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย

จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฎีกานี้ จะเห็นว่าภัยอันตรายของการใช้อาวุธปืนจี้เกิดขึ้นกับผู้เสียหายแล้วเป็นการคุกคามความปลอดภัยต่อร่างกายและก่อให้เกิดความกลัวกับผู้เสียหาย ดังนั้น หากเจตนาของคนร้ายเพียงต้องการขู่โดยเอารูปลักษณ์ของอาวุธปืนมาใช้แทนก็เป็นการคุกคามความปลอดภัยต่อร่างกายและก่อให้เกิดความกลัวกับผู้เสียหายได้เหมือนกัน

2) การนำเอาอาวุธปืนมาใช้และได้ยิงแล้ว ลำดับความผิดของการใช้อาวุธปืนยิงถือเป็นการอันตรายต่อผู้เสียหายมากกว่าการมีอาวุธปืนหรือใช้อาวุธปืนแต่ยังไม่ได้ยิง การที่คนร้ายใช้อาวุธปืนยิงเหยื่อ นอกจากทำให้ผู้เสียหายเกิดความกลัวว่าจะได้รับอันตรายจากอาวุธปืนแล้ว ผู้เสียหายอาจต้องถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บจากอาวุธปืนดังกล่าว ซึ่งถือว่าการกระทำที่คนร้ายตัดสินใจใช้อาวุธปืนตามวัตถุประสงค์ของการสร้างอาวุธปืนและเป็นการกระทำที่คนร้ายอาศัยเครื่องมือช่วยให้การกระทำความผิดสำเร็จได้ภายในเวลาอันรวดเร็ว และสร้างความสะพรึงกลัวให้กับผู้เสียหายและสังคมเป็นอย่างมาก ผู้กระทำผิดจึงสมควรต้องรับโทษหนักกว่าลักษณะของการมีอาวุธปืนกระทำความผิด

แต่ทั้งนี้ไม่ว่าคนร้ายจะได้ใช้อาวุธปืนยิงหรือไม่ก็ตาม การที่คนร้ายใช้อาวุธปืนประกอบการกระทำความผิดนั้น ย่อมเป็นการเร่งให้ความผิดที่คนร้ายกระทำสำเร็จได้เร็วขึ้นและทำให้ผู้เสียหายเองย่อมหวาดกลัวต่อความตาย และบาดเจ็บจากการใช้อาวุธปืนในมือของคนร้ายทั้งสิ้น

ดังที่ได้กล่าวถึงลักษณะการที่คนร้ายมีหรือใช้อาวุธปืนประกอบการกระทำความผิดและสร้างความหวาดกลัวให้กับคนในสังคมได้มากทั้งนี้เพราะอาวุธปืน มีประสิทธิภาพสูง ในการประหารชีวิตและหากอาวุธปืนดังกล่าวอยู่ในมือของคนร้ายยิ่งเพิ่มความหวาดกลัวให้กับคนในสังคมได้มากขึ้น แม้ผู้เสียหายเห็นว่าคนร้ายมีอาวุธปืนอยู่ในมือ โดยคนร้ายยังไม่ได้ใช้อาวุธดังกล่าวก็ย่อมหวาดกลัวต่อความตายหรือบาดเจ็บ ผู้เสียหายก็ต้องคาดการณ์ถึงผลที่จะเกิดอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นหากขัดขืนคนร้าย ซึ่งถือเป็นสัญชาตญาณในการป้องกันภัยให้กับตนเอง

โดยไม่ต้องให้ความเสียหายหรืออันตรายเกิดขึ้นก่อน แม้ว่าอาวุธปืนดังกล่าวจะไม่สามารถใช้งานได้แต่ผู้เสียหายเองย่อมไม่เสี่ยงภัยที่จะทำการพิสูจน์อาวุธปืนดังกล่าว ย่อมเชื่อภาพที่เห็นว่าคนร้ายกระทำความผิดโดยมีหรือใช้อาวุธปืน

เมื่อพิจารณาจากการกระทำของคนร้ายที่ใช้อาวุธปืนประกอบการกระทำความผิดโดยไม่ได้ยิง ผู้เสียหายก็หวาดกลัวต่อความตายหรือบาดเจ็บจากการใช้อาวุธปืนในมือของคนร้ายและทำให้การกระทำความผิดของคนร้ายกระทำความผิดได้เร็วขึ้นเช่นเดียวกัน กรณีนี้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดหนักเหมือนกับการใช้อาวุธปืนยิง แม้บางครั้งอาวุธปืนในมือของคนร้ายจะไม่สามารถยิงได้

เมื่อพิจารณาจากปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้น กรณีที่คนร้ายใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนประกอบการกระทำความผิด การกระทำของคนร้ายใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนเป็นอาวุธปืนโดยมีเจตนาให้ผู้เสียหายหวาดกลัวต่อความตายหรือบาดเจ็บจากอาวุธปืนที่อยู่ในมือของคนร้าย ผู้เสียหายเองก็มีความเข้าใจว่าคนร้ายมีอาวุธปืนอยู่ในมือ เพราะเป็นธรรมดาผู้เสียหายย่อมไม่กล้าเสี่ยงภัยในการพิสูจน์ว่าอาวุธที่อยู่ในมือของคนร้ายเป็นอาวุธปืนหรือไม่ ซึ่งผลของการกระทำของคนร้ายไม่ต่างกับที่คนร้ายกระทำความผิดโดยการพกอาวุธปืนที่ไม่มีลูกโม่หรือแกนลูกโม่ ไม่สามารถยิงยังทำอันตรายกับคนอื่นได้ แต่ศาลตัดสินลงโทษฐานพกพาอาวุธปืนตามหลักกฎหมาย<sup>84</sup> ทั้งนี้เป็นเพราะศาลตัดสินให้ลงโทษผู้กระทำความผิดเนื่องจากอาวุธดังกล่าวเป็นอาวุธปืนโดยสภาพ โดยศาลไม่ได้พิจารณาว่าอาวุธปืนโดยสภาพดังกล่าวจะสามารถใช้ยังทำอันตรายต่อผู้อื่นได้หรือไม่

หากการกระทำในกรณีดังกล่าวที่ผู้กระทำความผิดนำสิ่งเทียมอาวุธปืนไปกระทำความผิด คนร้ายมีเจตนาให้ผู้เสียหายเชื่อว่าอาวุธที่อยู่ในมือของคนร้ายเป็นอาวุธปืน และผู้เสียหายก็หวาดกลัวต่อความตายหรือบาดเจ็บสภาพอาวุธปืนที่อยู่ในมือของคนร้าย สามารถใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนกระทำความผิดสำเร็จได้เช่นเดียวกับการที่คนร้ายมีอาวุธปืน

สิ่งที่ต้องวิเคราะห์คือ การพิจารณาคำว่าอาวุธโดยการใช้ โดยเฉพาะอาวุธปืน ซึ่งเป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงสูง ดังนั้นแม้มีการใช้เพียงสภาพของอาวุธปืนก็ถือเป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้แล้วและผู้เสียหายเองก็ได้รับความเสียหายจากการใช้สภาพอาวุธปืนไม่ต่างจากการใช้อาวุธปืนที่สามารถใช้ยิงได้จริง ดังจะเห็นได้จากอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคม กรณีที่คนร้ายได้ใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนไปกระทำความผิด โดยนำสิ่งเทียมอาวุธปืนไปใช้ประกอบชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ หรือการข่มขืน โดยการกระทำของคนร้ายได้ใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนชิงทรัพย์ โดย

<sup>84</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1459/2523. สืบค้น 10 เมษายน 2552, จาก <http://www.supremecourt.or.th>. (อ้างถึงใน สรรค์ชัย โปธิสุวรรณ. (2552). ความรับผิดชอบทางอาญากรณีใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนกระทำความผิด: เปรียบเทียบกับการกระทำความผิดโดยใช้อาวุธปืน. น. 41).

กระทำให้ผู้เสียหายเข้าใจว่าคนร้ายมีอาวุธปืน และผู้เสียหายเองก็เชื่อตามภาพที่เห็นว่าคนร้ายมีอาวุธปืนจึงหวาดกลัวต่อความตายหรือบาดเจ็บอันอาจเกิดจากอาวุธปืนที่อยู่ในมือของคนร้าย

หากพิจารณาแล้ว เห็นว่าการกระทำของคนร้ายที่ใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนไปกระทำความผิด โดยให้ผู้เสียหายเข้าใจว่าคนร้ายมีอาวุธปืนนั้น น่าจะมีความผิดฐานมีหรือใช้อาวุธปืนเช่นนั้น ก็จะเกิดความยากลำบากในการควบคุมการกระทำความผิดของคนร้ายที่นำอาวุธปืนมาประกอบการกระทำความผิด ที่จะต้องให้ผู้เสียหายต้องพิสูจน์อาวุธปืนในมือของคนร้าย

ทั้งนี้เพราะ การพิจารณาว่าวัตถุที่มีรูปร่างเหมือนหรือคล้ายอาวุธปืน นั้นจะเป็นอาวุธหรือไม่ สิ่งนั้นต้องเป็นอาวุธก่อน แม้สิ่งนั้นมีรูปร่างเหมือนอาวุธปืน หากเหมือนเพียงรูปร่างหรือลักษณะ แต่ถ้าไม่ได้มีเจตนาเพื่อมาฆ่าหรือประหารชีวิตประหาร ก็ไม่ถือว่าเป็นอาวุธโดยสภาพ ส่วนการจะเป็นอาวุธโดยการใช่หรือไม่ ต้องมาพิจารณาว่าสิ่งนั้นจะทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสหรือไม่ หากเพียงแต่ใช้ในระดัการทำให้ผู้อื่นเข้าใจว่าเป็นอาวุธปืน แม้ผู้ถูกกระทำจะหวาดกลัวจากการที่เห็นอาวุธปืนอยู่ในมือคนร้าย หากผู้ถูกกระทำไม่ได้รับบาดเจ็บสาหัส สิ่งนั้นก็ไม่ได้เป็นอาวุธโดยการใช่ และ ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำนั้นเช่นเดียวกับการกระทำที่คนร้ายมีอาวุธปืน โดยสภาพ แม้อาวุธปืนดังกล่าวจะไม่มีลูกโม้ ไม่มีแกนลูกโม้ และไม่สามารถใช้ยิงได้ ก็สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักได้เพราะถือว่าเป็นอาวุธปืนโดยสภาพ<sup>85</sup>

## 2.4 ความผิดที่เป็นการก่ออันตรายกับขอบเขตความรับผิดชอบยิงปืนโดยใช่เหตุในที่ชุมนุมชน

ความผิดฐานยิงปืน โดยใช่เหตุในที่ชุมนุมชนนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยบัญญัติในมาตรา 335 (11) ซึ่งในมาตรานี้ได้มีการตัดทอนและเพิ่มถ้อยคำขึ้นมาจากเดิม คำว่า “อาวุธ” และมาตรา 335 (14) ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “ศาสตราวุธ” ต่างกับในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันที่ใช้คำว่า “อาวุธ” ดังนั้นในการพิจารณาความผิดตามมาตรา 376 ของกฎหมายไทยนั้นจึงสมควรที่จะต้องกล่าวถึงความเป็นมาของความผิดฐานนี้ โดยเริ่มพิจารณาจากความผิดฐานยิงปืน โดยใช่เหตุในที่ชุมนุมชนและพิจารณาต่อถึงความผิดฐานชักศาสตราวุธ หรือใช้ศาสตราวุธในเวลาวิเวทต่อสู้กัน ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ 127 ก่อนแล้วจึงมาพิจารณาความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

2.4.1 ความเป็นมาในการกำหนดความผิดเป็นการก่ออันตรายสำหรับความผิดฐานยิงปืน โดยใช่เหตุในที่ชุมนุมชน

<sup>85</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8/2539. สืบค้น 29 พฤษภาคม 2557, จาก <http://www.supremecourt.or.th>.

ความผิดฐานยิงปืน โดยใช่เหตุในที่ชุมนุมนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยได้กำหนดความผิดในฐานนี้ไว้ในมาตรา 335 (11) ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดยิงปืน หรืออาวุธที่ใช้ดินระเบิดอย่างใดโดยใช่เหตุขึ้นในเมือง หมู่บ้าน ตลาด หรือในที่ประชุมชน ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษชั้น 3<sup>86</sup>

ในการกำหนดความผิดนี้จึงมีความต่างกับกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันที่ใช้ “ผู้ใดยิงปืนซึ่งใช้ดินระเบิดโดยใช่เหตุในเมือง หมู่บ้านหรือที่ชุมนุมชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” จึงทำให้การกำหนดที่ไม่ได้แบ่งแยกมาตราออกมาเหมือนปัจจุบัน แต่บัญญัติอยู่ในมาตรา 335 เดียวกัน และในการกำหนดโทษนั้นก็จะแตกต่างจากปัจจุบันตรงมีการระวางโทษด้วยว่าอยู่ชั้นไหน แต่ในปัจจุบันนั้นเป็นการบัญญัติโดยตรงเลย

#### 2.4.2 ความเป็นมาในการกำหนดชั้นของโทษสำหรับความผิดฐานยิงปืนโดยใช่เหตุในที่ชุมนุมชน

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102 บัญญัติว่า “ความผิดลหุโทษ คือความผิดซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามานี้ด้วยกัน”

ดังนั้นความผิดลหุโทษ หมายถึงความผิดที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ความผิดลหุโทษนี้กฎหมายถืออัตราโทษเป็นเกณฑ์ในการกำหนด ซึ่งอัตราโทษที่ว่าเป็นคืออัตราโทษขั้นสูงที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ดังนั้นความผิดลหุโทษตามมาตรา 102 จึงได้แก่ความผิดที่มีอัตราโทษดังนี้

- 1) จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน
- 2) ปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท
- 3) จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท

อัตราโทษของความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติแบ่งอัตราโทษออกเป็น 4 ชั้น เหมือนกับมาตรา 332 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติระวางโทษไว้ 4 อันดับคือ

- 1) ปรับไม่เกินหนึ่งร้อยบาท
- 2) ปรับไม่เกินห้าร้อยบาท

<sup>86</sup> กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 322 ระวางโทษชั้น 3 คือท่านว่าต้องระวางโทษานุโทษเป็นสามสถาน คือสถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินสิบวัน สถานหนึ่งปรับไม่เกินห้าสิบบาท สถานหนึ่งทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามานี้ด้วยกัน

3) จำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

4) จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

การที่กฎหมายบัญญัติโทษของความผิดลหุโทษไว้เบากว่าความผิดอาญาทั่วไปก็เพราะคำนึงถึงความไม่ร้ายแรงของความผิด<sup>87</sup>

ขอบเขตของความผิดลหุโทษ

แต่เดิมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กำหนดว่าความผิดลหุโทษนั้นหมายถึงความผิดที่มีโทษเล็กน้อยเฉพาะที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น เพราะมาตรา 332 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติว่า “ความผิดที่เป็นลหุโทษนั้นคือบรรดาการกระทำที่ท่านบัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 334 จนถึงมาตรา 340 แห่งกฎหมายนี้ และท่านกำหนดอาญาสำหรับความผิดฐานลหุโทษไว้ต่างกันเป็น 4 ชั้น ดังนี้คือ

ชั้น 1 ท่านว่าต้องระวางโทษปรับไม่เกินสิบสองบาท

ชั้น 2 ท่านว่าต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าสิบบาท

ชั้น 3 ท่านว่าต้องระวางโทษานุโทษเป็นสามสถาน คือสถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินสิบวัน สถานหนึ่งปรับไม่เกินห้าสิบบาท สถานหนึ่งทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามานี้ด้วยกัน

ชั้น 4 ท่านว่าต้องระวางโทษานุโทษเป็นสามสถาน คือสถานหนึ่งให้จำคุกไม่เกินเดือนหนึ่ง สถานหนึ่งปรับไม่เกินหนึ่งร้อยบาท สถานหนึ่งทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามานี้ด้วยกัน” แต่ความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญานั้นเป็นชื่อของความผิดไม่ใช่ชื่อของโทษ เพราะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “ความผิดลหุโทษ คือความผิดซึ่งมีระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามานั้นด้วย” ดังนั้นความผิดลหุโทษนี้ นอกจากจะหมายความถึงความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในภาค 3 แล้ว ยังหมายความรวมถึงความผิดตามกฎหมายอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาซึ่งโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายเหล่านั้นอยู่ในเกณฑ์ของความผิดลหุโทษตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102 ด้วยและแม้จะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับก่อนประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 5 ให้ถือกำหนดชั้นของความผิดลหุโทษตามกฎหมายซึ่งเทียบกับโทษ 4 ชั้นในมาตรา 5 ซึ่งตรงกับบทกำหนดโทษในภาค 3<sup>88</sup> เพราะฉะนั้นความผิดลหุโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 3 ตั้งแต่มาตรา 367 ถึงมาตรา 398 นั้นจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของความผิดลหุโทษเท่านั้น

<sup>87</sup> จาก กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 2815), โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2539, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

<sup>88</sup> ดูพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, มาตรา 5.

ความคิดลหุโทษ ในประมวลกฎหมายอาญานี้ได้ลดจำนวนความผิดลงเหลือน้อยกว่าความคิดลหุโทษในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เพราะตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลายฉบับ ซึ่งมีการลงโทษกับการกระทำความผิดเล็กๆ น้อยๆ เกี่ยวกับสาธารณสุข การคมนาคม การรักษาความสะอาด การใช้ยานพาหนะ รวมทั้งเทศบัญญัติต่างๆ ดังนั้นจึงไม่จำเป็นที่จะต้องมิบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอีก

ความคิดฐานยิงปืน โดยใช่เหตุในที่ชุมนุมชนนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยได้กำหนดความผิดในฐานนี้ไว้ในมาตรา 335 (11) ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดยิงปืน หรืออาวุธที่ใช้ดินระเบิดอย่างไรใดโดยใช่เหตุขึ้นในเมือง หมู่บ้าน ตลาด หรือในที่ประชุมชน ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุก ซึ่งในความผิดฐานยิงปืนโดยใช่เหตุในที่ชุมนุมชนและฐานชก หรือแสดงอาวุธในการวิวาทต่อสู้มีบทระวางโทษจำคุก 3 ปี นั่นคือ สถานหนึ่งจำคุกไม่เกินสิบวัน สถานหนึ่งปรับไม่เกินห้าสิบบาท สถานหนึ่งทั้งจำทั้งปรับเช่นว่ามานี้ด้วยกันตามลักษณะกฎหมายอาญา ร.ศ. 127

#### 2.4.3 ความผิดที่เป็นการก่ออันตรายกับขอบเขตความรับผิดชอบยิงปืน

2.4.3.1 ผู้ใดยิงปืนซึ่งใช้ดินระเบิดโดยใช่เหตุในเมือง หมู่บ้านหรือในที่ชุมนุมชน (มาตรา 376) คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ “ความเดือดร้อนรำคาญของประชาชน”<sup>89</sup> อาวุธปืนซึ่งใช้ดินระเบิด เป็นอาวุธปืนที่เมื่อยิงแล้วจะมีเสียงดังและมีอันตรายร้ายแรงกว่าปืนที่ยิงด้วยแรงอัดคันด้วยลม ดังนั้นเพื่อป้องกันอันตรายอันเกิดจากอาวุธปืนดังกล่าวกฎหมายจึงบัญญัติห้ามยิงปืนโดยใช่เหตุในเมือง ในหมู่บ้านหรือในที่ชุมนุมชนเพราะในที่ตั้งกล่าวย่อมมีคนอยู่จำนวนมาก

ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิงและสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 กำหนดวัตถุประสงค์ในการออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนอาวุธปืนแก่บุคคลไว้ในมาตรา 9 ว่าเพื่อใช้ในการป้องกันตัวหรือทรัพย์สินหรือในการกีฬาหรือยิงสัตว์ แต่อาวุธปืนเป็นประเด็นสำคัญต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมเพราะอาวุธปืนมักจะถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นปัจจัยสำคัญในการประกอบอาชญากรรมในสังคมปัจจุบัน

การยิงปืนโดยใช่เหตุ หมายถึง ยิงโดยไม่มีสาเหตุ เช่น เสพสุราจนเมาบนสถานีตำรวจ และใช้ปืนยิงขึ้น กระสุนปืน ไปถูกกระจกกรอบรูปบนสถานีนั้นแตกเสียหาย มีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา<sup>90</sup> แต่ถ้าเข้าใจว่ามีคนร้ายเข้ามาในบ้านเลยยิงชู่ไป ดังนี้เป็นการยิงโดยมิเหตุ

<sup>89</sup> กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 510). เล่มเดิม.

<sup>90</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1113/2516. น. 2166.

ไม่ผิดตามมาตรา<sup>91</sup> กรณีที่เป็นการยิงปืนเพื่อป้องกันตัวจากการถูกคนร้ายมาทำร้ายเพื่อชิงทรัพย์ หรือถ้ามีผู้กระทำให้เหตุอันสมควรที่จะยิง<sup>92</sup> ไม่เป็นความผิดฐานนี้ แม้จะยิงในเมือง หมู่บ้าน หรือ ชุมชน เพราะเป็นการยิงโดยมีเหตุอันสมควรปืนที่ใช้ยิงต้องใช้ดินระเบิดเพราะกฎหมายประสงค์ ที่จะไม่ให้ประชาชนที่อยู่ในเมืองหมู่บ้านหรือที่ชุมชนตื่นตกใจด้วยเสียงปืน ดังนั้นแม้จะยิงปืนที่ ไม่มีหัวกระสุน มีแต่เสียงดินระเบิดอย่างเดียวก็ผิดตามมาตรา<sup>91</sup> ได้ แต่ถ้าใช้ปืนลม อัดแก๊ส หรือปืน ที่ไม่มีเสียงดัง ไม่ผิดตามมาตรา<sup>91</sup> ความผิดฐานนี้ต้องมีเจตนายิงปืน ถ้าทำปืนลั่นโดยประมาท ไม่เป็นความผิด<sup>93</sup>

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 376 มีองค์ประกอบความผิด<sup>94</sup> คือ

1) ยิงปืนซึ่งใช้ดินระเบิด หมายความว่า การยิงปืนและปืนนั้นใช้ดินระเบิดในการยิง ถ้าเป็นปืนที่ยิงโดยใช้แรงขับเคลื่อนกระสุนปืนโดยวัตถุอื่น อาทิ ลม แก๊ส เช่น ยิงปืนลมเป็นต้น ไม่ผิด ตามมาตรา<sup>91</sup>

2) โดยใช้เหตุ หมายความว่า โดยไม่มีเหตุอันสมควร ถ้ามีเหตุอันควร เช่น ยิงต่อสู้กับ คนร้าย ไม่เป็นความผิด

3) ในเมือง หมู่บ้าน หรือที่ชุมนุมชน หมายความว่า การยิงปืนโดยใช้เหตุนั้นจะต้อง กระทำในเมือง หมู่บ้าน หรือที่ชุมนุมชน จึงจะเป็นความผิดตามมาตรา<sup>91</sup>

4) ดยเจตนา หมายถึงผู้กระทำให้ต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 วรรคสอง ที่จะยิงปืนซึ่งใช้ดิน ระเบิด

ดังนั้นองค์ประกอบความผิดฐานนี้คือ การที่บุคคลยิงปืนซึ่งใช้ดินระเบิดโดยใช้เหตุใน เมืองในหมู่บ้านหรือในที่ชุมนุมชนโดยเจตนายิงปืนโดยใช้เหตุในเมือง ในหมู่บ้านหรือในที่ชุมนุม ชนนั้นมีลักษณะของความผิดที่เป็นการก่ออันตรายในการยิงปืนโดยใช้เหตุในที่ชุมนุม ปืนเป็นอาวุธ ที่มีอำนาจร้ายแรงสามารถทำอันตรายต่อร่างกายและชีวิตของผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ร่วมใช้ รวมไปถึง ถึงชีวิตของผู้อื่นได้อย่างฉับพลัน ทั้งที่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะด้วยอารมณ์ชั่ววูบหรือใน ขณะที่กระทำขาดสติสัมปชัญญะหรือโดยประมาทเพราะขาดความรู้ความเข้าใจในการใช้ปืน

<sup>91</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2842/2515. ประภาสน์ อวยชัย. *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. น.826.

<sup>92</sup> จาก *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (น.394), โดย หยุต แสงอุทัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์.

<sup>93</sup> จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ* (น.402), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>94</sup> จาก *กฎหมายอาญา 3 ภาคความผิดและภาคลหุโทษ แนวประยุกต์* (น.460-461), โดย บุญเพราะ แสงเทียน, 2551, กรุงเทพฯ: วิทพัฒนา.

นอกจากนี้ปืนยังใช้เป็นเครื่องมือในการประกอบอาชญากรรมเพราะอาวุธปืนถือได้ว่าเป็นเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพในการก่ออาชญากรรมสามารถทำให้บุคคลถึงแก่ความตายได้อย่างรวดเร็ว คดีที่ได้กระทำโดยใช้อาวุธปืนจึงมักจะสะเทือนขวัญแก่ประชาชนเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตามอาวุธปืนนั้นไม่ใช่ว่าจะเป็นเครื่องมือสำหรับคนร้ายเพื่อนำไปประกอบอาชญากรรมแต่เพียงอย่างเดียว ในอีกแง่หนึ่งอาวุธปืนก็สามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ในทางที่ดีได้ เช่น ทหารจำเป็นต้องใช้อาวุธปืนในการต่อสู้ป้องกันอธิปไตยของประเทศชาติ พลเมืองจำเป็นต้องใช้อาวุธปืนสำหรับป้องกันชีวิตและทรัพย์สินของตนเองหรือผู้อื่น ตำรวจสามารถใช้อาวุธปืนเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม หรือใช้ในการกีฬา เป็นต้น ดังนั้นแม้ว่าประชาชนอาจมีความจำเป็นต้องใช้อาวุธปืนเพื่อป้องกันตนเอง ผู้อื่น หรือทรัพย์สินจากคนร้ายก็ตามแต่ อาวุธปืนก็เป็นสิ่งที่เป็นอันตรายโดยสภาพ และเนื่องจากอาวุธปืนมีคุณภาพในการทำลายล้างสูงและมีสภาพที่เหมาะสมแก่การจู่โจมมากกว่าการตั้งรับ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมการใช้อาวุธปืนเพื่อความสงบเรียบร้อยและป้องกันรักษาความปลอดภัยแก่สาธารณชน

การกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรานี้ คือ การยิงปืนซึ่งใช้ดินระเบิดโดยใช้เหตุในเมือง หมู่บ้านหรือที่ชุมนุมชน อันเป็นการกระทำที่ก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชนและเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและของสังคม เพราะอาวุธปืนได้สร้างความหวาดกลัวและความรู้สึกไม่ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนเป็นอย่างมากอีกทั้งเป็นการก่ออันตรายแก่ชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินอีกด้วย

2.4.4 ความผิดตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิดดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490

มีบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการพกพาอาวุธปืนตามมาตรา 8 ทวิดังนี้ “ห้ามมิให้ผู้ใดพาอาวุธปืนติดตัวไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยไม่ได้รับใบอนุญาตให้มีอาวุธปืนติดตัว เว้นแต่เป็นกรณีที่ต้องมีติดตัวเมื่อมีเหตุจำเป็นและเร่งด่วนตามสมควรแก่พฤติการณ์”

เห็นได้ว่าจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ห้ามมิให้ผู้ใดพาอาวุธไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย หรือว่ามีพฤติการณ์พิเศษแต่อย่างไรก็ดีในบทบัญญัตินี้ยังขาด หลักเกณฑ์ที่จะกำหนดพฤติการณ์การนำพาอาวุธไปในกรณีต่างๆ เช่น การขนส่ง หรือเคลื่อนย้ายอาวุธ โดยการแยกจากพฤติการณ์การพกพาอาวุธปืนติดตัวไว้ในตัวบทกฎหมาย จะมีก็แต่เพียงแนวคำพิพากษาศาลฎีกา และคำชี้ขาดของอธิบดีกรมอัยการ

รวมถึงบันทึกตำรวจ<sup>95</sup> ความเห็นของนักวิชาการซึ่งกำหนดพฤติการณ์ของการนำพาอาวุธปืนที่ไม่อยู่ในสภาพพร้อมใช้ หรืออยู่ในวิสัยที่จะสามารถใช้อาวุธนั้นได้ทันทีหากต้องการใช้โดยไม่ต้องเตรียมการใดๆ เพื่อใช้อีกหากต้องการจะใช้<sup>96</sup> โดยไม่ให้ถือเป็นการพกพาอาวุธปืนโดยผิดกฎหมาย

นอกจากนี้แล้วในพระราชบัญญัติอาวุธปืน ได้กำหนดความผิดสำหรับผู้ที่พกพาอาวุธปืนโดยเปิดเผยไว้ในมาตรา 8 ทวิวรรค 2 ดังนี้ “ไม่ว่ากรณีใด ห้ามมิให้พาอาวุธปืนไปโดยเปิดเผยหรือพาไปในที่ชุมนุมชนที่ได้จัดให้มีขึ้น เพื่อนมัสการ การรื่นเริง การมหรสพ หรือการอื่นใด”

เห็นได้ว่านอกจากจะเป็นการป้องกันการก่ออันตรายจากอาวุธปืนแล้วยังเป็นการป้องกันการหวาดเสียวจากการพกพาอาวุธดังกล่าวอีกด้วยและในวรรค 3 ได้กำหนดเป็นเหตุยกเว้นความผิดในมาตรานี้ มิให้ใช้บังคับแก่

1. เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทหารและตำรวจ ซึ่งอยู่ระหว่างการปฏิบัติหน้าที่

2. ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 5 วรรค (1) (ข) หรือ (ค) ซึ่งอยู่ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่เพื่อป้องกันประเทศหรือรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือรักษาทรัพย์สินอันสำคัญของรัฐ

3. ประชาชนผู้ได้รับมอบหมายให้มีและใช้ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง (1) (ง) ซึ่งอยู่ในระหว่างการช่วยเหลือราชการและมีเหตุจำเป็นต้องมี และใช้อาวุธปืนในการนั้น

จะเห็นได้ว่าหากเป็น บุคคลตามสามอนุมาตราดังกล่าวแล้วจะมีเหตุให้กฎหมายให้อำนาจกระทำได้จึงถือแม้การพกพาอาวุธปืนดังกล่าวจะครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) ทั้งองค์ประกอบภายนอกและภายในของความผิดดังกล่าวก็ตามแต่ด้วยเหตุที่กฎหมายยกเว้นให้จึงไม่เป็นความผิดกฎหมาย (Rechtswidrig) ที่จะพกพาอาวุธปืน โดยที่ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความชั่ว (Schuld) ตามกฎหมายเลย

มาตรา 72 ทวิ วรรค 2 ผู้ใด ฝ่าฝืนมาตรา 8 ทวิ วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าผู้นั้นฝ่าฝืนมาตรา 8 ทวิ วรรคสองด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงห้าปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่น

<sup>95</sup> จาก *ความคิดที่เป็นการก่ออันตราย : ศึกษากรณีการพกพาอาวุธ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), (น.84), โดย เดชาชัย อินทรมณี, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

<sup>96</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคความคิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น.130), โดย คณิต ฒ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สรุปได้ว่าการใช้พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ มาตรา 8 ทวิและประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 371 ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 371<sup>97</sup> นั้นใช้บังคับแก่อาวุธทุกชนิดซึ่งคำว่าอาวุธนั้น มีความหมายดังต่อไปนี้

คำว่า “อาวุธ” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายว่า เครื่องมือที่ใช้ในการทำร้ายทำลายป้องกันต่อสู้หรือฆ่าโดยปริยายหมายรวมถึงสิ่งที่มีลักษณะ คล้ายคลึงเช่นนั้นเช่นใช้ปัญญาเป็นอาวุธ

“อาวุธ” ในความหมายอย่างกว้างหมายถึงสิ่งของหรือเครื่องมือซึ่งได้ใช้หรือมุ่งหมายที่จะใช้เพื่อทำลายต่อสู้หรือประทุษร้ายบุคคลอื่นในลักษณะทั้งเชิงรุกและใช้สำหรับการป้องกันตนเองโดยไม่ต้องคำนึงถึงผลของการใช้สิ่งของหรือเครื่องมือดังกล่าวนี้ว่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลผู้ถูกประทุษร้ายว่าจะได้รับบาดเจ็บธรรมดาหรืออันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายหรือไม่<sup>98</sup> และในประมวลกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 1 (5) ได้นิยามคำว่า “อาวุธ” ว่าหมายรวมถึง สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพแต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่าง อาวุธเมื่อพิจารณาจากบทนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่าสิ่งที่สามารถเป็นอาวุธได้มีอยู่สองประการ ด้วยกันดังนี้<sup>99</sup>

1) อาวุธโดยสภาพหมายถึงสิ่งที่มีไว้เพื่อใช้สำหรับประทุษร้ายชีวิตกล่าวคือโดยตัวของมันเองสามารถทำให้เป็นอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายได้ (เป็นลักษณะปกติของสิ่งนั้นที่สามารถใช้เพื่อทำให้เกิดอันตรายสาหัสแก่บุคคลหรือทำให้บุคคลนั้นถึงแก่ความตายได้) หรือใช้ในการป้องกันหรือต่อสู้โดยตรงเช่นปืนดาบหอกกระบองระเบิดเป็นต้นแม้อาวุธโดยสภาพเหล่านี้ไม่อยู่ในลักษณะพร้อมใช้งานหรือยังไม่อาจทำอันตรายได้ก็ถือเป็นอาวุธตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา

2) อาวุธโดยเจตนาหรือการใช้หมายถึงสิ่งซึ่งโดยสภาพไม่ใช่อาวุธและไม่ได้มีไว้ใช้ประทุษร้ายหรือประทุษร้ายร่างกายกล่าวคือสิ่งเหล่านั้นไม่ได้มีไว้ใช้เป็นเครื่องประทุษร้ายโดยตรงอย่างอาวุธ (ถึงแม้ลักษณะภายนอกของสิ่งนั้นสามารถใช้ทำให้เกิดอันตรายสาหัสแก่กายได้) แต่ได้นำมาใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายและทำอันตรายต่อร่างกายถึงสาหัสเช่นเดียวกับอาวุธ

<sup>97</sup> มาตรา 371 ผู้ใดพาอาวุธไปในเมือง หมู่บ้านหรือทางสาธารณะ โดยเปิดเผยหรือโดยไม่มีเหตุสมควร หรือพาไปในชุมนุมชนที่ได้จัดให้มีขึ้นเพื่อ นมัสการ การรื่นเริงหรือการอื่นใด ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งร้อยบาท และให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ริบอาวุธนั้น

<sup>98</sup> จาก ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนส่วนบุคคล, โดย วรวิทย์ ฤทธิพิศ, (2539, สิงหาคม), *วารสารอัยการ*, 16, 186. น. 170.

<sup>99</sup> จาก *กฎหมายและคดีอาวุธปืน* (น. 28-30), โดย สราภรณ์ สุวรรณเสรี, และอาคม ศรียาภัย, 2553, กรุงเทพฯ: หจก.แสงจันทร์การพิมพ์.

ซึ่งโดยลักษณะและวิธีใช้ดังกล่าวต้องเทียบได้ตัวอย่างอาวุธตัวอย่างเช่นมีดปลอกผลไม้มีดอโต้ได้เสียม ขวานจอบเป็นต้น

ซึ่งในกรณีของอาวุธปืนจะมีพระราชบัญญัติอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืนวัตถุระเบิดและดอกไม้เพลิง พ.ศ. 2490 บัญญัติไว้โดยเฉพาะโดยมีโทษหนักกว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 371 ด้วย จึงต้องใช้พระราชบัญญัติอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืนวัตถุระเบิดและดอกไม้เพลิง พ.ศ. 2490 บังคับ

ลักษณะการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 371 และพระราชบัญญัติอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืนวัตถุระเบิดและดอกไม้เพลิง พ.ศ. 2490 นั้นมีความคล้ายคลึงกันแต่ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนนั้นมีการบัญญัติกรณีพิเศษและมีโทษสูงกว่าเรื่องจากมีระวางโทษจำคุกด้วยดังนั้น การพาอาวุธปืนไปย่อมจะต้องได้รับโทษสูงกว่าอาวุธธรรมดาอื่นๆ เนื่องจากอาวุธปืนเป็นอาวุธที่ร้ายแรงไม่เหมาะสมที่จะให้ประชาชนมีเสรีภาพในการพกติดตัวเข้าไปในเมืองทางสาธารณะ หรือที่ชุมชนเพราะอาจจะก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่นได้โดยง่ายและเป็นการเอาเปรียบประชาชนอื่นด้วยอีกทั้งรัฐต้องการที่จะรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและให้ประชาชนได้รับความปลอดภัยจากอาชญากรรมให้มากที่สุด<sup>100</sup>

กรณีข้อยกเว้นนั้นตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืนวัตถุระเบิดและดอกไม้เพลิง พ.ศ. 2490 คือ “เป็นกรณีที่ต้องมีติดตัวเมื่อมีเหตุจำเป็นและเร่งด่วนตามสมควรแก่พฤติการณ์” ตามมาตรา 8 ทวิ<sup>101</sup> ส่วนประมวลกฎหมายอาญามาตรา 371 จะมีข้อยกเว้นให้พกพาอาวุธปืนติดตัวได้ถ้า “มีเหตุอันสมควร”

<sup>100</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 7) (น. 398-399), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>101</sup> มาตรา 8 ทวิห้ามมิให้ผู้ใดพาอาวุธปืนติดตัวไปในเมืองหมู่บ้านหรือทางสาธารณะโดยไม่ได้รับใบอนุญาตให้มีอาวุธปืนติดตัวเว้นแต่เป็นกรณีที่ต้องมีติดตัวเมื่อมีเหตุจำเป็นและเร่งด่วนตามสมควรแก่พฤติการณ์ ไม่ว่าจะกรณีใดห้ามมิให้พาอาวุธปืนไปโดยเปิดเผยหรือพาไปในชุมนุมชนที่ได้จัดให้มีขึ้นเพื่อนับการการรื่นเริงการมหรสพหรือการอื่นใด

ความในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับแก่

(1) เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนทหารและตำรวจซึ่งอยู่ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่

(2) ข้าราชการพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง (1) (ข) หรือ (ค) ซึ่งอยู่ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่เพื่อป้องกันประเทศหรือรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือรักษาทรัพย์สินอันสำคัญของรัฐ

(3) ประชาชนผู้ได้รับมอบให้มิและใช้ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง (1) (ง) ซึ่งอยู่ในระหว่างการช่วยเหลือราชการและมีเหตุจำเป็นต้องมีและใช้อาวุธปืนในกรณีนั้น

ความผิดฐานพกพาอาวุธตามมาตรา 371 นั้นหากอาวุธดังกล่าวเป็นอาวุธปืนจะเป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทต้องลงโทษบทหนักตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 90 จึงต้องลงโทษตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืนวัตถุระเบิดและดอกไม้เพลิง พ.ศ. 2490 มาตรา 8 ทวิ และมาตรา 72 ทวิซึ่งตามปกติในการฟ้องคดีพกพาอาวุธปืนนั้นพนักงานอัยการจะอ้างมาตรา 8 ทวิควบคู่ไปกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 371 ด้วยเนื่องจากตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืนวัตถุระเบิดและดอกไม้เพลิง พ.ศ. 2490 มาตรา 8 ทวินั้นไม่ได้ให้อำนาจศาลในการสั่ง “ริบอาวุธปืนนั้น” จึงต้องอาศัยอำนาจประมวลกฎหมายอาญามาตรา 371 ในการให้อำนาจศาลในการสั่งริบอาวุธปืนนั้นๆ ได้ด้วยกล่าวคือไม่ว่าจะเป็นปืนที่มีใบอนุญาตหรือไม่ก็ตามถ้าศาลเห็นว่าเป็นกรณีร้ายแรงศาลก็มีอำนาจสั่งริบอาวุธปืนได้โดยอาศัยอำนาจประมวลกฎหมายอาญามาตรา 371 ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการริบอาวุธปืนนั้นเป็นดุลพินิจของศาลไม่ได้บังคับว่าต้องริบเหตุที่บัญญัติการริบอาวุธปืนไว้โดยเฉพาะในมาตรา 371 นั้นเนื่องจากการพาอาวุธไปตามมาตรา 371 นั้นอาวุธนั้นเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดไม่ใช่วัตถุที่ใช้กระทำความผิดอันริบได้ตามมาตรา 32, 33 แห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>102</sup> และในกรณีการริบตามมาตรา 32 นั้นเป็นการริบในกรณีที่ทรัพย์สินที่ต้องริบเสมอ คือเป็นความผิดอยู่ในตัว อย่างเช่น เงินตราปลอม ยาเสพติดให้โทษเฮโรอีน เป็นต้น และในส่วนกรณีมาตรา 33 นั้น เป็นกรณีที่เป็นการริบทรัพย์สินที่อยู่ในดุลพินิจของศาล คือ เป็นการริบทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33 นี้ มิได้ให้ริบเฉพาะทรัพย์สินซึ่งนำมาอยู่ในอำนาจของศาลหรือของเจ้าพนักงานเท่านั้น แต่มุ่งหมายถึงทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดเป็นสำคัญ<sup>103</sup> อย่างเช่น ไฟป่ากและเงินที่ใช้ในการเล่นการพนัน<sup>104</sup> กุญแจสำหรับไขในการลักทรัพย์ เงินที่ได้จากการรับจ้างตัดผมของคนต่างด้าวซึ่งกฎหมายไม่มีสิทธิประกอบอาชีพตัดผม<sup>105</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

หากไม่ได้พิพากษาว่ามีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 371 อันให้อำนาจริบอาวุธปืนจะนำมาตรา 371 มาใช้เพื่อริบอาวุธปืนไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3405/2527

<sup>102</sup> จาก ปัญหาเกี่ยวกับการพกพาอาวุธปืนในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.136), โดย บงกช เอกกาญจนกร, 2557, กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

<sup>103</sup> ฎีกาที่ 377/2506.

<sup>104</sup> ฎีกาที่ 1300/2501.

<sup>105</sup> ฎีกาที่ 348/2508.

มีอาวุธปืนไว้ในครอบครองและพาไปนั้นเป็นความผิดตามมาตรา 371 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและมีความผิดตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืนวัตถุระเบิดและดอกไม้เพลิง พ.ศ. 2490 มาตรา 8 ทวิและมาตรา 72 ทวิต้องลงโทษบทหนักตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ ซึ่งไม่มีบทบัญญัติให้รับอาวุธปืน ได้อย่างมาตรา 371 ดังนั้นจะนำมาตรา 371 มาใช้บังคับเพื่อรับอาวุธปืนไม่ได้เนื่องจากศาลไม่ได้สั่งลงโทษตามมาตรา 371 อันเป็นบทเบา<sup>106</sup>

หากพาอาวุธปืนที่ถูกต้องตามกฎหมายของผู้อื่นไปโดยไม่ได้รับอนุญาตอาวุธปืนของกลางไม่ใช่ทรัพย์สินที่มีไว้เป็นความผิดอันต้องรับ

คำพิพากษาฎีกาที่ 82/2542

อาวุธปืนของกลางเป็นอาวุธที่มีใบอนุญาตให้มีและใช้เป็นของผู้ร้อง โดยถูกต้องตามกฎหมาย จำเลยมีความผิดเนื่องจากการมีอาวุธปืนของผู้อื่นไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาตและพาอาวุธปืนดังกล่าวไปโดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งเป็นความผิดเฉพาะตัวอาวุธปืนของกลางจึงไม่ใช่ทรัพย์สินที่มีไว้เป็นความผิดอันต้องรับเสียทั้งสิ้นและแม้จะถือว่าเป็นอาวุธซึ่งเมื่อจำเลยพาไปในเมืองหมู่บ้านหรือทางสาธารณะ โดยไม่มีเหตุอันควรแล้วศาลมีอำนาจสั่งรับได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 371 ก็ตาม<sup>107</sup>

ดังนั้น มาตรานี้เป็นมาตรการบังคับทางอาญา โดยกำหนดการลงโทษนอกจากให้บรรลุนิติบุคคลของการ “การป้องกันทั่วไป” (general preventive) คือ เป็นการกระทำความผิดที่สังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และในขณะเดียวกันก็เป็นการเตือนให้บุคคลทั่วไปด้วยว่า ถ้ามีการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นอีกก็ต้องมีการลงโทษเช่นเดียวกัน และ “การป้องกันพิเศษ” (special preventive) เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดนั้นเองกระทำความผิดนั้นซ้ำอีกด้วย หรือเรียกว่าเป็นการ “วิธีการเพื่อความปลอดภัย” นั้นเอง<sup>108</sup>

## 2.5 ความรับผิดทางอาญาโดยประมาท

การกระทำโดยประมาทเป็นความผิดที่แตกต่างจากการกระทำความผิดโดยเจตนา ซึ่งประเทศต่างๆ ได้มีการบัญญัติให้บุคคลทั่วไปต้องรับผิดชอบในการกระทำโดยประมาทไว้ แต่สำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ในแต่ละประเทศก็มีลักษณะที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจขึ้นอยู่กับโครงสร้างความ

<sup>106</sup> คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (น.1196). เล่มเดิม.

<sup>107</sup> จาก ประมวลกฎหมายอาญาเล่มที่ 6 มาตรา 309 ถึงมาตรา 398 (น.3552), โดย ประภาศน์ อวยชัย, 2545, กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์.

<sup>108</sup> จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น.403), โดย คณิต ฌ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

รับผิดชอบทางอาญาและหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความประมาททั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ต่อไป

### 2.5.1 ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และเป็นประเทศที่ได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาโดยประมาทไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นควรรศึกษาระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในประเทศอังกฤษเพื่อที่จะได้เป็นพื้นฐานในการวินิจฉัยในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาโดยประมาทดังต่อไปนี้

#### 2.5.1.1 โครงสร้างความรับผิดชอบอาญา

ความรับผิดชอบทางอาญาตามหลักระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ใช้สำหรับพิจารณาว่าบุคคลนั้นมีความผิดทางอาญาอยู่ประการหนึ่ง คือ “การกระทำไม่เพียงพอให้บุคคลต้องรับผิด เว้นแต่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย (actus non, factum, nisi mens sit rea-an act does not make a person guilty unless the mind is guilty)<sup>109</sup> กล่าวคือ การกระทำที่จะเป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญาได้นั้น จะต้องมีการกระทำแล้วผู้กระทำจะต้องมีจิตใจที่ชั่วร้ายด้วยจึงถือได้ว่าเป็นความผิดตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ดังนั้นองค์ประกอบในการพิจารณาความผิดตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงต้องประกอบไปด้วย ส่วนที่เป็นการกระทำซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหรือที่เรียกว่า “actus reus” และอีกประการหนึ่งคือ ต้องมีส่วนของจิตใจที่ถูกต้องกำหนดได้ ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบภายในอันเป็นองค์ประกอบทางจิตใจก็คือ “mens rea”

จากหลักดังกล่าวสามารถอธิบายถึงองค์ประกอบตามโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่สำคัญได้ 2 ประการ คือ

1) ต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) การกระทำที่ผิดกฎหมายคือ ต้องมีการกระทำที่แสดงออกภายนอกและการกระทำนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย สำหรับการกระทำ (action) นั้นแยกได้เป็น 2 ส่วน<sup>110</sup> คือ (1) การเคลื่อนไหวร่างกายหรือกล้ามเนื้อของผู้กระทำ ซึ่งการ

<sup>109</sup> Rupert Cross and Philip Asterley Jones, An Introduction to Criminal Law, 6 ed. (Bristol: J.W. Arrowsmith Ltd., 1968), p. 32 (อ้างถึงใน นนทิยา ทองสุก, 2525, ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.23), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>110</sup> H.L.A. Hart, Negligence. Mens Rea and Criminal Responsibility. Oxford Essay in Jurisprudence. (Oxford University Press, 1961), p. 34. (อ้างถึงใน ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, 2550, มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.7), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.7.

เคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำนั้นจะต้องเกิดจากการควบคุมของจิตใจด้วย กล่าวคือ เป็นการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้ (willed movement) ผู้กระทำได้กระทำลงโดยใจสมัครหรือมีเจตจำนงที่จะเคลื่อนไหวไปในทิศทางนั้น ส่วนการเคลื่อนไหวที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจจิต (a reflex) หรือเกิดอาการชักกระตุก (convulsion) หรือไม่รู้สึกรู้ตัว (unconsciousness) เช่น ละเมอหรือเป็นโรคลมบ้าหมู ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ<sup>111</sup> และการกระทำยังต้องประกอบด้วย (2) ผลอันเกิดจากการกระทำนั้น แต่สำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actusreus) มีความหมายกว้างกว่านั้น กล่าวคือ นอกจากจะมีความหมายถึงการเคลื่อนไหวกล้ามเนื้อทางร่างกาย และผลที่เกิดจากการเคลื่อนไหวกล้ามเนื้อแล้ว ยังจะต้องประกอบไปด้วยพฤติการณ์แวดล้อมทางกายภาพ (the surrounding physical circumstances) อีกด้วย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญา (actusreus) นั้น จะต้องประกอบด้วย<sup>112</sup>

มีการเคลื่อนไหวร่างกาย (bodily movement) ตามที่กฎหมายกำหนด

สถานการณ์แวดล้อม (circumstances)

ผลจากการกระทำนั้น (consequence)

2) ต้องมีองค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด (mensrea)

นอกจากจะต้องมีการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actusreus) แล้ว การกระทำที่จะเป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญา จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ องค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด หรือที่เรียกว่า “mensrea” ซึ่งเป็นส่วนที่ต้องนำมาพิจารณาประกอบกับ actusreus สำหรับความหมายของ mensrea นั้น อาจกล่าวโดยทั่วไปได้ว่า mensrea เป็นเรื่องสภาวะทางจิตใจ (the mental state) ของผู้กระทำ<sup>113</sup> เป็นเรื่องที่ต้องพิสูจน์ถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำผิด ซึ่งได้บ่งบอกไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในบทบัญญัติของกฎหมาย สิ่งที่มีบ่งบอกไว้ในกฎหมาย เช่น มีเจตนาร้าย (maliciously) โดยรู้ (knowingly) โดยตั้งใจ (intentionally) ฯลฯ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงสภาวะทางจิตใจที่น่าตำหนิ (blameworthy state of mind) อันได้แก่ เจตนา

<sup>111</sup> จาก กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา (พิมพ์ครั้งที่ 6) (น.38), โดย ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>112</sup> John Smith, Smith & Hogan Criminal Law, 10 ed. (London :ButterworthsLezisnexis, 2002), p. 40. (อ้างถึงใน ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, 2550, *มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.7), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>113</sup> From General Principles of Criminal law (2 ed). (p.70), By Jerome Hall. 1960, (New York: The Bobbs-Merrill Company, Inc (อ้างถึงใน ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, 2550, *มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 8), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

(intention) และประมาทโดยจงใจ (recklessness)<sup>114</sup> ทั้งนี้หากเป็นสิ่งที่ไม่ได้พิจารณาถึงไปถึงเรื่องของสภาวะจิตใจแล้วกฎหมายคอมมอนลอว์จะไม่ถือว่าเป็นจิตใจที่น่าตำหนิ

### 2.5.1.2 ประเภทของความประมาท

การกระทำโดยประมาทตามหลักกฎหมายอังกฤษแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ ประมาทโดยจงใจ (Recklessness) และประมาทธรรมดา (Negligence)

1) ประมาทโดยจงใจ (Recklessness) หมายถึง การขาดความระมัดระวังอย่างมากเป็นระดับของความประมาทที่สมควรถูกลงโทษ เนื่องจากเป็นการเสี่ยงอันตรายโดยรู้ตัวและไม่มีเหตุผลอันสมควร ซึ่งในเรื่องสภาวะจิตใจนั้นถือว่าผู้กระทำมีสภาพจิตใจที่เลวร้ายน้อยกว่าการกระทำผิดโดยเจตนาแต่มีระดับมากกว่าประมาทธรรมดา “ความประมาทโดยจงใจ” พิจารณาได้จากพฤติการณ์ซึ่งผู้กระทำต้องรู้สึกถึงความเสี่ยงต่ออันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นในขณะนั้น และพิจารณาจากผลของการกระทำซึ่งเกิดจากการที่ผู้กระทำนั้นรู้ว่าความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น และไม่มีเหตุผลอันสมควรที่ในสถานการณ์ที่ผู้กระทำซึ่งรู้ถึงความเสี่ยงจะก่อความเสี่ยงอันตรายเช่นนั้น

ความประมาทแบบจงใจในประเทศอังกฤษ มี 2 รูปแบบ คือ

1. ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ในรูปแบบของ Cunningham ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบนี้เป็นความประมาทที่เกิดขึ้นจากการพิพากษาในคดี Cunningham ในปี ค.ศ. 1957 คดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษากลับคำตัดสินของศาลชั้นต้น โดยศาลได้วินิจฉัยถึงองค์ประกอบของความประมาทโดยจงใจไว้ว่าต้องประกอบด้วย 2 ประการ คือผู้กระทำรู้ตัวว่ามีการเสี่ยงต่ออันตรายซึ่งการกระทำของผู้กระทำอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ และการเสี่ยงต่ออันตรายนั้นเป็นเรื่องที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร สำหรับผู้กระทำที่เสี่ยงอันตรายนั้น ซึ่งเป็นการพิจารณาความหมายของความประมาทโดยจงใจที่พิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำว่าได้ตระหนักถึงความเสี่ยงที่ตนรับรู้นั้นหรือไม่ ดังนั้นความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham จึงเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นจิตใจที่ชั่วร้ายจึงถือว่าเป็นจิตใจที่น่าตำหนิอย่างหนึ่ง ซึ่งถือว่าเป็นการพิจารณาถึงความประมาทในรูปแบบอัติวิสัย

2. ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness) ในรูปแบบของ Caldwell (Caldwell Recklessness) หลังจากที่มีการพิพากษาวางหลักของความประมาทโดยจงใจอย่างรู้ตัวหรือที่เรียกว่าความประมาทโดยจงใจในรูปแบบของ Cunningham แล้ว ศาลคอมมอนลอว์ ก็ได้มีการพิพากษาขยายความของคำว่าประมาทโดยจงใจออกไปอีก ปรากฏในคดี Caldwell ในปี ค.ศ. 1980 ซึ่งศาลได้พิพากษาวางหลักเกณฑ์ความประมาทโดยจงใจในรูปแบบนี้กว้างขึ้น โดยให้รวมถึงการกระทำโดย

<sup>114</sup> Rupert Cross and Philip Asterley Jones, supra note 1, (p.37-40) (อ้างถึงใน นนทิตยา ทองสุก, “ความเหมาะสมของโทษจำคุกกรณีประมาททางอาญา” ). น.23.

ที่ผู้กระทำนั้นไม่ได้คาดเห็นว่าจะมีอันตรายนั้น แต่ทั้งนี้ผู้กระทำได้กระทำลงโดยปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการเสี่ยงอันตรายที่เห็นได้ชัดแจ้งและในขณะนั้นไม่ว่าผู้กระทำจะรู้ว่าอาจจะมีอันตรายเกิดขึ้นหรือไม่ แต่ก็ยังเสี่ยงที่จะกระทำอันก่อให้เกิดอันตรายบางอย่าง จะเห็นได้ว่าประมาทโดยจงใจในรูปแบบนี้หมายรวมถึงการที่ผู้กระทำไม่รู้ตัวว่าการกระทำของตนเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่เห็นได้อย่างชัดเจนด้วย<sup>115</sup> พิจารณาความประมาทในรูปแบบนี้เป็นการพิจารณาในรูปแบบของภาวะวิสัยเนื่องจากไม่ได้พิจารณาว่าผู้กระทำรับรู้ถึงความเสี่ยงนั้นด้วยตนเองหรือไม่ หากแต่พิจารณาจากภาวะวิสัยว่าบุคคลในสถานการณ์นั้นๆ ควรรู้ถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากเป็นความเสี่ยงที่เป็นอันตรายอย่างเห็นได้ชัดแจ้งที่วิญญูชนคาดเห็นได้ แต่บุคคลผู้กระทำนั้นไม่ได้คิดถึงหรือคาดเห็นความเสี่ยงนั้นเลย ซึ่งการพิสูจน์จิตใจที่น่าดำเนินในรูปแบบนี้จะเป็นการพิสูจน์ในแง่ที่ว่าจำเลยไม่ได้เห็นถึงภัยอันนั้นเลย ทั้งที่ชัดเจนต่อวิญญูชน กล่าวคือต้องมีการพิสูจน์ว่าไม่ได้เห็นอันภัยนั้นเลยทั้งที่ชัดเจนต่อวิญญูชน

2) ประมาทธรรมดา (Negligence) หากการกระทำของบุคคลพ้นจากเจตนา และความประมาทโดยจงใจแบบอติวิสัยแล้วก็จะนำไปสู่ความประมาทธรรมดา ซึ่งจะเป็นการเปลี่ยนจากความรู้สึกลงในกากระทำไปยังการไม่รู้สำนึกในการกระทำนั้น ความประมาทธรรมดาเป็นการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานของวิญญูชนหรือบุคคลผู้มีความสุขรอบคอบในฐานะเช่นเดียวกับจำเลย โดยจะพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับวิญญูชนว่าจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามที่วิญญูชนควรใช้ในสถานการณ์เดียวกันหรือไม่ จึงเป็นการใช้มาตรฐานในทางภาวะวิสัยเพียงอย่างเดียว โดยไม่ต้องค้นหาสิ่งที่อยู่ในจิตใจของจำเลยแต่อย่างใด<sup>116</sup>

การกระทำโดยประมาทธรรมดา คือ การละเลยที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้กระทำที่จะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นการกระทำโดยประมาทจึงเป็นการละเลยที่จะประพฤติปฏิบัติให้เหมือนกับวิญญูชนในพฤติการณ์ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องประพฤติตนเช่นเดียวกับวิญญูชน<sup>117</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอังกฤษแบ่งแยกความประมาทโดยจงใจและความประมาทธรรมดาโดยการพิจารณาถึงความรู้ตัวถึงการเสี่ยงของผู้กระทำหรือไม่ ซึ่งความ

<sup>115</sup> Jonathan Herring, *Criminal Law Text, Case, and Materials*, 4ed. (Oxford : Oxford University Press, 2004) (อ้างถึงใน ปานรวี ชีวิตโสภณ, 2551, *ปัญหาความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ปานรวี ชีวิตโสภณ*. (น.14), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

<sup>116</sup> จาก *ปัญหาความรับผิดทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ปานรวี ชีวิตโสภณ*. (น.12), โดย ปานรวี ชีวิตโสภณ, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>117</sup> จาก *มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.14), โดย ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประมาทโดยจงใจนั้นผู้กระทำต้องมีความรับรู้หรือรู้ตัวซึ่งอาจเป็นการรับรู้ในรูปแบบอวัสัยหรือแบบภาวะวิสัย ส่วนความประมาทธรรมดาที่ผู้กระทำไม่ได้รู้ตัวว่าการกระทำของตนเองนั้นเป็นความเสี่ยงแต่อย่างใด

### 2.5.1.3 หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการกระทำโดยประมาท

ในการพิสูจน์ความประมาทธรรมดาเป็นการพิสูจน์ที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยจะรู้ ตระหนักหรือควรที่จะต้องรู้ถึงการเสี่ยงภัยต่ออันตรายและจะปฏิบัติตามมาตราฐานการกระทำของวิญญูชน จำเลยจะต้องรับผิดชอบถ้าวิญญูชนสามารถมองเห็นอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นล่วงหน้าได้ หรือจำเลยมองเห็นอันตรายล่วงหน้าได้ แต่จะเลยที่จะจัดการเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายหรือจำเลยหลีกเลี่ยงอันตรายด้วยวิธีซึ่งต่ำกว่ามาตรฐานการกระทำอันพึงคาดหมายได้จากวิญญูชนที่มองเห็นถึงอันตรายเช่นนั้น<sup>118</sup> ซึ่งถือว่าการพิสูจน์ทางด้านภาวะวิสัยเพียงอย่างเดียวโดยเปรียบเทียบกับมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนไม่ต้องพิสูจน์ภาวะจิตใจของผู้กระทำแต่อย่างใด แต่ความประมาทโดยจงใจนั้น ผู้กระทำจะต้องรู้ตัวว่าการกระทำของตนเองเป็นการเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดอันตราย ไม่ว่าจะเป็นการรู้ตัวในทางอวัสัยหรือรู้ตัวในทางภาวะวิสัยซึ่งหลักเกณฑ์ที่เหมือนกันในการพิสูจน์ความผิดของความประมาทสองประเภทนี้ คือ การเสี่ยงภัยโดยไม่มีเหตุอันควร ระดับของการเสี่ยงภัยที่จะถือว่าเป็นความประมาทได้นั้น จะต้องเป็นการเสี่ยงต่ออันตรายที่มีระดับของความเป็นไปได้ที่จะไม่ได้รับการยอมรับทางสังคม ซึ่งเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับสิ่งที่จะเกิดขึ้นในระหว่างที่มีการเสี่ยงต่ออันตรายและประโยชน์ในทางสังคมที่จะได้รับจากการเสี่ยงภัย<sup>119</sup>

### 2.5.1.4 แนวคิดในการกำหนดความประมาทเป็นความผิดอาญา

ความรับผิดชอบทางอาญาที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทนั้น ต้องพิจารณาจากโครงสร้างของความรับผิดชอบทางอาญาเช่นเดียวกันกับความผิดที่กระทำโดยเจตนา ซึ่งในระยะแรกในประเทศอังกฤษไม่ถือว่าการกระทำโดยประมาทเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เนื่องจากไม่มีการพิจารณาในส่วนจิตใจที่ชั่วร้าย และไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการทำโดยเจตนาและการกระทำโดยประมาท โดยในช่วงแรกอันตรายหรือผลที่เกิดขึ้นจากความหรือเหตุร้าย<sup>120</sup> ต่อมาแนวคิดในเรื่องการกระทำโดยประมาทนี้ก็ได้พัฒนาขึ้นซึ่งปรากฏในคำพิพากษาคดี

<sup>118</sup> แหล่งเดิม. (น. 13).

<sup>119</sup> แหล่งเดิม. (น. 15).

<sup>120</sup> Richard Card, Criminal Law, 12 ed. (London : Butterworths, 1992). p. 10 (อ้างถึงใน

ทัศนวรรณ สิทธิพรหมเจริญ, 2550, มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 9), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

Hull ได้มีการชี้ให้เห็นว่ากรณีของอุบัติเหตุเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายนั้นมีผลในทางกฎหมาย โดยถือว่าเป็นการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายซึ่งมิได้เกิดจากการกระทำโดยเจตนา การฆ่าผู้อื่นโดย โจรร้าย โทษจะไม่เท่ากับการฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนาแล้วถ้าปรากฏว่า การกระทำนั้นได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายปราศจากจิตใจที่ชั่วร้าย ผู้กระทำก็ไม่มีผิด แต่การนั้นจะต้องกระทำเพื่อป้องกันให้พ้นจากอันตรายที่เกิดขึ้น<sup>121</sup> ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 19 กฎหมายอังกฤษได้เริ่มมีแนวความคิดให้บุคคลต้องรับผิดชอบการกระทำโดยประมาท และเริ่มมีแนวความคิดที่จะแยกความแตกต่างระหว่างเจตนากับประมาท<sup>122</sup> โดยกรณีของการประมาทจะคำนึงถึงความร้ายแรง มีการให้คำจำกัดความที่ดูเหมือนว่าเป็นถ้อยคำที่ถูกต้องเป็นธรรม คือ บุคคลผู้ที่กฎหมายกำหนดให้ มีหน้าที่หรือผู้ที่มีหน้าที่ต้องระวังต่อการป้องกันชีวิตและผู้ที่จะประมาทร้ายแรงต่อหน้าที่ที่ต้อง ดำเนินการ หรือดำเนินการด้วยความประมาทอย่างร้ายแรงและเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา<sup>123</sup>

ศาลคอมมอลลอว์ได้พัฒนาหลักเกณฑ์ในการที่จะพิจารณาว่าความประมาทที่เป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดชอบในทางอาญาจะต้องเป็นความประมาทในระดับ “ร้ายแรง” ซึ่งหมายความว่า การกระทำที่เบี่ยงเบนจากมาตรฐานความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยหรือมีเหตุอันสมควร ไม่ทำให้บุคคลต้องรับโทษในทางอาญา หลักเกณฑ์ที่ถูกเพิ่มขึ้นใหม่นี้มีลักษณะเป็นการระบุถึงระดับของความประมาทที่จำเป็นสำหรับความผิดในทางอาญา<sup>124</sup> ทั้งนี้ ได้มีการกล่าวว่า “โดยไม่ระมัดระวังอย่างมาก” ถ้อยคำที่แยกความแตกต่างนี้ แม้จะไม่มีชัดเจนเมื่อเทียบกับมาตรฐานในปัจจุบัน แต่ก็ เป็นสัญญาณที่ชัดเจนในการที่จะให้ประมาทเป็นความผิดอาญา และได้กำหนดให้เป็นกฎสำหรับใช้เป็นสูตรว่าประมาทที่จะเป็นความผิดอาญาไม่เพียงแต่เป็นการกระทำเท่านั้น แต่ก็จะต้องเป็นประมาทเป็นสัญญาณที่ชัดเจนในการที่จะให้ประมาทเป็นความผิดอาญา และได้กำหนดให้เป็นกฎสำหรับใช้เป็นสูตรว่าประมาทที่จะเป็นความผิดอาญาไม่เพียงแต่เป็นการกระทำเท่านั้น แต่จะต้องเป็นประมาทที่ชั่วร้ายด้วย และต่อมาก็ได้มีการแยกประมาทในทางอาญาให้เห็นถึงความแตกต่างจากละเมิดโดยประมาทในทางแพ่ง ทั้งนี้เนื่องจากความประมาทอย่างร้ายแรงซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่

<sup>121</sup> จาก ปัญหาการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.40), โดย สมพงษ์ ขจรชัยกุล, 2559, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>122</sup> จาก มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.10), โดย ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>123</sup> จาก ปัญหาการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.40), โดย สมพงษ์ ขจรชัยกุล, 2539, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>124</sup> จาก มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น.9-12), โดย ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พัฒนามาจากศาลคอมมอลลอว์การพิสูจน์ถึงจิตใจที่น่าตำหนิ (mensrea) สำหรับความประมาทอย่างร้ายแรงนั้น ยังน้อยกว่าความประมาทในรูปแบบอื่น ๆ ดังนั้นความประมาทอย่างร้ายแรงนี้ได้นำมาใช้อย่างจำกัด

### 2.5.2 โครงสร้างความคิดทางอาญาในประเทศที่ใช้ระบบชีวิตล่อว์

ในการศึกษาถึงโครงสร้างความคิดทางอาญาของระบบกฎหมายชีวิตล่อว์นั้น ได้ทำการศึกษาถึงโครงสร้างความคิดทางอาญาของประเทศเยอรมัน ทั้งนี้เนื่องจากว่ามีนักวิชาการบางส่วนมีความเห็นว่าโครงสร้างความคิดทางอาญาตามกฎหมายของไทยเป็นไปในรูปเดียวกับประเทศเยอรมัน ดังนั้นเพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาในส่วนของประเทศไทยซึ่งใช้ระบบกฎหมายชีวิตล่อว์เหมือนกัน ในส่วนนี้จึงขอยกโครงสร้างความคิดทางอาญาของประเทศเยอรมันมาเป็นแม่แบบ สำหรับโครงสร้างความคิดทางอาญาของประเทศไทยนั้น มีอยู่ 3 ประการคือ

1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ องค์ประกอบข้อนี้เป็นองค์ประกอบแรกในการวินิจฉัยความรับผิด ซึ่งการกระทำจะผิดกฎหมายอาญาได้จะต้องครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ในแต่ละฐานความผิด พิจารณาจากองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในดังนี้

1.1 องค์ประกอบภายนอกหมายถึง สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งได้แก่ ผู้กระทำความผิด การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และองค์ประกอบภายนอกอื่น<sup>125</sup>

1.2 องค์ประกอบภายใน หมายถึง สิ่งที่เป็นส่วนภายในตัวผู้กระทำความผิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจ และองค์ประกอบภายในอื่น<sup>126</sup>

2) ความผิดกฎหมาย โครงสร้างลำดับต่อมาที่จะต้องพิจารณาก็คือ ความผิดกฎหมาย โดยความผิดกฎหมายนั้นจะเป็นการพิจารณาการกระทำนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งแม้ว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิด แต่มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิด ซึ่งมูลเหตุที่ทำให้ไม่ผิดกฎหมายนี้อาจจะเป็นเหตุตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรืออาจจะปรากฏอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณี เช่นความยินยอมก็ได้

<sup>125</sup> กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 139), โดย คณิต ณ นคร, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>126</sup> แห่ลงเดิม. (น. 156).

3). ความชั่ว ความชั่วในทางอาญานั้น ไม่ได้หมายความว่าความชั่วในความหมายทั่วไป แต่หมายถึงการตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง ซึ่งเมื่อได้พิจารณาโครงสร้างความคิดในส่วนของการครอบงำประกอบความผิดและความผิดกฎหมายแล้ว ปรากฏว่าเป็นการกระทำผิดความชั่ว จะถูกนำมาเป็นพื้นฐานของการลงโทษว่าจะลงโทษได้มากน้อยเพียงใด หรือจะยกเว้นโทษ<sup>127</sup> ซึ่งการพิจารณาถึงความชั่วนั้นก็เพื่อจะได้ทราบว่ากรกระทำนั้นควรถูกตำหนิและต้องลงโทษหรือไม่ หลักในการพิจารณาในเรื่องความชั่วนั้น เป็นการพิจารณาที่ตัวผู้กระทำ เช่น อายุของผู้กระทำผิด จิตของผู้กระทำผิด ความไม่รู้กฎหมาย เป็นต้น

2.5.2.1 ความหมายและหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความประมาทในกฎหมายอาญาเยอรมัน

การกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น กำหนดให้บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาสำหรับความผิดที่กระทำโดยประมาท ก็ต่อเมื่อมีกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องรับผิด แม้ได้กระทำไปโดยประมาท ซึ่งความหมายของคำว่าประมาท ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่ได้ให้คำนิยามไว้ แต่ความหมายดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 276 วรรคหนึ่งว่า “บุคคลที่ไม่ได้กระทำการด้วยความระมัดระวังของบุคคลทั่วไป” อย่างไรก็ตาม ตำรากฎหมายก็ได้ให้ความหมายของการกระทำโดยประมาทในทางอาญาไว้ว่า “การกระทำที่บุคคลนั้นได้กระทำลงโดยขาดความระมัดระวังอันสมควรภายใต้พฤติการณ์เช่นนั้นตลอดจนความสามารถและการดำรงชีพของแต่ละบุคคล และผู้กระทำไม่อาจคาดเห็นได้อย่างแน่แท้ถึงผลที่อาจเกิดขึ้นแม้ว่าเค้าควรจะคาดเห็นได้” ซึ่งจะเห็นได้ว่าตามความหมายดังกล่าวนี้ มีลักษณะใกล้เคียงกับความหมายของการกระทำโดยประมาทตามมาตรา 59 วรรคสี่แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

2.5.2.2 การแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาท

สำหรับการกระทำโดยประมาทตามหลักกฎหมายเยอรมันได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

1) ประมาทโดยไม่รู้ตัว (unbewusste Fahrlässigkeit) คือ การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำการฝ่าฝืนความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ไปโดยไม่ได้คำนึงถึงโอกาสที่การกระทำของตนจะนำไปสู่การกระทำที่ครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ<sup>128</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นกรณีที่

<sup>127</sup> จาก หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น. 96), โดย แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2544, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>128</sup> กฎหมายอาญาทั่วไป (น.306). เล่มเดิม.

ผู้กระทำไม่อาจคาดล่วงหน้ามาก่อนเลยว่าผลจะเกิดขึ้น แต่เป็นการกระทำโดยการขาดความระมัดระวัง<sup>129</sup>

2) ประมาทโดยรู้ตัว (Bewusste Fahrlässigkeit) คือ การกระทำโดยประมาทที่เกิดขึ้นในกรณีที่ผู้กระทำมีความคิดเห็นถึงภัยอันตรายที่ประจักษ์ที่มีต่อวัตถุที่คุ้มครองแล้ว แต่ผู้กระทำความคิดก็ยังเชื่อมั่นว่าจากความสามารถของตนหรือจากความโชคคิของตนภัยอันตรายที่ประจักษ์นั้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ เป็นกรณีของการกระทำที่ผู้กระทำความคิดไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำไปโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยแต่ก็ยังขึ้นทำลงไปโดยตนคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้อันตรายนั้นเกิดขึ้นได้<sup>130</sup> ประมาทโดยรู้ตัว เป็นกรณีที่ผู้กระทำความคิดอาจคาดคิดถึงความเป็นไปได้ของผลที่แน่ชัดแต่มิได้กระทำด้วยความระมัดระวังเพียงพอเพื่อป้องกันผลนั้น<sup>131</sup>

สรุปได้ว่ากฎหมายเยอรมันนั้นอาจจะไม่ได้บัญญัติเรื่องประมาทโดยจงใจไว้โดยตรงแต่เยอรมันก็ยอมรับในส่วนของ การประมาทโดยรู้ตัวเป็นการกระทำที่ผู้กระทำนั้นคาดเห็นถึงผลที่จะเป็นภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นล่วงหน้า แต่ผู้กระทำนั้นก็ยังจะเสี่ยงที่จะกระทำ เป็นกรณีของการกระทำที่ผู้กระทำความคิด ไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำไปโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยแต่ก็ยังขึ้นทำลงไปโดยตนคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้อันตรายนั้นเกิดขึ้นได้ เป็นกรณีที่ผู้กระทำความคิดอาจคาดคิดถึงความเป็นไปได้ของผลที่แน่ชัดแต่มิได้กระทำด้วยความระมัดระวังเพียงพอเพื่อป้องกันผลนั้น

### 2.5.3 การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทย

ความรับผิดชอบทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาหลักการใช้วินิจฉัยการกระทำความคิดโดยประมาทอยู่ในมาตรา 59 วรรค 4 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งบัญญัติว่า “กระทำโดยประมาทได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนาแต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

หลักเกณฑ์การกระทำโดยประมาทนั้นคือเป็นการกระทำโดยไม่เจตนาเป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ซึ่งพิจารณา

<sup>129</sup> จาก *มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 61), โดย ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, 2550, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>130</sup> จาก *กฎหมายอาญาทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 3) (น.306), โดย คณิต ณ นคร, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>131</sup> Gt.Brit supra note 98, p. 79 (อ้างถึงในทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, 2550, *มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 51), กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ว่าผู้กระทำควรมีความระมัดระวังเพียงใดโดยพิจารณาจาก “ภาวะเช่นนั้น” ซึ่งหมายความว่าในขณะที่กระทำการเช่นนั้นเช่นขณะชนวัตถุอันตรายขณะขับรถไปตามถนนเป็นต้นและพิจารณาจาก “วิสัย” ซึ่งหมายถึงสภาพภายในตัวผู้กระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับอายุเพศความเป็นผู้มีวิชาชีพนอกจาก “วิสัย” แล้วยังต้องพิจารณาจาก “พฤติการณ์” ซึ่งหมายความว่าเหตุภายนอกตัวผู้กระทำเช่นในการขับรถก็จะเป็นเรื่องสภาพถนนและเมื่อพิจารณาว่าบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เพียงใดแล้วย่อมต้องพิจารณาต่อไปว่าผู้กระทำใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้แต่มิได้ใช้เพียงพอหรือไม่หากมิได้ใช้เพียงพอถือว่าผู้กระทำกระทำโดยประมาทแต่อย่างใดก็ดีจะเป็นความผิดทางอาญาได้การกระทำนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาทด้วย

#### 2.5.3.1 การแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาท

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การกระทำโดยประมาทตามกฎหมายต่างประเทศทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้นได้มีการแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาท โดยประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่น ประเทศเยอรมัน ได้มีการแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทออกเป็น 2 ประเภทคือ “ประมาทโดยไม่รู้ตัว (Unbewusste Fahrlässigkeit)” และ “ประมาทโดยรู้ตัว (Bewusste Fahrlässigkeit)” ส่วนประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษ ก็มีการแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทออกเป็น 2 ประเภทเช่นเดียวกัน ได้แก่ “ความประมาทโดยจงใจ (Recklessness)” และ “ประมาทธรรมดา (Negligence)” แต่สำหรับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายไทยนั้นเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาแล้วพบว่า ตามกฎหมายไทยนั้นไม่ได้มีการแบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทไว้แต่อย่างใด หลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่นั้น เป็นหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยประมาทโดยทั่วไป ซึ่งหมายความรวมถึงประมาทโดยรู้ตัวหรือประมาทโดยจงใจ และประมาทโดยไม่รู้ตัวหรือประมาทธรรมดา ตามหลักกฎหมายต่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ศาลจะพิจารณาถึงระดับของความประมาทที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น โดยใช้หลักเกณฑ์อย่างเดียวกัน ซึ่งถ้าหากเป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทอย่างร้ายแรงซึ่งอาจพิจารณาได้จากข้อเท็จจริงในคดี ศาลก็จะมีคำพิพากษาลงโทษหนักกว่ากรณีที่ผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทเพียงเล็กน้อย แต่ในความเป็นจริงสถานะทางจิตใจของผู้ที่กระทำผิดโดยประมาทแตกต่างกันไปในแต่ละกรณี<sup>132</sup> ด้วย

<sup>132</sup> จาก *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 70), โดย แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เหตุนี้ในการอธิบายทางตำราจึงมีนักวิชาการบางท่านได้แบ่งประเภทของการกระทำโดยประมาทไว้เช่นเดียวกัน

(ก) ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย ได้แบ่งการกระทำโดยประมาทออกเป็น 2 ประเภท คือ<sup>133</sup>

(1) ประมาทโดยรู้ตัว (Bewusste Fahrlässigkeit) กล่าวคือ ผู้กระทำได้รู้ตัวแล้วว่าผลอาจเกิดขึ้นได้ แต่เชื่อว่าผลคงจะไม่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ก. ยิงนกที่เกาะอยู่ใกล้ๆ คน ก. รู้แล้วว่าลูกกระสุนอาจถูกคนได้ แต่เชื่อใจว่าผล (คือการยิงถูกคน) คงจะไม่เกิดขึ้น เพราะเชื่อฝีมือแม่นปืนของตน การกระทำของ ก. เป็นการประมาทโดยรู้ตัว เพราะ ก. รู้แล้วว่า การยิงถูกคนอาจเกิดขึ้นได้

(2) ประมาทโดยไม่รู้ตัว (Unbewusste Fahrlässigkeit) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ตัวเลยว่าผลจะเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ก. ยิงนกที่เกาะอยู่ใกล้ๆ คน ก. ไม่คิดเลยว่า การยิงนกนั้นอาจถูกคนที่อยู่ใกล้ๆ นั้นได้ เมื่อลูกกระสุนปืนถูกคนต้องถือว่า ก. กระทำโดยประมาทโดยไม่รู้ตัว

(ข) พลตำรวจตรี สุวัณชัย ใจหาญ ได้อธิบายไว้ว่าการกระทำโดยประมาทแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ<sup>134</sup>

(1) การกระทำประมาทโดยไม่ได้คิดว่าผลจะเกิดขึ้น คือ ผู้กระทำมุ่งกระทำการอย่างหนึ่ง แต่มีผลอีกอย่างหนึ่งเกิดขึ้น โดยที่ผู้กระทำ ไม่ได้คิดมาก่อนเลยว่าผลนั้นจะเกิดขึ้น

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ไปในป่าเห็นผู้ตายซึ่งแต่งตัวด้วยผ้าสีดำ คิดว่าเป็นหมีจึงยิงไปถูกผู้ตายถึงแก่ความตาย โดยไม่พิจารณาให้ดี เป็นการกระทำโดยประมาทให้คนตาย (จะเห็นได้ว่า นาย ก. ไม่ได้คิดมาก่อนเลยว่าจะมีผลจากการกระทำที่เป็นประมาทเกิดขึ้น)

(2) การกระทำประมาทโดยได้คิด คือ เป็นเรื่อง que ผู้กระทำคิดแล้วว่าผลอาจเกิดขึ้นได้ แต่ไม่ได้คิดว่าผลนั้นๆ จะเกิดขึ้นจริงๆ จึงได้กระทำการนั้นๆ ลงไปและก็ไม่ประสงค์จะให้ผลนั้นๆ เกิดขึ้นด้วย และถ้าทราบว่าจะผลนั้นจะเกิดขึ้นจริงก็จะงดเว้นเสียไม่กระทำลงไป

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ขับรถแข่งรถซึ่งวิ่งอยู่ข้างหน้าในขณะที่มีรถอื่นสวนทางมา นาย ก. เจตนาจะแข่งให้พ้น แม้นาย ก. จะคิดว่าถ้าหากแข่งไม่พ้นรถอาจจะชนกันและมีคนได้รับบาดเจ็บก็ดี แต่ นาย ก. ก็ไม่ได้ประสงค์จะให้รถชนกัน เพียงต้องการอย่างเดียวคือแข่งขึ้นหน้ารถคันที่อยู่ข้างหน้าไปให้พ้นเท่านั้น หากแข่งไม่พ้นเกิดชนกันมีคนได้รับบาดเจ็บหรือตายจึงถือว่า นาย ก. ได้กระทำโดยประมาทโดยได้คิดแล้ว (แต่ไม่ได้คิดว่าผลจะเกิดขึ้น คือคิดว่าคงจะขับแข่งขึ้นไปพ้นได้โดยรถไม่ชนกัน)

<sup>133</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พิมพ์ครั้งที่ 6), (น.138), โดย หยุด แสงอุทัย, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>134</sup> จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (น.226), โดย สุวัณชัย ใจหาญ, 2531, กรุงเทพฯ: มิตรสยาม.

(ค) ศ.ดร. คณิต ณ นคร ได้อธิบายไว้ว่า การกระทำโดยประมาทมี 2 ประเภท คือ<sup>135</sup>

(1) กระทำโดยประมาทโดยไม่รู้ตัว “ประมาทโดยไม่รู้ตัว” (Unbewusste Fahrlässigkeit) คือ การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำการฝ่าฝืนความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ไปโดยไม่ได้คำนึงถึงโอกาสที่การกระทำของตนจะนำไปสู่การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งโดยทั่วไปการกระทำโดยประมาทมักจะเป็น “ประมาทโดยไม่รู้ตัว”

(2) กระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว “ประมาทโดยรู้ตัว” (Bewusste Fahrlässigkeit) คือ การกระทำโดยประมาทที่เกิดขึ้นในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเห็นถึงอันตรายที่ประจักษ์ที่มีต่อวัตถุที่คุ้มครองแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดก็ยังเชื่อมั่นว่า จากความสามารถของตนหรือจากความโชคคิของตนอันตรายที่ประจักษ์นั้นจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ เป็นกรณีของการกระทำที่ผู้กระทำความผิดไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำไปโดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยแต่ก็ยังчинทำลงไปโดยตนคิดว่าคงสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้ภัยนั้นเกิดขึ้นได้

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่ประมาทเกี่ยวกับอาวุธปืน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 860/2512 จำเลยถือปืนแก๊ปยาวบรรจุกระสุนไว้พร้อมจะยิงได้ เดินตามหลังผู้ตายห่างราว 5 เมตร ในป่าซึ่งมีเถาวัลย์อยู่ตามเส้นทางที่เดิน โดยหันปากกระบอกปืนไปทางผู้ตายในท่าคอนปืนเอาปากกระบอกไปข้างหน้า เพียงแต่ใช้ยางในรถปีดุนมหนุกับบนกปืนไม่ให้กระทบกับแก๊ปที่สวมติดอยู่กับรูนมหนุเท่านั้น ไม่ระมัดระวังมิให้ปืนเกี่ยวกับเถาวัลย์อันจะเป็นเหตุให้ปืนลั่นขึ้นได้ นกปืนไปเกี่ยวกับเถาวัลย์ทำให้ปืนลั่น กระสุนปืนถูกผู้ตายที่บริเวณก้านคอด้านหลังถึงแก่ความตาย จำเลยมีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2483/2528 จำเลยใช้อาวุธปืนขู่ผู้ตายมิให้เอาถ่านมาปายหน้าจำเลย โดยจำเลยไม่รู้ว่าอาวุธปืนนั้นมีกระสุนปืนบรรจุอยู่ ฟังไม่ได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้ตายจำเลยไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่การที่จำเลยใช้อาวุธปืนซึ่งเป็นอาวุธร้ายแรงออกมาขู่ผู้ตายโดยจำเลยไม่ดูแลให้ดีก่อนว่ามีกระสุนบรรจุอยู่หรือไม่ เป็นเหตุให้กระสุนปืนลั่นไปถูกผู้อื่นถึงแก่ความตาย ดังนี้ จำเลยมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 240/2536 จำเลยส่งอาวุธปืนซึ่งบรรจุกระสุนปืนพร้อมจะยิงได้ให้ผู้ตาย โดยหันปากกระบอกปืนไปทางผู้ตายและไม่ระมัดระวังเป็นเหตุให้ปืนลั่นขึ้นทำให้กระสุนปืนถูกผู้ตายที่กอกหูถึงแก่ความตาย การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยประมาทปราศจากความ

<sup>135</sup> กฎหมายอาญาทั่วไป (น. 306). เล่มเดิม.

ระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นจำเลยจำต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ ที่จำเลยอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ จำเลยก็หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ จึงมีความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 2589/2546 จำเลยมีเจตนาใช้อาวุธปืนแก๊ปยาวยิงค้างคาวโดยไม่พิจารณาให้ดีว่าบริเวณที่ยิงไปนั้นจะมีผู้เสียหายอยู่หรือไม่ เมื่อกระสุนปืนที่ยิงไปนั้นไม่ถูกค้างคาวแต่กลับไปถูกผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัสต้องป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทหนักกว่ายี่สิบวันกรณีเช่นนี้จึงถือว่าจำเลยกระทำโดยประมาทปราศจากความระมัดระวัง จำเลยย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 300

ดังนั้นสรุปได้ว่า การกระทำโดยประมาทในทางอาญาตามกฎหมายไทยและตามกฎหมายต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law) เช่น ประเทศอังกฤษ และในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law) เช่น ประเทศเยอรมัน นั้น เป็นความผิดอาญาอย่างหนึ่งซึ่งผู้กระทำจะต้องรับโทษเช่นเดียวกับการกระทำโดยเจตนา ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากการกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงจิตใจของผู้กระทำที่เฉยเมยหรือละเลยต่อผลร้ายหรือความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น อันเป็นการแสดงถึงจิตใจอันชั่วร้ายอย่างหนึ่งรองลงมาจากเจตนา ที่ควรต้องปราบปรามด้วยโทษทางอาญา และนอกจากนั้นการกระทำโดยประมาทในความผิดหลายประเภทยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องให้เกิดอันตรายต่อส่วนรวม เช่นการกระทำให้เกิดเพลิงไหม้โดยประมาท การกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท การกระทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสโดยประมาท และรวมถึงการยิงปืนโดยไร้เหตุในที่ชุมนุมชน การลงโทษผู้กระทำโดยประมาทจะเป็นการปราบปรามไม่ให้มีการกระทำเช่นนั้นซ้ำอีกและเป็นการเตือนให้ผู้กระทำใช้ความระมัดระวังในการกระทำของตนซึ่งอาจส่งผลร้ายหรือความเสียหายต่อบุคคลอื่น

จากแนวคิดและทฤษฎีเห็นว่าความผิดที่เป็นการก่ออันตรายกับการกำหนดความรับผิดชอบอันยิงปืนโดยไร้เหตุในที่ชุมนุมหรือชักหรือแสดงอาวุธในที่สาธารณะนั้นเป็นเรื่องของการควบคุมอันตรายจากการก่ออันตรายจากการใช้อาวุธ อาวุธปืน และสิ่งเทียมอาวุธปืนในการก่ออันตราย จึงต้องหาแนวทางที่เหมาะสมที่สุดเพื่อให้การควบคุมการก่ออันตรายดังกล่าวและเป็นการยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำผิดซ้ำขึ้นอีกเพื่อให้เกิดประโยชน์กับสังคมมากที่สุดโดยอาศัยความเหมาะสมของความผิดและโทษจึงต้องอาศัยแนวทางจากกฎหมายต่างประเทศ