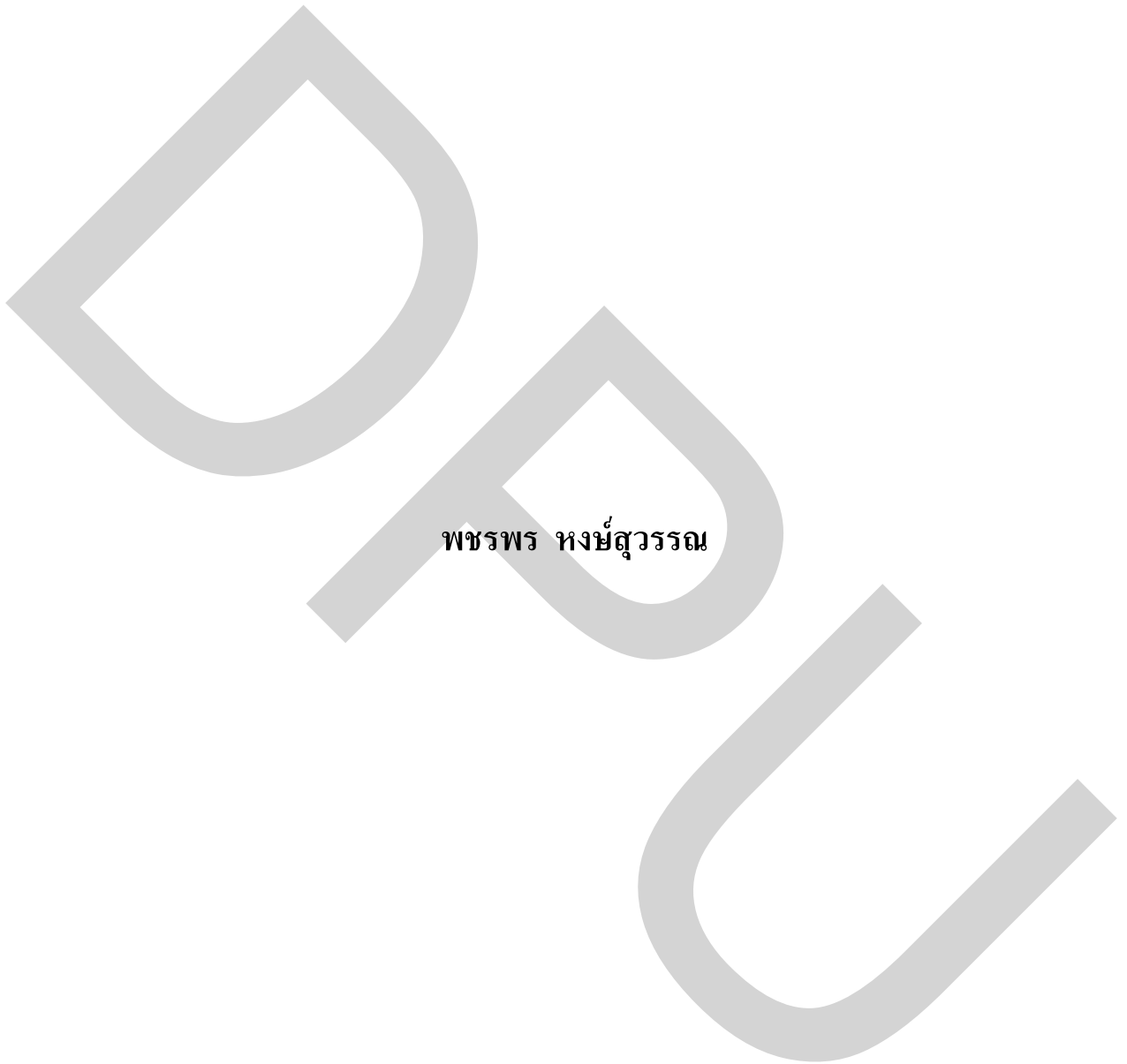


เหตุทำให้คดีอาญายอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่างสามีภรรยา



พชรพร หงษ์สุวรรณ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2555

Causes rendering the criminal offense compoundable :
Case studies of some criminal offenses between married couples



PHATCHARAPORN HONGSUWAN

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2012

กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงด้วยดีได้ ด้วยความกรุณาและความอนุเคราะห์จากท่านอาจารย์ ดร.อุทัย อาทิวะ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาสละเวลาให้ความรู้ ให้คำปรึกษา คำแนะนำ ติดตามความก้าวหน้าและเอาใจใส่ในการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ซึ่งแนะแนวทางและข้อเสนอแนะ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ได้ด้วยดี ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงที่ให้ความกรุณาแก่ผู้เขียนมา ณ โอกาสนี้ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อท่านศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์ และท่านรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาให้คำแนะนำ ซึ่งแนะแนวทางในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ และแนะนำตำรา เอกสารต่างๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำและแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณรุ่นพี่ปริญญาโทที่มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตที่คอยให้คำแนะนำต่างๆ แก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุดท้ายนี้ ขอขอบพระคุณ ป้าและแม่ สำหรับทุกสิ่งทุกอย่างในชีวิต คอยสนับสนุนและส่งเสริมด้านการศึกษาแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด รวมทั้งมอบความรัก ความห่วงใย คอยดูแลเอาใจใส่เสมอมา ซึ่งเป็นกำลังใจที่สำคัญอย่างยิ่งที่ทำให้ผู้เขียนมีแรงผลักดันและก้าวผ่านอุปสรรคต่างๆ มาได้ ไม่ว่าจะเป็นความเหนื่อยยาก ความท้อแท้หมดกำลังใจ ความสิ้นหวังที่ผู้เขียนประสบมาในระหว่างการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จนสามารถทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ออกมาได้ ขอมอบความภาคภูมิใจในการสำเร็จการศึกษาครั้งนี้ให้แก่ป้าและแม่

พชรพร หงษ์สุวรรณ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๗
กิตติกรรมประกาศ.....	๘
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
2. หลักการและแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความผิดอันยอมความได้และ ความผิดอาญาแผ่นดิน	8
2.1 หลักเกณฑ์และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความผิดทางอาญา	8
2.1.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา	8
2.1.1.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Lon Fuller	9
2.1.1.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Herbert L. Packer	10
2.1.1.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Tadeusz Grygier	11
2.1.1.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของนักกฎหมาย นักปรัชญา และนักสังคมวิทยา	13
2.1.1.5 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดตามกฎหมายเยอรมัน	16
2.1.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง	19
2.1.2.1 ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา	19
2.1.2.2 ทฤษฎีการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรม (Diversion)	24
2.2 หลักการในการแบ่งประเภทความผิดอันยอมความได้และความผิดอาญาแผ่นดิน ..	26
2.2.1 หลักการดำเนินคดีอาญา.....	26

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.2.2 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย	34
2.3 ผลในทางกฎหมายของความผิดอันยอมความได้	39
2.3.1 การเริ่มคดีอาญาของความผิดอันยอมความได้.....	39
2.3.2 เหตุที่ทำให้คดีอาญาระงับ	42
2.3.3 อายุความในคดีอาญา	44
2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา	48
2.4.1 กรณีที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น	49
2.4.2 กรณีที่ทำให้ผู้กระทำได้รับยกเว้นโทษหรือลดโทษ	49
3. ความผิดอันยอมความได้ในกรณีที่นำความสัมพันธ์ระหว่างสามีกฎ มาเป็นเหตุในการบัญญัติ ตามกฎหมายของต่างประเทศ.....	51
3.1 ระบบชีวิตลอร์	52
3.1.1 ประเทศเยอรมนี	52
3.1.2 ประเทศญี่ปุ่น	62
3.2 ระบบคอมมอนลอร์	69
3.2.1 ประเทศอังกฤษ	70
4. ความผิดอันยอมความได้ในกรณีที่นำความสัมพันธ์ระหว่างสามีกฎ มาเป็นเหตุในการบัญญัติ ตามกฎหมายไทย.....	78
4.1 พัฒนาการของกฎหมายไทยที่นำความสัมพันธ์ระหว่างสามีกฎ มาเป็นเหตุในการบัญญัติเป็นความผิดอาญา	78
4.1.1 ตามกฎหมายตราสามดวง	82
4.1.2 ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127	87
4.1.3 ตามประมวลกฎหมายอาญา	90
4.1.4 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550	96
4.2 ลักษณะของความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา	102
4.3 ผลกระทบของการกำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานเป็น ความผิดอันยอมความได้	106

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.3.1 ผลดี	106
4.3.2 ผลเสีย	108
4.4 วิเคราะห์ความผิออาญาแผ่นดินบางฐานตามประมวลกฎหมายอาญา ที่อยู่ในวิสัยที่สามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยามาเป็นเหตุในการ บัญญัติ	110
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ	118
5.1 บทสรุป	118
5.2 ข้อเสนอแนะ	119
บรรณานุกรม	121
ประวัติผู้เขียน	130

หัวข้อวิทยานิพนธ์	เหตุทำให้คดีอาญาขอความได้ : ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่างสามภริยา
ชื่อผู้เขียน	พชรพร หงษ์สุวรรณ
อาจารย์ที่ปรึกษา	ดร.อุทัย อาทิวะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2555

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงประวัติความเป็นมา หลักการ และแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการบัญญัติความผิดอันขอความได้ในกรณีที่น่าความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยาเป็นเหตุในการบัญญัติ เนื่องจากสังคมไทยเป็นสังคมที่ให้ความสำคัญกับเรื่องครอบครัวเป็นอย่างมาก และในปัจจุบันจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดอาญาระหว่างสามภริยากันมากขึ้น ซึ่งหากปล่อยให้มีการดำเนินคดีที่ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นสามีหรือภริยาจนถึงชั้นศาล ก็จะเป็นการซ้ำเติมผู้กระทำความผิดและบุคคลในครอบครัวนั้นๆ มากขึ้น อาจส่งผลถึงความมั่นคงในสถานภาพของครอบครัว อาจทำให้ครอบครัวแตกแยก ส่งผลกระทบถึงสถานภาพของบุตร ทำให้บุตรหลานกลายเป็นเด็กมีปัญหา ขาดคนดูแล ขาดความรักความอบอุ่น อาจติดการพนันหรือติดยาเสพติด ซึ่งเหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุที่อาจนำไปสู่ปัญหาอาชญากรรมได้ โดยปัญหาระหว่างบุคคลในครอบครัวนั้นก็เหมือนจุดเริ่มต้นของปัญหาสังคมด้านต่างๆ เพราะครอบครัวเป็นสถาบันแรกของชีวิตเด็กและเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคม นอกจากนี้ยังเป็นการเพิ่มปริมาณคดีให้แก่ศาลทางอ้อมด้วย ส่งผลให้คดีกรงโรงรศาลมากขึ้นโดยไม่จำเป็น ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของไทย ฉะนั้น การที่รัฐจะกำหนดให้ความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันขอความได้นั้น อันดับแรกจะต้องพิจารณาปัจจัยพื้นฐานในการกำหนดให้ความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันขอความได้เสียก่อนว่าความผิดอาญานั้นๆ มีปัจจัยตรงตามหลักเกณฑ์หรือไม่ กล่าวคือ ความผิดฐานนั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมสูงหรือไม่ ความผิดฐานนั้นๆ กระทบต่อชีวิตส่วนบุคคลมากน้อยเพียงใด และความผิดฐานนั้นๆ เรียกร้องการ

คุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมเพียงใด หากความผิดอาญานั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อย กระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนไม่สมควรให้มีการดำเนินคดีโดยปราศจากเจตจำนงของผู้เสียหาย และเรียกร้องให้มีการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมและการดำเนินคดีอาญาจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายแล้ว กรณีที่ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และสิ่งที่สำคัญคือจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งถือเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นหลักด้วย โดยความผิดอาญาที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็จะต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น หากความผิดอาญานั้นใดมีลักษณะของคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน (individualrechtsgut) แล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ผลของการกระทำความผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน หากสังคมส่วนรวมได้รับความเสียหายมากกว่า ก็ต้องถือว่าผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่หากผลจากการกระทำความผิดดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อเอกชนผู้เสียหายโดยตรงมากกว่าความเสียหายที่สังคมได้รับ รัฐก็ต้องปล่อยให้สิทธิของผู้เสียหายที่จะตัดสินใจเองว่าสมควรจะเอาโทษผู้กระทำผิดหรือไม่ ความผิดอาญาในลักษณะนี้ก็สามารถที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

ผลจากการศึกษาพบว่า การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 บัญญัติไว้แต่เพียงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้นคงจะไม่เพียงพอกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ประกอบกับกรณีตามประมวลกฎหมายอาญาน่าจะยังคงมีความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานที่อยู่ในวิสัยที่สามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติความผิดที่ว่ามานี้ได้แก่ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 390 และความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 391 ส่วนความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 วรรคแรก และความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขัง ตามมาตรา 310 วรรคแรกนั้น สามารถที่จะนำมาเป็นข้ออ้างในการสนับสนุนให้ความผิดทั้งสามฐานดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ

ผู้เขียนเห็นว่า ควรที่จะกำหนดให้ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 390 และความผิด

ฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 391 ซึ่งปัจจุบันเป็นความผิดอาญาแผ่นดินอยู่นั้นเป็นความผิดอันยอมความได้เสีย เพราะความผิดดังกล่าวมีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความปลอดภัยของร่างกาย ซึ่งถือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ โดยบัญญัติเพิ่มเติมเข้าไปในประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งสถานภาพความมั่นคงในสถาบันครอบครัว และยังเป็น การลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลซึ่งถือว่าเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย

Thesis Title	Causes Rendering the Criminal Offense Compoundable : Cases Studies of some Criminal Offenses between Married Couples
Author	Phatcharaporn Hongsuwan
Thesis Advisor	Dr.Uthai Arthivech
Department	Law
Academic Year	2555

ABSTRACT

This Thesis aims to study in the matter of history, concept and theory relating to legislation on compoundable offences based on relationship between husband and wife. This is because in our society, family institute is a crucial matter; however, as can be seen nowadays, the statistic of criminal offence between husband and wife has been increased. With regard to such fact, if we allow the injured party to prosecute the other party whether such party is husband or wife to the Court, this would aggravate the offender and other members of the family. Also, the said problem might affect the stability of the family and children and might finally break the family apart. This will greatly affect children in such family and might cause them to be a troubled child who lack of love and warmth in the family. Additionally, these children might deviate from the right track and find themselves as a gambler or drug addict. This eventually will be a cause of criminal problems in a society.

The problems between married couples are most likely the beginning of various social problems since the family institute is the first institute in the children's life and the basic institute of every society. Beside, these problems indirectly increase the number of cases presented to the Court without any necessity and this might adversely affect Thai judicial administration. Therefore, in order for the legislators to define any offence as compoundable offence, the first step to be taken by them is to consider whether the offence in question meets the

specific criteria or not. In other words, they have to consider how severe the crime is in its nature, the effect of such crime toward people's life and the level of protection required for victims of such crime.

In case where the criminal offence in question possesses only a few characteristics of true crime and the incrimination of such offence will greatly affect the personal life of the accused so that he or she shall not be prosecuted without a will of the damaged person and in requiring a protection of victim by prosecuting the accused will worsen the situation, it is legitimate to define such offence to be a compoundable offence. In this regard, the important factor that should be taken into account is to which the legal virtue of such offence aims to protect. In general, when one offence is defined as compoundable offence, its legal virtue should be private concern only. When we found that the legal virtue of one criminal offence trends to protect an individual benefit, the next thing to be considered is that to which the result of such offence is more likely to have an effect on, the individual benefit itself or the society benefit as a whole? If the answer is the latter, it shall be deemed that such crime would be an act affecting the public order of general people. On the contrary, if such crime seems to have an effect toward benefit of a specific individual than the general people in the society, the State should lay the power of decision making on the victim's freewill whether to bring a case against such offender or not. A criminal offence that consists of the aforementioned nature could be defined as a compoundable offence.

As a result of this study, the writer opine that the way section 71 of The Criminal Code of Thailand indicate only about the offence against property should not be enough for the situation happened nowadays. In addition, as exhibited in Thai Criminal Code, it should be some criminal offences that can be regulated as compoundable offences considering the relationship between husband and wife. For example, the offence of bodily harm in Section 295, the offence of negligently causes bodily or mental harm in Section 390 and the use of violence not amounting to bodily or mental harm in Section 391. By considering the offence of extortion in the first paragraph of Section 309 and the confinement in the first paragraph of Section 310, these 2

sections could be claimed to support all 3 of the abovementioned criminal offences to become a compoundable offence by the relationship between husband and wife.

The writer is of the opinion that the offence of bodily harm in Section 295, the offence of negligently causes bodily or mental harm in Section 390 and the use of violence not amounting to bodily and mental harm in Section 391 which currently are non-compoundable offences in all circumstances should be partly amended to be compoundable offences regarding to the relationship between husband and wife. With the reason that the spirit behind these offences is to protect people's safety of body and mental and this is truly a private concern. In any case, this suggested amendment should preserve the integrity of family institute and reduce the number of cases in trial too.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม ก็ย่อมมีการกระทบกระทั่งทะเลาะเบาะแว้งกันบ้างไม่มากก็น้อย โดยปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมแต่ละสังคมนั้นย่อมแตกต่างกันออกไป วิธีการควบคุมสมาชิกในสังคมหนึ่งก็ย่อมแตกต่างจากอีกสังคมหนึ่งด้วยเช่นกัน วิธีการควบคุมพฤติกรรมของสมาชิกในสังคมนั้นมีอยู่หลายวิธี แต่วิธีที่นิยมใช้กันอยู่อย่างแพร่หลายในปัจจุบันก็คือ วิธีการควบคุมโดยกฎหมายอาญา¹ กฎหมายอาญาจึงถือเป็นเครื่องมือของรัฐที่ใช้ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยมีสภาพบังคับเพื่อลงโทษแก่ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืน สำหรับวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายอาญาก็คือ การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วยการกำหนดว่า การกระทำใดที่สมาชิกในสังคมห้ามกระทำ หากยังมีการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อห้ามนั้น ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและผู้กระทำต้องรับโทษตามกฎหมาย

หากศึกษาประวัติศาสตร์ทางกฎหมายอาญาของไทย จะพบว่าตั้งแต่อดีตหลักการทางกฎหมายอาญาของไทยยอมรับว่า ผู้มีอำนาจดำเนินคดีและยุติการดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดก็คือ “รัฐและผู้เสียหาย” แม้ในยุคที่ประเทศไทยบังคับตามกฎหมายตราสามดวงก็ตาม จนเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว นักกฎหมายได้ร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกขึ้นใช้บังคับ เรียกว่า “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗” โดยกฎหมายดังกล่าวมีที่มาจากความผิดตามกฎหมายตราสามดวงของไทยและกฎหมายจากประเทศตะวันตก เช่น กฎหมายเยอรมัน กฎหมายญี่ปุ่น และกฎหมายอินเดีย ทำให้มีการแบ่งความผิดอาญาออกเป็นความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดอาญาต่อส่วนตัวอย่างชัดเจน ต่อมาเมื่อมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญาฯ โดยการยกร่างเป็น “ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๔๕๕” แนวคิดในการ

¹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2552). **ทฤษฎีอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 48.

แบ่งแยกความผิดต่อส่วนตัวและความผิดต่อแผ่นดินยังคงปรากฏอยู่ แต่ตามประมวลกฎหมายอาญา เรียกความผิดต่อส่วนตัวว่า “ความผิดอันยอมความได้” ซึ่งหลักการในความผิดต่อส่วนตัวและความผิดอันยอมความได้ยังคงเป็นอย่างเดียวกัน²

เมื่อพิจารณาบริบทของสังคมไทย ก็จะพบว่า สังคมไทยเป็นสังคมที่ให้ความสำคัญกับเรื่องครอบครัวเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นระหว่างสามีภริยา บิดามารดากับบุตร ปู่ย่าตายาย ลุงป้า น้าอา หรือจะเป็นพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกันก็ตาม หรือแม้แต่ในกฎหมายอาญาของไทยเราก็ยังมีการนำเอาเรื่อง “ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา” มาเป็นเหตุในการบัญญัติ กล่าวคือ หากพิจารณาตาม “กฎหมายตราสามดวง” ก็จะปรากฏอยู่ในพระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตราหนึ่ง ลูกเขยลักทรัพย์สิ่งของสิ่งใดๆ ของ
พ่อตา }
แม่ยาย } ๑ลักทรัพย์ของลูกเขย

แลลูกชะไก่ ลักทรัพย์ของพ่อพี่แม่พี่ ๑ ลักทรัพย์ของลูกชะไก่ ลูกลักทรัพย์ของพ่อแม่ ๑ ลักทรัพย์ของลูก น้าลักทรัพย์ของหลาน ๑ ลักทรัพย์ของน้า ลุงตาปู่หญาอาวอลักทรัพย์หลาน ๑ ลักทรัพย์ลุงตาปู่หญาอาวอา พี่ลักทรัพย์ของน้อง ๑ ลักทรัพย์ของพี่ ประการเท่านี้ท่านว่าไซ่อื่น เขาทรัพย์เรื่องเดียวกันยากไร้เขาเสียกันมิได้ ให้คืนแต่ทรัพย์สิ่งของนั้นให้แก่กัน จงโทษและปรับใหม่ให้แก่กัน ดั่งฉันผู้อื่นมิได้ อนึ่ง พี่เมียลักทรัพย์สิ่งของกันเอง ท่านมิให้เอาโทษดั่งฉันผู้อื่นเลย แม้นลักแล้วจะหย่าแบ่งทรัพย์กันก็ให้บังคับให้โดยขนาด ถ้าญาติเขยชะไก่ทั้งหลายก็ดุจเดียวกัน”

และหากพิจารณา “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ก็จะปรากฏอยู่ในมาตรา 54 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดฐานประทุษร้ายต่อทรัพย์สมบัติตามที่กล่าวไว้ตั้งแต่มาตรา 288 จนถึงมาตรา 296 ก็ดี ตั้งแต่มาตรา 304 จนถึงมาตรา 321 ก็ดี ตั้งแต่มาตรา 324 จนถึงมาตรา 329 ก็ดี แลในมาตรา 340 นั้นก็ดี ถ้ากระทำแก่ทรัพย์ ญาติที่สืบสายโลหิตนับโดยตรงขึ้นไป คือ พ่อ , แม่ , ปู่ , ย่า , ตา , ยาย , ทวด ของมันเองก็ดี นับโดยตรงลงมาคือ ลูก , หลาน , เหลน , ลื้อ ของมันเองก็ดี ท่านว่ามันควรรับอาญาที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้นแต่กึ่งหนึ่ง

² เศรษฐบุตร อธิธรรมวินิจ. (2553). การศึกษาวิจัยเพื่อสนับสนุนมาตรการลดปริมาณคดี : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา. หน้า i.

ถ้าแลความผิดเช่นว่ามานี้ เป็นความผิดที่สามีกระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี ท่านว่าไม่มีโทษ”

หรือแม้แต่ในกฎหมายปัจจุบัน คือ “ประมวลกฎหมายอาญา” ก็จะมีปรากฏอยู่ในมาตรา 71 ซึ่งบัญญัติว่า

“ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๓๔ ถึง มาตรา ๓๓๖ วรรคแรก และมาตรา ๓๔๑ ถึงมาตรา ๓๖๔ นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ความผิดดังระบุนานี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความผาสุก ความสงบเรียบร้อย และสถานภาพความมั่นคงในครอบครัว เพราะมีบางกรณีที่ผู้กระทำอาจกระทำไปโดยถือวิสาสะ หรือเพราะอารมณ์โกรธชั่วคราว หรือเพราะความพลั้งเผลอ

แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติมาตรา 71 นั้นบัญญัติไว้เพียงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวอาจจะไม่เพียงพอกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างเหมาะสม เพราะจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดระหว่างสามีภริยาในความผิดฐานอื่นๆ เพิ่มมากขึ้น เช่น มีการทะเลาะเบาะแว้งกันจนถึงขั้นลงมือทำร้ายกัน ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาท ซึ่งบางครั้งอาจไม่เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ แต่บางครั้งก็ถึงขั้นได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายก็มี หรือจะเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์บางฐานที่มิได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 71 โดยความผิดต่างๆ เหล่านี้หากมีการดำเนินคดีในชั้นศาลและผู้กระทำถูกศาลพิพากษาให้รับโทษ ก็อาจส่งผลถึงความมั่นคงในสถานภาพของครอบครัว อาจทำให้ครอบครัวแตกแยก ส่งผลกระทบถึงสถานภาพของบุตร ทำให้บุตรหลานกลายเป็นเด็กมีปัญหาขาดคนดูแล ขาดความรักความอบอุ่น อาจติดการพนันหรือติดยาเสพติด ซึ่งเหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุที่อาจนำไปสู่ปัญหาอาชญากรรมได้ ฉะนั้น ปัญหาระหว่างบุคคลในครอบครัวจึงเป็นเสมือน

จุดเริ่มต้นของปัญหาสังคมด้านต่างๆ เพราะครอบครัวเป็นสถาบันแรกของชีวิตเด็กและเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมด้วย

แม้ในปัจจุบันจะมี “พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550” ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวก็ยังคงมีข้อบกพร่อง โดยไม่สามารถนำมาคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องได้อย่างทั่วถึง เนื่องจากความรุนแรงที่อยู่ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัตินับดังกล่าวจะต้องเป็นความรุนแรงที่ไม่เกินขอบเขตของมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญาคือ ต้องเป็นการทำร้ายร่างกายหรือทำร้ายจิตใจที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายมากนักเท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้

และหากยังปล่อยให้มีการดำเนินคดีที่ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะเป็นสามีหรือภริยาจนถึงชั้นศาล ก็จะเป็นการซ้ำเติมผู้กระทำความผิดและบุคคลในครอบครัวนั้นๆ มากขึ้น อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มปริมาณคดีให้แก่ศาลทางอาญามากด้วย ส่งผลให้คดีกรรมาธิการเพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็น ฉะนั้น จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของไทย

แต่จากการพิจารณาแล้ว ความผิดส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภริยามักจะเป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้ยอมความได้ เช่น

ความผิดตามมาตรา 295 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดตามมาตรา 390 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดตามมาตรา 391 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่า ความผิดดังกล่าวล้วนแต่เป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล โดยแท้ กรณีจึงน่าจะอยู่ในวิสัยที่สามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ

ดังนั้น เหตุในเรื่อง “ความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยา” จึงน่าจะมีผลในการบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติมากขึ้น โดยหากมีการบัญญัติให้ความผิดที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นสามภริยากันนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้เสียดังเช่นในมาตรา 71 ก็น่าจะส่งผลต่อสถาบันครอบครัว ทำให้สามารถดำรงและรักษาสถานภาพของครอบครัวอันเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมให้สงบสุขและมั่นคงแข็งแรงต่อไป และหากมองในแง่ของกระบวนการยุติธรรม ยังทำให้ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการดำเนินคดีอาญามากยิ่งขึ้น คือผู้เสียหายมีอิสระในการตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันหรือไม่ด้วยตนเอง อีกทั้งยังเป็นการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลซึ่งถือว่าเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงประวัติความเป็นมา หลักการ และแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ในกรณีที่น่าความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบความผิดอันยอมความได้และยอมความไม่ได้ ในกรณีที่น่าความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ ตามกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหา ข้อบกพร่องและความเป็นไปได้ในการนำความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานในประมวลกฎหมายอาญามาบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ อันจะนำมาสู่การแก้ไขกฎหมายให้เกิดความเหมาะสมกับการใช้บังคับกฎหมายในอนาคตต่อไป

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในเมื่อบริบทของสังคมไทยให้ความสำคัญกับเรื่องครอบครัวเป็นอย่างมาก อีกทั้งในประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ได้มีการนำเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ ดังเช่นในมาตรา 71 แต่การกระทำที่เป็นความผิดซึ่งเกิดขึ้นระหว่างสามภริยาในปัจจุบันก็ได้จำกัดอยู่แค่เพียงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามที่มาตรา 71 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้เท่านั้น โดยความผิดอาญาที่เกิดขึ้นและพบเห็นได้บ่อยในปัจจุบันนี้ได้แก่ ความผิดฐานทำร้าย

ร่างกายตามมาตรา 295 ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 390 และความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 391 ซึ่งความผิดที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จะเป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่กฎหมายมิได้บัญญัติให้ยอมความกันได้ แต่หากพิจารณาจากหลักคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่อยู่ในวิสัยที่จะสามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ดังนั้น เหตุเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาจึงเห็นสมควรนำมาใช้ในการบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติมากขึ้น โดยหากมีการบัญญัติให้ความผิดที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นสามีภริยากันนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ ย่อมจะส่งผลดีต่อสถาบันครอบครัวต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้เป็นการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา แนวคิดทฤษฎี หลักกฎหมาย คุณธรรมทางกฎหมาย และปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความผิดอันยอมความได้ โดยศึกษากรณีการนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ ได้แก่ กฎหมายตราสามดวง, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, ประมวลกฎหมายอาญา ตลอดจนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งในและต่างประเทศ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้จะใช้การค้นคว้าวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยศึกษาจากแนวคิดทฤษฎี และความเห็นของนักกฎหมาย ตำรากฎหมาย ประมวลกฎหมายที่เกี่ยวข้อง บทความกฎหมาย วิทยานิพนธ์ งานวิจัยและเว็บไซต์ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ศึกษา รวมทั้งเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการดำเนินการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาให้มีความเหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมา หลักการ และแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ในกรณีที่น่าความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ
2. ทำให้ทราบถึงความแตกต่างของความผิดอันยอมความได้และยอมความไม่ได้ ตามกฎหมายไทยกละกฎหมายของต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหา ข้อบกพร่อง และความเป็นไปได้ในการนำความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานมาบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ เพื่อนำแนวทางที่ได้จากการศึกษามาเป็นข้อเสนอแนะในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอาญาสารบัญญัติต่อไป

บทที่ 2

หลักการและแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดอันยอมความได้ และความผิดอาญาแผ่นดิน

การที่กฎหมายอาญามีภารกิจประการหนึ่ง คือ ภารกิจในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม กฎหมายอาญาจึงเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความเป็นระเบียบของบ้านเมือง ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น รัฐจึงมีอำนาจโดยชอบธรรมในการบังคับใช้กฎหมายอาญาได้โดยตรง โดยที่ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย¹ แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวหาได้นำมาใช้ในทุกบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ เพราะในความผิดอาญาบางประเภท เช่น ความผิดอันยอมความได้ กฎหมายได้กำหนดให้มีเงื่อนไขในการดำเนินคดีที่เข้มงวดมากกว่าความผิดอาญาแผ่นดิน²

ดังนั้น จากลักษณะของความผิดอันยอมความได้ จึงเป็นความผิดที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากความผิดอาญาแผ่นดินทั่วไป ซึ่งเมื่อได้ศึกษาแล้วทำให้เห็นได้ว่า หลักเกณฑ์และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการที่จะกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดอาญานั้น มีดังต่อไปนี้

2.1 หลักเกณฑ์และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการกำหนดความผิดทางอาญา

2.1.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

พฤติกรรมลักษณะใดของบุคคลที่ควรถือว่าเป็นอาชญากรรมหรือการกระทำใดที่สมควรถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา ซึ่งจะถูกลงโทษโดยกฎหมายอาญา ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนเป็นที่ยุติ แต่ก็มีนักกฎหมายหลายท่านได้เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องความเหมาะสมของ

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8). หน้า 9.

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. แหล่งเดิม. หน้า 76.

กฎหมายอาญาไว้ ซึ่งล้วนแต่มีเหตุผลที่เป็นประโยชน์สำหรับการนำไปสู่การหาคำตอบดังกล่าว เช่น³

2.1.1.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Lon Fuller

Lon Fuller เห็นว่ากฎหมายและศีลธรรมมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกัน ศีลธรรมเป็นเหตุผลที่แฝงอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมาย ดังนั้น Lon Fuller จึงได้เสนอหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายอาญาที่เหมาะสมไว้ 8 ประการ คือ⁴

- 1) ต้องมีการวางเกณฑ์ในการบังคับ เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง
- 2) เกณฑ์ดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้ไปในอนาคต ไม่ใช่มุ่งย้อนไปในอดีต เพราะหากมีผลย้อนหลังเท่ากับบุคคลจะต้องถูกลงโทษสำหรับการกระทำในอดีตที่ในขณะที่นั้นการกระทำนั้นไม่มีความผิด
- 3) เกณฑ์ในการควบคุมต้องมีการเผยแพร่ให้ทราบทั่วกัน เพื่อให้ประชาชนทราบว่า การกระทำใดของตนที่จะถูกควบคุมหรือถูกบังคับโดยกฎเกณฑ์ดังกล่าว
- 4) เกณฑ์การควบคุมต้องมีลักษณะที่รัดกุม เหมาะสม
- 5) เกณฑ์การควบคุมต้องไม่มีลักษณะที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์อื่นๆ เพื่อไม่ให้ประชาชนเกิดความสับสน
- 6) การปฏิบัติตามเกณฑ์ควบคุมดังกล่าวต้องสามารถปฏิบัติได้จริง เพราะเกณฑ์ที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ย่อมทำให้การควบคุมนั้นไร้ประโยชน์
- 7) เกณฑ์ควบคุมนั้นต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เพราะความแน่นอนชัดเจนของกฎเกณฑ์เป็นสาระสำคัญที่จะส่งผลให้เกิดการปฏิบัติตามได้
- 8) เกณฑ์การควบคุมที่ได้เผยแพร่ให้ทราบทั่วกันนั้นต้องสอดคล้องกับแนวทางการปฏิบัติในการควบคุมของเจ้าหน้าที่ซึ่งรับผิดชอบดูแลและบังคับใช้เกณฑ์ดังกล่าว

³ วิภากร เนติจิรโชติ. (2548). “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”. หน้า 47-58.

⁴ Austin M. Chinhengo. (1995). *Essential Jurisprudence*. p. 68. อ้างถึงใน วิภากร เนติจิรโชติ. (2548). “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”. หน้า 47-48.

2.1.1.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Herbert L. Packer

Herbert L. Packer นักทฤษฎีกฎหมายเห็นว่า โทษอาญานั้นเป็นโทษที่มีค่าใช้จ่ายสูง⁵ และรุนแรงจนสมควรสงวนไว้ใช้เฉพาะความผิดที่ร้ายแรงจริงๆ เท่านั้น ดังนั้น จึงมีเหตุผล 2 ประการเท่านั้นที่บุคคลควรถูกลงโทษด้วยมาตรการทางอาญา คือ

- 1) การลงโทษเพื่อให้สมควรแก่ผู้กระทำความผิดอย่างชั่วร้าย
- 2) เพื่อป้องกันอาชญากรรม

Herbert L. Packer เห็นว่า ในสังคมปัจจุบัน รัฐควรมีอำนาจที่จะบังคับประชาชนเพียงเท่าที่เขาได้กระทำ ไม่ใช่บังคับให้เป็นดังที่รัฐต้องการ⁶ และในการที่รัฐจะลงโทษบุคคลจะต้องพิจารณาถึงสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย ซึ่งการที่รัฐได้คำนึงถึงสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำความผิดนั้นจะป้องกันมิให้กฎหมายอาญาตกเป็นเครื่องมือของแนวคิดเรื่องการป้องกัน ซึ่งเป็นแนวคิดในเชิงอรรถประโยชน์นิยมอย่างไม่มีขีดจำกัด⁷ นอกจากนี้ Herbert L. Packer ยังเห็นว่าไม่ควรลงโทษบุคคลที่การกระทำของเขาไม่อาจถูกดำเนินได้อย่างเหมาะสม⁸ และไม่ควรลงโทษบุคคลโดยเหตุผลทางศีลธรรมเท่านั้น เพราะการลงโทษด้วยเหตุผลทางศีลธรรมนั้นแก่ไหนหรือเพียงใดที่สมควรต้องได้รับโทษทางอาญา เป็นไปไม่ได้ที่จะใช้กฎหมายอาญากับทุกการกระทำที่ผิดศีลธรรม ไม่มีอะไรพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายอาญาจะสามารถทำให้บุคคลมีศีลธรรมที่ดีขึ้นหรือเลวลง Herbert L. Packer เห็นว่าการใช้มาตรการทางอาญากับพฤติกรรมที่เป็นเรื่องศีลธรรมส่วนตัวซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อสังคมส่วนรวม อาจก่อให้เกิดผลเสียต่างๆ ได้ เช่น ความยากลำบากในการควบคุมพฤติกรรมเหล่านั้น ความเป็นไปได้น้อยในการบังคับใช้กฎหมายอาญาทำให้เป็นปัญหาต่อผู้บังคับใช้กฎหมาย การที่ประชาชนพบว่ากฎหมายที่ห้ามนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้จริงเท่ากับเป็นการสนับสนุนการไม่เคารพศรัทธาในกฎหมายมากขึ้น เป็นต้น การใช้มาตรการทางอาญากับ

⁵ ที่ว่าโทษอาญาเป็นโทษที่มีค่าใช้จ่ายสูง เพราะการบังคับใช้กฎหมายอาญานั้นมีต้นทุนค่าใช้จ่ายในการบังคับใช้สูง ทั้งในด้านของงบประมาณ บุคลากร เวลา และความยากง่ายในการบังคับใช้กฎหมาย.

⁶ Herbert L. Packer. (1968). *The Limit of The Criminal Sanction*. p. 274. อ้างถึงใน วิภาพร เนติจิรโชติ. (2548). “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา”. หน้า 48-50.

⁷ Ibid. p. 76.

⁸ Ibid. p. 117.

พฤติกรรมเหล่านี้ อาจทำให้เกิดปัญหาอื่นๆ ตามมา เช่น อาจทำให้เกิดปัญหาคอร์ปชั่นของเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายได้โดยง่าย⁹ จากที่กล่าวมาสามารถสรุปแนวทางการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมตามความเห็นของ Herbert L. Packer ได้ดังนี้¹⁰

- (1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- (2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ
- (3) การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา (การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น) จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- (4) หากเป็นความผิดอาญาแล้วจะมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- (5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำความผิดดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถ ทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
- (6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับการกระทำนั้น

2.1.1.3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดของ Tadeusz Grygier¹¹

Tadeusz Grygier เห็นว่า ในความคิดของมนุษย์นั้น กฎหมายกับความยุติธรรมเป็นสิ่งที่อยู่ร่วมกันในสถานะเดียวกับที่เข้าใจในระบบศาสนา มนุษย์มีแนวโน้มที่จะเชื่อว่าระบบความยุติธรรมที่ตนเข้าใจนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้น เมื่อมนุษย์พบว่ามิกฎหมายที่แตกต่างออกไปจากความเข้าใจดั้งเดิมก็เท่ากับว่ากฎหมายนั้นผิดพลาดและไม่ยุติธรรม และยังเห็นว่า การที่มนุษย์เปรียบเทียบความยุติธรรมตามธรรมชาติว่ามีลักษณะเดียวกับความสูงสุดของเทพเจ้าหรือสิ่งที่ตน

⁹ Ibid. pp. 306-308.

¹⁰ Ibid. p. 296.

¹¹ Tadeusz Grygier. (1977). **Social Protection Code : A New Model of Criminal Justice**. p. xvii. อ้างถึงใน สกต นิสารัตน์. (2545). “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม”. หน้า 40-46.

นับถือว่าสูงสุดและเป็นสากล ทำให้มนุษย์ไม่ยอมรับความคิดที่ว่า สิ่งที่เป็นความถูกต้องในสถานที่ และเวลาหนึ่งอาจไม่ใช่ความถูกต้องในอีกสถานที่หรืออีกเวลาหนึ่งได้ ดังนั้น Tadeusz Grygier จึงเห็นว่า ถึงเวลาสมควรแล้วที่จะเปลี่ยนแนวความคิดที่ว่ากฎหมายอาญามีหน้าที่ควบคุมมนุษย์ใน ลักษณะเดียวกับเจตจำนงของสิ่งสูงสุดในทางศาสนาและ Tadeusz Grygier ยังได้เสนอแนวความคิด ว่า กฎหมายอาญาที่มนุษย์ต้องการ คือ

- 1) กฎหมายซึ่งสามารถแก้ไขปัญหาความขัดแย้งของมนุษย์ได้โดยแท้จริง
- 2) กฎหมายซึ่งจะควบคุมพฤติกรรมของแต่ละบุคคลหรือแต่ละกลุ่มบุคคล เพื่อปกป้องชุมชน

- 3) กฎหมายที่จะนำมาซึ่งความสุขแก่ประชาชนจำนวนมากที่สุด ซึ่งกฎหมายที่มนุษย์ต้องการเหล่านี้ ควรต้องมีลักษณะดังนี้

- 1) ไม่ใช้การลงโทษที่เป็นการทารุณกรรม
- 2) ใช้บังคับโดยเท่าเทียมกัน
- 3) เป็นมาตรการที่มีเมตตาธรรม
- 4) ไม่สนับสนุนผลซึ่งไม่ใช่ความสุขอันแท้จริง

นอกจากนี้ Tadeusz Grygier เห็นว่า โดยทั่วไปคนมักตระหนักถึงอาชญากรรมในสองแง่ คือ ความร้ายแรงของอาชญากรรม (harm or risk) และข้อตำหนิ (culpability) ซึ่งรวมถึงความรับผิดชอบ (strict liability) ด้วย ซึ่ง Tadeusz Grygier แยกอาชญากรรมออกเป็น 3 ส่วน คือ

- 1) ลักษณะความเป็นอันตราย (harm characteristically done) หรือความเสียหายซึ่งเกิดจากการกระทำของผู้กระทำผิด

- 2) ความเบี่ยงเบนจากมาตรฐานของบุคคลที่มีเหตุผลในสถานะเช่นนั้น (deviation from the standard of the reasonable person)

- 3) ระดับของความเป็นอันตรายต่อสังคม (degree of social danger)

กฎหมายที่มนุษย์ในยุคปัจจุบันต้องการ คือ กฎหมายที่ไม่ซับซ้อน สามารถเข้าใจได้โดยง่าย ไม่ทารุณโหดร้าย และเอื้ออำนวยต่อประโยชน์สุขของสังคมส่วนรวม ซึ่งกฎหมายที่ Tadeusz Grygier นำเสนอมากายได้แนวความคิดเหล่านี้มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายอาญาโดยทั่วไปมาก ทั้งในด้านความมุ่งหมายของกฎหมายและในด้านการให้คำจำกัดความของ

อาชญากรรมแต่ละประเภท แต่มีลักษณะของพื้นฐานความคิดและปรัชญาใกล้เคียงกับเอกชนมากกว่า

Tadeusz Grygier เห็นว่า การที่กฎหมายอาญาทั่วไปบัญญัติถึงเรื่ององค์ประกอบภายในจิตใจ (Mental Element) นั้นเป็นเพียงแค่ว่าในความคิดหรือมุมมองของนักกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่ได้พิจารณาถึงมุมมองในทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตาม Tadeusz Grygier ก็ยอมรับว่าการคำนึงถึงเรื่องเจตนาหรือเรื่อง mens rea นี้ไม่ใช่จะไม่มีความสำคัญเลย เพราะสิ่งเหล่านี้ทำให้สามารถชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างความรับผิดในทางอาญา โดยพิจารณาจากความรู้สึกผิดชอบชั่วดีโดยทั่วไปกับความรับผิดที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (objective liability) ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับความรับผิดเด็ดขาด นอกจากนี้ Tadeusz Grygier ยังยอมรับอีกว่า แม้เรื่ององค์ประกอบทางด้านจิตใจจะไม่สมบูรณ์โดยแท้จริง แต่ก็มีประโยชน์อย่างมากในกรณีที่การพิสูจน์เจตนาสามารถกระทำได้ง่าย

2.1.1.4 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญาของนักกฎหมาย นักปรัชญา และนักสังคมวิทยา

นักกฎหมาย นักปรัชญา และนักสังคมวิทยาได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์หรือขอบเขตของกฎหมายอาญาไว้ดังนี้¹²

1) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟังและผลของการไม่เชื่อฟังก็คือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น (รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดในกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เกิดหลักประกันว่าการฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทนด้วยการลงโทษแต่เพียงอย่างเดียว) ซึ่งหลักในข้อนี้มีที่มาจากแนวความคิดของซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ในเรื่องอรรถประโยชน์ของการลงโทษที่ว่า “การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการปราบปรามอาชญากรรม ซึ่งเป็นเป้าหมายสูงสุดแห่งกฎหมายนิติบัญญัติที่ดี”

¹² บทสรุปแนวความคิดของ cf. Walker (1980). อ้างถึงใน ประธาน วัฒนวานิชย์ ก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. หน้า 356-360.

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาลงโทษความประพฤติที่ไม่ก่อให้เกิดอันตราย คือ ถ้าการกระทำนั้นไม่มีความชั่วร้าย ก็ไม่มีเหตุผลแต่อย่างใดที่จะบัญญัติกฎหมายลงโทษการกระทำนั้น เช่น การไม่บัญญัติกฎหมายลงโทษผู้ที่มีมารยาทเลว หรือสิ่งที่บุคคลเห็นว่าเป็นความเลว

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาในกรณีที่มาตราฐานอื่นๆซึ่งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า มีประสิทธิภาพเท่าหรือเกือบเท่าในการลดจำนวนการกระทำนั้น คือ ในกรณีที่รัฐสามารถใช้วิธีการอย่างอื่นในการควบคุมอาชญากรรมแทนการลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐก็ควรใช้วิธีการที่เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า เช่น การใช้โทษปรับแทนโทษกักขัง

4) กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติห้ามการกระทำซึ่งจะก่อให้เกิดผลพลอยได้ อันจะเป็นผลร้ายมากกว่าการกระทำที่รัฐไม่ส่งเสริม กล่าวคือ การลงโทษจะก่อให้เกิดประโยชน์หรือไม่จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างความพอใจกับความเจ็บปวดที่ผู้กระทำผิดได้รับ เช่น การที่กฎหมายห้ามการทำแท้ง ทำให้มีการรับจ้างทำแท้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่กฎหมายห้ามการค้าประเวณี ย่อมก่อให้เกิดการประพฤติดุจริตแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากผู้รักษากฎหมายกับหญิงที่ค้าประเวณี การบัญญัติกฎหมายห้ามการเสพกัญชา ได้ก่อให้เกิดตลาดมืด ดังนี้ จึงมีผู้กล่าวว่า กฎหมายอาญาสมควรใช้บังคับกับการกระทำของบุคคลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้สมาชิกในสังคมทำอันตรายต่อบุคคลอื่นเป็นหลัก

5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ในการบังคับให้บุคคลกระทำการเพื่อประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น ซึ่งแนวคิดนี้เป็นของจอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) ที่เห็นว่ารัฐไม่ควรลดทอนเสรีภาพของประชาชน หรือจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติของกฎหมายถ้าการกระทำนั้นมิได้เกิดจากการใช้ความรุนแรงหรือเป็นอันตรายต่อผู้อื่น เช่น การเสพสุรา ยาเสพติด และการเล่นการพนัน

6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาห้ามการกระทำซึ่งไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างแข็งขันจากสาธารณชน กล่าวคือ การที่รัฐบัญญัติกฎหมายห้ามการกระทำบางอย่างที่แม้จะเป็นความผิดแต่ผู้กระทำไม่ได้รับการประณามจากสังคม เพื่อให้บุคคลเปลี่ยนแปลงความประพฤตินั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เช่น ความผิดกฎหมายจรานั้น แม้จะเป็นความผิดเพราะกฎหมายห้ามก็ตาม แต่ผู้กระทำก็ไม่ได้รับการประณามจากสังคมอย่างเห็นได้ชัด หรือการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสะอาดของบ้านเมือง มักจะได้รับการต่อต้านจากผู้ค้าหาบเร่และแผงลอย ซึ่งในปัจจุบันการบังคับใช้

กฎหมายบางประเภททำได้ยากและต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง รวมทั้งไม่มีกำลังเจ้าหน้าที่ที่เพียงพอ ดังนั้น ถ้าประชาชนไม่ให้ความร่วมมือรายงานการกระทำความผิดต่างๆแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะทราบการกระทำความผิดได้น้อยมาก

7) รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดซึ่งบังคับใช้ไม่ได้ไว้ในกฎหมายอาญา (หรือรัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามบางประการที่เมื่อมีการละเมิดข้อห้ามนั้นแล้วไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง) ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายในที่นี้ไม่ได้หมายถึงการบัญญัติความผิดที่เป็นไปไม่ได้ เช่น ห้ามบุคคลมีความคิดที่ชั่วร้ายอันเป็นภัยอันตรายต่อชาติ ศาสนา และพระมหากษัตริย์ หรือห้ามการกล่าวเท็จต่อบุคคลอื่น แต่หมายความว่า รัฐไม่ควรบัญญัติความผิดเช่นนั้นไว้ในกฎหมายอาญาถ้าผู้ฝ่าฝืนกฎหมายถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษมีเพียงจำนวนเล็กน้อยเท่านั้น เช่น มีบุคคลกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก 100 ราย แต่เจ้าหน้าที่สามารถหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่ามีการกระทำความผิดจริงเพียง 1-2 ราย ดังนี้ กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติความผิดฐานนี้ไว้ เพราะจะทำให้ผู้กระทำความผิดจำนวนมากรอดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย

กล่าวโดยสรุป วิธีการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญานั้นมีอยู่หลายวิธี และได้มีการพัฒนาเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดกฎหมายอาญามาโดยตลอด กล่าวคือ ในอดีต การกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญามักจะใช้เกณฑ์ในเรื่องศีลธรรมหรือการมีข้อตำหนิในทางศีลธรรม และสิทธิเสรีภาพของบุคคลในอันที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดหรือถูกก้าวร้าวโดยบุคคลอื่น ชุมชน สังคม หรือโดยรัฐ ต่อมาแม้แนวคิดที่ว่าแม้ปัจจัยทางด้านศีลธรรมจะมีความเกี่ยวข้องกับความรู้สึกลับตอบสนองของประชาชนในสังคมก็ตาม แต่ปัจจัยทางด้านศีลธรรมก็ยังคงมีความคลุมเครืออยู่มากในการนำมาเป็นเกณฑ์กำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญา ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาจึงได้คำนึงถึงสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิด ลักษณะความน่าตำหนิของการกระทำ วัตถุประสงค์ของการลงโทษ และการป้องกันอาชญากรรม และการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาได้พัฒนาต่อมาโดยอาศัยเกณฑ์ในเรื่องความชั่วร้ายของการกระทำ ผลกระทบต่อสังคม และผลกระทบจากมาตรการทางอาญามาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญา¹³

¹³ วิภาพร เนติจิโรชติ. เล่มเดิม. หน้า 58.

กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือของสังคมในอันที่จะกล่อมเกลากการประพฤติปฏิบัติของมนุษย์ให้ดำเนินไปในทางที่สังคมเห็นว่าพึงประสงค์ โดยสนับสนุนการประพฤติปฏิบัติบางประการในทางอ้อม (โดยการบัญญัติห้ามไม่ให้กระทำ) และห้ามการประพฤติปฏิบัติบางอย่างที่ตรงข้ามกับการประพฤติปฏิบัติอย่างแรก (โดยบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและผู้กระทำจะต้องถูกลงโทษ) แต่อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายอาญาในสังคมใดก็ตามจะมีปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมอื่นๆ ประกอบด้วยเสมอ เช่น ความคิดของผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ค่านิยมและความรู้สึกนึกคิดทางด้านศีลธรรมของประชาชน กลุ่มผลประโยชน์ แรงกดดันทางด้านการเมืองและอื่นๆ¹⁴

2.1.1.5 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดตามกฎหมายเยอรมัน¹⁵

ปัญหาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งสมควรที่รัฐจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น เป็นการถามถึงคุณสมบัติในทางเนื้อหาของการกระทำที่มีโทษทางอาญา ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ช่วยให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ว่าการกระทำใดที่ควรเป็นความผิดอาญา และการกระทำใดไม่ควรเป็นความผิดอาญา Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin วางหลักเกณฑ์ในกรณีดังกล่าวว่าเป็นเรื่องของการคุ้มครองนิติสมบัติในวิถีทางสุดท้าย (subsidiärer Rechtsgüterschutz) ซึ่งกฎหมายอาญาควรที่จะมีไว้เพื่อคุ้มครองเฉพาะ “สมบัติ” (Güter) บางประการที่กำหนดไว้เท่านั้น เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย ชื่อเสียง เป็นต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาเป็นระเบียบแห่งการคุ้มครองและระเบียบสันติภาพ (eine Schutz- und Friedensordnung) ที่มีรากฐานมาจากระเบียบแห่งคุณค่าในทางจริยศาสตร์สังคม (die sozialetische Wertordnung) ของรัฐธรรมนูญ ทำให้กฎหมายอาญาในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่คุณค่าพื้นฐานของการมีชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมและการคงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม และในกรณีที่มีการละเมิดต่อบทบัญญัติในกฎหมายอาญาก็จะมีมาตรการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

จากหลักการดังกล่าว ก่อให้เกิดผลที่สำคัญอย่างน้อย 2 ประการดังนี้ กล่าวคือ

¹⁴ ประธาน วัฒนวานิชย์ ข (2524). “แนวความคิดในการลงโทษ”. วารสารนิติศาสตร์, 12, 2. หน้า 8.

¹⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ (กรกฎาคม, 2548). “การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน”.

ประการแรก การกระทำที่เป็นแต่เพียงการขัดต่อศีลธรรมอันดี ไม่เป็นความผิดอาญา (Das Ausscheiden blosser Moralwidrigkeiten aus dem strafrecht) กล่าวคือ การกระทำที่เป็นแต่เพียงขัดต่อศีลธรรม แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่น ไม่ได้ทำให้สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเสียหายแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่เป็นการกระทำที่จะเป็นความผิดอาญา ซึ่งในการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น ได้มีการแก้ไขกฎหมายอาญาโดยวางอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่ว่า “กฎหมายอาญามีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองนิติสมบัติ”

ประการที่สอง การกระทำที่เป็นแต่การละเมิดต่อระเบียบ ไม่เป็นความผิดอาญา (Das Ausscheiden von Ordnungswidrigkeiten aus dem Strafrecht) มาจากแนวคิดที่ว่า “กฎหมายอาญามีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองนิติสมบัติที่มีอยู่ก่อนแล้ว” (vorgegebene Rechtsgueter) กล่าวคือ เป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนที่มีอยู่ก่อนที่จะมีรัฐ (staatsunabhaengeriger Individualrechte) นั่นเอง ส่วนการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ต่างๆ ของรัฐ (staatliche Anordnungen) ที่ไม่ได้มีไว้เพื่อที่จะคุ้มครองนิติสมบัติ หากแต่เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกมาเพื่อให้ภารกิจที่เกี่ยวกับระเบียบสาธารณะและภารกิจในการที่จะทำให้ประชาชนอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุขเป็นไปได้โดยเรียบร้อยนั้น ถือว่าเป็นเพียงการละเมิดต่อระเบียบที่ไม่ควรจะนำมาตราการลงโทษทางอาญามาใช้บังคับ จากแนวคิดดังกล่าวทำให้การกระทำบางอย่าง เช่น การทำร้ายร่างกาย เป็นความผิดอาญา ส่วนการกระทำบางอย่าง เช่น การจอดรถในที่ห้ามจอด ไม่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญา เพราะเนื้อหาของข้อห้ามไม่ให้กระทำหรือข้อบัญญัติให้กระทำได้ดังกล่าวนั้น เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยรัฐ กล่าวคือ ไม่ใช่เป็นสิ่งที่มียู่แต่เดิมก่อนที่จะมีรัฐ (nicht vorgegeben) ด้วยเหตุนี้ จึงไม่ใช่นิติสมบัติ

โดยหากพิจารณาแหล่งกำเนิดของกฎหมายอาญา (Die Wurzeln des Strafrechts) ก็ จะพบว่า มีที่มาจากทัศนคติในเชิงคุณค่าทางจริยศาสตร์สังคม (in dem sozialetische Wertvorstellungen) โดยที่ทัศนคติดังกล่าวเป็นตัวกำหนดสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง (Rechtsgueter) นั่นเอง ในทางจริยศาสตร์สังคม (Sozialethik) นั้น การทำหน้าที่บางอย่างเป็นสิ่งจำเป็นแก่การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมให้เป็นไปได้โดยปกติสุข แต่ไม่ได้หมายความว่า การทำหน้าที่ในทางจริยศาสตร์สังคมในทุกๆ กรณี (nichr alle Verhaltensnormen der Sozialethik) จะต้องมีมาตรการบังคับทางอาญาและเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอาญา ดังนั้น กฎหมายอาญาในฐานะที่

เป็นวิถีทางสุดท้าย (ultima ratio) จะมีความชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อวิธีการอื่นๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่า (เป็นต้นว่า วิธีการทางกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายมหาชน) เป็นมาตรการที่ไม่เพียงพอแก่การที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองอย่างได้ผล

หลักการคุ้มครองนิติสมบัติในวิถีทางสุดท้ายของกฎหมายอาญามาจากหลักสัดส่วน (Verhaeltnismacssigkeitsgrundsatz) ซึ่งมีรากฐานแนวความคิดมาจากหลักนิติรัฐ เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นมาตรการทางกฎหมายของรัฐที่ล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่มีผลรุนแรงที่สุด ดังนั้น กฎหมายอาญาจะถูกนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อวิธีการอื่นๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่าใช้ไม่ได้ผลแล้ว มิฉะนั้น จะถือว่าเป็นการขัดต่อข้อห้ามของการเกินสัดส่วน (das Uebermassverbot) หากรัฐใช้มาตรการบังคับทางกฎหมายอาญาในกรณีที่มีมาตรการบังคับอื่นๆ ยังคงสามารถที่จะคุ้มครองนิติสมบัติได้ดีพอๆ กับหรือดีกว่าการใช้มาตรการบังคับทางกฎหมายอาญา

จากหลักที่ว่า “กฎหมายอาญามีไว้เพื่อคุ้มครองนิติสมบัติโดยเป็นวิถีทางสุดท้าย” นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาว่า มีความจำเป็นหรือไม่และมีความจำเป็นแค่ไหนที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งที่เกิดผลเสียหายแก่สังคม ในกรณีดังกล่าว Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin มีความเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติควรกำหนดให้การกระทำบางอย่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของความผิดเล็กๆ น้อยๆ (eine geringfügige Rechtsgüterbeeinträchtigung) เป็นแต่เพียงความผิดที่เป็นการละเมิดต่อระเบียบ (eine Ordnungswidrigkeit) ในกรณีที่มีมาตรการบังคับอื่นๆ ที่ไม่ใช่มาตรการบังคับทางอาญาก็สามารถที่จะคุ้มครองสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองได้อย่างได้ผลเช่นเดียวกัน แต่ในทางปฏิบัติก็หาได้เป็นเช่นนั้นไม่ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ยังคงกำหนดให้การกระทำความผิดเล็กๆ น้อยๆ เป็นความผิดอาญาที่มีโทษเล็กน้อยอยู่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ใช้มาตรการบังคับอื่นๆ ที่เบากว่า (เช่น การฟ้องคดีแพ่ง) ไม่เป็นการแน่นอนว่าจะสามารถได้ผลที่ดีเท่ากับกรณีของการใช้มาตรการบังคับทางอาญาแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติมีสิทธิที่จะใช้ดุลพินิจที่จะเลือกได้ (eine Einschätzungsprärogative) ดังนั้น หลักวิถีทางสุดท้าย (das Subsidiaritätsprinzip) จึงเป็นหลักที่วางแนวทางในทางอาญานโยบาย (eine kriminalpolitische Richtlinie) มากกว่าเป็นข้อบัญญัติบังคับ (ein zwingendes Gebot)

2.1.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

การที่จะกำหนดให้การกระทำความผิดในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญานั้น ก็เป็นสิ่งไม่ได้ที่จะต้องศึกษาในเรื่องทฤษฎีการลงโทษ เพราะกฎหมายอาญานั้นจะต้องมีสภาพบังคับหรือที่เรียกได้ว่ามีบทกำหนดโทษนั่นเอง ซึ่งในปัจจุบันนี้ต้องยอมรับว่าปัญหาที่เกิดขึ้นเหมือนกันในทุกๆ ประเทศหรือแทบจะทุกประเทศก็ว่าได้ ก็คือ ปัญหาอาชญากรรม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นปัญหาที่มีมาคู่กับสังคมมนุษย์อยู่ตลอดเวลา ที่เห็นได้ชัดและเป็นเรื่องใกล้ตัวก็คือ ปัญหาระหว่างบุคคลในครอบครัว ซึ่งถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนมาก โดยนับวันปัญหาดังกล่าวจะยิ่งทวีความรุนแรงขึ้น ทั้งในด้านของการกระทำและผลของการกระทำที่กระทบต่อคนในครอบครัวนั้นๆ และอาจขยายวงกว้างออกไปจนกลายเป็นผลกระทบต่อสังคมด้วย ซึ่งนั่นอาจนำมาซึ่งปัญหาดังกล่าวต่างๆ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผู้กระทำที่เป็นสมาชิกในครอบครัวก็ได้กระทำด้วยความตั้งใจ แต่ได้กระทำไปเพราะความพลั้งเผลอ แต่ผู้เสียหายซึ่งก็เป็นสมาชิกในครอบครัวเช่นกัน ซึ่ง ณ ตอนนั้น อาจอยู่ในอารมณ์โกรธหรือโมโห จึงได้มีการแจ้งความร้องทุกข์เพื่อที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด แต่เมื่อเวลาผ่านไปก็กลับมาคืนดีกันเข้าใจกันและให้อภัยกันดังเดิม การที่ปล่อยให้เกิดกรณีเช่นนี้มากขึ้นๆ ก็ส่งผลกระทบต่อสถานภาพความมั่นคงในครอบครัว ทำให้ครอบครัวไม่มั่นคงแข็งแรง อาจทำให้ครอบครัวแตกแยก และอาจส่งผลถึงบุตรหลานของตนด้วย นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กล่าวคือ ทำให้คดีรกรงศาลปัจจุบันจึงได้มีการนำเอากระบวนการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) มาใช้เพื่อที่จะช่วยลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลซึ่งเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย

2.1.2.1 ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

โทษทางอาญานั้นคือการลงอาญาต่อผู้กระทำผิด หรืออีกนัยหนึ่งก็คือปฏิบัติการที่ผู้กระทำผิดจะพึงได้รับจากผลของความผิดที่ได้กระทำลง ฉะนั้น การลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญาจึงหมายถึง ปฏิบัติการที่ผู้กระทำผิดในทางอาญาจะพึงได้รับจากผลของความผิดที่ได้กระทำตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นอันมีลักษณะและบทกำหนดโทษทางอาญา¹⁶

แนวคิดในเรื่องการลงโทษผู้กระทำผิดที่กระทำการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางสังคมนั้นมีมาตั้งแต่ในอดีตแล้ว ด้วยเหตุผลที่ว่าแนวคิดเช่นนี้เป็นสิ่งที่มีอยู่ในความรู้สึกร่วมกันของคนในสังคม แต่วิธีการลงโทษจะใช้วิธีใดนั้นก็แตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมในแต่ละยุคสมัย เมื่อ

¹⁶ ทศนีย์ แสงสุข. (2552). “การสร้างความปลอดภัยในครอบครัวโดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ : ศึกษากรณีความรุนแรงในครอบครัว”. หน้า 33.

สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษก็มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยจากเดิมที่มุ่งเน้นการลงโทษให้หลายจำเป็นอย่างเดียว ก็เปลี่ยนเป็นมุ่งแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดแทน และจากเหตุดังกล่าวนี้ การลงโทษด้วยการแก้แค้นทดแทน รวมทั้งการลงโทษด้วยวิธีขังขังขัง ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นในการตัดความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดให้ออกจากสังคมและให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวในผลที่จะได้รับจากความผิดที่ตนได้ก่อขึ้น กรณีดังกล่าวไม่สามารถทำให้พฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นได้ ฉะนั้น จึงเกิดแนวคิดในการที่จะแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดขึ้น¹⁷ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีและสามารถอยู่ร่วมกับสมาชิกในสังคมนั้นต่อไปได้อย่างปกติสุข ยิ่งถ้าเป็นการกระทำความผิดของสมาชิกในครอบครัวเดียวกันด้วยแล้วก็ยิ่งจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเสียว่า ดังนั้น ในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญานั้น จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และทฤษฎีการลงโทษทางอาญาประกอบด้วย ซึ่งในแต่ละทฤษฎีก็จะมีรูปแบบและสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่แตกต่างกันออกไป

1) วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา

การลงโทษตามกฎหมายอาญานั้น หากพิจารณาในแง่ที่สถานะทางสังคม¹⁸ จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์หลายประการ ดังนี้

- (1) การคุ้มครองมนุษย์ (และบางกรณีรวมถึงสัตว์ด้วย) จากการกระทำต่างๆโดยเจตนา โดยใช้ความรุนแรง โหดร้ายทารุณ และความประพฤติที่สังคมไม่พึงประสงค์
- (2) การคุ้มครองบุคคลจากภัยอันตรายซึ่งกระทำโดยไม่เจตนา เช่น การกระทำความผิดกฎหมายจราจร มลพิษ โรคระบาด เป็นต้น
- (3) การคุ้มครองบุคคลผู้อ่อนแอ หรือผู้ถูกชักจูงได้โดยง่าย มิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทั้งทางร่างกายและทรัพย์สิน เช่น เด็ก คนชรา คนป่วย หรือผู้มีปัญหาทางร่างกายและจิตใจ
- (4) การป้องกันการกระทำที่ผิดปกติหรือวิปริตผิดธรรมดา แม้ว่าผู้กระทำจะเป็นผู้ใหญ่หรือผู้มีส่วนร่วมจะยินยอม เช่น การใช้ยาเสพติด โสเภณี การพนัน เป็นต้น
- (5) การป้องกันการกระทำอันไม่สมควรต่างๆ ซึ่งมีได้รวมไว้ในข้อต่างๆที่กล่าวมาแล้วโดยกระทำในที่สาธารณะ เช่น การมีความสัมพันธ์ทางเพศ กอด หรือจูบ หรือเปลือยกายในที่สาธารณะ

¹⁷ ทศนีย์ แสงสุข. แหล่งเดิม.

¹⁸ ประธาน วัฒนาวณิชย์ ค (2541, ธันวาคม). “การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา”. *บทบัญญัติ*, 54, 4. หน้า 11.

(6) การห้ามการกระทำที่ยั่ว หรือความประพฤติที่จะนำไปสู่ความไม่สงบสุขในสังคม เช่น การดูหมิ่น และหมิ่นประมาทบุคคลอื่น

(7) การคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลจากการถูกลัก หนี โกง ยักยอก หรือทำลาย

(8) การป้องกันความไม่สะดวก หรือความไม่เป็นระเบียบ เช่น การขัดขวางหรือกีดขวางการจราจร

(9) การเก็บภาษีอากรและรายได้ต่างๆ ให้แก่รัฐ และบัญญัติความผิดสำหรับผู้ฝ่าฝืน

(10) การกำหนดความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ

(11) การบัญญัติความผิดสำหรับการไม่ทำตามนโยบายของรัฐ เช่น กฎหมายบังคับให้บุคคลไปเลือกตั้ง ให้ส่งบุตรไปเข้ารับการศึกษาระดับมัธยมศึกษาและเกณฑ์ทหาร

(12) การคุ้มครองสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันครอบครัว สถาบันศาสนา เป็นต้น

(13) การบังคับใช้กฎหมายที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญต่อการอำนวยความยุติธรรมของรัฐ เช่น ความผิดต่อเจ้าพนักงาน เจ้าพนักงานในการยุติธรรม และเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ใดโดยเฉพาะให้ได้รับโทษสูงขึ้น หรือความผิดเกี่ยวกับการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมในเรื่องการจับผู้กระทำความผิด ช่วยเหลือผู้กระทำความผิดให้รอดพ้นจากการลงโทษและเป็นพยานในชั้นศาล

กรณีของการพิจารณาวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาในแง่ที่สะท้อนทางสังคมตามที่กล่าวมานั้น มีเป้าหมายในการควบคุมความประพฤติของมนุษย์ที่มีอยู่อย่างหลากหลาย ยากที่จะวางหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและโทษสำหรับการกระทำที่เห็นว่าไม่เหมาะสมและเป็นอันตรายต่อสังคม การอยู่ร่วมกันและระเบียบของสังคม ความประพฤติใดควรบัญญัติห้ามมิให้กระทำหรือความประพฤติใดที่ควรจะยกเลิกมิให้เป็นความผิด จึงขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปของสังคม

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีนักกฎหมายสมัยใหม่ได้แยกวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

(1) การป้องกันทั่วไป (General Prevention)¹⁹ เป็นการใช้โทษเพื่อการข่มขู่ผู้อื่นมิให้กระทำความผิดในทำนองเดียวกันนั้น หรือเพื่อมิให้เป็นแบบอย่างซึ่งบังคับจิตใจให้บุคคลทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิดอย่างเดียวกันให้กังวลความผิดนั้นๆ เสีย

¹⁹ คณิต ฒ นคร ก (2547). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 361.

(2) การป้องกันพิเศษ (Special Prevention) เป็นการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนี้อีก ทั้งนี้ โดยการลงโทษผู้นั้นหรือโดยการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยบังคับแก่ผู้นั้น

วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญานั้นเพื่อคุ้มครองสังคมมากกว่าเหตุผลอื่น แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าการคุ้มครองสังคมจะเป็นจุดหมายสูงสุดท้ายของการลงโทษ แต่ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ ควรจะใช้การลงโทษอย่างใดจึงจะได้ผลเป็นการคุ้มครองสังคมที่ดีที่สุด²⁰ ซึ่งจะได้กล่าวถึงทฤษฎีการลงโทษทางอาญาในหัวข้อถัดไป

2) ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

ทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนั้น สามารถแยกได้ดังต่อไปนี้

(1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Punishment as retribution retaliation or revenge)²¹

การลงโทษเพื่อการแก้แค้นและทดแทนนี้มีวัตถุประสงค์ใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีมาแต่สมัยโบราณและแพร่หลายมากที่สุด และถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่เก่าที่สุด ทั้งนี้ เนื่องจากสัญชาตญาณแห่งการแก้แค้นของคนและสัตว์ซึ่งมีมาแต่ดึกดำบรรพ์และมาจากความคิดที่ว่า จะเป็นการไม่ยุติธรรมเลย หากว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับผลอันเนื่องมาจากการที่กระทำความผิดนั้น ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดระบบศีลธรรม โดยในการลงโทษควรเป็นโทษที่หนักและสาสมกับความผิดที่ได้กระทำ ตามทฤษฎี Free Will โดย Jeremy Bentham มีความเห็นว่าการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด และควรกำหนดลักษณะของโทษไว้หลายๆ ประเภท เพราะว่าโทษอย่างเดียวกันจะให้เหมาะสมกับความผิดทุกอย่างย่อมเป็นไปได้

ปัจจุบัน การลงโทษเพื่อแก้แค้นและทดแทนไม่เป็นที่นิยมของนักทฤษฎีทั่วไป เพราะแนวคิดนี้เป็นสิ่งที่ล้าสมัยและไม่ชอบด้วยมนุษยธรรม แต่ก็ยังคงมีการใช้กันอยู่ เพราะความรู้สึกนึกคิดของคนส่วนมากยังต้องการให้อาชญากรได้รับผลจากการกระทำผิดที่หนักพอกับความอุกฉกรรจ์ของความผิดที่ได้กระทำลงไป จึงไม่อาจจะทิ้งวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้แค้นและทดแทนนี้ได้ นอกจากนี้ การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐคือ ผู้พิพากษาจะกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดรายใดก็มักจะนึกถึงพฤติการณ์แห่งความร้ายแรงของการกระทำผิดว่าสมควรจะลงโทษหนักเบาเพียงใด วัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้แค้นและทดแทนนี้จึงยังมีใช้อยู่ในปัจจุบัน

²⁰ ประธาน วัฒนวานิชย์ ค เล่มเดิม. หน้า 12.

²¹ อรรถ สุวรรณบุบผา. (2518). หลักอาชญาวิทยา. หน้า 139.

(2) การลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกัน (Punishment as a deterrence or restraint or prevention)

วัตถุประสงค์ก็เพื่อจะทำให้ผู้กระทำผิดเข็ดหลาบและเกรงกลัวไม่กล้ากระทำผิดอีกต่อไป และเพื่อเป็นการเตือนมิให้คนอื่น ๆ ทำตามอย่างผู้กระทำผิด²² เพราะจะถูกลงโทษเช่นเดียวกัน สมมติฐานภายใต้แนวคิดนี้มีอยู่ว่า ถ้าสังคมไม่สามารถจะนำตัวผู้กระทำผิดมาสู่ระบบงานยุติธรรมและลงโทษผู้กระทำผิดแล้ว ก็เท่ากับว่าสังคมส่งเสริมอาชญากรรมให้เกิดขึ้น เพราะฉะนั้น การลงโทษจึงมุ่งที่จะหยุดหรือลดอาชญากรรมมิให้เกิดขึ้น และให้มีผลยับยั้งพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายด้วย

การลงโทษเพื่อยับยั้งหรือป้องกันเพื่อเป็นการข่มขู่บุคคลให้เกรงกลัวนั้นเป็นการไม่ยุติธรรม เพราะบุคคลใดจะถูกลงโทษประการใดย่อมขึ้นอยู่กับกระทำของผู้กระทำผิดและไม่ควรจะถูกลงโทษเพราะความต้องการที่จะใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือให้บังเกิดผลต่อบุคคลอื่น เพราะมนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำเช่นนั้น ส่วนในเรื่องการลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกันของผู้กระทำผิดเองเพื่อให้เกิดความหลาบจำนั้น มีข้อโต้แย้งได้ว่าอาจไม่เป็นจริงเสมอไป แต่จะกลับมีผลตรงกันข้าม เพราะเหตุผลประการหนึ่งที่บุคคลทั่วไปไม่ยอมกระทำผิดเพราะชื่อเสียงเกียรติยศของตนเอง ไม่ต้องการถูกตราหน้าว่าเคยได้รับโทษทัณฑ์มาแล้ว แต่ถ้าได้ถูกลงโทษมาแล้วครั้งหนึ่ง ความกลัวดังกล่าวย่อมหมดไป เพราะไม่ว่าจะกระทำผิดอีกหรือไม่ ชื่อเสียงเกียรติยศก็ไม่อาจกลับคืนมาได้ ดังนั้น การลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกันเพื่อให้เข็ด หลาบจำ จึงไม่เป็นจริงเสมอไป

(3) การลงโทษเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคม (Punishment as a protection of society or an incapacitation)

การลงโทษเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมเริ่มขึ้นเมื่อมีการนำเอาวิธีการลงโทษจำคุกมาใช้ แต่ก่อนหน้านั้นการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนและเพื่อเป็นการยับยั้งมิให้อยู่เป็นอันมากในการกำจัดศัตรูทางการเมือง ผู้มีอำนาจปกครอง นครเทศน์ักโทษการเมือง หรืออาจกำจัดด้วยวิธีการประหารชีวิต หรือขังในห้องใต้ดิน แต่สำหรับผู้ประกอบอาชญากรรมถูกกำจัดออกไปจากสังคมเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมยังมิได้นำมาใช้ ต่อมาเมื่อมีการนำโทษจำคุกมาใช้ การจำคุกจึงถือเป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัยด้วย คือ นักโทษที่ถูกจำคุกอยู่ย่อมไม่สามารถจะออกไปก่ออาชญากรรมหรือความเดือดร้อนแก่สังคมได้อีกอย่างน้อยเป็นการชั่วคราวระหว่างที่ถูกจำคุก

²² พงจจิตต์ อธิคมนันท์. (2525). สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ. หน้า 128-129.

(4) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Punishment as a mean of formation)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษในสมัยปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปจากสมัยก่อน คือ การลงโทษที่มุ่งการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคลเพื่อให้กลับตัวเป็นคนดี และเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากการประกอบอาชญากรรม

การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้น นอกจากจะไม่เกิดผลดีแก่สังคมแล้ว ยังกลับเป็นโทษแก่สังคมอีกด้วย จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขในด้านการคุมประพฤติและการดูแลนักโทษในทัณฑสถานและการพักการลงโทษ ที่มุ่งมิให้บุคคลกลับมาก่อทำผิดอีก โดยการแก้ไขปรับปรุงตัวบุคคลผู้กระทำผิด

หลักการนี้มีแนวความคิดเห็นว่า การลงโทษซึ่งเป็นผลร้ายนั้น ไม่น่าจะทำให้บุคคลกลับตัวเป็นคนดีได้ จึงควรเปลี่ยนมาใช้การปฏิบัติแทน โดยมีวิธีการปฏิบัติดังนี้

ก. พยายามไม่ให้ผู้กระทำผิดประสพกับสิ่งที่เปลี่ยนแปลงบุคลิกภาพของเขาไปในทางที่เสื่อมลง เช่น การรอกการลงโทษ หรือการแยกประเภทของนักโทษ

ข. วิธีการปรับปรุงผู้ต้องโทษในระหว่างคุมขัง ได้แก่ การฝึกหัดอาชีพ และให้การศึกษอบรมทางศีลธรรม ศาสนา ที่จะให้ผู้กระทำผิดกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไป

ค. การให้ความช่วยเหลือหลังพ้นโทษ นักโทษส่วนมากเมื่อพ้นโทษแล้วต้องการกลับตัวเป็นคนดีแต่พบอุปสรรค คือ ไม่สามารถสมัครเข้าทำงานได้

ดังนั้น การช่วยเหลือจึงเป็นสิ่งสำคัญในการช่วยปรับปรุงผู้กระทำผิดความผิด เช่น อาจมีการตั้งกองทุนช่วยเหลือการบริการจัดหางานให้ เป็นต้น²³

2.1.2.2 ทฤษฎีการเบี่ยงเบนคดีออกจากกระบวนการยุติธรรม (Diversion)

การเบี่ยงเบนคดี หรืออาจมีบางคนเรียกว่าการหันเหคดี (Diversion) นั้น เป็นมาตรการที่มีความประสงค์ที่จะไม่นำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางศาล ดังนั้น จึงใช้มาตรการในการดำเนินการที่เหมาะสมกับกรณีที่เกิดขึ้น เช่น การไกล่เกลี่ยยอมความในคดีความผิดอันยอมความได้ หรือการส่งไปรับการรักษาฟื้นฟูสุขภาพจิตกรณีเป็นผู้ติดยาเสพติด เพื่อที่จะไม่ต้องนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล หรือการกักหรือคุมประพฤติเด็กหรือเยาวชนแทนการสั่งฟ้องคดี ซึ่งมีความประสงค์จะใช้มาตรการกักและอบรมแทนการฟ้องคดี เพื่อให้เด็กและเยาวชนไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล หรือการชะลอการฟ้องของพนักงานอัยการ ซึ่งมีแนวทางที่จะนำมาใช้เพื่อสั่งไม่ฟ้องคดีที่มีมูลโดยการกำหนดมาตรการคุมประพฤติแทน เป็นต้น ซึ่งมาตรการเบี่ยงเบนคดีหรือมาตรการหันเหคดีเหล่านี้ มิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างความเข้าใจระหว่างผู้กระทำความผิด

²³ ทศนีย์ แสงวสุข. เล่มเดิม. หน้า 35.

ผู้เสียหายหรือชุมชน และมีได้มีเป้าหมายที่จะให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมดได้มากำหนดมาตรการที่จะใช้กับผู้กระทำความคิดที่เหมาะสมและเป็นที่ยอมรับของทุกฝ่าย เหมือนเช่นเป้าหมายของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ ดังนั้น มาตรการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) นี้จึงเป็นมาตรการที่เน้นการปฏิบัติต่อผู้กระทำความคิดเป็นหลัก²⁴

ปกติแล้วคดีอาญามักจะเริ่มเมื่อมีการกล่าวหาว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นการกล่าวหาโดยเอกชนกระทำต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการร้องทุกข์หรือการกล่าวโทษต่อเจ้าพนักงาน หรือผู้เสียหายอาจฟ้องคดีต่อศาลโดยตรง หรือการกล่าวโทษโดยพนักงานสอบสวนเป็นผู้เริ่มคดีเอง และเมื่อพนักงานสอบสวนได้เริ่มดำเนินการสืบสวนสอบสวนจนสามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้เพียงพอแล้ว ก็จะมีความเห็นสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีนั้น แล้วส่งไปให้พนักงานอัยการดำเนินการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล เมื่อศาลประทับรับฟ้องไว้ก็จะดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปจนเสร็จสิ้นสำนวนความ ซึ่งอำนาจในการดำเนินคดีนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขระดับคดี กล่าวคือ เหตุการณ์ใดๆ ที่สักระหว่างการชี้ขาดเนื้อหาคดี และทันทีที่เกิดเหตุการณ์นั้นๆ ขึ้น การดำเนินคดีที่มีเป้าหมายเพื่อการชี้ขาดเนื้อหาคดีจะกระทำมิได้ ผลคือ หากมีเหตุการณ์ตามเงื่อนไขระดับคดีเกิดขึ้น จะทำให้การดำเนินคดีอาญาลิ้นสุดลง ซึ่งการขอมความในคดีความผิดอันขอมความได้นั้นก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งที่ทำให้คดีอาญาระงับโดยไม่ต้องนำคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล ตรงนี้จะเห็นได้ว่าเป็นการทำให้คดีไม่รกรงศาล และเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลซึ่งถือเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย

อาจกล่าวได้ว่า “การขอมความ” คือ การที่ผู้เสียหายหรือโจทก์ได้ตกลงกับผู้กระทำความคิดเพื่อระงับข้อพิพาทในคดีอาญาที่เกิดขึ้น โดยผู้เสียหายไม่ตั้งใจเอาความกับผู้กระทำความคิดอีกต่อไป มีผลทำให้คดีอาญาในความผิดอันขอมความได้ระงับลง²⁵ (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)) ด้วยเหตุที่แนวคิดในการมองปัญหาอาชญากรรมได้เปลี่ยนแปลงไปจากการมองว่าการกระทำผิดเป็นการกระทำต่อรัฐ รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหายได้เปลี่ยนมาเป็นการกระทำผิดเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคล เอกชนเป็นผู้ได้รับความเสียหาย จึงมีสิทธิที่จะดำเนินคดีหรือระงับคดีโดยขอมสละสิทธิของตนเองได้ วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้มุ่งเน้นที่ผู้เสียหาย การระงับข้อพิพาทจะเกิดขึ้นได้จะต้องเกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายเท่านั้น รัฐไม่มีอำนาจก้าวเข้าไปในสิทธิของผู้เสียหาย เนื่องจากในคดีอาญาอันขอมความได้

²⁴ ณรงค์ ใจหาญ ก (2553). กระบวนการสร้างความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในศาลยุติธรรม (รายงานผลการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย). สถาบันวิจัยและพัฒนาสาคัด สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 38-39.

²⁵ ชัยสิทธิ์ ตรีชาธรรม. (2535). “การขอมความคดีอาญา”. วารสารกฎหมาย, 5, 2. หน้า 104.

มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่ามีสิทธิในการฟ้องหรือไม่ หากผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องก็ย่อมไม่มีสิทธิขอมความ การขอมความจึงเป็นเรื่องของการตกลงที่เกิดขึ้นภายหลังการทำความผิด²⁶

การขอมความเป็นกรณีการตกลงระงับข้อพิพาทโดยมีผู้เกี่ยวข้องในการดำเนินการ 2 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายผู้ทำความผิด และฝ่ายผู้เสียหาย ซึ่งในการขอมความจำเป็นต้องได้รับความยินยอมของผู้เสียหายเป็นหลัก ฝ่ายผู้ทำความผิดจะชดใช้ค่าเสียหายหรือไม่ไม่ใช่หลักเกณฑ์สำคัญ ขอเพียงแต่ฝ่ายผู้เสียหายยินยอมระงับคดีก็เพียงพอ การขอมความจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่มุ่งเน้นการตกลงของฝ่ายผู้เสียหายเพื่อให้คดีระงับลง²⁷

2.2 หลักการในการแบ่งประเภทความผิดอันยอมความได้และความผิดอาญาแผ่นดิน

การทำความผิดในทางอาญานั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อมหาชนเป็นส่วนรวม สมควรที่รัฐต้องเข้าดำเนินการป้องกันและปราบปราม โดยที่ไม่ต้องอาศัยให้ผู้ใดมาร้องทุกข์กล่าวโทษ แต่ก็มีความผิดบางประเภทที่มีลักษณะเฉพาะที่เรียกว่าความผิดอันยอมความได้ ซึ่งความผิดประเภทนี้มีลักษณะประกอบกับเหตุผลอันเป็นส่วนตัวของผู้เสียหายบางประการ สมควรที่รัฐจะเข้าไปดำเนินการเมื่อเอกชนผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ขึ้นก่อน²⁸ ซึ่งเหตุที่กฎหมายได้มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็นความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดินนี้ก็เนื่องมาจากมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่แตกต่างกันดังต่อไปนี้

2.2.1 หลักการดำเนินคดีอาญา

การดำเนินคดีอาญา โดยเนื้อหาของการดำเนินการก็เพื่อที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงหรือยืนยันความผิด เพื่อกำหนดโทษหรือมาตรการอื่นๆ หรือเพื่อยืนยันความบริสุทธิ์ของผู้ถูกกล่าวหา นอกจากนี้การดำเนินคดีอาญายังเป็นการกระทำเพื่อให้กฎหมายอาญาได้มีการบังคับใช้เพื่อทำให้เกิดความสงบสุขขึ้นในสังคม²⁹ โดยพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปตามสังคม ซึ่งแต่เดิมการลงโทษมี

²⁶ “ความยินยอม-ขอมความตามกฎหมายอาญาสหรัฐอเมริกา”. (2517, พฤษภาคม). วารสารกฎหมาย, 1, 2. หน้า 162.

²⁷ ณภัทร กตเวทีเสถียร. (2547). “การระงับข้อพิพาทในคดีอาญาโดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (ศึกษาเฉพาะความผิดที่มีผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา)”. หน้า 30.

²⁸ จิตติ ดิงศภัทย์. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10). หน้า 2.

²⁹ คณิต ณ นคร ข (2541, มิถุนายน). “วิธีพิจารณาความอาญากับความคิดตามหลักกฎหมายแพ่ง”. วารสารอัยการ, 4, 42. หน้า 53.

ลักษณะเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะดำเนินการเอาผิดแก่ผู้ที่กระทำผิดกฎหมาย การดำเนินคดีจึงเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยบุคคลผู้เสียหาย ยังไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ของสังคม รัฐจึงไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว โดยปล่อยให้ เป็นหน้าที่ของผู้เสียหายที่จะต้องจัดการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้ศาลเห็นและลงโทษผู้กระทำผิด ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาจึงเป็นหน้าที่ของบุคคลที่ถูกประทุษร้าย จึงมักก่อให้เกิดการทวีความรุนแรงในการแก้แค้นจนการกระทำผิดทางอาญานั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของสมาชิกในสังคม จึงพัฒนาเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ซึ่งเป็นแนวความคิดแบบปัจเจกชนนิยม³⁰ และพัฒนาไปเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐจนถึงปัจจุบัน ซึ่งสามารถแบ่งหลักการดำเนินคดีอาญาออกได้เป็น 3 ประเภทดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.2.1.1 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย (Private Prosecution)

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายมีจุดก่อกำเนิดมาจากการที่สังคมในอดีตยังไม่มี การรวมตัวกันเป็นรัฐดังเช่นในปัจจุบัน สังคมต่างๆ เหล่านั้นมีแนวคิด ว่า หลักการควบคุมอาชญากรรมควรกำหนดให้ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญาสมควรที่จะได้รับการเยียวยาชดเชยในความเสียหายนั้น³¹ วัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาในสมัยนั้นจึงเป็นไปเพื่อแก้แค้นทดแทนความอาฆาตพยาบาทกันเป็นการส่วนตัว จึงให้อำนาจในการดำเนินคดีอาญาแก่ผู้เสียหาย กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นแก่บุคคล ทำให้เขาเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิของบุคคลใด ก็เป็นหน้าที่ของเขาคที่จะรวบรวมพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล³² ดังนั้น การกำหนดสิทธิที่เกิดขึ้นจากผลของการกระทำความผิดอาญาจึงถูกกำหนดไว้อย่างรวมๆ ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างสิทธิในการฟ้องคดีอาญากับสิทธิในการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา และไม่มี การแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบในทางอาญากับความรับผิดชอบในทางแพ่ง ทำให้หลักการดำเนินคดีอาญาจึงคำนึงถึงแต่เฉพาะส่วนได้เสียของบุคคลเป็นหลัก โดยไม่มีส่วนได้เสียของสังคมเข้าไปเกี่ยวข้อง และกฎหมายจะให้อำนาจเฉพาะ

³⁰ Delmar Karlen. (1967). *Anglo-American Criminal Justice*. p. 19.

³¹ อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2524). “ผู้เสียหายในคดีอาญา”. หน้า 5.

³² อรรถพล ใหญ่สว่าง. แหล่งเดิม. หน้า 47.

ผู้เสียหายหรือเครือญาติของผู้ที่นั่นเท่านั้นที่มีอำนาจฟ้องคดี ทำให้บุคคลอื่นที่ไม่มีส่วนได้เสียจะไม่มีสิทธิฟ้องร้อง³³

2.2.1.2 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน (Popular Prosecution)

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนเป็นพัฒนาการของสังคมที่ก่อให้เกิดแนวคิดที่ว่าไม่เฉพาะผู้เสียหายเท่านั้นที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดในทางอาญา หากแต่สังคมก็มีส่วนได้รับผลกระทบนั้นด้วย เช่นนี้ เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ประชาชนทุกคนซึ่งถือว่าเป็นหน่วยหนึ่งของรัฐหรือสังคมจึงมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องอยู่ด้วยและถือว่ามีหน้าที่ในการฟ้องร้องและดำเนินคดี ทำให้ประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย³⁴ แนวความคิดเช่นนี้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายโรมัน ซึ่งได้แยกลักษณะของความผิดออกเป็นความผิดต่อส่วนตัว (délit privé) กับความผิดอาญาแผ่นดิน (délit public) และการแยกดังกล่าวทำให้เกิดการฟ้องคดีตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ดังเช่นในกรณีความผิดต่อส่วนตัว อำนาจฟ้องยังคงเป็นของผู้เสียหาย ส่วนกรณีความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งกฎหมายโรมันเห็นว่าเป็นการก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยในสังคมและสร้างความเสียหายต่อประโยชน์ของมหาชนด้วย ดังนั้น จึงถือว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย ไม่ว่าจะบุคคลเหล่านั้นจะได้รับผลร้ายโดยตรงจากการกระทำความผิดนั้นหรือไม่ก็ตาม เหตุนี้อำนาจฟ้องจึงเป็นของประชาชนทุกคน³⁵

2.2.1.3 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution)

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนี้เป็นหลักที่เกิดขึ้นใหม่ กล่าวคือ เป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐซึ่งมีแนวความคิดในทางอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) คือ การกระทำใดที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสังคม รัฐซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยจะต้องเข้าไปดำเนินการป้องกันการกระทำดังกล่าวนี้ ซึ่งแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายที่การฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นสิทธิของเอกชนผู้เสียหาย ซึ่งเป็นแนวความคิดทางปัจเจกชนนิยม (Individualism) กล่าวคือ ให้เอกชนมีสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวมาก แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนี้ก็มิได้หมายความว่ารัฐจะผูกขาดอำนาจในการดำเนินคดีอาญาไว้แต่เพียงผู้

³³ อุคม รัฐอมฤต. (2535). “การฟ้องคดีอาญา”. วารสารนิติศาสตร์, 22, 2. หน้า 243.

³⁴ คณิง ภาไชย ก (2531). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. หน้า 69.

³⁵ อุคม รัฐอมฤต. หน้าเดิม.

เดียว แม้ในประเทศที่ถือหลักนี้อย่างเคร่งครัดก็ยังมีกรณีผ่อนคลายเป็นเอกชนผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีอาญาได้ เช่น ประเทศเยอรมัน แต่ก็ได้มีการจำกัดประเภทและฐานความผิดเอาไว้³⁶

อาจกล่าวได้ว่าหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐมีแนวคิดพื้นฐานหรือแหล่งที่มาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปเป็นส่วนใหญ่ โดยมุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิของสมาชิกในสังคมหรืออาจเรียกว่า ประชาชนสาธารณะ ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐส่วนมากจะมีหน่วยงานของรัฐที่เรียกว่า “พนักงานอัยการ” ซึ่งมีสถานภาพเป็นเจ้าพนักงานของรัฐหรือตัวแทนของรัฐนั่นเอง โดยมีภาระหน้าที่ 3 ประการ คือ ภาระหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมในทางอาญา ภาระหน้าที่ในการรักษาประโยชน์ของรัฐ และภาระหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ³⁷

การดำเนินคดีอาญาโดยเจ้าพนักงานของรัฐนี้ถือเป็นหน้าที่โดยตรงที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวนฟ้องร้อง ซึ่งมีปัญหาให้พิจารณาอยู่ 2 ประเด็น คือ³⁸ การใช้อำนาจสอบสวนฟ้องร้องของเจ้าพนักงานของรัฐ สมควรกระทำในทุกคดีที่ปรากฏหลักฐานอันพอจะเชื่อได้ว่าการกระทำความผิดหรือไม่ และหากเจ้าพนักงานของรัฐสามารถรวบรวมพยานหลักฐานได้เพียงพอที่จะฟ้องต่อศาลได้ สมควรจะต้องฟ้องบุคคลนั้นต่อศาลในทุกคดีหรือไม่

สำหรับปัญหาดังกล่าว แนวทางปฏิบัติของเจ้าพนักงานของรัฐย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศว่ายึดถือ “หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย” (Legality Principle) หรือ “หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ” (Opportunity Principle) ดังจะกล่าวต่อไปนี้³⁹

1) หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality Principle)

หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายเป็นหลักที่กำหนดถึงอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนฟ้องร้อง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นหลักที่บังคับ

³⁶ คณิต ฌ นคร ก (2540). “ปัญหาการใช้ดุลพินิจของอัยการ”. รวบรวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร. หน้า 31-32.

³⁷ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. “อัยการกับกระบวนการยุติธรรม”. วารสารกฎหมาย, 17, 1. หน้า 149.

³⁸ ณรงค์ ใจหาญ ข (2552). หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 10). หน้า 33.

³⁹ คณิต ฌ นคร ง (2540). “วิธีพิจารณาความอาญาไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน”. รวบรวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร. หน้า 312.

ให้เจ้าพนักงานของรัฐต้องทำการสอบสวนฟ้องร้องในทุกๆ คดี ไม่ว่าจะการกระทำความผิดอาญานั้น จะมีผู้มาร้องทุกข์หรือกล่าวโทษหรือไม่ก็ตาม และเมื่อเจ้าพนักงานได้ฟ้องคดีแล้วจะต้องดำเนินคดีจนถึงที่สุดโดยไม่สามารถถอนฟ้องได้ กล่าวคือ เมื่อสอบสวนแล้ว พนักงานอัยการจะต้องฟ้องร้องและดำเนินคดีอาญาไปโดยไม่อาจใช้ดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติได้⁴⁰

2) หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle)

หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจเป็นหลักที่ผ่อนคลายความเข้มงวดในการใช้กฎหมายอาญา เนื่องจากสังคมมีสภาพเปลี่ยนแปลงไป ส่งผลให้แนวคิดในการลงโทษเปลี่ยนแปลงไปด้วย จากเดิมที่ใช้ “ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน” (Vergeltungstheorie) ปัจจุบันกลับเห็นว่าการลงโทษสมควรมีจุดมุ่งหมายอยู่ 2 กรณี คือ กรณีแรก : เพื่อเป็นการป้องกันทั่วไป (Generalprävention) คือ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมจะไม่นิ่งเฉยกับการกระทำของตน พร้อมกับเป็นการเตือนบุคคลอื่นว่าหากได้มีการกระทำความผิดขึ้นมาอีก ก็จะต้องถูกลงโทษเช่นเดียวกัน ส่วนกรณีที่สอง : เพื่อเป็นการป้องกันพิเศษ (Spezialprävention) หมายถึง เป็นการลงโทษที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดและความชั่วของผู้กระทำความผิด เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลนั้นได้รับการแก้ไขปรับปรุงความประพฤติของตนไม่ให้กระทำผิดซ้ำอีกและมีโอกาสกลับเข้าสู่สังคมได้ จากเหตุผลตามที่กล่าวมานี้กฎหมายจึงได้มีบทบัญญัติให้เจ้าพนักงานของรัฐใช้ดุลพินิจในการไม่ดำเนินการสอบสวนหรือยุติการสอบสวน และหากได้ทำการสอบสวนแล้วเห็นว่าผู้ต้องหากระทำผิดจริงและมีพยานหลักฐานพอฟ้อง เจ้าพนักงานอาจไม่ฟ้องผู้ต้องหา นั้น ซึ่งขึ้นอยู่กับเหตุผลของแต่ละคดีไป

จะเห็นได้ว่า ในแต่ละหลักนั้นก็ยังมีทั้งข้อดีและข้อเสียอยู่ในตัวของมันเอง กล่าวคือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย มีข้อดี คือ เป็นหลักประกันความเสมอภาคตามกฎหมาย ซึ่งเจ้าพนักงานจะต้องไม่ใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ และเป็นเกราะคุ้มกันเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจฟ้องคดีที่จะไม่ถูกบังคับให้ใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีที่มีมูลด้วย กล่าวคือ ป้องกันมิให้มีการใช้อิทธิพลทางการเมือง หรือ โดยมีขอบทางอื่นที่จะบังคับมิให้เจ้าพนักงานปฏิบัติการตามหน้าที่⁴¹ ส่วนข้อเสีย คือ

⁴⁰ ชาญจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา. (2534). “อัยการกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดี : ข้อเสนอสำหรับประเทศไทย”. *บทบัญญัติ*, 47, 4. หน้า 113.

⁴¹ John H. Langbein. *Comparative Criminal Procedure : Germany*. pp. 91-92. อ้างถึงใน ณรงค์ ใจหาญ ข เล่มเดิม. หน้า 33-34.

ทำให้เกิดความแข็งแกร่งในการใช้กฎหมาย และมีแนวคิดที่ค่อนข้างเป็นการแก้แค้นต่อผู้กระทำความผิด โดยไม่คำนึงว่าผู้นั้นควรต้องรับโทษทางอาญาหรือไม่⁴²

ส่วนข้อดีของหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ คือ ทำให้เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาได้ยืดหยุ่น เพื่อปรับให้เข้ากับสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป และเป็นการลดความแข็งแกร่งของกฎหมายลงได้ แต่ก็ยังมีข้อเสีย คือ ถ้าการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานดังกล่าวขาดการควบคุมที่ดี จะก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติและทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย⁴³

ในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยนั้น ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายกลับให้สิทธิแก่เอกชนผู้เสียหายในการฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งจะเห็นได้จากมาตรา 28 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁴⁴ กรณีเช่นนี้จึงเห็นได้ว่าแตกต่างกับกรณีของต่างประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้เสียหายเองไม่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้โดยตรง

อย่างไรก็ดี หากพิจารณากฎหมายในประเทศต่างๆก็จะเห็นได้ว่า มีการยอมรับหลักการดำเนินคดีอาญาทั้งสองหลักที่กล่าวข้างต้นนี้แตกต่างกัน ซึ่งพอจะแยกได้เป็น 3 ประเภท คือ ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายอย่างเดียว เช่น ออสเตรเลีย อิตาลี และสเปน เป็นต้น ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ เช่น ญี่ปุ่น เบลเยียม สาธารณรัฐฝรั่งเศส เดนมาร์ก และฮอลแลนด์ เป็นต้น ส่วนประเทศที่ใช้ทั้งสองหลัก ก็เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และไทย เป็นต้น

ในส่วนที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้ทั้งหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายและหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจประกอบกันนั้น มีข้อพิจารณาดังนี้

⁴² คณิต ฌ นคร ค เล่มเดิม. หน้า 32-33.

⁴³ ณรงค์ ใจหาญ ข เล่มเดิม. หน้า 34.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญา

ต่อศาล

(1) พนักงานอัยการ

(2) ผู้เสียหาย”

ในส่วนที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย ก็เนื่องจากกรณีที่การดำเนินการสอบสวนซึ่งกระทำโดยพนักงานสอบสวนนั้นกฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าพนักงานสอบสวนจะใช้ดุลพินิจที่จะไม่ดำเนินการสอบสวนในคดีที่เป็นความผิดอาญาได้หรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 122 ที่เปิดโอกาสให้พนักงานสอบสวนมีดุลพินิจไม่ดำเนินการสอบสวนได้ จึงอาจแปลความหมายได้ว่า กรณีที่นอกเหนือจากที่มาตรา 122 ระบุไว้ พนักงานสอบสวนต้องดำเนินการสอบสวน ดังนั้น จึงเห็นว่าการดำเนินคดีของพนักงานสอบสวนเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย⁴⁵ แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ นั้น มีคดีอยู่ไม่น้อยที่พนักงานสอบสวนไม่ดำเนินการสอบสวนแม้ว่าจะมีการแจ้งความให้ดำเนินคดี⁴⁶

ส่วนกรณีที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ ก็เนื่องจากกรณีที่การดำเนินคดีของพนักงานอัยการนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานอัยการมีหน้าที่ในการสั่งคดีและฟ้องร้อง กล่าวคือ มาตรา 141, 143 และ 144 ได้ให้อำนาจพนักงานอัยการที่จะใช้ดุลพินิจฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีอาญา นอกจากนี้ ในมาตรา 145 และ 35 ยังเปิดโอกาสให้พนักงานอัยการถอนฟ้องคดีอาญาได้ ซึ่งการที่พนักงานอัยการมีอำนาจถอนฟ้องคดีอาญาได้ แสดงว่า กฎหมายอนุญาตให้ใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาได้ ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจนั่นเอง⁴⁷

กล่าวโดยสรุป การกระทำความผิดอาญาใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลผู้เสียหายและผู้เสียหายได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น โดยตรง น่าจะเป็นกรณีที่มีการบัญญัติให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ เพราะการดำเนินคดีต่อไปย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางสังคม เนื่องจากความผิดดังกล่าวมีเพียงผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายเท่านั้นที่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น ถ้าหากมีการดำเนินคดีก็จำเป็นต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง กรณีอาจทำให้ผู้เสียหาย

⁴⁵ อนุมัติ ใจสมุทร. (2514). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 726.; คณิต ฌ นคร จ (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 62.

⁴⁶ ธเนศ ชาลี. (2539). “มาตรการการควบคุมการเริ่มต้นคดีของตำรวจ”.

⁴⁷ คณิต ฌ นคร จ หน้าเดิม.

ได้รับความเสียหายมากขึ้น เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น ส่วนการกระทำความผิดอาญาใดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมส่วนรวม โดยผู้เสียหายไม่ได้รับผลกระทบโดยเฉพาะเจาะจง กรณีดังกล่าวจึงไม่อาจที่จะขอมความกันได้ เช่นนี้แล้วจึงน่าจะบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือความผิดอันยอมความไม่ได้

ฉะนั้น ในความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ หากผู้เสียหายไม่คิดใจเอาความกับผู้กระทำความผิด เช่น ไม่ยอมรับร้องทุกข์ ตำรวจก็จะไม่มีอำนาจสอบสวน หรือหากมีการดำเนินคดีต่อไป ผู้เสียหายอาจถอนคำร้องทุกข์ ทำให้สิทธิในการดำเนินคดีอาญานั้นระงับสิ้นไป ส่วนความผิดอาญาแผ่นดิน บุคคลผู้เสียหายไม่เป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีของรัฐ แม้บุคคลผู้เสียหายจะไม่เอาความก็ตาม รัฐก็ต้องดำเนินการสอบสวนฟ้องร้องและพิจารณาพิพากษาคดีไปตามกฎหมาย เช่นนี้ ในเรื่องเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีอาญาจึงต้องพิจารณาส่วนได้เสียที่ถูกกระทบจากการกระทำความผิด ด้วยเหตุนี้ แม้จะได้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐเพื่อฟ้องคดีอาญาเอง ก็ไม่ทำให้การฟ้องคดีอาญาโดยเอกชนหมดความสำคัญลงไปได้ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงสมควรที่จะพิจารณาในส่วนได้เสียของฝ่ายหนึ่งเป็นหลัก กล่าวคือ พิจารณาจากผู้ที่ได้รับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้นเองว่าระหว่างบุคคลผู้เสียหายหรือรัฐ ฝ่ายไหนได้รับความเสียหายมากน้อยกว่ากันเพียงใด

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาของประเทศไทยถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก ส่วนการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนนั้นเป็นหลักรอง⁴⁸ เพราะการกระทำความผิดอาญาทุกความผิดเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และได้มีการยอมรับให้เอกชนผู้เสียหายฟ้องร้องคดีอาญาได้ ก็เท่ากับยอมรับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนว่าใครๆก็เป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญานั้นเองได้⁴⁹

ส่วนในกรณีที่เป็นความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายของไทยเรานั้น ในทางปฏิบัติจะเห็นได้ว่า ผู้เสียหายจะเป็นหลัก กล่าวคือ แม้จะได้มอบอำนาจให้รัฐดำเนินคดี หากผู้เสียหาย

⁴⁸ คณิง ภาไชย ก เล่มเดิม. หน้า 69.

⁴⁹ คณิต ฃ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 34-38. : กุลพล พลวัน. (2526, กุมภาพันธ์). “บทบาทของพนักงานอัยการในการเป็นโจทก์”. วารสารอัยการ, 6, 62. หน้า 26.

ประสงค์จะยุติการดำเนินคดีนั้นของเจ้าพนักงานก็สามารถที่จะกระทำได้ทุกเมื่อ แม้ในชั้นฎีกา ผู้เสียหายก็สามารถถอนคำร้องทุกข์ได้⁵⁰

2.2.2 หลักคุณธรรมทางกฎหมาย

ในการศึกษาความผิดอาญาฐานต่าง ๆ นั้น สมควรที่จะต้องพิจารณาถึงสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งเป็นเรื่องในทางความคิด สิ่งนี้ในทางตำราเยอรมันเรียกว่า Rechtsgut หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” ตามตำรากฎหมายของท่าน ศ.ดร.คณิต ฒ นกร เพราะในการบัญญัติความผิดอาญา ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรงหรือไม่ แต่การบัญญัตินั้นก็แสดงให้เห็นถึงการยอมรับเอาคุณธรรมทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเข้าไปโดยอัตโนมัติ ซึ่งไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิดหรือเป็นสิ่งที่ป็นนามธรรม กล่าวโดยเฉพาะเป็นสิ่งที่ป็น “ประโยชน์” (Interesse หรือ Interest) หรือเป็นสิ่งที่ป็น “คุณค่า” (Wert หรือ Value) ในการอยู่ร่วมกันของสังคมมนุษย์ ดังนั้นในการที่จะให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความเป็นปกติสุขนั้น มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมาย จึงหมายถึง “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” นั่นเอง⁵¹

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติต่างๆ ของประมวลกฎหมายอาญาก็จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเหล่านั้นมีสิ่งที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นพื้นฐานรวมอยู่ในนั้นด้วย ซึ่งทำให้สามารถรับรู้ได้ถึงเหตุผลในการบัญญัติความผิดอาญาฐานต่างๆ ได้อย่างละเอียดลึกซึ้งว่า เหตุใดรัฐจึงบัญญัติให้ความผิดอาญาฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ความผิดอาญาอีกฐานหนึ่งกลับป็นความผิดอาญาแผ่นดิน และการที่คุณธรรมทางกฎหมายได้มีการแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม จึงทำให้มีผลต่อการพิจารณาเรื่องผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้ใดจะเป็นผู้เสียหายที่ถูกกระทบจากการกระทำความผิดได้ ก็จะต้องดูที่ผู้ผู้นั้นเป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายนั้นหรือไม่ เช่นนี้ จึงต้องพิจารณาเสียก่อนว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดอาญาฐานนั้นๆ คืออะไร และเมื่อได้คำตอบแล้วก็จะต้อง

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11/2518

⁵¹ คณิต ฒ นกร ก เล่มเดิม. หน้า 132.

พิจารณาต่อไปว่า คุณธรรมทางกฎหมายนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลหรือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม⁵²

คุณธรรมทางกฎหมายจึงแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

2.2.2.1 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ เป็นต้น คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนี้ยังอาจแบ่งย่อยออกเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย ซึ่งการแบ่งย่อยต่อออกไปนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น

โดยทั่วไป คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ผู้เป็นเจ้าของสามารถ ไล่ความคุ้มครองได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์นั้น แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจไล่ความคุ้มครองได้⁵³

สำหรับคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดลึกลับขณะใดเป็นคุณธรรมที่มุ่งจะคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน (individualrechtsgut) จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าผลของการกระทำความผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน ถ้าสังคมส่วนรวมได้รับความเสียหายมากกว่า ก็ต้องถือว่ามีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่หากผลจากการกระทำความผิดดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อเอกชนผู้เสียหายโดยตรงมากกว่าความเสียหายที่สังคมได้รับ รัฐก็จะต้องปล่อยให้สิทธิของผู้เสียหายที่จะตัดสินใจเองว่าสมควรจะเอาโทษผู้กระทำผิดหรือไม่ รัฐมีหน้าที่เพียงแต่คอยช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกเพื่อให้ความประสงค์ของ

⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) และคดี ต. น. คร. จ. (2521, มกราคม). “ผู้เสียหายในคดีอาญา”. วารสารอัยการ, 1, 1. หน้า 49-50.

ศาสตราจารย์คณิง ภาไชย ได้พิจารณาตีความคำว่า “ผู้เสียหายตามสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง” ได้ว่า ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายใดมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองบุคคลประเภทใดแล้วการฝ่าฝืนบทบัญญัตินั้นๆเป็นการกระทำความผิดต่อบุคคลนั้น บุคคลนั้นจึงเป็นผู้เสียหาย” ส่วนศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ. น. คร. ได้พิจารณาตีความคำว่า “ผู้เสียหาย โดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายได้ว่า ผู้เสียหาย หมายถึง บุคคลที่ คุณธรรมทางกฎหมายของเขาถูกล่วงละเมิดจากการกระทำความผิดอาญา”.

⁵³ คณิต ฒ. น. คร. ก. เล่มเดิม. หน้า 133-134.

ผู้เสียหายสำเร็จไปเท่านั้น ความผิดในลักษณะเช่นนี้ก็จะถูกแบ่งแยกออกมาเป็นความผิดประเภทที่ ยอมความได้

ในกรณีที่คุณธรรมทางกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองบุคคลผู้เสียหายโดยตรง จะ สังเกตเห็นได้ว่าบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายอาญาก็จะมีสิ่งที่คุณกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแฝงอยู่ ด้วย ฉะนั้น บุคคลผู้เสียหายที่เป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งซึ่ง ก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อบุคคลผู้เสียหายนั้นโดยตรง ก็จะทำให้บุคคลนั้นเข้ามาเป็นเงื่อนไข ให้อำนาจดำเนินคดีอาญาแก่เจ้าพนักงานของรัฐสำหรับคดีความผิดที่ยอมความกันได้ เช่น ความผิด เกี่ยวกับเพศตามมาตรา 276 ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายคือ “เสรีภาพในทางเพศ” กล่าวคือ เสรีภาพใน การที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง⁵⁴ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามมาตรา 352 ฐาน ยักยอก ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ “กรรมสิทธิ์”⁵⁵ รัฐจึงเปิดโอกาสให้บุคคล ผู้เสียหายเข้ามาเพื่อป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของตน โดยผู้เสียหายมีอิสระที่จะตัดสินใจว่าจะ ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่ เพราะผู้เสียหายบางคนไม่ต้องการเสื่อมเสีย จึงทนนิ่งเฉย เสียดีกว่าให้เรื่องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมซึ่งอาจจะทำให้เรื่องอื้อฉาวขึ้น⁵⁶

2.2.2.2 คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม เช่น “ความปลอดภัยในการจราจร” ในความผิด ตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร “ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา” ในความผิด เกี่ยวกับเงินตรา “ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน” ในความผิดฐานกบฏ ดินแดน เป็นต้น⁵⁷

ดังนั้น ถ้าหากคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดใดเป็นคุณธรรมที่มุ่งคุ้มครองถึง ประโยชน์ที่เป็นส่วนรวม (universalrechtsgut) ต้องถือว่าสังคมส่วนรวมเสียหายจากการกระทำผิด นั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐเท่านั้นที่จะเข้าดำเนินการใดๆ เพื่อระงับข้อพิพาทและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยลักษณะเช่นนี้ความผิดประเภทดังกล่าวจะเป็นความผิดประเภทที่ไม่สามารถยอมความได้

⁵⁴ คณิต ฌ นคร ช (2553). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10). หน้า 415-416.

⁵⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2548). คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 50.

⁵⁶ วุฒิสาสตร์ เนติญาณ. (2520). วิธีพิจารณาความอาญา ม.ป.ท. หน้า 7.

⁵⁷ คณิต ฌ นคร ก หน้าเดิม.

เพราะขัดกับหลักคดีอาญาที่จะตกลงกันไม่ได้ถ้ารัฐไม่มีนโยบายให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิในการเป็นเงื่อนไขให้อ่านาจดำเนินคดี (Prozessvoraussetzung)⁵⁸ ซึ่งหากปล่อยให้มีการยอมความกันโดยคู่กรณีที่พิพาทตกลงยอมความกันเอง การตกลงดังกล่าวจะไม่มีผลเป็นการระงับข้อพิพาททางอาญา อันจะมีผลให้ข้อพิพาทระงับลงตามกฎหมาย

ฉะนั้น อาจกล่าวได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายนี้เป็นพื้นฐานในทางความคิดที่ว่าความผิดอาญาฐานใดควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และความผิดอาญาฐานใดควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้หรือความผิดอาญาแผ่นดิน โดยหากพิจารณาลงไปให้ลึกซึ้งก็จะพบสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นแฝงอยู่ในบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายอาญา ซึ่งมีทั้งสิ่งที่เป็นประโยชน์ส่วนบุคคลกับสิ่งที่เป็นประโยชน์สาธารณะ จึงสมควรที่จะต้องพิจารณาอย่างละเอียดว่าการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้นกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม โดยใช้หลักการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgutabwegung) ซึ่งตามหลักนี้ถือว่า การที่จำเป็นต้องล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่ง ก็เพื่อคุ้มครองรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่า⁵⁹ หรืออาจเรียกว่า การชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ (Balancing of interest หรือ Güterabwägungsprinzip)⁶⁰ ซึ่งหลักการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายนี้ได้พัฒนาขึ้นโดยศาลสูงสุดแห่งอาณาจักรไรซ์ (Reichsgericht) ในปี ค.ศ. 1927 โดยมีหลักอยู่ว่า เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์แล้ว ผู้กระทำความผิดจะกระทำการเพื่อรักษาผลประโยชน์ที่สูงกว่าไว้ หลักนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ความจำเป็นที่อยู่เหนือตัวบทกฎหมาย (extra-statutory necessity)⁶¹

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การศึกษาลงไปให้ลึกซึ้งถึงประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือที่เรียกว่าคุณธรรมทางกฎหมายนั้น ก่อให้เกิดประโยชน์ในหลายประการ กล่าวคือ

1) คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของความผิดอาญาฐานต่างๆ ซึ่งเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้

⁵⁸ กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2532). “ความยินยอมในกฎหมายอาญา”. หน้า 51.

⁵⁹ คณิต ฒ นคร ฒ เล่มเดิม. หน้า 48.

⁶⁰ Albin Eser. **Justification and Excuse**. Jerome Holl, Comment on Justification and Excuse, 24Am. J. Comp.L. 629-630, (1976). อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 5.

⁶¹ ชัยวิน ระเบียบขัย. (2534). “ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์กรณีการทดลองต่อมนุษย์”. หน้า 45-47.

2) คุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ ประเภทความผิดเพื่อการศึกษา

3) โดยที่คุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งที่เป็นส่วนเอกชน (individualrechtsgut) เช่น ชีวิต เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ เป็นต้น และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยของการจราจร สภาพความแท้ของเงินตรา การรักษาไว้ซึ่งความลับของประเทศ ในทางทหาร เป็นต้น ซึ่งการแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายออกดังกล่าว จะเป็นการช่วยในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และช่วยในการพิจารณาปัญหาที่ว่าในกรณีใดบุคคลจึงจะสามารถป้องกันสิทธิของตนได้ ซึ่งเอกชนอาจป้องกันได้เฉพาะสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนเอกชนเท่านั้น และนอกจากนี้ยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย⁶²

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาในเรื่องหลักการแบ่งแยกประเภทความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน โดยนำหลักการดำเนินคดีอาญา ซึ่งได้แก่ หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน และหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ กับหลักคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายอาญา ก็จะพบว่า ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ความผิดอาญาในแต่ละฐานนั้นต้องถือว่าโดยหลักแล้วเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้หรือความผิดอาญาแผ่นดิน ส่วนกรณีความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้นั้นถือเป็นข้อยกเว้นในการที่จะให้ผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีของเจ้าพนักงานของรัฐ โดยที่ผู้เสียหายมีอิสระที่จะตัดสินใจได้ว่า จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่ ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น

ดังนั้น ในการพิจารณาเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีจึงต้องพิจารณาที่การกระทำความผิดอาญาในกรณีนั้นๆ ว่า การกระทำความผิดดังกล่าวได้สร้างผลกระทบต่อรัฐหรือต่อผู้เสียหายมากกว่ากัน แต่อย่างไรก็ดี มีบางกรณีที่ผู้เสียหายได้สละคุณธรรมทางกฎหมายนั้นไป เพื่อมิให้การกระทำความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นเป็นความผิด หรือเพื่อให้การกระทำความผิดอาญานั้นได้รับการยกเว้นโทษ⁶³ แต่การที่ผู้เสียหายสละคุณธรรมทางกฎหมายนั้นอาจจะเป็นความผิดอาญาและไม่ได้รับยกเว้นโทษก็เป็นได้หากสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นมีได้คุ้มครอง

⁶² คณิศ ฒ นคร ช (2523, มกราคม). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา”. วารสาร อัยการ, 3, 25. หน้า 59-61.

⁶³ อักขราทร จุฬารัตน. (2520). “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา”. วารสารนิติศาสตร์, 9, 1. หน้า 62.

เพียงแค่บุคคลผู้เสียหายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่กฎหมายยังประสงค์จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วย เช่นนี้ การสละคุณธรรมทางกฎหมายในลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นการกระทบต่อส่วนรวมด้วย ผู้เสียหายจึงไม่สามารถที่จะอ้างสิทธิในการเป็นเงื่อนไขให้อำนาจในการเริ่มดำเนินคดีได้

2.3 ผลในทางกฎหมายของความผิดอันยอมความได้

สำหรับความผิดอันยอมความได้ เช่น ความผิดฐานฉ้อโกง ชักยอก หรือบุกรุกนั้น ย่อมมีลักษณะที่แตกต่างกับความผิดอาญาแผ่นดิน โดยความผิดเหล่านี้หากผู้เสียหายประสงค์ที่จะไม่ดำเนินคดีอาญาต่อไป ก็สามารถตกลงยอมความกันได้ ส่วนผลที่เกิดขึ้นภายหลังการยอมความ คือ สิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2) แต่หากเป็นกรณีของความผิดอาญาแผ่นดินย่อมไม่อาจที่จะตกลงยอมความกันได้ เว้นแต่จะเป็นความผิดอาญาแผ่นดินบางประเภทที่กฎหมายบัญญัติให้ยอมความกันได้ ดังนั้น การศึกษาในเรื่องของผลในทางกฎหมายของความผิดอันยอมความได้ มีสาระสำคัญดังนี้

2.3.1 การเริ่มคดีอาญาของความผิดอันยอมความได้

การดำเนินคดีอาญาถือเป็นกระบวนการดำเนินคดีของรัฐ โดยเป็นสิทธิและหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินคดีอาญา ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อรัฐมีความสงสัยตามสมควรว่าได้มีการกระทำความผิดอาญา ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการกระทำความผิดนั้นจะรู้โดยเจ้าพนักงานของรัฐ หรือจากการกล่าวโทษหรือร้องทุกข์โดยเอกชนก็ตาม⁶⁴ ซึ่งหากเป็นกรณีที่เอกชนเป็นผู้กล่าวหา อาจกล่าวหาต่อเจ้าพนักงาน ได้แก่ การร้องทุกข์หรือการกล่าวโทษ หรืออาจกล่าวหาต่อศาลโดยตรงเลยทีเดียวโดยไม่ผ่านเจ้าพนักงานเลยก็ได้ เช่น กรณีของการฟ้องคดีอาญาโดยผู้เสียหาย⁶⁵

ดังนั้น “การร้องทุกข์”⁶⁶ ถือเป็นกลไกสำคัญในการดำเนินคดีอาญา เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะ เมื่อมีการกระทำความผิดอาญา หากมิได้มีการร้องทุกข์ก็ไม่อาจจะทำให้เจ้าพนักงานของรัฐ

⁶⁴ คณิต ฒ นคร ข เล่มเดิม, หน้า 302-303.

⁶⁵ คณิต ฒ นคร จ เล่มเดิม, หน้า 41.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121 วรรคสอง บัญญัติว่า “คดีความผิดต่อส่วนตัวห้ามมิให้ทำการสอบสวน เว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ”

สามารถทราบได้ว่าการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นเมื่อใด แม้ว่ากฎหมายจะมีได้จำกัดประเภทของความผิดอาญาที่จะร้องทุกข์ได้ แต่การร้องทุกข์มีความจำเป็นสำหรับคดีความผิดต่อส่วนตัว⁶⁷

สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการร้องทุกข์นี้ ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ในฎีกาที่ 755/2502 ว่าการร้องทุกข์นั้นย่อมมอบอำนาจให้ร้องทุกข์แทนกันได้ (ฎน.1040) กรณีดังกล่าวมีผู้ไม่เห็นด้วยโดยอธิบายว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution) เป็นหลักนำ ส่วนการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย (Private Prosecution) นั้นถือเป็นหลักการรอง ดังนั้น การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าในคดีอาญามอบอำนาจกันได้นั้น เท่ากับเป็นการขยายหลักการ และทำให้เกิดผลทางอ้อมที่ว่าทุกคนอาจฟ้องคดีอาญาได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการวางหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนทางอ้อม (Popular Prosecution) อันเป็นการนำเอาหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ปะปนกับกฎหมายอาญาโดยปราศจากข้อจำกัด ซึ่งไม่น่าจะถูกต้อง ส่วนคดีอาญาที่มีเรื่องทางแพ่งผสมอยู่มีแต่เรื่องความผิดอันยอมความได้เท่านั้น เพราะความผิดอาญาประเภทนี้เกี่ยวข้องกับเรื่องส่วนตัวของผู้เสียหายเป็นอย่างมาก⁶⁸

ส่วนกรณีที่ผู้เสียหายยังมิได้ทำการร้องทุกข์ จะถือว่าพนักงานสอบสวนมีอำนาจในการสอบสวนหรือไม่ เกี่ยวกับเรื่องนี้มีความเห็นออกเป็น 3 แนวทาง คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่า แม้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็ตาม พนักงานสอบสวนก็สามารถสอบสวนได้โดยให้คำอธิบายว่า การสอบสวนมีเนื้อหาที่สำคัญ 2 ประการ คือ เป็นการรวบรวมพยานหลักฐานและเป็นการใช้มาตรการบังคับ⁶⁹ ดังนั้นกรณีที่จำเป็นเมื่อได้รับคำร้องให้ช่วยเหลือพนักงานสอบสวนก็สามารถทำการสอบสวนในความผิดต่อส่วนตัวไปก่อนได้ แม้ว่าจะยังไม่มีคำร้องทุกข์ก็ตาม⁷⁰ ด้วยเหตุนี้ การรวบรวมพยานหลักฐานและการใช้มาตรการบังคับอื่น นอกจาก

⁶⁷ คณิต ณ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 179.

⁶⁸ คณิต ณ นคร ฉ (2521). “การมอบอำนาจให้จัดการแทนในคดีอาญา”. วารสารนิติศาสตร์, 10, 2. หน้า 188.

⁶⁹ คณิต ณ นคร ช เล่มเดิม. หน้า 5.

⁷⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 125 บัญญัติว่า “เมื่อพนักงานสอบสวน หรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจได้กระทำการสืบสวนหรือสอบสวนไปทั้งหมดหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใดตามคำขอร้องให้ช่วยเหลือ ให้ตกเป็นหน้าที่ของพนักงานนั้นจัดการให้มีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 123 และ 124”

มาตรการบังคับที่กระทำต่อเนื้อตัวผู้ต้องหา “ก่อน” การร้องทุกข์จึงสามารถกระทำได้ แต่การที่จะใช้มาตรการบังคับที่กระทำต่อเนื้อตัวผู้ต้องหา เช่น การจับ การนำตัวและการควบคุมนั้น ไม่สามารถกระทำได้นักกว่าจะมีการร้องทุกข์ตามระเบียบแล้ว⁷¹

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า หลักของมาตรา 125 นั้น ใช้เฉพาะคดีความผิดต่อแผ่นดินเท่านั้น ดังนั้น หากยังไม่มีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ เจ้าหน้าที่ตำรวจมีสิทธิดำเนินการ “สืบสวน” คดีอาญาเท่านั้น ไม่มีอำนาจดำเนินการสอบสวน⁷²

ฝ่ายที่สาม แนวทางที่ศาลฎีกาวางหลักไว้ กล่าวคือ แม้จะเป็นความผิดต่อส่วนตัว แต่หากว่าเป็นการกระทำที่ทำให้รัฐเสียหายแล้ว เจ้าพนักงานของรัฐก็สามารถดำเนินคดีอาญาได้ แม้จะไม่มีคำร้องทุกข์ตามระเบียบก็ตาม ซึ่งเป็นไปตามคำพิพากษาฎีกาที่ 405/2464 วินิจฉัยว่า “จำเลยบุกรุกเข้าไปในสถานีรถไฟอันเป็นสถานที่ราชการ แล้วจำเลยใช้ศาสตราวุธตีและฟันประตูและเสาสถานีนั้นชำรุด ดังนี้ ถึงแม้จะไม่มีผู้ร้องทุกข์ขอให้กล่าว เจ้าพนักงานอัยการก็มีอำนาจฟ้องร้องได้ เพราะเป็นสถานที่ของรัฐบาล และอัยการก็เป็นนายของแผ่นดินอยู่แล้ว (ธ.5 น.294)”

นอกจากนี้ สำนักงานอัยการสูงสุดก็มีความเห็นในทำนองเดียวกัน โดยจะเห็นได้จากกรณีการล่อโก่งที่เป็นการกระทำให้รัฐได้รับความเสียหาย เช่น ในคดีทุจริตซื้อที่ดินทิ้งขยะเมืองพัทยาซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ไปโดยทุจริต และเมื่อถูกร้องเรียนกลับไม่ยอมเข้าร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานสอบสวน ทำให้เจ้าพนักงานสอบสวนต้องมีหนังสือหาหรือสำนักงานอัยการสูงสุดในประเด็นเรื่องการร้องทุกข์ว่า จะสามารถทำการสอบสวนโดยไม่มีคำร้องทุกข์ได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตอบว่า “ทรัพย์สินของนิติบุคคลซึ่งเป็นองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ ต้องถือว่าเป็นทรัพย์สินของส่วนรวม ฉะนั้น ความผิดฐานล่อโก่งที่กระทำต่อนิติบุคคลที่เป็นองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ จึงไม่เป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ที่จะต้องห้ามตามมาตรา 121 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การดำเนินคดีกับผู้ล่อโก่งทรัพย์สินขององค์กรหรือหน่วยงานของรัฐจึงกระทำได้โดยมิพักต้องมีการร้องทุกข์” (คำชี้

⁷¹ คณิต ฒ นคร จ เล่มเดิม, หน้า 126-127.

⁷² หยุค แสงอุทัย ก (2507). *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา : ศึกษาทางคำพิพากษาฎีกา*. หน้า 840.

ขาดของสำนักงานอัยการสูงสุดที่ 107/2541)⁷³ ซึ่งกรณีนี้จะเห็นได้ว่า รัฐได้มีการชั่งน้ำหนักระหว่างคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองที่อยู่เบื้องหลังความผิคนั้นๆว่ากระทบต่อประโยชน์ของรัฐหรือปัจเจกชนมากกว่ากัน หากการกระทำนั้นกระทบต่อประโยชน์ของรัฐมากกว่า รัฐก็มีสิทธิที่จะเข้าไปดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ โดยมีต้องคำนึงถึงเจตจำนงของผู้เสียหายว่ามีความประสงค์จะให้รัฐทำเช่นนั้นหรือไม่

2.3.2 เหตุที่ทำให้คดีอาญาระงับ

เหตุที่ทำให้คดีอาญาระงับในความผิคนั้นยอมความได้มีหลายประการ เช่น การถอนคำร้องทุกข์ การถอนฟ้อง หรือการยอมความโดยถูกต้องตามกฎหมาย การกระทำเหล่านี้ถือว่าเป็น “เงื่อนไขระงับคดี” (Prozesshindernis) ซึ่งหมายถึงเหตุการณ์ใดๆ ที่สกัดกั้นการชี้ขาดเนื้อหาคดี และทันทีที่เกิดเหตุการณ์นั้นๆ ขึ้น การดำเนินคดีในคดีที่มีเป้าหมายเพื่อการชี้ขาดเนื้อหาคดีจะกระทำมิได้ โดยเงื่อนไขระงับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 มีอยู่หลายประการ และบางประการก็มีใช้เงื่อนไขระงับคดีโดยแท้ ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้⁷⁴

2.3.2.1 ความตายของผู้กระทำความผิด

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 38 บัญญัติว่า “โทษให้เป็นอันระงับไปด้วยความตายของผู้กระทำความผิด” และบทบัญญัตินี้ถือเป็นเรื่องเดียวกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 ซึ่งความตายของผู้กระทำความผิคนั้น ไม่ถือว่าเป็นเงื่อนไขระงับคดี เพราะกรณีจะเป็นเงื่อนไขระงับคดีได้คดีต้องมีอยู่หากแต่ดำเนินการต่อไปไม่ได้ ขณะที่ความตายของผู้กระทำความผิคนั้นกลับมีผลทำให้คดีอาญาตกไปทั้งคดี กล่าวคือ ไม่มีคดีอาญาหลงเหลืออยู่ให้พิจารณาอีกต่อไป

2.3.2.2 การถอนคำร้องทุกข์

การถอนคำร้องทุกข์ หมายถึง การไม่คิดใจดำเนินคดีที่ได้ร้องทุกข์ไว้ทั้งเรื่องหรือเฉพาะการกระทำความผิคนั้นใดฐานหนึ่ง (ถ้าเป็นการร้องทุกข์ในการกระทำความผิคนั้นหลายฐาน) หรือเฉพาะผู้กระทำความผิคนั้นใดคนหนึ่ง (ถ้าเป็นการกล่าวหาผู้กระทำความผิคนั้นหลายคน) และโดยปกติการถอนคำร้องทุกข์ต้องกระทำโดยชัดแจ้ง คือ ต้องกระทำเป็นคำร้องขอถอนคำร้องทุกข์ตามนัยนั้น

⁷³ คณิต ฌ นคร ช เล่มเดิม. หน้า 5-6.

⁷⁴ คณิต ฌ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 176-184.

ด้วย⁷⁵ และเมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ไปแล้ว พนักงานสอบสวนจะหมดอำนาจที่จะดำเนินการสอบสวนหรือฟ้องร้องคดีนั้นต่อไป⁷⁶

2.3.2.3 การถอนฟ้อง

การถอนฟ้องเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังที่โจทก์ได้ยื่นฟ้องไปแล้ว ต่อมาอาจมีพฤติการณ์บางประการเกิดขึ้นแก่คดีของโจทก์ หรือโดยเหตุผลอื่นใดก็ตาม ทำให้โจทก์ไม่ต้องการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป ดังนี้ โจทก์อาจทำได้ด้วยการถอนฟ้อง⁷⁷ ซึ่งในคดีความผิดต่อส่วนตัว โจทก์ย่อมถอนฟ้องได้ “ก่อนคดีถึงที่สุด” แต่หากจำเลยขอคัดค้านการถอนฟ้องของโจทก์ ศาลจะต้องยกคำร้องขอถอนฟ้องนั้นเสีย

การถอนฟ้องนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจซึ่งขาดเนื้อหาของศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 36 (2) (3) ซึ่งอำนาจของศาลดังกล่าวจะสิ้นสุดในกรณีดังนี้⁷⁸

- 1) คดีความผิดต่อส่วนตัวเมื่ออัยการถอนฟ้องโดยได้รับความยินยอมของผู้เสียหาย
- 2) คดีความผิดต่อส่วนตัวเมื่อผู้เสียหายถอนฟ้อง

นอกจากนี้ในเรื่องการถอนฟ้องยังมีผู้อธิบายว่า ในคดีความผิดอันยอมความได้จะมีลักษณะของความเสียหายเป็นการเฉพาะที่มีผลกระทบต่อบุคคลเท่านั้น ซึ่งความเสียหายนั้นโดยมากจะเป็นเรื่องทางแพ่ง ดังที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า Compoundable Offence ซึ่งหมายถึงเป็นความผิดที่ตกลงกันได้ (Settled by mutual concession) อีกทั้งในอดีตขณะที่ประเทศไทยยังใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 อยู่ นั่น ก็ถือว่าการกระทำความผิดต่อส่วนตัวเป็นการละเมิดในทาง

⁷⁵ คณิง ภาไชย ข (2548). คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 8). หน้า 314.

⁷⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 484/2503 วินิจฉัยว่า ในคดีอาญาความผิดต่อส่วนตัว ผู้เสียหายได้ถอนคำร้องทุกข์แล้ว เพราะผู้ต้องหาจะยอมใช้เงิน ภายหลังผู้เสียหายจะกลับแจ้งความในเรื่องนั้นอีกหาได้ไม่ สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไปตามมาตรา 39 (2) (ฎ.น.5561).

⁷⁷ คณิง ภาไชย ข เล่มเดิม. หน้า 126.

⁷⁸ คณิต ฅ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 183.

แพ่งเท่านั้น จึงเป็นการสนับสนุนเหตุผลที่ว่า คดีความผิดต่อส่วนตัวนั้น ควรให้ผู้เสียหายถอนฟ้อง หรือยอมความกันได้เสมอ⁷⁹

2.3.2.4 การยอมความ

การยอมความในคดีอาญาเป็นกรณีเฉพาะเรื่องกับการประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะการประนีประนอมยอมความเป็นเรื่องหนึ่ง แต่การยอมความเป็นเรื่องการระงับคดีอาญาและเกี่ยวข้องกับอำนาจชี้ขาดเนื้อหาของศาล⁸⁰ โดยศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1290/2500 ว่า การฟ้อง การถอนฟ้อง หรือการยอมความในคดีอาญาไม่ใช่นิติกรรมในกฎหมายเอกชน แต่เป็นวิธีการตามบทบัญญัติในกฎหมายมหาชน (ฉ.น.1258)⁸¹

ดังนั้น การยอมความ จึงหมายความว่า การที่ผู้เสียหายหรือโจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายตกลงระงับข้อพิพาทหรือความผิดที่เกิดขึ้นกับผู้กระทำความผิดหรือจำเลย ไม่คิดว่ากล่าวเอาความอีกต่อไป ซึ่งมีผลทำให้คดีอาญาที่เกี่ยวกับความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัวระงับไป⁸² ส่วนเหตุที่กฎหมายยอมให้มีการยอมความกันได้ นั้น เพราะเห็นว่าความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นความผิดเกี่ยวข้องกับเอกชนโดยเฉพาะ เป็นต้นว่า ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เกียรติยศ ชื่อเสียงของเอกชน⁸³

2.3.3 อายุความในคดีอาญา

อายุความในคดีอาญามีอยู่ 2 ประเภท คือ อายุความฟ้องร้อง และอายุความล่วงเลยการลงโทษ ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศจะมีบทบัญญัติเรื่องอายุความทั้งสองประเภทนี้ไว้ดังนี้⁸⁴

- 1) กรณีที่รัฐไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องภายในกำหนดเวลา หรือ
- 2) ไม่สามารถนำตัวผู้ต้องคำพิพากษามาลงโทษภายในเวลาที่กำหนด

⁷⁹ ศัญญา ธรรมศักดิ์. (2530). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 456-457.

⁸⁰ คณิต ฌ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 183.

⁸¹ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. เล่มเดิม. หน้า 104.

⁸² ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. แหล่งเดิม.

⁸³ อรรถพล ใหญ่สว่าง. เล่มเดิม. หน้า 194.

⁸⁴ คณิต ฌ นคร ค เล่มเดิม. หน้า 443.

โดยที่สาเหตุทั้งสองประการตามที่กล่าวมา ถือเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้รัฐหมดอำนาจที่จะดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด หรือบังคับโทษแก่ผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งในบางประเทศได้กำหนดให้ความผิดบางฐานไม่มีการขาดอายุความฟ้องร้องหรืออายุความล่วงเลยการลงโทษ เช่น ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Völkermord หรือ Genocide) ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

ปัญหามีว่า อายุความฟ้องร้องนั้นจะถือว่าเป็นกฎหมายอาญาหรือเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งปัญหานี้มีความเห็นออกเป็น 3 แนวทาง คือ⁸⁵

แนวทางแรก เห็นว่า การที่ผู้กระทำความผิดต้องคอยหลบซ่อนให้พ้นเงื้อมมือของกฎหมายนั้น เท่ากับว่าผู้นั้นได้รับความลำบากเพียงพอแล้ว ฉะนั้น การที่คดีขาดอายุความฟ้องร้องถือเป็นกรณีที่กฎหมายยอมยกโทษให้ผู้นั้นแล้ว จึงเห็นว่า “อายุความฟ้องร้อง” เป็น “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” จากสาเหตุนี้ อายุความฟ้องร้องถือว่าเป็นกฎหมายอาญา

แนวทางที่สอง เห็นว่า การที่เวลาล่วงเลยไปยิ่งนานเท่าใดความทรงจำก็ยิ่งน้อยลงเท่านั้น ซึ่งมีผลต่อพยานหลักฐานในคดีและอาจก่อให้เกิดความผิดพลาดของกระบวนการยุติธรรมได้ จากเหตุผลทางด้านพยานหลักฐานนี้ “อายุความฟ้องร้อง” ถือเป็น “เงื่อนไขระงับคดี” (Prozesshindernis) และเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แนวทางที่สาม เห็นว่า เป็นได้ทั้งสองลักษณะ คือ เป็นเงื่อนไขระงับคดีและเป็นเหตุยกโทษให้เฉพาะตัว ดังนั้น “อายุความฟ้องร้อง” จึงเป็นทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยนอกจากจะมีอายุความฟ้องร้องและอายุความล่วงเลยการลงโทษแล้ว ยังมีอายุความอีกประเภทหนึ่งเรียกว่า “อายุความร้องทุกข์” กล่าวคือเป็นระยะเวลาที่ผู้เสียหายจะต้องร้องทุกข์ให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 สำหรับวันที่รู้เรื่องความผิด หมายถึง วันที่ผู้เสียหายรู้ว่ามีการกระทำความผิดต่อตนและรู้ว่าความผิดนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งทั้งสองวันตามที่กล่าวนี้อาจเป็นคนละวันกันได้⁸⁶

⁸⁵ คณิต ฌ นคร ค แหล่งเดิม. หน้า 444-445.

⁸⁶ คณิต ฌ นคร ค แหล่งเดิม. หน้า 448-449.

การที่กฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความฟ้องร้องคดีและกำหนดเวลาที่ล่วงเลยเวลาการลงโทษไว้นั้น เนื่องด้วยเหตุผลสำคัญ 3 ประการ คือ⁸⁷

1) กฎแห่งการลืม (la loi de l'oubli) กล่าวคือ เมื่อเวลาล่วงเลยไป ยิ่งนานเท่าใดความทรงจำก็ยิ่งน้อยลงเท่านั้น ความแม่นยำในเหตุการณ์ที่ผ่านไปก็จะลดลง อีกทั้งการพิสูจน์ของฝ่ายโจทก์และจำเลยก็จะเป็นไปด้วยความยากลำบากและก่อให้เกิดความผิดพลาดเพิ่มมากขึ้น และยิ่งเวลาผ่านไปเนิ่นนานขึ้น จะทำให้เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นถูกลืมไป ดังนั้น ก็ไม่มีประโยชน์อันใดที่จะรื้อฟื้นฟ้องร้องพิพากษาโทษกันอีก อันจะเป็นการสร้างควมวุ่นวายให้กับประชาชนขึ้นใหม่

ข้อสังเกต กฎแห่งการลืมนี้น่าสอดคล้องกับเรื่องความหนักเบาแห่งความผิด ซึ่งกฎหมายได้กำหนดอายุความสั้นยาวตามความผิดนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความผิดที่ไม่ร้ายแรงหรือเล็กน้อยย่อมถูกลืมง่าย ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดอายุความให้มีระยะเวลาสั้นกว่าความผิดหนักหรือความผิดฉกรรจ์ ซึ่งเป็นที่จดจำของสังคมและถูกลืมได้ยาก เช่น ความผิดลหุโทษมีอายุความหนึ่งปี ขณะที่ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นมีอายุความถึงยี่สิบปี เป็นต้น⁸⁸

2) เป็นการทรมานผู้กระทำความผิด จากที่ผู้กระทำความผิดต้องหลบหนีไปจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาของอายุความที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ย่อมเป็นการทรมานบุคคลผู้นั้นพอสมควร ถือว่าเป็นการลงโทษอีกทางหนึ่ง ดังนั้น เมื่อผู้กระทำความผิดได้หลบหนีไปจนพ้นระยะเวลาของอายุความในความผิดนั้นๆ แล้ว จึงเป็นการไม่สมควรที่จะถูกนำตัวกลับมาลงโทษซ้ำอีก ซึ่งเป็นไปตามหลัก “non bis in idem” (not twice for the same) หรือ “nemo bis punitur pro eodem delicto” (no man is punished twice for the same offense) หมายถึง บุคคลไม่ควรถูกลงโทษสองครั้งในความผิดเดียวกัน⁸⁹

3) ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องควบคุมความประพฤติของตนเอง เพราะการที่ผู้กระทำความผิดต้องหลบหนีไปจนกว่าจะครบกำหนดอายุความ บุคคลนั้นย่อมต้องควบคุมประพฤติของตนเองมิให้เป็นที่สนใจของประชาชน จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าเขาได้ระวังตนเองอย่างดีจนไม่สมควรถูก

⁸⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, เล่มเดิม, หน้า 1271-1272.

⁸⁸ สมพร พรหมหิตาธร. (2543). อายุความแพ่ง-อาญา และคดีแพ่งเกี่ยวกับคดีอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 140.

⁸⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก (2548). ประมวลกฎหมายอาญาระบบอ้างอิง (พิมพ์ครั้งที่ 17). หน้า 53.

ลงโทษซ้ำอีก ดังนั้น อายุความจึงเป็นปัจจัยที่ทำให้บุคคลนั้นต้องรู้สำนึกที่จะควบคุมความประพฤติของตนเองให้ได้ ถือได้ว่าเป็นนโยบายในทางอาญาในการป้องกันการกระทำความผิดในทางอาญา

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของอายุความฟ้องคดี ยังได้ถูกแบ่งออกเป็น 2 ชั้น คือ อายุความทั่วไป และอายุความในความผิดอันยอมความได้ ซึ่งอายุความทั้งสองประเภทนี้มีลักษณะที่แตกต่างกัน 2 ประการ คือ⁹⁰

1) อายุความทั่วไป ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 95 จะเริ่มนับตั้งแต่วันที่เกิดเหตุกระทำความผิด ซึ่งวิธีการนับอายุความฟ้องคดีนั้น ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 198-199/2508 ให้นับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 193/3 มาตรา 193/5 และมาตรา 193/8 กล่าวคือ มิให้นับวันแรกแห่งระชาระเวลานั้นเข้าด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ จึงต้องนับวันถัดไปจากวันที่เกิดเหตุเป็นวันแรก (ฎน.182)⁹¹

2) อายุความในความผิดอันยอมความได้ ได้แก่ อายุความร้องทุกข์ตามมาตรา 96 โดยเริ่มนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งอาจเป็นวันเดียวกับวันที่เกิดเหตุหรือเป็นวันอื่นหลังจากวันกระทำความผิดก็ได้ แต่หากผู้เสียหายเพิ่งรู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเมื่อเลยกำหนดอายุความตามมาตรา 95 แล้ว ก็ย่อมหมดสิทธิที่จะทำการร้องทุกข์เนื่องจากอายุความทั่วไปได้ขาดอายุความไปแล้ว ดังนั้น สิทธิในการดำเนินคดีอาญาย่อมระงับสิ้นไป⁹² สาเหตุที่เป็นเช่นนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1036/2482 สรุปได้ว่า ความผิดต่อส่วนตัวนั้นย่อมสำคัญน้อยกว่าความผิดอาญาแผ่นดิน เมื่อความผิดอาญาแผ่นดินขาดอายุความแล้ว ความผิดต่อส่วนตัวก็ควรจะขาดอายุความด้วย ดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า การที่กฎหมายบัญญัติกรณีที่มีน้ำหนักมากไว้ เท่ากับได้บัญญัติถึงกรณีที่มีน้ำหนักน้อยกว่าไว้ด้วย (argumentum a majori ad minus) ดังนั้นถือว่าเป็นการไม่มีเหตุผลอันสมควรหากจะปล่อยให้อายุความในคดีความผิดต่อส่วนตัวยืดยาวออกไปไม่มีที่สิ้นสุดครบเท่าที่ผู้เสียหายยังไม่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด และหากกำหนดให้อายุความในทางอาญาไม่มีที่สิ้นสุดแล้ว

⁹⁰ สมพร พรหมพิตร. เล่มเดิม. หน้า 144.

⁹¹ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์ ก (2547). คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 58.

⁹² สมพร พรหมพิตร. เล่มเดิม. หน้า 165.

อาจเป็นหนทางให้ผู้เสียหายนำไปข่มขู่แก่ผู้กระทำความผิดให้ต้องจ่ายเงินแก่ตน (Black mail) ได้อีกทางหนึ่ง⁹³

ส่วนการที่มาตรา 96 แห่งประมวลกฎหมายอาญาใช้คำว่า “ผู้เรื่องความผิด” หมายถึง การรู้ถึงข้อเท็จจริงที่ประกอบกันเป็นความผิด มิได้หมายถึงการรู้ถึงข้อกฎหมายว่าข้อเท็จจริงเหล่านั้นเป็นความผิดที่จะต้องร้องทุกข์⁹⁴ สำหรับการรู้ตัวบุคคลผู้กระทำความผิด หมายถึง การรู้ว่าผู้ใดกระทำความผิดนั้น ถ้ารู้ตัวบุคคลแล้ว แม้จะไม่รู้จักชื่อที่อยู่ก็ไม่เป็นการขัดขวางการร้องทุกข์ ซึ่งอาจบอกรูปพรรณเท่าที่บอกได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 123

2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา

การอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวนั้นอาจมีการกระทบกระทั่งกันบ้างไม่มากก็น้อยซึ่งถือว่าเป็นเรื่องธรรมดา แต่การกระทบกระทั่งกันดังกล่าวอาจนำไปสู่การกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้เช่นกัน ซึ่งแน่นอนว่าเมื่อสมาชิกในครอบครัวกระทำความผิดระหว่างกันขึ้น ก็ย่อมจะต้องรับโทษตามกฎหมาย บางกรณีผู้กระทำอาจจะต้องรับโทษหนักขึ้นสำหรับการกระทำนั้นๆ แต่บางกรณีผู้กระทำอาจได้รับยกเว้นโทษหรือลดโทษ แล้วแต่กรณี

ซึ่งเมื่อดูบริบทของสังคมไทยก็จะเห็นได้ว่าสังคมไทยเป็นสังคมที่ให้ความสำคัญกับเรื่องครอบครัวเป็นอย่างมาก และหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันก็จะพบว่า ได้มีการนำเอาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวมาเป็นเหตุในการบัญญัติฐานความผิดต่างๆ ซึ่งไม่แต่เฉพาะกรณีที่เป็นเหตุเพิ่มโทษเท่านั้น ยังมีกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นเหตุยกเว้นโทษหรือลดโทษอีกด้วย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

⁹³ หยุต แสงอุทัย ข (2529). กฎหมายอาญา รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย. หน้า 217.

⁹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 414/2515 วินิจฉัยว่า ผู้ทรงนำเช็คเข้าบัญชี ธนาคารแจ้งให้มาเบิกเงินใหม่เพราะวันนั้นผู้ส่งจ่ายไม่มีเงินในบัญชี แต่มีฐานะดีอาจนำเงินมาเข้าบัญชีได้ ผู้ทรงนำเช็คไปเข้าบัญชีวันหลัง ธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน อายุความนับตั้งแต่วันแรก (ฎน.33)

2.4.1 กรณีที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

กรณีที่กฎหมายบัญญัติความผิดอาญาซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หรือกรณีที่เรียกว่าเป็นเหตุเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายอาญานั้นมีอยู่หลายมาตรา ได้แก่ มาตรา 285 มาตรา 296 มาตรา 298 เป็นต้น

มาตรา 285 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277ตรี มาตรา 277ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือมาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ หรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ หนึ่งในสาม”

มาตรา 296 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 298 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 297 ถ้าความผิดนั้นมีลักษณะประการหนึ่งประการใดดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 289 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี”

2.4.2 กรณีที่ทำให้ผู้กระทำได้รับยกเว้นโทษหรือลดโทษ

ส่วนในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ความผิดบางฐาน ผู้กระทำความผิดอาจไม่ต้องรับโทษ หรือศาลอาจลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่งถ้าดูตามประมวลกฎหมายอาญาก็มีอยู่หลายมาตรา ดังนี้

กรณีเหตุยกเว้นโทษ ได้แก่ มาตรา 71 วรรคแรก มาตรา 193 มาตรา 214 วรรคสอง เป็นต้น

มาตรา 71 วรรคแรก บัญญัติว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๓๔ ถึง มาตรา ๓๓๖ วรรคแรก และมาตรา ๓๔๑ ถึงมาตรา ๓๖๔ นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามมีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ”

มาตรา 193 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวมาในมาตรา 184 มาตรา 189 หรือมาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

มาตรา 214 บัญญัติว่า “ผู้ใดประพฤตินั้นเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พัก ที่ซ่อนเร้น หรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภริยาของผู้กระทำความผิด ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้”

ส่วนกรณีเหตุผลโทษ ได้แก่ มาตรา 71 วรรคสอง ซึ่งมาตรานี้กฎหมายยังบัญญัติให้เป็น ความผิดอันยอมความได้อีกด้วย

มาตรา 71 วรรคสอง บัญญัติว่า “ความผิดดังระบุนานี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการี กระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน กระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอม ความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือสมาชิกในครอบครัวนั้น ครอบครัว เป็นหน่วยที่เล็กที่สุดของสังคม แต่ก็ยังเป็นพื้นฐานที่สำคัญของสังคม บุคคลในครอบครัวเดียวกัน บางครั้งอาจมีการกระทำความผิดอาญาระหว่างกันเองบ้าง ซึ่งหากการกระทำและผลของการกระทำ ใดไม่มีพฤติการณ์ร้ายแรงถึงขนาดแล้ว กฎหมายก็จะไม่ถือเป็นความผิด และในบางกรณีก็บัญญัติ ให้สามารถที่จะยอมความกันได้ เนื่องจากบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันในครอบครัวนั้น อย่างไรก็ตามเสีย เขาก็มีความสัมพันธ์และภาระหน้าที่ที่จะดูแลอุปการะกันอยู่ และย่อมจะให้อภัยกันได้อยู่เสมอ หาก กฎหมายไม่มีการผ่อนปรนเสียเลยก็อาจทำให้ความสัมพันธ์ในสถาบันครอบครัวเสียไปได้ ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วหากการกระทำผิดของบุคคลในครอบครัวดังกล่าวไม่ได้สร้างความเสียหายให้กับ ส่วนรวมแล้ว ความผิดอาญาในกรณีดังกล่าวก็จะบัญญัติให้สามารถยอมความกันได้เป็นกรณีพิเศษ⁹⁵

⁹⁵ จุฬารัตน์ เอื้ออำนวย. (2553). การพัฒนากรอบแนวทางการวิจัยชุดโครงการกระบวนการยุติธรรม ทางเลือกในสังคมไทย (รายงานการวิจัย). หน้า 21-23.



บทที่ 3

ความคิดอันยอมความได้ในกรณีที่น่าความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็น เหตุในการบัญญัติ ตามกฎหมายของต่างประเทศ

กรณีตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าความผิดฐานใดเป็นความผิดอันยอมความได้ (ความผิดต่อส่วนตัว) ซึ่งจะมีลักษณะทางวิธีพิจารณาความอาญาแตกต่างกับความผิดอาญาแผ่นดิน คือ ความผิดอันยอมความได้จะมีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหาย เช่น การร้องทุกข์ การถอนฟ้อง การยอมความ เป็นต้น ดังนั้น การศึกษาถึงบทบัญญัติที่เป็นความผิดในทางส่วนตัวในกฎหมายต่างประเทศนั้น จะต้องศึกษาถึงประเภทของความผิดทางอาญาและศึกษาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการดำเนินคดีของผู้เสียหายทั้งในประเทศที่อยู่ในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ว่าเหมือนหรือต่างกันอย่างไร ซึ่งจากการศึกษาพบว่า หลักในการดำเนินคดีอาญาของทั้งสองระบบนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ ระบบซีวิลลอว์ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution) ที่ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาญา ดังนี้ ในระบบซีวิลลอว์จึงมิได้ให้ความสำคัญแก่ผู้เสียหายในการฟ้องคดีเอง แม้ว่าการกระทำความผิดนั้นจะมีผลกระทบโดยตรงต่อผู้เสียหายก็ตาม แต่ในระบบคอมมอนลอว์ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน (Popular Prosecution) ที่ให้สิทธิในการดำเนินคดีแก่ประชาชนมากกว่าในระบบซีวิลลอว์ ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น จึงถือว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีได้ ไม่ว่าจะการกระทำความผิดนั้น ตนจะเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงหรือไม่ก็ตาม

¹ ปรินญา ชินะผา. (2550). “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดอันยอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในลักษณะ 12 แห่งประมวลกฎหมายอาญา”. หน้า 41.

3.1 ระบบชิวิลลอว์ (Civil Law)

ในระบบชิวิลลอว์มีแนวคิดว่าการควบคุมการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐเท่านั้น มิใช่หน้าที่ของเอกชน ฉะนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น สมควรที่รัฐจะมีหน้าที่ในการป้องกันและปราบปราม เพราะถือว่าการกระทำความผิดอาญาเป็นความผิดที่กระทำต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทำให้รัฐมีฐานะเป็นผู้เสียหาย จากแนวคิดนี้ เอกชนจึงไม่มีอำนาจในการฟ้องคดีต่อศาล หากแต่ต้องให้รัฐเป็นผู้ดำเนินการให้²

ดังนั้น อำนาจในการฟ้องและดำเนินคดีอาญาจึงเป็นของรัฐ โดยมีอัยการในฐานะเป็นตัวแทนของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ และการที่กฎหมายให้อำนาจแก่อัยการเป็นผู้รับผิดชอบการฟ้องคดีถือเป็นการรับรองหลักการแบ่งแยกอำนาจฟ้องออกจากอำนาจตัดสินคดี ซึ่งเป็นหลักสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในยุคปัจจุบัน³ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวมิได้เคร่งครัดไปเสียทีเดียว เพราะมีบางประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี ที่ได้ยกเว้นให้สำหรับความผิดบางประเภทที่ให้สิทธิแก่เอกชนที่จะฟ้องคดีอาญาเองได้ เพราะเห็นว่าความผิดนั้นไม่มีประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) เข้ามาเกี่ยวข้อง⁴

3.1.1 ประเทศเยอรมนี⁵

ประเทศเยอรมนีถือหลักการดำเนินคดีโดยรัฐ (Public Prosecution) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศส ฉะนั้น การดำเนินคดีอาญาในเยอรมันจึงเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐ และรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจแต่ผู้เดียวในการดำเนินการฟ้องร้องเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม (The state has a monopoly of prosecution in order to ensure public peace and order)⁶

² ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. เล่มเดิม. หน้า 102.

³ อุดม รัฐอมฤต. เล่มเดิม. หน้า 247.

⁴ อารยา เกษมทรัพย์. (2536). “การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย : ศึกษาเฉพาะกรณีพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง”. หน้า 111.

⁵ ชื่อประเทศที่เป็นทางการ คือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แต่ในที่นี้ขอเรียกโดยย่อว่า ประเทศเยอรมนี.

⁶ Mathias Reimann and Joachim Zekoll. (2005). **Introduction to German Law** (2 nd ed.). p .431. อ้างถึงใน ปริญา ชินะผา. เล่มเดิม. หน้า 47.

อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีอาญาในเยอรมันนั้นไม่อาจกระทำได้จนกว่าจะได้มีการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดต่อศาล ฉะนั้น จึงได้มีการกำหนดองค์กรของผู้ที่มีอำนาจในการฟ้องคดีอาญาเอาไว้ ซึ่งได้แก่ พนักงานอัยการและผู้เสียหาย และหลักการดังกล่าวทำให้อัยการมีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาอย่างกว้างขวาง ขณะที่ผู้เสียหายมีอำนาจดำเนินคดีอาญาเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้⁷

สำหรับการแบ่งประเภทความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น แต่เดิมได้นำแบบอย่างมาจากประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ ได้แบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็น 3 ประเภท ตามความหนักเบาของโทษ ดังนี้⁸

- 1) ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์ (verbrechen)
- 2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง (vergehen)
- 3) ลหุโทษ (übertretungen)

ต่อมา เห็นว่าการกระทำความผิดลหุโทษนั้นแท้จริงแล้วไม่เป็นอาชญากรรม จึงได้ยกเลิกความผิดลหุโทษ และได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความผิดที่มีได้เป็นอาชญากรรมเสียใหม่ เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนระเบียบ” (Ordnungswidrigkeitsgesetz) และมาตรการบังคับที่ใช้กับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนระเบียบนี้ คือ การปรับ แต่ไม่เรียกว่า “โทษปรับ” (Geldstrafe) หากเรียกเสียใหม่ว่า “พินัย” (Geldbusse)⁹ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ในปัจจุบันมีความผิดอาญาเพียง 2 ประเภทเท่านั้น คือ¹⁰

- 1) ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์ (verbrechen) ได้แก่ ความผิดอาญาที่ต้องระวางโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป หรือความผิดอาญาที่ต้องระวางโทษที่หนักกว่านั้น และ
- 2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง (vergehen) ได้แก่ ความผิดอาญาที่ต้องระวางโทษจำคุกที่เบากว่านั้น หรือความผิดอาญาที่ต้องระวางโทษปรับ (Geldstrafe)

⁷ กิตติ บุศยพลากร. (2523). “ผู้เสียหายในคดีอาญา”. หน้า 17.

⁸ คณิต ฌ นคร ฌ (2540). “อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง”. รวบรวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร. หน้า 148-149.

⁹ คณิต ฌ นคร ก หน้า 8.

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 12.

นอกจากจะได้มีการแบ่งประเภทความผิดตามที่กล่าวมาแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันยังได้นำแนวคิดในเรื่องของคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüter) มาใช้เพื่อคุ้มครองการกระทำความผิดฐานต่างๆ โดยแบ่งการคุ้มครองออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่¹¹

- 1) ความผิดที่กระทบต่อรัฐและคุณค่าของสังคม
- 2) ความผิดที่กระทบต่อบุคคล
- 3) ความผิดที่กระทบต่อทรัพย์สิน

การที่ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันนำแนวคิดในเรื่องคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüter) มาใช้เพื่อคุ้มครองการกระทำความผิดฐานต่างๆ เพราะเห็นว่า ความผิดในทางอาญานั้นมาจาก “ปทัสถาน” (Norm) และปทัสดานดังกล่าวก็มาจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgüter) นั้นเอง เช่น ปทัศนามีว่า เป็นการไม่สมควรที่จะฆ่ามนุษย์ เพราะชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งที่พึงหวงแหนและชีวิตมนุษย์เป็นสิ่งหรือคุณค่าที่สำคัญที่ชอบที่จะคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา เป็นต้น¹²

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ศึกษาถึงรายละเอียดในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน พบว่า ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าความผิดประเภทใดจะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้เหมือนกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้แบ่งประเภทของความผิดต่างๆออกเป็น 2 ส่วน (Parts) คือ (1) ส่วนทั่วไป (General Part) มีทั้งสิ้น 5 บท ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 79 ปี และ (2) ส่วนพิเศษ (Special Part) มีทั้งสิ้น 30 บท ตั้งแต่มาตรา 80 ถึงมาตรา 358 และมีบทบัญญัติบางประเภทที่มีลักษณะคล้ายกับความผิดอันยอมความได้ของไทย โดยเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาที่ต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหาย โดยบัญญัติเอาไว้ในบท 4 (Chapter Four : Criminal Complaint , Authorization , Request For Prosecution)¹³

¹¹ Howard D. Fisher. (2002). *The German Legal System and Legal Language* (3 rd ed.). p. 168. อ้างถึงใน ปริญา ชินะผา. เล่มเดิม. หน้า 47.

¹² คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 130.

¹³ Gerhard Dannemann. (2011, November). German Law Archive. สืบค้นเมื่อ 9 กันยายน 2554, จาก <http://www.iuscomp.org/gla/>

ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ความผิดที่ผู้เสียหายจะร้องทุกข์นี้มีความเชื่อมโยงกับความผิดที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางส่วนตัวของผู้เสียหาย

ส่วนความผิดที่ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีได้เองนั้น มีบทบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน โดยถือว่าเป็นข้อยกเว้นในการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ เช่นนี้ หากพิจารณาถึงระบบการดำเนินคดีอาญาของเยอรมันก็จะพบว่า แต่เดิมการดำเนินคดีอาญาของเยอรมันเป็นระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ที่กำหนดให้ผู้ไต่สวน (ศาลหรือผู้พิพากษา) มีหน้าที่ทั้งสอบสวนฟ้องร้องและพิจารณาพิพากษาคดี ทำให้การดำเนินคดีอาญาตามระบบนี้จึงไม่มีโจทก์และจำเลย หากแต่มีผู้ไต่สวน (ซึ่งเป็นทั้งโจทก์และผู้ตัดสินในคนคนเดียวกัน) ทำให้ผู้ถูกไต่สวนไม่ได้รับความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี รวมไปถึงการถูกรุขมานเพื่อได้รับสารภาพ ผู้ถูกไต่สวนจึงมีสภาพเป็นเพียงวัตถุแห่งการซักฟอกในคดีเท่านั้น และเพื่อเป็นการจัดข้อบกพร่องของการดำเนินคดีอาญาระบบไต่สวน จึงได้มีการแยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน โดยให้องค์กรที่ต่างหากจากกันเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ และยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหาขึ้นเป็นประธานในคดี (Prozess-subjekt) ซึ่งระบบดังกล่าวนี้เรียกว่า “การดำเนินคดีอาญาระบบกล่าวหา” (Accusatorial System)¹⁴ ในส่วนของข้อบกพร่องที่เห็นว่าควรแยกหน้าที่สอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีออกจากกัน ก็เพราะเห็นว่าเฉพาะผู้พิพากษาที่มีความสามารถเหนือมนุษย์ (Superman) เท่านั้นที่จะสามารถควบคุมตนเองในการวินิจฉัยคดีโดยปราศจากอคติจากการที่เขาเป็นผู้ริเริ่มดำเนินคดีและสอบสวน¹⁵

การที่ประเทศเยอรมนีใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ทำให้อัยการเยอรมันมีหน้าที่ในการดำเนินการฟ้องคดีอาญาซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของ มาตรา 152 I แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่กำหนดให้อัยการเท่านั้นที่มีหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า การเริ่มต้นกระบวนการฟ้องร้องทางอาญาดูเป็นเรื่องของรัฐเท่านั้น มิใช่เป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล ดังนั้น โดยหลักการแล้ว การจะฟ้องร้องดำเนินคดีหรือไม่ จึงไม่เกี่ยวกับความประสงค์ของผู้เสียหาย¹⁶

¹⁴ คณิต ฌ นคร ญ เล่มเดิม. หน้า 150-151. และคณิต ฌ นคร จ เล่มเดิม. หน้า 55-57.

¹⁵ John H. Langbein. Op.cit. p. 90. อ้างถึงใน ปริญญา ชินะผา. เล่มเดิม. หน้า 50.

¹⁶ Mathias Reimann and Joachim Zekoll. Op.cit. p. 431. อ้างถึงใน ปริญญา ชินะผา. แหล่งเดิม.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอาญาจะเป็นเรื่องของรัฐเท่านั้น และการที่เอกชนจะฟ้องคดีเองนั้นเป็นกรณีที่ประชาชนแต่ละคน (Individual citizens) ร้องขอให้มีการลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นเท่านั้น โดยความผิดเหล่านี้รัฐได้จำกัดไว้เฉพาะความผิดบางประเภท ได้แก่¹⁷ ความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ (Antragsdelikte) ความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจ (Ermächtigungsdelikt) และความผิดที่เอกชนฟ้องคดีเองได้ (Privatklagedelikte) ในส่วนของความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์กับความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจฟ้องคดีนั้น ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร ได้อธิบายว่า การที่กฎหมายอาญาของเยอรมันได้แบ่งประเภทของความผิดที่ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหายหรือผู้ถูกระบุร้ายออกเป็น 3 ประเภทนั้น มีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนี้¹⁸

1) ความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ (Antragsdelikte)

ความผิดประเภทนี้เทียบได้กับ “ความผิดอันยอมความได้” ตามกฎหมายอาญาของไทย ได้แก่ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นบาดเจ็บ ตามมาตรา 223 มาตรา 230 และมาตรา 232 หรือความผิดฐานลักทรัพย์ภายในครอบครัวเดียวกัน (Theft within the family) ตามมาตรา 242 มาตรา 247 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งความผิดเหล่านี้สามารถทำการสอบสวนได้ “ก่อน” การร้องทุกข์ ส่วนระยะเวลาในการร้องทุกข์นั้น กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ว่า ผู้เสียหายจะต้องดำเนินการร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน (มาตรา 77 บี (1)) และสามารถถอนคำร้องทุกข์ได้ก่อนการดำเนินคดีจะถึงที่สุด (มาตรา 77 ดี (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน)

แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ต่อพนักงานอัยการไปแล้ว แต่พนักงานอัยการมีความเห็นสั่งไม่ฟ้อง ก็ต้องแจ้งให้ผู้เสียหายทราบถึงการสั่งไม่ฟ้องคดีนั้นด้วย และหากผู้เสียหายไม่พอใจคำสั่งเช่นนี้ ก็สามารถร้องทุกข์ต่อหัวหน้าของอัยการผู้นั้นในระดับต่างๆ เช่น อธิบดีอัยการสหพันธรัฐ หรืออธิบดีอัยการของมลรัฐ หรือหัวหน้าสำนักงานอัยการในท้องถิ่นแล้วแต่กรณี โดยผู้เสียหายต้องชี้แจงว่าการที่อัยการสั่งยุติคดีนั้นเป็นไปด้วยการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ หัวหน้าอัยการดังกล่าวมีอำนาจตรวจสอบคำวินิจฉัยไม่ฟ้องคดีของอัยการและรับฟังเหตุผลใน

¹⁷ Anke Freckmann and Thomas Wegerich, (1999). *The German Legal System*, p. 186. อ้างถึงใน ปริญญา ชินะผา. แหล่งเดิม.

¹⁸ คณิต ฒ นกร ก เล่มเดิม. หน้า 439.

การยุติคดีของอัยการผู้ถูกกล่าวหา หากหัวหน้าอัยการนั้นเห็นว่าอัยการเจ้าของคดียุติคดีโดยไม่ชอบ ก็จะสั่งให้อัยการเจ้าของคดีเปิดคดีทำการสอบสวนใหม่และยื่นฟ้องคดีนั้นต่อไป แต่ในทางปฏิบัติไม่ค่อยปรากฏว่ามีการใช้วิธีการเช่นนี้ ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้มีมาตรการเช่นนี้ย่อมทำให้อัยการลังเลใจในการที่จะยุติคดีโดยไม่ชอบ เพราะตระหนักดีว่าผู้เสียหายอาจยื่นคำร้องทุกข์ต่อหัวหน้าของตนได้ทุกขณะ แต่ถ้าคำร้องทุกข์ของผู้เสียหายได้รับการปฏิเสธจากหัวหน้าอัยการดังกล่าว ผู้เสียหายอาจจะยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุดของมลรัฐหรือสหพันธรัฐ แล้วแต่กรณี ได้อีกครั้งหนึ่ง เพื่อให้ศาลสั่งให้อัยการยื่นฟ้อง ซึ่งในทางปฏิบัติ โอกาสที่ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับวิธีนี้มีไม่มากนัก ส่วนหนึ่งเป็นเพราะผู้เสียหายจะต้องเสียค่าธรรมเนียมและค่าขึ้นศาลหากว่าศาลไม่ยอมรับคำร้องของตน¹⁹

2) ความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจ (Ermächtigungsdelikt)

ความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจ (Ermächtigungsdelikt) นี้เป็นความผิดที่ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหายอย่างแท้จริง ได้แก่ ความผิดฐานทำให้เสียชื่อเสียงแก่ประธานาธิบดีของสหพันธรัฐ (Vilification of the President of the Federal Republic) ตามมาตรา 90 (4) แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งความผิดประเภทนี้จะกระทำการสอบสวนมิได้จนกว่าผู้เสียหายจะได้มอบอำนาจให้ดำเนินการเสียก่อน

3) ความผิดที่เอกชนฟ้องคดีเองได้ (Privatklagedelikte)

ความผิดประเภทนี้บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 374²⁰ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง (Misdemeanors) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันในเรื่องเกียรติของบุคคล (Private dignity) และประโยชน์ในทางทรัพย์สิน (Property interests)²¹ ได้แก่ ความผิดฐานบุกรุก (Hausfriedensbruch) ตามมาตรา 123 ความผิดฐานหมิ่นประมาท

¹⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ข (2521, 29 กันยายน). “หลักการฟ้องคดีอาญาเชิงบังคับและขอบเขตการใช้ดุลพินิจของอัยการเยอรมัน”. แผ่นปลิวเผยแพร่ในการอภิปรายทางวิชาการ เรื่องการชะลอการฟ้องในทัศนะอาจารย์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 12-23. อ้างถึงใน อารยา เกษมทรัพย์. เล่มเดิม. หน้า 76-77.

²⁰ Gerhard Dannemann. (2011, November). German Law Archive. สืบค้นเมื่อ 9 กันยายน 2554, จาก <http://www.iuscomp.org/gla/statues/STPO.htm>

²¹ John H. Langbein. Op.cit. p. 101. อ้างถึงใน ปริญญา ชินะผา. เล่มเดิม. หน้า 52.

(Beleidigung) ตามมาตรา 185 ความผิดฐานทำให้เสียหาย (Sachbeschädigung) ตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เป็นต้น

สำหรับความผิดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 374 นั้นเป็น คุณพินิจของพนักงานอัยการที่จะไม่เข้าดำเนินคดีในความผิดประเภทนี้ เพราะเห็นว่าขาดประโยชน์ สาธารณะต่อการดำเนินการฟ้องร้อง (Lack of public interest in prosecution)²² ฉะนั้น หาก ผู้เสียหายจะใช้สิทธิของตนในการฟ้องคดีเอง จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญากำหนดไว้ กล่าวคือ ก่อนที่จะมีการฟ้องร้อง จะต้องมีการพยายามที่จะเจรจา เพื่อให้มีการประนีประนอมยอมความกันเสียก่อน แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ²³ จากนั้นผู้แทนของ กระทรวงยุติธรรมจึงจะออกใบรับรองให้กับผู้เสียหายเพื่อใช้ดำเนินการฟ้องร้องต่อไป (มาตรา 380) นอกจากนี้ ผู้เสียหายต้องจัดหาหลักประกันสำหรับค่าธรรมเนียมซึ่งอาจทำให้จำเลยได้รับความ เสียหายเช่นเดียวกับการเป็น โจทก์ที่ฟ้องในคดีแพ่ง (มาตรา 379) แต่เมื่อได้ฟ้องคดีอาญาต่อศาลไป แล้ว ผู้เสียหายไม่มีอำนาจประนีประนอมยอมความกับจำเลยได้อีก จะกระทำได้อีกก็เพียงการถอน ฟ้องเท่านั้น และหากศาลชั้นต้นได้มีการไต่สวนมูลฟ้องไปแล้ว การถอนฟ้องโดยผู้เสียหายดังกล่าว จะต้องได้รับความยินยอมจากจำเลยด้วย (มาตรา 391(1)) และภายหลังจากถอนฟ้องโดยผู้เสียหาย ไปแล้ว ก็ไม่อาจนำคดีมาฟ้องใหม่ได้ (มาตรา 392)

แม้ว่ากฎหมายจะให้สิทธิผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีได้เองในความผิดที่มีลักษณะ เกี่ยวกับเรื่องในทางส่วนตัวดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่หากพนักงานอัยการเห็นว่าเมื่อตนเข้าดำเนินการ ในคดีเหล่านั้นเสียเองจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะมากกว่า พนักงานอัยการก็สามารถฟ้องคดีนั้น และมีฐานะเป็น โจทก์รับผิดชอบคดีโดยตรง และให้ผู้เสียหายเข้าเป็น โจทก์ร่วม²⁴

กล่าวโดยสรุป แม้ประเทศเยอรมนีจะใช้หลักการดำเนินคดีโดยรัฐ แต่ก็มีได้ถือหลัก ดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยมีการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีบางประเภทได้ซึ่งเป็นคดีที่ มีลักษณะในทางส่วนตัว เนื่องมาจากความผิดดังกล่าวมิได้กระทบต่อประโยชน์สาธารณะแต่ ประการใด อย่างไรก็ดี แม้จะเป็นความผิดที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้เสียหาย และรัฐ

²² Mathias Reimann and Joachim Zekoll. Op.cit. p. 431. อ้างถึงใน ปริญญา ชินะผา, แหล่งเดิม.

²³ Anke Freckmann and Thomas Wegerich. Op.cit. p. 215. อ้างถึงในปริญญา ชินะผา, แหล่งเดิม.

²⁴ John H. Langbein. Op.cit. p. 101. อ้างถึงในปริญญา ชินะผา, เล่มเดิม, หน้า 53.

ก็ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีได้เอง แต่เมื่อพนักงานอัยการเห็นว่าหากตนเข้าดำเนินคดีเองจะเกิดประโยชน์แก่สังคมมากกว่า พนักงานอัยการก็มีสิทธิเข้าดำเนินการแทนเอกชนได้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าบทบาทของผู้เสียหายในระบบกฎหมายเยอรมันตกอยู่ภายใต้ประโยชน์ของสังคมโดยรวมเป็นหลัก โดยมีพนักงานอัยการคอยกำกับดูแล

นอกจากนี้ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันก็มีได้มีบทเฉพาะที่เป็นความผิดต่อส่วนตัวเหมือนกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย คงมีแต่บทบัญญัติที่กล่าวถึงความผิดที่อาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายและความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจดำเนินคดี ฉะนั้น ผู้เสียหายในระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีแต่สิทธิในการฟ้องคดีบางประเภทเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น²⁵

และในส่วนของการยอมความเพื่อยุติข้อพิพาทนั้น ผู้เสียหายสามารถกระทำได้ เพราะกฎหมายได้กำหนดไว้ให้ผู้เสียหายต้องทำการประนีประนอมยอมความกันก่อนที่จะฟ้องคดี แต่การประนีประนอมนั้นไม่เป็นผลสำเร็จจนมีการฟ้องคดีไปแล้ว ต่อมาเมื่อผู้เสียหายไม่ประสงค์จะดำเนินคดีอีกต่อไปก็ไม่สามารถที่จะทำการยอมความกันได้อีก

ในส่วนของกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา กฎหมายอาญาเยอรมันก็ได้มีการนำเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาไปเป็นเหตุในการบัญญัติความผิดฐานต่างๆ อยู่ด้วยเช่นกัน ซึ่งบางฐานความผิดก็มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับบทบัญญัติทางกฎหมายอาญาของไทย แต่บางฐานความผิดก็มีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

ในเรื่องของคำนิยามของคำว่า “บุคคลในครอบครัว” นั้น ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้ให้ความหมายไว้ในมาตรา 11 (1) ข้อ 1²⁶ ซึ่งพอจะสรุปใจความได้ดังนี้

²⁵ ปริญญา ชินะผา. เล่มเดิม. หน้า 53.

²⁶ **Section 11** Terms Relating to Persons and Subject Matter

“(1) For the purposes of this law:

1. 'relative' means any member of the following category of persons:

(a) relations by blood or marriage in direct line, the spouse, the same sex partner, the fiancé (e)-also within the meaning of the Same Sex Partnership Act-, siblings, the spouses or same sex partners of siblings, siblings of spouses or same sex partners, even if the marriage or same sex partnership upon which the relationship was based no longer exists, or when the relationship by blood or marriage has ceased to exist;

(b) foster parents and foster children”

คำว่า “บุคคลในครอบครัว” หมายความว่าถึงบุคคลดังต่อไปนี้ คือ “บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือทางการสมรสโดยตรง คู่สมรส คู่รักร่วมเพศ คู่หมั้นซึ่งอยู่ภายใต้ค่านิยมของ Same Sex Partnership Act พี่น้อง คู่สมรสหรือคู่รักร่วมเพศของพี่น้อง พี่น้องของคู่สมรสหรือคู่รักร่วมเพศ แม้ว่าการสมรสหรือความสัมพันธ์ของคู่รักร่วมเพศนั้นจะไม่มีอีกต่อไป หรือเมื่อความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือโดยการสมรสได้ยุติลง และหมายความรวมถึงพ่อแม่บุญธรรมและบุตรบุญธรรมด้วย”

ในส่วนของคำนิยามนี้ มีข้อสังเกตว่า ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “บุคคลในครอบครัว” เอาไว้แต่อย่างใด แต่หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 จะพบว่าพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคำนิยามเอาไว้ในมาตรา 3 ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ในเรื่องของการสมรสซ้อนนั้น กฎหมายอาญาเยอรมันได้นำมาบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดทางอาญา โดยผิดฐานสมรสซ้อน ซึ่งตรงนี้แตกต่างกับกฎหมายไทย กล่าวคือ กฎหมายอาญาของไทยได้มีการกำหนดไว้ว่า หากมีการฉ้อการสมรสซ้อน ก็จะมีความผิดฐานแจ้งความเท็จ กฎหมายไทยไม่มีความผิดฐานสมรสซ้อนในทางอาญา ในเรื่องของการสมรสซ้อนนั้น กฎหมายอาญาเยอรมันได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 172²⁷ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งมีใจความพอสรุปได้ว่า “ผู้ใดทำการสมรสทั้งๆ ที่เขาได้สมรสมาแล้ว หรือผู้ใดทำการสมรสกับผู้สมรสแล้ว จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ”

ในเรื่องของการร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัวนั้น กฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 173²⁸ แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้เป็น

²⁷ **Section 172 Bigamy**

“Whoever contracts a marriage although he is already married, or whoever contracts a marriage with a married person, shall be punished with imprisonment for not more than three years or a fine.”

²⁸ **Section 173 Sexual Intercourse between Relatives**

“(1) Whoever completes an act of sexual intercourse with a consanguine descendant shall be punished with imprisonment for not more than three years or a fine.

(2) Whoever completes an act of sexual intercourse with a consanguine relative in an ascending line shall be punished with imprisonment for not more than two years or a fine; this shall also apply if the

ความผิด กล่าวคือ “(1) ผู้ใดกระทำการร่วมประเวณีกับผู้สืบสันดานที่มีบรรพบุรุษเดียวกัน จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ (2) ผู้ใดกระทำการร่วมประเวณีกับญาติพี่น้องที่สัมพันธ์ใกล้ชิดกันโดยตรงขึ้นไป จะต้องระวางโทษจำคุกหรือปรับ แม้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างญาติพี่น้องจะสิ้นสุดลงก็ตาม ผู้กระทำจะต้องระวางโทษตามอนุมาตรานี้ด้วย และรวมถึงกรณีพี่น้องที่สัมพันธ์ใกล้ชิดกันผู้ซึ่งกระทำการร่วมประเวณีซึ่งกันและกัน ก็จะต้องรับผิดเช่นเดียวกัน (3) ผู้สืบสันดานและพี่น้องไม่ต้องรับโทษตามมาตรานี้ ถ้าผู้สืบสันดานและพี่น้องมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีในขณะกระทำความผิด”

ในเรื่องของการกระทำทารุณทางเพศของผู้ปกครอง ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 174 (1) ข้อ 3 โดยกำหนดให้เป็นเหตุเพิ่มโทษ ซึ่งเทียบได้กับมาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย โดยในมาตรา 174 (1) ข้อ 3²⁹ นี้มีใจความพอสรุปได้คือ “ผู้ใดกระทำความผิดทางเพศต่อผู้สืบสันดานหรือบุตรบุญธรรมซึ่งมีอายุไม่ถึงสิบแปดปี จะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับ”

ในเรื่องของการกระทำความผิดระหว่างบุคคลในครอบครัวในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหาย ที่เรียกว่า “ความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์” โดยประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 247³⁰ ซึ่งมี

relationship as a relative has ceased to exist. Consanguine siblings who complete an act of sexual intercourse with each other shall be similarly punished.

(3) Descendants and siblings shall not be punished pursuant to this provision if they were not yet eighteen years of age at the time of the act.”

²⁹ **Section 174** Sexual Abuse of Wards

“(1) Whoever commits sexual acts :

3. on his natural or adopted child who is not yet eighteen years of age, or allows them to be committed on himself by the ward, shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine.”

³⁰ **Section 247** Theft from Home and Family

“If a relative, the legal guardian or a person who takes care of the perpetrator aggrieved by the theft or if the injured person lives with the perpetrator in the same household, then the act shall only be prosecuted upon complaint.”

ใจความดังนี้ “ถ้าบุคคลในครอบครัว ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือผู้ซึ่งดูแลผู้กระทำความผิดได้รับบาดเจ็บหรือได้รับอันตรายจากการลักทรัพย์ หรือถ้าผู้ได้รับบาดเจ็บอาศัยอยู่กับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน การกระทำความผิดดังกล่าวจะถูกระบุว่าดำเนินคดีได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องทุกข์”

จะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เหมือนกับบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั่นเอง โดยกฎหมายได้ให้อิสระแก่ผู้เสียหายที่จะตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวเทียบได้กับมาตรา 71 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีข้อสังเกตว่าตามกฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดนิยามของคำว่า “บุคคลในครอบครัว” ไว้แต่ตามกฎหมายอาญาของไทยในมาตรา 71 ได้กำหนดไว้เพียงเป็นการกระทำความผิดระหว่างสามีภริยา ผู้บุพการีกับผู้สืบสันดาน และพี่หรือน้องร่วมบิดาเดียวกันกระทำต่อกัน โดยแยกออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีสามีภริยากระทำต่อกันนั้น ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ (เป็นเหตุยกเว้นโทษ) ส่วนกรณีผู้บุพการีกับผู้สืบสันดาน และพี่หรือน้องร่วมบิดาเดียวกันกระทำต่อกันนั้น กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนเลยว่าให้เป็นความผิดอันยอมความได้ (แต่ในกฎหมายอาญาเยอรมันมิได้มีการกำหนดไว้เฉพาะเช่นนั้น) และศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ (เป็นเหตุลดโทษ)

ในเรื่องของการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นอุปสรรคหรือเป็นการขัดขวางการลงโทษ กล่าวคือ เป็นการกระทำเพื่อช่วยเหลือบุคคลในครอบครัวนั้น ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 258 (6)³¹ ซึ่งสรุปได้ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในนามของบุคคลในครอบครัว จะได้รับการยกเว้นจากการลงโทษ” ซึ่งกรณีดังกล่าวเทียบได้กับมาตรา 193 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่กำหนดให้เป็นเหตุยกเว้นโทษเช่นกัน

3.1.2 ประเทศญี่ปุ่น

ตามประวัติศาสตร์ระบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลจากจีนในสมัยราชวงศ์สุยและถัง ในต้นสมัยศตวรรษที่ 8 ภายใต้ระบบการดำเนินกระบวนการพิจารณาความอาญานี้มีการเริ่มคดีโดยมีการร้องทุกข์โดยบุคคลผู้เสียหาย ซึ่งการดำเนินคดีเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาโดยปราศจากความร่วมมือของกลุ่มความ ส่วนการตัดสินคดีก็อาศัยการรับสารภาพของจำเลยหรือคำให้การของพยาน นอกจากนี้กฎหมายยังได้อนุญาตให้ใช้วิธีการทรมานเพื่อให้รับสารภาพอีก

³¹ Section 258 Obstruction of Punishment

“(6) Whoever commits the act on behalf of a relative shall be exempt from punishment.”

ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ต่อมาในสมัยราชวงศ์เมจิใน ค.ศ.1868 ญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลจากกฎหมายประเทศภาคพื้นยุโรปซึ่งถือหลักว่า “คำตัดสินควรอาศัยพยานหลักฐาน” ได้มีการยกเลิกวิธีทรมานโดยสิ้นเชิงในปี ค.ศ.1879 และการดำเนินคดีอาญาก็ได้จัดตั้งให้ “อัยการ” เป็นผู้รับผิดชอบในการเริ่มคดี จึงกล่าวได้ว่าในสมัยราชวงศ์เมจิ ญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากประเทศในภาคพื้นยุโรป³² โดยเฉพาะการจัดทำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ.1922 ที่รับมาจากเยอรมัน ซึ่งบัญญัติรองรับอำนาจการฟ้องร้องและดำเนินคดีอาญาขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก เช่น มาตรา 279 ได้บัญญัติว่า อัยการไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีอาญาเสมอไปหากเห็นว่าไม่จำเป็น เมื่อคำนึงถึงบุคคลิก ลักษณะ อายุ สภาพแวดล้อม ผู้กระทำความผิด หรือเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นหลังการกระทำความผิด ซึ่งการไม่ฟ้องคดีอาญาตามเหตุผลของบทบัญญัติดังกล่าวนี้เรียกเป็นภาษาญี่ปุ่นว่า คิโซะ-ยูโยะ (Kiso-yuyo) ซึ่งหมายถึง การชะลอการฟ้อง³³ และภายหลังประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ได้มีการปรับปรุงแก้ไขในปี ค.ศ.1948 ซึ่งประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้รับเอาแนวความคิดกฎหมายเอง โกล-อเมริกันมาใช้อย่างมาก ตรงข้ามกับประมวลกฎหมายฉบับเดิม³⁴ จึงกล่าวได้ว่าประเทศญี่ปุ่นนั้นใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (kokka sotsui shugi. Prosecution by state) กล่าวคือ การฟ้องคดีโดยรัฐ (kouso, public prosecution)³⁵ มีพนักงานอัยการเป็นตัวแทนของ

³² Dando Shigemitsu. (1965). **Japanese Law of Criminal Procedure**, trans. B.J. George. South Hackensack: Fred B. Rothman Co. pp. 12-17. อ้างถึงใน อรุณี กระจำแสง. (2532). “อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา”. หน้า 32.

³³ Shigemitsu Dando. (1970). **System of Discretionary Prosecution In Japan**. 18Am. J. Comp. p. 518. อ้างถึงใน สุรพงษ์ เอี่ยมแทน. (2544). “ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน (ศึกษาตามกฎหมายอาญาสารบัญญัติ)”. หน้า 41.

³⁴ พงศกร จันทรสัทพ์ และนารี ตันหาเสถียร. (2531). “ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาญี่ปุ่น การสอบสวนและการฟ้องคดี”. **อัยการนิเทศ**, 50, 1. หน้า 58.

³⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาญี่ปุ่น มาตรา 247.

หมายเหตุ:- คำว่า “อัยการ” ตรงกับภาษาญี่ปุ่นว่า kensatsukan หรือ kenji โดยที่ kensatsu หมายถึง การฟ้องดำเนินคดี (prosecution) ส่วน kan หมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐ คำว่า kensatsukan จึงตรงกับคำว่า พนักงานอัยการในภาษาไทย และเป็นคำเรียกอัยการโดยรวม ส่วนคำว่า kenji โดยทั่วไปมีความหมายเช่นเดียวกับ

รัฐในการใช้อำนาจ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าพนักงานอัยการญี่ปุ่นมีอำนาจเฉพาะ (Exclusive Power) ในการใช้ดุลพินิจสั่งฟ้องคดี ประเทศญี่ปุ่นไม่มีระบบการฟ้องคดีโดยเอกชน (Private Prosecution) หรือการฟ้องคดีโดยตำรวจ (Police Prosecution) หรือแม้กระทั่งระบบลูกขุนใหญ่ (Grand Jury) หรือระบบไต่สวนมูลฟ้อง (Preliminary Hearing) โดยผู้พิพากษา ระบบเช่นนี้เรียกว่า “ระบบผูกขาดอำนาจการฟ้องคดี” (Monopolization of Prosecution)³⁶ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ยังเปิดช่องให้ผู้เสียหายสามารถร้องทุกข์หรือกล่าวโทษต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดบางชนิดที่คล้ายคลึงกับความผิดอันยอมความได้ของไทย ซึ่งความผิดเหล่านี้ เจ้าพนักงานจะต้องมีคำร้องทุกข์ของผู้เสียหาย และถ้าผู้เสียหายได้ร้องทุกข์แล้วอัยการจะต้องดำเนินการหรือสั่งการให้พนักงานสอบสวนร่วมมือในการสอบสวนหรือส่งเรื่องให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนต่อไปจนเสร็จก็ได้³⁷ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 133-135, 176-180, 224, 225, 227(1),(3), 229, 230-232, 244, 251, 255, 259, 261, 263, 264 เป็นต้น

เมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์แล้ว ต่อมาผู้เสียหายอาจถอนคำร้องทุกข์ได้จนกว่าจะมีการฟ้องคดีต่อศาล และการถอนคำร้องทุกข์มีผลทำให้คดีอาญาดังกล่าวระงับ³⁸ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศญี่ปุ่นมีความผิดบางประเภทที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับความผิดอันยอมความได้ กล่าวคือ การร้องทุกข์ของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีอาญา พนักงานอัยการจะสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญาได้ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์แล้ว ซึ่งในความผิดดังกล่าวกฎหมายญี่ปุ่นกำหนดไว้ว่า จะต้องร้องทุกข์ภายใน 6 เดือน นับแต่รู้ตัวผู้กระทำความผิด³⁹

kensatsukan แต่ kenji จะเป็นชื่อเรียกตำแหน่ง (kammei) หนึ่งในของอัยการ ซึ่งมีหลายตำแหน่ง เช่น เรียกคุณ Tanaka ซึ่งดำรงตำแหน่ง kenji ว่า Tanaka kenji เป็นต้น

³⁶ ชาญูเซวานัน ไชยยานุกิจ. (2540, 23 มกราคม). “คำฟ้องของพนักงานอัยการ”. เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษ เรื่อง ระบบอัยการญี่ปุ่น : แนวคิดและทิศทางในการปฏิรูประบบอัยการไทย. หน้า 19. โดยแปลจาก Tomoko Sasaki. **The Criminal Justice in Japan – Prosecution**. UNAFEI, 99 th Seminar.

³⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาญี่ปุ่น มาตรา 193.

³⁸ The Code of Criminal Procedure. Section 391.

³⁹ ระยะเวลาการร้องทุกข์ 6 เดือน ไม่นำไปใช้กับคดีที่เป็นการดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาทประมุขของรัฐต่างประเทศ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 230, 231 และ 232 วรรคสอง และคดีที่มีการสมรสภายหลังลักพา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 229.

อาจกล่าวได้ว่า ประเทศญี่ปุ่นไม่มีบทบัญญัติให้บุคคลฟ้องคดีอาญาได้เอง การให้อำนาจการฟ้องคดีอาญาเป็นของรัฐโดยเฉพาะ ในกรณีที่ตั้งแม้จะมีพยานหลักฐานว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิด แต่ถ้าพนักงานอัยการได้พิจารณาถึงอุปนิสัย อายุ สภาพแวดล้อม สถานการณ์แวดล้อม และความร้ายแรงแห่งข้อหา ตลอดจนสภาพการณ์ภายหลังการกระทำความผิดแล้วเห็นว่าไม่เป็นการสมควร หรือไม่มีความจำเป็นที่จะต้องฟ้องร้องผู้กระทำความผิด พนักงานอัยการก็อาจจะสั่งไม่ฟ้องคดีนั้นเลย⁴⁰ (Prosecution dropped) หรืออาจยับยั้ง (ชะลอ) การฟ้องไว้โดยมีกำหนดระยะเวลา (Prosecution Suspended) ภายใต้การคุมประพฤติ (Probation) โดยพนักงานคุมประพฤติ ทั้งนี้ เนื่องจากทฤษฎีที่ว่ากฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของสังคมส่วนรวม (The maintenance of public welfare)⁴¹

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่า หลักการดำเนินคดีอาญาของญี่ปุ่นนั้นเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ฉะนั้น ผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาเอง แต่อย่างไรก็ดี ผู้เสียหายอาจร้องทุกข์ต่อพนักงานอัยการหรือตำรวจ เพื่อให้พนักงานอัยการหรือตำรวจดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด และความผิดอาญาของญี่ปุ่นนั้นมีความผิดบางประเภทที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับความผิดอันยอมความได้ เช่น⁴² ความผิดฐานเปิดเผยความลับของผู้อื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานลักพา ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ความผิดฐานปิดบังจดหมายของผู้อื่น เป็นต้น ซึ่งความผิดเหล่านี้ ในขั้นตอนการดำเนินคดีของพนักงานอัยการหรือตำรวจจะต้องมี “คำร้องทุกข์ของผู้เสียหาย” และเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์แล้ว

⁴⁰ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาญี่ปุ่น มาตรา 248 บัญญัติว่า “อัยการไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีอาญาเสมอไป หากเห็นว่าไม่จำเป็นเมื่อได้คำนึงถึงบุคลิกลักษณะ อายุ สภาพแวดล้อม ผู้กระทำความผิด สภาพของความผิด และความร้ายแรงของความผิด หรือเหตุการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดแล้ว” (Article 248. Prosecution need not be institute if appears unnecessary because of the character, age and environment of the offender, or the circumstances and gravity of the offense, or the circumstances following the offense). ดู Shigemitsu Dando. (1970). *System of Discretionary Prosecution In Japan*. 18Am. J. Comp. p. 517,521. อ้างถึงใน สุรพงษ์ เอี่ยมแทน. เล่มเดิม. หน้า 43.

⁴¹ ทวีศักดิ์ ฌ ตะกั่วทุ่ง. (2526). “งานอัยการของประเทศญี่ปุ่น ในระบบอัยการสากล”. ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กรมอัยการ. หน้า 106.

⁴² สุรพงษ์ เอี่ยมแทน. เล่มเดิม. หน้า 43.

ต่อมาผู้เสียหายอาจถอนคำร้องทุกข์ได้จนกว่าจะมีการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งการถอนคำร้องทุกข์ดังกล่าวนี้มีผลทำให้คดีอาญาระงับสิ้นไป

ในส่วนของกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยานั้น ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้มีการนำเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติความผิดฐานต่างๆ อยู่ด้วย โดยที่จะเห็นได้ว่ามีฐานความผิดที่เกี่ยวข้องมากกว่ากฎหมายอาญาของไทย ซึ่งบางฐานความผิดก็มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับบทบัญญัติทางกฎหมายอาญาของไทย แต่บางฐานความผิดก็มีลักษณะที่แตกต่างกัน และมีทั้งการกระทำความผิดที่เป็นเหตุเพิ่มโทษและเหตุยกเว้นโทษ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

ตามมาตรา 200⁴³ กำหนดว่า “ผู้ใดฆ่าภริยาหรือสามีของตน หรือฆ่าบุพการีของภริยาหรือสามีของตน ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

จากบทบัญญัติดังกล่าวคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยมาตรา 289(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาไทย ซึ่งของไทยถือว่าเป็นเหตุจรรยาของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 แต่ของกฎหมายญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติแยกออกมาเป็นอีกมาตราหนึ่ง และยังได้บัญญัติรวมถึงการฆ่าภริยาหรือสามีด้วยที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ซึ่งของไทยมิได้มีการบัญญัติแยกไว้เช่นนั้น

ตามมาตรา 205 วรรคสอง⁴⁴ กำหนดว่า “ถ้าการกระทำความผิดนั้น (คือ ทำให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย โดยการทำให้บาดเจ็บ หรือทำให้ได้รับความทุกข์ทรมาน) เป็นการกระทำต่อภริยาหรือสามีของผู้กระทำ หรือต่อบุพการีของภริยาหรือสามีของผู้กระทำ ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกสามปีขึ้นไป”

จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 205 วรรคแรก

⁴³ **Article 200** “Whosoever shall have killed his (or her) own or his wife's (or her) husband's direct ancestor (as the case may be), shall be punished with death or perpetual penal servitude.”

⁴⁴ **Article 205** “Whosoever shall have caused the death of a person by means of wounding or inflicting any grievous harm shall be punished with limited penal servitude for a period of not less than two years.

When the offence has been committed against his or her own or his wife's or her husband's ancestors (as the case may be), the punishment shall be penal servitude for life or for upwards of three years.”

ตามมาตรา 218 วรรคสอง⁴⁵ กำหนดว่า “ถ้าการกระทำความผิดนั้น (คือ ผู้ใดที่มีหน้าที่ในการดูแลภริยาหรือสามีของตน หรือบุพการีของภริยาหรือสามีของตน ทอดทิ้งหรือละทิ้งหน้าที่ หรือไม่สามารถที่จะหาเลี้ยงบุคคลเหล่านั้นได้ ซึ่งการปกป้องดูแลนั้นเป็นสิ่งจำเป็นในการดำรงชีพ) เป็นการกระทำต่อภริยาหรือสามีของผู้กระทำ หรือต่อบุพการีของภริยาหรือสามีของผู้กระทำ ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่ไม่เกินเจ็ดปี”

จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 218 วรรคแรก และอาจเทียบได้กับความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนเจ็บป่วย หรือคนชรา ตามมาตรา 306-308 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ตามมาตรา 220 วรรคสอง⁴⁶ กำหนดว่า “ผู้ใดกระทำการจับกุมโดยมิชอบหรือหน่วงเหนี่ยวกักขังภริยาหรือสามีของตน หรือบุพการีของภริยาหรือสามีของตน ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหกเดือน แต่ไม่เกินเจ็ดปี”

จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษของมาตรา 220 วรรคแรก ซึ่งคล้ายกับมาตรา 310 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ตามตัวบทมาตรา 310 วรรคแรก ใช้คำว่า “ผู้อื่น” โดยมีได้มีการระบุแยกไว้ชัดเจนเหมือนอย่างเช่นประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น

ตามมาตรา 257⁴⁷ กำหนดว่า “ความผิดตามที่กล่าวมาในมาตราก่อน (คือ ตามมาตรา 256 วรรคแรก) ที่ว่า “ผู้ได้รับและยอมรับวัตถุที่ได้มาจากการกระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน

⁴⁵ **Article 218** “Whosoever, being charged with the responsibility of protecting an old person, a child, a cripple, or a sick person, abandons or deserts his charges, or fails to afford them the protection necessary to the preservation of their lives, shall be punished with penal servitude for a period not less than three months and not exceeding five years.

When the offence has been committed against his or her own or his wife's or her husband's direct ancestors (as the case may be), the punishment shall be penal servitude for not less than six months and not exceeding seven years.”

⁴⁶ **Article 220** “Every individual who shall have illegally arrested or imprisoned a person shall be punished with penal servitude for a period of not less than three months and not exceeding five years.

Should the same offence have been committed against one's own or one's wife's or husband's direct ancestors (as the case may be) the penalty shall be penal servitude for a period of not less than six months and not exceeding seven years.”

⁴⁷ **Article 257** “Offences mentioned in the preceding Article shall be free from punishment when

สามปี” ส่วนวรรคสอง มีว่า “ผู้ใดที่ถูกพบว่ามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดในการส่ง ฝาก จำหน่าย หรือเก็บรักษาซึ่งวัตถุที่ได้มาจากการกระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท”) ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หากเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำต่อ ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงหรือสามีหรือภริยาของผู้นั้น ต่อญาติที่อาศัยอยู่ด้วยกันหรือสมาชิกใน ครอบครัวหรือสามีหรือภริยาของผู้นั้น

บทบัญญัติดังกล่าวมาข้างต้น ไม่นำไปใช้กับกรณีที่ตัวการร่วมไม่ได้เป็นญาติหรือ สมาชิกของครอบครัว”

บทบัญญัติข้างต้นคล้ายคลึงกับความผิดฐานรับของโจร ตามมาตรา 357 แห่งประมวล กฎหมายอาญาของไทย ซึ่งในมาตรา 71 ได้กำหนดให้การกระทำความผิดฐานรับของโจร หากเป็น การกระทำระหว่างสามีภริยา ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายของญี่ปุ่น

มาตรา 244⁴⁸ กำหนดว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 235 (กล่าวคือ ผู้ใดเอาไป ซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี) และการ พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 235 ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หากเป็นการกระทำต่อญาติสืบสาย โลหิตโดยตรง หรือระหว่างบุคคลที่แต่งงานแล้ว หรือญาติที่อาศัยอยู่ด้วยกันหรือสมาชิกใน ครอบครัว และในกรณีที่กระทำต่อญาติคนอื่นๆ หรือสมาชิกในครอบครัวคนอื่นๆ ที่มีได้บัญญัติไว้ ข้างต้น ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่ว่าผู้เสียหายจะร้องทุกข์

บทบัญญัติดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ไม่นำไปใช้กับกรณีตัวการร่วมที่มีได้เป็นญาติกับฝ่าย ผู้เสียหาย หรือมิได้เป็นสมาชิกในครอบครัว”

they shall have been committed among, direct blood relations, their husbands or wives, relations residing together, or members of a family, or their husbands or wives.

The example mentioned in the foregoing paragraph is not applicable to any co-actors not being relations or members of the household.”

⁴⁸ **Article 244** “Offences mentioned in Articles 235, and attempts to commit the same, shall be free from punishment when they have been committed among direct blood relations or among married persons or among relations residing together, or among members of a family; and in the case of other relations or members of a family no action shall be taken unless a complaint is lodged by the injured party.

The example of the preceding paragraph is not applicable to co-actors who have no relation with the injured party or are not members of the household.”

จากบทบัญญัติของญี่ปุ่นดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าคล้ายกับความผิดฐานลักทรัพย์ ตามมาตรา 334 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งในมาตรา 71 ได้กำหนดให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานลักทรัพย์หากเป็นการกระทำระหว่างสามีภริยา สอดคล้องกับกฎหมายของญี่ปุ่น มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า กฎหมายญี่ปุ่นในมาตราดังกล่าวมิได้บอกไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้อย่างเช่นของไทย แต่การที่กฎหมายญี่ปุ่นบัญญัติไว้เช่นนั้นก็เท่ากับว่ากรณีความผิดดังกล่าว ผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการให้อำนาจดำเนินคดีแก่เจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งก็คล้ายกับความผิดอันยอมความได้ของไทยนั่นเอง

เช่นนี้ จากบทบัญญัติที่กล่าวเป็นตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้มีการนำเอาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติความผิดฐานต่างๆ มากกว่ากฎหมายอาญาของไทย ซึ่งมีทั้งกรณีที่เป็นเหตุเพิ่มโทษ เหตุยกเว้นโทษ หรือแม้กระทั่งกรณีที่คล้ายคลึงกับความผิดอันยอมความได้

3.2 ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)

กลุ่มระบบคอมมอนลอว์นี้มีต้นกำเนิดจากประเทศที่ถือตามระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งภายหลังจึงได้ถูกนำไปใช้ในประเทศอื่นๆ ที่ได้รับอิทธิพล โดยมีความแตกต่างไปจากระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายในสาระสำคัญที่ว่า กฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายที่วิวัฒนาการมาจากคำพิพากษาของศาล⁴⁹ ซึ่งผู้พิพากษาตัดสินคดีตามความยุติธรรม เมื่อมีข้อพิพาทขึ้นมาสู่ศาล แม้ในปัจจุบัน ลักษณะสำคัญนี้ก็ยังคงปรากฏอยู่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า กฎหมายอังกฤษนั้นเป็นเรื่องว่าด้วยการตัดสินคดีเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น แทนที่จะเป็นการวางระเบียบกำหนดข้อบังคับไว้ และมีแนวความคิดว่า “ประชาชนทุกคนมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม” ซึ่งโดยส่วนมากจะมีรูปแบบการดำเนินคดีอาญาโดยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน

เช่นนี้ หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนจึงเป็นระบบการดำเนินคดีที่ถือว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้มีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อย ตลอดจนมีหน้าที่ป้องกันการกระทำผิดอาญาที่เกิดขึ้นในสังคม ซึ่งสืบเนื่องมาจากความคิดพื้นฐานที่ว่า การรักษาความสงบต่อสังคมเป็นหน้าที่ของประชาชน เพราะประชาชนทุกคนถือเป็นหน่วยหนึ่งของสังคมหรือรัฐ ฉะนั้น

⁴⁹ หยุต แสงอุทัย ค (2523). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 10). หน้า 4.

ทุกคนจึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการที่จะร่วมกันรับผิดชอบและดำเนินการแก้ไขปัญหาต่างๆ เพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้น จึงถือว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องคดีอาญา โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงหรือไม่⁵⁰

3.2.1 ประเทศอังกฤษ

ในอดีต กฎหมายของประเทศอังกฤษแบ่งประเภทความผิดออกเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดประเภท Treason Felony และ Misdemeanour

สำหรับความผิดประเภท Treason เดิมแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่⁵¹

1) ความผิดประเภท High Treason อันเป็นการกระทำที่ไม่จงรักภักดี และมุ่งที่จะต่อต้านพระมหากษัตริย์ และ

2) ความผิดประเภท Petit Treason คือ การกระทำความผิดเพราะขาดความซื่อสัตย์ต่อกันของผู้ที่มีฐานะด้อยกว่า (Inferior allegiance) เช่น ภริยาฆ่าสามี ลูกจ้างฆ่านายจ้าง เป็นต้น ปัจจุบันความผิดประเภทนี้ถูกยกเลิกไปแล้ว

ต่อมา Criminal Law Act 1977 มาตรา 15 บัญญัติแยกประเภทความผิดอาญา เพื่อประโยชน์ในทางวิธีพิจารณาออกเป็น 3 ประเภท คือ⁵²

1) ความผิดอาญาประเภท Offenses triable only on indictment คือ ความผิดที่ต้องพิจารณาโดยวิธีที่ต้องมีคำฟ้องที่เรียกว่า indictment ได้แก่ ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ที่มีอัตราโทษสูง ซึ่งการพิจารณาต้องกระทำในศาล Crown Court โดยคณะลูกขุน (Jury) และความผิดประเภทนี้โจทก์ต้องเริ่มฟ้องที่ศาล Magistrate Court เสียก่อน เพื่อให้ศาลทำการไต่สวนมูลฟ้อง และเมื่อเห็นว่าคดีมีมูลจึงค่อยส่งมาให้ศาล Crown Court พิจารณาต่อไป ความผิดประเภทนี้ ได้แก่ ความผิดตามคอมมอนลอว์ เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา

2) ความผิดอาญาประเภท Offenses triable only on summary คือ ความผิดอาญาที่มีโทษเล็กน้อย เดิมเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้ได้รับ

⁵⁰ อารยา เกษมทรัพย์. เล่มเดิม. หน้า 10.

⁵¹ Rollin M. Perkins. (1969). **Criminal Law** (2 nd ed.). pp. 9-10.

⁵² อธิติ มุสิกพงษ์. (2534). การดำเนินคดีความผิดเล็กน้อย. หน้า 25-26.

การพิจารณาโดยวิธีรวบรัด แต่เมื่อรัฐสภาออกพระราชบัญญัติ The Criminal Law Act 1977 แล้ว ได้นำความผิดตามพระราชบัญญัติต่างๆมารวมไว้ในมาตรา 15 ประกอบตารางที่ 1 ท้ายพระราชบัญญัติ และความผิดประเภทนี้ต้องพิจารณาในศาล Magistrate Court โดยไม่ต้องมี indictment หรือคำฟ้อง และคณะลูกขุน (Jury)

3) ความผิดอาญาประเภท Offenses triable only either way คือ ความผิดที่กำหนดขึ้นใหม่โดย The Criminal Law Act 1977 มาตรา 16 ประกอบกับตาราง 2 และ 3 ท้ายพระราชบัญญัติ สำหรับความผิดประเภทนี้มีหลักเกณฑ์ว่า ก่อนมีการพิจารณาคดี ศาล Magistrate Court จะทำการพิจารณาก่อนว่าจะใช้วิธีพิจารณาแบบใดให้เหมาะสม ด้วยวิธีการสอบถามโจทก์ก่อน แล้วจึงถามจำเลย จากนั้นศาลจะพิจารณาจากลักษณะของความผิดว่ามีสภาพเป็นความผิดอุกฉกรรจ์หรือไม่ โทษที่จำเลยควรได้รับมีแค่ไหนเพียงใด หากฟังได้ว่าจำเลยมีความผิด จะอยู่ในอำนาจของศาล Magistrate Court หรือไม่ หรือมีปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ ให้พิจารณาว่า คดีนั้นสมควรพิจารณาโดยมีคำฟ้อง (indictment) หรือโดยรวบรัด (Summary)

ปัจจุบัน กฎหมายของอังกฤษได้กำหนดความผิดไว้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statutory offences) โดยมีกฎหมายว่าด้วยความผิดอาญาโดยเฉพาะ เช่น The Criminal Act 1967 , The Criminal Law Act 1977 , The Abortion Act 1967 , The Criminal and Disorder Act 1998 , Offences Against the Person Act 1986 , Theft Act 1968 และ Theft Act 1978 , Sexual Offences Act 1956, 1967, 1958, 2003 , Terrorism Act 2002 , Terrorism Act 2006 , Anti-Terrorism , Crime and Security Act 2001 เป็นต้น และความผิดอื่นๆที่กำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษอีกหลายฉบับ เช่น Firearms Act 1968 , Drug Trafficking Act 1994 , Obscene Publications Act 1959 , War Crime Act 1991 , Football Offence Act 1991 , Police and Criminal Evidence Act 1984 เป็นต้น⁵³

เมื่อได้ศึกษาประเภทความผิดอาญาในกฎหมายของประเทศอังกฤษ พบว่า ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นบทเฉพาะว่าความผิดประเภทใดจะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้เหมือนกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย

⁵³ ณรงค์ ใจหาญ ค, อุทัย อาทิวา, สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ศุภกิจ เข้มประชา และวรรณาสุพรรณธรรดา. (2549). ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา (รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย). หน้า 67.

อย่างไรก็ตาม การที่ความผิดประเภทที่ขอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดถึงลักษณะทางวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นเรื่องของสิทธิในการดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหาย ซึ่งหากพิจารณาในระบบกฎหมายอังกฤษก็จะพบว่า ประเทศอังกฤษใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน (Popular Prosecution) ที่วางหลักว่า “ไม่เพียงแต่ผู้เสียหายเท่านั้นที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด แต่สังคมก็มีส่วนได้รับผลกระทบด้วย ดังนั้น จึงถือได้ว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย และไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะได้รับผลร้ายโดยตรงจากการกระทำความผิดนั้นหรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุนี้ อำนาจฟ้องจึงเป็นของประชาชนทุกคน” จากแนวคิดของหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนนี้ ทำให้ระบบวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยมีลักษณะพิเศษ คือ ไม่มีการนำเอาส่วนได้เสียของบุคคลมาปะปนกับส่วนได้เสียของสังคม ทำให้ประเทศอังกฤษไม่มีรูปแบบการฟ้องคดีความผิดต่อส่วนตัวที่ให้อำนาจฟ้องเฉพาะผู้เสียหายเท่านั้น โดยถือว่าอำนาจฟ้องคดีอาญานั้นเป็นของประชาชนทุกคน สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญานั้น ก็ยังคงให้สิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องต่อศาลแพ่งได้อีกส่วนหนึ่ง⁵⁴ อย่างไรก็ตาม แม้ประชาชนจะเป็นโจทก์ฟ้องคดีเองได้ก็ตาม แต่ในทางทฤษฎีแล้ว ถือว่าการดำเนินการฟ้องคดีอาญาเป็นการกระทำในนามของพระมหากษัตริย์ (Crown) และเป็นเรื่องของแผ่นดิน ขณะที่ ในทางปฏิบัติประชาชนอาจฟ้องคดีอาญาได้โดยการยื่นคำร้องกล่าวหาต่อ Justice of the Peace (J.P.) ณ ศาล Magistrate Court

แม้ประชาชนจะสามารถฟ้องคดีได้ แต่ก็ยังถือว่าประชาชน (โจทก์) เป็นผู้แทนของพระมหากษัตริย์ ซึ่งในเรื่องนี้มี Cross and Jones ให้ความเห็นไว้ใน “Introduction to Criminal Law” ว่า การที่ในทางทฤษฎีถือว่าการฟ้องคดีอาญาในประเทศอังกฤษเป็นการฟ้องในนามของกษัตริย์หรือของรัฐ ซึ่งแม้จะเป็นทำนองเดียวกับระบบของภาคพื้นยุโรป แต่ก็ยังมีลักษณะที่แตกต่างกันอยู่ 2 ประการ คือ⁵⁵

1) การฟ้องคดี ไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐหรือโดยเอกชนก็ตาม โจทก์ก็มีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในอันที่จะระงับคดีไม่ฟ้องร้องมากกว่าระบบทางภาคพื้นยุโรป

⁵⁴ อุคม รัฐอมฤต. เล่มเดิม. หน้า 26.

⁵⁵ คณิง ภาไชย ค (2529, ธันวาคม). “วิธีพิจารณาความอาญาตามกฎหมายอังกฤษ”. วารสารอัยการ, 9, 108. หน้า 14-15.

2) บทบาทของประชาชนผู้เป็นโจทก์ มีกว้างขวางมากกว่าในประเทศทางภาคพื้นยุโรป สำหรับในปัจจุบัน การดำเนินการฟ้องคดีอาญาในประเทศอังกฤษจะอาศัยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการฟ้องคดีที่เป็นความผิดอาญา ค.ศ.1985 (POA 1985 : The Prosecution of Offences Act 1985) โดยมีหน่วยงานที่เรียกว่า CPS (The Crown Prosecutions Service) ที่มีหน้าที่ในการควบคุมและพิจารณาการดำเนินคดีอาญาที่เจ้าพนักงานตำรวจได้เริ่มดำเนินคดีมาแล้ว (มาตรา 3 (2) (เอ)) และการที่ CPS จะดำเนินคดีอาญาหรือไม่นั้น CPS จะใช้หลักในการพิจารณา 2 ประการคือ (1) การตรวจสอบพยานหลักฐาน (evidential test) และ (2) ผลกระทบที่มีต่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)⁵⁶ ส่วนสิทธิของผู้เสียหายที่จะดำเนินการฟ้องคดีเองนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 6 (1) แห่งพระราชบัญญัติการฟ้องคดีที่เป็นความผิดอาญา ค.ศ.1985 (POA 1985)

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ผู้เสียหายจะสามารถใช้สิทธิของคนในการฟ้องคดีเองได้ แต่ CPS ก็สามารถที่จะเข้าควบคุมคดี (take over) ดังกล่าวได้ หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ 4 ประการดังต่อไปนี้⁵⁷

1) ผู้เสียหายที่ฟ้องคดีเองหรือผู้แทนร้องขอให้ CPS เข้าดำเนินคดีอาญานั้น โดย CPS จะดำเนินคดีอาญาให้ต่อเมื่อเห็นว่าการดำเนินคดีอาญาดังกล่าวมีพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ (evidential) และมีประโยชน์ต่อสาธารณะ (Public interest) เท่านั้น

กรณีที่ CPS พิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินคดีอาญาดังกล่าวไม่เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ เช่น การฟ้องนั้นเป็นการฟ้องเท็จ (Malicious prosecution) หรือเป็นการฟ้องคดีเพื่อกลั่นแกล้งจำเลย (Vexatious prosecution) หรือเป็นการฟ้องในความผิดเล็กน้อย (minor offence) และจำเลยเจ็บป่วยเกินไปที่จะเข้ากระบวนการสืบพยาน หรือแม้เป็นความผิดร้ายแรง (serious offence) แต่จำเลยได้รับความเจ็บป่วยอย่างร้ายแรง (terminally ill) หรือหากดำเนินคดีไปจะเป็นเหตุทำให้เสียประโยชน์แก่กระบวนการยุติธรรม เหตุต่างๆเหล่านี้ ถือเป็นข้อพิจารณาที่ CPS จะไม่ดำเนินคดีอาญาทั้งสิ้น

2) เมื่อจำเลยหรือผู้แทนร้องขอให้ CPS เข้าดำเนินคดีอาญาดังกล่าว

⁵⁶ สืบค้นเมื่อ 1 กันยายน 2554, จาก <http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp149.pdf>

⁵⁷ สืบค้นเมื่อ 1 กันยายน 2554, จาก <http://www.cps.gov.uk/legal/section1/index.html>

ในกรณีนี้ CPS จะดำเนินคดีอาญาให้ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ดำเนินการสอบสวนไปแล้ว และมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินคดีเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ (on behalf of the public)

3) เมื่อเกิดกรณีตามมาตรา 7(4) ถือเป็นหน้าที่ของจำศาล (justices' clerk) ที่จะต้องแจ้งให้ CPS ทราบ ซึ่งกรณีดังกล่าว ได้แก่

(1) กรณีผู้เสียหายที่ฟ้องคดีเอง ได้ถอนฟ้องโดยไม่มีเหตุผลอย่างเพียงพอ ดังนี้ CPS จะทำการทบทวนข้อกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง ประกอบกับอัยการสูงสุด (Attorney General) จะได้รับรองให้มีการดำเนินกระบวนการฟ้องร้องใหม่

(2) กรณีผู้เสียหายที่ฟ้องคดีเอง ไม่ได้ยื่นฟ้องภายในเวลาที่กำหนดและไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะชี้แจงถึงเหตุแห่งความล่าช้านั้น หรือกรณีผู้เสียหายไม่มีความตั้งใจที่จะทำการดำเนินคดีต่อไป ดังนี้ CPS จะเข้าดำเนินคดีแทน เพื่อมิให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของกระบวนการยุติธรรม

4) เมื่อ CPS ได้รับรายงานกรณีจากผู้เสียหายฟ้องคดีเองจากแหล่งอื่น หรือได้รับรายงานจากศาล

กรณีที่ศาลได้ไต่สวนมูลฟ้องแล้วพบว่า คดีมีมูล (prima facie case) ดังนี้ CPS ก็จะเข้าดำเนินคดีแทน

เช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่า แม้กฎหมายอังกฤษจะได้อนุญาตให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวางก็ตาม แต่ก็ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด โดยมีหน่วยงานที่ชื่อว่า CPS คอยควบคุมอยู่ ทั้งนี้ เพื่อให้การดำเนินคดีอาญาเป็นไปเพื่อคุ้มครองและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม

ในคดีอาญาบางประเภทที่ผู้เสียหายดำเนินการฟ้องคดีเองนั้น (Private Prosecution) เจ้าหน้าที่พนักงานของรัฐโดยอัยการสูงสุด (Attorney General) และ D.P.P. (Director of Public Prosecutions) สามารถเข้าดำเนินคดีแทนและสั่งยุติการดำเนินคดีโดยอ้างเหตุผลในทางนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ได้ด้วยเช่นกัน⁵⁸

⁵⁸ Gary Slapper and David Kelly. (2003). *The English Legal System* (6 th ed.). p.433. อ้างถึงใน ปริญา ชินะผา. เล่มเดิม. หน้า 59.

ส่วนกรณีที่ได้ดำเนินการฟ้องร้องไปแล้ว ต่อมาภายหลังคู่กรณีจะตกลงยอมความกัน นั้น ก็จะเป็นไปตามหลักการที่ว่า การดำเนินคดีอาญาเป็นการดำเนินการในนามของกษัตริย์ (Crown) หรือของรัฐ ดังนั้น คู่กรณีในกระบวนการพิจารณาจึงไม่อาจประนีประนอมยอมความกันเองได้ โดยมีได้รับความยินยอมจากรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐเสียก่อน แต่ในทางปฏิบัติคดีที่ประชาชนเป็นคู่กรณีกัน ศาลอาจยินยอมให้คดีระงับไปได้ เมื่อศาลเห็นว่าคดีโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอ หรืออีกนัยหนึ่ง คือ ถ้าโจทก์ไม่ตั้งใจที่จะให้ศาลดำเนินคดีจนพิพากษาลงโทษจำเลย โจทก์ก็อาจไม่นำพยานเข้าสืบนั่นเอง⁵⁹

นอกจากนี้ การดำเนินคดีอาญาอาจยุติลงได้หากว่าโจทก์หรือจำเลยมีคำร้องขอไปยังอัยการสูงสุด (Attorney General) เพื่อให้ขอให้ออกเอกสารที่เรียกว่า Nolle Prosequi⁶⁰ ซึ่งส่วนใหญ่แล้ว จำเลยมักจะเป็นผู้ยื่นคำร้องขอโดยอ้างเหตุความเจ็บป่วย (ill-health) ของตน สำหรับอำนาจในการออกเอกสาร Nolle Prosequi นี้ แม้จะไม่มี การบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย แต่เอกสารดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นคำสั่งของกษัตริย์ (Crown) ว่า การฟ้องคดีอาญารื่องนั้นให้เป็นอันยุติลง⁶¹ ซึ่งการออกเอกสาร Nolle Prosequi นี้ ถือเป็นอำนาจของอัยการสูงสุด (Attorney General) แต่ผู้เดียวเท่านั้นที่จะกระทำได้ โดยถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (Extremely wide) ของอัยการสูงสุด (Attorney General) และไม่ต้องถูกตั้งคำถามโดยศาล เพราะถือว่าเป็นเรื่องปกติที่อัยการสูงสุด (Attorney General) จะใช้ดุลพินิจให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และแก้ปัญหาในกรณีที่มีการดำเนินคดีอาญาไม่อาจยุติลงได้ด้วยวิธีอื่น⁶²

ดังนั้น การให้คดียุติลงในระบบกฎหมายของอังกฤษ นอกจากจะเกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายที่จะทำการตกลงยอมความกับผู้กระทำความผิด โดยมีเจ้าพนักงานของรัฐคอยควบคุม

⁵⁹ คณิง ภาไชย ค หน้าเดิม.

⁶⁰ คำว่า “Nolle Prosequi” เป็นภาษาละติน หมายความว่าถึง จะไม่ดำเนินการฟ้องร้องคดีอีกต่อไป (we shall no longer prosecution) ซึ่งการยื่นเอกสาร Nolle Prosequi นี้ จะต้องกระทำภายหลังจากที่มีการฟ้องคดีแล้ว และต้องยื่นก่อนที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด.

⁶¹ คณิง ภาไชย ค หน้าเดิม.

⁶² สืบค้นเมื่อ 10 กันยายน 2554, จาก

กำกับดูแลแล้ว ยังอาจเกิดจากการที่ผู้กระทำความผิดได้ยื่นคำร้องเพื่อขอให้อัยการสูงสุด (Attorney General) ใช้ดุลพินิจเพื่อทำให้คดียุติลงได้เช่นกัน

กล่าวโดยสรุป แม้ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษจะใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องคดีได้อย่างกว้างขวางก็ตาม แต่เมื่อประเทศอังกฤษได้จัดตั้งหน่วยงาน CPS ขึ้นมาเพื่อพิจารณากลับกรอการดำเนินคดีอาญาให้กับประชาชน โดยมีพนักงานอัยการเป็นผู้ดำเนินคดีอาญาแทนเจ้าหน้าที่ตำรวจ ทำให้ปัจจัยในการพิจารณาการดำเนินคดีอาญาในประเทศอังกฤษมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองประโยชน์ของสังคมโดยรวมมากขึ้น นอกจากนี้ เรื่องของการยอมความซึ่งเป็นสิทธิของผู้เสียหายนั้น หากผู้เสียหายกระทำไปโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานของรัฐเสียก่อน ผู้เสียหายก็จะกลายเป็นผู้กระทำความผิดอาญาเสียเอง โดยถือว่าเป็นความผิดฐานยอมความโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการกระทำความผิดฐานนี้อาจกระทำด้วยวิธีการยอมรับหรือตกลงที่จะยอมรับในการปกปิดข้อมูลใดๆอันเป็นสาเหตุของการกระทำความผิด หรือมีการชดเชยค่าเสียหายกันเอง โดยการกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดอาญาและมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ตาม The Criminal Law Act 1967 มาตรา 5(1)⁶³

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า บทบาทของผู้เสียหายตามระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษก็ยังคงตกอยู่ภายใต้การควบคุมของหน่วยงาน CPS ที่ทำหน้าที่คุ้มครองประโยชน์ของสังคมโดยรวมมากกว่า ทำให้ปัญหาในเรื่องที่ผู้เสียหายจะใช้สิทธิของตนเองในทางที่มีชอบโดยอ้างผลกระทบในทางส่วนตัวที่ตนได้รับ เพื่อนำสิทธิดังกล่าวมาหาประโยชน์หรือกลับแกแ่งผู้กระทำความผิด จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ เพราะถือว่าเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งการที่ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษมิได้ให้บทบาทของผู้เสียหายอยู่เหนือผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมนั้น ถือเป็นข้อดีของระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษในการใช้กฎหมายอาญา เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างแท้จริง⁶⁴

ในส่วนของกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยานั้น ไม่ปรากฏว่ากฎหมายของอังกฤษได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าในกรณีที่หากมีการกระทำความผิดทางอาญาระหว่างสามีภริยาเกิดขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบแค่ไหนเพียงใด เพราะประเทศอังกฤษเป็น

⁶³ J.C. Smith and Brian Hogan. (1998). **Criminal Law**. p. 764.

⁶⁴ ประจัญญา ชินะผา. เล่มเดิม. หน้า 60-61.

ระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งมีได้มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนอย่างในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ จึงไม่สามารถบอกได้อย่างแน่ชัด แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษก็ได้มีหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ คือ แนวทางในการกำหนดโทษหรือแนวทางในการลงโทษผู้กระทำความผิด (Sentencing Guidelines Council หรือ SGC) ซึ่งมีแนวทางที่กำหนดเป็นเกณฑ์ไว้ว่า หากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นในความผิดฐานลักขโมยและ โจรกรรมทรัพย์สินในที่อยู่อาศัย (Theft and Burglary in a building other than a dwelling) ศาลก็จะลดโทษให้ ซึ่งถือว่าเป็นเหตุลดโทษ เทียบได้กับมาตรา 71 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นเหตุลดโทษ ได้แก่⁶⁵

- 1) กรณีที่ถูกช่วยเหลือเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ตามปกติ (กรณีบ้านคานาโทสะ) (Theft and Burglary in a building other than a dwelling)
- 2) ความบกพร่องทางจิต หรือไร้ความสามารถ (Mental illness or disability)
- 3) ความเป็นผู้เยาว์ ที่ส่งผลต่อความรับผิดชอบของจำเลย (Youth or age, where it affects the responsibility of the individual defendant)
- 4) ข้อเท็จจริงที่บ่งบอกว่าผู้กระทำความผิดมีส่วนในการกระทำความผิดเพียงเล็กน้อย (The fact that the offender played only a minor role in the offence)

⁶⁵ Sentencing Guidelines Council. สืบค้นเมื่อ 3 สิงหาคม 2554, จาก

บทที่ 4

ความผิดอันยอมความได้ในกรณีที่น่าความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ ตามกฎหมายไทย

หากพิจารณาจากบริบทของสังคมไทยก็จะพบว่า สังคมไทยให้ความสำคัญกับเรื่องครอบครัวเป็นอย่างมาก เมื่อมองย้อนกลับไปในอดีตการแก้ไขปัญหภายในครอบครัว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการกระทำระหว่างสามีภริยา บิดามารดากับบุตร หรือความขัดแย้งอื่นใดระหว่างญาติพี่น้องในครอบครัวเดียวกัน ก็สามารถอาศัยเพียงการพูดคุยระหว่างกันเองได้ ยิ่งถ้าครอบครัวมีลักษณะเป็นครอบครัวขยาย ผู้อาวุโสหรือผู้ใหญ่ในครอบครัวก็จะเข้ามามีบทบาทในการไกล่เกลี่ยให้ทั้งสองฝ่ายได้พูดคุยกัน หรือหาทางแก้ไขปัญหาและพยายามให้มีการปรับความเข้าใจกัน เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้กำลังทำร้ายกันระหว่างสมาชิกในครอบครัว ซึ่งผู้อาวุโสหรือผู้ใหญ่ในครอบครัวที่เข้ามาช่วยนี้มักจะเป็นที่เคารพและเป็นที่ยอมรับของสมาชิกในครอบครัว ซึ่งสิ่งที่ได้กล่าวมานี้ล้วนมาจากค่านิยมและเอกลักษณ์ของสังคมไทยโดยแท้ อันส่งผลดีทำให้สามารถรักษาและดำรงสถานภาพความมั่นคงในครอบครัวไว้ได้ โดยไม่มีการฟ้องร้องหรือดำเนินคดีให้เกิดความแตกร้างในครอบครัว

4.1 พัฒนาการของกฎหมายไทยที่น่าความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติเป็นความผิดอาญา

หากจะพิจารณาถึงประวัติศาสตร์ของความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายไทยก็มีดังต่อไปนี้¹

¹ เศรษฐบุตร อธิษัทรณวินิจ. เล่มเดิม. หน้า 7-13.

แม้ความผิดอาญาในปัจจุบันจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นส่วนใหญ่ แต่หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์ของไทยตั้งแต่ยุคสุโขทัย จะพบว่า ในยุคดังกล่าวได้จัดการปกครองเป็นแบบพ่อปกครองลูก คือผู้ปกครองมีความใกล้ชิดกับประชาชน ให้ความเป็นกันเองและความยุติธรรมกับประชาชนเป็นอย่างมาก เมื่อประชาชนเกิดความเดือดร้อนไม่ได้รับความเป็นธรรม สามารถร้องเรียนกับพ่อขุนโดยตรงได้ โดยไปยื่นกระดิ่งที่แขวนไว้ที่หน้าประตูที่ประทับ ดังข้อความในศิลาจารึกที่ว่า

“...ในปากปทุมมิกดิ่งอันฉิ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ฟ้าหน้าปกกลางบ้านกลางเมือง มีถ้อยความเจ็บท้องข้อใจ มันจ๊กกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบ่ไว้ไปปล้นกดิ่งอันท่านแขวนไว้พ่อขุนรามคำแหงได้ (ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงหลักที่ 1 ด้านที่ 1) ยินเรียกเมื่อถามสวนความแก่มันด้วยชื่อไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม...” (ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงหลักที่ 1 ด้านที่ 2)

จึงเห็นได้ว่า การดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรมในยุคสุโขทัยเปิดโอกาสให้ประชาชนเป็นผู้นำคดีขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์ด้วยตนเอง โดยการมาขึ้นกระดิ่งที่ปากประตูเมืองเพื่อแจ้งข้อร้องเรียนต่างๆ

จนถึงสมัยกรุงศรีอยุธยา ประชาชนก็ยังเป็นผู้มีสิทธิดำเนินคดีต่อผู้กระทำผิดได้ตามเดิม ด้วยการมาร้องเรียนต่อทางราชการให้เป็นผู้ชำระความ

ต่อมาเมื่อพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทรงสถาปนากรุงรัตนโกสินทร์ขึ้นเป็นราชธานี ได้ทรงโปรดฯ ให้มีการชำระกฎหมายเสียใหม่ เรียกว่า “กฎหมายตราสามดวง” ซึ่งลักษณะการดำเนินคดีตามกฎหมายตราสามดวงยังคงปรากฏว่าให้ราษฎรเป็นผู้ดำเนินคดีได้ และเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถยอมความได้เอง ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะตระลาการ ข้อที่ 9 ที่บัญญัติว่า

“มาตราหนึ่ง ทวยราษฎรทั้งหลายมีคดีในกระทรวงใดๆ

ใน

แวนแคว้น } ก็ดี และลูกความทั้งสองข้าง ให้นำหนังสือ

นอก

เอกสารยอมกันต่อตระลาการว่า มิว่ากันแล้ว ท่านว่ามันเอาหนังสือยอม นั้นได้เป็นสัญญา อยู่มาข้างหนึ่งทำหนังสือท้วงติง ขอมความลูกปลุก ความนั่งแปรถ้อยคินคำว่า มิยอมเล่าไซ้รู้ ท่านบมิให้ฟังคำมันคนร้าย

แปรถ้อยคำกว่านั้นเลย ท่านให้ฟังเอาหนังสือขอมันเป็นสัญญาฯ”²

จึงเห็นได้ว่า แนวคิดในเรื่องการดำเนินคดีและการขอมความระหว่างผู้เสียหายกับผู้ต้องหาได้ปรากฏเป็นหลักฐานในทางกฎหมายไทยเรื่อยมา

ต่อมาในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยได้ตกลงทำสนธิสัญญายกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้แก่คนในบังคับของประเทศตะวันตกกับเซอร์จอห์น เบาริง กลายเป็นสนธิสัญญาเบาริง เพราะประเทศเหล่านั้นเห็นว่า กระบวนการยุติธรรมของไทยในขณะนั้นยังไม่มีหลักประกันความแน่นอน เนื่องจากปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อีกทั้งกฎหมายต่างๆ ยังกระจัดกระจายไม่เป็นหมวดหมู่ และยังมีปัญหาเรื่องการให้สินบนผู้พิพากษา ขั้นตอนการพิจารณาคดีที่ล่าช้า และบทลงโทษที่รุนแรงด้วย³

จนถึงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเห็นว่าทางเดียวที่จะแก้ปัญหามีสติสภาพนอกอาณาเขตได้ก็คือ การปรับปรุงระบบศาลและระบบกฎหมายไทยให้อยู่ในระดับที่ชาวตะวันตกยอมรับ ซึ่งเป็นวิธีเดียวกับที่ประเทศญี่ปุ่นเคยใช้ในการยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศตะวันตก กล่าวโดยสรุปก็คือ พระองค์ทรงเริ่มปฏิรูปกฎหมายอาญาเสียก่อน มีการจ้างนักกฎหมายฝรั่งเศส คือ นายจอร์จ ปาดู (Georges Padoux) มาเป็นที่ปรึกษาในการร่างกฎหมาย⁴ ในที่สุดก็ได้มีการประกาศใช้ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” เมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 ซึ่งถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย ต่อมาในพ.ศ. 2499 ได้มีการปรับปรุงกฎหมายใหม่ คือ “ประมวลกฎหมายอาญา” ฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งเริ่มใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นมา

ในกฎหมายลักษณะอาญามีการยอมรับแนวคิดในการกำหนดความผิดอันขอมความได้ ดังที่ปรากฏใน มาตรา 6 (7) ของกฎหมายลักษณะอาญา ที่บัญญัติว่า

“ความผิดต่อส่วนตัวนั้น ท่านหมายความว่า บรรดาความผิดที่จะฟ้องขอให้ศาลพิจารณาทางอาญาได้แต่เมื่อผู้ต้องประทุษร้ายหรือเสียหายนั้นได้มาร้องทุกข์ขอให้ว่ากล่าว”

แต่เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายอาญาก็มิได้เรียกว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” แต่เรียกว่า “ความผิดอันขอมความได้” ตามลักษณะของความผิด โดยเมื่อได้พิจารณาจากรายงานการ

² นิติศาสตร์ไพศาล, พระยา. (2502). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย คำสอนชั้นปริญญาตรี. หน้า 513.

³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (ม.ป.ป.). แนวคิดและปรัชญาของกฎหมายปกครอง. สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2554, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/printPublaw.asp?Publawid=1228>.

⁴ แหล่งเดิม.

⁵ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 110/2500.

ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นว่า มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอันยอมความได้ไว้ว่าควรมีลักษณะคือ

“พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (สุทธิ จุณยานนท์) เห็นว่า “การที่จะกำหนดความผิดใดเป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือไม่นั้น ควรต้องพิจารณาความรู้สึกของสาธารณชนที่จะป้องกันได้ เช่น เรื่องน้อ โกง ยักยอก (เพราะ : ผู้เขียน) หากผู้ที่ทราบว่าจะมีการน้อ โกงหรือยักยอก อาจจะพูดได้ว่า ... ก็คงจะไม่เชื่อหรือไม่มอบหมายทรัพย์สินให้ ซึ่งการกระทำผิดในลักษณะดังกล่าวนี้ย่อมแตกต่างไปจากการกระทำความผิดต่อเด็ก เช่น ความผิดฐานข่มขืนเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี เพราะการกระทำแก่เด็กๆ ย่อมไม่สามารถที่จะหาทางป้องกันได้

ส่วนหลวงจ่ารัฐนิติศาสตร์ (จ่ารัฐ โปษยานนท์) เห็นว่า “การกำหนดให้ความผิดฐานน้อ โกงให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้น มีความเหมาะสม เนื่องจากความผิดฐานน้อ โกงดูแล้วไม่น่าหวาดเสียว แต่ที่ว่าการผิดใดที่ไม่สามารถป้องกันได้ไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้น ไม่น่าจะเหมาะสม เนื่องจากมีความผิดบางฐาน เช่น การเลียนป้ายการค้าของเขาก็ไม่มีใครจะป้องกันได้ แต่...ก็บัญญัติให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวเหมือนกัน ดังนั้น ควรดูประเภทความผิดและผลที่เกิดขึ้น คือ ดูเป็นเรื่อง ๆ ไปว่าควรเป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือไม่”⁶

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็มิได้ให้คำนิยามของความผิดอาญาแผ่นดิน หรือความผิดอาญาต่อส่วนตัวหรือความผิดอาญาที่ยอมความได้ไว้อย่างชัดเจน แต่หากเปรียบเทียบลักษณะเงื่อนไขการดำเนินคดีในความผิดต่อส่วนตัวตามกฎหมายลักษณะอาญากับลักษณะเงื่อนไขในการดำเนินคดีในความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่า มีความเหมือนกัน คือ ต้องให้ผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์ก่อนศาลจึงจะสามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้ ดังนั้น นักกฎหมายจึงมีความเห็นว่า ความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา ก็คือ ความผิดต่อส่วนตัวตามกฎหมายลักษณะอาญา⁷ นั่นเอง

เหตุที่ต้องทำความเข้าใจในความเหมือนกันของ “ความผิดอันยอมความได้” และ “ความผิดต่อส่วนตัว” นั้น มิใช่เหตุผลในทางกฎหมายสารบัญญัติแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังมี

⁶ รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 279/63/2485 วันพฤหัสบดีที่ 19 กุมภาพันธ์ 2485.

⁷ ชาตรี ศรีนวนนัต และวันชัย ศรีนวนนัต. (2528). คำอธิบายเรื่องความยินยอมในคดีอาญา : ความผิดอันยอมความได้ (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 49-50.

ผลกระทบถึงการตีความและการนำบทบัญญัติในทางวิธีสบัญญัติมาใช้กับกรณีด้วย เพราะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาใช้คำว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” ไม่ได้ใช้คำว่า “ความผิดอันยอมความได้” เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ร่างขึ้นก่อนปี พ.ศ. 2477 เป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่กฎหมายลักษณะอาญามีผลบังคับใช้อยู่ ดังนั้น ถ้อยคำในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงสอดคล้องกับถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายลักษณะอาญา แต่เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเสียใหม่ จึงยังมีถ้อยคำบางส่วนที่ไม่ตรงกันที่ต้องมีการตีความเพื่อสามารถบังคับใช้ได้ตามเจตนารมณ์ที่แท้จริง⁸

4.1.1 ตามกฎหมายตราสามดวง

ลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว ไม่ว่าจะในฐานะเป็นสามีภริยากัน หรือเป็นญาติกัน ก็อาจมีการกระทบกระทั่งกันบ้างหรืออาจมีการทำความผิดอาญาต่อกันบ้างในบางเรื่อง แต่เนื่องจากความใกล้ชิดสนิทสนมกันจึงทำให้การกระทำผิดดังกล่าวอาจกระทำไปด้วยความพลั้งเผลอหรือถือวิสาสะ หรืออาจเกิดจากอารมณ์โกรธหรือโมโหชั่วคราว หากกฎหมายไม่มีการลดหย่อนผ่อนปรนโทษให้เบาบาง ก็อาจส่งผลกระทบต่อสถานภาพความมั่นคงในครอบครัว อาจทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวร้าวฉานได้ และการที่กฎหมายบัญญัติให้มีการยอมความกันได้ในความผิดบางฐานที่โดยปกติยอมความกันไม่ได้ นั่น ก็เพื่อที่จะธำรงรักษาไว้ซึ่งสถาบันครอบครัวอันเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคม เพื่อป้องกันไม่ให้ความผิดอาญานั้นเป็นเหตุที่ไปกระทบต่อความสงบสุขของครอบครัว ซึ่งในกฎหมายตราสามดวงก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน ดังต่อไปนี้

1) ความเป็นสามีภริยากัน

ในเรื่องของความเป็นสามีภริยากันนี้ กฎหมายมิได้ยกเว้นโทษไว้ทุกฐานความผิด ตามหลักแล้วกฎหมายจะยกเว้นโทษให้เฉพาะกรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้น ซึ่งหลักเกณฑ์นี้มีกำหนดไว้คล้ายคลึงกันไม่ว่าจะเป็นในกฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 หรือประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันซึ่งจะได้กล่าวต่อไป แต่ถ้าเป็นเรื่องที่กระทบต่อชีวิตหรือร่างกาย กฎหมายมิได้ยกเว้นโทษให้ ซึ่งในกฎหมายตราสามดวงก็มีกำหนดไว้เช่นกัน คือ ในพระ

⁸ เศรษฐบุตร อธิษัทรรมวินิจ. เล่มเดิม. หน้า 13.

ไอยการวิวาทคำดี มาตรา 17⁹ กำหนดว่า “ถ้าผู้เมียทะเลาะกันจนมีการตายเกิดขึ้น กฎหมายให้ลงโทษตั้งฉันทันผู้อื่น” คือลงโทษประจุมิได้เป็นผู้เมียกัน จะเห็นได้ว่า แม้จะเป็นสามีภริยากันก็ตาม กฎหมายก็มีได้ยกเว้นโทษให้หากเกิดกรณีที่เกิดกระทบต่อชีวิต

2) ความเป็นเครือญาติกัน

ในกฎหมายตราสามดวงได้กำหนดขอบเขตความหมายของคำว่า “เครือญาติ” ไว้กว้างกว่าในปัจจุบัน (ที่กำหนดไว้เพียงผู้บุพการีกับผู้สืบสันดาน และพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันเท่านั้น) มาก กล่าวคือ รวมถึงลูกสะใภ้และลูกเขยด้วย

ตัวอย่างความผิดอาญาที่นำความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวมาเป็นเหตุในการบัญญัติ

พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146¹⁰ กำหนดว่า “หากลูกเขยลักทรัพย์ของพ่อตาแม่ยาย หรือพ่อตาแม่ยายลักทรัพย์ของลูกเขย ลูกสะใภ้ลักทรัพย์ของพ่อผู้แม่ผู้ หรือพ่อผู้แม่ผู้ลักทรัพย์ของลูกสะใภ้ ลูกลักทรัพย์ของพ่อแม่ หรือพ่อแม่ลักทรัพย์ของลูก น้ำลักทรัพย์ของหลาน หรือหลานลักทรัพย์ของน้ำ ลูกดาปู่ย่าอวาลักทรัพย์ของหลาน หรือหลานลักทรัพย์ของลูกดาปู่ย่าอวอา หรือ

⁹ พระไอยการวิวาทคำดี มาตรา 17 บัญญัติว่า

“มาตราหนึ่ง ผู้เมียวิวาทกัน ชายผู้ทุบตีฟันแทงหญิงผู้เมียตาย ให้ลงโทษตั้งฉันทันผู้อื่น ถ้าหญิงทุบตีฟันแทงชายผู้เมียตาย ให้ลงโทษคุกกัน

มี

ถ้าแก่งตีฟันแทงให้ตาย ท่านว่าให้ไหมโดยศักดิ์ ไม้ } สิ้นไหมให้เอาเข้าพระคลังหลวงจ่งสิ้น”

เหล็ก

¹⁰ พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 บัญญัติว่า

พ่อตา

“มาตราหนึ่ง ลูกเขยลักทรัพย์สิ่งของสิ่งใด ๆ ของ } ลักทรัพย์ของลูกเขย แลลูกสะใภ้

แม่ยาย

ลักทรัพย์ของพ่อผู้แม่ผู้ ๆ ลักทรัพย์ของลูกสะใภ้ ลูกลักทรัพย์ของพ่อแม่ ๆ ลักทรัพย์ของลูก น้ำลักทรัพย์ของหลาน ๆ ลักทรัพย์ของน้ำ ลูกดาปู่ย่าอวาลักทรัพย์ของหลาน ๆ ลักทรัพย์ของลูกดาปู่ย่าอวอา ที่ลักทรัพย์ของน้อง ๆ ลักทรัพย์ของพี่ ประการเท่านี้ท่านว่าไซ้อื่น เขาทรัพย์เรื่องเดียวกันยกไว้เขาเสียกันมิได้ ให้คืนแต่ทรัพย์สิ่งของนั้นให้แก่กัน จงโทษและปรับไหมให้แก่กันตั้งฉันทันผู้อื่นมิได้ อนึ่ง ผู้เมียลักทรัพย์สิ่งของกันเอง ท่านมิให้เอาโทษตั้งฉันทันผู้อื่นเลย แม้นลักแล้วจะหย่าแบ่งทรัพย์กันก็ให้บังคับให้โดยขนาด ถ้าญาติเขยสะใภ้ทั้งหลายก็คู่เคียงกัน”

แม้กระทั่งในกรณีพิพาทของน้อง หรือน้องพิพาทของพี่ เช่นนี้ กฎหมายท่านว่าไขว่หน้า ให้คืน แต่ทรัพย์สินของนั้นแก่กัน จะลงโทษและปรับใหม่ให้แก่กันดังฉันผู้อื่นมิได้” กล่าวคือ ที่กฎหมายไม่ลงโทษและปรับใหม่ก็เพราะเหตุเนื่องมาจากความเป็นเครือญาติกันหรือความเป็นครอบครัวเดียวกันนั่นเอง ซึ่งกฎหมายได้คำนึงถึงสถานภาพความมั่นคงและความเป็นปึกแผ่นของสถาบันครอบครัว และในกรณีที่พิพาทกันเอง กฎหมายก็มีได้เอาโทษดั่งฉันผู้อื่นเลย ทั้งนี้ น่าจะเป็นเหตุผลเดียวกับกรณีความสัมพันธ์ระหว่างเครือญาติตามที่กล่าวมาข้างต้น

ตามกฎหมายตราสามดวง เหตุที่กฎหมายบัญญัติยกเว้น โทษหรือลดหย่อนโทษไปถึง พ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ ลูกเขยและลูกสะใภ้ด้วยนั้น น่าเชื่อว่าเป็นเพราะลักษณะของสังคมไทยในสมัยโบราณที่ครอบครัวเป็นครอบครัวขยาย กล่าวคือเป็นครอบครัวขนาดใหญ่ ลูกชายเมื่อแต่งงานแล้วส่วนใหญ่ต้องไปอยู่กับครอบครัวฝ่ายหญิง ทำให้ความผูกพันในครอบครัวมีสูง แตกต่างจากสังคมตะวันตก¹¹

ซึ่งในกรณีที่กฎหมายนำเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวมาเป็นเหตุในการบัญญัตินี้ มิได้มีเพียงแต่เรื่องความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้น ยังมีกรณีอื่นๆ อีก เช่น กรณีที่เกิดการวิวาททำร้ายร่างกายของบุคคลในครอบครัวเดียวกัน กฎหมายได้กำหนดให้มีมาตรการในการขอขมาลาโทษกันได้กรณีที่ผู้ถูกทำร้ายนั้นไม่ถึงแก่ความตายและได้รับบาดเจ็บไม่ถึงสาหัส เพราะหากเกิดกรณีที่ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายขึ้น แม้จะเป็นสามีภริยากัน กฎหมายก็ไม่ยกเว้นโทษให้ เช่น พระไอยการลักษณะผู้เมีย มาตรา 57 และมาตรา 58 ซึ่งเป็นกรณีที่ลูกเขยทำร้ายร่างกายพ่อตาแม่ยาย กฎหมายเปิดโอกาสให้ลูกเขยขอขมาลาโทษ แต่ให้เรียกทัณฑ์บนไว้

คำ

มาตรา 57 บัญญัติว่า “...ถ้าชายนั้นวิวาท } ภรรยาแลจับหอกดาบธนูไม่สรรพอาวุธ

ดี

คำ

ทั้งปวงจะพ้นทางภรรยา พ่อตาแม่ยายญาติพี่น้องหญิงห้ามมิฟังก็ดี แลชายหยาบช้า } ทบลงพ้น

พ่อ

ดี

ทาง } ผู้เฒ่าผู้แก่แห่งหญิงเจบปวดไม่ถึงสาหัสก็ดี ท่านว่าชายนั้นอุกอาจนักให้เอาสิ่งสินแล

แม่

¹¹ มนตรี เงินสวัสดิ์. (2549). “แนวคิดในการลงโทษของกฎหมายตราสามดวง”. หน้า 48.

ของๆ มันคืนให้แก่มัน ถองส่งขับมันเสียอย่าให้ขาดใหม่ตั้งฉันผู้อื่น ถ้ามันยังรักเมียมันอยู่ มันขอลู

พ่อตา

กะโทษว่าตัวมันผิดแล้วให้มันแต่งเข้าตอกดอกไม้รูปเทียนผ้าหัวหนึ่งเล่าเข้าแปลโก้ไหว้ } ส้มัก

แม่ยาย

สมาแล้ว จึงให้มันอยู่กินด้วยลูกสาวสืบไป...”

และมาตรา 58 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง ชายไปเลี้ยงลูกสาวท่าน ให้ย่าเกรงพ่อแม่ผู้เฒ่าผู้แก่แลญาติแห่งหญิง ถ้าชายมิพยคกินเล่า มักคำดีเมียตน พ่อตาแม่ยายห้ามปรามมิฟัง มันว่ากล่าวกินเลยหยาบซ้ำ แลให้เครื่องอันมีดีแก่พ่อตาแม่ยายก็ดี แลมันจุกละหุกดีเมียไปต้องพ่อตาแม่ยายก็ดี ให้มันแต่งเข้าตอกดอกไม้รูปเทียนสะมาพ่อตาแม่ยายแล้ว ให้เรียกเอาทานบวไว้ พี่เมียหน้าเมียจุกเดียวกันแล”

นอกจากนี้ ในกรณีที่ภรรยาไม่ชู้ ตามกฎหมายปัจจุบันสามารถเป็นเหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹² ได้ แต่ไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาว่าผู้เป็นสามีสามารถทำประการใดได้หรือไม่ แต่ในกฎหมายตราสามดวง ในพระไอยการลักษณะหัวเมีย มาตรา 8¹³ ได้กำหนดไว้ว่า “ถ้าเมียนอกใจแล้วตัวจับได้ เมียนอนหงายชายชู้นอนคว่ำ ถ้าจะฆ่าก็ให้ฆ่าทั้งสองคน อย่าให้ฆ่าแต่เพียงคนเดียว ถ้าฆ่าแต่เมียกฎหมายให้ฆ่าใช้ไหมตามบันดาศักเป็นพิไนยหลวง” จะเห็นได้ว่ากฎหมายอนุญาตให้สามีฆ่าภรรยาและชายชู้ทั้งได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายปัจจุบันที่เป็นเพียงเหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือในกรณีตามมาตรา 9¹⁴ ที่กำหนดว่า “เมียทำชู้เหนือหัว ตัวจับชู้ได้ไม่ทันจะพิจารณาก็บันดาศักโทษตั้งขึ้นตาย กฎหมายให้พิจารณาว่าถ้าเป็นสัตย์จริงว่าชายนั้นเป็นชู้ กฎหมายไม่ให้เอาโทษ ถ้าตัวจะฆ่าเมียแต่เมีย

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (1)

¹³ พระไอยการลักษณะหัวเมีย มาตรา 8 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง หญิงนอกใจหัว ตัวจับหญิงนอนหงายชายนอนคว่ำ ถ้าฆ่าชายนั้นเสียใช้ ให้ฆ่าหญิงนั้นเสียด้วย อย่าให้ฆ่าแต่ผู้เดียว ถ้าฆ่าแต่หญิงใช้ให้ไหมหัว ตามบันดาศักเป็นพิไนยหลวง”

¹⁴ พระไอยการลักษณะหัวเมีย มาตรา 9 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง หญิงใดทำชู้เหนือหัว ตัวจับชู้ได้ไม่ทันพิจารณาบันดาศักโทษตั้งขึ้นตายใช้ให้พิจารณา ถ้าเป็นสัตย์จริงว่าชายทำชู้ด้วยเมียมันจริง มิให้เอาโทษแก่ชายเจ้าเมียนั้นเลย ถ้าชายผู้จับตัวทันฆ่าตีหญิง หญิงหนีรอดใช้ ให้เอาหญิงนั้นเป็นคนหลวง ท่านจงให้ลงโทษประการใด ตามพระราชอาญาท่านนั้นแล”

นั้นหนีรอด ให้เอาเมียนั้นเป็นคนหลวง กฎหมายจะให้ลงโทษประการใดให้เป็นไปตามพระราช
 อาญา” กรณีนี้ก็เช่นกันที่กฎหมายไม่เอาโทษในกรณีที่สามีฆ่าชายชู้ตายถ้าปรากฏว่าชายนั้นเป็นผู้กับ
 ภริยาตนจริง ซึ่งในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันไม่มีบัญญัติไว้เช่นนั้น ฉะนั้น จะเห็นได้ว่า
 กฎหมายตราสามดวงนั้นได้ให้อำนาจผู้ในการที่จะฆ่าเมียตนเองและชายชู้ได้ สาเหตุอาจเป็นเพราะ
 พื้นฐานทางสังคมไทยที่อยู่ในขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีที่เคร่งครัด การที่หญิงจะทำชู้ก็เป็นการ
 ผิดศีลธรรมในตัวอยู่แล้ว ดังนั้น กฎหมายจึงได้ให้อำนาจผู้ที่จะกระทำกับหญิงแพศยาและชายชู้ได้
 ทั้งนี้ เป็นไปเพื่อให้สถาบันครอบครัวคงอยู่ต่อไปอย่างยั่งยืนได้¹⁵

และยังมีกรณีที่กฎหมายได้กำหนดโทษไว้สำหรับการที่หลานทำชู้ด้วยเมียลุงตาปู่อาว
 น้ำพี่ตนเอง ตามมาตรา 35¹⁶ และกรณีที่พ่อแม่ลูกพี่น้องยายหลานตาหลานลุงน้ำหลานทำชู้กัน ตาม
 มาตรา 36¹⁷ ซึ่งอาจเทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285¹⁸ ซึ่งถือเป็นเหตุเพิ่มโทษ

¹⁵ มนตรี เงินสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 49.

¹⁶ พระไอยการลักษณะผู้เมีย มาตรา 35 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง หลานทำชู้ด้วยเมียลุงตาปู่อาว
 ตนเอง มันผู้มิกลัวเกรงมันมีอาชญาแก่บาท

ตรวน	หญิง
------	------

ดั่งนั้นให้อำนาจคนร้ายจำใส่	ชื้อ	} เอน้ำมีกักหน้าทั้ง	} เอาเชือกหนึ่งผูกคอเอาข้อมือที่ตะเวนรอบตลาด
คา		ชาย	

๒๕

แล้วเอาขึ้นข่าหย่างยิงด้วยลูกสั้น โดย แลให้ตีด้วยลวดหนังคนละ } ที แล้วให้ทำแพลอยเสียนอกเมือง อย่าให้ดู

๕๐

เยี่ยงกัน ถ้าจะไถ่ลูกสั้น โดดมให้ยิงเล่มละ ๓๐๐๐๐”

¹⁷ พระไอยการลักษณะผู้เมีย มาตรา 36 บัญญัติว่า “มาตราหนึ่ง พ่อแม่ลูกพี่น้องยายหลานตาหลานลุง
 น้ำหลานทำชู้กัน ใช้ ให้ทำแพลอยผู้นั้นเสียในทะเล ให้เจ้าพ่อแม่พี่น้องพลเมืองท่านทั้ง ๔ ประตุไก่อ ๘ ตัว ให้พระ
 สงฆพราหมณาจารย์

ฟ้า

สวดมนตรทำพิธีการระงับอุบาทวจันไร น้ำ } จึงจะตกเปนประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่า

ฝน

ลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านว่าเลมิคให้ลงโทษโดยโทษาณโทษ”

ส่วนกรณีที่มีการทำร้ายร่างกายด้วยเหตุทะเลาะวิวาทกันนั้น ถ้ามิได้บาดเจ็บถึงสาหัส กฎหมายตราสามดวงได้กำหนดไว้ว่า มิให้เอาโทษ แต่ต้องมีการทำขวัญให้กัน ซึ่งตรงนี้ก็เห็นได้ อีกว่ากฎหมายได้ขยายความออกไปรวมถึงพ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ ลุงเขยลูกสะใภ้ และกล่าวถึง เมียหลวงเมียน้อยด้วย แตกต่างจากกฎหมายในปัจจุบัน ซึ่งได้แก่ พระไอยการวิวัตตาคำติ มาตรา 5¹⁹ ที่กำหนดว่า “พ่อตาแม่ยายคำดีลูกเขย ลูกเขยคำดีพ่อตาแม่ยาย ลูกสะใภ้คำดีพ่อพี่แม่พี่ พ่อพี่แม่พี่ คำดีลูกสะใภ้ เมียหลวงคำดีเมียน้อย เมียน้อยคำดีเมียหลวง ปู่ย่าหลานตายหลานลุงป้าหลานอ้าว น้ำหลานคำดีกันก็ดี พี่เมียน้องเขยคำดีกันก็ดี ถ้าถึงแตกหักสาหัส กฎหมายให้ปรับไหม เปรียบเสมือนมิได้เป็นญาติกัน แต่ถ้าไม่ถึงกับแตกหักสาหัสแล้ว ให้นายร้อยแขวงนายบ้าน นายอำเภอบังคับว่ากล่าวกันตามผิดแลชอบ และให้นำดอกไม้ธูปเทียนผ้าถุงห่มเกล้าเปิดไถ่ไปทำ ขวัญ เพราะเหตุว่าจะตัดญาติกันมิได้” จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ในกฎหมายตราสามดวงได้ กำหนดคำว่าเครือญาติให้มีความหมายครอบคลุมกว้างกว่าในหลักกฎหมายปัจจุบันที่กำหนดไว้แค่ เพียงผู้บุพการีกับผู้สืบสันดานและพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป และใน กฎหมายตราสามดวงยังได้กำหนดยกเว้นโทษให้ในกรณีที่ทำร้ายร่างกายกันแต่ไม่ถึงสาหัสด้วย

4.1.2 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ความคิดในเรื่องการกระทำความผิดของบุคคลและการลงโทษนั้นเป็นสิ่งที่มียุ่ตั้งแต่ สังคมดั้งเดิมมาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายใดก็ตาม อาจกล่าวได้ว่ามีมาก่อนที่มนุษย์จะ ได้จัด ให้มีระบบกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเสียอีก การจัดทำประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติ เฉพาะที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาเป็นเพียงการรับรู้เรื่องดังกล่าวให้เป็นกิจจะลักษณะเท่านั้น

¹⁸ อ้างแล้วในบทที่ 2.

¹⁹ พระไอยการวิวัตตาคำติ มาตรา 5 บัญญัติว่า

พ่อตา	พ่อตา	พ่อพี่
“มาตราหนึ่ง	} คำดีลูกเขย ๆ คำดี	} ลูกสะใภ้คำดี
แม่ยาย	แม่ยาย	แม่พี่
		} ๆ คำดีลูกสะใภ้

เมียหลวงคำดีเมียน้อย ๆ คำดีเมียหลวง ปู่ย่าหลานตายหลานลุงป้าหลานอ้าว น้ำหลานคำดีกันก็ดี พี่เมียน้องเขย คำดีกันก็ดี ถ้าถึงแตกหักษาหัดจึงให้ปรับไหมให้แก่กันดังฉันผู้อื่น ถ้าถึงแตกหักษาหัดให้ให้นายร้อยแขวงนาย บ้านนายอำเภอ บังคับว่ากล่าวกันตามผิดแลชอบตามผู้ใหญ่ผู้น้อยให้คบบ้างเข้าดอกดอกไม้ธูปเทียนสินนุ่งห่มเกล้า เข้าเปิดไถ่ไปแปลงขวัญกันเพราะเขาเสียกันมิได้”

ทั้งนี้ เพราะโดยเหตุผลของเรื่องแล้วเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็ต้องมีการลงโทษ และโดยทั่วไปแล้วการพิจารณาธรรมชาติของความผิดอาญา (nature of crime) ย่อมจะไม่แตกต่างกันมากนัก ไม่ว่าในระบบกฎหมายใด²⁰

การจัดทำกฎหมายให้เป็นประมวลนั้นเริ่มดำเนินการประกาศใช้ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2451 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรก ก็คือ “ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127” ซึ่งการจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นี้ นับได้ว่าเป็นการเปลี่ยนจากการใช้กฎหมายไทยซึ่งใช้มาตั้งแต่ดั้งเดิมมาสู่ระบบกฎหมายแบบรัฐสมัยใหม่ สำหรับเหตุผลของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวปรากฏอยู่ในพระราชปรารภเกี่ยวกับการประกาศใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา²¹ ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

ในสมัยโบราณใช้คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ของมนูสาราจารย์ซึ่งเป็นกฎหมายในมัชฌิมประเทศมาเป็นหลักกฎหมาย แต่เมื่อมีเหตุอันใดเกิดขึ้นซึ่งไม่สามารถใช้พระธรรมศาสตร์ตัดสินได้ จึงได้มีการตั้งพระราชกำหนดบทพระอัยการขึ้นมาเป็นแบบแผนสำหรับพิพากษาคดีที่จะมีขึ้นในภายภาคหน้า อย่างไรก็ดี พระราชกำหนดบทพระอัยการที่ได้ตั้งมาเป็นครั้งเป็นคราวนี้เมื่อเวลาผ่านไปนานวันเข้าก็มีมากมายและซับซ้อน ทำให้เกิดความลำบากในการที่จะพิพากษาอรรถคดี ซึ่งเป็นเพราะโดยการบ้านเมืองเปลี่ยนแปลงมาพันเหตุล่วงสมัยที่จะต้องให้พระราชกำหนดบทพระอัยการที่กษัตริย์องค์ก่อนๆ ได้ทรงบัญญัติไว้หลายชั่วอายุคนแล้ว หรือโดยเหตุที่พระราชกำหนดบทพระอัยการเก่าขัดขวางกับที่กษัตริย์ในภายหลังได้ทรงตั้งขึ้นบ้าง และอีกประการหนึ่งคือ ความลำบากด้วยเรื่องอำนาจศาลกงสุล กล่าวคือ การที่ประเทศไทยได้ทำหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีกับนานาประเทศ และหนังสือสัญญาทั้งปวงนั้นยอมให้กงสุลมีอำนาจตั้งศาลพิจารณาและพิพากษาคดีตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ ในเมื่อคนในบังคับของประเทศนั้นๆ เป็นความกันเองหรือเป็นจำเลย แต่ต่อมาเมื่อการค้าขายกับต่างประเทศได้เจริญแพร่หลายมากขึ้น ความลำบากในเรื่องคดีที่เกี่ยวข้องกับคนในบังคับต่างประเทศก็ยังมีมากขึ้น เพราะเหตุที่คนทั้งหลายที่ประกอบการค้าขายอยู่

²⁰ แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก (2529, มิถุนายน). “กฎหมายลักษณะอาญา : ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย”. วารสารนิติศาสตร์, 16, 2. หน้า106.

²¹ พระราชปรารภให้ใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 2-7. อ้างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก เล่มเดิม. หน้า 107-111.

ในบ้านเมืองเดียวกันต้องอยู่ในอำนาจศาลและอำนาจกฎหมายต่างๆ กันตามชาติของตน ทำให้เกิดความลำบากขัดข้องในการปกครองบ้านเมืองและกีดกันประโยชน์ของคนทั้งหลาย ตลอดจนชนชาติต่างๆ นั้นเองอย่างมาก จึงมีความประสงค์ที่จะยกเลิกวิธีศาลกงสุลต่างประเทศ ให้คนทั้งหลายไม่ว่าชาติใดบรรดาอยู่ในประเทศนั้นๆ ได้รับประโยชน์อยู่ในอำนาจกฎหมายและอำนาจศาลสำหรับบ้านเมืองแต่อย่างเดียวกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเทศญี่ปุ่นได้ริเริ่มจัดการเรื่องนี้ก่อนประเทศอื่น โดยมีการตรวจชำระกฎหมายของตน และจัดการศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามสมควรแก่ปัจจุบันสมัยทั่วไป เหล่านี้เป็นเหตุผลที่ว่าเหตุใดจึงมีการจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้น

สำหรับเหตุผลที่ประเทศไทยเลือกทำประมวลกฎหมายอาญาก่อนประมวลกฎหมายฉบับอื่นนั้น ก็เพราะในขณะนั้นคนไทยและเจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายยังไม่ค่อยมีความรู้ความเข้าใจในการชำระกฎหมายแบบประมวล และในบรรดากฎหมายลักษณะต่างๆ กฎหมายอาญาเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างได้ง่ายที่สุดและศาลต่างๆ สามารถที่จะเข้าใจได้ง่ายเช่นกัน ดังนั้น จึงเป็นการเหมาะสมที่จะเริ่มงานตรวจชำระและจัดร่างประมวลกฎหมายโดยการร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นก่อน²²

การร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นี้ แม้จะได้มีการนำเอาหลักกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นแนวในการร่าง แต่ผู้ร่างก็ได้ร่างโดยคำนึงถึงด้วยว่า หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่จะนำมาใช้เป็นแนวทางนั้นจะต้องพยายามเขียนให้เข้าใจง่าย และที่สำคัญจะต้องเหมาะสมกับคนไทยและสภาพสังคมไทยด้วย²³

จากที่ได้เคยกล่าวไว้หัวข้อกฎหมายตราสามดวงแล้วว่า การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกันนั้น กฎหมายได้ยกเว้นโทษให้ แต่กฎหมายตราสามดวงดังกล่าวก็ได้บัญญัติไว้เพียงกรณีการลักทรัพย์เท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 146 แห่งพระไอยการลักษณะโจร ซึ่งหากพิจารณาประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ก็จะพบว่ามีการบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน

²² Rene Geyon. (1919). *The Work of Codification in Siam*. p. 29. อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส ก แหล่งเดิม. หน้า 111.

²³ แสง บุญเฉลิมวิภาส ก แหล่งเดิม. หน้า 112.

กล่าวคือ ในมาตรา 54²⁴ วรรคแรก กำหนดไว้ว่า “ผู้ใดที่กระทำความผิดฐานประทุษร้ายต่อทรัพย์ สมบัติตามมาตราที่กฎหมายกำหนดไว้ หากเป็นการกระทำแก่ทรัพย์ของญาติสืบสายโลหิตโดยตรง ชั่วไป คือ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย ทวดของผู้กระทำเองก็ดี หรือกระทำแก่ทรัพย์ของญาติสืบสายโลหิต โดยตรงลงมา คือ ลูก หลาน เหลน ลื้อของผู้กระทำเองก็ดี กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำรับอาญาที่ กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้นแต่กึ่งหนึ่ง” ส่วนมาตรา 54 วรรคสอง ก็ได้กำหนดไว้ว่า “ถ้าความผิดตามวรรคแรกเป็นความผิดที่สามมีกระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี กฎหมาย ว่าผู้กระทำนั้นไม่มีโทษ” จะเห็นได้ว่า หากเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามี ภรรยา ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กำหนดให้เป็นเหตุยกเว้นโทษ เช่นเดียวกับ กฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 แต่ในส่วนของการกระทำระหว่างเครือ ญาติตามมาตรา 54 วรรคแรกนั้น กฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ สำหรับความผิดเช่นนั้นแต่กึ่งหนึ่ง ซึ่งหากลองพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายตราสามดวง พระ ไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 แล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดบทลงโทษไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกฎหมายตราสามดวง ได้กำหนดแต่เพียงว่า ให้คืนทรัพย์สิ่งของนั้นให้แก่กัน แต่จะลงโทษและ ปรับไหมให้แก่กันเหมือนกับมิได้เป็นญาติกันไม่ได้ และข้อแตกต่างอีกประการก็คือ ในประมวล กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 54 วรรคแรกนั้น มิได้ขยายความของคำว่าเครือญาติออกไป จนถึงพ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ และลูกเขยลูกสะใภ้ เหมือนดังเช่นในกฎหมายตราสามดวง

4.1.3 ประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาวิวัฒนาการควบคู่กับความเจริญของมนุษย์มาตั้งแต่อดีต ได้รับการแก้ไข ปรับปรุงตามกาลเวลาให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองการปกครองของ ประเทศนั้นๆ โดยเฉพาะประเทศตะวันตกมีการศึกษาหลักกฎหมายอาญาอย่างเป็นจริงเป็นจัง ทั้ง

²⁴ ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 54 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานประทุษร้ายต่อทรัพย์สมบัติ ตามที่กล่าวไว้ตั้งแต่มาตรา 288 จนถึงมาตรา 296 ก็ดี ตั้งแต่มาตรา 304 จนถึงมาตรา 321 ก็ดี ตั้งแต่มาตรา 324 จนถึงมาตรา 329 ก็ดี แลในมาตรา 340 นั้นก็ดี ถ้ากระทำแก่ทรัพย์ ญาติที่สืบสายโลหิตนับ โดยตรงขึ้นไป คือ พ่อ , แม่ , ปู่ , ย่า , ตา , ยาย , ทวด ของมันเองก็ดี นับโดยตรงลงมาคือ ลูก , หลาน , เหลน , ลื้อ ของมันเองก็ดี ท่านว่ามันควรรับอาญาที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้นแต่กึ่งหนึ่ง

ถ้าแลความผิดเช่นนั้นมานี้ เป็นความผิดที่สามมีกระทำต่อภรรยา หรือภรรยากระทำต่อสามี ท่านว่าไม่มีโทษ”

ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) และคอมมอนลอว์ (Common Law) จนเกิดหลักและทฤษฎีกฎหมายอาญาที่ดีและมีเหตุมีผล ที่สำคัญคือ หลักเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญา เมื่อลัทธิจักรวรรดินิยมแผ่ขยายมายังดินแดนต่างๆ ทำให้ประเทศไทยจำเป็นต้องปรับปรุงบ้านเมืองอย่างเร่งด่วน โดยเฉพาะการศาลและกฎหมาย เพื่อให้รอดพ้นจากการตกเป็นอาณานิคมของต่างชาติ กฎหมายอาญาได้รับการปรับปรุงก่อนเป็นอันดับแรกเนื่องจากเป็นกฎหมายที่กระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด โดยนำหลักกฎหมายบางเรื่องจากกฎหมายตราสามดวงมาผสมผสานกับหลักกฎหมายอาญาตะวันตก และจัดทำเป็นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ขึ้น หลักเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ประกอบด้วย การกระทำโดยเจตนา การกระทำโดยประมาท ความสำคัญผิดในตัวบุคคล การกระทำโดยพลาด ความไม่รู้กฎหมาย ความวิกลจริต ความมึนเมา การกระทำโดยจำเป็น การกระทำเพื่อป้องกัน การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างญาติและสามีภริยา การกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงาน บันดาลโทษ ความอ่อนอายุ และเหตุบรรเทาโทษ ต่อมา เมื่อประเทศไทยยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาและประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแทน หลักเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญายังคงได้รับการสืบทอดมาอย่างต่อเนื่องและมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพียงเล็กน้อย เพื่อให้บทบัญญัติมีขอบเขตที่ชัดเจนและเหมาะสมยิ่งขึ้น ดังนั้น จึงถือได้ว่าหลักเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาที่ถูกยกเลิกไปแล้ว ยังคงมีอิทธิพลต่อแนวความคิดในทางกฎหมายอาญาของไทยแม้จนปัจจุบัน²⁵

เหตุผลในการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ก็คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ประกาศใช้มานานแล้วและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายแห่งกระจัดกระจายกันอยู่ จึงเป็นการสมควรที่จะได้ชำระสะสาง และนำเข้าสู่เป็นประมวลกฎหมายอาญาเสียในฉบับเดียวกัน อนึ่งปรากฏว่าหลักการบางอย่างและวิธีการลงโทษบางอย่างควรจะได้ปรับปรุงให้สมกับกาลสมัยและ

²⁵ คณพล จันทน์หอม. (2545). วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา. สืบค้นเมื่อ 7 กันยายน 2554, จาก

แนวนิยมของนานาประเทศ ในสมัยปัจจุบัน หลักเดิมบางประการจึงล้าสมัย สมควรจะได้ปรับปรุง เสียให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย²⁶

ในส่วนของบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาที่นำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา มาเป็นเหตุในการบัญญัตินั้น ผู้เขียนได้เคยกล่าวถึงไปแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 2.4 ซึ่งในที่นี้จะขอ กล่าวถึงเพียงมาตรา 71²⁷ เท่านั้น

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก กำหนดไว้ว่า “กรณีผู้กระทำได้กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้าการกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำที่สามี กระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี กฎหมายบอกว่าผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ”

ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่กฎหมายกำหนดยกเว้นโทษให้หากเป็นการกระทำของสามี ภริยา ก็คือ ความผิดฐานลักทรัพย์ ฐานฉ้อโกง ฐานขโมย ฐานโกงเจ้าหนี้ ฐานขโมยของ ฐานรับ ของโจร ฐานทำให้เสียทรัพย์ และฐานบุกรุก

และ “ความเป็นสามีภริยา” ตามนัยแห่งมาตรา 71 นั้นต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วย กฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งต้องเป็นสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ต้องจดทะเบียนสมรสกัน โดยถูกต้องตามกฎหมายจึงจะถือว่าเป็นสามีภริยากัน²⁸

เหตุผลของการยกเว้นโทษและการลดโทษนี้ มิใช่ว่าผู้กระทำไม่มีความชั่วตาม โครงสร้างความผิดอาญา (ความชั่วของผู้กระทำ) กรณีเป็นเหตุผลพิเศษที่ไม่อยู่ในโครงสร้าง ความผิดอาญา แต่เป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความสงบเรียบร้อย ความเป็นปึกแผ่นของ สถาบันครอบครัว เพราะกฎหมายมีอาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับทุกเรื่องในครอบครัวได้²⁹ กล่าวคือ เป็น เรื่องที่กฎหมายเล็งเห็นถึงความสำคัญในความเป็นเอกภาพของครอบครัว³⁰ ซึ่งก็ได้รวมความไปถึงผู้ บุพการีและผู้สืบสันดาน

²⁶ ทีมงานพัฒนากฎหมายคอตคอม. (2553, พฤศจิกายน). ประมวลกฎหมายอาญา. สืบค้นเมื่อ 27 สิงหาคม 2554, จาก <http://www.kodmhai.com/m2/m2-2/thailaw2-2.html>

²⁷ อ้างแล้วในบทที่ 2.

²⁸ พิพัฒน์ จักรางกูร. (2506). “บิดามารดาและสามีภริยาตามกฎหมายอาญา”. *บทบัญญัติ*, 21, 2. หน้า 303-304.

²⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส ข (2544). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 114.

³⁰ มนตรี เงินสวัสดิ์. *เล่มเดิม*. หน้า 47.

จะเห็นได้ว่า ตามวรรคแรกนี้กฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งกรณีสอดคล้องกับกฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 และประมวลกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 ทั้งนี้ จะสังเกตได้ว่ากฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายตราสามดวง ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 หรือประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ได้กำหนดไว้แต่เพียงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวอาจจะไม่เพียงพอเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภริยาซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันในปัจจุบัน ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

ส่วนมาตรา 71 วรรคสอง ได้กำหนดว่า “หากการกระทำตามวรรคแรกเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน หรือผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้เสีย และนอกจากนั้น ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

หลักการตามมาตรา 71 วรรคสองนี้เป็นการเปลี่ยนสภาพความผิด จาก “ความผิดอาญาแผ่นดิน” เป็น “ความผิดอันยอมความได้” ซึ่งตามวรรคสองนี้มีใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับเงื่อนไขให้อ่านาจนำเนินคดี โดยจะอยู่ในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา³¹

โดยความหมายของ “ผู้บุพการีและผู้สืบสันดาน” และ “พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน” นั้น ถ้อยตามความเป็นจริง มีใช่ถ้อยตามกฎหมาย³² กล่าวคือ คำว่า “ผู้สืบสันดาน” หมายถึง ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปและผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมา แต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรม³³ ส่วนกรณีพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันนั้น แม้จะเป็นบุตรนอกกฎหมายของบิดา ถ้าเป็นกรณีที่บิดานอกกฎหมายรับรองบุตรเฉพาะบางคนที่กระทำความผิดต่อกัน ก็ยังคงถือว่าเป็นบิดาเดียวกันอยู่ แต่ถ้าบิดาไม่ปรากฏจะถือว่าร่วมบิดาเดียวกันคงจะมีได้³⁴

³¹ มนตรี เงินสวัสดิ์. แหล่งเดิม. หน้า 49.

³² พิพัฒน์ จักรางกูร. เล่มเดิม. หน้า 304-305.

³³ คำพิพากษาฎีกาที่ 956/2509 (ปช.) น.1042.

³⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา. หน้า 330.

จากความในมาตรา 71 วรรคสองนี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดให้เป็นเหตุลดโทษ กล่าวคือ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่งเหตุแห่งการลดโทษนี้ก็คือ ความเป็นเครือญาติกัน กล่าวคือ ความเป็นบุพการีกับผู้สืบสันดานต่อกัน หรือ ความเป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน และกฎหมายยังกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายตราสามดวงและประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 ที่กฎหมายได้ขยายความของความเป็นเครือญาติออกไปรวมถึงพ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ และลูกเขยลูกสะใภ้ด้วยนั้น กฎหมายบอกว่าจะลงโทษและปรับใหม่เหมือนกับคนที่มิได้เป็นญาติกันไม่ได้ ส่วนในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กฎหมายมิได้ขยายความไปถึงพ่อตาแม่ยาย พ่อพี่แม่พี่ และลูกเขยลูกสะใภ้ด้วย และกฎหมายยังบอกว่าผู้กระทำความผิดควรรับโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้นแต่สิ่งหนึ่ง กล่าวคือ กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิด เพียงแต่ผู้นั้นรับโทษแก่สิ่งหนึ่งเท่านั้น ซึ่งตรงนี้จะเห็นได้ว่าแตกต่างจากกฎหมายตราสามดวงที่ไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นเครือญาติกัน และสุดท้ายหากพิจารณาที่ประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่เรากำลังใช้อยู่ในปัจจุบัน ก็จะพบความแตกต่างจากที่กฎหมายตราสามดวงบัญญัติไว้อย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ จากเดิมที่กฎหมาย (กฎหมายตราสามดวง) ไม่ลงโทษทั้งการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา และระหว่างเครือญาติ (ซึ่งมีความหมายกว้างมาก) ต่อมากฎหมาย (ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127) ไม่ลงโทษการกระทำความผิดดังกล่าวระหว่างสามีภริยา แต่ลงโทษการกระทำระหว่างเครือญาติแต่สิ่งหนึ่ง และในปัจจุบันกฎหมาย (ประมวลกฎหมายอาญา) ก็ยังคงไม่ลงโทษการกระทำความผิดเช่นนั้นระหว่างสามีภริยา แต่กฎหมายกลับกำหนดให้การกระทำระหว่างเครือญาติเป็นเหตุลดโทษและยังกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้อีกด้วย

เหตุที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกับในกฎหมายตราสามดวงก็เพราะ ในสมัยก่อนนั้นยังไม่มีวิธีพิจารณาความแบบในปัจจุบันที่มีขั้นตอนการดำเนินคดีและผลในทางกฎหมายแตกต่างกันระหว่างความผิดอันยอมความได้ (หรือความผิดต่อส่วนตัว) กับความผิดอันยอมความไม่ได้ (หรือความผิดอาญาแผ่นดิน) ซึ่งในสมัยที่มีการใช้กฎหมายตราสามดวงอยู่นั้นยังไม่มีคำว่าความผิดอันยอมความได้หรือยอมความไม่ได้ ฉะนั้น หลักคิดในปัจจุบันจึงได้เปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละยุคสมัยนั่นเอง

ในส่วนของเหตุผลที่ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดยกเว้นโทษ (สำหรับกรณีระหว่างสามภริยา) หรือลดโทษ (สำหรับกรณีระหว่างญาติ) ให้เฉพาะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางมาตราเท่านั้น อาจเป็นเพราะลักษณะของความผิด กล่าวคือ ลักษณะของความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางมาตรา ได้แก่ มาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้นมิได้เป็นความผิดร้ายแรงหรือน่าหวาดเสียวแต่ประการใด ความผิดดังกล่าวที่ได้กระทำลงเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อยเท่านั้น มิได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือสังคมโดยรวม และในเรื่องของเหตุผลที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 กำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ก็เนื่องมาจากเหตุเรื่องความสัมพันธ์ในทางเครือญาติระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย คือ เพื่อให้ผู้เสียหายพิจารณาว่า ควรจะให้อภัยหรือไม่ กล่าวคือ ผู้เสียหายมีอิสระที่จะตัดสินใจว่าจะเอาผิดกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ หากเห็นว่าควรให้อภัย ก็ไม่ร้องทุกข์หรือถอนคดีเสีย ทั้งนี้ เพื่อที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยในเรื่องครอบครัว และเป็นการรักษาไว้ซึ่งสถาบันครอบครัว กรณีแตกต่างกับความผิดอันยอมความได้อื่นๆ ซึ่งความผิดเหล่านั้นเป็นความผิดอันยอมความได้เพราะลักษณะของความผิด ดังนั้น หากกฎหมายไม่เอาโทษเสียเลยในกรณีที่เกิดการกระทำความผิดอาญาแผ่นดินระหว่างสามภริยา ก็เป็นการสนับสนุนให้ทำลายครอบครัวเหมือนกัน เพราะเท่ากับเป็นการยุติให้มีการกระทำความผิดอาญาระหว่างสามภริยาซึ่งถือเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันเข้าไปใหญ่ เท่ากับเป็นการยุติให้ครอบครัวแตกแยกเพิ่มขึ้นไปอีก แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นก็ควรคำนึงถึงครอบครัวและประชาชนด้วย³⁵ เนื่องจาก คนที่เป็นสามภริยากันนั้นก็เปรียบเสมือนลิ้นกับฟัน ย่อมจะมีการทะเลาะเบาะแว้งกระทบกระทั่งกันบ้าง แต่ถึงอย่างไรก็ยังคงเป็นสามภริยากัน ย่อมจะให้อภัยกันได้เสมอและพร้อมที่จะคืนดีและปรับความเข้าใจกันได้ตลอดเวลา และการที่ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้นก็ส่งผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมในทางอ้อมด้วย กล่าวคือ การที่กำหนดให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาไกล่เกลี่ยยอมความกันนั้น เป็นมาตรการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) มาตรการหนึ่งที่จะช่วยในการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลซึ่งเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

³⁵ รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 15, 49/2482. วันอังคารที่ 4 กรกฎาคม 2482. และรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 116, 83/2483. วันศุกร์ที่ 23 สิงหาคม 2483.

4.1.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550

ในปัจจุบันจะเห็นได้ถึงความรุนแรงในครอบครัวนั้นมีมากขึ้นและทวีความรุนแรงขึ้นกว่าในอดีต ไม่ว่าจะเป็นการกระทำระหว่างสามีภริยา หรือระหว่างเครือญาติซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดอาญานั้นมีหลายรูปแบบ เป็นเรื่องที่สลับซับซ้อน ต่างมุมมอง ต่างสาเหตุ และต่างปัจจัย ตั้งแต่ปัจจัยส่วนตัว ปัจจัยสังคม ปัจจัยระดับชุมชน และปัจจัยระดับสังคม รวมถึงความเชื่อ จารีตประเพณี และวัฒนธรรม³⁶ ก็ล้วนเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญที่ทำให้ความรุนแรงยังคงดำเนินอยู่ต่อไป สิ่งที่ส่งผลให้เกิดความรุนแรงในครอบครัวก็อาจเนื่องมาจากความเครียด ความโกรธ ความเปราะบางในปัญหาที่เกิดขึ้น หรืออาจเนื่องมาจากการกระทำที่ถือวิสาสะ เหล่านี้อาจเกิดจากภายในตัวบุคคลเองหรืออาจได้รับผลกระทบจากสภาพแวดล้อม

ผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิดอาญาระหว่างสามีภริยาซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันนั้น อาจส่งผลกระทบในหลายๆ ด้านด้วยกัน กล่าวคือ เกิดการหย่าร้างกัน ซึ่งอาจส่งผลถึงความมั่นคงในสถานภาพของครอบครัว อาจทำให้ครอบครัวแตกแยก ส่งผลกระทบต่อสถานภาพของบุตร ทำให้บุตรหลานกลายเป็นเด็กมีปัญหา ขาดคนดูแล ขาดความรักความอบอุ่น อาจติดการพนันหรือติดยาเสพติด ซึ่งเหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุที่อาจนำไปสู่การก่ออาชญากรรมได้ เช่นนี้ ปัญหาระหว่างคนในครอบครัวจึงเป็นเสมือนจุดเริ่มต้นของปัญหาสังคมด้านต่างๆ เพราะครอบครัวเป็นสถาบันแรกของชีวิตเด็กและเป็นสถาบันที่สำคัญสำหรับคนในสังคม อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มปริมาณคดีให้แก่ศาลในทางอ้อมด้วย ส่งผลให้คดีกรงโรกรศาลมากยิ่งขึ้น อันจะส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมของไทย

แม้ในปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ก็ตาม แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังคงมีข้อบกพร่อง โดยอาจจะนำมาคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ไม่ทั่วถึงเท่าที่ควร เนื่องจากความรุนแรงที่อยู่ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัตินี้บ้าง ดังกล่าวจะต้องเป็นความรุนแรงที่ไม่เกินขอบเขตของมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

³⁶ รณชัย คงสกนธ์. (2543). *ขจัดความรุนแรงด้วยรักและเข้าใจ ร้อยเรื่องรักรุนแรง*. หน้า 6.

กล่าวคือ ต้องเป็นการทำร้ายร่างกายหรือทำร้ายจิตใจที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายมากนักเท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 4³⁷ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มีอยู่ 3 ประการ คือ³⁸

1) มุ่งคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวเป็นสำคัญ กล่าวคือ ให้บุคคลที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวได้รับการช่วยเหลืออย่างทันท่วงที ได้รับการรักษา ดูแล และฟื้นฟู ได้รับค่าชดเชยความเสียหาย รวมถึงได้รับการปกป้องคุ้มครองไม่ให้ต้องเผชิญกับความเลวร้ายอีก

2) เปลี่ยนทัศนคติต่อผู้กระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวจากผู้กระทำผิดเป็นผู้ป่วยทางจิต กล่าวคือ ให้บุคคลที่เป็นผู้กระทำด้วยความรุนแรงได้มีโอกาสบำบัดจิตใจ มีโอกาสสำนึกในความผิดแห่งตน ได้ชดเชยค่าเสียหายแก่บุคคลที่ตนได้ลงมือทำร้าย ทั้งนี้ จะต้องได้รับโทษทางอาญาด้วยหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่รุนแรงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

3) คุ้มครองความมั่นคงในสถาบันครอบครัวและภาพลักษณ์ต่อคนในสังคม กล่าวคือ เอาผิดกับสื่อมวลชนที่นำเรื่องราว ภาพ ประวัติของบุคคลที่กระทำความรุนแรงและบุคคลในครอบครัวที่ถูกกระทำด้วยความรุนแรงออกเผยแพร่ เพราะการกระทำดังกล่าวมีผลให้บุคคลอื่นๆ ในครอบครัวได้รับความเสียหายและอับอายไปด้วย

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้ให้คำนิยามของคำว่า “ความรุนแรงในครอบครัว” และ “บุคคลในครอบครัว” เอาไว้ด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 3³⁹ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กล่าวคือ

³⁷ มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอันเป็นความรุนแรงในครอบครัว ผู้ที่กระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ให้ความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ไม่ลบล้างความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น หากการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๕๕ ด้วย ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้”

³⁸ มาตาดัก্ষณ์ ออรุ่งโรจน์. (2550). ผลสะท้อนของกฎหมายใหม่ต่อความมั่นคงในสถาบันครอบครัว. รวบรวมบทความวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 307-308.

จากนิยามคำว่า “ความรุนแรงในครอบครัว” นั้น ในบางกรณีการกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวอาจเป็นเรื่องที่ผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาใช้ความรุนแรง เช่น ยิงปืนในบ้านโดยมีเจตนาฆ่าหมู แต่ไปถูกคนในบ้าน เป็นต้น จึงได้มีการออกพระราชบัญญัติดังกล่าวมาเพื่อช่วยเหลือคนตั้งแต่แรก และจะเห็นได้ว่า ความหมายของการใช้ความรุนแรงในครอบครัวนั้นก็ได้มีการกำหนดนิยามเอาไว้อย่างกว้างขวาง โดยการที่ใช้ความรุนแรงในครอบครัวมีความหมายถึงการทำร้ายทางจิตใจด้วย แต่สังเกตได้ว่าในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญาก็ได้มีการบัญญัติรวมถึงจิตใจด้วย เช่นนี้ เพื่อไม่ให้เป็นที่ถกเถียงกัน คำว่า “จิตใจ” ตามพระราชบัญญัตินี้จึงมิได้หมายถึงทำให้เสียใจ แต่มีขอบเขตที่สอดคล้องกับมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา คือ สุขภาพจิตใจต้องเสียไป ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความหมายกว้างกว่าการใช้กำลังประทุษร้าย ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ การกระทำใดการกระทำหนึ่งที่จะเป็นความรุนแรงในครอบครัวนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา แต่กรณีไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท จึงได้มีการกำหนดถ้อยคำที่ว่า “ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท” เอาไว้อย่างชัดเจน⁴⁰ แม้ว่าจะผิดหลักของการร่างกฎหมายก็ตาม เนื่องจากการแก้ปัญหของผู้ที่เกรงว่ากฎหมายฉบับนี้จะลงโทษผู้กระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัวด้วยความประมาท⁴¹

³⁹ มาตรา 3 บัญญัติว่า

“ความรุนแรงในครอบครัว หมายความว่า การกระทำใดๆโดยมุ่งประสงค์ให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ หรือกระทำโดยเจตนาในลักษณะที่น่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพของบุคคลในครอบครัว หรือบังคับหรือใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมให้บุคคลในครอบครัวต้องกระทำการ ไม่กระทำการ หรือยอมรับการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมิชอบ แต่ไม่รวมถึงการกระทำโดยประมาท”

“บุคคลในครอบครัว หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยา โดยมีได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน”

⁴⁰ รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ครั้งที่ 1, (12/2549) 83/2548. วันอังคารที่ 15 พฤศจิกายน 2548.

⁴¹ รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ครั้งที่ 5, (16/2549) 87/2548. วันอังคารที่ 29 พฤศจิกายน 2548.

ส่วนนิยามคำว่า “บุคคลในครอบครัว” นั้น จะเห็นได้ว่า ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ได้กำหนดคำนิยามเอาไว้อย่างกว้างขวาง กล่าวคือ บุคคลในครอบครัว หมายความว่า “คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใดๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน” ซึ่งจะสังเกตได้ว่า กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้รวมถึง “คู่สมรสเดิม และผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส” ด้วย ทั้งนี้ เพราะจะมีกรณีที่คู่สมรสซึ่งหย่าร้างหรือไม่ได้อยู่กินกันแล้ว แต่บางฝ่ายไม่ยอมเลิกราและจะตามรังความ ซึ่งมักจะรู้ช่องทางมากกว่าผู้อื่น โดยเหตุผลที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นก็เนื่องมาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้หมายถึง “บุคคลที่อยู่ภายใต้การอุปถัมภ์ แล้วผู้มีอำนาจเพอเราใช้อำนาจกระทำความรุนแรงต่อผู้ที่อยู่ภายใต้การอุปถัมภ์” เช่นนี้ ในกรณีของสามีภริยา แม้มิได้อยู่บ้านเดียวกันก็อยู่ในความหมายของคำว่า “บุคคลในครอบครัว” ด้วย⁴² ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาที่ได้กำหนดความหมายของ “บุคคลในครอบครัว” ให้เป็นไปตามหลัก *jus sanguinis* คือ เป็นไปตามหลักสืบสายโลหิต กล่าวคือ เฉพาะแต่ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน และในส่วนของความหมายของคำว่า “สามีภริยา” นั้น จะเห็นได้ว่า “ความเป็นสามีภริยา” ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 นั้นต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งต้องเป็นสามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ต้องจดทะเบียนสมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมายจึงจะถือว่าเป็นสามีภริยากัน⁴³ ซึ่งมีความหมายแคบกว่าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 เหตุผลที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดความหมายไว้แคบกว่า ก็เนื่องมาจากการที่คำว่า “สามีภริยา” นั้นไม่มีบทนิยามกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉะนั้น เมื่อมีปัญหาทางกฎหมายอาญาว่าชายหญิงเป็นสามีภริยากันหรือไม่ ก็ควรถือตามกฎหมายแพ่ง คือ ชายหญิงนั้นต้องจดทะเบียนสมรส ถ้าไม่จดทะเบียนสมรสก็ไม่เป็นสามีภริยา ทั้งนี้ เพราะกฎหมายต่างๆ ต้องเกี่ยวเนื่องซึ่งกันและกัน เนื่องจากเป็นกฎหมายของ

⁴² รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ครั้งที่ 1, (12/2549) 83/2548. วันอังคารที่ 15 พฤศจิกายน 2548.

⁴³ พิพัฒน์ จักรางกูร. หน้าเดิม.

รัฐ เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ก็ควรถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่จะวินิจฉัยว่าบุคคลใดจะเป็นสามีภริยาหรือไม่ นั่นก็ต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพราะสามีภริยาเกิดขึ้นโดยผลแห่งกฎหมาย แม้ความเป็นจริงจะเป็นอย่างไรก็ตาม ถ้ากฎหมายไม่ถือว่าเป็นสามีภริยา จะถือว่าเป็นสามีภริยาหาได้ไม่ เช่น อยู่กินเยี่ยงสามีภริยา แต่ไม่ได้จดทะเบียน ก็ไม่ถือว่าเป็นสามีภริยา⁴⁴ มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินไปในทำนองเดียวกันนี้อยู่ 2 เรื่อง⁴⁵ ซึ่งวินิจฉัยไว้ว่า ชายหญิงที่อยู่กินด้วยกันโดยมิได้จดทะเบียนสมรส ไม่เป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อฝ่ายใดถูกทำร้ายถึงตาย ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่มีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องหรือร้องขอเป็นโจทก์ร่วมกับพนักงานอัยการฟ้องผู้ฆ่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) เพราะสามีภริยาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) หมายความว่าถึงสามีหรือภริยาตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ประกาศใช้แล้ว สามีภริยาต้องได้สมรสกัน โดยจดทะเบียน ถ้ามิได้จดทะเบียนการสมรส แม้จะเกิดบุตรด้วยกันก็ไม่เรียกว่าเป็นสามีภริยาตามกฎหมาย

ในส่วนของมาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ได้กำหนดให้การกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น เหตุผลที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้นก็เพื่อที่จะให้ผู้ใช้ความรุนแรงในครอบครัวได้มีโอกาสกลับตัวและเป็นการยับยั้งการกระทำผิดซ้ำ อีกทั้งเพื่อที่จะรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวเอาไว้ด้วย จึงได้กำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้แค่เพียงการกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 เท่านั้นที่เป็นความผิดอันยอมความได้ คือ ผู้เสียหายมีสิทธิตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่เป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันหรือไม่ แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดกรณีอื่นๆ ที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน เช่น กรณีการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 390 กรณีการใช้กำลังทำร้ายไม่ถึงกับเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา

⁴⁴ พัทธน์ จักรางกูร. แหล่งเดิม.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1335/2494 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1056/2503.

391 หรือกรณีข่มขืนใจผู้อื่น ตามมาตรา 309 วรรคแรก กรณีหน่วงเหนี่ยวกักขัง ตามมาตรา 310 วรรคแรก และข้อสังเกตอีกประการหนึ่งก็คือ การที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ได้กำหนดไว้เพียงในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 เท่านั้น แต่ไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งปัญหาตรงนี้จะทำให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายขึ้นได้

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันนี้แนวทางการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจได้ถูกกำหนดไว้ให้สอดคล้องกับแนวทางที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 แล้ว โดยได้จัดทำเป็นคู่มือการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติดังกล่าว และได้ยกเลิกประมวลระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะ 18 กรณีบางเรื่องที่มีวิธีปฏิบัติเป็นพิเศษ บทที่ 13 สามัญญาวิเวทกัน ข้อ 583⁴⁶ เสีย ทั้งนี้ เพื่อให้แนวปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ตำรวจสอดคล้องและเป็นไปตามกฎหมาย

⁴⁶ ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะ 18 กรณีบางเรื่องที่มีวิธีปฏิบัติเป็นพิเศษ บทที่ 13 สามัญญาวิเวทกัน ข้อ 583 กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่สามหรือกรียากกล่าวหาอีกฝ่ายหนึ่งว่าทำร้ายร่างกายนั้น หากมิได้ใช้อาวุธหรือบาดเจ็บไม่ถึงสาหัสหรือเหตุมิได้เกิดในถนนหลวง ประกอบกับการกระทำนั้นได้กระทำไปโดยมิได้มีเจตนาชั่วร้าย เช่น ทำเพื่อตักเตือนสั่งสอน เป็นต้น ให้พนักงานสอบสวนพยายามชี้แจงตักเตือนให้เรื่องยุติกันเสีย เมื่อไม่เป็นผลสำเร็จจึงจัดการต่อไปตามรูปคดี แต่ให้เสนอสำนวนการสอบสวนนั้นตามลำดับ ให้ผู้บังคับการพิจารณาสั่งการ และถ้าสามารถส่งตัวสามัญญาคู่กัน ไปพร้อมกับสำนวนได้ ก็ให้ส่งไปพร้อมกันด้วย

แม้การทำร้ายร่างกายกันระหว่างสามัญญาคู่กัน จะได้อาวุธหรือบาดเจ็บสาหัสหรือเหตุเกิดในถนนหลวงก็ดี หากเห็นเป็นการสมควรก็ให้เสนอ เพื่อผู้บังคับการพิจารณาสั่งการตามความเหมาะสมได้ ทั้งนี้ เพราะทางราชการต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของครอบครัวเป็นสำคัญ

อนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนใช้ดุลยพินิจในการไต่ถามถ้อย หากการกระทำผิดเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ไม่เข็ดหลาบ และมีพฤติการณ์ว่าจะเกิดการทำร้ายรุนแรงยิ่งขึ้น ก็ให้ดำเนินคดีตามกฎหมายทุกราย”

จากระเบียบฯดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กรณีได้มีการกำหนดให้พนักงานสอบสวนใช้ดุลยพินิจในการไต่ถามถ้อยในกรณีที่สามัญญาคู่กันทำร้ายร่างกายกันถึงอันตรายสาหัส ซึ่งไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจบางท่านเห็นว่า สาเหตุที่ระเบียบการตำรวจฯ ข้อ 583 กำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ดุลยพินิจในการไต่ถามถ้อยในกรณีที่สามัญญาคู่กันทำร้ายร่างกาย

4.2 ลักษณะของความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัวนั้นเป็นความผิดที่ในการดำเนินคดีอาญา รัฐจะต้องคำนึงถึงเจตจำนงของผู้เสียหาย ฉะนั้น โดยหลักการแล้ว การที่จะให้ความผิดอาญา

กันจนถึงอันตรายสาหัสนั้น ก็เนื่องมาจากแต่เดิมระเบียบการตำรวจ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับคดีหรือไม่เกี่ยวกับคดี มักจะถูกกำหนดขึ้นมาโดยมิได้อิงกับกฎหมาย ซึ่งในความเป็นจริงแล้วมิใช่เช่นนั้น

ดังนั้น โดยส่วนตัวแล้วจึงเห็นว่า **ประการแรก** : ระเบียบฯ ข้อ 583 เท่ากับเป็นการส่งเสริมให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่รับคดี คือ เป็นข้ออ้างให้ไม่รับคดีนั่นเอง โดยใช้ข้ออ้างตามที่กำหนดไว้ในระเบียบฯว่าให้พนักงานสอบสวนพยายามหาทางให้คู่กรณีไกล่เกลี่ยกันก่อน ใดๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ **ประการที่สอง** : สามีกิริยานั้นก็เปรียบเสมือนลื่นกับพื้น ย่อมมีการกระทบกระทั่งทะเลาะเบาะแว้งกันบ้าง เมื่อสามีกิริยาทะเลาะกัน จนมีการทำร้ายร่างกายกัน ฝ่ายที่ถูกกระทำซึ่งยังอยู่ในอารมณ์โกรธก็จะริบมาแจ้งความ ซึ่งเรื่องเหล่านี้เกิดขึ้นในสังคมบ่อยมาก อาจกล่าวได้ว่าเรื่องเช่นนี้เกิดขึ้นแทบจะทุกวัน จนทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมองว่าเป็นเรื่องที่เคยชิน ประกอบกับทุกวันนี้ปริมาณคดีของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีเข้ามาในแต่ละวันก็มีเยอะมากพออยู่แล้ว ฉะนั้นจึงทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ค่อยอยากรับคดีที่เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นระหว่างสามีกิริยา **ประการสุดท้าย** : ในหลายๆกรณีที่มีฝ่ายสามีกิริยาที่ถูกกระทำไปแจ้งความร้องทุกข์เพื่อที่จะเอาผิดกับฝ่ายกริยาหรือสามีกิริยาผู้กระทำ ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจก็ได้มีการบอกกล่าวกับผู้เสียหายก่อนแล้วว่า หากเป็นกรณีที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือกรณีทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเหล่านี้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน เมื่อแจ้งความร้องทุกข์ไปแล้วไม่สามารถลงแจ้งความได้ ฝ่ายผู้เสียหายก็รับทราบแต่ก็ยืนยันว่าจะแจ้งความร้องทุกข์เอาผิดกับผู้กระทำความผิด พอเวลาผ่านไปก็คืนดีกันสามารถปรับความเข้าใจกันได้ ฝ่ายผู้เสียหายจึงมาขอถอนแจ้งความ ซึ่งตรงนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ไม่ให้ถอน เพราะกรณีไม่สามารถถอนได้ เนื่องจากเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน จึงทำให้ตัวสามีกิริยาที่เป็นฝ่ายผู้เสียหายเกิดความไม่พอใจจนเกิดเป็นกรณีที่มีการไปฟ้องร้องต่อศาลว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ยอมให้ถอนแจ้งความ เป็นต้น

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น สามารถนำมาอธิบายปัญหาที่ว่า ทำไมเมื่อเกิดกรณีการกระทำความผิดระหว่างสามีกิริยาขึ้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงไม่ยอมรับคดี หรืออาจกล่าวเป็นภาษาพูดได้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจมักจะเป่ากรณีเหล่านี้ออก ซึ่งหากดูตามกฎหมายแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ ที่เรียกว่า “เป่า” ออกนั้นมีอยู่ด้วยกัน 3 รูปแบบ คือ 1. ลงบันทึกประจำวันไว้เฉยๆ ถ้าผู้เสียหายมาตามเรื่องอีกรอบหนึ่งจึงค่อยดำเนินการต่อ 2. ลงบันทึกประจำวันไว้ และส่งไปตรวจร่างกายที่โรงพยาบาล เพื่อที่ภายหลังหากผู้เสียหายจะเอาเรื่อง เจ้าหน้าที่ตำรวจจะได้มีหลักฐานขอใบแพทย์มาประกอบสำนวน 3. เจ้าหน้าที่ตำรวจไล่ผู้เสียหายกลับบ้าน ไปเลย เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจบางนายพูดกับผู้เสียหายว่า “ไปๆ กลับบ้าน ไปเลย เรื่องผัวเมียทะเลาะกัน เดี่ยวก็คืนดีกัน” เป็นต้น ซึ่งรูปแบบที่เกิดขึ้นบ่อยมักจะเป็นรูปแบบที่สอง.

ใดเป็นความผิดอันยอมความได้หรือเป็นความผิดต่อส่วนตัว จะต้องพิจารณาที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสำคัญ และความผิดอันยอมความได้หรือเป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้นจะต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น⁴⁷

4.2.1 พื้นฐานความคิดของความผิดอันยอมความได้

ความผิดอาญา (criminal offense) ฐานใดฐานหนึ่งควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่ ชอบที่จะพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้⁴⁸

1) ความผิดฐานนั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมสูงหรือไม่

หากความผิดฐานนั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อยก็อาจกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

2) ความผิดฐานนั้นๆ กระทบต่อชีวิตส่วนบุคคลมากน้อยเพียงใด

หากความผิดฐานนั้นๆ กระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนไม่สมควรให้มีการดำเนินคดีโดยปราศจากเจตจำนงของผู้เสียหาย กรณีที่ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

3) ความผิดฐานนั้นๆ เรียกร้องคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมเพียงใด

หากความผิดฐานนั้นๆ เรียกร้องและการดำเนินคดีอาญาจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายแล้ว ก็ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นความผิดอาญาที่มีการประทุษร้ายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ฉะนั้น ปัจจัยในเรื่องความเป็นอาชญากรรมมากหรือน้อยจึงต้องพิจารณาที่คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลก่อนเป็นอันดับแรกว่ามีคุณค่า (Value) ที่ยึดถือกันในสังคมเป็นอย่างไร คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลบางอันเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัวอย่างแท้จริงของบุคคล (hoechstpersoenliches rechtsgut) เช่นเกียรติ และโดยที่เกียรติเป็นเรื่องส่วนบุคคลอย่างแท้จริงที่กระทบต่อบุคคลทั่วไปน้อยมาก กฎหมายอาญาเยอรมันจึงกำหนดให้ความผิดต่อเกียรติเป็นความผิดที่ต้องมีการร้องทุกข์ (Antragsdelikt) ซึ่ง

⁴⁷ คณิต ฅ นคร ฎ (2547, มกราคม-มิถุนายน). “ปรัชญาและแนวความคิดของการกำหนดความผิดอันยอมความได้”. วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์, 4, 1. หน้า 4.

⁴⁸ คณิต ฅ นคร ฎ. แหล่งเดิม. หน้า 9-10.

ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราก็บัญญัติให้ความผิดฐานหมิ่นประมาทเป็นความผิดอันยอมความได้เช่นกัน ซึ่งสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวข้างต้น

4.2.2 ลักษณะสำคัญของความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อพิจารณาถึงความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันนี้ พบว่ามีลักษณะสำคัญบางประการ ดังนี้

1) เป็นความผิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการที่จะคุ้มครองผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว

แม้กฎหมายอาญาจะมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมด้วยการกำหนดพฤติกรรมที่เป็นความผิดอาญาและกำหนดโทษสำหรับพฤติกรรมนั้นๆ หากบุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย ก็จะต้องถูกดำเนินคดีและถูกลงโทษโดยรัฐ แต่ความผิดอาญาบางประเภทเป็นความผิดที่มุ่งกระทำต่อผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว การดำเนินคดีดังกล่าวอาจทำให้ส่งผลกระทบต่อสถานภาพความเป็นอยู่ เกียรติยศชื่อเสียงที่สั่งสมมา หรือเกียรติคุณของผู้เสียหายก็เป็นได้ เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งหากในกรณีนี้กฎหมายไม่ยืดหยุ่นให้ผู้เสียหายมีเสรีภาพในการที่จะตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดนั้นหรือไม่เสียเลย ผู้เสียหายก็อาจจะไม่เข้าแจ้งความร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงาน เพราะบางกรณีผู้เสียหายไม่ต้องการที่จะดำเนินคดีซึ่งจะต้องดำเนินคดีไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ฉะนั้น ความผิดอาญาที่เรียกว่า “ความผิดอันยอมความได้” ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยนี้เป็นความผิดประเภทที่คำนึงถึงผู้เสียหายเป็นสำคัญ กล่าวคือ มุ่งพิจารณาถึงผลกระทบของการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นกับผู้เสียหายเป็นหลัก ด้วยเหตุนี้ ความผิดที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิแก่ผู้เสียหายอย่างเต็มที่ในการที่ผู้เสียหายจะฟ้องร้องดำเนินคดีหรือยุติการดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิดด้วยการถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันก่อนคดีจะถึงที่สุด⁴⁹

2) ต้องมีกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

โดยหลักแล้วประเทศไทยใช้หลักการดำเนินคดีโดยรัฐ (Public Prosecution) กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการพิสูจน์ความจริงและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามมาตรการบังคับใช้กฎหมายอาญา ทั้งนี้

⁴⁹ ชาตรี ศรีนวนนัต และวันชัย ศรีนวนนัต. เล่มเดิม. หน้า 54.

เพื่อให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย แต่ในขณะเดียวกัน ก็ยอมรับหลักการดำเนินคดีโดยประชาชน (Popular Prosecution) กล่าวคือ ยอมให้ประชาชนเข้าดำเนินคดีอาญาได้แต่เฉพาะในความผิดบางประเภทที่บุคคลนั้นได้รับความเสียหาย ด้วยเหตุนี้ หากความผิดใดเป็นความผิดอันยอมความได้ กฎหมายก็จะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ เช่น กรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 มาตรา 321 มาตรา 325 มาตรา 333 เป็นต้น ส่วนความผิดใดที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ถือว่าความผิดนั้นเป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือเป็นความผิดที่มีโทษความผิดอันยอมความได้นั้นเอง

3) มีมาตรการในการควบคุมการดำเนินคดีของผู้เสียหาย

โดยเหตุที่ความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะที่เคารพการแสดงเจตนาของผู้เสียหาย ดังนั้น กฎหมายจึงมีกระบวนการเฉพาะเพื่อกระตุ้นให้ผู้เสียหายสนใจกับการดำเนินคดี เพื่อมิให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม เช่น การกำหนดอายุความสำหรับการแจ้งความร้องทุกข์ที่กำหนดให้ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด⁵⁰ เช่นนี้ หากผู้เสียหายเพิกเฉยไม่แจ้งความร้องทุกข์ภายในอายุความที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็ถือว่าคดีขาดอายุความร้องทุกข์ ส่งผลให้พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวน⁵¹ พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ต้องหา⁵² อีกทั้งผู้เสียหายยังไม่สามารถที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้ด้วยตนเอง โดยถือว่าสิทธิในการดำเนินคดีอาญาสิ้นสุดลงแล้ว⁵³

4) เจตจำนงของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขสำคัญในการดำเนินคดี

เจตนาของผู้เสียหายนี้เป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับการดำเนินคดี หรือเป็นเงื่อนไขที่จะเริ่มคดีหรือที่จะดำเนินคดีต่อไป⁵⁴ เนื่องจากหากผู้เสียหายไม่แจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนก็จะไม่มีอำนาจสอบสวนคดีที่กล่าวหา⁵⁵ นอกจากนี้ หากผู้เสียหายประสงค์จะ

⁵⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96.

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

⁵² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120.

⁵³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (6).

⁵⁴ คณิต ฌ นคร ฎ (2521, พฤษภาคม). “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีกับทางปฏิบัติของพนักงานอัยการและศาล”. วารสารอัยการ, 1, 5. หน้า 42-43.

⁵⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121.

ถอนคำร้องทุกข์เมื่อใดต่อพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือต่อศาล ย่อมสามารถกระทำได้เสมอ อีกทั้งยังไม่มีรูปแบบในการถอนคำร้องทุกข์ ซึ่งผลของการถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมทำให้สิทธิในการดำเนินคดีอาญาระงับสิ้นไป⁵⁶ ผู้เสียหายหรือเจ้าพนักงานของรัฐจึงไม่สามารถที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยในความผิดฐานนั้นๆ ได้อีกต่อไป

ด้วยเหตุที่ลักษณะสำคัญของความผิดอันยอมความได้นั้น ก็คือ การที่กฎหมายอนุญาตให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินคดีและเคารพการแสดงเจตนาของผู้เสียหายเป็นสำคัญ ฉะนั้น หากผู้เสียหายไม่พอใจเอาความกับผู้ต้องหา คือ ผู้เสียหายตัดสินใจไม่ดำเนินคดีกับผู้ต้องหาแล้ว ย่อมทำให้การดำเนินคดีดังกล่าวสามารถยุติลงได้โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาล ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า “การยอมความ” นั้น เป็นมาตรการหนึ่งที่จะสามารถช่วยลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลได้ โดยถือเป็นมาตรการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) ออกจากกระบวนการยุติธรรมอีกทางหนึ่งที ในปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมทางอาญาให้ความสนใจกับแนวทางนี้มากขึ้น

4.3 ผลกระทบของการกำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้

หากมีการกำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมีผลดีและผลเสียดังจะได้พิจารณาต่อไปนี้

4.3.1 ผลดี

ผลดีของการกำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้ มีดังนี้

- 1) อิสระของผู้เสียหายในการที่จะตัดสินใจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

กล่าวคือ ความผิดอันยอมความได้เป็นความผิดที่กระทบต่อความเป็นส่วนตัวของผู้เสียหาย กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลอย่างมาก ฉะนั้น ผู้เสียหายจึงควรที่จะมีอิสระในการที่จะตัดสินใจดำเนินคดีว่าตนประสงค์จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งหากเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันหรือไม่

⁵⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2).

2) การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญา

กล่าวคือ ในความผิดอันยอมความได้ เจตจำนงของผู้เสียหายถือเป็นเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีแก่เจ้าพนักงานของรัฐ หากผู้เสียหายไม่แสดงเจตนาว่าตนประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด โดยการไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ ก็จะทำให้พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวน พนักงานอัยการก็จะไม่มีอำนาจฟ้องร้องคดีต่อศาล ยิ่งถ้าผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกับผู้เสียหายด้วยแล้ว เมื่อมีการปรับความเข้าใจกันหรือผู้เสียหายไม่โกรธเคืองผู้กระทำความผิดแล้ว ผู้เสียหายก็อาจไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์เพื่อที่จะเอาผิดกับผู้นั้นก็ได้

3) การได้รับการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น

กล่าวคือ การที่ผู้เสียหายตกลงยอมความในคดีความผิดอันยอมความได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายนั้น เป็นกรณีที่ผู้เสียหายกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันมาไกล่เกลี่ยตกลงยอมความกัน โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายอาจจะบอกกล่าวความทุกข์ความเดือดร้อนที่ตนได้รับให้ผู้กระทำความผิดทราบและเรียกร้องเอาค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดนั้น ส่วนผู้กระทำความผิดซึ่งหากเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันที่กระทำความผิดไปอาจจะเป็นเพราะถือวิสาสะ หรือเพราะอารมณ์โกรธ หรือด้วยประการอื่นใด พอรับรู้และสำนึกในสิ่งที่ตนได้กระทำลงไป ก็ยินยอมที่จะชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กับผู้เสียหาย ซึ่งมีบางกรณีผู้กระทำความผิดก็ยินยอมที่จะชดเชยความเสียหายอย่างเต็มที่ตามจำนวนที่เสียหาย ซึ่งอาจรวมถึงความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินด้วย เช่น ค่าเสียหายในความเจ็บปวดทรมาน เป็นต้น

4) ทำให้สถาบันครอบครัวมั่นคงแข็งแรง ลดปัญหาอาชญากรรม และยังสามารถลดปัญหาสังคมที่เกิดขึ้นได้

กล่าวคือ ในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดระหว่างบุคคลในครอบครัวใน ความผิดฐานอื่นๆ เพิ่มมากขึ้น เช่น มีการทะเลาะเบาะแว้งกันจนถึงขั้นลงมือทำร้ายกัน ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาท ซึ่งบางครั้งอาจไม่เป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจ แต่บางครั้งก็ถึงขั้นได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายก็มี หรือจะเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งหลาย หรือ อาจจะเป็นเพียงแค่การด่าทอคู่มั่นกัน เป็นต้น โดยความผิดต่างๆ เหล่านี้หากมีการดำเนินคดีในชั้นศาลและผู้กระทำถูกศาลพิพากษาให้รับโทษ ก็อาจส่งผลถึงความมั่นคงในสถานภาพของครอบครัว อาจทำให้ครอบครัวแตกแยก ส่งผลกระทบถึงสถานภาพของบุตร ทำให้บุตรหลานกลายเป็นเด็กมี

ปัญหา ขาดคนดูแล ขาดความรักความอบอุ่น อาจติดการพนันหรือติดยาเสพติด ซึ่งเหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุที่อาจนำไปสู่ปัญหาอาชญากรรมได้ ฉะนั้น ปัญหาระหว่างบุคคลในครอบครัวจึงเป็นเสมือนจุดเริ่มต้นของปัญหาสังคมด้านต่างๆ เพราะครอบครัวเป็นสถาบันแรกของชีวิตเด็กและเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมด้วย การกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้จึงน่าจะเป็นการดีกว่า ทำให้สถานภาพความมั่นคงในครอบครัวแข็งแรงขึ้น สามารถลดปัญหาอาชญากรรมและปัญหาสังคมที่จะเกิดขึ้นได้

5) การลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล

กล่าวคือ การยอมความในคดีความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นวิธีการหนึ่งที่ทำให้สิทธิในการดำเนินคดีอาชญากรรม (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)) ยิ่งถ้าผู้เสียหายตัดสินใจที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน โดยไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนก็จะไม่มีอำนาจสอบสวนคดีนั้นๆ พนักงานอัยการก็ไม่มีอำนาจฟ้อง หากมีการฟ้องคดีต่อศาล ศาลก็จะสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ จึงอาจกล่าวได้ว่า “การยอมความ” นั้น เป็นมาตรการหนึ่งที่จะสามารถช่วยลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลได้ โดยถือเป็นมาตรการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) ออกจากกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งจากการที่กำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางลักษณะเป็นความผิดอันยอมความได้

4.3.2 ผลเสีย

ผลเสียของการกำหนดให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้ มีดังนี้

1) ความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม

การที่ความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นเคาพการแสดงเจตนาของผู้เสียหาย หากกฎหมายให้อิสระในการดำเนินคดีแก่ผู้เสียหายมากเกินไปโดยไม่มีมาตรการทางกฎหมายมาควบคุม ผู้เสียหายก็จะละเลยไม่สนใจที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ส่งผลให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ หากผู้เสียหายละเลยไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนภายในอายุความร้องทุกข์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็จะทำให้พนักงานสอบสวนไม่สามารถที่จะเริ่มต้นสอบสวนคดีอาญาที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งขัดกับหลักการสอบสวนที่ประสงค์ให้

พนักงานสอบสวนต้องเริ่มการสอบสวนโดยไม่ชักช้า (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 130)

2) ผู้กระทำความผิดอาจจะกระทำความผิดซ้ำอีก โดยไม่คิดเกรงกลัวต่อกฎหมาย

กล่าวคือ การขอมความในคดีความผิดอันขอมความได้ตามกฎหมายไทย ให้อิสระแก่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาเจรจาทกลงกันเองได้ โดยไม่ต้องมีเจ้าพนักงานของรัฐหรือองค์กรอื่นใดมาร่วมในการตรวจสอบการตกลงที่จะเกิดขึ้น หากผู้เสียหายตัดสินใจที่จะขอมความแล้ว ย่อมส่งผลให้คดีอาญาระงับสิ้นไป (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)) ผู้กระทำความผิดก็จะหลุดพ้นไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาอีกต่อไป อีกทั้งรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมก็ไม่สามารถที่จะนำมาตราการทางกฎหมายมาใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดนั้นได้ เช่น ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เป็นต้น ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และผู้กระทำความผิดอาจจะกระทำความผิดซ้ำอีก และอาจทำให้ผู้เสียหายได้รับความกระทบกระเทือนทั้งทางร่างกายและทางจิตใจมากขึ้น ยิ่งถ้าผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันด้วยแล้ว เพราะถึงอย่างไรก็สามารถที่จะไกล่เกลี่ยตกลงกับผู้เสียหายได้อยู่ดี และหากผู้เสียหายขอมความ คดีอาญาก็จะระงับสิ้นไปในที่สุดเหมือนกับกล่าวมาข้างต้น ซึ่งกรณีอาจวนเวียนเช่นนี้ไปเรื่อยๆ ก็เป็นไปได้

3) ผู้เสียหายอาจอาศัยช่องทางของกฎหมายเป็นเงื่อนไขต่อรองเรื่องค่าเสียหายกับผู้กระทำความผิด

กล่าวคือ อาจมีกรณีที่ผู้เสียหายนั้นมีเจตนาไม่สุจริต โดยอาศัยลักษณะของความผิดอันขอมความได้เป็นเงื่อนไขต่อรองเรื่องค่าเสียหายกับผู้กระทำความผิด ซึ่งแม้จะเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันก็ตาม หากผู้กระทำความผิดไม่ยอมตามนั้นก็จะถูกดำเนินคดี เช่นนี้ กรณีดังกล่าวอาจทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับภาระในการชดใช้ความเสียหายมากเกินไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ทำให้ผู้เสียหายเอาเปรียบผู้กระทำความผิด ซึ่งหากเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันด้วยแล้ว ก็อาจส่งผลกระทบต่อถึงสถานภาพของครอบครัวได้

4.4 วิเคราะห์ความผิดอาญาแผ่นดินตามประมวลกฎหมายอาญาที่อยู่ในวิสัยที่สามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ

ในการที่จะกำหนดให้ความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น จะต้องพิจารณาพื้นฐานแนวคิดของความผิดอันยอมความได้ซึ่งได้เคยกล่าวไปแล้วก่อนเป็นอันดับแรก คือ จะต้องพิจารณาปัจจัยที่จะกำหนดให้ความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ก่อนว่าความผิดอาญานั้นๆ มีปัจจัยตรงตามหลักเกณฑ์หรือไม่ กล่าวคือ

- 1) ความผิดฐานนั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมสูงหรือไม่
- 2) ความผิดฐานนั้นๆ กระทบต่อชีวิตส่วนบุคคลมากน้อยเพียงใด
- 3) ความผิดฐานนั้นๆ เรียกร้องคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมเพียงใด

หากความผิดอาญานั้นๆ มีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อย กระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนไม่สมควรให้มีการดำเนินคดีโดยปราศจากเจตจำนงของผู้เสียหาย และเรียกร้องให้มีการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมและการดำเนินคดีอาญาจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายแล้ว กรณีที่ชอบที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

สิ่งที่สำคัญคือ จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งถือเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นหลักด้วย ฉะนั้น การที่จะให้ความผิดอาญาใดเป็นความผิดอันยอมความได้ จะต้องพิจารณาที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสำคัญ และความผิดอาญาที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็ต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น เพราะความผิดอันยอมความได้เป็นความผิดที่มุ่งกระทำต่อผู้เสียหายเป็นการส่วนตัวดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปแล้ว ดังนั้น หากความผิดอาญาฐานใดมีลักษณะของคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน (individualrechtsgut) แล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ผลของการกระทำผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน หากสังคมส่วนรวมได้รับความเสียหายมากกว่า ก็ต้องถือว่ามีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่หากผลจากการกระทำผิดดังกล่าวกระทบกระเทือนต่อเอกชนผู้เสียหายโดยตรงมากกว่าความเสียหายที่สังคมได้รับ รัฐก็ต้องปล่อยให้สิทธิของผู้เสียหายที่จะตัดสินใจเองว่าสมควรจะเอาโทษผู้กระทำผิดหรือไม่ ความผิดอาญาในลักษณะนี้ก็จะสามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายอาญาของไทยเรานั้น การที่จะบัญญัติให้ความผิดใด เป็นความผิดที่ยอมความได้จะยังไม่มีหลักไม่มีเกณฑ์เท่าใดนัก เช่น การประกันภัยวินาศภัยเป็น ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความผาสุกของประชาชน แต่ความผิดฐานฉ้อโกงการประกันวินาศภัยตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 347 นั้นกฎหมายก็บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น⁵⁷ ผู้เขียนเองจึงเห็นว่าในปัจจุบันนี้การกระทำความผิดที่เป็นความผิดอาญาระหว่างสามีภริยาซึ่งเป็น บุคคลในครอบครัวเดียวกันมีเพิ่มมากขึ้น ซึ่งการที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 บัญญัติไว้แต่ เพียงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้นคงจะไม่เพียงพอกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ประกอบกับกรณีตาม ประมวลกฎหมายอาญาน่าจะยังมีบทบัญญัติความผิดอาญาแผ่นดินอีกหลายฐานที่จะสามารถบัญญัติ ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ (ทำนองเดียวกับมาตรา 71)

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังในการที่กฎหมายกำหนดให้ความผิด ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 71 เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็เนื่องมาจากเหตุเรื่องความสัมพันธ์ ในทางเครือญาติระหว่างผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย กล่าวคือ เพื่อให้ผู้เสียหายพิจารณาว่าควร จะให้อภัยหรือไม่ หากเห็นว่าควรให้อภัยก็ไม่ร้องทุกข์หรือถอนคดีเสีย ทั้งนี้ เพื่อที่จะรักษาความ สงบเรียบร้อยในครอบครัวและเป็นการรักษาไว้ซึ่งสถาบันครอบครัว เพราะหากกฎหมายจะไม่เอา โทษเสียเลยก็จะเป็นการสนับสนุนให้ทำลายครอบครัวเหมือนกัน กรณีเท่ากับการยุติให้มีการ กระทำความผิดอาญาเพิ่มมากขึ้นไปอีก เป็นการยุติให้ครอบครัวแตกแยกเพิ่มขึ้น เช่นนี้ กฎหมายจึง กำหนดให้ความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์เพียงบางฐานความผิดเท่านั้นที่เป็นความผิดอันยอมความได้ ตามมาตรา 71 แต่มีข้อสังเกตว่ากฎหมายมิได้บัญญัติรวมความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่มีการใช้กำลัง เอาไว้ด้วย ความผิดที่ว่ามานี้ ได้แก่ ความผิดฐานกรร โขกทรัพย์ ความผิดฐานริดเอาทรัพย์ ความผิด ฐานชิงทรัพย์ และความผิดฐานปล้นทรัพย์ เหตุผลที่เป็นเช่นนั้นนี้อาจเนื่องมาจากการที่ลักษณะของ การกระทำความผิดเหล่านั้นเป็นการกระทำที่ร้ายแรง นำหวาดเสียว และรุนแรงมากกว่าความผิด เกี่ยวกับทรัพย์ฐานอื่นๆ และยังเป็น การกระทำที่ร้ายแรงและรุนแรงมากกว่าการกระทำความผิดตาม มาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 ด้วย เพราะความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในฐานดังกล่าวนี้ นอกจากจะเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำมุ่งประสงค์ต่อตัวทรัพย์แล้ว ยังเป็นการกระทำที่มีการ

⁵⁷ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 140-141.

ใช้กำลังร่วมด้วย คือ โดยการ “ใช้กำลังประทุษร้าย”⁵⁸ ซึ่งมีความหมายกว้างกว่า “ทำร้าย” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการกระทำที่เป็นความผิดซ้อนความผิดนั่นเอง ประกอบกับการที่ในส่วนเรื่องของอัตราโทษ ที่กฎหมายกำหนดโทษไว้สูงกว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 มากทีเดียว ดังนั้น หากมีการแก้ไขให้ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในฐานดังกล่าวนี้เป็นความผิดอันยอมความได้เสีย สังคมก็อาจจะไม่ยอมรับ และก็อาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายด้วย

แต่ในส่วนของความผิดอาญาแผ่นดินตามประมวลกฎหมายอาญาที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นความผิดที่อยู่ในวิสัยที่สามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยที่จะนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ ดังนี้

มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ก็คือ กฎหมายมุ่งคุ้มครอง “ความปลอดภัยของร่างกาย” ซึ่ง “ความปลอดภัยของร่างกาย” นี้ เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” ซึ่งถือเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ โดยที่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรามีได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ เพราะมิได้มีการเขียนไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งๆ ที่คุณธรรมทางกฎหมายของมาตรานี้เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ และความผิดฐานนี้ก็มีความเป็นอาชญากรรมไม่สูงมากนัก ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายโดยส่วนตัวมากกว่าสังคม และผู้เสียหายสามารถได้รับการคุ้มครองหรือได้รับการชดใช้จากผู้กระทำความผิดได้ดีกว่า อีกทั้งผู้กระทำความผิดเองก็มิได้มีจิตใจที่ชั่วร้าย นอกจากนี้ลักษณะของการกระทำความผิดเองก็มิได้ร้ายแรง รุนแรงหรือน่าหวาดเสียวแต่ประการใด และผลของการกระทำความผิดก็กระทบกระเทือนต่อผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเอกชนผู้เสียหายเพียงลำพัง ผลนั้นมิได้กระทบต่อสังคมหรือรัฐเลย และในส่วนของอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จะเห็นได้ว่าระวางโทษดังกล่าวมิได้สูงมากนักหาก

⁵⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) บัญญัติว่า “...ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”.

เทียบกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ซึ่งระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท แต่กฎหมายยังกำหนดให้มาตราดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ และสังเกตได้ว่าในกฎหมายอาญาเยอรมันในส่วนของความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์นั้นถือว่าความผิดประเภทนี้เทียบได้กับความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งก็มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายรวมอยู่ในความผิดประเภทดังกล่าวด้วย และประกอบกับการที่ผู้เขียนเองมีข้อสังเกตว่า หากพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 มาตรา 4 จะพบว่า ได้มีการกำหนดว่า “หากการกระทำความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวตามมาตรา 4 วรรคแรก เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ด้วยแล้ว ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้” กล่าวคือ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดให้การกระทำความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญากลับมิได้มีการบัญญัติไว้ให้ความผิดฐานดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ จึงมีปัญหาตามมาว่า แล้วเหตุใดประมวลกฎหมายอาญาจึงมิได้มีการแก้ไขให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ไม่ทำให้เกิดการลักลั่นในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็จะส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมของไทย และการที่จะกำหนดหลักดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้นก็เปรียบเสมือนเป็นการกำหนดหลักทั่วไปไว้ในกฎหมายทั่วไปนั่นเอง ซึ่งในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่า การที่จะกำหนดให้การกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายระหว่างสามีภริยาเป็นความผิดอันยอมความได้นั้นยังไม่มีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเปรียบเสมือนเป็นกฎหมายทั่วไปแต่อย่างใด มีแต่เพียงกำหนดไว้ในพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นกฎหมายเฉพาะ เพราะจะเห็นได้ว่ามีกฎหมายอื่นๆ ที่นอกจากจะมีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอยู่แล้วก็ยังมี การนำไปกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติต่างๆ อีก เช่น กฎหมายเด็ก เป็นต้น นอกจากนี้การที่เราไปสนใจศึกษาหรือให้ความสำคัญกับกฎหมายทั่วไปย่อมจะดีกว่าอยู่แล้ว เพราะประมวลกฎหมายอาญานั้นคนทั่วไปส่วนใหญ่ของสังคมจะรู้จักกฎหมายฉบับนี้อยู่แล้ว การที่คนทั่วไปในสังคมจะรู้จักกับพระราชบัญญัติสักหนึ่งฉบับนั้นมีอยู่ในวงจำกัด ส่วนใหญ่จะรู้จักกันในหมู่นักกฎหมายหรือคนที่ศึกษากฎหมาย ชาวบ้านทั่วไปๆ มักไม่ค่อยรู้จักสักเท่าใดนั่นเอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ความผิดตามมาตรา 295 นี้สอดคล้องกับเงื่อนไขในการที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา 390 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ก็คือ กฎหมายมุ่งคุ้มครอง “ความปลอดภัยของร่างกาย” มิให้ต้องได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจจากการกระทำโดยประมาทของบุคคลอื่น

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะพบว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้เป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล โดยแท้” ซึ่งถือเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญ และประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราก็มิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้แต่อย่างใด เพราะมิได้มีการเขียนไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งๆ ที่คุณธรรมทางกฎหมายของมาตรานี้เป็น คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล โดยแท้ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดความผิดอันยอมความได้ โดยตรง และความผิดฐานนี้ก็มีความเป็นอาชญากรรมไม่สูงมากนัก ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้เสียหาย เป็นการส่วนตัวมากกว่าสังคม และผู้เสียหายสามารถได้รับการคุ้มครองหรือได้รับการชดเชยจากผู้กระทำผิดได้ดีกว่า อีกทั้งผู้กระทำความผิดเองก็มิได้มีจิตใจที่ชั่วร้าย ประกอบกับหากพิจารณาที่ผลของการกระทำความผิดก็จะพบว่า กรณีมีผลเพียงทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจในลักษณะปกติธรรมดาเท่านั้น มิใช่เกิดอันตรายสาหัส อีกทั้งผลก็เกิดแก่ผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นปัจเจกชนเพียงลำพัง ผลนั้นมิได้กระทบต่อสังคมหรือรัฐเลย และหากพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำความผิดฐานนี้ก็ได้เป็นการกระทำที่ร้ายแรง รุนแรงหรือน่าหวาดเสียวแต่อย่างใด เพราะผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นเดียวกับผู้กระทำพึงมีตามวิสัยและพฤติการณ์ แต่ผู้กระทำมิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ (ตามมาตรา 59 วรรคสี่) นอกจากนี้ ความผิดฐานนี้ก็เป็นเพียงความผิดลหุโทษเท่านั้น กล่าวคือ เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเป็นเพียงความผิดเล็กๆ น้อยๆ และเป็นความผิดที่มีอัตราโทษที่ต่ำมาก เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ความผิดตามมาตรา 390 นี้สอดคล้องกับเงื่อนไขในการที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา 391 บัญญัติว่า “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จะเห็นได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ ก็คือ “ความปลอดภัยของร่างกาย” ซึ่งเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล โดยแท้” ซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดให้ ความผิดอาญาฐานหนึ่งๆ เป็นความผิดอันยอมความได้

จากบทบัญญัติข้างต้น เป็นฐานความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ และความผิดฐานนี้ก็มีความเป็นอาชญากรรมค่อนข้างน้อย โดยส่งผลกระทบต่อชีวิตส่วนตัวของผู้เสียหายมากกว่าสังคม และผู้เสียหายสามารถได้รับการคุ้มครองหรือได้รับการชดเชยจากผู้กระทำผิดได้ดีกว่า อีกทั้งผู้กระทำผิดเองก็มิได้มีจิตใจที่ชั่วร้าย หากมีการดำเนินคดีกับสามีหรือภริยาผู้กระทำผิดในความผิดเล็กน้อยเพียงนี้ก็จะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายซึ่งเป็นภริยาหรือสามีของตน เพราะความผิดฐานนี้เป็นเพียงความผิดหลุโทษเท่านั้น ซึ่งเป็นเพียงความผิดเล็กน้อยๆ และมีอัตราโทษที่ต่ำมาก กล่าวคือ มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ประกอบกับหากพิจารณาเหตุที่ผลของการกระทำ ผลก็เกิดแก่ผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นปัจเจกชนเพียงลำพังเท่านั้น มิได้กระทบต่อสังคมโดยรวมหรือต่อรัฐ และในส่วนของลักษณะของการกระทำก็เป็นเพียงการกระทำที่ไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของผู้ถูกกระทำ และหากพิจารณาในส่วนของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 มาตรา 4 ก็จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กล่าวไว้ถึงกรณีที่มีการกระทำอันเป็นความรุนแรงในครอบครัวที่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 (คือ ทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น) ด้วยกฎหมายยังได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้เสียเลย เช่นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีความผิดฐานนี้น่าจะบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ด้วยเช่นกัน

จะเห็นได้ว่าความผิดตามมาตรา 390 และมาตรา 391 นี้เป็นเพียงแต่ความผิดเล็กน้อยๆ เท่านั้น แต่การที่จะกำหนดให้ขยายความรวมไปถึงบุคคลต่างๆ ไปที่มิได้เป็นสามีภริยากันด้วยนั้น ผู้เขียนเองไม่ค่อยจะเห็นด้วย เนื่องจากบุคคลธรรมดาทั่วไปนั้นมิได้มีความสัมพันธ์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกันเลย ซึ่งแตกต่างจากสามีภริยาที่มีความสัมพันธ์กันในเชิงครอบครัว ซึ่งหากมีการบัญญัติให้ความผิดทั้งสองมาตราดังกล่าวข้างต้นนั้นรวมถึงบุคคลธรรมดาทั่วไปที่มิได้เป็นสามีภริยากันด้วยแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นการส่งเสริมให้มีผู้กระทำความผิดมากขึ้น ส่งผลให้เกิดการกระทำความผิดต่อกันมากขึ้น ซึ่งหากกฎหมายเปิดกว้างจนเกินไปก็อาจจะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้มีอิทธิพลหรือผู้มีอำนาจมาเป็นข้ออ้างเมื่อเกิดการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้น เพราะกรณีสามารถยอมความกันได้ จนอาจกลายเป็นการสนับสนุนให้คนในสังคมไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายไปในที่สุด แต่การที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะกำหนดให้การกระทำความผิดทั้งสองมาตราดังกล่าวข้างต้นที่เกิดขึ้น

ระหว่างสามีภริยาเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ก็เนื่องมาจากในบางกรณีผู้กระทำอาจกระทำ ความผิดไปเพราะความพลั้งเผลอ หรือเพราะถือวิสาสะ ซึ่งพอเมื่อปรับความเข้าใจกันได้แล้ว สถาบันครอบครัวก็สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อที่จะรักษาสถานภาพความมั่นคงในสถาบัน ครอบครัวเอาไว้นั่นเอง

มาตรา 309 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือ ทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้อง กระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้น หรือจำยอมต่อสิ่งนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับ ไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานนี้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครอง “เสรีภาพในการตกลงใจ” และ “เสรีภาพในการ กระทำตามที่ตกลงใจ” หรือ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิด ฐานนี้ ก็คือ “เสรีภาพในการตัดสินใจ”

ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอันยอมความได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 321 โดยจะเห็นได้ว่า ความผิดฐานนี้มีความเป็นอาชญากรรมที่ไม่สูงมากนัก และส่งผลกระทบต่อชีวิตส่วนตัวของบุคคล มากกว่าสังคม และการดำเนินคดีกับสามีหรือภริยาผู้กระทำความผิดก็จะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายซึ่ง เป็นภริยาหรือสามีของตนเพิ่มขึ้น กรณีจึงเป็นไปตามลักษณะพื้นฐานในการกำหนดให้ความผิด อาชญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา 310 วรรคแรก บัญญัติว่า “ผู้ใดหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำด้วย ประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดฐานนี้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครอง “เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทาง” ของ บุคคล ซึ่งเสรีภาพนี้กฎหมายเรียกว่า “เสรีภาพในร่างกาย” ฉะนั้น คุณธรรมทางกฎหมายของ ความผิดฐานนี้ ก็คือ “เสรีภาพในการเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทาง” หรือ “เสรีภาพในร่างกาย”

ความผิดฐานนี้ก็เป็นความผิดอันยอมความได้เช่นกัน ทั้งนี้ ตามมาตรา 321

จะเห็นได้ว่า ความผิดตามมาตรา 309 วรรคแรก และมาตรา 310 วรรคแรก นั้นเป็น ความผิดอันยอมความได้อยู่แล้ว ตามมาตรา 321 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยหากพิจารณาใน ส่วนของอัตราโทษตามมาตรา 309 วรรคแรก และมาตรา 310 วรรคแรก ก็จะพบว่าเมื่ออัตราโทษที่ หนักกว่าความผิดตามมาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 กล่าวคือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ประกอบกับคุณธรรมทางกฎหมายตามมาตรา 309 วรรคแรก และมาตรา 310 วรรคแรก ก็สูงกว่าคุณธรรมทางกฎหมายตามมาตรา 295 มาตรา 390

และมาตรา 391 ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมายคือ “ความปลอดภัยของร่างกาย” กล่าวคือ ความผิดตาม มาตรา 309 วรรคแรก เป็นการข่มขืนใจผู้อื่น อันเป็นการกระทำต่อ “เสรีภาพในการตัดสินใจ” ส่วน ความผิดตามมาตรา 310 วรรคแรก เป็นการหน่วงเหนี่ยวกักขังผู้อื่น อันเป็นการกระทำต่อ “เสรีภาพ ในร่างกาย” อีกทั้งความผิดตามมาตรา 309 วรรคแรก และมาตรา 310 วรรคแรก นั้นยังเป็นการ กระทำความผิดที่ส่งผลกระทบต่อตัวบุคคลมากกว่า กล่าวคือ นอกจากจะเป็นการกระทำต่อตัว บุคคลแล้ว ยังเป็นการกระทำที่ไปจำกัดเสรีภาพของผู้ถูกระทำอีกด้วย เช่นนี้ จะเห็นได้ว่ากฎหมาย ยังบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้เสียเลย แล้วเหตุใดจึงมิได้บัญญัติให้ความผิดตามมาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 เป็นความผิดอันยอมความได้ด้วย

กล่าวโดยสรุป บรรดามาตราในประมวลกฎหมายอาญาที่กล่าวมาข้างต้น อันได้แก่ มาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 หากมีการนำความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาเข้าไปเป็นเหตุ ในการบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 71 โดยหากมีการบัญญัติให้ความผิดที่ผู้กระทำและผู้ถูกระทำ ซึ่งเป็นสามีภริยากันนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ โดยบัญญัติเพิ่มเข้าไปในประมวลกฎหมาย อาญาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า กรณีย่อมจะส่งผลดีต่อสถาบันครอบครัวต่อไป อันเป็นการรักษาไว้ซึ่ง สถานภาพความมั่นคงในสถาบันครอบครัว อีกทั้งยังเป็นการลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล โดยวิธีการ เบี่ยงเบนคดี (Diversion) ออกจากกระบวนการยุติธรรมซึ่งถือเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย เนื่องจากสามีภริยานั้นก็เปรียบเสมือนลื่นกับพื้น ย่อมจะมีการกระทบกระทั่งกันบ้างไม่มากก็น้อย ไม่ว่าจะด้วยสาเหตุใดก็ตาม ซึ่งปัญหาระหว่างสามีภริยานั้นสามารถที่จะเกิดขึ้นได้แทบจะทุกวัน และเมื่อมีการกระทำความผิดต่อกันไปแล้ว พอเวลาผ่านไป ก็พร้อมที่จะให้อภัยกันได้เสมอและ พร้อมที่จะปรับความเข้าใจกันและคืนดีกันในที่สุด ฉะนั้น การที่จะกำหนดให้ความผิดอาญา แผ่นดินบางฐานที่ผู้กระทำความผิดและผู้ถูกระทำเป็นสามีภริยากันเป็นความผิดอันยอมความได้ เสีย กรณีก็ย่อมจะส่งผลดีมากกว่าผลเสีย กล่าวคือ กรณีจะส่งผลดีต่อทั้งสถาบันครอบครัว อันเป็น สถาบันพื้นฐานของสังคม และส่งผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมในทางอ้อม คือ เป็นการลดปริมาณ คดีที่จะขึ้นสู่ศาลด้วย



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากบทบัญญัติทั้งหลายที่กล่าวมาแล้ว หากพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายก็จะพบว่า มีหลักการและเหตุผลที่เป็นไปในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ การกระทำความผิดอาญาที่ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดระหว่างสามีภริยาหรือเป็นการกระทำความผิดระหว่างเครือญาติกัน บางกรณีผู้กระทำอาจจะกระทำไปโดยถือวิสาสะ หรือเพราะอารมณ์โกรธชั่ววูบ หรือเพราะความพลั้งเผลอ กฎหมายจึงยกเว้นโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษให้ และบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ แล้วแต่กรณี ซึ่งเหตุผลที่กฎหมายบัญญัติให้ยอมความกันได้นั้นก็เนื่องมาจากเหตุความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันนั่นเอง ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความผาสุก ความสงบเรียบร้อย และสถานภาพความมั่นคงในสถาบันครอบครัว แต่อย่างไรก็ดี กฎหมาย (ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายตราสามดวง พระไอยการลักษณะโจร มาตรา 146 ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 54 หรือประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71) ได้บัญญัติไว้เพียงความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ไม่เพียงพอกับปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างสามีภริยาซึ่งเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกันในสังคมปัจจุบัน เช่น มีการทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกันกัน ไม่ว่าจะเป็เหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือไม่ โดยปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นและพบเห็นได้บ่อยในปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่าปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นแทบจะทุกวันก็ว่าได้ ดังนี้ ย่อมจะส่งผลกระทบต่อจนถึงสถาบันครอบครัว

แม้ในปัจจุบันจะมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ.2550 ออกมาเมื่อไม่นานมานี้ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวก็อาจจะนำมาคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ไม่ทั่วถึงเท่าที่ควร เนื่องจากความรุนแรงที่อยู่ภายใต้กรอบของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว กล่าวคือ ความรุนแรงที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความ

ได้นั้น จะต้องเป็นความรุนแรงที่ไม่เกินขอบเขตของมาตรา 295 แห่งประมวลกฎหมายอาญา คือ ต้องเป็นการทำร้ายร่างกายหรือทำร้ายจิตใจที่ไม่ก่อให้เกิดอันตรายมากนักเท่านั้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

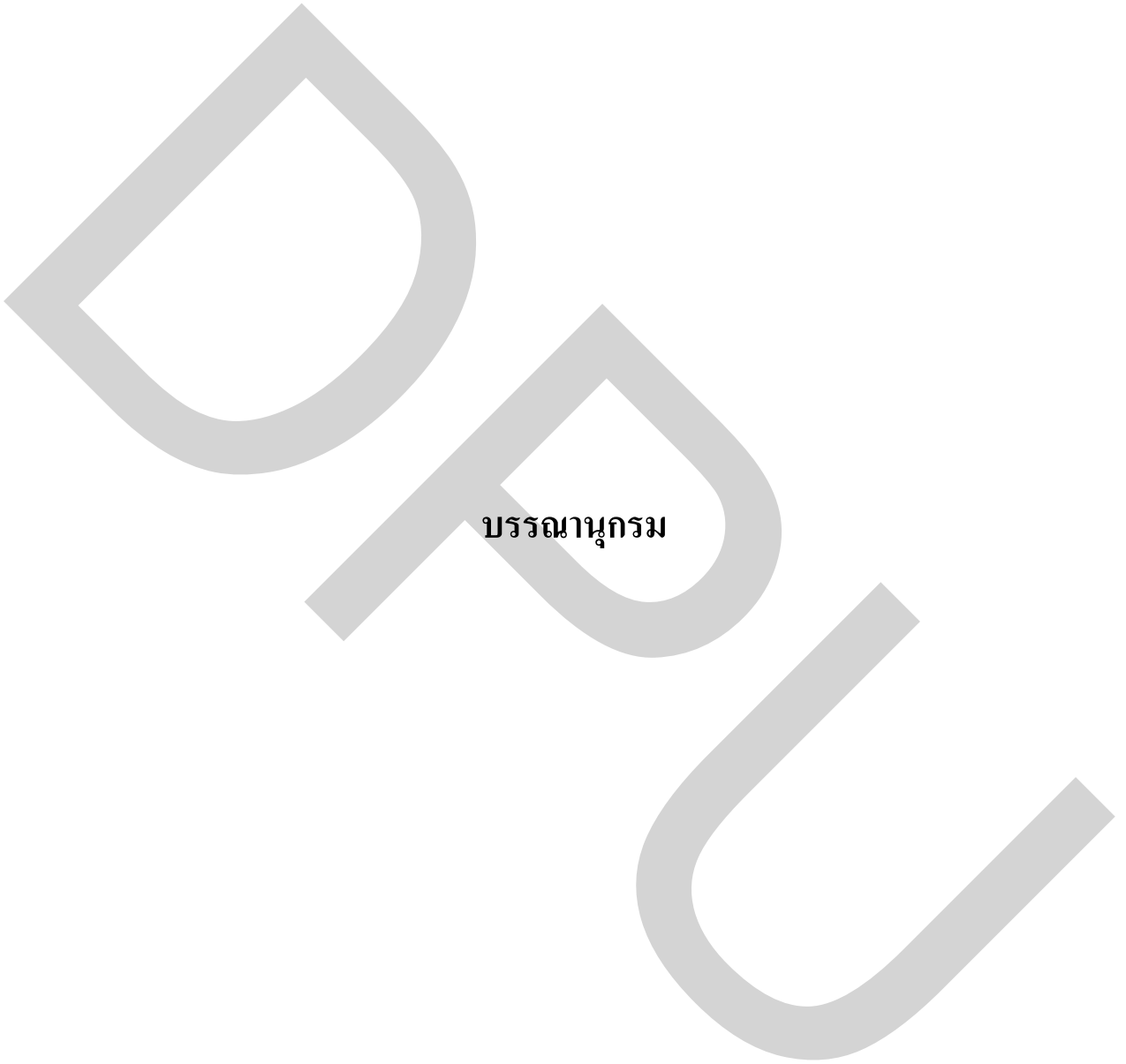
เช่นนี้ หากมีการกระทำความผิดอื่นใดนอกเหนือจากที่กฎหมายข้างต้นบัญญัติไว้ก็ จะต้องมีการฟ้องร้องดำเนินคดีกันไปตามขั้นตอนของกฎหมาย ซึ่งกรณีอาจส่งผลกระทบต่อ สถานภาพความมั่นคงในครอบครัว อาจทำให้ครอบครัวแตกแยก บุตรหลานกลายเป็นเด็กมีปัญหา ขาดความรักความอบอุ่น ขาดการดูแลเอาใจใส่ อาจติดการพนันหรือติดยาเสพติด เหล่านี้ล้วนเป็น สาเหตุที่อาจนำไปสู่ปัญหาอาชญากรรมได้ ฉะนั้น ปัญหาระหว่างบุคคลในครอบครัวจึงเป็นเสมือน จุดเริ่มต้นของปัญหาสังคมด้านต่างๆ เพราะครอบครัวเป็นสถาบันแรกของชีวิตเด็กและเป็นสถาบัน พื้นฐานของสังคมด้วย และจะเห็นได้ว่าในกฎหมายต่างประเทศที่ได้เคยกล่าวไปแล้วนั้นก็มีการนำ เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติความผิดอาญาเช่นกัน นอกจากนี้ ยัง ส่งผลให้คดีกรรโชกทรัพย์ อันเป็นการเพิ่มปริมาณคดีให้แก่ศาลในทางอ้อมด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนจึงเห็นว่า นอกจากความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 71 แล้ว ยังมีความผิด อาญาแผ่นดินบางฐานที่อยู่ในวิสัยที่สามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ คือ เปลี่ยน ความผิดอาญาแผ่นดินให้เป็นความผิดอันยอมความได้นั้นเอง โดยที่จะนำความสัมพันธ์ระหว่าง สามีภริยามาเป็นเหตุในการบัญญัติ กล่าวคือ กรณีน่าจะบัญญัติให้ความผิดอาญาแผ่นดินบางฐานที่ ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นสามีภริยากันนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ โดยการบัญญัติ เพิ่มเติมเข้าไปในประมวลกฎหมายอาญา ความผิดอาญาที่กล่าวถึงข้างต้น ได้แก่ ความผิดฐานทำร้าย ร่างกายตามมาตรา 295 ความผิดฐานกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือ จิตใจตามมาตรา 390 และความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจตามมาตรา 391 โดยในส่วนของความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่นตามมาตรา 309 วรรคแรกและ ความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวกักขังผู้อื่นตามมาตรา 310 วรรคแรกนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้อยู่ แล้วตามมาตรา 321 ซึ่งผู้เขียนเองเห็นว่า ความผิดอาญาทั้งสองฐานดังกล่าวสามารถนำมาเป็น ข้อเสนอสนับสนุนในการที่จะบัญญัติให้ความผิดตามมาตรา 295 มาตรา 390 และมาตรา 391 เป็น ความผิดอันยอมความได้

และด้วยเหตุที่ความผิดอันยอมความได้มีลักษณะที่สำคัญ ก็คือ การอนุญาตให้ผู้เสียหาย เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินคดีและการเคารพการแสดงเจตนาของผู้เสียหายเป็นสำคัญ หากผู้เสียหายไม่พอใจเอาความกับผู้ต้องหา ย่อมทำให้การดำเนินคดีสามารถยุติลงได้โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาล ดังนั้น “การยอมความ” ในคดีความผิดอันยอมความได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย นอกจากจะเป็นการที่ให้ผู้ได้รับความเสียหายและผู้กระทำความผิดมาไกล่เกลี่ยตกลงกัน อันจะช่วยรักษาสถานภาพความมั่นคงในสถาบันครอบครัวเอาไว้ได้แล้ว ยังเป็นมาตรการเบี่ยงเบนคดี (Diversion) ออกจากระบบมาตรการหนึ่ง อันจะช่วยทำให้สามารถลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งถือเป็นผลพลอยได้อีกทางหนึ่งด้วย

ทั้งนี้ ก็เพราะบริบทของสังคมไทยให้ความสำคัญกับเรื่อง “ครอบครัว” เป็นอย่างมาก เนื่องจากครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานที่มีบทบาทสำคัญในการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางสังคม นอกจากนี้ยังเป็นปัจจัยหลักในการจัดเกลาและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ รวมทั้งการชำระไว้ซึ่งความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมและประเทศชาติต่อไป



ปฐศ

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2547). **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: หจก.จิรัชการพิมพ์.
- _____. (2546). **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1** (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: หจก.จิรัชการพิมพ์.
- คณิต ฒ นคร. (2549). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2553). **กฎหมายอาญาภาคความผิด** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2551). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2540). “ปัญหาการใช้ดุลพินิจของอัยการ”. **รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร**. กรุงเทพฯ: สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด.
- _____. (2540). “วิธีพิจารณาความอาญาไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน”. **รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร**. กรุงเทพฯ: สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด.
- _____. (2540). “อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง”. **รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร**. กรุงเทพฯ: สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด.
- คณิง ภาไชย. (2531). **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2548). **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1** (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- จิตติ ดิงศักดิ์. (2546). **กฎหมายอาญา ภาค 1** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.
- ชานนท์ ศรีนวน และวันชัย ศรีนวน. (2528). **คำอธิบายกฎหมายเรื่องความยินยอมในคดีอาญา : ความผิดอันยอมความได้** (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: ประชุมช่าง.
- ณรงค์ ใจหาญ. (2552). **หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2545). **กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา** (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- _____. (2554). **ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง** (พิมพ์ครั้งที่ 23). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นิติศาสตร์ไพศาล, พระยา. (2502). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย คำสอนชั้นปริญญาตรี** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประธาน วัฒนวานิชย์. (2546). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ประกายพริก.
- ผจงจิตต์ อธิคมนันทะ. (2525). **สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. (2550). “ผลสะท้อนของกฎหมายใหม่ต่อความมั่นคงในสถาบัน”. **รวมบทความงานวิชาการประจำปี ครั้งที่ 3**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เศรษฐบุตร อิทธิธรรมวินิจ. (2553). **การศึกษาวิจัยเพื่อสนับสนุนมาตรการลดปริมาณคดี : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญา**. กรุงเทพฯ: สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2544). **หลักกฎหมายอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สัญญา ธรรมศักดิ์. (2530). **คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.
- สมพร พรหมพิตร. (2543). **อายุคามแพ่ง-อาญา และคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2548). **คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หยุด แสงอุทัย. (2529). **กฎหมายอาญา รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาของ**

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มิตรนราการพิมพ์.

_____. (2547). **กฎหมายอาญา ภาค 1** (พิมพ์ครั้งที่ 19). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

_____. (2546). **กฎหมายอาญา ภาค 2-3** (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

_____. (2545). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก.

_____. (2507). **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา : ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา.**

พระนคร : โรงพิมพ์แม่บ้านการเรือน.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2552). **ทฤษฎีอาญา** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บทความ

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. “อัยการกับกระบวนการยุติธรรม”. **วารสารกฎหมาย, 17, 1.** หน้า 149.

กุลพล พลวัน. (2526, กุมภาพันธ์). “บทบาทของพนักงานอัยการในการเป็นโจทก์”. **วารสารอัยการ, 6, 62.** หน้า 26.

คณิต ฌ นกร. (2521). “การมอบอำนาจให้จัดการแทนในคดีอาญา”. **วารสารนิติศาสตร์, 10, 2.** หน้า 188.

_____. (2523, มกราคม). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา”. **วารสารอัยการ, 3, 25.** หน้า 59-61.

_____. (2521, พฤษภาคม). “เจตนาให้อำนาจดำเนินคดีกับทางปฏิบัติของพนักงานอัยการและศาล”. **วารสารอัยการ, 1, 5.** หน้า 42-43.

_____. (2547, มกราคม-มิถุนายน). “ปรัชญาและแนวคิดของการกำหนดความผิดอันยอมความได้”. **วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์, 4, 1.** หน้า 4.

_____. (2521, มกราคม). “ผู้เสียหายในคดีอาญา”. **วารสารอัยการ, 1, 1.** หน้า 49-50.

_____. (2541, มิถุนายน). “วิธีพิจารณาความอาญากับความคิดตามหลักกฎหมายแพ่ง”. **วารสารอัยการ, 4, 42.** หน้า 53.

คณิง ภาไชย. (2529, ธันวาคม). “วิธีพิจารณาความอาญาตามกฎหมายอังกฤษ”. *วารสารอัยการ*, 9, 108. หน้า 14-15.

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขเสรีจที่ 110/2500 เรื่อง ปัญหาการแปลความคำว่า “ความผิดอันยอมความได้”.

จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. (2553). กระบวนการยุติธรรมทางเลือกในสังคมไทย. รายงานวิจัยการพัฒนารอบแนวทางการวิจัยชุดโครงการ. กรุงเทพฯ: สำนักกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม.

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. (2535). “การยอมความในคดีอาญา”. *วารสารกฎหมาย*, 5, 2. หน้า 104.

ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ. (2540, 23 มกราคม). “คำฟ้องของพนักงานอัยการ”. เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษ เรื่องระบบอัยการญี่ปุ่น : แนวคิดและทิศทางการปฏิรูประบบอัยการไทย, แปลจาก Tomoko Sasaki, *The Criminal Justice in Japan – Prosecution, UNAFEI, 99th Seminar*.

ณรงค์ ใจหาญ. (2553). กระบวนการสร้างความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในศาลยุติธรรม. รายงานผลการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม.

_____. อุทัย อาทิวา. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. สุกกิจ เข้มประชา และวรรณ สุพรรณธรรดา. (2549). ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา. (2534). “อัยการกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดี : ข้อเสนอสำหรับประเทศไทย”. *บทบัญญัติ*, 47, 4. หน้า 113.

ทวีศักดิ์ ณ ตะกั่วทุ่ง. (2526). งานอัยการของประเทศญี่ปุ่นในระบบอัยการสากล. กรุงเทพฯ: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กรมอัยการ.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2524). “การปฏิรูปการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการโดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา”. *บทบัญญัติ*, 54, 4. หน้า 11.

_____. (2524). “แนวความคิดในการลงโทษ”. *วารสารนิติศาสตร์*, 12, 2. หน้า 8.

พิพัฒน์ จักรางกูร. (2506). “บิดามารดาและสามีภริยาตามกฎหมายอาญา”. **บทบัญญัติ**, 21, 2. หน้า 303-304.

พงศกร จันทศัพท์ และนารี ตันตเสถียร. “ระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาญี่ปุ่น การสอบสวนและการฟ้องคดี”. **อัยการนิเทศ**, 50, 1. หน้า 58.

รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ครั้งที่ 1, (12/2549) 83/2548 เมื่อวันอังคารที่ 15 พฤศจิกายน 2548. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ครั้งที่ 5, (16/2549) 87/2548 เมื่อวันอังคารที่ 29 พฤศจิกายน 2548. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 15, 49/2482 เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2482. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 116, 83/2483 เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2483. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 279/63/2485 เมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2485. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2548, กรกฎาคม). “การกำหนดความผิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน”. **ข่าวเนติบัณฑิตยสภา**, 18, 192. หน้า 11-12.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2529, มิถุนายน). “กฎหมายลักษณะอาญา : ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย”. **วารสารนิติศาสตร์**, 16, 2. หน้า 106.

อักษราทร จุฬารัตน. (2520, มิถุนายน-สิงหาคม). “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา”. **วารสารนิติศาสตร์**, 9, 1. หน้า 62.

อุดม รัฐอมฤต. (2535). “การฟ้องคดีอาญา”. **วารสารนิติศาสตร์**, 22, 2. หน้า 243.

วิทยานิพนธ์

กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2532). **ความยินยอมในกฎหมายอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- กิตติ บุศยพลากร. (2523). ผู้เสียหายในคดีอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- คณพล จันทน์หอม. (2545). วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 : ศึกษากระบวนการร่างกฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ชัชวิน ระวังภัย. (2534). ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์ กรณีทดลองต่อมนุษย์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ณภัทร กตเวทีเสถียร. (2547). การระงับข้อพิพาทในคดีอาญาโดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (ศึกษาเฉพาะความผิดที่มีผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา). วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ทัศนีย์ แสงสุข. (2552). การสร้างความปรองดองในครอบครัวโดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ : ศึกษากรณีความรุนแรงในครอบครัว. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ชเนศ ชาลี. (2539). มาตรการการควบคุมการเริ่มต้นคดีของตำรวจ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปริญญา ชินะผา. (2550). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดอันยอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในลักษณะ 12 แห่งประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- มนตรี เงินสวัสดิ์. (2549). แนวคิดในการลงโทษของกฎหมายตราสามดวง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิภาพร เนติจิโรชาติ. (2548). การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

- สกล นิสาร์ตัน. (2545). **กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม**. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สุรพงษ์ เอี่ยมแทน. (2544). **ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน (ศึกษาตามกฎหมายอาญาสารบัญญัติ)**. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- อรุณี กระจ่างแสง. (2532). **อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2524). **ผู้เสียหายในคดีอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อารยา เกษมทรัพย์. (2536). **การฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหาย : ศึกษาเฉพาะกรณีพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Chinhengo, Austin M. (1995). **Essential Jurisprudence**. London: Cavendish Publishing Limited.

Delmar, Karlen. (1967). **Anglo-American Criminal Justice**. Oxford University Press: New York and Oxford.

Packer, Herbert L. (1968). **The Limit of The Criminal Sanction**. California: Stanford University Press.

Perkins, Rollin M. (1969). **Criminal Law**. (2 nd ed.). New York: The Foundation Press.

Smith, J.C. and Hogan, Brian. (1988). **Criminal Law**. London: Butterworths & Co. (Publishers) Ltd.

ELECTRONIC SOURCE

Sentencing Guidelines Council. Retrieved August 4, 2011, from

http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_Theft_and_Burglary_of_a_building_other_than_a_dwelling.pdf

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล	นางสาวพรรณร หงษ์สุวรรณ
วัน เดือน ปีเกิด	20 มกราคม 2529
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต ปีการศึกษา 2551 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ทุนการศึกษา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต ประเภททุนเรียนดี ปีการศึกษา 2553 มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต