

การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบทางอาญา
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย

นางเพ็ญจันทร์ แจ่มมาก

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2545

ISBN 974 - 281 - 674 - 3

Provocation and Criminal Liability
A Comparative Study of English, German and Thai Criminal Law



Ms. Phenjun Jammak

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws
Department of Law
Graduate School Dhurakijpundit University

2002

ISBN 974 - 281 - 674 - 3

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบทางอาญา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมันและไทย
ชื่อนักศึกษา	นางเพ็ญจันทร์ แจ่มมาก
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2544

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาถึงความหมายของการกระทำโดยบันดาลโทสะ และที่อยู่ของบันดาลโทสะในโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา โดยศึกษากฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาของประเทศไทย ทั้งนี้เพื่อให้ทราบข้อเหมือนข้อแตกต่างของความหมายและที่อยู่ของบันดาลโทสะในกฎหมายอาญาของทั้งสามประเทศ อันจะเป็นประโยชน์ในการใช้บันดาลโทสะได้อย่างถูกต้องมากขึ้น ในการศึกษาวิจัย ผู้เขียนทำการศึกษาวิจัยจากเอกสารทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตลอดจนตัวบท คำพิพากษาของศาลและความเห็นของนักกฎหมาย

จากการศึกษาดังกล่าวพบว่า

1. กฎหมายอาญาของทั้งสามประเทศยอมรับในความอ่อนแอของจิตใจมนุษย์ เมื่อถูกกระทำให้โกรธยอมเกิดบันดาลโทสะจนขาดสติที่จะยับยั้งตนเองและกระทำความผิดอาญาต่อผู้ที่ทำให้โกรธ ดังนั้น ผู้กระทำความผิดจึงสมควรได้รับโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้น บันดาลโทสะจัดเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลจะนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการพิจารณากำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยภายหลังจากที่วินิจฉัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง จึงเป็นเหตุบรรเทาโทษ (mitigation) ประการหนึ่ง และอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา

ในคดีทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามกฎหมายของประเทศอังกฤษบัญญัติไว้ เป็นการเฉพาะให้ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่เรียกว่า murder หากผู้กระทำได้กระทำไปโดย

บันดาลโทสะความผิดดังกล่าวจะเปลี่ยนไปเป็นความผิดผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่เรียกว่า manslaughter บันดาลโทสะในความผิดนี้จึงอยู่ในโครงสร้างความรับผิดอาญา โดยเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบทางด้านจิตใจ (mens rea) ของความผิด manslaughter

2. ในการดำเนินคดีที่มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ศาลของประเทศอังกฤษและเยอรมันจะวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งตามโครงสร้างความรับผิดอาญาก่อน แล้วจึงนำข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย

ส่วนศาลไทยจะนำบันดาลโทสะมาใช้วินิจฉัยความรับผิดอาญาเสมือนเป็นส่วนหนึ่งในโครงสร้างความรับผิดอาญา มิได้ใช้นอกโครงสร้างความรับผิดอาญาอย่างเช่นที่ใช้กับเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 การที่ศาลไทยจัดให้ที่อยู่ของบันดาลโทสะอยู่ในโครงสร้างความรับผิดอาญา ทำให้ผู้ใช้กฎหมายเกิดความสับสนในเรื่องที่อยู่ของบันดาลโทสะและมีการนำเอาบันดาลโทสะไปใช้ในการวินิจฉัยความผิดฐานใดฐานหนึ่งโดยใช้ร่วมกับเจตนา หรือใช้เป็นองค์ประกอบภายในของความผิดซึ่งเป็นผลให้ลดทอนเจตนาในการทำความผิดลงหรือขาดเจตนากระทำความผิด

ดังนั้นเพื่อให้การใช้บันดาลโทสะในกฎหมายไทยเป็นไปโดยถูกต้อง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอแนะดังนี้

1. ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาศาลจะต้องวินิจฉัยไปตามลำดับของโครงสร้างความรับผิดอาญา โดยเริ่มพิจารณาว่าการกระทำความผิดประกอบความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน เมื่อพิจารณาว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายแล้ว จึงจะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มี การกระทำนั้นก็เป็นความผิดตามกฎหมาย

2. ในขั้นตอนของการพิจารณาโทษที่จะลงแก่จำเลย หากมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ศาลจึงจะนำข้อเท็จจริงในเรื่องบันดาลโทสะมาพิจารณาร่วมกับข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุบรรเทาโทษอื่น ๆ และกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย

Thesis Title Provocation and Criminal Liability
Comparative Study of English, German and Thai Criminal Law
Name Ms. Phenjun Jammak
Thesis Advisor Mr. Charnchao Chaiyanukij
Department Law
Academic Year 2001

ABSTRACT

This Thesis aims to study the meaning of provocation and its place in the structure of criminal liability by comparatively study English, German and Thai criminal law. It also aims to study the place, meaning, convergence and divergence of the provocation in the criminal law of those three countries, which will help in application of the provocation concept more correctly. In this research, the writer studies from both Thai and foreign language documents and from the law, decision of justices and the opinion of other lawyers.

This study found that

1. Criminal law of those three countries accepts the weakness of human mentality. That is if an anger is induced, the human tend to be provocative and loose of his/her control leading him/her to do criminal offence to the person inducing. Thus, the induced person should be given less punishment than what is described in the law concerning such offence. Provocation is a truth that the justice brings into its consideration for giving punishment to the defendant after the justice justifies that the defendant actually do a criminal offence. Thus, provocation is mitigation and its place is out of the structure of criminal liability.

However, there is an exception in case of homicide, which, in English law, is specifically defined as murder, If a murder is done because the murderer is induced, such murder will change to manslaughter and provocation in this case is considered as internal component within the structure of criminal liability for the manslaughter.

2. In case there is a truth that such defendant' s act is caused by provocation, the justice of England and Germany will firstly consider the charge in

accordance with the structure of criminal law. Then, the truth that such act is caused by a provocation will be taken into consideration by the justice for giving punishment to the defendant.

But Thai justice will firstly take the provocation into its consideration, as it is internal component within the structure of criminal liability. This is different from the mitigation in accordance with Section 78, which the justice consider it is external component out of criminal liability structure. The way that Thai justice consider the provocation is an internal component within the structure of criminal liability causes confusion to other legal practitioners concerning the place of provocation. Thus, in consideration of criminal offence, provocation is used together with intent or used as it is an internal component of criminal offence, which may finally reduce or delete the intent of the defendant.

To promote a correct use of provocation in accordance with Thai law, it is suggested by this Thesis that :

1. In the process of criminal liability, the justice shall keep the consideration in order in accordance with the criminal liability structure starting from a consideration on components of the act, both internal and external. If it appears that the components of the act meets the legal requirement of criminal offence components, then, a justification or an excuse shall be taken into consideration. If there is no justification or excuse exist, it should be concluded that such act is a criminal offence.

2. In the process of giving punishment, if there is a truth that the defendant is induced to do offence under provocation, the justice shall consider the truth of provocation together with the other mitigation in giving punishment to the defendant.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงด้วยดีเพราะได้รับความกรุณาและอนุเคราะห์ คำแนะนำจากท่านอาจารย์ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ โดยรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ซึ่งท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งช่วยชี้แนะให้ความรู้คำแนะนำ ติดตามความคืบหน้าในการทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ทำให้สำเร็จลุล่วงด้วยดี จึงขอกราบขอบพระคุณท่านอย่างสูงที่ให้ความเมตตากรุณาและให้โอกาสแก่ผู้เขียน

ในโอกาสนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ที่รับเป็นประธานกรรมการ ท่านอาจารย์ ดร.กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ กรรมการผู้แทนทบวงมหาวิทยาลัย และท่านอาจารย์จรัญ ภักดีธนากุล กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งท่านทั้งสามได้ให้องค์ความรู้ คำแนะนำ ชี้แนะข้อมูลแนวทางอันเป็นประโยชน์สูงสุดในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ พร้อมนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่าน ผศ.นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์ ซึ่งได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งรับเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ในท้ายนี้ขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญยิ่งในชีวิตที่เป็นกำลังใจและมีส่วนผลักดันให้ผู้เขียนมีมานะพยายามจนประสบความสำเร็จมีวันนี้ได้ นั่นคือคุณพ่อสมนึก เมธาอภิรักษ์ ผู้ล่วงลับ และคุณแม่สมปอง เมธาอภิรักษ์ รวมตลอดถึงครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่งของผู้เขียนที่เป็นกำลังใจสนับสนุนจนประสบความสำเร็จ และที่ผู้เขียนพึงระลึกอยู่เสมอคือโอกาสในการศึกษาและสนับสนุนอย่างดีเสมอมาของผู้บังคับบัญชาและเพื่อนร่วมงานที่ การทางพิเศษแห่งประเทศไทย ประกอบกับกำลังใจจากเพื่อน ๆ น้อง ๆ ที่ร่วมเรียนด้วยกันมาจนประสบความสำเร็จในวันนี้

ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะช่วยอำนวยความสะดวกต่อการศึกษาและท่านผู้อ่าน โดยผู้เขียนขอขอบความดีทั้งหมดให้กับบิดามารดาและครูบาอาจารย์ทุก ๆ ท่านที่ ประสทธิประสาทวิชาความรู้ให้ ส่วนความผิดพลาดบกพร่องประการใดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขออภัยไว้แต่เพียงผู้เดียว

เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๘
กิตติกรรมประกาศ.....	๙
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาของการศึกษา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.4 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย.....	4
1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับจากการเขียนวิทยานิพนธ์เรื่องนี้.....	4
2. หลักนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์.....	5
2.1 ความหมายของนิติวิธี.....	5
2.2 ความเป็นมาและหลักนิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์.....	6
2.2.1 ประวัติความเป็นมาของระบบคอมมอนลอว์.....	6
2.2.2 หลักนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์.....	7
(1) ทศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย.....	7
(2) หลักการใช้และการตีความกฎหมาย.....	9
2.3 ความเป็นมาและหลักนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์.....	10
2.3.1 ประวัติความเป็นมาของระบบซีวิลลอว์.....	10
2.3.2 หลักนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์.....	11
(1) ทศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย.....	11
(2) หลักการใช้และการตีความกฎหมาย.....	12
2.4 สรุปความแตกต่างหลักนิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์.....	13
3. หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย.....	15
3.1 หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศอังกฤษ.....	15
3.1.1 การกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus หรือ guilty act).....	15
3.1.2 องค์ประกอบทางด้านจิตใจ (mens rea หรือ guilty mind).....	16
3.1.3 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอังกฤษ.....	17

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2 หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศเยอรมัน.....	17
3.2.1 การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit).....	18
3.2.2 ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit).....	18
3.2.3 ความชั่ว (Schuld).....	19
3.2.4 ตำแหน่งของเจตนาในหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญา.....	20
(1) ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre).....	20
(2) ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre).....	21
3.2.5 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในกฎหมายเยอรมัน.....	21
3.3 หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศไทย.....	22
3.3.1 ความเห็นของนักกฎหมายไทย.....	22
(1) ความเห็นของนักกฎหมายไทยที่มีแนวคิดกฎหมายอาญา คอมมอนลอว์เป็นพื้นฐาน.....	22
(1.1) อาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร.....	23
(2) ความเห็นของนักกฎหมายไทยที่มีแนวคิดกฎหมายอาญา ฝรั่งเศสเป็นพื้นฐาน.....	24
(2.1) ศาสตราจารย์ ดร. วิจิตร ลulitanนท์.....	24
(2.2) ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์.....	26
(3) ความความเห็นของนักกฎหมายไทยที่มีแนวคิดกฎหมายอาญา เยอรมันเป็นพื้นฐาน.....	28
(3.1) ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย.....	28
(3.2) ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร.....	31
(4) ความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์.....	33
3.3.2 แนวคำพิพากษาของศาลไทย.....	34
(1) คำพิพากษาที่วินิจฉัยตามแนวคิดระบบคอมมอนลอว์.....	35
(2) คำพิพากษาที่วินิจฉัยตามแนวคิดระบบซีวิลลอว์.....	35
(3) คำพิพากษาที่ไม่ได้วินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดอาญา.....	35
3.3.3 สรุปหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของไทย.....	36

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.4 เปรียบเทียบหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย.....	37
4. การกระทำโดยบันดาลโทสะและที่อยู่ของบันดาลโทสะของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย.....	41
4.1 ประเทศอังกฤษ.....	41
4.1.1 การกระทำโดยบันดาลโทสะ.....	41
4.1.2 ที่อยู่ของบันดาลโทสะ.....	51
4.2 ประเทศเยอรมัน.....	52
4.2.1 การกระทำโดยบันดาลโทสะ.....	52
4.2.2 ที่อยู่ของบันดาลโทสะ.....	56
4.3 ประเทศไทย.....	57
4.3.1 การกระทำโดยบันดาลโทสะ.....	57
(1) การกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายในอดีต.....	57
(1.1) กฎหมายตราสามดวง.....	57
(1.2) ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกาย และชีวิตมนุษย์ ร.ศ.118.....	58
(1.3) กฎหมายลักษณะอาญา.....	60
(2) การกระทำโดยบันดาลโทสะในกฎหมายปัจจุบัน.....	60
4.3.2 ที่อยู่ของบันดาลโทสะ.....	64
(1) ที่อยู่ของบันดาลโทสะตามความเห็นของนักกฎหมาย และศาลไทย.....	64
(2) สรุปรที่อยู่ของบันดาลโทสะตามกฎหมายไทย.....	66
4.4 เปรียบเทียบการกระทำโดยบันดาลโทสะและที่อยู่ของบันดาลโทสะของประเทศ อังกฤษ เยอรมัน และไทย.....	66
4.4.1 เปรียบเทียบการกระทำโดยบันดาลโทสะของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย.....	66
4.4.2 เปรียบเทียบที่อยู่ของบันดาลโทสะของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย.....	68

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.4.3 กรณีศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลไทยในเรื่องบันดาลโทสะ.....	69
(1) กรณีสามีพบว่าภริยามีสัมพันธ์กับชายอื่น.....	69
(2) กรณี self - induced provocation.....	71
(3) กรณี cumulative provocation หรือ battered women' s syndrome.....	71
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	73
5.1 บทสรุป.....	73
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	74
บรรณานุกรม.....	76
ภาคผนวก.....	83
ภาคผนวก ก. THE INDIAN PENAL CODE (ACT NO. XLV OF 1860).....	84
ภาคผนวก ข. ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.118.....	86
ประวัติผู้เขียน.....	88

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาของการศึกษา

ระบบกฎหมายที่สำคัญของโลกในขณะนี้ 2 ระบบ คือระบบคอมมอนลอว์ และระบบซีวิลลอว์ แต่ละระบบได้พัฒนาโครงสร้างการวินิจฉัยความรับผิดอาญาที่ต่างกันอันเป็นเอกลักษณ์ของตนเอง ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ หลักในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาได้แยกออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus หรือ guilty act) และส่วนองค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำผิด (mens rea หรือ guilty mind) และไม่ได้แยกเหตุยกเว้นความผิด (justification) เหตุยกเว้นโทษ (excuse) และเหตุบรรเทาโทษ (mitigation) ออกจากกันที่ชัดเจน¹

ส่วนประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ อันได้แก่ประเทศเยอรมัน มีหลักในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาในลักษณะที่เป็นโครงสร้างความรับผิดอาญา (Verbrechenaufbau) โดยแยกออกเป็นสามส่วนคือการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และความชั่ว (Schuld) และได้แยกเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ ออกจากกันอย่างชัดเจน โดยเหตุยกเว้นความผิดจัดอยู่ในโครงสร้างประการที่สองคือความผิดกฎหมาย ส่วนเหตุยกเว้นโทษจัดอยู่ในโครงสร้างประการที่สามคือความชั่ว ส่วนเหตุบรรเทาโทษ จัดอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดอาญาโดยเป็นข้อเท็จจริงประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Strafzumessungsgrund) กล่าวคือเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลนำไปประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่จำเลย² ซึ่งนอกจากเหตุบรรเทาโทษแล้ว กฎหมายเยอรมันยังมีข้อเท็จจริงอื่นที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดอาญาและมีผลต่อการกำหนดโทษผู้กระทำผิดเป็นการเฉพาะตัว คือเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

¹ หยุด แสงอุทัย. “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา.” บทบัญญัติ. 12, 2483, หน้า 207.

² คณิต ฌ นคร. “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว.” วารสารนิติศาสตร์. 16, มิถุนายน 2529, หน้า 147.

ความแตกต่างดังกล่าวเป็นผลมาจากแนวความคิดและนิติวิธีที่แตกต่างกันของกฎหมายสองระบบ โดยระบบคอมมอนลอว์เป็นการแสวงหาหลักกฎหมายจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ในขณะที่ระบบซีวิลลอว์เป็นการพัฒนาทฤษฎีต่าง ๆ เพื่อนำไปวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ความแตกต่างนี้มีผลต่อการวินิจฉัยความรับผิดอาญาที่ต่างกันบางประการ โดยในเรื่องการกระทำ ความผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายอังกฤษมีอยู่ในมาตรา 3 ของ The Homicide Act 1957 กรณีความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (homicide) ที่เรียกว่า murder หากได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะ ก็จะได้รับผลการลดทอนความผิดเป็น manslaughter บันดาลโทสะในความผิดนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบทางจิตใจของความผิด manslaughter ส่วนประเทศเยอรมันมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) โดยความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่เรียกว่า Totschlag ตามมาตรา 212 หากได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะ ก็จะได้รับผลการลดอัตราโทษ ตามมาตรา 213 ซึ่งเป็นบทเบาของมาตรา 212 บันดาลโทสะในความผิดนี้เป็นเพียงข้อเท็จจริงประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Strafzumessungsgrund) ซึ่งเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่งและอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดอาญา

ส่วนประเทศไทยแม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่เนื่องจากนักกฎหมายในสมัยเริ่มแรกเป็นนักกฎหมายคอมมอนลอว์ และมีอิทธิพลแก่นักกฎหมายรุ่นต่อ ๆ มา ทำให้นักกฎหมายบางท่านวินิจฉัยความรับผิดอาญาตามแนวทางคอมมอนลอว์ และนักกฎหมายบางท่านที่สำเร็จกฎหมายมาจากประเทศในภาคพื้นยุโรป จึงมีแนวความคิดในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาตามแบบอย่างซีวิลลอว์ ทำให้ในทางตำรากฎหมายได้มีการจัดแบ่งโครงสร้างความรับผิดอาญาที่แตกต่างกัน ที่เห็นได้ชัดเจนคือในส่วนการจัดแบ่งเหตุยกเว้นโทษ และเหตุบรรเทาโทษ³ โดยเหตุบันดาลโทสะ (Provocation) มีกำหนดในประมวลกฎหมายอาญาเฉพาะในภาคบทบัญญัติทั่วไป หมวด 4 ว่าด้วยความรับผิดทางอาญา มาตรา 72 โดยไม่มีกำหนดไว้ในความผิดใด โดยเฉพาะจึงต่างจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ และเยอรมัน และกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้รับโทษน้อยกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เพียงใดก็ได้ ซึ่งในทางตำรากฎหมาย นักกฎหมายไทยส่วนมากจะจัดเหตุบันดาลโทสะเป็นเหตุบรรเทาโทษ แต่ก็มีเรียกชื่อแตกต่างกัน เช่น เหตุบรรเทาโทษ เหตุลดหย่อนความรับผิด หรือเหตุลดโทษ เป็นต้น

โดยหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของไทย หากถือตามหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศอังกฤษ บันดาลโทสะอาจจะอยู่ในหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญา แต่

³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. "ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ."

หากถือตามหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบของประเทศเยอรมัน บันดาลโทสะอาจจะอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบ การที่สามารถระบุได้ว่าบันดาลโทสะจัดอยู่ในส่วนใดของโครงสร้างความรับผิดชอบ จะเป็นประโยชน์ในการใช้กฎหมายในเรื่องนี้ได้อย่างถูกต้องยิ่งขึ้น

ในด้านความหมายของการกระทำโดยบันดาลโทสะ หลักในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นบันดาลโทสะในกฎหมายอาญาไทย มีขอบเขตเช่นใด และเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักของประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน มีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ซึ่งหากทราบความหมายที่ชัดเจนของการกระทำโดยบันดาลโทสะ ก็จะเป็นประโยชน์ในการนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีต่าง ๆ ได้ถูกต้องยิ่งขึ้น

จากปัญหาในเรื่องหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบ ที่อยู่ของบันดาลโทสะ และความหมายของบันดาลโทสะดังกล่าวข้างต้น ทำให้ผู้เขียนมีความสนใจที่จะศึกษาปัญหาการกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบ โดยจะศึกษาถึงหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบ ตำแหน่งที่อยู่ของบันดาลโทสะในหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบ ความหมายและขอบเขตของการกระทำโดยบันดาลโทสะของประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางในการนำมาประกอบการพิจารณาถึงการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะในกฎหมายไทยได้อย่างถูกต้องต่อไป เพราะการนำกรณีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมาเทียบเคียงใช้กับกฎหมายไทย โดยไม่เข้าใจแนวคิดที่ถูกต้องอย่างแท้จริง อาจทำให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อน จึงเห็นสมควรที่จะศึกษาในเรื่องนี้ เพื่อเป็นแนวทางที่จะมีความเข้าใจที่ชัดเจนในกฎเกณฑ์ อันเป็นประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงหลักนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์
2. เพื่อศึกษาถึงหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน และประเทศไทย
3. เพื่อศึกษาถึงความหมายและขอบเขตของการกระทำโดยบันดาลโทสะ โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน และประเทศไทย
4. เพื่อศึกษาถึงตำแหน่งที่อยู่ของบันดาลโทสะในโครงสร้างความรับผิดชอบของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน และประเทศไทย
5. เพื่อเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายทั้งสอง ทั้งในเรื่องหลักนิติวิธี และในเรื่องความหมายของการกระทำโดยบันดาลโทสะ และตำแหน่งที่อยู่ของบันดาลโทสะในโครงสร้างความรับผิดชอบ ว่าเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนี้ จะศึกษาถึงหลักนิติวิธี หลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบ ความหมายและขอบเขตของบันดาลโทสะ และตำแหน่งที่อยู่ของบันดาลโทสะในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของประเทศไทย

1.4 วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้ จะทำการศึกษารายละเอียดจากเอกสารทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตลอดจนตัวบท และแนวคำพิพากษาของศาล และความเห็นของนักกฎหมาย เพื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ถึงข้อคล้ายคลึงหรือข้อแตกต่างของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน และประเทศไทย

1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับจากการเขียนวิทยานิพนธ์เรื่องนี้

คาดว่าจะการเขียนวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ จะทำให้ได้ทราบข้อเหมือน ข้อแตกต่างของความหมาย ขอบเขต และตำแหน่งที่อยู่ของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายไทย อันจะก่อให้เกิดประโยชน์ในการที่จะนำความรู้ดังกล่าวมาทำความเข้าใจในปัญหาต่างๆ อย่างถูกต้องเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะในกฎหมายไทยต่อไป

บทที่ 2

หลักนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ และระบบซีวิลลอว์

ในการศึกษาถึงหลักนิติวิธีของประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน ผู้เขียนขอกล่าวถึงหลักนิติวิธีของระบบกฎหมายสองระบบ ได้แก่ ระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ และระบบซีวิลลอว์ อันเป็นระบบกฎหมายของประเทศเยอรมัน

2.1 ความหมายของนิติวิธี

นิติวิธี (Juristic Method) หมายถึงความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตนอันได้แก่ทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต่อจารีตประเพณี ต่อคำพิพากษาของศาลว่าจะถือสิ่งเหล่านี้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายสำหรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้หรือไม่เพียงใด ตลอดจนวิธีคิด วิธีใช้ วิธีการตีความ วิธีค้นพบกฎหมาย (Rechtsfindung) วิธีเสริมกฎหมายให้สมบูรณ์ (Rechtserganzung) อันเป็นทางทำให้กฎหมายเจริญงอกงามขึ้นตามความเปลี่ยนแปลงของบ้านเมืองและยุคสมัย รวมตลอดจนถึงวิธีบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร และวิธีค้นคว้าศึกษากฎหมายทางวิชานิติศาสตร์ด้วย¹ นิติวิธียังเป็นเครื่องแสดงความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายใหญ่ 2 ระบบ คือ ระบบคอมมอนลอว์ โดยมีประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย อินเดีย และประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากการปกครองของประเทศอังกฤษและประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษเกือบทั้งหมด และระบบซีวิลลอว์ โดยมีประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม อิตาลี สเปน กับประเทศอื่น ๆ ทั้งในยุโรป อเมริกา เอเชีย อัฟริกา ที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายโรมันเดิม²

2.2 ความเป็นมาและหลักนิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์

¹ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 40.

²ชาญชัย แสวงศักดิ์. หลักการตีความกฎหมาย กับกรณีศึกษา : ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรก และปัญหาลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภากรณีเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543, หน้า 9.

2.2.1 ประวัติความเป็นมาของระบบคอมมอนลอว์ ระบบคอมมอนลอว์เป็นระบบกฎหมายที่พัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษตั้งแต่อดีตกาล จากจารีตประเพณีของท้องถิ่นต่างๆ ของกลุ่มชนเป็นจำนวนมากที่มีภูมิสำเนาอยู่ในเขตพื้นที่ประเทศอังกฤษกระจัดกระจายอยู่ทั่วไป จนกระทั่งมีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ภายใต้การปกครองของพระมหากษัตริย์ที่มีอำนาจสูงสุดเด็ดขาด มีการจัดระบบการปกครองเสียใหม่ในรูปการครองที่ดิน อันเป็นการเสริมให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจเหนือศักดิ์ดินอื่นๆ และได้ตั้งตัวแทนในลักษณะของศาลที่เดินทางไปตัดสินคดีในท้องถิ่นต่าง ๆ เรียกว่าศาลหลวง (Court Royales de Justice) กฎหมาย คอมมอนลอว์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เกิดจากจารีตประเพณีต่างๆ ที่มีมาแต่ดั้งเดิมและคำพิพากษาของศาลที่ผู้พิพากษาได้สร้างขึ้น ก็มีกำเนิดมาจากผลงานของศาลหลวงในราวคริสต์ศตวรรษที่ 13³

ด้วยศาลหลวงมีเขตอำนาจจำกัดในการพิจารณาคดีบางประเภท จึงมีบางคดีที่กฎหมายคอมมอนลอว์ไม่มีอำนาจครอบคลุมไปถึง ทำให้ผู้ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากศาลหลวงได้หันมาพึ่งพิงและร้องขอความเป็นธรรมจากพระมหากษัตริย์ผ่านทางราชเลขาธิการของพระองค์ เรียกว่าชานเซลเลอร์ (The Chancellor) และในราวคริสต์ศตวรรษที่ 16 ชานเซลเลอร์ก็ได้รับอำนาจเด็ดขาดในการตัดสินคดีความ คำตัดสินดังกล่าวต่อมาได้กลายเป็นกฎหมายเรียกว่า The Equity of the case โดยอาศัยหลักความเป็นธรรมและศีลธรรมเป็นเกณฑ์ในการตัดสินคดี และได้พัฒนาเป็นกฎหมายอิกวิตีที่ใช้พิจารณาคดีเฉพาะในศาลชานเซอร์ีควบคู่กับกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ใช้พิจารณาคดีเฉพาะในศาลหลวง⁴

ในคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะในช่วงปี ค.ศ. 1832-1833 และ 1852 นับได้ว่าเป็นยุคที่มีการปฏิรูปทางกฎหมายในอังกฤษอย่างแท้จริง คือมีการปฏิรูปวิธีพิจารณาเสียใหม่โดยให้ความสำคัญต่อกฎหมายนี้้อยมากและหันไปให้ความสำคัญแก่กฎหมายสารบัญญัติมากขึ้น เหมือนกับประเทศในภาคพื้นยุโรป นอกจากนั้นยังได้พยายามจัดทำคำพิพากษาให้เป็นหมวดหมู่ในปี ค.ศ.1873-1875 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขและจัดระเบียบศาลยุติธรรมโดยกฎหมายที่เรียกว่า Judicature Acts ซึ่งสาระสำคัญคือยกเลิกความแตกต่างของอำนาจศาลหลวงและศาลชานเซอร์ี โดยให้ศาลทั้งสองมีอำนาจพิจารณาคดีโดยนำกฎหมายคอมมอนลอว์และอิกวิตีมาใช้ได้ทั้งสองหลัก และได้มีการยกเลิกกฎหมายเก่าที่ล้าสมัย รวมทั้งแก้ไขปรับปรุงกฎหมายสารบัญญัติอื่น ๆ

³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1 - 7. สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2528, หน้า 225 - 226.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 228 - 229.

อีกมาก แต่การแก้ไขปรับปรุงก็ยังคงรักษารูปแบบเดิมของกฎหมายอังกฤษไว้คือยังให้ความสำคัญต่อศาลอยู่มาก แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้ามามีบทบาทในการบัญญัติกฎหมายมากขึ้นก็ตาม ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีความเปลี่ยนแปลงทางสังคมจากระบบเสรีนิยมมาเป็นระบบสังคมนิยมมากขึ้น ทำให้กฎหมายอังกฤษต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขตาม เริ่มยอมรับกฎหมายในรูปสังคมนิยมเข้ามาแทนที่เพื่อให้ทันกับความต้องการของสังคมยุคใหม่ ทำให้กฎหมายอังกฤษกับกฎหมายในภาคพื้นยุโรปมีความโน้มเอียงเข้าหากัน ในระยะหลังกฎหมายอังกฤษได้รับแบบอย่างกฎหมายจากภาคพื้นยุโรปไปผสมด้วย⁵

2.2.2 หลักนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ หลักนิติวิธีของนักกฎหมายระบบนี้อาจเห็นได้จากการพิจารณาเรื่องสำคัญ 2 ประการ คือ ทศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย และวิธีใช้และตีความกฎหมาย

(1) ทศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย⁶ บ่อเกิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ได้แก่หลักกฎหมายจากคำพิพากษา (precedent), บทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute law), จารีตประเพณี (custom), ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ และเหตุผลและความยุติธรรม

(1.1) หลักกฎหมายจากคำพิพากษาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบคอมมอนลอว์ โดยสืบทอดมาจากระบบศาลหลวงที่ถือว่าเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับตัดสินข้อพิพาท เพราะเหตุผลมีค่าเป็นกฎหมายอยู่แล้วศาลเป็นเพียงผู้ค้นพบและประกาศใช้ และการที่ศาลอังกฤษยอมผูกพันตามแนวคำพิพากษาบรรพบุรุษก็เป็นไปตามหลักเหตุผลที่ว่า ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน ผู้พิพากษาจึงมีบทบาทสำคัญมากจนกระทั่งมีการเรียกระบบกฎหมายนี้ว่าระบบกฎหมายที่ศาลกำหนดขึ้น (judge – made – law) คำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์นอกจากจะมีบทบาทในการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงแล้ว ยังมีบทบาทในการวางหลักนิติวิธีทางกฎหมายด้วย

การถือตามหลักกฎหมายจากคำพิพากษานี้ มีปัญหาวานานไปแนวคำพิพากษาอาจจะไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง จึงมีข้อยกเว้นหลักนี้ในกรณีที่ข้อเท็จจริง

⁵อุกฤษ มงคลนาวิน. ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ(สากล). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2514, หน้า 49.

⁶กิตติศักดิ์ ปรกติ. “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์ (ตอน 2).” *ตุลพาห*. 41, 2. มีนาคม - เมษายน 2537, หน้า 51.

ในประเด็นแตกต่างกันศาลก็ไม่ต้องถือตามแนวบรรทัดฐาน เรียกว่าหลักพิเคราะห์แยกแยะความแตกต่าง (The Technique of Distinctions) ด้วยหลักนี้ทำให้ศาลอังกฤษสามารถพัฒนาระบบกฎหมายให้ยืดหยุ่นและสามารถแก้ไขปัญหาใหม่ ๆ ที่เกิดขึ้นได้ โดยไม่ต้องกลับหลักกฎหมายที่มีมาแต่เดิม

(1.2) บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ แต่ในปัจจุบันเนื่องจากการขยายตัวของสังคมที่มีความซับซ้อนมากขึ้น บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเริ่มเป็นที่ยอมรับมากขึ้นว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเทียบเท่ากับหลักกฎหมายจากคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตามในทัศนะของผู้พิพากษาศาลคอมมอนลอว์มักจะถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีฐานะต่ำกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษา และจะไม่ยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างจริงจังจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลใดศาลหนึ่งนำบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นไปใช้บังคับเสียก่อน และเมื่อเกิดข้อพิพาททำนองเดียวกัน ผู้พิพากษาจะนิยมอ้างคำพิพากษามากกว่าอ้างบทกฎหมาย

(1.3) จารีตประเพณี เนื่องจากระบบคอมมอนลอว์ก่อกำเนิดขึ้นเพื่อพยายามกีดกันการใช้กฎหมายจารีตประเพณีท้องถิ่น อิทธิพลของศาสนจักร และพวกขุนนางเจ้าที่ดิน ดังนั้น จารีตประเพณีจึงมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีความสำคัญน้อยมาก และเมื่อศาลยอมรับบังคับตามจารีตประเพณีใด ก็จะทำให้จารีตประเพณีนั้นหมดความสำคัญที่จะนำมาอ้างได้อีก เพราะได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายจากคำพิพากษาแล้ว

(1.4) ข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ มี 2 ประเภทคือ งานเขียนของนักวิชาการ กับงานเขียนของผู้พิพากษา ในอดีตงานเขียนของนักวิชาการไม่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายอังกฤษเท่าใดนัก แต่งานเขียนของผู้พิพากษาที่มีชื่อเสียง เช่น Glanville, Bracton และ Littleton จะได้รับการยอมรับนับถือตามเหมือนกับเป็นคัมภีร์กฎหมาย แต่ภายหลังจากคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน งานเขียนของนักวิชาการเริ่มมีบทบาทและเป็นที่น่าสนใจจากนักนิติศาสตร์มากขึ้น แต่ก็ยังต่อยกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษา

(1.5) เหตุผลและความยุติธรรม ระบบคอมมอนลอว์ตั้งอยู่บนรากฐานของหลักเหตุผลของข้อเท็จจริง อันเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างกฎหมาย และเป็นบ่อเกิดที่ไม่มีขอบเขตซึ่งช่วยให้กฎหมายอังกฤษสามารถพัฒนามาได้จนถึงปัจจุบัน และกฎหมายอังกฤษยังมีหลักความยุติธรรมเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่คู่เคียงกับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่หลักความยุติธรรมที่จะบังคับได้นั้น ในปัจจุบันได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายตามคำพิพากษาไปแล้ว

(2) **หลักการใช้และการตีความกฎหมาย**⁷ ด้วยเหตุที่หลักนิติวิธีของกฎหมายอังกฤษ เป็นหลักที่ได้มาจากการเทียบเคียงหลักในคำพิพากษาของศาล หลักการใช้กฎหมายจึงมักเป็นหลักเฉพาะเรื่องที่เข้ากับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณี (case law) นักกฎหมายอังกฤษเล็งที่จะนำเอาหลักเกณฑ์ที่ศาลกำหนดขึ้นมาใช้อย่างครอบคลุมแบบการใช้หลักกฎหมาย โดยเห็นว่าการทำเช่นนั้นเป็นการบิดเบือนกฎหมาย วิธีการใช้กฎหมายจึงเป็นการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงและหาข้อวินิจฉัยเอาจากข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งหากเป็นข้อเท็จจริงที่เคยเป็นประเด็นและได้มีแนวคำพิพากษาไว้แล้ว ก็ต้องถือตามนั้น ส่วนกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร นักกฎหมายคอมมอนลอว์มักจะเห็นว่าเป็นสิ่งแปลกปลอมและไม่ค่อยยอมรับฐานะของกฎหมายประเภทนี้ โดยมองว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบทยกเว้นหลักทั่วไป และจะมุ่งใช้หลักกฎหมายตามคำพิพากษามากกว่า

หลักการตีความกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ที่รู้จักกันทั่วไปมีอยู่ 3 หลักคือ

(2.1) **หลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษร (The Literal Rule)**⁸ หลักนี้ศาลหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความกฎหมาย จะแปลถ้อยคำในกฎหมายที่เป็นปัญหาด้วยการอาศัยความหมายธรรมดา หรือความหมายปกติของถ้อยคำนั้น ๆ เป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงว่าผลจากการแปลถ้อยคำตามความหมายธรรมดาเหล่านั้นจะมีเหตุมีผลมากน้อยเพียงใด วิธีนี้ผู้ทำหน้าที่ตีความจะต้องพิจารณาความหมายในทางภาษา มากกว่าจะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ หลักนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากนักกฎหมายอังกฤษ ทั้งที่เป็นผู้พิพากษาระดับสูงและนักกฎหมายทั่วไป โดยส่วนใหญ่เห็นว่าการยึดมั่นในถ้อยคำ และเข้าใจว่าถ้อยคำแต่ละคำจะมีความหมายในตัวเองโดยไม่ต้องไปพิจารณาจากเนื้อความทั้งหมด น่าจะอยู่บนสมมุติฐานที่ผิด และการตีความตามตัวอักษรโดยยึดมั่นต่อการใช้ความหมายจากพจนานุกรมน่าจะไม่ถูกต้องเสมอไป

(2.2) **หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (The Golden Rule)**⁹ หลักนี้มีสาระสำคัญว่าถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะต้องตีความในทางที่จะละเว้นไม่ให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา ในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอาจแปลความหมายไปได้เป็นสองนัยหรือมากกว่านั้น ศาลหรือผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายต้องตีความไปในทางที่มีความหมายอันสมควร

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70 - 78.

⁸ อักษราทร จุฬารัตน์. การตีความกฎหมาย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์กฎหมายไทย, 2542, หน้า 30 - 41.

⁹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชามหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539, หน้า 9 - 10

ไม่ใช่ไปในทางที่ไม่ควรจะเป็นหรือบังเกิดผลประหลาด ในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีความหมายตามตัวอักษรเพียงประการเดียว ก็ไม่ต้องตีความตามความหมายตามตัวอักษรนั้น ถ้าหากจะทำให้เกิดผลประหลาดในแง่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศนี้ ในบางกรณีได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลตีความเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยอาศัยเหตุผลอื่นนอกจากถ้อยคำและความหมายธรรมดาแห่งถ้อยคำที่ปรากฏในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง ซึ่งศาลไม่สมควรจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้น

(2.3) หลักการตีความหมายโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นเครื่องมือช่วยตีความ (The Mischief Rule)¹⁰ ในกรณีที่ข้อบกพร่องอยู่ก่อนแล้วในกฎหมาย และต่อมามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแก้ไข ศาลหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความกฎหมายต้องตีความกฎหมายใหม่ไปในทางที่แก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายใหม่นั้น ศาลสูงของอังกฤษได้วางหลักไว้ว่า ศาลจำเป็นต้องพิจารณาจากแนวทาง 4 ประการ ดังนี้

ก. ต้องพิจารณาว่าก่อนที่จะมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นใช้บังคับ หลักคอมมอนลอว์มีอยู่ประการใด

ข. มีข้อบกพร่องประการใดที่หลักคอมมอนลอว์มิได้ให้ช่องทางแก้ไขเอาไว้

ค. รัฐสภาได้ให้ทางแก้ไขข้อบกพร่องนั้นไว้ประการใด และ

ง. เหตุผลแห่งการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นมีประการใด

หลักการตีความหลักที่ 3 นี้ เป็นเพียงข้อยกเว้นหลักการตีความตามตัวอักษรเท่านั้น ในการที่ศาลจะใช้หลักนี้ โดยปกติศาลจะต้องอ้างอิงถึงเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นใช้บังคับจากคำปรารภในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นเอง หรือจากรายงานของคณะกรรมการพิจารณาค้นคว้าปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนั้นโดยตรง

2.3 ความเป็นมาและหลักนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์

2.3.1 ประวัติความเป็นมาของระบบซีวิลลอว์ ระบบซีวิลลอว์สืบทอดจากกฎหมายโรมัน และได้รับการพัฒนามาโดยนักนิติศาสตร์ในยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากนักนิติศาสตร์ในรั้วมหาวิทยาลัยตลอดระยะเวลาหลายร้อยปี มีการพัฒนาและเปลี่ยนรูปจากกฎหมายจารีตประเพณีของชาวโรมัน ซึ่งถือเป็นกฎศักดิ์สิทธิ์และมีลักษณะแยกย่อย กลายเป็นหลักการที่เป็นระบบ มี

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11 - 12

เหตุผลและสอดคล้องเข้าถึงกัน กฎหมายซีวิลลอว์เป็นพัฒนาการของการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป โดยใช้เหตุผลไปศึกษาและปรุงแต่งสรุปลงมาจากกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง¹¹

2.3.2 หลักนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ หลักนิติวิธีของนักกฎหมายระบบซีวิลลอว์ อาจเห็นได้จากการพิจารณาเรื่องสำคัญ 2 ประการ คือ ทศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย และวิธีใช้ และตีความกฎหมาย

(1) ทศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย¹² บ่อเกิดของกฎหมายได้แก่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย จารีตประเพณี คำพิพากษาของศาล หลักกฎหมายทั่วไป และข้อเขียนของนักนิติศาสตร์

(1.1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมาย

นักกฎหมายซีวิลลอว์เชื่อว่าบทกฎหมายเป็นตัวแทนของเหตุผลในตัวเอง เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนั้น แล้วแสวงหาประเด็นอันเป็นปัญหา จากนั้นจึงอ้างหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานั้นมาใช้แก้กรณีพิพาท โดยวิธีตีความกฎหมาย ด้วยความเชื่อในเบื้องต้นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมทรงไว้ซึ่งหลักแห่งเหตุผลและความเป็นธรรมอยู่ในตัว

(1.2) จารีตประเพณี ในทางทฤษฎีกฎหมายนั้น ระบบซีวิลลอว์ยอมรับจารีตประเพณีที่มีเหตุผลว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองจากตัวบทกฎหมาย และในบางครั้ง อาจจะเป็นบ่อเกิดที่คู่เคียง ส่งเสริมหรือตัดทอนบทกฎหมายก็ได้ บางกรณีบทกฎหมายยังบัญญัติให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีบังคับ เพื่อให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้น

(1.3) คำพิพากษาของศาล ระบบซีวิลลอว์ถือว่าคำพิพากษาของศาลมีความสำคัญในฐานะเป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายในกรณีรูปธรรม เป็นการแสดงออกซึ่งความมีอยู่ของหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยคดีนั้นๆ อันแฝงอยู่ในบทกฎหมายต่าง ๆ ที่นำมาปรับใช้ แต่คำพิพากษาไม่ใช่เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ ทั้งไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย และจะขัดหรือก้าวล่วงขอบเขตของบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้

(1.4) หลักกฎหมายทั่วไปและข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ ระบบซีวิลลอว์เชื่อว่า มีหลักการแห่งเหตุผลแฝงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นสิ่งที่นักนิติศาสตร์จะต้องศึกษาค้นคว้าทำความเข้าใจและแสดงให้ปรากฏ กฎหมายไม่ใช่ตัวบทบัญญัติแต่คือสิ่งที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติ กรณีที่กฎหมายมีช่องว่างคือไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง นักกฎหมายมีหน้าที่อุด

¹¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ. “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์”. *ดุลพາห*. 41, 1. มกราคม - กุมภาพันธ์ 2537, หน้า 53 - 54.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 60 - 65.

ช่องว่างเสียด้วยหลักความเป็นธรรมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนั่นเอง นอกจากนี้หลักการที่เป็นผลจากการศึกษาค้นคว้าของนักนิติศาสตร์แล้วสอนเป็นหลักสืบทอดกันมา หรือหลักการที่ปรากฏอยู่ในความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับ ก็เป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับกันโดยทั่วไป จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบซีวิลลอว์ ไม่เพียงแต่จะเป็นระบบกฎหมายแบบแผนแห่งบัพัญญูตีเท่านั้น ยังเป็นระบบกฎหมายของนักนิติศาสตร์อีกด้วย

(2) **หลักการใช้และการตีความกฎหมาย**¹³ นักกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่าหลักแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งสำคัญ เป็นหลักที่ประกอบไปด้วยเหตุผล และเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้เป็นแนวในการวินิจฉัยสิทธิและหน้าที่ของบุคคล จึงมีฐานะสูงกว่าหลักเกณฑ์ในคำวินิจฉัยเฉพาะคดีในคำพิพากษา และยึดถือหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติเป็นใหญ่ โดยไม่ให้ความสำคัญแก่เรื่องวิธีพิจารณาและแนวคำพิพากษาของศาลเกินไปจนเป็นผลเสียแก่หลักการทางสารบัญญัติ ในการใช้กฎหมายจะถือว่ากฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานความประพฤติในสังคมและมีหลักการทางสังคมแฝงอยู่เสมอ การใช้กฎหมายต้องกระทำอย่างละเอียดอ่อนรอบคอบ ต้องเข้าใจระบบเหตุผลและปรัชญาที่แฝงอยู่ ทั้งเข้าใจปัญหาที่จะวินิจฉัยอย่างถ่องแท้เพื่อจะสามารถนำเอาหลักการในบัพัญญูตีมาปรับใช้ได้เหมาะสมแก่กรณีนั้น ๆ

หลักการตีความกฎหมายของระบบซีวิลลอว์ มีอยู่สองประการ คือ¹⁴

(2.1) หลักการตีความตามตัวอักษร (Grammatical (Literal) Interpretation หรือ Textual Approach)

(2.2) หลักการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Logical Interpretation หรือ Purposive Approach)

ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ การใช้และตีความกฎหมายจะกระทำโดยการพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบัพัญญูตีของกฎหมายนั้นไปพร้อม ๆ กัน ทั้งนี้เหตุผลสืบเนื่องมาจากประวัติความเป็นมาและนิติวิธีของระบบกฎหมายนี้ที่ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่กำหนดขึ้นย่อมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพียงประการเดียว อีกประการหนึ่งนักกฎหมายซีวิลลอว์มีทัศนคติต่อการใช้และการตีความกฎหมายว่าถ้อยคำที่คนทั่วไปเข้าใจว่าสามารถแปลได้ตามความหมายธรรมดานั้น เป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนเสมอไป เพราะถ้อยคำที่เข้าใจได้ตามความหมายธรรมดานั้น ความจริงอาจมีความหมายอย่างอื่นได้อีกด้วย

โดยในการตีความกฎหมายนั้นศาลหรือผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายจะพิเคราะห์ถ้อยคำตามตัวอักษรเป็นหลัก ถ้าปรากฏว่าจากความหมายของถ้อยคำดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลที่

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

¹⁴ อักษราทร จุฬารัตน์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 64 - 73.

ประหลาด หรือความหมายของถ้อยคำนั้น ๆ มีความหมายกำกวมอาจแปลได้หลายความหมาย หรือบทบัญญัติในกฎหมายนั้นบ่งพร่องจำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างของกฎหมาย ศาลหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความย่อมสามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้อย่างกว้างขวาง โดยเริ่มจากการวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกัน ก็อาจทำให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ชัดเจนขึ้น และอาจวิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้น ๆ ด้วย

ในประเทศเยอรมันมีหลักการตีความหรือแนวทางในการตีความอย่างเดียวกันกับประเทศในระบบซีวิลลอว์ คือพิจารณาจากถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กันไปกับการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย¹⁵ แต่ทฤษฎีที่ใช้เป็นแนวทางในการตีความมีชื่อเรียกต่างกัน 2 ทฤษฎีคือ¹⁶

ก. ทฤษฎีอำเภोजิตต์ (Subjektiv Theorie) ทฤษฎีนี้ยึดถือประวัติเดิมแห่งกฎหมายเป็นหลักสำคัญในการตีความ และเห็นว่าความมุ่งหมายแห่งบทกฎหมายจะรู้ได้ก็ต่อเมื่อรู้ถึงความคิดเห็นและความมุ่งประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายในเวลาที่บัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น

ข. ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objektiv Theorie) ทฤษฎีนี้ได้เกิดขึ้นภายหลังทฤษฎีอำเภोजิตต์ ทฤษฎีนี้เห็นว่าเจตนาและความมุ่งหมายแห่งบทกฎหมายนั้นได้แยกขาดตอนออกจากความมุ่งหมายหรือเจตนาของกฎหมาย เนื่องจากการประกาศออกใช้เป็นกฎหมายทำให้กฎหมายเป็นอิสระขึ้นในตัวเอง ฉะนั้นในการตีความกฎหมายจึงต้องพึงเล็งถึงความมุ่งหมายของบทกฎหมายนั่นเอง ซึ่งค้นหาได้จากถ้อยคำสำนวนในกฎหมายนั้น

ในประเทศเยอรมันทฤษฎีอำเภอการณ์ได้รับการยอมรับมากกว่าทฤษฎีอำเภोजิตต์ แต่ก็มีการใช้หลักทั้งสองร่วมกันอยู่บ่อย ๆ¹⁷

2.4 สรุปความแตกต่างหลักนิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์

หลักนิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์ได้พัฒนาต่อเนื่องกันมาโดยเริ่มจากการแก้ไขปัญหาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องโดยอาศัยเหตุผลที่แฝงอยู่ในข้อเท็จจริงนั้นเป็นเกณฑ์พิจารณาและด้วยการสะสมประสบการณ์ที่หลากหลายมาเป็นเครื่องช่วยในการแสวงหาคำตัดสินจากข้อเท็จจริงเหล่านั้น

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 74.

¹⁶ ประกอบ หุตะสิงห์. “การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเทียบเคียงกับหลักกฎหมายเยอรมัน”. วารสารนิติศาสตร์. 1, 3. 2512, หน้า 71 - 75.

¹⁷ อักษราทร จุฬารัตน์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

หลักเหตุผลในคำพิพากษาของอังกฤษนั้นตั้งอยู่บนหลักปรัชญาประสบการณ์นิยม (Empericism) ในขณะที่หลักนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ก่อตัวขึ้นจากการแก้ปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน แต่มีการสร้างและพัฒนาทฤษฎีที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาแตกต่างกัน โดยระบบคอมมอนลอว์เน้นที่ประสบการณ์ แต่ระบบซีวิลลอว์ได้พัฒนาหลักเกณฑ์นิติวิธีโดยพยายามหาหลักทั่วไปจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วสรุปเป็นหลักทฤษฎีและจัดระบบเค้าโครงวางระเบียบแบบแผนโดยตั้งอยู่บนระบบเหตุผลทางตรรกวิทยา ประสานทฤษฎีอันเป็นสัทธิไ้เข้ากับการปฏิบัติด้วยหลักการตีความกฎหมาย อันเป็นหลักการที่ตั้งอยู่บนปรัชญาแบบเหตุผลนิยม (Rationalism)¹⁸

¹⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 83 - 84.

บทที่ 3

หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย

3.1 หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศอังกฤษ

การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศอังกฤษ ได้วางอยู่บนพื้นฐานของสุภาษิตที่ว่า "Actus non facit reum nisi mens sit rea" มีความหมายว่าความผิดอาญาสามารถแยกองค์ประกอบได้ 2 ส่วน¹ คือ ส่วนองค์ประกอบภายนอก (external element) ซึ่งเรียกว่าส่วนการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus or guilty act) และส่วนองค์ประกอบภายใน (internal element) ซึ่งเรียกว่าส่วนองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (mens rea or guilty mind)²

3.1.1 การกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus หรือ guilty act) actus หมายถึง การกระทำซึ่งรวมทั้งการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้และการงดเว้นการจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล และการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย (The actus must be reus) เช่นถ้า ก ยกปืนขึ้นยิง เป็นการกระทำ แต่เมื่อไม่ได้ยิงไปที่ผู้ใด หรือสิ่งใดที่ทำให้มีความผิด ก็ยังไม่มีความผิด แต่ถ้า ก ยกปืนขึ้นยิงไปที่ ข โดยเจตนาฆ่า ผลที่ตามมาเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยมีความผิดฆาตกรรม (murder) แต่ ก อาจจะไม่มีความผิดหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับสถานการณ์แวดล้อม (The circumstance surrounding) ก อาจไม่ผิดฆาตกรรม ถ้า ข เป็นข้าศึกในขณะสงคราม หรือ ก มีหน้าที่ประหารชีวิต ข หรือ ก ทำไปในสถานการณ์ของการป้องกัน

¹J.C. Smith and Brian Hogan. **Criminal law**. 6th ed. London : Butterworths, 1988 , p. 32.

²Alan Reed and Peter Seago. **Criminal law**. London : Sweet & Maxwell, 1999, p.15. แต่นักกฎหมายอังกฤษบางท่าน เช่น Professor Lanham และ Lord Wilberforce เห็นว่าหลักการวินิจฉัยความผิดอาญานอกจากส่วนประกอบ 2 ส่วนข้างต้นแล้วยังมีส่วนประกอบที่ 3 เรียกว่า defence รายละเอียด ดู Alan Reed and Peter Seago. **Ibid**. p.19 และ A.P. Simester and G.R. Sullivan. **Criminal law Theory and Doctrine**. Oxford - Portland Oregon : Hart Publishing, 2000, pp. 21 - 23.

(self defence) ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าการกระทำที่ผิดกฎหมายต้องประกอบไปด้วยส่วนประกอบ 3 ส่วน คือ

- (1) มีการกระทำ (conduct)
 - (2) ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (a prohibited result)
 - (3) สถานการณ์แวดล้อมการกระทำนั้น (certain surrounding circumstance)
- แต่ไม่ใช่ทุกความผิดที่ต้องมีส่วนประกอบที่ 2 (ต้องห้ามตามกฎหมาย)

ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานข่มขืน ต้องการเพียงส่วนของการกระทำ คือการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชาย และหญิง และส่วนสถานการณ์แวดล้อมการกระทำนั้น คือหญิงนั้นไม่ยินยอม แต่ในคดีฆาตกรรม ต้องมีส่วนประกอบครบ 3 ส่วน คือ มีการฆ่าคนตาย = ส่วนของการกระทำและส่วนของการ ต้องห้ามตามกฎหมาย และการฆ่านั้นเป็นการฆ่าโดยผิดกฎหมาย = สถานการณ์แวดล้อมการกระทำนั้น³

3.1.2 องค์ประกอบทางด้านจิตใจ (mens rea หรือ guilty mind) เมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นแล้ว องค์ประกอบที่จะเป็นเหตุให้บุคคลต้องรับผิดที่ต้องนำมาพิจารณาต่อไปคือ องค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด ซึ่งต้องมีในทุกความผิดและต้องบังเกิดพร้อมกันกับการกระทำความผิด⁴ จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำผิดที่กฎหมายประสงค์จะลงโทษ การกระทำเท่าที่ปรากฏออกมาเพียงอย่างเดียว แม้จะเกิดผลเสียหายเหมือนกัน แต่ผู้กระทำ ความผิดอาจมีผลแตกต่างกันออกไป โดยขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำผิด ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญามีหลายประการ ทั้งป้องกัน ปรามปราม และแก้ไขผู้กระทำความผิด ตลอดจนการลงโทษบุคคลที่กระทำโดยเจตนา คือ มี mens rea ซึ่งถือว่าเป็นสถานะทางจิตใจ (the mental state) โดยรู้ว่าอะไรเป็นความผิด และยังคงกระทำลงโดยสมัครใจ ประกอบกับความเสียหายที่เกิดจากลักษณะของจิต (culpable state of mind) และเกี่ยวกับการรับผิดทางอาญาส่วนใหญ่มีสถานะทางจิตใจที่น่าตำหนิ (blameworthy state of mind)

เพราะฉะนั้นการวินิจฉัยความรับผิดของบุคคลในทางอาญาของประเทศอังกฤษ จะพิจารณาส่วนของการกระทำที่ผิดกฎหมาย ก่อนว่ามีการกระทำอันเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบส่วนนี้จึงจะพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบทางด้านจิตใจ ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา (intention) ปรมาทโดยรู้ตัว (recklessness)

³ Alan Reed and Peter Seago. *Ibid.* pp. 18 - 19.

⁴ Charles W. Luther. *Survey of Criminal Law*. 2nd ed. California : Central Press, 1974, p. 83.

ประมาทธรรมดา (negligence) หากขาดอย่างหนึ่งอย่างใด ก็จะไม่ถือว่าเป็นความผิด (no liability where actus reus and mens rea do not coincide)⁵

3.1.3 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอังกฤษ แม้ว่ากฎหมายอังกฤษจะมีได้แยกความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างเหตุยกเว้นความผิด (justification) และเหตุยกเว้นโทษ (excuse) ivo อย่างชัดเจนในหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาดังเช่นประเทศเยอรมัน⁶ แต่ก็ได้มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฆ่า การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายบางการกระทำเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย บางการกระทำเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ และเหตุทั้งสองประการดังกล่าวถือเป็น defence โดยการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่ได้กระทำไปโดยถูกกฎหมายจัดเป็น justificatory defence ส่วนการกระทำที่มีเพียงเหตุยกเว้นโทษจัดเป็น excusatory defence ดังนี้คือ

(1) justificatory defence เช่น

- การป้องกัน (self – defence และ prevention of crime)

(2) excusatory defence เช่น

- ความอ่อนอายุ (infancy)

- การถูกบังคับทั้งโดยการกระทำหรือโดยสถานการณ์ (duress by threat and circumstances)

- ความมึนเมา (intoxication)

- ความสำคัญผิด (mistake)

- วิกลจริต (insanity)

- เหตุหย่อนความรับผิดชอบ (diminished responsibility)

- ปราศจากความรู้สำนึก (automatism)⁷

3.2 หลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาของประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมันหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาวินิจฉัยในลักษณะของโครงสร้างความผิดอาญา (Verbrechenaufbau) กล่าวคือการกระทำที่เป็นความผิดอาญา (Verbrechen)

⁵ Ibid. p.86.

⁶ หยุต แสงอุทัย. “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา”. *บทบัณฑิตย*. 12. 2483, หน้า 209.

⁷ Michael Jefferson. *Criminal law* 3rd ed. London : Pitman Publishing, 1997, pp. 208 - 210.

ต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญสามประการ คือการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และความชั่ว (Schuld) อย่างครบถ้วนเสมอ หากขาดข้อสาระสำคัญทั้งสามประการหนึ่งประการใดแล้ว การกระทำย่อมไม่เป็นความผิดอาญา และข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญานี้เกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับจากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบคือการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาคือความผิดกฎหมายและความชั่ว และในข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาด้วยกันนั้นความผิดกฎหมายมาก่อนความชั่ว⁸

3.2.1 การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit)

การครบองค์ประกอบความผิดจะเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน การพิจารณาในส่วนนี้เป็นการพิจารณาในเบื้องต้นเท่านั้น โดยยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ เพราะบางครั้งแม้ว่าการกระทำนั้นจะเข้าองค์ประกอบ แต่หากมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด และในทางกลับกันแม้การกระทำนั้นผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้หรือเป็นความผิด ก็มีได้หมายความว่า เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบ เช่นการทำให้ทรัพย์สินผู้อื่นเสียหายโดยประมาท กฎหมายอาญามีได้บัญญัติองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ไว้ ดังนั้นการพิจารณาโครงสร้างในส่วนองค์ประกอบกับโครงสร้างในส่วนความผิดจึงต้องพิจารณาแยกจากกัน โดยโครงสร้างทั้งสองมีส่วนสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด⁹

3.2.2 ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) ความผิดกฎหมายเป็นส่วนที่พิจารณา

ต่อมาหลังจากพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าเข้าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว โดยพิจารณาว่าเมื่อมองโดยระบบกฎหมายทั้งหมดแล้วยังถือว่าผิดกฎหมายหรือไม่ เหตุที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ที่ทำให้การกระทำหนึ่งกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเรียกว่าเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Rechtfertigungsgrund) ซึ่งอาจเป็นเรื่องของจารีตประเพณีที่มีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ความยินยอมของผู้ถูกกระทำในบางกรณี และที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การนำจารีตประเพณีมาใช้ในกฎหมายอาญา นำมาอ้างได้แต่เฉพาะในกรณีช่วยให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด จะนำมาใช้

⁸ คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543, หน้า 70 – 72.

⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส. “โครงสร้างความผิดอาญา ความแตกต่างในระบบกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์. 4, 14. ธันวาคม 2527, หน้า 2.

เพื่อลงโทษบุคคลทางอาญาโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ เพราะจะเป็นการขัดกับหลักไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen, nulla poena sine lege)¹⁰

3.2.3 ความชั่ว (Schuld) การกระทำใดที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายจะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการตัดสินใจในการกระทำของผู้กระทำความผิดในขณะกระทำนั้น ผู้ที่มีความรู้ผิดชอบหรือรู้จักแยกแยะผิดถูก ย่อมไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย ผู้นั้นย่อมจะเป็นบุคคลที่ต้องถูกตำหนิจากสังคม

ความชั่วในทางกฎหมายอาญาจึงแตกต่างจากความชั่วในความหมายทั่วไปซึ่งเกี่ยวข้องกับศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณี แต่ความชั่วในทางกฎหมายอาญาหมายถึงการตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง (Schuld ist Vorwerfbarkeit der Willenbildung) โดยพิจารณาตามมาตรฐานวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำผิด และผู้กระทำผิดนั้นต้องมีความสามารถในการทำชั่ว (Schuldfähigkeit)¹¹

การกำหนดความสามารถในการทำชั่วพิจารณาได้ใน 2 ประการ คือ

(1) พิจารณาจากความเจริญวัยของบุคคล กล่าวคือพิจารณาที่อายุ เด็กที่มีอายุน้อยถือว่าขาดความสามารถในการทำชั่ว แม้กระทำความผิดที่เป็นความผิดของเด็ก นั้นไม่อาจตำหนิได้ก็จึงไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาเพราะเป็นกรณีมีเหตุตัดความชั่ว (Schuldausschlussgrund) หากมีอายุมากขึ้นเป็นเยาวชน ความสามารถในการกระทำชั่วที่มีข้อจำกัด (bestränkte Schuldfähigkeit) ซึ่งทำให้จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา หรืออาจไม่มีความรับผิดชอบในทางอาญาก็ได้¹²

(2) พิจารณาจากความสมบูรณ์ของจิต โดยวิธีผสมผสานสภาวะในทางชีวภาพ (biologisch หรือ biological) และสภาวะในทางจิตภาพ (psychologisch หรือ psychological) สภาวะทางชีวภาพ คือพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดมีความบกพร่องทางจิต เช่น จิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือนหรือไม่ หากมีก็ต้องพิจารณาสภาวะในการจิตภาพ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยรู้และเข้าใจการกระทำของตนหรือไม่ หากกระทำโดยไม่รู้และเข้าใจก็เป็นกรณีบกพร่องถึงขนาดจนทำให้ผู้กระทำความผิดขาดความสามารถในการกระทำชั่วโดยสิ้นเชิง ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ แต่ถ้ายังพอมีความสามารถในการกระทำชั่วอยู่บ้าง ผู้กระทำผิดก็ยังต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา¹³

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3 - 6.

¹¹ คณิต ฒ นคร. เรื่องเดียวกัน, หน้า 193 - 195.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 198 - 201.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 201 - 204.

3.2.4 ตำแหน่งของเจตนาในหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา ตามที่กล่าวถึงความแตกต่างและการแยกต่างหากจากกันของข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาข้างต้น ยังมีได้บ่งบอกว่าส่วนประกอบที่เป็นส่วนในทางอัตตะวิสัย (subjektiv) อันได้แก่ เจตนา ประมาท หรือมูลเหตุจูงใจอื่น ๆ ว่ารวมอยู่ในข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความรับผิดชอบอาญาข้อใด ซึ่งในเรื่องนี้นักนิติศาสตร์เยอรมันได้วิเคราะห์ลักษณะการกระทำของมนุษย์ และผลจากการวิเคราะห์ทำให้เกิดทฤษฎีที่สำคัญสองทฤษฎี คือ ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre) และทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre)

(1) ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre)¹⁴ ตามทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล การกระทำของมนุษย์คือการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ สิ่งที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่มีความรู้สำนึกในการที่กระทำเช่นการละเมอ จึงไม่เป็นการกระทำในความหมายของกฎหมาย การกระทำตามทฤษฎีนี้จึงเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยปราศจากส่วนที่เป็นอัตตะวิสัย เจตจำนงที่จะให้เกิดผลและบังคับการเคลื่อนไหวร่างกายไม่เป็นส่วนประกอบของการกระทำ ความต้องการให้เกิดผลตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่นต้องการให้ความตายเกิดขึ้นในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ไม่รวมอยู่ในการกระทำ การกระทำที่เป็นการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยใช้อาวุธปืนยิง จึงไม่เพียงพอแต่การยิงปืนที่เป็นการต้องการให้ความตายเกิดขึ้นเท่านั้นที่เป็นการกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แต่การยิงปืนแล้วกระสุนปืนไปถูกผู้ตายถึงแก่ความตายเพราะผู้ตายบังเอิญพาตัวเข้ามาอยู่ในระยะวิถีกระสุนโดยไม่ถูกต้องและโดยไม่อาจคาดหมายได้ รวมตลอดถึงผู้ตายเข้ามาเป็นเป้าโดยตรง เหล่านี้ก็เป็นกรทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายด้วยเช่นกัน

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีการกระทำของฝ่ายผลกำหนด (Kausalitat) นักทฤษฎีฝ่ายนี้จะถูกเรียกว่าพวกผลกำหนด (Kausalist) นักทฤษฎีฝ่ายนี้มีความเห็นว่าโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาประการแรกคือการครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ มีเพียงส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (objektiv) เท่านั้น ส่วนประกอบที่เป็นส่วนในทางอัตตะวิสัย (subjektiv) ไม่ว่าจะเจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจ หรือส่วนประกอบภายในอื่น เป็นข้อหรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับกรกระทำหรือกรกระทำจึงรวมอยู่ในข้อสาระสำคัญของโครงสร้างความผิดอาญาประการที่สามคือความชั่ว ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลในปัจจุบันได้เสื่อมความนิยมไปโดยสิ้นเชิงแล้ว เพราะเห็นกันว่าทฤษฎีนี้ไม่เพียงแต่จะเข้าใจผิดในหน้าที่ของเจตจำนงของมนุษย์เท่านั้น แต่ได้ทำลายเจตจำนงของมนุษย์ไปเลยทีเดียว

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 73 – 75.

(2) ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre)¹⁵ ตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ การกระทำของมนุษย์คือการแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมายกำกับ การกระทำของมนุษย์จึงเป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกำหนดความมุ่งหมาย โดยมีเจตจำนงกำกับ มิใช่เหตุการณ์ที่เป็นผลจากการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกเฉยๆ การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำเป็นเพียงข้อพิจารณาเบื้องต้นของการกระทำเท่านั้น แต่ในการที่มนุษย์จะเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกนั้น มนุษย์จะกำหนดจุดมุ่งหมายและรายละเอียดเป็นขั้นเป็นตอน รวมทั้งกำหนดแผนการที่จะดำเนินการ แล้วดำเนินการไปตามขั้นต่อนั้นๆ เพื่อบรรลุถึงจุดมุ่งหมายที่ต้องการ ขั้นตอนของการกำหนดจุดมุ่งหมาย รายละเอียดและแผนการที่จะดำเนินการไปตามนั้นต่างหากที่เป็นการกระทำของมนุษย์ กล่าวคือในการกระทำของมนุษย์จะมีการคิดการตกลงใจตามที่คิดไว้แล้วทำไปตามที่ตกลงใจไว้แล้วนั้น

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีการกระทำของฝ่ายเจตจำนงกำหนด (Finalitat) นักทฤษฎีของฝ่ายนี้จึงถูกเรียกว่าพวกเจตจำนงกำหนด (Finalist) นักทฤษฎีฝ่ายนี้เห็นว่าในการกระทำของมนุษย์มิได้มีแต่ส่วนในทางภาวะวิสัยเท่านั้น แต่ยังมีส่วนในทางอัตตะวิสัยรวมอยู่ด้วย กล่าวคือในการครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้นมีส่วนที่เป็นอัตตะวิสัย ได้แก่ เจตนา มุลเหตุจูงใจ รวมตลอดถึงองค์ประกอบภายในอื่นรวมอยู่ ในปัจจุบันทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำเป็นทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าถูกต้อง และผลพวงของการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์ตามทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายจนนำไปสู่การบัญญัติกฎหมายที่สอดคล้องกับทฤษฎีนี้

3.2.5 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในกฎหมายเยอรมัน ในหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาของประเทศเยอรมันแม้จะมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แต่ก็มีเหตุที่อาจทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด หรือเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ เหตุดังกล่าวได้แก่เหตุยกเว้นความผิด (Rechtfertigungsgrund หรือ justification) ซึ่งจัดอยู่ในโครงสร้างประการที่ 2 คือความผิดกฎหมาย และเหตุยกเว้นโทษ (Entschuldigungsgrund หรือ excuse) จัดอยู่ในโครงสร้างประการที่ 3 คือความชั่ว มีรายละเอียดดังนี้¹⁶

(1) เหตุยกเว้นความผิด ได้แก่

(1.1) การป้องกัน (Notwehr หรือ self – defence)

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 212 - 213.

¹⁶ Nigel G. Foster. **German Law & Legal System**. London : Blackstone Press Ltd., 1993, pp. 172 - 173.

(1.2) ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (rechtfertigender Notstand หรือ Justifying necessity)

(1.3) ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย (Einwilligung หรือ justifying consent)

(1.4) ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (mutmassliche Einwilligung หรือ presumption of consent)

(1.5) หลักการชนั้หน้าหนักประโยชน์ของสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง (Pflichtenkollision หรือ justifying conflict of duties)

(2) เหตุยกเว้นโทษ ได้แก่

(2.1) การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ (intensiver Notwehrexzess หรือ Excessive use of force in self – defence)

(2.2) ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย (entschuldigender Notstand หรือ Necessity as an excuse)

(2.3) การชนั้หน้าหนักสิ่งที่เท่ากัน (schuldauerschliessende Pflichtenkollision หรือ Conflict of duties as an excuse)

นอกจากนั้น กฎหมายอาญาเยอรมันยังมีเหตุอื่นที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดอาญาอันมีผลต่อการลงโทษผู้กระทำผิด ได้แก่เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว (Strafausschliessungsgrund) และเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย (objektive Bedingung der strafbarkeit)¹⁷

3.3 หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศไทย

การที่จะทราบถึงหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศไทยนั้นต้องพิจารณาจากแนวคิดความเห็นของนักกฎหมายไทยที่ได้อธิบายไว้ในตำราต่าง ๆ และแนวการวินิจฉัยของศาลแล้วนำมาเปรียบเทียบวิเคราะห์เพื่อหาข้อสรุป ดังจะกล่าวต่อไป

3.3.1 ความเห็นของนักกฎหมายไทย

(1) ความเห็นของนักกฎหมายไทยที่มีแนวคิดกฎหมายอาญาคอมมอนลอว์เป็นพื้นฐาน

¹⁷ รายละเอียดในเรื่องเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวและเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย โปรดดู คณิต ฒ นคร. เรื่องเดียวกัน, หน้า 79 - 85.

(1.1) อาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร ได้อธิบายไว้ในหนังสือคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ถึงหลักในการวินิจฉัยความผิดอาญา โดยสรุปได้ดังนี้¹⁸

การกระทำแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ การกระทำที่บุคคลเคลื่อนไหวร่างกาย และการกระทำตามมาตรา 59 คือรวมถึงการงัดเว้นไม่กระทำ การกระทำอย่างใดถือว่าการกระทำโดยเจตนา ในเบื้องต้นการที่บุคคลเคลื่อนไหวร่างกายมี 2 ประการ คือเคลื่อนไหวกระทำอะไรไปโดยสมองไม่ได้สั่งเช่นถือนอกอยู่ในมือตกใจบีบนกตาย กับเคลื่อนไหวโดยสมองสั่งให้ทำเช่นกำลูกนกในมือคิดจะฆ่าลูกนกให้ตาย การกระทำโดยสมองสั่งให้ทำคือกระทำโดยรู้สำนึกอย่างเดียวหาใช่เป็นการกระทำโดยเจตนา จะต้องมียะไรมาบวกอีกจึงจะถือว่ากระทำโดยเจตนา สิ่งนั้นตามหลักทั่วไปเช่นตามกฎหมายอังกฤษว่าหาใช่บุคคลรู้สำนึกอย่างเดียวยังจะต้องมี mens rea หรือ guilty intention แปลว่าการกระทำโดยเจตนาร้าย คือใจกระทำผิด การกระทำโดยรู้สำนึกจะต้องประกอบด้วยประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น โดยจะต้องเกิดขึ้นในขณะที่เดียวกันด้วยจึงถือว่ากระทำโดยเจตนา เช่น ก. ปลอมลายมือของ ข. โดยรู้สึกรู้ว่าจะปลอมให้เหมือน แต่ถ้าได้ความว่า ก. ปลอมโดยความคิดที่จะเอาไปล่อ ข. เล่นว่า ข. กู้เงิน ก. วินิจฉัยได้ว่า ก. ทำปลอมลายมือ ข. โดยรู้สำนึก คือสมองสั่ง แต่จะไม่มี mens rea หรือเจตนาร้าย จึงลงโทษฐานกระทำโดยเจตนาไม่ได้ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้กล่าวถึง mens rea แต่ได้กล่าวถึงประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลซึ่งเป็นหลักอย่างเดียวกับหลักสากล ตามตัวอย่างข้างต้น ก. ไม่ได้ประสงค์ต่อผลของการกระทำอันนั้นเลย ก. เพียงต้องการล้อเล่น ไม่ได้เล็งเห็นผลว่าได้ใช้ไปฟ้องร้อง เหตุที่ประมวลกฎหมายใช้ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล ไม่ใช่เจตนาร้ายหรือ mens rea เห็นได้ว่าถ้าใช้ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลได้ผลดีกว่า เพราะคำว่า mens rea ปรับไม่ได้กับทุกกรณี ตามตัวอย่าง แม้ ก. จะปลอมเพื่อฟ้องเอาเงิน จะเอา mens rea ไปใช้ก็ไม่ค่อยตรงนักเพราะฟ้องเอาเงินไม่ได้ทำร้ายเนื้อตัวร่างกาย สรุปได้ว่าเจตนาคือทำโดยรู้สำนึกและขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล

ต่อจากเจตนา อาจารย์พิพัฒน์ กล่าวถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เรียงตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

- 1) กระทำโดยประมาท
- 2) การกระทำโดยพลาด
- 3) สำคัญผิดในข้อเท็จจริง
 - ความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด

¹⁸พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2540, หน้า 190 - 232.

ตามมาตรา 59 วรรคสาม

- การกระทำผิดตัวโดยสำคัญผิด ตามมาตรา 61
- สำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำ ตามมาตรา 62
- 4) กระทำผิดในขณะวิกลจริต ตามมาตรา 65
- 5) กระทำความผิดในขณะที่มึนเมา ตามมาตรา 66
- 6) จำเป็นและป้องกัน ตามมาตรา 67 และ 68
- 7) กระทำความผิดตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70
- 8) ความสัมพันธ์ทางสมรสหรือญาติ ตามมาตรา 71
- 9) บันดาลโทษ ตามมาตรา 72
- 10) เต็กกระทำความผิด ตามมาตรา 73 และ 74
- 11) เหตุบรรเทาโทษ ตามมาตรา 78

จากคำอธิบายของอาจารย์พิพัฒน์ จะสังเกตได้ว่าหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของท่านได้วางรูปแบบหรือแนวทางในการวินิจฉัยโดยมีกฎหมายอาญาคอมมอนลอว์เป็นพื้นฐาน กล่าวคือมีหลักเจตนาร้าย (mens rea) และไม่แบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด การกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นโทษ แต่จะอธิบายเรียงตามประมวลกฎหมายอาญา

(2) ความเห็นของนักกฎหมายไทยที่มีแนวคิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศส เป็นพื้นฐาน¹⁹

(2.1) ศาสตราจารย์ ดร.วิจิตร ลุลิตานนท์ ได้อธิบายไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายอาญา (ภาค 1) เกี่ยวกับหลักในการวินิจฉัยความรับผิดอาญา พอสรุปได้ดังนี้

¹⁹โครงสร้างความผิดอาญาของกฎหมายอาญาฝรั่งเศส การกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

1. องค์ประกอบทางกฎหมาย (element legal) มีหลักว่าจะมีความผิดและจะลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้

2. องค์ประกอบทางการกระทำ (element material) คือ กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมามากมายนอกซึ่งทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้นหรือการละเว้นไม่กระทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำ

3. องค์ประกอบทางจิตใจ (element moral) คือความประสงค์ของผู้กระทำความผิดซึ่งอยู่ภายในจิตใจและแสดงออกมาโดยการกระทำ รายละเอียดโปรดดู โทเมเน ภัทรภริมย์.

คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส. เอกสารประกอบการบรรยายชั้นปริญญาโทคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524, หน้า 1 - 2.

การกระทำใดจะเป็นความผิดและถูกลงโทษต้องประกอบด้วยข้อ
สาระสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) ข้อสาระทางกฎหมาย ได้แก่การที่มีการฝ่าฝืนต่อสิ่งที่กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้
 - 2) ข้อสาระทางการกระทำ ได้แก่ความจำเป็นต้องมีปรากฏการณ์ภายนอกคือสภาพความผิด ความผิดไม่อาจเกิดขึ้นเพียงมีแต่ความคิด จำต้องมีการกระทำ การกระทำหมายความรวมถึงการงดเว้นการที่จะต้องกระทำตามกฎหมายด้วย
 - 3) ข้อสาระทางเจตนา คือ มีเจตนาเป็นสิ่งสำคัญ²⁰
- นอกจากพิจารณาข้อสาระสำคัญ 3 ประการแล้ว ศาสตราจารย์ ดร. วิจิตร ยังได้แยกแยะกรณีที่ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดในทางอาญาตาม มาตรา 59 ถึงมาตรา 79 และจัดประเภทดังนี้

ก. เหตุเกี่ยวกับธรรมชาติทางร่างกาย ซึ่งได้แก่

1. เด็ก
2. อ่อนอายุ
3. ความไม่สามารถรู้ผิดชอบ
4. ความมึนเมา
5. ความเป็นญาติ

ข. เหตุเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตใจ ซึ่งได้แก่

1. กระทำโดยเจตนา
2. กระทำโดยประมาท
3. กระทำโดยพลาด
4. กระทำโดยสำคัญผิด
5. บันดาลโทษะ

ค. เหตุเกี่ยวกับเหตุผลทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่

1. ความไม่รู้กฎหมาย
2. กระทำด้วยความจำเป็น
3. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย
4. กระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน

²⁰วิจิตร ลุกลิตานนท์. คำอธิบายกฎหมายอาญา (ภาค 1). พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507, หน้า 79 - 85.

5. เหตุบรรเทาโทษ

การแบ่งแยกข้างต้น ศาสตราจารย์ ดร.วิจิตร กล่าวว่าเพื่อสะดวกแก่การศึกษาและไม่เป็นการแบ่งแยกที่เด็ดขาดทีเดียว เพราะมีกรณีที่มีสภาพคาบเกี่ยวกันอยู่ในระหว่างประเภทต่างกัน²¹

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.วิจิตร จะสังเกตได้ว่าหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของท่านได้วางรูปแบบหรือแนวทางในการวินิจฉัยโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเป็นพื้นฐาน แต่การอธิบายในรายละเอียด ศาสตราจารย์ ดร.วิจิตร ไม่แบ่งแยกว่าการกระทำใดที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นโทษ²² และอาจกล่าวได้ว่า ศาสตราจารย์ ดร.วิจิตร เห็นว่าบันดลโทษะจัดอยู่ในข้อสาระทางเจตนาในส่วนที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้กระทำ²³ โดยท่านได้กล่าวถึงการที่กฎหมายยอมให้ยกบันดลโทษะเป็นข้อบรรเทาโทษด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ

- 1) ผู้กระทำความผิดไม่ได้ก่อเหตุขึ้นเองแต่อยู่ในความครอบงำแห่งความโศรเหลือที่จะกลั่นโทษะและจะใช้ความตรึกตรองให้รอบคอบมิได้ ผู้กระทำโดยบันดลโทษะมีลักษณะไม่ร้ายแรงเท่ากับผู้ร้ายธรรมดา
- 2) ยังถือข้อที่ว่าเป็นอันหักกลบลบความผิดกับคนที่ผิดคนแรกคือคนที่ข่มเหง เพราะเหตุที่เป็นคนยิวขึ้นก่อน จึงต้องลบความรับผิดจากที่จำเลยได้กระทำไป²⁴

(2.2) ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักย์ ได้กล่าวถึงหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 ซึ่งหนังสือดังกล่าวท่านได้อ้างอิง

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 105 - 107.

²² ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด (cause exclusives de la responsabilite) แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. เป็นเหตุที่เนื่องมาจากตัวผู้กระทำ (cause subjective) ได้แก่ ความวิกลจริต การถูกบังคับ ความสำคัญผิด เหตุเหล่านี้เป็นเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับโทษอาญา
2. เป็นเหตุที่เนื่องมาจากการกระทำ (cause objective) หรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การป้องกัน การทำตามกฎหมายและคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำโดยจำเป็น เหตุเหล่านี้เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดและไม่ต้องรับโทษทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง รายละเอียดโปรดดู โทเมเน ภัทรภริมย์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

²³ วิจิตร ลุลิตานนท์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 122 - 124.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 135.

ตำรากฎหมายอาญาของหลายประเทศและมีตำรากฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสถึง 10 เล่ม โดยสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้²⁵

- 1) สาระสำคัญของความผิด
 1. สาระสำคัญทางกฎหมาย คือ มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด
 2. สาระสำคัญทางการกระทำ
 3. สาระสำคัญทางจิตใจ ได้แก่ เจตนา ประมาท
- 2) เหตุยกเว้นความรับผิด
 1. การกระทำไม่เป็นความผิด
 2. ผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย เช่น มาตรา 68 ป้องกัน
 3. ความยินยอมของผู้เสียหาย
 4. การล่อให้กระทำความผิด
 5. ผู้ที่เจ้าพนักงานกันไว้เป็นพยาน
- 3) เหตุยกเว้นโทษ
 1. วิกลจริต
 2. ความมีนเมา
 3. ความจำเป็น
 4. คำสั่งของเจ้าพนักงาน
- 4) เหตุลดหย่อนความรับผิด
 1. ความสัมพันธ์ทางสมรส หรือญาติ
 2. บันดาลโทษะ
 3. อายุน้อย
 4. เหตุบรรเทาโทษ

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์จิตติจะสังเกตได้ว่าหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของท่านได้วางรูปแบบหรือแนวทางในการวินิจฉัยโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเป็นพื้นฐาน และได้อธิบายในรายละเอียดแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด การกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นโทษ และจัดความสัมพันธ์ทางสมรส ญาติ บันดาลโทษะ อายุน้อย และเหตุบรรเทาโทษเป็นเหตุลดหย่อนความรับผิด

และจากการที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าการกระทำโดยป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทษะองค์ประกอบต่างกัน เมื่อกระทำโดยบันดาลโทษะก็ไม่ใช่เรื่องป้องกันหรือกลับในทำนองเดียวกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1082/2511) การกระทำใดเป็นการกระทำโดย

²⁵จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครปริ้นดิงกรุ๊ป, 2529, หน้า 39 - 326 และหน้า 675 - 970.

บันดัลโทสะแล้วยอมไม่เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุอีก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1480/2520) ศาสตราจารย์จิตติ มีความเห็นต่างจากศาลฎีกา โดยท่านมีความเห็นดังนี้

“เห็นจะไม่ใช่หลักว่าถ้าป้องกันแล้วไม่ใช่เรื่องบันดัลโทสะหรือ บันดัลโทสะแล้วไม่ใช่ป้องกัน คงต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเป็นทั้งป้องกันและบันดัลโทสะใน ขณะเดียวกันได้หรือไม่ การกระทำด้วยเจตนาพิเศษเพราะถูกข่มเหงกับเพื่อป้องกัน อาจรวมอยู่ในการกระทำอันเดียวกันได้ ไม่ขัดกันดังการกระทำโดยบันดัลโทสะกับไตร่ตรองไว้ก่อน ผู้เสียหาย ตรงเข้าไปจะทำร้ายจำเลย เห็นได้ว่าเป็นการข่มเหงตั้งแต่ขณะนั้นก่อนทำร้ายได้ดังที่เจตนาจะทำ แล้ว จำเลยจึงป้องกันได้ และเป็นการบันดัลโทสะได้ด้วยในขณะเดียวกัน”²⁶

“ที่ว่าบันดัลโทสะเป็นการป้องกันสมควรแก่เหตุไม่ได้นั้น ไม่ใช่ บทบัญญัติของกฎหมาย เป็นข้อคิดเห็นทางสภาพข้อเท็จจริงเท่านั้น โดยปกติก็คงเป็นทั้งสองอย่าง โดยการกระทำเดียวกันไม่ได้แต่น่าจะไม่เด็ดขาดอาจมีการกระทำทั้งกลัวทั้งโกรธในขณะเดียวกัน โดยมูลเหตุจูงใจที่ว่าเพื่อป้องกันสิทธิตามมาตรา 68 และเพราะบันดัลโทสะโดยถูกข่มเหงก็ได้”²⁷

จากความเห็นดังกล่าวแสดงว่าศาสตราจารย์จิตติ มีความเห็นว่าการ กระทำโดยป้องกันและการกระทำโดยบันดัลโทสะไม่แยกจากกันอย่างเด็ดขาดอาจเกิดขึ้นพร้อม กันได้ กล่าวคืออาจมีการกระทำทั้งกลัวทั้งโกรธในขณะเดียวกัน ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่าแม้ ศาสตราจารย์จิตติ จะจัดให้บันดัลโทสะอยู่ในกลุ่มเดียวกันกับเหตุลดหย่อนความรับผิด เหตุ ดังกล่าวก็ยังจัดอยู่ในโครงสร้างความรับผิดอาญานั้นเอง

(3) ความเห็นของนักกฎหมายไทยที่มีแนวคิดกฎหมายอาญาเยอรมันเป็น พื้นฐาน

(3.1) ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายโครงสร้างความรับผิด ทางอาญาในสองช่วงเวลา ซึ่งมีทั้งส่วนที่คล้ายคลึงกันและส่วนที่แตกต่างกัน โดยช่วงแรกอธิบายไว้ ในขณะที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ช่วงที่สองอธิบายไว้เมื่อประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ซึ่งสรุปได้ดังนี้

ขณะใช้กฎหมายลักษณะอาญา

การวินิจฉัยความรับผิดอาญาต้องพิจารณาเรียงตามลำดับ ดังนี้

1) การกระทำนั้นตามที่ปรากฏภายนอกเข้าเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ ว่าเป็นความผิดหรือไม่ โดยการกระทำนั้นรวมถึงการงดเว้นด้วย

²⁶ บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2513/2520.

²⁷ บันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1480/2520.

2) การกระทำนั้นเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ คือ พิจารณว่ามีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั้นอาจมาจากกฎหมายอาญาหรือมาจากกฎหมายอื่น

3) ผู้กระทำมีความชั่วร้ายหรือไม่ ผู้กระทำจะมีความชั่วร้ายต่อเมื่อเขามีความรู้สึกผิดชอบ ได้กระทำโดยเจตนา หรือโดยประมาท และไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ ถ้ามีเหตุยกเว้นโทษ เช่น จำเป็น ทำตามคำสั่ง ถือว่าไม่ชั่วร้าย

4) เจื่อนใจแห่งการลงโทษครบถ้วนหรือไม่

5) มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษเป็นส่วนตัวผู้กระทำผิดหรือไม่

เช่น สามี ภริยา

6) เจื่อนใจแห่งการฟ้องร้องครบถ้วนหรือไม่²⁸

ขณะใช้ประมวลกฎหมายอาญา

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด ได้อธิบายถึงหลักการวินิจฉัยการกระทำผิดอาญาว่าจะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

1) จะต้องได้มีการกระทำตามความหมายของกฎหมาย

2) ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าการกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จ ต้องเกิดผลจากการกระทำนั้น ๆ ก็ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

3) การกระทำเท่าที่แสดงออกมามีภายนอก มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

4) ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท²⁹

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด ยังได้แบ่งแยกถึงเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ เหตุที่เกี่ยวกับความสามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เหตุยกโทษ เหตุลดโทษและเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น สรุปได้ดังนี้คือ³⁰

1) เหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้

กฎหมายลายลักษณ์อักษร

1. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

²⁸ หยุด แสงอุทัย. “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา.” บทบัณฑิตย. 12. 2483, หน้า 212 - 214.

²⁹ หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516, หน้า 69 - 89.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 205 - 292.

2. การกระทำของแพทย์ให้หญิงแท้งลูก ตามมาตรา 305
3. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตเพื่อประโยชน์หรือกรณีที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 329 (1) - (4)
 4. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลโดยคู่ความหรือทนายความของคู่ความ เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ตามมาตรา 331
กฎหมายจารีตประเพณี เช่น
 1. การชกมวยหรือเล่นกีฬาที่ถูกต้องกติกา
 2. การยินยอมของคนไข้ให้แพทย์ตัดแขนเพื่อรักษา มะเร็ง
 3. บิดา มารดา ลงโทษบุตร
- 2) เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ
 1. กระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67
 2. กระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นคำสั่งมิชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 70
- 3) เหตุเกี่ยวกับความสามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้
 1. เด็กกระทำผิด ตามมาตรา 73 และ 74
 2. บุคคลที่กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรควิต หรือจิตฟั่นเฟือน ตามมาตรา 65
 3. บุคคลที่กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เนื่องจากความมึนเมาเพราะเสพสุราหรือสิ่งเมาอย่างอื่น ตามมาตรา 66
- 4) เหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น
 1. เหตุที่เกี่ยวกับสามี ภริยา และความเป็นญาติ ตามมาตรา 71
 2. เหตุที่เกี่ยวกับการบันดาลโทษ ตามมาตรา 72
 3. เหตุบรรเทาโทษ ตามมาตรา 78

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.หยุด จะสังเกตเห็นได้ว่าหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาที่ท่านอธิบายในขณะที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญามีหลักการพิจารณา 6 ข้อนั้น หลักในข้อ 1 ถึงข้อ 3 จะคล้ายคลึงกับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาสามประการของเยอรมันเรียงตามลำดับ และเมื่อท่านอธิบายหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาในขณะที่ใช้ประมวลกฎหมายอาญาโดยแยกหลักการพิจารณาเป็น 4 ข้อ เมื่อนำมาเทียบเคียงกับโครงสร้างความรับผิดอาญาสามประการของเยอรมัน จะเห็นว่าข้อพิจารณาที่ 1 และ 2 จะใกล้เคียงกับโครงสร้างประการที่หนึ่งคือการครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ข้อพิจารณาที่ 3 จะใกล้เคียงกับโครงสร้างประการที่สองคือความผิดกฎหมาย ส่วนข้อพิจารณาที่ 4 จะใกล้เคียงกับโครงสร้างประการที่สามคือ ความชั่ว และในการอธิบายทั้ง 2 ช่วงเวลาข้างต้น ศาสตราจารย์ ดร.หยุด ได้อธิบายว่าส่วน

ของอัตตะวิสัย (subjektiv) อันได้แก่ เจตนา ประมาท จัดอยู่ในส่วนของความชั่ว จึงเป็นโครงสร้าง ความรับผิดชอบตามทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre) ดังนั้นจึงอาจ กล่าวได้ว่าโครงสร้างการวินิจฉัยความรับผิดชอบของศาสตราจารย์ ดร.หยุด ได้วางรูปแบบหรือ แนวทางในการวินิจฉัยโดยมีกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นพื้นฐาน และอิงตามแนวนักทฤษฎีฝ่าย ผลกำหนด (Kausalist)

โดยการอธิบายในช่วงใช้ประมวลกฎหมายอาญา ศาสตราจารย์ ดร.หยุด ได้แบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำใดเป็นเหตุยกเว้น โทษ โดยจัดความสัมพันธ์ทางสมรส ญาติ บันดาลโทษ และเหตุบรรเทาโทษเป็นเหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น ซึ่งหากจัดตามทฤษฎีโครงสร้างความรับผิดชอบของ เยอรมัน อาจกล่าวได้ว่าศาสตราจารย์ ดร.หยุด ได้แยกความสัมพันธ์ทางสมรส ญาติ บันดาล โทษ และเหตุบรรเทาโทษ ให้จัดอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบ

(3.2) ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายโครงสร้างความผิด อาญาไว้ในหนังสือกฎหมายอาญาภาคทั่วไป ซึ่งสรุปได้ดังนี้³¹

ความผิดอาญาประกอบด้วยโครงสร้างสามประการ คือ องค์ประกอบ ความผิด และความชั่ว

1) องค์ประกอบ

1. องค์ประกอบภายนอก

- ผู้กระทำ
- การกระทำ
- กรรมของการกระทำ
- ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2. องค์ประกอบภายใน

- เจตนา
- ประมาท
- มูลเหตุชักจูงใจ

2) ความผิด

ไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

1. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68
2. ความจำเป็นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 450

³¹ คณิต ฒ นคร. เรื่องเดียวกัน. หน้า 68 - 77 และหน้า 104 - 233.

3. ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย
4. การใช้กำลังป้องกันสิทธิของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 451 วรรคแรก
5. อำนาจทำโทษของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1567
6. ความยินยอมของผู้เสียหาย

3) ความชั่ว

1. ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความบกพร่องทางจิตใจ จิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ตามมาตรา 65 ถึงมาตรา 76
2. ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความไม่รู้เตี้ยงสา ตามมาตรา 73
3. กระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67
4. กระทำตามคำสั่งของเจ้านักงาน ตามมาตรา 70
5. การป้องกันเกินเหตุ ตามมาตรา 69

คำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.คณิต จะสังเกตเห็นได้ว่าโครงสร้างการวินิจฉัยความรับผิดชอบของท่านได้วางรูปแบบหรือแนวทางในการวินิจฉัยโดยมีกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นพื้นฐาน และศาสตราจารย์ ดร.คณิต เห็นว่าส่วนของอัตตะวิสัย (subjektiv) อันได้แก่ เจตนา ประมาท จัดอยู่ในส่วนขององค์ประกอบ จึงเป็นโครงสร้างความรับผิดชอบตามกฎหมาย ความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre) จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาสตราจารย์ ดร.คณิต เป็นนักทฤษฎีฝ่ายเจตจำนงกำหนด (Finalist) และศาสตราจารย์ ดร.คณิต ได้อธิบายแบ่งแยกว่าเหตุยกเว้นความผิดซึ่งท่านเรียกว่าเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จัดอยู่ในส่วนของโครงสร้างข้อที่ 2 คือความผิด ส่วนเหตุยกเว้นโทษท่านเรียกว่าเหตุที่กฎหมายให้อภัย จัดอยู่ในส่วนของโครงสร้างข้อที่ 3 คือความชั่ว

ส่วนบันดัลโทสะนั้น ศาสตราจารย์ ดร.คณิต เห็นว่าแม้การกระทำโดยบันดัลโทสะจะเกิดเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แต่เหตุเช่นนี้ไม่อาจอ้างเพื่อลบล้างความชั่วได้ เพราะผู้นั้นในทางกายภาพ(physical) ยังมีความสมบูรณ์อยู่ทุกประการ กฎหมายยอมให้อ้างเฉพาะกรณีอันเกิดจากความไม่สมบูรณ์ทางกายอันมีผลถึงจิตใจเท่านั้น เช่น จิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน³² และเห็นว่าบันดัลโทสะเป็นพฤติการณ์แห่งการกระทำผิด

³² คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 27.

ที่ศาลชอบที่จะนำไปประกอบการพิจารณาในการกำหนดโทษแก่จำเลยให้เหมาะสมมากกว่า
บันดลโทษจะเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลนำไปประกอบในการใช้ดุลพินิจ
กำหนดโทษแก่จำเลยทำนองเดียวกับเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78³³

จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาสตราจารย์ ดร.คณิต เห็นว่าบันดลโทษไม่จัด
อยู่ในเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งเป็นเหตุที่อยู่ในโครงสร้างความรับผิดชอบ
แต่จัดเป็นเหตุบรรเทาโทษ อันเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบ

(4) ความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์

รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายโครงสร้างความรับผิดชอบไว้ใน
หนังสือคำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 มีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้³⁴

1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

1. การกระทำ
2. องค์ประกอบภายนอก
3. องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท
4. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด เช่น

1. ป้องกัน ตามมาตรา 68
2. การทำแท้งกรณีพิเศษ ตามมาตรา 305
3. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต ตามมาตรา 329

หรือแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล ตามมาตรา 331

3) การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

1. จำเป็น ตามมาตรา 67
2. เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี และ 14 ปี ตามมาตรา 73 และ 74
3. คนวิกลจริต ตามมาตรา 65
4. ผู้มีนเมา ตามมาตรา 66
5. ทำตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70
6. กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางความผิดระหว่าง สามี ภริยา

ตามมาตรา 71 วรรคแรก

³³คณิต ฒ นคร. “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว.” วารสารนิติศาสตร์. 16, มิถุนายน
2529, หน้า 147.

³⁴เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7
แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544, หน้า 74 - 82.

ส่วนเหตุผลโทษท่านได้แยกไว้ต่างหากโดยเห็นว่าเหตุผลโทษคือเหตุที่อาจทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะลดโทษให้แก่ผู้กระทำหรือไม่ก็ได้ เหตุลดโทษจัดอยู่นอกโครงสร้าง เพราะจะคำนึงถึงเหตุผลโทษก็ต่อเมื่อผู้กระทำต้องรับผิดในทางอาญาแล้ว มีดังนี้ คือ

1. ความไม่รู้กฎหมาย ตามมาตรา 64
2. คนวิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ตามมาตรา 65 วรรคสอง
3. คนมีนเมาซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ตามมาตรา 66
4. ป้องกัน จำเป็น เกินขอบเขต ตามมาตรา 69
5. การทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางความผิดระหว่างญาติสนิท ตามมาตรา 71 วรรคสอง
6. ผู้อายุกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี หรืออายุกว่า 17 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี ทำความผิด ตามมาตรา 75 และ 76
7. เหตุบรรเทาโทษ ตามมาตรา 78
8. เหตุบันดาลโทสะ ตามมาตรา 72³⁵

จากคำอธิบายของรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร จะสังเกตเห็นได้ว่า โครงสร้างการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของท่านได้วางรูปแบบหรือแนวทางในการวินิจฉัย คล้ายคลึงกับโครงสร้างความรับผิดอาญาตามกฎหมายอาญาเยอรมัน แต่ในการอธิบาย รายละเอียดแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด การกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นโทษ ท่านจะดูจากผลของการลงโทษ กล่าวคือ ถ้าการกระทำนั้นไม่มีความผิดก็จัดอยู่ในเหตุยกเว้นความผิด ถ้าการกระทำใดเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับโทษก็จัดเป็นเหตุยกเว้นโทษ และอยู่ในโครงสร้างความรับผิด แต่ถ้าต้องรับโทษบ้างจะจัดแยกต่างหากให้เป็นเหตุผลโทษโดยจัดอยู่นอกโครงสร้างความรับผิด ซึ่งการแบ่งแยกดังกล่าวโดยดูจากผลเท่านั้นจึงไม่ตรงตามทฤษฎีโครงสร้างความรับผิดอาญาของเยอรมันเสียทีเดียว และการที่รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร จัดบันดาลโทสะเป็นเหตุที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดอาญาโดยเรียกว่าเหตุผลโทษนั้น อาจกล่าวได้ว่าท่านเห็นว่าบันดาลโทสะเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่ง

³⁵ นักกฎหมายที่อธิบายโครงสร้างความรับผิดอาญาคล้ายคลึงกับที่รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร ได้อธิบายไว้ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ รายละเอียดโปรดดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543, หน้า 8 - 11.

3.3.2 แนวคำพิพากษาของศาลไทย การที่จะพิจารณาว่าศาลไทยมีหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาอย่างไรนั้นต้องพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยตามคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นหลัก ซึ่งสามารถจัดกลุ่มคำพิพากษาออกได้เป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ³⁶

(1) คำพิพากษาที่วินิจฉัยตามแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ อาจแยกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ

(1.1) กลุ่มนำหลักเจตนาร้ายหรือหลัก mens rea มาใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดอาญา โดยส่วนใหญ่เป็นคำพิพากษาในสมัยกฎหมายลักษณะอาญาใช้บังคับ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 777/2455, 1494/2455, 398/2455 และ 1101 - 1102/2493 เป็นต้น

(1.2) กลุ่มที่สืบสนระหว่างเหตุยกเว้นความผิดกับเหตุยกเว้นโทษ คำพิพากษากลุ่มนี้จะไม่แยกเหตุยกเว้นความผิดออกจากเหตุยกเว้นโทษ จึงเป็นกลุ่มที่ได้รับอิทธิพลจากระบบคอมมอนลอว์ที่ไม่คำนึงถึงเหตุยกเว้นความผิดกับเหตุยกเว้นโทษ แต่พิจารณาจากผลที่ไม่ได้รับโทษเท่านั้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 702/2502

(2) คำพิพากษาที่วินิจฉัยตามแนวคิดของระบบซีวิลลอว์ อาจแยกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ

(2.1) กลุ่มที่วินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ คำพิพากษาในกลุ่มนี้ได้รับอิทธิพลแนวความคิดในระบบซีวิลลอว์มาวินิจฉัยความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงสร้างความรับผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายของประเทศเยอรมัน ซึ่งวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่ต้องวินิจฉัยโดยเรียงลำดับโครงสร้างความรับผิดอาญา 3 ประการคือการครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว โดยศาลจะไม่กล่าวไว้ชัดเจนแต่ศาลจะนำแนวความคิดหรือทฤษฎีไปวินิจฉัยและแสดงออกมาในรูปของเหตุผลในคำพิพากษา ซึ่งสามารถสื่อให้เห็นได้ว่าศาลได้

³⁶ การจัดกลุ่มคำพิพากษาเช่นนี้ เป็นการจัดกลุ่มโดยนายรัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการจัดกลุ่มที่มาจากกรณีวิเคราะห์แนวคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมากอย่างมีเหตุมีผลและสอดคล้องกับการแบ่งกลุ่มแนวความเห็นของนักกฎหมายไทยที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เขียนจึงได้นำแนวคิดของนายรัตนชัย ในเรื่องแนวคำพิพากษาของศาลไทยมาใช้ในวิทยานิพนธ์นี้ รายละเอียดโปรดดู รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล “อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อ

(เชิงอรรถที่ 36 ต่อ) การวินิจฉัยความผิดทางอาญาของไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543, หน้า 90 -107.

วินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายดังกล่าว เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 870/2510, 1862 - 1863/2512, 1376/2522 และ 2949/2541 เป็นต้น

(2.2) กลุ่มที่วินิจฉัยความผิดอาญาโดยแยกเหตุยกเว้นความผิดกับเหตุยกเว้นโทษ กลุ่มคำพิพากษากลุ่มนี้เป็นกลุ่มที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากระบบซีวิลลอว์ ซึ่งได้แยกเหตุยกเว้นความผิดอยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาประการที่ 2 คือความผิดกฎหมาย และแยกเหตุยกเว้นโทษอยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาประการที่ 3 คือความชั่ว เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 60/2494, 39/2503, 694/2503 และ 1732/2509 เป็นต้น

(3) คำพิพากษาที่ไม่ได้วินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดอาญา คำพิพากษากลุ่มนี้เป็นกลุ่มที่ไม่ได้วินิจฉัยตามโครงสร้างหรือไม่ได้วินิจฉัยเป็นลำดับตามโครงสร้าง ศาลจะพิจารณาโดยหยิบยกกฎหมายหลักใดหลักหนึ่งขึ้นมาปรับกับข้อเท็จจริงในในเรื่องนั้น ๆ โดยมีได้วินิจฉัยเป็นระบบ แล้วก็วินิจฉัยตัดสินคดีเป็นผลออกมาว่าจะลงโทษผู้กระทำหรือไม่ ซึ่งในการปรับบทเช่นนี้ทำให้คำวินิจฉัยของศาลเกิดความสับสนขาดความชัดเจน และศาลไม่สามารถให้เหตุผลได้อย่างเป็นระบบ ทำให้ไม่สามารถยึดถือหลักในคำพิพากษาของศาลดังกล่าวเป็นแนวทางในการวินิจฉัยเพื่อใช้เป็นบรรทัดฐานต่อไป ซึ่งในปัจจุบันมีแนวโน้มว่าการวินิจฉัยในลักษณะนี้จะเริ่มลดน้อยลง เนื่องจากศาลเริ่มให้ความสำคัญในการวินิจฉัยความผิดอาญาให้เป็นระบบและเป็นโครงสร้างมากขึ้น เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 443/2515, 370/2520, และ 2749/2529 เป็นต้น

โดยในเรื่องที่อยู่ของบันดัลโทสะในโครงสร้างความรับผิดอาญานั้น แม้ศาลจะเห็นว่าบันดัลโทสะเป็นเหตุลดหย่อนความรับผิดโดยได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า "บันดัลโทสะเป็นเหตุลดหย่อนความรับผิดแม้จำเลยจะมีได้ยกขึ้นต่อสู้แต่เมื่อทางพิจารณาปรากฏว่ามีเหตุลดหย่อนโทษศาลมีอำนาจจะยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง"³⁷ แต่ในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาในคดีที่มีข้อเท็จจริงในเรื่องบันดัลโทสะ เกือบทั้งหมดศาลจะพิจารณาบันดัลโทสะไปพร้อมกับความผิดฐานนั้น ๆ เช่นในคดีฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามมาตรา 288 เมื่อได้ความว่าจำเลยได้กระทำไปโดยบันดัลโทสะ ศาลจะพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดตามมาตรา 288 ประกอบด้วยมาตรา 72 และกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยลงไปเลย และบางคดีศาลจะระบุด้วยว่าจำเลยกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยบันดัลโทสะ³⁸ และหากมีเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ศาลก็จะนำมาลดโทษจำเลยได้อีก การวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยโดยรวมการกระทำโดยบันดัลโทสะไว้ในขั้นตอนการวินิจฉัยความรับผิดอาญา มิได้ใช้เป็นเหตุบรรเทาโทษในลักษณะเดียวกับมาตรา 78 ซึ่งศาลจะนำ มาตรา 78 มาพิจารณาในขั้นตอนภายหลังการวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดแล้ว จึงอาจสรุปได้

³⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1242/2503, 1699/2514, 1092/2531 และ 6980/2540

³⁸ คำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยบันดัลโทสะ ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 2033/2528, 5189/2531, 574/2532 และ 5664/2540

ว่าแม้ศาลจะเห็นว่าบันดาลโทสะเป็นเหตุลดหย่อนความรับผิดชอบ แต่ก็อยู่ในโครงสร้างความรับผิดชอบ
อาญา

3.3.3 สรุปหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาของไทย เมื่อนำประมวลกฎหมาย
อาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป หมวด 4 ความรับผิดในทางอาญามาพิจารณา โดยเฉพาะมาตรา
59 ซึ่งเป็นมาตราหลักในการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาและเป็นมาตราที่กล่าวถึงองค์ประกอบของ
ความรับผิดชอบอาญา สรุปได้ว่าการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา ประการแรกที่ต้องพิจารณาคือ ต้องมี
การกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกและต้องกระทำโดยเจตนาหรือประมาทอันเป็น
องค์ประกอบภายใน เมื่อพิจารณาว่าครบองค์ประกอบความผิดแล้ว อันดับต่อมาก็ต้องพิจารณาว่า
การกระทำนั้นมีเหตุยกเว้นความผิดหรือไม่ หากมีกฎหมายยกเว้นความผิดเช่นกระทำโดยป้องกัน
ตามมาตรา 68 การกระทำนั้นก็ไม่ใช่ความผิด หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดก็ต้องมา
พิจารณาต่อไปว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษในความผิดนั้นหรือไม่ เช่นกระทำในขณะวิกลจริตตาม
มาตรา 65 หรือกระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 การวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยใน
ลักษณะของโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาเช่นเดียวกับประเทศในระบบซีวิลลอว์ เพราะประเทศไทย
เป็นประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ ซึ่งต่างจากประเทศในระบบคอมมอนลอว์ เช่นประเทศอังกฤษ
ดังนั้นแนวการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาของนักกฎหมายและศาลฎีกาที่วินิจฉัยโดยนำ
แนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์มาวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาของไทย จึงเป็นการไม่ถูกต้อง
และในระหว่างแนวคิดในการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาของประเทศในระบบซีวิลลอว์ ที่สำคัญ 2
ประเทศ คือ ประเทศ ฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน นั้น ผู้เขียนเห็นว่าหลักในการวินิจฉัยความรับผิด
อาญาของประเทศเยอรมันสอดคล้องกับหลักในการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาตามกฎหมายไทย
โดยในเรื่ององค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 59 เทียบได้กับโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา
ประการที่ 1 คือการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ในเรื่องเหตุยกเว้นความผิดเช่นกรณีการ
ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 เทียบได้กับโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาประการที่ 2
คือความผิดกฎหมาย และในเรื่องเหตุยกเว้นโทษเช่นการวิกลจริตตามมาตรา 65 หรือจำเป็นตาม
มาตรา 67 เทียบได้กับโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาประการที่ 3 คือความชั่ว โดยในส่วนของเจตนา
ต้องอยู่ในส่วนขององค์ประกอบความผิด ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับหลักการวินิจฉัยความรับผิด
อาญาของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ซึ่งวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาโดยมีแนวคิดกฎหมาย
อาญาเยอรมันเป็นพื้นฐาน

3.4 เปรียบเทียบหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย

หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศอังกฤษ และหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศเยอรมัน ต่างก็มีขึ้นเพื่อจัดให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษบุคคลทางอาญา ซึ่งก็เป็นแนวความคิดที่มีมาตั้งแต่ตีคดีบอร์นก่อนที่มนุษย์จะจัดให้มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร การมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงการรับรู้เรื่องความผิดและการลงโทษที่เป็นกิจลักษณะขึ้นเท่านั้น แต่เนื่องจากการพัฒนาทางด้านแนวความคิดในระบบกฎหมายที่แตกต่างกันอันเนื่องมาจากแนวความคิดทางปรัชญาและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกัน ในขณะที่กฎหมายอังกฤษเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงในแต่ละคดี แต่กฎหมายเยอรมันเป็นการพัฒนาในรูปทฤษฎีต่าง ๆ เพื่อนำไปวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศอังกฤษจะพิจารณาเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนการกระทำที่ผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงในขั้นแรกก่อนว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิ่งที่กฎหมายห้ามหรือเป็นการกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายหรือไม่ ถ้าข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกเป็นเรื่องผิดกฎหมายแล้ว ก็จะพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบทางด้านจิตใจ อันเป็นเรื่องของอัตวิสัย (subjective) และในคดีทั่วไป กฎหมายอังกฤษจะมีได้มีการแยกเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ ออกจากกัน อย่าง ชัดเจนดังเช่นประเทศเยอรมัน แต่ก็ได้มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างเหตุยกเว้นความผิด และเหตุยกเว้นโทษ ในการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฆ่า ซึ่งทำให้การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายบางการกระทำไม่มีความผิดเพราะไม่มีการกระทำที่ผิดกฎหมาย บางการกระทำเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษโดยถือเป็นการบกพร่องในองค์ประกอบทางจิตใจ โดยเหตุทั้งสองประการดังกล่าว ถือเป็น defence โดยการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่ได้กระทำไปโดยถูกกฎหมายจัดเป็น Justificatory defence ส่วนการกระทำที่มีเพียงเหตุยกเว้นโทษจัดเป็น Excusatory defence

ส่วนหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศเยอรมันต้องวินิจฉัยโดยเรียงลำดับโครงสร้างความรับผิดอาญา คือการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมายและความชั่ว และแยกเหตุที่ทำให้การกระทำไม่มีความผิดจัดอยู่ในโครงสร้างประการที่ 2 คือความผิดกฎหมาย และเหตุยกเว้นโทษจัดอยู่ในโครงสร้างประการที่ 3 คือความชั่ว ซึ่งทำให้เกิดความ ชัดเจนในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีต่าง ๆ ได้อย่างดี

ส่วนหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของไทย นักกฎหมายไทยได้อธิบายถึงโครงสร้างความรับผิดอาญาที่แตกต่างกันซึ่งอาจสรุปแนวการวินิจฉัยได้เป็น 4 แนวคือวินิจฉัยโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาคอมมอนลอว์เป็นพื้นฐาน ได้แก่อาจารย์ พิพัฒน์ จักรางกูร วินิจฉัยโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเป็นพื้นฐาน ได้แก่ศาสตราจารย์ ดร.วิจิตร ลุกลิตานนท์ และศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ วินิจฉัยโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นพื้นฐาน ได้แก่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย และศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร และวินิจฉัยตามความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์

ส่วนของศาลไทย จากแนวคำพิพากษาฎีกาอาจจัดแนวการวินิจฉัยได้เป็น 3 กลุ่ม คือ คำพิพากษาที่วินิจฉัยตามแนวคิดของระบบคอมมอนลอว์ ส่วนใหญ่เป็นคำพิพากษาในสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญา ปัจจุบันไม่เป็นที่นิยมแล้ว คำพิพากษาที่วินิจฉัยตามแนวคิดของระบบซีวิลลอว์ มีการวินิจฉัยตามหลักโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาในรูปของเหตุผลในคำพิพากษา แนวคิดนี้เริ่มเป็นที่นิยมมากขึ้น และคำพิพากษาที่ไม่ได้วินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดอาญา แต่จะหยิบยกกฎหมายหลักใดหลักหนึ่งขึ้นมาปรับกับข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น มิได้วินิจฉัยเป็นระบบ แนวโน้มการวินิจฉัยในลักษณะนี้จะเริ่มลดน้อยลงเนื่องจากศาลเริ่มให้ความสำคัญในการวินิจฉัยความผิดอาญาให้เป็นระบบและเป็นโครงสร้างมากขึ้น

ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทยภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป หมวด 4 ความรับผิดในทางอาญา โดยเฉพาะมาตรา 59 จะเห็นได้ว่าอธิบายถึงองค์ประกอบความผิด องค์ประกอบแรกคือต้องมีการกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอก และต้องกระทำโดยเจตนา

หรือประมาทอันเป็นองค์ประกอบภายใน เมื่อครบองค์ประกอบความผิดแล้ว ขั้นตอนต่อไปต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษอย่างไรหรือไม่ จึงเป็นการวินิจฉัยในลักษณะโครงสร้างความรับผิดอาญาตามแนวคิดระบบซีวิลลอว์ และเห็นว่าหลักในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศเยอรมันสอดคล้องกับหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของไทยมากที่สุด

ความแตกต่างของหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาระหว่างประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมันดังกล่าวมีผลมาจากหลักนิติวิธีที่แตกต่างกันของสองประเทศ โดยประเทศอังกฤษตั้งอยู่บนหลักปรัชญาแบบประสบการณ์นิยม (Empiricism) ในขณะที่ประเทศเยอรมันตั้งอยู่บนปรัชญาเหตุผลนิยม (Rationalism) ความแตกต่างของหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาระหว่างประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมันที่เด่นชัดอาจสรุปได้ดังนี้

1. หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศอังกฤษ ประการแรกที่ต้องพิจารณาคือต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) ก่อนแล้วจึงจะพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบทางจิตใจ (mens rea) ซึ่งได้แก่ เจตนา ประมาท

ต่างจากประเทศเยอรมันที่พิจารณาการครบองค์ประกอบความผิดเป็นประการแรก โดยได้รวมการกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบทางจิตใจอันเป็นองค์ประกอบภายในไว้ด้วยกัน เมื่อได้ความว่าครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วจึงจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่

ความแตกต่างกันดังกล่าวมีผลต่อการวินิจฉัยการกระทำเดียวกัน เช่นกรณียิงศพ หากวินิจฉัยตามหลักการวินิจฉัยของประเทศอังกฤษ การยิงศพไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) เพราะไม่มีมนุษย์ให้ฆ่า จึงไม่เป็นความผิด โดยไม่ต้องพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบทางจิตใจ (mens rea) ว่ากระทำโดยเจตนาหรือไม่อีก แต่หากวินิจฉัยตามหลักการวินิจฉัยความรับผิด

ผิดอาญาของประเทศเยอรมัน การยิงศพเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบภายในได้แก่เจตนา เพราะมีเจตนาที่จะกระทำ และองค์ประกอบภายนอกคือการพยายามกระทำความผิดแล้ว ดังนั้น หากไม่มีเหตุที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เช่นกระทำโดยป้องกัน การยิงศพ ก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักการวินิจฉัยของประเทศเยอรมัน

2. ในเรื่องเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ ประเทศอังกฤษมิได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ในความผิดทั่ว ๆ ไปไว้อย่างชัดเจน นอกจากในคดีความผิดฆ่าผู้อื่น ที่แบ่งแยกไว้อย่างชัดเจน โดยให้เหตุยกเว้นความผิด เช่นการป้องกัน (self defence) จัดอยู่ในส่วนของการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) โดยเมื่อได้กระทำการป้องกันโดยชอบ การกระทำนั้นก็ไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus not be reus) จึงไม่ต้องพิจารณาในส่วนองค์ประกอบทางจิตใจ (mens rea) อีก ส่วนเหตุยกเว้นโทษจัดอยู่ในส่วนขององค์ประกอบทางจิตใจ (mens rea) โดยเป็นเรื่องขององค์ประกอบภายในที่บัพพร่องด้วยเหตุต่าง ๆ ที่เป็นเหตุยกเว้นโทษทำให้ไม่ต้องรับโทษ หรือรับโทษลดลง

แต่ในประเทศเยอรมันได้แยกเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษออกจากกัน อย่างชัดเจน โดยเหตุยกเว้นความผิดจัดอยู่ในโครงสร้างความรับผิดอาญาประการที่ 2 คือความผิดกฎหมาย และเหตุยกเว้นโทษจัดอยู่ในโครงสร้างความรับผิดอาญาประการที่ 3 คือความชั่ว ดังนั้นในกรณีป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องผ่านการพิจารณาแล้วว่าผู้กระทำได้กระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างความรับผิดอาญาข้อที่ 1 คือทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในอันได้แก่เจตนา ส่วนในเรื่องเหตุยกเว้นโทษก็เป็นเรื่องขาดความสามารถในการทำชั่ว หรือมีความสามารถในการทำชั่วที่จำกัด ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องเจตนาในการกระทำผิดอันจัดอยู่ในโครงสร้างความรับผิดอาญาประการที่ 1 แต่อย่างใด

3. ในเรื่องผู้ใช้หลักในการวินิจฉัยความรับผิดอาญา ในคดีอาญาที่เป็นคดีอุกฉกรรจ์ เช่นคดีฆ่าผู้อื่น กฎหมายอังกฤษกำหนดให้คณะลูกขุน (jury) ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไป เป็นผู้วินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดตามกฎหมายหรือไม่ หากคณะลูกขุนตัดสินว่ามีความผิด จึงจะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะปรับบทกฎหมายและกำหนดอัตราส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด ซึ่งต่างจากประเทศเยอรมัน หากเป็นคดีอุกฉกรรจ์ เช่นคดีฆ่าผู้อื่น ศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความรับผิดและเป็นผู้ปรับบทกฎหมายและกำหนดอัตราส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด

บทที่ 4

การกระทำโดยบันดาลโทสะและที่อยู่ของบันดาลโทสะ ของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย

4.1 ประเทศอังกฤษ

4.1.1 การกระทำโดยบันดาลโทสะ คำว่าบันดาลโทสะ (provocation) ตามความหมายใน Black's Law Dictionary หมายความว่า¹ การกระทำยั่วโทสะ ไม่ว่าจะด้วยการปลุกเร้า กระตุ้น ชักนำไปให้เกิด เป็นสาเหตุหรือเป็นชนวนที่ผู้ยั่วโทสะได้กระทำต่ออีกฝ่าย ซึ่งการกระทำเช่นนั้นทำให้อีกฝ่ายเกิดโทสะ และกระทำโดยผิดกฎหมายต่อผู้ยั่วโทสะหรือต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ ผู้ยั่วโทสะ

ในประเทศอังกฤษ การกระทำโดยบันดาลโทสะมีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะในความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (homicide) ส่วนการกระทำโดยบันดาลโทสะในความผิดอาญาอื่น ๆ ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง การกระทำโดยบันดาลโทสะในความผิดนี้เป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ศาลจะนำมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษที่เหมาะสมกับจำเลยในชั้นการกำหนดโทษ (sentencing stage)² หลังจากที่ได้ความในชั้นวินิจฉัยความผิด (trial stage)³ แล้วว่าจำเลยได้

¹Provocation . The act of inciting another to do a particular deed. That which arouses, moves calls forth, causes, or occasions. Such conduct or actions on the part of one person towards another as tend to arouse rage resentment, or fury in the latter against the former , and thereby cause him to do some illegal act against or in relation to the person offering the provocation. see Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 5th ed. St. Paul Minn : West Publishing Co., 1979, p. 1103.

²A. P. Simester and G. R. Sullivan. **Criminal Law Theory and Doctrine**. Oxford : Hart Publishing, 2000, pp. 338 - 339.

³การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาของประเทศในระบบคอมมอนลอว์ โดยทั่วไปแบ่งออกเป็น 2 ส่วน (นักนิติศาสตร์อเมริกาเรียกระบบการพิจารณาเช่นนี้ว่าระบบการพิจารณาความอาญาแบบทวิภาค (Bifucation)) แต่ละส่วนมีกลไกอิสระอยู่ในตัวเอง ส่วนแรกเป็นการพิจารณาในชั้นวินิจฉัยความผิด (trial stage) กระบวนการพิจารณาในชั้นนี้เป็นเรื่องการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิด โดยพิสูจน์ถึงการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus or guilty

กระทำความผิดจริงโดยมีพื้นฐานของเหตุบรรเทาโทษ (mitigation) ซึ่งศาลจะใช้ดุลพินิจเพื่อลดโทษให้กับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้⁴

ในความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย กฎหมายกำหนดให้เฉพาะคดี murder เท่านั้นที่จะนำการกระทำโดยบันดาลโทสะมาพิจารณา โดยจะนำมาพิจารณาทั้งในชั้นวินิจฉัยความผิดและในชั้นกำหนดโทษ โดยในชั้นวินิจฉัยความผิดบันดาลโทสะเป็น defence⁵ ชนิดที่เป็น special defence^{6, 7} ที่ใช้ได้เฉพาะความผิด murder เท่านั้น โดยในคดี murder คณะลูกขุน (jury) เป็นผู้พิจารณาข้อเท็จจริง และถ้าพิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้กระทำการมาภายใต้อิทธิพลของ

act) (เชิงอรรถที่ 3 ต่อ) และองค์ประกอบทางจิตใจของจำเลย (mens rea or guilty mind) ว่ามีเพียงพอที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ โดยปกติคดีที่มีความผิดไม่ร้ายแรง (misdemeanor) ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่วินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของจำเลย แต่สำหรับความผิดร้ายแรง (felony) จะเป็นหน้าที่ของคณะลูกขุน ส่วนที่สองเป็นการพิจารณาในชั้นกำหนดโทษ (sentencing stage) ซึ่งต้องผ่านขั้นตอนในชั้นวินิจฉัยความผิดและมีการตัดสินชี้ขาดว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด (conviction) ก็จะเข้าสู่ขั้นตอนการกำหนดโทษ โดยจะเป็นการพิจารณาถึงประวัติภูมิหลังของจำเลย พฤติการณ์แห่งคดี การร้องขอให้ลดโทษสถานเบา (Plea in Mitigation) ของจำเลย ตลอดจนปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งอาจมีผลช่วยให้การกำหนดโทษจำเลยเป็นไปอย่างเหมาะสม รายละเอียดโปรดดู เกียรติภูมิ แสงศศิธร “กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา : เปรียบเทียบของไทยกับต่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533, หน้า 7 - 8 และหน้า 51 - 56.

⁴ Glanville Williams. **Textbook of Criminal Law.** 2nd ed. London : Steven & Son Ltd., 1983, p. 524.

⁵ J. C. Smith and Brian Hogan. **Criminal Law.** 6th ed. London : Butterworth, 1988, p. 331.

⁶ Micheal Jefferson. **Criminal Law.** 3rd ed. London : Pitman Publishing, 1997, p. 59. และ D. W. Elliott and J. Allen. **Casebook on Criminal Law.** 5th ed. London : Sweet & Maxwell, 1990, pp. 497 - 510.

⁷ defence แบ่งออกได้เป็น 2 ชนิด คือ

(1) general defence สามารถนำไปใช้ได้กับความผิดอาญาทั่วไป เช่น สำคัญผิด (mistake), ถูกบังคับ (compulsion), มึนเมา (intoxication), ปราบจากความรู้สึกอัตโนมัติ (automatism) และวิกลจริต (insanity) เป็นต้น

(2) special defence สามารถใช้ได้เฉพาะความผิดใดความผิดหนึ่งตามที่กฎหมาย

อารมณ์ที่ถูกผลักดันให้เกิดโทสะและได้กระทำในทันทีทันใดตามเงื่อนไขของบันดาลโทสะ คณะลูกขุนก็จะมีคำวินิจฉัย (verdict) ว่าจำเลยมีความผิด manslaughter คำวินิจฉัยของคณะลูกขุนชนิดนี้เรียกว่า partial verdict⁸

เหตุผลที่กฎหมายอังกฤษบัญญัติให้ใช้บันดาลโทสะได้แต่เฉพาะในคดีทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่เป็น murder ก็เพราะความผิด murder เป็นความผิดที่มีอัตราโทษตายตัว ศาลไม่สามารถกำหนดโทษเป็นอย่างอื่นได้ ซึ่งแต่เดิมคือโทษประหารชีวิต และปัจจุบันได้เปลี่ยนเป็นจำคุกตลอดชีวิต⁹ ส่วนความผิด manslaughter ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจลงโทษต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ ซึ่งตามข้อมูลของศาสตราจารย์ Glanville Williams ศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี หากคดีที่ไม่แสดงถึงความรุนแรงก็มักจะลงโทษจำคุกประมาณ 3 – 5 ปี และหากเป็น

(เชิงอรรถที่ 7 ต่อ) กำหนด เช่น การทำแท้งด้วยความจำเป็นเนื่องจากทารกที่เกิดจะพิการ (The Abortion Act 1967), การทำความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่สิ่งลามกอนาจารเพื่อประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์ อักษรศาสตร์ และศิลปะศาสตร์ (The Obscene Publication Act 1959) เป็นต้น รายละเอียดโปรดดู L. B. Curzon. **Criminal Law**. 4th ed. Great Britain : Macdonald & Evans Ltd., 1984, p. 41.

⁸ คำวินิจฉัย (verdict) ของลูกขุนมี 3 ประเภท

(1) general verdict ได้แก่คำวินิจฉัยโดยทั่วไปว่าจำเลยผิดหรือไม่ผิดตามฟ้องทั้งหมด (guilty or not guilty)

(2) partial verdict แบ่งเป็น 3 ประเภท

(2.1) กรณีคำฟ้องมีความผิดหลายกระทงและคณะลูกขุนเห็นว่าจำเลยผิดเฉพาะบางกระทง

(2.2) กรณีคำฟ้องแสดงความผิดจำเลยกระทงหนึ่งแต่เป็นกระทงซึ่งแยกพิจารณาได้หลายส่วน คณะลูกขุนเห็นว่าจำเลยผิดเฉพาะบางส่วน และไม่ผิดในส่วนที่เหลือ

(2.3) กรณีคำฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิดข้อหาหนึ่งแต่คณะลูกขุนเห็นว่าจำเลยกระทำความผิดข้อหาอื่นที่เบากว่าที่ฟ้อง เช่น ฟ้องว่า murder แต่ลูกขุนอาจพิจารณาว่าผิด manslaughter

(3) special verdict ได้แก่กรณีที่ลูกขุนเพียงค้นคว้าหาข้อยุติในข้อเท็จจริงของคดีแล้วให้ศาลพิจารณาข้อกฎหมายว่าจำเลยผิดหรือไม่ผิด วิธีนี้ไม่ค่อยจะใช้ในทางปฏิบัติ เคยมีใช้ในคดีจำเลยวิกลจริต รายละเอียดโปรดดู คณิต ฤไชย. “วิธีพิจารณาความอาญาตามกฎหมายอังกฤษ” วารสารอัยการ, 10, 112. เมษายน 2530, หน้า 13 - 14.

⁹ โทษประหารชีวิต ถูกยกเลิกโดย มาตรา 1 ของ The Murder Act 1965.

การฆ่าในเหตุการณ์ที่มีลักษณะพิเศษทำให้เกิดความสงสารเห็นใจจำเลยมักจะได้รับ การรอกการลง อาญา การคุมประพฤติ หรือการปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไข¹⁰

ความผิด manslaughter แบ่งออกเป็น 2 ชนิดคือ (1) voluntary manslaughter และ (2) involuntary manslaughter โดยความผิดชนิด voluntary manslaughter จะหมายความ ถึงการฆ่าผู้อื่นที่มีองค์ประกอบภายนอก (actus reus) และองค์ประกอบภายใน (mens rea) อย่างเดียวกับความผิด murder แต่มีเหตุอื่นมาประกอบทำให้ความผิด murder กลายเป็น manslaughter ซึ่งตามกฎหมายคอมมอนลอว์ มีเพียงบันดลโทสะประการเดียว แต่ต่อมาได้มีการ ออกกฎหมายเพิ่มเติมให้เหตุหย่อนความรับผิดชอบ (diminished responsibility) และการตกลง ฆ่าตัวตายด้วยกัน (suicide pact) เป็นเหตุที่ทำให้ความผิด murder กลายเป็น manslaughter¹¹ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวคือ The Homicide Act 1957 และกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ บันดลโทสะไว้ในมาตรา 3 โดยมีรายละเอียดดังนี้¹²

“มาตรา 3 ในคดีฆาตกรรมที่มีหลักฐานซึ่งคณะลูกขุนสามารถค้นพบได้ว่าผู้ถูก กล่าวหาถูกยั่วยุให้โกรธ (ไม่ว่าจะโดยการกระทำหรือโดยคำพูดหรือทั้งสองประการ) ทำให้สูญเสีย การควบคุมตนเอง ปัญหาที่ว่าการยั่วยุให้โกรธนั้นเพียงพอที่จะทำให้วิญญูชน (reasonable man) กระทำการดังที่ผู้ถูกกล่าวหากระทำหรือไม่นั้น จะต้องถูกปล่อยให้คณะลูกขุนเป็นผู้ตัดสิน และใน การตัดสินปัญหานั้น คณะลูกขุนจะต้องพิจารณาถึงทุก ๆ สิ่งทั้งที่เป็นการกระทำและคำพูด ซึ่งตามผลที่เกิดขึ้นในความเห็นของพวกเขาวิญญูชนพึงจะกระทำเช่นนั้น”

ตามมาตรา 3 ไม่ได้ให้นิยามของบันดลโทสะไว้ แต่นิยามที่เป็นที่รู้จักกันดีและมี มาก่อน Act 1957 คือที่ผู้พิพากษา Devlin ได้กล่าวไว้ในคดี Duffy [(1949) 1 ALL ER 932] ดังนี้ “...บันดลโทสะ คือการกระทำหรือส่วนหนึ่งของการกระทำที่กระทำโดยผู้ตายต่อจำเลย ซึ่งจะเป็น สาเหตุให้วิญญูชน (reasonable person) และเป็นสาเหตุจริง ๆ ที่ทำให้จำเลยสูญเสียการควบคุม

¹⁰ Glanville Williams. *Ibid.* pp. 524 – 525.

¹¹ J. C. Smith and Brian Hogan . *Ibid.* p. 331.

¹² “section 3 Where on a charge of murder there is evidence on which the jury can find that the person charged was provoked (whether by things done or by things said or by both together) to lose his self-control, the question whether the provocation was enough to make a reasonable man do as he did shall be left to be determined by the jury, and in determining that question the jury shall take into account everything both done and said according to the effect which, in their opinion, it would have on a reasonable man” Richard Card. *Criminal Law*. 13th ed. London : Butterworths, 1995, pp. 210 - 211.

ตนเองชั่วคราว และกระทำต่อผู้ตายด้วยอารมณ์ความรู้สึกที่รุนแรงที่จำเลยไม่อาจควบคุมจิตใจตนเองในขณะนั้นได้¹³

มาตรา 3 ไม่ได้แทนที่กฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีมาแต่เดิม แต่มีจุดประสงค์ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงและเสริมหลักคอมมอนลอว์ มาตรานี้ไม่ได้กล่าวถึงผลสำเร็จของข้อแก้ตัวบันดาลโทสะ โดยยังปล่อยให้เป็นที่ไปตามหลักคอมมอนลอว์ สิ่งสำคัญที่สุดที่เกิดจากมาตรา 3 คือ ถ้ามีพยานหลักฐานว่าจำเลยสูญเสียการควบคุมตนเองเป็นผลให้กระทำโดยบันดาลโทสะ ประเด็นของบันดาลโทสะต้องปล่อยให้คณะลูกขุนเป็นผู้ตัดสิน¹⁴

ก่อนการบัญญัติมาตรา 3 มีข้อจำกัด 2 ประการที่ผู้พิพากษาใช้ตั้งประเด็นบันดาลโทสะไม่ให้เข้าสู่คณะลูกขุน แม้ว่าพยานหลักฐานจะปรากฏว่าจำเลยได้ฆ่าในอารมณ์โกรธที่ จะลดทอนความผิดด้วยบันดาลโทสะได้ คือ

1. การกระทำใดที่จะประกอบกันเพียงพอที่จะก่อให้เกิดการบันดาลโทสะ จะต้องผ่านการพิจารณาไตร่ตรองอย่างรอบคอบของผู้พิพากษา ก่อนที่จะปล่อยให้เข้าสู่การรับรู้เห็นของคณะลูกขุน กรณีที่ศาลยอมรับว่าเพียงพอให้เกิดบันดาลโทสะ ได้แก่การกระทำโจมตีที่รุนแรงหรือ การทำชู้ที่เห็นกับตาของจำเลย การกระทำรูปแบบอื่นหรือคำพูดเพียงอย่างเดียวไม่ถึงว่าเพียงพอ [คดี Holmes (1946) AC 588,600]

2. ถ้าจำเลยมีเหตุผลในการกระทำที่ถูกยอมรับว่าเป็นการกระทำด้วยบันดาลโทสะ ข้อแก้ตัวของเขาอาจถูกเพิกถอนโดยหลักของผู้พิพากษาที่ว่า การกระทำต้องได้สัดส่วน กล่าวคือ วิธีของการกระทำโต้ตอบด้วยความคับแค้นใจต้องสัมพันธ์กันอย่างมีเหตุผลกับการกระทำยั่วให้บันดาลโทสะ ดังมีคำกล่าวของผู้พิพากษา Devlin ในคดี Duffy ว่า "กำปั้นต้องตอบแทนด้วยกำปั้น ไม่ใช่ด้วยอาวุธร้ายแรง" (fist might be answered with fists but not with a deadly weapon)

ข้อจำกัด 2 ประการข้างต้น ถูกแก้ไขโดยชัดแจ้งจากมาตรา 3 ปัจจุบันการกระทำยั่วให้บันดาลโทสะกฎหมายเปิดกว้าง การกระทำทั้งทางกายภาพหรือโดยคำพูดก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิดบันดาลโทสะ และอำนาจในการวินิจฉัยถึงความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานเป็นของ

¹³ "Provocation is some act or series of acts done by the dead man to the accused which would cause in any reasonable person and actually causes in the accused, a sudden and temporary loss of self-control, rendering the accused so subject to passion as to make him for the moment not master of his mind" see Micheal Jefferson. **Ibid.**, p. 61.

¹⁴ A. P. Simester and G. R. Sullivan. **Ibid.**, p. 339.

คณะลูกขุน ผู้พิพากษาไม่ใช่ผู้ตัดสินประเด็นของสัดส่วน คณะลูกขุนจะเป็นผู้ตัดสินว่าการกระทำ ยั่วร้ายบันดาลโทสะนั้นเพียงพอที่จะทำให้วิญญูชนกระทำเช่นที่จำเลยกระทำหรือไม่¹⁵

ตามหลักคอมมอนลอว์ การกระทำของผู้ตายที่ทำให้จำเลยบันดาลโทสะต้องกระทำโดยตรงต่อจำเลย เช่นในคดี Simpson [(1915) 84 JKB 1893] ดังนั้นถ้าจำเลยฆ่าด้วย เหตุผลของการกระทำที่กระทำต่อผู้อื่นก็ไม่สามารถแก้ตัวว่าบันดาลโทสะได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นบาง ประการที่ศาลได้ตัดสินว่าถือว่าเป็นการกระทำโดยตรงต่อจำเลย คือกรณีผู้ตายเป็นชู้กับภริยาของ จำเลย และกรณีผู้ตายมีกร่วมเพศกับลูกชายของจำเลย¹⁶ แต่ภายหลังการตรา The Homicide Act 1957 หลักนี้ก็หายไป ไม่มีการจำกัดว่าคำพูดหรือการกระทำนั้นต้องกระทำโดยตรงต่อจำเลย เช่นในคดี Davies [(1975) QB 691 (CA)] ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าวลีในมาตรา 3 ที่ว่า “everything both done and said” หมายถึงที่มาของบันดาลโทสะทั้งหมดไม่ว่าจะมาจากผู้ตายหรือไม่ต้อง นำมาพิจารณา ไม่มีการจำกัดว่าอะไรที่อาจจะพิจารณาเมื่อต้องตัดสินว่าวิญญูชนจะทำเช่นที่จำเลย กระทำ คณะลูกขุนต้องพิจารณาการกระทำของจำเลยและประเมินค่าตามที่มาตรา 3 กำหนด¹⁷

ในคดีที่จำเลยพบว่าภริยาของตนกำลังมีเพศสัมพันธ์กับชายอื่นแล้วฆ่าชายชู้หรือ ภริยาถึงแก่ความตาย ตามกฎหมายคอมมอนลอว์เดิมจะได้รับการเปลี่ยนความผิดจาก murder เป็น manslaughter ด้วยเหตุบันดาลโทสะ แต่ถ้าหญิงนั้นเป็นเพียงชู้รักแล้วจำเลยฆ่าหญิงชู้รักหรือ ชายอื่นจะอ้างบันดาลโทสะไม่ได้ จำเลยจึงมีความผิด murder ด้วยเหตุผลว่าจำเลยไม่มีอำนาจ เช่นในคดี Larkin [(1943) KB 174] และคดี Gauthier [(1943) 29 Cr App R113] ศาลจะไม่นำ ประเด็นที่ว่าผู้ตายเป็นชู้รักของจำเลยเข้าสู่การพิจารณาของคณะลูกขุน แต่หลังจากมีการตรา The Homicide Act 1957 หลักคอมมอนลอว์ในประเด็นที่ว่าหญิงต้องเป็นภริยาจึงจะอ้างบันดาลโทสะ ได้นี้ได้หายไป โดยมีการโต้เถียงกันทางกฎหมายว่าหลักนี้ควรยกเลิกโดยอาศัย ถ้อยคำในมาตรา 3 ที่ว่า “everything...done” ซึ่งสามารถครอบคลุมการจับได้ในขณะที่คู่สมรส คนรัก หรือชู้รัก มี เพศสัมพันธ์กับคนอื่น¹⁸

เมื่อบันดาลโทสะถูกยกขึ้น มี 2 ประเด็นที่ต้องพิจารณา ประเด็นแรกเรียกว่า subjective element พิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่ทำให้จำเลยบันดาลโทสะทำให้สูญเสียการ ควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้น ถ้าเงื่อนไขเป็นที่พอใจของคณะลูกขุนก็ต้องพิจารณาในประเด็น ต่อมาที่เรียกว่า objective element ซึ่งพิจารณาว่าวิญญูชนเมื่อถูกกระทำเช่นที่จำเลยได้รับจะ

¹⁵ *Ibid.* pp. 339 - 340.

¹⁶ Micheal Jefferson. *Ibid.* p. 62.

¹⁷ A. P. Simester and G. R. Sullivan. *Ibid.* p. 341.

¹⁸ Micheal Jefferson, *Ibid.* p. 62.

บันดาลโทสะทำให้สูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้นหรือไม่ และวิญญูชนที่สูญเสียการควบคุมตนเองจะกระทำเช่นที่จำเลยกระทำหรือไม่

(1) subjective element

(1.1) ต้องมีการกระทำบางสิ่งไม่ว่าทางกายภาพหรือโดยคำพูด ข้อกำหนดที่ว่า “something be done or said” เป็นการยืนยันว่าบันดาลโทสะต้องเกิดจากการกระทำของมนุษย์ ชาวหน้าที่พิชผลเสียหายจากน้ำท่วมทำให้รู้สึกโกรธเพื่อนบ้านที่มีที่นาอยู่สูงกว่าและฆ่าเพื่อนบ้านจะมีความผิด murder ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินในคดี Doughty [(1986) 83 Cr App R 319] ว่าเสียงร้องของทารกสามารถประกอบเป็นเหตุบันดาลโทสะได้ หรือในคดี Corlett [(1995) The Lawyer, 29 August (unreport)] การเคลื่อนย้ายหม้อมัสตาดก็ประกอบเป็นการยั่วให้เกิดบันดาลโทสะได้ อย่างไรก็ตาม ต้องมีพยานหลักฐานของการกระทำหรือคำพูดที่ก่อให้เกิดบันดาลโทสะ ดังเช่นในคดี Acott [(1996) 4 ALLER 443 (HL)] จำเลยได้ฆ่า V ซึ่งเป็นแม่ที่อาศัยอยู่ด้วยกัน V ตายจากการโจมตีอย่างบ้าคลั่งของจำเลย อาจเป็นไปได้ว่าก่อนการโจมตี V อาจทำหรือพูดอะไรที่เร่งให้จำเลยโจมตี ซึ่งจำเลยเองก็ยอมรับว่าเขาจำเหตุการณ์ในขณะนั้นไม่ได้ ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า ข้อแก้ตัวบันดาลโทสะไม่สามารถยกขึ้นได้เพียงเพราะผู้ตายอาจพูดหรือทำสิ่งใดต่อจำเลย แต่ไม่มีหลักฐานว่าเธอได้ทำหรือไม่

ในกรณีที่จำเลยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงซึ่งหากมีอยู่จริงจะช่วยให้วิญญูชนกระทำโดยบันดาลโทสะ คดีที่เป็นตัวอย่างการตัดสินว่าเป็นบันดาลโทสะโดยสำคัญผิดที่เก่าแก่ที่สุดคือคดี Brown [(1776) 168 ER 177] จำเลยเป็นตำรวจฆ่าผู้ตายในขณะบันดาลโทสะโดยเข้าใจว่าผู้ตายเป็นคนหนึ่งในพวกก่อการจลาจล โดยเมื่อเทียบเคียงกับการป้องกัน การสำคัญผิดจึงไม่ต้องการเหตุผล แม้ว่าจำเลยจะสำคัญผิดอันมีผลมาจากความมีนเมาที่ยังอ้างบันดาลโทสะได้ เช่นคดี Letenock [(1917) 12 Cr App R 221 (CCA)] จำเลยมีนเมาจึงเชื่อว่าตนเองถูกโจมตี ทั้งที่จริง ๆ แล้วไม่มี ศาลอุทธรณ์ก็ลดทอนข้อกล่าวหาว่า murder ให้เป็น manslaughter¹⁹

สำหรับกรณี self - induced provocation เป็นเรื่องที่ไม่เคยปรากฏว่ามีการยกขึ้นมาก่อนจนกระทั่งเมื่อมี The Homicide Act 1957 และเป็นปัญหาซึ่งสร้างความยุ่งยากให้กับศาลอังกฤษมาเป็นเวลาหลายปี self - induced provocation คือกรณีที่การกระทำของจำเลยเป็นสาเหตุให้ผู้ตายทำร้ายจำเลยและทำให้จำเลยสูญเสียการควบคุมตนเองและฆ่าผู้ตาย คดีที่ได้ตัดสินวางหลัก self - induced provocation คือคดี Edwards [(1973) AC 648] ข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยได้พยายามกรรโชก (black mail) เอาเงินจากผู้ตาย และเมื่อจำเลยจะไปเก็บเงิน ผู้ตายได้ทำร้ายจำเลยด้วยมีด ระหว่างการต่อสู้ จำเลยได้แยงมีดจากผู้ตายและแทงเขาถึงแก่ความตาย ซึ่งผู้พิพากษา Pearson ได้วางหลักไว้ว่า จำเลยไม่สามารถอาศัยผลที่จำเลย

¹⁹ Ibid. p. 66.

คาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนเพื่ออ้างว่าก่อให้เกิดบันดาลโทสะอันจะลดข้อหาการฆ่าของเขาจากความผิด murder ให้เป็น manslaughter และผลที่คาดหมายได้อาจจะต้องคำนึงถึงระดับความรุนแรงของการกระทำโต้ตอบของผู้ตายด้วย ถ้าการโต้ตอบของผู้ตายเป็นการรุนแรงเกินขอบเขต (extreme lengths) ก็อาจจะเพียงพอที่ก่อให้เกิดบันดาลโทสะ ปัญหาของระดับความรุนแรงของการกระทำโต้ตอบของผู้ตายต้องตัดสินโดยคณะลูกขุน

ประเด็นที่ว่า การโต้ตอบของผู้ตายต่อการกระทำของจำเลยจะทำให้จำเลยบันดาลโทสะได้ ต้องเป็นการโต้ตอบที่รุนแรงเกินขอบเขตตามหลักของผู้พิพากษา Pearson นั้นถูกโต้แย้งโดยผู้พิพากษา Watkins ในคดี Johnson [(1989) 89 Cr App R 148] ข้อเท็จจริงในคดีนี้ทั้งจำเลยและผู้ตายได้ไปดื่มสุราที่ไนท์คลับ จำเลยได้ปฏิบัติอย่างรุนแรงต่อผู้ตายและเพื่อนหญิงของผู้ตาย และเกิดการต่อสู้กัน จำเลยได้ชักมีดของตนแทงผู้ตายจนตาย ศาลตัดสินว่าจำเลยกระทำความผิด murder จำเลยได้อุทธรณ์โต้แย้งคำตัดสินโดยอ้างว่าผู้พิพากษาควรจะต้องแนะนำประเด็นบันดาลโทสะต่อคณะลูกขุนแม้ว่าจำเลยจะเป็นฝ่ายก่อเหตุ คดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้เพิกถอนคำตัดสินว่า murder และตัดสินว่าผิด manslaughter โดยผู้พิพากษา Watkins ได้วางหลักว่า ในการตีความถ้อยคำในมาตรา 3 ต้องตีความอย่างชัดแจ้งดังเช่นในคดี Camplin ซึ่งได้ตัดสินภายหลังคดี Edward ไม่ถูกต้องที่จะกันไม่ให้ประเด็นบันดาลโทสะเข้าสู่การพิจารณาของคณะลูกขุนเพียงเพราะมีข้อเท็จจริงว่าการกระทำของจำเลยเป็นเหตุให้ผู้ตายกระทำโต้ตอบซึ่งทำให้จำเลยสูญเสียการควบคุมตนเอง ถ้อยคำในมาตรา 3 เป็นที่ชัดเจนว่าถ้ามีพยานหลักฐานที่อาจแสดงได้ว่าการกระทำหรือคำพูดหรือทั้งสองประการที่ยั่วให้จำเลยสูญเสียการควบคุมตนเอง ประเด็นบันดาลโทสะต้องถูกปล่อยเข้าสู่การรู้เห็นของคณะลูกขุน อย่างไรก็ตามคณะลูกขุนก็ยังคงต้องพิจารณาด้วยว่าวิญญูชนจะกระทำเช่นที่จำเลยกระทำหรือไม่²⁰

ในปัจจุบันนี้แม้การจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ก็สามารถเป็นการกระทำที่ยั่วได้ และแม้ว่าการจับกุมจะเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย จุดหนึ่งที่ไม่ได้กล่าวไว้ในคดี Johnson คือกรณีที่จำเลยตั้งใจจัดให้มีการชักจูงให้ผู้ตายกระทำโงมตีตนเองเพื่อที่จะอ้างว่าถูกยั่วให้บันดาลโทสะ ซึ่งยังไม่มีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานไว้แต่อาจเป็นไปได้ว่าการกระทำของจำเลยในการตัดสินใจที่จะทำให้ผู้อื่นกระทำโงมตีตนเองเพื่ออ้างว่าถูกยั่ว เป็นการปฏิเสธการกระทำโดยบันดาลโทสะที่เกิดขึ้นภายหลัง²¹

(1.2) เป็นผลทำให้จำเลยสูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้น (sudden and temporary loss of self control) แม้จะมีพยานหลักฐานแสดงถึงความรุนแรงของ

²⁰ Alan Reed and Peter Seago. **Criminal Law**. London : Sweet & Maxwell, 1999, pp. 323 - 324

²¹ Micheal Jefferson, *Ibid*. pp. 66 - 67 .

การกระทำที่ทำให้บันดาลโทสะ แต่ก็ยังต้องมีพยานหลักฐานที่แสดงว่าจำเลยสูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้น เช่นในคดี Cocker [(1989) Crim LR 740 (CA)] จำเลยฆ่าภรรยาซึ่งป่วยเป็นโรคที่รักษาไม่หายตามที่เธอขอร้องให้เขาทำมาตลอด ประเด็นของบันดาลโทสะไม่ถูกยกขึ้น เหตุการณ์ของการฆ่าซึ่งบอกว่าเป็นการไตร่ตรองไว้ก่อน การสูญเสียการควบคุมตนเองเป็นเรื่องทางจิตใจซึ่งไม่สามารถตัดสินใจได้อย่างแม่นยำ การอธิบายที่สำคัญคือที่ผู้พิพากษา Devlin ได้กล่าวไว้ในคดี Duffy ว่า การสูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้นแปลได้ว่าจำเลยมีโทสะเกินกว่าที่เขาจะควบคุมจิตใจของตนเองได้ “sudden and temporary loss of self-control, rendering the accused so subject to passion as to make him or her master of his mind”²²

การสูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้นซึ่งบอกว่าจะต้องเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติที่โต้ตอบต่อการกระทำที่ทำให้บันดาลโทสะ ดังนั้นสิ่งที่ซึ่งบอกถึงแผนการหรือการตั้งใจฆ่า จะเข้ากันไม่ได้กับคำแก้ตัวว่าเป็นการฆ่าที่อยู่นอกเหนือการควบคุมตนเอง ซึ่งก็รวมถึงระยะเวลาที่ผ่านไป (lapse of time) ระหว่างเหตุการณ์ที่ทำให้บันดาลโทสะและการกระทำโต้ตอบของจำเลยจะเป็นการทำลายข้อแก้ตัวว่าสูญเสียการควบคุมตนเอง ดังในคดี Ibrams [(1982) 74 Cr App R 154 (CA)] เหตุการณ์ที่ผู้ตายทำให้จำเลยบันดาลโทสะเกิดในวันที่ 7 ตุลาคม จำเลยได้วางแผนร่วมกับผู้อื่นที่จะฆ่าผู้ตายในวันที่ 10 ตุลาคม และได้ฆ่าผู้ตายสำเร็จเมื่อวันที่ 12 ตุลาคม ซึ่งคดีนี้ศาลตัดสินว่าไม่มีพยานหลักฐานของการสูญเสียการควบคุมตนเอง สิ่งสำคัญในคดีนี้คือการวางแผนการไตร่ตรองอย่างรอบคอบและระยะเวลาที่ผ่านไปที่ขัดเค้นการฆ่าอย่างธรรมชาติ²³

ต่อมาศาลอังกฤษเริ่มยอมรับประเด็นบันดาลโทสะให้เข้าสู่การรับรู้เห็นของคณะลูกขุนมากขึ้น มีการพิจารณาขยายระยะเวลาที่ผ่านไประหว่างการฆ่ากับเหตุการณ์ที่ทำให้บันดาลโทสะ ที่เห็นได้ชัดคือกรณีการกระทำที่ทารุณโหดร้ายเป็นเวลายาวนานแม้การกระทำครั้งสุดท้ายจะเป็นเพียงเรื่องเล็กน้อย โดยศาลเห็นว่าจุดเดือดสามารถเกิดจากการใส่ไฟทีละน้อยๆ อย่างต่อเนื่อง โดยจัดเป็น cumulative provocation หรือ battered women's syndrome เช่นในคดี Thornton [(1992) 1 All ER 306 (CA)] จำเลยถูกสามีทำร้ายร่างกายตลอดปีแรกของการแต่งงาน คินเกิดเหตุสามีของจำเลยเมาสุราและตำว่าเธอ จำเลยจึงเข้าไปอีกห้องเพื่อหามิดป้องกันตัว สามีของเธอเห็นเช่นนั้นจึงตำว่าเธอหาว่าเธอจะฆ่าเขา และขู่ว่าจะฆ่าถ้าเธอนอนหลับ จำเลยได้ใช้มีดแทงสามีที่ท้องหนึ่งครั้งเป็นเหตุให้เขาถึงแก่ความตาย และคดี Ahluwalia [(1992) 4 All ER 859 (CA)] จำเลยฆ่าสามีที่กระทำทารุณโหดร้ายต่อเธอมาเป็นเวลากว่าสิบปี โดยรอคอยให้เขานอนหลับแล้วเอากระป๋องน้ำมันสาดลงบนเตียงและจุดไฟเผา ทั้งสองคดีได้ลดทอน

²² A. P. Simester and G. R. Sullivan. *Ibid.* p. 342.

²³ *Ibid.*, p. 343.

ความสำคัญของระยะเวลาที่ผ่านไปจากรูปแบบที่เป็นอุปสรรคทางกฎหมาย ไปสู่สิ่งที่สัมพันธ์กับพยานหลักฐานที่เป็นประเด็น subjective ของการกระทำของจำเลย ในข้อเท็จจริงของการสูญเสียการควบคุมตนเอง ผู้พิพากษา Taylor กล่าวว่า battered women's syndrome สามารถอธิบายได้ว่าทำไมเรื่องเพียงเล็กน้อยสามารถนำไปสู่การฆ่าได้ ศาลอุทธรณ์ได้เน้นหนักกว่า cumulative provocation เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย การสูญเสียการควบคุมตนเองจะต้องเกิดขึ้นในทันทีหรือไม่ไม่ใช่สาระของบันดัลโทสะแต่การฆ่ายังต้องในขณะที่เลือดร้อน²⁴

(2) objective element

ประเด็นนี้เป็นการพิจารณาโดยคณะลูกขุนว่าผลของการกระทำหรือคำพูดนั้นจะมีผลต่อวิญญูชนอย่างไร และถ้าอาจทำให้วิญญูชนสูญเสียการควบคุมตนเอง เขาจะกระทำเช่นที่จำเลยกระทำหรือไม่ โดยผู้พิพากษา Diplock ในคดี Camplin ได้ให้ความหมายของวิญญูชน (reasonable man) ว่า วิญญูชนใน The Homicide Act 1957 คือบุคคลซึ่งมีอำนาจในการควบคุมตนเองตามที่คาดได้ว่าบุคคลทั่ว ๆ ไปที่มีอายุและเพศเช่นที่จำเลยมี แต่บุคลิกลักษณะ (characteristic) อื่น ๆ ของจำเลย สถานการณ์ที่จำเลยประสบ ประวัติความเป็นมาของจำเลย คณะลูกขุนต้องพิจารณาเฉพาะที่มีผลกับการชั่งน้ำหนักบันดัลโทสะของเขา เช่นการเรียกหญิงสาวว่าโสเภณี อาจทำให้เกิดการกระทำโต้ตอบ แต่ถ้าเรียกชายเช่นนั้นอาจไม่เกิดขึ้น และเห็นว่าการกระทำโต้ตอบของวิญญูชนนั้นขึ้นอยู่กับสถานการณ์ทางสังคม ในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 17 การดิงจุมูกชายคนหนึ่ง วิญญูชนอาจโต้ตอบด้วยดาบ แต่หากเป็นปัจจุบันกลับไม่เหมือนกัน

บุคลิกลักษณะ (characteristic) แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. control characteristic เป็นบุคลิกลักษณะของจำเลยที่อาจไม่ใช่สิ่งที่ถูกกระทำให้บันดัลโทสะโดยตรง แต่เป็นเหตุผลส่วนตัวของจำเลยที่ทำให้ให้อธิบายได้ว่าทำไมจำเลยจึงบันดัลโทสะ เช่น อายุ เพศ ของจำเลย จำเลยที่เป็นเด็กชายอายุ 15 ปี เมื่อถูกด่าว่าที่เขายอมมีเพศสัมพันธ์กับผู้ชายด้วยกัน (คดี Camplin) เด็กที่อายุน้อยย่อมมีความสุขไม่เท่าผู้ใหญ่

2. response characteristic เป็นบุคลิกลักษณะที่อธิบายถึงน้ำหนักของบันดัลโทสะ เช่นการไร้สมรรถภาพทางเพศของชายเมื่อถูกด่าว่าถึงการไร้ความสามารถของเขา หรือจุดต่างบนใบหน้ามีน้ำหนักต่อการกล่าวเกี่ยวกับใบหน้าของเขา²⁵

จาก The Homicide Act 1957 ทำให้เกิดหลักว่าเมื่อปรากฏพยานหลักฐานซึ่งอาจทำให้คณะลูกขุนได้พบว่าจำเลยกระทำความผิดไปโดยบันดัลโทสะ เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องปล่อยประเด็นนั้นสู่คณะลูกขุน หลักนี้บังคับแม้ว่าพยานหลักฐานนั้นจะน้อยมาก ดังที่ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินในคดี Newell (No 2) [(1989) Crim LR 906] ว่าแม้มีพยานหลักฐานเพียง

²⁴ *Ibid.*, p. 344.

²⁵ Alan Reed and Peter Seago. *Ibid.*, pp. 326 - 329

ประการเดียวของจำเลย ประเด็นว่าจำเลยสูญเสียการควบคุมตนเองก็ต้องเข้าสู่การรู้เห็นของคณะลูกขุน หรือแม้ว่าจำเลยจะไม่พยายามยกบันดาลโทสะขึ้นต่อสู้ โดยจำเลยในคดีนี้ยกประเด็นเหตุหย่อนความรับผิดชอบ (diminished responsibility) หรือในคดี Cox [(1995) 2 Cr App R 513 (CA)] จำเลยต่อสู้ว่าป้องกัน แต่เมื่อมีพยานหลักฐานของบันดาลโทสะ ศาลต้องปล่อยประเด็นนี้เข้าสู่คณะลูกขุน หรือในคดี Sawyer [(1989) Crim LR 906 (CA)] จำเลยได้ให้การว่าภริยาของจำเลยตายด้วยอุบัติเหตุ ซึ่งประเด็นบันดาลโทสะเป็นเรื่องที่ขัดกับข้อกล่าวอ้างของจำเลยก็ตาม หากมีพยานหลักฐานซึ่งอาจทำให้คณะลูกขุนลงมติว่าบันดาลโทสะ แม้ผู้พิพากษาจะไม่เชื่อว่าจะมีวิญญูชนกระทำดังเช่นที่จำเลยทำก็ตาม²⁶

ในเรื่องภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ว่าจำเลยบันดาลโทสะหรือไม่ เป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่าโจทก์ต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิด (The Prosecution has the burden of proving beyond reasonable doubt that accused has committed the actus reus of an offence with mens rea)²⁷ และแม้บันดาลโทสะจะเป็น defence ที่จำเลยยกขึ้นอ้าง หรือศาลเห็นเอง แต่ภาระการพิสูจน์ว่าเป็นบันดาลโทสะหรือไม่ก็ยังเป็นหน้าที่ของโจทก์ คดีที่ตัดสินเป็นบรรทัดฐานคือคดี Woolmington [(1935) AC 462 HL] ซึ่งศาลฎีกาได้ตัดสินว่าเมื่อผู้พิพากษาปล่อยประเด็นให้คณะลูกขุนพิจารณาว่าการกระทำของผู้ตายอาจทำให้จำเลยบันดาลโทสะ ภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยบันดาลโทสะหรือไม่เป็นหน้าที่ของโจทก์²⁸

4.1.2 ที่อยู่ของบันดาลโทสะ ในความผิดอื่นที่มีใช้ความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (homicide) เมื่อได้ความในชั้นวินิจฉัยความผิด (trial stage) ว่าจำเลยกระทำความผิด ในชั้นของการกำหนดโทษ (sentencing stage) หากมีเหตุลดโทษเนื่องจากจำเลยกระทำไปโดยบันดาล

²⁶ Micheal Jefferson, *Ibid.* pp. 74 - 75.

²⁷ นอกจากจะมีข้อยกเว้นตามกฎหมายให้จำเลยมีภาระการพิสูจน์ เช่น ตาม The Prevention of Corruption Act 1916 มาตรา 2 กำหนดให้ถือว่าเจ้าพนักงานที่ถูกกล่าวหาเป็นผู้ให้หรือรับสินบน ถ้าเป็นในทางตรงข้าม เจ้าพนักงานนั้นต้องพิสูจน์ หรือตาม The Criminal Procedure Act 1964 มาตรา 6 กำหนดให้จำเลยที่อ้างว่าวิกลจริต (insanity) มีภาระการพิสูจน์ การวิกลจริต เป็นต้น รายละเอียดโปรดดู L.B. Curzon. **Law of Evidence.** Great Britain : Macdonald & Evans, 1978, pp. 53 - 55.

²⁸ Richard Card. *Ibid.* pp. 96 - 97.

โทษ ศาลก็จะใช้ดุลพินิจลดโทษให้กับจำเลยได้ บันดาลโทษในคดีทั่ว ๆ ไปนี้จึงอยู่นอกหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา โดยจัดเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่ง²⁹

ในความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่ผู้กระทำผิดได้กระทำไปโดยบันดาลโทษ ตามมาตรา 3 ของ The Homicide Act 1957 นั้น ในชั้นวินิจฉัยความผิด บันดาลโทษเป็น defence ชนิด special defence ซึ่งใช้เฉพาะในความผิด murder ซึ่งหากฟังได้ว่าจำเลยได้กระทำไปโดยบันดาลโทษก็จะได้รับการลดทอนความผิดเป็น manslaughter ที่เป็นประเภท voluntary manslaughter ซึ่งความผิดนี้ศาลมีดุลพินิจที่จะกำหนดโทษเท่าใดก็ได้ โดยองค์ประกอบของความผิดนี้มีองค์ประกอบภายนอกคือส่วนการกระทำที่ผิดกฎหมาย (actus reus) และองค์ประกอบภายในคือส่วนองค์ประกอบภายในจิตใจ (mens rea) เหมือนความผิด murder แต่องค์ประกอบภายในที่เรียกว่า malice aforethought³⁰ จะมีเหตุบันดาลโทษมาประกอบด้วย บันดาลโทษในชั้นวินิจฉัยความผิดจึงอยู่ในหลักการวินิจฉัยความผิดโดยเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายในจิตใจ ส่วนในชั้นกำหนดโทษ การกระทำโดยบันดาลโทษก็เป็นข้อเท็จจริงหนึ่งที่ศาลนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษจำเลยเหมือนความผิดอื่น ๆ โดยจัดเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่ง

4.2 ประเทศเยอรมัน

²⁹ เนื่องจากระบบในการกำหนดอัตราโทษในกฎหมายอังกฤษไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ กฎหมายอังกฤษจึงไม่มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องเหตุบรรเทาโทษ (mitigation) ไว้โดยตรง แต่ศาลจะยกเหตุต่าง ๆ ชั่วลดโทษให้แก่จำเลยและกำหนดโทษไปทีเดียวพร้อมกัน รายละเอียดโปรดดู นฤมล อังคณาภิวัฒน์. “เหตุบรรเทาโทษ : ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการใช้ในศาลไทยกับศาลต่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537, หน้า 40 – 47.

³⁰ คำว่า malice aforethought มีความหมายประกอบด้วย

1. เจตนาฆ่า (an intention to kill) หรือ
2. เจตนาทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส (an intention to cause grievous bodily

harm)

4.2.1 การกระทำโดยบันดาลโทสะ³¹ การกระทำโดยบันดาลโทสะในประเทศเยอรมันมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในคดีความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาที่เรียกว่า Totschlag³² เท่านั้นส่วนความผิดอาญาอื่นที่ไม่ใช่ความผิด Totschlag ที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะ ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการชัดแจ้ง โดยเหตุบันดาลโทสะจะถูกนำมาพิจารณาภายหลังจากที่พิจารณาได้ความแล้วว่าจำเลยได้กระทำผิด บันดาลโทสะในความผิดนี้จึงเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ศาลนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ (Strafzumessungsvorschrift) ที่เหมาะสมแก่จำเลยร่วมกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ³³ จึงจัดเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่ง

ส่วนในคดีความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาที่เรียกว่า Totschlag บัญญัติไว้ในมาตรา 212 StGB โดยมีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 212 (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยประการอื่นนอกจากกรณีตามมาตรา 211 ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี

³¹Eduard Dreher and Herbert Trondle. **Strafgesetzbuch und nebengesetze.** Muechen : C.H.Beck, 1981, pp. 914 - 917. ผู้เขียนได้รับความอนุเคราะห์ในการแปลหนังสือเล่มนี้ซึ่งเป็นภาษาเยอรมันจากท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร

³²ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) ได้แบ่งความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาเป็น 2 ประเภท คือ การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาที่เรียกว่า Mord ตามมาตรา 211 กับการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาที่เรียกว่า Totschlag ตามมาตรา 212 และในทางวิชาการมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องมาตรา 211 และ 212 โดยฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่ามาตรา 211 และ 212 นี้ต่างเป็นอิสระต่อกันต่างเป็นความผิดโดยเฉพาะ แต่อีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่ามาตรา 211 เป็นบทบรรณาธิของมาตรา 212

³³ประเทศเยอรมัน ได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษจำเลย โดยให้พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) มาตรา 46 และ 47, พิจารณาจากความเห็นของอัยการซึ่งอัยการเป็นผู้มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเสนอต่อศาลและเข้าสู่การรับรู้ของศาล โดยต้องเสนอพยานหลักฐานทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่จำเลย ตามมาตรา 160 II และ 160 III ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) และพิจารณาจากข้อเท็จจริงในระหว่างการดำเนินคดี ซึ่งศาลจะต้องค้นหาความจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยให้มากที่สุด ไม่ว่าจะเป็ประวัติส่วนตัวหรือภูมิหลัง ประวัติการกระทำความผิด ตลอดจนข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งที่เป็นผลดีและผลร้าย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปอย่างถูกต้อง รายละเอียดโปรดดู เกียรติภูมิ แสงศศิธร. เรื่องเดียวกัน. หน้า 62 - 65.

(2) ในการฆ่าที่เป็นการทารุณโหดร้าย ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”

การฆ่าตามมาตรา 212 หากได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะก็จะได้รับการลดอัตราส่วนโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 213 โดยมีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 213 ผู้ใดกระทำผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยบันดาลโทสะเนื่องจากตนเองหรือญาติใกล้ชิดถูกปฏิบัติที่มีชอก หรือจากการดูหมิ่นที่ร้ายแรงจากผู้ถูกฆ่า โดยมีใช้ความผิดของตนเอง และกระทำผิดในทันใด หรือมีเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี”³⁴

มาตรา 213 นี้ใช้เฉพาะการฆ่าผู้อื่นที่เป็นความผิดตามมาตรา 212 เท่านั้น ไม่ใช้กับการฆ่าตามมาตรา 211 หรือการฆ่าผู้ที่ยินยอมให้ฆ่าตามมาตรา 216 และเป็นบทบัญญัติว่าด้วยดุลพินิจในการลงโทษของศาล (Strafzumessungsvorschrift) ทำนองเดียวกับเหตุบรรเทาโทษ ซึ่งกฎหมายเปิดกว้างให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ามีเหตุบันดาลโทสะ (Provokation) หรือเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น (minder schwerer Fall) หรือไม่ โดยพิจารณาจากการชั่งน้ำหนักทั้งหมดเกี่ยวกับตัวผู้กระทำและการกระทำเป็นเกณฑ์ ทั้งกรณีโมโหโทโสที่เกิดจากการดูหมิ่นอย่างร้ายแรง (schwrer Beleidigung) หรือการปฏิบัติที่มีชอก (Misshandlung) ต่อตนเองหรือบุคคลใกล้ชิด ซึ่งเกิดขึ้นโดยมีใช้ความผิดของตน และอาจจะนำสภาวะที่ถูกยั่วเย้าอย่างอื่นที่มีน้ำหนักใกล้เคียงกันเข้ามาประกอบการพิจารณาด้วย โดยเหตุที่จะบรรเทาโทษได้ต้องไม่ได้เกิดจากตนเอง แต่มีสิ่งภายนอกมากระตุ้น

เหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น (minder schwerer Fall) ที่ศาลเคยวินิจฉัยไว้เช่น เกิดจากการตื่นตระหนกอย่างมาก เกิดจากความสามารถในการควบคุมตนเองลดลงเนื่องจาก

³⁴ 212 (1) Wer einen Menschen totet, Ohne Morder zu sein, wird als Totschluger mit Freiheitsstrafe nicht unter funf Jahren bestrafft.

(2) In besonders schweren Fallen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen

213 War der Totschluger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen Zugefugte Misshandlung oder schwere Beleidigung von dem Getoteten Zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zue Tat hingerissen worden oder liegtsonst ein minder schwerer Fall vor, vso ist die strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu funf Jahren ; Eduard Dreher and Herbert Trondle. **Ibid.** pp. 908, 914.

อิทธิพลของแองกอสอลล์ หรือเกิดจากตกอยู่ในสถานะที่จนตรอก อยู่ในความกดดันหรือความกลัว การปฏิบัติที่มีขอบ (Misshandlung) ได้แก่การทำร้ายหรือทำมีขอบต่อร่างกาย เช่น การตัดผมโดยเจ้าของไม่อนุญาต ก็เป็นการปฏิบัติที่มีขอบอันจะอ้างบันดาลโทษได้

การดูหมิ่นอย่างร้ายแรง (schwere Beleidigung) ไม่ใช่เฉพาะกรณีการลบหลู่เกียรติอันเป็นการดูหมิ่นตามความหมายทั่วไปเท่านั้น แต่มีความหมายกว้างโดยรวมถึงการกระทำที่ร้ายแรงอย่างอื่นทุกสถาน เช่นการไม่เคารพต่อเกียรติต่อศักดิ์ศรีความเป็นเจ้าบ้าน ตัวอย่างเช่น กรณี A เข้าไปในบ้านของ B ซ้ำ ๆ กันหลายครั้ง โดยปราศจากความเคารพต่อความเป็นเจ้าบ้านของ B เป็นการกระทำที่ไม่เคารพต่อสิทธิของเจ้าบ้าน ซึ่งถือเป็นการดูหมิ่น B อย่างร้ายแรง ที่ B จะอ้างบันดาลโทษกระทำต่อ A ได้ หรือบางกรณีแม้จะไม่เป็นการดูหมิ่นตามความหมายทั่วไป แต่ก็ถือเป็นการดูหมิ่นอย่างร้ายแรง ตัวอย่างเช่น A บอก B ว่าภรรยา B เป็นชู้กับ C หรือการที่ภรรยา B ไปมีสัมพันธ์ชู้สาวกับ C เช่นนี้เป็นการลบหลู่เกียรติ B ผู้เป็นสามีอย่างร้ายแรง B อ้างบันดาลโทษกระทำต่อ A ภรรยา B และ C ได้

การกระทำที่เป็นเงื่อนไขของบันดาลโทษ ต้องมิได้เกิดขึ้นจากความผิดของผู้กระทำ เช่นกรณีทะเลาะวิวาทกันจะอ้างบันดาลโทษไม่ได้ และต้องกระทำในทันทีทันใดขณะบันดาลโทษ ถ้าผู้กระทำสำคัญผิดในพฤติการณ์ต่าง ๆ ของบันดาลโทษ ก็อ้างสำคัญผิดเพื่อให้ได้รับการพิจารณาลดอัตราส่วนโทษตามมาตรา 213 นี้ได้ ซึ่งมาตรา 213 นี้ถือเป็นบทเบาของมาตรา 212 หากศาลพิจารณาได้ว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยเข้าเงื่อนไขตามมาตรา นี้ ก็จะได้รับ การลดอัตราส่วนโทษจากจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี เป็นจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 5 ปี

อย่างไรก็ตามแม้ผู้กระทำผิดจะได้รับการลดอัตราส่วนโทษจากมาตรา 212 เป็นมาตรา 213 แล้ว แต่ในการที่ศาลจะพิจารณาโทษที่เหมาะสมที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด ศาลก็จะต้อง นำบันดาลโทษไปพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอื่น ๆ ตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ เพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่ผู้กระทำอีกเช่นเดียวกับการกระทำโดยบันดาลโทษในความผิดอื่น ๆ ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น

ในคดีที่มีประเด็นว่าจำเลยกระทำความผิดในขณะบันดาลโทษหรือไม่ ซึ่งตามกฎหมายประเทศอังกฤษจะกำหนดให้โจทก์มีหน้าที่นำสืบตั้งที่กล่าวแล้วข้างต้น แต่สำหรับประเทศเยอรมัน เนื่องจากมีรูปแบบการดำเนินคดีอาญาเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution) ลักษณะการดำเนินคดีอาญาจึงไม่ใช้การต่อสู้คดีระหว่างคู่ความสองฝ่ายอย่างเช่น การดำเนินคดีอาญาในประเทศอังกฤษ³⁵ หากแต่ศาล อัยการ ตำรวจ หรือแม้แต่นายจำเลย ต่าง

³⁵รูปแบบการดำเนินคดีอาญาของประเทศอังกฤษแต่เดิมเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน (Popular Prosecution) กล่าวคือ ประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้อง

มีหน้าที่ร่วมมือกันค้นหาความจริง โดยไม่จำกัดอยู่กับรูปแบบพิธี ไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐานที่หุ้มหยม ศาลจึงเป็นผู้ถามพยานเองและจะค้นหาความจริงจนเป็นที่พอใจ ในเรื่องพยานหลักฐาน อัยการและจำเลยจะเป็นเพียงผู้ที่คอยกระตุ้นให้ศาลดำเนินการโดยการอ้างการร้องขอให้ศาลสืบพยานต่าง ๆ และศาลเองก็มีหน้าที่สืบพยานเพิ่มเติมเองโดยผลการด่วย การดำเนินคดีอาญาในประเทศเยอรมันจึงไม่มีเรื่องที่น่าสืบ³⁶

4.2.2 ที่อยู่ของบันดัลโทสะ การกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะในคดีทั่วไป ศาลจะนำมาพิจารณาภายหลังจากที่พิจารณาได้ความแล้วว่าจำเลยกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง โดยบันดัลโทสะจัดเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่จำเลยร่วมกับข้อเท็จจริงอื่นๆ ตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ บันดัลโทสะในคดีทั่วไปจึงอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา

ในคดีทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่เรียกว่า Totschlag ตามมาตรา 212 นั้น เมื่อพิจารณาตามโครงสร้างการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาได้ความว่าจำเลยกระทำความผิดตามมาตรา

คดีอาญาได้โดยไม่คำนึงถึงว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงหรือไม่ โดยในทางปฏิบัติส่วนมาก ตำรวจจะดำเนินคดีขึ้นมาก่อนภายใต้การควบคุมของ Director of Public Prosecution (D.P.P.) และในบางกรณี D.P.P. ก็เข้าดำเนินคดีเองหรือเข้าควบคุมคดีอย่างใกล้ชิด ส่วนในศาลก็ใช้ Barrister เป็นผู้แทนแผ่นดิน ลักษณะการดำเนินคดีอาญาจึงเท่ากับเอกชนฟ้องเอกชน ระบบการค้นหาความจริงจะเป็นแบบต่อสู้คดีหรือระบบปรปักษ์ (Adversary System or Fight Theory) คือ คู่ความทั้งสองฝ่ายต่างมีฐานะเท่าเทียมกันในศาล คู่ความเป็นผู้มีหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐาน (เชิงอรรถที่ 35 ต่อ) และมีการซักค้านพยาน (Cross Examination) ผู้พิพากษาเป็นเพียงผู้ควบคุมให้มีการต่อสู้คดีอย่างยุติธรรม แม้ต่อมาประเทศอังกฤษได้เปลี่ยนมาใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐในปี ค.ศ.1986 และมีการก่อตั้งองค์กรที่เรียกว่า Crown Prosecution Service (CPS) อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของ D.P.P. โดย CPS มีอำนาจหน้าที่ในการฟ้องคดีอาญาซึ่งตำรวจเป็นผู้สอบสวนทั้งหมดยกเว้นคดีเล็กน้อย แต่สิทธิในการฟ้องคดีของผู้เสียหายตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนก็ยังคงอยู่ ภายใต้การกำกับดูแลของ CPS แต่อย่างไรก็ตาม ระบบการค้นหาความจริงก็ยังคงเป็นการค้นหาความจริงแบบต่อสู้คดีหรือระบบปรปักษ์อยู่ รายละเอียดโปรดดู คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542, หน้า 13.

³⁶คณิต ฒ นคร. “วิธีพิจารณาความอาญาไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน.” ใน สำนักงานอัยการสูงสุด. รวบรวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2540, หน้า 312 - 316.

212 แล้ว หากมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้กระทำความผิดไปโดยบันดาลโทสะ ศาลก็จะลงโทษตามบท เมาคือมาตรา 213 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยดุลพินิจในการลงโทษของศาล (Strafzumessungsvorschrift) ที่กฎหมายเปิดกว้างให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ามีเหตุบันดาลโทสะหรือไม่ ซึ่ง อาจเรียกได้ว่าเป็นเหตุบรรเทาโทษนั่นเอง และจัดเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบ อาญา

4.3 ประเทศไทย

4.3.1 การกระทำโดยบันดาลโทสะ การกระทำโดยบันดาลโทสะมีบัญญัติอยู่ใน กฎหมายไทยมาตั้งแต่อดีต คือกฎหมายตราสามดวง ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ ร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ.118 และกฎหมายลักษณะอาญา และที่ยังใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันอัน ได้แก่ประมวลกฎหมายอาญา

(1) การกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายในอดีต

(1.1) กฎหมายตราสามดวง กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายซึ่งมีมา ตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา และได้รับการชำระใหม่ในรัชสมัยของรัชกาลที่ 1 โดยการรวบรวม ตรวจสอบกฎหมายที่กระจัดกระจายให้มาอยู่รวมกันเป็นหมวดหมู่ และตัดทอนบางส่วนที่ขัดแย้ง ข้ำซ้อนกันออกเพื่อให้มีความเหมาะสมกับสภาพของสังคมไทยในยุคนั้น³⁷ โดยในกฎหมายตรา สามดวงได้บัญญัติถึงเหตุบันดาลโทสะไว้ในกฎหมายลักษณะผิดเมีย มาตรา 9 โดยใช้คำว่า บันดาลโกรธซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับบันดาลโทสะ มีรายละเอียดดังนี้ “หญิงใดทำชู้เหนือผัว ผัวจับชู้ได้มีทันพิจารณาบันดาลโกรธตีฆ่าฟันแทงชายชู้นั้นตายไซ้ให้พิจารณา ถ้าเปนสัจว่าชาย ทำชู้ด้วยเมียมันจริง มิให้เอาโทษแก่ชายเจ้าเมียนั้นเลย ถ้าชายผู้ฆ่านั้นฆ่าตีหญิง หญิงหนีรอด ไซ้ให้เอาหญิงนั้นเปนคนหลวง ท่านจให้ลงโทษประการใด ตามพระราชอาญาท่านนั้นแล”

ถ้าชายนั้นอ้างเหตุโดยไม่เป็นความจริงก็ต้องรับโทษตามมาตรา 12 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดว่าชายผู้หนึ่งทำชู้ด้วยเมียตน เอาแต่ชายซึ่งว่าเปนชู้นั้นไปฆ่าฟันตาย ถ้าเปน สัจว่าผิดเมียมันจริงก็ตี มันเลมิดให้ลงโทษโดยโทษาญโทษแลให้ไหมโดยตีคนตาย คนซึ่งไปด้วย ให้ไหมจงท่วมคน ถ้ามิได้ผิดเมียมันไซ้ ให้ฆ่ามันคนร้ายซึ่งทำแก่ท่าน ให้ตกไปตามกัน”

ผู้ที่อ้างเหตุบันดาลโทสะได้จะต้องเป็นสามีของหญิงนั้นเท่านั้น ถ้า เป็นญาติพี่น้องของชายผู้เป็นสามีจับได้ว่าหญิงนั้นมีชู้และฆ่าชายชู้นั้นตายเอง ผู้ที่ฆ่าชายชู้นี้จะ

³⁷ สุทธิวาหนฤพุดิ, หลวง. คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514, หน้า 88.

อ้างเหตุที่หญิงมีชู้มายกเว้นโทษไม่ได้ตามมาตรา 14 ซึ่งบัญญัติว่า “หญิงใดผิดไปราชการ และไปด้วยกิจธุระค้าขายต่างเมือง อยู่พวยหลังมีชู้ผู้ชายอื่น แลพี่น้องแห่งผิดจับชายชู้นั้นได้ใช้ ท่านทำให้กฎหมายไว้ยังแห่งสุภาพเจ้าเมืองให้รู้ ต่อเมื่อใดผิดมาหาความให้หาโดยขนาด ถ้าพ่อแม่พี่น้องชายผู้ผิดตีฟันแทงชายชู้มีบาดเจ็บใช้ ให้ใหม่โดยค่าตีบาดเจ็บ ถ้าถึงตายให้ฆ่าผู้ฟันแทงนั้นให้ตกไปตามกัน”

นอกจากที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะผิดเมียซึ่งเป็นเรื่องสามีกระทำต่อภริยาและชายชู้นั้น ผู้เขียนไม่พบว่ามีกรกล่าวถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้ในกฎหมายตราสามดวงลักษณะใดอีก โดยมาตรา 9 และมาตรา 12 ต่างกันในแง่ที่ว่ากรณีตามมาตรา 9 สามีจับได้ว่าภริยามีชู้แล้วฆ่าชายชู้ตายในทันใดนั้น และถ้าเป็นชู้กันจริง ๆ แล้วกฎหมายไม่เอาโทษชายผู้เป็นสามี ส่วนมาตรา 12 เป็นกรณีที่กล่าวหาว่าชายผู้หนึ่งทำชู้กับภริยาและสามีได้ฆ่าชายชู้ตายโดยมิได้ทำอะไรรักภริยา ถ้าชายนั้นเป็นชู้กับภริยาเขาจริง ผู้ชู้มีโทษให้ปรับใหม่ดังตีคนตาย แต่ถ้าไม่ได้ทำชู้ ให้ฆ่าสามีให้ตายตกไปตามกัน

(1.2) ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิต

ม.นุชย์ ร.ศ.118 ในสมัยรัชกาลที่ 5 ก่อนมีการร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้มีร่างกฎหมายฉบับหนึ่งที่ได้กล่าวถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะ คือ ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตม.นุชย์ ร.ศ.118 ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ร่างโดยขุนหลวงพระไกรสี พระพิชิตปรีชา และพระยาศรีสุนทรโวหาร โดยฉบับที่พบนี้เป็นฉบับที่นำเสนอรัชกาลที่ 5 เพื่อให้พระองค์นำปรึกษาต่อที่ประชุมรัฐมนตรี³⁸

ร่างพระราชกำหนดนี้ ได้กล่าวถึงการลดโทษในการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้ในมาตรา 4 ในความผิดที่เป็นการประทุษร้ายต่อชีวิตม.นุชย์ โดยมีรายละเอียดดังนี้

“ถ้าผู้ใดกระทำท่านให้ถึงแก่ความตาย ด้วยอาการอย่างใดอย่างหนึ่งดังจะว่าต่อไปนี้ คือ

- (1) ตนรู้ยู่ว่าการที่ตนจะกระทำนั้นย่อมเป็นเหตุให้ม.นุชย์ถึงแก่ความตายได้ แล้วทำการนั้นด้วยความมุ่งหมายจะให้ผู้อื่นที่ตนทำนั้นถึงแก่ความตาย
- (2) ตนมีความเจตนาเพียงแต่จะทำร้ายร่างกายเท่านั้นเป็นอันตราย แต่ตนรู้ยู่ว่าความอันตรายที่ตนจะทำแก่ท่านนั้นอาจจะให้ท่านถึงตายได้แล้วทำลง

³⁸ เอกสารสมัยรัชกาลที่ 5. หมายเลขเอกสาร น.ร.5 ย/23/1 กล้อง 4. หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, หอสมุดแห่งชาติ.

(3) ตนเจตนาจะทำให้ร่างกายท่านเป็นอันตราย แต่ความอันตรายที่ตนก่อให้เกิดขึ้นแล้วนั้น เป็นเหตุพอที่จะให้ท่านถึงแก่ความตายได้ตามธรรมดา ถ้า

(4) ตนทำการอันใดแก่ท่านด้วยตนรู้ว่าการอันนั้นดูเหมือนจะเป็นเหตุให้ท่านถึงแก่ความตายได้ ถ้าความอันตรายซึ่งตนทำแก่ร่างกายท่านนั้นอาจจะเป็นเหตุให้ท่านถึงแก่ความตายได้ แล้วตนทำลงโดยไม่มีเหตุอันควร จะยกขึ้นแก้ตัวในการที่ตนก่อเหตุให้ท่านถึงแก่ความตาย ถ้าให้เป็นอันตรายแก่ร่างกายท่านดังกล่าวมาแล้วได้

เมื่อผู้ใดผู้หนึ่งกระทำท่านให้ตายด้วยอาการอย่างใดอย่างหนึ่งดังเช่น กล่าวมาแล้วนี้แล้ว ท่านว่าผู้หนึ่งกระทำความผิดล่วงละเมิดพระราชอาญาฐานฆ่าคนตายด้วยความจงใจ ฤๅสะเจตนาฆ่า ซึ่งควรลงทัณฑ์โทษอันหนัก ยกเสียแต่ในข้อที่ได้ยกเว้นไว้ 5 ประการ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

ประการที่ 1 ถ้าผู้ใดฆ่าคนตายด้วยคนนั้นเป็นผู้ก่อเหตุให้ตนมีความโกรธแค้นมาก ถ้าทำให้ตนบันดาลโทสะขึ้นถึงกับหมดสติของตนจะไม่รู้จักผิดแลชอบก็ดี ถ้าโดยความพลั้งพลาด ถ้าโดยเหตุที่ไม่รู้ว่าจะเกิดขึ้นได้แลเกิดขึ้นในปัจจุบันทันทีดังนี้ ไม่เป็นการฆ่าคนตายด้วยความจงใจ ฤๅเป็นสะเจตนาฆ่า แต่การที่ยกเว้นไว้ในประการที่ 1 นี้ ต้องเข้าใจว่า

(1) ผู้ฆ่าท่านตายนั้น มิได้ทำอุบายให้ผู้ตายก่อเหตุให้ตนมีความโกรธแค้น เพื่อจะเอาเป็นเหตุขึ้นแก้ตัวในการที่ตนกระทำร้ายแก่ท่าน

(2) ท่านทำกิจการใด ๆ ที่กฎหมายบังคับไว้ก็ดี ถ้าที่กฎหมายอนุญาตไว้ให้ทำก็ดี ถ้าข้าราชการซึ่งทำการตามอำนาจอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี กิจการเช่นนี้ผู้ฆ่าท่านตายจะยกเอามาเป็นข้อแก้ตัวว่าตนมีความโกรธแค้นท่านเพราะท่านทำการเช่นนั้น ๆ มิได้

(3) ท่านทำกิจการใด ๆ เพื่อความป้องกันตัว ฤๅป้องกันทรัพย์สมบัติของท่านตามที่ชอบด้วยกฎหมาย กิจการเช่นนี้ ผู้ฆ่าท่านตายจะยกเอามาเป็นข้อแก้ตัวว่าตนมีความโกรธแค้นท่าน เพราะท่านทำการเช่นนั้น ๆ มิได้.....”

เหตุที่มีการร่างกฎหมายนี้ ผู้เขียนเข้าใจว่าน่าจะเป็นความตั้งใจของรัชกาลที่ 5 ที่จะปรับปรุงกฎหมายให้เทียบเทียมกับอนาอารยะประเทศ จึงได้ทรงมีพระดำริให้ขุนหลวงพระยาไกรสีและพวกร่างกฎหมายที่มีความทันสมัยทัดเทียมนานาประเทศ และเมื่อนำมาเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ.1860 พบว่ามีความใกล้เคียงกันมากโดยเทียบเคียงได้กับ Chapter 16 เรื่อง Of Offence Affecting The Human Body โดยมาตรา 4 ในร่างกฎหมายดังกล่าวเทียบได้กับมาตรา 300 ของประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย³⁹ ผู้เขียนเข้าใจว่าเนื่องจากขุนหลวงพระยาไกรสี ท่านจบการศึกษาเป็นเนติบัณฑิตอังกฤษมีความรู้ความเข้าใจในกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงนำหลักกฎหมายอาญาของประเทศอินเดียซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบ

³⁹รายละเอียดมาตรา 300 ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ.1860 ดูในภาคผนวก

คอมมอนลอว์มาเป็นแบบอย่าง แต่ร่างพระราชกำหนดดังกล่าวมิได้มีการประกาศบังคับใช้ เนื่องจากต่อมาได้มีแนวคิดที่จะร่างกฎหมายออกมาในลักษณะเป็นประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศในระบบซีวิลลอว์ เพื่อให้ประเทศไทยสามารถมีกฎหมายออกใช้ได้อย่างรวดเร็วและเป็นที่ยอมรับของประเทศต่าง ๆ ที่มีสัมพันธไมตรีอยู่ เพื่อให้หลุดพ้นจากลัทธิสภาพนอกอาณาเขต จึงได้เปลี่ยนให้ร่างกฎหมายอาญาในลักษณะที่เป็นประมวลกฎหมายแทนที่จะออกเป็นพระราชกำหนด อันเป็นที่มาของกฎหมายลักษณะอาญาที่จะกล่าวต่อไป

(1.3) กฎหมายลักษณะอาญา กฎหมายลักษณะอาญาเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย ตราขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 ประกาศใช้บังคับเมื่อ ร.ศ.127 หรือ พ.ศ.2451 กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับอยู่ถึงเกือบ 50 ปี จนกระทั่งได้มีประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาเมื่อ พ.ศ.2500 โดยในเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะมีบัญญัติไว้ในมาตรา 55 ในภาคบทบัญญัติทั่วไป ซึ่งให้นำไปใช้ได้กับความผิดในภาคความผิดโดยไม่มีการบัญญัติเรื่องบันดาลโทสะไว้ต่างหากในภาคความผิด มีรายละเอียดดังนี้ “เมื่อผู้ใดถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และมีบันดาลโทสะขึ้นในขณะนั้น ถ้าและมันกระทำผิดขึ้นในขณะนั้นไซ้ร้ท่านให้ลงอาญาตามบทบัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นแก่มันเพียงกึ่งหนึ่ง”⁴⁰

การกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายลักษณะอาญานี้ ศาสตราจารย์ ดร.วิจิตร ลุลิตานนท์ ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ของบันดาลโทสะไว้ดังนี้⁴¹

- (1) ต้องเป็นการกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรง เช่นทำร้ายหรือประทุษร้ายต่อเกียรติยศหรือชื่อเสียงหรือทำความเสียหายแก่ทรัพย์สิน เช่น สามีฆ่าภรรยาหรือชายชู้ อาจอ้างว่าถูกยั่วโทสะได้ การกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงถ้าเป็นเพียงเล็กน้อยก็จะอ้างข้อแก้ตัวตามนี้ไม่ได้
- (2) การกดขี่ข่มเหงต้องเป็นเหตุอันไม่เป็นธรรม คือผู้กดขี่ข่มเหงนั้นไม่มีอำนาจจะทำได้ ถ้าเขามีอำนาจจะทำได้จะเรียกว่าถูกกดขี่ข่มเหงไม่ได้ เช่นตำรวจจับขโมยขโมยได้ทำร้ายหรือต่อสู้อำนาจตำรวจ เช่นนั้น ขโมยจะอ้างว่าถูกยั่วโทสะไม่ได้
- (3) ต้องได้ทำผิดในขณะที่บันดาลโทสะ ทั้งนี้หมายความว่าต้องทำไปในทันใดนั้น ถ้ามิได้ทำไปในทันใดจะแก้ตัวว่าถูกยั่วโทสะไม่ได้ เช่น ก ถูก ข ยั่วโทสะ แล้วกลับมาปรึกษาเพื่อนว่าจะทำอย่างไรดี แล้วจึงกลับไปทำร้าย ข เช่นนี้จะอ้างข้อแก้ตัวว่าถูกยั่วโทสะไม่ได้ ถ้าถูกยั่วโทสะแล้วรอเวลาอยู่คอยหาช่องทางกระทำผิด บางที่อาจกลายเป็นการ

⁴⁰ รัชชชัย พิทักษ์. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. กรุงเทพฯ : ม.ป.ป, หน้า 27.

⁴¹ วิจิตร ลุลิตานนท์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2487, หน้า 121 – 122.

พยายามทำก็ได้ ซึ่งทำให้มีโทษหนักขึ้น การบันดาลโทษนี้ต้องไม่ปรากฏว่าผู้นั้นเป็นผู้ก่อเหตุขึ้นเอง ถ้าก่อเหตุขึ้นเองจะอ้างว่าถูกยั่วโทษไม่ได้

(2) การกระทำโดยบันดาลโทษในกฎหมายปัจจุบัน ประมวลกฎหมายอาญฉบับปัจจุบันประกาศมีผลใช้บังคับตั้งแต่ พ.ศ.2500 จนถึงปัจจุบันกว่า 44 ปี โดยบันดาลโทษนี้มีบัญญัติอยู่ในภาคบทบัญญัติทั่วไป หมวด 4 ความรับผิดชอบทางอาญา มาตรา 72 ซึ่งนำไปใช้กับความผิดในภาคความผิด เช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา มีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 72 ผู้ใดบันดาลโทษโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงการกระทำโดยบันดาลโทษโดยสรุปได้ดังนี้⁴²

1. ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การข่มเหงหมายความว่าการกระทำของบุคคลผู้ถูกทำร้ายต่อผู้กระทำความผิดขึ้นก่อน อันเป็นการไม่เป็นธรรมและร้ายแรง เหตุการณ์ที่ถือเป็นการข่มเหงนั้นต้องเป็นการกระทำหรือพฤติกรรมที่บุคคลต้องรับผิดชอบ ดังนั้นสิ่งที่เกิดขึ้นจากธรรมชาติไม่ถือเป็นการข่มเหง การกระทำนั้นรวมทั้งคำพูดด้วย

การข่มเหงนั้นต้องด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ถ้าผู้กระทำมีสิทธิที่จะทำได้ ก็เป็นกรณีที่ผู้ถูกกระทำจำต้องยอมรับ เช่นกรณีพระภิกษุผู้เป็นอาจารย์เกรงศิษย์จะเอาผิดไปทำร้ายผู้อื่น จึงบังคับเอาผิดจากศิษย์ ศิษย์ขัดขืนและต่อสู้ อาจารย์จึงเอาไม้ตี เกิดการต่อสู้กันและแทงอาจารย์ ศาลเห็นว่า การกระทำของอาจารย์เป็นการใช้อำนาจปกครองต่อศิษย์ไม่เป็นการ ข่มเหง แต่เหตุอันไม่เป็นธรรมไม่ต้องถึงขนาดเป็นการกระทำอันละเมิดต่อกฎหมายก็ได้ ดังนั้นเหตุการณ์ที่ผู้ข่มเหงไม่มีสิทธิกระทำและผู้ถูกข่มเหงไม่จำต้องยอมรับแม้ไม่ผิดกฎหมายก็อาจเป็นเหตุอันไม่เป็นธรรม

การข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมต้องร้ายแรง ถ้าเพียงแต่ไม่เป็นธรรมแต่ไม่ร้ายแรงถึงขนาดก็ไม่เป็นบันดาลโทษ ความร้ายแรงของการข่มเหงต้องเปรียบเทียบกับความผิดที่กระทำ เพื่อพิจารณาว่าพฤติกรรมของการข่มเหงถือว่าร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้กระทำความผิดเช่นนั้น บุคคลย่อมจะต้องใช้ความยับยั้งชั่งใจก่อนการกระทำความผิดที่ร้ายแรงมากกว่า การกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ การตำว่าหยาบคายหรือด่าบุพการี ศาลถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงพอที่จะเป็นบันดาลโทษในความผิดทำร้ายร่างกายหรือการฆ่าโดยเจตนา การวินิจฉัยว่ามีเหตุอันไม่เป็นธรรมและร้ายแรงพอหรือไม่ ต้องวินิจฉัยโดยเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคน

⁴²จิติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : กรุงสยามพรินติ้งกรุ๊ป, 2529, หน้า 884 - 921.

ธรรมดาทั่วไปซึ่งสมมุติขึ้น (objective test) ในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำความผิดจะเกิดโทษคุมสติได้หรือไม่

การข่มเขานั้นจะกระทำต่อผู้กระทำความผิด หรือต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดอันพอที่จะเป็นเหตุถือได้ว่าเป็นการข่มเขต่อผู้กระทำผิดด้วย แนวคำพิพากษาฎีกาที่ถือว่าผู้กระทำความผิดถูกข่มเขด้วย คือ ยิงบิดาถือได้ว่าเป็นการข่มเขบุตร ทำร้ายบุตรถือได้ว่าเป็นการข่มเขบิดา พี่ถูกทำร้ายถือได้ว่าเป็นการข่มเขน้อง นำถูกทำร้ายถือได้ว่าเป็นการข่มเขหลาน พ่อตาถูกทำร้ายถือได้ว่าเป็นการข่มเขบุตรเขย ทำอนาจารภรรยาถือได้ว่าเป็นการข่มเขสามี แต่ไม่เป็นการข่มเขเพื่อนของสามี หากเพื่อนช่วยสามีทำร้ายผู้ทำอนาจาร จะอ้างบันดาลโทษไม่ได้ แม้จะเป็นเพื่อนสนิทของสามีก็ตาม

2. บันดาลโทษเพราะการข่มเข การพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดกระทำเพราะบันดาลโทษหรือไม่ ต้องพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำความผิดนั่นเอง (subjective test) เช่นกรณีจำเลยถูก จ แทง เมื่อกลับมาบ้าน จำเลยส่องกระจกเห็นปากแหว่งจึงลงเรือนไปแทง จ ซึ่งมาเรียกโดยดีที่เรือน ศาลเห็นว่าไม่ใช่บันดาลโทษเพราะถูกข่มเข แต่บันดาลโทษเพราะส่องกระจกเห็นบาดแผลไม่เป็นเหตุลดโทษ

3. กระทำความผิดในขณะนั้น หมายความว่าต้องกระทำความผิดในขณะที่บันดาลโทษอยู่ไม่ใช่ในขณะที่ถูกข่มเข การข่มเขอาจมีขึ้นก่อนและเป็นผลสำเร็จแล้ว แต่กว่าจะมีผลให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษอาจมีระยะเวลาห่างกันมากก็ได้ เช่นผู้กระทำความผิดเพิ่งรู้ว่ามิเหตุแห่งการข่มเขภายหลังก็ยอมบันดาลโทษเมื่อได้ทราบเหตุ

หลักการวินิจฉัยว่าเพียงใดจึงถือได้ว่ากระทำความผิดในขณะนั้น คือ กระทำความผิดลงในระหว่างที่โทษมีรุนแรงอยู่ก่อนที่จะมีโอกาสอันควรที่โทษจะสงบลงได้ การพิจารณาว่าสมควรจะคุมสติได้หรือยัง จึงกลับไปหาหลักการเปรียบเทียบความรู้สึกับบุคคลธรรมดาในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำความผิด (objective test) โดยไม่ถือว่าความจริงผู้กระทำความผิดระงับโทษได้หรือยัง แต่ถ้าความจริงในขณะกระทำความผิดโทษของผู้นั้นระงับลงแล้ว ก็ไม่มีบันดาลโทษตามหลักการพิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิด

4. กระทำความผิดต่อผู้ข่มเข เหตุผลในการลดโทษผู้กระทำความผิดเพราะบันดาลโทษประการหนึ่งคือผู้ถูกทำร้ายเป็นผู้ก่อเหตุขึ้นโดยความไม่เป็นธรรม จึงสมควรลดโทษผู้กระทำความผิดเพราะเหตุบันดาลโทษน้อยกว่ากรณีธรรมดา ดังนั้นแม้ผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทษ แต่ไปกระทำต่อผู้อื่นก็ไม่อยู่ในเหตุผลที่จะลดโทษ

5. ผลของบันดาลโทษ กฎหมายบัญญัติว่าศาลจะลดโทษผู้กระทำผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ศาลจึงวางกำหนดโทษได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงโทษขั้นต่ำ

แม้กฎหมายของไทยจะไม่ได้บัญญัติบันดาลโทษไว้ในความผิดใดความผิดหนึ่งโดยเฉพาะเหมือนประเทศอังกฤษและเยอรมัน แต่ได้บัญญัติไว้ในภาคทั่วไปในมาตรา 72 ที่จะเอาไปใช้ในภาคความผิด แต่โดยทั่วไปแล้วการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษมักเกิดกับการกระทำความผิดที่กระทำต่อชีวิตและร่างกายแทบจะทั้งสิ้น คำพิพากษาฎีกาที่ลงพิมพ์เผยแพร่ตั้งแต่ปี พ.ศ.2500 จนถึงปัจจุบัน คดีที่ตัดสินลงโทษเนื่องจากกระทำความผิดในขณะที่บันดาลโทษจะเป็นคดีเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายเกือบทั้งหมด มีคดีเดียวที่ศาลตัดสินว่าเป็นการวางเพลิงโดยบันดาลโทษคือคำพิพากษาฎีกาที่ 6980/2540 นอกจากนี้ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ยังมีความเห็นว่าการทำลายทรัพย์สินตามมาตรา 358 ก็อาจอ้างบันดาลโทษได้⁴³ ในด้านอัตราโทษที่ลงโทษคดีทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหากมีเหตุบันดาลโทษตามมาตรา 72 และเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ในคดีเดียวกันแล้ว ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 7 ปี⁴⁴ (มีคดีที่บุตรฆ่าบิดาโดยบันดาลโทษศาลฎีกาตัดสินจำคุก 15 ปี) และบางคดีศาลสั่งรอลงอาญา⁴⁵

หน้าที่นำสืบ^{46, 47} ในเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทษควรจะต้องตกแก่คู่ความฝ่าย

⁴³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544, หน้า 455.

⁴⁴ เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 711/2503, 1556/2519, 1296/2521, 3315/2522, 1999/2527, 2280/2527, 1990/2531, 5189/2531, 6671/2531, 1992/2532, 2170/2533, 21/2534, 438/2536, 1756/2539, 5664/2540, 743/2541 และ 526/2543 เป็นต้น

⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 138/2532 ศาลฎีกาลงโทษจำคุก 2 ปี รอลงอาญามีกำหนด 3 ปี.

⁴⁶ คำว่าหน้าที่นำสืบ ศาสตราจารย์โสภณ รัตนาร ได้อธิบายว่ามี 2 ความหมาย คือ

1. หน้าที่นำสืบในความหมายของภาระการพิสูจน์ (burden of proof) หมายถึงหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างของตนให้ถึงมาตรฐานที่กฎหมายต้องการเพื่อตนจะได้ชนะคดี โดยศาสตราจารย์โสภณ เห็นว่าหน้าที่นำสืบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84, 85 หมายถึงการพิสูจน์

2. หน้าที่นำสืบในความหมายของการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ (burden of adducing evidence) ซึ่งเป็นหน้าที่ของคู่ความจะต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบให้เพียงพอที่จะเชื่อถือได้ ข้อเท็จจริงใดที่จะต้องนำพยานเข้าสืบหากคู่ความไม่กระทำก็ต้องเสี่ยงกับการแพ้คดี หน้าที่นำพยานเข้าสืบโดยปกติก็ตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ที่จะต้องนำพยานเข้าสืบก่อน โดยศาสตราจารย์โสภณ เห็นว่าหน้าที่นำสืบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 หมายถึงหน้าที่นำพยานเข้าสืบ การแยกหน้าที่นำสืบเป็น 2 ความหมายเป็นสิ่งจำเป็นในการพิจารณาคดีในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีลูกขุนเป็นผู้ชี้ขาดข้อเท็จจริงในคดี ศาลจะเป็นผู้ชี้แนะประเด็นให้ลูกขุนวินิจฉัยและเป็นผู้ระบุว่าคู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบ หากชี้แนะผิดศาลสูงอาจยก

ได้นั้น เนื่องจากความผิดอาญาเป็นสิ่งที่รื้อถอนสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำผิด ดังนั้นในการลงโทษ ผู้ใดจึงควรจะต้องสืบให้ได้ความชัดเจน มีพยานหลักฐานเสียก่อนว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดจริง กฎหมายจึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้โดยไม่มีข้อสงสัยว่ามีการ กระทำความผิดเกิดขึ้นและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น⁴⁸ เมื่อโจทก์ฟ้องหรือกล่าวอ้างว่าจำเลย กระทำความผิด โจทก์ก็ต้องมีหน้าที่นำสืบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1512/2482) โดยต้องนำสืบ ให้ได้ความผิดชัดเจนปราศจากข้อสงสัย หากมีข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ก็ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227)⁴⁹ แต่ถ้าจำเลยให้การว่ากระทำความผิดจริง แต่อ้างว่ามีเหตุลดหย่อนโทษ หรือเหตุยกเว้น โทษ เช่น บันดาลโทษะ วิกลจริต มีนเมา เป็นต้น ย่อมถือว่าจำเลยยอมรับตามข้อเท็จจริงที่โจทก์ อ้างแล้ว โจทก์จึงไม่ต้องนำพยานเข้าสืบว่าจำเลยทำผิด แต่จำเลยอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่ว่ามีเหตุ ยกเว้นโทษหรือบรรเทาโทษจำเลยจึงต้องมีหน้าที่นำสืบในประเด็นนี้⁵⁰

4.3.3 ที่อยู่ของบันดาลโทษะ

(1) ที่อยู่ของบันดาลโทษะตามความเห็นของนักกฎหมายและศาลไทย

จากที่ได้กล่าวถึงหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบตามความเห็นของนักกฎหมายและศาลไทยใน บทที่ 3 อาจสรุปความเห็นของนักกฎหมายและศาลไทยเกี่ยวกับที่อยู่ของบันดาลโทษะได้ดังนี้

(1.1) ความเห็นของนักกฎหมายไทย

คำพิพากษาศาลล่างได้ รายละเอียดโปรดดู โสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะ พยาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544, หน้า 56 - 62.

⁴⁷ อาจารย์เข้มชัย ชูติวงศ์ มีความเห็นว่าหน้าที่นำสืบควรจะต้องหมายถึงภาระการพิสูจน์ เท่านั้น และเห็นว่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 ไม่ได้ใช้คำว่าหน้าที่ นำสืบก่อน หากแต่บัญญัติถึงการที่ศาลจะระบุให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานมาสืบในประเด็นข้อใด ก่อนหรือหลังก็ได้ รายละเอียดโปรดดู เข้มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543 หน้า 55.

⁴⁸ อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหา- วิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525, หน้า 35.

⁴⁹ ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา และวุฒิพงษ์ เวชยานนท์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะ พยาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2541, หน้า 69 - 70

⁵⁰ เข้มชัย ชูติวงศ์. เรื่องเดียวกัน. หน้า 107.

อาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร วินิจฉัยความรับผิดชอบโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาคอมมอนลอว์เป็นพื้นฐาน และไม่แยกว่าเหตุใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุบรรเทาโทษ จึงไม่อาจสรุปได้ว่าจัดบันดาลโทษอยู่ในส่วนใด

ศาสตราจารย์ ดร. วิจิตร ลูลิตานนท์ วินิจฉัยความรับผิดชอบโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเป็นพื้นฐาน แต่การอธิบายรายละเอียดไม่แบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุบรรเทาโทษ และจัดบันดาลโทษอยู่ในโครงสร้างข้อที่สามคือข้อสาระทางเจตนาในส่วนที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้กระทำผิด

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ วินิจฉัยความรับผิดชอบโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศสเป็นพื้นฐาน และได้อธิบายในรายละเอียดแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ และจัดบันดาลโทษเป็นเหตุลดหย่อนความรับผิด โดยเหตุดังกล่าวจัดอยู่ในโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาด้วยเช่นเดียวกับเหตุยกเว้นโทษ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย วินิจฉัยความรับผิดชอบโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นพื้นฐานตามทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล(kausale Handlungslehre) จึงเป็นนักกฎหมายฝ่ายผลกำหนด (Kausalist) ได้อธิบายในรายละเอียดแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ และจัดบันดาลโทษเป็นเหตุลดโทษ และอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร วินิจฉัยความรับผิดชอบโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นพื้นฐานตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ(finale Handlungslehre) จึงเป็นนักกฎหมายฝ่ายเจตจำนงกำหนด (Finalist) ได้อธิบายในรายละเอียดแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด จะจัดอยู่ในโครงสร้างประการที่สองคือความผิด ส่วนเหตุยกเว้นโทษอยู่ในโครงสร้างประการที่สามคือความชั่ว ส่วนบันดาลโทษเห็นว่า เป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลนำไปประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่จำเลยทำนองเดียวกับเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 และจัดอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา

รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายในรายละเอียดแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นเหตุยกเว้นความผิด จะจัดอยู่ในโครงสร้างประการที่สองคือการกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ส่วนเหตุยกเว้นโทษ จัดอยู่ในโครงสร้างประการที่สามคือการกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ส่วนบันดาลโทษเห็นว่า เป็นเหตุลดโทษซึ่งทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล และจัดให้อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบอาญา

(1.2) ความเห็นของศาลไทย ความเห็นของศาลไทยเกี่ยวกับที่อยู่ของบันดาลโทษ แม้ศาลจะเห็นว่าบันดาลโทษเป็นเหตุลดหย่อนความรับผิดที่แม้จำเลยจะไม่ยกขึ้นต่อผู้ศาลก็มีอำนาจจะยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง แต่ในการวินิจฉัยคดี ศาลจะพิจารณาบ้นดาลโทษะร่วมไปกับการวินิจฉัยความผิดและหากพิจารณาได้ความว่าจำเลยได้กระทำไปโดยบันดาลโทษ

ศาลก็จะพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามมาตรา.....ประกอบด้วยมาตรา 72 และกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย ซึ่งต่างจากเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ที่ศาลจะนำมาพิจารณาลดโทษในชั้นตอนภายหลังการวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำผิดแล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าแม้ศาลเห็นว่าบันดลโทษจะเป็นเหตุลดหย่อนความรับผิด ซึ่งก็คือเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่ง แต่ก็ยังอยู่ในโครงสร้างความรับผิดอาญา

(2) สรุปที่อยู่ของบันดลโทษตามกฎหมายไทย ตามที่ได้ศึกษาแนว

ความเห็นของนักกฎหมายและศาลไทยต่อบันดลโทษอาจสรุปได้ว่านักกฎหมายและศาลไทยมีความเห็นตรงกันว่าบันดลโทษเป็นเหตุบรรเทาโทษ (mitigation) แม้จะเรียกชื่อต่างๆ กันเป็นเหตุลดหย่อนความรับผิดหรือเหตุลดโทษก็ตาม แต่ในเรื่องที่อยู่ของบันดลโทษในโครงสร้างความรับผิดอาญา นักกฎหมายไทยมีทั้งที่เห็นว่าอยู่ในโครงสร้างความรับผิดอาญาและเห็นว่าอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดอาญา ส่วนศาลไทยมีความเห็นว่าบันดลโทษอยู่ในโครงสร้างความรับผิดอาญา โดยจะพิจารณาบันดลโทษร่วมไปกับการวินิจฉัยความผิด จึงต่างจากเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ที่ศาลจะนำมาพิจารณาลดโทษในชั้นตอนภายหลังการวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำผิด

ด้วยความเคารพในความเห็นของศาลและท่านอาจารย์กฎหมายทุกท่าน ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อแนวทางในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของศาลไทยมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยอย่างเป็นระบบเป็นโครงสร้างมากขึ้น ประกอบกับศาลและนักกฎหมายต่างก็มีความเห็นตรงกันว่าบันดลโทษเป็นเพียงเหตุบรรเทาโทษ มิใช่เหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษ ดังนั้นในการวินิจฉัยคดีที่มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดลโทษ ศาลควรวินิจฉัยความผิดไปตามโครงสร้างความรับผิดอาญาของความผิดนั้น ๆ เมื่อได้ความว่าจำเลยกระทำความผิดฐานใดแล้ว จึงนำข้อเท็จจริงในเรื่องบันดลโทษมาพิจารณาลดโทษให้กับจำเลยในภายหลัง เหมือนที่ศาลใช้กับเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78

4.4 เปรียบเทียบการกระทำโดยบันดลโทษและที่อยู่ของบันดลโทษของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย

4.4.1 เปรียบเทียบการกระทำโดยบันดลโทษของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย ตามที่ได้กล่าวถึงการกระทำโดยบันดลโทษของประเทศอังกฤษ เยอรมันและไทยมาแล้วสามารถสรุปความคล้ายคลึงและความแตกต่างได้ดังนี้

- (1) ความคล้ายคลึงกันของการกระทำโดยบันดลโทษ

(1.1) กฎหมายยอมรับในอารมณ์ของมนุษย์ที่เมื่อถูกกระทำให้โกรธด้วยเหตุต่าง ๆ ทำให้บันดาลโทสะขาดสติไม่สามารถควบคุมตนเอง และกระทำโต้ตอบต่อผู้ที่ทำให้โกรธ แต่กฎหมายก็ไม่ถึงขนาดยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษให้กับผู้นั้น เพียงแต่ยอมให้เป็นเหตุที่จะบรรเทาโทษที่จะลงแก่ผู้นั้นให้ลดลง

(1.2) การทำให้บันดาลโทสะนั้นทั้งที่กระทำต่อผู้กระทำความผิดโดยตรง และกระทำต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดด้วย

(1.3) การกระทำทางกายภาพ หรือคำพูดเพียงอย่างเดียว ก็เพียงพอที่จะก่อให้เกิดบันดาลโทสะได้

(1.4) ต้องกระทำโต้ตอบทันทีที่ยังบันดาลโทสะอยู่

(1.5) ในเรื่องอัตราโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะในคดีทำให้อื่นถึงแก่ความตาย ศาลของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย ต่างให้ความปรานีต่อจำเลยโดยตัดสินจำคุกส่วนใหญ่ไม่เกิน 5 - 7 ปี และบางคดีอาจไม่ได้รับโทษจำคุกเลย

(2) ข้อแตกต่างของการกระทำโดยบันดาลโทสะ

(2.1) กฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศเยอรมันจะบัญญัติถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเป็นการเฉพา ส่วนความผิดอื่น ๆ จะไม่มีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาเพียงแต่กำหนดให้ศาลนำข้อเท็จจริงในเรื่องบันดาลโทสะมาพิจารณาพร้อมกับข้อเท็จจริงอื่น ๆ เพื่อกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย ส่วนกฎหมายของประเทศไทยกำหนดถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้ในภาคทั่วไปซึ่งสามารถนำไปใช้กับภาคความผิดได้โดยไม่มีกฎหมายจำกัดไว้

(2.2) แม้ประเทศอังกฤษและเยอรมันจะมีกฎหมายบัญญัติถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะในคดีทำให้อื่นถึงแก่ความตาย แต่ก็ยังมีความแตกต่างกัน โดยบันดาลโทสะในกฎหมายอังกฤษ มีผลเป็นการเปลี่ยนข้อหาความผิดจาก murder เป็น manslaughter แต่บันดาลโทสะในกฎหมายเยอรมันไม่เป็นการเปลี่ยนข้อหาความผิด โดยยังเป็นความผิด Totschlag อยู่ เพียงแต่ผู้กระทำความผิดจะได้รับการลงโทษในบทเบาซึ่งมีอัตราโทษต่ำกว่า ส่วนของประเทศไทยบันดาลโทสะไม่มีผลในการเปลี่ยนข้อหาความผิด เพียงแต่มีผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้น

(2.3) หลักการวินิจฉัยบันดาลโทสะของประเทศอังกฤษและของประเทศไทยแม้จะใช้หลักเดียวกัน คือหลัก objective test ซึ่งพิจารณาจากบุคคลที่สมมุติขึ้นมาเปรียบเทียบกับผู้กระทำความผิด และหลัก subjective test ซึ่งพิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิด แต่ลำดับขั้นตอนในการใช้หลักดังกล่าวแตกต่างกัน กล่าวคือของประเทศอังกฤษจะนำหลัก subjective test มาพิจารณาการกระทำหรือคำพูดที่มีผลทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะทำให้อุญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้น และนำหลัก objective test

มาพิจารณาว่าบุคคลที่สมมติขึ้นมาเมื่อถูกกระทำเช่นที่ผู้กระทำความผิดได้รับจะบันดาลโทษจะทำให้สูญเสียการควบคุมตนเองหรือไม่ และถ้าเป็นเช่นนั้นบุคคลที่สมมติขึ้นจะกระทำเช่นที่ผู้กระทำความผิดทำหรือไม่ ส่วนของประเทศไทยจะนำหลัก objective test มาเพื่อพิจารณาว่าการกระทำที่กระทำต่อผู้กระทำความผิดนั้นเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยสมมุติบุคคลขึ้นมาให้มีฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำความผิดว่าจะเกิดโทษสะสมสติได้หรือไม่ ประการต่อมาจะใช้หลัก subjective test มาพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดบันดาลโทษเพราะการกระทำนั้นหรือไม่ และจะกลับมาใช้หลัก objective test ในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำไปในขณะบันดาลโทษหรือไม่ โดยเปรียบเทียบกับบุคคลสมมุติที่อยู่ในฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำความผิดว่าจะจับโทษได้หรือยังในขณะที่กระทำความผิด

(2.4) หน้าที่นำสืบในคดีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทษตามกฎหมายของทั้งสามประเทศต่างกักล่าวคือของประเทศอังกฤษไจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิด โดยแม้จำเลยจะยกบันดาลโทษขึ้นอ้าง หรือศาลเห็นเอง แต่ภาระการพิสูจน์ว่าเป็นบันดาลโทษหรือไม่ก็ยังเป็นหน้าที่ของไจทก์ ส่วนประเทศเยอรมันเนื่องจากมีรูปแบบการดำเนินคดีโดยรัฐ ซึ่งศาล อัยการ ตำรวจ หรือแม้แต่ทนายความต่างมีหน้าที่ร่วมมือกันค้นหาความจริงโดยไม่จำกัดรูปแบบพิธี ศาลจะเป็นผู้ถามพยานเองและจะค้นหาความจริงจนเป็นที่พอใจ การดำเนินคดีในประเทศเยอรมันจึงไม่มีเรื่องหน้าที่นำสืบ ส่วนประเทศไทยโดยปกติเมื่อไจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิดไจทก์ก็ต้องมีหน้าที่นำสืบ แต่ถ้าจำเลยอ้างว่ากระทำไปโดยบันดาลโทษ ย่อมถือว่าจำเลยยอมรับตามข้อเท็จจริงที่ไจทก์อ้างแล้ว และอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่ว่ามีเหตุบรรเทาโทษ จำเลยจึงต้องมีหน้าที่นำสืบ

(2.5) ผู้มีหน้าที่วินิจฉัยการกระทำว่าเป็นบันดาลโทษหรือไม่ในกฎหมายของประเทศอังกฤษจะต่างจากประเทศเยอรมันและประเทศไทย กล่าวคือประเทศอังกฤษในคดีทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย กฎหมายกำหนดให้คณะลูกขุนเป็นผู้พิจารณาว่าจำเลยได้ทำการฆ่าโดยบันดาลโทษหรือไม่ ส่วนในชั้นของการกำหนดโทษที่จะลงหากมีเหตุบรรเทาโทษเนื่องจากกระทำโดยบันดาลโทษ ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยการกระทำโดยบันดาลโทษ ส่วนประเทศเยอรมันและประเทศไทย ศาลจะเป็นผู้มีหน้าที่วินิจฉัยการกระทำโดยบันดาลโทษแต่ผู้เดียว

4.4.2 เปรียบเทียบที่อยู่ของบันดาลโทษของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย
ที่อยู่ของบันดาลโทษในหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย มีทั้งส่วนที่คล้ายคลึงกันและส่วนที่แตกต่างกันดังนี้คือ

(1) ส่วนที่คล้ายคลึงกันของที่อยู่ของบันดาลโทษ ทั้งสามประเทศเห็นตรงกันว่าบันดาลโทษเป็นเหตุบรรเทาโทษ (mitigation) ดังนั้นในขั้นตอนของการกำหนดอัตราโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ภายหลังจากที่พิจารณาได้ความในชั้นวินิจฉัยความผิดแล้วว่าผู้กระทำ

ความผิดมีความผิดฐานใด หากมีข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะก็จะนำมาพิจารณาลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด ที่อยู่ของบันดาลโทสะในกรณีนี้จึงอยู่นอกหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบ

(2) ส่วนที่แตกต่างกันของที่อยู่ของบันดาลโทสะ เฉพาะในคดีทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายในประเทศอังกฤษที่กฎหมายกำหนดให้บันดาลโทสะเป็นองค์ประกอบที่จะเปลี่ยนข้อหาความผิด murder ให้เป็น manslaughter ดังนั้นในกรณีนี้บันดาลโทสะจะอยู่ในหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบ โดยเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายในจิตใจ (mens rea) ของความผิด manslaughter

4.4.3 กรณีศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลไทยในเรื่องบันดาลโทสะ ในหัวข้อนี้ผู้เขียนขอกล่าวถึงแนวคำพิพากษาของศาลไทยในเรื่องบันดาลโทสะบางเรื่องเพื่อเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษ คือกรณีสามีพบว่าภริยามีสัมพันธ์กับชายอื่น กรณี self – induced provocation และกรณี cumulative provocation หรือ battered women’s syndrome ดังจะกล่าวต่อไป

(1) กรณีสามีพบว่าภริยามีสัมพันธ์กับชายอื่น ในคดีที่จำเลยพบว่าภริยาของตนกำลังมีเพศสัมพันธ์กับชายอื่น จำเลยจึงฆ่าหรือทำร้ายชายชู้และหรือภริยาถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลอังกฤษถือว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ แต่กรณีเช่นเดียวกันนี้แนวคำพิพากษาศาลไทยสามารถแยกได้เป็น 2 แนว คือ

แนวที่ 1 กรณีที่จำเลยได้กระทำต่อชายชู้หรือภริยาในขณะที่ทั้งสองกำลังมีเพศสัมพันธ์กันอยู่ แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในขณะที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญาจะวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่ชายทำเพื่อป้องกันเกียรติยศชื่อเสียง แม้ทำร้ายถึงแก่ความตายก็ยังเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ เช่น ฆ่าชู้ตายในขณะที่ชู้กำลังร่วมสังวาสกับเมียเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (1466/2454) , ฆ่าชู้ที่กำลังนอนกอดกับภริยาของตนในมุ้ง เป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงพอสมควรแก่เหตุ (400/2463) , ฟันชู้ที่กำลังคร่อมอยู่บนอกภริยาจนชู้ตกจากเตียงแล้วฟันซ้ำจนตาย ภริยาลุกขึ้นแย่งขวานจึงฟันภริยาบาดเจ็บ เป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงพอสมควรแก่เหตุ (419-420/2474)⁵¹ แต่ภายหลังใช้ประมวลกฎหมายอาญายังไม่มีคดีที่มีข้อเท็จจริงเช่นนี้ขึ้นสู่ศาลฎีกา

⁵¹ แต่ถ้าภริยาพบสามีกำลังมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอื่น จึงแทงหญิงนั้นตาย ศาลฎีกาตัดสินว่าเป็นกรณีบันดาลโทสะ (376/2462) เห็นได้ว่ากรณีป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงในเรื่องทำชู้นี้จะมีแต่เพียงชายผู้เป็นสามีเท่านั้น ภริยาไม่เป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียง

แนวที่ 2 กรณีที่จำเลยพบเห็นขณะกำลังทำชู้กัน แต่จำเลยเข้าจู่โจมภายหลังที่ไม่ได้ทำชู้กันแล้วหรือเพียงกอดจูบกัน แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาทั้งในสมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา และประมวลกฎหมายอาญาถือว่าไม่เป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียง แต่เป็นเรื่องกระทำไปโดยบันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง เช่น พบภริยากำลังทำชู้กับชายอื่นอยู่ในห้องสามีจึงพังประตูเข้าไป ชูวิ้งหนีลงเรือนไปได้ สามีใช้ปืนยิงชู้จนหมดกระสุน 5 นัดแล้วเอามิดฟันภริยาถึงแก่ความตายทันที (1390/2493), จำเลยเอาขวานไล่ฟันชู้ที่กำลังหนีออกจากมุ้งตาย (212/2467), จำเลยฆ่าฟันชายชู้ในขณะที่ชายชู้ลุกขึ้นยืนกำลังจะหนีอยู่แล้ว (276/2482), จำเลยแอบดูเห็นชายกำลังทำชู้กับภริยาจำเลย จำเลยจึงไล่ทำร้ายภริยาและฆ่าชายชู้ที่ตาย (101/2483), จำเลยพบชายกำลังทำชู้กับภริยาจำเลย ชายวิ้งหนีจำเลยไล่ฟันชายตาย (1292/2496), จำเลยพบเห็นภริยากับชายชู้ร่วมประเวณีกันในห้องครัว ชู้หลบหนีไป จำเลยได้ด่าว่าและตบตีภริยา ภริยาต่อสู้อ จำเลยจึงใช้ไม้ฟันตีภริยาถึงแก่ความตาย (551/2509), จำเลยพบเห็นชายกำลังกอดจูบภริยา จึงบันดาลโทสะเข้าแทงชายนั้นทันที (1883/2512), จำเลยเห็นชายกำลังฆ่าเรภริยาจำเลยในห้องนอน แม้จะมีชู้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็อยู่กินกันมา 13 ปีมีบุตรด้วยกัน 6 คน โดยใช้มิดพับเล็กที่หาได้ในทันทีทันใดแทงชายผู้นั้นหนึ่งที (249/2515)

เนื่องจากนับแต่มีประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ยังไม่มีข้อเท็จจริงในเรื่องที่สามีที่พบเห็นภริยากำลังมีเพศสัมพันธ์กับชายอื่นแล้วฆ่าหรือทำร้ายภริยาหรือชายชู้ขึ้นสู่ศาลฎีกา จึงยังไม่อาจทราบได้ว่าศาลจะตัดสินว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแนวที่ 1 หรือตัดสินว่าจำเลยกระทำไปโดยบันดาลโทสะตามแนวที่ 2 ซึ่งข้อเท็จจริงเดียวกันนี้ศาลอังกฤษตัดสินมาโดยตลอดว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าปัจจุบันสภาพของสังคมไทยแตกต่างจากในอดีตที่หญิงมีฐานะเป็นเพียงแม่ของลูกมีหน้าที่อยู่กับเย้าเผ้ากับเรือน ชายเป็นทำงานส่งเสียครอบครัว ชายในสมัยก่อนมีภริยาอยู่ในบ้านเดียวกันได้หลาย ๆ คน หญิงไม่สามารถทำนิติกรรมใด ๆ โดยปราศจากการยินยอมของสามีดังนั้นหากหญิงมีพฤติการณ์ของการคบชู้ชู้ชายย่อมถือว่าเป็นการทำชู้อย่างร้ายแรงที่สังคมจะประนามหญิงและชายชู้ แต่เชื่อว่าชายผู้เป็นสามีจะอาศัยเหตุดังกล่าวแล้วฆ่าหรือทำร้ายภริยาและชายชู้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายทุกกรณี ศาลยังกำหนดขอบเขตให้เฉพาะกรณีที่สามีพบเห็นขณะกำลังทำชู้กันเท่านั้นที่สามีจะสามารถฆ่าหรือทำร้ายร่างกายภริยาและชายชู้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายโดยถือเป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียง แต่หากพบเห็นภายหลังทำชู้กันแล้วหรือเพียงกอดจูบกันแล้วสามีไปฆ่าหรือทำร้ายภริยาหรือชายชู้จะอ้างป้องกันไม่ได้ โดยศาลปรับให้เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ

แต่สภาพสังคมไทยในปัจจุบัน หญิงมีสถานะภาพในสังคมที่ดีขึ้น กฎหมายกำหนดให้ชายหญิงมีฐานะเท่าเทียมกัน หญิงสามารถทำนิติกรรมใด ๆ ได้โดยลำพัง ครอบครัวในปัจจุบันชายและหญิงต่างช่วยกันทำงานหาเลี้ยงครอบครัว หญิงออกทำงานนอกบ้าน กฎหมายบัญญัติถึงการแต่งงานอยู่กินกันแบบผัวเดียวเมียเดียว ด้วยสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีที่หญิงมีพฤติการณ์คบชู้ชายแม้สังคมจะยังคงเห็นว่าเป็นเรื่องชั่วร้าย แต่ก็ยังไม่ถึงขนาดที่ชายซึ่งพบเห็นพฤติการณ์ดังกล่าวจะฆ่าหรือทำร้ายหญิงหรือชายชู้ได้โดยชอบด้วยกฎหมายโดยอ้างว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียง ควรจะอ้างได้เพียงเป็นการกระทำไปโดยบันดาลโทสะเท่านั้น

(2) กรณี self - induced provocation คือ กรณีที่จำเลยเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อนทำให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำโต้ตอบจำเลยจึงกระทำต่อผู้นั้นโดยบันดาลโทสะ ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษยอมรับว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะได้หากเข้าตามเงื่อนไข แต่คำพิพากษาของศาลไทยตัดสินมาโดยตลอดว่ากรณีที่จำเลยเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อนไม่ถือว่าเป็นการกระทำในขณะที่บันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหง เช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ 425/2512 “เพื่อนของผู้ตายกับเพื่อนของจำเลยจะต่อยกัน จำเลยเข้าไปตีเพื่อนผู้ตายเพื่อช่วยเหลือเพื่อนของจำเลย ผู้ตายจึงเตะจำเลยเพื่อช่วยเหลือเพื่อนของผู้ตาย จำเลยจึงใช้มีดแทงผู้ตาย ไม่ได้ว่าจำเลยถูก ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจากผู้ตาย เพราะจำเลยทำร้ายเพื่อนผู้ตายก่อน” คำพิพากษาฎีกาที่ 871/2518 “จำเลยก่อเหตุฆาตกรรมผู้ตายว่าลักว้าวของพี่จำเลย ผู้ตายจึงตอบได้ว่า “แต่น้องสาวมึงกูก็จะเย็ดอยู่” จำเลยโกรธจึงใช้ขวานฟันผู้ตายหนึ่งที่ตายคาที่ ถือไม่ได้ว่าจำเลยได้ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ไม่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ” หรือในคำพิพากษาฎีกาที่ 1776/2518 “จำเลยเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อนโดยเปิดน้ำในนาของฝ่ายตนจนแห้งเพื่อนำเข้าไปใช้ในนาของจำเลย เมื่อผู้ตายมาต่าและทำจำเลย จำเลยจึงทำร้ายผู้ตาย จะอ้างว่ากระทำโดยบันดาลโทสะไม่ได้”

(3) กรณี cumulative provocation หรือ battered women's syndrome เป็นกรณีที่จำเลยถูกข่มเหงหรือกระทำทารุณโหดร้ายเป็นระยะเวลายาวนานแต่ก็มีได้กระทำโต้ตอบ จนกระทั่งในวันเกิดเหตุมีเรื่องเพียงเล็กน้อยเท่านั้นก็สามารถทำให้จำเลยบันดาลโทสะและกระทำโต้ตอบต่อผู้ข่มเหงอย่างรุนแรง คดีลักษณะนี้ส่วนใหญ่เกิดกับจำเลยที่เป็นหญิง ซึ่งถูกสามีทำทารุณโหดร้ายเป็นเวลานานและต่อมาได้ฆ่าสามี ซึ่งแต่เดิมแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำในขณะที่บันดาลโทสะ เพราะระยะเวลาที่เนิ่นนานออกไปจะขัดกับหลักการสูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้น (sudden and temporary loss of self control) แต่ปัจจุบันศาลอังกฤษเริ่มยอมรับการกระทำโดยบันดาลโทสะที่เกิดจากการสะสม โดยเห็นว่าจุดเดือดอาจเกิดจากการใส่ไฟทีละน้อย ๆ และตัดสินว่ากรณีเช่นนี้เป็นการกระทำในขณะที่บันดาลโทสะ ส่วนแนวคำพิพากษาของศาลไทยส่วนใหญ่จะไม่พิจารณาถึงการกระทำที่ได้กระทำ

ในอดีต แต่จะดูที่การกระทำในปัจจุบันซึ่งมีผลทำให้จำเลยบันดาลโทสะและกระทำต่อผู้ช่มเหงในขณะนั้น แต่ก็มีบางฎีกาศาลนำพฤติการณ์ในอดีตมาพิจารณาประกอบกับการกระทำในปัจจุบันเพื่อวินิจฉัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดในขณะบันดาลโทสะได้ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2792/2515 “ผู้ตายเป็นภริยาจำเลย อยู่กินด้วยกันมา 16 ปี โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส มีบุตรด้วยกัน 3 คน ก่อนเกิดเหตุ 2 ปี ผู้ตายกับ ท สนิทสนมชอบไปเล่นการพนันด้วยกันและลอบเป็นชู้กันที่บ้านเวลาจำเลยไม่อยู่จนคนลือไปทั่วว่า ท กับผู้ตายเป็นชู้กัน จำเลยเคยขอร้องทั้งผู้ตายและ ท ไม่ให้เกี่ยวข้องกันก็ไม่เชื่อฟังเป็นการกระทบกระเทือนจิตใจจำเลยอย่างยิ่ง วันเกิดเหตุ ท ชีรถจักรยานยนต์ให้ผู้ตายนั่งซ้อนท้ายและเห็นจำเลยกำลังเดินเข้าปากซอยทางเข้าบ้าน ผู้ตายควรลง จากรถ และ ท ควรกลับไปเสียก็ไม่กระทำ กลับขับรถผ่านจำเลยไปด้วยความทรงนองอาจ ไม่ยำเกรงจำเลยผู้เป็นสามี เป็นการเย้ยหยันสบประมาทอย่างร้ายแรง จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายกับ ท ไปในทันทีทันใด ดังนั้นนับว่าจำเลยกระทำผิดเพราะถูกช่มเหงในทางจิตใจอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมดาตามมาตรา 72”

คำพิพากษาฎีกาที่ 629/2536 “จำเลยเป็นหญิงถูกผู้เสียหายซึ่งเป็นภริยาพี่ชายสามีจำเลยมาก่อน แยกสามีจำเลย แล้วจำเลยถูกสามีไล่ออกจากบ้านพร้อมบุตรชายและหญิง เป็นเหตุให้ครอบครัวต้องแตกแยก จำเลยต้องไปเช่าบ้านอยู่และมีรายได้ไม่พอใช้จ่าย บุตรที่กำลังศึกษาต้องออกจากโรงเรียน นับว่าผู้เสียหายทำให้จำเลยเกิดความคับแค้นใจอย่างมากอยู่ก่อนแล้ว เมื่อจำเลยไปขอค่าใช้จ่ายจากสามี พบผู้เสียหาย ยังถูกผู้เสียหายตำว่า และมองด้วยอาการเหยียดหยามตั้งแต่ศรีษะจรดเท้า ถือได้ว่าจำเลยถูกช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมทำให้จำเลยบันดาลโทสะ”

และคำพิพากษาฎีกาที่ 6980/2540 “จำเลยให้การอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่ผู้เสียหายในฐานะที่จำเลยเป็นมารดาอย่างดีจนสำเร็จชั้นปริญญาตรี ระหว่างศึกษาผู้เสียหายมีท้องไม่มีพ่อ คลอดบุตรแล้วก็นำมาให้จำเลยเลี้ยง เมื่อผู้เสียหายสำเร็จการศึกษาเข้ารับราชการครูได้สมรสกับชายแต่อยู่กินได้เพียงหนึ่งเดือนก็ถูกฝ่ายชายฟ้องหย่า ต่อมาผู้เสียหายได้ลักลอบได้เสียกับโจทก์ร่วมและจะนำโจทก์ร่วมเข้ามาอยู่ในบ้านจำเลย แต่จำเลยไม่ยอม ผู้เสียหายได้ขโมยไม้บางส่วนในบ้านของจำเลยไปสร้างบ้านในที่ดินของจำเลย เมื่อจำเลยบอกให้ริ้อถอนผู้เสียหายโต้เถียงสิทธิไม่ยอมออกไป ถือได้ว่าเป็นการช่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยวางเพลิงเผาเรือนดังกล่าวของผู้เสียหายและโจทก์ร่วม จึงเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ”

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นว่าการกระทำที่ถือเป็นการช่มเหงครั้งสุดท้ายเป็นการกระทำที่ไม่ถึงกับร้ายแรง โดยตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2792/2515 จำเลยได้เห็นภริยานั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์ของชายชู้ผ่านไปเท่านั้น ส่วนคำพิพากษาฎีกาที่ 629/2515

ผู้เสียหายได้ดำว้และมองด้วยอาการเหยียดหยาม สำหรับคำพิพากษาฎีกาที่ 6980/2540 การที่ บุตรจำเลยได้ปลูกสร้างบ้านในที่ดินของจำเลยโดยขโมยไม้ในบ้านของจำเลยไปปลูก จำเลยบอกให้ รื้อถอน บุตรก็ยังไม่ยอมออกไป นับเป็นการข่มเหงจำเลยอยู่ตลอดเวลาที่บ้านยังคง ปลูกอยู่ ซึ่งหากฟังเพียงเท่านี้ยังไม่พอที่จะอ้างว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ แต่ศาลก็ได้นำ พฤติการณ์ในอดีตมาพิจารณาประกอบการกระทำครั้งหลังสุดและวินิจฉัยว่าจำเลยได้กระทำ ความผิดไปโดยบันดาลโทสะ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบทางอาญาศึกษา เปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย พบว่ากฎหมายของทั้งสามประเทศยอมรับในความอ่อนแอของจิตใจมนุษย์ที่เมื่อถูกกระทำให้โกรธ ไม่ว่าจะด้วยการกระทำหรือคำพูด ทำให้เกิดบันดาลโทสะจึงกระทำความผิดต่อผู้ที่ทำให้โกรธ แต่ไม่ยอมรับถึงขนาดที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด (justification) หรือเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ (excuse) โดยการกระทำนั้นยังคงเป็นความผิดแต่สมควรได้รับโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น คือเป็นเหตุบรรเทาโทษ (mitigation)

โดยกฎหมายของประเทศอังกฤษและเยอรมัน จะกำหนดถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้เป็นการเฉพาะในความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งหากฟังได้ว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยบันดาลโทสะ ก็จะได้รับ การเปลี่ยนข้อหาความผิดจาก murder เป็น manslaughter ในประเทศอังกฤษ และได้รับการปรับบทลงโทษเป็นบทเบาของความผิด Totschlag ในประเทศเยอรมัน ส่วนในความผิดอื่นจะไม่มีกฎหมายกำหนดถึงกรณีกระทำโดยบันดาลโทสะไว้เป็นการเฉพาะ บันดาลโทสะในความผิดอื่นจึงเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ศาลจะนำมาพิจารณาเพื่อประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ ส่วนกฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้ในภาคทั่วไป ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้กับฐานความผิดในภาคความผิดได้โดยไม่จำกัด โดยกฎหมายให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

เหตุที่กฎหมายของประเทศอังกฤษ และเยอรมันต้องบัญญัติถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้ในความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายเป็นการเฉพาะ เพราะว่าความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่เรียกว่า murder มีอัตราโทษที่ตายตัวคือโทษจำคุกตลอดชีวิต (แต่เดิมเป็นโทษประหารชีวิต) ซึ่งความผิดนี้ศาลไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจกำหนดโทษน้อยกว่าโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นหากผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะจึงต้องเปลี่ยนข้อหาความผิดให้เป็น manslaughter เสียก่อนซึ่งความผิดนี้ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้ ส่วนความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่เรียกว่า Totschlag มีอัตราโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี แต่หากได้กระทำความผิดไปโดยบันดาลโทสะก็จะได้รับการปรับบทลงโทษเป็นบทเบาซึ่งมีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี

แม้กฎหมายประเทศอังกฤษและเยอรมันจะกำหนดถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้เป็นการเฉพาะ แต่กฎหมายของไทยไม่ได้กำหนดถึงความผิดใดเป็นการเฉพาะ ก็ไม่ให้การ

กระทำโดยบันดัลโทสะของทั้งสามประเทศแตกต่างกัน เพราะในที่สุดแล้วศาลก็ต้องนำบันดัลโทสะมาใช้เพื่อประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลยเหมือนกัน การที่กฎหมายของประเทศอังกฤษและเยอรมันต้องกำหนดไว้ในคดีทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายเป็นการเฉพาะก็ด้วยเหตุที่เป็นความผิดที่มีอัตราโทษที่ตายตัวดังที่กล่าวข้างต้น มิใช่ว่าทั้งสองประเทศจะให้ความสำคัญกับการกระทำโดยบันดัลโทสะในคดีทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายมากกว่าคดีความผิดอื่น ๆ และเมื่อผู้เขียนนำอัตราโทษที่ผู้กระทำความผิดในคดีทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายของทั้งสามประเทศมาเปรียบเทียบกันซึ่งสามารถนำมาเปรียบเทียบได้ชัดเจนกว่าความผิดอื่น พบว่าศาลของทั้งสามประเทศกำหนดโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดนี้โดยบันดัลโทสะไว้ใกล้เคียงกันคือลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 – 7 ปี และบางคดีไม่ต้องรับโทษจำคุกเลย

ในเรื่องที่อยู่ของบันดัลโทสะในหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย จากการศึกษาพบว่าในทุก ๆ ความผิดจะเหมือนกันคือบันดัลโทสะจะอยู่นอกหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบ โดยศาลจะนำมาพิจารณาในขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย ภายหลังจากที่พิจารณาได้ความแล้วว่าจำเลยได้กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งและจัดเป็นเหตุบรรเทาโทษ (mitigation) จะมีข้อแตกต่างไปบ้างเฉพาะในความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายของประเทศอังกฤษที่กฎหมายกำหนดให้บันดัลโทสะเป็นองค์ประกอบที่จะเปลี่ยน ข้อหาความผิดจาก murder ให้เป็น manslaughter การกระทำโดยบันดัลโทสะในกรณีนี้เท่านั้นที่อยู่ในหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบ

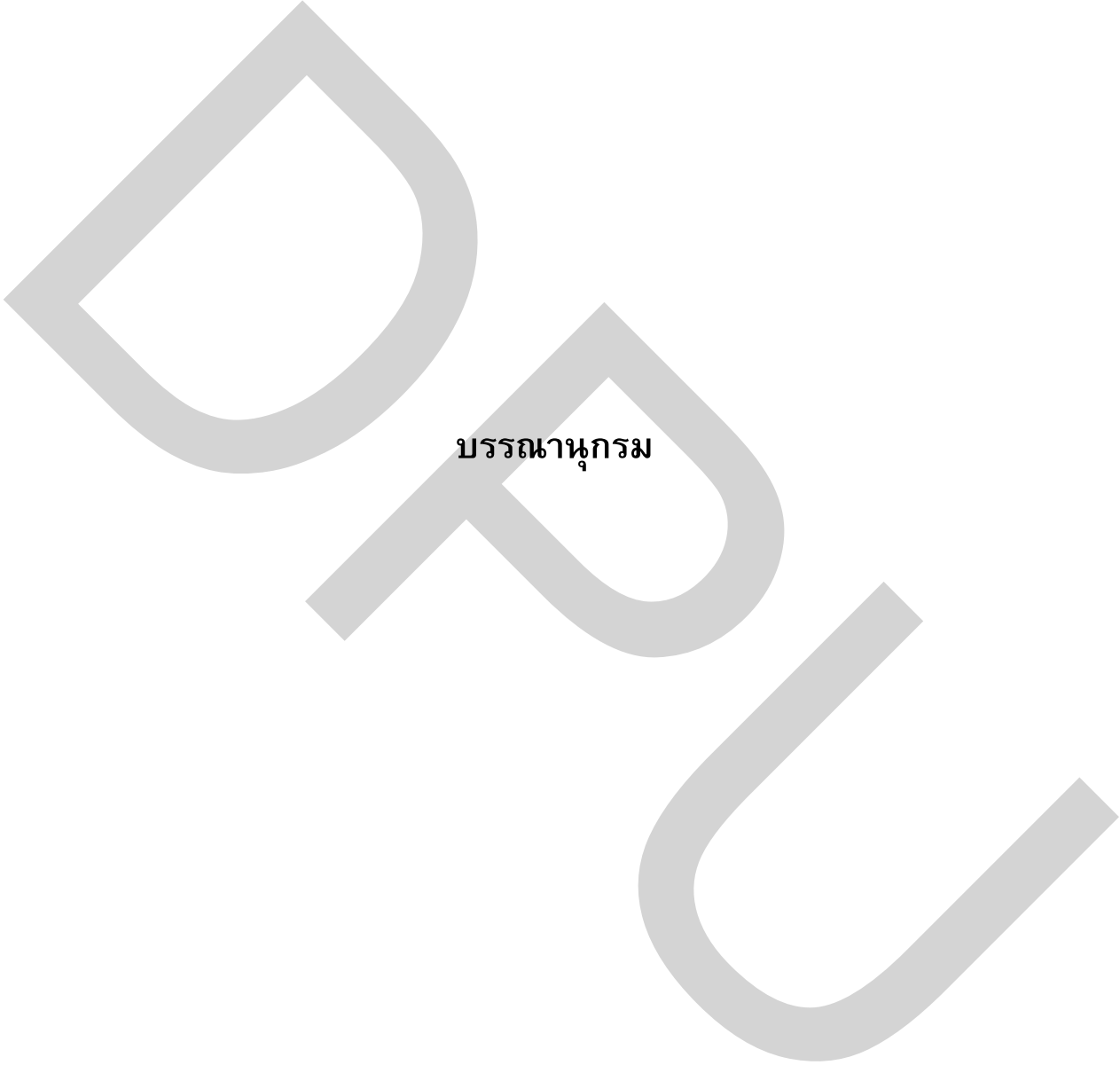
5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่าแนวโน้มคำพิพากษาของไทยจะเริ่มวินิจฉัยเป็นทฤษฎีเป็นโครงสร้างมากขึ้น ซึ่งหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบของไทยจะต้องวินิจฉัยไปตามลำดับขั้นตอนตามโครงสร้างของความรับผิดชอบ โดยเริ่มพิจารณาว่าการกระทำครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาทั้งองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายในอันได้แก่เจตนาหรือประมาท เมื่อพิจารณาครบองค์ประกอบความผิดแล้ว จึงต้องมาพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายยกเว้นความผิด หรือยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มีการกระทำนั้นก็มีความผิดตามกฎหมาย ขั้นตอนต่อมาคือการพิจารณาโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งศาลต้องนำเหตุบรรเทาโทษประการต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบ

เมื่อสรุปได้แล้วว่าการกระทำโดยบันดัลโทสะเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่ง ดังนั้นในการวินิจฉัยความรับผิดชอบคดีที่มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้กระทำโดยบันดัลโทสะ ศาลต้องวินิจฉัยความผิดไปตามลำดับขั้นตอนของโครงสร้างความรับผิดชอบก่อนและวินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดฐานใด แล้วจึงจะนำข้อเท็จจริงว่าจำเลยได้กระทำโดยบันดัลโทสะมาพิจารณาร่วมกับข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุบรรเทาโทษอื่น ๆ และกำหนดโทษที่จะลง ซึ่งหากศาลพิจารณาอย่างเป็นทฤษฎีเป็นโครงสร้างแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าจะช่วยขจัดปัญหาที่ผู้ใช้กฎหมายมักมีความ

สับสนในเรื่องบันดาลโทษโดยมักจะนำไปใช้ในการวินิจฉัยความผิดฐานใดฐานหนึ่ง โดยใช้
ร่วมกับเจตนาจนบางครั้งมีผู้ใช้กฎหมายที่เข้าใจว่าบันดาลโทษเป็นองค์ประกอบภายในของ
ความผิดซึ่งลตทอนเจตนาในการทำความผิดให้ลดลง หรือขาดเจตนากระทำความผิดทีเดียว





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือและบทความในหนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

โกเมน ภัทรภิรมย์. คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส. เอกสารประกอบการบรรยาย

ชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.

เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

_____. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

_____. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์

นิติธรรม, 2542.

_____. "วิธีพิจารณาความอาญาไทย : หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน." ใน

สำนักงานอัยการสูงสุด. รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต

ณ นคร. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2540.

จิตติ ดิงศภักย์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร :

กรุงสยามพรินติ้งกรุ๊ป, 2529

ชาญชัย แสวงศักดิ์. หลักการตีความกฎหมายกับกรณีศึกษา : ปัญหาการแต่งตั้ง

ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรก และปัญหาลักษณะต้องห้ามของ
ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภากรณีเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 2.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 3.

กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

วิชชัย พิทักษ์. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.ป.

ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2543.

พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์

นิติบรรณการ, 2540.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและ
ต่างประเทศ หน่วยที่ 1 – 7. สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัย-
ธรรมาราช, 2528.

ยิ่งศักดิ์ กฤษณจินดา และ วุฒิพงษ์ เวชยานนท์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน.

พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2541.

วิจิตร ลุลิตานนท์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2487.

_____. คำอธิบายกฎหมายอาญา (ภาค 1). พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร :

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507.

สุทธิวาทณพุฒิ, หลวง. คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร

:

โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516.

อุกฤษ มงคลนาวิน. ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล). กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2514.

อัชราทร จุฬารัตน์. การตีความกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กฎหมายไทย,
2542.

อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2525.

วารสาร

กิตติศักดิ์ ปรกติ. “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์.”
ตุลพาห. 41, 1. มกราคม – กุมภาพันธ์ 2537.

_____. “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์
(ตอนที่ 2).” ตูลพาห. 41, 2. มีนาคม – เมษายน 2537.

คณิต ฒ นคร. “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว.” วารสารนิติศาสตร์. 16, มิถุนายน 2529.

คณิง ฤไชย. “วิธีพิจารณาความอาญาตามกฎหมายอังกฤษ.” วารสารอัยการ. 10, 112
เมษายน 2530.

ประกอบ หุตะสิงห์. “การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเทียบเคียงกับหลักกฎหมาย
เยอรมัน.”

วารสารนิติศาสตร์. 1, 3. 2512.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ.”

วารสารนิติศาสตร์. 2, 1. มีนาคม 2535.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. “โครงสร้างความผิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย”

วารสารนิติศาสตร์. 4, 14. ธันวาคม 2527.

หยุด แสงอุทัย. “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา.” บทบัณฑิตย. 12. 2483.

วิทยานิพนธ์

เกียรติภูมิ แสงศศิธร. “กระบวนการกำหนดโทษจำเลยคดีอาญา : เปรียบเทียบของไทย

กับต่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย

ธรรมศาสตร์, 2533.

นฤมล อังคณาภิวัฒน์. “เหตุบรรเทาโทษ : ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการใช้ในศาลไทยกับ

ศาลต่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย

ธรรมศาสตร์, 2537.

รัตน์ชัย อนุตรพงษ์สกุล. “อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทาง

อาญา

ของไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย

ธรรมศาสตร์, 2543.

กฎหมายและเอกสารอื่น ๆ

ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118.

เอกสารสมัยรัชกาลที่ 5. หมายเลขเอกสาร น.ร.5 ย/23/1 กล้อง 4.

หोजดหมายเหตุแห่งชาติ หอสมุดแห่งชาติ.

ภาษาอังกฤษ

Books

Campbell, Henry. **Black's Law Dictionary**. 5th ed., St.Paul Minn :
West Publishing Co., 1979.

Card, Richard. **Criminal Law**. 13th ed., London : Butterworths, 1995.

Curzon, L.B. **Criminal Law**. 4th ed., Great Britain : Macdonald & Evans Ltd., 1984.

_____ . **Law of Evidence**. Great Britain : Macdonald & Evans Ltd., 1978.

Dreher, Eduard and Trondle, Herbert. **Strafgesetzbuch und nebensetze**.
Muechen : C.H.Beck, 1981.

Elliott, D.W. and Allen, J. **Casebook on Criminal Law**. 5th ed., London : Sweet
& Maxwell, 1990.

Foster, Nigel G. **German Law & Legal System**. London : Blackstone Press Ltd.,
1993.

Jefferson, Michael. **Criminal Law**. 3rd ed., London : Pitman Publishing, 1997.

Luther, Charles W.. **Survey of Criminal Law**. 2nd ed., California : Central Press, 1974.

Reed, Alan and Seago, Peter. **Criminal Law**. London : Sweet & Maxwell, 1999.

Simester, A.P. and Sullivan, G.R.. **Criminal Law Theory and Doctrine**.
Oxford Portland Oregon : Hart Publishing, 2000.

Smith, J.C. and Hogan, Brain. **Criminal Law**. 6th ed., London :
Butterworths, 1988.

Williams, Glanville. **Textbook of Criminal law.** 2nd ed., London :
Steven & Sons Ltd, 1983.





ภาคผนวก

ภาคผนวก ก.

THE INDIAN PENAL CODE

(ACT NO. XLV OF 1860.)

Section 300

Except in the cases hereinafter excepted, culpable homicide is murder, if the act by which the death is caused is done with the intention of causing death, or _

Secondly. – If it is done with the intention of causing such bodily injury as the offender knows to be likely to cause the death of the person to whom the harm is caused, or_

Thirdly. _ If it is done with the intention of causing bodily injury to any person and the bodily injury intended to be inflicted is sufficient in the ordinary course of nature to cause death, or _

Fourthly. _ If the person committing the act knows that it is so imminently dangerous that it must, in all probability, cause death, or such bodily injury as is likely to cause death, and commits such act without any excuse for incurring the risk of causing death or such injury as aforesaid.

Exception 1. _ Culpable homicide is not murder if the offender, whilst deprived of the power of self - control by grave and sudden provocation, causes the death of the person who gave the provocation, causes the death of the person who gave the provocation or causes the death of any other person by mistake or accident.

The above exception is subject to the following provisos :-

First._ That the provocation is not sought or voluntarily provoked by the offender as an excuse for killing or doing harm to any person.

Secondly._ That the provocation is not given by anything done in obedience to the law, or by a public servant in the lawful exercise of the powers of such public servant.

Thirdly._ that the provocation is not given by anything done in the lawful exercise of the right of private defence.

Exception 2._ Culpable homicide is not murder if the offender, in the exercise in good faith of the right of private defence of person or property, exceeds the power

given to him by law and causes the death of the person against whom he is exercising such right of defence without premeditation, and without any intention of doing more harm than is necessary for the purpose of such defence.

Exception 3._ Culpable homicide is not murder of the offender, being a public servant or aiding a public servant acting for the advancement of public justice, exceeds the powers given to him by law, and causes death by doing an act which he, in good faith, believes to be lawful and necessary for the due discharge of his duty as such public servant and without ill-will towards the person whose death is caused.

Exception 4._ Culpable homicide is not murder if it is committed without premeditation in a sudden fight in the heat of passion upon a sudden quarrel and without the offender's having taken undue advantage or acted in a cruel or unusual manner.

Exception 5._ Culpable homicide is not murder when the person whose death is caused, being above the age of eighteen years, suffers death or takes the risk of death with his own consent.

ภาคผนวก ข.

ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118

มาตรา 4

ถ้าผู้ใดกระทำท่านให้ถึงแก่ความตาย ด้วยอาการอย่างใดอย่างหนึ่งดังจะว่าต่อไปนี้
คือ

(1) ตนรู้ว่าการที่ท่านจะกระทำนั้นยอมเป็นเหตุให้มนุษย์ถึงแก่ความตายได้ แล้วทำ
การนั้นด้วยความมุ่งหมายจะให้ผู้ที่ตนทำนั้นถึงแก่ความตาย

(2) ตนมีความเจตนาเพียงแต่จะทำร้ายร่างกายท่านนั้นเป็นอันตราย แต่ตนรู้ว่าคุณ
อันตรายที่ท่านจะทำแก่ท่านนั้นอาจจะให้ท่านถึงตายได้แล้วทำลง

(3) ตนเจตนาจะทำให้ร่างกายท่านเป็นอันตราย แต่ความอันตรายที่ท่านก่อให้เกิดขึ้น
แล้วนั้น เป็นเหตุพอที่จะให้ท่านถึงแก่ความตายได้ตามธรรมดา ฤา

(4) ตนทำการอันใดแก่ท่านด้วยตนรู้ว่าการอันนั้นดูเหมือนจะเป็นเหตุให้ท่านถึงแก่
ความตายได้ ฤาความอันตรายซึ่งตนทำแก่ร่างกายท่านนั้น อาจจะเป็นเหตุให้ท่านถึงแก่ความ
ตายได้ แล้วตนทำลงโดยไม่มีเหตุอันควร จะยกขึ้นแก้ตัวในการที่ท่านก่อเหตุให้ท่านถึงแก่ความ
ตาย ฤาให้ไปเป็นอันตรายแก่ร่างกายท่านดังกล่าวมาแล้วได้

เมื่อผู้ใดผู้หนึ่งกระทำท่านให้ตายด้วยอาการอย่างใดอย่างหนึ่งดังเช่นกล่าวมานี้แล้ว
ท่านว่าผู้หนึ่งกระทำความผิดล่วงละเมิดพระราชอาญา ฐานฆ่าคนตายด้วยความจงใจ ฤาสะจิว
ฆาฏ ซึ่งควรลงโทษอันหนัก ยกเสียแต่ในข้อที่ได้ยกเว้นไว้ 5 ประการ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

ประการที่ 1 ถ้าผู้ใดฆ่าคนตาย ด้วยคนนั้นเป็นผู้ก่อเหตุให้ตนมีความโกรธแค้นมาก ฤา
ทำให้ตนบันดาลโทษะขึ้นถึงกับหมดสติของตนจะไม่รู้จักผิดแลชอบก็ดี ฤาโดยความพลั้งพลาด
ฤาโดยเหตุที่ไม่รู้ว่าจะเกิดขึ้นได้แลเกิดขึ้นในปัจจุบันทันทีดังนี้ ไม่เป็นการฆ่าคนตายด้วยความ
จงใจ ฤาเป็นสะจิวฆาฏ แต่การที่ยกเว้นไว้ในประการที่ 1 นี้ ต้องเข้าใจว่า

(1) ผู้ฆ่าท่านตายนั้น มิได้ทำอุบายให้ผู้ตายก่อเหตุให้ตนมีความโกรธแค้น
เพื่อจะเอาเป็นเหตุขึ้นแก้ตัวในการที่ท่านกระทำร้ายแก่ท่าน

(2) ท่านทำกิจการใด ๆ ที่กฎหมายบังคับไว้ก็ดี ฤาที่กฎหมายอนุญาตไว้ให้ทำ
ก็ดี ฤาข้าราชการซึ่งทำการตามอำนาจอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี กิจการเช่นนี้ผู้ฆ่าท่านตายจะ
ยกเอามาเป็นข้อแก้ตัวว่าตนมีความโกรธแค้นท่านเพราะท่านทำการเช่นนั้น ๆ มิได้

(3) ท่านทำกิจการใด ๆ เพื่อความป้องกันตัว ฤาป้องกันทรัพย์สินสมบัติของ
ท่านตามที่ชอบด้วยกฎหมาย กิจการเช่นนี้ ผู้ฆ่าท่านตายจะยกเอามาเป็นข้อแก้ตัวว่าตนมีความ
โกรธแค้นท่าน เพราะท่านทำการเช่นนั้น ๆ มิได้

ประการที่ 2 ถ้าผู้ใดทำการป้องกันตัวแลทรัพย์สินเพื่อให้พ้นอันตรายอันเกิดขึ้นนั้น โดยไม่มีเจตนาจะทำให้คนอื่นถึงตายแลโดยไม่มีเจตนาจะทำแก่คนอื่น ให้เกินกว่าความจำเป็นต้องทำเพื่อป้องกันตัวแลทรัพย์สินสมบัติดังเช่นว่ามานี้ แต่การที่กระทำนั้นเป็นการเกินกว่าอำนาจที่กฎหมายอนุญาตให้ตนทำได้ จนเป็นเหตุให้คนอื่นถึงแก่ความตาย การฆ่าคนตายดังว่ามานี้ ไม่เป็นการฆ่าคนตายด้วยความจงใจ ถ้าเป็นสะจิตระฆาก

ประการที่ 3 ถ้าผู้ใดซึ่งเป็นข้าราชการทำการตามหน้าที่ อันกฎหมายบังคับไว้ก็ดี ถ้าผู้ใดซึ่งช่วยข้าราชการในเวลาทำการตามหน้าที่อันกฎหมายบังคับไว้ก็ดี ซึ่งผู้ทำทำโดยเชื่อว่าเป็นการถูกต้อง แลตามความจำเป็นเพื่อให้ราชการในหน้าที่สำเร็จไป และโดยไม่มีเจตนาจะให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายด้วยการที่ทำนั้น แต่ผู้ทำนั้นทำการเกินกว่าอำนาจ ที่กฎหมายอนุญาตให้ตนทำได้ จนเป็นเหตุให้คนอื่นถึงแก่ความตาย การฆ่าคนตายดังว่ามานี้ ไม่เป็นการฆ่าคนตายด้วยความจงใจ ถ้าเป็นสะจิตระฆาก

ประการที่ 4 ถ้าผู้ใดฆ่าคนตายในเวลาต่อสู้กัน ด้วยเกิดมูลวิวาทกันขึ้นในที่นั้น โดยไม่อาจจะยับยั้งความโกรธซึ่งกันแลกันไว้ได้ แลโดยไม่มีเจตนาจะทำกันให้ถึงตาย แลข้างฝ่ายผู้ฆ่า นั้นได้ต่อสู้กับผู้ตายโดยปรกติซึ่งหน้ากัน มิได้หาโอกาส ถ้าอุบายเอาเปรียบแก่ผู้ตาย แลมิได้ทำแก่ผู้ตายด้วยอาการอันดุร้าย ถ้าผิดปรกติธรรมดาคนที่ต่อสู้กัน แต่ในเวลาต่อสู้กันอยู่นั้น บังเอินให้เกิดเหตุถึงแก่ความตายลงฝ่ายหนึ่ง การฆ่าคนตายดังว่ามานี้ ไม่เป็นการฆ่าคนตายด้วยความจงใจ ถ้าเป็นสะจิตระฆาก

ประการที่ 5 ถ้าผู้หนึ่งผู้ใดเป็นผู้ก่อเหตุให้เกิดขึ้น ถ้ายุ้งให้ผู้ใดผู้หนึ่งซึ่งมีอายุเกินกว่า 17 ปีขึ้นไป ต้องตายด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งซึ่งผู้ตายนั้นมีความเต็มใจ แลยินยอมด้วยก็ดี ถ้าผู้ตายนั้นทำการใด ๆ ที่อาจเป็นอันตรายแก่ชีวิตของตนเองโดยความเต็มใจแลยินยอมทำเองก็ดี ท่านว่าผู้ก่อเหตุให้เกิดขึ้น ถ้ายุ้งให้ผู้ตายทำอันตรายแก่ตนเองนั้น ไม่มีความผิดฐานฆ่าคนตายด้วยความจงใจ ถ้าเป็นสะจิตระฆาก

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นางเพ็ญจันทร์ แจ่มมาก

วัน เดือน ปีเกิด 19 กรกฎาคม 2511

การศึกษา ปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง รุ่นที่ 16
ปีการศึกษา 2532
ประกาศนียบัตรเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 44 ปีการศึกษา 2534

การทำงาน นิติกร 6 แผนกอนุญาตตุลาการ กองคดี ฝ่ายกฎหมาย
การทางพิเศษแห่งประเทศไทย