

ความคิดที่เป็นการก่ออันตราย : ศึกษาความรับผิดชอบทางอาญา
ในกรณีพื้นฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้

ธวัชพร รักตะเมธากุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2556

Danger Delict : Study on Criminal Liability for Affray Offense

Thawanphon Raktamethakun

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

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2013

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล เป็นอย่างสูงที่สละเวลาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อีกทั้งยังให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้า และคำแนะนำเรื่องคำศัพท์ภาษาต่างประเทศที่ถูกต้อง จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ประจักษ์ วัฒนวณิชช์ ที่สละเวลาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศ อีกทั้งให้คำปรึกษาและชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์สูงสุดในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรรณภักดิ์ ที่สละเวลาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำในการจัดรูปแบบความสำคัญของเนื้อหาและการอ้างอิง ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จตามความมุ่งหมาย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ได้สละเวลาอันมีคุณค่าเพื่อให้คำแนะนำและคำปรึกษาอย่างใกล้ชิด อีกทั้งให้ความอนุเคราะห์คอยช่วยเหลือเอาใจใส่ และให้กำลังใจผู้เขียนตลอดมา จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จเรียบร้อยเป็นอย่างดี

ที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณกำลังใจที่สำคัญที่สุดจากบิดามารดา รวมทั้งพี่สาวและพี่ชายของผู้เขียน ที่คอยสนับสนุนกำลังใจ และอบรมสั่งสอนรวมทั้งเอาใจใส่ห่วงใยดูแลผู้เขียนตลอดมา อันส่งผลให้ผู้เขียนประสบความสำเร็จในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบคุณนางสาวปิยพรรณ พรหมเมศร์ ที่คอยช่วยเหลือให้คำปรึกษาและชี้แนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียนตลอดมา

และขอขอบคุณพี่ๆ เจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัยที่คอยอำนวยความสะดวกในขั้นตอนการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอขอบผลของคุณประโยชน์นี้แด่ บิดา มารดา ผู้มีพระคุณ และคณาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน ส่วนข้อบกพร่องใดๆ ผู้เขียนขอรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	8
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	9
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
2. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานเข้าร่วม ในการหลุมุนต่อสู้.....	10
2.1 ทฤษฎีและหลักการกำหนดความผิดอาญา.....	10
2.1.1 ทฤษฎีการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา.....	10
2.1.2 หลักประกันในกฎหมายอาญา.....	11
2.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความผิดอาญา ฐานเข้าร่วมในการหลุมุนต่อสู้.....	15
2.1.4 หลักการกำหนดความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย กับความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย.....	18
2.2 หลักในการลงโทษ.....	21
2.2.1 ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษ.....	21
2.2.2 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ.....	23
2.2.3 การกำหนดโทษทางอาญา.....	26
2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของไทย.....	28

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาที่นำเอาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา.....	29
2.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาที่นำเอาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษรวมไว้ในโครงสร้างความผิดอาญา.....	42
2.4 ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย.....	49
2.4.1 วิวัฒนาการของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้.....	49
2.4.2 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้.....	64
2.4.3 ลักษณะความน่าจะเป็นอันตรายของการชุมนุมต่อสู้ที่มีต่อสาธารณะ.....	65
2.4.4 การกำหนดสัดส่วนของอัตราโทษกับความรุนแรงของการกระทำ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้.....	67
3. ความผิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของต่างประเทศ.....	68
3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี.....	68
3.1.1 อังกฤษ.....	68
3.2 ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย.....	73
3.2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	74
3.2.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	83
4. วิเคราะห์การวินิจฉัยความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ.....	89
4.1 ปัญหาการวินิจฉัยเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยตามโครงสร้างความผิดอาญา.....	89
4.1.1 การห้ามการชุมนุมต่อสู้.....	90
4.1.2 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	94
4.2 ปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้.....	98
4.2.1 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับความผิดอาญาฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้.....	98

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2.2 วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาและสัดส่วนของไทย ที่ผู้กระทำจะต้องได้รับ.....	101
4.3 เปรียบเทียบความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมุนต่อสู้อของไทยกับต่างประเทศ.....	105
4.3.1 เปรียบเทียบความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมุนต่อสู้อ ของไทยกับอังกฤษ.....	105
4.3.2 เปรียบเทียบความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมุนต่อสู้อของไทย กับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	108
4.4 แนวทางในการพัฒนากฎหมายในความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมุนต่อสู้อ.....	109
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	113
5.1 บทสรุป.....	113
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	118
บรรณานุกรม.....	119
ประวัติผู้เขียน.....	124

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย : ศึกษาความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้
ชื่อผู้เขียน	ธวัชพร รักตะเมธากุล
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2555

บทคัดย่อ

ระบบกฎหมายในปัจจุบันทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบประมวลกฎหมายต่างก็ยอมรับว่าการที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาและจะต้องถูกลงโทษหรือไม่จะต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิด ที่เรียกว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” ซึ่งหากทำการพิจารณาความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยในประมวลกฎหมายอาญา คือ มาตรา 294 และมาตรา 299 ตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ยึดแนวระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับไทย และมีอิทธิพลในการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยแล้ว จะพบว่าการกระทำที่เป็นข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในวรรคสองของความผิดฐานนี้ แท้จริงแล้วเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดหาใช่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษดังที่ความผิดฐานนี้บัญญัติไว้

นอกจากนี้เนื่องจากความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้บัญญัติเอาผิดกับผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ในกรณีที่มีการชุมนุมต่อสู้นั้นเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายและได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น ทำให้หากเกิดการชุมนุมต่อสู้ที่มีเพียงบุคคลได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายสาหัสก็จะไม่สามารถใช้ความผิดฐานนี้ลงโทษผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ได้ ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาคดีของศาล เนื่องจาก ไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้ เป็นเหตุให้ศาลต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิด ไปดังที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาบางฉบับ ซึ่งย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมกับผู้เสียหาย จึงเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาควรเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเพิ่มเข้ามาในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ อีกทั้งในปัจจุบัน บ่อยครั้งพบว่าผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้มักนำเอาอาวุธปืนและวัตถุระเบิดเข้ามาใช้ในการชุมนุมต่อสู้ด้วย ซึ่งอาวุธดังกล่าวจัดเป็นอาวุธร้ายแรงที่สามารถสร้างความเสียหายแก่ชีวิตร่างกายได้อย่างรวดเร็วจึงอาจทำให้มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บได้ง่ายกว่าการชุมนุมต่อสู้ที่ไม่มีการใช้อาวุธดังกล่าว จึงเห็นว่ากฎหมายควรบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือ

วัตถุประสงค์ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ เพื่อให้โทษที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับมีความเหมาะสมกับปริมาณความเสียหายที่เพิ่มมากขึ้นจากการใช้อาวุธดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยควรได้รับการแก้ไขให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาโดยตัดข้อความในวรรคสองของมาตรา 294 และมาตรา 299 ออกไปจากบทบัญญัติ อีกทั้งควรเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเพิ่มเข้ามาในความผิดฐานนี้ และบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุประสงค์ต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดลักษณะดังกล่าว ซึ่งจะเป็นการช่วยลดอันตรายที่จะเกิดขึ้นในสังคมและทำให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข

Thesis Title Danger Delict : Study on Criminal Liability for Affray Offense
Author Thawanphon Raktamethakun
Thesis Advisor Associate Professor Achariya Chutinun
Department Law
Academic Year 2012

ABSTRACT

Presently, in the practice of countries adopted both civil law system and common law system, there has no further argument pertaining to the method for determining whichever act is criminal offense and whenever criminal punishment shall be sentenced. In another word, it is all acknowledge that approaching the abovementioned issues one has to apply acceptable offense determination approach so called "Structure of Crime." However, on the assumption that the study of the specific criminal offense under the Thai Criminal Code; Affray Offense has been undertaken by implementing the structure of crime under the criminal laws of Germany and France gaining its influence in establishing offense determination approach in Thailand, we would achieve one accomplishment that is whilst paragraph 2 of section 294 and 299 under Thai Criminal Code classified as Excuse so participants engaging in an affray shall be merely exempted from punishment, on the other hand, under the Structure of Crime under the criminal laws of Germany and France the similar act classified as Justification thus the engaging participants shall be exempted from criminal offense.

Furthermore, under Thai Criminal Code, those participants engaged in an affray shall be charged with affray offense unfortunately only an affray undoubtedly and irrevocably brings forth serious injury or even worse death to others. Nevertheless, it is quite burdensome to the judge and more precisely suffice it to say that it is hardly possible to charge those participants with an affray offense if only bodily injury has been inflicted by those engaging participants. As a result, as long as there has none provision to deal with the particular obstacle spoken of earlier, it may decline the prospects of reaching the judgment whereas merely bodily injury has been inflicted so the judges hearing that case have to release those committing the criminal offense as we have already observed from some court judgments. However, it is not fair for the victims

suffering the detrimental consequences of crime. Consequently, the task of amending new provision under the Thai Criminal Code regarding an affray offense engaged by participants inflicting physical injury or psychiatric injury upon the others should be preceded and accomplished.

Besides, as we have observed most of the time, those participants engaging in an affray often have carried many kinds of weapon such as firearms, explosives to ensure their victory, though these weapons are undoubtedly deadly weapons which can expeditiously inflict mortal or great bodily harm. Definitely, it can be said that engaging an affray with deadly weapons might easily cause more deaths or bodily harm to others than engaging an affray without such weapons. Thereupon, the amendment to the Thai Criminal Code in term of increasing the penalty imposed upon participants engaging in an affray offense with deadly weapons should be achieved.

In conclusion, in order to overcome the particular obstacles discussed above, Section 294 and Section 299 under the Thai Criminal Code should be amended to be under the appropriate offense determination approach so called "Structure of Crime" by definitely abolishing paragraph 2 of the aforesaid sections. Additionally, the task of amending new provision under the Thai Criminal Code regarding an affray offense engaged by participants inflicting physical injury or psychiatric injury upon the others should be preceded and accomplished. Furthermore, the amendment to the Thai Criminal Code in term of increasing the penalty imposed upon participants engaging in an affray offense with deadly weapons should be achieved as well. All of these suggestions will unquestionably anticipate any difficulty occurred from criminal offenses spoken of earlier and abate the rising amount of danger exposed in society as well as encourage peaceful living environment.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญา ก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย¹ โดยหลักดังกล่าวถือเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาซึ่งถูกบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายที่จะกำหนดว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาและกำหนดโทษได้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติเท่านั้น และเนื่องจากการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่จะใช้กับประชาชน รัฐจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อให้บุคคลทั่วไปสามารถทราบได้ว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาและเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้มีอำนาจในการใช้กฎหมายใช้กฎหมายตามอำเภอใจของตน

ปัจจุบันสามารถแบ่งระบบกฎหมายออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ๆ ด้วยกัน คือ ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) โดยกฎหมายทั้ง 2 ระบบนี้มีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์และปรัชญาของระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายทั้ง 2 ระบบต่างก็ยอมรับว่าในการที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดอาญาและจะต้องถูกลงโทษหรือไม่นั้น จะต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิด ที่เรียกว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” ซึ่งการวิเคราะห์โครงสร้างความผิดอาญาของกฎหมายทั้ง 2 ระบบนั้นก็จะมีวิเคราะห์ที่แตกต่างกันไป โดยสำหรับประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่ยึดถือแนวระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และประเทศที่มีอิทธิพลในการวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญาของไทยเป็นอย่างมากก็คือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งนักกฎหมายไทยต่างก็ได้รับอิทธิพลในการวินิจฉัยความผิดอาญามาจากทั้งทฤษฎีของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและทฤษฎีของประเทศฝรั่งเศสแต่ทั้งนี้ยังมีนักกฎหมายไทยบางกลุ่มที่อธิบายโครงสร้างความผิดอาญาโดยมีแนวคิดที่นำเหตุยกเว้นโทษทั้งหมดมารวมไว้ในโครงสร้างความผิดอาญาอีกด้วย

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา

ในประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกายนั้น ได้บัญญัติ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ไว้ 2 มาตรา คือ มาตรา 294² การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299³ การเข้าร่วมใน การชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส โดยทั้ง 2 มาตรานี้มีหลักเกณฑ์องค์ประกอบความผิดเหมือนกัน จะแตกต่างกันเฉพาะในมาตรา 294 เป็นเหตุ ให้บุคคลถึงแก่ความตาย ส่วนมาตรา 299 เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น และทั้ง 2 มาตราได้บัญญัติการกระทำที่เป็นข้อยกเว้นที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษไว้ในวรรคสอง กล่าวคือ หาก ผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้สามารถนำสืบแสดงได้ว่าตนเองได้กระทำไปเพื่อ 1) ห้ามการ ชุลมุนต่อสู้ นั้น หรือ 2) เพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ โดยข้อยกเว้นทั้ง 2 ประการนี้ หน้าที่พิสูจน์จะตกอยู่แก่ฝ่ายที่อ้างขึ้นมาเพื่อให้ตนพ้นความผิดนั่นเอง

โดยหากทำการพิจารณาความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยทั้ง 2 มาตรา ตาม โครงสร้างความคิดอาญาแบบต่างๆ คือ โครงสร้างความคิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนีและโครงสร้างความคิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสแล้ว จะพบว่าการกระทำที่เป็นข้อยกเว้น ที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในวรรคสองของฐานความผิดดังกล่าว คือ การห้ามการชุลมุนต่อสู้และการ ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นโดยหลักแล้วย่อมเป็นการกระทำที่ไม่มีความผิด เนื่องจาก เมื่อทำ การวินิจฉัยการกระทำทั้งสองประการตาม โครงสร้างความคิดอาญาแล้วจะพบว่าเป็นการกระทำที่ ไม่ครบโครงสร้างความคิดอาญา จึงทำให้การกระทำดังกล่าวไม่มีความผิด ซึ่งผลจากการวินิจฉัย ตามโครงสร้างความคิดอาญานี้แตกต่างกับความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่บัญญัติให้ผล จากการกระทำทั้งสองกรณีเป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ โดยสามารถพิจารณากรณี ดังกล่าวตามโครงสร้างความคิดอาญาได้ดังนี้ คือ

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ สามคนขึ้นไป และบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้ที่เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ ถึงแก่ความตายโดยการกระทำ ในการชุลมุนต่อสู้ นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ นั้น หรือเพื่อ ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ.”

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 299 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลแต่สาม คนขึ้นไป และบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้ที่เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ รับอันตรายสาหัสโดยการกระทำใน การชุลมุนต่อสู้ นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการ ชุลมุนต่อสู้ นั้น หรือเพื่อ ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ.”

กรณีของการห้ามการชุลมุนต่อผู้อื่น เจตนาที่แท้จริงของผู้กระทำ คือ ต้องการระงับหรือยุติการชุลมุนต่อผู้อื่น การกระทำดังกล่าวจึงขาดเจตนาในการเข้าร่วมชุลมุนต่อผู้อื่น ถือเป็น การขาดเจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น การกระทำจึงไม่มีความผิด

ส่วนกรณีของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น เมื่อทำการพิจารณา “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ตามโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว จะพบว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็นเหตุหนึ่งซึ่งผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้และเป็นเหตุยกเว้นความผิด ดังนั้นผู้กระทำจึงไม่มีความผิดหาใช่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้แต่อย่างใด นอกจากนี้ยังพบว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้อื่น 2 มาตรา นั้นได้ใช้คำว่า “ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68⁴ โดยตามมาตรา 68 ได้บัญญัติให้ผู้ทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่มีความผิด ต่างจากความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้อื่นที่ได้บัญญัติให้ผู้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ต้องรับโทษ ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าบทบัญญัติทั้ง 3 มาตรา คือ มาตรา 68 มาตรา 294 และ มาตรา 299 นั้น แม้กฎหมายจะใช้คำว่า “ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกันแต่กลับบัญญัติผลในทางกฎหมายออกมาแตกต่างกันซึ่งอาจทำให้ผู้ใช้กฎหมายเกิดความสับสนได้

การกระทำที่ไม่เป็นความผิดกับการกระทำที่เป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ นั้นไม่ได้ส่งผลต่อความรับผิดชอบทางอาญาที่ต่างกันเท่านั้นแต่ยังส่งผลไปถึงความรับผิดชอบทางแพ่งอีกด้วย เนื่องจากการกระทำที่ไม่เป็นความผิดส่งผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษทั้งทางอาญาและทางแพ่ง แต่การกระทำที่เป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ นั้นเป็นเพียงเหตุให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญาเท่านั้น แต่ยังคงมีความรับผิดชอบทางอาญาอยู่และยังคงต้องรับผิดชอบในทางแพ่งอีกด้วย ดังนั้นในกรณีนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้อื่นของไทย คือ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 ควรได้รับการแก้ไขให้ถูกต้องและเหมาะสมตามหลักการวินิจฉัยความผิดตาม โครงสร้างความผิดอาญาต่อไป

หากเราพิจารณาสภาพสังคมไทยในปัจจุบันแล้วจะพบว่าปัญหาที่มีความสำคัญและสมควรได้รับการแก้ไขอย่างยิ่งประการหนึ่ง คือ ปัญหาเกี่ยวกับกลุ่มนักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันยกพวกตีกันนั่นเอง ซึ่งปัญหาเหล่านี้เพิ่มสูงขึ้นมากในปัจจุบัน โดยจากสถิติการรับแจ้งเหตุของกองบัญชาการตำรวจนครบาล พบว่าในปีพ.ศ. 2551 มีสถิติการแจ้งเหตุนักเรียนทะเลาะวิวาทรวม

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุรร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควร แก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด.”

639 ครั้ง ปีพ.ศ. 2552 มีตัวเลขรับแจ้งเหตุจำนวนสูงถึง 2,619 ครั้ง ปีพ.ศ. 2553 พบว่าเพียงครึ่งปีมีการแจ้งเหตุวิวาททะเลาะวิวาทของนักเรียนเข้ามาถึง 881 ครั้ง ส่วนในปีพ.ศ. 2554 มีการทำสถิติตลอดทั้งปีไว้ว่ามีคนตายถึง 26 ศพ⁵ ซึ่งเหตุการณ์เหล่านี้มักก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนโดยรวม ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลผู้กระทำเองหรือบุคคลภายนอกที่อาจถูกลูกหลงจากการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความสูญเสียในทางทรัพย์สินหรือได้รับบาดเจ็บทางร่างกายและในบางกรณีอาจถึงแก่ความตายอีกด้วย ซึ่งท้ายที่สุดผลที่เกิดจากการกระทำนี้ยังส่งผลกระทบต่อครอบครัวที่อยู่เบื้องหลังของบุคคลเหล่านั้นที่จะต้องสูญเสียบุคคลในครอบครัวอันเป็นที่รักและส่งผลกระทบต่อประเทศชาติที่จะต้องสูญเสียบุคลากรที่จะใช้ในการพัฒนาประเทศอีกด้วย โดยหากเราพิจารณาความผิดที่จะนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีดังกล่าวแล้วจะพบว่าความผิดฐานหนึ่งที่มีคนนำมาใช้ก็คือ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นั่นเอง เนื่องจากในการยกพวกตีกันดังกล่าวกลุ่มนักเรียนนักศึกษามักรวมตัวกันมาก่อเหตุเป็นจำนวนมาก ทำให้หากในเหตุการณ์นั้นมีบุคคลได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายก็จะระบุตัวผู้ลงมือกระทำได้ยาก จึงจำเป็นต้องนำความผิดฐานนี้มาใช้พิจารณาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะความผิดฐานนี้บัญญัติเอาผิดกับผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นั่นเอง

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นี้มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ภัยอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายแล้วแต่กรณี โดยจัดเป็น “ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย” ซึ่งเป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์ เนื่องจากการชุมนุมต่อสู้นี้เป็นการก่อหรือเพิ่มอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของบุคคล โดยกฎหมายบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมาเพราะประสงค์ที่จะไม่ให้อันตรายเกิดขึ้นจึงบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นเพื่อป้องกันอันตรายไว้ก่อน จึงอาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษของความผิดฐานนี้เป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อการลงโทษเพื่อที่จะได้ไม่กล้ากระทำความผิดและป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

อย่างไรก็ตามเนื่องจากความผิดฐานนี้ได้บัญญัติลงโทษไว้เพียง 2 กรณีเท่านั้น คือ กรณีการเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นี้เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายและกรณีเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้น หากในการชุมนุมต่อสู้นั้นไม่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสแต่มีเพียงบุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้นก็จะไม่สามารถใช้ความผิดฐานเข้าร่วม

⁵ อังธพาลเต็มเมือง ช่างกลตีกัน จะตายอีกกี่ศพ. (2555, 15 มิถุนายน). ASTV ผู้จัดการ. สืบค้นเมื่อ 26 มิถุนายน 2555, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=955000073216>.

ในการชดเชยต่อผู้ลงโทษได้ ทำให้จะต้องนำมาตรา 295⁶ มาใช้ในการวินิจฉัยความผิด ซึ่งหากต้องใช้มาตรา 295 ในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำแล้วพบว่าอาจก่อให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยความผิดตามมา เพราะการที่จะใช้มาตรา 295 ลงโทษผู้ที่เข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ได้จะต้องเป็นกรณีที่สามารถระบุตัวผู้กระทำการทำร้ายได้เท่านั้น โดยจะลงโทษได้เฉพาะผู้ที่ลงมือทำร้ายเท่านั้น แต่ไม่สามารถลงโทษผู้ที่เข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ได้ทุกคน เนื่องจาก ความผิดตามมาตรา 295 นั้นจะต้องพิจารณาที่เจตนาของผู้กระทำด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาทำร้าย ซึ่งต่างจากความผิดฐานเข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ที่ได้กฎหมายลงโทษผู้เข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ทุกคน โดยผู้ที่ไม่ต้องมีเจตนาทำร้ายผู้ใดโดยเฉพาะ โดยกฎหมายถือว่าเพียงแต่ได้เข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้เท่านั้นก็มีความผิดแล้ว นอกจากนี้หากพิจารณาระวางโทษของมาตรา 295 ก็พบว่ามีระวางโทษที่สูงกว่ามาตรา 299 ซึ่งเป็นกรณีชดเชยต่อผู้ที่เป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเสียอีก ทำให้หากจะใช้มาตรา 295 ลงโทษผู้เข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจโดยผู้จำเป็นต้องรับโทษหนักกว่ากรณีเป็นอันตรายสาหัสย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง จึงเป็นเหตุผลให้ไม่สามารถใช้มาตรา 295 ลงโทษผู้ที่เป็นเพียงผู้เข้าร่วมชดเชยต่อผู้ทุกคนที่ไม่ได้เป็นผู้ลงมือทำร้ายได้

จากที่กล่าวมานี้ทำให้หากเกิดการชดเชยต่อผู้ที่เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจแก่บุคคลขึ้นและไม่สามารถหาตัวผู้ลงมือกระทำการทำร้ายร่างกายได้นั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดของศาลได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้โดยตรงดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 942/2507⁷ เป็นต้น หรือในบางกรณีผู้ที่เข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ทุกคนรวมทั้งผู้ที่เป็นผู้ทำร้ายด้วยก็อาจมีความผิดตามมาตรา 372⁸

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.”

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 942/2507 บรรยายฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ถึงที่ 4 ฝ่ายหนึ่ง และจำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 กับพวกอีกฝ่ายหนึ่ง บังอาจสมรักรใจเข้าใช้กำลังชกต่อยตะเถ็บทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน จนจำเลยที่ 3 กับที่ 5 บาดเจ็บดังนี้ เห็นได้ว่า โจทก์ไม่ได้บรรยายว่าจำเลยคนใดทำร้ายใคร และถือไม่ได้ว่าโจทก์ฟ้องว่าจำเลยแต่ละฝ่ายต่างร่วมกันมากระทำความผิดฟ้องโจทก์จึงเป็นฟ้องฐานทำร้ายร่างกายในการชดเชยต่อผู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป ซึ่งเมื่อไม่ปรากฏว่ามีบุคคลถึงตายหรือได้รับอันตรายสาหัส โดยการกระทำในการชดเชยต่อผู้กันตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 294 หรือ 299 แล้ว แม้จำเลยให้การรับสารภาพ ก็ลงโทษจำคุกไม่ได้. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 372 บัญญัติว่า “ผู้ใดทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในทางสาธารณะหรือสาธารณสถาน หรือกระทำโดยประการอื่นใดให้เสียความสงบเรียบร้อย ในทางสาธารณะหรือสาธารณสถาน ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท.”

หรือมาตรา 379⁹ ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษที่มีระวางโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น โดยการชุลมุนต่อสู้นั้นเป็นเหตุการณ์ที่มีการชุลมุนต่อสู้อย่างสับสนวุ่นวาย ย่อมเป็นการยากที่จะหาพยานหลักฐานว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใคร อย่างไร จึงมีความเป็นไปได้สูงที่จะไม่สามารถหาผู้ที่ลงมือทำร้ายร่างกายได้¹⁰ และการที่จะให้ทุกคนที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้อันได้รับโทษเพียงเล็กน้อยย่อมไม่สามารถที่จะข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวที่จะไม่กระทำความผิดได้ เนื่องจากโทษที่ได้รับนั้นเบาไปและไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งการที่จะให้ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้อันต้องรับโทษ เนื่องจาก ไม่มีฐานความผิดที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้โดยตรงย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมกับผู้เสียหาย ประกอบกับปัจจุบันสังคมไทยมีปัญหาเกี่ยวกับกลุ่มนักเรียนนักศึกษาขกพวกตีกันเพิ่มสูงขึ้น ดังนั้น จึงสมควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อเอาผิดกับผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้อันเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจอีกกรณีหนึ่งเพื่อเป็นการปรามให้ผู้ที่จะกระทำความผิดมีความยับยั้งชั่งใจคิดถึงโทษที่ตนต้องได้รับจากการกระทำผิดก่อนที่จะลงมือกระทำความผิดนั่นเอง

จากที่กล่าวแล้วว่าปัญหาของกลุ่มนักเรียนนักศึกษาขกพวกตีกันมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้น ปัจจุบันยังพบว่าบ่อยครั้งมีการนำเอาอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเข้ามาใช้เป็นอาวุธในการวิวาทต่อสู้อีกด้วย ซึ่งการใช้อาวุธดังกล่าวนี้ย่อมสามารถก่อให้เกิดอันตรายต่อทรัพย์สินและชีวิตร่างกายของประชาชนมากยิ่งขึ้น เนื่องจากอาวุธดังกล่าวมีอำนาจสูงในการทำลายจึงสามารถก่อให้เกิดความเสียหายได้เป็นวงกว้างและอาจส่งผลให้จำนวนผู้ที่ได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายจากการชุลมุนต่อสู้อันมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นด้วย ผู้เขียนเห็นว่าการชุลมุนต่อสู้อันมีการใช้อาวุธร้ายแรงดังกล่าวนี้ถือเป็นการกระทำที่สร้างความหวาดกลัวให้แก่ประชาชนเป็นอย่างมาก อีกทั้งยังเป็นการก่ออันตรายในวงกว้างโดยสามารถก่อให้เกิดอันตรายต่อทรัพย์สินและชีวิตร่างกายของประชาชนได้เป็นอย่างมากและรวดเร็ว กล่าวคือ อาจทำให้การชุลมุนต่อสู้นั้นมีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บได้ง่ายขึ้นและรวดเร็วกว่าการชุลมุนต่อสู้อันไม่มีการใช้อาวุธดังกล่าว และอาจทำให้มีจำนวนผู้ที่ได้รับความเสียหายเพิ่มมากขึ้นด้วย จึงเป็นการสมควรที่จะบัญญัติให้กรณีดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษให้ผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้อันมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดได้รับโทษหนักขึ้น กล่าวคือ ควรบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้อันมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดนั้น ได้รับโทษหนักขึ้นกว่ากรณีที่

⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 379 บัญญัติว่า “ผู้ใดชักหรือแสดงอาวุธในการวิวาทต่อสู้อันต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.”

¹⁰ เจตนารมณ์ในการร่างความคิดเกี่ยวกับการชุลมุนต่อสู้อันกฎหมายไทย ได้ปรากฏอยู่ที่หมายเหตุในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ความว่า การวิวาทต่อสู้อันทำร้ายกันชุลมุนมีมากในประเทศไทย และมักจะหาพยานยากที่จะพิสูจน์ว่าผู้ใดทำร้ายใคร อย่างไร จึงต้องมีบทบัญญัติรวมลงโทษผู้ที่ร่วมในการวิวาท.

กฎหมายบัญญัติไว้ ทั้งนี้เพื่อให้โทษที่ผู้กระทำจะ ได้รับมีความเหมาะสมกับปริมาณความร้ายแรงของความเสียหายที่อาจเกิดมากขึ้นจากการใช้อาวุธดังกล่าวนั่นเอง

จากเหตุผลที่กล่าวมา ผู้เขียนมีความเห็นว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของ ไทย คือ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 สมควรได้รับการแก้ไข เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้าง ความผิดอาญาและบทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 กล่าวคือ บทบัญญัติทั้ง สองมาตราดังกล่าวควรตัดข้อความในวรรคสองที่บัญญัติว่า “ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ นั้น แสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้ นั้น หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้น ไม่ ต้องรับโทษ” ออกไปจากบทบัญญัติ เนื่องจากหากยังคงบัญญัติข้อความนี้ไว้ก็จะเป็นการไม่ถูกต้อง ตามหลักการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญา เพราะ หากนำเอาการกระทำที่เป็น “การห้ามการชุมนุมต่อสู้” และ “การ ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” มาวินิจฉัยตามโครงสร้าง ความผิดอาญา และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายใน มาตรา 68 แล้วย่อมถือว่าการกระทำทั้ง 2 ประการไม่เป็นความผิด หากใช้เป็นการกระทำที่เป็น ความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้แต่อย่างใด

ประการต่อมาผู้เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาควรเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการ ชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเข้ามาในความผิดฐานเข้าร่วมในการ ชุมนุมต่อสู้อีกกรณีหนึ่งด้วย โดยทำการกำหนดระวางโทษให้เหมาะสมและลดหลั่นลงมาจากกรณี การเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 299 แต่ทั้งนี้ระวางโทษ ดังกล่าวก็จะต้องน้อยกว่าระวางโทษในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ด้วย โดยหาก รู้ตัวผู้ลงมือทำร้ายแล้วผู้นั้นก็ต้องมีความผิดตามมาตรา 295 อีกฐานหนึ่ง

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่พบว่าการชุมนุมต่อสู้นั้นมีผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่มี หรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดซึ่งมีอำนาจร้ายแรงสามารถก่อให้เกิดความเสียหายได้เป็นวงกว้าง ควรถือว่าการดังกล่าวเป็นเหตุเพิ่มโทษให้ผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวต้อง รับโทษหนักขึ้นกว่าที่กฎหมายบัญญัติ เพื่อให้โทษที่ผู้กระทำความผิด ได้รับมีความเหมาะสมกับ ปริมาณความรุนแรงของความเสียหายที่อาจเกิดมากขึ้นจากการใช้อาวุธดังกล่าวนั่นเอง โดยผู้เขียน เห็นว่าหากกฎหมายมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติกรณีการเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคล ได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจและทำการบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือ วัตถุระเบิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่กฎหมายบัญญัติดังกล่าวข้างต้นนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อสังคม ในการช่วยปรามและข่มขู่ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดให้เกิดความเกรงกลัวที่จะต้องถูกลงโทษทำให้ ไม่กล้ากระทำความผิดซึ่งย่อมเป็นการช่วยลดอันตรายที่จะเกิดขึ้นในสังคมและทำให้สังคมไทยมี ความสงบสุขต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวความคิด ความหมาย ความเป็นมา และวิวัฒนาการของความคิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้
2. เพื่อศึกษาการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาในระบบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ อังกฤษ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในบทบัญญัติวรรคสองของความคิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาของอังกฤษ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงความคิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ให้สามารถใช้บังคับกับสังคมไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนเพื่อควบคุมอาชญากรรมและลดอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับประชาชน

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ความคิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ มาตรา 294 และมาตรา 299 บัญญัติให้ผู้กระทำการห้ามการชุลมุนต่อสู้และป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ต้องรับโทษ ซึ่งหากนำการกระทำดังกล่าวมาวินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดอาญาและบทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 พบว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีความผิดหาใช่เป็นการกระทำที่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษ และด้วยเหตุที่กฎหมายบัญญัติเอาผิดแก่ผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ไว้เพียง 2 กรณีเท่านั้น คือ กรณีการชุลมุนต่อสู้นั้นเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายและกรณีเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส จึงทำให้หากเกิดการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเพียงเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจขึ้นอาจเป็นปัญหาในการพิจารณาคดีของศาลได้ เนื่องจาก ไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิด อีกทั้งการชุลมุนต่อสู้มักเกิดขึ้นในที่สาธารณะหากมีการใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดย่อมเป็นการเพิ่มความรุนแรงของความเสียหายและก่อให้เกิดอันตรายแก่ประชาชนเป็นวงกว้าง

ดังนั้น ความคิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้สมควรได้รับการแก้ไข โดยตัดข้อความในวรรคสองของมาตรา 294 และมาตรา 299 ออกไปจากบทบัญญัติ และควรเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจอีกทั้งควรบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้เพื่อให้โทษที่ผู้กระทำจะต้องได้รับมีความเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ตลอดจนเพื่อเป็นการปรามและข่มขู่ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดซึ่งจะเป็นการช่วยลดอันตรายที่จะเกิดขึ้นในสังคมและทำให้สังคมมีความสงบสุขต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาและวิเคราะห์ความผิถฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้อองไทยโดยวินิจฉัยเหตุ ยกเว้นความรับผิดชอบในวรรคสองของความผิถฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้อองไทยตามโครงสร้าง ความผิถอาญาและบทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญาว่าแท้จริงแล้วการกระทำดังกล่าวเป็น ความผิถหรือไม่ และวิเคราะห์การเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิถในกรณีการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ออ ที่เป้นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ รวมถึงวิเคราะห์การเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ ผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ออที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดได้รับโทษหนักขึ้นกว่าที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งศึกษาถึงหลักกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการชุลมุนต่อสู้ออ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาจะทำในรูปแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากตัวบท กฎหมาย หนังสือ บทความ เอกสารวิจัย วิทยานิพนธ์ สื่อสารสนเทศ ทั้งของประเทศไทยและของ ต่างประเทศ เพื่อรวบรวมข้อมูลแล้วนำมาวิเคราะห์หาข้อสรุปและแนวทางในการแก้ไขปัญหาต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวความคิด ความหมาย ความเป้นมา และวิวัฒนาการของความผิถฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ออ
2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาตามโครงสร้างความผิถอาญา ในระบบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ อังกฤษ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศ ฝรั่งเศส
3. ทำให้ทราบถึงผลของการวินิจฉัยเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในบทบัญญัติวรรคสองของความผิถฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้อองไทยตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาตาม โครงสร้างความผิถอาญาของอังกฤษ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส
4. เพื่อเป้นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติความผิถฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ออโดย กำหนดความรับผิดชอบเพิ่มเติมรวมทั้งกำหนดบทเพิ่มโทษให้ความผิถฐานนี้สามารถใช้บังคับกับ สังคมไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนเพื่อเป็นการควบคุมอาชญากรรมและลดอันตรายที่จะ เกิดขึ้นกับประชาชน

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในความผิด ฐานเข้าร่วมในการข่มขู่ต่อผู้

มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่มีความจำเป็นที่จะต้องอยู่ร่วมกันและพึ่งพาอาศัยกัน ซึ่งการอยู่ร่วมกันนั้นจำเป็นที่จะต้องมีการจัดระเบียบทางสังคมในรูปแบบต่างๆ เพื่อให้คนในสังคมยึดถือเป็นแนวทางในการประพฤติปฏิบัติหรือเป็นบรรทัดฐานของสังคม เพื่อให้คนในสังคมได้อยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข ซึ่งกฎหมายก็ถือเป็นบรรทัดฐานอย่างหนึ่งของสังคม โดยกฎหมายอาญานั้นถือเป็นวิธีการที่สามารถใช้ควบคุมและจัดระเบียบสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างหนึ่ง เนื่องจาก เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกระบวนการที่เป็นทางการ มีมาตรการบังคับที่รุนแรง อีกทั้งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ กฎหมายอาญาจึงถือเป็นมาตรการขั้นสูงที่จะนำมาบังคับใช้กับผู้กระทำความผิด ทั้งนี้เพื่อให้จุดประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมบรรลุผลสำเร็จนั่นเอง

2.1 ทฤษฎีและหลักการกำหนดความผิดอาญา

2.1.1 ทฤษฎีการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

2.1.1.1 ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory)

ทฤษฎีความรับผิดในทางภาวะวิสัยนั้นเกิดขึ้นจากปัญหาความไม่ลงรอยกันระหว่างทฤษฎีเงื่อนไขที่ถือว่าเหตุทุกเหตุมีค่าเท่ากับทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมที่ถือเอาเฉพาะเหตุที่เหมาะสมเท่านั้น โดย Richard Honing เห็นว่า “ในทางกฎหมายนั้นมิใช่เรื่องของการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเพียงอย่างเดียว แต่ปัญหาที่จะต้องพิจารณามีต่อไปอีกว่าผลนั้นเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบหรือไม่” ดังนั้น แนวความคิดของทฤษฎีความรับผิดในทางภาวะวิสัยจึงเป็นอย่างเดียวกับแนวความคิดของทฤษฎีเหตุที่สำคัญนั่นเอง

ทฤษฎีนี้เห็นว่ากรกระทำที่จะเป็นการเริ่มต้นหรือลงมือกระทำความผิดหรือพยายามได้ต้องเป็นการกระทำที่นำไปสู่ความสำเร็จได้ เพียงแค่มีเจตนาร้ายแต่ไม่มีการกระทำที่จะเกิดผลเป็นความผิดก็ไม่ใช่การกระทำที่จะนำมาเป็นเหตุลงโทษผู้กระทำ เนื่องจากไม่มีผลร้ายเกิดขึ้น โดยทฤษฎีนี้ถือว่าผลของการกระทำจะเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่อนอันตรายนต่อการเกิดผลที่กฎหมายไม่พึงประสงค์และอันตรายนั้นก่อให้เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

แนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายนี้ให้ความสำคัญกับผลที่เกิดจากการกระทำเป็นหลัก เช่น การลงมือกระทำความผิดต้องเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดหรือเป็นเหตุที่ทำให้ความผิดเพิ่มขึ้น เช่น การเอามือจับทรัพย์เป็นการลงมือ ลักทรัพย์เป็นการจับทรัพย์ เป็นการกระทำเพื่อเอาทรัพย์นั้น ไปอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานลักทรัพย์ หรือการเข้าไปในเคหสถานเพื่อลักทรัพย์เป็นการลงมือลักทรัพย์แล้วและเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น

ทฤษฎีภาวะวิสัยนี้เป็นทฤษฎีที่ถือเอาการกระทำและความเสียหายเป็นใหญ่ โดยพิจารณาว่าสังคมมีความปั่นป่วนและเสียหายเพียงใด และจะต้องลงโทษผู้กระทำให้เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

2.1.1.2 ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory)

ทฤษฎีอัตตะวิสัยนี้ให้ความสำคัญกับเจตนาของผู้กระทำ เช่น การเริ่มลงมือกระทำความผิดนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่แท้จริงในการกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อมีการกระทำที่มีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ

ศาลฎีกาของฝรั่งเศสนั้นมีความเห็นโน้มเอียงไปทางทฤษฎีนี้โดยให้การวินิจฉัยไว้ว่า “การกระทำทุกอย่างที่จะนำไปสู่การกระทำความผิด ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะกระทำความผิดแล้วย่อมเป็นการลงมือกระทำความผิด” โดยหลักวินิจฉัยเช่นนี้ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่ากรณีต่อไปนี้เป็นการเริ่มลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่น การเข้าไปในบ้านผู้อื่นในเวลากลางคืนโดยไม่ได้ใส่รองเท้าเป็นการแสดงเจตนาที่จะลักทรัพย์¹

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว แนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายนี้พิจารณาว่าการกระทำของผู้นั้นเกิดขึ้นเพื่อตนเองหรือเป็นการกระทำเพื่อบุคคลอื่น ถ้าการกระทำเกิดขึ้นตามนัยแรกแล้วให้ถือว่าผู้กระทำเป็นตัวการผู้กระทำความผิด แต่หากการกระทำเกิดขึ้นตามนัยหลังแล้วให้ถือว่าผู้กระทำเป็นเครื่องมือหรือผู้ช่วยกระทำความผิด²

2.1.2 หลักประกันในกฎหมายอาญา

การบังคับใช้กฎหมายอาญานั้น นอกจากขอบเขตในเรื่องสถานที่ตามหลักดินแดนและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว หลักสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็คือ หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ซึ่งมาจากภาษิตที่ว่า Nullum crimen, nulla poena sine lege เรียกย่อว่า หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย Nulla poena,

¹ ฌ็อง ดูว์ตี ดิมาก. (2546). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด. หน้า 25.

² George P. Fletcher. *Rethinking Criminal law*. p. 655. (อ้างถึงใน ฌ็อง ดูว์ตี ดิมาก, 2546 หน้า 26).

sine lege (no punishment without law) ซึ่งหลักนี้ถือเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่เป็นหลักสากลในปัจจุบัน และได้มีการรับรองหลักนี้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน³ ด้วย โดยประเทศไทยได้บัญญัติหลักประกันในกฎหมายอาญานี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก⁴ อีกทั้งยังได้บัญญัติรับรองหลักประกันนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39⁵ ด้วย ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้มีผลทำให้ในทางกฎหมายรัฐไม่สามารถออกกฎหมายใดๆมาลบล้างหลักของมาตรา 2 ในประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะจะเท่ากับเป็นการลบล้างหลักของรัฐธรรมนูญ ทำให้หากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญาก็จะต้องมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญมาตรา 39 ก่อน โดยหลักประกันในกฎหมายอาญามีลักษณะสำคัญ ดังนี้

2.1.2.1 การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

หากสังเกตบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก จะพบว่ากฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” แสดงว่า กฎหมายอาญาต้องเป็นกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติรวมถึงกฎหมายที่ออกจากฝ่ายบริหารผู้มีอำนาจด้วย ซึ่งกฎหมายที่ตรงข้ามกับ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ก็คือ “กฎหมายจารีตประเพณี” โดยกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้เกิดจากการบัญญัติหากแต่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานาน

ดังนั้น การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีจึงหมายความว่า หากจะนำจารีตประเพณีมาลงโทษบุคคล คือ ใช้ในทางที่เป็นผลร้ายย่อมทำไม่ได้ เพราะ กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้เกิดจากการบัญญัติ จึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้เพื่อลงโทษในทางอาญา เพราะจะขัดกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 แต่กฎหมายจารีตประเพณีนี้สามารถนำมาใช้ได้ในกรณีที่เป็นคุณแก่

³ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 11(2) บัญญัติว่า “ จะถือบุคคลใดๆว่ามีความผิดทางอาญาเนื่องด้วยการกระทำหรือละเว้นใดๆอันมิให้จัดเป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายแห่งชาติ หรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะกระทำการนั้นขึ้นไม่ได้ และจะลงโทษอันหนักกว่าที่ใช้อยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญานั้นไม่ได้.”

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการ อันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และ โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย.”

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้.”

ผู้กระทำ ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด เช่น การชกมวย การที่ครูตีเด็กตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน หรือกรณีบิดามารดาลงโทษบุตร เป็นต้น

2.1.2.2 การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า “Analogy” หมายถึง การให้เหตุผลโดยอ้างความคล้ายคลึงกัน หลักนี้สามารถนำมาปรับใช้ได้ในกฎหมายแพ่ง ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4⁶ แต่สำหรับกฎหมายอาญา หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะนำมาปรับใช้ได้ก็เฉพาะในกรณีที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดเท่านั้น ถ้าหากเป็นกรณีที่น่าบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับเพื่อลงโทษบุคคลย่อมทำไม่ได้ เพราะการจะลงโทษบุคคลทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงเท่านั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง การนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ นอกจากจะไม่ต้องตามบทบัญญัติแห่งตัวอักษรและเจตนารมณ์ในเรื่องนั้นๆแล้ว ยังเป็นการกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก เพราะทำให้ขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิจารณาคดี⁷ ดังนั้น การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา หมายความว่า การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากกรณีความกฎหมาย⁸

2.1.2.3 กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยมาตรา 2 ใช้คำว่า “บัญญัติเป็นความผิด” ฉะนั้นการที่จะให้คนรู้ล่วงหน้าว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิดนั้น ถ้อยคำในกฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มีความชัดเจนแน่นอนและปราศจากความคลุมเครือ⁹ เพื่อเป็นหลักประกันว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับ

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีความช่วยเหลือด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป.”

⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 21-22.

⁸ vgl. etwa Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, S.78 (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร กกฎหมายอาญากฎทั่วไป, 2551 หน้า 69).

⁹ ตัวอย่างของกฎหมายที่มีความคลุมเครือ เช่น กฎหมายของนาซี ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1935 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการใดๆ ซึ่งอาจถูกลงโทษตามกฎหมายได้ หรือซึ่งสมควรถูกลงโทษตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา และตามความรู้สึกอันดีงามของประชาชน ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ.”

เจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริงและเป็นการป้องกันไม่ให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามความรู้สึกของตน

เหตุผลในการที่จะต้องให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนนั้นก็เพื่อที่จะให้ประชาชนผู้ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายได้มีโอกาสรู้ล่วงหน้าว่า การกระทำหรือไม่กระทำของเขาเป็นความผิดหรือไม่ ถ้าประชาชนไม่อาจรู้ล่วงหน้าได้ว่า การกระทำหรือไม่กระทำของเขาเป็นความผิดหรือไม่ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายคลุมเครือมากเกินไปแล้ว หากมีการใช้กฎหมายนั้นกับเขา เขาก็จะขัดข้องหรือมีความรู้สึกเป็นปฏิปักษ์ โดยถือว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากรัฐ¹⁰ นอกจากนี้การที่กฎหมายไม่ยอมให้ประชาชนอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นมาเป็นข้อแก้ตัวโดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 ก็หมายความว่ารัฐจะต้องออกกฎหมายให้มีความชัดเจนไม่คลุมเครือ เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสรู้ได้ทันทีว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างไรเป็นความผิดหรือไม่

เหตุผลอีกประการหนึ่ง คือ หากกฎหมายอาญามีความชัดเจนแน่นอนแล้ว ก็จะทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายลดการใช้บังคับกฎหมายโดยเลือกปฏิบัติและลดการใช้กฎหมายตามอำเภอใจลงไปได้บ้าง มิเช่นนั้นอาจทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการและศาลมีการใช้ดุลพินิจบังคับกฎหมายกับบุคคลบางประเภทอย่างไม่เป็นขอบเขตจำกัดและนอกจากบทบัญญัติในส่วนของความผิดที่จะต้องบัญญัติไว้ให้มีความชัดเจนปราศจากความคลุมเครือแล้ว บทบัญญัติที่เกี่ยวกับโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนด้วยว่าการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดนั้นจะต้องได้รับโทษอย่างไร¹¹

2.1.2.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

หากในเวลาที่ไม่มีการกระทำไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แม้ต่อมาจะมีกฎหมายออกมาว่า การกระทำนั้นเป็นความผิด กฎหมายที่ออกมาใหม่นั้นก็จะใช้บังคับได้เฉพาะกับการกระทำในปัจจุบันหรืออนาคตเท่านั้น จะไม่มีผลย้อนหลังไปลงโทษการกระทำที่ผ่านมา เว้นแต่จะย้อนหลังไปเป็นคุณกับผู้กระทำความผิด โดยศาสตราจารย์เอดูต์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “หลักนี้มีเหตุผลสนับสนุนได้ง่าย ทั้งนี้เพราะว่าในกฎหมายอาญา กฎหมายได้ระบุการกระทำต่างๆ ที่ห้ามไว้ และเอกชนย่อมมีสิทธิที่จะถือว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่กฎหมายไม่ห้ามไว้แล้วย่อมทำได้ เพราะฉะนั้นถ้าบุคคลใดได้เชื่อโดยสุจริต การกระทำการใดๆ ลงไปโดยเชื่อว่ามีอำนาจกระทำได้แล้วผู้นั้นหาควรถูกฟ้องร้องเพราะเหตุที่กฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปไม่จริงอยู่ที่น่าเสียดายอยู่ว่าโดยวิธีนี้ผู้ร้ายบางคนอาจหลุดพ้นจาก

¹⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1: บทบัญญัติทั่วไป*. หน้า 21.

¹¹ ตัวอย่างของกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษไว้คลุมเครือ เช่น กฎหมายของนาซี ฉบับลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1935 ที่บัญญัติว่า “หากไม่มีโทษทางอาญาที่แน่นอนสำหรับใช้ในกรณีดังกล่าว ให้ลงโทษตามกฎหมายหรือตามความคิดขั้นพื้นฐานซึ่งเหมาะสมกับการกระทำอย่างมากที่สุด.”

โทษซึ่งใช้ลงแก่ผู้ร้ายที่ทำผิดเช่นเดียวกัน ในกาลต่อมาไม่นานนักแต่ถ้าให้ลงโทษได้แล้วจะมีอุปสรรคมากกว่านี้อีก ทั้งนี้เพราะว่าถ้าให้ลงโทษได้เสรีภาพจะไม่มีเลย ถ้าบุคคลใดอาจถูกจับเพราะได้กระทำการนั้นบัญญัติว่าผิดและศาลอาจลงโทษโดยอาศัยกฎหมายนี้แล้วราษฎรจะไม่แน่ใจเลยว่า การใด ๆ อันตนได้กระทำไปนั้นจะเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ จริงอยู่ที่การกระทำบางอย่างน่าจะพึงหวังว่ากฎหมายคงจะต้องห้าม แต่ด้วยความผิดเป็นอันมาก ซึ่งมากระทบกระเทือนความรู้สึกในศีลธรรมและความยุติธรรมของปวงชนเท่าใด บุคคลจะละเว้นไม่กระทำก็เฉพาะเมื่อมีกฎหมายห้ามไว้เท่านั้น เช่น การพนัน เป็นต้น แต่เมื่อไม่มีกฎหมายประกาศี้อยู่ในขณะนั้นแล้วใครจะไปรู้ก่อนอย่างไร”¹²

เหตุผลสนับสนุนอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ย่อมสันนิษฐานได้ว่าเป็นกฎหมายที่ดีกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เดิม ดังนั้น จึงควรให้กฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นใหม่มีผลใช้บังคับต่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลัง ทั้งนี้เป็นไปตามหลักที่ว่าถ้ากฎหมายใหม่ดีกว่ากฎหมายเก่าก็ต้องใช้กฎหมายใหม่บังคับทันที จึงถือหลักที่ว่ากฎหมายใช้บังคับย้อนหลังได้ ถ้าย้อนหลังในทางที่เป็นคุณนั่นเอง และยังรวมไปถึงกรณีที่หากในขณะกระทำมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้แล้ว และต่อมามีการออกกฎหมายมาย้อนหลังเพิ่ม โทษการกระทำดังกล่าวให้หนักขึ้นด้วย โดยการกระทำดังกล่าวย่อมกระทำมิได้

2.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายกับการวินิจฉัยความผิดอาชญาฐานเข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้

บทบัญญัติของความผิดฐานต่างๆ ในกฎหมายอาญามักเป็นบทบัญญัติที่สั้นและกะทัดรัด แต่จะเห็นว่าบทบัญญัติเหล่านั้นได้รวบรวมเอาสิ่งที่เป็นพื้นฐานของความผิดต่างๆ ไว้ด้วยกันอย่างเหมาะสม ซึ่งก็คือ ผู้กระทำ การกระทำ ผลของการกระทำ รวมทั้งคุณธรรมทางกฎหมายด้วย โดย

“คุณธรรมทางกฎหมาย” ถือเป็นพื้นฐานทางความคิดในการบัญญัติความผิดอาชญาฐานต่างๆ

2.1.3.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ เป็น “ภาพในทางความคิด” ซึ่งเป็นสิ่งที่ เป็นนามธรรม¹³ ถือเป็นสิ่งที่ เป็นประโยชน์หรือคุณค่าในการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์นั้น มนุษย์ทุกคนจำเป็นต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการ

¹² เอกุต์. (2477). กฎหมายอาชญา. หน้า 69-70.

¹³ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 132.

อยู่ร่วมกัน หากผู้ใดทำการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันแล้ว ก็จะต้องว่าผู้ผู้นั้นละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” นั้นเอง

2.1.3.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ เป็นต้น¹⁴ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลนี้ยังสามารถแบ่งแยกออกไปได้อีกเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” (höchstpersönliches Rechtsgut) เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย¹⁵ ซึ่งการแบ่งแยกประเภทนี้เป็นเพียงการพยายามแยกให้เห็นได้ชัดเพื่อประโยชน์ทางวิชาการเท่านั้น เช่น ในกรณีของการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ เป็นต้น

โดยทั่วไปคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเจ้าของสามารถจะสละความคุ้มครองได้เว้นแต่ “ชีวิตมนุษย์” เท่านั้น ซึ่งเรื่องของชีวิตมนุษย์นี้ยังเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิมนุษยชนด้วยโดย “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองค.ศ. 1966” (Covenant on Civil and Political Rights, 1966) ได้กล่าวถึงความสำคัญของชีวิตมนุษย์ไว้โดยบัญญัติอยู่ในข้อ 6 อนุ 1 มีใจความว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด สิทธินี้ต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย บุคคลจะต้องไม่ถูกทำให้เสียชีวิตโดยอำเภอใจ”

Devlin ให้ความเห็นว่าถ้ากฎหมายให้ความคุ้มครองเอกชนโดยส่วนตัวอย่างแท้จริงแล้วผู้กระทำอาจยกเอาความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นข้ออ้างเพื่อลบล้างความผิดได้ แต่ในกรณีที่กฎหมายมิได้มุ่งคุ้มครองเพียงเอกชนเท่านั้นหากแต่ยังคุ้มครองถึงสังคมด้วยแล้ว ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมไม่ลบล้างความผิดของผู้กระทำ¹⁶

2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut) บทบัญญัติที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมนั้นจะเป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย เป็นระเบียบและยุติธรรม เช่น คุณธรรมทางกฎหมายเรื่องความปลอดภัยในการจราจรในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร คุณธรรมทางกฎหมายเรื่องความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตราในความผิดเกี่ยวกับเงินตรา หรือความเป็นเอกภาพของดินแดนในความผิดฐานกบฏดินแดน เป็นต้น โดยกฎหมายประเภทนี้ปัจเจกบุคคลจะสละการคุ้มครองด้วยการสมัครใจยินยอมเสี่ยงภัยหรือรับความเสียหายเองไม่ได้ ดังนั้นบทบัญญัติกฎหมายใดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนรวม

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 133.

¹⁵ แหล่งเดิม. หน้า 134.

¹⁶ กมลชัย รัตนสากววงศ์ ก (2523). ความยินยอมในกฎหมายอาญา. หน้า 52-53.

แล้วผู้เสียหายไม่อาจให้ความยินยอมในการกระทำนั้นได้เลย กล่าวคือ ความยินยอมดังกล่าวนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยนั่นเอง

กล่าวโดยสรุป คือ ความผิดอาญาที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนรวม ผู้กระทำไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่หากเป็นความผิดอาญาที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนบุคคลและโดยปกติกฎหมายไม่ได้คำนึงถึงความยินยอมของผู้เสียหาย กรณีนี้ผู้กระทำผิดจะสามารถอ้างความยินยอมของผู้เสียหายมาเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

2.1.3.3 ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายมีประโยชน์หลายด้าน กล่าวคือ

การแบ่งแยกประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย มีผลต่อการวินิจฉัยเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น จะกระทำได้ในกรณีของการป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น¹⁷ และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยทั่วไปเจ้าของสามารถที่จะสละความคุ้มครองได้ ดังนั้น จึงมีความสำคัญในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย และโดยที่คุณธรรมทางกฎหมายนั้นยังถือเป็นพื้นฐานสำคัญของความผิดฐานต่างๆ ดังนั้น จึงถือเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญา¹⁸ อีกทั้งยังมีประโยชน์ในการวินิจฉัยปัญหาผู้เสียหายในคดีอาญาได้อีกด้วย

2.1.3.4 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้

ความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับภยันตรายต่อปัจเจกบุคคลโดยคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / legal interest) ของความผิดฐานนี้ คือ “ภยันตรายต่อชีวิต” หรือ “ภยันตรายต่อร่างกาย” แล้วแต่กรณี¹⁹ กล่าวคือ หากเป็นความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้เป็นเหตุให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งถึงแก่ความตายตามมาตรา 294 คุณธรรมทางกฎหมายก็คือ “ภยันตรายต่อชีวิต” แต่หากเป็นความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้เป็นเหตุให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 299 คุณธรรมทางกฎหมาย คือ “ภยันตรายต่อร่างกาย”

ความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้จัดเป็น “ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย” ซึ่งกฎหมายประสงค์ที่จะไม่ให้อันตรายเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติป้องกันอันตรายไว้ก่อนโดยที่อันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายจะถูกผนวกด้วยโทษไว้เพื่อมิให้มีการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย และโดยที่ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่คุ้มครองภยันตรายต่อความปลอดภัยของชีวิตและร่างกาย

¹⁷ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 133.

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 134.

¹⁹ คณิต ณ นคร ข (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. หน้า 159.

นอกจากนี้ยังเป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตราย ดังนั้น ความผิดฐานนี้จึงแตกต่างจากความผิดต่อความปลอดภัยของชีวิตและร่างกายซึ่งเป็นการทำอันตราย

2.1.4 หลักการกำหนดความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายกับความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

ความผิดอาญาสามารถแบ่งได้เป็นหลายประเภท และการแบ่งความผิดอาญาที่เป็นที่นิยมประเภทหนึ่ง คือ การแบ่งโดยพิจารณาถึงความเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น “ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย” และ “ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย” เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ห้ามเฉพาะการกระทำที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายเท่านั้น แต่ยังห้ามการกระทำที่เป็นการก่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วย

2.1.4.1 การแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

การพิจารณาแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้น สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

1) การแบ่งแยกโดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมาย

1.1 ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย

การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายโดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายนี้ การกระทำความผิดจะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลอื่น เช่น การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตมนุษย์ ส่วนการกระทำใดที่จะเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ก็จะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายผู้อื่น หรือในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 นั้นการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ก็ต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์ของผู้อื่น เป็นต้น

1.2 ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายโดยพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายนี้ มีข้อพิจารณาว่า หากการกระทำใดใกล้ที่จะก่อให้เกิดผลที่เป็นการทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครองแล้วการกระทำนั้นก็เป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ทั้งนี้ เพราะความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้น กฎหมายลงโทษผู้กระทำเพื่อป้องกันอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง เช่น ในความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 นั้น จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต

หรือสุขภาพของเด็กแล้ว หรือในความคิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และ 299 ก็จะเห็นได้ว่าการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ก็เป็นการกระทำที่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลแล้ว เป็นต้น

2) การแบ่งแยกโดยพิจารณาที่ความรุนแรงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำ

2.1 ความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตราย

การแบ่งแยกความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายโดยพิจารณาที่ความรุนแรงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำ การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายจะต้องเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อวัตถุที่ถูกกระทำ เช่น ในความคิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 นั้นมีวัตถุที่ถูกกระทำ คือ มนุษย์ และความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อวัตถุที่ถูกกระทำก็คือ ความตาย หรือในความคิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 วัตถุที่ถูกกระทำในที่นี้ก็คือ มนุษย์ และความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อวัตถุที่ถูกกระทำก็คือ การบาดเจ็บของร่างกายนั่นเอง

2.2 ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

การพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายโดย พิจารณาที่ความรุนแรงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่วัตถุที่ถูกกระทำนั้น หากพิจารณาได้ว่าการกระทำนั้นทำให้มีการเกิดขึ้นของสถานการณ์ที่เป็นอันตรายต่อวัตถุที่ถูกกระทำ การกระทำนั้นก็ถือเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายแล้ว เช่น ในความคิดฐานทอดทิ้งเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 นั้น ทันทีที่มีการทอดทิ้งก็เป็นความผิดตามมาตรานี้แล้ว

อย่างไรก็ตามแม้ว่าความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้นจะมีความแตกต่างกัน แต่การกระทำที่เป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายนั้นก็ไม่ได้ตัดการกระทำที่เป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายแต่อย่างใด กล่าวคือ หากการกระทำใดเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอีกทั้งการกระทำนั้นก็เป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายด้วย ผู้กระทำก็ยังคงมีความผิดในความผิดอาญาที่เป็นการทำอันตรายด้วย เช่น ในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสนั้น ผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 หรือมาตรา 299 แล้วแต่กรณี นอกจากนี้หากทราบว่าผู้ใดเป็นผู้ทำให้บุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสด้วยแล้ว ผู้นั้นก็ต้องมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 หรือทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 อีกกระทงหนึ่งด้วยนั่นเอง

2.1.4.2 ประเภทของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายโดยทั่วไปอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ และความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์ โดยความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์นั้นจะมีระดับของอันตรายที่มากกว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ

1) ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำผิดเป็นอันตรายโดยทั่วไปต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับการคุ้มครอง โดยที่การกระทำดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องปรากฏผลของอันตรายที่ประจักษ์ในทางองค์ประกอบความผิดแต่อย่างใด และในองค์ประกอบของความผิดจะกล่าวถึงการกระทำที่เป็นอันตรายโดยไม่คำนึงถึงว่าในกรณีนั้น อันตรายจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ เนื่องจากการบัญญัติความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ นี้ เป็นเพียงมูลเหตุจูงใจของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ทางฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดการกระทำต่างๆ ที่พิจารณาแล้วว่าเป็นการกระทำที่เป็นอันตราย โดยพิจารณาจากประสบการณ์²⁰ กล่าวได้ว่าความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอยๆ นี้ไม่ได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อที่จะลงโทษต่อการก่อให้เกิดความเสียหายที่เห็นได้อย่างประจักษ์ แต่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อที่จะก่อให้เกิดความมั่นคงและป้องกันอันตรายนั่นเอง

2) ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์

ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์เกิดจากแนวความคิดที่ว่า การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้กระทำผิดในคดีที่เฉพาะเจาะจงได้ปรากฏผลของอันตรายที่เห็นได้ประจักษ์ต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่บุคคลอื่นได้รับความคุ้มครอง ดังนั้น ผลของอันตรายในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์จึงเป็นการยอมรับในฐานะขององค์ประกอบในทางภาวะวิสัย²¹ ดังนั้น การวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญาในกรณีดังกล่าว จึงต้องประกอบไปด้วยการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดและผลของการก่ออันตราย เช่น ความผิดฐานทอดทิ้งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 306 และ 307 ซึ่งเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์ การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ ทอดทิ้งบุคคลบางประเภท เช่น เด็กที่อายุน้อยมากๆ ประกอบด้วยผลของการก่ออันตราย

²⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ก (2537, กันยายน-ตุลาคม). “ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.” *คูลพาท*, 41, 5. หน้า 137.

²¹ Hermann Blei. (1975). *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. p. 84. (อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ก, 2537 หน้า 139).

ดังนั้น การทิ้งเด็กอายุ 2 เดือนไว้ที่โรงพยาบาลจึงไม่อาจเป็นความผิดฐานดังกล่าวได้ แต่การทิ้งเด็กอายุ 2 เดือนไว้เพียงลำพังในบ้านที่ถูกปิดไว้โดยปราศจากผู้ดูแลจึงจะเป็นความผิดฐานดังกล่าว หรือในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 โดยการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ต้องครบองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ประกอบด้วยผลของการก่ออันตราย คือ การที่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส จึงจะเป็นความผิดได้ ดังนั้นการเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่ไม่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสจึงไม่เป็นความผิดฐานนี้ ดังนั้น ศาลจึงต้องเป็นผู้วินิจฉัยว่ามีผลของอันตรายเกิดขึ้นจริงหรือไม่²² ซึ่งผลของอันตรายที่เห็นประจักษ์นั้นอาจเกิดจากผลของการกระทำของผู้กระทำผิด หรืออาจเกิดจากเงื่อนไขอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากการกระทำของผู้กระทำผิด²³ ก็ได้

2.2 หลักในการลงโทษ

2.2.1 ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

โทษถือเป็นมาตรการบังคับทางอาญาอย่างหนึ่ง ซึ่งตามกฎหมายไทยมีการกำหนดโทษไว้ 5 ประการ คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์²⁴ กล่าวได้ว่า การลงโทษเป็นการที่รัฐกำหนดภาวะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำผิด โดยมีสาเหตุจากการที่บุคคลนั้นกระทำผิดตามที่กฎหมายที่ใช้บังคับในขณะที่เกิดการกระทำความผิดขึ้นและได้กำหนดโทษไว้ และแม้จะเป็นการกระทำความผิดที่อ่อนสัทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ก็ยังเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ

²² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 140.

²³ Gallas Wilhelm. (1972). *Abstrakte und konkrete Gefahrdung*. p. 175-176. (อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ก, 2537 หน้า 141).

²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

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

โดยทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎีใหญ่ๆ คือ

1) ทฤษฎีเด็ดขาด

ทฤษฎีนี้มีความเห็นว่า ความประสงค์ในการลงโทษบุคคลก็เพื่อเป็นการทดแทนความผิดที่บุคคลนั้นได้ก่อให้เกิดขึ้น อีกทั้งยังเป็นการรักษาความยุติธรรมของสังคมไว้ การลงโทษจึงไม่ต้องคำนึงถึงกาลเทศะหรือพฤติการณ์แวดล้อมใดๆทั้งสิ้น กล่าวกันว่า ทฤษฎีเด็ดขาดนี้เป็นทฤษฎีที่สามารถจะใช้ได้เสมอไปและตลอดไปไม่ว่าสถานที่ใด ทฤษฎีเด็ดขาดนี้จึงเป็นทฤษฎีของการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด หรือลงโทษให้สาสมกับความผิดของบุคคลที่ได้ก่อให้เกิดขึ้น ความประสงค์ของการลงโทษตามแนวความคิดนี้จึงเป็นเรื่องของการรักษาความยุติธรรมและตั้งอยู่บนพื้นฐานของศีลธรรม และที่สำคัญก็คือจะต้องไม่ใช่เพื่อเป็นการแก้แค้นตอบสนองต่อสัญชาตญาณความโกรธโดยอยู่บนความรู้สึกทางอารมณ์ของบุคคล

สำหรับเหตุที่ต้องมีการลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนความผิดหรือให้สาสมกับความผิดนี้มีคำอธิบายทางปรัชญาให้การสนับสนุนดังนี้

ก. ค้านท์ (Kant) ให้ความเห็นว่า เหตุที่ต้องลงโทษก็เนื่องจากผู้หนึ่งกระทำความผิด การลงโทษก็เพื่อเป็นการรักษาความยุติธรรมเอาไว้ โดยถือว่า ความยุติธรรมที่ถูกละเมิดจะต้องได้รับการทดแทน เพราะหากความยุติธรรมและสิทธิของมนุษย์ถูกทำลายลง ชีวิตของมนุษย์ก็จะมีคุณค่าอะไรเหลืออยู่ในโลกเลย ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงไม่ควรคำนึงถึงผลที่จะเกิดขึ้นในประการอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นผลที่จะเกิดขึ้นกับตัวอาชญากรหรือผลที่จะเกิดขึ้นกับสังคม แต่ควรคำนึงถึงเพียงว่า เมื่อมีการกระทำความผิดก็ต้องมีการลงโทษ เพราะ กฎหมายอาญาเป็นคำสั่งเด็ดขาดที่จะต้องทำเช่นนั้น ดังนั้น ในความเห็นของค้านท์ โทษจึงเป็นสิ่งจำเป็นในทางความรู้สึกผิดชอบ โทษเป็นการตอบแทนความยุติธรรมที่ถูกประทุษร้าย

ข. เฮเกล (Hegel) เห็นว่า เหตุผลของการลงโทษให้สาสมกับความผิดก็เพื่อนำความถูกต้องกลับคืนมา เพราะ เขาเห็นว่า การกระทำความผิดเป็นการปฏิเสธสิ่งที่ถูกต้อง การลงโทษจึงเป็นปฏิกริยาของสังคมที่ไม่เห็นด้วยกับการปฏิเสธสิ่งที่ถูกต้องนี้ ดังนั้น การลงโทษจึงเป็นสิ่งที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ เนื่องจากการกระทำความผิดของเขา ฉะนั้น ตามทฤษฎีเด็ดขาดนี้ ถือว่าการลงโทษเป็นการตอบแทนการกระทำความผิด โดยถือว่า การลงโทษจะหนักหรือเบาขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้ที่กระทำ การลงโทษจึงต้องให้ได้สัดส่วนกับผลร้ายที่เกิดจากการกระทำความผิด กล่าวคือ ถ้าก่อให้เกิดผลร้ายแรงมากก็ต้องลงโทษหนักมากนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตามทฤษฎีเด็ดขาดก็ได้รับการคัดค้านด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ลักษณะของทฤษฎีนี้เป็นเรื่องล้าสมัยเพราะเป็นการมองแต่อดีต คือ เอาการลงโทษมาตอบแทนแก้แค้นการกระทำความผิด โดยไม่ได้มุ่งถึงประโยชน์ในอนาคตเลย กล่าวคือ ไม่ได้คำนึงถึงว่าการ

ลงโทษนั้นจะมีผลในทางป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีกหรือไม่ ทั้งที่จุดมุ่งหมายพื้นฐานของรัฐก็คือการคุ้มครองสวัสดิภาพของสมาชิกในสังคม ดังนั้นการลงโทษตามกฎหมายก็ควรทำเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วย ส่วนเหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้ทฤษฎีนี้ได้รับการคัดค้านก็คือเห็นว่าทฤษฎีนี้ไร้เหตุผลเพราะถือเอาความผิดทางศีลธรรมเป็นสำคัญแต่ปัจจุบันมีความผิดจำนวนมากที่ไม่ใช่เรื่องของศีลธรรมแต่เป็นความผิดที่กฎหมายห้ามเท่านั้น ดังนั้นหากจะลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนในความผิดทุกๆเรื่องก็จะเป็นเรื่องที่ไม่ยุติธรรม

2) ทฤษฎีสัมพัทธ์

เป็นทฤษฎีที่ขึ้นอยู่กับเหตุผลและเหตุการณ์ โดยพิจารณาในแง่ที่ว่า ควรจะลงโทษอย่างไรจึงจะเกิดประโยชน์ ดังนั้น การลงโทษจึงต้องคำนึงถึงตัวผู้กระทำความผิดกับเพื่อนมนุษย์คนอื่นๆ กล่าวคือ การลงโทษนั้นควรที่จะเกิดประโยชน์ในแง่ที่จะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดนั้นเกิดความหวาดกลัวไม่กล้ากระทำความผิดอีก ในขณะที่เดียวกันก็ทำให้บุคคลทั่วไปเกิดความกลัวไม่กล้ากระทำความผิดเช่นกัน ซึ่งจะทำให้สังคมปลอดภัยจากการกระทำความผิด กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือจุดประสงค์ของการลงโทษตามแนวความคิดนี้เป็นการป้องกันบุคคลที่ทำผิดไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก เรียกว่าเป็นการป้องกันพิเศษ (special prevention) และในขณะที่เดียวกันก็เป็นการป้องกันบุคคลทั่วไปไม่ให้กระทำความผิดด้วย เรียกว่าเป็นการป้องกันทั่วไป (general prevention) ดังนั้นทฤษฎีนี้จึงถือว่าลำพังแต่เพียงการข่มขู่ด้วยโทษอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการป้องกันการกระทำความผิดในอนาคต ดังนั้น การลงโทษจึงต้องมีลักษณะเป็นการแก้ไขตัวผู้กระทำความผิดด้วย เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำ

เหตุผลของการลงโทษตามแนวความคิดนี้มีพื้นฐานมาจากแนวความคิดอรรถประโยชน์นิยม (utilitarian) ซึ่งถือว่า การที่จะตัดสินว่า การกระทำใดเป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรมหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลดีแก่สังคมตามหลักอรรถประโยชน์นิยมหรือไม่ ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผลดีหรือประโยชน์ที่จะได้รับการลงโทษ ก็คือเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดเช่นนั้นอีก

2.2.2 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

ทฤษฎีการลงโทษต่างๆที่กล่าวมานั้น มีความประสงค์ในการลงโทษที่แตกต่างกันออกไป โดยพิจารณาจากความหนักเบาของการกระทำของผู้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษแต่ละแบบนั้นจะกำหนดไว้ในมาตราต่างๆของประมวลกฎหมายอาญา โดยวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายของการลงโทษนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 4 ประการ คือ

2.2.2.1 การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคม ซึ่งการลงโทษควรจะต้องมองย้อนหลังไปในอดีตว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำอะไรลงไปบ้าง และควรจะต้องรับผิดชอบในการกระทำอย่างไรบ้างเพื่อให้ได้สัดส่วนกัน²⁵ โดยนักปรัชญาชาวเยอรมัน Immanuel Kant ได้ให้เหตุผลสนับสนุนความคิดตามทฤษฎีนี้ และยังมีความคิดว่าถ้าสังคมไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เท่ากับสังคมยอมรับการกระทำของเขา และด้วยเหตุนี้ก็มีผลเสมือนว่าสังคมเป็นผู้สนับสนุนให้กระทำความผิด²⁶ ซึ่งการที่รัฐเข้ามารับหน้าที่ลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้มีการแก้แค้นกันเอง ซึ่งจะทำให้สังคมวุ่นวาย เพราะจะมีการแก้แค้นกันเอง โดยไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งเป็นการแสดงถึงความไร้ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนี้ถือเป็นการลงโทษที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนมากที่สุด แต่ปัจจุบันลดความสำคัญลงไปมาก

2.2.2.2 การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งการกระทำความผิด (Deterrence)

วัตถุประสงค์ในการลงโทษข้อนี้มีหลักการว่า การลงโทษจะคำนึงถึงแต่เพียงผลของการลงโทษต่อตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่ได้ จะต้องคำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปด้วย โดยถือว่าการลงโทษเป็นการข่มขู่เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก และเป็นตัวอย่างให้บุคคลอื่นๆ ในสังคมเกิดความหวาดกลัวต่อการลงโทษ²⁷ ซึ่งมีผลเป็นการป้องกันอาชญากรรม²⁸ วัตถุประสงค์นี้เรียกว่า “การยับยั้งโดยทั่วไป” (general deterrence) เช่น การนำโทษประหารชีวิตมาใช้ นั่น เชื่อว่า วิธีประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม โดย เจมส์ ชูทเธอร์ (James Chuter) กล่าวไว้ว่า ไม่มีบทลงโทษอื่นใดที่จะมีผลยับยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิดทางอาญาเท่ากับโทษประหารชีวิต นอกจากนี้ยังมีวิธีการลงโทษประเภทต่างๆ อีก เช่น การใช้ข้อ การเขียน การจำคุก การให้นักโทษทำงานหนัก เป็นต้น การลงโทษด้วยวิธีการต่างๆ เหล่านี้ เกี่ยวเนื่องกับหลักธรรมชาติที่ว่า มนุษย์ปรารถนาที่จะได้รับความสุขสบายและหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมาน ฉะนั้น การลงโทษจึงก่อให้เกิดการยับยั้งอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “การยับยั้งเป็นพิเศษ” (Special deterrence) โดยเป็นการลงโทษเพื่อให้เป็นบทเรียน

²⁵ อูทิส สุภาพ. (2549, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม.” *คูลพาท*, 53, 2. หน้า 65.

²⁶ ธาณี วรภัทร์. (2553). *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก*. หน้า 32.

²⁷ ประสพสุข บุญเดช. (2540, เมษายน-มิถุนายน). “ดุลพินิจในการกำหนดโทษ.” *คูลพาท*, 44, 2. หน้า 163.

²⁸ ประธาน วัฒนาวณิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. หน้า 361.

ให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกผิดและเข็ดหลาบไม่คิดกระทำความผิดอีกในอนาคต ซึ่งการยับยั้งเป็นพิเศษ (Special deterrence) นี้ เฟ่งเล็งเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดความกลัวต่อโทษและไม่กล้ากระทำความผิดอีกในอนาคต²⁹

การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่และยับยั้งการกระทำความผิดเป็นการทำให้บุคคลเกิดความกลัวที่จะถูกลงโทษซึ่งนอกจากจะทำให้หลายคนไม่กล้าที่จะกระทำความผิดแล้ว ยังมีผลให้คนทั่วไปคิดว่า การกระทำความผิดนั้นเป็นสิ่งที่ไม่พึงกระทำและควรหลีกเลี่ยง โดยการลงโทษที่จะมีผลในการข่มขู่และยับยั้งการกระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นการลงโทษที่มีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และเหมาะสม กล่าวคือ

1) การลงโทษต้องมีความแน่นอนในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสหลุดรอดจากการถูกจับกุมลงโทษไปได้อย่างยาก ซึ่งจะมีผลในการข่มขู่และยับยั้งให้คนทั่วไปและผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเสี่ยงกระทำความผิดขึ้นอีก เพราะทำผิดแล้วต้องถูกจับก็ไม่คุ้มค่า³⁰

2) การลงโทษจะต้องสามารถทำได้รวดเร็ว กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วจะต้องสามารถนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างรวดเร็ว ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำความผิดและคนทั่วไปเห็นเป็นตัวอย่างได้ว่าหากกระทำความผิดแล้วจะต้องได้รับผลร้ายอย่างไร

3) การลงโทษต้องมีความเสมอภาค โดยผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่คิดจะกระทำความผิดไม่มีโอกาสที่จะแก้ตัวหรือหาทางหลีกเลี่ยงการถูกลงโทษหากตนกระทำความผิด

4) การลงโทษจะต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสมและตัดทอนกับความผิด หากบทลงโทษเบาไปไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด ก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดและคนทั่วไปไม่เกิดความเกรงกลัวและคุ้มค่าที่จะเสี่ยงกระทำความผิด แต่หากบทลงโทษหนักเกินไปก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดพยายามปกปิดการกระทำความผิดของตนเอง โดยการทำร้ายเหยื่อหรือทำให้เหยื่อได้รับผลร้ายมากขึ้น³¹

2.2.2.3 การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Rehabilitation)

การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดบุคคลที่กระทำความผิดมาแล้ว กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก โดยทำการเปลี่ยนพฤติกรรมจากความชั่วเป็นการประพฤติดีด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อให้สามารถกลับมาใช้ชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมได้อย่างปกติ

²⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์. (2555). *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา*. หน้า 131.

³⁰ ธาณี วรภัทร์. เล่มเดิม. หน้า 34.

³¹ แหล่งเดิม. หน้า 35.

สุข เช่น การให้การศึกษา การฝึกหัดอาชีพ การอบรมทางศาสนาและศีลธรรม การแก้ไขสภาพแวดล้อม เป็นต้น

2.2.2.4 การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้เกิดซ้ำ (Incapacitation)

การลงโทษโดยวิธีประหารชีวิต จำคุก กักขัง ถือเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม เป็นแนวความคิดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษมีโอกาสได้กระทำความผิดซ้ำอีก โดยมีความประสงค์ที่จะกำจัดผู้กระทำความผิดให้ออกไปจากสังคมซึ่งโทษประหารชีวิตถือเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร ส่วนโทษจำคุกและกักขังนั้นเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้สมาชิกในสังคมปลอดภัยจากอาชญากรรม

2.2.2.5 การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)

กล่าวคือ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชน หรือสังคมนั้นปลอดภัยจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขฟื้นฟูระหว่างต้องโทษ พร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก³²

มาร์ค แอนเซล (Marc Ancel) ได้ให้คำนิยามของ “การป้องกันสังคม” ไว้ว่าหมายถึง การปกป้องคุ้มครองสังคมที่เปรียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงชีวิตของอาชญากรรมโดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรม โดยสังคมจะปลอดภัยจากอาชญากรรมได้จำเป็นต้องกระทำร่วมกันหลายฝ่ายเพื่อให้อาชญากรรมลดลง ซึ่งแนวทางการป้องกันสังคมจำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดี นอกจากนี้จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมโดยวางแนวทางปฏิบัติที่จำเป็นจะต้องกระทำวางระบบการควบคุมการลงโทษ การกำหนดโทษ หรือวางเงื่อนไข ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันสังคม³³

2.2.3 การกำหนดโทษทางอาญา

การลงโทษอาญานั้นเป็นการลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สาสมกับความร้ายแรงของการกระทำ (Retribution) เพื่อคืนนิสัยของผู้กระทำความผิด (Reformation)³⁴ เพื่อป้องปรามมิให้ผู้อื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง (Deterrent) และเพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเป็นการชั่วคราวหรือ

³² อัจฉริยา ชูตินันท์. เล่มเดิม. หน้า 133.

³³ แหล่งเดิม.

³⁴ Herbert L Packer. (1978). *The Limit of the Criminal Sanction*. p. 117-118.

ถาวร (Incapacitation) จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าโทษอาญาควรใช้กับการกระทำที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงเท่านั้น ศาสตราจารย์ Herbert L. Packer แห่งมหาวิทยาลัยแอสตันฟอร์ด เสนอหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาซึ่งเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางไว้ดังนี้³⁵

(1) คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าการกระทำนั้นคุกคามหรือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม โดยมีลักษณะเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของบุคคลและสังคม เช่น การฆ่าผู้อื่น การข่มขืนกระทำชำเรา การใช้กำลังการประทุษร้าย การชิงทรัพย์ เป็นต้น

(2) การลงโทษทางอาญาต้องทำให้การกระทำผิดนั้นๆ ลดน้อยลง

(3) การลงโทษอาญาต้องไม่ทำให้พฤติกรรมที่พึงประสงค์ของสังคมต้องลดน้อยลง

(4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้โดยต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพในการสืบหาและจับกุมผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ

(5) กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต้องมีประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดและลงโทษผู้กระทำความผิด โดยไม่ก่อให้เกิดภาระแก่การดำเนินกระบวนการจนเกินขอบเขตทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) ไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าการลงโทษทางอาญา

หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่เสนอโดยศาสตราจารย์ Packer สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษอาญาที่เสนอโดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของแคนาดา (Law Reform Commission of Canada) ว่าการกระทำนั้นต้องเป็นความผิดอาญาที่แท้จริง กล่าวคือ เป็นอันตรายร้ายแรงต่อบุคคลอื่นรวมถึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Fundamental values) หรืออาจเป็นอันตรายต่อสังคมและโทษอาญาที่จะกำหนดนั้นต้องสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้และต้องไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเสียเอง

แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญานี้เกิดขึ้นมานานแล้วโดยสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School of Criminology) ที่มีผู้ก่อตั้งคือ ซีซาร์ เบ็คคาเรีย โดยเขาได้นำเสนอให้การพิจารณาบทลงโทษควรมีความเหมาะสมกับความผิดที่บุคคลนั้นกระทำเพราะถือว่ามนุษย์ทุกคนนั้นมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ที่จะเลือกทำหรือไม่ทำสิ่งใดก็ได้ ดังนั้นการลงโทษจึงควรมีความหนักเบาตามสัดส่วนความรุนแรงของอาชญากรรม โดยต้องกำหนดให้เหมาะสมกับลักษณะ

³⁵ Ibid. p. 296.

ของความผิดและไม่มากเกินไปจนโหดร้ายทารุณอีกทั้งต้องไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำ ความผิดคิดว่าผลประโยชน์ที่ได้จากการกระทำผิดนั้นคุ้มค่ากับการประกอบอาชญากรรม

นอกจากนี้นักอาชญาวิทยาอีกท่านหนึ่ง คือ เจเรมี เบนธัม มีแนวความคิดว่า การบัญญัติ กฎหมายต้องกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับอาชญากรรม การลงโทษเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อ ช่มขวัญยับยั้งการทำความผิด และเพื่อป้องกันการกระทำผิดซ้ำ³⁶ โดยเห็นว่ามนุษย์ทุกคน มีศูนย์รวมแห่งความเพลิดเพลินพอใจและความเจ็บปวด ซึ่งมีอิทธิพลต่อการกำหนดพฤติกรรมของ มนุษย์ ดังนั้น เมื่อมนุษย์มีความพอใจกับการกระทำผิดก็จะเลือกที่จะกระทำผิด แต่ถ้ามนุษย์รู้ว่า ความเพลิดเพลินพอใจที่ได้รับจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าความเจ็บปวดทรมานในการถูกลงโทษ แล้ว เขาก็จะเลือกไม่ทำความผิดโดยจะคิดยับยั้งไม่ทำความผิดนั้นเสีย

2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของไทย

หลักการที่ว่าบุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และ โทษที่จะลงแก่ผู้ทำความผิดนั้น ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย³⁷ เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาที่ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย อาญาทั้งยังได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย โดยหลักการนี้ ถือเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาในการกำหนดความรับผิดในทางอาญาโดยมีที่มาจากหลัก สุภาษิตกฎหมายอาญาที่ว่า “Nullum crimen , nulla poena sine lege” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า ไม่ มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำใดจะเป็นความผิดและจะต้องรับโทษ ในทางอาญานั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติและกำหนดโทษไว้ ซึ่งหลักนี้เป็นที่ยอมรับกันในประเทศ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) รวมทั้งประเทศไทยด้วย

การที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดอาญา และต้องถูกลงโทษหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิด ที่เรียกว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” โดย หากพิจารณาแล้วจะพบว่าในทางตำราของไทยมีการอธิบายถึงโครงสร้างความผิดอาญาที่แตกต่าง กัน เนื่องจาก นักกฎหมายของไทยมักจะสำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศ ซึ่งจะแบ่งเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และ กลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ด้วยเหตุนี้

³⁶ อัจฉริยา ชูตินันท์. เล่มเดิม. หน้า 68.

³⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา

จึงทำให้การอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของไทยมีความแตกต่างกัน โดยการอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาจากโครงสร้างความผิดอาญานั้น นักกฎหมายไทยมีแนวคิดดังนี้

2.3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาที่นำเอาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา

นักนิติศาสตร์ของไทยที่มีแนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาที่นำเอาเหตุยกเว้นโทษไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญานั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่มีแนวความคิดตามระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และฝ่ายที่มีแนวความคิดตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

2.3.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

นักนิติศาสตร์ของไทยที่นำเอาโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้อธิบายกฎหมายอาญาของไทยมีหลายท่าน โดยสามารถแบ่งความเห็นในทางตำราได้เป็น 3 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1 ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทยคนแรกที่นำเอาโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้อธิบายกฎหมายอาญาของไทยโดยในระบแรกสมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญาท่านได้อธิบายการวินิจฉัยคดีอาญาตามทฤษฎี Kausalität ซึ่งจะวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

1. การกระทำของผู้นั้นตามที่ปรากฏภายนอกเข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดหรือไม่

2. การกระทำนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่

3. การกระทำมีความชั่วร้ายหรือไม่

4. เงื่อนไขแห่งการลงโทษมีครบถ้วนหรือไม่

5. มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษเป็นส่วนตัวแก่ผู้กระทำผิดหรือไม่

6. เงื่อนไขแห่งการฟ้องร้องครบถ้วนหรือไม่

ปัญหาเหล่านี้จะต้องพิจารณาเรียงกันไปเป็นลำดับ ถ้าปรากฏว่าขาดหลักเกณฑ์ที่จะทำให้จำเลยรับโทษในลำดับใดลำดับหนึ่งก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเกณฑ์ต่อไปในลำดับต่อจากนั้นอีก³⁸

³⁸ หยุด แสงอุทัย ก (2483). “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา.” *บทบัญญัติ, ปีที่ 12*. หน้า 212-213.

ในระยะต่อมาเมื่อประเทศไทยใช้ประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน ท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยถือแบบประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก กล่าวคือ การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณา ดังนี้

1. จะต้องมีการกระทำตามความหมายของกฎหมาย โดยพิจารณาตามประเภทความผิด

1.1 ความผิดที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลกระทำ กล่าวคือ ถ้าบุคคลกระทำการนั้นๆ อันเป็นการผิดข้อห้ามจะต้องรับโทษ และ

1.2 ความผิดที่กฎหมายบังคับให้บุคคลกระทำ กล่าวคือ การที่เราไม่กระทำตามที่กฎหมายกำชับให้เรากระทำนั้น กฎหมายได้บัญญัติเป็นความผิดและเอาโทษแก่เรา³⁹

2. ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า การกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต้องเกิดผลจากการกระทำนั้นๆ ก็จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

3. การกระทำเท่าที่แสดงออกภายนอกมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

4. ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท

เมื่อปรากฏว่าบุคคลได้กระทำการอันประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติบัญญัติเป็นความผิดแล้ว ก็ยังไม่ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดเสมอไป เพราะอาจมีกฎหมายอื่นให้อำนาจกระทำได้อีก⁴⁰ ซึ่งจะถือว่า การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ซึ่งมีกรณีดังต่อไปนี้

1. กฎหมายลายลักษณ์อักษร แยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. ประมวลกฎหมายอาญา

ถ้าประมวลกฎหมายอาญาประสงค์จะแสดงว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้แล้ว ประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ไม่มีความผิด”⁴¹ เพื่อแสดงว่าไม่มีความผิดอาญาเกิดขึ้นเลยซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

การกระทำของนายแพทย์ให้หญิงแท้งลูก ตามมาตรา 305

การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใดโดยสุจริตเพื่อประโยชน์ หรือในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา มาตรา 329 (1) (2) (3) และ (4)

การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล โดยคู่ความหรือทนายความของกลุ่มความ เพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ตามมาตรา 331

³⁹ หุุด แสงอุทัย ข (2544). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 49.

⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 130.

⁴¹ แหล่งเดิม. หน้า 131.

ข. กฎหมายอื่นๆนอกจากประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และพระราชบัญญัติอื่นๆ

2. กฎหมายจารีตประเพณี เช่น การชกมวยหรือการเล่นกีฬาที่ถูกกติกา หรือ การกระทำของแพทย์ที่ตัดแขนคนไข้โดยที่คนไข้ยินยอมเพื่อรักษาความเจ็บป่วย เป็นต้น

และต่อมาก็จะต้องมาพิจารณาในเรื่อง “เหตุยกเว้นโทษ” ซึ่งกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ไม่ต้องรับโทษ” หมายความว่า การกระทำนั้นยังมีความผิดอยู่ แต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับโทษ ซึ่งเหตุยกเว้นโทษนั้น มี 3 กรณี ดังนี้

ก. เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ ได้แก่ การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67 การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 70

ข. เหตุที่เกี่ยวกับความไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

กรณีที่เด็กกระทำความผิด

กรณีที่บุคคลที่กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน

กรณีที่บุคคลกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เนื่องจาก ความมึนเมา เพราะ เสพย์สุราหรือสิ่งเมาอย่างอื่น

ค. เหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น ซึ่งได้แก่

เหตุที่เกี่ยวกับความเป็นสามีภริยา และความเป็นญาติ

เหตุที่เกี่ยวกับการบันดาลโทษ

เหตุบรรเทาโทษ

แนวความเห็นที่ 2 ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร อธิบายว่า การกระทำใดที่เป็นความผิดอาญานั้น จะต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว อย่างครบถ้วนเสมอ หากขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิดอาญา และข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของความผิดอาญานี้เกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับจากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบ คือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหา คือ “ความผิด

กฎหมาย” และ “ความชั่ว” เหตุนี้ในการวินิจฉัยการกระทำใดว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่จะต้องวินิจฉัยโดยเรียงลำดับ ดังนี้

- (1) เป็นการกระทำที่มี “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” หรือไม่
- (2) เป็นการกระทำที่มี “ความผิดกฎหมาย” หรือไม่
- (3) เป็นการกระทำที่มี “ความชั่ว” หรือไม่⁴²

ฉะนั้น หากวินิจฉัยแล้วว่า การกระทำใดไม่เป็นการกระทำที่เป็น “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญประการที่สองและประการที่สาม เพราะเป็นการไม่จำเป็นและฟุ่มเฟือยที่จะกระทำ ในทำนองเดียวกันหากวินิจฉัยแล้วว่า การกระทำใดเป็นการกระทำที่มี “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แต่การกระทำนั้นไม่มี “ความผิดกฎหมาย” กรณีนี้ก็ไม่ต้องไปพิจารณาถึงเรื่อง “ความชั่ว” เพราะเป็นการไม่จำเป็นและฟุ่มเฟือยที่จะกระทำเช่นนั้น

สำหรับ โครงสร้างความคิดอาญาทั้ง 3 ประการนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบของความผิด หมายถึง สิ่งทั้งหลายที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด และสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง⁴³ ดังนั้น องค์ประกอบของความผิดจึงแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ “องค์ประกอบภายนอก” และ “องค์ประกอบภายใน”

1.1 องค์ประกอบภายนอก

คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด⁴⁴ ซึ่งประกอบด้วย

ผู้กระทำ

การกระทำ

กรรมของการกระทำ

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ในบางกรณีความผิดบางฐานอาจมี “สิ่งที่เป็นส่วนพิเศษอื่น” เช่น เวลากลางคืน ในความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 335 (1) เป็นต้น

⁴² คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 103.

⁴³ แหล่งเดิม. หน้า 150.

⁴⁴ แหล่งเดิม. หน้า 151.

นอกจากนี้สิ่งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกนั้นยังรวมไปถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” อีกด้วย

1.2 องค์ประกอบภายใน

คือ สิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ หมายถึงสิ่งที่เป็นส่วนภายในของผู้กระทำความผิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง⁴⁵ ซึ่งประกอบด้วย

เจตนา

ประมาท

องค์ประกอบภายในอื่นๆ เช่น มูลเหตุชกุงใจ เป็นต้น

2. ความผิดกฎหมาย

การที่จะยืนยันว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” ได้นั้น ในเบื้องต้นต้องยืนยันให้ได้ก่อนว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็น “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว และเมื่อได้ยืนยันแล้วว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็น “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” กรณีก็จะต้องยืนยันต่อไปอีกว่ากรณีนั้นเป็นการกระทำที่ไม่มี “เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้” ในการกระทำนั้น⁴⁶ ซึ่งเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ มีดังต่อไปนี้ เช่น

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 305

เหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายแพ่ง

ความยินยอมของผู้เสียหาย⁴⁷

ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ และ

การใช้อำนาจรัฐ

3. ความชั่ว

ความชั่ว หมายความว่า การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง⁴⁸ โดยการพิจารณาความชั่วหรือการดำเนินได้ของการกระทำว่ามีอยู่หรือไม่นั้นไม่ได้พิจารณาที่ตัวผู้กระทำในฐานะปัจเจก

⁴⁵ แหล่งเดิม. หน้า 152.

⁴⁶ แหล่งเดิม. หน้า 208.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508

⁴⁸ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 251.

บุคคลแต่อย่างใด หากแต่จะต้องพิจารณาตามมาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นผู้กระทำ ความผิด

กฎหมายอาญากำหนดการพิจารณา “ความสามารถในการทำชั่ว” ไว้ 2 สถานการณ์ คือ

(1) กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาถึงความเจริญวัยของบุคคลโดย พิจารณาที่อายุ และ

(2) กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาถึงความสมบูรณ์ของจิตของ บุคคล⁴⁹

ดังนั้น หากปรากฏว่าบุคคลนั้นได้กระทำไปโดยปราศจากความรู้สึกผิดชอบหรือความ ตำหนิติ์ของการกำหนดเจตจำนงแล้ว ก็จะถือว่า การกระทำของบุคคลนั้นขาดความชั่ว ดังนั้น ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับโทษ โดยเหตุต่างๆ ที่เกี่ยวกับความชั่วนั้น มีดังนี้

ความไม่รู้ผิดชอบ เพราะ ความบกพร่องทางจิต ตามมาตรา 65

ความไม่รู้ผิดชอบ เพราะ ความไม่รู้เดียงสา ตามมาตรา 73 และมาตรา 74

การกระทำความคิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67

การกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70

การป้องกันเกินสมควรกว่าเหตุ ตามมาตรา 69

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีเหตุต่างๆ ที่อยู่นอกโครงสร้างความคิดอาญา อันมีผลเกี่ยวข้องกับ ผู้กระทำความคิดอีก ได้แก่

(1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการ กระทำที่เป็นความผิดอาญานั้น แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของ ความผิดอาญา เป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับเจตนาและประมาท⁵⁰

(2) เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความคิดอาญา และ เป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับผู้กระทำผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว⁵¹ ซึ่งแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีอยู่ก่อนการกระทำ ผิด เป็นผลให้กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำความคิด เช่น มาตรา 71 วรรคหนึ่ง

ข. เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการ กระทำความคิด และเป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีผลย้อนหลังไปเป็นการยกเว้นโทษให้แก่ ผู้กระทำความคิดนั้น เช่น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 82

⁴⁹ แหล่งเดิม. หน้า 253.

⁵⁰ แหล่งเดิม. หน้า 123.

⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 114.

จากการพิจารณาคำอธิบายในทางคำราชของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฌ นคร นั้น สามารถสรุปได้ว่าท่านนำแนวคิดตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาใช้อธิบายในการวินิจฉัยความผิดในกฎหมายอาญาของไทย โดยได้แยกเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษในเรื่อง “ความชั่ว” หรือ ความน่าตำหนิได้ ออกจาก “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” โดยเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นจะเป็นส่วนที่อยู่ นอกโครงสร้างความผิดอาญา

แนวความเห็นที่ 3 ได้แก่ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส อธิบายว่า โครงสร้างของความผิดอาญาประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. องค์ประกอบ (Tatbestandsmäßigkeit or fulfillment of the statutory elements of a crime) ซึ่งเป็นการพิจารณาถึง

1.1 องค์ประกอบภายนอก ได้แก่

ผู้กระทำ

การกระทำ

กรรมของการกระทำ

ผลของการกระทำ และ

ข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น⁵²

1.2 องค์ประกอบภายใน ได้แก่

เจตนา

ประมาท

มูลเหตุชกุงใจ (เฉพาะในบางฐานความผิด)

2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit or unlawfulness of the act)

เป็นการพิจารณาว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบนั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายหรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่⁵³ ซึ่งจะพิจารณาจากเหตุที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างๆ ไม่จำกัดเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น นอกจากนี้เหตุที่จะทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมาย ยังอาจพิจารณาไปถึงเรื่องของจารีตประเพณี และความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย

⁵² แสวง บุญเฉลิมวิภาส ก เล่มเดิม. หน้า 46.

⁵³ แหล่งเดิม. หน้า 85.

สามารถพิจารณาได้ดังนี้

2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับจาริตประเพณี

แม้ว่าจาริตประเพณีจะไม่ใช่อรรถกถาที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เกิดจากการถือปฏิบัติของประชาชนอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานว่าเป็นสิ่งที่กระทำได้ จึงสามารถนำจาริตประเพณีมาใช้เป็นข้ออ้างให้พ้นผิดได้ โดยไม่ขัดกับหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

2.2 หลักความยินยอม

แม้ในประเทศไทยจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติเรื่องความยินยอมเอาไว้ แต่หากการอ้างหลักความยินยอมนั้นเป็นการนำมาอ้างในโครงสร้างข้อ 2 เพื่อพิจารณาเหตุที่จะทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายถือเป็นการอ้างหลักความยินยอมที่เป็นคุณกับผู้กระทำความคิด จึงไม่ใช่เรื่องต้องห้ามและไม่ขัดกับหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

2.3 กฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่

ก. ประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่

หลักป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68

หลักชั่งน้ำหนักประโยชน์หรือหลักชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย ตามมาตรา 305(1)

การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต ตามมาตรา 329 และมาตรา 331

ข. กฎหมายอื่นๆ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และพระราชบัญญัติอื่นๆ

3. ความชั่ว (Schuld or guilt or culpability)

เป็นการพิจารณาจากความชั่วของผู้กระทำความคิด เพราะ ถือว่าความชั่วของผู้กระทำความคิดนั้นเป็นพื้นฐานของการลงโทษ ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพส่วนตัวของผู้กระทำหรือสภาพแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำนั้น หากพิจารณาแล้วปรากฏว่าผู้กระทำไม่มีความชั่ว กฎหมายก็จะยกเว้นโทษให้ ซึ่งสำหรับการพิจารณาว่าผู้กระทำมีความชั่วหรือไม่เพื่อนำมาเป็นพื้นฐานของการลงโทษนั้น อาจพิจารณาได้จากกรณีดังต่อไปนี้

3.1 อายุของผู้กระทำผิด

3.2 จิตของผู้กระทำผิด

3.3 ความไม่รู้ข้อถูกผิด

3.4 เหตุที่ไม่อาจดำเนินได้อย่างอื่น

การกระทำใดแม้ครบองค์ประกอบ ผิดกฎหมาย แต่ปรากฏว่าผู้กระทำปราศจากความชั่วด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งดังกล่าวมาแล้ว บุคคลนั้นย่อมได้รับการยกเว้นโทษ ถือว่าขาดสาระสำคัญของโครงสร้างความผิดอาญาส่วนที่สาม แต่นอกจากการยกเว้นโทษด้วยเหตุผลที่

ผู้กระทำปราศจากความชั่วแล้ว ในทางกฎหมายอาญายังมีเหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษด้วยเหตุผลอื่นๆ ด้วย ทั้งๆ ที่การกระทำนั้นครบโครงสร้างทั้งสามส่วนแล้ว⁵⁴ โดยเป็นเหตุผลที่อยู่นอกเหนือโครงสร้างความผิดอาญาซึ่งได้แก่

- (1) เหตุที่เกี่ยวกับความเป็นสามีภริยาและความเป็นญาติ ตามมาตรา 71
- (2) เหตุเกี่ยวกับการบันดาลโทสะ ตามมาตรา 72
- (3) เหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ซึ่งแยกได้เป็น

ก. เหตุก่อนการกระทำผิด ได้แก่

เป็นผู้โอดเวลาเขาปัญญา หมายความว่า ผู้กระทำมีความด้อยทางปัญญา จึงกระทำความผิดไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์

ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส เช่น บิดามารดาหรือบุตรกำลังป่วยหนัก ไม่มีเงินค่ารักษาพยาบาล จึงต้องลักทรัพย์

ข. เหตุหลังการกระทำผิด ได้แก่

ผู้กระทำความผิดรู้สึกถึงความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น เช่น เมื่อขับรถโดยประมาทชนคน ก็ได้พาส่งโรงพยาบาลและดูแลอย่างดี

ลูกแก่โทษ เช่น เข้ามอบตัวและสารภาพว่าได้กระทำความผิด

ให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์ในการพิจารณาคดี และ

เหตุอื่นๆ ที่ศาลเห็นว่ามิลักษณะทำนองเดียวกัน

จากการศึกษาคำอธิบายในทางตำราของศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส จะเห็นได้ว่าท่านเป็นนักกฎหมายอีกท่านหนึ่งที่น่าเอาทฤษฎีกฎหมายเยอรมันไปใช้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาในกฎหมายไทยเช่นเดียวกับศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร นั่นเอง

2.3.1.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาตามระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

นักนิติศาสตร์ที่นำโครงสร้างความผิดอาญาตามแนวคิดทฤษฎีของประเทศฝรั่งเศสมาใช้อธิบายกฎหมายอาญาของไทยนั้นมีหลายท่าน โดยสามารถแบ่งความเห็นในทางตำราได้เป็น 2 แนวความเห็น ดังนี้

⁵⁴ แหล่งเดิม. หน้า 113.

แนวความเห็นที่ 1 ได้แก่ ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์⁵⁵ อธิบายว่า การกระทำอันใดอันหนึ่ง จะพึงถือได้ว่าเป็นความผิดและถูกลงโทษ จะต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการด้วยกัน คือ

1. ข้อสาระทางกฎหมาย

เป็นการพิจารณาว่า การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้นั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ดังภาษาละตินที่ว่า Nullum crimen sine lege ส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้น ก็จะต้องเป็นโทษที่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดเช่นเดียวกัน ซึ่งข้อสาระทางกฎหมายนี้ ไม่ว่าประเทศใดก็ตามต่างถือเป็นหลักสำคัญของกฎหมายอาญาในปัจจุบัน เพราะ เรื่องความผิดและโทษนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ โดยถือเสมือนเป็นหลักประกันอันสำคัญแก่เสรีภาพของประชาชน เนื่องจากหากไม่มีหลักดังกล่าวแล้ว ความยุติธรรมทางอาญาก็จะเป็นเพียงแค่มุติธรรมตามพฤติการณ์ กาลเวลา หรืออารมณ์ของบุคคลเท่านั้น

2. ข้อสาระทางการกระทำ

ได้แก่ ความจำเป็นที่จะต้องมีการปรากฏการณ์ภายนอก คือ จะต้องมีการกระทำ เนื่องจากความผิดอาญานั้นไม่สามารถที่จะเกิดขึ้นได้โดยความคิดเท่านั้น แต่จะต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกายด้วย และโดยปกติความผิดอาญาจะต้องเกิดขึ้นเพราะมีการกระทำ อย่างไรก็ตามบางกรณีการกระทำในทางอาญานั้นก็ไม่จำเป็นต้องเกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกายเสมอไป เพราะความผิดอาญานั้นอาจเกิดจากการงดเว้นการที่จะต้องกระทำก็ได้ ซึ่งเหตุผลในการบัญญัติให้การงดเว้นการที่จะต้องกระทำนั้นมีความรับผิดชอบในทางอาญาก็เพราะต้องการที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั่นเอง

3. ข้อสาระทางเจตนา

หมายความว่า การกระทำที่จะประกอบเป็นความผิดนั้น จะต้องมิเจตนาเป็นสำคัญด้วย กล่าวคือ ข้อสาระทางเจตนาเป็นสิ่งจำเป็นขององค์ประกอบความผิด โดยข้อสาระทางเจตนา นั้นประกอบไปด้วย

3.1 ความผิดที่กระทำโดยเจตนา หมายความว่า ได้กระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำ และในขณะเดียวกันผู้กระทำก็ประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

⁵⁵ วิจิตร ลุติตานนท์. (2507). คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ ปีที่ 4 กฎหมายอาญา (ภาค 1). หน้า 79-152. (อ้างถึงใน ชานนท์ ศรีศาสตร์, 2545 หน้า 31-33 และ ชาติทิพย์ แสงหิ่งห้อย, 2552 หน้า 10-12).

3.2 ความผิดที่กระทำโดยประมาท หมายความว่า มิได้กระทำโดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลเช่นนั้นจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

เมื่อการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ครบข้อสาระในโครงสร้างความผิดอาญาทั้งสามประการแล้ว คือ ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางเจตนา ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึง “ความรับผิดชอบในทางอาญา” อีกด้วย เพื่อที่จะสามารถบอกได้ว่า การกระทำที่ครบโครงสร้างความผิดอาญาของบุคคลนั้นจะเป็นความผิดกฎหมายซึ่งจะทำให้ต้องรับผิดหรือถูกลงโทษในทางอาญาหรือไม่ ซึ่ง “ความรับผิดชอบในทางอาญา” นั้นสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. เหตุที่เกี่ยวกับธรรมชาติทางร่างกาย ได้แก่ กรณีดังต่อไปนี้

เด็ก

ความอ่อนอายุ

ความไม่สามารถรู้ผิดชอบ

ความมึนเมา

ความเป็นญาติ

ข. เหตุเกี่ยวกับความรู้สึกทางจิตใจ ได้แก่ กรณีดังต่อไปนี้

การกระทำโดยเจตนา

การกระทำโดยประมาท

การกระทำโดยพลาด

การกระทำโดยสำคัญผิด

บันดาลโทสะ

ค. เหตุเกี่ยวกับเหตุผลทางกฎหมาย ได้แก่ กรณีดังต่อไปนี้

ความไม่รู้กฎหมาย

การกระทำด้วยความจำเป็น

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน

เหตุบรรเทาโทษ

จากการศึกษาในทางตำราของ ศาสตราจารย์วิจิตร ลุคิตานนท์ จะพบว่าท่านได้นำเอาแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาตาม โครงสร้างทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาใช้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาในกฎหมายอาญาของไทย โดยแบ่งข้อสาระในโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็นสามประการ คือ ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางเจตนา

และเมื่อการกระทำใดเป็นการกระทำที่ครบข้อสาระทั้งสามประการแล้วก็ยังคงไปพิจารณาถึง “ความรับผิดชอบในทางอาญา” ต่ออีกด้วย จึงจะสามารถบอกได้ว่า การกระทำของบุคคลที่ครบโครงสร้างความผิดอาญาแล้วนั้นจะเป็นความผิดกฎหมายและต้องถูกลงโทษหรือไม่

แนวความเห็นที่ 2 ได้แก่ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า การกระทำความผิดอาญา ต้องประกอบพร้อมด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ 1. ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิด 2. ต้องมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติ และ 3. การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยสภาพทางจิตใจ ซึ่งตามปกติจะได้แก่ เจตนากระทำ เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะ⁵⁶ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. สาระสำคัญทางกฎหมาย

เป็นการพิจารณาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดอาญาก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และโทษที่จะพึงมีสำหรับการกระทำผิดต่อกฎหมายนั้นก็ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเช่นเดียวกันตามหลักที่รับรองกันทั่วไปว่า “ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” (Nullum crimen , nulla poena sine lege) ทำให้ในการตีความกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษทางอาญานั้นจะต้องตีความโดยเคร่งครัด

2. สาระสำคัญทางการกระทำ

เป็นการพิจารณาว่า ความผิดทั้งหลายที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้นจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยบุคคลกระทำ กรรมหรือการกระทำซึ่งเป็นความผิดต้องแสดงออกมามีผลอันอาจกระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของชุมชน เพียงแต่คิดอยู่ในใจจะชั่วร้ายเพียงใดก็ไม่อาจเป็นความผิดได้จนกว่าจะมีการกระทำเกิดขึ้นตามที่คิดนั้น⁵⁷ โดยสาระสำคัญทางการกระทำนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.1 การกระทำ และ

2.2 การไม่กระทำ ซึ่งได้แก่ การละเว้นการกระทำ และการงดเว้นการกระทำ

3. สาระสำคัญทางจิตใจ

ตามปกติจะถือว่าบุคคลกระทำความผิดได้ก็ต่อเมื่อเขาได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่บางกรณีที่น่าถือว่าเป็นความผิด เพราะกระทำโดยประมาทหรือมีเหตุผลพิเศษที่กฎหมายบัญญัติให้ลงโทษ ทั้งๆ ที่กระทำโดยไม่มีเจตนา⁵⁸ ซึ่งเจตนาที่ถือเป็นสาระสำคัญที่จะต้องมีความผิดอาญา

⁵⁶ จิตติ ดิงศภัทย์ ก (2546). *กฎหมายอาญาภาค 1*. หน้า 39.

⁵⁷ แหล่งเดิม. หน้า 132.

⁵⁸ แหล่งเดิม. หน้า 210.

ทั่วไปตามมาตรา 59 กฎหมายจึงไม่ต้องบัญญัติซ้ำในกรณีความผิดฐานต่างๆอีกว่า ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยเจตนา⁵⁹

เมื่อได้พิจารณาข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการดังกล่าวที่ทำให้การกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นความผิดในทางอาญาแล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การกระทำความผิดดังกล่าวนี้มี “เหตุยกเว้นความรับผิด” อีกหรือไม่ ซึ่งเหตุยกเว้นความรับผิดนี้สามารถแยกออกได้เป็น

ก. เหตุยกเว้นความผิด คือ เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาเลย ได้แก่

การกระทำโดยป้องกัน

ความยินยอมของผู้เสียหาย

การล่อให้กระทำความผิด

ข. เหตุยกเว้นโทษ กล่าวคือ การกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิด แต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นทั้งหมด ซึ่งได้แก่เหตุดังต่อไปนี้

ความวิกลจริต

ความมีนเมา

ความจำเป็น

คำสั่งของเจ้าพนักงาน

ค. เหตุลดหย่อนความรับผิด เป็นกรณีที่กฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษให้บางส่วน กล่าวคือ การกระทำของบุคคลนั้นผิดกฎหมายเพียงแต่กฎหมายลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นแต่เพียงบางส่วน อาจเป็นกรณีลดมาตราส่วนโทษที่กฎหมายกำหนดไว้หรือเป็นกรณีลดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดก็ได้⁶⁰ โดยจะพิจารณาถึง

ความสัมพันธ์ทางการสมรสหรือญาติ

บันดาลโทษ

อายุน้อย

เหตุบรรเทาโทษ

⁵⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 873/2504 การฟ้องความผิดฐานรับของโจรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357 ไม่จำเป็นต้องบรรยายว่า รับไว้โดยรู้ยู่ว่าเป็นของร้ายอย่างไรในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 321 ฉะนั้น เมื่อโจทก์บรรยายเพียงว่าจำเลยบังอาจรับทรัพย์สินของผู้เสียหายซึ่งถูกลักไปนั้นไว้จากคนร้ายผู้ได้ทรัพย์สินนั้นมาในการทำความผิดฐานลักทรัพย์ ดังนี้ ก็ครบองค์ความผิดและชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (5) แล้ว เพราะการทำความผิดฐานนี้ต้องประกอบด้วยเจตนาตามมาตรา 59 อยู่แล้ว. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

⁶⁰ จิตติ ดิงศภัทย์ ก เล่มเดิม. หน้า 877.

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยยึดถือโครงสร้างความผิดอาญาตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ คือ สาระทางกฎหมาย สาระทางการกระทำ และสาระทางจิตใจ และเมื่อการกระทำนั้นครบโครงสร้างสาระสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ก็จะต้องไปพิจารณาถึง “เหตุยกเว้นความรับผิด” อีกว่า การกระทำของบุคคลนั้นมีเหตุยกเว้นความรับผิดในทางอาญาหรือไม่ โดยหากการกระทำของบุคคลนั้นครบโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว แต่มี “เหตุยกเว้นความรับผิด” ก็จะทำให้การกระทำของบุคคลนั้นอาจจะไม่เป็นความผิดอาญา หรือมีความผิดอาญาแต่ไม่ต้องถูกลงโทษ

2.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาที่นำเอาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษรวมไว้ในโครงสร้างความผิดอาญา

นักนิติศาสตร์ไทยที่อธิบายโครงสร้างความผิดอาญาโดยนำเอาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษรวมไว้ในโครงสร้างความผิดอาญามีหลายท่าน โดยสามารถแบ่งความเห็นในทางตำราได้เป็น 3 แนวความเห็น ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1 ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อการกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดและไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. โครงสร้างข้อ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ คือ

1.1 มีการกระทำ หมายความว่าถึง มีการเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ

1.2 การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดในเรื่องนั้นๆ โดยองค์ประกอบภายนอกของความผิดแทบทุกฐาน จะแบ่งได้เป็น 3 ส่วน คือ ผู้กระทำ การกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำ⁶¹

1.3 การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดในเรื่องนั้นๆ ซึ่งสิ่งที่ต้องพิจารณานั้น ได้แก่

ก. เจตนา

ข. ประมาท

ค. กรณีไม่เจตนาและไม่ประมาท (ความผิดโดยเด็ดขาด) ซึ่งจำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง

⁶¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 127.

องค์ประกอบภายในนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ⁶² ดังนั้น ในการพิจารณาเรื่องเจตนาหรือประมาท จึงต้องอาศัยพฤติการณ์ต่างๆที่ผู้กระทำแสดงออกมาภายนอกเป็นหลักในการวินิจฉัยสภาพจิตใจของผู้กระทำในขณะที่กระทำ

1.4 ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2. โครงสร้างข้อที่ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด⁶³

การกระทำซึ่งครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อ 1 นั้น หากมีกฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อ 2 นี้ การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิด และผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา⁶⁴ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้นั่นเอง โดยเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดนั้นมีหลายกรณี ดังนี้

2.1 กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา เช่น

การกระทำโดยป้องกัน ตามมาตรา 68

การทำแท้งกรณีพิเศษ ตามมาตรา 305

การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต ตามมาตรา 329 หรือการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลของกลุ่มความหรือทนายความของกลุ่มความ ตามมาตรา 331

2.2 กฎหมายยกเว้นความผิดที่ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ความยินยอมจารีตประเพณี เป็นต้น

2.3 กฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ

2.4 กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

เจ้าของที่ดินใช้สิทธิตัดรากไม้ที่รุกเข้ามาจากที่ดินที่ติดต่อและเอาไว้เสีย ตามมาตรา 1347

การจัดการงานนอกสั่ง ตามมาตรา 396 และมาตรา 397

การทำบุญสลายหรือทำลายทรัพย์สิ่งหนึ่งสิ่งใด เพื่อบำบัดปัดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน ตามมาตรา 450

⁶² แหล่งเดิม. หน้า 148.

⁶³ แหล่งเดิม. หน้า 358.

⁶⁴ แหล่งเดิม. หน้า 372.

การที่ผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ฆ่าสัตว์ที่เข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์
ตามมาตรา 452

การใช้อำนาจปกครองตามมาตรา 1567 (2)

บางกรณีอำนาจตามสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ทำให้การกระทำไม่
เป็นความผิดฐานบุกรุก เช่น สัญญาเช่า เป็นต้น

การใช้สิทธิเหนือที่ดินแปลงอื่นอันตกอยู่ในภาระจำยอม ตามมาตรา 1387

บิดาเอาเงินของบุตรที่บิดาครอบครองไปใช้โดยอาศัยอำนาจ ตามมาตรา 1573

2.5 กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การที่
พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับผู้กระทำ “ความผิดซึ่งหน้า” ตามมาตรา 78(1)

3. โครงสร้างข้อที่ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

การกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อที่ 1 แม้ไม่มี
กฎหมายยกเว้นความผิดตามโครงสร้างข้อที่ 2 ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในทาง
อาญาเสมอไป เพราะอาจมีกฎหมายยกเว้นโทษให้ก็ได้⁶⁵ ซึ่งการกระทำต่างๆที่เป็นความผิดแต่
กฎหมายยกเว้นโทษให้นั้นมีอยู่หลายกรณี ดังนี้

3.1 การทำความผิดโดยจำเป็น ตามมาตรา 67

3.2 การทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี และไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา

73 และมาตรา 74

3.3 การทำความผิดของคนวิกลจริต ตามมาตรา 65

3.4 การทำความผิดของผู้มีเมมา ตามมาตรา 66

3.5 การทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ตาม
มาตรา 70

3.6 การทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางความผิดระหว่างสามีภริยา ตามมาตรา
71 วรรคแรก

อย่างไรก็ตามยังมีเหตุยกเว้นโทษอื่นๆอีกที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา
โดยตรง แต่เป็นที่เข้าใจกันว่ากฎหมายไม่ควรลงโทษผู้กระทำ เช่น กรณีผู้กระทำถูกล่อให้กระทำ
ความผิดโดยเจ้าพนักงานหรือตัวแทน เป็นต้น

เมื่อการกระทำใดเป็นการกระทำที่ครบโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ข้อ ที่กล่าวมาแล้ว
บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา แต่อย่างไรก็ตามมีบางกรณีที่กฎหมายบัญญัติเหตุบางประการ
ไว้ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลดโทษหรืออภัยหนึ่งก็คือการลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

⁶⁵ แหล่งเดิม. หน้า 437.

สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ ซึ่ง “เหตุลดโทษ” นี้เป็นส่วนที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา โดยกฎหมายบัญญัติไว้ ดังนี้

- ก. ความไม่รู้กฎหมาย ตามมาตรา 64
- ข. คนวิกลจริตที่ยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ตามมาตรา 65 วรรคสอง
- ค. คนมีนเมาซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ตามมาตรา 66
- ง. การป้องกัน จำเป็น เกินขอบเขต ตามมาตรา 69
- จ. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางมาตราระหว่างญาติสนิท ตามมาตรา 71 วรรคสอง
- ฉ. ผู้กระทำอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี ตามมาตรา 75 หรือตั้งแต่ 18 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี ตามมาตรา 76
- ช. เหตุบรรเทาโทษ ตามมาตรา 78 และ
- ซ. บันดาลโทษ ตามมาตรา 72

เหตุลดโทษนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อการกระทำของผู้นั้นต้องรับผิดในทางอาญา กล่าวคือ ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดและไม่มีเหตุยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำ และต่อไปจึงจะไปพิจารณาว่ามีเหตุลดโทษแก่ผู้กระทำหรือไม่

จากการพิจารณาคำอธิบายในทางตำราของรองศาสตราจารย์เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ นั้น สามารถสรุปได้ว่า ท่านได้อธิบายโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 3 ประการเช่นเดียวกัน โดยเมื่อพิจารณาโครงสร้างส่วนที่ 1 คือ “การกระทำความผิดประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” และโครงสร้างส่วนที่ 2 คือ “การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด” นั้นมีความคล้ายคลึงกับการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของเยอรมันแต่เมื่อพิจารณาในโครงสร้างส่วนที่ 3 คือ “การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ” ท่านพิจารณาจาก “ผล” ของบทบัญญัติกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าในกรณีใดกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำนั้นผู้กระทำไม่ต้องถูกลงโทษแล้ว ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งอยู่ในโครงสร้างส่วนที่ 3 คือ การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษนั่นเอง แต่ถ้าในกรณีใดเป็นเรื่องที่บทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ท่านก็จะนำไปไว้นอกโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งท่านเรียกว่า “เหตุลดโทษ”⁶⁶

แนวความเห็นที่ 2 ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ อธิบายว่า ลำดับขั้นตอนในการพิจารณาความผิดอาญาของบุคคลนั้น มีหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

⁶⁶ ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 47.

1. องค์ประกอบ ซึ่งแบ่งออกเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ได้แก่

1.1 การกระทำ โดยจะต้องเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้รวมตลอดถึงการเคลื่อนไหวที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย

1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ขั้นแรกต้องพิจารณาก่อนว่าความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นต้องการผลสำเร็จหรือไม่⁶⁷ หากความผิดนั้นต้องการผล จึงจะพิจารณาว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการกระทำดังกล่าวหรือไม่

1.3 เข้าองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามกฎหมายอาญา

1.4 เจตนาหรือประมาท ซึ่งเป็นส่วนขององค์ประกอบภายใน

2. อำนาจกระทำ

ได้แก่ การพิจารณาว่าผู้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดนั้น มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ได้กระทำลงไปโดยมีอำนาจหรือไม่ หากเขาได้กระทำไปโดยมีอำนาจหรือมีสิทธิตามกฎหมาย เขาก็ไม่ต้องรับผิด⁶⁸ เช่น กรณีของการป้องกัน ตามมาตรา 68 หรือกรณีราษฎรจับกุมผู้กระทำความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ซึ่งกำลังจะหลบหนียอมกระทำได้ตามกฎหมายโดยไม่มีความคิดต่อเสรีภาพ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 79

3. เหตุยกเว้นโทษ

ในบางกรณีแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะได้กระทำลงไปโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายก็ตาม หากแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษ กล่าวคือ การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่แต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ โดยพิจารณาได้ดังนี้

3.1 เหตุยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ ได้แก่

ก. การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67

ข. การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70

3.2 เหตุเกี่ยวกับความสามารถในการกระทำความผิด ได้แก่

ก. การกระทำของเด็ก

ข. การกระทำของคนวิกลจริต

ค. การกระทำเพราะความมึนเมา

3.3 เหตุเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด ได้แก่

ก. เหตุเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการสมรส หรือความเป็นญาติ

⁶⁷ ทวิเกียรติ มินะกนิษฐ์. (2549). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา*. หน้า 9.

⁶⁸ แหล่งเดิม. หน้า 10.

ข. เหตุเกี่ยวกับการบันดาลโทษ และ

ค. เหตุบรรเทาโทษอื่นๆ

จากการพิจารณาคำอธิบายทางตำราของรองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ จะเห็นได้ว่า ท่านได้อธิบายส่วนของ โครงสร้างส่วนที่ 1 “องค์ประกอบ” และส่วนที่ 2 “อำนาจ กระทำ” เช่นเดียวกับการอธิบายโครงสร้างความคิดอาญาของเยอรมัน แต่ในส่วนที่ 3 เรื่อง “เหตุ ยกเว้นโทษ” นั้น ท่านได้อธิบายเกี่ยวกับความชั่วด้วย กล่าวคือ กรณีของการกระทำโดยจำเป็น ตาม มาตรา 67 นั้น กฎหมายยกเว้นโทษให้ เนื่องจากผู้กระทำไม่มีความชั่ว โดยท่านได้นำเอาเหตุที่ กฎหมายยกเว้นโทษในเรื่องอื่นๆ มารวมไว้ในโครงสร้างส่วนที่ 3 ด้วย

แนวความเห็นที่ 3 ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล อธิบายว่า การ กระทำของผู้ใดจะเป็นความผิดอาญาและผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องวินิจฉัยจาก หลักเกณฑ์ 3 ประการดังต่อไปนี้

1. การกระทำของผู้นั้น “ครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” หรือไม่ ซึ่งจะต้อง พิจารณาจาก

1.1 องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ การพิจารณาข้อเท็จจริงในส่วนต่างๆ ตาม บทบัญญัติของความผิดแต่ละฐานซึ่งประกอบด้วยข้อเท็จจริงในส่วนต่างๆ⁶⁹ คือ ผู้กระทำ การ กระทำ กรรมหรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ และผลของการกระทำ

1.2 องค์ประกอบภายใน ได้แก่การพิจารณาในส่วนจิตใจของผู้กระทำ⁷⁰ ประกอบด้วย เจตนาธรรมดา เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจ

2. เหตุยกเว้นความผิด (Justification) การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดแล้วอาจ ไม่เป็นความผิดอาญาก็ได้ หากมีเหตุยกเว้นความผิดไว้ ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

2.1 การกระทำที่กฎหมายต่างๆ อนุญาตให้กระทำได้ เช่น

ก. ประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

การกระทำโดยจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมายตาม มาตรา 305 (1)

เหตุต่างๆ ที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 329

เหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท กรณีคู่ความหรือทนายความของคู่ความแสดงความ คิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลเพื่อประโยชน์แก่คดีของตนตามมาตรา 331

⁶⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ก (2555). คำอธิบายความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 11.

⁷⁰ แหล่งเดิม. หน้า 11.

ข. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอนตามมาตรา 1567 (2) ซึ่งผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

การอนุญาตให้เจ้าของที่ดินตัดรากไม้ซึ่งรุกล้ำเข้ามาจากที่ดินติดต่อและเอาไว้เสีย ตามมาตรา 1347 เจ้าของที่ดินย่อมไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ หรือทำให้เสียทรัพย์

ค. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น มาตรา 78 (3) อนุญาตให้เจ้าพนักงานจับผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิดและจะหลบหนีได้ โดยเจ้าพนักงานไม่มีความผิดฐานหน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา

2.2 ความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งจะเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ก็ต่อเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ

มีการยินยอมก่อนกระทำและยังคงมีอยู่จนกระทำการ

ความยินยอมจะต้องได้มาโดยบริสุทธิ์

ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.3 จารีตประเพณี

3. เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ (Excuse) ซึ่งมีดังนี้

3.1 เหตุยกเว้นโทษ เพราะผู้กระทำไม่มีความรู้สึกผิดชอบ ได้แก่

การกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ตามมาตรา 73, 74

การกระทำของคนวิกลจริต ตามมาตรา 65

การกระทำของผู้มีนเมา ตามมาตรา 66

3.2 เหตุยกเว้นโทษ เพราะการกระทำนั้นมีเหตุไม่สมควรลงโทษ ได้แก่

การทำความผิดโดยจำเป็น ตามมาตรา 67

การทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70

การทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางฐานระหว่างสามภริยา ตามมาตรา 71 วรรคหนึ่ง

จากการพิจารณาคำอธิบายในทางตำราของศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล จะพบว่า ในการอธิบายส่วนที่ 1 คือ “องค์ประกอบความผิดอาญา” และส่วนที่ 2 คือ “เหตุยกเว้นความผิด” นั้นมีความคล้ายคลึงกับการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาเยอรมัน⁷¹

ส่วนการอธิบายในส่วนที่ 3 คือ “เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ” นั้น ท่านได้แยกพิจารณาเป็นเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำผิดโดยพิจารณาจากเหตุผลที่ผู้กระทำไม่มีความรู้สึกผิดชอบ และเหตุผลที่การกระทำนั้นมีเหตุไม่สมควรลงโทษ ซึ่งการแยกเหตุยกเว้นโทษออกเป็น 2 กรณี

⁷¹ ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 50.

ดังกล่าวนี้มีความเหมือนกับการอธิบายในเรื่อง “เหตุเนื่องจากตัวบุคคล” (Cause Subjective) ตามทฤษฎีกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

ดังนั้นในการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของท่านจึงเกิดจากการนำทฤษฎีกฎหมายของต่างประเทศมาผสมผสานกับบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทย เพื่อการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาให้มีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาไทยนั่นเอง⁷²

2.4 ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 253 และมาตรา 258 ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “วิวาทต่อสู้กัน” ต่างกับในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันที่ใช้คำว่า “ชุลมุนต่อสู้” ดังนั้นในการพิจารณาความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของกฎหมายไทยนี้จึงสมควรที่จะต้องกล่าวถึงวิวัฒนาการของความผิดฐานนี้ โดยเริ่มพิจารณาความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก่อนแล้วจึงมาพิจารณาความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน

2.4.1 วิวัฒนาการของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้

2.4.1.1 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยปรากฏครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 253 และมาตรา 258 ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “วิวาทต่อสู้กัน” โดยทั้งสองมาตรามีความแตกต่างกัน คือ มาตรา 253 เป็นกรณีวิวาทต่อสู้กันเป็นเหตุให้มีผู้บาดเจ็บถึงแก่ความตาย ส่วนมาตรา 258 เป็นกรณีวิวาทต่อสู้กันเป็นเหตุให้มีผู้บาดเจ็บสาหัส ซึ่งในการร่างความผิดฐานนี้ผู้ร่างได้กล่าวไว้ในหมายเหตุสำหรับมาตรา 253 ว่า “การวิวาทต่อสู้ทำร้ายกันชุลมุนมีมากในประเทศไทยและมักจะหาพยานยากที่จะพิสูจน์ว่าผู้ใดทำร้ายใคร อย่างไร จึงต้องมีบทบัญญัติรวมลงโทษผู้ที่ร่วมในการวิวาท”⁷³ จากหมายเหตุดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการที่ต้องบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมานั้นก็เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า การชุลมุนต่อสู้มักมีบุคคลหลายคนเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น จึงยากที่จะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าใครเป็นผู้กระทำความผิด กล่าวคือ ใครเป็นผู้ลงมือทำร้ายในเหตุการณ์นั้น จึงบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นเพื่อป้องกันไว้หากเกิดกรณีที่ไม่รู้ตัวผู้กระทำความผิด โดยบัญญัติลงโทษผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทั้งหมดนั่นเอง

⁷² แหล่งเดิม. หน้า 51.

⁷³ จิตติ ดิงศักดิ์ ข (2545). *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*. หน้า 173.

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ตามมาตรา 253⁷⁴

มาตรานี้เป็นบทพิเศษที่บัญญัติขึ้นเพื่อวางโทษแก่ผู้กระทำการวิวาทซึ่งในการวิวาทนั้นมีผลคือ เป็นเหตุให้คนตายนอกจากคนที่ปรากฏว่าได้ต่อสู้เพราะความจำเป็นต้องป้องกันอันตรายแล้ว ต้องมีความผิดตามมาตราที่ถึงขั้นและถึงแม้ว่าผู้ตายจะเป็นพวกของตนเองก็ยังคงมีความผิดตามมาตราที่

การวิวาทเอกริกในมาตรา 253 นี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นการวิวาทซึ่งเกิดขึ้นในที่ที่ทันใจจะตั้งใจคุมพวกไปวิวาทกันก็ได้ หนึ่งไม่จำเป็นต้องมีพวกฝ่ายละหลายๆคนด้วยกัน แม้ฝ่ายหนึ่งคนเดียวอีกฝ่ายหนึ่งหลายคนก็เป็นการวิวาทตามบทที่กล่าวนี้ได้

ความประสงค์ของกฎหมายในข้อที่ลงโทษคนโดยมากที่อยู่ในการวิวาทนั้น ก็เพราะว่าเมื่อมีคนวิวาทต่อสู้กันในหมู่มาแล้วเกิดล้มตายขึ้นนั้น เป็นการยากที่จับตัวจริงว่าใครเป็นผู้ทำให้คนตาย ถ้าจะปล่อยไปทั้งหมดไม่เอาโทษก็จะทำให้ผู้ร้ายกำเริบได้ใจ เมื่อต้องการจะข่มเหงใครก็คุมพวกมาหลายๆ เข้าทำร้ายเขา จับมือใครคมไม่ได้ คนตายก็ตายเปล่าไป จริงอยู่ถ้าสืบได้ว่าพวกนั้นสคบร่วมคิดตั้งใจมากระทำความผิดด้วยกันถึงลงโทษฐานเป็นตัวการได้ทั้งหมด แต่ข้อสมคบนี้ไม่ได้สืบได้ง่ายนัก บางเรื่องก็สืบได้บางเรื่องก็ไม่ได้ เรื่องใดสืบไม่ได้ก็ปล่อยภัยแก่เหล่าผู้ร้ายทั้งหมด ดังนี้ เป็นเหตุอันไม่สมควร ท่านจึงให้สันนิษฐานเอาโทษแก่ผู้ที่วิวาทอยู่ในที่นั้นทั้งหมดไว้ชั้นหนึ่งก่อนตามมาตราที่⁷⁵ ทั้งนี้ไม่ว่าจะกระทำโดยการสมคบกันมาก่อนหรือไม่ก็ตาม และต้องปรากฏว่าความตายนั้นเกิดขึ้นในระหว่างที่จำเลยกระทำการต่อสู้ด้วย จำเลยจึงจะมีความผิดตามมาตราที่

เมื่อปรากฏว่าเหตุที่ทำให้ถึงแก่ความตายนั้นได้เกิดขึ้นในที่วิวาทแล้วก็เป็นเพียงพอไม่จำเป็นต้องจะต้องให้มีผู้ขาดใจตายคาที่อยู่ในที่วิวาทนั้นเสมอไป เช่น คนที่ถูกทำร้ายบาดเจ็บสาหัสปางตาย แต่ยังมีทันขาดใจตาย มีพวกพ้องหามเข้าบ้านไปแล้วจึงขาดใจตาย ดังนี้ต้องถือคู่เดียวกันกับว่าได้ตายในที่วิวาท เพราะเหตุที่กระทำให้ตายนั้นได้บังเกิดในที่วิวาทนั้นเองหาใช่เพราะเหตุอื่น

⁷⁴ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 253 บัญญัติว่า “ถ้ามีผู้ถูกบาดเจ็บถึงแก่ความตายในที่วิวาทต่อสู้กันระหว่างคนตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ท่านว่านอกจากคนที่ปรากฏว่าได้ต่อสู้เพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตรายแก่ตัวมันเองแล้ว บรรดาคนที่วิวาทกันในที่นั้นมีความผิด ต้องรวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสองปี แลให้ปรับไม่เกินกว่าห้าร้อยบาทอีก โสดหนึ่งด้วยกันทุกคน

แต่โทษที่ว่าในมาตรานี้ท่านมิให้นำเอาไปใช้ลงโทษฐานฆ่าคนตายหรือกระทำร้ายแก่ร่างกายในการวิวาทนั้น.”

⁷⁵ พระอินทปรีชา. (2469). *กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2*. หน้า 1219.

ไม่ บรรดาผู้ที่วิวาทจึงมีความผิดตามมาตรา ๕๑ ด้วยถือว่าเหตุที่กระทำให้ตายนั้นเป็นปัจจัยสำคัญยิ่งกว่าการที่ผู้ร้ายจะขยับเขยื้อนไปตายในที่แห่งใด⁷⁶

การวิวาทตามความหมายในมาตรา ๕๑ มีได้ 2 ประการ คือ ต่างฝ่ายต่างสมัครใจต่อสู้ซึ่งกันและกันอย่างหนึ่ง หรือฝ่ายหนึ่งตั้งใจไปทำร้ายเขา เขาต่อสู้ เพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตรายอีกอย่างหนึ่ง ฝ่ายที่ต่อสู้เพราะความจำเป็นนั้นแก้ตัวได้ แต่ฝ่ายที่สมัครใจเข้าวิวาทหรือตั้งใจไปทำร้ายเขา นั้นแก้ตัวไม่ได้⁷⁷

คำในบทบัญญัติที่ว่า “ต่อสู้เพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตรายแก่ตัวมันเอง” นี้ไม่ได้หมายความว่า ถ้าหากญาติพี่น้องของเราถูกคนข่มเหงรุมทำร้ายจะเข้าช่วยป้องกันไม่ได้ เพราะการป้องกันตามมาตรา 50⁷⁸ ของกฎหมายลักษณะอาญาซึ่งกฎหมายยอมให้เป็นข้อยกเว้นความผิดนั้นใช้ได้ตลอดถึงการป้องกันสำหรับผู้อื่นด้วย ในต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษ⁷⁹ ไม่มีคำจำกัดว่า “แก่ตัวมันเอง” ซึ่งควรเข้าใจว่ามาตรา 50 มาใช้ได้อย่างบริบูรณ์ ส่วนภาษาไทยที่มีคำจำกัดเช่นนั้น น่าจะประสงค์แต่เพียงว่า เมื่อเขาต่างฝ่ายสมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้กันซึ่งนับว่าเป็นผู้กระทำผิดด้วยกันตั้งนั้นแล้ว ผู้ใดจะเข้าช่วยฝ่ายใดโดยอ้างว่ากระทำการป้องกันนั้นหาได้ไม่ ต้องนับว่าเป็นการวิวาทกับเขาด้วยเพราะช่วยคนผิดมิได้ ท่านจึงเลยใช้คำว่า “ต่อสู้เพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตรายแก่ตัวมันเอง” เพื่อมิให้อ้างว่าต่อสู้เพราะป้องกันคนใดคนหนึ่งที่วิวาทกัน ซึ่งเป็นข้อแก้ตัวที่ฟังไม่ขึ้น⁸⁰

มีข้อสังเกตว่า ผู้ที่จะมีความผิดตามมาตรา ๕๑ จะต้องเป็นคนที่วิวาทในที่นั้น ไม่ใช่เหมาเอาว่าทุกคนที่อยู่ในที่วิวาทจะต้องถูกสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิด ข้อความที่ว่า “บรรดาคนที่วิวาทกันในที่นั้นมีความผิด” หากินความถึงผู้ที่เข้าไปกระทำการห้ามปรามโดยความสุจริตไม่

⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 241-242/2465 การที่จะฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 253 นั้น ต้องให้ได้ความว่าจำเลยได้ "เป็นคนที่วิวาทกันในที่นั้น" ถ้าฟังแต่เพียงได้ความว่า จำเลยเหล่านี้มีบาดเจ็บในระหว่างที่มีผู้วิวาทกันเท่านั้นหาเพียงพอที่จะลงโทษจำเลยได้ไม่. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

⁷⁷ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1220-1221.

⁷⁸ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 50 บัญญัติว่า “บุคคลที่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด แต่พอสมควรแก่เหตุโดยมีความจำเป็นเพื่อป้องกันชีวิต, เกียรติยศ และชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของตัวเองก็ดี หรือของผู้อื่นก็ดี เพื่อให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดขึ้นโดยผิดด้วยกฎหมาย ท่านว่าไม่ควรลงอาญาแก่มัน.”

⁷⁹ Section 253 “Whenever death is caused in an affray in which three or more persons are engaged, every person engaged in such affray and not acting for necessary defence shall be punished with imprisonment not exceeding two years and fine not exceeding five hundred ticals, without prejudice to the punishment prescribed for any person causing death or bodily harm.”

⁸⁰ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1221-1222.

เพราะไม่ใช่เป็นผู้วิวาท และในการห้ามเช่นนั้นแม้จะใช้กำลังบ้างก็ได้แต่ต้องทำโดยละม่อมเฉพาะเพื่อประโยชน์ที่จะป้องกันไม่ให้เขาทำร้ายกันเท่านั้น ถ้าโจทก์นำสืบได้ความเพียงแต่ว่าจำเลยอยู่ในที่วิวาท ไม่มีหลักฐานว่าเป็นคนที่วิวาทด้วย เพียงนี้ยังลงโทษจำเลยไม่ได้ เพราะอาจเป็นผู้ถูกทำร้ายฝ่ายเดียวก็ได้⁸¹ เช่น มีพวกจีนประมาณ 30 คนฝ่ายหนึ่ง กับไทยประมาณ 50 คนฝ่ายหนึ่ง ต่างวิวาททำร้ายซึ่งกันและกันถึงสาหัส แลนายเต้าชาติจีนถึงแก่ความตาย 1 คน จำเลยเฉพาะหน้าศาลนี้ ได้ถูกทำร้ายบาดเจ็บในระหว่างที่มีผู้วิวาทกัน ไม่มีพยานปากใดให้การว่าจำเลยเหล่านี้เกี่ยวข้องกับเป็นผู้วิวาทด้วย ศาลตัดสินว่า ข้อเท็จจริงที่ปรากฏเพียงว่า จำเลยเหล่านี้มีบาดเจ็บในระหว่างที่มีผู้วิวาทกันนั้น ไม่เป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยเหล่านี้ “เป็นคนที่วิวาทกันในที่นั้น” ซึ่งเป็นข้อที่โจทก์ต้องนำสืบ เพื่อให้ศาลลงโทษจำเลยตามมาตรา 253⁸²

คนที่วิวาทกันในที่เกิดเหตุซึ่งจะต้องรับโทษตามมาตรานี้จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนกระทำการวิวาท ซึ่งจะกระทำโดยกิริยาหรือวาจา หรือแสดงอาการอย่างใดอย่างหนึ่งว่าตนเป็นผู้เกี่ยวข้องในการวิวาทนั้นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องให้ปรากฏถึงแก่ว่าได้ใช้อาวุธตีรันฟันแทงเมื่อโจทก์นำสืบได้ว่า จำเลยได้กระทำการวิวาทด้วยแล้ว ต่อไปจึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะพิสูจน์แก้ตัวว่า ได้กระทำเพราะจำเป็นต้องป้องกันอันตราย⁸³

ข้อความในตอน 2 ของมาตรา 253 ซึ่งกล่าวว่า โทษที่ว่าในมาตรานี้ท่านมิให้นำเอาไปใช้ลงล้างโทษฐานฆ่าคนตายหรือกระทำร้ายแก่ร่างกายในการวิวาทนั้น ท่านหมายความว่า โทษในมาตรานี้เป็นการบัญญัติขึ้น โสดหนึ่ง ไม่เกี่ยวแก่โทษฐานฆ่าคนตายหรือทำร้ายร่างกาย ซึ่งถ้าปรากฏความจริงว่า ผู้วิวาทคนใดเป็นผู้กระทำให้เขาถึงแก่ความตาย ก็จะต้องรับโทษฐานฆ่าคนตายด้วยอีกบทหนึ่ง แต่เมื่อกระทำผิดในวาระเดียวกันต้องด้วยกฎหมาย 2 บท ดังนี้ จะต้องลงโทษบทหนัก คือฐานฆ่าคนตาย⁸⁴ และถ้าคดีพิจารณาได้ความจริงว่า พวกวิวาทเหล่าใดได้สลับคบร่วมคิดกัน ตั้งใจจะฆ่าผู้ใดหรือพวกใด พวกที่ได้สมคบกันกระทำการฆาตกรรมนั้นต้องมีความผิดฐานเป็นตัวการฆ่าคนตายด้วยกันทุกคนตามลักษณะตัวการที่กล่าวไว้ในมาตรา 63⁸⁵

⁸¹ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1222.

⁸² คำพิพากษาฎีกาที่ 241-242/2465

⁸³ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1224.

⁸⁴ แหล่งเดิม.

⁸⁵ แหล่งเดิม. หน้า 1225.

2. ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตามมาตรา 258⁸⁶

มาตรานี้มีนัยอย่างเดียวกับมาตรา 253 ผิดกันแต่ว่าในมาตรา 253 นั้นวิวาทกันถึงบังเกิดความตายแต่ในมาตรานี้เพียงเกิดการบาดเจ็บสาหัสเท่านั้นจึงบัญญัติอัตราโทษให้น้อยลง แต่ถ้าในการวิวาทนั้นปรากฏว่าผู้ใดได้กระทำร้ายแก่บุคคลผู้ใดก็จะต้องรับโทษตามอากรที่ตนกระทำ มาตรานี้ไม่มีความคล้อยความจริงของการที่กระทำไปนั้น แบบเดียวกับที่กล่าวไว้ในมาตรา 253⁸⁷

สิ่งที่ควรสังเกตในมาตรานี้มีว่า ข้อความในฉบับที่ไม่รัดกุมเหมือนมาตรา 253 ถ้าจะถือเอามาตรานี้เป็นหลักและวินิจฉัยตรงตามตัวบท โดยไม่พิเคราะห์ถึงเหตุผลและความประสงค์ของกฎหมายแล้ว จะคลาดเคลื่อนต่อสิ่งที่พึงปรารถนา เช่น คนที่ไม่ได้วิวาท แต่เข้าไปห้าม อาจถูกลงโทษตามมาตรานี้ได้ ซึ่งหากควรเป็นเช่นนั้นไม่ ในต้นร่างภาษาอังกฤษมาตรา 253 กับมาตรา 258 2 บทนี้มีข้อความและถ้อยคำเทียบกันได้อย่างสนิท⁸⁸ ผิดกันแต่ข้อหนักเบาเท่านั้น ตามฉบับภาษาไทยในมาตรา 253 แปลความชัดเจนดี ควรถือเป็นบทมาเทียบเคียงมาตรา 258 นี้ได้ และจะทำให้ความบริบูรณ์ขึ้น⁸⁹

มาตรานี้มิได้ประสงค์ว่า ถ้ามีการประทุษร้ายแก่ร่างกายอย่างสาหัสเกิดขึ้นในที่วิวาทต่อสู้กันระหว่างคนตั้งแต่สามคนขึ้นไป บรรดาคนที่อยู่ในที่วิวาทจะต้องมีความผิดหมด แท้จริง

⁸⁶ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 258 บัญญัติว่า “ถ้ามีการประทุษร้ายแก่ร่างกายอย่างสาหัสเกิดขึ้นในที่วิวาทต่อสู้กันระหว่างคนตั้งแต่สามคนขึ้นไป ท่านว่าบรรดาคนที่ไม่ปรากฏว่าจำเป็นต้องต่อสู้เพื่อป้องกันอันตรายแก่ตัวมันเองแล้ว มีความผิดต้องวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าปีหนึ่ง แลปรับไม่เกินกว่าสองร้อยบาทอีกโสดหนึ่งด้วยกันทุกคน

แต่ความที่ว่าในมาตรานี้ ท่านมิให้เอาไปใช้คล้อยในคดีที่ปรากฏว่าผู้หนึ่งผู้ใดได้กระทำประทุษร้ายแก่ร่างกายผู้อื่น.”

⁸⁷ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1251.

⁸⁸ Section 253 “Whenever death is caused in an affray in which three or more persons are engaged, every person engaged in such affray and not acting for necessary defence shall be punished with imprisonment not exceeding two years and fine not exceeding five hundred ticals, without prejudice to the punishment prescribed for any person causing death or bodily harm.”

Section 258 “Whenever grievous bodily harm is caused in an affray in which three or more persons are engaged, every person engaged in such affray and not acting for necessary defence shall be punished with imprisonment not exceeding one year and fine not exceeding two hundred ticals.”

⁸⁹ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1252.

จะต้องให้ได้ความว่าผู้ที่อยู่ในที่วิวาทนั้น ได้กระทำการวิวาทกับเขาด้วย และไม่มีเหตุที่จะแก้ตัวว่า จำเป็นต้องต่อสู้เพื่อป้องกันอันตราย จึงจะมีความผิด⁹⁰

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 503-504/2463 โจทก์จำเลยต่างมีพวกวิวาทกัน ส. มีบาดแผลสาหัสจากการวิวาทนั้น แต่ไม่ได้ความแน่ว่า ใครเป็นผู้ลงมือทำ ฎีกาตัดสินว่า ส. จ. ซึ่งได้วิวาทด้วยและไม่ใช่เป็นผู้กระทำโดยป้องกันตัว มีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 258

ถ้าในการวิวาทนั้นปรากฏว่า ใครเป็นผู้ลงมือกระทำร้ายให้เกิดการบาดเจ็บสาหัสแล้ว ต้องลงโทษผู้นั้นฐานทำร้ายร่างกายอย่างสาหัสตามมาตรา 256 หรือ 257 ซึ่งเป็นบทที่มีอัตราโทษหนักกว่ามาตรานี้⁹¹

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 656-657/2461 ได้ความว่า ผ. กับ ป. ไปด้วยกัน ผ. เมาสู่ราเข้าไปในบ้าน ส. ส. กับพวกออกมาจะทำร้าย ป. กลับไปบ้านเอามิดดาบไปต่อสู้กับพวก ส. และ ฟัน ห. กับ ส. มีบาดแผลสาหัส ฎีกาตัดสินว่า แม้จะเป็นกรณีวิวาทก็ตาม แต่ปรากฏว่าจำเลยเป็นผู้ลงมือทำร้าย ต้องลงโทษตามมาตรา 256

ในคดีวิวาทกันซึ่งไม่มีผู้ถูกทำร้ายถึงบาดเจ็บสาหัสหรือถึงตายนั้น ถ้าโจทก์สืบไม่ได้ว่า ผู้วิวาทคนใดเป็นผู้ลงมือทำร้ายแล้ว ก็ไม่มีกฎหมายที่จะลงโทษพวกวิวาทเหล่านั้นได้⁹²

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 644/2468 ป. กับพวกฝ่ายหนึ่ง จ. กับพวกฝ่ายหนึ่งได้ใช้อาวุธทำร้ายซึ่งกันและกัน มีบาดแผลไม่สาหัสด้วยกันทั้งสองฝ่าย ทางพิจารณาโจทก์สืบไม่ได้ว่ามูลกรณีวิวาทเกิดขึ้นจากอะไร และไม่ปรากฏว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ ฎีกาตัดสินว่าโจทก์สืบไม่ได้ว่าใครทำร้ายใคร เมื่อไม่มีผู้บาดเจ็บสาหัสหรือถึงตายในคดีวิวาทแล้ว ไม่มีบทกฎหมายที่จะลงโทษจำเลยได้ ให้ปล่อยตัวจำเลยไป⁹³

2.4.1.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติอยู่ในลักษณะที่ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย มาตรา 294 และมาตรา 299 โดยในมาตรา 294 คือ กรณีเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299 คือ กรณีเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งหากพิจารณาความผิดฐานนี้ในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบันกับกฎหมาย

⁹⁰ แหล่งเดิม. หน้าเดิม.

⁹¹ แหล่งเดิม. หน้า 1253.

⁹² แหล่งเดิม. หน้า 1254.

⁹³ แหล่งเดิม. หน้า 1254-1255.

ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แล้วจะพบว่า มาตรา 294 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นมีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 253 ของกฎหมายลักษณะอาญา ส่วนมาตรา 299 มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 258 ของกฎหมายลักษณะอาญา โดยความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในกฎหมายลักษณะอาญาจะใช้คำว่า “วิวาทต่อสู้กัน” ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ชุลมุนต่อสู้” นั่นเอง

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้จัดเป็น “ความผิดที่เป็นการก่ออันตรายที่เห็นประจักษ์” เนื่องจาก การชุลมุนต่อสู้เป็นการก่อหรือเพิ่มอันตรายต่อชีวิตหรือต่อร่างกายของบุคคล โดยมีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ภัยอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายแล้วแต่กรณี กล่าวคือ การที่กฎหมายบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมา ก็เพราะกฎหมายประสงค์ที่จะไม่ให้อันตรายเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นเพื่อป้องกันอันตรายไว้ก่อนนั่นเอง

หากเราพิจารณาความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในประมวลกฎหมายอาญาจะพบว่าทั้งสองมาตรานี้มีลักษณะองค์ประกอบความผิดเหมือนกัน จะแตกต่างกันก็เฉพาะ มาตรา 294 เป็นกรณีเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย ส่วนมาตรา 299 เป็นกรณีเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น โดยเราสามารถพิจารณารายละเอียดของทั้งสองมาตราได้ดังนี้

1. ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตามมาตรา 294⁹⁴

มาตรา 294 มีองค์ประกอบความผิด ดังนี้

- 1) ผู้ใดเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้
- 2) ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป
- 3) เป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้ที่เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ถึงแก่

ความตาย

- 4) เจตนา (ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายใน)

ข้อยกเว้น หากผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ได้กระทำไปเพื่อ

- 1) ห้ามการชุลมุนต่อสู้ นั้น หรือ
- 2) ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

⁹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปและบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้ที่เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ถึงแก่ความตาย โดยการกระทำในการชุลมุนต่อสู้ นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ นั้นหรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ.”

การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้กันตามมาตรานี้กฎหมายกำหนดไว้ว่า ต้องมีบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ฉะนั้น ถ้ามีเพียง 2 คนต่อสู้กันก็ไม่เรียกว่าชุลมุนต่อสู้กัน แต่เป็นการต่อสู้กันระหว่างบุคคล ถ้ามีความตายเกิดขึ้นย่อมทราบได้แน่นอนว่าใครเป็นผู้ทำให้ตาย ซึ่งผู้ทำให้ตายนั้นจะต้องมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือไม่เจตนาแล้วแต่กรณีแต่ไม่มีความผิดตามมาตรา 294⁹⁵

การที่กฎหมายใช้คำว่า เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้กันทำให้คนตายต้องมีแต่ 3 คนขึ้นไป นั้น มีความหมายถึงว่า การชุลมุนต่อสู้กันทำให้คนตายนั้นไม่ทราบว่าใครเป็นผู้ทำให้ตาย เป็นแต่ว่าเมื่อเกิดการชุลมุนต่อสู้กันแล้วมีคนตายขึ้น ผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนมีความผิดตามมาตรา 294⁹⁶

คำว่า “การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้” หมายถึง การกระทำเพื่อใช้กำลังทำร้ายร่างกาย โดยบุคคลหลายคนเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้กันอย่างสับสนวุ่นวายและไม่ได้ความว่าใครทำร้ายร่างกายใคร อย่างไร หรือไม่ต้องถึงกับได้ใช้กำลังทำร้ายร่างกายสำเร็จแล้ว เช่น ตีกันแต่ไม่ถูกร่างกายกันเลยก็เป็นการต่อสู้กันแล้วและถือว่าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนเป็นตัวการในการกระทำความผิดตามมาตรา 83⁹⁷

การต่อสู้ หมายถึง การใช้กำลังเพื่อทำร้ายร่างกาย ไม่ต้องถึงกับทำร้ายร่างกายผิดสำเร็จ⁹⁸ และหมายความถึง การที่บุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปสมัครใจเข้าต่อสู้ทำร้ายกัน ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งทำร้ายอีกฝ่ายหนึ่งหนีหรือไม่สู้⁹⁹ หรือป้องกันตัว

การต่อสู้ต้องกระทำระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป จะเป็น 2 ฝ่ายหรือกว่านั้นไม่สำคัญ อาจเป็นบุคคล 3 คนต่างต่อสู้กันไม่รู้ว่าเป็นใคร หรือแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายก็เป็นวิวาทกันได้ คำว่า ชุลมุนต่อสู้ คงจะหมายความว่าไม่จำเป็นต้องรู้ว่าใครเป็นฝ่ายไหนก็เป็นความผิดมาตรานี้ได้

⁹⁵ สุปิ่น พูนพัฒน์. (2540). คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ. หน้า 166.

⁹⁶ แหล่งเดิม.

⁹⁷ ประภาศน์ อวยชัย. (2548). ประมวลกฎหมายอาญา เล่มที่ 5 มาตรา 270 ถึงมาตรา 308 พร้อมด้วยคำอธิบายและย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2546. หน้า 2873.

⁹⁸ กมลชัย รัตนสกลวงศ์ ข (2544). คู่มือประกอบการศึกษากฎหมายอาญา มาตรา 288-มาตรา 398. หน้า 36.

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 791-792/2504 กรณีชุลมุนต่อสู้กันระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปและมีบุคคลถึงตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 นั้น หมายถึงกรณีที่ไม่ว่าทราบว่าเป็นผู้ใดหรือผู้ใดร่วมกันใครได้ทำร้ายผู้ตายถึงตาย ถ้าเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งกลุ่มรวมกันทำร้ายผู้ตายถึงตาย ฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบร่วมกันฆ่าผู้ตายโดยเจตนา. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

มิใช่ว่าถ้าแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่ง 2 คน อีกฝ่ายหนึ่งคนเดียว ต่อสู้กันแล้วจะ ไม่เป็นการชุลมุน ไม่เป็นการวิวาท¹⁰⁰

การกระทำที่เป็นการร่วมในการชุลมุนต่อสู้ หมายความว่า ต้องอยู่ต่อหน้าการชุลมุนต่อสู้ แต่ไม่ต้องถึงกับอยู่ในวงการต่อสู้ทีเดียว และเมื่ออยู่ในที่ต่อหน้าการชุลมุนต่อสู้แล้วได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการใช้กำลังเพื่อทำร้ายด้วย¹⁰¹ เช่น ได้ชกต่อยด้วยหรือยืนอยู่ห่างกลุ่มคน 30-40 คน ที่ทำร้ายกัน 2 วาและเอาเก้าอี้ทุ่มลงไปในกลุ่มที่ต่อสู้กันนั้น¹⁰² และมีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง คือ รองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ ได้ให้ความเห็นในทางขยายความคำว่า “เข้าร่วม” ว่าบุคคลที่เข้าร่วมไม่จำเป็นต้องอยู่ในบริเวณที่มีการชุลมุนต่อสู้ แม้จะยิงกันคนละฝากลองทำร้ายกันขณะอยู่ในเรือคนละลำก็เป็นกรเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้แล้ว¹⁰³

แม้จะถูกทำร้ายจนหนีไม่รอดก็ไม่พ้นความผิด แต่ถ้าได้ความเพียงว่าผู้ใดอยู่ในที่วิวาท หากไม่ได้ความว่าได้ร่วมกระทำการอันเป็นการใช้กำลังเพื่อทำร้ายผู้อื่นด้วยแล้วก็ไม่มีความผิด¹⁰⁴

การชุลมุนต่อสู้ต้องมีผลให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดถึงตาย โดยการกระทำในการชุลมุนต่อสู้ กล่าวคือ เป็นผลโดยตรงจากการกระทำในการต่อสู้กันตามทฤษฎีเจือใจ ซึ่งไม่มีเหตุมาตัดความสัมพันธ์ระหว่างการต่อสู้กัน¹⁰⁵

ความตายที่เกิดขึ้นนั้นจะเป็นการตายเพราะการกระทำของผู้วิวาทคนใดไม่สำคัญ และบุคคลที่ตายก็ไม่จำเป็นต้องเป็นคู่ต่อสู้ จะเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ก็ได้ ข้อสำคัญนั้นอยู่ที่ว่า การตายนั้นเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้หรือไม่ หากใช่ก็เป็นความผิดตามมาตรา 253 นอกจากนั้นความตายที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้กันนี้ไม่จำเป็นว่าจะต้องตายทันทีในขณะที่ชุลมุนต่อสู้กัน แต่อาจตายในวันอื่นหลังจากวันชุลมุนต่อสู้กันก็ได้ เช่น ก. ถูกทำร้ายในการชุลมุนต่อสู้กันบาดเจ็บสาหัสนำไปรักษาในโรงพยาบาลได้ 2 วันก็ถึงแก่ความตาย ดังนี้ ก็มีความหมายดังที่กล่าวไว้ในมาตรานี้ว่าคนตายในการชุลมุนต่อสู้กันแล้ว¹⁰⁶

¹⁰⁰ จิตติ ดิงศภัทย์ ข เล่มเดิม. หน้า 176.

¹⁰¹ แหล่งเดิม. หน้า 177.

¹⁰² คำพิพากษาฎีกาที่ 241/2491 ไม่ได้อยู่ในกลุ่มคนวิวาทกันแต่ได้ยืนอยู่ใกล้ที่วิวาทและได้เอาเก้าอี้ทุ่มลงไปในกลุ่มคนที่วิวาทกันได้ชื่อว่าเป็นการวิวาทด้วย เมื่อเกิดการทำร้ายกันตายในวงวิวาท ก็ต้องมีความผิดตามมาตรา 253 ด้วย. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

¹⁰³ โกเมศ ขวัญเมือง. (2526). *กฎหมายอาญา 4*. หน้า 65.

¹⁰⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ ข เล่มเดิม. หน้าเดิม.

¹⁰⁵ แหล่งเดิม. หน้า 177-178.

¹⁰⁶ สุปิ่น พูนพัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 167.

ในประเด็นที่ว่าหากมีความตายเกิดขึ้นก่อนหรือหลังที่บุคคลจะเข้าไปทำการชุลมุนต่อสู้แล้ว บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ เช่น มีการชุลมุนต่อสู้กันและมีบุคคลถึงแก่ความตายอยู่ก่อนแล้ว ต่อมา นาย ก จึงเข้าไปร่วมชุลมุนต่อสู้ด้วย โดยในระยะเวลาที่ นาย ก เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ด้วย จนกระทั่งเล็กน้อยนั้น ไม่มีความตายเกิดขึ้น หรือ นาย ก เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้แต่ต่อมาก็ล้มเลิก ซึ่งเมื่อออกมาแล้วก็ยังมีการชุลมุนต่อสู้กันต่ออีกและมีความตายเกิดขึ้นเช่นนี้ กรณีนี้เห็นได้ว่าในกรณีนี้ความตายไม่ได้เกิดขึ้นในขณะที่ นาย ก เข้าไปร่วมชุลมุนต่อสู้ด้วย จึงเป็นปัญหาว່ายนาย ก จะต้องรับผิดชอบนี้หรือไม่ กรณีนี้มีความเห็นในทางดำร่า 2 ฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก ซึ่งเป็นฝ่ายข้างมาก มีความเห็นว่าต้องรับผิดชอบในความตายที่เกิดขึ้น เช่น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิย์ ให้ความเห็นไว้ว่า

“มาตรา ๓๓๓ ไม่มีข้อความจำกัดว่าต้องเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ใดโดยเฉพาะ และไม่ใช้กรณีที่จะใช้หลักเรื่องกรร่วกระทำในลักษณะตัวการตามมาตรา ๘๓ จึงไม่จำเป็นต้องเข้าร่วมตั้งแต่ก่อนหรือขณะกระทำการอันมีผลให้บุคคลใดถึงตาย ตามบทบัญญัติมาตรา ๓๓๓ ความตายเป็นผลมาจากการชุลมุนต่อสู้ตั้งแต่ต้นจนจบ ไม่ใช่ผลจากการเข้าร่วมของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ”¹⁰⁷

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

“โดยที่ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตราย ฉะนั้น เมื่อการชุลมุนต่อสู้เกิดขึ้นแล้ว ผู้ที่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในในเวลาต่อมาก็ต้องมีความผิดฐานนี้ แม้ความตายหรืออันตรายสาหัสจะเกิดขึ้นก่อนที่ตนเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ หรือจะเกิดภายหลังที่ตนได้เลิกการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้แล้วก็ตาม”¹⁰⁸

ฝ่ายที่สอง ความเห็นฝ่ายข้างน้อย มีความเห็นว่า ไม่ต้องรับผิดชอบในความตาย เช่น พระอินทปรีชา ให้ความเห็นไว้ว่า

“อนึ่ง จะต้องให้ได้ความปรากฏว่า ความตายได้บังเกิดขึ้นในระหว่างที่จำเลยกระทำการต่อสู้ จำเลยจึงจะมีความผิดตามมาตรา ๓๓๓ ถ้าได้ความว่าบังเกิดความตายขึ้นก่อนที่จำเลยเข้ากระทำการวิวาทต่อสู้ จำเลยไม่มีความผิด เพราะการกระทำของจำเลยไม่มีผลอย่างใดต่อความตายซึ่งได้บังเกิดอยู่ก่อนแล้วนั้นเลย”¹⁰⁹

เหตุที่จะมีการชุลมุนต่อสู้กันนั้น โดยปกติธรรมดาจะเกิดมาจากการทะเลาะวิวาทกันระหว่างบุคคล 2 ฝ่ายเสมอ หรืออาจจะเกิดจากพวกเดียวกัน เมื่อคึดมสุรามีนเมาแล้วได้เถียงตกลงกัน

¹⁰⁷ จิตติ ดิงศกัทธิย์ฯ เล่มเดิม. หน้า 179.

¹⁰⁸ คณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 161.

¹⁰⁹ พระอินทปรีชา. เล่มเดิม. หน้า 1219-1220.

ไม่ได้ จึงเกิดทะเลาะวิวาทชุลมุนต่อสู้กันขึ้น แต่ก็เรียกว่าเป็น 2 ฝ่ายเหมือนกัน เพราะตอนหลังแยกจากพวกเดียวกันเป็น 2 ฝ่ายแล้ว และการชุลมุนต่อสู้กันนี้จะเกิดจากความตั้งใจมาตั้งแต่แรกโดยยกพวกมาต่อสู้กัน หรือเกิดขึ้นปัจจุบันทันด่วน เพราะเนื่องจากโต้เถียงตกลงกันไม่ได้ดังกล่าวมาแล้ว ก็เรียกว่าเป็นการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้กันตามมาตรา ๒๙๔ ข้อสำคัญให้มีจำนวนบุคคลเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้กันตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเท่านั้น¹¹⁰

ในกรณีที่ทราบว่าคนใดที่เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้กันนั้นเป็นผู้ทำให้คนตาย ผู้นั้นก็ต้องมีความผิดฐานฆ่าคนตายแยกเป็นความผิดอีกกระทงหนึ่งด้วย เพราะการกระทำแต่ละอย่างต่างก็เป็นความผิดแยกออกจากกันอยู่แล้ว มาตรา 294 นี้ไม่ได้เป็นบทบัญญัติลบล้างความผิดฐานฆ่าคนตาย¹¹¹

ตัวอย่างเช่น ก. ฝ่ายหนึ่งกับ ข. ค. อีกฝ่ายหนึ่งได้เข้าชุลมุนต่อสู้กัน ปรากฏว่าในการชุลมุนต่อสู้กันนั้น ค. ถึงแก่ความตายโดยไม่ทราบว่าใครเป็นผู้ทำให้ ค. ตาย ดังนี้ ก. ข. มีความผิดตามมาตรา 294

แต่ถ้าปรากฏว่า ก. หรือ ข. มีอาวุธเป็นมีดหรือปืนก็ตาม เมื่อปรากฏว่า ค. ตายเพราะถูกมีดหรือถูกยิงด้วยปืน ของ ก. หรือ ข. แล้ว ก. หรือ ข. ย่อมมีความผิดตามมาตรา 294 กระทงหนึ่ง และมีความผิดฐานฆ่าคนอีกกระทงหนึ่งตามมาตรา 288 หรือ 290 แล้วแต่กรณี¹¹²

การจะลงโทษตามมาตรา 294 ได้ ก็เฉพาะในกรณีที่มีการชุลมุนต่อสู้กันแล้วมีการตายเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำเพราะชุลมุนต่อสู้กัน แต่ถ้าเป็นกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งรุมทำร้ายเขาจนถึงตาย

¹¹⁰ สุปิ่น พูนพัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 167.

¹¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 900/2508 ฟ้องว่า จำเลยที่ 1-2 ฝ่ายหนึ่ง กับผู้ตายอีกฝ่ายหนึ่งร่วมชุลมุนต่อสู้ทำร้ายกันและกันในการต่อสู้กันนี้ จำเลยที่ 1 ใช้มีดฟันผู้ตายถูกที่บริเวณศีรษะโดยมีเจตนาฆ่าให้ตาย ผู้ตายถึงแก่ความตายด้วยบาดแผลนั้นขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288, 294 ไม่เป็นฟ้องที่ขัดแย้งกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 ผู้ที่ชุลมุนต่อสู้กันนั้นต้องมีความผิดทุกคนเว้นแต่แสดงได้ว่าได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 ถ้าปรากฏว่าในพวกที่ชุลมุนกันนั้นบุคคลใดเป็นผู้กระทำให้ตาย อาจมีความผิดฐานฆ่าคนตายตามมาตรา 288 อีกบทหนึ่งต่างหากเพราะมาตรา 294 ไม่ลบล้างความผิดฐานฆ่าคนตาย. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

¹¹² สุปิ่น พูนพัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 168.

โดยที่ผู้ตายไม่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เลยก็ไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 294 แต่จะมีความผิดตามมาตรา 288 หรือ 290 แล้วแต่กรณี¹¹³

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้¹¹⁴

“เจตนาเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้” คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป และผู้กระทำต้องการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้¹¹⁵ และหากมีเจตนาที่จะกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ ไม่ได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ เพียงแต่อาศัยโอกาสที่มีการชุลมุนเข้าทำร้ายบุคคลในวงต่อสู้เท่านั้น ก็มีใช่เป็นผู้เข้าร่วมชุลมุน¹¹⁶

ข้อยกเว้น

มาตรา 294 วรรค 2 บัญญัติว่า ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้¹¹⁷ไม่ต้องรับโทษ เมื่อผู้นั้นสามารถนำสืบแสดงได้ว่า ตนได้กระทำไปเพื่อ

- 1) ห้ามการชุลมุนต่อสู้¹¹⁸ หรือ
- 2) ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข้อยกเว้นทั้งสองประการนี้ หน้าที่นำสืบตกอยู่แก่ฝ่ายที่กล่าวอ้างขึ้นมาเพื่อให้ตนพ้นความรับผิด กล่าวคือ ถ้าสืบมูลเหตุชักจูงใจของตนให้ศาลเชื่อได้ว่า ตนมีมูลเหตุชักจูงใจอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ คือ (1) ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ คือ เพื่อที่จะทำให้การชุลมุนต่อสู้ยุติลง หรือ (2) เพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย บุคคลนั้นก็ไม่ต้องรับโทษ

ในเรื่องการกระทำที่เป็นข้อยกเว้นทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในวรรคสองของความผิดฐานนี้¹¹⁹ ความเห็นในทางตำราแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย โดยฝ่ายแรกเห็นว่า บทบัญญัติที่ว่า

¹¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 791-792/2504 จำเลยทั้ง 3 กับพวกอีก 2-3 คน พากันขึ้นไปบนสถานลีลาศ แสดงกิริยาพาลเกรซกต่อคนเฝ้าประตูและซักมีดออกมาเมื่อมีคนห้ามจำเลยกับพวกลงมาข้างล่างและทำท่ายให้ลงมาสู้กันข้างล่าง ราว 5 นาทีต่อมาผู้ตายซึ่งมาฝึกลีลาศได้ทราบเรื่องจึงลงมาถามจำเลย กลับถูกจำเลยกับพวกชุมชกต่อเอา และในขณะที่เดียวกันนายนั้นจำเลยใช้มีดยาว 1 คืบแทงถูกหน้าท้องผู้ตายจนลำไส้ทะลุแสดงว่ามีเจตนาฆ่าผู้ตายโดยไม่ใช่กรณีชุลมุนต่อสู้กันระหว่างบุคคล 3 คนขึ้นไปไม่มีคนถึงตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 เพราะมาตรานี้หมายถึงกรณีที่ไม่ว่าใครหรือผู้ใดร่วมกับใคร ได้ทำร้ายผู้ตายถึงตาย แต่เป็นกรณีที่จำเลยกับพวกกลุ่มรวมทำร้ายผู้ตาย ต้องถือว่าจำเลยทั้ง 3 ได้ร่วมกันทำผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

¹¹⁴ คณิต ณ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 160.

¹¹⁵ แหล่งเดิม.

¹¹⁶ ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. (2553). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด มาตรา 288 ถึง 366*.

“ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้” นั้น แท้จริงแล้วการกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นการชุลมุนต่อสู้ ซึ่งเป็นการขาดองค์ประกอบ¹¹⁷ กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวขาด “เจตนาในการชุลมุนต่อสู้” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของ โครงสร้างความคิดอาญาในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ จึงทำให้การกระทำไม่มีความผิด และในส่วนของ การป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายนั้นความเห็นในทางตำราของฝ่ายนี้เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงเป็นผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิด ส่วนฝ่ายที่ 2 เห็นว่า การเข้าห้ามในการที่ผู้อื่นชุลมุนต่อสู้โดยไม่ถึงกับต่อสู้กับผู้ใดนั้นเป็นการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้แล้ว¹¹⁸ ส่วนการเข้าไปป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้จะยังไม่ได้ออกสู้กับใครแต่หากมีคนตายหรือได้รับอันตรายสาหัส โดยการกระทำในการชุลมุนต่อสู้ การเข้าไปเพื่อป้องกันนั้นก็ถือว่าผู้นั้นได้เข้าไปร่วมในการชุลมุนต่อสู้แล้วเช่นกัน แต่หากผู้นั้นแสดงได้ว่าตนเข้าไปร่วมในการชุลมุนต่อสู้เพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษ

คำว่า “ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้” นั้น หมายความว่า ผู้นั้นไม่ได้มีเจตนาเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ แต่ได้เข้าไปโดยมีเจตนาที่จะห้ามการชุลมุนต่อสู้¹¹⁹

“เพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” หมายความว่า ผู้นั้นจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรานี้ ก็คือ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 นั้นเอง

หลักเกณฑ์ในการพิจารณากรณีการกระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้ คือ

ก. ต้องมีการชุลมุนต่อสู้ก่อนแล้ว และผู้ห้ามจึงเข้าไปด้วยเจตนาห้ามตั้งแต่ตอนเข้าไป และไม่เปลี่ยนเจตนาห้ามเป็นสมัครใจวิวาทต่อสู้¹²⁰

ข. ไม่ว่าจะมีการตายเกิดขึ้นก่อนหรือหลังจากการที่ผู้ห้ามเข้าไปห้าม ก็ถือว่ามี การตายเกิดขึ้น¹²¹

ส่วนในเรื่องการต่อสู้ว่าป้องกันนั้น ผู้สมัครใจเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ จะอ้างว่ากระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ตนพ้นผิดในการเข้าร่วมในความผิดฐานนี้ไม่ได้

¹¹⁷ คณิต ฌ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 161.

¹¹⁸ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. (2515). คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1. หน้า 70.

¹¹⁹ พัชร์ เนียมกฤษ. (2548). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เรียงตามมาตรา. หน้า 471.

¹²⁰ โภเมศ ขวัญเมือง. เล่มเดิม. หน้า 65.

¹²¹ แหล่งเดิม.

โดยการสมัครใจเข้าสู่โดยมิใช่แต่เพียงไม่หลบหนี ไม่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย¹²² และจะทำร้ายผู้หนึ่งเพื่อป้องกันผู้อื่นอีกผู้หนึ่งที่วิวาทต่อสู้กันอยู่ก็ไม่ได้ เพราะบุคคลนั้นไม่มีสิทธิป้องกันตนต่อภัยที่ตนสมัครใจเข้าเสี่ยงเอง โดยไม่มีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย¹²³

2. ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ตามมาตรา 299¹²⁴

ความผิดตามมาตรา 299 นี้ มีหลักเกณฑ์และองค์ประกอบความผิดเป็นอย่างเดียวกันกับความผิดตามมาตรา 294 คงต่างกันเพียงแต่ว่า มาตรา 299 นี้เป็นกรณีชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น ส่วนมาตรา 294 เป็นกรณีชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย ดังนั้นจึงสามารถนำหลักเกณฑ์ต่างๆ ในมาตรา 294 มาใช้กับมาตรา 299 นี้ได้

ส่วนในกรณีที่ว่าอย่างไรเป็น “อันตรายสาหัส” นั้น จะพิจารณา “อันตรายสาหัส” ตามความหมายในมาตรา 297 โดยมาตรา 297 วรรคสอง ได้บัญญัติถึงอันตรายสาหัสว่า

“อันตรายสาหัสนั้น คือ

- (1) ตาบอด หูหนวก ลิ่นขาด หรือเสียนานประสาท
- (2) เสียวัววะสืบพันธุ์ หรือความสามารถสืบพันธุ์
- (3) เสียนแขน ขา มือ เท้า นิ้ว หรืออวัยวะอื่นใด
- (4) หน้าเสียนอนอย่างติดตัว
- (5) แท้งลูก
- (6) จิตพิการอย่างติดตัว
- (7) ทูพพลภาพ หรือป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต
- (8) ทูพพลภาพหรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า ยี่สิบวัน หรือจนประกอบ

กรณียกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน”

¹²² คำพิพากษาฎีกาที่ 1370/2497 เริ่มแรกจำเลยต่อเจตนาไม่คิดของจำเลยด้วยการนำมิดและอาวุธปืนลูกซองไม่จดทะเบียนไป แล้วรื้อฟื้นร้ายของผู้ตายที่ปิดทางไว้โดยพลการซึ่งแสดงว่าจำเลยเตรียมตัวจะต่อสู้กับผู้ตายอย่างเต็มที่ แม้จะปรากฏว่าผู้ตายได้ห้ามและได้เจรจาว่าจะพินิจจำเลยก่อน จำเลยก็ยังเอาด้วยปืนที่เตรียมมาดั่งนี้ จำเลยจะอ้างว่าป้องกันตัวหาได้ไม่. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>.

¹²³ จิตติ ดิงศกัทธิย์ข เล่มเดิม. หน้า 181.

¹²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 299 บัญญัติว่า “ผู้ใดเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป และบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นผู้ที่เข้าร่วมในการนั้นหรือไม่ รับอันตรายสาหัสโดยการกระทำการชุมนุมต่อสู้นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำให้ไปเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้นั้น หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ.”

“ตาบอด” หมายความว่า ดวงตาเสียความสามารถที่จะเห็นภาพได้อย่างสิ้นเชิง ไม่จำเป็นที่ดวงตาจะต้องหลุดหายไปจากร่างกาย และแม้จะบอดข้างเดียวก็เป็นอันตรายสาหัสแต่ต้องบอดตลอดไปไม่ใช่มองไม่เห็นชั่วคราว

“หูหนวก” หมายความว่า หูข้างหนึ่งข้างใดเสียความสามารถที่จะได้ยินเสียงตลอดไป

“ลึนขาด” หมายถึง ลึนขาดหายไป ความขาดหายจะมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ¹²⁵

เพียงแต่ขาดไปบางส่วน แม้จะน้อยนิดเดียวก็ได้ชื่อว่าลึนขาด

“เสียมานประสาท” หมายความว่า ถึง เสียความสามารถที่จะได้กลิ่น คงจะต้องเสียความสามารถสิ้นเชิงทำนองเดียวกับตาบอด หูหนวก

“เสียอวัยวะสืบพันธุ์” หมายความว่า ถึง อวัยวะในการร่วมประเวณี ไม่ว่าจะ เป็นของชายหรือหญิง อาจเป็นอวัยวะภายนอกหรืออวัยวะภายในก็ได้ เช่น มดลูก รังไข่

“เสีย” คือ อวัยวะสืบพันธุ์ขาดหายไป และหมายความรวมถึงการทำให้อวัยวะสืบพันธุ์ใช้สืบพันธุ์ไม่ได้แม้จะไม่ถึงขาดหายก็ตาม¹²⁶

“เสียความสามารถในการสืบพันธุ์” หมายความว่า อวัยวะยังคงมีอยู่แต่ไม่สามารถใช้สืบพันธุ์ได้ แม้ว่าจะยังสามารถร่วมประเวณีได้ก็ตาม

คำว่า “เสีย” ตาม (3) ไม่หมายเฉพาะขาดหายไปเท่านั้น แต่หมายความถึงทำให้ใช้อวัยวะนั้นๆ ไม่ได้ด้วย เช่น แขนหรือขาเป็นอัมพาต¹²⁷

“อวัยวะอื่นใด” ตาม (3) ต้องเป็นอวัยวะสำคัญ และรวมถึงอวัยวะภายในด้วย¹²⁸ โดยจะต้องเป็นอวัยวะที่หากสูญเสียไปแล้วมีความสำคัญเทียบได้กับการเสียแขน ขา มือ เท้า นิ้ว ตามที่กฎหมายระบุไว้

“หน้าเสียโฉมอย่างติดตัว” คือ การเสียความงามของใบหน้าจนน่าเกลียด กล่าวคือ มีความเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของรูปพรรณของใบหน้าเมื่อมองจากภายนอก¹²⁹

แผลเสียโฉมนั้นต้องเป็นอย่างติดตัว หมายความว่า มีลักษณะที่ไม่อาจหายได้

“แท้งลูก” หมายความว่า กระทำให้ลูกตายในครรภ์หรือตายก่อนที่จะคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก ไม่ใช่ทำให้ลูกออกจากครรภ์มารดาที่กำหนดโดยไม่ต้องคำนึงว่ามีชีวิตหรือไม่ โดย

¹²⁵ คณิต ฒ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 135.

¹²⁶ แหล่งเดิม.

¹²⁷ แหล่งเดิม.

¹²⁸ แหล่งเดิม.

¹²⁹ vgl. Diehelm Kienapfel , Grundriss des österreichischen Strafrechts : Besonderer Teil , Band I,

S.137 (อ้างถึงใน คณิต ฒ นคร ข, 2553 หน้า 136).

การแทงลูกนี้ ศาลฎีกาเห็นว่าจะต้องเป็นกรณีกระทำให้ลูกในครรภ์ของผู้ถูกรายออกมาในลักษณะที่ลูกนั้นไม่มีชีวิต

“จิตพิการอย่างติดตัว” หมายความว่า จิตพิการที่มีลักษณะแสดงว่าไม่อาจหายได้¹³⁰ แต่ไม่ได้หมายความว่าต้องติดตัวไปจนตลอดชีวิตจริงๆ มิเช่นนั้นจะต้องคอยจนผู้เสียหายตายเสียก่อน จึงจะกล่าวได้ว่าจิตพิการอย่างติดตัวจริง

“ทุพพลภาพ” คือ การเสื่อมเสียทางกายหรือจิตใจผิดไปจากภาวะปกติ

คำว่า “ป่วยเจ็บเรื้อรังซึ่งอาจถึงตลอดชีวิต” เป็นข้อขยายความพิการว่าต้องเป็นความพิการในระยะยาวที่เป็นผลต่อคุณภาพชีวิตอย่างชัดเจน กล่าวคือ ความพิการบางกรณีอาจได้รับการรักษาให้หายขาดได้¹³¹

ส่วนในกรณีทุพพลภาพหรือป่วยเจ็บด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่ายี่สิบวัน ตาม (8) นั้น เป็นเรื่องทุพพลภาพหรือป่วยเจ็บเช่นเดียวกับ (7) แต่ไม่ต้องถึงกับเป็นตลอดชีวิต แต่จะต้องประกอบด้วยอาการทุกขเวทนาเกินกว่า 20 วัน หรือประกอบกรณียกิจตามปกติไม่ได้เกินกว่า 20 วัน

2.4.2 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้

ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดอาญาและจะต้องถูกลงโทษหรือไม่ ทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และ ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ต่างก็ยอมรับว่าจะต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดที่เรียกว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” ซึ่งการวิเคราะห์โครงสร้างความผิดอาญาของระบบกฎหมายทั้งสองระบบนั้นจะมีการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันไป สำหรับประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายโดยยึดถือแนวระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งประเทศที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของไทยเป็นอย่างมากก็คือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและฝรั่งเศสนั่นเอง

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยนั้นมี 2 มาตรา คือ มาตรา 294 การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299 การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งทั้ง 2 มาตรานี้มีหลักเกณฑ์องค์ประกอบความผิดเหมือนกัน แตกต่างกันเฉพาะผลที่เกิดขึ้นในการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้เท่านั้น โดยมาตรา 294 ผลคือ มีบุคคลถึงแก่ความตาย แต่มาตรา 299 ผลคือ มีบุคคลได้รับอันตรายสาหัส ส่วนในวรรคสองของทั้งสองมาตรานั้นเป็นการบัญญัติการยกเว้นความรับผิดเอาไว้ คือ ในกรณีที่ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้สามารถนำสืบได้ว่าตนเอง

¹³⁰ คณิต ฌ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 137.

¹³¹ แหล่งเดิม.

กระทำไปเพื่อ 1) ห้ามการชุลมุนต่อสู้นั้น หรือ 2) เพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษ

หากเรานำความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทั้ง 2 มาตรามาพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส รวมทั้งบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 แล้วจะพบว่าการกระทำที่ความผิดฐานนี้บัญญัติเป็นข้อยกเว้นให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในวรรคสองของทั้ง 2 มาตรา โดยหลักแล้วเป็นการกระทำที่ไม่มีความผิด กล่าวคือ หากทำการวินิจฉัยการกระทำทั้งสองประการ คือ การห้ามการชุลมุนต่อสู้ และการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว จะพบว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญา จึงทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด ส่งผลให้ผู้กระทำไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษ ดังนั้นจึงพบว่าผลของการวินิจฉัยการกระทำทั้ง 2 ประการดังกล่าวตามโครงสร้างความผิดอาญานั้นมีความแตกต่างกับความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ซึ่งย่อมหมายความว่าผู้กระทำมีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้เท่านั้น นอกจากนี้ยังพบว่ากรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายทั้ง 3 มาตรา คือ มาตรา 68 มาตรา 294 และมาตรา 299 ใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติเช่นเดียวกัน คือ คำว่า “ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” แต่กลับบัญญัติผลในทางกฎหมายออกมาแตกต่างกันนั้น อาจก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ใช้กฎหมายได้

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงพบว่าบทบัญญัติในวรรคสองของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทั้งสองมาตราบัญญัติไว้ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญา

2.4.3 ลักษณะความน่าจะเป็นอันตรายของการชุลมุนต่อสู้ที่มีต่อสาธารณะ

หากเราพิจารณาสภาพสังคมไทยในปัจจุบันจะพบว่าปัญหาประการหนึ่งที่เพิ่มความรุนแรงขึ้นมาก คือ ปัญหาความขัดแย้งของกลุ่มบุคคลต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นความขัดแย้งทางการเมือง หรือผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลต่างพวกกัน รวมถึงปัญหาความขัดแย้งทางความคิดของกลุ่มเด็กวัยรุ่น ซึ่งความขัดแย้งของกลุ่มบุคคลดังกล่าวนี้มักจะจบลงด้วยการตัดสินใจใช้ความรุนแรงในการแก้ปัญหา โดยเหตุการณ์การใช้ความรุนแรงที่มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นมากในปัจจุบันก็คือ เหตุการณ์ที่กลุ่มเด็กนักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันยกพวกตีกันนั่นเอง โดยจะปรากฏให้เห็นตามหน้าหนังสือพิมพ์และสื่อวิทยุโทรทัศน์อยู่บ่อยครั้ง โดยผู้ก่อเหตุมักอ้างว่ากระทำไปเพื่อรักษาหรือป้องกันศักดิ์ศรีของสถาบันรวมทั้งปกป้องศักดิ์ศรีของเพื่อนฝูง ซึ่งการยกพวกตีกันของนักเรียนระหว่างสถาบันนี้จัดว่าเป็นลักษณะเฉพาะของความรุนแรงในหมู่เยาวชนวัยรุ่นของไทยโดยจากการศึกษาปัญหาความรุนแรงของเยาวชนทั่วโลกนั้น พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศ

หนึ่งที่มีปัญหาเยาวชนวัยรุ่นใช้ความรุนแรงสูงมากซึ่งมีทั้งการเสพและค้ายาเสพติด การก่ออาชญากรรม การฆ่าคน การใช้ความรุนแรงในสถานศึกษา ตลอดจนการตั้งแก๊งก่อความวุ่นวายสังคม แต่กลับไม่ปรากฏข่าวการยกพวกตีกันของนักเรียนนักศึกษาขงระหว่างสถาบันแต่อย่างใด¹³²

เหตุการณ์การใช้ความรุนแรงในการยกพวกตีกันของกลุ่มนักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันเหล่านี้มักก่อให้เกิดผลกระทบและความเสียหายต่อประชาชนหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อตัวบุคคลผู้กระทำเองที่อาจได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายหรือบุคคลภายนอกที่อาจถูกลูกหลงจากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดความสูญเสียทั้งในทางทรัพย์สินรวมทั้งชีวิตหรือร่างกายในกรณีที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บ ซึ่งท้ายที่สุดผลจากการกระทำดังกล่าวนั้นยังส่งผลไปยังครอบครัวของบุคคลผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำเหล่านั้นที่จะต้องได้รับความเดือดร้อนเนื่องจากต้องสูญเสียบุคคลที่เป็นเสาหลักในครอบครัว อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อประเทศชาติที่จะต้องสูญเสียบุคลากรในการพัฒนาประเทศอีกด้วย ปัญหาดังกล่าวจึงถือเป็น “ปัญหาเรื้อรัง” ที่จะต้องได้รับการแก้ไขเยียวยาอย่างเร่งด่วน นอกจากนี้พบว่าในการทะเลาะวิวาทและชุลมุนต่อสู้นั้นหลายครั้งผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ยังได้นำเอาอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดมาใช้ในการชุลมุนต่อสู้ด้วยซึ่งอาวุธดังกล่าวถือเป็นสิ่งที่สร้างความหวาดกลัวให้แก่ประชาชนในสังคมเป็นอย่างมากอีกทั้งการมีหรือใช้อาวุธดังกล่าวนั้นจะเป็นการเพิ่มอันตรายต่อสังคมมากขึ้นกว่ากรณีการชุลมุนต่อสู้ที่ไม่มีอาวุธดังกล่าว เนื่องจาก การที่ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ใช้อาวุธดังกล่าวอาจส่งผลให้การชุลมุนต่อสู้นั้นมีจนถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้ง่ายและรวดเร็วขึ้นนั่นเอง

จากสภาพปัญหาของสังคมไทยที่กล่าวข้างต้นนั้น หากเราจะต้องพิจารณาถึงโทษผู้กระทำความผิดในเหตุการณ์ดังกล่าวแล้วพบว่าความผิดฐานหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญาที่มักนำมาใช้ในกรณีนี้คือ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ เนื่องจาก ในเหตุการณ์ที่มีกลุ่มบุคคลจำนวนมากก่อเหตุวิวาทต่อสู้อันนั้น บุคคลต่างก็ต่อสู้กันอย่างสับสนวุ่นวายจึงหาพยานหลักฐานที่จะระบุตัวผู้กระทำความผิดแล้วนำมาลงโทษฐานทำร้ายร่างกายหรือฐานฆ่าคนตายได้ยาก เป็นเหตุให้จำเป็นต้องนำความผิดฐานนี้มาใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะความผิดฐานนี้บัญญัติเอาผิดผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนนั่นเอง และที่จากกล่าวแล้วว่าเมื่อพิจารณาปัญหาของสังคมไทยจะพบว่าการชุลมุนต่อสู้อันที่ปัจจุบันมักมีการใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเข้ามาเป็นเครื่องมือในการชุลมุนต่อสู้อันด้วยนั้นเป็นเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมมากขึ้น แต่พบว่าปัจจุบัน

¹³² รายงานสถานการณ์และแนวโน้มประเทศไทย สิงหาคม 2547 นักเรียนตีกัน : การต่อต้านของเยาวชน. (2547, 3 ตุลาคม). มติชนออนไลน์. สืบค้นเมื่อ 26 มิถุนายน 2555, จาก <http://www.dmh.go.th/news/view.asp?id=845>.

ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนนั้นจะถูกลงโทษโดยพิจารณาจากผลที่เกิดจากการชุมนุมต่อสู้ตามมาตรา 294 หรือมาตรา 299 เท่านั้นซึ่งจะเห็นได้ว่าโทษที่ผู้กระทำผิดได้รับนั้นไม่ได้นำเอาอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดมาใช้พิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดด้วย ดังนั้นกฎหมายจึงควรมีบทบัญญัติที่เหมาะสมเพื่อใช้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในกรณีนี้

2.4.4 การกำหนดสัดส่วนของอัตราโทษกับความรุนแรงของการกระทำความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้

เหตุการณ์การชุมนุมต่อสู้ในปัจจุบันที่หลายครั้งผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดนั้นเป็นการกระทำที่สามารถสร้างความหวาดกลัวให้แก่ประชาชนรวมทั้งเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อทรัพย์สินและชีวิตร่างกายของประชาชนได้เป็นอย่างมากและรวดเร็ว กล่าวคืออาจทำให้การชุมนุมต่อสู้นั้นมีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บได้ง่ายขึ้นและรวดเร็วกว่าการชุมนุมต่อสู้ที่ไม่มีการใช้อาวุธดังกล่าวนั่นเอง ทั้งนี้ เนื่องจากอาวุธดังกล่าวนั้นถูกสร้างหรือออกแบบขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ทำร้ายหรือป้องกันตัวหรือใช้ทำลายชีวิตหรือทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บ ซึ่งบุคคลผู้ใช้ย่อมเล็งเห็นหรือคำนวณได้ว่าการใช้อาวุธดังกล่าวสามารถทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้เมื่อเปรียบเทียบกับอาวุธชนิดอื่นนั่นเอง นอกจากนี้ยังอาจทำให้ความเสียหายที่เกิดจากเหตุการณ์นั้นแผ่ขยายเป็นวงกว้างได้ เนื่องจากอานุภาพความร้ายแรงของอาวุธดังกล่าวนั้น ดังนั้น หากจะให้ผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดได้รับโทษเท่ากับกรณีของการชุมนุมต่อสู้ที่กฎหมายบัญญัติไว้ย่อมเป็นการไม่เหมาะสมกับปริมาณความรุนแรงของความเสียหายที่ประชาชนจะต้องได้รับมากขึ้นจากการชุมนุมต่อสู้นั้นรวมถึงจำนวนผู้ที่ได้รับความเสียหายที่อาจเพิ่มจำนวนมากขึ้นด้วย ดังนั้น จึงเห็นว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้สมควรได้รับการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้มีความเหมาะสมกับการบังคับใช้ในสภาพสังคมไทยปัจจุบัน

บทที่ 3

ความผิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการหลุมมุนต่อผู้ของต่างประเทศ

บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องบัญญัติไว้ในกฎหมาย¹ โดยนักกฎหมายทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบประมวลกฎหมายต่างก็ยอมรับว่าในการที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดอาญาและจะต้องถูกลงโทษหรือไม่ จะต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิด ที่เรียกว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” ซึ่งโครงสร้างความผิดอาญาของกฎหมายทั้ง 2 ระบบนั้นมีการวิเคราะห์ที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาของกฎหมายทั้ง 2 ระบบต่างก็ส่งผลถึงกฎหมายไทยและกลายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดอาญาในปัจจุบัน

3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี

3.1.1 อังกฤษ

3.1.1.1 โครงสร้างความผิดอาญาของอังกฤษ

การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ได้วางหลักเกณฑ์อยู่บนพื้นฐานของสุภาษิตลาตินที่ว่า “Actus non facit reum nisi mens sit rea” อันเป็นหลักเกี่ยวกับความผิดอาญา ซึ่งหมายความว่า “การกระทำไม่ทำให้บุคคลมีความผิด หากไม่มีจิตใจที่ชั่วร้าย กล่าวคือ การกระทำไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดทางอาญา หากจิตใจของเขาไม่สมควรที่จะได้รับโทษ (An act does not make a person guilty unless the mind is guilty; an act does not make the doer criminal unless his mind is criminal)²

ระบบกฎหมายจารีตประเพณี แบ่งองค์ประกอบของโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนขององค์ประกอบความผิด (Actus reus) และส่วนขององค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Mens rea) ดังนั้นในการวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมาย Common Law จึงประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วน คือ

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39.

² See Black's Law Dictionary.

1. ส่วน Actus reus หรือ criminal act

ในส่วน Actus reus นี้ ถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัย (Objective)³ โดย Actus reus หมายถึง การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ 2 ส่วน คือ⁴

1) Actus หมายถึง การกระทำ (Act)

การวินิจฉัย Actus จะต้องพิจารณาถึงส่วนอิริยาบถ พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถหรือ พฤติการณ์แวดล้อม และผลจากอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบ เพียงแต่มีอิริยาบถเคลื่อนไหว หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายส่วนใดส่วนหนึ่ง เช่น กำมือ งอแขน กระดิกนิ้ว หามือความหมายอย่างไร ไม่ นอกจากจะต้องมีพฤติการณ์แวดล้อมประกอบการที่กำมือ งอแขน กระดิกนิ้ว คือ มีปืนบรรจุ กระสุนอยู่ในมือ มีคนอยู่ในวิถีกระสุนจากปืนในมือนั้น ทั้งมีผลคือ กระสุนปืนลั่นออกไป อาจถูก หรือไม่ถูกคนนั้น และผลที่เกิดจากอิริยาบถนั้น เช่น บาดเจ็บหรือตาย⁵

2) Reus หมายถึง ข้อห้ามที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิด

ในการวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น เมื่อพิจารณาว่ามีการกระทำ คือ Actus แล้วจะต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ หากการกระทำนั้นผิดกฎหมายก็ถือว่าการกระทำนั้นมี Reus แล้ว ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าการกระทำนั้นมี Reus หรือไม่จะพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายนั่นเอง หากกฎหมายต้องการให้การกระทำใดเป็นความผิด ก็จะทำการบัญญัติห้ามการกระทำนั้นไว้ในกฎหมาย

ในการพิจารณาองค์ประกอบทางภาวะวิสัย (Objective) นี้ จะพิจารณาเฉพาะแต่การกระทำ (Actus) เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอแต่จะต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำนั้นมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด (Reus) ด้วยหรือไม่ หากกล่าวถึงแต่มีการกระทำแต่การกระทำนั้นในความเป็นจริงแล้วไม่ผิดกฎหมาย หรือไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ก็ไม่สามารถลงโทษบุคคลนั้นได้ เพราะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบของความผิด โดยไม่ต้องไปพิจารณาในส่วนของจิตใจ ดังเช่นกรณียิงศพโดยคิดว่าเป็นคน แม้จะมีส่วนของ Actus แต่ถือว่าขาดส่วน Reus ในความผิดต่อชีวิตจึงไม่สามารถลงโทษได้ ดังนั้น Actus reus จึงเป็นการวินิจฉัยการกระทำตามองค์ประกอบภายนอก

³ สมศักดิ์ วัฒนเสนา. (2530). ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดชอบทางอาญาไทย. หน้า 3.

⁴ รัดนชัย อนุตรพงษ์สกุล. (2543). อิทธิพลทางกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาไทย. หน้า 8.

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 10.

ของความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งจะพิจารณาถึงผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ตามองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้นๆ⁶

2. ส่วน Mens rea หรือ criminal intent

ส่วนนี้ถือว่าเป็นองค์ประกอบในทางอัตตะวิสัย (Subjective element)⁷ โดยเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดโดยตรง เป็นภาวะจิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำซึ่งจำเป็นต้องนำมาพิจารณาร่วมกับส่วน Actus reus เพื่อพิจารณาว่าจะลงโทษบุคคลนั้นหรือไม่ เพียงใด โดย Actus reus และ Mens rea จะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันจึงจะสามารถทำการลงโทษบุคคลได้

ตามความหมายของถ้อยคำนี้ Mens rea หมายถึง เจตนาร้าย (Guilty mind) ถือเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงสถานะที่แท้จริงของจิตใจเกี่ยวกับความประสงค์ร้าย (Evil will) หรือจิตใจที่ชั่วร้าย (Evil mind) ที่น่าตำหนิได้ของผู้กระทำ

ตามหลักกฎหมาย Common Law ได้จำแนกส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายในเป็น 4 ลักษณะ และถือว่า Mens rea จะมีอยู่ในส่วนของการกระทำโดยเจตนา (Intention) และการกระทำประมาทโดยรู้ตัว (Reckless) เท่านั้น ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้⁸

2.1 การกระทำโดยเจตนา (Intention) หมายถึง การกระทำโดยรู้ซื่อแท้จริงหรือพฤติการณ์แห่งการกระทำซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิด และผู้กระทำต้องการให้เกิดผลขึ้นจากการกระทำนั้น หรือเล็งเห็นได้อย่างแน่นอนว่า การกระทำนั้นจะเกิดผลตามที่ตนต้องการ⁹

2.2 การกระทำประมาทโดยรู้ตัว (Reckless) ถือเป็นสถานะทางจิตใจที่ผู้กระทำไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ยังสามารถกระทำได้โดยเพิกเฉยต่อเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้น กล่าวคือ กระทำไปทั้งที่รู้อยู่แล้วว่าการกระทำนั้นเสี่ยงที่จะเกิดภัยขึ้น แต่ก็ยังกระทำลงไป

2.3 ประมาท (Negligence) เป็นสถานะทางจิตใจอีกประการหนึ่ง โดยเป็นสถานะของจิตที่ไม่นึกถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนเอง โดยที่ผู้กระทำสามารถใช้ความระมัดระวังได้แต่ไม่ใช้ จึงเป็นเหตุทำให้เกิดผลขึ้น ซึ่งการกระทำโดยประมาทนั้นเป็นเพียงการแสดงให้เห็นถึงการขาดการเอาใจใส่เท่านั้น ไม่เกี่ยวกับความชั่วร้ายทางจิตใจแต่อย่างใด จึงถือกันว่า Mens rea ไม่รวมถึงสถานะทางจิตใจในกรณีนี้ แต่ที่กฎหมายลงโทษนั้นก็เพื่อให้บุคคลใช้ความระมัดระวังมากขึ้นเท่านั้น เพื่อไม่ให้เกิดความประมาทขึ้นอีก

⁶ แหล่งเดิม.

⁷ สมศักดิ์ ตันตนาเลข. หน้าเดิม.

⁸ Smith, J.C. and Hogan. Brain. *Criminal Law*. p.55. (อ้างถึงใน รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล, 2543 หน้า 188).

⁹ สมศักดิ์ ตันตนาเลข. เล่มเดิม. หน้า 4.

2.4 การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless inadvertence) เป็นสภาวะทางจิตใจอีกประการหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องความพลั้งเผลอของบุคคล ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สามารถตำหนิได้ เนื่องจากอาจเกิดขึ้นได้กับทุกคน เพราะผลที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่สิ่งที่จะพึงคาดหมายได้จากการกระทำนั้น

นอกจากนั้นการที่จะพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นมีความผิดและต้องรับโทษหรือไม่ยังจะต้องพิจารณาถึงเหตุยกเว้นความผิด (Justification) และเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) เป็นประการต่อมาอีกด้วย โดยการวินิจฉัยความผิดอาญาในระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้นจะไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่างเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษไว้อย่างชัดเจนดังเช่นระบบประมวลกฎหมายแต่จะมีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างเหตุยกเว้นความผิดกับเหตุยกเว้นโทษไว้ในกรกระทำผิดเกี่ยวกับการฆ่า การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายในบางกรณีซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย บางการกระทำเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ และเหตุทั้งสองประการดังกล่าวถือเป็น defence โดยการกระทำทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่ได้กระทำไปโดยถูกกฎหมายนั้นจัดได้ว่าเป็น Justificatory defence ส่วนการกระทำที่มีเหตุยกเว้นโทษจะจัดเป็น Excusatory defence ซึ่งพิจารณาได้ดังนี้

1. Justificatory defence เช่น

(1) การป้องกัน (self - defence และ prevention of crime)

อังกฤษได้บัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันไว้ใน Criminal Law Act 1967 S.3 โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) บุคคลสามารถกระทำการที่มีผลอันสมควรในสภาวะการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อป้องกันอาชญากรรม หรือช่วยเหลือในการจับกุมผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นการจับกุมที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือช่วยเหลือการจับกุมผู้ที่กระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายอื่นๆ

2) บทบัญญัติตามข้อ 1) ข้างต้นนี้จะทำหน้าที่แทนหลักเกณฑ์ใน Common Law ทั้งหมด หากได้กระทำด้วยจุดประสงค์ตาม 1) ให้ถือว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลักดังกล่าวนี้ถือเป็นการวางหลักเกณฑ์ทั้งในกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งว่า หากได้กระทำการป้องกันพอสมควรในสถานการณ์เช่นนั้นจะถือเป็นการชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณี ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ต้องมีการดำเนินคดีในทางอาญาและไม่ต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง

2. Excusatory defence เช่น

(1) ความอ่อนอายุ (infancy)

(2) การถูกบังคับโดยการกระทำหรือโดยสถานการณ์ (duress by threat and circumstances)

(3) ความมึนเมา (intoxication)

- (4) ความสำคัญผิด (mistake)
- (5) วิกลจริต (insanity)
- (6) เหตุหย่อนความรับผิดชอบ (diminished responsibility)
- (7) ปราศจากความรู้สำนึก (automatism)¹⁰

3.1.1.2 ความผิดอาญาเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะของอังกฤษ

อังกฤษบัญญัติความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยเรียบร้อยของสาธารณะ (Public Order Act 1986) ส่วนที่ 1 ความผิดใหม่ (New Offences) โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 1 มาตรา 2 และ มาตรา 3 โดยทั้ง 3 มาตรา มีสาระสำคัญดังนี้

มาตรา 1 ความผิดฐานก่อการจลาจล (Riot)¹¹ เป็นกรณีที่บุคคลตั้งแต่ 12 คนขึ้นไป ร่วมกันกระทำการใช้หรือขู่ว่าจะใช้ความรุนแรงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 8)¹² ใดๆ และการกระทำนั้นอาจทำให้บุคคลอื่นกลัวว่าจะไม่ได้รับความปลอดภัย โดยไม่จำเป็นว่าผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำการดังกล่าวในเวลาเดียวกันและไม่ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นจะกระทำในที่ของสถานที่เอกชนหรือสาธารณะก็ตาม

ผู้กระทำความผิดฐานนี้จะต้องถูกดำเนินคดีในลักษณะความผิดอุกฉกรรจ์ (conviction indictment) และผู้ที่ต้องคำพิพากษาว่ากระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้ระบุนอัตรโทษปรับไว้แต่ให้เป็นดุลพินิจของศาล

มาตรา 2 ความผิดฐานก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยอย่างร้ายแรง (Violent disorder)¹³ เป็นกรณีที่บุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปร่วมกันใช้หรือขู่ว่าจะกระทำการใช้ความรุนแรงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายใดๆ และการกระทำนั้นอาจทำให้ผู้อื่นกลัวว่าจะไม่ได้รับความปลอดภัย โดยไม่จำเป็นว่าผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำการดังกล่าวในเวลาเดียวกันและไม่ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นจะกระทำในสถานที่ของเอกชนหรือสาธารณะก็ตาม

ผู้กระทำความผิดฐานนี้จะถูกดำเนินคดีในลักษณะความผิดอุกฉกรรจ์ (conviction indictment) หรือความผิดไม่อุกฉกรรจ์ (summary conviction) ก็ได้ โดยหากผู้กระทำความผิดถูก

¹⁰ ธารทิพย์ แสงหึ่งห้อย. เล่มเดิม. หน้า 45.

¹¹ Public Order Act 1986 section 1.

¹² มาตรา 8 บัญญัติว่า “ การใช้ความรุนแรงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง การกระทำความรุนแรงต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน ไม่ว่าผู้กระทำจะประสงค์ให้เกิดการบาดเจ็บหรือความเสียหายหรือไม่ รวมทั้งการกระทำที่สื่อว่าจะใช้ความรุนแรง เช่น การขว้างปาสิ่งของไปยังบุคคลอื่นในลักษณะที่อาจทำให้บุคคลนั้นได้รับบาดเจ็บ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะถูกสิ่งของดังกล่าวหรือไม่.”

¹³ Public Order Act 1986 section 2.

ดำเนินคดีในลักษณะความผิดอุกฉกรรจ์ ผู้ต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยกฎหมายไม่ได้ระบุนอัตราโทษปรับไว้แต่ให้เป็นดุลพินิจของศาล แต่หากผู้กระทำความผิดถูกดำเนินคดีในลักษณะความผิดไม่อุกฉกรรจ์ ผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินอัตราค่าปรับสูงสุดตามกฎหมาย หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 3 ความผิดฐานทะเลาะวิวาท (Affray)¹⁴ เป็นกรณีที่บุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปใช้หรือว่าจะใช้การกระทำความรุนแรงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างใดต่อผู้อื่น และการกระทำนั้นอาจทำให้ผู้อื่นกลัวว่าตนจะไม่ได้ได้รับความปลอดภัย ไม่ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นจะกระทำในสถานที่ของเอกชนหรือสาธารณะก็ตาม แต่การพุดจาบข่มขู่แต่เพียงอย่างเดียวไม่นับว่าเป็นการทะเลาะวิวาท

ผู้กระทำความผิดฐานนี้จะถูกดำเนินคดีในลักษณะความผิดอุกฉกรรจ์ (conviction indictment) หรือความผิดไม่อุกฉกรรจ์ (summary conviction) ก็ได้ โดยหากผู้กระทำความผิดถูกดำเนินคดีในลักษณะความผิดอุกฉกรรจ์ ผู้ต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยกฎหมายไม่ได้ระบุนอัตราโทษปรับไว้แต่ให้เป็นดุลพินิจของศาล แต่หากผู้กระทำความผิดถูกดำเนินคดีในลักษณะความผิดไม่อุกฉกรรจ์ ผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินอัตราค่าปรับสูงสุดตามกฎหมาย หรือทั้งจำทั้งปรับ

3.2 ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เป็นประเทศที่เชื่อว่าตัวบทกฎหมายนั้นเป็นตัวแทนของเหตุผลในตัวเอง จึงถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมาย ซึ่งการใช้กฎหมายในระบบประมวลกฎหมายจะเป็นการใช้กฎหมายที่ยึดถือตัวบทกฎหมายเป็นหลัก โดยให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ในการปรับใช้ตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดี จึงเห็นได้ว่าประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้นถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายที่เป็นรูปธรรมเท่านั้น คำพิพากษาจึงไม่ใช่บ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายแต่อย่างใด

ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) และมีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยเป็นอย่างมากก็คือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

¹⁴ Public Order Act 1986 section 3.

3.2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.2.1.1 โครงสร้างความคิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การวินิจฉัยความรับผิดตามโครงสร้างความคิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในระยะแรกได้แยกโครงสร้างความคิดอาญาออกเป็น 2 ส่วน คือ

1. ส่วนภาวะวิสัย (Objective) ได้แก่ โครงสร้างความคิดอาญาในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) และส่วนของความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

2. ส่วนอัตตวิสัย (Subjective) ได้แก่ ส่วนของความชั่ว (Schuld)

ในเวลาต่อมา นักกฎหมายเยอรมันพบว่า การกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดนั้น บางครั้งก็ไม่ได้เป็นความผิดเสมอไป เนื่องจากตัวผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น การป้องกัน ซึ่งจะเห็นว่าแม้การกระทำของบุคคลนั้นจะครบองค์ประกอบแต่ก็ไม่ผิดกฎหมายหรือมีเหตุยกเว้นความผิด และในบางครั้งแม้การกระทำนั้นไม่ถูกต้องหรือเป็นความผิดกฎหมายแต่ก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิด เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์โดยประมาท ดังนั้นนักกฎหมายเยอรมันจึงเห็นว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) และความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) น่าจะไม่ใช่เรื่องเดียวกัน ซึ่งสามารถแยกออกจากกันได้ เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น โดยถือว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) เป็นเพียงเหตุหนึ่งที่แสดงว่าการกระทำนั้นจะผิดได้เท่านั้นเอง¹⁵ จึงทำให้มีการพัฒนาแนวคิดในการวินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความคิดอาญา โดยแยกพิจารณาโครงสร้างความคิดออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่

1. องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)
2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)
3. ความชั่ว (Schuld)

โดยที่การวินิจฉัยความผิดอาญานั้นจะต้องทำการพิจารณาตามโครงสร้างความคิดอาญา โดยต้องพิจารณาตามลำดับขั้นตอน กล่าวคือ ในลำดับแรกต้องพิจารณาก่อนว่าการกระทำนั้น ครบ “องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” หรือไม่ หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็จะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นมี “ความผิดกฎหมาย” หรือไม่ หากการกระทำนั้นมีความผิดกฎหมายแล้วจึงจะพิจารณาต่อไปในขั้นตอนสุดท้ายว่าตัวผู้กระทำมี “ความชั่ว” หรือไม่ หากพิจารณาแล้วพบว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นครบโครงสร้างความคิดทั้ง 3 ประการแล้ว ก็จะถือว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิด และจะต้องถูกลงโทษ แต่หากการกระทำของบุคคลนั้นขาด

¹⁵ ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 11.

โครงสร้างความคิดข้อใดข้อหนึ่งไป การกระทำของบุคคลนั้นก็จะเป็นความผิดอาญา โดยโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ประการนั้น มีรายละเอียดดังนี้

1. องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)

องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อสาระสำคัญทางรูปแบบของความผิดอาญาประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในแต่ละฐาน โดยที่การพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบนั้นเป็นการพิจารณาในเบื้องต้นเท่านั้น โดยยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่¹⁶ ทั้งนี้เพราะโครงสร้างความคิดอาญาในส่วนองค์ประกอบความผิดและส่วนของความผิดกฎหมายนั้นแตกต่างกันหากจากกัน เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น¹⁷ ซึ่งองค์ประกอบความผิดนั้นจะแยกออกเป็นส่วนขององค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1) องค์ประกอบภายนอก คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำ¹⁸

องค์ประกอบภายนอก ของความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้นอย่างน้อยต้องมี “ผู้กระทำความผิด” และ “การกระทำ” นอกจากนี้อาจมี “กรรมของการกระทำ” “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” และในความคิดบางฐานอาจมี “สิ่งที่เป็นส่วนพิเศษอื่น” อีกด้วย นอกจากนี้คุณธรรมทางกฎหมายก็เป็นสิ่งที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกด้วย

2) องค์ประกอบภายใน คือ สิ่งที่อยู่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ หมายถึง สิ่งที่เป็นภายในตัวผู้กระทำผิดหรือเป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง สิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้นตามปกติจะมีสิ่งเดียว แต่ในความคิดบางฐานหรือหลายฐานอาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าหนึ่งสิ่งก็ได้¹⁹ ซึ่งองค์ประกอบภายในนั้น ได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกุงใจ และองค์ประกอบภายในอื่นๆ

2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

ความผิดกฎหมายเป็นข้อสาระสำคัญประการที่ 2 ของโครงสร้างความผิดอาญาที่จะต้องทำการพิจารณาต่อมาหากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว โดยต้องทำการ

¹⁶ ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 12.

¹⁷ ดุษฎี หลีละเมียร. (2531). *ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา*. หน้า 17.

¹⁸ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 151.

¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 152.

พิจารณาว่าการกระทำซึ่งครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงในทางภาวะวิสัย (Objective)

การกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้หมายความว่ากระทำนั้นจะผิดกฎหมายในตัวเอง หากแต่การกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติจะเป็นตัวบ่งชี้ถึงความผิดกฎหมายของการกระทำ ฉะนั้น การกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติจึงมีได้ แต่ความผิดกฎหมายจะเกิดขึ้นไม่ได้โดยถ้าปราศจากการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ²⁰ ดังนั้น ความผิดกฎหมายจึงเป็นเรื่องการกระทำที่มีเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา และเป็นเรื่องเดียวกันกับเหตุยกเว้นความผิด (Justification) นั่นเอง

“การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Rechtfertigungsgrund/justification) เหตุหนึ่งในหลายๆ เหตุ²¹ โดยประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 32 โดยวางหลักเกณฑ์ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ดังนี้

- 1) ผู้ใดกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดกฎหมาย
- 2) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่าถึง ความจำเป็นในการป้องกันภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งเกิดกับตนเองหรือผู้อื่น

3. ความชั่ว (Schuld)

ความชั่วถือเป็นข้อสาระสำคัญที่จะต้องพิจารณาต่อมาหลังจากที่ได้พิจารณาข้อสาระสำคัญประการที่ 2 คือ ความผิดกฎหมายแล้ว ซึ่งการพิจารณาในส่วนของความชื่อนี้เป็นการพิจารณาในส่วนอัตวิสัย (Subjective) ซึ่งต่างกับ 2 ส่วนแรกที่พิจารณาในทางภาวะวิสัย (Objective)²²

ความชั่ว เป็นการพิจารณาถึงตัวบุคคลผู้กระทำความผิดว่าผู้กระทำได้กระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่ หรือการกระทำของผู้นั้นเป็นการกระทำที่สังคมควรตำหนิได้หรือไม่ หากการกระทำของผู้กระทำไม่อาจถูกตำหนิได้ เพราะผู้กระทำไม่รู้ผิดชอบหรือการกระทำของผู้นั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจตำหนิได้ บุคคลนั้นก็ไม่ต้องรับโทษ เพราะไม่มีความชั่ว โดยถือว่าความชั่วของผู้กระทำผิดเป็น

²⁰ แหล่งเดิม. หน้า 208-209.

²¹ แหล่งเดิม. หน้า 211.

²² ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 13.

พื้นฐานของการลงโทษ (nulla poena, sine culpa) ดังนั้น ความชั่ว จึงหมายถึง การนำคำหนີได้ของการกำหนดเจตจำนง²³ โดยเหตุต่างๆ ที่เกี่ยวกับความชั่ว ได้แก่

- 1) การกระทำความผิดของเด็ก
- 2) การกระทำของคนวิกลจริต
- 3) การกระทำผิดโดยความจำเป็น
- 4) การกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงาน
- 5) การป้องกันเกินกว่าเหตุ
- 6) การกระทำของคนมีเมมา

แม้จะเป็นที่ยอมรับกันตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันว่า โครงสร้างความคิดอาญานั้น ประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว แต่นักกฎหมายเยอรมันก็ยังมีการตั้งคำถามกันว่าส่วนที่ว่าด้วย องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) นั้นเป็นส่วนภาวะวิสัยแท้ๆหรือว่ามีส่วนอัตวิสัยอยู่ด้วย หรือส่วนที่เป็นอัตวิสัยอยู่ด้วยจะอยู่ในส่วนของ ความชั่ว (Schuld) จากข้อถกเถียงดังกล่าว จึงทำให้เกิดทฤษฎีการกระทำ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ทฤษฎี คือ

- 1) ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre)

นักนิติศาสตร์เยอรมันผู้ที่สนับสนุนและเป็นต้นคิดทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre) คือ Franz von Liszt²⁴ โดยได้ให้ความหมายของการกระทำว่า “การกระทำ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายที่ก่อให้เกิดผลโดยมีความรู้สำนึกในการที่กระทำกำกับ”

ตามทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลนั้น ถือว่า การกระทำของมนุษย์ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ ตามทฤษฎีนี้การกระทำของมนุษย์จึงเป็นเพียงเหตุการณ์ของการเกิดผลเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า การกระทำเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยปราศจากส่วนที่เป็นอัตวิสัย เจตจำนงที่จะให้เกิดผลและบังคับการเคลื่อนไหวร่างกายไม่เป็นส่วนประกอบของการกระทำ ความต้องการให้เกิดผลตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น ต้องการให้ความตายเกิดขึ้นในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น จึงไม่ได้รวมอยู่ในการกระทำ ซึ่งทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลนั้นเป็นทฤษฎีการกระทำของฝ่ายผลกำหนด (Kausalität) ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้จึงถือว่า เจตจำนง (will) ที่จะให้เกิดผลหรือไม่นั้นเป็นเรื่องของความชั่ว (Schuld) ซึ่งเป็นส่วนของอัตวิสัย (Objektiv) โดยแท้ไม่รวมอยู่ในส่วนขององค์ประกอบ เพราะฉะนั้นเพียงแต่ผู้กระทำก่อให้เกิดภัยอันตรายที่ผิดกฎหมายขึ้น ก็เพียงพอที่จะวินิจฉัยความผิดกฎหมายของการกระทำได้แล้ว ส่วนเจตนาที่จะให้เกิดผลนั้นหรือไม่ ถือว่าเป็นเรื่อง

²³ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 251.

²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 105.

ของความชั่ว การพิจารณาโครงสร้างส่วนประกอบตามแนวความคิดนี้ จึงพิจารณาเฉพาะการกระทำ ภายนอกและผลที่เกิดขึ้นเท่านั้น²⁵

ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre) ในปัจจุบันได้เสื่อมความนิยม ลงไปโดยสิ้นเชิงแล้ว เพราะเห็นกันว่าทฤษฎีนี้ไม่เพียงแต่จะเข้าใจผิดในหน้าที่ของเจตจำนงของ มนุษย์เท่านั้นแต่ได้ทำลายเจตจำนงของมนุษย์ไปเลยทีเดียว และเพียงแต่การพิจารณาถึงความเห็น ในเรื่องของการกระทำของการพยายามกระทำความคิดอย่างเดียวยทฤษฎีนี้ก็ใช้ไม่ได้เสียแล้ว ทั้งนี้ เพราะการพยายามกระทำความคิดเป็นการกระทำที่มีส่วนของอัตวิสัย (subjektiv/subjective) รวมอยู่ ด้วยเสมอ กล่าวคือ ในการพยายามกระทำความคิดผู้กระทำต้องกระทำโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมาย บัญญัติเป็นความผิด ซึ่งก็คือ “องค์ประกอบภายใน” ของการกระทำนั่นเอง ฉะนั้น ในการกระทำจึง มีส่วนที่เป็นอัตวิสัย (subjektiv/subjective) รวมอยู่ด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ส่วนที่เป็นอัตวิสัย (subjektiv/subjective) ก็เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำ²⁶

2) ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre)

นักนิติศาสตร์เยอรมันคนสำคัญที่ยืนหยัดใน “ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ” (finale Handlungslehre) คือ Prof. Dr. Hans Welzel²⁷ โดยได้ให้ความหมายของการกระทำไว้ว่า “การกระทำของมนุษย์ คือ การแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมายกำกับ”²⁸

ดังนั้น การกระทำของมนุษย์ตามนิยามดังกล่าว จึงเป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากการกำหนด ความมุ่งหมายโดยมีเจตจำนงกำกับ มิใช่เหตุการณ์ที่เป็นผลจากการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก เฉพาะๆ โดยมนุษย์จะกำหนดจุดมุ่งหมายและรายละเอียดเป็นขั้นเป็นตอนรวมทั้งกำหนดแผนการที่จะ ดำเนินการและดำเนินการไปตามขั้นตอนรายละเอียดของแผนการนั้น เพื่อให้บรรลุถึงจุดมุ่งหมายที่ ต้องการ กล่าวคือ ในการกระทำของมนุษย์นั้นจะต้องมีการคิด การตกลงใจตามที่คิดไว้ แล้วทำไป ตามที่ตกลงใจไว้แล้วนั่นเอง โดยทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre) นี้ เป็นทฤษฎีการกระทำของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalität) จึงไม่เกี่ยวกับเรื่องความชั่ว (Schuld) ซึ่งเป็นเรื่องของความรู้ผิดชอบ

²⁵ George P. Fletcher, Comparative Criminal theory, 2ed (1974) p. 57. (อ้างถึงในแสง บุญเฉลิม วิชาส ข ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา, 2524 หน้า 14-15).

²⁶ คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 106.

²⁷ แหล่งเดิม. หน้า 107.

²⁸ vgl. Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, S. 1; derselber, Das Deutsche Strefrecht, S. 33. (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก, 2551 หน้า 107).

ทฤษฎีนี้ถือว่า นอกจากผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สำนึกแล้ว ผู้กระทำยังมีเจตจำนง (will) ที่จะให้เกิดผลจากการกระทำนั้นด้วย เพราะฉะนั้นตามแนวคิดนี้จึงถือว่าสิ่งที่จะถูกลงโทษได้นั้น มิใช่เพียงแต่ลงโทษการก่อให้เกิดอันตรายในสิ่งที่กฎหมายห้ามเท่านั้น แต่เป็นเรื่องของการลงโทษ เจตนาที่ก่อให้เกิดอันตรายนั้นมากกว่า²⁹ ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้จึงถือว่าเจตนาอยู่ในส่วนของ องค์ประกอบภายในซึ่งอยู่ในโครงสร้างข้อที่ 1 คือ การกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมาย บัญญัติ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในปัจจุบันนั้น “ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ” (finale Handlungslehre) นี้เป็นทฤษฎีการกระทำที่ได้รับการยอมรับว่าถูกต้อง และได้รับการยอมรับ อย่างแพร่หลาย

กล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับทฤษฎีการกระทำตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นก็คือ ทั้งทฤษฎี การกระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre) และทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre) ต่างก็เห็นว่าโครงสร้างความผิดอาญาประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ เช่นเดียวกัน คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว จะแตกต่างกัน ก็เฉพาะแต่โครงสร้างความผิดอาญาส่วนที่ 1 คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ กล่าวคือ ตาม ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre) เห็นว่าส่วนขององค์ประกอบนั้น ประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอกซึ่งเป็นส่วนภาวะวิสัย (Objective) และองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกุงใจ ซึ่งเป็นส่วนอัตวิสัย (Subjective) รวมอยู่ด้วย แต่ทฤษฎีการ กระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre) นั้น มีความเห็นว่าในโครงสร้างความผิดอาญาส่วนที่ 1 นั้นประกอบด้วยส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (Objective) อย่างเดียว กล่าวคือ มีเฉพาะองค์ประกอบ ภายนอกอย่างเดียวกันเท่านั้น ส่วนองค์ประกอบภายในซึ่งก็คือ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกุงใจ ซึ่งเป็น ส่วนอัตวิสัย จะไม่อยู่ในโครงสร้างส่วนที่ 3 คือเรื่อง “ความชั่ว” (Schuld) ซึ่งเป็นส่วนอัตวิสัย เหมือนกัน³⁰

อย่างไรก็ตามแม้การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นการกระทำที่ครบถ้วนด้วย ข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ ก็มีได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษเสมอไป เนื่องจาก กฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” สำหรับผู้กระทำความผิดไว้อยู่นอก

²⁹ Geroge P. Fletcher, Comparative Criminal theory, 56 (...condemnation should not issue merely form a finding that a prohibited from of harm occurred...but rather the intentional infliction of that harm.) (อ้างถึงในแสวง บุญเฉลิมวิภาส ข, 2524 หน้า 15).

³⁰ ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 16.

โครงสร้างความคิดอาญา ซึ่งการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเป็นการพิจารณาหลังจากที่การกระทำของบุคคลนั้นครบโครงสร้างความคิดอาญาแล้ว

1. ความหมายของเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

โดยทั่วไปบทบัญญัติในกฎหมายอาญาจะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญา (Verbrechen/crime) และโทษ สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” นั้นจัดว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น ทั้งนี้ เพราะตามปกติเมื่อการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็น “ความผิดอาญา” (Verbrechen/crime) แล้ว “ความสมควรลงโทษ” (Strafwürdigkeit) สำหรับการกระทำนั้นย่อมมีอยู่ในตัวเองในการกระทำนั้น อย่างไรก็ตามในบางกรณีแม้การกระทำจะเป็นความผิดอาญา (Verbrechen/crime) แล้ว แต่ก็อาจมีเหตุผลพิเศษที่ยังไม่สมควรลงโทษ ผู้กระทำความผิดผู้ใดคนหนึ่งโดยเฉพาะได้ ในกรณีนี้กฎหมายจะบัญญัติยกเว้นโทษเป็นการเฉพาะตัวผู้นั้นไว้ ซึ่งอาจเป็นการยกเว้นโทษให้ทั้งหมดหรือยกเว้นโทษให้บางส่วน (ลดโทษ) ก็ได้ บทบัญญัติที่บัญญัติยกเว้นโทษในกรณีดังกล่าวนี้ คือ บทบัญญัติว่าด้วย “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”³¹นั่นเอง

การบัญญัติ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” เกิดขึ้นจากเหตุผลที่อยู่นอกเหนือเหตุผลของ “โครงสร้างความคิดอาญา” ดังนั้นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของความผิดอาญา และไม่กระทบกระเทือนต่อคุณธรรมทางกฎหมายด้วย อีกทั้งยังไม่เกี่ยวข้องกับวิธีการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด เพราะ คุณธรรมทางกฎหมายและวิธีการกระทำความผิดต่างก็เป็นสาระสำคัญในโครงสร้างความคิดอาญา

ดังนั้น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” จึงหมายถึง ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความคิดอาญาและเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว

2. ประเภทของเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

เรื่องของเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนี้มีทั้งกรณีที่ถูกกฎหมายยกเว้นโทษให้ทั้งหมด ซึ่งเรียกว่า “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” และกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้บางส่วน เรียกว่า “เหตุลดโทษให้เฉพาะตัว” ดังนั้นคำว่า “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” จึงรวมถึงการที่กฎหมายลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดบางส่วนด้วย และในกฎหมายอาญาก็ยังมี “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” อีกด้วย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติ “เหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” ไว้เป็นการเฉพาะแก่ผู้กระทำความผิดแต่ละคน

³¹ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 113.

“เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ตามกฎหมายอาญาเยอรมัน แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว (persönlicher Strafausschließungsgrund)

“เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วก่อนการกระทำความผิด มีผลทำให้กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำความผิด

เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว (persönlicher Strafausschließungsgrund) คือ ข้อเท็จจริงแห่งเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้กระทำความผิดที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) ของการกระทำความผิดและความชั่ว (Schuld) ของผู้กระทำความผิด ซึ่งเนื่องจากเหตุผลในทางนโยบายในทางอาญา การลงโทษผู้กระทำความผิดย่อมเป็นอันตกไป³²

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวนั้น ได้แก่

ก. เหตุห้ามลงโทษกรณีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว เนื่องจากกฎหมายเห็นว่า ครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่สำคัญสถาบันหนึ่ง การลงโทษในความผิดบางฐานจึงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิด แต่อาจก่อให้เกิดผลร้ายและความแตกร้างของสถาบันครอบครัว ซึ่งการลงโทษนั้นจะทำให้สถาบันครอบครัวขาดความเป็นเอกภาพ³³

ข. ความผิดต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความผิดต่อสิทธิครอบครอง และสิทธิเข้าบ้าน ซึ่งกรรมสิทธิ์ที่ดี ทรัพย์สินที่ดี หรือการครอบครอง ต่างเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลโดยแท้³⁴

ค. เอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐและบุคคลอื่น³⁵

2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว (persönlicher Strafaufhebungsgrund)

เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด โดยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนี้มีผลทำให้ “ความสมควรลงโทษ” (Strafwürdigkeit) เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นที่ไม่สมควรจะลงโทษผู้กระทำความผิดต่อไป

บทบัญญัติเกี่ยวกับเหตุยกโทษให้เฉพาะตัว ได้แก่ กรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เหตุที่กฎหมายยกโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด และโดยการทำความดีของผู้กระทำความผิดตามข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัตินี้ทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นเป็นอันตกไป

กล่าวโดยสรุป ในการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเป็นการพิจารณาเฉพาะเหตุผลที่อยู่นอกเหนือ โครงสร้างความผิดอาญา ทำให้การพิจารณาเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้น

³² vgl. etwa Harro Otto, Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre, § 20 Randnummer 1, S. 288 (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ก, 2551 หน้า 115).

³³ ชารทิพย์ แสงหิ่งห้อย. เล่มเดิม. หน้า 52.

³⁴ แหล่งเดิม.

³⁵ แหล่งเดิม.

ไม่ได้พิจารณาถึงเหตุเกี่ยวกับความรู้สึกผิดชอบหรือนำคำหนีได้แต่อย่างใด เพราะเหตุเหล่านี้ กฎหมายอาญาของเยอรมันจะนำไปไว้อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนของความชั่ว โดยตาม กฎหมายอาญาเยอรมันจะแยกพิจารณาถึงเหตุในการที่กฎหมายไม่ลงโทษออกเป็น 2 กรณี คือ

1. เหตุที่เกี่ยวกับความรู้สึกผิดชอบหรือนำคำหนีได้นั้นจะไปรวมอยู่ใน โครงสร้าง ความผิดอาญาในเรื่องความชั่ว (Schuld) เพราะนักกฎหมายเห็นว่า ความชั่วเป็นพื้นฐานของการ กำหนดโทษ หมายความว่า ถ้าบุคคลผู้กระทำความชั่ว การกระทำนั้นก็จะไม่เป็นความผิดอาญา จึงไม่สามารถลงโทษบุคคลได้

2. เหตุที่เกี่ยวกับเหตุผลอื่นที่กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำผิดหรือเหตุผลที่กฎหมายยก โทษให้แก่ผู้กระทำความผิด กฎหมายอาญาเยอรมันจะนำไปบัญญัติไว้ในเรื่อง “เหตุยกเว้นโทษ เฉพาะตัว” ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา หมายความว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมายอาญาแล้ว แต่มีเหตุผลอื่นๆ ที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำผิด³⁶

3.2.1.2 ความผิดอาญาเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติความผิดฐานเข้าร่วมในการซุลมุนต่อผู้ไว้ใน บทที่ 17 ความผิดเกี่ยวกับบุคคล มาตรา 231³⁷ ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

(1) ผู้ใดมีส่วนร่วมในการทะเลาะวิวาทหรือทำร้ายบุคคลหนึ่ง โดยบุคคลหลายคน ต้อง ระวังโทษเพราะการมีส่วนร่วมในการนั้น โดยจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับ หากมีบุคคลถึงแก่ความ ตายหรือได้รับอันตรายสาหัส (มาตรา 226) จากการทะเลาะวิวาทหรือการทำร้ายนั้น

(2) ผู้ใดที่เข้าร่วมในการทะเลาะวิวาทหรือการทำร้ายโดยปราศจากความสมควรถูก คำหนี ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษตาม (1)

การกระทำที่เป็นการร่วมในการซุลมุนต่อผู้ หมายความว่า จะต้องอยู่ต่อหน้าการซุลมุน ต่อผู้ แต่ไม่ต้องถึงกับอยู่ในวงการต่อสู้ที่เดียว และเมื่ออยู่ในที่ต่อหน้าการซุลมุนต่อผู้แล้วได้กระทำ การอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการใช้กำลังเพื่อกระทำความร้ายด้วย โดยจะต้องอยู่ต่อหน้าและช่วยเหลือ โดยตรงทางกายหรือทางจิตใจ³⁸

แนวความคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเห็นว่าความผิดฐานเข้าร่วมใน การซุลมุนต่อผู้มีแนวความคิดของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานนี้ได้ต้องมีการเกิดขึ้นของผล คือ ความตายหรือ อันตรายสาหัส

³⁶ ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 26.

³⁷ German Criminal Code section 231.

³⁸ จิตติ ดิงศภัทย์ ข เล่มเดิม. หน้า 177.

กฎหมายเยอรมันอธิบายด้วยว่าความตายจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการที่ผู้หนึ่งเข้าชูลมุนต่อผู้ที่ไม่สำคัญ กล่าวคือ ถ้ามีการชูลมุนต่อผู้อื่นมีผลให้บุคคลใดตายแล้ว ผู้ที่มีความผิดตามมาตรานี้ไม่จำเป็นต้องเข้าร่วมตั้งแต่ก่อนทำร้ายที่มีผลให้บุคคลใดถึงตาย และแม้จะเข้าร่วมภายหลังที่ได้มีการทำร้ายที่มีผลให้บุคคลถึงตายแล้วแต่ยังมีการชูลมุนต่อผู้อื่นก็ยังคงเป็นความผิดฐานนี้³⁹ โดยนักกฎหมายเยอรมันได้ให้เหตุผลไว้ดังนี้

Gunther Arzt and Ulrich Weber ให้เหตุผลว่า “เนื่องจากการชูลมุนต่อผู้อื่นได้ก่อให้เกิดอันตรายอย่างล่อๆ ขึ้น ในอันที่จะนำไปสู่การเกิดของผลที่รุนแรงขึ้นได้ ดังนั้น ผู้กระทำจึงยังคงต้องรับผิดชอบแม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นผู้ก่อให้เกิดผลขึ้นเองก็ตาม”⁴⁰

Hermann Blei ให้เหตุผลไว้ว่า “กรณีตามปัญหานี้ อันตรายในการชูลมุนนั้นได้เกิดเป็นจริงขึ้นมาแล้วก่อนที่บุคคลจะเข้าไปร่วมในการชูลมุน เพราะ พื้นฐานของการลงโทษในความผิดฐานดังกล่าว ก็คือการเข้าร่วมในการชูลมุนต่อผู้อื่น”⁴¹

K. Neumann ให้เหตุผลว่า “ความผิดฐานนี้เพียงแต่เข้าไปร่วมในการชูลมุนต่อผู้อื่นกฎหมายก็ลงโทษแล้ว แม้ว่าผลจะเกิดขึ้นก่อนที่บุคคลนั้นจะเข้าไปร่วมในการชูลมุนต่อผู้อื่นก็ตาม”⁴²

Herbert Troendle ให้เหตุผลไว้ว่า “แม้การเข้าร่วมชูลมุนจะได้เลิกไปก่อนที่ผลของความตายหรืออันตรายสาหัสจะเกิดขึ้นก็ตามก็ยังคงเป็นกรณีของมาตรานี้”⁴³

3.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

3.2.2.1 โครงสร้างความคิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส

1. การวินิจฉัยความผิดอาญาตามทฤษฎีดั้งเดิม

ตามทฤษฎีดั้งเดิม การวินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดหรือไม่นั้นจะต้องวินิจฉัยตามโครงสร้างความคิด ซึ่งมีองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 178.

⁴⁰ Gunther Arzt and Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil : LH1, Delikte gegen die Person, (1981) p. 117. (อ้างถึงในสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ข ผลของการกระทำในทางอาญา:ศึกษาเฉพาะกรณีผลที่เป็นการก่ออันตราย, 2536 หน้า 86).

⁴¹ Hermann Blei, Strafrecht: Allgemeiner Teil, (1975) p. 84. (อ้างถึงในสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ข, 2536 หน้า 86).

⁴² K. Neumann, Manuel of German Law : Part V German Criminal Law, (1952) p. 101. (อ้างถึงในสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ข, 2536 หน้า 86).

⁴³ Herbert Troendle, Strafgesetzbuch and Nebengesetze : Band 10, (1981) p. 993. (อ้างถึงในสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ข, 2536 หน้า 86).

- 1) องค์ประกอบทางกฎหมาย (Elément Légal)
- 2) องค์ประกอบทางการกระทำ (Elément Matériel)
- 3) องค์ประกอบทางจิตใจ (Elément Moral)

โดยองค์ประกอบทั้ง 3 ส่วนสามารถแยกพิจารณารายละเอียดได้ดังต่อไปนี้

1) องค์ประกอบทางกฎหมาย (Elément Légal) หมายความว่า การกระทำจะมีความผิดและจะถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้ ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมาย ก็ไม่มีความผิดและไม่มีโทษ” ซึ่งในภาษาละตินเรียกว่า “Nullum crimen , nulla poena sine lege”

2) องค์ประกอบทางการกระทำ (Elément Matériel) คือ กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอกซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น แต่เดิมจะมีความผิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำเท่านั้น แต่ต่อมากฎหมายเห็นความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันเพื่อความสงบและปกติสุขกฎหมายจึงบัญญัติให้บุคคลต้องกระทำบางอย่างเพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมหรือละเว้นการกระทำบางอย่างซึ่งกฎหมายบัญญัติให้กระทำ ดังนั้น ความผิดตามกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามหรืออาจเกิดขึ้นโดยละเว้นการกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำก็ได้ ส่วนผลของการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็อาจเป็นความผิดขึ้นมาได้⁴⁴

3) องค์ประกอบทางจิตใจ (Elément Moral) การกระทำใดๆของบุคคลย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจก่อนแล้วจึงบังคับให้ร่างกายปฏิบัติตามจิตเจตนา ดังนั้น ความประสงค์ของผู้กระทำจึงขึ้นอยู่กับจิตใจและแสดงออกมาโดยการกระทำ องค์ประกอบทางจิตใจนี้จะพิจารณาถึงเจตนาและความประมาทที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ และความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำที่จะมีการกำหนดความผิดและโทษ⁴⁵

เมื่อการกระทำของบุคคลครบโครงสร้างในข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังต้องไปพิจารณาถึง “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” (L'impunité de l'infraction) อีก คือ จะต้องพิจารณาไปอีกว่า การกระทำของบุคคลนั้นมี “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” หรือไม่ ซึ่งสามารถแบ่งได้ 2 ประเภท คือ

1) เหตุเนื่องจากการกระทำ (Cause Objective) เป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำ (Circonstances objective) โดยไม่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาตัวบุคคล แต่เป็นการพิจารณาถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือเหตุยกเว้นความผิด (Justification) ซึ่งเป็นเหตุลักษณะคดีที่ทำให้การกระทำไม่มีความผิด และไม่ต้องรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและในทางแพ่ง

⁴⁴ ชานนท์ ศรีสาตร์. เล่มเดิม. หน้า 5.

⁴⁵ แหล่งเดิม. หน้า 6.

เหตุเนื่องจากการกระทำ ได้แก่กรณีต่อไปนี้

ก. การกระทำตามหน้าที่ (L'accomplissement d'un devoir) ได้แก่

การกระทำตามกฎหมาย (l'ordre de la loi)

การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย (Le commandement de l'autorité légitime)

ข. การใช้สิทธิ (L'exercice d'un droit) ได้แก่

การกระทำโดยป้องกัน (La légitime défense)

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้บัญญัติการกระทำโดยป้องกันไว้ในมาตรา 122-5 โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ คือ

“บุคคลที่เผชิญหน้าต่อภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งมาถึงตนเองหรือผู้อื่น หากได้กระทำการในขณะที่มีภัยอันตรายนั้นด้วยความจำเป็นเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่ว่าวิธีการที่ใช้ป้องกันนั้นไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด

บุคคลที่กระทำการไปเพื่อยับยั้งความผิดอุกฉุทโศกหรือมรณะโทษที่ได้กระทำต่อทรัพย์สินของเขา หากได้กระทำการป้องกันไปด้วยความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อระงับยับยั้งการกระทำ ความผิดต่อทรัพย์สินนั้นและวิธีการที่ใช้ในการป้องกันได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา”

กรณีอื่นๆที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ (Les autres permissions justificatives)

ค. การกระทำโดยจำเป็น (L'état de nécessité) และความยินยอมของผู้เสียหาย (Le consentement de la victime)

2) เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective)

การที่จะพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น นอกจากต้องพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ยังต้องพิจารณาไปถึงความสามารถในการรับรู้การที่จะถูกลงโทษด้วย กล่าวคือ ต้องพิจารณาด้วยว่าผู้กระทำสมควรที่จะได้รับโทษในความผิดที่ตนได้กระทำลงไปหรือไม่ โดยเหตุเนื่องจากการกระทำนั้น ได้แก่

ก. การกระทำเพราะถูกบังคับ

ข. การกระทำโดยวิกลจริต

ค. การกระทำความผิดโดยผู้เยาว์

ซึ่งผลที่เกิดจากเหตุที่พิจารณาตัวผู้กระทำผิดก็คือ การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่ เพียงแต่ว่าผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดชอบในทางแพ่งอยู่ โดยผลจากการกระทำนั้นถือเป็นเหตุส่วนตัว (in personam)

กล่าวโดยสรุป คือ เหตุยกเว้นโทษตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส คือ การกระทำนั้นยังเป็นการผิดกฎหมายอยู่เพียงแต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำ โดยการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษนั้นจะพิจารณาถึง “เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ” (Cause Subjective) ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา

ประเภทของเหตุยกเว้นโทษ

เหตุยกเว้นโทษตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นจะพิจารณาเฉพาะ “เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ” (Cause Subjective) เท่านั้น ซึ่งสามารถแยกออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1. เหตุยกเว้นโทษ (Excuse)

เหตุที่ผู้กระทำจะได้รับการยกเว้นโทษเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาว่า อย่างน้อยที่สุดผู้กระทำจะต้องมีความสามารถรู้ผิดชอบ (le minimum d'aptitude au discernement) กล่าวคือ ผู้นั้นจะต้องสามารถสนองตอบต่อผลของการกระทำผิดอาญาของตนเองได้

ดังนั้น เหตุยกเว้นโทษ จึงหมายความว่า ผู้กระทำผิดจะต้องได้รับโทษเมื่อเขาได้กระทำโดยความประสงค์อันอิสระและมีสติสมบูรณ์ (Volont'e libre et intelligence Imcide) กล่าวคือ ผู้กระทำผิดนั้นจะต้องมีความสามารถเข้าใจในการกระทำของตนและต้องการกระทำผิดนั้นอยู่⁴⁶ ซึ่งเหตุยกเว้นโทษกรณีนี้ ได้แก่

1) เหตุเกี่ยวกับข้อจำกัดเรื่องเสรีภาพในการกระทำ (la liberté du comportement pénal) ได้แก่ การกระทำเนื่องจากถูกบังคับ

2) เหตุเกี่ยวกับสติปัญญาของผู้กระทำ (la lucidité du comportement pénal) ได้แก่ เหตุวิกลจริตและเหตุเกี่ยวกับเด็กกระทำความผิด

2. เหตุยกโทษ (Absolution)

หมายความว่า การกระทำนั้นยังเป็นการผิดอยู่และผู้กระทำยังมีความสามารถรู้ผิดชอบได้ทุกประการ ซึ่งโดยปกติแล้วเขาจะต้องได้รับโทษ ดังนั้น การยกโทษนี้จึงไม่ได้เป็นการลบล้างความผิดหรือลบล้างในส่วนของความรู้ผิดชอบของผู้กระทำผิดเลย (elle ne supprime ni l'infraction ni la culpabilité)⁴⁷

เหตุยกโทษเป็นการพิจารณาถึง “ความเหมาะสมในการลงโทษ” (l'opportunité de la sanction pénale) ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าในการที่จะลงโทษบุคคลได้นั้น บุคคลนั้นจะต้องมีความรู้ผิดชอบ แต่แม้ว่าบุคคลจะมีความรู้ผิดชอบก็มิได้หมายความว่า จะต้องลงโทษบุคคลนั้นเสมอไปแต่ต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมในการลงโทษด้วย โดยเฉพาะเหตุผลที่เกี่ยวกับความ

⁴⁶ แหล่งเดิม. หน้า 21.

⁴⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ข (2535). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ.” วารสารนิติศาสตร์, 22, 1. หน้า 83.

สงบเรียบร้อย (la punition des coupables est commandée par des considerations d'ordre public) และผู้ที่ได้รับการยกโทษโดยพิจารณาเหตุผลด้านความเหมาะสมในการลงโทษนี้ โดยหลักแล้ว จะต้องถูกดำเนินคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาถึงความผิดและพิจารณาถึงเรื่องความรู้สึกผิดชอบ แต่ศาลไม่อาจลงโทษเขาได้ เนื่องจากเหตุผลเรื่องความเหมาะสมในการลงโทษที่กฎหมาย กำหนดให้ยกโทษให้ตนเอง⁴⁸ สำหรับเหตุยกโทษในกรณีนี้ ได้แก่

1) เหตุแห่งการไม่ลงโทษสามีกิริยาในความผิดฐานลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 380

2) ในความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เมื่อผู้มีส่วนในการกระทำความผิดแจ้งว่า ใครเป็นตำรวจหรือผู้สนับสนุนก่อนความผิดสำเร็จ ผู้นั้นก็จะได้รับยกเว้นโทษเป็นการตอบแทน ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 101

2. ตามทฤษฎีปัจจุบัน

ปัจจุบันในทางตำรากฎหมายอาญาฝรั่งเศส มีการวินิจฉัยความผิดอาญา โดยเพิ่ม องค์ประกอบส่วนที่ 4 คือ องค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรม (Element illicéité) ซึ่ง เป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่เป็นความผิดอาญานั้นจะต้องมีการทำร้ายหรือละเมิดใน 2 ลักษณะ คือ 1) ละเมิดกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และ 2) ละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ทฤษฎีการวินิจฉัยความผิดอาญาแบบทฤษฎีดั้งเดิมกับทฤษฎี ปัจจุบันนั้นองค์ประกอบในการวินิจฉัยความผิดเหมือนกัน โดยประกอบด้วย องค์ประกอบทาง กฎหมาย องค์ประกอบทางการกระทำ และองค์ประกอบทางจิตใจ จะแตกต่างกันก็คือ ทฤษฎี ปัจจุบันนั้นมีการนำเอาองค์ประกอบส่วนที่ 4 คือ “องค์ประกอบในส่วนที่เกี่ยวกับความไม่เป็น ธรรม” มาใช้ในการวินิจฉัยความผิดด้วย แต่การอธิบายเช่นนี้ไม่เป็นที่นิยมมากนัก

3.2.2.2 ความผิดอาญาเกี่ยวกับการฝ่าฝืนอำนาจหน้าที่ของรัฐของประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติความผิดฐานเข้าร่วมในการ ชุมนุมต่อสู้ไว้เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการชุมนุม โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการมั่วสุมทำให้เกิดความวุ่นวายไว้ใน ลักษณะ 3 การฝ่าฝืนอำนาจ หน้าที่ของรัฐ (Violation of the authority of the state) บทที่ 1 ความผิดที่เป็นการละเมิดความสงบ เรียบร้อยของสาธารณะ (Breaches of the public peace) ตอน 2 การเข้าร่วมในการมั่วสุมที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย (Participation in unlawful assembly) มาตรา 431-3 ถึงมาตรา 431-5 ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 84.

มาตรา 431-3 การมั่วสุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง การรวมตัวกันของกลุ่มบุคคล บนถนนสาธารณะหรือในพื้นที่สาธารณะที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย

เจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถสลายการมั่วสุมที่พวกเขาคิดว่าก่อให้เกิดความไม่สงบนี้ได้หากมีคำสั่งเตือนให้สลายการมั่วสุมเองแล้ว 2 ครั้ง แต่ผู้ที่มั่วสุมยังคงกระทำการดังกล่าวต่อไป โดยคำสั่งให้สลายการมั่วสุมนี้ทำให้ผู้ที่ร่วมกันมั่วสุมมีหน้าที่จะต้องแยกย้ายออกจากการมั่วสุมนั้นโดยไม่ชักช้า⁴⁹

มาตรา 431-4 หากผู้ที่ทำการมั่วสุมทำให้เกิดความวุ่นวายยังคงจงใจมีการมั่วสุมกันต่อไปอีกหลังจากที่มีคำสั่งให้สลายการมั่วสุมนั้นแล้ว ผู้นั้นจะต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี และปรับ 15000 ยูโร ในกรณีที่ไม่มั่วสุม⁵⁰

มาตรา 431-5 ในกรณีที่มีอาวุธจะต้องระวางโทษจำคุก 3 ปี และปรับ 45000 ยูโรและต่อจากนี้หากผู้ใดจงใจเข้าร่วมในการมั่วสุมต่อไปอีกจะต้องระวางโทษจำคุกเพิ่มขึ้นเป็น 5 ปี และปรับ 75000 ยูโร⁵¹

⁴⁹ French penal code Article 431-3.

⁵⁰ French penal code Article 431-4.

⁵¹ French penal code Article 431-5.

บทที่ 4

วิเคราะห์การวินิจฉัยความผิดอาชญาฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

บทบัญญัติความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยปรากฏขึ้นครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยความผิดฐานนี้ถูกบัญญัติขึ้น เนื่องจาก ผู้ร่างเห็นว่า การวิวาทต่อสู้ทำร้ายกันอย่างชุลมุนมีมากในประเทศไทยและยากที่จะหาพยานมาพิสูจน์ว่าผู้ใดทำร้ายใครอย่างไร จึงต้องมีบทบัญญัติรวมเพื่อลงโทษผู้ที่ร่วมในการวิวาทนั้น และปัจจุบันความผิดฐานนี้มักถูกนำมาใช้กับเหตุการณ์นักเรียนนักศึกษาขกพวกทะเลาะวิวาททำร้ายกัน ซึ่งปัญหานี้จัดเป็นลักษณะเฉพาะของการใช้ความรุนแรงในหมู่เยาวชนวัยรุ่นไทยที่สมควรได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วน

4.1 ปัญหาการวินิจฉัยเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยตามโครงสร้างความผิดอาญา

ปัจจุบันสามารถแบ่งระบบกฎหมายได้เป็น 2 ระบบใหญ่ๆ คือ ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ซึ่งกฎหมายทั้ง 2 ระบบต่างก็ยอมรับว่าในการที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดอาญาและจะต้องถูกลงโทษหรือไม่นั้นจะต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดที่เรียกว่า “โครงสร้างความผิดอาญา” โดยแต่ละประเทศนั้นก็จะมีกรวินิจฉัยโครงสร้างความผิดอาญาที่ต่างกันไป โดยประเทศที่มีอิทธิพลในแนวทางการวินิจฉัยความรับผิดในทางอาญาของไทยเป็นอย่างมากก็คือประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ยึดถือแนวระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่นเดียวกับไทยนั่นเอง

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 ซึ่งทั้ง 2 มาตรา มีหลักเกณฑ์องค์ประกอบความผิดเหมือนกันจะต่างกันก็เฉพาะมาตรา 294 เป็นกรณีที่มีการชุมนุมต่อสู้นั้นเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย ส่วนมาตรา 299 เป็นกรณีที่มีการชุมนุมต่อสู้นั้นเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส และหากพิจารณาความผิดฐานนี้ตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและฝรั่งเศสแล้ว จะพบว่าความผิดฐานนี้มีปัญหาอยู่ที่วรรคสองของทั้ง 2 มาตราที่บัญญัติเหตุยกเว้นโทษไว้โดยบัญญัติ

เช่นเดียวกันว่า “ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้นั้นหรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” ซึ่งปัญหาที่เกิดจากการบัญญัติเหตุยกเว้นโทษดังกล่าว คือ การที่กฎหมายบัญญัติว่าผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นั้นไม่ต้องรับโทษ หากผู้นั้นสามารถนำสืบได้ว่าตนได้เข้าไปร่วมในการชุมนุมต่อสู้อเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้นั้น หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำทั้ง 2 ประการ คือ “การห้ามการชุมนุมต่อสู้อ” และ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็นการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษนั้น ไม่ถูกต้องตามหลักการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญา เนื่องจาก หากนำการกระทำดังกล่าวมาพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดแล้วจะพบว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด เนื่องจาก เป็นการกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบของโครงสร้างความผิดอาญา หากใช่เป็นการกระทำที่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ทั้ง 2 มาตราบัญญัติไว้ว่า “ไม่ต้องรับโทษ” แต่อย่างไรก็ตาม โดยสามารถวินิจฉัยการกระทำทั้ง 2 ประการตามโครงสร้างความผิดอาญาได้ ดังนี้

4.1.1 การห้ามการชุมนุมต่อสู้อ

คำว่า “ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้อ” หมายความว่า ผู้นั้นไม่ได้มีเจตนาเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้อ แต่ได้เข้าไปโดยมีเจตนาที่จะห้ามการชุมนุมต่อสู้อนั้น กล่าวคือ เจตนาที่แท้จริงของผู้กระทำ คือ ต้องการระงับหรือยุติการชุมนุมต่อสู้อไม่ได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้อแต่อย่างใด

เราสามารถพิจารณา “การห้ามการชุมนุมต่อสู้อ” ตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและฝรั่งเศสได้ดังนี้

4.1.1.1 วินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว โดยที่การวินิจฉัยความผิดอาญานั้นจะต้องวินิจฉัยตามลำดับขั้นตอน คือ ในลำดับแรกต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” หรือไม่ หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ก็จะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นมี “ความผิดกฎหมาย” หรือไม่ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมายแล้ว สุดท้ายก็ต้องพิจารณาตัวผู้กระทำว่าผู้นั้นมี “ความชั่ว” หรือไม่ หากพบว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นครบโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ประการ ก็จะถือว่า การกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดและจะต้องถูกลงโทษ แต่หากการกระทำของบุคคล

นั้นขาดโครงสร้างความคิดอาญาข้อใดข้อหนึ่งไป การกระทำนั้นก็จะไม่เป็นความคิดอาญา โดยโครงสร้างความคิดอาญาทั้ง 3 ประการนั้นสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) แบ่งออกเป็น

1) องค์ประกอบภายนอก คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความคิดฐานใดฐานหนึ่ง คือ เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด ซึ่งได้แก่ “ผู้กระทำความผิด” และ “การกระทำ” นอกจากนี้อาจมี “กรรมของการกระทำ” และ “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” อีกทั้งในความคิดบางฐานอาจมี “สิ่งที่เป็นส่วนพิเศษอื่น” ด้วยและคุณธรรมทางกฎหมายก็เป็นสิ่งที่อยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกด้วย

2) องค์ประกอบภายใน คือ สิ่งที่อยู่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่เป็นภายในตัวผู้กระทำผิดหรือเป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความคิดฐานใดฐานหนึ่งซึ่งตามปกติจะมีสิ่งเดียว แต่ในความคิดบางฐานอาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าหนึ่งสิ่งก็ได้โดยองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกใจ และองค์ประกอบภายในอื่นๆ

2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) เป็นส่วนที่จะต้องพิจารณาหลังจากที่พิจารณาแล้วว่า การกระทำนั้นครบในส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยการพิจารณาความผิดกฎหมายเป็นการพิจารณาว่าการกระทำที่เข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยความผิดกฎหมายนี้เป็นเรื่องของการกระทำที่มีเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ มีผลให้การกระทำนั้นไม่เป็นความคิดอาญาและเป็นเรื่องเดียวกับเรื่องเหตุยกเว้นความผิด

3. ความชั่ว (Schuld) เป็นการพิจารณาถึงตัวบุคคลผู้กระทำความผิดว่า การที่ผู้นั้นได้ตัดสินใจกระทำความผิดลงไปในนั้นเขามีความรู้สึกผิดชอบหรือไม่ หากการกระทำของบุคคลนั้นไม่อาจถูกดำเนินได้ เพราะ ผู้กระทำไม่รู้ผิดชอบหรือการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจดำเนินได้ ผู้นั้นก็ไม่มี ความชั่ว จึงไม่ต้องรับโทษ

อย่างไรก็ตามแม้การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นการกระทำที่ครบถ้วนด้วยข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ก็มีได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษเสมอไป เนื่องจากกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” สำหรับผู้กระทำความผิดไว้อยู่นอกโครงสร้างความคิดอาญา ซึ่งการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนี้เป็นการพิจารณาหลังจากที่การกระทำของบุคคลนั้นครบโครงสร้างความคิดอาญาแล้ว โดยเหตุยกเว้นโทษสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว (persönlicher Strafausschliessungsgrund) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วก่อนการกระทำความผิด มีผลทำให้กฎหมายห้ามลงโทษผู้กระทำ

ความผิด ได้แก่ เหตุห้ามลงโทษกรณีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว ความผิดต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความผิดต่อสิทธิครอบครอง และสิทธิเจ้าบ้าน รวมถึงเรื่องเอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐและบุคคลอื่น

2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว (persönlicher Strafaufhebungsgrund) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด มีผลทำให้ “ความสมควรลงโทษ” (Strafwürdigkeit) เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นที่ไม่สมควรจะลงโทษผู้กระทำความผิดต่อไป ได้แก่ กรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

หากนำการกระทำคือ “การห้ามการชุลมุนต่อสู้” มาพิจารณาตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะพบว่าการกระทำความผิดเป็นการกระทำที่มีส่วนของ “องค์ประกอบภายนอกของความผิด” ฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ กล่าวคือ มีตัวผู้กระทำความผิด คือ ผู้ที่เข้าไปห้ามนั้นก็เป็นผู้ที่เข้าร่วมอยู่ในการชุลมุนต่อสู้ด้วย และมีการกระทำ คือ การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป แต่ต่อมาเมื่อพิจารณาถึงส่วนขององค์ประกอบภายในแล้วจะพบว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ มีองค์ประกอบภายใน คือ “เจตนาในการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้” ซึ่งจะพบว่า การกระทำที่เป็นการเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้ที่เข้าไปหาได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ด้วยแต่อย่างใดไม่ หากแต่ได้เข้าไปโดยมีเจตนาที่ต้องการจะระงับหรือยุติการชุลมุนต่อสู้เท่านั้น

ดังนั้น การเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้จึงเป็นการกระทำที่ขาดเจตนาในการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ ซึ่งเป็นส่วนของ “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ครบ “องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” และเมื่อการกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติจึงไม่ต้องไปพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนของความผิดกฎหมายและความชั่วอีกต่อไป จึงสรุปได้ว่าการเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้เป็นการกระทำที่ไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญา ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดหาใช่เป็นการกระทำที่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 วรรคสอง และมาตรา 299 วรรคสองบัญญัติไว้

4.1.1.2 วินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส

การวินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดหรือไม่นั้นจะต้องวินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งโครงสร้างความผิดอาญาของฝรั่งเศสมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ องค์ประกอบทางกฎหมาย องค์ประกอบทางการกระทำ และองค์ประกอบทางจิตใจ โดยสามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1) องค์ประกอบทางกฎหมาย (Elément Légal) หมายความว่า การกระทำจะมีความผิด และจะถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและได้กำหนดโทษไว้

2) องค์ประกอบทางการกระทำ (Elément Matériel) คือ กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอกซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น โดยความผิดตามกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามหรืออาจเกิดขึ้นโดยละเว้นการกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำก็ได้ ส่วนผลของการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำจะเกิดขึ้นหรือไม่ก็อาจเป็นความผิดได้

3) องค์ประกอบทางจิตใจ (Elément Moral) การกระทำใดๆของบุคคลย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจก่อนแล้วจึงบังคับให้ร่างกายปฏิบัติตามจิตใจนั้น ดังนั้น ความประสงค์ของผู้กระทำจึงขึ้นอยู่กับจิตใจและแสดงออกมาโดยการกระทำ องค์ประกอบทางจิตใจนี้จะพิจารณาถึงเจตนาและความประมาทที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังของผู้กระทำ และความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำที่จะมีการกำหนดความผิดและโทษ¹

เมื่อการกระทำของบุคคลครบโครงสร้างความผิดอาญาในข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการแล้ว ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังต้องพิจารณาอีกว่า การกระทำของบุคคลนั้นมี “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” หรือไม่ โดยเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุเนื่องจากการกระทำ (Cause Objective) เป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำ โดยไม่ได้ขึ้นอยู่กับตัวบุคคล แต่เป็นการพิจารณาถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือเหตุยกเว้นความผิด (Justification) ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด และผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและในทางแพ่ง

2) เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) เป็นการพิจารณาความสามารถในการรับรู้การที่จะถูกลงโทษ คือ ผู้กระทำสมควรที่จะได้รับโทษในความผิดที่ตนได้กระทำไปหรือไม่ โดยผลที่เกิดจากเหตุที่พิจารณาตัวผู้กระทำผิดก็คือ การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่ เพียงแต่ว่าผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดในทางแพ่ง

หากนำการกระทำคือ “การห้ามการชุลมุนต่อสู้อย่างผิดกฎหมาย” มาพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาของฝรั่งเศสแล้ว จะพบว่าเป็นการกระทำที่ครบ “องค์ประกอบทางกฎหมาย” เนื่องจากในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นั้นกฎหมายบัญญัติเอาผิดผู้ที่เข้าร่วมอยู่ในการชุลมุนต่อสู้อยู่ทุกคนซึ่งผู้ที่เข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้นี้ก็เป็นผู้ที่อยู่ในการชุลมุนต่อสู้อยู่ด้วย จึงเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบทางกฎหมาย

¹ ชานนท์ ศรีสาคร. เล่มเดิม. หน้า 6.

เมื่อพิจารณาต่อมาในส่วนของ “องค์ประกอบทางการกระทำ” จะพบว่า ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เป็นความผิดที่กฎหมายประสงค์จะห้ามมิให้บุคคลเข้าไปร่วมในการชุลมุนต่อสู้จึงบัญญัติเป็นความผิด ซึ่งการเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้นี้ได้มีการเคลื่อนไหวร่างกายเข้าไปในวงการชุลมุนต่อสู้แล้วจึงถือเป็นการกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้าม ดังนั้น จึงเป็นการกระทำที่มีองค์ประกอบทางการกระทำ และท้ายที่สุดเมื่อพิจารณาถึง “องค์ประกอบทางจิตใจ” ในเรื่องความประสงค์หรือเจตนาของผู้ที่เข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้ จะพบว่าผู้กระทำไม่ได้มีความประสงค์หรือเจตนาที่จะเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้แต่อย่างใด แต่ได้เข้าไปโดยมีความประสงค์หรือเจตนาที่จะระงับหรือยุติการชุลมุนต่อสู้เท่านั้น ดังนั้นจึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบทางจิตใจ ทำให้การเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้นั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีความผิดหาใช่เป็นการกระทำที่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 วรรคสอง และมาตรา 299 วรรคสองบัญญัติไว้

การที่กฎหมายบัญญัติถึงผลของการเข้าไปห้ามการชุลมุนต่อสู้ว่า “ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” นอกจากจะไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว การบัญญัติผลของการกระทำไว้ดังกล่าวยังอาจส่งผลกระทบต่อผู้กระทำด้วย เนื่องจาก การกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษมีผลทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญาเท่านั้นแต่ยังคงต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งอยู่ ต่างจากการกระทำที่ไม่เป็นความผิดซึ่งจะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง

4.1.2 การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 294 วรรคสอง และมาตรา 299 วรรคสอง บัญญัติให้ผู้ที่สามารถนำสืบพิสูจน์ได้ว่าตนเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นั้นเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ต้องรับโทษ

ในเรื่องการต่อสู้ป้องกันนั้นผู้ที่สมัครใจเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้จะอ้างว่ากระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ตนพ้นผิดในการเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ไม่ได้ เนื่องจากบุคคลนั้นไม่มีสิทธิป้องกันตนต่อภัยที่ตนสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยเอง โดยไม่มีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย และจะทำร้ายผู้อื่นเพื่อป้องกันอีกผู้หนึ่งที่วิวาทต่อสู้กันอยู่ก็ไม่ได้ด้วย

ดังนั้น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในความผิดฐานนี้ย่อมต้องหมายความถึงการป้องกันตนเองหรือผู้อื่นที่ไม่ได้เป็นผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง และได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ เนื่องจาก หากเป็นการป้องกันตนเองหรือผู้อื่นที่มีเจตนาเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้แล้วย่อมไม่สามารถกระทำได้

พิจารณา “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและฝรั่งเศสได้ดังนี้

4.1.2.1 วินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

โครงสร้างความผิดอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน คือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว โดยเมื่อเราวินิจฉัยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามโครงสร้างความผิดอาญาแล้วจะพบว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดกระทำได้ (Rechtfertigungsgrund/justification) เหตุหนึ่งในหลายๆ เหตุ² โดยการกระทำดังกล่าวนั้นกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันว่าเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในมาตรา 32 โดยวางหลักเกณฑ์ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ดังนี้

(1) ผู้ใดกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดกฎหมาย

(2) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า ความจำเป็นในการป้องกันภัยอันตรายที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งเกิดกับตนเองหรือผู้อื่น

ด้วยเหตุนี้การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนี้จึงอยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาในส่วน of “ความผิดกฎหมาย” โดยเป็นเหตุหนึ่งของผู้กระทำความผิดกระทำได้ และเป็นเหตุยกเว้นความผิดอันเป็นผลให้การกระทำของผู้กระทำไม่เป็นความผิดอาญาจึงไม่อาจลงโทษผู้กระทำได้นั้นเองและเมื่อเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาในส่วน of ความชั่ว อีกต่อไป

การป้องกันถือเป็นสิทธิของปัจเจกชนและสิทธิทางสังคม ไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะผู้ถูกประทุษร้ายเท่านั้นแต่ยังขยายไปยังบุคคลที่ 3 และรัฐด้วย โดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ไม่ได้เป็นสิทธิเด็ดขาดที่จะถูกนำมาใช้ได้ในทุกกรณี แต่จะถูกนำมาใช้เมื่อไม่เป็นการขัดกับภารกิจของสังคมเท่านั้น โดยข้อคิดพื้นฐานของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมาจากสุภาษิตกฎหมายที่ว่าความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง³

² คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 211.

³ Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen (Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 10 Auflage (Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1967) p. 81 (อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ค การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน, 2539 หน้า 133).

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาในประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วก็จะพบว่าบัญญัติเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ไว้มาตรา 68 โดยถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่นเดียวกัน ดังนั้นเมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายจึงทำให้การกระทำนั้น ไม่เป็นความผิด

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะพบว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” นั้นถือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด หากมีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษ ให้ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 วรรคสอง และมาตรา 299 วรรคสองบัญญัติไว้ว่า “ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” แต่อย่างไร

4.1.2.2 วินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส

การวินิจฉัยความผิดตาม โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสนั้นจะต้องวินิจฉัยตามองค์ประกอบทั้งสิ้น 3 ส่วน คือ องค์ประกอบทางกฎหมาย องค์ประกอบทางการกระทำ และองค์ประกอบทางจิตใจ และเมื่อการกระทำของบุคคลใดครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการแล้ว ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังจะต้องไปพิจารณาถึง “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” อีกประการหนึ่งด้วย คือ จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นมีเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดหรือไม่ ซึ่งเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดนั้นแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. เหตุเนื่องจากการกระทำ (Cause Objective) เป็นการพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำโดยไม่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาตัวบุคคลแต่อย่างใด โดยพิจารณาถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือเหตุยกเว้นความผิด (Justification) ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด และผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและในทางแพ่ง โดยเหตุเนื่องจากการกระทำนั้น ได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

ก. การกระทำตามหน้าที่ (L'accomplissement d'un devoir) ได้แก่

การกระทำตามกฎหมาย (l'ordre de la loi)

การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย (Le commandement de l'autorité légitime)

ข. การใช้สิทธิ (L'exercice d'un droit) ได้แก่

การกระทำโดยป้องกัน (La légitime défense)

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยป้องกันไว้ใน มาตรา 122-5 โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ คือ

“บุคคลที่เผชิญหน้าต่อภัยอันตรายที่มีขอบด้วยกฎหมายซึ่งมาถึงตนเองหรือผู้อื่น หากได้กระทำการในขณะที่มีภัยอันตรายนั้น โดยความจำเป็นเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่ว่าวิธีการที่ใช้ป้องกันนั้นไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด

บุคคลที่กระทำการไปเพื่อยับยั้งความผิดอกุศลโทษหรือมรรยโทษที่ได้กระทำต่อทรัพย์สินของเขาหากได้กระทำการป้องกันไปด้วยความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อระงับยับยั้งการกระทำ ความผิดต่อทรัพย์สินนั้นและวิธีการที่ใช้ในการป้องกันได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา”

กรณีอื่นๆ ที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ (Les autres permissions justificatives)

ก. การกระทำโดยจำเป็น (L'état de nécessité) และความยินยอมของผู้เสียหาย (Le consentement de la victime)

2) เหตุเนื่องจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective)

เป็นการพิจารณาไปถึงความสามารถในการรับรู้การที่จะถูกลงโทษด้วย กล่าวคือ ต้องพิจารณาด้วยว่าผู้กระทำสมควรที่จะได้รับโทษในความผิดที่ตนได้กระทำลงไปหรือไม่ โดยเหตุเนื่องจากการกระทำนั้น ได้แก่

ก. การกระทำเพราะถูกบังคับ

ข. การกระทำโดยวิกลจริต

ค. การกระทำความผิดโดยผู้เยาว์

ซึ่งผลที่เกิดจากเหตุที่พิจารณาตัวผู้กระทำผิดก็คือ การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่ เพียงแต่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญา แต่ยังคงต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง

เมื่อเราทำการพิจารณา “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบแล้ว” จะพบว่า การป้องกันนั้นเป็น “เหตุเนื่องจากการกระทำ” โดยถือเป็นการใช้สิทธิซึ่งเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ถือเป็นเหตุยกเว้นความผิดที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด จึงทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศสแล้วจะพบว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็นการกระทำที่ไม่มี ความผิดหาใช้มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 วรรค นอกจากนั้นเมื่อเราพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วจะพบว่าได้บัญญัติเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ไว้ในภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป มาตรา 68 โดยกฎหมายได้บัญญัติผลของการกระทำไว้ว่า “ผู้กระทำไม่มีความผิด” ซึ่งต่างกับผลในทางกฎหมายของมาตรา 294 และมาตรา 299

ที่บัญญัติให้ผู้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น “ไม่ต้องรับโทษ” ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้นั่นเอง การที่บทบัญญัติทั้ง 3 มาตราใช้คำว่า “ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกันแต่กลับบัญญัติผลของการกระทำไว้แตกต่างกันเช่นนี้ ย่อมเป็นการไม่เหมาะสม เพราะ อาจส่งผลทำให้ผู้ใช้กฎหมายเกิดความสับสนในเรื่องผลของถ้อยคำในกฎหมายได้ อีกทั้งการที่กฎหมายบัญญัติผลของการกระทำดังกล่าวไว้เช่นนี้ก็อาจส่งผลกระทบต่อตัวผู้กระทำความผิด เนื่องจากการกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษนั้นมีผลเพียงทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษทางอาญาเท่านั้นแต่ผู้กระทำความผิดยังคงต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งอยู่ต่างจากการกระทำที่ไม่เป็นความผิดซึ่งจะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษทั้งทางอาญาและทางแพ่งนั่นเอง

4.2 ปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายของความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้

4.2.1 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับความผิดอาชญาฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และ 299 โดยในมาตรา 294 คือ กรณีเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299 คือ กรณีเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่จะมีความผิดฐานนี้ได้ นั้น จะต้องปรากฏว่าการชุมนุมต่อสู้นั้นมีบุคคลถึงแก่ความตาย หรือได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้นกฎหมายจึงจะลงโทษผู้กระทำตามความผิดฐานนี้ได้ ดังนั้นหากในการชุมนุมต่อสู้ไม่ปรากฏว่ามีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสเป็นแต่เพียงมีผู้ได้รับบาดเจ็บเท่านั้นและไม่ปรากฏว่าผู้ใดทำร้ายใครก็จะไม่มีบทกฎหมายที่จะลงโทษผู้กระทำได้ กรณีนี้จึงเป็นเหตุให้ศาลต้องปล่อยตัวจำเลยไป ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 644/2468 ป. กับพวกฝ่ายหนึ่ง จ. กับพวกฝ่ายหนึ่ง ได้ใช้อาวุธทำร้ายซึ่งกันและกัน มีบาดแผลไม่สาหัสด้วยกันทั้งสองฝ่าย ทางพิจารณาโจทก์สืบไม่ได้ว่ามูลกรณีวิวาทเกิดขึ้นจากอะไร และไม่ปรากฏว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ ฎีกาตัดสินว่าโจทก์สืบไม่ได้ว่าใครทำร้ายใคร เมื่อไม่มีผู้บาดเจ็บสาหัสหรือถึงตายในคดีวิวาทแล้ว ไม่มีบทกฎหมายที่จะลงโทษจำเลยได้ ให้ปล่อยตัวจำเลยไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 942/2507 บรรยายฟ้องว่า จำเลยที่ 1 ถึงที่ 4 ฝ่ายหนึ่ง และจำเลยที่ 5 ถึงที่ 7 กับพวกอีกฝ่ายหนึ่ง บังอาจสมใจเข้าใช้กำลังชกต่อยเตะถีบทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกัน จนจำเลยที่ 3 กับที่ 5 บาดเจ็บ ดังนี้ เห็นได้ว่า โจทก์ไม่ได้บรรยายว่าจำเลยคนใดทำร้ายใคร และถือไม่ได้ว่าโจทก์ฟ้องว่าจำเลยแต่ละฝ่ายต่างร่วมกันมากระทำความผิดฟ้องโจทก์จึงเป็นฟ้องฐานทำร้ายร่างกายในการชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไป ซึ่งเมื่อไม่ปรากฏว่ามีบุคคลถึงตายหรือ

ได้รับอันตรายสาหัส โดยการกระทำในการหลุมศพที่บัญญัติไว้ในมาตรา 294 หรือ 299 แล้ว แม้จำเลยให้การรับสารภาพ ก็ลงโทษจำเลยไม่ได้

จากคำพิพากษาฎีกาทั้ง 2 กรณีดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับการหลุมศพที่มีบุคคลได้รับบาดเจ็บ โดยไม่ปรากฏว่ามีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส จึงทำให้ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมศพได้ นอกจากนี้ยังเป็นกรณีที่ไม่ว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ คือ กรณีหนึ่งเป็นกรณีที่ไม่ว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ ส่วนอีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีที่โจทก์ไม่ได้บรรยายฟ้องว่าจำเลยคนใดทำร้ายใคร จึงทำให้ไม่สามารถลงโทษจำเลยในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้ ดังนั้น ศาลจึงต้องปล่อยตัวจำเลยไป โดยหากพิจารณาแล้วจะพบว่ากรณีที่ศาลไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมหลุมศพตามกรณีที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาในความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมศพตามมาตรา 294 และ 299 รวมถึงไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมหลุมศพในความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้ นั้น เนื่องมาจากเหตุผลดังต่อไปนี้

เมื่อนำกรณีการหลุมศพที่ปรากฏว่ามีบุคคลได้รับบาดเจ็บมาพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาของความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมศพแล้ว จะพบว่าในความผิดฐานนี้การที่จะลงโทษผู้เข้าร่วมหลุมศพได้จะต้องปรากฏว่าการหลุมศพนั้นมีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น โดยความเห็นเกี่ยวกับผลที่เกิดจากการหลุมศพ คือ “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” ว่าอยู่ในส่วนใดของโครงสร้างความผิดอาญานั้น กรณีนี้นักกฎหมายมีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่ง⁴ เห็นว่าคำว่า “ถึงแก่ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” เป็นองค์ประกอบภายนอกที่ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของการหลุมศพและผล คือ ความตายหรืออันตรายสาหัสจะต้องเป็นผลซึ่งตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้จากการเข้าร่วมหลุมศพนั้นตามมาตรา 63 ดังนั้นเมื่อพิจารณาการหลุมศพที่มีบุคคลได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับสาหัสจึงพบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมศพตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้

แต่หากพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่ง⁵ ซึ่งเห็นว่า “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” นั้นเป็น “เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย” ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องประสงค์ต่อผล คือ “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” ทั้งไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ก่อผลนั้นขึ้นเองด้วย กรณีนี้จะพบว่าการหลุมศพที่มีบุคคลได้รับบาดเจ็บนั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดในความผิดฐานเข้าร่วมหลุมศพแต่

⁴ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย .

⁵ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร และ ศาสตราจารย์จิติ ดิงสภักดิ์.

ขาดในส่วนของการลงโทษทางภาวะวิสัย ดังนั้นจึงไม่สามารถลงโทษผู้กระทำในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ได้

อย่างไรก็ตามแม้ว่านักกฎหมายจะมีความเห็นในเรื่องของผลที่เกิดจากการชุมนุมต่อสู้คือ “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” แตกต่างกันก็ตาม แต่ก็พบว่าไม่ว่าจะพิจารณาข้อเท็จจริงในคำพิพากษาฎีกาตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายใดก็ตามก็ไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ในความผิดฐานเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ได้ทั้งสิ้น เนื่องจาก หากพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายแรกการกระทำดังกล่าวจะขาดตั้งแต่ส่วนขององค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้เลยทีเดียว แต่หากพิจารณาตามความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งจะพบว่าการกระทำดังกล่าวครบโครงสร้างความผิดอาญาของความผิดฐานนี้ คือ องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว แต่เมื่อมาพิจารณา “เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย” ซึ่งถือเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญาแต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว จะพบว่ากรณีดังกล่าวขาด “เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย” ของความผิดฐานเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ ซึ่งก็คือ “ความตาย” หรือ “อันตรายสาหัส” นั่นเอง

นอกจากนี้เหตุผลของการที่ไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ในกรณีการชุมนุมต่อสู้ที่ปรากฏว่ามีบุคคลได้รับบาดเจ็บตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้ นั้น ก็เนื่องจากการที่จะลงโทษผู้กระทำตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้จะต้องปรากฏเป็นที่ชัดเจนแน่นอนว่าใครเป็นผู้ลงมือทำร้ายใครให้ได้รับบาดเจ็บ ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 644/2468 พบว่าในการชุมนุมต่อสู้ปรากฏว่ามีผู้บาดเจ็บแต่ไม่ปรากฏว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครบาดเจ็บ จึงทำให้กรณีนี้ไม่สามารถลงโทษจำเลยตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้ ส่วนในคำพิพากษาฎีกาที่ 942/2507 นั้น ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาพบว่าโจทก์ไม่ได้บรรยายข้อเท็จจริงมาในฟ้องว่าจำเลยคนใดทำร้ายใคร ซึ่งแสดงว่าในการสอบสวนฟังไม่ได้ว่าใครทำร้ายใคร ดังนั้น จึงไม่สามารถลงโทษจำเลยตามมาตรา 295 หรือมาตรา 391 ได้เช่นกัน

จากคำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้นจะพบว่าหากเกิดกรณีการชุมนุมต่อสู้ที่ไม่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส แต่การชุมนุมต่อสู้เป็นเพียงเหตุที่ทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บเท่านั้นและในกรณีนี้ไม่สามารถหาบุคคลผู้ลงมือทำร้ายได้ นั้นจะเกิดปัญหาในการพิจารณาคดีของศาล เนื่องจาก จะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ มาตรา 294 หรือมาตรา 299 ได้ อีกทั้งยังไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 295 และมาตรา 391 ได้อีกด้วย เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ จึงทำให้ศาลต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไป เนื่องจากไม่มีบทลงโทษที่จะนำมาลงโทษผู้กระทำผิดในกรณีนี้ได้ นั่นเอง ซึ่งการปล่อยตัวผู้กระทำผิดไปโดยที่เขาไม่ต้องรับโทษใดๆเลยนั้นย่อมเป็นการไม่ยุติธรรม

กับผู้เสียหายที่นอกจากจะต้องได้รับบาดเจ็บทางร่างกายแล้วยังต้องได้รับผลกระทบทางจิตใจ เนื่องจากผู้กระทำความผิดถูกปล่อยตัวไปโดยไม่ได้รับการลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำไป

4.2.2 วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางอาญาและสัดส่วนของโทษที่ผู้กระทำจะต้องได้รับ

หากพิจารณาสภาพสังคมไทยในปัจจุบันแล้วจะพบว่าปัญหาสำคัญที่สมควรได้รับการแก้ไขอย่างยิ่งประการหนึ่ง คือ ปัญหาเกี่ยวกับกลุ่มเด็กนักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันยกพวกตีกันนั่นเอง โดยพบว่าปัญหาเหล่านี้เพิ่มจำนวนสูงขึ้นมากในปัจจุบัน โดยจากสถิติการรับแจ้งเหตุของกองบัญชาการตำรวจนครบาล พบว่าในปีพ.ศ. 2551 มีสถิติการแจ้งเหตุนักเรียนทะเลาะวิวาทรวม 639 ครั้ง ปีพ.ศ. 2552 มีตัวเลขรับแจ้งเหตุจำนวนสูงถึง 2,619 ครั้ง ปีพ.ศ. 2553 พบว่าเพียงครึ่งปีมีการแจ้งเหตุทะเลาะวิวาทวิวาทของนักเรียนนักศึกษาเข้ามาถึง 881 ครั้ง ส่วนในปีพ.ศ. 2554 มีการทำสถิติตลอดทั้งปีไว้ว่ามีคนตายถึง 26 ศพ⁶ ซึ่งกล่าวได้ว่าการยกพวกตีกันของนักเรียนระหว่างสถาบันนี้จัดว่าเป็นลักษณะเฉพาะของความรุนแรงในหมู่เยาวชนวัยรุ่นของไทย โดยจากการศึกษาปัญหาความรุนแรงของเยาวชนทั่วโลกนั้น พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่มีปัญหาเยาวชนวัยรุ่นใช้ความรุนแรงสูงมากซึ่งมีทั้งการเสพและค้ายาเสพติด การก่ออาชญากรรม การฆ่าคน การใช้ความรุนแรงในสถานศึกษา ตลอดจนการตั้งแก๊งก่อวุ่นชนชั้นสังคม แต่กลับไม่ปรากฏข่าวการยกพวกตีกันของนักเรียนนักศึกษาระหว่างสถาบันแต่อย่างใด⁷

เหตุการณ์เหล่านี้มักก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหลายฝ่ายไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อกลุ่มบุคคลผู้กระทำเองหรือบุคคลภายนอกที่อาจถูกลูกหลงจากการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความสูญเสียในทางทรัพย์สินหรือได้รับบาดเจ็บทางร่างกายและในบางกรณีอาจถึงแก่ความตายอีกด้วย ซึ่งท้ายที่สุดผลที่เกิดจากการกระทำนี้ก็ยังส่งผลกระทบต่อผู้ครอบครัวที่อยู่เบื้องหลังของบุคคลเหล่านั้นที่จะต้องสูญเสียบุคคลในครอบครัวอันเป็นที่รักและยังส่งผลกระทบต่อผู้ประเทศชาติที่จะต้องสูญเสียบุคลากรที่จะใช้ในการพัฒนาประเทศอีกด้วย โดยหากเราพิจารณาฐานความผิดที่จะนำมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีดังกล่าวได้แล้วจะพบว่าความผิดฐานหนึ่งที่มีนำมาใช้ก็คือ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ เนื่องจาก ในเหตุการณ์ดังกล่าวมีผู้ก่อเหตุเป็นจำนวนมาก ทำให้หากมีบุคคลได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายก็จะระบุตัวผู้ลงมือกระทำได้ยาก จึง

⁶ อัมรินทร์เต็มเมือง ช่างกลตีกัน จะตายอีกกี่ศพ. (2555, 15 มิถุนายน). ASTV ผู้จัดการ. สืบค้นเมื่อ 26 มิถุนายน 2555, จาก <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=955000073216>.

⁷ รายงานสถานการณ์และแนวโน้มประเทศไทย สิงหาคม 2547 นักเรียนตีกัน : การต่อต้านของเยาวชน. (2547, 3 ตุลาคม). มติชนออนไลน์. สืบค้นเมื่อ 26 มิถุนายน 2555, จาก <http://www.dmh.go.th/news/view.asp?id=845>.

จำเป็นต้องนำความผิดฐานนี้มาใช้พิจารณาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะความผิดฐานนี้บัญญัติเอาผิดกับผู้ที่เกี่ยวข้องในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนนั่นเอง

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นี้มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ถ่วงอันตรายต่อชีวิตหรือถ่วงอันตรายต่อร่างกาย โดยความผิดฐานนี้จัดเป็น “ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย” ที่เห็นประจักษ์ เนื่องจาก การชุลมุนต่อสู้เป็นการก่อหรือเพิ่มอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของบุคคล และกฎหมายบัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้นมา ก็เพราะประสงค์ที่จะไม่ให้อันตรายเกิดขึ้นจึงบัญญัติความผิดฐานนี้เพื่อป้องกันอันตรายไว้ก่อน โดยอาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษของความผิดฐานนี้เป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องจะกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อการลงโทษและทำให้ผู้กระทำความผิดไม่กล้ามากระทำความผิดซ้ำนั่นเอง

4.2.2.1 กรณีการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยบัญญัติเอาผิดกับผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ 2 กรณี คือ กรณีการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และ กรณีการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้น หากในการชุลมุนต่อสู้ที่ไม่มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส แต่เป็นการชุลมุนต่อสู้ที่มีบุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้นก็จะไม่สามารถใช้ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ในการลงโทษได้ กรณีนี้จึงทำให้จะต้องนำมาตรา 295⁸ มาใช้ในการวินิจฉัยความผิด แต่หากต้องใช้มาตรา 295 ในการพิจารณาการกระทำความผิดในกรณีนี้แล้วพบว่าอาจก่อให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยความผิดได้ เพราะการใช้มาตรา 295 ลงโทษผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ได้ จะต้องเป็นกรณีสามารถระบุตัวผู้ลงมือทำร้ายได้เท่านั้นและจะลงโทษได้เฉพาะผู้ที่ลงมือทำร้าย แต่ไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ได้ทุกคน เนื่องจาก มาตรา 295 จะต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำด้วย คือ ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาทำร้ายซึ่งต่างจากความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่กฎหมายลงโทษผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนโดยผู้ร่วมไม่จำเป็นต้องมีเจตนาทำร้ายผู้ใดโดยเฉพาะ โดยกฎหมายถือว่าเพียงแต่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เท่านั้นก็มีความผิดแล้ว นอกจากนี้เมื่อพิจารณาระวางโทษของมาตรา 295 ก็จะพบว่า มีระวางโทษที่สูงกว่ามาตรา 299 ซึ่งเป็นกรณีชุลมุนต่อสู้เป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเสียอีก ทำให้หากจะใช้มาตรา 295 ลงโทษผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กาย

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ.”

หรือจิตใจโดยผู้ยื่นต้องรับโทษหนักกว่ากรณีเป็นอันตรายสาหัสย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง เป็นเหตุผลให้ไม่สามารถใช้มาตรา 295 ลงโทษผู้ที่เป็นเพียงผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่ไม่ได้เป็นผู้ลงมือทำร้ายได้

จากที่กล่าวมานี้ทำให้หากเกิดการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจขึ้นและไม่สามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายร่างกายได้นั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดของศาลได้ เนื่องจาก ไม่มีบทบัญญัติใดที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้โดยตรงดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 644/2468 และคำพิพากษาฎีกาที่ 942/2507 ที่กล่าวมาแล้ว หรือในบางกรณีผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ทุกคนรวมทั้งผู้ที่เป็นผู้ทำร้ายด้วยก็อาจมีความผิดตามมาตรา 372⁹ หรือมาตรา 379¹⁰ ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษที่มีระวางโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งเป็นที่รู้กันอยู่แล้วว่าการชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุการณ์ที่ต่างฝ่ายต่างก็ชุมนุมต่อสู้กันอย่างลับสนวนวายย่อมเป็นการยากที่จะหาพยานหลักฐานว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครอย่างไรอยู่แล้วจึงมีความเป็นไปได้มากกว่าจะไม่สามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายร่างกายได้ ซึ่งการที่จะให้ทุกคนที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ไม่ต้องรับโทษเลย เนื่องจากไม่มีฐานความผิดที่จะนำมาลงโทษได้ย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมกับผู้เสียหาย หรือการที่จะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษเพียงเล็กน้อยในความผิดลหุโทษก็เป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับความผิดและไม่เหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมไม่สามารถที่จะข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวที่จะไม่กระทำความผิดได้ทั้งนี้เนื่องจากโทษที่ได้รับนั้นเบาเกินไปและไม่ได้สัดส่วนกับความผิดจึงอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่คิดที่จะยับยั้งชั่งใจไม่กระทำความผิดนั้นนั่นเอง

การที่กฎหมายไม่มีบทบัญญัติลงโทษผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้มีบุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ทำให้ต้องใช้มาตรา 295 มาพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดแทน และหากไม่สามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ก็อาจทำให้ผู้กระทำไม่ต้องถูกลงโทษหรือผู้กระทำอาจมีเพียงความผิดลหุโทษดังที่กล่าวมาแล้วนั้นถือเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับความผิดของผู้กระทำ ซึ่งต่างกับกรณีการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้มีบุคคลได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติเอาผิดผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ในกรณีเช่นกัน ทำให้ในจะต้องนำมาตรา 391 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษมาใช้ในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำซึ่งก็จะสามารถใช้ลงโทษได้เฉพาะบุคคลที่เป็นผู้ลงมือทำร้ายเท่านั้นเช่นเดียวกันกับมาตรา 295 ส่วนผู้เข้าร่วมชุมนุม

⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 372 บัญญัติว่า “ผู้ใดทะเลาะกันอย่างอื้ออึงในทางสาธารณะ หรือสาธารณะสถาน หรือกระทำโดยประการอื่นใดให้เสียความสงบเรียบร้อยในทางสาธารณะ หรือสาธารณะสถาน ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท.”

¹⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 379 บัญญัติว่า “ผู้ใดชักหรือแสดงอาวุธในการวิวาทต่อสู้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.”

ต่อผู้อื่นก็อาจมีความผิดหุโทษตามมาตรา 372 หรือมาตรา 379 และหากหาตัวผู้ลงมือทำร้ายไม่ได้ผู้ที่ลงมือทำร้ายรวมถึงทุกคนที่เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้อื่นก็อาจมีความผิดหุโทษตามมาตรา 372 หรือมาตรา 379 เช่นเดียวกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าในกรณีของการชุมนุมต่อผู้อื่นที่เป็นเหตุให้มีบุคคลได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ทำร้ายได้หรือไม่ ผู้ที่ลงมือทำร้ายรวมถึงผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้อื่นก็มีความผิดเพียงหุโทษเช่นเดียวกันในทุกกรณี ซึ่งระวางโทษในความผิดหุโทษทั้ง 3 มาตรา คือ มาตรา 391 มาตรา 372 และ มาตรา 379 นั้นแตกต่างกันเพียงเล็กน้อยเท่านั้นทำให้ระวางโทษที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับมีความแตกต่างกันไม่มาก แตกต่างกับกรณีที่ถูกกฎหมายไม่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการชุมนุมต่อผู้อื่นที่มีบุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจที่หากสามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ผู้นั้นก็จะต้องรับโทษตามมาตรา 295 แต่หากไม่สามารถหาตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ผู้นั้นก็อาจมีเพียงความผิดหุโทษในมาตรา 372 หรือ 379 ซึ่งมีระวางโทษต่างกับมาตรา 295 เป็นอย่างมากนั่นเอง และเนื่องจากสังคมไทยปัจจุบันปัญหาการชุมนุมต่อผู้อื่นเพิ่มจำนวนสูงขึ้น หากการชุมนุมต่อผู้อื่นนั้นมีผลให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจที่ปัจจุบันไม่มีกฎหมายบัญญัติลงโทษผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้อื่นในกรณีนี้ก็จะทำให้พบปัญหาบางประการทำให้ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวและยับยั้งชั่งใจที่จะไม่กระทำความผิดจึงควรมีบทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติครอบคลุมถึงการชุมนุมต่อผู้อื่นที่เป็นเหตุบุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจด้วยโดยความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อผู้อื่นควรมีบทบัญญัติเอาผิดแก่ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้อื่นตั้งแต่การชุมนุมต่อผู้อื่นนั้นเกิดผล คือ อันตรายแก่กายหรือจิตใจโดยไม่ต้องให้ผลที่เกิดจากการกระทำนั้นลุกลามบานปลายไปจนถึงกับเป็นอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตายก่อนจึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนี้ได้ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในกรณีนี้ย่อมเป็นประโยชน์กับตัวผู้เสียหายที่จะได้รับความยุติธรรม และยังเป็น การช่วยสกัดกั้นปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดในลักษณะนี้นั่นเอง

4.2.2.2 กรณีที่ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อผู้อื่นหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด

จากปัญหากลุ่มนักเรียนนักศึกษาทะเลาะวิวาทและยกพวกตีกันที่มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นนั้นพบว่าหลายครั้งผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อผู้อื่นมีการนำเอาอาวุธปืนรวมถึงวัตถุระเบิดเข้ามาใช้เป็นอาวุธในการวิวาทต่อผู้อื่นด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าอาวุธปืนและวัตถุระเบิดต่างก็ถือเป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงที่สร้างความหวาดกลัวให้แก่บุคคลผู้พบเห็นและสามารถก่อให้เกิดความเสียหายและอันตรายต่อทรัพย์สินรวมถึงชีวิตร่างกายของประชาชนได้เป็นอย่างมากทั้งในด้านปริมาณความรุนแรงของความเสียหายที่บุคคลจะได้รับและในด้านของจำนวนคนที่ได้รับความเสียหายที่จะมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นจากการชุมนุมต่อผู้อื่นที่มีการใช้อาวุธดังกล่าว เนื่องจาก อาวุธดังกล่าวมีอำนาจสูงในการทำลายย่อมสามารถที่จะก่อให้เกิดความเสียหายได้อย่างรุนแรงอีกทั้งเป็นวงกว้างและรวดเร็ว ส่งผลให้หากมีการใช้อาวุธดังกล่าวในการชุมนุมต่อผู้อื่นซึ่งมักจะกระทำกันใน

สถานที่สาธารณะซึ่งเป็นสถานที่ที่มีประชาชนทั่วไปรวมอยู่ด้วยแล้วก็อาจทำให้จำนวนผู้ที่ได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายเนื่องจากเหตุการณ์นั้นมีจำนวนมากขึ้นได้ เนื่องจากประชาชนทั่วไปอาจพลาดถูกลูกหลงจากการชุลมุนต่อสู้ที่มีการใช้อาวุธดังกล่าวนั่นเอง อีกทั้งการที่ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ใช้อาวุธดังกล่าวนั้นอาจส่งผลให้การชุลมุนต่อสู้มีคนตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้ง่ายและรวดเร็วขึ้นอีกด้วย ทั้งนี้ เพราะอาวุธดังกล่าวถูกสร้างหรือออกแบบขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ทำร้ายหรือป้องกันตัวหรือใช้ทำลายชีวิตหรือทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บซึ่งบุคคลผู้ใช้ออมเล็งเห็นหรือคำนวณแล้วว่าสามารถทำให้ผู้อื่นตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้เมื่อเปรียบเทียบกับอาวุธชนิดอื่นนั่นเอง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในกรณีนี้หากจะให้ผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวนี้ได้รับโทษเท่ากับกรณีของผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ชุลมุนต่อสู้ทั่วไปที่ไม่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวย่อมเป็นการไม่เหมาะสมกับปริมาณความร้ายแรงของความเสียหายที่ประชาชนจะต้องได้รับมากขึ้นรวมถึงจำนวนผู้ได้รับความเสียหายที่อาจเพิ่มจำนวนมากขึ้นด้วย

4.3 เปรียบเทียบความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยกับต่างประเทศ

4.3.1 เปรียบเทียบความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยกับอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ไว้ในกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ (Public order Act 1986) โดยบัญญัติอยู่ในส่วนที่ 1 ความผิดใหม่ (New Offences) และบัญญัติไว้ 3 มาตราซึ่งบทบัญญัติทั้ง 3 มาตรานี้มีสาระสำคัญเช่นเดียวกันจะต่างกันก็เฉพาะเรื่องของจำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งจะเป็นตัวกำหนดระยะเวลาโทษเท่านั้น โดยความผิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ถูกบัญญัติอยู่ในมาตราต่าง ดังนี้

มาตรา 1 ความผิดฐานก่อจลาจล (Riot)¹¹

¹¹ *Public order Act 1986 Section 1 Riot* (1) Where 12 or more persons who are present together use or threaten unlawful violence for a common purpose and the conduct of them (taken together) is such as would cause a person of reasonable firmness present at the scene to fear for his personal safety, each of the persons using unlawful violence for the common purpose is guilty of riot.

(2) It is immaterial whether or not the 12 or more use or threaten unlawful violence simultaneously.

(3) The common purpose may be inferred from conduct.

(4) No person of reasonable firmness need actually be, or be likely to be, present at the scene.

(5) Riot may be committed in private as well as in public places.

(6) A person guilty of riot is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding ten years or a fine or both.

มาตรา 2 ความผิดฐานก่อให้เกิดความไม่สงบอย่างร้ายแรง (Violent disorder)¹²

มาตรา 3 ความผิดฐานทะเลาะวิวาท (Affray)¹³

โดยสามารถเปรียบเทียบรายละเอียดส่วนต่างๆของความผิดฐานนี้ในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย ได้ดังนี้

4.3.1.1 จำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิด

กฎหมายอังกฤษกำหนดจำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิดไว้ 3 กรณี คือ 12 คนขึ้นไป¹⁴ 3 คนขึ้นไป¹⁵ และ 2 คนขึ้นไป¹⁶ ซึ่งจำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิดนี้จะเป็นตัวกำหนดระวางโทษแก่ผู้กระทำความผิด ต่างจากความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยที่กำหนดจำนวน

¹² *Public order Act 1986 Section 2 Violent disorder* (1) Where 3 or more persons who are present together use or threaten unlawful violence and the conduct of them (taken together) is such as would cause a person of reasonable firmness present at the scene to fear for his personal safety, each of the persons using or threatening unlawful violence is guilty of violent disorder.

(2) It is immaterial whether or not the 3 or more use or threaten unlawful violence simultaneously.

(3) No person of reasonable firmness need actually be, or be likely to be, present at the scene.

(4) Violent disorder may be committed in private as well as in public places.

(5) A person guilty of violent disorder is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 5 years or a fine or both, or on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both.

¹³ *Public order Act 1986 Section 3 Affray* (1) A person is guilty of affray if he uses or threatens unlawful violence towards another and his conduct is such as would cause a person of reasonable firmness present at the scene to fear for his personal safety.

(2) Where 2 or more persons use or threaten the unlawful violence, it is the conduct of them taken together that must be considered for the purposes of subsection (1).

(3) For the purposes of this section a threat cannot be made by the use of words alone.

(4) No person of reasonable firmness need actually be, or be likely to be, present at the scene.

(5) Affray may be committed in private as well as in public places.

(6) A constable may arrest without warrant anyone he reasonably suspects is committing affray.

(7) A person guilty of affray is liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 3 years or a fine or both, or on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both.

¹⁴ Public Order Act 1986 Section 1 (1).

¹⁵ Public Order Act 1986 Section 2 (1).

¹⁶ Public Order Act 1986 Section 3 (2).

ผู้กระทำความผิดไว้เพียงกรณีเดียว คือ ต้องมีผู้ร่วมในการกระทำความผิดตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ผู้กระทำจึงจะมีความผิดฐานนี้

4.3.1.2 ผลของอันตรายที่เกิดจากการชุลมุนต่อผู้ที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ

กฎหมายอังกฤษบัญญัติเอาผิดกับผู้กระทำตั้งแต่การชุลมุนต่อผู้ซึ่งไม่มีผลของอันตรายเกิดขึ้น กล่าวคือ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่คาดว่าจะมีการใช้ความรุนแรงที่อาจทำให้นुकคลได้รับบาดเจ็บหรือเสียหาย ผู้กระทำก็มีความผิดแล้ว และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็ไม่ได้จำกัดว่า จะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลเท่านั้นแต่ยังรวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินด้วย¹⁷ ต่างจากกฎหมายไทยที่ผู้กระทำจะมีความผิดฐานนี้ก็ต่อเมื่อการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้ซึ่งเกิดผลของอันตราย คือ มีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสก่อน ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้ซึ่งจะมีความผิด และหากผลของอันตรายที่เกิดขึ้น คือ มีบุคคลได้รับบาดเจ็บเท่านั้น ผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อผู้ซึ่งจะไม่มีผิดฐานนี้ รวมถึงหากการชุลมุนต่อผู้ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ไม่ใช่ตัวบุคคล ผู้กระทำก็ไม่มีผิด

4.3.1.3 การกำหนดระวางโทษของผู้กระทำความผิด

กฎหมายอังกฤษกำหนดระวางโทษของผู้กระทำความผิดฐานนี้ให้มีความหนักเบาตามจำนวนของผู้กระทำความผิด ต่างจากความผิดฐานนี้ในกฎหมายไทยที่กำหนดระวางโทษของผู้กระทำความผิดให้มีความหนักเบาตามผลของอันตรายที่เกิดขึ้นกับบุคคล

4.3.1.4 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

หากพิจารณาเรื่องข้อยกเว้นที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษจะพบว่ากฎหมายอังกฤษไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในความผิดฐานนี้แต่อย่างใด ต่างจากกฎหมายไทยที่บัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อผู้ซึ่งพิสูจนได้ว่าตนเข้าไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อผู้หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ต้องรับโทษ

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่าความผิดเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อผู้ซึ่งอังกฤษนั้นมีความแตกต่างกับไทยทั้งในเรื่องระวางโทษที่กำหนดความหนักเบาตามจำนวนผู้ร่วม

¹⁷ *Public order Act 1986 Section 8 Interpretation*

“violence” means any violent conduct, so that

(a) except in the context of affray, it includes violent conduct towards property as well as violent conduct towards persons, and

(b) it is not restricted to conduct causing or intended to cause injury or damage but includes any other violent conduct (for example, throwing at or towards a person a missile of a kind capable of causing injury which does not hit or falls short).

กระทำความผิด อีกทั้งเรื่องผลของอันตรายที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้ที่บัญญัติไว้กว้างกว่ากฎหมายไทยกล่าวคือ หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่สื่อว่าจะมีการใช้ความรุนแรงที่อาจทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บหรือเสียหาย ผู้กระทำก็มีความผิดแล้ว และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็ไม่ได้จำกัดว่า จะต้องเกิดขึ้นกับบุคคลเท่านั้นแต่ยังรวมถึงความเสียหายแก่ทรัพย์สินด้วย รวมถึงข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษด้วยที่กฎหมายอังกฤษไม่ได้มีการบัญญัติไว้แต่อย่างใด

4.3.2 เปรียบเทียบความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ของไทยกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ไว้ใน บทที่ 17 ความผิดเกี่ยวกับบุคคล มาตรา 231¹⁸ โดยสามารถเปรียบเทียบรายละเอียดส่วนต่างๆ ของความผิดฐานนี้ในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย ได้ดังนี้

4.3.2.1 จำนวนของผู้ร่วมกระทำความผิด

กฎหมายเยอรมันไม่ได้ระบุจำนวนผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ว่าจะต้องมีจำนวนกี่คน จึงจะทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดต่างจากไทยที่กฎหมายระบุว่าความผิดฐานนี้จะต้องมีผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ผู้กระทำจึงจะมีความผิด

4.3.2.2 ผลของอันตรายที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับผิด

กฎหมายเยอรมันบัญญัติเอาผิดกับผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้หากการชุลมุนต่อสู้นั้นก่อให้เกิดผล 2 กรณี คือ เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายและเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งความผิดฐานนี้ของไทยก็ได้บัญญัติเอาผิดกับผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ไว้ 2 กรณีเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน จะแตกต่างกันก็คือ กฎหมายเยอรมันบัญญัติทั้ง 2 กรณีไว้ในมาตราเดียวกันแต่กฎหมายไทยบัญญัติไว้เป็น 2 มาตรา คือ มาตรา 294 กรณีเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299 กรณีเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส

¹⁸ Section 231 Taking part in a brawl

(1) Whosoever takes part in a brawl or an attack committed against one person by more than one person shall be liable for this participation to imprisonment not exceeding three years or a fine if the death of a person or grievous bodily harm (section 226) is caused by the brawl or the attack.

(2) Whosoever took part in the brawl or the attack without being to blame for it shall not be liable under subsection (1) above.

4.3.2.3 การกำหนดระวางโทษของผู้กระทำความผิด

กฎหมายเยอรมันกำหนดระวางโทษของผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายและที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสไว้ที่อัตราโทษเดียวกัน แตกต่างกับไทยที่กำหนดระวางโทษของผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ให้มีความหนักเบาตามผลของอันตรายที่เกิดจากการกระทำ กล่าวคือ ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่การชุมนุมต่อสู้นั้นเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายจะต้องรับโทษหนักกว่ากรณีที่การชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส

4.3.2.4 เหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ในเรื่องข้อยกเว้นที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษนี้ กฎหมายเยอรมันบัญญัติไว้ใน (2) ของความผิดฐานนี้ โดยบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่ปราศจากความสมควรถูกดำเนินคดีไม่ต้องรับโทษ ต่างจากไทยที่บัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่พิสูจน์ได้ว่าตนเข้าไปเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ต้องรับโทษ

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีทั้งส่วนที่แตกต่างและคล้ายคลึงกับไทย กล่าวคือ กฎหมายเยอรมันได้บัญญัติเอาผิดแก่ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ไว้ 2 กรณีเช่นเดียวกับไทย คือ กรณีเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และกรณีเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส จะต่างกันเรื่องระวางโทษที่กฎหมายเยอรมันกำหนดระวางโทษทั้ง 2 กรณีไว้เท่ากัน แต่กฎหมายไทยกำหนดระวางโทษตามความหนักเบาของอันตรายที่เกิดขึ้นกับบุคคล ส่วนในเรื่องจำนวนของผู้ร่วมกระทำผิดนั้นกฎหมายเยอรมันไม่ได้ระบุไว้ว่าจะต้องมีผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้กี่คนจึงจะเป็นความผิดฐานนี้ และในเรื่องข้อยกเว้นที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษนั้นกฎหมายเยอรมันบัญญัติไว้ต่างกับไทย โดยบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่ปราศจากความสมควรถูกดำเนินคดี ไม่ต้องรับโทษ

4.4 แนวทางในการพัฒนากฎหมายในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้

เมื่อพิจารณาเหตุที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยทั้ง 2 มาตรา คือ “การห้ามการชุมนุมต่อสู้” และ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ตามโครงสร้างความผิดอาญา พบว่าเป็นการกระทำที่ไม่ครบโครงสร้างความผิดอาญาที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด นอกจากนี้เมื่อทำการพิจารณาการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ก็บัญญัติไว้ว่าผู้ที่กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่มีความผิดเช่นกัน ดังนั้น การกระทำทั้ง 2 ประการจึงเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด หากใช่เป็นการกระทำที่เป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ความผิดฐานนี้บัญญัติไว้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ของไทยสมควรได้รับการแก้ไขให้ถูกต้องเหมาะสมตาม

หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาและบทบัญญัติทั่วไปเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา โดยผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ ซึ่งได้แก่ มาตรา 294 และ มาตรา 299 ควรตัดข้อความในวรรคสองที่บัญญัติว่า “ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุลมุนต่อสู้หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” ออกไปจากบทบัญญัติ เนื่องจาก หากยังคงบัญญัติข้อความดังกล่าวไว้เช่นนี้ก็จะเป็นการไม่ถูกต้องตามหลักการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญานั้นเอง

ปัญหาการใช้ความรุนแรงของสังคมไทยที่เพิ่มสูงมากขึ้นในปัจจุบัน โดยเฉพาะปัญหา นักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันยกพวกตีกันนั้นก่อให้เกิดปัญหาภัยกับสังคมเป็นอย่างมากและสมควรได้รับการแก้ไขอย่างจริงจังและเร่งด่วนซึ่งวิธีหนึ่งที่จะสามารถทำให้ผู้กระทำความผิดกลัวไม่กล้ากระทำความผิดคือ การลงโทษตามกฎหมาย และบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถเอาผิดกับบุคคลที่กระทำการยกพวกทะเลาะวิวาทเหล่านี้ได้ก็คือ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ แต่เนื่องจากปัจจุบันความผิดฐานนี้บัญญัติเอาผิดกับผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้เพียง 2 กรณี คือ การชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้น หากเกิดการชุลมุนต่อสู้ที่มีบุคคลได้รับบาดเจ็บแต่ไม่ถึงกับเป็นอันตรายสาหัสก็จะไม่สามารถลงโทษผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ทุกคนในความผิดฐานนี้ได้ อีกทั้งหากจะนำมาตรา 295 มาใช้ก็จะต้องปรากฏอย่างแน่ชัดว่าใครเป็นผู้ลงมือทำร้ายเท่านั้น ส่วนผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้คนอื่นอาจมีเพียงความผิดหลุโทษตามมาตรา 372 หรือ 379 เท่านั้น และยังไปกว่านั้น คือ หากในกรณีนี้ไม่สามารถระบุตัวผู้ลงมือทำร้ายได้ ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ทุกคนรวมถึงผู้ที่ลงมือทำร้ายด้วยก็อาจมีความผิดแค่เพียงหลุโทษเช่นเดียวกันทุกคน ซึ่งเห็นว่ากรณีนี้โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับนั้นไม่เหมาะสมกับความผิดที่พวกเขาได้กระทำ และไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งยังเป็นการไม่ยุติธรรมกับผู้เสียหายอีกด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาควรเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเพิ่มเข้ามาในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้โดยทำการกำหนดระวางโทษให้เหมาะสมและลดหลั่นลงมาจากกรณีเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 299 แต่ทั้งนี้ระวางโทษดังกล่าวก็ต้องน้อยกว่าระวางโทษกรณีทำร้ายร่างกายเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 โดยหากรู้ตัวผู้ลงมือทำร้ายแล้วผู้นั้นก็จะต้องมีความผิดตามมาตรา 295 อีกฐานหนึ่ง

ปัญหากลุ่มนักเรียนนักศึกษาต่างสถาบันทะเลาะวิวาทกพวกตีกันที่มีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นนั้นพบว่าหลายครั้งผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้มีการนำเอาอาวุธปืนและวัตถุระเบิดมาใช้เป็นอาวุธด้วยซึ่งอาวุธดังกล่าวต่างก็เป็นอาวุธที่มีความร้ายแรงสามารถก่อให้เกิดความเสียหายและอันตรายต่อทรัพย์สินรวมทั้งชีวิตร่างกายของประชาชนได้เป็นอย่างมากทั้งในด้านปริมาณความรุนแรงของความเสียหายที่บุคคลจะต้องได้รับและจำนวนบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายที่จะต้องเพิ่มขึ้นจากการชุมนุมต่อสู้ที่มีการใช้อาวุธดังกล่าว อีกทั้งอาจส่งผลให้การชุมนุมต่อสู้มีคนตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้ง่ายและรวดเร็วขึ้นด้วย เนื่องจาก อาวุธดังกล่าวถูกสร้างหรือออกแบบขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ทำร้ายหรือป้องกันตัวหรือใช้ทำลายชีวิตและทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บซึ่งผู้ช้ย่อมเล็งเห็นได้ว่าสามารถทำให้ผู้อื่นตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้เมื่อเปรียบเทียบกับการใช้อาวุธชนิดอื่น ดังนั้น หากจะให้ผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวได้รับโทษเท่ากับผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ทั่วไปย่อมเป็นการไม่เหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้นั้นก่อขึ้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายควรบัญญัติให้การมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดในการชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุเพิ่มโทษให้ผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวต้องรับโทษหนักขึ้นเพื่อให้โทษที่ผู้กระทำความผิดได้รับมีความเหมาะสมกับปริมาณความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำความผิดใช้อาวุธดังกล่าว

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้ให้นิยามของคำว่าอาวุธปืนและวัตถุระเบิดเอาไว้ แต่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “อาวุธ” ไว้โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 1(5)¹⁹ อาวุธตามประมวลกฎหมายอาญาจึงมี 2 ประเภท คือ

1. สิ่งซึ่งเป็นอาวุธโดยสภาพ เช่น ปืน หอก ดาบ แหวน หลาว โดยการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นอาวุธโดยสภาพพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการผลิต หากว่าเจตนาในการสร้างอาวุธนั้นต้องการที่จะสร้างขึ้นเพื่อประหารชีวิตโดยตรงก็ถือว่าเป็นอาวุธโดยสภาพ²⁰

2. สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

¹⁹ มาตรา 1 (5) บัญญัติว่า “อาวุธ หมายความว่า ความรวมถึง สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ.”

²⁰ สรรค์ชัย โปธิสุวรรณ. (2553). ความรับผิดชอบทางอาญากรณีใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนกระทำความผิด: เปรียบเทียบกับการกระทำความผิดโดยใช้อาวุธปืน. หน้า 24.

อย่างไรก็ตามในพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 ได้ให้ความหมายของ “อาวุธปืน” ไว้ในมาตรา 4 (1) และ 4 (2)²¹ โดยหมายความว่า อาวุธปืนโดยสภาพไม่ว่าจะใช้การได้หรือไม่ก็ตาม และรวมถึงส่วนประกอบของอาวุธปืนด้วย แต่อย่างไรก็ตามเมื่อได้พิจารณาคำว่าอาวุธปืนตามพระราชบัญญัติดังกล่าวประกอบกับคำว่า “อาวุธโดยสภาพ” ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จะพบว่า ล้าคล่องปืนก็ดี เครื่องลูกเลื่อนก็ดี เครื่องลั่นไกก็ดี หรือเครื่องส่งกระสุนก็ดี โดยตัวของมันเองยังไม่มีสภาพของการเป็นอาวุธปืน และไม่สามารถทำให้เป็นอันตรายสาหัสแก่กายได้ จึงไม่ถือว่าเป็นอาวุธปืนโดยสภาพตามประมวลกฎหมายอาญา²²

ส่วนคำว่า “วัตถุระเบิด” นั้นตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ จำกัดไว้ 2 อย่าง คือ เป็นวัตถุที่สามารถส่งกำลังดันอย่างแรงต่อสิ่งห่อล้อมโดยฉับพลันในเมื่อระเบิดขึ้น โดยมีสิ่งเหมาะสมทำให้เกิดกำลังดันอย่างหนึ่ง หรือโดยการสลายตัวของวัตถุระเบิดนั้นอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งทั้ง 2 อย่างนี้จะต้องทำให้มีแรงทำลายหรือแรงประหารเกิดขึ้นด้วย²³

ผู้เขียนเห็นว่าหากความผิดฐานเข้าร่วมในการซุกซ่อนต่อสู้อของไทยได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือ ทำการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 294 และมาตรา 299 โดยตัดข้อความในวรรคสองของทั้งสองมาตราออกเพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญารวมถึงให้เป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 จะทำให้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามีความถูกต้องและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น อีกทั้งหากกฎหมายมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในกรณีการเข้าร่วมในการซุกซ่อนต่อสู้อเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจและทำการบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมซุกซ่อนต่อสู้อที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าที่กฎหมายบัญญัติตั้งที่กล่าวมาข้างต้นจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมในการช่วยปรามและข่มขู่ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดซึ่งยอมเป็นการช่วยลดอันตรายที่จะเกิดขึ้นในสังคมและทำให้สังคมไทยมีความสงบสุขต่อไป

²¹ อาวุธปืน หมายความว่ารวมตลอดถึง อาวุธทุกชนิดซึ่งใช้ส่งเครื่องกระสุนปราย กระสุนแตก ลูกกระเบิด ตอร์ปิโด ทุ่นระเบิดและจรวด ทั้งชนิดที่มีหรือไม่มีกรดแก๊สเชื้อเพลิง เชื้อโรค ไอพิช หมอกหรือควัน หรือกระสุน ลูกกระเบิดตอร์ปิโด ทุ่นระเบิด และจรวดที่มีคุณสมบัติคล้ายคลึงกัน หรือเครื่องหรือสิ่งสำหรับอัดหรือทำ หรือใช้ประกอบเครื่องกระสุนปืน.

²² สรรค์ชัย โปธิสุวรรณ. เล่มเดิม. หน้า 28.

²³ พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 4 (3).

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 253 และมาตรา 258 ต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย โดยบัญญัติไว้ 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 294 คือ กรณีการเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตาย และมาตรา 299 คือ กรณีการเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ระหว่างบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปเป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งบทบัญญัติทั้งสองมาตรามีข้อความทำนองเดียวกับความผิดฐานวิวาทต่อสู้ มาตรา 253 และมาตรา 258 ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยกฎหมายลักษณะอาญาจะใช้คำว่า “วิวาทต่อสู้กัน” ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาจะใช้คำว่า “ชุมนุมต่อสู้”

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้มีคุณธรรมทางกฎหมาย คือ กษัตริย์ต่อชีวิตหรือร่างกายแล้วแต่กรณี และจัดเป็น “ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย” ในลักษณะที่เห็นประจักษ์ โดยกฎหมายประสงค์ที่จะป้องกันไม่ให้อันตรายเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติความผิดฐานนี้ขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์ในการลงโทษของความผิดฐานนี้เป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อการถูกลงโทษและยับยั้งไม่ให้มีการกระทำความผิดซ้ำ

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ตามมาตรา 294 และมาตรา 299 มีหลักเกณฑ์องค์ประกอบความผิดเหมือนกัน จะแตกต่างกันก็เฉพาะ มาตรา 294 เป็นกรณีเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุบุคคลถึงแก่ความตาย ส่วนมาตรา 299 เป็นกรณีเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น

การเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้กันตามมาตรานี้กฎหมายกำหนดไว้ว่า ต้องมีบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ฉะนั้น ถ้ามีเพียง 2 คนต่อสู้กันก็ไม่เรียกว่าชุมนุมต่อสู้กัน แต่เป็นการต่อสู้กันระหว่างบุคคล ถ้ามีบุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสย่อมทราบได้แน่นอนว่าใครเป็นผู้ทำให้ตายหรือได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งผู้นั้นจะต้องมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือไม่เจตนาตามมาตรา 288 หรือมาตรา 290 แล้วแต่กรณี หรือต้องมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 แต่ไม่มีความผิดตามมาตรา 294

คำว่า “การเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้” หมายถึง การกระทำเพื่อใช้กำลังทำร้ายร่างกาย โดยบุคคลหลายคนเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้กันอย่างสับสนวุ่นวายและไม่ได้คิดว่าใครทำร้ายร่างกายใคร อย่างไร หรือไม่ต้องถึงกับได้ใช้กำลังทำร้ายร่างกายสำเร็จแล้ว

การที่บุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสจะเป็นเพราะการกระทำของผู้วิาทคนใดไม่สำคัญ และบุคคลที่ตายหรือได้รับอันตรายสาหัสจะเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ก็ได้ แต่ความตายหรืออันตรายสาหัสนั้นต้องเป็นผลโดยตรงที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้ โดยความตายที่เกิดจากการชุลมุนต่อสู้กันนี้ไม่จำเป็นว่าจะต้องตายทันทีในขณะที่ชุลมุนต่อสู้กัน แต่อาจตายในวันอื่นหลังจากวันชุลมุนต่อสู้กันก็ได้

เรื่องที่ว่าหากความตายหรืออันตรายสาหัสนั้นไม่ได้เกิดในขณะที่บุคคลนั้นเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ด้วยแต่ได้เกิดขึ้นก่อนหรือหลังที่บุคคลนั้นเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้แล้ว ผู้นั้นจะมีความผิดฐานนี้หรือไม่นั้น ความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ เห็นว่า ผู้ที่มีความผิดตามมาตรา 294 หรือ 299 นี้ไม่จำเป็นต้องเข้าร่วมตั้งแต่ก่อนหรือขณะที่ได้มีการทำร้ายซึ่งมีผลให้บุคคลถึงแก่ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส แม้ว่าจะเข้าร่วมชุลมุนต่อสู้ภายหลังจากที่ได้มีการทำร้ายแล้ว ผู้นั้นก็ยังมี ความผิดตามมาตรา 294 หากมีบุคคลถึงแก่ความตาย หรือมีความผิดตามมาตรา 299 หากมีบุคคล ได้รับอันตรายสาหัส หรือจะเลิกไปจากการชุลมุนต่อสู้ก่อนแล้วจึงเกิดความตายหรืออันตรายสาหัส ขึ้นจากการชุลมุนต่อสู้ที่ยังมีอยู่ต่อไปก็ยังมีผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้เช่นเดียวกัน

ในกรณีที่ปรากฏว่าในพวกที่เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้กันนั้น ผู้ใดเป็นผู้ทำให้บุคคลถึงแก่ความตาย ผู้นั้นก็จะต้องมีผิดฐานฆ่าคนตายตามมาตรา 288 หรือ 290 แล้วแต่กรณี และในกรณีที่ปรากฏว่าในพวกที่เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้กันนั้น ผู้ใดเป็นผู้ทำให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ผู้นั้นก็จะต้องมีผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 297 แยกเป็นความผิดอีกกระทงหนึ่งต่างหาก

ความผิดฐานเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้บัญญัติข้อยกเว้นให้ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ไม่ต้องรับโทษ หากผู้นั้นสามารถนำสืบแสดงได้ว่า ตนได้กระทำไปเพื่อ 1) ห้ามการชุลมุนต่อสู้กัน หรือ 2) ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยข้อยกเว้นทั้งสองประการนี้ หน้าที่นำสืบตกอยู่แก่ฝ่ายที่กล่าวอ้างขึ้นมาเพื่อให้ตนพ้นความรับผิด

ในเรื่องการต่อสู้ว่าป้องกันนั้น ผู้สมัครใจเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ จะอ้างว่ากระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ตนพ้นผิดในความผิดฐานนี้ไม่ได้ และจะทำร้ายผู้หนึ่งเพื่อป้องกันผู้อื่นอีกผู้หนึ่งที่วิาทต่อสู้กันอยู่ก็ไม่ได้ เพราะบุคคลนั้นไม่มีสิทธิป้องกันตนต่อภัยที่ตนสมัครใจเข้าเสี่ยงเอง โดยไม่มีเหตุผลอันชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อเราพิจารณาความผิดฐานเข้าร่วมในการหลุมบอนต่อผู้ทั้ง 2 มาตราแล้ว จะพบว่ากรณีที่ความผิดฐานดังกล่าวบัญญัติเหตุยกเว้นโทษไว้ในวรรคสองของทั้ง 2 มาตราความว่า “ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการหลุมบอนต่อผู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการหลุมบอนต่อผู้นั้นหรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” หากนำการกระทำทั้ง 2 ประการ คือ “การห้ามการหลุมบอนต่อผู้” และ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” มาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญาและบทบัญญัติทั่วไปเรื่อง “ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 แล้ว จะพบว่าการกระทำทั้ง 2 ประการเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิด หากใช่เป็นการกระทำที่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ความผิดฐานนี้บัญญัติไว้ว่า “ไม่ต้องรับโทษ” โดยสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

หากนำ “การห้ามการหลุมบอนต่อผู้” มาพิจารณาตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับไทย จะพบว่าเป็นการกระทำที่ขาด “เจตนาในการเข้าร่วมหลุมบอนต่อผู้” ซึ่งเป็นส่วนของ “องค์ประกอบภายใน” ตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และเป็นส่วนของ “องค์ประกอบทางจิตใจ” ตามโครงสร้างความผิดอาญาของประเทศฝรั่งเศส ดังนั้นจึงเป็นการกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบของโครงสร้างความผิดอาญา ทำให้กระทำไม่เป็นความผิด หากใช่เป็นการกระทำที่มีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ดังที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 บัญญัติไว้แต่อย่างใด

กรณีต่อมาเมื่อเราวินิจฉัยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามโครงสร้างความผิดอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้วจะพบว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” นั้นเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เหตุหนึ่งในหลายๆ เหตุ โดยอยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาส่วนของ “ความผิดกฎหมาย” และประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย อันเป็นผลให้การกระทำไม่เป็นความผิด และเมื่อพิจารณาการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามโครงสร้างความผิดอาญาของฝรั่งเศสแล้วจะพบว่าอยู่ในส่วนของ “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาและจะพิจารณาเมื่อการกระทำนั้นครบองค์ประกอบทั้งสามประการของโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว โดยการป้องกันนั้นจัดเป็น “เหตุเนื่องจากการกระทำ” และถือเป็นการใช้สิทธิซึ่งเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงเป็นเหตุยกเว้นความผิดทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ดังนั้น ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับผิดชอบทั้งในทางอาญาและทางแพ่ง

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วจะพบว่าได้บัญญัติเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ไว้ในภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป มาตรา 68 ซึ่งได้บัญญัติผลทางกฎหมายไว้ว่า “ผู้กระทำไม่มีความผิด” ต่างกับผลทางกฎหมายของมาตรา 294 และมาตรา 299 ที่บัญญัติให้ผู้ที่กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย “ไม่ต้องรับโทษ” ซึ่งหมายความว่าผู้นั้นมีความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่บทบัญญัติทั้ง 3 มาตราใช้คำว่า “ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เช่นเดียวกันแต่บัญญัติผลทางกฎหมายที่ผู้กระทำจะได้รับต่างกันเช่นนี้ ย่อมเป็นการไม่เหมาะสม เพราะอาจส่งผลทำให้เกิดความสับสนในเรื่องผลของถ้อยคำในกฎหมายได้

การที่กฎหมายบัญญัติผลของการกระทำทั้ง 2 ประการ คือ “การห้ามการชดเชยต่อผู้” และ “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ให้มีผลคือ ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษนั้น นอกจากจะเป็นการบัญญัติผลของการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้าง ความผิดอาญาและไม่เป็นไปตามบทบัญญัติทั่วไปเรื่องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การบัญญัติผลของการกระทำเช่นนี้ยังส่งผลกระทบต่อผู้กระทำด้วย เนื่องจาก การกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษมีผลทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญาเท่านั้นแต่ยังคงมีความรับผิดชอบทางแพ่งอยู่ แตกต่างจากการกระทำที่ไม่เป็นความผิดหรือการกระทำที่กฎหมายยกเว้นความผิดซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทั้งทางอาญาและทางแพ่ง ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ความผิดฐานเข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ทั้ง 2 มาตราสมควรได้รับการแก้ไขให้ถูกต้องตามหลักการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญา

นอกจากนี้หากเราพิจารณาสภาพสังคมไทยในปัจจุบันจะพบว่าปัญหาประการหนึ่งที่เพิ่มจำนวนมากขึ้น คือ ปัญหาการยกพวกตีกันของนักเรียนนักศึกษาระหว่างสถาบัน โดยจากสถิติ การรับแจ้งเหตุของกองบัญชาการตำรวจนครบาลพบว่าสถิติการแจ้งเหตุนักเรียนทะเลาะวิวาทกัน นั้นมีอัตราเพิ่มสูงขึ้นต่อเนื่องทุกปี ซึ่งในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนี้พบว่า ความผิดฐานหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญาที่มักนำมาใช้ คือ ความผิดฐานเข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ เนื่องจาก เหตุการณ์ดังกล่าวมีบุคคลจำนวนมากวิวาทต่อสู้กันทำให้การระบุดังกล่าวทำให้ บุคคลได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายเป็นไปได้ยาก จึงจำเป็นต้องนำความผิดฐานนี้มาใช้เพื่อ ลงโทษผู้กระทำความผิด เพราะ ความผิดฐานนี้บัญญัติเอาผิดผู้ที่เข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้ทุกคน แต่ ทั้งนี้เนื่องจากความผิดฐานนี้ได้บัญญัติลงโทษไว้เพียง 2 กรณีเท่านั้น คือ กรณีการเข้าร่วมในการ ชดเชยต่อผู้เป็นเหตุให้บุคคลถึงแก่ความตายและกรณีการเข้าร่วมในการชดเชยต่อผู้เป็นเหตุให้ บุคคลได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้น หากในการชดเชยต่อผู้ที่มีเพียงบุคคลที่ได้รับอันตรายแก่กาย หรือจิตใจก็จะไม่สามารถใช้ความผิดฐานนี้ลงโทษผู้ที่เข้าร่วมชดเชยต่อผู้ได้ทำให้ต้องนำมาตรา 295 มาใช้ในการพิจารณา ซึ่งหากการชดเชยต่อผู้ที่ไม่สามารถระบุดังกล่าวทำให้ร่างกายเพื่อนำมา

ลงโทษตามมาตรา 295 ได้ อาจก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาตัดสินของศาล เนื่องจาก ไม่มีบทบัญญัติที่จะมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้ ทำให้ศาลต้องปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไปดังที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาฎีกาบางฉบับ หรือในบางกรณีผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ทุกคนรวมทั้งผู้ที่เป็นผู้ทำร้ายด้วยก็อาจมีความผิดตามมาตรา 372 หรือมาตรา 379 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษที่มีระวางโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งการชุมนุมต่อสู้นั้นเป็นเหตุการณ์ที่มีการชุมนุมต่อสู้กันอย่างสับสนวุ่นวายย่อมเป็นการยากที่จะหาพยานหลักฐานว่าใครเป็นผู้ทำร้ายใครอย่างไรอยู่แล้วจึงมีความเป็นไปได้มากที่จะไม่สามารถหาตัวผู้ที่ยังมีมือทำร้ายร่างกายได้ ดังนั้น การที่จะให้ผู้เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ได้รับโทษเพียงเล็กน้อยย่อมไม่สามารถที่จะยับยั้งและข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวได้ ประกอบกับปัจจุบันสังคมไทยมีปัญหาเกี่ยวกับกลุ่มนักเรียนนักศึกษาทยอยก่อคดีกันมากขึ้น จึงสมควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อเอาผิดกับผู้ที่เกี่ยวข้องในการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเพิ่มขึ้นมาอีกกรณีหนึ่งเพื่อเป็นการปรามให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกระทำความผิดมีความยับยั้งชั่งใจก่อนลงมือกระทำความผิดและป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

ปัญหาในกลุ่มนักเรียนนักศึกษาทยอยก่อคดีกันที่เพิ่มจำนวนสูงขึ้นนั้นพบว่าบ่อยครั้งมีการนำอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดเข้ามาใช้เป็นอาวุธในการวิวาทต่อสู้กันด้วย ซึ่งเห็นได้ว่าอาวุธดังกล่าวเป็นอาวุธร้ายแรงที่สามารถสร้างความหวาดกลัวและก่อให้เกิดอันตรายแก่ประชาชนได้เป็นวงกว้างโดยสร้างความเสียหายแก่ทรัพย์สินรวมถึงชีวิตร่างกายของประชาชนได้เป็นจำนวนมากและรวดเร็ว อาจส่งผลให้การชุมนุมต่อสู้มีจำนวนผู้ได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายเพิ่มมากขึ้นและยังส่งผลให้ความตายหรืออันตรายสาหัสเกิดได้ง่ายและรวดเร็วขึ้นด้วย เนื่องจาก เป็นอาวุธที่ถูกออกแบบขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ทำลายชีวิตหรือทำให้ผู้อื่นได้รับบาดเจ็บซึ่งบุคคลผู้ใช้ย่อมเล็งเห็นได้ว่าสามารถทำให้ผู้อื่นตายหรือได้รับบาดเจ็บสาหัสได้เมื่อเทียบกับการใช้อาวุธชนิดอื่น ดังนั้น หากจะให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในการชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธดังกล่าวได้รับโทษเท่ากับกรณีการชุมนุมต่อสู้ที่กฎหมายบัญญัติไว้ย่อมเป็นการไม่เหมาะสมกับอันตรายและความร้ายแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งเพื่อเป็นการป้องกันความรุนแรงจากการใช้อาวุธซึ่งสร้างความหวาดกลัวให้แก่คนในสังคมตลอดจนเพื่อดูแลสังคมให้เกิดความสงบสุขจึงควรมีกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้จึงเห็นว่าความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นี้สมควรได้รับการแก้ไขปรับปรุงให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดต้องได้รับโทษหนักกว่ากรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อให้ความผิดฐานนี้มีความเหมาะสมกับการบังคับใช้ในสภาพสังคมไทยปัจจุบันนั่นเอง

5.2 ข้อเสนอแนะ

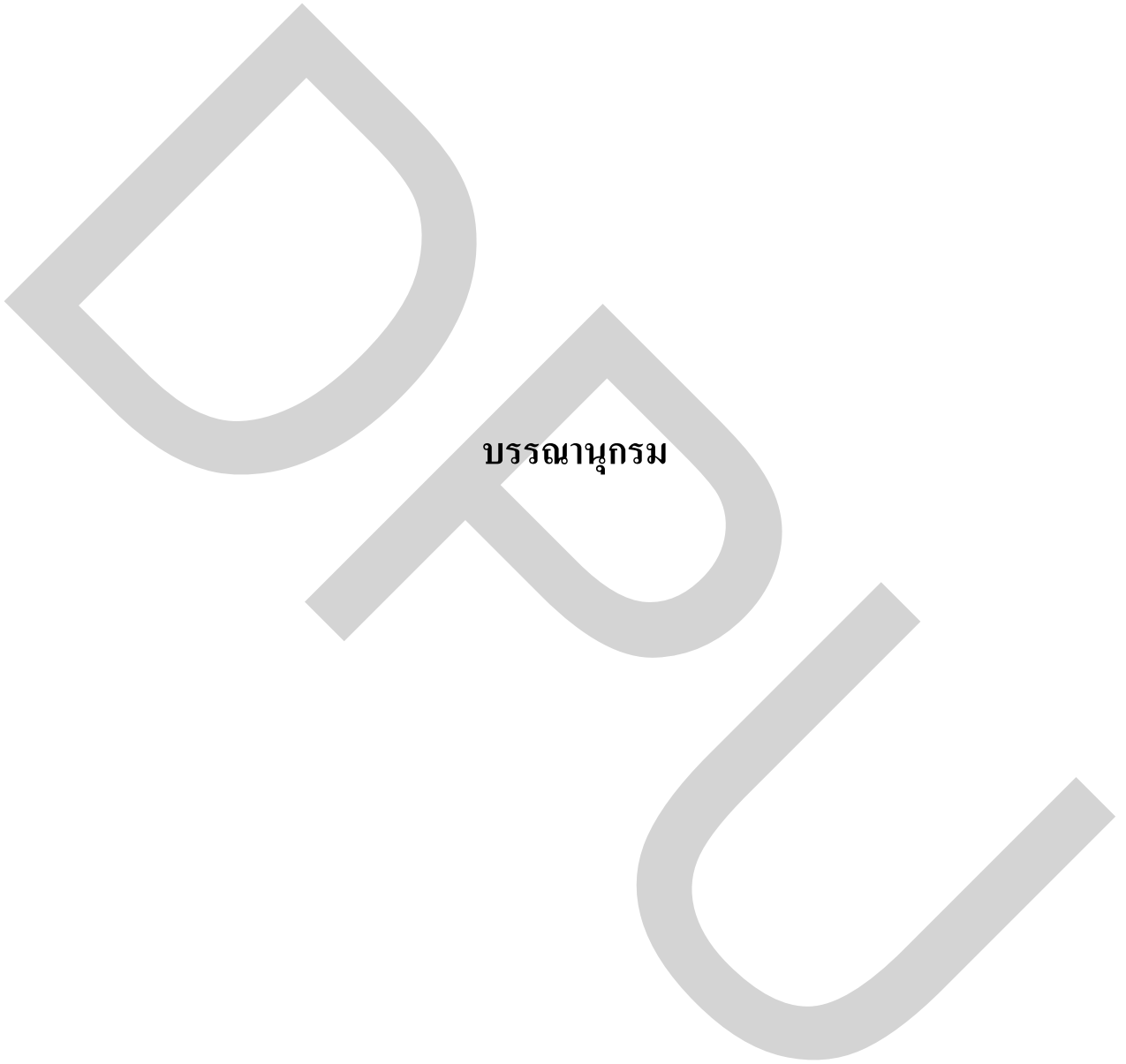
จากการศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาต่างๆที่เกิดจากการบัญญัติความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ในประมวลกฎหมายอาญานั้น ผู้เขียนเห็นว่า ความผิดฐานนี้สมควรได้รับการแก้ไข และบัญญัติเพิ่มเติม ดังต่อไปนี้

1. บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 สมควรได้รับการแก้ไขโดยตัดข้อความในวรรคสองที่บัญญัติว่า “ถ้าผู้ที่เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้นั้นแสดงได้ว่า ได้กระทำไปเพื่อห้ามการชุมนุมต่อสู้นั้น หรือเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” ออกไปจากบทบัญญัติของทั้งสองมาตราเพื่อให้เหมาะสมและถูกต้องตามหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตาม โครงสร้างความผิดอาญาและสอดคล้องกับบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68

2. ประมวลกฎหมายอาญาควรเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการชุมนุมต่อสู้ที่เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจเพิ่มเข้ามาในความผิดฐานเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ และกำหนดระวางโทษให้เหมาะสมลดหลั่นลงมาจากกรณีเข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้เป็นเหตุให้บุคคลได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา 299 โดยระวางโทษดังกล่าวจะต้องน้อยกว่าระวางโทษของความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 และหากผู้ต่อสู้ลงมือทำร้ายผู้นั้นก็จะต้องมีความผิดตามมาตรา 295 อีกฐานหนึ่งด้วย

3. กฎหมายควรบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ที่มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดต้องรับโทษหนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อให้โทษที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับมีความเหมาะสมกับปริมาณความเสียหายที่เพิ่มมากขึ้นจากการใช้อาวุธดังกล่าว

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าหากความผิดฐานเข้าร่วมชุมนุมต่อสู้ของไทยได้รับการแก้ไขให้ถูกต้องตามหลักการวินิจฉัยความผิดอาญาตาม โครงสร้างความผิดอาญาดังที่กล่าวมาแล้วย่อมจะทำให้ความผิดฐานนี้มีความถูกต้องชัดเจนมากขึ้น อีกทั้งหากความผิดฐานดังกล่าวมีการบัญญัติเพิ่มเติมความรับผิดในกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ย่อมจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมในการช่วยปรามและข่มขู่ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดให้เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้ากระทำความผิดและป้องกันการกระทำผิดซ้ำ ซึ่งจะเป็นการช่วยลดอันตรายที่จะเกิดขึ้นในสังคมและทำให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุขมากขึ้นนั่นเอง



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กมลชัย รัตนสากาวงศ์. (2544). *คู่มือประกอบการศึกษากฎหมายอาญา มาตรา 288-มาตรา 398*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- โกเมศ ขวัญเมือง. (2526). *กฎหมายอาญา 4* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: อรุณการพิมพ์.
- ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. (2553). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด มาตรา 288 ถึง 366* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1: บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง.
- คณิต ณ นคร. (2551). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2545). *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- _____. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ธานี วรภัทร์. (2553). *หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2549). *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2554). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 7).
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2555). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 28). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ประธาน วัฒนวาณิชย์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา*. กรุงเทพฯ: ประกายพริ้ง.
- ประภาศน์ อวยชัย. (2548). *ประมวลกฎหมายอาญา เล่มที่ 5 มาตรา 270 ถึงมาตรา 308 พร้อมด้วย
คำอธิบายและย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2546*.
กรุงเทพฯ: สภาสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย ในพระบรมราชูปถัมภ์.
- พัฒน์ เนียมกฤษ. (2548). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เรียงตามมาตรา* (พิมพ์ครั้งที่ 2).
กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

- พระอินทปรีชา. (2469). *กฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2*. พระนคร: โสภณพิพรรฒธนากร.
- วิจิตร ลุฑิตานนท์. (2507). *คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ ชั้นปีที่ 4 กฎหมายอาญา (ภาค 1) (พิมพ์ครั้งที่ 4)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุป็น พูนพัฒน์. (2540). *คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2-3 ความผิด-ลหุโทษ*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2555). *คำอธิบายเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 5)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. (2515). *คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 4 ตอนที่ 1*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 5)*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2544). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (พิมพ์ครั้งที่ 10)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- _____. (2555). *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เออุต์. (2478). *กฎหมายอาชญา*. พระนคร: อักษรนิติ.

บทความ

- ประสพสุข บุญเดช. (2540, เมษายน-มิถุนายน). “ดุลพินิจในการกำหนดโทษ.” *สุลพาท*, 44, 2. หน้า 161-186.
- สุป็น พูนพัฒน์. (2506). “การชดเชยต่อผู้กัน.” *บทบัณฑิตย*, 21, 1. หน้า 21-29.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ.” *วารสารนิติศาสตร์*, 22, 1. หน้า 76-84.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2537, กันยายน-ตุลาคม). “ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายตามกฎหมายเยอรมัน.” *สุลพาท*, 41, 5. หน้า 129-149.
- _____. (2539, ตุลาคม-ธันวาคม). “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายเยอรมัน.” *สุลพาท*, 43, 4. หน้า 133-149.
- อุทิศ สุภาพ. (2549, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม.” *สุลพาท*, 53, 2. หน้า 60-74.

วิทยานิพนธ์

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชานนท์ ศรีสาตร์. (2545). *เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- ณัฐวดี ดีมาก. (2546). *การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- คุษฎี หลีละเมียร. (2531). *ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดในทางอาญาตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ธารทิพย์ แสงหิ่งห้อย. (2552). *ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล. (2543). *อิทธิพลทางกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาไทย*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สรศักดิ์ โปธิสุวรรณ. (2553). *ความรับผิดทางอาญากรณีใช้สิ่งเทียมอาวุธปืนกระทำความผิด: เปรียบเทียบกับการกระทำความผิดโดยใช้อาวุธปืน*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2536). *ผลของการกระทำในทางอาญา: ศึกษาเฉพาะกรณีผลที่เป็นการก่ออันตราย*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมศักดิ์ ตันทเลขา. (2531). *ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดทางอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

คำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2555, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th>.

รายงานสถานการณ์และแนวโน้มประเทศไทย สิงหาคม 2547 นักเรียนตีกัน : การต่อต้านของ
เยาวชน. (2547, 3 ตุลาคม). มติชนออนไลน์. สืบค้นเมื่อ 26 มิถุนายน 2555, จาก

<http://www.dmh.go.th/news/view.asp?id=845>.

อันธพาลเต็มเมือง ช่างกลตีกัน จะตายอีกกี่ศพ. (2555,15 มิถุนายน). ASTV ผู้จัดการ. สืบค้นเมื่อ
26 มิถุนายน 2555, จาก

<http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9550000073216>.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Gerhard O.W. Mueller. (1960). *The French penal code*. New Jersey : Fred B. Rothman.

Herbert L Packer. (1978). *The Limit of the Criminal Sanction*. California : Stanford
University Press.

H.M. Stationery Office. (1952). *Manual of German Law*. Great Britain : Foreign Office.

Michael Bohlander. (2008). *The German criminal code : a modern English translation /
translated by Michael Bohlander*. Portland, Or. : Hart Pub.

LAW

Public Order Act 1986.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ธวัชพร รักตะเมธากุล

ประวัติการศึกษา

ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีการศึกษา 2552