



ความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำโดยบันดาลโทษ
ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

นครินทร์ แป้นงาม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปีการศึกษา 2566

CRIMINAL OFFENSE OF PROVOCATION IN THAI AND FOREIGN LAW

NAKARIN PAENNGAM

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Law
Department of Law,
Pridi Banomyong Faculty of Law
Dhurakij Pundit University
Academic Year 2023



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ
เสนอโดย นครินทร์ แป้นงาม
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีระยุทธ ลาสงยาง

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว


.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร)


.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีระยุทธ ลาสงยาง)


.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ รับรองแล้ว


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
(อาจารย์ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ)

วันที่ 10 เดือน กรกฎาคม พ.ศ. 2567

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ
ชื่อผู้เขียน	นครินทร์ แป้นงาม
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีระยุทธ ลาสงยาง
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

บทคัดย่อ

ในกฎหมายของประเทศไทยการที่จะอ้างบันดาลโทสะได้ จะต้องพิจารณาครบองค์ประกอบตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติ ได้แก่ ผู้กระทำถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทสะ และผู้กระทำได้กระทำต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น หากครบองค์ประกอบจึงจะสามารถอ้างเหตุบันดาลโทสะต่อศาลเพื่อขอลดหย่อนโทษได้ ผลการศึกษาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 พบว่า ศาลไทยจะนำบันดาลโทสะมาใช้วินิจฉัยความรับผิดอาญาเสมือนส่วนหนึ่งในโครงสร้างของความผิดอาญา และบทบัญญัติดังกล่าวไม่รองรับการกระทำโดยบันดาลโทสะที่เกิดจากการถูกข่มเหงสะสมต่อเนื่อง เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบความผิด กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีการข่มเหงมีลักษณะที่ไม่มีความรุนแรง แต่เป็นการข่มเหงหลายครั้งต่อเนื่อง ทำให้ผู้ถูกข่มเหงสะสมอารมณ์ความรู้สึกที่ได้รับจากการข่มเหงทีละเล็กทีละน้อย เมื่อผู้ถูกข่มเหงไม่สามารถอดทนต่อการข่มเหงได้ก็จะเกิดโทสะขึ้น และในที่สุดก็จะกระทำความผิดตอบโต้กลับต่อผู้ข่มเหงในภายหลัง ซึ่งการข่มเหงครั้งสุดท้ายอาจไม่มีความร้ายแรงเพียงพอที่จะอ้างกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้ และไม่มีกฎหมายใดเลยที่สามารถช่วยเหลือผู้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้ จึงเกิดเป็นคำถามที่ว่าผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมนี้ ทำไม่ถึงถูกมองเป็นเพียงผู้ร้ายในการกระทำความผิดฉกรรจ์เท่านั้น ทั้งที่ในอีกมุมมองหนึ่งผู้กระทำความผิดเหล่านั้นสมควรถูกเรียกว่าเป็นหนึ่งใน “เหยื่อความรุนแรง” ที่เลือกเดินทางผิดด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งในความจริงแล้วบุคคลเหล่านี้ไม่ใช่อาชญากรโดยสันดานที่จะลงมือกระทำความผิดด้วยความสะใจ ความพอใจ หรือจากความชั่วร้ายในสันดานเลย

ผลการศึกษาหลักกฎหมายการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษพบว่า ศาลของประเทศเยอรมนีและอังกฤษจะวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งตามโครงสร้างของความผิดอาญาก่อน แล้วจึงนำข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะมาพิจารณาเพื่อกำหนดโทษแก่จำเลย รวมทั้งได้ยอมรับการถูกข่มเหงสะสมต่อเนื่องเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาคดีและโทษ โดยศาลจะนำเหตุที่ผู้กระทำได้กล่าวอ้างเพื่อพิจารณาบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำ พร้อมทั้งนำประวัติภูมิหลังของผู้กระทำความผิด ลักษณะพิเศษเฉพาะทั้งทางร่างกายและทางจิตใจของผู้กระทำความผิดเข้ามาพิจารณาร่วมด้วย ดังนั้น กฎหมายของไทยมีหลักกฎหมายลักษณะคล้ายคลึงกับต่างประเทศ เพียงแต่ยังไม่รองรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะที่ถูกข่มเหงสะสมต่อเนื่อง แต่ในต่างประเทศได้มีการยอมรับและสามารถนำสืบ

พิสูจน์ใช้เป็นข้ออ้างเพื่อขอลดโทษได้แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรนำหลักกฎหมายในเรื่องการกระทำ ความผิดโดยบันดาลโทสะของประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ มาศึกษาวิเคราะห์ เพื่อพัฒนาให้สามารถ รองรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในรูปแบบต่าง ๆ ได้อย่างเหมาะสม ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษที่เหมาะสม กับการกระทำของตนต่อไป

คำสำคัญ: โครงสร้างของความผิดอาญา, บันดาลโทสะ, เหตุบรรเทาโทษ



Thesis Title	CRIMINAL OFFENSE OF PROVOCATION IN THAI AND FOREIGN LAW
Author	Nakarin Paenggam
Thesis Advisor	Assistant Professor Dr. Weerayut Lasongyang
Program	Master of Laws
Academic Year	2023

ABSTRACT

Under Thai law claiming provocation requires thorough consideration of all elements provided in the criteria. These include the offender being severely abused for unfair reasons, the abuse that causes the offender to be a provocation, and the offender acting upon it towards the abuser at that time. If all the elements are fulfilled, one could claim provocation in court to request a reduction in sentence. The results of the study under Section 72 of the Criminal Code Thai justice will firstly take the provocation into its consideration, as it is internal component within the structure of criminal liability and indicate that the provisions concerning provocation offenses are not covered by provocation offenses resulting from cumulative provocation, as these fail to meet the necessary elements of the offense. In other words, there are cases where abuse is non-violent, but it also occurs frequently, which causes the person being abused to gradually accumulate negative emotions. As a result, if the victim is unable to endure the abuse and becomes provoked, they may later commit an offense against their abuser, even if the victim's actions are not severe enough to justify a claim of provocation. Unfortunately, there are no laws designed to assist such offenders. This raises the question of whether offenders from this type of accumulative provocation should only be considered offenders of serious crimes. From another angle, these criminals could be seen as 'victims of violence' who chose the wrong path. In reality, they are not inherently criminals; they neither acted to satisfy a need, found contentment, nor engaged in truly wicked behavior.

The results of a study on the principles of provocation offenses in German and England will firstly consider the charge in accordance with the structure of criminal law. Then, the truth that such act is caused by a provocation will be taken into consideration by the justice for giving punishment to the defendant. Moreover it is accepted the concept of accumulated abuse as a consideration in trials and sentencing. The court takes into consideration the reasons provided by the offender when reducing punishment for the

offender, in addition to the offender's background history and specific physical and mental characteristics. In conclusion, Thai law shares similar legal principles with foreign jurisdictions, though it does not encompass the offense of provocation. Conversely, in other countries, this offense is recognized and can be used as a basis for requesting a reduction in punishment. The author suggests that Thailand should consider integrating legal principles from German and England regarding offenses driven by provocation to thoroughly study, analyze, and develop coverage for various scenarios. This would ensure that offenders receive punishment suitable for their actions.

Keywords: structure of criminal liability, provocation, mitigation



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้หากไม่ได้รับความอนุเคราะห์จากท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีระยุทธ ลาสงยาง ผู้ซึ่งเป็นอาจารย์ที่เปรียบเสมือนแห่งแสงสว่างรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ คอยช่วยเหลือ ให้คำแนะนำ และให้กำลังใจตลอดระยะเวลาที่ผู้เขียนได้เขียนวิทยานิพนธ์นี้จนทำให้สำเร็จ และผ่านพ้นไปได้ด้วยดี ขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการ ตลอดจนขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์นี้

กราบขอบพระคุณบิดาที่อุปการะส่งเสียค่าศึกษาเล่าเรียน เป็นกำลังใจ และให้การสนับสนุนด้านการงาน การเรียน หรือด้านอื่น ๆ กราบขอบพระคุณมารดาที่คอยให้ความรัก ความเป็นห่วง ให้กับผู้เขียนเสมอมา

ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์นี้จะสามารถช่วยเหลือให้ความรู้กับผู้อ่านได้ไม่ว่าจะมากหรือน้อย สามารถสร้างประโยชน์ให้แก่ผู้สนใจศึกษา และสามารถพัฒนากฎหมายของไทยต่อไปได้ หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขออภัยมา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นครินทร์ แป้นงาม

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญ.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
2. แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับกรกระทำโดยบันดาลโทสะ.....	5
2.1 การวินิจฉัยความผิดอาญา.....	5
2.2 ความเป็นมาของการกระทำผิดโดยบันดาลโทสะ.....	7
2.3 เหตุผลที่ทำให้การกระทำโดยบันดาลโทสะเป็นเหตุลดโทษ.....	8
2.4 บุคคลผู้มีความเสี่ยงกระทำผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม.....	9
2.5 แนวคิดที่สนับสนุนให้มีการยกเว้นความผิดกรณีถูกทำร้ายต่อเนื่อง.....	11
2.6 แนวคิดเรื่องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจากการถูกทำร้ายอย่างต่อเนื่อง.....	13
2.7 ทฤษฎีความรับผิดชอบเกี่ยวกับการลงโทษทางทัณฑ์วิททยา.....	15
3. ความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายไทย.....	23
และกฎหมายต่างประเทศ	
3.1 ประเทศไทย.....	23
3.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	40
3.3 ประเทศอังกฤษ.....	47
4. วิเคราะห์ปัญหาการวินิจฉัยความผิดอาญาการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม	57
4.1 ความแตกต่างของการวินิจฉัยความผิดอาญาระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์...	58
4.2 ที่อยู่ของบันดาลโทสะตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี อังกฤษ และไทย.....	59
4.3 ปัญหาการอ้างเหตุบรรเทาโทษกรณีบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม.....	60

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.4 ผู้มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำโดยบันดาลโทษะ.....	64
4.5 เหตุผลความจำเป็นในการแก้ไขตัวบทกฎหมายกรณีบันดาลโทษะ.....	65
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	67
5.1 บทสรุป.....	67
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	73
บรรณานุกรม.....	74
ประวัติผู้เขียน.....	79

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาจะต้องวินิจฉัยอย่างเป็นระบบ การพิจารณาว่าบุคคลใดกระทำความผิดกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาเรียงไปตามลำดับขั้นตอนตามหลักโครงสร้างของความผิดอาญา ได้แก่ การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว¹ โดยพิจารณาเริ่มจากการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เมื่อพิจารณาครบองค์ประกอบแล้ว จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ประการที่สองต่อไปว่าเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ และพิจารณาต่อไปว่าเป็นความชั่วหรือไม่ตามลำดับ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าครบหลักเกณฑ์ตามโครงสร้างของความผิดอาญา ผู้นั้นก็เป็นผู้ที่มีความผิดอาญาแล้วในขั้นตอนต่อมาจึงค่อยพิจารณาโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด โดยศาลจะต้องนำเหตุบรรเทาโทษต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่จำเลย ผลการศึกษาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 พบว่า ศาลไทยจะนำบันดาลโทษมาใช้วินิจฉัยความรับผิดอาญาเหมือนส่วนหนึ่งในโครงสร้างของความผิดอาญา และบทบัญญัติดังกล่าวไม่รองรับการกระทำโดยบันดาลโทษที่เกิดจากการถูกข่มเหงสะสมต่อเนื่อง

ในสังคมของประเทศไทยมักมีการใช้ความรุนแรงเกิดขึ้นบ่อยครั้ง ส่วนหนึ่งมีสาเหตุจากการถูกข่มเหงทางด้านอารมณ์ความรู้สึก ส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ข่มเหง เมื่อไม่สามารถทนต่อการข่มเหงได้ จึงได้ใช้ความรุนแรงในการตอบโต้กลับต่อผู้ข่มเหงเพื่อแก้ไขปัญหา ซึ่งเกิดจากอารมณ์ชั่ววูบมิได้กระทำด้วยความตั้งใจมาตั้งแต่แรก กฎหมายจึงมองว่าผู้กระทำความผิดลักษณะเช่นนี้สมควรได้รับการลดโทษ² ประเทศไทยได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะทำนองนี้ไว้ในเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทษโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”³ จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดองค์ประกอบความผิดไว้ว่า การที่จะได้รับการพิจารณาเหตุลดหย่อนโทษดังกล่าวจะต้องมีองค์ประกอบความผิดครบตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทษ ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะบันดาลโทษหากครบองค์ประกอบความผิด ศาลจึงจะนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 นี้ มาพิจารณาลดหย่อนโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้

¹ คณิต ณ นคร , *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 125.

² จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2555) 920-921.

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

แต่หากพิจารณามาตรา 72 ดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ใช้สำหรับเป็นเหตุบรรเทาโทษ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดองค์ประกอบความผิดว่า กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำจะต้องถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และกระทำต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น จึงจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าวและสามารถใช้อ้างต่อศาลได้ ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม และจำเลยมักอ้างเป็นเหตุผลในชั้นพิจารณาคดีในศาล คือ กรณีที่ผู้กระทำได้รับการถูกข่มเหงจากผู้ข่มเหงมาเป็นระยะเวลาหนึ่ง หรือได้รับมาเป็นระยะเวลาช้านาน หรือต่อเนื่องหลายครั้ง เป็นการสะสมที่เล็กละเอียด เมื่อถึงจุดสุดท้ายจึงบันดาลโทสะออกมา⁴ และในที่สุดจึงได้มีปฏิกริยาตอบโต้กลับต่อคนที่กดขี่ข่มเหงตัวเอง โดยไม่สามารถหาวิธีอื่นแก้ไขได้ ซึ่งความมีโทสะดังกล่าวอาจเกิดจากการถูกข่มเหงในครั้งก่อนซึ่งมีความรุนแรง หรือไม่รุนแรงแต่สะสมขึ้นหลายครั้งรวมกันจนถือเสมือนเป็นการข่มเหงที่รุนแรง การที่ศาลพิจารณาเฉพาะการข่มเหงในครั้งล่าสุดที่มีการกระทำ ความผิดของผู้ถูกข่มเหงจึงไม่ถูกต้อง เช่น การถูกทารุณกรรมทางร่างกายหรือจิตใจ การถูกกระทำด้วยความรุนแรงซ้ำหลายครั้ง การถูกข่มขู่ให้กลัวหลายครั้ง การที่ทำให้อยู่ในสภาวะจำยอม ไม่สามารถหลีกเลี่ยง หรือกระทำการใดให้พ้นจากการถูกข่มเหง ซึ่งอาจมาจากครอบครัวหรือบุคคลอื่น ส่งผลต่อจิตใจและเกิดเป็นโทสะจนกระทั่งผู้กระทำเลือกใช้ความรุนแรงไปในทางที่ผิดในการตอบโต้กลับ โดยหวังว่าความรุนแรงนั้นจะยับยั้งมิให้ตนได้รับการข่มเหงเช่นว่านั้นอีก ซึ่งกฎหมายอาญาของประเทศไทยในปัจจุบัน เป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ป้องกันอาชญากรรมทั่วไป จึงยังไม่รับรองว่าการกระทำความผิดที่เกิดจากบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม ที่ผู้กระทำได้รับสะสมมาเป็นระยะเวลาช้านาน และได้มีปฏิกริยาตอบโต้กลับต่อผู้ข่มเหง เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะที่จะได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72 ดังนั้น เมื่อผู้กระทำความผิดได้ตัดสินใจลงมือกระทำการใดต่อผู้ข่มเหง ศาลจะไม่สามารถพิจารณาลดหย่อนโทษสำหรับการกระทำดังกล่าวได้เลย และไม่มีกฎหมายใดเลยที่สามารถช่วยเหลือผู้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้

โดยศาลยุติธรรมในปัจจุบันได้หยิบยกเหตุสะสมที่ผู้กระทำได้รับ เช่น ความเครียด ความโกรธ มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำผิดด้วย เช่น คดีป่าทุบรถที่เกิดเป็นข่าวดังในสังคม⁵ กรณีผู้เสียหายไปจอดรถปิดทางเข้าออกบ้าน ทำให้เจ้าของบ้านซึ่งถูกข่มเหงในลักษณะดังกล่าวเป็นระยะเวลาช้านานไม่สามารถอดทนได้ จึงนำค้อนไปทุบรถของผู้เสียหายศาลได้กล่าวในคำพิพากษาว่า “พิเคราะห์พฤติการณ์แห่งคดีแล้ว เห็นว่าจำเลยทั้งสองกระทำความผิด เพราะความเครียดและความโกรธสะสมมาเป็นเวลานาน ความผิดที่กระทำไม่ร้ายแรง จึงเห็นควรให้โอกาสจำเลยทั้งสองกลับตนเป็นพลเมืองดี”⁶ ซึ่งศาลมองว่าความเครียด และความโกรธที่ป่าทุบรถได้รับจากการที่มีผู้มาจอดรถบริเวณหน้าประตูบ้านของป่าหลายครั้ง ทำให้ป่าไม่สามารถนำรถเข้าออกจากรถบ้านได้ ส่งผลให้ป่าถูกข่มเหงอย่างสะสมส่งผลให้มีโทสะและได้ทำการทุบรถบริเวณที่มาจอดด้านหน้าบ้านดังกล่าว

⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 17 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2548) 172.

⁵ MGR ONLINE, ‘จำคุกป่าทุบรถ 2 เดือน แต่ให้รอลงอาญา ศาลบรรเทาโทษเหตุความเครียดสะสม’ (30 พฤษภาคม 2562) <<https://mgronline.com/crime/detail/9620000051641>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

⁶ คำพิพากษาคดีดำ ที่ 3917/2561

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นถึงปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยหลักกฎหมายในส่วนเหตุบรรเทาโทษเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการวินิจฉัยที่ไม่เป็นธรรมที่เหมาะสมกับการกระทำของตน ผู้วิจัยจึงมุ่งศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าว เพื่อให้กฎหมายของไทยสามารถรองรับ ตอบสนอง ต่อปัญหาพฤติกรรมและกำหนดบทลงโทษกับบุคคลให้เหมาะสมกับการกระทำมากที่สุด โดยจะทำการศึกษาในเรื่องดังกล่าวจากกฎหมายของประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ มาเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทย เพื่อเป็นประโยชน์ในการพัฒนากฎหมายไทยให้ดียิ่งขึ้นต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาความหมายของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะและหลักการพิจารณابันดาลโทสะในโครงสร้างของความผิดอาญา

1.2.2 เพื่อศึกษาสภาพปัญหาในเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมตามกฎหมายของประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีรวมถึงหลักกฎหมายในเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

1.2.4 เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

บทบัญญัติเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายอาญามาตรา 72 เป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่ง และเป็นหลักกฎหมายที่ใช้บังคับโดยทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ แต่บทกฎหมายมาตราดังกล่าวยังไม่รองรับการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม ที่ผู้กระทำถูกข่มเหงสะสมมาเป็นระยะเวลาานาน และได้กระทำต่อผู้ข่มเหงในภายหลัง ซึ่งทำให้ในการวินิจฉัยบทกำหนดโทษของผู้กระทำผิด ศาลไม่สามารถนำบทกฎหมายในเรื่องบันดาลโทสะมาพิจารณาเป็นเหตุลดโทษได้ ทำให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษสถานหนัก ซึ่งไม่เป็นธรรมกับผู้กระทำ และไม่ตรงตามพฤติการณ์ความเป็นจริง

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าเมื่อได้ทำการศึกษาในเรื่องดังกล่าว จากการศึกษาบทกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายของประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ โดยศึกษาจากทั้งทฤษฎี แนวความคิด แนวคำพิพากษา และนำมาปรับใช้กับบทกฎหมายของประเทศไทย ก็จะส่งผลให้ประเทศไทยสามารถวินิจฉัยความรับผิดชอบได้ถูกต้อง และกฎหมายของประเทศไทยก็จะมีบทกฎหมายที่สามารถรองรับพฤติการณ์ที่ตรงตามข้อเท็จจริง และส่งผลให้ผู้กระทำได้รับความเป็นธรรมจากกฎหมายมากยิ่งขึ้น ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดของบุคคล โดยวิธีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 72 ให้สามารถรองรับการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดอาญาเพื่อให้รองรับกับการกระทำที่เกิดขึ้นโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม เป็นการศึกษาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ของประเทศไทย โดยทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมนี และประเทศอังกฤษ เพื่อศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม โดยศึกษาหาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม เพื่อให้การกำหนดโทษทางอาญาของบุคคลมีความเหมาะสมกับการกระทำความผิด ซึ่งจะสามารถรองรับการกระทำที่เกิดขึ้นในรูปแบบใหม่ๆ และทำให้กฎหมายอาญามีผลบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาวิจัยนี้ ใช้วิธีการวิจัยโดยทำการศึกษาค้นคว้าจากตำราทางวิชาการทางด้านเอกสาร (Documentary Research) ได้แก่ ตำรากฎหมาย บทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ และประมวลกฎหมายอาญา ทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีรวมถึงเหตุผลของกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยวิเคราะห์และหาข้อสรุปเพื่อแก้ไขบทกฎหมายให้รองรับการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 เพื่อให้ทราบถึงความหมายของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะและหลักการพิจารณابันดาลโทสะในโครงสร้างของความผิดอาญา

1.6.2 เพื่อให้ทราบถึงสภาพปัญหาในเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมตามกฎหมายของประเทศไทย

1.6.3 เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีรวมถึงหลักกฎหมายในเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

1.6.4 เพื่อให้ทราบถึงการวิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของประเทศไทยและต่างประเทศ

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำโดยบันดาลโทสะ

การกระทำความผิดทางอาญามีหลายรูปแบบ ซึ่งอาจเกิดจากความตั้งใจ ความไม่ตั้งใจ หรือกระทำไปเพราะความจำเป็น หรือเพราะต้องการป้องกันไม่ให้เกิดขึ้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำที่มีโทษรวมอยู่ด้วย เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นจากความโกรธ ความกลัว ความโมโหร้าย พร้อมทั้งจะต่อสู้ หลีกหนี เป็นการถูกข่มขู่และส่งผลกระทบต่อจิตใจ ทำให้ผู้ถูกข่มขู่ไม่สามารถควบคุมร่างกายหรือจิตใจให้อยู่ในสภาวะปกติได้ จึงได้กระทำตอบโต้ต่อผู้ข่มขู่ ซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ กฎหมายจึงกำหนดว่าการกระทำดังกล่าวเกิดจากการกระทำที่ถูกข่มขู่ก่อน และได้มีการกระทำตอบโต้ออกมา ซึ่งการกระทำโดยบันดาลโทสะเป็นเพียงเหตุผลโทษ ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ศาลจะไม่ลงโทษผู้ข่มขู่เลยมิได้ ดังนั้น เพื่อให้ทราบถึงหลักการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการที่เกี่ยวข้อง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 การวินิจฉัยความผิดอาญา

รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท กล่าวว่า “การที่นักกฎหมายอาญาจะวินิจฉัยการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาได้นั้น จะต้องมีความรู้ในกรณีการวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาหรือไม่อย่างไร เครื่องมือดังกล่าวคือ “โครงสร้างของความผิดอาญา”⁷ หรือ “โครงสร้างความรับผิดในทางอาญา”⁸ หรือ “การวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญา”⁹ หรือ “สาระสำคัญของความผิด”¹⁰ ซึ่งในกฎหมายอังกฤษเรียกว่า the element of crime¹¹ ในฝรั่งเศสเรียกว่า élément constitutif de l’infraction¹² และในเยอรมันเรียกว่า verbrechensaufbau¹³ ซึ่งมีอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และซีวิลลอว์ (Civil law)”¹⁴

โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวแม้จะมีชื่อเรียกที่ต่างกัน แต่ก็ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการเรียงลำดับความคิดหรือขั้นตอนในการวินิจฉัยความรับผิด กล่าวคือ เมื่อใดก็ตามที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็จะต้อง

⁷ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 121-138.

⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 เล่มที่ 1 (พิมพ์ครั้งที่ 11 สำนักพิมพ์บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด 2562) 98.

⁹ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 21 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) 50-76.

¹⁰ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 2) 32 - 314 และ 743-1053.

¹¹ John Smith, *Criminal Law* (tenth edition The bath Press 2002) 28-107.

¹² Jaen Pradel, *Droit Pénal Général* (Paris Cujas 2002) 325.

¹³ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 125.

¹⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 153.

พิจารณาไปตามขั้นตอนของโครงสร้างของความผิดอาญา มีไว้วินิจฉัยว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบอาญาเลย ในทันที ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้วินิจฉัยความรับผิดอาญาโดยมีแนวคิดกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นพื้นฐาน ดังนั้น ในการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนจะเขียนการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศไทยโดยยึดโยงหลัก “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร เป็นเกณฑ์ซึ่งจะได้กล่าวในบทต่อไป

หลักโครงสร้างของความผิดอาญา มาจากแนวความคิดที่ว่า เมื่อใดที่มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ก็จะต้องมีการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น และจะต้องมีการกำหนดโทษ โดยโทษที่ถูกกำหนด ก็จะต้องเหมาะสมกับการกระทำผิด ทำให้ต่อมามีนักนิติศาสตร์จำนวนหนึ่งพยายามจะคิดค้นหลักเกณฑ์ที่เป็นระบบเพื่อนำมาอธิบายว่า การกระทำใดบ้างที่จะถือเป็นความผิดทางอาญาและสมควรได้รับโทษ โดยมีโครงสร้างหรือขั้นตอนในการลำดับความคิด ซึ่งรวมถึงแนวคิดในการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดด้วย¹⁵ โดยโครงสร้างของความผิดอาญาแต่ละประเทศมีลักษณะแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นใช้ระบบกฎหมายใดในการพิจารณา ซึ่งระบบกฎหมายที่ทุกประเทศทั่วโลกใช้จะแบ่งเป็น 2 ระบบ ดังนี้

2.1.1 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศเยอรมนี มีหลักการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามหลักเกณฑ์ที่ใช้ชื่อว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา”¹⁶ (Verbrechenaufbau) โดยแยกออกเป็น 3 ข้อ ได้แก่ การครอบครองประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และความชั่ว (Schuld) และได้แยกเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ ออกจากกันอย่างชัดเจน โดยเหตุยกเว้นความผิดจะอยู่ในส่วนของโครงสร้างข้อที่ 2 คือความผิดกฎหมาย และเหตุยกเว้นโทษจะอยู่ในส่วนของโครงสร้างข้อที่ 3 คือความชั่ว

2.1.2 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ มีหลักการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามหลักเกณฑ์ที่ใช้ชื่อว่า “โครงสร้างความรับผิดทางอาญา”¹⁷ โดยแยกออกเป็น 2 ข้อ ได้แก่ ส่วนการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus) และส่วนองค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำผิด (Mens Rea) และไม่ได้แยกเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ ออกจากกันอย่างชัดเจน

ในการศึกษากฎหมายอาญาของประเทศไทยเริ่มแรกนั้น แม้เราจะรับเอาระบบซีวิลลอว์ (Civil Law System) แต่ก็ถูกอิทธิพลความคิดของระบบกฎหมายอังกฤษหรือ “ระบบคอมมอนลอว์” (Common Law System) ครอบงำอย่างมาก ซึ่งในเรื่องของโครงสร้างความผิดอาญาในเริ่มแรกกล่าวกันว่าความผิดอาญาประกอบไปด้วย 2 ส่วน ได้แก่ Actus reus และ Mens rea โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของ Mens Rea ไม่มีในกฎหมายอาญาของไทยแม้แต่บัดนี้¹⁸ เนื่องจากนักกฎหมายอาญาของไทยไม่รู้และไม่เข้าใจความคิดของระบบ

¹⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551) 43.

¹⁶ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 1) 121-138.

¹⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 8) 98.

¹⁸ คณิต ฒ นคร, *จริยธรรมนักกฎหมายกับการปฏิรูปกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 1 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 100-101.

กฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จึงไม่ได้กล่าวถึงเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งในกฎหมายอาญา คือ หลักความรับผิดชอบในทางอาญา ซึ่งเป็นหลักที่ระบบกฎหมายทั้งสองมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะยึดหลัก “ความรับผิดชอบในผล” ที่ภาษาเยอรมันเรียกว่า Erfolgshaftung หรือในภาษาอังกฤษเรียกว่า Result-based Liability แต่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดของ “ความรับผิดชอบในการกระทำ” ที่ภาษาเยอรมันเรียกว่า Handlungshaftung ซึ่งในภาษาอังกฤษเรียกว่า Act-based Liability ซึ่งหากพิจารณาในเรื่องการยิงศพ นักกฎหมายของไทยจะอธิบายกันว่า “ศพ” ไม่ใช่ “มนุษย์” การยิงศพจึงเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิดหรือขาดส่วนของ Actus reus (องค์ประกอบความผิด) แม้ในการกระทำนั้นจะมี Mens Rea (เจตนา) ก็ตาม ซึ่งเป็นการอธิบายตามหลักกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ แต่หากพิจารณาตามหลักกฎหมายระบบซีวิลลอว์ ต้องอธิบายว่า “การยิงศพ” เป็นการกระทำที่ผู้กระทำเข้าใจว่าสิ่งที่ตนกระทำต่อหน้าเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นการกระทำโดยผู้กระทำรู้องค์ประกอบของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น และผู้กระทำมีความต้องการให้เกิดผล คือ ความตาย กรณีจึงเป็นการกระทำโดยมีเจตนาฆ่า เพราะกระทำโดยเจตนา คือ กระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดและในขณะเดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น¹⁹ และเมื่อการยิงศพ ไม่อาจเกิดผลได้ คือ ความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย การยิงศพ จึงเป็นการกระทำที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ตามนัยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81

2.2 ความเป็นมาของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ได้ถูกบัญญัติเป็นหลักกฎหมายตั้งแต่ในอดีต ในกฎหมายตราสามดวง ร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118 และกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งในกฎหมายตราสามดวงได้บัญญัติถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้ในกฎหมายลักษณะฆาตกรรม มาตรา 9 โดยใช้คำว่า “บันดาลโกรธ” หมายถึง บันดาลโทสะ เป็นการบัญญัติในเรื่องสามีกระทำต่อภริยาและชายชู้ ถ้าสามีจับได้ว่าภริยามีชู้แล้วฆ่าชายชู้ตายในทันใดนั้น กฎหมายจะไม่ลงโทษชายผู้เป็นสามี เพราะถือว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ แต่มีหลักเกณฑ์ว่าชายที่จะอ้างความเป็นบันดาลโทสะได้นั้น จะต้องเป็นสามีของหญิงนั้นเท่านั้น²⁰ และในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118 ซึ่งมีการกล่าวถึงการฆ่าคนตายโดยผู้ก่อเหตุมีความโกรธแค้น แต่อย่างไรก็ตามร่างฉบับนี้มิได้ประกาศบังคับใช้

ต่อมาได้มีการบัญญัติเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 55 ความว่า “เมื่อผู้ใดถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แลมันบันดาลโทสะขึ้นในขณะนั้น ถ้าแลมันกระทำผิดในขณะนั้นใช้ ท่านให้ลงอาญาตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น แก่มันเพียงกึ่งหนึ่ง” ซึ่ง

¹⁹ เฟิงอ้าง

²⁰ เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก, ‘การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบทางอาญาศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมันและไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2545) 57.

จะเห็นได้ว่ากฎหมายในขณะนั้นกำหนดว่าการกระทำโดยบันดาลโทษจะเป็นเหตุลดโทษกึ่งหนึ่งจากโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งต่อมาได้มีการร่างประมวลกฎหมายอาญาและมีการเสนอให้แก้ไขบทกฎหมายดังกล่าว โดยตัดคำว่า “กตขี” ออก และใช้คำว่า “กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น” และเปลี่ยนข้อความในตอนท้ายเป็น “ศาลจะลงอาญาแก่ผู้นั้นต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นก็ได้”²¹ และต่อมาได้มีการเปลี่ยนข้อความเป็น “ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”²²

ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องกระทำความผิดโดยบันดาลโทษให้มีความเหมาะสมกับปัจจุบันให้สามารถเข้าใจง่ายและไม่ใช้ภาษาโบราณ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 72 ความว่า “ผู้ใดบันดาลโทษโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” ซึ่งถือเป็นการแก้ไขครั้งสุดท้ายและใช้ข้อความนี้นับตั้งแต่นั้นมา

2.3 เหตุผลที่ทำให้การกระทำโดยบันดาลโทษเป็นเหตุลดโทษ

ทฤษฎีและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอาชญาวิทยาเป็นสิ่งสำคัญในการศึกษาพฤติกรรมของผู้กระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการวิเคราะห์สภาพจิตของอาชญากรเป็นรายบุคคล²³ เพื่อวิเคราะห์ถึงสภาพการก่อให้เกิดการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด เหตุภายนอกที่ส่งผลกระทบต่อให้การควบคุมสติปัญญาลดลง โดยเฉพาะการกระทำที่เกิดจากสภาพความกดดัน ความเครียด สภาพจิตที่ไม่ปกติ ประสบการณ์อันเลวร้าย หรือได้รับความกระทบกระเทือนทางด้านอารมณ์ ที่ส่งผลต่อผู้กระทำ ทำให้ต้องค้นหาวิธีการแก้ไขความคิดของตนเองด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีระดับความรุนแรงที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับวิธีการที่ใช้ในการระบายความรู้สึกออกมา และขึ้นอยู่กับบุคลิกภาพของผู้กระทำแต่ละคน ว่าผู้กระทำนั้นสามารถควบคุมความรู้สึกของตนได้มากน้อยเพียงใด หากไม่สามารถควบคุมตนเองได้เลยจนถึงขนาดที่ได้กระทำความผิดอาญา ในทางอาชญาวิทยามองว่าเป็นการกระทำที่เกิดโดยมีเหตุมากระทบ ซึ่งถือเป็นภัยต่อสังคมในระดับที่น้อยกว่าความผิดที่เกิดโดยเจตนาที่ผู้นั้นตั้งใจกระทำอยู่ก่อน ดังนั้น ผู้กระทำในลักษณะนี้จึงสมควรได้รับโทษน้อยลง ซึ่งเป็นเหตุผลที่ทำให้มีการลดโทษสำหรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ และในแง่การพิจารณาบทลงโทษสำหรับการกระทำ ซึ่งจะต้องมีสัดส่วนสัมพันธ์กัน ผู้กระทำผิดจึงสมควรได้รับโทษน้อยลงเช่นกัน²⁴

อาชญากรสามารถแบ่งออกเป็น 8 ประเภท ได้แก่ ผู้กระทำผิดโดยมิวเณิน ผู้กระทำผิดเป็นครั้งคราว อาชญากรผู้กระทำผิดเกี่ยวกับการเงิน อาชญากรที่กระทำผิดติดนิสัย อาชญากรอาชีพ องค์การอาชญากร อาชญากรที่ไม่มีเจตนาชั่วร้าย และอาชญากรผู้กระทำความผิดเพราะถูกกดดันทางจิตใจอย่างแรง ซึ่งอาชญากร

²¹ รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 116/83/2483 (วันที่ 23 สิงหาคม 2483) 7-8.

²² รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 61/2497 (วันที่ 13 พฤษภาคม 2497) 4.

²³ อรรถ สุวรรณบุบผา, *หลักอาชญาวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 1 สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช 2518) 97.

²⁴ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 2) 920-921.

ส่วนใหญที่ได้กระทำคามผิดจะเข้าใจเหตุผลหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำคามผิด เช่น การประทุษร้ายต่อชีวิตร่างกาย ความต้องการทรัพย์ เพราะมีความต้องการด้านการเงิน ความกดดันทางด้านอารมณ์ แต่มีอาชญากรรมบางประเภทที่ไม่เข้าใจเหตุผลหรือมูลเหตุจูงใจ แต่กระทำเพราะมีจิตที่ไม่ปกติ ซึ่งบุคคลประเภทนี้จะไม่รู้สึกเสียใจ หรือสำนึกผิดในการกระทำของตน เช่น กระทำโดยบันดาลโทสะ เป็นการกระทำที่เกิดจากอารมณ์ชั่ววูบ²⁵ เนื่องจากถูกกดดันหรือถูกยั่วยุทางอารมณ์อย่างรุนแรงในขณะหนึ่ง ซึ่งจะรู้สึกผิดภายหลังที่ได้กระทำไปแล้ว ซึ่งผู้กระทำผิดประเภทนี้เมื่อได้กระทำลงไปแล้วมักรู้สึกตัวและไม่กระทำผิดซ้ำอีก

ทฤษฎีทางด้านอาชญาวิทยาจึงเป็นที่มาทางด้านกฎหมายในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะลงโทษบุคคลที่กระทำผิด เป็นไปตามหลักความรับผิดชอบทางอาญา คือ ผู้กระทำผิดที่จะได้รับโทษทางอาญา ต้องกระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นความผิดและมีโทษกำหนดไว้สำหรับกรนั้น และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดต้องสัมพันธ์กับการกระทำ โดยพิจารณาจากองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน กล่าวคือจะต้องเป็นการกระทำครบองค์ประกอบภายนอกตามที่กฎหมายบัญญัติสำหรับการกระทำนั้น และมีการกระทำครบองค์ประกอบภายในซึ่งเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือกระทำโดยประมาท

2.4 บุคคลผู้มีความเสี่ยงกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม

บุคคลผู้ที่กระทำคามรุนแรงส่วนใหญ่ในสังคม มักเป็นผู้กระทำต่อบุคคลอื่นอย่างตั้งใจ มักกระทำต่อบุคคลใกล้ชิดที่ผู้กระทำสนิทสนม ซึ่งอาจเป็นคนที่รู้จัก เป็นเพื่อนร่วมงาน เป็นบุคคลในครอบครัว เป็นคู่สมรสในอดีต หรือเป็นบุคคลที่อยู่กินฉันสามีภรรยา อันมีลักษณะพฤติกรรมที่กระทำร่วมกัน หรือมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ลึกซึ้งใกล้ชิด โดยมีวิธีการใช้ความรุนแรงในลักษณะของการทำร้าย ชมชู่ ใช้กำลัง เพื่อให้เหยื่อดังกล่าวอยู่ภายใต้การควบคุม และทำให้ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อไม่มีความเป็นตัวตนของตัวเอง จึงทำให้ถูกกระทำดังกล่าวตกเป็นเหยื่อของความรุนแรง ซึ่งส่งผลให้เหยื่อที่ถูกกระทำเกิดความสะสมบอบช้ำทางร่างกายหรือจิตใจ เป็นการสะสมของอารมณ์ อาจทำให้สุขภาพจิตเสีย เมื่อถูกกระทำสะสมเป็นระยะเวลาานานจึงตกเป็นบุคคลผู้มีความเสี่ยงกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมต่อผู้ช่มเหงในที่สุด โดยเหยื่อที่ถือเป็นผู้ถูกกระทำมากที่สุด มีดังนี้

2.4.1 เด็ก

ความรุนแรงที่เกิดขึ้นต่อเด็ก มักเกิดจากการกระทำของผู้ใหญ่ที่ปฏิบัติต่อเด็ก โดยอาจเกิดจากการใช้งานของพ่อแม่ การอบรมสั่งสอนของพ่อแม่ หรือครู หรืออาจารย์ หรือเป็นการดูเลียดูของพี่เลี้ยง ทำให้เด็กซึมซับจากการปฏิบัติ หากเป็นสิ่งที่ดีก็จะทำให้เด็กจดจำและนำไปพัฒนาการ แต่หากเป็นสิ่งที่ไม่ดีเด็กคนนั้นก็อาจจะจดจำในสิ่งที่ไม่ดี ยิ่งเป็นสิ่งที่ตนได้รับผลกระทบในวัยเด็ก ซึ่งเป็นช่วงที่มีความพัฒนาสูง ยิ่งทำให้เด็กคนนั้นจดจำได้เป็นอย่างดี เช่น การที่เด็กได้รับอันตราย บาดเจ็บ หรือได้รับการกระทบกระเทือนทางด้านร่างกาย

²⁵ ชาย เสวีกุล, *อาชญาวิทยาและทัมฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 1 โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2517) 78.

จิตใจ และทางเพศหรือเป็นกรณีที่ถูกกลั่นแกล้งจากการไม่ตอบสนองความต้องการพื้นฐาน เช่น การถูกให้อาหาร การละเลยในการดูแล การละเลยด้านสุขภาพ และการอบรมเลี้ยงดู เป็นต้น²⁶

รูปแบบการทารุณกรรมเด็ก ซึ่งเป็นวิธีการปฏิบัติต่อเด็กที่อาจเป็นสิ่งที่เด็กได้รับผลกระทบ มี 4 รูปแบบ ดังนี้

1. การทารุณกรรมทางร่างกาย (Physical Abuse) เป็นวิธีการปฏิบัติที่อาจเกิดจากการสั่งสอนเลี้ยงดูจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง เพื่อต้องการลงโทษในสิ่งที่เด็กกระทำผิด แต่เนื่องจากวิธีที่ผู้ใหญ่ใช้ในการลงโทษที่กระทำต่อเด็ก มักเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย เช่น การลงมือตีเด็กด้วยมือ ไม้ ของแข็ง การเตะ การผลัก หรือการจับโยนลงพื้น ซึ่งทำให้เด็กทรมานทั้งต่อร่างกายและจิตใจ เป็นต้น

2. การทารุณทางจิตใจ (Emotion Abuse) คือ การกระทำต่ออารมณ์ความรู้สึกที่ส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็ก เช่น บิดามารดา ผู้ปกครอง กระทำบางสิ่งบางอย่างที่ส่งผลกระทบอย่างรุนแรง การข่มขู่ การทำให้กลัว การทำให้เด็กอยู่ภายใต้การควบคุมเพื่ออบรมสั่งสอน หรือระบายอารมณ์ต่อเด็กในลักษณะที่เด็กไม่สามารถรับได้ ตลอดจนการสั่ง การบังคับขู่เข็ญให้เด็กต้องทำในสิ่งที่เกินความสามารถของตน

3. การปล่อยปละละเลยทางร่างกายไม่เลี้ยงดูอย่างเพียงพอ (Physical Neglect) หมายถึง การที่พ่อแม่ ผู้ปกครอง ละเลยดูแลเอาใจใส่ ทำให้ส่งผลกระทบต่อร่างกายของเด็ก เช่น ปล่อยให้เด็กหิว ปล่อยให้สวมใส่เสื้อผ้าสกปรก การขาดดูแลรักษาจากอาการป่วย ไม่เอาใจใส่ดูแล เป็นต้น

4. การทารุณทางเพศ (Sexual Abuse) คือ กรณีเด็กถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยบุคคลอื่นหรือภายในครอบครัวเดียวกัน เช่น บิดามารดา ญาติสนิท พี่น้องร่วมบิดามารดา เพื่อน คนรู้จักใกล้ชิด ไม่ว่าจะเป็เพศชายหรือหญิงก็ตาม หรือแม่เพียงแค่นำอนาจารต่อเด็ก หรือการกระทำระหว่างเพศชายต่อเพศชาย เพศหญิงต่อเป็นเพศหญิง ก็ถือว่าเป็นการกระทำทารุณกรรมต่อเด็กเช่นกัน

2.4.2 ผู้หญิง

การกระทำต่อผู้หญิง หมายถึง การกระทำที่ส่งผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจ หรือทางเพศต่อผู้หญิง ส่งผลให้เกิดความทุกข์ทรมาน ซึ่งอาจเกิดจากการกระทำทางกายภาพ จิตใจ หรือการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งในที่สาธารณะและในชีวิตส่วนตัว โดยหญิงนั้นจำต้องอดทนเพื่อรักษาความเป็นครอบครัว เพื่อลูก โดยเชื่อว่าการหย่าร้างกับสามีเป็นเรื่องที่น่าอับอาย ซึ่งจะส่งผลต่อการดำรงชีวิตในอนาคต ทั้งด้านเศรษฐกิจ ด้านที่อยู่อาศัย โดยที่ยังมีความเชื่อว่าสิ่งต่าง ๆ สามารถเปลี่ยนแปลงได้ หากยังคงมีความรักและผูกพันต่อสามี²⁷

²⁶ พิชญานา เจียมแท้, 'ความหมายและมาตรการทางกฎหมายต่อการกระทำความรุนแรงในครอบครัว: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 65-66.

²⁷ ณัฐฉิณี คงทรัพย์สินศิริ, 'การศึกษาภาวะจำทนของผู้หญิงที่ถูกทำร้ายจากครอบครัวในสังคมไทย: กรณีศึกษาผู้หญิงที่เข้ารับบริการมูลนิธิเพื่อนหญิง', (วิทยานิพนธ์ สังคมวิทยาและมนุษยวิทยา มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 100-101.

2.4.3 บุคคลใกล้ชิดในครอบครัว

บุคคลใกล้ชิดในครอบครัว คือ บุคคลที่อยู่อาศัยในสถานที่เดียวกันอันมีลักษณะเป็นครัวเรือนเดียวกัน ซึ่งอาจเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือมิได้มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต แต่เป็นการอยู่ด้วยกันโดยความสัมพันธ์ทางการแต่งงาน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้กระทำความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของคำว่า “บุคคลในครอบครัว” หมายความว่า คู่สมรส คู่สมรสเดิม ผู้ที่อยู่กินหรือเคยอยู่กินฉันสามีภรรยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส บุตร บุตรบุญธรรม สมาชิกในครอบครัว รวมทั้งบุคคลใด ๆ ที่ต้องพึ่งพาอาศัยและอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน ดังนั้น จึงสามารถตีความรวมถึงคนรับใช้ที่อาศัยอยู่ในบ้านด้วย

2.5 แนวคิดที่สนับสนุนให้มีการยกเว้นความผิดกรณีถูกทำร้ายต่อเนื่อง

การถูกทำร้ายต่อเนื่องเป็นภาวะการถูกทรมานอย่างสะสม ซึ่งอาจเกิดจากการทำร้ายทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ ทางเพศ หรือการถูกคุกคามด้วยวิธีการอื่นใด ต่อเนื่องตลอดเวลาหลายครั้งซ้ำซ้อน จนถึงขั้นที่ถูกทำร้ายไม่สามารถอดทนกลับมารับความทุกข์นั้นได้ไหว และได้กระทำตอบโต้ต่อบุคคลนั้นในขณะเดียวกันหรือในภายหลังต่อมา ดังนั้น การพิจารณาโทษดังกล่าว จึงควรนำประวัติด้านการถูกทำร้ายต่อเนื่อง ด้านครอบครัว และด้านการแพทย์ มาพิจารณาควบคู่ไปด้วย แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยเริ่มมีการกล่าวถึงอาการ Battered Woman Syndrome (BWS) ซึ่งเป็นอาการลักษณะที่หญิงซึ่งถูกทำร้ายจากสามี และต่อมาหญิงที่ถูกทำร้ายได้กระทำกลับต่อสามีด้วยวิธีต่าง ๆ ในวงการกฎหมาย เช่น โครงการนิติศาสตร์เสวนาครั้งที่ 2/2556 เรื่อง “บทบาทของศาลยุติธรรมกับการคุ้มครองสวัสดิภาพสตรี เด็ก และบุคคลในครอบครัวที่ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว”²⁸ โครงการเสวนาเรื่อง “การรักษาสถาบันครอบครัวกับสิทธิมนุษยชนของผู้หญิงที่ถูกกระทำความรุนแรง” และเมื่อ พ.ศ. 2550 ได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ประกาศใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงต้องตกอยู่ในสภาพคล้ายหรือเหมือนผู้ป่วยทางจิต และมีปฏิกิริยาตอบโต้กลับต่อคนที่กดขี่ข่มเหงตัวเองมาเป็นระยะเวลาหนึ่ง กฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถช่วยคนที่อยู่ในสภาพดังกล่าวได้ เพราะในขณะนั้นร่างกฎหมายฉบับนี้ คิดไม่ถึงประเด็นดังกล่าวจึงไม่ได้ถูกหยิบขึ้นมาเป็นตัวตั้งในตอนจัดทำร่างดังกล่าว จึงได้เกิดปัญหานี้ขึ้นในปัจจุบัน²⁹

2.5.1 ประวัติด้านการถูกทำร้ายต่อเนื่อง

ประวัติเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงต้นเหตุที่มาแห่งความขัดแย้ง การกระทบกระทั่งอันเป็นบ่อเกิดแห่งการทะเลาะวิวาท นำไปสู่การกระทำที่ไม่ชอบ อาจเกิดขึ้นจากการสะสมของความรุนแรงเป็นระยะ

²⁸ สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, บทสรุปโครงการนิติศาสตร์เสวนาครั้งที่ 2/2556 เรื่องบทบาทของศาลยุติธรรมกับการคุ้มครองสวัสดิภาพสตรี เด็ก และบุคคลในครอบครัวที่ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว, (สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม 2555) 5.

²⁹ จรรย์ ภักดีธนากุล, ‘การรักษาสถาบันครอบครัวกับสิทธิมนุษยชนของผู้หญิงที่ถูกกระทำความรุนแรง’ <<https://www.isranews.org/content-page/item/52893-ww-52893.html>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

เวลานาน ในรูปแบบครอบครัว คนใกล้ชิด จนมีอาการหวาดกลัว และได้มีการตอบโต้กระทำต่อบุคคลที่ทำร้าย หรือเป็นการกระทำที่ต้องการยุติการทำร้ายเพื่อไม่ให้ตนเองถูกทำร้ายอีก

2.5.2 ด้านครอบครัว

สถาบันครอบครัวเป็นสถาบันหลักที่ทำให้ประเทศมีความมั่นคง แต่การทำร้ายร่างกายหรือการฆ่ากันในครอบครัวก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมอยู่ตลอดเวลา สาเหตุเกิดจากปัญหาความขัดแย้งภายในครอบครัว ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นระยะเวลาและไม่ได้รับการแก้ไข ผลสุดท้ายทำให้เกิดความเครียดและความรุนแรงในครอบครัว ผู้ที่ประสบปัญหาลักษณะเช่นนี้ส่วนใหญ่จะไม่หาแนวทางเพื่อหลีกเลี่ยงความรุนแรงและใช้กำลังในการหาทางออก สามีทุบตีภรรยา หรือภริยาทุบตีสามี หรือผู้ใหญ่ที่ถูกบุคคลใกล้ชิดในครอบครัวทุบตี ซึ่งหากเกิดการทุบตีทำร้ายร่างกายหลายครั้ง ก็จะส่งผลต่ออารมณ์และจิตใจอย่างต่อเนื่อง จนเกิดอาการเจ็บป่วยต่อร่างกายและจิตใจ รู้สึกสิ้นหวัง ขาดความมั่นใจ และเป็นสิ่งที่ยากที่ทำให้ผู้ถูกกระทำหลุดพ้นและขอความช่วยเหลือ แนวคิดการใช้ความรุนแรงในครอบครัว มี 3 แนวทาง ได้แก่ แนวทางการวิเคราะห์เชิงจิตวิทยา แนวการวิเคราะห์เชิงสตรีนิยม และแนวการวิเคราะห์เชิงสังคมวิทยา ดังนี้

1. แนวการวิเคราะห์เชิงจิตวิทยา (Psychological Approach) เป็นความรุนแรงที่เกิดจากความผิดปกติทางจิตของบุคคล เกี่ยวกับบุคลิกภาพ ลักษณะนิสัย หรือลักษณะพฤติกรรมก้าวร้าวรุนแรง เช่น ผู้ที่มีนิสัยเป็น sadism หรือผู้ที่มีความสุขทางเพศด้วยการทำให้ผู้อื่นได้รับความเจ็บปวด หรือผู้ที่ดื่มแอลกอฮอล์ เป็นต้น³⁰

2. แนวการวิเคราะห์เชิงสตรีนิยม (Feminist Approach) แนวคิดนี้มองว่าผู้ชายเป็นใหญ่กว่าผู้หญิง เกิดขึ้นในสังคมและวัฒนธรรมในยุคสมัยที่ส่งผลให้ผู้ชายแสดงความก้าวร้าวรุนแรงต่อเด็กและเพศหญิง ทำให้ผู้ชายมีอำนาจในการปกครอง³¹

3. แนวการวิเคราะห์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Approach) แนวคิดนี้มองว่าผู้ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงไม่จำเป็นต้องเป็นเพศหญิง ซึ่งสามารถเป็นได้ทั้งเพศหญิงและชาย และมองว่าโครงสร้างของสังคม สถาบันทางสังคม วัฒนธรรม ค่านิยม และบรรทัดฐานของสังคมต่างมีอิทธิพลก่อให้เกิดความรุนแรงในครอบครัว

2.5.3 ด้านการแพทย์

ก่อนหน้าปี 1994 วงการกฎหมายทางด้านการแพทย์ทั่วโลก ไม่ยอมรับว่าการถูกทำร้ายอย่างต่อเนื่อง หรืออาการถูกกระทำด้วยความรุนแรงซ้ำหลายครั้ง จนก่อให้เกิดอาการอัมพาตทางจิต เป็นอาการ

³⁰ อภิรตี มีสัตย์, 'การนำนโยบายคุ้มครองผู้กระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้กระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ไปปฏิบัติ:กรณีศึกษา ศูนย์ปฏิบัติการเพื่อป้องกันการกระทำความรุนแรงในครอบครัว กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ' (วิทยานิพนธ์ รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553) 13.

³¹ ปัญชลิ โขติคุต, 'การใช้ความรุนแรงต่อคู่สมรส' (วิทยานิพนธ์ สังคมวิทยาและมนุษยวิทยามหาบัณฑิต คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2541) 15

ป่วยทางจิตชนิดหนึ่ง กระทั่งในปี 1994 สาขาแพทย์ทางด้านจิตเวช มีมติยืนยันว่าอาการดังกล่าวเป็นอาการเฉพาะชนิดหนึ่งของ Post Traumatic Syndrome Disorder (PTSD) เป็นอาการที่ผู้กระทำต้องตกอยู่ในสถานะจำยอม ไม่สามารถปฏิบัติสิ่งที่ตนเองต้องการได้ จึงได้กระทำความผิดอาญาต่อผู้กระทำด้วยความรุนแรงตอบโต้ไปไม่จำกัดเวลา รวมถึงไตร่ตรองไว้ก่อน³²

อาการ PTSD จะส่งผลแสดงอาการของโรค มี 8 ประการ คือ 1) นอนไม่หลับ หรือหลับไม่สนิท 2) หงุดหงิดง่าย 3) ฝันร้ายระลึกถึงเหตุการณ์ร้ายนั้น ซ้ำ ๆ 4) เฉยเมยต่อญาติและเพื่อน 5) รู้สึกผิดที่ตัวเองรอด ขณะที่คนอื่นตาย 6) ตกใจง่ายเมื่อเกิดอะไรผิดปกติรอบตัว 7) รู้สึกบอ้ย ๆ ว่าเหตุการณ์นั้นจะเกิดขึ้นซ้ำอีก และ 8) ไม่ยอมเข้าใกล้สถานที่หรือสถานการณ์ที่ชวนให้นึกถึงเหตุร้ายนั้นซ้ำอีก³³ ซึ่งอาการ PTSD จะแบ่งเป็น 2 ระยะ ได้แก่ ระยะที่ 1 เรียกว่า Actue Stress Disorder (ASD) เป็นช่วงระยะ 1 เดือนหลังจากเกิดเหตุ เป็นโรคเครียดในลักษณะฉับพลัน จากนั้นจะเข้าสู่ระยะที่ 2 คือ หลังเกิดเหตุการณ์มาแล้ว 1 เดือน ที่เรียกว่า PTSD ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มใหญ่ ได้แก่

1. เหตุการณ์ตามมาหลอกหลอน (Re-experiencing) ผู้ป่วยอาการนี้มักจะเป็นผู้รอดชีวิตจากเหตุการณ์ที่เลวร้ายต่าง ๆ แต่ภาพของเหตุการณ์นั้นยังตามกลับมาหลอกหลอนอยู่เสมอ รู้สึกว่ากลับไปอยู่ในเหตุการณ์นั้นแล้วก็จะตกใจกลัว หรืออาจฝันร้ายถึงเหตุการณ์นั้นซ้ำแล้วซ้ำเล่า

2. ตื่นตัวมากเกินไป (Hyperarousal) แม้ว่าเหตุการณ์นั้นจะผ่านไปแล้ว แต่ร่างกายก็ยังไม่ยอมเลิกตื่นตัว ทำให้เรารู้สึกกระวนกระวาย ผุดลุกผุดนั่ง ใจสั่น ตกใจง่าย โดยเฉพาะเมื่อมีอะไรมาสะกิดให้นึกถึงเหตุการณ์นั้น จะระมัดระวังตัวจนเกินกว่าเหตุ

3. คอยหลีกเลี่ยงสิ่งกระตุ้นเตือนให้นึกถึงเหตุการณ์ (Avoidance) หรือมีอาการเฉยชา (Emotional numbing) หลายคนพยายามที่จะหลีกเลี่ยงที่จะพูด นึกถึงเหตุการณ์ที่ทำให้หวาดกลัว ซึ่งจะนึกถึงเหตุการณ์นั้น หรือทำอะไรที่ทำให้นึกถึงเหตุการณ์นั้นไม่ได้เลย หรือสุดท้ายอาจกลายเป็นคนเฉยชา ไม่ร่าเริง เก็บตัว และแปลกแยกจากผู้อื่นไป

2.6 แนวคิดเรื่องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจากการถูกทำร้ายอย่างต่อเนื่อง (Battered Woman Syndrome)

บุคคลที่ถูกทำร้าย หรือถูกข่มขู่ จนไม่สามารถหลีกเลี่ยงด้วยวิธีอื่นใดได้ และต้องจำนนปฏิบัติตามคำสั่งหรือต้องอดทนต่อความเจ็บปวด ทำให้ผู้ถูกกระทำเสมือนเป็นผู้ป่วยทางจิต และมีโอกาสกระทำตอบโต้กลับต่อผู้ที่ทำร้าย (Post Traumatic Syndrome Disorder)³⁴ ถือเป็นกรกระทำที่กฎหมายกำหนดว่าเป็น

³² สำนักข่าวอิศรา, ‘ความรุนแรงในครอบครัว อาการป่วยทางจิตกดดันจนต้องฆ่า เปิดกฎหมายไทย ไปถึงไหน’ <<https://www.isranews.org/thaireformother-news/52893-ww-52893.html>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

³³ กรมสุขภาพจิต, ‘ตะลึง! แผลทางใจ รุมเร้า 4.7 แสนคน 4 จว.ชายแดนใต้พบผู้ป่วยมากที่สุด’ (25 กุมภาพันธ์ 2561) <<https://dmh.go.th/news-dmh/view.asp?id=27614>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

³⁴ Jeremy Travis, *The Validity and Use of Evidence Concerning Battering and Its Effects in Criminal Trials* (State Justice Institute 1996) 1.

ความผิดและต้องได้รับโทษ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายมองว่าการกระทำเช่นนี้อาจเกิดจากการป้องกันจากการถูกทำร้าย ซึ่งเป็นการอ้างการป้องกันขึ้นต่อสู้เพื่อให้ไม่ต้องรับโทษ โดยลักษณะการป้องกันดังกล่าวจะต้องเป็นการป้องกันที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายของบุคคลผู้ตกอยู่ในภาวะอาการถูกทำร้าย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง

2.6.1 ประเภทของความรุนแรงที่กระทำต่อผู้ที่ถูกทำร้ายอย่างต่อเนื่อง

การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นในสังคม มีลักษณะเป็นการทำร้ายร่างกาย การล้วงละเมิดทางเพศ การทำร้ายจิตใจ การบังคับขู่เข็ญ และการสร้างความเดือดร้อนรำคาญให้กับผู้อื่น ซึ่งสามารถเกิดขึ้นกับบุคคลรู้จัก บุคคลใกล้ชิด เพื่อนสนิท หรือแม้กระทั่งสมาชิกในครอบครัว หากถูกทำร้ายต่อเนื่องย่อมส่งผลกระทบต่อจิตใจ อาจทำให้ผู้นั้นมีความวิตกกังวล ไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างปกติ แตกต่างกับบุคคลทั่วไป

1. การทำร้ายร่างกาย

การทำร้ายร่างกาย เป็นการกระทำประทุษร้ายต่อเนื้อตัวร่างกาย ทำให้ร่างกายของผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายทางกาย หรือได้รับบาดเจ็บ หรือเสี่ยงต่อการได้รับบาดเจ็บ และไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายด้วยมือเปล่าหรือใช้อาวุธก็ตาม เช่น การตี การต่อย การผลัก การเตะ เป็นต้น โดยสมาชิกในครอบครัว ส่วนใหญ่ที่เกิดปัญหาทะเลาะวิวาทมักได้รับการถูกทำร้ายจากการปาสิ่งของ ปีบคอ รัดคอ ตบ ต่อย เตะ ลาก³⁵ จนก่อให้เกิดเป็นการใช้กำลังในการแก้ปัญหา ซึ่งเป็นการสร้างบาดแผลให้กับผู้ถูกระทำ ส่วนใหญ่มักเกิดกับบุคคลที่อ่อนแอ หรือเป็นเด็ก หรือเป็นเพศหญิง หากถูกทำร้ายบ่อยครั้ง ก็อาจจะทำให้ผู้นั้นเกิดอาการป่วยทางจิตตามมา ซึ่งมีลักษณะ ดังนี้

- 1) ผู้ป่วยมีอาการหวาดระแวงว่าจะถูกทำร้ายทุบตีทั้ง ๆ ที่ไม่มีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้นจริง
- 2) ผู้ป่วยบางรายพยายามกลบเกลื่อนเหตุการณ์ที่ถูกทำร้ายทุบตีโดยหลีกเลี่ยงไม่พบผู้คน หรือมีสังคมกับบุคคลอื่น
- 3) ผู้ป่วยบางรายมีความหวาดระแวงหรือตื่นกลัวว่าจะถูกทำร้ายทุบตีจนเสียบุคลิก
- 4) ผู้ป่วยบางรายมีอาการหวาดระแวงยากต่อการสร้างสัมพันธภาพกับบุคคลอื่น
- 5) ผู้ป่วยบางรายบุคลิกภาพเปลี่ยนแปลงไปและมีอาการภาพหลอนหรือโรคประสาท
- 6) ผู้ป่วยบางรายขาดความสุขและความมั่นใจในการสร้างความสัมพันธ์ทางเพศกับคู่ครอง

2. การล้วงละเมิดทางเพศ

การล้วงละเมิดทางเพศ เป็นการกระทำในลักษณะบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ ซึ่งอาจเป็นการบังคับสมาชิกในครอบครัว คนใกล้ชิด หรือผู้ที่ถูกกดขี่ข่มเหง การกระทำในลักษณะข่มขืน ลวนลามทางเพศ การหลอกล่อให้ร่วมนอนหรือบังคับให้ร่วมเพศ ซึ่งถือเป็นการกระทำที่น่าอับอาย และขัดแย้งให้อีกฝ่ายจำยอมโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่เต็มใจ หรือไม่ยินยอม ซึ่งการทำรุนแรงทางเพศนั้นเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อร่างกายและทางจิตใจ จึงถือเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อสังคมและมักก่อให้เกิดการบันดาลโทษะขึ้น

³⁵ ปัญชลี โชติคุต (เชิงอรรถ 31) 9.

3. การทำร้ายจิตใจ

การทำร้ายจิตใจ เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสภาวะทางจิตใจโดยตรงของผู้ถูกระทำ ซึ่งอาจทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายอย่างรุนแรง เช่น การพูดจาเหยียดหยาม ต่ำทอ ดูหมิ่นอย่างรุนแรง การพูดจาด้วยความก้าวร้าว หรือทำลายทรัพย์สินที่ส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้อื่น เมื่อผู้ที่ถูกทำร้ายทางจิตใจ ต้องเจอสภาวะการถูกระทำซ้ำหลายครั้งอย่างต่อเนื่อง ก็จะได้รับปัญหาทางสุขภาพทางจิต และมีอาการป่วยได้ในที่สุด

2.6.2 อาการป่วยจากการถูกทำร้ายต่อเนื่อง

Walker นักจิตวิทยาคลินิกได้ให้นิยามความหมายของผู้ถูกทำร้ายอย่างต่อเนื่อง (Battered Woman Syndrome Theory) ไว้ว่าอาการดังกล่าวประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ (1) ทฤษฎีวงรอบของความรุนแรง (Cycle Theory of Violence) (2) การเรียนรู้ถึงการหมดหนทางขอความช่วยเหลือ (Learned helplessness) ทฤษฎีจิตวิทยาซึ่งเป็นการอธิบายพฤติกรรมความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งสังคมจะมองว่าเมื่อถูกทำร้ายแล้ว แต่ก็มีโอกาสที่จะหนีออกมา แต่ทำไม่จริงไม่หนีไป³⁶ ทฤษฎีวงรอบของความรุนแรง (Cycle Theory of Violence) มีทั้งหมด 3 ระดับ ดังนี้

1. ระดับการก่อร่างความเครียด (Tension building phase) เป็นระดับความเริ่มต้นอาการจากการกระทบกระทั่งทางด้านอารมณ์ การพูดจาหยาบคาย การต่ำทอ การทะเลาะ เป็นความตึงเครียดในระดับเริ่มต้นและจะเพิ่มพูนขึ้นเรื่อย ๆ ในเวลาต่อมา

2. ระดับการใช้กำลังทำร้ายโดยความรุนแรง เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นจากการสะสมของการเพิ่มพูนความเครียด และจะระเบิดความรุนแรงออกมาเป็นการกระทำ

3. ระดับการแสดงความเสียใจต่อความรุนแรงที่ทำลงไป เป็นกรณีที่ผู้กระทำเสียใจต่อการกระทำของตนเอง จึงได้มีกิริยาที่แสดงให้เห็นถึงการเสียใจ เช่น คำขอโทษ ทำเยียววยาแก้ไขสิ่งที่ได้กระทำลงไป ซึ่งจะทำให้ผู้ถูกระทำใจอ่อนและมีความเชื่อว่าการขอโทษในสิ่งที่ผู้กระทำได้กระทำลงไป เป็นสิ่งที่ตนสามารถให้อภัยได้ และเชื่อมั่นว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นอีก แต่อย่างไรก็ตามหากเกิดการกระทำเช่นนี้อีก จะทำให้ผู้กระทำทวีความเครียดความรุนแรงเพิ่มขึ้น และเกิดวงรอบดังกล่าวอีกซ้ำแล้วซ้ำเล่า

2.7 ทฤษฎีความรับผิดชอบเกี่ยวกับการลงโทษทางทัณฑ์วิทยา

กฎหมายอาญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด การลงโทษ และผู้ก่ออาชญากรรม ซึ่งในทางอาชญาวิทยามีการศึกษาเกี่ยวกับสาเหตุ ผลกระทบที่เกิดขึ้น รวมทั้งโทษหรือการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิด โดยมีทฤษฎีที่เกี่ยวกับการลงโทษหลายทฤษฎี โดยแต่ละทฤษฎีมีจุดมุ่งหมายต้องการแก้ไขปัญหามันในเรื่องต่าง ๆ แตกต่างกันไป ไม่มีทฤษฎีใดทฤษฎีเดียวที่จะทำให้การลงโทษสามารถแก้ไขปัญหามันได้อย่างครอบคลุมทุกด้าน การลงโทษตามทฤษฎีต่าง ๆ จึงเหมาะสมกับผู้กระทำผิดในแต่ละประเภทที่แตกต่างกันไป หรือบางครั้งอาจต้องใช้ทฤษฎีต่าง ๆ ในลักษณะผสมผสานกันไป เช่น กรณีของผู้ก่ออาชญากรรมรุนแรง

³⁶ Alafair S.Burke, "Rational Actors, Self-Defense, and Duress: Making Sense, Not Syndromes, Out of the Battered Woman" (North Carolina Law Review, Vol.81, No.1, December 2002) 222.

ผู้กระทำผิดซ้ำ การแก้ไขฟื้นฟูก็อาจไม่เหมาะสม หรืออาจใช้ไม่ได้กับอาชญากรประเภทนี้ อาจจะต้องเน้นที่การลงโทษเพื่อทดแทนหรือป้องกัน ส่วนผู้กระทำผิดเล็กน้อย ไม่มีสันดานเป็นอาชญากร มีแนวโน้มที่กลับตนเป็นคนดีได้ก็อาจจะใช้วิธีการลงโทษแบบแก้ไขฟื้นฟูได้ การใช้ดุลพินิจการกำหนดโทษของศาล จึงต้องพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ทั้งด้านสภาพของความผิด ประวัติภูมิหลังของผู้กระทำผิด และสิ่งอื่นๆ ประกอบด้วย

โดยในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในสมัยก่อน มักใช้วิธีการลงโทษด้วยความรุนแรง ทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสปรับปรุงตนและกลับเข้าสู่สังคมได้ เนื่องจากสังคมจะไม่ให้อภัย และตีตราว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดไม่สมควรได้รับการอภัย แต่ในปัจจุบันการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดมุ่งเน้นเป็นการฟื้นฟูผู้กระทำผิด โดยไม่ใช้ความรุนแรง เลิกกระทำต่อผู้กระทำความผิดด้วยการทารุณโหดร้าย เพื่อให้ผู้กระทำผิดมีโอกาสกลับคืนสู่สังคม ในหลาย ๆ ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยได้เปลี่ยนชื่อหน่วยงานราชทัณฑ์ใหม่ ซึ่งจากเดิมชื่อว่า “Department of Penitentiary” ซึ่งหมายถึงหน่วยงานที่ใช้ควบคุมตัวผู้กระทำความผิดเพื่อการลงโทษและใช้แรงงาน และในเวลาต่อมาปี พ.ศ. 2505 ได้เปลี่ยนชื่อใหม่ โดยใช้ชื่อว่า “Department of Corrections” ซึ่งแปลว่า การแก้ไขพฤติกรรมผู้กระทำความผิด แสดงให้เห็นว่า กรมราชทัณฑ์เป็นหน่วยงานที่มุ่งแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ³⁷ ดังนั้นในยุคสมัยใหม่ จึงมุ่งเน้นแก้ไขฟื้นฟูทั้งสภาพร่างกายและจิตใจของผู้กระทำความผิด รวมทั้งฝึกอาชีพ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถประกอบอาชีพได้เมื่อพ้นโทษและกลับเข้าสู่สังคมอีกครั้งหนึ่ง โดยทั้งนี้ต้องอาศัยความร่วมมือของสังคมอีกชั้นหนึ่งด้วย³⁸

การศึกษาเกี่ยวกับการลงโทษ คือความหมายของทัณฑวิทยา (Penology) เป็นการศึกษาถึงวิธีการต่างๆ ในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด การลงโทษเพื่อแก้ไขผู้กระทำความผิดเพื่อกลับเข้าสู่สังคม อันเป็นการป้องกันอาชญากรรมและป้องกันสังคม ซึ่งแบ่งเป็น 2 วิธีการ ดังนี้

1. การลงโทษ หรือเรียกว่า การลงโทษโดยใช้สถาบัน (Punitive) ซึ่งได้แก่การลงโทษจำคุก กักขังในเรือนจำ ทัณฑสถาน ตระวาง คุก สถานกักกัน เป็นต้น
2. ไม่ใช่การลงโทษ หรือเรียกว่า การไม่ใช่สถาบัน เช่น การใช้วิธีการอื่นแทนการจำคุก ซึ่งเป็นการแก้ไขให้โอกาสกลับตัวเป็นคนดี เช่น การรอกการลงโทษ การคุมประพฤติ การพักการลงโทษ การอภัยโทษ การทำงานสาธารณะ เป็นต้น

2.7.1 การลงโทษ

การลงโทษ หมายถึง การใช้กฎหมายทำให้ผู้ถูกลงโทษได้รับโทษบางอย่างที่ทำให้ต้องประสบความยากลำบากหรือได้รับพฤติกรรมบางอย่างในรูปแบบต่าง ๆ ที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องรับโทษ ซึ่งอาจเป็นผลร้ายทางด้านร่างกาย จิตใจ ทรัพย์สิน เป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ได้รับการลงโทษต้องเจ็บปวด หรือทรมาน ซึ่งเป็นผลจากการตัดสินใจโดยคำนึงบางอย่างของสังคม³⁹ เพื่อขจัดใช้ในสิ่งที่เขาได้กระทำลงไปตามผลแห่งการกระทำที่ถูก

³⁷ ประเทือง ธนียผล, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 6 มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2552) 171.

³⁸ อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 206.

³⁹ ผจงจิตต์ อธิคมนันท์, *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 1 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2529) 126.

กำหนดให้เป็นความผิด และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งที่ทุกคนไม่ปรารถนาที่จะได้รับ การลงโทษตามกฎหมายอาญาต้องอยู่ในบังคับหลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังนี้

1. โทษต้องเป็นไปตามกฎหมาย การลงโทษบุคคลใดจะต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงได้นั้นจะต้องเป็นโทษที่มีวิธีการ และจำนวนโทษซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหลักนี้เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งมาจากสุภาษิตกฎหมายในภาษาละตินที่ว่า “Nulla Poena Sine Lege” หรือแปลเป็นภาษาไทยว่า “ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย”

2. โทษต้องเป็นไปโดยเสมอภาคการลงโทษผู้กระทำความผิดในฐานะใดฐานหนึ่งจะต้องกระทำโดยไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะแตกต่างกันในฐานะ สภาพแวดล้อม หรือปัจจัยอื่น กระทำความผิดฐานเดียวกันจะต้องได้รับโทษในอัตราเดียวกัน อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวไม่จำเป็นต้องถึงขนาดว่าทุกคนที่กระทำความผิดฐานเดียวกันต้องรับโทษจำนวนเท่ากัน เพราะเป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ หรือความร้ายแรงแห่งความผิดเป็นรายบุคคลไป

3. โทษเป็นเรื่องเฉพาะตัวเป็นเรื่องที่จะกระทำต่อตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงเท่านั้น จะไม่มีการตกทอดไปยังทายาท ดังนั้น เมื่อผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตายโทษจึงเป็นอันระงับไป นอกจากนี้โทษทางอาญาต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ คือ ลักษณะภายนอกของโทษต้องเป็นผลซึ่งตอบแทนแก่ผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัวอันมีลักษณะที่ก่อให้เกิดความเจ็บปวดร่างกาย หรือผลอันไม่พึงพอใจอื่นๆ เพื่อตอบแทนผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดกฎหมายโดยสมัครใจ ผู้มีอำนาจกำหนดโทษต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจลงโทษ และต้องมีวิธีพิจารณาตลอดจนการลงโทษตามที่กฎหมายบัญญัติและความประสงค์ของการลงโทษต้องเป็นการตอบแทนการกระทำผิดของผู้กระทำที่มีลักษณะตำหนิผู้กระทำว่าไปดีกระทำในสิ่งที่ไม่ควรกระทำในสังคม

โดยการลงโทษนั้น จะเป็นไปตามเหตุผลที่ว่า เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคม รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำเหล่านั้นเกิดขึ้นอีก โดยกำหนดกฎหมายและบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดที่รัฐเห็นว่าเป็นการกระทำที่สังคมไม่ยอมรับ และต้องลงโทษผู้กระทำตามที่กฎหมายบัญญัติสำหรับการกระทำผิดนั้นๆ⁴⁰ ตามหลักที่ว่า การกระทำที่เกิดขึ้นโดยเจตนาย่อมมีโทษโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ เพราะหากพิจารณาถึงจิตใจหรือศีลธรรมของผู้กระทำความผิดแล้ว การลงโทษมนุษย์ไม่สมควรที่จะเกิดขึ้น เว้นแต่จะปรากฏเป็นที่แน่ชัดว่าเขาได้กระทำความผิดศีลธรรม อย่างไรก็ตาม มีเหตุผลทางตรรกวิทยา ที่มีความคิดเห็นว่าจะสมควรจะกำหนดโทษกับผู้ที่ไม่เจตนากระทำความผิดด้วย

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายอาญา ซึ่งโทษถือเสมือนสภาพบังคับ⁴¹ของกฎหมายอาญา โดยในปัจจุบันโทษตามประมวลกฎหมายอาญามีโทษอยู่ 5 สถานตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 18 ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน ซึ่งศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษตามแต่กรณีและข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวตามหลักโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา

⁴⁰ เกอูต์, *กฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง คำสอนปริญญาดรี* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2477) 95.

⁴¹ แสง บัญเฉลิมวิภาส (เชิงอรรถ 15) 13.

ทั้งนี้ความผิดที่กระทำโดยเจตนาและความผิดที่กระทำโดยประมาท เป็นบทกฎหมายที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตราที่แตกต่างกันแม้จะมีลักษณะการกระทำความผิดที่คล้ายกันแต่กฎหมายก็มุ่งลงโทษในลักษณะที่แตกต่างกัน

2.7.2 วัตถุประสงค์การลงโทษทางอาญา

นักวิชาการหลายท่านเสนอความคิดเห็นว่า การลงโทษเป็นการกระทำตามสัญญาตามสัญญาการแก้แค้น ซึ่งการแก้แค้นผู้กระทำความผิดย่อมก่อให้เกิดความวุ่นวายไม่เป็นระเบียบ เพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดกฎหมายขึ้น กฎหมายจึงได้กำหนดการลงโทษเอาไว้ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิด และมีเป้าหมายให้ผู้ถูกลงโทษได้สำนึกผิด โดยไม่ต้องได้รับการถูกแก้แค้นอย่างรุนแรงหรือไร้มนุษยธรรม และการมีบทลงโทษเช่นนี้ ทำให้การแก้แค้นลดน้อยลง และยังช่วยให้ความผิดที่เกิดขึ้นในสังคมลดน้อยถอยลงด้วย ซึ่งการลงโทษผู้กระทำความผิดแต่ละสังคมก็มีวัตถุประสงค์ที่ต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับความต้องการหรือความเหมาะสมเป็นสำคัญ เช่น รัฐธรรมนูญของรัฐอิสราเอล และนิวแฮมเชียร์ ได้บัญญัติว่า “การลงโทษต้องดำเนินการให้เหมาะสมกับความผิด” หรือบางรัฐธรรมนูญก็บัญญัติว่า “กฎหมายอาญาต้องมีบทบัญญัติที่ได้วาง หลักการของการแก้ไขปรับปรุง มิใช่เรื่องการแก้แค้น”⁴² เช่น เท็กซัส อินเดียนา ไวลโอมิ่ง เป็นต้น

อาชญากรรมบางประเภทและการกระทำบางชนิดถูกมองว่าผิด และทำให้สังคมเสียหาย ทำให้เสียผลประโยชน์ของบุคคลหรือสมาชิก ปฏิบัติการลงโทษต่าง ๆ จึงเป็นส่วนหนึ่งของการทำลายความสมดุลที่เกิดขึ้น ดังนั้น การลงโทษอาจเป็นเพียงหนึ่งในปฏิกริยาหลาย ๆ อย่างต่อการฝ่าฝืนกฎหมาย ในการลงโทษผู้กระทำความผิด นักทฤษฎีอาชญาวิทยาได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษว่ามี 5 ประการ ดังนี้

(1) ทฤษฎีการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retributive theory) มีพื้นฐานความคิดมาจากลัทธิเจตจำนงเสรีที่เรียกว่า Free will ลัทธินี้มีความเชื่อว่า มนุษย์มีเหตุมีผล มีอิสระเสรีภาพในความคิด การกระทำภายใต้ความเชื่อและการตัดสินใจ การกระทำใดที่มนุษย์ได้กระทำย่อมมีเหตุมีผลเป็นของตนเอง ดังนั้น มนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเองที่ได้กระทำลงไป ซึ่งเมื่อเป็นการกระทำที่ดี คนที่กระทำก็ได้รับการตอบแทนที่ดีกลับไป แต่หากเป็นการกระทำที่ไม่ดีหรือได้กระทำฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคม คนที่กระทำก็จะได้รับการตำหนิหรือได้รับการลงโทษจากสังคม ดังนั้น เมื่อเขากระทำความผิด เขาย่อมต้องถูกลงโทษเพื่อเป็นการทดแทนสิ่งที่เขาได้กระทำความผิด

ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนมีพื้นฐานมาจากแนวความคิดเรื่องการแก้แค้น หรือการชดใช้ความเสียหาย โดยมีวัตถุประสงค์การลงโทษตามแนวความคิดที่ว่า การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (vindication) ความถูกต้องของการลงโทษจะต้องกระทำลงไปเพื่อเป็นการทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหายจากการที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งจะถือว่าเป็นการกระทำที่ผู้เสียหายได้รู้สึกพอใจและคิดว่าเป็นการกระทำที่ยุติธรรมแล้ว ซึ่งการยอมรับว่าการลงโทษโดยรัฐจะเป็นความชอบธรรมไม่ใช่หน้าที่ของ

⁴² Henry Weihofen, *The Law of Criminal Correction: Punishment* (West Publishing Co 1983)

เอกชน แต่เป็นการกระทำของรัฐเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม การลงโทษผู้กระทำเป็นการทำให้บุคคลที่เชื่อฟังกฎหมายตระหนักว่า บุคคลที่ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดี และมีใช่เป็นเรื่องระหว่างผู้กระทำ ความผิดกับผู้เสียหายเท่านั้น แต่เป็นกรณีระหว่างผู้กระทำผิดกับรัฐ เพราะฉะนั้นผู้กระทำผิดยังคงต้องรับโทษจากการที่ตนได้กระทำผิดถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะยกโทษให้ผู้นั้นแล้ว และการลงโทษที่รัฐได้กำหนดก็จะต้องเหมาะสมและเท่ากับความเสียหายที่ผู้กระทำผิดได้กระทำจากการกระทำความผิดนั้น

แนวคิดการลงโทษเพื่อแก้แค้นถือเป็นทฤษฎีที่มีการกล่าวถึงมากที่สุด เพราะการแก้แค้นเป็นสิ่งที่อยู่ในตัวของมนุษย์หรือเป็นสัญชาตญาณของมนุษย์⁴³ จึงมีผู้กล่าวว่า ถ้าผู้กระทำความผิดไม่ถูกลงโทษ ในกรณีที่ประชาชนส่วนใหญ่เห็นว่าผู้กระทำสมควรถูกลงโทษแล้ว ประชาชนก็จะสูญเสียความเชื่อมั่นต่อกฎหมาย และจะทำให้ประชาชนชินกับการกระทำความผิดนั้น เพราะเมื่อบุคคลใดได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดอาญา เช่น ถูกฆ่า ไม่ว่าโดยเจตนาหรือประมาท บรรดาญาติพี่น้อง ก็ย่อมมีความรู้สึกไม่พอใจและต้องการแก้แค้น หรือต้องการให้ผู้กระทำนั้นถูกลงโทษอย่างสาสมเป็นการทดแทน⁴⁴ หากถูกฆ่า ผู้กระทำความผิดก็ต้องได้รับโทษประหาร ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีนี้เป็นการแก้แค้นผู้กระทำผิดโดยไม่มีข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ที่แน่นอน ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของการแก้แค้น ซึ่งมักเป็นวิธีแก้แค้นด้วยความรุนแรง ทารุณโหดร้าย เช่น ถูกกระทำอย่างไร จะกระทำแบบนั้นกลับคืน ในปัจจุบันการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนได้ถูกวิวัฒนาการตามความคิดทางอาชญาวิทยา จึงได้มีการมอบอำนาจการลงโทษแก่ผู้นำหรือหัวหน้ากลุ่มเพื่อใช้สำหรับการว่ากล่าว ตักเตือน ในความผิดเล็กน้อย เพื่อหลีกเลี่ยงเลิกใช้วิธีการทารุณทรมาณร่างกาย และได้มีการกำหนดระเบียบแบบแผนรวมทั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ และกฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่สมาชิกของสังคม เพื่อใช้สำหรับลงโทษความผิดที่มีความรุนแรง เช่น จำคุก กักขัง เป็นต้น ซึ่งบทลงโทษต่างๆถือเสมือนเป็นการแก้แค้นผู้กระทำความผิดผ่านทางกฎหมาย กฎหมายจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือเพื่อการแก้แค้นทดแทน

(2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deter - Rence)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง มาจากความเชื่อที่ว่า การกระทำผิดที่เกิดขึ้นในสังคมเมื่อเกิดขึ้นแล้วจะไม่สามารถย้อนเวลาไปแก้ไขการกระทำได้ ดังนั้น เมื่อเกิดความผิดขึ้นเราควรจะหาทางเพื่อป้องกันมิให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นมาอีก มากกว่าเป็นการแก้แค้นทดแทนผู้กระทำผิดซึ่งสำนักอาชญาวิทยาแนวปฏิฐานนิยม (Positivist) ซีซาร์ ลอมโบโรโซ (Caesar Lombroso) นายแพทย์ผู้ใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งเป็นแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมมาใช้ในการศึกษาผู้กระทำผิดเพื่อที่จะหาแนวทางป้องกันสังคม⁴⁵ โดยมีความเชื่อว่า หากรู้ว่าผู้กระทำผิดมีลักษณะอย่างไรก็สามารถที่จะหาทางป้องกันได้โดยใช้วิธีการต่าง ๆ ที่เหมาะสม เพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นเป็นอันตรายต่อสังคม แนวคิดนี้จึงมองว่าสังคมควรจะใช้วิธีการลงโทษเพื่อเป็นการ

⁴³ ประธาน วัฒนาวณิชย์, 'แนวความคิดในการลงโทษ' 2 วารสารนิติศาสตร์ (12)(2524) 4.

⁴⁴ สหธน รัตนไพจิตร, 'ความประสงค์ของการลงโทษ: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527) 33-34.

⁴⁵ ณรงค์ ใจหาญ, *คำบรรยายวิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไปว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย* (พิมพ์ครั้งที่ 2 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2542) 10-11.

ป้องกันมิให้การกระทำผิดลักษณะนั้นเกิดขึ้นอีก โดยการให้การลงโทษเป็นการข่มขู่ให้บุคคลอื่นในสังคมเกรงกลัวโทษที่จะได้รับและไม่กล้ากระทำความผิดซึ่งจะถือว่าเป็นการปลูกฝังศีลธรรมให้แก่บุคคลในสังคมด้วย

การลงโทษผู้กระทำความผิด จึงเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของผู้นั้น โดยเซอร์ เจมส์ สตีเฟ่น⁴⁶ กล่าวไว้ว่า ไม่มีบทลงโทษอื่นใดที่จะมีผลยับยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิดทางอาญาเท่ากับโทษประหารชีวิต นอกจากนี้ยังมีวิธีการลงโทษประเภทต่าง ๆ เช่น การจำคุก การให้หนักโทษทำงานหนัก เป็นต้น เพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal from Society) ดังนั้น แนวคิดการลงโทษตามทฤษฎีเรื่องการข่มขู่ยับยั้ง จึงแบ่งออกเป็น 2 ประการ ดังนี้

1. การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งโดยเฉพาะหรือป้องกันโดยเฉพาะ (Specific Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดรายบุคคล เพื่อยับยั้งไม่ให้เขากระทำความผิดซ้ำ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการป้องกันโดยเฉพาะ (Specific Prevention)

2. การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไปหรือป้องกันโดยทั่วไป (General Deterrence) เป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นตัวอย่างให้สังคมทั่วไปเห็น เพื่อที่จะได้เกรงกลัวโทษจากการกระทำผิดและไม่คิดที่จะกระทำความผิดขึ้นอีก อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการป้องกันโดยทั่วไป (General Prevention) เงื่อนไขการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง มี 2 ประการ คือ

1. การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับอาชญากรรม หมายถึง โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจะต้องมีความเหมาะสมกับความหนักเบาของการกระทำผิด

2. สาธารณชนจะต้องได้รับรู้เข้าใจอย่างแน่ชัดเกี่ยวกับการลงโทษนั้น หมายถึง การลงโทษจะต้องทำในที่เปิดเผยไม่ปิดบังควรจะต้องให้สาธารณชนรับรู้เพื่อเกรงกลัวต่อโทษ⁴⁷

การลงโทษประหารชีวิต จำคุก กักขัง หรือการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทต่าง ๆ เช่น การกักกัน การห้ามเข้าเขตกำหนด การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง หรือการให้อยู่ในสถานพยาบาลเพื่อรักษาต่อไป ถือเป็น การตัดขาดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม ไม่ให้ผู้กระทำความผิด กระทำการที่อาจทำให้สังคมไม่ปลอดภัย และทำให้สังคมปลอดภัยจากอาชญากรรม

(3) ทฤษฎีการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction)

การลงโทษในสมัยโบราณจะใช้วิธีการมุ่งแก้แค้น ซึ่งเป็นวิธีที่มีความทารุณโหดร้าย ทำให้ผู้กระทำความผิดอาจมีความแค้นเพิ่มขึ้นไปอีก ดังนั้น ในปัจจุบันการลงโทษด้วยการทารุณโหดร้ายจึงไม่นำมาใช้ นักวิชาการด้านนิติศาสตร์และอาชญาวิทยาเห็นว่า แม้จะมีการลงโทษที่รุนแรงแต่ก็พบว่า ยังมีการกระทำความผิดเดิมซ้ำ ๆ อยู่เสมอ แสดงว่าการลงโทษไม่สามารถทำให้คนกลัวได้ และเห็นว่าการลงโทษเพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีได้ และไม่เป็นที่ผลดีต่อสังคม เพราะไม่สามารถการันตีได้ว่าผู้ที่ถูกลงโทษนั้นจะไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก แนวความคิดที่ว่า การลงโทษจะสามารถข่มขู่ให้คน

⁴⁶ H.M.S.O., *Report of the Commission on Capital Punishment, Command Report* (n.p. 1953) 19.

⁴⁷ อนุรักษ์วัฒน์ สุทธิโยธิน, 'ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา' <https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/41716_2.pdf> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

กลัวและจะไม่กระทำความผิดจึงไม่ได้ผล การลงโทษโดยอาศัยหลักกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมกับความผิดและการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนตามทฤษฎีการลงโทษให้สาสมหรือเพื่อข่มขู่ให้กลัวตามทฤษฎีการป้องกัน แต่เพียงอย่างเดียวไม่น่าจะประสบความสำเร็จ จึงต้องมีการศึกษาวิธีการอื่นเพื่อแก้ไขปัญหานี้ นั่นคือการศึกษา ค้นคว้าสาเหตุแห่งการกระทำผิดและหาวิธีการแก้ไขที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด เพื่อที่จะแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มากกว่าการลงโทษเพื่อข่มขู่ผู้กระทำความผิด และบุคคลอื่นให้เกิดความหวาดกลัวจนไม่กล้าจะกระทำความผิด จึงเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดทฤษฎีแก้ไขฟื้นฟูขึ้น

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitative Theory) เกิดขึ้นมาในยุคที่มีการตื่นตัวทางวิทยาศาสตร์ มีการศึกษาค้นคว้าโดยอาศัยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่เรียกว่า “ปฏิฐานนิยม” (positivist) ใช้วิธีการศึกษาเชิงประจักษ์ (Empirical method) ที่ได้จากการสังเกตการทดลองนักอาชญาวิทยากลุ่มนี้ นำโดย ลอมโบรโซ (Lombroso) และ กาโรฟาโล (Garofalo) และเฟอร์รี (Ferri) นักอาชญาวิทยาชาวอิตาลี และในฐานะผู้นำของสำนักอิตาลี (Italian School) ที่เห็นว่าการศึกษารื่องอาชญากรรมและการกระทำผิดควรใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์มาใช้ในการศึกษาโดยมุ่งเน้นการศึกษาเป็นรายบุคคลเพื่อค้นหาสาเหตุแห่งอาชญากรรมและนำผลที่ได้มาใช้ในการแก้ไขการกระทำผิด รวมถึงควรปรับปรุงวิธีการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ตามทฤษฎีนี้เชื่อว่าการลงโทษควรมีเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับมากระทำซ้ำ รวมทั้งพยายามช่วยให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนสู่สังคม จึงต้องมีการให้การเรียนรู้การอบรมให้เพียงพอเพื่อที่จะได้ดำเนินชีวิตต่อไปได้

ดังนั้น การแก้ไขผู้กระทำความผิด จึงเป็นภารกิจที่สำคัญของรัฐบาล ที่จะต้องทำทุกวิถีทางให้ผู้กระทำความผิดหันมาเคารพกฎหมายให้ได้ รัฐบาลจึงสังเกตเห็นได้ว่า เมื่อมีการลงโทษจำคุกนักโทษไว้ในเรือนจำนั้น สักวันหนึ่งผู้ถูกลงโทษนั้นจะต้องได้รับการปลดปล่อยและกลับเข้าสู่สังคมอีก จึงจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการลอบประโลม หรือหาวิธีการต่าง ๆ เพื่อแก้ไขให้นักโทษกลับตนเป็นคนดีของสังคม ควบคู่ไปกับการจำคุกด้วย จึงก่อให้เกิดวิธีการปฏิบัติในรูปแบบต่าง ๆ แก่นักโทษหรือผู้ต้องขัง เช่น การฝึกอาชีพ ให้การศึกษา และการบำบัดทางการแพทย์และจิตวิทยา รวมทั้งพยายามช่วยให้ผู้กระทำความผิดไม่รู้สึกรังเกียจจากการที่ถูกลงโทษ⁴⁸ ทฤษฎีการลงโทษ ภายใต้จุดมุ่งหมาย ดังนี้

- 1) มุ่งที่จะศึกษาทำความเข้าใจสาเหตุแห่งการกระทำผิดโดยเน้นตัวบุคคลผู้กระทำความผิดสภาพแวดล้อม
- 2) เพื่อที่จะหาทางแก้ไขผู้กระทำความผิดมากกว่าที่จะลงโทษ
- 3) การทำให้ผู้กระทำความผิดกลับไปสู่สังคมของตนได้และมีชีวิตร่วมกับบุคคลอื่นในสังคมอย่างเป็นปกติสุข

⁴⁸ สายสุตา นิงสานนท์, ‘ความรับผิดชอบเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิด’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ 2525) 7.

(4) ทฤษฎีการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)

มาร์ค แอนเซล (Marc Ancel) เป็นนักอาชญาวิทยาที่มีชื่อเสียงของประเทศฝรั่งเศส ได้ให้คำนิยามของ “การป้องกันสังคม” ว่าหมายถึงการปกป้องคุ้มครองสังคมที่เปรียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยจำเป็นยิ่งต่อการดำรงคงกับอาชญากรรมโดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรม⁴⁹ การป้องกันอาชญากรรมเพื่อให้อาชญากรรมในสังคมลดน้อยลง จะต้องได้รับความร่วมมือจากทุกฝ่ายในการบูรณาการความร่วมมือกัน เพื่อให้อาชญากรรมนั้นลดลง รวมถึงต้องเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม โดยวางแนวทางปฏิบัติที่จำเป็นต้องกระทำ วางระบบการควบคุมการลงโทษ การกำหนดโทษ หรือวางเงื่อนไข เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันสังคม

2.7.3 หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำผิด (Individualization)

หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำผิด หมายถึง การลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับสิ่งที่ผู้ผู้นั้นได้กระทำ โดยจะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสม โดยพิจารณาจากความจริงที่ว่ามนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรได้รับการลดโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีและกลับเข้าสู่สังคมได้ เพราะการลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้นในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตัวดีขึ้นได้ การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดจึงมีแนวคิดตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำความผิดนั้น ย่อมมาจากบุคลิก ลักษณะอุปนิสัยของผู้กระทำความผิด และพฤติการณ์ภายนอก สิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจ เพราะบุคลิกของบุคคลย่อมเกิดจากสภาพแวดล้อม แต่ละบุคคลย่อมมีสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกัน เช่น สังคม เศรษฐกิจ จิตวิทยา วิทยาศาสตร์ เป็นต้น ดังนั้น บุคลิกของแต่ละบุคคลจึงย่อมมีความแตกต่างกันและการตัดสินใจจึงขึ้นอยู่กับพื้นฐานทางจิตใจของแต่ละบุคคลแตกต่างกันไป สิ่งแวดล้อมจึงเป็นตัวกระตุ้นจิตใจของบุคคลให้กระทำความผิด ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะมีความคิดที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ก็ตาม

⁴⁹ ผจจจิตต์ อธิคมนันท์ (เชิงอรธ 39) 130-131.

บทที่ 3

ความผิดอาญาเกี่ยวกับการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีโทษในเชิงลบ จึงจำเป็นต้องอย่างยิ่งที่ต้องพัฒนาหลักกฎหมายอาญาให้สามารถปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในรูปแบบใหม่ๆที่เกิดขึ้นกับสังคมได้ทุกกรณี เพื่อที่จะกำหนดบทลงโทษให้ตรงกับกรกระทำหรือข้อเท็จจริงนั้น และสามารถกำหนดบทลงโทษได้อย่างเหมาะสม ในบทนี้จะได้กล่าวถึงความรับผิดชอบอาญาเกี่ยวกับการกระทำผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งจำเป็นต้องศึกษาโครงสร้างของความผิดอาญาเพื่อให้เห็นถึงกระบวนการทางกฎหมายในการวินิจฉัย รวมถึงความหมายและองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับการกระทำโดยบันดาลโทสะ เพราะในปัจจุบันกฎหมายเรื่องบันดาลโทสะยังไม่รองรับถึงการถูกข่มเหงอย่างต่อเนื่อง ทำให้ไม่สามารถอ้างเหตุผลโทษได้ ซึ่งส่งผลกระทบต่อผู้ที่เป็นจำเลยในคดี จึงสมควรที่จะได้รับการแก้ไขให้ถูกต้องครบถ้วน โดยวิเคราะห์จากตำรากฎหมาย และบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายต่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1 ประเทศไทย

3.1.1 โครงสร้างของความผิดอาญา

หลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาจะต้องวินิจฉัยอย่างเป็นระบบ การพิจารณาว่าบุคคลใดกระทำผิดกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาเรียงไปตามลำดับขั้นตอนตามหลักโครงสร้างของความผิดอาญา ซึ่งถือเป็นขั้นตอนในการลำดับความคิดอย่างเป็นระบบ โดยโครงสร้างของความผิดอาญาที่นักกฎหมายกล่าวในตำรามืออยู่ 2 แนวทาง ขึ้นอยู่กับว่านักกฎหมายผู้นั้นจบการศึกษาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือซีวิลลอว์ (Civil Law) ผู้ที่ทำการศึกษจบจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นว่าโครงสร้างความรับผิดอาญา มีอยู่ 3 ข้อ คือ 1. การกระทำครบองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติ 2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด 3. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ⁵⁰ ส่วนผู้ที่ทำการศึกษจบจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่น ประเทศเยอรมนี จะเห็นว่า โครงสร้างของความผิดอาญา มี 3 ข้อ คือ 1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ 2. ความผิดกฎหมาย 3. ความชั่ว⁵¹

ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และหลักในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศไทยสอดคล้องกับหลักในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศเยอรมนี โดยในเรื่ององค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 เทียบได้กับโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 1

⁵⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 8) 86 - 95.

⁵¹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 1) 121 - 138.

คือการครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ในเรื่องเหตุยกเว้นความผิด เช่น กรณีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เทียบได้กับโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 2 คือความผิดกฎหมาย และในเรื่องเหตุยกเว้นโทษ เช่น กระทำด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67 เทียบได้กับโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 3 คือความชั่ว ดังนั้น ในการเขียนโครงสร้างของความผิดอาญาในประเทศไทย ผู้เขียนจึงยึดถือโครงสร้างของความผิดอาญาของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร เป็นเกณฑ์ โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

1. การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในขั้นตอนแรกจะต้องดูว่าผู้กระทำได้กระทำครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติความหมายของคำว่างค์ประกอบความผิดเอาไว้โดยตรง มีเพียงแต่การกล่าวถึงสั้นๆเท่านั้น ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” ซึ่งเป็นการกล่าวถึงหลักกฎหมายเท่านั้น มิได้ให้ความหมายอย่างชัดเจน แต่ก็มีนักกฎหมายบางท่านให้ความหมายไว้ในตำราของท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้ให้ความหมายของ องค์ประกอบความผิด⁵² โดยหมายความว่า “สิ่งทั้งหลายที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำ ความผิดและสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง” ดังนั้น องค์ประกอบความผิดจึงสามารถแบ่งได้เป็นองค์ประกอบความผิดที่เป็นส่วนภายนอก และองค์ประกอบความผิดที่เป็นส่วนภายใน หรือในทางตำราจะเรียกกันสั้นๆว่า องค์ประกอบภายนอก และ องค์ประกอบภายใน ดังนั้น การพิจารณาว่าครอบงำประกอบความผิดหรือไม่นั้นสามารถพิจารณา ดังนี้⁵³

(1) มีการกระทำ

การพิจารณาองค์ประกอบภายนอกนั้นจำเป็นต้องพิจารณาจากการกระทำเพราะบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นมี การกระทำและการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งการกระทำของมนุษย์นั้นมีอยู่มากมายแต่มีการกระทำบางอย่างที่กฎหมายถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องรับผิดในทางอาญา หลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำในกฎหมายอาญาจึงเป็นหลักที่สำคัญที่สุดที่ใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำ เพราะความผิดกฎหมายอาญาจะต้องเริ่มจากการกระทำ ถ้าขาดการกระทำ ความรับผิดก็จะเริ่มไม่ได้ เพราะหากปราศจากการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอกก็คงเป็นเพียงความคิดเท่านั้น

การกระทำในที่นี้ หมายถึง การแสดงออกโดยจะเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่ก็ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ (will movement)⁵⁴ ซึ่งหมายถึงจะต้องผ่านกระบวนการทางความคิดได้แก่ 1.คิดที่จะกระทำ 2. ตกลงใจที่จะกระทำ และ 3.กระทำตามที่ตกลงใจ⁵⁵ เนื่องจากการกระทำในความหมายของกฎหมาย

⁵² คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 1) 178.

⁵³ เฟิงอ้าง

⁵⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 21 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 19.

⁵⁵ นพตล พลกุล, *สัมมนากฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1 สำนักพิมพ์สัจธรรม 2557) 32.

มีลักษณะที่แตกต่างกับการกระทำในความหมายโดยทั่วไป ซึ่งโดยทั่วไปเมื่อมีการเคลื่อนไหวร่างกายก็ถือว่าเป็นการกระทำแล้ว แต่ในทางกฎหมายไม่เป็นเช่นนั้น การกระทำในทางกฎหมายจะต้องเป็นการกระทำที่สามารถควบคุมได้จึงจะถือว่าเป็นการกระทำในทางกฎหมาย ตัวอย่างเช่น แม่นอนเอามือฟาดหัวลูก โดยทั่วไปย่อมถือได้ว่าการฟาดหัวลูกเป็นการกระทำของแม่แล้ว เพราะมีการเคลื่อนไหวร่างกาย แต่หากแม่ไม่สามารถควบคุมการกระทำดังกล่าวได้ เช่น ละเมอ หรือเป็นโรคลมบ้าหมู ย่อมถือได้ว่านั้นมิใช่การกระทำในทางกฎหมายอาญา

นอกจากนี้การกระทำในทางกฎหมายอาญายังรวมถึงการกระทำที่ไม่เคลื่อนไหวร่างกายหรือในทางกฎหมายเรียกว่าการงดเว้นหรือละเว้นการที่จะต้องการทำเพื่อป้องกันผล การงดเว้น หมายถึง การให้เกิดผลอันใดอันหนึ่งขึ้นด้วยการงดเว้นไม่กระทำ ในสิ่งที่ตนมีหน้าที่โดยเฉพาะที่ต้องการทำเพื่อป้องกันผล เช่น แม่มีหน้าที่ให้นมบุตรเพื่อป้องกันไม่ให้บุตรตาย เป็นต้นการละเว้น หมายถึง ผู้กระทำไม่กระทำในสิ่งที่ควรกระทำซึ่งเป็นหน้าที่ทั่วไป โดยมีใช้หน้าที่เฉพาะเจาะจงเพื่อป้องกันผลมิให้เกิดผลนั้น เช่น เข้าไปช่วยเหลือบุคคลที่อยู่ในอันตราย หากไม่ช่วยก็มีความผิดฐานละเว้น เป็นต้น

(2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด

องค์ประกอบความผิดในทางกฎหมายอาญาแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะได้แก่องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน การที่บุคคลหนึ่งจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาได้จะต้องปรากฏว่าบุคคลนั้นมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบทั้งสององค์ประกอบ หากการกระทำดังกล่าวขาดองค์ประกอบใดไปย่อมถือได้ว่าการกระทำนั้นไม่มีความรับผิดทางอาญา

การที่จะดูว่าครบองค์ประกอบภายนอกหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาจากความจริงเพราะองค์ประกอบภายนอกเป็นสิ่งที่สามารถมองเห็นได้สัมผัสได้ กล่าวคือ ดูว่าความจริงการกระทำนั้นครบองค์ประกอบของความผิดในเรื่องนั้นๆหรือไม่ ซึ่งองค์ประกอบภายนอกของความผิดแทบทุกฐาน แบ่งได้เป็น 3 ส่วน คือ (1)ผู้กระทำ (2)การกระทำ (3)วัตถุแห่งการกระทำ ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี” องค์ประกอบภายนอกของมาตรานี้จึงสามารถอธิบายได้ว่า ผู้กระทำคือผู้ใด การกระทำคือการฆ่า วัตถุแห่งการกระทำคือผู้อื่น เมื่อครบทั้ง 3 ส่วนย่อมถือได้ว่าผู้กระทำได้กระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด แต่หากขาดส่วนใดส่วนหนึ่งไปย่อมถือว่าผู้กระทำขาดองค์ประกอบความผิดของความผิดนั้น ผลในทางกฎหมายก็คือผู้กระทำไม่มีความผิด

(3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิด

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคล นอกจากจะพิจารณาองค์ประกอบภายนอกแล้วยังต้องพิจารณาถึงเรื่ององค์ประกอบภายในด้วย ซึ่งองค์ประกอบภายใน คือ สิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้หรือสัมผัสได้เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ การที่บุคคลหนึ่งกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งไปย่อมไม่มีผู้ใดสามารถมองเห็นจิตใจหรือความคิดของบุคคลนั้นได้ว่าเขาได้กระทำความผิดไปโดยเจตนาหรือประมาท ในการพิจารณาเรื่องเจตนาหรือประมาท จึงจำเป็นต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ต่างๆที่ผู้กระทำแสดงออกมาเป็นหลักในการวินิจฉัยสภาพจิตใจของผู้กระทำขณะกระทำ

ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรกได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักขององค์ประกอบภายในไว้กล่าวคือ “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท”⁵⁶ ดังนั้นจะเห็นว่ากฎหมายกำหนดให้เจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในประเภทหนึ่งเป็นองค์ประกอบภายในหลัก ดังนั้นในการพิจารณาการกระทำผิดของผู้กระทำจะต้องพิจารณาโดยระลึกละเอียดว่าผู้กระทำนั้นได้ “กระทำโดยเจตนา” ซึ่งมีความสำคัญหลัก และกฎหมายถือ “กระทำโดยประมาท” ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในอีกประเภทหนึ่งเป็นองค์ประกอบภายในที่มีความสำคัญลำดับรองถัดลงมาจาก “กระทำโดยเจตนา”

โดยหลักองค์ประกอบภายในของความผิดอาญาแต่ละมาตราส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเจตนา แต่ก็มีบางมาตราที่ถือว่าองค์ประกอบภายในคือประมาท ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้น นอกจากนี้ในความผิดบางประเภทกฎหมายไม่ต้องการองค์ประกอบภายในเลย เช่นความผิดลหุโทษแต่อย่างไรก็ตามความผิดลหุโทษบางมาตราที่ต้องการองค์ประกอบภายในอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยผู้กระทำต้องเจตนาหรือประมาท จึงจะมีความผิด

(4) ผลของการกระทำสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การพิจารณาประการสุดท้ายของการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาคือพิจารณาผลของการกระทำว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำหรือไม่ ทั้งนี้การพิจารณาหลักเกณฑ์ถึงหลักดังกล่าวจะต้องพิจารณาถึงการกระทำที่ผ่านกระบวนการพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบภายในมาแล้ว กล่าวคือผู้กระทำจะต้องมีเจตนากระทำ หรือได้กระทำโดยประมาท หรือเป็นกรณีที่เป็นความผิดโดยเด็ดขาดซึ่งไม่เจตนาและไม่ประมาทกฎหมายก็ถือเป็นความผิด จึงค่อยพิจารณาหลักการกระทำสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล แต่หากผู้กระทำขาดองค์ประกอบภายในแล้ว กล่าวคือกระทำโดยไม่เจตนาหรือไม่ประมาทและมีใจเป็นความผิดโดยเด็ดขาดแล้ว ก็ไม่ต้องพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเลย เพราะผู้กระทำไม่มีความผิดมาตั้งแต่ต้น

2. ความผิดกฎหมาย

นอกจากพิจารณาการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติซึ่งเป็นโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่หนึ่งแล้ว จำเป็นที่จะต้องพิจารณาโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่สองและข้อที่สามด้วย ซึ่งโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่สอง คือ ความผิดกฎหมาย ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร เรียกว่า “เหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้”⁵⁷ หมายถึง การกระทำหนึ่งของผู้คนบางการกระทำ แม้บุคคลส่วนใหญ่จะเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ผิด แต่อย่างไรก็ตามการกระทำนั้นก็อาจจะเป็นการกระทำที่ “ไม่ผิดกฎหมาย” เพราะการกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจที่จะกระทำได้ หรือเรียกว่าเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Justification) ซึ่งทำให้การกระทำที่ผิดกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

⁵⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59

⁵⁷ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 1) 242.

ตัวอย่างเช่นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจไว้ตามบทบัญญัติมาตรา 68 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้าย อันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”⁵⁸ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายให้อำนาจกระทำได้ ในกรณีที่ผู้กระทำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงและผู้กระทำได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นก็กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

3. ความชั่ว

เมื่อพิจารณาโครงสร้างของความผิดอาญาประการที่หนึ่งและประการที่สองแล้วก็ต้องพิจารณาโครงสร้างของความผิดอาญาประการที่สามเป็นประการสุดท้ายด้วย คือ ความชั่ว โดยความชั่วในที่นี้ไม่ได้หมายถึงความชั่วในความหมายทั่วไป กล่าวคือ ไม่ได้หมายถึงสภาพความไม่ตั้งงามอันเกิดจากการฝ่าฝืนศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคม แต่หมายถึง “การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง” กล่าวคือ การกระทำใดการกระทำหนึ่งที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายจะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจกระทำในการกระทำนั้นของผู้กระทำผิดในขณะนั้น ผู้ที่มีความรู้ผิดชอบหรือผู้ที่รู้จักแยกแยะว่าอะไรผิดอะไรถูกและเป็นผู้ที่มีสติย่อมจะไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมายลงไป ผู้นั้นย่อมจะเป็นบุคคลที่ต้องถูกตำหนิจากสังคม และการกระทำนั้นของผู้นั้นย่อมเป็นการกระทำที่ตำหนิได้และด้วยเหตุนี้เองที่ในทางกฎหมายอาญาถือว่าผู้กระทำนั้นได้กระทำชั่ว เช่น

- 1) การกระทำความผิดโดยจำเป็น (มาตรา 67)
- 2) การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี และไม่เกิน 15 ปี (มาตรา 73 และ 74)
- 3) การกระทำความผิดของคนวิกลจริต (มาตรา 65)
- 4) การกระทำความผิดของผู้มีเมมา (มาตรา 66)
- 5) การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน (มาตรา 70)
- 6) การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในบางความผิดระหว่างสามีภริยา (มาตรา 71 วรรคแรก)

กล่าวโดยสรุปหลักโครงสร้างของความผิดอาญาเป็นหลักโครงสร้างที่ใช้ในการวินิจฉัยความผิดอาญาของบุคคล ซึ่งเป็นการพิจารณาหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการกระทำผิดเพื่อการกำหนดโทษของผู้กระทำผิด โดยมีวิธีพิจารณาเรียงลำดับขั้นตอนตั้งแต่หลักโครงสร้างข้อที่หนึ่งได้แก่การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ โดยพิจารณาตั้งแต่องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในหากพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้กระทำมีการกระทำความผิดครบองค์ประกอบความผิดแล้ว จึงค่อยมาพิจารณาในหลักโครงสร้างข้อที่สองเรื่องความผิดกฎหมายต่อไป แล้วจึงมาพิจารณาในส่วนโครงสร้างข้อที่

⁵⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68

สามในเรื่องความชั่วเป็นลำดับสุดท้าย ทั้งนี้ในการพิจารณาจะต้องพิจารณาทั้งสามข้ออย่างครบถ้วนและจะต้องพิจารณาตามลำดับขั้นตอน ซึ่งจะทำให้การวินิจฉัยความผิดอาญามีขั้นตอนที่ชัดเจนและถูกต้อง

3.1.2 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ

ในประเทศไทยมีการแยก “ความชอบด้วยกฎหมาย” (justification) ออกจากเหตุยกเว้นโทษ (excuse) อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญา สังเกตได้จากถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า “...ผู้นั้นไม่มีความผิด” เปรียบเทียบกับถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 บัญญัติว่า “...ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน แต่ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสและหลักกฎหมายอาญาในระบบ Common law กลับรวมทั้งสองเรื่องเข้าด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย เช่น เรื่องการป้องกันตามมาตรา 68 หรือเรื่องเหตุยกเว้นโทษเพราะการกระทำของคนวิกลจริต ตามมาตรา 65⁵⁹ แต่ในทางตำราก็ยังเห็นว่าการแยกเป็นเหตุที่ไม่มีความผิดกับเหตุที่ได้รับการยกเว้นโทษดังกล่าว ยังมีประโยชน์ 4 ประการ คือ

1. การกระทำที่มีอำนาจกระทำได้ หมายถึง การกระทำที่สังคมรับรอง แต่การกระทำที่เป็นเหตุยกเว้นโทษ สังคมไม่ได้รับการกระทำนั้น เพียงแต่สังคมเห็นว่าไม่ควรลดโทษคนเหล่านั้นเป็นอาชญากร
2. อำนาจกระทำทำให้การกระทำไม่ต้องมีความรับผิดชอบ แต่เหตุยกเว้นโทษยังคงมีความรับผิดชอบอยู่
3. หากผู้ก่อภัยอันตรายที่ได้รับการยกเว้นโทษได้ก่อภัยขึ้น ผู้ป้องกันสามารถตอบโต้ได้ แต่หากภัยอันตรายที่ผู้ก่อเป็นอำนาจที่กระทำได้แล้ว ผู้ที่ได้รับการยกเว้นโทษนั้นไม่สามารถตอบโต้ได้
4. ผู้ร่วมกระทำผิดกับผู้กระทำการที่ไม่มีความผิดก็จะไม่มีความผิดด้วย แต่ผู้ร่วมกระทำผิดกับผู้กระทำการที่ได้รับการยกเว้นโทษยังคงมีความผิดอยู่เสมอ⁶⁰

อย่างไรก็ตาม กฎหมายในประเทศไทยได้มีการบัญญัติเหตุผลโทษไว้ในกฎหมายด้วย กล่าวคือกรณีที่ผู้กระทำมีความผิดอาญาแล้ว แต่ในการกำหนดโทษของผู้กระทำ หากมีเหตุบางประการที่กฎหมายบัญญัติไว้ ศาลจะต้องนำเหตุดังกล่าวมาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ หรืออีกนัยหนึ่ง คือการลดโทษ เช่น บันดาลโทษตามมาตรา 72 แล้วก็อาจจะลดโทษเพราะเหตุอื่น ๆ เช่น มีเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ได้อีก⁶¹

โดยเหตุผลโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้มีหลายกรณี เช่น

- 1) ความไม่รู้กฎหมาย (มาตรา 64)
- 2) คนวิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง (มาตรา 65 วรรคสอง)
- 3) คนมีนเมาซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง (มาตรา 66)

⁵⁹ ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 14) 155.

⁶⁰ ปกป้อง ศรีสนิท, อิทธิพลของสำนักความคิดทางกฎหมายที่มีต่อกฎหมายอาญาของไทย, งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์, (กองทุนศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ 2555) 71-72 .

⁶¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 8) 665.

- 4) ป้องกัน จำเป็น เกินขอบเขต (มาตรา 69)
- 5) การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราระหว่างญาติสนิท (มาตรา 71)
- 6) ผู้กระทำอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี (มาตรา 75) หรือตั้งแต่ 18 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี (มาตรา 76)
- 7) เหตุบรรเทาโทษ (มาตรา 78)
- 8) บันดาลโทษ (มาตรา 72)

3.1.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยบันดาลโทษ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทษโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”⁶²

การอ้างบทบัญญัติมาตราดังกล่าวเพื่อใช้เป็นเหตุลดโทษ จะอ้างได้ต่อเมื่อ การกระทำครบหลักเกณฑ์ในเรื่องบันดาลโทษตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษ ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะบันดาลโทษ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

1. ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม

(1) ข่มเหง หมายถึง การกระทำที่ทำให้ผู้ถูกข่มเหงได้รับผลกระทบทางร่างกายหรือจิตใจ ส่งผลกระทบต่ออารมณ์หรือความรู้สึก เช่น มีความรู้สึกกลัว ไม่ปลอดภัย หวาดระแวงและจะต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากบุคคลหรือเป็นพฤติกรรมที่บุคคลต้องรับผิดชอบ หากเป็นสัตว์ สิ่งของ หรือธรรมชาติ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลจะถือว่าเป็นการข่มเหง ไม่ได้ เช่น การส่งเสียงของสัตว์ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัตว์ ความเสียหายจากทรัพย์สิน หรือความเสียหายที่เกิดจากธรรมชาติ เนื่องจากกฎหมายถือว่าการกระทำดังกล่าวมิได้เป็นการกระทำที่เกิดจากบุคคล นอกจากนี้การกระทำที่เกิดจากความประมาทก็ไม่ถือว่าเป็นการข่มเหงเช่นกัน เพราะเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมิได้กระทำด้วยเจตนา แต่เป็นเพียงการมิได้ใช้ความระมัดระวัง หรือใช้ความระมัดระวังแล้ว แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอ เช่น นายดำขับรถยนต์แล่นไปตามถนนพร้อมกับเล่นมือถือ ทำให้ไปชนรถยนต์ของนายแดงได้รับความเสียหาย นายแดงจะอ้างว่าตนถูกข่มเหงจากการกระทำโดยประมาทของนายดำไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในการกระทำเดียวกันอาจเกิดผลกระทบต่อบุคคลหนึ่ง แต่อาจไม่เกิดผลกระทบต่ออีกบุคคลหนึ่งก็ได้ เนื่องจากแต่ละบุคคลมีสภาวะทางจิตใจไม่เท่ากัน ความอ่อนไหวในทางอารมณ์จึงไม่เท่ากัน

(2) เหตุอันไม่เป็นธรรม

คำว่า “เป็นธรรม” หมายถึง ความถูกต้อง⁶³ ดังนั้น คำว่า “ไม่เป็นธรรม” จึงหมายถึง ความไม่ถูกต้องหรือความไม่ยุติธรรม ถ้าบุคคลใดกระทำไม่ถูกต้องหรือไม่ยุติธรรมตามที่วิญญูชนพึงกระทำ

⁶² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

⁶³ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

ย่อมถือว่าเป็นธรรมทั้งสิ้น ดังนั้น เหตุอันไม่เป็นธรรมจึงเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำ โดยบัณฑิตโทสะ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1) การกระทำอันเป็นการละเมิดกฎหมาย โดยทั่ว ๆ ไปก็คงต้องถือว่าเป็นการข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม การกระทำที่ยังไม่ถึงขั้นละเมิดกฎหมายก็อาจจะถือว่าเป็นการข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมได้ ดังนั้น แม้จะเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่การกระทำดังกล่าวมีลักษณะไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมต่อผู้ถูกระทำ ก็ถือได้ว่าเป็นการข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแล้ว ซึ่งจะต่างกับเรื่องการกระทำเพื่อป้องกัน เพราะจะอ้างว่าป้องกันได้ต่อเมื่อ ภัยอันตรายนั้นเกิดจากการละเมิดกฎหมายเท่านั้น เช่น โจทก์ร่วมยื่นอยู่บริเวณประตูรถยนต์ตู้ของจำเลยเพียงลำพังโดยไม่ปรากฏว่ามีบุคคลอื่นได้อยู่ร่วมกับโจทก์ร่วมด้วย ทั้งขณะนั้นจำเลยก็ถือคประตูดของรถยนต์ตู้อยู่ โจทก์ร่วมย่อมไม่สามารถเปิดประตูรถยนต์ตู้เข้าไปทำร้ายจำเลยได้ จึงไม่มีภัยอันตรายที่เกิดจากประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายที่จำเลยจะต้องกระทำพึงป้องกันการที่จำเลยใช้อาวุธยิงโจทก์ร่วม จำเลยจึงไม่อาจอ้างได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่โจทก์ร่วมกับพวกจอตระขวางกั้นไม่ให้จำเลยถอยรถยนต์ตู้ออกจากที่เกิดเหตุ โดยจำเลยจะต้องไปปรับพนักงานไปส่งยังที่หมายซึ่งเป็นภาระหน้าที่ในการประกอบอาชีพของจำเลย และยังได้ความจากจำเลยว่า โจทก์ร่วมมากระชากประตูรถยนต์ตู้ และทุบกระจกรถยนต์ตู้อย่างแรงหลายครั้ง อันเป็นการเข้าไปหาจำเลยโดยมีท่าทีคุกคาม ย่อมเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงโจทก์ร่วมในขณะนั้น การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยบัณฑิตโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72⁶⁴

กรณีที่ไม่มีการยื่นฟ้องคดีที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย แต่มีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม สามารถเกิดขึ้นได้หลายกรณี เช่น กรณีการเป็นชู้ โดยที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน แม้การมีชู้ไม่ได้เป็นการละเมิดกฎหมายเพราะชายและหญิงไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน จึงไม่ใช่สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ถือว่าเป็นเหตุอันไม่เป็นธรรม ตามความหมายของมาตรา 72 แล้ว ตัวอย่างเช่น จำเลยและหญิงไม่ได้เป็นสามีภรรยากันตามกฎหมาย แต่จำเลยได้อุปัชฌาย์หญิงเยี่ยงภรรยา ซึ่งผู้เสียหายก็รู้ แต่ผู้เสียหายยังไปลักลอบหลับนอนร่วมประเวณีกับหญิง การที่จำเลยยิงผู้เสียหาย ในขณะที่ดังกล่าวเป็นการกระทำโดยบัณฑิตโทสะ⁶⁵ หรือแม้แต่กรณีการเป็นชู้โดยชายและหญิงจดทะเบียนสมรสกัน และอีกฝ่ายหนึ่งมีชู้ ก็สามารถอ้างบัณฑิตโทสะได้เช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น จ. เป็นภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของจำเลยซึ่งจำเลยยอมมีสิทธิตามกฎหมายที่จะกระทำการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของตนโดยมิให้ชายอื่นมามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับภรรยาของตนได้ แต่ขณะเกิดเหตุจำเลยพบเห็น จ. นอนหนุนตักผู้ตายและกอดจูบกันเท่านั้นโดยยังไม่มีกรร่วมประเวณีกัน และการที่ผู้ตายกระทำต่อ จ. ดังกล่าวก็เป็นไปโดย จ. สมครใจยินยอม พฤติการณ์เช่นนี้ยังถือไม่ได้ว่ามีภัยอันตรายซึ่งเกิดการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ซึ่งจำเลยจำต้องกระทำการป้องกันสิทธิแต่อย่างใด แต่การที่

⁶⁴ คำพิพากษาฎีกา ที่ 2737/2556

⁶⁵ คำพิพากษาฎีกา ที่ 2373/2544

ผู้ตายกับ จ. กอดจูกันเช่นนี้ นับเป็นการกระทำที่ข่มเหงจิตใจของจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม เมื่อจำเลยเห็นเหตุการณ์เช่นนี้ย่อมเหลือวิสัยของจำเลยที่จะอดกลั้นโทสะไว้ได้ จึงเข้าไปชกต่อผู้ตายแล้วใช้มีดปอกผลไม้ที่วางอยู่ใกล้ตัวแทงผู้ตายเป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72⁶⁶

2) การใช้อำนาจโดยชอบธรรมภายในขอบเขตของกฎหมายหรือตามอำนาจหน้าที่ การกระทำความผิดล่วงละเมิดเป็นการกระทำที่เป็นธรรม ผู้ใดจะถือว่ากระทำความผิดเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมมิได้ เช่น ตำรวจจับผู้ต้องสงสัยตามหมายจับ หากผู้ถูกจับขัดขวาง กฎหมายให้อำนาจตำรวจใช้วิธีหรือการป้องกันทั้งหลายเท่าที่เหมาะสมแก่พฤติการณ์ ในเรื่องการจับตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสาม ผู้ถูกจับจะถือว่าตำรวจผู้จับข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมไม่ได้ เพราะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แม้ว่าผู้ถูกจับนั้น ความจริงจะเป็นผู้บริสุทธิ์มิได้กระทำความผิดตามที่ถูกร้องหมายจับก็ตาม เช่น ผู้ตายส่งลงโทษกักขังจำเลยฐานละทิ้งหน้าที่ซึ่งเป็นการกระทำตามอำนาจหน้าที่โดยชอบ จำเลยไม่พอใจ ต่อว่า ทำทนาย และใช้อาวุธปืนยิงผู้ตาย ดังนั้นถือว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม⁶⁷

เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นแล้วจะเห็นว่าผู้ตายส่งลงโทษกักขังจำเลย ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ผู้ตายสามารถส่งลงโทษจำเลยได้ การที่จำเลยถูกส่งลงโทษดังกล่าว แม้จำเลยจะไม่พอใจ จำเลยก็ไม่มีสิทธิที่จะกระทำการใดต่อผู้ออกคำสั่ง ดังนั้น เมื่อการส่งลงโทษเป็นการกระทำตามกฎหมายให้อำนาจ จำเลยจะอ้างว่าถูกข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจตามที่กฎหมายรับรองไว้ย่อมมีขอบเขต หากเจ้าหน้าที่ดังกล่าวใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้หรือเป็นกรณีที่เจ้าพนักงานออกคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมถือว่าเป็นการข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ซึ่งผู้ถูกระทำอาจอ้างว่าถูกข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรมได้ ยกตัวอย่างเช่น ผู้เสียหายเป็นนายอำเภอท้องที่ที่เกิดเหตุ ผู้เสียหายมีคำสั่งให้สถานบริการอาหารและเครื่องดื่มที่มีดนตรีบรรเลงและสถานที่เล่นสนุกเกอร์ของจำเลยหยุดบริการ เพราะเปิดเกินเวลาและให้พนักงานของจำเลยไปตามจำเลยมาเพื่อรับทราบคำสั่ง ซึ่งทางราชการได้สั่งให้สถานบริการในท้องที่ที่เกิดเหตุต้องหยุดให้บริการในเวลา 1 นาฬิกา โดยขณะที่ผู้เสียหายออกคำสั่งดังกล่าวก่อนเวลา 1 นาฬิกาที่จำเลยจะต้องปิดสถานบริการตามคำสั่งของทางราชการเป็นอันมากคำสั่งของผู้เสียหายที่ให้จำเลยปิดสถานบริการจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยคำสั่งทางราชการ ดังนี้ การใช้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับผู้อื่นซึ่งไม่ใช่ผู้อยู่ในความปกครองหรือสั่งการยอมเป็นการผิดวิสัย เว้นแต่จะขอร้องกันเป็นการส่วนตัววิธีปฏิบัติที่ผู้เสียหายทำไปบ่งชี้ว่าไม่ใช่การสั่งการในฐานะเจ้าพนักงาน การกระทำของผู้เสียหายดังกล่าวมาทั้งหมดจึงมิใช่การกระทำของเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (2) การที่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งนายอำเภอผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยในเขตพื้นที่รับผิดชอบได้ออกคำสั่งให้จำเลยผู้เป็นราษฎรในเขตท้องที่ที่ตนดูแลอยู่ให้ปิดสถาน

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 3583/2555

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1720/2530

บริการก่อนเวลาที่ทางราชการกำหนดอันเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยหน้าที่ และปฏิเสธการขอร้องของจำเลยที่จะอนุญาตให้เปิดสถานบริการต่อตามกำหนดเวลาของทางราชการ ตลอดจนการที่ผู้เสียหายผลักจำเลยให้พ้นทางของตนโดยไม่ยอมรับฟังจำเลยต่อไปนั้น เป็นการข่มเหงจำเลยราษฎรในความปกครองของตนอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม เมื่อจำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้เสียหายผู้ข่มเหงตนในขณะนั้น จึงถือได้ว่าจำเลยกระทำความผิดไปโดยบันดาลโทสะ⁶⁸

3) ผู้ที่ก่อเหตุขึ้นก่อน กฎหมายไม่เปิดช่องให้ผู้ที่ก่อเหตุขึ้นก่อน และถูกอีกฝ่ายหนึ่งกระทำตอบโต้กลับมา อ้างความบันดาลโทสะขึ้นต่อสู้ได้ หากอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการโต้ตอบกลับมา จะถือว่าถูกข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น จำเลยเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อน โดยเปิดน้ำในนาของผู้ตายจนแห้งเพื่อนำเข้าไปใช้ในนาของจำเลย เมื่อผู้ตายมาด่าและทำจำเลย จำเลยทำร้ายผู้ตาย ดังนี้จะอ้างว่ากระทำไปโดยบันดาลโทสะไม่ได้⁶⁹ หรือเมื่อผู้เสียหายกับภริยาเดินผ่านมา จำเลยด่าผู้เสียหายด้วยถ้อยคำที่หยาบคายว่า อ้ายเหี้ย อ้ายสัตว์ ผู้เสียหายและภรรยาก็ด่าตอบ จำเลยโกรธใช้มีดดาบฟันทำร้ายผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อนและตั้งใจมาหาเรื่องกับผู้เสียหาย และจะอ้างว่ากระทำไปโดยบันดาลโทสะไม่ได้⁷⁰

แต่อย่างไรก็ตาม หากอีกฝ่ายโต้ตอบกลับมาเกินสมควรก็อาจถือว่าข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมได้ เช่น จำเลยใช้เท้าถีบฝ่าเรือนใส่หน้าบิดา บิดาจึงเอามีดตามจะแทงจำเลย จำเลยตีมีดดาบหลุดจากมือบิดาแล้วหยิบมีดดาบนั้นทำร้ายบิดาในเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิด ถือว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72⁷¹

4) ผู้ที่สมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้ทำร้ายซึ่งกันและกัน จะกระทำการโต้ตอบต่ออีกฝ่ายหนึ่ง โดยอ้างว่าถูกข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น จำเลยกับผู้ตายได้วิวาทกอดปล้ำทำร้ายกัน ผู้ตายหยิบมีดดาบยาวประมาณ 1 แขน ฟันจำเลยที่แขนและที่ศีรษะจำเลยแย่งมีดดาบนั้นมาฟันผู้ตาย 3 ครั้ง สองครั้งแรกถูกที่แขนทั้งสองข้าง ครั้งสุดท้ายฟันที่ชายโครงขวาจนมีดดาบหักจากด้าม เป็นบาดแผลฉีกขาดยาว 15 เซนติเมตร กระดูกซี่โครงหัก 1 ซี่ แสดงว่าจำเลยฟันผู้ตายเต็มแรงและด้วยกำลังโกรธ โดยมุ่งประหารประหารฟังได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้ตายเมื่อจำเลยกับผู้ตายสมัครใจต่อสู้กัน จำเลยจะอ้างว่าเป็นการป้องกันไม่ได้ และการกระทำดังกล่าวก็ไม่นับเป็นบันดาลโทสะตามกฎหมาย

5) การกระทำโดยจำเป็นตามมาตรา 67 เป็นการกระทำที่เป็นความผิด แต่กฎหมายยกเว้นโทษ จึงถือว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมไม่ได้ เช่น แดงชู่ว่าจะยิงดำ หากดำไม่ใช้ไม้ตีหัวขาว ขาวอ้างบันดาลโทสะได้ เพราะการกระทำของดำต่อขาวเป็นความผิดเพียงแต่ มาตรา 67 (1) ยกเว้นโทษให้แก่ดำ

⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1371/2540

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1776/2518

⁷⁰ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 71/2530

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1787/2511

6) หากการกระทำโดยบันดาลโทษะพลาดไปถูกบุคคลที่สาม ถือว่าเป็นการข่มเหงบุคคลที่สามอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว เช่น แดงเมาสุราเอาเท้าพาดหัวดำลูกเล่นแล้ววิ่งหนีไป ดำวิ่งไล่ติดตามแดงไปและใช้มิดแทงแดงโดยบันดาลโทษะตามมาตรา 72 ปรากฏว่าแดงหลบหัน มิดเลยพลาดไปถูกขาบาดเจ็บ การที่ดำกระทำโดยพลาดไปถูกขา แม้ดำจะอ้างบันดาลโทษะต่อขาได้ แต่ก็ถือว่าดำข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ทั้งนี้เพราะการกระทำของดำต่อขาเป็นความผิด ขาวจึงกระทำต่อดำโดยอ้างบันดาลโทษะได้เช่นกัน⁷²

7) หากการกระทำโดยป้องกันตามมาตรา 68 พลาดไปถูกบุคคลที่สาม ไม่ถือว่าเป็นการข่มเหงบุคคลที่สามอย่างไม่เป็นธรรม เช่น แดงจะยิงดำ ดำป้องกันโดยการใช้นิยังมาที่แดง แดงหลบหัน กระสุนพลาดไปถูกขาบาดเจ็บ ดำไม่ต้องรับผิดในการที่ยิงพลาดไปถูกขา เพราะอ้างป้องกันต่อขาได้เช่นกัน การกระทำของดำต่อขาไม่เป็นความผิด การที่ขาถูกยิงโดยพลาด จะถือว่าดำข่มเหงขาอย่างไม่เป็นธรรมไม่ได้ ขาวจึงจะทำร้ายดำโดยอ้างบันดาลโทษะไม่ได้ อย่างไรก็ตาม หากขาไม่รู้ข้อเท็จจริงว่าดำใช้สิทธิป้องกันตนเอง ขาวเข้าใจว่าดำแกล้งยิงมาที่ขา หากดำวิ่งหนีไปเพราะตกใจในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น หากขาเข้าใจผิดไปว่าดำแกล้งยิงตน ขาวจึงยังไปที่ดำ ขาวอาจอ้างบันดาลโทษะโดยสำคัญผิดได้⁷³

8) การพัวพันอยู่ในที่เกิดเหตุ อาจถือว่าเป็นการข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมได้ ยกตัวอย่างเช่น แม้ผู้เสียหายจะไม่ได้ร่วมกับพี่สาวด่าว่าและแสดงกิริยาหยาบคายต่อจำเลย แต่ผู้เสียหายก็มาพัวพันอยู่ในบริเวณที่เกิดเหตุเสมือนเป็นกำลังสนับสนุนในฐานะเป็นพวกของฝ่ายพี่สาวเพื่อให้ฮึกเหิมยิ่งขึ้น ดังนั้นเมื่อจำเลยบันดาลโทษะคว่ำมิดไล่ฟันพี่สาวผู้เสียหายและฟันผู้เสียหายจึงถือได้ว่าจำเลยกระทำต่อผู้เสียหายโดยบันดาลโทษะด้วย⁷⁴

(3) การข่มเหงจะต้องร้ายแรง

การข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจะต้องมีความร้ายแรง จึงจะอ้างบันดาลโทษะได้ หากไม่ร้ายแรงก็จะอ้างไม่ได้ ซึ่งหลักในการวินิจฉัยว่ามีความร้ายแรงหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แต่ละกรณีไป ขึ้นอยู่กับว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย หรือจิตใจ ของผู้ถูกระทำมากน้อยเพียงใด

หลักในการวินิจฉัยว่า การข่มเหงดังกล่าวเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงหรือไม่ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาทั่วไป หรือวิญญูชนทั่วไป ที่อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์ในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำความผิด โดยต้องดูว่าบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำ จะพิจารณาถึงความรู้สึกของผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำเองไม่ได้ เนื่องจากสภาวะทางร่างกาย จิตใจ การศึกษา การอบรม อุปนิสัย การดำรงชีพ ของแต่ละบุคคลมีไม่เหมือนกัน บางคนโกรธง่ายจึงต้องพยายามปรับตัวให้เป็นคนใจเย็นเหมือนคนอื่น เมื่อคนโกรธง่ายถูกระทบทางอารมณ์และไปกระทำความผิดขึ้น จะอ้างความบันดาลโทษะมิได้

⁷² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 8) 695.

⁷³ เฟิงอ้าง.

⁷⁴ คำพิพากษาฎีกา ที่ 1704/2518

เป็นการวินิจฉัยตามความรู้สึกของผู้กระทำผิดนั้นไปเอง⁷⁵ เช่นกรณีที่จะเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ต้องเป็นเรื่องที่ผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาหรือวิญญูชนทั่วไปว่าผู้ที่อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์อย่างเดียวกับจำเลยนั้น ถือได้ว่าจำเลยผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมหรือไม่ หากใช้ถือเอาตามความรู้สึกนึกคิดของตัวจำเลยผู้กระทำความผิดเอง ที่จำเลยถือว่ากว่าการที่ผู้เสียหายจอตลอดจรรยาบรรณนัยว่างหน้ารถยนต์ที่จำเลยกับ พ. กำลังพูดคุยกันก็เพื่อแสดงให้จำเลยเห็นว่า พ. มีใจให้ผู้เสียหาย เป็นการดูถูกเหยียดหยามและเย้ยหยันจำเลยต่อหน้าคนรัก จำเลยจึงเกิดอาการโกรธเนื่องจากหึงหวงเป็นเหตุให้ทำร้ายผู้เสียหายนั้น ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ⁷⁶ หรือจำเลยกับผู้ตายเมาสุรา สดางค์จำเลยตก ผู้ตายเก็บสดางค์ส่งให้จำเลย แต่สดางค์ยังไม่ครบ จำเลยจึงกล่าวหาว่าผู้ตายเอาเงินไป ผู้ตายก็แทงจำเลยถูกที่แขนและปาก หลังจากที่จำเลยรู้ว่าถูกแทงมีบาดแผลที่แขนและที่ปาก จำเลยและผู้ตายก็แยกทาง โดยมีผู้พาจำเลยกลับบ้านทำการชำระล้างบาดแผลที่ถูกแทง ต่อมาผู้ตายมาที่บ้านจำเลยเรียกให้จำเลยลงไปพบจำเลยไม่ลงไป บอกให้ผู้ตายขึ้นมา จำเลยหยิบกระจกสองดูหน้าแล้วพูดว่าปากถูกแทงหมดแล้ว จึงวางกระจกและฉวยมีดลงจากเรือนไล่แทงผู้ตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา จะอ้างว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะไม่ได้ เพราะจำเลยได้แทงผู้ตายภายหลังที่การทำร้ายในครั้งแรกได้ยุติขาดตอนมาแล้ว⁷⁷

2. การถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทสะ

ผู้ใดจะอ้างเหตุบันดาลโทสะผู้นั้นจะต้องเป็นผู้ถูกข่มเหงและการข่มเหงนั้นก่อให้เกิดโทสะขึ้น กล่าวคือ การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจะต้องมาจากเหตุแห่งการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงนั้น⁷⁸ เหตุที่ทำให้เกิดอารมณ์โกรธขึ้นมาและขาดการใช้เหตุผลควบคุมสติดังเช่นปกติธรรมดา ไม่สามารถระงับอารมณ์โกรธได้จนทำให้กระทำไปด้วยความขาดสติและได้กระทำไปในขณะที่บันดาลโทสะ หากไม่ได้กระทำโดยบันดาลโทสะคือไม่มีความโกรธก็ไม่เข้าหลักเกณฑ์ ผู้นั้นจะอ้างว่าบันดาลโทสะเพราะการข่มเหงไม่ได้

การพิจารณาว่าผู้กระทำบันดาลโทสะหรือไม่ ต้องพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำนั้นเอง ว่าเขабันดาลโทสะหรือไม่ ไม่พิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำ ซึ่งต่างกับกรณีข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม เพราะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาทั่วไป ดังนั้น หลักในการพิจารณาเรื่องนี้คือ การถูกข่มเหงเป็นเหตุให้ผู้กระทำโกรธหรือไม่ แม้บุคคลโดยทั่วไป หากถูกข่มเหงแล้วจะโกรธ แต่หากผู้กระทำไม่โกรธ ซึ่งอาจเป็นเพราะเป็นคนอารมณ์เยือกเย็นเหนือกว่าคนทั่ว ๆ ไป หากไปกระทำความผิดก็จะอ้างบันดาลโทสะไม่ได้

⁷⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 8) 696.

⁷⁶ คำพิพากษาฎีกา ที่ 7835/2554

⁷⁷ คำพิพากษาฎีกา ที่ 147/2483

⁷⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส (เชิงอรรถ 15) 116.

ผู้ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นที่ชอบธรรมที่จะอ้างว่าตนได้กระทำไปเพราะบันดาลโทสะตามมาตรา 72 นั้น อาจมิใช่ผู้ถูกข่มเหงโดยตรงก็ได้ แต่เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ที่ถูกข่มเหงโดยตรง ก็ถือว่าเป็นผู้ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นที่ชอบธรรมได้ แต่ถ้าเป็นการกระทำต่อผู้อื่นที่ไม่มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดก็ไม่มีเหตุผลที่จะอ้างว่าบันดาลโทสะได้⁷⁹

นอกจากนี้การบุกรุกเข้าไปในบ้านถือเป็นการข่มเหงเจ้าบ้าน ไม่ถือว่าเป็นการข่มเหงลูกพี่ลูกน้องด้วยเพราะไม่ใช่ญาติใกล้ชิด ก่อนเกิดเหตุโจทก์ร่วมบุกรุกเข้าไปในบ้านของนางสาว จ. และพยายามเข้าไปห้องนอน เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นที่ชอบธรรมต่อนางสาว จ. มิใช่เป็นการข่มเหงต่อจำเลยที่ 1 แม้การกระทำของโจทก์ร่วมจะสร้างความไม่พอใจแก่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นญาติของ จ. แต่ จ. ก็เป็นเพียงลูกพี่ลูกน้องของจำเลยที่ 1 ไม่ใช่บุคคลใกล้ชิดอันจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่จำเลยที่ 1 ที่จะต้องคอยปกป้องดูแล มิให้ผู้อื่นมาทำร้าย ดังนี้ ไม่อาจถือว่าจำเลยที่ 1 ถูกโจทก์ร่วมข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นที่ชอบธรรม ส่วนข้อความที่จำเลยที่ 1 สอบถามและถ้อยคำที่โจทก์ร่วมโต้ตอบไม่ว่าจะใช้ถ้อยคำว่า “แม่มีงเสือกไหร” หรือ “แม่มีงเสือกไหร” ต่างเป็นเพียงถ้อยคำที่ไม่สุภาพ หาใช่เป็นคำด่าไม่ ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นที่ชอบธรรมเช่นกัน การกระทำของจำเลยที่ 1 ไม่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ⁸⁰

จากแนวคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวข้างต้น จึงสามารถสรุปได้ว่า การพิจารณาว่าการข่มเหงบุคคลหนึ่งเปรียบเสมือนข่มเหงอีกบุคคลหนึ่ง ศาลคำนึงถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุด คือ บิดาหรือมารดาและบุตร สามีกับภรรยา พี่กับน้อง พี่เขยกับน้องภรรยา น้ากับหลาน อันอาจสรุปได้ว่าการข่มเหงตามความสัมพันธ์จะเกิดขึ้นเฉพาะบุคคลในครอบครัวเท่านั้น หากเป็นความสัมพันธ์ห่างกันออกไป เช่นการข่มเหงเพื่อนสนิท ไม่ถือว่าเป็นการข่มเหงจะอ้างบันดาลโทสะไม่ได้

3. ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะที่บันดาลโทสะ

(1) ในขณะที่บันดาลโทสะ หมายถึง “ในระหว่างที่ยังบันดาลโทสะ” ซึ่งศาลฎีกาได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1260/2513⁸¹ ว่า คำว่าในขณะที่นั้นตามมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายอาญามีได้หมายความว่าต้องเป็นขณะเดียวกันกับการข่มเหงและบันดาลโทสะ การกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในระยะเวลาดังกล่าวอย่างกระชั้นชิดในขณะที่ยังมีโทสะอยู่ ก็นับว่าเพียงพอแล้ว

⁷⁹ จิตติ ดิงศภัทย์ (เชิงอรรถ 2) 920-921.

⁸⁰ คำพิพากษาฎีกา ที่ 14/2562

⁸¹ การที่ผู้ตายไล่ห้องสาวจำเลยที่ 1 มา แล้วยังมาด่าแม่จำเลยที่ 1 และทำทนายให้ลงมาสู้กันถึงประตูบ้าน และแม้จะถูกเอาตัวไปขังไว้ที่บ้านนายศรีนั้น ยังร้องด่าจำเลยที่ 1 อยู่ จนเหตุการณ์เกิดขึ้นรุนแรงโดยผู้ตายเตะนายศรีและวิ่งลงมาเช่นนี้ถึงแม่จำเลยที่ 1 จะไล่ฟันผู้ตายไปห่างราว 8 เส้น ก็เป็นการกระทำที่ยังอยู่ในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิด ในขณะที่โทสะยังรุนแรงอยู่ เป็นการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นที่ชอบธรรม เช่นนี้ จึงเป็นกรณีตามมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาฎีกาอีกหลายคดี ที่ศาลได้วางหลักว่า หากได้กระทำต่อผู้ช่มเหงในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกันแล้ว หมายถึง การกระทำความผิดต่อผู้ช่มเหง ในระหว่างที่ยังบันดาลโทษอยู่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในระหว่างที่ยังโกรธอยู่นั่นเอง เช่น การกระทำที่ถือว่า กระทำโดยบันดาลโทษนั้นไม่จำเป็นต้องกระทำลงทันที หรือกระทำ ณ ที่ซึ่งถูกช่มเหง หากได้กระทำต่อผู้ช่มเหงในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกันแล้ว ก็อาจถือว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษได้ เมื่อผู้ตายขึ้นไปบนเรือนจำเลย พบภริยาจำเลยอยู่คนเดียวจึงคุกคามกริ้วกราดเป็นทำนองช่มเหง ภริยาจำเลยร้องขึ้น ผู้ตายก็ลงจากเรือนไป พอดีจำเลยกลับมาถึงบ้านได้ยินเสียงร้องและเมื่อมาถึงบ้านทราบเรื่องจากภริยาก็ตามไปห่างเรือน 6-7 เส้น ก็เห็นผู้ตาย จึงทำร้ายผู้ตายตาย ดังนี้ถือว่าจำเลยกระทำโดยบันดาลโทษ⁸² หรือขณะจำเลยกับพวกและผู้ตายกับพวกดูภาพยนตร์ในงานศพ ผู้ตายกับพวกใช้ขวดสุราขว้างปาจอภาพยนตร์และล้มจอ ระหว่างผู้ตายกับพวกเดินกลับบ้านได้ร่วมกันทำร้ายน้องชายจำเลยจนตกลงในคูน้ำ เมื่อพบจำเลยกับเด็กเดินสวนทางมาก็ได้ร่วมกันทำร้ายจำเลยฝ่ายเดียวจนตกลงไปในคูน้ำ จำเลยวิ่งกลับบ้านซึ่งอยู่ห่างไปประมาณ 300 เมตร เอามือมาต่อสู้อกับพวกผู้ตาย แม้ไม่ได้กระทำลงทันที หรือ ณ ที่ซึ่งถูกช่มเหง แต่อยู่ในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดถือว่าจำเลยกระทำความผิดด้วยเหตุบันดาลโทษโดยถูกช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม⁸³

(2) หลักในการวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำความผิดในขณะบันดาลโทษหรือไม่ ต้องวินิจฉัยเปรียบเทียบกับความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำ (ใช้หลักการเดียวกับข้อ 1) ว่าบุคคลทั่วไปประจักษ์ความโกรธได้แล้วหรือยัง ซึ่งต้องพิจารณาดูว่าในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาตั้งแต่มีการช่มเหงเกิดขึ้นนั้น บุคคลทั่วไปสามารถระงับสติอารมณ์และกลับทำการกระทำต่าง ๆ อย่างมีเหตุผลโดยไม่มีอารมณ์ได้แล้วหรือยัง หากบุคคลทั่วไปสามารถระงับสติอารมณ์ได้แล้ว ก็ถือว่าเป็นการกระทำในขณะที่ไม่ได้มีโทษอยู่ ซึ่งไม่สามารถอ้างเหตุบันดาลโทษได้ เช่น จำเลยกับผู้ตายเมาสุรา สดางค์จำเลยตก ผู้ตายเก็บสดางค์ส่งให้จำเลย แต่สดางค์ยังไม่ครบ จำเลยจึงกล่าวหาว่าผู้ตายเอาเงินไป ผู้ตายก็แทงจำเลยถูกที่แขนและปาก หลังจากจำเลยรู้ว่าถูกแทงมีบาดแผลที่แขนและที่ปาก จำเลยและผู้ตายก็แยกทาง โดยมีผู้พาจำเลยกลับบ้านทำการชำระล้างบาดแผลที่ถูกแทง ต่อมาผู้ตายมาที่บ้านจำเลยเรียกให้จำเลยลงไปพบ จำเลยไม่ลงไป บอกให้ผู้ตายขึ้นมา จำเลยหยิบกระจกส่องดูหน้าแล้วพูดว่าปากถูกแหงหมดแล้ว จึงวางกระจกและฉวยมีดลงจากเรือนไล่แทงผู้ตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา จะอ้างว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษไม่ได้ เพราะจำเลยได้แทงผู้ตายภายหลังที่การทำร้ายในครั้งแรกได้ยุติขาดตอนมาแล้ว⁸⁴ เมื่อพิจารณาช่วงระยะเวลาหลังจากที่จำเลยรู้ว่าถูกแทง จนถึงเวลาที่จำเลยแทงผู้ตายที่บ้านจำเลย ต้องถือว่า “บุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกับจำเลยย่อมระงับโทษได้แล้ว” เพราะถึงขนาดที่จำเลยสามารถเดินกลับบ้านและมาชำระล้างบาดแผลที่ถูกแทงที่บ้านได้ย่อมต้องถือว่าควรระงับโทษได้แล้วตามมาตรฐานของบุคคลทั่วไป หรือแม้ก่อนหน้านั้น จำเลยจะทราบข่าวระแคะระคายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทำนองชู้สาวระหว่างผู้ตายกับภริยาจำเลย อัน

⁸² คำพิพากษาฎีกา ที่ 863/2502

⁸³ คำพิพากษาฎีกา ที่ 1756/2539

⁸⁴ คำพิพากษาฎีกา ที่ 147/2483

อาจเป็นเหตุให้จำเลยเข้าใจว่าถูกผู้ตายข่มเหงและก่อให้เกิดโทสะแก่จำเลย ก็ได้ความว่า กว่าจำเลยจะกลับเข้ามาอีกหลังจากมีเรื่องชกต่อยกับผู้ตายและแยกย้ายกัน ก็เป็นระยะเวลาจนถึงประมาณ 10 นาที เพียงพอที่จำเลยจะคิดใคร่ครวญระงับโทสะได้แล้ว ถือไม่ได้ว่าจำเลยถูกผู้ตายข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยจึงไม่อาจอ้างเหตุกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72 ได้⁸⁵

(3) หากการข่มเหงร้ายแรงมาก โทสะก็ย่อมจะมีมากและอยู่เนิ่นนาน ซึ่งจะเป็นตัวชี้วัดความรุนแรงของอารมณ์และช่วงเวลาในการตัดสินใจในการกระทำความผิด ระยะเวลาที่ผ่านมาหลังจากการข่มเหงเกิดขึ้น ก็มีใช้หลักในการวินิจฉัยเพียงอย่างเดียว เพราะแม้ว่าเวลาจะล่วงเลยผ่านไป แต่ถ้าในช่วงระยะเวลานั้นมีการข่มเหงอยู่อย่างต่อเนื่อง และผู้ถูกข่มเหงต้องเผชิญรับการข่มเหงตลอดเวลา แม้จะมีระยะเวลาการถูกข่มเหงผ่านพ้นไปนานนับชั่วโมงก็ตาม ก็ถือว่าได้กระทำโดยบันดาลโทสะในขณะนั้น เช่น ผู้ตายเมาสุรามากกลับมาบ้าน ผู้ตายเอะอะหาเรื่องจำเลยหลายเรื่อง และกล่าวหาว่าจำเลยเอาผิดของผู้ตายไปซ่อน ผู้ตายบอกให้จำเลยออกจากบ้านมิเช่นนั้นจะสับให้เป็นชิ้น แล้วใช้มีดดังกล่าวไล่ฟันจำเลยก่อน จำเลยวิ่งไปบ้านน้องผู้ตายซึ่งอยู่ใกล้กัน มีผู้ตายถือมีดวิ่งติดตามไป จำเลยต้องหลบหนีออกไปซ่อนตัวข้างต้นมะขามในทุ่งนา ผู้ตายหาจำเลยไม่พบ จึงกลับบ้าน ปิดบ้านล็อกกุญแจนอน ต่อมาจำเลยกลับบ้าน แอบมองทางรอยแตกเห็นผู้ตายหลับอยู่ จึงใช้กุญแจไขเปิดประตูหน้าบ้านเข้าไป แล้วจำเลยใช้มีดฟันผู้ตายด้วยความโมโหที่ถูกผู้ตายวิ่งไล่ทำร้ายอยู่เป็นประจำ การที่ผู้ตายใช้มีดไล่ฟันจำเลย นับว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แม้จำเลยจะเป็นภริยาผู้ตาย ผู้ตายก็หาสิทธิที่จะกระทำแก่จำเลยเช่นนั้นไม่ ดังนี้ เมื่อจำเลยเกิดความโกรธ คือบันดาลโทสะ และจำเลยกระทำแก่ผู้ตายในทันทีเมื่อกลับมาถึงบ้านและพบผู้ตาย อันเป็นระยะเวลาห่างจากถูกข่มเหงเพียง 2 ชั่วโมงหรือ 2 ช่วงโมงเศษ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่จำเลยต้องหลบหนีจากการที่ถูกผู้ตายข่มเหงอย่างร้ายแรงจนถึงกับต้องไปแอบซ่อนตัวอยู่ในป่าละเมาะ พฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าการข่มเหงยังอยู่ในช่วงเวลาที่ต่อเนื่องเชื่อมโยงกันอยู่ จึงตกอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ว่าจำเลยกระทำผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น การกระทำของจำเลยต้องด้วยบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72⁸⁶ หรือการที่จำเลยถูกผู้เสียหายที่ 1 ชกต่อยถึง 2 ครั้ง เป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม หลังจากนั้นจำเลยขับรถกลับไปเอาอาวุธมีดที่บ้านซึ่งอยู่ห่างจากที่เกิดเหตุประมาณ 300 เมตร แล้วนำอาวุธมีดกลับมาฟันทำร้ายผู้เสียหายที่ 1 ในทันที ซึ่งเหตุการณ์ดังกล่าวตั้งแต่ผู้เสียหายที่ 1 ชกต่อยจำเลยแล้ว จำเลยกลับไปที่บ้านนำอาวุธมีดมาฟันผู้เสียหายที่ 1 นั้น เป็นระยะเวลาที่สืบเนื่องเชื่อมโยงติดต่อกันมาโดยตลอดในขณะนั้นเอง เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นยังไม่ขาดตอนเนื่องจากบ้านพักของจำเลยกับที่เกิดเหตุห่างกันไม่มากนัก กรณีถือได้ว่าจำเลยกระทำต่อผู้เสียหายที่ 1 ในขณะที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72⁸⁷

⁸⁵ คำพิพากษาฎีกา ที่ 1465/2561

⁸⁶ คำพิพากษาฎีกา ที่ 1821/2543

⁸⁷ คำพิพากษาฎีกา ที่ 13366/2557

แต่หากผู้กระทำความผิดมิได้กระทำในขณะนั้น แต่ได้กระทำในช่วงเวลาภายหลังต่อมา ก็ไม่ใช่การกระทำในขณะที่มีโทษ ฎหมายในปัจจุบันจะไม่ยอมรับให้การกระทำที่เกิดขึ้นในภายหลังต่อมา เป็นเหตุลดโทษสำหรับความผิดนั้น และยังมีมองว่าผู้กระทำมีช่วงเวลาในการนึกคิด ไตร่ตรอง⁸⁸ เพื่อกระทำความผิด อันเป็นการกระทำโดยเจตนาที่มีลักษณะเป็นการผูกพยาบาท ซึ่งมีโอกาสยับยั้งไว้ได้ แต่ไม่ยับยั้ง กลับมากระทำความผิดขึ้น จึงมิใช่การกระทำเพราะบันดาลโทษ⁸⁹ แต่เป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เช่น หลังจากผู้ตายใช้ขวดสุราตีศีรษะจำเลย ผู้ตายกับจำเลยยังได้รับประทานอาหารด้วยกัน และจำเลยกลับไปบ้านแล้วต่อมานานถึง 2 ชั่วโมงเศษ จำเลยจึงมาที่บ้านเกิดเหตุและใช้มีดโต้ฟันผู้ตายขณะที่ผู้ตายกับ ข. นอนหลับกันแล้ว เหตุการณ์ที่ผู้ตายใช้ขวดสุราตีศีรษะจำเลยได้ขาดตอนตั้งแต่นั่งรับประทานอาหารด้วยกัน จำเลยจึงมิได้กระทำความผิดในขณะที่บันดาลโทษอยู่ แต่กระทำความผิดในภายหลังเป็นเวลานานถือได้ว่าเหตุบันดาลโทษขาดตอนแล้ว และการที่จำเลยกลับบ้านนั่งคิดแค้นอยู่ที่บ้านตั้ง 2 ชั่วโมง จึงไปทำร้ายตายในขณะกำลังนอนหลับในยามวิกาลและเวลาตีกองโดยใช้มีดโต้ขนาดใหญ่เลือกฟันผู้ตายที่ศีรษะ ใบหน้าและลำคอหลายครั้ง ซึ่งเป็นอวัยวะสำคัญ หากถูกฟันอย่างแรงเพียงครั้งเดียวก็ถึงแก่ความตายแล้ว แม้จำเลยมิได้เตรียมมีดมา แต่จำเลยก็เตรียมไฟฉายมาค้นหาอาวุธ ซึ่งจำเลยทราบดีอยู่แล้วว่าที่บ้านเกิดเหตุมีมีดโต้ใช้เป็นอาวุธทำร้ายผู้ตายได้และใช้ไฟฉายส่องหาทำร้ายผู้ตายได้ไม่ผิดตัวพฤติการณ์ชี้ชัดว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้ตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน⁹⁰ หรือแม้ข้อเท็จจริงจะฟังได้ว่าก่อนเกิดเหตุผู้ตายเป็นฝ่ายหาเรื่องด่าว่าจำเลยและพูดขับไล่จำเลยโดยจำเลยไม่ได้เป็นฝ่ายกระทำผิดใดๆต่อผู้ตายเลยก็ตาม แต่เมื่อมีผู้นำตัวจำเลยแยกกลับไปส่งที่บ้านจำเลยแล้วจำเลยกลับย้อนไปดักซ้อมรถตรงเส้นทางที่รู้ว่าผู้ตายต้องผ่านโดยจำเลยนำ แชลงติดตัวไปด้วยเมื่อผู้ตายขับรถจักรยานยนต์ผ่านมาจำเลยก็ได้ใช้แชลงตีผู้ตาย พฤติการณ์ที่จำเลยไปดักซ้อมรถทั้งที่เหตุการณ์ที่ผู้ตายด่าว่าหาเรื่องจำเลยผ่านไปก่อนหน้านั้นแล้วจึงมิใช่เป็นการกระทำต่อผู้ตายโดยบันดาลโทษ ซึ่งต้องเป็นระยะเวลาทันทีที่จำเลยถูกด่าว่าการที่จำเลยกลับมาถึงบ้านแล้วนำแชลงไปดักซ้อมรถผู้ตาย เป็นการคิดวางแผนเป็นการไตร่ตรองมาก่อนแล้ว ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 8 พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดฐานฆ่าผู้ตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนจึงชอบแล้ว⁹¹ หรือจำเลยที่ 1 เดินออกจากร้านคาราโอเกะที่เกิดเหตุกลับถึงห้องพัก ซึ่งอยู่ห่างประมาณ 2 ถึง 3 กิโลเมตร แล้วจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ได้พูดเกลี้ยกล่อมจำเลยที่ 1 ไม่ให้กลับไปอีก ทั้งได้ความว่าจำเลยทั้งสองออกจากร้านคาราโอเกะที่เกิดเหตุได้ประมาณ 30 นาที ก็กลับมาอีก เมื่อหักเวลาเดินทางไปและกลับระหว่างร้านคาราโอเกะที่เกิดเหตุกับห้องพักของจำเลยทั้งสองเชื่อว่า จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ใช้เวลาพูดเกลี้ยกล่อมไม่ให้จำเลยที่ 1 กลับไปที่ร้านคาราโอเกะที่เกิดเหตุนานประมาณ 20 นาที ซึ่งจำเลยที่ 1 น่าจะสามารถระงับสติอารมณ์ทำให้โทษหมดสิ้นไปแล้วและกลับมาสติสัมปชัญญะดีเหมือนเดิม การที่จำเลยที่ 1 กลับไปที่ร้านคาราโอเกะที่เกิดเหตุแล้วทำร้ายผู้ตายจึงหาใช่เป็นเหตุการณ์ที่ต่อเนื่องกระชั้นชิดกับที่จำเลยที่ 1 ยังมีโทษอยู่ แต่เป็นเหตุการณ์

⁸⁸ หยุต แสงอุทัย (เชิงอรรถ 9) 173.

⁸⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ (เชิงอรรถ 54) 123.

⁹⁰ คำพิพากษาฎีกา ที่ 81/2554

⁹¹ คำพิพากษาฎีกา ที่ 5721/2555

ที่ขาดตอนไปแล้ว จำเลยที่ 1 จะอ้างว่ากระทำโดยบันดาลโทสะไม่ได้ เมื่อจำเลยที่ 1 เตรียมอาวุธมีดของกลางกลับไปร้านคาราโอเกะที่เกิดเหตุ ไล่ตามผู้ตายที่วิ่งหนีไปเป็นระยะทางถึง 50 เมตร และใช้อาวุธมีดของกลางที่เตรียมมาฟันแทงผู้ตายอย่างแรงหลายครั้งจนเป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย จึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน⁹²

(4) หากการข่มเหงได้กระทำต่อเนื่องกัน ในการวินิจฉัยว่ายังมีโทสะอยู่หรือไม่นั้นต้องนับจากการกระทำอันเป็นการข่มเหงครั้งสุดท้ายก่อนการกระทำผิด มิใช่ นับจากการกระทำครั้งแรก ๆ ตัวอย่างเช่น การที่จำเลยซึ่งเป็นหญิงถูกผู้เสียหายแย่งสามี แล้วต้องถูกสามีไล่ออกจากบ้านพร้อมบุตร เป็นเหตุให้ครอบครัวต้องแตกแยกจำเลยต้องไปเข้าบ้านอยู่และมีรายได้ไม่พอใช้จ่าย บุตรที่กำลังศึกษาอยู่ต้องออกจากโรงเรียน นับว่าผู้เสียหายทำให้จำเลยเกิดความคับแค้นใจอย่างมากอยู่ก่อนแล้ว เมื่อจำเลยไปขอเงินจากสามี แล้วพบผู้เสียหายและถูกผู้เสียหายตำว่า และมองด้วยอาการเหยียดหยามตั้งแต่ศีรษะจรดเท้า ถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรมจนทำให้จำเลยเกิดโทสะ การที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหายไปในขณะนั้นจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72⁹³

(5) ผู้กระทำจะต้องกระทำตอบโต้กลับต่อผู้ข่มเหง หากผู้ถูกข่มเหงไปกระทำความผิดต่อบุคคลอื่นที่มีผู้ข่มเหง จะอ้างบันดาลโทสะไม่ได้ และนอกจากนี้ศาลฎีกายังได้วินิจฉัยว่า หมายความรวมถึงการกระทำผิดต่อผู้ที่พัวพันอยู่ในบริเวณที่เกิดเหตุเสมือนสนับสนุนผู้ข่มเหง ก็อ้างบันดาลโทสะได้ เช่น จำเลยไม่ได้เป็นฝ่ายก่อเหตุก่อน ผู้ตายกับพวกเล่นการพนันแล้วทะเลาะกันส่งเสียงดังในยามวิกาล จำเลยซึ่งอยู่บ้านใกล้ซิดติดกันย่อมมีความชอบธรรมที่จะไปขอร้องให้เบา ๆ ลงหรือเลิกเล่นการพนัน แต่ผู้ตายกลับตำว่าจำเลยแล้วเกิดชกต่อยกัน เมื่อมีคนมาห้ามและจำเลยกับผู้ตายยุติกันไปแล้ว แต่ผู้ตายหาได้หยุดยิงเพียงแค่นั้นไม่ กลับเข้าไปในบ้านหยิบขวดมาตีศีรษะจำเลยจนโลหิตไหลขณะนั้นการที่จำเลยไปหยิบปืนในบ้านออกมายิงผู้ตายจึงเป็นการบันดาลโทสะ แต่ที่จำเลยยิง ว.และศ. ด้วยแม้คนทั้งสองจะเป็นบุตรภริยาของผู้ตายและอยู่บ้านเดียวกับผู้ตายก็ตาม แต่คนทั้งสองก็มิได้ร่วมทำร้ายจำเลยด้วย การที่จำเลยยิง ว. และ ศ. ถึงแก่ความตายในขณะนั้นเป็นแต่เพียงจำเลยกระทำไปโดยอารมณ์ร้อนแรงชั่วแล่น ซึ่งไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมาย⁹⁴

(6) การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนาคือการกระทำโดยประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผล และมีเจตนาพิเศษคือ เพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แม้เป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา แต่หากขาดเจตนาพิเศษ ก็จะอ้างบันดาลโทสะไม่ได้

(7) การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ สามารถอ้างกรณีที่ใช้กับการทำลายทรัพย์สินตามมาตรา 358 หรือเป็นกรณีกระทำความผิดต่อเสรีภาพได้

⁹² คำพิพากษาฎีกาที่ 4577/2558

⁹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 629/2536

⁹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 252/2528

(8) การกระทำโดยบันดาลโทสะอาจมีการร่วมกระทำความผิดอันเข้าลักษณะเป็นตัวการตามมาตรา 83 ได้

(9) การกระทำโดยบันดาลโทสะต่อผู้ข่มเหง แม้พลาดไปถูกบุคคลที่สาม ซึ่งถือว่าผู้กระทำมีเจตนาโดยพลาด ตามมาตรา 60 ต่อบุคคลที่สาม แต่ก็อ้างบันดาลโทสะในการที่ผลเกิดแก่บุคคลที่สามได้เช่นกัน

(10) แม้ผู้ข่มเหงจะไม่ว่าการข่มเหงนั้นจะล่วงรู้ถึงผู้ถูกข่มเหง ผู้ถูกข่มเหงก็อ้างบันดาลโทสะได้ ผลของการกระทำโดยบันดาลโทสะ

1) ศาลจะลงโทษน้อยเพียงใดก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงโทษขั้นต่ำ

2) ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำเลย ดังเช่นกรณีป้องกันหรือจำเป็นเกินขอบเขตซึ่งเกิดขึ้นเพราะความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัวตามมาตรา 69 ไม่ได้

3) การกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะ อาจเป็นเหตุของการรอกการลงโทษตามมาตรา 56 ได้

4) บันดาลโทสะเป็นเหตุลดโทษ ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีขอบเขต ต่างกับเรื่องป้องกันและจำเป็นตามมาตรา 67, 68, 69 เมื่อมีเหตุบันดาลโทสะ ศาลย่อมมีดุลพินิจที่จะลดโทษมากน้อยเพียงใดก็ได้ หรืออาจจะไม่ลดโทษให้เลยก็ได้ ต่างกับเรื่องป้องกันและจำเป็น ซึ่งหากกระทำพอสมควรแก่เหตุแล้ว ศาลต้องยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษเสมอ

3.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.2.1 หลักโครงสร้างของความผิดอาญา

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) มีรากฐานแนวความคิดและโครงสร้างที่ชัดเจน เพื่อค้นหาความเหมือนกันของความผิดอาญาฐานต่าง ๆ ที่บัญญัติแตกต่างกันนั้น⁹⁵ เพื่อให้เกิดหลักเกณฑ์การวินิจฉัยการกระทำความผิดที่มีลำดับขั้นตอนอย่างเป็นระบบ โดยหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาในประเทศเยอรมนีจะต้องพิจารณาตามหลักโครงสร้างของความผิดอาญา (Verbrechenaufbau) ซึ่งได้แบ่งแนวคิดออกเป็น 2 ฝ่าย ได้แก่ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalität) และ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalität)⁹⁶

เดิมนั้น มีแต่ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalität) ที่กล่าวถึงโครงสร้างของความผิดอาญา ต่อมาได้มีนักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งได้เกิดขึ้น คือ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalität) ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างก็เห็นตรงกันว่าโครงสร้างของความผิดอาญา มี 3 ส่วน คือ 1.การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) 2.ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) 3.ความชั่ว (Schuld) แต่ความแตกต่างของนักคิดแต่ละฝ่ายอยู่ที่ว่า “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalität) เห็นว่าเรื่องเจตนา ประมาท และองค์ประกอบภายในเป็นอยู่ที่ส่วนที่สามของ

⁹⁵ คณิต ธิ นคร, *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (พิมพ์ครั้งที่ 12 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559) 251.

⁹⁶ คณิต ธิ นคร (เชิงอรรถ 1) 125.

โครงสร้างของความผิดอาญา กล่าวคืออยู่ในส่วนของ “ความชั่ว” (Schuld) เท่านั้น ในขณะที่ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalität) เห็นว่าเจตนา ประมาท และองค์ประกอบภายในอื่นเป็นเรื่องที่อยู่ในส่วนแรกของโครงสร้างของความผิดอาญา กล่าวคืออยู่ในส่วนของ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)⁹⁷ และในปัจจุบันความคิดของ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalität) ได้ถูกปฏิเสธและถูกแทนที่ด้วย “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalität) โดยสิ้นเชิงแล้ว เมื่อปี ค.ศ. 1975 หรือเมื่อปี พ.ศ. 2518⁹⁸

ในการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของประเทศเยอรมนีจะวินิจฉัยตามโครงสร้างของความผิดอาญา ประกอบด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการ ได้แก่ การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว อย่างครบถ้วนเสมอ⁹⁹ โดยพิจารณาเริ่มจากการกระทำครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เมื่อพิจารณาครอบงำประกอบแล้ว จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ประการที่สองว่าเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ และพิจารณาต่อไปว่าเป็นความชั่วหรือไม่ตามลำดับ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าครบหลักเกณฑ์ตามโครงสร้างของความผิดอาญา ผู้นั้นก็เป็นผู้ที่มีความผิดอาญา ในทางกลับกันหากพิสูจน์ตามลำดับแล้วขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิดอาญา และข้อสาระสำคัญทั้งสามประการดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับจากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบ คือ การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหา คือ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว ซึ่งเมื่อประกอบกันอย่างครบถ้วนจึงทำให้การกระทำนั้นเป็น “ความผิดอาญา” (Verbrechen) และต้องมีการลงโทษ” แล้วในขั้นตอนต่อมาจึงค่อยพิจารณาโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด โดยศาลจะต้องนำเหตุบรรเทาโทษต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่จำเลย (Sanktion) สำหรับการกระทำนั้น โดยโครงสร้างของความผิดอาญาดังกล่าวสามารถอธิบายได้ ดังนี้

1. การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)

คำว่า “องค์ประกอบความผิด” ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้ให้ความหมายไว้ว่า องค์ประกอบความผิด หมายถึง “สิ่งทั้งหลายที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด และสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง”¹⁰⁰

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ไม่ได้ให้ความหมายไว้โดยตรงมีเพียงการกล่าวถึงประเภทและลักษณะของ “องค์ประกอบของความผิด” เท่านั้น กล่าวไว้ว่า องค์ประกอบของความผิดแยกพิจารณาได้สองทาง คือ 1. พิจารณาจากแง่การกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ซึ่งในแง่นี้สามารถแยกองค์ประกอบของความผิดออกเป็น องค์ประกอบภายนอก และ องค์ประกอบภายใน และ 2. พิจารณาจากแง่ลักษณะของ

⁹⁷ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 1) 126-127.

⁹⁸ เฟิงอ้าง 136.

⁹⁹ เฟิงอ้าง 125.

¹⁰⁰ เฟิงอ้าง 180.

องค์ประกอบของความผิดนั้นเอง ซึ่งในแง่ที่สามารถแยกออกเป็น องค์ประกอบในทางรับ และองค์ประกอบในทางปฏิเสธ และองค์ประกอบในทางอธิบาย¹⁰¹

จึงสรุปได้ว่าองค์ประกอบความผิดสามารถแยกออกได้เป็น องค์ประกอบภายนอก (objektiver Tatbestand) และองค์ประกอบภายใน (subjektiver Tatbestand)

1) องค์ประกอบภายนอก (objektiver Tatbestand) คือ สิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด แต่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งประกอบไปด้วย ผู้กระทำความผิด การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และคุณธรรมทางกฎหมาย¹⁰²

2) องค์ประกอบภายใน (subjektiver Tatbestand) คือ สิ่งที่ตรงข้ามกับองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ หมายถึงสิ่งที่เป็นส่วนภายในของผู้กระทำความผิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง

2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

“เหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้” ที่ทำให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เรียกว่า “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” (Rechtfertigungsgründe) ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำที่เป็นการครอบงำองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ได้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในตัวเอง หากแต่เป็นการกระทำที่ครอบงำองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติที่บ่งชี้ถึงความผิดกฎหมาย ดังนั้น การกระทำที่ครอบงำองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติที่ไม่ผิดกฎหมายจึงมีได้ แต่ความผิดกฎหมายจะเกิดขึ้นไม่ได้เลยถ้าปราศจากการกระทำที่เป็นการกระทำที่ครอบงำองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

การที่จะยืนยันว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” ได้นั้น เบื้องต้นต้องยืนยันก่อนว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ครอบงำองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แล้วกรณีต่อไปต้องยืนยันอีกว่าไม่มี “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” ในการกระทำนั้น ซึ่งในการพิจารณาเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้จะต้องพิจารณาจากกฎหมายทั้งระบบ ไม่ว่าจะอยู่ในกฎหมายประเภทหรือลักษณะใดก็เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ที่ใช้ในทางกฎหมายอาญาด้วย¹⁰³ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายแพ่ง ความยินยอมของผู้เสียหาย ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ การใช้อำนาจรัฐ เป็นต้น ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกระทำครอบงำองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แต่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด การพิสูจน์ย่อมยุติลงในขั้นตอนนี้ เพราะเมื่อมีกฎหมายยกเว้นความผิดแล้วย่อมเท่ากับว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย หรือถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่หากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายโดยยกเว้นความผิดย่อมต้องพิจารณาต่อไปในส่วนสุดท้ายคือความชั่ว

¹⁰¹ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2 - 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2538) 3-8.

¹⁰² คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 1) 181-182.

¹⁰³ เติ้งอ่าง 243.

3. ความชั่ว (Schuld)

คำว่า “ความชั่ว” (Schuld) ไม่ได้หมายถึง ความชั่วในความหมายทั่วไป ไม่ได้หมายถึงสภาพความไม่ดีไม่งามอันเกิดจากการฝ่าฝืนศีลธรรมหรือขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคม ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับความชั่วในกฎหมายอาญา

“ความชั่ว” (Schuld) ในกฎหมายอาญาเป็นเรื่องความคิดของนักกฎหมายเยอรมัน ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ซึ่งเป็นผู้สำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนี จึงเป็นนักนิติศาสตร์ไทยคนแรกที่กล่าวถึง “ความชั่ว” (Schuld) ในกฎหมายอาญา ในชื่อเรียกที่ว่า “ความชั่วร้าย” โดยอธิบายว่า “ผู้กระทำจะมีความชั่วร้ายต่อเมื่อเขามีความรู้สึกผิดชอบ และได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท และไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้”¹⁰⁴ และได้กล่าวถึงเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษที่ทำให้การกระทำไม่เป็นการชั่วร้ายว่า “การที่ผู้กระทำผิดได้กระทำลงโดยถูกบังคับขู่เข็ญให้กระทำ ผู้กระทำผิดได้กระทำด้วยความจำเป็น ผู้กระทำผิดได้กระทำตามคำสั่งโดยเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย”¹⁰⁵

การกระทำใดการกระทำหนึ่งที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายจะเป็นการกระทำที่ชั่วหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจกระทำในการกระทำนั้นของผู้กระทำ ความผิด ผู้ที่มีความรู้สึกผิดชอบหรือผู้ที่รู้จักแยกแยะว่าอะไรผิดอะไรถูกและเป็นผู้ที่มีสติย่อมจะไม่กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมาย แต่ถ้าผู้ใดขาดสติและได้กระทำการใดอันเป็นการผิดกฎหมายลงไป ผู้นั้นก็ย่อมจะเป็นบุคคลที่จะต้องถูกดำเนินจากสังคม และการกระทำของผู้นั้นย่อมเป็นการกระทำที่ดำเนินได้และด้วยเหตุนี้ ในทางกฎหมายอาญาถือว่าผู้กระทำนั้นได้กระทำชั่ว ดังนั้น จึงอาจให้ความหมายของ “ความชั่ว” (Schuld) ได้ว่า การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง¹⁰⁶

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร เห็นว่า ในประมวลกฎหมายอาญาระบบแรกมีการกล่าวถึง “ความไม่รู้ผิดและชอบ” และประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบันก็กล่าวถึงเรื่องดังกล่าว แต่ได้เรียกชื่อใหม่ว่า “ความรู้สึกผิดชอบ” แม้ประมวลกฎหมายอาญาของไทย จะไม่ได้กล่าวไว้ในที่ใดโดยตรงว่า “ไม่มีโทษ โดยไม่มี ความชั่ว” หรือ “ความชั่วเป็นพื้นฐานของการลงโทษ” ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน หรือประมวลกฎหมายออสเตรเลียก็ตาม แต่กฎหมายอาญาของไทยก็เป็น “กฎหมายอาญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว” ทั้งนี้ เพราะการที่กฎหมายไม่ลงโทษเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี หรือไม่ลงโทษผู้วิกลจริต ล้วนเป็นเหตุผลสืบเนื่องมาจาก “ความชั่ว” (Schuld) ทั้งสิ้น¹⁰⁷ เพราะบุคคลดังกล่าว “ไม่มีความสามารถในการทำชั่ว”¹⁰⁸ หรือ ความรู้สึกผิดและชอบจึงเป็นเงื่อนไขและเปรียบเสมือนเป็นพื้นฐานของการลงโทษ

¹⁰⁴ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พิมพ์ครั้งที่ 7 กุมภาพันธ์ 2561) 14.

¹⁰⁵ เพิ่งอ้าง 27-28.

¹⁰⁶ คณิต ณ นคร (เชิงอรรถ 1) 290.

¹⁰⁷ เพิ่งอ้าง 290.

¹⁰⁸ เพิ่งอ้าง 318.

การกำหนดความสามารถในการทำชั่วพิจารณา 2 ประการ

1. พิจารณาจากความเจริญวัยของบุคคล กล่าวคือ พิจารณาที่อายุ เด็กที่มีอายุน้อยถือว่าขาดความสามารถในการทำชั่ว แม้กระทำการที่เป็นความผิดการกระทำของเด็กก็ไม่อาจดำเนินได้ จึงไม่มีความรับผิดทางอาญาเพราะเป็นกรณีมีเหตุตัดความชั่ว กรณีที่มีอายุมากขึ้นเป็นเยาวชน ความสามารถในการทำชั่วที่มีข้อจำกัด ซึ่งทำให้จะต้องมีความรับผิดทางอาญา หรืออาจไม่มีความรับผิดทางอาญาก็ได้

2. พิจารณาจากความสมบูรณ์ทางจิต โดยวิธีผสมผสานสถานะในทางชีวิตภาพ คือพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดบพร่องทางจิต เช่น จิตบกพร่อง โรครจิต หรือจิตฟั่นเฟือนหรือไม่ และหากมีก็ต้องพิจารณาสถานะในทางจิต ว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยรู้และเข้าใจการกระทำของตนหรือไม่ หากกระทำโดยไม่รู้และเข้าใจก็เป็นกรณีบพร่องถึงขนาดจนทำให้ผู้กระทำความผิดขาดความสามารถในการทำชั่วโดยสิ้นเชิงก็ไม่ต้องรับผิด แต่ถ้ายังมีความสามารถในการทำชั่วอยู่บ้าง ผู้กระทำก็ยังคงมีความรับผิดทางอาญา

3.2.2 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ

ในการวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศเยอรมนี เมื่อได้วินิจฉัยการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แต่ก็อาจมีข้อเท็จจริงบางอย่างที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด หรือเป็นความผิดแต่ได้รับการยกเว้นโทษ เหตุดังกล่าวได้แก่เหตุยกเว้นความผิด (Rechtfertigungsgründe) ซึ่งจัดอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 2 คือความผิดกฎหมาย และเหตุยกเว้นโทษ (Entschuldigungsgrund) ซึ่งจัดอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 3 คือความชั่ว มีรายละเอียดดังนี้¹⁰⁹

1. เหตุยกเว้นความผิด ได้แก่
 - 1.1 การป้องกัน (Notwehr หรือ self - defence)
 - 1.2 ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (rechtfertigender Notstand หรือ Justifying necessity)
 - 1.3 ความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย (Einwilligung หรือ justifying consent)
 - 1.4 ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้ (mutmassliche Einwilligung หรือ presumption of consent)
 - 1.5 หลักการชน้ำหนักประโยชน์ของสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง (Pflichtenkollision หรือ justifying conflict of duties)
2. เหตุยกเว้นโทษ ได้แก่
 - 2.1 การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ (intensive Notwehrexzess หรือ Excessive use of force in self - defence)
 - 2.2 ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย (entschuldigender Nostand หรือ Necessity as an excuse)
 - 2.3 การชน้ำหนักสิ่งที่ไม่เท่ากัน (schuldausschliessende Pflichtenkollision หรือ Conflict of dudies as an excuse)

¹⁰⁹ Nigel G. Foster, *German Law & Legal System* (London : Blackstone Press Ltd 1993) 172-173.

นอกจากนั้น กฎหมายอาญาเยอรมันยังมีเหตุอื่นที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาที่มีผลต่อการพิจารณาโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด แม้การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะครบถ้วนด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการและสมควรลงโทษแล้ว แต่ในการกระทำนั้นอาจมีข้อเท็จจริงบางอย่างหรือมีเหตุผลพิเศษที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะกับตัว “ผู้กระทำความผิด” โดยตรงที่กฎหมายเห็นว่าเนื่องจากการมีอยู่ก่อนแล้วหรือการเกิดขึ้นภายหลังของข้อเท็จจริงนั้นย่อมไม่เป็นการสมควรที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด หรือสมควรลดโทษให้ผู้กระทำความผิด ในกรณีนี้กฎหมายจะบัญญัติยกเว้นโทษเป็นการเฉพาะตัวผู้นั้นไว้ ซึ่งอาจจะเป็นการยกเว้นโทษให้ทั้งหมดหรือยกเว้นโทษให้บางส่วน (ลดโทษ) ก็ได้ ซึ่งเรียกว่า เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว หรือเหตุลดโทษให้เฉพาะตัว ซึ่งอาจเรียกรวมกันว่า “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”¹¹⁰ ซึ่งสาเหตุที่นักวิชาการและนักทฤษฎีกฎหมายเยอรมันนำหลักดังกล่าววางไว้้นอกโครงสร้างของความผิดอาญานั้นมาจากแนวคิดและเหตุผลที่ว่าข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นเพียงเงื่อนไขการลงโทษซึ่งเป็นนโยบายทางอาญา (Kriminal Politik) แต่มิได้เป็นองค์ประกอบของความผิดอาญา¹¹¹

3.2.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยบันดาลโทสะ

การกระทำโดยบันดาลโทสะของประเทศเยอรมนี¹¹² มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ในคดีความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาที่เรียกว่า Totschlag เท่านั้น ส่วนความผิดอาญาอื่นที่ไม่ใช่ความผิด Totschlag ที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะ ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง

โดยความผิด Totschlag อยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 212 มีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 212 (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยประการอื่นนอกจากกรณีตามมาตรา 211 ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี

(2) ในการฆ่าที่เป็นการทารุณโหดร้าย ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”¹¹³

หากการฆ่าตามมาตรา 212 ได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะ ก็จะได้รับลดอัตราส่วนโทษ ตามมาตรา 213 (Minder schwerer Fall des Totschlags) มีรายละเอียดดังนี้

¹¹⁰ คณิต ณ นคร, “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” (วารสารนิติศาสตร์ 16 มิถุนายน 2529) 142-150.

¹¹¹ สุภัสสรี เทพหัสดิน ณ อยุธยา, “โครงสร้างความรับผิดอาญาเยอรมัน : ตรรกะแห่งการวินิจฉัยความผิดอาญา” <https://dunlaphaha.coj.go.th/upload/2557/2/2557_2_a6.pdf> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

¹¹² Eduard Dreher and Herbert Trondle. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Muechen : C.H.Beck, 1981) 914-917 โดยได้รับการแปลหนังสือซึ่งเป็นภาษาเยอรมันจากท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร อังใน เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก. “การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดทางอาญา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย” วิทยานิพนธ์ นิติศาสมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2545.

¹¹³ 212 (1) Wer einen Menschen todet, Ohne Morder zu sein, wird als Totschlaeger mit Freiheitsstrafe nicht under funf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fallen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zuerkennen

“มาตรา 213 ผู้ใดกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยบันดาลโทสะเนื่องจากตนเองหรือญาติใกล้ชิดถูกปฏิบัติโดยมิชอบ หรือจากการดูหมิ่นที่ร้ายแรงจากผู้ถูกฆ่า โดยมิใช่ความผิดของตนเอง และกระทำความผิดในทันที หรือมีเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 5 ปี”¹¹⁴

หากได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะที่ไม่ใช่ความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย Totschlag การกล่าวอ้างว่าบันดาลโทสะจะเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ศาลนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่จำเลย ร่วมกับข้อเท็จจริงต่างๆตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ ซึ่งจะนำมาพิจารณาภายหลังจากที่พิจารณาได้ความว่าจำเลยได้กระทำความผิด จึงถือว่าบันดาลโทสะเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่งและอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา

ประเทศเยอรมนี ได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษจำเลย โดยให้พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ตามมาตรา 46 และ 47 พิจารณาจากความเห็นของอัยการ ซึ่งอัยการเป็นผู้มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเสนอต่อศาลและเข้าสู่การรับรู้ของศาล โดยต้องเสนอพยานหลักฐานทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่จำเลย ตามมาตรา 160 II และ 160 III ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) และพิจารณาจากข้อเท็จจริงในระหว่างการดำเนินคดี ซึ่งศาลจะต้องค้นหาความจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยให้มากที่สุด ไม่ว่าจะประวัตินั้นหรือภูมิหลัง ประวัติการกระทำความผิด ตลอดจนข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งที่เป็นผลดีและผลร้าย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปอย่างถูกต้อง ซึ่งกฎหมายเปิดกว้างให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ามีเหตุบันดาลโทสะหรือเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่นหรือไม่ โดยพิจารณาจากการชั่งน้ำหนักทั้งหมดที่เกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดและการกระทำเป็นเกณฑ์ และอาจนำสถานะการถูกขู่ข่มขู่อย่างอื่นที่มีน้ำหนักมาพิจารณาประกอบร่วมกันด้วย โดยเหตุที่จะบรรเทาโทษได้นั้นต้องไม่ได้เกิดจากตนเอง แต่มีสิ่งภายนอกมากระตุ้น เหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น (minder Schwerer Fall) ที่ศาลเคยวินิจฉัยไว้ เช่น เกิดจากการตื่นตระหนกอย่างมาก หรือเกิดจากความสามารถในการควบคุมตนเองลดลงเนื่องจากแอลกอฮอล์ หรือเกิดจากตกอยู่ในสถานะที่จนตรอก หรืออยู่ในความกดดันหรือความกลัว หรือการถูกทำร้ายหรือการปฏิบัติที่มิชอบ

ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงทั้งหมดของจำเลยที่ใช้เพื่อประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล จะพิจารณาจากความเห็นของอัยการซึ่งเป็นผู้มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเสนอต่อศาลและเข้าสู่การรับรู้ของศาล โดยต้องเสนอพยานหลักฐานทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่จำเลย และพิจารณาจากข้อเท็จจริงในระหว่างการดำเนินคดี ซึ่งศาลจะต้องค้นหาความจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยให้มากที่สุด ไม่ว่าจะประวัตินั้นหรือภูมิหลัง ประวัติการกระทำความผิด ตลอดจนข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งที่เป็นผลดีและผลร้าย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปอย่างถูกต้อง ซึ่งกฎหมายเปิดกว้างให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ามีเหตุบันดาลโทสะหรือเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่นหรือไม่ โดยพิจารณาจากการชั่งน้ำหนัก

¹¹⁴ 213 War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen Zufügte Misshandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten Zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zue Tat hingerissen worden oder liegtsonst einminder Schwerer Fall vor, vso ist die strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren

ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำและการกระทำเป็นเกณฑ์ และอาจนำสถานะการถูกขู่ข่มอย่างอื่นที่มีน้ำหนักมาพิจารณาประกอบร่วมกันด้วย

ในคำพิพากษาเยอรมัน (BGH, 15.10.1981 – 4 StR 461-81) กล่าวว่า ผู้กระทำความผิดที่จะได้รับการลดโทษตาม มาตรา 213 จะต้องกระทำครบองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตาม มาตรา 212 มาแล้วและการลงมือกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นจากการที่บุคคลอื่นข่มเหง ผู้กระทำความผิดหรือญาติของผู้กระทำผิดอย่างร้ายแรงด้วยเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Schweren Beleidigung) เป็นเหตุให้บันดาลโทสะและลงมือฆ่าบุคคลนั้น โดยผู้กระทำผิดไม่ได้มีส่วนให้เกิดการข่มเหงเช่นนั้น กล่าวคือ เป็นการบันดาลโทสะที่กฎหมายรับรองให้ (Berechtigter Zorn) เช่น สามีมาพบภริยาที่จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายและชายชู้อยู่ร่วมกันในบ้านสองต่อสอง และภริยาได้ล้อเลียนสมรรถภาพทางเพศของตน ทำให้สามีบندانโทสะและลงมือฆ่าภริยา สามีย่อมได้รับการลดโทษด้วยผลของ มาตรา 213

3.3 ประเทศอังกฤษ

3.3.1 หลักโครงสร้างความรับผิดอาญา

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) หลักการวินิจฉัยความผิดอาญาจะพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา (The Elements of Crime) ซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน คือส่วนองค์ประกอบภายนอก ซึ่งเรียกว่าส่วนการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus) และส่วนองค์ประกอบภายใน ซึ่งเรียกว่าส่วนองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Mens Rea)¹¹⁵

1. การกระทำที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus) หมายถึง การกระทำซึ่งรวมทั้งการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับและควบคุมได้ และการงดเว้นการที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผล และการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย โดยการกระทำที่ผิดกฎหมายต้องประกอบไปด้วยส่วนประกอบ 3 ส่วน คือ

1. ต้องมีการกระทำ 2. การกระทำนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย 3. สถานการณ์แวดล้อมการกระทำนั้น¹¹⁶

2. องค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Mens Rea) หมายถึง เมื่อมีการกระทำที่ผิดกฎหมายตามหลักเกณฑ์ส่วนที่หนึ่งเกิดขึ้นแล้ว จะต้องนำมาพิจารณาหลักเกณฑ์ส่วนที่สองต่อไปคือองค์ประกอบทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิด ซึ่งต้องมีในทุกความผิดและต้องเกิดขึ้นพร้อมกันกับการกระทำความผิด โดยรู้ว่าอะไรเป็นความผิด และยังคงกระทำลงโดยสมัครใจ หรือเรียกว่ากระทำโดยเจตนา หรือเป็นประมาทโดยรู้ตัว หรือประมาทธรรมดา ดังนั้น การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคลในประเทศอังกฤษ จะพิจารณาทั้งในส่วนการกระทำที่ผิดกฎหมายและองค์ประกอบทางด้านจิตใจ หากพิจารณาขาดอย่างหนึ่งอย่างใด ก็จะไม่ถือว่าเป็นความผิด

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอังกฤษบางท่าน เช่น Professor Lanham และ Lord Wilberforce เห็นว่าหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญานอกจากส่วนประกอบ 2 ส่วนข้างต้นแล้วยังมีส่วนประกอบที่ 3

¹¹⁵ Alan Reed and Peter Seago, *Criminal Law* (London : Sweet&Maxwell 1999) 15.

¹¹⁶ เติ้งอ่าง 18-19.

เรียกว่า General Defences หมายถึง ข้อต่อสู้ทั่วไปที่ไม่ต้องมีความรับผิด ซึ่งรวมทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และเหตุยกเว้นโทษ เข้าไว้ด้วยกัน¹¹⁷

ดังนั้น การวินิจฉัยความผิดทางอาญาของบุคคลในประเทศอังกฤษ จะพิจารณาทั้งในส่วนการกระทำที่ผิดกฎหมายและองค์ประกอบทางด้านจิตใจ โดยจะพิจารณาส่วนของการกระทำที่ผิดกฎหมายก่อนว่า มีการกระทำอันเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบส่วนนี้จึงจะพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบทางด้านจิตใจว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา (intention) ประมาทโดยรู้ตัว (recklessness) ประมาทธรรมดา (negligence) หรือไม่ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าขาดอย่างหนึ่งอย่างใด ก็จะไม่ถือว่าเป็นความผิด

3.3.2 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ

กฎหมายอังกฤษมิได้แยกความแตกต่างชัดเจนระหว่างเหตุยกเว้นความผิด (justification) และเหตุยกเว้นโทษ (excuse) ในหลักการวินิจฉัยความผิดอาญา แต่ก็ได้มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในการกระทำผิดเกี่ยวกับการฆ่า การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายบางประการให้เป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย บางการกระทำเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ และทั้งสองประการดังกล่าวถือเป็น defence โดยการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่ได้กระทำไปโดยถูกกฎหมายถูกจัดเป็น justificatory defence ส่วนการกระทำที่มีเพียงเหตุยกเว้นโทษจัดเป็น excusatory defence ดังนี้

1. justificatory defence เช่น
 - การป้องกัน (self – defence และ prevention of crime)
2. excusatory defence เช่น
 - ความอ่อนอายุ (infancy)
 - การถูกบังคับทั้งโดยการกระทำหรือโดยสถานการณ์ (duress by threat and circumstances)
 - ความมึนเมา (intoxication)
 - ความสำคัญผิด (mistake)
 - วิกลจริต (insanity)
 - เหตุหย่อนความรับผิดชอบ (diminished responsibility)
 - ปราศจากความรู้อัตโนมัติ (automatism)

¹¹⁷ A. P. Simester and G.R. Sullivan, *Criminal Law Theory and Doctrine*, (Hart Publishing 2000) 21-23.

3.3.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำโดยบันดาลโทสะ

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาจะเป็นออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกเป็นการพิจารณาในชั้นความผิด (trial stage) และส่วนที่สองเป็นการพิจารณาในชั้นกำหนดโทษ (sentencing stage) โดยในแต่ละส่วนจะมีกลไกอิสระอยู่ในตัวเอง นักนิติศาสตร์อเมริกาเรียกระบบการพิจารณาเช่นนี้ว่า ระบบการพิจารณาความอาญาแบบทวิภาค (Bifucation)

การกระทำโดยบันดาลโทสะของประเทศอังกฤษ จะมีในเฉพาะความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา (Murder) โดยจะถูกเปลี่ยนข้อหากระทำความผิดให้เป็นทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยไม่เจตนา (manslaughter) ส่วนการกระทำโดยบันดาลโทสะในความผิดอาญฐานอื่น ๆ ไม่มีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ศาลจะนำหลักการกระทำโดยบันดาลโทสะนี้มาใช้ในการวินิจฉัยในชั้นความผิดและในชั้นกำหนดโทษ โดยศาลจะหยิบเหตุที่ผู้กระทำได้กล่าวอ้างเพื่อพิจารณาบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำ กรณีที่ผู้กระทำได้กระทำไปเพราะบันดาลโทสะศาลจะใช้ดุลพินิจเพื่อลดโทษให้กับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้¹¹⁸ การที่กฎหมายอังกฤษกำหนดให้การกระทำโดยบันดาลโทสะใช้กับความผิดการฆ่าคนตาย (Murder) เท่านั้น เนื่องจากเป็นความผิดที่เดิมมีอัตราโทษประหารชีวิต ปัจจุบันมีอัตราโทษจำคุกตลอดชีวิต¹¹⁹ ศาลไม่สามารถกำหนดโทษเป็นอย่างอื่นได้

คำว่า “บันดาลโทสะ” (Provocation) ตามความหมายใน Black’s Law Dictionary หมายความว่า การถูกยั่วโทสะ จากการปลุกเร้า กระตุ้น ชักนำ ซึ่งเป็นสาเหตุที่ผู้ยั่วโทสะได้กระทำต่ออีกฝ่าย ซึ่งการกระทำเช่นนั้นทำให้ฝ่ายที่ถูกยั่วเกิดโทสะ และกระทำผิดกฎหมายต่อผู้ยั่วโทสะหรือต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับผู้ยั่วโทสะ¹²⁰ นอกจากนี้นิยามความหมายของบันดาลโทสะ ได้ถูกกล่าวไว้โดยผู้พิพากษา Devlin ในคดีของ Duffy [(1949) 1 ALL ER 932] ความว่า บันดาลโทสะ คือ การกระทำหรือส่วนหนึ่งของการกระทำ “การสูญเสียการควบคุมตัวเองอย่างกะทันหันและชั่วคราว” ซึ่งถือว่าการกระทำที่เกิดขึ้นหลังจากนี้เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ โดยกระทำต่อผู้ตายด้วยอารมณ์ความรู้สึกที่รุนแรงที่จำเลยไม่อาจควบคุมจิตใจตนเองในขณะนั้นได้¹²¹ ในช่วงการพิจารณาคดีมีรายงานทางการแพทย์ที่แสดงให้เห็นว่าขณะที่จำเลยฆ่าจำเลย

¹¹⁸ Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed steven & son ltd. 1983) 524.

¹¹⁹ Section 1 The Murder Act 1965.

¹²⁰ Provocation . The act of inciting another to do a particular deed. That which arouses, moves calls forth, causes, or occasions. Such conduct or actions on the part of one person towards another as tend to arouse rage resentment, of fury in the latter against the former, and thereby cause him to do some illegal act against or in relation to the person offering the provocation. See Henry Campbell, *Black’s Law Dictionary*. 5th ed, (: West Publishing Co., 1979), p.1103.

¹²¹ Provocation is some act or series of acts done by the dead man to the accused which would cause in any reasonable person and actually causes in the accused, a sudden and temporary loss of self – control , rendering the accused so subject to passion as to make him for the moment not master of his mind” Micheal Jefferson. p.61.

ได้รับความทุกข์ทรมานจากภาวะซึมเศร้าภายในร่างกาย มันถูกมองข้ามในการพิจารณา และศาลตัดสินว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ เป็นพฤติการณ์ “สูญเสียการควบคุมตัวเองอย่างกะทันหันและชั่วคราว” เป็นไปตามกฎหมายที่ไม่สามารถโต้แย้งได้¹²²

ต่อมาได้มีการกำหนดหลักกฎหมายเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะในมาตรา 3 ของ The Homicide Act 1957 ความว่า “ในคดีฆาตกรรมที่มีหลักฐาน ซึ่งคณะลูกขุนสามารถค้นพบได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาถูกยั่วยุให้โกรธ (ไม่ว่าจะโดยการกระทำหรือโดยคำพูดหรือทั้งสองประการ) ทำให้สูญเสียการควบคุมตนเองโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับวิญญูชน จะต้องให้คณะลูกขุนเป็นผู้ตัดสิน และในการตัดสินนั้น คณะลูกขุนจะต้องพิจารณาถึงทุกสิ่งที่เป็นทั้งการกระทำและคำพูดตามผลที่เกิดขึ้นจากที่วิญญูชนพึงกระทำเช่นนั้น”¹²³

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาเรื่องบันดาลโทสะ มี 2 หลักเกณฑ์ ได้แก่ 1. Subjective element เป็นหลักการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่ทำให้จำเลยบันดาลโทสะทำให้สูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้น หากพิจารณาแล้วเข้าเงื่อนไข ก็จะพิจารณาในหลักเกณฑ์ 2. Objective element ซึ่งพิจารณาเปรียบเทียบกับวิญญูชนว่าเมื่อถูกกระทำเช่นเดียวกันกับที่จำเลยได้รับ จะเกิดความบันดาลโทสะทำให้สูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้นหรือไม่ และวิญญูชนที่สูญเสียการควบคุมตนเองจะกระทำเช่นที่จำเลยกระทำหรือไม่

1. Subjective element

(1) เป็นการกระทำทางกายภาพหรือคำพูด “Something be done or said” เป็นการยืนยันว่าบันดาลโทสะจะต้องเกิดจากการกระทำของมนุษย์ โดยจะต้องมีพยานหลักฐานเพียงพอว่าเกิดจากการกระทำหรือคำพูดที่ก่อให้เกิดบันดาลโทสะ เช่นในคดี Acott [(1996) 4 ALLER 443 (HL)] จำเลยได้ฆ่า V ซึ่งเป็นแม่ที่อาศัยอยู่ด้วยกันจากการโจมตีที่บ่าค้ำของจำเลย อาจเป็นไปได้ว่าก่อนการโจมตีดังกล่าว V อาจทำหรือพูดอะไรที่ยั่วยุให้เกิดการโจมตี ซึ่งจำเลยยอมรับว่าเขาจำเหตุการณ์ในขณะนั้นไม่ได้ ศาลฎีกาได้ตัดสินว่า ข้อแก้ตัวว่าได้กระทำโดยบันดาลโทสะ ไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้ได้ เพียงเพราะผู้ตายอาจพูดหรือทำสิ่งใดต่อจำเลย แต่ไม่มีหลักฐานว่าเธอได้ทำหรือไม่

ในกรณีที่จำเลยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าเป็นการยั่วยุ ซึ่งหากมีอยู่จริงจะยั่วยุให้วิญญูชนกระทำโดยบันดาลโทสะ ก็ถือว่าผู้ถูกยั่วยุโดยสำคัญผิดสามารถอ้างความบันดาลโทสะได้ เช่น ในคดี Brown

¹²² Independent, “Law Report: Classic direction to jury on provocation defence upheld: R v Ahiuwalia – Court of Appeal (Criminal Division) (Lord Taylor of Gosforth, Lord Chief Justice, Mr justice Swinton Thomas and Mr justice Judge), 31 July 1992”

¹²³ Section 3 “Where on a charge of murder there is evidence on which the jury can find that the person charged was provoked (whether by things done or by things said or by both together) to lose his self-control, the question whether the provocation was enough to make a reasonable man do as he did shall be left to be determined by the jury, and in determining that question the jury shall take into account everything both done and said according to the effect which, in their opinion, it would have on a reasonable man”, Richard Card ,Criminal Law. 13th ed., (Butterworths, 1995), p.210-211.

[(1966) 168 ER 177] จำเลยเป็นตำรวจฆ่าผู้ตายในขณะที่บันดัลโทสะ โดยเข้าใจว่าผู้ตายเป็นหนึ่งในพวกก่อจลาจล

ในกรณีที่ความสำคัญผิดเกิดจากความมีนเมาที่สามารถอ้างบันดัลโทสะได้ เช่น คดี Letenock [(1917) 12 Cr App R 221 (CCA)] จำเลยมีนเมาจึงเชื่อว่าตนเองถูกโจมตี ซึ่งจริงๆแล้วไม่มีการโจมตีใด ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการฆ่าโดยไม่เจตนา¹²⁴

การยั่วยุตนเอง (Self-induced provocation) คือกรณีที่การกระทำของจำเลยเป็นสาเหตุให้ผู้ตายทำร้ายจำเลยและทำให้จำเลยสูญเสียการควบคุมตนเองและฆ่าผู้ตาย คดีที่วางหลักนี้คือ คดี Edward [(1973) AC 648] ข้อเท็จจริงคดีนี้ จำเลยได้พยายามกรรโชก (black mail) เอาเงินจากผู้ตาย และเมื่อจำเลยจะไปเก็บเงิน ผู้ตายได้ทำร้ายจำเลยด้วยมีด ระหว่างการต่อสู้ จำเลยได้แย่งมีดจากผู้ตายและแทงเขาถึงแก่ความตาย ผู้พิพากษา Pearson ได้วางหลักไว้ว่า จำเลยไม่สามารถอาศัยผลที่จำเลยคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตน เพื่ออ้างว่าบันดัลโทสะอันจะเป็นการลดข้อหาฆ่าคนตายโดยเจตนา เป็นฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา และผลที่คาดหมายจะต้องคำนึงถึงระดับความรุนแรงของการตอบโต้ของผู้ตายด้วย ถ้าการตอบโต้ของผู้ตายรุนแรงเกินขอบเขต (extreme lengths) ก็อาจจะเพียงพอที่ก่อให้เกิดบันดัลโทสะ

หลักการตอบโต้ที่รุนแรงเกินขอบเขตตามที่ผู้พิพากษา Pearson ได้วางหลักเอาไว้ในคดี Edward [(1973) AC 648] ถูกโต้แย้งในเวลาต่อมาโดยผู้พิพากษา Watkins ในคดี R v Johnson [1989] EWCA Crim 289¹²⁵ ข้อเท็จจริงในคดีนี้จำเลยและผู้ตายไปดื่มสุราที่ไนท์คลับ จำเลยได้ปฏิบัติอย่างรุนแรงต่อผู้ตายและเพื่อนหญิงของผู้ตาย และเกิดการต่อสู้กัน จำเลยได้ชักมีดของตนแทงผู้ตายจนตาย ศาลตัดสินว่าจำเลยกระทำความผิดฆ่าคนตายโดยเจตนา จำเลยอุทธรณ์อ้างว่าผู้พิพากษาควรจะต้องแนะนำประเด็นบันดัลโทสะต่อคณะลูกขุนแม้ว่าจำเลยจะเป็นฝ่ายก่อเหตุ คดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้เพิกถอนคำตัดสินจากฆ่าคนตายโดยเจตนาเป็นฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา โดยผู้พิพากษา Watkins ได้วางหลักว่า การตีความถ้อยคำในมาตรา 3 ต้องตีความอย่างชัดแจ้ง โดยจะต้องนำเสนอประเด็นบันดัลโทสะเข้าสู่การพิจารณาของคณะลูกขุน ถ้อยคำในมาตรา 3 เป็นที่ชัดเจนว่าถ้ามีพยานหลักฐานที่อาจแสดงได้ว่าการกระทำหรือคำพูดหรือทั้งสองประการที่ยั่วยุ

¹²⁴ Micheal Jefferson, *Criminal Law* (3rd ed. Pitman Publishing 1997) 62.

¹²⁵ The appellant was at a night club. A woman called him a 'white ni**er'. The appellant was white but had taken to adopting a West Indian accent. He took exception to the comments and made violent threats to her. A male friend of hers intervened and poured a glass of beer over the appellant. A fight developed between the two men and the appellant stabbed the man resulting in his death. The appellant argued he was acting in self-defence as he believed he was about to be glassed. He also denied losing any self-control. The judge directed the jury on self-defence but did not direct the jury on provocation because he considered the provocation was self-induced. The jury rejected self-defence and convicted him of murder. He appealed contending the judge had a duty to direct the jury on provocation., <https://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Johnson.php>

ให้จำเลยสูญเสียการควบคุมตนเอง ประเด็นบันดาลโทสะต้องถูกปล่อยเข้าสู่การรู้เห็นของคณะลูกขุน อย่างไรก็ตาม คณะลูกขุนต้องพิจารณาด้วยว่าวิญญูชนจะกระทำเช่นที่จำเลยกระทำหรือไม่¹²⁶

(2) เป็นผลทำให้จำเลยสูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้น (sudden and temporary loss of self control) แม้จะมีพยานหลักฐานแสดงถึงความรุนแรงของการกระทำที่ทำให้บันดาลโทสะ แต่ก็ยังต้องมีพยานหลักฐานที่แสดงว่าจำเลยสูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้นด้วย เช่น คดี R v Cocker [1989] Crim LR 740 ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีว่า ภรรยาของจำเลยป่วยด้วยโรคที่รักษาไม่หาย ภรรยาจึงขอร้องให้จำเลยฆ่าเธอซ้ำแล้วซ้ำเล่า จนเข้าวันหนึ่งภรรยาปลุกจำเลยและเรียกร้องให้ฆ่าเธอ จำเลยฆ่าเธอด้วยวิธีใช้หมอนทำให้เธอหายใจไม่ออก ในการพิจารณาจำเลยต่อสู้ว่าถูกยั่วยุ ศาลอธิบายว่าพฤติกรรมของภรรยาเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับการยั่วยุ จึงมีลักษณะที่ทำให้เห็นว่าจำเลยไม่สูญเสียการควบคุม แต่จงใจยอมรับความปรารถนาจากภรรยา จึงไม่อาจอ้างเหตุบันดาลโทสะได้¹²⁷

เรื่องการสูญเสียการควบคุมได้มีการอธิบายโดยผู้พิพากษา Devlin ในคดี R v Duffy [1949] 1 ALL ER 932¹²⁸ ว่า การสูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้นแปลได้ว่าจำเลยมีโทสะเกินกว่าที่เขาจะควบคุมตนเองได้¹²⁹ ซึ่งต้องเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติที่โต้ตอบต่อการกระทำที่ทำให้เกิดบันดาลโทสะ ดังนั้นสิ่งที่ชักบอกถึงแผนการหรือการตั้งใจฆ่า จะเข้ากันไม่ได้กับคำแก้ตัวว่าเป็นฆ่าที่อยู่นอกเหนือการควบคุมตนเอง รวมถึงระยะเวลาที่ผ่านพ้นไปด้วย เช่นในคดี R v Ibrams & Gregory [1982] 74 Cr App R 157 เหตุการณ์ที่ผู้ตายทำให้จำเลยบันดาลโทสะในวันที่ 7 ตุลาคม จำเลยได้วางแผนร่วมกับผู้อื่นที่จะฆ่าผู้ตาย

¹²⁶ A. P. Simester and G.R. Sullivan, *Criminal Law Theory and Doctrine*, (Hart Publishing 2000) 323-324.

¹²⁷ The defendant's wife suffered from an intolerable and incurable medical condition, and repeatedly begged the defendant to kill her. One morning, she awoke the defendant by scratching him and demanded that he kill her. He asphyxiated her with a pillow, hesitating once when he thought she wanted him to stop, but continuing when she begged him to continue. The defendant was charged with murder. In his defence, he relied on the defence of provocation (a predecessor to the defence of loss of control). He claimed that her demands had become too much for him. The Court of Appeal described the wife's behaviour as 'the opposite' of provocation. They characterised the defendant as not losing control, but deliberately acceding to his wife's wishes. This was demonstrated in particular by the defendant's calm manner and temporary hesitation., <<https://ipsaloquitur.com/criminal-law/cases/r-v-cocker/>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

¹²⁸ The appellant attacked and killed her husband with a hammer and a hatchet whilst he was sleeping in bed. He had subjected her to violence throughout their marriage. Devlin J gave the classic definition of provocation as: "Provocation is some act, or series of acts done (or words spoken)... which would cause in any reasonable person and actually causes in the accused, a sudden and temporary loss of self-control, rendering the accused so subject to passion as to make him or her for the moment not master of his or her mind. <<https://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Duffy.php>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

¹²⁹ A. P. Simester and G.R. Sullivan (เชิงอรรถ 126) 342.

ในวันที่ 10 ตุลาคม และฆ่าสำเร็จเมื่อวันที่ 12 ตุลาคม คดีนี้ศาลตัดสินว่าไม่มีพยานหลักฐานของการสูญเสียการควบคุมตนเอง สิ่งสำคัญในคดีนี้คือการวางแผนไตร่ตรองไว้ก่อนและระยะเวลาที่ผ่านไปจึงไม่ใช่การฆ่าอย่างปกติ¹³⁰

ต่อมาศาลอังกฤษเริ่มยอมรับประเด็นบันดัลโทสะให้เข้าสู่การรู้เห็นของคณะลูกขุนมากขึ้น มีการพิจารณาขยายระยะเวลาที่ผ่านไประหว่างการฆ่ากับเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดการบันดัลโทสะ โดยเฉพาะในเรื่องการกระทำที่ทารุณโหดร้ายเป็นระยะเวลานาน แม้การกระทำครั้งสุดท้ายจะเป็นเรื่องเล็กน้อย โดยศาลอังกฤษมองว่าจุดเดือดสามารถเกิดจากการใส่ไฟทีละน้อย ๆ อย่างต่อเนื่อง โดยจัดเป็น Cumulative Provocation หรือ Battered women's syndrome แล้วแต่กรณี

(2) Objective element

กรณีนี้เป็นการพิจารณาโดยคณะลูกขุนว่าผลของการกระทำหรือคำพูดมีผลต่อวิญญูชนอย่างไร โดยการเอาการกระทำหรือคำพูดอย่างเดียวกันไปเปรียบเทียบกับวิญญูชนทั่วไป ว่าหากวิญญูชนได้รับเช่นนั้นจะกระทำเช่นที่จำเลยกระทำหรือไม่ โดยผู้พิพากษา Lord Diplock ในคดี DPP V Camplin [1978] AC 705 ได้ให้ความหมายของวิญญูชน หมายถึง บุคคลซึ่งมีอำนาจในการควบคุมตนเองตามที่คาดได้ว่าบุคคลทั่วไป ที่มีอายุและเพศเช่นเดียวกับจำเลย และมีบุคลิกลักษณะ สถานการณ์ ประวัติความเป็นมาคล้ายคลึงกับจำเลย โดยคณะลูกขุนจะต้องพิจารณาซึ่งนำหนักการกระทำโดยบันดัลโทสะของจำเลยกับบุคคลทั่วไป¹³¹

คดี R v Hobson [1997] EWCA Crim 1317

Kathleen Hobson ได้ลงมือแทงคู่ชีวิตที่มีอาการติดยาและมักจะมีพฤติกรรมเหยียดหยามเธอ โดยเธอได้ลงมือในระหว่างที่มีการโต้เถียงกันเป็นการกระทำโดยป้องกัน ศาลได้ตั้งประเด็นให้ลูกขุนพิจารณาเรื่องการยั่วยุอันก่อให้เกิดการกระทำดังกล่าวขึ้น หลักฐานจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ พบว่า เธอมีการบอกกล่าวต่อพนักงานสอบสวนเรื่องการถูกทำร้ายร่างกายหลายครั้ง โดยมีการร้องทุกข์อย่างเป็นทางการถึงสี่ครั้ง และเธอให้ข้อเท็จจริงว่าเธอใช้ชีวิตร่วมกับชายคนดังกล่าวด้วยความทุกข์ทรมานเป็นเวลาตลอด 18 เดือนก่อนที่จะตัดสินใจลงมือฆ่า ในกระบวนการพิจารณา ศาลได้เน้นย้ำให้เธอสารภาพผิด เนื่องจากจำนนต่อหลักฐานว่าได้ลงมือกระทำความผิดจริง

¹³⁰ A. P. Simester and G.R. Sullivan (เชิงอรรถ 126) 343.

¹³¹ 'In my opinion a proper direction to a jury on the question left to their exclusive determination by section 3 of the Homicide Act 1957 would be on the following lines. The judge should state what the question is using the very terms of the section. He should then explain to them that the reasonableman referred to in the question is a person having the power of self-control to be expected of an ordinary person of the sex and age of the accused, but in other respects sharing such of the accused's characteristics as they think would affect the gravity of the provocation to him ; and that the question is not merely whether such a person would in like circumstances be provoked to lose his self-control but also would react to the provocation as the accused did' <<https://www.e-lawresources.co.uk/DPP-v-Camplin.php>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

เมื่อวันที่ 19 October 1992 ศาลอนุญาตให้ Kathleen Hobson ยื่นอุทธรณ์ต่อผู้ซื้อหากระทำความผิด ผลของการยื่นอุทธรณ์ ศาลพิจารณาว่าอาการทางจิตไม่เป็นเงื่อนไขที่จะทำให้ได้รับการพิจารณา เว้นแต่ผู้เชี่ยวชาญจะยืนยันว่ากลุ่มอาการดังกล่าวมีความผิดปกติที่เกิดจากความเครียดคดีนี้มีประเด็นสำคัญในการพิจารณา คือ ได้พยายามสร้างประโยชน์ให้กับผู้อุทธรณ์บนพื้นฐานรายงานเกี่ยวกับอาการจิตเวชที่ส่งผลต่อการลงมือฆาตกรรม สภาพพฤติการณ์ที่ส่งผลต่อการมีชีวิตรอดของหญิงที่ถูกทารุณกรรม และความรับผิดชอบจากการฆ่าคนตายตามกฎหมาย with the provisions of section 2 of the Homicide Act 1957.

เมื่อวันที่ 13 February 1997 ศาลได้อาศัยความเห็นของจิตแพทย์ ที่มีข้อสังเกตให้ไว้ในรายงานกระบวนการพิจารณาซึ่งเกี่ยวข้องกับสภาพจิตใจของผู้อุทธรณ์ โดยศาลพิจารณาว่า แม้จะมีการพิจารณาความบกพร่องทางจิตของหญิงที่ถูกทารุณกรรม ในขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาประเด็นทางจิตกลับพบความผิดปกติกระทบต่อจิตใจในระดับที่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อกรณีที่อุทธรณ์ อันจะเป็นกรณีที่จะเป็นเหตุลดโทษได้

จากการพิจารณาของศาลได้เห็นถึงข้อขัดแย้ง การพิจารณาหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้ออุทธรณ์แม้พยานหลักฐานจะมีความน่าเชื่อถือ แต่อาจจะเป็นเพียงประเด็นเล็กน้อยเท่านั้น และไม่ได้เป็นเงื่อนไขประการหนึ่งใน section 23(2)(d) of the Criminal Appeal Act 1968 ซึ่งไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลสูงเห็นต่างไปจากกระบวนการพิจารณาในชั้นปกติได้ (รายงานทางการแพทย์ทั้งสองได้แสดงถึงสภาพทั้งหมดของผู้อุทธรณ์ที่ผ่านมา และขึ้นอยู่กับรายงานข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ที่ครบถ้วนสิ้นสงสัย ซึ่งผู้อุทธรณ์ได้ให้แก่แพทย์ทั้งสองไว้)¹³² เป็นกรณีทารุณกรรมแต่อย่างไม่ได้ เนื่องจากกรณีของนำสืบอ้างเรื่องสภาพจิตใจของบุคคล แม้จะสามารถอ้างเป็นข้อต่อสู้ในชั้นศาลเกี่ยวกับการกระทำได้ แต่ในการอ้างเป็นเหตุลดโทษนั้นมิได้ให้ผลเช่นเดียวกันที่จะเป็นเหตุลดโทษ หรือยกเว้นโทษได้ทุกคดี ซึ่งในคดีนี้มีความน่าเชื่อถือของการส่งผลต่อจิตใจ ทำให้ศาลไม่อาจเชื่อและอาศัยเหตุดังกล่าวได้อย่างชัดเจน และรับฟังเป็นเพียงข้อเท็จจริงหนึ่งเท่านั้น เมื่อเป็นเพียงข้อเท็จจริงหนึ่ง ๆ ปัญหาที่ตามมาจึงเกิดขึ้นว่าสามารถพิสูจน์ให้เข้าตามเงื่อนไขของกฎหมายได้หรือไม่ ในที่นี้เมื่อไม่อาจสืบให้เข้าเงื่อนไขได้ จึงไม่อาจยกข้อเท็จจริงนั้นในการเปลี่ยนแปลงโทษได้

Newell (No 2) [(1989) Crim LR 906]

The Homicide Act 1957 เป็นหลักที่กำหนดว่าเมื่อปรากฏพยานหลักฐานซึ่งอาจทำให้เห็นว่าการกระทำของจำเลยกระทำไปเพราะบันดาลโทสะ ผู้พิพากษาจะต้องปล่อยประเด็นนั้นสู่คณะลูกขุน แม้พยานหลักฐานจะน้อยมากก็ตาม เนื่องจากประเด็นดังกล่าวมีข้อถกเถียงว่าผู้พิพากษาจะต้องปล่อยประเด็นให้

¹³² The appellant stabbed and killed her abusive alcoholic partner in Jan 1992. At her trial the defences of self defence and provocation were rejected by the jury and she was convicted of murder. At the time of her trial Battered Women's Syndrome was not included in the standard British classification of mental diseases. The appellant appealed contending that at the time of her trial Battered Women's Syndrome would not have been readily considered by practising psychiatrists. She now had reports from two psychiatrists that she was suffering from Battered Women's Syndrome at the time of the killing. Held: The appellant's conviction for murder was quashed and a retrial ordered.

<<http://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Hobson.php>. > สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

ลูกขุนพิจารณาหรือไม่ เนื่องจากมีพยานหลักฐานน้อยมากที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยกระทำไปด้วยความบันดาลโทสะ ทำยที่สุดได้มีการตัดสินไว้ว่า แม้มีพยานหลักฐานเพียงประการเดียวว่าจำเลยสูญเสียการควบคุมตนเอง ก็ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของคณะลูกขุน

นอกจากนี้ แม้จำเลยจะไม่ยกการกระทำโดยบันดาลโทสะขึ้นต่อสู้ แต่หากมีหลักฐานที่แสดงว่าจำเลยกระทำไปเพราะบันดาลโทสะ หรือเป็นกรณีจำเลยอ้างว่าเป็นการกระทำโดยป้องกัน แต่พยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ผู้พิพากษาก็ต้องปล่อยประเด็นนี้ให้ลูกขุนพิจารณา ซึ่งกรณีดังกล่าวได้ถูกวางหลักไว้ใน คดี Sawyer [(1989) Crim LR 906 (CA)] ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้ให้การว่าภริยาของจำเลยตายด้วยอุบัติเหตุ ซึ่งประเด็นบันดาลโทสะเป็นเรื่องที่ขัดกับข้อกล่าวอ้างของจำเลยก็ตาม หากมีพยานหลักฐาน ซึ่งอาจทำให้คณะลูกขุนลงมติว่าบันดาลโทสะ แม้ผู้พิพากษาจะไม่เชื่อว่าจะมีวิญญูชนกระทำดังเช่นที่จำเลยทำก็ตาม

คดี Thornton [1992] 1 All ER 306¹³³

จำเลยถูกสามีทำร้ายร่างกายตลอดปีแรกของการแต่งงาน คืบเกิดเหตุสามีของจำเลยเมาสุราและด่าว่าเธอ จำเลยจึงเข้าไปอีกห้องเพื่อหามิดป้องกันตัว สามีของเธอเห็นเช่นนั้นจึงด่าว่าเธอหาว่าเธอจะฆ่าเขา และพูดว่าจะฆ่าถ้าเธอนอนหลับ จำเลยได้ใช้มีดแทงสามีที่ท้องหนึ่งครั้งเป็นเหตุให้เขาถึงแก่ความตาย ในการพิจารณาจำเลยไม่ได้อ้างเหตุแห่งการถูกยั่วยุ แต่ผู้พิพากษาได้สั่งให้คณะลูกขุนพิจารณาเรื่องการยั่วยุ และศาลได้ตัดสินว่าเธอมีความผิดฐานฆาตกรรม

คดี R v Thornton (No 2) [1996] 1 WLR 1174¹³⁴

คดีหญิงฆ่าสามี จำเลยอุทธรณ์และอ้างพยานหลักฐานใหม่เพื่อสนับสนุนว่าจำเลยมีบุคลิกภาพแปรปรวนเนื่องจากถูกสามีทำร้ายทุบตี ศาลอุทธรณ์ได้ยื่นสำนวนให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่ ถ้าพยานหลักฐานปรากฏชัดว่าจำเลยมีอาการ “Battered woman syndrome” คณะลูกขุนอาจมีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงแตกต่างจากเดิม ทั้งนี้ หญิงที่ถูกทำร้ายทุบตีอาจไม่ทำร้ายกลับต่อสามีที่กระทำความรุนแรงในขณะที่ตนถูกทำร้ายทุบตีก็ได้ ซึ่งต่อมาศาลพิพากษากลับคำตัดสิน

คดี R v Janet Catherine Charlton [2003]¹³⁵

คดีหญิงฆ่าสามี เนื่องจากจำเลยถูกสามีทำร้ายทุบตี และครอบงำด้วยอารมณ์หึงหวง นอกจากนี้จำเลยถูกผู้ตายกักขังโดยใส่กุญแจมือใช้ผ้าผูกตาขณะมีเพศสัมพันธ์กับจำเลยเป็นประจำและกระทำละเมิดทาง

¹³³ Course Hero, ‘R v Thornton [1992] 1 All ER 306’

<<https://www.coursehero.com/file/p6oger48/R-v-Thornton-1992-1-All-ER-306-The-appellant-killed-her-alcoholic-abusive-and/>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

¹³⁴ E-lawresources. co.uk, ‘R v Thornton [1996] 1 WLR 1174’ <<https://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Thornton.php>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

¹³⁵ Lcca, ‘R v Janet Catherine Charlton’ <<https://www.lccsa.org.uk/r-v-janet-catherine-charlton-2003/>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567

เพศต่อบุตรสาวของจำเลยอีกด้วย ศาลลงโทษจำคุกจำเลย 5 ปี โดยลดโทษให้ 3 ปี 6 เดือน คงให้จำคุกจำเลยเพียง 1 ปี 6 เดือน เนื่องจากผู้ตายกระทำความรุนแรงต่อจำเลยอย่างร้ายแรง จำเลยเกรงว่าจะไม่ปลอดภัยต่อชีวิต โดยเฉพาะบุตรสาวที่ถูกผู้ตายกระทำละเมิดทางเพศ นับว่าเป็นเหตุสำคัญที่จำเลยไม่สามารถควบคุมตนเองและฆ่าผู้ตาย

คดี R v Ahluwalia (1993) 96 Cr App R 133¹³⁶

Ahluwalia เป็นชาวอินเดียแต่งงานและอาศัยอยู่กับสามีที่ประเทศอังกฤษ ถูกสามีกระทำการรุนแรงใช้ความรุนแรง ด่าทอ บังคับให้อดอาหาร และถูกสามีข่มขืน เป็นเวลานานตลอดชีวิตการสมรส ซึ่งเป็นระยะมากกว่าสิบปี เย็นวันหนึ่งสามีเธอได้ทำร้ายร่างกายโดยพยายามที่จะหักขาและเอาเตารีดที่ร้อนพร้อมใช้งานมาาบที่ใบหน้าของเธอและขู่ว่าหากไม่มีเงินจะทำร้ายเธออีกจนกว่าจะได้สิ่งที่ต้องการ ในคืนนั้น Ahluwalia นอนไม่หลับและคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมของสามี ในที่สุดเธอก็ขอให้สามีนอนหลับและเดินลงไปที่ชั้นล่าง และนำกระป๋องน้ำมันราดบนเตียงของสามีและวางเพลิง สามีของเธอทนทุกข์ทรมานจากการเผาไหม้หลังจากนั้น 6 วันสามีของเธอถึงแก่ความตาย

Ahluwalia อธิบายว่าเธอไม่ได้ตั้งใจที่จะฆ่าหรือทำร้ายสามี แต่ในคืนที่เกิดเหตุสามีขู่ว่าจะฆ่าเธอด้วยเหล็ก และบอกว่าเขาจะเอาชนะเธอในวันรุ่งขึ้น ถ้าเธอไม่ให้เงิน เธอให้การว่าเป็นการกระทำป้องกันโดยบันดาลโทสะ Ahluwalia ถูกศาลชั้นต้นพิพากษาว่ามีความผิดฐานฆ่าโดยเจตนา และศาลมีคำสั่งจำคุกเธอตลอดชีวิต เธออุทธรณ์คำพิพากษา

ในการพิจารณาอุทธรณ์เธอจึงต่อสู้ว่าการกระทำของเธอเกิดจากความบกพร่องทางจิตใจ เนื่องจากถูกทำร้ายร่างกายและขอให้ลดหย่อนความรับผิดชอบ ในคดีนี้ผู้พิพากษา Taylor จึงได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ battered women's syndrome เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณากฎหมาย ว่า การสูญเสียการควบคุมตนเองจะต้องเกิดในทันทีหรือไม่เกิดขึ้นในทันทีไม่ใช่สิ่งสำคัญของการกระทำโดยบันดาลโทสะ แต่สิ่งสำคัญคือจะต้องฆ่าในขณะที่ยังไม่โห่อุ¹³⁷ ซึ่งถือเป็นคดีแรกที่มีการกล่าวถึง BWS ในประเทศอังกฤษ

คดี HM's AG for jersey v Holley (2005)

ศาลสูงวินิจฉัยว่า การพิจารณามาตรฐานการควบคุมตนเอง (Standard of self-control) จะต้องแน่นอน เว้นแต่ปัจจัยด้านอายุและเพศที่ควรคำนึงถึงด้วย ทั้งจะต้องพิจารณาลักษณะของจำเลยว่ามีสิ่งยั่วยุให้กระทำความผิดหรือไม่ ตามรูปคดีปรากฏว่าจำเลยและผู้ตายต่างติดสุราเรื่อรังร้ายแรง และมีการทำร้ายทุบตีกันเป็นประจำ ทั้งได้ความมาก่อนเกิดเหตุผู้ตายตีศีรษะและด่าว่าเหน็บแนมจำเลย โดยบอกจำเลยว่าได้มีเพศสัมพันธ์กับชายอื่นจำเลยจึงใช้ขวานฟันผู้ตายขณะนั้น โดยปรากฏหลักฐานทางจิตเวชชัดเจนว่าการตีศีรษะทำให้จำเลยขาดสติสัมปชัญญะและมีปัญหาเจ็บป่วยด้านจิตเวช แม้จะเนื่องมาจากการตีศีรษะจัด ซึ่งเป็นเหตุให้ไม่สามารถควบคุมตนเอง (loss of self-control) ดีพอทำให้จำเลยฆ่าผู้ตาย

¹³⁶ E-lawresources. co.uk (เชิงอรรถ 111).

¹³⁷ A. P. Simester and G.R. Sullivan (เชิงอรรถ 126) 344.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการวินิจฉัยความผิดอาญา การกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม

การกระทำโดยบันดาลโทสะเป็นการกระทำอย่างหนึ่งที่ผู้กระทำมิได้ตั้งใจกระทำมาตั้งแต่แรก แต่ได้กระทำไปเพราะถูกข่มเหง ซึ่งวิธีการข่มเหงมีหลากหลายรูปแบบขึ้นอยู่กับว่าการกระทำใดกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกข่มเหง โดยแต่ละคนก็จะมีวิธีการรับมือการถูกข่มเหงแตกต่างกัน บางคนโกรธง่ายก็โมโหง่ายบางคนเป็นคนใจเย็นก็โกรธช้า แต่ท้ายที่สุดย่อมไม่มีใครโดนข่มเหงแล้วสามารถอดทนได้ตลอด เมื่อไม่สามารถอดทนได้ก็มีโทสะเกิดขึ้นในจิตใจเป็นอารมณ์ความรู้สึกที่ไม่ปรารถนา และท้ายที่สุดก็จะต้องการระบายออกมาด้วยการกระทำต่อผู้ข่มเหงอันมีลักษณะเป็นการกระทำที่มีความผิดทางอาญา ซึ่งหลายกรณีอาจเป็นเพราะผู้กระทำ ความผิดได้รับการถูกข่มเหงสะสมจากการถูกแกล้ง ถูกบูลลี่ ถูกทารุณกรรม เป็นระยะเวลาานาน ผู้กระทำ ความผิดเหล่านี้จึงเลือกที่จะมองหาทางออกด้วยวิธีการที่ผิดพลาด หรือแม้กระทั่งในที่สุดตัดสินใจลงมือกระทำ ความผิดทางอาญาต่อผู้ข่มเหง เพื่อให้ตนเองหลุดพ้นจากความทุกข์ทรมาน ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมิได้ มีเจตนากระทำตั้งแต่ต้น แต่กระทำไปเพราะถูกข่มเหง ดังนั้น ย่อมเห็นได้ว่าผู้กระทำ ความผิดในลักษณะเช่นนี้ ไม่ได้มีนิสัยเป็นอาชญากร แต่ถูกบีบบังคับด้วยบริบทของสังคมในรูปแบบต่าง ๆ จนในที่สุดก็ได้กระทำความผิด ขึ้น เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นระหว่างบุคคลตำรวจและพนักงานอัยการก็จะตั้งข้อหาสำหรับการ กระทำนั้นตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วแต่กรณี และเป็นหน้าที่ของผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยในคดีที่จะต้อง ต่อสู้ตามกฎหมาย ถึงสาเหตุที่ตนได้ทำไปเกิดจากสาเหตุใด เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่อศาลให้ผู้พิพากษาซึ่งเป็นอง คณะเข้าใจการกระทำและเหตุผลมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อต่อสู้คดีพิสูจน์ความสุจริตของ ตนและเพื่อบรรเทาโทษที่ตนจะได้รับให้น้อยที่สุด โดยอาจกล่าวอ้างว่ากระทำไปเพราะความจำเป็น กระทำไป เพราะป้องกัน หรือกระทำไปเพราะบันดาลโทสะ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นองคณะก็มีหน้าที่ในการพิจารณาความผิด อาญาของบุคคลตามหลักโครงสร้างของความผิดอาญาซึ่งมี 3 ประการ ได้แก่ การครบองค์ประกอบที่กฎหมาย บัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว หากพิจารณาแล้วปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวครบตามหลักเกณฑ์ โครงสร้างของความผิดอาญาทั้งสามประการ ผู้กระทำก็ต้องรับโทษทางอาญา แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณา โทษทางอาญาก็ต้องพิจารณาโทษให้เหมาะสมกับบุคคล กล่าวคือ โทษที่ได้รับจะต้องเหมาะสมกับการ กระทำความผิดที่ผู้นั้นได้กระทำ

การที่จะอ้างเหตุบันดาลโทสะอันเกิดจากการสะสม เนื่องจากทำไปเพราะถูกข่มเหง ทุบัติ ทำร้าย ร่างกายเป็นระยะเวลาานาน เพื่อใช้เป็นข้ออ้างให้ไม่ต้องรับโทษหรือได้รับโทษน้อยลงตามกฎหมายปัจจุบันย่อม ทำไม่ได้ เพราะกรณีดังกล่าวมิใช่ข้อต่อสู้ที่ศาลไทยยอมรับให้เป็นเหตุผลโทษตามกฎหมาย ซึ่งเดิมในการ พิจารณาของศาล ศาลจะไม่รับฟังเหตุผลดังกล่าวในการพิจารณาเลย ด้วยเหตุนี้การเขียนข้อเท็จจริงดังกล่าวที่ เกี่ยวกับประวัติหรือการถูกกระทำในครั้งก่อน หรือตั้งแต่ในอดีตลงไปในการให้การ จึงเป็นเพียงข้อเท็จจริง ประกอบการกระทำให้ศาลรับทราบถึงที่ไปที่มา เพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้น้อยลงเท่านั้น หรือ

จะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการขอความเมตตาจากศาลในการกำหนดโทษ จึงทำให้การกำหนดโทษของศาลแต่ละศาลไม่มีมาตรฐาน ขึ้นอยู่กับว่าสามารถพิสูจน์และนำสืบให้ศาลเชื่อได้มากน้อยเพียงใด หากทนายจำเลยนำสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยกระทำไปเพราะถูกข่มเหงเป็นระยะเวลาอย่างต่อเนื่องกันมาจนเกิดเป็นความสะสม ทำให้ผู้กระทำเกิดโทสะไม่สามารถควบคุมตนเองได้ขณะกระทำความผิด ศาลก็จะใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้น้อยลงได้

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การดำเนินคดีอาญาควรจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนในตัวกฎหมายและการปรับใช้หลักกฎหมายให้ถูกต้องตามข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำขึ้น ในขณะที่เดียวกันหากมีข้อเท็จจริงใดที่ผู้กระทำสมควรได้รับการพิจารณาลดหย่อนโทษ กฎหมายก็ควรรองรับพฤติการณ์เหล่านั้นได้ แม้กฎหมายอาญาจะเป็นกฎหมายที่พัฒนาอยู่ตลอด แต่ก็ต้องยอมรับว่าในสังคมมักมีพฤติกรรมแปลกใหม่เกิดขึ้นในสังคมอยู่เสมอเช่นกัน กฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติจึงต้องพัฒนาอยู่ตลอดเพื่อให้ข้อกฎหมายสามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ถูกต้องเพื่อความเป็นธรรมของคู่ความในคดี ซึ่งจะทำให้การกำหนดบทลงโทษมีความเหมาะสมกับสิ่งที่จำเลยได้กระทำ ตามหลักการพื้นฐานทางอาญาในเรื่องการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งจะสอดคล้องกับสิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Right to fair trial)

4.1 ความแตกต่างของการวินิจฉัยความผิดอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการวินิจฉัยความผิดอาญาจะต้องวินิจฉัยอย่างเป็นขั้นตอนและเป็นระบบ เพื่อให้การวินิจฉัยความผิดอาญาเป็นไปด้วยความถูกต้อง ในการศึกษาการวินิจฉัยความผิดอาญาพบว่าการวินิจฉัยโครงสร้างของความผิดอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีความแตกต่างกัน ซึ่งสามารถแยกความแตกต่าง สรุปได้ดังนี้

4.1.1 ความแตกต่างด้านหลักการวินิจฉัยความรับผิดอาญาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ประการแรกจะพิจารณาการประกอบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งรวมการกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในไว้ด้วยกัน เมื่อได้ความว่าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว จึงจะพิจารณาประการที่สอง ว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ และประการที่สามว่าเป็นความชั่วหรือไม่ต่อไป แตกต่างกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งประการแรกจะพิจารณาการกระทำที่ผิดกฎหมายก่อน (Actus Reus) แล้วจึงจะพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบทางจิตใจ (Mens Rea) ซึ่งได้แก่ เจตนา ประมาท

4.1.2 ความแตกต่างด้านเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้แยกเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษออกจากกันอย่างชัดเจน โดยเหตุยกเว้นความผิดอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 2 คือความผิดกฎหมาย และเหตุยกเว้นโทษอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 3 คือความชั่ว แตกต่างกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ไม่ได้แยกออกจากกันอย่างชัดเจน ซึ่งในประเทศอังกฤษเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องนี้ในความผิดทั่วไปไว้อย่างชัดเจน แต่ในความผิดฆ่าผู้อื่นได้มีการกำหนดเหตุยกเว้นความผิด เช่น การป้องกัน (Self defence) จัดอยู่ในส่วนของการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus) โดยเมื่อได้กระทำป้องกันโดยชอบ การกระทำนั้นก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย จึงไม่ต้องพิจารณาในส่วนองค์ประกอบทางจิตใจ (Mens Rea)

4.1.3 ผู้มีอำนาจวินิจฉัยความรับผิดชอบ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบและเป็นผู้ปรับบทกฎหมายและกำหนดอัตราส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด แตกต่างกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งจะกำหนดให้คณะลูกขุน ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาทั่ว ๆ ไป เป็นผู้วินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดตามกฎหมายหรือไม่ หากคณะลูกขุนตัดสินว่ามีความผิดจริงจะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะปรับบทกฎหมายและกำหนดอัตราส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด

4.2 ที่อยู่ของบันดัลโทษตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี อังกฤษ และไทย

ตามที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ว่าในการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบกฎหมายซีวิลลอว์จะต้องวินิจฉัยตามโครงสร้างของความผิดอาญา ได้แก่ การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมายและความชั่ว โดยพิจารณาเริ่มจากการกระทำครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เมื่อพิจารณาครอบงำประกอบแล้ว จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ประการที่สองว่าเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ และพิจารณาต่อไปว่าเป็นความชั่วหรือไม่ตามลำดับ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าครบหลักเกณฑ์ตามโครงสร้างของความผิดอาญา ผู้นั้นก็เป็นผู้ที่มีความผิดอาญา แล้วในขั้นตอนต่อมาจึงค่อยพิจารณาโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด โดยศาลจะต้องนำเหตุบรรเทาโทษต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่จำเลย

4.2.1 ประเทศเยอรมนี

จากการศึกษากฎหมายประเทศเยอรมนีพบว่า การกระทำความผิดโดยบันดัลโทษในคดีทั่วไปไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ศาลจะนำเหตุบันดัลโทษมาพิจารณาภายหลังจากที่พิจารณาได้ความว่าจำเลยกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง โดยถือเป็นเหตุบรรเทาโทษที่จัดอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา เป็นข้อเท็จจริงที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติให้ศาลนำไปประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่จำเลย

4.2.2 ประเทศอังกฤษ

จากการศึกษากฎหมายประเทศอังกฤษพบว่า ในความผิดอื่นที่มีโทษความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เมื่อได้ความในชั้นวินิจฉัยความผิดว่าจำเลยกระทำความผิดในชั้นของการกำหนดโทษ หากมีเหตุลดโทษเนื่องจากจำเลยกระทำไปโดยบันดัลโทษ ศาลก็จะใช้ดุลพินิจลดโทษให้กับจำเลยได้ บันดัลโทษในคดีทั่วๆไปจึงอยู่นอกโครงสร้างความผิดทางอาญา โดยจัดเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่ง

4.2.3 ประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่านักกฎหมายมีความเห็นตรงกันว่าบันดัลโทษเป็นเหตุบรรเทาโทษ แม้จะเรียกชื่อว่าเหตุลดหย่อนโทษหรือเหตุลดโทษก็ตาม แต่ในเรื่องที่อยู่ของบันดัลโทษในโครงสร้างของความผิดอาญา นักกฎหมายไทยมีทั้งความเห็นที่อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาและเห็นว่าอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา แต่ในทางปฏิบัติศาลไทยจะมีความเห็นว่าบันดัลโทษอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญา โดยจะพิจารณาบันดัลโทษร่วมไปกับการวินิจฉัยความผิด ซึ่งแตกต่างจากเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 ที่ศาลจะนำมาพิจารณาลดโทษในขั้นตอนภายหลังการวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิด

ผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72 ตอนท้ายใช้คำว่า “ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” จึงเห็นว่าบันดัลโทษไม่จัดอยู่ในเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษ เพราะไม่ใช่เหตุที่อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญา แต่จัดเป็นเหตุบรรเทาโทษ

อันเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา โดยในกรณีนี้ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นคร ให้ความเห็นไว้ว่า “แม้การกระทำโดยบันดาลโทสะจะเกิดเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แต่เหตุเช่นนี้ไม่อาจอ้างเพื่อลบล้างความชั่วได้ เพราะผู้นั้นในทางกายภาพ ยังมีความสมบูรณ์อยู่ทุกประการ กฎหมายยอมให้อ้างเฉพาะกรณีอันเกิดจากความไม่สมบูรณ์ทางกายอันมีผลถึงจิตใจเท่านั้น เช่น จิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน และเห็นว่าบันดาลโทสะเป็นพฤติการณ์แห่งการกระทำผิดที่ศาลชอบที่จะนำไปประกอบการพิจารณาในการกำหนดโทษแก่จำเลยให้เหมาะสมมากกว่า ซึ่งเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลนำไปประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่จำเลยทำนองเดียวกับเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78”¹³⁸ จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นคร เห็นว่าบันดาลโทสะไม่จัดอยู่ในเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งเป็นเหตุที่อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญา แต่จัดเป็นเหตุบรรเทาโทษ อันเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดบันดาลโทสะเกิดขึ้น ศาลจะต้องพิจารณาเหตุบรรเทาโทษเพื่อกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด

4.3 ปัญหาการอ้างเหตุบรรเทาโทษกรณีบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม

กฎหมายอาญาของประเทศไทย ได้วางหลักเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะในมาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำใดเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ จะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ ผู้กระทำถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะ และผู้กระทำได้กระทำต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น หากครบหลักเกณฑ์ผู้กระทำจึงจะสามารถอ้างเหตุบันดาลโทสะต่อศาลเพื่อขอลดหย่อนโทษได้

ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำโดยบันดาลโทสะเป็นการกระทำที่เกิดจากการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงทำให้ผู้กระทำได้กระทำกลับต่อผู้ข่มเหงในขณะที่มีโทสะอยู่ หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าไม่ได้เป็นการกระทำที่ออกมาจากจิตใจตั้งแต่ต้น แต่เป็นการกระทำที่เกิดจากการถูกข่มเหง กฎหมายจึงมองว่าการกระทำเช่นนี้สมควรได้รับการลดโทษ แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เป็นบทบัญญัติที่มีข้อบกพร่อง เนื่องจากไม่คุ้มครองการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม

คำว่า “เหตุสะสม” มิได้มีการให้คำจำกัดความไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด แต่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีการใช้คำว่า Cumulative Provocation ซึ่งเป็นภาษาทางกฎหมาย หมายถึง การข่มเหงสะสม ดังนั้น การกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมจึงหมายถึง การกระทำที่เกิดจากการถูกข่มเหงสะสมต่อเนื่องที่มีลักษณะเล็กน้อย แต่มีการข่มเหงบ่อยครั้งต่อเนื่อง หรือเป็นกรณีที่มีการข่มเหงอย่างร้ายแรงแต่ผู้ถูกข่มเหงไม่เกิดโทสะในทันที แต่เกิดโทสะเมื่อได้รับการข่มเหงในลักษณะเช่นเดิมอีกหลายครั้ง ทำให้ผู้ถูก

¹³⁸ คณิต ฦ นคร (เชิงอรรถ 123) 147.

ข่มเหงไม่สามารถอดทนต่อการถูกข่มเหงนั้นได้อีก เปรียบเสมือนจุดสุดท้ายของความอดทน จึงได้ตัดสินใจกระทำกลับเพื่อตอบโต้ต่อผู้ข่มเหง

ดังนั้น เมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม กฎหมายของไทยกลับไม่รองรับการกระทำในลักษณะดังกล่าว ทำให้ผู้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้ไม่สามารถอ้างบทกฎหมายดังกล่าวขึ้นต่อสู้ได้ แม้ผู้กระทำจะกระทำต่อผู้ข่มเหงในขณะที่บันดาลโทสะจริง ๆ จึงเป็นผลร้ายต่อผู้ที่เป็นจำเลยในคดีมากกว่าผลเสีย ซึ่งถือเป็นช่องว่างของกฎหมายที่สำคัญในการวินิจฉัยความผิดทางอาญา จึงเป็นบทกฎหมายที่สมควรแก้ไขด้วยสาเหตุ ดังนี้

4.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดเพราะเหตุที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง

หลักในการวินิจฉัยของศาลในประเทศไทยจะต้องปรากฏว่าการข่มเหงจะต้องมีความร้ายแรง จึงจะอ้างบันดาลโทสะได้ แต่หากเป็นการข่มเหงเล็กน้อย ๆ จะไม่สามารถอ้างว่าเป็นเหตุบันดาลโทสะได้ เช่น การถูกใช้ การถูกกลั่นแกล้ง การยั่วยั่ว การกระทำที่ทำให้ผู้นั้นได้รับความอับอาย การใช้คำพูดตำหนิซึ่งมิใช่คำด่าแต่เป็นคำพูดที่กระทบต่อจิตใจของผู้ฟัง โดยศาลไทยได้วางหลักวิธีการพิจารณาการข่มเหงดังกล่าวว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงหรือไม่ ไว้ว่าต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาทั่วไป หรือวิญญูชนทั่วไป ที่อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์ในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำความผิด จะวินิจฉัยโดยยึดเอาความรู้สึกของผู้กระทำความผิดเองไม่ได้ นอกจากนี้ในกรณีที่มีการข่มเหงครั้งสุดท้ายไม่มีความร้ายแรงเพียงพอ ซึ่งอาจเกิดจากการถูกข่มเหงสะสมทีละเล็กทีละน้อย แต่ในการข่มเหงครั้งสุดท้ายเป็นการกระทำที่สะกิดความรู้สึกของผู้กระทำ ส่งผลให้ผู้กระทำได้ตัดสินใจลงมือกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงก็ไม่สามารถอ้างเหตุกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายปัจจุบันได้ เช่น เด็กนักเรียนวัยรุ่นคนหนึ่งแกล้งปัสสาวะไม่ดีด้วยการเยาะเย้ย เต็มยั่วโมโห ซึ่งมีลักษณะการกระทำเล็กน้อย แต่หากเด็กนักเรียนเหล่านั้นมากันเป็นกลุ่มและกระทำลักษณะดังกล่าวบ่อยครั้ง แม้จะมีลักษณะต่างคนต่างกระทำ แต่หากทำบ่อยครั้งก็ไม่ต่างกับการเติมเชื้อเพลิงให้เกิดการประทุได้เมื่อปัสสาวะไม่ดีได้รับการข่มเหงดังกล่าวบ่อยครั้งอย่างต่อเนื่อง ก็อาจทำให้ปัสสาวะไม่ดีไม่สามารถอดทนต่อการข่มเหงนั้นได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการข่มเหงครั้งสุดท้ายก็เป็นเพียงการเยาะเย้ย เต็มยั่วโมโห มิได้มีลักษณะเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงแต่อย่างใด แต่การกระทำดังกล่าวก็ไม่ต่างกับการข่มเหงอย่างร้ายแรงจากบุคคลคนหนึ่ง องค์ประกอบความผิดในเรื่องนี้จึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่สำคัญ ทำให้ผู้กระทำความผิดลักษณะเช่นนี้ไม่สามารถอ้างหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อเป็นเหตุลดหย่อนโทษสำหรับการกระทำความผิดนี้ได้ และไม่มีกฎหมายใดเลยที่สามารถช่วยเหลือผู้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้

จากการศึกษากฎหมายประเทศเยอรมนีพบว่า การกระทำโดยบันดาลโทสะมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 212 ในคดีความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาที่เรียกว่า Totschlag ส่วนความผิดอาญาอื่นที่ไม่ใช่ความผิด Totschlag ที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะ ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง หากได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะที่ไม่ใช่ความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย Totschlag การกล่าวอ้างว่าบันดาลโทสะจะเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ศาลนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่จำเลย ร่วมกับข้อเท็จจริงต่างๆตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ ซึ่งจะนำมา

พิจารณาภายหลังจากที่พิจารณาได้ความว่าจำเลยได้กระทำความผิด ซึ่งจะเห็นว่าประเทศเยอรมนีเปิดกว้างให้สามารถนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบันดัลโทสะเข้าสู่การรับรู้ของศาลได้ โดยถือเป็นข้อเท็จจริงที่ให้ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ รวมทั้งได้ยอมรับพฤติการณ์ถูกข่มเหงสะสมเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาคดีและโทษ พร้อมทั้งนำประวัติภูมิหลังของผู้กระทำความผิด ลักษณะพิเศษเฉพาะทั้งทางร่างกายและทางจิตใจของผู้กระทำความผิดเข้ามาพิจารณาร่วมด้วย โดยศาลจะนำเหตุที่ผู้กระทำความผิดกล่าวอ้างมาพิจารณาบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำความผิด

จากการศึกษากฎหมายประเทศอังกฤษพบว่า ประเทศอังกฤษได้ยอมรับหลักการพิจารณาเรื่องบันดัลโทสะโดยนิยามว่าเป็นการสูญเสียการควบคุมตัวเองอย่างกะทันหันและชั่วคราว และได้มีกฎหมาย The Homicide Act 1957 มาตรา 3 กำหนดวิธีการพิจารณาเกี่ยวกับบันดัลโทสะไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ ในกรณีที่มิหลักฐานไม่ว่าจะโดยการกระทำหรือโดยคำพูดหรือทั้งสองประการ แสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำโดยบันดัลโทสะ ศาลจะต้องนำเสนอให้คณะลูกขุนพิจารณา แต่ทั้งนี้ไม่ได้เป็นบทบังคับให้ศาลจะต้องเสนอให้กับคณะลูกขุนทุกกรณี แต่เป็นดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยแต่ละคดีเป็นเรื่อง ๆ เมื่อคณะลูกขุนจะต้องพิจารณา คณะลูกขุนจะต้องพิจารณาถึงทุกสิ่งที่เป็นเหตุแห่งการข่มเหงทั้งการกระทำและคำพูด รวมทั้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศ และลักษณะพิเศษเฉพาะทางร่างกายของจำเลย เช่น การศึกษา อายุ รวมทั้งพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่จำเลยได้รับการข่มเหงก่อนหน้านี้เข้ามาพิจารณาร่วมด้วย โดยใช้วิธีพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาทั่วไป หรือวิญญูชนทั่วไปว่าเมื่อถูกกระทำเช่นเดียวกันกับที่จำเลยได้รับ จะเกิดความบันดัลโทสะทำให้สูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้นหรือไม่ และหากวิญญูชนได้รับเช่นนั้นจะกระทำเช่นที่จำเลยกระทำหรือไม่ เช่น คดีของ R v Ahluwalia หรือคดีของ R v Smith ศาลอังกฤษได้ตัดสินว่าลักษณะพิเศษเฉพาะของผู้กระทำความผิดสามารถนำมาพิจารณาพิสูจน์ข้ออ้างเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะได้

นอกจากนี้อาจจะมีการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างความร้ายแรงของพฤติการณ์ที่ใช้ในการข่มเหงเปรียบเทียบกับความผิดที่กระทำลงนั้นด้วยว่า ในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการพอหรือไม่ที่จะถือว่าร้ายแรงถึงขนาดที่จะกระทำความผิดเช่นนั้นลงไป โดยพิจารณาว่าหากเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิดเมื่อถูกข่มเหงเช่นนั้นจะรู้สึกว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจของตนอย่างร้ายแรงหรือไม่ ถ้าพิจารณาโดยเปรียบเทียบดังกล่าวแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวนั้นถือว่ามีความรุนแรงต่อร่างกายหรือจิตใจ การกระทำนั้นนั้นถือได้ว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง อันเป็นเหตุที่จะอ้างได้ว่าเป็นการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะได้

โดยสรุปประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดเพราะเหตุที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง เนื่องจากการกระทำโดยบันดัลโทสะตามกฎหมายอาญาปัจจุบัน เป็นการกระทำที่ต้องอาศัยการข่มเหงที่รุนแรง จึงจะอ้างเหตุกระทำไปเพราะเหตุบันดัลโทสะได้ รวมทั้งในการพิจารณาของศาล จะพิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการข่มเหงที่ได้กระทำลงในครั้งสุดท้ายเท่านั้น ไม่ได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการข่มเหงที่ได้เคยกระทำในอดีตเข้ามาพิจารณาร่วมด้วย ซึ่งหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดกระทำไปเพราะบันดัลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม และในการข่มเหงครั้งสุดท้ายไม่มีความรุนแรง แต่เกิดการข่มเหงขึ้นบ่อยครั้งต่อเนื่อง ก็จะทำให้

ไม่สามารถอ้างกฎหมายปัจจุบันได้ตั้งนั้น จึงมีรูปแบบการพิจารณาความร้ายแรงที่ไม่เหมือนกัน หากประเทศไทยต้องการพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับกับการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมนี้ อาจต้องแก้ไขตัวบทกฎหมายในเรื่องความรุนแรง พร้อมทั้งนำข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเพศ และลักษณะพิเศษเฉพาะทางร่างกายของจำเลย เช่น การศึกษา อายุ รวมทั้งพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่จำเลยได้รับก่อนหน้านี้เข้ามาพิจารณาร่วมด้วย ซึ่งจะทำให้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมกับสภาพแห่งข้อหาและบทลงโทษการกระทำผิด

4.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น

หลักกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันการจะอ้างว่าเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ นอกจากจะต้องถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแล้ว ยังต้องกระทำต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นด้วยการกระทำเพียงใดถือว่าเป็นการกระทำความผิดในขณะนั้น ศาลในประเทศไทยวางหลักว่า ไม่จำเป็นต้องเป็นขณะเดียวกันกับการข่มเหงในทันทีทันใด ซึ่งอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันกับที่ข่มเหงหรือเกิดการกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงขึ้นในช่วงระยะเวลาต่อเนื่องอย่างกระชั้นชิด แต่สาระสำคัญคือต้องในขณะที่มีโทสะอยู่ ปัญหาคือการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมมักจะมีช่วง ระยะเวลาที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างการกระทำความผิดกับเหตุการณ์ข่มเหงที่ทำให้เกิดการกระทำความผิด ซึ่งหากมีระยะเวลาที่ห่างมากเกินไปก็จะเกิดปัญหาในการอ้างว่ากระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมได้

ศาลในประเทศไทยวางหลักว่า สาระสำคัญของการอ้างเหตุบันดาลโทสะได้นั้นคือต้องกระทำในขณะที่มีโทสะอยู่ การพิจารณาว่าบุคคลใดสมควรที่จะระงับโทสะได้แล้วหรือไม่ จึงต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาทั่วไป หรือวิญญูชนทั่วไป ที่อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์ในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำความผิด โดยต้องดูว่าบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำระงับความโกรธได้แล้วหรือยัง จะพิจารณายึดจากความรู้สึกของผู้กระทำหรือผู้ถูกระทำเองไม่ได้ เนื่องจากสภาวะทางร่างกาย จิตใจ การศึกษา การอบรม การดำรงชีพ ของแต่ละบุคคลมีไม่เหมือนกัน บางคนโกรธง่ายเมื่อถูกระทบทางอารมณ์ก็จะส่งผลกระทบต่อความรู้สึกและอารมณ์ได้ง่าย จึงเป็นกรณีที่เกิดโทสะได้ง่าย เมื่อไปกระทำความผิดขึ้นจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ แต่หากเป็นคนโกรธยากแม้ถูกข่มเหงบ่อยครั้งก็ไม่ส่งผลถึงอารมณ์ ก็อาจจะโกรธยากขึ้นกว่าคนปกติทั่วไป หากไปกระทำความผิดต่อผู้อื่นในขณะที่ไม่มีความโกรธก็จะอ้างว่ากระทำไปเพราะบันดาลโทสะไม่ได้ และเมื่อเปรียบเทียบแล้วเห็นวาระระยะเวลาที่เกิดการข่มเหงขึ้นกับการกระทำความผิดลงนั้น คนธรรมดาย่อมระงับความโกรธลงได้แล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดในขณะที่บันดาลโทสะ

จากการศึกษากฎหมายประเทศอังกฤษพบว่า หลักเกณฑ์การพิจารณาในประเด็นว่าได้การกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นหรือไม่ ประเทศอังกฤษก็ใช้วิธีดูว่าได้กระทำความผิดในขณะที่มีโทสะหรือไม่ (sudden heat of passion) เพราะโทสะคือการสูญเสียการควบคุมตนเองอย่างชั่วคราวในทันที โดยพิจารณาตามหลัก Object element ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าหากเป็นวิญญูชนที่ถูกกระทำข่มเหงเช่นนั้นแล้ว วิญญูชนจะสามารถยับยั้งใจได้แล้วหรือยัง นอกจากนี้ในอังกฤษได้มีการนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะพิเศษเฉพาะทั้งทางร่างกายและทางจิตใจของผู้กระทำผิดเข้ามาพิจารณาร่วมด้วย แต่ทั้งนี้ต้องไม่ใช่เป็นข้อแก้ตัวหรือเป็นข้ออ้าง

จากความผิดที่มีจิตคิดแค้น ที่วางหลักโดยผู้พิพากษา Devlin J ในคดี Duffy กล่าวว่า “การจะพิจารณาว่ากรณีจะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะหรือกระทำโดยจิตคิดแค้นสามารถดูได้ คือ การกระทำโดยจิตคิดแค้นผู้กระทำมีเวลาที่จะคิดมีเวลาที่จะกระทำโต้ตอบ ซึ่งนั่นจะตรงข้ามกับหลักสูญเสียการควบคุมตนเองอย่างชั่วคราวในทันที ซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการกระทำโดยบันดาลโทสะ” กล่าวคือ ถ้ามีช่องว่างของระยะเวลา ระหว่างการข่มเหงกับการกระทำความผิด กฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการกระทำความผิดโดยความโกรธแค้นไม่ใช่การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ดังนั้น หากเป็นการกระทำเพราะความโกรธแค้นจะเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และไม่สามารถอ้างเหตุบันดาลโทสะได้เลย

โดยสรุปประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นได้ว่าการกระทำความผิดที่กระทำต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นจะต้องวิเคราะห์ตามองค์ประกอบของกฎหมาย กล่าวคือ ต้องกระทำความผิดลงในขณะที่บันดาลโทสะอยู่ แต่ด้วยการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมมีช่วงระยะเวลาที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างการกระทำความผิดกับเหตุการณ์ข่มเหงที่ทำให้เกิดการกระทำความผิด แต่หากพิจารณาบทกฎหมายไทยและต่างประเทศแล้วพบว่า ไม่จำเป็นเลยที่จะต้องกระทำในขณะที่มีการข่มเหงในทันที เพียงแต่จะต้องกระทำในขณะที่โทสะยังอยู่ ดังนั้น ปัญหาดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับว่า ในขณะที่กระทำ ความผิดผู้กระทำความผิดยังมีโทสะอยู่หรือไม่ หากมีโทสะอยู่ก็เข้าองค์ประกอบของบันดาลโทสะ แต่หากกระทำในขณะที่ไม่ได้มีโทสะก็ไม่เข้าองค์ประกอบของบันดาลโทสะ ซึ่งเป็นเรื่องของ การนำสืบข้อเท็จจริงในศาล ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดมีโทสะหรือไม่ นอกจากศาลจะพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของ คนธรรมดาทั่วไป หรือวิญญาณชนทั่วไป ที่อยู่ใ้ภาวะวิสัยและพฤติการณ์ในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำ ความผิด โดยดูว่าบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำระงับความโกรธหรือยังแล้ว ศาลควรจะนำ พฤติการณ์ทั้งหลายที่ผู้กระทำได้รับสะสมจากการถูกทำร้ายในอดีตเข้ามาร่วมพิจารณาด้วย เพราะผู้ที่ถูกข่มเหง มาเป็นระยะเวลานานมักจะเกิดโทสะสะสมตกค้างอยู่ในจิตใจเป็นระยะเวลายาวนานกว่าการ ถูกข่มเหง อย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมตามปกติ หากจำเลยถูกกระทำมากย่อมมีโทสะมาก ในช่วงเวลาเดียวกัน วิญญาณชนทั่วไปอาจจะระงับโทสะได้แล้ว แต่ในขณะที่เดียวกันจำเลยอาจยังไม่สามารถระงับโทสะได้ก็เป็นได้

4.4 ผู้มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำโดยบันดาลโทสะ

การพิจารณาว่าผู้ใดสมควรเป็นผู้วินิจฉัยว่าจำเลยได้กระทำโดยบันดาลโทสะหรือไม่นั้น จาก การศึกษาพบว่าผู้มีอำนาจวินิจฉัยความผิดอาญา ตามกฎหมายประเทศอังกฤษกำหนดให้คณะลูกขุน ซึ่งเป็น บุคคลธรรมดาทั่วไป เป็นผู้นิฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดตามกฎหมายหรือไม่ หากคณะลูกขุนตัดสินว่ามี ความผิดจึงจะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะปรับบทกฎหมายและกำหนดอัตราส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิด แต่ สำหรับประเทศเยอรมนี ซึ่งมีรูปแบบการดำเนินคดีอาญาเป็นการดำเนินคดีโดยรัฐ ลักษณะการดำเนินคดีอาญา จึงไม่เหมือนกับประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี ได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษจำเลย โดยให้พิจารณา จากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ตามมาตรา 46 และ 47 พิจารณาจากความเห็นของอัยการ ซึ่งอัยการเป็น ผู้มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเสนอต่อศาลและเข้าสู่การรับรู้ของศาล โดยต้องเสนอ

พยานหลักฐานทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่จำเลย ตามมาตรา 160 II และ 160 III ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) และพิจารณาจากข้อเท็จจริงในระหว่างการดำเนินคดี ซึ่งศาลจะต้องค้นหาความจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยให้มากที่สุด ไม่ว่าจะประวัติส่วนตัวหรือภูมิหลัง ประวัติการกระทำความผิด ตลอดจนข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งที่เป็นผลดีและผลร้าย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปอย่างถูกต้อง นอกจากนี้ อัยการ ตำรวจ หรือแม้แต่นายจำเลย ต่างมีหน้าที่ร่วมมือกันค้นหาความจริงทุกฝ่าย โดยไม่จำกัดรูปแบบวิธี ไม่มีหลักเกณฑ์เรื่องพยานหลักฐาน เพื่อให้การกำหนดโทษจำเลยเป็นไปอย่างเหมาะสม เพราะศาลจะกำหนดโทษอย่างเหมาะสมได้ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดอย่างเพียงพอ ซึ่งจะต่างกับประเทศไทย เนื่องจากในการปฏิบัติตลอดมาศาลยุติธรรมทั้งหลายไม่กระตือรือร้น หากแต่วางเฉยโดยสิ้นเชิง¹³⁹ และปล่อยให้พนักงานอัยการโจทก์และจำเลยสืบพยานต่อสู้กันเอาเองในศาล ซึ่งทางปฏิบัตินี้ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายแต่อย่างใด¹⁴⁰ ผู้เขียนเห็นว่า การค้นหาความจริงในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นเรื่องที่สำคัญ เมื่อมีการกล่าวหาว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น พนักงานสอบสวน และอัยการเป็นผู้มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเสนอต่อศาลและเข้าสู่การรับรู้ของศาล โดยต้องเสนอพยานหลักฐานทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่จำเลย และพิจารณาจากข้อเท็จจริงในระหว่างการดำเนินคดี ซึ่งศาลจะต้องค้นหาความจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยให้มากที่สุด ไม่ว่าจะประวัติส่วนตัวหรือภูมิหลัง ประวัติการกระทำความผิด ตลอดจนข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งที่เป็นผลดีและผลร้าย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปอย่างถูกต้อง

4.5 เหตุผลความจำเป็นในการแก้ไขตัวบทกฎหมายกรณีบันดาลโทสะ

การกระทำโดยบันดาลโทสะเป็นการกระทำที่เกิดจากการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงทำให้ผู้กระทำได้กระทำกลับต่อผู้ข่มเหงในขณะที่มีโทสะอยู่ หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าไม่ได้เป็นการกระทำที่ออกมาจากจิตใจตั้งแต่ต้น แต่เป็นการกระทำที่เกิดจากการถูกข่มเหง กฎหมายจึงมองว่าการกระทำเช่นนี้สมควรได้รับการลดโทษ จึงได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แต่อย่างไรก็ตาม การถูกข่มเหงสะสมก็ถือเป็นภาวะการถูกรุขมเหงอย่างหนึ่งที่จะทำให้เกิดโทสะขึ้นได้เช่นกัน แม้ว่าการข่มเหงนั้นจะไม่มี ความรุนแรง ซึ่งอาจเกิดจากการทำร้ายทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ ทางเพศ หรือการถูกคุกคามด้วยวิธีการอื่นใด ต่อเนื่องตลอดเวลาหลายครั้งซ้ำซ้อน จนถึงขั้นที่ผู้ถูกทำร้ายไม่สามารถอดกลั้นแบกรับความทุกข์นั้นได้ไหว และได้กระทำตอบโต้ต่อบุคคลนั้นในขณะเดียวกันหรือในภายหลังต่อมา จะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวก็เป็นการกระทำที่เกิดจากโทสะเช่นกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่สมควรได้รับการลดโทษเช่นกัน

ในปัจจุบันประเทศไทยเริ่มมีการกล่าวถึงอาการ Battered Woman Syndrome (BWS) ซึ่งเป็นอาการลักษณะที่หญิงซึ่งถูกทำร้ายจากสามี และต่อมาหญิงที่ถูกทำร้ายได้กระทำกลับต่อสามีด้วยวิธีต่าง ๆ ใน

¹³⁹ คณิต ณ นคร (เชิงอรธร 18) 76.

¹⁴⁰ คณิต ณ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 48.

วงการกฎหมาย เช่น โครงการนิติศาสตร์เสวนาครั้งที่ 2/2556 เรื่อง บทบาทของศาลยุติธรรมกับการคุ้มครองสวัสดิภาพสตรี เด็ก และบุคคลในครอบครัวที่ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว หรือโครงการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง การรักษาสถาบันครอบครัวกับสิทธิมนุษยชนของผู้หญิงที่ถูกกระทำความรุนแรง และเมื่อ พ.ศ. 2550 ก็ได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ประกาศใช้บังคับ ซึ่งจะเห็นได้ว่ามุมมองของกฎหมายก็เริ่มมีการมองเห็นถึงปัญหาที่ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงต้องตกอยู่ในสภาพคล้ายหรือเหมือนผู้ป่วยทางจิต และมีปฏิกิริยาตอบโต้กลับต่อคนที่กดขี่ข่มเหงตัวเองมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว ดังนั้น กฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการบังคับทางอาญา จึงสมควรแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 72 ให้สามารถรองรับการกระทำความผิดที่เกิดจากการบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมก่อนกฎหมายอื่น ๆ

สุดท้ายนี้ผู้เขียนเห็นว่าการลงโทษทางกฎหมายซึ่งถือเสมือนเป็นสภาพบังคับของกฎหมายอาญา จึงมีความสำคัญอย่างมากกับผู้ตกเป็นจำเลยในคดี สมควรที่จะต้องพิจารณาหลักกฎหมายให้ถูกต้องตามข้อเท็จจริงให้มากที่สุด เพื่อจะได้กำหนดบทลงโทษให้กับผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมตรงตามหลักพื้นฐานกฎหมายอาญาว่าด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของความผิดและโทษ ซึ่งการวินิจฉัยหลักกฎหมายในเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะ มีผลสำคัญอย่างมากในการกำหนดโทษให้กับผู้กระทำผิด เพราะถือเป็นส่วนหนึ่งที่ผู้พิพากษาใช้เป็นดุลพินิจในการกำหนดโทษ ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาทางกฎหมายสมควรที่จะต้องได้รับการแก้ไข เพื่อให้กฎหมายมีความสมบูรณ์ที่สุดเท่าที่ควรจะเป็น ซึ่งจะสอดคล้องกับสิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Right to fair trial)

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม เป็นการศึกษาบทกฎหมายอาญาของประเทศไทย ซึ่งในปัจจุบันยังไม่รองรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม ทำให้ผู้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้ไม่สามารถอ้างหลักกฎหมายต่อสู้ในศาล เพื่อเป็นเหตุลดหย่อนโทษสำหรับความผิดที่กระทำได้ ส่งผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษไม่เหมาะสมและไม่ได้รับความเป็นธรรม และไม่มีกฎหมายใดเลยที่สามารถช่วยเหลือผู้กระทำความผิดในลักษณะเช่นนี้ ในทางปฏิบัติศาลต้องใช้ดุลพินิจของศาลเอง ในการปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ส่งผลให้การปรับใช้หลักกฎหมายมีความผิดพลาดคลาดเคลื่อนกับความเป็นจริง ไม่มีมาตรฐานระหว่างนักกฎหมาย หรือแม้แต่ศาลยุติธรรมด้วยกัน เช่นนี้ จึงเกิดเป็นคำถามที่ว่าผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมเหล่านั้น ทำไมถึงถูกมองเป็นเพียงผู้ร้ายในการกระทำความผิดฉกรรจ์เท่านั้น ทั้งที่ในอีกมุมมองหนึ่งผู้กระทำความผิดเหล่านั้นสมควรจะถูกเรียกว่าเป็นหนึ่งใน “เหยื่อความรุนแรง” ที่เลือกเดินทางผิดด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งในความจริงแล้วบุคคลเหล่านี้ไม่ใช่อาชญากรโดยสันดานที่จะลงมือกระทำความผิดด้วยความสะใจ ความพอใจ หรือจากความชั่วร้ายในสันดานเลย

ในการศึกษาเหตุบันดาลโทสะเพื่อนำมาใช้วินิจฉัยความผิดอาญาให้ถูกต้องนั้นจะต้องศึกษาก่อนว่าการวินิจฉัยโครงสร้างของความผิดอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีความแตกต่างกันอย่างไร จากการศึกษาพบว่าการวินิจฉัยโครงสร้างของความผิดอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีความแตกต่างกัน 3 ประการ ได้แก่ ประการแรกด้านการวินิจฉัยความผิดอาญา กล่าวคือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ประการแรกจะพิจารณาการครอบครองที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งรวมการกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในไว้ด้วยกัน เมื่อได้ความว่าครอบครองที่กฎหมายบัญญัติแล้ว จึงจะพิจารณาประการที่สอง ว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ และประการที่สามว่าเป็นความชั่วหรือไม่ต่อไป แตกต่างกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งประการแรกจะพิจารณาการกระทำที่ผิดกฎหมายก่อน (Actus Reus) แล้วจึงจะพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบทางจิตใจ (Mens Rea) ซึ่งได้แก่ เจตนา ประมาท ประการที่สองด้านเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ กล่าวคือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้แยกเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษออกจากกันอย่างชัดเจน โดยเหตุยกเว้นความผิดอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 2 คือความผิดกฎหมาย และเหตุยกเว้นโทษอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 3 คือความชั่ว แตกต่างกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ไม่ได้แยกออกจากกันอย่างชัดเจน และประการที่สามด้านผู้มีอำนาจวินิจฉัยความผิดอาญา กล่าวคือ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยความผิดและเป็นผู้ปรับบทกฎหมายและกำหนดอัตราส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด แตกต่างกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งจะกำหนดให้คณะลูกขุน

การพิจารณาเหตุบันดาลโทสะจำเป็นต้องพิจารณาที่อยู่ของบันดาลโทสะก่อนว่าสมควรอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อใด จึงจะทำให้การใช้หลักกฎหมายบันดาลโทสะเป็นไปอย่างถูกต้อง โดยโครงสร้างของความผิดอาญา มี 3 ข้อ ได้แก่ การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว โดยพิจารณาเริ่มจากการกระทำครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เมื่อพิจารณาครอบงำประกอบความผิดแล้ว จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ประการที่สองว่าเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ และพิจารณาต่อไปว่าเป็นความชั่วหรือไม่ตามลำดับ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าครบหลักเกณฑ์ตามโครงสร้างของความผิดอาญา ผู้นั้นก็เป็นผู้ที่มีความผิดอาญา แล้วในขั้นตอนต่อมาจึงค่อยพิจารณาโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด โดยศาลจะต้องนำเหตุบรรเทาโทษต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่จำเลย

จากการศึกษากฎหมายประเทศเยอรมนีพบว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะในคดีทั่วไปศาลจะนำมาพิจารณาภายหลังจากที่พิจารณาได้ความว่าจำเลยกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง โดยถือเหตุบรรเทาโทษจัดอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา เป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลนำไปประกอบในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่จำเลย

จากการศึกษากฎหมายประเทศอังกฤษพบว่า ในความผิดอื่นที่มีโทษความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เมื่อได้ความในชั้นวินิจฉัยความผิดว่าจำเลยกระทำความผิดในชั้นของการกำหนดโทษ หากมีเหตุลดโทษเนื่องจากจำเลยกระทำไปโดยบันดาลโทสะ ศาลก็จะใช้ดุลพินิจลดโทษให้กับจำเลยได้ บันดาลโทสะในคดีทั่วไป จึงอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา โดยจัดเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่ง

ผู้เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72 ตอนท้ายใช้คำว่า “ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” จึงเห็นว่าบันดาลโทสะไม่จัดอยู่ในเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษ เพราะไม่ใช่เหตุที่อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญา แต่จัดเป็นเหตุบรรเทาโทษอันเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดบันดาลโทสะเกิดขึ้น ศาลจะต้องพิจารณาตามโครงสร้างของความผิดอาญาก่อน แล้วจึงค่อยพิจารณาเหตุบรรเทาโทษเพื่อกำหนดบทลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดจึงจะถูกต้อง แต่ในประเทศไทยกลับมีนักกฎหมายที่มีความเห็นว่าบันดาลโทสะอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญา และในทางปฏิบัติศาลไทยมักจะนำบันดาลโทสะเข้าไปพิจารณาร่วมกับการวินิจฉัยความผิด ซึ่งแตกต่างจากเหตุบรรเทาโทษอื่นๆ เช่น ตามมาตรา 78 ที่ศาลจะนำมาพิจารณาลดโทษในขั้นตอนภายหลังการวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิด

อย่างไรก็ตาม เหตุบันดาลโทสะแม้จะเป็นเหตุบรรเทาโทษประเภทหนึ่ง แต่บทบัญญัติการกระทำโดยบันดาลโทสะดังกล่าวกลับมีข้อบกพร่องบางประการ เนื่องจากไม่คุ้มครองการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่าหลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะ และผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ผู้เขียนเห็นว่า

การกระทำโดยบันดาลโทสะเป็นการกระทำที่เกิดจากการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงทำให้ผู้กระทำได้กระทำกลับต่อผู้ข่มเหงในขณะที่มีโทสะอยู่ หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าไม่ได้เป็นการกระทำที่ออกมาจากจิตใจตั้งแต่ต้น แต่เป็นการกระทำที่เกิดจากการถูกข่มเหง

ดังนั้น เมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม กฎหมายของไทยกลับไม่รองรับการกระทำในลักษณะดังกล่าว ทำให้ผู้กระทำผิดในลักษณะเช่นนี้ไม่สามารถอ้างบทกฎหมายดังกล่าวขึ้นต่อสู้ได้ แม้ผู้กระทำจะกระทำต่อผู้ข่มเหงในขณะที่บันดาลโทสะจริง ๆ จึงเป็นผลร้ายต่อผู้ที่เป็นจำเลยในคดีมากกว่าผลเสีย ซึ่งถือเป็นช่องว่างของกฎหมายที่สำคัญในการวินิจฉัยความผิดทางอาญา จึงเป็นบทกฎหมายที่สมควรแก้ไขด้วยสาเหตุ ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดเพราะเหตุที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง

การที่จะอ้างเหตุบันดาลโทสะได้จะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง หลักในการวินิจฉัยว่าการข่มเหงดังกล่าวเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงหรือไม่ ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาทั่วไป หรือวิญญาณทั่วไป ที่อยู่ใต้อาการวิสัยและพฤติการณ์ในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำความผิด จะวินิจฉัยโดยยึดเอาความรู้สึกของผู้กระทำความผิดเองไม่ได้ โดยพิจารณาว่าหากเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิดเมื่อถูกข่มเหงเช่นนั้นจะรู้สึกว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจของตนอย่างร้ายแรงหรือไม่ ถ้าพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับกล่าวแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวนั้นถือว่ามี ความรุนแรงต่อร่างกายหรือจิตใจ การกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง แต่การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม อาจเกิดจากการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงก็ได้ เพราะเป็นกรณีที่ผู้ถูกข่มเหงถูกข่มเหงมาเป็นระยะเวลาอัน สดสมการถูกข่มเหงที่ละเล็กทีละน้อย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือกรณีที่ผู้ถูกข่มเหงถูกข่มเหงอย่างไม่ร้ายแรง แต่สะสมเป็นระยะเวลาอันยาวนานความไม่ร้ายแรงนั้นอาจสะสมจนถือได้ว่าเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงต่อผู้ถูกข่มเหงก็ได้ ดังนั้น หากกฎหมายจำกัดเฉพาะการข่มเหงที่ร้ายแรงที่สามารถอ้างเหตุบันดาลโทสะได้ ผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมนี้ ก็ไม่อาจอ้างเหตุบันดาลโทสะตามมาตรา 72 ได้เลย นอกจากนี้ปัจจุบันศาลพิจารณาเฉพาะการข่มเหงในครั้งสุดท้ายโดยไม่ดูพฤติกรรมการข่มเหงครั้งก่อนหน้า ซึ่งหากการข่มเหงครั้งสุดท้ายไม่มีความร้ายแรงเพียงพอ ก็จะไม่สามารถอ้างกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะขึ้นต่อสู้ได้ และไม่มีกฎหมายใดเลยที่สามารถช่วยเหลือผู้กระทำผิดในลักษณะเช่นนี้

จากการศึกษากฎหมายประเทศเยอรมนีพบว่า การกระทำโดยบันดาลโทสะมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 212 ในคดีความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาที่เรียกว่า Totschlag ส่วนความผิดอาญาอื่นที่ไม่ใช่ความผิด Totschlag ที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะ ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง หากได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะที่ไม่ใช่ความผิดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย Totschlag การกล่าวอ้างว่าบันดาลโทสะจะเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ศาลนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษที่เหมาะสมแก่จำเลย ร่วมกับข้อเท็จจริงต่างๆตามหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษ ซึ่งจะนำมาพิจารณาภายหลังจากที่พิจารณาได้ความว่าจำเลยได้กระทำความผิด ซึ่งจะเห็นว่าประเทศเยอรมนีเปิดกว้างให้

สามารถนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับบันดัลโทสะเข้าสู่การรับรู้ของศาลได้ โดยถือเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ รวมทั้งได้ยอมรับพฤติการณ์ถูกข่มเหงสะสมเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาตัดสินโทษ พร้อมทั้งนำประวัติภูมิหลังของผู้กระทำผิด ลักษณะพิเศษเฉพาะทั้งทางร่างกายและทางจิตใจของผู้กระทำความผิดเข้ามาพิจารณาร่วมด้วย โดยศาลจะนำเหตุที่ผู้กระทำได้กล่าวอ้างมาพิจารณาบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำ

จากการศึกษากฎหมายประเทศอังกฤษพบว่า ประเทศอังกฤษได้ยอมรับหลักการพิจารณาเรื่องบันดัลโทสะโดยนิยามว่าเป็นการสูญเสียการควบคุมตัวเองอย่างกะทันหันและชั่วคราว และได้มีกฎหมาย The Homicide Act 1957 มาตรา 3 กำหนดวิธีการพิจารณาเกี่ยวกับบันดัลโทสะไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือ ในกรณีที่มิหลักฐานไม่ว่าจะโดยการกระทำหรือโดยคำพูดหรือทั้งสองประการ แสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำโดยบันดัลโทสะ ศาลจะต้องนำเสนอให้คณะลูกขุนพิจารณา โดยคณะลูกขุนจะต้องพิจารณาถึงทุกสิ่งที่เป็นเหตุแห่งการข่มเหงทั้งการกระทำและคำพูด รวมทั้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศ และลักษณะพิเศษเฉพาะทางร่างกายของจำเลย เช่น การศึกษา อายุ รวมทั้งพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่จำเลยได้รับการข่มเหงก่อนหน้านี้เข้ามาพิจารณาร่วมด้วย โดยใช้วิธีพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาทั่วไป หรือวิญญูชนทั่วไปว่าเมื่อถูกกระทำเช่นเดียวกันกับที่จำเลยได้รับ จะเกิดความบันดัลโทสะทำให้สูญเสียการควบคุมตนเองชั่วคราวในขณะนั้นหรือไม่ และหากวิญญูชนได้รับเช่นนั้นจะกระทำเช่นที่จำเลยกระทำหรือไม่

นอกจากนี้อาจจะมีการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างความร้ายแรงของพฤติการณ์ที่ใช้ในการข่มเหงเปรียบเทียบกับความผิดที่กระทำลงนั้นด้วยว่า ในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการพอหรือไม่ที่จะถือว่าร้ายแรงถึงขนาดที่จะกระทำความผิดเช่นนั้นลงไป โดยพิจารณาว่าหากเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิดเมื่อถูกข่มเหงเช่นนั้นจะรู้สึกว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อร่างกายหรือจิตใจของตนอย่างร้ายแรงหรือไม่ ถ้าพิจารณาโดยเปรียบเทียบดังกล่าวแล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวนั้นถือว่ามี ความรุนแรงต่อร่างกายหรือจิตใจ การกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง อันเป็นเหตุที่จะอ้างได้ว่าเป็นการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะได้

โดยสรุปประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดเพราะเหตุที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง เนื่องจากการกระทำโดยบันดัลโทสะตามกฎหมายอาญาปัจจุบัน เป็นการกระทำที่ต้องอาศัยการข่มเหงที่รุนแรง จึงจะอ้างว่ากระทำไปเพราะเหตุบันดัลโทสะได้ เนื่องจากศาลพิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการข่มเหงที่ได้กระทำลงในครั้งสุดท้ายเท่านั้น ไม่ได้พิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการข่มเหงที่ได้เคยกระทำในอดีตเข้ามาพิจารณาร่วมด้วย หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดกระทำไปเพราะบันดัลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม ซึ่งในการข่มเหงครั้งสุดท้ายไม่มีความรุนแรง แต่เกิดการข่มเหงขึ้นบ่อยครั้งต่อเนื่อง ดังนั้น จึงมีรูปแบบการพิจารณาที่ไม่เหมือนกัน หากประเทศไทยต้องการพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับกับการกระทำโดยบันดัลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมนี้ อาจต้องนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการข่มเหงที่ได้เคยถูกกระทำในอดีตมาพิจารณาร่วมด้วย ซึ่งจะทำให้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสมกับสภาพแห่งข้อหาและบทลงโทษการกระทำความผิด

2. ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น

การจะอ้างว่าเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามหลักกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน นอกจากจะต้องถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแล้ว ยังต้องกระทำต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นด้วย การกระทำเพียงใดถือว่าเป็นกระทำในขณะนั้น ศาลในประเทศไทยวางหลักว่า ไม่จำเป็นต้องเป็นขณะเดียวกันกับการข่มเหงในทันทีทันใด ซึ่งอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันกับที่ข่มเหงหรือเกิดการกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงขึ้นในช่วงระยะเวลาต่อเนื่องอย่างกระชั้นชิดก็ได้ แต่สาระสำคัญคือต้องกระทำในขณะที่มีโทสะอยู่

จากการศึกษากฎหมายประเทศอังกฤษพบว่า หลักเกณฑ์การพิจารณาในประเด็นว่าได้การกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นหรือไม่ ประเทศอังกฤษก็ใช้วิธีดูว่าได้กระทำความผิดในขณะที่มีโทสะหรือไม่ (sudden heat of passion) เพราะโทสะคือการสูญเสียการควบคุมตนเองอย่างชั่วคราวในทันที โดยพิจารณาตามหลัก Object element ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าหากเป็นวิญญูชนที่ถูกกระทำข่มเหงเช่นนั้นแล้ว วิญญูชนจะสามารถยับยั้งใจได้แล้วหรือยัง นอกจากนี้ในอังกฤษได้มีการนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะพิเศษเฉพาะทั้งทางร่างกายและทางจิตของผู้กระทำผิดเข้ามาพิจารณาร่วมด้วย แต่ทั้งนี้ต้องไม่ใช่เป็นข้อแก้ตัวหรือเป็นข้ออ้างจากความผิดที่มีจิตคิดแค้น ซึ่งนั่นจะตรงข้ามกับหลักสูญเสียการควบคุมตนเองอย่างชั่วคราวในทันที ซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการกระทำโดยบันดาลโทสะ” กล่าวคือ ถ้ามีช่องว่างของระยะเวลาระหว่างการข่มเหงกับการกระทำความผิด กฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการกระทำความผิดโดยความโกรธแค้นไม่ใช่การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ดังนั้น หากเป็นการกระทำเพราะความโกรธแค้นจะเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และไม่สามารถอ้างเหตุบันดาลโทสะได้เลย

โดยสรุปประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นได้ว่าการกระทำความผิดที่กระทำต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นจะต้องวิเคราะห์ตามองค์ประกอบของกฎหมาย กล่าวคือ ต้องกระทำความผิดลงในขณะที่บันดาลโทสะอยู่ แต่ด้วยการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมมีช่วงระยะเวลาที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างการกระทำความผิดกับเหตุการณ์ข่มเหงที่ทำให้เกิดการกระทำความผิด แต่หากพิจารณาทกกฎหมายไทยและต่างประเทศแล้วพบว่า ไม่จำเป็นเลยที่จะต้องกระทำในขณะที่มีการข่มเหงในทันที เพียงแต่จะต้องกระทำในขณะที่มีโทสะอยู่ ดังนั้น ปัญหาดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับว่า ในขณะที่กระทำความผิดผู้กระทำยังมีโทสะอยู่หรือไม่ หากมีโทสะอยู่ก็เข้าองค์ประกอบของบันดาลโทสะ แต่หากกระทำในขณะที่ไม่มีโทสะก็ไม่เข้าองค์ประกอบของบันดาลโทสะ ซึ่งเป็นเรื่องของการนำสืบข้อเท็จจริงในศาล ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้กระทำมีโทสะหรือไม่ นอกจากศาลจะพิจารณาเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนธรรมดาทั่วไป หรือวิญญูชนทั่วไป ที่อยู่ในภาวะวิสัยและพฤติการณ์ในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำความผิด โดยดูว่าบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำระงับความโกรธหรือยังแล้ว ศาลควรจะนำพฤติการณ์ทั้งหลายที่ผู้กระทำได้รับสะสมจากการถูกทำร้ายในอดีตเข้ามาร่วมพิจารณาด้วย

การพิจารณาว่าผู้ใดสมควรเป็นผู้วินิจฉัยว่าจำเลยได้กระทำโดยบันดาลโทสะหรือไม่นั้น จากการศึกษาพบว่าผู้มีอำนาจวินิจฉัยความผิดอาญา ตามกฎหมายประเทศอังกฤษกำหนดให้คณะลูกขุน ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป เป็นผู้วินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดตามกฎหมายหรือไม่ หากคณะลูกขุนตัดสินว่ามี

ความผิดจึงจะเป็นหน้าที่ของศาลที่จะปรับบทกฎหมายและกำหนดอัตราส่วนโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด แต่สำหรับประเทศเยอรมนี ซึ่งมีรูปแบบการดำเนินคดีอาญาเป็นการดำเนินคดีโดยรัฐ ลักษณะการดำเนินคดีอาญาจึงไม่เหมือนกับประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี ได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษจำเลย โดยให้พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ตามมาตรา 46 และ 47 พิจารณาจากความเห็นของอัยการ ซึ่งอัยการเป็นผู้มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเสนอต่อศาลและเข้าสู่การรับรู้ของศาล โดยต้องเสนอพยานหลักฐานทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่จำเลย ตามมาตรา 160 II และ 160 III ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) และพิจารณาจากข้อเท็จจริงในระหว่างการดำเนินคดี ซึ่งศาลจะต้องค้นหาความจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยให้มากที่สุด ไม่ว่าจะเป็ประวัติส่วนตัวหรือภูมิหลัง ประวัติการกระทำความผิด ตลอดจนข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งที่เป็นผลดีและผลร้าย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปอย่างถูกต้อง นอกจากนี้ อัยการ ตำรวจ หรือแม้แต่นายจำเลย ต่างมีหน้าที่ร่วมมือกันค้นหาความจริง โดยไม่จำกัดรูปแบบวิธี ไม่มีหลักเกณฑ์เรื่องพยานหลักฐาน ซึ่งจะต่างกับประเทศไทย เนื่องจากในการปฏิบัติตลอดมาศาลยุติธรรมทั้งหลายไม่กระตือรือร้น หากแต่วางเฉยโดยสิ้นเชิง และปล่อยให้พนักงานอัยการโจทก์และจำเลยสืบพยานต่อสู้กันเองในศาล ซึ่งทางปฏิบัตินี้ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า การค้นหาความจริงในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นเรื่องที่สำคัญ เมื่อมีการกล่าวหาว่าได้มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น พนักงานสอบสวน และอัยการเป็นผู้มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยเสนอต่อศาลและเข้าสู่การรับรู้ของศาล โดยต้องเสนอพยานหลักฐานทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่จำเลย และพิจารณาจากข้อเท็จจริงในระหว่างการดำเนินคดี ซึ่งศาลจะต้องค้นหาความจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยให้มากที่สุด ไม่ว่าจะเป็ประวัติส่วนตัวหรือภูมิหลัง ประวัติการกระทำความผิด ตลอดจนข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งที่เป็นผลดีและผลร้าย เพื่อให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษเป็นไปอย่างถูกต้อง

ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยเริ่มมีการกล่าวถึงอาการ Battered Woman Syndrome (BWS) ซึ่งเป็นอาการลักษณะที่หญิงซึ่งถูกทำร้ายจากสามี และต่อมาหญิงที่ถูกทำร้ายได้กระทำกลับต่อสามีด้วยวิธีต่าง ๆ ในวงการกฎหมาย เช่น โครงการนิติศาสตร์เสวนาครั้งที่ 2/2556 เรื่อง บทบาทของศาลยุติธรรมกับการคุ้มครองสวัสดิภาพสตรี เด็ก และบุคคลในครอบครัวที่ถูกกระทำความรุนแรงในครอบครัว หรือโครงการเสวนาทางวิชาการ เรื่อง การรักษาสถาบันครอบครัวกับสิทธิมนุษยชนของผู้หญิงที่ถูกกระทำความรุนแรง และเมื่อ พ.ศ. 2550 ก็ได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ประกาศใช้บังคับ ซึ่งจะเห็นได้ว่ามุมมองของกฎหมายก็เริ่มมีการมองเห็นถึงปัญหาที่ผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงต้องตกอยู่ในสภาพคล้ายหรือเหมือนผู้ป่วยทางจิต และมีปฏิกิริยาตอบโต้กลับต่อคนที่กดขี่ข่มเหงตัวเองมาเป็นระยะเวลาหนึ่งแล้ว ดังนั้น กฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการบังคับทางอาญา จึงสมควรแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 72 ให้สามารถรองรับการกระทำความผิดที่เกิดจากการบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสมก่อนกฎหมายอื่น ๆ

สุดท้ายนี้ผู้เขียนเห็นว่า การลงโทษทางกฎหมายซึ่งถือเสมือนเป็นสภาพบังคับของกฎหมายอาญา จึงมีความสำคัญอย่างมากกับผู้ตกเป็นจำเลยในคดี สมควรที่จะต้องพิจารณาหลักกฎหมายให้ถูกต้องตาม

ข้อเท็จจริงให้มากที่สุด เพื่อจะได้กำหนดบทลงโทษให้กับผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมตรงตามหลักพื้นฐานกฎหมายอาญาว่าด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของความผิดและโทษ ซึ่งการวินิจฉัยหลักกฎหมายในเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะ มีผลสำคัญอย่างมากในการกำหนดโทษให้กับผู้กระทำความผิด เพราะถือเป็นส่วนหนึ่งที่ผู้พิพากษาใช้เป็นดุลพินิจในการกำหนดโทษ ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาทางกฎหมายสมควรที่จะต้องได้รับการแก้ไข เพื่อให้กฎหมายมีความสมบูรณ์ที่สุดเท่าที่ควรจะเป็น ซึ่งจะสอดคล้องกับสิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Right to fair trial)

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 พบว่า การวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยยังไม่ถูกต้องและตัวบทกฎหมายยังไม่รองรับถึงกรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม ดังนั้น เพื่อให้การวินิจฉัยความผิดอาญาเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นการคุ้มครองผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม ให้มีกฎหมายรองรับการกระทำดังกล่าว ซึ่งจะทำให้การกำหนดบทลงโทษมีความเหมาะสมกับสิ่งที่จำเลยได้กระทำ ตามหลักการพื้นฐานทางอาญาในเรื่องการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งจะสอดคล้องกับสิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ผู้เขียนจึงขอเสนอดังนี้

1. การวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยจะต้องวินิจฉัยไปตามลำดับขั้นตอนของโครงสร้างของความผิดอาญา โดยพิจารณาเริ่มจากการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ เมื่อพิจารณาครบองค์ประกอบแล้ว จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ประการที่สองว่าเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ และพิจารณาต่อไปว่าเป็นความชั่วหรือไม่ หากครบตามโครงสร้างของความผิดอาญา ผู้นั้นก็เป็นผู้ที่มีความผิดอาญาตามกฎหมาย แล้วในขั้นตอนต่อมาจึงค่อยพิจารณาโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด โดยศาลจะต้องนำเหตุบรรเทาโทษต่าง ๆ มาพิจารณาประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษแก่จำเลย

2. ในเรื่องบันดาลโทสะพบว่าตัวบทกฎหมายยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเกิดจากเหตุสะสม จึงขอเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 จากเดิมบัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” โดยใช้ถ้อยคำต่อไปนี้แทน

“ผู้ใดกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจากการถูกข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม โดยมีได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กรมสุขภาพจิต, ‘ตะลึง! แผลทางใจ รุมเร้า 4.7 แสนคน 4 จว.ชายแดนใต้พบผู้ป่วยมากที่สุด’
(25 กุมภาพันธ์ 2561) <<https://dmh.go.th/news-dmh/view.asp?id=27614> >
สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่มที่ 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11 สำนักพิมพ์บริษัท กรุงเทพมหานคร)
พับลิชชิง จำกัด 2562).
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 11 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566).
_____, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
_____, *จริยธรรมนักกฎหมายกับการปฏิรูปกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 1 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561).
_____, *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ* (พิมพ์ครั้งที่ 12 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2559).
_____, “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” (วารสารนิติศาสตร์ 16 มิถุนายน 2529).
- จรัญ ภัคศิธนากุล, ‘การรักษาสถาบันครอบครัวกับสิทธิมนุษยชนของผู้หญิงที่ถูกกระทำความรุนแรง’
<<https://www.isranews.org/content-page/item/52893-ww-52893.html>>
สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567.
- จิตติ ดิงศภัทัย, *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2555).
_____, (กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทัย 2555).
- ชาย เสวิกุล, *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 1 โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2517).
- ณัฐินี คงทรัพย์สินศิริ, “การศึกษาภาวะจำหนของผู้หญิงที่ถูกทำร้ายจากครอบครัวในสังคมไทย:
กรณีศึกษาผู้หญิงที่เข้ารับบริการมูลนิธิเพื่อนหญิง”, (วิทยานิพนธ์ สังคมวิทยาและมนุษยวิทยา มหาวิทยาลัยมหาบัณฑิต
คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552).
- ณรงค์ ใจหาญ, *คำบรรยายวิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไปว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย*
(พิมพ์ครั้งที่ 2 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2542).
- ณัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน, ‘ทฤษฎีความรับผิดชอบอาญา’
<https://www.stou.ac.th/Schools/Slw/upload/41716_2.pdf>
สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง* (พิมพ์ครั้งที่ 17 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2548).
_____, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 21 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- นพดล พลกุล, *สัมมนากฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1 สำนักพิมพ์สัจตบรรณ 2557).
- ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566).
_____, อิทธิพลของสำนักความคิดทางกฎหมายที่มีต่อกฎหมายอาญาของไทย , งานวิชาการรำลึก

บรรณานุกรม (ต่อ)

- ประเทือง ธนียผล, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 6 มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2552).
- ประธาน วัฒนวานิชย์, 'แนวความคิดในการลงโทษ' 2 วารสารนิติศาสตร์ (12)(2524).
- ปัญชลี โชติคุด, 'การใช้ความรุนแรงต่อคู่สมรส' (วิทยานิพนธ์ สังคมวิทยาและมนุษยวิทยา มหาวิทยาลัยมหิดล
คณะสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2541).
- ผจงจิตต์ อธิคมนันท์, *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ*
(พิมพ์ครั้งที่ 1 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2529).
- เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก, 'การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบทางอาญาศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญา
ของประเทศอังกฤษ เยอรมันและไทย' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี
พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2545).
- พิชญาภา เจียมแท้, 'ความหมายและมาตรการทางกฎหมายต่อการกระทำความรุนแรงในครอบครัว
: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555).
- สหธน รัตนไพจิตร, 'ความประสงค์ของการลงโทษ: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมาย
ลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2527).
- สายสุตา นิงสานนท์, 'ความรับผิดชอบเด็ดขาดในกฎหมายลักษณะละเมิด' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ 2525).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2551).
- สำนักข่าวอิสรา, 'ความรุนแรงในครอบครัว อาการป่วยทางจิตกดดันจนต้องฆ่า เปิดกฎหมายไทย ไปถึงไหน'
<<https://www.isranews.org/thaireformother-news/52893-ww-52893.html>>
สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567.
- สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, *บทสรุปโครงการนิติศาสตร์เสวนาครั้งที่ 2/2556
เรื่องบทบาทของศาลยุติธรรมกับการคุ้มครองสวัสดิภาพสตรี เด็ก และบุคคลในครอบครัว
ที่ถูกระทำความรุนแรงในครอบครัว*, (สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม 2555).
- สุภัสสี เทพหัสติน ญ อยุธยา, "โครงสร้างความรับผิดอาญาเยอรมัน : ตรรกะแห่งการวินิจฉัยความผิดอาญา"
<https://dunlaphaha.coj.go.th/upload/2557/2/2557_2_a6.pdf>
สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567
- หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2 - 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2538).
- _____, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 19 สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547).
- _____, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127* (พิมพ์ครั้งที่ 7 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- อรัญ สุวรรณบุบผา, *หลักอาชญาวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 1 สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช 2518).
- อัจฉริยา ชูตินันทน์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566).
- เอกุต์, *กฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง คำสอนปรีญาตรี* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2477).
- อภิรดี มีสัจย์, ‘การนำนโยบายคุ้มครองผู้กระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้กระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 ไปปฏิบัติ:กรณีศึกษา ศูนย์ปฏิบัติการเพื่อป้องกันการกระทำ ความรุนแรงในครอบครัว กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ’ (วิทยานิพนธ์ รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553).
- MGR ONLINE, ‘จำคุกป่าทุบรถ 2 เดือน แต่ให้รอลงอาญา ศาลบรรเทาโทษเหตุความเครียดสะสม’ (30 พฤษภาคม 2562) <<https://mgronline.com/crime/detail/9620000051641>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567.

ภาษาต่างประเทศ

- Alafair S.Burke, ‘Rational Actors,Self-Defense,and Duress:Making Sense, Not Syndromes,Out of the Battered Woman’ North Carolina Law Review, Vol.81, No.1 (December 2002).
- Alan Reed and Peter Seago, *Criminal Law* (Sweet& Maxwell 1999).
- A. P. Simester and G.R. Sullivan, *Criminal Law Theory and Doctrine*, (Hart Publishing 2000).
- Course Hero, ‘R v Thornton [1992] 1 All ER 306’ <<https://www.coursehero.com/file/p60ger48/R-v-Thornton-1992-1-All-ER-306-The-appellant-killed-her-alcoholic-abusive-and/>> สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567.
- Eduard Dreher and Herbert Trondle. *Strafgesetzbuch und nebengesetze* (Muechen : C.H.Beck, 1981).
- E-lawresources. co.uk, ‘R v Thornton [1996] 1 WLR 1174’ <<https://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Thornton.php>> 13 เมษายน 2567.
- Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (2nd ed steven & son ltd. 1983).
- Henry Weihofen, *The Law of Criminal Correction: Punishment* (West Publishing Co 1983).
- Henry Campbell, *Black’s Law Dictionary* (5th ed West Publishing Co. 1979).
- H.M.S.O., *Report of the Commission on Capital Punishment, Command Report* (n.p. 1953).
- Jaen Pradel, *Droit Pénal Général* (Paris Cujas 2002).
- Jeremy Travis, *The Validity and Use of Evidence Concerning Battering and Its Effects in Criminal Trials* (State Justice Institute 1996).

บรรณานุกรม (ต่อ)

John Smith, *Criminal Law* (tenth edition The bath Press 2002).

JUSTIA us law, STATE v. Wanrow, 'The Supreme Court of Washington, En Banc'

<<https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1977/43949-1.html>>

สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567.

Lcca, 'R v Janet Catherine Charlton' <<https://www.lccsa.org.uk/r-v-janet-catherine-charlton-2003/>>

สืบค้นเมื่อ 13 เมษายน 2567.

Micheal Jefferson, *Criminal Law* (3rd ed. Pitman Publishing 1997).

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

Supreme Court of California Decisions, People V. Humphrey (1996).

Richard A. Berk, 'Phyllis J. Newton and Sarah Fenstermaker Berk, What a Difference a Day

Makes: An Empirical Study of the Impact of shelters for Battered Woman'

Journal of marriage and family 48, No.3 (1986).

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล นครินทร์ แป้นงาม

ประวัติการศึกษา

- พ.ศ. 2566 - เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 75 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- พ.ศ. 2558 - หลักสูตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 47 สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพความ
- พ.ศ. 2556 - นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ประสบการณ์ทำงาน

นิติกรปฏิบัติการ กระทรวงมหาดไทย