

โครงสร้างของความผิดอาญา : ศึกษากระบวนการคิดของ
กฎหมายอาญาเยอรมันเพื่อปรับใช้กับกฎหมายอาญาไทย

สุภัชดี เทพหัสดิน ณ อยุธยา

คู่มือนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2556

**Structure of Crime : Study on the Conceptualization of
German Criminal Law applying to Thai Criminal Law**

Supachalee Devahastin Na Ayudhya

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

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2013

หัวข้อวิทยานิพนธ์	โครงสร้างของความผิดอาญา : ศึกษากระบวนการคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันเพื่อปรับใช้กับกฎหมายอาญาไทย
ชื่อผู้เขียน	สุภัสสรี เทพหัสดิน ณ อยุธยา
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	ศาสตราจารย์แสง บุญเฉลิมวิภาส
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2556

บทคัดย่อ

ปัจจุบันการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาในประเทศไทยขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน และความเป็นเอกภาพ เนื่องจากมีแนวทางการอธิบายและการปรับใช้กฎหมายที่มีความแตกต่าง หลากหลายทั้งตามรูปแบบของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) และตามแนวความคิดของแต่ละบุคคล ส่งผลให้ กระบวนการลำดับความคิดในการเรียนการศึกษากฎหมาย ตลอดจนการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ของศาลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่มีความเป็นระบบและไม่สอดคล้องกับนิติวิธีของ ระบบประมวลกฎหมาย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ประเทศไทยมีแนวทางการ วินิจฉัยความผิดอาญาอย่างเป็นระบบ มีเทคนิควิธีทางกฎหมายที่รอบคอบ กระชับและรัดกุม รวมถึง มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเป็นเอกภาพทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ โดยมีการกำหนดโครงสร้างของ ความผิดอาญา (Structure of Crime) ขึ้นภายใต้กฎหมายไทยเพื่อเป็นเครื่องมือในการพิสูจน์ว่าความ ชัดแย้งต่อปทัสถานทางสังคมจักถือเป็นความผิดอาญาหรือไม่ อย่างเป็นลำดับขั้น

ในการศึกษาค้นคว้าจะประมวลให้เห็นถึงลักษณะของการวินิจฉัยการกระทำความผิด ของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เริ่มต้นจากแนวคิดและความเป็นมาของกฎหมายอาญาใน ประเทศไทยนับตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 สมัยการประกาศใช้ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนกระทั่งถึงการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน (พ.ศ. 2499) และแนวทางการอธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาที่มีความหลากหลาย ขาด เอกภาพรวมทั้งชี้ให้เห็นถึงผลกระทบทางความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันต่อกฎหมายไทย ความเชื่อมโยงและความเหมาะสมในการนำมาเป็นแบบอย่างสำคัญสำหรับการกำหนดโครงสร้าง

ของความผิดอาญาไทย โดยศึกษาค้นคว้าถึงแนวคิดและทฤษฎีซึ่งนำมาสู่การกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน ข้อสาระสำคัญในโครงสร้างของความผิดอาญา หลักเกณฑ์อันนำมาซึ่งการกำหนดองค์ประกอบในแต่ละข้อสาระ แนวทางการใช้นิติวิธี และจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยเพื่อวิเคราะห์ให้เห็นถึงสภาพการณ์ของแนวคิดในกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันเพื่อตรวจสอบว่า ขณะนี้หลักเกณฑ์ใดที่มีบัญญัติไว้หรือมีการกำหนดเป็นแนวทางชัดเจนอยู่แล้ว มีความเหมาะสมแล้ว หรือมีหลักเกณฑ์ใดที่ขาดไป ยังไม่รอบคอบชัดเจน ไม่เหมาะสม และเกิดปัญหาใดขึ้นกับการศึกษากฎหมายและการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทยจากความไม่ชัดเจนเป็นระบบของการอธิบายโครงสร้างของความผิดอาญา

ผลจากการศึกษาและวิเคราะห์อย่างละเอียดถี่ถ้วนทำให้สามารถสร้างความเข้าใจในพื้นฐานแนวคิดทางกฎหมายอาญาที่มีส่วนสนับสนุนสำคัญในการลำดับความคิดไปสู่การวินิจฉัยความผิดอาญาอย่างเป็นระบบ ทำให้ประเทศไทยมีโครงสร้างของความผิดอาญาเป็นหลักเกณฑ์ในการศึกษาทำความเข้าใจบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาที่ชัดเจน มีความเป็นสากลเป็นระบบ เป็นขั้นเป็นตอน เป็นเหตุเป็นผล เชื่อมโยงจากลำดับต้นไปสู่ลำดับถัดไปและง่ายแก่การทำทำความเข้าใจ ทำให้นักกฎหมายและผู้ใช้กฎหมายมีพื้นฐานความเข้าใจในแนวคิดของกฎหมายอาญาและการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาอย่างลึกซึ้ง เกิดจิตสำนึกที่จะปฏิบัติตามกฎหมายด้วยความเคารพ เนื่องจากเข้าใจถึงเหตุผลเบื้องหลังของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักประกันของกฎหมายอาญาที่สะท้อนอยู่ในข้อสาระสำคัญแต่ละลำดับของโครงสร้างของความผิดอาญา รวมทั้งทำให้กฎหมายอาญาของไทยสามารถเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง และท้ายที่สุดเพื่อตอบวัตถุประสงค์ของคณาจารย์ในการวางแนวทางการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้นในกฎหมายไทยให้มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย เป็นหนึ่งเดียวกับนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายและสามารถอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้อย่างเท่าทันกับความเปลี่ยนแปลงและเที่ยงตรงกับสภาพปัญหาของสังคมไทยในปัจจุบัน

Thesis Title	Structure of Crime : Study on the Conceptualization of German Criminal Law applying to Thai Criminal Law
Author	Supachalee Devahastin Na Ayudhya
Thesis Advisor	Prof. Dr. Phaisith Phipatanakul
Co-Thesis advisor	Prof. Dr. Kanit Nanakorn
Co-Thesis Advisor	Prof. Sawang Boonchalermvipas
Department	Law
Academic Year	2013

ABSTRACT

At the moment, the crucial step towards reaching the judgment for any criminal offense committed has presented itself and dared any person concerned to overcome since there has neither distinguishable criterion nor unity pertaining to the aforementioned subject in Thailand. For one reason or another, it can be said that this obstacle has come a long way in the years past with regard to the differences in the process of explanation and the process of legal application. To put it another way, the dissimilarity and variant ways in explaining and applying law as mentioned above are consequence of the distinct way of interpreting and applying the provision of law between countries based on civil law system and common law system and unfortunately, the particular way of interpreting and presenting legal concept of individual. Consequently, these difficulties come out with neither conformity nor unity of the higher-order thinking process concerning legal study and the hearing and finding of court judgment in criminal justice.

Mainly three issues are put under consideration in this research. First, to contribute a systematic method for effectiveness and efficiency in determining what constitutes criminal offences. Second, to provide apprehensive, concise and circumspect techniques of legal reasoning and legal argument. Third, to extend apprehensible criterion which a judgment can be based associated with the unity of theory and practice. These objectives are time-related to achieve a certain task, and are the measurable outcomes of activities undertaken to successfully and efficiently achieve goal. To put it another way, the researcher accomplished her goal effectively by means of introducing the structure of crime which can be established under Thai law in pursuant of being criterion for proof which is a step

by step, intuitively motivated yet precise development leading to a natural discovery of results of whether the violation of salient social norms which is regularly complied with is criminal offense.

Taking into consideration, the research process from the initial purpose of the project through data gathering and critical analysis to final conclusions and actions arising out of the research has prosperously accomplished several objectives. One of the foremost accomplishment is to demonstrates a comprehensive understanding about the criteria of determining what constitutes criminal offences from past to present. The research study has accomplished the aforementioned objective by presenting the introduction of not only concepts and practice associated with criminal law but also historical background of the criminal law in Thailand prior to the promulgation of the Penal Code of Siam R.S. 127, through during the enforcement of the Penal Code of Siam R.S. 127 and later on which the Penal Code of Siam R.S. 127 had been repealed and the present penal code, the Penal Code (B.E. 2499) has been promulgated. Besides, another achievement of this research has also shown its prominent after the critical evaluation and analysis had been performed, the research has uncovered that there has a variation in method for determining what constitutes criminal offences consequently, no unity with regard to the said method has been formed. In addition, this research also indicates that the concept of German law has significantly influenced the concept of Thai law aside from the association between the laws of two countries. Therefore, thereafter the study research had been conducted after consideration; it brings forth the successful conclusion which should be taken into consideration that is the German structure of crime can definitely be the consensus and non-adversarial model to Thai structure of crime. The research hypothesis is supported with the assistance of studying, reviewing and undertaking research to explore many preponderance considerations, these are, first concept and theory contributed to the significant consequence, the development of the German structure of crime, second, the significant substance prescribed in the aforesaid structure of crime, third, the procedure being conducive to the establishment of the German structure of crime, forth, the juristic method and its application. As a consequence, the research has been advanced further to the achievement by means of evaluating, analyzing and comparing the significant aspects to the provision of law under the Thai Penal Code considering the present circumstances concerning legal concept under Thai criminal law. These crucial but constructive tasks had been carried through in favor of observing, ascertaining and accomplishing the fulfillment of many challenges having chosen to present themselves in variant ways but still in need of being concluded; first, whether there has any

procedure or criterion being conducive to the establishment of the structure of crime has been explicitly and correspondingly constituted and second, whether or not any obstacle in legal study and the finding of judgment has been extended on account of neither comprehensibility nor unity in explaining the structure of crime.

This research process had employed every means of effective strategy taking into account the efficiently locating and gathering data, attentively evaluating and comparing information then critically analyzing information, last but not least, the ample time spending to refine and sharpen the goal is also allowed. The consequences of the achieving success in this study now backs up the conclusions long attributed to the goal achievement in this research and are definitely not more far-reaching. To highlight research accomplishment, on completion of the study, it offers a rewarding and exciting conclusion, by way of explanation; it constitutes the understanding in the basis of criminal law concept which will unquestionably strengthen the higher-order thinking process concerning legal study and contribute a systematic method for effectiveness and efficiency in determining what constitutes criminal offences. Furthermore, the structure of crime will be established under the law of Thailand in order to be the specific criterion assisting the studying and understanding in the objective of the law and the criminal law provision itself. Besides, this structure of crime constituted will present its universal, systematic, orderly and rational aspect and reward not only jurist but also any applicant the deep-level comprehension in fundamental criminal law concept and how to determine what constitutes criminal offences. Upon the deep-level perception in the objective of the criminal law and the guarantees in criminal law representing in every substance of the structure of crime, not only jurist but also any applicant will acquire sound judgment to act according to the law. One further inference is worth bringing out explicitly here, namely that establishing the structure of crime will assure that Thai criminal law will doubtlessly be the guarantees to the right and freedom of Thai citizen. In conclusion, the research has prosperously accomplished its goal, strictly speaking, introducing the structure of crime which can be established under Thai law in pursuant of being criterion for proof. Last in sequence, but not last in importance the aforementioned structure of crime will harmoniously and cooperatively correspond with Thai Penal Code and its juristic method thenceforth this harmoniously correspondence would uphold the true value of justice accurately and at the right time.

กิตติกรรมประกาศ

คุณฉันทิพนธ์ฉบับนี้ มีอาจสำเร็จลุล่วงด้วยดี หากปราศจากซึ่งการสนับสนุนและความกรุณาอย่างสูงของคณาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ให้คำชี้แนะและแนวทางที่ชัดเจน ในการศึกษาค้นคว้าแก่ผู้เขียน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล เป็นอย่างสูงที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ท่านศาสตราจารย์ ดร. ประชุม โจมฉาย และท่านศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ เอกบุตร สำหรับคำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆ ที่มีประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเริ่มต้นและพัฒนางานเขียน

ขอกราบขอบพระคุณอย่างที่สุด สำหรับความเมตตาจากท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร ในการผลักดันให้ผู้เขียนเริ่มต้นการศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต และในการอนุเคราะห์ให้คำชี้แนะที่เปี่ยมไปด้วยคุณค่าเพื่อเติมเต็มให้งานเขียนมีความครบถ้วนสมบูรณ์

ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส สำหรับความกรุณาในการให้คำปรึกษาและคำอธิบายที่ชัดเจนซึ่งทำให้ผู้เขียนเกิดแนวทางในการเขียนผลงานที่เป็นระบบ นอกจากนี้ ขอกราบขอบพระคุณ ท่านศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโยภาส ครูสอนกฎหมายของผู้เขียนนับแต่ครั้งยังเริ่มต้นศึกษาในชั้นปริญญาตรี และ ท่านศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต ซึ่งให้ความกรุณาร่วมเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้ข้อคิดที่มีคุณค่าอย่างยิ่งต่อการปรับแก้งานเขียนให้สมบูรณ์มากที่สุด

ด้วยความซาบซึ้งอย่างที่สุด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser ศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาและผู้อำนวยการสถาบันกฎหมายอาญา มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์ (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Germany) ที่กรุณาให้คำแนะนำในการศึกษาค้นคว้า ให้ความกระจ่างในข้อสงสัยและให้ความเมตตาดูแลผู้เขียนอย่างดีที่สุดตลอดระยะเวลาการค้นคว้าวิจัย 9 เดือน ณ ประเทศเยอรมนี

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ขอขอบพระคุณมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต สำหรับการสนับสนุนทุนการศึกษานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต และขอขอบพระคุณมูลนิธิ Hanns-Seidel-Stiftung ที่สนับสนุนทุนการวิจัย ณ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ขอขอบคุณสำหรับมิตรภาพทางวิชาการของอาจารย์กรรกริรมย์ โกมลารชุน ที่ช่วยให้คำปรึกษา ตอบข้อสงสัย และให้คำแนะนำในการค้นคว้า อีกทั้งเอื้อเฟื้อข้อมูลที่เป็นประโยชน์ตลอดจนตรวจสอบเนื้อหาภาษาเยอรมัน และอาจารย์ธรรทิพย์ เทียมทอง ที่คอยเป็นกำลังใจและช่วยตรวจทานเนื้อหาภาษาอังกฤษ

ขอขอบคุณท่านผู้พิพากษาสุพิศ ปราณีตพลกรัง อาจารย์นงศิรินารถ กุศลวงษ์ เพื่อนร่วมชั้นเรียนนิติศาสตรุษฎีบัณฑิต สำหรับคำแนะนำ ข้อคิดในการแก้ไขเพิ่มเติมงานเขียน มิตรภาพ และความมีน้ำใจที่มอบให้เสมอ ขอขอบคุณคุณสุรรัตน์ เจตน์ตะพุก ที่ให้ความช่วยเหลือเป็นธุระในการประสานงานต่างๆ ตลอดระยะเวลาการศึกษาจนสำเร็จหลักสูตร

เหนือกว่าอื่นใด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาของผู้เขียนที่ให้กำเนิด อบรมเลี้ยงดูอย่างอบอุ่นด้วยความรักและความเข้าใจ สอนให้คิดและทำในสิ่งที่ดี ให้การศึกษาตลอดจนสนับสนุนทุกๆ ด้านจนมีวันนี้และท้ายที่สุด ผู้เขียนคงไม่สามารถจัดทำุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ขึ้นได้ หากขาดความรักและความอาทรห่วงใยจากคู่ชีวิต ผู้คอยเป็นกำลังใจที่สำคัญยิ่งและเป็นผู้ช่วยตรวจทานเนื้อหาทั้งฉบับอย่างละเอียดถี่ถ้วน

คุณความดีและคุณประโยชน์ใดๆ อันเกิดขึ้นจากุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบบูชาพระคุณบิดามารดา ผู้เป็นที่รักและเคารพยิ่งกว่าชีวิตของผู้เขียน และขออุทิศให้เป็นอาจารย์บูชาแด่ครูบาอาจารย์ผู้มีพระคุณทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียนตลอดมา

สุภัชลี เทพหัสดิน ณ อยุธยา

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ซ
สารบัญตาราง.....	ฐ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาของการศึกษา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 สมมุติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. แนวความคิดของกฎหมายอาญาและนิติวิธีในกฎหมายไทย.....	9
2.1 แนวคิดในกฎหมายอาญา.....	10
2.2 ความเป็นมาก่อนการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.....	14
2.3 ความเป็นมาสมัยการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.....	15
2.4 ความเป็นมาสมัยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.....	34
2.5 นิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย.....	37
2.6 นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์.....	40
2.7 นิติวิธีของระบบกฎหมายไทย.....	41
3. แนวคิดและความเป็นมาของโครงสร้างของความผิดอาญาในประเทศไทย.....	46
3.1 แนวคิดและความเป็นมา.....	47
3.2 โครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย.....	49
3.2.1 อธิบายตามแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์.....	50
3.2.2 อธิบายตามแนวความคิดของระบบประมวลกฎหมาย.....	57
3.2.3 อธิบายตามแนวความคิดของนักกฎหมายไทย.....	68

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการวินิจฉัยการกระทำผิดอาญาตามแนวทางของ โครงสร้างของความผิดอาญาที่แตกต่างกัน.....	76
3.3.1 เปรียบเทียบแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของระบบ คอมมอนลอว์.....	76
3.3.2 เปรียบเทียบแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของระบบประมวล กฎหมาย.....	77
3.3.3 เปรียบเทียบแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาตามบทบัญญัติแห่ง ประมวลกฎหมายอาญาของไทย.....	79
4. แนวคิดของกฎหมายอาญาและความเป็นมาของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน.	81
4.1 แนวคิดของกฎหมายอาญา.....	82
4.2 ความหมายและภารกิจของกฎหมายอาญา.....	84
4.2.1 ความหมายของกฎหมายอาญา.....	84
4.2.2 ภารกิจของกฎหมายอาญา.....	85
4.3 ประเภทของความผิดอาญาและวิวัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญา.....	87
4.3.1 ประเภทของความผิดอาญาและมาตรการทางอาญา.....	87
4.3.2 วิวัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญา.....	92
4.4 โครงสร้างของความผิดอาญา.....	96
4.4.1 ความเป็นมาของโครงสร้างของความผิดอาญา.....	96
4.4.2 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำในทางอาญา.....	98
4.4.3 ข้อสาระในโครงสร้างของความผิดอาญา.....	106
4.4.3.1 ความหมายของโครงสร้างของความผิดอาญา.....	106
4.4.3.2 โครงสร้างของความผิดอาญา.....	109
4.4.3.3 ข้อสาระสามประการของโครงสร้างของความผิดอาญา.....	117
5. วิเคราะห์เปรียบเทียบสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญา.....	144
5.1 โครงสร้างของความผิดอาญาตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.....	146
5.1.1 การเขียนความเห็นทางกฎหมาย (Gutachten).....	152
5.1.2 การเขียนความเห็นเพื่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (Urteil).....	160

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5.2 โครงสร้างของความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย.....	164
5.3 เปรียบเทียบข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาในแต่ละประเทศ.	168
5.4 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลไทย.....	171
5.4.1 แนวคำพิพากษาที่วินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวโครงสร้างความผิด.....	172
5.4.2 แนวคำพิพากษาที่ไม่ได้วินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวโครงสร้าง ความผิด.....	175
6. วิเคราะห์แนวทางการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย.....	180
6.1 แนวความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันเทียบกับกฎหมายอาญาไทย.....	182
6.2 แนวความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันที่ควรนำมาใช้กำหนดโครงสร้าง ความผิดอาญา.....	185
6.3 แนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของไทย.....	193
7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	223
7.1 บทสรุป.....	225
7.2 ข้อเสนอแนะ.....	230
บรรณานุกรม.....	238
ภาคผนวก.....	251
ประวัติผู้เขียน.....	284

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
2.1 ตารางแสดงรายละเอียดเหตุการณ์สำคัญทางกฎหมาย.....	12
2.2 ตารางแสดงความแตกต่างที่เด่นชัดของนิติวิธีในระบบประมวลกฎหมาย และระบบคอมมอนลอว์.....	42
3.1 ตารางเปรียบเทียบสาระสำคัญขององค์ประกอบข้อต่างๆ ในโครงสร้าง ความผิดอาญา.....	66
4.1 ตารางแสดงมาตรการบังคับทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB).....	89
4.2 ตารางแสดงรายละเอียดของโครงสร้างของความผิดอาญาแบบ ทฤษฎีกฎหมายสองชั้น.....	111
4.3 ตารางแสดงรายละเอียดของโครงสร้างของความผิดอาญาแบบ ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น.....	113
4.4 ตารางแสดงโครงสร้างของความผิดอาญาสองชั้น.....	115
4.5 ตารางแสดงโครงสร้างของความผิดอาญาสามชั้น.....	116
5.1 ตารางเปรียบเทียบข้อสาระสำคัญของ โครงสร้างของความผิดอาญาในแต่ละ ประเทศ.....	168
6.1 ตารางเปรียบเทียบความคล้ายคลึงของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญา ตาม โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกับบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายอาญาของไทย.....	190
6.2 ตารางแสดงแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย.....	196

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาของการศึกษา

ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System/Code Law System) เป็นรูปแบบของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการกำหนดกรอบความประพฤติของบุคคลที่อยู่ร่วมกันในสังคมให้เป็นไปโดยปกติสุข เรียบร้อยและให้ประชาชนทุกคนมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงมีบทบาทที่สำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลในสังคม จึงเปรียบเสมือนว่าเป็นเครื่องมือหลักในการรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยเกี่ยวเนื่องด้วยภารกิจที่เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำความผิด ตลอดจนเป็นหลักประกันในการรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญาจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จำต้องมีแนวความคิดและนิติวิธีที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์อันสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศ ดังนั้น การพิจารณาว่าการกระทำใดจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ควรจักต้องมีโครงสร้างของความผิดอาญา (Structure of Crime) ซึ่งเปรียบเสมือนแนวความคิดในการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อวินิจฉัยการกระทำความผิดอย่างเป็นระบบ มีเหตุมีผลและมีการวินิจฉัยความผิดตามหลักนิติวิธี (Juristic Method) ที่ถูกต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของระบบกฎหมาย อีกทั้งต้องอยู่ภายใต้เนื้อหาของหลักประกันของกฎหมายอาญา¹ “nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือ “ไม่มีความผิดอาญา ไม่มีการลงโทษอาญา โดยปราศจากกฎหมาย” ซึ่งหมายถึง การกระทำจักเป็นความผิดอาญา ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่มีกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิด มีการกำหนดโทษไว้และเป็น

¹ หลักประกันในกฎหมายอาญา

- 1) ไม่มีการลงโทษใดๆ โดยปราศจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร (nulla poena sine lege scripta)
- 2) ไม่มีการลงโทษใดๆ โดยปราศจากกฎหมายที่เคร่งครัด (nulla poena sine lege stricta)
- 3) ไม่มีการลงโทษใดๆ โดยปราศจากกฎหมายที่แน่นอน (nulla poena sine lege certa)
- 4) ไม่มีการลงโทษใดๆ โดยปราศจากกฎหมายที่มีมาก่อนแล้ว (nulla poena sine lege praevia)

(ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ประชุม โคมฉาย ที่กรุณาตรวจทานความหมายภาษาละติน)

การกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิด ดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับทั้งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ จนถึงได้ว่าเป็นหลักกฎหมายอาญาที่ถูกลำดับไปบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาของนานาประเทศ รวมถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาของไทยนับตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7² ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาลบับแรกที่กำหนดวิธีการร่างตามวิธีการของประเทศตะวันตกและบทบัญญัติมาตรา 2³ ของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ที่บังคับใช้ตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2500 มาจนถึงปัจจุบัน ตลอดจนบทบัญญัติมาตรา 39⁴ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

แม้ประเทศไทยจะมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญาตั้งแต่ ร.ศ. 127 หรือ เมื่อปี พ.ศ. 2451 แต่จนถึงกระทั่งปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมของไทยกลับประสบกับปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนของแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ความรับผิดในทางอาญาและความแตกต่างของแนวทางการวินิจฉัยการกระทำผ่านโครงสร้างของความผิดอาญา ปัญหาด้านการใช้นิติวิธีที่ไม่สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมาย และด้านการบังคับใช้กฎหมายในการพิจารณาพิพากษา ลงโทษผู้กระทำความผิด โดยขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา ทำให้เกิดปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ เมื่อต้องตีความกฎหมายหรือปรับใช้ตัวบทกฎหมายกับปัญหาและข้อเท็จจริงต่างๆ นับตั้งแต่การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนฟ้องร้อง จนถึงชั้นพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้เนื่องมาจากกระบวนการพิจารณาและการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของไทยยังขาดแนวความคิดในการกำหนดโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาที่เป็นเอกภาพ แต่ในทางตรงข้ามกลับมีแนวทางที่แตกต่างหลากหลาย ทั้งที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบคอมมอนลอว์ เช่น แนวความคิดเรื่องโครงสร้างของความผิดอาญาของกฎหมายอังกฤษ และที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบประมวลกฎหมาย เช่น แนวความคิดเรื่องโครงสร้างของความผิดอาญาของกฎหมายฝรั่งเศสและของกฎหมายอาญาเยอรมัน แนวความคิดในกฎหมายและการใช้นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาที่

² กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 7 “บุคคลควรรับอาญา ต่อเมื่อมันได้กระทำการ อันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด แลกำหนดโทษไว้ แลอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่น นอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

⁴ รัฐธรรมนูญ มาตรา 39 “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ขาดความสอดคล้องกัน ทำให้ผู้เรียนและผู้ใช้กฎหมาย รู้จักตัวบท แต่ไม่เข้าใจกฎหมาย และไม่เข้าใจถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของการบัญญัติ ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมาย

อันที่จริงแล้วอาจกล่าวได้ว่า ปัญหาดังที่กล่าวมา เริ่มต้นขึ้นตั้งแต่ในชั้นการเรียนการสอนกฎหมายในระดับมหาวิทยาลัย ซึ่งเป็นสถาบันแรกเริ่มที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้กฎหมาย ที่ควรทำหน้าที่ปลูกฝังแนวความคิด ทฤษฎีที่ถูกต้อง การเรียนรู้และความเข้าใจอย่างถูกต้อง ตลอดจนคุณธรรมที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองให้แก่ผู้มาศึกษา แต่กลับเน้นย้ำในการท่องจำบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คำพิพากษาฎีกามากกว่าการศึกษาและทำความเข้าใจอย่างละเอียดลึกซึ้งถึงแนวความคิดและทฤษฎีสันนิษฐานโครงสร้างของความผิดอาญา การวิเคราะห์และการทำความเข้าใจถึงนิติวิธีที่แท้จริงของระบบกฎหมายอันเป็นพื้นฐานสำคัญ จึงเกิดความไม่รู้จักจริงและนำไปสู่การใช้อย่างไม่ถูกต้อง สภาพการณ์ที่เกิดขึ้นนี้มีความสอดคล้องกับเนื้อความในบันทึกความคิดเห็นของนายออร์ซ ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยาม ซึ่งเขียนถวายเป็นความนึกเห็นต่อองค์พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เรื่องการศึกษากฎหมาย โดยมีความหลัก 2 ประการ กล่าวคือ

(1) ควรปรับเปลี่ยนวิธีการเรียนการสอนกฎหมายใหม่ โดยจัดการให้เป็นไปตามแนวทางของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เพื่อผู้ศึกษาและผู้ใช้กฎหมายจะสามารถเข้าใจถึงแนวความคิด บ่อเกิดของกฎหมายและนิติวิธีที่ถูกต้องตรงกับระบบกฎหมาย

(2) ควรต้องส่งนักเรียนกฎหมายไปศึกษาหาความรู้ยังประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) โดยหาใช่แต่เพียงส่งไปประเทศใดประเทศหนึ่งเพียงประเทศเดียวไม่ แต่ควรส่งไปยังหลายประเทศ ประเทศที่ดีที่สุดในการเรียนประมวลกฎหมาย คือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การศึกษาค้นคว้าวิจัยและจัดทำคดียุติโทษเล่มนี้ ผู้เขียนจึงมีความมุ่งหมายและความหวังอย่างแรงกล้าว่าจะสามารถแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดที่ถูกต้องมีเหตุมีผลและนิติวิธีที่ชัดเจนของระบบประมวลกฎหมายและจะสามารถวางแนวทางในการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญา (Structure of Crime/Delikttaufbau) ในกฎหมายไทยให้มีความกระชับชัดเจน มีความเป็นระบบ เป็นเหตุเป็นผลทำให้ผู้ที่ศึกษาและผู้ใช้กฎหมายสามารถเข้าใจถึงแนวความคิดที่มาหลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำความผิด โดยมี “โครงสร้างของความผิดอาญา” เป็นเครื่องมือ

⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). บันทึกของนายออร์ซ ปาดูซ์ [Georges Padoux] ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 95 - 96. และ จารุณี สุวรรณรัตน์. การปฏิรูปกฎหมาย, การศาลไทยในยุคล่าอาณานิคมของชาติตะวันตก. วารสารยุติธรรมปริทัศน์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 ตุลาคม - พฤศจิกายน 2552. หน้า 90.

สำคัญในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาที่สอดคล้องกับนิติวิธีของระบบกฎหมาย ตลอดจนเข้าใจถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายอาญาได้อย่างถ่องแท้มากยิ่งขึ้น ในการศึกษาครั้งนี้นั้นหาใช่การดำเนินรอยตามแนวความคิดในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง หรือแนวทางการคิดของสำนักใดสำนักหนึ่งไม่ แต่เป็นการนำเสนอรูปแบบของแนวคิดที่ปรากฏอยู่ภายใต้กฎหมายไทย นับตั้งแต่อดีต ต่อเนื่องมาสู่ยุคแห่งการปฏิรูปกฎหมาย จนถึงแนวคิดที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับแนวความคิดของต่างประเทศที่ได้รับการค้นคว้าพัฒนามายาวนานเพื่อเลือกแนวทางการคิดของกฎหมายอาญาที่เหมาะสมที่สุดนำมาเป็นแม่แบบและเพื่อปรับใช้ในการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทยได้อย่างเป็นรูปธรรม สอดคล้องกับบริบทของสังคมและเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการใช้กฎหมายในการอำนวยความยุติธรรมตามตัวบทกฎหมาย และตามความเป็นจริงได้มากที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาค้นคว้าเชิงประวัติศาสตร์ถึงแนวคิดและความเป็นมาของกฎหมายอาญาในประเทศไทยทั้งก่อนและหลังการปฏิรูประบบกฎหมาย แนวคิดและทฤษฎีซึ่งนำมาสู่การกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญา หลักเกณฑ์การกำหนดองค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญาและนิติวิธีของระบบกฎหมายทั้งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) และประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) สำหรับแนวคิดทฤษฎีของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้น จะทำการศึกษาเพื่อให้ได้แนวทางเปรียบเทียบโดยค้นคว้าจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นหลัก

2. เพื่อวิเคราะห์และเปรียบเทียบถึงแนวคิดทฤษฎีและสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาที่ปรากฏตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อให้มีความเข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงที่มาและเหตุผลของการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาเพื่อเป็นเครื่องมือในการปรับใช้กฎหมายเข้ากับการกระทำผิดและการใช้กฎหมายเพื่ออำนวยความยุติธรรม

3. เพื่อเสนอแนะแนวทางการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาที่ถูกต้องและเหมาะสมกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาและสภาพปัญหาการกระทำผิดอาญาในประเทศไทย เพื่อให้การบัญญัติกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายในอนาคตมีความสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศ อีกทั้งเพื่อให้การวินิจฉัยความผิดอาญาเป็นไปอย่างมีระบบ โดยให้ประชาชนสามารถเรียนรู้และเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างแท้จริง และเพื่อให้มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์

ของกฎหมายอาญาที่มีเป้าหมายในการป้องปรามการกระทำความผิดและคุ้มครองสังคม อันจะนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผล

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ประเทศไทยยังขาดความชัดเจนแน่นอนในเรื่องการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาซึ่งเป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นความผิดหรือไม่ แนวความคิดที่ใช้อยู่ในปัจจุบันเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดอาญา มีความหลากหลาย วิธีการทางกฎหมาย หรือ นิตินิติวิธีในการวินิจฉัยความผิดไม่สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายซึ่งเป็นระบบกฎหมายของไทย จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย เพราะผู้ใช้กฎหมายขาดแนวทางที่ชัดเจนอันจะเป็นหลักยึดในการพิจารณาข้อเท็จจริงและองค์ประกอบต่างๆ ในบางกรณีอาจมีการขยายความกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด ตัวอย่างเช่น กรณีการตีความว่า การลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ หรือ กรณีการยิงศพ ว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบของความผิดแม้อันที่จริงแล้วกรณีแรกนั้น เป็นการขยายความคำว่า “ทรัพย์” เพื่อเอาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ อันขัดต่อนิตินิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายและขัดต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา ข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน การกระทำใดมิได้ระบุไว้ในประมวลกฎหมายและมิได้กำหนดโทษไว้ การกระทำนั้น ย่อมหาเป็นความผิดได้ไม่ และกรณีที่สองซึ่งมีความเห็นว่าการกระทำขาดองค์ประกอบของความผิด แม้ว่าองค์ประกอบที่สมควรถูกพิจารณาควรจะเป็นเรื่องของเจตนาที่แท้จริง ซึ่งมีความประสงค์ต่อความตายของผู้อื่น เหตุที่เป็นการพยายามกระทำความผิดเพราะไม่สามารถเป็นความผิดสำเร็จได้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทำลายชีวิตของผู้ที่ตายไปแล้วได้อีก แต่หาใช่เพราะขาดองค์ประกอบเนื่องจากวัตถุที่กระทำต่อไม่ อีกทั้งมิใช่การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เนื่องด้วยเหตุที่ความผิดอาญา (Crime/Delikt) เป็นเงื่อนไขของการบังคับใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น การวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่ จึงควรที่จะต้องมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนและสอดคล้องกับระบบกฎหมายที่ใช้ในประเทศไทย การวินิจฉัยความผิดโดยพิจารณาแต่เพียงผลสุดท้ายของการกระทำจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของระบบกฎหมายตามคำพิพากษา (Common Law System) ว่าด้วย “ความรับผิดชอบในผล”⁶ ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศไทยที่เป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ที่ว่าด้วย “ความรับผิดชอบในการกระทำ”⁷ แม้ผลจะไม่สำเร็จตามความตั้งใจ แต่เมื่อมีผู้ตัดสินใจลงมือกระทำความผิด ย่อมสมควรได้รับผลของการกระทำในฐานะพยายาม

⁶ คณิต ฌ นคร. (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 56 - 58.

⁷ แหล่งเดิม.

กระทำความผิด ดังนั้น “โครงสร้างของความผิดอาญา” จึงมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการเป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอย่างเป็นระบบ มีเหตุมีผลและสอดคล้องกับระบบกฎหมายอย่างแท้จริง

แนวความคิดของกฎหมายอาญาในประเทศตะวันตกที่มีการศึกษาค้นคว้ามาเป็นระยะเวลายาวนาน มีประวัติความเป็นมาและแนวความคิดที่เป็นระบบ มีนิติวิธีในการวินิจฉัยความผิดอาญาที่เป็นเหตุเป็นผลและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์จากแนวความคิดของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน (German Structure of Crime/Deutscher Deliktsaufbau) ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทย การนำหลักเกณฑ์ที่จะทำการศึกษาค้นคว้าโดยละเอียดดังกล่าวมาเป็นแนวทาง จึงจะทำให้เกิดความกระจ่างชัดในการกำหนดแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาที่มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับการบังคับใช้กฎหมายอาญาของไทยได้

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ผู้เขียนมีความมุ่งหมายที่จะศึกษาถึงความเป็นมาของกฎหมายอาญาในประเทศไทยและความเป็นมาแนวคิด การวิเคราะห์และพัฒนากฎหมายอื่นทำให้เห็นถึงที่มาของการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในต่างประเทศ สัมฤทธิ์ผลทางกฎหมายที่เกิดจากการพิจารณาการกระทำความผิดอย่างมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน มีนิติวิธีอันมีประสิทธิภาพสอดคล้องกับระบบกฎหมายเพื่อนำมาเปรียบเทียบและปรับใช้ให้เกิดแนวทางความคิดที่ถูกต้องในการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย โดยมีขอบเขตการศึกษาค้นคว้าตามลำดับต่อไปนี้

1. ศึกษาถึงแนวคิดและความเป็นมาในการเลือกใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ในประเทศไทย สภาพการณ์ก่อนและขณะการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และสภาพการณ์หลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 (ฉบับปัจจุบัน)

2. ศึกษาถึงความเป็นมาเชิงประวัติศาสตร์ของแนวคิด ประเภทของความผิดอาญา วิวัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญา นิติวิธีในการวินิจฉัยความผิดอาญาและหลักเกณฑ์ในการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาที่มีความกระชับรัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3. ศึกษาเปรียบเทียบถึงสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยและของต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์และสังเคราะห์ให้เกิดแนวทางการกำหนดโครงสร้างของ

ความคิดอาญาในกฎหมายไทยที่มีความสอดคล้องกับรูปแบบของระบบประมวลกฎหมายที่ใช้อยู่ ตลอดจนสอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมาย ทั้งในภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติ นับตั้งแต่ขั้นตอนการเริ่มต้นคดีอาญาในชั้นของพนักงานสอบสวน จนศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดในชั้นการพิจารณาพิพากษาคดี

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

1. ศึกษาวิจัยในเชิงเอกสารเกี่ยวกับประวัติศาสตร์และแนวความคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือระบบประมวลกฎหมายและประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ โดยศึกษาค้นคว้าข้อมูลที่มีความถูกต้องชัดเจน จากบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรภายในประเทศ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศ ข้อมูลจากเอกสาร อ้างอิง ตำรากฎหมาย วารสารกฎหมาย บทความวิจัย วิทยานิพนธ์ คำบรรยายที่ใช้ในการสอนระดับมหาวิทยาลัย กรณีศึกษา แนวทางคำพิพากษาและความเห็นของศาลฎีกา โดยวิเคราะห์ให้เห็นถึงลักษณะและหลักเกณฑ์ในการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาที่เป็นรูปธรรมชัดเจน

2. ศึกษาวิจัยในเชิงเปรียบเทียบ โดยเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ แนวความคิดที่มีปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายไทยและในแนวความคิดทางวิชาการนิติศาสตร์กับแนวทางในการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาในต่างประเทศ โดยศึกษาอ้างอิงแนวความคิดและหลักเกณฑ์ในการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาตามแนวทางของประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทยและมีแนวความคิดที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นหลัก

3. ศึกษาวิจัยในเชิงวิเคราะห์เพื่อให้ได้มาซึ่งผลสรุปของแนวทางการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาอย่างเป็นรูปธรรมภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย โดยคำนึงถึงความสอดคล้องกับบริบทของสังคมและแนวทางในการวินิจฉัยความคิดอาญาของประเทศไทยที่มีอยู่แต่เดิม

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบถึงที่มาของกฎหมายอาญาในประเทศไทย พื้นฐานความคิดและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน ตลอดจนได้ทราบถึงแนวความคิดพื้นฐานในการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนของหลักเกณฑ์การกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาในต่างประเทศ

2. ได้แนวทางที่ชัดเจนของหลักเกณฑ์การกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาในกฎหมายไทย ซึ่งจะสามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้กับทุกฐานความคิดตามประมวลกฎหมายอาญาและสามารถอธิบายเหตุผลในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาได้อย่างชัดเจนเป็นระบบ

3. ได้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาการกระทำความผิดตามหลักนิติวิธีที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศและอยู่บนพื้นฐานของหลักประกันในกฎหมายอาญาที่เป็นที่ยอมรับโดยสากล
4. ได้ความเข้าใจที่ถูกต้องของการบัญญัติกฎหมายแต่ละมาตรา องค์ประกอบของแต่ละฐานความผิด เจตนารมณ์เบื้องหลังในการบัญญัติกฎหมาย
5. ได้แนวทางในการพัฒนาการเรียนการสอนกฎหมายอย่างมีหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องชัดเจน ซึ่งเป็นการปลูกฝังแนวความคิดและทัศนคติให้นักศึกษาได้รู้ตัวบทกฎหมาย ได้เข้าใจแนวทางการปรับใช้กฎหมาย อีกทั้งได้เข้าใจถึงจิตวิญญาณของกฎหมายอาญาได้อย่างแท้จริงอันจักเป็นประโยชน์ต่อวงการกฎหมาย ตลอดจนประเทศชาติต่อไป

บทที่ 2

แนวความคิดของกฎหมายอาญาและนิติวิธีในกฎหมายไทย

ในรอบศตวรรษที่ผ่านมาเกิดความเปลี่ยนแปลงอย่างกว้างขวางขึ้นในสังคมไทย ทั้งในด้านการเมืองการปกครอง การระหว่างประเทศ การศึกษา วิทยาศาสตร์เทคโนโลยี เศรษฐกิจ สังคม และความเป็นอยู่ในชีวิตประจำวัน ท่ามกลางกระแสความเปลี่ยนแปลงด้านต่างๆ “การปฏิรูปกฎหมาย” นับเป็นการเปลี่ยนแปลงก้าวสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อ โครงสร้างของสังคมไทย ด้วยเหตุผลที่กฎหมายเป็นแบบแผน หรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดแนวทางความประพฤติปฏิบัติของมนุษย์จึงมีบทบาทและความสำคัญอย่างยิ่งต่อการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมไทย และ “กฎหมายอาญา” ที่มีความเกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย สิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงเปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือของรัฐ ซึ่งอยู่ในฐานะของผู้ปกครองที่จักใช้บังคับกับประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครอง และมีการลงโทษหากมีการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อกฎหมาย กฎหมายอาญาในขณะนั้น มีจุดมุ่งหมายที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อให้เจ็ดหลาบ เพื่อให้ผู้อื่นเห็นเป็นเยี่ยงอย่างและไม่กล้าที่จะกระทำความผิดเช่นนั้นอีก แต่เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป ความก้าวหน้า เทคโนโลยีและวิทยาการเข้ามาเปลี่ยนแปลงวิถีการดำเนินชีวิต และสภาพสังคม กฎเกณฑ์การปกครองจึงต้องถูกปรับเปลี่ยน กฎหมายจึงต้องปรับตัวเข้าสู่ยุคแห่งการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล

“กฎหมายอาญา” จึงแปรสภาพจากเครื่องมือที่ใช้เพื่อข่มขู่ลงโทษ ไปเป็นเครื่องมือของรัฐที่ใช้ในการคุ้มครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักประกันให้แก่ประชาชนที่จะสามารถใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข มีการวางมาตรการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษอย่างยุติธรรม เพื่อกันให้สังคมพ้นจากบุคคลที่เป็นอันตรายและเพื่อให้ผู้ที่กระทำความผิดได้มีโอกาสกลับตัวเป็นคนดีและกลับคืนเข้าสู่สังคม เมื่อกฎหมายอาญาเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ในสังคม ย่อมต้องพัฒนาไปตามความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม การปฏิรูปกฎหมายให้มีความทันสมัย ก้าวทันสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเลือกระบบกฎหมายที่มีความเหมาะสมกับสภาพปัญหาของประเทศ เหมาะกับบริบททางสังคม กฎหมายจึงจะเป็นกฎเกณฑ์ที่น่าเคารพและเป็นที่ยอมรับที่จะปฏิบัติตามของประชาชน รวมทั้งจะสามารถแก้ไขปัญหาสังคมได้อย่างยั่งยืน

ดังนั้น การศึกษาถึงความเปลี่ยนแปลงต่างๆ ในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในรอบศตวรรษที่ผ่านมา จะสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดและความเป็นมาของกฎหมายอาญาในประเทศไทย ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ตลอดจนทำให้สามารถเห็นภาพรวมของเหตุการณ์ในอดีตที่จะเป็นดังประสบการณ์และบทเรียนทางประวัติศาสตร์ทำให้เราสามารถเลือกที่จะรับและหยุดเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงในสิ่งที่มีความเหมาะสมกับปัญหาและมีความสอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทย และท้ายที่สุดเพื่อที่จะสามารถกำหนดแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาภายใต้กฎหมายไทยได้

2.1 แนวคิดในกฎหมายอาญา

การปกครองอาญาไร้เงาของกฎหมาย เมื่อยึดหมายคำลงในศีลธรรม หากประชาชนมีหลักธรรมในจิตใจแล้ว ความพยายามที่จะต้องบัญญัติกฎหมายให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม หรือรูปแบบของการกระทำความผิดของยอมหาความจำเป็นไม่ เพราะแนวความคิดดั้งเดิมนั้น การปกครองของไทยก็ยึดถือหลักธรรมะเป็นสิ่งสูงสุด⁸ หรืออาจเปรียบได้ว่า กฎหมายนั้นมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับธรรมะ⁹ คัมภีร์พระธรรมศาสตร์ที่ไทยได้รับมาใช้เป็นหลักเกณฑ์การปกครองประเทศอันยาวนานก็มีรากฐานมาจากหลักธรรม จนเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่แสดงถึงศีลธรรมและความเป็นธรรม มีความศักดิ์สิทธิ์สูงสุด พระมหากษัตริย์ในอดีตหากจะทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยขึ้นใหม่ในเรื่องใดก็จะกำหนดให้เป็นไปตามหลักในพระธรรมศาสตร์ ธรรมะนั้นจึงเป็นที่มาแห่งกฎหมายและมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงกับกฎหมายอย่างใกล้ชิด ถึงแม้ว่ากฎหมายจะเป็นกฎเกณฑ์การปกครองที่บังคับให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม แต่ก็มีได้หมายความว่ามีความสำคัญไปกว่าและไม่ได้ขึ้นอยู่กับหลักธรรม

“กฎหมาย” นั้นเป็นเครื่องมือในการอำนวยความยุติธรรม “ยุติธรรม” นั้น หมายความว่า “ถูกต้องตามธรรม” ตามธรรมเนียม หรือธรรมเนียม¹⁰ หลักการพื้นฐานของกฎหมาย คือ “กฎหมายต้องมาจากธรรม ต้องชอบธรรมและต้องเพื่อธรรม”¹¹ “ธรรม” หมายความว่า ความจริงที่มีอยู่ตามธรรมดา หรือ ความเป็นไปของธรรมชาติ หรือกฎธรรมชาติ “ธรรม” เป็นสิ่งที่ต้องมีเหตุผล ชอบด้วยเหตุผล ชอบธรรม เทียงธรรม สอดคล้องกับธรรมชาติและเป็นที่ยอมรับในลักษณะสากล¹² การบัญญัติ

⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. หน้า 50.

⁹ ร.แสงภาค. (2553). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. หน้า 70 - 71.

¹⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. หน้า 57.

¹¹ พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต). (2539). นิติศาสตร์แนวพุทธ. หน้า 12.

¹² พุทธทาสภิกขุ. (2537). ธรรมะกับนักศึกษ. หน้า 75.

กฎหมายจึงเป็นการเชื่อมโยงความยุติธรรมตามจารีตประเพณีในแบบไทยเข้าหาความยุติธรรมในแบบตะวันตก ศาสนาจึงเป็นที่มาประการหนึ่งของกฎหมายและมีส่วนสำคัญยิ่งในการทำให้กฎหมายมีความถูกต้องยุติธรรมและสามารถใช้เป็นกฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติของคนในสังคมให้เป็นระเบียบเรียบร้อย ทั้งระบบคอมมอนลอว์และระบบประมวลกฎหมาย แท้ที่จริงล้วนแต่มีที่มาเริ่มต้นจากหลักธรรม ศาสนาและจารีตประเพณีซึ่งต่างก็ได้รับอิทธิพลทางแนวความคิดและตัวบทกฎหมายมาจากกฎหมายโรมัน เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดในกฎหมายอาญาแล้ว ทั้งหลักกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์และหลักกฎหมายของระบบประมวลกฎหมายต่างก็มีความใกล้เคียงกันในส่วนของแนวคิดหลายข้อ

ในการศึกษาถึงแนวคิดในกฎหมายอาญาจึงจะทำให้เราได้เรียนรู้ถึงเหตุของผลและข้อดีข้อเสียของการรับเอาหลักกฎหมายของต่างประเทศเข้ามาปรับใช้กับกฎหมายไทย เพื่อที่เราจะสามารถนำแนวคิดเหล่านั้นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบกพร่องที่ล้าหลังของกฎหมาย หรือเลือกการแทนที่การปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่อย่างจำกัดเข้ากับสถานการณ์ใหม่ ด้วยการรับเอาแนวความคิดใหม่มาเปรียบเทียบและสร้างโครงสร้างความคิดทางอาญา หรือ โครงสร้างของความผิดอาญาที่ชัดเจนขึ้นใหม่เพื่อปรับใช้กับสถานการณ์ในสังคมปัจจุบันได้อย่างเหมาะสม เพราะเราควรตระหนักว่ากฎหมายของแต่ละประเทศย่อมมีประวัติศาสตร์ความเป็นมาที่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคมและวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของคนในชาติตน “กฎหมายหนึ่งอาจจะดีสำหรับประเทศหนึ่งในสมัยหนึ่ง แต่อาจจะไม่ดีสำหรับประเทศอื่นก็ได้”¹³ การร่างกฎหมายขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับคนในสังคมจึงไม่ควรที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงธรรมเนียมประเพณีดั้งเดิมให้หมดสิ้นและหลับตาเดินตามธรรมเนียมที่มีในที่อื่นแต่เพียงอย่างเดียว แต่ควรทำอย่างค่อยเป็นค่อยไป ค่อยรับค่อยปรับ พิณิจพิเคราะห์จนได้สิ่งที่เหมาะสมและมีความสอดคล้องกับสภาพบ้านเมืองอย่างแท้จริง ดังจะเห็นได้จากความตอนหนึ่งในพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวที่ได้พระราชทานในโอกาสที่ข้าทูลละอองธุลีพระบาทต่างพร้อมใจกันรับเสด็จพระองค์กลับจากเสด็จประพาสยุโรปครั้งที่หนึ่ง

“เราหวังใจว่าท่านทั้งหลายคงจะเป็นผู้อุตสาหกรรมที่จะช่วยเราในกิจการทั้งหลาย ซึ่งเราคิดจะทำให้เป็นการดีต่อกรุงสยาม ความมุ่งหมายซึ่งเรามีอย่างเดียวกัน จะต้องเป็นไปเพื่อความเจริญรุ่งเรืองแก่กรุงสยามโดยวิธีซึ่งมีกฎหมายอันดี มียุติธรรมอันดี ปฏิบัติราชการด้วยความซื่อตรง เพราะเหตุฉะนั้น เราจะต้องไม่เป็นผู้ที่หลับตาถือเอาการซึ่งจะเป็นการดีต่อชาติอื่น แต่จะไม่เป็นการดีหรือเป็นการดวนเกินต้องการของประเทศสยามไป อีกฝ่ายหนึ่ง เราจะต้องไม่เป็นผู้หลงไหลหลับตามถ้อยมั่นตามแบบอย่างหรือกฎหมายโบราณซึ่งอาจดีได้ในกาลหนึ่ง แต่เป็นการล่วงพ้นจาก

¹³ หยุด แสงอุทัย. (2516). *กฎหมายไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ*. หน้า 3.

ความพอดีซึ่งเรามีความต้องการและมีความคิดอยู่บัดนี้ คำที่เรากล่าวนี้ เราเชื่อว่าท่านทั้งหลายคงจะเข้าใจและเราทั้งหลายจะเดินต่อไปด้วยกันในทางซึ่งสมควรและเป็นทางที่เจริญขึ้นเนื่องนิศัย จะละหลีกทางที่แรงเกินไป ทั้งสองฝ่ายคือจะไม่หยุดนิ่งเกินไปหรือไม่เดินเร็วเกินไปกว่าที่สมควรจะเดิน จะทำสิ่งซึ่งเป็นการแน่นอนและเป็นการดีที่แท้ทุกเมื่อ”¹⁴

ในช่วงที่ประเทศไทยเริ่มเผชิญกับความเปลี่ยนแปลงต่างๆ รอบด้าน ทั้งภัยคุกคามจากมหาอำนาจตะวันตก การขยายตัวทางเศรษฐกิจการค้า การปฏิรูปการเมืองการปกครองและเริ่มรับเอาแนวความคิดของตะวันตกเข้ามาจนถึงยุคสมัยแห่งการปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 มีเหตุการณ์สำคัญที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเกิดขึ้นมากมาย ระหว่างปี พ.ศ. 2434 เป็นต้นมา โดยมีภาพรวมของเหตุการณ์ดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 2.1 ตารางแสดงรายละเอียดเหตุการณ์สำคัญทางกฎหมาย¹⁵

ปีพุทธศักราชที่เกี่ยวข้อง	เหตุการณ์สำคัญ
พ.ศ. 2434	ก่อตั้งกระทรวงยุติธรรม
พ.ศ. 2440	- ก่อตั้งโรงเรียนสอนกฎหมายในกระทรวงยุติธรรม - ตั้งคณะกรรมการตรวจชำระร่างประมวลกฎหมายอาญาชุดที่ 1 ชุดกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์
พ.ศ. 2448	ตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญาชุดที่ 2 ชุดนายยอร์ช ปาดูซ์
พ.ศ. 2451	ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127
พ.ศ. 2452	คำอธิบายกฎหมายอาญาโดยแนวคิดทฤษฎีของอังกฤษ โดยกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์
พ.ศ. 2458	คำอธิบายกฎหมายอาญาโดยแนวคิดทฤษฎีของฝรั่งเศส โดยนายประแดร์นิเกต์

¹⁴ พระยาศรีสมเทพ (เส็ง วิริยศิริ). *จดหมายเหตุเสด็จประพาสยุโรป ร.ศ. 116*. หน้า 545.

¹⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2553). “เอกสารประกอบการบรรยาย ในรายวิชาการเปรียบเทียบวิธีวิจัยทางนิติศาสตร์.”

ตารางที่ 2.1 ตารางแสดงรายละเอียดเหตุการณ์สำคัญทางกฎหมาย (ต่อ)

ปีพุทธศักราชที่เกี่ยวข้อง	เหตุการณ์สำคัญ
พ.ศ. 2466	คำอธิบายกฎหมายอาญาโดยแนวคิดทฤษฎีของฝรั่งเศสโดยนายเฮนรี โรลิ่ง
พ.ศ. 2477	คำอธิบายกฎหมายอาญาโดยแนวคิดทฤษฎีของฝรั่งเศสโดยศาสตราจารย์ ดร.เอช เอกูต์
พ.ศ. 2482	คำอธิบายกฎหมายอาญาโดยแนวคิดทฤษฎีของฝรั่งเศสโดย ดร.เสริม วินิจฉัยกุล
พ.ศ. 2483	คำอธิบายกฎหมายอาญาโดยแนวคิดทฤษฎีของเยอรมันโดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย
พ.ศ. 2499	ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 (ฉบับปัจจุบัน)
พ.ศ. 2521	คำอธิบายกฎหมายอาญาโดยแนวคิดทฤษฎีของเยอรมันโดยศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร

จากตารางแสดงรายละเอียดของเหตุการณ์ที่มีความสำคัญทางกฎหมายข้างต้น แสดงให้เห็นถึงภาพรวมของเหตุการณ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ระหว่างปี พ.ศ. 2434 ถึง พ.ศ. 2521 ระยะแรกของการวางรากฐานการพัฒนากระบวนการกฎหมาย แนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) ปรากฏอิทธิพลขึ้นในกฎหมายไทยก่อนแนวความคิดของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) มาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน นับตั้งแต่มีการก่อตั้งกระทรวงยุติธรรม จนถึงการตรวจชำระและร่างกฎหมายลักษณะอาญาในระยะแรก กระทั่งเมื่อสิ้นเกล้าฯ รัชกาลที่ 5 ทรงแต่งตั้งคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญาชุดที่ 2 โดย นายขจร ภาณุ ขึ้นในปี พ.ศ. 2448 และทรงเลือกเดินตามระบบประมวลกฎหมายของภาคพื้นยุโรป ทำให้ประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางแนวความคิดจากระบบประมวลกฎหมายเข้มานับแต่นั้น อย่างไรก็ตาม หลังการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็ยังไม่มีกรเรียนการสอนตามแนวทางความคิดของระบบประมวลกฎหมาย แต่เพียงจะมีการเผยแพร่แนวความคิดของระบบประมวลกฎหมายอย่างต่อเนื่องในช่วงปี พ.ศ. 2477 - 2556 (ปัจจุบัน) และเริ่มมีการศึกษาเปรียบเทียบถึงแนวความคิดเรื่อง โครงสร้างของความผิดอาญาว่า เป็นแนวความคิดที่ทำให้การพิจารณาการกระทำผิดอาญาเป็นไปอย่างมีระบบ และมีเหตุผลที่สามารถอ้างอิงได้

2.2 ความเป็นมาก่อนการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ประเทศไทยและประเทศเพื่อนบ้านในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ได้รับอิทธิพลหลายด้านจากประเทศอินเดีย ทั้งในด้านของวัฒนธรรม คติความเชื่อ ศาสนาและรูปแบบการปกครอง ในยุคสมัยแห่งกรุงศรีอยุธยาไทยได้รับเอารูปแบบการจัดระเบียบการปกครองบ้านเมืองที่เรียกว่า “พระธรรมศาสตร์” หรือ กฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ของฮินดูมาใช้เป็นแนวทางในการปกครอง การอยู่ร่วมกันของประชาชนให้เป็นไปโดยปกติสุขเรียบร้อย ในกรณีใดที่มีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้น โดยไม่มีข้อความในพระธรรมศาสตร์ได้กล่าวถึงไว้ พระมหากษัตริย์ของไทยจักทรงพิจารณาวินิจฉัยเพื่อเป็นแบบแนวทาง เรียกว่า “พระราชศาสตร์” ทำให้เห็นว่าการตรากฎหมายในอดีต มักจะถูกบัญญัติขึ้นหลังจากที่มีเหตุการณ์เรื่องหนึ่งเรื่องใดเกิดขึ้นแล้ว หรือเป็นการก้าวตาม เหตุการณ์ และไม่มี การแบ่งแยกกฎหมายอาญาสารบัญญัติออกจากกฎหมายวิธีสบัญญัติ ส่วนกฎหมายอื่นๆ ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นใช้บังคับ ได้แก่ กฎหมายลักษณะแพ่ง กฎหมายลักษณะอาญาหลวง กฎหมายลักษณะศัวมีย ลักษณะโจรเพื่อเสริมการบังคับใช้กฎหมาย

สมัยก่อนการแก้ไขปรับปรุงระบบกฎหมายนับตั้งแต่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์เป็นต้นมา จนถึงปลายรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้บังคับใช้ “กฎหมายตราสามดวง” เป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองบ้านเมือง โดยกฎหมายตราสามดวงนี้พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้บรรดานักปราชญ์ราชบัณฑิตและข้าราชการผู้ทรงคุณวุฒิ รวบรวม ตรวจสอบและเรียบเรียงกฎหมายเก่าใหม่ให้เป็นหมวดหมู่ แล้วเขียนลงในสมุดไทยประทับตราสามดวง¹⁶ กล่าวคือ ตราขสิทธิ์ อันเป็นตราประจำตำแหน่งสมุหกลาโหม ตราราชสิทธิ์ อันเป็นตราประจำตำแหน่งสมุหนายกและตราบัวแก้ว อันเป็นตราประจำตำแหน่งโกษาธิบดี กฎหมายนี้ได้ใช้บังคับกับบรรดาอรรถคดีในศาลต่างๆ เรื่อยมา แต่เมื่อเวลาล่วงผ่านไป พระราชกำหนดกฎหมายต่างๆ ก็มีมากมายซับซ้อน บ้างก็ขัดขวางในการที่บรมกษัตริย์ภายหลัง จักทรงตราพระราชกำหนด บทอัยการใหม่ขึ้น กฎหมายที่บัญญัติไว้หลายชั่วอายุคนจึงไม่ทันต่อสถานการณ์ความแปรเปลี่ยนในบ้านเมือง กอปรกับความลำบากในการปกครองบ้านเมือง ด้วยที่ว่าอำนาจศาลกงสุลของประเทศต่างๆ ในราชอาณาจักร จึงถึงเวลาอันสมควรที่จะต้องตรวจสอบ พระราชกำหนดกฎหมายขึ้นใหม่¹⁷ ด้วยเหตุนี้จึงมีการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เมื่อพุทธศักราช 2451 การบังคับใช้กฎหมายตราสามดวงจึงสิ้นสุดสภาพการบังคับใช้โดยปริยาย ในส่วนของรายละเอียดนั้น กฎหมายตราสามดวงมีลักษณะของการนำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมา

¹⁶ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. (2546). ความยกย่องในประวัติศาสตร์ของบิดาแห่งกฎหมายไทย. หน้า 23.

¹⁷ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ 1 มิถุนายน ร.ศ. 127, เล่มที่ 25, หน้า 207 - 210.

อธิบายเป็นเรื่องราวๆ แต่ไม่มีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ไม่มีการอธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญา ไม่มีการวิเคราะห์การกระทำความผิดอย่างเป็นระบบ หรือเป็นขั้นตอน แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายตราสามดวงยังคงมีลักษณะเด่นของเนื้อความ 3 ประการ ดังนี้

- (1) มีหลักเกณฑ์ที่สมเหตุสมผลสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ
- (2) มีความสอดคล้องกับลักษณะนิสัยและความเชื่อของคนไทย
- (3) มีบทบัญญัติและการบังคับใช้ที่มีเหตุมีผลได้หลักการทางพระพุทธศาสนา

ในส่วนของ การอธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาในสมัยก่อนการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังคงได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ดังที่เป็นมาแต่ก่อน โดยการนำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาอธิบายและเป็นพื้นฐานการวินิจฉัยความผิดอาญาดังที่ปรากฏในตำรา “หลักกฎหมายอาญา” ของขุนหลวงพระไกรสี (เทียม บุนนาค) อธิบดีอธิบดีผู้พิพากษาศาลคดีต่างประเทศซึ่งตีพิมพ์เมื่อ ร.ศ. 126 ก่อนการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 การนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายอังกฤษเข้ามาอธิบายบทบัญญัติของกฎหมายไทยมีลักษณะเป็นเรื่องๆ ไป¹⁸ เช่น เรื่องความตั้งใจของผู้กระทำ ต้องพิจารณาถึงความไม่รู้ เหตุที่เกิดขึ้นโดยผิดความคาดหมาย การกระทำโดยถูกบังคับ การกระทำเพราะความกลัวอันตรายจะเกิดขึ้นแก่ตน เรื่องเหตุยกเว้นที่จะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดหย่อนโทษ โดยต้องพิจารณาถึงอายุและความบกพร่องของสภาพจิตใจของผู้กระทำ แม้จะมีการอธิบายหลักกฎหมายเป็นเรื่องๆ แต่ยังไม่มีการวางหลักพื้นฐานและยังไม่มีการวินิจฉัยการกระทำตามหลักโครงสร้างของความผิดอาญาแจก เช่น ประเทศอื่นที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายในยุโรปและเนื่องด้วยความไม่ชัดเจน ขาดกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายอาญาสมัยใหม่จึงเป็นมูลเหตุสำคัญประการหนึ่งอันนำไปสู่การปฏิรูประบบกฎหมายครั้งใหญ่ในเวลาต่อมา

2.3 ความเป็นมาสมัยการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

เมื่อประเทศไทยต้องเผชิญกับสภาพการณ์ของความเปลี่ยนแปลงอย่างกว้างขวาง ทั้งความเปลี่ยนแปลงทางสังคม ความต้องการล่าอาณานิคมของชาติมหาอำนาจ ความสั่นคลอนของอำนาจด้านการศาลและความก้าวหน้าทางวิชาการต่างๆ “ความทันสมัย” จึงทำให้ “ความล้าสมัย” ปรากฏขึ้นอย่างเด่นชัด และ “ความล้าสมัย” ทำให้ประเทศไทย หรือสยาม ตกอยู่ในฐานะของ “ประเทศล่าหลัง” ล่าหลังในด้านวิชาการ ล้าสมัยในเรื่องของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และ ป่าเถื่อนในเรื่องของการปกครอง ดังนั้น การปฏิรูประบบกฎหมายและงานศาลจึงเป็นภารกิจที่จะทำให้ต่างชาติยอมรับว่า ประเทศไทยนั้น “ทันสมัย” สามารถยืนอยู่ในระดับเดียวกับชาติที่พัฒนาแล้ว ก้าวทันชาติ

¹⁸ ขุนหลวงพระไกรสี (เทียม บุนนาค). (2450). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 4 - 22.

ตะวันตกแล้ว ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 นอกจากที่ทรงมีพระอัจฉริยภาพทางการปกครองและทางภาษาต่างประเทศที่แตกฉานแล้ว พระองค์ทรงเห็นความจำเป็นที่ประเทศสยามจะต้องปรับตนให้ทัดเทียมกับประเทศตะวันตก ทรงมีความเข้าใจว่ากฎหมายนั้น มิใช่กฎเกณฑ์ที่ตายตัว แต่สามารถพัฒนาปรับเปลี่ยนได้ตามความเปลี่ยนแปลงของบริบทสังคม ทรงยกเลิกกฎหมายเก่าที่ล้าหลังและให้มีการบัญญัติกฎหมายใหม่แทนโดยไม่จำเป็นต้องผูกพันด้วยกฎหมายเก่าซึ่งนับว่าในรัชสมัยของพระองค์นี้ ทรงเป็นพระมหากษัตริย์ที่ปฏิเสศการใช้อำนาจแบบดั้งเดิมที่ยึดมั่นอยู่กับตัวบทกฎหมายและอำนาจของผู้ปกครองแต่กลับทรงคำนึงถึงความยุติธรรม สิทธิและเสรีภาพของประชาชนของพระองค์เป็นหลัก

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงสยาม นับเป็นช่วงที่ราชอาณาจักรไทยได้พัฒนารุดหน้าไปอย่างรวดเร็ว มีความก้าวหน้า มีเทคโนโลยีที่ไม่เคยมีมาก่อนและมีเหตุการณ์สำคัญอย่างยิ่งเกิดขึ้นในหน้าบันทึกของประวัติศาสตร์ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงสร้างคุณูปการนานัปการแก่ประเทศไทย ทั้งทรงดำริ ปรับปรุง แก้ไขเปลี่ยนแปลงและโดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิรูประบบกฎหมายแบบดั้งเดิมมาเป็นระบบประมวลกฎหมายที่มีเหตุมีผล มีความทันสมัยเฉกเช่นประเทศตะวันตก ในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 ภายหลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายนโปเลียน (Code Napoléon) หรือประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีผลให้ในเวลาต่อมาประเทศทั้งหลายในแถบภาคพื้นยุโรปเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมายและพยายามจัดทำประมวลกฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ จารีตประเพณีและภูมิหลังทางประวัติศาสตร์เป็นของตนเอง ความเคลื่อนไหวในการจัดทำประมวลกฎหมายที่แพร่หลายเข้ามาในทวีปเอเชีย นับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 โดยมีประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศแรกที่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแบบสมัยใหม่อย่างครบถ้วน¹⁹ ส่วนสยามหรือประเทศไทย แม้จะเพิ่งเริ่มวางโครงการตรวจชำระและจัดทำร่างประมวลกฎหมายขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 แต่ก็ได้มีการปฏิรูปการศาลยุติธรรมมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2435 แล้ว สยามมิได้ขาดแคลนกฎหมาย แต่กฎหมายที่มีอยู่เป็นอันมากนั้น โบราณล้าสมัย เจตนารมณ์ของกฎหมายก็ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์สมัยปัจจุบันอีกแล้ว ดังเห็นได้จากข้อตำหนิทั้งจากชาวต่างชาติและชาวไทยเองที่มีต่อบทบัญญัติของกฎหมายและการศาลไทย²⁰ ได้แก่

¹⁹ Guyon, R. (1919). การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม [Oeuvre de Codification au Siam] (วิษณุ วรรณูญ, ผู้แปล). วารสารนิติศาสตร์, หน้า 99.

²⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง. (2543). สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 123 - 125.

(1) การขาดหลักประกันทางความยุติธรรม โดยมองว่าแม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายตราสามดวง แต่ก็ยังเป็นเพียงการนำหลักจารีตประเพณีดั้งเดิมของบ้านเมืองมารวบรวมและแก้ไขให้ถูกต้องมากขึ้นเท่านั้น แต่ยังไม่มียุติธรรมที่เพียงพอ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายอาจถูกแทรกแซงจากผู้มีอำนาจหรือเจ้าหน้าที่บ้านเมือง

(2) การกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงและทารุณ ทำให้ชาวต่างชาติมองว่าบทลงโทษของสยามนั้นป่าเถื่อน ไม่มีความเป็นสากลที่จะให้ความคุ้มครองต่อผู้ถูกกล่าวหา ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติจะไม่เคยมีการลงโทษรุนแรงเท่าที่บัญญัติไว้เลยก็ตาม

(3) ความไม่เป็นระเบียบของกฎหมาย ด้วยบทบัญญัติของกฎหมายกระจัดกระจายอยู่หลายแห่ง กฎหมายหลายลักษณะใช้บังคับในเรื่องเดียวกันทำให้มีความซับซ้อนหรือขัดแย้งกันเอง ทำให้ในการพิจารณาคดีดำเนินไปอย่างไม่สะดวกและล่าช้า ศาลซึ่งเป็นสถาบันที่ใช้กฎหมายในทางปฏิบัติจึงไม่สามารถอำนวยความยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(4) ความล้าสมัยและความไม่เพียงพอของกฎหมายในการบังคับคดี เพราะความเปลี่ยนแปลงและความเจริญก้าวหน้าที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วทำให้กฎหมายที่เคยเพียงพอในอดีตไม่สามารถแก้ไขปัญหารูปแบบใหม่ๆ ได้ หน่วยงานศาลที่มีสังกัดแตกต่างกันยิ่งทำให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดีและอาจเกิดอคติเข้าข้างคนในสังกัดเดียวกัน การแก้ไขบทกฎหมายที่มีอยู่เดิมไปสู่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์ มีเอกภาพชัดเจนจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

และนอกจากข้อตำหนิข้างต้นนี้แล้ว เหตุสำคัญที่ทำให้ต้องดำเนินการปฏิรูปกฎหมายไทยยังปรากฏเป็นหลักฐานชัดเจนตามความในบันทึกของผู้แทนชาติอเมริกาซึ่งเข้ามาลงนามในสัญญาทางพระราชไมตรีและการค้ากับประเทศไทยว่า “รัฐบาลเป็นผู้กดขี่อย่างสมบูรณ์แบบ วิถีผู้ความยุติธรรมก็เหลวไหลโดยพวกเจ้าหน้าที่ด้านกฎหมายที่ฉ้อฉล ความเที่ยงธรรมและความยุติธรรมเป็นเพียงถ้อยคำว่างเปล่า และกฎหมายที่ดูดีงามก็เป็นเพียงสิ่งกำมะลอ”²¹ หรือดังความในรายงานของราชทูตชาวเยอรมันซึ่งเสนอต่อกระทรวงการต่างประเทศเยอรมันเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมของไทยว่า “เหล่าโจรร้ายและตำรวจเลวที่รู้จักแต่จะรับสินบนถ้อยเดียว มิให้เห็นค้ายศ จนนทำให้ต้องสรุปว่า ระบบบ้านเมืองของสยามสุโทรม จนมีแต่ต้องพังทลายลงในวันหนึ่งข้างหน้าอย่างแน่นอน”²² และที่สุดของเหตุผลอันทำให้เห็นถึงภาพรวมของสภาพความเป็น

²¹ Roberts, E. (1970/2553). การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป (พิมพ์ครั้งที่ 3) [*The Evolution of Law in Thailand*] in *The Review of Politics*, 32 (2), 203 as cited in Darling, F.C.] (กิตติศักดิ์ ปรกติ, ผู้แปลและอ้างถึง). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 91 - 92.

²² PA AA, Akte 19235, MinResBKK an AA (23.2.1894), 34 อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิทยุชน. หน้า 93.

จริงในขณะนั้นได้ปรากฏ ดังความตามพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ตอนหนึ่งซึ่งทรงแถลงในพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดินหลังวิกฤตการณ์ร.ศ.112 ความว่า “...การตำแหน่งยุติธรรมในเมืองไทยนี้ เปรียบเหมือนเรือกำปั่นที่ถูกเพรียงและปลวกกิน ฟูโตรมทั้งลำ ...ครั้นช้านานเข้าก็ยิ่งชำรุดหนักลงทั้งลำ เป็นเวลาพอสมควรที่ต้องตั้งกงขึ้นกระดาน ใหม่ให้เป็นของมันคงถาวรสืบไป แลเป็นการสำคัญยิ่งใหญ่ว่าจะต้องรีบจัดการ โดยเร็ว หาไม่ก็ จะต้องจมลงด้วยยุบไปเหมือนเรือกำปั่นที่ชำรุดเหลือที่จะต้องเยียวยาจนต้องจมลงฉะนั้น ฯลฯ”²³ ด้วยสาเหตุทั้งหลายเหล่านี้จึงถึงเวลาที่ต้องชำระสะสางและรวบรวมบทบัญญัติของกฎหมายให้เป็นหมวดหมู่ทั้งเพิ่มเติมบทกฎหมายขึ้นใหม่ให้ครบถ้วน การออกแบบและจัดทำประมวลกฎหมายขึ้น ในประเทศสยามจักมีประโยชน์อย่างน้อย 3 ประการ กล่าวคือ

(1) เพื่อรวบรวมบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยลักษณะเดียวกันเข้าไว้เป็นหมวดหมู่ในประมวลกฎหมายอันเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อความสอดคล้องกันในแนวทางการคิดและเพื่อความสะดวกแก่ศาลในการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาพิพากษาคดี

(2) เพื่อแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายหลายฉบับที่โบราณเกินไป ไม่สอดคล้องกับยุคสมัยใหม่และไม่สามารถนำมาปรับใช้กับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น บางกรณีก็เป็นช่องทางให้คนใช้เป็นโอกาสในการประวิงคดีให้ยืดเยื้อ การจัดทำประมวลกฎหมายจะทำให้เกิดการวางหลักเกณฑ์ทั่วไปอันสามารถปรับใช้ได้กับทุกๆ คดีเสมอ

(3) เพื่อเป็นโอกาสที่จะได้ตรวจชำระบทกฎหมายที่มีอยู่และนำเอาหลักกฎหมายใหม่ๆ มาบัญญัติรวมไว้ด้วย เช่น การให้หลักประกันแก่ผู้ต้องหาเพื่อให้กฎหมายอาญามีประสิทธิภาพในการปราบปรามผู้กระทำความผิดและเป็นหลักประกันเสรีภาพให้กับผู้ต้องหาอีกด้วย

ประมวลกฎหมายใหม่นี้ นอกจากจะทำให้ประเทศสยามมีกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพ มีความทันสมัยทัดเทียมกับประเทศในภาคพื้นยุโรปแล้ว ยังจะทำให้ประเทศมหาอำนาจ สละสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่มีอยู่เหนือประเทศสยามเสีย²⁴ การจัดทำประมวลกฎหมายอย่างครบถ้วนสมบูรณ์และสอดคล้องกันจึงนับได้ว่าเป็นประจักษ์พยานอย่างสำคัญอันจักปฏิเสธเสียไม่ได้แห่งความเจริญก้าวหน้าของประเทศสยาม²⁵ ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 หรือ ราวปีพุทธศักราช

²³ พระราชดำรัสพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงแถลงพระราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดิน. (2518). *ประวัติศาสตร์และการเมือง*. หน้า 148.

²⁴ Guyon, R. (1919). การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม [Oeuvre de Codification au Siam] (วิญญู วรรณ, ผู้แปล). *วารสารนิติศาสตร์*, หน้า 101.

²⁵ แหล่งเดิม.

2344 - 2443 นานาประเทศรอบบ้านของสยามต่างก็ตกเป็นประเทศอาณานิคมของจักรวรรดินิยมตะวันตก สยามเองก็ต้องเผชิญกับการถูกคุกคามจากมหาอำนาจตะวันตก เกิดข้อพิพาทกับฝรั่งเศส เมื่อวิกฤตการณ์ ร.ศ. 112 จนเป็นเหตุให้ต้องยอมสละอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนฝั่งซ้ายของแม่น้ำโขงและเกาะทั้งหลายในแม่น้ำโขง²⁶ และอีกทางหนึ่งต้องเผชิญกับปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต หรือการเสียเอกราชในทางการศาล สภาวะปัญหานี้เกิดขึ้นเพราะประเทศสยามมีอาจตัดทานการแผ่ขยายทางการค้าเข้ามาโดยอาศัยอำนาจทางการทหาร เพราะหากตัดทานการขยายอำนาจก็อาจจะเกิดความเสียหายที่มากกว่าขึ้น ด้วยเหตุนี้ ในปี พ.ศ. 2398 สยามจึงต้องทำสัญญาเบาริงก์ (Bowring Treaty) โดยเซอร์ จอห์น เบาริงก์กับประเทศอังกฤษ นับว่าเป็นสัญญาที่ทำให้สยามต้องสูญเสียเอกราชในทางการศาลไปทั้งกับประเทศอังกฤษและกับประเทศอื่นๆ ที่เข้ามาขอทำสัญญาในทำนองเดียวกัน ในเวลาต่อมา เพราะแต่ละประเทศต่างก็ได้รับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตไปด้วย แม้กระทั่งประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศตะวันออกแท้ๆ แต่ก็ได้รับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตไปด้วย²⁷ การที่ชาวต่างชาติมีเอกสิทธิ์ไม่ต้องขึ้นศาลไทยนั้นส่งผลเสียต่อเนื่องเพิ่มขึ้นอีก จากการที่ชาวยุโรปขยายสิทธิครอบคลุมนำไปตั้งพลเมืองในอาณานิคมของตน รวมไปถึงบุคคลในอารักขาอีกด้วย อำนาจของประเทศไทยในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความศักดิ์สิทธิ์ของตัวบทกฎหมายจึงลดน้อยถอยลง ทำให้เกิดผลกระทบใหญ่หลวงทางการศาล อันจะนำพาประเทศไปสู่ความเสียหายใหญ่หลวงที่จักสูญเสียอำนาจการปกครองในด้านอื่นๆ ต่อไป การที่สยามจะสามารถรักษาเอกราชของประเทศไว้ได้นั้นต้องมีกุศโลบายในการพัฒนาปฏิรูปประเทศที่ชาญฉลาดและทำอย่างจริงจัง เพื่อแสดงคุณสมบัติที่สำคัญ 4 ประการ²⁸ ที่จะปิดปากชาติตะวันตกมิให้อ้างเป็นเหตุแห่งการเข้าครอบครองบ้านเมือง กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง ต้องแสดงให้เห็นว่าสยามเป็นชาติอารยะที่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่พลเมืองได้ไม่แพ้ชาติยุโรป ประการที่สอง ต้องปรับปรุงบ้านเมืองให้เจริญทันสมัยทัดเทียมกับชาติที่เจริญแล้ว ประการที่สาม ต้องสามารถรักษาความสงบเรียบร้อยในบ้านเมืองและคุ้มครองชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประการสุดท้ายต้องพร้อมกับการเปิดประเทศและรับกับระบบการค้าเสรี ด้วยเหตุนี้ อาจกล่าวได้ว่า การที่จักนำพาประเทศสยามให้รอดพ้นจากการตกเป็นอาณานิคมของจักรวรรดินิยมตะวันตกจึงต้องเริ่มจากการทำ

²⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). *การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป*. หน้า 36.

²⁷ สัญชัย สัจจวานิช. (2516). *การต่อสู้เพื่อเอกราชในทางการศาล*. *วารสารนิติศาสตร์*, หน้า 10.

²⁸ เล่มเดิม. หน้า 37. และ โปรดดู เหตุผล 4 ประการ ที่เจ้านายและข้าราชการกราบบังคมทูลถวายความเห็นจัดการเปลี่ยนแปลงระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ร.ศ.103 ใน ชัยอนันต์ สมุทรวณิช. *แผนการเมืองฉบับแรกของไทย*. หน้า 80 - 81.

ให้ชาติเหล่านั้นเห็นประจักษ์ว่าสยามเป็นประเทศที่เจริญแล้ว ทัดเทียมแล้วกับผู้ที่อ้างตนว่าเป็นประเทศอารยะ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเล็งเห็นว่าการจะทำให้สยามหลุดพ้นจากสภาพปัญหาการเสียดิสทิสภาพนอกอาณาเขตได้ คือ ต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและการศาล ให้ต่างชาติได้เห็นว่ากฎหมายของสยามนั้นยุติธรรมและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชนได้ ในบรรดากฎหมายลักษณะต่างๆ กฎหมายอาญาเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างได้ง่ายที่สุดและศาลต่างๆ สามารถทำความเข้าใจได้ง่าย” ดังนั้น กฎหมายอาญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด จึงได้รับการแก้ไขปรับปรุงเป็นลำดับแรก เพื่อให้มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกฎหมายอาญาในการปกป้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมและปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การปฏิรูประบบกฎหมาย การพัฒนาวิชากฎหมาย และการสร้างนักกฎหมายที่รู้จักและเข้าใจกฎหมายอย่างแท้จริงนับได้ว่ามีความสำคัญต่อความเปลี่ยนแปลงอย่างยั่งยืนทางโครงสร้างของประเทศเป็นอย่างมาก ความสำคัญของกฎหมายในขณะนั้นสะท้อนให้เห็นได้จากคำบรรยายของชาร์ลส์ บูลส์³⁰ นายกเทศมนตรีแห่งกรุงบริสเซลส์ซึ่งได้บรรยายถึงภารกิจของที่ปรึกษาชาวเบลเยียมไว้ว่า “การทำให้ชาวสยามซึ่งกำลังถูกคุกคามได้ตระหนักถึงความสำคัญในคุณค่าแห่งการชำระอยู่อย่างเป็นเอกราช การคิดอาวุธแห่งความรู้ด้านกฎหมายยุโรปเพื่อให้ชนชาวสยามสามารถใช้หลักนิติศาสตร์ตะวันตกในการขัดขวางการรุกรานจากตะวันตก การช่วยจัดกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ชาวสยามสามารถจะเรียกร้องความไม่ชอบธรรมเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต การจัดระเบียบการบริหารเพื่อให้มีการใช้ทรัพยากรของชาติอย่างมีแบบแผน” กลไกสำคัญของการพัฒนาประเทศไปสู่ความทันสมัยอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพต้องมาจากกรอบแนวทางการประพฤติปฏิบัติของมนุษย์ที่อยู่ร่วมกันในสังคม ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดการปฏิรูปเพื่อชำระสะสางร่างประมวลกฎหมายขึ้น พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เพราะพระองค์ทรงเล็งเห็นว่ามีความเหมาะสมกับสภาพของบ้านเมืองและสภาพของสังคมไทยในขณะนั้นมากที่สุด อีกทั้งทรงเห็นว่ากฎหมายเดิมของไทยมีแนวโน้มไปในทางระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายมากกว่า จึงเป็นการง่ายที่จะเปลี่ยนระบบ

²⁹ คณพล จันทน์หอม. (2545). *วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมาย และประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). หน้า 91.

³⁰ โอर्ट, ปีแอร์. (2539). *ล้านนาไทยในแผ่นดินพระพุทธเจ้าหลวง*. (พิชญ จันทรวิทัน, ผู้แปล. หน้า 243.

กฎหมายไทยให้สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมาย³¹

เหตุผลหลักที่พระองค์ทรงเลือกใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองประเทศปรากฏตามความในพระราชปรารภของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ดังใจความว่า สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปกว่าแต่ก่อนมาก กฎหมายเก่าที่ใช้มาในราชอาณาจักรสยาม ได้ผ่านล่วงเลยเวลามาช้านานหลายชั่วอายุคน มีการบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นจนมีความซับซ้อน บ้างก็มีความขัดแย้งกัน ยากแก่การนำไปพิพากษาอรรถคดีจึงถึงเวลาอันสมควรที่จะต้องตรวจชำระพระราชกำหนดกฎหมาย อีกประการหนึ่ง คือ ความลำบากในการจัดการคดีที่เกี่ยวข้องกับคนในบังคับของต่างชาติ เนื่องจากปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต พระองค์ทรงมีความประสงค์ที่จะหาอุบายในการเลิกเสีย โดยมองว่าประเทศญี่ปุ่นได้ริเริ่มคิดอ่านที่จะจัดการเรื่องนี้มาก่อนประเทศอื่นและสามารถได้คืนเอกราชทางการศาล³² เป็นแบบอย่างที่จะดำเนินตามให้สำเร็จประโยชน์อย่างเดียวกัน³³

ประเด็นสำคัญที่น่าคิด คือ เพราะเหตุใดพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงตัดสินพระทัยเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมายมากกว่าที่จะทรงเลือกใช้ระบบคอมมอนลอว์ ที่พระราชโอรส คือ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงสำเร็จการศึกษาวิชากฎหมายจากประเทศอังกฤษ ทั้งนี้ก็เพราะระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมจารีตประเพณีของชาวอังกฤษมากกว่าชาวสยาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายก็มาจากขนบธรรมเนียมประเพณีและคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก มิได้มีการรวบรวมไว้เป็นหมวดหมู่ ในขณะที่ระบบประมวลกฎหมายมีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายโรมัน มีการแบ่งเป็นหมวดหมู่อย่างมีระเบียบ มีข้อความอ้างอิงถึงกัน ยากแก่การทำความเข้าใจ และมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดที่แน่นอน และที่สำคัญคือ ประเทศตะวันตกส่วนใหญ่ ก็ล้วนแต่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกัน ดังนั้น ย่อมจะทำให้ประเทศไทยสามารถอ้างความทัดเทียมกันในทางกฎหมายและการศาลกับประเทศตะวันตกได้และสามารถขอลดเปลื้องปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ในที่สุด

³¹ กองจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร เอกสารกระทรวงยุติธรรม รัชกาลที่ 6 หมายเลข ย/1 รายงานกรมพระสวัสดิวัตน์วิศิษฐ์ถวายพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว อ้างถึงใน ชาญชัย แสงวงศ์ และวรรณชัย บุญบำรุง. (2543). *สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 129.

³² ประเทศญี่ปุ่นกลับคืนสู่ฐานะมีเอกราชทางการศาลในปี ค.ศ. 1899 (พ.ศ. 2442) หรือ 41 ปีหลังจากตกอยู่ในระบบสิทธิสภาพนอกอาณาเขต อ้างถึงใน สัจชัย สัจจวานิช. (2516). *การต่อสู้เพื่อเอกราชในการศาล. วารสารนิติศาสตร์*, หน้า 6.

³³ พระราชปรารภองค์พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

การริเริ่มระบบประมวลกฎหมายในสยามด้วยการร่างประมวลกฎหมายอาญานั้น เนื่องจากเพราะถือว่าเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างง่ายที่สุด อีกทั้งยังง่ายแก่การทำความเข้าใจและการปรับใช้ นอกจากนี้ยังถือเป็นกุศโลบายที่ดีที่จะช่วยให้ผู้พิพากษาคุ่นเคยกับนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย หลักการให้เหตุผลทางกฎหมาย ตลอดจนระบบความสัมพันธ์ของบทบัญญัติแต่ละมาตรา ประมวลกฎหมายจะทำให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนในระบบกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ในการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญานั้นใช้เวลาร่วม 11 ปี นับแต่เริ่มมีการรวบรวมตัวบทกฎหมายในปี พ.ศ. 2440 จนกระทั่งแล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2451 โดยในครั้งแรก พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตั้งคณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้น โดยมีพระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงเป็นประธานร่วมกับคณะกรรมการทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศ โดยคณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญาชุดแรก พุทธศักราช 2440 (ร.ศ. 116) ประกอบด้วย³⁴

1. พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม เป็นประธานคณะกรรมการ
2. พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงพิชิตปรีชากร อธิบดีเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม เป็นกรรมการ
3. พระยาประจักษ์จักษุ (แจ่ม บุนนาค) อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง เป็นกรรมการ
4. เจ้าพระยาอภัยราชา (Gustave Rolin Jacquemyns) ที่ปรึกษาราชการทั่วไป (General Adviser) ชาวเบลเยียม เป็นกรรมการ
5. นายริชาร์ด เกริร์กแปตริก (Richard Kirkpatrick) ที่ปรึกษากฎหมาย (Legal Adviser) เนติบัณฑิตชาวเบลเยียม เป็นกรรมการ
6. ดร.โตกิจิ มาซาโอ (Tokichi Masao) ผู้ช่วยที่ปรึกษาราชการกระทรวงยุติธรรม เป็นกรรมการ

ในการจัดทำประมวลกฎหมายให้ทันสมัยนี้มีคณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญาทั้งข้าราชการไทยและที่ปรึกษากฎหมายชาวต่างประเทศ เพราะเหตุที่ว่าต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ความสามารถ ความชำนาญและประสบการณ์ที่มากพอ เจ้าพระยาอภัยราชาสยามานุกุลกิจ หรือ มองสิเออร์กุสตาฟ โรแลง ชัคแมงค์ (Gustave Rolin Jacquemyns) นับเป็นที่ปรึกษาราชการแผ่นดินชาวต่างชาติผู้หนึ่งที่ได้รับควมไว้วางพระราชหฤทัยและมีบทบาทสำคัญอย่างมากในการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลไทย ดังคำกราบบถวายนับคมทูลรายงานต่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวในพิธีเปิดพระรูปจำหลักเสด็จในกรมหลวงราชบุรีและ

³⁴ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ. เอกสารหมายเลข ร. 5 ข. 23/4 เรื่อง การทำกฎหมายลักษณะอาญา. 2440.

รูปเจ้าพระยาอภัยราชา ณ โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม เมื่อวันที่ 12 มีนาคม พ.ศ. 2470³⁵ ความว่า “...เฉพาะในราชการยุติธรรมซึ่งโปรดเกล้าฯ ให้กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงริเริ่ม คัดแปลงแลดำเนินการตามแบบใหม่นั้น ถึงแม้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจะทรง ทราบแนในพระราชหฤทัยว่า พระราชโอรสพระองค์นั้นประกอบด้วยคุณเฉลียวฉลาดรอบรู้วิชา การอันได้ทรงศึกษาแม่นยำแล้ว แลทั้งเป็นผู้ประกอบด้วยความเพียร มาคั่งอยู่แต่ที่จะถึงซึ่ง ความสำเร็จในราชการซึ่งทรงรับมอบหมายให้จัดนั้นก็จริง แต่ก็ยังเป็นผู้มีพระชนมายุน้อย ยังไม่มี ความคุ้นเคยในราชการมานานนัก มิใช่ไร้วรรษาหฤทัยลงไปทีเดียวว่าจะทรงจัดราชการผ่อนปรน ทางเก่าแลทางใหม่ ให้เข้าเกลียวกันเป็นที่เรียบร้อยได้ จึงโปรดเกล้าฯ ให้เจ้าพระยาอภัยราชาผู้มีความรู้และความชำนาญ เป็นผู้คอยช่วยเหลือค้ำค้ำเดือนกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์อีกชั้นหนึ่ง เจ้าพระยาอภัยราชารับพระราชทานภาระอันนั้นแล้วก็ได้ปฏิบัติพระราชประสงค์ช่วยเหลือเกื้อหนุน กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์เต็มความสามารถจนได้จัดการราชการสำเร็จดังพระราชประสงค์...” ดังนี้ แม้ว่าเจ้าพระยาอภัยราชาจะมีโชคนสยามแต่ก็นับได้ว่าท่านเป็นผู้ที่มีบทบาทและคุณูปการ มากมายต่อแผ่นดินสยามซึ่งสยามเองได้ยกย่องสรรเสริญและจัดสร้างถาวรวัตถุขึ้นนั้นเพราะมีเคย ลืมผู้ที่เคยรับราชการและสร้างคุณงามความดีไว้ต่อประเทศ

โดยการรวบรวมจัดทำประมวลกฎหมายในครั้งนี้ได้รวบรวมพระราชกำหนดบทอัยการ ที่เห็นสมควรใช้ต่อไปได้ไว้และเรียบเรียงไว้เป็นร่างกฎหมายและอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จากประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ซึ่งในเนื้อความนั้นมีโครงสร้างแบบของระบบประมวลกฎหมายอย่าง แท้จริง ต่อมาพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงดำรง ราชนาภาพ ทรงเห็นด้วยกับการจัดทำกฎหมายในรูปของประมวลกฎหมายสำหรับเมืองไทย เนื่องด้วยการที่กฎหมายอาญาตะวันตกมีการศึกษาค้นคว้ากันอย่างละเอียดลึกซึ้งและมีวิวัฒนาการ ต่อเนื่องกันมายาวนาน จนมีตัวบทกฎหมายที่มีความชัดเจน มีหลักการที่เป็นเหตุเป็นผลจึงแผ่ขยาย แนวความคิดเข้ามามีอิทธิพลสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยและได้กลายเป็นรากฐานของ ระบบกฎหมายไทยจวบจนปัจจุบัน³⁶ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงเลือกใช้หลัก กฎหมายอาญาตะวันตกมาเป็นต้นแบบและผสมผสานกับแนวคิดและหลักกฎหมายจากกฎหมาย ตราสามดวงเพราะทรงคำนึงถึงความเหมาะสมของกฎเกณฑ์กับสภาพชีวิตและสังคมไทย “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” จึงถือกำเนิดขึ้น และเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย และได้ใช้บังคับกับการกระทำความผิดอาญามา นับแต่วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 จวบจนถึง

³⁵ นิกธ ทศสโร. (2549). *พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์: พระบิดาแห่งกฎหมายไทย*. หน้า 355.

³⁶ สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. (2546). *ความยกย่องในประวัติศาสตร์ของบิดาแห่งกฎหมายไทย*. หน้า 34.

วันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2499 รวมระยะเวลาประมาณ 49 ปี แม้ปัจจุบันจะยกเลิกและแทนที่ด้วยประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499³⁷ แล้ว แต่บทบัญญัติและหลักกฎหมายต่างๆ ก็ยังคงทรงอิทธิพลทางแนวความคิดหลายประการต่อกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน

โดยในการจัดทำต่อเนื่องครั้งนี้ ทรงตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมายลักษณะอาญาระยะที่สอง พุทธศักราช 2448 (ร.ศ. 124) ประกอบด้วย³⁸

1. นายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมาย กระทรวงยุติธรรม เป็นประธาน

2. นายวิลเลียม อัลเฟรด ทิลเลเก้ (William Alfred Tilleke) ชาวศรีลังกา ผู้แทนเจ้ากรมอัยการ เป็นกรรมการ

3. พระอรรถการประสิทธิ์ (ปลื้ม สุจริตกุล) ผู้พิพากษาศาลคดีต่างประเทศ เป็นกรรมการ

4. หลวงสกลสัตยาทร (ทองนุ่น บุญยอมานพ) ผู้พิพากษาศาลแพ่ง เป็นกรรมการ

หลังจากร่างกฎหมายลักษณะอาญาแล้วเสร็จ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งคณะกรรมการเสนาบดีซึ่งมีหน้าที่ราชการเกี่ยวข้องต้องปฏิบัติต่อเนื่องทุกกระทรวงขึ้นเป็นที่ปรึกษา เพื่อช่วยกันตรวจชำระร่างกฎหมายใหม่นี้เมื่อปีพุทธศักราช 2449 (ร.ศ. 125) ประกอบด้วย³⁹

1. พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงดำรงราชานุภาพ เสนาบดีกระทรวงมหาดไทย เป็นประธาน

2. พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงนครสวรรค์ เสนาบดีกระทรวงนครบาล เป็นกรรมการ

3. พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงเทวะวงษ์วโรประการ เสนาบดีกระทรวงการต่างประเทศ เป็นกรรมการ

4. พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม เป็นกรรมการ และทรงโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งคณะกรรมการสำหรับตรวจเทียบเคียงถ้อยคำบทกฎหมายที่ร่างขึ้นใหม่กับกฎหมายเก่าอีกครั้ง โดยมีนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) เป็นประธานชั้นที่สุดอีกชั้นหนึ่ง ประกอบด้วย⁴⁰

³⁷ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมาย พ.ศ. 2499 มาตรา 3 บัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2500 เป็นต้นไป และมาตรา 4 บัญญัติว่า “เมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้ใช้บังคับแล้ว ให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา”

³⁸ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ. เอกสารหมายเลข ร. 5 ข. 23/4 เรื่อง การทำกฎหมายลักษณะอาญา. 2440.

³⁹ ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ 1 มิถุนายน ร.ศ. 127 เล่มที่ 25, หน้า 207 - 210.

⁴⁰ แหล่งเดิม.

1. พระเจ้าน้องยาเธอ กรมขุนศิริชัชสังกาศ กรรมการศาลฎีกาเป็นประธาน
2. พระยาประจักษ์จกรจักร (แฉ่ม บุนนาค) กรรมการศาลฎีกา
3. พระบริรักษ์ จัตุรงค์ (พุ่ม) กระทรวงการต่างประเทศ

ในการตรวจชำระร่างกฎหมายลักษณะอาญานี้เริ่มต้นนับแต่เดือนกุมภาพันธ์ รัตนโกสินทร์ศก 125 จนกระทั่งแล้วเสร็จในเดือนกันยายน รัตนโกสินทร์ศก 126 (ปี พ.ศ. 2450) จึงได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตรวจแก้ไขด้วยพระองค์เอง อีกชั้นหนึ่ง แล้วจึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราไว้เป็นกฎหมาย โดยมีการจัดพิมพ์กฎหมาย ลักษณะอาญาออกเป็น 3 ภาษา คือ ภาษาไทย ภาษาอังกฤษ และภาษาฝรั่งเศส เพื่อให้ประเทศต่างๆ ได้ทราบว่ากฎหมายลักษณะอาญาของไทยมีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพและมีความทันสมัย ทัดเทียมกับกฎหมายสมัยใหม่ของนานาอารยประเทศ⁴¹

แนวทางในการดำเนินการร่างประมวลกฎหมายนั้น คณะกรรมการร่างมีจุดมุ่งหมาย สำคัญก็คือ ร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับความต้องการของประเทศ ไม่ตกหลุมพรางของการ คัดลอกบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศมาดัดแปลงอย่างผิวเผินไม่ว่าบทกฎหมายต่างประเทศ นั้นๆ จะประเสริฐเลิศเลอเพียงใดก็ตาม⁴² ในการร่างกฎหมายแต่ละลักษณะผู้ร่างจะศึกษาอย่างกว้าง ในเบื้องต้น โดยดูจากตัวบทกฎหมายของสยามที่มีอยู่ก่อนและศึกษาจากประมวลกฎหมายสำคัญๆ ของต่างประเทศ เช่น ในแง่ความชัดเจนดูจากประมวลกฎหมายฝรั่งเศส ในแง่หลักกฎหมาย บางอย่างดูจากกฎหมายอังกฤษ ในแง่การนำมาปรับใช้และความทันสมัยดูจากประมวลกฎหมาย สวิสและญี่ปุ่น ในแง่ความกระชับรัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมายดูจากประมวลกฎหมายเยอรมัน ใน กรณีที่บทบัญญัติเรื่องหนึ่งอาจเป็นไปได้หลายแนวทาง คณะกรรมการร่างจะเลือกทางที่มีผลในทาง ปฏิบัติมากที่สุดและสอดคล้องกับความจำเป็นสมัยใหม่มากที่สุด ด้วยเหตุนี้ ในการร่างประมวล กฎหมายจึงเป็นความพยายามอย่างยิ่งที่จะใช้ประโยชน์จากประสบการณ์และภูมิปัญญาของประเทศ ที่เคยมีประมวลกฎหมายมาก่อน มากกว่าที่จะลอกเลียนตามๆ กันไป ดังเป็นทาสทาสปัญหา⁴³ นอกจากการศึกษาค้นคว้าแล้วยังได้มีการอภิปรายถกเถียงกันในรายงานเบื้องต้นของกฎหมายแต่ละ ลักษณะพร้อมทั้งการแลกเปลี่ยนทัศนะถึงสภาวะของปัญหาที่เกิดขึ้นในขณะนั้น เพื่อหาระบบที่ เหมาะสมที่สุดและสอดคล้องต่อความจำเป็นของประเทศมากที่สุดอย่างแท้จริง ทำให้การร่าง

⁴¹ คณพล จันทน์หอม. (2545). *วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127: ศึกษากระบวนการร่างกฎหมาย และประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 122.

⁴² Guyon, R. (1919). การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม [Oeuvre de Codification au Siam] (วิญญู วรรณ, ผู้แปล). *วารสารนิติศาสตร์*, หน้า 105.

⁴³ เล่มเดิม. หน้า 106.

กฎหมายของสยาม มิได้เป็นแต่เพียงโครงสร้างในทางทฤษฎีเท่านั้น แต่เป็นการร่างกฎหมายที่เขียนขึ้นจากเงื่อนไขทางภาววิสัยที่เป็นจริงของสยาม คณะกรรมการร่างจะดำเนินการเขียนตัวบทหลังจากที่ทำการศึกษาและอภิปรายกันในประเด็นต่างๆ แล้วเท่านั้น เมื่อบทบัญญัติได้ถูกเขียนขึ้นแล้วก็ต้องผ่านการอภิปรายเพื่อแก้ไข เปลี่ยนแปลงจนได้บทบัญญัติที่ชัดเจนที่สุดและดีที่สุด หลังจากเสร็จสิ้นขั้นตอนต่างๆ แล้ว ต้นร่างที่ถูกร่างขึ้นเป็นภาษาอังกฤษอันเป็นภาษากลางที่คณะกรรมการฯ ทุกคนเข้าใจ ก็จะถูกแปลเป็นภาษาไทยและตรวจสอบโดยกรมร่างกฎหมาย

ในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ก็เช่นเดียวกัน คณะกรรมการร่างได้จัดทำเป็นภาษาอังกฤษก่อน แล้วแปลเป็นภาษาไทยภายหลัง มีบทบัญญัติรวมทั้งสิ้น 340 มาตรา จัดทำแล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2450 และจัดพิมพ์เป็น 3 ภาษา ได้แก่ ภาษาไทย ภาษาอังกฤษ และภาษาฝรั่งเศส แล้วนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และพระองค์ก็ได้ทรงประกาศใช้ นับตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2451 “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ประกอบด้วยบทบัญญัติรวมทั้งสิ้น 340 มาตรา โดยแบ่งออกเป็น 2 ภาค คือ

ภาค 1 บทบัญญัติว่าด้วยข้อบังคับต่างๆ (มาตรา 1 - มาตรา 96) ประกอบด้วย

- หมวด 1 คำอธิบาย
- หมวด 2 ว่าด้วยการใช้กฎหมายลักษณะอาญา
- หมวด 3 ว่าด้วยอาญาและการลงอาญา
- หมวด 4 ว่าด้วยเหตุอันควรยกเว้นอาญา หรือ การหย่อนอาญาให้แก่ผู้กระทำความผิด
- หมวด 5 ว่าด้วยพยายามกระทำความผิด
- หมวด 6 ว่าด้วยบุคคลหลายคนกระทำความผิดอย่างเดียวกัน
- หมวด 7 ว่าด้วยคนๆ เดียวกระทำความผิดหลายอย่าง
- หมวด 8 ว่าด้วยผู้กระทำความผิดหลายครั้งไม่เข็ดหลาบ
- หมวด 9 ว่าด้วยกำหนดเวลาที่จะฟ้องความและที่จะลงโทษในคดีทางอาญา
- หมวด 10 ว่าด้วยการร้องขอคืนทรัพย์สิน และขอค่าเสียหาย

ภาค 2 บทบัญญัติว่าด้วยลักษณะความผิด (มาตรา 97 - มาตรา 340) ประกอบด้วย

- ส่วนที่ 1 ความผิดฐานประทุษร้ายต่อพระบรมราชตระกูล
- ส่วนที่ 2 ความผิดอันเกี่ยวด้วยการปกครองบ้านเมือง
- ส่วนที่ 3 ความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสียความยุติธรรม
- ส่วนที่ 4 ความผิดต่อศาสนา
- ส่วนที่ 5 ความผิดที่กระทำให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลและทรัพย์สิน
- ส่วนที่ 6 ความผิดที่กระทำอนาจาร

ส่วนที่ 7 ความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิตและร่างกาย

ส่วนที่ 8 ความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพและชื่อเสียง

ส่วนที่ 9 ความผิดที่ประทุษร้ายต่อทรัพย์

ส่วนที่ 10 ความผิดที่เป็นลหุโทษ

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นประมวลกฎหมายอาญาระบบแรกของไทยซึ่งถือได้ว่าทำให้ประเทศได้พลิกโฉมระบบกฎหมายอย่างแท้จริง เพราะเป็นคัมภีร์กฎหมายที่มีความชัดเจน เป็นเหตุเป็นผล เป็นหมวดหมู่ เป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิจารณาการกระทำความผิดและโทษ แต่อย่างไรก็ไม่อาจพูดได้ว่าจะปราศจากไปจากความคิดของกฎหมายดั้งเดิมไปเสียสิ้นเลย เพราะกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังคงได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดทั้งจากระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) ของอังกฤษ และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ของฝรั่งเศส และเยอรมนี โดยในระยะแรกแนวความคิดที่นำมาอธิบายบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 คือ แนวความคิดจากหลักกฎหมายอังกฤษ (Common Law System) โดยเน้นในเรื่องการกระทำผิดอาญา (Actus reus) และเจตนาร้าย (Mens rea) พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการอธิบายหลักเกณฑ์จากกฎหมายลักษณะอาญา โดยพระองค์ทรงเขียนตำรา “โค้ดอาญา เล่ม 1” เพื่ออธิบายบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้เข้าใจง่ายเรียงตามลำดับมาตรา และ “โค้ดอาญา เล่ม 2” เพื่ออธิบายหลักกฎหมายอาญาและยกตัวอย่างประกอบให้ชัดเจน ในตำรา โค้ดอาญา เล่ม 1 ของท่าน “หลักเจตนาร้าย” (Mens rea) ของระบบคอมมอนลอว์ได้ถูกนำมาอธิบายสอดแทรกในคัมภีร์ที่ทรงเขียนอธิบายความหมายของเจตนาเทียบเคียงไว้ว่า “เจตนา” มาตรา 43⁴⁴ “ต่อผู้ใดได้กระทำผิดโดยเจตนาร้าย ผู้นั้นจึงควรรับอาญา ถ้าแลมันมิได้มีเจตนาร้าย ท่านว่าอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย เว้นแต่ เมื่อมันกระทำโดยประมาทต้องตามบทในกฎหมายที่มีบ่งไว้ว่า ผู้ใดได้กระทำโดยประมาทก็ดี ก็ให้มีโทษ ท่านจึงให้ลงโทษอาญาแก่มันฐานกระทำผิดโดยประมาท...” และในตัวอย่างประกอบจากตำราโค้ดอาญา เล่ม 2 ซึ่งได้ทรงขยายความไว้ว่า “...การที่จะแบ่งเจตนาลงเป็นการกระทำก็ดี ถ้าเจตนาแก่ผู้ใดสิ่งใดก็ดี เป็นเหตุให้มีโทษนั้น... ไม่เป็นเกณฑ์สำหรับรู้กฎหมายว่าควรลงโทษหรือไม่... จึงต้องถามว่า ข้ออื่นนั้นอย่างไร คำตอบที่เขาตอบกันเป็นพื้นนั้นว่า ต้องให้มี “เมนสะเรีย” ซึ่งเป็นศัพท์ในกฎหมายโรมัน ประสงค์ให้เข้าใจว่าความรู้สึกว่าตัวทำผิด...” เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะอาญา

⁴⁴ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. (ร.ศ.128). โค้ดอาญา เล่ม 1 ฉบับหลวงกับฉบับเทียบ. หน้า 44.

มาตรา 43⁴⁵ บัญญัติว่า “ต่อผู้ใดกระทำโดยเจตนา ผู้นั้นจึงควรรับอาญา ถ้าแลมันไม่ได้มีใจเจตนาที่จะกระทำ ท่านว่าอย่าได้ลงอาญาแก่มันเลย” และวรรคสอง “ที่ว่ากระทำโดยเจตนา นั้น ท่านอธิบายว่า บุคคลกระทำโดยตั้งใจแลประสงค์ต่อผล หรืออาจจะแลเห็นผลแห่งการที่กระทำนั้นได้ อย่างนี้เชื่อว่ากระทำโดยเจตนา” เมื่อพิจารณาถ้อยคำจากการอธิบายของฉบับเทียบและฉบับหลวงนั้นเห็นได้ว่าในการอธิบายทั้งทางตำราและในโรงเรียนสอนกฎหมาย ได้พยายามนำเอาหลัก Mens rea มาอธิบายความหมายของ “เจตนา” ตามมาตรา 43 นี้ว่าหมายถึง ผู้กระทำต้องมีเจตนาร้าย มีจิตใจที่ประสงค์ร้าย เมื่อการกระทำประกอบกับเจตนาร้าย (criminal act and criminal intent) นี้ จึงทำให้การกระทำเป็นความผิดอาญา แม้ถ้อยคำในบทบัญญัติจะอธิบายไว้อย่างชัดเจนว่า “เจตนา” นั้นคือตั้งใจและประสงค์ต่อผลหรือแลเห็นผล แต่ก็ยังถูกเทียบเคียงไปอีกว่า “ประสงค์ต่อผลหรือแลเห็นผลนั้น” หมายถึง หลักสากลซึ่งก็คือ Mens rea⁴⁶ การอธิบายลักษณะนี้แพร่หลายไปอย่างต่อเนื่องทั้งทางตำรา การปลูกฝังในโรงเรียนสอนกฎหมาย ตลอดจนหิ้งรากลึกอยู่ในกระบวนการพิจารณาของศาลไทย แท้ที่จริงแล้ว Mens rea คือ การพิจารณาในส่วนที่เป็นอวัสัยของผู้ที่มีความรู้ผิดชอบในการกระทำ การจะลงโทษบุคคลต้องพิจารณาส่วน Mens rea ประกอบกับส่วน Actus reus ด้วยเสมอ ทั้งสององค์ประกอบเป็นสิ่งที่จำต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันและ “เจตนาร้าย” (Mens rea) จะครอบคลุมทั้งในส่วนของเจตนาและประมาทโดยรู้ตัว Mens rea จึงไม่อาจนำมาอธิบายมาตรา 43 ของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หรือกรณีอื่นๆ อันมีเรื่องของเจตนาเป็นองค์ประกอบ เช่น การกระทำโดยสำคัญผิดและการกระทำโดยพลาด (มาตรา 44) การกระทำโดยจำเป็น (มาตรา 49) และการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 50) ได้ เพราะเจตนาตามมาตราเหล่านี้คือ การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและขณะเดียวกันก็ประสงค์ต่อผลหรือยอมแลเห็นผล แต่ไม่ได้หมายความถึงเจตนาร้ายแต่อย่างใด⁴⁷ รวมถึงกรณีความผิดที่เกิดขึ้นโดยประมาทบทบัญญัติแห่งกฎหมายของไทยก็บัญญัติแยกให้รับผิดต่างหากมิได้หมายความว่ารวมไว้ ดังนั้น “หลักเจตนาร้าย” จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่มีปรากฏอยู่ ณ ที่ใดในตัวบทกฎหมายของระบบประมวลกฎหมาย และมีความแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงกับคำว่า “เจตนา” ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ดังที่จะได้เปรียบเทียบให้เห็นโดยละเอียดต่อไป อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตที่น่าสนใจอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก เมื่อเลือกใช้และนำเอาประมวลกฎหมายมาเป็นแบบอย่างแล้วนั้น การนำแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ที่แตกต่างกันทั้งประวัติความเป็นมา แนวคิดและรูปแบบการ

⁴⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 25. *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127*. หน้า 218.

⁴⁶ คณิต ณ นคร. (2531). “โครงสร้างความคิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens rea” *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (3), หน้า 214.

⁴⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 61.

วินิจฉัยการกระทำความผิดมาอธิบายบทบัญญัติที่เป็นประมวลกฎหมายย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ขาดความสอดคล้องต้องกัน ประการที่สอง คือ ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) มีนิติวิธี ในการบัญญัติกฎหมายที่ต้องชัดเจนแน่นอน เพราะหากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ย่อมมีอาจลงโทษ อาญาแก่บุคคลได้ แต่ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) ผู้พิพากษาเป็นผู้สร้างหลัก กฎหมาย สามารถตีความ วิเคราะห์และวางแนวบรรทัดฐานการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญา ใหม่ๆ ได้อยู่เสมอ ในการค้นหาความหมายของ “เจตนา” จึงควรพิจารณาจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์ อักษรที่มีอยู่เป็นสำคัญ มิใช่ตามความเห็นของนักกฎหมายผู้หนึ่งผู้ใดหรือแนวทางคำพิพากษาของ ศาล และข้อสังเกตประการสุดท้าย คือ ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้นนักกฎหมายเป็น นักทฤษฎี ในขณะที่ระบบคอมมอนลอว์นั้น นักกฎหมายเป็นนักปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้แนวคิดทฤษฎีของ ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายจึงได้รับการพัฒนาไปมากกว่า ละเอียดลึกซึ้งกว่า และเป็น รูปธรรมมากกว่าอย่างเห็นได้ชัด การที่ประเทศไทยยังประสบปัญหาอยู่มากในการนำระบบ ประมวลกฎหมายมาใช้ก็เพราะขาดสิ่งสำคัญ อันได้แก่ ความเข้าใจอย่างถ่องแท้ในเรื่องของแนวคิด ทฤษฎี ที่มาและนิติวิธีในการใช้กฎหมายอย่างประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่แท้จริง แม้ ปัญหาที่ได้รับการพยายามทำความเข้าใจและถูกแก้ไขเรื่อยมา แต่กระนั้นก็ยังคงเป็นปัญหาต่อเนื่อง มาจนถึงปัจจุบันนี้

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอาญาซึ่งสำเร็จการศึกษา มาจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ประมวลกฎหมาย” ว่าหมายถึง “กฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้น โดยรวบรวมบทบัญญัติเรื่องเดียวกันที่ กระจัดกระจายกันอยู่เอามาปรับปรุงให้เป็นหมวดหมู่ วางหลักเกณฑ์ให้เป็นระเบียบเรียบร้อย มี ข้อความทั่วถึงซึ่งกันและกัน” และกฎหมายในสกุลนี้ได้พัฒนามาเป็นระบบประมวลกฎหมายซึ่ง ใช้อยู่แพร่หลายในประเทศยุโรป ระบบประมวลกฎหมายนี้มีลักษณะพิเศษ ดังนี้

- (1) สกุลกฎหมายนี้ ถือว่ากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีความสำคัญกว่าอย่างอื่น
 - (2) ในสกุลกฎหมายนี้ คำพิพากษาของศาลหาใช่ที่มาของกฎหมาย แต่เป็นเพียง แบบอย่าง หรือบรรทัดฐานของการตีความ หรือการใช้กฎหมายเท่านั้น
 - (3) ในการศึกษากฎหมายต้องเริ่มต้นจากตัวบทกฎหมายเป็น สำคัญ จะถือเอา คำพิพากษาของศาล หรือความเห็นของนักกฎหมายมาเป็นหลักมิได้
 - (4) สกุลกฎหมายนี้ ถือว่ากฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนเป็นคนละส่วนกัน หลัก กฎหมายและหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยปัญหาในกฎหมายทั้งสองจึงมีความแตกต่างกัน
- จากลักษณะพิเศษข้างต้นนี้ สะท้อนให้เห็นว่า ระบบกฎหมายและนิติวิธีที่สอดคล้องกัน เป็นเรื่องสำคัญ ปัญหาเรื่องแนวทางการอธิบายและการใช้กฎหมายไม่สอดคล้องกับที่มาของระบบ

กฎหมายนั้นไม่ได้ทำให้เกิดความลำบากในการทำความเข้าใจบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการเรียนการสอนกฎหมายเท่านั้น แต่ยังส่งผลไปถึงการปรับใช้ข้อกฎหมายต่างๆ เข้ากับข้อเท็จจริงซึ่งผันแปรไปอย่างรวดเร็วทุกยุคทุกสมัย การประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ทำให้ประเทศไทยหรือสยามในขณะนั้นสามารถก้าวขึ้นมาขึ้นบนแผนที่โลกและเป็นที่ยอมรับว่ามีอารยธรรม มีความเป็นรัฐสมัยใหม่ มีกระบวนการยุติธรรมที่มีหลักเกณฑ์ โปร่งใส ยุติธรรมและเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้กับประชาชนได้แก่เช่นประเทศตะวันตก จนนำมาซึ่งความสำเร็จในการเจรจาปลดแอกปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extra Territorial Right) ในเวลาต่อมา

“กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” นับเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งของการปฏิรูประบบกฎหมายในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว อันทำให้กฎหมายของประเทศสยามมีความทันสมัยและนับได้ว่าเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงคุณสมบัติของความเป็นรัฐสมัยใหม่อย่างน้อย 5 ประการ⁴⁸ คือ

(1) ยกย่องศักดิ์ศรีและความเท่าเทียมกันของมนุษย์ ด้วยการเลิกทาสและรับรองให้บุคคลมีฐานะเป็นตัวละครสำคัญในทางกฎหมาย มีสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย อนามัย เกียรติยศ ชื่อเสียง โดยได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายเท่าเทียมกัน

(2) รับรองความศักดิ์สิทธิ์ของทรัพย์สินเอกชนด้วยการรับรองระบบกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล ขอมให้ราษฎรถือครองทรัพย์สินโดยสิทธิ์ขาด รัฐรับประกันให้ความคุ้มครองไม่ริบหรือเวนคืนทรัพย์สินของราษฎรตามอำเภอใจ

(3) รับรองแดนอิสระของเอกชน ทั้งในทางทรัพย์สิน ครอบครัว ศาสนา ความเชื่อ และการเข้ากันเป็นสมาคม ห้างหุ้นส่วนบริษัท ขอมให้เอกชนมีพัฒนาการด้านต่างๆ เหล่านี้ได้ตามความสมัครใจ โดยรัฐไม่เข้าบังคับก่กษณะที่แทรกแซงใดๆ

(4) รับรองหลักความมีเหตุผลและความมีมนุษยธรรมในทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษ” และหลักที่ว่า “ผู้ต้องหาต้องถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ได้ว่ากระทำผิด”

(5) รับรองหลักการปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่ และประกันความเป็นอิสระของตุลาการ

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการแก้ปัญหาโดยการเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Code Law System) และประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่ในเชิงการอธิบายกลับมิได้ดำเนินตามแนวความคิดทฤษฎี หรือรูปแบบ โครงสร้างของระบบประมวลกฎหมายที่แท้จริง แต่กลับนำเอาหลักกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์และแนวความคิดต่างๆ ตลอดจนสุภาษิตมาอธิบายเป็นราย

⁴⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). *การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป*. หน้า 117.

เรื่อง ไป ยังคงไม่มีการพูดถึงคำว่า “โครงสร้างของความคิดอาญา” โดยตรงแต่ได้เริ่มมีความพยายามในการนำแนวความคิดเรื่องโครงสร้างของความคิดอาญาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย มาอธิบายบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะอาญา กล่าวคือ นักกฎหมายไทยได้นำแนวความคิดและรูปแบบการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาตามรูปแบบของประเทศภาคพื้นยุโรปเข้ามาอธิบายการพิจารณาวินิจฉัยความคิดอาญาของไทย โดยแนวคิดของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่นำมาอธิบายหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความคิดอาญา ได้แก่ แนวคิดของประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี ดังนี้

1) การอธิบายตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศส

ในปี พ.ศ.2458 นายประแดร์นิเกต์ ผู้ช่วยที่ปรึกษากฎหมาย ซึ่งเป็นนักกฎหมายชาวฝรั่งเศส นับได้ว่าเป็นบุคคลแรกที่เริ่มต้นนำเอาหลักทฤษฎีของกฎหมายฝรั่งเศสมาอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 โดยได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ 3 ประการ⁴⁹ สำหรับใช้วินิจฉัยความคิดทั่วไปทุกชนิดไว้ ดังนี้

(1) การร้ายต้องปรากฏอยู่ในกฎหมายอาญา กล่าวคือ ศาลจะลงโทษการกระทำของบุคคลใดได้ จำต้องเป็นการกระทำความผิดที่แจ้งอยู่ในกฎหมายเท่านั้น

(2) ต้องทำลงที่เรียกว่ากระทำ คือ ต้องมีการแสดงออกซึ่งอาการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเรียกได้ว่าเป็นการกระทำ เพียงแต่การคิดนั้นยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำ

(3) ต้องตั้งใจกระทำผิดที่เรียกว่าเจตนาร้าย คือ องค์ประกอบในส่วนจิตใจ ต้องมีความระลึกรู้ หากเสียจริต หรือเป็นเด็กอาจได้รับยกเว้นโทษ ข้อสังเกตคำว่าเจตนาร้ายในส่วนนี้มีได้หมายถึง Mens rea ตามระบบคอมมอนลอว์แต่อย่างใด เพราะท่านได้แบ่งแยกเรื่องเจตนาและประมาทออกจากกัน และมีการอธิบายถึงเจตนาประสงค์ต่อผลและเล็งเห็นผล

ในปี พ.ศ. 2466 นายเสนรี โรลังได้เขียนตำราอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาคทั่วไป โดยอธิบายเป็นระบบ จัดเป็นหมวดหมู่ มีข้อความอ้างอิงถึงกันและได้อธิบายการวินิจฉัยความคิดอาญา ผ่านโครงสร้างของความคิดอาญาฝรั่งเศสตามองค์ประกอบ 4 ประการ⁵⁰ ต่อไปนี้

(1) ส่วนว่าด้วยการกระทำ คือ ต้องมีการกระทำเกิดขึ้น โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ การเตรียมการ การลงมือกระทำความผิด และการลงมือกระทำความผิดแต่ไม่บรรลุผล หรือการพยายามกระทำความผิด

⁴⁹ ประแดร์นิเกต์. (2458). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญาของประแดร์นิเกต์ (คำสอน ณ โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม). หน้า 9 - 13.

⁵⁰ โลรัง, ฮ. (2467). คำแนะนำหัวข้อกฎหมายอาญา. หน้า 12 - 41.

(2) เหตุแห่งกฎหมาย คือ ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเป็นความผิดและมีบทลงโทษ

(3) เหตุแห่งความรับผิดชอบ คือ ผู้กระทำต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญา ได้แก่ ความมีสติระลึกรู้ ความตั้งใจ ความไม่ตั้งใจ การกระทำโดยจำเป็น

(4) ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ คือ มีเหตุที่ให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น การกระทำเพื่อป้องกัน การปฏิบัติตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย

ในปี พ.ศ. 2477 ศาสตราจารย์เอช. เกอต์ ศาสตราจารย์สถานิติศึกษาและอาจารย์สอนกฎหมายมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง ได้เขียนคำบรรยายวิชากฎหมายอาญา ชื่อว่า “กฎหมายอาชญา” โดยนำระบบโครงสร้างของความผิดอาญาของฝรั่งเศสมาอธิบายหลักเกณฑ์การวินิจฉัยการกระทำผิดไว้⁵¹ ดังนี้

(1) องค์ประกอบเกี่ยวกับการกระทำ ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายห้ามไม่ให้กระทำ หรือสิ่งที่กฎหมายกำหนดว่าให้กระทำ หากไม่กระทำถือเป็นการละเว้น

(2) องค์ประกอบเกี่ยวกับจิตใจ เป็นการพิจารณาในส่วนภายใน ได้แก่ การกระทำโดยเจตนา การกระทำโดยประมาท ความสำคัญผิด หรือ ตกอยู่ใต้อำนาจบังคับ

(3) เหตุต่างๆ อันควรยกเว้น หรือ ลดหย่อนอาชญา อันได้แก่ เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย เช่น การป้องกันอันชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นญาติ กรณีจิตผิดปกติ

และในปี พ.ศ. 2482 ดร.เสริม วินิจฉัยกุล ได้อธิบายโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวทางของศาสตราจารย์เอช. เกอต์ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นไว้ในตำรา “กฎหมายอาญาภาคต้น” โดยอธิบายว่าความรับผิดทางอาญาต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 3 ประการ⁵² กล่าวคือ

(1) ต้องเป็นการผิดต่อกฎหมายอาญา คือ เป็นการกระทำที่ผิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายในขณะนั้น

(2) ต้องเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

(3) ต้องเป็นการกระทำอันประกอบด้วยเจตนา

นอกจากองค์ประกอบทั้งสามประการแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงเรื่อง เหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ได้รับการยกเว้นความรับผิดทางอาญา เหตุอันควรยกเว้นโทษที่แม้จะมีความผิด แต่ควรได้รับการลดผ่อนโทษและการร่วมกันกระทำความผิด การนำเอาแนวความคิดทางกฎหมายของฝรั่งเศสมาอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ทำให้แนวทางการเรียนการสอน

⁵¹ เกอต์, เอช. (2478). *กฎหมายอาชญา*. หน้า 80 - 157.

⁵² เสริม วินิจฉัยกุล. (2482). *กฎหมายอาญาภาคต้น*. หน้า 39 - 51.

การศึกษาทำความเข้าใจกฎหมายมีความชัดเจนและสอดคล้องกับรูปแบบของระบบประมวลกฎหมายมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ยังคงมีการพัฒนาแนวคิดต่อเนื่องไปเพื่อเลือกเฟ้นหาแนวคิดที่ดี ทฤษฎีที่เหมาะสมมาผสานให้เกิดแนวทางที่ดีที่สุดต่อการศึกษาและการบังคับใช้กฎหมายอาญาของประเทศไทย

2) การอธิบายตามแนวคิดของประเทศเยอรมนี

ในปี พ.ศ. 2483 การอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวคิดของกฎหมายเยอรมัน ได้ถูกเผยแพร่ขึ้น โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุค แสงอุทัย ซึ่งท่านได้สำเร็จการศึกษากฎหมายมาจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ท่านได้นำเสนอแนวทางการวินิจฉัยปัญหาความผิดอาญาตามโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันไว้ 6 ลำดับ⁵³ ดังนี้

(1) การกระทำตามที่ปรากฏภายนอกเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดหรือไม่ (Tatbestandsmäßigkeit/Fulfillment of all offense elements as defined in the statute)

(2) การกระทำนั้นเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness)

(3) ผู้กระทำความชั่วร้ายหรือไม่ (Schuld/Culpability) โดยพิจารณาจากความรู้ผิดชอบในส่วนจิตใจของผู้กระทำว่าการกระทำความผิดโดยเจตนา หรือ ประมาท หรือ กรณีกระทำความผิดโดยจำเป็น

(4) เงื่อนไขแห่งการลงโทษครบถ้วนหรือไม่

(5) มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิดเป็นส่วนตัวหรือไม่ เช่น ความเป็นเครือญาติ สามัญภรรยา

(6) เงื่อนไขแห่งการฟ้องร้องครบถ้วนหรือไม่

ในการพิจารณาให้เรียงเป็นลำดับไปตามองค์ประกอบของโครงสร้างแต่ละข้อ หากว่าขาดหลักเกณฑ์ในลำดับก่อนหน้าก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาในลำดับถัดไป จากการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวมานี้ แสดงให้เห็นว่า ศาสตราจารย์ ดร.หยุค แสงอุทัยเป็นบุคคลแรก⁵⁴ ที่นำเสนอการวินิจฉัยความผิดอาญาอย่างเป็นลำดับขั้นตอนตามแนวความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมัน โดยได้เพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายไทยเข้าไปในส่วนข้อยกเว้นการวินิจฉัยความผิด

⁵³ หยุค แสงอุทัย. (2483). การวินิจฉัยปัญหาความผิดอาญา. *บทบัญญัติ*, 12, หน้า 207 - 236.

⁵⁴ ลลิต ณ นคร. (2531). โครงสร้างความผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens rea. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (3), หน้า 204 - 205.

2.4 ความเป็นมาสมัยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 บัญญัติให้ใช้บังคับประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499⁵⁵ นับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 และเมื่อได้ใช้บังคับแล้วให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ประกอบด้วยบทบัญญัติรวมทั้งสิ้น 398 มาตรา โดยแบ่งออกเป็น 3 ภาค คือ

ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป (มาตรา 1- มาตรา 106) ประกอบด้วย บทบัญญัติที่ใช้กับความผิดทั่วไป บทนิยามศัพท์ การใช้กฎหมายอาญา โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญา การพยายามกระทำความผิด ตัวการ ผู้ใช้และผู้สนับสนุนการกระทำความผิดหลายบทหรือหลายกระทง การกระทำความผิดอีกและอายุความ

ภาค 2 บทบัญญัติว่าด้วยความผิด (มาตรา 107 - มาตรา 366) ประกอบด้วย บทบัญญัติที่กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดฐานต่างๆ⁵⁶ อันได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ความผิดเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดเกี่ยวกับการค้า ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงและความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน รวมถึงการละเว้นการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำ ตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดด้วย

ภาค 3 บทบัญญัติว่าด้วยความผิดลหุโทษ (มาตรา มาตรา 367 - มาตรา 398) ประกอบด้วย บทบัญญัติที่ว่าด้วยความผิดเล็กน้อยที่กฎหมายระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนและปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท

ประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบันนี้ แม้ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายฉบับใหม่ แต่ก็ยังคงมีการสืบทอดและบังคับใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา

⁵⁵ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 - เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ประกาศใช้มานานแล้วและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายแห่งกระจัดกระจายกันอยู่ จึงเป็นการสมควรที่จะได้ชำระสะสาง และนำเข้าสู่เป็นประมวลกฎหมายอาญาเสียในฉบับเดียวกัน

อนึ่ง ปรากฏว่าหลักการบางอย่างและวิธีการลงโทษบางอย่างควรจะได้ปรับปรุงให้สมกับกาล สมัยและแนวโน้มของนานาประเทศ ในสมัยปัจจุบันหลักเดิมบางประการจึงล้าสมัย สมควรจะได้ปรับปรุงเสียให้สอดคล้องกับ หลักการปกครองในระบบประชาธิปไตย

⁵⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 15.

ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ไว้ ด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นแนวทางที่มีความทันสมัยและมีความสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศ โดยสามารถอธิบายเหตุผลเป็นลำดับ 4 ประการ⁵⁷ ดังนี้

(1) มีการนำหลักกฎหมายที่ทันสมัยมาบัญญัติไว้ในกฎหมายและมีการผสมผสานที่ดีและกลมกลืนของกฎหมายไทยและต่างประเทศ โดยเนื้อหาของบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ประกอบขึ้นจากกฎหมายดั้งเดิมของไทยและหลักกฎหมายที่ดีของต่างประเทศ โดยเฉพาะบทบัญญัติในกฎหมายตราสามดวงที่มีลักษณะเด่น 3 ประการ อันประกอบไปด้วย ประการแรก สารัตถะของกฎหมายที่มีความสมเหตุสมผล มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมชาติและสอดคล้องกับบุคลิกลักษณะตลอดจนศีลธรรมของคนในชาติ⁵⁸ ประการที่สอง บทบัญญัติมีความสอดคล้องกับลักษณะนิสัยและความเชื่อของคนไทย มีข้อความที่กินความกว้างและมีความยืดหยุ่นเพียงพอ⁵⁹ รวมทั้งมีความเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง ประการที่สาม บทบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมายมีความเป็นเหตุเป็นผลภายใต้แนวทางของพุทธศาสนา ทำให้มีความสอดคล้องกับวิถีชีวิต ความเชื่อและสภาพสังคม

ในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เอง ผู้ร่างก็มีได้มุ่งเน้นในการนำเอาหลักกฎหมายของต่างประเทศเข้ามาบรรจุไว้เพียงอย่างเดียว แต่ได้พิจารณาหาหลักที่จะสามารถนำมาใช้กับสภาพสังคมไทยได้อย่างเหมาะสม

(2) พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระปรีชาญาณในการดำเนินการปฏิรูปกฎหมาย ด้วยพระองค์ทรงเล็งเห็นว่าการใช้ระบบคอมมอนลอว์นั้นไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมไทย ด้วยเหตุที่ว่าจารีตประเพณีนั้นย่อมมาจากแนวทางการประพฤติที่ผู้คนในสังคมปฏิบัติกันสืบเนื่องมาช้านาน หล่อหลอมมาจากวิถีชีวิต วัฒนธรรมประเพณีและความเป็นตัวตนของคนในชาติ ซึ่งปฏิเสธไม่ได้เลยว่าสิ่งเหล่านี้ของชาติตะวันตก เช่น ประเทศอังกฤษ หรือกระทั่งประเทศอาณานิคมของอังกฤษ เช่น อินเดีย มีความแตกต่างจากประเทศไทย เมื่อนำกฎหมายที่ต่างมาปกครองย่อมเกิดปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ การนำเอาระบบประมวลกฎหมายมาใช้โดยร่างกฎหมายขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาของบ้านเราจึงน่าจะสอดคล้องกับสภาพสังคมของประเทศไทยมากกว่า พระองค์ทรงเน้นย้ำโดยพระราชทานแนวคิด “ให้ผู้ร่างกฎหมายคำนึงถึงกฎหมายและจารีตประเพณีดั้งเดิมของไทยเป็นสำคัญ ให้จัดการแก้ไขอย่างมั่นคงและประกอบด้วยสติสัมปชัญญะ

⁵⁷ คณพล จันทร์หอม. (2553). *เหตุใดหลักการในกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทร์ศก ๑๒๗ จึงทันสมัยข้ามศตวรรษ*. หน้า 1 - 2.

⁵⁸ Pallegoix, J. - B. (2000). *Description of the Thai Kingdom or Siam: Thailand under King Mongkut*. p. 189.

⁵⁹ Black, S. (1904). “Justice,” in *The Kingdom of Siam*. p.189.

ไม่ให้เปลี่ยนแปลงธรรมเนียมที่มีอยู่ไปเสียหมดสิ้นและล้มตาเอาอย่างธรรมเนียมที่มีที่อื่นแต่อย่างเดียว เพราะเหตุว่าธรรมเนียมเดิมนั้นสนิทแน่นแฟ้นแก่น้ำใจแลความเชื่อมั่นของอาณาประชาราษฎร ถ้าจะเลิกถอนธรรมเนียมเช่นนี้เสียก็จะไม่เปนแต่เพียงที่จะเปนภัยเกิดขึ้นแก่บ้านเมืองที่ตั้งอยู่ได้อย่างเดียว หากจะกระทำให้อาณาประชาราษฎรไม่เป็นผาสุกด้วย”⁶⁰ อนึ่ง ในการแก้ไขและปรับปรุงกฎหมายนั้นหากพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจะทรงยึดหลักเกณฑ์และบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศมาใช้ทั้งหมด ย่อมจะทรงกระทำได้ไม่ยากนัก แต่ด้วยพระมหากษัตริย์คุณอันใหญ่หลวงซึ่งทรงมีต่อประเทศชาติและอาณาประชาราษฎรให้ได้ใช้กฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพสังคม วิถีชีวิตและสภาพการณ์ในขณะนั้น กอปรกับพระปรีชาญาณในการวางพระบรมราชโองบายและพระบรมราชวินิจฉัยจึงทำให้ประเทศไทยได้มีระบบกฎหมายที่สอดคล้องและเหมาะสมกับความต้องการของประเทศและขณะเดียวกันก็เป็นที่ยอมรับจากนานาอารยประเทศถึงความทันสมัย เป็นสากลจนสามารถนำหลักเกณฑ์มาบังคับใช้ได้ถึงทุกวันนี้

(3) คณะกรรมการร่างกฎหมายมีความรู้และประสบการณ์สูง ถือได้ว่าผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายจากต่างประเทศมีส่วนอย่างมากในการช่วยเปลี่ยนแปลงโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมาย และมีบทบาทในการพัฒนาปรับปรุงระบบกฎหมายของไทยให้ทันสมัย ทั้งนี้เพราะคณะกรรมการร่างกฎหมายเป็นผู้ทรงความรู้ด้านกฎหมายโดยตรง เป็นผู้ที่มีประสบการณ์สูงและมีแนวทางการดำเนินงานที่ชัดเจนว่าในการร่างกฎหมายนั้นจะต้องพิจารณากฎหมายที่มีอยู่ดั้งเดิมเสียก่อน หากมีข้อบกพร่องแล้วจึงค่อยนำเอาหลักกฎหมายต่างประเทศที่มีความเหมาะสมมาเติมเต็ม เมื่อร่างกฎหมายลักษณะอาญาสำเร็จออกมาแล้วก็ต้องนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายของนานาประเทศ เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมแล้วก็ให้ตีพิมพ์เป็น 3 ภาษาเพื่อสามารถตรวจสอบและตีความเจตนารมณ์แห่งกฎหมายได้อย่างชัดเจนและทำให้ประเทศทั้งหลายได้ทราบและยอมรับว่าประเทศไทยได้มีประมวลกฎหมายที่ทันสมัยที่สุดฉบับหนึ่งในยุคนั้นแล้ว

(4) บทกฎหมายมีความยืดหยุ่นและเปิดช่องให้ศาลและนักวิชาการสนับสนุน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นประมวลกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นเพราะหลักเกณฑ์ต่างๆ ได้พัฒนาขึ้นอย่างสอดคล้องกับสภาพของสังคมไทยทำให้นักวิชาการสามารถอธิบายและสร้างแนวคิดใหม่ๆ ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างแท้จริง การที่กฎหมายลักษณะอาญามีบทบัญญัติว่าด้วยหลักทั่วไปและบทบัญญัติว่าด้วยภาคความผิดเฉพาะจึงเป็นการเปิดช่องให้ผู้พิพากษาได้ตีความปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และเปิดโอกาสให้นักนิติศาสตร์ได้

⁶⁰ พระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวซึ่งพระราชทานในคราวเสด็จเปิดรัฐมนตรีสภา (Legislative Council) เมื่อวันที่ 24 มกราคม รัตนโกสินทร์ศก 113 (พ.ศ.2437). ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 11 รัตนโกสินทร์ศก 113. หน้า 370.

เสนอทางเลือกในการตีความและการใช้กฎหมายให้เหมาะสมแก่ยุคสมัย เมื่อบทกฎหมายสอดคล้องกับสภาพการณ์ของสังคมแล้วการปรับใช้เพื่ออำนวยความสะดวกหรือยอมให้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม หลักการที่มีความยืดหยุ่นและเปิดช่องให้ศาลและนักวิชาการสามารถเติมเต็มเหตุผลทางกฎหมายได้ เช่นนี้จึงทำให้หลักการของกฎหมายลักษณะอาญาซึ่งร่างอยู่ได้จนถึงปัจจุบัน

บทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ภาค 1 ถือเป็นการวางโครงสร้างโดยรวมของกฎหมายอาญา เช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แต่ยังหาใช้การวางโครงสร้างของความผิดอาญา (Structure of Crime) โดยตรงอีกเช่นกัน บทบัญญัติที่ปรากฏหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาได้แก่ บทบัญญัติมาตรา 59⁶¹ ซึ่งวางหลักทั่วไปให้ “บุคคลต้องรับผิดในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดแม้ว่ากระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดแม้กระทำโดยไม่มีเจตนา” หลักเกณฑ์เรื่องเจตนาที่เปรียบเสมือนเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา แต่ยังคงไม่เพียงพอ ไม่เป็นลำดับขั้นตอนที่ชัดเจน ยังขาดแนวคิดทฤษฎีและเหตุผลเบื้องหลังในการลำดับความคิดพิจารณาการกระทำในทางอาญาอยู่อีกหลายส่วน แต่อย่างไร “โครงสร้างของความผิดอาญา” ก็ได้ถูกค้นคว้าเปรียบเทียบทั้งจากประวัติศาสตร์เกี่ยวข้องกับการจัดทำกฎหมายของประเทศไทยและจากหลักเกณฑ์กฎหมายอาญาของต่างประเทศที่นำมาเป็นต้นแบบอย่างกว้างขวางและเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้นภายหลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญารับปัจจุบันนี้ ดังที่จะได้กล่าวถึงรายละเอียดของวิธีการทางกฎหมายที่เรียกว่า “นิติวิธี” (Juristic Method) ทั้งนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ และนิติวิธีของกฎหมายไทยที่ปรากฏในการศึกษากฎหมายทางทฤษฎีและการใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ ตลอดจนอธิบายถึงนิติวิธีที่เรียกว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” ซึ่งเปรียบเสมือนเครื่องมือในการวินิจฉัยว่าการกระทำจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ให้เห็นภาพชัดเจนในลำดับต่อไป

2.5 นิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย

การจะใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับเจตนารมณ์อันเป็นเหตุผลเบื้องหลังของกฎหมายได้นั้น ผู้ศึกษาและผู้ใช้กฎหมายจะต้องมีความเข้าใจพื้นฐานถึงที่มา แนวความคิดอันเป็นบ่อเกิดของกฎหมายและรู้ถึงเป้าหมายอันแท้จริงของกฎหมาย ต้องรู้จักเครื่องมือที่จะใช้บรรลุเป้าหมายนั้นและที่สำคัญต้องรู้จักวิธีที่จะใช้เครื่องมือเหล่านั้นอย่างมีประสิทธิภาพ

⁶¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 17.

ที่สุดด้วย⁶² เมื่อการศึกษากฎหมายเป็นไปอย่างลึกซึ้งถึงแก่นแล้ว กล่าวคือ รัฐบาลบัญญัติของกฎหมาย เข้าใจถึงโครงสร้าง ทศนคติ แนวความคิด ย่อมเรียกได้ว่ารู้จักวิธีการทางกฎหมายของระบบ กฎหมายของตนเอง แม้หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายถูกแก้ไขปรับปรุงไปตามความเปลี่ยนแปลงไป แห่งยุคสมัย ผู้ที่รู้จักวิธีการทางกฎหมายก็จะยังสามารถใช้กฎหมายอำนวยความยุติธรรมได้อย่าง ถูกต้อง วิธีการทางกฎหมายนี้ก็คือ สิ่งที่เราเรียกว่า “นิติวิธี” (Juristic Method) ของระบบกฎหมาย นั้นเอง ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ นักกฎหมายผู้เชี่ยวชาญด้านนิติปรัชญาและกฎหมายแพ่ง ได้กล่าวถึง “นิติวิธี” ไว้ในหนังสือความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ของท่านซึ่งตีพิมพ์เมื่อปี พ.ศ. 2520 ความว่า “นิติวิธีนั้นเป็นสิ่งที่แทรกซึมอยู่กับตัวกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องบัญญัติและถึงแม้จะได้บัญญัติถึง นิติวิธีไว้ กฎหมายก็มีได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด ทั้งนี้เพราะนิติวิธีมีลักษณะเป็นแนวความคิด ที่ฝังตัวอยู่ในระบบกฎหมาย จนเป็นแบบฉบับในทางกฎหมายของระบบกฎหมายนั้น หรืออาจกล่าว ได้ว่าถ้าตัวบทกฎหมายเป็นร่างกาย นิติวิธีก็เป็นวิญญาณของกฎหมาย”⁶³

นิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) และนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) นั้นมีความแตกต่างกัน เพราะระบบกฎหมายทั้งสองมีประวัติความเป็นมาและ มีวิวัฒนาการที่ต่างกันออกไป ระบบประมวลกฎหมายมีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายสมัยโรมันที่ เรียกว่า “ซีวิลลอว์” ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ความประพฤติที่ใช้สำหรับพลเมืองชาวโรมัน ต่อมาได้ถูกบันทึก ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เรียกว่า “กฎหมายสิบสองโต๊ะ” จึงทำให้เชื่อในความศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษร และให้ความเคารพระวางอย่างยิ่งในการปรับใช้กฎหมาย เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นจะต้องยึดถือตัว บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ การตีความก็เพื่อค้นหาความหมายที่แท้จริง โดยอาศัยหลัก ตรรกะ นักกฎหมายในยุคกลางก็เชื่อมั่นและสรรทหาว่า “กฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ถูกต้องมี เหตุผล เป็นดั่งคัมภีร์แห่งสติปัญญา” ตัวอักษรและเหตุผลจึงเป็นสิ่งที่แยกกันไม่ออกสำหรับ นักกฎหมายในระบบประมวลกฎหมาย ในยุคสมัยใหม่วิชากฎหมายก็ถูกพัฒนาไปอย่างมากจนเกิด การบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายขึ้นในประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรป และด้วยความเชื่อมั่นว่า กฎหมายเป็นเรื่องของเหตุผลจึงสะท้อนให้เห็นนิติวิธีที่สำคัญ 2 ประการ⁶⁴ ของระบบประมวลกฎหมาย

1) ทศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย - นักกฎหมายในระบบประมวลกฎหมายให้ความสำคัญ กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเชื่อว่าทรงไว้ซึ่งเหตุผลและความเป็นธรรมอยู่ในตัว บทบัญญัติแห่ง กฎหมายเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมายจึงเน้นสาระและหลักเกณฑ์แห่งบทบัญญัติเป็นใหญ่

⁶² กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*. หน้า 9 - 11.

⁶³ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2520). *ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ หรือกฎหมายแพ่งหลักทั่วไป*. หน้า 19.

⁶⁴ แหล่งเดิม. หน้า 31 - 56.

ส่วนจารีตประเพณีที่สอดคล้องกับเหตุผลอาจถือเป็นบ่อเกิดลำดับรองลงมาได้ ส่วนคำพิพากษาของศาลไม่มีผลบังคับเช่นกฎหมายและไม่ใช้ที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย แต่เป็นเพียงตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายที่เป็นรูปธรรมเท่านั้น

2) วิธีใช้และตีความกฎหมาย - การปรับใช้กฎหมายต้องปรับตามที่บทบัญญัติได้วางหลักเกณฑ์ไว้ หากข้อเท็จจริงเข้าข่ายของบทบัญญัติเรื่องใดก็อ้างบทบัญญัตินั้น เพื่อนำหลักเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานความประพฤติมาปรับใช้อย่างมีเหตุมีผล บทกฎหมายนั้นรวมถึงระบบเหตุผลปรัชญาและโครงสร้างของระบบกฎหมายด้วย ดังนั้น ในการวินิจฉัยคดีความก็จะใช้กฎหมายตามบทบัญญัติเป็นหลัก ส่วนบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรอง เช่น จารีตประเพณีจะได้รับการยอมรับต่อเมื่อมีเหตุผลสอดคล้องกับความรู้สึกลึกซึ้งของประชาชนโดยทั่วไปซึ่งทำให้การใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้น ส่วนคำพิพากษาของศาลนั้นถือเป็นเพียงคำอธิบายประกอบการให้รายละเอียดเป็นบทเสริมให้การใช้กฎหมายมีความเป็นรูปธรรม แต่อย่างไรก็ไม่ใช้ที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย อีกทั้งไม่ใช่ตัวบทกฎหมายด้วย ในส่วนของหลักกฎหมายทั่วไปและข้อเขียนของนักนิติศาสตร์สำหรับนักกฎหมายในระบบประมวลกฎหมายเปรียบเสมือนเป็นหลักการและเหตุผลที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติ แม้จะไม่ใช้กฎหมายแต่ถือเป็นแนวความคิด เป็นแนวทางการศึกษาที่ทำให้สามารถเข้าใจกฎหมายได้อย่างแท้จริง หากมีกรณีที่ต้องตีความเกิดขึ้นก็จะตีความโดยมุ่งค้นหาความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ที่แท้จริงที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายมากกว่าการตีความตามตัวอักษร

จากนิติวิธีทั้งสองประการข้างต้น แสดงให้เห็นว่าระบบประมวลกฎหมายมีนิติวิธีที่ให้ความสำคัญกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากกว่าจารีตประเพณี หรือแนวทางคำพิพากษาของศาลเพราะเชื่อว่าเป็นธรรมแฝงอยู่ในเนื้อหาของบทบัญญัติ ในการปรับใช้หรือการตีความก็ต้องกระทำอย่างระมัดระวังไม่ให้กว้างเกินกว่าที่กฎหมายได้บัญญัติไว้และไม่ให้ขัดต่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย ในการใช้กฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานความประพฤติของบุคคลนั้น ผู้ศึกษาและผู้ใช้กฎหมายจะต้องไม่เพียงแต่ศึกษาและรู้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าไว้อย่างไร แต่จะต้องเข้าใจถึงเหตุผลและปรัชญาที่แฝงอยู่ภายในด้วยเหตุนี้ ระบบประมวลกฎหมายจึงถือว่า “นิติศาสตร์” เป็นศาสตร์แห่งการศึกษาที่ต้องมีความละเอียดรอบคอบอย่างสูง ในการศึกษาจะต้องรู้จักและเข้าใจกฎหมายอย่างลึกซึ้ง รู้ถึงแนวความคิดทฤษฎี วิธีการศึกษาและวิธีการใช้กฎหมายให้ครอบคลุม

2.6 นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์

ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันเพียงเล็กน้อย ด้วยเพราะข้อแตกต่างทางโครงสร้างของสังคม ทั้งจากภูมิประเทศที่มีลักษณะเป็นเกาะและระบบกษัตริย์ที่สามารถรวบรวมอำนาจไว้ที่ศูนย์กลางได้ดีกว่าประเทศอื่นในภาคพื้นยุโรป ระบบกฎหมายจึงมีพัฒนาการที่แน่นอนไปกับระบบการปกครองและมีลักษณะเฉพาะของตนเอง⁶⁵ สมัยโบราณกฎหมายที่ใช้บังคับก็มาจากจารีตประเพณีของชนเผ่า ต่อมาราวศตวรรษที่ 11 - 15 ก็มีการจัดตั้งศาลหลวง (Royal Courts)⁶⁶ ทำให้เกิดการวินิจฉัยคดีโดยใช้เหตุผลไปพิเคราะห์ข้อเท็จจริงแล้วศาลจึงวางหลักเกณฑ์ตัดสินชี้ขาด เกิดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งแตกต่างจากจารีตประเพณีเดิมของท้องถิ่น หลักกฎหมายทั่วไป หรือคอมมอนลอว์นี้เป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นจากการใช้เหตุผลพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาท หากใช้การตัดสินตามแต่อำเภอใจไม่ หากภายหลังมีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันเกิดขึ้นย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกันกับ คำพิพากษาก่อนหน้านี้ และหลักเกณฑ์การตัดสินคดีโดยยึดหลักตามคำพิพากษานี้⁶⁷ ได้ถูกยึดถือปฏิบัติสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน (The Doctrine of Precedent) แม้ว่าในราวศตวรรษที่ 15 - 19 มีการจัดตั้งศาลอิกวิตี (Equity Court) และนำกฎหมายโรมันเข้ามาปรับแต่งกฎหมายอังกฤษ มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยรัฐสภา แต่อย่างไรก็ยังคงรักษามรดกฐานว่า คำพิพากษาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายไว้ เรียกว่า คำพิพากษาของศาลเป็นแนวทางที่สำคัญกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นหลักเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงและเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับการตัดสินข้อพิพาท ด้วยแนวความคิดและทัศนคติในการใช้กฎหมายที่แตกต่างทำให้เห็นถึงนิติวิธีที่สำคัญ 2 ประการ ของระบบคอมมอนลอว์ ดังนี้

1) ทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย - นักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ไม่ยอมรับการจัดทำประมวลกฎหมาย แต่รับเอาคำพิพากษาในคดีก่อนหน้านี้เป็นบ่อเกิดรากฐานของระบบกฎหมาย เพราะเชื่อว่าคำพิพากษาคือเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริง เป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับใช้ตัดสินข้อพิพาท กฎหมายถูกพัฒนาภายใต้หลักเหตุผลในคำพิพากษา เป็นระบบกฎหมายที่ศาลกำหนดขึ้น (Judge made Law) โดยเชื่อว่าการยึดถือตามคำพิพากษาเป็นหลักประกันความแน่นอน

2) วิธีใช้และตีความกฎหมาย - การใช้และการตีความกฎหมายจะเทียบเคียงจากหลักในคำพิพากษาเป็นลำดับแรกเพราะคำพิพากษาก็คือหลักเหตุผล หากข้อเท็จจริงในกรณีพิพาทมีลักษณะเช่นเดียวกันกับคำพิพากษาหน้าย่อมต้องถือตามและตีความโดยเคร่งครัด การปรับใช้กฎหมายและการแก้ไขปัญหากรณีที่ไม่เคยมีในคำพิพากษาหน้า นักกฎหมายในระบบคอม

⁶⁵ Rene, D. (1985). *Major Legal Systems of the World Today* (3rd. ed.). pp. 311 - 312.

⁶⁶ เล่มเดิม. หน้า 59 - 68.

มอนลอว์จะพิจารณาตามลำดับบ่อเกิดของกฎหมาย⁶⁷ จากบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา มายังจารีตประเพณีในเรื่องเช่นว่านั้น จนถึงข้อคิดข้อเขียนของนักนิติศาสตร์และท้ายที่สุดด้วยหลักเหตุผลและความยุติธรรมตามลำดับ ดังนั้น แม้ว่าจะมีข้อเท็จจริงที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน แต่ศาลก็จะสามารถใช้หลักเหตุผลและความยุติธรรมในการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงนั้น แล้ววินิจฉัยคดีเพื่อเป็นการสร้างหลักกฎหมายใหม่ขึ้นได้ ด้วยวิวัฒนาการทั้งทางประวัติศาสตร์ สังคมและแนวความคิดที่เป็นระบบเหตุผล ผูกพันกับข้อเท็จจริงจึงทำให้ระบบคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญกับคำพิพากษาเป็นหลักเสมือนคู่ที่ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายให้ความสำคัญกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนั่นเอง

2.7 นิติวิธีของระบบกฎหมายไทย

ระบบประมวลกฎหมายให้ความสำคัญกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลัก และให้ความสำคัญกับความมุ่งหมายที่แฝงอยู่ในตัวบท ในขณะที่ระบบคอมมอนลอว์ ศาลเป็นผู้สร้างกฎหมายและมีบทบาทในการวางหลักนิติวิธีทางกฎหมาย เน้นทางปฏิบัติ เน้นการตัดสินใจตามแนวคำพิพากษาที่เคยมีมาก่อนเพื่อให้ประชาชนมีหลักประกันทางกฎหมายว่าจะไม่ถูกพิจารณาตัดสินคดีตามอำเภอใจของผู้พิพากษา คดีที่มีข้อเท็จจริงลักษณะเช่นเดียวกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน จึงเกิดเป็นบรรทัดฐานซึ่งเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของความยุติธรรม ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) มีการจัดทำประมวลกฎหมายนับตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาถึงประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างๆ ในปัจจุบัน มีหลักประกันแห่งกฎหมายอาญาภายใต้บทบัญญัติมาตรา 2 วางหลักว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้...” เน้นความสำคัญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเมื่อมีปัญหาต้องตีความเกิดขึ้นก็ยึดแนวทางการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติเราไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่า ประเทศไทยเรามีใช้ระบบประมวลกฎหมายอย่างแท้จริงเช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นยุโรป เพราะทั้งในการเรียนการสอนกฎหมายไปจนถึงการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล เราได้ให้ความสำคัญกับคำพิพากษาและเหตุผลจากคำพิพากษามากกว่าการเป็นเพียงตัวอย่างในการปรับใช้กฎหมาย

การรู้จักเลือกรับนั้นเป็นสิ่งที่ดี การผสมผสานกันนับว่าทำให้เกิดประโยชน์ แต่การหลับหูหลับตารับมา หรือการยึดถือไว้อย่างไม่ยอมลดละนั้นไม่ดี ประเทศไทยต้องคำนึงถึงว่านิติวิธีที่

⁶⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตลอร์ดและคอมมอนลอว์*. หน้า 68 - 78.

แตกต่างกัน ทำให้ทัศนคติในการแก้ปัญหาและวินิจฉัยข้อกฎหมายของระบบกฎหมายทั้งสองนั้นแตกต่างกัน ประเด็นปัญหาที่สำคัญ คือ นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์นั้นถูกพัฒนาขึ้นจากข้อเท็จจริง สามัญสำนึกของส่วนรวม วิถีชีวิตและสภาพปัญหาของประเทศอังกฤษซึ่งแตกต่างกับประเทศไทยโดยสิ้นเชิง การยึดคำพิพากษาเป็นหลักของระบบคอมมอนลอว์ เปิดกว้างในการใช้ดุลยพินิจประกอบกับเหตุผลของผู้พิพากษา ทำให้สามารถสร้างหลักกฎหมายใหม่ได้ทันต่อปัญหาและความเปลี่ยนแปลง แต่ก็ทำให้การศึกษาถึงรากฐานทางปรัชญา ตลอดจนแนวคิดทฤษฎีถูกศึกษาค้นคว้าและได้รับการพัฒนาน้อย ทำให้โครงสร้างของความผิอาญาของระบบคอมมอนลอว์ขาดระบบความคิดที่ชัดเจนเหมือนกับระบบประมวลกฎหมาย หากเราใช้ระบบประมวลกฎหมายแต่เราใช้นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ที่ถูกพัฒนามาอย่างแตกต่าง เราย่อมไม่สามารถใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้อย่างถูกต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงและอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นได้เลย

ตารางที่ 2.2 ตารางแสดงความแตกต่างที่เด่นชัดของนิติวิธีในระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์

ลักษณะความแตกต่าง	ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System)	ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System)
1. ทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย	บทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นบ่อเกิดหลักของกฎเกณฑ์และถือว่ามีค่าสำคัญเป็นอันดับแรก การตีความและคำพิพากษาถือเป็นส่วนเสริม	คำพิพากษาเป็นบ่อเกิดที่สำคัญที่สุดเพราะเกิดจากการพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบหลักเหตุผลกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความสำคัญในลำดับรอง
2. แนวทางการวินิจฉัยคดี	พิจารณาข้อเท็จจริงและอ้างบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายที่มีอยู่เพื่อปรับใช้กับการกระทำความคิดคำพิพากษาเป็นเพียงตัวอย่างการตัดสินคดีเท่านั้น	พิเคราะห์ข้อเท็จจริงและวางเหตุผลในการตัดสินชี้ขาดโดยยึดหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาที่มีมาก่อนหน้าอย่างเคร่งครัด (The Doctrine of Precedent) เพราะถือเป็นหลักประกันความแน่นอน

ตารางที่ 2.2 ตารางแสดงความแตกต่างที่เด่นชัดของนิติวิธีในระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ (ต่อ)

ลักษณะความแตกต่าง	ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System)	ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System)
3. บทบาทและอำนาจของผู้พิพากษา	ปรับใช้กฎหมายเท่านั้น โดยใช้ดุลยพินิจในการตีความและปรับใช้ข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง	พัฒนาหลักกฎหมาย หรือสร้างหลักกฎหมายขึ้นจากการพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับเหตุผล (Judge made law)
4. แนวทางการศึกษากฎหมาย	ให้ความสำคัญกับการศึกษาทำความเข้าใจทฤษฎี เหตุผลปรัชญาที่แฝงอยู่กับบทบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการทางกฎหมาย (นิติวิธี)	ให้ความสำคัญกับการปฏิบัติมากกว่าตรรกวิทยา เครื่องครัดกับบรรทัดฐานและหลักเหตุผลในคำพิพากษา
5. แนวความคิดของหลักนิติวิธี	ผูกพันกับบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทำให้มีลักษณะเป็นระบบ “ปิด” เพราะผู้พิพากษาใช้ดุลยพินิจในการสร้างหลักกฎหมายใหม่ไม่ได้	ผูกพันกับข้อเท็จจริง หากข้อเท็จจริงเหมือนกันก็ต้องพิพากษาไปตามเดิม แต่หากแตกต่างก็สร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่เพื่อให้เกิดข้อยุติ จึงมีลักษณะเป็นระบบ “เปิด”

เมื่อพิจารณารายละเอียดจากตารางแสดงความแตกต่างที่เด่นชัดของนิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์และระบบประมวลกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าการใช้กฎหมายทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติของประเทศไทยมีลักษณะเป็นการผสมผสาน กล่าวคือ เน้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักตามนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นผู้พิพากษาจะพิจารณาว่ามีบทกฎหมายเขียนไว้ว่าเป็นความผิดหรือไม่ มีการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง โดยมีการอ้างอิงคำพิพากษาก่อนหน้าเป็นแนวทาง หรือในบางกรณีตัดสินด้วยการลงโทษในอัตราเท่ากับคำพิพากษาก่อนหน้า หรือในกรณีจำเลยให้การรับสารภาพ ศาลอาจลดโทษให้ถึงกึ่งหนึ่งตามแนวปฏิบัติของศาลก่อนหน้าโดยมิได้พิจารณาว่าศาลอาจจะไม่ลดโทษให้ก็ได้

หากเป็นการรับสารภาพเพราะจำเลยจนต่อพยานหลักฐาน⁶⁸ หรือบางกรณีขยายความบทบัญญัติเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดเหมือนการสร้างหลักกฎหมายขึ้นใหม่ตามนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ ในด้านการเรียนการศึกษากฎหมายเองก็ไม่ค่อยให้ความสำคัญกับการทำความเข้าใจทฤษฎี เหตุผลปรัชญาที่แฝงอยู่กับบทบัญญัติ และนิติวิธีของระบบกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการปรับใช้กฎหมายเท่าที่ควร แต่กลับเน้นย้ำการศึกษาคำพิพากษาและท่องจำตัวบท

การศึกษาและทำความเข้าใจถึงโครงสร้างของความคิดอาญา นิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายและนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ถือเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของจัดทำคู่มือฉบับนี้ เพราะหากเรากล่าวกับผู้อื่นว่าประเทศของเราใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่ในทางตรงข้ามเรากลับก้มหน้าก้มตาศึกษาคำพิพากษาและขอมผูกพันนำมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาตัดสินคดี เราจะไม่อาจปฏิเสธได้เลยว่าเราใช้นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ แล้วเมื่อเป็นเช่นนั้นเราจะบอกผู้อื่นได้อย่างไรว่ากฎหมายของเราเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกธรรม ในเมื่อเราทั้งไม่รู้จักเครื่องมือและไม่เข้าใจวิธีการใช้เครื่องมือของระบบกฎหมายของตนเอง

การศึกษากฎหมายในระบบประมวลกฎหมายนั้นให้ความสำคัญกับตัวบทกฎหมายและตำราที่อธิบายถึงแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่สนับสนุนตัวบทกฎหมายต่างๆ อยู่ โดยมุ่งสอนหลักทั่วไปอย่างเป็นระบบและเป็นตรรกะ เน้นหลักเกณฑ์ของกฎหมายสารบัญญัติเป็นใหญ่ และนำเอาหลักการในบทบัญญัติมาปรับใช้วินิจฉัยปัญหาการกระทำความผิด คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงตัวอย่างการปรับใช้ที่เป็นรูปธรรม ในขณะที่ระบบคอมมอนลอว์เริ่มต้นศึกษากฎหมายจากปัญหาข้อเท็จจริง โดยการใช้เหตุผลวิเคราะห์ข้อเท็จจริงแล้ววางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาด เมื่อคำตัดสินมาจากหลักเหตุผลต่อมาในภายหลังหากมีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันเกิดขึ้นย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกันเพื่อให้เกิดหลักประกันความแน่นอนและไม่ตกอยู่ภายใต้อำเภอใจของผู้พิพากษา จึงเกิดบรรทัดฐานการยึดเอาคำพิพากษาเป็นแนวทางมากกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เน้นการศึกษาให้เกิดความชำนาญในทางปฏิบัติในการแยกแยะวิเคราะห์ประเด็นในคำพิพากษา⁶⁹ อย่างไรก็ตามแม้ว่าระบบกฎหมายทั้งสองระบบนี้จะแตกต่างกันแทบจะตรงกันข้าม แต่ก็ยังไม่สามารถกล่าวได้ว่านิติวิธีของระบบใดดีกว่า หากแต่ว่าขึ้นอยู่กับความสอดคล้องกับปัญหาและสภาพความเป็นจริงของสังคมที่นำระบบกฎหมายนั้นไปปรับใช้ ประเทศไทยเองมีประวัติศาสตร์และแนวความคิดของระบบกฎหมายทั้งระบบประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์แทรกซึมอยู่ นิติวิธีของระบบกฎหมายทั้งสองต่างก็มีพัฒนาการควบคู่กันกับนิติวิธีของระบบกฎหมายไทย แต่การศึกษาค้นคว้า

⁶⁸ สรรเสริญ ไกรจิตติ. (2529). “The World of the Law โลกของกฎหมาย.” *ศุลพาท*, หน้า 20.

⁶⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตลอว์และคอมมอนลอว์*. หน้า 60 - 99.

และพัฒนานิติวิธีของไทยให้สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายของประเทศอย่างแท้จริงก็น่าจะเป็นแนวทางที่จะทำให้กระบวนการยุติธรรมของไทยสามารถอำนวยความยุติธรรมได้มากที่สุดอันเป็นการตอบสนองต่อเป้าหมายที่แท้จริงของกฎหมายอาญา ประเทศเยอรมนีเป็นตัวอย่างสำคัญของประเทศที่มีวิวัฒนาการทางกฎหมายอย่างต่อเนื่องและยาวนาน มีแนวคิดทฤษฎี มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระชับรัดกุมและมีนิติวิธีที่สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายของประเทศ ในการพิจารณาเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นว่าจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ก็มีโครงสร้างของความผิดอาญาเป็นเครื่องมือที่วางลำดับขั้นการพิสูจน์การกระทำอย่างเป็นเหตุเป็นผลโดยอ้างอิงจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายเป็นหลัก จนนำไปสู่การวินิจฉัยตัดสินคดี ในลำดับถัดไปจึงจะทำการศึกษาถึงแนวคิดและความเป็นมาของโครงสร้างของความผิดอาญาในประเทศไทยและแนวคิดของกฎหมายอาญาและความเป็นมาของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันโดยละเอียด

บทที่ 3

แนวคิดและความเป็นมาของโครงสร้างของความผิดอาญาในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับแนวคิดและความเป็นมาของกฎหมายอาญาในประเทศไทย จากอดีตสู่ปัจจุบัน นับจากการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยใช้หลักเกณฑ์จากหลักศาสนา จารีต ประเพณีดั้งเดิม คติความเชื่อตาม “พระธรรมศาสตร์” ในยุคสมัยแห่งกรุงศรีอยุธยาจนถึง “กฎหมายตราสามดวง” ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 จนถึงปลายรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ กระทั่งบ้านเมืองประสบกับปัญหาลัทธิการค้าอาณานิคมจากชาติมหาอำนาจตะวันตกซึ่งส่งผลกระทบต่อการรักษาเอกราชของประเทศจนนำมาซึ่งสภาวะการเสียดิสภาพนอกอาณาเขตให้แก่คนในบังคับของต่างชาติและปัญหาแนวทางการปกครองและกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมล้าหลังไม่ทันต่อความเปลี่ยนแปลง ทำให้ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงประเทศให้ทันสมัยอย่างระมัดระวัง จนมีการประกาศใช้ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” หรือ พ.ศ. 2451 ประเทศไทยจึงมีระบบกฎหมายที่มีเหตุมีผล มีความสอดคล้องกับสภาพสังคม มีความทันสมัยและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชนได้คู่คดงกฎหมายของชาติตะวันตกที่เจริญแล้ว จากประมวลกฎหมายอาญาลับแรกจนถึงปีพุทธศักราช 2499 ประเทศไทยก็ได้มีการประกาศใช้ “ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499” ฉบับปัจจุบันและมีการพัฒนาปรับปรุงให้ทันสมัยอยู่เสมอจนกระทั่งทุกวันนี้ ประเด็นสำคัญที่พัฒนาสืบเนื่องมาจากความเปลี่ยนแปลง คือ ผู้เชี่ยวชาญและนักวิชาการทางกฎหมายต่างมีความเห็นในทางกฎหมายอาญาเป็นที่พ้องกันว่า เมื่อกฎหมายอาญาเป็นเรื่องที่ว่าด้วย “ความผิด” และ “โทษ” การบังคับใช้กฎหมายอาญาที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเช่นนี้ ย่อมสมควรต้องมีหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นแนวทางที่ชัดเจน มีเหตุมีผลในการวินิจฉัย “ความรับผิดทางอาญา” ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายอาญาที่ดีจึงต้องมี “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Structure of Crime) เพื่อเป็นเครื่องมือที่ช่วยกำหนดแนวทางการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาอย่างเป็นรูปธรรมและต้องมีนิติวิธีทางกฎหมายที่เหมาะสมสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศ ทั้งนี้ เพื่อให้การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาเป็นไปอย่างเสมอภาค ถูกต้องยุติธรรมทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ

3.1 แนวคิดและความเป็นมา

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ประเทศไทยได้เลือกใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) และมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายฉบับแรก คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นับเป็นความพยายามในการวางรากฐานแห่งระบบประมวลกฎหมายให้มั่นคง แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยความเป็นมาในอดีตที่สังคมไทยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) เรื่อยมา แม้เราจะบอกผู้อื่นว่าประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่เราก็มีอาชญากรรมได้ว่าในระบบประมวลกฎหมายของไทยมีการนำเอาหลักกฎหมายและนิติวิธีหลายประการของระบบคอมมอนลอว์อย่างในประเทศอังกฤษมาใช้ ทั้งด้านการเรียนการสอนในโรงเรียนสอนกฎหมายและในด้านการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ตัวอย่างเช่น การนำหลักเจตนาร้าย (Mens rea/guilty mind)⁷⁰ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ อันหมายถึงความถึง สภาวะจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำ มาอธิบายกับการกระทำโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยซึ่งไม่มีความสอดคล้องกัน เพราะคำว่า “เจตนา” ตามมาตรา 59 วรรค 2 นั้น หมายถึงความถึง การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและในขณะที่เดียวกันก็ประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผล ไม่ได้หมายถึง มีเจตนาร้ายแต่อย่างใด⁷¹ Mens rea จึงน่าจะเป็นเพียงส่วนประกอบในทางอัตวิสัยของบุคคลที่รู้ผิดชอบ ว่าตัดสินใจกระทำความผิดโดยมีเจตนาร้าย ประกอบอยู่กับการกระทำ ในทางตรงกันข้ามถ้อยคำของบทบัญญัติว่า “เจตนา” ตามกฎหมายไทย นั้นกลับมีความหมายเหมือนกันกับ “เจตนา (Vorsatz)”⁷² ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน การอธิบายในลักษณะดังกล่าวนี้ จึงสะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนว่า หลักกฎหมายของประเทศอังกฤษยังคงฝังรากลึกอยู่ในแนวความคิดทางกฎหมายและในกระบวนการพิจารณาของศาลไทย แท้จริงแล้วระบบกฎหมายที่สำคัญของโลกทั้งสองระบบ คือ ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System)

⁷⁰ หลักเจตนาร้าย หรือ Mens rea เกิดขึ้นจากแนวความคิดทางศาสนาในสมัยกลาง “Actus non facit reum nisi men sit rea” (การกระทำจะไม่ถือเป็นความผิดถ้าผู้กระทำไม่มีเจตนาร้าย) ถือเป็นภายิตหลักที่ใช้ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคลในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law); แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2529). *โครงสร้างของความผิดอาญา: ความแตกต่างในระบบกฎหมาย*. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 4. หน้า 10.

⁷¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 60 - 61.

⁷² Kindhäuser, Urs. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p.123. ; Roxin, Claus. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. p. 437. “คำพิพากษาและบางส่วนของคำสอนได้รับรองและให้คำจำกัดความว่า “เจตนา” หมายถึง การรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบและความต้องการให้เป็นไปตามนั้น” (Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre bejahen dies und definieren den Vorsatz als Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.)

และระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) มีโครงสร้างของความผิดอาญาที่แตกต่างกัน ตลอดจนมีนิติวิธีที่แตกต่างกัน

“ระบบกฎหมายของประเทศเราเป็นระบบซีวิลลอว์ทำนองเดียวกับภาคพื้นยุโรป ระบบกฎหมายของเราจึงแตกต่างจากระบบกฎหมายของอังกฤษ”⁷³ ระบบคอมมอนลอว์เป็นระบบกฎหมายที่ให้ความสำคัญกับคำพิพากษาของศาล จนนำมาเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีและเป็นหลักกฎหมาย ในขณะที่ระบบประมวลกฎหมาย บทบัญญัติแต่ละเรื่องแต่ละมาตรานั้นมาจากกระบวนการนิติบัญญัติ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจะดูจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่และนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น มิใช่ดูจากคำพิพากษาก่อนหน้า ณ จุดนี้จึงเห็นได้ว่าความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายทั้งสองระบบนั้นมีมาก มากจนไม่สามารถเลือกใช้ระบบกฎหมายหนึ่งแต่นำแนวคิดหรือนิติวิธีของระบบกฎหมายอีกระบบมาใช้ได้เลย

ระบบประมวลกฎหมายนั้นมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพของสังคมไทยมากกว่า ความเหมาะสมดังกล่าวสะท้อนให้เห็นเมื่อในเวลาต่อมาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้น จนแล้วเสร็จและได้ประกาศใช้ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 การตัดสินใจจัดทำประมวลกฎหมายฉบับที่สองของประเทศไทยนี้ นับเป็นการพลิกระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในครั้งนั้นจากหน้ามือเป็นหลังมือทีเดียว เนื่องด้วยการตัดสินใจทำประมวลกฎหมายครั้งนี้ นับว่ามีความหมายในทางประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยเป็นอย่างมาก เพราะเป็นการเปลี่ยนระบบกฎหมายจากการรับกฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้ ซึ่งได้ปฏิบัติกันมาเป็นเวลาครึ่งศตวรรษ มีความหมายว่าประเทศไทยหันเหจากการรับระบบคอมมอนลอว์ของอังกฤษมาใช้ เปลี่ยนไปรับระบบซีวิลลอว์ซึ่งเป็นระบบกฎหมายของภาคพื้นยุโรปที่มีนิติวิธีที่แตกต่างและตรงกันข้ามกับระบบคอมมอนลอว์ การที่ประเทศไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายจึงเป็นการเปลี่ยนแปลงจากระบบกฎหมายหนึ่งไปอีกระบบหนึ่งทีเดียว⁷⁴

แม้ว่าประเทศไทยได้รับเอาระบบกฎหมายแบบประมวลมาใช้เป็นเวลานานแล้วก็ตาม แต่ปัจจุบันก็ยังมีปัญหาเกิดขึ้นเสมอเกี่ยวกับการทำความเข้าใจระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ทั้งใน

⁷³ คณิต ฒ นคร. (2531). โครงสร้างความผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (3), หน้า 204.

⁷⁴ สมยศ เชื้อไทย. (2551). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 - 6 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2551) ฉบับใช้เรียน*. หน้า 11 - 12.

ส่วนที่เป็นเนื้อหาของกฎหมาย (Legal contents) และนิติวิธี (Juristic method)⁷⁵ เมื่อเราเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่เลือกอธิบายเดินตามแนวทางของระบบคอมมอนลอว์ ย่อมจักเห็นได้ว่าเป็นแนวทางที่ไม่สอดคล้องกัน หรือแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ด้วยเหตุดังกล่าวนี้นี้ เมื่อระบบถูกต้อง แต่วิธีการไม่ถูกต้องด้วย ย่อมไม่อาจทำให้การศึกษาค้นคว้า ตลอดจนการทำความเข้าใจระบบกฎหมายเป็นไปโดยถูกต้องได้เลย ในปัจจุบันนี้การศึกษา การทำความเข้าใจ ตลอดจนการวินิจฉัยความผิดอาญาในประเทศไทย ยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนในเรื่องของการวินิจฉัยความผิดอาญา ความพยายามในการนำแนวคิดเรื่อง โครงสร้างของความผิดอาญา มาอธิบายบทบัญญัติของกฎหมาย เริ่มต้นเป็นครั้งแรกโดยเดินตามแนวทางของประเทศอังกฤษนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2440 เมื่อครั้งก่อตั้งโรงเรียนสอนกฎหมาย ต่อมาในช่วงปี พ.ศ. 2477 จึงได้มีการนำแนวความคิดของกฎหมายอาญาฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศไทยเข้ามาอธิบายโดยศาสตราจารย์วิจิตร ลุฑิตานนท์ และในปี พ.ศ. 2483 ตามแนวความคิดของประเทศเยอรมนี โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย จนถึงปัจจุบันนี้แนวคิดเรื่อง โครงสร้างของความผิดอาญาได้ถูกนำเข้ามาอธิบาย ได้รับการยอมรับและพัฒนาไปในหลากหลายรูปแบบ แต่อย่างไร ก็ยังคงเป็นเพียงแค่ความพยายามที่จะนำเอาแนวความคิดเรื่อง โครงสร้างของความผิดอาญาของประเทศอื่นมาอธิบายหรือประยุกต์ใช้กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายของไทย โดยหาใช่ของตนเองอย่างแท้จริงไม่ เมื่อประเทศไทยไม่มีโครงสร้างของความผิดอาญาที่เป็นของตนเองอย่างชัดเจน ย่อมมีความแตกต่างจากประเทศอื่นในแถบภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกันกับประเทศไทย ดังนั้น การศึกษาอย่างถ่องแท้และกำหนดแนวทางเรื่อง โครงสร้างของความผิดอาญาให้มีความถูกต้องตรงกับระบบกฎหมายนั้น จึงมีความจำเป็นสำหรับประเทศไทยอย่างยิ่ง

3.2 โครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย

“กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการกระทำความผิดและการกำหนดโทษ” กล่าวได้ว่า กฎหมายอาญานั้น เป็นทั้งเงื่อนไขในการลงโทษและเป็นทั้งหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้กับประชาชน กฎหมายอาญามีภารกิจในการควบคุมความประพฤติของบุคคลให้เป็นไปโดยปกติสุขเรียบร้อยและป้องกันสังคมส่วนรวมให้พ้นจากภัยอันตราย เงื่อนไขว่าด้วยความรับผิดชอบทางอาญาที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ซึ่งประกาศใช้ นับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 มีหลักเกณฑ์เดียวกับหลักกฎหมายอาญาของประเทศในภาคพื้นยุโรปเพราะเป็น

⁷⁵ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2529). โครงสร้างของความผิดอาญา: ความแตกต่างในระบบกฎหมาย. *วารสารนิติศาสตร์*, 14 (4), หน้า 1.

กฎหมายอาญาที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกระทำ ดังนั้น ในการวินิจฉัยความผิดอาญา จึงเริ่มต้นพิจารณาจากหลักเช่นเดียวกัน โดยพิจารณาจากตัวผู้กระทำและการกระทำของบุคคลนั้นก่อน

ประเทศไทยเองมีขั้นตอนในการวินิจฉัยเพื่อลงโทษบุคคลในทางอาญา ดังนั้น หลักโครงสร้างของความผิดอาญาหาใช่เรื่องใหม่ในสังคมและบริบทกฎหมายของไทย เพียงแต่เป็นการนำสิ่งที่มีอยู่แล้วแต่เดิม มาขัดเกลาขึ้นใหม่เพื่ออำนวยความสะดวกทำความเข้าใจ และเพื่อความเป็นระบบกฎหมาย ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีความพยายามในการหาหลักเกณฑ์การพิจารณาความผิดอาญาในประเทศไทยโดยการนำเอาหลักโครงสร้างของความผิดอาญาจากประเทศต่างๆ มาอธิบายแนวทางโครงสร้างที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน มีรายละเอียดดังที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

3.2.1 อธิบายตามแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System)

การอธิบายโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวคิดของระบบคอมมอนลอว์ในประเทศไทยมีมาอย่างต่อเนื่องและนับเป็นระยะเวลายาวนานตั้งแต่ก่อนการปฏิรูประบบกฎหมายต่อมาในสมัยการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาจนถึงกระทั่งปัจจุบันสมัยประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ระบบคอมมอนลอว์เป็นกฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติที่เชื่อมโยงกับประวัติศาสตร์ความเป็นมาเพราะมีที่มาจากเดิมจากการที่ศาลนำจารีตประเพณีของสังคมมาใช้ในการตัดสินคดีความและเกิดเป็นแนวทางปฏิบัติว่ามีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันเกิดขึ้น ศาลในคดีต่อๆ มาจะยึดถือตามจนกลายเป็นบรรทัดฐานทำให้เกิดเป็นหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล (Judge made Law) และหลักเกณฑ์ที่ว่าข้อเท็จจริงเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกันและพัฒนาต่อมาจนเกิดเป็นทฤษฎีการตัดสินคดีโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา⁷⁶ ดังนั้น เมื่อการกระทำผิดอาญาเกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ตาม แต่ศาลก็มีหลักบรรทัดฐานในการตัดสินความผิดและลงโทษได้⁷⁷ ประเด็นที่น่าสนใจเบื้องต้นของแนวคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์ คือ คำอธิบายกรอบในการวินิจฉัยการกระทำทางอาญาของศาสตราจารย์เฮอ์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer)⁷⁸ ซึ่งได้อธิบายกรอบของการลงโทษทางอาญา หรือกรอบของการพิจารณาว่าการกระทำใดจักเป็นความผิดอาญา

⁷⁶ Cross, R. (1977). *Precedent in English Law*. p.154.

⁷⁷ ดิเรก ควรสมาคม. (2547). *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา*. หน้า 18.

⁷⁸ ศาสตราจารย์ Herbert L. Packer (1925 - 1972) เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาแห่งมหาวิทยาลัยสแตนฟอร์ด Stanford University ประเทศสหรัฐอเมริกา มีผลงานทางวิชาการที่มีชื่อเสียงมากได้แก่ “Two Models of the Criminal Process” (1964) และ “The Limits of the Criminal Sanction” (1968)

หรือไม่ ไว้ในหนังสือชื่อ “The Limits of the Criminal Sanction” โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ 6 ประการ⁷⁹ ดังนี้

- (1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่มชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่มชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- (2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่างๆ
- (3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- (4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- (5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ
- (6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่นๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

จากคำอธิบายดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นว่า แนวคิดและทฤษฎีของระบบคอมมอนลอว์ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและยาวนานจากประวัติศาสตร์ จากหลักศาสนาจากหลักเหตุผลและจารีตประเพณี เน้นความเห็นร่วมกันและของคนในสังคมและการยอมรับจากส่วนรวม เพราะในการพิจารณาคดีของศาล นอกจากที่ศาลจะมีอำนาจในการนำจารีตประเพณีซึ่งเรียกได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นด้วยหลักเหตุผลและได้รับการปฏิบัติสืบเนื่องกันมาปรับแก้ข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นแล้ว ยังมีคณะลูกขุน (Jury) ที่มาจากประชาชนซึ่งมีส่วนในการพิจารณาข้อเท็จจริงในอรรถคดี แล้วตัดสินว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ หากคณะลูกขุนมีความเห็นว่าไม่ผิดย่อมต้องปล่อยตัวผู้ต้องหาไป แต่หากคณะลูกขุนเห็นว่าผู้ต้องหากระทำผิดจริง ศาลก็จะมีหน้าที่พิจารณาในปัญหาข้อกฎหมายประกอบกับหลักความยุติธรรมต่อไป จากแนวความคิดที่ยึดถือจารีตประเพณีและความเห็นส่วนรวมเป็นหลักในการพิจารณาคดีนี้ทำให้เกิดการอธิบายโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้นว่าในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น “การกระทำจะไม่เป็นความผิด ถ้าไม่มีเจตนาร้าย” (Actus non facit reum nisi mens sit rea/The Act does not constitute guilt unless the mind be guilty) ในการพิจารณาถึงเรื่องความรับผิดทางอาญาของบุคคลจึงต้องพิจารณาควบคู่กันระหว่างส่วนที่เป็นภาววิสัย หรือส่วนของการกระทำภายนอกและส่วนที่เป็นอัตวิสัยหรือส่วน

⁷⁹ Packer, H.L. (1968). *The Limits of the Criminal Sanction*. p. 296.

ภายในจิตใจ ดังนั้น โครงสร้างของความผิดอาญาในระบบคอมมอนลอว์จึงประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ⁸⁰ ด้วยกันกล่าวคือ

1. การกระทำความผิด (Actus reus) คำว่า “Actus” ในภาษาละตินมีความหมายตรงกับคำว่า “Act” หมายถึง “การกระทำ” ส่วนคำว่า “reus” มีความหมายตรงกับคำว่า “Guilty” หมายถึง ความผิด “Actus reus” จึงหมายความรวมถึง “การกระทำที่เป็นความผิด” (Guilty Act)⁸¹ หรือกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดและรวมถึงการงดเว้นกระทำหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย ถือเป็นสาระสำคัญในส่วนภาววิสัย ทั้งนี้เพราะระบบคอมมอนลอว์มองว่าจุดเริ่มต้นของการพิจารณาความรับผิดอาญานั้น คือ ข้อเท็จจริงว่ามี “การกระทำ” ในสิ่งที่ผิดกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายห้ามเกิดขึ้น โดยที่กฎหมายอาญามุ่งลงโทษเฉพาะแต่การกระทำของบุคคลซึ่งแสดงออกมาภายนอกและก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นหรือต่อสังคมส่วนรวม แต่จะไม่ลงโทษในขั้นตอนของกระบวนการคิด ในส่วนรายละเอียดของ “การกระทำ” นั้นจะประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ⁸² ได้แก่ อริยาบถ พฤติการณ์ประกอบอริยาบถหรือพฤติการณ์แวดล้อม และผลของอริยาบถและพฤติการณ์ประกอบอริยาบถนั้น

(1) อริยาบถ (Origin movement) หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหว ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายโดยรู้สำนึก ซึ่งเป็นการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวโดยอยู่ภายใต้การบังคับของจิตใจ หากเคลื่อนไหวร่างกายโดยไม่รู้สำนึก ย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำตามความหมายนี้ แต่หากไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก ในการวินิจฉัยจะพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยงดเว้นการกระทำการ

(2) พฤติการณ์ประกอบอริยาบถหรือพฤติการณ์แวดล้อม (Circumstance) หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอริยาบถต้องมีพฤติการณ์ประกอบ เช่น จะเป็นการยิงก็ต่อเมื่อมีพฤติการณ์ว่ามีปืนอยู่ในมือ จะเป็นความผิดฐานฆ่าคนก็ต้องมีคนอยู่ในวิถีกระสุน ในการวินิจฉัยจะพิจารณาว่าลักษณะอริยาบถหรือการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำที่เป็นความผิดหรือไม่

⁸⁰ Molan, M., Lanser, D., and Bloy, D. (2000). *Principles of Criminal Law*. pp. 25 - 28 , 57 - 61. ; Smith & Hogan. (2002). *Criminal Law*. pp. 28 - 60.

⁸¹ กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์. (2555). *อิทธิพลของสำนักความคิดทางกฎหมาย ที่มีผลต่อกฎหมายอาญาไทย*. หน้า 39 - 51.

⁸² Salmond, I., Sir. (1924). *Jurisprudence* (p.381). อ้างถึงใน แสงวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา* (วิชานิติพนธ์มหาบัณฑิต). หน้า 43.

(3) ผลของอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบอิริยาบถนั้น (Consequence) หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายต้องก่อให้เกิดผลซึ่งอาจเป็นผลของการกระทำที่สำเร็จในตัว เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน ความผิดฐานหมิ่นประมาทที่เพียงกระทำก็เป็นความผิดแล้วไม่ว่าผู้ที่ฟังจะเชื่อหรือไม่ก็ตาม หรืออาจเป็นผลของความผิดที่ต้องอาศัยผลสุดท้าย เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่ต้องปรากฏว่ามีความตายของผู้อื่นเกิดขึ้นเป็นผลสุดท้ายก่อน จึงจะเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อมี “Actus” คือ การกระทำแล้วย่อมต้องมี “reus” คือ ความผิดด้วย โดยพิจารณาต่อไปอีกว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็น “ความผิด” หรือไม่ ซึ่งในที่นี้จะต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายซึ่งศาลวางบรรทัดฐานไว้หรือพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ถ้าหากไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ย่อมถือว่าการกระทำขาดองค์ประกอบของความผิด ไม่สามารถลงโทษการกระทำเช่นนั้นได้ ทั้งนี้ นอกจาก Actus reus จะหมายถึงการกระทำที่เป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ยังหมายความถึงกรณี queผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ด้วย หากผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย ก็ย่อมจะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด แต่หากเมื่อพิสูจน์ได้แล้วว่าการกระทำที่แสดงออกมามีลักษณะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ในลำดับถัดไปจึงพิจารณาในส่วนของอวัยวะหรือสภาวะภายในจิตใจของผู้กระทำ ความผิดเกี่ยวกับความประสงค์ร้าย

2. เจตนาร้าย (Mens rea)

เมื่อพิสูจน์ได้แล้วว่าการกระทำของบุคคลเป็นความผิด ลำดับต่อมาจึงต้องพิจารณาในส่วนที่เป็นอวัยวะหรือส่วนภายในจิตใจของผู้กระทำ หรือในส่วนของ “Mens rea” ระบบคอมมอนลอว์ถือว่า “Mens rea” หรือ “เจตนาร้าย” คือ สิ่งที่ยังบอกถึงสภาวะจิตใจที่แท้จริงของผู้กระทำผิด คำว่า “Mens rea” หมายถึง เจตนาร้าย (Guilty Mind) จิตใจที่ชั่วร้าย (Evil Mind) เจตนาทางอาญา (Criminal Mind) เป็นภาวะจิตใจที่นำคำหนิของผู้กระทำ เพราะมีเจตนาที่จะกระทำในสิ่งที่ตนรู้ว่าผิดกฎหมายหรือกฎหมายห้าม เป็นภาวะจิตใจที่เกิดขึ้นในเวลาเดียวกันกับการทำความผิด⁸³ ในการพิจารณาถึงภาวะจิตใจของผู้ทำความผิดจะถือว่า “Mens rea” มีอยู่ในส่วนของการกระทำโดยเจตนา (Intention) และการกระทำประมาทโดยรู้ตัว (Recklessness) กล่าวคือ

⁸³ Hall. *Supra Note 4*. p.189. , Smith & Hogan. *Supra Note 28*. p.32. (The Crime exist only when actus reus and mens rea coincide.) ; Smith, J.C. (1960). The Guilty Mind in the Criminal Law. *Law Quarterly Review*, 76, p. 78, 91. (No liability where actus reus and mens rea do not coincide.) อ้างถึงใน แสง นุญเฉลิม วิชาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). หน้า 46.

(1) การกระทำโดยเจตนา (Intention) หมายถึง การกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือรู้พฤติการณ์แห่งการกระทำอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เป็นกรณีที่ผู้กระทำมีความต้องการให้เกิดผลขึ้นจากการกระทำของตน หรือคาดหมายได้อย่างแน่นอนว่าจะเกิดผลขึ้นจากการกระทำนั้น

(2) การกระทำประมาทโดยรู้ตัว (Recklessness) หมายถึง สภาวะจิตใจผู้กระทำไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังแต่ยังเฉยเมยไม่นำพาต่อเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้น กล่าวคือ ผู้กระทำรู้สึกได้อยู่แล้วว่า การกระทำของตนเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัยแต่ยังคงขึ้นกระทำโดยไม่ยี่คิดต่อความเสียหาย⁸⁴ เมื่อผู้กระทำรู้สำนึกในสิ่งที่ตนกระทำว่าจะเป็นความผิดแต่ยังกระทำการนั้น จึงควรต้องรับผิดชอบในทางอาญา

หากผู้ใดกระทำความผิดโดยมีสภาวะจิตใจลักษณะอื่น เช่น ประมาทในลักษณะที่คาดไม่ถึงว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดอันตราย หรือกรณีที่สามารถใช้ความระมัดระวังได้แต่ไม่ได้ใช้ ถือเป็นเพียงการขาดการเอาใจใส่เท่านั้น แต่ไม่ใช่เจตนาร้าย จึงถือว่า “Mens rea” ไม่รวมถึงสภาวะจิตใจในกรณีนี้ และกรณีการกระทำโดยพลั้งเผลอซึ่งไม่สามารถคาดหมายได้ว่าจะทำให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อผู้อื่น กฎหมายก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจตำหนิได้และไม่รวมว่าเป็นเจตนาร้าย นอกจากระบบคอมมอนลอว์จะแยกองค์ประกอบของโครงสร้างความรับผิดทางอาญาออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนการกระทำที่ผิดกฎหมาย และส่วนภายในเรื่องของเจตนาร้ายดังที่กล่าวมาแล้ว ยังคงมีการวางหลักเกณฑ์สำคัญ 5 ประการที่เป็นหัวใจของโครงสร้างความรับผิดทางอาญาไว้ดังนี้⁸⁵

(1) การกระทำความผิด (Actus reus) หมายถึง การกระทำการใดๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดหรือบัญญัติห้ามไว้

(2) จิตใจที่ชั่วร้าย (Mens rea) หมายถึง เจตนาของผู้กระทำที่มุ่งร้ายคาดหมายที่จะให้เกิดผลในสิ่งที่กฎหมายห้าม หรือไม่ยี่คิดต่อความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากความไม่ระมัดระวังของตน

(3) ความสอดคล้องต้องกันระหว่างการกระทำและผล (Concurrence) หมายถึง การพิจารณาว่าเจตนาที่มุ่งร้ายนั้นมีความสอดคล้องต้องกันกับการกระทำหรือไม่

⁸⁴ Smith & Hogan. *Supra* Note 28. p.52. (Reckless is the deliberate taking of an unjustifiable risk.) อ้างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย). หน้า 50.

⁸⁵ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2538). *คำบรรยายประกอบวิชากฎหมายอาญาชั้นสูง*. ภาคการศึกษาที่ 1 ปีการศึกษา 2538. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล (Causation) หมายถึง การพิจารณาความเป็นเหตุเป็นผลระหว่างการกระทำและผลของการกระทำที่เกิดขึ้น โดยพิจารณาว่าการกระทำนั้นมีความเกี่ยวข้องกับผลของการกระทำหรือไม่อย่างไร ผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากเหตุคือ การกระทำนั้นหรือไม่ เป็นผลโดยตรง หรือผลโดยอ้อม ความสัมพันธ์ในข้อนี้เปรียบเทียบกับได้กับสะพานเชื่อมระหว่างการกระทำและผล

(5) ผลร้ายที่เกิดขึ้น (Harm) หมายถึง ผลร้ายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการกระทำและเจตนาร้ายนั้น

สรุปได้ว่า ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์ ต้องมีสาระสำคัญทั้งสองส่วนประกอบกันอยู่ คือ ประการแรก การกระทำความผิด (Actus reus) ซึ่งหมายถึง การกระทำ หรือ การงดเว้นกระทำ เป็นองค์ประกอบส่วนภาววิสัย (Objective) และ ประการที่สอง ส่วนของ “เจตนาร้าย” (Mens rea) ซึ่งหมายถึง จิตใจที่ประสงค์ร้าย หรือจิตใจที่ชั่วร้าย เป็นองค์ประกอบส่วนอัตวิสัย (Subjective) ที่อยู่ในจิตใจของผู้กระทำความผิด หากขาดอย่างใดอย่างหนึ่งไป ก็จะไม่เป็นความผิด⁸⁶ สอดคล้องกับสุภาษิตที่ว่า “Actus non facit reum nisi mens sit rea” ซึ่งเป็นแนวทางในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาว่านอกจากต้องมีการกระทำภายนอกที่เรียกว่า Actus reus แล้ว ยังต้องมีองค์ประกอบในส่วนของจิตใจที่เรียกว่า Mens rea อีกด้วย นอกจากนี้ยังมีข้อต่อสู้ทั่วไปที่ทำให้ไม่ต้องมีความรับผิด (General Defences) หรือทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด (Not guilty) ซึ่งรวมอำนาจกระทำ (Justification) ที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด กับเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเข้าไว้ด้วยกัน เป็นข้อแก้ตัวที่จำเลยอาจยกขึ้นเพื่อที่จะนำไปสู่การพิพากษาว่าไม่มีความผิด โดยอาจเป็นข้อต่อสู้ทั่วไปที่อาจยกขึ้นเพื่อใช้ได้กับทุกฐานความผิดหรือเป็นข้อต่อสู้เฉพาะตัวที่ใช้ได้ในบางฐานความผิด⁸⁷ เช่น ความเป็นเด็ก (Infancy) ความวิกลจริต (Insanity) ความสำคัญผิด (Mistake) การกระทำโดยจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ (Duress and Coercion) การกระทำโดยจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภัยอันตราย (Necessity) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Public and Private defence) การกระทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา (Superior orders)

อย่างไรก็ตาม การนำเอาหลัก “เจตนาร้าย” หรือ Mensrea มาปรับใช้ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายไทย ศาสตราจารย์ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอาญา เช่น

⁸⁶ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. (2542). ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา. *วารสารนิติศาสตร์*, 29 (4), หน้า 641.

⁸⁷ กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงสภักดิ์. (2555). *อิทธิพลของสำนักความคิดทางกฎหมาย ที่มีผลต่อกฎหมายอาญาไทย*. หน้า 70 - 72. ; Elliott, C., and Quinn, F. (2002). *Criminal Law*, pp. 259 - 263. ; Molan, M.T. (2003). *Criminal Law*, pp. 417 - 473.

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร และ ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส ได้ให้ความเห็นว่า การนำเอาหลัก Mens rea มาใช้กับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย แท้ที่จริงนั้นไม่ถูกต้อง ไม่เหมาะสมและไม่สอดคล้องกับความหมายของเจตนาตามที่ประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้ให้ไว้ เพราะความหมายของเจตนาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นความหมายของเจตนาในเรื่องการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผล อันมีลักษณะเป็นบทบัญญัติทั่วไป มิได้มีความหมายว่าเป็นเจตนาดีหรือเจตนาร้ายแต่ประการใด ถ้าหากพิจารณาได้ว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายและผู้กระทำให้มีความชั่วก็เพียงพอที่จะลงโทษได้แล้ว⁸⁸

จากหลักเกณฑ์โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์จะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับแนวทางการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาในทางปฏิบัติของศาลไทยเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ก็เพราะแนวความคิดดังกล่าวได้ถูกยอมรับและนำมาอธิบายสืบทอดความคิดและยึดถือเป็นแนวทางการศึกษากฎหมายและแนวทางการปฏิบัติในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีมาเป็นเวลานาน อาจเรียกได้ว่ามีมาตั้งแต่ก่อนการปฏิรูปเปลี่ยนแปลงมาใช้ระบบประมวลกฎหมายในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวหลายสิบปีเลยก็ว่าได้และในปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวก็ยังคงฝังรากลึกอยู่ในระบบกฎหมายไทย การจะปรับเปลี่ยนแบบนำความคิดของระบบประมวลกฎหมายมาสวมในทันทีคงจะไม่สามารถทำได้ แต่การศึกษาและทำความเข้าใจอย่างมีสติคงจะทำให้เราเห็นได้ว่า แม้ระบบคอมมอนลอว์และระบบประมวลกฎหมายจะมีทั้งส่วนที่เหมือนและส่วนที่ต่าง ก็ล้วนแต่มีเป้าหมาย คือ การมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกัน เพียงแต่แนวความคิดและขั้นตอนการพิจารณาบางประการอันแตกต่างกันนั้น มีที่มาทางประวัติศาสตร์และมีพัฒนาการมาจากสภาพสังคมและกระบวนการยุติธรรมเฉพาะของตน หากนำมาใช้สลับกันก็ย่อมเปรียบเสมือนการนำเครื่องมือมาใช้ไม่ถูกกับงาน ทำให้เกิดความไม่เป็นระบบ ไม่สอดคล้อง ผลสุดท้ายปลายทางจึงอาจออกมาแตกต่างกันอันจะทำให้ระบบประมวลกฎหมายอาญาของไทยอำนวยความสะดวกได้แบบครึ่งๆ กลางๆ ไม่สามารถบรรลุเป้าหมายของกฎหมายอาญาได้อย่างสมบูรณ์ การศึกษาแนวทางที่ถูกต้องให้ถ่องแท้ เพื่อให้ได้คำตอบว่ามีความเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพสังคมและปัญหาของเราอย่างไร จึงน่าจะเป็นแนวทางออกที่ดีกว่า เพราะหากไม่ถูกต้องไม่เหมาะสม ประเทศไทยของเราคงไม่เลือกที่จะนำระบบประมวลกฎหมายมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายเมื่อครั้งปฏิรูประบบการศาลและกระบวนการยุติธรรม

⁸⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 61. ; คณิต ฌ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 119.

ดังนั้น ในลำดับต่อไปคุณนิพนธ์เล่มนี้จึงทำการศึกษาถึงแนวความคิดว่าด้วยเรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Structure of Crime) ของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายโดยละเอียด ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงกรอบแนวความคิดและหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีซึ่งมีโครงสร้างของความผิดอาญาที่มีความเป็นรูปธรรมชัดเจน มีการจัดลำดับชั้นการพิจารณาวินิจฉัยการกระทำอย่างเป็นระบบและเป็นเหตุเป็นผลกัน อีกทั้งเป็นนิติวิธีที่สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมาย หลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศสและโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันที่จะศึกษาโดยละเอียดต่อไปนี้ ถือได้ว่ามีผลกระทบโดยตรงต่อการอธิบายโครงสร้างของความผิดอาญาของประเทศไทยในปัจจุบัน

3.2.2 อธิบายตามแนวความคิดของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System)

การปฏิรูประบบกฎหมายและระบบการบริหารราชการแผ่นดินในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญของประเทศไทยอย่างที่เรียกได้ว่าเป็นการพลิกแผ่นดินก็ว่าได้ พระองค์ทรงเชื่อว่าราชการแผ่นดินยุคธรรมจะเป็นที่พึงหลักให้แก่ประชาชน จึงทรงเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมายที่พิจารณาด้วยเหตุด้วยผลแล้วว่ามีความเหมาะสมกับสภาพปัญหา ความเป็นมาและความเชื่อของสังคมไทยในขณะนั้นมากที่สุด เมื่อเริ่มต้นเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมายด้วยความรอบคอบแล้ว ในการใช้กฎหมายอาญาให้มีประสิทธิภาพในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติเพื่ออำนวยความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง จึงควรต้องศึกษาและทำความเข้าใจถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาอย่างถ่องแท้

3.2.2.1 ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส

การนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสเข้ามาอธิบายกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศไทยเริ่มขึ้นเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2458 โดยนายประแดร์นิเกต์และได้รับการอธิบายขยายความอย่างละเอียดต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันนี้ ด้วยเพราะเหตุผลที่ว่าประมวลกฎหมายอาญาและแนวความคิดทางกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการเป็นต้นแบบทางความคิดของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย โครงสร้างของความผิดอาญาของฝรั่งเศสจึงถือว่ามีผลกระทบต่อกฎหมายไทยทั้งกระบวนการคิดในทางทฤษฎีและการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในทางปฏิบัติ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสสามารถอธิบายรายละเอียดได้ดังนี้

(1) ตามแนวความคิดทฤษฎีดั้งเดิม

ในการวินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ตามแนวความคิดทฤษฎีดั้งเดิม (Classic Theory) มีสาระสำคัญหรือองค์ประกอบ 3 ประการ⁸⁹ กล่าวคือ

1) องค์ประกอบทางกฎหมาย (Élément legal) หมายถึง การกระทำจักเป็นความผิดและจะลงโทษได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการเช่นนั้นเป็นความผิดและมีการกำหนดอัตราโทษไว้

2) องค์ประกอบทางการกระทำ (Élément material) หมายถึง ภูเขาอาการของบุคคลซึ่งแสดงออกภายนอกซึ่งทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยองค์ประกอบทางการกระทำนี้อาจหมายถึงการเคลื่อนไหวร่างกายในลักษณะแสดงการกระทำออกภายนอกหรือในลักษณะไม่เคลื่อนไหวโดยละเว้นหรือละเว้นกระทำการก็ได้

3) องค์ประกอบทางจิตใจ (Élément moral) หมายถึง ความประสงค์ที่จะกระทำการใด แล้วจึงบังคับร่างกายให้เคลื่อนไหวเพื่อกระทำการนั้น เป็นองค์ประกอบที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ เช่น กระทำโดยเจตนา หรือ กระทำโดยประมาท

เมื่อพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของบุคคลใดครบองค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้ง 3 ประการข้างต้นแล้ว การที่ผู้กระทำความผิดจะมีความรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำผิดดังกล่าวมี “เหตุยกเว้นความรับผิดชอบอาญา”⁹⁰ (L'impunité de l'infraction) หรือ ไม่ ซึ่งเหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบนี้แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุจากการกระทำ (Cause Objective)

แม้ว่าการกระทำจะครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดแล้ว แต่เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ของการกระทำแล้วอาจทำให้การกระทำดังกล่าวไม่นับเป็นความผิดหรือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น การกระทำโดยป้องกัน (la légitime défense) การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน (le commandement de l'autorité légitime) การกระทำโดยจำเป็น (L'état de nécessité) ดังนั้น เมื่อมีเหตุจากการกระทำเหล่านี้ ย่อมถือว่า

⁸⁹ โกเมน ภัทรภิมย์. (2524). *คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส เอกคำสอนชั้นปริญญาโท*. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1 - 2.

⁹⁰ จิตติ ดิงศภัทย์. (2529). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 675 - 755. และ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2530). การกระทำโดยจำเป็น: เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส. *วารสารนิติศาสตร์*, 17 (3), หน้า 143 - 144.

ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้และเป็นเหตุให้การกระทำไม่เป็นความผิด เนื่องจากถูกลบล้างองค์ประกอบของความผิดอาญาไป ถือเป็นเหตุลักษณะคดี (in rem)

2) เหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective)

เป็นการพิจารณาถึงความสามารถในการรับรู้การที่จะถูกลงโทษ หมายถึง การพิจารณาที่ตัวบุคคลเป็นการเฉพาะว่าบุคคลที่กระทำความผิดนั้น สมควรที่จะได้รับโทษตามความผิดที่ได้กระทำลงไปหรือไม่ เช่น การถูกบังคับ (Cotrainte) ความวิกลจริต (Insant) ความสำคัญผิด (Erreur) การกระทำความผิดโดยผู้เยาว์ ซึ่งเหตุจากตัวผู้กระทำเหล่านี้ถือว่าเป็นเหตุส่วนตัว (in personam)

(2) ตามแนวความคิดทฤษฎีปัจจุบัน⁹¹

“โครงสร้างของความผิดอาญา” ตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบันได้อธิบายองค์ประกอบเพิ่มเติมขึ้นจากโครงสร้างเดิมโดยวางหลักให้การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้นต้องพิจารณาสาระสำคัญ 4 ประการเรียงกันไปตามลำดับ ดังนี้

1) ข้อสาระทางกฎหมาย (Élément legal) กล่าวคือ มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำใดเป็นความผิด เป็นการพิจารณาว่าการกระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นปรากฏชัดแจ้งในกฎหมายที่มีอยู่ขณะกระทำว่าเป็นความผิดอาญาและมีการกำหนดโทษไว้แล้ว

2) ข้อสาระทางการกระทำ (Élément material) กล่าวคือ มีการกระทำตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด เป็นเรื่องขององค์ประกอบภายนอกโดยพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำ ขั้นตอนของการกระทำ การลงมือกระทำ ผลที่เกิดจากการกระทำ การละเว้นหรืองดเว้น รวมถึงการพยายามกระทำความผิดด้วย

3) ข้อสาระทางจิตใจ (Élément moral) กล่าวคือ การกระทำต้องประกอบไปด้วยสภาพทางจิตใจอันเป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด เช่น การกระทำโดยเจตนา การกระทำโดยประมาท การกระทำโดยสำคัญผิด มูลเหตุชักจูงใจ สาระทางจิตใจถือเป็นเหตุแห่งความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้กระทำ

4) ข้อสาระทางความไม่เป็นธรรม⁹² (Élément d'illicéité) กล่าวคือ การกระทำจะเป็นความผิดอาญาได้ จะต้องเป็นการทำร้าย หรือ การละเมิดใน 2 ลักษณะนี้ คือ

⁹¹ แหล่งเดิม.

⁹² รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล. (2543). *อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาของไทย* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 17.

1. การละเมิดทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร หมายถึง มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายห้ามมิให้กระทำหรือกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ต้องกระทำการใด หากเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาเพราะเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้

2. การละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง การกระทำที่เป็นความผิดอาญาหรือการกระทำที่สมควรได้รับโทษเพราะเหตุที่ได้ทำลายประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง แต่หากการกระทำเป็นไปด้วยความจำเป็น เช่น เพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตราย หรือถูกบังคับ การกระทำนั้นย่อมสมควรที่จะได้รับยกเว้นโทษ เนื่องจากจำเป็นต้องกระทำการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย

การวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาตามโครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศส มีลักษณะการพิจารณาเป็นลำดับ โดยเริ่มต้นจากข้อสาระทางกฎหมาย แล้วมาที่ข้อสาระทางการกระทำ ข้อสาระทางจิตใจและข้อสาระทางความไม่เป็นธรรม แต่การอธิบายตามโครงสร้างข้างต้นนี้ ยังไม่มีความชัดเจนส่วนของการแยก “เหตุยกเว้นความผิด” และ “เหตุยกเว้นโทษ” ออกจากกัน อีกทั้งมีลักษณะเป็นการอธิบายในทางนิติปรัชญามากกว่าทางปฏิบัติจึงไม่เป็นที่นิยมในการนำมาวินิจฉัยปัญหาความรับผิดชอบทางอาญานัก ในการพิจารณาจึงใช้แนวทางคลาสสิกดั้งเดิมมากกว่า โดยพิจารณาตามองค์ประกอบของข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการเรียงมาตามลำดับ เมื่อการกระทำของบุคคลใดครบตามองค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้งข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางการกระทำ และข้อสาระทางจิตใจ แล้วจึงพิจารณาลำดับขั้นสุดท้ายที่อยู่นอกโครงสร้างในส่วนของ “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” (L'impunité de l'infraction) หรือเหตุยกเว้นโทษต่างๆ เพราะเหตุยกเว้นโทษนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาว่าอย่างน้อยที่สุด ผู้กระทำความผิดจะต้องมีความสามารถรู้ผิดชอบต่อผลของการกระทำผิดอาญาของตนเองได้⁹³ กล่าวคือ ผู้กระทำต้องกระทำการโดยมีเจตจำนงเป็นอิสระและมีสติสมบูรณ์เข้าใจในการกระทำของตนและประสงค์ที่จะกระทำความผิดนั้น ดังนั้น หากมีเหตุที่ไม่สนองต่อผลของการกระทำผิดอาญาของบุคคลนั้น ในทางอาชญวิทยาจึงถือว่าบุคคลนั้นไม่สามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษได้ “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด” (L'impunité de l'infraction) สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) เหตุเนื่องมาจากการกระทำ (Cause Objective) เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าผู้กระทำมีอำนาจเพราะกฎหมายให้ เหตุดังกล่าวนี้ไม่ใช่เหตุยกเว้นโทษ แต่เป็น “เหตุยกเว้นความผิด” เพราะผู้กระทำไม่มีความผิดอาญาเลย ได้แก่

⁹³ Merle et Vitu. (1984). *Traité de droit criminel: Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal general*, 5 edition, Paris: Cujas. อ้างถึงใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535). ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ. *วารสารนิติศาสตร์*, 22 (1), หน้า 82 - 83.

1. การกระทำตามหน้าที่ เช่น การกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย
2. การใช้สิทธิ เช่น การกระทำโดยป้องกัน
3. การกระทำโดยจำเป็นและความยินยอมของผู้เสียหาย เช่น ผู้กระทำไม่สามารถ

หลีกเลี่ยงด้วยวิธีอื่นจึงได้กระทำโดยจำเป็น

2) เหตุเนื่องมาจากตัวบุคคล (Cause Subjective) เป็นเหตุที่พิจารณาถึงความสามารถในการรับรู้การที่จะถูกลงโทษว่าผู้กระทำสมควรได้รับโทษตามความผิดที่ได้กระทำลงไปหรือไม่ “เหตุยกเว้นโทษ” ในกฎหมายอาญาฝรั่งเศสซึ่งมีอยู่ 3 ประการ⁹⁴ ดังนี้

1. เหตุเกี่ยวกับข้อจำกัดเรื่องเสรีภาพในการกระทำ (la liberté du comportement pénal) ได้แก่ การกระทำเพราะถูกบังคับ

2. เหตุเกี่ยวกับสติปัญญาของผู้กระทำ (la lucidité du comportement pénal) ได้แก่ เหตุวิกลจริตและเหตุเกี่ยวกับเด็กกระทำความผิด เนื่องจากกฎหมายถือว่าผู้ที่วิกลจริตหรือกรณีเด็กกระทำความผิดนั้น ยังถือเป็นผู้ที่มีความสามารถในการรู้ผิดชอบไม่เพียงพอ ไม่สามารถแยกแยะผิดชอบชั่วดีได้เช่นวิญญูชนทั่วไปจึงไม่สมควรลงโทษ

3. เหตุเกี่ยวกับความเหมาะสมในการลงโทษ (l'opportunité de la sanction pénale) หมายถึง ในการลงโทษนั้น แม้บุคคลจะมีความรู้ผิดชอบที่จะสามารถลงโทษได้ แต่ก็ต้องพิจารณาความเหมาะสมในการลงโทษด้วย โดยเฉพาะเหตุผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เพราะในบางกรณีอาจมีการยกโทษให้แก่ผู้กระทำผิด (absolution) ได้ ตัวอย่างเช่น มาตรา 380 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส การไม่ลงโทษสามีหรือภริยาในความผิดฐานลักทรัพย์เพราะกฎหมายคำนึงถึงความสงบสุขในครอบครัว หรือ มาตรา 101 ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ที่ไม่ลงโทษฐานพยายามกระทำผิดต่อความมั่นคงแห่งรัฐ หากผู้กระทำมีส่วนแจ้งว่าใครเป็นตัวการ หรือผู้สนับสนุนก่อนที่ความผิดสำเร็จ เพื่อเป็นการตอบแทนการแจ้งข่าวแก่รัฐ

3.2.2.2 ตามแนวทางของประเทศเยอรมนี

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้อธิบายถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” โดยเรียกว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา”⁹⁵ ว่ามิใช่เป็นสิ่งใหม่ แต่เป็นการสานต่อแนวความคิดในทางกฎหมายอาญาที่สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายซึ่งศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เคยกล่าวไว้ก่อนแล้ว เมื่อครั้งท่านสำเร็จการศึกษากลับมาจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีใหม่ๆ โดยท่านได้

⁹⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535). ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ. *วารสารนิติศาสตร์*, 22 (1), หน้า 83.

⁹⁵ คณิต ฌ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 115 - 119.

นำเสนอบทความเรื่อง “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา” ในปี พ.ศ. 2483⁹⁶ แม้ว่าจะมิได้มีการดำเนินรอยตามแนวทางนี้ต่อไปเพราะความยากที่จะแทรกซึมแนวความคิดใหม่นี้ลงไปในวงการกฎหมายของไทยที่คุ้นเคยกับแนวทางของระบบกฎหมายอังกฤษ หรือด้วยเหตุอื่นใด แต่ภายหลังท่านได้กล่าวไว้ในหนังสือกฎหมายอาญา ภาค 2 - 3 ของท่านว่า “บัดนี้เวลาผ่านไปนานพอสมควรแล้ว ผู้สอนจึงเห็นควรว่า ควรจะสอนโดยระบบที่ถูกต้องมากกว่า” ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร จึงได้นำเสนอแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาผ่าน “โครงสร้างของความผิดอาญา” อย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมชัดเจน มีความถูกต้องตามหลักเกณฑ์และสอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศ โดยการที่ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร ได้อธิบายโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวทางของประเทศเยอรมนีนั้น มิใช่เพียงแต่ด้วยเหตุผลที่ว่าท่านสำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนี แต่เป็นเพราะว่าแนวคิดและหลักกฎหมายอาญาของเยอรมันสามารถช่วยทำให้กระบวนการคิดในทางกฎหมายอาญาภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยซึ่งยังไม่มีบทบัญญัติใดที่แสดงให้เห็นถึงการวางโครงสร้างของความผิดอาญาโดยตรงมีความสมบูรณ์และชัดเจนยิ่งขึ้น ด้วยเหตุที่แนวความคิดในทางกฎหมายของนักนิติศาสตร์เยอรมันนั้น ได้มีการศึกษาและพัฒนาต่อเนื่องมาเป็นเวลานานนับร้อยปีจนเป็นที่ยอมรับโดยสากล ว่ามีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของระบบประมวลกฎหมาย หลักประกันในกฎหมายอาญาและมีความเป็นเหตุเป็นผลในทุกขั้นตอนของการพิจารณา ที่สำคัญจะเป็นหลักประกันว่าการใช้กฎหมายจะมีความแน่นอนมั่นคงเหมือนกันในทุกคดี⁹⁷

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร ได้นำเสนอข้อเท็จจริงจากการศึกษาของนักนิติศาสตร์เยอรมันว่าข้อสาระสำคัญของความผิดอาญาทุกๆ ฐาน มีข้อสาระสำคัญที่เหมือนกัน ที่หากขาดไปแม้เพียงข้อสาระสำคัญเดียวก็จะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา ข้อสาระสำคัญของความผิดอาญาทุกๆ ฐานนี้ประกอบกันเป็น “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Verbrechensaufbau/Structure of Crime)⁹⁸ โครงสร้างของความผิดอาญานี้ ประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

⁹⁶ หุด แสงอุทัย. (2483). การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา. *บทบัญญัติ*, 12, หน้า 207.

⁹⁷ Jescheck, H. - H. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil)*. p.195.

⁹⁸ คณิต ฅ นคร. (2531). โครงสร้างของความผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (3), หน้า 206 ; คณิต ฅ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 5 - 6 (คำนำในการจัดพิมพ์ครั้งที่ 4).

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit/Fulfillment of offence description)
2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit/Unlawfulness)
3. ความชั่ว (Schuld/Blameworthiness)

ส่วนคำตอบของคำถามที่ว่าเพราะเหตุใดโครงสร้างของความผิดอาญาจึงมีข้อสาระสามประการนั้น ก็เนื่องมาจากว่าส่วนประกอบพื้นฐานของโครงสร้างของความผิดอาญาอยู่ที่สมมุติฐานเกี่ยวกับความผิดอาญาและโทษ ในการพิจารณาโครงสร้างของความผิดอาญาจึงต้องพิจารณาไปตามลำดับจากความผิดอาญาและโทษ ข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบประการแรก “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” คือ การกระทำครบองค์ประกอบในการที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด เมื่อการกระทำเป็นความผิดอาญาแล้ว ย่อมสมควรต้องรับโทษ “ความผิดอาญา คือ ความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษ” ดังนั้น หากบุคคลใดทำถูกต้องย่อมไม่สามารถลงโทษบุคคลนั้นได้ “การทำความผิด” หรือการกระทำในสิ่งที่กฎหมายห้ามจึงเป็นข้อสาระสำคัญของความผิดอาญาทุกๆ ฐาน เพราะหากบุคคลกระทำการที่มีอำนาจกระทำได้ เช่น ป้องกันตนโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำย่อมไม่เป็นความผิดและย่อมลงโทษบุคคลสำหรับการกระทำนั้นมิได้ “ความชั่ว” ก็เป็นข้อสาระสำคัญประการถัดมาที่ต้องพิจารณา เพราะกฎหมายอาญาบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคม การที่บุคคลตัดสินใจกระทำในสิ่งที่ถูกต้องได้ แต่ตัดสินใจกระทำผิดแทนจึงเป็นการกระทำที่ชั่วสมควรถูกตำหนิ⁹⁹

ในการวินิจฉัยว่า การกระทำใดจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่จะต้องพิจารณาเรียงตามลำดับ จากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบ คือ “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหา คือ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” หากการกระทำใดไม่เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว กรณีนั้นก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญประการที่สองและข้อสาระสำคัญประการที่สาม หากการกระทำใดเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แต่การกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมาย ก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงเรื่องความชั่ว¹⁰⁰ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นประมวลกฎหมายที่ขึ้นชื่อว่ามี ความละเอียด ความเป็นระบบ ความเป็นเหตุเป็นผลและความกระชับรัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมาย สืบเนื่องมาจากเหตุที่ว่ามีการศึกษาค้นคว้าและวิวัฒนาการมาเป็นระยะเวลาช้านาน นอกเหนือไปจาก

⁹⁹ คณิต ณ นคร. (2531). โครงสร้างความคิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (3), หน้า 209.

¹⁰⁰ คณิต ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 118 - 119.

เนื้อความในบทบัญญัติแล้ว ยังมีแนวคิดทฤษฎีที่สนับสนุนการตราบทกฎหมายแต่ละมาตราอยู่เบื้องหลัง มีหลักเกณฑ์เรื่อง “โครงสร้างของความคิดอาญา” ซึ่งมีความชัดเจนว่าสาระสำคัญทั้งสามประการจะต้องประกอบกันอย่างครบถ้วน การกระทำของบุคคลจึงจะเป็นความผิดอาญาและสมควรได้รับการลงโทษ

ในส่วนของกรณีวิเคราะห์ถึงลักษณะของการกระทำของมนุษย์ซึ่งเป็น “ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความคิด” หรือ “วัตถุแห่งความรับผิดชอบ” ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาผ่านสาระสำคัญขององค์ประกอบข้อต่างๆ ในโครงสร้างของความคิดอาญา เพราะการกระทำของมนุษย์จักสะท้อนให้เห็นถึงองค์ประกอบทั้งภายนอกและภายในของการกระทำผิด ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้อธิบายผ่านทฤษฎีการกระทำ (Handlungslehre)¹⁰¹ ที่สำคัญ 2 ทฤษฎี กล่าวคือ

1) ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre)

นักกฎหมายฝ่ายผลกำหนดผู้มีชื่อเสียง ศาสตราจารย์ ดร. Franz von Liszt¹⁰² เป็นผู้สนับสนุนและเป็นต้นคิด “ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล” โดยได้ให้ความหมายของคำว่า “การกระทำ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายที่ก่อให้เกิดผลโดยมีความรู้สำนึกในการที่กระทำ”¹⁰³ ดังนั้น การกระทำตามทฤษฎีนี้ จึงหมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายโดยมีความรู้สำนึกกำกับ ซึ่งจำกัดเพียงแต่การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในสิ่งที่ตนกระทำเท่านั้น การกระทำจึงมีแต่ส่วนที่เป็นภาวีสัยเท่านั้น เจตจำนง เช่น ต้องการให้เกิดความตาย ต้องการให้เกิดความบาดเจ็บซึ่งเป็นอวัยวะไม่รวมอยู่กับการกระทำด้วย นักวิชาการที่ถือตามแนวความคิดของทฤษฎีนี้จึงเชื่อว่า การกระทำกับจุดหมายในผลของการกระทำนั้นสามารถแยกออกจากกันได้และถือเป็นคนละส่วนกัน¹⁰⁴ ฉะนั้นตามทฤษฎีนี้เจตจำนงที่จะให้เกิดผลหรือไม่นั้น จึงอยู่ในส่วนของความชั่ว

¹⁰¹ แหล่งเดิม. หน้า 94 - 98. ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร เรียก “Kausale Handlungslehre” ว่า “ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล” โดยนักนิติศาสตร์ฝ่ายผลกำหนด (Kausalist) และเรียก “Finale Handlungslehre” ว่า “ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ” โดยนักนิติศาสตร์ฝ่ายเจตจำนงกำหนด (Finalist)

¹⁰² Prof. Dr. Franz von Liszt (1851 - 1919) เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาและกฎหมายระหว่างประเทศที่มหาวิทยาลัยแห่งกรุงเบอร์ลิน (Universität Berlin) และเป็นสมาชิกรัฐสภาแห่งเยอรมนี

¹⁰³ Bockelmann, P. (1979). *Strafrecht Allgemeiner Teil.* p. 44. “Franz von Liszt hat in seinen Anfängen die Handlung als “kausal wirkende willkürliche Körperbewegung”.

¹⁰⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2529). “โครงสร้างของความคิดอาญา: ความแตกต่างในระบบกฎหมาย” วารสารนิติศาสตร์. หน้า 3.

2) ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finale Handlungslehre)

ศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาฝ่ายเจตจำนงกำหนดผู้มีชื่อเสียงและเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการสนับสนุน “ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ” ศาสตราจารย์ ดร. Hans Welzel¹⁰⁵ โดยได้ให้ความหมายของคำว่า “การกระทำ คือ การแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมายกำกับ”¹⁰⁶ ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้ การกระทำจึงต้องเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกและขณะเดียวกันต้องมีเจตจำนงกำกับด้วยเสมอ การกระทำจึงมิได้มีแต่ส่วนที่เป็นภาววิสัย แต่มีส่วนที่เป็นอัตวิสัย อันได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชกุงใจ รวมอยู่ด้วยเสมอ นักวิชาการที่ถือตามแนวความคิดของทฤษฎีนี้เชื่อว่า ในการกระทำความผิดอาญาทุกกรณี นอกจากผู้กระทำได้เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกแล้ว ยังมีเจตจำนงที่จะให้เกิดผลจากการกระทำประกอบอยู่ด้วย ฉะนั้นตามทฤษฎีนี้เจตจำนงที่จะให้เกิดผลหรือไม่นั้น จึงอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายในของโครงสร้างความคิดข้อแรก คือ การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

มุมมองที่แตกต่างกันในเรื่องการกระทำของนักกฎหมายฝ่ายผลกำหนด (Kausalist) และฝ่ายเจตจำนงกำหนด (Finalist) ทำให้เกิดการพัฒนาทางวิชาการนิติศาสตร์ไปอย่างต่อเนื่อง เพราะแนวคิดของฝ่ายผลกำหนดเห็นว่า การกระทำ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายที่มีเจตจำนงกำหนด จึงมองว่าข้อสาระประการแรกของโครงสร้างของความผิดอาญามีเฉพาะแต่องค์ประกอบภายนอกเท่านั้น ทำให้อาจไม่สามารถอธิบายการพยายามกระทำความผิดได้ ส่วนแนวคิดของฝ่ายเจตจำนงกำหนดมองว่าการกระทำของมนุษย์ คือ การกระทำที่มีเจตจำนงกำหนดและมีจุดหมายปลายทาง หรือความมุ่งหมายด้วยเสมอ¹⁰⁷ ข้อสาระประการแรกจึงต้องมีทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ทำให้สามารถอธิบายการพยายามกระทำความผิดได้แม้การลงมือกระทำจะไม่บรรลุผลสำเร็จ

¹⁰⁵ Prof. Dr. Hans Welzel (1904 - 1977) เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาและนิติปรัชญาที่มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์ (Universität Bonn) ท่านเป็นผู้ให้นิยามความหมายของคำว่า “การกระทำ” ตามทฤษฎีเจตจำนงกำหนด (Finale Handlungslehre) และความหมายของคำว่า “เสรีภาพในการแสดงเจตนา” ท่านเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาที่มีชื่อเสียงยอมรับไปทั่วโลก

¹⁰⁶ Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. p. 33. “Menschliche Handlung ist Ausübung der Zweckmässigkeit”.

¹⁰⁷ กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงสท์ทึช. (2555). *อิทธิพลของสำนักความคิดทางกฎหมาย ที่มีผลต่อกฎหมายอาญาไทย*. หน้า 18 - 19.

ตารางที่ 3.1 ตารางเปรียบเทียบสาระสำคัญขององค์ประกอบข้อต่างๆ ในโครงสร้างของความผิดอาญา¹⁰⁸

ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre)	ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finale Handlungslehre)
1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ - องค์ประกอบภายนอก (การเคลื่อนไหวโดยรู้สำนึก)	1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ - องค์ประกอบภายนอก (การเคลื่อนไหวโดยรู้สำนึก) - องค์ประกอบภายใน (เจตจำนงที่กำกับการกระทำ)
2. ความผิดกฎหมาย - เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้	2. ความผิดกฎหมาย - เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้
3. ความชั่ว - ความรู้ผิดชอบ - องค์ประกอบภายใน (เจตจำนงที่กำกับการกระทำ)	3. ความชั่ว - ความรู้ผิดชอบ

การโต้เถียงทางความเห็นที่แตกต่างระหว่าง “ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล” ของนักกฎหมายฝ่ายผลกำหนดและ “ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ” ของนักกฎหมายฝ่ายเจตจำนงกำหนด ได้ยุติลงด้วยการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17 ว่าด้วย ความสำคัญผิดในข้อห้าม (Verbotsirrtum)¹⁰⁹ ซึ่งมีใจความว่า “ผู้ใดกระทำความผิดลงโดยสำคัญผิดว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ผู้นั้นกระทำโดยปราศจากความชั่ว หากไม่สามารถหลีกเลี่ยงความสำคัญผิดนั้นได้ แต่หากผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงความสำคัญผิดเช่นว่านี้ได้ ให้ผู้กระทำต้องรับโทษน้อยลงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 วรรค 1”

จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าการกระทำของมนุษย์นั้นต้องมีองค์ประกอบภายในหรือส่วนที่เป็นอัตวิสัยเป็นส่วนประกอบหนึ่งด้วยเสมอ การกระทำโดยสำคัญผิดจะถือได้ว่า

¹⁰⁸ คณิศ ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 126.

¹⁰⁹ § 17 StGB Verbotirrtum “Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.”

ปราศจากความชั่ว ก็ต่อเมื่อผู้กระทำไม่รู้ถึงความเป็นจริงว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย จึงได้กระทำความผิดลงโดยสำคัญผิดไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ จึงทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบที่เป็นเจตจำนงในการเคลื่อนไหวร่างกายเพื่อกระทำความผิด เพราะฉะนั้น การกระทำจึงมิได้มีแต่ส่วนที่เป็นภาววิสัย คือ การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกอันเป็นองค์ประกอบภายนอก แต่การกระทำต้องมีทั้งส่วนที่เป็นภาววิสัย คือ การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกพร้อมทั้งมีส่วนที่เป็นอัตวิสัย คือ มีเจตจำนงกำกับด้วยเสมอ

มาตรา 17 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันนี้มีสาระสำคัญคล้ายกันกับบทบัญญัติมาตรา 64 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำผิดไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” มาตรา 17 วางหลักเกณฑ์ว่า การที่บุคคลใดเข้าใจผิดไปว่าสิ่งที่ตนกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หากไม่สามารถคาดคิดเป็นอย่างอื่น ได้อย่างแท้จริง กฎหมายจึงไม่ถือว่าเป็นความผิดเพราะผู้กระทำขาดเจตจำนงเช่นเดียวกับกฎหมายไทย หากผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำของตนนั้นผิดกฎหมาย ศาลจึงเห็นใจลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ ทั้งสองมาตราเป็นการไม่รู้ว่าการกระทำผิดกฎหมายหรือเป็นการสำคัญผิดว่าการกระทำไม่ผิดกฎหมาย ซึ่งในส่วนนี้ต้องระมัดระวังว่ามีความแตกต่างกับบทบัญญัติมาตรา 59 วรรค 3 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย ซึ่งวางหลักว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” บทบัญญัติมาตรา 59 วรรค 3 นี้ ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ หากไม่รู้ข้อเท็จจริงเท่ากับขาดองค์ประกอบ คือ ขาดเจตนา ดังนั้นจึงไม่ต้องรับผิด การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด แตกต่างจากการไม่รู้ว่าการกระทำผิดกฎหมายหรือสำคัญผิดว่าการกระทำไม่ผิดกฎหมาย แต่เทียบได้กับบทบัญญัติมาตรา 16 (1) ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งวางหลักว่า “ผู้ใดกระทำความผิดลง โดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ถือว่ามิได้กระทำโดยเจตนา ทั้งนี้ไม่กระทบต่อการลงโทษฐานกระทำความผิดโดยประมาท”¹¹⁰

¹¹⁰ § 16 StGB Irrtum über Tatumstände

(1) “ Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.”

หากเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าการกระทำใดครบถ้วนด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการ อันหมายความว่า การกระทำเป็นความผิดอาญา และสมควรได้รับการลงโทษแล้ว ในความผิดอาญา บางฐานกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของการลงโทษไว้ ก่อนการลงโทษจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึง ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดเป็นการเฉพาะตัว ที่เรียกว่า “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวและเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว”¹¹¹ เช่น เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว กรณีการเป็นสามีภรรยาของผู้กระทำผิดกับผู้เสียหาย (มาตรา 71) หรือ ข้อเท็จจริงเกี่ยวข้อง โดยตรงกับกรกระทำผิด ที่เรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย”¹¹² เช่น ข้อเท็จจริงอัน เป็นเหตุในลักษณะคดี หากในการปล้นทรัพย์ผู้กระทำแม่แต่คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ทุกคนต้องรับโทษหนักขึ้น (มาตรา 340 วรรค 2)

การศึกษาถึงโครงสร้างของความผิดอาญาจะต้องศึกษาทำความเข้าใจอย่างละเอียดลึกซึ้ง ให้ทราบถึงที่มา แนวความคิด ทฤษฎีสันนิษฐาน หลักเกณฑ์ขององค์ประกอบต่างๆ ตลอดจน แนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยปรับใช้โครงสร้างของความผิดอาญาเข้ากับปัญหาข้อเท็จจริง จึงจะทำให้ให้นักกฎหมายสามารถทำความเข้าใจถึงแก่นแท้ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและนิติวิธีของ ระบบกฎหมายได้อย่างสิ้นข้อสงสัย ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้นำแนวคิดของกฎหมายอาญา เยอรมันเข้ามาอธิบายในการวินิจฉัยความผิดอาญาในกฎหมายไทยเพราะเห็นได้ว่า การวิเคราะห์การ กระทำความผิดอาญาตามโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันนั้นมีความสมบูรณ์มากที่สุดซึ่งจะ ส่งผลให้การวินิจฉัยความผิดอาญาของประเทศไทยมีความชัดเจนและเป็นระบบมากยิ่งขึ้น

3.2.3 อธิบายตามแนวความคิดของนักกฎหมายไทย (Thai Lawyer)

การอธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาในประเทศไทย นอกจากการอธิบายตาม แนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษและระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ที่อธิบายตามแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีแล้ว ยังมีการอธิบายใน ลักษณะของการผสมผสานจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยเข้ากับแนวทางของ โครงสร้างของความผิดอาญาของต่างประเทศอีกด้วย ทั้งนี้ การผสมผสานมิได้ทำให้เกิดความ ขัดแย้งหรือผลเสียในทางวิชาการแต่อย่างใด แต่กลับเป็นการพัฒนาและเปิดกว้างความคิดในทาง วิชาการเพื่อให้เกิดมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดอาญาภายใต้กฎหมายไทยที่มีความสมบูรณ์ และเหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยนักกฎหมายที่ได้อธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาในรูปแบบ ผสมผสานที่มีบทบาทต่อแนวคิดของกฎหมายไทยในปัจจุบัน ได้แก่

¹¹¹ คณิต ฌ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 128 - 138.

¹¹² แหล่งเดิม. หน้า 109 - 115.

(1) ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ได้อธิบายไว้ในหนังสือ “กฎหมายอาญา ภาค 1”¹¹³ ของท่านว่าการกระทำความผิดอาญานั้นต้องประกอบไปด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

1) ข้อสาระสำคัญทางกฎหมาย หมายถึง ในการพิจารณาวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญานั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำใดที่กฎหมายถือเป็นความผิดและโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำสำหรับความผิดนั้น

2) ข้อสาระสำคัญทางการกระทำ หมายถึง การพิจารณาว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำของบุคคลที่แสดงออกมาภายนอกซึ่งในส่วนี้ท่านได้นำแนวของระบบคอมมอนลอว์มาอธิบายเพราะระบบคอมมอนลอว์มองว่าจุดเริ่มต้นของการพิจารณาความรับผิดชอบอาญานั้น คือ “การกระทำ” ของบุคคลซึ่งแสดงออกมาภายนอก ทั้งนี้หมายความรวมทั้งการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายบัญญัติและการไม่กระทำ อันได้แก่ การละเว้นกระทำและการงดเว้นกระทำ

3) ข้อสาระสำคัญทางจิตใจ หมายถึง การพิจารณาถึงส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดว่าได้กระทำไปโดยเจตนา หรือ ประมาท หรือมีมูลเหตุชักจูงใจอื่นๆ

เมื่อพิจารณาถึงข้อสาระสำคัญครบทั้ง 3 ประการแล้วจึงพิจารณาต่อไปว่ามี “เหตุยกเว้นความรับผิด” ดังต่อไปนี้ หรือไม่

1. เหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เช่น ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายความยินยอมของผู้เสียหาย และการล่อให้กระทำความผิด

2. เหตุยกเว้นโทษ เช่น ความวิกลจริต ความมีเมมา ความจำเป็น คำสั่งของเจ้าพนักงาน

3. เหตุลดหย่อนความผิด เช่น ความสัมพันธ์ทางสมรสหรือเครือญาติ การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ อายุของผู้กระทำและเหตุบรรเทาโทษอื่นๆ

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ได้อธิบายโครงสร้างในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาโดยอ้างอิงจากแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศส ประกอบกับกำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดต่างๆ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของไทย จึงเป็น โครงสร้างในรูปแบบผสมผสานแนวทางการอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาของท่านได้รับการยอมรับและใช้เป็นหลักในการศึกษาของนักศึกษากฎหมาย อาจารย์ผู้สอนกฎหมาย ผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งตำรวจ อัยการ ผู้พิพากษา ทนายความ และนักกฎหมายโดยทั่วไปอย่างแพร่หลายและกว้างขวางยิ่ง จนกระทั่งใน

¹¹³ จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 31 - 227.

ปัจจุบันนี้ เมื่อใดที่มีการถกเถียงถึงปัญหากฎหมายอาญาที่จะมีการกล่าวอ้างอิงถึงคำอธิบายของ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์อยู่เสมอ¹¹⁴

อย่างไรก็ตาม แนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาของท่านยังคงได้รับอิทธิพลจากระบบ คอมมอนลอว์อยู่มาก ตัวอย่างเช่น การวิเคราะห์ถึงการกระทำกรณีการยิงศพโดยคิดว่าเป็นคนมีชีวิต อยู่ ถ้าผู้กระทำมีเจตนายิงโดยเฉพาะเจาะจงตัวบุคคลแล้ว ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดเพราะขาด องค์ประกอบและไม่อาจถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดเลย เพราะคนที่ต้องการจะยิง โดยเฉพาะนั้นไม่มีชีวิตอยู่ ไม่มีตัวตนเสียแล้ว แต่หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาฆ่าโดยไม่เลือก หน้า แล้วไปยิงศพคนๆ หนึ่งเข้าจึงจะถือเป็นความผิดฐานพยายามฆ่า เพราะคนในโลกมีจำนวนเป็น พันล้านคน¹¹⁵ การวินิจฉัยว่า ผู้กระทำเจตนายิงเฉพาะตัวบุคคลแล้วไม่ถือเป็นการพยายามฆ่า นั้น ไม่สอดคล้องกับแนวคิดของระบบประมวลกฎหมายและแนวทางการอธิบายโครงสร้างของความผิด อาญาของท่านเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่กล่าวว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบ เพราะหาก พิจารณาตามข้อสาระสำคัญตาม โครงสร้างของความผิดอาญาของท่านแล้ว การยิงศพย่อมครบถ้วน ตามข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ กล่าวคือ 1) ข้อสาระสำคัญทางกฎหมาย ตามบทบัญญัติมาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา วางหลักว่า การฆ่าผู้อื่นเป็นความผิด 2) ข้อสาระสำคัญทางการ กระทำ คือ มีการเคลื่อนไหวภายใต้บังคับของจิตใจโดยการใช้ปืนซึ่งเป็นอาวุธร้ายแรงยิงผู้อื่น 3) ข้อ สาระสำคัญทางจิตใจ คือ ส่วนจิตใจที่ผู้กระทำได้ยิงโดยมีเจตนา การกระทำย่อมเป็นความผิดอาญา แล้ว มิใช่ขาดองค์ประกอบ เพียงแต่กรรมของการกระทำเป็นศพ จึงไม่อาจถูกฆ่าอีกได้ กรณีดังกล่าว นี้จึงเป็นความผิดฐานพยายามฆ่า เนื่องจากหากผู้ถูกกระทำยังไม่ตายก็จะต้องตายจากการถูกยิง ดังกล่าว การวินิจฉัยว่าผู้กระทำไม่มีความผิดเพราะขาดองค์ประกอบย่อมเป็นแนวทางที่ไม่ สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญา

(2) ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์

ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ได้อธิบายถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” ไว้ในหนังสือ “คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1”¹¹⁶ ของท่าน โดยใช้ชื่อว่า “โครงสร้างความรับผิดชอบ ในทางอาญา” วางหลักว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาเมื่อ

¹¹⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, และเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2531). สนทนาหลักและปัญหาในกฎหมายอาญาภาค ทั่วไป. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (2), หน้า 3.

¹¹⁵ เล่มเดิม. หน้า 19 และ 24.

¹¹⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 86 - 95.

โครงสร้างข้อที่ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ หมายความว่า ใน การพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำต้องดูว่า

1) มีการกระทำ คือ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก ต้องผ่าน ขั้นตอนของกระบวนการคิดที่จะกระทำ การตกลงใจที่จะกระทำและการกระทำที่เป็นรูปธรรม

2) การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความคิดในเรื่องนั้นๆ คือ มีผู้กระทำไม่ว่า จะเป็นการกระทำความคิดด้วยตนเองโดยตรง หรือการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ต้องมีการกระทำ ที่อยู่ในขั้นตอนของการลงมือกระทำแล้วและมีวัตถุประสงค์แห่งการกระทำซึ่งเป็นกรรมของการกระทำที่ กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

3) การกระทำครบองค์ประกอบภายในของความคิดในเรื่องนั้นๆ คือ เรื่องเจตนา ประมาท การกระทำโดยพลาด

4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำ ตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการ กระทำและผล คือ เงื่อนไขในการพิจารณาว่าผู้กระทำได้รับผิดในผลของการกระทำที่เกิดขึ้น หรือไม่ซึ่งมีหลักว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบ ถ้าเป็นผลโดยตรงอันธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้

โครงสร้างข้อที่ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด หมายความว่า หากมีกรณี ที่ กฎหมายยกเว้นความผิดก็ย่อมจะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา เพราะการยกเว้นความผิด มีผลทำให้ “ไม่มีความผิด” หรือ ถือว่าทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น กรณีที่ประมวล กฎหมายอาญาบัญญัติยกเว้นความผิด กรณีความยินยอมของผู้เสียหาย หากการกระทำครบ องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตามโครงสร้างข้อที่ 1 แต่มีกฎหมายยกเว้นความผิดตาม โครงสร้าง ข้อที่ 2 ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญา

โครงสร้างข้อที่ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ หมายความว่า กรณีที่การ กระทำเป็นความผิด แต่มีเหตุเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงของการกระทำที่ทำให้กฎหมายยกเว้นโทษให้ เช่น กรณีการกระทำความผิดโดยจำเป็น กรณีการกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี กรณี ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามีภริยา

ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่นั้น ต้องเริ่มพิจารณาจาก โครงสร้างข้อแรกก่อนว่า การกระทำของบุคคลนั้นครบ “องค์ประกอบ” ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ว่าเป็นความผิดหรือไม่ หากเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบแล้วจึงค่อยพิจารณาลำดับต่อไปตาม โครงสร้างข้อที่ 2 ว่าการกระทำนั้นมีความผิดหรือไม่ หากไม่มีจึงพิจารณาตาม โครงสร้างข้อสุดท้ายว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ บุคคลนั้นย่อม ต้องรับผิดชอบในทางอาญา ทั้งนี้ นอกจากหลักเกณฑ์ในโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญาทั้ง 3 ข้อแล้ว

ยังมีกรณีที่ศาลอาจใช้ดุลยพินิจในการลดโทษซึ่งเรียกว่า “เหตุลดโทษ” ซึ่งเป็นเหตุที่อยู่นอกโครงสร้างเนื่องจากเป็นเหตุที่ศาลจะพิจารณาก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดต้องรับผิดในทางอาญาแล้ว อันได้แก่ ความไม่รู้ข้อกฎหมาย การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ การกระทำผิดด้วยเหตุบันดาลโทสะ เป็นต้น

จากแนวทางการอธิบายโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาของศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ จะสังเกตเห็นได้ว่า มีความคล้ายคลึงกับโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน และโครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศสมีความเหมือนและความต่างที่น่าสนใจ กล่าวคือ ข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ มีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นระบบต่อเนื่องกันไปตามแต่ละลำดับของโครงสร้างโดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก¹¹⁷ แต่มีความแตกต่างจากของเยอรมันตรงที่ได้นำเหตุยกเว้นโทษมารวมไว้ใน โครงสร้างของความผิดอาญา โดยถือเป็นโครงสร้างข้อที่ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ อย่างไรก็ตามยังมีความเหมือนอีกประการหนึ่งตรงที่กำหนดเหตุลดโทษไว้นอกโครงสร้างและให้พิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดต้องรับผิดในทางอาญา คือ ไม่มีเหตุยกเว้นความผิดและไม่มีเหตุยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำก่อน แนวทางการอธิบายโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาของศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้รับความนิยมนำมาอธิบายในการศึกษากฎหมายของไทยเป็นอย่างมาก เพราะมีความสอดคล้องกับตัวบทในประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีระบบในการลำดับความคิด มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดอย่างเป็นขั้นตอน อีกทั้งสามารถเรียนรู้และทำความเข้าใจได้โดยง่าย

(3) ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ

ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ¹¹⁸ ได้อธิบายการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาผ่านโครงสร้างความรับผิดว่าต้องพิจารณาตามลำดับขั้นตอน 3 ประการ ดังนี้

1) องค์ประกอบ โดยพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอกว่าการกระทำต้องเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับ หรือการงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล รวมถึงเป็นการครบองค์ประกอบภายนอกตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และองค์ประกอบภายในว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาหรือประมาท หรือไม่

2) อำนาจกระทำ โดยพิจารณาว่ามีเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของนาแพทย์ให้หญิงแท้งลูก ความยินยอม

¹¹⁷ แหล่งเดิม. หน้า 68.

¹¹⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2555). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. หน้า 18 - 21.

3) เหตุยกเว้นโทษ โดยพิจารณาว่ามีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้หรือไม่ เช่น การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ความผิดที่กระทำระหว่างสามภริยา

ในการพิจารณาตามลำดับ หากการกระทำไม่ครบองค์ประกอบในลำดับก่อนหน้าก็ไม่ต้องพิจารณาในลำดับต่อไป การวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวทางของศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ จึงมีความคล้ายคลึงกับการอธิบายตามแนวทาง โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน แต่มีความแตกต่างกันในส่วนของเหตุยกเว้นโทษ เช่น ถือว่าการผิดที่กระทำระหว่างสามภริยา ตามมาตรา 71 วรรค 1 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นเหตุยกเว้นโทษในโครงสร้างความรับผิดลำดับที่ 3 เมื่อพิจารณาได้ว่ามีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำ ผู้กระทำจึงมีต้องรับโทษอาญา ในขณะที่ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร อธิบายว่าการผิดดังกล่าวนี้เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา เรียกว่า “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” เพราะเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาตามข้อสาระของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้งสามประการว่าการกระทำจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ อีกทั้งมิใช่ข้อเท็จจริงที่จะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา เพียงแต่เป็นเงื่อนไขที่มีผลทำให้กฎหมายยกเว้นการลงโทษแก่ผู้กระทำ ความแตกต่างในการจัดวางเหตุยกเว้นโทษไว้ในโครงสร้างของความผิดอาญาและจัดวางไว้ นอกโครงสร้างของความผิดอาญาอาจส่งผลให้เกิดปัญหาในการวิเคราะห์กรณีความสำคัญผิดได้ เพราะหากวางเหตุยกเว้นโทษไว้ในโครงสร้าง ผู้กระทำจะสามารถอ้างความสำคัญผิดเพื่อเป็นเหตุให้ตนไม่ต้องรับโทษได้ แต่หากวางไว้ นอกโครงสร้าง อย่างไรก็ตามการกระทำก็ยังคงเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำยังคงต้องรับโทษ เพราะถือเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิด ทำให้ผู้กระทำไม่สามารถอ้างประโยชน์จากความสำคัญผิดได้

(4) ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล

ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล¹¹⁹ ได้วางแนวทางการอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาว่า การกระทำของผู้ใดจะเป็นความผิดอาญาและผู้นั้นจะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่ นั้น จะต้องวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ 3 ประการต่อไปนี้ กล่าวคือ

¹¹⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535). ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ. *วารสารนิติศาสตร์*, 22 (1). หน้า 82 - 83.

1) การกระทำของผู้นั้น “ครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” หรือไม่ โดยพิจารณาจากองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำและผลของการกระทำ ประกอบกับองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดาหรือเจตนาพิเศษ

2) เหตุยกเว้นความผิด อันเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำที่ครบองค์ประกอบอาจไม่เป็นความผิดอาญาได้ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ ความยินยอมของผู้เสียหาย

3) เหตุยกเว้นโทษ อันเป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้การกระทำความผิดเฉพาะกรณี เช่น การกระทำของผู้ไม่มีความรู้ผิดชอบ การกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 14 ปี การกระทำของบุคคลวิกลจริต การกระทำของผู้มีเมมา การกระทำความผิดโดยจำเป็น การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามภิกขี

การอธิบายหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวทางของศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล มีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับแนวทางของศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นครและศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ เพราะมีการผสมผสานระหว่างแนวคิดจากโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันในส่วน “การกระทำครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” และ “เหตุยกเว้นความผิด” มีแนวคิดจากโครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศสในส่วน “เหตุยกเว้นโทษ” และแนวคิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของไทย ทำให้โครงสร้างของความผิดอาญาของท่านมีความสอดคล้องกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นอย่างมาก

นอกจากแนวทางการอธิบายตามแนวความคิดของแต่ละบุคคลอันมีลักษณะเป็นการผสมผสานจากแนวคิดของระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ จากแนวคิดของระบบประมวลกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยข้างต้นแล้ว ยังมีการนำเสนอความหมายของคำว่า “ความรับผิด” ตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันและญี่ปุ่น โดย ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ ซึ่งท่านได้อธิบายว่า ความรับผิดของผู้กระทำนั้นมีความหมายเป็นพิเศษ¹²⁰ โดยความรับผิดนั้นมิได้มีความหมายเดียวกับจิตใจที่ชั่วร้าย (Mens rea) และก็ได้หมายความรวมถึงการที่จะวัดสภาพของจิตใจว่ามีความสัมพันธ์ต่อผลของการกระทำอย่างไรด้วย แต่คำว่า “ความรับผิด” ที่ใช้อยู่เป็นบรรทัดฐานว่าด้วยความรับผิดที่เป็นความเหมาะสมที่จะถูกกล่าวโทษในทางจริยธรรมของสังคมส่วนใหญ่ ผู้กระทำจะต้องรับผิด ถ้าในทางจริยธรรมแล้วเขาสมควรที่จะถูกกล่าวโทษว่าพฤติกรรมของเขานั้นผิดและขั้นของความสมควรที่จะถูกกล่าวโทษนี้เอง ที่เป็นตัวแทนที่จะชี้ให้เห็นถึงมาตราส่วนที่จะวัดความรับผิดซึ่งเมื่อลงโทษแล้ว จะให้เกินกว่า

¹²⁰ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2552). *ทฤษฎีอาญา*. หน้า 85 - 88.

นี้ไม่ได้ ดังนั้น เมื่อบุคคลกระทำการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ถือว่าบุคคลได้กระทำผิดกฎหมาย แต่นอกจากนั้นยังคงต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าผู้กระทำสมควรที่จะถูกกล่าวโทษหรือไม่¹²¹ ทั้งนี้ แม้ในคำอธิบายของท่านจะไม่ได้แสดงให้เห็นชัดเจนว่า ความสมควรที่จะถูกกล่าวโทษ หมายถึง ความชั่ว (Schuld) ตามแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน แต่ก็สามารถอนุมานได้ว่า ท่านได้พยายามอธิบายถึงเงื่อนไขที่จะทำให้การกระทำเป็นความผิดอาญาว่า นอกจากการผิดกฎหมายแล้ว ผู้กระทำต้องมีความสมควรที่จะถูกลงโทษด้วย การอธิบายถึงทฤษฎีอาญาดังกล่าวนี้สอดคล้องกับ โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันซึ่งจัดวางองค์ประกอบส่วนของ “ความชั่ว” ไว้ในการพิจารณาลำดับที่สาม เพราะเมื่อพิสูจน์ว่าการกระทำผิดกฎหมายแล้ว อยากรู้ก็ยังไม่ถือเป็นความผิดอาญา แต่ต้องพิจารณาต่อว่ามี “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานก่อนหรือไม่ (nulla poena sine culpa) การกำหนดให้ความชั่วเป็นพื้นฐานของการลงโทษ ทำให้เห็นถึงมิติในการลงโทษ 2 ประการ กล่าวคือ 1) การลงโทษต้องมีความชั่ว 2) การลงโทษผู้กระทำต้องไม่เกินกว่าความชั่วซึ่งผู้นั้นสมควรถูกดำเนินคดี การนำเสนอคำอธิบายของ ดร. อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ จึงสะท้อนให้เห็นภาพของการนำแนวคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันจากผู้ร่างกฎหมายมาอธิบายเพื่อให้เกิดความกระจ่างในการทำความเข้าใจนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

การอธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวความคิดของแต่ละบุคคล เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า มีทั้งความเหมือนและความแตกต่างในสาระสำคัญของประการ ทั้งนี้ ความแตกต่างดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าเป็นความแตกต่างในเชิงรูปแบบเพียงเท่านั้น เพราะแม้การเรียงลำดับของแต่ละองค์ประกอบใน โครงสร้างจะแตกต่างกัน แต่เนื้อหาสาระที่แท้จริงนั้นเป็นการพิจารณาที่มีความเป็นระบบและมีเหตุมีผลใกล้เคียงกันเลยทีเดียว ถ้าจะต่างมากก็คงเป็นในส่วนการอธิบายโดยนำแนวความคิดมาจากระบบคอมมอนลอว์เพราะนิติวิธีแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย แต่ในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเหมือนกัน ทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีต่างก็มีสาระสำคัญคล้ายกันเป็นอย่างมาก เพียงแต่การจัดวางลำดับขั้นการพิจารณาอาจต่างไปตามทัศนคติและแนวคิดในทางกฎหมายที่พัฒนาให้เหมาะสมกับบริบททางสังคมของตน

¹²¹ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2520). ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ. *วารสารกฎหมายจุฬา*, 3 (1), หน้า 44 - 46.

3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาตามแนวทางของโครงสร้างของ ความผิดอาญาที่แตกต่างกัน

จากแนวทางการอธิบายถึงแนวความคิดและหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาที่มีอิทธิพลในทางความคิดต่อการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาในกฎหมายไทย ทั้งตามแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) แนวความคิดของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี รวมถึงแนวความคิดในลักษณะผสมผสานของแต่ละบุคคล (Individual) แสดงให้เห็นได้ว่าการกำหนดและจัดวางข้อสาระในโครงสร้างของความผิดอาญาแต่ละองค์ประกอบก่อนข้างมีความคล้ายคลึงกันในส่วนหนึ่งของเงื่อนไขที่ใช้ในการวินิจฉัยว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอกว่าต้องมีการกระทำและองค์ประกอบภายในเรื่องเจตนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกันยังมีรายละเอียดในแต่ละข้อสาระที่ใกล้เคียงกันมาก และต่างก็มีความพยายามในการอ้างอิงหลักเหตุผลและแนวความเห็นทางกฎหมายมาสนับสนุนแนวทางของตน แต่อย่างไรก็ตาม การจัดวางข้อสาระในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาไว้ในลำดับก่อนหลังที่แตกต่างกันนั้น ทำให้เกิดข้อสังเกตที่สะท้อนให้เห็นถึงตรรกะในทางนิติศาสตร์ที่แตกต่างกันซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบให้เห็นอย่างชัดเจนเพื่อที่จักสามารถค้นหาและนำแนวทางที่มีความเหมาะสม เป็นตรรกะ สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยและนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายมาใช้เป็นแบบอย่างในการปรับใช้กับแนวคิดในทางกฎหมายอาญาและการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทยต่อไป

3.3.1 เปรียบเทียบแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์

ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์ “การกระทำจะไม่เป็นความผิด ถ้าไม่มีเจตนาร้าย” (The Act does not constitute guilt unless the mind be guilty) สามารถอธิบายได้ว่า โครงสร้างของความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์นั้นกำหนดข้อสาระสำคัญในการพิจารณาไว้ 2 ส่วน คือ 1. การกระทำที่เป็นความผิด (Actus reus) ซึ่งเทียบได้กับองค์ประกอบภายนอก (Objective) และ 2. เจตนาร้าย หรือ จิตใจที่เป็นความผิด (Mens rea) ซึ่งเทียบได้กับองค์ประกอบภายใน (Subjective) หากว่าขาดส่วนใดส่วนหนึ่งไป ก็จะไม่เป็นความผิด และมีการกล่าวถึงเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดและเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษรวมกันไว้ในส่วนของข้อต่อผู้ทั่วไปที่ไม่ต้องมีความรับผิด

จากโครงสร้างของความผิดอาญาข้างต้นวิเคราะห์ได้ว่าการกระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีทั้งการกระทำที่เป็นความผิด (Actus reus) และจิตใจที่เป็นความผิด (Mens rea) หากว่าขาดส่วนหนึ่ง

ส่วนใดไปก็ไม้อาจเป็นความผิดอาญาได้เลย เช่น คดี Collin¹²² จำเลยล้วงกระเป๋าผู้เสียหาย แต่ในกระเป๋าของผู้เสียหายไม่มีอะไรเลย ศาลตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะแม้จำเลยจะมี Mens rea แต่ไม่มีการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น Actus reus และไม่มีความผิดฐานพยายามเพราะแม้จำเลยกระทำต่อไปก็ไม้อาจเป็นความผิดสำเร็จได้ แต่ต่อมาระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีการออกพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ. 1981 (Criminal Attempts Act 1981) โดยกำหนดให้ผู้กระทำอาจต้องรับผิดทางอาญาในฐานะพยายามกระทำความผิด แม้ว่าข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าการกระทำนั้นเป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน จากแนวความคิดตรงจุดนี้สะท้อนให้เห็นว่าแนวคิดของกฎหมายอาญาในระบบประมวลกฎหมายมีการพัฒนาไปมากกว่า มีการให้เหตุผลที่ชัดเจนและง่ายแก่การทำความเข้าใจมากกว่า เพราะเมื่อกล่าวว่าการกระทำความผิดอาญาต้องมี Actus reus และ Mens rea แต่กลับตัดสินว่ากรณีที่ไม่มีการพยายามกระทำความผิดอาญา ย่อมขัดแย้งกับแนวทางคำพิพากษาก่อนหน้า ทำให้ยากแก่การทำความเข้าใจและไม่เป็นตรรกะที่ชัดเจน อีกทั้งการพิจารณาถึงข้อต่อสู้ทั่วไปที่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบในระบบคอมมอนลอว์ที่รวมเอาเหตุยกเว้นความผิดกับเหตุยกเว้นโทษไว้ด้วยกันก็แตกต่างจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่แยกการกระทำที่ไม่เป็นความผิดออกจากการกระทำที่ยังคงเป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษ โดยใช้ถ้อยคำที่ต่างกันว่า “ผู้นั้นไม่มีความผิด” และ “ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

โครงสร้างของความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์จึงเป็นนิติวิธีที่ไม่สอดคล้องอย่างลงตัวกับแนวคิดในกฎหมายอาญาและแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยเท่าใดนัก แม้จะมีประโยชน์ในการนำมาเปรียบเทียบเพื่อให้เห็นแนวคิดทางกฎหมาย หรืออิทธิพลที่มีต่อความคิดของนักกฎหมายไทย แต่คงไม่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้เป็นแนวทางหลัก เพราะอย่างไรในการเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมายและร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นประเทศไทยก็ได้ยอมรับเอาแนวความคิดของระบบประมวลกฎหมายมาใช้แต่แรกแล้ว

3.3.2 เปรียบเทียบแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของระบบประมวลกฎหมาย

การกำหนดลำดับขั้นของข้อสาระต่างๆ ในโครงสร้างของความผิดอาญาของเยอรมันและของฝรั่งเศสมีความใกล้เคียงกันมาก แต่มีความต่างซึ่งเป็นที่มาของเหตุผลในการวินิจฉัยที่ต่างกันอย่างชัดเจนในส่วนของการจัดวางข้อสาระเรื่องความผิดกฎหมาย โดยโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน นั้นประกอบไปด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ 1) การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และ 3) ความชั่ว

¹²² Collin (1864) 9 Cox CC 497 at 498.

(Schuld) การกระทำจักเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่าครบถ้วนตามข้อสาระทุกข้อแล้วเท่านั้น ส่วน โครงสร้างของความผิดอาญาของฝรั่งเศสนั้นประกอบด้วย 1) องค์ประกอบทางกฎหมาย (Élément legal) 2) องค์ประกอบทางการกระทำ (Élément material) 3) องค์ประกอบทางจิตใจ (Élément moral) หากพิจารณาได้ว่าการกระทำครบตามข้อสาระทั้ง 3 ประการ การกระทำจึงเป็นความผิด เมื่อพิจารณาเช่นนี้ ในเบื้องต้นอาจไม่พบความแตกต่างเลย แต่หากพิจารณาอย่างลึกซึ้งจะพบว่า โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกำหนดข้อสาระลำดับที่ 2 ว่าด้วย “ความผิดกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่า การกระทำที่ผิดกฎหมายและไม่มีเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ แต่หากผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายยกเว้นความผิด ทำให้การป้องกันตนโดยชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นความผิด แต่โครงสร้างของความผิดอาญาของฝรั่งเศสจะพิจารณาว่าเป็นความผิดก่อนหรือไม่ แล้วค่อยพิจารณาถึงเรื่องความรับผิดทางอาญาไว้ใน “เหตุยกเว้นความรับผิดอาญา” (L'impunité de l'infraction) ได้แก่ (1) เหตุจากการกระทำ (Cause Objective) เช่น การกระทำโดยป้องกัน (la légitime défense) และ (2) เหตุจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective) เช่น ความเป็นผู้เยาว์ขาดความรู้ผิดชอบชั่วดี ทำให้เมื่อพิจารณาแล้ว กรณีการป้องกันเป็นความผิดก่อนแล้วค่อยได้รับการยกเว้นความผิดเพราะเหตุเนื่องจากการกระทำในภายหลัง จึงเกิดขึ้นถามว่าการป้องกันจะถือเป็นความผิดอาญาได้อย่างไร ในเมื่อเป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้ หากตัดว่าการป้องกันไม่มีความผิดกฎหมายออกไปเสียแต่แรกน่าจะชัดเจนกว่า เพราะเมื่อมีอำนาจกระทำได้ก็ย่อมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เมื่อไม่ผิดแล้วก็ไม่ต้องพิจารณาเรื่องความรับผิดอีก ในส่วนนี้ทำให้เห็นว่าการจัดวางข้อสาระสำคัญที่ต้องวินิจฉัยในโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันมีความกระชับและเข้าใจได้ง่ายกว่า

อีกประการหนึ่ง เรื่องของการจัดวางข้อสาระเรื่อง “ความชั่ว” ไว้ในข้อสาระลำดับที่ 3 ของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน ถือว่าการไม่รู้ผิดชอบชั่วดีทำให้การกระทำไม่สมควรถูกดำเนินคดี เป็นเหตุตัดความชั่ว เมื่อผู้กระทำปราศจากความชั่ว การกระทำจึงไม่เป็นความผิดอาญา เมื่อไม่เป็นความผิดอาญาแล้วผู้กระทำจึงไม่ต้องรับโทษ การจัดวาง “ความชั่ว” ไว้ในข้อสาระประการที่ 3 และกำหนดว่าการกระทำจักเป็นความผิดอาญาได้จะต้องครบถ้วนตามข้อสาระของ โครงสร้างของความผิดอาญาทั้ง 3 ประการ หากขาดไปแม้แต่ข้อหนึ่งข้อใดการกระทำย่อมไม่เป็นความผิดจึงเป็นการชี้ชัดถึงเหตุแห่งการไม่ลงโทษได้แน่นอนและไม่ซับซ้อนเมื่อเปรียบเทียบกับโครงสร้างของความผิดอาญาของฝรั่งเศสที่กำหนดให้ต้องพิจารณาข้อสาระทั้ง 3 ประการก่อน แล้วจึงค่อยพิจารณาในส่วนของเหตุยกเว้นความรับผิดอาญาเนื่องมาจากตัวผู้กระทำ (Cause Subjective)

แม้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับโครงสร้างของความผิดอาญาของเยอรมันและฝรั่งเศสจะเป็นนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่ก็มีแนวคิดและเหตุผลในการอธิบายที่ลึกซึ้งแตกต่างกัน การนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทยจึงควรเลือกแนวทางที่มีความชัดเจน เป็นตรรกะและความสมบูรณ์ในทางวิชาการนิติศาสตร์มากที่สุด

3.3.3 เปรียบเทียบแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันสะท้อนให้เห็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้กฎหมายอาญา หลักประกันในกฎหมายอาญา ความรับผิดชอบในทางอาญา เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความไม่รู้เพียงสา ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความบกพร่องทางจิต การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น การกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ฉะนั้น หากพิจารณาจากรายละเอียดในบทบัญญัติภาคทั่วไปแล้ว จะพบได้ว่ามีบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบของความผิดไว้ โดยกล่าวถึงองค์ประกอบภายนอกไว้ในมาตรา 2 ที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำ...” มาตรา 59 วรรค 3 บัญญัติว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดจะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” โดยกล่าวถึงองค์ประกอบภายในไว้ใน มาตรา 59 วรรค 1 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำความโดยประมาท ในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา” และวรรค 2 บัญญัติว่า “กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น” และมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด หรือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ไว้ใน มาตรา 68 กรณีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 305 กรณีการทำแท้งด้วยความจำเป็นของนายแพทย์ อีกทั้งยังกล่าวถึงกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ไว้ในมาตรา 65 กรณีความบกพร่องทางจิตไม่สามารถรู้ผิดชอบ มาตรา 73 กรณีผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก มาตรา 67 กรณีความจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจ หรือให้พ้นจากภยันตราย มาตรา 70 กรณีกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน และมาตรา 69 กรณีการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ตลอดจนมีการกำหนดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำที่ทำให้กฎหมายไม่ลงโทษ เช่น มาตรา 71 วรรคแรก กรณีการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างสามีภริยา

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาทั้งหลายนี้ มีความสอดคล้องกับแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน และมีปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยอยู่แล้ว เพียงแต่มิได้แสดงให้เห็นชัดเจนโดยตรง หรือเรียงลำดับอย่างเป็นระบบ แท้ที่จริงแล้ว โครงสร้างของความผิดอาญาก็คือ การค้นหาความเหมือนกันของความผิดอาญาฐานต่างๆ ที่บัญญัติแตกต่างกันนั้น¹²³ เพื่อให้เกิดหลักเกณฑ์ที่จะใช้ในการวินิจฉัยการกระทำผิดที่มีเป็นลำดับขั้นและเป็นระบบ ในลำดับต่อไปผู้เขียนจึงจะทำการศึกษาค้นคว้าถึงแนวคิดของกฎหมายอาญา ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำในทางอาญา ความเป็นมาและข้อสาระต่างๆ ในโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน โดยละเอียดเพื่อที่จะนำไปสู่พื้นฐานการวางแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทยให้เป็นรูปธรรมต่อไป

¹²³ คณิศ ฅ นคร. (2556). *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. หน้า 251.

บทที่ 4

แนวคิดของกฎหมายอาญาและความเป็นมาของ โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Die Bundes Republik Deutschland/Federal Republic of Germany) ปกครองประเทศในรูปแบบของสหพันธ์สาธารณรัฐประชาธิปไตยแบบรัฐสภา กล่าวคือ เป็นรัฐรวม การก่อตั้งขึ้นเป็นประเทศเกิดจากการรวมตัวกันของมลรัฐ (Länder/States) ต่างๆ จำนวน 16 รัฐ โดยมีกรุงเบอร์ลินเป็นเมืองหลวงของประเทศ การบริหารปกครองสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung/Separation of Power) โดยมีรัฐสภาแห่งสหพันธ์ (Bundestag/Federal Diet) ทำหน้าที่ด้านนิติบัญญัติ รัฐบาลกลางของสหพันธ์ (Bundesregierung/Federal Cabinet) ทำหน้าที่ด้านการบริหาร และศาลของสหพันธ์ (Bundesgerichtshof/Federal court of Justice) รวมถึงศาลของมลรัฐ (Oberlandesgericht) ทำหน้าที่ด้านตุลาการ มีการแบ่งอำนาจการบริหารปกครองประเทศให้แก่มลรัฐต่างๆ ในการปกครองตนเองนอกจากรัฐบาลกลางแห่งสหพันธ์ แต่ละรัฐมีรัฐบาลท้องถิ่นและมีเมืองหลวงเป็นของตนเอง มีผู้แทนของตนเพื่อการปกครองที่มีประสิทธิภาพและเข้าถึงประชาชนได้อย่างแท้จริงเพราะในหลายรัฐมีความแตกต่างกันในเรื่องของประวัติศาสตร์และขนบธรรมเนียม อย่างไรก็ตามทั้ง 16 รัฐ ปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและประชาชนทุกคนได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยกฎหมายเดียวกัน คือ กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundes Republik Deutschland [GG]/Basic Law of the Federal Republic of Germany) ซึ่งเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญของประเทศ ในส่วนของการกระทำความผิดอาญา กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (GG) ได้วางหลักการเช่นเดียวกันกับนานาประเทศไว้ใน มาตรา 103 (2)¹²⁴ ความว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและบัญญัติโทษไว้

¹²⁴ Artikel 103 (2) GG “Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde” (Article 103 (2) “An act may be punished only if it was defined by a law as a criminal offense before the act was committed”)

สำหรับความผิดนั้น” ซึ่งถือได้ว่าเป็นการยอมรับเอาหลักเกณฑ์สากล¹²⁵ เข้ามาบัญญัติไว้ในกฎหมายสูงสุดและกฎหมายที่สำคัญของประเทศ ทั้งยังมีความสอดคล้องกันกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) มาตรา 1 ที่ว่า “ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย”¹²⁶ (Keine Strafe ohne Gesetz/ No Punishment without Law) อีกด้วย

4.1 แนวคิดของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายซึ่งระบุถึงเงื่อนไขของการกระทำความผิดและบทลงโทษหรือมาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน¹²⁷ การกระทำความผิดอาญา (Straftat/Criminal Act) เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเป็นการละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของการอยู่ร่วมกันในสังคม อันส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยในการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมและต่อคุณธรรมทางกฎหมาย การกระทำความผิดอาญาจึงมีโทษทางอาญากำหนดไว้โดยเฉพาะและมีความแตกต่างจากการกระทำที่ฝ่าฝืนระเบียบ (Ordnungswidrigkeiten [OwiG]/ Administrative Offences)¹²⁸ ซึ่งเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การปกครองทั่วไปของการอยู่ร่วมกัน

¹²⁵ ปฎิญาสาครว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 18. ปฎิญาสาครว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งประกาศใช้โดยสภามหาวิทยาลัยแห่งชาติ ในปี ค.ศ.1848 มาตรา 11 (12) บัญญัติว่า “บุคคลไม่มีความผิดทางอาญา เนื่องจากได้กระทำการหรือละเว้นกระทำการใดๆ ซึ่งกฎหมายของประเทศนั้น หรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่มีการกระทำนั้นมิได้ระบุว่าเป็นความผิดทางอาญาและบุคคลจักรับโทษหนักกว่าโทษที่ใช้อยู่ในขณะกระทำความผิดทางอาญานั้นเกิดขึ้นมิได้ (No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed)

¹²⁶ §1 StGB Keine Strafe ohne Gesetz “ Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.” (มาตรา 1 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน บัญญัติว่า “ไม่มีการลงโทษโดยปราศจากกฎหมาย” “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญา ต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและบัญญัติโทษไว้สำหรับความผิดนั้น”)

¹²⁷ Baumann/Weber/Mitsch. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p. 9.

¹²⁸ กฎหมายว่าด้วยการกระทำที่ฝ่าฝืนระเบียบ § 1 OWiG (1) “Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zuläßt.” (“การกระทำที่ฝ่าฝืนระเบียบ คือ การทำให้เกิดขึ้นซึ่งองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ว่าเป็นความผิดกฎหมายและสมควรตำหนิได้ และผู้กระทำต้องถูกบังคับด้วยมาตรการชำระเงินค่าปรับ); Bohnert, Joachim. (2004). *Ordnungswidrigkeitenrecht*. pp. 1 - 4. ; คณิต ฅ นคร. (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 157 - 158.

ในสังคมแต่ไม่ถึงขั้นขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคม ไม่ใช่การกระทำความผิดอาญาและผู้กระทำไม่
ต้องรับโทษทางอาญามีเพียงแต่มาตรการบังคับในทางปกครองหรือมาตรการบังคับในทางแพ่งอื่น
แทน เช่น การให้ชำระเป็นเงินค่าปรับเพื่อให้ผู้กระทำความผิดที่ผิดฝ่าฝืนระเบียบกลับมาเคารพกฎ
โดยมิได้มุ่งหวังที่จะลงโทษเท่านั้น เช่น การแจ้งชื่อเท็จ (§ 111 OwiG) การใช้เครื่องเสียงโดยมิได้รับ
อนุญาต (§ 117 OwiG) การครอบครองสัตว์ซึ่งอาจเป็นอันตราย (§ 121 OWiG)¹²⁹ แต่ถึงแม้ว่าการกระทำ
ฝ่าฝืนระเบียบจะมีใช้การกระทำความผิดอาญา ไม่มีลักษณะของความเป็นอาชญากรรมและถูก
บัญญัติแยกไว้ต่างหาก อย่างไรก็ตามในการวินิจฉัยการกระทำความผิดก็ยังคงต้องพิสูจน์ถึงองค์ประกอบทั้ง
ภายนอกและภายใน ตลอดจนความผิดกฎหมายและความตำหนิได้ของการกระทำ อีกทั้งยังมีการ
บังคับใช้มาตรการปรับกับกรณีการพยายามกระทำฝ่าฝืนระเบียบอีกด้วย จึงไม่ถือเป็นการกระทำ
ความผิดขาด (Strict Liability) หรือ การกระทำความผิดลหุโทษที่ไม่ต้องคำนึงถึงองค์ประกอบ
ภายในว่าผู้กระทำจักมีเจตนาหรือประมาทด้วยหรือไม่

ด้วยเหตุที่กฎหมายอาญาเยอรมันเน้นความสำคัญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลัก
ตามแนวทางการใช้นิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย กอปรกับมีแนวความคิดที่มุ่งเน้นในการ
คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา บุคคล
สามารถรู้ได้ว่าการกระทำเช่นใดเป็นเรื่องผิดกฎหมายและการปฏิบัติตนอย่างไรจึงจะไม่ผิดกฎหมาย
ในการพิสูจน์ว่าการกระทำของบุคคลใด จักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ต้องพิจารณาตามเงื่อนไข
ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการกระทำโดยเคร่งครัดและต้องพิสูจน์ตามลำดับขั้นของ
โครงสร้างของความผิดอาญา (Deliktsaufbau/Structure of Crime) หากเมื่อพิสูจน์ได้แล้วว่า การ
กระทำครบองค์ประกอบในทุกลำดับขั้นของโครงสร้างของความผิดอาญา การกระทำของบุคคลจึง
จะถือเป็นความผิดอาญา และเมื่อเป็นการกระทำความผิดอาญาอันฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
จึงย่อมสมควรถูกลงโทษ โดยก่อนการลงโทษยังคงต้องมีการพิจารณาถึงความสมควรลงโทษผ่าน
ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดที่เรียกว่า เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเพื่อคัดค้านการเป็น
ขั้นตอนสุดท้ายว่าผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษหรือไม่อย่างไร ในทางกลับกันหากพิสูจน์
ตามลำดับแล้วการกระทำของบุคคลไม่ครบองค์ประกอบในทุกขั้นตอนของโครงสร้างของความผิด
อาญา การกระทำนั้นก็จักไม่เป็นความผิดอาญา เมื่อไม่เป็นความผิดอาญาแล้ว บุคคลก็จักได้รับการ
ประกันจากรัฐว่าจะไม่ถูกลงโทษ ทั้งนี้ เพื่อความสอดคล้องกับหลักประกันของกฎหมายอาญาที่ว่า
“nullum crime nulla poena sine lege” (ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย) และความ
มุ่งหมายของกฎหมายอาญาในการปกป้องคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคม

¹²⁹ Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG) Dritter Teil. Einzelne Ordnungswidrigkeiten.

สรุปได้ว่า แนวคิดหลักของกฎหมายอาญาเยอรมัน คือ การคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายผ่านหลักประกันภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม¹³⁰ กฎหมายอาญาจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือทางกฎหมายที่กำหนดถึงเงื่อนไขของการกระทำความผิด เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์การกระทำ หากการกระทำเป็นไปตามองค์ประกอบของความผิด ย่อมพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาและเป็นไปตามเงื่อนไขอันจะนำไปสู่การลงโทษ โครงสร้างของความผิดอาญาจึงเปรียบเสมือนหลักเกณฑ์หรือเทคนิควิธีที่มีความกระชับรัดกุม ในการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อวินิจฉัยว่าการกระทำที่เกิดขึ้นว่าจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่

4.2 ความหมายและภารกิจของกฎหมายอาญา

จากแนวคิดของกฎหมายอาญาข้างต้น สะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายอาญาเยอรมันนั้น มุ่งเน้นที่จะให้ความคุ้มครองและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชน บุคคลจักไม่อาจถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้เลย หากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน ไม่มีการขยายความกฎหมายเพื่อมาลงโทษประชาชน ไม่มีการใช้อำนาจแห่งรัฐจนเกินขอบเขต ไม่มีการลงโทษโดยไม่มีกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องมาจากความหมายและวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนของกฎหมายอาญา

4.2.1 ความหมายของกฎหมายอาญา

“กฎหมายอาญา เป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายซึ่งกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดอาญา และกำหนดโทษหรือมาตรการอื่นสำหรับความผิดนั้น”¹³¹ ที่ว่าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายเพราะกฎหมายอาญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย นอกเหนือไปจากนี้ยังคงมีกฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายปกครองและกฎเกณฑ์อื่นๆ อีก ที่ว่าด้วยการกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดอาญาเพราะบทบัญญัติในแต่ละมาตราของประมวลกฎหมายอาญาจะกำหนดถึงการกระทำที่กฎหมายห้ามและกำหนดถึงการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ที่จักต้องกระทำด้วย ทั้งยังระบุถึงองค์ประกอบของความผิดแต่ละฐานนั้น ที่ว่าด้วยการกำหนดโทษหรือมาตรการอื่น เนื่องด้วยเมื่อบุคคลใด กระทำความผิดอาญาแล้วบุคคล

¹³⁰ Kindhäuser, U. (2011). *Skript zur Vorlesung Strafrecht AT. Teil 1: Strafgesetz.* p.1.

(Zweck des Strafrechts ist Rechtsgüterschutz durch Garantie von Normgeltung im Allgemeininteresse.)

¹³¹ Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht.* p. 1. (Das Strafrecht ist derjenige Teil der Rechtsordnung, der die Merkmale der verbrecherischen Handlung festlegt und an sie Strafe oder sichernde Maßnahmen knüpft.)

นั้นย่อมต้องได้รับผลทางกฎหมายซึ่งเป็นสภาพบังคับของกฎหมายอาญาที่ตามมา ไม่ว่าจะเป็นโทษที่ระบุไว้ในแต่ละฐานความผิดหรือมาตรการอื่นที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย

4.2.2 ภารกิจของกฎหมายอาญา¹³²

กฎหมายอาญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ทางสังคมที่มีวัตถุประสงค์พิเศษในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมให้เป็นที่เรียบร้อย กฎหมายอาญาจึงมีภารกิจที่เปรียบเสมือนหน้าที่เฉพาะของกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกรอบแนวทางสำคัญที่ทำให้กฎหมายอาญาสามารถตอบสนองต่อเป้าหมายของกฎหมายอาญาได้

4.2.2.1 ภารกิจในการคุ้มครองสังคม

กฎหมายอาญามีภารกิจในการคุ้มครองคุณค่าของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม¹³³ การกระทำของมนุษย์ที่อยู่ร่วมกัน กระทำในสิ่งที่ถูกและกระทำในสิ่งที่ผิดย่อมสมควรได้รับการประเมินผลที่แตกต่างกัน การกระทำของบุคคลนั้นอาจถูกประเมินค่าเมื่อบรรลุผลสำเร็จหรือไม่บรรลุถึงผลสำเร็จก็ได้ ด้วยเหตุที่กฎหมายอาญามีภารกิจในการปกป้องคุ้มครองคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน คุณค่าดังกล่าวนี้ ได้แก่ ความมั่นคงแห่งรัฐ ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน ในการอยู่ร่วมกันหากการกระทำของบุคคลใดเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมดังกล่าว บุคคลนั้นย่อมต้องถูกลงโทษซึ่งภารกิจในการคุ้มครองสังคมที่ว่าเป็นที่มาเบื้องหลังของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันแต่ละมาตรา เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 242¹³⁴ คุณค่าที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คือ ทรัพย์สินและความครอบครองของเจ้าของทรัพย์ ดังนั้น หากมีการลักเอาไปซึ่งทรัพย์ของบุคคลอื่น ผู้ที่ลักเอาไปย่อมมีความผิดฐานลักทรัพย์ หรือแม้แต่การลักเอาทรัพย์ไปจากกระเป๋าเปล่าที่คิดว่ามีทรัพย์อยู่ ถึงแม้จะไม่สามารถเอาไปซึ่งทรัพย์ของบุคคลอื่นได้ แต่ก็ยังคงมีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ เนื่องจากการกระทำละเมิดต่อคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง คือ ความปลอดภัยในทรัพย์สิน

¹³² คณิศ ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 58 - 63.

¹³³ Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. p. 1. (Aufgabe des Strafrechts ist es, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen.)

¹³⁴ § 242 Diebstahl StGB (ความผิดฐานลักทรัพย์)

(1) Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (ผู้ใดเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น โดยเจตนาครอบครองอย่างผิดกฎหมายเพื่อตนเองหรือบุคคลที่สาม ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือโทษปรับสำหรับความผิดนั้น)

(2) Der Versuch ist strafbar.(การพยายามกระทำความผิดย่อมต้องได้รับโทษ)

4.4.2.2 ภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและในการคุ้มครองคุณภาพของการกระทำ

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/Legal Interest) คือ ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเป็นคุณค่าของชีวิตไม่ว่าจะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universalrechtsgut/ Universal Legal Interest) หรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut/ Individual Legal Interest) เพราะคุณธรรมทางกฎหมายเป็นคุณค่าพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการปกป้อง¹³⁵ บทบัญญัติของกฎหมายอาญาในความผิดฐานต่างๆ บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิ่งที่เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมาย เปรียบเสมือนเป็นเหตุผลเบื้องหลังในการบัญญัติกฎหมายแต่ละมาตรา ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงมีภารกิจที่จะต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย รวมถึงตลอดถึงคุณภาพของการกระทำด้วย หากการกระทำหน้าหน้าที่ของมนุษย์ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อบุคคลอื่น การทำหน้าหน้าที่นี้จึงเท่ากับว่าไม่มีคุณภาพและเป็นการกระทำที่กฎหมายอาญาต้องเข้าไปคุ้มครองด้วย

4.2.2.3 ภารกิจในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำความผิด

เพื่อตอบ โจทย์วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสังคม กฎหมายอาญายังมีภารกิจในการปราบปรามและในการป้องกันการกระทำความผิด กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกิดขึ้น ผู้กระทำย่อมต้องถูกลงโทษในทางอาญา การลงโทษเป็นการแสดงให้เห็นว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความผิดและสังคมไม่ยอมรับซึ่งถือว่าเป็นการปราบปรามการกระทำความผิด และในขณะเดียวกันย่อมเป็นการเตือนบุคคลทั่วไปว่า หากมีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นอีกย่อมต้องถูกลงโทษอันเป็นการป้องกันการกระทำความผิดอันอาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยในการป้องกันนั้นนอกจากใช้มาตรการลงโทษเป็นการป้องกันทั่วไปแล้ว อาจใช้มาตรการบังคับทางอาญาอื่นที่เป็นการป้องกันพิเศษ เช่น “มาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน” (Maßregeln der Besserung und Sicherung/Measures of Reform and Prevention) อันหมายถึง วิธีการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากการกระทำความผิดของผู้กระทำผิดในภายหลัง หรือเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยเพื่อปฏิบัติต่อผู้ที่น่าจะกระทำความผิดในอนาคต หรือเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยจากการกระทำความผิดซึ่งอาจจะเกิดขึ้นในอนาคตของผู้กระทำ

¹³⁵ Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. p. 4. (Rechtsgut ist ein Lebensgut der Allgemeinheit oder des Einzelnen, das wegen seiner sozialen Bedeutung rechtlich geschützt wird.)

4.3 ประเภทของความผิดอาญาและวิวัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชน ประกอบไปด้วยกฎหมายสารบัญญัติ (Materielles Strafrecht/Substantive Law) และกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Formelles Strafrecht/ Adjective Law) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Deutsches Strafgesetzbuch [StGB]/German Criminal Code) เป็นกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งจัดแบ่งบทบัญญัติออกเป็น 2 ภาค กล่าวคือ 1) บทบัญญัติภาคทั่วไป (Allgemeiner Teil/General Part) ว่าด้วยหลักเกณฑ์พื้นฐานของการกระทำความผิดอาญา เงื่อนไขแห่งการกระทำและการลงโทษในทางอาญา 2) บทบัญญัติภาคพิเศษ (Besonderer Teil/Special Part) ว่าด้วยองค์ประกอบของความผิดแต่ละฐานและบทลงโทษ เมื่อการกระทำของบุคคลฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญาสารบัญญัติแล้ว ต่อมาจึงต้องเข้าสู่กระบวนการทางอาญาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ และหากการกระทำถูกพิสูจน์ได้ว่าเป็นความผิดจริง ย่อมต้องเข้าสู่กระบวนการบังคับโทษต่อไป “กฎหมายอาญา” มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองคุณค่าและคุณภาพของการอยู่ร่วมกัน และเป็นหลักประกันให้การอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคมได้รับการคุ้มครอง หากมีผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ย่อมสมควรต้องได้รับโทษ ทั้งนี้ อัตราความหนักเบาหรือความรุนแรงของโทษย่อมต้องแตกต่างกันไปตามความรุนแรงของการกระทำด้วย หลักพื้นฐานที่ว่าความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการบังคับใช้โทษนี้ ทำให้เกิดการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้น เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิสูจน์ว่าการกระทำของบุคคลจักถือเป็นความผิดอาญาและสมควรต้องรับโทษทางอาญาหรือไม่

4.3.1 ประเภทของความผิดอาญาและมาตรการทางอาญา

ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการบังคับใช้โทษในทางอาญา หากบุคคลกระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายและวินิจัยได้ว่าเป็นความผิดอาญาแล้ว บุคคลนั้นย่อมต้องตก อยู่ในสภาพบังคับทางอาญา ในการดำเนินคดีอาญาของประเทศเยอรมนีจึงมีการจัดแบ่งประเภทความผิดตามขึ้นความรุนแรงของการกระทำและระวางโทษไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) โดยแบ่งความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภท¹³⁶ คือ

(1) ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ (Verbrechen) หมายถึง การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายซึ่งต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป หรือต้องระวางโทษที่หนักกว่านั้น

¹³⁶ § 12 StGB Verbrechen und Vergehen

(1) Verbrechen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind.

(2) Vergehen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind...

(2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง (Vergehen) หมายถึง การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ซึ่งต้องระวางโทษจำคุกที่เบากว่านั้น หรือต้องระวางโทษปรับ

เมื่อการกระทำของบุคคลใดถูกพิสูจน์ได้ว่าเป็นกระทำความผิดอาญา บุคคลนั้นย่อมต้องถูกบังคับใช้มาตรการทางอาญา ระบบกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นระบบกฎหมายอาญาคู่ขนาน (Zweispuriges Strafrecht/ Dual Criminal System) จึงไม่มุ่งเน้นเพียงแต่การใช้ “โทษ” ที่เป็นมาตรการบังคับทางอาญาเพื่อลงโทษแก่บุคคลที่กระทำความผิดเพียงอย่างเดียว แต่ให้ออกสบุคคลที่จะแก้ไขปรับปรุงพฤติกรรมให้กลับเป็นคนดีและกลับคืนสู่สังคมโดยการเลือกใช้มาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกันเป็นมาตรการป้องกันพิเศษอีกประการหนึ่ง โดยการนำมาบังคับใช้แทนมาตรการลงโทษทางอาญา หรือใช้ควบคู่กันไป เพื่อให้การดำเนินคดีอาญาและการอำนวยความยุติธรรมทางอาญาสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา ทั้งในด้าน “การป้องกันทั่วไป” โดยลงโทษการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายเพื่อให้ผู้กระทำความผิดทราบว่าได้กระทำในสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับและให้บุคคลอื่นเห็นว่าหากมีการกระทำเช่นนี้เกิดขึ้น การกระทำนั้นก็จะไม่เป็นที่ยอมรับ บุคคลย่อมจักต้องได้รับโทษจากการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย และ “การป้องกันพิเศษ” โดยการป้องกันมิให้ผู้ที่เคยกระทำความผิดกลับมาก่ออันตรายต่อสังคมอีกในอนาคตโดยการฟื้นฟูและป้องกันประเภทต่างๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันจึงแบ่งมาตรการทางอาญาออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

(1) โทษ (Strafe/Penalty) - การลงโทษเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่ใช้ข่มขู่มิให้บุคคลอื่นกระทำความผิดในทางเดียวกัน หรือเป็นแบบอย่างซึ่งบังคับจิตใจของบุคคลทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิดอย่างเดียวกัน ในห้วงความคิดนั้นๆ การลงโทษจึงเป็นมาตรการบังคับทางอาญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการป้องกันทั่วไป (Generalprävention/General Prevention)

(2) มาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน (Maßregeln der Besserung und Sicherung/ Measures of Reform and Prevention) - วิธีการเพื่อความปลอดภัย เป็นมาตรการบังคับทางอาญาซึ่งมีวัตถุประสงค์เป็นการป้องกันพิเศษ (Spezialprävention/Special Prevention) กล่าวคือ วิธีการเพื่อความปลอดภัยใช้เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิด กลับมากระทำความผิดเดียวกันซ้ำอีก และเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดที่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ชีวิตหรือทรัพย์สินของผู้อื่นเกิดขึ้นในอนาคต วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นทางเลือกที่ศาลสามารถมีคำสั่งใช้ควบคู่ไปกับการลงโทษ ทั้งนี้เพื่อตอบสนองต่อภารกิจในการคุ้มครองสังคมและป้องกันการกระทำความผิดของกฎหมายอาญา ทั้งนี้สามารถอธิบายลักษณะของโทษและมาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกันได้เป็น 4 รูปแบบ ดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 4.1 ตารางแสดงมาตรการบังคับทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB)¹³⁷

Hauptstrafen		<ul style="list-style-type: none"> - Freiheitsstrafe (§§ 38, 39) lebenslang, zeitig oder Strafaussetzung zur Bewährung - Geldstrafe (§§ 40 – 43) in Tagessätzen
Nebenstrafen nur bei gleichzeitiger Verurteilung zu einer Hauptstrafe zu verhängen		<ul style="list-style-type: none"> - Fahrverbot (§ 44)
Maßregeln der Besserung und Sicherung		<ul style="list-style-type: none"> - psychiatrisches Krankenhaus (§ 63) - Entziehungsanstalt (§ 64) - Sicherungsverwahrung (§ 66) - Führungsaufsicht (§§ 68 – 68 g) - Entziehung der Fahrerlaubnis (§§ 69 – 69 b) - Berufsverbot (§§ 70 – 70 b)
Nebenfolgen	schuldabhängig	<ul style="list-style-type: none"> - Aberkennung der Amtsfähigkeit (§§ 45 – 45 b) - Verwarnung mit Strafvorbehalt (§§ 59 – 59 c) - Gewinnverfall (§§ 73 – 73 e)
	schuldunabhängig	<ul style="list-style-type: none"> - Entziehung von Tatwerkzeugen (§§ 74 – 76 a)

จากตารางข้างต้นแสดงให้เห็นถึงรูปแบบของมาตรการบังคับทางอาญา 4 ลักษณะ กล่าวคือ

(1) โทษหลัก (Hauptstrafen) - เป็นโทษทางอาญาที่ศาลใช้ลงแก่ผู้กระทำความผิดได้ด้วยตัวเอง¹³⁸ ได้แก่ โทษจำคุกเสรีภาพ (§§ 38, 39 StGB), โทษปรับ (§§ 40-43 StGB), การกักขังแทนค่าปรับ (§ 43 StGB) และการรอกการลงโทษจำคุกเสรีภาพ (§§ 56-58 StGB)

(2) โทษข้างเคียง (Nebenstrafen) - เป็นมาตรการลงโทษที่จะบังคับใช้ควบคู่ไปกับโทษหลัก เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษหลักแล้ว หรือใช้ในกรณีที่มีความสัมพันธ์กับโทษหลัก ได้แก่ โทษห้ามขับขี่ยานพาหนะ Fahrverbot (มาตรา 44 StGB) และโทษริบทรัพย์สิน (มาตรา 43a StGB)

(3) มาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน (Maßregeln der Besserung und Sicherung/ Measures of Reform and Prevention) - มาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกันได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) ในบทบัญญัติทั่วไป หมวด 6 ตั้งแต่ มาตรา 61 ถึง มาตรา 72

¹³⁷ ที่มา : เอกสารประกอบการสอนของ Prof. Dr. Roland Hefendehl “วิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไป” ภาควิชาการศึกษา WS 2011/2012 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ

¹³⁸ คณิต ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 50.

โดยแบ่งการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยออกเป็นประเภทต่างๆ 6 ประเภท¹³⁹ ดังต่อไปนี้

(1) การให้เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลโรคประสาท (Placement in a Psychiatric Hospital) § 63 StGB

(2) การควบคุมตัวไว้ในสถานที่เฉพาะเพื่อการเลิกสารมึนเมา หรือเกรงว่าจะไปกระทำอันตรายแก่สังคม (Placement in an Institution for Withdrawal Treatment) § 64 StGB

(3) การใช้มาตรการอย่างอื่นแทนการจำคุก กรณีโทษจำคุกน้อย (Placement in Preventive Detention) § 66 StGB

(4) การเปลี่ยนแปลงไปใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมาตรการอื่นๆ เมื่อเห็นว่ามาตรการที่ใช้อยู่เดิมไม่ได้ผลในการปรับพฤติกรรม (Sequence of Execution) § 68 StGB

(5) การเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ (Withdrawal of Permission to Drive) § 69 StGB

(6) การสั่งให้ทำงานภายใต้การดูแลของเจ้าพนักงานคุมประพฤติ หรือหน่วยงานชำนาญพิเศษอื่นๆ (Prerequisites for Supervision of Conduct) § 70 StGB

ทั้งนี้ ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการเพื่อความปลอดภัยหลายประเภทในเวลาเดียวกันสำหรับผู้กระทำความผิดคนเดียวได้ หากเห็นว่ามีเหมาะสมแก่เหตุตาม § 72 (Combination of Measures)

(4) มาตรการอื่นๆ (Nebenfolgen) - เป็นมาตรการเสริมที่ใช้บังคับเฉพาะเรื่อง ได้แก่ การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง, การรอกการลงโทษปรับ (§ 59 StGB) และการยึด หรือทำลายวัตถุที่มีข้อความหมิ่นประมาท (§§ 45 - 45b StGB)

การบังคับใช้มาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกันจึงเป็นแนวทางที่ตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในการช่วยป้องกันสังคมจากการกระทำความผิดซ้ำในอนาคตและเปิดโอกาสให้บุคคลที่กลับตนเป็นคนดี กลับคืนเข้าสู่สังคมปกติได้อีกครั้ง แนวทางในการบังคับใช้มาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกันนี้ ทำให้เกิดการลดลงของปริมาณการก่ออาชญากรรม ทำให้สามารถลดการนำตัวบุคคลเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา การบังคับโทษตามมาตรการต่างๆ

¹³⁹ § 61 StGB Maßregeln der Besserung und Sicherung sind

1. die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus,
2. die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt,
3. die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung,
4. die Führungsaufsicht,
5. die Entziehung der Fahrerlaubnis,
6. das Berufsverbot.

และทำให้สังคมได้รับการป้องกันจากความเสี่ยงต่อการกระทำความผิดในอนาคต อีกทั้งตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ให้ความเคารพและคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นอย่างยิ่ง อนึ่ง ในประเทศเยอรมนีนั้นการลงโทษประหารชีวิตได้ถูกยกเลิกไปตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเยอรมันมาตรา 102¹⁴⁰ ซึ่งบัญญัติ “ให้ยกเลิกการลงโทษประหารชีวิต” เนื่องจากเหตุผลหลักในรัฐธรรมนูญที่ต้องการปกป้องคุณค่าของชีวิตและคุ้มครองศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ แม้ว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดก็ตาม การเลือกใช้มาตรการทางอาญาซึ่งเรียกว่า “มาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน” จึงสอดคล้องกับเจตจำนงพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญและสอดคล้องกับภารกิจของกฎหมายอาญามากกว่ามาตรการลงโทษ ในการพิจารณาและวินิจฉัยเพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคลใด นอกจากต้องพิจารณาตามหลักทฤษฎีที่แน่นอนแล้ว ยังต้องปฏิบัติให้มีความสอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญา การวินิจฉัยความผิดอาญาในประเทศเยอรมนีจึงต้องใช้แนวทางที่มีหลักเกณฑ์ชัดเจนแน่นอน มีระบบมีความเป็นเหตุเป็นผลและทั้งนี้ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักประกันในกฎหมายอาญา¹⁴¹ ด้วยเป็นสำคัญ กล่าวคือ

(1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (Verbot von Gewohnheitsrecht/nulla poena sine lege scripta) - ห้ามนำหลักเกณฑ์ที่เป็นแนวทางอันบุคคลปฏิบัติสืบเนื่องต่อกันมาจนเป็นจารีตมาลงโทษทางอาญาเพราะสาระสำคัญของระบบประมวลกฎหมาย คือ การเคารพบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น ในการใช้กฎหมายอาญาเพื่อลงโทษการกระทำของบุคคลใด จึงต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เป็นที่แน่นอนก่อนแล้ว การจะนำหลักจากจารีตประเพณีมาลงโทษทางอาญาแก่บุคคลนั้นมิอาจทำได้

(2) การห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (Analogieverbot/nulla poena sine lege stricta) - ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาขยายความเพื่อลงโทษและห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษแก่บุคคลใด เพราะการลงโทษต้องถูกบัญญัติไว้ชัดเจนแน่นอนในตัวบทกฎหมายแล้ว และผลทางกฎหมายที่มาในรูปแบบของการลงโทษหรือมาตรการทางอาญาอื่นๆ ก็ต้องมีอยู่ในบทบัญญัติที่ชัดเจนแน่นอนเช่นเดียวกัน

(3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (Bestimmtheitsgrundsatz/nulla poena sine lege certa) - เพราะหากกฎหมายอาญามีบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจน หรือสามารถตีความได้หลาย

¹⁴⁰ Art. 102 GG [Abolition of capital punishment] Capital punishment is abolished. [Die Todesstrafe ist abgeschafft.]

¹⁴¹ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. pp. 40 - 41. ; Benfer, Jost. (1984). *Allgemeines Strafrecht*. pp. 7 - 9. Garantiefunktion des Strafrechts (Guarantee Function of Criminal Law)

ทางแล้วนั้น ก็อาจถูกใช้ไปตามใจชอบของผู้มีอำนาจ อันเป็นการขัดต่อเจตจำนงในการบัญญัติกฎหมายอาญาและอาจจะเป็นการทำให้กฎหมายที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพกลายเป็นหลักเกณฑ์ในการคุกคามสิทธิและเสรีภาพไปแทน ทั้งนี้เพราะกฎหมายอาญามีสภาพบังคับที่รุนแรง ทั้งโทษจำคุกเสรีภาพ โทษปรับ โทษริบทรัพย์สิน ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายอาญาจึงต้องถูกระบุไว้อย่างชัดเจนและแน่นอน ทั้งในส่วนคำนิยาม องค์ประกอบของความผิดแต่ละฐาน รวมไปถึงสภาพบังคับทางกฎหมาย

(4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (Rückwirkungsverbot/nulla poena sine lege praevia) - การไม่มีผลย้อนหลัง คือ การที่กฎหมายอาญาปฏิเสธการย้อนเวลากลับไปลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนมีกฎหมายบทบัญญัติ ดังนั้น บทบัญญัติว่า การกระทำใดเป็นความผิดและมีบทลงโทษอย่างไรจึงต้องมีอยู่ก่อนที่การกระทำจะเกิดขึ้น

4.3.2 วิวัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน

การปฏิรูปกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1871¹⁴² มีประวัติสืบเนื่องมาจากเบื้องหลังการพยายามทำความเข้าใจถึงสาระและนิยามของการกระทำ ความผิดและเป้าหมายของการลงโทษที่มีการโต้เถียงกันอย่างไม่สิ้นสุด การขาดคำอธิบายที่มีตรรกะ เป็นรูปธรรมและสามารถเข้าใจได้อย่างละเอียดลึกซึ้งทำให้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ขาดความเป็นวิชาการเพียงพอ ด้วยเหตุนี้เพื่อให้กฎหมายอาญา มีความสมบูรณ์พร้อม มีคำอธิบายที่ครบถ้วนชัดเจนเป็นเหตุเป็นผลจึงมีการตรวจชำระ รวบรวมและตราประมวลกฎหมายอาญาเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1871 เรียกว่า “ประมวลกฎหมายแห่งจักรวรรดิเยอรมัน”¹⁴³ (Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich [RStGB]/Criminal Code for the German Reich) มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1872 ประมวลกฎหมายฉบับนี้มีพื้นฐานแนวความคิดมาจากกฎหมายธรรมชาติมีความพยายามในการร่างที่จะคงไว้ซึ่งหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายที่มีอยู่เดิม เพื่อให้สอดคล้องกับการใช้ชีวิตและสภาพวิถีชีวิตของชนชาวเยอรมัน มีความพยายามในการพัฒนาแนวคิดทางนิติศาสตร์ โดยได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของ Anselm von Feuerbach เป็นสำคัญ ทำให้เกิดการเติมเต็มของหลักทฤษฎีจนมีความสมบูรณ์ มีความเป็นตรรกะมากที่สุดเท่าที่เคยมีประมวลกฎหมายอาญามา และยังมีการวางแนวทางเรื่องมาตรการลงโทษการกระทำ ความผิด (Generalprävention) ที่เป็นรูปธรรมชัดเจนและได้ริเริ่มมี

¹⁴² Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. p.108.

¹⁴³ “จักรวรรดิเยอรมัน” หรือ “ปรัสเซีย” เป็นชื่อเรียกของประเทศเยอรมนี หรือ เยอรมนีสมัยจักรวรรดิ ที่ 2 ซึ่งสามารถรวมแคว้นน้อยใหญ่ต่างๆ ในประเทศเข้าด้วยกันโดยการนำของออตโต ฟอน บิสมาร์ค (Otto von Bismarck) เป็นช่วงที่เยอรมนีรุ่งเรืองมากและเป็นมหาอำนาจในยุโรป อยู่ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1871 - 1918 หรือ ปี พ.ศ. 2414 - 2461.

วิธีการป้องปรามการทำความผิดพิเศษ (Spezialprävention) ขึ้นอีกด้วย ประมวลกฎหมายอาญาฉบับนี้ นับได้ว่าเป็นกฎหมายแห่งนิติรัฐซึ่งมีความกระชับและชัดเจน ครอบคลุมด้วยเทคนิคในทางกฎหมาย มีแบบแผน มีความเป็นกฎหมายที่แท้จริงและเป็นหนึ่งในกฎหมายที่ดีที่สุดในปัจจุบัน หลังจากการปฏิรูปกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1871 แล้วนั้น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ยังคงใช้ประมวลกฎหมายฉบับนี้อยู่ แต่อย่างไรก็ตาม ก่อนที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันจะมีบทบัญญัติและหลักเกณฑ์ดังเช่นปัจจุบัน ประมวลกฎหมายฉบับนี้ก็ผ่านวิวัฒนาการความเปลี่ยนแปลงมาอย่างยาวนานหลายยุคหลายสมัยและมีการปฏิรูปอย่างต่อเนื่องสม่ำเสมอ ดังต่อไปนี้

(1) วิวัฒนาการจนถึงสมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 (1. Weltkrieg/World War I)¹⁴⁴

ในระยะเริ่มต้นของการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1871 มีแนวความคิดว่าการลงโทษบุคคลที่ทำความผิดอาญาด้วยเพราะเหตุที่ผู้นั้นกระทำในสิ่งชั่วร้าย โทษทางอาญาก็คือ บทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย ในยุคสมัยนี้ยังมีการโต้เถียงกันถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ยังคงมีความเห็นที่หลากหลายของสำนักความคิดต่างๆ เกี่ยวกับเป้าหมายของการลงโทษ บทบัญญัติที่มีอยู่ยังขาดความชัดเจนของเงื่อนไขในการลงโทษทางอาญา แต่ก็เริ่มมีการพัฒนาแนวความคิดด้านอาชญาวิทยาและมีการกล่าวถึงวิธีการป้องปรามการทำความผิดพิเศษ (Spezialprävention/Special Prevention) บ้างเล็กน้อย¹⁴⁵ ในช่วงราวปี ค.ศ. 1902 - 1909 ได้เริ่มมีการศึกษาเปรียบเทียบประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันกับของต่างประเทศเพื่อให้คำจำกัดความนิยามความหมายของการทำความผิดอาญา การลงโทษที่ชัดเจน มีความพยายามที่จะวางหลักเกณฑ์การแยกปฏิบัติระหว่างผู้ทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่และเป็นเด็กหรือเยาวชน แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะมีนักกฎหมายผู้เชี่ยวชาญเข้ามามีบทบาทในการวางรากฐานทางความคิดเพื่อจัดทำร่างแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาหลายท่าน อาทิเช่น ศาสตราจารย์ ดร. Franz von Liszt และศาสตราจารย์ ดร. Karl Binding แนวความคิดหลากหลายได้ถูกเสนอขึ้นแต่ก็ไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้ เนื่องด้วยเพราะเกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 ขึ้น

(2) วิวัฒนาการในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์ (Weimarer Republik/Weimar Republic)¹⁴⁶

นับเป็นช่วงความเปลี่ยนแปลงหลังจากที่จักรวรรดิเยอรมันล่มสลายลงเพราะพ่ายแพ้ต่อสงครามโลกครั้งที่ 1 อยู่ในระหว่างปี ค.ศ. 1919 - 1933 มีการร่างบทบัญญัติแก้ไขปรับปรุงประมวล

¹⁴⁴ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 109 - 110.

¹⁴⁵ Ibid. p.109.

¹⁴⁶ Ibid. pp. 111 - 113.

กฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1919 โดยได้รับความร่วมมือทางวิชาการจากประเทศสาธารณรัฐออสเตรีย ได้ยกเลิกโทษประหารชีวิต โทษจำคุก โทษลดเกียรติยศ ไม่มีการลงโทษกับบุคคลกร่วมเพศและมีการแก้ไขกฎหมายของโทษปรับ ในปี ค.ศ. 1923 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนของกระทำความผิดอาญาของเด็กและเยาวชน และ ในปี ค.ศ. 1933 มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนของมาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน (Maßregeln der Besserung und Sicherung/ Measures of Reform and Prevention) เพื่อให้กฎหมายอาญาเป็นระบบคู่ขนาน รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐไวมาร์ได้ให้การรับรองต่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาระดับต่างๆ และได้ถูกอภิปรายแก้ไขเพิ่มเติมในสภา แต่อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมาเมื่อมีความขัดแย้งทางการเมืองและสถานการณ์ความเปลี่ยนแปลงในบ้านเมือง ประมวลกฎหมายอาญาจึงมิได้ถูกพัฒนาต่อไป

(3) วิวัฒนาการในสมัยนาซี (Nazi-Zeit)¹⁴⁷

ในระยะแรกของยุคนาซีได้รับเอากฎหมายมาจากสาธารณรัฐไวมาร์ แต่ภายใต้การปกครองของพรรคนาซี โดยผู้นำอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ระหว่างปี ค.ศ. 1933 - 1945 มีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นกับประมวลกฎหมายอาญาอย่างมากตามความเห็นชอบส่วนตัวของฮิตเลอร์แต่เพียงผู้เดียว มีการจัดทำร่างประมวลกฎหมายอาญา (Volksstrafgesetzbuch) ขึ้นใหม่ในปี ค.ศ. 1936 และแก้ไขปรับปรุงจนถึงปี ค.ศ. 1939 แต่หลังจากนั้นประเทศเยอรมนีก็เข้าสู่สมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 แม้จะเป็นช่วงระยะเวลาไม่นานแห่งการครองอำนาจ แต่ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น นับเป็นการล้มล้างหลักกฎหมายที่เคยมีมาในอดีตเลยทีเดียว เนื่องจากการยกเลิกบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายของประชาชน อาทิเช่น ยกเลิกหลักกฎหมายพื้นฐานที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (Kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz)¹⁴⁸ มีการบัญญัติบทลงโทษผู้ที่มีความคิดต่อต้านพรรคนาซี การยุบพรรคการเมืองอื่นที่ไม่ใช่พรรคนาซี ตัดทอนบทบัญญัติอื่นๆ เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและมีการแก้ไขกฎหมายเรื่องความยินยอมให้ผู้อื่นทำร้าย และเรื่องการฆาตกรรม

(4) วิวัฒนาการหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 (2. Weltkrieg/World War II)¹⁴⁹

หลังจากการล่มสลายของพรรคนาซีและลัทธิชาตินิยมกฎหมายและการปกครองในประเทศแทบจะเปรียบเทียบได้ว่าต้องเริ่มทำการปฏิรูปกันใหม่ ประเทศเยอรมนีได้เข้าสู่ยุคของการถูกแบ่งประเทศออกเป็นเยอรมนีตะวันตก หรือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundes Republik

¹⁴⁷ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 113 - 114.

¹⁴⁸ Ibid. p.114.

¹⁴⁹ Ibid. pp. 114 - 115.

Deutschland [BRD]/Federal Republic of Germany [FRG]) และประเทศเยอรมนีตะวันออก หรือ สาธารณรัฐประชาธิปไตยเยอรมนี (Deutsche Demokratische Republik [DDR]/German Democratic Republic [GDR]) นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 จนถึงวันที่ 3 ตุลาคม ปี ค.ศ. 1990 โดยประเทศเยอรมนี ตะวันตกอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ ส่วนประเทศเยอรมนีตะวันออกอยู่ภายใต้การปกครองของสหภาพโซเวียตในขณะนั้น มีการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานในปี ค.ศ. 1949 เพื่อยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลายของยุคนาซี ที่ทำลายสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และแทนที่ด้วยการวางหลัก ประกัน ในกฎหมายอาญา บทบัญญัติยกเลิกโทษประหารชีวิต แยกการกระทำผิดกฎหมาย (Ordnungswidrigkeiten/Administrative Offences) ออกจากการทำความผิดอาญา ประกาศใช้ กฎหมายว่าด้วยการทำความผิดของเด็กและเยาวชน เริ่มการวางแนวทางกำหนดเงื่อนไขการ ลงโทษที่ชัดเจนและการควบคุมความประพฤติ และแต่งตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายอาญาจาก ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายทั้งศาสตราจารย์ทางกฎหมาย ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ ทนายความและ นิติกรผู้ชำนาญการ หลักเกณฑ์ที่ถูกต้องในประมวลกฎหมายจึงกลับเป็นรูปธรรมขึ้นอีกครั้งในปี ค.ศ. 1962

(5) วิวัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 1975¹⁵⁰

ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) ฉบับปัจจุบันมีวิวัฒนาการมาช้านานนับร้อยปี นับตั้งแต่ ที่ประกาศใช้ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1871 ในยุคจักรวรรดิเยอรมันจนถึงปัจจุบันนี้ ผ่านการปฏิรูปมา มากมายหลายครั้งเพื่อให้พัฒนาไปสู่ประมวลกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน มีความสมบูรณ์ที่จะ ใช้เป็นเครื่องมือในการอำนวยความยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการแก้ไขปรับปรุงและ ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ในปี ค.ศ. 1975 ซึ่งนับเป็นการแก้ไขครั้งใหญ่ มีการเพิ่มเติม แก้ไข ตัดทอนบทบัญญัติทั้งหลาย ทั้งนี้ก็เพื่อให้ประมวลกฎหมายเป็นกฎหมายที่มีความทันสมัยและทัน ต่อสถานการณ์ของปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน การปฏิรูปครั้งนี้ทำให้มีบทบัญญัติว่าด้วยมาตรการเพื่อ ความปลอดภัย (Maßregeln) ที่ชัดเจนขึ้นอีกและมีลักษณะเป็นมาตรการคืนผู้กระทำความผิดกลับสู่ สังคม มีการปรับลดระวางโทษจำคุกซึ่งเป็นโทษจำกัดเสรีภาพในหลายฐานความผิด มีการกำหนด อัตราโทษปรับเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นระบบและมีการกำหนดองค์ประกอบของการกระทำ ความผิดที่ชัดเจนเป็นรูปธรรมทำให้ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) ในปัจจุบันจึงถือเป็น ทั้งเงื่อนไขที่ชัดเจนโทษบุคคลในทางอาญาและขณะเดียวกันก็เปรียบเสมือนเป็นหลักประกันสิทธิ และเสรีภาพให้แก่ประชาชนด้วย

¹⁵⁰ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 118 - 119.

จนถึงปัจจุบันนี้ยังคงมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1871 อยู่เรื่อยมา ทั้งเนื่องจากวิวัฒนาการของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป การได้รับอิทธิพลแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับ สิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาค และเพื่อความสอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป ดังนั้น ตราบใดที่สังคมมนุษย์ยังคงพัฒนาต่อไป ประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นหลักเกณฑ์กำหนดกรอบ ความประพฤติของมนุษย์ย่อมต้องหมุนตามไปให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงด้วยอยู่เสมอ

4.4 โครงสร้างของความผิดอาญา

เมื่อกฎหมายอาญาเป็นหลักเกณฑ์ที่ว่าด้วยการกระทำความผิดและโทษ การวินิจฉัย ความผิดอาญาจึงจำเป็นต้องมีเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพที่ใช้ในการพิสูจน์ตรวจสอบ ในลำดับ ต่อไปนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาค้นคว้าและอธิบายถึงความเป็นมาของโครงสร้างของความผิดอาญา เยอรมัน ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำในทางอาญา ข้อสาระและองค์ประกอบต่างๆ ในโครงสร้าง ของความผิดอาญาเยอรมันแต่ละลำดับชั้นโดยละเอียด

4.4.1 ความเป็นมาของโครงสร้างของความผิดอาญา

ทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมีอิทธิพลแผ่ขยายอย่างกว้างขวางในโลกของระบบ ประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เป็นแนวคิดที่ส่งผลกระทบตั้งแต่ประเทศในภาคพื้นยุโรป อันได้แก่ ประเทศสเปน ประเทศโปรตุเกส ประเทศโครเอเชีย ประเทศกรีซ ประเทศตุรกี ประเทศ ออสเตรีย ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสวีเดน ไปจนถึงประเทศอิสราเอล และประเทศที่ใช้ภาษาสเปนและภาษาโปรตุเกสทั้งหลายในลาตินอเมริกา ตลอดถึงประเทศใน ภาคพื้นเอเชีย เช่น ประเทศไต้หวัน ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศญี่ปุ่น¹⁵¹ และที่สำคัญประเทศไทย แนวความคิดทฤษฎีของกฎหมายอาญาเยอรมันแผ่ขยายอิทธิพลเข้ามาในกฎหมายไทยนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2483 เมื่อศาสตราจารย์ ดร. หยุค แสงอุทัย ได้เริ่มการอธิบายถึงโครงสร้างของความผิด อาญา (Deliktsaufbau/Structure of Crime) ตามแนวความคิดของประเทศเยอรมนี¹⁵² แม้จะมีได้มีการสานต่อแนวทางการอธิบายหลังจากนั้น แต่เมื่อครั้งที่ท่านดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการ กฤษฎีกาและได้รับโปรดเกล้าฯ ให้เป็นกรรมการร่างกฎหมาย ท่านได้มีบทบาทสำคัญในการ แก้ไขปรับปรุงและร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ท่านได้นำแนวความคิดของกฎหมาย อาญาเยอรมันมาวางหลักไว้ในบทบัญญัติมาตรา 62 ว่าด้วย “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การ กระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้น

¹⁵¹ Hirsch, H. J. (2001). *Krise des Strafrecht und der Kriminalwissenschaften?*. pp. 135 - 151.

¹⁵² หยุค แสงอุทัย. (2483). การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา. *บทบัญญัติ*, 12, หน้า 207.

จะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี” หลักดังกล่าวนี้ได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยเทียบเคียงจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 16 (1)¹⁵³ ว่าด้วย ความสำคัญผิดในองค์ประกอบที่กฎหมายให้อภัย (Erlaubnistatbestandsirrtum/Permission Mistake of Fact) แม้ว่าผู้กระทำจะไม่รู้ หรือจะสำคัญผิด แต่หากมีข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นก็ย่อมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด¹⁵⁴

ในขณะเดียวกันประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์เอง ในบางครั้งทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันว่าด้วยโครงสร้างของความผิดอาญา (Tripartite/The three-step analysis of criminal liability)¹⁵⁵ ก็ปรากฏในหนังสือกรณีศึกษา หนังสือคำบรรยายหรือความเห็นของศาล แม้ว่าจะไม่ถูกอ้างอิงถึงก็ตาม¹⁵⁶ การที่แนวทางความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้รับการยอมรับและมีอิทธิพลต่อประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมากมาย น่าจะเป็นการสะท้อนให้เห็นได้ว่าคงมีข้อดีมากกว่าข้อเสียและมีความน่าสนใจที่จะทำการศึกษาค้นคว้าโดยละเอียดต่อไป

แท้ที่จริงแล้ว สารสำคัญอันเป็นที่มาของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันนั้นก็คือแนวความคิดที่ว่า “กฎหมายอาญานั้น เป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งระบุถึงเงื่อนไขของการกระทำความผิดและบทลงโทษหรือมาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน”¹⁵⁷ ด้วยเหตุที่แนวคิดของกฎหมายอาญาเชื่อว่า กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่ระบุถึงเงื่อนไขของการกระทำความผิด “เงื่อนไข” จึงเป็นที่มาขององค์ประกอบทั้งสามประการของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน เพราะ “เงื่อนไข” จักทำให้การกระทำของบุคคลเป็นความผิดและต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด และในขณะเดียวกันก็เป็นหลักประกันว่า หากการกระทำไม่เป็นไปตาม “เงื่อนไข”

¹⁵³ 16 (1) StGB “ผู้ใดกระทำความผิดลงโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ถือว่าได้กระทำโดยขาดเจตนา ทั้งนี้ไม่กระทบต่อการลงโทษฐานกระทำความผิดโดยประมาท”

¹⁵⁴ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. p. 232. ; Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. p. 624.

¹⁵⁵ โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน ได้รับการพัฒนาขึ้นในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 เป็นระบบที่วินิจฉัยการกระทำความผิดโดยเรียงตามลำดับ 3 ลำดับขั้น กล่าวคือ 1. การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Satisfaction of all offense elements as defined in the statute [Tatbestandsmäßigkeit]) 2. ความผิดกฎหมาย (Wrongfulness [Rechtswidrigkeit]) และ 3. ความชั่ว (Culpability [Schuld]).

¹⁵⁶ Dubber, M. D., + Kelman, M. G. (2005). *American Criminal Law: Cases, Statutes, and Comments*. pp. 186 - 89. ; Kaplan, J. (1996). *Criminal Law: Cases and Materials*. pp.18 - 20. ; Dubber, M. D. (2002). *Criminal Law: Model Penal Code passim*.

¹⁵⁷ Baumann/Weber/Mitsch. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p. 9.

ดังนั้น การกระทำจึงไม่เป็นความผิด และเมื่อไม่เป็นความผิดแล้วย่อมไม่ต้องรับโทษ “เงื่อนไข” จึงเท่ากับหลักเกณฑ์การพิสูจน์ความผิดอาญา และ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ก็คือ “เงื่อนไขของการกระทำความผิด” นั่นเอง โครงสร้างของความผิดอาญาจึงเป็นทั้งแนวคิดในกฎหมายอาญาและเป็นทั้งแนวทางการปฏิบัติในการวินิจฉัยความผิดที่เกิดขึ้นจริงในสังคม ทั้งนี้ แม้แต่ในกรณีการพิจารณาการกระทำผิดกฎหมาย (Ordnungswidrigkeiten [OWiG]/Administrative Offences) ที่ไม่ถือเป็นการกระทำความผิดอาญาก็ยังคงมีโครงสร้างความผิดเป็นหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ว่าการกระทำต้องมีการครบองค์ประกอบทั้งภายนอกและภายใน รวมถึงความผิดกฎหมายด้วยเช่นกัน แต่แตกต่างกันส่วนของการพิจารณาความรู้ผิดชอบเพราะไม่พิจารณาถึงความชั่ว (Schuld) แต่ดูที่ความตำหนิได้ (Vorwerfbarkeit) ของการฝ่าฝืนกฎหมายในการอยู่ร่วมกันเท่านั้น¹⁵⁸ อีกทั้งกรณีการกระทำผิดกฎหมายการจราจร (Straßenverkehrsgesetz [StvG]/ Road Traffic Act)¹⁵⁹ ก็ยังคงต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบภายใน คือ เจตนาหรือประมาทด้วย เว้นแต่จะไม่มีบัญญัติไว้ว่าต้องพิสูจน์เท่านั้น จึงกล่าวได้ว่า ในการวินิจฉัยการกระทำผิดอาญาและการวินิจฉัยการกระทำผิดกฎหมายตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้น มิได้นำเอาหลักความรับผิดเด็ดขาด (Strict liability) มาบัญญัติไว้โดยตรง แต่เพียงแค่มีอยู่ในบางฐานความผิด เช่น การขับรถโดยไม่มีใบอนุญาตขับขี่ (§ 21 StvG) การใช้ป้ายทะเบียนในทางที่ผิด (§ 22 StvG)¹⁶⁰

4.4.2 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำในทางอาญา

จุดมุ่งหมายของกฎหมายอาญา คือ การลงโทษการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ปัญหาที่ว่า “การกระทำของบุคคลใด จักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ จึงต้องมีการพิสูจน์ไปตามลำดับขั้นที่เป็นการเฉพาะเพื่อให้ได้มาซึ่งคำตอบ”¹⁶¹ ในการวินิจฉัยการกระทำผิดอาญามีความเป็นไปได้ว่าการสร้างเงื่อนไขของความรับผิดทางอาญาอาจถูกกล่าวถึงโดยไม่เรียงลำดับ เพราะองค์ประกอบของความผิดอาญาในแต่ละฐานความผิด มีน้ำหนักในทางตรรกะที่เท่ากัน และไม่มีองค์ประกอบของความผิดใดที่จะสามารถให้ความสำคัญได้มากหรือน้อยไปกว่ากัน แต่แท้ที่จริงแล้ว หลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาต้องการศาสตร์ที่มีความเป็นระบบและเงื่อนไขที่แน่นอนของการกระทำผิด ดังนั้น เพื่อการไปให้ถึงจุดมุ่งหมายของกฎหมายอาญาจึงต้องใช้ทฤษฎีที่ว่าด้วย

¹⁵⁸ § 1 (1) OWiG “Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zuläßt.” ; Mitsch, Wolfgang. (2005). *Recht der Ordnungswidrigkeiten*. pp. 41 - 44.

¹⁵⁹ § 24 StvG Verkehrsordnungswidrigkeit การฝ่าฝืนกฎหมายการจราจร

¹⁶⁰ Straßenverkehrsgesetz (StvG) Dritter Teil. Straf- und Bußgeldvorschriften.

¹⁶¹ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*. p. 48.

“โครงสร้างของความผิดอาญา” ซึ่งเป็นโครงสร้างที่ได้จัดลำดับขององค์ประกอบความผิดฐานต่างๆ อย่างเป็นระบบและมีเหตุมีผล และโครงสร้างของความผิดอาญานี้เองจึงเป็นกรอบในการวินิจฉัยความผิดอาญา ในเบื้องต้นของการพิจารณาส่วนประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญานั้น การศึกษาถึงทฤษฎีการกระทำในมุมมองของกฎหมายอาญาเยอรมันมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เพราะในอดีตได้เคยมีการโต้เถียงถึงองค์ประกอบในส่วนของการกระทำ (Handlung/Act) ของโครงสร้างของความผิดอาญา คำอธิบายเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยการกระทำ (Handlungstheorien) ตามกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นมี 5 ทฤษฎี ดังนี้

(1) ทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเหตุ (Kausale Handlungslehre)¹⁶²

ทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเหตุ (Kausale Handlungslehre) โดยศาสตราจารย์ ดร. Franz von Liszt¹⁶³ ได้อธิบายว่า “การกระทำ” หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายที่ก่อให้เกิดผลโดยมีความต้องการกำกับ กล่าวได้ว่า ความเปลี่ยนแปลงต่างๆ ที่ปรากฏขึ้นในโลกภายนอกซึ่งมีที่มาจากความต้องการของมนุษย์ ก็คือ การกระทำนั่นเอง หากการเคลื่อนไหวร่างกายเกิดขึ้นโดยปราศจากความต้องการ เช่น การละเมอ การเคลื่อนไหวด้วยแรงธรรมชาติย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำ ทฤษฎีนี้วางกรอบของการกระทำความผิดอาญาว่าหมายถึง การกระทำของมนุษย์เท่านั้น และอธิบายว่า “การกระทำความผิดอาญา คือ การกระทำของมนุษย์ที่มีความต้องการเป็นเหตุกำหนด” (Straftat ist die menschliche gewollte Handlung) ที่มาของคำว่า “kausal” มาจากภาษาละตินคำว่า “causa” ซึ่งหมายถึง ต้นเหตุ หรือเหตุ¹⁶⁴ การอธิบายการกระทำตามแนวทางของ Kausale Handlungslehre จึงเปรียบเหมือนกับการอธิบายตามหลักฟิสิกส์เรื่องเหตุและผล (Cause and Effect) มีลักษณะ

¹⁶² Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. pp. 39 - 42. ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร เรียก “Kausale Handlungslehre” ว่า “ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล” โดยนักนิติศาสตร์ฝ่ายผลกำหนด (Kausalist) เป็นเรื่องเดียวกัน โปรดดูหน้า 64 - 65.

¹⁶³ Prof. Dr. Franz von Listz (1851 - 1919) เป็นศาสตราจารย์ที่มีชื่อเสียงมากผู้หนึ่งทางกฎหมายอาญาที่มหาวิทยาลัยแห่งกรุงเบอร์ลิน (Berlin Universität) เป็นผู้ริเริ่มแนวความคิดเรื่องมาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน (Maßregeln der Besserung und Sicherung/Measures of Reform and Prevention)

¹⁶⁴ Garner, B. A. (2004). *Black's Law Dictionary*. (8th ed). pp. 232 - 233.

“One of the vaguest terms of the Roman juristic language. Starting from the basic meaning of cause, reason, inducement, the jurists use it in very different senses. Causa is the reason for which some judicial measures (actions, exceptions, interdicts) were introduced by the praetor. Sometimes causa is roughly identical with animus when it alludes to the subjective motive, intention, or purpose of a person.”

เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ของเหตุการณ์สองเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นปกติตามธรรมชาติ ทฤษฎีนี้จึงมองว่าผลเกิดเพราะมีเหตุ คือ ความต้องการให้เกิดเป็นตัวกำหนด จึงเน้นว่าการกระทำ ความผิดอาญา ต้องมีความต้องการเป็นสำคัญ ส่วนกิจกรรมของสัตว์ นิตินุคคล ความนึกคิด รวมถึงเรื่องของส่วนที่เป็นอัตวิสัย เช่น เจตนาและประมาท หรือมูลเหตุชักจูงใจอื่นๆ ก็ไม่รวมอยู่ในส่วนของการกระทำ ตามความหมายของทฤษฎีนี้ การให้นิยามของคำว่า “การกระทำ” ที่แตกต่างกันทำให้ฝ่ายที่เชื่อในทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเหตุ หรือ “พวกเหตุกำหนด” (Kausalist) มองว่าโครงสร้างของความผิดอาญาองค์ประกอบแรกมีเพียงส่วนที่เป็นภาววิสัย คือ องค์ประกอบภายนอกเพียงเท่านั้น ในขณะที่ฝ่ายที่เชื่อในทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมาย หรือ “พวกเป้าหมายกำหนด” (Finalist) ซึ่งอธิบายว่าการกระทำ ความผิดอาญา คือ การกระทำที่มีเป้าหมายกำหนดมองว่า โครงสร้างของความผิดอาญาองค์ประกอบแรกมีทั้งส่วนที่เป็นภาววิสัย คือ องค์ประกอบภายนอกและส่วนที่เป็นอัตวิสัย คือ องค์ประกอบภายในด้วย

ดังนั้น แนวความคิดของทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมาย (Finale Handlungslehre) จึงดูเป็นเหตุเป็นผล สอดคล้องกับความรู้สึกรับรู้ของมนุษย์และเป็นที่ยอมรับมากกว่า เนื่องจากสามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีอาญาได้จริง ตัวอย่างเช่น การพยายามลักทรัพย์ เพราะการพยายามกระทำผิดจะมีส่วนที่เป็นอัตวิสัยร่วมอยู่เสมอ คือ มีเจตนา เพียงแต่เมื่อลงมือกระทำไปแล้ว ไม่อาจบรรลุผลได้อย่างที่ตั้งใจ กฎหมายจึงลงโทษในฐานะพยายามกระทำผิด หากพิจารณาตามทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเหตุ ก็จะไม่สามารถนำมาใช้ได้ เพราะการเคลื่อนไหวร่างกายโดยมีความต้องการเพียงอย่างเดียว ปราศจากความต้องการที่เป็นเป้าหมายไม่สามารถอธิบายลักษณะของการพยายามกระทำผิดได้¹⁶⁵

(2) ทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมาย (Finale Handlungslehre)¹⁶⁶

ทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมาย (Finale Handlungslehre) ได้อธิบายว่า “การกระทำ” หมายถึง พฤติกรรมของมนุษย์ที่แสดงออกมาโดยมีเป้าหมายเป็นตัวกำหนด ที่มาของคำว่า “final” มาจากคำว่า “finalis” ซึ่งหมายถึง เป้าหมาย หรือจุดหมาย “ทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมาย” จึงมีทั้งความมุ่งหมายและการกระทำที่จะนำไปสู่ความมุ่งหมายที่เป็นจริง ทฤษฎีนี้

¹⁶⁵ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. p. 50.

¹⁶⁶ Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. pp. 33 - 37. ; Roxin, Claus. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 243 - 248. ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นกร เรียก “Finale Handlungslehre” ว่า “ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ” โดยนักนิติศาสตร์ฝ่ายเจตจำนงกำหนด (Finalist) เป็นเรื่องเดียวกัน โปรดดูหน้า 65.

อธิบายความสัมพันธ์ของเหตุการณ์สองเหตุการณ์ โดยมองที่เป้าหมายของผู้ที่ก่อให้เกิดเหตุการณ์แรกเป็นสำคัญ จากคำอธิบายนี้สะท้อนให้เห็นว่า การกระทำของมนุษย์ที่แสดงออกมามีภายนอกนั้น นอกจากจะมีความต้องการแล้ว จะต้องมียุทธศาสตร์หรือความมุ่งหมายที่อยู่ภายในเป็นตัวกำหนดด้วยเสมอ เป้าหมายสามารถเทียบได้กับคำว่า ความต้องการ หรือ ความตั้งใจ (Absicht/Intention) ซึ่งนับเป็นเหตุผลที่มนุษย์แสดงพฤติกรรมผ่านการเคลื่อนไหวร่างกาย หรือการนิ่งเฉย¹⁶⁷ ตัวอย่างเช่น การนำมือล้วงเข้าไปในกระเป๋าของผู้อื่นเพื่อลักทรัพย์ การยื่นเฉยไม่ช่วยเหลือผู้ที่กำลังจะจมน้ำ หากปราศจากซึ่งเป้าหมายกำหนด คือ ความตั้งใจ หรือ ความมุ่งหมายแล้ว จะไม่สามารถอธิบายการกระทำดังกล่าวข้างต้นได้เลย ทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมายนี้ ศาสตราจารย์ ดร. Hans Welzel¹⁶⁸ ได้มีบทบาทในการให้คำอธิบายโดยละเอียด นับตั้งแต่นิยามความหมายของคำว่า "การกระทำ" "การกระทำของมนุษย์ คือ การแสดงออกโดยมีเป้าหมายกำหนด" ดังนั้น การกระทำของมนุษย์จึงเกิดขึ้นได้โดยเป้าหมายกำหนดเสมอ มิใช่เพียงการเคลื่อนไหวร่างกายโดยมีความต้องการเพียงอย่างเดียว ทฤษฎีนี้จึงอธิบายว่า "ความผิดอาญา คือ การกระทำที่มีเป้าหมายกำหนด" (Straftat ist zielgerichtete Handlung) มิใช่เหตุการณ์ทั่วไปตามธรรมชาติ แต่เกิดขึ้นจากความต้องการของมนุษย์ที่มีเป้าหมายกำหนดเสมอ ในการเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายของมนุษย์นั้น จะมีเป้าหมายกำกับและมีขั้นตอนการกระทำเพื่อให้ดำเนินการไปตามความมุ่งหมายนั้น กล่าวคือ การกระทำของมนุษย์จะมีองค์ประกอบ 2 ประการ 1) ขั้นตอนของการคิดและตกลงใจตามที่คิดไว้ และ 2) ขั้นตอนของการกระทำเพื่อให้เป็นไปตามที่ตกลงใจ ขั้นตอนในส่วนแรกเป็นขั้นตอนที่อยู่ในกระบวนการคิดของมนุษย์และขั้นตอนที่สอง เป็นขั้นตอนของการแสดงออกมาของพฤติกรรมในโลกของความเป็นจริง¹⁶⁹ การอธิบายคำว่า "การกระทำ" ตามแนวทางของศาสตราจารย์ ดร. Hans Welzel จึงอธิบายได้ว่ามีทั้งในส่วนที่เป็นภาววิสัยคือ การกระทำที่แสดงออกมามีภายนอก และในส่วนที่เป็นอวัสัย คือ ความต้องการที่อยู่ในส่วนภายใน ต่อมา

¹⁶⁷ แหล่งเดิม.

¹⁶⁸ Prof. Dr. Hans Welzel (1904 - 1977) เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาและนิติปรัชญาที่มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์ (Universität Bonn) ผู้ให้นิยามความหมายของคำว่า "การกระทำ" ตามทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมาย (Finale Handlungslehre) และความหมายของคำว่า "เสรีภาพในการแสดงเจตนา" ท่านเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาที่มีชื่อเสียงยอมรับไปทั่วโลก

¹⁶⁹ Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. pp. 33 - 35.

ศาสตราจารย์ ดร. Hans Joachim Hirsch¹⁷⁰ ก็ได้มีบทบาทในการอธิบายทฤษฎีการกระทำตามแนวทางดังที่ได้กล่าวมา แนวทางการอธิบายของทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมาย (Finale Handlungslehre) มีลักษณะที่ตรงกันข้ามกับแนวทางของทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเหตุ (Kausale Handlungslehre) ซึ่งในอดีตเคยเป็นที่โต้เถียงกันอย่างกว้างขวาง แต่หลังจากปี ค.ศ. 1975 หรือประมาณปี พ.ศ. 2518 ได้เป็นที่ยุติว่าแนวความคิดของทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมายนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป แต่แนวความคิดของทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเหตุมีความเข้าใจผิดในส่วนเป้าหมายของมนุษย์ เพราะการกระทำของมนุษย์ไม่อาจเป็นเพียงการเคลื่อนไหวร่างกายโดยมีความต้องการแต่ปราศจากซึ่งเป้าหมายกำกับได้ แนวความคิดตามทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเหตุจึงเสื่อมความนิยมไปโดยสิ้นเชิงนับแต่นั้นมา อย่างไรก็ตามทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมาย (Finale Handlungslehre) มีจุดอ่อนในการอธิบายกรณีการกระทำ ความผิดโดยประมาท เนื่องจากการกระทำที่ก่อให้เกิดผลบางอย่างอาจเกิดขึ้นโดยปราศจากเป้าหมายกำกับหรือความมุ่งหมายเฉพาะ ตัวอย่างเช่น การขับรถชนคนข้ามถนนบาดเจ็บเพราะขับด้วยความเร็วสูงทำให้ไม่สามารถหยุดรถได้ทัน กรณีดังตัวอย่างเช่นนี้ ผู้กระทำความผิดย่อมไม่มีจุดมุ่งหมายเฉพาะที่จะทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บ แต่ความบาดเจ็บเกิดขึ้นเพราะผู้ขับขี่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอ การกระทำความผิดโดยประมาทจึงอาจมองได้ว่าเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายโดยมีเพียงความต้องการแต่ปราศจากซึ่งจุดหมายที่เป็นเป้าหมายกำกับ เช่นนั้นหากอธิบายว่าความผิดอาญา คือ การกระทำที่มีเป้าหมายกำหนดเสมอ การกระทำโดยประมาทย่อมไม่ใช่ความผิดอาญาเพราะเป้าหมาย ในความเห็นของนักกฎหมายบางส่วนมองว่า แม้ความผิดที่เกิดขึ้นจะเป็นการกระทำโดยประมาทแต่อย่างไรผู้กระทำก็มีเจตนาที่จะไม่ระวังเพียงพอซ่อนอยู่ด้วย หรือกรณีการกระทำความผิดโดยสำคัญผิด การข่มใจเพื่อกระทำความผิด (actio libera in causa) และในกรณีที่ความผิดอาญาเกิดขึ้นจากการงดเว้นไม่กระทำก็เช่นเดียวกัน หากกล่าวว่าการกระทำความผิดอาญาต้องเป็นการกระทำที่มีเป้าหมายกำหนดแล้ว ก็จะไม่สามารถอธิบายกรณีการกระทำโดยสำคัญผิด การกระทำความผิดด้วยความมีเมตตาและการงดเว้นไม่กระทำ¹⁷¹

¹⁷⁰ Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch (1929 - 2011) เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาที่มหาวิทยาลัยโคโลญจน์ (Universität zu Köln) และเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับปัจจุบัน

¹⁷¹ Jescheck, H. H. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. pp. 222 - 225.

(3) ทฤษฎีสังคมกำหนดและทฤษฎีบุคลิกกำหนด (Soziale und personale Handlungslehre)¹⁷²

ทฤษฎีสังคมกำหนด (Soziale Handlungslehre) โดยศาสตราจารย์ ดร. Hans Heinrich Jescheck¹⁷³ และศาสตราจารย์ ดร. Johannes Wessels¹⁷⁴ ได้อธิบายว่า “การกระทำ” หมายถึง พฤติกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญามาจากเจตจำนงของมนุษย์ที่มีผลต่อสังคม ซึ่งคล้ายกันกับทฤษฎีบุคลิกกำหนด (Personale Handlungslehre)¹⁷⁵ โดยศาสตราจารย์ ดร. Claus Roxin¹⁷⁶ ที่ได้ อธิบายความหมายของการกระทำว่า หมายถึง การแสดงออกซึ่งบุคลิกภาพอันเป็นเรื่องของความคิด และจิตใจของมนุษย์ การให้นิยามความหมายของการกระทำที่แตกต่างกันนี้ไม่มีถูกผิด แต่อาจจะทำให้ผลของการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาออกมาแตกต่างกัน เพราะการนิยามความหมายในกฎหมายอาญานั้นจะต้องมีผลผูกพันกับการพิจารณาคดีอาญา การให้คำนิยามการกระทำในลักษณะนี้จึงอาจเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการอธิบายถึงพฤติกรรมของมนุษย์ที่ส่งผลกระทบต่อสังคมหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย

¹⁷² เอกสารประกอบการสอน Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser วิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไป ภาคการศึกษา WS 2011/2012 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์ ; เอกสารประกอบการสอน Prof. Dr. Roland Hefendehl วิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไป ภาคการศึกษา WS 2008/2009 สถาบันอาชญาวิทยาและอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยฟรายบวร์ก บอนน์ ; เอกสารประกอบการสอน Prof. Dr. Bernd Heinrich วิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไป ภาคการศึกษา WS 2011/2012 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงเบอร์ลิน

¹⁷³ Prof. Dr. Hans Heinrich Jescheck (1915 - 2009) เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายอาญาที่มหาวิทยาลัยฟรายบวร์ก (Universität Freiburg) และเป็นผู้พิพากษาศาลมลรัฐ นับเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการเสนอแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญามากมาย

¹⁷⁴ Prof. Dr. Johannes Wessels (1923 - 2005) เป็นศาสตราจารย์ที่มีชื่อเสียงทางกฎหมายอาญาที่มหาวิทยาลัยมีนสเตอร์ (Universität Münster) ดำรงกฎหมายอาญาของท่านได้ถูกตีพิมพ์มากกว่า 30 ครั้งและได้ถูกแปลเป็นหลายภาษา

¹⁷⁵ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. p. 256.

¹⁷⁶ Prof. Dr. Claus Roxin (1931 - ปัจจุบัน) เป็นศาสตราจารย์ที่มีชื่อเสียงโด่งดังมากทางกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี ท่านเคยเป็นศาสตราจารย์ที่มหาวิทยาลัยเกติทิงเงิน (Universität Göttingen) และมหาวิทยาลัย มีนเชิน (Universität München) และได้รับมอบปริญญาดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์จากมหาวิทยาลัยมากกว่า 19 แห่ง ทั่วโลก

(4) ทฤษฎีความสามารถในการปฏิบัติตามบรรทัดฐานสากล (Internationale Normbefolgungsfähigkeit)¹⁷⁷

เนื่องด้วยกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยเงื่อนไขของการกระทำความผิด ดังนั้น บรรทัดฐานของสากล บุคคลย่อมต้องหลีกเลี่ยงการกระทำที่จะฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาญา ณ จุดนี้จึงเป็นที่มาของทฤษฎีความสามารถในการปฏิบัติตามบรรทัดฐานสากล “การกระทำ” หมายถึง การแสดงพฤติกรรมของมนุษย์โดยมีสติปัญญากำหนดเพื่อหลีกเลี่ยงความผิดที่กฎหมายกำหนด ในที่นี้ หมายความว่ารวมทั้งการเคลื่อนไหวร่างกายและการนั่งด้วย แนวความคิดของทฤษฎีนี้มองต่างมุมกับ ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล เพราะจุดมุ่งหมายของทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล คือ เจตจำนงที่จะกระทำฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายและแสดงพฤติกรรมเพื่อให้เป็นจริงตามจุดมุ่งหมาย แต่ ทฤษฎีความสามารถในการปฏิบัติตามบรรทัดฐานสากล คือ เจตจำนงกำหนดที่จะหลีกเลี่ยงการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายและแสดงพฤติกรรมเพื่อหลีกเลี่ยงให้ได้ตามจุดมุ่งหมาย อย่างไรก็ตาม ในมุมมองด้านทางที่แตกต่างกันนั้นแต่ผลสรุปปลายทางนั้นไม่แตกต่างกัน

(5) ทฤษฎีหน้าที่กำหนด (Funktionale Handlungslehre)¹⁷⁸

ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ชัดเจนว่าการกระทำเช่นใดเป็นความผิด ด้วยเหตุนี้ ทฤษฎีหน้าที่กำหนดจึงอธิบายว่า “การกระทำ” หมายความว่า การแสดงออกของมนุษย์ด้วยมีหน้าที่ที่ต้องหลีกเลี่ยงจากสิ่งที่ผิดกฎหมาย เมื่อกฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องรับโทษในทางอาญา หากกระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย การปฏิบัติตามกฎหมายจึงเปรียบเสมือนเป็นหน้าที่ของบุคคลที่อยู่ร่วมกันในสังคม ทฤษฎีนี้เพียงต้องการเน้นว่า เมื่อการกระทำตามกฎหมายเป็นหน้าที่พื้นฐาน หน้าที่จึงเป็นตัวกำหนดให้บุคคลแสดงพฤติกรรมออกมาในรูปแบบของการกระทำการใดๆ หรือละเว้นการกระทำการใดๆ

แนวทางการอธิบายทฤษฎีว่าด้วยการกระทำต่างๆ สะท้อนให้เห็นได้ว่าในบางครั้ง การอธิบายอาจไม่เห็นภาพชัดเจนเป็นรูปธรรม อันอาจนำมาซึ่งความเข้าใจที่ผิดได้ ดังนั้น การศึกษาค้นคว้าและการวินิจฉัยความผิดอาญาในปัจจุบันจึงให้ความสำคัญกับการพิสูจน์ตามขั้นตอนของโครงสร้างของความผิดอาญา (Delikttaufbau/Structure of Crime) มากกว่าการโต้เถียงว่าการกระทำในทางอาญาควรใช้ทฤษฎีใดสนับสนุน ในความพยายามที่จะอธิบายความแตกต่างของการกระทำ

¹⁷⁷ Kindhäuser, U. (1989). *Gefährdung als Straftat : rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungs-delikte* (Habilitationsschrift). Universität Freiburg, pp. 73 - 74.

¹⁷⁸ เอกสารประกอบการสอน Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser วิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไป ภาคการศึกษา WS 2011/2012 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์ ; Günther, Jakobs. (1974). *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. pp. 307 - 310.

การเคลื่อนไหว และการกระทำความผิดอาญา ศาสตราจารย์ ดร. Urs Kindhäuser¹⁷⁹ ได้เสนอแนว ความเห็นว่า “การกระทำความผิดอาญา” เทียบได้กับ “ความขัดแย้งต่อปทัสถานที่อยู่กระทำแสดง ออกมา” (Die Straftat als Normwiderspruch/The Criminal offence as norm contradiction)¹⁸⁰ ดังนั้น “การกระทำความผิดอาญา” จึงหมายถึง พฤติกรรมต่างๆ ที่มนุษย์แสดงออกในการอยู่ร่วมกันใน สังคมซึ่งเป็นการไม่เคารพต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่นตาม กฎหมาย หรือ “การกระทำความผิดอาญา” ก็คือ พฤติกรรมที่บุคคลไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติที่ กฎหมายกำหนด หรือ การฝ่าฝืนกฎหมายเพราะเห็นว่าตนไม่มีหน้าที่ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม กฎหมาย หรือเป็นการที่อยู่กระทำไม่ยอมรับกฎหมายและรัฐในฐานะผู้ปกครองก็ไม่ยอมรับการ กระทำนั้น

ในปัจจุบันนี้ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำต่างๆ ยังคงถูกศึกษาและตีความ ตลอดจนพัฒนาไปอย่าง ต่อเนื่อง ถึงแม้ว่าการกระทำ (Handlung/Act) จักมิได้เป็นส่วนหนึ่งของ โครงสร้างของความผิด อาญาโดยตรงแต่ก็เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบข้อแรกของ โครงสร้างของความผิดอาญาว่าด้วย “การกระทำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” การนำมาปรับใช้กับโครงสร้างของความผิดอาญา จึงต้องดูจากเหตุผลและความเหมาะสมในแต่ละกรณีไป เช่น เมื่อต้องการวิเคราะห์เรื่องการกระทำ ความผิดอาญา อาจนำทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเหตุ (Kausale Handlungslehre) มาอธิบายเพราะ ทฤษฎีนี้ให้คำอธิบายที่ชัดเจนในส่วนของการกระทำว่าต้องมาจากการเคลื่อนไหวร่างกายของมนุษย์ เท่านั้นและต้องมีความรู้สำนึกกำกับ แต่หากต้องการวิเคราะห์กรณีการกระทำความผิด โดยสำคัญผิด ก็ต้องนำแนวความคิดของทฤษฎีการกระทำกำหนดโดยเป้าหมาย (Finale Handlungslehre) มาอธิบาย เพราะมองว่า การกระทำของมนุษย์ต้องมีจุดมุ่งหมายหรือเป้าหมายกำกับกับการกระทำด้วยเสมอ เหตุผลที่ต้องนำทฤษฎีที่แตกต่างกันมาอธิบายในกรณีข้อเท็จจริงที่ต่างกัน เนื่องมาจากการอธิบายที่ แตกต่างได้ทำให้ลำดับขั้นในการวินิจฉัยความผิดอาญาแตกต่างกันออกไปด้วย ฝ่ายเหตุกำหนดมอง ว่า องค์ประกอบภายใน อันได้แก่ เจตนาและประมาท อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาส่วนของ ความชั่ว (Schuld) เพราะเน้นเพียงแต่ว่า การกระทำ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกเท่านั้น

¹⁷⁹ Prof. Dr. Urs Kindhäuser (1949 - ปัจจุบัน) เป็นศาสตราจารย์ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายอาญาที่ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์ (Universität Bonn) ท่านได้นำเสนอความเห็นเกี่ยวกับทฤษฎีกฎหมายอาญาซึ่ง สามารถเข้าใจได้ง่าย เป็นเหตุเป็นผลชัดเจนและนำมาใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ

¹⁸⁰ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*. p. 48. ; Kindhäuser, Urs. (1989). *Gefährdung als Straftat : rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte* (Dissertation). Universität Freiburg

ดังนั้น ในส่วนองค์ประกอบของการกระทำที่เป็นภาววิสัยจึงอยู่ในส่วนของความชั่ว ต่างจากมุมมองของฝ่ายเป่าหมายกำหนดที่เน้นว่า การกระทำ คือ พฤติกรรมของมนุษย์ที่แสดงออกมาโดยมีความมุ่งหมายเป็นตัวกำหนด การกระทำนอกจากเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกแล้ว ขณะเดียวกันย่อมต้องมีเป้าหมายกำหนดด้วยเสมอ ดังนั้น โครงสร้างข้อแรก “การกระทำประกอบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” จึงมิได้มีเฉพาะแต่องค์ประกอบส่วนที่ภาววิสัย คือ องค์ประกอบภายนอกเพียงอย่างเดียว แต่มีองค์ประกอบในส่วนที่เป็นอัตวิสัย คือ มีองค์ประกอบภายใน อันได้แก่เจตนาและประมาท มูลเหตุชักจูงใจอยู่ด้วยเสมอ ปัจจุบันนี้ การโต้เถียงระหว่างทั้งสองทฤษฎีนี้ได้จบลงแล้ว และในการวินิจฉัยเพื่อพิสูจน์ความผิดตามโครงสร้างของความผิดอาญาก็มิได้อ้างถึงแต่อย่างใด

4.4.3 ข้อสาระในโครงสร้างของความผิดอาญา

ในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลในสังคม เมื่อมีการกระทำที่ละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเกิดขึ้น การพิจารณาว่าการกระทำจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ต้องมีแนวทางที่ชัดเจนแน่นอน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักในการศึกษากฎหมายอาญาและเป็นแนวทางในการวินิจฉัยบรรดาศึกษของศาล ขณะเดียวกันก็เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนว่าจักไม่ถูกลงโทษอย่างยุติธรรม ด้วยเหตุผลหลักดังกล่าวนี้จึงทำให้โครงสร้างของความผิดอาญา (Deliktsaufbau/Structure of Crime) เข้ามาเป็นหลักเกณฑ์ที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาและวินิจฉัยการกระทำของบุคคลเพื่อพิสูจน์ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาและสมควรได้รับโทษทางอาญาหรือไม่ โครงสร้างของความผิดอาญาจักเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการพิสูจน์การกระทำอย่างเป็นระบบ เป็นขั้นตอนที่มีความสอดคล้องกันอย่างปราศจากข้อโต้แย้ง อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือที่จะทำให้กฎหมายอาญาสามารถก้าวเดินตามภารกิจและบรรลุลวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายตลอดจนปกป้องคุณค่าของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์และที่สำคัญเป็นแนวทางการพิจารณาที่สอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญา

4.4.3.1 ความหมายของโครงสร้างของความผิดอาญา

การลงโทษบุคคลในทางอาญา (Strafbarkeit/Criminality) อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เพราะโทษทางอาญามีความรุนแรงแตกต่างไปจากโทษทางแพ่ง ดังนั้นวิธีการตรวจสอบการกระทำที่เป็นความผิดอาญาจึงต้องมีมาตรการที่ชัดเจนแน่นอน ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้แน่ชัดและมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตรวจสอบที่รอบคอบในการพิสูจน์ความผิดอาญาจึงต้องใช้เครื่องมือที่ชื่อว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา

(Deliktsaufbau/Structure of Crime)”¹⁸¹ อันหมายความว่าถึง เครื่องมือทางกฎหมายที่ช่วยในการ กำหนดเงื่อนไขการตรวจสอบการกระทำผิดอาญา โดยมีองค์ประกอบของเงื่อนไขในการ ลงโทษ 3 ประการ ได้แก่

(1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit/Fulfillment of all offense elements as defined in the statute)

(2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness)

(3) ความชั่ว (Schuld/Culpability)

เงื่อนไขการลงโทษทางอาญาทั้ง 3 ประการนี้มีที่มาจาก ลักษณะของ “การกระทำ ความผิดอาญา” ซึ่งหมายถึง การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด เพราะ ไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายไม่มีเหตุยกเว้นความผิดและเป็นการ กระทำที่มีความชั่ว ไม่มีเหตุสมควรให้อภัย¹⁸² รายละเอียดของลักษณะการกระทำผิดอาญาทั้ง 3 ข้อนี้ เป็นแนวทางทำให้เกิดการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้น และในขณะเดียวกัน โครงสร้างของความผิดอาญาจึงเปรียบเสมือนเป็นเงื่อนไขในการพิสูจน์การกระทำผิด อาญา นอกจากความหมายข้างต้นแล้ว ยังมีการให้นิยามความหมายของการกระทำผิดอาญา ไว้อีกหลายแนวทาง ตัวอย่างเช่น จากแนวคิดวิชาการทางนิติศาสตร์โดยศาสตราจารย์ ดร. Claus Roxin ได้ให้นิยามความหมายของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ว่าหมายถึง หลักเกณฑ์การลงโทษ การกระทำผิด อันประกอบด้วย การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit/ Fulfillment of all offense elements as defined in the statute) ความ ผิด

¹⁸¹ Fletcher, G. P. (1998). *Basic Concepts of Criminal Law*. pp. 77 - 85. ; Fletcher, G. P. (1978). *Rethinking Criminal Law*. pp. 454 - 504, 552 - 569, 575 - 579. (Tatbestandsmäßigkeit means “elements of the offense or definition of the offense” = Fulfillment of definition of the offense, Rechts-widrig-keit means “contrary-to-lawness” = Wrongdoing, Schuld means “blameworthy or culpability” = Blameworthiness) ; Naucke, Wolfgang. (1984). *An Insider’s Perspective on the Significance of the German Criminal Theory’s General System for Analyzing Criminal Acts*. Brigham Young University Law Review. pp. 305 - 321. (Tatbestand means “elements of an offence” The suffix -mäßigkeit means “the state or condition of being subject to” = Fulfillment of all offense elements as defined in the statute, Rechtswidrigkeit means “the state or condition of being against the law and right” = Wrongfulness, Schuld means “guilt with its overtones of accountability and moral responsibility” = Culpability)

¹⁸² Creifelds, C. (1994). *Rechtswörterbuch*. C.H.Beck. p.1132. (Straftat ist eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung.)

กฎหมาย (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness) และความชั่ว (Schuld/Culpability) หากการกระทำครบตามองค์ประกอบของหลักเกณฑ์ทุกข้อจึงจะเป็นเงื่อนไขนำไปสู่การลงโทษทางอาญา¹⁸³ นอกจากนี้ศาสตราจารย์ ดร. Urs Kindhäuser ได้ให้นิยามความหมายว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” หมายถึง ขั้นตอนในการตรวจสอบการกระทำผิดอาญา เพราะการกระทำผิดกฎหมาย (Unrecht/ Objective Wrong) และความชั่ว (Schuld/Culpability) เป็นองค์ประกอบพื้นฐานของการกระทำผิดอาญา การกระทำที่ผิดกฎหมายจึงเป็นเงื่อนไขหลักซึ่งทำให้ต้องพิสูจน์การกระทำของบุคคล ส่วนความชั่วเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าบุคคลที่กระทำผิดนั้นสมควรได้รับโทษทางอาญาหรือไม่¹⁸⁴ นอกเหนือจากนี้ยังมีการให้คำนิยามอื่นๆ¹⁸⁵ เช่นว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” หมายถึง การพิสูจน์ความผิดอาญาโดยพิจารณาจากองค์ประกอบพื้นฐานเป็นเฉพาะกรณี หรือ “โครงสร้างของความผิดอาญา” หมายถึง การพิสูจน์องค์ประกอบของการกระทำว่าท้ายที่สุดการกระทำจักเป็นความผิดหรือไม่ เพื่อเป็นเงื่อนไขของการลงโทษทางอาญา หรือ “โครงสร้างของความผิดอาญา” หมายถึง ขั้นตอนของการพิสูจน์องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของการกระทำว่าเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดหรือไม่ หรือ “โครงสร้างของความผิดอาญา” หมายถึง ขั้นตอนการพิจารณาการกระทำของมนุษย์ว่ามีความผิดและต้องถูกลงโทษหรือไม่ โดยดูจากความผิดกฎหมายและความชั่ว¹⁸⁶ หรือการให้คำนิยามแบบกล่าวโดยรวมว่า การกระทำจักเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อเป็นการกระทำของมนุษย์ อันเป็นพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ ในการจกลงโทษต้องมีเงื่อนไข “โครงสร้างของความผิดอาญาจึงเปรียบเสมือนเป็นเครื่องมืออันเป็นเงื่อนไขที่ใช้ในการตรวจสอบการกระทำซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบของการกระทำผิดตามกฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมายและความชั่ว”¹⁸⁷

จากการนิยามความหมายของโครงสร้างของความผิดอาญาสะท้อนให้เห็นว่า องค์ประกอบแต่ละข้อของโครงสร้างความผิดนั้นมีความคล้ายคลึงกันกับลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดอาญา ทั้งนี้ก็เพราะ “โครงสร้างของความผิดอาญา” เป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยการกระทำว่าจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ดังนั้น จึงต้องกำหนดขึ้นจากองค์ประกอบของการกระทำ

¹⁸³ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 194 - 195.

¹⁸⁴ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. p. 54.

¹⁸⁵ Rengier, R. (2009). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. pp. 46 - 47.

¹⁸⁶ Baumann/ Weber/ Misch. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. p. 110.

¹⁸⁷ Frister, H. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p. 71.

ความผิดเพื่อจักได้สามารถวิเคราะห์รายละเอียดได้อย่างถูกต้อง กระทั่งรัดกุม ครอบคลุมด้วยเทคนิคทางกฎหมาย

4.4.3.2 โครงสร้างของความผิดอาญา

โครงสร้างของความผิดอาญา (Deliktsaufbau/Aufbau einer Straftat/Structure of Crime) มีที่มาจากเหตุผลในการลงโทษพฤติกรรมของบุคคลซึ่งขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ด้วยเหตุปัจจัยเหล่านี้โครงสร้างของความผิดอาญาจึงต้องมีองค์ประกอบหลายประการเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยการกระทำ เริ่มต้นจากการที่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นใดเป็นความผิด มีการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายเหล่านั้น โดยที่กฎหมายดังกล่าวนี้มีอยู่ก่อนการกระทำความผิดเกิดขึ้นตามหลักพื้นฐานที่ว่า “nulla poena sine lege” หรือ “ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” เมื่อการกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายแล้วย่อมเป็นไปตามเจตนาของ “การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” และต้องถูกพิจารณาต่อในส่วนของ “ความผิดกฎหมาย” เพราะในบางกรณีอาจมีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด หรือยกเว้นโทษให้และท้ายที่สุดการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายโดยไม่มีเหตุยกเว้นความผิดโดยอ้อมต้องถูกพิจารณาในส่วนของผู้กระทำว่าสมควรถูกดำเนินจากพฤติกรรมที่ตนได้กระทำความผิดหรือไม่¹⁸⁸ จากปัจจัยหลายประการที่ต้องพิจารณาเมื่อมีการกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายเกิดขึ้นนี้ จึงประกอบกันขึ้นเป็น “โครงสร้างของความผิดอาญา” และรายละเอียดของโครงสร้างของความผิดอาญาข้อต่างๆ

แนวทางการอธิบายโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันอาจแบ่งออกได้เป็นแนวทางการอธิบายในยุคแรกเริ่มและในยุคปัจจุบัน ในยุคแรกเริ่มของการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้น นักนิติศาสตร์และนักวิชาการเยอรมันพยายามที่จะให้คำจำกัดความของคำว่า “Unrecht und Schuld” (Objective Wrong and Culpability) เพื่อให้เกิดพื้นฐานความเข้าใจที่สอดคล้องต้องตรงกัน โดยให้คำนิยามว่า “Unrecht” หมายถึง ความไม่ชอบธรรม หรือความไม่ถูกต้อง หรือพฤติกรรมที่ขัดต่อกฎหมาย หรือละเมิดต่อกฎหมาย หรือฝ่าฝืนข้อห้าม หรือขัดต่อหน้าที่ หรือขัดต่อบรรทัดฐานความประพฤติ และ “Schuld” หมายถึง ความชั่วอันสมควรถูกดำเนินคดีอันเป็นเหตุให้บุคคลต้องถูกลงโทษโดยกฎหมาย กล่าวโดยรวมแล้ว “ความไม่ถูกต้องชอบธรรมเป็นวัตถุแห่งความชั่วที่สมควรถูกดำเนิน”¹⁸⁹ ความไม่ถูกต้องและความชั่วจึงถือเป็นองค์ประกอบพื้นฐานของการกระทำ ความผิดอาญา เมื่อมีพฤติกรรมที่ไม่ถูกต้องเกิดขึ้นจึงนำมาซึ่งขั้นตอนการพิสูจน์ความผิดโดยพิจารณาว่าการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดหรือไม่และผู้กระทำมี

¹⁸⁸ Benfer, J. (1984). *Allgemeines Strafrecht*. p. 4.

¹⁸⁹ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*. p. 54.

อำนาจกระทำได้หรือมีเหตุยกเว้นความผิดหรือไม่ หากความไม่ถูกต้องเข้าเงื่อนไขว่าเป็นความผิดกฎหมายจึงพิสูจน์ต่อในส่วนของความชั่วของผู้กระทำซึ่งแนวทางการอธิบายดังกล่าวนี้ได้พัฒนาต่อเนื่องไปเป็น “ทฤษฎีกฎหมายสองชั้น” (Der zweistufige Deliktsaufbau/The two-steped Structure of Crime) และ “ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น” (Der dreistufige Deliktsaufbau/The three-steped Structure of Crime) ในปัจจุบัน ในการเรียนการศึกษากฎหมาย ในการพิสูจน์ความผิด ในการเขียนความเห็นทางกฎหมายตลอดจนถึงการวินิจฉัยและการพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นศาลจะเลือกใช้แนวทางโครงสร้างของความผิดอาญา (Deliktsaufbau/Structure of Crime) แบบ “ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น” ซึ่งสามารถทำปรับใช้ได้ง่ายกว่า “ทฤษฎีกฎหมายสองชั้น” ทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติซึ่งในส่วนของรายละเอียดของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้งสองรูปแบบจะได้กล่าวถึงในลำดับถัดไป

1. โครงสร้างของความผิดอาญา (Deliktsaufbau/Structure of Crime) แบบ “ทฤษฎีกฎหมายสองชั้น” แนวทางการอธิบายโครงสร้างของความผิดอาญาของทฤษฎีกฎหมายสองชั้นจัดลำดับองค์ประกอบในการพิสูจน์การกระทำความผิดอาญาออกเป็น 2 ขั้นตอน¹⁹⁰ กล่าวคือ

(1) ความไม่ชอบธรรม (Unrecht/Objective Wrong) - ในส่วนนี้จะประกอบด้วย การพิสูจน์ในส่วนของการกระทำประกอบที่กฎหมายบัญญัติและความผิดกฎหมาย

1.1) องค์ประกอบภายนอกของการกระทำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

1.2) องค์ประกอบภายนอกของการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจกระทำ

1.3) ผลการพิสูจน์ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นครบองค์ประกอบภายนอก ทั้งข้อ (1) และข้อ (2)

1.4) องค์ประกอบภายในของการกระทำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

1.5) องค์ประกอบภายในของการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจกระทำ

1.6) ผลการพิสูจน์ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นครบองค์ประกอบภายใน ทั้ง ข้อ (4) และข้อ (5)

(2) ความชั่ว (Schuld/Culpability) - เมื่อพิสูจน์ในส่วนของความไม่ชอบธรรมทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในได้แล้วว่าการกระทำเป็นการทำให้เกิดขึ้นจริงซึ่งองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ จากนั้นจึงค่อยพิสูจน์ในส่วนตัวของผู้กระทำความผิดว่ามีความรู้ผิดชอบในการแยกแยะชั่วดีสมควรถูกตำหนิและลงโทษทางอาญาหรือไม่

¹⁹⁰ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*. pp. 56 - 57.

ตารางที่ 4.2 ตารางแสดงรายละเอียดของโครงสร้างของความผิดอาญาแบบ “ทฤษฎีกฎหมายสองชั้น”¹⁹¹

Table 1: Classical Structure of the Crime

I. Objective wrong (<i>Unrecht</i>)	
1. (objective) elements of the offence (<i>Tatbestandsmäßigkeit</i>)	2. Wrongfulness (<i>Rechtswidrigkeit</i>)
Act (<i>volitional bodily movement</i>) Result/consequence (<i>change in the external world</i>) causation (<i>theory of equivalence – condicio sine qua non</i>)	
II. Subjective (psychological) culpability (<i>Schuld</i>)	
Mental responsibility/capacity as requirement of culpability	
Elements of culpability: <i>Intentions, motives</i> <i>Intent/dolus (Vorsatz)</i> (consciousness of the wrong, controversial) Absence of causes of exclusion of culpability (necessity et al.)	

จากตารางแสดงรายละเอียดของโครงสร้างของความผิดอาญาแบบ “ทฤษฎีกฎหมายสองชั้น” สะท้อนให้เห็นว่าทฤษฎีนี้เชื่อว่า โครงสร้างของความผิดอาญาควรมีเพียง 2 ส่วน กล่าวคือ 1) ความไม่ชอบธรรม และ 2) ความชั่ว โดยมองว่าโครงสร้างในส่วนของการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (*Tatbestandsmäßigkeit*/Fulfillment of all offense elements as defined in the statute) และในส่วนของความผิดกฎหมาย (*Rechtswidrigkeit*/Wrongfulness) ควรที่จะจัดไว้ในโครงสร้างข้อเดียวกัน เป็นส่วนของภาววิสัย คือ ความไม่ชอบธรรม และมีส่วนของความชั่ว (*Schuld*/Culpability) แยกออกมาเป็นส่วนของอัตวิสัย ถ้าการกระทำครบองค์ประกอบข้อแรกก็หมายความว่า การกระทำนั้นอาจจะผิดกฎหมายได้ องค์ประกอบทั้งสองส่วนนี้จึงมีความสัมพันธ์ ควรที่จะพิจารณาไปพร้อมกันและเมื่อยังมีได้มีการวินิจฉัยว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ดังนั้นจึงควรต้องจัดแยกออกจากกัน

ในทางวิชาการนิติศาสตร์ การจัดลำดับขั้นของการพิสูจน์การทำความผิดอาญาตามแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของทฤษฎีกฎหมายสองชั้น ได้ถูกศึกษาพัฒนาต่อเนื่องไป

¹⁹¹ Ambos, K. (2007). *Toward a Universal System of Crime*. p. 2651.

โดยศาสตราจารย์ ดร. Urs Kindhäuser¹⁹² ได้นำเสนอแนวทางการเห็นที่ใกล้เคียงกัน โดยอธิบายว่า หากพิจารณาการกระทำความผิดอาญาโดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วนจะทำให้มีความเป็นระบบและเป็นเหตุเป็นผลมากกว่า โดยในส่วนแรกได้แก่ (1) ความไม่ชอบธรรม (Unrecht) เพื่อพิสูจน์ว่าผู้กระทำ ได้กระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือสามารถหลีกเลี่ยงต่อการฝ่าฝืนกฎหมายได้หรือไม่ และมีเหตุ ให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายหรือไม่ ในส่วนนี้จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบ ของความผิด (องค์ประกอบภายนอก) โดยเรียกว่า “วัตถุแห่งความรับผิดชอบ” (Zurechnung Gegenstand) และ (2) ความชั่ว (Schuld) เพื่อพิสูจน์ว่ามีเหตุที่สมควรตำหนิและลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำหรือไม่ ในส่วนนี้จะพิสูจน์เหตุทางด้านจิตใจ (องค์ประกอบภายใน) คือ เจตนาและความชั่ว โดยเรียกว่า “หลักเกณฑ์แห่งความรับผิดชอบ” (Zurechnung Kriterium) โดยศาสตราจารย์ ดร. Urs Kindhäuser ให้คำอธิบายต่อว่าการแบ่งส่วนแรกเป็นส่วนความไม่ถูกต้องและพิจารณาจากการกระทำครบ องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วพิจารณาต่อที่ความผิดกฎหมาย หากสังเกตให้ดีแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องเดียวกันในส่วนขององค์ประกอบภายนอก จึงไม่ควรที่จะต้องพิจารณาจบหนึ่งลำดับชั้น แล้วมาพิจารณาต่ออีกลำดับซึ่งเป็นการซ้ำซ้อน แต่เห็นควรจัดไว้เป็นส่วนเดียวกัน เมื่อพิสูจน์ได้แล้วว่าเป็น การกระทำที่ผิดกฎหมายจึงค่อยพิจารณาถึงส่วนภายในคือความสมควรถูกตำหนิของผู้กระทำความผิด

2. โครงสร้างของความผิดอาญา(Delikttaufbau/Structure of Crime) แบบ “ทฤษฎีกฎหมาย สามชั้น” แนวทางการอธิบายโครงสร้างของความผิดอาญาของทฤษฎีกฎหมายสามชั้นจัดลำดับ องค์ประกอบในการพิสูจน์การกระทำความผิดอาญาออกเป็น 3 ขั้นตอน¹⁹³ กล่าวคือ

(1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

1.1) องค์ประกอบภายนอก - พิจารณาว่าการกระทำครบองค์ประกอบ

ภายนอกตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่

1.2) องค์ประกอบภายใน - พิจารณาว่าการกระทำเกิดขึ้นโดยมีเจตนา

ประมาท หรือมีมูลเหตุชักจูงใจอื่นใดหรือไม่

อนึ่ง ในองค์ประกอบข้อแรกของทฤษฎีกฎหมายสามชั้นนี้มีลักษณะเหมือนกันกับข้อ

(1.1) องค์ประกอบภายนอกของการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ และข้อ (1.4) องค์ประกอบภายในของการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ของทฤษฎีกฎหมายสองชั้น

¹⁹² Kindhäuser, U. (1997). *Zur Logik des Verbrechensaufbaus.* in Harald Koch (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?. pp. 79 - 86., Kindhäuser, U. / Schumann, K. H./ Lubig, Sebastian. (2012). *Klausurtraining Strafrecht.* p.38.

¹⁹³ Kindhäuser, U. (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil 1.* pp. 56 - 57.

(2) ความผิดกฎหมาย - การกระทำเป็นความผิดกฎหมาย หรือ มีเหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุยกเว้นโทษหรือไม่ โดยพิจารณาทั้งในส่วนภายนอกคือบทบัญญัติแห่งกฎหมายและในส่วนภายในคือส่วนรู้ของผู้กระทำความผิด

อนึ่ง ในองค์ประกอบข้อที่สองของทฤษฎีกฎหมายสามชั้นนี้มีลักษณะเหมือนกันกับข้อ (1.2) องค์ประกอบภายนอกของการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจกระทำ และข้อ (1.5) องค์ประกอบภายในของการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจกระทำของทฤษฎีกฎหมายสองชั้น

(3) ความชั่ว - เมื่อพิจารณาองค์ประกอบทั้งสองประการข้างต้นแล้ว ได้ผลว่าการกระทำ ครอบองค์ประกอบทั้งสองชั้นตอนจึงพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดสมควรถูกดำเนินหรือไม่

ตารางที่ 4.3 ตารางแสดงรายละเอียดของโครงสร้างของความผิดอาญาแบบ “ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น”¹⁹⁴

Table 2: (Post-)Finalist Structure of the Crime

I. (Objective and subjective) elements of the offence (<i>Tatbestandsmäßigkeit</i>)	
1. Objektive	2. Subjektive
act result/consequence causation as minimum requirement of (objective) imputation	(specific) intentions, motives Intent/dolus (<i>Vorsatz</i>)
II. Wrongfulness (<i>Rechtswidrigkeit</i>)	
objective situation and act of justification subjective element of justification	
III. Culpability (<i>Schuld</i>) in a purely normative sense [= normative]	
Mental capacity Consciousness of the wrong (<i>Unrechtsbewusstsein</i>) Absence of causes of exculpation Intent/dolus, specific intentions, motives as forms of culpability (post-finalist, controversial)	

จากตารางแสดงรายละเอียดของโครงสร้างของความผิดอาญาแบบ “ทฤษฎีกฎหมายสามชั้น” สะท้อนให้เห็นในอีกมุมมองว่าทฤษฎีนี้เชื่อว่า โครงสร้างของความผิดอาญาควรมี 3 ส่วน กล่าวคือ 1) การกระทำครอบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (*Tatbestandsmäßigkeit/Fulfillment of all offense elements as defined in the statute*) 2) ความผิดกฎหมาย (*Rechtswidrigkeit/Wrongfulness*) และ 3) ความชั่ว (*Schuld/Culpability*) ในแต่ละส่วนก็มีการพิสูจน์ทั้งในส่วนขงรายละเอียด คือ

¹⁹⁴ Ambos, K. (2007). *Toward a Universal System of Crime*. p. 2651.

องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน พร้อมกับเสนอแนะว่าในการพิสูจน์ความผิดไม่ควรจัดแบ่งในลักษณะที่ว่าพฤติกรรมที่ไม่ถูกต้องชอบธรรมเป็นส่วนของภาววิสัยและส่วนของอัตวิสัย เพียงแต่เรื่องความชั่ว เพราะนอกจากรายละเอียดต่างๆ ของส่วนอัตวิสัยในโครงสร้างเองแล้ว ยังมีข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือ โครงสร้างที่อาจต้องนำมาวิเคราะห์เทียบเคียงอีก หากพิจารณาเพียงเท่านี้ก็จะเป็นการจำกัดกรอบความคิดมากเกินไปและทำให้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดอาญา สลับซับซ้อนยากแก่การทำความเข้าใจ แนวทางของทฤษฎีกฎหมายสามชั้นจึงเป็นที่ยอมรับมากกว่า ดังนั้นในการวินิจฉัยการกระทำความผิดทั้งในการเรียนการสอนกฎหมาย ตลอดจนในการเขียนความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นศาลจะเลือกใช้โครงสร้างของความผิดอาญาแบบทฤษฎีกฎหมายสามชั้น

ดังนั้น เพื่อให้เห็นรายละเอียดความเหมือนและความแตกต่างอย่างชัดเจนจึงสรุปสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้งสองแบบข้างต้น ได้ดังนี้ ทฤษฎีกฎหมายสองชั้น และทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมีความคล้ายคลึงกันมาก แม้จะจัดวางลำดับขั้นของการพิจารณาองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในไว้สลับตำแหน่งกัน อย่างไรก็ตาม ทั้งสองแนวคิดก็พัฒนามาจากแนวความคิดว่าการลงโทษพฤติกรรมของมนุษย์ได้นั้นต้องมาจากการมีพฤติกรรมที่ไม่ถูกต้องไม่ชอบธรรมอันสมควรตำหนิด้วยผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานเสมอ แต่จุดแตกต่างเพียงเรื่องเดียวที่สำคัญ คือ กรณีความสำคัญผิด (Irrtum/Mistake of Fact) ที่หากพิสูจน์ความสำคัญผิดตามแบบทฤษฎีกฎหมายสองชั้นแล้ว การกระทำจะขาดเจตนาตั้งแต่ต้น เพราะเมื่อพิจารณาตามลำดับแล้ว (1.1) องค์ประกอบภายนอกของการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและ (1.2) องค์ประกอบภายนอกของการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจกระทำ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 16 วางหลักว่า “ผู้ใดกระทำความผิดลงโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ถือว่ามีได้กระทำโดยเจตนา” ผล คือ ไม่ต้องพิจารณาต่อในลำดับขั้นตอนอื่นเลย เนื่องจากพิสูจน์ได้แล้วว่าผู้กระทำขาดเจตนา แต่หากเป็นการพิสูจน์ความสำคัญผิดตามแบบทฤษฎีกฎหมายสามชั้นแล้วจะต้องพิสูจน์องค์ประกอบข้อแรก คือ (1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในก่อนจึงค่อยมาพิจารณาในส่วนของความผิดกฎหมายในลำดับถัดมาซึ่งใช้เวลามากกว่าและต้องเทียบเคียงบทบัญญัติมาตรา 16 มาปรับใช้ว่าผู้กระทำขาดเจตนาเท่ากับไม่รู้ เมื่อสำคัญผิดย่อมเท่ากับว่าไม่รู้ข้อเท็จจริงเท่ากับขาดเจตนาไปด้วย¹⁹⁵

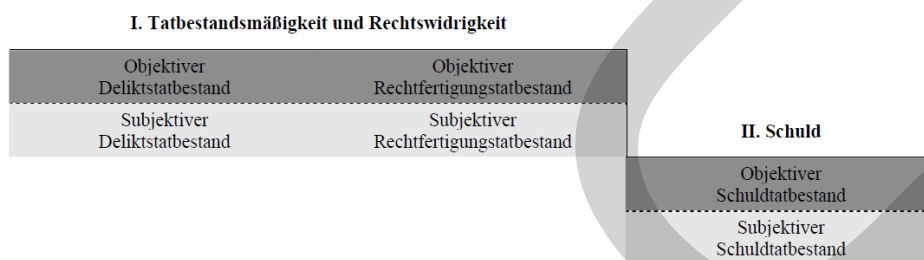
¹⁹⁵ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil, I.* p. 57.

โครงสร้างของความผิดอาญาสองชั้น (Der zweistufige Deliktsaufbau)¹⁹⁶

โครงสร้างของความผิดอาญาสองชั้นกำหนดขั้นตอนการวินิจฉัยความผิดอาญาออกเป็น 2 ลำดับกล่าวคือ ลำดับแรกความไม่ชอบธรรม (Unrecht) ว่าด้วยการกระทำขององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) และความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และลำดับที่สองความชั่ว (Schuld) ว่าด้วยการตำหนิได้ของเจตจำนงของบุคคลในความรู้ผิดชอบที่จะแยกแยะความถูกผิดของการกระทำของตน โครงสร้างของความผิดอาญาสองชั้นนี้จะพิจารณาองค์ประกอบภายนอกของการกระทำขององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและของความผิดกฎหมายควบคู่กันไป กล่าวคือ พิสูจน์ว่าผู้กระทำได้กระทำการครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษให้ จากนั้นจึงพิจารณาองค์ประกอบภายในควบคู่กันเช่นเดิมเป็นลำดับถัดมาด้วยเหตุที่เห็นว่าเป็นเรื่องของความไม่ถูกต้อง เช่นเดียวกัน คือ การกระทำขององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ผู้กระทำมีองค์ประกอบส่วนภายในจิตใจที่ต้องการหรือประมาทที่จะฝ่าฝืนต่อกฎหมายด้วยหรือไม่ แล้วจึงค่อยพิจารณาองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในส่วนของความชั่ว ดังจะเห็นได้จากตารางแสดงโครงสร้างของความผิดอาญาสองชั้นต่อไปนี้

ตารางที่ 4.4 ตารางแสดงโครงสร้างของความผิดอาญาสองชั้น

Zweigliedriger Aufbau:



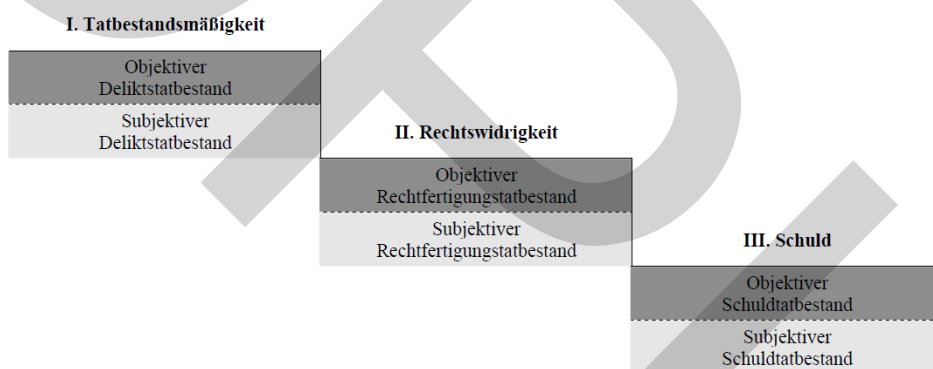
¹⁹⁶ เอกสารประกอบการสอน Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser วิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไป ภาควิชาการศึกษาศาสตร์ มหาวชิยาลัยแห่งกรุงบอนน์

โครงสร้างของความผิดอาญาสามชั้น (Der dreistufige Deliktsaufbau)¹⁹⁷

โครงสร้างของความผิดอาญาสามชั้นกำหนดขึ้นตอนการวินิจฉัยความผิดอาญาออกเป็น 3 ลำดับกล่าวคือ 1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และ 3) ความชั่ว (Schuld) ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับโครงสร้างแบบสองชั้นแล้วจะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก จุดแตกต่างก็คือ โครงสร้างของความผิดอาญาแบบสามชั้นนี้จะพิจารณาองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของทุกๆ ลำดับขั้นตอนไปพร้อมๆ กันเลย มิได้แยกพิจารณาเป็นองค์ประกอบภายนอกก่อนแล้วค่อยพิจารณาองค์ประกอบภายใน ดังรายละเอียดตามตารางแสดงโครงสร้างของความผิดอาญาสามชั้นต่อไปนี้

ตารางที่ 4.5 ตารางแสดงโครงสร้างของความผิดอาญาสามชั้น

Dreigliedriger Aufbau:



ในส่วนของโครงสร้างของความผิดอาญาสามชั้น เป็นทฤษฎีที่ใช้อยู่ในปัจจุบันและถือเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกรอบแห่งการพิสูจน์การกระทำอาญาที่มีความเป็นขั้นตอน เป็นเหตุเป็นผล และชัดเจนที่สุดจึงจะขออธิบายโดยละเอียดต่อไป

ในการวินิจฉัยว่าการกระทำจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ตามโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันนั้น จะเริ่มต้นการพิจารณาจากการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ (Tatbestandsmäßigkeit/Fulfillment of all offense elements as defined in the statute) โดยพิจารณาตามลำดับจากองค์ประกอบภายนอกสู่องค์ประกอบภายใน เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว จึงพิจารณาต่อไปว่า การกระทำของบุคคลนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ หรือบุคคลนั้นกระทำโดยมีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้หรือไม่ (Rechtswidrigkeit/

¹⁹⁷ เอกสารประกอบการสอน Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser วิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไป ภาควิชาการศึกษาศาสตร์ มหาวชิยาลัยแห่งกรุงบอนน์

Wrongfulness) และหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและผิดกฎหมายแล้ว จึงพิจารณาตามโครงสร้างในประการสุดท้ายในส่วนของ ความชั่ว (Schuld/Culpability) ว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ควรถูกตำหนิจากสังคมหรือไม่ ดังนั้น โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันในปัจจุบัน จึงประกอบไปด้วย องค์ประกอบ 3 ประการ¹⁹⁸ ดังจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป

4.4.3.3 ข้อสาระสามประการของโครงสร้างของความผิดอาญา (Die drei Elemente des Deliktsaufbaus/The three Elements of Structure of Crime)

การกระทำที่เป็นความผิดอาญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อองค์ประกอบของความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญาถูกทำให้เป็นจริงขึ้นผ่านการกระทำของมนุษย์ เมื่อเกิดการกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาโดยที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำและเมื่อผู้กระทำนั้นมีความชั่ว¹⁹⁹ หากการกระทำไม่มีความผิดอาญา ย่อมไม่มีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้น “โครงสร้างของความผิดอาญา” จึงมีที่มาจากสมมุติฐานเกี่ยวกับความผิดอาญาและโทษ²⁰⁰ เพราะความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการบังคับใช้โทษทางอาญา เมื่อเกิดการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำนั้นมีความผิดกฎหมายและเป็นการกระทำที่ผู้กระทำต้องสมควรถูกตำหนิ จึงเกิดลำดับขั้นในการวินิจฉัยความผิดอาญา ดังนั้น องค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันถือเป็นสาระสำคัญอันเปรียบเสมือนหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดซึ่งประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

1. การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit/ Fulfillment of all offense elements as defined in the statute)

“การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” เป็นสาระสำคัญประการแรกของโครงสร้างของความผิดอาญาซึ่งเป็นเงื่อนไขที่จะทำให้สามารถเชื่อมโยงการกระทำเข้าสู่สาระสำคัญแห่งการวินิจฉัยความผิดประการอื่นต่อไปได้ ในลำดับแรกจึงต้องพิจารณาก่อนว่าการกระทำครบองค์ประกอบหรือไม่ ในส่วนนี้ หมายถึง “การเกิดขึ้นจริงของการกระทำซึ่งครบองค์ประกอบความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา” (Die Verwirklichung eines strafgesetzlichen

¹⁹⁸ Krey, E. (2011). *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. p. 104. (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld als Wertungsstufen zum dreistufigen Deliktsaufbau)

¹⁹⁹ Kasiske, P. เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายอาญาสำหรับนักศึกษาต่างชาติ Strafrecht für auslaendische Studierende. WS 2011/12. Universität München.

²⁰⁰ คณิต ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 117.

Tatbestandes)²⁰¹ และการครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ หมายถึง การกระทำที่เกิดขึ้นจริงนั้น ต้องครอบงำประกอบทั้งทางกายวิสัย (องค์ประกอบภายนอก) และองค์ประกอบทางอรรถวิสัย (องค์ประกอบภายใน) ซึ่งได้แก่ เจตนา หรือ ประมาท องค์ประกอบต่างๆ ที่เป็นสาระสำคัญของ บทบัญญัติในความผิดแต่ละฐานนั้น การครอบงำประกอบนั้นต้องครบด้วยสาระสำคัญต่างๆ ซึ่ง หากผู้กระทำได้กระทำการครบถ้วนตามนั้นแล้ว ย่อมถือว่าครอบงำประกอบของความผิด ทั้งนี้การ ที่กฎหมายอาญาต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนแน่นอนก็เพราะกฎหมายอาญามีความประสงค์ที่จะมุ่งคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันและเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่บุคคล ตามหลักที่ว่า “nullum crime nulla poena sine lege” ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย ดังนั้น ในการพิจารณา “องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” จึงแยกออกได้เป็น 2 ส่วน กล่าวคือ “องค์ประกอบภายนอก” และ “องค์ประกอบภายใน”

1.1 องค์ประกอบภายนอก (Objektiver Tatbestand/Objective Elements)²⁰²

องค์ประกอบภายนอก คือ สิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด แต่เป็นส่วน ภายนอกของความผิดแต่ละฐานซึ่งประกอบไปด้วย “ผู้กระทำความผิด” “การกระทำ” “กรรมของการกระทำ” “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” และคุณธรรมทางกฎหมาย²⁰³ องค์ประกอบ ส่วนภายนอกนี้ เป็นส่วนที่สามารถสัมผัสได้และอธิบายให้เห็นได้อย่างชัดเจน เป็นส่วนภายนอกซึ่ง จะประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง และในทุกฐานความผิดนั้นจะมีลักษณะร่วมกัน ได้แก่

(1) ผู้กระทำ (Täter/Offender) หมายความว่า มนุษย์ผู้ใดผู้หนึ่ง ผู้ที่กระทำความผิดตาม กฎหมาย โดยในฐานความผิดทั่วไปกฎหมายจะบัญญัติโดยใช้คำว่า “ผู้ใด” (Wer/Who)²⁰⁴ แต่ในบาง ฐานความผิดกฎหมายจะบัญญัติเจาะจงไว้แต่บุคคลที่มีหน้าที่เฉพาะเท่านั้น เช่น “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน” (Amtsträger/Public Office) เช่น มาตรา 339²⁰⁵ “ผู้ใดเป็นผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ หรืออนุญาตตุลาการ ชี้นำ หรือพิพากษาคดีโดยบิดเบือนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อให้ได้รับประโยชน์หรือเพื่อ

²⁰¹ Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. p.37. ; Kasiske, P. (2011). *Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil*. p. 11.

²⁰² Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p.72. ; Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 306 - 309.

²⁰³ คณิต ฒ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 168 - 170. และ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 45.

²⁰⁴ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p. 72.

²⁰⁵ § 339 StGB (Rechtsbeugung) การบิดเบือนกฎหมาย

Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung

ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคล ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี” และมาตรา 340²⁰⁶ “ผู้ใดเป็นเจ้าหน้าที่ ระหว่างปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือใช้อำนาจตามหน้าที่ก่อให้เกิดการบาดเจ็บแก่กายหรือปล่อยให้เกิดการบาดเจ็บขึ้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี”

(2) การกระทำ (Tathandlung/Action) หมายความว่า การเคลื่อนไหวร่างกายของมนุษย์ที่แสดงออกมาโดยมีเจตจำนงเป็นตัวกำหนดเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย มีลักษณะแตกต่างกันไปในแต่ละฐานความผิด ทั้งนี้ การเคลื่อนไหวร่างกายของคนนอนหลับและไม่รู้สึกตัว การเคลื่อนไหวร่างกายที่เกิดจากการสะท้อนของประสาทไม่ถือว่าเป็นการกระทำในความหมายของกฎหมาย เพราะปราศจากความต้องการหรือเจตจำนงควบคุม

(3) กรรมของการกระทำ (Tatobjekt/Object of the Act) หมายความว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐานซึ่งอยู่ในฐานะของสิ่งที่ถูกกระทำ หรือ “กรรม” อาจเป็นบุคคลหรือสิ่งของ รูปธรรมหรือนามธรรมก็ได้

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Kausalität/Causation) หมายความว่า การกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นเหตุให้เกิดผลตามกฎหมายขึ้น จึงต้องมีการพิจารณาว่า ผลที่เกิดขึ้นนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำที่ได้กระทำลงหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การกระทำที่บุคคลได้กระทำลงเป็นเหตุให้เกิดผลอันเป็นความผิดตามกฎหมายขึ้นหรือไม่ การตอบปัญหาดังกล่าวนี้ ไม่มีการบัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมาย แต่นักนิติศาสตร์ได้ศึกษาค้นคว้าและนำเสนอแนวทางเพื่อตอบคำถามไว้หลายทฤษฎี แต่ทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าดีที่สุด ได้แก่ ทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม²⁰⁷ จากแนวความคิดของนักวิชาการฝ่ายเหตุกำหนด (Kausalist) ทำให้เกิดหลัก “ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” (Kausalität Theorie) ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา (Zurechnung) คือ แนวความคิดที่ว่า อะไรเป็นสาเหตุที่ทำให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญา การกระทำที่จะถือเป็นความผิดอาญาซึ่งทำให้ผู้กระทำมีความผิดและต้องรับโทษและการกระทำใดที่ไม่เป็นความผิดอาญาหรือเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ สิ่งที่ทำให้บุคคลต้องรับผิดนั้นก็คือ “เสรีภาพ” (Freiselbstbestimmung) เสรีภาพหรืออิสระในการ

einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.

²⁰⁶ § 340 StGB (Körperverletzung im Amt) การทำร้ายร่างกายขณะปฏิบัติการตามหน้าที่

(1) Ein Amtsträger, der während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

²⁰⁷ คณิต ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 198 - 204.

ตัดสินใจที่จะเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายเพื่อทำสิ่งใดนั้น เมื่อบุคคลเลือกที่จะทำในสิ่งที่ไม่ชอบธรรม (Unrecht) ทั้งที่สามารถเลือกทำในสิ่งที่ถูกได้ การเลือกใช้เสรีภาพโดยกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย บุคคลจึงต้องรับผิดชอบในทางอาญา ด้วยเหตุนี้โครงสร้างของความผิดอาญาของฝ่ายเหตุกำหนดจึงพยายามที่จะแยกการกระทำของมนุษย์ออกจากเหตุอื่นๆ เช่น เหตุผิดปกติทางกายหรือจิต จากเหตุธรรมชาติ จากเหตุบังเอิญอื่นๆ และการแยกการกระทำของมนุษย์ออกจากเหตุอื่นนี้เองทำให้เกิดเป็น “ทฤษฎีเหตุเท่ากัน” (Äquivalenztheorie) หรือที่รู้จักกันในชื่อ “ทฤษฎีเงื่อนไข” (Bedingungstheorie/The Condition Theory) โดยวางหลักการว่า การกระทำในทุกๆ กรณีย่อมถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผล ถ้าหากว่าการกระทำนั้นๆ ไม่มีอยู่แล้ว ผลนั้นๆ ก็จะไม่เกิดขึ้น “Condition sine qua non”²⁰⁸ หรือ “Wegdenk-Methode”²⁰⁹ ทฤษฎีเงื่อนไขจะมองว่าเหตุทุกเหตุมีคุณค่าเท่าเทียมกัน และเหตุทุกเหตุที่สัมพันธ์เชื่อมโยงกันถือเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลทั้งสิ้น จากข้อเท็จจริงนี้ทำให้เห็นถึงข้อบกพร่องของทฤษฎีเงื่อนไขที่ไม่มีขอบเขตจำกัดเพราะหากพิจารณาย้อนกลับขึ้นไปในทุกๆ เหตุก็ย่อมมีความเชื่อมโยงกันและทำให้พิจารณาต่อไปได้ไม่รู้จบเช่น อาจกล่าวได้ว่า บิดามารดาของผู้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเป็นเหตุทำให้เกิดผลคือความตายของผู้อื่น เพราะหากไม่ให้อำนาจและเลี้ยงดู ก็ย่อมจะไม่มีการฆ่าผู้อื่นเกิดขึ้น หรือในบางกรณีการใช้ทฤษฎีเงื่อนไขอาจไม่สามารถตอบคำถามความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในทางวิทยาศาสตร์ได้ เช่น ผลข้างเคียงของการใช้ยาซึ่งอาจเกิดขึ้นหรือไม่เกิดเลยก็ได้ ต่อมาจึงมีการนำเสนอทฤษฎีใหม่ขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว โดยเรียกว่า “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” (Adäquanztheorie/The Adequate Causation Theory)²¹⁰ ซึ่งมีหลักการว่า เหตุที่ก่อให้เกิดผลที่ผู้กระทำจักต้องรับผิดชอบนั้น หมายถึงเฉพาะแต่เหตุที่ตามประสบการณ์ทั่วไปสามารถทำให้เกิดผลซึ่งเป็นความผิดได้เท่านั้น²¹¹ ดังนั้น เหตุที่จะทำให้เกิดผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบจึงมิใช่ทุกเหตุ แต่มุ่งพิจารณาเหตุที่เหมาะสม มีความสมเหตุสมผลเท่านั้น กล่าวคือ เหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบนั้นมิใช่ทุกเหตุ แต่ต้องเป็นเหตุที่มีความเกี่ยวพันกับผลที่เพียงพอด้วย แต่อย่างไรก็ยังมีความเห็นว่าการนำทฤษฎีนี้ยังไม่สมบูรณ์แบบเพราะการนำความรู้ความชำนาญมาวัดความเหมาะสมของเหตุนั้น ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ต่อมาศาสตราจารย์ ดร. Claus Roxin จึงได้นำเสนอ “ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาวิสัย” (Objective Zurechnung/Objective Liability) ซึ่งพัฒนามาจากแนวความคิดของศาสตราจารย์ Richard Honig โดยมีหลักการว่า ผู้กระทำจักต้องรับ

²⁰⁸ Jescheck, H. - H. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil.* p. 279.

²⁰⁹ Schumann, K. (2008). Von der sogenannten >>Objektiven Zurechnung im Strafrecht<< Jura Heft 6. pp. 408 - 415.

²¹⁰ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I.* pp. 368 - 370.

²¹¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา.* หน้า 46.

ผิดในผลของการกระทำก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายต่อการเกิดผลในสิ่งที กฎหมายห้ามและอันตรายนั้นได้เกิดขึ้นจริงจากการกระทำนั้น²¹² ดังนั้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบแก่การกระทำ ถ้าการกระทำเป็นการก่ออันตรายหรือเพิ่มอันตรายต่อการเกิดผลที่กฎหมายห้าม

(5) องค์ประกอบภายนอกอื่นๆ เช่น รูปแบบของการกระทำความคิด (Tatmodalität/Modality of the Act) เช่น การกระทำความคิดโดยมีอาวุธ หรือ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำ ความคิดที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น (Schwerere Strafe bei besonderen Tatfolgen/Aggravated sentence based on special consequences of the offence)²¹³ เช่น การกระทำให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย แม้ว่ามีเพียงเจตนาทำร้ายและองค์ประกอบภายนอกที่ชื่อว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut/Legal Interest)²¹⁴ คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครองและถือว่าเป็นภารกิจหลักของกฎหมายอาญาในการต้องปกป้อง คุณธรรมทางกฎหมายมีความหลากหลายไปตามแต่ละลักษณะของฐานความผิด เป็นคุณค่าที่เป็นนามธรรมเปรียบเสมือนเหตุผลเบื้องหลังในการบัญญัติกฎหมายแต่ละมาตราสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut/ Individual Legal Interest)²¹⁵ อันได้แก่ คุณค่าของการมีชีวิต คุณค่าของความปลอดภัยในร่างกาย คุณค่าของเสรีภาพ คุณค่าในเกียรติยศ คุณค่าในกรรมสิทธิ์ และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universalrechtsgut/Universal Legal Interest)²¹⁶ อันได้แก่ คุณค่าของความมั่นคงแห่งรัฐ คุณค่าของความปลอดภัยบนท้องถนน

ตัวอย่างการพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอกตามฐานความผิด ได้แก่ ความผิดต่อชีวิตตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 212 (1)²¹⁷ วางหลักว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น โดยมิใช่การฆาตกรรม

²¹² Ibid. p. 231. Wenn die Handlung eine rechtliche verbotene Gefährdung des geschützten Handlungsobjekts geschaffen und die Gefahr sich in dem tatbestandsmässigen Erfolg verwirklicht hat.

²¹³ § 18 StGB “Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.”

²¹⁴ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p.36.

²¹⁵ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 1011 - 1013.

²¹⁶ Jescheck, H. - H. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. pp. 259 - 260.

²¹⁷ § 212 (1) StGB “Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.”

ต้องระวางโทษจำคุกสำหรับความผิดฐานนำผู้อื่น ไม่น้อยกว่าห้าปี” จากตัวอย่างกรณีความผิดฐานนำผู้อื่น สามารถพิจารณาองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติที่เป็นองค์ประกอบภายนอก ได้ดังนี้

- (1) ผู้กระทำ - ผู้ใด
- (2) การกระทำ - การนำ
- (3) กรรมของการกระทำ - ผู้อื่น
- (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล - การกระทำที่เป็นการนำและผลที่เป็นความตายของผู้อื่นอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น
- (5) คุณธรรมทางกฎหมาย - คุณค่าแห่งการมีชีวิตของผู้อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง หรือ จากตัวอย่างความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 242 (1)²¹⁸ วางหลักว่า “ผู้ใดเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น ด้วยเจตนาเพื่อให้ตนเองหรือบุคคลที่สามเป็นเจ้าของ โดยผิดกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือโทษปรับสำหรับความผิดนั้น” จากตัวอย่างกรณีความผิดฐานลักทรัพย์ นี้ สามารถพิจารณาองค์ประกอบความผิดที่เป็นองค์ประกอบภายนอก ได้ดังนี้

- (1) ผู้กระทำ - ผู้ใด
- (2) การกระทำ - เอาไป
- (3) กรรมของการกระทำ - ทรัพย์สินของผู้อื่น
- (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล - การกระทำที่เป็นการเอาทรัพย์สินไปและผลที่ทรัพย์สินถูกเอาไปเสียจากเจ้าของทรัพย์สิน
- (5) คุณธรรมทางกฎหมาย - กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและความครอบครองของเจ้าของซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครอง

1.2 องค์ประกอบภายใน (Subjektiver Tatbestand/Subjective Elements)²¹⁹

ในสาระสำคัญประการแรกของโครงสร้างของความผิดอาญาว่าด้วย “การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” เมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดในส่วนของ การกระทำที่แสดงออกมาภายนอกตามความผิดแต่ละฐานอันเป็นองค์ประกอบภายนอกครบถ้วนแล้ว ลำดับต่อมาที่จะต้อง

²¹⁸ § 242 (1) StGB “Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.”

²¹⁹ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. pp. 123 - 136. ; Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 309 - 319.

พิจารณาถึง คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายในตัวผู้กระทำความผิด หรือส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในแต่ละฐานความผิด ทั้งนี้เพราะการแสดงพฤติกรรมของมนุษย์ที่แสดงออกมาภายนอกนั้นต้องมีความต้องการและเป้าหมายที่อยู่ภายในเป็นตัวกำกับด้วยเสมอ และสิ่งที่เป็นส่วนองค์ประกอบภายในนี้ ได้แก่

(1) เจตนา (Vorsatz/Intention) หมายความว่า การรู้และต้องการให้เกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด²²⁰ นิยามความหมายที่ว่านี้มาจากคำพิพากษาของศาลฎีกาเยอรมัน (BGHSt 19, 295, 298 ; 36, 1) และแนวทางคำสอนกฎหมาย แม้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) มิได้กำหนดนิยามความหมายของเจตนาไว้โดยตรง แต่ก็ปรากฏนัยแห่งเจตนาอยู่ในมาตรา 16²²¹ และมาตรา 17²²² โดยถือว่าหากผู้กระทำได้กระทำความผิดลงโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ย่อมถือได้ว่าผู้กระทำขาดเจตนา กล่าวอีกนัยหนึ่ง “เจตนา” จึงหมายถึง การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด มาตรา 17 ก็เช่นเดียวกันที่ให้ความสำคัญของ “การรู้” เป็นหลัก การกระทำโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ย่อมถือว่าขาดเจตนาในทางกฎหมาย นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรา 15 ยังวางหลักว่า “บุคคลจะต้องรับโทษเมื่อกระทำการโดยเจตนา เว้นแต่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษแม้กระทำการโดยประมาท” ดังนั้น การพิจารณาถึงขอบเขตของการรู้ข้อเท็จจริงนั้นจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากเพราะเท่ากับว่าเป็นหลักเกณฑ์การพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำเลยทีเดียว ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ การรู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดอันจะถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยเจตนา นั้น การรู้อย่างละเอียดลึกซึ้งตามความเป็นจริงของข้อเท็จจริง “การรู้จริง” ไม่ใช่ข้อเรียกร้องของการรู้ในเรื่องเจตนา แต่การรู้ในลักษณะการคาดเดาหรือ “อาจรู้ได้” ก็ไม่เป็นการเพียงพอจะถือได้ว่าเป็นการรู้ ฉะนั้น ขอบเขตของการรู้ของเจตนาจึงอยู่ที่การรู้ที่เลย “การอาจรู้ได้” ขึ้นไปถึงขั้น “การรู้จริง” ผู้กระทำเพียงแต่รู้ในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงถึงลักษณะของสิ่งนั้นและรู้ความหมายทั่วไปในทางสังคมและในทางกฎหมายย่อมเป็นที่เพียงพอ²²³ ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ผู้กระทำเพียงแต่รู้ว่ากรรมของการกระทำเป็นมนุษย์ก็เพียงพอว่าเป็นการรู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดแล้ว มิจำต้องรู้ว่าเป็นมนุษย์ผู้ใด หรือในความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้กระทำเพียงแต่รู้ว่าทรัพย์ที่

²²⁰ Ibid. p. 437. “Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.”

²²¹ § 16 (1) StGB วางหลักว่า “ผู้ใดกระทำความผิดลงโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ถือว่ามีได้กระทำโดยเจตนา ทั้งนี้ไม่กระทบต่อการลงโทษฐานกระทำความผิดโดยประมาท”

²²² § 17 StGB วางหลักว่า “ผู้ใดกระทำความผิดลงโดยสำคัญผิดว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ผู้นั้นกระทำโดยปราศจากความชั่ว หากไม่สามารถหลีกเลี่ยงความสำคัญผิดนั้นได้ แต่หากผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงความสำคัญผิดเช่นว่านี้ได้ ให้ผู้กระทำต้องรับโทษน้อยลงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 วรรค 1”

²²³ คณิต ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 212 - 213.

เอาไปนั้นเป็นทรัพย์สินของผู้อื่น ไม่ใช่ทรัพย์สินของตนเองก็พอแล้ว ดังนั้น ขอบเขตของการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดซึ่งเทียบเท่ากับการกระทำโดยเจตนา นั้น ย่อมหมายถึงการรู้ข้อเท็จจริงในสิ่งที่คาดว่าจะเป็นไปได้ มิใช่รู้ข้อเท็จจริงในรายละเอียดทั้งหมดทุกส่วน เมื่อพิจารณาในส่วนรู้ข้อเท็จจริง (Wissen/Know) แล้วในการวิเคราะห์เจตนาที่ต้องพิจารณาถึงส่วนต้องการผลของการกระทำ (Wollen/Want) อีกส่วนหนึ่งด้วย ในทางตำราและคำพิพากษาจึงแยกสาระสำคัญของส่วนต้องการของ “เจตนา” ในทางอาญาออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

(1.1) เจตนาประสงค์ต่อผล (dolus directus/Direkter Vorsatz)²²⁴ หมายถึง ผู้กระทำได้กระทำการโดยมีความประสงค์ หรือมีความต้องการที่จะให้เกิดผลอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้น²²⁵ เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ผู้กระทำได้ใช้อาวุธปืนในการฆ่า แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำได้มุ่งหมายที่จะให้เกิดความตายขึ้นจากการกระทำนั้น ในความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้กระทำได้นำพาเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาไว้ในกระเป๋าของตนเอง แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำได้ต้องการเอาไปเสียซึ่งกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองของเจ้าของทรัพย์สิน ในทางตำราของเยอรมันอธิบายว่าเจตนาประสงค์ต่อผลสามารถแยกออกได้เป็น 2 ระดับ²²⁶ กล่าวคือ

- เจตนาประสงค์ต่อผล โดยตรง (dolus directus ersten Grades/Unmittelbarer Vorsatz) หมายถึง ผู้กระทำตั้งใจกระทำการอันเป็นความผิดอาญาโดยมีเป้าหมายที่จะก่อให้เกิดผลเสียหายตามที่กฎหมายบัญญัติ ผู้ใดกระทำการ โดยประสงค์ต่อผลย่อมมีเป้าหมายที่ต้องการจะบรรลุผลอย่างแน่นอน หรือเพียงอาจบรรลุผลนั้นได้ หรือบรรลุผลได้ในทันที หรือบรรลุขึ้นตอนหนึ่งก่อนก็ได้

- เจตนาประสงค์ต่อผล โดยอ้อม (dolus directus zweiten Grades/Mittelbarer Vorsatz) หมายถึง ผู้กระทำตั้งใจกระทำการอย่างหนึ่ง แต่การกระทำทำให้เกิดผลดังกล่าว จำต้องเกิดผลข้างเคียงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้และผู้กระทำยังคงกระทำการนั้น เท่ากับว่าผู้กระทำย่อมประสงค์ต่อผลข้างเคียงนั้นอย่างจำเป็น เช่น ผู้กระทำได้ใช้อาวุธปืนเพื่อการฆ่าผู้อื่น โดยยิงเข้าไปขณะผู้อื่นนั้นอยู่ในรถ แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำได้กระทำการโดยมีเป้าหมายที่จะให้เกิดความตายขึ้น ความตายจึงเท่ากับเจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง (ระดับที่ 1) และความเสียหายของรถที่เกิดจาก

²²⁴ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 444 - 452.

²²⁵ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p.128.

²²⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 58 - 59. ; กมลชัย รัตนสกวางศ์. (2531). “เจตนาอ้อมเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญาเยอรมัน” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 18 ฉบับที่ 2. หน้า 65 - 66.

กระสุนปืนจึงเท่ากับเจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม (ระดับที่ 2) แต่ไม่ใช่เรื่องของเจตนาเล็งเห็นผลตามแนวคำพิพากษาของไทย

(1.2) เจตนาเล็งเห็นผล (dolus eventualis/Bedinger Vorsatz) หมายถึง ผู้กระทำได้กระทำการโดยคาดการณ์ว่าผลของการกระทำของตนอันเป็นความผิดกฎหมายมีโอกาที่จะเกิดขึ้นได้²²⁷ กรณีของเจตนาเล็งเห็นผลและเจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อมนั้นมีความใกล้เคียงกันอย่างมาก แต่มีความแตกต่างกันตรงที่ว่าเจตนาเล็งเห็นผล คือ เรื่องของความคาดการณ์ว่าผลอาจจะเกิดขึ้นได้หรือมีความเป็นไปได้ซึ่งอาจเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้น ส่วนเจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อมนั้น คือ เรื่องของการยอมรับไว้ซึ่งผลข้างเคียงที่จะเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า กรณีประสงค์ต่อผลโดยอ้อมเกิดขึ้นในลักษณะสมบูรณ์แต่กรณีเล็งเห็นผลเกิดขึ้นในลักษณะสัมพัทธ์ (Relativity) จึงมีการวางหลักเกณฑ์ด้วยคำอธิบายและแนวทฤษฎีว่าอย่างไรจึงเป็นเจตนาเล็งเห็นผล ดังนี้

- ทฤษฎีความน่าจะเป็นไปได้ (Wahrscheinlichkeitstheorie) วางหลักเกณฑ์ว่า ถ้าผู้กระทำเห็นได้ล่วงหน้าว่าผลอันเป็นความผิดอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำ แม้กระนั้นก็ยังขึ้นการกระทำนั้น ย่อมถือว่า ผู้กระทำมีเจตนาข้อมเล็งเห็นผล
- ทฤษฎีความยินยอม (Einwilligungstheorie) วางหลักเกณฑ์ว่า ถ้าผู้กระทำเล็งเห็นล่วงหน้าแล้วว่าผลที่เป็นความผิดกฎหมายจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน แต่ก็กระทำไปโดยเต็มใจรับเอาผลเช่นนั้น ย่อมถือว่า ผู้กระทำมีเจตนาข้อมเล็งเห็นผล
- ทฤษฎีความไม่สนใจใยดีต่อผลที่เกิดขึ้น (Frivole Gleichgültigkeit) วางหลักเกณฑ์ว่า ผู้กระทำคาดได้ว่าผลที่เป็นความผิดอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของตน แต่ผู้กระทำไม่สนใจใยดีต่อผลนั้น ย่อมถือว่า ผู้กระทำมีเจตนาข้อมเล็งเห็นผล
- ทฤษฎีความเสี่ยง (Risikotheorie) วางหลักเกณฑ์ว่า ผู้กระทำคาดได้ล่วงหน้าว่า ผลที่อาจเกิดจากการกระทำของตนมีความเสี่ยงที่จะเป็นความผิดอาญาควรที่จะหลีกเลี่ยงแต่ผู้กระทำยังคงที่จะเลือกที่จะกระทำ ย่อมถือว่า ผู้กระทำมีเจตนาข้อมเล็งเห็นผล

จากทฤษฎีทั้ง 4 ประการข้างต้นยังคงมีการโต้เถียงกันในทางวิชาการอยู่มาก เพราะอาจพบข้อบกพร่องเมื่อนำไปพิจารณากับการกระทำความผิดโดยประมาท แต่ทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับ

²²⁷ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p. 134.

และถูกนำไปใช้ในทางปฏิบัติในการพิพากษาคดีของศาล คือ ทฤษฎีความยินยอม (Einwilligungstheorie) เพราะการอธิบายว่า ผู้กระทำเล็งเห็นผลได้ล่วงหน้าแล้ว แต่ก็กระทำไปโดยยอมรับเอาผล เช่นว่านั้น สามารถแยกแยะความต่างกับกรณีประมาทโดยรู้ตัวได้อย่างชัดเจน เพราะเป็นการยอมรับเอาผลไว้ล่วงหน้า หากศาลได้ล่วงหน้าว่าผลอาจจะเกิด แต่มั่นใจว่าอย่างไรเสียผลคงไม่เกิด

(2) ประมาท (Fährlässigkeit/Negligence)²²⁸ หมายความว่า การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ทั้งที่จากความรู้และความสามารถ ผู้นั้นสามารถคาดการณ์ได้ถึงอันตรายและสามารถหลีกเลี่ยงได้ แต่ยังไม่ทำ โดยปกติบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่กฎหมายกำหนดให้ลงโทษการกระทำโดยประมาทไว้ด้วย ทั้งนี้เพราะความประมาทควรต้องถูกลงโทษรองจากเจตนาเพื่อตักเตือนให้บุคคลมีความระมัดระวังในการกระทำมากขึ้น การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งทำให้ถือได้ว่าบุคคลมีความประมาทนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ คือ 1) การกระทำประมาทโดยไม่รู้ตัว (Unbewusste Fahrlässigkeit)²²⁹ หมายถึง การที่ผู้กระทำขาดความระมัดระวังโดยที่ไม่รู้ตัวและไม่อาจคาดล่วงหน้าได้ว่าการกระทำของตนจะทำให้เกิดผลอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติ และ 2) การกระทำประมาทโดยรู้ตัว (Bewusste Fahrlässigkeit)²³⁰ หมายถึง การที่ผู้กระทำเห็นถึงภัยอันตรายหรือความเสี่ยงที่จะเกิดภัยอันก่อให้เกิดผลเป็นความผิดกฎหมายแต่ก็ยังขึ้นทำลงไปโดยคิดว่าตนสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดภัยนั้นขึ้นได้ ณ จุดนี้ต้องระวังความใกล้ชิดระหว่าง “เจตนาเล็งเห็นผล” และ “ประมาทโดยรู้ตัว” เพราะเจตนาเล็งเห็นผล คือ ผู้กระทำคาดการณ์ได้ว่าผลของการกระทำอันเป็นความผิดกฎหมายมีโอกาที่จะเกิดขึ้นและผู้กระทำเต็มใจยอมรับผลนั้นไว้ ในขณะที่ประมาทโดยรู้ตัว คือ ผู้กระทำคาดการณ์ได้ว่าผลของการกระทำอันเป็นความผิดกฎหมายมีโอกาที่จะเกิดขึ้นแต่ก็คิดว่าด้วยความสามารถของตนจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดผลเช่นว่านั้นขึ้นได้

²²⁸ โดยหลักบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาที่ต่อเมื่อกระทำโดยเจตนา แต่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นให้บุคคลต้องรับผิด แม้กระทำโดยประมาทในบางฐานความผิด (§ 15 StGB วางหลักว่า บุคคลจะต้องรับโทษเมื่อกระทำการ โดยเจตนา เว้นแต่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษแม้กระทำการ โดยประมาท)

²²⁹ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 1086 - 1089. “Ein Täter handelt unbewusst fahrlässig, wenn er sorgfaltswidrig handelt und infolgedessen den gesetzlichen Tatbestand erfüllt ohne dies jedoch zu erkennen.”

²³⁰ Ibid. “Ein Täter handelt bewusst fahrlässig, wenn er es für möglich hält, dass er den gesetzlichen Tatbestand erfüllt, er jedoch pflichtwidrig auf dessen Nichterfüllung vertraut.”

(3) มูลเหตุชักจูงใจ (Motivation)²³¹ หมายความว่า สาระสำคัญทางด้านจิตใจซึ่งเป็นสาเหตุก่อให้เกิดการกระทำความผิด หรือบางครั้งเรียกว่า เจตนาพิเศษ (dolus specialis) โดยปกติแล้ว การวินิจฉัยความรับผิดชอบจะไม่คำนึงถึงสาเหตุภายในใจหรือเหตุจูงใจหากได้ข้อเท็จจริงว่าบุคคลกระทำโดยเจตนา แต่ในบางฐานความผิดเพียงเจตนาอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าผู้กระทำความผิด จะต้องได้รับความว่า ผู้นั้นกระทำโดยมีเหตุจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย²³² ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์ § 249 StGB²³³ วางหลักว่า “ผู้ใด โดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้อื่น หรือขู่เข็ญด้วยภัยอันใกล้จะถึงอันเป็นอันตรายต่อร่างกาย หรือชีวิต เพื่อที่จะเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น ด้วยเจตนาเพื่อให้ตนเองหรือบุคคลที่สามเป็นเจ้าของโดยผิดกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งปี” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ผู้กระทำต้องมีมูลเหตุชักจูงใจพิเศษในการใช้กำลังประทุษร้ายหรือคุกคามเพื่อให้ได้ซึ่งการนำทรัพย์ของผู้อื่นไป

อย่างไรก็ตาม ในอดีตช่วงการพัฒนาแนวทางความคิดทฤษฎีของกฎหมายอาญา การพิจารณาเรื่ององค์ประกอบภายในของโครงสร้างของความผิดอาญาข้อแรกนี้ มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างนักวิชาการพวกเป้าหมายกำหนด (Finalist) และพวกเหตุกำหนด (Kausalist) ในเรื่องตำแหน่งของ “เจตนา” (Vorsatz) ของผู้กระทำว่าควรจะถูกพิสูจน์ในส่วนขององค์ประกอบภายในของการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญประการแรก หรือว่าควรแยกออกมาอยู่ในส่วนข้อสาระสำคัญประการที่สาม คือ ความชั่ว จากกรณีที่นักวิชาการพวกเป้าหมายกำหนดมีความเชื่อว่าการกระทำความผิดอาญานอกจากผู้กระทำจะต้องกระทำด้วยความต้องการแล้ว ขณะเดียวกันผู้กระทำยังต้องมีเป้าหมายกำกับที่จะให้เกิดผลของการกระทำนั้นขึ้นด้วย ดังนั้น ตามแนวคิดนี้จึงถือว่าสิ่งที่จะถูกลงโทษ มิใช่เพียงแต่การลงโทษการก่อให้เกิดอันตรายในสิ่งที่กฎหมายห้ามอันเป็นองค์ประกอบภายนอกเท่านั้น แต่ยังเป็นการลงโทษถึงเจตนาที่จะก่อให้เกิดอันตรายอันเป็นองค์ประกอบภายในด้วย ฉะนั้น เจตนาควรที่จะอยู่ในส่วนองค์ประกอบภายในของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด จึงย้ายการพิสูจน์เจตนาจากเดิมที่อยู่ในข้อสาระประการที่สาม “ความชั่ว” มาไว้ในข้อสาระสำคัญประการแรก คือ “การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ในขณะที่นักวิชาการพวกเหตุกำหนดเชื่อว่า ในการกระทำความผิด

²³¹ Jescheck, H. - H. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil.* p. 465.

²³² แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา.* หน้า 69.

²³³ § 249 (1) StGB “Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.”

อาญานั้น “การกระทำ” และ “จุดมุ่งหมายของการกระทำ” สามารถที่จะแยกออกจากกันได้เป็นคนละส่วน การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติจึงหมายถึงเฉพาะแต่องค์ประกอบภายนอกเท่านั้น โดยถือว่าความต้องการ (Will) ที่จะก่อให้เกิดผลซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินได้ของการกระทำ จึงควรเป็นเรื่องของความชั่ว (Schuld) หาใช่องค์ประกอบภายในไม่ ดังนั้น จึงไม่ควรวางรวมอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายในของสาระสำคัญข้อแรกของโครงสร้างของความผิดอาญา แต่เมื่อแนวความคิดของทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finale Handlungslehre) เป็นที่ยอมรับว่าถูกต้องมากกว่าในเวลาต่อมา แนวคิดของพวกผลกำหนดจึงเสื่อมความนิยมลงและข้อโต้แย้งข้างต้นจึงเป็นที่ยุติ

2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness)²³⁴

“ความผิดอาญา” คือ ความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษ ผลประการแรกจึงมีว่า ผู้ใดทำถูกต้อง หรือทำขอยอมจะลงโทษเขาไม่ได้ แต่ผลในทางตรงข้าม หากผู้ใดไม่ยอมรับและฝ่าฝืนกฎหมายย่อมสมควรต้องถูกลงโทษ²³⁵ ฉะนั้น การกระทำที่เป็นความผิด หรือ “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit) จึงเป็นข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันของความผิดอาญาทุกๆ ฐาน หรือข้อสาระสำคัญประการหนึ่งของ “โครงสร้างของความผิดอาญา”²³⁶ ข้อสาระสำคัญเรื่อง ความผิดกฎหมายนี้ ประกอบขึ้นเป็นหลักเกณฑ์ข้อที่สองของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน ทำให้การวินิจฉัยความผิดอาญาเป็นลำดับขั้นตอนและต้องด้วยเหตุด้วยผล หากแม้การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติอันเป็นองค์ประกอบข้อแรกแล้ว แต่หาเป็นการกระทำที่เป็นความผิดกฎหมายไม่ การกระทำนั้นย่อมจะไม่ใช่ “ความผิดอาญา” ด้วยเหตุนี้ หลังจากที่ได้พิจารณาได้ว่าการกระทำครบถ้วนตามองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในอันกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดแล้ว ลำดับต่อมาจึงจะต้องพิจารณาว่า การกระทำนั้นเป็น “ความผิดกฎหมาย” หรือไม่ นั้นหมายถึงการพิจารณาว่ามีเหตุอันใดที่ทำให้การกระทำไม่มีความผิดกฎหมายอยู่หรือไม่ เนื่องจากการกระทำบางอย่างแม้จะครบถ้วนตามองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติแล้ว แต่ก็มีเหตุขกเว้นทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายหรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ สาระสำคัญข้อนี้ทำให้เห็นได้ว่า “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness) นั้นแตกต่างจาก “ความผิดอาญา” (Verbrechen/Crime) เพราะ “ความผิดกฎหมาย” เป็นเพียงข้อสาระสำคัญประการ

²³⁴ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. p. 197.

²³⁵ Kindhäuser, U. (1997). *Zur Logik des Verbrechensaufbaus*. in Harald Koch (Hrsg.),

Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?. pp. 79 - 82.

²³⁶ คณิต ณ นคร. (2553). *โครงสร้างความรับผิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea : พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*. หน้า 26.

หนึ่งในการพิสูจน์ความผิดอาญา ส่วน “ความผิดอาญา” นั้นต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่ทำผิดกฎหมาย ผู้กระทำได้กระทำลงโดยมีความชั่ว และโครงสร้างของความผิดอาญาเปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือที่ทำให้เห็นความแตกต่างดังกล่าวได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม

ความผิดกฎหมายของการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด (Die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung) โดยหลักการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามสาระสำคัญข้อแรกของโครงสร้างของความผิดอาญานั้นจะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/Legal Interest) ที่อยู่ในบทบัญญัติของความผิดแต่ละฐาน การกระทำฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายห้ามจึงไม่อาจยกเว้นความผิดได้ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำเป็นความผิดก็บัญญัติข้อยกเว้นโดยอนุญาตให้มีการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายได้ หากกรณีดังกล่าวเป็น ไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ที่เหนือกว่า ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดกฎหมาย หรือเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Rechtfertigungsgrund/Legal Justification) ดังนั้น กรณีว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ จึงเป็นประเด็นที่ต้องศึกษาโดยละเอียด ในที่นี้สามารถแบ่งเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดออกได้เป็น 3 กรณี กล่าวคือ (1) จารีตประเพณี (2) ความยินยอมของผู้ถูกระทำ และ (3) กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งสามารถพิจารณาในรายละเอียดได้ดังนี้

(1) จารีตประเพณี (Gewohnheitsrecht/Customary Law) - เหตุที่ทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายเหตุหนึ่งก็คือ จารีตประเพณีเพราะแม้จารีตประเพณีจะไม่ได้เกิดจากการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ก็เกิดจากการยอมรับนับถือว่าถูกต้อง เป็นสิ่งที่กระทำได้และได้รับการถือปฏิบัติของประชาชนอย่างสม่ำเสมอสืบเนื่องเป็นเวลานาน เช่น การชกมวยบนเวทีที่ถูกต้องตามกติกา การเล่นเกมกีฬาที่บริสุทธิ์ยุติธรรม หรือกรณีบิดามารดาลงโทษบุตร จารีตประเพณีเหล่านี้สามารถนำมาอ้างเพื่อให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดได้ อีกทั้งยังไม่ขัดกับหลักประกันของกฎหมายอาญา²³⁷ ว่าด้วย “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” เพราะหลักประกันกำหนดห้ามใช้จารีตประเพณีเพื่อลงโทษทางอาญาแก่บุคคล หรือใช้ในทางที่เป็นผลร้ายนั่นเอง แต่หากนำมาใช้ในกรณีที่เป็นคุณกับผู้กระทำความผิดย่อมสามารถอ้างได้

(2) ความยินยอม (Einwilligung/Consent) - ความยินยอมของผู้ถูกระทำหรือผู้เสียหายเป็นอีกเหตุที่จะยกขึ้นเป็นข้อยกเว้นให้การกระทำไม่เป็นความผิดกฎหมายได้ “ความยินยอม” ที่จะสามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างนี้ หมายความว่า การที่ผู้ถูกระทำได้สละสิ่งซึ่งกฎหมายประสงค์จะ

²³⁷ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p.134.

คุ้มครอง หรือเรียกได้ว่าเป็นการละเมิดกรรมทางกฎหมาย²³⁸ หากว่าเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนบุคคลแล้ว การให้ความยินยอมก็ย่อมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดเท่ากับว่า “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย” ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “Volenti non fit iniuria” (“to a willing person, injury is not done”) และความยินยอมในส่วนของคุณผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) อันเป็นสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่สองนี้ เมื่อผู้ถูกกระทำได้ให้ความยินยอมแล้ว ย่อมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด แตกต่างจากส่วนขององค์ประกอบภายนอกของสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาประการแรก ที่เมื่อผู้ถูกกระทำให้ความยินยอม (Einverständnis/Approval) แล้วจะทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบ ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ “ผู้ใดเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น” กรณีที่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์ให้ความยินยอมให้นำทรัพย์ไปได้นั้น ถือได้ว่าเป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์ที่เจ้าของให้ความยินยอมแล้ว องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานลักทรัพย์ย่อมหายไป ดังนั้น ความผิดฐานลักทรัพย์ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย

ความยินยอมที่เป็นเหตุให้การกระทำไม่เป็นความผิดกฎหมายนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ ความยินยอมที่กฎหมายให้อภัย (Rechtfertigende Einwilligung) อันหมายถึง ความยินยอมที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หากบุคคลละเมิดกรรมทางกฎหมายซึ่งมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนบุคคล “ความยินยอม” ย่อมสามารถนำมาอ้างเพื่อแก้ตัวได้ เช่น ในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ หากเจ้าของบ้านต้องการปลูกบ้านหลังใหม่จึงยินยอมให้ช่างรื้อถอนบ้านหลังเก่าเสีย แต่หากถ้าเป็นคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมแล้ว แม้ผู้ถูกกระทำจะให้ความยินยอม “ความยินยอม” นั้นย่อมไม่สามารถที่จะนำมาอ้างเพื่อเป็นข้อแก้ตัวได้ เช่น การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ นอกจากกฎหมายจะคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศแล้วยังคุ้มครองศีลธรรมอันดีในทางเพศของคนในสังคมซึ่งเป็นส่วนรวมไว้ด้วย ทั้งนี้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 228²³⁹ ได้วางหลักว่า “ผู้ใดประทุษร้ายร่างกายผู้อื่น โดยได้รับความยินยอมจากผู้อื่นนั้น การกระทำจะเป็นความผิด ต่อเมื่อการกระทำโดยได้รับความยินยอมนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดี” จากหลักดังกล่าวนี้ทำให้เห็นว่า การอ้างความยินยอมที่กฎหมายให้อภัยนั้น ต้องเป็นความยินยอมในลักษณะที่เป็นผลประโยชน์ส่วนตัวและไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี รวมทั้งมีอยู่ก่อนที่การกระทำจะเกิดขึ้น ส่วนอีกกรณี คือ ความยินยอมที่พึง

²³⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 78.

²³⁹ § 228 StGB “Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt”.

สันนิษฐานได้ (Mutmaßliche Einwilligung)²⁴⁰ หมายถึง ความยินยอมที่เกิดจากการสันนิษฐาน เป็น การคาดเดาว่าในสถานการณ์เช่นนั้นมีความจำเป็นเร่งด่วน ไม่สามารถขอรับความยินยอมจาก ผู้เสียหายได้และสันนิษฐานได้ว่าผู้เสียหายจะต้องให้ความยินยอม เช่นนี้ เป็นลักษณะที่ว่าผู้เสียหาย หรือผู้ถูกกระทำไม่ได้ให้ความยินยอมที่ชัดเจนไว้ก่อน แต่เกิดจากการสันนิษฐานได้ เช่น ผู้ป่วยที่ ประสบอุบัติเหตุได้รับบาดเจ็บสาหัสต้องได้รับการผ่าตัดโดยด่วน แพทย์ยอมสันนิษฐานได้ว่า ผู้ป่วยยอมต้องการให้แพทย์ทำการรักษา แต่กรณีความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้นี้ อย่างไรก็ตาม ต้อง พิจารณาข้อเท็จจริงในภายหลังประกอบด้วย โดยคำนึงถึงเจตจำนงของผู้ป่วยให้มีความสมประสงค์ ในแต่ละกรณี โดยหลักแล้วกรณีความยินยอมลักษณะนี้คล้ายกับจารีตประเพณี แม้ผู้เสียหายจะ ไม่ได้ให้ความยินยอมไว้ก่อน แต่แพทย์ที่กระทำโดยความตั้งใจจะรักษาชีวิตของผู้ป่วยไว้จึง ได้รับ ยกเว้นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

(3) กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ - การกระทำใดที่มีกฎหมายให้อำนาจ ไว้ว่ากระทำแล้วไม่มีความผิด การกระทำนั้นย่อมได้รับการยกเว้นความผิดตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของระบบประมวลกฎหมาย การกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าไม่มีความผิด หรือบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดได้จึงเป็นเหตุ ยกเว้นความผิดอย่างชัดแจ้งซึ่งเหตุต่างๆ เหล่านี้มีทั้งที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและ กฎหมายอื่น ได้แก่ การป้องกัน (§ 32 StGB)²⁴¹ ซึ่งวางหลักว่า “การกระทำเพื่อป้องกันเป็นการกระทำที่ ชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง หรือผู้อื่นจากการประทุษร้ายอัน ละเมิดต่อกฎหมาย” การที่กฎหมายให้อำนาจบุคคลในการป้องกันตนเองหรือผู้อื่นนี้มาจากเหตุผล ที่ว่า “ความถูกต้อง ไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง” (Recht braucht Unrecht nicht auszuweichen)²⁴² เพราะการคุกคามสิทธิของผู้อื่นเป็นความไม่ถูกต้อง หากการกระทำที่เป็นการ ป้องกันได้กระทำต่อผู้ก่อภัยเพราะไม่อาจขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่รัฐได้ทัน เป็นการกระทำที่ พอสมควรแก่เหตุเพื่อที่จะป้องกันภัยอันตรายได้ ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมาย หรือ ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Rechtfertigender Notstand/Justifiable State of Emergency) กรณี

²⁴⁰ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p.169. ; Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 822 - 829.

²⁴¹ § 32 Notwehr (StGB)

(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.

(2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

²⁴² Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. p. 84.

การทำแท้ง (§ 218 a II StGB)²⁴³ หากเป็นกรณีที่แพทย์อยู่ในสภาวะที่ต้องเลือกระหว่างคุณค่าของชีวิตของมารดาไว้โดยไม่มีทางเลือกอื่นแล้ว จึงจำเป็นต้องทำลายชีวิตลูกในครรภ์ การกระทำของแพทย์ย่อมไม่มีความผิด ถือเป็นเหตุที่กฎหมายให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ หรือ กรณีการจับกุมตัวชั่วคราว (Vorläufige Festnahme §127 I StPO)²⁴⁴ ถือเป็นอำนาจของรัฐในการจับกุมตัวบุคคล เมื่อพบผู้นั้นกระทำความผิดซึ่งหน้า หรือเพิ่งได้กระทำความผิดมาและคาดได้ว่าบุคคลนั้นจะหลบหนี หรือเป็นการยากที่จะระบุตัว การที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามเงื่อนไขดังกล่าวเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงไม่มีความผิด หรือ กรณีการใช้สิทธิต่อต้าน (Widerstandsrecht § 20 (4) GG)²⁴⁵ ผู้ใด มีความเห็นคัดค้านต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ผู้ที่เป็นพลเมืองชาวเยอรมันทุกคนนั้นมีสิทธิที่จะคัดค้านหากไม่มีวิถีทางอื่นที่จะแก้ไขได้ หรือ กรณีการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดากับบุตร (Züchtigungs- und Erziehungsrecht) หรือ กรณีหน้าที่ขัดกัน (Pflichtenkollision)²⁴⁶ โดยจำต้องเลือกที่จะกระทำได้เพียงหน้าที่เดียวเท่านั้น เช่น บิดาสามารถช่วยบุตรที่ติดอยู่ในอาคารที่เกิดเพลิงไหม้ออกมาได้เพียงคนเดียว กฎหมายยกเว้นให้ว่าการที่บิดาไม่สามารถช่วยบุตรอีกคนได้ไม่มีความผิดฐานละทิ้งตามกฎหมาย

3. ความชั่ว (Schuld/Culpability)²⁴⁷

เมื่อพิจารณาโครงสร้างของความผิดอาญาเรียงมาตามลำดับจากการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmäßigkeit) และความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) แล้วนั้น ก็มาถึงขั้นตอนการพิสูจน์สาระสำคัญประการที่สามของโครงสร้างของความผิดอาญาว่าด้วยเรื่อง “ความชั่ว” ของผู้กระทำว่าผู้กระทำมีความชั่วหรือไม่ กรณีนี้ หมายความว่า ผู้กระทำ

²⁴³ § 218 a (2) Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

²⁴⁴ §127 I StPO (1) Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen...

²⁴⁵ (4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

²⁴⁶ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. pp. 167 - 168.

²⁴⁷ Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. p. 197.

สมควรได้รับการตำหนิจากสังคมหรือไม่ โดยพิจารณาว่าขณะที่ผู้กระทำตัดสินใจกระทำความผิด ผู้
 นั้นมีความรู้ผิดชอบสามารถแยกแยะความผิดถูกผิดได้หรือไม่ ดังนั้น “ความชั่ว” จึงหมายถึง การตำหนิ
 ได้ของการกำหนดเจตจำนง²⁴⁸ (Schuld ist Vorwerfbarkeit der Willensbildung) ในกรณีที่ผู้กระทำ
 ไม่อาจรับรู้ได้ถึงการทำของตนว่ามีความผิดถูกอย่างไร ก็ไม่มีเหตุที่ผู้กระทำความผิดสมควรถูก
 ตำหนิ กฎหมายจึงไม่ลงโทษผู้กระทำเพราะเหตุว่าขาดความชั่วนั่นเอง “ความชั่ว” (Schuld) จึงเป็น
 เงื่อนไขและเปรียบเสมือนเป็นพื้นฐานของการลงโทษดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา
 เยอรมันมาตรา 46²⁴⁹ หลักการว่าด้วยความชั่วไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยตรงแต่แทรก
 อยู่ในใจความของบทบัญญัติว่าด้วยการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐของกฎหมายพื้นฐานแห่ง
 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundes Republik Deutschland [GG]/Basic Law
 of the Federal Republic of Germany) มาตรา 1(1)²⁵⁰ ว่าด้วย “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกละเมิดมิได้
 การคุ้มครองและปกป้องเป็นหน้าที่ของรัฐ” และมาตรา 2 (1)²⁵¹ ว่าด้วย “บุคคลทุกคนมีสิทธิในการ
 ใช้สิทธิและเสรีภาพได้อย่างอิสระ ตราบเท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น หรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่ง
 กฎหมายพื้นฐานของรัฐ หรือละเมิดต่อศีลธรรมอันดี” เหตุที่ต้องมีการพูดถึงหลักการว่าด้วยความชั่ว
 นี้ก็เพราะการลงโทษอาญานั้น เป็นสภาพบังคับที่มีความรุนแรงและกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็น
 มนุษย์ตลอดจนเสรีภาพ ในการลงโทษการกระทำความผิด คำพิงการกระทำครอบครองประกอบและ
 ความผิดกฎหมายจึงไม่เพียงพอ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาสอดคล้องกับหลักนิติรัฐจึงย่อม
 ต้องพิจารณาในเรื่อง “ความชั่ว” หรือ “การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง” ด้วย การพิจารณาใน
 ส่วนของ “ความชั่ว” นี้เป็นการพิจารณาถึงความสามารถของผู้กระทำความผิดในความรู้ผิดชอบที่
 จะสามารถแยกแยะความผิดถูกของการกระทำได้ เป็นการวิเคราะห์ถึงตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง
 ว่าบุคคลนั้นได้กระทำการลงไปโดยมีความรู้ผิดชอบหรือไม่ หากว่ารู้แล้วตัดสินใจกระทำความผิด
 ลง การกระทำย่อมสมควรถูกตำหนิ แต่หากไม่รู้ผิดชอบ ถือว่าปราศจากความชั่ว กฎหมายย่อมจะยก
 โทษให้เพราะบุคคลนั้นไม่สมควรถูกตำหนิ การพิจารณาถึงเรื่อง “ความชั่ว” อาจพิจารณาได้จาก
 ลักษณะ 4 ประการ ต่อไปนี้

²⁴⁸ คณิศ ฌ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 279.

²⁴⁹ § 46 (1) StGB พื้นฐานการลงโทษทางอาญา วางหลักว่า ความชั่วของผู้กระทำความผิด เป็นพื้นฐาน
 แห่งการลงโทษทางอาญา (Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.)

²⁵⁰ Art. 1 (1) GG “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist
 Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”.

²⁵¹ Art. 2 (1) GG “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht
 die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt”.

(1) อายุของผู้กระทำความผิด - เป็นการพิจารณาถึงความสามารถในการทำชั่ว (Schuldfähigkeit/Criminal Capacity) โดยพิจารณาที่อายุของบุคคล ด้วยเพราะอายุของบุคคลนั้นมี ส่วนสำคัญต่อความรู้ผิดชอบในการกระทำความผิด จากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 19²⁵² วางหลักให้ “เด็กอายุไม่เกินสิบสี่ปีกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ถือว่า เป็นผู้ขาดความสามารถในการทำชั่ว” และบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยคดีเด็กและเยาวชน (Jugendgerichtsgesetz/Youth Courts Law [JGG]) มาตรา 3²⁵³ วางหลักให้ “เด็กอายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปีมีความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อเมื่อในขณะที่กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็น ความผิด มีความรู้ผิดชอบและเข้าใจเพียงพอว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อปรับปรุง พฤตินิสัยที่ยังไม่มีวุฒิภาวะ ศาลอาจสั่งให้มีการใช้มาตรการเพื่อการฟื้นฟูเช่นเดียวกับศาล ครอบครัว” และบทบัญญัติมาตรา 1 (2) วางหลักว่า “หากผู้กระทำเป็นเยาวชน (Heranwachsender/ Adolescent) อายุไม่น้อยกว่า 18 ปี แต่ต่ำกว่า 21 ปีให้ศาลพิจารณาความรู้ผิดชอบเช่นเดียวกับ ผู้ใหญ่” กฎหมายใช้เรื่องอายุเป็นตัวกำหนดความสามารถในการทำชั่วของบุคคลเพราะมีแนวคิด ว่าบุคคลที่มีอายุน้อย ย่อมมีความรู้ผิดชอบอย่างจำกัด ไม่สามารถแยกแยะความผิดชอบชั่วดีได้ เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ ดังนั้น เมื่อกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด กฎหมายย่อมสันนิษฐานได้ ว่าปราศจากความชั่ว

(2) ความบกพร่องทางจิตของผู้กระทำความผิด - กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด โดยมีจิตบกพร่อง เพราะเชื่อว่าบุคคลเหล่านั้น ไม่สามารถรู้ผิดชอบในสิ่งที่ตนได้กระทำลงไปได้ ซึ่ง ความบกพร่องของสภาวะแห่งจิตนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

2.1) กรณีความบกพร่องจากความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำความผิดเป็น ความผิดปกติของสภาวะในทางชีวภาพประกอบเข้ากับสภาวะในทางจิตภาพ ดังบทบัญญัติ

²⁵² § 19 StGB Schuldunfähigkeit des Kindes “Schuldunfähig ist, wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist”.

²⁵³ § 3 (JGG) Verantwortlichkeit ความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กและเยาวชน
Ein Jugendlicher ist strafrechtlich verantwortlich, wenn er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Zur Erziehung eines Jugendlichen, der mangels Reife strafrechtlich nicht verantwortlich ist, kann der Richter dieselben Maßnahmen anordnen wie das Familiengericht.

มาตรา 20²⁵⁴ ความว่า “ผู้ใด ขณะกระทำความผิดมีจิตบกพร่อง ขาดความสามารถรู้ผิดชอบอย่างสิ้นเชิง มีจิตฟั่นเฟือน มีจิตผิดปกติอย่างรุนแรง ผู้นั้นกระทำโดยปราศจากความชั่ว” สภาพความบกพร่องทางชีวภาพได้แก่ ความผิดปกติทางจิตที่เกิดจากพยาธิสภาพทางกาย (Krankhafte seelische Störung/Pathological Mental Disorder) การขาดความสามารถรู้ผิดชอบอย่างสิ้นเชิง (Tiefgreifende Bewusstseinsstörungen/ Profound Consciousness Disorder) ความบกพร่องทางปัญญา (Schwachsinn/ Debility) จิตผิดปกติอย่างรุนแรง (Schwere seelische Abartigkeiten/Serious Mental Abnormality) จากสภาวะทางชีวภาพทำให้สภาวะทางจิตภาพของผู้กระทำขาดความระลึกรู้ (Fehlende Einsichtsfähigkeit) และขาดความสามารถในการควบคุม (Fehlende Steuerungsunfähigkeit) เมื่อผู้กระทำมีจิตบกพร่อง ฟั่นเฟือนไม่สามารถรู้และเข้าใจการกระทำของตนเองได้ เป็นความบกพร่องถึงขนาดจึงทำให้ผู้นั้นขาดความสามารถในการทำชั่วโดยสิ้นเชิง

2.2) ความมีนเมา กฎหมายวางหลักไว้เพื่อไม่ให้บุคคลอ้างความมีนเมาขึ้นเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้ตนเองไม่ต้องรับโทษตามกฎหมายเนื่องจากความมีนเมาไว้ในบทบัญญัติมาตรา 323 a (1)²⁵⁵ ซึ่งวางหลักว่า “ผู้ใดเจตนาหรือประมาท ทำให้ตนเองตกอยู่ในสภาพมีนเมาโดยเสพยาสุราหรือสิ่งมีนเมาอย่างอื่น เมื่อผู้นั้นกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในขณะที่มีนเมาและด้วยเหตุนี้ทำให้ตนไม่อาจถูกลงโทษเพราะขาดความชั่ว จักต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือโทษปรับสำหรับความผิดนั้น”

(3) ความไม่รู้กฎหมาย - เหตุผลข้อที่ว่า “ความไม่รู้ข้อกฎหมาย ไม่เป็นข้อแก้ตัวนั้น” แสดงให้เห็นว่า บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมาย เพื่อให้ตนเองพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญามีได้ แต่ต่อมาเมื่อกฎหมายมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น นอกเหนือไปจากความผิดถูกทางศีลธรรมแล้วยังมีเรื่องของกฎหมายเทคนิคซึ่งประชาชนอาจไม่สามารถรู้ได้ ดังนั้น บทบัญญัติของกฎหมายจึงพัฒนาปรับเปลี่ยนไปดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 17 ว่า “การที่บุคคลใดเข้าใจผิดไปว่าสิ่งที่ตนกระทำ

²⁵⁴ § 20 (StGB) Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen การขาดความสามารถในการทำชั่ว เพราะเหตุความบกพร่องแห่งจิต Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

²⁵⁵ § 323a (1) StGB “Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berausende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist”.

นั้นไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หากไม่สามารถคาดคิดเป็นอย่างอื่นได้อย่างแท้จริง กฎหมายจึงไม่ถือว่าเป็นความผิดเพราะผู้กระทำขาดความชั่ว” การที่บุคคลเข้าใจว่าสิ่งที่ตนทำไม่ผิดกฎหมาย นั่นก็เพราะบุคคลนั้นไม่รู้ข้อกฎหมาย กฎหมายจึงอนุโลมและให้อภัยกับการกระทำนั้น

(4) ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย (Entschuldigender Notstand) - เป็นเรื่องที่อยู่ในสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 3 แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นความผิดกฎหมายแต่ผู้กระทำได้กระทำความผิดนั้นด้วยความจำเป็น กฎหมายจึงให้อภัยไม่ลงโทษ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 35 (1)²⁵⁶ StGB ความว่า “ผู้ใดกระทำการด้วยความจำเป็น เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายอันอาจเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพ กระทำโดยปราศจากความชั่ว” การกระทำความผิดเพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตรายนี้ กฎหมายเห็นว่าผู้กระทำมีความจำเป็นซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงด้วยวิธีอื่นได้จึงจำต้องกระทำความผิด กฎหมายพิจารณาที่เจตจำนงในลักษณะที่คล้ายกับการป้องกัน แต่แตกต่างกันตรงที่ว่า “การป้องกัน” เป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด เพราะมีการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายเกิดขึ้นก่อน แต่กรณีจำเป็นว่าด้วยเรื่องการหลีกเลี่ยงภัยอันตรายต่างๆ ไป กฎหมายจึงถือเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ ข้อสังเกตอีกประการเกี่ยวกับกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้บุคคลเพราะเหตุไม่สมควรถูกดำเนินคดีตามลักษณะต่างๆ นี้ หากเป็นกรณีความไม่รู้ข้อผิดถูกที่ผู้กระทำตกอยู่ในสภาพที่ไม่อาจรู้ถึงข้อผิดถูกในการกระทำได้ เช่น กระทำตามคำสั่งของเจ้านักงาน ตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมันไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากความชั่ว หรือเป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ แต่ถือเป็นเรื่องของ “ความสำคัญผิดในอำนาจกระทำ” (Erlaubnistatbestandsirrtum/Mistake of Consent) ซึ่งอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายในของโครงสร้างของความผิดอาญาข้อแรก เป็นการนำบทบัญญัติว่าด้วยการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 16 (StGB) มาปรับใช้ ถือเป็นความสำคัญผิดที่ทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบ คือ ขาดเจตนาตั้งแต่แรกหาใช่ขาดความชั่วไม่

ดังที่ได้กล่าวมา เมื่อการกระทำใดต้องด้วยองค์ประกอบของข้อสาระสำคัญตามโครงสร้างของความผิดอาญา (Die drei Elemente des Deliktsaufbaus/The three Elements of

²⁵⁶ § 35 (StGB) Entschuldigender Notstand ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย

(1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld...

Structure of Crime) ครบทั้งสามประการแล้ว การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดอาญา (Straftat/Crime) ฉะนั้น ในการพิจารณาการกระทำความผิดอาญาทุกๆ ฐานจึงต้องประกอบไปด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการนี้เสมอ คือ การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit/Fulfillment of all offense elements as defined in the statute) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness) และความชั่ว (Schuld/Culpability) หากขาดข้อสาระใดไปแม้เพียงข้อหนึ่งย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา โดยข้อสาระสำคัญทั้งสามที่เรียงลำดับอย่างเป็นเหตุเป็นผลนี้ หากในการพิจารณา การกระทำใดที่ไม่เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ย่อมไม่ต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญประการอื่นต่อไป หากการกระทำใดครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วแต่การกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือมีเหตุที่ผู้กระทำความผิดได้ ย่อมไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงเรื่องของความชั่ว แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิสูจน์ได้โดยสิ้นข้อสงสัยผ่านหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาเรียงตามลำดับว่าการกระทำเป็นความผิดอาญา (Straftat/Crime) แล้ว ต่อมาในส่วนของการลงโทษผู้กระทำความผิดยังคงต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงบางประการ หรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรงซึ่งอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาอันเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษและปรากฏอยู่เฉพาะในบางฐานความผิด เงื่อนไขแห่งการลงโทษที่เป็นข้อเท็จจริงซึ่งอยู่นอกโครงสร้างนี้ได้แก่

(1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย (Objektive Bedingung der Strafbarkeit/Objective Condition of Criminality)²⁵⁷ หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรงอันมีลักษณะเป็นเงื่อนไขในการลงโทษ เป็นเนื้อหาของบทบัญญัติที่กำหนดถึงเงื่อนไขแห่งการลงโทษซึ่งปรากฏอยู่ในความผิดเฉพาะบางฐานแต่ไม่ใช่องค์ประกอบภายนอก²⁵⁸ เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัยเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาเป็นข้อเท็จจริงที่จำเป็นต้องมี มิฉะนั้นจะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนั้นได้ ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงกรณีความผิดฐานหมิ่นประมาทในส่วนของบทบัญญัติที่ว่า “ทำให้ผู้อื่นถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังจากความเห็นสาธารณะ” ถือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย เพราะการกระทำ

²⁵⁷ Heinrich, H. J. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. pp. 554 - 560.

²⁵⁸ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p.58.

“Objektive Strafbarkeitsbedineungen werde solche Merkmale eines Strafgesetzes genannt, deren Verwirklichung zwar Voraussetzungen der Strafbarkeit eines Verhaltens ist, die aber nicht Gegenstand der subjektiven Zurechnung sind”.

ความผิดฐานหมิ่นประมาท (มาตรา 186 StGB)²⁵⁹ วางหลักว่า “ผู้ใดอ้างถึงหรือเผยแพร่ข้อเท็จจริงของผู้อื่น ทำให้ผู้อื่นถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังจากความเห็นสาธารณะ เมื่อข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นมีใช่ความจริง ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีและโทษปรับ...” ทำให้ลำพังการอ้างถึงหรือการเผยแพร่อย่างเดียวยังไม่ถือเป็นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่จะผิดได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้นั้นถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังจากความเห็นสาธารณะด้วย หรือตัวอย่างอีกประการ คือ การกระทำความผิดอาญาด้วยความมีเมมา (มาตรา 323 a StGB (1))²⁶⁰ ในส่วนของบทบัญญัติที่ว่า “...เมื่อผู้นั้นกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในขณะที่มีเมมาและด้วยเหตุนี้ทำให้ตนไม่อาจถูกลงโทษเพราะขาดความชั่ว...” ถ้อยคำที่ว่าในขณะที่มีเมมาถือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัยที่จะสามารถทำให้ลงโทษผู้กระทำความผิดตามมาตรา 323 a (1) StGB ได้

เมื่อวิเคราะห์กฎหมายอาญาด้วยเหตุผลทางทฤษฎีแล้วจะทำให้เห็นได้ว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย” เป็นเสมือนเหตุลักษณะคดีในบางฐานความผิดที่เป็นเหตุผลพิเศษในการลงโทษผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคน และในการแยก “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย” ออกจากส่วนขององค์ประกอบภายนอกในสาระสำคัญข้อแรกของโครงสร้างของความผิดอาญาว่าด้วย “การกระทำความผิดขององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” นั้น มาจากเหตุผลที่ว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย” เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำมีจำต้องรู้ เพียงแต่การครอบครององค์ประกอบของความผิดอาญาและครบในส่วนการมีอยู่ของเงื่อนไขการลงโทษตามบทบัญญัติก็ถือว่าได้กระทำความผิดและถูกลงโทษได้แล้ว ทั้งนี้เนื่องจากในความเป็นจริงกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่มีความพิเศษเฉพาะจึงได้มีบทบัญญัติถึงเงื่อนไขการลงโทษทางภาววิสัยไว้ในบางฐานความผิดเท่านั้น หากไปกำหนดว่าเงื่อนไขทางภาววิสัยอยู่ในส่วนขององค์ประกอบภายนอกแล้ว ผู้กระทำย่อมอ้างว่าตนไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดทำให้เกิดปัญหาว่าผู้กระทำขาดเจตนาและทำให้กฎหมายไม่สามารถลงโทษผู้นั้นได้ และ

²⁵⁹ § 186 StGB Üble Nachrede (การหมิ่นประมาท)

Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe...

²⁶⁰ § 323 a (1) (StGB)

..., wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist.

ด้วยเหตุนี้ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย” จึงเป็นเงื่อนไขการลงโทษที่ปรากฏอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญานั้นเอง

แต่อย่างไรก็ตามความเห็นในทางวิชาการนิติศาสตร์ปัจจุบันนี้ ได้จัดวาง “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย” เข้าไว้ในกรอบของโครงสร้างของความผิดอาญาในส่วนของ “การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ”²⁶¹ ต่อจากองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน เนื่องจากมิได้ทำให้เกิดบทบาทที่แตกต่างกันนักกับการจัดวางไว้ นอกโครงสร้างฯ แต่อธิบายได้ว่า ทำให้เกิดข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ การจัดวางเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัยไว้ นอกโครงสร้างของความผิดอาญา จะทำให้เห็นภาพที่ชัดเจนว่า ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว มิใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ผู้กระทำจำเป็นต้องรู้เพื่อพิสูจน์เจตนาหรืออุปสรรค แต่ข้อเสีย คือ หากพิสูจน์ภายหลังนอกโครงสร้างความผิด เมื่อพิสูจน์โดยละเอียดแล้วพบว่า ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงดังเงื่อนไขกำหนดไว้ จะทำให้การพิสูจน์ที่ผ่านมาสูญเปล่า ดังนั้น การจัดวางไว้และพิสูจน์ภายใน โครงสร้างของความผิดอาญาจึงเหมาะสมผลมากกว่า

ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับแนวความเห็นดังกล่าว เพราะเมื่อลองนำมาปรับใช้กับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาทั้งของไทยและเยอรมันจะพบว่า เป็นข้อเท็จจริงที่จำเป็นต้องมี มิฉะนั้นจะลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีนั้นมิได้ เช่น การกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท (§ 186 StGB) ในส่วนของบทบัญญัติที่ว่า “ทำให้ผู้อื่นถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังจากความเห็นสาธารณะ” ถือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย เนื่องจากลำพังการอ้างถึงหรือการเผยแพร่ อย่างเดียวยังไม่ถือเป็นการกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่จะผิดได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้อื่นนั้นถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังจากความเห็นสาธารณะด้วย หรือ กรณีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้แทนรัฐต่างประเทศ ตามมาตรา 131 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย การเป็นผู้แทนของรัฐต่างประเทศ “ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่ราชสำนัก” เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ แต่ต้องมีจึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ หากจัดวาง “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย” ไว้ นอกโครงสร้างแล้วพิสูจน์ภายหลัง ปรากฏว่าข้อเท็จจริงมิได้เป็นไปตามเงื่อนไข ตามกรณีของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน คือ ผู้ถูกกระทำไม่ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังจากความเห็นสาธารณะ หรือ ประมวลกฎหมายอาญาของไทย คือ ผู้ถูกกระทำไม่ได้เป็นผู้แทนของรับต่างประเทศซึ่งได้รับแต่งตั้งให้มาสู่ราชสำนัก จะทำให้การพิสูจน์ที่ผ่านมาไม่เกิดประโยชน์ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรนำ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย” ไปจัดวางไว้ภายใน โครงสร้างของความผิด

²⁶¹ Kindhäuser, U. (2007). *Strafrecht Besonderer Teil I*. p. 124.

อาญาและพิสูจน์ให้ได้คำตอบในข้อสาระประการแรก “การกระทำขององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ”

(2) เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว (Persönlicher Ausnahmen von Strafbarkeit)²⁶² หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาและเป็นข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว²⁶³ เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเป็นเหตุผลที่ใช้ยกเว้นโทษให้ผู้กระทำความผิดเฉพาะบุคคล เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา ซึ่งมีองค์ประกอบของความผิดแต่เป็นเหตุที่ทำให้ความสมควรลงโทษหมดไปแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

2.1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว (Persönliche Strafausschließungsgründe) คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีอยู่ในเวลากระทำความผิดอันมีผลทำให้ห้ามลงโทษผู้กระทำความผิด เช่น การแสดงความเห็นในรัฐสภา (มาตรา 36 StGB)²⁶⁴ ซึ่งวางหลักให้ความคุ้มครองการแสดงความคิดเห็นของผู้แทนและสมาชิกแห่งสภาของสหพันธ์ในสมัยประชุม ในการแสดงออกซึ่งความเห็น การแถลงข้อเท็จจริง การกล่าวอ้าง การออกเสียงลงคะแนน กฎหมายถือเป็นเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวเพราะถือเป็นการให้ออกสิทธิ์เพื่อคุ้มครองผู้แทนตามรูปแบบการปกครองแบบประชาธิปไตยหรือ บทบัญญัติว่าด้วยการทำแท้ง (มาตรา 218 (4) StGB)²⁶⁵ ซึ่งวางหลักคุ้มครองโดยการห้ามลงโทษหญิงที่ตั้งครรภ์ในความผิดฐานพยายามทำแท้ง

2.2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว (Persönliche Strafaufhebungsgründe) คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด และเป็นข้อเท็จจริง หรือเหตุการณ์ที่มีผลย้อนหลังไปยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด เช่น การถอนตัวจากการกระทำความผิด

²⁶² Heinrich, H. J. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. pp. 551 - 553.

²⁶³ คณิต ฒ นกร. (2553). *โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea : พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*. หน้า 35. และ Jescheck, Hans Heinrich. (1978). *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. หน้า 446.

²⁶⁴ § 36 StGB Parlamentarische Äußerungen (การแสดงความเห็นในที่ประชุมสภา)
Mitglieder des Bundestages, der Bundesversammlung oder eines Gesetzgebungsorgans eines Landes dürfen zu keiner Zeit wegen ihrer Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die sie in der Körperschaft oder in einem ihrer Ausschüsse getan haben, außerhalb der Körperschaft zur Verantwortung gezogen werden...

²⁶⁵ § 218 StGB Schwangerschaftsabbruch (การทำแท้ง)

...(4) Der Versuch ist strafbar. Die Schwangere wird nicht wegen Versuchs bestraft.

(มาตรา 24 StGB²⁶⁶ และมาตรา 31 STGB)²⁶⁷ วางหลักให้ความคุ้มครองกับผู้ที่ยกมือหรือยับยั้งการกระทำความผิดก่อนความผิดสำเร็จให้ไม่ต้องรับโทษในฐานะพยายามกระทำความผิดเพราะการกลับใจทำดีสมควรได้รับการให้อภัย

ในส่วนของ “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวและเหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” ผู้เขียนเห็นด้วยในการจัดวางไว้ นอกโครงสร้างของความผิดอาญาเพราะเป็นเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการลงโทษโดยตรง จึงพิจารณาต่อท้ายจาก “ความชั่ว” เพราะถือว่าการกระทำได้ครบตามข้อสาระแห่งการพิสูจน์ทุกประการแล้ว การกระทำเป็นความผิดอาญาจึงต้องว่าด้วยเรื่องของความสมควรลงโทษ Strafausschließung²⁶⁸

²⁶⁶ § 24 StGB Rücktritt (การถอนตัวจากการกระทำความผิด)

(1) Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er strafflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern.

²⁶⁶ § 24 StGB Rücktritt (การถอนตัวจากการกระทำความผิด) (ต่อ)

(2) Sind an der Tat mehrere beteiligt, so wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Jedoch genügt zu seiner Strafflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn sie ohne sein Zutun nicht vollendet oder unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird.

²⁶⁷ § 31 StGB Rücktritt vom Versuch der Beteiligung (การถอนตัวจากการร่วมกระทำความผิด)

(1) Nach § 30 wird nicht bestraft, wer freiwillig

1. den Versuch aufgibt, einen anderen zu einem Verbrechen zu bestimmen, und eine etwa bestehende Gefahr, daß der andere die Tat begeht, abwendet,
2. nachdem er sich zu einem Verbrechen bereit erklärt hatte, sein Vorhaben aufgibt oder,
3. nachdem er ein Verbrechen verabredet oder das Erbieten eines anderen zu einem Verbrechen angenommen hatte, die Tat verhindert.

(2) Unterbleibt die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden oder wird sie unabhängig von seinem früheren Verhalten begangen, so genügt zu seiner Strafflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Tat zu verhindern.

²⁶⁸ Heghmanns, Michael. (2009). *Strafrecht für alle Semester Besonderer Teil*. pp. 17, 106. ;

Otto, Harro. (2004). *Grundkurs Strafrecht, AT*. p. 288.

สรุปได้ว่า โครงสร้างของความผิดอาญา (Deliktsaufbau/Structure of Crime) หมายถึง การลงโทษการกระทำโดยใช้ “โครงสร้างของความผิดอาญา” เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบ ซึ่งในการตรวจสอบนั้นจะต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ

(1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ - โดยพิจารณาว่า การกระทำที่เกิดขึ้นนั้นครบองค์ประกอบของความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ องค์ประกอบของความผิดประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอก คือ ส่วนของผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล รวมถึงคุณธรรมทางกฎหมายและองค์ประกอบภายใน คือ ส่วนของจิตใจ อันได้แก่ เจตนา ประมาท และมูลเหตุชกใจ ทั้งนี้การลงโทษบุคคลในทางอาญาต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดเท่านั้น ตามหลักประกันของกฎหมายอาญาที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีการลงโทษ”²⁶⁹ เมื่อพิสูจน์ได้แล้วว่าการกระทำครบถ้วนตามองค์ประกอบทั้งภายนอกและภายในแล้ว ในบางฐานความผิดจึงพิจารณาถึงพฤติการณ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดอันเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย

(2) ความผิดกฎหมาย - โดยพิจารณาว่าการกระทำเป็นความผิดตามกฎหมาย หรือ มีเหตุยกเว้นความผิด หรือ มีเหตุยกเว้นโทษซึ่งทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดจากจารีตประเพณี หรือจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ หรือจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้หรือไม่

(3) ความชั่ว - คยพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดสมควรได้รับการดำเนินหรือไม่ เช่น เด็กที่มีอายุไม่เกิน 14 ปี ในขณะที่กระทำความผิด บุคคลที่มีจิตบกพร่อง

ข้อสาระสำคัญทั้งสามประการนี้ ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาทุกมาตรา ย่อมมีข้อสาระสำคัญที่เหมือนกัน หากขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดไป แม้เพียงประการเดียว ก็จะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญาและย่อมไม่อาจลงโทษการกระทำนั้นได้²⁷⁰ หากพิจารณาแล้วว่าการกระทำไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตั้งแต่สาระข้อแรกก็ไม่ต้องพิจารณาต่อในส่วนของสาระสำคัญประการที่สองว่าด้วยความผิดกฎหมาย หากการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายแต่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายก็ไม่ต้องพิจารณาต่อว่าในส่วนของสาระสำคัญประการที่สามว่าบุคคลควรถูกดำเนินในการที่ได้กระทำหรือไม่ จากประเด็นสำคัญที่ว่าในทุกๆ การกระทำความผิดที่เกิดขึ้น ในความผิดอาญาทุกๆ ฐานย่อมต้องถูกพิจารณาวินิจฉัยด้วย

²⁶⁹ มาตรา 1 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน บัญญัติว่า “ไม่มี การลงโทษโดยปราศจากกฎหมาย” การกระทำจักถูกลงโทษต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติบทลงโทษไว้ชัดเจนก่อนการกระทำนั้นเกิดขึ้น §1 StGB “Keine Strafe ohne Gesetz” Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

²⁷⁰ คณิศ ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 119.

กระบวนการที่มีกฎเกณฑ์เดียวกันนี้ เมื่อสิ้นข้อสงสัยในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาแล้วจึงค่อยพิจารณาเหตุแห่งการสมควรลงโทษตามข้อเท็จจริงซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดอันเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวอีกครั้งก่อนการลงโทษเพื่อให้กระบวนการในทางอาญาดำเนินไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมมากที่สุด รายละเอียดประการต่างๆ ทั้งทางรูปแบบและทางเนื้อหาของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันถือเป็นข้อพิสูจน์ได้ว่าแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายอาญาของเยอรมันนั้น มีความเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบ เป็นเหตุเป็นผล เป็นการกลั่นกรองอย่างเป็นขั้นเป็นตอน กระชับรัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมาย มีความสอดคล้องทั้งกับระบบประมวลกฎหมายของประเทศและนิติวิธีของระบบกฎหมายตลอดจนมีความสมบูรณ์ในทางวิชาการมากที่สุด

บทที่ 5

วิเคราะห์เปรียบเทียบสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญา

“โครงสร้างของความผิดอาญา” (Structure of Crime) เปรียบเสมือนหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาของบุคคล เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าการกระทำจักเป็นความผิดตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้หรือไม่ และบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาหรือไม่ โครงสร้างของความผิดอาญาของแต่ละประเทศมีทั้งความแตกต่างและความคล้ายคลึงกันที่มาจากแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และภูมิหลังของแต่ละประเทศ จากการศึกษาค้นคว้าและนำเสนอในคดียุติพนธ์เล่มนี้ทำให้เห็นได้ว่าประเทศไทยเองได้รับผลกระทบต่อกระบวนการคิดหลายประการมาจากแนวทางของกฎหมายอาญาตะวันตกทั้งจากประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ จากประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่แนวทางที่มีผลต่อการวางหลักเกณฑ์ในข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญา คือ แนวทางความคิดของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ในการศึกษาเปรียบเทียบต่อไปนี้จะเน้นการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน (Deutscher Deliktsaufbau/German Structure of Crime) ซึ่งมีแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาที่เป็นหลักเกณฑ์พิสูจน์การกระทำอย่างเป็นระบบเป็นหลักสำคัญ

แนวความคิดเกี่ยวกับโครงสร้างของความผิดอาญาของประเทศไทยและของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น มีความคล้ายคลึงกันมากในรายละเอียดหลายประการและในบางองค์ประกอบนั้นแทบจะไม่แตกต่างกันจนอาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดในทางกฎหมายอาญาของประเทศไทยเองนั้นก็ได้รับการพัฒนาไปอย่างกว้างขวางและมีความเป็นสากลกว่าแต่ก่อนมาก มุมมองของนักกฎหมายเองก็เข้าใจถึงหลักเกณฑ์ของระบบกฎหมายและนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายในภาพที่กระจ่างชัดมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามในบทบัญญัติภาคทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยก็มิได้มีการกำหนดไว้หรือแสดงให้เห็นโดยตรงถึงเรื่องโครงสร้างของความผิดอาญา²⁷¹ การใช้กฎหมายในทางปฏิบัติก็มิได้ให้ความสำคัญกับการวินิจฉัยความผิดอาญาอย่างเป็นระบบมากนัก เมื่อการวิเคราะห์การกระทำขาดความชัดเจนและความเชื่อมโยงอย่างเป็นระบบจึงเป็นต้นเหตุแห่งปัญหา ในการจัดทำคดียุติพนธ์เล่มนี้จึงมีความมุ่งมั่นที่จะศึกษาค้นคว้าถึง “โครงสร้างของ

²⁷¹ คณิศ ฌ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 111.

ความผิดอาญา” ตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมันโดยละเอียด ทั้งในส่วนของความหมาย แนวคิดความเป็นมาในการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาแต่ละลำดับชั้น หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการกระทำโดยปรับข้อเท็จจริงเข้ากับโครงสร้างของความผิดอาญา การวิเคราะห์รายละเอียดในแต่ละองค์ประกอบที่ทำให้การกระทำเป็นความผิดอาญาหรือไม่ครบองค์ประกอบที่จะถือเป็นความผิดอาญา รวมถึงเงื่อนไขแห่งการลงโทษซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาและท้ายที่สุดการสรุปผลปลายทางว่าผู้กระทำสมควรที่จะได้รับการดำเนินคดีโดยการลงโทษหรือไม่ จากการศึกษาประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Deutsches Strafgesetzbuch/German Criminal Code [StGB]) และแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญาเยอรมันมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและยาวนานจนเป็นระบบอันมีเหตุผลสอดคล้องกันในแต่ละขั้นตอนของการวินิจฉัยการกระทำ ดังนั้น การศึกษาโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันให้เข้าใจอย่างถ่องแท้จึงน่าจะเป็นแนวทางที่สำคัญซึ่งทำให้สามารถกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาที่ชัดเจนเป็นรูปธรรมมากขึ้นในกฎหมายอาญาของไทยได้ อนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับภารกิจที่สำคัญของวิชานิติศาสตร์ไว้ว่า “การกำหนดรู้เรื่องโครงสร้างของความผิดอาญานี้ มิใช่เพียงการจัดระบบกำหนดรู้เอาตามใจชอบ แต่ต้องเป็นการจัดระบบ กำหนดรู้ที่สามารถยืนยันความถูกต้องในทางวิชาการของวิชานิติศาสตร์ได้ด้วย กล่าวคือ การจัดระบบนั้นจะต้องนำมาซึ่งความชัดเจนและปราศจากข้อโต้แย้ง” และด้วยเหตุที่ “วิชานิติศาสตร์เป็น “ศาสตร์ในทางปฏิบัติ” (Normwissenschaft/Normative Science) จึงไม่อาจทำการศึกษาวิจัยโดยใช้การสังเกตและการทดลองดังเช่นวิชาวิทยาศาสตร์ แต่การศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์จะกระทำโดยการยืนยันว่าวิชานิติศาสตร์มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันเป็นระบบอย่างไร”²⁷²

การเลือกที่จะนำแนวความคิดที่เป็นระบบ มีความชัดเจน สามารถยืนยันความถูกต้องได้ โดยปราศจากข้อโต้แย้งมาเป็นแบบอย่างในการกำหนดโครงสร้างนั้นจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง แต่สถานการณ์นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันแนวคิดและแนวทางคำอธิบายเรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Deliktsaufbau/Structure of Crime) ในประเทศไทยมีการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันไปด้วยสาเหตุประการหลักมาจากการที่นักกฎหมายของไทยสำเร็จการศึกษาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกันทั้งจากประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา และทั้งจากประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายในภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี นักศึกษากฎหมายที่จบการศึกษาจากต่างประเทศต่างก็ได้รับอิทธิพลทางความคิดที่แตกต่างกันมา แล้วนำแนวทางเหล่านั้นมาอธิบายต่อตามอย่างที่ตนได้ศึกษา อย่างไรก็ตามการนำเอาแนวความคิดของต่างประเทศมาใช้กับการอธิบายกฎหมายไทย

²⁷² แหล่งเดิม.

โดยตรงนั้น อาจไม่ได้ผลที่ดีที่ถูกเสียทีเดียว ด้วยเหตุเพราะความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ วิธีชีวิต ตลอดจนแนวความคิดนั้นแตกต่างกัน เมื่อความเชื่อมโยงจากประวัติศาสตร์นำไปสู่วิถีแห่งความคิด รากฐานทางความคิดของคนไทยและคนต่างชาติจึงแตกต่างกันอย่างแน่นอน เราจึงต้องมีสติอยู่เสมอในการเลือกที่จะรับและเลือกที่จะรักษาแนวความคิดที่ดีที่มีอยู่แต่เดิมไว้ โดยการนำแนวคิดที่ดีของต่างประเทศมาเป็นแบบอย่างและกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาของไทยเราขึ้นมาเอง มิใช่โดยการหลับหูหลับตาเลียนแบบ ยกเอาของประเทศอื่นเขามาเป็นของเรา ดังนั้น เพื่อสรุปภาพกระบวนการคิดให้มีความชัดเจนเพื่อที่จะนำไปสู่การกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาในกฎหมายไทยจึงจะทำการเปรียบเทียบสาระสำคัญในโครงสร้างของความคิดอาญาตามกฎหมายเยอรมันและตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยโดยละเอียดตามลำดับต่อไปนี้

5.1 โครงสร้างของความคิดอาญาตามกฎหมายเยอรมัน

จากการนำเสนอรายละเอียดเกี่ยวกับที่มา แนวคิด ทฤษฎี วิชาพัฒนาการและหลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบของโครงสร้างของความคิดอาญาเยอรมันในบทที่ผ่านมาแล้วนั้นทำให้เห็นประจักษ์ได้ว่า วิชานิติศาสตร์ในประเทศเยอรมนี เป็นวิชาที่เจริญรุ่งเรืองที่สุดและได้แพร่หลายไปทั่วโลก เป็นแกนกลางและศูนย์กลางซึ่งเชื่อมแนวความคิดในทางวิชาการอื่นๆ อีกมากมาย²⁷³ การวางหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญาเกิดขึ้นมิใช่แต่โดยยี่ดื้อจากการปฏิบัติสืบเนื่องต่อกันมา หรือจากแนวความคิดในการลงโทษเพียงเท่านั้น แต่ยังผ่านกระบวนการคิดที่เป็นศาสตร์อันเป็นเหตุเป็นผล มีความละเอียดลึกซึ้ง เป็นระบบที่สามารถอ้างอิงถึงกันจนทำให้กฎหมายอาญาเยอรมันมีรากฐานแนวความคิดและโครงสร้างที่ชัดเจน

โครงสร้างของความคิดอาญาเยอรมัน (Deutscher Deliktsaufbau/German Structure of Crime) มีองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit/Fulfillment of all offense elements as defined in the statute)
2. ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness)
3. ความชั่ว (Schuld/Culpability)

การที่โครงสร้างของความคิดอาญาเยอรมันต้องมีข้อสาระสำคัญ 3 ประการนั้น เนื่องด้วยองค์ประกอบในข้อสาระสำคัญแต่ละข้อเป็นพื้นฐานของการกระทำความคิดอาญา โทษในทางอาญา และสอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญาซึ่งเป็นแนวทางที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ ในการพิจารณาจึงต้องพิสูจน์เรียงตามลำดับของโครงสร้างทั้ง 3 ประการ เพื่อให้การพิสูจน์

²⁷³ Störig, H. J. (2007). *Kleine Weltgeschichte der Wissenschaft*. Fischer Taschenbuch Verlag.

เป็นไปโดยเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบ เริ่มด้วยสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาว่า “การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” หรือไม่ หากในการพิจารณา การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน จึงค่อยพิจารณาในส่วนของข้อสาระลำดับถัดไปเรื่อง “ความผิดกฎหมาย” หากแม้การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แต่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด การพิสูจน์ย่อมยุติลง ในขั้นตอนนี้ เพราะบุคคลจักต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อกฎหมายที่ใช้ขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิด เมื่อมีกฎหมายยกเว้นความผิดแล้ว ย่อมเท่ากับว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย หรือถือว่าเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ แต่หากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยยกเว้นความผิดย่อมต้องพิจารณาต่อเนื่องไปในข้อสาระสำคัญข้อสุดท้ายคือ “ความชั่ว” การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและไม่มีเหตุยกเว้นความผิด แต่หากพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำได้กระทำลงโดยปราศจากความสมควรถูกตำหนิได้ของเจตจำนง การกระทำย่อมไม่เป็นความผิดอาญา ผู้นั้นย่อมไม่ต้องรับโทษ

ในการพิจารณาตรงจุดนี้ต้องระวังว่าตามแนวโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน การกระทำจะเป็นความผิดอาญาที่ต่อเมื่อครบตามข้อสาระสำคัญของโครงสร้างทั้ง 3 ประการแล้วเท่านั้น การกระทำโดยปราศจาก “ความชั่ว” เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่ครบองค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญา แต่อย่างไร “ความชั่ว” ไม่ใช่เหตุยกเว้นโทษให้แก่ความผิด แต่เป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับโทษ แม้ผลคือการไม่ต้องรับโทษซึ่งดูไม่แตกต่างจากแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย หรือ โครงสร้าง ความรับผิดชอบทางอาญาของศาสตราจารย์ ดร.เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ แต่แนวความคิด ก็แตกต่างกัน เพราะตามแนวทางของไทยเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติใน โครงสร้างข้อแรก และไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดการกระทำก็ถือเป็นความผิดแล้ว ตัวอย่างเช่น กรณีเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปีกระทำความผิด ตามบทบัญญัติมาตรา 73 ประมวลกฎหมายอาญาวางหลักว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ” เพราะฉะนั้นแนวทางของไทยขณะนี้ เด็กกระทำความผิดก็ยังคงเป็นความผิด เพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ส่วนตามโครงสร้างของเยอรมัน เมื่อเด็กกระทำความผิดย่อมเท่ากับปราศจากความชั่ว ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา เด็กจึงไม่ต้องรับโทษซึ่งตัวอย่างของกระบวนการคิดเช่นนี้ สะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนว่าแนวคิดในการกำหนด โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันมีความละเอียดลึกซึ้งมาก และนอกจากนั้นด้วยเหตุที่กฎหมายอาญามีบทลงโทษที่รุนแรงและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แม้จะพิสูจน์ได้แล้วว่าการกระทำเป็นความผิดอาญา ในการพิจารณาลงโทษ ยังคงต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา ได้แก่

“เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” และ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” อีกด้วย การพิจารณาการกระทำต้องมีโครงสร้างของความผิดอาญาเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยความผิดก็เพราะกฎหมายมีทั้งหลักเกณฑ์ที่บ่งทลงโทษและข้อยกเว้น จึงต้องมีหลักเกณฑ์การพิจารณาอย่างเป็นระบบ รอบคอบและกระชับรัดกุมเสมอ เพื่อให้สอดคล้องกับจุดมุ่งหมายของกฎหมายอาญาในการรักษาความสงบเรียบร้อยของการอยู่ร่วมกันในสังคมและในการเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชน

ในส่วนของเงื่อนไขในการลงโทษซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาของประเทศเยอรมนีนี้มีข้อถกเถียงที่สำคัญระหว่างนักวิชาการด้านกฎหมายอาญาในประเทศไทยที่แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษไว้แตกต่างกันอย่างน่าสนใจจึงขอนำมาวิเคราะห์ไว้ในรายละเอียดส่วนนี้

ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ มองว่าการที่โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน จำกัดเหตุยกเว้นโทษไว้เพียงเรื่องความชั่ว และนำเอา “เหตุยกเว้นโทษ” ประการอื่นๆ วางไว้ นอกโครงสร้างความผิดนั้น น่าจะไม่ถูกต้อง และทำให้โครงสร้างไม่สมบูรณ์ในตัวเองและเป็นสากลไปไม่ได้²⁷⁴ แต่แท้ที่จริงแล้ว ถ้าพิจารณาจากเหตุผลทางทฤษฎีประกอบกับคำอธิบายจากตำรากฎหมายต่างๆ ของเยอรมันแล้วนั้น จะพบได้ว่าการที่นำเหตุยกเว้นโทษที่เรียกว่า “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวและเหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” วางแยกไว้ นอกโครงสร้างของความผิดอาญานั้น เนื่องมาจากเหตุผลสำคัญที่ว่าข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษดังกล่าวนี้ ไม่ใช่องค์ประกอบที่จะทำให้การกระทำเป็นความผิดอาญาแต่เป็นเพียงเงื่อนไขของการลงโทษว่าเมื่อวินิจฉัยแล้วว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดอาญาจะสามารถลงโทษผู้นั้นได้หรือไม่ อีกทั้งเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนี้เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างเพราะผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องรู้ถึงการมีอยู่ หากวางเหตุยกเว้นโทษไว้ในโครงสร้างของความผิดอาญาแล้วนั้น ย่อมหมายความว่าผู้กระทำความผิดจำเป็นต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น เพราะถ้าไม่รู้ย่อมถือว่าขาดเจตนา เมื่อขาดเจตนาแล้วการกระทำย่อมขาดองค์ประกอบ ดังนั้น การที่จะกล่าวว่า “...จำกัดเหตุยกเว้นโทษไว้เพียงเรื่องความชั่วทำให้โครงสร้างของความผิดอาญาไม่สมบูรณ์” จึงควรต้องพิจารณาจากแนวคิดที่มาซึ่งเป็นเหตุผลเบื้องหลัง ที่แท้จริงที่การกำหนดให้ข้อเท็จจริงอันเกี่ยวพันกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัวโดยตรงอยู่นอกโครงสร้างเสียก่อน ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างได้อย่างชัดเจนของการวางเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวไว้ นอกโครงสร้างของความผิดอาญาตามที่ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้นำโครงสร้างของความผิดอาญาของเยอรมันมาอธิบายนั้น คือ กรณีสามีลักทรัพย์ภรรยา เมื่อพิจารณาตามโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันแล้วจะพบว่า หากการกระทำครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นความผิดกฎหมายและมีความรู้ผิดชอบ

²⁷⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2542). ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา. *วารสารนิติศาสตร์*, 29 (4), หน้า 637.

ถือได้ว่าการกระทำสมควรถูกตำหนิแล้ว ย่อมครบหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญา การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดอาญาและต้องลงโทษสำหรับการกระทำนั้น แต่เมื่อพิจารณาในส่วนของการลงโทษ ปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว คือ ความเป็นสามีภริยา กฎหมายจึงเห็นว่าเป็นกรณีที่มีเหตุผลพิเศษไม่สมควรลงโทษผู้กระทำความผิด เป็นเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว จึงไม่สามารถลงโทษผู้กระทำผิดได้²⁷⁵ การวางตำแหน่งของ “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” ไว้นอกโครงสร้างของความผิดอาญานั้นทำให้เห็นว่ามีได้ทำให้ความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษสำหรับการกระทำนั้นเปลี่ยนแปลงไปและโครงสร้างของความผิดอาญายังคงครบบริบูรณ์ดั้งเดิม แต่หากวินิจฉัยตามแนวทางโครงสร้างที่มองว่าการลักทรัพย์ที่สามีกระทำต่อภริยาหรือภริยากระทำต่อสามีเป็นเหตุยกเว้นโทษซึ่งอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาแล้วนั้น การที่สามีลักทรัพย์ภริยาย่อมมีความผิดฐานลักทรัพย์แต่ไม่ต้องรับโทษ เนื่องจากมีกฎหมายยกเว้นโทษไว้²⁷⁶ เห็นได้ว่าโครงสร้างลักษณะนี้มีความแตกต่างกันกับโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันที่จะต้องครบองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญทั้งสามประการก่อน จึงจะทำให้การกระทำเป็นความผิดอาญา แต่ในกรณีดังกล่าวนี้ เพียงข้อสาระสำคัญสองประการก็ถือได้ว่าการกระทำเป็นความผิดอาญาแล้ว แม้ว่าการกระทำจะไม่ครบสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาเนื่องจากว่ามีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าการวาง “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” ไว้นอกโครงสร้างของความผิดอาญาแบบเยอรมันและผลทางกฎหมายของการวาง “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” ไว้เป็นเหตุยกเว้นโทษใน โครงสร้างของความผิดอาญา ผลสุดท้ายปลายทางนั้นเหมือนกัน คือ ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย แต่ตรงจุดนี้มีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่าหากการกระทำของสามีเป็นการลักทรัพย์ของบุคคลอื่นไปโดยสำคัญคิดว่าเป็นทรัพย์ของภริยา การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาตามแนวทางโครงสร้างที่แตกต่างกันนั้นจะทำให้มีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันหรือไม่ หากพิจารณาตามแบบเยอรมันที่วาง “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” ไว้นอกโครงสร้างของความผิดอาญาแล้วนั้น จะถือว่าการกระทำของสามีครบองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้ง 3 ประการแล้ว การกระทำเป็นความผิดอาญา และเมื่อข้อเท็จจริงทรัพย์นั้นมิใช่ของภริยาแล้ว จึงถือว่าไม่ใช่ความผิดที่สามีกระทำต่อภริยา จึงไม่มีเหตุที่กฎหมายจะไม่ลงโทษการกระทำผิดนั้น สามีจึงต้องรับโทษในความผิดฐานลักทรัพย์ แต่หากพิจารณาตาม

²⁷⁵ คณิต ฅ นคร. (2554). *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*. หน้า 36 - 37. ; คณิต ฅ นคร. (2529). *เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว*. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (2), หน้า 142 - 149.

²⁷⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2543). *กฎหมายอาญาหลักและปัญหา*. หน้า 8 - 11. ; เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 481 - 483.

แบบที่วาง “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” ไว้เป็นเหตุยกเว้นโทษในโครงสร้างของความผิดอาญาแล้ว จะถือว่าความสำคัญผิดของสามีว่าทรัพย์เป็นของภริยาเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ เนื่องจากความสำคัญผิดซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษ จึงน่าจะสงสัยว่าเกิดการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นขึ้นแต่กลับไม่เป็นความผิดเชิงวิญญูหรือ แล้วเจตนาที่ผิดที่สมควรถูกดำเนินคดีได้อย่างไร จากข้อสังเกตนี้ทำให้เห็นได้ชัดเจนว่าการที่นักนิติศาสตร์เยอรมันพยายามวางหลักเกณฑ์การพิจารณาความผิดอาญาผ่านโครงสร้างของความผิดอาญาสามชั้นนั้นก็เพราะด้วยต้องการให้กฎหมายอาญาเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่บุคคลมากกว่าเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษ ในการพิสูจน์ว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ จึงต้องผ่านขั้นตอนการวินิจฉัยถึงสามลำดับชั้นก่อน และเมื่อพิสูจน์ได้ว่าการกระทำเป็นความผิดอาญาแล้วจึงค่อยพิจารณาถึงเงื่อนไขแห่งการลงโทษ (Voraussetzung der Strafbarkeit) ว่ามีเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อกันกรองอย่างถ่วงถ่วงไม่ให้เกิดการนำตัวบุคคลเข้าสู่กระบวนการทางอาญาอย่างผิดพลาด เพราะนั่นย่อมหมายถึงการละเมิดต่อคุณธรรมขั้นพื้นฐานของกฎหมายตลอดจนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เลยทีเดียว

อนึ่ง การที่นักวิชาการและนักทฤษฎีกฎหมายเยอรมันนำ “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” (Persönlicher Ausnahmen von Strafbarkeit) วางไว้นอกโครงสร้างของความผิดอาญานั้น เนื่องจากแนวคิดและเหตุผลที่ว่าข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นเพียงเงื่อนไขแห่งการลงโทษซึ่งเป็นนโยบายทางอาญา (Kriminal Politik) แต่มิได้เป็นองค์ประกอบของความผิดอาญา²⁷⁷ ซึ่งต้องนำไปรวมไว้ในโครงสร้างของความผิดอาญา อันจะเป็นการจำกัดกรอบการวินิจฉัยความผิดอาญาทำให้กฎหมายอาญาไม่สามารถอำนวยความยุติธรรมที่แท้จริงได้ และการที่โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกำหนดไว้เพียงเหตุยกเว้นโทษเรื่อง “ความชั่ว” ให้อยู่ในองค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญา ก็ต้องทำความเข้าใจถึงที่มาของการกำหนดให้มีเฉพาะแต่ “ความชั่ว” นั้น เนื่องจากกว่าการพิจารณาองค์ประกอบส่วนของ “ความชั่ว” คือ การพิจารณาถึงความสมควรถูกดำเนินคดีของการกำหนดเจตจำนงในเรื่องความรู้ผิดชอบ (Einsichtnahme) และความที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ (Vermeidbarkeit) การกำหนดให้องค์ประกอบส่วนของ “ความชั่ว” อยู่ในลำดับที่สามนั้นก็เพราะเมื่อพิสูจน์ถึงความผิดกฎหมายได้แล้ว กฎหมายอาญาก็ยังไม่ถือเป็นความผิดอาญาเพราะด้วยความไม่ต้องการลงโทษโดยไม่จำเป็น จึงจะต้องควรมี “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานก่อนหรือไม่²⁷⁸ เนื่องจากความชั่วเป็นเหมือนเงื่อนไขของการลงโทษ ทำให้การกระทำของบุคคลสมควรถูกดำเนินคดีเมื่อไม่มีความชั่วบุคคลย่อมไม่สมควรที่จะถูกลงโทษ (Keine Strafe ohne Schuld/nulla poena sine

²⁷⁷ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*. p.58.

²⁷⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 85 - 91.

culpa)²⁷⁹ หากบุคคลขาดความรู้ผิดชอบด้วยเหตุว่าเป็นเด็กไม่รู้เพียงสา หรือด้วยเหตุความผิดปกติทางจิตไม่สามารถบังคับตนเองได้ หรือจำต้องกระทำการใดลงไปเพราะไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะไม่กระทำการในภาวะดังกล่าวได้ กฎหมายสันนิษฐานว่าเด็กหรือบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตกระทำโดยปราศจากความชั่ว ดังนั้น เมื่อไม่มีความชั่วที่สมควรถูกตำหนิแล้ว การกระทำจึงไม่เป็นความผิดอาญาและไม่ต้องรับโทษ ในการวินิจฉัยความผิดอาญาตาม โครงสร้างลำดับที่สาม จึงย่อมต้องนำเอาเหตุดังกล่าวนี้มาพิจารณาก่อนที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นความผิดอาญา

ในมุมมองของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับเรื่อง “ข้อเท็จจริง” ศาสตราจารย์ ดร. เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ได้อธิบายไว้ในหนังสือกฎหมายอาญา ภาค 1 ของท่านว่า ความผิดบางฐาน กฎหมายกำหนดองค์ประกอบภายนอกซึ่งมิใช่เป็นข้อเท็จจริงไว้ แต่ถือว่าเป็น “พฤติการณ์ประกอบการกระทำ”²⁸⁰ เพราะผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ถึงประการที่น่าจะเกิดความเสียหาย เพียงแค่วิญญูชนรู้และเห็นว่าน่าจะเกิดความเสียหายก็ถือว่าเป็นผลเป็นความผิดในทางกฎหมายแล้ว แต่ในทางตรงกันข้ามหากวิญญูชนเห็นว่าไม่น่าจะเกิดความเสียหาย ย่อมเท่ากับขาดองค์ประกอบภายนอก ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานปลอมเอกสารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 264²⁸¹ ซึ่งมีองค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดคือ มีผู้ใดเป็นผู้กระทำ มีการทำปลอมทั้งฉบับหรือบางส่วนเป็นการกระทำ และมีเอกสารเป็นวัตถุแห่งการกระทำ ส่วนถ้อยคำว่า “... โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน” ถือเป็นองค์ประกอบภายนอกซึ่งมิใช่ข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ เพียงถ้าวิญญูชนรู้และเห็นว่าน่าจะเกิดความเสียหายก็ถือว่าเป็นผู้กระทำมีความผิดตามมาตรา 264 แล้ว แต่หากวิญญูชนเห็นว่าไม่น่าจะเกิดความเสียหายขึ้น ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด แม้คำว่าองค์ประกอบภายนอกซึ่งไม่ใช่ข้อเท็จจริงจะฟังดูแปลกอยู่ แต่เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างที่ท่านได้อธิบายไว้แล้ว “พฤติการณ์ประกอบการกระทำ” นี้จะเป็นเรื่องเดียวกันกับ Objektiver Strafbarkeitsbedingung หรือ เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัยซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่ตามแนวการอธิบายเดิมวางอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา

²⁷⁹ § 46 StGB Grundsätze der Strafzumessung (1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.

²⁸⁰ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 193 - 195.

²⁸¹ มาตรา 264 “ผู้ใดทำเอกสารปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิมหรือตัดทอนข้อความหรือแก้ไขด้วยประการใดๆ ในเอกสารที่แท้จริง หรือประทับตราปลอม หรือลงลายมือชื่อปลอมในเอกสาร โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมเอกสารต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

ของเยอรมัน แต่แตกต่างกันตรงที่ว่า “พฤติการณ์ประกอบการกระทำ” ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิด เพราะถือว่าขาดองค์ประกอบภายนอกไปเลย แต่ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย” การกระทำ ยังเป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นการลงโทษ

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ชัดว่า การทำความเข้าใจถึงแนวคิดและทฤษฎีของกฎหมายอาญาอย่างถ่องแท้เป็นพื้นฐานที่สำคัญมาก ในการพิจารณาว่าการกระทำจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ตามโครงสร้างของความผิดอาญาต้องมีขั้นตอนที่เป็นระบบ เริ่มต้นจากการกระทำของบุคคลที่ทำให้เกิดขึ้นซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน การพิจารณาในส่วนของความผิดกฎหมายและความสมควรถูกดำเนินตามลำดับ เมื่อพิจารณาแล้วว่าการกระทำครบถ้วนทุกลำดับขั้นตามหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญา การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดอาญา ทั้งนี้ เพื่อความชัดเจนในการทำความเข้าใจถึงการวินิจฉัยการกระทำตามหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาจึงขอยกตัวอย่างการเขียนความเห็นทางกฎหมายและแนวทางการเขียนความเห็นเพื่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลดังต่อไปนี้

5.1.1 การเขียนความเห็นทางกฎหมาย (Gutachten)

รูปแบบการเขียนความเห็นทางกฎหมายจะเริ่มต้นจากการตั้งข้อสมมุติฐานก่อนว่าการกระทำของผู้ถูกกล่าวหาจักเป็นความผิดอาญาตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา (StGB) มาตราหนึ่งมาตราใดหรือไม่ เพื่อเริ่มการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำเรียงตามลำดับขั้นของโครงสร้างของความผิดอาญาไปตามขั้นตอน 1) การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และ 3) ความชั่ว (Schuld)

กรณีที่ 1 ข้อเท็จจริงของการกระทำไม่เป็นไปตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด²⁸²

นายเอ กะลาสีเรือผู้มีความกระตือรือร้นออกไปเดินเล่นที่ริมชายฝั่งทะเล เมื่อเดินไปถึงสะพานที่ใช้ข้ามไปยังเรือเขาจึงพบว่าเรือใบไม่ได้ถูกผูกไว้อย่างแน่นหนา นายเอจึงแก้เชือกออกและแล่นเรือออกไปโดยที่ตั้งใจว่าจะนำเรือใบกลับมาคืนหลังจากนี้ประมาณ 2 ชั่วโมง

จากข้อเท็จจริงในกรณีที่ 1 การกระทำของนายเอ กะลาสีเรือจะเป็นความผิดฐาน ลักทรัพย์ (Diebstahl) ตามมาตรา 242²⁸³ ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ อย่างไร ต้องเริ่มต้นการพิสูจน์เรียงตามลำดับโครงสร้างของความผิดอาญาจากข้อสาระสำคัญประการแรก

²⁸² Krey, E. (2011). *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*. pp. 104 - 105.

²⁸³ มาตรา 242 (1) StGB วางหลักว่า “ผู้ใดเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่น ด้วยเจตนาเพื่อให้ตนเองหรือบุคคลที่สามเป็นเจ้าของโดยผิดกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือโทษปรับสำหรับความผิดนั้น”

1) การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) ซึ่งประกอบไปด้วย องค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน ในส่วนขององค์ประกอบภายนอก จะพิจารณาจากทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันเป็นหลักว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นสามารถปรับเข้าตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่

1.1) องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้กระทำ - นายเอ กะลาตีเรือ (ผู้ใด)
- (2) การกระทำ - การแก้ไขเรือและนำเรือแล่นออกไป (เอาไป)
- (3) กรรมของการกระทำ - เรือใบ (ทรัพย์สินของผู้อื่น)
- (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล - การนำเรือใบแล่นออกไปจากชายฝั่งที่เจ้าของเรือไว้ (การกระทำที่เป็นการเอาทรัพย์สินไปและผลที่ทรัพย์สินถูกเอาไปเสียจากเจ้าของทรัพย์สิน)
- (5) คุณธรรมทางกฎหมาย - ความเป็นเจ้าของและสิทธิในการครอบครองเรือซึ่งถูกรบกวน (กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและความครอบครองของเจ้าของซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครอง)

1.2) องค์ประกอบภายในหรือส่วนภายในจิตใจของผู้กระทำ ความผิดที่กำหนดความต้องการและเป้าหมายของการแสดงออกซึ่งพฤติกรรม ได้แก่ เจตนา ประมาท เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริง นายเอ กะลาตีเรือไม่มีเจตนาพิเศษที่ต้องการจะเอาไปซึ่งกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองของเจ้าของเรือใบ เพียงแต่นำเรือแล่นออกไปโดยมิได้รับอนุญาต

ดังนั้น หากข้อเท็จจริงไม่ครบตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในในขั้นตอนแรกนี้ ย่อมไม่ต้องทำการพิสูจน์ในลำดับต่อไป การกระทำของนายเอจึงไม่เป็นความผิดอาญาตามมาตรา 242 ประมวลกฎหมายอาญา แต่อาจเป็นกรณีการแทรกแซงการครอบครองโดยผิดกฎหมาย (Verbotene Eigenmacht) มาตรา 858 BGB ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

กรณีที่ 2 กรณีการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด แต่ไม่ใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย²⁸⁴

นางสาวเอ ถูกนายเอ็ม ซึ่งมีร่างกายกำยำแข็งแรงเข้าทำร้ายเพื่อที่จะข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องด้วยไม่สามารถขอความช่วยเหลือจากบุคคลอื่นได้ นางสาวเอในสถานการณ์ที่ไม่มีทางเลือกอื่นจึงใช้มีดแทงไปที่ลำตัวของนายเอ็ม ต่อจากนั้น เธอจึงคิดว่า การแทงโดยใช้มีดเป็นอาวุธอาจทำให้เสียชีวิตได้และพบว่านายเอ็มได้ถึงแก่ความตาย

²⁸⁴ Loc. cit.

จากข้อเท็จจริงในกรณีนี้ 2 การกระทำของนางสาวเอ จะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (Totschlag) ตามมาตรา 212²⁸⁵ ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ อย่างไร

1) การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)

1.1) องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้กระทำ - นางสาวเอ (ผู้ใด)
 (2) การกระทำ - การใช้มีดแทง (การฆ่า)
 (3) กรรมของการกระทำ - นายเอ็ม (ผู้อื่น)
 (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล - การใช้มีดแทงนายเอ็มและการตายที่เกิดจากบาดแผล (การกระทำที่เป็นการฆ่าและผลที่เป็นความตายของผู้อื่นอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น)

(5) คุณธรรมทางกฎหมาย - ชีวิตของนายเอ็ม (คุณค่าแห่งการมีชีวิตของผู้อื่นที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง)

1.2) องค์ประกอบภายใน เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริง นางสาวเอใช้อาวุธมีดแทงไปที่ นายเอ็ม หลังจากนั้นยังคิดทบทวนว่าการใช้มีดแทงอาจทำให้นายเอ็มเป็นอันตรายต่อชีวิตได้ สะท้อนให้เห็นว่านางสาวเอรู้สำนึกในการกระทำของตนเอง ขณะเดียวกันก็มีความต้องการที่จะใช้มีดแทงโดยมีเป้าหมายให้ถูกร่างกายของนายเอ็ม การกระทำของนางสาวเอสะท้อนให้เห็นถึงเจตนาที่อยู่ภายในใจ

การกระทำของนางสาวเอ ครบถ้วนตามข้อสาระสำคัญเรื่ององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน จึงต้องทำการพิสูจน์ต่อไปในข้อสาระสำคัญประการที่สอง

2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) คือ การพิจารณาว่ามีเหตุอันใดที่จะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดกฎหมายเพราะกฎหมายยกเว้นความผิดให้ หรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Rechtfertigungsgrund/Legal Justification) อยู่หรือไม่

จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนางสาวเอ ใช้มีดแทงนายเอ็มที่เข้ามาทำร้ายเพื่อหวังจะข่มขืนกระทำชำเรา ในสถานการณ์เช่นนั้นเมื่อนางสาวเอไม่สามารถขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่รัฐหรือบุคคลอื่นได้ การใช้อาวุธมีดแทงผู้ชายร่างกายกำยำแข็งแรงเพื่อป้องกันตนเองให้พ้นจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย จึงเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ เป็นการป้องกันตนที่ชอบ

²⁸⁵ มาตรา 212 (1) วางหลักว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น โดยมีใจการฆาตกรรม ต้องระวางโทษจำคุกสำหรับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ไม่น้อยกว่าห้าปี”

ด้วยกฎหมาย (Notwehr) การกระทำของนางสาวเอ จึงไม่ผิดกฎหมายตาม มาตรา 32²⁸⁶ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เมื่อการกระทำไม่ผิดกฎหมาย หรือมีเหตุที่ผู้กระทำให้สามารถกระทำได้ ย่อมไม่ต้องทำการพิจารณาต่อในข้อสาระสำคัญประการต่อไป

กรณีที่ 3 กรณีการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่เป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่ว

นายเอ วิ่งไล่เพื่อทำร้ายร่างกายนายบี นายบีพยายามหาทางหลบหนีจึงปีนข้ามกำแพงเข้าไปในบ้านของนายโอ ด้วยความหวาดกลัวและรีบร้อนจึงชนประตูและทำทรัพย์สินในบ้านเสียหาย

จากข้อเท็จจริงในกรณีที่ 3 การกระทำของนายบี จะเป็นความผิดฐานทำให้เสียหายตามมาตรา 303²⁸⁷ (Sachbeschädigung) ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ อย่างไร

1) การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)

1.1) องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้กระทำ - นายบี (ผู้ใด)

(2) การกระทำ - การปีนข้ามกำแพงเข้าไปในบ้าน ทำให้ชนประตูและทำทรัพย์สินในบ้านเสียหาย (ทำให้เสียหาย หรือทำลายทรัพย์สินของผู้อื่น โดยผิดกฎหมาย)

(3) กรรมของการกระทำ - ประตูบ้านและทรัพย์สินในบ้าน (ทรัพย์สินของผู้อื่น)

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล - การปีนข้ามกำแพงเข้าไปในบ้านด้วยความหวาดกลัวและรีบร้อนจึงชนประตูและทำทรัพย์สินในบ้านเสียหาย (การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นการทำลายทรัพย์สิน)

(5) คุณธรรมทางกฎหมาย - ความปลอดภัยของทรัพย์สินที่ถูกทำให้เสียหาย (ความปลอดภัยของทรัพย์สินในความครอบครองของเจ้าของซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครอง)

1.2) องค์ประกอบภายใน เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น นายบีต้องการพาตนเองให้รอดไปจากการถูกนายเอทำร้าย จึงปีนกำแพงเข้าไปในบ้านของนายโอและทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินแสดงว่านายบีรู้สำนึกในการกระทำของตนเอง และมีความต้องการกำกับในการปีนเข้าไปในบ้านของนายโอ การกระทำของนายบีจึงสะท้อนให้เห็นถึงเจตนาภายในใจ

เมื่อการกระทำของนายบี เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในแล้ว จึงพิสูจน์ต่อไปในข้อสาระสำคัญประการที่สอง

²⁸⁶ มาตรา 32 StGB วางหลักว่า “การกระทำเพื่อป้องกันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง หรือผู้อื่นจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย”

²⁸⁷ มาตรา 303 (1) วางหลักว่า “ผู้ใดทำให้เสียหาย หรือทำลายทรัพย์สินของผู้อื่น โดยผิดกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือโทษปรับ”

2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

การกระทำของนายบีที่ปีนกำแพงหนีเข้าไปในบ้านของนายโอและทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดและไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว จึงพิจารณาในส่วนขอข้อสาระสำคัญประการที่สามของโครงสร้างของความผิดอาญา

3) ความชั่ว (Schuld) คือ การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง²⁸⁸ (Schuld ist Vorwerfbarkeit der Willensbildung) เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว ข้อสาระสำคัญประการที่สามซึ่งต้องทำการพิสูจน์ คือ ความรู้ผิดชอบสามารถแยกแยะความถูกผิดได้ เพื่อที่จะสรุปได้ว่าผู้กระทำสมควรได้รับการดำเนินจากสังคมหรือไม่ โดยจะพิจารณาจาก อายุของผู้กระทำความผิด ความบกพร่องทางจิต ความไม่รู้กฎหมายและความจำเป็นเพื่อให้พ้นจากภัยอันตราย หากว่าผู้กระทำรู้ผิดชอบแล้วยังตัดสินใจกระทำความผิดลง การกระทำย่อมสมควรถูกดำเนิน แต่หากไม่รู้ผิดชอบ ย่อมถือว่าปราศจากความชั่ว การกระทำย่อมไม่เป็นความผิดอาญา

จากข้อเท็จจริงกรณีที่ 3 นายบีปีนหนีจากการถูกทำร้ายเข้าไปในบ้านของนายโอ ด้วยความหวาดกลัวและรีบร้อนจึงชนประตูและทำทรัพย์สินในบ้านเสียหาย แสดงให้เห็นว่านายบีไม่สามารถหลีกเลี่ยงด้วยวิธีอื่นได้จึงจำเป็นต้องกระทำความผิดเพื่อให้พ้นจากภัยอันตราย กฎหมายถือว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากความชั่ว หรือ ความจำเป็นที่กฎหมายให้อภัย (Entschuldigender Notstand) ตามมาตรา 35 (1)²⁸⁹ ประมวลกฎหมายอาญา

ดังนั้น แม้การกระทำของนายบีจะครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่เมื่อปราศจากความชั่ว การกระทำจึงไม่เป็นความผิดอาญา นายบีได้กระทำความผิดนั้นลงด้วยความจำเป็นกฎหมายให้อภัย แต่หากการกระทำของนายบีไม่สามารถอ้างความรู้ผิดชอบที่ทำให้การกระทำปราศจากความชั่วได้ การกระทำก็จักเป็นความผิดอาญา เพราะครบถ้วนตามข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของโครงสร้างของความผิดอาญา ในการพิสูจน์การกระทำตามลำดับชั้นของโครงสร้างของความผิดอาญานี้ต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าหากขาดไปแม้ข้อสาระใดข้อสาระหนึ่งการกระทำย่อมไม่ถือเป็นความผิดอาญา

²⁸⁸ คณิต ฒ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 279.

²⁸⁹ มาตรา 35 (1) StGB วางหลักว่า “ผู้ใดกระทำการด้วยความจำเป็น เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภัยอันตรายอันอาจเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือเสรีภาพ กระทำโดยปราศจากความชั่ว”

กรณี ที่ 4 กรณีการกระทำของค้ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและมีความชั่วสมควรถูกตำหนิ แต่มีเหตุยกเว้นโทษ

นายดีและนายจีเป็นเพื่อนร่วมชั้นเรียนเดียวกัน เพราะต้องการเงินไปชำระหนี้ นายดีจึงวางแผนจะขโมยเงินจากกระเป๋าของนายจี ระหว่างชั่วโมงเรียนเบสบอลที่ทุกคนต้องไปที่สนามกีฬา นายดีแอบกลับขึ้นมาบนห้องเรียนและหยิบกระเป๋าตังค์ของนายจีออกมาเพื่อลักเอาธนบัตรไป แต่ด้วยความรู้สึกละอายใจที่จะขโมยเงินของเพื่อน นายดีจึงนำกระเป๋าตังค์เก็บคืนที่ และกลับไปเข้าเรียนตามปกติ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นถูกบันทึกภาพไว้ด้วยกล้องวงจรปิดของทางโรงเรียน

จากข้อเท็จจริงข้างต้น การกระทำของนายดีจะเป็นความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ตามมาตรา 242 ประกอบกับมาตรา 22²⁹⁰ และมาตรา 23²⁹¹ ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ อย่างไร

1) การกระทำของค้ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)

1.1) องค์ประกอบภายนอก

(1) ผู้กระทำ - นายดี (ผู้ใด)

(2) การกระทำ - การหยิบกระเป๋าตังค์ของนายจีออกมาเพื่อลักเอาธนบัตรไป (เอาไป)

(3) กรรมของการกระทำ - ธนบัตรซึ่งเป็นทรัพย์ของนายจี (ทรัพย์ของผู้อื่น)

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล - การหยิบกระเป๋าตังค์ของนายจีออกมาเพื่อลักเอาธนบัตรไปเป็นของตน (การกระทำที่เป็นการเอาทรัพย์ไปและผลที่ทรัพย์ถูกเอาไปเสียจากเจ้าของทรัพย์)

(5) คุณธรรมทางกฎหมาย - ความเป็นเจ้าของและสิทธิในการครอบครองเงินของตน (กรรมสิทธิ์ในทรัพย์และความครอบครองของเจ้าของซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครอง)

1.2) องค์ประกอบภายใน จากข้อเท็จจริง นายดีวางแผนจะขโมยเงินจากกระเป๋าของนายจี ระหว่างชั่วโมงเรียนเบสบอลที่ทุกคนต้องไปที่สนามกีฬา โดยแอบกลับขึ้นมาบนห้องเรียนและหยิบกระเป๋าตังค์ของนายจีออกมาเพื่อลักเอาธนบัตรไป การกระทำของนายดีแสดงให้เห็นว่ารู้สำนึก มีความต้องการและเป้าหมายกำกับ เป็นการกระทำโดยเจตนา

2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

²⁹⁰ มาตรา 22 StGB วางหลักว่า “การลงมือกระทำความผิด คือ การที่ผู้ใดกระทำการใดๆ เพื่อให้เกิดขึ้นซึ่งข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติตามที่ตนคาดการณไว้”

²⁹¹ มาตรา 23 (1) StGB วางหลักว่า “การพยายามกระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ ต้องได้รับโทษ การพยายามกระทำความผิดอาญาโทษปานกลางต้องได้รับโทษหากกฎหมายบัญญัติไว้”

การกระทำของนายดีที่ต้องการลักเอาเงินของนายจีไปไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดและไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

3) ความชั่ว (Schuld)

นายดีรู้ผิดชอบในการกระทำของตน สามารถหลีกเลี่ยงที่จะไม่กระทำได้แต่ยังตัดสินใจที่จะกระทำ ความผิดลงย่อมสมควรถูกดำเนิน เป็นการกระทำโดยมีความชั่ว

เมื่อพิสูจน์การกระทำจนครบถ้วนทุกลำดับขั้นของโครงสร้างของความผิดอาญาและพบว่าการกระทำเป็นความผิดอาญาแล้ว ก่อนการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อกำเนียงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาในการปกป้องสังคม ป้องปรามการกระทำความผิดและคืนคนดีกลับสู่สังคม ยังคงต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัวซึ่งอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาซึ่งอาจเป็นเหตุยกเว้น โทษให้แก่ผู้กระทำความผิด (Persönlicher Ausnahmen von Strafbarkeit) อันได้แก่ เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวและเหตุยกโทษให้เฉพาะตัว

จากข้อเท็จจริงในกรณีนี้ 4 นายดีแอบกลับขึ้นมาบนห้องเรียนและหยิบกระเป๋าตังค์ของนายจ้อออกมาเพื่อลักเอาธนบัตรไป แต่ด้วยความรู้สึกละอายใจที่จะขโมยเงินของเพื่อน นายดีจึงนำกระเป๋าตังค์เก็บคืนที่ และกลับไปเข้าเรียนตามปกติ ความผิดอาญาฐานลักทรัพย์จึงไม่อาจบรรลุผลสำเร็จ การกระทำของนายดี เป็นการการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด (Rücktritt vom Versuch) ตามมาตรา 24²⁹² ประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายให้อภัยกับการกลับใจทำดี นายดีที่กลับใจจึงไม่ต้องรับโทษในฐานะพยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์

กรณีนี้ 5 กรณีการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและมีความชั่วสมควรถูกดำเนิน ไม่มีเหตุยกเว้นโทษ

นางสาวบีตั้งครรภ์โดยไม่พร้อมและไม่ต้องการมีบุตร ขณะมีอายุครรภ์ได้ 3 เดือน จึงขอให้นายพีที่กำลังคบหากับตนซื้อยาทำแท้งมาให้รับประทานเพื่อให้ตนเองแท้งลูก นายพีจัดหายาทำแท้งและนำมาให้นางสาวบีรับประทาน หลังจากนั้นนางสาวบีมีเลือดออกและไปพบแพทย์ แพทย์ช่วยรักษานางสาวบีจนปลอดภัยและรักษาชีวิตของทารกในครรภ์ไว้ได้

²⁹² § 24 (1) StGB วางหลักว่า “การพยายามกระทำความผิดจะไม่ถูกลงโทษ หากผู้ใดด้วยความสมัครใจถอนตัว หรือยับยั้งการกระทำความผิดก่อนความผิดสำเร็จ หากการกระทำไม่อาจบรรลุผลสำเร็จนั้นเกิดเนื่องมาจากความสมัครใจหรือความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการบรรลุผลสำเร็จขึ้นได้”

จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การกระทำของนางสาวบีและนายพีจะเป็นความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูกตามมาตรา 218 (1)²⁹³ ประกอบกับมาตรา 22 และมาตรา 23 ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ อย่างไร

1) การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)

1.1) องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้กระทำ - นางสาวบีและนายพี (ผู้ใด)
- (2) การกระทำ - การขอให้นายพีชื้อยาทำแท้งมาให้บริการเพื่อให้ตนเองแท้งลูก (ทำให้แท้งลูก)
- (3) กรรมของการกระทำ - ทารกในครรภ์ (ลูกในครรภ์)
- (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล - การขอให้นายพีชื้อยาทำแท้งและการรับประทานยาจนเป็นเหตุให้มีเลือดออก (การกระทำที่เป็นการทำให้แท้งลูก)
- (5) คุณธรรมทางกฎหมาย - ชีวิตของทารกในครรภ์นางสาวบี (ชีวิตของทารกในครรภ์มารดา)

1.2) องค์ประกอบภายใน จากข้อเท็จจริง นางสาวบีขอให้นายพีชื้อยาทำแท้งมาให้ นายพีจึงจัดหามาให้รับประทานเพื่อให้นางสาวบีแท้งลูก ทำให้นางสาวบีมีเลือดออก การกระทำของนางสาวบีและนายพีแสดงให้เห็นว่าทั้งคู่มีความรู้สำนึกในการกระทำของตน มีความต้องการและเป้าหมายที่จะให้เกิดการแท้งลูก เป็นการกระทำโดยเจตนา

2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

การกระทำของนางสาวบีและนายพีไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดและไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

3) ความชั่ว (Schuld)

นางสาวบีมีความรู้ผิดชอบในการแยกแยะผิดชอบได้แต่เลือกตัดสินใจขอให้ผู้อื่นชื้อยามาให้รับประทานเพื่อให้ตนแท้งลูก ส่วนนายพีเองก็รู้ผิดชอบในการกระทำของตน สามารถหลีกเลี่ยงที่จะไม่กระทำได้แต่ก็ตัดสินใจที่จะช่วยทำให้นางสาวบีแท้งลูกด้วยการชื้อยามาให้ การกระทำของนางสาวบีและนายพีจึงสมควรถูกดำเนินคดี เป็นการกระทำโดยมีความชั่ว

เมื่อพิจารณาข้อสาระสำคัญต่างๆ ของโครงสร้างของความผิดอาญาตามลำดับจนครบถ้วนแล้ว การกระทำของนางสาวบีและนายพีเป็นการพยายามกระทำความผิดอาญาเพราะ

²⁹³ § 218 (1) StGB วางหลักว่า “ผู้ใดทำให้แท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือโทษปรับ การกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการทำงานของตัวอ่อนมิได้รวมอยู่ในความหมายของการทำให้แท้งลูกตามมาตรา”

แพทย์สามารถช่วยรักษาชีวิตของทารกในครรภ์ไว้ได้ การกระทำของนางสาวบีเป็นความผิดอาญา แต่มีบทบัญญัติมาตรา 218 (4)²⁹⁴ วางหลักคุ้มครองโดยการห้ามลงโทษหญิงที่ตั้งครรภ์ในความผิดฐานพยายามทำแท้ง นางสาวบีจึงไม่ต้องรับโทษ แต่การกระทำของนายพี ไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่บุคคลอื่นที่พยายามทำให้หญิงแท้งลูก มีแต่เฉพาะยกเว้นโทษให้แก่ตัวหญิงเองอันเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเท่านั้น ในฐานะที่กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมจึงต้องลงโทษแก่ผู้ที่ตั้งใจฝ่าฝืนต่อกฎหมาย นายพี จึงต้องรับโทษในความผิดฐานพยายามทำให้แท้งลูก

5.1.2 การเขียนคำพิพากษา (Urteil)

รูปแบบการเขียนความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะเริ่มต้นจากผลของการพิสูจน์ก่อนว่าผู้กระทำความผิดอาญาหรือไม่ จากนั้นจึงอ้างอิงแนวทางการพิสูจน์การกระทำตามลำดับชั้นของโครงสร้างของความผิดอาญาในลักษณะเดียวกับการเขียนความเห็นทางกฎหมายปกติ ดังตัวอย่างจาก คำพิพากษาศาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่อไปนี้

คำพิพากษาคดีพยายามทำร้ายร่างกายให้ได้รับอันตรายสาหัส โดยผู้ติดเชื้อโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง Aids (BGH, Urteil vom 4. November 1988, BGHSt 36, 1)

“จำเลยสมัครใจเข้ารับการตรวจหาภาวะติดเชื้อ โรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง ผลการตรวจพบว่าเขามีเชื้อ HIV แพทย์ผู้แจ้งผลการตรวจจึงแนะนำลักษณะทั่วไปและผลกระทบของโรคนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้อธิบายถึงความจำเป็นในการป้องกันการติดต่อของโรคด้วยการมีเพศสัมพันธ์ โดยให้จำเลยระงับการแพร่กระจายของเชื้อโรคตลอดชีวิตที่เหลือของเขาอย่างเคร่งครัด ให้ใช้ถุงยางอนามัยทุกครั้งเพื่อป้องกันก่อน ด้วยความไม่ใส่ใจ จำเลยได้มีเพศสัมพันธ์หลังจากนั้นโดยไม่ป้องกันหลายครั้งและไม่เคยบอกให้คู่่นอนได้รู้ถึงการติดเชื้อ HIV ของเขา ภายหลังคู่นอนจำนวน 2 คนของเขาจึงฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาเพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยพยายามทำให้ทั้งสองคนติดเชื้อ แม้ว่าผลพิสูจน์จะชี้ว่าทั้งสองคนไม่ได้รับเชื้อก็ตาม”

“จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกายผู้อื่นให้ได้รับอันตรายสาหัสด้วยการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกันตามมาตรา 224 (1) ข้อ 1²⁹⁵ ประมวลกฎหมายอาญา”

²⁹⁴ § 218 (4) StGB วางหลักว่า “การพยายามกระทำความผิดฐานนี้ต้องได้รับโทษ แต่ห้ามมิให้ลงโทษหญิงที่ตั้งครรภ์ในความผิดฐานพยายามทำแท้ง”

²⁹⁵ § 224 การทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส (1) Nr. 1 StGB วางหลักว่า “ผู้ใดทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยการใช้ยาพิษ หรือสิ่งอื่นซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 ถึง 10 ปี ในกรณีที่มีความร้ายแรงไม่มากต้องระวางโทษจำคุก 3 เดือน ถึง 5 ปี”

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงอันทำให้เกิดขึ้นซึ่งองค์ประกอบของความผิดตามหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้ง 3 ประการแล้ว พบว่า

1) การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)

1.1) องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้กระทำ - จำเลย (ผู้ใด)
- (2) การกระทำ - การมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกันหลายครั้งโดยที่ตนเองติดเชื้อ HIV (การทำร้ายผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสโดยการใส่ยาพิษ หรือสิ่งอื่นซึ่งเป็นอันตรายต่อสุขภาพ)
- (3) กรรมของการกระทำ - ร่างกายของกลุ่มอน (ร่างกายของผู้อื่น)
- (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล - การมีเพศสัมพันธ์ทั้งที่ตนเองติดเชื้อ HIV โดยไม่ป้องกันอันอาจทำให้ผู้อื่นติดโรคได้ (การกระทำที่เป็นการทำให้เกิดอันตรายสาหัสแก่กาย)
- (5) คุณธรรมทางกฎหมาย - ความปลอดภัยในร่างกาย (ความปลอดภัยในร่างกายของผู้อื่น)

1.2) องค์ประกอบภายใน จากข้อเท็จจริง จำเลยรู้ถึงภาวะการติดเชื้อโรคมุคุ้มกันบกพร่องของตนเองและรู้ว่าเป็นโรคที่ติดต่อทางเพศสัมพันธ์ได้ อีกทั้งรู้วิธีการป้องกัน แต่กลับไม่ได้ใส่ใจที่จะระมัดระวัง แสดงให้เห็นว่า จำเลยมีความรู้สำนึกในการกระทำของตนเสมอ แต่กระทำโดยเจตนาให้ผู้อื่นเสี่ยงที่จะได้รับเชื้อ

2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ไม่สามารถอ้างเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดหรือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

3) ความชั่ว (Schuld)

จำเลยสามารถแยกแยะถูกผิดได้ อีกทั้งยังรู้ถึงการป้องกันการติดต่อของโรค แต่ตัดสินใจที่จะไม่ป้องกันจนเป็นเหตุให้คู่นอนของเขาเสี่ยงที่จะติดเชื้อโรคร้ายแรงอันอาจเป็นอันตรายถึงชีวิต การกระทำของจำเลยจึงสมควรถูกดำเนิน เป็นการกระทำโดยมีความชั่ว อีกทั้งไม่มีเหตุใดๆ ที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ การกระทำจึงเป็นความผิดอาญา แต่เนื่องจากคู่นอนของจำเลยไม่ได้รับเชื้อจากการไม่ป้องกันดังกล่าว ความผิดจึงไม่สำเร็จ จำเลยจึงต้องรับโทษในฐานะพยายามทำร้ายร่างกายผู้อื่นให้ได้รับอันตรายสาหัส²⁹⁶

²⁹⁶ § 224 (2) “การพยายามกระทำความผิดต้องได้รับโทษ”

คำพิพากษาศาลฎีกาชั้นอุทธรณ์มีเนื้อหาเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท (BGH, Urteil vom 2.10.1964, BGHSt 24, 31)

“จำเลย มีปริมาณความเข้มข้นของแอลกอฮอล์ในเลือด 1.39 มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์ ขับรถยนต์ส่วนบุคคลไปพร้อมกับแฟนสาวในฐานะผู้โดยสารบนทางหลวง (Autobahn) ด้วยความเร็ว 160 กิโลเมตรต่อชั่วโมง เมื่อมีผู้ขับจี้รถยนต์ในระนาบเดียวกัน ด้วยความเร็วระดับเดียวกันในช่องจราจรทางขวาทำการเปลี่ยนช่องจราจรกระทันหัน จำเลยจึงไม่สามารถหยุดรถได้ทัน ทำให้รถทั้งสองคันเกิดการเฉี่ยวชนกัน จากแรงปะทะทำให้รถยนต์ของจำเลยถูกเหวี่ยงไปหยุดอยู่กลางทางหลวงและถูกรถพ่วงที่แล่นตามหลังมาชนเข้ากับฝั่งที่นั่งผู้โดยสารด้านหน้าของตัวรถ เป็นเหตุให้แฟนสาวของจำเลยได้รับบาดเจ็บและเสียชีวิตที่โรงพยาบาลในเวลาต่อมา”

“แม้พิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว จำเลยจะไม่สามารถหลีกเลี่ยงผลเสียหายที่มาจากอุบัติเหตุครั้งนี้ได้ แต่จำเลยสามารถหลีกเลี่ยงการขับจี้ยานพาหนะในขณะมีเมาด้วยความเร็วสูงถึง 160 กิโลเมตรต่อชั่วโมงได้ หรือหากจำเลยขับยานพาหนะด้วยความเร็วตามที่กฎหมายกำหนดก็อาจยังสามารถหยุดรถได้ทันและป้องกันไม่ให้เกิดการเสียชีวิตขึ้นได้ ประกอบกับข้อเท็จจริงที่รถพ่วงขับมาด้วยความเร็วต่ำกว่า หากจำเลยขับรถด้วยความเร็วลดลงจาก 160 เป็น 130 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ความเร็วในการปะทะก็จะมีเพียง 20 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ซึ่งย่อมทำให้ความเสียหายอันเกิดแก่ชีวิตและร่างกายลดน้อยลง ผลกระทบจากการมีปริมาณความเข้มข้นของแอลกอฮอล์ในกระแสเลือดของจำเลยที่ตรวจพบถึง 1.39 มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์ ส่งผลให้ความสามารถในการขับจี้และความสามารถในการควบคุมสติลดลงไปอย่างมาก”

“จำเลยจึงมีความผิดฐานขับจี้ยานพาหนะเป็นเหตุให้เกิดภัยอันตราย (§ 315c I Nr. 1a, III Nr. 1 StGB)²⁹⁷ ประกอบกับความผิดฐานขับรถในขณะมีเมา (§ 316 StGB)²⁹⁸ และฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท (§ 222 StGB)²⁹⁹”

²⁹⁷ § 315c I Nr. 1a การก่อให้เกิดภัยอันตรายจากการขับจี้ยานพาหนะ
วรรคที่ 1 ข้อ 1 a “เนื่องจากบริโภครถเครื่องดีมแอลกอฮอล์หรือสารมีนเมาอื่นๆ”
วรรคที่ 3 ข้อ 1 “ก่อให้เกิดอันตรายด้วยความประมาท”

²⁹⁸ § 316 StGB การขับจี้ในขณะมีเมา
“ผู้ใด ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการจราจร (§§ 315 bis 315d) ขับจี้ยานพาหนะโดยบริโภครถเครื่องดีมแอลกอฮอล์หรือสารมีนเมาอื่นๆ แม้จะมีความเชื่อมั่นว่าสามารถขับจี้ยานพาหนะได้อย่างปลอดภัย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือโทษปรับ หากไม่สามารถลงโทษได้ตาม § 315a หรือ § 315c ”

²⁹⁹ § 222 การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท
“ผู้ใดกระทำการด้วยความประมาท เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือโทษปรับ”

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงอันทำให้เกิดขึ้นซึ่งองค์ประกอบของความผิดตามหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้ง 3 ประการแล้ว พบว่า

1) การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit)

1.1) องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้กระทำ - จำเลย (ผู้ใด)
- (2) การกระทำ - ขับรถขณะมีนเมาด้วยความเร็วสูง 160 กิโลเมตรต่อชั่วโมงบนทางหลวง (การกระทำโดยประมาทที่เป็นเหตุก่อให้เกิดอันตราย)
- (3) กรรมของการกระทำ - แพนสาวที่นั่งโดยสารมาในรถ (ผู้อื่น)
- (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล - การขับรถขณะมีนเมาด้วยความเร็วสูง ทำให้ไม่สามารถควบคุมรถได้อย่างปกติ (การกระทำโดยประมาทที่ทำให้เกิดความตาย)
- (5) คุณธรรมทางกฎหมาย - ชีวิตแพนสาวของจำเลยและความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของผู้ร่วมทางคนอื่นบนถนน (ชีวิตและทรัพย์สินของผู้อื่นที่กฎหมายคุ้มครอง)

1.2) องค์ประกอบภายใน จากข้อเท็จจริงการที่จำเลยตัดสินใจขับยานพาหนะ โดยรู้ว่าคุณเองได้บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มาถือได้ว่าจำเลยมีความประมาท แม้จำเลยจะมีความเชื่อมั่นว่าตนเองสามารถขับรถได้ตามปกติ อีกทั้งการขับรถด้วยความเร็วสูงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดถึง 160 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ในสภาพที่ไม่มีปริมาณแอลกอฮอล์ในกระแสเลือดก็ถือเป็นการเพิ่มความเสี่ยงต่อการเกิดอุบัติเหตุอยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อจำเลยขับขี่ยานพาหนะขณะมีนเมาด้วยความเร็วสูงย่อมเป็นเหตุให้เสี่ยงต่อการเกิดอันตรายขึ้น จำเลยสามารถระวังได้ด้วยการลดความเร็วในการขับขี่ลง แต่จำเลยหาได้ระมัดระวังไม่ แสดงให้เห็นถึงสภาพจิตใจของจำเลยที่มีความประมาท

2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

การขับรถขณะมีนเมาด้วยความเร็วสูงเป็นการฝ่าฝืนต่อสิ่งที่กฎหมายห้าม เพราะกฎหมายกำหนดให้ผู้ขับขี่รถสามารถมีปริมาณแอลกอฮอล์ในกระแสเลือดได้ไม่เกิน 1.1 มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์ แต่ปริมาณความเข้มข้นของแอลกอฮอล์ที่ตรวจได้จากจำเลยสูงถึง 1.39 มิลลิกรัมเปอร์เซ็นต์ ในส่วนของการขับรถบนทางหลวงก็มีป้ายจำกัดความเร็วไว้ไม่เกิน 130 กิโลเมตรต่อชั่วโมง เพื่อเลี่ยงการเกิดอุบัติเหตุแต่จำเลยยังคงขับรถด้วยความเร็วสูงถึง 160 กิโลเมตรต่อชั่วโมง

3) ความชั่ว (Schuld)

เมื่อพิจารณาในส่วนของ การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและความผิดกฎหมายแล้ว ในส่วนของความชั่ว จำเลยสามารถหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชีวิตครั้งนี้ได้ หากเพียงไม่ขับรถในขณะมีนเมาหรือขับรถด้วยความเร็วตามที่กฎหมายกำหนด แต่เมื่อจำเลยไม่ยึดติดต่ออันตรายที่อาจเกิดขึ้น การกระทำของจำเลยจึงสมควรถูกดำเนิน

5.2 โครงสร้างของความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

บทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในทางอาญาของไทย ปรากฏในถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” และบทบัญญัติมาตรา 59 วรรคแรก “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาทในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา” แม้ว่าข้อความจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นเพียงบทบัญญัติทั่วไป แต่ก็สะท้อนให้เห็นถึงลักษณะของหลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำความผิดซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวทางสากลของประเทศต่างๆ จากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ที่ประเทศไทยเองได้เลือกนำเอาระบบกฎหมายของต่างประเทศมาปรับใช้เป็นแบบอย่างในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2450) มีคณะกรรมการร่างกฎหมายชาวต่างชาติหลายท่านซึ่งมีบทบาทมากมายในการร่างกฎหมายนี้ จากอดีตจนถึงปัจจุบันนี้จึงกล่าวได้ว่า แนวคิดและทฤษฎีทั้งจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) และระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ต่างก็ส่งผลกระทบต่อหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาภายใต้กฎหมายไทย และเป็นแนวทางพื้นฐานที่สำคัญในการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญา (Structure of Crime) ถึงแม้ว่าโครงสร้างของความผิดอาญาของไทยจะไม่มีความเป็นรูปธรรมที่โดดเด่นชัดเจน แต่ก็มีกล่าวถึงในรูปแบบที่หลากหลายตามแนวทางการอธิบายของแต่ละบุคคลโดยเน้นความสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลักสำคัญ แนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาที่สำคัญซึ่งถูกนำมาอธิบายทั้งในทางทฤษฎีและถูกนำมาใช้จริงในทางปฏิบัติ ได้แก่หลักเกณฑ์ตามแนวทางต่อไปนี้

1. การวินิจฉัยความผิดอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย มีแนวทางการวินิจฉัยความรับผิดชอบ 2 แนวทางด้วยกัน กล่าวคือ สมัยการประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ท่านได้นำแนวคิดทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาอธิบาย โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ 6 ลำดับ³⁰⁰ ดังนี้

1) การกระทำตามที่ปรากฏภายนอกเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดหรือไม่

³⁰⁰ หยุด แสงอุทัย. (2483). *การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา*. บทบัณฑิตย์ เล่ม 12. หน้า 207 - 236.

- 2) การกระทำนั้นเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness)
- 3) ผู้กระทำความชั่วร้ายหรือไม่
- 4) เงื่อนไขแห่งการลงโทษครบถ้วนหรือไม่
- 5) มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำผิดเป็นส่วนตัวหรือไม่
- 6) เงื่อนไขแห่งการฟ้องร้องครบถ้วนหรือไม่

และในสมัยการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ท่านได้อธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาโดยถือบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก โดยมีแนวทางการพิจารณา³⁰¹ ดังนี้

- 1) การกระทำใดจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ต้องพิจารณาดังต่อไปนี้
 - 1.1) การกระทำตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา
 - 1.2) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล
 - 1.3) การกระทำที่แสดงออกมาภายนอกมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด
 - 1.4) ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท
- 2) เหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้
 - 2.1) กฎหมายลายลักษณ์อักษร
 - 2.2) กฎหมายจารีตประเพณี
- 3) เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ
 - 3.1) เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ
 - 3.2) เหตุที่เกี่ยวข้องกับความสามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้
 - 3.3) เหตุยกโทษ เหตุลดโทษ หรือบรรเทาโทษอย่างอื่น

2. โครงสร้างของความผิดอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายเรื่องโครงสร้าง 3 ประการของความผิดอาญาตามแนวคิดทฤษฎีของกฎหมายอาญาเยอรมันว่าประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ³⁰² คือ

- 1) การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- 2) ความผิดกฎหมาย
- 3) ความชั่ว

การกระทำจักเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่า การกระทำนั้นครบถ้วนด้วยข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของโครงสร้างของความผิดอาญา โดยวินิจฉัยเรียงมาตามลำดับชั้น

³⁰¹ หยุต แสงอุทัย. (2544). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 47 - 172.

³⁰² คณิต ฒ นคร. (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 119.

จากนั้นเมื่อพิสูจน์ได้ว่าการกระทำเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำสมควรถูกลงโทษแล้ว จึงค่อยพิจารณาถึงเงื่อนไขของการลงโทษในลำดับต่อมาว่ามีข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดเป็นการเฉพาะตัว ที่เรียกว่า “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวและเหตุเพิ่มโทษเฉพาะตัว” หรือ ข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำผิด ที่เรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางกาววิสัย” อยู่หรือไม่

3. การวินิจฉัยความผิดอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ได้อธิบายว่าการกระทำของผู้ใดเป็นความผิดอาญาและผู้นั้นจะต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่นั้น จะต้องวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ 3 ประการ³⁰³ ดังต่อไปนี้

- 1) การกระทำของผู้นั้น “ครบองค์ประกอบของความผิดอาญา” หรือไม่
 - 1.1) องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ กรรมหรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ผลของการกระทำ
 - 1.2) องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท เจตนาพิเศษ
- 2) เหตุยกเว้นความผิด
- 3) เหตุยกเว้นโทษ

4. โครงสร้างการรับผิดในทางอาญา โดยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์ ได้วางหลักเกณฑ์ว่า บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อ³⁰⁴

- 1) การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ
 - 1.1) มีการกระทำ
 - 1.2) การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้นๆ
 - 1.3) การกระทำครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้นๆ
 - 1.4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำ ตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล
- 2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
- 3) การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

ในการวินิจฉัยให้พิจารณาไปตามลำดับและเมื่อผู้กระทำต้องรับผิดในทางอาญาแล้ว จึงค่อยพิจารณาถึงเหตุที่ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิด เรียกว่า “เหตุลดโทษ” ซึ่งเป็นเหตุที่อยู่นอกโครงสร้างการรับผิดทางอาญา

³⁰³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2539). คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 11 - 16.

³⁰⁴ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 86 - 95.

5. การวินิจฉัยความผิดอาญาของบุคคล โดยศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดอาญาโดยแบ่งออกเป็น 3 ประการ³⁰⁵ คือ

- 1) องค์ประกอบ
 - 1.1) การกระทำตามความหมายของกฎหมายอาญา
 - 1.2) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล
 - 1.3) การกระทำเข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา
 - 1.4) เจตนาหรือประมาท
- 2) อำนาจกระทำ
- 3) เหตุยกเว้นโทษ

ในโครงสร้างข้อที่ 3 นอกจากเหตุยกเว้นโทษเพราะถูกบังคับหรือความสามารถรู้ผิดชอบแล้ว ยังมีการอธิบายถึงเหตุยกโทษ เหตุลดโทษ หรือเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่นไว้ในตอนท้ายว่าเป็นอำนาจของศาลในการใช้ดุลยพินิจลงโทษผู้กระทำความผิดน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

จากแนวทางการอธิบายการวินิจฉัยความผิดอาญาผ่านหลักเกณฑ์การพิจารณาหรือโครงสร้างของความผิดอาญาข้างต้นมีทั้งความเหมือนและความแตกต่างกันในหลายประการ เป็นที่น่าสงสัยว่า เพราะเหตุใดประเทศไทยของเราจึงไม่มีแนวทางการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาที่มีความเป็นเอกภาพหรือมีแนวทางการอธิบายที่เป็นแนวทางเดียวกัน ทั้งที่ประเทศไทยทั้งหมดทุกส่วนก็ล้วนแต่ใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับเดียวกัน แม้ความเห็นที่หลากหลายนั้นมีส่วนทำให้แนวคิดทางกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้รับการโต้เถียงและมีการพัฒนาไปอย่างต่อเนื่อง แต่การไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเป็นหนึ่งเดียวกันส่งผลเสียต่อการศึกษาและการใช้กฎหมายเพราะอาจทำให้การทำความเข้าใจคลาดเคลื่อน หรือทำให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามแนวทางที่ต่างกันมีผลปลายทางที่แตกต่างกันได้ และเพราะโครงสร้างของความผิดอาญานั้น ถือเป็นเครื่องมือสำคัญอันจะทำให้การวินิจฉัยความผิดอาญาเป็นไปอย่างเป็นขั้นตอน มีระบบ มีเหตุและผลสืบเนื่องสอดคล้องกัน ในการวินิจฉัยความผิดอาญาภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาและนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายจึงควรกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แนวคิดและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของประเทศ ตลอดจนเหมาะสมกับการแก้ไขปัญหาสภาพสังคมในปัจจุบันได้อย่างแท้จริง ทั้งนี้เพื่อให้การวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยเป็นหลักเกณฑ์ที่มีมาตรฐานเอกเช่นสากลและให้หลักประกันทางกฎหมายอาญาของประชาชนทุกคนอยู่บนบรรทัดฐานเดียวกัน

³⁰⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2552). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. หน้า 43 - 140.

5.3 เปรียบเทียบข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาในแต่ละประเทศ

โครงสร้างของความผิดอาญาซึ่งถือเป็นเครื่องมือหรือหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาในแต่ละประเทศมีแนวความคิดทั้งที่เหมือนและแตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการเปรียบเทียบและเพื่อให้เห็นถึงหลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาของประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนีและประเทศไทยอย่างเป็นรูปธรรมจึงขอเสนอรายละเอียดดังปรากฏในตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 5.1 ตารางเปรียบเทียบข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาในแต่ละประเทศ

ข้อสาระสำคัญ	ประเทศอังกฤษ	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศเยอรมนี	ประเทศไทย
1. ระบบกฎหมาย	ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System)	ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System)	ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System)	ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System)
2. บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญา	แนวคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานและมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภาในบางกรณี	ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1993 (Code pénal)	ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1998 (Deutsches Strafgesetzbuch/StGB)	ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499
3. โครงสร้างของความผิดอาญา	การกระทำจะเป็นความผิดเมื่อประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ	โครงสร้างของความผิดอาญา 3 ประการ	โครงสร้างของความผิดอาญา 3 ประการ	แตกต่างกันไปตามแนวทางการอธิบาย

ตารางที่ 5.1 ตารางแสดงข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาในแต่ละประเทศ (ต่อ)

ข้อสาระสำคัญ	ประเทศอังกฤษ	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศเยอรมนี	ประเทศไทย
4. องค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญา	1) การกระทำ ความผิด (Actus reus) 2) จิตใจที่ชั่วร้าย (Mens rea)	1) ข้อสาระทาง กฎหมาย 2) ข้อสาระ ทางการกระทำ 3) ข้อสาระทาง จิตใจ	1) การกระทำ ครบ องค์ประกอบที่ กฎหมายบัญญัติ 2) ความผิด กฎหมาย 3) ความชั่ว	แตกต่างกันไปตาม แนวทางการ อธิบาย แต่เน้น ความสอดคล้อง กับบทบัญญัติ แห่งประมวล กฎหมายอาญา เป็นหลักสำคัญ
5. ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา	ไม่มีการแยกเหตุ ยกเว้นความผิด (Justification) และเหตุยกเว้น โทษ (Excuse) ออกจากกันอย่าง เด็ดขาด	มีเหตุแห่งการไม่ ต้องรับผิด 2 กรณี คือ เหตุเนื่องจาก การกระทำและ เหตุเนื่องจากตัว ผู้กระทำ	มีเหตุยกเว้นโทษ เฉพาะตัวเพราะ ถือว่าเป็นสิ่งที่ เกี่ยวกับการ ลงโทษโดยเฉพาะ	การอธิบาย รวมอยู่ในกรณีที่เป็น เหตุยกเว้น โทษ ไม่ได้แยก รายละเอียดอย่าง ชัดเจน
6. ขั้นตอนการวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวทางโครงสร้าง	พิจารณาความรับผิดชอบทางอาญา ควบคู่กันระหว่าง ส่วนที่เป็นภาว วิสัยและส่วนที่เป็น อัตวิสัย ถือเป็น หลักว่าการ กระทำจะต้องมี สองส่วน คือ การ กระทำความผิด	วินิจฉัยเรียง ตามลำดับของ โครงสร้างของ ความผิดอาญา เมื่อการกระทำ ครบตาม องค์ประกอบข้อ สาระทาง กฎหมาย ข้อ สาระทางการ	วินิจฉัยตามลำดับ ขั้นของ สาระสำคัญตาม โครงสร้างของ ความผิดอาญา จากข้อแรกจนถึง ข้อที่ 3 หากไม่ ครบตาม องค์ประกอบใน ข้อก่อนหน้าก็มี	พิจารณาจาก บทบัญญัติแห่ง กฎหมายลาย ลักษณ์อักษรเป็น ลำดับแรก โดยยึด ตัวบทบัญญัติจาก ประมวลกฎหมาย อาญาเป็นหลักทั้ง ในส่วน องค์ประกอบของ

ตารางที่ 5.1 ตารางแสดงข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาในแต่ละประเทศ (ต่อ)

ข้อสาระสำคัญ	ประเทศอังกฤษ	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศเยอรมนี	ประเทศไทย
6. ขั้นตอนการวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวทางโครงสร้าง (ต่อ)	และเจตนาร้าย ³⁰⁶	กระทำ และข้อ สาระทางจิตใจ แล้วจึงพิจารณา ในส่วนเหตุแห่ง การไม่ต้องรับผิด หรือเหตุยกเว้น โทษต่างๆ	จำต้องพิจารณา ในลำดับถัดไป และการกระทำจะ เป็นความผิด อาญาต่อเมื่อครบ องค์ประกอบทั้ง 3 ประการแล้ว เท่านั้น	การกระทำที่ผิด กฎหมาย ตลอดจนเหตุที่ กฎหมายยกเว้น ความผิดและ ยกเว้นโทษ
7. การใช้โครงสร้างของความผิดอาญาในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ	ในการศึกษา กฎหมายและการ วินิจฉัย ข้อเท็จจริงของ ศาลใช้แนวทาง คำพิพากษาเป็น หลักเกณฑ์ และใช้หลัก Actus Reus และ Mens Rea ใน การพิจารณา กระทำความผิด	ในการศึกษา และการวินิจฉัย คดีใช้หลักเกณฑ์ จากโครงสร้าง ของความผิด อาญาเป็น แนวทางในการ วินิจฉัยความผิด	การศึกษา กฎหมาย ตลอดจนถึงการ วินิจฉัยอรรถคดี ในชั้นศาลใช้ องค์ประกอบ ของโครงสร้าง ของความผิด อาญาเป็น ขั้นตอนพิสูจน์ การกระทำ	ในภาคทฤษฎี และในภาค ปฏิบัติ มีลักษณะการ ผสมผสาน ระหว่างหลาย แนวความคิด หรือบางกรณีก็ ผสมปนเปกัน จนไม่สามารถ อธิบายแนวทาง ที่ชัดเจนได้

จากตารางแสดงข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาข้างต้นแสดงให้เห็นถึงรายละเอียดของระบบกฎหมาย โครงสร้างของความผิดอาญา ขั้นตอนการวินิจฉัยความผิดอาญาและแนวทางการใช้หลักเกณฑ์จากโครงสร้างความผิดในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติของประเทศ

³⁰⁶ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1818 - 2009 นักกฎหมายอังกฤษส่วนหนึ่งมีความเห็นว่าควรจัดทำประมวลกฎหมายอาญาขึ้น (English Criminal Code) และมีความพยายามในการจัดทำร่างประมวลกฎหมายอาญาอังกฤษ แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุผลหลายประการก็ไม่เคยได้รับการตราขึ้นเพื่อบังคับใช้จนกระทั่งปัจจุบัน

อังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนีและประเทศไทย จากการเปรียบเทียบสะท้อนให้เห็นว่า ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนีต่างก็มีรูปแบบการใช้โครงสร้างของความคิดอาญาที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของตน หรือเรียกได้ว่า มีระบบกฎหมายและนิติวิธีที่ถูกต้องสอดคล้องกันอย่างแท้จริง ไม่ว่าจะใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) หรือ ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ในขณะที่ประเทศไทยนั้นหาใช่ว่าไม่มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาที่สามารถเทียบเคียงได้กับโครงสร้างของความคิดอาญาเช่นในต่างประเทศ แต่ด้วยการนำแนวทางการอธิบายมาจากนิติวิธีของประเทศอื่น ทำให้บังคับแนวทางที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายได้วางไว้แต่แรกเริ่ม กลายเป็นการเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมายแต่ในการศึกษาและปฏิบัติใช้รูปแบบผสมผสานกัน ไม่แน่นอนชัดเจน ไม่สามารถให้เหตุผลได้โดยปราศจากข้อสงสัยหรือไร้ความสับสนในการทำความเข้าใจ แนวทางในรูปแบบผสมผสานนั้นย่อมมีทั้งข้อดีข้อเสีย และสามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาของไทยทั้งในภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติได้เพียงบางส่วน แต่การไม่มีหลักคิดที่เป็นระบบ ขาดความเข้าใจถึงทฤษฎีสันับสนุนที่เป็นพื้นฐานของหลักเกณฑ์ ย่อมจะนำไปสู่การไม่เข้าใจศาสตร์และตรรกะของกฎหมายอาญา ตลอดจนการไม่สามารถใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องและเต็มประสิทธิภาพ การศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางโครงสร้างของความคิดอาญาของต่างประเทศและการปรับใช้เพื่อกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ประกาศใช้อยู่ในปัจจุบัน จึงน่าจะเป็นแนวทางที่ดีที่สุดซึ่งทำให้การวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาของไทย มีความเป็นระบบ ง่ายแก่การศึกษาทำความเข้าใจและพัฒนาแนวความคิดให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมในอนาคตต่อไปได้ สำหรับตัวอย่างการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาในชั้นศาลของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนี้ มีแนวทางคำพิพากษาที่พิจารณาตามแนวโครงสร้างความคิดของระบบคอมมอนลอว์และตามโครงสร้างความคิดของระบบประมวลกฎหมายซึ่งจะได้นำเสนอรายละเอียดต่อไป

5.4 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลไทย

ในการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลไทย ผู้เขียนมุ่งเสนอให้เห็นถึงตัวอย่างการใช้กฎหมายที่ปรากฏผลในเชิงรูปธรรม ด้วยเหตุที่ประเทศไทยมิได้ให้ความสำคัญกับการวินิจฉัยความคิดอาญาอย่างเป็นระบบและไม่มีโครงสร้างของความคิดอาญาที่ชัดเจนเป็นของตนเอง ทำให้เราไม่มีเครื่องมือที่มีประสิทธิภาพและเที่ยงตรงเพียงพอในการวินิจฉัยเพื่อพิสูจน์การกระทำความผิด ทำให้มีผลเสียเกิดขึ้นตามมาจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของนิติวิธีในระบบกฎหมายไทย เพราะเมื่อไม่มีเครื่องมือ หรือมีเครื่องมือที่ไม่ดี หรือมีแต่เครื่องมือที่ไม่ถูกกับงานเสียแล้ว ย่อมไม่

อาจจะสร้างสรรค์ผลงานชิ้นเอกขึ้นมาได้เลย เปรียบเสมือนการสร้างบ้านเรือนไทยด้วยภูมิปัญญาและวิธีการแบบฝรั่ง แล้วจะออกมาเป็นบ้านเรือนไทยได้อย่างไร ที่สำคัญเป้าหมายของกฎหมายอาญาคือการอำนวยความยุติธรรมและเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ งานชิ้นนี้จึงมีอาจที่จะมองเห็นได้ด้วยตา เช่นผลงานรูปธรรมจับต้องได้ทั่วไป แต่เปรียบได้กับงานอันเป็นนามธรรมที่ต้องใช้จิตใจสัมผัส การที่จะทำให้คนในสังคมสัมผัสได้ถึงความยุติธรรมนั้น ยิ่งเป็นงานที่ยากยิ่ง หากผู้สร้างสรรค์ไม่มีความเข้าใจในหลักกฎหมาย ทฤษฎีเบื้องหลัง วัตถุประสงค์และแนวทางการปรับใช้เครื่องมืออย่างถูกต้องแล้ว การสรรค์สร้างจรโลงความยุติธรรมให้ปรากฏในสังคมย่อมยากยิ่งที่จะเกิดขึ้น

จากอดีตจนถึงปัจจุบัน แนวคำพิพากษาของศาลไทยส่วนมากวินิจฉัยตามแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายอย่างเป็นระบบแต่คำพิพากษาบางส่วนก็หยิบยกเฉพาะหลักกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยปรับกับข้อเท็จจริง โดยมีได้ตระหนักเลยว่า หลักกฎหมายนั้นเป็นหลักที่เหมาะสมกับระบบกฎหมายของตนเองหรือไม่ สิ่งที่เกิดขึ้นทำให้การตีความ การใช้เครื่องมือทางกฎหมายและผลของการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเดียวกันอาจแตกต่างกันได้ ประชาชนเองก็อาจหามาตราฐานอันเป็นบรรทัดฐานในการอำนวยความยุติธรรมได้จากที่ใด อย่างไรก็ตามคงมีอาจกล่าวได้ว่าแนวทางเช่นใดจกคดีที่สุด เพราะไม่มีแนวทางของประเทศไหนที่จะสามารถนำมาใช้ได้อย่างเหมาะสมที่สุดเท่ากับของไทยเอง แต่การออกเดินด้วยขาเราเองอย่างไร้จุดหมาย ปราศจากแบบแผนที่เป็นแบบอย่างก็คงยากเกินไป ดังนั้น การรับเอาแนวทางที่เหมาะสมสอดคล้องมาปรับใช้น่าจะเป็นทางลัดสู่จุดหมายได้โดยรวดเร็วและปลอดภัยที่สุด การศึกษาแนวทางคำพิพากษาของศาลไทยที่ผ่านมาจะทำให้เห็นถึงข้อผิดพลาดของการใช้นิติวิธีที่แตกต่างและทำให้นักกฎหมายไทยสามารถหลีกเลี่ยงแลหน้าเพื่อหาสิ่งที่ดีที่สุดให้กับระบบกฎหมายของเราได้

5.4.1 แนวคำพิพากษาที่วินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวโครงสร้างความผิด

คำพิพากษาของศาลไทยในคดีอาญาถือเป็นการตัดสินชี้ขาดคดี ผ่านการวินิจฉัยด้วยหลักเหตุผลประกอบกับพยานหลักฐาน ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก แนวทางคำพิพากษาส่วนใหญ่จึงมีความสอดคล้องตามแนวโครงสร้างของความผิดอาญา กล่าวคือ มีการวิเคราะห์การกระทำอย่างเป็นระบบ มีการลำดับชั้นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงเพื่อหาข้อสรุปว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาหรือไม่ มีเหตุยกเว้นที่จะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือมีเหตุยกเว้นโทษหรือไม่ ทำให้เห็นได้ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไทยเอง แม้จะมีได้มีการวินิจฉัยการกระทำตามลำดับชั้นของโครงสร้างของความผิดอาญาอย่างครบถ้วน แต่ก็สะท้อนให้เห็นว่าภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้มีความพยายามทำให้ขั้นตอนการพิจารณา

ตัดสินคดีมีหลักเกณฑ์ซึ่งเป็นการดำเนินการตามรูปแบบของระบบประมวลกฎหมายอยู่แล้ว เพียงแต่ยังขาดความชัดเจนเป็นเอกภาพในเรื่องของนิติวิธี เพื่อความชัดเจนในการทำความเข้าใจจึงขออ้างอิงคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยตามแนวทางโครงสร้างความผิดมาเป็นกรณีศึกษา ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5215/2539³⁰⁷

“ผู้ตายมีนิสัยเป็นนักเลง อันธพาล ใจคอชั่วร้าย ในวันเกิดเหตุ ผู้ตายได้กล่าวคำอาฆาตจําเลยกับบุตรของจําเลย แล้วดื่มสุราก่อนมาหาจําเลย เมื่อผู้ตายเข้ามาในบริเวณบ้านจําเลย จําเลยบอกให้ผู้ตายหยุด แต่ผู้ตายไม่ยอมหยุดและเดินตรงเข้าหาจําเลยระยะห่างเพียง 5 วา พฤติการณ์ของผู้ตายสื่อลักษณะอาการที่จะมุ่งร้ายต่อชีวิตของจําเลยและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง”

“จําเลยมีความชอบธรรมที่จะป้องกันภัยอันตรายได้ตามสมควร จําเลยอายุ 68 ปี อยู่ในวัยชรา ส่วนผู้ตายอายุ 26 ปี เป็นชายฉกรรจ์ ในภาวะเช่นจําเลยต้องประสบในขณะนั้น ย่อมต้องเข้าใจว่าผู้ตายคงจะต้องมีอาวุธติดตัวมาและจะเข้ามาหาจําเลย โอกาสไม่อำนวยให้จําเลยได้ตั้งสติไตร่ตรองได้ว่า ผู้ตายมีอาวุธร้ายแรงแค่ไหน การที่จําเลยยิงปืนใส่ผู้ตายเพียง 1 นัด กระสุนปืนถูกผู้ตายและผู้ตายถึงแก่ความตายนั้น ถือได้ว่าการกระทำของจําเลยพอสมควรแก่เหตุ เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย”

จากข้อเท็จจริงที่จําเลยสำคัญคดีว่ามีภัยอันตรายใกล้จะถึงจึงอ้าง “การป้องกัน” เป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดได้ เพราะมีการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายเกิดขึ้นก่อน แม้ว่าแท้จริงแล้วข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นจะไม่มีอยู่จริง หลักที่ทำให้การกระทำโดยสำคัญคดีไม่เป็นความผิดตามบทบัญญัติมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยประกอบกับหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 เป็นการพิสูจน์การกระทำตามขั้นตอนของโครงสร้างของความผิดอาญา เพราะมีการพิจารณาที่ข้อเท็จจริงของคดีอื่นทำให้เกิดขึ้นซึ่งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดอาญาก่อน จากนั้นจึงพิจารณาในส่วนของเหตุยกเว้นความผิดให้แก่จําเลย การวินิจฉัยการกระทำในลักษณะเช่นนี้มีความสอดคล้องกับการเขียนความเห็นทางกฎหมายและแนวทางการเขียนความเห็นประกอบคำพิพากษาของศาลเยอรมันอีกด้วย โดยที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน § 16 (1) StGB วางหลักว่า “การกระทำไม่เป็นความผิดหากว่า ผู้กระทำจะไม่รู้ หรือสำคัญคดี” และมาตรา § 32 StGB วางหลักว่า “การกระทำเพื่อป้องกันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง หรือผู้อื่นจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย”

³⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5215/2539 สืบค้นจาก www.deka2007.supremecourt.or.th/

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2542³⁰⁸

“จำเลยมีอาการผิดปกติทางจิตมานานแล้ว จะมีการกำเริบเป็นครั้งคราวและไม่อาจรู้ได้ล่วงหน้า เมื่อมีอาการทางจิตแล้วจะรู้สึกกลัวและทำอะไรไม่ได้ การที่จำเลยใช้มีดพร้าฟันทำร้ายผู้เสียหายทั้งสี่ได้รับบาดเจ็บนั้น ไม่ปรากฏว่าจำเลยกับผู้เสียหายทั้งสี่มีเรื่องบาดหมางมาก่อน อันจะเป็นมูลเหตุให้จำเลยโกรธเคืองมุ่งร้ายผู้เสียหาย ถือเป็นการผิดปกติวิสัยที่คนปกติจะมาฟันทำร้ายผู้เสียหายโดยไม่ปรากฏสาเหตุใดๆ มาก่อน ดังนั้น พฤติการณ์ที่จำเลยกระทำย่อมแสดงให้เห็นว่าจำเลยทำร้ายผู้เสียหายทั้งสี่ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง หรือ โรคจิต จำเลยจึงไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดดังกล่าวตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคแรก ประมวลกฎหมายอาญา”

“การกระทำของจำเลยที่ไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคแรกนั้นต้องพิจารณาถึงว่า จำเลยได้กระทำผิดในขณะที่ตนยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้างซึ่งจำเลยจะต้องรับโทษตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น”

“ข้อเท็จจริงในวันเกิดเหตุที่จำเลยเข้ามาฟันทำร้ายผู้เสียหายทั้งสี่ จำเลยมีอาการผิดปกติคือ มือสั่น ตัวสั่น และไม่พูดคุยกะไรเลย จากการเบิกความของโจทก์ทำให้ทราบว่าชาวบ้านโดยทั่วไปก็ทราบดีว่าจำเลยเป็นโรคประสาทเคยถูกล่อมโซ่ อาการจิตผิดปกติก็เป็นมานานแล้ว ในวันเกิดเหตุที่จำเลยฟันทำร้ายผู้เสียหายทั้งสี่ได้รับบาดเจ็บนั้นก็ไม่ได้ปรากฏว่าจำเลยกับผู้เสียหายทั้งสี่มีเรื่องบาดหมางใดๆ มาก่อนอันจะเป็นมูลเหตุให้จำเลยโกรธเคืองมามุ่งทำร้ายผู้เสียหายดังกล่าว ย่อมแสดงให้เห็นว่าจำเลยทำร้ายผู้เสียหายทั้งสี่ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่องหรือ โรคจิต ที่โจทก์ก็เห็นว่า ภายหลังเกิดเหตุจำเลยนำชี้สถานที่เกิดเหตุกับแสดงท่าทางในการกระทำผิด แสดงว่าในขณะที่กระทำผิดจำเลยมีความสามารถรู้ผิดชอบหรือสามารถบังคับตนเองได้บ้างนั้น เห็นว่าการกระทำของจำเลยกรณีไม่ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 วรรคแรกนั้น ต้องพิจารณาถึงผู้กระทำว่ารู้ผิดชอบในการกระทำผิดลงในขณะที่นั้นกับขณะนั้นผู้กระทำสามารถยับยั้ง หรือบังคับตนเองได้หรือไม่ อันเนื่องจากมีจิตบกพร่อง หรือ โรคจิต มิใช่ถือเอาการกระทำของจำเลยภายหลังเกิดเหตุแล้วเป็นเกณฑ์พิจารณาประกอบการกระทำความคิดที่กระทำก่อนหน้า ศาลฎีกาจึงเห็นพ้องกับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ภาค 3 และพิพากษายืน แต่ให้รับอาวูฐที่เป็นของกลางไว้”

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น สังเกตเห็นได้ว่ามีแนวทางการวินิจฉัยสอดคล้องกับแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญา แม้จะขาดความชัดเจน ในการจัดลำดับการพิจารณา ในตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2542 ศาลมีความเห็นว่าเมื่อผู้กระทำไม่รู้ผิดชอบในขณะที่กระทำ

³⁰⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2542 สืบค้นจาก www.deka2007.supremecourt.or.th/

ให้ถือเป็นเหตุยกเว้นโทษ ซึ่งเท่ากับว่าผู้กระทำได้กระทำการที่พิสูจน์แล้วว่าเป็นความผิดอาญา เพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ที่กล่าวว่าขาดความชัดเจนนั้น ผู้เขียนหมายถึง ขาดหลักเกณฑ์ที่รอบคอบชัดเจน ต่างจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) ที่จะถือว่าการกระทำขณะจิตบกพร่องนั้นเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา เพราะผู้กระทำขาดความชั่ว³⁰⁹ เมื่อการกระทำไม่ครบองค์ประกอบทั้ง 3 ลำดับชั้นของโครงสร้างของความผิดอาญา ผู้กระทำย่อมไม่ถูกลงโทษเพราะการกระทำของเขาไม่ใช่ความผิดอาญา หลักเกณฑ์ที่รอบคอบชัดเจน ทำให้เห็นว่า “การกระทำที่ไม่เป็นความผิดอาญา” แตกต่างจาก “การกระทำที่เป็นความผิดอาญาแต่ได้รับยกเว้นโทษ” แม้ว่าผล คือ การไม่ต้องรับโทษเหมือนกัน แต่แนวทางพิสูจน์และการลำดับความคิดที่จะนำมาสู่ผลนั้นแตกต่างกันและหาใช่ว่าเป็นความแตกต่างที่ไม่สำคัญ หากลำดับความเข้าใจอย่างเป็นระบบแล้ว ย่อมเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจกฎหมายอาญาได้อย่างถ่องแท้ โครงสร้างของความผิดอาญาจึงถือเป็นแนวคิดพื้นฐานและเป็นเครื่องมือของนักกฎหมายที่สำคัญมากที่ควรต้องเรียนรู้และทำความเข้าใจให้ทะลุปรุโปร่ง

5.4.2 แนวคำพิพากษาที่ไม่ได้วินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวโครงสร้างความผิด

จากการที่แนวคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยมีความแตกต่างหลากหลาย ทั้งที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษและประเทศภาคพื้นยุโรป จึงทำให้คำพิพากษาของศาลไทย บางส่วนดำเนินตามแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาตามนิติวิธีของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แม้ว่าแท้ที่จริงแล้วศาลฎีกาควรตัดสินพิพากษาคดีตามบทบัญญัติและนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย จึงขอยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้รับผลกระทบทางความคิดจากระบบคอมมอนลอว์มาเป็นกรณีศึกษา ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8158/2544³¹⁰

“โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 ร่วมกันมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองโดยมิได้รับใบอนุญาต หน่วงเหนี่ยวกักขังผู้อื่นให้ปราศจากเสรีภาพ ปล้นทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยมีหรือใช้อาวุธปืนฆ่าผู้อื่นโดยทรามานและกระทำทารุณโหดร้ายเพื่อจะเอาไว้ซึ่งทรัพย์สินอันเกิดแต่การปล้นทรัพย์ ปกปิดความผิดอื่นของตน และเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้ซ่อนเร้นหรือทำลายศพ ปลอมตัวเงินและใช้ตัวเงินปลอม จำเลยที่ 1 ให้การรับสารภาพเพราะจำนนต่อหลักฐาน จำเลยที่ 2 และ 3 ให้การปฏิเสธ”

³⁰⁹ § 20 (StGB) Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (การขาดความสามารถในการทำชั่วเพราะเหตุความบกพร่องแห่งจิต) “ผู้ใด ขณะกระทำความผิดมีจิตบกพร่อง ขาดความสามารถรู้ผิดชอบอย่างสิ้นเชิง มีจิตพ้นเพือน มีจิตผิดปกติอย่างรุนแรง ผู้นั้นกระทำโดยปราศจากความชั่ว”

³¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8158/2544 สืบค้นจาก www.deka2007.supremecourt.or.th/

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า “จำเลยกับพวกวางแผนจับ ณ. และ ป. ผู้ตายทั้งสองเพื่อบังคับให้ออกเช็ค เมื่อผู้ตายทั้งสองออกเช็คแล้วก็ยังฆ่าผู้ตายอีก ส่อแสดงถึงเจตนาร้ายมาแต่ต้น การฆ่าโดยใช้ก้อนปูนซึ่งใช้ทุบพื้นซีเมนต์ทุบตีที่บริเวณต้นคอด้านหลังขณะที่ ณ. ถูกขังพีคนอนคว่ำหน้าบนเตียงนอนและใช้เชือกไนลอนรัดคอผู้ตายทั้งสองซ้ำในสภาพที่ผู้ตายถูกมัดมือ มัดเท้าเป็นวิธีการฆ่าที่ร้ายยิ่งกว่าการทำให้ตายตามปกติธรรมดา ส่อแสดงว่า จำเลยกับพวกมีจิตใจโหดร้ายอำมหิตผิดมนุษยธรรมทั่วไป ถือได้ว่าเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยกระทำทารุณโหดร้าย”

“ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์จึงพิพากษาลงโทษจำเลยที่ 1 ฐานชิงทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 339 วรรคท้าย กับฐานอื่นดังกล่าวทุกฐานความผิดและลงโทษจำเลยที่ 2 ฐานเป็นผู้สนับสนุนจำเลยที่ 1 ในการกระทำผิด ส่วนจำเลยที่ 3 ลงโทษเฉพาะฐานใช้ตัวเงินปลอม แสดงว่าศาลล่างทั้งสองพิพากษายกฟ้องจำเลยที่ 1 ฐานปล้นทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยมี หรือใช้อาวุธปืน และยกฟ้องจำเลยที่ 2 และที่ 3 ฐานเป็นตัวการร่วมกระทำผิดกับจำเลยที่ 1 ฐานทุกความผิด”

“ที่โจทก์ร่วมฎีกาว่า พยานหลักฐานที่โจทก์และโจทก์ร่วมนำสืบฟังได้ว่าจำเลยที่ 1 กระทำผิดฐานปล้นทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยมีหรือใช้อาวุธปืน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340 วรรคท้าย ประกอบมาตรา 340 ตี จำเลยที่ 2 และที่ 3 เป็นตัวการร่วมกระทำผิดกับจำเลยที่ 1 ทุกฐานความผิด จึงต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 220 ศาลฎีกาจึงพิพากษายืน”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2188/2545³¹¹

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยกับผู้เสียหายอยู่กินด้วยกันฉันท์สามีภริยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส ก่อนวันเกิดเหตุทะเลาะกัน แล้วจำเลยหนีออกจากบ้าน ครั้นวันเกิดเหตุจำเลยไปพบผู้เสียหายที่บ้านและขอคืนดี ผู้เสียหายขอค่าทำขวัญแต่ตกลงจำนวนเงินกันไม่ได้ จำเลยโกรธทำร้ายผู้เสียหายและเอาสร้อยคอทองคำ 2 เส้น แหวนทองคำ 3 วง กับตุ้มหูทองคำ 1 คู่ไป ต่อมาจำเลยนำทรัพย์ดังกล่าวทั้งหมดมาคืนให้แก่ผู้เสียหายและกลับมาอยู่กินด้วยกัน จำเลยเอาทรัพย์ดังกล่าวไปเนื่องจากจำเลยไม่ต้องการให้ผู้เสียหายนำไปขายเล่นการพนัน การกระทำของจำเลยเป็นไปโดยเปิดเผยต่อหน้าผู้อื่น เป็นการใช้อำนาจของการเป็นสามีปกป้องทรัพย์สินของครอบครัวด้วยความโกรธโดยเข้าใจว่ามีสิทธิกระทำได้ และการที่จำเลยได้นำทรัพย์ทั้งหมดคืนแก่ผู้เสียหายก็แสดงว่าไม่มีเจตนาที่จะเอาทรัพย์ไปเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับจำเลย หรือผู้อื่น จำเลยไม่มีเจตนาร้ายที่จะทำร้ายร่างกายผู้เสียหายเพื่อเอาทรัพย์ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานชิงทรัพย์ คงมีเพียงความผิดฐานทำร้ายร่างกาย”

³¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2188/2545 สืบค้นจาก www.deka2007.supremecourt.or.th/

จากตัวอย่างคำพิพากษาที่ 8158/2544 และคำพิพากษาที่ 2188/2545 ศาลฎีกาพิจารณาตัดสินโดยให้เหตุผลประกอบเกี่ยวกับเจตนาร้าย โดยกรณีแรกผู้กระทำความผิดมีเจตนาร้ายและกรณีที่สองผู้กระทำไม่มีเจตนาร้าย แสดงว่าในการวินิจฉัยความผิด “เจตนาร้าย” เปรียบเสมือนกับเป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดอาญา จึงใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าผู้กระทำมีความผิดหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ในระบบประมวลกฎหมาย “เจตนา” คือ การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล ซึ่งแตกต่างจาก “เจตนาร้าย” (Mens rea) ที่หมายถึง จิตใจที่ประสงค์ร้าย หรือจิตใจที่ชั่วร้าย ของระบบคอมมอนลอว์ การวินิจฉัยความผิดอาญาตามนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายจึงมีความนำหลักเกณฑ์ของระบบที่แตกต่างกันมาปรับใช้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดสถานการณ์หลงทางในการพิสูจน์การกระทำความผิดอาญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1880/2542³¹²

“โจทก์ฟ้องว่าระหว่างวันที่ 8 - 15 ตุลาคม 2539 และระหว่างวันที่ 16 - 24 ตุลาคม 2539 เวลากลางวันและกลางคืนต่อเนื่องกัน จำเลยได้ลักเอาสัญญาณโทรศัพท์จากตู้โทรศัพท์สาธารณะขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยผู้เสียหายไป ขอให้ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ประกอบกับมาตรา 335 และ มาตรา 91 จำเลยให้การรับสารภาพ”

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “คดีนี้ศาลอุทธรณ์ภาค 1 พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ไม่ผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 (1) (10) วรรคสาม จำเลยฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ เพราะเป็นเพียงการแย่งใช้คลื่นสัญญาณโทรศัพท์โดยไม่มีสิทธิ ไม่ใช่เป็นการเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไปโดยทุจริต ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่า จำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้องแล้วว่าจำเลยเอาสัญญาณโทรศัพท์จากตู้โทรศัพท์สาธารณะขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยไปใช้จริง คำว่า “โทรศัพท์” ตามสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน เล่มที่ 7 หน้าที่ 250 อธิบายว่า “โทรศัพท์เป็นวิธีแปลงเสียงพูดให้เป็นกระแสไฟฟ้า แล้วส่งกระแสไฟฟ้านั้นไปในสายลวดไปเข้าเครื่องรับปลายทางที่จะทำหน้าที่เปลี่ยนกระแสไฟฟ้าให้กลับเป็นเสียงพูดอีกครั้งหนึ่ง” สัญญาณโทรศัพท์จึงเป็นกระแสไฟฟ้าที่แปลงมาจากเสียงพูดเคลื่อนที่ไปตามสายลวด ตัวนำจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง การที่จำเลยลักเอาสัญญาณโทรศัพท์จากตู้โทรศัพท์สาธารณะในความครอบครองขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยไปใช้เพื่อประโยชน์ของจำเลยโดยทุจริตจึงเป็นความผิดฐานลักทรัพย์เช่นเดียวกับการลักกระแสไฟฟ้าตามคำพิพากษาศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่ 877/2501 ระหว่างพนักงานอัยการ โจทก์ กับนายฮั่วเซียงหรือฮวดเซียง แซ่เตียกับพวกจำเลย ฎีกาข้อนี้ของจำเลยฟังไม่ขึ้น ดังนั้น ที่ศาล

³¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1880/2542 สืบค้นจาก www.deka2007.supremecourt.or.th/

อุทธรณ์ภาค 1 พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานลักทรัพย์จึงชอบแล้ว” (คำพิพากษาฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 4/2541)

จากคำพิพากษาฎีกาลบนี้ มีข้อน่าสังเกตว่า แม้การกระทำของจำเลยจะเป็นความผิดตามแนวทางการให้เหตุผลของศาล เนื่องด้วยสัญญาณโทรศัพท์เป็นกระแสไฟฟ้าที่แปลงมาจากเสียงพูด สัญญาณโทรศัพท์จึงเป็นกระแสไฟฟ้า กระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์ จำเลยจึงกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 แต่เมื่อพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “ทรัพย์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 “ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง” ในทางนิติศาสตร์ กระแสไฟฟ้าไม่มีรูปร่าง การให้เหตุผลว่ากระแสไฟฟ้าเป็นทรัพย์จึงเป็นการขยายความบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด ทั้งที่การวินิจฉัยความผิดอาญาในระบบประมวลกฎหมาย การกระทำจักเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้เท่านั้น การขยายความกฎหมายจึงเปรียบเสมือนการที่ผู้พิพากษาสร้างกฎหมาย (Judge made Law) การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยคดีนี้โดยอ้างนัยตามคำพิพากษาฎีกาที่ประชุมใหญ่ที่ 877/2501 ที่เคยตัดสินไว้ก่อนหน้าก็เป็นการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามแนวคำพิพากษา (The Doctrine of Precedent) ทางออกที่ถูกจึงควรที่จะยอมรับว่าประเทศไทยควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อให้ทันต่อวิวัฒนาการของโลกอยู่เสมอ เช่นเดียวกับที่กฎหมายของต่างประเทศนั้นทั้งการลักกระแสไฟฟ้าและสัญญาณโทรศัพท์ได้ถูกบัญญัติไว้ในความผิดฐานลักการใช้พลังงาน³¹³

จากแนวทางคำพิพากษาของศาลที่ได้นำเสนอข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นว่าศาลไทยวินิจฉัยความผิดอาญาในลักษณะพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับพยานหลักฐานและวินิจฉัยชี้ขาดได้เรียงเป็นประเด็นไป ในบางส่วนมีความคล้ายคลึงกับการพิจารณาตามข้อสาระของโครงสร้างของความผิดอาญา แต่ก็ยังไม่ชัดเจนเพราะไม่มีแนวทางที่เป็นเอกภาพ ในทางปฏิบัติคำพิพากษาบางส่วนก็มีการอ้างอิงคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าเป็นแนวทางการตัดสินซึ่งมีลักษณะเป็นไปในทางนิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์ จึงเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเป็นแนวทางปฏิบัติเดียวกันในทุกคดียังหาไม่ แต่กลับขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษาว่าจะวินิจฉัยความผิดตามแนวทางใด ดังนั้น การปรับกระบวนการคิดโดยทำความเข้าใจถึงรูปแบบและแนวคิดของระบบประมวลกฎหมายอย่างถ่วงถ่วง การศึกษาโครงสร้างของความผิดอาญาที่เป็นเครื่องมือของระบบประมวลกฎหมายอย่าง

³¹³ § 248c StGB Entziehung elektrischer Energie (การลักพลังงานไฟฟ้า)

(1) ผู้ใดลักพลังงานไฟฟ้าจากอุปกรณ์ไฟฟ้า หรือเครื่องกำเนิดไฟฟ้าของผู้อื่น โดยการเชื่อมต่อซึ่งมิใช่เพื่อการใช้ประโยชน์ตามปกติจากอุปกรณ์ไฟฟ้า หรือเครื่องกำเนิดไฟฟ้า หากกระทำโดยความมุ่งหวังที่จะใช้พลังงานไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือโทษปรับ

ละเอียดลึกซึ้ง รวมถึงการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาขึ้นในกฎหมายไทยจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง ในลำดับต่อไป ผู้เขียนจึงขอนำเสนอแนวทางการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาอย่างเป็นรูปธรรมในกฎหมายไทย



บทที่ 6

วิเคราะห์แนวทางการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย

การศึกษาลึกลงโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน (Deutscher Deliktsaufbau/German Structure of Crime) จากความเป็นมา ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำในทางอาญาและข้อสาระประการต่างๆ อันประกอบขึ้นเป็นเงื่อนไขในการกำหนดการกระทำผิดอาญาในโครงสร้างของความผิดอาญาโดยละเอียดประกอบกับการเปรียบเทียบแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยผ่านบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาและแนวทางคำพิพากษาของศาลตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น แสดงให้เห็นถึงความชัดเจนและความเชื่อมโยงหลายประการเกี่ยวกับโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันและแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญาของไทย ดังสรุปได้ต่อไปนี้

ประการแรก ข้อสาระตามโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันมีหลักเกณฑ์การพิสูจน์การกระทำผิดอาญาที่มีความละเอียด รอบคอบ รัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมาย ถึง 3 ประการ คือ 1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit/Fulfillment of all offense elements as defined in the statute) 2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness) และ 3) ความชั่ว (Schuld/Culpability)

ประการที่สอง จากหลักเกณฑ์ที่รอบคอบรัดกุมทำให้เกิดความเป็นระบบในการวินิจฉัยการกระทำผิดอาญาตามแนวโครงสร้างของความผิดอาญา เพราะมีการจัดลำดับการพิจารณาเริ่มจากลำดับที่ 1) การกระทำครบถ้วนตามองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ หากครบถ้วนทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในจึงเข้าสู่การตรวจสอบลำดับที่ 2) มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด หรือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ หากไม่มีเหตุใดเหตุหนึ่งดังกล่าว การกระทำย่อมผิดกฎหมายและต้องพิจารณาในลำดับที่ 3) ว่าการที่ผู้กระทำได้กระทำลงนั้นมีความชั่ว คือ สมควรถูกดำเนินคดีหรือไม่ ข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของโครงสร้างของความผิดอาญาจึงสะท้อนให้เห็นถึงความเป็นระบบของการพิจารณาเรียงลำดับกันอย่างมีเหตุมีผล

ประการที่สาม ความสอดคล้องกับเนื้อหาของบทบัญญัติภายใต้ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เนื่องจากการวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญากับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาจากแนวความคิดพื้นฐานแห่งนิติรัฐที่ว่า

“nullum crimen, nulla poena sine lege” (ไม่มีความผิดอาญา ไม่มีการลงโทษอาญา โดยปราศจากกฎหมาย)³¹⁴ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย การวินิจฉัยความผิดอาญาและการลงโทษจึงร้อยเรียงกันขึ้น โดยวางหลักให้ความผิดอาญาเป็นเสมือนเงื่อนไขของการลงโทษ โครงสร้างของความผิดอาญาเป็นหลักเกณฑ์การพิสูจน์ว่าการกระทำใดเป็นความผิด หากการกระทำของบุคคลเป็นความผิดอาญาแล้ว ก็ย่อมเป็นไปตามเงื่อนไขว่าบุคคลนั้นจะต้องรับโทษ แต่หากการกระทำของบุคคลใดไม่มีความผิดก็ย่อมเป็นหลักประกันว่าบุคคลนั้นจะไม่ต้องรับโทษ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยก็ให้การยอมรับนำหลักสากลนี้มาบัญญัติไว้ นับตั้งแต่การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในมาตรา 7 และต่อมาร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ในมาตรา 2 ตลอดจนถึงได้มีการนำแนวความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันมาวางหลักไว้ในบทบัญญัติมาตรา 62 โดยศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เมื่อครั้งที่ท่านได้รับโปรดเกล้าฯ ให้เป็นกรรมการร่างกฎหมาย

ประการที่สี่ ความสอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันมาจากพื้นฐานของแนวความคิดและนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายซึ่งเคารพบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก แนวคิดในทางกฎหมายอาญามีการศึกษาค้นคว้าและพัฒนาอย่างต่อเนื่องเป็นเวลายาวนานมีความเป็นรูปธรรมชัดเจน แนวทางการเขียนความเห็นทางกฎหมายและการเขียนคำพิพากษาของศาลมีความเป็นเอกภาพ ทำให้สามารถนำมาปรับใช้เป็นตัวอย่างในการกำหนดแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาภายใต้กฎหมายไทยที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเหมือนกันได้เป็นอย่างดี

ประการสุดท้าย การกำหนดแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม จะทำให้เกิดความชัดเจนแน่นอน ความเป็นระบบและความโปร่งใสในการวินิจฉัยการกระทำ ความผิดอาญา ทั้งกับการศึกษากฎหมายในภาคทฤษฎีและการปรับใช้กฎหมายในภาคปฏิบัติ ตลอดจนทำให้เกิดความเสมอภาคในการอำนวยความยุติธรรม ด้วยบรรทัดฐานเดียวกันในทุกๆ คดี

การศึกษาทำความเข้าใจอย่างถ่องแท้และการให้ความสำคัญกับโครงสร้างของความผิดอาญาจะทำให้การวินิจฉัยความผิดอาญาเป็นไปโดยมีระบบ มีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้แก่ประชาชนทุกคนได้อย่างแท้จริง ในลำดับต่อไปนี้ ผู้เขียนจึงขอชี้ให้เห็นถึงผลกระทบทางความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันที่มีต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และแนวคิดในทางกฎหมายอาญาของไทย ตลอดจนนำเสนอถึงแนวทางการกำหนดโครงสร้างของ

³¹⁴ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*. p. 40. ; Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 139 - 141. ; Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. pp. 19 - 21.

ความคิดอาญาขึ้นในกฎหมายไทยเพื่อเป็นเครื่องมือที่ทำให้กฎหมายอาญาสามารถบรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

6.1 แนวความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันเทียบกับกฎหมายอาญาไทย

แนวความคิดเกี่ยวกับความคิดอาญาของต่างประเทศได้มีอิทธิพลต่อแนวคิดในทางกฎหมายอาญาของประเทศไทย นับตั้งแต่การประกาศใช้กฎหมายตราสามดวง ในปี พ.ศ. 2347 โดยแนวคิดที่เข้ามามีบทบาทในระยะต้นนี้เป็นแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) ที่ได้รับมาจากประเทศอังกฤษผ่านทางกฎหมายของประเทศอินเดียโดยประเทศไทยนำขึ้นมาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายตราสามดวงซึ่งได้รวบรวมและตรวจชำระขึ้นจากบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ต่อมาในการร่างประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ประเทศไทยจึงได้รับเอาแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญาและแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างของความคิดอาญา (Structure of Crime) มาจากประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เช่นเดียวกัน เห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 62³¹⁵ แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยว่าด้วย “ความสำคัญผิดในอำนาจกระทำ” หรือที่เรียกว่า “ความสำคัญผิดในข้อห้ามโดยอ้อม” (Indirekter Verbotsirrtum)³¹⁶ สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันในเรื่อง “ทฤษฎีการกระทำ” (Handlungstheorie) กรณีที่จะถือว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยเจตนา ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ฉะนั้น หากผู้กระทำสำคัญผิดว่าข้อเท็จจริงใด อันจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดมีอยู่จริง ย่อมเท่ากับว่าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงหาได้เป็นเช่นที่ตนคิด การไม่รู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำจึงทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา เพราะได้นำแนวทางของบทบัญญัติมาตรา § 16 StGB³¹⁷ มาเทียบเคียง (Analogie) เท่ากับว่าผู้กระทำ “ขาดเจตนา” ที่จะกระทำความผิด เมื่อการกระทำเกิดขึ้นด้วยความสำคัญผิด จึงเท่ากับว่าเป็นการกระทำที่ขาดเจตนา สาละสำคัญจุดนี้ แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 62 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย ได้นำแนวคิดเรื่องการไม่รู้

³¹⁵ มาตรา 62 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดหรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี”

³¹⁶ คณิต ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 298.

³¹⁷ § 16 (1) StGB วางหลักว่า “ผู้ใดกระทำความผิดลงโดยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ถือว่ามีได้กระทำโดยเจตนา ทั้งนี้ไม่กระทบต่อการลงโทษฐานกระทำความผิดโดยประมาท”

ข้อเท็จจริงเท่ากับขาดเจตนาจากบทบัญญัติมาตรา 16 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาบัญญัติไว้ จึงนับได้ว่าตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 แนวความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันได้เริ่มต้นเข้ามามีบทบาทเบื้องหลังบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยอย่างแท้จริง

แต่อย่างไรก็ตาม การอธิบายแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานของกฎหมายอาญาตามแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) ยังคงมีอิทธิพลสูงอยู่มากในการเรียนการสอนกฎหมายตลอดจนกระบวนการยุติธรรม ทำให้มีการกล่าวถึง “หลักเจตนาร้าย” (Mens rea) ว่าเป็นองค์ประกอบที่ทำให้การกระทำเป็นความผิด เพราะ “ความผิดอาญา” (Crime) ของระบบกฎหมายจารีตประเพณีประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วน³¹⁸ กล่าวคือ (1) Actus reus ที่หมายถึง การกระทำ และ (2) Mens rea ซึ่งหมายถึง เจตนาที่ชั่วร้าย ตามแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์ “การกระทำ” และ “เจตนาที่ชั่วร้าย” ต้องประกอบกันจึงจะเป็นความผิดอาญาได้ แต่ในระบบกฎหมายของไทยไม่มีหลักเรื่อง Mens rea และ เจตนาที่ชั่วร้าย หรืออีกนัยหนึ่ง Mens rea ก็เป็นคนละเรื่องกับ “เจตนา” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 2 อีกด้วย การนำเอาหลักดังกล่าวนี้มาอธิบายบทบัญญัติกฎหมายของไทยจึงไม่ถูกต้องมาตั้งแต่ต้น³¹⁹ และด้วยเหตุที่การรับเอาแนวความคิดของต่างประเทศมาประยุกต์ใช้นั้น ขาดความเป็นเอกภาพ แต่กลับมีความหลากหลายตามแต่แนวทางการอธิบายของผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้น เมื่อขาดความชัดเจนเป็นหนึ่งเดียวดังกล่าวแล้ว การเลือกใช้เครื่องมือที่เรียกว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” เพื่อมาช่วยในการวินิจฉัยการกระทำ ความผิดจึงหาความแน่นอนตายตัวอันเป็นระบบเดียวกันมิได้

แต่ที่จริงแล้ว แนวคิดและทฤษฎีของกฎหมายอาญาเยอรมันได้เข้ามาสอดแทรกอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยนับตั้งแต่การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) เนื่องด้วยการนำเอาแนวทางความคิดและหลักกฎหมายอาญาของประเทศภาคพื้นยุโรปมาเป็นต้นแบบ และแนวทางเปรียบเทียบโดยพิจารณาตัดแปลงให้เข้ากับสภาพแวดล้อมของประเทศไทย เห็นได้ชัดจากการแยกคดีแพ่งออกจากคดีอาญาอย่างชัดเจน การกำหนดเหตุผลหย่อนผ่อนโทษและเหตุเพิ่มโทษตลอดจนการลงโทษผู้กระทำผิดที่ยังคงเป็นผู้เยาว์³²⁰ และต่อมาได้ปรากฏบทบาทชัดเจนขึ้นนับตั้งแต่

³¹⁸ Molan, M. + Lanser, D. + Bloy, D. (2000). *Principles of Criminal Law*. pp. 25 - 28 , 57 - 61. ; Smith & Hogan. (2002). *Criminal Law*. pp. 28 - 60.

³¹⁹ คณิต ฒ นคร. (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 112 - 113.

³²⁰ จารุณี สุวรรณรัตน์. (2552). การปฏิรูปกฎหมาย, การศาลไทยในยุคล่าอาณานิคมของชาติตะวันตก. *วารสารยุติธรรมปริทัศน์*, 4 (1), หน้า 70 - 71.

เมื่อครั้งที่ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายกฎหมายอาญาตามแนวคิดทฤษฎีของเยอรมันไว้ในบทความเรื่อง “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา” ในปี พ.ศ. 2483 หลังจากที่ประเทศไทยได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญามาแล้ว 32 ปี และก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 เป็นเวลา 17 ปี และต่อมาในปี พ.ศ. 2521 ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร ได้อธิบายถึง “โครงสร้างของความคิดอาญา” โดยเป็นการสานต่อแนวความคิดในทางกฎหมายอาญาของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ซึ่งให้ความกระจ่างต่อแง่ถึงที่มาและแนวคิดในการใช้โครงสร้างของความคิดอาญาของประเทศเยอรมนีอันมีความสอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายของไทย กฎหมายอาญาเยอรมันได้ส่งผลกระทบต่ออารยธรรมหลักทฤษฎีด้านกฎหมายอาญา จนถึงปัจจุบันนี้ แนวคำสอนของท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฅ นคร ก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปทั้งในวงการการเรียนการสอนกฎหมายและในวงการนิติศาสตร์ ภายหลังจากศาสตราจารย์ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ ศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ ก็ได้ดำเนินรอยการสอนตามแนวทางของท่านด้วย ท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฅ นคร กล่าวว่า “การที่ได้เลือกอธิบายตามแนวทางของประเทศเยอรมนีนั้น มิใช่เพราะว่าสำเร็จการศึกษาจากที่นั่น แต่เพราะประเทศเยอรมนีมีแนวความคิดที่ได้รับการพัฒนามาอย่างต่อเนื่องยาวนาน มีความชัดเจน มีความเป็นวิชาการสูง เป็นเหตุเป็นผล เป็นหลักเกณฑ์ทฤษฎี”³²¹ และ “เพราะทฤษฎีที่ถูกตั้งนั้นเป็นพื้นฐานสำคัญอย่างยิ่งแก่นักกฎหมาย นักกฎหมายที่ดีจึงต้องเรียนรู้หลักพื้นฐานทฤษฎีให้ถูกต้องและเข้าใจอย่างถ่องแท้”³²² และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ ได้กล่าวถึงแนวคิดที่เสนอขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบการศึกษากฎหมายในประเทศเยอรมนีว่า “เนื่องจากกฎหมายมีมากไม่มีทางเรียนได้หมดจึงต้องเลือกเรียนเฉพาะที่เป็นแกนความรู้สำคัญ โดยเน้นเรียนวิชาพื้นฐานให้มีความเข้าใจทางกว้างแล้วจึงค่อยเรียนเชี่ยวชาญเฉพาะด้านภายหลัง” และ “ในประเทศเยอรมนีไม่ค่อยมีการติเตียนว่านักกฎหมายรู้แต่ทฤษฎีไม่รู้ทางปฏิบัติ นั่นเพราะเป็นที่เข้าใจว่าการไม่รู้ในทางปฏิบัติมักสืบเนื่องมาจากการเรียนรู้ทางทฤษฎีไม่ถึงขนาด จึงเกิดปัญหาการนำทฤษฎีไปปรับใช้ในทางปฏิบัติ” กล่าวได้ว่า “ความรู้ทางทฤษฎีที่มองไม่เห็นทางปฏิบัติ แท้จริงแล้ว คือ ความไม่เข้าใจทางทฤษฎีนั่นเอง”³²³ จากแนวคิดในการแก้ไขปัญหาในการศึกษากฎหมายของประเทศเยอรมนีดังกล่าวนี้ สะท้อนให้เห็นได้ชัดเจนว่าความเข้าใจที่ถูกต้องทางทฤษฎีเป็นพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับ นักกฎหมายเพราะจะเป็นหลักคิดให้สามารถนำไปผสมเข้ากับหลักปฏิบัติได้อย่าง

³²¹ คณิต ฅ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 111 - 112.

³²² คณิต ฅ นคร. (2556). *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. หน้า 21.

³²³ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2544). *บันทึกการเสวนา การปฏิรูประบบการศึกษากฎหมาย จากมุมมองของเยอรมัน*. *วารสารนิติศาสตร์*, 31 (1), หน้า 18.

ถูกต้องต่อไป อีกประเด็นที่น่าสนใจ คือ การอธิบายความหมายของคำว่า “ทฤษฎี” ของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรงค์ ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า “อันที่จริง “ทฤษฎี” นั้นแปลว่า “การมอง” หรือ การพิจารณาอย่างมีหลักวิชาเท่านั้น เมื่อกล่าวถึง การศึกษาทฤษฎีในแง่ทฤษฎี ก็ต้องหมายถึง การมองปัญหาทฤษฎีโดยมุ่งทำความเข้าใจความสัมพันธ์ภายในของข้อขัดแย้งนั้น โดยเชื่อมโยงความสัมพันธ์ภายในในเรื่องนั้นๆ กับเรื่องอื่นๆ ในทำนองเดียวกัน และจัดตำแหน่งแห่งที่ของเรื่องนั้นๆ ให้เป็นหมวดหมู่ พิจารณาหาหลักทั่วไปในเรื่องนั้น และจัดความรู้เรื่องนั้นไว้ในตำแหน่งแห่งที่ที่เชื่อมเป็นระบบอยู่กับความรู้ในเรื่องอื่นๆ ทั้งหมดด้วย”³²⁴

ดังนั้น แนวคิดของทฤษฎีอาญาเยอรมันจึงเป็นแนวคิดที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการนำมาปรับใช้กับประเทศไทย ด้วยเหตุที่มีรากฐานทางวิชาการที่เข้มแข็ง มีความชัดเจนแน่นอน เป็นระบบ เป็นหลักเกณฑ์ที่มีขั้นตอน โปร่งใส มีนิติวิธีที่เหมือนกันเมื่อนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงทุกกรณีและเป็นแนวคิดของระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกันกับประเทศไทย การศึกษาค้นคว้าและทำความเข้าใจแนวคิดพื้นฐานต่างๆ อย่างละเอียดลึกซึ้งจะทำให้สามารถนำมาเป็นตัวอย่างที่ดีในการกำหนดแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาให้มีความเหมาะสมกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายและบริบทของสังคมไทย ทั้งนี้ ในการนำแนวคิดมาใช้ นั้น มิใช่เป็นการนำเอาของผู้อื่นมาเสียทั้งหมด แต่เป็นการนำมาปรับใช้ โดยเลือกที่จะรับ เลือกที่จะปรับเปลี่ยน และเลือกที่จะรักษามรดกทางความคิดของชาติตนไว้ให้ดีที่สุด ที่สำคัญก่อนจะนำมาปรับใช้เป็นแนวทางได้นั้น จำต้องทำความเข้าใจให้ได้เป็นอย่างดี ให้ถ่องแท้เสียก่อน เพื่อผลสำเร็จปลายทางที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง

6.2 แนวความคิดของทฤษฎีอาญาเยอรมันที่ควรนำมาใช้กำหนดโครงสร้างของความผิดอาญา

เมื่อการกระทำความผิดเป็นเหตุแห่งการลงโทษ เมื่อการลงโทษมีเป้าหมายเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดและหวังผลในการอำนวยความยุติธรรมโดยชดเชยในสิ่งที่ควรจะได้ให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหาย ดังนั้น ในการลงโทษจึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษที่เป็นระบบ กระชับรัดกุม รอบคอบและเป็นเหตุเป็นผล จึงเป็นที่มาของการกำหนด “โครงสร้างของความผิดอาญา” แล้ว “โครงสร้างของความผิดอาญา” คืออะไร และเพราะเหตุใดจึงต้องมีการกำหนด “โครงสร้างของความผิดอาญา” ขึ้นมาให้เป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายไทย

ในการตอบคำถามแรก “โครงสร้างของความผิดอาญา” คือ ขั้นตอนในการลำดับความคิดอย่างเป็นระบบเพื่อวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาและเพื่อกำหนดโทษให้เหมาะสมกับ

³²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 22.

ผู้กระทำความผิดในแต่ละกรณี ในการตอบคำถามว่าเพราะเหตุใดจึงต้องมีการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในระบบกฎหมายไทย นั่นก็เพราะการบรรลุซึ่งเป้าหมายของกฎหมายอาญาในการคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลในสังคม การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด จำเป็นที่จะต้องมีความชัดเจนเพื่อนำไปสู่เป้าหมาย หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ต้องมีความชัดเจนแน่นอน มีความเป็นเอกภาพ สามารถตอบคำถามต่างๆ ได้อย่างปราศจากข้อสงสัย และประการสำคัญคือ ต้องมีความสอดคล้องกับประวัติศาสตร์ ความเป็นมา วัฒนธรรม แนวความคิดพื้นฐานและระบบกฎหมายของประเทศ ซึ่งนับแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายฉบับแรก คือ กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ. 127 จนกระทั่งปัจจุบันนี้ ประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ดังกล่าวที่มีความเป็นเอกภาพชัดเจน หรือหากมีก็มีในแบบครั้งๆ กลางๆ แบบปะติดปะต่อมาจากความคิดของประเทศนั้นบ้างประเทศนี้บ้าง อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากหลักในประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะพบได้ว่า แนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวคิดกฎหมายอาญาเยอรมัน ปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 62 ว่าด้วย “ความสำคัญผิดในอำนาจกระทำ” ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เนื่องจากการร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้มีบทบาทสำคัญในการร่างฯ เป็นอย่างมาก ท่านเล็งเห็นถึงความสำคัญของการวินิจฉัยความผิดอาญาอย่างเป็นลำดับตามแนวทาง โครงสร้างของความผิดอาญา และความจำเป็นของการมีหลักเกณฑ์การวินิจฉัย ท่านเห็นว่าการไม่รู้ข้อเท็จจริงเท่ากับขาดเจตนา ย่อมทำให้ไม่ต้องพิจารณาในประเด็นอื่นต่อไป ท่านจึงนำแนวความคิดเรื่องความสำคัญผิดในอำนาจกระทำ (Indirekter Verbotsirrtum) ตามแนวคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันมาบัญญัติไว้อย่างแทบจะเหมือนกันเลยทีเดียว

ประเทศไทยเองแม้จะมีได้มีการใช้ “โครงสร้างของความผิดอาญา” เป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยการกระทำว่าจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่อย่างเป็นระบบมากนัก แต่ก็เชื่อว่ากฎหมายอาญาไทยจะไม่มีหลักเกณฑ์ใดในการวินิจฉัยความผิดอาญาเลย เพราะในบทบัญญัติภาคทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญาก็ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดในทางอาญาไว้ นอกจากนั้นประเทศไทยยังยอมรับหลักการสากลซึ่งเป็นหลักประกันของกฎหมายอาญาที่กำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นความผิดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้เท่านั้น (nullum crimen, nulla poena sine lege)³²⁵ มาบัญญัติไว้และมีแนวทางการพิจารณาการ

³²⁵ “ไม่มีความผิดอาญา ไม่มีการลงโทษอาญา โดยปราศจากกฎหมาย” คณิต ฌ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 79 - 81. ; Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. p. 40. ; Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 139 - 141. ; Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. pp. 19 - 21.

กระทำความผิดอาญาโดยอ้างอิงจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก ทั้งนี้ การที่ผู้เขียนมุ่งเน้นที่จะทำการศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างของความผิดอาญากับแนวความคิดของกฎหมายเยอรมันเป็นหลักนั้น ก็เพราะเมื่อพิจารณาแล้วพบว่าหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยที่ปรากฏชัดอยู่ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามีความใกล้เคียงกันอย่างมากกับแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน โดยเริ่มตั้งแต่ข้อสาระสำคัญของโครงสร้างข้อแรก “การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmäßigkeit/Fulfillment of all offense elements as defined in the statute) โดยหลักเกณฑ์ของไทยอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญาและบทบัญญัติมาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โครงสร้างข้อที่ 2 “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit/Wrongfulness) กฎหมายอาญาไทยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ซึ่งทำให้การกระทำไม่มีความผิดกฎหมาย เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68³²⁶ หรือกรณีการกระทำของแพทย์ให้หญิงแท้งลูก ตามมาตรา 305³²⁷ นอกจากนี้ในการพิจารณาข้อเท็จจริงตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลไทยยังให้ความสำคัญกับกรณีที่ถูกกฎหมายยกเว้นความผิดในลำดับถัดจากการกระทำครบองค์ประกอบและในลำดับก่อนกรณีที่ถูกกฎหมายยกเว้นโทษอีกด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในโครงสร้างข้อที่ 3 “ความชั่ว” (Schuld/Culpability) ในส่วนนี้ แนวทางของกฎหมายอาญาไทยจะไม่มีกรกล่าวถึงไว้ในลักษณะเดียวกับของกฎหมายอาญาเยอรมัน ไม่มีการกำหนดให้เป็นพื้นฐานของการลงโทษโดยตรง แต่ก็นับได้ว่ามีความใกล้เคียงกับกรณีที่ถูกกฎหมายยกเว้นโทษให้แก่เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ตามมาตรา 73³²⁸ หรือบุคคลวิกลจริตที่กระทำ

³²⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

³²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์ และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

³²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 บัญญัติว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ”

ความผิด ตามมาตรา 65 วรรคแรก³²⁹ ด้วยเหตุผลที่ว่าไม่สามารถแยกแยะผิดชอบได้ และความคล้ายคลึงอีกประการ คือ กรณีที่กฎหมายไทยให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ได้ เช่น กรณีความไม่รู้กฎหมาย ตามมาตรา 64³³⁰ กรณีการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ตามมาตรา 69³³¹ กรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ตามมาตรา 72³³² กรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามมาตรา 82³³³ ซึ่งเหตุผลโทษดังกล่าวนี้อาจเทียบได้กับข้อเท็จจริงซึ่งอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาของกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่มีข้อเท็จจริงประกอบของความผิดที่ผู้กระทำจำเป็นต้องรู้ แต่เป็นเหตุที่ทำให้ความสมควรลงโทษหมดไป นอกจากนี้ กรณีความสำคัญผิดตามบทบัญญัติมาตรา 62 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ผู้กระทำไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง หากผู้กระทำสำคัญผิดว่าข้อเท็จจริงมีอยู่จริง ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับกรณี “ความสำคัญผิดในอำนาจกระทำ” ตามบทบัญญัติมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันและใช้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยตามแนวทางเดียวกับ “ทฤษฎีความชั่ว” (Schuldtheorie) ของแนวคิดฝ่ายเป้าหมายกำหนด (Finalist) โดยดูจากข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำอยู่ในวิสัยที่จะสามารถหลีกเลี่ยงไม่กระทำการนั้นได้หรือไม่ หากผู้กระทำไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะต้องกระทำการนั้น ย่อมถือว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดลงโดยปราศจากความชั่ว

³²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิด ในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น...”

³³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 บัญญัติว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

³³¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 บัญญัติว่า “ในกรณีที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 67 และ มาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็นหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้”

³³² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะที่นั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

³³³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 บัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ”

เมื่อไม่มีความชั่ว การกระทำย่อมไม่เป็นการผิดอาญา ผู้กระทำย่อมไม่ถูกลงโทษ แต่หากผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงได้แต่ยังขึ้นกระทำลงก็ถือว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดลงโดยมีความชั่วและต้องถูกลงโทษสำหรับความผิดนั้นตามความหนักเบาของพฤติการณ์³³⁴

ด้วยรากฐานของประมวลกฎหมายอาญาของไทยฉบับปัจจุบัน (ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499) นั้นมีที่มาจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งมีคณะกรรมการร่างฯ จากประเทศตะวันตกหลากหลายประเทศ ณ ช่วงเวลาขณะนั้นทุกคนพยายามที่จะสรรหาและเลือกแนวความคิดที่ดีที่สุดและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยในขณะนั้นมากที่สุด แม้ว่าจะมีอุปสรรคเรื่องความเร่งรีบในการจัดทำเพื่อให้สยามในขณะนั้นสามารถปลดเปลื้องจากปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้เร็วที่สุด แต่แนวคิดและบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญาก็ยังคงมีความเป็นสากลและมีความทันสมัย ดังที่เห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งได้สืบทอดแนวคิดและบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาบัญญัติไว้อยู่ แต่อย่างไรก็ตามความหลากหลายและรีบเร่งก็ทำให้กฎหมายอาญาของไทยมีแนวคิดทฤษฎีอธิบายและสนับสนุนน้อย หลักเกณฑ์ว่าด้วยโครงสร้างของความผิดอาญาที่ไม่ปรากฏเด่นชัด รากฐานในการอำนวยความสะดวกธรรมชาติของเรายังไม่มั่นคงนัก ในปัจจุบันนี้วิทยาการด้านต่างๆ รวมถึงด้านกฎหมายของโลกได้เคลมลงมากด้วยความทันสมัยทางการสื่อสาร การค้นคว้าสามารถทำได้อย่างไร้ขอบเขต การหาแนวทางที่ดีที่สุดในขณะนี้จึงสามารถทำได้ไม่ยาก ดังนั้น จึงเป็นเวลาที่เหมาะสมที่จะมีการปฏิรูประบบความคิดและแนวทางการปฏิบัติของนักกฎหมายให้เป็นระบบและถูกต้องตรงกันเสียที

คุชฎินิพนธ์เล่มนี้ จึงมุ่งหมายที่จะนำเสนอแนวทางเลือกของโครงสร้างของความผิดอาญาที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยและตรงตามนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายอย่างแท้จริง จากการที่หลักเกณฑ์ในกฎหมายอาญาของไทยและโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันมีความคล้ายคลึงกันมากและแนวคิด ทฤษฎีของกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นมีความสูงงอม เพราะผ่านกระบวนการคิด การทำความเข้าใจ การศึกษาวิเคราะห์อย่างละเอียดถี่ถ้วนและการโต้แย้งทางวิชาการนิติศาสตร์ที่มีการให้เหตุผลอันเป็นที่ยอมรับโดยความเห็นส่วนมากทั้งในประเทศและต่างประเทศ แม้กระทั่งปัจจุบันนี้ นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันยังคงมีความพยายามที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้โครงสร้างของความผิดอาญาและแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญามีความทันสมัยต่อสภาพสังคม วิวัฒนาการแวดล้อมและรูปแบบของการกระทำความผิดอยู่เสมอ ด้วยเหตุผลทั้งหลายที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนจึงสรุปได้ว่าแนวคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันมีผลกระทบต่อกระบวนการคิดในทางกฎหมายอาญาของไทย ไม่ว่าจะโดยทางตรงก็ดีหรือโดยทางอ้อมก็ดี ใน

³³⁴ คณิศ ฌ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 299.

ลำดับต่อไปจึงขอสรุปให้เห็นชัดเจนผ่านตารางเปรียบเทียบความคล้ายคลึงของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตาม โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย และขอเสนอแนวทางการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทยโดยอ้างอิงจากแนวความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมัน

ตารางที่ 6.1 ตารางเปรียบเทียบความคล้ายคลึงของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตาม โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

สาระสำคัญของหลักเกณฑ์ต่างๆ	กฎหมายอาญาเยอรมัน	กฎหมายอาญาไทย (ประมวลกฎหมายอาญา)	หมายเหตุ
1. แนวทางการวินิจฉัยการกระทำ ความผิด	กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ โดยใช้โครงสร้างของความผิดอาญา (Deliktsaufbau) เป็นเครื่องมือกำหนดขั้นตอนในการพิสูจน์ โดยใช้แนวทางนี้ทั้งในการเรียนการสอนภาคทฤษฎีและการพิพากษาอรรถคดีภาคปฏิบัติ	เน้นบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก ไม่มีแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาที่มีรูปแบบชัดเจนได้รับการยอมรับหรือนำไปใช้เป็นการทั่วไป	ในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ ประเทศไทยมีแนวทางที่หลากหลายทั้งที่วินิจฉัยตามแนวโครงสร้างของความผิดอาญาของระบบประมวลกฎหมายหรือตามแนวความคิดแต่ละบุคคลและที่ไม่ได้วินิจฉัยตามโครงสร้างของความผิดอาญา
2. ขั้นตอนการวินิจฉัยการกระทำ	พิสูจน์ตามลำดับขั้นของข้อสาระสำคัญตามโครงสร้างของความผิดอาญาแต่ละข้อ	พิจารณาตามลำดับโดยอ้างอิงจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา	ขั้นตอนของเยอรมันและของไทยต่างก็วินิจฉัยไล่เรียงเป็นลำดับคล้ายคลึงกัน

ตารางที่ 6.1 ตารางเปรียบเทียบความคล้ายคลึงของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย (ต่อ)

สาระสำคัญของหลักเกณฑ์ต่างๆ	กฎหมายอาญาเยอรมัน	กฎหมายอาญาไทย (ประมวลกฎหมายอาญา)	หมายเหตุ
3. หลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำ (เริ่มต้นจาก)	(1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ 1) องค์ประกอบภายนอก เช่น ผู้กระทำการกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลและ 2) องค์ประกอบภายใน เช่น เจตนา ประมาท	(1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ โดยพิจารณาจากองค์ประกอบภายนอก เช่น ผู้กระทำการกรรมของการกระทำและความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล องค์ประกอบภายใน เช่น เจตนา ประมาท	สาระสำคัญของการเริ่มต้นพิสูจน์การกระทำระหว่างของเยอรมันและของไทยมีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแยกเจตนาออกเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลและเจตนาเล็งเห็นผล
4. เหตุยกเว้นความผิด	(2) ความผิดกฎหมายโดยพิจารณาว่ามีเหตุอันทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดกฎหมายอยู่หรือไม่	(2) กรณีที่กฎหมายยกเว้นความผิด เช่น กรณีที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมายหรือมีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้	สาระสำคัญในส่วนเกี่ยวกับความผิดกฎหมายนี้ของเยอรมันและของไทยมีความคล้ายกันมากเช่นเดียวกับข้อแรก
5. เหตุยกเว้นโทษ	(3) ความชั่ว โดยพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบในอันที่จะดำเนินได้ของการกระทำ ถือเป็นเงื่อนไขและเป็นพื้นฐาน	(3) กรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษ คือ กรณีที่ถือว่าการกระทำยังคงเป็นความผิดอยู่แต่ผู้กระทำได้รับยกเว้น	มีทั้งความต่างและความคล้ายคลึงกัน โดยกฎหมายไทยไม่มีการกล่าวถึงคำว่า “ความชั่ว”

ตารางที่ 6.1 ตารางเปรียบเทียบความคล้ายคลึงของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย (ต่อ)

สาระสำคัญของหลักเกณฑ์ต่างๆ	กฎหมายอาญาเยอรมัน	กฎหมายอาญาไทย (ประมวลกฎหมายอาญา)	หมายเหตุ
5. เหตุยกเว้นโทษ	ของการลงโทษ เช่น เด็กอายุไม่เกิน 14 ปีกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ถือว่าเป็นผู้ขาดความสามารถในการทำชั่ว เพราะการกระทำของเด็กไม่สมควรถูกตำหนิ	โทษตามกฎหมาย เช่น การกระทำของเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปีเพราะถือว่าเด็กไม่สามารถรู้ผิดชอบในการกระทำความผิดอาญา	แต่ยกเว้นโทษให้การกระทำความผิดของเด็กเพราะถือว่าไม่สามารถแยกแยะผิดถูกได้คล้ายกับแนวคิดของเยอรมัน แต่แตกต่างกันที่กระทำเป็นความผิดส่วนของเยอรมันถือว่าไม่เป็นความผิดอาญาเพราะผู้กระทำความผิดความชั่ว
6. การกระทำจักเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อ	การกระทำจักเป็นความผิดอาญาได้จะต้องครบถ้วนตามข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญา ทั้ง 3 ประการแล้วเท่านั้น	เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบฯ (1) และไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด (2) ถือว่าการกระทำเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำย่อมต้องรับโทษ	กฎหมายอาญาเยอรมันมีแนวคิดที่ละเอียดลึกซึ้งกว่าในการกำหนดให้ “ความชั่ว” เป็นพื้นฐานของการลงโทษ เมื่อการกระทำปราศจากความชั่วจึงไม่ถือเป็นการกระทำความผิดอาญาเลย

ตารางที่ 6.1 ตารางเปรียบเทียบความคล้ายคลึงของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย (ต่อ)

สาระสำคัญของหลักเกณฑ์ต่างๆ	กฎหมายอาญาเยอรมัน	กฎหมายอาญาไทย (ประมวลกฎหมายอาญา)	หมายเหตุ
7. ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้าง	เหตุยกเว้นโทษ เฉพาะตัว อันได้แก่ 1) เหตุห้ามลงโทษ เฉพาะตัวและ 2) เหตุยกโทษให้ เฉพาะตัว	เหตุผลโทษ (ต่างจากเหตุยกเว้นโทษเพราะกฎหมายกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของศาลในการพิจารณาเพื่อลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดในบางกรณี)	แนวคิดของกฎหมายเยอรมันกำหนดไว้ นอกโครงสร้างฯ เพราะเป็นเหตุที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการลงโทษการกระทำที่เป็นความผิดอาญาแล้ว

จากตารางเปรียบเทียบความคล้ายคลึงของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาตามแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยแสดงให้เห็นว่าแนวคิดทางกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันมีความใกล้เคียงกันกับแนวคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันมาก ขั้นตอนการพิสูจน์การกระทำความผิดอาญาก็มีการจัดลำดับโดยยึดโยงกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลักเช่นเดียวกัน แม้จะมีความแตกต่างกันบ้างในบางข้อสาระเพราะแนวความคิดพื้นฐานที่ต่างกัน แต่การนำแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันมาปรับใช้จะช่วยทำให้เกิดความเป็นเอกภาพและความชัดเจนแน่นอนในการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย รวมถึงทำให้สามารถพัฒนาแนวคิดในทางกฎหมายอาญาและแนวทางการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาที่มีความเป็นระบบและรอบคอบรัดกุมขึ้นมาในกฎหมายไทยได้

6.3 แนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของไทย

จากที่ได้กล่าวถึงความสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาในฐานะเครื่องมือของกฎหมายอาญาในการพิสูจน์การกระทำความผิดที่ทำให้การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญามีลำดับขั้นตอน มีความถูกต้อง ชัดเจน โปร่งใสและอยู่บนบรรทัดฐานเดียวกัน รวมทั้งความเกี่ยวพันของกฎหมายอาญาเยอรมันและกฎหมายอาญาของไทยในมุมที่ได้รับผลกระทบทางแนวความคิด ทฤษฎีและหลัก

กฎหมาย ทำให้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายและแนวทางการพิจารณาการกระทำความผิดในภาพรวมมีความใกล้เคียงกัน แนวทางการศึกษากฎหมายปัจจุบันและแนวทางการพิพากษาที่วินิจฉัยตามแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาที่ปรากฏว่าเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป การที่แนวความคิดและระบบกฎหมายของประเทศหนึ่งจะสามารถนำมาปรับใช้ได้อย่างลงตัวกับอีกประเทศหนึ่ง ทั้งที่มีความแตกต่างกันทางประวัติศาสตร์ วิถีชีวิต ความเป็นอยู่ ราคแห่งทางสังคม วัฒนธรรม แนวความคิด คงมิใช่เป็นเรื่องบังเอิญ แต่หากเป็นเพราะนับตั้งแต่มีการวางรากฐานการใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ในประเทศไทยนับตั้งแต่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ทรงได้เลือกวางแนวทางที่ถูกต้องในการศึกษาและการใช้กฎหมายไว้ให้แก่คนรุ่นหลัง³³⁵ แม้อาจครบถ้วนสมบูรณ์เพราะสภาพการณ์ทางสังคมในขณะนั้น หรือเพราะความเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอของสถานการณ์การกระทำความผิด การพัฒนากฎหมายและแนวความคิดให้ต่อเนื่องและเติมเต็มให้สมบูรณ์ย่อมสามารถกระทำได้ หากพร้อมที่จะเรียนรู้และยอมรับโดยปราศจากอคติ ทั้งนี้ กฎหมายอาญาเยอรมันที่มีความสอดคล้องกับกฎหมายอาญาของไทย มีแนวความคิดในทางกฎหมายอาญาที่ชัดเจน มีทฤษฎีสันับสนุนที่หนักแน่น มีความเป็นระบบ และมีตรรกะสูงน่าจะเป็นแนวทางที่ทำให้เราสามารถเข้าใจแนวทางของระบบประมวลกฎหมายได้อย่างลึกซึ้งนำไปสู่การพัฒนาการศึกษาและการใช้กฎหมายอาญาของไทยไปได้อย่างมีประสิทธิภาพเต็มที่ทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ

ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลประการสำคัญที่ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมายในการวางกรอบความประพฤติของคนในสังคมและเมื่อนิยามความหมายของประมวลกฎหมาย (Code) หมายถึง ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีความครบถ้วน จัดทำขึ้นอย่างรอบคอบรัดกุมและประกาศใช้อย่างเป็นทางการ มีการรวบรวมเข้าอย่างเป็นระบบหรือปรับปรุงแก้ไขเข้าด้วยกันเป็นหมวดหมู่ของกฎหมาย กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ โดยมีใช้เพียงการรวบรวมบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่แต่เดิมเท่านั้น แต่ยังหมายถึงการรวบรวมธรรมเนียมปฏิบัติ จารีตประเพณีทั้งหลายเข้าด้วยกันเพื่อบัญญัติให้อยู่ในประมวลกฎหมายด้วย³³⁶ ฉะนั้น ในการปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญาจึงควรมีหลักเกณฑ์ที่มีความเป็นระบบระเบียบสอดคล้องกัน เพื่อเกิดความเป็นรูปธรรมชัดเจนในการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ทั้งนี้เพื่อให้การใช้กฎหมายสามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างสอดคล้องกับความหมายและวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายได้อย่างแท้จริง

³³⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). *การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป*. หน้า 60 - 11 และ 96 - 97.

³³⁶ Garner, B. A. (2004). *Black's Law Dictionary* (8th ed.). pp. 273 - 274.

จากการศึกษาค้นคว้าโดยละเอียด คุษฎีนิพนธ์เล่มนี้จึงขอเสนอแนวทางการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย โดยถือบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นหลักและโดยอ้างอิงแนวความคิดพื้นฐานทางทฤษฎีจากกฎหมายเยอรมัน ดังนี้

ในการวินิจฉัยว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ จะต้องพิสูจน์ตามขั้นตอนของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ในข้อสาระสำคัญแต่ละข้อเรียงตามลำดับไป การครบองค์ประกอบข้อสาระสำคัญในลำดับก่อนจะเป็นเหตุนำไปสู่การพิสูจน์ในข้อสาระสำคัญลำดับถัดไป หากการกระทำไม่ครบองค์ประกอบตามข้อสาระสำคัญลำดับก่อนแล้วย่อมไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญประการอื่น หลักเกณฑ์ของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Fulfillment of the statutory offence elements)

1.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective Elements) ได้แก่ ผู้กระทำความผิด การกระทำกรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และองค์ประกอบภายนอกอื่นๆ

1.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective Elements) ได้แก่ เจตนา ประมาทและมูลเหตุชกแจงใจ

1.3 ในกรณีที่บางฐานความผิดต้องมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษจึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ จึงพิสูจน์ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาววิสัย” ในส่วนนี้

2. ความผิดกฎหมาย (Wrongfulness) ได้แก่ กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ จารีตประเพณีและความยินยอมของผู้ถูกระทำ

3. ความรู้ผิดและชอบ (Culpability) ได้แก่ ความสามารถในการรู้ผิดชอบของผู้กระทำความเขววิสัยและความผิดปกติทางจิต

เมื่อผลการพิสูจน์ตามข้อสาระแต่ละลำดับปรากฏแล้วว่า การกระทำครบถ้วนตามองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ มีความผิดกฎหมายเพราะไม่มีเหตุยกเว้นความผิด และผู้กระทำความรู้ผิดและชอบ การกระทำย่อมจักเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำความผิดสมควรได้รับการลงโทษ ทั้งนี้ ก่อนการลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขแห่งการลงโทษที่เรียกว่า “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” ซึ่งในที่นี้หมายถึง ข้อเท็จจริงบางประการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ หรือข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัวซึ่งกฎหมายเห็นว่าสมควรได้รับการยกเว้นโทษและ “เหตุที่กฎหมายลดโทษ” ซึ่งในที่นี้หมายถึง ข้อเท็จจริงบางประการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ หรือตัวผู้กระทำความผิดซึ่งกฎหมายเห็นว่าสมควรได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษเพื่อแสดงให้เห็นเหตุผลว่าผู้กระทำความผิดสมควรได้รับโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด แม้ว่าจะกระทำการครบองค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญาแล้วก็ตาม

ตารางที่ 6.2 ตารางแสดงแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย

โครงสร้างของความผิดอาญา (Structure of Crime)	
1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Fulfillment of the statutory offence elements)	
1.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective Elements) ผู้กระทำความผิด การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล องค์ประกอบภายนอกอื่นๆ	1.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective Elements) เจตนา ประมาท มุกเหตุชักใจ
2. ความผิดกฎหมาย (Wrongfulness)	
กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ จารีตประเพณี ความยินยอมของผู้ถูกระทำ	
3. ความรู้ผิดและชอบ (Culpability)	
ความสามารถในการรู้ผิดชอบ ความเยาว์วัย ความผิดปกติทางจิต	
+	
เงื่อนไขแห่งการลงโทษ	
เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excuse)	เหตุที่กฎหมายลดโทษ (Reduce)

จากตารางแสดงรายละเอียดหลักเกณฑ์ของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ทำให้เห็นถึงภาพของขั้นตอนในการลำดับความคิดในการพิจารณาว่าการกระทำก็เป็นความผิดอาญาหรือไม่ โดยเรียงตามลำดับขั้นจาก ลำดับที่ 1 - การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าการกระทำครบถ้วนทั้งในส่วนขององค์ประกอบภายนอกและในส่วนขององค์ประกอบภายในหรือไม่ หากครบแล้วจึงพิจารณาต่อในลำดับที่ 2 - ความผิดกฎหมาย โดยตรวจสอบว่ามีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดหรือมีเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ หากไม่มีเหตุดังกล่าว จึงพิจารณาต่อในลำดับที่ 3 - ความรู้ผิดและชอบ ว่าจากข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำได้กระทำความผิด ผู้กระทำมี

ความรู้ผิดและชอบในการที่ตนได้กระทำหรือไม่ เพื่อสรุปผลการวินิจฉัยว่าการกระทำจักเป็น ความผิดอาญาหรือไม่และผู้กระทำต้องรับโทษหรือไม่อย่างไร โดยแนวทางโครงสร้างของความผิด อาญานี้ยึดถือหลักเดียวกันกับแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน คือ หากพิสูจน์ได้ ว่าขาดข้อสาระลำดับก่อนหน้าไป ก็จะไม่ต้องวินิจฉัยในลำดับต่อไปเลย และการกระทำจะเป็น ความผิดอาญาได้จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ครบถ้วนตามองค์ประกอบของข้อสาระต่างๆ ใน โครงสร้างของความผิดอาญาครบทั้ง 3 ประการแล้วเท่านั้น

อีกประการหนึ่ง การที่ผู้เขียนกำหนดให้พิจารณา “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางกาววิสัย” (Objektive Bedingung der Strafbarkeit/Objective Condition of Criminality) รวมไว้ในข้อสาระ ข้อแรก “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” เพราะผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความเห็นของ นักนิติศาสตร์เยอรมัน ในปัจจุบันที่ไม่ประสงค์ให้การพิจารณาเสียเปล่าไป³³⁷ เพราะหากจัดวาง เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางกาววิสัยไว้นอกโครงสร้างของความผิดอาญาแล้วพิสูจน์ภายหลัง ไม่มี ข้อเท็จจริงที่เป็นไปตามเงื่อนไขจะไม่ถือว่าการกระทำเป็นความผิดและทำให้การพิสูจน์ที่ผ่านมาไม่ เกิดประโยชน์ใดๆ การจัดวางเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางกาววิสัยไว้ในโครงสร้างความผิดนี้มีความ เป็นตรรกะมากกว่าเพราะถือเป็นเพียงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่ต้องมี จึงจะลงโทษ ผู้กระทำได้ มิใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ผู้กระทำจำเป็นต้องรู้เพื่อพิสูจน์ว่ามี เจตนา หรือประมาท หรือสมควรถูกดำเนินหรือไม่

ส่วนการกำหนด “เงื่อนไขแห่งการลงโทษ” ว่าด้วย “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” และ “เหตุที่กฎหมายลดโทษ” วางไว้นอกโครงสร้างของความผิดอาญาเช่นเดียวกับแนวทางของกฎหมาย อาญาเยอรมันนั้น ด้วยเพราะเป็นเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษโดยตรง จึงควรที่จะพิจารณา ต่อท้ายจาก “ความรู้ผิดและชอบ” ซึ่งเป็นข้อสาระประการสุดท้าย เพราะถือว่าได้พิสูจน์การกระทำ ครบถ้วนตามข้อสาระแห่งโครงสร้างของความผิดอาญาทุกประการแล้ว เท่ากับว่าการกระทำเป็น ความผิดอาญาจึงค่อยพิจารณาเรื่องของความสมควรลงโทษ ฉะนั้น การนำเอา “เงื่อนไขแห่งการ ลงโทษ” มาจัดวางไว้นอกโครงสร้างของความผิดอาญาจึงน่าจะเป็นทางออกที่ง่ายแก่การจัดลำดับ ความคิดและเป็นระบบมากกว่า ในลำดับต่อไปนี้ ผู้เขียนจะขออธิบายถึงข้อสาระแต่ละประการของ โครงสร้างของความผิดอาญาโดยละเอียด

³³⁷ Kindhäuser, U. (2007). *Strafrecht Besonderer Teil I*. p. 124. ; Wessels, J. und Beulke, W. (2012). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. pp. 54 - 55. ; Köhl, K. (2012). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p. 86.

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Fulfillment of the statutory offence elements)

จากหลักประกันของกฎหมายอาญา “nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือ “ไม่มี ความผิดอาญา ไม่มีการลงโทษอาญา โดยปราศจากกฎหมาย” และบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวล กฎหมายอาญา “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะ กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้...” ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำจึงถือเป็น ข้อสาระสำคัญอันเป็นองค์ประกอบข้อแรกของโครงสร้างของความผิดอาญา โดยการกระทำที่ครบ องค์ประกอบที่จะเป็นความผิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย อาญา คำว่า “องค์ประกอบของความผิด”³³⁸ ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 59 วรรค 3 โดยวางหลัก ว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้นิยามความหมาย ของคำว่า “องค์ประกอบของความผิด” ไว้ในหนังสือกฎหมายอาญา ภาคทั่วไปของท่านว่า หมายรวมถึง สิ่งทั้งหลายที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด (สิ่งที่เป็นส่วนภายนอก) และสิ่ง ทั้งหลายที่เป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด (สิ่งที่เป็นส่วนภายใน) ที่ประกอบอยู่ในความผิดฐาน ใดฐานหนึ่ง ในการพิสูจน์ “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” จึงแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ส่วน คือ “องค์ประกอบภายนอก” และ “องค์ประกอบภายใน”

1.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective Elements)

“องค์ประกอบภายนอก” คือ ส่วนของการกระทำที่แสดงออกมาภายนอก เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด แต่เป็นส่วนภายนอกที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละ ฐานซึ่งประกอบไปด้วย “ผู้กระทำความผิด” “การกระทำ” “กรรมของการกระทำ” “ความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผล” และคุณธรรมทางกฎหมาย³³⁹ องค์ประกอบภายนอกนั้นจะประกอบอยู่ ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง และในทุกฐานความผิดนั้นจะมีลักษณะร่วมกัน ดังต่อไปนี้

(1) ผู้กระทำ (Offender) หมายความว่า มนุษย์ผู้ใดผู้หนึ่งไม่เฉพาะเจาะจง ในฐานความผิด ทั่วไปกฎหมายจะบัญญัติโดยใช้คำว่า “ผู้ใด” เช่น มาตรา 112 ประมวลกฎหมายอาญา วางหลักว่า “ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ...” แต่ในบางฐานความผิดกฎหมายจะบัญญัติจำกัดบุคคลที่จะ เป็นผู้กระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ใช้คำว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน” มาตรา 157 ประมวล

³³⁸ คณิต ฒ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 168 - 169.

³³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 169 - 170. และ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 45.

กฎหมายอาญา วางหลักว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต...”

(2) การกระทำ (Action) หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายของมนุษย์ที่แสดงออกมาโดยมีความต้องการและเป้าหมายเป็นตัวกำหนดเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จ มีลักษณะแตกต่างกันไปตามความผิดแต่ละฐาน โดยการกระทำเป็นจุดเริ่มต้นของพฤติกรรมของบุคคลที่แสดงออกมาภายนอก ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือสังคม ตามบทบัญญัติมาตรา 59 วรรคแรก ของประมวลกฎหมายอาญา จึงวางหลักให้ “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาที่ต่อเมื่อได้กระทำ...” หากไม่มีการกระทำก็ยังไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญา และตามมาตรา 59 วรรคท้าย วางหลักว่า “การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำ เพื่อป้องกันนั้นด้วย” การกระทำในกฎหมายอาญาจึงมีทั้งลักษณะที่เป็นการเคลื่อนไหวและการไม่เคลื่อนไหวร่างกายที่เรียกว่า “การงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล” ในกรณีที่เป็นผู้มีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล และ “การละเว้นการกระทำที่กฎหมายให้กระทำ” ในกรณีเป็นหน้าที่ทั่วไปที่กฎหมายกำหนดให้กระทำ ทั้งนี้ การเคลื่อนไหวร่างกายของคนนอนหลับและไม่รู้สึกรู้สีกว่า การเคลื่อนไหวร่างกายที่เกิดจากการสะท้อนของประสาท การเคลื่อนไหวร่างกายเพราะถูกกำลังบังคับที่รุนแรงจนไม่อาจต่อต้านได้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำในความหมายของกฎหมายเพราะปราศจากทั้งความต้องการและเป้าหมายในการกระทำ

(3) กรรมของการกระทำ (Object of the Act) หมายถึง สิ่งซึ่งอยู่ในฐานะที่ถูกกระทำ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน กรรมของการกระทำนี้อาจเป็นบุคคล เช่น มนุษย์ในความคิดต่อชีวิต ความคิดต่อร่างกาย หรืออาจเป็นวัตถุ เช่น ทรัพย์สินในความคิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ทรัพย์สินในความคิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชนก็ได้

(4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) หมายถึง การพิจารณาว่า การกระทำที่เกิดขึ้นเป็นเหตุก่อให้เกิดผลอันเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ หากผลเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ย่อมเรียกได้ว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ผู้กระทำย่อมต้องรับผิดชอบในผลนั้น ความสำคัญของการพิจารณาเรื่อง “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” เนื่องมาจากความผิดส่วนใหญ่ในประมวลกฎหมายอาญาเป็นความผิดที่ต้องมีผลเกิดขึ้นจึงจะถือเป็นความผิดสำเร็จ มากกว่าความผิดที่ไม่จำเป็นต้องมีผลเกิดขึ้น เช่น ความผิดฐานเบียดความเท็จต่อศาล (มาตรา 177) ที่ความผิดเกิดขึ้นทันทีที่เบียดความเท็จ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าศาลจะเชื่อข้อความนั้นหรือไม่ ในความผิดที่ต้องการผลจึงเป็นเรื่องที่ต้องพิสูจน์ว่าการกระทำเป็นเหตุให้เกิดผลหรือไม่ โดยมีการนำทฤษฎีต่างๆ มาวิเคราะห์และแก้ไขปัญหาดังกล่าว ทั้งนี้ทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับว่าดี

ที่สุด ได้แก่ ทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม³⁴⁰ โดย “ทฤษฎีเงื่อนไข” (The Condition Theory) ถือหลักว่า การกระทำในทุกๆ กรณีย่อมถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผล ถ้าหากว่าการกระทำนั้นๆ ไม่มีอยู่แล้ว ผลนั้นๆ ก็จะไม่เกิดขึ้น “Condition sine qua non”³⁴¹ ซึ่งเป็นที่ยอมรับในการนำมาพิจารณา แต่อย่างไรก็ต้องระวังในการใช้ไม่ให้พิจารณากว้างเกินไปอย่างไม่มีข้อจำกัดเพราะเหตุที่อยู่ห่างไกลเกินไปย่อมไม่ใช่เหตุโดยตรงที่ก่อให้เกิดผลซึ่งผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นนั้น และ “ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม” (The Adequate Causation Theory) ซึ่งถือหลักว่า เหตุที่ก่อให้เกิดผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบนั้น หมายถึง เหตุที่ตามประสบการณ์ทั่วไปสามารถทำให้เกิดผลซึ่งเป็นความผิดได้เท่านั้น ไม่ใช่การพิจารณาทุกเหตุ แต่ต้องเป็นเหตุที่มีความเกี่ยวข้องกับผลตามธรรมดาที่เกิดขึ้นได้โดยพิจารณาตามความรู้ปกติของวิญญูชนทั่วไป หากคาดเห็นได้ถึงความเป็นไปได้ของผล ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในผลนั้น นอกจากนี้เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับเรื่องการกระทำและผลนี้ยังมีการเสนอ “ทฤษฎีความรับผิดชอบทางภาววิสัย”³⁴² (Objective Liability) ซึ่งถือหลักการว่า “ผลของการกระทำจะเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายต่อการเกิดผลที่กฎหมายไม่พึงประสงค์ขึ้นและอันตรายนั้นได้เกิดขึ้นจริงจากการกระทำนั้น” ฉะนั้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบจากผลแห่งการกระทำ ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการก่ออันตรายหรือเพิ่มอันตรายต่อการเกิดผลที่กฎหมายห้าม

(5) องค์ประกอบภายนอกอื่นๆ ได้แก่ รูปแบบของการกระทำความผิด เช่น มาตรา 340 วรรค 2 วางหลักว่า “ถ้าในการปล้นทรัพย์ผู้กระทำแม้แต่คนหนึ่งคนใดมีอาวุธติดตัวไปด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สองหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท” แสดงให้เห็นว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดมีอาวุธจะทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น หรือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น มาตรา 297 ความว่า “ผู้ใดกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำร้ายรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือน ถึงสิบปี” และคุณธรรมทางกฎหมาย (Legal Interest) คือ ประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เป็นพื้นฐานทางความคิดของการบัญญัติความผิดอาญาฐานต่างๆ เป็นสภาพอันพึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการถูกล่วงละเมิด คุณธรรมทางกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่

³⁴⁰ คณิต ฒ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 198 - 201.

³⁴¹ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil, I*. p. 79. ; Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 351 - 359. ; Jescheck, H. - H. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. pp. 279 - 284.

³⁴² แหล่งเดิม. หน้า 201 - 204.

เป็นรูปธรรมจับต้องได้แต่เป็นคุณค่าในทางความคิดของระเบียบสังคมซึ่งเกี่ยวพันถึงความมั่นคง ความอยู่ดีและเกียรติภูมิของความเป็นอยู่ในสังคม ในบทบัญญัติภาคความผิดของประมวลกฎหมาย อาญาฐานต่างๆ จะมีคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่เป็นพื้นฐานในทางความคิดเสมอ³⁴³ การพิจารณา ถึงคุณธรรมทางกฎหมายเป็นองค์ประกอบภายนอกข้อหนึ่งด้วย จึงทำให้การใช้กฎหมายอาญาสาร บัญญัติและวิธีสบัญญัติมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น คุณธรรมทางกฎหมาย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ด้วยกัน คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individual Legal Interest) ได้แก่ ชีวิต ความ ปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” (Universal Legal Interest) ได้แก่ ความมั่นคงแห่งรัฐ ความปลอดภัยในการจราจร

ตัวอย่างของการพิจารณาองค์ประกอบภายนอกของโครงสร้างของความผิดอาญาตาม ฐานความผิดในประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ ความผิดต่อเสรีภาพ มาตรา 310 วางหลักว่า “ผู้ใด หน่วงเหนี่ยว หรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพใน ร่างกาย...” จากตัวอย่าง ความผิดฐาน หน่วงเหนี่ยวกักขัง สามารถพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอก ตามที่กฎหมายบัญญัติได้ ดังนี้

- (1) ผู้กระทำ (Offender) - ผู้ใด
- (2) การกระทำ (Action) - หน่วงเหนี่ยวกักขัง หรือกระทำด้วยประการใดให้ปราศจาก เสรีภาพร่างกาย
- (3) กรรมของการกระทำ (Object of the Act) - ผู้อื่น
- (4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) - การกระทำที่เป็นการหน่วง เหนี่ยวกักขังและผลที่ทำให้ผู้อื่น ไม่อาจเคลื่อนไหวร่างกายไปยังที่อื่นหรือให้อยู่ในที่จำกัด
- (5) องค์ประกอบภายนอกอื่น - คุณธรรมทางกฎหมาย (Legal Interest) หรือ เสรีภาพใน การเคลื่อนไหวเปลี่ยนที่ทางของบุคคลที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง

1.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective Elements)

เมื่อวินิจฉัยได้แล้วว่าการกระทำครบองค์ประกอบภายนอกตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ในลำดับต่อมาจึงต้องพิจารณาถึงสิ่งที่เป็นส่วนภายในหรือส่วนจิตใจของผู้กระทำ ความผิด อัน ได้แก่

- (1) เจตนา (Intention) หมายถึง การกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของ ความผิด และขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น³⁴⁴ ประมวล

³⁴³ คณิต ณ นคร. (2523). คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา. *วารสารอัยการ*, 3 (25). อ้างถึง ใน คณิต ณ นคร. (2553). *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*. หน้า 87 - 97.

³⁴⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 52 - 53.

กฎหมายอาญาได้วางหลักทั่วไปไว้ในบทบัญญัติมาตรา 59 วรรคแรก ความว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำความโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา” จากบทบัญญัติข้อมแสดงให้เห็นถึงหลักในการพิจารณาการกระทำความผิดอาญาว่า “เจตนา” เป็นองค์ประกอบภายในที่สำคัญประการแรกและเป็นองค์ประกอบหลัก เพราะหากขาดซึ่ง “เจตนา” แล้วความรับผิดทางอาญาย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เว้นแต่เป็นไปตามข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนด และมาตรา 59 วรรค 2 ได้วางหลักว่า “กระทำโดยเจตนาได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น” และวรรค 3 วางหลักว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” ดังนั้น ในการพิจารณาเรื่อง “เจตนา” จึงประกอบด้วยส่วนประกอบ 2 ส่วน กล่าวคือ “ส่วนรู้” ตามมาตรา 59 วรรค 3 และ “ส่วนต้องการ” ตามมาตรา 59 วรรค 2

- “ส่วนรู้” หมายถึงว่า ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เป็นการรู้ข้อเท็จจริงในสิ่งที่คาดว่าจะเป็นไปได้ มิใช่รู้ข้อเท็จจริงในรายละเอียดทั้งหมดทุกส่วนแต่เป็นการรู้ถึงลักษณะของสิ่งนั้นและรู้ความหมายทั่วไปในทางสังคมและในทางกฎหมาย³⁴⁵ หากผู้กระทำไม่รู้อันเป็นองค์ประกอบของความผิด ย่อมถือว่าผู้กระทำไม่มีเจตนา

- “ส่วนต้องการ” หมายถึง ความต้องการให้มีการเกิดขึ้นจริงของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดซึ่งแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1.1) เจตนาประสงค์ต่อผล (dolus directus) หมายถึง ผู้กระทำความผิดมีความมุ่งหมายหรือมีความประสงค์ที่จะให้เกิดผลอันเป็นองค์ประกอบของความผิดขึ้นตามที่ตั้งใจโดยตรง โดยทางวิชาการสามารถแยกเจตนาประสงค์ต่อผลออกได้เป็น 2 ระดับ³⁴⁶ กล่าวคือ

- เจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำตั้งใจกระทำความผิดอาญาโดยมีเป้าหมายที่ต้องการให้เกิดผลเสียหายตามที่กฎหมายบัญญัติ “ประสงค์ต่อผลโดยตรง” คือ ความต้องการที่จะบรรลุผลอย่างแน่นอน หรือเพียงอาจบรรลุผลนั้นได้ หรือบรรลุผลได้ในทันทีหรือบรรลุขึ้นตอนหนึ่งก่อนก็ได้

³⁴⁵ คณิต ฒ นคร. (2554). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 212 - 213.

³⁴⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 58 - 59. ; กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2531). เจตนาข้อมเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญาเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 18 (2), หน้า 65 - 66.

- เจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำตั้งใจกระทำการอย่างหนึ่งและในการกระทำนั้นผู้กระทำสามารถคาดเห็นได้ว่าจำเป็นต้องเกิดผลข้างเคียงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้และผู้กระทำยังคงกระทำการนั้น ย่อมเท่ากับว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลข้างเคียงนั้น

(1.2) เจตนาเล็งเห็นผล (dolus eventualis) หมายถึง ผู้กระทำได้กระทำการ โดยคาดการณ์ว่าผลของการกระทำของตนอันเป็นความผิดกฎหมายมีโอกาสจะเกิดขึ้นได้³⁴⁷ กรณีเล็งเห็นผลเป็นเรื่องของความคาดการณ์ว่าผลอาจจะเกิดขึ้นได้ หรือมีความเป็นไปได้ที่ผลอาจจะเกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้น ทั้งนี้มีทฤษฎีซึ่งวางแนวทางการพิจารณาไว้ 3 ประการ คือ

- ทฤษฎีความน่าจะเป็นไปได้ วางหลักว่า หากผู้กระทำเห็นได้ล่วงหน้าว่าผลอันเป็นความผิดอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำ แต่ผู้กระทำก็ยังกระทำการนั้น ย่อมถือว่า ผู้กระทำมีเจตนาเล็งเห็นผล

- ทฤษฎีความยินยอม วางหลักว่า ถ้าผู้กระทำเล็งเห็นล่วงหน้าแล้วว่าผลที่เป็นความผิดกฎหมายจะต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน แต่ผู้กระทำก็ยังกระทำให้โดยเต็มใจรับเอาผลนั้นไว้ล่วงหน้า ย่อมถือว่าผู้กระทำมีเจตนาเล็งเห็นผล

- ทฤษฎีความไม่สนใจโยคีต่อผลที่เกิดขึ้น วางหลักว่า หากผู้กระทำคาดได้ว่าผลที่เป็นความผิดอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของตน แต่ผู้กระทำไม่โยคีในผลที่เกิดขึ้นนั้น ย่อมถือว่าผู้กระทำมีเจตนาเล็งเห็นผล

(2) ประมาท (Negligence) หมายถึง การกระทำความผิดที่มีใจโดยเจตนา แต่เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังที่ผู้กระทำอาจใช้ได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ การที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำการโดยประมาทในความผิดหลายประเภทถือเป็นข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรค 4 วางหลักว่า “กระทำโดยประมาท ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวัง เช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” ทั้งนี้เพราะการกระทำโดยประมาทจนก่อให้เกิดความเสียหายถือได้ว่าเป็นการกระทำที่สมควรได้รับการตำหนิด้วยรองจากเจตนา การกระทำโดยประมาทนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ คือ 1) การกระทำประมาทโดยไม่รู้ตัว หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำไม่อาจคาดล่วงหน้าได้ว่าการกระทำของตนจะทำให้เกิดผลอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติขึ้นเพียงแต่ผู้กระทำขาดความระมัดระวังตามปกติเท่านั้น และ 2) การกระทำประมาทโดยรู้ตัว หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำคาด

³⁴⁷ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p.134.

ล่วงหน้าได้ถึงอันตรายหรือความเล็งที่จะเกิดผลอันเป็นความผิดกฎหมายขึ้น แต่ก็ยังขึ้นทำลงไป โดยคิดว่าตนสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้ผลนั้นเกิดขึ้นได้

(3) มูลเหตุชักจูงใจ (Motive) หมายถึง สาระสำคัญทางด้านจิตใจซึ่งมีส่วนหรือเป็นสาเหตุก่อให้เกิดการกระทำความผิด บางครั้งเรียกว่า “เจตนาพิเศษ” (dolus specialis) เป็นสาระสำคัญในการพิจารณาความผิดอาญาบางฐานที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษให้คำนึงถึงว่าผู้กระทำได้กระทำโดยมีเหตุจูงใจ หรือเจตนาพิเศษตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เพราะลำพังเจตนาอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าผู้กระทำมีความผิด แต่จะต้องได้ความว่า ผู้นั้นกระทำโดยมีเหตุจูงใจอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย³⁴⁸ เช่น ในความผิดฐานปลอมเอกสารตามมาตรา 264 ผู้กระทำจะต้องกระทำโดยมีมูลเหตุชักจูงใจ หรือเจตนาพิเศษ “เพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นเอกสารที่แท้จริง” ถ้าไม่มีเจตนาพิเศษ ย่อมไม่เป็นความผิดอาญาในฐานความผิดนั้น

การพิจารณาการกระทำความผิดอาญาตามองค์ประกอบข้อแรกของโครงสร้างของความผิดอาญานี้จำต้องวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในอย่างละเอียดถี่ถ้วน เพราะหากขาดรายละเอียดในส่วนใดส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายนอกไปตั้งแต่แรกแล้ว ย่อมไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงรายละเอียดขององค์ประกอบภายในว่าผู้กระทำได้กระทำโดยมีเจตนาหรือประมาทเลย เพราะถือว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบ เช่น การทำลายทรัพย์สินของตนเอง การทำแท้งโดยเข้าใจผิดว่าตนตั้งครรภ์ จุดนี้มีความน่าสนใจในเรื่อง “ความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ของความผิด” ตามบทบัญญัติ มาตรา 59 วรรค 3 ความว่า “ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้” เปรียบเทียบได้กับกรณีความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 16 StGB ซึ่งถือว่า เมื่อผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ย่อมทำให้ขาดเจตนา โดยพิสูจน์ที่โครงสร้างข้อแรกเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ต้องพึงระวังกรณีความสำคัญผิดในตัวบุคคล ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 61 ความว่า “ผู้ใดเจตนาจะกระทำต่อบุคคลหนึ่ง แต่ได้กระทำต่ออีกบุคคลหนึ่งโดยสำคัญผิด ผู้นั้นจะยกเอาความสำคัญผิดเป็นข้อแก้ตัวว่ามีได้กระทำโดยเจตนาหาได้ไม่” เพราะกรณีดังกล่าวนี้ ไม่ใช่การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและไม่มีผลต่อการพิจารณาในเรื่องเจตนา เนื่องด้วยส่วนที่ผู้กระทำสำคัญผิดเป็นเพียงกรรมของการกระทำแต่ความต้องการให้เป็นไปตามเป้าหมายมิได้ผิดพลาดไปเลย ฉะนั้น กรณีของ มาตรา 61 ผู้กระทำไม่อาจยกขึ้นอ้างว่าเป็นความสำคัญผิดที่ทำให้ขาดเจตนาได้และแท้จริงแล้วเพียง

³⁴⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 69.

แค่บทบัญญัติมาตรา 60 ก็น่าจะเป็นการเพียงพอและชัดเจนแล้ว ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติมาตรา 61 ไว้โดยเฉพาะอีก³⁴⁹

1.3 เจื่อนใจแห่งการลงโทษทางอาญา

ในที่นี้ คือ การพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรงซึ่งจะปรากฏอยู่เฉพาะในบางฐานความผิด เป็นข้อเท็จจริงที่ต้องพิสูจน์ได้ว่ามี จึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ เช่น กรณีความผิดฐานหมิ่นประมาท มาตรา 326 บัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท” ฐานความผิดดังกล่าวนี้ ต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า การหมิ่นประมาทนั้นได้ทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง จึงจะเท่ากับว่าเป็นไปตามเจื่อนใจแห่งการลงโทษทางอาญา ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษสำหรับการกระทำนั้น

เมื่อพิจารณารายละเอียดต่างๆ ในส่วนการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติทั้งในส่วนอาญาและอรรถวิสัยแล้ว หากการกระทำครบถ้วนตามเจื่อนใจของข้อสาระสำคัญประการแรก ก็ยังไม่ถือว่าการกระทำเป็นความผิดอาญา ยังคงต้องดำเนินการวินิจฉัยในส่วนของความผิดกฎหมายว่ามีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดหรืออนุญาตให้กระทำได้หรือไม่เป็นลำดับต่อมา แต่หากการกระทำขาดองค์ประกอบตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อสาระข้อแรกนี้แล้ว ย่อมไม่ต้องพิจารณาถึงข้อสาระสำคัญประการต่อไป เพราะเท่ากับเป็นการพิสูจน์ได้ว่ากระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ย่อมไม่เป็นการกระทำความผิดอาญา

2. ความผิดกฎหมาย (Wrongfulness)

การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา อาจไม่มีความผิดอาญา หากมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำหรือมีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ (Legal Justification) การกระทำฝ่าฝืนต่อกฎหมายในบางกรณีอาจมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำที่ทำให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะกฎหมายไม่ต้องการให้ความถูกต้องจำต้องยอมแพ้ต่อความผิด หรือในกรณีที่ต้องรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงค่ากว่าไว้โดยไม่มีทางเลือกอื่น ทั้งนี้ ในการลำดับขั้นตอนการพิสูจน์การกระทำตามโครงสร้างของความผิดอาญาต้องแยกเหตุที่ทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมาย ซึ่งเป็น “เหตุยกเว้นความผิด” ออกจาก “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” เพราะว่ามีผลแตกต่างกัน คือ ทำให้การกระทำไม่มีความผิดกับทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ โดยการที่จัดลำดับเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษไว้อยู่

³⁴⁹ คณิต ณ นคร. (2554). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*. หน้า 220 - 229.

นอกโครงสร้างความคิดนั้น เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับโทษโดยตรง ในการพิจารณาถึงเหตุ ยกเว้นโทษจะกระทำก็ต่อเมื่อการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นความผิดอาญาแล้วเท่านั้น ในการแยกออกจากกันนี้เพื่อสร้างความชัดเจนว่าโครงสร้างของความคิดอาญาเป็นเครื่องมือในวินิจฉัยความรับผิดชอบ อาญา องค์ประกอบใน โครงสร้างจึงต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการความผิดอาญาโดยตรง ส่วนเหตุที่ กฎหมายยกเว้น โทษเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างอันเกี่ยวข้องกับ การไม่ลงโทษ การลดโทษ การเพิ่มโทษให้แก่ผู้ที่กระทำความผิดอาญา

การวินิจฉัยการกระทำในส่วน “ความผิดกฎหมาย” นี้ คือ การพิจารณาว่ามีเหตุที่ทำให้ การกระทำไม่มีความผิดกฎหมายเพราะกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำสามารถมีอำนาจกระทำได้ หรือเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยพิจารณาจากระบบกฎหมายทั้งระบบ ทั้งในประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายอื่น ตลอดจนจารีตประเพณีและหลักความยินยอม เหตุที่ กฎหมายอนุญาตให้กระทำ สามารถแยกพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

(1) กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้

เมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจแก่ผู้กระทำการใด เท่ากับว่ามีเหตุ ที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำ อันทำให้การกระทำนั้น ได้รับยกเว้นความผิดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่มีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่นๆ ดังที่จะ กล่าวต่อไปนี้

(1.1) เหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำตามประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่

กรณีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใด เพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่น ให้พ้นจากอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อ กฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการ ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้น ไม่มีผิด” หากมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นว่ามีภัยอันตรายซึ่งเกิด จากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อ ป้องกันสิทธิของตนเอง หรือของผู้อื่น ให้พ้นจากภัยอันตรายนั้นและได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นย่อมไม่ผิดกฎหมายเพราะถือว่าเป็นการใช้อำนาจในการคุ้มครองตนเองเพราะรัฐไม่ อาจให้ความคุ้มครองทุกคนในทุกกรณีได้ เป็นเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ หรือ กรณีที่ แพทย์จำเป็นต้องทำให้หญิงแท้งลูก มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่อง จากสุขภาพ ของหญิงนั้น หรือ (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 283 หรือ 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด” เป็นกรณีที่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อ

รักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าคือ ชีวิตของมารดาไว้ การกระทำของแพทย์จึงไม่มีความผิด หรือ กรณีความสำคัญผิดในอำนาจกระทำหรือ ความสำคัญผิดในข้อห้าม โดยสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจกระทำได้ มาตรา 62 วรรคแรก ที่วางหลักว่า “ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือ ได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริงแต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดหรือได้รับยกเว้นโทษ หรือ ได้รับโทษน้อยลง แล้วแต่กรณี” เนื่องจากว่าผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้ตนมีอำนาจกระทำได้อยู่ เช่น ความสำคัญผิดว่ามีภัยอันตรายต้องป้องกัน หรือสำคัญผิดในกรอบหรือขอบเขตของเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น สำคัญผิดว่าการกระทำของตนยังอยู่ในกรอบของความจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกัน ผู้กระทำจึงไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้กระทำไม่มีความผิด ทั้งสองกรณีนี้เป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับข้อสาระสำคัญประการที่สองของโครงสร้างของความผิดอาญา คือ ความสำคัญผิดในความผิดกฎหมายซึ่งแตกต่างจากความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ทำให้ผู้กระทำขาดเจตนาตามมาตรา 59 วรรค 3 นอกจากนี้ยังมีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ในกรณีการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต มาตรา 329 (1) - (4) และกรณีการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลหรือโดยคู่ความเพื่อประโยชน์แก่คดีของตน มาตรา 331

(1.2) เหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำตามกฎหมายอื่นๆ ได้แก่

- ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กรณีให้เอกสิทธิ์ในการแถลงข้อเท็จจริง แสดงความคิดเห็น หรือออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ที่ประชุมวุฒิสภา หรือที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี รวมถึงตลอดถึงผู้พิมพ์และผู้โฆษณารายงานการประชุม ตลอดจนผู้ดำเนินการถ่ายทอดการประชุมสภาทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ตามข้อบังคับของสภาและบุคคลซึ่งประชาชนในที่ประชุมอนุญาตให้แถลงข้อเท็จจริง หรือแสดงความคิดเห็นในที่ประชุม ตามมาตรา 130

- ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีกระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายของผู้บังคับบัญชา มาตรา 449 หรือกรณีทำลายทรัพย์สินเพื่อบำบัดภัยสาธารณะอันฉุกเฉิน มาตรา 450 วรรคแรก หรือกรณีการป้องกันสิทธิที่เป็นการกระทำต่อทรัพย์สิน มาตรา 450 วรรค 3 หรือกรณีการใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตน มาตรา 451 วรรคแรก หรือกรณีความจำเป็นต้องฆ่าสัตว์เพื่อคุ้มครองอสังหาริมทรัพย์ มาตรา 452 หรือกรณีการตัดรากไม้หรือกิ่งไม้รุกล้ำในที่ของตน

มาตรา 1347 หรือการใช้อำนาจปกครองของบิดามารดาในการทำโทษบุตรตามสมควร มาตรา 1467 ผู้กระทำความผิดไม่มีความผิด

- ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กรณีให้อำนาจเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับกุมบุคคลที่กระทำความผิดได้โดยไม่เป็นความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 78

- ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กรณีให้อำนาจเจ้าพนักงานบังคับคดีขึ้นสถานที่ใดๆ อันเป็นของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้โดยไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก ตามมาตรา 279

(2) จารีตประเพณี (Customary Law)

นอกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว จารีตประเพณีก็เป็นอีกเหตุที่อ้างนำมาอ้างเพื่อทำให้การกระทำไม่มีความผิด เพราะจารีตประเพณีเองถือเป็นแนวทางความประพฤติซึ่งบุคคลที่อยู่ร่วมกันในสังคมให้ความยินยอมที่จะปฏิบัติตามร่วมกันสืบต่อเนื่องกันมาเป็นระยะเวลายาวนาน มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ร่วมกันของสังคม เช่น การเล่นกีฬาตามกติกา การใช้อำนาจปกครองลงโทษตามสมควร ทั้งนี้แม้จะมีใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ก็ถือเป็นการอ้างที่ไม่ขัดต่อหลักประกันของกฎหมายอาญาเพราะเป็นการอ้างที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด

(3) ความยินยอมของผู้ถูกระทำ (Consent)

ความยินยอมของผู้ถูกระทำหรือผู้เสียหายในบางกรณีเป็นสาเหตุอีกประการหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามหลัก “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย” (*Volenti non fit iniuria*)³⁵⁰ เพราะถือว่าการให้ความยินยอมนั้นไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมโดยรวม เรื่องความยินยอมอันเป็นเหตุยกเว้นความผิดนี้เป็นคนละเรื่องกับความยินยอมที่ทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบ กล่าวคือ ความยินยอมที่ทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบนั้นอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อแรกซึ่งหากผู้ถูกระทำได้ให้ความยินยอม จะทำให้การกระทำความผิดไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย เช่น การยินยอมยกทรัพย์สินของตนให้ผู้อื่น ย่อมทำให้ความผิดฐานลักทรัพย์ไม่อาจเกิดขึ้น ส่วนความยินยอมที่ทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายหรือได้รับยกเว้นความผิดนี้อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 2 เพราะการกระทำได้ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วแต่มีเหตุยกเว้นความผิดจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ เช่น กรณีผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดเพื่อรักษาชีวิต การกระทำของแพทย์ย่อมเทียบได้กับการทำร้ายร่างกายโดยเจตนา แต่เพราะผู้ป่วยได้ให้ความยินยอม จึงเป็นการยกเว้นความผิดให้แก่แพทย์ อย่างไรก็ตาม หลักเรื่องความยินยอมนี้ย่อม

³⁵⁰ Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil, I.* p. 108.; Otto, H. (2004). *Grundkurs Strafrecht AT.* pp.126 - 127.

มีขอบเขตจำกัด เพราะคุณธรรมทางกฎหมายในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาส่วนใหญ่ มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวม แม้ผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอมก็ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้ออ้างทำให้ การกระทำไม่เป็นความผิดได้ หรือถือเป็นกรณีที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ เช่น ยินยอมให้ผู้อื่นใช้ ปืนยิงตนเพราะเชื่อว่ามิวิชาอาคม ความยินยอมในกรณีนี้ย่อมไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ เพราะ ถือว่าขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี อีกทั้งยังขัดต่อความสงบเรียบร้อยในการอยู่ร่วมกันของคน ในสังคมอีกด้วย

ทั้งนี้ แม้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาจะไม่ได้บัญญัติเรื่องความยินยอมไว้โดย ชัดแจ้ง แต่ศาลฎีกาได้เคยวางแนววินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมนี้ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ถ้าความยินยอมนั้น ไม่ขัดต่อ ความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่ขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความ ยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้”³⁵¹ ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลนี้ สอดคล้องกับหลักความยินยอมที่จะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เยอรมัน มาตรา 228 ซึ่งวางหลักว่า “ผู้ใดประทุษร้ายร่างกายผู้อื่น โดยได้รับความยินยอมจากผู้นั้น การกระทำจะเป็นความผิด ต่อเมื่อการกระทำนั้น โดยได้รับความยินยอมนั้นขัดต่อศีลธรรมอันดี”

3. ความรู้ผิดและชอบ (Culpability)

การวินิจฉัยการกระทำตามโครงสร้างของความผิดอาญาต้องพิจารณาจากสาระสำคัญ ประการแรก คือ “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ทั้งองค์ประกอบส่วนภายนอกและส่วน ภายในจิตใจ ต่อมายังโครงสร้างประการที่สอง คือ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความรู้ผิดและชอบ” ตามข้อสาระสำคัญประการสุดท้ายของ โครงสร้างของความผิดอาญา เพราะแม้การกระทำจะครบ องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นความผิดกฎหมายด้วยไม่มีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำ ได้แล้ว การกระทำก็อาจไม่เป็นความผิดอาญา หากว่าผู้กระทำไม่มีความรู้ผิดและชอบในขณะที่ได้ กระทำ การกระทำที่จักถือเป็นความผิดอาญาจะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาตามขั้นตอน เรียงลำดับไป หากการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วจึงค่อยพิจารณาว่ามีความผิด กฎหมายหรือไม่ หากไม่ผิดกฎหมาย ย่อมไม่ต้องดูต่อไปว่าผู้กระทำสมควรถูกดำเนินหรือไม่ แต่ หากมีความผิดกฎหมายก็เข้าสู่การพิจารณาในลำดับต่อไป หากผู้กระทำมีความรู้ผิดและชอบได้ การกระทำก็จะเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำย่อมต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับ ความผิดนั้น การลำดับความคิดตามขั้นตอนแต่ละข้อสาระของ โครงสร้างของความผิดอาญาจึง

³⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 อ้างใน แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. หน้า 79.

เปรียบเทียบเสมือนแนวทางการก่อกองที่มีเหตุมีผลสอดคล้องกัน หากในการพิสูจน์ขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งไปย่อมทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา ดังนั้น การกระทำจะเป็นความผิดอาญา (Crime) จะต้องมีการครบถ้วนทุกข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการเสมอ เงื่อนไขของการลงโทษทางอาญาก็คือการเติมเต็มขององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมายและเหตุสมควรถูกตำหนิ (Die Voraussetzungen der Strafbarkeit sind Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld erfüllt)³⁵²

การจัดวาง “ความรู้ผิดและชอบ” ไว้ในข้อสาระสำคัญประการที่สามของโครงสร้างของความผิดอาญานี้ ผู้เขียนได้อ้างอิงมาจากแนวความคิดเรื่อง “ความชั่ว”³⁵³ ของกฎหมายอาญาเยอรมัน โดยตรง เนื่องด้วยความเห็นที่ว่า การกำหนดให้ความตำหนิได้ของเจตจำนงของผู้กระทำเป็นพื้นฐานการลงโทษที่เหมาะสมเพราะโดยสภาพส่วนตัวและสภาพแวดล้อมของผู้กระทำที่แตกต่างกันย่อมทำให้ความรู้ผิดชอบในการกระทำแตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้จึงควรได้รับการพิจารณาโดยละเอียดเพื่อก่อกองเฉพาะผู้ที่กระทำความผิดอาญาด้วยเจตจำนงที่สมควรถูกตำหนิอย่างแท้จริง เข้าสู่การลงโทษ แต่ให้โอกาสผู้ที่ขาดความรู้ผิดชอบในการแก้ไขปรับปรุงนอกรอบของกระบวนการยุติธรรมได้ มิใช่มุ่งเอาตัวทุกคนมาลงโทษ อีกทั้งผู้เขียนเห็นว่า แนวทางดังกล่าวนี้ สอดคล้องกับบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาของไทย เพียงแต่การศึกษาทำความเข้าใจที่ผ่านมามีการอธิบายในแนวทางที่แตกต่างกันไปเท่านั้น เช่นว่า กรณีเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี กระทำความผิด ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญา แต่ไม่ต้องรับโทษ ทั้งนี้หากพิจารณาว่าการกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปีนั้นเกิดขึ้นเพราะความเข่าว้วย ไม่รู้เพียงสาเหตุทำให้ขาดความรู้ผิดชอบ แม้จะกระทำการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ประกอบกับเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว แต่เมื่อพิจารณา “ความรู้ผิดและชอบของผู้กระทำ” กลับไม่มีเหตุที่จะตำหนิได้ เพราะเหตุผลที่ขาดความรู้ผิดชอบ เมื่อเป็นเช่นนี้การกระทำของเด็กจึงไม่ครบตามข้อสาระทั้งสามประการ เพราะขาดความรู้ผิดและชอบไป การกระทำจึงไม่เป็นความผิดอาญา และเมื่อไม่เป็นความผิดอาญาแล้ว ย่อมไม่ต้องพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการลงโทษเลย การพิจารณาตามแนวทางโครงสร้างที่นำเสนอนี้ดูจะมีความเป็นตรรกะมากกว่าและสอดคล้องกับหลักสากลของกฎหมายอาญา “nullum crime nulla poena sine lege” ไม่มี ความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย ทั้งนี้ นอกจากเพื่อให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนในการวินิจฉัยความผิดอาญาเพื่อเป็นหลักประกันในการ

³⁵² Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. pp. 195 - 197. ; Kindhäuser, U. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. pp. 54 - 55.

³⁵³ Ibid. p. 197. ; Ibid. pp. 179 - 182.

คุ้มครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคมตั้งเป้าหมายของกฎหมายอาญาแล้ว การที่นำ “ความรู้ผิดและชอบ” มาไว้ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อที่ 3 นี้ เนื่องด้วยความมุ่งหมายที่จะให้การวินิจฉัยความผิดอาญาภายใต้หลักกฎหมายไทยมีความเป็นระบบสอดคล้องต่อเนื่องกันอย่างเป็นเหตุเป็นผลในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและสอดคล้องกับระบบกฎหมาย ในการพิสูจน์การกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ จึงต้องพิจารณาเรียงลำดับให้ครบตามสาระสำคัญทั้ง 3 ประการก่อนจึงจะถือว่าการกระทำเป็นความผิดอาญาได้ เพราะเราใช้ชื่อเครื่องมือนี้ว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” เมื่อพิจารณาไม่ครบตามโครงสร้างจึงยังไม่ควรที่จะถือว่าเป็นการกระทำผิดอาญา

“ความรู้ผิดและชอบ” คือ การวินิจฉัยถึงความรู้ผิดชอบหรือความสามารถในการแยกแยะผิดถูกได้ของผู้กระทำ สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ดังต่อไปนี้

กรณีการกระทำผิดของเด็ก ตามมาตรา 73 วางหลักว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ” และ มาตรา 74 วางหลักว่า “เด็กอายุกว่าสิบปี แต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้...” ทั้งนี้เพราะกฎหมายได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กบนพื้นฐานแนวความคิดที่ว่าเด็กเป็นผู้ที่ยังไม่มีความรู้ผิดชอบในการกระทำเพราะเหตุไม่รู้เพียงสาเด็กจึงได้รับการสันนิษฐานว่าไม่มีความรู้ผิดชอบเพียงพอที่จะสมควรถูกดำเนินคดี การกระทำของเด็กจึงไม่เป็นความผิดอาญา หรือ กรณีการกระทำของผู้มีความบกพร่องทางจิต ตามมาตรา 65 วรรคแรก วางหลักว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น” เนื่องด้วยสภาวะความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำซึ่งวิกลจริตถึงขนาดไม่สามารถรู้และเข้าใจถึงการกระทำของตน จึงถือว่าผู้กระทำไม่สมควรถูกดำเนินคดีและการกระทำไม่เป็นความผิดอาญา แต่หากผู้กระทำยังพอรู้ผิดชอบอยู่หรือสามารถบังคับตนเองได้อยู่ การกระทำย่อมเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำย่อมต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น หรือ กรณีการกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70 ซึ่งวางหลักว่า “ผู้ใดกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน แม้คำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อ โดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่จะรู้ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งมิชอบด้วยกฎหมาย” เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าผู้กระทำความผิดเชื่อโดยสุจริตว่าตนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามจึงไม่รู้ถึงข้อผิดถูก แม้ว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่ว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มิชอบด้วยกฎหมายก็ตาม กฎหมายถือว่าผู้กระทำไม่สมควรถูกดำเนินคดีจึงไม่ถือเป็นความผิดอาญา

เมื่อพิสูจน์การกระทำตามโครงสร้างของความผิดอาญาทั้ง 3 ลำดับขั้นตอนแล้ว ย่อมเห็นได้อย่างชัดเจนว่าในการพิจารณาการกระทำผิดอาญาทุกๆ ฐานจะต้องประกอบไปด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการนี้เรียงไปตามลำดับเสมอ กล่าวคือ 1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ 2. ความผิดกฎหมาย และ 3. ความรู้ผิดและชอบ หากว่าขาดข้อสาระข้อใดข้อหนึ่งไปย่อมจะทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา อย่างไรก็ตามเพื่อความเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบของการวินิจฉัยความผิดอาญาเมื่อวินิจฉัยได้ว่าการกระทำเป็นความผิดอาญาอันสมควรได้รับการลงโทษแล้ว จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงบางประการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการลงโทษที่เรียกว่า “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” (Excuse) และ “เหตุที่กฎหมายลดโทษ” (Reduce)

เมื่อการกระทำของบุคคลเป็นความผิดอาญาเพราะครบถ้วนตามองค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญาที่ร้อยเรียงกันอย่างเป็นลำดับทุกข้อสาระสำคัญแล้ว ตามหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายอาญาจักไม่มีการลงโทษบุคคลโดยปราศจากความรู้ผิดและชอบ หรือ ไม่มีการลงโทษโดยไม่มีความชั่ว (nulla poena sine culpa) ความสมควรตำหนิ หรือความรู้ผิดและชอบของผู้กระทำนี้เอง จึงถือเป็นพื้นฐานของการลงโทษทางอาญา แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำที่สมควรถูกตำหนิหรือมีความชั่วอาจไม่มีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นก็ได้³⁵⁴ ด้วยเหตุนี้เอง ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษซึ่งอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาจึงมาจากแนวความคิดที่ว่าแม้การกระทำจะเป็นความผิดอาญาแล้ว แต่ในบางกรณีอาจมีเหตุการณ์ หรือเหตุผลบางประการที่ทำให้ไม่สมควรลงโทษผู้กระทำความผิดและที่กำหนดให้ข้อเท็จจริงนี้อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาก็เพราะเป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่ไม่กระทบต่อความสมบูรณ์หรือความเปลี่ยนแปลงใดๆ ของข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาทั้งสามประการแต่เกี่ยวพันกับการกระทำความผิดหรือเกี่ยวข้องเฉพาะผู้กระทำความผิดเป็นส่วนตัว ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างซึ่งมีผลทำให้ไม่สมควรลงโทษผู้กระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามีดังต่อไปนี้

(1) เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Excuse)

“เหตุยกเว้นโทษ” คือ เหตุที่ทำให้ความสมควรลงโทษหมดไปหรือทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษแม้ว่าจะกระทำการครบถ้วนตามข้อสาระทั้ง 3 ประการของโครงสร้างของความผิดอาญา “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” นั้นเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องพันกับการกระทำ

³⁵⁴ คณิต ฅ นคร. (2529). เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (2), หน้า 143. และ Jescheck, H. - H. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil*. pp. 551 - 552. (Es gibt jedoch Fälle, in denen damit das Strafbedürfnis noch nicht abschließend festgestellt ist, sondern die Entscheidung über die Strafbarkeit der Tat erst aufgrund von Merkmalen fällt, die jenseits von Unrecht und Schuld liegen.)

ความผิดโดยตรง หรือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว ถึงแม้ผู้กระทำจะกระทำการใดที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาแต่กฎหมายเห็นสมควรยกโทษให้ เหตุที่กฎหมายยกเว้นไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนี้ มีแนวความคิดมาจากหลักการพิจารณากฎหมายอาญาเยอรมันเรื่อง “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” (Persönlicher Ausnahmen von Strafbarkeit) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดอันมีลักษณะเป็นเงื่อนไขในการลงโทษเช่นเดียวกันจึงนำมารวมไว้ในการพิจารณา “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” ซึ่งมีดังต่อไปนี้

เหตุเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการสมรส ตามมาตรา 71 วรรคแรก วางหลักว่า “ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364 นั้น ถ้าเป็นการกระทำที่สามีกระทำต่อภริยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ” ทั้งนี้เพราะกรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ส่วนมากทำให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล รัฐจึงไม่ประสงค์จะลงโทษการกระทำความผิดอาญาเหล่านี้ระหว่างบุคคลในครอบครัว ทั้งนี้เพื่อเอกภาพแห่งครอบครัว³⁵⁵

กรณีไม่รู้ผิดชอบเพราะความมึนเมา ตามมาตรา 66 ความว่า “ความมึนเมาเพราะเสพยาสุรา หรือสิ่งเมาอย่างอื่นจะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา 65 ไม่ได้ เว้นแต่ความมึนเมานั้นจะให้เกิดโดยผู้เสพยาไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มึนเมาหรือได้เสพยาโดยถูกขี้ใจให้เสพยา และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงจะได้รับยกเว้นโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ถ้าผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดเฉพาะแต่กรณีที่ผู้เสพยาไม่รู้ถึงความมึนเมาหรือถูกขี้ใจให้เสพยาเท่านั้น ในจุดนี้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายอาญาเยอรมันซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษแม้ว่าได้กระทำขณะที่มึนเมาหากมีเจตนาหรือประมาททำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะความมึนเมา เพื่อป้องกันการยกเอาความมึนเมาขึ้นเป็นข้อแก้ตัว

กรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามมาตรา 82 ความว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้น บรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้การที่ได้กระทำไปแล้วต้อง

³⁵⁵ คณิต ฅ นกร. (2538). *ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ*. หน้า 280 - 281.

บทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ” เป็นกรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้เพื่อตอบแทนที่บุคคลเลือกทำในสิ่งที่ถูกเพราะทั้งการยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอดและการกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำบรรลุผลสมควรที่จะได้รับการอภัยเป็นรางวัล หรือกรณีการเข้าขัดขวางของผู้ใช้ ผู้โฆษณา หรือประกาศ หรือผู้สนับสนุน ทำให้ผู้กระทำได้กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล กฎหมายกำหนดให้ผู้สนับสนุนไม่ต้องรับโทษ ตามมาตรา 88

กรณีการถอนฟ้อง หรือแก้ฟ้องความอันเป็นเท็จก่อนศาลมีคำพิพากษา ตามมาตรา 176 กฎหมายให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ลงโทษเลยก็ได้ กรณีการเบิกความเท็จ หรือแปลความเท็จแล้วแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 182 ศาลยกเว้นโทษให้ หรือ กรณีเป็นการช่วยเหลือบิดา มารดา บุตร สามิหรือภริยาของผู้กระทำ ตามมาตรา 193 กฎหมายกำหนดให้ศาลไม่ลงโทษก็ได้

กรณีการพยายามทำแท้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 304 ความว่า “ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 และมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หากยังคงเป็นเพียงแต่ขั้นการพยายามเพราะกฎหมายคำนึงถึงผู้มีหน้าที่ในการเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดมา หากว่าลงโทษบิดาหรือมารดาข่ม ทำให้เกิดปัญหาในการทำหน้าที่เลี้ยงดูเด็ก ทำให้สถานภาพของครอบครัวไม่สมบูรณ์ อย่างไรก็ตามในส่วนของบริษัทที่กฎหมายยกเว้นโทษให้กับผู้กระทำข้างต้นนี้ บทบัญญัติมาตรา 304 ใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติมาตรา 218 (4)³⁵⁶ ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันที่กำหนดให้การพยายามทำแท้งเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะแต่กับหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลอื่น จึงเป็นข้อน่าสังเกตว่าการยกเว้นโทษควรจำกัดกรอบให้แคบลงหรือไม่ เพราะที่จริงแล้วการทำแท้งตามมาตรา 305³⁵⁷ กฎหมายก็ให้ความคุ้มครองโดยถือว่าเป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้หรือไม่ผิดกฎหมายอยู่แล้ว

³⁵⁶ § 218 (4) StGB Der Versuch ist strafbar. Die Schwangere wird nicht wegen Versuchs bestraft.

³⁵⁷ มาตรา 305 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวใน มาตรา 301 และ มาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของนายแพทย์และ

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ

(2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 282 มาตรา 283 หรือ มาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด”

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 218 a (1) - (3)³⁵⁸ วางหลักไว้ทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยมาตรา 305 กล่าวคือ กำหนดยกเว้นความรับผิดทางอาญาให้การทำแท้งโดยนายแพทย์ เพื่อรักษาสุขภาพของหญิง หรือเพื่อป้องกันอันตรายหรือความเจ็บป่วยทางกายภาพหรือจิตใจของหญิงตั้งครรภ์ หรือกรณีแพทย์มีความเห็นว่าหญิงตั้งครรภ์จากการกระทำความผิดอาญา และเมื่อมีอายุการตั้งครรภ์ไม่เกินกว่า 12 สัปดาห์

(2) เหตุที่กฎหมายลดโทษ (Reduce)

“เหตุที่กฎหมายลดโทษ” คือ ข้อเท็จจริงบางประการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำหรือตัวผู้กระทำความผิดซึ่งกฎหมายเห็นว่าสมควรได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษ แม้ว่ากรกระทำจะครบองค์ประกอบของข้อสาระตามโครงสร้างของความผิดอาญา และเป็นความผิดอาญาซึ่งผู้กระทำสมควรต้องรับโทษ แต่เนื่องจากเหตุผลทางกายภาพหรือ พฤติการณ์ประกอบกรทำความผิดกฎหมายจึงเห็นใจ ดังนั้น ผู้กระทำยังคงต้องรับโทษแต่ศาลอาจลดโทษให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ เหตุลดโทษนั้น แตกต่างจากเหตุยกเว้นโทษที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษทางอาญาเลย กล่าวคือ การกระทำเป็นความผิดแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ แต่กรณีลดโทษนี้ผู้กระทำยังคงต้องรับโทษสำหรับการกระทำของตนเพียงแต่ศาลอาจใช้ดุลยพินิจในการลดโทษให้ก็ได้ ในกรณีของเหตุที่กฎหมายลดโทษนี้ ผู้เขียนได้ปรับแนวทางการวินิจฉัยมาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเอง รายละเอียดของ “เหตุที่กฎหมายลดโทษ” มีดังต่อไปนี้

กรณีความไม่รู้กฎหมาย มาตรา 64 บัญญัติหลักว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์ ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาล และถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” จากถ้อยคำตามตัวบทหลักห้ามมิให้บุคคลอ้างความไม่รู้กฎหมายเพื่อยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัว ซึ่งมาตรา 64 ของไทยมีความแตกต่างจาก

³⁵⁸ § 218 a Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs

(1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn

1. die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen,
2. der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und
3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.....

เรื่องความสำคัญผิดตาม § 17³⁵⁹ ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันในส่วนที่ผู้กระทำสำคัญผิดว่าการกระทำของเขาไม่ผิดกฎหมาย ทำให้ไม่อาจดำเนินผู้กระทำได้เพราะเทียบเท่ากับว่าผู้กระทำกระทำโดยปราศจากความชั่ว ดังนั้น จึงถือว่าการกระทำไม่มีความผิดอาญา แต่กรณีมาตรา 64 ของไทย ตามบทบัญญัติถือเป็นเพียงเหตุที่กฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษ แต่มิได้หมายความว่า “ความรู้ผิดและชอบ” ของผู้กระทำผิดหมดไป จึงจัดวางข้อเท็จจริงเช่นว่านี้ไว้นอกโครงสร้างของความผิดอาญา

กรณีบุคคลวิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบ หรือบังคับตนเองได้อยู่บ้าง ตามมาตรา 65 วรรค 2 วางหลักว่า “แต่ถ้าผู้กระทำผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

กรณีคนมีเมามากซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบหรือบังคับตนเองได้อยู่บ้าง ตามมาตรา 66 ความว่า “...แต่ถ้าผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

กรณีป้องกันหรือจำเป็นเกินสมควรแก่เหตุ มาตรา 69 บัญญัติว่า “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้”

กรณีเหตุเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเครือญาติ มาตรา 71 วรรค 2 วางหลักว่า “ความผิดดังระบุนี้ ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

กรณีเหตุเกี่ยวกับบันดาลโทษ มาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทษโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไข

³⁵⁹ § 17 StGB วางหลักว่า “ผู้ใดกระทำความผิดลงโดยสำคัญผิดว่าการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย ผู้นั้นกระทำโดยปราศจากความชั่ว หากไม่สามารถหลีกเลี่ยงความสำคัญผิดนั้นได้ แต่หากผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงความสำคัญผิดเช่นว่านี้ได้ ให้ผู้กระทำต้องรับโทษน้อยกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 วรรค 1”

ที่กฎหมายกำหนด คือ ผู้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่ผู้กระทำความผิด เช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดและผู้ที่กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ซึ่งหมิ่นในขณะนั้นศาล โทษนั้น ศาลอาจลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ได้

กรณีเหตุอายุน้อยที่ผู้กระทำความผิดมีอายุกว่า 14 ปีแต่ไม่เกิน 17 ปี มาตรา 75 ความว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาล พิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่เกี่ยวเนื่องกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษา ลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตาม มาตรา 74 หรือถ้าศาล เห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง”

กรณีผู้กระทำความผิดอายุกว่า 17 ปีแต่ไม่เกิน 20 ปี มาตรา 76 ความว่า “ผู้ใดอายุตั้งแต่ สิบแปดปีแต่ยังไม่เกินยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลด มาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้”

กรณีมีเหตุบรรเทาโทษ มาตรา 78 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะ ได้มีการเพิ่ม หรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลด โทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้” วรรค 2 “เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้โอดเขลาเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์ อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่ โทษต่อเจ้าพนักงาน หรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นผลประ โยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาล เห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน”

เหตุที่กฎหมายยกเว้น โทษและเหตุที่กฎหมายลด โทษเป็นข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็น เหตุผลว่าผู้กระทำความผิดไม่สมควรถูกลงโทษในทางอาญา แม้ว่าจะกระทำการครบองค์ประกอบ ของโครงสร้างของความผิดอาญาแล้วก็ตาม ทั้งนี้แนวคิดเบื้องหลังของการกำหนดให้บทบัญญัติ แห่งกฎหมายข้างต้นอยู่ในส่วนของข้อเท็จจริงนอกโครงสร้างของความผิดอาญาก็เพราะในการ พิจารณาถึงเหตุที่กฎหมายยกเว้น โทษและเหตุที่กฎหมายลดโทษนั้นเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงก็ ต่อเมื่อวินิจฉัยได้แล้วว่าการกระทำเป็นความผิดอาญาซึ่งหมายถึง เป็นการกระทำที่ครบ องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและผู้กระทำสมควรถูกดำเนินสิ่งที่ ได้กระทำแล้วเท่านั้น หากเมื่อยังไม่ครบตามข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของ โครงสร้างก็ยังคงไม่ ถือเป็นความผิดอาญาจึงไม่ต้องคำนึงถึงเรื่องของเหตุยกเว้นหรือลดโทษเลย เพราะไม่มีความผิด ไม่ มีโทษโดยปราศจากกฎหมาย ดังนั้น เมื่อการกระทำยังไม่เป็นความผิดอาญา ก็ย่อมไม่ต้องคำนึงถึง เรื่องของโทษ เมื่อยังไม่ต้องคำนึงถึงเรื่องของโทษจึงไม่ต้องพิจารณาไปถึงเหตุยกเว้นหรือเหตุลด

โทษด้วยและเหตุผลสำคัญอีกประการในการจัดวางข้อเท็จจริงเหล่านี้ไว้ นอกโครงสร้างของ
ความผิดอาญานั้นก็เพราะจะช่วยให้เกิดความชัดเจนในการให้เหตุผลทางกฎหมายอีกประการด้วย

ในตอนท้ายนี้ มีประเด็นที่น่าสนใจเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวความคิดของข้อสาระประการที่
สาม ของโครงสร้างของความผิดอาญาว่าเพราะเหตุใด “ความชั่ว” (Schuld) จึงเป็นข้อสาระสำคัญ
ประการหนึ่งในโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมัน ในขณะที่เราไม่เคยเห็นในแนวความคิดทาง
กฎหมายของประเทศอื่นๆ สาเหตุนี้มาจากแนวความคิดพื้นฐานที่ว่า “Keine Strafe ohne Schuld”
ไม่มีการลงโทษ โดยปราศจากความชั่ว (nulla poena sine culpa) ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้เป็น
ลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาเยอรมัน เพราะการจะพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลใดจักเป็น
ความผิดอาญาและเป็นเหตุให้บุคคลนั้นต้องรับโทษตามกฎหมายจะต้องพิจารณาถึงความสำนึกได้
ของการกระทำ หากบุคคลรู้สึกถึงความผิดชอบและแยกแยะถูกผิดได้ แต่ยังตัดสินใจเลือก
กระทำในสิ่งที่ผิดไปโดยรู้ผิดชอบนั้นย่อมถือได้ว่า บุคคลนั้นกระทำโดยมีความชั่ว มีความน่า
สมควรตำหนิของเจตจำนง (Schuld ist „Vorwerfbarkeit“ der Willensbildung)³⁶⁰ “ความชั่ว” ใน
โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันจึงเปรียบเสมือนหัวใจสำคัญ หากขาดความชั่วย่อมทำให้การ
กระทำไม่มีความผิดอาญา เมื่อไม่มีความผิดอาญาแล้วย่อมไม่ต้องสงสัยเลยว่าจะต้องพิจารณา
การลงโทษบุคคลนั้นหรือไม่ จากกรณีการกระทำความผิดของเด็กจึงน่าจะเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็น
เห็นถึงแนวคิดในการกำหนดให้ “ความชั่ว” อยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาได้ชัดเจนมากที่สุด
แนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศสและแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของไทยถือ
ว่าการที่เด็กกระทำสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดนั้น หากการกระทำครบองค์ประกอบและ
ไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิดแล้ว ย่อมเป็นความผิด แต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ด้วยเหตุที่เป็น
เด็ก ความรู้ผิดชอบยังไม่สมบูรณ์ ในขณะที่โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันถือว่าการที่เด็ก
กระทำยอมเป็น “เหตุตัดความชั่ว” ซึ่งทำให้การกระทำไม่มีความผิดอาญาเลย ด้วยเหตุที่เห็นว่า
ความชั่วเป็นพื้นฐานของการลงโทษการกระทำ ดังนั้น เมื่อกระทำโดยไม่รู้ผิดชอบยอมเท่ากับไม่มี
ความสมควรถูกตำหนิได้ของเจตจำนงแล้วจะให้การกระทำของเด็กเป็นความผิดได้อย่างไร

แม้ผลปลายทางจะเหมือนกัน แต่ขั้นตอนของกระบวนการคิดแตกต่างกัน แนวความคิด
ของกฎหมายอาญาเยอรมันอาจดูว่าทำความเข้าใจยาก แต่การที่คิดเช่นนี้ก็เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า
กฎหมายอาญามีไว้เพื่อคุ้มครอง มิใช่เพื่อการลงโทษ การเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพจึงเป็น
หลักสำคัญที่ต้องคำนึงถึง แนวความคิดเกี่ยวกับ “ความชั่ว” (Schuld) เป็นแนวความคิดซึ่งเป็น
ลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาเยอรมัน เพราะมีความคิดที่เป็นระบบ ละเอียดลึกซึ่ง เป็นตรรกะ

³⁶⁰ Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. p.139.

แม้การทำความเข้าใจให้ถ่องแท้อาจต้องใช้ความพยายามมากกว่าแนวทางอื่น แต่ในการวินิจฉัยความผิดอาญาก็ควรวางหลักเกณฑ์ให้มีความกระชับรัดกุมเพื่อให้ได้มาซึ่งวิธีการพิสูจน์ความผิดที่ดีที่สุดมิใช่หรือ ตามโครงสร้างที่ได้นำเสนอนี้ กรณีที่เด็กกระทำความผิดจึงถือว่าเป็นความผิดกฎหมายเพราะกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญา เพราะการกระทำไม่ครบองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของโครงสร้างของความผิดอาญา เนื่องด้วยการที่เด็กกระทำความผิด เด็กย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าไม่สามารถรู้ผิดชอบในความผิดกฎหมายได้ ดังนั้น เมื่อเด็กกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นจึงไม่ต้องรับโทษ เพราะแนวความคิดเดิมของเราก็ไม่ต้องการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบได้เช่นเดียวกันกับที่แนวคิดของเยอรมันถือว่าเมื่อเด็กกระทำความผิด ถือว่าขาดความชั่วอันเป็นพื้นฐานของการลงโทษ จึงเป็นเพียงแค่การกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญา

ตามแนวคิดของไทย ในปัจจุบันยังไม่มีโครงสร้างของความผิดอาญาที่ชัดเจน ดังนั้นจึงถือว่าเพียงแค่การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและไม่มีเหตุยกเว้นความผิด ก็เป็นความผิดอาญาแล้วเพียงแต่กฎหมายไม่ลงโทษ ความผิดอาญาที่ว่านี้ แปลว่าตามแนวคิดของกฎหมายไทย ประเมินค่าว่าการกระทำเป็นความผิดอาญาแล้วตั้งแต่โครงสร้างข้อที่ 2 กล่าวคือ การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นความผิดกฎหมาย ในขณะที่โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันและแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาของไทยที่นำเสนอข้างต้นนี้ การกระทำจักเป็นความผิดอาญาได้ ก็ต่อเมื่อครบตามโครงสร้างของความผิดอาญาทั้งสามประการแล้วเท่านั้น เมื่อโครงสร้างของความผิดอาญาเป็นขั้นตอนในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญา ดังนั้น การกระทำจักเป็นความผิดอาญาเมื่อพิสูจน์ได้แล้วว่าครบถ้วนตามองค์ประกอบทุกประการของโครงสร้าง จึงมีความเป็นเหตุเป็นผลมากกว่า

ในลำดับต่อมา เมื่อพิสูจน์ได้โดยสิ้นข้อสงสัยแล้วว่า การกระทำเป็นความผิดอาญาและบุคคลสมควรได้รับโทษสำหรับการกระทำนั้น จึงค่อยพิจารณาถึงเหตุที่อยู่นอกโครงสร้างซึ่งเรียกว่า “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” และ “เหตุที่กฎหมายลดโทษ” การที่แนวทางโครงสร้างที่นำเสนอนี้กำหนดให้ “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญานั้น เป็นเพราะว่าบุคคลจักต้องรับโทษต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด กล่าวคือ ต้องมีความผิดอาญาเกิดขึ้นก่อนจึงค่อยมาพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโทษของผู้กระทำ เรื่อง “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” จึงแยกออกจากโครงสร้างของความผิดอาญา เพราะถือเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษโดยตรง ไม่เกี่ยวกับสาระสำคัญของความผิดอาญา และประมวลกฎหมาย

อาญาของไทยใช้คำว่า “ไม่ต้องรับโทษ” หมายความว่า การกระทำที่เกิดขึ้นยังคงเป็นความผิดอยู่ แต่กฎหมายยกเว้นโทษให้สำหรับการกระทำนั้น ผู้กระทำจึงไม่ต้องรับโทษ ส่วน “เหตุที่กฎหมายลดโทษ” ก็เป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลงโทษโดยตรงซึ่งกฎหมายเห็นว่าผู้กระทำสมควรได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษ จึงจัดวางไว้นอกโครงสร้างของความผิดอาญาและพิจารณาในภายหลังเช่นเดียวกัน

จากการกำหนดแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้นในกฎหมายไทยทำให้เกิดข้อดีในการวินิจฉัยความผิดอาญาหลายประการ ดังนี้

1) เกิดหลักเกณฑ์การพิสูจน์การกระทำความผิดอาญาที่มีความละเอียด รอบคอบ เป็นเหตุเป็นผล รัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมายและมีความเป็นเอกภาพ

2) เกิดความเป็นระบบในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาตามแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาโดยพิจารณาเรียงไปตามลำดับขั้น เริ่มจาก “การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” หากข้อเท็จจริงไม่ครบตามองค์ประกอบทั้งภายนอกและภายในก็ไม่ต้องคำนึงถึงประเด็นอื่นต่อไป แต่หากครบถ้วนจึงพิจารณาข้อสาระสำคัญในลำดับต่อไป คือ “ความผิดกฎหมาย” หากมีกรณีที่ทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมาย เช่น การป้องกันตนโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมเท่ากับว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบในข้อสาระสำคัญข้อที่ 2 ของโครงสร้างของความผิดอาญาไป เพราะเป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ การกระทำจึงไม่ผิดกฎหมาย จึงไม่ต้องพิจารณาในข้อสาระประการต่อไป แต่หากไม่มีเหตุที่กฎหมายยกเว้นความผิด ย่อมต้องพิจารณาต่อไปในข้อสาระประการสุดท้าย คือ “ความรู้ผิดและชอบ” ว่าผู้กระทำมีความรู้ผิดและชอบหรือไม่ แต่หากไม่สามารถรู้ผิดชอบได้ เช่น กรณีเด็กกระทำความผิด การพิจารณาตามโครงสร้างของความผิดอาญาจะยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำของเด็กเป็นความผิดแต่ไม่ลงโทษ หากแต่ไม่ถือเป็นการผิดอาญาเลย เนื่องจากการกระทำของเด็กไม่สมควรถูกดำเนิน ต่างจากกรณีการลักทรัพย์ระหว่างสามีภริยา ที่ถือเป็นการกระทำความผิดอาญาเพราะครบถ้วนตามทุกข้อสาระของ โครงสร้างของความผิดอาญา เพียงแต่กฎหมายยกเว้นไม่ลงโทษ เพราะมี “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัวที่พิจารณาก่อนการลงโทษผู้กระทำความผิด การจัดวางโครงสร้างของความผิดอาญาตามลักษณะเช่นนี้ทำให้เห็นถึงความแตกต่างของการกระทำที่ผิดกฎหมายกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญาอย่างเห็นได้ชัด

3) เกิดแนวทางการศึกษาเรียนรู้เรื่องการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาที่ชัดเจนแน่นอน และเกิดแนวทางการปฏิบัติที่เป็นรูปธรรม เนื่องจากแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาที่นำเสนอ

ข้างต้นผ่านการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงจากแนวทางของประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นที่ยอมรับว่ามีความรอบคอบที่สุดและมีความเป็นสากล ประกอบกับมีทฤษฎีสันนิษฐานอย่างแน่นหนา

4) มีแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาที่สอดคล้องกับเนื้อหาของบทบัญญัติภายใต้ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย และเป็นเครื่องมือที่มีความทันสมัยอยู่เสมอเพราะถึงแม้จะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในภายภาคหน้า โครงสร้างของความผิดอาญาที่มีความเป็นระบบและเป็นเอกภาพก็จะสามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างลงตัว

5) มีนิติวิธีทางกฎหมายที่สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากมีแนวทางสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาและอยู่ภายใต้เนื้อหาของหลักประกันของกฎหมายอาญา “nullum crimen, nulla poena sine lege” (ไม่มีความผิดอาญา ไม่มีการลงโทษอาญา โดยปราศจากกฎหมาย)

สรุปได้ว่า สาเหตุสำคัญที่การวินิจฉัยความผิดอาญาต้องมีโครงสร้างของความผิดอาญาเป็นเครื่องมือในการลำดับขั้นตอนการพิจารณานั้นเนื่องจากว่าในการจัดวางลำดับองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญแต่ละประการนั้น เป็นการลำดับความคิดที่อยู่บนพื้นฐานของการกระทำความผิดและการลงโทษอย่างมีเหตุผล มีความสอดคล้องทั้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำและมีนัยยะสำคัญอันจะมีผลต่อการทำความเข้าใจถึงรายละเอียดของการกระทำ ทำให้ทุกขั้นตอนการพิสูจน์เป็นไปอย่างมีระบบและมีกระบวนการที่ชัดเจนแน่นอน ให้ทุกข้อเท็จจริงได้รับการปฏิบัติด้วยมาตรฐานเดียวกัน เมื่อพิจารณาตามโครงสร้างของความผิดอาญาข้างต้นนี้ การกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดอาญาต่อเมื่อการกระทำครบถ้วนตามข้อสาระสำคัญในทุกองค์ประกอบของโครงสร้างของความผิดอาญา นั้นหมายความว่า หากขาดองค์ประกอบข้อหนึ่งข้อใดไปการกระทำนั้นย่อมไม่ถือเป็นความผิดอาญาเลย ในการพิจารณาเริ่มต้นจาก ประการที่หนึ่ง การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ โดยแยกพิจารณาออกเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา หากการกระทำขาดสาระสำคัญในองค์ประกอบข้อแรกนี้ ย่อมไม่ต้องพิจารณาถึงลำดับต่อไป แต่หากเมื่อการกระทำครบตามองค์ประกอบข้อแรกแล้วจึงพิจารณาในลำดับต่อไป คือ ประการที่สอง ความผิดกฎหมาย หากการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแต่มีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ ย่อมมีผลทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือยกเว้นความผิดนั้นเองจึงไม่ต้องพิจารณาต่อไป แต่หากไม่มีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ จึงค่อยพิจารณาข้อสาระข้อสุดท้ายของโครงสร้างของความผิดอาญา คือ ประการที่สาม ความรู้ผิดและชอบ เมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติและเป็นความผิดกฎหมายแล้ว ก็ยังไม่ถือเป็นความผิดอาญา จนกว่าจะได้พิสูจน์ในสาระสำคัญประการนี้

ก่อนว่าผู้กระทำมีความรู้ผิดและชอบอยู่หรือไม่ เพราะในหลายกรณีความผิดกฎหมายอาจเกิดขึ้นจากความไม่สามารถแยกแยะผิดถูก ความบกพร่องของจิตใจ ความจำเป็นที่ไม่อาจเลี่ยงได้หรือกรณีอื่นๆ ดังนั้น หากมีเหตุที่ไม่อาจตำหนิผู้กระทำได้ การกระทำนั้นย่อมไม่มีความผิดอาญา แต่หากไม่มีเหตุดังกล่าวปรากฏ ย่อมสรุปได้ว่า การกระทำที่เกิดขึ้นเป็น “ความผิดอาญา” การพิจารณาการกระทำภายใต้หลักเกณฑ์และขั้นตอนการพิสูจน์ที่เป็นเหตุเป็นผลเช่นเดียวกันทั้งหมดนี้ ย่อมทำให้กระบวนการพิสูจน์ความผิดอาญาดำเนินไปอย่างเป็นลำดับ เป็นขั้นตอนต่อเนื่องเชื่อมโยงถึงกัน ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อมีการกำหนดแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้นภายใต้กฎหมายไทยแล้ว ย่อมเทียบได้กับว่าประเทศไทยมีแนวทางความคิดหรือเครื่องมือในการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อวินิจฉัยว่าการกระทำจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ซึ่งนับได้ว่าเป็นเทคนิควิธีที่มีความกระชับรัดกุม มีความเป็นระบบระเบียบ มีความสอดคล้องและเป็นหนึ่งเดียวกันทั้งด้านแนวคิดทฤษฎีและนิติวิธีของระบบกฎหมาย อันจะทำให้กฎหมายอาญาสามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างเต็มประสิทธิภาพและเสมอภาคอย่างแท้จริง

บทที่ 7

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากอดีตมาจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยได้ผ่านพ้นวิกฤตการณ์ที่ต้องดำเนินนโยบายการปกครองประเทศอยู่บนคมหอกคมดาบมาหลายต่อหลายครั้ง ทั้งภัยคุกคามจากมหาอำนาจตะวันตก ที่มีจุดประสงค์จะยึดครองประเทศไทยเป็นเมืองขึ้น ทั้งความล้มเหลวของระบบกฎหมายและการศาล จนมีอาชญากรรมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเหตุการณ์สำคัญที่ส่งผลกระทบต่อเอกราชทางการศาลของประเทศอันหนักหนาสาหัสที่ไทยต้องยอมเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritorial Right) ให้แก่คนต่างชาติและคนในบังคับของชาติมหาอำนาจเหล่านั้น กุศโลบายที่ทำให้ประเทศไทยหรือสยามในขณะนั้นรอดพ้นช่วงเวลาที่ยืดเยื้อและยากลำบากมาได้อย่างปลอดภัย คือ การปรับปรุงพัฒนาประเทศทั้งด้านการปกครอง เศรษฐกิจ สังคม การศึกษาและที่สำคัญที่สุด อันเป็นผลให้ประเทศไทยได้รับเอกราชทางการศาลกลับคืนมาก็คือ การปฏิรูประบบกฎหมายและจัดทำประมวลกฎหมายให้มีความทันสมัย ให้คนต่างชาติเหล่านั้นยอมรับในความถูกต้อง เป็นธรรมและน่าเชื่อถือของกระบวนการยุติธรรมของไทย ซึ่งในการปฏิรูปนั้นก็มิใช่ขั้นตอนและแนวทางการดำเนินงานอย่างมีสติ ค่อยเป็นค่อยไป ค่อยสรรหาสิ่งที่ถูกต้องและเหมาะสมที่สุดมาปรับใช้กับสังคมไทยใช้หลักว่า “รู้เขาแต่มิใช่รับมาเสียทั้งหมด” ผู้เขียนจึงมองไม่เห็นประโยชน์ของการหลบลี้หนีตามคนต่างชาติอื่นเพื่อที่จะเป็นอย่างเขา เพราะนอกจากจะไม่อาจปรับปรุงพัฒนาประเทศให้เจริญได้อย่างแท้จริงแล้ว ยังเป็นแนวทางที่ไม่อาจสร้างศักยภาพที่ยั่งยืนให้เกิดขึ้นได้เลย ดังนั้น ประสบการณ์จากครั้งอดีตจึงสะท้อนให้เราได้เห็นว่า เราควรเรียนรู้แนวคิดทางกฎหมายจากต่างชาติเพื่อที่จะเป็นอย่างเรา เริ่มดำเนินการปฏิรูปกฎหมายอย่างจริงจังเอาใจ ให้มีความสอดคล้องกับสภาพที่เป็นจริงของบ้านเมือง สำนักคิดชอบชั่วดีของคนในสังคม ทำให้กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ของสังคมที่สามารถจรดลงความยุติธรรมให้เกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง และด้วยเหตุนี้เองการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและการจัดการศึกษากฎหมายจึงยังคงเป็นสิ่งที่ควรต้องประเมินผล จัดการปฏิรูปอย่างสม่ำเสมอและต้องทำให้ถูกต้องสอดคล้องกับปัญหาและบริบทต่างๆ ของสังคมไทยเพราะโลกเรานั้น ยังคงมีการพัฒนาไปอย่างต่อเนื่องและยังคงต้องเผชิญกับความเปลี่ยนแปลงใหม่ๆ อยู่เสมอ การจัดการศึกษากฎหมายเป็นประเด็นหนึ่งที่สำคัญในทางนิติวิธีอันเป็นพื้นฐานสำคัญต่อโครงสร้างกระบวนการยุติธรรมของประเทศ การวางพื้นฐานแนวคิดที่ถูกต้องและชัดเจน จึงควรเริ่มต้นกระทำอย่างจริงจัง

เพราะหากว่าแนวความคิดเกี่ยวกับโครงสร้างของความผิดอาญา อันเป็นเครื่องมือหลักเสมือนเป็นหัวใจของการวินิจฉัยคดีอาญามีแนวทางที่ผิดเพี้ยนไป ย่อมเท่ากับว่าการจัดการศึกษากฎหมายของไทยมีนิติวิธีที่ขัดต่อระบบกฎหมายของประเทศตนเอง หากแนวความคิดพื้นฐานทางวิชาการยังไม่ถูกต้องเสียแล้ว การจะนำกฎหมายไปใช้อย่างถูกต้องได้จริงย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย การกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย จึงช่วยจัดลำดับความคิดในการวินิจฉัยความผิดอาญาให้มีหลักคิดเป็นหนึ่งเดียวกันและสะท้อนให้เห็นถึงการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างเป็นระบบ เป็นขั้นเป็นตอน เป็นเหตุเป็นผลและตรงตามเป้าหมายของหลักประกันในกฎหมายอาญา รวมถึงทำให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้มีเครื่องมือวินิจฉัยความผิดอาญาที่มีความชัดเจน สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาได้อย่างลงตัวและสอดคล้องกับนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายอย่างแท้จริง

นอกเหนือจากการมีโครงสร้างของความผิดอาญาซึ่งเป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาที่เป็นระบบและมีประสิทธิภาพแล้ว การให้ความสำคัญกับการแก้ปัญหาที่เชื่อมโยงกับกฎหมายย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้เสนอความเห็นว่าเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทยทุกวันนี้ ทั้งด้านเศรษฐกิจ การเมือง การปกครอง ตลอดจนความปลอดภัยในการดำเนินชีวิตเกิดมาจากสาเหตุหลัก 3 ประการ กล่าวคือ 1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย 2) นักกฎหมาย และ 3) การศึกษากฎหมาย โดยแท้ที่จริงแล้วทั้งสามสาเหตุนี้ต่างก็มีความเชื่อมโยงกัน ในด้านของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยังคงขาดความเป็นระบบและขาดโครงสร้างการวินิจฉัยความผิดอาญาที่ชัดเจน ในด้านของนักกฎหมายที่ขาดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงแนวคิดทฤษฎีซึ่งเป็นเหตุผลและแนวทางปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ใช้กฎหมายที่ขาดคุณธรรม ให้การยกย่องคนผิด ส่งเสริมให้คนผิดมีอำนาจ ในด้านการศึกษากฎหมายที่ขาดพื้นฐานทางทฤษฎี ทำให้ผู้ศึกษากฎหมายไม่รู้ซึ่งถึงเหตุผลเบื้องหลังในการบัญญัติกฎหมาย ไม่รู้จักคุณธรรมทางกฎหมายและไม่สามารถมีความเข้าใจที่ถูกต้องอันจะทำให้สอดคล้องกับนิติวิธีของระบบกฎหมายของตนเอง

ทางออกที่จะทำให้ประเทศไทยรอดพ้นจากสภาพปัญหาความเสื่อมถอยของระบบการปกครองด้านต่างๆ ที่กำลังเผชิญอยู่ไปได้อย่างตลอดรอดฝั่ง คงจะอยู่ที่การแก้ไขปัญหาอย่างค่อยเป็นค่อยไป อย่างจริงจัง โดยเริ่มจากสถาบันพื้นฐานในการถ่ายทอดความรู้กฎหมาย กล่าวคือแก้ปัญหาด้านการศึกษากฎหมายในระดับมหาวิทยาลัยให้มีการเรียนรู้อย่างเป็นระบบ ให้ผู้ศึกษาได้มีความเข้าใจอย่างถ่องแท้ทั้งแนวคิดทฤษฎีและทางปฏิบัติ ให้เห็นถึงความสอดคล้องของระบบประมวลกฎหมายกับนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย ให้รู้แนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเมื่อเหตุการณ์หรือสภาพสังคมได้แปรเปลี่ยนไปในวันข้างหน้า และประการสำคัญให้นักกฎหมายมี

จิตสำนึกที่ถูกที่ควรที่จะรู้ว่ากฎหมายมีไว้เพื่ออำนวยความสะดวกและเป็นหลักประกันในการใช้ชีวิต ร่วมกันของคนในสังคม เมื่อพื้นฐานลำดับแรกถูกแก้ไขอย่างถูกต้องแล้วก็จะทำให้สาเหตุแห่ง ปัญหาลำดับต่อไปค่อยๆ ลดลงและเลือนหายไปได้ในที่สุด

ดังนั้น ในการศึกษากฎหมายควรมีการศึกษาให้ถ่องแท้ถึงหลักกฎหมายที่ชัดเจน แนวความคิดพื้นฐานที่ถูกต้องและนิติวิธีที่สอดคล้องกับระบบกฎหมาย เพื่อให้บทบัญญัติแห่ง กฎหมายสามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างกว้างขวางที่สุด และเพื่อให้กฎหมายอาญามีความ สอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญาและสามารถตอบสนองต่อภารกิจในการคุ้มครองสังคม ภารกิจในการปราบปรามและป้องกันการกระทำความผิดและภารกิจในการคุ้มครองคุณธรรมทาง กฎหมายได้อย่างแท้จริง หากแนวความคิดในกฎหมายอาญาที่ถูกต้องเกิดขึ้น ก็ย่อมจะแทรกซึมอยู่ ในการเรียนการสอนกฎหมายและในการวินิจฉัยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล ตลอดจนเป็น กลไกสำคัญอันจะทำให้บุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่เท่าเทียมกันเมื่อเข้าสู่กระบวนการดำเนิน คดีอาญา ทำให้กฎหมายอาญาเป็นหลักเกณฑ์การปกครองที่เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพโดย ปราศจากข้อโต้แย้ง

7.1 บทสรุป

แนวคิดในกฎหมายอาญาของไทยเริ่มมีภาพที่ชัดเจนขึ้นภายหลังการประกาศใช้ประมวล กฎหมายฉบับแรก “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” หรือ กล่าวได้ว่าภายหลังการปฏิรูประบบ กฎหมายครั้งใหญ่เพื่อให้ประเทศก้าวทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และที่สำคัญเพื่อให้ชาติมหาอำนาจทั้งหลายยอมรับว่ากฎหมายของสยามมีความยุติธรรมและเป็น หลักประกันสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชนได้จริงและยอมรับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่มีอยู่เหนือ ประเทศสยาม พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเลือกใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เพราะทรงเล็งเห็นแล้วว่าระบบประมวลกฎหมายเป็นระบบที่ง่ายต่อการนำมาปรับใช้ และมีความเหมาะสมกับบริบทและสภาพของสังคมไทย ทั้งด้วยเหตุที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องมา เป็นระยะเวลายาวนานจนเป็นที่ยอมรับในประเทศภาคพื้นยุโรป ทั้งมีการจัดรูปแบบอย่างเป็น ระเบียบโดยแบ่งบทบัญญัติออกเป็นหมวดหมู่ มีข้อความอ้างอิงถึงกัน ง่ายแก่การทำความเข้าใจ และมีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความผิดที่แน่นอน อีกทั้งยังมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในกฎหมาย เก่าอย่างกฎหมายตราสามดวงอยู่ในหลายส่วนด้วยกัน และถึงแม้ว่าในทางการอธิบายกฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จะยังคงได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) แต่ก็มีความพยายามในการนำแนวความคิดเรื่องโครงสร้างของความคิด

อาญาของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) เช่น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีมาอธิบายด้วยเช่นกัน

จากประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของประเทศจนต่อมาเมื่อได้มีการประกาศใช้ “ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499” ถือได้ว่าเป็นการวางโครงสร้างโดยรวมของกฎหมายอาญา เช่น หลักเกณฑ์การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาเรื่องเจตนา ประมาท ในบทบัญญัติมาตรา 59 ทำให้จากเดิมที่การพิจารณาตัดสินอรรถคดีต่างๆ ดำเนินตามแนวทางของระบบคอมมอนลอว์ คือพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป ไม่มีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เปลี่ยนเป็นการพิจารณาโดยอ้างอิงจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมาย มีการอธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาตามแนวทางที่หลากหลาย คำพิพากษาของศาลเองก็มีทั้งที่พิจารณาพิพากษาตามแนวความคิดของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) และตามแนวความคิดของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) แต่อย่างไรก็ยังคงไม่มีโครงสร้างของความผิดอาญาภายใต้กรอบแนวความคิดที่เป็นเอกภาพ และมีความถูกต้องตรงกับระบบประมวลกฎหมายดังที่ได้เลือกใช้อย่างแท้จริง ในทางปฏิบัติก็ยังคงมิได้ให้ความสำคัญกับการวินิจฉัยความผิดอาญาอย่างเป็นระบบเท่าใดนัก

อันที่จริงแล้ว การอธิบายถึงโครงสร้างของความผิดอาญาที่ผ่านมาตามแนวความคิดที่แตกต่างหลากหลายจากประเทศต่างๆ นั้น มิใช่ว่าจะเป็นข้อเสีย หากมีการศึกษาทำความเข้าใจและเลือกหยิบส่วนที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยมาใช้ การศึกษาผ่านแนวความคิดที่หลากหลายรูปแบบนี้ย่อมทำให้เราสามารถวางแนวทางการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาที่มีความเหมาะสมกับสภาพปัญหาของประเทศไทยได้อย่างดีที่สุด แต่ในความเป็นจริงเรามักจะรับเอาแนวความคิดและแนวทางการอธิบายของประเทศเหล่านั้นมาเสียทั้งหมด เรียกได้ว่าลอกเลียนมาใช้ไม่นำมาปรับใช้ จึงเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกันของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย นิติวิธีของระบบกฎหมายและการปรับบทกฎหมายเข้ากับปัญหา เพราะกฎหมายและแนวความคิดทางกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมพัฒนาขึ้นจากสภาพการณ์ของประเทศนั้นๆ ซึ่งอาจจะนำมาปรับใช้กับประเทศอื่นได้บ้าง แต่หาใช่ทั้งหมดไม่

คุณฉันทน์ได้ทำการศึกษาค้นคว้าอย่างละเอียดถี่ถ้วนเพื่อให้ทราบถึงที่มาแนวความคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์ขององค์ประกอบต่างๆ ที่ร้อยเรียงขึ้นเป็นข้อสาระสำคัญในโครงสร้างของความผิดอาญา ตลอดจนแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาด้วยนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายโดยอ้างอิงจากประเทศเยอรมนีเป็นตัวอย่างสำคัญเพราะนับว่าเป็นประเทศที่มีวิวัฒนาการทางกฎหมายมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน มีแนวคิดทฤษฎีที่สามารถตอบข้อสงสัยต่างๆ ได้อย่างมีเหตุมีผล มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพอย่างแท้จริง มีนิติวิธีที่สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายของประเทศและสิ่งสำคัญ คือ มีโครงสร้างของความผิด

อาญาเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาที่เป็นระบบ โปร่งใส ชัดเจนและกระชับรัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมาย

จากการศึกษาถึงรายละเอียดของความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีและข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความคิดอาญาเยอรมันเปรียบเทียบกับแนวคิด บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา การจัดลำดับชั้นการวินิจฉัยความคิดอาญาและสภาพการณ์ปัจจุบันของประเทศไทย ทำให้เห็นถึงความเชื่อมโยงและความเหมาะสมในการนำโครงสร้างของความคิดอาญาเยอรมันมาเป็นแนวทางในการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาขึ้นภายใต้กฎหมายไทย เนื่องจากเหตุผลหลายประการ อาทิเช่น ด้วยหลักเกณฑ์การพิสูจน์ที่มีความรอบคอบ กระชับรัดกุมด้วยเทคนิคทางกฎหมาย ด้วยความชัดเจนในการลำดับชั้นการพิจารณาและให้เหตุผล ด้วยความสอดคล้องกับแนวทางการวินิจฉัยความคิดอาญาภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยและกับระบบประมวลกฎหมายของประเทศไทย แนวทางความคิดที่มีลักษณะร่วมกันนี้เองที่ทำให้โครงสร้างของความคิดอาญาเยอรมันเป็นแบบอย่างที่ดีต่อกระบวนการคิดและการกำหนดโครงสร้างของความคิดอาญาในกฎหมายไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับสภาพที่แท้จริงของสังคมไทย

คุณนิพนธ์เล่มนี้จึงได้กำหนดแนวทาง “โครงสร้างของความคิดอาญา” ขึ้นเพื่อให้เป็นเครื่องมือในการทำความเข้าใจกฎหมายอาญาในทางทฤษฎีอย่างเป็นลำดับขั้นตอนและเป็นเครื่องมือในการใช้กฎหมายอาญาในทางปฏิบัติเพื่อวินิจฉัยความคิดอาญาตามนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย โดยมีสาระสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

1. การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Fulfillment of the statutory offence elements)

เป็นข้อสาระสำคัญประการแรกในการพิสูจน์การกระทำความผิดอาญา เนื่องจากนิติวิธีของระบบประมวลกฎหมายต้องยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาได้วางหลักให้บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำจึงถือเป็นข้อสาระสำคัญข้อแรกที่ต้องทำการพิสูจน์เพื่อตรวจสอบว่าการครบองค์ประกอบตามที่บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดในกฎหมายหรือไม่ หากไม่ครบการกระทำดังกล่าวย่อมมิใช่ความผิดอาญา เพราะกฎหมายอาญามีหลักประกันว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือ “ไม่มีความผิดอาญา ไม่มีการลงโทษอาญา โดยปราศจากกฎหมาย” โดยการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญานั้นสามารถแยกพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ

1.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective Elements) หมายถึง ส่วนของการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกซึ่งประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง และในทุกฐานความผิดจะมีลักษณะร่วมกัน

ได้แก่ ผู้กระทำความผิด การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และองค์ประกอบภายนอกอื่นๆ

1.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective Elements) หมายถึง ส่วนภายในตัวของผู้กระทำความผิด หรือส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในแต่ละฐานความผิดซึ่งกำกับให้มนุษย์แสดงพฤติกรรมออกมาภายนอก ได้แก่ เจตนา ประมาท มูลเหตุชักจูงใจ

1.3 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางอาญา (Objective Condition of Criminality) หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด โดยตรงซึ่งต้องปรากฏอยู่เฉพาะในบางฐานความผิดจึงจะทำให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ กรณีที่ฐานความผิดต้องมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษจึงจะสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ จะต้องทำการพิสูจน์ก่อนว่ามีข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่หรือไม่ หากไม่มีจะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้

2. ความผิดกฎหมาย (Wrongfulness)

เมื่อพิจารณาได้แล้วว่าการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในแล้ว ลำดับต่อมาจึงต้องพิจารณาว่า การกระทำดังกล่าวนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ เพราะในบางกรณีอาจมีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดกฎหมายอยู่ เช่น มีเหตุที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำ หรือมีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Legal Justification) ได้แก่ กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือมีจารีตประเพณี หรือด้วยความยินยอมของผู้ถูกระทำ การพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้อสาระสำคัญลำดับที่ 2 ของโครงสร้างของความผิดอาญานี้ หากมีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายอยู่จริง ย่อมเท่ากับว่าเป็น “เหตุยกเว้นความผิด” ให้แก่ผู้กระทำ ทำให้ไม่ต้องดำเนินการพิจารณาต่อไปในส่วนของความสมควรกำหนดโทษของผู้กระทำเลย

3. ความรู้ผิดและชอบ (Culpability)

เมื่อพิสูจน์ได้ว่าการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและเป็น การกระทำที่ผิดกฎหมายแล้ว ข้อสาระสำคัญประการต่อมาที่ต้องพิจารณาถึงก็คือ “ความรู้ผิดและชอบ” เนื่องจากการกระทำที่จะถือเป็นความผิดอาญา (Crime) ได้จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงครบถ้วนตามข้อ สาระสำคัญทั้ง 3 ประการเสมอ การวินิจฉัยถึงเหตุที่สมควรกำหนดโทษเป็นการวิเคราะห์ถึงตัวผู้กระทำความผิด โดยตรงว่าผู้กระทำได้กระทำการลงไปโดยมีความสามารถในการรู้ผิดชอบ แยกแยะผิดถูก ได้หรือไม่ หากว่ารู้ผิดชอบแต่ตัดสินใจกระทำความผิดลง การกระทำของเขาย่อมเป็นความผิดอาญา ที่สมควรกำหนดโทษ แต่หากไม่สามารถรู้ผิดชอบ ย่อมไม่มีเหตุที่จะกำหนดโทษของเขาได้ ทั้งนี้ ความรู้ผิดและชอบในการกระทำจึงเปรียบเสมือนพื้นฐานของการลงโทษ เพราะกฎหมายอาญามี วัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมมากกว่าการลงโทษ ข้อสาระสำคัญประการที่สามนี้จึงเทียบได้กับเป็นหลักประกันว่าบุคคลย่อมไม่สมควรถูกลงโทษ

หากการกระทำของเขาเกิดจากความบกพร่องในการรู้ผิดชอบ เหตุที่ทำให้ขาดความสามารถในการรู้ผิดชอบของผู้กระทำ ได้แก่ ความเขี้ยววัย ความผิดปกติทางจิต

การวินิจฉัยการกระทำตามโครงสร้างของความผิดอาญาที่ได้นำเสนอข้างต้นนี้ ย่อมต้องพิจารณาเรียงตามลำดับขั้นจากการครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความรู้ผิดและชอบ เพราะข้อสาระสำคัญแต่ละประการถูกกำหนดขึ้นโดยอ้างอิงจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาและลักษณะในการวินิจฉัยการกระทำผิดของระบบประมวลกฎหมายซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักประกันในกฎหมายอาญา “ไม่มีความผิดอาญา ไม่มีการลงโทษอาญา โดยปราศจากกฎหมาย” ในการพิจารณาหากการกระทำไม่ครบตามองค์ประกอบของข้อสาระลำดับก่อนย่อมไม่ต้องพิจารณาถึงข้อสาระสำคัญในลำดับต่อไปเลย การกระทำใดที่ไม่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติในลำดับแรกแล้ว ย่อมไม่ต้องพิจารณาถึงความผิดกฎหมาย แต่หากการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วจึงพิจารณาในลำดับต่อมาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ หากมีเหตุที่ทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมาย ย่อมไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงความรู้ผิดและชอบ แต่หากการกระทำมีความผิดกฎหมายจึงพิจารณาในข้อสาระประการสุดท้าย คือ ความรู้ผิดและชอบ เมื่อการกระทำครบถ้วนตามเงื่อนไขการพิสูจน์ทั้ง 3 ประการ การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดอาญา แต่หากขาดข้อสาระใดไปแม้เพียงข้อหนึ่งย่อมทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา

ท้ายที่สุด ก่อนการลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขแห่งการลงโทษที่เรียกว่า “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษ” (Excuse) และ “เหตุที่กฎหมายลดโทษ” (Reduce) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรงหรือเกี่ยวข้องเฉพาะผู้กระทำความผิดเป็นส่วนตัวซึ่งอยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา เพื่อถ่วงดุลว่าในความผิดที่ได้กระทำลงผู้กระทำสมควรต้องรับโทษ หรือมีเหตุที่ลดหย่อนผ่อนโทษให้หรือไม่อย่างไร

แนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาที่ได้นำเสนอไว้นี้ ผู้เขียนได้เรียบเรียงขึ้นโดยนำแนวคิดทางวิชาการนิติศาสตร์และแนวทางการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันมาวางหลักกรอบกว้างพื้นฐานจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย (พ.ศ. 2499) เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับแนวทางการศึกษาและการใช้กฎหมายทั้งในภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันและด้วยความตั้งใจให้มีความสอดคล้องกับแนวคิดในทางกฎหมายอาญาที่วิวัฒนาการก้าวหน้าไปอยู่เสมอและด้วยพยายามที่จะอุดช่องว่างไม่ให้การวินิจฉัยความผิดอาญามีข้อสะดุด ผู้เขียนมุ่งหวังที่จะให้โครงสร้างของความผิดอาญาเป็นดังเครื่องมือในการศึกษาทำความเข้าใจบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาและเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยความผิดอาญาที่มีความเป็นระบบ มีการพิจารณาที่เป็นขั้นเป็นตอน เป็นเหตุเป็นผล เชื่อมโยงจากลำดับต้นไปสู่

ลำดับถัดไป โดยง่ายแก่การทำความเข้าใจ และที่สำคัญ คือ เป็นเทคนิควิธีที่ช่วยให้กฎหมายอาญาสามารถเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง

7.2 ข้อเสนอแนะ

กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องคุ้มครองการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคม เมื่อพิจารณาจากสภาพการณ์ปัจจุบันทางสังคม เศรษฐกิจ การเมืองและวิถีชีวิตถือได้ว่ามีความเปลี่ยนแปลงไปกว่าแต่ก่อนมาก คุณค่าและศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ถูกยกย่องให้สูงขึ้นทั้งจากรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและบทบัญญัติในพระราชบัญญัติต่างๆ แต่ในความเป็นจริง สภาพความปลอดภัยของการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคม การเคารพกฎหมาย การให้เกียรติและเคารพสิทธิของผู้อื่น จะไม่ใช่หนัก เช่นนี้แล้วบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาจะสามารถคุ้มครองและเป็นหลักประกันดังวัตถุประสงค์ได้แน่หรือ

จากการศึกษาค้นคว้าและจัดทำคู่มือฉบับนี้ ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาของการขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนในเรื่องของโครงสร้างของความผิดอาญา เนื่องจากแนวความคิดของกฎหมายอาญาที่มีอยู่ในปัจจุบันมีความแตกต่างหลากหลาย การศึกษาและการใช้กฎหมายขาดพื้นฐานที่หนักแน่นทางทฤษฎี ส่งผลต่อการวินิจฉัยการกระทำความผิดที่ไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางในการปรับกระบวนการคิดเพื่อให้ผู้ศึกษาและผู้ใช้กฎหมายสามารถเข้าใจถึงแก่นแท้ซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎหมายอาญาและมีกรอบความคิดที่ถูกต้องชัดเจนเพื่อใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายอาญาให้ก้าวทันต่อวิวัฒนาการในวันข้างหน้าอยู่เสมอ

(1) ต้องยอมรับและปรับเปลี่ยนแนวคิดในการศึกษากฎหมาย

เพื่อให้การศึกษาทำความเข้าใจตลอดจนการใช้กฎหมายมีความเป็นระบบ นักกฎหมายต้องยอมรับที่จะปรับปรุงทฤษฎีทางวิชาการของตนเองก่อนเป็นลำดับแรก โดยต้องปรับเปลี่ยนแนวทางในการอธิบายถึงหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาที่เดิมเคยอธิบายตามแนวทางของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) ว่าในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญานั้น “การกระทำไม่เป็นความผิด ถ้าไม่มีเจตนาร้าย” (Actus non facit reum nisi mens sit rea) ซึ่งทำให้เกิดความเข้าใจว่า ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของประเทศไทย การพิสูจน์เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรค 1 และ 2 นอกจากผู้กระทำต้องแสดงการกระทำออกมาภายนอกแล้ว ยังต้องมียุติประสงค์ประกอบภายในจิตใจที่เรียกว่า เจตนาร้าย (Mens rea) อีกด้วย การอธิบายในลักษณะดังกล่าวนี้ แม้ว่าจะมีความใกล้เคียงกับแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาในระบบประมวล

กฎหมายที่การประกอบประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้นต้องมีทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน แต่แท้ที่จริงแล้วมีความแตกต่างกันในส่วนจของรายละเอียดและเหตุผล เนื่องจากตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย การพิจารณาเรื่องเจตนา นั้น เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่วิเคราะห์ถึงขอบเขตของการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและการต้องการผลของการกระทำ โดยพิจารณาว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลหรือไม่ มิได้มีความหมายว่าเป็นเจตนาร้ายแต่อย่างไร ยิ่งไปกว่านั้นหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาร้าย (Mens rea) แต่ขาดการกระทำที่เป็นความผิด (Actus reus) ก็มีโอกาสพิจารณาว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดอาญาได้โดยตรงแต่กลับต้องตราพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดเพิ่มเติม ทำให้เกิดความสับสนในการจัดลำดับความคิด ดังนั้น โครงสร้างของความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์ยังมีความไม่สมบูรณ์และไม่สอดคล้องกับแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย จึงไม่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญา คำว่า “เจตนาร้าย” จึงควรมีบทบาทเป็นเพียงองค์ประกอบของการกระทำความผิดในระบบคอมมอนลอว์ที่เคยมีอิทธิพลต่อการลำดับความคิดในอดีตเท่านั้น ส่วนโครงสร้างของความผิดอาญาของฝรั่งเศสนั้นถือได้ว่ามีความใกล้เคียงกับของเยอรมันมาก แต่มีความต่างซึ่งเป็นที่มาของเหตุผลในการวินิจฉัยที่แตกต่างกันอย่างเด่นชัด เช่น กรณีที่โครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศสกำหนดให้กรณีการป้องกันเป็นความผิดก่อนแล้วค่อยได้รับการยกเว้นความผิดเพราะเหตุเนื่องจากการกระทำ ขณะที่โครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันกำหนดให้การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไม่เป็นความผิดอาญาตั้งแต่แรกเพราะเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจได้ การจัดลำดับข้อสาระสำคัญในโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันจึงมีความเป็นตรรกะ มีความกระชับและมีความสมบูรณ์มากกว่า สามารถนำมาอธิบายแนวทางการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทยได้อย่างสอดคล้องต้องกัน ประการสำคัญมีความเหมาะสมที่จะนำมาเป็นแนวทางความคิดในการกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยมากที่สุด ดังนั้น นักกฎหมายจึงต้องให้ความสำคัญกับการวินิจฉัยความผิดอาญาอย่างเป็นระบบด้วยโครงสร้างของความผิดอาญาภายใต้กฎหมายของไทยเอง เพราะเท่ากับว่าเราได้มีเครื่องมือในการพิสูจน์ความผิดที่สอดคล้องต้องตรงกับระบบกฎหมายของประเทศแล้ว

ความเป็นตรรกะ ความชัดเจนแน่นอนและความรอบคอบกระชับรัดกุมของแนวคิดและทฤษฎีของกฎหมายอาญาเยอรมันส่งผลให้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในโลกของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ทั้งในประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศสเปน ประเทศโปรตุเกส ประเทศโครเอเชีย ประเทศกรีซ ประเทศตุรกี ประเทศออสเตรีย ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสวีเดน ไปจนถึงประเทศอิสราเอลและประเทศที่ใช้ภาษาสเปนและภาษาโปรตุเกสในแถบลาตินอเมริกา ตลอดถึงประเทศในภาคพื้นเอเชีย เช่น ประเทศไต้หวัน ประเทศ

เกาหลีใต้ ประเทศญี่ปุ่นและประเทศไทย ซึ่งเริ่มต้นตั้งแต่เมื่อครั้งที่ ศาสตราจารย์ ดร. หยุค แสงอุทัย ได้นำแนวคิดกฎหมายอาญาเยอรมันเข้ามาอธิบายบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะอาญา นำมาเป็นแนวทางในการร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน และปรากฏชัดขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมเมื่อ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ได้นำนิติวิธีในการวินิจฉัยความผิดอาญาเข้ามาอธิบายโดยใช้ชื่อว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” นอกจากนั้นประเทศเยอรมนียังได้วางแนวทางในด้านการศึกษากฎหมายไว้เป็นแบบอย่างที่ดีเช่นเดียวกัน โดยมีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อวางมาตรฐานกลางในการศึกษากฎหมายและเป็นหลักประกันคุณภาพทางการศึกษาไว้ในบทบัญญัติมาตรา 7 แห่งกฎหมายว่าด้วยกรอบกิจการมหาวิทยาลัยซึ่งแก้ไขปรับปรุงใหม่เมื่อปี พ.ศ. 2451³⁶¹ โดยมีใจความสำคัญว่า “การศึกษานั้นต้องเป็นไปในลักษณะที่นำไปสู่การทำความเข้าใจพัฒนาการและปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นจริงในโลกของวิชาชีพ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความต้องการในทางปฏิบัติและความจำเป็นในการเปลี่ยนแปลง การพัฒนาทางวิชาการใหม่ๆ สามารถทำให้ผู้เรียนสามารถปรับใช้ความรู้ของตนได้อย่างมีความรับผิดชอบในสังคมเสรีประชาธิปไตยซึ่งคำนึงถึงความเป็นธรรมในสังคม และเป็นไปตามหลักนิติธรรม”³⁶²

การมีความรู้ความเข้าใจในหลักพื้นฐานกฎหมายและนิติวิธีในขั้นพื้นฐานเพียงพอ ย่อมจะทำให้ นักกฎหมายสามารถปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในโลกแห่งความเป็นจริงได้อย่างถูกต้อง รวมถึงปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ กับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปของสังคม โดยการตีความให้สอดคล้องกับความมุ่งหมายของกฎหมาย อันจะทำให้กฎหมายได้รับการพัฒนาต่อเนื่องไป ไม่เป็นเครื่องมือที่เก่าเกินกว่าจะนำมาแก้ไขปัญหาของสังคม ดังนั้น หลักสำคัญ คือ มิใช่แต่เพียงรู้ตัวบทกฎหมาย แต่ต้องรู้ทฤษฎีทางกฎหมายอันเป็นที่มาและเหตุผลเบื้องหลังของกฎหมาย ตลอดจนรอบรู้ในระบบกฎหมายของตนด้วย เพื่อที่จะสามารถมองเห็นความเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบของกฎหมายอาญา และสามารถบอกแก่ผู้อื่นได้ว่ากฎหมายจริงโรงความยุติธรรมทำให้เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างไร

(2) ต้องกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้นในกฎหมายไทยเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการศึกษาทำความเข้าใจถึงเนื้อหาของบทบัญญัติและนิติวิธีของระบบกฎหมาย

การศึกษากฎหมายอาญาและการใช้กฎหมายอาญาวินิจฉัยการกระทำความผิดโดยนำแนวทางการอธิบายเรื่องโครงสร้างของความผิดอาญาทั้งจากระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System)

³⁶¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2544). บันทึกการเสวนา การปฏิรูประบบการศึกษากฎหมาย จากมุมมองของเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 31 (1), หน้า 6.

³⁶² § 7 Ziel des Studiums เป้าหมายแห่งการศึกษา (Hochschulrahmengesetz [HRG])

และจากระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ไม่ว่าจะจากประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนีมาอธิบายบทบัญญัติและหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรานั้น คงจะกล่าวได้ว่า ไม่มีแนวความคิดใดผิดหรือถูก ดีหรือด้อยไปกว่ากันทั้งหมดเสียทีเดียว เพราะยังมีความแตกต่างหลากหลายมากขึ้นเท่าไร ยิ่งเห็นถึงตัวอย่าง ยิ่งได้ประสบการณ์จากชาติอื่น โดยมีต้องเสียเวลาทดลองค้นหา อยู่ที่ประเทศไทยในฐานะผู้ใช้ว่าจะเลือกหยิบสิ่งไหนมาผสมสิ่งไหน เลือกปรับอะไรมาปรับใช้มากกว่า แนวความคิดใดเหมาะสมหรือเหมาะสมมากกว่าต่างหาก หากหลับหูหลับตาเดินตามผู้อื่นแต่เพียงอย่างเดียว ในวันหนึ่งคงต้องสะดุดล้มลง แต่หากก้มหน้าก้มตาเดินเพียงลำพังก็ คงจะต้องชนกับปัญหาอุปสรรคใหญ่หลวงในวันหนึ่งอย่างแน่นอน การเลือกที่จะรับแนวคิดใดไว้ อย่างมีสติ เลือกเฟ้นสิ่งที่ดีที่สุดจากแนวความคิดที่แตกต่างหลากหลายนั้น จึงน่าจะเป็นทางออกที่ดีที่สุดให้แก่สังคมและระบบกฎหมายไทยได้

การกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทย คือ คำตอบในการสร้างความชัดเจนในการจัดลำดับความคิดดังกล่าว เพราะการมีเครื่องมือที่เรียกว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” (Structure of Crime) เท่ากับว่าเป็นการวางหลักเกณฑ์การวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาที่มีลำดับขั้นตอนชัดเจน ถือเป็น การวางรากฐานของการศึกษากฎหมายอาญาและแนวความคิดทางกฎหมายให้สอดคล้องต้องตรงกันอย่างเป็นระบบ ทั้งสอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายและสอดคล้องกับนิติวิธีการใช้กฎหมายผดุงความยุติธรรม ความเป็นเอกภาพนี้นับได้ว่าเป็นการทำให้ประเทศชาติมีรากฐานทางกฎหมายที่มั่นคงแข็งแรง พร้อมทั้งจะหยั่งยึดยุคขึ้นได้เสมอ

(3) ต้องให้ความสำคัญกับการกำหนดนิติวิธีในการวินิจฉัยความผิดอาญา

วิธีการทางกฎหมาย หรือ นิติวิธีเป็นเครื่องมือสำคัญที่วางหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ว่าการกระทำจักเป็นความผิดอาญาหรือไม่ อย่างเป็นลำดับขั้นตอน เป็นแนวทางที่ชัดเจนสามารถปรับใช้ได้กับทุกฐานความผิดเพราะถูกร้อยเรียงขึ้นอย่างเป็นระบบจากความเหมือนกันของข้อสาระสำคัญในทุกฐานความผิด มีความเป็นตรรกะสูงเพราะมีพื้นฐานทฤษฎีทางนิติศาสตร์สนับสนุน ผู้เขียนได้กำหนดแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาในกฎหมายไทยโดยศึกษาจากความเป็นมาของแนวคิดในกฎหมายอาญาของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ได้ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญา ทั้งของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law System) ซึ่งเคยมีบทบาทต่อแนวคิดในกฎหมายอาญาของไทยเป็นอย่างมากและทั้งของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ทำให้พบความสอดคล้องระหว่างแนวทางของโครงสร้างของความผิดอาญาเยอรมันและหลักเกณฑ์ว่าด้วยความรับผิดชอบในทางอาญาที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้าอย่างละเอียดลึกซึ้งถึงที่มา แนวความคิดและองค์ประกอบของข้อสาระประการต่างๆ ของโครงสร้างของความผิดอาญา

เยอรมัน รวมถึงข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาที่เป็นเหตุแห่งการยกเว้นโทษหรือลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด ได้เห็นถึงความรอบคอบรัดกุมของการจัดลำดับชั้นการวินิจฉัยการกระทำ การแสดงเหตุผลของกรณีที่ถูกหมายยกเว้นความผิดและกรณีที่ถือเป็นเหตุตัดความชั่วเพราะผู้กระทำไม่สามารถรู้ผิดชอบ จนทำให้สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบและกำหนดแนวทางของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมาย สอดคล้องกับแนวคิดในกฎหมายอาญาไทยและสอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย เพื่อเป็นหลักคิดในการศึกษากฎหมายอาญาให้เข้าใจได้อย่างถ่องแท้ ตลอดจนสามารถปรับใช้กฎหมายในการวินิจฉัยความผิดอาญาได้อย่างถูกต้องแท้จริง

(4) ต้องปรับปรุงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญา

ในการใช้กฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับเป้าหมายของกฎหมายอาญานั้น พึงต้องระลึกไว้เสมอว่า “กฎหมายอาญาเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์ทางสังคม”³⁶³ คำว่า “เป็นส่วนหนึ่ง” ย่อมแปลว่าหาใช่กฎเกณฑ์ทั้งหมดไม่ ในการควบคุมความประพฤติของผู้คนที่อยู่ร่วมกันในสังคม นอกไปจากการใช้ตัวบทกฎหมายเป็นหลักแล้ว ยังคงต้องคำนึงถึงจารีตประเพณี แนวคิดและความเป็นมาต่างๆ ทางสังคมอีกด้วย ไม่ควรให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาจำกัดครอบคุลมธรรมชาติหรือแนวความคิดทางศีลธรรมของมนุษย์ หรือทำให้เกิดการนำตัวบทกฎหมายไปใช้ให้เกิดโทษแก่บุคคลอื่น การวินิจฉัยความผิดอาญาและการลงโทษในทางอาญาจึงต้องเป็นไปตามเงื่อนไขภายใต้หลักประกันแห่งกฎหมายอาญาเสมอ ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายอาญาเป็นหลักประกันในการคุ้มครองชีวิต สิทธิและเสรีภาพให้แก่บุคคลทุกคนภายใต้บรรทัดฐานเดียวกันได้อย่างแท้จริง “ความผิดอาญา คือ ความขัดแย้งต่อปทัสถานที่ผู้กระทำแสดงออกมา”³⁶⁴ ในทางกลับกัน หากการแสดงออกไม่ฝ่าฝืนหรือก้าวล่วงต่อปทัสถานของสังคม ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงหลักประกันภายใต้แนวความคิดดังกล่าวนี้ว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระ

“โครงสร้างของความผิดอาญา” จึงเป็นแนวทางการพิสูจน์ว่าการกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ อย่างเป็นระบบ เป็นลำดับขั้นตอนผ่านองค์ประกอบของโครงสร้างความผิดในข้อสาระสำคัญต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงรายละเอียดการบรรลุเงื่อนไขแห่งการกระทำความผิดและการลงโทษทางอาญา การกระทำของบุคคลจะมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิสูจน์ เป็นหลักเกณฑ์ที่มี

³⁶³ Kindhäuser, Urs. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. p.29. “Das Strafrecht ist der Teil der Rechtsordnung...”

³⁶⁴ Ibid. “Die Straftat als Normwiderspruch” p. 48.

ความน่าเชื่อถือ มีเหตุผลและแนวความคิดวิชาการที่แน่นอนสนับสนุน พร้อมกับเป็นการตอกย้ำว่าบุคคลจะไม่ถูกลงโทษทางอาญาโดยผิดพลาด ในทุกๆ การกระทำจะต้องผ่านการพิสูจน์ด้วยแนวทางเช่นเดียวกันนี้เป็นลำดับขึ้นไป ยิ่งไปกว่านั้นในโครงสร้างของความผิดอาญายังมีหลักเกณฑ์ในการยกเว้นความผิดและยกเว้นโทษ หรือลดหย่อนผ่อนโทษให้แก่บุคคล อันสอดคล้องกับเป้าหมายของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่จะไม่นำตัวบุคคลเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยไม่จำเป็นอีกด้วย บุคคลที่กระทำความผิดจริงเท่านั้นจึงจะต้องรับผลตามกฎหมายสำหรับการกระทำนั้นและถูกควบคุมให้ออกห่างจากการก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นในสังคม การกำหนดแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาขึ้นภายใต้หลักกฎหมายไทย ล้อมกรอบด้วยแนวคิดความเป็นมาจากหลักกฎหมายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันของไทย เปรียบเทียบจากตัวอย่างของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกันกับไทยจึงน่าจะเป็นแนวทางที่สร้างความชัดเจนในการพิสูจน์การกระทำความผิดอาญาภายใต้หลักกฎหมายไทยและเป็นการจรโลงความยุติธรรมให้เกิดขึ้นได้ในความเป็นจริง

ทั้งนี้ เพื่อให้แนวทางความคิดและแนวทางการใช้กฎหมายอาญามีความเป็นหนึ่งเดียวกันจึงควรมีการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในข้อสาระประการต่างๆ ตามโครงสร้างของความผิดอาญา ดังเช่น แนวทางการพิจารณาเรื่องความรู้ผิดและชอบในบทบัญญัติมาตรา 73 กรณีที่กฎหมายยกเว้นโทษให้แก่เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ควรปรับแก้โดยให้ถือว่ากระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี ปราศจากความรู้ผิดและชอบ จึงมีผลทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด เด็กจึงไม่ต้องรับโทษเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดอาญาว่าการกระทำจักเป็นความผิดก็ต่อเมื่อครบถ้วนตามข้อสาระทั้ง 3 ประการแล้วเท่านั้น เมื่อการกระทำของเด็กไม่เป็นความผิดอาญาเนื่องจากเด็กไม่สามารถรู้ผิดและชอบ เด็กจึงไม่ต้องรับโทษ การแก้ไขบทบัญญัติเช่นนี้จะทำให้การทำความเข้าใจแนวคิดในกฎหมายอาญาได้อย่างลึกซึ้งชัดเจนมากยิ่งขึ้น หรือ กรณียกเว้นโทษให้บุคคลวิกลจริตที่กระทำความผิด ตามมาตรา 65 วรรคแรกด้วยเหตุผลที่ว่าไม่สามารถแยกแยะผิดชอบได้ ควรปรับแก้โดยให้ถือว่าบุคคลนั้นขาดความรู้ผิดชอบซึ่งเป็นองค์ประกอบใน ข้อสาระประการที่ 3 ของโครงสร้างของความผิดอาญา จึงทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญา บุคคลนั้นจึงไม่ต้องรับโทษ นอกจากนั้นในส่วน of แนวความคิดเบื้องหลังในการบัญญัติกฎหมาย เช่น กรณีความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 ซึ่งร่างขึ้นจากแนวความคิดของนักกฎหมายอาญาเยอรมันฝ่ายเหตุกำหนด (Kausalist) ทำให้ผู้กระทำไม่มีความผิดเพราะขาดเจตนา เนื่องจากเชื่อว่าการครบองค์ประกอบของความผิด คือ การครบองค์ประกอบภายนอกเท่านั้น ขณะที่ส่วนของความชั่วได้จัดวางไว้ในองค์ประกอบภายในจึงวินิจฉัยว่าการไม่รู้ข้อเท็จจริงเท่ากับผู้กระทำขาดเจตนา ในจุดนี้ควรปรับแก้โดยให้ถือว่า ผู้กระทำไม่มีความผิดเพราะขาดความรู้ผิดและ

ชอบซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญประการที่ 3 ซึ่งมีใจองค์ประกอบภายใน แต่เป็นข้อสาระที่แตกต่างหาก เพราะความสำคัญผิดทำให้ผู้กระทำไม่มีความชั่ว ไม่สามารถรู้ผิดชอบ ไม่เกี่ยวกับว่าผู้กระทำจะมี เจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในหรือไม่ เพราะแม้ข้อเท็จจริงที่สำคัญผิดจะมีหรือไม่อยู่จริงก็ตาม ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามแนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายเป้าหมาย กำหนด (Finalist) ซึ่งเป็นที่ยอมรับในทางวิชาการนิติศาสตร์ปัจจุบันและเพื่อให้เกิดความสอดคล้อง กับแนวทางโครงสร้างของความผิดอาญาซึ่งได้นำเสนอไว้

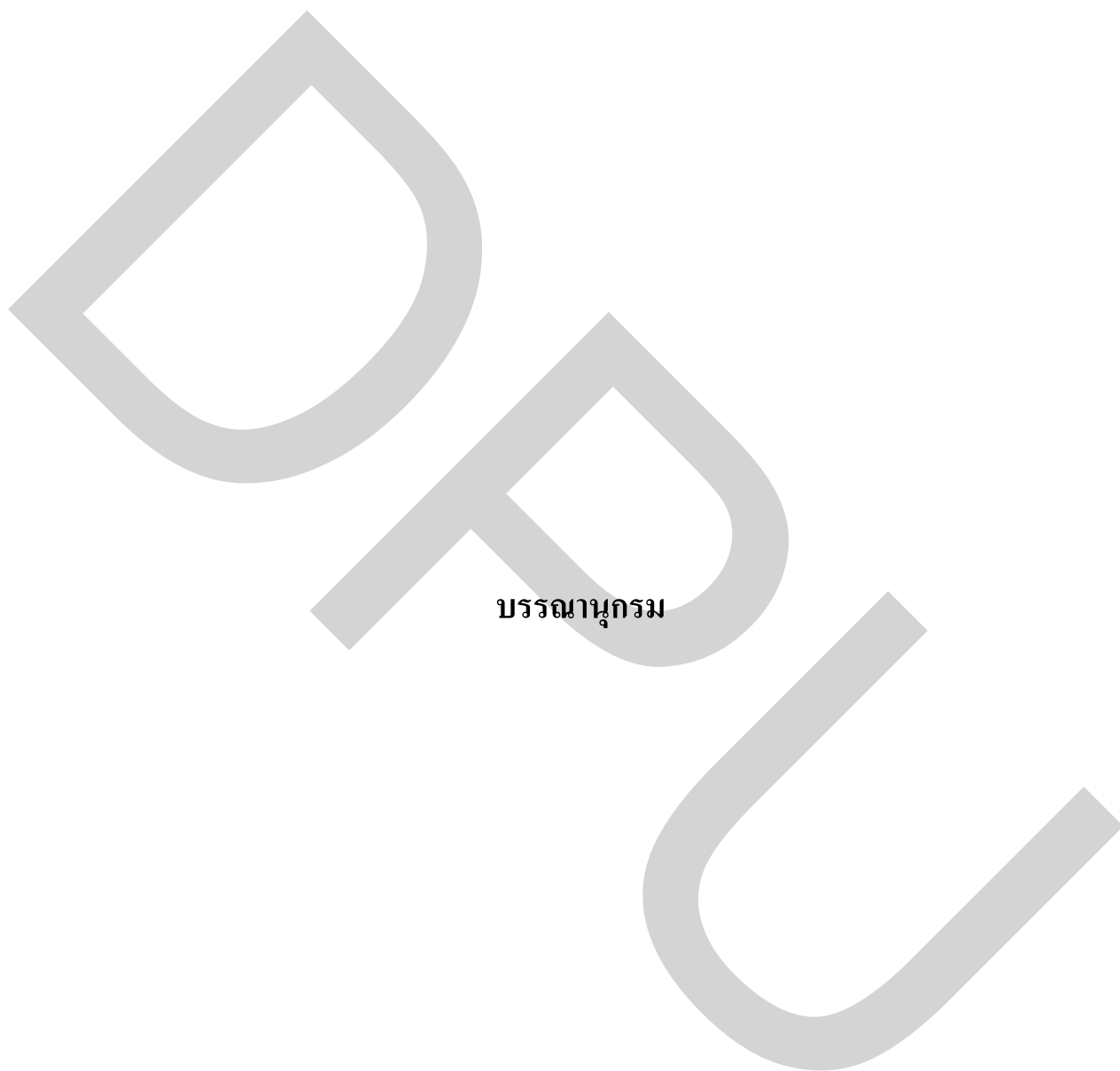
เมื่อประเทศไทยมีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นตรรกะและมีโครงสร้าง ของความผิดอาญาเป็นเครื่องมือในการวินิจฉัยการกระทำความผิดอาญาที่ชัดเจนเป็นระบบแล้ว ย่อมทำให้ภาพรวมของกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีเอกภาพมากยิ่งขึ้น การศึกษานิติศาสตร์จะมี หลักเกณฑ์ที่เป็นหนึ่งเดียว การใช้กฎหมายจะมีแนวทางความคิดไปในทางเดียวกัน บุคคลในสังคม จะสามารถรับรู้ได้ถึงแนวทางในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล บุคคลทุกคนจะได้รับการ ปฏิบัติด้วยบรรทัดฐานเดียวกันภายใต้หลักประกันอันเป็นเป้าหมายที่แท้จริงของกฎหมายอาญา ไม่ ว่าผู้นั้นจะอยู่ในฐานะของผู้เสียหายหรือผู้กระทำความผิดก็ตาม ประการสำคัญ การลำดับความคิด ในการพิจารณาการกระทำที่จะถือเป็นความผิดอาญาและการกำหนดโทษ โดยมีโครงสร้างของ ความผิดอาญาที่เป็นของไทยเอง ย่อมถือได้ว่าเรามีนิติวิธีที่สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมาย ของประเทศแล้ว มีหลักเกณฑ์พื้นฐานทางนิติศาสตร์ที่มั่นคงอันจะทำให้กฎหมายอาญาของไทย และเหตุผลในบัญญัติแห่งกฎหมายทันสมัยและทันต่อความเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ กฎหมายอาญาจะ สามารถเป็นหลักในการคุ้มครองการใช้ชีวิตและการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมได้อย่างแท้จริง

(5) ต้องแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับแนวคิด ในกฎหมายอาญาที่พัฒนาไปอย่างสม่ำเสมอ

ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมาย ดังนั้น บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่าการกระทำใดเป็นความผิดและต้องได้รับโทษในทางอาญา ขณะเดียวกันก็เปรียบเสมือนหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชน เมื่อเวลาผ่านไป สภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติแห่งกฎหมายและแนวความคิดทางกฎหมายอาญาย่อม ต้องพัฒนาให้ก้าวทันตามสภาพการณ์และสภาพชีวิตที่แท้จริงของบ้านเมืองและบุคคลอยู่เสมอ การกำหนดโครงสร้างของความผิดอาญาที่ได้นำเสนอผ่านคุณฉันทน์เล่มนี้จึงเป็นแนวทางสำคัญที่ สะท้อนให้เห็นถึงการจัดลำดับความคิดที่อยู่บนหลักการและพื้นฐานของทฤษฎีทางนิติศาสตร์ นับเป็นส่วนหนึ่งของการปรับแนวคิด ความเข้าใจพื้นฐาน และการใช้นิติวิธีให้สอดคล้องกับระบบ กฎหมายของประเทศและให้มีความเป็นเอกภาพ เพื่อให้เกิดแนวทางแก่ผู้เรียน ผู้ศึกษาและผู้ใช้ กฎหมายให้สามารถรู้จัก เข้าใจและปรับใช้กฎหมายได้อย่างละเอียดลึกซึ้งสอดคล้องกับเจตนารมณ์

ของกฎหมายและเพื่อให้สามารถพัฒนากฎหมายให้ก้าวหน้าเท่าทันกับการพัฒนาเปลี่ยนแปลงของสังคมต่อไป เพื่อให้สมกับที่กฎหมายอาญาเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนและเป็นเครื่องมือปกป้องการใช้ชีวิตร่วมกันของคนในสังคมให้เป็นไปได้โดยปกติเรียบร้อย

อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้กฎหมายทุกคนก็ต้องไม่ลืมว่าแนวคิดและทฤษฎีต่างๆ รวมถึงประมวลกฎหมายอาญา แม้จะถูกพัฒนาอย่างเป็นระบบและมีเหตุผลสนับสนุนอย่างดีแล้วนั้น ก็มีอาจหยุดนิ่งอยู่กับที่ได้ เพราะแนวความคิดที่ดีที่สุดในขณะหนึ่งอาจกลายเป็นแนวคิดที่ล้าหลังเมื่อเวลาผ่านไปได้ แนวคิด บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายและนิติวิธีทางกฎหมายจึงควรถูกพัฒนาให้ทันสมัยอยู่เสมอเพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาของสังคมได้อย่างแท้จริง หลักเกณฑ์ของโครงสร้างของความผิดอาญาที่ดีก็จะเป็นพื้นฐานให้การพัฒนาต่อไปของกฎหมายก้าวหน้าไปได้อย่างมั่นคงและดีพร้อมยิ่งขึ้นไป



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กระทรวงยุติธรรม. (2513). การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระปิยมหาราช.
- กองทุนศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์. (2555). อิทธิพลของสำนักความคิดทางกฎหมาย ที่มีผลต่อกฎหมายอาญาไทย. งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 17. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2553). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และระบบคอมมอนลอว์ (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2542). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิต ณ นคร. (2552). ปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. (พิมพ์ครั้งแรก). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2553). กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2553). กระบวนการยุติธรรมกับสิทธิพื้นฐานของประชาชน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2553). พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2554). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2556). ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2552). นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จิติ ดิงศภัทย์. (2536). กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2539). *อิทธิพลฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย*. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวรรณชัย บุญบำรุง. (2543). *สารานุกรมความรู้เกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ชัยอนันต์ สมุทวณิช. (2538). *แผนพัฒนาการเมืองฉบับแรกของไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ผู้จัดการ.
- ดิเรก ควรสมาคม. (2547). *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ดำรงธรรม. (2478). *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาชญา*. กรุงเทพฯ.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2543). *กฎหมายอาญา: หลักและปัญหา (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- _____. (2555). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 14)*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2552). *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ชงทอง จันทรางศุ. (2535). *การปฏิรูปภาษากฎหมายไทยในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรสัมพันธ์.
- ชานินทร์ กรชัยเชียร. (2511). *การปฏิรูปกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระปิยมหาราช*. พระนคร: โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี.
- นิกร ทัสสโร. (2549). *พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์: พระบิดาแห่งกฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: นานามีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์.
- ประมวลพระราชดำรัสและพระบรมราโชวาทที่พระราชทานในโอกาสต่างๆ อันเกี่ยวเนื่องกับเรื่องกฎหมาย ตั้งแต่พุทธศักราช 2489 จนถึง 2529*. (2530). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและธนาคารทหารไทยจำกัด.
- ประเสริฐนิเกตต์. (2458). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญาของประเสริฐนิเกตต์ (คำสอน ณ โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม)*. พิมพ์โดยนายห้วน ประชาบาล
- ประชุม โฉมฉาย. (2549). *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- _____. (2553). *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา.

- पालเลอกัวซ์, ฌอง แบปติสต์. (2520). *เล่าเรื่องกรุงสยาม* (สันต์ ท. โกมลบุตร แปล) (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ก้าวหน้า.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2520). *ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์*. กรุงเทพมหานคร : พระนครเจริญวิทย์ การพิมพ์.
- พ.วัสโก และ ช.ชาคริต. (2552). *ภาษิตและวาทะคำคมทางกฎหมาย (ไทย - อังกฤษ)*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์. (2502). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2500 - 2501 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กั๊กดีประดิษฐ์.
- พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา. (2537). *หลักกฎหมายอาญาทางปฏิบัติจากคำพิพากษาฎีกา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ร.แดงกาด์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำรา สังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.
- _____. (2548). *ร.แดงกาด์ กับไทยศึกษา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิชา มหาคุณ. (2535). *บันทึกประวัติศาสตร์ 100 ปี กระทรวงยุติธรรม การต่อสู้เพื่อความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ (กรกฎาคม 2534 - มีนาคม 2535)*. คณะทำงานเพื่อความเป็นอิสระแห่งอำนาจตุลาการ กลุ่มพิทักษ์สถาบันตุลาการ.
- วิจิตร ลulitanนท์. (2507). *คำอธิบายกฎหมายอาญา (ภาค 1)* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. (2546). *ความยกย่องในประวัติศาสตร์ของบิดาแห่งกฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. (2547). *เกร็ดกฎหมายอาญา มาตรา 1 - 208*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์บัณฑิต อักษร.
- สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. (2546). *เหตุบรรเทาโทษ เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดหย่อนความผิดและการรอการลงโทษ*. (ตามประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขใหม่ปี 2545). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์บัณฑิตอักษร.
- สุนัย มโนมัยอุดม. (2545). *ระบบกฎหมายอังกฤษ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). โครงการตำราและวารสาร นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรพล ไตรเวทย์. (2550). *การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). *บันทึกของนายออร์ซ ปาดูซ์ [Georges Padaux] ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127.* กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2547). *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา.* (พิมพ์ครั้งแรก). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- เสริม วินิจฉัยกุล. (2482). *กฎหมายอาญาภาคต้น.* กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- หลวงประเสริฐมนูกิจ. (ประเสริฐ ศิริสัมพันธ์). (2475). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาชญาของอังกฤษ ภาค ๑. สอน ณ โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม.*
- หลวงสุทธิวาตนฤพติ. (2517). *คำบรรยายประวัติศาสตร์กฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2515). *กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ.
- _____. (2523). *อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย.* กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พิชการพิมพ์.
- _____. (2538). *กฎหมายอาญาภาค 2 - 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2538). *กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2538). *กฎหมายอาญาเรียนด้วยตนเอง เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- _____. (2544). *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 18). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย และเสริม วินิจฉัยกุล. (2516). *กฎหมายเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ.* กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พิมพ์อักษร.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2552). *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

บทความ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2531). เจตนาย่อมเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญาเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 18 (2).
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2544). บันทึกการเสวนาการปฏิรูประบบการศึกษากฎหมาย จากมุมมองของเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 31 (1).
- กำธร เลียงสังขธรรม. (2528). วิจารณ์กฎหมายตราสามดวงฉบับพิมพ์. *วารสารนิติศาสตร์*, 14 (2).
- คณิต ณ นคร. (2523). คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา. *วารสารอัยการ*, 3 (25).
- _____. (2524). ปัญหาการกระทำโดยพลาด. *วารสารอัยการ*, 4 (43).
- _____. (2524). ปัญหาการกระทำและผล. *วารสารนิติศาสตร์*, 12 (2).
- _____. (2529). เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (2).
- _____. (2531). โครงสร้างความคิดทางอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ Mens Rea. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (3).
- จารุณี ฐานรดาภรณ์. (2552). การปฏิรูปกฎหมาย, การศาลไทยในยุคล่าอาณานิคมของชาติตะวันตก. *วารสารยุติธรรมปริทัศน์*, 4 (1).
- จิตติ ดิงศัทย์, เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2531). สนทนาหลักและปัญหาในกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (2).
- จี๊ด เศรษฐบุตร. (2517). กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล. *วารสารนิติศาสตร์*, 3 (1).
- _____. (2517). กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล. *วารสารนิติศาสตร์*, 3 (2).
- _____. (2518). กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล. *วารสารนิติศาสตร์*, 3 (3).
- _____. (2518). กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล. *วารสารนิติศาสตร์*, 3 (4).
- ฉันทิชย์ โสคติพันธุ์. (2534). Corpus iuris และการพัฒนาของวิชานิติศาสตร์ในยุโรป. *วารสารนิติศาสตร์*, 21 (4).
- ตราชูหญิง. (2538). โรงเรียนกฎหมายของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. *ศุลพาห*, 42 (1).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2521). ปัญหาในการใช้กฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทางเพื่อการปฏิรูปกฎหมาย. *วารสารนิติศาสตร์*, 9 (4).
- _____. (2526). ลักษณะแห่งการกระทำในกฎหมายอาญา. *วารสารนิติศาสตร์*, 12 (3).
- _____. (2542). ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา. *วารสารนิติศาสตร์*, 29 (4).

- มูลนิธินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2534). *รวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์*. กรุงเทพฯ.
- รองพล เจริญพันธ์ (แปลและเรียบเรียง). โดย Ernst K. Pakuscher. (2525). การใช้ดุลยพินิจในกฎหมายเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 9 (4).
- วรวิทย์ กนิษฐะเสน (แปลและเรียบเรียง). โดย Dr.phil.Dr.jur Hans Joachim Storig (2524). ประวัติศาสตร์วิชานิติศาสตร์เยอรมันในศตวรรษที่ 19. *วารสารนิติศาสตร์*, 9 (2).
- วรรณไวทยากร. (2514). ชุมชนบทความทางวิชาการ นิติศาสตร์และการต่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช.
- วิชญ์ วรรณญู(แปล). โดย René Guyon. (1919). Oeuvre de Codification au Siam. การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยาม. *วารสารนิติศาสตร์*, 23 (1).
- สรรเสริญ ไกรจิตติ. (2529). The World of the Law โลกของกฎหมาย. *คูลพาท*, 33 (1).
- สัญญา สัจจวานิช. (2516). การต่อสู้เพื่อเอกราชในการศาล. *วารสารนิติศาสตร์*, 1 (3).
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2530). การกระทำโดยจำเป็น: เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส. *วารสารนิติศาสตร์*, 17 (3).
- _____. (2535). ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ. *วารสารนิติศาสตร์*, 22 (1).
- _____. (2536). ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล. *วารสารนิติศาสตร์*, 23 (3).
- _____. (2538). ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล: การศึกษาเปรียบเทียบทางนิติวิธีในประเทศคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์. *วารสารนิติศาสตร์*, 25 (3).
- _____. (2539). กระบวนยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย : ปัญหาและข้อเสนอแนะบางประการ. *คูลพาท*, 43 (4).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2529). โครงสร้างความผิดอาญา: ความแตกต่างในระบบกฎหมาย. *วารสารนิติศาสตร์*, 14 (4).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2531). กฎหมายลักษณะอาญา : ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย. *วารสารนิติศาสตร์*, 16 (2).
- หยุด แสงอุทัย. (2483). การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา. *บทบัญญัติ*, 12.
- หยุด แสงอุทัย. (2515). การร่างกฎหมาย. *วารสารนิติศาสตร์*, 1 (2).
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2520). ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับว่าด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ. *วารสารกฎหมายจุฬา*, 3 (1).

วิทยานิพนธ์

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- กนิษฐา ชิตช่วง. (2532). *มูลเหตุของการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: คณะศิลปศาสตร์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณพล จันทน์หอม. (2545). *วิเคราะห์กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 : ศึกษากระบวนการร่าง กฎหมายและประเด็นความรับผิดชอบในทางอาญา* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ชมพูนุช นาศิริภย์. (2513). *บทบาทของที่ปรึกษาชาวต่างประเทศ ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระ จุฬจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พ.ศ. 2411 - 2453* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: แผนกวิชาภูมิศาสตร์-ประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ชานนท์ ศรีสาตร์. (2545). *เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- พงษ์นรินทร์ ศรีประเสริฐ. (2549). *กระบวนการตรวจสอบความจริงในคดีอาญา ศึกษาจาก กฎหมายตราสามดวง* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พัชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์. (2516). *การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2411 จนถึง พ.ศ.2478* (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: ภาควิชาประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- รัตน์ชัย อนุตรพงศ์สกุล. (2543). *อิทธิพลกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญา ของไทย* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุกัญญา เจริญวัฒนสุข. (2542). *บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติ (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต)*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์.
- สุรเศรษฐ์ หน้างาม. (2548). *นิติวิธีกับการวินิจฉัยความผิดอาญาของไทย* (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ภาษาต่างประเทศ

Books

- Amelung, K. (1972). *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt.
- Baumann/ Weber/ Mitsch. (2003). *Strafrecht AT* (11.Auflage). Giesecking Buchverlag.
- Benfer, J. (1984). *Allgemeines Strafrecht*. C. Heymanns. Köln.
- Binding, K. (1991). *Handbuch des Strafrechts I* (einziger). Scientia Verlag Aalen. Leipzig.
- Binding, K. (1902). *Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil* (6.Auflage). Verlag von Wilhelm Engelmann. Leipzig.
- Binding, K. (1919). *Die Schuld im deutschen Strafrecht* (1.Auflage). Verlag von Felix Meiner. Leipzig.
- Bockelmann, P. (1979). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (3.Auflage). München.
- Bohnert, J. (2004). *Ordnungswidrigkeitenrecht* (2.Auflage). Berlin.
- Cross, R. (1977). *Precedent in English Law*. Oxford : Clarendon Press.
- Elliott, C. , + Quinn, F. (2002). *Criminal Law* (4th ed.). Great Britain.
- Feuerbach, P.J.A. (1808). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (4.Auflage). Gießen.
- Frister, H. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1.Auflage). München.
- Fletcher, G. P. (1978). *Rethinking Criminal Law*. Boston. Little, Brown and Company.
- _____. (1998). *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford University Press.
- Foster, N. G., + Sule, S. (2002). *German Legal System & Laws*. Oxford University Press.
- Garner, B. A. (1999). *Black's Law Dictionary* (7th ed.). West Group.
- Harfst, G. (J.). (1998). *German Criminal Law*. Harfst Verlag.
- Hegmanns, M. (2009). *Strafrecht für alle Semester Besonderer Teil*. Heidelberg, Springer Verlag.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2.Auflage). Berlin, New York.
- Jescheck, H. - H. , + Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* (5.Auflage). Berlin.

- Kindhäuser, U. (1989). *Gefährdung als Straftat : rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte* (Habilitationsschrift). Universität Freiburg. Frankfurt am Main.
- _____. (2002). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Reihe „STUD JUR Grundlagenwissen*. (2.Auflage) Baden-Baden. Nomos.
- _____. (2005). *Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte*. (4.Auflage) Baden-Baden. Nomos.
- _____. (2006). *Strafgesetzbuch Lehr - und Praxiskommentar* (3.Auflage). Nomos
- _____. (2007). *Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft* (3.Auflage). Baden-Baden. Nomos.
- _____. (2013). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (6.Auflage). Baden-Baden. Nomos.
- Kindhäuser, U., + Schumann, K. H., + Lubig, S. (2012). *Klausurtraining Strafrecht* (2.Auflage). Nomos.
- Kühl, K. (2012). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (7.Auflage). Verlag Franz Vahlen. München.
- Krey, V. (2004). *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1 Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld* (2.Auflage). Stuttgart.
- _____. (2004). *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2 - Täterschaft und Teilnahme, Unterlassungsdelikte, Versuch und Rücktritt, Fahrlässigkeitsdelikte* (2.Auflage). Stuttgart.
- Krey, V. + Esser, R. (2011). *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil* (4.Auflage). Stuttgart.
- Molan, M. T. (2003). *Criminal Law* (4th ed.). London.
- Molan, M., Lanser, D., + Bloy, D. (2000). *Principles of Criminal Law* (4th ed.). Cavendish Publishing Limited.
- Mitsch, W. (2005). *Recht der Ordnungswidrigkeiten* (2.Auflage). Potsdam.
- Otto, H. (2004). *Grundkurs Strafrecht, AT* (7.Auflage). Berlin.
- _____. (2005). *Grundkurs Strafrecht, BT* (7.Auflage). Berlin.
- Ingeborg, P. (2005). *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Bd. 1 - Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld. Baden-Baden.
- _____. (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung* (2.Auflage). Baden-Baden.

- Rengier, R. (2009). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2.Auflage). München.
- Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4.Auflage). München.
- Smith, & Hogan. (2002). *Criminal Law* (10th ed.). LexisNexis/Butterworths.
- Stoffers, A. (1995). *Im Lande des weißen Elefanten - Die Beziehungen zwischen Deutschland und Thailand*. Deutsch-Thailändische Gesellschaft Nr. 22. Bonn.
- Störig, H. J. (2007). *Kleine Weltgeschichte der Wissenschaft*. Fischer Taschenbuch Verlag.
- Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht* (11.Auflage). Berlin.
- Wessels, J., + Beulke, W. (2012). *Strafrecht Allgemeiner Teil : Die Straftat und ihr Aufbau* (42.Auflage). C.F. Müller Verlag.

Articles

- Ambos, K. (2007). Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law. *Cardozo Law Review*, 28 (6).
- Eser, A. (1976). Justification and excuse. *The American Journal of Comparative Law*, 24.
- Dubber, M. D. (2004). The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment. *Working Paper Series*. Faculty of Law, University of Toronto. USA.
- Jakobs, G. (1974). Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem : *Festschrift für Hans Welzel*. Berlin.
- _____. (1984). Strafrecht Allgemeiner Teil. *Juristische Rundschau*.
- Jescheck, H. - H. (1985). *Festschrift zum 70.Geburtstag*. Berlin
- Kindhäuser, U. (1984). Der Vorsatz als Zurechnungskriterium. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.
- _____. (1984). Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale. *Juristische Ausbildung*.
- _____. (1985). Normverstoß und natürliche Handlungseinheit - BGH, NJW 1984, 1568, *Juristische Schulung*.
- _____. (1997). Zur Logik des Verbrechensaufbaus. in Harald Koch (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?.
- _____. (2006). Schuld und Strafe. Zur Diskussion um ein „Feindstrafrecht“, in : Andreas

Hoyer u.a. (Hrsg.). *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*.

_____. (2012). Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht. Bonn.

Lux, W. (1971). *Schulung für die juristische Praxis : ein induktives Lehrbuch* (6. Auflage).
Berlin.

Naucke, W. (1984). An Insider's Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's
General System for Analyzing Criminal Acts. *Brigham Young University Law Review*.

Roxin, C. (2001). *Festschrift zum 70. Geburtstag*. Berlin.

Russell, L. C. (2007). Tripartite Structures of Criminal Law in Germany and other Civil Law
Jurisdictions. *Cardozo Law Review*, 28 (6).

Schumann, K. (2008). Vor der sogenannten Objektiven Zurechnung im Strafrecht. Jura Heft 6.

Website

<http://beck-online.beck.de/>

<http://definitions.uslegal.com/>

<http://dejure.odg/>

<http://de.wikipedia.org/>

<http://definitions.uslegal.com/>

<http://dict.longdo.com/>

<http://dict.tu-chemnitz.de/>

<http://www.duden.de/>

<http://edoc.hu-berlin.de/>

<http://www.hrr-strafrecht.de/>

<http://juraschema.de/>

<http://papers.ssrn.com/>

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>

<http://www.country-data.com>

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

<http://www.dpu.ac.th/laic/>

<http://www.frenchlaw.com/>

<http://www.gangway.de/>
<http://www.gesetze-im-internet.de/>
<http://www.hrr-strafrecht.de/>
<http://www.internetratgeber-recht.de/>
<http://www.jla.coj.go.th/>
<http://www.juraexamen.info/>
<http://www.juraforum.de/wiki/>
<http://www.jura.uni-bonn.de/>
<http://www.jura.uni-muenchen.de/>
<http://www.jurawiki.de/>
<http://www.justice.gov.uk/>
http://www.krisdika.go.th
<http://www.lawreform.go.th/>
<http://www.legifrance.gouv.fr/>
<http://www.library.coj.go.th/>
http://www.m-culture.go.th
http://www.museum.coj.go.th
<http://www.panyathai.or.th/>
<http://www.ratchakitcha.soc.go.th/>
<http://www.rechtswörterbuch.de/>
<http://www.senate.go.th/>
<http://www.stks.or.th/>
<http://www.strafrecht-online.org/>
<http://www.th.emb-japan.go.jp/th/relation/index100.htm>
<http://www.tulawcenter.org/>

ด

พ

ภาคผนวก

๕



กฎหมายลักษณะอาญา

รัตนโกสินทร ศก ๑๒๗

ศุภมัสตุ พระพุทธศาสนากาล เปนอดีตกาลล่วงแล้ว ๒๔๕๐
 พรรษาปัตยุบันกาล จันทรคตินิยม มกฤษสังวัจนร จิตรมาสสุก
 ปักษ์ ปันรสีดีลี พุฒวาร สุริยคติกาล รัตนโกสินทร์ศก ๑๒๗
 เมษายนมาส ปันรสมาสาหคุณพิเศษ บริเนทกาลกำหนด

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ บดินทร
 เทพยหมหามกุฏบุรุษยรัตนราชรังษี วรุตมพงษ์บริพัตร วรชัตติย
 ราชินิกโรดม จาตุรันตบรมมหาจักรพรรดิราชสังกาศ อุภโตสุชาติ
 สังกุทธเคราะห์ณี จักรกรับรมนารมหมามกุฏราชวรังกูต สุจริต
 มุลสุสาธิต อรรคอุกฤษฐไพบุรณบุรพาคุณย์กฤษฏาภินิหาร สุภา
 ธิการรังษฤษดิ์ รัชฎลักษณ์วิจิตรโสภากยสรรพางค์ มหาชโนตมางค
 ประหนด บาทบงกชยุคล ประสัทธิสรรพสุภผล อุดมบรม
 สุขุมมาต ทิพยเทพาวดาร ไพศาลเกียรติคุณ อุดลยพิเศษ สรรพ

๒ กฎหมายลักษณะอาญา

เทเวศรานุรักษ์ วิสิษฐศักดิ์สมญาพินิตประชานารถ เปรมกระมล
 ชาติดิยราชประยูร มุตมุกขมาตยาภิรมย์ อุดมเดชาธิการ บริบูรณ์
 คุณสารสยามาทินคร วรุตเมกราชคิลก มหาปรีวารนายกองนันท
 มหันตวรฤทธิเดช สรรพวิเศษศิรินทร อเนกชนนิกร สโมสร
 สมมุติ ประสทิทธิวรยศมโหดมบรมราชสมบัติ นพปดลเสวตร
 นัตราดิฉัตร ศิริรัตโนปลักษณ์มหาบรมราชาภิเศกาภิสิต สรรพ
 ทศวิจิตรไชย สกลมไหสวริยมหาสวามินทร์ มเหศวรมหินทร
 มหารามาธิราชวโรดม บรมนารถชาติอาชาวไศรย พุทธาทิไตร
 รัตนสรณารักษ์ อุดลยศักดิ์อรรคนเรศราชบิด เมตตากฤษณาสัตต
 หลุไทย อโนปไมยบุญการ สกลไพศาลมหารัชฎาธิบดินทร์
 ปรมินทร์ธรรมมิกมหาราชาธิราช บรมนารถบพิตร พระจุลจอม
 เกล้าเจ้าอยู่หัว

ทรงพระราชดำริเห็นว่า พระราชกำหนดกฎหมายสำหรับพระ
 ราชอาณาจักร์สยามนี้ บรมกระษัตริย์แต่โบราณสมัยได้รับคำภีร์
 พระธรรมศาสตร์ของมณูสาราจารย์ ซึ่งเป็นกฎหมายในมัจฉิม
 ประเทศมาเป็นหลักของกฎหมายแล้ว

แต่เมื่อมีเหตุอันใดเกิดขึ้น อันจะตัดสินด้วยพระธรรมศาสตร์
 มิได้โดยกฎหมายพระธรรมศาสตร์ไม่กล่าวถึงก็ดี หรือโดยประเพณี
 แลความนิยมในสยามประเทศผิดกันกับมัจฉิมประเทศก็ดี บรม
 กระษัตริย์แต่ปาง ก่อน ก็ทรงตั้งพระราช กำหนดบท พระอัยการ ขึ้น
 ไปเป็นแบบแผนสำหรับพิพากษา เหตุคดี อย่างนั้น ๆ ที่จะมีขึ้น ใน
 ภายหน้า พระราชกำหนดบทพระอัยการนี้ ก็เป็นกฎหมายสำหรับ
 พระราชอาณาจักร์เพิ่มเติมขึ้นโดยลำดับมา แลพระราชกำหนดบท

กฎหมายลักษณะอาญา

๓

พระอัยการที่ไต่ตั้งมาเป็นครั้งเป็นคราวนี้ เมื่อล่วงเวลายาวนานเข้า ก็มีมากมายซับซ้อนกัน เกิดลำบากแก่การที่จะพิพากษาอรรถคดี โดยการบ้านเมืองเปลี่ยนแปลงมาพันเหตุ ล่วงสมัยที่จะต้องใช้พระราชกำหนดบทพระอัยการที่กระษัตริย์พระองค์แต่ก่อน ๆ ได้ทรงบัญญัติไว้หลายชั่วอายุคนแล้วบ้าง หรือโดยเหตุที่พระราชกำหนดบทพระอัยการเก่าขัดขวางกับที่บรมกระษัตริย์ภายหลัง ได้ทรงตั้งขึ้นบ้าง ในเวลาเมื่อถึงความลำบากมีเช่นเช่นนั้น พระเจ้าแผ่นดินจึงโปรดให้ประชุมลูกขุน ณศาลา อันเป็นเจ้ากระทรวงฝ่ายตุลาการ พร้อมด้วยลูกขุนณศาลหลวงอันมีตำแหน่งในฝ่ายตุลาการตรวจชำระพระราชกำหนดกฎหมาย แลทรงพระราชวินิจฉัยให้ยกเลิกบทกฎหมายที่พ้นเวลาแลสมควรจะใช้ออกเสียคงไว้แต่ที่ยังใช้ได้ จัดระเบียบเข้าเป็นลักษณะ มีหมวดหมู่แล มาตราให้คนทั้งหลายรอบรู้บทกฎหมายง่ายขึ้น แลเป็นความสะดวกแก่การพิพากษาอรรถคดี ทั้งปวงทั่วไป เป็นราชประเพณีสืบมาแต่โบราณทีเดียวดังนี้ แลการตรวจชำระพระราชกำหนดกฎหมายดังกล่าวมานี้ ครั้งหลังที่สุดได้มีเมื่อจุลศักราช ๑๖๖๖ ปีชวดนศก รัตนโกสินทร์ ศก ๒๓ ในรัชกาลแห่งสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ตั้งแต่นั้นมาจนบัดนี้นับได้ ๑๐๓ ปี ยังหาได้ตรวจชำระพระราชกำหนดบทพระอัยการให้เรียบร้อยไม่ ก็เป็นธรรมดาอยู่เองที่พระราชกำหนดบทพระอัยการ อันพันความต้องการในสมัยนี้ แลที่ขัดขวางเองจะมีอยู่เองอันมาก ทรงพระราชดำริเห็นว่าถึงเวลาสมควรที่จะต้องตรวจชำระพระราชกำหนดกฎหมายอยู่ด้วยเหตุนี้แล้วประการหนึ่ง

๔

กฎหมายลักษณะอาญา

อีกประการหนึ่งในระหว่างตั้งแต่จุลศักราช ๑๒๑๗ ปีเถาะ สัปตศก รัตนโกสินทร์ ศก ๑๔ มา กรุงสยามได้ทำหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี กับ นานาประเทศ แล หนังสือ สัญญา ทั้งปวงนั้น ได้ทำตามแบบหนังสือสัญญาที่ฝรั่งได้ทำกับประเทศทางตัวนอก คือประเทศเตอร์กี ประเทศจีน แล ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น มีข้อความอย่างเดียวกันที่ขอมให้ กงสุลมีอำนาจ ตั้งศาลพิจารณาแลพิพากษาคดีตามกฎหมายของเขา ในเมื่อคนในบังคับของชาตินั้น ๆ ที่เข้ามาอยู่ในประเทศทางตัวนอกเป็นความกันขึ้นเอง หรือเป็นจำเลยของคนในบังคับของบ้านเมือง ลักษณะการอย่างนี้แม้จะมีประโยชน์ที่บันเทาความรับผิดชอบ แห่งเจ้าของประเทศได้อยู่บ้างในสมัยเมื่อแรกทำหนังสือสัญญา เรายังมีชาวต่างประเทศ พังเข้ามาค้าขาย แต่ต่อมาเมื่อการค้าขายคบหากับนานาประเทศเจริญแพร่หลาย มีชาวต่างประเทศมาตั้งประกอบการค้าขายในพระราชอาณาจักรมากขึ้น ความลำบากในเรื่องคดีที่เกี่ยวข้องกับคนในบังคับต่างประเทศ ก็ยิ่งปรากฏเกิดมีทวีมากขึ้นทุกที เพราะเหตุที่คนทั้งหลายอันประกอบการสมาคมค้าขายอยู่ในประเทศบ้านเมืองอันเดียวกัน ต้องอยู่ในอำนาจศาลแลในอำนาจกฎหมายต่าง ๆ กันตามชาติของบุคคล กระทำให้เป็นความลำบากขัดข้องทั้งในการปกครองบ้านเมือง แลก็ตกกันประโยชน์ของคนทั้งหลาย ตลอดจนชนชาติต่างประเทศนั้น ๆ เองอยู่เป็นอันมาก ความลำบากด้วยเรื่องอำนาจศาลกงสุล เช่นว่ามานี้ขอมมีทุกประเทศที่ได้ทำสัญญาโดยแบบอย่างอันเดียวกัน แลต่างมีความประสงค์อย่างเดียวกันที่จะหาอุบายเล็ดลางวิธีศาลกงสุลต่างประเทศ ให้

กฎหมายลักษณะอาญา

๕

คนทั้งหลายไม่ว่าชาติใด ๆ บรรดาอยู่ในประเทศนั้น ๆ ได้รับประโยชน์ อยู่ในอำนาจกฎหมายแลอำนาจศาลสำหรับ บ้านเมือง แต่อย่างเดียวกัน ประเทศญี่ปุ่นได้เริ่มริคิดอ่านจัดการเรื่องนี้ ก่อนประเทศอื่น โดยวิธีเลือกหาเนติบัณฑิตย์ ต่างประเทศที่ชำนาญระเบียบบทกฎหมายฝรั่ง มารับราชการเป็นที่ปรึกษาทำการพร้อมด้วยข้าราชการญี่ปุ่น ช่วยกันตรวจชำระกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น จัดเข้าระเบียบเรียบเรียงให้เป็นแบบแผนวิธีทำนองเดียวกับกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศฝรั่งโดยมาก ทั้งจัดการศาลยุติธรรมให้เป็นไปตามสมควรแก่ บัดจุบันสมัย ทั่วไปในประเทศญี่ปุ่น เมื่อประเทศทั้งปวงแลเห็นว่ากฎหมายแลศาลของญี่ปุ่นเป็นระเบียบแบบแผนเรียบร้อยดีแล้ว ก็ยอมแก่สัญญายกเลิกอำนาจศาลกงสุลให้คนใน บังคับต่าง ประเทศ อยู่ใน อำนาจ กฎหมาย แล ศาลญี่ปุ่นตั้งแต่นั้นมา มีประเทศญี่ปุ่นที่เลิกอำนาจศาลกงสุลต่าง ประเทศได้ ด้วยอุบายที่จัดการดังกล่าวมานี้เป็นปฐม แลเป็น ทางที่ประเทศอื่น ๆ อันได้รับความลำบากอยู่ด้วยวิธีศาลกงสุล ต่างประเทศเข้ามาตั้งในบ้านเมืองจะดำเนินตามให้สำเร็จประโยชน์ อย่างเดียวกันได้ ด้วยเหตุเหล่านี้ จึงได้โปรดให้หาเนติบัณฑิตย์ ผู้ชำนาญกฎหมายต่างประเทศเข้ามารับราชการหลายนาย มีมอง ซีเออร์ โลเลง ยัคแมงส์ ผู้ได้เคยเป็นเสนาบดีในประเทศเบลเคียม ที่ได้มารับพระราชทานบรรดาศักดิ์เป็นเจ้าพระยาอภิราชธานี เป็น ต้น แลเมื่อ รัตน โกสินทร์ ศก ๑๑๖ ได้ทรงพระกรุณาโปรดให้ มี ธรรมเนียมผู้ชำนาญกฎหมายทั้งฝ่ายไทยแลต่างประเทศ คือ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เสนาบดี

๖ กฎหมายลักษณะอาญา

กระทรวงยุติธรรมเป็นประธาน ๑

พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงพิชิตปรีชากร ซึ่งเคยรับ
ราชการในตำแหน่งเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ๑

พระยาประชาภิจักรจักร์ (แจ่ม) เมื่อเป็นอธิบดีผู้พิพากษา
ศาลแพ่ง ๑

เจ้าพระยาอภัยราชา ที่ปลุกยาราชการ ๑

มองซิเออร์ ริชาต์ ยัคส์ เกอกแปตริก เนติบัณฑิตย์
เบลเคียมที่ปลุกยาราชการ ๑

หมอ โด๊กจี มาเซา เนติบัณฑิตย์ญี่ปุ่น เมื่อเป็นผู้ช่วย
ของที่ปลุกยาราชการ ๑

พร้อมกันตรวจพระราชกำหนดบทพระอัยการแก้ไขใหม่ แล
ปลุกยาราชการที่จะชำระ แลจัดระเบียบ กฎหมายเป็น เดิมมา
มองซิเออร์ เกอกแปตริกถึงแก่กรรม มองซิเออร์ คอร์เน็ชแลส
เซอร์ เนติบัณฑิตย์เบลเคียม ได้รับตำแหน่งแทน แลได้รับ
ตำแหน่งหน้าที่พร้อมด้วยหมอ โด๊กจี มาเซา ช่วยกันรวบรวม
พระราชกำหนดบทพระอัยการอันควรคงจะใช้ต่อไปเรียบเรียงเป็น
ร่างขึ้นไว้ แต่ยังไม่สามารถชำระได้ ครั้นเมื่อรัตนโกสินทร์
ศก ๑๒๓ ทรงพระกรุณาโปรดให้หามองซิเออร์ ยอชส์ ปาดู
เนติบัณฑิตย์ฝรั่งเศส เข้ามารับราชการในตำแหน่งที่ปลุกยาราชการใน
การร่างกฎหมาย จึงได้โปรดให้ตั้งกรรมการ มี

มองซิเออร์ ยอชส์ ปาดู เป็นประธาน ๑

มิสเตอร์ วิลเลียม แอลเฟรด คุณะ ติลเก ผู้แทนเจ้า
กรมอัยการ ๑

กฎหมายลักษณะอาญา

๗

พระอรรถการประสิทธิ์ (ปลื้ม) ผู้พิพากษาศาลคดีต่าง

ประเทศ ๑

หลวงสกลสัตยาทร (ทองบุญ) ผู้พิพากษาศาลแพ่ง ๑
รับร่างกฎหมายที่กรรมการก่อนได้ทำไว้ มาตรวจชำระแก้ไข
อีกครั้งหนึ่ง เมื่อกรรมการนี้ได้ชำระร่างกฎหมายส่วนลักษณ
อาญาเสร็จ แล้วได้ส่งร่างนั้นไปปรึกษาเจ้ากระทรวงฝ่ายตุลาการ
บรรดามหาทนายทราสารเกี่ยวข้องต้องปฏิบัติเนื่องด้วยกฎหมายนี้ทุก
กระทรวงแล้ว จึงนำร่างนั้นขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวาย

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ จึงทรงพระกรุณาโปรดให้
ตั้งกรรมการเสนาบดี มี

พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงดำรงราชานุภาพ เสนาบดี
กระทรวงมหาดไทย เป็นประธาน ๑

พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงนเรศวรฤทธิ เสนาบดี
กระทรวงนครบาล ๑

พระเจ้าน้องยาเธอ กรมหลวงเทเวศน์วิโรประการ เสนาบดี
กระทรวงต่างประเทศ ๑

พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ เสนาบดี
กระทรวงยุติธรรม ๑

แต่ให้กรรมการสำหรับตรวจเทียบเคียงถ้อยคำบทกฎหมาย
ที่ร่างใหม่กับกฎหมายเก่า มี

พระเจ้าน้องยาเธอ กรมขุนศิริราชสังกาศ กรรมการศาล
ฎีกาเป็นประธาน ๑

พระยาประมุขกิจจักรจักร (แจ่ม) กรรมการศาลฎีกา ๑

๘

กฎหมายลักษณะอาญา

พระบริรักษ์จัตรงศ์ (พุ่ม) กระทรวงต่างประเทศ ๑

ช่วยกันตรวจชำระร่างกฎหมายลักษณะอาญาที่ร่างใหม่ พร้อม
ด้วยกรรมการซึ่งมองซีเออร์ ยอชส์ ปาคู เป็นประธานนั้นเป็น
ชั้นที่สุดอีกชั้นหนึ่ง กรรมการทั้งหลายนี้ได้ลงมือตรวจชำระมาตั้ง
แต่เดือน กุมภาพันธ์ รัตนโกสินทร์ ศก ๑๒๕ ครั้นเมื่อมาประจวบ
เวลาเสด็จประพาสประเทศยุโรป พระเจ้าลูกลุยซาเซอ กรมหมื่น
ราชบุรีดิเรกฤทธิ์ไปตามเสด็จ หมอโตกัจจิ มาเซา กรรมการ
ศาลฎีกา แลมิสเตอร์ ขอนสตีวาคแปล็ก เนติบัณฑิตอังกฤษ
กรรมการศาลฎีกา ได้รับหน้าที่ในกรรมการนี้แทนพระเจ้าลูกลุย
ซาเซอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ตลอดมาจนถึงเดือน กันยายน
รัตนโกสินทร์ ศก ๑๒๖ การตรวจชำระร่างกฎหมายลักษณะอาญา
สำเร็จได้ดังพระราชประสงค์ ได้นำขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวาย เมื่อ
เสด็จกลับคืนพระนคร ทรงตรวจแก้ไขด้วยพระองค์เองอีกชั้นหนึ่ง
แล้วได้ทรงปรึกษาในที่ประชุมเสนาบดีเห็นชอบโดยพระราชบริหาร
แล้ว จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ ให้ตราไว้เป็นพระราช
บัญญัติสืบไปดังนี้

๕ ๖
ความเบี่ยงตน

- มาตรา ๑ ให้เรียกพระราชบัญญัตินี้ว่า กฎหมายลักษณะอาญา
มาตรา ๒ ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ ๒๑
เดือน กันยายน รัตนโกสินทร์ ศก ๑๒๗ เป็นต้นไป
มาตรา ๓ ตั้งแต่วันที่ใช้กฎหมายนี้สืบไปให้ยกเลิก
(๑) บรรดาพระราชกำหนดกฎหมายที่มีแจ้ง

Urs Kindhäuser

Zur Logik des Verbrechenaufbaus*

I. Einleitung

In der Wissenschaft können Bilder eine magische Kraft entfalten. Der Philosoph Ludwig Wittgenstein vergleicht jemanden, der von einem solchen Bild gefangen gehalten wird, mit einem Mann, der verzweifelt versucht, aus einem Zimmer zu gelangen; er bedenkt alle möglichen Fluchtwege und übersieht dabei, daß die ganze Zeit die Tür offen ist¹. Auch die deutsche Strafrechtswissenschaft wird von Bildern präokkupert, die sie magisch in ihren Bann schlagen. Das Bild, das vielleicht am meisten von allen Verwirrung stiftet, ist das Bild von der Straftat als Handlung². In den vergangenen zehn Jahrzehnten gab es kaum ein Dogma, an das zugleich einerseits so hingebungsvoll geglaubt und das andererseits so unterschiedlich ausgelegt wurde³. Zwischen den Handlungsbegriffen der Hegelianer, der naturwissenschaftlich ausgerichteten Kausalisten und der an der materialen Wertethik orientierten Finalisten gibt es so wenig Gemeinsamkeiten, daß hinter dem Dogma von der Straftat als Handlung keine sachliche Übereinstimmung, sondern nur ein formales Bekenntnis steht.

An einem einfachen Beispiel seien die Aporien aufgezeigt, in die man gerät, wenn man das Dogma von der Straftat als Handlung verteidigen will: Der Kraftfahrer K setzt sich nachts völlig übermüdet an das Steuer seines Autos, um eine längere Strecke zu fahren. Nach einiger Zeit schläft er ein, kommt auf die Gegenfahrbahn und verursacht einen Unfall mit tödlichen Folgen. Ohne Frage hat K den Tatbestand des Tötungsdelikts *nicht* durch eine Handlung verwirklicht, denn er hat die Ursache für den Unfall schlafend gesetzt. K ist auch nicht durch eine Handlung eingeschlafen; Einschlafen ist bekanntlich ein Bewußtseinswechsel, den man nicht willentlich steuern kann. Wenn also die Straftat eine Handlung sein soll, dann hat K keine Straftat begangen. Doch dieses Ergebnis wird in der deutschen Rechtsprechung und Literatur nicht gezogen. Man versucht vielmehr, durch verschiedene Konstruktionen

* Inhaltlich unveränderter und nur um wenige erläuternde Fußnoten ergänzter Text meiner Rostocker Antrittsvorlesung im WS 1993. Auch der Stil eines - vor allem an Laien gerichteten - Vortrags wurde beibehalten.

¹ Norman Malcolm, Ludwig Wittgenstein. A Memoir, London 1958, S. 51; vgl. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Schriften, Bd I, 1960, 103, 115, 309.

² Für das Verständnis des folgenden Textes ist die Unterscheidung der Wörter „Handlung“ und „Verhalten“ von zentraler Bedeutung. Unter „Verhalten“ wird hierbei allein der physische Bewegungsablauf eines Menschen verstanden. „Handeln“ dagegen meint ein intentional (final) interpretiertes Verhalten, also ein Verhalten, das ein Mensch aus einem bestimmten Grund (Motiv, Intention) vollzieht.

³ Vgl. den Überblick bei Roxin, Strafrecht AT, Bd. I, § 8 Rn. 7 ff., sowie zuletzt Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992.

einerseits zu einer Strafbarkeit des K zu kommen, andererseits aber das Dogma von der Straftat als Handlung aufrechtzuerhalten. Etwa: Das Verwirklichen des Tötungstatbestandes beginne schon mit Fahrtantritt im übermüdeten Zustand⁴. Doch dieser Konstruktionsversuch durch Vorverlagerung der tatbestandlichen Handlung ist untauglich; der übermüdete Fahrtantritt ist allenfalls ein Akt im Vorbereitungsstadium des Delikts, zumal K vor dem Unfall jederzeit hätte anhalten und seine Fahrt beenden können. Außerdem ist das Fahren im Zustand der Übermüdung eine *ganz andere* Handlung als das konkrete Setzen der Ursache für den Unfall; nur durch letzteres wird der Deliktstatbestand verwirklicht.

Eine Dogmatik, die bestimmte Lehrsätze postuliert - wie das Dogma von der Straftat als Handlung -, diese Lehrsätze aber sofort opfert, wenn sie nicht zu gewünschten Ergebnissen führen, ist wissenschaftlich fragwürdig. Es dürfte schon klar geworden sein, daß das Dogma von der Straftat als Handlung hier nicht verteidigt werden soll⁵; vielmehr wird ein Paradigmenwechsel gefordert, um wieder Luft zur Entwicklung einfacher und leistungsfähiger dogmatischer Zurechnungsstrukturen zu bekommen. Damit soll nicht etwa behauptet werden, daß eine Analyse des strafrechtlichen Handlungsbegriffs überflüssig sei; ganz im Gegenteil. Normen können nur durch Handlungen befolgt werden, und insoweit muß geklärt sein, welche Anforderungen an die Normbefolgungsfähigkeit eines rechtstreuen Bürgers zu stellen sind und wann eine Abweichung von diesen Anforderungen vorliegt. Nur folgt daraus nicht, daß die Abweichung selbst, also die Straftat, eine Handlung sein müsse.

Was aber, so ist zu fragen, soll an die Stelle der Handlung als Schlüsselbegriff der Straftat treten? Was soll die Straftat sein, wenn sie keine Handlung ist?

Die Antwort, deren Begründung im folgenden versucht wird, lautet: Die Straftat ist ein Normwiderrspruch, also ein Verhalten, durch das der Täter erklärt, daß eine bestimmte Norm in einem bestimmten Fall für ihn nicht gilt. Dem Täter wird mit der Zuschreibung einer Straftat vorgeworfen, er habe durch sein Verhalten deutlich gemacht, daß er nicht gewillt sei, eine bestimmte Norm zu befolgen. Dieser Vorwurf und damit die Konstruktion der Straftat ist das Ergebnis einer gestuften Zuschreibung von Verantwortung, die der argumentativen Logik des Beschuldigten entspricht.

⁴ Sog. Übernahmefahrlässigkeit; vgl. hierzu *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 6/39; *Roxin* (Fn. 3), § 24 Rn. 36 m.w.N.

⁵ Auch *Hruschka* vertritt die Ansicht, daß die Fahrlässigkeitstat keine Handlung, jedenfalls keine „normale“ Handlung ist (vgl. insbesondere Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl. 1988, S. 304 ff. und passim). Er interpretiert deshalb die Fahrlässigkeitshaftung als „außerordentliche Zurechnung“. Nach *Hruschka* fehlt bei der Fahrlässigkeitstat zwar ein Handlungsmoment, nämlich die Fähigkeit zur Ergreifung der normgemäßen Verhaltensalternative um der Erfolgsvermeidung willen, aber der Täter wird, weil er für dieses Defizit aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung (Obliegenheitsverletzung) einzustehen hat, so gestellt, als habe er handelnd den Deliktstatbestand verwirklicht. Diese Konstruktion ist mit dem Schuldprinzip nur schwer zu vereinbaren, weil sie zu Lasten des Täters fingiert, er sei im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt in der Lage gewesen, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, habe dies aber nicht getan.

Der Zweck der Straftatkonstitution ist am Zweck der Strafe ausgerichtet: Eine Straftat ist dann gegeben, wenn die notwendigen und hinreichenden Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen Strafe legitimerweise verhängt werden darf.

II. Normen und Zurechnungsregeln

Eine erste formale Präzisierung des Straftatbegriffs könnte etwa lauten: Unter einer Straftat ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit für ein bestimmtes rechtswidriges Verhalten zu verstehen. Daraus folgt, daß die Straftat mit Hilfe zweier Regelsysteme zu konstruieren ist: mit Regeln, die die Bedingungen nennen, unter denen ein Verhalten als rechtswidrig anzusehen ist, und mit Regeln, die die Bedingungen nennen, unter denen Verantwortlichkeit für dieses rechtswidrige Verhalten zugeschrieben wird. Regeln, mit denen etwas als richtig oder falsch, gut oder schlecht beurteilt wird, haben sprachlogisch einen vorschreibenden (präskriptiven) oder bewertenden (axiologischen) Charakter und können als Normen bezeichnet werden. Beispiel: Du sollst niemanden töten. Regeln, mit denen Verantwortung zugeschrieben wird, haben sprachlogisch einen askriptiven Charakter und können als Zurechnungsregeln bezeichnet werden. Beispiel: Du hast einen Menschen getötet, und dies bedeutet: Du bist verantwortlich für den Tod eines Menschen⁶.

Was die strafrechtlichen Normen anbelangt, so ist ihr Inhalt schnell gefunden: Es sind dies die Deliktstatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs in kontradiktorischer Formulierung. Was also nicht sein soll, ist ein Verhalten, durch das der Tatbestand eines Delikts verwirklicht wird, etwa ein Totschlag, ein Raub oder eine Vergewaltigung. Diese Normen seien im folgenden auch Verhaltensnormen genannt.

Schwieriger ist die Bestimmung des Inhalts der Zurechnungsregeln. Angenommen, jemand bräche in einem Porzellangeschäft plötzlich ohnmächtig zusammen und stoße im Sturz eine wertvolle Vase um, die zerbricht. Erlaubt ist dieses Verhalten sicher nicht; fremde Vasen dürfen nicht beschädigt werden, und auch eine plötzliche Ohnmacht gibt hierzu kein Recht. Fraglich ist aber, ob dem „Täter“ sein objektives Fehlverhalten vorgeworfen werden darf. Und das Unangenehme ist, daß auf diese Frage im Gesetz keine (explizite) Antwort zu finden ist. Wenn man ad hoc geneigt ist, strafrechtlich keine Verantwortung zuzuschreiben, dann wird bereits die gesellschaftliche Relativität von Zurechnung deutlich. Immerhin wird vom Täter nach den informellen Regeln des Alltags eine Entschuldigung erwartet, die von der Verantwortung für bloße Erfolgshaftung oder sogar nur für das Dasein am falschen Ort zum falschen Zeitpunkt entbinden soll. In den antiken Tragödien, etwa bei Ödipus, war die Strafe an die rein äußere Verursachung des Schadens geknüpft.

⁶ Grundlegende Analyse von Zurechnungsregeln bei *Hart*, *The Ascription of Responsibility and Rights*, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948/49), 171 ff.; vgl. auch *Hruschka*, *Strukturen der Zurechnung*, 1976.

Schuld im Sinne eines - wie auch immer näher zu bestimmenden - subjektiven Dafürkönnens war gerade keine Haftungsvoraussetzung. Auch die moderne zivilrechtliche Tendenz geht dahin - etwa bei der Umwelt- oder Produkthaftung -, die Schadensersatzpflicht vom Verschulden zu lösen⁷.

Allerdings wird man im Beispielsfall der Beschädigung der Vase kaum pauschal für eine strafrechtliche Haftungsfreistellung plädieren. Es ließe sich ja denken, daß der Täter mit einem Ohnmachtsanfall in dem Porzellangeschäft rechnete, als er es betrat. In diesem Fall scheint er doch für die Situation, in die er sich begab, zuständig zu sein, auch wenn er den Ohnmachtsanfall selbst nicht gezielt vermeiden konnte. Ähnlich liegt es in dem Eingangsbeispiel des übermüdeten Kraftfahrers; er hat den Unfall auch nicht handelnd verursacht, ist aber gleichwohl für die Umstände, unter denen er unfähig war, den Unfall zu vermeiden, verantwortlich.

Der schwierige und problematische Teil der Straftatkonstruktion, soviel mag bereits deutlich geworden sein, sind nicht die Kriterien, nach denen sich bestimmt, ob ein Verhalten rechtlich falsch ist, sondern die Kriterien, nach denen sich bestimmt, ob jemand für das rechtlich fehlerhafte Verhalten auch in dem Sinne einzustehen hat, daß er dafür bestraft werden kann. Doch zunächst seien noch einige Ergänzungen zu dem einfacheren Teil, den Normen, angefügt.

Die Deliktstatbestände des Strafgesetzbuches lassen sich, so wurde gesagt, in kontradiktorischer Formulierung als Normen begreifen, die entweder an jedermann - wie beispielsweise das Tötungsverbot - oder an bestimmte Sonderpflichtige - wie beispielsweise die Richter beim Verbot der Rechtsbeugung - adressiert sind. Neben diesen Normen, die Verbote oder Gebote zum Gegenstand haben, gibt es jedoch auch Normen, die Erlaubnisse oder Freistellungen aussprechen. Hierzu gehört etwa die Erlaubnis, sich gegen einen rechtswidrigen Angriff zur Wehr zu setzen, und zwar auch um den Preis einer ernstlichen Verletzung oder gar Tötung des Angreifers. Solche Normen haben im Strafrecht die Funktion der Rechtfertigung eines an und für sich verbots- oder gebotswidrigen Verhaltens und werden deshalb Rechtfertigungsgründe genannt.

Auch solche Rechtfertigungsgründe müssen, wenn sie objektiv gegeben sind, noch subjektiv zugerechnet werden. Wiederum läßt sich nicht allein aus der Tatsache, daß z.B. die Voraussetzungen einer Notwehrlage gegeben sind, ohne weiteres schließen, daß das objektiv erlaubte Verhalten auch subjektiv dem Täter als berechtigtes zugeschrieben werden kann. Denken läßt sich etwa die Konstellation, daß der Täter den Angriff gegen sich provozierte, indem er den anderen - ohne selbst formal rechtswidrig zu handeln - bis aufs Blut reizte, um dann die spätere Notwehrsituation zu einer gerechtfertigten Verletzung oder Tötung auszunutzen. Es ist also nicht bloß so, daß jemandem ein (objektiv) rechtswidriges Verhalten nur dann belastend zugerechnet werden kann, wenn bestimmte Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind,

⁷ Zur Erfolgshaftung vgl. *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993, S. 10 ff.

sondern es ist auch umgekehrt zu fragen, ob es Gründe gibt, jemandem ein an und für sich rechtmäßiges Verhalten subjektiv nicht entlastend zuzurechnen.

Kurz: Die Normen als Kriterien rechtlich richtigen und falschen Verhaltens müssen jeweils noch in eine Relation zu derjenigen Person gebracht werden, der Vor- und Nachteile aus diesem Verhalten von Rechts wegen erwachsen sollen⁸. Diese Relation setzt, wie bereits deutlich geworden sein mag, ein kompliziertes Regelwerk voraus. Die systematische Durchdringung dieses Regelwerks ist eine der zentralen Aufgaben der Strafrechtswissenschaft.

III. Norm- und Sanktionszweck

Wer ordnen will, muß nach dem Zweck dieser Ordnung fragen, und damit befindet man sich dort, wo das Strafrecht weder auf einem gesetzlichen Fundament noch auch nur auf dem uneingeschränkten Konsens der Wissenschaft aufbauen kann. Denn der Zweck der Systematisierung ist die Klärung der Haftungsfrage, und die Folge einer positiven Antwort auf die Haftungsfrage ist die Verhängung von Strafe. Die Regeln der Zurechnung richten sich, wenn sie rational geordnet sind, am Zweck der Strafe aus.

Dieser Zweck ist nicht identisch mit dem Zweck der Verhaltensnormen. Über den Zweck der Verhaltensnormen besteht heute weitgehend Einigkeit: Die Verhaltensnormen sollen Rechtsgüter schützen. Auch wenn im Detail umstritten ist, was wiederum unter Rechtsgütern zu verstehen ist, so wird doch in der Sache der folgende Definitionsvorschlag auf wenig Gegenwehr stoßen: Rechtsgüter sind solche Eigenschaften von Personen, Sachen und Institutionen, die für die freie Entfaltung des einzelnen in der Gesellschaft von elementarer Bedeutung sind. Rechtsgüter sind mit anderen Worten Bedingungen freier personaler Entfaltung durch Teilhabe am sozialen und staatlichen Leben. Rechtsgüter in diesem Sinne sind etwa: Leben, körperliche Unversehrtheit, Bewegungs- und Dispositionsfreiheit, Eigentum und Funktionsfähigkeit der Rechtspflege. Diese Rechtsgüter werden durch die strafrechtlichen Normen geschützt, indem die Vermeidung ihrer Verletzung oder Gefährdung vorgeschrieben wird.

Daß auch der Zweck der Zurechnungsregeln mit dem Rechtsgüterschutz zu tun haben muß, liegt auf der Hand. Die Frage ist nur, wie dieser Zusammenhang beschaffen ist, und dies sei an einem literarischen Beispiel aus dem 17. Jahrhundert verdeutlicht. *John Aubrey* hält in einer Reisebeschreibung fest: "Eine Frau (es war, glaube ich, in

⁸ In seiner scharfen Kritik an der Funktionalisierung des Schuldbegriffs wundert sich *Naucke* (Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985, S. 187 ff.), daß diese Funktionalisierung vor der Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsebene halt macht; die Erklärung ist einfach: Die (objektive) Unrechtsseite orientiert sich an anderen Vorgaben als die (subjektive) Verantwortungsseite.

Italien) beabsichtigte ihren Mann zu vergiften (der an Wassersucht litt), indem sie in seiner Suppe eine Kröte mitkochte; was ihn jedoch heilte."

Aubrey setzte dann noch hinzu: "Und so wurde die entsprechende Arznei entdeckt"⁹. Objektiv hat hier die Frau - sie sei einmal F genannt - genau das getan, was sie zum Schutz der hier relevanten Rechtsgüter Leben und Gesundheit tun mußte. Insoweit liegt auch objektiv kein rechtswidriges Verhalten vor. Gleichwohl hat F alle Haftungsvoraussetzungen des geltenden Strafrechts erfüllt; für den Fall, daß ihr Plan geklappt hätte, wäre sie wegen Totschlags zu bestrafen gewesen. Diese Konstellation wird als Versuch bezeichnet.

Da der Versuch nach geltendem Recht strafbar ist, kann der Zweck, um dessentwillen bestraft wird, nicht mit dem Zweck des Rechtsgüterschutzes identisch sein. Sonst müßte in dem Beispielfall F nicht nur straflos sein, sondern im strafrechtlichen Sinne sogar lobenswert gehandelt haben.

Traditionell werden als Strafzwecke angeboten: Vergeltung, Spezialprävention und Abschreckung. Keiner dieser Zwecke vermag die Aussage des geltenden Strafrechts, daß F zu bestrafen ist, plausibel zu begründen. Eine Vergeltung im engeren Sinn, die den Ausgleich für den angerichteten Schaden anstrebt, kommt hier - jedenfalls bezogen auf einen Rechtsgutsschaden! - nicht in Betracht. Ob Strafe unter spezialpräventiven Gründen geboten ist, also zur Einwirkung auf die F, künftig keine derartigen Straftaten mehr vorzunehmen, erscheint fraglich; vielleicht ist ihr die Lust am Töten durch den Vorfall gründlich vergangen. Jedenfalls setzt Spezialprävention eine Einzelfallprüfung voraus, die mit dem kategorischen Strafgebot des geltenden Rechts nicht zu vereinbaren ist. Daß eine Bestrafung der F eine abschreckende Wirkung auf andere potentielle Totschläger haben könnte, ist nicht auszuschließen. Eine Abschreckung Dritter setzt jedoch voraus, daß man auf deren Motivation eingeht, mit der gerade in unserem Fall *prima facie* ungerecht wirkenden Konsequenz, daß die spezifische Situation der F nicht in den Blick käme; außerdem zeigt gerade das Verhalten der F, daß sich diese durch die frühere Bestrafung anderer Totschläger nicht hat abschrecken lassen.

Auch ein tiefergehender Einstieg in das Verhältnis von Sozial- bzw. Individualpsychologie einerseits und strafrechtlichen Sanktionsmechanismen andererseits wird eine hinreichend präzise und ideologiefreie Legitimation der genannten Strafzwecke kaum liefern können; man bewegt sich hier in einem wissenschaftlich wenig abgesicherten Gebiet. Die Begründungsprobleme verschwinden jedoch weitgehend, wenn man die Strafe nicht auf das jeweilige Rechtsgut, sondern auf die das Rechtsgut schützende Norm bezieht. Im Beispielfall hat F zwar nicht das Rechtsgut Leben verletzt, wohl aber die Geltung des Tötungsverbots. Obgleich F durch ihr Verhalten das Rechtsgut Leben nicht beeinträchtigt hat, hat sie durch ihr Verhalten ausgedrückt, daß das Tötungsverbot für

⁹ Vgl. *Oliver Lawson Dick*, Das Leben: Ein Versuch. John Aubrey und sein Jahrhundert, 1988, S. 22. Herrn Prof. Dr. *Jan C. Joerden* habe ich für den Hinweis auf diesen Fall zu danken.

sie nicht gilt. Der Norm, daß Tötung nicht sein soll, hat sie durch ihr Verhalten entgegnet, daß die Tötung des Ehemanns doch sein soll.

Wird die Problematik in dieser Weise auf eine normativ-kommunikative Ebene geschoben, so wird deutlich, daß auch im Beispielsfall ein spezifischer Schaden gegeben ist. Von der Täterin wurde die Geltung der Norm in Abrede gestellt. Eine Norm, die nicht unverbrüchlich gilt, verliert ihre soziale Funktion. Man kann sich nicht mehr auf diese Norm als feste Größe der Handlungsorientierung verlassen. Dies setzt freilich voraus, daß die Geltung von Normen als soziale Realität begriffen wird. Normen gelten, wenn sie befolgt werden, und das heißt, wenn sie handlungswirksam anerkannt werden. Normen sind bei diesem Verständnis verbindliche Gründe bzw. Verpflichtungsgründe für Handlungen. Dementsprechend ist die Straftat ein Normwiderspruch. Der Täter erklärt durch sein Verhalten, daß er die Norm nicht als verbindlichen Grund seines Handelns anerkennt.

Freilich kann es Gründe geben, dem Täter die Desavouierung der Norm nicht zu verübeln, wenn er sich etwa in einer persönlichen Zwangslage befand. Es kann also mit anderen Worten Gründe geben, den Täter zu entschuldigen. Dann wird zwar die Tat, die ein Normbruch bleibt, nicht gerechtfertigt, aber der Normbruch wird *diesem* Täter unter *diesen* spezifischen Bedingungen nicht zum Vorwurf gemacht. Wiederum wird das kommunikative Element, der Vorwurf, bei der Straftatkonstitution deutlich.

Der Sinn des Strafübels bei einem solchen normativ-kommunikativen Straftatmodell ist evident:

Strafe als Antwort auf den Normbruch soll - wiederum kommunikativ - deutlich machen, daß die Norm weiterhin unverbrüchlich gilt. Damit erhält *Hegels* Deutung der Strafe als Negation der Negation des Rechts¹⁰ eine kommunikative Wendung: Strafe ist der Widerspruch gegen den Normwiderspruch des Täters und damit ein symbolischer Akt der Restitution desavouierter Normgeltung. Auch der Vergeltungsgedanke enthält nun eine angemessene Neu-Interpretation:

Die Bestrafung demonstriert den Wert der gebrochenen Norm, und die Höhe der Strafe entspricht dem Verlust an Normgeltung. Das Strafübel hat der Täter gewissermaßen als Kosten seiner Tat zu tragen. Da diese Restitution von Normgeltung durch Strafe symbolisch an alle Normadressaten gerichtet ist und die Botschaft beinhaltet, daß die Norm gilt und daß es richtig ist, die Norm weiterhin zu befolgen, kann man den Zweck einer so interpretierten Strafe als positive Generalprävention bezeichnen. Es soll nicht, wie bei der negativen Generalprävention, abgeschreckt, sondern Vertrauen in die Normgeltung bestärkt werden.

Da der Anspruch auf Normgeltung nicht weitergehen kann, als es dem einzelnen in der sozialen Interaktion zuzumuten ist, sind (standardisierte) Ausnahmen zu formulieren, unter denen, situativ bedingt, auch von einem rechtstreuen Bürger keine

¹⁰ Zur Straftheorie vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, hrsg. von Moldenhauer und Michel, 1986, §§ 97 ff., 218; zu Hegels Straftheorie vgl. auch *Seelmann*, JuS 1979, 687 ff.

Normbefolgung erwartet wird; etwa bei Lebensgefahr. Solche Ausnahmen - sie werden Entschuldigungsgründe genannt - sind relativ zum Strafzweck. Kollektive Schicksale führen zu keiner individuellen Entschuldigung. Allein die Tatsache etwa, den Bombenhagel des zweiten Weltkriegs oder die Mechanismen einer Diktatur erlebt zu haben, führt nicht - von Besonderheiten abgesehen - zu individueller Entschuldigung, so schlimm die Dinge auch gewesen sein mögen. Dagegen können kollektive Schicksale kollektive Entschuldigungen begründen; dies durchzusetzen ist aber keine rechtliche, sondern eine politische Entscheidung - etwa durch Amnestie.

IV. Ein Modell gestufter Intentionen

Damit wären zunächst die Prämissen eines normativ-kommunikativen Straftatmodells abgesteckt. In einem weiteren Schritt ist nun das logische Gerüst zu entwickeln, in dem die einzelnen Elemente der Straftat ihren Platz erhalten. Da die Straftat als ein symbolisches Verhalten, also als eine bedeutungshaltige Erklärung zu begreifen ist, kann für den hier interessierenden Zweck auf die Grundzüge der sprachphilosophischen Analyse von Sprechhandlungen zurückgegriffen werden¹¹. Und zwar kommen solche Sprechakte in Betracht, bei denen der Akteur auf Normen Bezug nimmt. Als Beispiel sei der Sprechakt des Versprechens gewählt.

Angenommen, A verspreche dem B, ihn am Nachmittag um 16.00 Uhr zu besuchen. Ein solches Versprechen besagt zunächst, daß A eine bestimmte Handlung, das Besuchen, in Aussicht stellt. Handlung sei hier definiert als Realisierung einer Intention; die Handlung des Besuchens ist also die Verwirklichung der Absicht, zu jemandem zu gehen und sich bei ihm aufzuhalten. Aber das Versprechen hat noch eine weitere Dimension. Denn A nennt ja nicht nur eine Handlung, sondern sagt über diese Handlung zugleich aus, daß er sie ausführen will. Er drückt also durch sein Versprechen aus, daß er die Intention hat, die Intention des Besuchens zu realisieren. Das heißt insbesondere, daß er die Intention des Besuchens anderen Intentionen, etwa an diesem Nachmittag ein Buch zu lesen oder ins Kino zu gehen, vorziehen will. Man kann die Intention, eine Intention konkurrierenden Intentionen handlungswirksam vorzuziehen, eine Intention höherer Ordnung - hier: zweiter Ordnung - nennen¹². Diese Intention höherer Ordnung hat im Beispielsfall den Zweck, das gegebene Versprechen einzuhalten. Das Versprechen, also eine selbst gesetzte Norm, ist der Grund, warum A die Intention des Besuchens anderen Intentionen vorzuziehen hat und hierfür einstehen will.

Diese Differenzierung zwischen der Intention erster Ordnung, eine bestimmte Handlung auszuführen, und der Intention zweiter Ordnung, die Intention erster Ordnung anderen Intentionen vorzuziehen, entspricht genau den bei der Straftat zu

¹¹ Vgl. hierzu insbesondere *Searle*, Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay, 1982.

¹² Grundlegend zur Analyse von Intentionen höherer Ordnung *Frankfurt*, Willensfreiheit und der Begriff der Person, in Bieri (Hrsg.), Analytische Philosophie des Geistes, 1981, S. 287 ff.

unterscheidenden Zurechnungsebenen. Auch hier geht es zunächst um eine Handlung; das ist die Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung. Außerdem wird die Intention höherer Ordnung benötigt, um der Normbefolgung wegen die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden. Diesem Modell einer Zurechnung auf zwei Stufen läßt sich nun relativ leicht entnehmen, welche Elemente für das Straftatmodell benötigt werden und wie sie logisch zu lozieren sind.

Auf der ersten Zurechnungsstufe geht es um den Vorwurf, der Täter habe die Intention, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, nicht realisiert. Diese Stufe der Zurechnung sei Zurechnung zur Pflichtverletzung genannt. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn der Straftäter sich nicht so verhalten hat, wie er sich hätte verhalten müssen, wenn er die Intention gehabt hätte, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden. Welche Voraussetzungen hat dieser Vorwurf nun im einzelnen?

Angenommen, A erschiesse den B mit einem Gewehr. Welche Bedingungen müssen dann erfüllt sein, damit dem A vorgeworfen werden kann, er habe nicht die Intention gehabt, die Tötung des B zu vermeiden? Zunächst muß A eine bestimmte Vorstellung von der Situation gehabt haben, damit er überhaupt die entsprechende Intention bilden kann; A muß gesehen haben, daß B ein Mensch ist - und nicht etwa eine Vogelscheuche -, daß er (A) ein Gewehr in der Hand hat und daß B bei einem gewissen Umgang mit diesem Gewehr getötet werden kann. Wenn A etwa annahm, das Gewehr sei nicht geladen, dann fehlt ihm die Kausalvorstellung, die erforderlich ist, um die Vermeidintention zu bilden. Kurz: Die Zurechnung eines Verhaltens als Pflichtverletzung setzt die intellektuelle und physische Fähigkeit des Normadressaten voraus, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden. Diese Voraussetzung kann als *Handlungsfähigkeit* bezeichnet werden.

Wird die Handlungsfähigkeit des Täters bejaht und dementsprechend sein Verhalten als Pflichtverletzung gedeutet, so ist nun auf der zweiten Zurechnungsstufe zu fragen, warum der Täter die Intention zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung, die er ja hätte bilden und realisieren *können*, nicht handlungswirksam gebildet *hat*. Eine erste Möglichkeit wäre, daß der Täter gar nicht wußte, daß er diese Intention hätte bilden und realisieren *sollen*. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Täter die fragliche Norm gar nicht kannte, oder aber, wenn er sie zwar kannte, jedoch irrig davon ausging, daß sein Verhalten gerechtfertigt sei. Solche Konstellationen, die der Bildung einer Handlungsintention entgegenstehen, werden Verbotsirrtümer genannt. Es kann aber auch sein, daß der Täter unter krankhaften Defekten seiner Motivationsfähigkeit leidet. Fälle, in denen der Täter psychisch außerstande ist, die normgemäße Intention zu bilden, werden Schuldausschließungsgründe genannt. Schließlich kommt noch eine dritte Gruppe von Konstellationen in Betracht, die sogenannten Entschuldigungsgründe. Diese verweisen auf Situationen, in denen selbst von einem rechtstreuen Bürger nicht erwartet werden kann, daß er die Intention, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, handlungswirksam bildet. Ein Beispiel

hierfür ist der entschuldigende Notstand (§ 34 StGB), bei dem dem Täter im Falle normgemäßen Handelns Verletzungen elementarer eigener Güter drohen.

Mit wenigen Strichen sei nun skizziert, in welchen didaktischen Schritten nach dem hier vertretenen Straftatmodell der Verbrechenbau im Rahmen einer Falllösung zu prüfen ist. Zunächst ist der Gegenstand der Zurechnung, die objektive Rechtslage, festzustellen; dies bedeutet - wie im traditionellen Verbrechenbau -, daß zu fragen ist, ob ein Deliktstatbestand verwirklicht wurde. Bevor aber nun - wie beim traditionellen Verbrechenbau - geprüft wird, ob auch der subjektive Deliktstatbestand erfüllt ist, wird zunächst noch gefragt, ob der Tatbestand eines Rechtfertigungsgrundes verwirklicht ist. Nach der gesamten Prüfung der objektiven Rechtslage steht fest, ob Erfolgsunrecht gegeben ist oder nicht.

Wird Erfolgsunrecht bejaht oder geht es um ein Delikt, dessen Versuch strafbar ist, wechselt die Prüfung logisch vom Zurechnungsgegenstand zu den Zurechnungskriterien. Das heißt, es wird nun gefragt, ob die Bedingungen erfüllt sind, unter denen dem Täter reales oder - beim Versuch - nur aus der Täterperspektive prognostiziertes Erfolgsunrecht als strafbare schuldhaft Pflichtenverletzung vorgeworfen werden kann. Diese Zurechnung erfolgt auf zwei Zurechnungsebenen. Auf der ersten Zurechnungsebene geht es um die Frage, ob die intellektuellen und physischen Voraussetzungen (= Handlungsfähigkeit) gegeben waren, unter denen der Täter das Motiv, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, hätte handlungswirksam bilden müssen. Wird dies bejaht, so liegt eine Pflichtverletzung vor. Auf der zweiten Zurechnungsebene geht es um die Frage, ob es normative oder psychische Gründe gab, derentwegen der Täter das Vermeidemotiv nicht handlungswirksam bilden konnte¹³ oder nicht zu bilden brauchte¹⁴. Sind solche Gründe nicht ersichtlich, lautet das Fazit der Prüfung, daß der Täter auch schuldhaft gehandelt hat¹⁵.

V. Ausnahmeregelungen (*Fahrlässigkeit, Irrtümer, actio libera in causa, Unterlassen*)

Das hier entwickelte Straftatmodell ist in seinen Grundzügen recht einfach strukturiert: Die Straftat wird als ein bedeutungshaltiges Verhalten begriffen, durch das der Täter erklärt, eine bestimmte Norm nicht befolgen zu wollen. Eine solche Bedeutung hat ein Verhalten dann, wenn sich ein Täter erstens anders verhalten müßte, als er sich verhält, falls er die Intention hätte, die Verwirklichung eines Deliktstatbestandes zu vermeiden, und wenn zweitens die handlungswirksame Bildung dieser Intention vom Täter erwartet werden kann und darf.

¹³ Z.B. im Falle von Schuldausschließungsgründen.

¹⁴ Z.B. im Falle von Entschuldigungsgründen.

¹⁵ Hinsichtlich der weiteren Deliktsvoraussetzungen (z.B. objektiven Strafbarkeitsbedingungen) unterscheidet sich der hier vertretene Deliktsaufbau nicht von traditionellen Ansätzen.

Die beiden elementaren Voraussetzungen der Zurechnung sind demnach auf der ersten Zurechnungsebene die Handlungsfähigkeit und auf der zweiten Zurechnungsebene die Motivationsfähigkeit. Der Zurechnungsvorwurf geht dahin, diese beiden Fähigkeiten nicht um der Normbefolgung willen aktiviert zu haben. Damit überhaupt die Frage gestellt werden darf - es sind ja nur Taten, nicht Gedanken strafbar -, warum der Täter seine Fähigkeiten nicht um der Normbefolgung willen aktiviert hat, muß das Verhalten bereits objektiv aus dem Rahmen des sozial Adäquaten herausgefallen sein. Der Täter muß sich in einer Weise verhalten haben, die bereits eine solche Nähe zu objektivem Unrecht (Erfolgsunrecht) aufzeigt, daß eine völlige Distanzierung hiervon nicht mehr möglich ist, mag es auch Gründe geben, warum die Tat gerechtfertigt oder entschuldigt ist.

Der erforderliche Zusammenhang zum Erfolgsunrecht ist allemal dann vorhanden, wenn der Täter objektiv den Deliktstatbestand erfüllt hat - wie im Beispiel vom Ohnmachtsanfall im Porzellangeschäft. Hier liegt, wenn keine Rechtfertigungsgründe eingreifen, das objektive Unrecht vor, und es stellt sich nur noch die Frage nach der subjektiven Verantwortlichkeit. Problematischer sind die Konstellationen, in denen der Täter objektiv noch kein Unrecht geschaffen hat, aber subjektiv an dessen Realisierung arbeitet. Es ist dies die Konstellation des Versuchs, die im Krötenbeispiel angesprochen wurde. Hierbei sind zwei Schwierigkeiten zu bewältigen. Zum einen muß eine Grenze zwischen strafloser Deliktsvorbereitung und strafbarem Versuch gezogen werden, zum anderen müssen Fälle aus dem Bereich des Strafbaren ausgeschieden werden, bei denen der Täter mit völlig untauglichen Mitteln agiert.

Für die letztgenannten Fälle gibt es eine einfache Faustregel: Wenn ein Täter so exorbitant unverständig vorgeht, daß sein Verhalten zwar subjektiv als Ansetzen zur Deliktsverwirklichung begriffen werden kann, seine Mittelwahl jedoch darauf schließen läßt, daß dieser Täter nicht als Normbrecher ernst zu nehmen ist, dann kann von Strafe abgesehen werden. Wer intellektuell gar nicht in der Lage ist, den Normbruch objektiv zu realisieren, der kann auch nicht als jemand angesehen werden, der in der Lage ist, die Geltung der Norm in Abrede zu stellen¹⁶.

Schwieriger ist die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, die hier nicht getroffen, sondern nur schlagwortartig angedeutet werden kann. Es ist sinnvoll, diese Grenze mit Hilfe strafprozessualer Kriterien zu ziehen. Ein Versuch ist dann gegeben, wenn der Täter den Schritt vom sozial Adäquaten zum Normbruch in einer Weise vollzogen hat, die als Beweis für das Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung erachtet werden kann. Die Nähe zur Tatbestandsverwirklichung muß gewissermaßen *ex re* erkennbar sein. Es gibt deshalb Konstellationen, in denen der Tatbestandsverwirklichung kein Versuchsstadium vorgelagert ist. Ein Beispiel: Der Täter will ein wertvolles, zartes Glas, aus dem er gerade trinkt, mit der Hand zerbrechen. Zwischen dem sozialadäquaten Verhalten, dem In-der-Hand-Halten des Glases, und dem Erfolgsunrecht, der Sachbeschädigung, liegt hier kein Zwischenstadium, dem *ex*

¹⁶ Vgl. § 23 Abs. 3 StGB.

re zu entnehmen wäre, daß der Täter zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt. Wer dagegen mit Maske und gezogener Waffe in eine Bank stürmt, wird sich kaum von dem geplanten Raub distanzieren können, auch wenn er noch kein Zwangsmittel angewandt hat.

Ein weites und dogmatisch nur schwach abgesichertes Feld der Zurechnung ist die Behandlung von Defekten des Täters. Grundsätzlich gilt, daß ein Verhalten nur dann als Normwidrigkeit verstanden werden kann, wenn der Täter aktuell - das heißt in dem Zeitpunkt, in dem er sich zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung entscheiden muß - handlungs- und motivationsfähig ist. Nach dem anerkannten Grundsatz *ultra posse nemo obligatur* ist niemand über sein Können hinaus verpflichtet. Dieser Grundsatz gilt im Strafrecht jedoch nicht uneingeschränkt, weil auch die aktuelle Unfähigkeit, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden, als Ausdruck mangelnder Normanerkennung angesehen werden kann, und zwar dann, wenn der Täter die Situation einer zu vermeidenden Tatbestandsverwirklichung voraussehen konnte, er aber keine Sorge dafür getragen hat, vermeidungsfähig zu sein. Auf Defekte, die der Täter in einer von ihm zu vertretenden Weise geschaffen hat, kann er sich folglich nicht zurechnungshindernd berufen.

Paradigma für eine solche Situation ist auf der Ebene der Handlungsfähigkeit die Fahrlässigkeit¹⁷. Weitere Konstellationen bei Irrtümern oder den Entschuldigungsgründen nennt das deutsche Strafgesetz ausdrücklich. Umstritten ist jedoch, ob eine solche Ausnahmeregelung auch dann gilt, wenn das Gesetz sie nicht erwähnt, was etwa bei den Schuldausschließungsgründen der Fall ist. Relevant ist hier insbesondere die Konstellation, in der der Täter durch übermäßigen Alkoholgenuß seine Motivationsfähigkeit beseitigt und dann eine Straftat begeht, die sog. *actio libera in causa*¹⁸.

Kurz gestreift sei noch ein Zurechnungsproblem von erheblichem Gewicht: Für eine Tatbestandsverwirklichung kann nicht nur derjenige verantwortlich gemacht werden, der aktiv wurde, sondern auch derjenige, der die Tatbestandsverwirklichung nicht verhinderte¹⁹. Das Strafrecht unterscheidet bei seinen Normadressaten zwei Typen von Pflichtigen. Grundsätzlich hat jeder Bürger seinen eigenen Freiheitsbereich, also einen Handlungsspielraum, den er selbst gestalten kann. Kehrseite dieser Freiheit ist, daß in die Freiheiten anderer nicht rechtsgutsverletzend oder -gefährdend eingegriffen werden darf. Jeder muß also seine Freiheitssphäre so gestalten, daß andere nicht zu Schaden kommen. Damit ist klar, daß jede aktive Rechtsgutsbeeinträchtigung - außerhalb erlaubter Risiken - verboten ist. Daraus folgt aber auch weiterhin, daß alle Gefahren, die aus dem eigenen Freiheitsbereich herrühren, dergestalt abzuschirmen

¹⁷ Vgl. hierzu auch *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 23 ff. und passim m.w.N.

¹⁸ Näher hierzu *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 120 ff. m.w.N.

¹⁹ Ausführlich zur Problematik *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 93 ff. und passim.

sind, daß die Freiheitsbereiche anderer nicht sozial inadäquat tangiert werden. Jeder hat also die Pflicht, Gefahren für andere aus dem eigenen Zuständigkeitsbereich aktiv auf sozial tolerable Mindestrisiken zu reduzieren; wer dies nicht tut, haftet für Schäden, die er durch Gefahrreduktion hätte verhindern können. Daneben kennt das Strafrecht auch Adressaten, die dafür zuständig sind, daß Freiheitsbereichen anderer global oder bereichsweise kein Schaden droht. Solche Pflichten werden institutionell begründet, etwa durch Verträge oder gesetzliche Sonderzuständigkeiten. Beispiele für solche Adressaten sind Eltern oder Ehegatten. Solche Garanten haften, wenn sie ihren Schutzpflichten nicht nachkommen.

VI. Abkehr vom Dogma der Straftat als Handlung

Das soeben skizzierte Straftatmodell unterscheidet sich nicht unerheblich von traditionellen Ansätzen. Die Besonderheiten liegen hierbei weniger in der Abkehr von ontologischen, psychologischen oder anthropologischen Prämissen und der Hinwendung zu den normativ-kommunikativen Strukturen sozialen Handelns - Überlegungen in dieser Richtung finden in der Strafrechtswissenschaft zunehmende Beachtung -, sondern vor allem in der bereits eingangs erwähnten Verabschiedung des Dogmas von der Straftat als Handlung.

Nach dem hier vertretenen Modell lautet der strafrechtliche Vorwurf, der Täter habe pflichtwidrig und schuldhaft eine Norm nicht handelnd befolgt. Nach dem Dogma von der Straftat als Handlung lautet dagegen der strafrechtliche Vorwurf, der Täter habe rechtswidrig und schuldhaft gehandelt. Handeln ist von seinem umgangssprachlichen Verständnis her immer intentionales Verhalten. Die Intention, die Absicht, ist das Ziel bzw. der Grund, warum jemand sich in einer bestimmten Weise verhält²⁰. Intentional nicht gesteuertes und damit nicht erklärbares Verhalten ist kein Handeln; wer dies ignoriert, entfernt sich von unseren alltäglichen Verantwortlichkeitsvorstellungen und verwendet damit einen Handlungsbegriff, der weder in formellen noch in informellen Zurechnungskontexten eine umgangssprachliche Stütze hat.

Realisiertes intentionales Handeln als Unrechtsvoraussetzung gibt es im Strafrecht nur in wenigen Fällen; beim Diebstahl etwa muß der Täter eine fremde Sache gerade in der Absicht wegnehmen, sich dieselbe zuzueignen (§ 242 StGB). Hier gehört die Intention zur strafrechtlichen Verhaltensbeschreibung. In den weitaus meisten anderen Fällen von Straftaten wird das Unrecht nicht durch solche Intentionen gekennzeichnet. Offensichtlich ist dies in allen Fällen der Fahrlässigkeitshaftung. Man denke etwa an die Konstellation, daß A beim leichtsinnigen Umgang mit einem Gewehr einen Schuß auslöst, der den B tötet. Hier mag A zwar vieles intentional getan haben, eines aber sicher nicht: die Tötung. Das Dogma von der Straftat als Handlung will jedoch noch eine andere Funktion erfüllen, die es ersichtlich nicht

²⁰ Näher hierzu *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980, S. 153 ff. und passim m.w.N.

erfüllen kann, nämlich strafbares von straflosem Verhalten abzugrenzen. Eine ebenso breite wie nutzlose Diskussion ging etwa um die Frage, ob Reflexverhalten oder automatisches Verhalten als Handeln im strafrechtlichen Sinne begriffen werden kann²¹. Daß das Dogma von der Straftat als Handlung erst recht vor einer plausiblen Lösung der Haftungsfrage bei den Beispielen vom übermüdeten Kraftfahrer oder vom Ohnmachtsanfall im Porzellangeschäft kapitulieren muß, liegt auf der Hand.

Alle diese Scheinprobleme sind mit einem Male verschwunden, wenn die strafrechtliche Verantwortlichkeit anders definiert wird. Nach dem hier skizzierten Modell wird dem Täter vorgeworfen, nicht normgemäß gehandelt zu haben, obgleich er hierzu in der Lage gewesen wäre. Das Handeln, das hier eine Rolle spielt, ist ausschließlich intentionales Handeln: die zielgerichtete Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung, und zwar um der Normbefolgung willen. Dem Täter wird also nicht vorgeworfen, er habe normwidrig gehandelt, sondern nicht normgemäß gehandelt. Damit ist die Frage vom Tisch, ob sein Verhalten, das zur Tatbestandsverwirklichung geführt hat oder hätte führen können, als Handlung zu qualifizieren ist. Dieses Verhalten kann bewußtlos, automatisiert, reflektiert oder auch intentional gewesen sein; all dies spielt keine Rolle, es sei denn, daß der Tatbestand eines Delikts ausdrücklich intentionales Verhalten verlangt. Beispiele: Beim Vorfall im Porzellangeschäft ist zu fragen, ob der Täter seinen Ohnmachtsanfall samt Schadensfolgen hätte vorhersehen und deshalb die Schädigung hätte vermeiden können. Nach demselben Muster ist bei dem Kraftfahrer zu fragen, ob er es um der Vermeidung eines Unfalls willen hätte einrichten können, sein Auto nicht übermüdet zu steuern, so daß er in eine Situation mangelnder Vermeidefähigkeit samt Unfallfolgen nicht gekommen wäre.

Die Ermöglichung solch zwangloser Problemlösungen zeigt, daß eine Interpretation der Straftat als teleologisches Konstrukt der Zuschreibung von Verantwortung nicht nur wissenschafts- und rechtstheoretisch valide, sondern auch in seiner dogmatischen Leistungsfähigkeit traditionellen Ansätzen überlegen ist.

²¹ Überblick bei *Wessels AT*, 26. Aufl. 1996, Rn. 85 ff.

Herausgegeben von

Professor Dr. Hans Erich Brandner, RA beim BGH Karlsruhe
 Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster
 Professor Dr. Christian Starck, Göttingen
 Professor Dr. Rolf Stürner, Richter am OLG, Konstanz
 Professor Dr. Ulrich Weber, Würzburg

Redaktion

Dr. Franz-Peter Gillig, 7400 Tübingen, Wilhelmstraße 18,
 Telefon (07071) 26064

Seite 1–48

Juristen JZ Zeitung

40. Jahrgang 4. Januar 1985 1

Aufsätze

Professor Dr. Joachim Hruschka, Erlangen

Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?*

I. Zwei Begriffe von systematischer Forschung

In seinem Aufsatz *Can Analytical Philosophy be Systematic and Ought it to Be?*¹, dessen Titel auch bei der Formulierung des Titels dieses Vortrags Pate gestanden hat, unterscheidet der Oxford-Philosoph *Dummett* zwei verschiedene Bedeutungen des Ausdrucks „systematisch“, wenn das Wort im Zusammenhang mit einem bestimmten Forschungsbereich gebraucht wird. Im ersten Sinne des Wortes ist eine Untersuchung systematisch, wenn sie in eine wohlgeordnete und gegliederte Theorie und, wie hinzuzufügen ist, in eine umfassende Theorie einmünden soll. Im zweiten Sinne ist sie systematisch, wenn sie gemäß allgemein anerkannten Methoden vorgeht und ihre Ergebnisse an allgemein anerkannten Kriterien gemessen werden. Die beiden Bedeutungen des Wortes „systematisch“ sind prinzipiell voneinander unabhängig. So geht z. B. historische Forschung nur im zweiten Sinne des Wortes systematisch vor, insofern es für sie anerkannte Untersuchungsmethoden gibt sowie anerkannte Kriterien zur Überprüfung der jeweils erzielten Forschungsergebnisse. Im ersten Sinne des Wortes dagegen ist historische Forschung nicht systematisch, weil sie nicht in eine gegliederte Theorie einmündet (und nach den Intentionen der Historiker wohl auch nicht einmünden soll). Dasselbe behauptet *Popper*² für die Naturwissenschaften: „Unsere Wissenschaft ist kein System von gesicherten Sätzen, auch kein System, das in stetem Fortschritt einem Zustand der Endgültigkeit zustrebt.“ Daß die Naturwissenschaften im zweiten Sinne des Wortes systematisch vorgehen, leugnet natürlich auch *Popper* nicht.

Nicht selten ist es freilich so, daß (im zweiten Sinne des Wortes) systematisch vorgehende Untersuchungen auf eine (im ersten Sinne des Wortes) systematisch zu entwickelnde Theorie ihres Gegenstandsbereichs hindrängen; und zwar gleichgültig, ob dies den Intentionen der einzelnen Forscher, die in der fraglichen Disziplin arbeiten, entspricht oder nicht entspricht. *Poppers* Deutung der Naturwissenschaften wird denn auch keineswegs von allen kompetenten Forschern geteilt. Im Gegenteil: Die Auffassung ist weit verbreitet, daß

insbesondere die Theoretische Physik nicht nur im zweiten, sondern auch im ersten Sinne des Wortes systematisch ist und auf die Errichtung einer umfassenden Theorie zustrebt. Das geht so weit, daß der in Cambridge arbeitende Mathematiker *Hawking*³ vor einigen Jahren sogar die Frage stellen konnte, ob das Ende der Theoretischen Physik nicht bereits abzusehen sei. *Hawking* fragt, ob wir nicht am Ende des Jahrhunderts über eine vollständige und konsistente Einheitstheorie für alle physikalischen Zusammenhänge verfügen werden, die alle möglichen Beobachtungen beschreiben wird. Die Frage beruht auf bestimmten Annahmen über die Möglichkeit einer sog. Grand Unified Theory. Man geht dabei davon aus, daß es vier und nur vier Kräfte sind, die das Universum beherrschen: die starke, die elektromagnetische und die schwache Wechselwirkung und die Gravitation. Deshalb zentriert sich das Forschungsinteresse der heutigen Physik auf die noch nicht entdeckten Teilchen, die für die fraglichen physikalischen Zusammenhänge verantwortlich sind. Spektakuläre Erfolge sind hier erst jüngst erzielt worden; der diesjährige Nobelpreis für Physik⁴ ist ein Zeichen dafür. Man denkt daran, daß die Grand Unified Theory in dem Augenblick möglich wird, in dem alle diese Teilchen gefunden und untersucht sind. In der Grand Unified Theory aber sieht *Hawking* den entscheidenden Schritt in Richtung auf die Konstruktion einer vollständigen und konsistenten Einheitstheorie des Universums.

Es kann kein Zweifel sein, daß eine solche vollständige und konsistente Einheitstheorie, wie sie die Physiker im Auge haben, die umfassende Theorie ist, die die Theoretische Physik in dieser gänzlich anti-*Popper*-schen Deutung zu einer im ersten Sinne des Wortes systematisch betriebenen Wissenschaft macht. Aber es gibt auch Wissenschaften, in bezug auf die es, soweit ich sehe, unstrittig ist, daß sie in beiden Bedeutungen des Wortes systematisch betrieben werden. Zu ihnen gehört die Geometrie, die einerseits fraglos nach anerkannten Methoden vorgeht und die Beurteilung ihrer Forschungsergebnisse anhand anerkannter Kriterien gestattet und andererseits über eine gegliederte, ihren gesamten Gegenstandsbe-

* Vortrag, gehalten auf Einladung der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften e. V. Hamburg am 11. 12. 1984 in Hamburg.

¹ In *D. Henrich* (ed.), *Ist systematische Philosophie möglich?*, Hegel-Studien, Beiheft 17 (1977), S. 305 ff., 322 ff. – Übersetzung in: *M. Dummett*, *Wahrheit*, 1982, S. 184 ff., 214 ff.

² *K. S. Popper*, *Logik der Forschung*, 6. Aufl. 1976, S. 223.

³ *St. Hawking*, *Is the end in sight for theoretical physics?*, Cambridge 1980, S. 1 ff. Der folgende Bericht teilweise nach *Z. R. van Straaten*, *Is the End in Sight for Philosophical Knowledge?*, Cape Town 1981, S. 1.

⁴ Der Nobelpreis wurde zwei leitenden Mitarbeitern am CERN, *C. Rubbia* und *S. van der Meer*, verliehen, u. a. für den Nachweis der Träger der schwachen Wechselwirkung, der sog. Weakonen W^+ , W^- und des neutralen Z^0 .

reich abdeckende Theorie verfügt oder jedenfalls zu einer solchen umfassenden Theorie hinstrebt. Es ist möglich, daß auch in der Geometrie die Forschung einmal zum Stillstand kommen wird, falls sie nicht bereits zum Stillstand gekommen ist, dann nämlich, wenn die Konstruktion einer umfassenden, alle Teilgebiete der Geometrie abdeckenden Theorie erreicht ist.

II. Zur Auflösung des Systembegriffs in der Jurisprudenz

Ich habe bis jetzt Geschichte, Physik und Geometrie erwähnt. Es stellt sich die Frage, ob die Jurisprudenz diesen anerkannten und zudem offensichtlich erfolgreichen Wissenschaften etwas Vergleichbares an die Seite zu stellen hat. Allerdings möchte ich die Frage hier nur für ein Teilgebiet der Jurisprudenz, die Strafrechtslehre, aufwerfen und mich dabei auch noch auf das Kerngebiet der Strafrechtslehre beschränken, also auf das, was man, grob gesprochen, die „Allgemeinen Lehren vom Verbrechen“ nennen kann. Dies deshalb, weil es zwischen den verschiedenen juristischen Disziplinen möglicherweise wesentliche Unterschiede gibt, die ihren Einfluß auf die Beantwortung unserer Frage haben. Ich kann auf die Problematik dieser Unterschiede hier nicht im einzelnen eingehen. Jedenfalls braucht das, was für das Kerngebiet der Strafrechtslehre richtig ist, nicht einmal für jeden anderen Zweig der gesamten Strafrechtslehre zu gelten, geschweige denn für die anderen juristischen Disziplinen. Womit ich nicht ausschließen will, daß die Frage auch für andere Teilgebiete der Jurisprudenz aufgeworfen werden könnte.

Auf meine Frage nach der Vergleichbarkeit der Strafrechtslehre in dem bezeichneten engen Sinne mit den anerkannten Wissenschaften wie Geschichte, Theoretische Physik und Geometrie kann ich mir verschiedene Reaktionen vorstellen. Eine Reaktion könnte die Antwort sein, daß die Strafrechtslehre „selbstverständlich“ systematisch in beiden Bedeutungen des Wortes vorgeht oder, vielleicht besser, vorgegangen ist, und diese Reaktion könnte sich unter anderem auf die jedem Juristen geläufige Tatsache stützen, daß in der einschlägigen Literatur häufig vom „System“ des Strafrechts oder jedenfalls von strafrechtlichen „Systemen“ die Rede ist. Doch ist dabei Vorsicht geboten. Wenn der Ausdruck „System“ im Plural gebraucht wird, wenn also von strafrechtlichen „Systemen“ gesprochen wird, dann besagt er ausschließlich dies, daß es mehr oder weniger geordnete Darstellungen des heute geltenden Strafrechts gibt. Es geht dabei also allein um didaktische Systeme. Nimmt man den Ausdruck „System“ dagegen im Singular, dann ist er heute gerade auch in einer Zusammensetzung wie „System des Strafrechts“ mit Zweideutigkeiten belastet. Bekanntlich tritt das Wort „System“ auch in Kombinationen wie „politisches System“, „Wirtschaftssystem“ usw. auf, und in solchen Zusammenhängen meint der Ausdruck, wenn er überhaupt etwas bedeutet, eine gesellschaftliche Praxis und nicht eine Theorie. Es scheint mir kein Zufall zu sein, daß Dummett, dem es genauso wie mir um eine Theorie und nicht um eine Praxis geht, das Substantiv „System“ im wesentlichen vermeidet und statt dessen den Ausdruck „articulated theory“ bevorzugt, was ich mit „wohlgeordnete, gegliederte Theorie“ übersetzt habe. Denn es gilt, Verwechslungen mit derartigen Verwendungsweisen des Wortes „System“ möglichst auszuschließen. Speziell für die Jurisprudenz kommt hinzu, daß es im Bereich unserer Disziplinen eine Diskussion gibt, in der unter anderem auch von einem sog. offenen und von einem sog. beweglichen System die Rede ist. Dabei sollen diese Ausdrücke nicht etwa nur darauf hinweisen, daß unsere Überlegungen und Untersuchungen noch nicht abgeschlossen sind, sie leben vielmehr von der These, daß sich der Gegenstand der Jurisprudenz ständig ändert. Wohlgemerkt: Nicht etwa nur unsere Kenntnis dieses Gegenstandes oder die Perspektive, in der wir ihn betrachten, sondern der Gegenstand der Jurisprudenz selbst soll sich verändern, weil sich das politische, das Gesellschaftssystem mehr oder weniger unmerklich ändert, das den Gegenstand der Jurisprudenz, das Recht, produziert. Sie sehen, wie hier verschiedene Begriffe durcheinandergelassen, miteinander vermischt werden, wie ihre Grenzen verschwimmen. Der Systembegriff befindet sich offenbar in voller Auflösung, auch wenn man am Wort „System“ immer noch festhält. Es scheint mir wenig sinnvoll zu sein,

hinter dieser Entwicklung herzulaufen und mit einem Systembegriff zu arbeiten, er mag so gut definiert sein, wie er will, um dann doch immer wieder mißverstanden zu werden. Ich werde deshalb das Substantiv „System“ jedenfalls zur Kennzeichnung einer umfassenden Theorie nicht weiter verwenden, und ich werde mich auch erst gar nicht auf die Frage einlassen, ob die Strafrechtslehre bereits ein „System des Strafrechts“ hervorgebracht hat oder nicht, weil eine solche Frage heute völlig offen läßt, was sie überhaupt meint.

III. Gibt es eine umfassende Theorie des Strafrechts?

Über eine wohlgeordnete, gegliederte und umfassende Theorie ihres Gegenstandsbereichs verfügt die Strafrechtslehre zur Zeit jedenfalls nicht. Ich nehme Geometrie und Theoretische Physik zum Maßstab und stelle die folgenden Postulate auf, an denen ich die Strafrechtslehre messe. Es sind dies neben anderen, auf die ich später zu sprechen kommen werde⁵, die folgenden drei:

1. Eine wohlgeordnete und gegliederte Theorie eines Gegenstandsbereichs muß die Grundbegriffe, auf denen sie aufbaut, sämtlich herausfinden, unter dem Gesichtspunkt darstellen, warum gerade sie die Grundbegriffe sind, und sie muß die Begriffe in ihrem Verhältnis zueinander bestimmen.
2. Zwischen zusammengehörigen Sätzen oder Begriffen der Theorie, die verschiedenen Rang haben, muß ein Ableitungsverhältnis bestehen, und dieses Ableitungsverhältnis muß exakt dargelegt sein oder doch exakt dargelegt werden können.
3. Ganz generell müssen die Begriffe, mit denen die Theorie arbeitet, Grundbegriffe und Begriffe minderen Ranges, klare und distinkte Begriffe sein.

Soweit ich sehe, kommt die Strafrechtslehre der Gegenwart diesen Forderungen nicht in ausreichendem Maße nach.

1. Zu den sog. Straftheorien

Sieht man die heutigen Lehrbücher des Strafrechts durch, dann zeigt sich, daß die Autoren ihrer Darstellung in der Regel eine Übersicht über die sog. Straftheorien und eine oft ausführliche eigene Stellungnahme dazu voranschicken. Man könnte daher auf den Gedanken kommen, die Fundamente einer umfassenden Theorie seien bei diesen Straftheorien zu suchen. Je nach Autor wären es dann der Vergeltungsgedanke oder der Präventionsgedanke in seinen verschiedenen Ausprägungen oder ähnliche Überlegungen, die am Grunde der Allgemeinen Lehren vom Verbrechen lägen. Es ist indessen so, daß keine dieser Straftheorien ohne gewisse Einschränkungen auskommt. Als solche Einschränkungen werden häufig der Grundsatz „nulla poena sine lege!“ und das sog. Schuldprinzip angeführt, das man trotz der Vieldeutigkeit des Wortes „culpa“ in Anlehnung an eine Reihe von Autoren vielleicht mit dem Satz „nulla poena sine culpa!“ wiedergeben könnte. Denkt man auf dieser Linie weiter, dann zeigt sich, daß es nicht nur zwei, sondern vier Grundsätze dieser Art gibt – „Keine Strafe ohne Schuld!“, „Keine Strafe ohne rechtswidrige Tat!“, „Keine Strafe ohne Gesetz!“, „Keine Strafe ohne eine Tat dessen, der bestraft werden soll!“ –, Grundsätze, deren Geltung heute wohl niemand bestreiten wird, obwohl nur zwei von ihnen in dieser apodiktischen Weise ausgesprochen zu werden pflegen. Jeder der vier Grundsätze begrenzt die Möglichkeit von Strafe, die von den Straftheorien so oder so begründet wird. Denn schließlich ist es so, daß der Vergeltungsgedanke zur Begründung für eine Strafe auch bei der bloßen Verursachung eines Verletzungserfolgs eingesetzt werden kann, daß der Gedanke der Generalprävention etwa eine Sippenhaft nicht ausschließt und daß der Gedanke der Spe-

⁵ Siehe unten unter V.

⁶ „Culpa“ bedeutet in erster Linie „Fahrlässigkeit“, weshalb das „Schuldprinzip“, wenn man versucht, seinen Inhalt zu bestimmen, eigentlich besser mit dem Satz „nulla poena sine reatu!“ wiederzugeben wäre.

zialprävention von einem deliktischen Fehlverhalten des Probanden in der Vergangenheit unabhängig ist – um nur die drei traditionellen Straftheorien anzudeuten. Um Anwendungen der Strafbegründungstheorien auszuschließen, die wir als mißbräuchlich empfinden, benötigen wir die vier Grundsätze. Das aber heißt: Jeder dieser vier Sätze ist logisch von den Strafbegründungstheorien unabhängig; und das bleibt auch dann richtig, wenn die strafbegründenden und die strafbegrenzenden Prinzipien in ein und derselben Doktrin zusammengefaßt werden.

Nun ist Ihnen sicher aufgefallen, daß sich die angeführten vier Grundsätze auf die vier Elemente im Definiens des Straftatbegriffs beziehen. Der Grundsatz „Keine Strafe ohne Schuld!“ sagt, daß von einer Straftat nur dann gesprochen werden kann, wenn die jeweils in Rede stehende Tat zur Schuld zugerechnet werden kann; der Grundsatz „Keine Strafe ohne rechtswidrige Tat!“ sagt, daß von einer Straftat nur dann gesprochen werden kann, wenn die fragliche Tat als rechtswidrig beurteilt werden kann; den Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz!“ kann man so interpretieren, daß er sagt, von einer Straftat könne nur dann gesprochen werden, wenn die Tat einen gesetzlichen Deliktstatbestand erfüllt; und der Grundsatz „Keine Strafe ohne eine Tat dessen, der bestraft werden soll!“ sagt, daß von einer Straftat nur dann gesprochen werden kann, wenn ein konkretes Ereignis oder die Abwesenheit eines solchen Ereignisses überhaupt als Tat, d. h. als Vornahme oder Unterlassung einer Handlung, zugerechnet werden kann. Damit haben wir den Straftatbegriff vollständig erfaßt, denn nach allgemein anerkannter Definition ist eine Straftat jede objektiv und subjektiv deliktstatbestandsmäßige, rechtswidrige und zur Schuld zuzurechnende – meistens heißt es „schuldhaft“ – Vornahme oder Unterlassung einer Handlung. Diese Feststellung aber erlaubt den folgenden Schluß: Sind die vier Grundsätze, die die Möglichkeit von Strafe einschränken, von den sog. Straftheorien logisch unabhängig, dann gilt dasselbe auch für die vier Elemente im Definiens des Straftatbegriffs, und das heißt nichts anderes als dies, daß sich aus den Straftheorien nicht einmal der Begriff der Straftat ableiten läßt. In der Tat: Die Straftheorien haben es mit der Strafe als der *Rechtsfolge* zu tun, die an Straftaten geknüpft ist, und nicht mit dem Straftatbegriff, der die *Rechtsfolgevoraussetzungen* formuliert.

Es ist deshalb kein Zufall, daß die sog. Straftheorien, welche von ihnen auch immer, in unserem Zusammenhang auch sonst folgenlos bleiben. Das soll heißen: Diese Theorien versagen, wenn es um die strafrechtliche Beurteilung einzelner immer wiederkehrender Fallkonstellationen geht.

Greifen wir als Beispiel die Fallkonstellation heraus, die heute üblicherweise die Bezeichnung „dolus generalis-Fall“ trägt. Ihre Behandlung gehört zum Repertoire eines jeden Strafrechtslehrbuchs. Dabei wird im allgemeinen die Frage aufgeworfen, ob der Täter ein vorsätzliches vollendetes Delikt oder ein vorsätzliches versuchtes Delikt in Tateinheit oder in Tateinheit mit einem Fahrlässigkeitsdelikt begangen hat. Keine der Straftheorien, welche auch immer, kann einen intellektuell ernst zu nehmenden Grund dafür liefern, das Problem so oder anders zu lösen. Wie soll auch mit Hilfe des Vergeltungs- oder des Präventionsgedankens darüber entschieden werden, ob eine Tat vollendet oder versucht worden ist? Oder darüber, wie es mit ihren Vorsatz- und Fahrlässigkeits-elementen steht? Die Lösungsvorschläge, die von den verschiedenen Autoren zu dem Problem gemacht werden, haben denn auch mit den von denselben Autoren vorgetragenen straftheoretischen Grundanschauungen nichts mehr zu tun. Sie können, was auch tatsächlich vorkommt, beliebig variiert werden, ohne daß der betreffende Autor seine Straftheorie aufgeben müßte. Das aber heißt: Ein Ableitungszusammenhang zwischen den sog. Straftheorien oder einer von ihnen einerseits und den Lösungen des „dolus generalis“-Problems andererseits besteht nicht. Dasselbe gilt für das Verhältnis zwischen den Straftheorien und den Lösungsvorschlägen für die anderen Fallkonstellationen, die in den Lehrbüchern behandelt werden.

Kein Zweifel, daß es wichtig ist, sich mit den Straftheorien zu befassen. Aber zwischen ihnen und den Allgemeinen Lehren vom Verbrechen besteht eine Kluft, die einfach nicht zu übersehen ist. Die Annahme, die Straftheorien oder eine von ihnen bildeten die Grundlage einer umfassenden Theorie des Strafrechts, scheidet daher jedenfalls am zweiten Postulat.

2. Zu den Elementen im Definiens des Straftatbegriffs

Angesichts dieses Ergebnisses dürften beim heutigen Stand der Strafrechtslehre die genannten vier Elemente im Definiens des Straftatbegriffs noch die besten Aussichten darauf haben, als Grundbegriffe einer umfassenden Theorie der Allgemeinen Lehren vom Verbrechen anerkannt zu werden. Ich selbst bin mir zwar keineswegs sicher, daß sie die Grundbegriffe sind. Doch mag das hier dahingestellt bleiben. Lassen Sie uns statt dessen einmal um des Arguments willen annehmen, die Begriffe der Vornahme und Unterlassung einer Handlung, des objektiven und subjektiven Deliktstatbestands und der Tatbestandsmäßigkeit, der Rechtswidrigkeit und der Schuld seien die Grundbegriffe der geforderten Theorie. Bei einer angemessenen Ausfüllung dieser Begriffe mag es so sein, daß mit dem zweiten Postulat keine unüberwindlichen Schwierigkeiten entstehen. Doch scheidet die Annahme, wir verfügten auf der Basis dieser Begriffe über eine wohlgeordnete, gegliederte und umfassende Theorie unseres Gegenstandsbereichs, bereits am ersten Postulat.

Was wir besitzen, ist bestenfalls eine lockere Aufzählung der Grundbegriffe, nicht aber eine zureichende Begründung dafür, daß und warum gerade und nur die fraglichen Begriffe die Grundbegriffe einer umfassenden Theorie sein sollen. Und es fehlt auch an Lehrsätzen, die die Beziehungen zwischen den Begriffen bestimmen, und zwar so genau, daß jedenfalls bis zu einem gewissen Grade an den solchermaßen bestimmten Verhältnissen kein vernünftiger Zweifel mehr möglich ist. So wie etwa in der *Euklidischen* Geometrie an dem Verhältnis zwischen den Begriffen des Punktes, der Geraden, der Ebene und des Raumes kein vernünftiger Zweifel besteht. Vielleicht läßt sich das, was ich meine, wie folgt erläutern: Es spricht einiges dafür, daß die folgenden drei Urteile, das Zurechnungsurteil erster Stufe (d. h. die Zurechnung eines Ereignisses oder seiner Abwesenheit als Vornahme oder Unterlassung einer Handlung), das Rechtswidrigkeitsurteil und das Zurechnungsurteil zweiter Stufe (d. h. die Zurechnung der rechtswidrigen Tat zur Schuld), mit den Dimensionen des *Euklidischen* Raumes verglichen werden können, ein Vergleich, der sicherlich präzisierungsbedürftig ist und keinesfalls gepfeift werden darf. Jedenfalls ist es so, daß das Zurechnungsurteil zweiter Stufe das Rechtswidrigkeitsurteil und dieses das Zurechnungsurteil erster Stufe einerseits voraussetzt und andererseits impliziert⁷, und dies in einer ähnlichen Weise wie der Begriff des Raumes den der Ebene und dieser den Begriff der Geraden einerseits voraussetzt und andererseits impliziert. Gesetzt, dies sei so, dann müßte das in eine wohlgeordnete und gegliederte Theorie entsprechend eingeführt und dann von ihr durchgeführt werden. Das – oder etwas Vergleichbares – geschieht jedoch nirgends. Gewiß: Die Frage wird erörtert, ob Schuld ohne Unrecht gedacht werden kann oder nicht. Wir kennen auch die Auseinandersetzung um die Frage, ob der Delikttaufbau ein dreistufiger oder ein zweistufiger ist, bei der es um das Verhältnis von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einer Tat geht. Es wird auch erörtert, wie sich Deliktstatbestand und Handlung zueinander verhalten.

⁷ Daß jede Gesetzesanwendung ein Zurechnungsurteil erster Stufe impliziert, scheint zuerst *Christian Wolff* gesehen zu haben; eine frühe Anwendung des Gedankens auf das Strafrecht findet sich bei *Joh. Christ. Koch* (zu beiden vgl. *Verf. ZStW* 96 (1984), S. 692 ff.). Eine dazu parallele Implikation formuliert das bekannte „ought“ implies „can“, das in der heutigen Moralphilosophie, aber auch in der deontischen Logik eine Rolle spielt.

Aber schon die Heterogenität dieser Formulierungen zeigt, daß die Dinge nicht unter einem einheitlichen Gesichtspunkt gesehen werden und daß es folglich eine umfassende Antwort auf eine umfassende Frage nicht oder jedenfalls noch nicht gibt.

3. Klare und distinkte Begriffe?

Es kommt hinzu, daß die Strafrechtslehre auch Schwierigkeiten mit dem dritten Postulat hat. Die allgemeine Anerkennung der Definition des Straftatbegriffs ist eine Einigkeit im wesentlichen über Wörter, keine Einigkeit über die dabei anvisierten Begriffe. Darüber besteht jedenfalls Einigkeit; aber es deutet auch auf grundsätzliche Unklarheiten hin.

Inhaltlich höchst problematisch sind weiter die so wichtigen Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, nicht zuletzt deshalb, weil sie teilweise immer noch so definiert werden, daß an der Schnittstelle zwischen dem sog. bedingten Vorsatz und der sog. bewußten Fahrlässigkeit eine – von niemandem beabsichtigte – Lücke klafft; und das, obwohl diese Lücke schon vor einem Vierteljahrhundert bemerkt und kritisiert worden ist⁸.

Nicht selten wird auch die formale und deshalb nicht steigerungsfähige Rechtswidrigkeit mit dem materialen und deshalb steigerungsfähigen Unrecht verwechselt.

Einige wenige weitere Beispiele, die jedoch um zahlreiche andere vermehrt werden könnten, gehen mehr in die Einzelheiten. So hat etwa der Begriff der Notwehr in führenden Kommentaren und Lehrbüchern einen je verschiedenen Inhalt, wenn von Notwehr gegenüber einem erwachsenen und geistig gesunden Angreifer oder wenn von Notwehr gegenüber einem Kind oder einem Geisteskranken die Rede ist. Das Wort „Notwehr“ deckt also mindestens zwei, wahrscheinlich sogar mehr als zwei Begriffe, die nicht auseinandergehalten werden⁹.

Ebenso unklar ist in der Regel der Begriff des rechtfertigenden Notstands. Entweder werden der sog. zivilrechtliche Notstand und der sog. allgemeine rechtfertigende Notstand beziehungslos nebeneinander gestellt, obwohl auch der sog. zivilrechtliche Notstand anerkanntermaßen ein rechtfertigender Notstand ist. Oder aber die sehr genau differenzierende Regelung des zivilrechtlichen Notstands wird ohne weiteres als eine Regelung angesehen, die zu der des sog. allgemeinen rechtfertigenden Notstands parallel läuft, obwohl die Gründe, die eine solche Einschätzung verbieten, auf der Hand liegen¹⁰.

Ein letztes Beispiel. Um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert rezipieren die Strafrechtler die wichtige Unterscheidung von *actio libera in se* und *actio libera in causa*. Sieht man die Quellen durch, dann spricht alles dafür, daß sie diese Unterscheidung unmittelbar oder mittelbar von Pufendorf übernommen haben, dessen juristische Arbeiten aus den Jahren 1660 bis 1673 während des ganzen Verlaufs des 18. Jahrhunderts von größtem Einfluß gewesen sind¹¹. Pufendorf selbst hat die Unterscheidung nicht wie seine Vorgänger, soweit ich sie kenne, nur angedeutet, sondern für einen wichtigen Teil ihres Anwendungsbereichs auch durchgeführt¹². Das war den um das Jahr 1800 arbeitenden Strafrechtlern

⁸ Von E. Schmidhäuser, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, S. 305 ff.

⁹ Vgl. dazu Verf., Strafrecht nach logisch-analytischer Methode – Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 1983, S. 135 ff.

¹⁰ Vgl. dazu Verf., Strafrecht aaO (Fn. 9), S. 72 ff.

¹¹ Zwischen 1690 und 1770 sind die juristischen Arbeiten Pufendorfs nicht nur in die meisten europäischen Hauptsprachen übersetzt worden, sondern es ist auch eine Fülle von kommentierten Textausgaben einzelner Werke und von Kommentaren zu Pufendorf erschienen bzw. wieder aufgelegt worden. Vgl. dazu die instruktiven Übersichten bei H. Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf, 1972, S. 359 ff. Darüber hinaus ist beispielsweise bekannt, daß um die Mitte des 18. Jahrhunderts Pufendorfs *De Officio Hominis et Civis* an den Universitäten Innsbruck und Wien als Lehrbuch gedient hat (vgl. E. Seifert, Paul Joseph Riegger, 1973, S. 56, 151, 154). Auch sonst ist der Einfluß Pufendorfs in der Rechtslehre des 18. Jahrhunderts spürbar und durch viele Zitate belegt.

¹² Vgl. dazu einerseits Verf., Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, ZStW 96 (1984), S. 661 ff., andererseits Verf., Strafrecht aaO (Fn. 9), S. 335 ff.

offensichtlich geläufig¹³. Im 19. Jahrhundert aber geschieht folgendes: Der Ausdruck – Begriff kann ich nicht mehr sagen – „*actio libera in causa*“ wird weitergegeben und ist der Strafrechtslehre bis heute erhalten geblieben. Jeder Jura-Student im dritten Semester kennt ihn. Der Komplementärbegriff der *actio libera in se* dagegen verschwindet. Er wird im Verlaufe des vorigen Jahrhunderts schlicht vergessen. Nun ist der Ausdruck „*actio libera in causa*“ von seiner Grammatik und Semantik und von seinem Sachzusammenhang her gesehen aber völlig sinnlos, wenn die beiden Komplementärbegriffe auseinandergerissen werden. Er wird nicht mehr verstanden, kann nicht mehr verstanden werden. Ein jüngst erschienenenes englisch-sprachiges Strafrechtslehrbuch erfaßt die durch den Verlust des Komplementärbegriffs entstandene Situation daher völlig richtig, wenn es den Ausdruck als „peculiar“, also als „seltsam“ bezeichnet¹⁴. Die Folge war denn auch, daß es in den vergangenen anderthalb Jahrhunderten so manche Übersetzung und so manche Anwendung des Ausdrucks „*actio libera in causa*“ gegeben hat und bis heute gibt, die man nun ihrerseits nur noch als „seltsam“ bezeichnen kann. Der Ausdruck hat den Charakter eines Schlagworts angenommen, mit dessen Hilfe in den einschlägigen Fällen bestenfalls der Schein einer Lösung produziert wird. Das Ganze ist alles andere als ein Ruhmesblatt in der Geschichte der Strafrechtslehre; was auch noch dadurch unterstrichen wird, daß die französisch-sprachige Moraltheologie, die auf dem Wege über die im 18. Jahrhundert berühmten Übersetzungen von Barbeyrac¹⁵ aller Wahrscheinlichkeit nach ebenfalls von Pufendorf beeinflusst worden ist, die Gegenüberstellung von *actio libera in se* und *actio libera in causa* bis heute nicht vergessen hat¹⁶.

IV. Drei Beispiele für systematisches Arbeiten

Wenn aus alledem folgt, daß die Strafrechtslehre über eine wohlgeordnete, gegliederte und umfassende Theorie ihres Gegenstandsbereichs zur Zeit nicht verfügt, so ist es doch immerhin denkbar, daß sie eines Tages darüber verfügen wird.

Das setzt freilich systematische Arbeit im zweiten Sinne des Wortes „systematisch“ voraus. Es läßt sich zeigen, daß solche systematische Arbeit möglich ist und auch geleistet wird. Ohne irgendeinen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, möchte ich dazu drei Beispiele vorstellen.

1. Zur strafrechtlichen Irrtumslehre

Das erste Beispiel betrifft einen bestimmten Aspekt der strafrechtlichen Irrtumslehre. Diese geht in ihren Anfängen bis in die Antike zurück. Ihr, soweit ich weiß, ältestes Denkmal findet sich im Werk des Aristoteles¹⁷. Seit den Römischen Juristen ist die Unterscheidung zwischen der *ignorantia facti* und der *ignorantia iuris* geläufig, die fast zweitausend Jahre lang das Feld beherrscht. Spätestens die mittelalterlichen Moralphilosophen erkennen, daß die rechtliche bzw. moralische Wirkung einer *ignorantia facti* genauso wie die rechtliche oder moralische Wirkung einer *ignorantia iuris*, wenn einer *ignorantia facti* oder *iuris* eine solche Wirkung überhaupt zukommt, je nach Fallgestaltung bald eine Wirkung zugunsten, bald eine Wirkung zulasten des Täters ist. Die Unterscheidung ist dieselbe Unterscheidung, die heute als Differenz von „einfachem“ und „umgekehrtem“ Irrtum bekannt ist. In der

¹³ Vgl. die Hinweise beim Verf., Ordentliche und außerordentliche Zurechnung aaO (Fn. 12), S. 666 f. (Fn. 10).

¹⁴ C. R. Snyman, Criminal Law, Durban, Pretoria 1984, S. 136.

¹⁵ Vgl. die Zusammenstellung bei Denzer, aaO (Fn. 11), S. 360 f. und S. 364 f. Zum Übersetzer selbst vgl. Ph. Meylan, Jean Barbeyrac (1674–1744), Lausanne 1937.

¹⁶ Nachweise beim Verf., Strafrecht aaO (Fn. 9), S. 339.

¹⁷ Nachweise dazu und zur folgenden Entwicklungsgeschichte beim Verf., Das Strafrecht neu durchdenken!, GA 1981, S. 237 ff., 240.

jüngerer Vergangenheit wird, nicht ohne Umwege und Rückschläge, noch stärker differenziert. Die *ignorantia facti* wird, falls sie sich überhaupt auf relevante Umstände bezieht, eingeteilt in Irrtümer über Umstände, die nach einem Deliktstatbestand relevant sind, Irrtümer über Umstände, die nach einem Rechtfertigungstatbestand relevant sind, und Irrtümer über Umstände, die nach einem Entschuldigungstatbestand relevant sind. Der Begriff der *ignorantia iuris* aber löst sich auf. Zu unterscheiden ist statt dessen zwischen den Subsumtionsirrtümern und den Bewertungsirrtümern. Subsumtionsirrtümer sind Fehlleistungen, die bei der Zuordnung eines oder mehrerer einzelner Umstände zu einem Tatbestand vorkommen. Sie lassen sich daher genauso gliedern wie die Irrtümer über die relevanten Umstände selbst, können also bei der Subsumtion eines Umstandes unter einen Deliktstatbestand, bei der Subsumtion unter einen Rechtfertigungstatbestand oder bei der Subsumtion unter einen Entschuldigungstatbestand vorkommen. Bewertungsirrtümer dagegen betreffen eine Tat *als ganze*. Sie sind entweder Irrtümer über die Rechtswidrigkeit einer Tat oder Irrtümer bei der Zurechnung einer rechtswidrigen Tat zur Schuld. An die Stelle der alten Zweiteilung von *ignorantia facti* und *ignorantia iuris* ist damit die Dreiteilung von Tatumstandsirrtum, Subsumtionsirrtum und Bewertungsirrtum getreten, unter Beibehaltung der quer dazu verlaufenden Einteilung in Irrtümer, die, wenn sie wirken, zugunsten des Täters, und Irrtümer, die, wenn sie wirken, zugunsten des Täters wirken.

1972 hat Dreher¹⁸ zwar nicht die angedeutete Entwicklungsgeschichte, wohl aber ihr Ergebnis in einer klassisch knappen Weise zusammengefaßt. Gewiß: Es könnte noch stärker differenziert werden. Dreher selbst weist darauf hin, wenn er schreibt, daß auch zwischen den Irrtümern, die sich auf rein faktische Umstände beziehen, und den Irrtümern unterschieden werden muß, die sich auf den sozialen Sinn einer Handlung beziehen, ohne daß ein Irrtum der letzteren Art aber mit einem Subsumtionsirrtum verwechselt werden dürfte. Dieser, bis jetzt noch nicht behobene, Mangel ändert jedoch nichts daran, daß die systematische Arbeit einer oder zweier Juristengenerationen zu der genannten Dreiteilung geführt hat, die in Zukunft vielleicht überholt werden wird, hinter die man aber ohne Rationalitätsverlust nicht mehr zurückfallen kann.

Die Einteilungen sind alles andere als ein Selbstzweck. Auf ihrer Grundlage ist es beispielsweise möglich zu zeigen, daß bloße Subsumtionsirrtümer eines Täters *als solche* heute strafrechtlich irrelevant sind. Zwar können Subsumtionsfehler dazu führen, daß jemand eine rechtswidrige Tat irrig nicht für rechtswidrig hält oder daß jemand eine nicht rechtswidrige Tat irrig für rechtswidrig ansieht. Das heißt: Subsumtionsirrtümer können zu Bewertungsirrtümern führen, und Bewertungsirrtümer sind – in gewissen Grenzen – strafrechtlich relevant. Aber es ist nicht notwendig der Fall, daß ein Subsumtionsirrtum in einen Bewertungsirrtum einmündet. Es sind vielmehr Fälle denkbar, bei denen ein Subsumtionsfehler insoweit folgenlos bleibt. In diesen Fällen aber ist er gänzlich irrelevant, woraus folgt, daß ein Subsumtionsirrtum als solcher stets irrelevant ist und strafrechtliche Bedeutung überhaupt nur mittelbar erlangen kann, nämlich dann, wenn er einen Bewertungsirrtum zur Folge hat. – Auch andere Folgerungen können und müssen gezogen werden, auf die ich hier freilich nicht weiter eingehen kann.

2. Zur Konkurrenz- und Kollisionslehre

Ein zweites Beispiel. In einem im Jahre 1956 erschienenen Aufsatz zeigt Klug¹⁹, daß es nur eine begrenzte Zahl von Beziehungen gibt, in denen zwei Deliktstatbestände zueinan-

der stehen können. Klug arbeitet dabei mit Begriffen der Mengenlehre. Jeder Deliktstatbestand steht für eine Menge von Taten, nämlich für die Menge der wirklich begangenen oder denkbaren Taten, die ihn, den Tatbestand, erfüllen. Zwei Deliktstatbestände werden dadurch in eine Beziehung zueinander gesetzt, daß gefragt wird, wie sich die beiden Mengen, die sie repräsentieren, zueinander verhalten. Vier Varianten sind möglich; Klug spricht von „Identität“, „Subordination“, „Interferenz“ und „Heterogenität“: 1. Die beiden Mengen können identisch sein (Identität). 2. Die eine kann eine Teilmenge der anderen sein (Subordination). 3. Die beiden Mengen können sich in dem Sinn überschneiden, daß es Taten gibt, die nur den einen Tatbestand, Taten, die nur den anderen Tatbestand, und Taten, die sowohl den einen als auch den anderen Tatbestand erfüllen (Interferenz). 4. Die beiden Mengen können einander ausschließen, so daß keine Tat, die zu der einen Menge gehört, auch ein Element der anderen Menge ist (Heterogenität). Eine weitere Möglichkeit besteht nicht.

Dieser Befund dient Klug als Grundlage für eine wichtige Feststellung zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre. Er erlaubt nämlich die Schlußfolgerung, daß stets dann, wenn zwei derselben Rechtsordnung zuzurechnende Deliktstatbestände miteinander konkurrieren, sie entweder im Verhältnis der Subordination oder im Verhältnis der Interferenz zueinander stehen. Rein logisch gesehen, gibt es zwar noch die Möglichkeit, daß zwei Deliktstatbestände vollkommen kongruieren, weil die beiden Mengen, die sie repräsentieren, identisch sind. Aber kongruente Deliktstatbestände kommen in ein und derselben Rechtsordnung nicht vor – oder sollten doch jedenfalls nicht vorkommen –, so daß sich die Zahl der möglichen Beziehungen zwischen konkurrierenden Tatbeständen praktisch auf zwei reduziert. Das aber heißt, daß es auch nur zwei Formen sog. Gesetzeskonkurrenz geben kann: die Spezialität mit der Regel „*lex specialis derogat legi generali*“ und die Subsidiarität mit der Regel „*lex primaria derogat legi subsidiariae*“. Denn wenn es so ist, daß zwei konkurrierende Deliktstatbestände nur in zwei verschiedenen logischen Beziehungen zueinander stehen können, dann können auch nur zwei verschiedene Formen von Gesetzeskonkurrenz gedacht werden, die logisch gleichrangig sind. Daraus kann man u. a. schließen, daß die bis heute nicht seltene Annahme dreier gleichrangiger Formen von Gesetzeskonkurrenz – neben der Spezialität und der Subsidiarität wird oft auch noch eine sog. Konsumtion angenommen – logisch nicht einwandfrei ist.

Dies zu zeigen, war Klugs wesentlichstes Anliegen. Die Leistungsfähigkeit der von Klug angewendeten Methode erschöpft sich darin aber nicht. Man muß sich dazu nur daran erinnern, daß Regeln wie der Satz „*lex specialis derogat legi generali*“ in der Tradition nicht so sehr zur Lösung von Konkurrenzproblemen als zur Lösung von Kollisionsproblemen gedient haben. Das deutet auf einen Zusammenhang der strafrechtlichen Konkurrenzlehre mit der für das Strafrecht ebenfalls relevanten Lehre von den Pflichtenkollisionen hin; ein Zusammenhang, der dem in den herkömmlichen Kategorien denkenden Strafrechtler auf den ersten Blick als erstaunlich erscheinen mag, werden dabei doch Regeln, die in die Lehre von den Rechtfertigungsgründen gehören, mit Regeln scheinbar ganz anderer Art, die in dem heute maßgeblichen Schema an ganz anderer Stelle stehen, eben mit den Konkurrenzregeln, zusammengebracht. Und doch läßt sich zeigen, daß hier ein Zusammenhang besteht, und zwar ein sehr enger Zusammenhang. Ein Zusammenhang übrigens, den man sich, so glaube ich, auch sehr schnell plausibel machen kann. Man muß nur überlegen, daß sich das Kollisionsproblem und das Konkurrenzproblem gerade und nur dann stellen, wenn in

¹⁸ E. Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für Heintz, 1972, S. 207ff., S. 208–212.

¹⁹ U. Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68 (1956), S. 399ff.; zu Klug vgl. auch J. Seier, Die Gesetzesseinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura 1983, S. 225ff.; siehe jetzt auch K. H. Gössel in Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT Teilband 2, 6. Aufl. 1984, S. 392ff.

einer konkreten Situation zwei oder mehr als zwei Pflichten zusammentreffen. Das Kollisionsproblem stellt sich, wenn die Situation so beschaffen ist, daß der Pflichtige notwendig eine der ihm auferlegten Pflichten verletzt, wenn er eine andere Pflicht erfüllt. Das Konkurrenzproblem dagegen stellt sich, wenn die zusammentreffenden Pflichten nicht in dieser Weise gegeneinander wirken.

Es liegt auf der Hand, daß ich die Einzelheiten hier nicht darstellen kann. Die Probleme, die sich in diesem Bereich stellen, und ihre Lösungen lassen sich – teilweise mit den von *Klug* bereitgestellten Mitteln – ausarbeiten, und sie sind bis zu einem gewissen Grade auch schon ausgearbeitet worden²⁰. Ich will darüber hinaus nur noch die Vermutung äußern, daß die verbreitete, aber, soviel ich weiß, nirgends ausgearbeitete Vorstellung, Rechtfertigungstatbestände verhielten sich zu den Deliktstatbeständen wie Ausnahmen zu Regeln, mit dem Satz „*lex specialis derogat legi generali*“ logisch eng verwandt ist. Womit sich ein weiteres Arbeitsgebiet eröffnet, das mit den Mitteln der Logik bearbeitet werden kann und bearbeitet werden sollte, nicht zuletzt deswegen, weil dies auch auf eine weitere Klärung der Beziehungen zwischen den Deliktstatbeständen und den Rechtfertigungstatbeständen hoffen läßt.

3. Zur Entwicklung von Fallsystemen

Das dritte Beispiel. Strafprozesse führen bekanntlich nicht immer zu eindeutigen Tatsachenfeststellungen, oft bleiben Zweifel über den wirklichen Tathergang bestehen. Dabei gibt es auch Fallkonstellationen, die Probleme aufwerfen. Denn während die meisten Zweifelslagen durch eine einfache Anwendung des Satzes „*in dubio pro reo*“ erledigt werden können, kommen doch immer wieder Fälle vor, bei denen einerseits zwar nicht feststeht, *wie* der Angeklagte sich strafbar gemacht hat, bei denen andererseits aber doch eindeutig festgestellt werden kann, *daß* er eine Straftat begangen hat. Fälle dieser Art machen Sorgen, weil weder ein Freispruch in *dubio pro reo* noch eine Verurteilung des Angeklagten restlos plausibel gemacht werden können. Nun läßt sich zeigen, daß es vier und nur vier Grundtypen dieser problematischen Fälle gibt – wenn wir uns erst einmal auf die relativ einfache Situation beschränken, bei der die Mehrdeutigkeit der Tatsachenfeststellung sich auf zwei und nur zwei strafrechtlich relevante Sachverhalte bezieht. Die unterschiedliche Struktur dieser vier Fallkonstellationen bringt es mit sich, daß die Argumentation pro und contra Freispruch bzw. Verurteilung einen mehr oder weniger verschiedenen Charakter hat, je nachdem um welche Fallkonstellation es in einer konkreten Zweifelslage gerade geht²¹. Die beiden wichtigsten Fallkonstellationen, die Situation einer Alternativfeststellung und die Situation einer Postpendenzfeststellung, die in der Praxis am häufigsten vorkommen, sind lange Zeit nicht auseinandergehalten worden. Doch hat es dann in den siebziger Jahren eine fruchtbare Diskussion vor allem um die Postpendenzfälle gegeben²².

Die Feststellung, daß es vier verschiedene Fallgruppen und – unter der gemachten Voraussetzung – *nur* vier verschiedene Fallgruppen dieser Art gibt, war durch den Einsatz einfacher Mittel der Kombinatorik möglich geworden, in erster Linie durch den Einsatz einer aus 16 Spalten gebildeten Tafel, wie sie ähnlich auch bei der Entwicklung der Aussagenlogik eine Rolle spielt. Das hat den Aufbau eines, wie man heute sagen

kann, dyadischen Systems von Fällen ermöglicht, die in den Problemkreis „Eindeutige und mehrdeutige Tatsachenfeststellungen im Strafprozeß“ gehören. Das System gewährleistet, daß *alle* zusammengehörigen Fallkonstellationen und also auch alle problematischen Fallkonstellationen erfaßt werden.

Inzwischen ist die Entwicklung weit darüber hinausgegangen. Noch nicht prinzipiell neu ist dabei die Überlegung, daß ein dyadisches Fallsystem nur ein Glied in einer Kette von Systemen ist, die mit dem ihm entsprechenden monadischen Fallsystem beginnt und über das dyadische, das entsprechende triadische und das entsprechende tetradische System zu Systemen mit noch mehr Stellen fortschreitet. Die Voraussetzung, daß sich Eindeutigkeit und Mehrdeutigkeit der Tatsachenfeststellung gerade auf zwei und nur zwei relevante Sachverhalte beziehen, kann entsprechend variiert und deshalb prinzipiell aufgegeben werden. Neu ist hingegen die Erkenntnis, daß es eine Fülle solcher monadischer und dyadischer Fallsysteme und entsprechender Systemketten in vielen, scheinbar sehr verschiedenen Problembereichen des Strafrechts gibt. Zu diesen Problembereichen gehört nicht nur der Bereich „Eindeutige und mehrdeutige Tatsachenfeststellungen im Strafprozeß“, sondern etwa auch der Bereich „Verursachung eines Erfolges durch eine oder mehrere Ursachen“ oder der Bereich „Tatvorsatz in bezug auf die Verwirklichung eines oder mehrerer Deliktstatbestände“. Die Möglichkeiten, die sich hier eröffnen, lassen sich zur Zeit noch nicht überblicken. Sie sind jüngst von *Joerden* angedeutet worden, und *Joerden* hat gleichzeitig ein dyadisches Fallsystem für den Bereich entwickelt, der mit dem Stichwort „Tatvorsatz in bezug auf die Verwirklichung von zwei Deliktstatbeständen“ gekennzeichnet werden kann²³. Wieder garantiert das System, daß *alle* einschlägigen Fallkonstellationen und damit auch alle problematischen Fallkonstellationen erfaßt werden, insbesondere dann, wenn die Mittel der Kombinatorik auch *innerhalb* einer problematischen Fallgruppe konsequent eingesetzt werden. Auf diese Weise lassen sich beispielsweise für die *dolus* alternativus-Fälle, die in dieses dyadische Fallsystem gehören, alle die Lösungsvorschläge ausschalten, die auf einer Verwechslung oder Vermischung der Struktur des *dolus* alternativus mit der Struktur des *dolus* cumulativus beruhen. Darüber hinaus scheidet auch alle die Lösungsvorschläge als unzulänglich aus, die darauf aufbauen, daß sie nicht *sämtliche* Varianten der *dolus* alternativus-Konstellation berücksichtigen. Die Zahl der überhaupt diskutablen Lösungen wird auf diese Weise drastisch vermindert und damit zum ersten Male übersichtlich. Damit gewinnen auch die von *Joerden* ausgearbeiteten Lösungsvorschläge eine Plausibilität, die frühere Lösungsvorschläge nicht hatten, und das bleibt selbst dann richtig, wenn sie durch künftiges systematisches Argumentieren überholt werden sollten. Vor allem aber eröffnet die Möglichkeit, die einander entsprechenden Fallkonstellationen *verschiedener* dyadischer Fallsysteme miteinander zu vergleichen, höchst interessante Perspektiven. So, wenn man etwa die Alternativfeststellungsfälle, die Fälle alternativer Kausalität, die *dolus* alternativus-Fälle und die Fälle alternativer Pflichtanrufe miteinander vergleicht²⁴. Ich halte es für möglich, daß solche Vergleiche, wenn sie nur eindringlich genug vorgenommen werden, eines Tages zur Formulierung von Prinzipien für die Beschreibung und für die Lösung von Fällen führen werden, an die zur Zeit noch niemand denkt, die aber heutige Streitfragen ein für allemal erledigen.

²⁰ Vgl. *Verf.*, Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen, Festschrift für Larenz zum 80. Geburtstag, 1983, S. 257ff.

²¹ Vgl. dazu *Verf.*, Zur Logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger Beweisergebnisse im Strafprozeß, JZ 1970, S. 637ff.; *Verf.*, „Wahlfeststellung“ zwischen Diebstahl und sachlicher Begünstigung?, NJW 1971, S. 1392ff.

²² Siehe u. a. *J. Wolter*, Verurteilungen aus nicht tatbestandsmäßiger Nachtat?, GA 1974, S. 161 ff.; *W. Küper*, Probleme der „Postpendenzfeststellung“ im Strafverfahren, Festschrift für Lange, 1976, S. 65 ff.; *H.-L. Günther*, Verurteilungen im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976, S. 209 ff. u. ö. – Vgl. im übrigen *A. Eser* in *Schönke/Schröder*, StGB, 21. Aufl. 1982, § 1 Rn. 100ff.; *K. Lackner*, StGB, 15. Aufl. 1983, 3d zu § 1.

²³ Vgl. *J. C. Joerden*, Die „Verdoppelung“ – ein zentrales Strukturproblem des Strafrechts, GA 1984, S. 249ff., *ders.*, Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz, ZStW 95 (1983), S. 565ff. Ein dyadisches Fallsystem findet sich auch bei *A. Kenny*, Intention and Purpose in Law, in *R. S. Summers* (ed.), Essays in Legal Philosophy, Oxford 1970, S. 146ff.

²⁴ Zum Begriff der Alternative bereits *J. Rüdiger*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969, der jedoch u. a. noch nicht mit dyadischen Fallsystemen arbeitet, in die die als „Alternative“ zu bezeichnenden Fallkonstellationen einzuordnen sind.

V. Wie wird Strafrechtslehre zu einer Wissenschaft?

Was macht die von mir freilich nur mehr angedeuteten als vorgeführten Überlegungen zu systematischer wissenschaftlicher Arbeit? Im Falle der Irrtumslehre ist es der Einsatz der Mittel rationalen Dividierens, d. h. der Versuch, die möglichen Irrtümer nach relevanten Gesichtspunkten einzuteilen, die verschiedenen Einteilungen konsequent durchzuhalten und damit vollständige und stetige Einteilungen zu schaffen, bei denen die jeweiligen Einteilungsglieder das jeweilige totum divisionis nicht nur erschöpfen, sondern sich auch gegenseitig ausschließen. Im Falle der Konkurrenz- und Kollisionsregeln ist es u. a. der Einsatz von Mitteln, die die Mengenlehre bereitstellt, unter Mitberücksichtigung des einfachen Gedankens, daß zwischen verschiedenen Ordnungen von Regeln zu unterscheiden ist, wenn außer den Regeln der ersten Ordnung, deren Verhältnis zueinander bestimmt werden soll, auch die Regeln zur Debatte stehen, die eben diese Verhältnisbestimmung leisten und infolgedessen nicht zu den Regeln der ersten Ordnung gehören können, sondern einer anderen – höheren – Ordnung angehören müssen. Im Falle der Entwicklung von Fallsystemen der beschriebenen Art sind es die Regeln der Kombinatorik und der Vergleich der Fallkonstellationen miteinander, die dieselbe oder eine verwandte logische Struktur aufweisen.

Der Einsatz solcher und ähnlicher Mittel macht die Dinge nachprüfbar. Kriterien, deren Geltung man vernünftigerweise nicht bezweifeln kann, können als Prüfungsmaßstab angelegt werden. In dem dadurch abgesteckten Rahmen können Theoreme entwickelt werden, es kann etwas, wenn Sie so wollen, more geometrico demonstriert werden, und wir sind nicht darauf zurückgeworfen, bloße Behauptungen in die Welt zu setzen, deren Geltung ihre Quelle bestenfalls in einer Autorität hat. Wir können auf der bisher geleisteten Arbeit aufbauen, wir können sie weiterführen, wir können sie sogar überholen. Natürlich machen auch die vorgeführten Überlegungen gewisse Voraussetzungen. Aber diese sind sehr allgemeiner Art und sind jedenfalls unabhängig vom heute geltenden deutschen Strafbuch. Ich werde darauf zurückkommen.

Strafrechtslehre wird in dem Maße zu einer Wissenschaft, in dem sie auf dem Wege fortschreitet, den diese und andere ähnliche Beispiele weisen.

Zunächst einmal ist es notwendig, die denkbaren Fallkonstellationen, problematische wie scheinbar unproblematische, umstrittene wie nicht umstrittene, zu sammeln, zu sortieren und systematisch zu variieren, um vollständige Fallsysteme und vollständige Systeme von Fallsystemen zu erhalten. Es genügt nicht, wie das häufig geschieht, sich nur mit den Fällen zu befassen, die aus der Tradition bekannt sind oder die zufällig an die Rechtsprechung herangetragen und dann publiziert werden. Statt dessen ist es eine wesentliche Aufgabe, die unter einem bestimmten Gesichtspunkt zusammengehörigen Fallgruppen *sämtlich* zu erfassen, und zwar so, daß dabei auch die relevanten Unterschiede zwischen den verschiedenen Konstellationen zutage treten. Dies mit den Mitteln der Kombinatorik zu tun, ist nur eine der bestehenden Möglichkeiten, aber keineswegs die einzige, und es muß auch keineswegs so sein, daß gerade dieses Verfahren zum Ziele führt. Eine in ein Schema zu pressende Methode, wie Fallsysteme aufzubauen und auszubauen sind, gibt es nicht. Wir stehen statt dessen immer wieder vor der Notwendigkeit, uns etwas einfallen zu lassen, was die Vollständigkeit eines Systems und angemessene Differenzierungen innerhalb des Systems gewährleistet. Schöpferische Phantasie ist hier genauso wie in anderen Wissenschaften gefordert. Vielleicht hilft uns – wie auch in anderen Disziplinen – eines Tages die Spieltheorie bei einem Problem weiter?!

Der Sinn der Entwicklung solcher Systeme ist klar. Ein Problemfeld läßt sich überhaupt nur dann überblicken, wenn

wir alle denkbaren Fallkonstellationen kennen, die dazu gehören. Natürlich haben wir die einschlägigen Fälle damit noch nicht gelöst. Aber es ist doch so, daß die Lösung eines Falles überhaupt nur dann intellektuell zufriedenstellen kann, wenn gleichzeitig Lösungen für alle anderen zum selben System gehörigen Fallgruppen entwickelt werden und wenn die Falllösungen miteinander harmonieren und also – das ist das Minimum! – weder in einem logischen noch in einem axiologischen Widerspruch zueinander stehen. Folglich brauchen wir die Fallsysteme, um über die Lösung auch nur eines einzigen Falles etwas Sinnvolles sagen zu können.

Darüber hinaus ist es notwendig, den Rahmen abzustecken, innerhalb dessen allein Falllösungsvorschläge den Anspruch erheben können, *rationale* Vorschläge zu sein. Hier greifen oft logische und argumentationstheoretische Gesetze ein, die einfach Beachtung verlangen. In dem vorhin gebrachten Beispiel aus der Konkurrenzlehre spielte diese Rolle der mit Hilfe der Mengenlehre entwickelte Lehrsatz, daß es neben der Spezialität und der Subsidiarität keine logisch gleichrangige dritte Form der Gesetzeskonkurrenz geben kann. Zwei andere Gesetze, das Simultaneitätsprinzip²⁵ und das Gesetz der logischen Stabilität²⁶, kann ich nur erwähnen. Es handelt sich bei ihnen um spezifische, auf unsere Fragestellungen zugeschnittene Formulierungen des Identitätsprinzips.

Manchmal ist es so, daß solche Gesetze zusammen mit einem oder mehreren anderen Gesichtspunkten auch das Prinzip liefern, das dem Aufbau eines Fallsystems zugrunde liegt. Manchmal ist es so, daß sie nur innerhalb eines Fallsystems Bedeutung haben, das anhand anderer Kriterien entwickelt worden ist. Immer aber ist es so, daß sie die Möglichkeit einer rationalen Lösung der jeweils einschlägigen Fälle begrenzen. Es läßt sich z. B. zeigen, daß das Simultaneitätsprinzip und das Gesetz der logischen Stabilität eine ganze Reihe beliebiger Lösungsvorschläge für eine ganze Reihe von Fallkonstellationen ausschließen, das Simultaneitätsprinzip u. a. für den vorhin erwähnten „*dolus generalis*“-Fall²⁷. Strafrechtswissenschaft schreitet auch in dem Maße voran, als sie solche Gesetze entdeckt und ihren Anwendungsbereich in seiner ganzen Breite untersucht. Auch hier kann ich natürlich keine allgemeingültige Methode angeben, wie man das tut. Auch hier ist schöpferische Phantasie gefordert. Immerhin ist ein Hinweis auf die deontische Logik möglich, die sich zum Teil mit denselben Themen befaßt wie die Strafrechtslehre, was freilich weder die professionellen Logiker noch die Strafrechtler zu wissen scheinen.

Bis zu diesem Punkt war für Wertentscheidungen kein Platz. Innerhalb des so abgesteckten Rahmens sind Wertentscheidungen allerdings gefordert. Sie bestehen darin, daß Lösungsvorschläge entwickelt werden. Freilich nicht Lösungsvorschläge für einzelne Fallkonstellationen, schon gar nicht Lösungsvorschläge für einzelne Fälle, sondern Lösungsvorschläge, die ein ganzes Fallsystem so abdecken, daß der übergreifende Lösungsvorschlag Lösungen für alle Konstellationen des Systems generiert. Das ist oft eine schwierige Aufgabe. Denn der übergreifende Lösungsvorschlag kann nicht einfach so aussehen, daß alle Fälle eines Systems über einen Leisten geschlagen werden, sondern er muß genauso der unterschiedlichen logischen Struktur der verschiedenen Fallgruppen Rechnung tragen, wie er die in dem System relevanten logischen und argumentationstheoretischen Gesetze sämtlich zu berücksichtigen hat. Bedingungen, an denen die meisten Lösungen, die man in Gedanken durchspielen kann, scheitern dürften. Doch bedeutet das natürlich noch nicht, daß diese Bedingungen nicht von mehreren verschiedenen Lösungsvorschlägen in gleicher Weise erfüllt werden können.

²⁵ Vgl. dazu *Verf.*, Strafrecht aaO (Fn. 9), S. 4 ff. (siehe auch *Verf.*, JuS 1982, S. 317 ff.).

²⁶ Vgl. dazu *Verf.*, Strafrecht aaO (Fn. 9), S. 188 und S. 204.

²⁷ Dazu *Verf.*, Strafrecht aaO (Fn. 9), S. 25 ff.

Zwischen derartig konkurrierenden Lösungsvorschlägen aber wird eine rational begründete Entscheidung wahrscheinlich erst dann möglich sein, wenn das Fallsystem, für das die konkurrierenden Lösungsvorschläge existieren, seinerseits in ein ausreichend umfangreiches System von Fallsystemen eingebaut wird, aus dem sich dann Argumente für und gegen die konkurrierenden Lösungsvorschläge entwickeln lassen, die einer kritischen Durchleuchtung standhalten.

Wenn systematische Forschung auf diese Weise fortschreitet, werden die Wertentscheidungen zwar nicht ihrem Gewicht, wohl aber ihrer Zahl nach zurückgedrängt werden können. Je mehr Fallsysteme wir haben, die zueinander in Beziehung gesetzt werden können, je mehr Fallsysteme in Systeme von Fallsystemen eingebettet werden können, je genauer wir die logischen und argumentationstheoretischen Gesetze kennen, die die Fallsysteme regieren, desto weniger werden wir auf die heute noch so häufigen ad-hoc-Wertentscheidungen angewiesen sein, die intellektuell so unbefriedigend und außerdem letztlich so fruchtlos sind. Im Endeffekt werden wir mit wahrscheinlich einigen wenigen Grundannahmen auskommen, wenn wir nur erst in der Lage sind, diese Grundannahmen genau genug zu formulieren²⁸.

Damit zeigt sich, daß auch in der Strafrechtslehre systematische Arbeit im zweiten Sinne des Wortes „systematisch“ zu systematischer Forschung im ersten Sinne des Wortes hindrängt. Der Aufbau von Fallsystemen, die Formulierung von Bedingungen rationaler Lösungsvorschläge für offene Probleme, beides, was ohnehin selbstverständlich sein sollte, in klaren und distinkten Begriffen und bei Beachtung der Regeln der Logik, muß zuletzt auf eine wohlgeordnete, gegliederte und umfassende Theorie auch unseres Gegenstandsbereichs hinauslaufen. Und hier werden die Postulate wirksam, die von Juristen nicht selten perhorresziert werden. Es gilt, die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen zu axiomatisieren und in einer in sich geschlossenen, in sich widerspruchsfreien und alle Teilbereiche abdeckenden Doktrin zu erfassen, wobei die Axiome möglichst unabhängig voneinander sein sollten.

Das ist leichter gesagt als getan. Die Vorstellung, man könne mit einer Anzahl von Axiomen beginnen, um dann deduktiv weiterzuarbeiten, wäre jedenfalls einigermaßen naiv. Die Axiomatisierung ist der Abschluß, die Krönung des Unternehmens, nicht sein Anfang. Vorher muß disziplinierte systematische Arbeit im zweiten Sinn des Wortes geleistet werden, damit wir unseren Gegenstandsbereich überhaupt erst einmal umfassend in den Griff bekommen. Es ist ausgeschlossen, daß diese Arbeit von einem einzelnen geleistet wird, und es ist eher unwahrscheinlich, daß sie in einer Generation vollendet werden kann. Von *Thales* bis *Euklid* hat es Jahrhunderte gebraucht, und an der Theoretischen Physik wird seit Generationen gearbeitet. Bis zur Formulierung einer umfassenden Theorie werden wir uns eben mit dem Vorläufigen begnügen müssen, das wir jeweils gerade besitzen. Ich zweifle jedoch nicht daran, daß uns die Entwicklung der Fallsysteme zusammen mit der Feststellung der Grenzen rationaler Lösungsvorschläge bei disziplinierter Arbeit an den Begriffen auf die Dauer die Chance geben wird, die wichtigsten strafrechtlichen Grundbegriffe und ihre Beziehungen zueinander exakt zu bestimmen, die bestehenden Ableitungs-

²⁸ Es wäre ein Mißverständnis, wollte man die Ausarbeitung von Fallsystemen, die Formulierung und Anwendung der maßgeblichen logischen und argumentationstheoretischen Gesetze und die Entwicklung von übergreifenden Lösungsvorschlägen als Schritte auf einem Wege auffassen, die sich tatsächlich stets voneinander isolieren ließen. Oft ist es vielmehr so, daß bei der Entwicklung eines Fallsystems die es bestimmenden Gesetze oder gar ein übergreifender Lösungsvorschlag, den man ins Auge faßt, mehr oder weniger bewußt eine Rolle spielen. Darin liegt kein Fehler. Entscheidend ist vielmehr, daß die Fallsysteme mit ihren verschiedenen Strukturen und die maßgeblichen logischen und argumentationstheoretischen Gesetze *unabhängig* von den Lösungsvorschlägen daraufhin untersucht werden können, ob sie rationaler Kritik standhalten.

zusammenhänge zu entdecken und die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen auf diese Weise angemessen zu strukturieren.

VI. Zum Gegenstand der Strafrechtswissenschaft

Ich kann mir vorstellen, daß die Sicht der Strafrechtswissenschaft, die ich Ihnen vorgetragen habe, auf Widerstand stößt. Gegenthesen sind aus verschiedenen Richtungen denkbar. Auf zwei mögliche Einwände möchte ich hier noch eingehen.

Ein erster Einwand könnte sich auf den Standpunkt stellen, es sei Aufgabe der Strafrechtslehre, das geltende Strafgesetzbuch, und also, soweit es um die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen geht, eben den Allgemeinen Teil des deutschen Strafgesetzbuchs zu bearbeiten und insbesondere *auszulegen*. Ich würde das für einen Einwand halten, der die Dinge allzu sehr verkürzt. Dabei will ich erst gar nicht auf die Zweifelhafte aller Versuche zu sprechen kommen, den Sinn von Gesetzen auf eine spezifisch juristische Weise auszulegen. Trotz gegenteiliger Beteuerungen, die von Zeit zu Zeit in der Literatur auftauchen, kann keine Rede davon sein, daß die juristische Auslegung eines Gesetzes, in unserem Fall die Auslegung des zur Zeit gültigen deutschen Strafgesetzbuchs, intellektuell zufriedenstellenden Methoden folgt – mit der Konsequenz, daß die Ergebnisse solcher Auslegung gemäß allgemein anerkannten Kriterien generell akzeptiert oder abgelehnt werden. Daß es keine verbindliche Rangfolge zwischen den verschiedenen sog. Auslegungsmethoden gibt, ist unter Juristen ohnehin allgemein anerkannt. Aber auch die einzelnen Auslegungsmethoden erwecken, wenn man sie wirklich als Interpretationen des Sinnes eines Gesetzestextes versteht, nicht selten den Anschein des rein Beliebigen. Daß dies so ist, hat verschiedene Gründe. Für die Auslegung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs ist es jedenfalls kein Zufall. Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen befassen sich eben mit etwas ganz anderem als mit dem Strafgesetzbuch, und deshalb werden die Bestimmungen des Gesetzes, bewußt oder unbewußt, zureichend oder nicht zureichend, an dem eigentlichen Gegenstand der Strafrechtslehre ausgerichtet.

Damit stellt sich allerdings die Frage, was eigentlich der Gegenstand der Allgemeinen Lehren vom Verbrechen ist, wenn es der Allgemeine Teil des heutigen deutschen Strafgesetzbuchs nicht ist. Um darauf eine Antwort zu bekommen, sollten wir uns zunächst einmal vergegenwärtigen, daß Strafgesetze kommen und gehen, daß aber gewisse Probleme, Begriffe, Fallkonstellationen und Regeln, die wir bearbeiten, die Jahrhunderte, ja man kann ohne jede Übertreibung sagen, die Jahrtausende überdauert haben. Denken Sie an die Notstands- und an die Irrtumsproblematik, die schon *Aristoteles* und die Scholastiker diskutiert haben! Die Regel „*lex specialis derogat legi generali*“ ist ebenfalls sehr alt, jedoch alles der Sache und vielleicht sogar der Formulierung nach. Und auch über die „*dolus generalis*“-Fälle redet man schon lange. Für den amerikanischen Strafrechtslehrer *Fletcher*, der den Vorteil hat, die Dinge in gewisser Weise von außen beobachten zu können, befaßt sich die deutsche Strafrechtslehre nach eigenem Selbstverständnis mit einem überlieferten Corpus von Begriffen und Verfahrensweisen, die in Wechselbeziehungen zueinander stehen – „a received body of interrelated concepts and practices“²⁹. Dem kann man nur zustimmen. Allerdings ist die Beobachtung um ihre historische Dimension zu erweitern. Auch den Juristen und den Lehrern der Praktischen Philosophie, die im 17. und im 18. Jahrhundert gearbeitet haben, ist es aufgefallen, daß gewisse Begriffe, Probleme usw. die Zeitläuf-

²⁹ G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Toronto 1978, S. 407. *Fletcher* greift die wichtigsten Themen auf, die in der deutschen Strafrechtslehre diskutiert werden, und versucht, sie für das amerikanische Strafrecht fruchtbar zu machen. Ein faszinierender Vorgang, wenn man bedenkt, daß der anglo-amerikanische Rechtskreis ganz andere Traditionen hat als der kontinental-europäische. Die entscheidende Frage, die sich angesichts eines solchen Unternehmens stellt, ist die, wie so etwas überhaupt möglich ist. Dabei liegt eine Antwort jedenfalls auf der Hand: Die wechselnden Paragraphen des jeweils gerade geltenden deutschen Strafgesetzbuchs sind jenseits der deutschen Grenzen *als solche* gänzlich uninteressant, sie können nur interessant sein als vorläufige Konsequenz aus einer Entwicklung, die prinzipiell außerhalb der Paragraphen verläuft. – Zu *Fletcher*'s Buch vgl. im übrigen *Verf.*, *Das Strafrecht neu durchdenken!*, GA 1981, S. 237ff., mit Überlegungen, die das Thema dieses Vortrags ergänzen.

te überdauert haben. *Pufendorfs* Idee einer *Jurisprudentia Universalis* und *Christian Wolffs* Ausarbeitung einer *Philosophia Practica Universalis* beruhen darauf³⁰. Die entscheidende Leistung *Feuerbachs*, *Kleinschrods* und der anderen anerkannten Väter der heutigen Strafrechtslehre hat gerade darin bestanden, die Gedanken und Überlegungen dieser *Jurisprudentia et Philosophia Practica Universalis* rezipiert zu haben³¹. Es wäre ein Fehler, bei der Betrachtung der Geschichte unserer Disziplin den Blick allzu sehr auf die Rezeption *Kantischer* Vorstellungen gerichtet zu halten³². *Christian Wolffs Philosophia Practica Universalis* aus dem Jahre 1738 ist ein Buch, das bis heute den Vergleich mit jedem Lehrbuch des Allgemeinen Teils des Strafrechts aushält. Die heutige Strafrechtslehre ist, ohne sich dessen bewußt zu sein, die Erbin und Nachfolgerin der *Jurisprudentia et Philosophia Practica Universalis* des 17. und 18. Jahrhunderts, und das bedeutet vor allem, daß sie denselben Gegenstand bearbeitet. Es ist nicht leicht, diesen Gegenstand allgemein zu bestimmen. In einer versuchsweisen Bestimmung könnte man sagen: Gegenstand der Allgemeinen Lehren vom Verbrechen ist der *Begriff der zurechenbaren Pflichtverletzung*. Um die Ausarbeitung dieses Begriffs geht es, und es liegt auf der Hand, daß Gesetze dabei nicht die erste Rolle spielen³³. Gewiß, sie sind notwendig, ohne sie können wir manchmal nicht auskommen, nämlich dann, wenn gewisse Weichen gestellt werden müssen. Aber im großen und ganzen nehmen die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen ihren Fortgang auch ohne sie.

VII. Wissenschaft und Praxis

Der zweite Einwand, den ich noch besprechen möchte, kommt aus einer ganz anderen Richtung. Habe ich bisher gezeigt, daß die Strafrechtswissenschaft systematisch vorgehen kann, so stellt sich darüber hinaus die Frage, ob sie in dieser Weise systematisch vorgehen sollte. Es ist durchaus denkbar, daß diese Frage rigoros mit „Nein!“ beantwortet wird. Denn systematisches Arbeiten in der geschilderten Art kostet – neben der Assoziationskraft, die notwendig ist, um die Fruchtbarkeit einer rationalen Methode für ein oder mehrere strafrechtliche Problemfelder zu erkennen – vor allem Zeit, ja Muße. Diese Zeit aber glauben viele nicht aufbringen zu können, ja nicht aufbringen zu dürfen. Denn wie alle heutige Jurisprudenz versteht sich auch die Strafrechtslehre so, daß sie der strafrechtlichen Praxis Hilfestellung zu leisten hat. Der täglichen Praxis aber, den Richtern, den Staatsanwälten, den Verteidigern, auch den Gesetzgebern, kommen die Fälle mit ihren Problemen ins Haus. Sie können die Lösungen nicht auf den Sankt-Nimmerleins-Tag verschieben, nur weil das Problem, das sich ihnen stellt, bisher noch nicht systematisch bewältigt worden ist und seine Bewältigung in naher Zukunft auch nicht in Aussicht steht. Also darf sich auch die Strafrechtslehre – so könnte der Einwand lauten – auf die mühselige und zeitraubende Arbeit systematischen Forschens mit ungewissem Ausgang gar nicht erst einlassen. Sie muß statt dessen „Ergebnisse“ liefern, und zwar bestimmte „Ergebnisse“, nämlich „gerechte Ergebnisse“ – was auch immer das heißen mag –, und sie muß diese „Ergebnisse“ vor allem auch *schnell* liefern.

³⁰ Siehe etwa *S. Pufendorf*, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo*, 1660, und *Chr. Wolff*, *Philosophia Practica Universalis methodo scientifica pertractata, pars prior* 1738.

³¹ Speziell zur Rezeption der Differenz von Zurechnung erster und Zurechnung zweiter Stufe vgl. *Verf.*, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung* aaO (Fn. 12), insbes. S. 692 ff.

³² *Kant* selbst knüpft ausdrücklich an *Wolff* an, wenn er in seiner Rechtslehre von 1797 den Abschnitt „Vorbegriffe zur Metaphysik der Sitten“ mit dem Untertitel „*Philosophia practica universalis*“ versieht.

³³ Dagegen dürften der Begriff der zurechenbaren Pflichterfüllung und der Begriff der zurechenbaren Erbringung supererogatorischer Leistungen als Vergleichs- und Gegenbegriffe eine wichtige, bisher freilich noch kaum beachtete Rolle spielen.

Daß hier ein gewisses Dilemma steckt, ist nicht zu verkennen. Einerseits die Langwierigkeit und Mühsal systematischer Forschung, deren Ergebnisse nicht vorhersehbar sind. Andererseits die Erfordernisse der Praxis, die sich keine langen Wartezeiten leisten kann und gezwungen ist, etwas zu tun.

Es wäre freilich ein Irrtum zu glauben, daß Schwierigkeiten dieser Art für die Jurisprudenz einzigartig seien. In ihrem 1982 erschienenen eindrucksvollen Buch über den *Theoriewandel in der Wissenschaftsgeschichte* schildert Frau *Ströker* die Entwicklung der Chemie im 17. und vor allem im 18. Jahrhundert. Es ist ein Nebenaspekt ihrer Schilderung, der in unserem Zusammenhang Aufmerksamkeit verdient. Es kann nämlich kein Zweifel sein, daß Medizin und Pharmazie, Hüttenwesen und Metallurgie ein praktisches Bedürfnis nach chemischem Wissen gehabt haben und immer noch haben. Und die Befriedigung dieses Bedürfnisses kann höchst dringlich sein: Menschen drohen zu sterben, ihnen muß geholfen werden, und zwar *jetzt*; sonst ist es zu spät. Frau *Ströker* betont an mehreren Stellen ihres Buches, daß es die Loslösung von der durch solche Zwänge bedingten handwerklich-praktischen Einstellung gewesen ist, die die Wandlung der Chemie zu einer Wissenschaft erst möglich gemacht hat. Gewiß: Menschen sind darüber gestorben, und zwar deswegen, weil ihnen die Pharmaka nicht zur Hand waren, die einem Menschen mit derselben Krankheit heute das Leben retten würden. Aber es ist eine notwendige Bedingung für die Entwicklung der neuen Medikamente gewesen, daß sich die Chemie des 17. und 18. Jahrhunderts von den unmittelbaren Nutzungsinteressen, die Medizin und Pharmazie und gewisse Gewerbe an ihr nahmen, nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr entscheidend bestimmen ließ. Zwar war das wissenschaftliche Streben nach reiner chemischer Erkenntnis schon damals auch mit Zukunftshoffnungen verbunden. Man glaubte, die Einsicht in die Gesetze des Kosmos würde eines Tages „durch den Nutzen, den die wissenschaftlichen Resultate versprochen, auch der Wohlfahrt der menschlichen Gesellschaft zugute kommen“³⁴. Aber das dafür eingesetzte Mittel war gerade die Abkoppelung der Wissenschaft von den scheinbaren Forderungen des Tages.

Die Strafrechtslehre steht heute durchaus vor ähnlichen Problemen wie die Chemie des 17. und 18. Jahrhunderts, wenn auch insofern in einer anderen Weise, als ihr Gegenstand nicht der einer Naturwissenschaft ist. Auch die Auflösung des Dilemmas kann keine prinzipiell andere sein als die, mit der uns die Chemiker vorangegangen sind. Denn was für eine Alternative haben wir eigentlich zu systematischer Forschung? *Viehweg* hat in seiner viel beachteten Schrift über *Topik und Jurisprudenz*³⁵ schon vor mehr als drei Jahrzehnten beschrieben, wie die juristische Arbeit aussieht, wenn sie nicht systematisch ist. Auf einen einfachen Nenner gebracht, besteht sie unter dieser Voraussetzung in der Kumulation und im Einsatz von *Topoi*, von Gesichtspunkten, die für die verschiedenen denkbaren Lösungen eines Problems zu sprechen scheinen, wobei dann die sog. besseren Gründe als jeweils entscheidend behauptet werden. In der Tat: Die juristische Alltagsarbeit sieht nicht selten so aus, daß *Topoi* – oft recht heterogene *Topoi* – aufgehäuft werden, um eine Lösung durchzusetzen, die man für gerecht hält, ohne dies auch nur plausibel machen, geschweige denn beweisen zu können.

Ganz abgesehen von der Gefahr, ja der Wahrscheinlichkeit, daß dabei Begriffe verunklärt und Selbstwidersprüche erzeugt werden, wird Strafrechtslehre auf diese Weise auf eine Ansammlung von Meinungen reduziert, in der sich die sog. herrschende Meinung durch nichts als durch die Zahl ihrer Vertreter auszeichnet.

Das Dilemma stellt sich damit als die Alternative dar, ob die Strafrechtslehre Rhetorik oder Wissenschaft zu sein hat. *Topik* – in allen ihren Varianten bis hin zu heutigen Diskurstheorien – ist Rhetorik, weil sie auf *Wirkung* berechnet ist – und zwar in der Gegenwart. Systematische Forschung dagegen ist Wissenschaft, weil sie auf *Klärung* berechnet ist – in einer

³⁴ *E. Ströker*, *Theoriewandel in der Wissenschaftsgeschichte*, 1982, S. 91; siehe auch S. 26 u. ö.

³⁵ *Th. Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*, 1. Aufl. 1953, 5. Aufl. 1974.

ungewissen Zukunft³⁶. *Viehweg* war der erste, der einer im Stil der Topik betriebenen Jurisprudenz den Wissenschaftscharakter abgesprochen hat³⁷.

Deshalb kann uns die Lösung des Problems nicht schwerfallen. Auch an die Strafrechtslehre ist die Forderung nach intellektueller Redlichkeit gestellt und damit die Forderung nach der Entwicklung von Methoden, die in den Wissenschaften allgemein anerkannt sind, und vor allem die Forderung nach der Sicherstellung von Widerspruchsfreiheit zwischen den zu entwickelnden Begriffen und Thesen. Da sich aus einem Widerspruch alles ableiten läßt, können auch wir uns Widersprüche, offene oder versteckte, nicht leisten.

Man stelle sich einmal den Mathematiker vor, der die Geltung des *Pythagoräischen* Lehrsatzes mit dem Hinweis darauf begründen wollte, daß ihn die meisten Mathematiker für gültig halten! In der Mathematik haben selbst Vermutungen wie etwa die *Fermat'sche* oder die *Mordell'sche* Vermutung noch ihre rationalen Grundlagen. Vor allem bleibt man bei ihnen nicht stehen, sondern sucht, immer mit der Möglichkeit des Scheiterns vor Augen, nach Beweisen dafür oder dagegen, die man dann, vielleicht erst nach vielen Jahrzehnten, auch tatsächlich findet; so wie erst jüngst, 60 Jahre nach ihrer Aufstellung, der Beweis der *Mordell'schen* Vermutung gelungen ist³⁸. Wir werden uns an der geistigen Disziplin orientieren müssen, die uns solche Wissenschaften wie die Mathematik vorleben.

Natürlich können auch bei systematischer Arbeit Fehler bei der Begriffsbildung unterlaufen, können Widersprüche vorkommen, die nicht sofort vermeidbar sind. Systematische Forschung besteht u. a. gerade darin, in immer neuen Anläufen zu versuchen, derartige Hindernisse zu überwinden. Die eigentliche Verfehlung liegt nicht in den Mängeln und Widersprüchen als solchen, sondern in einer Einstellung, die sich dabei beruhigt.

Auf der anderen Seite werden wir uns allerdings auch daran

³⁶ Die Gegenüberstellung von Rhetorik, die auf Wirkung, und Philosophie, die auf Klärung berechnet ist, verdanke ich dem Artikel von *H. Blumenberg*, *Menschwerdungen*, in der Neuen Zürcher Zeitung vom 23. 12. 1983, S. 30.

³⁷ Siehe vor allem das 5. Kapitel von Topik und Jurisprudenz.

³⁸ Vgl. dazu etwa *G. Wüstholz*, *The Finiteness Theorems of Faltings*, in *G. Faltings, G. Wüstholz et al.*, *Rational Points*, 1984, S. 154ff. Zu den beiden Vermutungen vgl. etwa *Chr. J. Scriba*, *Zur Geschichte der Bestimmung rationaler Punkte auf elliptischen Kurven*, (Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften e. V., Hamburg Jg. 1, Heft 6) 1984, S. 15f. und S. 36ff.

gewöhnen müssen, daß es nicht nur Meinungen gibt, zwischen denen man beliebig wählen kann, sondern daß Begriffe wie „Beweis“ und „Widerlegung“ auch in der Strafrechtslehre einen Sinn haben. Es ist nicht bloß die „Meinung“ von *Klug*, daß es nur zwei Arten der Gesetzeskonkurrenz geben kann, die logisch gleichrangig nebeneinander stehen, während es nach der „Meinung“ anderer Autoren drei Arten gibt. Sondern *Klug* hat mit allgemein anerkannten Mitteln *gezeigt*, daß es so ist, wie er sagt, und dies hat fortan zu gelten, bis es widerlegt werden kann – genauso wie *Pythagoras* *gezeigt* hat, daß bei einem rechtwinkligen Dreieck das Quadrat über der Hypotenuse die gleiche Fläche hat wie die Summe der Quadrate über den beiden Katheten; weshalb dies jedenfalls für die später so genannte *Euklidische* Geometrie fortan zu gelten hat, bis es widerlegt werden kann.

Was aber die Strafrechtslehre in ihrer dienenden Funktion angeht, so plädiere ich keineswegs für eine vollständige Loslösung von der Praxis. Falsch wäre es freilich, sich die Probleme ausschließlich von der Praxis vorgeben zu lassen. Im Gegenteil: Die Strafrechtslehre kann ihrer Aufgabe, der künftigen Gesetzgebung und Rechtsprechung die Wege zu ebnet, überhaupt nur dann gerecht werden, wenn sie systematisch vorgeht und also beispielsweise vollständige Fallsysteme entwickelt. Solange sie sich lediglich mit den überlieferten Fallkonstellationen und mit solchen Fällen befaßt, die ihr durch die Rechtsprechung vermittelt werden, eilt sie der Rechtsprechung und der Gesetzgebung nicht voraus, sondern bleibt hinter ihnen zurück. Die Entwicklung von Fallsystemen dagegen kann bisher unbekannte oder wenigstens bisher noch nicht richtig eingeordnete Fallkonstellationen zutage fördern, die – dessen kann man nach aller Erfahrung sicher sein – über kurz oder lang auch die Rechtsprechung beschäftigen werden; ganz abgesehen davon, daß es natürlich auch für die Praxis wichtig ist zu wissen, wie eine bisher noch nicht beurteilte Fallkonstellation auf die Beurteilung eines Falles mit zwar nicht dieser, aber einer verwandten Struktur einwirkt. Immer aber hilft die Strafrechtslehre der Praxis nur dann, wenn sie zur *Klärung* von Problemen beiträgt – soweit sie jeweils dazu in der Lage ist. Mit der *Kundgabe bloßer Meinungen* dagegen ist niemandem gedient. Auf sie können und sollten wir daher verzichten.

Privatdozent Dr. Detlev Joost, Kiel

Zuwendungen unter Ehegatten und Bereicherungsausgleich nach der Scheidung

– Zum Verhältnis von Schuldrecht und Familienrecht –

I. Ältere und neuere Entwicklung

Die Problematik der Rückabwicklung von Ehegattenzuwendungen im Falle einer Scheidung hat die Rechtsprechung schon seit der Judikatur des *RG* immer wieder beschäftigt. Offenbar entspricht es einem in der Bevölkerung verbreiteten Verständnis, größere Zuwendungen unter Ehegatten als ehebedingt anzusehen, so daß versucht wird, sie durch ihre Rückforderung gleichsam an der Auflösung der Ehe teilnehmen zu lassen. Dieser Standpunkt wurde bis 1977 in gewisser Weise vom Gesetzgeber geteilt, da nämlich der allein schuldig geschiedene Ehegatte die empfangenen Geschenke nach dem damaligen § 73 EheG zurückgeben mußte. Auch heute gibt es noch eine ähnliche legislative Wertung in § 1301 BGB, wonach bei einem Unterbleiben der Eheschließung jeder Verlobte seine Geschenke zurückverlangen kann, wegen der abnehmenden Bedeutung des Verlöbnisses eine Norm ohne wesentlichen Anwendungsbereich.

In der neueren Entscheidungspraxis scheint am bedeutsamsten die Schaffung eines sog. Familienwohnheims zu sein, indem ein Ehegatte mit seinem Verdienst oder seinem schon vorhandenen Vermögen ein Hausgrundstück erwirbt und dem anderen Ehegatten ohne weitere Gegenleistung das hälftige Miteigentum einräumt, gelegentlich sogar das Alleineigentum¹. Realtypisch geschieht dies in der Erwartung, das Haus werde als Familienwohnheim die räumlich-gegenständliche Grundlage des künftigen gemeinsamen Lebens bilden. Nach einiger Zeit wird diese Erwartung jedoch enttäuscht, indem der andere Ehegatte ihn verläßt und erfolgreich die

¹ Der Fall, daß ein Ehegatte das dem anderen Ehegatten gehörige Haus erheblich und dauerhaft werterhöhend durch eigene unbezahlte Arbeit ausbaut, bleibt im Folgenden außer Betracht. S. dazu vor allem *Fenn*, *Die Mitarbeit in den Diensten Familienangehöriger*, 1970; *Lieb*, *Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand*, 1970; *Jürgen Burckhardt*, *Der Ausgleich für Mitarbeit eines Ehegatten im Beruf oder Geschäft des anderen*, 1971; sowie *BGH NJW* 1982, 2236ff.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล	สุภัสดี เทพหัสดิน ณ อยุธยา
วัน เดือน ปีเกิด	19 ธันวาคม พ.ศ. 2524
ประวัติการศึกษา	
2556	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
2550	นิติศาสตรมหาบัณฑิต Magister der Rechtsvergleichung (cum laude) มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์ ประเทศเยอรมนี (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn)
2547	นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน	อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ ปรินซ์ ปณมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ผลงานทางวิชาการ	
2556	ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในการกำหนดงบประมาณรายจ่ายและการออกพระราชกำหนดเกี่ยวกับเงิน
2554	การบังคับใช้โทษจำคุก
2553	โครงการศึกษาเพื่อพัฒนาระบบการได้สวนมูลฟ้อง
2553	โครงการศึกษาเพื่อพัฒนาระบบการใช้วิธีเพื่อความปลอดภัยในมาตรการต่างๆ
2553	แนวทางการบูรณาการข้อมูลสถิติกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
ทุนการศึกษา	
2556	ทุนการศึกษาวิจัย ณ ประเทศเยอรมนี โดยมูลนิธิ Hanns-Seidel-Stiftung
2553 - 2556	ทุนการศึกษาระดับปริญญาเอก โดยมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
2548 - 2550	ทุนการศึกษาระดับปริญญาโท โดย Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD)

