

## บทที่ 2

### ความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเกี่ยวกับเพศ

ในบทนี้จะเป็นการกล่าวถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายไทยตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบันในความคิดเกี่ยวกับเพศ แนวคิดและทฤษฎีในการดำเนินคดีอาญา ความหมาย โครงสร้าง ตลอดจนถึงบทลงโทษ มาตรฐานในการรับฟังพยานหลักฐานและชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานของศาล อีกทั้งสิทธิของจำเลยในการต่อสู้คดีอาญาเพื่อนำมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นในการแก้ไขปัญหาและป้องกันการกระทำชำเราเด็กที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากในสังคม

#### 2.1 ความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศ

สถานภาพของผู้หญิงในครอบครัวและสังคมสะท้อนให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิง สืบเนื่องจากจารีตประเพณีดั้งเดิมของสังคมไทยนั้น ได้ยกอำนาจทั้งหลายในครอบครัวและสังคมมาไว้อยู่กับชาย โดยเห็นได้จากบทบาทของบิดาที่เป็นหัวหน้าครอบครัว และสามีที่เป็นช้างเท้าหน้าของชีวิตสมรส ประกอบกับลักษณะทางกายภาพ ซึ่งชายจะมีความแข็งแรงมากกว่า การใช้อำนาจ หรือความรุนแรงต่อหญิงจึงถูกนำมาเป็นเครื่องมือในการรักษาความมีอำนาจที่เหนือกว่าของชาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเพศ เพราะสังคมโดยรวมให้การยอมรับว่าหญิงไม่ควรแสดงออกทางเพศที่ยังไม่สมรสจะต้องรักษาความบริสุทธิ์รักษานวลสงวนตัว หากสมรสแล้วก็ต้องปรนนิบัติสามีอย่างสม่ำเสมอ เป็นแม่บ้านแม่เรือนที่ดี เท่ากับบทบาทของผู้นำครอบครัวให้แก่ชายโดยปริยายทำให้เกิดการใช้กำลังกดขี่หญิงในทางเพศ กฎหมายไทยเพิ่งจะบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรหลังจากพ่อขุนรามคำแหงมหาราชประดิษฐ์ตัวอักษรขึ้นมาเป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 1826 การข่มขืนกระทำชำเราเป็นสิ่งต้องห้ามในกฎหมายสมัยนั้นเพราะพุทธศาสนาเป็นศาสนาประจำชาติของไทยมาช้านานแล้ว โดยในพุทธศาสนามีศีลอยู่ข้อหนึ่งว่า “กามสุมิจจาจารา เวรมณีสิกขาปทํ สมาธิยามิ” อันหมายความว่า ฟังคนเว้นจากการล่วงเกินบุตร ภรรยาผู้อื่น ด้วยเหตุนี้สามารถกล่าวได้ว่า กฎหมายไทยตั้งแต่สมัยโบราณจะลงโทษผู้กระทำผิดฐานล่วงละเมิดภรรยาผู้อื่น

ในทางประเวณีโดยถือว่าการกระทำผิดดังกล่าวเป็นการล่วงละเมิดศีลทางศาสนา และเป็น การทำลายขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมอย่างร้ายแรง<sup>1</sup>

### 2.1.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเกิดขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชมี บทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศไว้ในพระอัยการลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่อ อำนาจอิสระ หรืออำนาจปกครองของบิดามารดากรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นบุตร หรือต่ออำนาจอิสระ หรืออำนาจปกครองของสามีกรณีที่ผู้ถูกกระทำเป็นภรรยา<sup>2</sup>

พระเจ้าอยู่หัว หรือสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 ทรงเป็นกษัตริย์พระปรีชาสามารถไม่เพียงแต่ ในด้านทหาร หรือในด้านการทำสงครามแต่พระองค์ยังเป็นนักนิติศาสตร์ ในเรื่องกฎหมายนั้น พระองค์ทรงโปรดฯ ให้มีการรวบรวมและเขียนกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นครั้งแรกแต่ นำ เสียหายที่ต้นฉบับกฎหมายกรุงศรีอยุธยาถูกทำลายเสียหายครั้งเสียกรุงศรีอยุธยาแก่พม่า พ.ศ. 2310 อนึ่ง กฎหมายลักษณะผิดเมียเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาการนำเอา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาลงในกฎหมายลักษณะผิดเมียเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็น ว่า การล่วงเกินภรรยาผู้อื่นเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของรัฐและอำนาจอิสระของสามี การข่มขืน กระทำชำเราในกฎหมายตราสามดวงมีสองประการ คือ<sup>3</sup>

ประการแรก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ในกฎหมายฉบับนี้ การกระทำที่จัดเป็นการข่มขืนกระทำชำเรานั้น กฎหมายได้ใช้คำว่า “ข่มขืนถึงชำเรา” โดยคำว่า “ข่มขืน” นั้น แสดงความหมายอยู่ในตัวแล้วว่าไม่มีความยินยอมจากฝ่าย ที่ถูกกระทำ แต่ได้มีการใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งซึ่งจับจ้องจนถึงขั้นเกิดการ “ชำเรา” อันหมายถึงมี การร่วมประเวณีกัน ส่วน “ข่มขืนมิถึงชำเรา” หมายถึง ได้มีการบังคับขืนใจแต่ยังไม่มี การร่วมประเวณีต่อกัน ดังปรากฏในตัวอย่างต่อไปนี้<sup>4</sup>

<sup>1</sup> สุชาติ เหล่าพูลสุข. (2548). *ความผิดทางเพศ: กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 27.

<sup>2</sup> ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. (2542). *ประวัติศาสตร์กฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 142. อ้างถึงใน สุชาติ เหล่าพูลสุข. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 27.

<sup>3</sup> ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2542). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 18-22.

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2. อ้างถึงใน สุชาติ เหล่าพูลสุข. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 27.

1 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมพิศเมียทวิคุณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมพิศเมีย

40 มาตราหนึ่ง พระครูภิกษุสามเณร พิศเมียท่านถึงชำเรา ซึ่งว่า ปาราชิก ให้สึกออกเสียแล้ว ให้ไหม โดยพระราชกฤษฎีกา

41 มาตราหนึ่ง ถ้าพระครูภิกษุสามเณรผู้อยู่ในศีล ทำทุลาจารย์ผิดทางวินัยทำร้ายด้วยหญิงหาผู้มีได้ถึงชำเราเป็นสังข์ไชร์ ซึ่งว่าปาราชิกให้สึกออกลงโทษ

46 มาตราหนึ่ง เจ้าเงินก็ดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินก็ดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเราหญิงร้อยแรกมีสักขีพยานไชร์ ท่านให้แบ่งตัวหญิงนั้นเสียกึ่งหนึ่งๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงินถ้าจับมือถือนาง กอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิจารณาเป็นสังข์ ให้แบ่งข้าตัวเป็น 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยไชร์ อย่าให้แบ่งทุนเขานั้นเสียเลย ถ้ามันมิสมักอยู่ด้วยแลมันจะหย่าไชร์มันยังเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่น้อง ลูก หลาน แห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งข้าตัวจงถ้วน

71 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนหญิงมายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณมพิศเมียทำ 5 ส่วน ยกเสีย 1 เอา 4 ส่วน ตัวไหมเป็นสินไหมกึ่งพิไนกึ่ง ถ้าข่มขืนมิทำชำเราให้ไหมถึงชำเรา

76 มาตราหนึ่ง ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเราให้ไหมชายนั้นกึ่งประณมพิศเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมกึ่งถึงชำเรา

77 มาตราหนึ่ง ชายใดหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเราให้ไหมชายนั้นกึ่งเบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเรา ให้ไหมกึ่งถึงชำเรา

78 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เดียงสา มิถึงชำเรา ให้ไหมเท่าเบี้ยประณมพิศเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ไหมเท่าเบี้ยประณมพิศเมียทวิคุณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วยท่านให้ไหมรายนั้นโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง

88 มาตราหนึ่ง ชายใดมิได้สู้ขอลูกสาว หลานสาวท่าน และบังอาจว่าตนเรียวแรงผู้เดียวก็ดี พาพวกเพื่อนไปด้วยก็ดี เข้ากุมเกาะ เบาะ ฉะแลง ลูกสาวหลานสาว และเมียท่านไปด้วยแรงตนหญิงนั้นร้องแรก ขัดขวาง มีคนรู้เห็นได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดี หญิงนั้นมาหาความเป็นสังข์ไชร์ให้ไหม โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ถ้าข่มขืนหญิงมีบาดเจ็บ ให้ไหมโดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง พวกซึ่งไปด้วยนั้นให้ไหมกึ่ง ถ้าชายหลายคนข่มขืน โทรมเอาหญิงนั้นไชร์ ให้ลงโทษแก่ชายนั้นด้วยหนัก 60 ที ให้ไหมตามบันดาศักดิ์ทวิคุณเพราะมันบังอาจหยาบซ้ำต่อแผ่นดินเมืองท่าน

105 มาตราหนึ่ง ชายใดสู้ขอลูกสาว หลานสาวท่าน บิดา มารดาหญิง ยินยอมให้ชายได้ให้มีขันหมากหมั้นนั้นจะทำการยังมีได้ทำการ ชายอื่นบังอาจว่าตนเรียวแรง เกาะกุม เบาะ ฉะแลง หญิงนั้นด้วยแรงตน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดี พิจารณาเป็นสังข์ไชร์ ท่านว่าล่วง

พระราชอาชญาความเมืองท่านให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดามารดาแล้ว ให้ทวนชายต้นเหตุด้วยลดหน้ 50 ที ถ้ามีพวกไปด้วยให้ทวนลด 50 ที จงทุกคนให้ใหม่ชานต้นเหตุโดยผิดเมียท่านในชั้นหมากนั้น จึงสมควร

จากบัญญัติข้างต้น พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนกำหนดควรผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ดังนี้ ความผิดฐาน “ข่มขืนถึงชำเรา” หมายถึง การที่ชายให้การบังคับขืนใจด้วยวิธีใดๆ แก่หญิง โดยที่หญิงนั้น ไม่ยินยอมและหญิงเป็นภริยาของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นทาส หญิงซึ่งเป็นหม้าย หญิงซึ่งเป็น บุตรสาว หรือหลานสาวของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นเด็กและหญิงที่ชายอื่นส่งมาจากพ่อแม่หญิงนั้นแล้วจน ได้มีการร่วมประเวณีกัน ส่วน “ข่มขืนไม่ถึงชำเรา” นั้นมีความหมายแตกต่างจาก “ข่มขืนถึงชำเรา” ตรงที่ไม่ได้มีการร่วมประเวณีกัน แม้จะได้มีการบังคับขืนใจกันก็ตาม ซึ่งเปรียบได้กับความผิดฐาน พยายามข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน โดยมีอัตราโทษที่ต่ำกว่า “ข่มขืนถึงชำเรา”

ประการที่สอง ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนี้ได้แบ่งแยกออกเป็นสองกรณี คือ

1) ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน

“มาตราหนึ่ง พ่อ แม่ ลูก พี่ น้อง ยายหลาน ตาหลาน ลุงน้ำหลาน ทำชู้กัน ไชริ้ให้ทำเปลอย ผู้นั้นเสียในทะเล (ทะเล) ให้เข้าพ่อแม่พี่น้องพลเมืองท่านทั้ง 4 ประตู ใ้ 8 ตัว ให้พระสงฆ์ พราหมณ์จารย์สวดมนตร์ทำพิธีการระงับอุบาทจันไร น้ำ ไฟ (ฝน) ซึ่งจะตกเป็นประโยชน์แก่คน ทั้งหลาย ฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่าลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านว่า เลมิตให้ลงโทษโดยโทษาญ โทษ”

บทบัญญัตินี้ คือ การมีเพศสัมพันธ์ทางเพศถึงขั้นกระทำชำเรา (ร่วมประเวณี) กับญาติ สืบสายโลหิตด้วยความยินยอมของกันและกัน โดยผู้กระทำนั้นเป็นพ่อ แม่ กับลูก พี่กับน้อง ตา ยาย กับหลาน ลุงน้ำ กับหลาน (และน่าจะรวมถึง ปู่ ย่า ป้ากับหลาน) ซึ่งเรียกว่า “ทำชู้” และนอกจากจะ มุ่งหมายลงโทษชายและหญิงผู้กระทำแล้วยังลงโทษ พ่อ แม่ พี่ น้อง ที่รู้ว่าลูกของตน หรือพี่น้องตน กระทำการเช่นนั้นแล้วไม่ได้ว่ากล่าว หรือห้ามปรามด้วย

2) ระหว่างผู้ที่ไม่ใช่สายโลหิตเดียวกัน

มาตราหนึ่ง หลานทำชู้เมียลุง ตา ปู่ อา น้ำ พี่ตนเอง มันผู้มีเกรงกลัว มันมีอายแก่บาป ดั่งนั้น ให้เอามันคนร้ายจำใส่ตรวน (ขี้น คา) เอาน้ำหมึกสักหน้าทั้งหญิง (ชาย) เอาเชือกหนึ่งผูกคอ เอาห้องตีทะเลวนรอบตลาดแล้วเอาขึ้นขาหย่างยิงด้วยลูกสั้น โดยและให้ตีด้วยลวดหน้ 25 (50) ที แล้วให้ทำเปลอยเสียนอกเมือง อย่าให้ดูเยี่ยงกัน ถ้าจะ ใ้ลูกสั้นโดยมิให้ยิงเล่มละ 30,000

เช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตราก่อน กรณีระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน แต่ต่างกันตรงที่เป็น การมีเพศสัมพันธ์กับญาติที่เกิดจากการสมรส นั่นคือ ภริยา (เมีย) ของลุง ตา ปู่ อา น้ำและพี่ของ

ผู้กระทำ ซึ่งกฎหมายบัญญัติถึงลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์ว่าเป็นการ “ทำชู้” อันหมายถึงการสมครใจที่จะมีสัมพันธ์ทางเพศต่อกันระหว่างชายกับหญิงจนถึงขั้นร่วมประเวณี ในขณะที่ชาย หรือหญิงนั้นต่างก็มีคู่สมรสของแต่ละคนอยู่ก่อนแล้วโดยกฎหมายได้บัญญัติให้ทั้งชายและหญิงนั้นต้องโทษให้อตราที่รุนแรง พร้อมกับเนรเทศออกจากเมือง แต่ถ้าหากหญิงนั้นไม่ได้ยินยอมสมครใจที่จะร่วมประเวณีเสียแล้ว ย่อมไม่ใช่การ “ทำชู้” ซึ่งอาจจะเป็นการข่มขืน หรือชำเราก็ดำเนินการตามกฎหมายจะบัญญัติ ฉะนั้นเมื่อไม่เป็น “ทำชู้” จึงเอาผิดแก่หญิงมิได้

### 2.1.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระราชดำริให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศขึ้นมาใหม่ เพราะเล็งเห็นว่ากฎหมายลักษณะสัวเมียที่เคยใช้อยู่แต่เดิมนั้น ยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ เป็นเหตุให้เกิดความสงสัยต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากัน จึงได้มีการพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ขึ้นมา<sup>5</sup>

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 3 ชายใดกระทำชำเราหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่กล่าวต่อไปนี้ข้างล่างนี้ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ชืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายผู้เจ้ญจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่าสิบสองปีลงมา

มาตรา 4 ชายใดข่มขืนทำชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่สิบปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงมาด้วยก็ได้

อนึ่ง ผู้ได้รับโทษฐานข่มขืนทำชำเราครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับขึ้นกระทำความผิดลงอีกเป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไป จะให้โทษเข็ญตั้งแต่ 60 ปี ลงมาเพิ่มเข้ากับโทษจำคุกแลโทษปรับอีกด้วยก็ได้

<sup>5</sup> สุนนัส ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). *ความคิดเกี่ยวกับเพศ: ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 46.

มาตรา 6 ผู้ใดพยายาม หรือจะข่มขืนทำชำเราก็ดี... ซึ่งเป็นการผิดต่อมาตรา 3 มาตรา 4 ... พิจารณาเป็นสัจให้ลงโทษจำคุก<sup>6</sup>

มาตรา 7 ผู้ใดรู้เห็นเป็นใจ ถาช่วยอุดหนุนต้นเหตุในการข่มขืนกระทำชำเราก็ดี... พิจารณาเป็นสัจให้ลงโทษจำคุก

จากพระราชกำหนดดังกล่าวสามารถสรุปได้ว่า การกระทำชำเราตามกฎหมายฉบับนี้เป็นการกระทำชำเราตามธรรมชาติระหว่างชายกับหญิง เพียงชายใช้วิธีเยาะเพศจดถึงทวารหนักหญิงเท่านั้นก็ถือว่ากระทำชำเราแล้วโดยหญิงไม่ยินยอม หรือโดยหญิงยินยอมเพราะชายขู่เชื่อว่าจะทำให้ร้ายร่างกายและชีวิต หญิงกลัวจึงยอม หรือกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองปีลงมา ไม่ว่าหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม หากเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ผู้กระทำก็มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา รวมถึงผู้ใดพยายามกระทำความผิดและเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดก็มีความผิดและต้องรับโทษด้วย การขึ้นใจหญิงต้องใช้กำลังที่หญิงจะหนีแต่ก็หนีไม่พ้น หากในกรณีไม่ยินยอม คือ การที่ชายปลอมตัวเป็นสามีของหญิง หรือทำให้หญิงไม่มีสติโดยใช้ยาทำให้เมากฎหมายดังกล่าวได้กำหนดโทษโดยกำหนดทั้งโทษจำคุก ปรับและให้ทำงานหนัก ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดกลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก ให้เพิ่มโทษด้วยการเชือดผู้กระทำความผิดโดยเพิ่มจากบทลงโทษที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โทษปรับนั้นกฎหมายถือว่าเป็นค่าทำขวัญหญิง ด้วยเหตุนี้โทษปรับนั้นน่าจะเป็นศิลาใหม่ทดแทนทางแพ่งมากกว่าทางอาญา

### 2.1.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

สืบเนื่องจากประเทศไทยได้มีความต้องการที่จะเรียกทรัพย์สินทางศาลที่เสียไป พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงได้ทรงมีพระราชดำริให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของไทยให้เป็นไปตามแบบของประเทศตะวันตก กฎหมายลักษณะอาญานั้นนับว่าเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมหาราชได้ทรงแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้นในปี พ.ศ. 2440 เพื่อให้ระบบกฎหมายไทยเทียบเท่ากับกฎหมายนานาประเทศที่มาค้าขายกับประเทศไทยในขณะนั้นดังสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธรัฐสวิส ประเทศญี่ปุ่น ประเทศอังกฤษ เป็นต้น เพื่อสะดวกสบายในการเจรจาแก้ไขสนธิสัญญาเพื่อ

<sup>6</sup> อัมมัน แดเปาะ. (2547). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอาญาอิสลามกับประมวลกฎหมายอาญาไทย*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาอิสลามศึกษา, คณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์. หน้า 42.

ยกเลิกข้อเสียเปรียบทางการศาลและยุติธรรม คณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายชุดนี้ประกอบด้วย<sup>7</sup>

- 1) พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่นบุรีดิเรกฤทธิ์ เป็นประธาน
- 2) พระเจ้าน้องยาเธอกรมหลวงพิชิตปรีชากร
- 3) พระยาประชาภิจักรจักร (แหม่ม)
- 4) เจ้าพระยาอภัยราชา (Rolin Jaquemyns)
- 5) นายริชาร์ด เกอกแปดริตเนติบัณฑิตชาวเบลเยียม (Richard Kirkpatrick)
- 6) นายโตกิชิ มาซาโอ (Tokichi Masao) เนติบัณฑิตชาวญี่ปุ่น

ความผิดเกี่ยวกับฐานข่มขืนกระทำชำเราในประมวลกฎหมายทางอาญา ร.ศ. 127 บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 243 ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปีและให้ปรับตั้งแต่สิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเอง ท่านว่ามันข่มขืนทำชำเรามีความผิดต้องระวางโทษคุกกันกับที่ว่ามานั้น ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้น มีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่ามันผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปีและให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง<sup>8</sup>

มาตรา 244 ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบถึงหญิงนั้นยินยอมก็ตาม หรือมิยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่างสาหัสท่านว่ามันเป็นผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

<sup>7</sup> อัมมัน แดเปาะ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6. หน้า 50.

<sup>8</sup> หยุต แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายลักษณะกฎหมายอาญา ร.ศ. 127*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 357-358.

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปีและให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง<sup>9</sup>

มาตรา 247 บัญญัติว่า ความผิดอย่างใดใดที่ว่ามาในมาตรา 243 มาตรา 244 และมาตรา 246 นั้น ถ้าผู้กระทำเป็นบิดามารดา หรือปู่ ย่า ตา ยาย กี่ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยง ผู้ถูกกระทำไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ผู้ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตรา ที่ว่ามานั้น หนึ่งในสามส่วน<sup>10</sup>

มาตรา 248 บัญญัติว่า การฟ้องเอาโทษผู้กระทำผิดกฎหมายหมวดนั้น ถ้าคดีเป็นข้อหาว่าใช้อำนาจด้วยกำลัง หรือขู่เข็ญทำชำเราขึ้นใจหญิงดั่งว่าไว้ในตอนต้น แห่งมาตรา 243 กี่ดี หรือคดีมีข้อหาว่าใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิงดั่งว่าไว้ในตอนสองแห่งมาตรา 243 นั้นก็ดี ท่านว่าให้พิจารณาเหตุที่เกิดเหตุก่อน ถ้าเหตุมิได้ก่อต่อหน้าธารกำนัลไซ้ ท่านให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกทำร้ายมาร้องทุกข์จึงให้พนักงานเอาคดีนั้นขึ้นตามกระบิลเมือง<sup>11</sup>

จากบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า การกระทำชำเราขึ้นใจหญิงอันเป็นการข่มขืน คือ การล่วงละเมิดสังวาส หรือผสมเพศซึ่งกันและกัน ซึ่งตามความหมายนี้เป็น การที่ชายกระทำชำเราแก่หญิงตามลักษณะของการร่วมประเวณีอย่างธรรมดาและจะเป็น ความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงโดยใช้กำลังกาย หรือขู่เข็ญว่าจะทำร้าย หรือว่าจะทำร้าย หรือใช้อุบายหลอกลวงอย่างใดๆ<sup>12</sup> โดยระวางโทษจำคุก และปรับแก่ผู้กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่หนึ่งปีจนถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทถึงห้าร้อยบาท หากเป็นการข่มขืนกระทำชำเราจนหญิงมีบาดเจ็บสาหัส หรือกระทำชำเราหญิงจนถึงแก่ความตาย หรือข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่า สิบสองขวบ หรือข่มขืนกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบจนได้รับบาดเจ็บ หรือ บาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตาย หรือถ้าผู้กระทำเป็นบิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ครูบา อาจารย์ที่รับเลี้ยง เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ผู้ปกครองรักษา ไม่ว่าผู้ถูกกระทำซึ่งเป็น เด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบจะยินยอมด้วยหรือไม่ก็ตาม บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ย่อม หมายถึง บุพการีของผู้ถูกกระทำ ซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้น ซึ่งจำกัดอยู่ความเป็น ญาติของตัวผู้ถูกกระทำเช่นนั้น ไม่ขยายรวมไปถึงบิดา หรือมารดาเลี้ยง หรือปู่ ย่า ตา ยาย

<sup>9</sup> หุค แสงอุทัย. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 8. หน้า 359.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 363.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 363.

<sup>12</sup> สมนัส ตั้งเจริญกิจกุล. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 45.



ที่เป็นพี่น้องของปู่ ย่า ตา ยายของตน<sup>13</sup> ต้องได้รับโทษหนักขึ้น ถ้าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามิได้เกิดต่อหน้า กฎหมายกำหนดเป็นความผิดที่สามารถขอมความได้ เกณฑ์อายุในการให้ความยินยอม คือ สิบสองปีเช่นเดียวกับพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณีและต่อมาได้มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 แก้อายุต่ำกว่าสิบสองขวบ เป็นเกณฑ์อายุต่ำกว่าสิบสามขวบ

อย่างไรก็ดี แม้นในตัวเองจะใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายความว่าจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ นั่น แต่กระนั้นก็ตามหญิงจะมีความผิดฐานข่มขืนทำชำเราไม่ได้เพราะความผิดฐานนี้มีได้แต่เฉพาะชายเท่านั้นและการที่ชายสามมิได้ร่วมประเวณีกับภริยาแม้จะเป็นการขืนใจ หรือใช้กำลังทำร้ายก็หาไม่มีความผิดและไม่มีความผิดก็แต่ฐานทำร้ายร่างกายเท่านั้นเพราะตามธรรมดาของการเป็นสามีภริยาข่มขืนจะต้องมีการร่วมประเวณีกัน ดังที่กฎหมายลักษณะฟัวเมียกกล่าวต่างเป็นเจ้าของประเวณีกัน ฉะนั้น สิ่งสำคัญจะต้องทราบถึงการเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายลักษณะฟัวเมียเสียก่อน เพื่อให้การร่วมประเวณีนั้นไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน

การเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายจำต้องประกอบด้วยหนึ่งชายหญิงทั้งสองฝ่ายได้กินอยู่หลับนอนด้วยกัน โดยมีเจตนาเป็นสามีภริยากัน สองบิดามารดา หรือผู้เป็นอิสระแก่หญิง (ผู้มีอำนาจปกครอง ของหญิง) ยินยอมยกหญิงให้เป็นภริยาชายโดยที่หญิงนั้นยินยอมด้วย

ดังนั้น ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นี้ หากชายและหญิงเป็นสามีภริยากันแล้ว ชายผู้เป็นสามีจะไม่ถูกต้องหาว่ากระทำการข่มขืน แม้ว่าจะได้ใช้กำลังกายหรือวาจาขู่เข็ญใจหญิงผู้เป็นภริยาเพื่อการมีเพศสัมพันธ์

#### 2.1.4 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

เนื่องจากนับตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมากจึงเห็นสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่รวมถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย กล่าวคือ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีการแก้ไขในมาตรา 276 หลายครั้ง โดยมีการแก้ไขในส่วนของอัตราโทษ ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับได้ถูกเพิ่มมากขึ้นตามพฤติการณ์ที่กฎหมาย

<sup>13</sup> กิตติพงษ์ พุกพ่วง. (2558). *ปัญหาขอขมเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ตามประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติมโดย พรบ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 57.

บัญญัติ แต่ทั้งนี้ กฎหมายก็ยังคงยึดถือมาเสมอว่าความผิดฐานข่มขืนจะต้องเป็นการที่ชายได้กระทำต่อหญิงอื่น ซึ่งมีใช้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน<sup>14</sup>

การกระทำความผิดตามมาตรา<sup>15</sup> นี้หมายความว่า การข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาตนเองและการกระทำชำเราหญิง ได้แก่ การเอาของลับของชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิงแม้ล่วงล้ำไปเพียงนิดเดียว ก็เป็นความผิดสำเร็จ แต่ถ้าหากเป็นการกระทำแก่ช่องทางอื่นของหญิง เช่น ทางปาก หรือทางทวารหนักมิใช่ความผิดฐานนี้<sup>16</sup> ซึ่งคำว่า “หญิง” หมายถึงเพศที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่สามารถออกลูกได้ไม่ใช่ชายแปลงเพศ<sup>17</sup>

ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 ใหม่ เป็นการให้ความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา” แตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ในพจนานุกรมและยังได้ขยายความไปถึงทวารหนักและช่องปากของผู้ถูกระทำชำเรา ในขณะที่เดียวกันการกระทำของผู้กระทำชำเราไม่จำเป็นที่จะต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำต่ออวัยวะเพศ หรือทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำชำเราอาจจะใช้อวัยวะอื่นของตน หรือใช้สิ่งอื่นใดก็ได้ จากการที่ได้มีการให้ความหมายดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาขึ้นหลายประการทั้งปัญหาในการตีความบทบัญญัติกฎหมายที่มีความหมายอย่างกว้างส่งผลให้การกระทำความผิดฐานอนาจารลดความสำคัญลงไปและการกระทำความผิดดังกล่าวนี้จะมีความผิดสำเร็จเมื่อไหร่ ซึ่งต่างกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเก่าที่จะเป็นความผิดสำเร็จได้นั้นต้องมีลักษณะที่ใช้อวัยวะชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่มาตรา 276 ใหม่เพียงผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น เพียงเท่านี้ก็มีความผิดสำเร็จแล้ว

ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว<sup>18</sup> ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัวของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 285 ได้บัญญัติรวมถึงกรณีระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันกับไม่มีสายโลหิตเดียวกัน แต่เป็นบุคคลในครอบครัวเอาไว้ โดยแบ่งเป็นการกระทำของบุพการีต่อผู้สืบสันดานและผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาลต่อผู้ได้ปกครองคนเสมือนไร้ความสามารถและคนไร้ความสามารถ ซึ่งการกระทำความผิดระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันระบุเพียงเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ซึ่งหมายความถึงเพียงการกระทำ

<sup>14</sup> สุวัฒน์ชัย ใจหาญ. (2534). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: มิตรสยาม. หน้า 5-6.

<sup>15</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. (2560). *หลักกฎหมายอาญาภาคความผิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 235-236.

<sup>16</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1044/2518.

<sup>17</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524.

<sup>18</sup> กิตติพงษ์ พุกพ่วง. อ่างแล้ว เชนงอรรถที่ 13. หน้า 56.

ของบุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดานเท่านั้นไม่ได้หมายความว่ารวมถึงญาติลำดับอื่นด้วย เช่น ปู่ ย่า ตา ยาย ซึ่งในกฎหมายฉบับเก่าได้บัญญัติไว้และการกระทำความผิดระหว่างผู้ที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกัน มาตรา 285 ได้บัญญัติถึงความผิดทางเพศในกรณีความผิดเช่นเดียวกัน เอาไว้แก่ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาลที่ได้กระทำลงต่อผู้อยู่ได้อำนาจปกครองในความพิทักษ์ และในความอนุบาล โดยที่ความเป็นผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์และผู้อนุบาล ต้องชอบด้วยกฎหมาย<sup>19</sup> เป็นที่น่าสังเกตว่าถึงแม้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดต่อกันระหว่างผู้กระทำกับ ผู้ถูกกระทำ หรือมีสายเลือดเดียวกัน แต่ผู้กระทำไม่ได้เป็นบุพการี เช่น อาจเป็น อา น้ำ ลุง ของผู้ถูกกระทำ ซึ่งถ้าบุคคลเหล่านี้มีสถานะเป็นผู้ปกครอง ผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ของผู้ถูกกระทำ ตามกฎหมาย ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดความสัมพันธ์และความใกล้ชิดซึ่งกันและกันทั้งทาง กายภาพและจิตใจ ฉะนั้นความรับผิดชอบตามกฎหมายของบุคคลดังกล่าวจะต้องเพิ่มขึ้น การล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ใต้ปกครองในความอนุบาลและในความพิทักษ์ จึงเป็นการ กระทำที่ผิดต่อศีลธรรมและกฎหมายอย่างแรง กฎหมายจึงกำหนดให้รับโทษหนักขึ้น เฉกเช่น กรณีญาติสายโลหิตเดียวกัน

## 2.2 แนวคิด ทฤษฎีกฎหมายอาญา

### 2.2.1 ความหมายของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา คือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการการบังคับทางอาญาอื่นและเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษ วิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น นั้น<sup>20</sup>

กฎหมายอาญา ได้แก่ กฎหมายที่บัญญัติถึงความผิดและโทษ<sup>21</sup>

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำ หรือไม่กระทำการอย่างใดเป็น ความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย<sup>22</sup>

<sup>19</sup> หยุต แสงอุทัย. อ่างแล้ว เจิงอรรถที่ 8. หน้า 383.

<sup>20</sup> คณิต ณ นคร. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 26.

<sup>21</sup> หยุต แสงอุทัย. (2527). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 21).

กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 119.

<sup>22</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 10).

กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1.

กฎหมายอาญา ได้แก่ การกระทำ หรืองดเว้นการกระทำที่จกต้องกระทำเพื่อป้องกัน ผลในสิ่งทีกฎหมายบัญญัติห้าม หรือให้กระทำเพื่อรักษาความสงบของชุมชน หรือรักษา ศีลธรรม<sup>23</sup>

จากคำนิยามของกฎหมายอาญา จะเห็นได้ว่า กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนด ถึงลักษณะ ดังนี้

1) ความผิด กฎหมายจะบัญญัติห้ามไว้ว่าไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าได้ กระทำการที่ห้ามไว้จะถือว่ามีความผิด

2) มาตรการบังคับทางอาญา ได้แก่

โทษตามประมวลกฎหมายอาญา ประกอบไปด้วย ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน<sup>24</sup>

วิธีการเพื่อความปลอดภัย<sup>25</sup> ประกอบไปด้วย การกักกัน ได้แก่ การควบคุมผู้กระทำ ความผิดตติณีสัยไว้ภายในเขตกำหนด เพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อตติณีสัยและเพื่อ ฝึกหัดอาชีพ<sup>26</sup> ห้ามเข้าเขตกำหนด เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล คือ การห้ามมิให้เข้าไปใน ห้องที่ หรือสถานที่ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา เรียกประกันทัณฑ์บน คือ กรณีเมื่อความ ปราบกฏแก่ศาลว่าผู้ใดมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิด ศาลมีอำนาจเรียกให้ผู้นั้นทำค้ำประกันว่าจะ ไม่ก่อเหตุร้ายขึ้นในระยะเวลาที่กำหนด คุ่มตัวไว้ในสถานพยาบาลเป็นกรณีที่ศาลสั่งให้คุมตัว บุคคลไว้ในสถานพยาบาล ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง ได้แก่ การห้ามผู้ที่ได้กระทำความผิด มิให้ประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพบางอย่างหลังจากที่พ้นโทษไปแล้ว

โทษในทางอาญาเป็นการบังคับโดยรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจลงโทษต่อผู้กระทำความผิด อาญา ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแสดงว่าชุมชนไม่ต้องการให้การกระทำความผิดเช่นนั้นมิขึ้นและเป็น การตอบแทนผู้กระทำความผิดเพื่อให้หลายจำด้วย ดังนั้น การลงโทษจึงหมายถึงการที่รัฐทำ ให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับผลร้ายเพราะเหตุที่ผู้นั้นฝ่าฝืนกฎหมาย

### 2.2.2 แนวคิดและทฤษฎีการกำหนดความรับผิดชอบอาญา

แนวคิดการกำหนดความผิดทางอาญาของสำนักกฎหมาย แบ่งออกได้ ดังนี้

1) สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

<sup>23</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 3-4.

<sup>24</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18.

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 39.

<sup>26</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 40.

แนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ เชื่อว่ากฎหมายเกิดจากธรรมชาติเหมือนปรากฏการณ์อื่นๆ ของโลก เช่น ฝนตก พายุร้อง โดยเชื่อว่ามนุษย์สามารถนำเอาความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่อยู่ในจิตใจของมนุษย์มาใช้เป็นกฎเกณฑ์ เพื่อบังคับความประพฤติของมนุษย์ให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้

อริสโตเติลได้แบ่งกฎหมายธรรมชาติเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายที่มาจากกฎเกณฑ์ที่กำหนดแบบแผนการปฏิบัติของมนุษย์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ ไม่ได้เกิดจากการตั้งใจของผู้ใด เช่น กฎเกณฑ์ที่มนุษย์ไม่ทำอันตรายผู้อื่นและกฎหมาย คือ กฎเกณฑ์ที่มนุษย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองกำหนดขึ้นเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องบางประการที่เกิดจากความเจริญของสังคมที่ผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลากลายเป็นกฎเกณฑ์ที่บังคับ หรือกำหนดให้กระทำ หรือห้ามมิให้กระทำ<sup>27</sup>

อาจสรุปได้ว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายในอุดมคติเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ได้ทั่วไปเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับได้ตลอดไปไม่มีเสื่อมลง หรือเปลี่ยนแปลงเป็นกฎเกณฑ์ที่มีจากศีลธรรมรัฐจะบัญญัติกฎหมายออกใช้บังคับกับบุคคลในรัฐต้องคำนึงถึงศีลธรรม มนุษย์ธรรม เช่น สิทธิมนุษยชน ปัจจุบันการบัญญัติกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ จึงถูกตรวจสอบโดยแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ เพื่อวินิจฉัยความถูกต้องสำหรับการกระทำของรัฐ<sup>28</sup>

## 2) สำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law)

สำนักกฎหมายบ้านเมืองมีแนวคิดที่ว่า กฎหมายคือสิ่งที่รัฐบัญญัติเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐ ไม่ใช่เรื่องของเหตุผลเป็นไปตามอำนาจรัฐ (Power theory of law) รัฐสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครองบ้านเมืองปราบปรามผู้ที่ทำลายความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้ กฎหมายจึงมีลักษณะเป็นคำสั่ง หรือคำบัญชาของผู้ปกครองซึ่งตั้งแก่ราษฎร ถ้าใครไม่ทำตามจะมีความผิดและได้รับโทษผู้ได้ปกครองต้องปฏิบัติตามเสมอ ไม่มีสิทธิโต้แย้งว่าสิ่งนั้นถูกหรือผิด ถ้าไม่ทำตามต้องรับโทษ ทั้งนี้ มาจากแนวคิดของฌอง โบแดง (Jean Bodin) ที่ว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยย่อมไม่ถูกยับยั้ง หรือจำกัดโดยกฎหมายใดๆ ที่จะบัญญัติกฎหมายโดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์เพื่อให้รัฐดำเนินไปอย่างมีระเบียบแบบแผนและจอห์น ออสติน (John Austin) มีแนวคิดที่ว่ากฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐาธิปัตย์

สรุปได้ว่า สำนักกฎหมายบ้านเมือง มีแนวคิดที่ว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มนุษย์บัญญัติขึ้นโดยผู้มีอำนาจปกครองหรือรัฐ ไม่ใช่เรื่องของเหตุผล ศีลธรรม หรือธรรมชาติของมนุษย์ แต่เป็นเรื่องของอำนาจโดยชอบธรรมของรัฐ

<sup>27</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2543). ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 87-88.

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 117-118.

### 3) สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ (Historical Law)

ชาวิกนี (Von Savigny) นักปราชญ์ชาวเยอรมันมีความเห็นว่ากฎหมายไม่ได้เกิดจากมนุษย์สร้างขึ้นมาได้ตามใจชอบ แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยตัวมันเองแล้วเติบโตเปลี่ยนแปลงไปตามประวัติศาสตร์ หรือลักษณะของชนชาติเหมือนกับต้นไม้ คน หรือสัตว์ เมื่อเกิดขึ้นมาแล้วจะค่อยๆ เติบโตไปตามกฎเกณฑ์วิวัฒนาการจากความรู้สึกทางศีลธรรม ความฝึชชอบชั่วดี ความเชื่อมั่นของประชาชาติและค่อยๆ วิวัฒนาการไปในตัวเองเหมือนประวัติศาสตร์ ดังนั้น กฎหมายของชนชาติใดก็ย่อมเป็นไปตามความรู้สึกของชนชาตินั้นไม่เกี่ยวกับชนชาติอื่นและมีความเห็นว่าเนื้อหากฎหมายนั้นเป็นอดีตกาลทั้งหมด

การที่รัฐบัญญัติกฎหมายจะต้องคำนึงถึงขนบธรรมเนียมประเพณี คติธรรม สุภายิต นิทาน เพลงชาวบ้านและความสำคัญทางนิติศาสตร์ของชนชาติ โดยกฎหมายต้องมาจากจิตวิญญาณประชาชาติ (Volksgeist) ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของแต่ละชาติที่มาจากประสบการณ์ต่างๆ ที่แตกต่างกันไป กฎหมายจะวิวัฒนาการไปเอง เช่น จารีตประเพณีต่อมาได้กลายเป็นกฎหมายประเพณี

สรุปได้ว่า สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ มองว่ากฎหมายเกิดขึ้นจากความรู้สึกฝึชชอบชั่วดีที่มีอยู่ของแต่ละชนชาติ ได้รับการแก้ไขปรับปรุงไปตามกาลเวลาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายใต้ประวัติศาสตร์ ภูมิศาสตร์ที่ออกมาในรูปของศีลธรรม จึงไม่อาจนำกฎหมายของประเทศหนึ่งไปใช้กับประเทศหนึ่งได้ รัฐไม่อาจบัญญัติกฎหมายได้โดยพลการต้องมีความรู้ทางวิชาการอย่างแท้จริง<sup>29</sup>

#### 2.2.3 การกำหนดความฝึชอาญา

โดยที่กฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่บัญญัติเป็นความฝึชและกำหนดโทษไว้สำหรับผู้กระทำความฝึช ซึ่งโทษทางอาญามีลักษณะกระทำต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สิน ดังนั้น การกำหนดความฝึชอาญาต้องมีลักษณะที่สำคัญ ดังนี้

##### 1) กฎหมายอาญาต้องมีการบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

การกำหนดความฝึชอาญาเป็นการลงโทษผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติที่กำหนดไว้ ซึ่งการลงโทษทางอาญามีความรุนแรงที่สุดที่รัฐจะบังคับใช้กับประชาชน ดังนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะสามารถจะทำได้ รวมถึงต้องหลีกเลี่ยงการใช้คำ

<sup>29</sup> สามิต สิริมาตย์. (2546). *ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความฝึชอาญาอันเกี่ยวกับการใช้เช็ค.*

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 20.

ที่คลุมเครือ หรือไม่มีความชัดเจนแน่นอนเพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง<sup>30</sup>

## 2) กฎหมายอาญาต้องมีการตีความโดยเคร่งครัด

การพิจารณากฎหมายอาญาต้องมีการตีความโดยเคร่งครัด เนื่องจากหากมีการตีความเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ประชาชนจะไม่มีหลักประกันได้ว่าเมื่อใดการกระทำของตนจะเป็นความผิดอาญา ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

ดังนั้น รัฐต้องมีการออกบทบัญญัติที่ชัดเจนโดยระบุว่า การกระทำ หรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดทางอาญากฎหมายอาญาจึงต้องห้ามใช้เกินขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความตามกฎหมาย<sup>31</sup>

### 2.2.4 หน้าที่ของกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญามีภารกิจที่สำคัญ 3 ประการ<sup>32</sup> คือ

1) การคุ้มครองสังคม กฎหมายอาญามีหน้าที่ในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม เพราะกฎหมายอาญามีสภาพบังคับมากกว่าระเบียบของสังคม แต่การใช้กฎหมายอาญาเพื่อคุ้มครองในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมต้องกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น เพราะหากมีการบัญญัติกฎหมายอาญาอย่างพร่ำเพรื่อแล้วสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอาจถูกกระทบกระเทือนจนเกินความจำเป็น ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงไม่เพียงแต่จะมุ่งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาจะต้องใช้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

2) การปราบปรามและการป้องกันการกระทำความผิด เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นก็ต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น ซึ่งในการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดนั้นยังเป็นการป้องกันมิให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นในอนาคตอีกด้วย การลงโทษ หรือการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดจะต้องกระทำเพื่อให้เกิดความรู้สึกทั้งต่อผู้กระทำความผิด

<sup>30</sup> คณิศ ณ นคร. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 20. หน้า 72.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 31-32.

และบุคคลทั่วไป คือ จะต้องทำให้ผู้กระทำความผิดเห็นว่าสังคมไม่ยอมรับการกระทำของเขา และต้องทำเพื่อเตือนบุคคลทั่วไปว่าถ้ามีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นจะต้องถูกลงโทษ

3) การคุ้มครองคุณธรรมในทางกฎหมาย สิ่งที่หล่อหลอมให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปโดยปกติสุขเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างเป็นสิ่งที่ไม่มีสัมผัสได้โดยใช้ประสาทสัมผัส แต่เป็นสิ่งที่เป็น “คุณค่า” (Wert หรือ Value) และเป็นคุณค่าที่จำเป็นที่เป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ เป็นต้น ซึ่งคุณค่าพื้นฐานเหล่านั้นไม่เพียงแต่ได้รับการรับรองและคุ้มครองในทางแพ่งเท่านั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420) ในทางอาญาก็มีการรับรองและคุ้มครองชีวิตมนุษย์ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดด้วย โดยการบัญญัติความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดต่อเสรีภาพ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยการรับเอาคุณค่าเหล่านี้เข้าไปในกรอบแห่งการคุ้มครองของกฎหมายทำให้ชีวิตมนุษย์ความปลอดภัยของร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนั้น กลายเป็นคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut หรือ Legal interest)

บทบัญญัติของกฎหมายอาญาของความผิดฐานต่างๆ เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันใดอันหนึ่ง หรือหลายอัน กฎหมายอาญาจึงมีภารกิจที่จะต้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายไม่ให้เป็นอันตราย หรือไม่ให้ถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย แต่อย่างไรก็ตามปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมนั้นมีอยู่มากมาย ซึ่งจะใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นทุกปัญหานั้นเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องเพราะปัญหาบางปัญหาเป็นปัญหาที่เล็กน้อยไม่สมควร หรือไม่มีความจำเป็นที่ต้องใช้กฎหมายอาญาลงโทษ หรือไม่จำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาเหล่านั้น กล่าวคือ กฎหมายอาญาจำกัดอยู่แค่การคุ้มครองคุณค่าพื้นฐานของระเบียบทางสังคมเท่านั้น เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมาตรการอื่นมาคุ้มครองคุ้มครอง เช่น ประณีประนอมยอมความ

### 2.2.5 หลักการตีความของกฎหมายอาญา

จากที่ได้ศึกษาถึงความหมายของกฎหมายอาญามาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญานั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและบัญญัติโทษไว้สำหรับผู้กระทำความผิด ซึ่งทางอาญาเป็นโทษที่เกี่ยวกับเนื้อตัว ร่างกาย ตลอดจนการตัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลและสร้างความทุกข์ทรมานให้ผู้ต้องรับโทษ การตีความกฎหมายที่มีโทษทางอาญา จึงแตกต่างไปจากการตีความกฎหมายอื่น โดยมีหลักเกณฑ์ที่จะกล่าวโดยสรุป ดังนี้



1) กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ โดยกำหนดชัดเจนไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า “บุคคลที่จักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย มีความเห็นในเรื่องนี้ว่า ไม่หมายความว่าศาลจะต้องดำเนินตามตัวอักษรเป็นเตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความโดยขยายความในบางกรณีได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นแต่การห้ามมิให้ศาลขยายความตามชอบใจเท่านั้น แต่ถ้ากรณีตีความโดยขยายความเป็นแต่ตีความตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายเองแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะทำได้<sup>33</sup>

2) การตีความตามกฎหมายอาญานั้นจะตีความกฎหมายอาญาให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลมิได้

3) ตัวบทกฎหมายอาญาข้อใดที่มีข้อความเคลือบคลุมสงสัยต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย ทั้งนี้ เทียบเคียงจากหลักในการพิจารณาคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ว่าหนักพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

สำหรับ ศาสตราจารย์ดร. คณิต ฌ นคร ได้อธิบายเรื่องการตีความกฎหมายอาญาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในการทำความเข้าใจความหมายในทางตัวบทกฎหมายไว้ ดังนี้<sup>34</sup>

1) การตีความตามหลักภาษา (Grammatische Auslegung) โดยที่การตีความกฎหมายพิจารณาวัตถุประสงค์ (Object) ของการตีความซึ่งก็คือถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย การพิเคราะห์ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายจึงเป็นที่ต้องทำความเข้าใจเป็นเรื่องแรก การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้ทั่วไป ความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล

2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบกฎหมาย (Systematische Auslegung) การพิเคราะห์ความสัมพันธ์ของบทบัญญัติกฎหมายเท่ากับเป็นการค้นหาสิ่งที่เป็นภาพรวมของบทบัญญัติทำให้มองเห็นถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่างระหว่าง

<sup>33</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2559). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*. (พิมพ์ครั้งที่ 31). กรุงเทพฯ: วิญญชน. หน้า 39.

<sup>34</sup> คณิต ฌ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20. หน้า 69.

บทบัญญัตินั้นๆ แม้ผู้ตีความจะถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์แต่ภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบกฎหมาย กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ แม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็ใช้ว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิดเพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้ ฉะนั้น การตีความกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียวไม่อาจเพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วยการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น การพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายนั้นอาจพิจารณาจากประวัติการร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง

4) การตีความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย (Teleologische Auslegung) การตีความตามวิธีคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี หลักการตีความตามอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต้องพิจารณาควบคู่กันไปเสมอ โดยถือว่าทั้งสองอย่างมีความสำคัญเท่ากัน จะใช้ตัวอักษรเกินกว่าเจตนารมณ์ไม่ได้ และจะใช้เจตนารมณ์เกินตัวอักษรก็ได้เช่นกัน<sup>35</sup>

## 2.2.6 โครงสร้างการรับผิดชอบทางอาญา

เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการลงโทษการกระทำผิดของบุคคลในสังคมเพราะฉะนั้นการพิจารณาถึงโครงสร้างการรับผิดชอบทางอาญาจะต้องพิจารณาจากตัวผู้กระทำและการกระทำของบุคคลนั้น โดยต้องพิจารณาว่าสิ่งที่บุคคลนั้นกระทำไปเป็นการผิดกฎหมายหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาทางด้านภาวะวิสัย (Objective) และถ้าหากข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นเรื่องผิดกฎหมายแล้วจึงจะไปพิจารณาด้านอัตวิสัย (subjective) ว่าบุคคลนั้นกระทำโดยผู้ผิดชอบหรือไม่ และตั้งใจหรือประมาทหรือไม่อย่างไร ซึ่งเรียกว่า ความชั่ว (Schuld)

ต่อมาได้เกิดแนวความคิดว่าการแบ่งโครงสร้างออกเป็นสองส่วนดังกล่าวไม่ถูกต้อง เพราะส่วนขององค์ประกอบนั้นมีได้มีเฉพาะส่วนภาวะวิสัยอย่างเดียวส่วนอัตวิสัยก็มีอยู่ด้วย เห็นได้จากบางฐานความผิดมีการบัญญัติถึงมูลเหตุจูงใจอันเป็นส่วนอัตวิสัยและเป็นส่วนหนึ่ง

<sup>35</sup> ปียะ วรรณวงศ์. (2556). *คุณธรรมทางกฎหมาย: ศึกษาการใช้การตีความความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์และความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 564.

ของการกระทำ และส่วนขององค์ประกอบกับส่วนของความผิดนั้นเป็นส่วนที่แยกกันได้แม้จะต้องตามบทบัญญัติอันเป็นส่วนขององค์ประกอบความผิดก็ตาม การกระทำนั้นอาจไม่ผิดกฎหมายก็ได้ ดังนั้น แนวความคิดในระยะหลังจึงถือว่าส่วนขององค์ประกอบและส่วนของความผิดเป็นส่วนที่แยกจากกันได้ เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น โดยถือว่าการกระทำที่ต้องตามองค์ประกอบของความผิดเป็นเพียงเหตุหนึ่งที่แสดงว่าการกระทำนั้นจะผิดได้เท่านั้น<sup>36</sup>

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาในปัจจุบันประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1) องค์ประกอบความผิด (Fulfillment of the Statutory Elements of a Crime) องค์ประกอบความผิด มี 2 ส่วน คือ องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำ ลักษณะการกระทำ กรรมของการกระทำ ผลของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในบางกรณี อาจมีส่วนพิเศษอื่นๆ เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษ เช่น เวลากลางคืนในความผิดอาญาฐานลักทรัพย์ หรือบุกรุก เป็นต้น และองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา ประมาท อีกทั้งองค์ประกอบภายในอื่นๆ เช่น เหตุฉงใจ หรือเจตนาพิเศษ อย่างไรก็ตาม ความผิดบางฐานไม่จำเป็นต้องกระทำโดยเจตนา หรือประมาทก็เป็นความผิด เช่น ความรับผิดที่ไม่ต้องการเจตนา (Strict liability) หรือความผิดลหุโทษในบางฐาน เป็นต้น

2) ความผิด (Unlawfulness of the act) ในส่วนของความผิดเป็นเนื้อหาของ การกระทำ ซึ่งกฎหมายเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่สมควรเป็นการกระทำที่ควรลงโทษ แต่ถ้าหาก การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้แม้ว่าการกระทำนั้นจะครบ องค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย ให้ถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดและเมื่อไม่ผิด กฎหมายแล้ว ก็ย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ตามหลักที่ว่า “ไม่มีความผิดและไม่มี โทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย” บัญญัติไว้ (nullum crimen nulla poena, sine lege or No Crime No Punishment Without Law) หรือ หลักความชอบธรรม (Principle of Legality) เช่น การทำ โทษบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

3) ความชั่ว ในส่วนของการกระทำของบุคคลนี้ผู้ซึ่งมีความรู้สึกผิดชอบชั่วดี เมื่อมี การกระทำผิดขึ้นแต่ถ้าผู้กระทำไม่อาจถูกตำหนิจากการที่ได้กระทำผิดไป ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับ โทษเพราะขาดความชั่วตามหลักที่ว่า ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีความชั่ว เช่น การกระทำผิดของเด็ก อายุไม่เกินสิบสี่ปี ซึ่งถือว่ายังไม่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีอันจะถูกตำหนิได้จึงไม่ต้องรับโทษ

<sup>36</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4-5.

สำหรับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา คือ การกระทำต้องครบทุกองค์ประกอบ ความผิดทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในและการกระทำนั้นต้องเป็น ความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้และผู้กระทำต้องมีความชั่วจริงถือว่าผู้กระทำจะต้องรับโทษ ทางอาญา เพราะได้กระทำครบองค์ประกอบแล้ว เห็นได้ว่าองค์ประกอบสองส่วนแรก พิจารณาได้จากการกระทำ ส่วนองค์ประกอบสุดท้ายต้องพิจารณาถึงตัวผู้กระทำ เกี่ยวกับการ กำหนดโทษและโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำ ความผิดขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้กระทำผิด<sup>37</sup>

การกระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและขณะเดียวกัน ผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผล ของการกระทำนั้นไม่ได้<sup>38</sup> สำหรับโทษของผู้กระทำผิดโดยเจตนา นั้น กฎหมายได้บัญญัติ ลักษณะความผิดต่างๆ แตกต่างกันไปตามความร้ายแรงและผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อสังคม และโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้จะมีอัตราสูงกว่าความผิดที่กระทำโดยประมาท เพราะผู้กระทำ ผิดที่กระทำโดยเจตนาถือว่ามีความชั่วมากกว่า การกระทำตามกฎหมายอาญา แบ่งออกได้ 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก การกระทำในเชิงบวก (Positive act or affirmative act) เป็นการ กระทำที่แสดงออกมาภายนอกโดยการเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้บังคับของจิตใจ ซึ่งอาจจะ กระทำเอง หรือโดยผ่านผู้อื่น ดังนั้น การกระทำเชิงบวกจึงอาจเกิดได้ 2 กรณี คือ

กรณีแรก การกระทำโดยตรงเป็นการกระทำของบุคคลโดยการคิด ตกลงใจ และได้ กระทำการตามที่คิดตกลงใจนั้น ถือเป็น การเคลื่อนไหวร่างกายโดยจิตใจบังคับให้มีการ เคลื่อนไหว ดังนั้น การกระทำจึงหมายถึงการเคลื่อนไหว หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดย จิตใจบังคับ หรือโดยรู้สำนึกนั่นเอง ซึ่งไม่รวมถึงการเคลื่อนไหวโดยละเมอ การถูกบังคับด้วย กำลังกายที่เหนือกว่า

กรณีที่สอง การกระทำโดยทางอ้อม ได้แก่ การกระทำที่ผู้กระทำมิได้กระทำโดย ตนเองแต่ใช้บุคคลที่ไม่มีความรับผิดในทางอาญา โดยเจตนาในฐานะเดียวกับผู้กระทำเป็น ผู้กระทำผู้กระทำโดยอ้อมจัดให้บุคคลอื่นเป็นเงื่อนไขอันหนึ่งในการกระทำ ความผิด

ประเภทที่สอง การกระทำในเชิงลบ (Negative act or Passive in action) การกระทำ ในเชิงลบเป็นการกระทำไม่เคลื่อนไหวร่างกายต่างๆ ที่มีหน้าที่ต้องเคลื่อนไหวร่างกาย การ กระทำในเชิงลบ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ

<sup>37</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). *หลักกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 42-43.

<sup>38</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสองและวรรคสาม.

กรณีแรก การกระทำโดยการงดเว้น (Omission to act) การกระทำโดยงดเว้นนั้นเป็นการกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกายเป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาซึ่งโดยหลักทั่วไป กฎหมายอาญาจะเอาผิดลงโทษบุคคลต่อเมื่อได้กระทำด้วยการเคลื่อนไหวร่างกาย ดังนั้น “การไม่กระทำในทางอาญา” จึงไม่น่าที่จะเอาผิดลงโทษได้ อย่างไรก็ตามเหตุที่กฎหมายลงโทษ “การไม่กระทำ” เป็นการประนีประนอมความ การมีหน้าที่ที่ต้องกระทำตามแนวคิดเรื่องหน้าที่ในรูปแบบการฝ่าฝืนหน้าที่โดยตรงกับหน้าที่ธรรมดาที่ต้องกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย “การกระทำให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย” แสดงให้เห็นได้ว่าการงดเว้น เป็นการกระทำอย่างหนึ่งซึ่งอาจเรียกได้ว่า การกระทำโดยงดเว้นซึ่งจากบทบัญญัติตามมาตรา 59 วรรคท้าย หมายถึง กรณีที่จะต้องมีหน้าที่ป้องกันผลตามวิสัยและพฤติการณ์ซึ่งมาจากตัวบุคคล โดยเฉพาะเจาะจงที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะสถานะ หรือบทบาทของตำแหน่งผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นจากการเลือกตัดสินใจไม่เข้าป้องกันผลทั้งที่ตามพฤติการณ์เช่นนั้นผู้กระทำตกอยู่ในฐานะที่ถูกคาดหวังให้ต้องกระทำการเพื่อป้องกันผลมิให้เกิดขึ้น การกำหนดหน้าที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล

สรุปได้ว่า ความรับผิดชอบที่บัญญัติตามมาตรา 59 นี้ต้องจำกัดเคร่งครัดลงเฉพาะในสถานการณ์แวดล้อมอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งสามารถกำหนดได้ว่า ลักษณะเช่นใดการงดเว้นของบุคคลก็จะส่งผลเสียหายประดุจดังการกระทำ ทำให้ผู้งดเว้นต้องรับผิดชอบ จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ว่า “การจักต้องกระทำ” ย่อมหมายถึงผู้นั้นมีหน้าที่ต้องกระทำและจะต้องไม่เป็นเพียงหน้าที่ตามศีลธรรม (Moral obligation) ดังนั้น หน้าที่ดังกล่าวนี้อาจเกิดจากกฎหมายบังคับ สัญญา หรือความรับผิดชอบ โดยการเข้ารับหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งโดยสมัครใจ และการงดเว้นดังกล่าวเป็นเหตุโดยตรงให้เกิดผลเสียหายขึ้น หน้าที่ป้องกันผลนั้นอาจเกิดขึ้นได้ ดังนี้

#### 1) หน้าที่อันเกิดจากกฎหมาย

กฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้บุคคลบางจำพวกมีหน้าที่ต่อกันตามความสัมพันธ์พิเศษ เช่น ทางสายเลือด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1564 กำหนดหน้าที่บิดา มารดาต้องเลี้ยงดูบุตร หากบิดามารดาไม่จัดหาอาหาร หรือการรักษาพยาบาลตามสมควรแก่บุตรอาจมีความผิดได้หากมีเจตนา หรือประมาทต่อการงดเว้นดังกล่าว หรือความสัมพันธ์ของบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้ดูแลช่วยเหลือซึ่งกันและกัน (Mutual

dependence) เช่น สามี ภริยา หรือผู้อนุบาลกับบุคคลไร้ความสามารถ เป็นต้น ตามหลักกฎหมายไทยแล้วต้องถือเอาความสัมพันธ์ตามกฎหมายมากกว่าความเป็นจริง แต่อาจจะนำเอาหลักฐานที่ความสัมพันธ์พิเศษที่ทำให้เกิดหน้าที่มาใช้ได้ในบางกรณีตามข้อเท็จจริง<sup>39</sup>

### 2) หน้าที่อันเกิดเพราะการกระทำของตน

(2.1) ตามสัญญา กรณีนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ซึ่งบังคับตามสัญญาได้ เช่น หาก ก. เป็นผู้รักษาความปลอดภัยที่ถูกจ้างมาดูแลสระว่ายน้ำ ก. อาจมีความผิดถ้า ก. เห็นผู้ที่กำลังจะจมน้ำตายในสระแต่ไม่ได้เข้าช่วยเหลือ หรือ ก. ถูกจ้างให้ดูแลบุตรของ ข. และ ก. จะต้องรับผิดชอบหากบุตรของ ข. ตายลง เพราะ ก. มิได้ดูแลตามที่และแม้ว่าสัญญานั้นอาจเป็นโมฆะ หรือไม่สมบูรณ์ด้วยประการใดๆ เพราะเป็นสัญญามีขึ้นเพื่อป้องกันผล และผู้กระทำก็รู้หน้าที่นั้นแล้ว

(2.2) หน้าที่เนื่องจากตนเป็นเหตุ หน้าที่อาจเกิดเพราะผู้กระทำเป็นต้นเหตุแห่งภัยอันตรายไม่ว่าจะโดยเจตนา รู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือประมาทก็ตาม เช่น จำเลยขับรถชนคนขี่จักรยานล้มลง รถม่วงหลุดชงขวางถนนจำเลยไม่จอดไฟให้สัญญาณเป็นเหตุให้รถที่ขับมาชนชง และมีคนตายเป็นการงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลทำให้คนตายโดยประมาทตามมาตรา 291

(2.3) หน้าที่เพราะเข้ารับภาระอันหนึ่งอันใด ตามปกติบุคคลย่อมไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลอื่น แต่หากเข้ารับภาระช่วยเหลือใครแล้วอาจก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องทำให้ตลอด หรืออย่างน้อยที่สุดต้องทำให้ผู้ที่ตนเข้าช่วยเหลืออยู่ในสภาพเดิม หรือเข้าสู่สภาพที่ปลอดภัย เช่น ก. รับอาสาพาคนเมาสุราจากร้านสุรามาส่งบ้าน หาก ก. ปล่อยทิ้งเสียกลางทางหรือทิ้งไว้กลางถนนโดยเห็นว่าอาจไม่ปลอดภัยจากท้องถนน ก. ต้องรับผิดชอบ

อนึ่ง การเข้ารับภาระนี้ย่อมก่อหน้าที่ไม่ว่าจะมีบำเหน็จตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ข้อสำคัญอยู่ที่ผู้กระทำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงและมีหน้าที่ต้องป้องกันผล<sup>40</sup>

### 3) หน้าที่จากความสัมพันธ์พิเศษ

หน้าที่อันนี้ขยายขอบเขตจากหน้าที่ตามกฎหมายและสัญญา ซึ่งได้นำเอาหลักของศีลธรรมที่สำคัญบางประการประกอบข้อเท็จจริงและเป็นที่ยอมรับของชุมชนมาพิจารณา กำหนดหน้าที่ของบุคคล เช่น บุตรนอกกฎหมาย ที่บิดามารดานอกกฎหมายได้เลี้ยงดูมาตลอด

<sup>39</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 48.

<sup>40</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 48-50.

หากบุตรเจ็บป่วยลง แม้ไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายแต่ย่อมเกิดหน้าที่ได้เนื่องจากความสัมพันธ์พิเศษเฉพาะเรื่อง<sup>41</sup>

การที่ผู้กระทำความผิดโดยงดเว้นจะมีความรับผิดชอบนั้น ผู้กระทำจำเป็นต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงและผลที่อาจเกิดขึ้นจากการงดเว้นนั้นๆ ด้วย เพราะโดยทั่วไปแล้วการจะให้บุคคลต้องรับผลเพราะการที่เขาไม่กระทำเขาจะต้องทราบหน้าที่ของเขาและข้อเท็จจริงที่จะก่อให้เกิดหน้าที่นั้นๆ เว้นแต่ข้อเท็จจริงนั้นๆ บุคคลจะต้องรู้อยู่ หรือถือว่ารู้อยู่ เช่น บิดามารดากับบุตร สามีภรรยา เป็นต้น หากไม่รู้ข้อเท็จจริง เช่น เห็นเด็กกำลังจะจมน้ำตายโดยไม่รู้ว่าเป็นเด็กนั้นเป็นบุตรของตนจึงไม่เข้าช่วยเหลือก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำให้บุตรตายโดยงดเว้น เป็นการขาดเจตนาและมีความรับผิดชอบเท่าบุคคลทั่วไปที่อยู่ในเหตุการณ์เดียวกัน การรู้ข้อเท็จจริงในที่นี้กฎหมายต้องการให้ผู้นั้นรู้ถึงความสัมพันธ์อันทำให้เกิดหน้าที่ แต่มิได้หมายความว่า บุคคลนั้นจะต้องรู้จริงๆ ว่ากฎหมายกำหนดหน้าที่ที่เขาต้องป้องกันผลไว้อย่างไร หรือในกรณีใดบ้างคือ จะอ้างว่าไม่รู้ว่าคุณมีหน้าที่ต้องช่วยไม่ได้ เพราะเป็นการอ้างว่าไม่รู้กฎหมายนั่นเอง นอกจากนี้ จะต้องสามารถทำหน้าที่ป้องกันผลได้ด้วยหากเห็นลูกตกน้ำแต่ตนว่ายน้ำไม่เป็นก็จะว่างเว้นหน้าที่ไม่ได้

อนึ่ง หน้าที่ที่ผู้กระทางดเว้นนั้นต้องเป็นหน้าที่เพื่อป้องกันผลด้วย ไม่ใช่เป็นเพียงหน้าที่ทั่วไป เช่น ลูกหนีมีหน้าที่ต้องชำระหนี้แล้วไม่ชำระ แม้จะรู้ว่าเจ้าหนี้นั้นยากจนถึงขนาดหากไม่ได้รับชำระหนี้แล้วอาจอดตายได้และเมื่อเจ้าหนี้ออดตายจริงๆ ก็จะไม่เอาผิดกับลูกหนี้นี้ไม่ได้เพราะลูกหนี้นี้ไม่มีหน้าที่ป้องกันความตายของเจ้าหนี้<sup>42</sup>

กรณีที่สอง การกระทำโดยการละเว้น การละเว้นนี้เป็นการไม่กระทำอย่างหนึ่ง ซึ่งแตกต่างจากการงดเว้นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เพราะมีกฎหมายบัญญัติความผิดไว้เฉพาะและก็ได้กำหนดให้มีหน้าที่เพื่อป้องกันผลแต่อย่างใด เป็นแต่หน้าที่ทั่วไปที่กฎหมายกำหนดให้กระทำ บทบัญญัติเหล่านั้นอาจจะเป็นการไม่กระทำ เช่น ตามมาตรา 126 มาตรา 150 มาตรา 154 มาตรา 156 มาตรา 200 มาตรา 202 มาตรา 216 มาตรา 227 มาตรา 367 หรืออาจใช้คำว่าละเว้น เช่น มาตรา 254 หรืออาจใช้คำว่า ขัดขึ้น เช่น มาตรา 168-171 หรือใช้คำว่า ละทิ้ง เช่น มาตรา 166 หรืออาจใช้คำอื่นๆ ที่มีความหมายในตัวเอง เช่น ใช้คำว่า ยอม ตามมาตรา 147 มาตรา 158 มาตรา 159 หรือทอดทิ้ง ตามมาตรา 306 มาตรา 307 หรือมาตรา 358 เป็นต้น<sup>43</sup> ผู้ไม่กระทำจึงได้รับโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตราต่างๆ นั้น

<sup>41</sup> ทวิเกียรติ มินะกนิษฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39. หน้า 50.

<sup>42</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-51.

<sup>43</sup> ทวิเกียรติ มินะกนิษฐ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39. หน้า 51.

### 2.2.7 แนวคิดและทฤษฎีในเรื่องการกำหนดโทษ

เมื่อสังคมเกิดปัญหาอาชญากรรมขึ้นรัฐจึงจำเป็นต้องใช้เครื่องมือในการบังคับใช้ คือ กฎหมายอาญา เพื่อนำมาใช้ลงโทษกับผู้กระทำความผิดให้สังคมกลับมาสู่ความเป็นระเบียบเรียบร้อย ทั้งนี้ การที่จะกำหนดให้การกระทำความผิดในกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาได้นั้นจำเป็นต้องศึกษาในเรื่องของแนวคิดทฤษฎีในเรื่องการกำหนดโทษเพื่อให้การลงโทษในทางอาญาเกิดประสิทธิผลมากที่สุด

#### 1) วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา

การลงโทษตามกฎหมายอาญานั้นหากพิจารณาในแง่ทัศนะทางสังคม<sup>44</sup> จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์หลายประการ ดังนี้ การคุ้มครองมนุษย์ (และบางกรณีรวมถึงสัตว์ด้วย) จากการกระทำต่างๆ โดยเจตนาโดยใช้ความรุนแรงโหดร้ายทารุณและความประพฤติน่าสังเวชไม่พึงประสงค์ การคุ้มครองบุคคลจากภัยอันตรายซึ่งกระทำโดยไม่เจตนา เช่น การกระทำความผิดกฎหมายจราจร มลพิษ โรคระบาด เป็นต้น การคุ้มครองบุคคลผู้อ่อนแอหรือผู้ถูกชักจูงได้โดยง่ายมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบทั้งร่างกายและทรัพย์สิน เช่น เด็ก คนชรา คนป่วย หรือผู้มีปัญหาทางร่างกายและจิตใจและการป้องกันการกระทำที่ผิดปกติหรือวิปริตผิดธรรมดาแม้ว่าผู้กระทำจะเป็นผู้ใหญ่ หรือผู้มีส่วนร่วมจะยินยอม เช่น การใช้ยาเสพติด โสเภณี การพนัน เป็นต้น การป้องกันการกระทำอันไม่สมควรต่างๆ ซึ่งมีได้รวมไว้ในข้อต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วโดยกระทำในที่สาธารณะ เช่น การมีความสัมพันธ์ทางเพศ กอด หรือจูบ หรือเปลือยกายในที่สาธารณะ การห้ามการกระทำที่ยั่วหรือความประพฤติน่าไปสู่ความไม่สงบสุขในสังคม เช่น การดูหมิ่นและหมิ่นประมาทบุคคลอื่น การคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลจากการถูกลักขโมย โกงยึดขอก หรือทำลาย การป้องกันความไม่สะดวก หรือความไม่เป็นที่เรียบร้อย เช่น การขัดขวาง หรือกีดขวางการจราจร การเก็บภาษีอากร และรายได้ต่างๆ ให้แก่รัฐและบัญญัติความผิดสำหรับผู้ฝ่าฝืน การกำหนดความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ การบัญญัติความผิดสำหรับการไม่ทำตามนโยบายของรัฐ เช่น กฎหมายบังคับให้บุคคลไปเลือกตั้งให้ส่งบุตรไปเข้ารับการศึกษาภาคบังคับและเกณฑ์ทหาร การคุ้มครองสถาบันทางสังคม เช่น สถาบันครอบครัว สถาบันศาสนา เป็นต้น การบังคับใช้กฎหมายที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญต่อการอำนวยความสะดวกของรัฐ เช่น ความผิดต่อเจ้าพนักงานใน การยุติธรรมและเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหน้าที่ใด โดยเฉพาะให้ได้รับโทษสูงขึ้น หรือความผิดเกี่ยวกับการ

<sup>44</sup> ประธาน วัฒนวานิชย์. (2541). *การปฏิรูประบบการลงโทษแนวทางสหวิทยาการโดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา*. บทบัณฑิตย์, 54 (4), หน้า 11.



ดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมในเรื่องการจับผู้กระทำความผิดช่วยเหลือผู้กระทำความผิดให้รอดพ้นจากการลงโทษและเป็นพยานในชั้นศาล

การพิจารณาวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาตามที่ได้กล่าวมานั้นเพื่อให้การลงโทษในทางอาญาสามารถบรรลุเป้าหมายในการควบคุมความประพฤติของมนุษย์ที่มีอยู่อย่างหลากหลายในสังคมการกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดความผิดและการกำหนดโทษในกรณีต่างๆ จึงต้องมีความเหมาะสมและเป็นประโยชน์สูงสุดเพื่อความเป็นระบบระเบียบของสังคมแม้ว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญานั้นเพื่อคุ้มครองสังคมและการคุ้มครองสังคมจะเป็นจุดหมายขั้นสุดท้ายของการลงโทษแต่ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือควรจะใช้การลงโทษในรูปแบบใดที่จะทำให้เกิดผลในการคุ้มครองสังคมอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด เช่นนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงทฤษฎีการลงโทษทางอาญา เพื่อหาแนวทางในการลงโทษที่สามารถจัดการกับปัญหาการกระทำความผิดได้ตรงจุดที่สุด

#### ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

โทษทางอาญานั้น คือ การลงโทษอาญาต่อผู้กระทำความผิด หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ปรากฏิยาที่ผู้กระทำความผิดจะพึงได้รับจากผลของความผิดที่ได้กระทำลง ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาจึงหมายถึงปรากฏิยาที่ผู้กระทำความผิดในทางอาญาจะพึงได้รับจากผลของความผิดที่ได้กระทำตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นอันมีลักษณะและบทกำหนดโทษทางอาญา

แนวคิดในเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิดที่กระทำการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ทางสังคมนั้นมีมาตั้งแต่ในอดีตแล้ว ด้วยเหตุผลที่ว่าแนวคิดเช่นนี้เป็นสิ่งที่มีอยู่ในความรู้สึกร่วมกันของคนในสังคมแต่วิธีการลงโทษจะใช้วิธีใดนั้นก็แตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมในแต่ละยุคสมัยเมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปแนวคิดและทฤษฎีการลงโทษก็มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยจากเดิมที่มุ่งเน้นการลงโทษให้หลายจำเพียงอย่างเดียวก็เปลี่ยนเป็นมุ่งแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดแทนและจากเหตุดังกล่าวนี้การลงโทษด้วยการแก้แค้นทดแทนรวมทั้งการลงโทษด้วยวิธีข่มขู่ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นในการตัดความสัมพันธ์ของผู้กระทำความผิดให้ออกจากสังคมและให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวในผลที่จะได้รับจากความผิดที่ตนได้ก่อขึ้นกรณีดังกล่าวไม่สามารถทำให้พฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นได้ ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดในการที่จะแก้ไขฟื้นฟู

พฤติกรรมของผู้กระทำความผิดขึ้น<sup>45</sup> เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีและสามารถอยู่ร่วมกับสมาชิกในสังคมนั้นได้ต่อไปอย่างปกติสุข ทั้งนี้ เพื่อให้การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาเกิดประสิทธิภาพมากที่สุด นอกจากนี้จะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษแล้ว ยังคงต้องพิจารณาถึงทฤษฎีการลงโทษทางอาญาประกอบกันซึ่งในแต่ละทฤษฎีก็จะมีรูปแบบที่สามารถสนองต่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่แตกต่างกันออกไป

ทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนั้นสามารถแยกได้ดังต่อไปนี้

1) การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Punishment as retribution retaliation or revenge) การลงโทษเพื่อการแก้แค้นและทดแทนนี้มีวัตถุประสงค์ใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีมาแต่สมัยโบราณและแพร่หลายมากที่สุดเนื่องจากสัญญาแห่งการแก้แค้นของคนและสัตว์ซึ่งมีมาแต่ดึกดำบรรพ์และมาจากความคิดที่ว่าจะเป็นการไม่ยุติธรรมเลยหากว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับผลอันเนื่องมาจากการที่กระทำความผิดนั้นซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดระบบศีลธรรมโดยเป็นการลงโทษที่หนักและสาสมกับความผิดที่ได้กระทำตามทฤษฎี Free Will โดย Jeremy Bentham มีความเห็นว่ากฎหมายควรกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดและควรกำหนดลักษณะของโทษไว้หลายๆ ประเภทเพราะว่าโทษอย่างเดียวกันจะให้เหมาะสมกับความผิดทุกอย่างย่อมเป็นไปได้

ปัจจุบันการลงโทษเพื่อแก้แค้นและทดแทนไม่เป็นที่นิยมของนักทฤษฎีทั่วไป เพราะแนวคิดนี้เป็นสิ่งที่ล้าสมัยและไม่ชอบด้วยมนุษยธรรม แต่ก็ยังคงมีการใช้กันอยู่เพราะความรู้สึกนึกคิดของคนส่วนมากยังต้องการให้อาชญากรได้รับผลจากการกระทำผิดที่หนักพอกับความอุกฉกรรจ์ของความผิดที่ได้กระทำลงไป จึงไม่อาจจะทิ้งวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้แค้นและทดแทนนี้ได้<sup>46</sup>

2) การลงโทษเพื่อการยับยั้ง หรือป้องกัน (Punishment as a deterrence or restraint or prevention)

การลงโทษเพื่อการยับยั้ง หรือป้องกันมีวัตถุประสงค์ก็เพื่อจะทำให้ผู้กระทำความผิดเข็ดหลาบและเกรงกลัวไม่กล้ากระทำผิดอีกต่อไปและเพื่อเป็นการเตือนมิให้คนอื่น ๆ กระทำ

<sup>45</sup> ทศนิยมี แสงสุข. (2552). *การสร้างความปลอดภัยในครอบครัวโดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์: ศึกษากรณีความรุนแรงในครอบครัว*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 33.

<sup>46</sup> อรรถ สุวรรณบุบผา. (2518). *หลักอาญาวิทยา*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 139.

ตาม<sup>47</sup> เพราะจะถูกลงโทษเช่นเดียวกัน สมมติฐานภายใต้แนวคิดนี้มีอยู่ว่าถ้าสังคมไม่สามารถจะนำตัวผู้กระทำความผิดมาสู่ระบบงานยุติธรรมและลงโทษผู้กระทำความผิดแล้วก็เท่ากับว่าสังคมส่งเสริมอาชญากรรมให้เกิดขึ้น เพราะฉะนั้นการลงโทษจึงมุ่งที่จะหยุด หรือลดอาชญากรรมมิให้เกิดขึ้นและให้มีผลยับยั้งพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายด้วย ปัจจุบันมีนักกฎหมายสมัยใหม่ได้แยกหลักของการลงโทษรูปแบบนี้ออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

ประเภทแรก การป้องกันทั่วไป (General prevention)<sup>48</sup> เป็นการใช้โทษเพื่อการข่มขู่ผู้อื่นมิให้กระทำความผิดในทำนองเดียวกัน หรือเพื่อมิให้เป็นแบบอย่างซึ่งเป็นการบังคับจิตใจให้บุคคลทั่วไปที่คิดจะกระทำความผิดอย่างเดียวกันให้งดเว้นความคิดนั้นๆ เสีย

ประเภทที่สอง การป้องกันพิเศษ (Special prevention)<sup>49</sup> เป็นการใช้โทษเพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนั้นอีก ทั้งนี้ โดยการลงโทษผู้นั้น หรือโดยการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยบังคับแก่ผู้นั้น

อย่างไรก็ดี การลงโทษเพื่อยับยั้ง หรือป้องกันเพื่อเป็นการข่มขู่บุคคลให้เกรงกลัวนั้นเป็นการไม่ยุติธรรมเพราะบุคคลใดจะถูกลงโทษประการใดย่อมขึ้นอยู่กับการกระทำของผู้กระทำผิดและไม่ควรถูกลงโทษเพราะความต้องการที่จะใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือให้บังเกิดผลต่อบุคคลอื่นเพราะมนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะไม่ถูกกระทำเช่นนั้น ส่วนในเรื่องการลงโทษเพื่อการยับยั้ง หรือป้องกันของผู้กระทำผิดเพื่อให้เกิดความหยาบจ้านนั้นมีข้อโต้แย้งได้ว่าอาจไม่เป็นจริงเสมอไปแต่กลับมีผลตรงกันข้ามเพราะเหตุผลประการหนึ่งที่บุคคลทั่วไปไม่ยอมกระทำความผิดเพราะชื่อเสียงเกียรติยศของตนเองไม่ต้องการถูกตราหน้าว่าเคยได้รับโทษทัณฑ์มาแล้ว แต่ถ้าได้ถูกลงโทษมาแล้วครั้งหนึ่งความกลัวคงย่อมหมดไปเพราะไม่ว่ากระทำความผิดอีกหรือไม่ ชื่อเสียงเกียรติยศก็ไม่อาจกลับคืนมาได้ ดังนั้น การลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกันเพื่อให้กลัว หรือให้หยาบจ้านจึงไม่เป็นจริงเสมอไป

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

การลงโทษเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมเริ่มขึ้นเมื่อมีการนำเอาวิธีการลงโทษจำคุกมาใช้ซึ่งก่อนหน้านี้อาจใช้การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนและเพื่อเป็นการยับยั้งมิให้อยู่เป็นอัน

<sup>47</sup> ผจงจิตต์ อธิคมนันตะ. (2525). *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ*. (พิมพ์ครั้งที่ 1).

กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 128-129.

<sup>48</sup> คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, หน้า 427.

<sup>49</sup> หยุต แสงอุทัย. (2551). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หน้า 252-253.

มากในการกำจัดศัตรูทางการเมืองโดยการเนรเทศนักโทษทางการเมือง หรืออาจกำจัดด้วยวิธีการประหารชีวิต หรือขังในห้องใต้ดินแต่สำหรับผู้ประกอบอาชญากรรมถูกกำจัดออกไปจากสังคม ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมต่อมาเมื่อมีการนำโทษจำคุกมาใช้การจำคุกจึงถือเป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัยอย่างหนึ่งซึ่งนักโทษที่ถูกจำคุกอยู่ย่อมไม่สามารถจะออกไปก่ออาชญากรรม หรือความเดือดร้อนแก่สังคมได้อีกอย่างน้อยก็เป็นการชั่วคราวระหว่างที่ผู้กระทำผิดคนนั้นยังถูกจำคุกอยู่

4) การลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Punishment as a mean of formation) วัตถุประสงค์ของการลงโทษในสมัยปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปจากสมัยก่อน คือ การลงโทษที่มุ่งการปรับปรุงแก้ไขตัวบุคคลเพื่อให้กลับตัวเป็นคนดีและเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำผิดความผิดให้สาสมกับความผิดที่ได้กระทำตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้นนอกจากจะไม่เกิดผลดีแก่สังคมแล้วยังกลับเป็นโทษแก่สังคมอีกด้วย ต่อมาจึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขการลงโทษทางอาญาโดยมีการแก้ไขการลงโทษในด้านการคุมประพฤติการดูแลนักโทษในทัณฑสถานและการพักการลงโทษตลอดถึงการให้ความสำคัญในแก้ไขปรับปรุงตัวบุคคลผู้กระทำผิดเพื่อที่จะมุ่งมิให้บุคคลที่กระทำผิดกลับมากระทำผิดซ้ำอีก<sup>50</sup>

หลักการนี้มีแนวความคิดว่าการลงโทษซึ่งเป็นผลร้ายนั้นไม่น่าจะทำให้บุคคลกลับตัวเป็นคนดีได้จึงควรเปลี่ยนมาใช้วิธีการปฏิบัติแทนโดยมีวิธีการปฏิบัติ ดังนี้ พยายามไม่ให้ผู้กระทำผิดประสพกับสิ่งที่เปลี่ยนแปลงบุคลิกภาพของเขาไปในทางที่เสื่อมลง เช่น การรอกการลงโทษ หรือการแยกประเภทของนักโทษวิธีการปรับปรุงผู้ต้องโทษในระหว่างคุมขัง ได้แก่ การฝึกหัดอาชีพและให้การศึกษาอบรมทางศิลปกรรมศาสนาที่จะให้ผู้กระทำผิดกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไป การให้ความช่วยเหลือหลังพ้นโทษ นักโทษส่วนมากเมื่อพ้นโทษแล้วต้องการกลับตัวเป็นคนดีแต่พบอุปสรรค คือ ไม่สามารถสมัครเข้าทำงานได้<sup>51</sup>

### 2.2.8 ทฤษฎีหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality)

หลักความได้สัดส่วน หรือหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรือหลักพอสมควรแก่เหตุ หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า หลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญและเป็นหลักกฎหมายที่มี

<sup>50</sup> อุทิศ สุภาพ. (2547). การนำปรัชญาอาชญาวิทยามาใช้ในการกำหนดโทษของศาลไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ร้ายและผู้กระทำผิดโดยพลั้งพลาด. *วารสารสงขลานครินทร์ ฉบับสังคมสงเคราะห์และมนุษยศาสตร์*, 10 (2), หน้า 38.

<sup>51</sup> อรัญ สุวรรณบุบผา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 46. หน้า 35.

ความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับ ทางกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>52</sup>

หลักแห่งความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้ อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจให้มีการใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควรและมีความเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเพื่อให้เกิดสิทธิเสรีภาพต่อประชาชนในสังคม หลักการนี้ จึงเป็นหลักในทางกฎหมายที่มีความสำคัญต่อความยุติธรรมโดยรวมโดยหลักความได้ สัดส่วนมีหลักที่เป็นสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1) หลักความเหมาะสม คือ บรรดามาตรการต่างๆ กฎหมายให้อำนาจรัฐในการ กำหนดเพื่อบังคับใช้นั้น จะต้องเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งที่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุ วัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นไปด้วยความยากลำบากก็จะถือว่ามาตรการนั้นไม่บรรลุผล หรือไม่ เป็นไปตามหลักความสัมฤทธิ์ผลและจะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นกฎหมายมี วัตถุประสงค์ที่ต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรการ หรือกลไกทางกฎหมายก็ต้องสามารถป้องกันมิให้เกิดการจลาจล หรือความไม่สงบเรียบร้อย ในสังคมนั้นได้

2) หลักความจำเป็น หมายถึง มาตรการ หรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ กำหนดได้และเป็นมาตรการ หรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของประชาชนน้อยที่สุด ดังนั้น หากมีมาตรการอื่นที่ สามารถบรรลุวัตถุประสงค์และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้เช่นนี้ รัฐจำต้อง เลือกในมาตรการที่มีความรุนแรงน้อย หรือก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดจึงจะถือว่า เป็นไปตามหลักของความจำเป็น ทั้งนี้ ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยแล้ว รัฐจะเรียกร้องให้ราษฎรจำต้องสละสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและประโยชน์สาธารณะเท่านั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพ ของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุจุดมุ่งหมายที่ตั้งไว้ย่อม เป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่าง วัตถุประสงค์และวิธีการ หมายความว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ในขอบเขตของ

<sup>52</sup> บุรณิมา คุนิอาจ. (2558). *อำนาจศาลในการกำหนดเงื่อนไขในการปล่อยตัวชั่วคราว*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 24-25.

ความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน จึงจะถือว่าเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หากมาตรการใดก่อให้เกิดความเสียหายต่อปัจเจกชนมากกว่าประโยชน์ที่สามารถบรรลุผลได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว จึงเป็นการต้องห้ามมิให้นำมาตรการเหล่านั้นมาใช้บังคับ แม้ว่ามาตรการนั้นๆ จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความเหมาะสมและหลักแห่งความจำเป็นก็ตาม

แนวคิดตามหลักสัดส่วนนี้ได้ถูกนำไปปรับใช้ทางกฎหมายอาญาเพื่อหาหลักสัดส่วนในการกำหนดโทษทางอาญาที่เหมาะสม จึงเห็นได้ว่าการใช้อำนาจในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎและข้อบังคับต่างๆ นอกจากจะเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว แนวคิดหลักสัดส่วนยังเป็นพื้นฐานสำคัญและเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลทั่วไปและศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ที่ใช้ในการชั่งน้ำหนักว่าการใช้อำนาจของรัฐเป็นไปตามสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญและมีความได้สัดส่วนที่เหมาะสมและจำเป็นหรือไม่

จะเห็นว่าโดยหลักแล้วการกำหนดนโยบายทางอาญาในการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมจะใช้วิธีการออกกฎหมายควบคุม แต่การออกกฎหมายก็ควรจะใช้หลักนิติรัฐนิติธรรมเป็นหลักเพื่อสร้างความปลอดภัยให้กับสังคมได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้ ในเรื่องของการกระทำความผิดทางเพศนั้น ก็ควรนำเอาหลักในทฤษฎีความได้สัดส่วนมาปรับใช้เพื่อกำหนดความผิดและบทลงโทษให้มีความเหมาะสมและมีความได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดดังกล่าวต่อไป

### 2.3 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับระบบการดำเนินคดีทางอาญา

ระบบกฎหมายที่สำคัญของโลกมีหลายระบบ แต่ระบบที่มีความสำคัญมีอยู่ 2 ระบบด้วยกัน คือ ระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์โดยที่ทั้ง 2 ระบบกฎหมายนี้มีระบบการพิจารณาคดีและสืบพยานที่แตกต่างกัน กล่าวคือ<sup>53</sup>

ระบบคอมมอนลอว์	ใช้ระบบที่เรียกว่า	ระบบกล่าวหา
ระบบซีวิลลอว์	ใช้ระบบที่เรียกว่า	ระบบไต่สวน

<sup>53</sup> พัฒนพงษ์ สมานเกียรติสกุล. (2554). *การกลั่นกรองคดีก่อนการประทับฟ้อง*. วิทยานิพนธ์

นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 12.

โดยมีรายละเอียดในการดำเนินคดีอาญาตามหลักการของกฎหมายทั้ง 2 ระบบ ดังต่อไปนี้

### 2.3.1 การดำเนินคดีระบบกล่าวหา

ระบบกล่าวหา เป็นระบบการพิจารณาคดีของประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ และมีลักษณะการดำเนินคดีที่สอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน ซึ่งกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษก่อน แล้วต่อมาได้ถูกนำไปปรับใช้ในประเทศอาณานิคมของประเทศอังกฤษ จนในปัจจุบันนอกจากที่จะมีการใช้อยู่ในประเทศอังกฤษแล้ว กฎหมายระบบนี้ยังใช้อยู่ในประเทศต่างๆ อีก เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และสิงคโปร์ เป็นต้น ระบบกล่าวหาที่นั่นถือกันว่าเป็นวิธีการที่ได้พัฒนาขึ้นมาใช้แทนการแก้แค้นทดแทนกันเอง โดยให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีได้ด้วยตนเองในฐานะเป็นผู้กล่าวหาที่สามารถยกประเด็นแห่งคดี หรือนำสืบพยานหลักฐานได้เองนอกจากนี้จะมีการกำหนดให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นคนกลางในการพิจารณาคดีโดยดำเนินการพิจารณาให้เป็นไปโดยเปิดเผยและกระทำด้วยวาจาลักษณะสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่มีอยู่ในระบบกล่าวหาอีกประการหนึ่งก็คือในระบบกล่าวหาที่นั่นจะมีรูปแบบของการดำเนินคดีที่มีความหลากหลายและเปิดโอกาสให้มีการเจรจาต่อรองกันเองระหว่างฝ่ายพนักงานอัยการกับฝ่ายจำเลยซึ่งถือเป็นจุดสำคัญอีกประการหนึ่งของระบบกล่าวหาที่เรียกว่า “การต่อรองคำรับสารภาพ” ถือเป็นมาตรการที่เหมาะสมกับรูปแบบของการดำเนินคดีและตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดการต่อสู้กันเพราะถ้าฝ่ายจำเลยตกลงยอมรับข้อเสนองของฝ่ายพนักงานอัยการในการเจรจาต่อรองคำรับสารภาพ พนักงานอัยการก็จะสามารถดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวที่ได้ตกลงกันต่อไปและมีผลทำให้คดีเสร็จสิ้นไปได้โดยเร็ว<sup>54</sup>

การพิจารณาคดีอาญาของระบบกล่าวหาที่แบ่งผู้เกี่ยวข้องออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ผู้กล่าวหา ผู้ถูกกล่าวหาและศาล เหตุที่มีการแบ่งเช่นนี้เพราะระบบกล่าวหาที่ได้มีวิวัฒนาการมาจากการพิจารณาคดีในสมัยโบราณที่ใช้วิธีการทรมานและการพิจารณาคดีโดยวิธีการที่ให้คู่ความได้ต่อสู้กันเอง ซึ่งจะมีคู่ต่อสู้อยู่ 2 ฝ่ายและมีศาลเป็นคนกลางทำหน้าที่เป็นกรรมการต่อมาการพิจารณาคดีโดยวิธีการทรมาน หรือต่อสู้กันเองนั้นได้ถูกยกเลิกไปและได้ใช้วิธีการนำเอาพยานมาพิสูจน์ความผิด หรือความบริสุทธิ์ของกันและกันโดยพยานในตอนแรก คือเพื่อนบ้านของกลุ่มความซึ่งนำมาเบิกความกล่าวหา หรือรับรองความประพฤติกของจำเลยโดยพยานตามแนวความคิดนี้ ต่อมาได้กลายเป็นระบบคณะลูกขุน (Jury) แม้วิธีการพิจารณาคดีจะมีการเปลี่ยนแปลงไปบ้างแต่แนวความคิดแบบดั้งเดิมที่มีการแบ่งผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดี

<sup>54</sup> โกเมน ภัทรภิรมย์. (2526). *ระบบกฎหมายสากล*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. หน้า 360.

ออกเป็น 3 ฝ่ายยังคงมีอยู่โดยในคดีอาญานั้น การเริ่มต้นคดีจะกระทำโดยโจทก์เป็นผู้กล่าวหา และโจทก์จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย ระบบนี้จึงเน้นเป็นพิเศษว่าบุคคลที่เป็นผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยในคดีอาญาจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าโจทก์จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด เมื่อโจทก์นำสืบได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดแล้วจำเลยจึงจะมีหน้าที่นำสืบหักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ให้ได้ว่าตนเองไม่ใช่ผู้กระทำความผิดโดยมีศาลและคณะลูกขุน (Jury) ที่จะต้องวางตัวเป็นกลางทำหน้าที่เสมือนกรรมการผู้ตัดสินและศาลจะมีหน้าที่คอยควบคุมดูแลให้คู่ความทั้ง 2 ฝ่ายดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์และกติกากฎหมายที่วางเอาไว้ในกฎหมายลักษณะพยาน การพิจารณาคดีอาญาในระบบนี้จึงถือหลักการที่ว่าต้องให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยเป็นพิเศษโดยจะต้องพิจารณาคดีในศาลโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยและให้จำเลยได้มีการซักค้านพยานฝ่ายโจทก์และยังให้สิทธิแก่จำเลยที่จะมีทนายความมาคอยช่วยเหลือได้ด้วย

ระบบกล่าวหา ถือเป็นวิธีพิจารณาคดีที่สามารถแก้ไขข้อบกพร่องของวิธีพิจารณาคดีระบบไต่สวนได้เป็นอย่างดีโดยมีการแยกหน้าที่การสอบสวนฟ้องร้องและหน้าที่การพิจารณาพิพากษาคดีออกจากกันโดยให้ศาลเป็นผู้รับผิดชอบเฉพาะการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนการสอบสวนฟ้องร้องคดีนั้นในองค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่เป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบขององค์กรนี้เรียกว่า องค์กรอัยการและเจ้าพนักงานของรัฐผู้ทำหน้าที่ในการฟ้องร้องคดีคือ “พนักงานอัยการ” โดยผู้ที่ถูกกล่าวหา หรือจำเลยมีสิทธิต่างๆ ในการแก้ข้อกล่าวหาและต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่และกลายเป็นประธานในคดี มีสิทธิอยู่ร่วมในการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานของรัฐนั้นก็คือพนักงานอัยการและศาล โดยสิทธิดังกล่าวเหล่านี้จะรวมถึงทนายความของผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยด้วยและสิทธิอย่างผู้ร่วมในคดีในทางอ้อมๆ กล่าวคือ ผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยมีสิทธิที่จะไม่ให้การก็ได้และถ้อยคำของผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยนั้นจะนำมาใช้ยืนยันเขาได้อีกทาง ถ้อยคำดังกล่าวที่จำเลย หรือผู้ถูกกล่าวหาได้ให้การไปนั้นจะต้องเป็นถ้อยคำที่มีได้เกิดขึ้นจากการหลอกลวง ข่มขู่ ให้สัญญา หรือจากการดำเนินการที่มีขอบทั้งหลายด้วย

กฎหมายวิธีพิจารณาคดีของประเทศไทยมีลักษณะใกล้เคียงกับระบบกฎหมายของอังกฤษซึ่งเป็นระบบกล่าวหาแต่ตามความเป็นจริงแล้วประเทศไทยมิได้มีการนำหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ทุกเรื่องและเรื่องที่น่ามาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทยจึงเป็นการบัญญัติให้เหมาะสมกับสถานการณ์บ้านเมืองของประเทศไทยโดยที่มิได้นำหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้บัญญัติไว้ในรูปแบบเดิมตามอย่างประเทศอังกฤษทั้งหมดเนื่องจากประเทศอังกฤษใช้



คณะลูกขุน (Jury) ให้เป็นผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อเท็จจริงและเป็นชาวบ้านธรรมดาที่ไม่มีความชำนาญในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานรวมถึงการรับฟังพยานหลักฐานด้วย

ทฤษฎีของระบบกล่าวหา

ระบบกล่าวหามีลักษณะที่เป็นสาระสำคัญของการดำเนินคดีดังต่อไปนี้

1) ความสำคัญของคู่ความในการดำเนินคดี

ลักษณะสำคัญของระบบกล่าวหาในประการแรก คือ ผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดีในระบบกล่าวหา คือ คู่ความซึ่งเป็นคู่ที่พิพาทกันในคดีอาญาในระบบกล่าวหามีแนวคิดพื้นฐานอย่างเดียวกันกับการต่อสู้ระหว่างคู่ความในการพิพาทในทางแพ่งโดยที่มีศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ชี้ขาดเมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาก็จะตัดสิน หรือพิพากษาว่าใครเป็นผู้ผิดโดยที่ในระหว่างการพิจารณาคดีนั้นศาลจะวางตัวเป็นกลางและไม่เข้าไปแทรกแซงในระหว่างที่คู่ความกำลังดำเนินคดีอยู่

นอกจากนี้ความสำคัญของคู่ความนั้นสามารถเห็นได้จากผู้ที่มีอำนาจเริ่มต้นดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาซึ่งมีแนวคิดว่าการกล่าวหาสามารถกระทำได้เองโดยประชาชนทุกคนและเป็นไปโดยอิสระและถือว่าสมาชิกทุกคนในกลุ่ม หรือสังคมเดียวกันนั้นต่างก็มีส่วนเป็นผู้เสียหายด้วยในการดำเนินคดีอาญา ซึ่งตามแนวคิดนี้จะต้องมีผู้กล่าวหาเป็นผู้เริ่มต้นคดีก่อนและการเริ่มการพิจารณาจะพิจารณาว่าผู้ที่กล่าวหาเป็นผู้เสียหายหรือไม่ผู้กล่าวหาจะถือเป็นฝ่ายผู้เสียหายก็ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือที่กล่าวหาทำกันนั้นมีความจำเป็นต่อรัฐและเป็นประโยชน์ของสังคมด้วยในเรื่องของการปราบปรามการกระทำ ความผิดนั้นเริ่มมีแนวคิดที่จะให้มีการเริ่มต้นการดำเนินคดีอาญาในนามของส่วนรวมซึ่งต่อมาได้กลายเป็นหลักการดำเนินคดีโดยประชาชนขึ้น

เมื่อระบบกล่าวหามีแนวคิดที่มุ่งเน้นในการให้ความสำคัญกับบทบาทของคู่ความในการต่อสู้คดีเพื่อให้ความจริงปรากฏขึ้นจากการต่อสู้คดีนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้มีผู้ทำหน้าที่เป็นกรรมการเพื่อรักษากฎกติกาในการต่อสู้คดีของคู่ความทั้ง 2 ฝ่ายเพื่อให้เกิดความเสมอภาคและเป็นธรรมต่อการต่อสู้คดี แนวความคิดดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการกำหนดบทบาทให้ผู้พิพากษา หรือศาลมีหน้าที่เป็นกรรมการในการต่อสู้ไม่ใช่ให้ผู้พิพากษาหรือศาลเป็นผู้ที่มีบทบาท หรือทำหน้าที่เป็นตัวนำในการค้นหาความจริงเหมือนกับผู้พิพากษาในระบบไต่สวน<sup>55</sup>

2) วิธีพิจารณาเป็นปรปักษ์

<sup>55</sup> คณิต ณ นคร. (2519). อัยการกับการสอบสวนคดีอาญา. *อัยการนิเทศ*, 38(4), หน้า 401-486.

ความสำคัญของระบบกล่าวหาอีกประการก็อยู่ที่บทบาทของคู่ความในการดำเนินคดีโดยใช้รูปแบบของการต่อสู้กันระหว่างคู่พิพาท ดังนั้น เมื่อมีวิวัฒนาการของรูปแบบการต่อสู้ตามกระแสของความมีมนุษยธรรมในการดำเนินคดีโดยให้ยกเลิกวิธีพิจารณาความเป็นการกระทำในลักษณะทรนาค หรือเป็นการต่อสู้ที่มีลักษณะที่ป่าเถื่อน หรือทารุณโหดร้ายแล้วก็ตาม แต่แนวความคิดในการต่อสู้กันนั้นในระบบวิธีพิจารณาความแบบกล่าวหาที่ยังคงเป็นหลักการที่ไม่เปลี่ยนแปลงและยังยึดถืออยู่นั้นก็คือคู่พิพาททั้ง 2 ฝ่ายต้องต่อสู้กันเพื่อให้ความจริงปรากฏ<sup>56</sup>

การต่อสู้ของคู่พิพาทในระบบกล่าวหานี้จะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่เรียกว่า “ความเสมอภาคในการต่อสู้คดี” ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในการต่อสู้คดีและการต่อสู้คดีในปัจจุบันนั้นจะเป็นการต่อสู้กันด้วยพยานหลักฐานที่คู่ความแต่ละฝ่ายได้นำเข้ามาสู้ในคดีโดยกำหนดให้ฝ่ายที่เป็นผู้กล่าวหาเป็นฝ่ายที่ต้องมีภาระในการพิสูจน์ให้ศาลเห็น โดยปราศจากข้อสงสัยและต้องชอบด้วยเหตุผลว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริง

ดังนั้น คู่ความแต่ละฝ่ายจึงจำเป็นต้องแสดงให้เห็นถึงความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานฝ่ายของตนว่าเป็นความจริงและมีน้ำหนักน่าเชื่อถือกว่าอีกฝ่าย ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะฝ่ายที่ถูกกล่าวหา หรือจำเลยนั้นก็ต้องได้รับ โอกาสในการที่จะต่อสู้คดีที่เป็นไปโดยเท่าเทียมกันในการทำลายความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานที่ทางฝ่ายผู้กล่าวหาได้นำสืบพร้อมทั้งแสดงพยานหลักฐานประกอบอื่นๆ ในส่วนของตนเพื่อใช้ประกอบการทำลายน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานฝ่ายที่กล่าวหาน่าเสนอมานั้น คือ การถามค้าน โดยในระบบกล่าวหานี้มีความเชื่อพื้นฐานกันมาว่าการถามค้านและเทคนิคที่ใช้ในการถามค้านนั้นจะเป็นเครื่องมือที่สร้างความน่าเชื่อถือและเป็นกลไกทางกฎหมายที่สำคัญที่สุดในการค้นหาความจริง หรือในการทำความจริงให้ปรากฏนั่นเอง

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็มีบทบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาที่เป็นปรบักษ์ไว้สอดคล้องกับแนวคิดในการต่อสู้คดีในระบบกล่าวหาอยู่เช่นกัน<sup>57</sup> โดยมีหลักว่าเมื่อโจทก์สืบพยานเสร็จแล้วถ้าเห็นสมควรศาลมีอำนาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการมาเพื่อประกอบการวินิจฉัยได้ แสดงให้เห็นว่ามีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะทำนองว่าการดำเนินคดีของพนักงานอัยการมีลักษณะเป็นปรบักษ์

<sup>56</sup> ปาณิส วงศ์ทุมมาลา. (2555). *ความเป็นภาวะวิสัยของพนักงานอัยการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับฝรั่งเศส*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 6.

<sup>57</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 175.

กับจำนวนถึงขนาดที่หากเป็นกรณีที่ศาลต้องการทราบข้อมูลรายละเอียดที่มีอยู่ในสำนวนการสอบสวนของพนักงานอัยการเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาคดีของศาล พนักงานอัยการก็สามารถปฏิเสธไม่ส่งสำนวนการสอบสวนให้แก่ศาลได้จนกว่าจะมีการสืบพยานของอัยการ โจทก์เสร็จสิ้นจึงแสดงให้เห็นว่าลักษณะการดำเนินคดีในระบบวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยมีลักษณะของความเป็นปรับภัยในระบบกล่าวหาอย่างเห็นได้ชัดเจน

### 3) วิธีพิจารณาต่อสู้กันด้วยวาจา

เนื่องจากระบบกล่าวหาอันมีวิธีพิจารณาที่เป็นการต่อสู้เพื่อให้ความจริงได้ปรากฏต่อหน้าศาล ดังนั้นโดยหลักการแล้วถือได้ว่าเฉพาะแต่การดำเนินคดีซึ่งกระทำในชั้นพิจารณาต่อหน้าศาลเท่านั้นที่จะถือว่าเป็นสถานที่ที่ทำให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่จะใช้ในการพิพากษาคดีและมีผลผูกพันคู่ความที่จะต่อสู้กันในชั้นพิจารณาคดีเนื่องจากการพิจารณาที่กระทำต่อหน้าศาลนั้นแต่ละฝ่ายสามารถนำพยานหลักฐานของตนเข้าสืบได้ คู่ความจึงมีอิสระเต็มที่ในการนำพยานหลักฐานของผู้ใดผู้หนึ่งในระหว่างที่กระบวนการพิจารณาคดีต่อหน้าศาล อีกทั้ง จำเลยสามารถชักจูงพยานที่ฝ่ายโจทก์นำเข้าสืบได้ด้วยวาจาต่อหน้าศาลจึงเป็นวิธีการที่นำมาซึ่งพยานหลักฐานในการค้นหาความจริงของวิธีพิจารณาความอาญาในระบบกล่าวหา โดยที่ศาลไม่สามารถรู้ข้อเท็จจริงมาก่อนที่จะมีการพิจารณาสืบพยานครั้งนั้น<sup>58</sup>

ส่วนพยานหลักฐานที่มีการรวบรวมไว้แล้วในชั้นสอบสวนนั้นในระบบกล่าวหาไม่ได้มีการกระทำต่อศาล ดังนั้น พยานหลักฐานเหล่านี้แม้จะได้มีการรวบรวมและได้มีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วก็จะไม่ถือว่าผูกพันศาลให้ต้องรับฟังเหมือนกับวิธีพิจารณาในระบบไต่สวน ซึ่งลักษณะดังกล่าวเป็น “ข้อแตกต่างประการสำคัญ” ระหว่างระบบไต่สวนกับระบบกล่าวหาอีกประการหนึ่ง เนื่องจากในระบบกล่าวหาอันมีความมุ่งหมายที่จะให้การดำเนินการในชั้นพิจารณาของศาลไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำ หรือภายใต้อิทธิพลของผู้ใดในผลที่ได้รับจากการรวบรวมพยานหลักฐานที่ได้กระทำมาแล้วในชั้นสอบสวน อีกทั้งพยานหลักฐานที่จะใช้ในการรับฟังและใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะต้องมาจากการนำเสนอและอภิปรายต่อสู้กันในระหว่างการพิจารณาและในชั้นพิจารณาคดีเท่านั้น

ในระบบไต่สวนนั้นมีการค้นหาความจริงตั้งแต่ในชั้นไต่สวนซึ่งเป็นขั้นตอนในชั้นก่อนการพิจารณาคดี ซึ่งเป็นการรวบรวมพยานหลักฐานทุกประเภทรวมทั้งในการสอบปากคำพยานซึ่งได้กระทำมาแล้วในชั้นสอบสวน หรือในชั้นไต่สวนมูลฟ้องและไม่ว่าจะกระทำโดยผู้พิพากษาได้ไต่สวน หรือได้กระทำโดยพนักงานอัยการ หรือเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจก็ตามถือว่าเป็นกลไกการทำงานและการสอบปากคำของพยานบุคคลที่ได้ถูกบันทึกไว้

<sup>58</sup> คณิศ ณ นคร. (2555). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 78.

เป็นลายลักษณ์อักษรรวบรวมไว้ในสำนวนการไต่สวนของผู้พิพากษาและในสำนวนการไต่สวนนั้นจะถูกส่งให้กับศาลในชั้นพิจารณาก่อนที่จะมีการนำพยานมาสืบในชั้นพิจารณานั้น

ดังนั้น ผู้พิพากษาในชั้นพิจารณาคดีจะรับรู้ถึงรายละเอียดข้อมูล ข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในสำนวนการไต่สวนได้ก่อนที่จะเริ่มการพิจารณาคดีในชั้นศาลเท่านั้น นอกจากนี้การเรียกพยานมาสืบในชั้นพิจารณาของศาลนั้นก็เพียงเพื่อให้มีการยืนยันข้อเท็จจริงซึ่งพยานได้เคยให้ปากคำไว้ก่อนแล้วในชั้นไต่สวนและด้วยเหตุนี้สำนวนการไต่สวนซึ่งทำเป็นลายลักษณ์อักษรจึงถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของพยานหลักฐานที่สามารถนำมารับฟังในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีได้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่าลักษณะของการต่อสู้คดีกันด้วยวาจาในศาลของระบบไต่สวนจะมีความสำคัญน้อยกว่าในระบบกล่าวหา

#### 4) วิธีพิจารณาโดยเปิดเผย

การพิจารณาคดีต่อหน้าศาลระหว่างคู่ความที่เป็นปรปักษ์กันในระบบกล่าวหานี้จะต้องได้ความว่าประชาชนทั่วไป หรือบุคคลใดๆ ก็สามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีได้โดยลักษณะดังกล่าวมีที่มาจากรูปแบบของการต่อสู้กันระหว่างคู่พิพาทที่กระทำในสนามประลองของการต่อสู้ต่อหน้าประชาชนที่มาร่วมรับชมเป็นสักขีพยานที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าการพิจารณาคดีอาญาในศาลนั้นไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องแต่เฉพาะสิทธิ หรือผลประโยชน์ส่วนบุคคลของจำเลยเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังถือว่าเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับประชาชนทั้งหมดที่อยู่ร่วมกันในสังคมนั้นๆ อีกด้วย<sup>59</sup>

ลักษณะของการพิจารณาคดีที่กระทำโดยเปิดเผยนั้นได้กลายเป็นหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเป็นหลักการที่รัฐจะต้องให้การรับรองและคุ้มครองประชาชนในรัฐนั้นอันถือเป็นลักษณะสำคัญในการพิจารณาคดีในศาลกับสิทธิของจำเลยในคดีอาญาที่จะได้เผชิญหน้ากับพยานหลักฐานของโจทก์เพื่อนำไปสู่การพิสูจน์ความจริงในคดีนั้นๆ และยังเป็นหลักประกันที่จำเลยจะไม่ถูกข่มขู่ กลั่นแกล้ง หรือถูกพิจารณาคดีตามอำเภอใจ นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันมิให้พยานเบิกความอันเป็นเท็จเนื่องจากการที่มีประชาชนเข้าร่วมรับฟังการพิจารณาคดี หรือมีคณะลูกขุน (Jury) ที่ถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชนเข้าร่วมในการพิจารณาคดีนั้นจะทำให้พยานไม่กล้า หรือเกรงกลัวที่จะกล่าวเท็จในการเบิกความในศาลที่กระทำต่อหน้าประชาชนนั้น

ตามกฎหมายไทยก็รับรองสิทธิของจำเลยที่จะได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผยไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>60</sup> ซึ่งมีหลักว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาลนั้น

<sup>59</sup> คณิต ฒ นคร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58. หน้า 78.

<sup>60</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 172 วรรคหนึ่ง.

ให้ทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยเว้นแต่จะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ดังนั้น การสืบพยานในคดีอาญาไม่ว่าชั้นสืบพยานโจทก์ หรือสืบพยานจำเลยจึงต้องกระทำต่อหน้าจำเลยจะกระทำโดยลับหลังจำเลยไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นข้อยกเว้น

อย่างไรก็ตาม ในระบบกล่าวหาในนั้นมีข้อที่สำคัญประการหนึ่งที่กำหนดให้ การพิจารณาจะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยจะต้องเป็นกรณีที่มีตัวจำเลยอยู่ใน การพิจารณาคดีในศาลตามหลักดังที่กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การที่จำเลยไม่ให้ความร่วมมือเข้ามาสู่กระบวนการตามกฎหมายจึงก่อให้เกิดปัญหาและความยุ่งยากในการดำเนินคดีของรัฐที่ไม่สามารถที่จะบังคับจำเลยและไม่อาจที่จะดำเนินการพิจารณาคดีต่อไปได้

#### 5) ผู้พิพากษาที่เป็นกรรมการ

ลักษณะของระบบกล่าวหาในข้อนี้จะตรงกันข้ามกับลักษณะที่อธิบายมาแล้วในข้อ 1 ซึ่งได้ให้ความสำคัญกับการดำเนินคดีของกลุ่มความตามหลักการของการค้นหาความจริงที่จะปรากฏขึ้นจากการต่อสู้คดีของกลุ่มความและในส่วนของบทบาทของผู้พิพากษาในระบบกล่าวหา นั้นจะถูกจำกัดอยู่ที่การพิจารณาพยานหลักฐานที่คู่ความในคดีนำเสนอต่อหน้าศาลแล้วทำการวินิจฉัยตัดสินคดีจากพยานหลักฐานเหล่านั้น ดังนั้น ผู้พิพากษาในระบบกล่าวหาจึงมีบทบาทที่สำคัญเฉพาะการควบคุมการต่อสู้คดีของกลุ่มความเพื่อให้เป็นไปตามกติกามีความเที่ยงตรงแล้วผู้พิพากษาจะเป็นผู้ตัดสินว่าใครเป็นผู้ชนะคดีโดยในระหว่างการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาในระบบกล่าวหาในนั้นจะไม่แสดงบทบาทในเชิงรุกโดยการเรียกพยานที่ตนเห็นว่าสมควรมาให้ข้อเท็จจริงอย่างใดๆ ในศาล หรือทำการไต่สวนพยานหลักฐานเพิ่มเติมด้วยตนเองเพราะอาจจะเกิดข้อครหาว่าเข้าไปแทรกแซงการดำเนินคดีเพื่อเป็นประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระบบกล่าวหาในนั้นผู้ที่ทำการขับเคลื่อนการดำเนินคดี คือ คู่ความที่เตรียมพยานหลักฐานและเสนอคดีของตนเอง โดยเฉพาะฝ่ายจำเลยที่จะต้องได้รับการช่วยเหลือจากทนายความของตนเพื่อให้เป็นไปตาม “หลักความเสมอภาค” หรือ “หลักอาวุธที่เท่าเทียมกัน” ในการต่อสู้คดีในระบบกล่าวหาในนั้นตำรวจจะมีความเป็นอิสระในการสืบสวนสอบสวนคดี ส่วนผู้พิพากษาจะต้องวางตนนิ่งเฉยและจะไม่มีสิทธิรู้ถึงข้อเท็จจริงในสำนวนคดีมาก่อนที่จะพิจารณา<sup>61</sup>

#### 2.3.2 การดำเนินคดีระบบไต่สวน

ระบบไต่สวนเป็นระบบวิธีพิจารณาคดีที่ผู้ไต่สวน หรือศาลเป็นผู้ดำเนินคดีตั้งแต่เริ่มคดี กล่าวคือ ตั้งแต่เมื่อทราบว่ามีกรกระทำผิดความผิดเกิดขึ้นจนกระทั่งมีการตัดสินคดี วิธีพิจารณาระบบนี้จะไม่มีการโจทก์และจำเลย จะมีแต่ผู้ไต่สวน หรือศาลและผู้ถูกกล่าวหา

<sup>61</sup> ปาณิศ วงศ์ทุมมาลา. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 56. หน้า 6.

เท่านั้นผู้ถูกไต่สวนจะมีสภาพเป็นเพียง “วัตถุแห่งการไต่สวน” หรือชักฟอกเพื่อหาความจริง โดยไม่มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหา หรือต่อสู้คดีวิธีการค้นหาความจริงนั้นจะใช้วิธีการทรมานร่างกายของผู้ที่ถูกไต่สวนและวิธีพิจารณาคดีในระบบนี้จะไม่มีการแยก “หน้าที่สอบสวน” และ “หน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี” ออกจากกันแต่ผู้ทำการไต่สวน หรือศาลจะทำหน้าที่ ทั้ง 2 ประการด้วยตนเอง<sup>62</sup>

ในอดีตวิธีการพิจารณาคดีอาญาของประเทศไทยเป็นระบบการไต่สวน กล่าวคือ หน้าที่สอบสวนฟ้องร้องและพิจารณาพิพากษายังไม่ได้มีระเบียบกำหนดอำนาจและหน้าที่ของตุลาการไว้ชัดเจนและไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ของตุลาการออกจากฝ่ายตุลาการ โดยการพิจารณาพิพากษาคดีจะมีเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจจับตัวผู้กระทำความผิดได้แล้วจะใช้วิธีการทรมานร่างกายของผู้กระทำความผิด หรือ โดยการเขียนตีและการจองจำ หรือ โดยการกระทำทรมานในวิธีต่างๆ โดยเมื่อผู้กระทำความผิด หรือ จำเลยทนการทรมานร่างกายไม่ไหวก็จะรับสารภาพในเวลานั้นถือกันว่าใครถูกจับได้จะเป็นผู้ต้องหา หรือ จะต้องถือว่าเป็นผู้ร้ายเสมอสามารถทำการทรมานเพื่อเอาหลักฐานจากตัวผู้ต้องหาได้

#### ทฤษฎีของระบบไต่สวน

ระบบไต่สวนในคริสตศาสนจักรได้เข้ามามีอิทธิพลต่อการดำเนินคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่สมัยยุคกลางเป็นต้นมา เนื่องจากว่าประเทศฝรั่งเศสได้ชื่อว่าเป็นประเทศแม่แบบของคริสต์ศาสนานิกายคาทอลิก ด้วยเหตุนี้ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศฝรั่งเศสจึงได้นำรูปแบบของระบบไต่สวนที่ให้พระในคริสตศาสนามีอำนาจในการดำเนินคดีตั้งแต่เริ่มต้นคดีจนจบการดำเนินคดีมาใช้ โดยจะใช้การดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดต่างๆ ไปจนกระทั่งเมื่อครั้งที่มีการปฏิวัติใหญ่เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบสาธารณรัฐก็ได้มีการปฏิรูประบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศฝรั่งเศสครั้งยิ่งใหญ่โดยได้มีการขนานนำระบบลูกขุนจากแบบอย่างของประเทศอังกฤษมาใช้ในการดำเนินคดีที่เป็นความผิดอันมีลักษณะที่ร้ายแรงด้วย<sup>63</sup>

#### 2.3.3 หลักฟังความทุกฝ่าย

หลักฟังความทุกฝ่าย หมายความว่า จะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาแก้ข้อกล่าวหาได้ เนื่องจากในการดำเนินคดีอาญาในระบบกล่าวหาว่าผู้ถูกกล่าวหา หรือ จำเลยจะเป็น

<sup>62</sup> คณิต ณ นคร. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 58. หน้า 78.

<sup>63</sup> ธานินทร์ กรีวิเชียร. (2511). *การปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวพระปิยะมหาราช*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: สำนักนายกรัฐมนตรี. หน้า 45.

ประธานในคดีโดยผู้ที่ถูกกล่าวหา หรือจำเลยจะมีสิทธิต่างๆ ที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ถูกกล่าวหา หรือจำเลยในคดีนั้นจะต้องได้รับทราบถึงข้อกล่าวหาว่าตัวเขานั้นถูกกล่าวหาว่าอย่างไร หรือถูกฟ้องเป็นคดีว่าอย่างไรเพื่อให้บุคคลนั้นๆ ได้มีโอกาสให้การในการแก้ข้อกล่าวหาในชั้นเจ้าพนักงาน หรือได้ให้การแก้ข้อกล่าวหาในชั้นพิจารณาของศาลได้อย่างถูกต้องเพราะการที่จะถือว่าผู้ที่ถูกกล่าวหาเป็นผู้ที่ได้กระทำความผิดตามที่กล่าวหาหรือไม่ ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องได้รับการชี้ขาดในข้อเท็จจริง 2 ชั้น คือ ชั้นพนักงานอัยการและชั้นศาล ซึ่งในการชี้ขาดถึงข้อเท็จจริงทั้ง 2 ชั้นนี้พนักงานอัยการและศาลจะต้องได้ฟังข้อเท็จจริงทั้งฝ่ายผู้กล่าวหา หรือ โจทก์ในคดีไม่ใช่ฟังเฉพาะฝ่ายผู้กล่าวหา และชักฟอกเอาความผิดจากผู้ถูกกล่าวหาต่างๆ โดยไม่คำนึงถึงคำให้การของผู้ถูกกล่าวหา หรือจำเลยนั้นๆ แต่อย่างใด<sup>64</sup>

หลักฟังความทุกฝ่ายทำให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับการประกันสิทธิที่จะมีโอกาสต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่เพราะศาลจะต้องรับฟังพยานหลักฐานของฝ่ายผู้กล่าวหาและฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา ในปัจจุบันหลักฟังความทุกฝ่ายมาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในคดีที่พนักงานอัยการเป็น โจทก์ฟ้องคดีจำเลยที่ถูกฟ้องจะตกเป็นจำเลยทันทีนับแต่ถูกฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา วางหลักว่า การพิจารณาคดีจึงต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย

## 2.4 แนวคิดหลักนิติธรรม

แนวคิดหลักนิติธรรม หรือหลักกฎหมายเป็นใหญ่ ที่เรียกว่า The Rule of Law วิวัฒนาการของหลักนิติธรรม ได้อุบัติขึ้นในประเทศเยอรมนีโดยเจตนารมณ์ทางประวัติศาสตร์เริ่มแรกของหลักนิติธรรม เป็นการย้ายถึงกลไกของรัฐให้มีความเป็นกลางใช้ดุลพินิจแทรกแซงกิจการของเอกชนน้อยที่สุด โดยประกันความเป็นอิสระของศาลและให้ความเสมอภาคในทางกฎหมาย

หลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง หลักแห่งกฎหมายซึ่งเป็นหน้าที่ของประชาชนต้องเชื่อฟังกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นมาและถูกปกครองโดยกฎหมายและอยู่ภายใต้กฎหมายในปัจจุบันหลักนิติธรรม หมายถึง หลักแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิเสรีภาพแห่งมนุษย์ทุกแห่งทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขามนุษย์ให้พ้นจากสิทธิทรราช

<sup>64</sup> คณิต ฒ นคร. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 58. หน้า 422.

“หลักนิติธรรม เป็นหลักอุดมคติทางกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมาเป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำอันมิชอบของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติธรรม ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพอย่างสมบูรณ์โดยเฉพาะสิทธิในการดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรม บทบาทของหลักดังกล่าวจึงเป็นไปเพื่อรับใช้เป้าหมายเรื่องการบัญญัติกฎหมายที่เป็นธรรมแสดงให้เห็นถึงความเป็นธรรมของกฎหมายที่ปรากฏและที่สำคัญเพื่อส่งเสริมศักดิ์ศรีของมนุษย์ในฐานะปัจเจกบุคคลที่มีความสามารถเสมอภาคกันในค่าแห่งความเป็นมนุษย์ซึ่งพึงได้รับการปฏิบัติต่อกันอย่างเท่าเทียมกัน

#### 2.4.1 การรักษาสมดุลระหว่างประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมกับความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา<sup>65</sup> คือ กระบวนการในการนำตัวผู้กระทำความผิดกฎหมายอาญามาลงโทษจึงได้มีมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ไว้มากมาย นับตั้งแต่การจับ การค้น การควบคุม การสอบสวน การฟ้องร้องคดีต่อศาล การพิจารณาและพิพากษาคดีในขั้นตอนต่างๆ เหล่านี้ กฎหมายได้ให้อำนาจไว้อย่างรัดกุม ทั้งนี้ เพื่อมิให้คนบริสุทธิ์ต้องถูกลงโทษ หรือแม้บุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้กระทำความผิดแต่การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดก็จะต้องเป็นไปอย่างเป็นธรรมไม่โหดร้ายทารุณหรือละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>66</sup>

กฎหมายต่างๆ จึงต้องพยายามรักษาความสมดุลระหว่างอำนาจรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมากเกินไป ประชาชนก็อาจได้รับความเดือดร้อนเพราะเจ้าหน้าที่รัฐจะมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการจับ การค้น การสอบสวน การควบคุม ฯลฯ ในทำนองเดียวกันหากมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปโดยเกรงว่าประชาชนจะได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐผู้กระทำความผิดก็อาจหลุดพ้นจากการถูกนำตัวมาลงโทษอันจะส่งผลเสียหายต่อสังคมที่มีส่วนเกี่ยวข้อง เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นดังที่ได้กล่าวมานี้ถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงที่เห็นได้อย่างประจักษ์ชัดในสังคมไทยและสังคมระหว่างประเทศ แต่สำหรับช่องทางในการร้องเรียนการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยเพื่อที่จะแก้ปัญหาดังกล่าวนั้นในบางช่องทางก็ยังประสบ

<sup>65</sup> อำนาจ เนตยสุภา. (2557). *กระบวนการยุติธรรมทางอาญา และการละเมิดสิทธิมนุษยชน*. อ้างถึงใน ภัคพิชา ชอบธรรม. (2558). *มาตรการป้องกันอาชญากรรมทางเพศ: ศึกษากรณีการขึ้นทะเบียนผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากลุ่มวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 22.

<sup>66</sup> ภัคพิชา ชอบธรรม. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 65. หน้า 22-25.



ปัญหา เช่น กระบวนการใช้สิทธิทางศาลยุติธรรมยังมีข้อจำกัดหลายประการทั้งในเรื่องของกระบวนการพิจารณาที่ซับซ้อนเสียค่าใช้จ่ายและต้องใช้เวลาานกว่าจะได้รับความเป็นธรรม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงอาจถือได้ว่าเป็นทางเลือกหนึ่งของประชาชนที่จะสามารถแก้ไข ป้องกันและเยียวยาประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน

รัฐ (State) ที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยเป็นรัฐที่ต้องเคารพสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน ประชาชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการดำเนินชีวิต เว้นแต่บางกรณีบางเรื่องเท่านั้นที่ไม่สามารถจะทำได้ ซึ่งเรื่องที่ทำไม่ได้ หรือห้ามนั้นถือเป็นข้อยกเว้นของระบอบการปกครองนี้และการที่รัฐจะจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนจะทำได้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ตามหลักนิติรัฐ (Legal state) เมื่อเกิดการละเมิดต่อกฎหมายที่รัฐห้ามแล้ว (เฉพาะคดีอาญา) รัฐจำเป็นจะต้องมีกระบวนการที่จะคุ้มครองความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของประชาชนในรัฐไม่ให้ถูกระทบกระเทือนจากการละเมิดต่อกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น ในแต่ละรัฐจึงมีกระบวนการในการที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพื่อคุ้มครองประชาชนคนอื่นๆ ให้ปลอดภัยจากการกระทำละเมิดกฎหมายอาญานั้น ซึ่งในปัจจุบันนั้นมีแนวความคิดที่เกี่ยวกับการจัดรูปแบบของกระบวนการยุติธรรมทางอาญามืออยู่ด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime control model) และทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due process model) โดยแต่ละแนวความคิดนั้นมีความแตกต่างกันในความคิดและมีความขัดแย้งคอยถ่วงดุล (Balance) กันอยู่<sup>67</sup>

#### 2.4.1.1 ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime control model)

ทฤษฎีนี้ต้องการส่งเสริมและเน้นรูปแบบการส่งเสริมประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยมุ่งควบคุม ระวังและปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก (ขั้นตอนในกระบวนการยุติธรรมนั้นต้องรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ) โดยเชื่อว่าเป็นหน้าที่ที่สำคัญที่สุดของกระบวนการทางอาญาเพื่อที่จะรักษาไว้ให้ได้ซึ่งความสงบสุขของสังคมต้องการควบคุมอาชญากรรมอย่างแน่นหนา แม้การกระทำของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมนั้นจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนก็ตาม แต่เพื่อประโยชน์ของสังคมโดยส่วนรวมแล้วยอมทำได้ เช่น ตำรวจเป็นผู้ออกหมายจับได้เองมีอำนาจในการสืบสวนและสอบสวนคดีอย่างมากเพื่อให้มีประสิทธิภาพ ในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั่นเองรูปแบบนี้จะเน้นไปที่การควบคุมและปราบปราม กระบวนการในการได้

<sup>67</sup> เฉลิมวุฒิ สารกิจ. (2557). *การรักษาสมดุลระหว่างประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมกับความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย*. อังถึงใน ภักพิชา ชอบธรรม. อังแล้ว เจริญธรรมที่ 65. หน้า 23.

พยานหลักฐานมานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่หากว่าพยานหลักฐานนั้นสามารถที่จะพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลยได้ศาลก็อาจจะรับฟังได้เพื่อลงโทษจำเลย

จึงเห็นได้ว่า ทฤษฎีนี้มุ่งการควบคุมอาชญากรรมเป็นหลักสำคัญ โดยเน้นหนักและเข้มงวดกับการควบคุมปราบปรามอาชญากรรมอย่างเต็มที่ ส่วนเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นเรื่องรองลงไป คือ ต้องรอหลังจากที่มีการควบคุมอาชญากรรมได้จนเกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมจะถือว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของสังคมแล้ว ดังนั้น การดำเนินการในแต่ละขั้นตอนของกระบวนการทางอาญาตามทฤษฎีนี้จึงมีลักษณะที่เป็นไปอย่างเร่งรีบ รวดเร็ว ตอบโต้กับปัญหาอาชญากรรมอย่างเฉียบขาด ฉับพลันไม่มีการหยุดชะงักและเกิดอุปสรรคระหว่างการดำเนินการในขั้นตอนของกระบวนการเป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจการถ่วงถ่วงอย่างกว้างขวางในขั้นตอนปฏิบัติการมุ่งในด้านประสิทธิภาพการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งอาจทำให้เกิดผลในเรื่องของการปล่อยตัวผู้ต้องสงสัยหรือผู้บริสุทธิ์โดยเร็วและการดำเนินคดีต่อผู้ต้องหาที่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะสามารถลงโทษตามความผิดที่กระทำได้

#### 2.4.1.2 ทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due process model)

รูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่ยึดหลักกฎหมายเป็นสำคัญและเป็นรูปแบบที่ยึดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นไปตามหลักนิติธรรม (Rule of law) ที่ถือค่านิยมในเรื่องกระบวนการยุติธรรมตามขั้นตอนต่างๆ ในกระบวนการต้องชอบด้วยกฎหมายและต่อต้านการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ ซึ่งมักจะเกิดจากการที่รัฐมุ่งที่จะควบคุมอาชญากรรมโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของประชาชนเป็นเหตุให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกระทบกระเทือนจากการปราบปรามอาชญากรรมของรัฐอย่างมาก

ดังนั้น รัฐที่ยึดถือทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due process model) จึงต้องมีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เน้นหนักไปในทางที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้บริสุทธิ์มิให้ถูกล่วงละเมิดโดยไม่เป็นธรรมจากเจ้าพนักงานของรัฐ เช่น สิทธิของผู้เสียหาย สิทธิของผู้ถูกกล่าวหา สิทธิของจำเลย การค้น การจับ จะต้องมิหมายซึ่งออกโดยศาล เป็นต้น และหากบางกรณีมีพยานหลักฐานชิ้นสำคัญในการที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ แต่หากว่ากระบวนการที่ได้มานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่อาจจะรับฟังเพื่อลงโทษจำเลยได้ แม้พยานหลักฐานนั้นเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยชอบก็ตาม

จะเห็นว่าทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime control model) และทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due process model) นั้นแม้จะมีขึ้นมาเพื่อให้สังคม

นั้นอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและมีความปลอดภัยจากอาชญากรรมก็ตาม แต่มีความแตกต่างกันในแนวความคิดอยู่หากรัฐมุ่งที่จะควบคุมอาชญากรรมอย่างมีประสิทธิภาพ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ถูกระทบกระเทือนไปด้วยและหากรัฐมุ่งที่จะให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนมาก การควบคุมอาชญากรรมอาจทำได้ไม่สะดวกซึ่งส่งผลต่อประสิทธิภาพของการควบคุมอาชญากรรมก็ลดตามไปด้วย

เมื่อพิจารณาแล้วเหมือนกับว่าทั้งสองแนวความคิดนั้นแตกต่างกันจนอาจจะดูเหมือนเส้นขนานที่ไม่อาจจะอยู่ร่วมกันได้ หากให้น้ำหนักไปทางใดทางหนึ่งอีกทางก็ต้องเอนเอียงต่ำหรือสูงไปด้วย (เปรียบดั่ง Crime control model นั้นเป็นแกน X ส่วน Due process model นั้นเป็นแกน Y)

ดังนั้น จึงเป็นความยากของรัฐและนักกฎหมายที่จะหาจุดสมดุลระหว่างแนวคิดทั้งสองทฤษฎีเพื่อให้กระบวนการดำเนินคดีอาญาของไทยมีประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมและในขณะเดียวกันก็ถูกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้น้อยที่สุดและเปิดโอกาสให้ต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่และเสรี หากให้น้ำหนักไปทางแนวความคิดใดแนวหนึ่งย่อมเสียสมดุลของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไป

## 2.5 แนวคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพผู้ต้องหา

แนวคิดการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาในการปกครองในระบบประชาธิปไตย การให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนนับว่าเป็นสิ่งสำคัญที่สุดเพราะถือเป็นหลักทั่วไปว่ามนุษย์ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกายของตนเอง โดยปราศจากการควบคุม กักขัง และดำเนินคดีอาญาของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและกฎหมายดังกล่าวของรัฐต้องมีลักษณะที่เป็นธรรมสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้พิสูจน์ได้ว่ามีความผิดทางอาญาและยังคงมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งจะต้องได้รับการปฏิบัติจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องอย่างมนุษย์และเพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิในทางอาญาของผู้ต้องหา โดยมีแนวคิดมาจากสิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนมีมาตั้งแต่เกิดและไม่อาจโอนให้แก่กันได้การละเมิดสิทธิดังกล่าวเท่ากับเป็นการละเมิดต่อสภาพความเป็นมนุษย์ สิทธิตามธรรมชาตินั้นเป็นกฎหมายธรรมชาติที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายมาขัดแย้งไม่ได้เพราะเป็นกฎหมายที่มนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้นจึงอยู่นอกเหนืออำนาจรัฐ ดังนั้น ผู้ต้องหาซึ่งเป็นมนุษย์คนหนึ่งซึ่งมีกฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลว่าเป็นผู้กระทำผิด จึงควรได้รับการคุ้มครอง

สิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกัน จึงได้มีการบัญญัติรับรอง “สิทธิของผู้ต้องหาที่ได้รับความคุ้มครอง” ไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

### 2.5.1 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

#### 2.5.1.1 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพ เป็นหลักประกันพื้นฐานของประชาชนทุกคนที่รัฐให้ความรับรองคุ้มครองให้สามารถดำเนินอยู่ได้อย่างปกติสุข ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายความหมายของคำว่า สิทธิ (Right) ตามความเห็นของ วิน ไชด์ (Windscheid) ที่ให้ความสำคัญในเรื่องของอำนาจ จึงนิยามคำว่า “สิทธิ” ว่าเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนงและตามความเห็นของเฮียร์ริง (Jhering) ที่ให้ความสำคัญในเรื่องของจุดประสงค์ ซึ่งเป็นประโยชน์ที่บุคคลต้องการ จึงนิยาม คำว่า “สิทธิ” ว่าเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะเจตจำนงเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งบุคคลมุ่งประสงค์<sup>68</sup>

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ ความว่า “สิทธิ” (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น อำนาจที่กฎหมายรองรับให้แก่บุคคลหนึ่ง หรือหลายคนกระทำการบางอย่างให้เกิดประโยชน์แก่ตน ซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายได้ให้อำนาจแก่บุคคลดังกล่าวให้สามารถกระทำได้ ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” (Liberty) คือ ภาวะของบุคคลที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น ภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่ เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำเสรีภาพจึงหมายความว่าอำนาจของบุคคลที่สามารถเลือกวิถีชีวิตได้ตามใจปรารถนา<sup>69</sup>

#### 2.5.1.2 ขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลที่พึงจะมีนั้น เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ บัญญัติรับรองไว้แล้วโดยถือกันว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตน ทั้งทางกายภาพและทางจิตใจเป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรต่างๆ ของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้บริหารหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการจะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง ซึ่งปัจจุบันรัฐธรรมนูญ

<sup>68</sup> หยุด แสงอุทัย. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21. หน้า 192.

<sup>69</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 21-22.

ของรัฐต่างๆ รับรองสิทธิและเสรีภาพให้มีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับโดยตรง ซึ่งหากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ประชาชนก็สามารถใช้สิทธินั้นได้ทันทีโดยไม่ต้องออกกฎหมายรองรับใหม่ แต่หากมีการบัญญัติหลักการไว้อย่างกว้างๆ เพื่อรับรองสิทธิและเสรีภาพเฉพาะด้านก็จะต้องมีการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายลำดับรองลงไปมารองรับสิทธิและเสรีภาพนั้นและการพิจารณาถึงขอบเขตของสิทธิ และเสรีภาพว่ามีอยู่เพียงใดนั้น จะต้องพิจารณาถึงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ และองค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพ

1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะสามารถกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หากจะมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะต้องมีการตรวจสอบเงื่อนไขต่างๆ ตามลำดับขั้นตอน<sup>70</sup>

2) องค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพมีผลต่อการตีความสิทธิและเสรีภาพของแต่ละสิทธิ ซึ่งจะต้องมีการกำหนดขอบเขตสิทธิและเสรีภาพ แต่ละสิทธิที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนว่ามีขอบเขตเพียงใด การพิจารณาเรื่องของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น การจะกล่าวว่ามีมาตรการใดมาตราหนึ่งที่ได้กระทำการนั้นเป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือไม่ ขั้นตอนแรกจะต้องกำหนดขอบเขตของแดนสิทธิและเสรีภาพให้ได้เสียก่อน หากมีการล่วงล้ำเข้าไปในแดนสิทธิและเสรีภาพนั้นจึงกล่าวได้ว่าเป็นการแทรกแซงที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจากองค์ประกอบของสิทธิและเสรีภาพจะพบว่ามีข้อจำกัดของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอยู่ในตัว การกระทำใดๆ ที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพจึงอาจเรียกว่าเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งการใช้สิทธิและเสรีภาพมิได้หมายความว่ากระทำในทางบวกเท่านั้นแต่ยังรวมถึงการละเว้นการกระทำที่เรียกว่าเสรีภาพในทางปฏิเสธด้วย เช่น การคุ้มครองกรรมสิทธิ์ ย่อมหมายถึงการมีอยู่ของกรรมสิทธิ์และการใช้ประโยชน์ของผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ซึ่งสิ่งเหล่านี้รวมอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองด้วย

#### 2.5.1.3 ขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพ

ตามหลักนิติรัฐแล้วไม่มีเสรีภาพใดที่ได้รับการคุ้มครองโดยปราศจากขอบเขต เพราะสาระสำคัญของเสรีภาพก็คือพฤติกรรมกรปฏิบัติต่อกันระหว่างมนุษย์ ขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นจึงมีการกำหนดขึ้นทั้งในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและอาจกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพให้ใช้ได้เพียงเท่าที่

<sup>70</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2558). *หลักพื้นฐานที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 197-198.

ไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น ไม่ขัดศีลธรรมอันดีของประชาชนและบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไป รวมถึงไม่กระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยและประโยชน์สาธารณะของรัฐด้วยความมุ่งหมายของการกำหนดขอบเขตของการใช้สิทธิและเสรีภาพ หรือการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อประโยชน์ของรัฐ หรือประโยชน์สาธารณะ โดยอาศัยหลักความชอบด้วยศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยส่วนใหญ่มาเป็นเกณฑ์กำหนดขอบเขตโดยรวมของกฎหมาย

### 2.5.2 แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการประกันสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลย

แนวคิดและหลักการเกี่ยวกับการประกันสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยนั้นถือได้ว่าเป็นหลักสากลที่ถือเป็นหลัก หรือแนวทางในการดำเนินการในประเทศของตน ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลว่าสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญที่บุคคลทุกคนควรได้รับอย่างการปฏิบัติที่เสมอภาคและเท่าเทียมกัน

ถึงแม้ผู้ต้องหา หรือจำเลยนั้นจะเป็นผู้ทำให้เกิดความเสียหายแก่สังคม หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งก็ตาม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลผู้นั้นก็สมควรที่จะได้รับการรับรองเช่นเดียวกัน ที่ผ่านมามีแนวคิดและหลักในการประกันสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยที่เป็นสากลไว้หลายฉบับด้วยกัน

#### 2.5.2.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human dignity) ในทางกฎหมายนั้น นักกฎหมายชาวเยอรมันที่ชื่อ Klaus Stern ได้ให้ความหมายว่า คุณค่ามีลักษณะเฉพาะที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่ต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคลจากความหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น คุณค่าของความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนี้มีอยู่เพื่อใ้มนุษย์มีความอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนภายใต้ความรับผิดชอบของตนเองโดยอิสระและถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่สูงสุดที่มีอาจล่วงละเมิดได้<sup>71</sup>

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในหมวด 3 ตั้งแต่มาตรา 25 ถึงมาตรา 49 เพื่อรับรองหลักการดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการรับรอง

<sup>71</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *สารานุกรมแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ.2540) หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: องค์การคำครุสภา. หน้า 33-37.

ถึง “คุณค่า” ความเป็นมนุษย์ที่ไม่ขึ้นอยู่กับกาลเวลา สถานที่และควรจะต้องทำให้คุณค่าดังกล่าวนี้มีผลในทางกฎหมายอย่างแท้จริง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีรากฐานมาจากสิทธิ 2 ประการ คือ

ประการแรก เสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล หมายความว่า มนุษย์มีอิสระในการที่จะกำหนดตนเองได้ตามที่บุคคลนั้นต้องการ

ประการที่สอง สิทธิจะได้รับความเสมอภาค หมายความว่า มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ตาม ต้องเข้าใจว่าเสรีภาพของบุคคลในการกำหนดตนเองนั้นมีความเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมายเท่านั้น เพราะในความเป็นจริงบุคคลมีอาจเท่าเทียมกันในทุกๆ ด้าน<sup>72</sup>

#### 2.5.2.2 ปณฺญญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1984

แนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหา หรือจำเลยในคดีอาญาถือว่าเป็นสิ่งสำคัญที่บุคคลเกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมต้องเคารพ องค์การสหประชาชาติให้การรับรองสิทธิมนุษยชนทางอาญาไว้เป็นมาตรฐานสากล โดยบัญญัติไว้ในปณฺญญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีการประกาศเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ซึ่งถือเป็นวันสิทธิมนุษยชนตั้งแต่นั้นมา โดยให้การคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาไว้ พอสรุปได้ ดังนี้<sup>73</sup>

ข้อ 2 สิทธิและอิสระภาพอันเสมอภาคบรรดาที่ได้กำหนดไว้ในปณฺญญาฯ นี้โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องใดๆ

ข้อ 3 สิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพและความมั่นคงแห่งตัวตน (Right to life, liberty and scarcity of person)

ข้อ 7 บุคคลทุกคนต่างเสมอกันในกฎหมายและย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ (All are equal before the law and entitled without any discrimination to equal protection the law)

ข้อ 10 สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่อิสระและเที่ยงธรรม

ข้อ 11 (1) สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย (The right to be presumed innocent until proved guilty)

<sup>72</sup> สมชาย กษิติประดิษฐ์. (2546). *สิทธิมนุษยชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 23-24.

<sup>73</sup> วีระ โลจายะ. (2532). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์. หน้า 67.

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นเอกสารที่รับรองสิทธิที่มนุษย์พึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ปฏิญญานี้จะเป็นเพียงสิทธิขั้นมูลฐานและไม่ใช่อำนาจบังคับทางกฎหมายก็ตาม แต่เป็นการคุ้มครองบุคคลทุกประเภท ทุกชั้นวรรณะไม่มีการเลือกปฏิบัติ ส่วนในด้านสิทธิของผู้ต้องหาถือเป็นคนละประเภทหนึ่งที่ต้องได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศไทยนั้นก็ได้ให้สัตยาบันในปฏิญญาสากลดังกล่าวมาแล้วข้างต้น แสดงว่าประเทศไทยยอมรับที่จะปฏิบัติตามปฏิญญาดังกล่าว ซึ่งเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้เกิดผลอย่างจริงจัง

### 2.5.3 สิทธิของผู้ต้องหาที่ควรได้รับความคุ้มครอง

สิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายรับรองไว้ คือ สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นสิทธิขั้นมูลฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงจะต้องมี การละเมิดสิทธิดังกล่าวเท่ากับเป็นการกระทำต่อสภาพความเป็นมนุษย์ ดังนั้น รัฐจะบัญญัติกฎหมายมาขัดแย้งกับสิทธิดังกล่าวไม่ได้ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่ผู้ต้องหาควรได้รับการรับรองมีดังนี้

#### 2.5.3.1 สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

การดำเนินคดีอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อค้นหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมุ่งหมายเพียงแค่ได้ตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนและป้องกันมิให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่าง โดยมีได้คำนึงว่าการดำเนินคดีดังกล่าวจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกกล่าวหาอย่างไรบ้าง ทำให้เกิดปัญหาการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่โดยมิชอบ ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาเกินสมควร ต่อมาจึงเกิดแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาและแนวคิดในการกำหนดกรอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญา

ต่อมาประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคสอง ความว่า “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหา หรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำผิดมิได้”

ผู้ถูกกล่าวหา หมายความว่ารวมทั้งผู้ต้องหาและจำเลย ซึ่งผู้ต้องหา คือ บุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดแต่ยังไม่ได้ถูกฟ้องต่อศาล<sup>74</sup> ส่วนจำเลย คือ บุคคลซึ่งถูกฟ้องต่อศาลแล้วโดยข้อหาว่าได้กระทำความผิด แสดงว่าจนกว่าศาลจะได้มีคำพิพากษาผู้ถูกกล่าวหาที่ยังไม่มีความผิด ดังนั้น หลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้บริสุทธิ์จึงเป็นหลักที่ทำให้ผู้

<sup>74</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (2).



ถูกกล่าวหาได้รับการยกฐานะขึ้นเป็นผู้ทรงสิทธิเช่นเดียวกับบุคคลอื่น จึงทำให้มีสิทธิในการต่อสู้คดีและได้รับการคุ้มครองว่ามีสิทธิ เสรีภาพขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เป็นผลให้ผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสมในฐานะที่ไม่ใช่ผู้ต้องโทษและเจ้าหน้าที่จะปฏิบัติต่อผู้ถูกกล่าวหาเยี่ยงผู้กระทำความผิดก่อนที่จะมีคำพิพากษาของศาลตามกฎหมายไม่ได้แม้ผู้ถูกกล่าวหาจะให้การรับสารภาพก็ตาม

## 2.6 แนวคิด ความหมายเกี่ยวกับระดับมาตรฐานการพิสูจน์และภาระการพิสูจน์พยานหลักฐาน

These rules shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceeding justly determined.<sup>75</sup>

“กฎเกณฑ์ว่าด้วยพยานหลักฐานต้องนำไปในทางที่แสวงหาความเป็นธรรมในการบริหารงานยุติธรรม การกำจัดไปซึ่งค่าใช้จ่ายและความล่าช้าที่ไม่ได้เป็นธรรมและเพื่อเสริมสร้างความก้าวหน้าและพัฒนาของกฎหมายลักษณะพยานไปสู่จุดหมายที่ว่าความจริงเป็นสิ่งที่แสวงหาได้และกระบวนการพิจารณาได้ดำเนินไปโดยความยุติธรรม”

วัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายลักษณะพยานในทุกระบบ คือ ต้องการให้มีการพิสูจน์ความจริงให้เป็นที่ยุติในศาล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งในศาลต้องการแต่ความจริงเท่านั้น ถ้ามุขยเราสามารถผลิตเครื่องมือที่ทำให้สามารถแสดงเหตุการณ์ในอดีตให้ปรากฏตามที่ต้องการได้ อาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีศาลเพียงแต่ใช้เครื่องมือนี้เปิดดูก็จะทราบข้อเท็จจริงทุกอย่างได้ โลกมนุษย์ทุกวันนี้ก้าวหน้าไปถึงดวงจันทร์หรือโลกอื่นได้ แต่ก็ยังไม่สามารถผลิตเครื่องมือที่จะหยั่งรู้เหตุการณ์และจิตใจของมนุษย์ได้ สมดังคำกล่าวที่ว่า “จิตมนุษย์นี้ไซ้รู้ยากแท้หยั่งถึง”<sup>76</sup>

มาตรฐานการพิสูจน์มีความสำคัญในด้านของการชี้หน้าพยานซึ่งจะถูกนำไปใช้ในการวิเคราะห์หน้าพยานหลักฐานว่ามีน้ำหนักเชื่อข้อเท็จจริงไปในทางใดเมื่อนำไป

<sup>75</sup> *Federal Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates Rule 102: Purpose and Construction.*

อ้างถึงใน จีราวรรณ กิตติทรัพย์เจริญ. (2553). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์: ศึกษากรณีฟ้องหย่า*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 5.

<sup>76</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย. (2536). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: รัชดา. หน้า 2

เปรียบเทียบกับมาตรฐานการพิสูจน์ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับคดีประเภทนั้นๆ แล้วจึงสามารถวิเคราะห์โดยใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงโดยให้น้ำหนักพยานหลักฐานในแต่ละคดีอย่างมีหลักเกณฑ์

หากไม่มีการนำมาตรฐานการพิสูจน์มาเปรียบเทียบกับภาระชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานการใช้ดุลพินิจในการวิเคราะห์พยานหลักฐานนั้นจะกลายเป็นเรื่องของความรู้สึกโดยไม่มีหลักเกณฑ์

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมิได้บัญญัติมาตรฐานการพิสูจน์พยานหลักฐานไว้อย่างคดีอาญาคงมีเพียงมาตรา 104<sup>77</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่บัญญัติให้ศาลวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบนั้นเกี่ยวข้องกับประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้เชื่อฟังเป็นยุติได้หรือไม่แล้วพิพากษาไปตามนั้น อันเป็นวิธีที่กฎหมายกำหนดขึ้นใช้ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานซึ่งในมาตรา 104 นี้ได้ให้อำนาจผู้พิพากษาเต็มที่ในอันที่จะใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานซึ่งแสดงถึงวิธีการของระบบวิธีพิจารณาแบบไต่สวนของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ส่วนปัญหาว่าโจทก์จำเลยจะต้องนำสืบพยานหลักฐานอย่างไรให้ศาลเชื่อถือจนถึงขนาดมาตรฐาน มาตรฐานดังกล่าวหาบัญญัติไว้ไม่

มาตรฐานการพิสูจน์นอกจากจะมีความสำคัญกับการใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาลแล้วยังมีความสำคัญกับหน้าที่นำสืบ หรือภาระการพิสูจน์ของคู่ความทั้งในคดีแพ่งและอาญาด้วย คือ คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบ หรือภาระพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดต้องนำสืบพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อว่าข้อเท็จจริงเป็นดังที่ตนกล่าวอ้างหรือไม่ โดยต้องนำสืบให้ถึงระดับมาตรฐานการพิสูจน์ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับคดีนั้นๆ ในบทนี้จึงจะกล่าวถึงความหมายของมาตรฐานการพิสูจน์ ภาระการพิสูจน์ การชั่งน้ำหนักพยานรวมถึงระดับของมาตรฐานพิสูจน์ต่างๆ ว่าจะมีความแตกต่างกันอย่างไร เพื่อให้ทราบถึงลักษณะโดยทั่วไปของมาตรฐานการพิสูจน์แต่ละประเภท

### 2.6.1 ความหมายของมาตรฐานการพิสูจน์พยานหลักฐาน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายทั้งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะพบว่าในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของ

<sup>77</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 104 บัญญัติว่า “ให้ศาลมีอำนาจเต็มที่ในอันที่จะวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่คู่ความนำสืบนั้นจะเกี่ยวข้องกับประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้เชื่อฟังเป็นยุติได้หรือไม่แล้วพิพากษาคดีไปตามนั้น

ไทยไม่มีการให้คำนิยามความหมาย คำว่า มาตรฐานการพิสูจน์ไว้แต่อย่างใด แต่นักกฎหมายไทยและนักกฎหมายต่างประเทศก็ได้ให้ความหมายคำว่า มาตรฐานการพิสูจน์ไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์โสภณ รัตนากร ได้ให้ความหมายของคำว่า “มาตรฐานการพิสูจน์” (Standard of proof) ว่าหมายถึง ระดับของความน่าจะเป็นไปได้ ซึ่งใช้ในการพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความจริงหรือไม่ นั่น เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นเรื่องของความน่าจะเป็นไปได้ (Probability) เท่านั้นด้วย ความจำหลักในความรู้ของมนุษย์เรา เราไม่อาจคาดหมายให้ใครพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เป็นที่เชื่อถือได้ แน่นอนเด็ดขาดโดยไม่มีข้อผิดพลาดได้เลย ความน่าจะเป็นไปได้อีกมีหลายระดับ ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าคู่ความที่มีภาระการพิสูจน์ต้องพิสูจน์ให้เห็นความน่าจะเป็นไปได้ในระดับไหนเท่านั้น มาตรฐานการพิสูจน์ขึ้นอยู่กับประเภทของคดีว่าเป็นคดีแพ่ง หรือคดีอาญา และการต่อสู้ของคู่ความและมาตรฐานการพิสูจน์ของโจทก์และจำเลยก็มีความแตกต่างกัน<sup>78</sup>

อาจารย์สนิท สนิทศิลป์ ไม่ได้กล่าวถึงความหมายของ “มาตรฐานการพิสูจน์” ไว้โดยตรงแต่ก็ได้กล่าวถึงไว้ในเรื่องการแข่งขันน้ำหนักพยานหลักฐานว่า การที่ศาลจะตัดสินให้ฝ่ายใดชนะคดีย่อมขึ้นอยู่กับการนำสืบของคู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ ได้นำสืบถึงขนาดที่จูงใจศาลให้เชื่อว่าข้อเท็จจริงเป็นดังที่ฝ่ายตนอ้าง หรือโต้แย้ง ซึ่งเรียกว่า มาตรฐานการพิสูจน์ การนำสืบของคู่ความจะถึงมาตรฐานหรือไม่ ขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานที่นำสืบนั้นๆ ซึ่งศาลจะต้องใช้การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน มาตรฐานการพิสูจน์กับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานจึงเกี่ยวข้องกัน จากคำอธิบายดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า มาตรฐานการพิสูจน์เป็นสิ่งที่คู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์จะต้องนำสืบถึงขนาดที่จูงใจให้ศาลเชื่อว่าข้อเท็จจริงเป็นดังที่ตนกล่าวอ้างหรือโต้แย้ง<sup>79</sup>

<sup>78</sup> โสภณ รัตนากร. (2551). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

หน้า 461.

<sup>79</sup> สนิท สนิทศิลป์. (2545). *การเตรียมข้อเท็จจริง ภาระการพิสูจน์และหน้าที่นำสืบ มาตรฐานการพิสูจน์และการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สุตรไพศาล. อ้างถึงใน จีราวรรณ กิตติทรัพย์เจริญ.

อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 75. หน้า 7.

Black's Law Dictionary ใช้นิยามความหมายของคำว่า “มาตรฐานการพิสูจน์” (Standard of proof) หมายถึง ระดับของการพิสูจน์ที่จะต้องพิสูจน์ในคดีประเภทต่างๆ เช่น จนปราศจากข้อสงสัยตามสมควร หรือให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า<sup>80</sup>

G.D. Nokes นักกฎหมายชาวอังกฤษมิได้กล่าวถึง “มาตรฐานการพิสูจน์” ไว้อย่างชัดเจนว่า หมายความว่าอย่างไร แต่ได้อธิบายว่า มาตรฐานการพิสูจน์มีความใกล้ชิดกับภาระการพิสูจน์ เมื่อคู่กรณีฝ่ายแรกเสนอพยานหลักฐานสำเร็จเพื่อให้เห็นมูลความแห่งคดีนั้นก็คืออย่างน้อยที่สุดจะต้องเสนอพยานหลักฐานที่จำเป็นเพื่อพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของเขา แต่ถ้าเขาไม่มีโอกาสที่จะเสนอพยานหลักฐานก็จะต้องพยายามทำให้พอใจได้ว่ามาตรฐานเป็นตามที่ต้องการเพื่อพิสูจน์ในประเด็นนั้น มาตรฐานการพิสูจน์นี้ขึ้นอยู่กับชนิดของการดำเนินกระบวนการพิจารณา มาตรฐานการพิสูจน์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งจะแตกต่างจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา<sup>81</sup>

“มาตรฐานการพิสูจน์” (Standard of proof) หมายถึง มาตรฐาน หรือระดับขั้นต่ำในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงของคู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ในคดีประเภทต่างๆ ที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าข้อเท็จจริงเป็นดังที่ตนกล่าวอ้างหรือโต้แย้ง มาตรฐานการพิสูจน์มีหลายระดับด้วยกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับประเภทของคดีว่าเป็นคดีแพ่ง หรือคดีอาญา การต่อสู้คดีของคู่ความและสถานะของคู่ความในคดีว่าเป็นคู่ความฝ่ายโจทก์ หรือฝ่ายจำเลยสำหรับในคดีอาญา

### 2.6.2 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐานการพิสูจน์กับภาระการพิสูจน์

โดยทั่วไปในการดำเนินคดีไม่ว่าคดีแพ่ง หรือคดีอาญา เมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลแล้วคู่ความแต่ละฝ่ายจะมีการเสนอพยานหลักฐานเพื่อประกอบข้ออ้างข้อเถียงของตน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับประเด็นข้อพิพาทที่ศาลกำหนด เมื่อศาลกำหนดประเด็นข้อพิพาทแล้วก็จะมีการกำหนดหน้าที่นำสืบซึ่งหน้าที่นำสืบอาจมีความหมาย 2 ความหมาย ได้แก่ ภาระการพิสูจน์ (Burden of proof) และหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ (Burden of adducing evidence)<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Garner Brayan A. (2004). *Black's Law Dictionary, Eighth Edition St.Paul, Minn: Thomson/West*. P.1441.

อ้างอิงใน จรุงจิต บุญเขย. (2549). *มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขา นิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9.

<sup>81</sup> G.D Nokes. (1967). *An Introduction to Evidence. Forth Edition London: Sweet&Maxwell*. P 489. อ้างอิงใน จรุงจิต บุญเขย. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 80. หน้า 10.

<sup>82</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

ในความหมายของภาระการพิสูจน์นั้น คู่ความจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างของตนให้ถึงมาตรฐานที่กฎหมายต้องการเพื่อให้ชนะคดี ถ้าเป็นคดีแพ่งต้องนำสืบพยานหลักฐานให้มีน้ำหนักถึงเกณฑ์มาตรฐาน กล่าวคือ ให้มีน้ำหนักโน้มเอียงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่น่าจะเป็นเช่นนั้น หรืออาจจะนำสืบให้เห็นว่าน้ำหนักพยานหลักฐานของคดีกว่าของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าเป็นคดีอาญา โจทก์ต้องนำสืบให้ถึงขนาดที่ศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำผิดโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควร ดังนั้น การที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะพิสูจน์ความจริงในประเด็นแห่งคดีจะต้องมีภาระการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาล โดยจะต้องพิสูจน์ให้ถึงมาตรฐานการพิสูจน์ที่กำหนดไว้ ซึ่งในคดีแพ่งและคดีอาญาจะมีมาตรฐานการพิสูจน์ที่แตกต่างกันไป มาตรฐานการพิสูจน์จึงเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

ส่วนในความหมายของหน้าที่นำพยานหลักฐานเข้าสืบนั้น มีความหมายแตกต่างกันทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา โดยปกติคดีแพ่งนั้นหน้าที่นำพยานหลักฐานเข้าสืบจะตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ที่จะต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบ ส่วนในคดีอาญา โจทก์มีหน้าที่นำพยานหลักฐานเข้าสืบก่อนเสมอ

#### 2.6.2.1 ความหมายของภาระการพิสูจน์พยานหลักฐาน

ภาระการพิสูจน์ หมายความว่า หน้าที่ของคู่ความที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้เห็นจริงตามที่ตนกล่าวอ้าง คือ ถ้าเป็นโจทก์ก็ต้องสืบให้ได้สมฟ้อง ถ้าเป็นจำเลยก็ต้องสืบให้สมคำให้การ<sup>83</sup>

ภาระการพิสูจน์ หมายความว่า หน้าที่ หรือภาระที่กฎหมายกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างหรือข้อเถียงของตน<sup>84</sup>

#### 2.6.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดหน้าที่นำสืบ หรือภาระการพิสูจน์

หลักเกณฑ์ในการกำหนดหน้าที่นำสืบ หรือภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ในคดีแพ่งของไทยก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ.2550<sup>85</sup> นั้น ได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 84 (เดิม) ความเป็นว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้อง หรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกแก่คู่ความฝ่ายที่ กล่าวอ้าง แต่ว่า... (2) ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่

<sup>83</sup> โอสถ โกสิน. (ม.ป.ป.). *คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ไทยเกษม. หน้า 226.

<sup>84</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 76. หน้า 2.

<sup>85</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับที่ 23 พ.ศ. 2550.

คู่ความฝ่ายใดคู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะ  
ใช้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

บทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่า หากคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใดเพื่อ  
สนับสนุนคดีของตน คู่ความฝ่ายนั้นย่อมมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น เว้นแต่จะมี  
กฎหมายบัญญัติสันนิษฐานข้อเท็จจริงนั้นไว้เป็นการเบื้องต้นแล้ว คู่ความฝ่ายที่ได้รับ  
ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานมีภาระการพิสูจน์แต่เพียงข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของข้อ  
สันนิษฐาน (Basic fact) นั้น และศาลก็จะยอมรับฟังข้อเท็จจริงที่ได้รับสันนิษฐานนั้นโดยถือ  
ว่ามีข้อเท็จจริงตามที่สันนิษฐาน (Presumed fact) อยู่ด้วย หากคู่ความอีกฝ่ายโต้แย้งข้อ  
สันนิษฐานเบื้องต้นของกฎหมายก็จะทำให้ภาระการพิสูจน์กลับไปอยู่กับคู่ความฝ่ายที่ได้โต้แย้ง  
ที่จะต้องมีหน้าที่นำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานนั้น เนื่องจากข้อสันนิษฐานดังกล่าวมีการบัญญัติ  
ไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนแล้วว่า จะเกิดขึ้นในกรณีใดบ้างจึงเรียกว่า “ข้อสันนิษฐานตาม  
กฎหมาย” (Presumption of law) โดยที่ข้อสันนิษฐานที่เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งและ  
สามารถผลักภาระการพิสูจน์จากฝ่ายที่กล่าวอ้างให้ไปอยู่กับคู่ความฝ่ายตรงข้ามได้ตามที่  
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 วรรคสอง (2)(เดิม) บัญญัติไว้นั้นมีเฉพาะ  
“ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย” เท่านั้น

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดย  
พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ.2550  
นั้นได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการกำหนดภาระการพิสูจน์ไว้ในมาตรา 84/1<sup>86</sup> ความเป็น  
“คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระ  
การพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นแต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมาย หรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะ  
เป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดคู่ความฝ่ายนั้น  
ต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อ  
สันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

หลักเกณฑ์ในการกำหนดภาระการพิสูจน์ ตามบทบัญญัติดังกล่าวยังมีหลักทั่วไป  
เหมือนเดิม คือ คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคดีของตน คู่ความฝ่ายนั้นมี  
ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่สำหรับข้อยกเว้นนั้นได้มีการกำหนดเพิ่มเติมขึ้นมา  
กล่าวคือนอกจากจะมี “ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย” แล้วยังมีข้อสันนิษฐานอีกประเภทหนึ่งที่  
คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานและอาจจะมีผลเป็นการผลัก  
ภาระการพิสูจน์ไปให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามนำสืบหักล้างได้เช่นกัน ซึ่งตัวบทกฎหมายเรียกว่า

<sup>86</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1.

“ข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์” ข้อสันนิษฐานดังกล่าวในทางวิชาการเรียกว่า “ข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง” (Presumption of facts) ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานที่เพิ่งได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรกในกฎหมายไทย แต่ในทางวิชาการหรือทฤษฎีกฎหมายพยานนั้น ได้รับการยอมรับมานานแล้ว และข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงก็เป็นหลักมืออยู่ในกฎหมายพยานของต่างประเทศ<sup>87</sup>

### 2.6.3 ระดับมาตรฐานการพิสูจน์พยานหลักฐาน

เมื่อได้ทราบความหมายและความสำคัญของมาตรฐานการพิสูจน์แล้วว่าหมายถึงระดับการพิสูจน์พยานหลักฐานที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง หรือคดีอาญาซึ่งผู้มีการพิสูจน์จะต้องพิสูจน์ไปถึงระดับดังกล่าวจึงจะชนะคดี ในคดีแพ่งถือว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักดีกว่าก็ให้ฝ่ายนั้นเป็นฝ่ายชนะคดี เช่น ฝ่ายหนึ่งมีพยานหลักฐานน้ำหนักประมาณร้อยละ 55 อีก ฝ่ายหนึ่งมีความน่าเชื่อถือประมาณร้อยละ 45 ก็ต้องตัดสินให้ฝ่ายที่มีน้ำหนักความน่าเชื่อถือประมาณร้อยละ 55 ชนะคดี<sup>88</sup> ซึ่งไม่น่าจะตรงกับหลักกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน กล่าวคือ ไม่ใช่เป็นการเปรียบเทียบกันระหว่างพยานหลักฐานของกลุ่มความแต่ละฝ่ายว่าพยานหลักฐานของกลุ่มความฝ่ายใดมีน้ำหนักดีกว่ากัน ก็ให้ฝ่ายนั้นเป็นฝ่ายชนะคดี หากแต่เป็นการนำพยานหลักฐานของฝ่ายที่มีการพิสูจน์มาพิสูจน์ว่าสามารถแสดงให้เห็นถึงความโน้มเอียงว่าข้อเท็จจริงน่าจะเป็นเช่นนั้น หรือน่าจะเป็นอย่างอื่น ส่วนพยานหลักฐานของกลุ่มความอีกฝ่ายจะถูกนำมาใช้ในการวิเคราะห์ว่าสามารถหักล้างน้ำหนักพยานหลักฐานของกลุ่มความอีกฝ่ายให้ต่ำกว่ามาตรฐานการพิสูจน์ได้หรือไม่ ส่วนในคดีอาญาต้องพิสูจน์ให้ปราศจากสงสัยตามสมควรว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดจริง นักพยานต้องมีน้ำหนักมั่นคงปราศจากสงสัยต้องมีผลทำให้ตราชั่งแห่งดุลพินิจเอียงไปถึงขนาดประมาณร้อยละ 70-80 มิใช่มีลักษณะกึ่งที่พอจะฟังลงโทษจำเลยได้ ซึ่งตามหลักทั่วไปของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายต่างๆ พอจะแบ่งได้เป็น 4 ระดับดังต่อไปนี้คือ

ระดับที่หนึ่ง การพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลความแห่งคดี (Proof of prima facie case) หรือ การพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุอันมีพยานหลักฐานเพียงพอ (Probable cause)

ระดับที่สอง การพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (Proof on the balance of preponderance of evidence/ Proof on the balance of probability)

<sup>87</sup> ชนาทร จิตติเดโช. การพิสูจน์ในกรณีข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง. *ดุลพินิจ*, ปีที่ 55 (2), หน้า 90-91.

<sup>88</sup> สุพิศ ปราณิตพลกรัง. (2553). *หลักการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: ประยูรวงศ์. หน้า 80.

ระดับที่สาม การพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นมีความน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Proof by clear and convincing evidence)

ระดับที่สี่ การพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Proof beyond a reasonable doubt)

2.6.3.1 การพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลความแห่งคดี (Proof of prima facie case) หรือ การพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุอันมีพยานหลักฐานเพียงพอ (Probable cause)

การพิสูจน์ให้เห็นมูลความแห่งคดีในกฎหมายอังกฤษเรียกว่า Proof of prima facie case ในกฎหมายอเมริกันใช้คำว่าต้องแสดงให้เห็นว่ามีเหตุให้น่าเชื่อถือได้ว่าข้อเท็จจริงเป็นเช่นนั้น Probable cause มาตรฐานการพิสูจน์ระดับที่หนึ่งนี้ แม้จะใช้คำที่แตกต่างกันแต่ระดับ หรือความหมายเนื้อหา น่าจะตรงกัน คือ ถือว่าเป็นมาตรฐานการพิสูจน์ระดับที่ต่ำสุดในทางกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน คือ ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นถึงความโน้มเอียงว่าจะเป็นเช่นนั้นจริงๆ ไม่ต้องถึงขนาดเกินร้อยละ 50 ไม่ต้องถึงมาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (The balance of probability) แต่เพียงแค่นี้ให้เห็นความโน้มเอียงได้ก็พอแล้ว กฎหมายไทยใช้ชัดเจนตอนใดส่วนมูลฟ้องคดีอาญาในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์นำคดีมาฟ้องต้องใช้มาตรฐานระดับนี้มาพิสูจน์ว่าคดีมีมูลจริงหรือไม่ ถ้าไม่มีมูลก็พิพากษายกฟ้องไป ถ้ามีมูลความจริงตามที่โจทก์ฟ้องก็มีคำสั่งประทับฟ้องไว้ได้ แต่กฎหมายไทยไม่ได้ให้ความหมายของมาตรฐานนี้ไว้ว่าจะต้องพิสูจน์ในระดับใด ขณะนี้ในการใดส่วนมูลฟ้องคดีอาญาของไทยจึงเปิดโอกาสให้ศาลไทยใช้ดุลพินิจได้อิสระกว้างขวางมากโดยไม่มีมาตรฐานที่จะเข้าไปวัดได้ เพราะไม่เคยศึกษาและวางมาตรฐานกันว่า มาตรฐานตรงนี้คืออะไร ต่อมาเมื่อมีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การออกหมายค้น หมายจับ หมายขังจะต้องมาขอหมายจากศาลเสียก่อน ก็ต้องไปวางมาตรฐานนี้เอาไว้ว่าผู้ขอหมายจับหมายค้นหมายขังซึ่งจะต้องเอาพยานหลักฐานมาให้ศาลตรวจสอบเสียก่อนว่าเข้าเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลออกหมายได้หรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าเข้าเงื่อนไขก็ออกหมายจับหมายค้นหมายขังให้ได้ แต่ตัวกฎหมายไม่ได้บอกมาตรฐานเอาไว้ว่าจะใช้มาตรฐานใดในการพิสูจน์เงื่อนไขในการออกหมายจับ หมายค้น หมายขัง ประธานศาลฎีกาก็ออกระเบียบราชการฝ่ายตุลาการให้วางมาตรฐานขึ้น โดยเอาแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ว่าจะต้องมี Probable cause คือ มีเหตุที่น่าเชื่อถือได้ว่าผู้ที่จะต้องถูกจับ ค้น ขัง มีเหตุเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติไว้จริงศาลถึงจะออกหมายจับหมายค้นหมายขังให้ได้ แล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่แก้ไขใหม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์วิธีการของการที่ศาลจะพิจารณาออกหมายจับ หมายค้น หมายขังให้เป็นไปตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกา ขณะนี้กำลังมีการจัดทำข้อบังคับ



ของประธานศาลฎีกาผู้ขอหมายจับ หมายค้น หมายขังศาลจะต้องมีพยานหลักฐานมาแสดงให้ศาลเห็นว่ามีความน่าเชื่อถือ เหตุที่มีความโน้มเอียงให้เชื่ออย่างนั้นได้ว่ามีเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ศาลถึงจะออกหมายจับ หมายค้น หมายขังให้ มาตรฐานการพิสูจน์ระดับที่หนึ่งนี้ก็จะใช้ในเรื่องที่ไม่ได้เป็นประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี มักจะใช้ในเรื่องการไต่สวนคำร้องขอปลิกข้อย่อยต่างๆไป<sup>89</sup>

2.6.3.2 การพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (Proof on the balance of preponderance of evidence/ Proof on the balance of probability)

มาตรฐานระดับนี้ส่วนใหญ่ใช้ในคดีแพ่ง ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ต่ำกว่าระดับการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญา คือ ต่ำกว่าระดับการพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Proof beyond a reasonable doubt) นอกจากนี้จะใช้ว่า “Proof on the balance of preponderance” บางครั้งจะเรียกว่า “Proof on the balance of probability”<sup>90</sup>

ใน Black's Law Dictionary ได้ให้คำจำกัดความของ “Preponderance of evidence” ไว้ว่าน้ำหนักพยานหลักฐานที่มากกว่าที่ไม่จำเป็นต้องเกิดโดยจำนวนพยานบุคคลที่มากกว่า ซึ่งได้ให้การเกี่ยวกับข้อเท็จจริง แต่ต้องเกิดโดยพยานหลักฐานที่ทำให้พิสูจน์การกระทำความผิดได้ น้ำหนักพยานหลักฐานที่มากกว่านั้น แม้ว่าจะไม่เพียงพอที่จะให้เหตุผลอย่างอิสระเต็มที่จากข้อสงสัยอันสมควรทั้งหมด แต่คงเป็นการเพียงพอที่จะโน้มน้าวให้เกิดเหตุผลที่เป็นธรรมในประเด็นแห่งคดีไป ฝ่ายหนึ่งมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง มาตรฐานการพิสูจน์นี้เป็นมาตรฐานการพิสูจน์ที่ใช้ในการพิจารณาคดีแพ่งเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งลูกขุนจะถูกแนะนำให้พิจารณาว่าคู่ความฝ่ายใดมีพยานหลักฐานที่หนาแน่นกว่าอย่างไรก็ตาม ข้อได้เปรียบเสียเปรียบเล็กน้อยอาจเกิดขึ้นได้<sup>91</sup>

อาจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย ได้อธิบายว่า การพิสูจน์ระดับนี้ หมายถึง การชั่งน้ำหนักของ พยานหลักฐานทั้งสองฝ่าย เป็นมาตรฐานการพิสูจน์ที่ใช้มากที่สุด ซึ่งเป็นการชั่งน้ำหนักคำพยานว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่น่าเชื่อถือกว่ากัน<sup>92</sup>

เมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความข้างต้น สรุปได้ว่า การพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า (Proof on the balance of preponderance of evidence / Proof

<sup>89</sup> จริฎ ภักดิธนากุล. (2551). *กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์. หน้า 246.

<sup>90</sup> จรุงจิต บุญเชย. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 80. หน้า 25.

<sup>91</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

<sup>92</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 76. หน้า 45.

on the balance of probability) ผู้ที่มีหน้าที่นำสืบ หรือภาระการพิสูจน์ต้องนำพยานหลักฐาน มาสืบให้เห็นถึงความ โน้มเอียงของข้อเท็จจริงว่าน่าจะเป็นไปในทิศทางใด คือ ต้องนำสืบให้ ศาลเห็นถึงความน่าจะเป็นไปได้ ตามประเด็นที่ฝ่ายตนกล่าวอ้าง หรือโต้แย้งและต้องมี น้ำหนักความน่าเชื่อถือมากกว่าพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่งหรือเกินร้อยละ 50 ก็ได้ มาตรฐานระดับนี้แล้ว หากคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้าง ทำลายน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานของฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ดังกล่าวให้มี น้ำหนักความน่าเชื่อถือต่ำกว่าร้อยละ 50 หรือสามารถหักล้างทำให้พยานหลักฐานของตนมี ความน่าเชื่อถือมากกว่า ก็จะถือว่าน้ำหนักพยานหลักฐานมีความ โน้มเอียงมาทางฝ่ายที่นำสืบ หักล้าง ในทางกลับกันหากไม่สามารถนำสืบหักล้างได้ ข้อเท็จจริงก็น่าจะเป็นดังฝ่ายที่มี หน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์

มาตรฐานการพิสูจน์ระดับนี้ยังไม่ได้บัญญัติไว้ให้เห็นในกฎหมายไทย แต่ก็ ปรากฏในทางตำราและบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาให้เห็นได้เป็นครั้งคราว กล่าวคือ ในทางปฏิบัติของนักกฎหมายไทยไม่ได้มีการตั้งชื่อเรียกมาตรฐานการพิสูจน์ระดับนี้เอาไว้ โดยเนื้อความ แต่มักจะเรียกชื่อกันในทางสื่อความหมายกันได้อย่างชัดเจนว่าเป็นมาตรฐาน การพิสูจน์ในคดีแพ่ง คือ ผู้มีหน้าที่นำสืบจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็นหรือแสดงให้เห็น ความโน้มเอียงของข้อเท็จจริงว่าน่าจะเป็นไปในทิศทางใด ถ้าจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือผู้มี หน้าที่นำสืบในคดีแพ่งทั่วไปจะต้องนำสืบให้เห็นความน่าจะเป็นดังที่ตนกล่าวอ้างมากกว่าที่ จะเป็นอย่างอื่น โดยสืบให้เห็นถึงความโน้มเอียงของข้อเท็จจริงว่าควรจะไปไปในทิศทางใด เท่านั้นพอแล้ว มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งให้เกินร้อยละ 50 ก็ได้มาตรฐานแล้ว เหมือนกับ ว่าฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบได้เสรีพลุกซ่านตาข่ายไปตยงคอร์ทของฝ่ายตรงข้าม หลังจากนั้นก็ทำ ให้เกิด Tactical burden of proof คือ หน้าที่นำสืบในเชิงคดีของฝ่ายตรงข้ามที่จะต้องนำ พยานหลักฐานมาสืบหักล้างทำลายน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานของฝ่ายที่มีหน้าที่ นำสืบตามกฎหมายนั้น ถ้าหักล้างทำลายน้ำหนักพยานให้ต่ำลงไปกว่าร้อยละ 50 ได้ข้อเท็จจริง ก็กลับ โน้มเอียงไปในทางตรงข้ามมาในทางที่เป็นโทษแก่ฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ในตอนต้น แต่ถ้าฝ่ายตรงข้ามนำสืบหักล้างไม่ได้ก็ต้องถือว่าข้อเท็จจริงน่าจะเป็นอย่างที่ฝ่ายที่มีภาระการ พิสูจน์ได้นำสืบพิสูจน์ได้<sup>93</sup>

มาตรฐานการพิสูจน์ในประเด็นนี้ไม่ได้มีที่ใช้จำกัดเฉพาะ ในคดีแพ่งเท่านั้น ในคดีประเภทอื่นๆ รวมทั้งในคดีอาญาด้วยก็มีโอกาสที่จะต้องใช้มาตรฐานการพิสูจน์ระดับนี้ อยู่ด้วยเช่นกัน ในบางตำราจึงเรียกมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับนี้ว่า มาตรฐานการพิสูจน์

<sup>93</sup> จรัญ ภักดีธนากุล. อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 89. หน้า 243-244.

ทั่วไป หรือมาตรฐานการพิสูจน์โดยหลักทั่วไปแล้วคู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์จะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้เห็นความโน้มเอียงของข้อเท็จจริงที่น่าจะเป็นอย่างอื่น คำสำคัญก็คือความโน้มเอียงที่จะเป็นไปในทางใดทางหนึ่ง (Probability) เหตุผลที่กฎหมายกำหนดมาตรฐานเอาไว้ต่ำอย่างนี้ซึ่งโอกาสที่จะผิดไปจากความจริงมีได้สูงมากก็เพราะว่ามนุษย์ปัจจุบันยังไม่มีเทคโนโลยี ความรู้ หรือวิทยาศาสตร์ในด้านการพิสูจน์ความจริงให้ถ่องแท้ได้เราก็ได้เพียงแค่ว่าโดยทั่วไปแล้วถ้าสภาพของพยานหลักฐานมันแสดงให้เห็นความโน้มเอียงไปในทางใดก็ให้วินิจฉัย หรือให้เชื่อว่าข้อเท็จจริงเป็นอย่างนั้นได้ เว้นแต่จะมีเหตุผลรายละเอียดมาหักล้างให้เห็นเป็นอย่างอื่น

2.6.3.3 การพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นมีความน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Proof by the clear and convincing evidence)

Black's Law Dictionary ได้อธิบายว่า “Clear and convincing evidence” หมายถึงพยานหลักฐานที่เชื่อว่าสิ่งที่ถูกพิสูจน์นั้นมีความน่าจะเป็นไปได้มากที่สุด หรือแน่นอนพอสมควรซึ่งมาตรฐานระดับนี้จะมีการการพิสูจน์ที่มากกว่ามาตรฐานคดีแพ่ง ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งเป็นส่วนใหญ่ แต่ Clear and convincing evidence จะมีพยานหลักฐานที่น้อยกว่าพยานหลักฐานจนปราศจากข้อสงสัยอันสมควรซึ่งปกติจะใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา<sup>94</sup>

ใน The Lectric Law Library's Lexicon ได้กล่าวถึงการพิสูจน์ในระดับนี้ หรือการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นมีความน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Clear and convincing evidence) ว่าใช้ในคดีแพ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับความสามารถเกี่ยวกับสิทธิที่สำคัญ เช่น การสิ้นสุดของสิทธิปกครอง คู่กรณีฝ่ายที่ต้องพิสูจน์ภายใต้มาตรฐานนี้จะต้องพิสูจน์ให้ได้มากกว่าความเป็นไปได้ที่เกิดขึ้นแต่ไม่ต้องถึงขนาดสิ้นสงสัย ซึ่งนักกฎหมายก็ไม่สามารถตีความได้ชัดเจนมากกว่าที่กล่าวมาแล้ว<sup>95</sup>

มาตรฐานการพิสูจน์นี้เรียกว่าการพิสูจน์ให้เห็น โดยพยานหลักฐานที่ชัดเจนและมีความน่าเชื่อถือต้องมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือที่ข้อเท็จจริงน่าจะเป็นอย่างนั้น มาตรฐานชนิดที่สามนี้แทบจะไม่เคยปรากฏให้เห็นในระบบกฎหมายไทยเลย ไม่ว่าจะเป็นตัวบทกฎหมาย หรือแนวคำพิพากษาศาลฎีกา แต่มาตรฐานการพิสูจน์ระดับนี้ในหลัก

<sup>94</sup> Garner Brayan A. (2004). *Black's Law Dictionary, Eighth Edition St.Paul, Minn: Thomson/West*. P.1220. อ้างถึงใน จรุงจิต บุญเชย. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 80. หน้า 29

<sup>95</sup> Lectric law library. *The Lectric law library's Lexicon On Standard Of Proof* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [www.lectlaw.com/def2/s217.htm](http://www.lectlaw.com/def2/s217.htm) [20/05/2009]. อ้างถึงใน จรุงจิต บุญเชย. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 80. หน้า 29.

กฎหมายพยานหลักฐานของต่างประเทศใช้กันเป็นที่รู้จักทั่วไปมาตรฐานนี้จะอยู่ตรงกลางระหว่างมาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นถึง พยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่า กับ มาตรฐานการพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย กล่าวคือ จะต้องมีความโน้มเอียงหรือความน่าเชื่อถือหรือความชัดเจนมากกว่ามาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งทั่วไป แต่ไม่ถึงขนาดจะต้องปราศจากเหตุอันควรสงสัยเหมือนกับที่โจทก์ใช้ในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญา แต่จะอยู่ตรงไหนก็ไม่มีเส้นแบ่ง หรือตัวชี้บ่งที่ชัดเจนมากไปกว่าความหมายตามถ้อยคำที่ใช้ คือ Proof by the clear and convincing evidence คือ ต้องมีพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักชัดเจนให้น่าเชื่อถือกันว่าข้อเท็จจริงน่าจะเป็นเช่นนั้น ดังนั้นมาตรฐานการพิสูจน์ระดับนี้จึงควรจะอยู่ประมาณร้อยละ 60-70

มีตัวอย่างที่ใช้มาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นมีความน่าเชื่อถืออย่างชัดเจนนี้ คือ ในกรณีที่โจทก์ในคดีแพ่งร้องขอใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 254 เช่นขอให้ศาลมีคำสั่งยึดเอาทรัพย์สินจำเลยไว้ชั่วคราว ห้ามจำเลยไม่ให้กระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งละเมิดผิดสัญญา หรือการกระทำที่ถูกต้องร้องเป็นการชั่วคราวเป็นต้น ในคำร้องขอดังกล่าวโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นสองอย่าง คือ พิสูจน์ให้เห็นว่าคดีของโจทก์มีมูล และจำเลยมีพฤติการณ์เป็นเหตุเพียงพอให้ศาลนำวิธีการชั่วคราวตามมาตรา 254 มาบังคับแก่จำเลยได้ สองข้อที่โจทก์จะต้องเอาพยานหลักฐานมาสืบในกฎหมายไทยไม่เคยบอกว่าจะต้องพิสูจน์โดยอาศัยมาตรฐานการพิสูจน์ระดับใด แต่ในต่างประเทศซึ่งคิดว่ากรณีอย่างนี้จะใช้มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งทั่วไปไม่ได้ ต้องนำพยานหลักฐานที่มีความชัดเจน และน่าเชื่อถือ ว่าจำเลยกำลังจะทำการย้ายถ่ายทรัพย์สินเช่นนั้นจริงๆ แต่ก็ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Beyond a reasonable doubt) ซึ่งเป็นมาตรฐานการพิสูจน์ที่สูงที่สุดในระบบกฎหมายทุกระบบที่ใช้อยู่เวลานี้<sup>96</sup>

2.6.3.4 การพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Proof beyond a reasonable doubt)

ในคดีอาญามีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาไว้ค่อนข้างจะสูง เป็นมาตรฐานที่สูงที่สุดในระบบกฎหมายปัจจุบันไม่ว่าจะของประเทศใด คือ ให้ใช้มาตรฐานที่ว่าโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้โดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดรายนี้ ถ้ามีเหตุอันควรสงสัยอย่างใดอย่างหนึ่งว่าจำเลยอาจจะไม่ใช่คนร้ายที่กระทำผิด ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่จำเลย คือ พิพากษายกฟ้องไป ซึ่งเท่ากับฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิด มาตรฐานตาม

<sup>96</sup> จรัญ ภักดีธนากุล. อ่างแล้ว เชนอรรถที่ 89. หน้า 245-246.

มาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานี้เป็นหลักมาตรฐานสากลทุกประเทศใช้มาตรฐานนี้ถือว่าเป็นมาตรฐานขั้นสูงในทางระบบกฎหมายสากล เขาเรียกว่ามาตรฐานนี้ว่าการพิสูจน์ให้ได้ความชัดเจนโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย (Proof beyond a reasonable doubt) โจทก์ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็น โดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย ในกฎหมายต่างประเทศได้วางบรรทัดฐานชัดเจนว่ามาตรฐานนี้ไม่ใช่การพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัย (Proof beyond any doubt) ซึ่งไม่สามารถทำได้ในความเป็นจริงแท้ (Proof beyond a reasonable doubt) ก็พอแล้ว ซึ่งถ้าแปลเป็นภาษาไทยก็ต้องเน้นที่คำว่า “เหตุอันควรสงสัย” ฉะนั้นตำรา หรือข้อเขียนในภาษาไทยบางครั้งกล่าวเกินเลยไปจากหลักวิชามาเกินเกินไป เพราะไปใช้ที่คำพูดมากกว่าที่จะวิเคราะห์ไปที่เนื้อหาว่ามาตรฐานดังกล่าวนี้คืออะไร เราจะพบบทความทางวิชาการของไทยหรือตำราบางเล่มของไทยว่า โจทก์ในคดีอาญาต้องพิสูจน์หรือนำสืบพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิดให้สิ้นข้อสงสัยด้วยประการทั้งปวง อันนี้ผิดเป็นไปไม่ได้ ถ้าจำเลยปฏิเสธแล้วโจทก์จะนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็นว่าจำเลยกระทำความผิดอย่างชัดเจนโดยปราศจากเหตุข้อสงสัยทั้งปวงย่อมทำไม่ได้ในทางต่างประเทศถ้าศาลคดีไหนแนะนำลูกขุนแบบนี้คดีนั้นถือว่าพิจารณาพิพากษาจะต้องยกคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ลงโทษจำเลย ฉะนั้นของเราก็จะเน้นถ้อยคำตรงนี้ว่า คือมาตรฐานพิสูจน์ให้เห็น โดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย ซึ่งมาตรฐานต่ำกว่า (Proof beyond any doubt) แต่สูงกว่าการพิสูจน์ให้เห็นว่า น่าเชื่อว่าจำเลยเป็นคนกระทำความผิดในของไทยก็เหมือนกัน ถ้าศาลใช้เหตุผลว่าพยานหลักฐานโจทก์สอดคล้องต้องกันมีน้ำหนักน่าเชื่อว่าจำเลยเป็นคนร้ายที่กระทำความผิดรายนี้จริงจึงพิพากษาลงโทษจำเลย คำพิพากษานี้ผิด เพราะวางมาตรฐานการพิสูจน์ผิด ไปใช้มาตรฐานน่าเชื่อว่าเป็นเช่นนั้นยังไม่มีสืบพิสูจน์ให้เห็น โดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227<sup>97</sup>

ในระบบกฎหมายไทยได้บัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์ระดับนี้ไว้ในมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นเมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย”

ซึ่งใช้กับกรณีที่โจทก์เป็นฝ่ายพิสูจน์ความผิดของจำเลยเท่านั้น ดังนั้น กรณีดังต่อไปนี้จึงไม่อยู่ในบังคับมาตรา 227 คือ

<sup>97</sup> จรัญ ภักดีธนากุล. อ้างแล้ว เชนเจอร์นัลที่ 89. หน้า 243.

1) กรณีจำเลยมีหน้าที่นำสืบในคดีอาญาจำเลยมีหน้าที่นำสืบได้หลายกรณี เช่น กรณีที่จำเลยกล่าวอ้างเหตุยกเว้นโทษ ได้แก่ วิกัลจริต หรือมีเหตุจำเป็น เป็นต้น

2) กรณีที่เป็นเหตุลดหย่อนโทษ เช่น จำเลยต่อสู้เรื่องบันดาลโทษะ หรืออ้างเหตุผลลดหย่อนโทษอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นแล้วแต่ข้อเท็จจริงไม่เป็นที่ยอมรับกันกลายเป็นประเด็นข้อพิพาทจำเลยเป็นฝ่ายกล่าวอ้างขึ้นใหม่ จำเลยมีหน้าที่นำสืบ

3) กรณีที่โจทก์มีหน้าที่นำสืบในประเด็นอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับความผิด หรือการกระทำผิดของจำเลย เช่น ประเด็นเกี่ยวกับอำนาจฟ้อง เป็นต้นว่าเป็นผู้เสียหายโดยนิติบัญญัติหรือไม่ การร้องทุกข์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การสอบสวนชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คดีขาดอายุความหรือไม่

การนำสืบในประเด็นเหล่านี้ของโจทก์ หรือจำเลยจึงไม่ต้องนำสืบให้ศาลเห็นปราศจากข้อสงสัยตามมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพียงแต่พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความโน้มเอียง หรือความน่าจะเป็นของข้อเท็จจริงตามที่ตนกล่าวอ้างมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งก็เป็นการเพียงพอแล้ว<sup>98</sup>

#### 2.6.4 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรฐานการพิสูจน์กับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

เมื่อคู่ความในคดีทั้งสองฝ่ายต่างสืบพยานหลักฐานเสร็จสิ้นแล้ว ศาลก็จะพิจารณาคำฟ้อง คำให้การ และประเด็นพิพาทที่กำหนดไว้และคำเบิกความของพยานบุคคล พยานเอกสารตลอดจนพยานวัตถุที่เข้ามาสู่สำนวนความของศาล และในการพิจารณาหลักฐานของศาลดังกล่าวศาลจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับพยานหลักฐานใน 2 ประการ คือ การพิจารณาว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นรับฟังได้หรือไม่ และการพิจารณาว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นเชื่อถือได้หรือไม่ ซึ่งเป็นคนละเรื่องกัน กล่าวคือ การพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่กฎหมายห้ามมิให้รับฟังหรือไม่ และหากพยานหลักฐานเหล่านั้นเป็นพยานหลักฐานที่กฎหมายห้ามมิให้รับฟังศาลย่อมไม่อาจนำพยานหลักฐานเหล่านั้นมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ กรณีจึงไม่มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด ส่วนการพิจารณาว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นเชื่อถือได้หรือไม่ เป็นการพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่ไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังได้เข้ามาสู่สำนวนความโดยชอบและเป็นพยานหลักฐานที่ศาลจะนำมาวินิจฉัยตัดสินคดีเป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด หรือที่เรียกว่า “การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน” นั่นเอง

<sup>98</sup> จรัญ ภักดีธนากุล. อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 89. หน้า 247.

#### 2.6.4.1 ความหมายของการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน (Weight of evidence)

การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน หมายถึง การที่ศาลนำพยานหลักฐานทุกประเภทที่คู่ความนำสืบมาแล้วและศาลเห็นว่าไม่ต้องห้ามมิให้รับฟังมาพิเคราะห์อีกชั้นหนึ่งว่าพยานหลักฐานนั้นคู่ความ ได้นำสืบให้เชื่อได้ตามข้ออ้างข้อเถียงในประเด็นข้อพิพาทหรือไม่ การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานจึงเป็นการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในประเด็นที่พิพาทกันให้เป็นที่ยุติโดยอาศัยพยานหลักฐาน<sup>99</sup>

การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน หมายถึง การใช้เหตุผล สามัญสำนึก และตรรกวิทยา ค้นหาความเป็นไปได้เท่านั้น ซึ่งขึ้นอยู่กับจำนวนพยานหลักฐานพยานประกอบและความน่าเชื่อถือของพยานแต่ละชนิด<sup>100</sup>

การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีอาญานั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำผิดนั้น<sup>101</sup>

ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาลว่าพยานหลักฐานใดมีน้ำหนักความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด กฎหมายมิได้กำหนดกฎเกณฑ์ให้แน่นอนได้ โดยศาลจะใช้เหตุผล สามัญสำนึก และหลักตรรกวิทยาค้นหาความน่าจะเป็น โดยพิจารณาถึงความน่าเชื่อถือ และความน่าเป็นไปได้อันหนึ่งของพยานหลักฐานนั่นเอง รวมทั้งความเป็นปกติ หรือผิดปกติ ความสมเหตุสมผลและความรับกัน หรือขัดแย้งกันกับพยานหลักฐานอื่นหรือไม่ บางครั้งพยานหลักฐานอย่างเดียวกันผู้พิพากษาคณะหนึ่งอาจแปลความหมายแตกต่างไปจากผู้พิพากษาอีกคณะหนึ่งก็ได้ ทั้งไม่มีมาตรฐานในการวัดได้ว่าความเห็นของฝ่ายใดถูก หรือผิด การเห็นไม่ตรงกันในประเด็นนี้จึงมิใช่สิ่งผิดปกติ หรือเป็นเรื่องเสียหายแต่อย่างใดกลับจะทำให้มีการตรวจสอบความเห็นและทำให้พิจารณาแง่มุมของปัญหาได้กว้างขวางส่งผลให้การวินิจฉัยปัญหาต่างๆ รอบคอบยิ่งขึ้นและศาลที่จะใช้ดุลพินิจได้ดีก็คือศาล หรือผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาและทำการสืบพยานนั่นเอง เพราะเป็นผู้เห็นการเบิกความและพฤติกรรมต่างๆ ของพยาน ดังนั้น การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน หรือการชี้ขาดข้อเท็จจริงถือเป็นงานที่มีความสำคัญ

<sup>99</sup> พรเพชร วิชิตชลชัย. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 76. หน้า 385.

<sup>100</sup> ไสภณ รัตนากร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 78. หน้า 508-510.

<sup>101</sup> อภินพ จริยพงศ์. (2552). *หลักการพิสูจน์จรรยาบรรณความสงสัยตามสมควร: ศึกษากรณีมาตรา 227/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 32.

และเป็นภาระที่หนักที่สุดในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษา ทั้งนี้ เพราะการที่จะปรับกฎหมายให้ผลของคดีเป็นไปในทางใดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ศาลพึงเป็นยุติ

อย่างไรก็ตาม การใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานดังกล่าวก็ไม่ใช้เรื่องอำเภอใจของผู้พิพากษาแต่ละคน เพราะแม้ศาล หรือผู้พิพากษาหลายคนร่วมกันเป็นองค์คณะและถือตามความเห็นของฝ่ายข้างมาก อีกทั้งยังมีศาลสูงคอยตรวจสอบคำวินิจฉัยของศาลล่างอีกหากการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของศาลล่างไม่ถูกต้อง ศาลสูงอาจมีคำวินิจฉัยกลับหรือแก้คำพิพากษาของศาลล่างได้ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งวางหลักเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไว้มากมาย ซึ่งเป็นหลักที่ศาลยอมถือปฏิบัติตาม

#### 2.6.4.2 แนวทางในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

โดยทั่วไปแล้วในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญาศาลจะใช้หลักเกณฑ์ต่อไปนี้ในการพิจารณา คือ

1) มาตรฐานการพิสูจน์ คือ การพิจารณาว่าคู่ความในคดีได้พิสูจน์ให้เห็นถึงมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีนั้นๆ หรือไม่ กล่าวคือ ในคดีแพ่งถือว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดมีน้ำหนักตามความน่าเชื่อถือมากกว่ากันอีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายนั้นก็เป็นผู้ชนะคดี ส่วนในคดีอาญาโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด

2) ภาระการพิสูจน์ คือ การพิจารณาว่าคู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ได้นำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อปลดเปลื้องภาระหน้าที่ของตนหรือไม่ หากไม่นำพยานหลักฐานเข้าสืบหรือนำเข้าสืบแต่ฟังไม่ได้ว่าข้อเท็จจริงเป็นดังที่ตนกล่าวอ้าง คู่ความฝ่ายนั้นก็จะเป็นฝ่ายแพ้คดี ในคดีอาญาภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับโจทก์เสมอ ส่วนในคดีแพ่งภาระการพิสูจน์จะตกอยู่กับผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้นๆ

#### 2.6.4.3 หลักทั่วไปเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในระบบกฎหมายไทยนั้น กฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไว้ในคดีแพ่งและคดีอาญาแตกต่างกัน กล่าวคือ ในคดีแพ่งกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไว้ในมาตรา 104 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจเต็มในอันที่จะวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบนั้นเป็นอันเพียงพอให้เชื่อฟังเป็นยุติได้หรือไม่ แล้วพิพากษาคดีไปตามนั้นสำหรับในคดีอาญากฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไว้ในมาตรา 227 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยกำหนดให้ศาลใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงอย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะ



แน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย

การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีแพ่ง ศาลจะต้องวินิจฉัยโดยการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่ายเทียบกันดูว่าฝ่ายใดมีเหตุผลและน้ำหนักดีกว่ากัน เช่น ถ้าคิดเปรียบเทียบเป็นสัดส่วนร้อยละ เช่นพยานโจทก์ร้อยละ51 พยานจำเลยร้อยละ49 ก็ต้องตัดสินให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดี กลับกันถ้าพยานโจทก์ร้อยละ49 พยานจำเลยร้อยละ51 ก็ต้องตัดสินให้โจทก์แพ้ สำหรับคดีอาญาจะต้องพิจารณาพยานหลักฐาน โจทก์จนแน่ใจว่ามีความผิดเกิดขึ้นจริง และจำเลยกระทำความผิดนั้นจึงจะลงโทษจำเลยได้ จะเทียบเป็นสัดส่วนร้อยละว่าถ้าพยานโจทก์ร้อยละ51 พยานจำเลยร้อยละ49 แล้วจึงตัดสินลงโทษจำเลยไม่ได้ กรณีเช่นนี้ต้องถือว่ามีความสงสัย ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 855/2482 ตัดสินไว้ว่า “ศาลต้องดูพยานหลักฐานของทุกๆ ฝ่ายแล้ววินิจฉัยว่าพยานหลักฐานนั้นเชื่อสมไปข้างฝ่ายใด แม้จะไม่ถึงกับปราศจากข้อสงสัย ศาลก็ยังชี้ขาดให้ฝ่ายนั้นเป็นผู้ชนะคดีได้”

สำหรับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีอาญาศาลจะพิจารณาพยานหลักฐานของโจทก์ก่อน หากฟังได้ชัดเจนว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้นศาลจะพิจารณาพยานหลักฐานของจำเลยต่อไปว่าสามารถหักล้างพยานหลักฐานโจทก์ได้หรือไม่ หรือพยานหลักฐานจำเลยทำให้ศาลสงสัยในพยานหลักฐานโจทก์หรือไม่ กล่าวโดยสรุป คือกฎหมายได้วางหลักเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ดังนี้ คดีอาญาโจทก์ต้องนำสืบให้ปราศจากความสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริงคดีแพ่งศาลต้องดูพยานหลักฐานของทุกฝ่ายแล้วพิจารณาว่าพยานหลักฐานทั้งหมดเชื่อสมหนักไปข้างฝ่ายใดแม้จะไม่ถึงปราศจากสงสัยศาลก็ชี้ขาดให้ชนะคดีได้<sup>102</sup>

นอกเหนือจากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลฎีกาได้พัฒนาแนวทางหรือหลักปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานขึ้นมาอีกหลายประการ เพื่อให้การใช้ดุลพินิจของศาลไทยในเรื่องนี้เป็นไปอย่างมีหลักเกณฑ์ ไม่ลัดล้นปราศจากทิศทางจนกลายเป็นอำเภอใจไป

การใช้หลักกฎหมายในเรื่องหน้าที่นำสืบ

หลักกฎหมายที่ว่าคู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงใด แต่ไม่นำพยานหลักฐานมาสืบ หรือนำพยานหลักฐานมาสืบได้ไม่สมตามมาตรฐานในกรณีนั้นย่อมต้องตกเป็นฝ่ายแพ้ในประเด็นนั้น สามารถนำมาใช้ประกอบการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้

<sup>102</sup> บัญญัติ สุชีวะ. (ม.ป.ป.). การเขียนข้อสังเกตในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานและคำพิพากษา. หน้า 4-5.

ด้วย โดยเฉพาะในคดีแพ่งพยานหลักฐาน ทั้งสองฝ่ายมีน้ำหนักกำลังถึงจนไม่สามารถบอกได้ว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดมีน้ำหนักน่าเชื่อถือกว่ากัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หากความโน้มเอียง หรือความน่าเชื่อถือไปทางใดทางหนึ่งมิได้ในสถานการณ์เช่นนี้ ศาลอาจใช้หลักกฎหมายในเรื่องหน้าที่นำสืบเข้ามาตัดสินปัญหานั้นแทนการใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทางใดทางหนึ่งก็ได้<sup>103</sup>

การใช้หลักกฎหมายในเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์โดยการเปรียบเทียบน้ำหนักพยานหลักฐานของฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบกับมาตรฐานการพิสูจน์ในประเด็นที่เป็นปัญหา กล่าวคือ แสดงมาตรฐานการพิสูจน์ในประเด็นนั้นให้ชัดก่อนว่าสูง หรือต่ำในระดับใดแล้วจึงวิเคราะห์พยานหลักฐานของฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบในประเด็นนั้นว่ามีน้ำหนักได้ระดับเดียวกัน หรือสูงกว่ามาตรฐานหรือไม่ หากไม่ได้ระดับตามมาตรฐานการพิสูจน์นั้น ศาลก็วินิจฉัยข้อเท็จจริงให้เป็นโทษแก่ฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบได้เลย โดยไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยน้ำหนักพยานหลักฐานของฝ่ายตรงข้ามอีกต่อไป

---

<sup>103</sup> อภินพ จริยพงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 98. หน้า 34-35.