

## บทที่ 2

### แนวคิด ทฤษฎี หลักการเกี่ยวกับปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ต่อผู้ได้บังคับบัญชา

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติเป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะที่ 9 ถือว่าเป็นความผิดอาญา เริ่มกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ตั้งแต่มาตรา 276 ถึง 287/2 และมีการบัญญัติถึงบทลงโทษในความผิดต่าง ๆ ไว้ หากบุคคลใดกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ จะต้องได้รับโทษทางอาญา ซึ่งโทษทางอาญา มี 5 ประเภท คือ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ซึ่งปัจจุบันในปี พ.ศ. 2562 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศไว้เยอะพอสมควร และมีความแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญาเดิม ทั้งการกำหนดความหมายคำนิยาม บทลงโทษ รวมทั้งกำหนดเรื่องการขอมความในความผิดเกี่ยวกับเพศใหม่ โดยปัจจุบันการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญา ต่อแผ่นดินไม่สามารถขอมความกันได้

สำหรับบทนี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หลักการเกี่ยวกับปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา แนวคิดและทฤษฎีที่ว่าเรื่องการกำหนดโทษ ซึ่งหลักกฎหมายประการสำคัญในการกำหนดบทลงโทษ คือ หลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) รวมทั้งทฤษฎีต่างๆในการตีความกฎหมาย และหลักเกณฑ์ต่างๆในการตีความกฎหมายไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี และทราบถึงแนวความคิดของแต่ละบุคคลมีการตีความกฎหมายแตกต่างกันไปไม่ว่าจะเป็น ประชาชน นักนิติศาสตร์ เจ้าพนักงาน ศาล อีกทั้งจะกล่าวถึงการจัดประเภทการกระทำความผิดอาญาแผ่นดินที่ไม่สามารถขอมความกันได้กับการกระทำความผิดอันขอมความได้ และแนวความคิดการแบ่งประเภทการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา ฐานกระทำอนาจาร และฐานคุกคามทางเพศ อีกหนึ่งประการที่สำคัญ คือ ต้องทราบความเป็นมาของการศึกษาวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย สุดท้ายนี้ หลักนิติเศรษฐศาสตร์เป็นหลักที่สำคัญ คือ การตีความกฎหมาย ประเมินคุณค่ากฎหมาย และการออกแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับพฤติกรรมของบุคคลในสังคม เพื่อเป็นแนวทาง ในการแก้ไขปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชาต่อไป

## 2.1 แนวคิดและทฤษฎีเรื่องการกำหนดโทษ

เมื่อสังคมปัจจุบันเกิดปัญหาอาชญากรรม รัฐจะต้องนำกฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการบังคับใช้ เพื่อให้ประชาชนอยู่อย่างสงบสุขและนำตัวผู้ที่กระทำความผิดมาลงโทษ เพื่อรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ทั้งนี้การจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาจะต้องศึกษาทฤษฎีการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อให้การลงโทษเกิดประสิทธิภาพสูงสุด

วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาหากพิจารณาในแง่ทัศนคติสังคม จะเห็นว่า มีวัตถุประสงค์หลายประการดังนี้ ประการแรกการคุ้มครองมนุษย์ บางกรณีอาจรวมถึงคุ้มครองสัตว์จากการกระทำที่โหดร้ายทารุณ ประการที่สองการคุ้มครองบุคคลจากภัยอันตรายซึ่งกระทำโดยไม่เจตนา ประการที่สามการคุ้มครองบุคคลผู้อ่อนแอหรือถูกชักจูงได้ง่ายให้มีถูกเอารัดเอาเปรียบ ประการที่สี่การป้องกันการกระทำที่ผิดปกติหรือวิปริตผิดธรรมดา ประการที่ห้าการป้องกันการกระทำอันไม่สมควรต่างๆในที่สาธารณะ ประการที่หกการห้ามกระทำการยั่วยุนำไปสู่ความไม่สงบในสังคม ประการที่เจ็ด การคุ้มครองทรัพย์สินของบุคคลจากการถูกลักทรัพย์ น้อโกง ยักยอกหรือทำลาย ประการที่แปดการป้องกันความไม่สะดวก หรือความไม่เป็นระเบียบ ประการที่เก้าเก็บภาษีอากรรายได้ให้แก่รัฐ ฝ่าฝืนมีความผิด ประการที่สิบ ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ ประการที่สิบเอ็ด การบัญญัติความผิดสำหรับไม่ทำตามนโยบายภาครัฐ และประการสุดท้ายคุ้มครองสถาบันต่าง ๆ ในสังคม เช่น สถาบันครอบครัว สถาบันศาสนา และประการสุดท้ายการบังคับใช้กฎหมายที่รัฐเห็นว่า มีความสำคัญต่อการอำนวยความสะดวก เช่น การกระทำความผิดของเจ้าพนักงานต่าง ๆ<sup>1</sup>

เพื่อให้การลงโทษบรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ ที่มีอยู่หลากหลายในสังคม ซึ่งกำหนดถึงหลักเกณฑ์ กำหนดความผิด และกำหนดโทษกรณีต่าง ๆ จะต้องเหมาะสม และเกิดประโยชน์สูงสุดเพื่อให้สังคมมีความเป็นระเบียบเรียบร้อย ปัญหาอยู่ที่ว่าจะลงโทษรูปแบบใดจะทำให้เกิดการคุ้มครองสังคมอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุด จึงต้องศึกษาทฤษฎี การลงโทษทางอาญาเพื่อหาแนวทางในการลงโทษที่สามารถจัดการปัญหาการกระทำผิดได้ตรงจุด

ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา แนวความคิดเรื่องการลงโทษผู้กระทำผิดมีมาตั้งแต่ในอดีต การลงโทษจะใช้วิธีใดแตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมแต่ละยุคสมัยสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษก็เปลี่ยนแปลงตาม จากเดิมเน้นการลงโทษทรมานผู้กระทำผิดเพียงอย่างเดียว อีกทั้งตัดความสัมพันธ์โดยให้ผู้กระทำผิดออกจากสังคมและให้บุคคลเกิดความเกรงกลัว

<sup>1</sup> ประธาน วัฒนวิชย์. (2541). การปฏิรูประบบการลงโทษแนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางด้านอาชญาวิทยา. *บทบัญญัติ*, 54 (4). หน้า 11.

ไม่กล้ากระทำผิด แต่กรณีดังกล่าวไม่สามารถแก้ปัญหาอาชญากรรมของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศได้ จึงเปลี่ยนแนวคิดเป็นการลงโทษโดยมุ่งแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำผิดให้กลับตัวเป็นคนดี และในปัจจุบันสามารถแยกทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาได้ดังนี้<sup>2</sup>

### 2.1.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Punishment as retribution or revenge)<sup>3</sup>

การลงโทษแก้แค้นทดแทนมีมาตั้งแต่สมัยโบราณและแพร่หลายตามสัญชาตญาณแห่งการแก้แค้นของคนและสัตว์ที่มีมาแต่สมัยดึกดำบรรพ์ ซึ่งการลงโทษจะต้องลงโทษหนักให้สมกับความผิดที่ได้กระทำ ตามทฤษฎี Free Will โดย Jeremy Bentham มีความเห็นว่ากฎหมายควรกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิดและควรกำหนดการลงโทษไว้หลายประเภท เพราะโทษอย่างเดียวกัน จะให้ลงโทษเหมาะสมกับทุกพฤติกรรมการกระทำความผิดก็คงเป็นไปได้ ปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวไม่เป็นที่นิยม ถือว่าเป็นแนวความคิดที่ล้าสมัย เพราะไม่ชอบด้วยมนุษยธรรม แต่ก็คงใช้อยู่เพราะความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ยังต้องการให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษที่มีความรุนแรง จึงไม่อาจทิ้งแนวคิดการลงโทษโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนี้ได้ ผู้พิพากษาจะกำหนดโทษแก่ผู้กระทำผิดรายใดมักจะนึกถึงพฤติกรรมการกระทำความผิดว่าสมควรจะลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงใด

### 2.1.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกัน (Punishment as a deterrence or restraint or prevention)

การลงโทษเพื่อการยับยั้งหรือป้องกันทำให้ผู้กระทำผิดเข็ดหลาบเกรงกลัวไม่กระทำความผิดซ้ำอีก และเพื่อเตือนไม่ให้บุคคลอื่น ๆ กระทำความผิด เพราะจะถูกลงโทษเช่นเดียวกัน ถ้าหากสังคมไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม และไม่สามารถนำตัวผู้กระทำผิดมารับโทษที่กระทำผิดได้ เท่ากับเป็นการส่งเสริมให้ก่ออาชญากรรมกรรมเพิ่มขึ้น<sup>4</sup> ปัจจุบัน ได้มีนักกฎหมายได้แยกหลักการลงโทษรูปแบบนี้ออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทที่หนึ่งการป้องกันทั่วไป (General Prevention)<sup>5</sup> เป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่บุคคลอื่นไม่ให้กระทำความผิดในทำนองเดียวกันเป็นแบบอย่างหากกระทำผิดก็จะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกัน ประเภทที่สองการป้องกันพิเศษ (Special Prevention) เป็นการลงโทษเพื่อป้องกันผู้กระทำผิดไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก

<sup>2</sup> ทศนีย์ แสงสุข. (2552). *การสร้างความปลอดภัยในครอบครัวโดยกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ : ศึกษากรณีความรุนแรงในครอบครัว*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 33.

<sup>3</sup> อรัญ สุวรรณบุบผา. (2518). *หลักอาญาวิทยา*. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 139.

<sup>4</sup> ผจงจิตต์ อธิคมน์นทะ. (2525). *สังคมวิทยาว่าด้วยอาชญากรรมและการลงโทษ*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 128-129.

<sup>5</sup> คณิศ ฅ นคร. (2556). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 427.

แต่อย่างไรก็ดี การลงโทษเพื่อยับยั้งหรือป้องกันให้บุคคลเกรงกลัว เป็นการไม่ยุติธรรม เพราะบุคคลจะถูกลงโทษประการใดย่อมขึ้นอยู่กับพฤติกรรมการกระทำผิด และไม่ควรที่จะถูกลงโทษ เพราะต้องการที่จะใช้บทลงโทษเป็นเครื่องมือให้เกิดความทรมานต่อบุคคลอื่น เพราะมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ควรถูกลงโทษเช่นนั้น และกรณีที่ดีว่าเป็นการลงโทษ เพื่อให้หลบจำจะได้ไม่กระทำผิดซ้ำ มีข้อโต้แย้งว่าไม่เป็นจริงเสมอไปแต่กลับมีผลตรงกันข้าม กล่าวคือ บุคคลทั่วไปอาจจะไม่อยากจะกระทำผิดเพราะไม่อยากเสียเกียรติยศ เสียชื่อเสียง ไม่อยากถูกตราหน้าว่าเคยได้รับโทษทัณฑ์ แต่เมื่อเคยถูกลงโทษมาแล้ว 1 ครั้ง ความกลัวต่าง ๆ ย่อมหมดไป เพราะว่าจะกระทำผิดซ้ำหรือไม่ เกียรติยศ หรือชื่อเสียง ก็ไม่อาจกลับคืนมาได้<sup>6</sup>

### 2.1.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการคุ้มครองสังคม (Punishment as a Protection of society or an incapacitation)

การลงโทษเพื่อคุ้มครองสังคมเริ่มขึ้น เมื่อนำเอาวิธีการลงโทษจำคุกมาใช้ เพื่อแก้แค้นทดแทนและเพื่อเป็นการยับยั้งหรือป้องกันมิให้อยู่มากในการจำกัดศัตรูทางการเมือง ผู้มีอำนาจปกครอง นครเทศนักโทษทางการเมือง หรืออาจจะกำจัดด้วยการประหารชีวิต หรือขังในห้องใต้ดิน แต่สำหรับผู้ก่ออาชญากรรมถูกกำจัดออกไปจากสังคมนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมเป็นมาตรการ เพื่อความปลอดภัยอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำผิดที่ถูกจำคุกจะไม่สามารถไปสร้างความเดือดร้อนแก่สังคมได้อีก

### 2.1.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข (Punishment as a mean of formation)

ปัจจุบันนิยมนำแนวคิดนี้มาปรับใช้กับการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยวัตถุประสงค์ของการลงโทษในสมัยปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปมากจากสมัยก่อน คือ มุ่งปรับปรุงแก้ไขที่ตัวบุคคลเพื่อให้กลับตัวเป็นคนดี และเพื่อป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ดังนั้นการลงโทษจะต้องเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำ ต่อมามีการแก้ไข การลงโทษทางอาญา โดยให้ความสำคัญในการแก้ไขปรับปรุงตัวบุคคลผู้กระทำความผิดเพื่อที่จะมุ่งไม่ให้ผู้กระทำความผิดได้กระทำผิดซ้ำอีก โดยมีแนวคิดว่าการลงโทษเป็นผลร้ายไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีได้ จึงควรเปลี่ยนมาใช้วิธีการปฏิบัติโดยมีวิธีปฏิบัติดังนี้ กล่าวคือ พยายามไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดประสบกับสิ่งที่เปลี่ยนแปลงบุคลิกภาพของเขาไปในทางที่เสื่อมลง เช่น รอคการลงโทษ หรือการแยกประเภทของนักโทษ และวิธีการปรับปรุงผู้ต้องโทษในระหว่างถูกคุมขัง ได้แก่ การฝึกหัดอาชีพให้การศึกษาอบรมศิลปกรรมศาสตร์ ทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดี

<sup>6</sup> หยุด แสงอุทัย. (2551). *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 20). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 252-253.

เข้าสู่สังคมต่อไป อีกทั้งการให้ความช่วยเหลือหลังพ้นโทษเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งนักโทษส่วนใหญ่เมื่อพ้นโทษต้องการกลับตัวเป็นคนดีแต่พบอุปสรรคคือไม่สามารถกลับเข้าสู่สังคมได้ เพราะไม่ได้รับโอกาสทางสังคมไม่สามารถสมัครเข้าทำงานได้

จากแนวคิดและทฤษฎีการกำหนดโทษ จะนำไปสู่การเห็นถึงวัตถุประสงค์ว่ากฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์อะไรบ้าง โดยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา นั้น เป็นความผิดที่กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์ในการที่จะป้องกันไม่ให้บุคคลต้องไม่ถูกกระทำ โหดร้ายทารุณ และคุ้มครองบุคคลที่เป็นผู้อ่อนแอกว่าไม่ให้ถูกเอาเปรียบ หรือแม้แต่การไม่ให้บุคคลถูกกระทำโดยวิปริต และเพื่อคุ้มครองสถาบันครอบครัวไม่ให้บุคคลใดไปกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกับบุคคลอื่นซึ่งอาจจะมีสามี หรือภรรยาอยู่แล้วก็ตาม ทำให้เห็นถึงวิวัฒนาการการกำหนดบทลงโทษในความผิดแต่ละประเภทแต่ละยุคสมัย มีความแตกต่างกันไป ซึ่งปัจจุบันก็มีการเน้นการลงโทษ เพื่อเป็นการปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้ผู้กระทำความผิด เมื่อพ้นโทษกลับสู่สังคมมีที่ยืนในสังคม และไม่ไปกระทำความผิดซ้ำอีก เป็นการแก้ไขปัญหาแบบยั่งยืน เพื่อความสงบสุขของสังคม

## 2.2 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

ในประเทศไทย ใช้หลักนิติธรรม เป็นหลักในการออกกฎหมายและเป็นหลักในการปกครองบ้านเมือง โดยต่างประเทศทั่วโลกมักใช้คำว่า “The rule of law” เป็นหลักการสำคัญในการปกครองบ้านเมือง ให้มีความยุติธรรมและสงบสุข ซึ่งหากจะกำหนดความหมายคำนิยามของคำว่า “หลักนิติธรรม” ในความหมายอย่างแคบ คือ การใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครองโดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระบวนกร และเนื้อหากฎหมาย หรือหากกำหนดความหมายของคำนิยามดังกล่าวไว้ จะรวมถึงการที่นำหลักประชาธิปไตยและหลักสิทธิมนุษยชนเข้าไว้ด้วยกัน ซึ่งคุณค่าสำคัญของหลักนิติธรรมนั้นจะต้องมีความแน่นอนทางกฎหมาย มีความคาดหวังทางกฎหมาย ความปลอดภัยในการใช้อำนาจต่าง ๆ ตามอำเภอใจ และเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้กฎหมายตามที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น<sup>7</sup>

ท่าน Thomas Bingham อดีต Lord Chief justice of England and Wales ได้อธิบายองค์ประกอบ และความหมายของหลักนิติธรรม เมื่อได้ปรับใช้กับกระบวนกรยุติธรรมทางอาญาสรุปได้ดังต่อไปนี้<sup>8</sup> กล่าวคือ กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมานั้นจะต้องเป็นการตราขึ้นโดยถูกต้อง

<sup>7</sup>หยุด แสงอุทัย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 252-253.

<sup>8</sup>ศุภกิจ เข้มประชา. (2558). *มองกระบวนกรยุติธรรมทางอาญาผ่านการศึกษาเปรียบเทียบ (The Thai Criminal Justice System: A Comparative perspective)*. กรุงเทพฯ: เจริญรัฐ. หน้า 177-178.

ตามหลักประชาธิปไตย ประชาชนสามารถที่จะเข้าใจและเข้าถึงได้ง่าย รวมถึงจะต้องมีความชัดเจน ซึ่งการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรในกระบวนการยุติธรรม จะต้องใช้อำนาจให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่กำหนดไว้ และจะต้องกระทำอย่างเป็นธรรม และกฎหมายใดที่ให้อำนาจองค์กรในกระบวนการยุติธรรม ต้องมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของประชาชน ได้แก่ สิทธิที่จะมีชีวิต สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับใช้แรงงาน สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติลงโทษ อันไร้มนุษยธรรมหรือไม่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษหากไม่มีกฎหมายกำหนดโทษ ไว้ล่วงหน้า สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ สิทธิที่จะได้รับการเคารพความเป็นส่วนตัว และชีวิตครอบครัว เสรีภาพต่างๆ ในทางความคิด การนับถือศาสนา เสรีภาพในการที่จะแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมกลุ่มหรือสมาคมต่างๆ เสรีภาพในการสมรส และการที่มีคดีอาญา เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมจะต้องมีการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม โดยคู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับความเป็นธรรมอย่างเท่าเทียมกัน แต่ความหมายของความเป็นธรรมในการพิจารณาคดี มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย สิ่งที่เป็นธรรมในปัจจุบันแต่ในอนาคตอาจจะไม่เป็นธรรมก็ได้ จะต้องมีผู้พิพากษาที่มีความอิสระ และไม่อยู่ภายใต้อำนาจผู้ใด คืออิสระจากฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล อิสระจากสายบังคับบัญชา ผลประโยชน์ส่วนตัว อิสระจากพรรคการเมืองหรือกลุ่มประโยชน์ต่างๆ สิ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจมีแต่ข้อเท็จจริงในคดี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องเท่านั้น โดยผู้พิพากษาจะต้องมีความเป็นกลาง (Imperial) ปราศจากอคติใด ๆ ทั้งสิ้น

การพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย เริ่มต้นจำเลยจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า จำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ และจำเลยจะต้องเข้าใจข้อกล่าวหาที่โจทก์ฟ้องต่อศาล เพื่อที่จำเลยจะสามารถต่อสู้คดีได้ มีสิทธิทราบและตรวจสอบพยานหลักฐานที่โจทก์นำมาฟ้องคดี มีสิทธิที่จะมีทนายความให้ความช่วยเหลือ ซึ่งหากไม่เข้าใจภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา ก็จะต้องจัดล่ามไว้ให้จำเลย และการตัดสินใจใด ๆ ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม จะต้องมีความหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ จะต้องอ้างอิงกฎหมายเป็นหลัก เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการใช้ดุลพินิจ รวมถึงองค์กรในกระบวนการยุติธรรม จะต้องบังคับใช้กฎหมายกับประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีแบ่งแยกเพศชายและเพศหญิง แบ่งตามศาสนา หรือตามฐานะ และการที่ประชาชนจะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมจะต้องมีค่าใช้จ่ายที่น้อย ทำให้ประชาชนทุกคนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ รวมทั้งกระบวนการยุติธรรมนั้นจะต้องมีความรวดเร็ว และจะต้องมีการกำหนดกฎหมายหลักปฏิบัติต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายต่างประเทศด้วย ไม่ใช่ว่าจะออกกฎหมายอะไรมาบังคับใช้กับประชาชนก็ได้

ประเทศไทยมีความเข้าใจและให้ความสำคัญถึงหลักนิติธรรม ซึ่งมีการกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่ไม่มีกฎหมายใดมาขัดต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ หากกฎหมายใดขัดต่อหลักนิติธรรมที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายนั้นก็จะไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งเป็นหลักสำคัญอย่างมากประการหนึ่งที่ไม่ควรมองข้ามหรือละเลยของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คือ “หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)” เป็นหลักการขั้นพื้นฐานที่สำคัญมากต่อการบัญญัติกฎหมายที่จะกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐ และการกำหนดความคุ้มครองให้สิทธิเสรีภาพแก่บุคคล การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบถึงการใช้มาตรการต่าง ๆ และจะต้องสามารถเห็นได้ถึงการตรากฎหมายดังกล่าวทำให้บรรล่วัตถุประสงค์อย่างไร โดยมาตรการจะต้องวางอยู่กับสมมุติฐาน ที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรล่วัตถุประสงค์จะต้องชั่งน้ำหนักพิจารณาถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นแก่สาธารณะ<sup>9</sup>

หลักความได้สัดส่วนมีความมุ่งหมายถึงความยุติธรรมเป็นสิ่งสำคัญ ได้มีการค้นพบว่าการบัญญัติกฎหมายใช้หลักดังกล่าวตั้งแต่สมัยกฎหมายโรมัน ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญกฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง โดยต่อมาประเทศต่าง ๆ ก็นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน อาทิเช่น ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน สาธารณรัฐฝรั่งเศส รวมถึงประเทศไทย เป็นต้น ซึ่งได้มีการพัฒนาเป็นระยะเวลายาวนานจากนักนิติศาสตร์ และคำพิพากษาของศาล สิ่งสำคัญของหลักนี้อยู่ที่การจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ต้องอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม และความจำเป็น เพื่อให้การบรรล่วัตถุประสงค์ ที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยมาตรการต่าง ๆ จะต้องมีการเลือกหลาย ๆ ทาง ซึ่งควรใช้ทางเลือกที่ล่วงล้ำสิทธิพื้นฐานของบุคคลน้อยที่สุด<sup>10</sup> จึงเป็นหลักพื้นฐานสำหรับศาลที่จะต้องพิจารณาอย่างระมัดระวัง และรอบคอบที่สุดเช่นกัน<sup>11</sup>

<sup>9</sup>บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. (2558). *หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. รายงานการวิจัย. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 240.

<sup>10</sup>พิทยา จินาวัฒน์. (2557). *สรุปเนื้อหาบทความที่เกี่ยวกับหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน*. กรุงเทพฯ: สำนักกิจการในพระราชดำริ พระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา. หน้า 20.

<sup>11</sup>ธานี วรภัทร์. (2557). *หลักกฎหมายมาตรการบังคับทางอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 35.

สำหรับหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีอยู่ในกฎหมายไทยเป็นเวลานานตั้งแต่สมัยอดีตจนถึงปัจจุบัน โดยในรัฐธรรมนูญ นับแต่ประเทศไทยได้เปลี่ยนระบบการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาใช้ระบอบประชาธิปไตยแทน ซึ่งเป็นการปกครองที่อยู่ภายใต้หลักนิติรัฐหรือการที่รัฐจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายโดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมาแต่เกิด รัฐจะไม่สามารถเข้ามารบกวนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย จึงได้วางหลักประกันในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ในรัฐธรรมนูญประเทศไทยเรื่อยมา จนกระทั่ง เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พ.ศ. 2540 โดยบัญญัติหลักการใหม่ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนอย่างเป็นรูปธรรมและมีความชัดเจน โดยได้ให้ความสำคัญพิเศษคือการควบคุม การใช้อำนาจของรัฐในการที่จะตรากฎหมายอันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน บทบัญญัติใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิ และเสรีภาพขึ้นพื้นฐานจะถูกรัฐบัญญัติไว้ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเท่านั้น โดยกำหนดจะเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ ในการตรากฎหมายจะต้องมีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย<sup>12</sup> ต่อมารัฐธรรมนูญมีการแก้ไขเพิ่มเติม แต่สิ่งสำคัญการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลก็ยังอยู่ที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักเกณฑ์ในความควบคุม และตรวจสอบการกระทำการใช้อำนาจของรัฐอันมีสาระสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ<sup>13</sup>

ประการแรก หลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการต่าง ๆ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ ซึ่งเมื่อปรากฏว่าจะทำให้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์หรือหากจะบรรลุวัตถุประสงค์ก็จะเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก หรือสภาพที่รัฐนั้นกระทำการแทรกแซง รัฐจะต้องคำนึงถึงการกระทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมุติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามาตรการนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์หรือไม่ ดังนั้นจะถือว่ามาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสมกับการที่จะดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย หากกฎ คำสั่ง หรือข้อบังคับใด ๆ ที่ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นไป ตามการดำเนินการที่บัญญัติไว้ย่อมถือว่าไม่เหมาะสม โดยศาลมีอำนาจสามารถเพิกถอนกฎหมาย คำสั่ง กฎ หรือข้อบังคับใด ๆ ก็ได้

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. มาตรา 29.

<sup>13</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550. มาตรา 29.

ประการที่สอง หลักที่พิจารณามาตรการหรือวิธีการต่าง ๆ จะส่งผลกระทบต่อชนน้อยที่สุด หรือพิจารณาถึงความจำเป็นของมาตรการนั้น หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกันนั้นคือผลสำเร็จที่ดีกว่า ซึ่งสามารถกระทำได้โดยวิธีการหรือมาตรการอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อชนน้อยกว่า โดยในหลักความจำเป็นนี้จะต้องดูมาตรการใดมีความจำเป็น เมื่อไม่สามารถเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ก็จะจำเป็นต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อชนน้อยที่สุด และอาจจะสรุปได้ว่ามาตรการเดียวเท่านั้น คือ มาตรการที่มีความจำเป็น

ประการที่สาม มาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักความได้สัดส่วน อาจหมายถึงการชั่งน้ำหนักความได้สัดส่วนแห่งความสมดุลว่าจะได้รับผลกระทบจากการล่วงละเมิดต่อเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ต้องไม่อยู่นอกเหนือเป้าหมายประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ โดยจะต้องกำหนดวิธีการ และประโยชน์ที่ได้รับให้มีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่ได้รับจากมาตรการนั้น

หากพิจารณาจากมาตรฐานในระหว่างประเทศกับหลักความได้สัดส่วน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (The Human Right Committee) ได้กล่าวไว้ว่า การที่รัฐนั้นจะมีการกำหนดมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคล ซึ่งมีการปกป้องไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Right : ICCPR) รัฐจะต้องแสดงให้เห็นถึงความจำเป็น และการจะใช้มาตรการใดนั้นจะต้องได้สัดส่วนกัน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายในการป้องกันสิทธิเหล่านั้นอย่างต่อเนื่อง และมีประสิทธิภาพ อีกทั้งมาตรการที่จำกัดนั้นต้องมีความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน เพื่อให้บรรลุภารกิจในการปกป้องสิทธิ และละเมิดสิทธิของบุคคลให้น้อยที่สุด ในบรรดามาตรการต่าง ๆ ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อที่ 29 (2) ได้ให้เหตุผลว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคนจะต้องยอมถูกจำกัดสิทธิ และเสรีภาพตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายและเคารพสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของส่วนรวม และสวัสดิภาพในสังคมประชาธิปไตย<sup>14</sup>

กฎบัตรสิทธิพื้นฐานของประเศยุโรป (The Charter of Fundamental Right of the EU) ข้อที่ 49 (3) ระบุว่าความรุนแรงของโทษที่ลงต่อจำเลยต้องได้สัดส่วนกับคดีอาชญากรรม ต้องให้หลักความได้สัดส่วนผูกพันกับอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของรัฐต่าง ๆ<sup>15</sup> ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (ECHR) ต้องการให้มีเหตุผลทั้งความได้สัดส่วนกับวิธีการที่ใช้ เพื่อจำกัดสิทธิพื้นฐาน

<sup>14</sup> ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อที่ 29 (2).

<sup>15</sup> กฎบัตรสิทธิพื้นฐานของประเศยุโรป (The Charter of Fundamental Right of the EU). ข้อที่ 49 (3).

และต้องการให้บรรลุเป้าหมาย โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้กล่าวถึงความต้องการที่จะต้องมีความมาตรการที่จำเป็นกับสังคมที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย ซึ่งการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นต้องสามารถอธิบายเหตุผลได้ว่าเกิดจากความต้องการของสังคม และสำหรับศาลสิทธิมนุษยชนระหว่างรัฐอเมริกา (LACHR) ก็ยอมรับหลักความได้สัดส่วนว่า เป็นหลักที่จะต้องปกป้องและรักษาไว้ ซึ่งกล่าวโดยสรุป คือ ความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีคุณค่าอยู่ภายใต้กฎหมายต่างประเทศ และเข้าใจว่าสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลจะถูกจำกัดเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และเพื่อความเหมาะสมในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ อันชอบธรรมตามกฎหมายเป็นหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อความสงบเรียบร้อยของคนส่วนรวม และเพื่อสวัสดิภาพในการปกครองตามระบอบประชาธิปไตย หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่ต้องการส่งเสริมให้รัฐบาลทำให้สังคมมั่นใจว่ามาตรการที่จะใช้ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิพื้นฐานของบุคคล เป็นทางเลือกที่เหมาะสมแล้ว และเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลน้อยที่สุด และมาตรการนั้นทำเพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายให้เกิดความสงบเรียบร้อยกับประชาชนส่วนรวม<sup>16</sup>

หลักความได้สัดส่วนกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในคดีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น ควรคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนตั้งแต่กระบวนการบัญญัติกฎหมายให้การกระทำใดเป็นการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศบ้าง และเมื่อการกระทำความผิดนั้นได้กระทำแล้ว ควรที่จะกำหนดบทลงโทษอย่างไรจึงจะเหมาะสม ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติผู้มิมีบทบาทในการบัญญัติกฎหมายจะต้องกำหนดบทลงโทษทางอาญาให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของพฤติกรรมการกระทำความผิด รวมถึงพิจารณาถึงความเสียหายที่ได้รับจากพฤติกรรมการกระทำความผิดว่าส่งผลกระทบต่อบุคคลหรือต่อสังคมมากน้อยเพียงไร และการกระทำผิดแต่ละประเภท หากพฤติกรรมการกระทำความผิดสร้างความเสียหายต่างกัน การกำหนดโทษก็ควรที่จะแตกต่างกันด้วย ซึ่งกรณีที่พฤติกรรมการกระทำผิดที่สร้างความเสียหายรุนแรงมากกว่ามีการกำหนดบทลงโทษเท่ากับพฤติกรรมการกระทำผิดที่มีความเสียหายรุนแรงน้อยกว่า จะส่งผลให้ผู้กระทำความผิดอาจจะเลือกที่จะกระทำผิดในส่วนที่ได้รับความเสียหายรุนแรงมากกว่า ดังนั้น การกำหนดโทษจึงต้องกำหนดอย่างเหมาะสมและเป็นไปตามความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ในขณะที่ต้องนำมาตราฐานระหว่างประเทศมากำหนดบทลงโทษที่ได้สัดส่วนไปใช้กับการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งนำไปสู่การกำหนดข้อยกเว้นให้สามารถขอมความได้ในกรณีความผิดบางประเภท สำหรับกรอบแนวคำพิพากษาลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วน ผสมรวมกับสภาพสังคม เศรษฐกิจเชิงลบ เทคโนโลยีและนวัตกรรมใหม่ๆ ที่มีความทันสมัยทำให้อาชญากรรมเกี่ยวกับเพศมีการกระทำผิดเพิ่มขึ้นและมีความซับซ้อนมากกว่าในอดีต การที่กำหนดกฎหมายไม่ชัดเจนอาจจะทำให้ผู้ที่กระทำผิดไม่ถูกลงโทษ และทำให้คิดว่า

<sup>16</sup> พิทยา จินาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 22.

เมื่อกระทำผิดก็ไม่ได้ถูกลงโทษก็จะกระทำผิดนั้นซ้ำเรื่อย ๆ การตีความกฎหมายถือว่าเป็นสิ่งสำคัญเช่นกัน หากกฎหมายบัญญัติไม่ชัดเจน การที่จะนำตัวผู้ที่กระทำผิดมาลงโทษตามกฎหมายจึงทำได้ยาก อีกทั้งการเกิดอาชญากรรมเกี่ยวกับเพศมีเพิ่มขึ้น ทำให้เกิดปัญหาคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นจำนวนมากและการพิจารณาพิพากษาคดีจึงเป็นไปได้ช้า อีกทั้งปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำเป็นการสร้างภาระเพิ่มขึ้นของระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั่วโลก จึงควรนำเอาปัจจัยที่เป็นเหตุในการบรรเทาโทษ รวมทั้งแรงจูงใจของผู้กระทำผิด สภาวะแวดล้อมทางสังคมและเศรษฐกิจ ความเสียหายของการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศที่มีความเสียหายรุนแรงเพียงใด มาพิจารณาในการตัดสินลงโทษจำเลย หรือหาวิธีอื่นใดเพื่อที่จะลดจำนวนผู้กระทำผิดที่จะต้องถูกขังในเรือนจำ ลดปัญหาอาชญากรรมล้นคุก อาทิเช่นการที่กำหนดว่าการกระทำใดที่เป็นความผิดอันยอมความได้ เพื่อลดปัญหาการนำคดี เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาและลดจำนวนผู้กระทำผิดในเรือนจำ

จากที่อธิบายมาข้างต้น เมื่อนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเรื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ได้บังคับบัญชา การจะบังคับใช้บทกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาโดยรัฐเป็นผู้กำหนด ควรจะต้องเป็นไปด้วยความเหมาะสม บทลงโทษจะต้องเหมาะสมกับพฤติกรรมการกระทำผิด เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมาย จะต้องเป็นการแก้ไขปัญหาที่ชัดเจน ส่งผลกระทบบต่อบุคคลทั่วไปน้อยที่สุด และจะต้องได้สัดส่วนในทุกมิติ เพื่อความเกิดชอบธรรม กับประชาชนทุกคน ตามหลักนิติธรรม

### 2.3 ทฤษฎีอรรถปริวรรตศาสตร์กับการตีความกฎหมาย

การตีความกฎหมายเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับมนุษย์ เพราะมนุษย์ใช้ภาษาในการสื่อสารกัน ในสังคม แต่หลายคนนั้นต่างเข้าใจภาษาไม่ตรงกัน จึงก่อให้เกิดปัญหาห้วงกัน ปัญหาต่าง ๆ ของสังคมนับวัน มีแต่เพิ่มขึ้นและสลับซับซ้อนขึ้น เนื่องจากมนุษย์เข้าใจในกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นมาเพื่อควบคุมสังคมที่เรียกว่า “กฎหมาย” ไม่ตรงกัน จึงจำเป็นที่จะต้องตีความกฎหมาย (Interpretation of Law) เพื่อให้เข้าใจความหมายตัวบทกฎหมาย และเจตนารมณ์ของกฎหมายไปในทางเดียวกัน จึงจำเป็นต้องวางหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร และทฤษฎีเฉพาะทางนิติศาสตร์ เช่น ทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) และทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) ในการทำความเข้าใจกฎหมาย

การตีความตามตัวอักษร ต้องพิจารณาความหมายคำนิยามเฉพาะทางกฎหมาย หรือพิจารณาความหมายจากศัพท์เทคนิคทางวิชาการ หรือพิจารณาความหมายภาษาสามัญจากพจนานุกรม หรือต้องพิจารณาหาความหมายจากภาษาต่างประเทศ

การตีความตามเจตนารมณ์ จะต้องพิจารณาหาความหมายจากชื่อกฎหมาย หรือต้องพิจารณาหาความหมายจากคำขึ้นต้นของกฎหมาย หรือต้องพิจารณาหาความหมายจากหมายเหตุของกฎหมายต้องพิจารณาความมุ่งหมายของกฎหมาย หรือต้องพิจารณาหาความหมายจากบทบัญญัติข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปของกฎหมายนั้น ซึ่งทั้งหมดนี้ต้องอาศัยทฤษฎีอรรถปริวรรตศาสตร์เป็นกรอบในการตีความกฎหมายไม่ว่าจะเป็นจุดหมายของการตีความ สิ่งที่ถูกตีความ (ตัวบทกฎหมาย) และผู้ตีความเพื่อให้ทราบความหมายที่แท้จริงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

อรรถปริวรรตศาสตร์ (Hermeneutics) หมายถึง ศาสตร์แห่งการตีความเป็นความหมายเกิดขึ้นในศตวรรษที่ 17 โดย เจ.ซี.แดนอเออร์ (J.C. Dannhaure) เป็นคนแรกที่น่ามาใช้เพื่อตีความคัมภีร์ทางศาสนา กฎหมาย และวรรณคดี และมีเป้าหมายเพื่อหาความถูกต้องทางภาษาและประวัติศาสตร์<sup>17</sup>

นักปรัชญาและนักศาสนาหลายท่านให้คำจำกัดความการตีความไม่เหมือนกัน ดังนี้บุคคลแรกคือ ไฮเด็กเกอร์ (Martin Heidegger) ได้กล่าวว่า ชาติของมนุษยชาติคือ การตีความ (Human beings as essentially or ontologically hermeneutical)<sup>18</sup>

บุคคลที่สองคือริชาร์ด อี. ปาล์มเมอร์ (Richard E. Palmer) ให้ทัศนะของการตีความคือ การศึกษาให้เกิดความเข้าใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำความเข้าใจกับคำหรือตัวบท (Texts)

บุคคลที่สามคือเดวิด อี. เคลมม (David E. Klemm) ถือว่า การตีความ คือ การพยายามทำความเข้าใจคนอื่น โดยย่อการตีความคือการสืบค้นเชิงทฤษฎีด้วยวิธีทำความเข้าใจ<sup>19</sup>

การตีความกฎหมาย (Interpretation of Law) หมายถึง การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน กำกวมหรือมีความหมายได้หลายทาง เพื่อหยั่งทราบว่าถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายว่ามีความหมายอย่างไร<sup>20</sup>

การตีความในกฎหมายจะกระทำเมื่อมีข้อสงสัยในความหมายของกฎหมาย ถ้ากฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความ เหตุผลที่ต้องมีการตีความกฎหมายก็เพราะกฎหมายที่ถ้อยคำกำกวมหรือแปลได้หลายทางหรือบางครั้งแปลไม่ได้ความเลย แต่เพื่อที่จะใช้กฎหมายนั้นก็ต้องแปลความหรือตีความกฎหมายนั้นให้ได้ เมื่อได้ความหมายที่เป็นสามัญแล้วจึงจะนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ต้องการวินิจฉัยได้

<sup>17</sup> วีระชาติ นิมอนงค์. (2552). *การศึกษาวิเคราะห์ทฤษฎีอรรถปริวรรตศาสตร์ในคัมภีร์พระพุทธศาสนาเถรวาท*. รายงานการวิจัย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. หน้า 8.

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

<sup>19</sup> วีระชาติ นิมอนงค์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 11.

<sup>20</sup> นัยนา เกิดวิชัย. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: นิติชน. หน้า 128.

การร่างกฎหมายนั้น ผู้ร่างจะต้องร่างให้สั้น กะทัดรัด ง่าย มีความหมายแน่นอน ไม่ยกย่อน ไม่ขัดต่อเหตุผลธรรมดา และความยุติธรรม แต่ในขณะเดียวกัน ก็ต้องไม่ให้มีช่องว่างของกฎหมายได้ ถ้อยคำของกฎหมาย จึงอาจจะสั้น รัดกุม แต่ต้องมีความหมายลึกซึ้ง บางครั้งถ้อยคำที่คิดว่าแปลความหมายได้ง่ายเป็นคำสามัญ พอเข้าไปอยู่ในประโยคก็อาจมีความหมายเคลือบคลุมชวนให้ถกเถียงกันได้ หรือมีการตีความหมายไปคนละทางได้ โดยเฉพาะเมื่อกฎหมายใช้คำในความหมายคนละอย่างกับที่คนทั่วไปเข้าใจ การตีความจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

กรณีการตีความกฎหมายจะทำเมื่อมีข้อสงสัยในความหมาย ถ้ากฎหมายชัดเจนอยู่แล้วไม่ต้องตีความนั้น ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายไว้ว่า แม้ผู้ใช้กฎหมายจะรู้สึกว่าการนำกฎหมายไปใช้บังคับเรื่องนั้น ๆ จะไม่ยุติธรรม แต่เพราะอะไรถึงไม่ยุติธรรมนั้น เป็นความคิดเห็นของมนุษย์แต่ละคน ซึ่งกฎหมายนั้นต้องแน่นอน เมื่อบัญญัติไปแล้วก็เป็นยุติการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมอยู่เสมอเป็นหน้าที่ของผู้บัญญัติกฎหมาย แต่ถ้าศาลยุติธรรมทำหน้าที่นิติบัญญัติไปในตัว คือ เป็นผู้ยกเลิกกฎหมายและบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ เฉพาะคดีตามอำเภอใจ ก็จะผิดหลักเกณฑ์ และเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่แยกอำนาจออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีก็เพราะคาดหมายว่าศาลจะยอมอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย โดยเคร่งครัด รัฐธรรมนูญจึงให้ศาลมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ มิฉะนั้นอิสระของศาลในการพิพากษาคดีจะต้องนำกลัว เพราะศาลจะสามารถตัดสินใจได้ตามอำเภอใจ โดยไม่ได้คำนึงถึงเจตจำนงของรัฐสภา ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนราษฎรและการทำเช่นนั้นจะทำให้ประชาชนไม่ไว้วางใจในกฎหมาย ฉะนั้นศาลจึงต้องตัดสินใจตามกฎหมาย เพราะกฎหมายบัญญัติขึ้นด้วยคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภา การที่ศาลยอมอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย จึงเท่ากับศาลพิจารณาพิพากษาคดีตามเจตจำนงของราษฎร ซึ่งแสดงออกโดยการบัญญัติกฎหมายนั่นเอง<sup>21</sup>

อย่างไรก็ตามในการกำหนดความหมายคำนิยาม จะต้องเป็นความหมายที่สั้น ง่าย ใต้ใจความมีความหมายแน่นอน ไม่ยกย่อน ต้องพยายามไม่ให้มีช่องว่างทางกฎหมาย เมื่อมีความหมายของคำนิยามในประมวลกฎหมายอาญา เรื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่มีความไม่ชัดเจน คำกวม มีช่องว่างทางกฎหมาย สามารถตีความหมายได้หลายทาง ดังนั้นจึงควรมุ่งศึกษาเพื่อบัญญัติความหมายคำนิยามให้ถูกต้องเหมาะสมที่สุด เพื่อไม่ให้มีช่องว่างทางกฎหมายที่จะทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย หากความหมายของคำในตัวเองนั้นไม่ชัดเจนเพียงพอ ความยุติธรรมที่ผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษ ที่เหมาะสมกับพฤติกรรมการกระทำความผิดนั้น อาจจะไม่เกิดขึ้น

<sup>21</sup> นัยนา เกิดวิชัย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 128-129.

## 2.4 ทฤษฎีทั่วไปในการตีความกฎหมาย

ความหมายและสาระสำคัญเห็นได้จากหลักพื้นฐานในการตีความ มีนักปรัชญาหลายท่านได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีนี้ โดยมีไฮเดกเกอร์และกาดามเมอร์เป็นนักตีความยุคแรก ถือว่าเรื่องมนุษย์คือการตีความ และมนุษย์คือภาษา ตลอดถึงเรื่องความเข้าใจ ดังจะเห็นได้จากทฤษฎี “ภาษาสามัญและภาษาอุดมการณ์” ของวิทเคนสไตน์ ซึ่งเราสามารถแบ่งทฤษฎีการตีความของเขาได้ 2 ทฤษฎี

### 2.4.1 ทฤษฎีภาษาส่องโลก (Language as Picture of the World)

ทัศนะของวิทเคนสไตน์ “ภาษาเป็นบ่อเกิดของความรู้ทุกอย่าง” หรือภาษาในฐานะญาณวิทยา เป็นนักจิตนิยมทางภาษา โดยเชื่อว่า สิ่งใดที่สื่อให้เข้าใจได้ด้วยภาษา สิ่งนั้นมีอยู่จริง เพราะการสื่อให้เข้าใจได้ด้วยภาษา โลกแห่งศาสนาไม่จริงเพราะภาษาเข้าไม่ถึง เป็นเหตุที่ไม่สนใจเรื่องศาสนาอย่างเป็นทางการ เพราะมีความคิดว่า จริยศาสตร์และศาสนาเป็นเรื่องที่อยู่นอกขอบเขตของภาษาที่ใช้สื่อความหมายกัน เช่นคำว่า พระนิพพานเป็นสุขอย่างยิ่ง เป็นสิ่งที่จะสื่อให้เข้าใจด้วยภาษาไม่ได้ ไม่เหมือนคำพูดที่ว่าแก้วน้ำใบหนึ่งวางอยู่บนโต๊ะ ซึ่งสามารถเข้าใจได้ชัดเจนและพิสูจน์ได้ด้วยความรู้สึกระหว่างสัมผัส ได้เขียนหนังสือ ชื่อว่า แทรกคาตุส โลจิกโค ฟิโลโซฟิคุส (Tractatus Logico Philosophicus) ได้กล่าวถึง ภาษาในฐานะเป็นหน้าต่างของโลก (Language as picture of the world) ปฏิเสธความจริงของศาสนา เพราะความจริงชนิดนี้ภาษาเข้าไม่ถึง สิ่งที่อยู่เหนือภาษาจึงไม่น่ามีอยู่จริง และเชื่อว่าภาษาทำหน้าที่ได้อย่างเดียวคือเป็นเครื่องมือให้รู้ข้อเท็จจริงต่างๆ

### 2.4.2 ทฤษฎีเกมภาษา (Language Games)

ศาสนาเป็นเกมสื่ออย่างหนึ่งที่มีภาษาเป็นของตนเอง ซึ่งต้องการเข้าใจด้วยกฎเกณฑ์เฉพาะของภาษาศาสนา เพราะถ้อยคำมีความหมายบริบทของการดำเนินชีวิต การดำเนินชีวิตตามหลักศาสนาเป็นเกมส์ชีวิต ศาสนิกชนต้องใช้กฎของศาสนาเป็นเครื่องตัดสิน เช่น นักกฎหมายออกกฎหมาย และมีการปฏิบัติตามกฎหมาย หรือ นักวาดภาพที่ต้องวาดภาพตามคำบรรยาย นักแปลต้องทำหน้าที่แปลภาษาหนึ่งไปอีกภาษาหนึ่ง การตั้งคำถาม การคิด การต้อนรับและการสวดมนต์ทั้งหมด ล้วนเป็นเกมส์ที่มีกฎเฉพาะของตนเอง ภาษาเป็นสิ่งสาธารณะ (Language is public) คือไม่มีภาษาใดที่เป็นส่วนบุคคล (NO Private Language) โดยทั่วไปเรามักจะถือว่าภาษาเป็นเรื่องปัจเจกชน ดังคำที่ว่า “คำพูดสื่อภาษา วาจาสื่อสกุล” คือคิดอย่างไรก็พูดไปแบบนั้น

สรุปคือ ทฤษฎีภาษาส่องโลกในหนังสือเล่มแรกของวิทเคนสไตน์ ทำให้ความหมาย และความเชื่อทางศาสนาหมดไปเพราะเน้นเชิงประจักษ์ แต่ทฤษฎีเกมภาษาในหนังสือเล่มที่สอง ทำให้ความหมายและความเชื่อทางศาสนาสามารถดำเนินต่อไปได้ เพราะให้ความสำคัญทางจิตวิทยา ศาสนาเป็นเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรม ซึ่งไม่จำเป็น

ต้องเป็นเรื่องจริงแต่เป็นแบบอย่างเพื่อการดำเนินชีวิตที่ดีเท่านั้น และเชื่อว่าศาสนาทั้งหลาย มีความแตกต่างกันตรงที่มีเรื่องเล่าทางศาสนา ที่แตกต่างกันไป

จากทฤษฎีภาษาทั้งสองทฤษฎี นำไปสู่การประยุกต์ใช้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในโลกนี้ไม่ว่าจะเป็นระบบ Civil Law หรือระบบ Common Law หรือระบบใด ๆ มักนิยมบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร โดยใช้ภาษาเขียนของมนุษย์ ซึ่งก็อาจจะแตกต่างกันไปแต่ละประเทศ ทำให้เกิดปัญหาที่เข้าใจไม่ตรงกัน จึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการตีความเฉพาะของนิติศาสตร์ หรือกฎหมาย ซึ่งในที่นี้ขอยกมากล่าวเพียง 2 ทฤษฎี คือ<sup>22</sup>

### 2.4.3 ทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory)

จะค้นพบเจตนารมณ์ของกฎหมายได้จากเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมาย ในทางประวัติศาสตร์ เช่น พิจารณาดั้งร่างกฎหมายนั้น รายงานการประชุมพิจารณาร่างกฎหมายนั้น ที่คณะกรรมการกฤษฎีกา และในชั้นคณะกรรมการการของรัฐบาล ตลอดจนคำอธิบายในรัฐสภา สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ทำให้เห็นว่ากฎหมายใช้ถ้อยคำเช่นนั้นเพราะผู้บัญญัติกฎหมายมีเจตนารมณ์ว่าอย่างไร

### 2.4.4 ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory)

เห็นว่าไม่ต้องค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายในทางประวัติศาสตร์ แต่ต้องค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง กล่าวคือเป็นการค้นคว้าว่าบทกฎหมายนั้น มีความมุ่งหมายอย่างไร เป็นการตีความหมายโดยคำนึงถึงคุณค่าแห่งคำพิพากษา โดยบทกฎหมาย ยังมีถ้อยคำอยู่ตามเดิม แต่อาจนำบทกฎหมายนั้นมาใช้ให้เหมาะสมกับความก้าวหน้าในการพาณิชย์ และในทางวิชาการ โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทั้งนี้เท่าที่ถ้อยคำของกฎหมายจะเปิดช่อง ให้ทำเช่นนั้นได้ การตีความตามทฤษฎีอำเภอการณ์ทำให้กฎหมายไม่อยู่นิ่งอยู่กับที่แต่ก้าวหน้าต่อไป และทำให้กฎหมายทันสมัยอยู่เสมอ เช่น แม้กฎหมายจะได้บัญญัติก่อนหน้าที่มีวิทยุโทรทัศน์ ก็สามารถนำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับแก่การทำสัญญาทางวิทยุโทรทัศน์โดยการตีความในกฎหมายได้

ทฤษฎีการตีความแต่ละศาสตร์นั้นอาจจะมืองค์ประกอบหรือ โครงสร้างแตกต่างกัน ไปบ้าง แต่หลักใหญ่ที่สำคัญจะมีเหมือนกัน คือ ตัวผู้ตีความหรือนักตีความ ซึ่งเป็นตัวประธาน และ สิ่งที่ถูกตีความ (ตัวบทหรือคัมภีร์) ซึ่งเป็นตัวกรรม ประกอบกับจุดหมาย หรือความจริง หรือความหมาย<sup>23</sup>

หลายทฤษฎีกล่าวถึงการตีความกฎหมาย ซึ่งแต่ละทฤษฎีมีการตีความกฎหมาย ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการใช้ภาษาในตัวบทกฎหมายจะทำให้รู้ ข้อเท็จจริงต่าง ๆ และรู้ถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นความมุ่งหมายของกฎหมายที่บัญญัติ เพื่อแก้ไขปัญหาอะไร และการตีความกฎหมายที่ศึกษาถึงประวัติศาสตร์ว่าในยุคสมัยนั้นผู้ที่บัญญัติ

<sup>22</sup> หยุด แสงอุทัย. (2548). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: ประกายพริก. หน้า 134-135.

<sup>23</sup> วีระชาติ นิ่มอนงค์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 76.

กฎหมายมีแนวคิดอย่างไร ภาษาจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากในการกำหนดคำหรือความหมายของคำนิยามต่าง ๆ ในตัวบทกฎหมาย

## 2.5 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย

### 2.5.1 หลักเกณฑ์การตีความในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของโรมัน ซึ่งยึดหลักการตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ ดังนั้นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้กฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายนั้นจะต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ แสดงให้เห็นว่าการตีความมีหลักเกณฑ์สองประการ คือ การตีความตามตัวอักษรในตัวบทกฎหมายกับการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยให้ตีความตามตัวอักษรก่อนเสมอ ถ้าการตีความตามตัวอักษรมีข้อสงสัยถกเถียงกันในเรื่องความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายนั้นๆ ก็ให้ตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง เพื่อจะได้ใช้กฎหมายอย่างถูกต้อง ดังนั้นความสำคัญของเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายใช้ถ้อยคำที่เกิดปัญหาว่ามีความหมายอย่างไร แต่ถ้าถ้อยคำในบทบัญญัตินั้นมีความชัดเจนก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตีความ

#### 2.5.1.1 หลักเกณฑ์การตีความในกฎหมายทั่วไป มีอยู่ 2 วิธี ดังนี้

วิธีที่ 1 การตีความตามตัวอักษร สิ่งที่ถูกตีความคือตัวอักษรในตัวบท โดยมีเป้าหมายคือ การหยั่งทราบความหมายหรือความจริงจากตัวอักษรของตัวบทกฎหมายนั่นเอง โดยมีผู้ใช้กฎหมายเป็นผู้ตีความ ซึ่งในการตีความตามตัวอักษรมีหลักที่ควรทราบดังนี้

ลำดับแรก ควรพิจารณาถ้อยคำหรือตัวอักษรในตัวบทกฎหมายมีคำนิยามไว้โดยเฉพาะในกฎหมายฉบับนั้นหรือไม่ กรณีที่ภาษาหรือถ้อยคำที่ใช้มีคำนิยามโดยเฉพาะในทางกฎหมายก็ต้องตีความตามคำนิยามที่กฎหมายให้ไว้ สังคมตกลงกติกาไว้อย่างไรก็ต้องแปลความหมายให้เป็นแบบนั้น ซึ่งเป็นกรณีที่บทกฎหมายประสงค์จะให้ถ้อยคำบางคำมีความหมายพิเศษไปกว่าที่เข้าใจกันในภาษาธรรมดา หรือภาษาเทคนิค หรือในทางวิชาการ กฎหมายจึงได้กำหนดบทวิเคราะห์ศัพท์ หรือบทนิยาม (Definition) ไว้ เช่น คำว่า “กระทำ” ตามที่เข้าใจกันในภาษาธรรมดา คือ ต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกาย แต่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ประสงค์จะให้ความหมายให้เป็นอย่างภาษาธรรมดา คือ นอกจากจะเข้าใจตามที่คนธรรมดาสามัญซึ่งเข้าใจว่า “กระทำ” คือ เคลื่อนไหวร่างกายแล้ว ยังรวมถึง การให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้น โดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย หรือเช่นคำว่า “ทางข้าม” ตามที่เข้าใจกันในภาษาธรรมดา ย่อมหมายถึงทางในระดับพื้นดินที่ทำไว้สำหรับคนข้ามถนน โดยทำเครื่องหมายเป็นเส้นหรือแนวบนทาง โดยคนทั่วไปเรียกว่า

ทางมาลาย แต่พระราชบัญญัติจรรยาบรรณ<sup>24</sup> ไม่ประสงค์จะให้ความหมายอย่างที่คนทั่วไปเข้าใจ จึงได้บัญญัติบทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยามไว้ในมาตรา 4 อนุมาตรา 12 ว่า “ทางข้าม” หมายความว่า พื้นที่ที่ทำไว้สำหรับให้คนเดินทางข้ามถนน โดยทำเครื่องหมายเป็นเส้นหรือแนวหรือตอกหมุดไว้บนถนน และให้ความหมายรวมถึงพื้นที่ ที่ทำให้คนเดินข้าม ไม่ว่าจะป็นระดับใต้หรือเหนือพื้นดินด้วย ทำให้เห็นว่ามี ความหมายกว้างกว่าที่เข้าใจตามภาษาธรรมดา เช่น อุโมงค์ใต้ดิน สำหรับเดินข้ามถนนพญาไท หน้าจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หรือเหนือพื้นดิน เช่น สะพานลอย สำหรับคนข้ามถนนต่าง ๆ

บทบัญญัติวิเคราะห์ศัพท์หรือความหมายของบทนิยามของกฎหมายฉบับใด ก็ใช้ได้เฉพาะกฎหมายฉบับนั้นเท่านั้น ทั้งนี้เพราะกฎหมายประสงค์จะให้มีความหมายพิเศษกว่าถ้อยคำที่ให้ความหมายธรรมดา จึงได้บัญญัติความหมายของคำนิยามนั้นไว้เป็นพิเศษ ดังนั้น จึงจะเอาไปใช้กับกฎหมายอื่นไม่ได้ ในกฎหมายไทยการมีบทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยาม ยังใช้ประโยชน์ได้อีกอย่างหนึ่ง คือเพื่อที่จะให้เป็นคำย่อของกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติหลายฉบับที่มีบทนิยามคำว่า “รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อให้บทมาตราอื่น ๆ จะได้ใช้คำว่ารัฐมนตรีสั้น ๆ ไม่ต้องใช้คำว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวง นั้น ๆ ใ้ยาว บทนิยามประเภทที่สองนี้ จึงไม่มีความหมายพิเศษแต่อย่างใด

ลำดับที่สอง กรณีที่กฎหมายใช้ภาษาเทคนิคหรือภาษาทางวิชาการต้องเข้าใจความหมายตามที่เข้าใจกันในทางเทคนิคหรือทางวิชานั้น ๆ เช่น ศัพท์ของวิชาเคมี ช่างกล หรือวิทยาศาสตร์ ก็ต้องเข้าใจ ตามความหมายในทางวิชานั้น ๆ แม้กฎหมายเองก็มีภาษาทางวิชาการของตนเอง ซึ่งในกรณีนี้อาจจะอาศัยทฤษฎีอำเภอการณ์กับทฤษฎีเกมส์ภาษาประกอบ

ลำดับที่สาม กรณีที่กฎหมายใช้ภาษาสามัญ ต้องตีความตามความหมายสามัญที่ใช้กันอยู่โดยทั่วไป หรือให้ถือตามพจนานุกรม เช่น ตัวอย่าง การเพิกถอนนิติกรรม ไม่ใช่แสดงเจตนาด้วยถ้อยคำเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1695 การเพิกถอนพินัยกรรมอาจทำได้โดยทำลายหรือขีดฆ่าเสียด้วยความตั้งใจ “ทำลาย” หมายความว่า ให้หรือ ทำให้ทำลาย ทำให้พัง ทำให้ฉิบหาย ทำให้หมดสิ้นไป การทำลายจึงต้องเป็นการที่ทำให้เกิดผล เช่นนั้นขึ้น<sup>25</sup> หรือกรณีมีการฟ้อง โดยโจทก์กล่าวหาจำเลยว่าบังอาจขับรถแข่งรถเมย์โดยฝ่าฝืนป้ายห้ามแข่งของเจ้าพนักงานที่ติดตั้งไว้ เป็นเหตุให้ชนรถเมย์เกิดความเสียหาย เสื่อมคอกสะพานเสียหาย ดังนี้ เมื่อพระราชบัญญัติการจราจรทางบกฯ ไม่มีบทวิเคราะห์ คำว่า “แข่ง” ไว้ จึงต้องไปพิจารณาจากพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 คำว่า “แข่ง” เบียดหรือเฉียดเพื่อจะขึ้นหน้า

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติจรรยาบรรณ พ.ศ. 2522. มาตรา 4.

<sup>25</sup> นัยนา เกิดวิชัย. อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 20. หน้า 130.

เช่น เคนแซง ขับริดแซง แซงคิว เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติความหมายไว้เป็นพิเศษโดยเฉพาะ ก็ต้องตีความตามความหมายธรรมดา<sup>26</sup>

ส่วนลำดับที่สี่เป็นกรณีพิเศษ คือกรณีที่ตัวบทกฎหมายภาษาไทย ไม่ชัดเจนให้ดูตัวบทภาษาอังกฤษ ประกอบด้วย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดกมาตรา 1630<sup>27</sup> ตัวบทภาษาไทยระบุว่า ให้บิดามารดาได้ส่วนแบ่งมรดกเสมือนหนึ่งว่าเป็นทายาทชั้นบุตรทำให้ไม่ทราบแน่ชัดว่าบิดามารดา รวม 2 คน ได้ส่วนแบ่งเท่ากับทายาทชั้นบุตร หรือบิดาและมารดาแต่ละคนได้ส่วนแบ่งเท่ากับทายาทชั้นบุตร เมื่อดูตัวบทภาษาอังกฤษ เปรียบเทียบ จะเข้าใจชัดเจนว่า บิดาและมารดาแต่ละคนจะได้ส่วนแบ่งเท่ากับทายาทชั้นบุตร เพราะตัวบทภาษาอังกฤษเขียนว่า “... in such case each parent is entitled to the share as an heir in the degree of children” แต่ถ้าตัวบทภาษาไทยชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่อาจยกตัวบทภาษาอังกฤษมาลง

ที่มีการนำตัวบทภาษาอังกฤษมาพิจารณาประกอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็เพราะการร่างกฎหมายของไทยในยุคปฏิรูปกฎหมายนั้น ได้มีการยกร่างเป็นภาษาอังกฤษก่อน แล้วจึงแปลเป็นภาษาไทยภายหลัง การชำระสะสางกฎหมาย และการจัดทำประมวลกฎหมายนั้น เป็นผลงานของคณะกรรมการ ซึ่งคณะกรรมการก็ได้ประกอบไปด้วยบุคคลต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่<sup>28</sup>

#### วิธีที่ 2 การตีความตามเจตนารมณ์ หรือการตีความตามตรรกวิทยา

การตีความตามเจตนารมณ์ สิ่งที่ถูกตีความคือเจตนารมณ์ซึ่งอยู่เบื้องหลัง ถ้อยคำนิยามหรือตัวอักษรของกฎหมายนั้น ด้วยเหตุต้องอาศัยถ้อยคำในตัวบทกฎหมายเป็นพื้นฐาน ในการตีความ โดยจุดมุ่งหมายคือการทราบความหมายที่แท้จริงของเจตนารมณ์ในบทกฎหมายนั้น ว่าแท้จริงแล้วกฎหมายมีเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์อย่างไร ซึ่งส่วนใหญ่ต้องอาศัยทฤษฎีอำเภोजิต และทฤษฎีอำเภอการณเป็นหลักในการพิจารณา

เหตุผลที่มีหลักการตีความตามเจตนารมณ์ แล้วพยายามเลือกถ้อยคำมาใช้ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ โดยเหตุนี้ทำให้สามารถทราบเจตนารมณ์ของถ้อยคำที่เขียนกฎหมาย ซึ่งการตีความตามเจตนารมณ์ถือว่าสำคัญมากในกระบวนการยุติธรรม เพราะกฎหมายต่าง ๆ มีเจตนารมณ์ไม่เหมือนกัน จึงจำเป็นต้องทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับ และก็จะทำให้ทราบ ความประสงค์ของผู้บัญญัติกฎหมาย เพื่อจะได้ใช้กฎหมายให้สัมฤทธิ์ตามความประสงค์นั้นได้

<sup>26</sup> นัยนา เกิดวิชัย. อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 20. หน้า 131.

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ .มาตรา 1630.

<sup>28</sup> นัยนา เกิดวิชัย. อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 20. หน้า 132-133.

### วิธีหยั่งทราบเจตนารมณ์ของกฎหมาย มีดังนี้<sup>29</sup>

ลำดับแรก พิจารณาจากชื่อกฎหมายก่อน จะทำให้ทราบถึงกฎหมายฉบับนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับอะไร พอจะทำให้ได้แนวทางพอสังเขป เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพียงแค่ชื่อพระราชบัญญัติก็พอจะทำให้ทราบแล้วว่าเจตนารมณ์กฎหมายฉบับนี้บัญญัติมาเพื่อคุ้มครองแรงงาน หรือลูกจ้างผู้ใช้แรงงาน ดังนั้นการตีความกฎหมายฉบับนี้จึงต้องตีความไปแนวทางที่คุ้มครองผู้ใช้แรงงาน

ลำดับที่สอง ศึกษาคำขึ้นต้นของกฎหมายฉบับนั้น ไม่ว่าจะเป็นการประกาศหรือไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติก็ตาม มักจะแสดงเหตุความเป็นมาของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติในกรณีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญนั้น มักกล่าวถึงประวัติความเป็นมาของรัฐธรรมนูญไว้โดยละเอียด เช่น คำประกาศในพระราชบัญญัติฝ่ายชายเมีย ของรัชกาลที่ 4 ที่ว่าที่ออกกฎหมายแก้ไขกฎหมายการที่ผู้มีสิทธิชายเมียได้ มองว่าเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายหญิง เป็นบทบัญญัติที่เห็นฝ่ายหญิงเป็นหวานเห็นฝ่ายชายเป็นคน จึงต้องออกกฎหมายใหม่ ว่าฝ่ายจะชายเมียได้ต่อเมื่อเมียให้ความยินยอม<sup>30</sup>

ลำดับที่สาม ศึกษาจากหมายเหตุท้ายกฎหมาย คือ ข้อความที่อยู่ท้ายกฎหมายขณะลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งมีการแสดงหลักการและเหตุผลไว้ว่าทำไมถึงต้องมีกฎหมายฉบับนี้ขึ้น เช่น ในพระราชบัญญัติให้ใช้บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ระบุหมายเหตุท้ายกฎหมายว่า เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2517) มาตรา 28 วรรค 2 บัญญัติว่าชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน จึงจำเป็นต้องแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือพระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2517<sup>31</sup> มีบันทึกหมายเหตุว่าพระราชบัญญัติควบคุมเช่านา พ.ศ.2493 ไม่เหมาะสม เพราะสภาพของการทำนาที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคตามสมัย มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดไม่เพียงพอ วิธีการกำหนดค่าเช่านาขึ้นสูง ซึ่งกำหนดไว้แน่นอนในกฎหมายนั้นยังไม่เป็นธรรม สมควรกำหนดตามสภาพท้องที่และประเภทของข้าวโพดหรือพืชไร่ที่เพาะปลูก โดยคำนึงถึงค่าใช้จ่ายในการลงทุนของผู้เช่านาด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น จากหมายเหตุดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายของกฎหมายไว้ให้เป็นที่ทราบทั่วไป

<sup>29</sup> นัยนา เกิดวิชัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 133-136.

<sup>30</sup> คำประกาศในพระราชบัญญัติเรื่องฝ่ายชายเมียบิดามารดาชายบุตร

<sup>31</sup> พระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2517.หมายเหตุท้ายกฎหมาย.

ถ้าพิจารณาเหตุผลที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้ยกมาสนับสนุนหรือโต้แย้งกัน  
ในขั้นตอนที่ร่างกฎหมายจะเป็นประโยชน์ยิ่งขึ้นอีก และเมื่อได้พิจารณาจากเหตุผลที่ระบุไว้ชัดเจน  
ว่ากฎหมายนั้นบัญญัติด้วยเจตนารมณ์อย่างไร การตีความกฎหมายนั้นก็ต้องสอดคล้อง  
กับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น เช่นกรณีบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
ที่ได้มีการตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 ต้องการให้สิทธิฝ่ายและฝ่ายหญิงมีความเท่าเทียมกัน  
หากมีข้อสงสัยก็ต้องตีความกฎหมายไปในทางที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงเท่าเทียมกันมากกว่า  
ตีความให้ฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงได้เปรียบ

ลำดับที่สี่ ศึกษากฎหมายทั้งฉบับโดยตลอด หรือพิจารณามาตราต่าง ๆ  
กรณีที่ไม่มีความมุ่งหมายของกฎหมายที่แสดงไว้ชัดเจนในคำขึ้นต้นหรือหมายเหตุท้าย  
กฎหมาย การหยั่งทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นทำได้โดยการที่ศึกษากฎหมายทั้งฉบับนั้นตลอด  
พิจารณาตราต่าง ๆ ประกอบกัน พิจารณากฎหมายอื่นที่คล้ายคลึงกันเป็นการแสวงหาเหตุผลเชิง  
อุปมา เช่น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนี้ เมื่อศึกษาบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ประกอบกัน  
ก็จะทำให้เข้าใจว่ากฎหมายมีเจตนาที่จะคุ้มครองเจ้าหน้าที่ให้ได้รับการชำระหนี้จากลูกหนี้ มากกว่า  
เห็นใจลูกหนี้ หรือให้ลูกหนี้หลุดพ้นการชำระหนี้

ลำดับที่ห้า ศึกษาประวัติ ฐานะ และพฤติการณ์ที่เป็นอยู่ก่อนวันใช้  
กฎหมายบังคับ โดยทั่วไปการบัญญัติกฎหมายก็เพื่อที่จะแก้ไขปัญหาข้อบกพร่อง  
หรือความไม่ยุติธรรมต่าง ๆ การบัญญัติกฎหมาย หรือส่งเสริม หรือจัดให้มีสิ่งต่าง ๆ ที่ยังไม่มีขึ้น  
หรือปรับปรุงสิ่งที่มีแล้วให้ดีขึ้น ถ้าพิจารณาถึงฐานะก่อนที่กฎหมายใช้บังคับแล้วพิจารณากฎหมาย  
นั้นประกอบ ก็จะทำให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ เช่น ในช่วงหลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516  
มีการเดินขบวน และนัดหยุดงานของลูกจ้างจำนวนมาก เพราะความกดดันทางด้านเศรษฐกิจ  
และค่าครองชีพสูงขึ้น สวัสดิการค่าจ้างแรงงานต่ำมาก เมื่อมีโอกาสรวมกลุ่มแสดงความคิดเห็น  
และมีเสรีภาพในการเจรจาต่อรองกับนายจ้าง หลังจากนั้นรัฐบาลได้นัดเจรจาหนักมากต่อมวลชน  
และฝ่ายผู้เห็นใจลูกจ้างแรงงานสนับสนุนอย่างมาก จึงทำให้เกิดการผลักดันพระราชบัญญัติแรงงาน  
สัมพันธ์ขึ้นในปี พ.ศ. 2518 เจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสภาพการจ้าง มีการกำหนดชั่วโมงการทำงาน  
การยื่นข้อเสนอต่อนายจ้างการเจรจาต่อรองทั้งสองฝ่าย การให้สิทธินัดหยุดงาน และเปิดงาน  
จึงมีความจำเป็นที่จะต้องตีความพระราชบัญญัติดังกล่าวไปในทางคุ้มครองลูกจ้างแรงงาน

ลำดับที่หก ถือว่ากฎหมายมีจุดประสงค์ที่จะใช้บังคับ หากมีข้อสงสัย  
สามารถตีความหมายได้สองทาง คือ ทางที่ให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับได้ทางหนึ่ง และอีกทางหนึ่ง  
ทำให้กฎหมายนั้นไร้ผล จะต้องถือว่ากฎหมายนั้นมีความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ที่จะให้กฎหมายนั้น  
มีผลใช้บังคับ เพราะโดยเหตุผลธรรมดาผู้บัญญัติกฎหมายย่อมต้องการให้กฎหมายใช้บังคับได้

ลำดับที่เจ็ด กฎหมายที่บัญญัติเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป หรือที่จำกัด หรือตัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ไม่มีความมุ่งหมายจะให้ขยายความออก ในกรณีที่ผู้ร่าง กฎหมาย จะบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป หรือมีบทบัญญัติที่มีลักษณะ จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องถือว่าผู้ร่างกฎหมายได้พิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว และเห็นว่า มีความมุ่งหมายจะขยายข้อยกเว้นขึ้น หรือมีวัตถุประสงค์ตัดสิทธิเสรีภาพเพิ่มขึ้น ดังนั้นจะต้องถือว่า กฎหมาย ไม่มีความมุ่งหมายให้ตีความขยายออกไปได้

2.5.1.2 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายพิเศษ ในขณะนี้มีเฉพาะกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์พิเศษ มีดังต่อไปนี้<sup>32</sup>

หลักเกณฑ์แรกกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด หมายถึง รัฐได้ออกบทบัญญัติที่ระบุว่าการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำเป็นความผิด ก็ต้องตีความเฉพาะ การกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำเท่านั้น จะตีความอย่างอื่นไม่ได้ กฎหมายมุ่งเน้น ให้เป็นความผิด การกระทำหรือการงดเว้นอื่นนอกจากนั้นถือว่าไม่มีความผิด และการตีความ โดยเคร่งครัดจะนำบทกฎหมายใกล้เคียง (Analogy) มาใช้ให้เป็นผลร้ายไม่ได้

ศาสตราจารย์เอส เอกูด์ ได้ให้หลักไว้ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดความผิดหรือบทบัญญัติโทษไว้ จะต้องใช้บังคับตามตัวอักษร จะลงโทษบุคคล เพราะได้กระทำการอันคล้ายคลึงกันกับที่ได้มีกฎหมายบัญญัติไม่ได้” ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ตัวอย่างแรกนายแดงฆ่าตัวเองแต่ไม่ตาย จะถือว่านายแดงมีความผิด ฐานพยายามฆ่าตนเองโดยนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 มาเทียบเคียง ลงโทษนายแดงไม่ได้

ตัวอย่างที่สองนายเหลืองหลอกกว่าจะให้เงินนายแดง หากนายแดง ขูดบ่อน้ำให้แก่ นายเหลือง นายแดงขูดบ่อน้ำเสร็จแต่ นายเหลืองไม่ยอมให้เงินนายแดง เช่นนี้ถือว่า นายเหลืองมีความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ไม่ได้ เพราะสิ่งที่นายเหลือง ได้จากนายแดงไม่ใช่ทรัพย์สิน

ตัวอย่างที่สามนายดำบุกรุกเข้าไปในบ้านของนายแดง โดยย่องเบาเข้าทาง ช่องทางอันมิใช่ทางสำหรับคนไปคนมา นายดำมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 จะถือว่านายดำมีความผิดตาม มาตรา 365 โดยนำ มาตรา 335 (4) มาเทียบเคียงลงโทษนายดำไม่ได้

ตัวอย่างที่สี่การกระทำที่เป็นความผิดตาม มาตรา 217 จะต้องเป็น การวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นเท่านั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าบ้านที่ถูกเพลิงไหม้เป็นบ้านที่จำเลย เป็นเจ้าของร่วมกับนายรุ่งผู้เสียหาย แม้ข้อเท็จจริงฟังว่า จำเลยเป็นผู้วางเพลิง แต่ก็ไม่มี ความผิด

<sup>32</sup> นัยนา เกิดวิชัย, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20, หน้า 136-140.

ตามมาตรา 217 เพราะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 บัญญัติว่าบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญา ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ ดังนั้นเมื่อมาตรา 217 บัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการวางเพลิงเผาทรัพย์สินของผู้อื่นเป็นความผิด โดยไม่มีข้อความว่า “หรือผู้อื่น ไม่ได้เป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย” เป็นความผิด ดังนั้นต้องตีความว่า “ทรัพย์สินของผู้อื่น” จะให้รวมถึงทรัพย์สิน ที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไม่ได้ เพราะการตีความกฎหมายนั้นต้องตีความโดยเคร่งครัดจะขยายความ ออกไปถึงกรณีที่ไม่ได้มีการระบุไว้ในตัวบทกฎหมายโดยชัดแจ้ง เพื่อให้เป็นผลร้ายแก่จำเลย หรือผู้ต้องหาไม่ได้ เพราะเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา

จะนำจารีตประเพณีมาบังคับใช้ให้เป็นผลร้ายกับผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่นำจารีตประเพณี มาบังคับใช้เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำได้ เช่น จารีตประเพณี ยอมให้ครูตีเด็กได้ ตามความเหมาะสมเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ดังนั้น การที่ครูตีเด็กยอมไม่มีความผิด และจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบังคับใช้ให้เป็นผลร้ายกับผู้กระทำความผิดไม่ได้เช่นกัน

ถ้านำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นคุณกับผู้กระทำความผิดสามารถทำได้ เช่น หลักในเรื่องความยินยอม ซึ่งจะถือว่ากฎหมายทั่วไปสามารถนำมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดได้ ในบางกรณีการนำมาใช้เพื่อยกเลิกความผิดให้แก่ผู้กระทำความผิดถือว่าเป็นการนำหลักกฎหมายทั่วไป มาใช้เพื่อเป็นคุณ เพราะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษในทางอาญา

หลักเกณฑ์ที่สอง การจะตีความกฎหมายอาญาในทางขยายความ เพื่อเป็นการลงโทษ หรือเพิ่มโทษให้ผู้กระทำหนักขึ้นไม่ได้ หากเป็นกรณีกฎหมายอาญาห้ามทำร้าย ผู้อื่นจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย หรือจิตใจผู้อื่นนั้น การกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกระทำผิด ที่มีโทษทางอาญา เช่น นายไก่อ่หลงรักนางสาวไข่ม้วนนางสาวไข่ม้วนไม่ยอมรักตอบ นายไก่อ่ตรอมใจ จนพอมและล้มป่วย การกระทำของนางสาวไข่ม้วนจะไม่อาจตีความได้ว่าเป็นการทำร้ายนายไก่อ่ ตามประมวลกฎหมายอาญา จะเอาผิดหรือลงโทษนางสาวไข่ม้วนไม่ได้ เพราะนางสาวไข่ม้วนไม่มีสิทธิ ที่จะเลือกรักใครไม่รักใครก็ได้ การตีความเรื่องการทำร้ายจิตใจออกมาในแนวทางการข่มขู่ ทำให้ตกใจกลัวเสียมากกว่า

หลักเกณฑ์ที่สามหากมีข้อสงสัย ศาลจะต้องตีความให้เป็นผลดีแก่จำเลย ว่าไม่ได้กระทำความผิด กรณีศาลตีความไปทางที่เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิด ถือถ้อยคำของตัวบท เป็นที่สงสัยซึ่งอาจตีความว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่เป็นความผิดก็ได้ หรือจะให้ เป็นผลร้ายหรือไม่ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ ศาลต้องตีความให้เป็นผลดีแก่จำเลย

มีข้อสังเกตที่สำคัญมาก ในกรณีการตีความกฎหมายอาญานั้นห้ามเฉพาะ เทียบเคียง (Analogy) เพื่อเป็นโทษ แต่ไม่ได้ห้ามตีความโดยขยายความ (Extensive interpretation) แม้จะเป็นการขยายความเพื่อเป็นโทษในต่างประเทศ เช่น อิตาลียอมให้มีการตีความดังกล่าวได้

“...สำหรับกฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้นคงห้ามเพียงการเทียบบทกฎหมาย ที่ใกล้เคียง (Analogy) เท่านั้น แต่ไม่ได้ห้ามการตีความกฎหมายโดยขยายความ เพราะเหตุที่ว่ายาก ที่จะกะเกณฑ์คาดการณ์หรือเห็นล่วงหน้าเสียทุกอย่าง ดังนั้น Spirit ของกฎหมาย ในการใช้บทกฎหมายในการบังคับกรณีต่าง ๆ มากมายเช่นนี้ ถ้าหากประสงค์ให้บทบัญญัตินั้นมีผลได้อย่างแท้จริงสมดังที่ผู้ร่างปรารถนาจะให้เป็นอย่างนั้นแล้ว ก็เห็นจะยอมให้มีการตีความ โดยการขยายความได้แม้ในกรณีกฎหมายที่มีโทษทางอาญา... เพราะถ้าจะพิจารณากันให้ลึกลงไป การตีความโดยการขยายความสำหรับกฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้นย่อมสามารถทำได้ เนื่องจาก ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด แต่เป็นการทำให้ความหมาย ที่ขาดไปเนื่องจากไม่สมบูรณ์กลับสมบูรณ์ตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายเท่านั้นเอง ศาลฎีกา ก็เดินตามความคิดนี้โดยมีความตั้งใจหรือด้วยเหตุผลอื่นใดก็ตาม เมื่อได้มีคำพิพากษาฎีกา ที่ 877/2501 ซึ่งวินิจฉัยว่าการลักกระแสรูปไฟฟ้าเป็นการลักทรัพย์ ทั้ง ๆ ที่ถ้าตีความโดยเคร่งครัด ตามความคิดเห็นของนักกฎหมายแล้ว ไม่มีทางที่จะแปลความหมายได้เลยว่ากระแสรูปไฟฟ้าเป็นทรัพย์ เว้นแต่จะยอมรับในหลักการตีความโดยขยายความเช่นในกฎหมายอิตาลีข้างต้น

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย มีความเห็นว่า “ให้หมายความ ว่า ศาลจะต้องดำเนินการตามตัวอักษร การแปลความหมายโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความขยายความ ในบางกรณีได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นแต่เพียงการห้ามมิให้ศาลขยายความตามอำเภอใจเท่านั้น แต่การตีความโดยขยายความ เป็นเพียงการตีความตรงตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายที่ปรากฏ จากตัวบทกฎหมายเองแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะกระทำได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501<sup>33</sup> พิพากษาว่าการลักกระแสรูปไฟฟ้า มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ทั้งนี้ โดยขยายความคำว่าทรัพย์ตาม มาตรา 334 ให้รวมถึงทรัพย์สินด้วย ทั้งนี้ กระแสรูปไฟฟ้าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 99 กรณีนี้ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้บันทึกไว้ ทำยฎีกานี้หน้า 990-991 ดังนี้

“ในประมวลกฎหมายอาญาก็ใช้สองคำนี้ปะปนเหมือนกัน เริ่มด้วยจั่วหน้า ลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ก็รวมความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินอยู่ด้วย ในมาตรา 338 การขู่เอา ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน เรียกว่าความผิดฐานริดเอาทรัพย์ มาตรา 352 วรรคสอง ทรัพย์ตกมาอยู่ในความครอบครองผู้ยกยอกเป็นทรัพย์สินหายๆ เป็นต้น เมื่อพิจารณาคำว่า ทรัพย์ หรือทรัพย์สินนั้น ไม่ได้แยกใช้ต่างกันโดยเคร่งครัดเสมอไป นอกจากนี้การลักทรัพย์ หมายถึง การลักทรัพย์ ที่เคลื่อนที่ได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียกว่า สงหาริมทรัพย์

<sup>33</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501.

ซึ่งคำว่าสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายความว่าแรงแห่งธรรมชาติ เช่น ไฟฟ้าด้วยนั่นเองแม้จะถือว่าแรงไฟฟ้าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่ก็มีราคา ถือเอาได้ และนำไปเสียเจ้าของได้ ทั้งสามารถวัดปริมาณที่เอาไปได้ด้วย ดังนั้นไม่มีเหตุอะไรที่จะเอาแรงไฟฟ้าของบุคคลอื่น ไปโดยเจตนาทุจริตแล้วไม่ผิดฐานลักทรัพย์เหมือนเอาทรัพย์อื่น ๆ ของเขาไป...

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นอีกทางหนึ่งว่า คำพิพากษาฎีกานี้ขัดต่อหลัก มาตรา 2 เพราะเป็นการนำบทกฎหมายใกล้เคียง (Analogy) มาใช้บังคับลงโทษแก่ผู้กระทำ ซึ่งไม่ควรมีความผิดเพราะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิด กล่าวคือ จะเห็นว่ากรณีดังกล่าว มิใช่การตีความโดยการขยายความแต่เป็นการเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงทีเดียว

### 2.5.2 หลักการตีความในกฎหมายจารีตประเพณี

ถ้ากล่าวโดยเคร่งครัด กฎหมายจารีตประเพณีย่อมไม่มีการตีความ เพราะข้อความของกฎหมายจารีตประเพณีไม่แน่นอน กฎหมายจารีตประเพณีจึงเป็นเรื่องที่ต้องค้นคว้าข้อความของกฎหมายจารีตประเพณีว่ามีอย่างไรเท่านั้น แต่ในทฤษฎีอรรถปริวรรตศาสตร์โดยทั่วไป อาจถือได้ว่า เป็นการค้นหาข้อความของกฎหมายจารีตประเพณีว่ามีอย่างไรเป็นการหาความหมาย จึงกล่าวได้ว่าเป็นการตีความอย่างอย่างหนึ่งเช่นเดียวกัน

ดังนั้นกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีลายลักษณ์อักษร และเข้ากับหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายพิเศษ ที่ไม่เหมือนการตีความกฎหมายทั่วไป โดยจะต้องตีความตามตัวบท โดยเคร่งครัด จะนำบทกฎหมายใกล้เคียงมาตีความเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดไม่ได้ เช่นเดียวกัน จะนำจารีตประเพณีมาตีความกฎหมายไม่ได้เช่นกัน โดยในการขยายความ ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ก็ได้กล่าวว่า การที่กฎหมายอาญาห้ามมิให้ขยายความเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดนั้น เพียงแต่ห้ามเพื่อไม่ให้ศาลใช้อำนาจตีความตามอำเภอใจ หากแต่จะตีความขยายเพื่อให้ตรงตามความมุ่งหมายของกฎหมาย ก็ถือว่าชอบที่จะกระทำได้ ซึ่งกฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองผู้กระทำผิด โดยหากมีข้อสงสัยในกฎหมายจะต้องตีความเป็นผลดี แก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น

## 2.6 ผู้ตีความกฎหมาย

หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าผู้ใดจะใช้กฎหมาย ผู้นั้นต้องตีความกฎหมาย ดังนั้นผู้ตีความกฎหมาย แต่ละบุคคลก็ตีความแตกต่างกัน จึงจะต้องแยกพิจารณาดังนี้

**2.6.1 “ประชาชนทั่วไป”** เป็นผู้ใช้กฎหมายย่อมจะต้องตีความกฎหมายเพื่อประโยชน์แก่ตนเอง จะทำให้นิติกรรมหรือสัญญาระหว่างกันถูกต้อง หรือทำให้รู้ว่าตนมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันอย่างไร ในกรณีนี้ประชาชนอาจปรึกษาทนายความก็ได้

**2.6.2 “นักนิติศาสตร์ (Jusist)”** ไม่ใช่เป็นผู้ใช้กฎหมายแก่ข้อเท็จจริงเหมือนผู้ใช้กฎหมายอื่น นักนิติศาสตร์เป็นผู้ตีความกฎหมาย เพราะเหตุที่ว่าเป็นผู้รอบรู้กฎหมาย เขียนอธิบายบทบัญญัติของกฎหมาย พร้อมทั้งให้ความเห็นและตีความบทกฎหมายในบางเรื่องว่าควรเป็นอย่างไร จึงจะถูกต้องและยุติธรรมที่สุด ความเห็นของนักนิติศาสตร์จะเป็นประโยชน์ในการให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายแก่บุคคลทั่วไปอย่างมาก เพราะนอกจากจะวางหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องในการปฏิบัติยังเป็นแนวทางให้ศาลนำเอาไปใช้วินิจฉัยคดีแล้ว และช่วยทำให้แนวคิดในการที่จะบัญญัติกฎหมายให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

**2.6.3 “เจ้าพนักงาน”** เมื่อกฎหมายบัญญัติว่าการวินิจฉัยของเจ้าพนักงานให้เป็นที่สุดเมื่อเจ้าพนักงานนั้นตีความและไม่มีทางอุทธรณ์ต่อไปได้ การตีความของเจ้าพนักงานย่อมถือว่าเด็ดขาด แต่ถ้ากฎหมายยอมให้มีการอุทธรณ์ก็ต้องอุทธรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อน เพื่อให้วินิจฉัยตีความให้เด็ดขาดแล้ว จะใช้สิทธิทางศาลได้ถ้าการตีความของเจ้าพนักงานไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนนั้นสามารถฟ้องต่อศาลได้ กรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติการวินิจฉัยอุทธรณ์ไว้ การตีความของเจ้าพนักงานก็จะเหมือนการตีความของนักกฎหมายคนอื่น ๆ กล่าวคือไม่มีผลเด็ดขาด ถ้าผลการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการตีความนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนรู้สึกว่าจะถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพก็สามารถนำความไปฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลตามกฎหมายได้

**2.6.4 “ศาล”** หากคำพิพากษาถึงที่สุด การตีความของศาลก็ย่อมเด็ดขาดเฉพาะคดีนั้น แต่ถ้าศาลที่ตีความนั้นเป็นศาลสูง เช่นศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา ศาลล่างมักจะตีความกฎหมายตามศาลสูง เพราะเกรงว่าอย่างไรก็จะถูกกลับคำพิพากษาโดยศาลที่สูงกว่า แต่เมื่อคดีนั้นมีการอุทธรณ์ หรือฎีกาต่อไปยังศาลสูง แต่ไม่มีบทกฎหมายใดบังคับให้ศาลล่างต้องทำเช่นนั้น การตีความของศาลล่างนั้นคู่ความทั้งโจทก์และจำเลยสามารถที่จะอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปได้ แต่การตีความของศาลฎีกาเป็นเด็ดขาดหรือสิ้นสุดยังศาลอุทธรณ์ หากเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดห้ามฎีกาต่อศาลฎีกา และเป็นการสิ้นสุดหนทางที่จะแก้ไข คดีสิ้นสุดศาลใดก็ถือว่าเด็ดขาดเช่นกัน อย่างไรก็ตามคำพิพากษาฎีกาในคดีก่อนอาจจะทำให้เป็นการโน้มน้าวให้ผู้พิพากษาคนอื่น ๆ คล้อยตามแต่ไม่เคร่งครัดว่าผู้พิพากษาคนอื่น ๆ จะต้องตัดสินใจยึดถือตาม ซึ่งต่างกับระบบจารีตประเพณี คำพิพากษาของศาลคดีก่อนๆ มักจะมีผลผูกพันศาลอื่น ไม่ว่าจะเป็นศาลระดับล่างหรือระดับเดียวกัน หากเป็นคดีเป็นประเภทเดียวกัน ข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน ก็ต้องยึดถือแนวคำพิพากษาของคดีที่มีมาก่อนเป็นหลัก (Stare decisis or precedent) มีข้อจำกัดอำนาจของศาลในการตีความอยู่ คือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรพุทธศักราช 2560 มาตรา 194 ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตีความกฎหมายพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง แต่ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่าบทกฎหมายใดแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลต้องรอ

การพิจารณาไว้ แล้วส่งมาให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด กรณีที่คดีอยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

ดังนั้นผู้ที่ตีความกฎหมายไม่ว่าจะเป็นบุคคลใดหรืออยู่ในฐานะใด ก็จะตีความกฎหมายแตกต่างกันไปตามฐานะที่ตนเองเป็น ไม่ว่าจะเป็น ประชาชน นักนิติศาสตร์ เจ้าหน้าที่งาน หรือศาล ทำให้เห็นว่า การใช้บัญญัติคำในกฎหมายหรือการบัญญัติความหมายของคำนิยาม มีความสำคัญอย่างมาก เพราะจะส่งผลถึงการที่ตีความกฎหมาย และเมื่อนำกฎหมายนั้นมาบังคับใช้

## 2.7 การจัดประเภทความผิดอาญาแผ่นดินกับความผิดอันยอมความได้

กฎหมายอาญาจัดเป็นกฎหมายมหาชนเป็นเรื่องการกำหนดความผิดและโทษ มีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน การกระทำบางอย่างทำให้เอกชนเสียหายอย่างโดยตรง หรือการกระทำบางอย่างกระทบต่อส่วนรวมถึงขนาดที่รัฐจะต้องเข้ามามีส่วนในการป้องกันและปราบปราม โดยไม่ต้องมีบุคคลใดเข้ามาร้องทุกข์หรือกล่าวโทษ เรียกความผิดประเภทนี้ว่าความผิดอาญาแผ่นดิน และความผิดอีกประเภทหนึ่งต้องมีเงื่อนไขในการที่จะต้องดำเนินคดีโดยผู้เสียหาย โดยเรียกความผิดนี้ว่าความผิดอันยอมความได้

### 2.7.1 ความหมายของความผิดอาญาแผ่นดินกับความผิดอันยอมความได้<sup>34</sup>

การที่จะเป็นความผิดอันยอมความได้ จะต้องมีความหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ หากการกระทำผิดใดที่ผิดที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะว่าสามารถยอมความกันได้ ก็จะถือว่าเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน การที่จะเป็นความผิดอันยอมความได้มีลักษณะสามประการ คือ ประการแรกเป็นความผิดที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมน้อย ประการที่สองเป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องส่วนตัวอย่างมากที่จะต้องคำนึงเจตนาของผู้เสียหายเป็นหลัก และประการที่สามเป็นความผิดที่กฎหมายมีเจตนารมณ์จะคุ้มครองผู้เสียหายที่แท้จริง

### 2.7.2 แนวคิดในการจัดประเภทความผิดอาญาแผ่นดินกับความผิดอันยอมความได้

#### 2.7.2.1 พิจารณาตามหลักการดำเนินคดีอาญา

หลักการดำเนินคดีอาญาได้มีการพัฒนาตามการเปลี่ยนแปลงทางสังคม ในอดีตมีการลงโทษเป็นการแก้แค้นทดแทน ซึ่งเป็นสิทธิผู้เสียหายที่ถือว่าทดแทนต่อผู้กระทำผิดกฎหมาย ต่อมาได้มีการเห็นว่า การกระทำผิดอาญาส่งผลกระทบต่อประชาชนส่วนรวม จึงมีหลักการดำเนินคดีโดยประชาชนขึ้นมา และสุดท้ายก็เป็นรัฐที่เข้ามาเป็นผู้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

<sup>34</sup> คณิต ฌ นคร. (2551). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 140.

หลักการแรกเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย (Private Prosecution)

เป็นหลักในการดำเนินคดีโดยผู้เสียหาย มีมาแต่สมัยโบราณ ไม่ว่าจะเป็นวัฒนธรรมทางเอเชีย ยุโรป แอฟริกา รวมถึงประเทศไทย ถือกันว่าเป็นการควบคุมอาชญากรรมเกี่ยวข้องกับเอกชนผู้ถูกระบุร้าย<sup>35</sup> เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการลงโทษในอดีต เน้นกระทำเพื่อแก้แค้นทดแทนมีความอาฆาตพยาบาทกันเป็นส่วนตัว ซึ่งเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใด ไม่ว่าจะเป็นชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ก็เป็นหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความเสียหายที่จะต้องพยายามหาพยานหลักฐานมาฟ้องศาลเอง<sup>36</sup>

ดังนั้น การกำหนดสิทธิของผู้กระทำความผิดถูกกำหนดโดยรวม ๆ ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างสิทธิในการฟ้องคดีอาญากับสิทธิในการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ทำให้การดำเนินคดีอาญาต้องคำนึงถึงแต่เฉพาะส่วนได้เสียของบุคคลเป็นหลัก โดยไม่มีส่วนได้เสียของสังคมเข้าไปเกี่ยวข้อง และกฎหมายอาจจะบัญญัติให้อำนาจเฉพาะผู้เสียหายหรือเครือญาติของผู้เสียหายเท่านั้นที่มีอำนาจในการฟ้องร้องคดี ทำให้บุคคลอื่นไม่มีสิทธิฟ้องร้องแต่อย่างใด<sup>37</sup>

หลักการที่สองเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน (Popular Prosecution)

ในยุคที่สังคมมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงขึ้น ความคิดและผลกระทบจากการกระทำผิดอาญาเปลี่ยนแปลงไปเช่นกัน การกระทำผิดในยุคนี้อาจจะไม่เพียงพอต่อความเสียหายกับบุคคลที่ได้รับผลร้ายโดยตรง แต่ยังส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยอันดีของประชาชนส่วนร่วม ปรากฏชัดเจนในกฎหมายโรมัน ได้มีการแยกการกระทำความผิดส่วนตัวกับการกระทำผิดอาญาแผ่นดิน ทำให้การฟ้องคดีอาญา โดยประชาชนจะเป็นกรณีที่เป็นความผิดส่วนตัว อำนาจฟ้องร้องยังคงอยู่กับผู้เสียหาย แต่สำหรับกรณีเกี่ยวกับความผิดอาญาแผ่นดินจะเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยก่อความเสียหายต่อประชาชนส่วนร่วม ซึ่งประชาชนทุกคนสามารถฟ้องร้องเพื่อจะให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษได้ โดยไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นผู้ได้รับผลร้ายโดยตรงจากการกระทำผิดนั้น<sup>38</sup>

<sup>35</sup> อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2524). *ผู้เสียหายในคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 5.

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

<sup>37</sup> อุคม รัฐอมฤต. (2535). การฟ้องคดีอาญา. *วารสารนิติศาสตร์*, 22(2). หน้า 243.

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 243.

หลักการที่สามเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (Public Prosecution)

เป็นหลักที่เกิดขึ้นใหม่ กล่าวคือ เป็นการดำเนินคดีอาญาโดยอัยการซึ่งมีแนวความคิดในทางอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) การกระทำใดที่มีผลกระทบต่อประชาชนส่วนรวม รัฐซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยจึงต้องเข้าไปดำเนินการป้องกันการกระทำนั้น ซึ่งแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายที่ผู้ซึ่งดำเนินคดีเป็นสิทธิของผู้เสียหายเท่านั้น โดยแนวความคิดทางปัจเจกชนนิยม (Individualism) เป็นการให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวมาก การดำเนินคดีอาญาโดยรัฐไม่ได้หมายความว่ารัฐจะผูกขาดอำนาจการดำเนินคดีอาญาไว้ผู้เดียว ประเทศที่ถือหลักนี้เคร่งครัดก็มีการผ่อนคลายเป็นให้ประชาชนสามารถฟ้องคดีเองได้ เช่น ประเทศเยอรมัน แต่มีการกำหนดประเภทและฐานความผิดบางอย่างที่สามารถฟ้องได้<sup>39</sup>

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐมีแหล่งที่มาจากประเทศแถบยุโรป มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนส่วนใหญ่ ยึดประโยชน์สาธารณะเป็นหลักจะมีหน่วยงานของรัฐ ที่เรียกว่า พนักงานอัยการ มีสถานภาพเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ มีหน้าที่ 3 ประการ คือ การอำนวยความยุติธรรมในทางอาญา รักษาผลประโยชน์ของรัฐ การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ<sup>40</sup>

การดำเนินคดีอาญาโดยพนักงานของรัฐถือเป็นหน้าที่โดยตรง ซึ่งมีปัญหาให้พิจารณา อยู่ 2 ประเด็น คือ<sup>41</sup> การใช้อำนาจสอบสวนของเจ้าพนักงานของรัฐ สมควรกระทำในทุกคดีที่มีพยานหลักฐานเพียงพอว่ากระทำความผิดหรือไม่ หากเจ้าพนักงานรัฐรวบรวมพยานหลักฐานได้เพียงพอจะฟ้องศาล สมควรที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีทุกคดีหรือไม่

สำหรับปัญหาข้างต้น ขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานของรัฐอยู่กับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าแต่ละประเทศ ยึดหลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย (Legality Principle) หรือ หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle) ดังจะกล่าวต่อไป<sup>42</sup>

หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality Principle)

เป็นหลักที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนฟ้องร้องในทุกคดี ไม่ว่าจะกระทำความผิดอาญานั้นจะมีผู้เสียหายมาร้องทุกข์

<sup>39</sup> คณิต ฒ นคร. (2540). *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร*. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร. หน้า 31-32.

<sup>40</sup> กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. (2541). “อัยการกับกระบวนการยุติธรรม”. *วารสารกฎหมาย*, 17(1). หน้า 149.

<sup>41</sup> ณรงค์ ใจหาญ. (2552). *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 33.

<sup>42</sup> คณิต ฒ นคร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 312.

กล่าวโทษหรือไม่ก็ตาม เมื่อดำเนินคดีจนถึงที่สุดโดยไม่สามารถถอนฟ้องได้ ก็จะต้องดำเนินคดีอาญาไปโดยไม่อาจใช้ดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติได้<sup>43</sup>

หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle)

เป็นหลักที่คลายความเคร่งครัดของกฎหมายอาญา ตามสังคมนิยมสภาพเปลี่ยนแปลงไป ส่งผลไปถึงแนวคิดเรื่องการลงโทษเปลี่ยนแปลงไปด้วยจากเดิมใช้ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory) ปัจจุบันการลงโทษมีจุดมุ่งหมาย 2 กรณี คือ กรณีแรก เพื่อป้องกันทั่วไป (General prevention) คือ เพื่อให้ผู้กระทำผิดเห็นว่าบุคคลใดใดที่กระทำความผิดจะต้องได้รับโทษ พร้อมกับเป็นการเตือนบุคคลอื่นว่า หากคิดที่จะกระทำความผิดก็จะต้องได้รับโทษเช่นกัน กรณีที่สอง เพื่อป้องกันพิเศษ (Special prevention) คือ การลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำผิดและเหมาะสมกับการกระทำผิดเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดได้รับการแก้ไขปรับปรุงไม่ให้กระทำความผิดซ้ำอีก และมีโอกาสที่จะให้ผู้กระทำผิดกลับเข้าสู่สังคมได้ จากเหตุผลนี้ทำให้กฎหมายบัญญัติให้เจ้าพนักงานใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินการสอบสวนหรือยุติการสอบสวนได้ และหากทำการสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานเห็นพอฟ้องร้องได้ แต่เจ้าพนักงานอาจไม่ฟ้องผู้ต้องหาแล้วแต่เหตุผลในแต่ละคดี

จะเห็นว่าหลักแต่ละประเภทล้วนมีข้อดีและข้อเสียในตัวเอง หากกล่าวถึงหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย ข้อดีคือ เป็นหลักประกันความเสมอภาค ซึ่งเจ้าพนักงานจะไม่สามารถใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ และเป็นเกราะคุ้มกันเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจฟ้อง จะไม่ถูกใช้อำนาจบังคับให้ไม่ฟ้องร้องคดีที่มีมูล ป้องกันอิทธิพลทางการเมืองหรือโดยไม่ชอบทางอื่นที่สามารถบังคับเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติตามหน้าที่ได้ ส่วนข้อเสีย คือ เกิดความแข็งกระด้างในการบังคับใช้กฎหมาย และแนวความคิดค่อนข้างที่จะเป็นการแก้แค้นทดแทนต่อผู้กระทำผิด โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำผิดควรจะได้รับโทษทางอาญาหรือไม่<sup>44</sup>

ข้อดีของหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ คือ เจ้าพนักงานสามารถใช้ดุลพินิจยืดหยุ่นได้ เพื่อปรับให้เข้ากับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และลดความแข็งกระด้างของกฎหมายที่มีความเคร่งครัดลงได้ แต่ถึงอย่างไรก็มีข้อเสีย คือ การใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานหากไม่มามาตรการควบคุมดูแลให้ดี จะเกิดการเลือกปฏิบัติและทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายในสังคม<sup>45</sup>

<sup>43</sup> ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา. (2534). อัยการกับการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดี : ข้อเสนอสำหรับประเทศไทย *บทบัญญัติ*, 47(4). หน้า 113.

<sup>44</sup> นัยนา เกิดวิชัย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 32-33.

<sup>45</sup> อรรถพล ไหญ่สว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 35. หน้า 34.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในประเทศไทยใช้หลักในการดำเนินคดีโดยรัฐ แต่กฎหมายกลับให้สิทธิประชาชนที่เป็นผู้เสียหายที่จะสามารถฟ้องคดีอาญาได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งเห็นได้จากมาตรา 28 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากรณีเช่นนี้เห็นว่าแตกต่างกับกรณีของต่างประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้เสียหายเองจะไม่มีอำนาจที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้โดยตรง<sup>46</sup>

ประเทศต่าง ๆ ที่มีการยอมรับหลักการดำเนินคดีอาญาทั้งสองหลักนี้แตกต่างกัน แต่สามารถแยกได้ 3 ประเภท คือประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายอย่างเดียว เช่น ออสเตรเลีย อิตาลี และสเปน เป็นต้น ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ เช่น ญี่ปุ่น เวียดนาม สาธารณรัฐฝรั่งเศส เดนมาร์ก และฮอลแลนด์ เป็นต้น ส่วนประเทศที่ใช้ทั้งสองหลัก เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและไทย เป็นต้น

ในส่วนที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้หลักทั้งสองหลักประกอบกัน การใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย เนื่องจากการดำเนินการสอบสวนซึ่งกระทำโดยพนักงานสอบสวนนั้นกฎหมายมิได้บัญญัติว่าพนักงานสอบสวนจะใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินการสอบสวนในคดีที่เป็นความผิดอาญาได้หรือไม่ แต่เมื่อพิจารณามาตรา 122 ที่บัญญัติเปิดโอกาสให้พนักงานสอบสวนสามารถใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินการสอบสวนได้ จึงอาจแปลความหมายได้ว่ากรณีที่นอกเหนือจากที่ระบุไว้ พนักงานสอบสวนก็ต้องดำเนินการสอบสวน ดังนั้น จะเห็นว่าดำเนินคดีเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัตินั้น มีคดีอยู่ไม่น้อยที่ไม่ดำเนินการสอบสวนแม้ว่าจะมีการแจ้งความให้ดำเนินคดี

ส่วนกรณีที่เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ เนื่องจากการดำเนินคดีของเจ้าพนักงานอัยการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานอัยการมีหน้าที่ในการสั่งคดีหรือฟ้องร้อง คือ มาตรา 141 มาตรา 143 และมาตรา 144 ได้ให้อำนาจพนักงานอัยการใช้ดุลพินิจฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีอาญานอกจากนี้ในมาตรา 145 และ มาตรา 35 ยังเปิดโอกาสให้พนักงานอัยการถอนฟ้องคดีอาญาได้ แสดงว่า กฎหมายอนุญาตให้ใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาได้ ดังนั้นการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานอัยการ เป็นการใช้อำนาจโดยอาศัยหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ

ฉะนั้น การกระทำผิดอาญาก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลและผู้เสียหายได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้นโดยตรง น่าจะเป็นการบัญญัติกฎหมายให้เป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือยอมความได้ เพราะการดำเนินคดียอมไม่ก่อประโยชน์ให้กับสังคมส่วนรวม เนื่องจากความผิดดังกล่าวมีเพียงผู้กระทำผิดกับผู้เสียหายเท่านั้นที่รู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดนั้น

<sup>46</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2477. มาตรา 28.

ถ้าหากมีการดำเนินคดีก็จำเป็นที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริง ซึ่งอาจทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายมากขึ้น เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น ส่วนหากเป็นความผิดที่มีความเสียหายต่อส่วนรวม ผู้เสียหายไม่ได้มีผลกระทบเจาะจง จึงไม่อาจให้การกระทำผิดนั้นสามารถขอมความกันได้ เช่นนี้แล้วจึงบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือความผิดอันยอมความไม่ได้

การกระทำผิดส่วนตัวหรือการกระทำผิดอันยอมความได้ หากผู้เสียหายไม่คิดใจเอาผิดกับผู้กระทำความผิด เช่น ไม่ยอมไปร้องทุกข์กล่าวโทษ ตำรวจก็จะไม่สามารถที่จะมีอำนาจสอบสวนได้ หรือหากมีการดำเนินคดี ผู้เสียหายก็สามารถที่จะถอนคำร้องทุกข์ ทำให้สิทธิการดำเนินคดีอาญา จะถูกระงับ แต่หากเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน บุคคลที่เป็นผู้เสียหายไม่เป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีของรัฐ แม้ผู้เสียหายจะไม่เอาผิดกับผู้กระทำความผิดก็ตาม รัฐก็มีอำนาจที่จะสอบสวนฟ้องร้องคดีและพิจารณาพิพากษาได้ตามกฎหมาย เงื่อนไขในการดำเนินคดีอาญาจึงต้องพิจารณาส่วนได้เสียกับผลกระทบการกระทำผิด ด้วยเหตุนี้แม้จะได้จัดให้มีองค์กรเฉพาะของรัฐในการฟ้องคดีอาญาเอง ก็ไม่ทำให้คดีอาญาที่ประชาชนฟ้องคดีอาญาหมดความสำคัญลง จึงต้องพิจารณาผลกระทบเป็นหลักกว่าสร้างความเสียหายต่อบุคคลหรือรัฐมากกว่ากัน

ดังนั้น กฎหมายอาญาประเทศไทยถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยภาครัฐเป็นหลักส่วนการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนเป็นหลักรอง<sup>47</sup> เพราะการกระทำความผิดอาญาทุกความผิดกระทบกระเทือนต่อสังคม และได้มีการยอมให้ประชาชนผู้ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องร้องเองได้<sup>48</sup> ส่วนกรณีที่เป็นความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายอาญาไทย จะเห็นว่าผู้เสียหายจะเป็นหลักแม้ว่าจะมอบให้รัฐเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินคดี แต่หากผู้เสียหายมีความประสงค์จะไม่ดำเนินคดีนั้น สามารถที่จะขอมความได้ทุกเมื่อ แม้ชั้นฎีกาผู้เสียหายก็สามารถถอนคำร้องทุกข์ได้<sup>49</sup>

### 2.7.2.2 หลักคุณธรรมในกฎหมาย

การศึกษาความผิดอาญาในฐานต่าง ๆ สมควรที่จะต้องพิจารณาถึงจุดประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่กฎหมายจะคุ้มครอง ซึ่งเป็นเรื่องความคิดในตำราเยอรมันเรียกว่า Rechtsgut หรือ คุณธรรมทางกฎหมาย ตามตำราของ ศ.ดร.คณิต ณ นคร ในการบัญญัติกฎหมาย อาจจะคำนึงถึงคุณธรรมหรือไม่ก็ตาม แต่การบัญญัติก็จะแสดงให้เห็นถึงการนำเอาคุณธรรม

<sup>47</sup> คณิง ภาไชย, (2514). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า69.

<sup>48</sup> คณิต ณ นคร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 34-38. และกุลพล พลวัน. (2526). บทบาทของเจ้าพนักงานอัยการในการเป็นโจทก์. *วารสารอัยการ*, 6(62). หน้า 26.

<sup>49</sup> คำพิพากษาศฎีกาที่ 11/2518.

ทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเข้าไปโดยอัตโนมัติ ซึ่งไม่สิ่งที่สามารถจับต้องได้กล่าวโดยเฉพาะคือ สิ่งที่เป็นประโยชน์ (Interesse หรือ Interest) หรือสิ่งที่เป็น “คุณค่า” (Wert หรือ Value) ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ทุกคน ทำให้สังคมสงบสุข มนุษย์ทุกคนจะต้องเคารพกันและกัน ไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าการอยู่ร่วมกัน หากมีการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าการอยู่ร่วมกัน ก็จะเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมาย คือ ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่มีกฎหมายคุ้มครอง”<sup>50</sup>

เมื่อพิจารณาถึงบทบาทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาก็จะเห็นถึงบทบาทบัญญัติเหล่านั้นที่เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย” เป็นพื้นฐาน ทำให้สามารถรับรู้ถึงเหตุผลในการบัญญัติความผิดอาญฐานต่าง ๆ ได้อย่างละเอียดลึกซึ้งว่า เหตุใดรัฐจึงบัญญัติให้ความผิดฐานหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ความผิดอาญาอีกฐานหนึ่งกลับเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน และการที่กฎหมายได้มีการแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลกับคุณธรรมที่เป็นส่วนรวม ทำให้มีผลต่อการพิจารณาเรื่องผู้เสียหายว่าผู้ใดจะเป็นผู้เสียหายที่ถูกกระทบจากการกระทำผิดนั้น ก็ต้องดูที่ว่าผู้นั้นเป็นเจ้าของคุณธรรมทางกฎหมายนั้นหรือไม่ เช่นนี้ต้องพิจารณาก่อนว่าคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดอาญฐานนั้นๆ คืออะไร และเมื่อได้คำตอบแล้วก็ต้องพิจารณาต่อว่า คุณธรรมทางกฎหมายนั้นเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลหรือเป็นคุณธรรมทางกฎหมายของส่วนรวม<sup>51</sup>

คุณธรรมทางกฎหมาย จึงแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรก คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล

(Individualrechtsgut)

คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล เช่น ชีวิต ความปลอดภัยในร่างกาย เป็นกรรมสิทธิ์ เป็นต้น คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แบ่งย่อยออกเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้ เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย อาจจะหมายรวมถึงบัญญัติการยอมความได้ โดยทั่วไปผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่สำหรับชีวิตมนุษย์แม้จะเป็นเรื่องส่วนตัวแต่ผู้เป็นเจ้าของชีวิตก็ไม่อาจสละความคุ้มครองได้<sup>52</sup>

สำหรับคุณธรรมของความผิดลักษณะต่าง ๆ คุ้มครองเอกชน (Individualrechtsgut) จะต้องพิจารณาต่อไปว่าผลของการกระทำผิดก่อให้เกิดความเสียหาย

<sup>50</sup> คณิต ณ นคร. (2547). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 132.

<sup>51</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) และคณิต ณ นคร. (2521). ผู้เสียหายในคดีอาญา. *วารสารอัยการ*. 1(1). หน้า 49-50.

<sup>52</sup> คณิต ณ นคร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 50. หน้า 133-134.

แก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน ถ้าส่วนรวมได้รับผลกระทบมากกว่า ก็ถือว่าเป็นปัญหาเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่หากผลจากกระทำผิดสร้างความเสียหายต่อเอกชนมากกว่า ความเสียหายต่อสังคมรัฐก็จะต้องให้เป็นสิทธิของผู้เสียหายโดยตรงในการตัดสินใจว่าจะเอาโทษกับผู้กระทำผิดหรือไม่ รัฐมีหน้าที่เพียงคอยช่วยเหลืออำนวยความสะดวกเพื่อให้ความประสงค์ของผู้เสียหายสำเร็จ ซึ่งความผิดดังกล่าวจะถูกแบ่งเป็นความผิดที่สามารถยอมความได้

ในกรณีคุณธรรมทางกฎหมายที่ประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้เสียหายโดยตรง กฎหมายอาญาจะมีการบัญญัติโดยมีความประสงค์แอบแฝงอยู่ในกฎหมาย ดังนั้น บุคคลผู้เสียหาย ซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรง ก็จะทำให้บุคคลนั้นเข้ามามีเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีอาญาแก่เจ้าพนักงานของรัฐสำหรับคดีความผิดที่ยอมความกันได้ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามมาตรา 276 ฐานกระทำผิดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น คุณธรรมทางกฎหมายก็คือ เสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือ แต่ละคนย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการที่จะเลือกความสัมพันธ์ทางเพศของตนเอง<sup>53</sup> หรือกรณีความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ มาตรา 352 ฐานข่มขืน คุณธรรมทางกฎหมายก็คือ กรรมสิทธิ์<sup>54</sup> จึงเปิดโอกาสให้เอกชนซึ่งเป็นผู้เสียหายเข้ามาป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของตนเอง โดยผู้เสียหายมีอิสระที่จะตัดสินใจจะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดหรือไม่ เพราะผู้เสียหายบางคนไม่ต้องการให้ตนเองเสื่อมเสียชื่อเสียง อื้อฉาว ทนนิ่งเฉย เสียดีกว่าการที่จะให้การกระทำผิดนั้นสู่กระบวนการยุติธรรม<sup>55</sup>

ประเภทที่สองคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universal rechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้เงินตรา หรือความมั่งคั่งในเขตดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน เป็นต้น<sup>56</sup> เป็นคุณธรรมที่มุ่งคุ้มครองถึงสังคมส่วนรวม (Universal rechtsgut) ต้องถือว่าสังคมส่วนรวมเสียหายจากการกระทำผิด จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะเข้ามาดำเนินการเพื่อให้ปัญหาหรือข้อพิพาทนั้นได้รับการแก้ไข ดังนั้นการกระทำผิดดังกล่าวจึงเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ เพราะจะขัดกับหลักกฎหมายอาญาที่ตกลงกันไม่ได้ ถ้ารัฐไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมตัดสินใจในการดำเนินคดี (Prozessvoraussetzung)<sup>57</sup> ซึ่งหากผู้เสียหายสามารถยอมความได้ โดยคู่กรณีตกลงกันได้ก็ไม่สามารถทำให้คดีอาญาระงับข้อพิพาทลงตามกฎหมาย

<sup>53</sup> คณิต ฒ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความคิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 415-416.

<sup>54</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2548). *คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 50.

<sup>55</sup> วุฒิสาสตร์ เนติญาณ. (2481). *วิธีพิจารณาความอาญา*. พระนคร: สยามพาณิชย์การ. หน้า 7.

<sup>56</sup> คณิต ฒ นคร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 50. หน้า 135.

<sup>57</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2532). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 51.

ดังนั้น คุณธรรมทางกฎหมายคือพื้นฐานทางความคิดของกฎหมายอาญา ว่าควรบัญญัติกฎหมายว่าอย่างไร ควรที่จะกำหนดความผิดนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ หรือควรที่จะบัญญัติให้ความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ หากพิจารณาเชิงลึกก็จะเห็น วัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าเจตนาจะคุ้มครองอะไร ซึ่งมีทั้งเจตนาเพื่อคุ้มครองประโยชน์ ส่วนบุคคลหรือคุ้มครองประโยชน์สังคมส่วนรวม จึงควรพิจารณาให้ละเอียดว่าการกระทำผิดฐานนั้น กระทบต่อคุณธรรมส่วนตัวหรือคุณธรรมส่วนรวม จะต้องมีการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüterabwegung) การที่ต้องละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งก็เพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ที่เหนือกว่า<sup>58</sup> อาจจะเรียกว่าการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ (Balancing of interest หรือ Guterabwegungsprinzip)<sup>59</sup> ได้ถูกพัฒนาขึ้นโดยศาลสูงสุดแห่งอาณาจักรไรช์ (Reichsgericht) ในปี ค.ศ. 1927 โดยมีหลักว่า เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ผู้กระทำชอบที่รักษาผลประโยชน์ ที่สูงกว่าคือความจำเป็นที่อยู่เหนือกฎหมาย (Extra-statutory necessity)<sup>60</sup> ก่อให้เกิดประโยชน์ หลายประการดังนี้ กล่าวคือ คุณธรรมทางกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งที่เป็นเครื่องช่วยตีความกฎหมายได้ สำหรับการกระทำผิดอาญาฐานต่างๆ และช่วยแบ่งประเภทความผิด ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมาย ทั้งส่วนรวม เช่น ความปลอดภัยทางการจราจร เรื่องเงินตรา การรักษาความลับของประเทศ ในทางทหาร เป็นต้น เป็นเครื่องช่วยวินิจฉัยปัญหาในเรื่องผู้เสียหาย ในกฎหมายวิธีพิจารณาความ อาญา และช่วยในการพิจารณาปัญหาที่บุคคลสามารถป้องกันสิทธิของตนได้ในทางคุณธรรมทาง กฎหมายที่เป็นส่วนตัวเท่านั้น และยังช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายอีกด้วย<sup>61</sup>

เหตุนี้ทำให้การพิจารณาการแบ่งแยกประเภทความผิดระหว่างการกระทำ ผิดอันยอมความได้กับการกระทำผิดอาญาแผ่นดิน ได้แก่หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน หรือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ กับหลักคุณธรรม ทางกฎหมายมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาในประเทศไทย โดยทั่วไป จะเป็นความผิดอาญาแผ่นดินหรือความผิดที่ยอมความไม่ได้ ส่วนหากจะเป็นกรณีความผิดส่วนตัว จะต้องมีการบัญญัติยกเว้นให้ผู้เสียหายนั้นเป็นผู้ที่มีเงื่อนไขในการดำเนินคดีของภาครัฐ โดยผู้เสียหายนั้นมีอำนาจที่จะตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดหรือไม่

<sup>58</sup> คณิต ฅ นคร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 141-142.

<sup>59</sup> กมลชัย รัตนสกาวงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 57. หน้า 5.

<sup>60</sup> ชัชวิน ระงับภัย. (2534). *ความรับผิดชอบทางอาญาของแพทย์กรณีการทดลองต่อมนุษย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 45-47.

<sup>61</sup> คณิต ฅ นคร. (2523). คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา. *วารสารอัยการ*, 3(25). หน้า 59-61.

ดังนั้น การที่จะพิจารณาเงื่อนไขการให้อำนาจดำเนินคดีจึงต้องพิจารณาจากการกระทำผิดเป็นสำคัญ ว่าการกระทำผิดนั้นได้สร้างผลกระทบต่อรัฐหรือต่อผู้เสียหายมากกว่ากัน มีบางครั้งที่ผู้เสียหายสละคุณธรรมทางกฎหมายเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำผิดตามกฎหมายอาญา ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด หรือ เพื่อให้การกระทำผิดได้รับยกเว้นโทษ แต่การที่ผู้เสียหายสละคุณธรรม ทางกฎหมายอาจเป็นความผิดอาญาและไม่ได้รับยกเว้นโทษ<sup>62</sup> หากสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นไม่ได้คุ้มครองเพียงแต่ผู้เสียหายอย่างเดียวเท่านั้น แต่กฎหมายยังมุ่งคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมด้วยการที่ผู้เสียหายสละคุณธรรมทางกฎหมายยอมส่งผลกระทบต่อคนส่วนรวมด้วย ผู้เสียหายจะไม่สามารถใช้สิทธิเป็นเงื่อนไขที่สามารถให้อำนาจในการดำเนินคดีหรือไม่ดำเนินคดีได้

## 2.8 แนวความคิดการแบ่งประเภทการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทร์หอม ได้กล่าวไว้น่าสนใจและชัดเจน คือ “...แรงปรารถนาทางเพศเป็นความต้องการตามธรรมชาติของมนุษย์เพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์ คนแต่ละคนมีวิธีบำบัดแรงปรารถนานั้นแตกต่างกันออกไป บางคนก็ใช้วิธีอดกลั้นหรือเก็บกด แต่บางคนก็แสดงออกในรูปแบบที่แตกต่างกัน” อย่างไรก็ตามแรงปรารถนาทางเพศก็ไม่ใช่ว่าแรงจูงใจเพียงอย่างเดียวที่จะก่อให้เกิดความผิดเกี่ยวกับเพศ จริงๆแล้วยังมีปัจจัยอื่นที่ทำให้เกิดความผิดเกี่ยวกับเพศ อาทิเช่น อำนาจ การครอบงำ การควบคุม และความโกรธ เป็นต้น ซึ่งการแสดงออกเพื่อบำบัดความปรารถนาทางเพศพอจะสามารถแยกประเภทได้ดังนี้

### 2.8.1 กลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง

การบำบัดความต้องการทางเพศกลุ่มนี้ ไม่เกี่ยวข้องกับผู้อื่นโดยตรง อาจจะเป็นการกระทำต่อตนเอง ได้แก่ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือการเสพสื่อลามกอนาจาร ทั้งที่เป็นเรื่องราวภาพ หรือเสียง หรือแม้แต่ไปกระทำต่อสิ่งอื่น เช่น กระทำชำเราสัตว์ (bestiality) หรือกระทำชำเราศพ

### 2.8.2 กลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง

การบำบัดความต้องการทางเพศที่มีความรุนแรงกว่าประเภทแรก เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น โดยมีหลักสากลถ้าหากบุคคลใดจะประกอบกิจกรรมทางเพศกับบุคคลใด จะต้องมีได้รับความยินยอมหรือความสมัครใจจากบุคคลที่ถูกกระทำเสียก่อน หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้กระทำแล้ว การกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการใช้ความรุนแรงทางเพศ

<sup>62</sup> อักขราทร จุฬารัตน. (2520). ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา. *วารสารนิติศาสตร์*, 9(1). หน้า 62.

หรือประทุษร้ายในทางเพศ โดยผู้ที่สามารถจะยินยอมได้ก็จะต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ว่าสามารถให้ความยินยอมได้ด้วย ซึ่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ อาจแยกออกเป็น 2 ประเภทย่อย ได้แก่

#### 2.8.2.1 กลุ่มไม่มีการสัมผัสกับบุคคลอื่น (non-contact)

การกระทำตามประเภทนี้ เริ่มต้นตั้งแต่การแสดงออกอันไม่สมควร หรือลามก “การคุกคามทางเพศที่กระทำโดยกริยาท่าทางหรือด้วยวาจา” (sexual harassment) ทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ (sexual humiliation) การถ่มมอง (voyeurism) ทั้งที่เป็นการแอบดูด้วยตาหรืออัดภาพหรือเสียงไว้ (video voyeurism) การเฝ้าติดตาม (stalking) และที่ร้ายแรงเป็นพิเศษคือการบังคับให้ผู้อื่นเปิดของสงวน หรือ ประกอบกิจกรรมทางเพศทั้งต่อตัวเอง หรือ บุคคลที่สามให้ดูหรือถ่ายเก็บไว้

#### 2.8.2.2 กลุ่มมีการสัมผัสเนื้อตัวกับบุคคลอื่น

การสัมผัสผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการทำลายเสรีภาพทางเพศ (sexual autonomy) ของบุคคลชั้นร้ายแรง และถือว่าเป็นการประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) โดยแท้จริง จำแนกออกเป็น 2 ระดับ

##### ระดับแรกการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย (Contact)

การสัมผัสไม่ว่าจะเป็นส่วนใดของร่างกายก็ตาม ไม่ว่าจะด้วยส่วนนั้น จะไวต่อความรู้สึกทางเพศหรือไม่ก็ตาม เช่น จับแขน จูบปาก เคลื่อนนม ลูบเขา ลูบขา จับอวัยวะเพศ ถ้าเป็นการกระทำเพื่อสนองความต้องการทางเพศจะถือว่าเป็นการประทุษร้ายทางเพศ

##### ระดับที่สองการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย (penetration)

การล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นการประทุษร้ายทางเพศที่รุนแรงที่สุด แนวความคิดดั้งเดิมให้ความหมายเฉพาะการที่ใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง เท่านั้น ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงความหมายให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น การที่ใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ หรือการใช้สิ่งอื่นล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนัก ของผู้ถูกกระทำ ก็ถือว่าเป็นการล่วงล้ำทั้งสิ้น โดยไม่มีการจำกัดว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะต้องเป็นเพศใด<sup>63</sup>

<sup>63</sup> คณพล จันทร์หอม. (2561). *คำอธิบายกฎหมายอาญาอาทความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 553-556.

## 2.9 ความเป็นมาของการศึกษาวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

การสอนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายในประเทศไทยได้มีขึ้นตั้งแต่เมื่อตั้งโรงเรียนกฎหมายแล้ว โดยในครั้งนั้นเรียกชื่อวิชาว่า “พงศาวดารกฎหมาย” แล้วเปลี่ยนเป็น “ตำนานกฎหมาย” ในเวลาต่อมา ครั้นเมื่อมีการยกฐานะโรงเรียนกฎหมายเป็นมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง ก็ได้กำหนดวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายเป็นวิชาหนึ่งในหลักสูตร และได้มีการสอนวิชาดังกล่าวเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน แต่ว่าเมื่อพิจารณาถึงแนวการสอนที่ผ่านมาจะพบว่าการสอนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายแตกต่างกันไปเป็น 2 แนวคิดดังนี้

แนวคิดแรกการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายแบบนิติประวัติศาสตร์ไทยตามแนวทฤษฎีกฎหมายของสำนักประวัติศาสตร์ (Historical School)

ตามแนวทฤษฎีของสำนักประวัติศาสตร์ มีข้อความคิดพื้นฐาน (Fundamental concept) ว่ากฎหมายเกิดจากจิตวิญญาณประชาชาติ (Volksgeist) และถือว่ามีรูปลักษณะวิวัฒนาการไปตามประวัติศาสตร์ และปรากฏออกมาในรูปของจารีตประเพณี วัฒนธรรมและวิวัฒนาการต่อมาอีกชั้นหนึ่งในรูปที่เป็นกฎหมายของแต่ละชนชาติ<sup>64</sup>

แนวคิดในทฤษฎีกฎหมายดังกล่าว ได้มีการสอนในประเทศเมื่อมีการตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง และกำหนดให้มีการสอนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายขึ้น โดยมอบหมายให้ศาสตราจารย์ ร.แลงกาต์ (Robert Lingat) ซึ่งเป็นชาวฝรั่งเศสเป็นผู้สอน โดยสำหรับแนวการสอนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยนั้น ได้เริ่มต้นด้วยการสอนบทนำทั่วไปก่อน โดยกล่าวถึงความเป็นมาของกฎหมาย และในจุดนี้เองที่เห็นได้ชัดว่าแนวการสอนมีแนวโน้มไปทางทฤษฎีกฎหมายของสำนักประวัติศาสตร์ (Historical School) ตามที่ท่านได้กล่าวไว้ว่า<sup>65</sup> ในสังคมดั้งเดิม กฎหมายยังไม่ได้กระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรคงเป็นเพียงจารีตประเพณี คือยังคงรวมอยู่ในขนบธรรมเนียม ด้วยเหตุนี้การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย จึงไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ยังศึกษาถึงจารีตประเพณี โดยถือว่ากฎหมายเป็นเพียงเงาของจารีตประเพณี และการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยในแบบนี้จะทำให้เรารู้จักระเบียบต่าง ๆ ของชุมชนในอดีต รู้จักความก้าวหน้าในทางขนบธรรมเนียมประเพณีและอารยธรรมของชาติ และความรู้จากประวัติศาสตร์กฎหมายจะสามารถเชื่อมโยง หรือเสริมกฎหมายในปัจจุบันได้เป็นอย่างดี

<sup>64</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. (2539). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 216-217.

<sup>65</sup> ร.แลงกาต์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่มที่ 1*. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์. หน้า 1.

แนวคิดที่สองการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายแบบดำนานตามแนวทฤษฎีกฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ซึ่งเป็นคำมาจากภาษาเยอรมัน หมายถึง ความคิดที่ถือว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง (Positive law) เท่านั้นที่เป็นกฎหมายที่แท้จริงด้วยเหตุนี้จึงถือว่าเฉพาะกฎหมายบ้านเมืองเท่านั้นที่ควรจะเป็นวัตถุ (object) ที่ศึกษาส่วนศีลธรรม ความยุติธรรม หรือที่เรียกว่า กฎหมายธรรมชาตินั้นไม่ใช่กฎหมาย จึงอยู่นอกขอบข่ายการศึกษาของนักนิติศาสตร์โดยสิ้นเชิง<sup>66</sup> แนวคิดดังกล่าวได้มีการสอนในประเทศอังกฤษโดยนักปราชญ์คนสำคัญทางวิชาการนิติศาสตร์ของอังกฤษท่านหนึ่งชื่อ John Austin (ค.ศ. 1790-1859) คำสอนของ John Austin เป็นที่ยอมรับอย่างมากในวงการกฎหมายของอังกฤษ เมื่อนักเรียนไทยไปศึกษากฎหมายจึงได้รับแนวความคิดนี้มาสอนต่อในโรงเรียนกฎหมายด้วย ตามที่มีการบรรยายความหมายของคำว่า “กฎหมาย ให้หมายความถึง คำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตามแล้วตามธรรมดาต้องโทษ”<sup>67</sup>

เมื่อมีการตั้งคณะนิติศาสตร์และมีการสอนวิชาประวัติศาสตร์กฎหมาย การให้ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” จึงได้รับการสอนต่อ ๆ มา ต่อมาอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษได้ค่อย ๆ ลดความสำคัญลงไปเมื่อประเทศไทยตัดสินใจจะจัดทำระบบกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรป และได้จ้างนักกฎหมายชาวญี่ปุ่น กับชาวฝรั่งเศสมาเป็นที่ปรึกษาช่วยงาน โรลังค์มินส์ ซึ่งเป็นชาวเบลเยียม และทำหน้าที่เป็น ปรึกษาราชการแผ่นดินอยู่ในเวลานั้น แต่ก่อนที่จะตัดสินใจจัดทำประมวลกฎหมายตามแบบอย่าง ของประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law)

## 2.10 หลักนิติเศรษฐศาสตร์

เศรษฐศาสตร์ คือ ศาสตร์ที่ว่าด้วยการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อให้เกิดสวัสดิภาพทางสังคม (Social Welfare) และมองว่ามนุษย์เป็นสัตว์มีเหตุผล (Rational) รวมทั้งนิติศาสตร์คือศาสตร์แห่งความชอบธรรม เมื่อรวมกันทั้งสองศาสตร์ล้วนมีส่วนที่สอดคล้อง และขัดแย้งกันบางส่วน เมื่อรวมเป็นนิติเศรษฐศาสตร์ คือ ศาสตร์ที่ว่าด้วยการศึกษาประเด็นสำคัญทางกฎหมาย ทฤษฎีทางกฎหมาย การตีความกฎหมาย การประเมินคุณค่าของกฎหมาย การออกแบบกฎหมาย และผลกระทบของกฎหมายต่อพฤติกรรมของบุคคลในสังคม โดยใช้ระเบียบวิธีหรือวิธีวิทยา (Methodology) ทางเศรษฐศาสตร์

<sup>66</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 64, หน้า 241.

<sup>67</sup> พระเจ้าฟ้าง่าง กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. (2468). *เสกษอร์ของพระเจ้าฟ้าง่างกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์*. พระนคร: โสภณพิพรรฒธนากร. หน้า 1.

นีโอคลาสสิก (Neoclassical Economics) เป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์ โดยให้ความสำคัญกับมิติด้าน “ประสิทธิภาพ” (Efficiency) ของกฎหมายระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม มีจุดประสงค์เพื่อให้บรรลุสวัสดิการทางสังคม (Social Welfare) สูงสุดกฎหมายในมุมมองของหลักนิติเศรษฐศาสตร์ เป็นเครื่องมือเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของบุคคลในสังคมไปสู่แนวทางที่สังคมต้องการ และยับยั้งพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาของสังคมผ่านบทลงโทษทางกฎหมาย ทั้งการลงโทษที่เป็นตัวเงิน เช่น โทษปรับหรือโทษริบทรัพย์สิน และการลงโทษที่ไม่ใช่ตัวเงิน เช่น โทษจำคุกหรือประหารชีวิต<sup>68</sup>

ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ มีการคำนวณต้นทุนคาดคะเน (Expected Coats) มีมูลค่าเท่ากับอัตราโทษปรับหรือโทษจำคุกคูณกับโอกาสหรือความน่าจะเป็น (Probability) ที่จะกระทำผิดสำเร็จ<sup>69</sup> เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ต้นทุนคาดคะเนจะประกอบไปด้วย อาวุธที่ใช้เข้าไปลักทรัพย์ โอกาสที่จะถูกจับกุมดำเนินคดี บทลงโทษที่จะได้รับ เป็นต้น ขณะที่ผลประโยชน์คาดคะเนจะประกอบไปด้วยทรัพย์ที่ได้จากการลักทรัพย์ เมื่อเปรียบเทียบระหว่างต้นทุนคาดคะเนและผลประโยชน์คาดคะเน หากผลประโยชน์คาดคะเนสูงกว่าต้นทุนคาดคะเน จะทำให้บุคคลตัดสินใจกระทำผิด เพราะคุ้มที่จะเสี่ยง และกรณีตรงข้าม หากประเมินแล้วไม่คุ้มค่า ก็จะล้มเลิกความตั้งใจที่จะกระทำผิด

นอกจากนี้ ในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์ แม้การจำคุกจะมีประสิทธิภาพในการข่มขู่ป้องปรามผู้กระทำความผิด แต่ก็มีต้นทุนต่อสังคม เพราะมีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ จำนวนมาก เช่น การสร้างเรือนจำ การจ้างบุคลากร การบริหารจัดการ การรักษาความปลอดภัย การอบรมวิชาชีพ ค่าอาหาร เป็นต้น รวมทั้งเมื่อผู้ต้องหาอยู่ในเรือนจำทำให้ขาดรายได้ ขาดโอกาสในการประกอบวิชาชีพ เมื่อผู้กระทำผิดเป็นหัวหน้าครอบครัว จะส่งผลให้สมาชิกในครอบครัวได้รับความลำบาก และการเริ่มชีวิตใหม่หลังพ้นโทษ ยังเป็นไปอย่างลำบาก เพราะมีตราบาปติดตัว

เมื่อนักโทษพ้นโทษออกมาจากเรือนจำ ปรากฏว่ารายได้ลดลงจากเดิมมาก ส่งผลให้บุคคลดังกล่าวมีโอกาสตัดสินใจก่ออาชญากรรมซ้ำ เนื่องจากต้นทุนคาดคะเนของการประกอบอาชญากรรมอยู่ในระดับที่ต่ำด้วยเหตุผลดังกล่าว ทำให้แนวคิดนี้จึงสนับสนุนให้ใช้โทษปรับอย่างเต็มที่

<sup>68</sup> ปกป้อง จันวิทย์. (2553). *ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยนิติเศรษฐศาสตร์*. กรุงเทพฯ: สถาบันรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย โดยเอกสารประกอบการสัมมนา เรื่องการวิเคราะห์กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยเศรษฐศาสตร์ หน้า 1-2.

<sup>69</sup> ชญาณี เลียบทวี. (2555). *มาตรการกำหนดโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 4.

ถึงที่สุด<sup>70</sup> ซึ่งโทษจำคุกเสมือนว่าไม่คุ้มค่าในเชิงนิติเศรษฐศาสตร์ แต่ถึงอย่างไรโทษจำคุกยังคงมีความสำคัญ เพราะยังถือว่ามีประสิทธิภาพในการป้องปรามการก่ออาชญากรรมซึ่งค่าปรับมีอาจทดแทนได้อย่างสมบูรณ์ สำหรับบุคคลที่มาฐานะร่ำรวย การถูกลงโทษเพียงแค่การปรับอาจจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิ่งที่ป้องปรามพฤติกรรมของบุคคลเหล่านี้ได้<sup>71</sup>

ดังนั้น การกำหนดบทลงโทษในความผิดทางอาญาจึงเป็นสิ่งที่ต้องศึกษาหลาย ๆ ด้าน ทั้งทฤษฎีต่างๆ ในการกำหนดบทลงโทษ เจตนารมณ์ของกฎหมาย เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย อีกทั้งยังต้องศึกษาหลักความได้สัดส่วน ในการกำหนดบทลงโทษจะต้องให้เหมาะสมกับพฤติกรรม การกระทำผิด และสิ่งที่ขาดไม่ได้จะต้องศึกษาผลประโยชน์และผลกระทบต่าง ๆ ตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ ว่าประโยชน์จากการบัญญัติกฎหมายสามารถจะบรรลุเป้าหมายในการบังคับใช้กฎหมายนั้นหรือไม่ และเพื่อศึกษาถึงความคุ้มค่ากับผลกระทบหรือผลเสียต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากการบัญญัติกฎหมาย

---

<sup>70</sup> Steven Shavell. (1987). *The optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent* *The American Law Review*. P.77.

<sup>71</sup> ปกป้อง ศรีสนิท. (2553). การวิเคราะห์โทษอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์. *วารสารนิติศาสตร์*, 3(39). หน้า 521.