

บทที่ 2

แนวคิดการกำหนดความผิดอาญาความผิดฐานบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย

ในการกำหนดความผิดอาญากรณีการกระทำความผิดฐานบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักการ แนวความคิด และทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอันได้แก่ หลักการลงโทษทางอาญา หลักการกำหนดความผิดทางอาญา หลักการเพื่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย ตลอดจนหลักกฎหมายไทยเรื่องการบุกรุก เพื่อนำหลักการและแนวความคิดดังกล่าวมาวิเคราะห์ปรับใช้กับสภาพปัญหา ข้อบกพร่อง และทั้งนำเสนอแนะแนวทางการดำเนินการและการแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

2.1 การลงโทษทางอาญา

การลงโทษ เป็นการควบคุมพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในสภาพแวดล้อมของสังคมมนุษย์ที่ได้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้ที่ได้รับการกระทำนั้นต้องได้รับผลร้ายเนื่องจากการกระทำอันฝ่าฝืนกฎหมาย¹ การลงโทษเป็นรูปแบบหนึ่งของการป้องกันสังคมจากผู้กระทำผิด เป็นสภาพบังคับหลักทางอาญาที่สามารถใช้ได้กับการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาตามกฎหมายอื่นด้วย คุณพินิจในการลงโทษที่ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดหนักเบาเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับทฤษฎีที่เกี่ยวกับจุดประสงค์ในการลงโทษ

2.1.1 บทนิยามของการลงโทษทางอาญา

นิยามของการลงโทษทางอาญาของนักวิชาการด้านกฎหมายได้อธิบายความหมายของโทษทางอาญาไว้ดังต่อไปนี้

ศาสตราจารย์ ฮาร์ท² แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด ศาสตราจารย์ เบ็น³ และศาสตราจารย์ ฟลู⁴ อธิบายว่า โทษทางอาญาจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ประการ ได้แก่

¹ พยงค์ สีนุทนาวา. (2555). *การศึกษาเรื่องการสืบเสาะและพินิจเชิงเปรียบเทียบ*. เอกสารประกอบผลงาน กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม. หน้า 6-7.

² H.L.A.Hart. (1982). *Punishment and Responsibility*. London: Oxford University Press. pp. 4-5. อ้างถึงใน สหชน รัตนไพจิตร . (2527). *ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมาย*

1) โทษจะต้องก่อให้เกิดความทุกข์ หมายถึง ผู้ที่ได้รับโทษจะต้องได้รับความทุกข์อย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพทางร่างกาย (Pain) หรือก่อให้เกิดผลตามมาซึ่งไม่เป็นที่น่าพอใจ หรืออื่น ๆ

2) โทษต้องมีไว้สำหรับการกระทำความผิดอันละเมิดต่อกฎหมาย หมายถึง ผู้กระทำความผิดกฎหมายเท่านั้นที่จะถูกลงโทษ จะนำบุคคลอื่นที่ไม่ได้กระทำความผิดมาลงโทษมิได้

3) โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดตามกฎหมาย หมายถึง ต้องมีการกระทำความผิดตามกฎหมายเสียก่อน จึงจะลงโทษได้ หากไม่มีความผิดก็ลงโทษไม่ได้

4) โทษต้องเป็นการดำเนินการด้วยความตั้งใจซึ่งคนใดคนหนึ่งนอกจากตัวผู้กระทำความผิดนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดนั้น หากผลร้ายเกิดจากการกระทำของบุคคลนั้นเอง ไม่นับเป็นโทษอาญาตามนี้

5) โทษต้องถูกกำหนดและบังคับใช้โดยผู้มีอำนาจ

ศาสตราจารย์โยฮันส์ แอนเดอนีส (Johannes Andenaes) อธิบายว่าโทษอาญา จะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1) โทษต้องเป็นผลร้ายที่รัฐนำมาใช้กับผู้กระทำความผิด

2) โทษจะต้องมีขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดตามกฎหมาย หากไม่มีการกระทำความผิดแล้วได้รับผลร้าย ก็ไม่ถือว่าเป็นโทษทางอาญาตามความหมายนี้

3) โทษเป็นผลร้ายซึ่งต้องการตอบแทนจากรัฐให้ผู้กระทำความผิดรู้ว่าตนเป็นผลร้ายที่ได้รับจากการกระทำของตนเอง

ศาสตราจารย์ รอส (ALF Ross) มองว่า โทษทางอาญา เป็น “การตอบสนองของสังคม” มีลักษณะสำคัญ คือ

ลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³ S.I Benn ed by Herbert Morris. (1961). *An Approach to the Punishment in Freedom and Responsibility*. California: Stanforn University Press. p.517. อ้างถึงใน สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2.

⁴ A. Flew ed. by Rudolph J. Gerber and Patrick D. McAnany. (1972). *Definition of Punishment in Contemporary Punishment*. Notre Dame: University of Notre Dame Press. pp. 31-37. อ้างถึงใน สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2.

⁵ Johannes Andenaes. (1965). *The General Part of the Criminal Law of Norway*. London: Sweet & Maxwell Limited. pp. 8-11. อ้างถึงใน สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2.

⁶ ALF ROSS on Guilt. (1975). *Responsibility and Punishment*. London: Steven & Sons Limited. p.36. อ้างถึงใน สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2.

- 1) จะต้องเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดตามกฎหมาย
- 2) จะต้องถูกกำหนดและบังคับใช้โดยผู้มีอำนาจเท่านั้น
- 3) จะต้องเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำความผิด
- 4) จะต้องเป็นผลร้ายที่แสดงถึงการดำเนินผู้กระทำความผิดว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดที่ไม่สมควร หากผลร้ายนั้นไม่ต้องการดำเนินก็ไม่ถือเป็นโทษทางอาญาตามความหมายนี้

2.1.2 วัตถุประสงค์และทฤษฎีการลงโทษอาญา

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคม การลงโทษเป็นสิ่งที่มืออยู่คู่กันในสังคมมาแต่เดิมแล้ว เนื่องจากแนวความคิดการกระทำความผิดและการลงโทษคนที่ผิดละเมิดต่อกฎหมาย เมื่อมีผู้กระทำความผิดก็สมควรที่จะมีการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น เพราะหากไม่มีการจัดการกับคนที่ทำผิดก็เท่ากับว่าสังคมยอมรับการกระทำผิดดังกล่าว แต่จะลงโทษด้วยวิธีการใดนั้นขึ้นอยู่กับความแตกต่างของแต่ละสังคม ความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัย โดยแนวคิดและทฤษฎีการลงโทษได้พัฒนาขึ้นตามการเจริญเติบโตของสังคม โดยในการลงโทษผู้กระทำความผิดมีวัตถุประสงค์ พอสรุปได้ดังนี้

1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory)

การลงโทษเพื่อทดแทนความผิดนี้เป็นทฤษฎีที่เก่าแก่ที่สุด ทฤษฎีนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากระบบการเมืองการปกครอง ศาสนาและระบบสังคมในสมัยอดีต จะใช้วิธีการลงโทษเพื่อการตอบแทน ลักษณะตาต่อตาฟันต่อฟัน มีการใช้วิธีการที่รุนแรง ทั้งการประหารชีวิต และทรมานด้วยรูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้สาสมกับการที่ผู้นั้นได้กระทำความผิดลงไป และเพื่อให้ผู้กระทำ

วัตถุประสงค์เพื่อให้ความยุติธรรมผู้เสียหายและสังคม เหตุผลของการลงโทษคือการแก้แค้น และเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้ชดใช้สิ่งไม่ดีที่ได้กระทำความผิด โดยโทษที่จะได้รับต้องมีความทรमान เช่นเดียวกับผู้เสียหายที่ได้รับผลจากการกระทำนั้น กล่าวคือได้สัดส่วนกับความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำความผิด และให้ใช้ค่าเสียหายเพื่อชดเชยความผิดที่เกิดขึ้น เช่น การลงโทษจำคุกและปรับ และให้คืนทรัพย์ หรือใช้ราคาทรัพย์⁷ เป็นต้น

2) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน (Preventive Theory)

ทฤษฎีนี้มุ่งเน้นที่การรักษาความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ซึ่งหลักการดังกล่าวได้พัฒนาเป็นแนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีการลงโทษเพื่อป้องกัน โดยมีหลักการที่สำคัญ คือ

⁷ อมลฉัฐ สนั่นศิลป์. (2561). การละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลของผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย ถือเป็น การลงโทษทางสังคมของผู้กระทำความผิดกฎหมายตามทฤษฎีการลงโทษหรือไม่. วารสารวิชาการ มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏธนบุรี, 1 (2), หน้า 43.

(1) จะต้องมีการมองวิธีการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดอย่างเป็นระบบ โดยมุ่งคุ้มครองสังคมจากอาชญากรรมมากกว่าการลงโทษผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล

(2) การลงโทษผู้กระทำผิดไม่อาจใช้หลักกฎหมายเพียงอย่างเดียวได้แต่จำเป็นต้องศึกษาพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลและสถานการณ์อาชญากรรม เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาด้วย⁸

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การลงโทษเพื่อป้องกันมี วัตถุประสงค์ประสงค์ในการลงโทษเพื่อข่มขู่ ยับยั้งให้ผู้กระทำผิดเจ็ดหลาบ เกรงกลัวต่อกฎหมายบ้านเมือง ไม่กล้าที่จะกระทำความผิดขึ้นอีก และอีกอย่างก็เพื่อไม่ให้บุคคลเอาเป็นเยี่ยงอย่าง โดยการกำหนดโทษจะต้องมองไปข้างหน้าในอนาคต เพื่อป้องกันโดยมุ่งไปที่ตัวผู้กระทำไม่ให้กระทำความผิดซ้ำ โดยโทษจะต้องมากกว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับจึงจะทำให้ผู้กระทำผิดเกรงกลัวและยับยั้งไม่กระทำความผิดขึ้นอีก สำหรับการลงโทษเพื่อป้องกันสังคม⁹ นั้น มีหลักการสำคัญคือ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและอบรมบ่มนิสัย มากกว่าการลงโทษ โดยเน้นการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม ส่วนการลงโทษ จะเน้นให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด เพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิดไว้ในกฎหมายอาญา ด้วย เช่น การนำหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำผิด เป็นต้น

วัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันจึงเป็นมาตรการเสริมที่สำคัญ โดยอาจนำมาใช้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดอัตราโทษไว้น้อยไปไม่เพียงพอต่อการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิด บางประเภท จึงต้องนำมามาตรการเสริมมาใช้ด้วย เช่น การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้กับผู้กระทำความผิดซ้ำซาก เป็นต้น¹⁰

3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory)

พื้นฐานของความคิดในการลงโทษเพื่อดัดแปลงก็คือป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีกโดยลงโทษให้เหมาะสมกับตัวบุคคล ทั้งนี้เนื่องมาจากการกระทำผิดเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำของแต่ละคนมีลักษณะของการกระทำความผิดที่ไม่เหมือนกัน ประกอบกับความสัมพันธ์กับสังคมภายนอก การลงโทษเพื่อดัดแปลงจะมีแนวคิดที่คัดค้านการลงโทษในระยะเวลาอันสั้น และหาวิธีการอย่างอื่นแทนการลงโทษจำคุก เช่น นำโทษกักขังหรือโทษปรับมาใช้แทน หรือ

⁸ สันตัญญพงศ์ ลิมประเสริฐ, สุธีราภรณ์ แสงจันทร์ศรี, และ อนิสมา มานะทน. (2562). *การลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญา*. เอกสารการประชุมวิชาการ RSU National Research Conference 2019, หน้า 8.

⁹ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาชญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.matichon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

¹⁰ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาชญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.matichon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

ให้ศาลรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

ดังนั้นการลงโทษจึงเป็นการที่รัฐกำหนดภาวะอย่างหนึ่งอย่างใดแก่บุคคล ซึ่งภาวะนั้นโดยปกติธรรมดาแล้วถือเป็นสิ่งที่ผู้กระทำผิดไม่พึงปรารถนา แต่กำหนดเพื่อที่จะได้ตอบจากการที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิดหรือก่ออาชญากรรมขึ้น แต่การลงโทษนั้นก็มิใช่สิ่งที่เป็นสาระสำคัญที่สุด แต่การลงโทษก็เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดไว้ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งหลักเกณฑ์วิธีการและวัตถุประสงค์ของการลงโทษต่างหากที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษอย่างเหมาะสม¹¹

4) ทฤษฎีการลงโทษให้เป็นที่พอใจแก่ผู้เสียหาย

วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญานี้มาจากแนวคิดที่ว่าเมื่อมีผู้กระทำความผิด ผู้ที่ได้รับความเสียหายย่อมเกิดความไม่พอใจต่อการกระทำผิดนั้น เพราะเขาได้รับความเสียหายจากการกระทำผิด ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องลงโทษเพื่อให้เป็นที่พอใจแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายว่าผู้กระทำความผิดได้รับผลร้ายตอบแทนเช่นเดียวกันกับที่ตนเองได้รับ

5) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อชดเชยความไว้วางใจในกฎหมาย

จุดประสงค์ของการลงโทษนี้มาจากแนวความคิดที่ว่าประชาชนย่อมมีความไว้วางใจว่าเขาจะได้รับความคุ้มครองและการปกป้องจากกฎหมาย เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นก็เสมือนทำลายความไว้วางใจนั้น ประชาชนจึงกลายเป็นผู้ถูกระทบกระเทือนจากการกระทำความผิดในแง่ของการที่ทำให้ขาดความไว้วางใจในความคุ้มครองและปกป้องของกฎหมายอีกต่อไป ดังนั้นจึงต้องมีการลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อให้ประชาชนเห็นว่าเขานั้นได้รับความคุ้มครองจริงและเป็นการชดเชยความไว้วางใจในกฎหมายที่ได้รับคุ้มครองคืนมา¹² แต่อย่างไรก็ตาม การลงโทษตามแนวคิดนี้จะตรงข้ามกับแนวคิดการลงโทษเพื่อดัดแปลง (Reformative Theory) เพราะการลงโทษตามแนวคิดนี้ไม่ว่าผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะได้รับโทษน้อยเพียงใดก็มีความจำเป็นที่ต้องลงโทษเพื่อคงไว้ซึ่งความศักดิ์สิทธิ์และความน่าเชื่อถือของกฎหมาย แต่การลงโทษเพื่อดัดแปลงจะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดที่ต้องโทษเพียงเล็กน้อย เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดนั้นได้ปรับปรุงแก้ไข และเป็นการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีไม่ให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก รวมทั้งพยายามที่จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดได้กลับคืนสู่สังคม

¹¹ ศตเนติ เนติภทธุโชติ. (2551). การรอกการลงโทษปรับ: Fine Suspensio. *วารสารกระบวนการยุติธรรม*, 1 (1), หน้า 101-114.

¹² วิษณุฎฐิภา ศรีประเสริฐ. (2560). *การกำหนดความผิดอาญานุกรุกเพื่อไปกระทำผิดฐานอื่น*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 29.

ตามปกติได้¹³ เพราะในแนวความคิดการลงโทษเพื่อตัดแปลงเชื่อว่าการลงโทษในความผิดเพียงเล็กน้อย ไม่เพียงพอต่อการบรรลุวัตถุประสงค์¹⁴ ของการตัดแปลง

สรุปได้ว่า การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีความหมาย เข้ามาควบคุมหรือมาลงโทษผู้ที่กระทำความผิด ซึ่งถ้าหากไม่มีกฎหมายมาบังคับใช้ในการรักษา ความสงบเรียบร้อยของสังคมก็จะทำให้ไม่มีความสงบเรียบร้อยในสังคมการลงโทษทางอาญา ของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันตามการเป็นอยู่ของสังคม วัฒนธรรมของแต่ละประเทศ แต่ยังคงยึดหลักเดียวกันคือ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง การลงโทษ เพื่อป้องกันสังคมแก้แค้นฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดี เพื่อเป็นการฟื้นฟูแก้ไข ตัวผู้กระทำให้กลับตัวเป็นคนดี เมื่อกลับเข้าสู่สังคมจะไม่กระทำความผิดซ้ำเพื่อให้สังคมปลอดภัย อยู่ร่วมกันด้วยความสุข อาชญากรรมไม่มีหรือมีจำนวนน้อยสามารถควบคุมป้องกันได้ ทำให้สังคมนั้นเป็นสังคมที่น่าอยู่ และสามารถป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมได้ หรือมีอาชญากรรมน้อย และควบคุมได้ ประเทศนั้นสังคมนั้น ๆ ก็จะอยู่อย่างปกติสุข ดังนั้นโทษทางอาญาจึงเป็นสิ่งที่สำคัญ และจำเป็นต่อประสิทธิผลในการป้องกันอาชญากรรมได้อย่างแท้จริง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 โดยบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ มาตรา 77 ได้กำหนดแนวทางในการร่างการตรา การปรับปรุงและการยกเลิกกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดความผิดอาญาในวรรคท้าย

มาตรา 77 วรรคท้าย ของรัฐธรรมนูญ วางหลัก ให้การกำหนดโทษอาญาควรมีเฉพาะ กรณีความผิดร้ายแรงเท่านั้น โดยทั่วไปแล้ว ความผิดอาญาร้ายแรงมักมีลักษณะเป็นการก่ออันตราย ต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ในหลายประเทศนั้น ใช้อัตราโทษเป็นตัวชี้วัดความร้ายแรง ดังนั้น ในการกำหนดโทษอาญาจึงควรมีเฉพาะกรณีความผิดร้ายแรง เพราะบุคคลย่อมไม่สมควรถูกลงโทษ หากการกระทำไม่ถือเป็นความผิดอาญา รวมไปถึงความผิดเล็กน้อยที่ไม่มีความรุนแรงอีกด้วย มิเช่นนั้น การลงโทษทางอาญาข่มขู่เป็นการใช้กฎหมายรังแกผู้บริสุทธิ์ซึ่งเป็นการทำลายความยุติธรรม เจตนารมณ์ และความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคท้าย ได้วางหลักให้พึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง แต่ตามความเป็นจริง ความผิดเล็กน้อย หรือความผิดที่มีลักษณะของการกระทำไม่มีความผิดอาญาหลายประการยังคงถูกบัญญัติไว้ใน

¹³ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.matichon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

¹⁴ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.matichon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

ประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา แต่จัดหมวดหมู่ไว้ในประเภทของการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบ หรือความผิดทางปกครองย่อมสอดคล้องกับหลักประกันของกฎหมายอาญาที่ลงโทษแต่เฉพาะการกระทำที่เป็นความผิดอาญาและเจตนารมณ์ของกฎหมายอาญาที่มุ่งคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคมให้เป็นไปโดยสงบเรียบร้อย¹⁵

2.2 การกำหนดความผิดทางอาญา

ก่อนการเกิดขึ้นของกฎหมาย มนุษย์เป็นสัตว์สังคมจึงไม่สามารถอยู่ลำพังอย่างโดดเดี่ยวได้ต้องมีการรวมตัวกันเป็นสังคม เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยและความสงบสุขในสังคม การอยู่ร่วมกันของคนในสังคมจะอาศัยการเคารพและปฏิบัติตามจารีตประเพณีและศีลธรรมพื้นฐานในการควบคุมหลักเกณฑ์ของสังคม แต่ต่อมาเมื่อสังคมมีการขยายที่รวดเร็วและมีจำนวนผู้คนเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ทำให้เพียงแต่จารีตประเพณีและศีลธรรมไม่เพียงพอที่จะควบคุมความประพฤติของสังคมได้ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายที่ใช้บังคับ และการลงโทษผู้กระทำผิดหรือผู้ก่อความเดือดร้อนแก่ส่วนรวมถือเป็นสิ่งจำเป็น เมื่อบุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้จึงเป็นความผิดและสมควรได้รับการลงโทษ กล่าวไว้ว่าความผิดทางอาญาเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน ถึงขนาดที่รัฐต้องเข้ามาดำเนินการปกป้องและปราบปราม จะเห็นได้ว่าทุกที่ทุกประเทศต่างมีกฎหมายอาญาใช้อยู่เป็นของตนเอง

กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่กำหนดเรื่องความผิด และบทลงโทษไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ เพราะรัฐมีหน้าที่รักษาความสงบของบ้านเมือง กฎหมายอาญาจึงกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎรซึ่งกระทำความผิดขึ้น กฎหมายอาญามีลักษณะที่สำคัญ 2 ส่วน คือ

1) ส่วนที่บัญญัติถึงความผิด หมายความว่า ได้บัญญัติถึงการกระทำและการงดเว้นการกระทำอย่างใดเป็นความผิดอาญา

2) ส่วนที่บัญญัติลงโทษ หมายความว่า บทบัญญัตินั้น ๆ นอกจากจะได้ระบุว่ากระทำการหรือการงดเว้นการกระทำอย่างใดเป็นความผิดแล้วต้องกำหนดโทษอาญาสำหรับความผิดนั้น ๆ ไว้ด้วย

ฉะนั้น กฎหมายอาญาจึงต้องประกอบไปด้วยส่วนที่บัญญัติถึงความผิดและส่วนที่บัญญัติถึงโทษด้วย¹⁶ ดังเห็นได้จากการกำหนดโทษทางอาญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา

¹⁵ สุภักดิ์ เทพหัสดิน ณ อยุธยา. (2561). กฎหมายอาญาเพื่อ: Over Criminalization. *วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์*, 44 (2), หน้า 9-33.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9-33.

ไว้ 5 สถานะ ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน¹⁷ ซึ่งเป็นโทษอันมีลักษณะกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ ในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคลอย่างร้ายแรง การบัญญัติกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีความรับผิดชอบทางอาญาจึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและมีขอบเขตที่แน่นอนเพื่อเป็นการคุ้มครองการบัญญัติดังกล่าวจากการใช้อำนาจของรัฐในฐานะผู้บัญญัติกฎหมาย¹⁸

2.2.1 บทนิยามการกำหนดความผิดทางอาญา

Criminalization หมายถึง กระบวนการทำให้การกระทำเป็นความผิดอาญา หรือการกำหนดความผิดอาญา มีนักกฎหมายให้คำนิยามของคำศัพท์ดังกล่าวไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ Tony Smith (A.T.H. Smith) และศาสตราจารย์ Andrew Simester (A.P. Simester) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายอาญา โดยได้กล่าวไว้ในหนังสือ *Criminalization and the Role of Theory*¹⁹ ความว่า

“การอธิบายพฤติกรรมที่แน่นอนของมนุษย์ (การกระทำการหรือไม่กระทำการ) ในฐานะที่เป็นความผิดทางอาญา และมีหน้าที่ในการกำหนดขอบเขตการลงโทษทางอาญา ทั้งในมุมมองเชิงกฎหมายและการประเมินคุณค่า”

ศาสตราจารย์ Kimmo Nuotio ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายอาญาแห่งมหาวิทยาลัย Helsinki สาธารณรัฐฟินแลนด์ ผู้เขียนบทความ *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach* ได้กล่าวถึงนิยามความหมายของคำว่ากำหนดความผิดไว้ว่า²⁰

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 18 บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดมี ดังนี้

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

¹⁸ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2548). *ทฤษฎีอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 50.

¹⁹ Simester, A.P. and Smith, A.T.H.. (2003). *Criminalization and the Role of Theory*. New York: Oxford University Press. p.4.

²⁰ Kimmo Nuotio. (2010). *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach*. in R.A. Duff, Lindsay Farmer, S E Marshall, Massimo Renzo and Victor Tadros. (n.d.). *The Boundaries of the Criminal*. Oxford: Oxford University Press. p.239.

คำว่า Criminalization (การกำหนดความผิดอาญา) โดยตัวของมันนั้นมีความคลุมเครือและกำกวม หมายถึงระเบียบกฎเกณฑ์ที่วางกรอบกำหนดรูปแบบที่แน่นอนของพฤติกรรมไว้ภายใต้การลงโทษและมาตรการทางกฎหมาย หรือ Criminalization หมายถึงความถึง การกำหนดที่มีผลผูกพันตามกฎหมายซึ่งวางรูปแบบที่แน่นอนของพฤติกรรมไว้ภายใต้การขู่ว่าจะมีการลงโทษ หากเฉพาะเจาะจงยิ่งกว่านั้นมันอ้างถึงบรรทัดฐานของแต่ละคนในการกำหนดรูปแบบที่เฉพาะของพฤติกรรมให้เป็นความผิดอาญา

คำว่า Criminalization มีความหมายที่ตรงกันข้ามกับคำว่า Decriminalization ซึ่งหมายถึงการกระทำทางนิติบัญญัติที่ยกเลิกรูปแบบของพฤติกรรมบางรายการออกจากความผิดทางอาญา การกระทำเช่นนี้ในทางปฏิบัติมีการกล่าวถึงกันบ่อยมากแต่ก็ไม่ค่อยเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ คือการเปลี่ยนแปลงสถานะการกระทำผิดจากการเป็นการกระทำผิดทางอาญา ไปสู่การไม่เป็นความผิดทางอาญาแต่การกระทำนั้นก็ยังคงผิดกฎหมายและเป็นพฤติกรรมต้องห้าม ซึ่งสามารถลงโทษได้ แต่จะไม่ถือเป็นความผิดอาญา ตัวอย่างเช่น การจอดเลยในที่ห้ามจอดเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและลงโทษได้ แต่ไม่ถูกพิจารณาเป็นความผิดทางอาญา และไม่มีใครต้องติดคุกจากการจอดผิดกฎหมาย²¹ นอกจากนี้ ยังมีคำว่า Recriminalization ซึ่งหมายถึงการกลับคืนมาซึ่งรูปแบบของพฤติกรรมที่ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

2.2.2 แนวคิดที่มำการกำหนดความผิดทางอาญา

1) หลักกฎหมายอาญาตามแนวคิดของเบ็คคาร์เรีย

ซีซาร์ เบ็คคาร์เรีย (Cesare Beccaria) นักปรัชญาด้านกฎหมายอาญาคนสำคัญในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้เสนอแนวคิดที่เป็นการวางรากฐานกฎหมายอาญาไว้ว่า การที่รัฐสามารถออกกฎหมายกำหนดการกระทำใดที่รัฐห้ามมิให้กระทำ เพื่อรักษาความเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้นั้น เนื่องจาก “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” (Social Contract) ที่ประชาชนยินยอมพร้อมในการยกอำนาจของตนให้กับรัฐ เพื่อให้รัฐเป็นตัวแทนของตนในการทำหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อย ประชาชนจึงต้องยินยอมที่จะต้องจำกัดเสรีภาพของตนเองบางประการ โดยให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการบางอย่างหรืออาจต้องทำการบางอย่างที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบของสังคมส่วนรวม เสรีภาพที่ประชาชนยอมเสียสละนี้รัฐได้บัญญัติออกมาเป็นสิ่งที่เรียกว่า “กฎหมาย” เพื่อกำหนดสิ่งที่ห้ามกระทำและสิ่งที่บังคับให้กระทำ หากฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษ รัฐจึงมีอำนาจที่จะ

²¹ ศรีสมบัติ โขขประจักษ์ชัด, อรรถพล ควรเลี้ยง, ทองใหญ่ อัยยะวารกุล, และศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ. (2560). การวิเคราะห์มาตรการไม่เอาโทษทางอาญา มาใช้พัฒนานโยบายยาเสพติดของประเทศไทย. *วารสารปริชาต มหาวิทยาลัยทักษิณ*, หน้า 295-320.

ออกกฎหมายเพื่อกำหนดข้อห้ามเพื่อควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคมไว้ หากผู้ใดฝ่าฝืน จะถูกลงโทษ

สัญญาประชาคม (Social Contract) ที่เบ็คคาร์เรียอธิบายไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญามีหลักการสำคัญ คือ

หลักการแรก ถ้าประชาชนดำรงชีวิตอยู่โดยไม่มีรัฐ ผลประโยชน์ของประชาชนก็จะประสบปัญหาความขัดแย้งไม่มีที่สิ้นสุด แล้วประชาชนจะไม่มี ความมั่นคงปลอดภัยและไม่มีความสุขเลยแม้แต่น้อย

หลักการที่สอง เมื่อเป็นดังนั้น ประชาชนจึงยินยอมพร้อมใจมอบเสรีภาพบางส่วนของตนเพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยและความสุขโดยส่วนรวม ผลก็คือประชาชนต้องยินยอมให้สัญญาว่าตนเองจะต้องไม่กระทำการบางอย่างและจะกระทำการบางอย่าง ข้อสัญญาดังกล่าวนี้คือกฎหมาย (Laws) นั่นเอง

2) อำนาจขอบเขตของรัฐในการออกกฎหมาย

เบ็คคาร์เรีย ยังได้อธิบายขอบจำกัดของรัฐในการออกกฎหมายไว้ด้วยว่า ดังนี้

หลักการแรก รัฐได้รับสัญญาประชาคมแต่ละคน ประชาชนได้จัดตั้งรัฐของพวกเขาเพื่อที่จะปกป้องข้อสัญญาร่วมกันของประชาชนที่โดยกฎหมายและการลงโทษ รัฐจึงมีความชอบธรรมโดยความยินยอมของประชาชน

หลักการที่สอง แม้รัฐจะมีความชอบธรรม แต่รัฐบาลไม่อาจใช้อำนาจกระทำทุกสิ่งทุกอย่างตามอำเภอใจ อำนาจนี้ถูกจำกัดโดย “สัญญาประชาคม” (Social Contract) เบ็คคาร์เรียอ้างว่าประชาชนต้องการเสรีมากที่สุดเท่าที่จะมากได้ และยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเพียงเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประชาชนเท่านั้น ดังนั้น รัฐซึ่งมีหน้าที่ป้องกันความมั่นคงของประชาชนจะสามารถละเมิดล่วงล้ำเสรีภาพของประชาชนได้แต่เพียงเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น

หลักการที่สาม ประเด็นที่ความจำเป็นของรัฐมีขอบเขตเพียงใด รัฐต้องสร้างสิ่งที่สามารถสนองการสืบเสาะแสวงหารายบุคคลเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยและความสุข จุดมุ่งหมายของรัฐจึงควรเป็นการดูแลและ “ประโยชน์ส่วนรวม” (common utility) เท่านั้น โดยมีจุดมุ่งหมายปลายทางเพื่อ “ความสุขอันยิ่งใหญ่ที่สุดที่จะแบ่งปันกันในกลุ่มคนจำนวนมากที่สุด”

จากแนวคิดเรื่องสัญญาประชาคมดังกล่าว รัฐได้ใช้อำนาจตามฉันทานุมัติที่ได้รับจากประชาชนนำมาออกกฎหมายเพื่อควบคุมประพฤติของคนในสังคม เพื่อคุ้มครองป้องกันภัยที่เกิดขึ้นแก่สังคม เพื่อให้สังคมโดยรวมเกิดความสงบสุขสำหรับการควบคุมความประพฤติของคนในสังคม โดยการออกข้อกำหนดที่เป็นข้อห้ามมิให้ปฏิบัติ หากผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามนั้นจะถูกลงโทษ เรียกว่า

เป็นการกำหนดกฎหมายอาญา ซึ่งจะมีการกำหนดไว้ว่าการกระทำอย่างไรบ้างที่จะเป็นความผิดอาญา²²

2.2.3 หลักการกำหนดความผิดทางอาญา

การจะกำหนดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่กระทำการใดที่จะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้น แม้จะอาศัยหลักศีลธรรมหรือจารีตประเพณีมาเป็นแนวทางในการกำหนดกฎหมาย แต่การกระทำบางอย่างก็ไม่จำเป็นต้องผิดกฎหมายเสมอไป เช่นการพูดเท็จ เป็นต้น ดังนั้นวัตถุประสงค์ประการสำคัญคือการระบุหลักการสำคัญเป็นเกณฑ์การพิจารณาอันสามารถกำหนดได้เพื่อวิเคราะห์ถึงข้อดีข้อเสียของหลักการเหล่านั้น โดยอาจใช้หลักในการพิจารณาดังต่อไปนี้

1) หลักความเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น (Harm to Others)

ศาสตราจารย์ เอช แอล เอ ฮาร์ต (H.L.A. Hart) แห่งมหาวิทยาลัยออกซ์ฟอร์ด ได้นำแนวคิดเสรีนิยมของ จอห์น สจิวต มิลล์ (John Stuart Mill) ที่เขียนไว้ในหนังสือชื่อ On Liberty มาอธิบาย โดย ศาสตราจารย์ ฮาร์ต ได้หยิบยกคำกล่าวของมิลล์มากกล่าวอ้างในหนังสือของตนเอง ชื่อ Law, Liberty and Morality²³ ว่า

“เหตุผลในการใช้อำนาจเหนือบุคคลในสังคมที่เจริญแล้วมีอยู่เพียงประการเดียวเท่านั้น คือ เพื่อป้องกันภัยอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น...” การที่จะใช้อำนาจโดยอ้างเหตุว่า “...เพื่อให้กายและใจของบุคคลนั้นดีขึ้น ย่อมไม่เป็นการเพียงพอ บุคคลไม่อาจที่จะถูกบังคับโดยชอบธรรมให้กระทำหรือละเว้นการกระทำโดยอ้างว่าจะทำให้เขาดีขึ้น หรือจะทำให้เขามีความสุขขึ้น หรือในสายตาของผู้อื่นการกระทำหรือละเว้นการกระทำ จะทำให้บุคคลนั้นฉลาดหรือถูกต้องขึ้น...”²⁴

มุมมองของของ จอห์น สจิวต มิลล์ (John Stuart Mill)²⁵ อธิบายไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อจุดประสงค์ที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติตามแนวที่จะนำไปสู่ผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติ นั้นเอง หลักเกณฑ์ข้อนี้ ยึดหลักว่า อิสรภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ว่าการกระทำ

²² ฌูว์ว์ฌันน์ สุทธิโยธิน. (ม.ป.ป.). *ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา*. หน่วยที่ 2 เอกสารประกอบการบรรยาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 9-10.

²³ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 18. หน้า 11.

²⁴ H.L.A. Hart. (1965). *Law Liberty and Morality*. California: Stanford University Press, reprinted. p.4. อ้างถึงใน เกียรติจิร วังนะสวัสดิ์. (2549). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษาแห่งกฎหมายเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 3.

²⁵ NiNa Peršak. (2007). *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*. New York: Springer Science+Business Media. p. 13.

ของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้าการกระทำนั้นมิได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนให้แก่บุคคลอื่น รัฐก็ไม่ควรจะไปยุ่งเกี่ยว

จอห์น สจ๊วต มิลล์ เขียนเรียงความชื่อว่า “เสรีภาพ” (1859) มีข้อความว่า

“วัตถุประสงค์ของเรียงความนี้ เพื่อที่จะเสนอหลักเกณฑ์ที่ง่ายสักหลักเกณฑ์หนึ่ง ซึ่งเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการที่สังคมจะควบคุมบุคคลในสังคมด้วยวิธีการต่าง ๆ ไม่ว่าวิธีการนั้นที่สังคมใช้อยู่ จะเป็นวิธีการใช้กำลังในรูปของโทษตามกฎหมาย หรือการข่มขู่บังคับทางศีลธรรม โดยประชาคมติ หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ปกป้องตนเอง เป็นหลักเกณฑ์ที่มีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองมนุษยชาติไม่ว่าจะเป็นรายบุคคล หรือรายส่วนรวม จากการถูกย่ำยีเรื่องเสรีภาพ โดยการกระทำของบุคคลในสังคมนั้น ในสังคมที่เจริญแล้วนั้น การใช้กำลังเหนืออำนาจสมาชิกในสังคมของตน จะถือเป็นการถูกต้องก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์เพื่อที่จะป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดแต่บุคคลอื่นในสังคมนั้น ภัยอันตรายอันจะเกิดแต่ตนเองโดยมิได้มีบุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิดไม่ว่าจะเป็นทางกายภาพหรือทางจริยธรรมแล้วย่อมไม่อาจถือเป็นข้ออ้างที่เพียงพอสำหรับการจำกัดเสรีภาพจากการกระทำของมนุษย์”²⁶

2) หลักการกระทำที่ก้าวร้าว (Offense to Others)

หลักการนี้มีแนวคิดว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างความรำคาญ (Annoyance) ความผิดหวังเสียใจ (Disappointment) ความน่ารังเกียจ (Disgust) หรือสร้างสถานการณ์ที่ทำให้เกิดความไม่ชอบใจหรือเบียดเบียนประการอื่น เช่น ความกลัว ความวิตก โดยการกระทำดังกล่าวเกิดจากการกระทำที่มีชอบหรือไม่สมเหตุสมผลนั้น เมื่อการกระทำเช่นนี้ไม่ถึงขนาดที่ก่อให้เกิดอันตรายอันจะเป็นไปตามหลักความเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น แต่เป็นเพียงการกระทำที่ผู้กระทำใช้เสรีภาพของตนเองไปรบกวนผู้อื่นหรือแทรกแซงผู้อื่น ทำให้เกิดสถานการณ์ที่ไม่พึงพอใจต่อผู้อื่น

โจเอล เฟนเบิร์ก²⁷ เห็นว่าพฤติกรรมที่เป็นการกระทำที่ก้าวร้าวอันสมควรถูกกำหนดเป็นความผิดนั้นต้องมียุติประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก เป็นการกระทำที่ผิดที่ต่ออีกฝ่ายหนึ่ง (เป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่น)

ประการที่สอง ก่อให้เกิดสภาวะทางจิตใจอันไม่พึงประสงค์อย่างรุนแรง

โจเอล เฟนเบิร์ก เน้นย้ำว่าต้องคำนึงอยู่เสมอว่าการกระทำที่ก้าวร้าวนั้นมีความร้ายแรงน้อยกว่าการกระทำที่เป็นอันตราย ดังนั้นกฎหมายจึงไม่ควรปฏิบัติต่อการกระทำเช่นนี้ราวกับว่ามันเป็นเรื่องใหญ่ อันหมายความว่า

²⁶ ฌูว์แซ็ฌ์ สุกชิโยชิน. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22. หน้า 13.

²⁷ Joel Feinberg. (1985). *Offense to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press. pp.1-5.

ประการแรก ไม่ควรพยายามที่จะควบคุมพฤติกรรมที่ก้าวร้าวนี้ด้วยวิธีการทางกฎหมายอาญา หากมีวิธีการอื่นที่มีประสิทธิภาพและคุ้มค่าในเชิงเศรษฐศาสตร์มากกว่า

ประการที่สอง ควรลงโทษสถานเบา บ่อยครั้งที่การลงโทษด้วยการปรับดีกว่าการจำคุก

ประการที่สาม ควรใช้ต่อเมื่อการทำความผิดปรากฏในที่สาธารณะ²⁸ และก่อให้เกิดความลำบากแก่สาธารณะหรือคนทั่วไป

3) หลักกฎหมายพ่อปกครองลูก (Legal Paternalism)

ในปัจจุบันหลักการนี้เนื้อหาจะมุ่งเน้นศึกษาเรื่องของการใช้อำนาจเพื่อควบคุมการกระทำของคนในสังคม อาศัยเหตุผลทางกฎหมายมาเป็นข้ออ้างที่จะป้องกัน (Protect) พฤติกรรมเสี่ยงภัยด้วยการแทรกแซง (Interference) เพื่อสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยทางสังคม ทฤษฎีกฎหมายพ่อปกครองลูก มักจะไม่ได้ได้รับความสนใจมากนักในกลุ่มของนักกฎหมายเสรีนิยม โดยพวกเขาให้เหตุผลว่ามันไม่ใช่ธุระที่สมควรของรัฐ (None of The State's Proper Business) แต่อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ได้รับความสนใจมากขึ้นเมื่อมีพฤติกรรมของมนุษย์ที่เป็นรูปธรรมต้องตามหลักการนี้มากขึ้นเช่น การฆ่าตัวตาย การค้าขายอวัยวะร่างกายของตัวเอง หรือพฤติกรรมอื่นที่คล้ายกัน²⁹

ฮาร์ท (L. A. Hart) ได้กล่าวไว้ว่ารัฐจะต้องทำหน้าที่เป็นพ่อ บังคับใช้มาตรการทางกฎหมายบางอย่างไม่เพียงพอเพื่อป้องปรามการกระทำที่จะสร้างความเสียหายแก่บุคคลอื่นเท่านั้น แต่ยังต้องป้องกันบุคคลที่ยังไม่มีอิสระ (บรรลุนิติภาวะและบุคคลที่มีปัญหาทางจิต) ที่จะทำให้ความอันตรายต่อตนเอง³⁰

กล่าวโดยสรุป ทฤษฎีกฎหมายพ่อปกครองลูกเป็นทฤษฎีที่มีตรรกะและมีผลดีต่อสังคม ถ้าหากรัฐดำเนินการบนพื้นฐานของกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีงาม โดยเฉพาะในการดำเนินนโยบายสร้างความสงบและความเป็นระเบียบทางสังคม แต่ความมีตรรกะของกฎหมายใช้ว่าจะทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพเหมือนกันหมด ดังนั้น จึงมีนักกฎหมายบางคน เช่น โสรัม ที่เห็นว่า “ชีวิตของกฎหมายมิได้ขึ้นอยู่กับตรรกะแต่ปรากฏอยู่ที่ประสบการณ์ต่างหาก” (The life of the law has not been logic; it has been experience ซึ่งเป็นที่มาของแนวคิดสังคมนิยมทางกฎหมาย³¹

²⁸ *Ibid*, pp.1-5.

²⁹ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.maticchon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

³⁰ Wikipedia. (2011). *Paternalism*. (Online). Available: <http://en.wikipedia.org/wiki/Paternalism>. [2011, March 31].

³¹ Holmes, Oliver Wendell, Jr. (2011). *The Common Law*. (Online). Available: <http://www.generalintelligence.com/library/commonlaw.pdf>. [2012, September 27].

4) หลักกฎหมายศีลธรรม (Legal Moralism)

ตามทฤษฎี Legal Moralism กฎหมายจะต้องบัญญัติให้การกระทำความผิดทางศีลธรรมร้ายแรงเป็นความผิดอาญาและต้องได้รับการลงโทษเพื่อเป็นการรักษามาตรฐานทางศีลธรรมของสังคม (Public Moralism Standard) ซึ่งเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญในการทำให้สังคมดำรงอยู่³² ดังนั้นการจะบัญญัติให้การกระทำความผิดใดเป็นความผิดทางอาญา การกระทำนั้นต้องเป็นสิ่งที่คนส่วนใหญ่ในสังคมเห็นพ้องต้องกันว่าผิดทางศีลธรรมร้ายแรง ซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศและสังคม และอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามมาตรฐานทางศีลธรรมของสังคมที่เปลี่ยนแปลง เช่น ความผิดเกี่ยวกับการรักร่วมเพศ การผิดประเวณี หรือการทำแท้ง³³

แนวความคิดทางศีลธรรมของสังคมที่จะนำมาใช้กำหนดความผิดอาญามีหลักพิจารณา ดังต่อไปนี้

แนวความคิดดังกล่าวไม่เป็นมาตรฐานทางศีลธรรมส่วนบุคคล ดังตัวอย่างเกี่ยวกับการทำแท้งในสังคมอเมริกันยังไม่มีความเห็นว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่ Sandford H. Kadish จึงให้ความเห็นว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่ในการระงับข้อพิพาททางสังคม ประกอบกับเมื่อพิจารณาผลกระทบในทางลบที่มีต่อสังคม การทำแท้งจึงไม่ควรเป็นความผิดทางอาญา³⁴

หลักพิจารณาว่าควรเป็นการกระทำที่สมควรได้รับการตำหนิ (Strict of fault) ความผิดทางศีลธรรมที่ควรเป็นความผิดอาญา คือ ความผิดที่สังคมมุ่งหมายไปที่การประณามการกระทำ ไม่ใช่มุ่งที่ผลลัพธ์ของการกระทำ จากหลักพิจารณานี้ Andrew Ashworth จึงได้วิจารณ์เกี่ยวกับความผิดเด็ดขาดทางอาญา (strict liability) ว่าอาจไม่ควรเป็นความผิดทางอาญา หากกฎหมายไม่สามารถทำให้ชัดเจนได้ว่าผู้กระทำมีความผิดเพียงพอต่อการสมควรได้รับการตำหนิ³⁵

หลักการประณามเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างและความยุติธรรม (fair and representative labeling) ไม่เพียงแต่การกำหนดอัตราโทษ Ashworth ให้ความเห็นว่า การจำแนกประเภทของความผิดควรสอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งเกี่ยวข้องกับความเข้าใจของสังคม

³² P. Devlin. (1965). *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press.

³³ “Unless a deliberate attempt is to be made by society, acting through the agency of the law, to equate the sphere of crime with that of sin, there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law's business.” In Wolfenden Report. (1965). *Great Britain Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Report, Command No. 247 Paras. 61 and 62.

³⁴ S. H. Kadish. (1968). The Crisis of Overcriminalization. *American Criminal Law Quarterly*, 7 (24), p. 24.

³⁵ A. Ashworth. (2008). Conceptions of Overcriminalization. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5 (407), p. 411.

เกี่ยวกับความผิดนั้นด้วย³⁶ การกำหนดประเภทของความผิดเกินความร้ายแรงของการกระทำหรือไม่ เป็นไปตามหลักการประณามเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างหรือความยุติธรรมยอมทำให้กฎหมายอาญาเพื่อ

หลักความชั่ว (culpability) Ashworth ให้ความเห็นไว้ว่า หากกฎหมายอาญาจะลงโทษ การกระทำที่สังคมมองว่าเป็นความผิด จะต้องลงโทษที่การกระทำไม่ใช่ผลลัพธ์ของการกระทำ³⁷ นั้น ดังจะเห็นได้จากกฎหมายอาญาบัญญัติให้การเตรียมหรือพยายามกระทำความผิดก็เป็น ความผิดได้ แม้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวจะไม่สัมฤทธิ์ผลที่มุ่งหมาย แต่ถ้ากฎหมายอาญาลงโทษบุคคล จากผลลัพธ์ของการกระทำ กล่าวคือ การกระทำเพียงเล็กน้อยแต่ส่งผลกระทบรุนแรง เช่น การทำร้ายร่างกาย เพียงเล็กน้อยแต่เหยื่อเสียชีวิต อาจทำให้เกิดปัญหาได้³⁸ การกำหนดความผิดทางอาญาจากผลลัพธ์ ของการกระทำจึงควรกำหนดระดับทางศีลธรรมขั้นต่ำไว้โดยต้องเป็นการกระทำที่มีความร้ายแรง ทางศีลธรรมเพียงพอที่ผู้กระทำผิดจะได้รับการลงโทษจากผลลัพธ์ของการกระทำถึงแม้ว่าจะไม่ใช่ ผลที่มุ่งหวังจากการกระทำนั้น

5) หลักอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism)

หลักการนี้ ถือว่าผลของการกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่คนจำนวนมากที่สุด³⁹ แนวความคิดดังกล่าวของ เจเรมี เบนแทม (Jeremy Bentham) และหลักการ (Harm Principle) จอห์น สจวร์ต มิลล์ (John Stuart Mill)⁴⁰ ที่ว่าปรัชญาเกี่ยวกับวิถีชีวิตของมนุษย์ที่ให้ความสำคัญ กับการคิดตามหลักเหตุผลของปัจเจกบุคคล โดยมองว่าหัวใจการอยู่ของมนุษย์คือการที่ปัจเจกบุคคล มีแรงจูงใจตามตรรกะที่มุ่งประโยชน์ส่วนตัวในการแสวงหาความสุขความสำราญ (happiness) และ หลีกเลี่ยงความเจ็บปวดความทุกข์ (Pain) ตามหลักคิดนี้สังคมจึงเป็นเพียงกลุ่มคนที่พยายามใช้ ประโยชน์จากสิ่งที่ตนมีอยู่ให้มากที่สุดโดยใช้ความสัมพันธ์ระหว่างกันเพื่อเป้าหมายนั้น

เมื่อนำแนวความคิดของ เบนแทม มาปรับใช้ในการบัญญัติกฎหมาย จะทำให้แนวคิด ที่มองเป้าหมายทั่วไปของกฎหมายมีขึ้นเพื่อเพิ่มความสุขทั้งหมดของประชาชน มีข้อความว่า

³⁶ *Ibid*, page 410.

³⁷ A. Ashworth. *Supra* note 35. pp.411-413.

³⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2564). *แนวความคิดของต่างประเทศเกี่ยวกับกฎหมายอาญาเพื่อ (Overcriminalization)*. หน้า 2. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/03-1-5.pdf>. [2564, 7 มิถุนายน].

³⁹ นักศึกษาคณะพยาบาลศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏชัยภูมิ. (2564). *ทฤษฎีจริยศาสตร์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้ จาก: <https://sites.google.com/site/websitpexukkarreynru234/10-thvsdi-criysastr>. [2564, 7 มิถุนายน].

⁴⁰ Wolfenden Report. *Supra* note 33. หน้า 3.

“เป้าหมายโดยทั่วไปที่กฎหมายทั้งหมดมีหรือควรจะมีร่วมกัน คือ การเพิ่มพูนความสุขโดยรวมของประชาคม เพื่อถ่วงน้ำหนักที่มีแนวโน้มที่จะลดทอนหรือบั่นทอนความสุขนั้นออกไป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งเพื่อที่จะถ่วงน้ำหนักความเสียหายออกไป แต่การลงโทษที่พึงเป็นความเสียหาย การลงโทษโดยตัวของมันเองเป็นสิ่งชั่วร้าย ตามหลักการอรรถประโยชน์ ถ้าการลงโทษควรจะได้รับการยอมรับก็ต่อเมื่อมันสัญญาว่าจะถ่วงน้ำหนักความชั่วร้ายบางอย่างที่ใหญ่กว่าออกไป”⁴¹

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม หากการบังคับใช้กฎหมายอาญาก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อสังคมมากกว่าประโยชน์ที่สังคมได้รับถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดทางศีลธรรม ก็อาจไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะใช้ตัดสินว่าการกระทำนั้นสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา

6) หลักคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüter)

หลักคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgüter หรือ Legal Goods) เป็นที่แพร่หลายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ช่วงศตวรรษที่ 19 โดยเป็นผลงานของฟอยเออร์ (Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (PJA Feuerbach)) นักกฎหมายชาวเยอรมัน หลักการนี้ตั้งอยู่บนแนวความคิดเสรีนิยมแบบคลาสสิก⁴² เป็นที่รู้กันดีว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับความผิดและโทษ⁴³ แต่การที่จะบัญญัติว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้นต่างมีเหตุภายในบริบทของสังคมนั้น ๆ ซึ่งเมื่ออ่านด้วยทฤษฎีกฎหมายจะสามารถเข้าใจและรับรู้ได้ทันทีว่าการกระทำใดหรือละเว้นการกระทำใดเป็นความผิดและยังบัญญัติถึงการลงโทษไว้ แต่ยังมีบางสิ่งบางอย่างที่ซ่อนไว้โดยไม่สามารถมองเห็นด้วยได้ด้วยการอ่านความผิดฐานต่าง ๆ ในด้วยทฤษฎีกฎหมาย หากแต่ต้องได้พิจารณาและสะกดออกมาสิ่งนี้เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย”

หลักเกณฑ์เรื่องคุณธรรมทางกฎหมายนี้เป็นที่แพร่หลายในเยอรมัน แนวคิดของ PJA Feuerbach ที่ได้กล่าวไว้ว่า ความผิดไม่ใช่แค่เพียงเป็นเรื่องที่ก่อแค้นตรายเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงการละเมิดสิทธิต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งไม่ใช่มีขอบเขตเพียงแค่การคุ้มครองป้องกันการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเท่านั้น เช่นความผิดฐานดูหมิ่นศาสนา (Blasphemy) ก็ถือเป็นความผิดอย่างหนึ่งเนื่องจากการละเมิดต่อเกียรติในเชิงสังคมของโบสถ์ (Social honour of the church) สิ่งที่สำคัญที่สุดที่ความผิดทุกประเภทจะต้องมีก่อนเสมอก็คือความผิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการละเมิดต่อหลักเสรีภาพในการอยู่ร่วมกันในสังคม Feuerbach เห็นว่ากฎหมายคือ

⁴¹ Jeremy Bentham. (n.d.). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. n.p., p. 158.

⁴² C. Lernestedt, Kriminalisering. (2003). *Problem och Principer*. Uppsala: Iustus Förlag. pp.361-362. In NiNa Persak. Supra note 25. p.106.

⁴³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2554). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 14.

เรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพ เสรีภาพของบุคคลคือเป็นจุดเริ่มต้นที่จะต้องคำนึงถึงในการบัญญัติกฎหมาย กฎหมายควรจะเป็นไปเพื่อทำให้เกิดความคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลให้มากที่สุดซึ่งเสรีภาพนั้น จะต้องเป็นเสรีภาพที่ต้องไม่ขัดต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วยซึ่งหมายถึงว่า การกระทำจะเป็น ความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นกระทบ โดยตรงต่อเสรีภาพที่กำหนดไว้ในกฎหมาย⁴⁴

คำว่าคุณธรรมทางกฎหมายได้รับการถ่ายทอดเป็นภาษาไทย

โดย ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร โดยมีการพัฒนามาจากภาษาเยอรมันที่เรียกว่า Rechtsguter ซึ่งนักกฎหมายหลายท่านเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า legal interest

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsguter) คือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองหรืออาจหมายถึง สถานะที่พึงปรารถนาในทางสังคมที่กฎหมายต้องการจากการประกันจากการล่วงละเมิด แต่หาก พิจารณาโดยเนื้อความรวมและเจตนาของกฎหมายแล้ว ซึ่งศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร⁴⁵ ได้ให้ ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง สถานะความนึกคิดที่เป็นนามธรรม ซึ่งบทบัญญัติ แห่งกฎหมายแต่ละฐานต้องการคุ้มครอง มิใช่วัตถุที่เป็นรูปร่างหรือบุคคลเท่านั้น ดังนั้น คุณธรรม ทางกฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันอันเป็นที่มาของความผิด ฐานต่าง ๆ ในกฎหมายอาญา คุณธรรมทางกฎหมายสามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท

(1) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (individualrechtsgut) เช่น ชีวิต เสรีภาพ ต่าง ๆ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เกียรติยศ ชื่อเสียง

(2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัย ของสาธารณชนความมั่นคงของประเทศ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม พบว่าความบกพร่องบางประการสำหรับหลักการนี้คือ ความผิดอาญา บางประเภทไม่ได้มีประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองอย่างแท้จริง ตัวอย่างที่เป็นที่เด่นชัดและ เป็นที่วิจารณ์กันอย่างแพร่หลาย คือ ความผิดฐานดูหมิ่นศาสนา (Blasphemy) มีข้อพิจารณาว่า ความผิดฐานนี้มีได้มีประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแต่อย่างใด เนื่องจากพระเจ้าหรือศาสนา มิได้มีความต้องการหรือมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา การดูหมิ่นศาสนา หรือพระเจ้าโดยตัวมันเองมิได้สร้างความอันตรายใด ๆ ต่อศาสนาหรือพระเจ้า หากต้องการกำหนด

⁴⁴ กาญจนา พัทธโน. (2560). *ความผิดอาญา: ศึกษาทางอาญาเกี่ยวกับพืชเสพติด*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติ ศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 51.

⁴⁵ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา. (2549). *ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษ และการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา*. รายงานวิจัยเสนอต่อสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวง ยุติธรรม.

เป็นความผิดอาญาโดยเหตุผลจากแนวความคิดหลักคุณธรรมทางกฎหมายต้องมีเหตุผลสนับสนุนที่มากกว่านั้น⁴⁶

7) หลักการใช้กฎหมายอาญาเป็นวิถีทางสุดท้าย (Criminal Law as Last Resort)

หลักการนี้เห็นว่าการกำหนดความผิดทางอาญาควรพิจารณาใช้ในฐานะเป็นวิถีทางสุดท้ายเป็นหลักการใช้ในการกำหนดความผิดอาญาหลักหนึ่งซึ่งมีความใกล้เคียงกับหลักความเป็นภัยอันตรายต่อผู้อื่น (Harm to Others) เป็นแนวคิดเกิดขึ้นและแพร่หลายในเยอรมัน หนึ่งในผู้ที่สนับสนุนหลักการนี้คือ ศาสตราจารย์ร็อกซิน (Roxin) ได้กล่าวว่า กฎหมายอาญาไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสมเพียงประการเดียวที่จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายได้ในการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายควรจะต้องใช้เครื่องมือทางกฎหมายชนิดอื่นก่อน เช่น การใช้โทษทางแพ่ง โทษทางปกครอง การลงโทษชนิดอื่นที่ไม่ใช่โทษทางอาญาและหากวิธีการเหล่านี้ไม่ได้ผลจึงจะเลือกใช้กฎหมายอาญาเป็นทางออกสุดท้าย

ศาสตราจารย์ Stratwert กล่าวว่า ที่ต้องใช้กฎหมายอาญาเป็นวิถีทางสุดท้าย ก็เนื่องจากการลงโทษอาญาเป็นการกระทบสิทธิของมนุษย์ที่รุนแรงที่สุด ศาสตราจารย์เจเรบอร์ก (Nils Jareborg)⁴⁷ ได้กล่าวว่า ในการกำหนดความผิดอาญานั้น มีปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงอยู่หลายปัจจัยด้วยกันซึ่งสามารถสรุปเป็นเชิงหลักเกณฑ์ได้ 3 ประการว่า

ประการที่หนึ่ง หลักเกณฑ์เรื่องความน่าตำหนิหรือเรียกอีกอย่างว่า หลักเกณฑ์ (The penal value principle) ซึ่งกล่าวว่าไม่ควรจะกำหนดความผิดอาญาแก่การกระทำที่มีความตำหนิ น้อย ความน่าตำหนิจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับคุณค่าหรือประโยชน์ที่ถูกล่วงละเมิด และขึ้นอยู่กับความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น

ประการที่สองคือ หลักเกณฑ์เชิงอรรถประโยชน์ (The utility principle) นั่นคือการตัดสินใจจะกำหนดความผิดอาญาจะต้องพิจารณาค่าใช้จ่ายและความต้องการที่แท้จริงของสังคมด้วยว่าต้องการให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่ เพราะมิฉะนั้นจะทำให้คดีสิ้นศาลและเป็นภาระต่อกระบวนการยุติธรรมซึ่งต้องใช้งบประมาณที่สูงมาก นอกจากนี้ ยังก่อให้เกิดผลพลอยได้ที่ตามมา เช่น การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการครอบครองหรือการใช้สิ่งหนึ่ง ๆ จะทำให้ราคาของสิ่งนั้นสูงขึ้น ซึ่งอาจนำไปสู่การเกิดคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินมากขึ้นตลอดจนนำไปสู่ปัญหาองค์กรอาชญากรรม

⁴⁶ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.matichon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

⁴⁷ Nils Jareborg. (2005). Criminalization as last resort (Ultima ratio). *Ohio state Journal of Criminal Law*, 521 (2), pp. 521-53.

ประการสุดท้าย คือ หลักเกณฑ์ในเชิงมนุษยชาติ (Humanity principle) นั่นคือ การกำหนดความผิดอาญาจะต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ที่พอดีไม่ก้าวก่ายสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น จนเกินความจำเป็น⁴⁸

2.3 การกำหนดเหตุจรรยา

ในการกำหนดความผิดอาญากรณีการบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัยนั้น มีความจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงรูปแบบของการกำหนดความรับผิดทางอาญา การกำหนดความรับผิดทางอาญา โดยใช้แนวคิดการกำหนดเหตุจรรยาเป็นรูปแบบที่ผู้เขียนเล็งมาศึกษาเพื่อการปรับใช้การกำหนดความผิดฐานดังกล่าว

2.3.1 บทนิยามการกำหนดเหตุจรรยา

ในประมวลกฎหมายอาญาไม่มีคำนิยามของคำว่า “เหตุจรรยา” การอธิบายถึงเหตุจรรยาจึงต้องพิจารณาจากความเห็นของนักนิติศาสตร์และแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้กล่าวถึงเหตุจรรยาไว้ ซึ่งสรุปความได้ว่า เหตุจรรยา คือ เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นสูงขึ้น หรือเพิ่มขึ้น⁴⁹ เนื่องจากไม่ใช่เป็นการกระทำอย่างธรรมดาหรือสามัญ แต่เป็นการกระทำที่มีความผิดที่มีความร้ายแรงมากยิ่งขึ้น โดยประกอบด้วยพฤติการณ์และข้อเท็จจริงต่าง ๆ หรือลักษณะที่ร้ายแรงหรือจรรยา ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของผู้กระทำว่าได้กระทำไปโดยไม่เหลียวแลต่อสังคมหรือประโยชน์ส่วนรวม หรือกระทำไปโดยมีเจตนาร้ายแรงเป็นพิเศษ หรือกระทำไปโดยไม่คำนึงถึงความสงบสุขของสังคมส่วนรวมและถ้าการกระทำใดกระทบต่อความรู้สึกของสังคมส่วนรวมมาก⁵⁰ โทษสำหรับการกระทำผิดนั้นก็จะสูงขึ้นไปด้วย

2.3.2 แนวคิดที่มามีการกำหนดเหตุจรรยา

แนวคิดการกำหนดให้บุคคลต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุจรรยา มีที่มาจากแนวคิดทางอาชญาวิทยาและแนวคิดในวัตถุประสงค์การลงโทษแนวคือแนวคิดของหลักการลงโทษอาญาเพื่อทดแทนความผิด (Retributive Theory) จะเห็นได้ว่าการลงโทษนั้นมีวิธีที่แตกต่างและมีวิวัฒนาการไปตามยุคสมัยของแต่ละสังคม หรือมาจากความเชื่อที่ว่าพฤติการณ์การกระทำของบุคคลสามารถ

⁴⁸ กาญจนนา พัทธโน. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 44. หน้า 51.

⁴⁹ รัชนิการ ธนาคำ. (2554). การเพิ่มโทษและมาตรการอื่นที่ใช้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นนักการเมือง. *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี*, 4 (7).

⁵⁰ เสถียรวุฒิ ต่างท้วม และ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2563). เหตุจรรยาในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา เนื่องจากความเกลียดชังทาง ศาสนา. *วารสารรัชต์ภักย์*, 14 (35).

เป็นเครื่องตัดสินการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของบทลงโทษได้⁵¹ และกฎหมายในกำหนดโทษจะต้องเป็นการกำหนดโทษที่นั้นจะต้องได้สัดส่วนกับความผิดเพราะสภาพแห่งความผิดด้วย

สามารถแบ่งได้เป็น 3 แนวทาง คือ

แนวทางแรก แนวทางของภาคพื้นทวีปยุโรป ประเทศส่วนใหญ่ของภูมิภาคยุโรปได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายของนโปเลียน (Code Napoleon) ซึ่งแนวทางนี้จะมองว่าการตัดสินลงโทษใด ๆ ผู้ตัดสินจะต้องพิจารณาถึงการลดลงหรือการเพิ่มขึ้นของความร้ายแรงของบทลงโทษด้วย หากปรากฏว่ามีความร้ายแรงขึ้นหรือบรรเทาของพฤติกรรมของการกระทำแม้ว่าในทางปฏิบัติจะเป็นการยากที่จะประเมินโดยการใช้วิธีการทางคณิตศาสตร์ สำหรับแนวทางนี้จะถูกใช้โดยศาล

แนวทางที่สอง เป็นแนวทางการกำหนดโดยฐานความผิด กล่าวคือ การกำหนดโทษจะขึ้นอยู่กับความรุนแรงว่ามากหรือน้อยเพียงใดกับความผิดในแต่ละฐาน เนื่องจากความผิดแต่ละประเภทนั้นอาจมีความร้ายแรงที่แตกต่างกันไป จึงทำให้หากมีการกำหนดโทษที่ตายตัวในความผิดแต่ละฐานโดยที่ไม่ได้กำหนดโทษหนักขึ้นในกรณีที่พฤติกรรมของการกระทำมีความร้ายแรงอาจทำให้ผู้กระทำผิดนั้นไม่เกรงกลัวที่จะกระทำความผิดซ้ำอีกได้ ตัวอย่างเช่นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งแยกกระทำความผิดออกจากรัจนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรงโดยการกำหนดโทษไว้ในชั้นประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต และความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรงโดยกำหนดโทษในลักษณะของการปรับปรุงหรือคุมประพฤติ รวมไปถึงการจำคุกระยะสั้น⁵² ซึ่งมีความผิดสองประเภทจะมีการกำหนดโทษในระดับที่แตกต่างตามความร้ายแรงกันไป

แนวทางที่สาม เป็นแนวทางการกำหนดรูปแบบของพฤติกรรมที่ร้ายแรงขึ้นเป็นฐานความผิดหนึ่ง (Offence) แยกออกมาต่างหากจากความผิดธรรมดา แนวทางนี้มีตัวอย่างไม่มากนัก เช่น กฎหมายของประเทศอังกฤษในความผิดฐานบุกรุกโดยมีเหตุฉกรรจ์ (Aggravated Burglary) โดยความผิดฐานนี้แยกออกมาต่างหากจากความผิดฐานบุกรุก เป็นอีกหนึ่งฐานความผิดกำหนดพฤติกรรมที่ร้ายแรงเพิ่มขึ้นจากความผิดฐานบุกรุกธรรมดา⁵³

⁵¹ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาชญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.matichon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

⁵² นถาวรณ ปานศรีแก้ว. (2560). *การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดที่กระทำต่อเด็กและเยาวชน*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 17.

⁵³ กัญจนา พัทธโน. อ่างแล้ว เจริญที่ 44. หน้า 51.

2.3.3 หลักการกำหนดเหตุฉกรรจ์

ในส่วนนี้จะพิจารณาว่าสำหรับการกำหนดเหตุฉกรรจ์หรือเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นสามารถใช้หลักการใดในการกำหนดได้บ้างและในแต่ละหลักการนั้นมีรายละเอียดและรูปแบบประการใด

1) หลักการกำหนดเหตุฉกรรจ์จากการสมควรตำหนิ (Culpability-based)

การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในลักษณะนี้เป็นการกำหนดโดยพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดสมควรถูกตำหนิมากหรือน้อยเพียงใด ทั้งนี้สามารถพิจารณาได้จากหลายประการ เช่น ความชั่วร้ายของจิตใจผู้กระทำความผิด ตัวผู้กระทำความผิด หรือตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำในการกระทำความผิด โดยดูจากลักษณะของการกระทำว่ามีความร้ายแรงกว่าปกติหรือมีลักษณะของการกระทำที่ออกอาจหรือไม่ ลักษณะวิธีการการกระทำที่ผู้กระทำให้ในการกระทำ⁵⁴ เป็นต้น

การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากความชั่วร้ายของจิตใจของผู้กระทำความผิดเป็นการกำหนดโทษโดยคำนึงจิตใจของผู้กระทำการ ผู้กระทำมีเจตนาที่ชั่วร้าย หรือมีจิตใจที่ชั่วร้ายมากกว่าปกติแล้วก็ย่อมได้รับโทษหนักขึ้น เช่นในการกระทำความผิดซึ่งผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้กระทำอย่างเช่น บุพการีหรือผู้สืบสันดานของตน หรือการกระทำความผิดต่อผู้อื่นที่มีสถานะทางสังคมอย่างเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติหน้าที่ หรือการขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เช่นนี้ผู้กระทำจะสมควรถูกตำหนิมากกว่าการขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจและสมควรได้รับโทษที่หนักกว่าด้วย⁵⁵ เป็นต้น

ความสมควรถูกตำหนิมากกว่า เนื่องจากตัวผู้กระทำความผิด หรือตัวทรัพย์สินที่ถูกกระทำในการกระทำความผิด โดยผู้ที่ถูกกระทำความผิดนั้นเป็นผู้ที่อ่อนแอ หรือไร้ความสามารถที่จะป้องกันหรือต่อสู้กับผู้กระทำความผิดได้ เช่น เด็ก คนชรา คนพิการ วิกลจริต หรือเป็นการซ้ำเติมบุคคลอ่อนแอเหล่านี้ให้มีความทุกข์ยิ่งขึ้น เช่น การกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี เป็นต้น ผู้กระทำความผิดก็สมควรที่จะได้รับโทษหนักขึ้น

ส่วนความสมควรถูกตำหนิมากกว่าเนื่องจากลักษณะวิธีการการกระทำที่ผู้กระทำให้ในการกระทำความผิด การกำหนดเหตุฉกรรจ์โดยพิจารณาจากลักษณะของการกระทำความผิดนั้นมีเหตุมาจากการกระทำความผิดหลายรูปแบบ ซึ่งวิธีการหรือลักษณะการกระทำความผิดบางอย่าง

⁵⁴ นภสร เพชรพลอย. (2559). *การกำหนดเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 66-67.

⁵⁵ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาชญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.matichon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

ร้ายแรงกว่าปกติทั่วไปในการกระทำความผิด เช่น การกระทำความผิดโดยมีอาวุธ หรือการโดยการ ใช้กำลังประทุษร้าย เนื่องจากอาวุธปืนเป็นสิ่งที่มีความร้ายแรงสามารถก่อให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต และร่างกายของผู้ถูกกระทำได้ หรือโดยการไตร่ตรองไว้ก่อนล่วงหน้า ดังนั้น การกำหนดความหนักเบาของโทษก็ขึ้นอยู่กับการกระทำความผิดเช่นกันว่า ดังนั้น กรณีดังกล่าว ถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำความผิดจากความคิดหรือความชั่วร้ายที่เกิดขึ้นชั่วขณะนั้น⁵⁶ แต่เป็น ความคิดที่ผ่านการคิดใคร่ครวญมาเป็นอย่างดีแล้วซึ่งถือเป็นความดำหนิที่มากกว่าปกติ

2) หลักการกำหนดเหตุลดโทษจากความทุกข์ทรมานหรือความเสียหาย

การกำหนดเหตุลดโทษในลักษณะนี้เป็นการกำหนดโดยเน้นพิจารณาที่ตัวผู้เสียหาย หรือผู้ถูกกระทำ หรือวัตถุที่ถูกกระทำเป็นหลักว่าได้รับความทุกข์ทรมานหรือความเสียหาย มากน้อยเพียงใด

ตัวอย่างเช่น การคุ้มครองเด็ก หญิงมีครรภ์ โดยหลักการนี้เป็นที่มาของบทบัญญัติ ความผิดอาญาหลายบทบัญญัติ ทั้งในบทบัญญัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ บทบัญญัติ หน่วงเหนี่ยวกักขัง⁵⁷ เป็นต้น บทบัญญัติเหล่านี้จะมีการบัญญัติไว้ให้คุ้มครองการทำร้ายร่างกาย ผู้ที่โดยเหตุในเรื่องของอายุ หรืออ่อนแอกว่า หรือมีความบกพร่องทางร่างกาย เนื่องจากการกระทำ ความผิดต่อเด็กจะก่อให้เกิดความเสียหายและสร้างความทุกข์ทรมานต่อผู้ถูกกระทำที่เป็นเด็ก มากกว่าการกระทำต่อบุคคลทั่วไปที่เป็นผู้ใหญ่แล้ว เด็กจึงควรเป็นผู้ที่ได้รับความคุ้มครองมาก เป็นพิเศษเมื่อเทียบกับคนในวัยฉกรรจ์ นอกจากนั้นอาจยังส่งผลกระทบต่อเด็กทารกในครรภ์⁵⁸ ผู้กระทำจึงสมควรได้รับโทษที่หนักขึ้น

การกระทำความผิดซึ่งเป็นวัตถุหรือทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อสาธารณะผู้กระทำจะต้องได้รับโทษ ที่หนักกว่าการกระทำต่อทรัพย์สินปกติ เพราะกฎหมายเห็นว่าทรัพย์สินดังกล่าว มีไว้เพื่อประโยชน์ แก่บุคคลทั่วไปและคนจำนวนมาก หากทรัพย์สินนั้นเสียหายหรือขาดประโยชน์จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อปัจเจกบุคคล⁵⁹ หรือการกระทำความผิดในสถานที่ซึ่งเป็นที่สำคัญ เช่น ศาสนสถาน

⁵⁶ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึง ได้จาก: https://www.matichon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

⁵⁷ อุทิศ สุภาพ. (2560). *ปรัชญาอาญาวิทยาในการลงโทษ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา*. (ออนไลน์). เข้าถึง ได้จาก: https://www.matichon.co.th/columnists/news_479705. [2564, 10 พฤษภาคม].

⁵⁸ สุรพงษ์ วัชรไทย. (2564). *การกำหนดเหตุลดโทษในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.lawgrad.ru.ac.th/AbstractsFile/6124011820/1613031194650a1cb5332f3522412e23a55c346214_abstract.pdf. [2564, 19 มิถุนายน].

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8140/2541.

เพราะสถานที่ดังกล่าวมีคุณค่าบางประการซึ่งเมื่อมีการกระทำผิดในสถานที่เช่นนั้นย่อมทำให้เกิดผลกระทบที่มากกว่า

2.4 การกำหนดการกระทำความผิดฐานบุกรุกบ้านพักอาศัย

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงความหมายและลักษณะของการกระทำอันเป็นความผิดบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย โดยการอธิบายถึงประวัติความเป็นมาของแนวคิดการกำหนดความผิดบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย เพื่อให้ทราบถึงที่มาและเหตุผลในเรื่องดังกล่าว

2.4.1 ความหมายของการบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย

เพื่อให้ทราบถึงความหมายของการบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย ต้องพิจารณาความหมายของการบุกรุกก่อน

คำว่า “บุกรุก” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายถึง การบุกรุกเข้าไปในเคหสถานที่อยู่อาศัยของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาตและไม่มีเหตุอันสมควร⁶⁰ หรือเข้าไปรบกวนการครอบครองกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น โดยปกตีสุข เช่น การล้วงล้ำเข้าไปในเขตที่หวงห้าม เช่น บุกรุกเข้าไปในเขตป่าสงวน หรือล้วงล้ำเข้าไปในสถานที่ของผู้อื่นโดยพลการ เช่น บุกรุกเข้าไปในบ้านของผู้อื่น⁶¹ เรียกว่า ความผิดฐานบุกรุก คือ การเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนหรือเข้าไปกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของเขาโดยปกตีสุข⁶² หรือเข้าไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร เข้าไปหรือซ่อนตัวอยู่ในเคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์หรือสำนักงานในความครอบครองของผู้อื่น หรือไม่ยอมออกไปจากสถานที่เช่นนั้นเมื่อผู้มีสิทธิที่จะห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออก⁶³

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 33 บัญญัติไว้ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครองหรือการค้นเคหสถานหรือที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ⁶⁴

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1457/2563.

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2718/2538.

⁶² ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 362.

⁶³ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 364.

⁶⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

กรณีเข้าไป หรือซ่อนตัวอยู่ในเคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์สิน หรือสำนักงานในความครอบครองของผู้อื่น หรือไม่ยอมออกไปจากสถานที่ดังกล่าว เมื่อผู้มีสิทธิที่จะห้ามมิให้เข้าไปได้ไล่ให้ออก ทั้งนี้โดยเป็นกรณีที่ไม่มีเหตุอันสมควร วัตถุแห่งการกระทำจึงเป็นกรณีของเคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์สิน หรือสำนักงานหากยังไม่มีกรเข้าไปในเคหสถานหรืออาคารตามที่กฎหมายบัญญัติ ก็ยังไม่เป็นความผิดฐานบุกรุก

เคหสถาน อาคารเก็บรักษาทรัพย์สิน หรือสำนักงานนั้นต้องอยู่ในความครอบครองของผู้อื่น จึงจะเป็นความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 364 ได้ และต้องเป็นเป็นเรื่องที่มีเจตนาบุกรุกเข้าไป โดยไม่มีอำนาจ หากไม่มีเจตนาหรือกระทำการใด ๆ โดยสุจริตใจก็ไม่เป็นความผิด

กรณีเกี่ยวกับ “เหตุอันสมควร” เป็นข้ออ้างประการหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า หากเป็นการเข้าไปในเคหสถาน อาคาร โดยมีเหตุอันสมควรแล้ว ก็ไม่มีความผิดเพราะไม่เป็นการล่วงล้ำอำนาจแต่มีเหตุสมควรที่จะเข้าไป ตามแนววินิจฉัยของศาลฎีกา ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1353/2508 ตัดสินว่า

จำเลยเข้าไปในเรือนของผู้เสียหายเวลากลางคืน 1 นาฬิกา โดยบุตรของผู้เสียหาย ซึ่งรักใคร่กับจำเลยมาก่อนนัดให้เข้าไปและพาขึ้นเรือนนั้น นับว่าจำเลยเข้าไปโดยมีเหตุอันสมควร แม้ว่าผู้เสียหายและจำเลยไม่อนุญาต จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 364 ประกอบมาตรา 365 (2) (3)⁶⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1353/2508 ได้วินิจฉัยว่าแม้ตัวผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้ครอบครอง จะไม่อนุญาตให้จำเลยเข้ามา แต่การที่บุตรของผู้เสียหายเป็นผู้อาศัยได้ให้ความยินยอมแก่จำเลย ในการเข้ามาในเคหสถาน ก็ถือได้ว่าเป็นการยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ศาลตีความว่า ผู้อาศัยถือเป็นผู้มีสิทธิเช่นเดียวกับผู้ครอบครอง ดังนั้นเมื่อบุตรซึ่งเป็นผู้อาศัยได้ให้ความยินยอม การกระทำของจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานบุกรุก และถือว่ามีเหตุอันสมควร

กรณีไม่มีเหตุอันสมควร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1626/2532

จำเลยถือมีดได้เข้าไปในบ้านผู้เสียหาย แล้วเงื้อมีดได้ขู่จะทำร้าย ผู้เสียหายกับพวก ซึ่งอยู่ในบ้านผู้เสียหายในขณะนั้น แม้ผู้เสียหายจะอนุญาตให้ชาวบ้านเข้าไปดูโทรทัศน์ในบ้านตน ก็ไม่อาจถือได้ว่าจำเลยเข้าไปโดยมีเหตุอันสมควรหรือได้รับอนุญาตจากผู้เสียหายให้เข้าไปได้ เพราะจำเลยมิได้เข้าไปดูโทรทัศน์ ที่ผู้เสียหายมิได้ห้ามปรามหรือกล่าวคำขັบไล่จำเลยก็หาได้แสดงว่า

⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1353/2508.

ผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยเข้าไปในบ้านผู้เสียหายไม่การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 365 ทุกอนุ ประกอบด้วยมาตรา 364⁶⁶

ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1626/2532 นี้ จะมีลักษณะที่คล้ายกับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2329/2536 เป็นการเข้าไปโดยไม่มีเหตุอันสมควรเป็นการรบกวนการครอบครองของโจทก์โดยปกติสุข จำเลยมิเป็นความผิดฐานบุกรุก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2407/2527

ตัดสินว่าจำเลยได้รับอนุญาตให้นั่งดูโทรทัศน์ที่ตั้งอยู่ในห้อง โถงนอกห้องนอนของผู้เสียหาย จะถือว่าผู้เสียหายอนุญาตในห้องนอนไม่ได้ การที่จำเลยเข้าไปจะลี้มตัวนอนกับผู้เสียหายในขณะที่สามิผู้เสียหายเมาเหล้านอนนอกห้องในเวลากลางดึก ดังนี้ จำเลยมีเจตนาร้ายต่อผู้เสียหายในทางชู้สาวเป็นการเข้าไปในเคหสถานที่พักอาศัยในเวลากลางคืน โดยไม่มีเหตุอันสมควรเข้าไป มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 365

โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2407/2527⁶⁷ นี้เป็นบรรทัดฐานในเรื่องความยินยอมว่าแม้ผู้ครอบครองและผู้อาศัยจะมีอำนาจในการให้ความยินยอม แต่ความยินยอมย่อมมีขอบเขตเท่าที่ให้ความยินยอม คือ ยินยอมเท่าใดก็ทำได้เท่านั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำเกินขอบเขตที่ผู้ให้ความยินยอมได้กำหนด ก็เป็นกรณีไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งมีความผิดฐานบุกรุกได้ ซึ่งจะเห็นได้จากคดีนี้ จำเลยเพียงได้รับอนุญาตให้ดูโทรทัศน์นอกห้องโถงเท่านั้น การที่จำเลยเข้าไปในห้องนอนของผู้เสียหายย่อมอยู่นอกเหนือความยินยอมที่ผู้เสียหายอนุญาต ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานบุกรุก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3597/2531

จำเลยลักลอบเข้าไปในบ้านอันเป็นเคหสถานของผู้เสียหายโดยมิได้มีการนัดหมายกับนางสาว ส. บุตรผู้เสียหาย แม้จำเลยจะเคยได้เสียกับนางสาว ส. มาก่อน แต่ก็ได้เลิกติดต่อกันมา 2 เดือนก่อนเกิดเหตุ ดังนี้การที่จำเลยถอดม่านมุ้งลวดแล้วปีนเข้าไปในห้องนอนของนางสาว ส. กับรื้อค้นสิ่งของภายในห้องนั้น ถือได้ว่าจำเลยได้เข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้เสียหายอันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้เสียหายแล้ว กรณีมิใช่เป็นเรื่องที่จำเลยเข้าไปโดยถือวิสาสะ จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362, 365 (3)⁶⁸

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1626/2532.

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2407/2527.

⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3597/2531.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12031/2556

แม้พฤติการณ์ที่จำเลยบุกรุกเข้าไปในบ้านของผู้เสียหายที่ 1 และที่ 2 ในเวลากลางคืน 4 ครั้ง ต่างวันกันจะต่อไปในทางที่ผู้เสียหายที่ 3 บุตรผู้เยาว์ของผู้เสียหายที่ 1 และที่ 2 รู้เห็นยินยอม แต่การที่จำเลยเข้าไปในบ้านเพื่อมีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหายที่ 3 โดยผู้เสียหายที่ 1 และที่ 2 ซึ่งเป็นเจ้าของบ้านที่เกิดเหตุไม่ยินยอมถือได้ว่าเป็นการเข้าไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร

โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12031/2556⁶⁹ นี้เป็นการตีความโดยยึดเจตนาของเจ้าของสถานที่ ซึ่งเป็นผู้ครอบครองเป็นหลัก กล่าวคือ เมื่อผู้เสียหายที่ 1 และที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ครอบครองบ้าน ไม่ได้ยินยอมให้จำเลยเข้ามาในบ้าน การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำลงไปโดยไม่มีอำนาจ เนื่องจากไม่ได้รับความยินยอม โดยชอบจากผู้มีอำนาจให้ความยินยอมอย่างแท้จริง จำเลยจึงมีความผิดฐานบุกรุก จำเลยไม่สามารถยกความยินยอมของผู้เสียหายที่ 3 ซึ่งเป็นผู้อาศัย ในเคหสถานขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ให้ตนพ้นจากความผิดฐานบุกรุกได้

คำว่า “บุกรุก” ในศัพท์ภาษาอังกฤษตรงกับคำว่า Trespass โดยคำว่า “Trespass” ใน Black's Law Dictionary ให้ความหมายว่า “An unlawful act committed against the person or property of another; especially, wrongful entry on another's real property.”⁷⁰ (การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเข้าไปโดยมิชอบในทรัพย์สินของผู้อื่น)

ส่วนคำว่า “บุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย” นั้น ไม่มีการนิยามไว้โดยชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาจากความหมายของการบุกรุกแล้ว ทำให้สามารถให้คำนิยามความหมายของการบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย ให้หมายความรวมถึงที่พักอาศัย (Privacy) หมายถึง ความเป็นส่วนตัวในบ้านที่พักอาศัย สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง และเป็นสิทธิที่เจ้าของสามารถที่จะควบคุมพื้นที่ส่วนตัวของตนเอง หรือ การที่บุคคลมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะอยู่อย่างสัน โดยโดยปราศจากการแทรกแซง การรบกวนจากบุคคลอื่น องค์กร หรือจากรัฐ

“การบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย” นั้น ในนัยกฎหมายของต่างประเทศมีการใช้คำศัพท์ที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

ในสาธารณรัฐอินเดียซึ่งเป็นประเทศในภูมิภาคเอเชีย ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น มีบทบัญญัติความผิดอาญฐาน Criminal Trespass อยู่ในมาตรา 441⁷¹ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12031/2556.

⁷⁰ Longdo Dict. (2564). *Trespass*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://dict.longdo.com/search/trespass>. [2564, 19 มิถุนายน].

⁷¹ Section 441 Whoever enters into or upon property in the possession of another with intent to commit an offence or to intimidate, insult or annoy any person in possession of such property, or having lawfully entered into or upon

สาธารณรัฐอินเดีย (The Indian Penal Code 1860 (IPC)) โดยอธิบายลักษณะของการกระทำอันเป็นความผิดว่า เป็นการเข้าไปในหรือเหนือทรัพย์สินในความครอบครองของผู้อื่น โดยมีเจตนากระทำความผิด หรือเพื่อข่มขู่ เพื่อดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท หรือเพื่อรบกวนการครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่น หรือเข้าไปในหรือเหนือทรัพย์สิน โดยมีชอบด้วยกฎหมาย แต่การคงอยู่นั้นมิชอบด้วยกฎหมาย โดยมีเจตนาเพื่อข่มขู่ เพื่อดูหมิ่นหรือหมิ่นประมาท หรือเพื่อรบกวนผู้อื่น หรือ โดยมีเจตนาที่จะกระทำความผิด

นอกจากความผิดตามมาตรา 441 แล้ว ในกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐอินเดีย (The Indian Penal Code) ในหมวดความผิด Criminal Trespass ยังมีความความผิดฐานบุกรุกเคหสถาน “House-trespass” ตามมาตรา 442⁷² บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดทางอาญาโดยเข้าไปหรือคงอยู่ในโรงเรือน อาคาร หรือสิ่งปลูกสร้าง เต็นท์หรือเรือขนาดใหญ่ที่ใช้สำหรับอยู่อาศัย หรือโรงเรือนอาคารใด ๆ ที่ใช้สำหรับประกอบพิธีกรรม หรือใช้สำหรับเก็บรักษาสินค้า ผู้นั้นกระทำความผิดฐานบุกรุกเคหสถาน”

ความผิดฐาน “บุกรุกเคหสถาน” ความผิดฐานซ่อนตัวในเคหสถาน “Lurking House-trespass” ตาม มาตรา 443⁷³ บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดฐานบุกรุกเคหสถาน โดยหลบซ่อนตัวจากผู้ที่มีสิทธิจับได้ผู้บุกรุกออกจากโรงเรือน อาคาร หรือสิ่งปลูกสร้าง เต็นท์หรือเรือขนาดใหญ่ที่ใช้สำหรับอยู่อาศัย ผู้นั้นกระทำความผิด “ฐานความผิดฐานซ่อนตัวในเคหสถาน””

such property, unlawfully remains there with intent thereby to intimidate, insult or annoy any such person, or with intent to commit an offence, is said to commit “criminal trespass”.

⁷² Section 442 House-trespass.

Whoever commits criminal trespass by entering into, or remaining in, any building, tent or vessel used as a human dwelling, or any building used as a place for worship or as a place for the custody of property, is said to commit “housetrespass”.

Explanation.—The introduction of any part of the criminal trespasser’s body is entering sufficient to constitute house-trespass.

⁷³ Section 443 Lurking house-trespass. Whoever commits house-trespass, having taken precautions to conceal such house-trespass from some person who has a right to exclude or eject the trespasser from the building, tent or vessel which is the subject of the trespass, is said to commit “lurking house-trespass”.

2.4.2 สิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดบุกรุกเกี่ยวกับการบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย

ในบทบัญญัติความผิดอาญาในเรื่องของความผิดต่าง ๆ จะมีสิ่งที่ถูกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแฝงอยู่ในบทบัญญัตินั้น คือประโยชน์ที่ถูกกฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองจากการถูกละเมิดโดยบทบัญญัตินั้น ๆ จึงทำให้เกิดหน้าที่สำคัญประการหนึ่งแห่งกฎหมายอาญาขึ้นมา ก็คือการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย ในบทบัญญัติกฎหมายความผิดอาญาไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึง “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) หรือไม่ แต่การบัญญัตินั้นก็แสดงให้เห็นถึงการยอมรับเอา “คุณธรรมทางกฎหมาย”⁷⁴ อย่างใดอย่างหนึ่งมาใช้โดยอัตโนมัติ

ความผิดบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัยเป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut / Legal Interest) ในเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการคือ

ประการแรก คุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องสิทธิความเป็นตัวตนของมนุษย์หรือสิทธิที่ติดมาจากความเป็นมนุษย์ ได้แก่ ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ และเกียรติ

ประการที่สอง คุณธรรมทางกฎหมายในเรื่องความเป็นตัวตนของมนุษย์หรือ ได้แก่ การครอบครองพื้นที่ การครอบครองสถานที่หรือการเป็นเจ้าของบ้านหรือสิทธิเข้าบ้าน หรือความลับข้อมูลส่วนตัวของแต่ละบุคคล และสิทธิในความเป็นอยู่โดยส่วนตัวของเจ้าบ้าน

ความผิดบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัยมาจากหลักการเดียวกันกับความผิดบุกรุกสถานที่พักอาศัยเป็นพื้นที่ส่วนตัว (Personal Space)⁷⁵ ของบุคคลในการอยู่ในลักษณะเฉพาะของความเป็นส่วนตัวได้อย่างเต็มที่และอิสระ ดังนั้นสถานที่ดังกล่าวควรเป็นสถานที่ที่บุคคลมีความรู้สึกปลอดภัยที่สุดและรู้สึกถึงความเป็นส่วนตัว (Privacy)⁷⁶ ปราศจากการรบกวนโดยมิชอบเป็นสิทธิที่ต้องได้รับการปกป้องและคุ้มครองเป็นพิเศษจากกฎหมาย ดังนั้นเมื่อมีการล่วงล้ำเข้าไปในอาณาเขตส่วนตัวหรือพื้นที่หวงห้ามจึงเป็นการทำลายความเป็นส่วนตัวและการทำลายเกียรติของบุคคลที่ถูกบุกรุก ซึ่งเป็นสิ่งที่ควรถูกดำเนินและสมควรได้รับการลงโทษ ความผิดบุกรุก

⁷⁴ คณิต ณ นคร. (2540). *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร*. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร. หน้า 183. อ้างถึงใน ปิยะ วรรณวงศ์. (2557). *คุณธรรมทางกฎหมาย: ศึกษาการใช้การตีความคดีฐานวางเพลิงเผาทรัพย์และความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์*. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁷⁵ Faith and Bacon. (2564). *Personal Space พื้นที่ส่วนตัว & ระยะห่างระหว่างบุคคล*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://faithandbacon.com/personal-space/>. [2564, 21 มิถุนายน].

⁷⁶ ราชบัณฑิตยสถาน. (2545). *Privacy, Right of, สิทธิเฉพาะส่วนตัว*. กรุงเทพฯ: สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน.

เคหสถานที่พักอาศัยจึงเป็นความผิดต่อการครอบครองพื้นที่และสถานที่เช่นเดียวกับความผิดบุกรุก โดยความผิดต่อการครอบครองพื้นที่และสถานที่มิได้มุ่งคุ้มครองเฉพาะทรัพย์สินเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความสงบสุขของการดำรงชีวิตอยู่ในพื้นที่ความเป็นส่วนตัวโดยปกติสุขของบุคคล อันเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐธรรมนูญทางกฎหมายให้ความคุ้มครอง

“การครอบครองพื้นที่และสถานที่” คือ ความเป็นเจ้าบ้านหรือสิทธิเจ้าบ้าน (Hausrecht)⁷⁷ สิทธิเจ้าบ้านเป็นสิทธิส่วนบุคคลของมนุษย์ที่สำคัญ เพราะเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับความเป็นส่วนตัวและความสงบสุขในการใช้ชีวิตในพื้นที่และสถานที่ของบุคคล กล่าวคือ ทุกคนมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวในที่พักอาศัยของตนเองโดยปราศจากการรบกวนโดยมิชอบ เนื่องจากที่พักอาศัยเป็นพื้นที่สำหรับมนุษย์ทุกคนที่สามารถใช้ชีวิตส่วนตัวและความเป็นครอบครัวได้อย่างอิสระ⁷⁸ เมื่อมีการรบกวนจากบุคคลอื่นโดยมิชอบก็ทำให้เกิดความเสื่อมเสียความเป็นส่วนตัวของผู้นั้น

ดังนั้น การบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัยเป็นเหตุฉุกเฉินหรือเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากความผิดบุกรุกเดิมที่ใช้อยู่ โดยจากการเข้าไปโดยมิชอบเพื่อถือการครอบครองอสังหาริมทรัพย์หรือเพื่อการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นโดยปกติสุข และยังเป็นการให้ความคุ้มครองเหยื่อในด้านความรู้สึก ความไว้วางใจและความปลอดภัย ความเป็นส่วนตัวในบ้านที่พักอาศัย สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง และเป็นสิทธิที่เจ้าของสามารถที่จะควบคุมพื้นที่ส่วนตัวของตนเอง หรือการที่บุคคลมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะอยู่อย่างสันโดษโดยปราศจากการแทรกแซง การรบกวนจากบุคคลอื่น รวมทั้งเสรีภาพความเป็นส่วนตัวในสถานที่ที่พักอาศัยมากขึ้น และเป็นการลดความเสี่ยงที่จะเกิดภัยในสถานที่พักอาศัยของตนเอง โดยทำให้บุคคลรู้สึกเชื่อใจและรู้สึกว่าคุณได้รับการคุ้มครองมากกว่าเกิดอันตรายในสถานที่นั้น

ในส่วนของรูปแบบการกำหนดโดยให้เป็นเหตุฉุกเฉินนี้เป็นการให้ความคุ้มครองผู้เสียหายหรือเหยื่อ และผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดความผิดเรื่องดังกล่าวเป็นเหตุฉุกเฉินก็จะสามารถสะดวกต่อการนำไปปรับใช้และเพิ่มประสิทธิภาพของบทบัญญัติความผิดบุกรุกเดิมให้ครอบคลุมและเหมาะสมมากขึ้น ทั้งทำให้การลงโทษของการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นไปตามสัดส่วนแห่งความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดและความร้ายแรงของการกระทำความผิด

⁷⁷ Francis Wharton, Charles E. Torcia. (1993). *Wharton's Criminal Law vol. III* (Torcia 1980). New York: Clark Boardman Callaghan. p. 326.

⁷⁸ วิลาสินี สิทธิโสภณ. (2564). *กฎหมายแพ่งว่าด้วยกรรมสิทธิ์ที่ดิน สิทธิเจ้าบ้าน และกรรมสิทธิ์สิ่งปลูกสร้าง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=2569. [2564, 21 มิถุนายน].

จากการศึกษาบทที่ 2 สามารถสรุปได้ว่าการตีความหมายมีความสำคัญ โดยเฉพาะการตีความกฎหมายอาญาที่ส่งผลต่อแนวคิดหรือแนวทางการตีความหมายเรื่องบุกรุกในประเด็นของขอบเขตของคำว่า “เข้าไป” และนำเสนอ เกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดฐานบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัย

ซึ่งต่อไปผู้เขียนจะได้กล่าวถึงองค์ประกอบความผิดของฐานบุกรุกเคหสถานที่พักอาศัยตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐอินเดีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ และสาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นต้น ที่กล่าวถึงประเด็นความผิดฐานบุกรุกเคหสถานในบทต่อไป