

การกระทำโดยบันดาลโทษที่เกิดขึ้นในขณะเดียวกับการกระทำโดยป้องกัน
และการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน



นางสาว พิณทิพย์ ลีลาเกรียงศักดิ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2544

ISBN 974-03-0830-9

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A STUDY OF PROVOCATION AT THE TIME OF SELF – DEFENCE
AND PREMEDITATION

Miss Pinthip Leelakriangsak

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2001

ISBN 974-03-0830-9

พิณทิพย์ ลีลาเกรียงศักดิ์ : การกระทำโดยบันดาลโทสะที่เกิดขึ้นในขณะที่เดียวกับการกระทำโดยป้องกันและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน.

(A STUDY OF PROVOCATION AT THE TIME OF SELF-DEFENCE AND PREMEDITATION.)

อาจารย์ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญญานุภาส

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม : อาจารย์ ดร. จิรนิติ หะวานนท์

167 หน้า. ISBN 974-03-0830-9

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 อาจเกิดขึ้นได้ในขณะเดียวกันกับการกระทำโดยการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันกรณีภัยผ่านพ้นไปแล้วตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ซึ่งเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามโครงสร้างความรับผิด โดยผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้และไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ แต่เป็นเหตุลดโทษที่กฎหมายกำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการลดโทษผู้กระทำน้อยเพียงใดก็ได้เช่นเดียวกันโดยที่มาตรา 69 เป็นคุณแก่ผู้กระทำมากกว่าคือ ถ้ากระทำไปโดยความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลอาจไม่ลงโทษผู้กระทำได้

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือกรณีใดควรปรับบทด้วยมาตรา 69 หรือ มาตรา 72 โดยควรพิจารณาเป็น 3 กรณี คือ กรณีที่หนึ่ง ผู้กระทำได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันแล้วและกระทำต่อเนื่องติดพัน แม้ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้วก็ยังกระทำอยู่ ควรปรับบทเรื่องของการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 กรณีที่สอง ผู้กระทำได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันแล้วและกระทำต่อเนื่องติดพัน แม้ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้วก็ยังกระทำอยู่ โดยที่ผู้กระทำเข้าใจว่าผู้ก่อภัยยังมีภัยอันตรายที่จะคุกคามอยู่ แม้ความจริงผู้ก่อภัยไม่มีความสามารถจะทำอันตรายได้แล้ว ควรปรับบทเรื่องของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายโดยสำคัญผิด กรณีที่สาม ผู้กระทำได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันตอบโต้กลับไปผู้ก่อภัยเมื่อภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว ควรปรับบทเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะ โดยไม่เข้าเรื่องของการป้องกันเกินขอบเขต เพราะผู้กระทำไม่ได้เริ่มใช้สิทธิป้องกัน และไม่มีเจตนากระทำการป้องกันในขณะที่เกิดภัยอันตรายขึ้นเลย

นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่มีการช่มเฆอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งทำให้ผู้กระทำบันดาลโทสะแต่มิได้กระทำโต้ตอบไปในทันที ต้องพิจารณาว่าเป็นการบันดาลโทสะซึ่งเป็นเหตุในการลดโทษหรือไตร่ตรองไว้ก่อนซึ่งเป็นเหตุให้รับโทษหนักขึ้น

จุดแบ่งแยกที่ชัดเจนคือระยะเวลาเพียงพอที่จะระงับความโกรธและมีสติ โดยต้องพิจารณาตามหลัก Objective Test โดยเปรียบเทียบกับวิญญูชนที่ถูกช่มเฆเช่นเดียวกับผู้กระทำและตามหลัก Subjective Test คือผู้กระทำความผิดหรือจำเลยนั้นมีระยะเวลาเพียงพอที่จะระงับโทสะได้หรือไม่ หากพิจารณาแล้ววิญญูชนและจำเลยยังไม่มีเวลาที่จะสามารถระงับโทสะได้และยังมีโทสะอยู่ในขณะที่ทำโต้ตอบ กรณีนี้เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ หรือกรณีที่วิญญูชนมีระยะเวลาพอสมควรที่จะระงับโทสะได้แล้ว แต่จำเลยยังคงมีโทสะอยู่นานกว่าบุคคลทั่วไป จึงกระทำความผิดไปโดยไม่สามารถยับยั้งชั่งใจได้ กรณีนี้เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาเท่านั้น แต่หากพิจารณาแล้ววิญญูชนและจำเลยมีเวลาเพียงพอที่จะระงับโทสะได้และจำเลยไม่มีโทสะแล้วในขณะที่กระทำโต้ตอบ หรือแม้ว่าวิญญูชนยังไม่สามารถระงับโทสะได้แต่จำเลยสามารถระงับโทสะได้สมบูรณ์และคิดทบทวนได้แล้ว กรณีนี้เป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ภาควิชา..... ลายมือชื่อนิสิต.....
 สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....
 ปีการศึกษา.....2544..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม.....

4186109234 : MAJOR CRIMINAL LAW

KEY WORD : PROVOCATION / SELF – DEFENCE / PREMEDITATION.

PINTHIP LEELAKRIANGSAK : THESIS TITLE (A STUDY OF PROVOCATION AT THE TIME OF SELF – DEFENCE AND PREMEDITATION.) THESIS ADVISOR : ASSOCIATE PROFESSOR VIRAPHONG BOONYOBHAH. THESIS COADVISOR : DR. CHIRANIT HAVANOND, 167 pp. ISBN 974-03-0830-9

Provocation under Penal Code Section 72 may happen coincidentally with the act of excessive self-defense or excessive necessary case of offence as the calm has past under Penal Code Section 69 which is the action to complete the constituent part of the offence, whereby the actor has no power to commit and no any law to make an exception of punishment. However, it may be the cause that the Court may use its discretion to punish the offender as less as it does fit whereas Section 69 is somewhat benevolent to the offender in case that the acts is done under the excitement, fear or alarm, the Court may not punish the actor.

It must be consider on the problem which case should be adjusted under Section 69 or Section 72 that should be considered under these 3 cases : The first case is that the offender has started to use his right of self-defense and acts continuously even though the harm is over, this should be adjudged as excessive self-defense under Section 69. The second case is that the offender has started to use his right of self-defense and acts continuously even though the harm is over, but the offender believes that the harm get being threatened inspite of the fact that the attacker is not able to commit further harm, this should be adjudged as a mistaking lawful defense. The third case is the offender has started to use his right of self-defense after the harm has finished, this should be adjudged as the circumstance of being sudden provoke not as excessive self-defense due to the offender has not started to use his right and has no intention to offend at the time the harm arising.

Apart from this, the case of reasonable provocation that sudden provoked the actor but has not make promptly offence, this must be considered either being provoked suddenly that should be a cause for less punishment or being a case of premeditation that should be a cause for more punishment.

The clear focal point should be considered on reasonable time to cool off under the process of Objective Test by comparing with a reasonable man who is harassed in the same manner as the offender as well as under the process of Subjective Test whether the offender has sufficient time for the passion to subside, if should, after consideration, the reasonable man has not sufficient time for the passion to subside while committing the offence, this should be adjudged as provocation. Should the reasonable man has a cooling off period to suppress his passion but the offender still be provoked longer than the reasonable man and commit the offence without self-control, this should be adjudged as the offence of intentional killing. However should the reasonable man and the offender, after consideration, have reasonable cooling off period and the offender is not provoked during committing the offence or even the reasonable man could not control his passion yet, but the offender could have self-control completely and think carefully, thus should be adjudged as premeditation.

Department.....Law..... Student's signature.....
Field of study.....Law..... Advisor's signature.....
Academic year.....2001..... Co-advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส ที่กรุณา
รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และอาจารย์ ดร. จิรนิติ หะวานนท์ ที่กรุณา
รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ซึ่งท่านทั้งสองได้สละเวลาอันมีค่าให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง
และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมาจนเขียนวิทยานิพนธ์สำเร็จ

ขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ประธาน
ในการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ ที่ได้ให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์
ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ ขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา และท่าน
อาจารย์ตระกูล วินิจนัยภาค ที่กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำที่เป็น
ประโยชน์อย่างยิ่ง

ขอขอบคุณ อาจารย์ปกป้อง ศรีสนิท คุณอรวรรณ คุณเงิน คุณศุภกิจ
แย้มประชา และคุณวลัยมาศ แก้วศรัชย์ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือสนับสนุนในเรื่องข้อมูล
ให้คำแนะนำและกำลังใจแก่ผู้เขียนด้วยดีตลอดมา

ขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ทุกท่านที่ให้กำลังใจและให้ความช่วยเหลือ
จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จ

ท้ายที่สุด วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเกิดขึ้นไม่ได้ หากไม่มีบิดา มารดา ผู้ให้กำเนิด
ที่ให้กำลังใจและหวังใ้ผู้เขียนเป็นอย่างยิ่งตลอดมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์บ้างประการใด ขอมอบให้บิดา มารดา
รวมทั้งครูอาจารย์ทุกท่านที่ให้ความรู้แก่ผู้เขียน ส่วนข้อผิดพลาดใดๆ ผู้เขียนขอรับไว้แต่เพียง
ผู้เดียว

นางสาวพิณทิพย์ ลีลาเกรียงศักดิ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช

บทที่ 1 บทนำ

1.1	ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2	วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3	สมมติฐานของการวิจัย.....	3
1.4	ขอบเขตของการวิจัย.....	3
1.5	ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
1.6	วิธีดำเนินการวิจัย.....	4

บทที่ 2 การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

2.1	ความหมาย.....	5
2.2	องค์ประกอบของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ.....	6
2.2.1	ถูกข่มเหงร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม.....	7
	- ข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรม.....	7
	- เหตุไม่เป็นธรรมนั้นต้องร้ายแรง.....	14
2.2.2	การที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทสะ.....	18
2.2.3	ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะ บันดาลโทสะ.....	19
2.3	เหตุผลที่ให้อำบบันดาลโทสะเพื่อลดโทษ.....	22
2.4	ผลทางกฎหมายของการกระทำโดยบันดาลโทสะ.....	23
2.5	แนวทางของกฎหมายต่างประเทศ	
2.5.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	25
2.5.2	ประเทศเยอรมัน.....	38

บทที่ 3 การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยการป้องกัน

3.1	ลักษณะโครงสร้างความผิด.....	47
3.2	ผลทางกฎหมายของการกระทำโดยป้องกัน.....	56

สารบัญ (ต่อ)

3.2.1	ผลทางกฎหมายของการกระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย.....	56
3.2.2	ผลทางกฎหมายของการกระทำโดยป้องกันโดยเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน.....	59
3.3	แนวทางของกฎหมายต่างประเทศ	
3.3.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	67
3.3.2	ประเทศเยอรมัน.....	78
3.4	วิเคราะห์เปรียบเทียบหาแนวทางที่เหมาะสม.....	83
3.4.1	การกระทำโดยการป้องกันกับการกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้หรือไม่.....	83
3.4.2	การกระทำการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ การกระทำการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะมีความแตกต่างกันอย่างไร.....	94
บทที่ 4 การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะกับการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน		
4.1	ลักษณะโครงสร้างความผิด.....	116
4.2	ผลทางกฎหมายของการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน.....	124
4.3	หลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศ	
4.3.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	125
4.3.2	ประเทศเยอรมัน.....	131
4.4	วิเคราะห์เปรียบเทียบหาแนวทางที่เหมาะสม.....	133
4.4.1	การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้หรือไม่.....	133
4.4.2	หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ หรือการกระทำโดยเจตนาธรรมดา หรือการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน.....	137

สารบัญ (ต่อ)

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	153
รายการอ้างอิง.....	163
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	167



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การกระทำความผิดอาญาโดยทั่วไปนั้น มีที่มาจากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ริเริ่มที่จะกระทำความผิดเอง กฎหมายอาญาจึงต้องเข้ามาลงโทษผู้กระทำความผิดเหล่านั้นโดยลงโทษเต็มอัตราโทษ แต่ในบางลักษณะผู้กระทำความผิดไม่ได้คิดที่จะกระทำความผิดขึ้นเอง แต่มีแรงกระตุ้นยั่วยุจากภายนอกทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความโกรธและได้กระทำความผิดลงไป ลักษณะเช่นนี้ เรียกว่า “บันดาลโทสะ” ซึ่งกฎหมายในแต่ละประเทศจะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดเต็มอัตราโทษ เพราะถือว่ากรณีที่ผู้กระทำความผิดนั้น มีสาเหตุมาจากสภาพภายนอก ผู้กระทำความผิดมิได้มีความคิดริเริ่มที่จะกระทำความผิดเอง การกระทำโดยบันดาลโทสะจึงเป็นภัยต่อสังคมน้อยกว่าการกระทำความผิดโดยทั่วไป

ในประเทศไทย “บันดาลโทสะ” เป็นเหตุลดโทษประการหนึ่งในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 72 กล่าวคือ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ แต่ศาลจะไม่ลงโทษเลยไม่ได้

ลักษณะของการกระทำโดยบันดาลโทสะนั้น เป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำความผิดไปด้วยความโกรธ กล่าวคือ มีการข่มเหงผู้กระทำอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จนทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความโกรธ ไม่มีเหตุผลควบคุมสติของตนและได้กระทำความผิดกับผู้ข่มเหง

แม้ว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะจะไม่มีขอบเขตในเรื่องความรุนแรงที่กระทำ กล่าวคือ ถ้าเข้าเงื่อนไขในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72 แล้ว แม้ผู้กระทำจะได้กระทำความผิดที่ร้ายแรงกว่าภัยอันตรายที่ข่มเหงอย่างมาก ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะทั้งสิ้น ไม่เหมือนเรื่องการกระทำโดยป้องกันหรือการกระทำโดยจำเป็นที่มีการแบ่งแยกเป็นการป้องกันหรือจำเป็นพอสมควรแก่เหตุกับการป้องกันหรือจำเป็นเกินสมควรแก่เหตุ ดังนั้น การกระทำโดยบันดาลโทสะจึงขึ้นอยู่กับศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสมกับความผิดเป็นกรณี ๆ ไป แต่กระนั้น บันดาลโทสะก็มีขอบเขตในเรื่องระยะเวลาอยู่ กล่าวคือ การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ จะต้องเป็นการกระทำในระหว่างที่ยังโกรธอยู่ ไม่มีเวลาที่จะคิดทบทวนให้ดีถึงการกระทำของตน ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงขอบเขตในเรื่องระยะเวลาของบันดาลโทสะแล้วจะพบว่า การกระทำโดยบันดาลโทสะมีส่วนที่คาบเกี่ยวและทับซ้อนกับการกระทำความผิดลักษณะอื่น 2 ลักษณะ คือ การกระทำโดยป้องกันและการกระทำโดยการไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยการป้องกัน

กรณีที่เกิดภยันตรายอยู่ ไม่ว่าจะละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่ก็สามารถอ้างบันดาลโทสะได้ถ้าการกระทำนั้นทำไปโดยที่ยังมีโทสะอยู่ แต่ถ้าภยันตรายนั้นละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งผู้กระทำมีสิทธิที่จะป้องกันได้แล้ว ผู้กระทำก็สามารถอ้างการกระทำโดยป้องกันมาตรา 68 ได้ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิด ในส่วนนี้มีแนวทางชัดเจนแล้วไม่เป็นประเด็นปัญหาแต่อย่างใด กรณีที่เป็นปัญหาคือ เมื่อพิจารณาถึงการกระทำโดยการป้องกันในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 จะพบว่า มี 2 กรณี คือ การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุและการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ซึ่งเรื่องการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันนั้น เป็นการกระทำใน 2 ลักษณะ คือ การป้องกันภยันตรายที่ยังมาไม่ถึงและการป้องกันภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว การกระทำที่ทับซ้อนกับเรื่องบันดาลโทสะ คือ การป้องกันภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว เนื่องจากล้นเกินเป็นการกระทำในช่วงที่ภยันตรายผ่านพ้นไปแล้วได้ทั้งสองกรณี แต่มีประเด็นซึ่งเป็นข้อสังเกตคือ ในกรณีการกระทำโดยการป้องกันภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วนั้น ผู้กระทำมีความผิด แต่เป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ที่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ และถ้าเป็นการกระทำที่เกิดจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำเลยก็ได้ ซึ่งต่างจากการกระทำโดยบันดาลโทสะ ศาลจะลงโทษผู้กระทำผิดน้อยเพียงใดก็ได้ แต่ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำเลยไม่ได้ ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ควรให้ความสนใจอย่างยิ่งว่าการกระทำต่อผู้ก่อภัยในช่วงที่ภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วนั้น จะเป็นทั้งกระทำโดยการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะในขณะเดียวกันได้หรือไม่ และมีแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยในเรื่องนี้อย่างไร

2. การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

หลักเกณฑ์ในเรื่องระยะเวลาของการกระทำโดยบันดาลโทสะประการหนึ่ง คือ บันดาลโทสะต้องเป็นการกระทำในขณะที่ยังโกรธอยู่ ไม่มีเวลาคิดทบทวนอย่างมีเหตุผล ถ้ามีเวลาคิดทบทวนดีแล้วจะไม่สามารถอ้างบันดาลโทสะได้ และอาจจะเป็นการกระทำด้วยความอาฆาตพยาบาทกลายเป็นกรณีที่กระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งเป็นภัยแก่สังคมมากกว่า

ประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณา คือ การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนทั้งสองกรณีจะเกิดขึ้นพร้อมกันได้หรือไม่ ซึ่งถ้าพิจารณาจากลักษณะของการกระทำทั้งสองกรณีแล้ว เห็นได้ว่าจะมีจุดแบ่งแยกการกระทำทั้งสองกรณีดังกล่าวไม่ให้เกิดความทับซ้อนกันแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากลักษณะของการกระทำโดยบันดาลโทสะจะต้องกระทำโต้ตอบไปในขณะนั้นโดยที่ยังมีโทสะอยู่ โดยขาดสติและเหตุผลที่จะคิดตรึกตรอง แต่การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนั้นจะต้องมีการคิดทบทวนเป็นอย่างดี โดยมีสติสัมปชัญญะครบถ้วนสมบูรณ์แล้วยังกระทำความผิด จึงไม่มีข้อเท็จจริงใดที่จะเข้าหลักเกณฑ์การกระทำทั้งสองกรณีพร้อมๆ กัน แต่อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่น่าศึกษาคือ จุดที่แบ่งแยกระหว่างการ

กระทำทั้งสองกรณีนั้น จะพิจารณาจากระยะเวลาเพียงใด จึงจะถือว่ากระทำโต้ตอบไปขณะที่ยัง บันดาลโทษอยู่ หรือกระทำโต้ตอบไปหลังจากที่ได้คิดทบทวนไตร่ตรองดีแล้วซึ่งไม่สามารถอ้าง บันดาลโทษได้ แต่เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาขอบเขตเรื่องระยะเวลาและผลทางกฎหมายของการ กระทำโดยบันดาลโทษที่ทับซ้อนกับการกระทำโดยการป้องกันในกรณีอันตรายที่ผ่านพ้น ไปแล้วและการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เพื่อหาแนวทางที่ชัดเจนในการวินิจฉัย ประเด็นปัญหาดังกล่าว

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาและวิจัยความหมาย ขอบเขตและลักษณะโครงสร้างของการ กระทำความผิดโดยบันดาลโทษตามประมวลกฎหมายอาญาและแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา ศาลฎีกา

1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยเกี่ยวกับแนวความคิด ขอบเขต และหลักเกณฑ์ของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษกับกฎหมายต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาหาแนวทางกำหนดขอบเขตและหลักเกณฑ์ของการกระทำความ ผิดโดยบันดาลโทษ การกระทำโดยการป้องกันและการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การกระทำโดยการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้อง กระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 อาจเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาล โทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้ในขณะเดียวกัน ซึ่งล้วนเป็นเหตุในการลดโทษ โดยแนวความเห็นทางวิชาการกับแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกายังแตกต่างกันอยู่ นอกจากนี้ หากภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้วและมีระยะเวลาคิดทบทวนแล้วยังกระทำความผิด ผู้กระทำอาจมี ความผิดฐานกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนได้ จึงจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์ถึงขอบเขตของ การกระทำและผลทางกฎหมายของการกระทำในกรณีดังกล่าว

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ในการศึกษาวิจัยนี้ จะศึกษาเกี่ยวกับขอบเขต ลักษณะและหลักเกณฑ์ของการ กระทำความผิดโดยบันดาลโทษ เปรียบเทียบกับการกระทำโดยการป้องกันและการกระทำโดย ไตร่ตรองไว้ก่อนว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร โดยจะศึกษาจากกฎหมาย แนวคิด ทางวิชาการและคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศ สหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมัน

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ทำให้ทราบความหมาย ขอบเขตและลักษณะโครงสร้างของการกระทำ ความผิดโดยบันดลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญาและแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกา

1.5.2 ทำให้ทราบแนวคิด ขอบเขตและหลักเกณฑ์ของการกระทำความผิดโดย บันดลโทสะตามกฎหมายต่างประเทศ

1.5.3 เป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องขอบเขตและหลักเกณฑ์ของการ กระทำความผิดโดยบันดลโทสะ การกระทำโดยป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่ง การจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน และการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

1.6 วิธีดำเนินการวิจัย

วิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้า และรวบรวม ข้อมูลจากเอกสารทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากหนังสือ วารสาร ตั๋วบทกฎหมาย วิทยานิพนธ์ บทความ คำพิพากษาศาลฎีกาและข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต เพื่อนำมาวิเคราะห์หาข้อสรุป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

บทนี้จะศึกษาถึงความหมาย หลักเกณฑ์และองค์ประกอบของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายไทย กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเยอรมันว่ามีลักษณะอย่างไร

2.1 ความหมาย

คำว่า “โทสะ” มีความหมายตามกฎหมาย คือ ความโกรธ ความฉุนเฉียว ชุนเคืองอารมณ์ เช่นเดียวกับที่พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแปลความหมายไว้¹

โทสะเป็นกิเลสชั้นหยาบ เป็นเครื่องที่ทำให้บุคคลเสรำหมอง เมื่อเกิดขึ้นในจิตใจย่อมประทุษร้ายใจ ครอบงำจิตใจ ทำให้ใจเดือดร้อนกระวนกระวาย ไม่สงบสุข งุ่นง่านด้วยอำนาจโทสะ โทสะเป็นความโกรธที่เกิดขึ้นประทุษร้ายใจ ทำให้กระวนกระวาย โทสะเกิดขึ้นประทุษร้ายใจผู้ใด ก็ทำให้ผู้นั้นมีใจกระวนกระวายอยู่ในตัวเอง และก็ไม่รู้เพราะไม่ได้ดู เมื่อปล่อยให้โทสะเกิดขึ้นครอบงำใจ ทำให้กระวนกระวายเช่นนี้แล้ว โทสะก็เป็นเจ้าของจิต บังคับจิตให้จิตบังคับกายวาจาให้ทำชั่วออกไป ทางกายบ้าง ทางวาจาบ้าง เช่น ให้ฆ่าเขา ให้ประทุษร้ายเขา เป็นต้น เมื่อความกระวนกระวายด้วยอำนาจโทสะออกไปทางกาย ทางวาจา ก็ทำผู้อื่นที่เกี่ยวข้องด้วยให้เดือดร้อนกระวนกระวาย ต้องตายบ้าง ต้องเจ็บช้ำลำบากบ้าง²

โทสะสืบเนื่องมาจากปฏิกะ คือ ความไม่ชอบใจที่นอนนิ่งอยู่ในจิตถ้าสิ่งหรือวัตถุที่มากกระทบ คือ รูป เสียง กลิ่น รส โผฏฐัพพะ อย่างใดอย่างหนึ่งมากกระทบแรงไม่เป็นที่ชอบใจ ปฏิกะที่นอนนิ่งอยู่ภายในก็แสดงอาการไม่ชอบออกมาให้ปรากฏ ปฏิกะแสดงอาการหยาบออกมาเป็นโทสะประทุษร้ายใจ³ เมื่อมีโทสะเป็นความโกรธแค้นที่เกิดขึ้นกลุ่มรุ่มใจมากเข้า ก็มีอาการหยาบออกไปเป็นพยาบาท เป็นความพยายามมุ่งร้ายผู้อื่นด้วย ไม่เลือกว่าผิดหรือถูก ให้ล่วงออกไปทางกายบ้าง ทางวาจาบ้าง⁴

Black's Law Dictionary ได้ให้นิยามของคำว่า “บันดาลโทสะ” (Heat of passion) ไว้ว่า “ในกฎหมายอาญา ระดับของความรุนแรงและภาวะที่ไม่สามารถควบคุมอารมณ์ได้ก่อให้เกิดความโกรธซึ่งเป็นเหตุลดโทษจากความผิดฐาน Murder เป็นความผิดฐาน

¹ สุทธิ นิชโรจน์, “การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ”, ดุลพาห, เล่ม 5 ปีที่ 22 (กันยายน-ตุลาคม, 2518), หน้า 45.

² สมเด็จพระสังฆราชเจ้า กรมหลวงวชิรญาณวงศ์, ธรรมานุกรม, (พระนคร : โรงพิมพ์มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2515), หน้า 61.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

Manslaughter ความโกรธจะถูกกระตุ้นในขณะที่มีการข่มเหงุ่อย่างร้ายแรงโดยคำพูดหรือการกระทำในขณะนั้น ซึ่งการบันดาลโทสะดังกล่าวเป็นสภาวะทางจิตใจที่หมายความรวมถึงความโกรธ ความเดือดดาล ความเกลียด ความชุ่นเคืองใจ และความหวาดกลัว”

“การข่มเหง” (Provocation) หมายความว่า “การกระทำของบุคคลหนึ่งที่เป็น การกระตุ้นให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งกระทำที่เป็นการปลุกปั่น การกระตุ้นหรือกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่ก่อให้เกิดการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น การข่มเหง เป็นการกระทำที่บุคคลหนึ่งกระตุ้นให้บุคคลอีกคนหนึ่งเกิดความโกรธและทำให้บุคคลอีกคน หนึ่งนั้นกระทำการอันเป็นความผิดกฎหมายแก่ตนเอง

การข่มเหงเป็นเหตุลดโทษจากความผิดฐาน Murder เป็นความผิดฐาน Manslaughter ซึ่งในภาวะจิตใจของบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำจะถูกกระตุ้นให้เกิดความไม่พอใจ เกิดความรุนแรง ไม่ฟังเหตุผลใดๆ และนำไปสู่การกระทำซึ่งเป็นผลจาก อารมณ์มากกว่าการตัดสินใจด้วยเหตุผล เป็นสภาพของอารมณ์ที่ไม่มีระยะเวลาที่จะสงบสติ อารมณ์ ทำให้กระทำการไปโดยปราศจากเหตุผล ซึ่งอาจเป็นความโกรธที่แสดงออกมาโดยการ ก้าวร้าวหรือการทำร้ายร่างกายผู้อื่นเนื่องจากถูกกระตุ้นให้โกรธ

อาจกล่าวได้ว่า บันดาลโทสะเป็นสภาวะทางจิตใจที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วย เหตุอันไม่เป็นธรรมได้แก่ โดยความกลัว ความรุนแรง ความโกรธหรือความหวาดกลัว ซึ่งใน การพิจารณาว่ามีการข่มเหงที่มากเพียงพอหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าบุคคลทั่วไปที่อยู่ใน สภาวะอารมณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำผิดนั้นจะสูญเสียความสามารถควบคุมตนเองหรือไม่ และ สามารถกระทำความผิดไปโดยปราศจากการคิดทบทวนไตร่ตรองหรือไม่ ผลของการกระทำโดย บันดาลโทสะคือ เป็นเหตุที่สามารถอ้างเพื่อลดโทษได้เกือบจะคล้ายกับการป้องกัน⁵

2.2 องค์ประกอบของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 21 กันยายน รัตนโกสินทร์ศก 127 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม พุทธศักราช 2499 ได้บัญญัติมาตรา 55 ไว้ โดยมีคำว่า

“มาตรา 55 เมื่อผู้ใดถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และมัน บรรดาลโทสะขึ้นในขณะนั้น ถ้าและมันกระทำผิดในขณะนั้นไซ้ร้ ท่านให้ลงอาญาตามที่บัญญัติ ไว้สำหรับความผิดนั้นแก่มันเพียงกึ่งหนึ่ง”

ต่อมาเมื่อมีการตราประมวลกฎหมายอาญาได้นำหลักของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 55 มาบัญญัติไว้เป็นมาตรา 72 ดังนี้

⁵ <http://lectlaw.com/def/h008.htm>

“มาตรา 72 ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามโครงสร้างความรับผิด และไม่มีเหตุที่จะยกเว้นโทษได้ แม้จะกระทำความผิดเพราะถูกข่มเหงรุนแรงจนยับยั้งสติอารมณ์ไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดี การกระทำความผิดกระชั้นชิดติดต่อกับการข่มเหงเป็นเหตุลดโทษฐานบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้⁶

การกระทำโดยบันดาลโทสะมีองค์ประกอบ⁷ ดังนี้

- 2.2.1 ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม
- 2.2.2 การที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำให้บันดาลโทสะ
- 2.2.3 ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะบันดาลโทสะ

2.2.1 ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แยกพิจารณาได้ดังนี้

เหตุอันไม่เป็นธรรมนี้ มีความหมายว่า การข่มเหงนั้นได้กระทำไปโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร⁸ ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นเหตุอันละเมิดต่อกฎหมาย ก็สามารถอ้างบันดาลโทสะได้ ถ้าเป็นเหตุอันละเมิดต่อกฎหมาย ย่อมอ้างบันดาลโทสะได้อยู่แล้ว ดังนั้นหากเป็นเหตุที่ผู้ข่มเหงไม่มีสิทธิกระทำ ซึ่งผู้ถูกข่มเหงไม่จำเป็นต้องยอมรับ แม้จะเป็นเหตุที่ไม่ละเมิดต่อกฎหมาย ถ้าถือได้ว่าเป็นเหตุอันไม่เป็นธรรม ก็อ้างบันดาลโทสะเป็นเหตุลดโทษได้

ข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรม การข่มเหง หมายความว่า มีการกระทำของบุคคลผู้ถูกกระทำร้ายต่อผู้กระทำความผิดขึ้นก่อน (provocation) อันเป็นการไม่เป็นธรรมและร้ายแรง⁹ การที่จะถือว่าเป็นการข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรมนั้นต้องเป็นการกระทำของบุคคลหรือจากพฤติการณ์ของบุคคลโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร การข่มเหงนั้นไม่จำเป็นจะต้องละเมิดต่อกฎหมายเพียงอย่างเดียว การกระทำที่ไม่ได้เกิดจากการละเมิดกฎหมายก็อาจถือว่าเป็นการ

⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 764-765.

⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 359-382.

⁸ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 17, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 172.

⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 766.

ข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมได้ เช่น กรณีข่มเหงภรรยาที่ไม่ได้จดทะเบียน สามีอ้างบันดาลโทสะได้ ศาลฎีกาก็คือว่าเป็นการข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแล้ว ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5/2500 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ผู้ตายถูกยิงระหว่างทำชำเรานางสาวทซึ่งเป็นภรรยาของจำเลยที่อยู่ด้วยกันมาราว 10 ปี โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส มีบุตรด้วยกัน 5 คน จำเลยรู้ระแคะระคายว่านางสาวททำชู้ จึงตั้งใจไปจับชู้ พอไปถึงบ้านนางสาวทมีเสียงสุกรร้อง ผู้ตายออกไปมองเห็นปลอดภัยแล้วก็กลับไปชำเราต่อ จำเลยพบผู้ตายออกจากห้องนอนมาที่พะไลเรือน จำเลยจึงยิงผู้ตาย ดังนี้ ไม่เป็นป้องกัน แต่พฤติการณ์ในคดีนี้ปรากฏความร้ายแรงไม่หย่อนกว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยถูกยั่วโทสะ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 249/2515 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ตามพฤติการณ์ที่จำเลยเห็นผู้ตายกำลังชำเรานางจินดาภรรยาจำเลยถึงในห้องนอน แม้นางจินดาจะไม่ใช่ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็เกิดบุตรกับจำเลย 6 คน อยู่กินกันมา 13 ปี จำเลยย่อมมีความรักและห่วงแหน อารุขที่จำเลยใช้แทงก็เป็นมีดพับเล่มเล็กที่หามาได้ในทันทีทันใด แขนงผู้ตาย 2 ที และแขนงภรรยา 1 ที การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้ตายโดยเจตนา และทำร้ายนางจินดาจนเป็นอันตรายแก่กาย โดยจำเลยบันดาลโทสะที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2792/2515 (ประชุมใหญ่) มีข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติแล้ว ดังนี้ “ผู้ตายเป็นภรรยาของจำเลยที่อยู่กินด้วยกันมาราว 16 ปี โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส มีบุตรด้วยกัน 3 คน ผู้ตายกระทำตนไม่เหมาะสมชอบเล่นการพนันไม่เอาใจใส่อบรมบุตร และทำชู้กับโจทก์ร่วมโดยเฉพาะที่บ้านเวลาจำเลยไม่อยู่ ทั้งโจทก์ร่วมรู้อยู่แก่ใจดีแล้วว่าผู้ตายเป็นภรรยาของจำเลยและมีบุตรกัน จำเลยเป็นคนรักลูกรักเมียตั้งหน้าทำมาหากินเลี้ยงครอบครัวด้วยความอดทนตลอดมา โจทก์ร่วมย่อมรู้ แต่โจทก์ร่วมก็ไม่วายทำตัวสนิทชิดชอบกับผู้ตายในทางชู้สาว และพบปะผู้ตายตลอดมา จำเลยเคยเตือนผู้ตายไม่ให้เกี่ยวข้องกับโจทก์ร่วมและขอร้องโจทก์ร่วมไม่ให้ยุ่งเกี่ยวกับผู้ตาย ทั้งนี้ เพื่ออนาคตของบุตร แต่ผู้ตายกับโจทก์ร่วมหาเชื่อฟังไม่ ยังคงคบหากันเป็นที่ลือทั่วไปในทำนองชู้สาว เป็นการกระทบกระเทือนจิตใจของจำเลยผู้เป็นสามีอย่างยิ่ง โจทก์ร่วมก่อความรำคาญใจให้แก่จำเลยมิใช่น้อยในการที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับภรรยาของจำเลย โจทก์ร่วมคงให้ผู้ตายนั่งซ้อนท้ายจักรยานยนต์เสมอมา ย่อมก่อความไม่พอใจให้แก่จำเลยในฐานะที่จำเลยเป็นสามีย่อมหึงหวงในสิ่งที่ตนรักได้ ในวันเกิดเหตุโจทก์ร่วมขี่รถจักรยานยนต์ให้ผู้ตายซ้อนท้าย และเห็นจำเลยเดินเข้าปากซอยทางเข้าบ้าน ซึ่งผู้ตายควรลงจากรถและโจทก์ร่วมควรขี่รถกลับ แต่ก็หาได้กระทำเช่นนั้นไม่ โจทก์ร่วมกลับขี่รถจักรยานยนต์ให้ผู้ตายนั่งซ้อนท้ายผ่านจำเลยไปด้วยความทรงงออาจปราศจากความยำเกรงจำเลยผู้เป็นสามี เป็นการเยาะเย้ยทำทนายจำเลยว่าได้ทำชู้กันอยู่เรื่อย ๆ แล้วก็ไปมาด้วยกันดังที่เห็นอยู่ที่นี่ จำเลยจะทำไม อันเป็นการช่วยอุบายของจำเลย จำเลยมิใช่คนมีนิสัยดุร้าย แต่เมื่อพบเห็นภาพที่ผู้ตายกับโจทก์ร่วมชู้รัก กระทำการเย้ยหยันสบประมาทอย่างร้ายแรงโดยมิได้คาดคิดเช่นนั้น ย่อมเหลือวิสัยที่จำเลยผู้เป็นสามีจะอดกลั้นโทสะไว้ได้ พฤติการณ์ที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายกับโจทก์ร่วมไปในทันทีทันใดที่พบเห็น นับได้ว่าเป็นการกระทำที่ถูกกดขี่ข่มเหงในทางจิตใจของจำเลยอย่าง

ร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยจึงบันดาลโทสะขึ้นในขณะนั้นจนขาดความยับยั้งชั่งใจ กรณีต้องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72” ศาลจึงลดโทษให้แก่จำเลยและลงโทษจำเลย อย่างเมตตาปราณี

การป้องกันตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 50 หรือตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 นั้น มีหลักว่าจะต้องเป็นการกระทำเพื่อให้พ้นภัยอันตราย ซึ่งเกิดขึ้นโดยผิดกฎหมาย หญิงที่อยู่กินกับชายอย่างสามีภรรยาแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสนั้น ตามกฎหมาย ย่อมไม่ถือว่าเป็นสามีภรณิกัน ชายย่อมไม่มีสิทธิหวงห้ามไม่ให้หญิงนั้นไปร่วมประเวณีกับ ชายอื่นได้ ศาลฎีกาเห็นว่า การที่หญิงไปร่วมประเวณีกับชายอื่นด้วยความสมัครใจหรือไม่สมัครใจนั้น มิใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย ชายจึงไม่อาจอ้างป้องกันได้

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นนี้ หากจำเลยและภรรยาเป็นสามี ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย การที่จำเลยกระทำต่อผู้ที่มาฆ่าเราหรือเป็นชู้หรือภรรยา จำเลย ย่อมอ้างป้องกันได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2479 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การ ที่ภรรยามีชู้ นั้น ถือว่าเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของสามีอย่างร้ายแรง ฉะนั้น เมื่อผู้เป็นสามี ฆ่าภรรยาและชายชู้ตายขณะร่วมประเวณีกัน จึงถือว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศพอสมควรแก่ เหตุ” แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2792/2515 (ประชุมใหญ่) จำเลยและ หญิงมิใช่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย จำเลยย่อมไม่มีสิทธิหวงห้ามไม่ให้หญิงไปร่วมประเวณี กับชายอื่นได้ การที่ผู้ตายและหญิงร่วมประเวณีกันหรือมีลักษณะไปในทำนองชู้สาว จึงไม่เป็น ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการละเมิดกฎหมาย จำเลยจึงอ้างป้องกันไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม เหตุ ดังกล่าวถือว่าเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างไม่เป็นธรรม จำเลยจึงอ้างบันดาลโทสะเพื่อลดโทษได้

ถ้าเป็นเหตุการณ์หรือพฤติการณ์ธรรมดา ไม่มีการกระทำของบุคคลผู้รับผิดแล้ว จะอ้างว่าถูกข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมไม่ได้¹⁰

กรณีที่สมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้กัน จะอ้างว่าถูกข่มเหงด้วยเหตุไม่เป็นธรรมมิได้ ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2457/2515 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “การที่จำเลยกับผู้ตายได้ สมัครใจวิวาทกอดปล้ำทำร้ายกัน ผู้ตายหยิบมีดดาบนั้นได้ใช้ฟันผู้ตาย 3 ครั้ง ครั้งสุดท้ายฟันที่ ชายโครงขวาจนมีดดาบหักจากด้าม เป็นบาดแผลยาว 15 เซนติเมตร กระดูกซี่โครงหัก 1 ซี่ แสดงว่าจำเลยฟันโดยแรงและฟันไปด้วยความโกรธ โดยมุ่งประหารประหาร ผู้ตายถึงแก่ความตาย เพราะพิษบาดแผลนั้น ฟังได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้ตาย เมื่อจำเลยกับผู้ตายสมัครใจต่อสู้กัน จำเลยจะอ้างว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันไม่ได้ และการกระทำนั้นก็ไม่มีบันดาล โทสะตามกฎหมาย

แต่ถ้าถูกโต้ตอบรุนแรงเกินขนาด อาจถือว่าเป็นการข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรมได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1787/2511 “ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า การที่จำเลยเป็นบุตรใช้

¹⁰ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2520), หน้า 388.

ทำถีบฝาเรือนใส่หน้าบิดา เป็นการกระทำที่บุตรไม่ควรทำต่อบิดาก็จริง แต่การที่บิดา จำเลยเอาผิดจะแทงจำเลย ก็เป็นฝ่ายผิดอยู่มากที่เอาผิดดาบขนาดใหญ่เข้าไปจะแทงจำเลย เป็นการใช้สิทธิความเป็นบิดาเกินควร ถือว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็น ธรรม” ส่วนผู้ที่ก่อเหตุขึ้นก่อน แล้วอีกฝ่ายกระทำโต้ตอบ จะอ้างว่าถูกข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรม ไม่ได้ ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1277/2497 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยเป็นผู้ก่อเหตุขึ้น โดยเอาปืนไปยิงสัตว์ใกล้บ้านเรือนผู้ตายในเวลาค่ำคืน ซึ่งผู้ตายมีความชอบธรรมที่จะว่ากล่าว ห้ามปรามได้ แม้ผู้ตายจะใช้ถ้อยคำหยาบคายและด่าถึงพ่อแม่จำเลยเกินที่ควรจะใช้ไปก็ดี จำเลยก็หาควรที่จะใช้ปืนยิงผู้ตายไม่ การกระทำของจำเลยยังถือไม่ได้ว่าถูกกดขี่ข่มเหงอย่าง ร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ตามความในมาตรา 55 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา อันควร ลดหย่อนผ่อนโทษให้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1771/2497 “ก่อนเกิดเหตุร่วม 1 ปี จำเลยอยู่กินกับ นางทิพย์ ได้เสียกันเอง มิได้จะทะเบียนสมรส ก่อนเกิดเหตุจำเลยทุบตีเลยแตกร้างเลิกกัน นางทิพย์กลับจากบ้านจำเลยไปอยู่กับมารดา เย็นวันเกิดเหตุ จำเลยถือเหล็กตะไบแหลม สามเหลี่ยมยาว 1 ฟุต (ไม่เกี่ยวกับด้าม) ตรงเข้าจับแขนนางทิพย์จุดเพื่อให้กลับไปอยู่กับ จำเลยอีก ถ้าไม่ไปจะฆ่าเสีย พอตีผู้ตายซึ่งเป็นลุงนางทิพย์อยู่ใกล้ๆ นั้นมาถึงก็ห้ามปราม ได้เถียงกับจำเลยและตบหน้าจำเลย 1 ที และชกจำเลยเพื่อมิให้จำเลยพานางทิพย์ไป จำเลยใช้ ตะไบแหลมสามเหลี่ยมที่เตรียมถืออยู่ในมือมาแต่แรกทะลุพุงผู้ตาย อาการสาหัสและขาดใจตาย ศาลฎีกาเห็นว่าลุงของนางทิพย์ผู้ตายมิใช่เป็นผู้ก่อเรื่องขึ้นก่อน จำเลยต่างหากที่เป็นผู้บังอาจ ก่อการร้ายมาตั้งแต่ต้น ไม่มีสิทธิที่จะมาจุดบังคับขู่เข็ญ ทำตัวเป็นเจ้าของร่างกายและชีวิตของ นางทิพย์นอกเหนือกฎหมาย ถึงเป็นเมียถูกต้องตามกฎหมายก็ยังไม่สิทธิที่จะกดขี่ข่มเหงให้ เสื่อมเสียอิสระเสรีภาพของมนุษย์ชนได้เช่นนั้น จำเลยไม่ใช่หัวหน้าครอบครัวของนางทิพย์แล้ว แต่กลับใช้อำนาจนอกกฎหมายกดขี่ข่มเหงอย่างทารุณโหดร้าย เข้าจับจุดบังคับข่มเหงโดย พลการจะให้นางทิพย์ไปอยู่กินกับจำเลยอีกให้จนได้ หากขัดขืนก็พร้อมจะทำลายชีวิตเสีย ใน สถานการณ์คับขันแก่หลานถึงปานดังนี้แล้ว จะโทษผู้ตายได้อย่างไร จริงอยู่ตามคำพยาน ปรากฏว่าผู้ตายได้ทำอะไรแก่จำเลยไปบ้าง แต่ศาลฎีกาเห็นว่า เป็นเพราะผู้ตายถูกจำเลยยั่วทำทายน และอาจเป็นโดยผู้ตายคิดว่าจำเลยคงจะไม่กล้าทำร้ายตนซึ่งเป็นญาติผู้ใหญ่ของหญิง ควรจะ ต้องเคารพยำเกรงกันบ้าง ขึ้นต้นจึงเพียงผลึก ครั้นเห็นไม่สำเร็จจึงตบและชกเพื่อให้จำเลยกลัว ไม่เอานางทิพย์ไป แต่เพียงเท่านี้ก็ไม่มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยแทงพุงเขาด้วยศาสตราวุธคม แหลมถึงทะลุใน ที่ว่าจำเลยกระทำผู้ตายตายโดยทางผู้ตายยั่วโทสะก่อนนั้น ศาลฎีกาไม่เห็น พ้องด้วย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 425/2512 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “เพื่อนของผู้ตายกับ เพื่อนของจำเลยจะต่อยกัน จำเลยเข้าไปถีบเพื่อนผู้ตายเพื่อช่วยเหลือเพื่อนของจำเลย ผู้ตาย จึงเตะจำเลยเพื่อช่วยเหลือเพื่อนของผู้ตาย ดังนั้นจะถือว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุ

อันไม่เป็นธรรมจากผู้ตายไม่ได้เพราะจำเลยทำร้ายเพื่อนของผู้ตายก่อน ความผิดของจำเลยจึงไม่ใช่การกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1776/2528 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การที่จำเลยเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อน โดยเปิดน้ำในนาของผู้ตายจนแห้ง เพื่อนำไปใช้ในนาของจำเลย เมื่อผู้ตายมาดำและทำจำเลย จำเลยก็ทำร้ายผู้ตาย เมื่อผู้ตายล้มลงและจอบหลุดจากมือ ไม่อาจจะทำร้ายจำเลยได้ จำเลยใช้จอบของผู้ตายตีผู้ตายขณะล้มนอนอยู่จนกะโหลกศีรษะแตก ดังนั้นจะอ้างว่ากระทำไปเพื่อเป็นการป้องกันตัวไม่ได้ และจะอ้างว่ากระทำไปโดยบันดาลโทสะไม่ได้ด้วย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 71/2530 ศาลฎีกาพิพากษาว่า “จำเลยทราบว่ามีผู้เสียหายติดเตียงจำเลยต่อภรรยาผู้เสียหายว่า จำเลยชอบหาเรื่องทะเลาะกับผู้เสียหายประกอบกับเคยมีสาเหตุกันมาก่อน จำเลยจึงถืออาวุธมีดดาบมาดักรอผู้เสียหาย เมื่อผู้เสียหายกับภรรยาเดินผ่านมา จำเลยด่าผู้เสียหายด้วยถ้อยคำที่หยาบคาย ผู้เสียหายและภรรยาก็ด่าตอบ จำเลยโกรธใช้มีดดาบฟันทำร้ายผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อน และตั้งใจมาหาเรื่องกับผู้เสียหายและจะอ้างว่ากระทำไปโดยบันดาลโทสะไม่ได้”

การข่มเข่นนั้นเป็นการอันไม่เป็นธรรม ต้องเป็นกรณีที่บุคคลที่ข่มเข่นนั้นไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้ เช่นเดียวกับการกระทำโดยการใช้อำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย ไม่ใช่การข่มเข่นอย่างไม่เป็นธรรม แต่ถ้าเป็นการที่ผู้ถูกกระทำจำต้องยอมรับ เช่น ครูใช้อำนาจตามวิสัยดีลูกศิษย์ไม่เป็นธรรมได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1787/2511 หน้า 1946 “ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยเป็นบุตรใช้เท้าถีบฝ่าเรือนใส่หน้าบิดา เป็นการกระทำที่บุตรไม่ควรทำต่อบิดาก็จริง แต่การที่บิดาจำเลยเอามีดจะแทงจำเลย ก็เป็นฝ่ายผิดอยู่มากที่เอามีดดาบขนาดใหญ่เข้าไปจะแทงจำเลย เป็นการใช้สิทธิความเป็นบิดาเกินควร ถือว่าจำเลยถูกข่มเข่นอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยตีมีดดาบหลุดจากมือบิดาแล้วหยิบมีดดาบนั้นทำร้ายบิดาในเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดติดกันนั่นเอง ถือได้ว่าจำเลยกระทำลงโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ”

เช่นเดียวกับกรณีที่กระทำไปโดยสมควร ซึ่งยังไม่ถือว่าเป็นการข่มเข่น จึงจะอ้างบันดาลโทสะไม่ได้ ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2537 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตามข้อเท็จจริงว่า “ก่อนเกิดเหตุ น. ได้ให้ผู้ตายไปบอกจำเลยให้ขนย้ายบริวารออกไปจากที่ดินป่าชายเลนที่จำเลยปลูกบ้านอยู่ โดยเสนอให้เงินจำนวน 60,000 บาท เนื่องจากที่ดินแปลงดังกล่าวเป็นที่ดินของทางราชการอยู่ในความดูแลขององค์การบริหารส่วนจังหวัดซึ่งได้ให้บุคคลอื่นเช่าไปแล้ว จำเลยจึงเช่าไม่ได้ การที่จำเลยอาศัยอยู่ในที่ดินแปลงดังกล่าวจึงเป็นการไม่มีสิทธิโดยชอบ ทั้งนี้ มี พ. กับนายดาบตำรวจ บ. ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานตำรวจไปด้วย โดยบุคคลทั้งสามไม่มีอาวุธปืนติดตัวไปด้วย ผู้ตายไปถึงก่อนและยืนพูดกับจำเลยบริเวณหน้าประตูบ้านจำเลย พ. กับนายดาบตำรวจ บ. ตามมาไล่ๆ กันเพื่อจะเป็นเพื่อนผู้ตาย และยืนอยู่ด้วยกันห่างผู้ตายประมาณ 10 เมตร ซึ่งเป็นบริเวณนอกบ้านจำเลย การพูดจาระหว่างผู้ตายกับจำเลยมีการพูด

ถึงเงิน 60,000 บาท ที่เสนอให้ด้วย เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นกรณีที่กระทำไปโดยสมควร ไม่น่าจะมีลักษณะเป็นการข่มขู่แต่อย่างใด จึงไม่ถือได้ว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม การที่จำเลยเข้าไปในบ้านหยิบเอาอาวุธปืนยาวลูกซองเดี่ยวมายิงผู้ตายจนเป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ”

กรณีที่ยังไม่มีเหตุเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม อ้างบันดาลโทสะไม่ได้เช่นกัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 539/2509 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยเห็นภรรยาหาเห็ดอยู่กับชายอื่น จำเลยหึงหวงจึงใช้มีดฟัน ชายอื่นต่อสู้ป้องกันตัว จำเลยจึงฟันอีก 2-3 ที ภรรยาจำเลยเข้าช่วยป้องกัน จำเลยจึงแทงภรรยาจนถึงแก่ความตาย แล้วไล่ทำร้ายชายอื่นจนตายด้วย ดังนี้ศาลเห็นว่าหาใช่เป็นเรื่องที่จำเลยถูกทำร้ายก่อนแล้ว จำเลยจึงทำการต่อสู้ป้องกันตัวไม่ และไม่มีเหตุที่จำเลยจะอ้างได้ว่าจำเลยทำร้ายผู้ตายทั้งสอง โดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1752/2540 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “โจทก์และจำเลยเป็นสามีภรรยากัน แต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส ได้ทะเลาะกัน จำเลยใช้มีดปลายแหลมยาว 10 นิ้ว เผลอไฟแล้วนำโจทก์ที่บริเวณใบหน้าและลำตัว และเป็นรอยแผลเป็น การกระทำของจำเลยดังกล่าว เป็นการทำร้ายโดยมุ่งประสงค์ให้โจทก์ได้รับความเจ็บปวดทรมานยิ่งกว่าการทำร้ายโดยทั่วไป ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยทารุณโหดร้าย โดยจำเลยจะอ้างว่าบันดาลโทสะมิได้ แม้โจทก์ซึ่งเป็นภรรยาจะตำว่าจำเลยรุนแรงไปบ้าง แต่ก็ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3743/2543 ศาลฎีกาพิเคราะห์แล้ววินิจฉัยว่า “การกระทำโดยบันดาลโทสะที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับความปรานีจากศาลให้ลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้ นั้น จะต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ก่อนเกิดเหตุผู้เสียหายได้พูดจาหยาบคายก้าวร้าวจำเลย ก็ไม่ได้ความว่ามีความหมายอย่างไร หรือผู้เสียหายจะกระทำอย่างไรตามที่ตนพูด การกระทำของผู้เสียหายจึงน่าจะเป็นการยั่วโทสะจำเลยด้วยความคะนองปากตามประสาคนเมาสุราเท่านั้น ซึ่งไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม การที่จำเลยมีความโกรธแค้นและทำร้ายผู้เสียหายในขณะนั้น จำเลยจะอ้างว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายหาได้ไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4586/2543 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ตายโกรธและตำว่าจำเลยด้วยถ้อยคำหยาบคาย แม้จะทำให้จำเลยมีความอับอายต่อหน้าบุคคลอื่นที่อยู่ในร้านอาหารที่เกิดเหตุขณะนั้นได้ แต่ก็ยังเป็นเพียงถ้อยคำที่หยาบคายตามปกติที่หากผู้ตายเป็นวิญญูชนโดยทั่วไปแล้วก็ไม่สมควรที่จะกล่าวออกมาเท่านั้น เมื่อผู้ตายตำว่าจำเลยแล้วลุกออกไปที่รถยนต์ของผู้ตายที่จอดอยู่ใกล้ๆ กับหน้าร้านอาหารที่เกิดเหตุ โดยไม่ปรากฏว่าผู้ตายได้กระทำการใดๆ อันเป็นการคุกคามต่อความปลอดภัยในร่างกายหรือทรัพย์สินของจำเลยอีก พฤติการณ์ของผู้ตายที่แสดงต่อจำเลยยังถือไม่ได้ว่าได้กระทำการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอัน

ไม่เป็นกรรม การที่จำเลยใช้อาวุธปืนกลเล็กยิงผู้ตายเป็นการกระทำไปด้วยความโกรธชาตสติ จำเลยจึงไม่อาจอ้างได้ว่าฆ่าผู้ตายโดยเหตุบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

การช่มเหงที่จะอ้างบันดาลโทสะได้ นอกจากจะเป็นการช่มเหงต่อผู้กระทำโดยตรงแล้ว กรณีที่ช่มเหงต่อญาติสนิทที่ถือว่าเป็นการช่มเหงไปถึงตัวผู้กระทำผิด ซึ่งทำให้เกิดบันดาลโทสะได้แล้วก็อาจอ้างบันดาลโทสะได้ เช่น

ก. ยิงบิดาถือเป็นผู้ช่มเหงบุตรได้ ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 518/2500 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้โดยมีข้อเท็จจริงว่า “ผู้ตายกล่าวเสียดสีภรรยาจำเลยกระทบถึงจำเลยและไล่จำเลยกับบิดาและน้องชายจำเลยออกจากวัดต่อหน้าชุมชน และเอาปืนยิงบิดาจำเลยไปนัดหนึ่งถูกทรวงอกและตายในเวลาต่อมา โดยที่จำเลยไม่ได้วิวาทด้วย ศาลฎีกาเห็นว่าเหตุทั้งหลายที่เกิดขึ้นนั้น ผู้ตายล้วนเป็นผู้ก่อ เริ่มตั้งแต่กล่าวเสียดสีภรรยาจำเลยกระทบถึงจำเลยและใช้ปืนยิงบิดาจำเลยขณะที่บิดาจำเลยยังอยู่ห่างผู้ตายและไม่ปรากฏว่าบิดาจำเลยได้ทำร้ายผู้ตายจริงจึง จำเลยซึ่งอยู่ในที่นั้นก่อนที่จะมีเหตุ ก็มีได้เข้าวิวาทกับผู้ตาย ต่อเมื่อผู้ตายยิงบิดาจำเลยแล้ว จำเลยจึงทำร้ายผู้ตาย เป็นการกระทำโดยถูกยั่วโทสะ” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 819/2476 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ตายกับพวกมากินเลี้ยงสุราที่บ้านบิดาจำเลย พวกผู้ตายแทงบิดาจำเลยแล้ววิ่งหนีไป จำเลยวิ่งตาม เมื่อทันก็ได้ทำร้ายผู้ตายถึงตาย ดังนั้นจำเลยกระทำไปโดยบันดาลโทสะ”

ข. บุตรถูกทำร้ายถือเป็นผู้ช่มเหงบิดา ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 241/2478 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงตามคดีนี้ว่า “บุตรสาวจำเลยบอกว่า ผู้ตายเอาสร้อยไป กอดคอจับนมบุตรสาวจำเลยและหักต้นทุเรียนไปด้วย จำเลยโกรธจึงตามไป 10 เส้น ก็พบผู้ตาย จึงใช้ปืนยิงผู้ตายตาย เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ”

ค. ช่มเหงมารดา บุตรอ้างบันดาลโทสะได้ กรณีนี้มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 876/2464 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ผู้ตายเมาสุราถือมีดขึ้นไปบนเรือนเงื่อพื้นจำเลยจำเลยจับมือที่ถือมีดไว้ได้ ผู้ตายสะบัดหลุด แล้ววิ่งไล่พี่และมารดาจำเลยไป พอทันก็ฟันพี่และมารดาจำเลยคนที่ จำเลยได้ยินเสียงมารดาร้อง จึงวิ่งตามไปแล้วฟันผู้ตายถึงตาย จำเลยกระทำโดยบันดาลโทสะ”

ง. ผู้ถูกช่มเหง น้องอ้างบันดาลโทสะได้ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1597/2497 ศาลฎีกาพิพากษาว่า “การที่จำเลยใช้อาวุธมีดยาวคืบเศษแทงผู้ตายหลายครั้ง จนมีบาดแผลฉกรรจ์ถึง 2 แผล เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย จำเลยย่อมรู้อยู่ก่อนแล้วว่าการกระทำของตนจะเป็นผลฆาตทำให้ผู้ถูกกระทำร้ายถึงแก่ความตาย ต้องถือว่าเป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนา แต่จำเลยได้กระทำผิดลงโดยบันดาลโทสะในขณะที่เห็นพี่สาวของตนถูกผู้ตายกดขี่ช่มเหงด้วยเหตุร้ายแรงและไม่เป็นกรรม จึงควรได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 55”

จ. ภรรยาถูกผู้อื่นกอดปล้ำทำอนาจารหรือถูกทำร้าย เป็นเหตุให้สามีอ้วงบันดาลโทสะได้ แต่เพื่อนสนิทของสามีจะอ้วงบันดาลโทสะไม่ได้ เพราะบันดาลโทสะเป็นเหตุส่วนตัวซึ่งเพื่อนไม่มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติ หรือทางครอบครัวกับผู้ถูกข่มเหงแต่อย่างใด ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ โดยมีข้อเท็จจริงว่า “ผู้ตายขึ้นไปบนเรือนจำเลยที่ 2 พบภรรยาจำเลยที่ 2 อยู่คนเดียว จึงคุกคามกริ้ววกราดเป็นทำนองข่มเหง ภรรยาจำเลยที่ 2 ร้องเอ็ดอึ้งขึ้น ผู้ตายเป็นพระภิกษุจึงต้องรีบลงจากเรือนไป พอตีจำเลยทั้งสองกลับมาถึงบ้านทราบเรื่องการข่มเหงโดยภรรยาบอก จึงรีบลงเรือนตามผู้ตายไป จำเลยทั้งสองตามไปห่างเรือน 6 - 7 เส้นก็ทันผู้ตาย จึงทำร้ายผู้ตายถึงตาย ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่มีความเห็นว่า การที่จำเลยที่ 2 ได้กระทำแก่ผู้ตายนั้นเป็นการกระทำผิดต่อผู้ที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกันกับในขณะที่ถูกข่มเหงแล้ว ก็ยังต้องด้วยการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 สำหรับกรณีของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นเพียงเพื่อนสนิทกับจำเลยที่ 2 นั้น ศาลฎีกาเห็นว่ากรณีที่ภรรยาจำเลยที่ 2 ถูกรังแก ย่อมเป็นการข่มเหงจำเลยที่ 2 ผู้สามีด้วยเป็นเหตุผลเกี่ยวกับตัวบุคคลหาใช้ลักษณะคดีไม่ แม้จำเลยทั้งสองจะทำผิดร่วมกันตั้งว่า จะปรับบทลงโทษจำเลยที่ 1 ตามมาตรา 72 ด้วยเหตุบันดาลโทสะด้วยมิได้”

ฉ. ถีบพ่อตา ถือเป็นกรณข่มเหงบุตรเขยได้ กรณีมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1446/2498 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ ดังนี้ “ระหว่างที่กินสุราก็อยู่จนมืดค่ำแล้วนั้น ผู้ตายได้ใช้เท้าถีบนายเกิดจำเลยที่ 1 เพราะหาว่าจำเลยที่ 1 ดูถูกผู้ตายว่าผู้ตายเป็นผู้ร้ายปล้นโค ซึ่งจำเลยที่ 1 ก็ปฏิเสธว่ามีได้กล่าวหาผู้ตาย เช่นนี้ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ถูกผู้ตายกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยที่ 1 จึงวิ่งไปหยิบหอกจากในห้องเรือนซึ่งอยู่ห่างราว 1 วา มาแทงผู้ตายและมีจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นบุตรเขยของจำเลยที่ 1 เอามือตีส้อมช่วยฟันผู้ตายด้วยเป็นการเข้าทำร้ายผู้ตายในขณะนั้นจนผู้ตายขาดใจตาย เนื่องจากเกิดบันดาลโทสะขึ้นมาตนเอง”

ช. นำถูกทำร้ายถือว่าเป็นการข่มเหงหลาน ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2482 ซึ่งพิพากษาว่า “นำของจำเลยถูกบุคคลอื่นทำร้าย จำเลยซึ่งเป็นหลานจึงทำร้ายบุคคลนั้น ถือว่าเป็นการบันดาลโทสะได้”

เหตุไม่เป็นธรรมนั้นต้องร้ายแรง ถ้าเป็นการข่มเหงเล็กๆ น้อยๆ ผู้กระทำจะต้องอดทน เช่น เขามาตำราเราเล็กๆ น้อยๆ เราก็ต้องพยายามระงับโทสะของเรา กฎหมายจะให้ลงโทษน้อยก็ต่อเมื่อเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงเท่านั้น ทั้งนี้เพราะกฎหมายไม่สนับสนุนให้บุคคลบันดาลโทสะ ผู้ที่โกรธง่ายต้องพยายามระงับอารมณ์ของตน¹¹ เพียงแต่ไม่เป็นธรรมแต่ไม่ร้ายแรงถึงขนาดที่บุคคลในฐานะอย่างเดียวกันนั้นจะเกิดโทสะแล้ว จะอ้วงเหตุบันดาลโทสะ

¹¹ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 172.

ไม่ได้ ต่อเมื่อเป็นการถูกข่มเหงร้ายแรงถึงขนาดจริงๆ แล้วจึงจะอ้างบันดาลโทษเพื่อเป็นเหตุลดโทษได้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 435/2500 ศาลฎีกาวินิจฉัยตามข้อเท็จจริงที่ฟังได้ว่า “ผู้เสียหายเคยชอบพอรักใคร่ได้เสียกับนางศรีธันตั้งแต่ก่อนนางศรีธันมาเป็นภรรยาจำเลย และเมื่อนางศรีธันเป็นภรรยาของจำเลยแล้ว ผู้เสียหายก็ยังไปมาหาสู่นางศรีธันอยู่อีก จำเลยถึงกับทะเลาะเป็นปากเสียงกับผู้เสียหาย จนได้มีผู้ช่วยปรับความเข้าใจกัน ผู้เสียหายกับจำเลยจึงดีกัน ในวันเกิดเหตุภรรยาจำเลยไปซักผ้าที่ห้วยแม่ลาย จำเลยขี่จักรยานออกจากบ้านตามไปถึงหาดทรายห้วยแม่ลาย เห็นภรรยาจำเลยกับผู้เสียหายยืนกอดกันอยู่ในป่า จำเลยเข้าไป ผู้เสียหายชักมีดออกแทงถูกจำเลยตรงท้องด้านซ้าย จำเลยล้มลง ผู้เสียหายขึ้นคร่อมจะแทงซ้ำ จำเลยจึงยิงถูกผู้เสียหายตรงหน้าอก แล้ววิ่งหนีไป เรียกได้ว่าจำเลยบันดาลโทษโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยจึงได้ยิงผู้เสียหายในขณะนั้น ตามมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายอาญา”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1277/2497 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ผู้ตายมีความชอบธรรมที่จะว่ากล่าวห้ามปรามการที่จำเลยเอาปืนไปยิงสัตว์ใกล้บ้านเรือนผู้ตายในเวลาค่าคืนได้ แม้ผู้ตายจะใช้ถ้อยคำหยาบคายและด่าถึงพ่อแม่จำเลยเกินที่ควรจะใช้ไปบ้าง จำเลยก็หาควรที่จะใช้ปืนยิงผู้ตายไม่ การกระทำของจำเลยยังถือไม่ได้ว่าถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม”

การวินิจฉัยว่าการข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรมนั้นร้ายแรงหรือไม่ ต้องเปรียบเทียบกับความรู้สึกของบุคคลธรรมดาทั่วไปที่ถูกสมมติขึ้นให้อยู่ในฐานะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำ ความผิด ตามหลัก Objective Test เช่น ความรู้สึกของบุคคลในฐานะอย่างเดียวกันนั้น สภาพของร่างกายหรือจิตใจของผู้กระทำ การศึกษาอบรม การดำรงชีพและพฤติกรรมพิเศษ ในขณะที่กระทำนั้น เป็นต้น และจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการข่มเหงกับความผิดที่ผู้ถูกข่มเหงกระทำลงนั้นประกอบด้วย คือ ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมที่ถูกข่มเหงเปรียบเทียบว่าเป็นการเพียงพอรหรือไม่ที่จะถือว่าถูกข่มเหงร้ายแรงถึงขนาดที่จะกระทำ ความผิดเช่นนั้นลงไป¹²

นอกจากการข่มเหงโดยใช้กำลังแล้ว อาจมีการข่มเหงโดยวิธีอื่นได้อีกด้วย ได้แก่ การข่มเหงโดยใช้กำลังประกอบคำพูดดูหมิ่นหรือการแสดงกิริยาเย้ยหยันสบประมาทผู้กระทำผิด หรือการพูดหมิ่นศักดิ์ศรีอย่างร้ายแรง เช่น ด่าหญิงด้วยถ้อยคำที่หยาบคายเกี่ยวกับความประพฤติในทางเพศ ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1713/2511 “จำเลยมีครรภ์กับผู้เสียหาย จึงไปขอให้ผู้เสียหายสว่ขอ ผู้เสียหายกลับด่าจำเลยด้วยถ้อยคำหยาบคายและว่า “มีงยอมให้กูเล่นมึงทำไม” จำเลยจึงทำร้ายผู้เสียหาย ดังนี้ ศาลถือว่า จำเลยทำไปโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง

¹² สุปิ่น พูลพัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 391.

ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 846/2512 “จำเลยเป็นหญิง มีภาระต้องเลี้ยงตัวเอง เลี้ยงน้องให้ได้รับการศึกษาชั้นมหาวิทยาลัย และส่งเงินเลี้ยงบิดามารดาที่อยู่ต่างจังหวัด จำเลยรักใคร่ได้เสียกับผู้ตายจนจำเลยตั้งครรภ์ ผู้ตายก็ตีตนออกห่างทำการตัดสัมพันธ์ ไม่ยอมรับว่าเป็นพ่อเด็ก ไม่ยอมพบจำเลยโทรศัพท์ไปหานับสิบครั้งก็ไม่ยอมพูดด้วย วันเกิดเหตุจำเลยได้ไปคอยพบผู้ตายและพูดเรื่องที่จำเลยมีครรภ์ ผู้ตายว่าบอกให้เอาออกก็ไม่เอาออก ผู้ตายไม่ยอมรับว่าเป็นพ่อเด็ก ทั้งยังว่าจำเลยอยากหน้าดำหน้าแดงไปหาผู้ตายเอง และว่าพ่อแม่จำเลยไม่สั่งสอนให้ดี อันเป็นการดูถูกเหยียดหยามกดขี่ข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุ อันไม่เป็นธรรม จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายในขณะนั้น เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72” การกล่าวถ้อยคำสบประมาทหมิ่นเชิงชายอย่างรุนแรง ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1135/2504 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ผู้ตายรู้ยู่่ว่าหญิงเป็นภรรยาจำเลยก็ยังคงติดต่อทางซู้สาวเอาไปเป็นภรรยาจนได้ จำเลยยังมีเยื่อใยติดตามไปพบภรรยาและผู้ตายเดินมาด้วยกัน จำเลยจึงวิ่งวอนภรรยาให้กลับไปอยู่กับตน ผู้ตายกลับสบประมาทจำเลยว่าเป็นหน้าตัวเมีย ผู้หญิงเขาไม่รักจะตามมาทำไม ดังนี้ถือได้ว่าเป็นการหมิ่นเชิงชายอย่างรุนแรง เป็นเหตุให้จำเลยบันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม การที่จำเลยยิงผู้ตายถึงแก่ความตายในขณะนั้นย่อมได้รับผลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 428/2536 ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า “ผู้ตาย นาย พ. และจำเลย รู้จักชอบพอกัน จำเลยกับผู้ตายอยู่กินกันฉันสามีภรรยาและจะแต่งงานกัน ผู้ตายได้เสียกับจำเลยและได้เสียกับนาย พ. ด้วย การที่ผู้ตายไปนอนค้างคืนกับนาย พ. และผู้ตายยังบอกจำเลยต่อหน้านาย พ. อย่างปราศจากความยำเกรงจำเลยว่า ผู้ตายมานอนกับนาย พ. ทุกคืน จึงเป็นการเยาะเย้ยทำทนายจำเลยว่า ได้ทำซู้กันอยู่เรื่อย ๆ จำเลยจะทำไมอันเป็นการยั่วอารมณ์ของจำเลย ถือได้ว่าเป็นการสบประมาทจำเลยอย่างร้ายแรงโดยมิได้คาดคิดมาก่อน ย่อมเหลือวิสัยที่จำเลยจะอดกลั้นโทสะไว้ได้ จึงใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายในทันที พฤติการณ์เช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ถูกลงโทษในทางจิตใจของจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยบันดาลโทสะขึ้นในขณะนั้นจนขาดความยับยั้งชั่งใจ กรณีต้องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

เช่นเดียวกับกรณีที่ภรรยาทำซู้ในห้องครัว สามีมาเห็นก็อ้างบันดาลโทสะได้ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 551/2509 ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า “การที่ผู้ตายซึ่งเป็นภรรยาของจำเลยมีซู้กับชายอื่นและกระทำชำเรากันในครัวบ้านจำเลย จนจำเลยผู้เป็นสามีมาพบเห็นเข้าเช่นนี้ นับว่าชายอื่นและผู้ตายได้กระทำการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แม้ชายอื่นจะได้โดดเรือนหลบหนีไปแล้ว จำเลยก็เข้าไปว่ากล่าวตบตีผู้ตายทันที แต่ผู้ตายกลับต่อสู้ตีจำเลยตอบโต้ ย่อมเป็นเหตุให้จำเลยบันดาลโทสะในเหตุนั้นยิ่งขึ้น จำเลยจึงใช้ไม้ฟันตีผู้ตายติดต่อกันมาจนผู้ตายถึงแก่ความตาย ต้องตามบทบัญญัติ ตามมาตรา 72 ประมวลกฎหมายอาญา”

กรณีที่มีศาลออกเคลียเมียน้อยต่อหน้า ภรรยาอ้างบันดาลโทสะได้ ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 19/2500 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า “จำเลยกลับจากตลาดพบสามีนอนกอดอยู่กับเมียน้อยที่เพิ่งได้มาสัก 2 เดือนอยู่บนเรือน จำเลยห้ามปรามก็ไม่ฟัง จำเลยโกรธจึงใช้มีดพร้าฟันสามี 2 แผล ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อได้พิเคราะห์ถึงเหตุที่สามีคลอเคลียเมียน้อยต่อหน้า ให้หลบเข้าไปนอนกันเสียในเรือนเพื่อพ้นหูพ้นตา ก็ไม่ฟัง จึงเกิดโทสะพลุ่งพล่านและคว่ำพร้าใช้ฟันลงไปทันที โดยมีได้เตรียมการมาก่อน แม้จำเลยจะหนักมือฟันรุนแรงไปบ้าง ก็เพราะโทสะพลุ่งพล่านขึ้นมาในสภาพการณ์เช่นนั้น”

การตำซ้ำซากโดยไม่มีเหตุสมควร ก้าวร้าวถึงบิดามารดาด้วยถ้อยคำที่หยาบคายซ้ำซากต่อเนื่องกัน ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 266/2515 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตามข้อเท็จจริงที่ฟังได้ว่า “ในวันเกิดเหตุ ผู้ตายมาทวงค่าพระเครื่องที่ผู้ตายหาว่าจำเลยเป็นคนซื้อ แต่จำเลยปฏิเสธว่าไม่ได้เป็นคนซื้อ ผู้ตายก็ตำว่าจำเลย เมื่อผู้ตายลงจากเรือนไปแล้ว ก็ยังตำจำเลยต่อไปอีกด้วยถ้อยคำหยาบคายก้าวร้าวถึงบิดามารดาจำเลย จนจำเลยอดโทสะไม่ได้ ใช้มีดฟันผู้ตายไปนั้น ศาลฎีกาเห็นว่าการที่ผู้ตายตำจำเลยด้วยถ้อยคำหยาบคายก้าวร้าวถึงบิดามารดาจำเลยบนเรือนแม่ยายจำเลย จำเลยไม่โกรธ แต่เมื่อผู้ตายลงจากเรือนไปแล้ว ยังตำแล้วตำอีกถึงบิดามารดาจำเลยต่อเนื่องกันตลอดเวลา นับว่าเป็นพฤติการณ์อันถึงขนาดถือได้ว่าเป็นการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยอดโทสะไม่ได้ใช้มีดฟันผู้ตายไปนั้น จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ” เป็นต้น

การกล่าววาจาดูหมิ่นถากถางและตำถึงมารดา ดังเช่นที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5495/2534 ได้วินิจฉัยไว้ โดยมีข้อเท็จจริงว่า “ผู้ตายเมาสุรากล่าววาจาล่วงเกินจำเลย โดยกล่าวว่าทำงานไม่เป็นแต่ได้ค่าแรงแพง ทำงานผิดแล้วไม่ยอมรับผิด จำเลยทำงานเป็นช่างไม้ได้ไม่เท่าไร ทำเป็นอวดเก่ง และตำแม่จำเลย ผู้ตายพูดจาถากถางเข้าไปซ้ำมาหลายครั้ง ครั้นจำเลยจะกลับก็ไม่ยอมให้กลับ พฤติการณ์เหล่านี้เห็นได้ว่า ผู้ตายกล่าววาจาและกระทำการอันเป็นการดูถูกเหยียดหยาม เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจนจำเลยบันดาลโทสะ จำเลยจึงไปหยิบค้อนมาตีผู้ตายในขณะนั้น เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมาย มาตรา 72”

การชี้หน้าตำแม่ถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5736/2536 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ผู้ตายทั้งสองมีเรื่องไม่พอใจน้องชายของจำเลย แต่กลับไปหาเรื่องจำเลยและชี้หน้าตำแม่จำเลย ถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายทั้งสองในขณะนั้น จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ”

ตำแล้วตำอีก ดูหมิ่นซึ่งหน้าด้วยถ้อยคำหยาบคาย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1586/2509 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ผู้ตายต้องการเล่นไฟอีก แต่จำเลยเลิกเล่น ไม่ยอมเล่นไฟด้วย ผู้ตายจึงตำจำเลยด้วยประการต่างๆ เป็นการดูหมิ่นจำเลยซึ่งหน้าด้วยถ้อยคำหยาบคาย

ค่าแล้วค่าอีกจนจำเลยอดโทษไม่ได้ ถือได้ว่าเป็นการข่มเหงจำเลยโดยไม่เป็นธรรม จำเลย จึงตีผู้ตายในขณะนั้น เป็นเพราะบันดาลโทษ”

อนึ่ง การที่จำเลยกล่าวอ้างว่ากระทำไปโดยบันดาลโทษเพราะถูกข่มเหงอย่าง ร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมนี้ จำต้องปรากฏข้อเท็จจริงต่อศาลว่ามีเหตุข่มเหงอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมอันจะทำให้อ้างเหตุบันดาลโทษได้อย่างไรด้วย จะกล่าวอ้างเพียงลอยๆ เท่านั้นมิได้ ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6473/2543 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ตามที่จำเลย ฎีกาอ้างว่าจำเลยใช้อาวุธที่พกติดตัวมายิงผู้ตาย เพราะได้รับความกดดันถูกบีบคั้นที่ถูก มารดาผู้ตายและผู้ตายซึ่งเป็นพี่สาวภรรยาจำเลยรุมด่า และไล่จำเลยกับกีดกันมิให้จำเลยกับ ภรรยาคืนดีกัน ทำให้จำเลยโกรธ ประกอบกับจำเลยเสียใจที่เจรจาทำความเข้าใจกับภรรยาไม่ เป็นผลนั้น เห็นว่าไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ตายด่าว่าจำเลยด้วยถ้อยคำอย่างไร หรือมีพฤติการณ์ ในการขับไล่จำเลยอันจะแสดงให้เห็นว่าเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงอย่างไร ทั้งจำเลยก็ไม่ สืบพยาน ล่าฟังข้อเท็จจริงที่ได้ความจากฎีกาของจำเลยยังถือไม่ได้ว่าผู้ตายข่มเหงจำเลยอย่าง ร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม อันจะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษ ตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 72”

2.2.2 การที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทษ

หลักในข้อนี้เป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล การ กระทำบันดาลโทษจะต้องมาจากเหตุแห่งการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงนั้น¹³ กล่าวคือ เมื่อถูก ข่มเหงแล้วผู้กระทำเกิดอารมณ์โกรธชุนเคืองโดยฉับพลัน ขาดสติสัมปชัญญะจนไม่อาจชั่ง น้ำหนักระหว่างการกระทำผิดกับงดเว้นไม่กระทำ จึงกระทำความผิดไปเพราะโทษโดยมิได้มี การคิดและตกลงใจกระทำไปตามปกติธรรมดา การพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดไป เพราะเหตุบันดาลโทษหรือไม่ ต้องพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำความผิดนั้นเอง ว่าผู้กระทำ บันดาลโทษหรือไม่ เป็นหลัก Subjective test ไม่พิจารณาเปรียบเทียบจากบุคคลธรรมดา ตามหลัก Objective test เหมือนหลักเกณฑ์เรื่องการกดขี่ข่มเหง ว่าร้ายแรงหรือไม่¹⁴ ดังที่ได้ กล่าวถึงแล้วในข้อ 2.2.1

¹³ แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักในกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลาจำกัด, 2539), หน้า 112.

¹⁴ Perkin Crim. Law, p. 66 อ้างถึงในจิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญา 1, หน้า 785.

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนี้อาจเกิดขึ้นเพราะความสำคัญผิดก็ได้¹⁵ และหากกระทำโดยบันดาลโทสะพลาดไปถูกบุคคลที่สาม ก็อ้างบันดาลโทสะต่อบุคคลที่สามได้เช่นกัน¹⁶ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1047/2498 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “นายเป็งเป็นผู้ก่อเหตุทำร้ายจำเลยและชกต่อยจำเลย จนจำเลยหนีไปแล้วยังไล่ตามไปจะทำร้ายอีก ถือว่าจำเลยถูกนายเป็งกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม จำเลยจึงเอามีดแทงนายเป็ง แต่พลาดไปถูกผู้ตายซึ่งเข้ามาห้าม ดังนั้นต้องถือเจตนาของจำเลยเป็นเกณฑ์ กล่าวคือ หากจำเลยแทงถูกนายเป็งตามเจตนา จำเลยควรได้รับลดหย่อนโทษตามกฎหมายอย่างไรแล้ว การที่จำเลยกระทำโดยพลั้งพลาดไปถูกผู้ตายเช่นนี้ จำเลยก็ควรได้รับลดหย่อนโทษ ตามกฎหมายจะกระทำแก่นายเป็งนั้น”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1682/2509 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “เมื่อจำเลยถูกข่มเหงแล้ว ได้ยิงคนที่ข่มเหงในขณะนั้น แต่เนื่องจากคนที่ข่มเหงต่างวิ่งหนีไป กระสุนปืนพลาดไปถูกผู้เสียหายเข้า จำเลยก็ต้องมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 60 แต่การกระทำของจำเลยนั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากจำเลยถูกข่มเหงโดยไม่เป็นธรรมและกระทำลงไปโดยบันดาลโทสะ จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,80 ประกอบด้วยมาตรา 72”

ในทางตรงกันข้าม ถ้าผู้ถูกข่มเหงไม่กล้ากระทำผิดต่อผู้ข่มเหงแต่กลับไปกระทำต่อผู้อื่น ก็ไม่อยู่ในเกณฑ์ที่จะลดโทษให้¹⁷ เช่น ถูกพี่ชายข่มเหงแต่ผู้ถูกข่มเหงไม่กล้าทำร้ายพี่ชาย กลับไปทำร้ายน้องชายของผู้ข่มเหงแทน ดังนั้น ไม่เป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา 72 ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 252/2528 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ผู้ตายด่าว่าจำเลยแล้วเกิดชกต่อยกัน เมื่อมีคนมาห้ามและจำเลยกับผู้ตายยุติกันไปแล้ว ผู้ตายกลับเข้าไปในบ้านหยิบขวดมาตีศีรษะจำเลยจนโลหิตไหล การที่จำเลยไปหยิบปืนในบ้านออกมายิงผู้ตายจึงเป็นการบันดาลโทสะ แต่การที่จำเลยยิงบุตรและภรรยาของจำเลยถึงแก่ความตายด้วย แม้คนทั้งสองจะอยู่บ้านเดียวกับผู้ตายแต่มิได้ร่วมทำร้ายจำเลยด้วย การที่จำเลยยิงผู้ตายทั้งสองในขณะนั้นเป็นแต่เพียงจำเลยกระทำไปโดยอารมณ์ร้อนแรงชั่วแล่น ซึ่งไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามกฎหมาย”

2.2.3 ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะบันดาลโทสะ

ผู้กระทำต้องกระทำความผิดในขณะบันดาลโทสะ เพราะการที่กฎหมายให้อำนาจศาลลดโทษได้นั้น เพราะเห็นใจผู้กระทำความผิดด้วยเหตุบันดาลโทสะ เนื่องจากถูก

¹⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 372.

¹⁶ คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ฎีกาวินิจฉัย: บันดาลโทสะ: เหตุลดโทษตาม ป. อาญา”, วารสารอัยการ, ฉบับที่ 15 ปีที่ 2 (มีนาคม 2522), หน้า 52.

¹⁷ จิตติ ดิงศภทิพย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 793.

ข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรม แต่ถ้าผู้บันดาลโทษจะได้กระทำความผิดในขณะอื่นไม่ใช่ในขณะที่บันดาลโทษ ซึ่งผู้กระทำมีโอกาสใคร่ครวญยับยั้งว่าสมควรกระทำความผิดหรือไม่ กฎหมายก็ไม่ลดโทษให้ ดังนั้น กฎหมายจึงให้อำนาจศาลลดโทษได้ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในขณะบันดาลโทษนั่นเอง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี คำว่า “ขณะนั้น” ไม่ได้หมายความว่าทันทีทันใด แต่หมายความว่าในเวลากระชั้นชิดต่อเนื่องกับการถูกข่มเหงนั้นๆ ด้วย¹⁸

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 551/2509 ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า “การที่จำเลยผู้เป็นสามีมาพบเห็นภรรยาชู้กับชายอื่นและกระทำชำเรากันในครัว ซึ่งนับว่าจำเลยถูกชายอื่นและผู้ตายซึ่งเป็นภรรยาข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แม้ชายอื่นจะได้โดดเรือนหลบหนีไปแล้ว จำเลยก็เข้าไปว่ากล่าวตบตีผู้ตายทันที แต่ผู้ตายกลับต่อสู้ตีจำเลยตอบโต้ ย่อมเป็นเหตุให้จำเลยบันดาลโทษในเหตุอันยิ่งยั้ง จำเลยจึงใช้ไม้ฟันตีผู้ตายติดต่อกันมาจนผู้ตายถึงแก่ความตาย ถือได้ว่าจำเลยกระทำความผิดลงในขณะนั้น ต้องตามบทบัญญัติตามมาตรา 72 ประมวลกฎหมายอาญา”

การวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำในขณะที่บันดาลโทษหรือไม่นั้น ต้องวินิจฉัยโดยเปรียบเทียบกับความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำ เช่นเดียวกับการวินิจฉัยความร้ายแรงของเหตุไม่เป็นธรรม โดยวินิจฉัยว่าบุคคลทั่วไปสมควรระงับโทษและกระทำการอย่างมีเหตุผลได้หรือยัง ถ้าผ่านพ้นเวลานับแต่ถูกข่มเหงแล้วไปกระทำความผิดเมื่อควรระงับโทษได้แล้ว แต่ไม่ระงับ กลับติดตามกระทำความผิดต่อไป ก็กลายเป็นไตร่ตรองไว้ก่อน ไม่ใช่บันดาลโทษ¹⁹ จะอ้างว่าบันดาลโทษไม่ได้ เพราะมีเวลาเพียงพอที่จะคิดใคร่ครวญระงับโทษแล้ว²⁰

การวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำในขณะที่บันดาลโทษหรือไม่ ไม่ได้วินิจฉัยจากอารมณ์ความรู้สึกของผู้กระทำเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ต้องวินิจฉัยโดยใช้หลัก Objective Test คือ พิจารณาเปรียบเทียบความรู้สึกของ “คนทั่วไป” ในฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำว่าบุคคลทั่วไประงับโทษได้แล้วหรือยัง ซึ่งต้องพิจารณาว่าในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาตั้งแต่มีการข่มเหงเกิดขึ้นนั้น บุคคลทั่วไปสามารถระงับสติอารมณ์และกระทำการต่างๆ อย่างมีเหตุผลได้หรือยัง ถ้าสามารถพูดหรือกระทำอย่างมีเหตุมีผลในเรื่องอื่นๆ ได้แล้ว แสดงว่าสามารถระงับโทษได้แล้ว หรือถูกข่มเหงผ่านไปนานเป็นระยะเวลาพอสมควรที่มีเวลาเพียงพอที่จะคิดใคร่ครวญ

¹⁸ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 173.

¹⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 788.

²⁰ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2537 ฎีกาส่งเสริมเล่ม 3, หน้า 164.

ระงับโทษซึ่งคนโดยทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกันน่าจะระงับโทษได้แล้ว ถ้ากระทำความผิดก็จะอ้างบันดาลโทษไม่ได้²¹

แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าต้องกระทำทันที ณ ที่ที่ถูกข่มเหง ถ้ากระทำในระยะเวลาที่ต่อเนื่องใกล้เคียงกันหรือยังไล่ติดตามโดยยังมีโทษอยู่ ก็อาจเป็นบันดาลโทษได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า “การที่ภรรยาบอกจำเลยซึ่งเป็นสามีว่าผู้ตายกดปล้ำทำอนาจาร จำเลยจึงไล่ติดตามไปทันที ในระยะกระชั้นชิด ราว 6-7 เส้น ก็ทันผู้ตาย แล้วจำเลยก็ทำร้ายผู้ตายตาย ปัญหาในที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีความเห็นว่าการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ผู้ถูกข่มเหง ไม่จำเป็นจะต้องกระทำลงทันที หรือ ณ ที่ซึ่งถูกข่มเหง หากได้กระทำผิดต่อผู้ที่ข่มเหงในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกัน ดังเช่นที่จำเลยได้กระทำแก่ผู้ตายในคดีนี้ ก็ต้องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ถือว่าจำเลยกระทำโดยบันดาลโทษ”²²

อย่างไรก็ตาม ถ้าเวลาผ่านพ้นไปพอที่จะระงับโทษได้แล้วแต่ไม่ระงับ อาจกลายเป็นกรณีไตร่ตรองไว้ก่อนได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2537 “ขณะที่จำเลยทราบว่าการรยาจำเลยถูกผู้เสียหายปลุกปล้ำกระทำชำเรา นั้น จำเลยไม่ได้แสดงอาการโกรธหรือจะทำร้ายผู้เสียหาย แต่ได้ออกไปหาปลาร่วมกับผู้เสียหายเป็นเวลานานถึง 3 ชั่วโมงแล้วจึงได้ใช้มีดฟันทำร้ายผู้เสียหาย เห็นได้ว่า มีเวลาเพียงพอที่จำเลยจะคิดใคร่ครวญระงับโทษแล้ว การกระทำของจำเลยมิใช่การกระทำกระชั้นชิดต่อเนื่องที่ยังไม่ขาดตอนต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น” ในขณะที่ยังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1821/2543 วินิจฉัยว่า “การที่จำเลยกระทำต่อผู้ตายในทันทีเมื่อกลับมาถึงบ้านและพบผู้ตาย อันเป็นระยะเวลาห่างจากถูกข่มเหงเพียง 2 ชั่วโมงหรือ 2 ชั่วโมงเศษ ถือได้ว่าการข่มเหงยังอยู่ในช่วงเวลาที่ต่อเนื่องเชื่อมโยงกันอยู่ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษ”

องค์ประกอบข้อนี้มิได้มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวว่าต้องกระทำโต้ตอบการข่มเหงภายในระยะเวลาอย่างน้อยเพียงใด 10 นาที 20 นาที ครึ่งชั่วโมง หนึ่งชั่วโมงหรือสองชั่วโมง จึงจะถือว่าเป็นการกระทำต่อผู้ข่มเหงในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกับการข่มเหงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละคดีที่ศาลจะได้วินิจฉัยว่าช่วงระยะเวลาที่ผ่านไปตั้งแต่มีการข่มเหงขึ้นจนกระทั่งมีการกระทำโต้ตอบไปนั้น บุคคลทั่วไปสามารถระงับสติอารมณ์และกลับกระทำการต่างๆ อย่างมีเหตุผลโดยไม่มีโทษได้แล้วหรือยัง ดังนั้นจึงจะเห็นว่า การที่ทราบเหตุข่มเหงแล้วไล่ติดตามไปกระชั้นชิด ศาลฎีกาเห็นว่าต่อเนื่อง ยังไม่ขาดตอน ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกา

²¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, หมายเหตุคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1821/2543, คำพิพากษาศาลฎีกาสำนักรงานศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 เล่มที่ 3, (กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2543), หน้า 150-153.

²² ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 266/2515, หน้า 211 อ้างถึงแล้วในหน้า 17.

ที่ 241/2478 “จำเลยทราบเหตุแล้วติดตามไป 10 เส้น พบผู้ตายจึงใช้ปืนยิงผู้ตายตาย ศาลฎีกาเห็นว่า เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1756/2539 “จำเลยถูกรุมทำร้าย แล้ววิ่งกลับบ้าน ซึ่งอยู่ห่างไปประมาณ 300 เมตร เอามือมาต่อสู้กับพวกผู้ตาย ศาลฎีกาเห็นว่า เป็นระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกัน ถือว่าจำเลยกระทำผิดด้วยเหตุบันดาลโทสะ” แต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3576/2533 “จำเลยถูกข่มเหงจึงลุกออกไป ต่อมาประมาณ 15 นาที จำเลยถือปืนแก๊ปยาวมายิงผู้ตาย” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1248/2509 “จำเลยเกิดเรื่องกับผู้เสียหายในเวลาประชุม จำเลยจึงออกไปจากที่ประชุม จนภายหลังเลิกการประชุม และคนประชุมกลับไปเกือบหมดแล้ว จำเลยจึงทำร้ายผู้เสียหาย” ศาลฎีกาเห็นว่า ทั้งสองกรณีมิใช่เกิดจากโทสะที่พุ่งขึ้นเฉพาะหน้าขณะที่ถูกข่มเหง แต่เป็นพฤติการณ์ที่จำเลยต้องคิดไตร่ตรองตัดสินใจอย่างหนัก จึงตกลงใจกระทำผิด จึงเป็นการกระทำผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

2.3 เหตุผลที่ให้อ่างบันดาลโทสะเพื่อลดโทษ

เหตุผลในการลดโทษฐานกระทำความผิดบันดาลโทสะนั้น นักนิติศาสตร์อธิบายว่า ถ้าพิจารณาทางจิตใจของผู้กระทำก็กระทำโดยเหตุภายนอกมาดบันดาลให้ความคุมสติได้น้อยลง ผู้กระทำความผิดเพราะเหตุสุดใจเช่นนี้มีลักษณะไม่ร้ายแรงเท่ากับผู้กระทำความผิดโดยทั่วไป เป็นภัยแก่ชุมชนน้อยกว่าผู้กระทำโดยเลือดเย็น จึงควรได้รับโทษน้อยกว่ากรณีธรรมดา ถ้าพิจารณาในแง่ของการกระทำซึ่งความผิดที่เกิดขึ้นและโทษที่จะได้รับต้องมีสัดส่วนสัมพันธ์กัน ผู้กระทำความผิดไม่ได้เป็นผู้ก่อเหตุขึ้นเอง และอยู่ในความครอบงำแห่งความโกรธเหลือที่จะกลั้นโทสะและใช้ความตรึกตรองให้รอบคอบ²³ ผู้กระทำมิใช่เป็นผู้มีจิตใจชั่วร้าย หากกระทำผิดเพราะไม่สามารถควบคุมสติได้ชั่วขณะ²⁴ และมีเหตุที่ผู้เสียหายเองเป็นผู้มีส่วนก่อเหตุขึ้นด้วยความไม่เป็นธรรมให้มีการกระทำความผิดขึ้น ผู้กระทำจึงควรได้รับโทษน้อยลงเช่นกัน²⁵

กฎหมายมิได้จำกัดว่าความผิดที่ได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะนี้จะต้องเป็นความผิดในฐานใดบ้าง ต่างกับกฎหมายของบางประเทศ เช่น ประมวลกฎหมายอาญาอินเดียมาตรา 300 บัญญัติบันดาลโทสะไว้ในความผิดฐานประทุษร้ายต่อชีวิตและร่างกายเท่านั้น²⁶ แต่อย่างไรก็ตาม ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักย์มีความเห็นว่า “ความผิดที่กระทำลงเพราะบันดาลโทสะนั้น มิได้เฉพาะความผิดบางอย่างที่เกิดขึ้นได้ในปัจจุบัน ไม่ต้องการความคิดไตร่ตรองก่อนที่จะกระทำลง ซึ่งโดยปกติก็ได้แก่การทำร้ายร่างกาย หรือฆ่าคนนั่นเอง แต่ก็

²³ จิตร ลulitanนท์, กฎหมายอาญา(ภาค 1), พิมพ์ครั้งที่ 3, (พระนคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2505), หน้า 135.

²⁴ จิตติ ดิงศภักย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 793.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 765-766.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 792.

คงไม่จำกัดแต่เพียงเท่านั้น การทำลายทรัพย์สินก็น่าจะอยู่ในลักษณะเดียวกัน แต่ความผิดบางอย่าง เช่น ลักทรัพย์ หรือหมิ่นประมาท จะว่ากระทำโดยบันดาลโทสะในขณะนั้น เห็นจะไม่ได้ เพราะมีเจตนาทุจริตหรือคิดหาเรื่องมาใส่ความหมิ่นประมาทเขา จะทำโดยไม่มีสติควบคุม ย่อมจะทำได้โดยตัวเอง”²⁷ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 455/2481 “ผ. แจ้งความกล่าวหา ค. ต่อผู้ใหญ่บ้านว่า ค. ขायสุราเถื่อน โดยปราศจากหลักฐานยืนยันแน่นอน ค. โมโหจึงแจ้งต่อ ตำรวจแก่งกล่าวหา ผ. บ้างว่า ผ. มีสุราเถื่อน ดังนี้ ค. มีความผิดฐานแจ้งความเท็จ” เห็นได้ว่าการกระทำของ ค. ตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ไม่ใช่การกระทำในขณะที่ไม่มีสติควบคุมตนซึ่งจะอ้างว่ากระทำโดยบันดาลโทสะในขณะนั้นมาลดโทษ แตกต่างจากการป้องกันซึ่งแม้กฎหมายมิได้จำกัดว่าต้องเป็นความผิดในฐานใดเช่นเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะแล้ว การกระทำเพื่อป้องกันสิทธินั้นไม่จำกัดเฉพาะการกระทำต่อชีวิต ร่างกายเท่านั้น อาจเป็นการกระทำต่อทรัพย์สิน เช่น ลักหรือทำลายอาวุธที่มีผู้จะใช้ทำร้ายเรา หรืออาจเป็นการกระทำอย่างอื่นเป็นต้นว่าขังผู้ที่ทำลายทรัพย์สินของเราไว้ก็ได้²⁸ เนื่องจากการคุกคามสิทธิโดยเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย หากผู้กระทำได้กระทำการใดไปพอสมควรแก่เหตุโดยมีเจตนาเพื่อป้องกันแล้ว ไม่ว่าจะกระทำการใดตอบโต้ผู้ประทุษร้าย ก็เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยไม่มี ความผิด ตัวอย่างเช่น นาย ก. ถูกรุมจะเข้ามาทำร้ายนาย ข. ถือเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย อันใกล้จะถึงซึ่งนาย ข. มีสิทธิที่จะป้องกันได้ นาย ข. จึงจับนาย ก. มัดไว้กับเสาบ้าน แล้ววิ่งหนีไปเพื่อป้องกันมิให้ตนเองได้รับอันตรายจากการถูกนาย ก. แทะ โดยเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุเท่าที่จำต้องกระทำ นาย ข. จึงไม่มีความผิด

2.4 ผลทางกฎหมายของการกระทำโดยบันดาลโทสะ

เหตุกระทำโดยบันดาลโทสะนี้ เป็นเหตุส่วนตัวของผู้กระทำความผิดเป็นคนๆ ไป ผู้อื่นที่กระทำผิดด้วยยอมไม่สามารถอ้างเหตุบันดาลโทสะได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 * เว้นแต่กรณีที่ข่มเหงบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในทางญาติหรือทางครอบครัวกับผู้ถูกกระทำความผิดอันพอจะถือได้ว่าเป็นการข่มเหงไปถึงตัวผู้กระทำ ที่จะให้เกิดบันดาลโทสะได้แล้วก็อ้างเหตุลดโทษเพราะบันดาลโทสะได้ ดังที่ได้อธิบายแล้วในข้อ 2.2.1

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 792-793.

²⁸ Merle & Vitu no.333, p. 318. อ้างถึงในจิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 619.

* ศาลฎีกาเห็นว่ากรณีที่ภรรยาจำเลยที่ 2 ถูกรังแก ย่อมเป็นการข่มเหงจำเลยที่ 2 ผู้สามีด้วย เป็นเหตุผลเกี่ยวกับตัวบุคคลหาใช่ลักษณะคดีไม่ เพราะบันดาลโทสะเป็นเหตุส่วนตัวซึ่งจำเลยที่ 1 เป็นเพียงเพื่อนไม่มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติ หรือทางครอบครัวกับผู้ถูกข่มเหงแต่อย่างใด แม้จำเลยทั้งสองจะทำผิดร่วมกันตั้งว่า จะปรับบทลงโทษจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นเพียงเพื่อนสนิทกับจำเลยที่ 2 ตามมาตรา 72 ด้วยเหตุบันดาลโทสะด้วยมิได้

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เป็นการกระทำโดยขาดสติควบคุมในขณะที่มีโทสะ จึงเป็นเหตุให้ศาลวินิจฉัยเป็นคุณแก่จำเลยได้ โดยกำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการลงโทษน้อยเพียงใดก็ได้ ซึ่งศาลวางกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำเท่าใดก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงโทษขั้นต่ำ แต่ศาลจะไม่ลงโทษเลยไม่ได้²⁹ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 435/2500 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “อาศัยเหตุที่จำเลยกระทำโดยบันดาลโทสะดังกล่าว จึงพิพากษาให้ลงโทษจำเลยฐานพยายามฆ่าคน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,80 และ 72 มีกำหนด 2 ปี แต่ให้รอการลงโทษไว้ มีกำหนด 5 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56”

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะ แม้จำเลยจะมีได้ยกขึ้นต่อสู้ ศาลก็ยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ เช่นเดียวกับการป้องกันและจำเป็น ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 138/2532 ศาลวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนว่า “การกระทำโดยบันดาลโทสะเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แม้จำเลยจะมีได้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคำให้การ ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้” เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1446/2498 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ส่วนข้อเถียงของโจทก์ที่ว่า จำเลยมิได้ยกข้ออุกยวโทสะขึ้นเป็นข้อต่อสู้ด้วยนั้น เห็นว่าเมื่อทางพิจารณาได้ความเช่นนั้น ศาลย่อมมีอำนาจชี้ขาดวินิจฉัยได้ ศาลยกมาตรา 55 ขึ้นลดโทษได้ แม้จำเลยจะมีได้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ก็ดี ฎีกาโจทก์ฟังไม่ขึ้น” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1787/2511 ศาลฎีกาเห็นว่า “คดีนี้แม้จำเลยให้การรับสารภาพและไม่ได้ยกเรื่องบันดาลโทสะขึ้นต่อสู้ เมื่อทางพิจารณาปรากฏว่ามีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยจะได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษ ศาลก็ย่อมมีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ ฎีกาโจทก์ฟังไม่ขึ้น” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 220/2513 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “แม้จำเลยจะให้การต่อสู้ว่าป้องกันตัว เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ศาลก็ยกขึ้นอ้างเองได้” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2513 ซึ่งศาลฎีกาได้พิจารณาว่าข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของคดีที่จะพอถือได้หรือไม่ว่าจำเลยทำร้ายผู้ตายเพราะบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมนั้น แม้จำเลยจะมีได้ยกเหตุนี้ขึ้นต่อสู้ ศาลก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6980/2540 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกัน

บทบัญญัติมาตรานี้มิได้เป็นบทบังคับให้ศาลจำต้องลดโทษให้ผู้กระทำเสมอไป ศาลจะลงโทษโดยไม่ลดโทษเลยก็ได้³⁰ แต่อย่างไรก็ตามในการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญา ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นว่า “ในหลักการลดโทษหรือไม่ เราได้มอบให้อยู่ในดุลพินิจของศาล เพราะการถูกข่มเหงนั้นมีตีกิริคือ ร้ายแรงมากหรือร้าย

²⁹ จิตติ ดิงศภทิพย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 795.

³⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 376.

แรงน้อย ในบางกรณีเราต้องยอมให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ เพราะเป็นสถาบันที่ให้ความเที่ยงธรรม ถ้าศาลเห็นว่าไม่ควรลดโทษ ก็ไม่ลดโทษให้³¹ และได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของ “... ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ เพียงใดก็ได้” ว่า “คำว่า “เพียงใด” หมายความว่า ลด แต่จะลดเพียงใดอยู่ในดุลพินิจของศาล”³² ในการประชุมร่างกฎหมายครั้งดังกล่าว มีการเพิ่มเติมข้อความของกฎหมายจาก “ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ก็ได้” เป็นว่า “ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ เพียงใดก็ได้” เนื่องจากพระยาอรรถการีย์ ได้เสนอความเห็นเป็นข้อสังเกตว่า “ข้อความที่ว่า “ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ก็ได้” นั้น คำว่า “ก็ได้” หมายความว่า ศาลอาจจะไม่ลดโทษหรือลงโทษน้อยก็ได้ ฉะนั้นจึงควรเติมคำว่า “เพียงใด” หน้าคำว่า “ก็ได้” คือ เป็นการมัดศาลว่า ศาลจะต้องลดโทษเสมอ”³³

2.5 แนวทางของกฎหมายต่างประเทศ

2.5.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งในที่นี้จะศึกษาโดยอาศัย Model Penal Code เป็นหลัก เพราะถือว่าเป็นกฎหมายแม่แบบในการร่างประมวลกฎหมายอาญาในรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากกฎหมายสหรัฐอเมริกาแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ในแต่ละรัฐก็จะมีคำพิพากษาของศาล (Common law) และกฎหมายสารบัญญัติ (Statute) บัญญัติหลักการไว้ซึ่งบางรัฐก็เหมือนกัน แต่บางรัฐก็แตกต่างกัน จึงมีความพยายามที่จะสร้างกฎหมายกลางที่เป็นพื้นฐานให้รัฐต่างๆ นำไปเป็นรูปแบบในการบัญญัติกฎหมายขึ้น ในทางอาญานั้นมี Model Penal Code เป็น Model Law สรุปลงเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษได้ ดังต่อไปนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งความผิดในการทำให้ผู้อื่นตายเป็น 3 ประเภท คือ

1. ความผิด murder แบ่งออกเป็น 2 ระดับ (degree)³⁴ คือ

(1) first degree murder หรือ felony murder เป็นความผิดฐาน murder ที่มีเหตุอื่นประกอบทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น เช่น การฆ่าผู้อื่นโดยมีเจตนาไตร่ตรองไว้ก่อน (premeditation) การซุ่มดักทำร้าย (lying in wait) การวางยาพิษ (poisoning) การกระทำทรมาน (torture) เป็นต้น

³¹ รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 61/2497 วันพฤหัสบดี ที่ 13 พฤษภาคม 2497, หน้า 4.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

³⁴ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr., Criminal Law, (St. Paul Minn. West Publishing Co., 1972), pp. 642-648.

(2) second degree murder เป็นความผิด murder ธรรมดา ที่ไม่มีเหตุตั้งที่ระบุไว้ในความผิด first degree murder

ความผิด murder มีองค์ประกอบภายใน 4 ชนิด คือ

- 1) express aforethought เจตนาฆ่า (intention to kill)
- 2) implied malice เจตนาทำร้ายร่างกายบาดเจ็บสาหัส (intent to do grievous bodily injury)
- 3) constructive malice เจตนากระทำความผิด felony murder
- 4) depraved-heart คือ การกระทำโดยประมาทอย่างร้ายแรง (Extremely negligent)

2. ความผิด manslaughter³⁵ เป็นความผิดที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่มีองค์ประกอบภายนอกเหมือนความผิด murder แต่มีเหตุอื่นประกอบ ทำให้ผู้กระทำผิดสมควรได้รับโทษน้อยลง แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

- 1) voluntary manslaughter ได้แก่
 - provocation เหตุบันดาลโทสะ
 - เหตุอื่นตามพระราชบัญญัติ เช่น การใช้สิทธิในการป้องกันตนเองที่ไม่บริบูรณ์ (imperfect right of self-defense) และสิทธิในการป้องกันการกระทำความผิด felony ที่ไม่บริบูรณ์ (imperfect right to prevent felony) เป็นต้น
- 2) involuntary manslaughter ได้แก่
 - criminal negligence การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท
 - การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมายอย่างอื่น (unlawful and dangerous act) ซึ่งสหรัฐอเมริกา มีแนวโน้มจะยกเลิกความผิด involuntary ชนิดนี้แล้ว

3. ความผิด negligent homicide³⁶ เป็นความผิดที่บางมลรัฐได้แยกความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่ไม่เป็นความผิด manslaughter เช่น การใช้อาวุธปืนโดยประมาท หรือการมีสัตว์ดุร้าย ซึ่งต้องการเพียงความไม่ตั้งใจ หรือความพลั้งเผลอต่ออันตรายที่เกิดขึ้น กำหนดโทษไว้เบากว่าความผิด manslaughter

โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ในปัจจุบันนั้น มีหลักว่าการกระทำใดจะเป็นความผิดทางอาญาได้ จะต้องประกอบด้วย การกระทำที่ละเมิด

³⁵ Ibid., pp. 652-668.

³⁶ Ibid., p. 675.

กฎหมายหรือการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกนั้นผิดกฎหมาย (actus reus) และจะต้องมีส่วนของจิตใจที่จะถูกตำหนิได้ ซึ่งการพิจารณานี้เป็นไปตามหลักที่ว่ากระทำไม่ก่อให้เกิดเป็นความผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นมีเจตนากระทำความผิด เพราะฉะนั้นการจะพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลจึงต้องพิจารณาจากส่วนของ actus reus ก่อน เมื่อได้ความว่าการกระทำภายนอกนั้นผิดกฎหมายแล้วจึงพิจารณาส่วนภายในที่เป็นสภาวะทางจิตใจต่อไป³⁷ ซึ่งอาจเป็นเรื่องของเจตนาในการกระทำผิด (Intention) การประมาทโดยรู้ตัว (Reckless) ประมาท (Negligence) หรือความพลั้งเผลอของจิตใจที่มีอาจตำหนิได้ (Blameless inadvertent)³⁸ แล้วจึงพิจารณาว่าการกระทำนั้นผู้กระทำสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย (Justification) และเป็นกรกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ (Excuse) หรือไม่ต่อไป

1) องค์ประกอบความผิด ประกอบด้วย

1. Actus Reus หมายถึงการกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายหรือสิ่งที่ยกกฎหมายห้าม³⁹ จะต้องมีกรกระทำ (act) ซึ่งเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งในความรับผิดชอบของบุคคลซึ่งแยกออกได้เป็นการกระทำภายในและการกระทำภายนอก (Internal and External Acts) ประกอบกัน

การกระทำภายในเป็นการกระทำของจิตใจ ส่วนการกระทำภายนอกเป็นการกระทำของร่างกาย ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อนอกร่างกายหรือละเว้นการกระทำได้ การกระทำในทางกฎหมายประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ⁴⁰ คือ

(1) พฤติกรรมอันเป็นแก่นของความผิดอาญา (The conduct which is the central feature of the crime)

(2) พฤติการณ์แวดล้อม (The surrounding material circumstances)

(3) ผลของการกระทำ (The consequence)

เมื่อพิจารณาว่ามีการกระทำ คือในส่วน actus แล้ว ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่คือพิจารณาส่วนที่เป็น reus ด้วย จะต้องมีกรกระทำและมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด จึงจะครบองค์ประกอบ ถ้าขาดส่วนใดส่วนหนึ่งไปก็ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำได้ เพราะถือว่าขาดองค์ประกอบของความผิด

³⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา, วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524, หน้า 37.

³⁸ J.C. Smith and Brain Hogan, Criminal Law, 4 ed. (London, Butterworths, 1978), p. 47.

³⁹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา, หน้า 37.

⁴⁰ J.C. Smith and Brain Hogan, Criminal Law, op. cit., p. 37.

2. Mens Rea คือสิ่งที่บ่งบอกถึงสภาวะที่แท้จริงของจิตใจอันเกี่ยวกับความประสงค์ร้าย (evil will) จิตใจที่ชั่วร้าย (evil mind)⁴¹ ซึ่งมีผู้ให้คำนิยามไว้มากมายต่างกัน สรุปได้ว่า mens rea คือ จิตที่มีความประสงค์จะกระทำการ โดยรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นความผิด⁴² เทียบได้ว่าเป็นองค์ประกอบภายในของโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาของไทย ได้แก่ (1) การกระทำโดยเจตนา (Intention) คือ การกระทำโดยปรารถนาในผลที่จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน⁴³ (2) การประมาทโดยรู้ตัว (Reckless) คือ กรณีที่ผู้กระทำขาดความระมัดระวังและกระทำไปโดยเฉยเมยไม่นำพาท่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น กล่าวคือ กระทำโดยรู้สึกล่วงแล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัย แต่ยั้งยั้งทำลง⁴⁴ จึงอาจเรียกว่า “ประมาทโดยจงใจ” (advertent negligence หรือ willfull negligence) ซึ่งมีความใกล้เคียงกับเรื่องเจตนาเล็งเห็นผลเป็นอย่างมาก⁴⁵

นอกจากนี้ ยังมีเรื่องการกระทำโดยประมาท (Negligence) เป็นสภาวะของจิตใจที่ไม่คิดถึงอันตรายที่จะเกิดจากการกระทำของตน โดยผู้กระทำสามารถใช้ความระมัดระวังได้แต่ไม่ได้ใช้ และการกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (Blameless inadvertent) ซึ่งไม่ได้รวมอยู่ในส่วนของ mens rea

เมื่อครบองค์ประกอบความผิดทั้งส่วน Actus Reus และ Mens Rea แล้ว ต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษให้หรือไม่ต่อไป

2) การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegality หรือ Justification) เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ การป้องกันตนเอง (self-defense) ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้โดยชอบ มิใช่เป็นเพียงการให้อภัยต่อผู้ใช้สิทธิในการป้องกันเท่านั้น⁴⁶

3) การกระทำที่กฎหมายยกเว้นโทษ (Inculpation หรือ Excuse)

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษในกฎหมายสหรัฐอเมริกากำหนดไว้โดยมีพื้นฐานแนวความคิดมาจากกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษว่า การกระทำความผิดโดย

⁴¹ Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, 2ed. (The Bobbs-Merrill Company, Inc. 1960), p. 70-71.

⁴² แสง บุญเฉลิมวิภาส, ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา, หน้า 47-48.

⁴³ Jerome Hall, op. cit., p. 111.

⁴⁴ J.C. Smith and Brian Hogen, op. cit., p. 52.

⁴⁵ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา, หน้า 50.

⁴⁶ ฤทธิรงค์ สมอุดร, การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ศึกษาเน้นหนักเฉพาะกรณีขอบเขตของการป้องกัน, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิตคดีนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536, หน้า 9.

บันดาลโทสะเป็นความผิดประเภท Manslaughter ซึ่งเป็นความผิดที่เป็นการทำให้มนุษย์ถึงแก่ความตายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำผิดกระทำไปโดยมิได้ไตร่ตรองไว้ก่อน เป็นเพราะอารมณ์เดือดจัดหรือโกรธจัดขณะทะเลาะกัน⁴⁷ ที่มีใช้ความผิดประเภท Murder ความผิดฐาน Manslaughter นี้ คือ การทำให้มนุษย์ถึงแก่ความตายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยปราศจากเจตนาอันชั่วร้าย ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท⁴⁸

(1) โดยสมัครใจ (Voluntary Manslaughter) ได้แก่ การกระทำตอบโต้โดยพลันหรือกระทำโดยบันดาลโทสะ

(2) โดยไม่สมัครใจ (Involuntary Manslaughter) ได้แก่ การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังรอบคอบตามสมควรอันเป็นเหตุให้เกิดความตาย

“การกระทำโดยบันดาลโทสะ (Heat of Passion) อาจเกิดจากการถูกกระตุ้นโดยความกลัว ความเดือดดาล ความโกรธฉุนเฉียว หรือ ความสยองขวัญ ซึ่งสิ่งกระตุ้นดังกล่าวจะต้องเหมาะสมและมากเพียงพอที่จะทำให้เกิดผลเช่นนั้น โดยเปรียบเทียบกับบุคคลที่อยู่ในภาวะเช่นเดียวกันนั้นจะไม่สามารถควบคุมตัวเองได้และกระทำออกไปตามแรงที่ถูกระตุ้น”⁴⁹

การที่จะลดโทษจากความผิดฐาน Murder เป็นความผิดฐาน Voluntary Manslaughter ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 4 ประการ ดังนี้⁵⁰

(1) จะต้องมีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งทำให้เกิดความโกรธได้ (reasonable provocation)

(2) จำเลยจะต้องถูกระตุ้นให้โกรธอย่างแท้จริง (actual provoked)

(3) วิญญาณโดยทั่วไป (a reasonable man) ที่ถูกข่มเหงจะต้องเกิดโทสะโดยที่ยังไม่สามารถระงับสติอารมณ์ได้ (cooled off) ระหว่างเวลาที่ถูกข่มเหงและกระทำโต้ตอบไป

และ (4) จำเลยจะต้องยังมีโทสะอยู่โดยไม่สามารถระงับสติอารมณ์ได้ ในขณะที่กระทำโต้ตอบ

⁴⁷ อรรถนพ ชูบำรุง, “อาชญาวิทยาและอาชญากรรม,” กรุงเทพมหานคร: ภาควิชารัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532, หน้า 90. (อัดสำเนา)

⁴⁸ United States Code, Title 18 Crimes and Criminal Procedure, Part 1 Crimes, Chapter 51 Homicide, Section 1112 Manslaughter.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law, p. 654.

การข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม (Reasonable Provocation) ที่ จะลดโทษจากความผิดฐาน Murder เป็นความผิดฐาน Voluntary Manslaughter นั้น จะต้อง เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงที่ทำให้วิญญูชน (reasonable man) กระทำการเช่นเดียวกับจำเลย ความหมายที่แท้จริงของ “การข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” (Reasonable Provocation) คือ การข่มเหงที่ก่อให้เกิดวิญญูชน (reasonable man) สูญเสีย ความสามารถปกติในการควบคุมตนเอง (lose his normal self-control) ดังนั้น ถ้าผู้ที่ถูกข่มเหง กระทำโต้ตอบโดยฆ่าผู้ข่มเหงก็จะไม่ต้องรับโทษฐาน Murder แต่การกระทำดังกล่าวเป็นความ ผิดฐาน Voluntary Manslaughter⁵¹

กฎหมายมีแนวโน้มเกี่ยวกับการกระทำที่ถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วย เหตุอันไม่เป็นธรรม (reasonable provocation) จะต้องกระตุ้นให้วิญญูชน (reasonable man) เกิดโทสะ (be provoked into a passion) ได้ เมื่อผู้ถูกข่มเหงหรือญาติสนิท (close relative) ถูกทำร้ายหรือถูกจับกุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือพบว่าคู่สมรสของเขากระทำชู้ (adultery) แต่ผู้ถูกข่มเหงจะอ้างว่าถูกข่มเหงโดยคำพูดบางคำ (mere words) หรือการบุกรุกทรัพย์สิน (trespasses to his property) ไม่ได้ ปัจจุบัน มีการตระหนักในวงกว้างว่า สิ่งที่เป็นสาเหตุให้ วิญญูชนในศตวรรษที่แล้วสูญเสียการควบคุมตนเองได้แตกต่างไปจากวิญญูชนอเมริกันใน ปัจจุบันซึ่งไม่จำเป็นต้องกระทำโต้ตอบไปแบบเดียวกัน* ความตระหนักเช่นนี้ทำให้เกิดแนวโน้ม ในอนาคตที่จะจัดสาเหตุที่ทำให้บันดาลโทสะซึ่งมีอยู่หลากหลายนั้นให้เป็นหมวดหมู่

ตัวอย่างคำตัดสินการกระทำที่เป็นและไม่เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุ อันไม่เป็นธรรม

การทำร้ายร่างกาย⁵² (Battery) การกระทำที่ไม่ร้ายแรง แม้ว่าจะเป็น การเริ่มต้นทำร้ายร่างกาย แต่ก็มิใช่การข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรม ดังเช่น คดี Commonwealth v. Rembiszewski, 363 Mass. 311,293 N.E.2d 919 (1973) ขูดใบหน้าของจำเลยด้วยเครื่องมือ ร้ายแรงไม่เป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงพอที่จะอ้างบันดาลโทสะ แต่ถ้าเป็นการกระทำที่รุนแรง เช่น ชกด้วยหมัดหรือใช้อาวุธอาจเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงได้ ตัวอย่างเช่นคดี People v. Harris, 8 Ill.2d 431,134 N.E.2d 315 (1956) ผู้เสียหายตีจำเลยหลายครั้งด้วยไม้เท้า และคดี State v. Ponce, 124 W. Va.126, 19 S.E.2d 221(1942) ผู้เสียหายตีหรือผลักจำเลยเข้าไป

⁵¹ Ibid.

* ดู Holmes v. Director of Public Prosecutions,[1946] A.C. 588 ได้เสนอแนะว่า ความคิดเห็นเกี่ยวกับสิ่งที่ก่อให้เกิดการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมนั้นอาจ เปลี่ยนแปลงไปตามการปฏิวัติสังคมจากยุคหนึ่งไปสู่ยุคต่อไป ซึ่งประเทศอังกฤษได้ทำตาม คำเสนอแนะนี้ โดย Homicide Act 1957.

⁵² Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law, p. 655.

ในกองหินซึ่งถือเป็นการข่มเหงได้ แต่ถ้าจำเลยเป็นผู้ก่อเหตุขึ้นก่อน จำเลยจะไม่ได้รับการลดโทษเป็น Voluntary Manslaughter

การวิวาทต่อสู้⁵³ (Mutual Combat) การที่บุคคล 2 ฝ่ายเจตนาเข้าร่วมวิวาทต่อสู้กัน และเกิดความตายระหว่างที่วิวาทต่อสู้กันนั้น ศาลได้ตัดสินมาโดยตลอดว่าเป็นความผิดฐาน Manslaughter มิใช่ความผิดฐาน murder กรณีนี้ต่างจากกฎหมายไทยซึ่งถือว่าการสมัครใจวิวาทต่อสู้กัน หากฝ่ายใดเพียงพล้ำแก่อีกฝ่ายหนึ่งจะกระทำการโต้ตอบกลับไปโดยอ้างป้องกันและบันดาลโทษมิได้⁵⁴ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงกรณีที่ฝ่ายหนึ่งใช้อาวุธโดยชอบด้วยกฎหมาย กระทำเพื่อป้องกันการบุกรุกจากผู้บุกรุกและถือเป็นการเริ่มต้นก่อให้เกิดวิวาท ดังนี้ ผู้บุกรุกจะอ้างว่าถูกข่มเหงอันจะลดโทษเป็น manslaughter มิได้ สหรัฐอเมริกามีความเห็นว่าการบุกรุกเคหสถานอาจเป็นเหตุเพียงพอที่จะเป็นการยั่วโทษอันมีผลให้ลดความผิดลงเป็นการฆ่าคนโดยไม่เจตนา⁵⁵ ดังเช่นคดี State v. Smith, 123 N.H. 46, 455 A.2d 1041 (1983) ซึ่งศาลตัดสินว่าการกระทำที่เป็นผลจากการถูกข่มเหงในความผิดฐานวิวาทต่อสู้กัน เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในตัวของมันเอง แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถก่อให้เกิดการข่มเหงได้ กรณีนี้มีหลักการเช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาของศาลไทย ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2322/2522 ศาลฎีกาตัดสินว่า “จำเลยโต้เถียงกับผู้ตายแล้วสมัครใจวิวาทต่อสู้กัน ผู้ตายและผู้เสียหายมีอาวุธในมือจะเข้าทำร้ายจำเลย จำเลยยิงผู้ตายและผู้เสียหาย ดังนี้ จำเลยอ้างป้องกันมิได้”

การพยายามทำร้ายร่างกาย⁵⁶ (Assault) กรณีที่ฝ่ายหนึ่งพยายามที่จะทำร้ายอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ไม่สำเร็จ เป็นเหตุข่มเหงอย่างเพียงพอที่ผู้ถูกข่มเหงจะบันดาลโทษได้

การจับกุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁷ (Illegal Arrest) กรณีนี้ยังมีข้อถกเถียงว่าวิญญูชนควรกระทำอย่างไร ถ้ามีการจับกุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความเห็นหนึ่งเห็นว่าถ้ามีการจับกุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและผู้ถูกจับกุมต่อสู้ ถือเป็นเหตุข่มเหงที่ลดโทษลงเป็น manslaughter ได้ โดยมีเงื่อนไขว่า ผู้ถูกข่มเหงต้องรู้หรือเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นการจับกุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังเช่น คดี John Bad Elk v. United States, 177 U.S. 529, 20 S.Ct. 729, 44 L.Ed. 874 (1900) ได้ตัดสินว่า เมื่อผู้ถูกจับฆ่าเจ้าพนักงานที่มาจับจะเป็นความผิด murder ถ้าการจับกุมนั้นชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าเป็นการจับกุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะไม่ถูกลงโทษมากไปกว่าความผิด manslaughter

⁵³ Ibid.,pp. 655-656.

⁵⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 273.

⁵⁵ Perkins, Rollin Morris, Criminal Law, 3rd. (The Foundation Press, Inc., 1985), p. 64.

⁵⁶ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law, p. 656.

⁵⁷ Ibid.

อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่า วิทยุชนไม่ควรต่อสู้การจับกุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น คดี *People v. Bradley*, 23 Cal. App. 44,136 P.955 (Dist. Ct.App.1913) และ คดี *Alsop v. Commonwealth*, 4 Ky.L.Rptr. 547 (1882) ซึ่งศาลตัดสินว่าวิทยุชนจะต้องยอมรับการจับกุมที่มีชอบด้วยกฎหมายและใช้วิธีการทางกฎหมายที่จะทำให้ถูกปล่อยตัวมากกว่าการกระทำโต้ตอบโดยการทำร้ายหรือการฆ่า

การกระทำชู้⁵⁸ (Adultery) เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายในทุกที่ที่สามีที่พบภรรยาของตนกำลังกระทำชู้สามารถอ้างบันดาลโทษได้ ดังนั้นถ้าเขาฆ่าภรรยาหรือชู้หรือฆ่าคนทั้งคู่ การกระทำของเขาก็จะเป็น Voluntary Manslaughter มิใช่ Murder ดังเช่น คดี *Gonzales v. State*, 546 S.W. 2d 617 (Tex.Crim 1977) ตัดสินว่า สามีที่ยิงชู้ซึ่งอยู่บนเตียงกับภรรยาของตนเป็นความผิด Manslaughter เช่นเดียวกันภรณาก็อาจถูกข่มเหงให้บันดาลโทษได้ ถ้าพบว่าสามีของตนกำลังกระทำชู้กับหญิงอื่น ดังเช่น คดี *Scroggs v. State*, 94 Ga. App. 28, 93 S.E.2d 583 (1956)

การวินิจฉัยกฎหมายมีแนวโน้มที่จะขยายหลักที่แคบว่าคู่สมรสจะต้องจับการกระทำชู้นั้นได้อย่างคาหนั่งคาเขา (catches in the act of committing adultery) นี้ออกไป เช่น สามีมีความเชื่ออย่างมีเหตุผล (reasonable though erroneous belief) ว่าภรรยาจะกระทำชู้หรือในกรณีที่สามีได้ทราบคำบอกกล่าวของภรรยาในทันทีทันใดถึงความไม่ซื่อสัตย์ของภรรยา หรือในกรณีที่สามีเห็นชู้รักของภรรยาในทันทีทันใดในบ้านแม่ยายของตน ซึ่งเขาเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าชายคนนั้นได้มีเพศสัมพันธ์กับภรรยา ก็สามารถอ้างบันดาลโทษได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์นี้ไม่ได้ขยายไปถึงความสัมพันธ์ที่มีใช้การสมรส ได้แก่ คู่หมั้น⁵⁹ คู่สมรสที่หย่ากันแล้ว และคู่รักที่ยังไม่แต่งงาน⁶⁰ ถ้าฝ่ายชายพบว่าคู่รักของตนกำลังกอดกับชายอื่น ไม่อาจอ้างบันดาลโทษได้ ดังเช่น คดี *People v. Pecora*, 107 Ill.App.2d 283, 246 N.E.2d 865 (1969) อดีตภรรยาที่หย่ากับจำเลยแล้วบอกจำเลยว่ามี ความสัมพันธ์ทางเพศกับชายอื่น ศาลถือว่าไม่เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงพอที่จะทำให้จำเลยบันดาลโทษได้ แม้ว่าใจของจำเลยจะยังผูกพันกับภรรยาเก่าอยู่ก็ตาม

ข้อจำกัดนี้ดูเหมือนจะเป็นปัญหา แต่อย่างไรก็ตาม อย่างน้อยที่สุดถ้าเป็นกรณี ความสัมพันธ์ที่ยาวนานก็อาจจะถูกเปรียบเทียบเหมือนกรณีเป็นสามีภรรยาได้

กรณีนี้ต่างกับหลักของกฎหมายไทยซึ่งมีแนวคำพิพากษาว่า หากเป็นสามีภรรยา โดยชอบด้วยกฎหมาย การที่สามีหรือภรรยาไปมีชู้หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่น สามีหรือภรรยาอีกฝ่ายหนึ่งอ้างป้องกันได้ เพราะถือว่าเป็นภยันอันตรายต่อกฎหมาย ตัวอย่างเช่น คำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 378/2479 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การที่ภรรยามีชู้นั้นถือว่าเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศ

⁵⁸ Ibid.,pp. 656-657.

⁵⁹ คดี *Rex v. Palmer*, [1913] 2 K.B. 29.

⁶⁰ คดี *Rex v. Greening*, [1913] 3 K.B. 846, 23 Cox Crim. Cas. 601 (1913)

ของสามีอย่างร้ายแรง ฉะนั้น เมื่อผู้เป็นสามีฆ่าภรรยาและชายชู้ตายขณะร่วมประเวณีกันจึงถือว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศพอสมควรแก่เหตุ” แต่ถ้าไม่ใช่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย คืออยู่กินกันโดยมิได้จดทะเบียนสมรส กฎหมายไทยถือว่าการที่หญิงหรือชายไปร่วมประเวณีกับผู้อื่นนั้นมิใช่การกระทำที่ผิดกฎหมาย สามีหรือภรรยาอีกฝ่ายหนึ่งจึงอ้างป้องกันมิได้ แต่อาจอ้างบันดาลโทสะได้ ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 249/2515 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “แม้ภรรยาจำเลยจะมีใช้ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็อยู่กินกันมา 13 ปี และเกิดบุตรด้วยกัน 6 คน จำเลยย่อมมีความรักและหวงแหน การที่จำเลยเห็นผู้ตายกำลังฆ่าภรรยาจำเลยในห้องนอน จึงใช้มีดพับเหล็กที่หามาได้ในทันทีทันใดแทงผู้ตาย 2 ที่ ถือว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ”

คำพูด⁶¹ (Words) หลักที่เป็นที่ยอมรับในสมัยก่อน คือพูดเพียงอย่างเดียว (words alone) หรือคำพูดและท่าทางประกอบ (words plus gestures) ไม่สามารถลดโทษจากความผิดฐาน murder เป็นความผิดฐาน Voluntary Manslaughter ได้ ดังเช่นคดี People v. Lopez, 93 Ill.App.2d 426, 235 N.E.2d 652 (1958) ผู้ตายเรียกจำเลยด้วยชื่อที่หยาบคายและสาปแช่งคำพ่อแม่ของจำเลย และคดี Pennsylvania v. Bell, Addison, 156, 1 Am.Dec. 298 (Pa.1793) คำพูดที่เยาะเย้ยหรือยั่วยุ ไม่เป็นเหตุลดโทษให้เป็นความผิด Voluntary Manslaughter เป็นต้น แต่ปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไปในหลายๆเขตอำนาจศาล ซึ่งเป็นผลเนื่องมาจาก Homicide Act 1957 Section 3 ซึ่งยอมรับว่าถ้อยคำที่กล่าวเป็นเหตุบันดาลโทสะได้ และให้เป็นข้อเท็จจริงที่คณะลูกขุนวินิจฉัยว่าคำพูดดังกล่าวนั้นร้ายแรงเพียงพอที่จะเป็นเหตุให้การกระทำความผิดเช่นนั้นหรือไม่ จึงเป็นหลักว่าคำพูดเพียงอย่างเดียวก็อาจเป็นการข่มเหงได้ ดังเช่นคดี People v. Valentine, 28 Cal.2d 121,169 P.2d 1 (1946) การโต้เถียงอย่างรุนแรงถือเป็นเหตุให้บันดาลโทสะได้ ซึ่งศาลได้ตัดสินไว้ว่า ไม่มีสิ่งใดที่สามารถคิดคำนวณได้อย่างแน่นอนว่าจะสามารถช่วยความโกรธของคนได้มากไปกว่าถ้อยคำที่ทำให้เศร้าโศกเสียใจ (grievous) และ การประณามตำหนิให้ขายหน้า (reproach) ซึ่งมีผลให้ลดโทษจาก murder เป็น manslaughter ได้

อย่างน้อยที่สุด ถ้าคำพูดเป็นการบอกเล่าหรือยืนยันข้อเท็จจริงให้ทราบ (information words) หากข้อเท็จจริงนั้นได้รับการพิสูจน์แล้วก็จะเป็เหตุข่มเหงอย่างร้ายแรงทำให้จำเลยบันดาลโทสะได้ ดังนั้น คำพูดที่ดูหมิ่น (insulting) เพียงอย่างเดียว หรือคำพูดที่กล่าวร้าย (abusive words) จึงไม่อาจเป็นเหตุให้บันดาลโทสะได้ ดังเช่น คดี Sells v. State, 98 N.M. 786, 653 P.2d 162 (1982) และคดี Commonwealth v. Berry, 461 Pa. 223, 336 A.2d 262 (1975) ซึ่งตัดสินว่า แม่ของจำเลยได้บอกจำเลยว่าเธอถูกผู้ตายพยายามทำร้ายจำเลยจึงไปฆ่าผู้ตาย ดังนั้น ถ้ามีคำรับสารภาพในทันทีทันใดของภรรยาว่าตนเองมีชู้หรือการที่

⁶¹ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law, pp. 657-658.

บุคคลที่สามบอกกับสามีว่าภรรยามีชู้ นั่น บางกรณีอาจเป็นการช่วยทำให้สามีบันดาลโทสะได้เช่นเดียวกับกรณีที่สามีเห็นภรรยามีชู้ด้วยตาของตนเอง (ocular observation)

กรณีนี้มีหลักการเช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาของศาลไทย คือ ลำพังถ้อยคำคำยั่วให้เกิดโทสะเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงถึงขนาดหรือไม่นั้น การดำเนินต้องใช้กำลังประทุษร้ายด้วยเพราะตามวิสัยของวิญญูชนโดยทั่วไป เมื่อถูกตำว่า แม้จะมีอารมณ์โกรธ มักอดกลั้นไว้และหาทางเจรจาปรับความเข้าใจกันไม่ใช่จะต้องตอบโต้ด้วยการใช้กำลังถ้อยคำเดียว⁶² อย่างไรก็ตาม ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเคยปรากฏข้อยกเว้นว่าการดูหมิ่นด้วยคำพูด อาจถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้ ซึ่งแยกได้เป็น 3 กรณี⁶³ คือ

(1) ยั่วโทสะใช้กำลังประกอบคำพูด เป็นกรณีที่ลำพังถ้อยคำเพียงอย่างเดียวไม่ร้ายแรงถึงขนาดที่จะเป็นเหตุข่มเหงได้ แต่มีการกระทำร้ายด้วยจึงอาจหยิบยกคำพูดนั้นมาพิจารณาประกอบพฤติการณ์แวดล้อมและถือว่าเป็นการข่มเหงจำเลยถึงขนาดที่จำเลยจะบันดาลโทสะได้

(2) พุดในลักษณะหมิ่นศักดิ์ศรีกันอย่างร้ายแรง เช่น กรณีตำว่าหญิงด้วยถ้อยคำที่ทำให้เสียหายในเรื่องความประพฤติทางเพศ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 846/2512⁶⁴ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1713/2511⁶⁵ ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยทำนองเดียวกันว่าจำเลยอ้างบันดาลโทสะได้ หรือการกล่าวถ้อยคำหมิ่นเช้งชายอย่างร้ายแรง ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1135/2504 และ ฎีกา 428/2536⁶⁶ ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยอ้างบันดาลโทสะได้เช่นกัน

(3) พุดคำซ้าๆ ซากๆ โดยไม่มีเหตุสมควร เป็นกรณีที่ผู้ถูกข่มเหงตำว่าจำเลยซ้าซากด้วยถ้อยคำหยาบคาย ก้าวร้าวถึงบิดามารดา หรือดูหมิ่นให้คนอื่นฯ ได้ยินซ้าๆ ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1586/2509 และฎีกาที่ 5736/2536⁶⁷

ความเสียหายต่อบุคคลที่สาม⁶⁸ (Injuries to Third Persons) ดังเช่นวิญญูชนจะถูกกระตุ้นโดยการกระทำบางอย่างที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนเองรวมทั้งที่เกิดแก่ญาติสนิท ดังเช่นกรณีคดี State v. Grugin, 147 Mo. 39, 47 S.W. 1058 (1898) ตัดสินว่า การที่จำเลยซึ่งเป็นบิดาทราบว่าลูกเขยข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวคนเล็กที่ยังไม่ได้สมรส จึงถามลูกเขย

⁶² คัมภีร์ แก้วเจริญ, "บันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงด้วยคำพูด", วารสารอัยการ, ปีที่ 2 ฉบับที่ 19 (กรกฎาคม 2522), หน้า 52.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-55.

⁶⁴ อ้างถึงแล้วในหน้า 16

⁶⁵ อ้างถึงแล้วในหน้า 15-16

⁶⁶ อ้างถึงแล้วในหน้า 16

⁶⁷ อ้างถึงแล้วในหน้า 17-18

⁶⁸ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law, p. 658.

ว่าทำไมถึงทำเช่นนั้นและได้รับคำตอบที่ทำทนายจากลูกเขย จำเลยจึงฆ่าลูกเขยตาย เป็นกรณีที่ ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งลดโทษเป็น Voluntary Manslaughter ได้ หลักการดังกล่าวนี้ไม่ขยายไปถึงญาติห่างๆ และเพื่อนซึ่งมิใช่คนในครอบครัวของผู้ถูกข่มเหง แต่อย่างใด เพราะการกระทำต่อผู้อื่นที่ไม่มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดก็ไม่นับเป็นพฤติการณ์ ที่จะอภัยบันดาลโทษได้ ดังเช่น คำตัดสินในคดี Commonwealth v. Paese, 220 Pa. 371, 69 A. 891 (1908) ว่าหลักเกณฑ์เรื่องการข่มเหงไม่ขยายไปถึงเพื่อนของจำเลย

แต่ในมุมมองของกฎหมายสมัยใหม่มีแนวโน้มที่จะปล่อยให้เป็นการที่ลูกขุนจะ ตัดสินใจโดยที่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ซึ่งอาจจะขยายหลักการดังกล่าวไปถึงญาติที่ไม่สนิท (beyond close relatives) และเพื่อนของผู้ถูกข่มเหงด้วย⁶⁹

กรณีนี้มีหลักการเช่นเดียวกับแนวคำพิพากษาของศาลไทย คือ การข่มเหงที่จะ อภัยบันดาลโทษได้นั้น นอกจากจะเป็นการข่มเหงผู้กระทำโดยตรงแล้ว อาจเป็นกรณีที่ข่มเหง ญาติสนิทที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับผู้กระทำก็ได้ เช่น การข่มเหงบิดา มารดา สามเณร ภรรยา บุตร พี่ น้องของผู้กระทำความผิด เป็นต้น ดังที่ได้อธิบายแล้วในหัวข้อ 2.2.1

ความสำคัญผิด⁷⁰ (Mistake as to Provocation) ความสำคัญผิดว่าถูกข่มเหง อย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมเป็นเหตุให้จำเลยกระทำไปโดยบันดาลโทษเกิดขึ้นได้ใน กรณีที่บางครั้งจำเลยเจตนาจะฆ่าคนหนึ่งแต่เกิดความผิดพลาดจึงเข้าใจผิดว่าผู้เสียหายหรือ เหยื่อเป็นผู้ข่มเหงจำเลย เช่นเดียวกับกรณีที่จำเลยเข้าใจผิดว่าภรรยาของตนกำลังกระทำชู้ แต่ จริงๆแล้วเธอไม่ได้ทำ เหตุดังกล่าวสามารถลดโทษเป็น Voluntary Manslaughter ได้ ถ้าจำเลยมี เหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อ (reasonably believes) ว่ามีเหตุข่มเหงตนเช่นนั้นจริงๆ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ผู้ที่จะได้รับการลดโทษเป็น Voluntary Manslaughter ได้นั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ

- (ก) ต้องเชื่ออย่างมีเหตุผล (reasonably believes) ว่าตนเองถูกผู้อื่นนั้นทำร้าย
- และ (ข) วิญญาณทั่วไปที่ได้รับความทรมาณจริงๆ จากการทำร้ายจะต้องเกิดโทสะกับ ผู้อื่นนั้น

แต่บทบัญญัติสมัยใหม่ก็ได้กล่าวถึงประเด็นนี้ว่า

หลักการข้อนี้เช่นเดียวกับหลักกฎหมายไทยที่การบันดาลโทษอาจเกิดขึ้น

เพราะความสำคัญผิดก็ได้⁷¹

วิญญาณ⁷² (The Reasonable Man) บางคดีมีการตัดสินโดยคำนึงถึงการวัด ระดับความเพียงพอของการข่มเหง ข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยมีความผิดปกติทางสมอง (peculiar

⁶⁹ Ibid., p. 658.

⁷⁰ Ibid., p. 659.

⁷¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 372.

⁷² Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law, pp. 659-660.

mental) หรือทางร่างกาย (physical characteristic) ซึ่งถูกข่มเหงเพียงเล็กน้อยกับบันดาลโทสะจะนำมาพิจารณาในคดีหรือไม่

มีความเห็นแนวทางที่เป็นหลักว่า จะไม่นำความผิดปกติทางสมอง เช่น โรคลมแดด (sun stroke)⁷³ หรืออาการถูกกระทบกระเทือนทางสมอง (head injury)⁷⁴ มาพิจารณา ตัวอย่างเช่น คดี State v. Little, 123 N.H. 433, 462 A.2d 117 (1983) ศาลตัดสินว่า “จำเลยไม่มีสิทธิต่อสู้ว่าไม่ต้องนำมาตราฐานวิญญูชนมาใช้” คดี Jacobs v. Commonwealth, 121 Pa. 586, 15 A. 465 (1888) “ศาลไม่นำข้อเท็จจริงที่จำเลยเป็นคนตื่นเต้นตกใจง่ายกว่าปกติธรรมดา มาพิจารณา” และ คดี Mancini v. Director of Public Prosecutions [1942] A.C. 1 (1941) ศาลตัดสินว่า “การเป็นคนตื่นเต้นตกใจง่ายหรือเป็นคนชอบทะเลาะวิวาท ไม่ได้รับการพิจารณาเป็นเรื่องบันดาลโทสะ เพราะไม่ถือเป็นการข่มเหงหรือยั่วยุบุคคลธรรมดา” นอกจากนี้ ยังมีการชี้ชัดยิ่งขึ้นไปกว่าผู้กระทำไม่อาจอ้างว่าบันดาลโทสะได้ในกรณีที่มิมีเมาสุรา อาจกล่าวได้ว่าผู้กระทำจะอ้างว่าสูญเสียความควบคุมตัวอย่างง่าย ๆ ได้ในกรณีที่วิญญูชนจะสูญเสียความควบคุมตัวเช่นนั้น เช่นกัน เช่นในคดีที่จำเลยซึ่งเป็นคนไร้สมรรถภาพทางเพศฆ่าโสเภณีตายเนื่องจากถูกโสเภณีหัวเราะและเยาะเย้ยเรื่องที่เขาไร้สมรรถภาพทางเพศ ไม่ถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม โดยจะไม่นำความผิดปกติทางร่างกายของจำเลยมาพิจารณาเป็นประเด็น จะพิจารณาเปรียบเทียบการกระทำของผู้เสียหายว่ามีผลต่อวิญญูชนหรือไม่อย่างไร แต่จะไม่พิจารณาเปรียบเทียบการกระทำนั้นว่ามีผลต่อบุคคลที่มีบุคลิกลักษณะทางกายภาพเช่นเดียวกับจำเลยอย่างไรหรือไม่⁷⁵

จากแนวกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาข้างต้นนี้ สรุปได้ว่า การพิจารณาว่าการข่มเหงนั้นๆ ร้ายแรงเพียงพอหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากมาตรฐานของวิญญูชนธรรมดาทั่วไปว่าการข่มเหงเช่นนั้นร้ายแรงพอที่จะทำให้วิญญูชนบันดาลโทสะหรือไม่ แต่จะไม่พิจารณาโดยลดระดับมาตรฐานของวิญญูชนลงมาให้เท่ากับจำเลยที่มีความผิดปกติทางด้านจิตใจหรือความผิดปกติทางด้านร่างกาย ศาลจะพิจารณาจากระดับมาตรฐานของวิญญูชนเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม มีการโต้แย้งกันแล้วเกี่ยวกับการใช้ หลัก Objective Test อย่างเข้มงวดในการวัดความเพียงพอของการข่มเหงว่าเป็นธรรมดาหรือไม่ มีข้อโต้เถียงที่โน้มน้าวใจว่าอย่างน้อยที่สุดควรคำนึงถึงลักษณะพิเศษเฉพาะตัวของจำเลยประกอบด้วยเพราะว่าเรามีลักษณะที่ผิดปกติก็ควรจะนำมาพิจารณาด้วย⁷⁶

ในคำตัดสินบางคดีเมื่อไม่นานมานี้ ศาลได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาอย่างแรงกล้า (greater willingness) ในการตัดสินคดีโดยใช้หลัก Subjective Test แต่ยังคงอ้างว่าใช้หลัก

⁷³ People v. Golsh, 63 Cal.App. 609, 219 P. 456 (1923).

⁷⁴ State v. Nevares, 36 N.M. 41, 7 P.2d 933 (1932).

⁷⁵ Bedder v. Director of Public prosecutions,[1954] 2 All E.R. 801 (H.L.).

⁷⁶ Model Penal Code Section 201.3, Comment (Tent. Draft No.9,1959).

reasonable man อยู่ ดังเช่นตัวอย่างคดี Ferrin v. People, 164 Colo. 130, 433 P.2d 108 (1967) ศาลตัดสินว่าเป็น Voluntary Manslaughter โดยพิจารณาข้อเท็จจริงจากหลักฐานทางจิตเวชที่จำเลยอายุ 15 ปี ฆ่าน้องชายตาย เนื่องมาจากการยับยั้ง (pent-up) ความโกรธและอารมณ์ไวจากการที่ถูกเพื่อนๆ แกล้งถอดกางเกง ถูกน้องชายและคนอื่นๆ ล้อเลียนที่เล่นเกมแพ้ และสอบตกที่โรงเรียนรวมทั้งจากการกระทำอื่นๆ ที่แสดงอำนาจบาทใหญ่ของน้องชาย

Model Penal Code เสนอแนะแนวทางที่ประนีประนอมของทั้งสองหลักข้างต้นที่จะเปลี่ยน murder เป็น manslaughter ว่า “ถ้าการถูกกระทำในขณะที่มีการรบกวนทางอารมณ์และสมองอย่างรุนแรงถึงขีดสุด ซึ่งมีเหตุผลในการอธิบาย โดยให้พิจารณาจากบุคคลที่อยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ (actor's situation) บทบัญญัตินี้เป็นการประนีประนอมของหลักการที่ไม่คำนึงถึงความผิดปกติทางจิตเลยกับหลักการที่คำนึงถึงความผิดปกติทางอารมณ์ โดยคำว่า “สถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ” ให้รวมถึงการพิจารณาความบกพร่องส่วนตัวและพฤติกรรมภายนอกด้วย เช่น การตกใจจากบาดแผลทางจิต (blindness shock from traumatic injury) และความโศกเศร้าอย่างสุดซึ้ง (extreme grief) แต่ไม่รวมถึงลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับคุณค่าทางศีลธรรม (idiosyncratic moral values) มาคำนึงด้วย เสียงส่วนน้อยที่มีความสำคัญกับ Model Penal Code ก็ยังคงใช้หลัก Objective test ที่พิจารณาจากมาตรฐานของวิญญูชนธรรมดาทั่วไปอย่างแข็งขันอยู่ บางคนไม่ยอมใช้คำว่า “สถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ” (actor's situation) โดยเลี่ยงไปใช้คำอื่นๆ ที่เป็นอัตวิสัยน้อยกว่าที่บัญญัติใน Model Penal Code⁷⁷

สำหรับเรื่องการวัดระดับความเพียงพอของการข่มเหงอย่างร้ายแรงนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ 2 แนวทางคือ

(1) ความเห็นที่ใช้หลัก objective test เห็นว่าจะต้องพิจารณาจากระดับมาตรฐานของวิญญูชนธรรมดาทั่วไปเท่านั้น โดยจะไม่คำนึงถึงความผิดปกติทางจิตใจและทางร่างกายของผู้กระทำมาพิจารณาด้วย

(2) ความเห็นที่ใช้หลัก subjective test เห็นว่าควรจะคำนึงถึงลักษณะการผิดปกติเฉพาะตัวของจำเลยประกอบด้วย

Model Penal Code จึงได้เสนอแนวทางที่เป็นทางออกที่ประนีประนอมของทั้งสองความเห็นแรก โดยให้พิจารณาจากบุคคลที่อยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ (actor's situation) โดยจะคำนึงถึงความบกพร่องส่วนตัวของผู้กระทำและพฤติกรรมภายนอก แต่จะไม่รวมถึงลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับคุณค่าทางศีลธรรม

⁷⁷ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Criminal Law, p. 660.

ประเด็นเกี่ยวกับการมีโทสะอย่างแท้จริง (Actual Provocation)⁷⁸ ถ้าการข่มเหงอย่างร้ายแรงทำให้วิญญูชนสูญเสียความสามารถในการควบคุมตนเอง ยังคงมีปัญหาว่าจำเลยบันดาลโทสะอย่างแท้จริง (was in fact provoked) จากการกระทำของผู้เสียหายหรือไม่ ถ้าจำเลยมีอารมณ์เย็นกว่าวิญญูชน จำเลยก็จะไม่บันดาลโทสะอย่างแท้จริง (และการที่เขาฆ่าผู้เสียหายตายเป็นการกระทำอย่างเลือดเย็น) จำเลยจะมีความผิดฐาน murder โดยมีเจตนาฆ่าที่ไม่สามารถลดโทษเป็น manslaughter ได้ ตัวอย่างเช่น คดี People v. Gingell, 211 Cal. 532, 296 P.70(1931) จำเลยสงสัยว่าภรรยากระทำชู้จึงวางแผนฆ่าภรรยา หลังจากนั้นพบภรรยาอยู่บนเตียงกับชู้รักจึงฆ่าทั้งสองตาย ศาลตัดสินว่าเป็นความผิดฐาน murder ไม่ใช่ manslaughter และคดี State v. Agnes, 92 N.J.L. 53, 104 A. 299 (Sup.Ct.1918) จำเลยรู้ว่าภรรยามีเพศสัมพันธ์กับชู้รัก จึงพกอาวุธที่ร้ายแรงออกตามหาตัวชู้รัก หวังว่าจะได้เจอขณะที่ชู้รักกำลังทำชู้อยู่กับภรรยาตนเอง เมื่อจำเลยเจอก็ฆ่าชู้รักตาย ศาลถือว่าเป็นความผิดฐาน murder ไม่ใช่ความผิดฐาน manslaughter

นอกจากนี้ ถ้ามีระยะเวลาที่เหมาะสมที่วิญญูชนจะระงับความโกรธลงได้แล้ว (Reasonable Time to Cool Off) และจำเลยระงับความโกรธได้ช้ากว่าคนทั่วไป การกระทำของจำเลยไม่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะซึ่งไม่อาจได้รับการลดโทษเป็น manslaughter แต่จะเป็นความผิด second-degree murder⁷⁹

2.5.2 ประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันเป็นประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันฉบับแรกคือฉบับปี ค.ศ. 1871 มีผลใช้บังคับเมื่อ 15 พฤษภาคม ค.ศ. 1871 ส่วนฉบับปัจจุบันคือ ฉบับปี ค.ศ. 1975 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุด ปี ค.ศ. 1994 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1975 เรียกว่า Strafgesetzbuch (StGB)

โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศเยอรมัน

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในประเทศเยอรมัน ต้องเป็นไปตามโครงสร้างความผิดอาญา (Structure of Crime) ซึ่งมี 3 ประการ (Tripartite system) คือ

- 1) องค์ประกอบ (Tatbestandsmäßigkeit) (fulfilment of the statutory elements of a crime)
- 2) ความผิด (Rechtswidrigkeit)(Unlawfulness of the act)
- 3) ความชั่ว (Schuld)(Guilt/Blameworthiness)⁸⁰

⁷⁸ Ibid.,pp. 660-661.

⁷⁹ Ibid.,pp. 661-662.

⁸⁰ Paul K. Ryu, Discussion of Structure and Theory, The American journal of comparative Law, 24 (1976), p. 607.

1) องค์ประกอบ

เดิมมีการอธิบายกันว่าโครงสร้างความผิดอาญาส่วนนี้ หมายถึง ส่วนที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (Objective) เท่านั้น เพราะฉะนั้น การกระทำที่ครบองค์ประกอบจะต้อง

- 1.1) มีการกระทำ
- 1.2) การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติ
- 1.3) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

เหตุที่เป็นเช่นนี้ เพราะอิทธิพลของทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie) หรือทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre) ซึ่งอธิบายว่า การกระทำของมนุษย์คือการเคลื่อนไหวของร่างกายเท่านั้น แต่เจตจำนงของมนุษย์ ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำตามทฤษฎีนี้ การกระทำจึงประกอบขึ้นด้วยส่วนประกอบที่เป็นภาวะวิสัยเท่านั้น และเป็นส่วนที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญในการครบองค์ประกอบ สำหรับส่วนประกอบที่เป็นส่วนในทางอัตวิสัยทั้งหมดรวมทั้งเจตนา เป็นส่วนที่อยู่ในความชั่ว (Schuld)⁸¹

ปัจจุบันทฤษฎีข้างต้นเสื่อมความนิยมไปเกือบสิ้นเชิงแล้ว เพราะ StGB ได้บัญญัติขึ้นตามแนวความคิดอีกทฤษฎีหนึ่ง คือ ทฤษฎีความชั่ว (Schuldtheorie) หรือทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre)⁸² ซึ่งถือว่าการกระทำของมนุษย์คือการแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมาย (Menschliche Handlung ist Ausübung der Zwecktätigkeit) ในการกระทำของมนุษย์ จึงมิใช่มีการก่อให้เกิดผลอย่างเดียว แต่มีเจตจำนงที่จะก่อให้เกิดผลจากการกระทำนั้น รวมอยู่ด้วยเสมอ ตามแนวความคิดนี้ถือว่าเจตนาเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำของมนุษย์ และเป็นส่วนของการครบองค์ประกอบ มิใช่เป็นส่วนของความชั่ว

ดังนั้น ตาม StGB ในส่วนองค์ประกอบจึงมีข้อสาระสำคัญ 4 ประการ⁸³ คือ

- 1.1) มีการกระทำ
- 1.2) การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติ
- 1.3) การกระทำครบองค์ประกอบภายในที่กฎหมายบัญญัติ*
- 1.4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อผลเกิด

⁸¹ คณิต ฒ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานความเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 257-258.

⁸² Paul K. Ryu, Discussion of Structure and Theory, p. 607.

⁸³ สาระสำคัญของแต่ละข้อ ดู Heribert Schumann, Criminal Law, in Werner F. Ebke and Matthew W.

* StGB มาตรา 15 บัญญัติว่า เฉพาะการกระทำโดยเจตนาเท่านั้นที่ต้องรับผิดชอบ การกระทำโดยประมาทต้องรับผิดชอบเมื่อมีกฎหมายบัญญัติชัดแจ้งให้ต้องรับผิดชอบ

2) ความผิด

ความผิดอาญา คือ การกระทำที่ควรลงโทษ ผลของความผิดอาญาจึงมีว่า ผู้ใด “ทำชอบ” ย่อมจะลงโทษเขาไม่ได้ ฉะนั้น การทำผิด หรือ “ความผิด” จึงเป็นคุณลักษณะทั่วไปประการหนึ่งของความผิดอาญา และในความผิดนั้นจึงมี “สิ่งที่กฎหมายเห็นว่าไม่สมควรเกี่ยวกับการกระทำ” ในกรณีที่มีการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ การกระทำนั้นย่อมไม่ผิดกฎหมาย และเมื่อไม่ผิดกฎหมาย ก็ย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำได้⁸⁴

ในบทความภาษาอังกฤษ มักจะแปลคำว่า “Rechtswidrigkeit” ว่า “Unlawfulness” ซึ่งอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้ว่า เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (justification) นั้น หมายถึง กฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียว แต่หากแปลว่า “Wrongfulness” จะทำให้เข้าใจได้ดีขึ้น⁸⁵ เพราะคำว่า “ความผิด” นั้น เป็นการมองในแง่ปทัสถาน (Normative) จึงมีความหมายที่มากไปกว่า การไม่ชอบด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่หมายถึงการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิด (Wrong) และปทัสถาน (Norms) นั้น เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้นการจะเข้าใจข้อความคิด (Concept) ในเรื่องความผิด จึงต้องเข้าใจสาระและแก่นแท้ของ Norms⁸⁶

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายเยอรมัน อาจแบ่งแยกได้เป็น 2 ประการ คือ เหตุที่บัญญัติใน StGB และเหตุในกฎหมายอื่น

(1) เหตุที่บัญญัติใน StGB ได้แก่

ก. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (Self-Defense) บัญญัติไว้ใน StGB มาตรา 32

มาตรา 32 (1) บัญญัติว่า ผู้ใดจำต้องกระทำการป้องกันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด และ (2) ของมาตราเดียวกันบัญญัติว่า การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหมายถึงความจำเป็นที่จะต้องป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นจากการถูกประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมายและที่ใกล้จะถึง⁸⁷

“ภัยอันตราย” (attack) หมายถึง การกระทำของมนุษย์ที่คุกคามต่อสิทธิของบุคคล หรือผลประโยชน์อื่นๆ ที่กฎหมายคุ้มครอง และภายใต้มาตรา 32 บุคคลไม่เพียงแต่จะสามารถป้องกันชีวิตหรือบูรณภาพในร่างกายของตนได้เท่านั้น แต่ยังสามารถปกป้องทรัพย์สินและสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้อีกด้วย แต่ภัยอันตรายนั้นจะต้องละเมิดต่อกฎหมาย (Unlawful)

⁸⁴ คณิศ ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา: หลักกฎหมายและพื้นฐานความเข้าใจ, หน้า 179.

⁸⁵ Statutory Index, Brigham Young University Law Review (1986), p. 798.

⁸⁶ ความเห็นของ Karl Binding นักกฎหมายชาวเยอรมันผู้เป็นเจ้าของ Theory of norms อ้างถึงใน Albin Eser, Justification and Excuse, The American Journal of Comparative Law 24(1976), p. 625.

⁸⁷ Gerold (Jerry) Harfst, German Criminal Law, Harfst Verlag, 1998, p. 69.

และเป็นภัยอันตรายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน (present) ซึ่งหมายรวมถึงภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงหรือยังไม่ทันจบสิ้นไปโดยสมบูรณ์ โดยในการป้องกันนั้นผู้ป้องกันได้รับอนุญาตจากกฎหมายให้ใช้มาตรการที่ตนเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าจำเป็นกับพฤติการณ์แห่งกรณีเพื่อจะหลีกเลี่ยงภัยอันตรายนั้น เช่น การหยุดยั้งการคุกคามในทันทีทันใด เป็นต้น ในกรณีนี้ผู้ป้องกันไม่จำเป็นต้องหลบหนี (retreat) เพื่อหลีกเลี่ยงภัยอันตราย อย่างไรก็ตามสิ่งที่เขาจะได้รับอนุญาตให้กระทำตอบโต้ก็ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของภัยอันตราย (เช่น ความแข็งแรงทางกายภาพ เครื่องมือหรืออาวุธที่ผู้ก่อภัยอันตรายใช้) กล่าวคือ การตอบโต้ต้องได้สัดส่วนกับภัยอันตราย⁸⁸

ข. ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable necessity) บัญญัติไว้ในมาตรา 34 StGB⁸⁹ เหตุนี้เป็นเหตุใหม่ไม่มีบัญญัติใน StGB ปี 1871 เหตุผลเบื้องหลังเหตุนี้คือ การชั่งคุณค่าทางกฎหมาย (The Principle of Interest Balancing)⁹⁰ หรือที่ George Fletcher เรียกว่า Theory of Lesser Evils.⁹¹

ค. ความยินยอมของผู้เสียหาย บัญญัติไว้ใน StGB มาตรา 2269 ซึ่งมีเงื่อนไขว่า ต้องเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อศีลธรรมขั้นพื้นฐาน⁹²

(2) เหตุในกฎหมายอื่น ได้แก่

ก. ประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) ได้แก่

- สิทธิในการช่วยเหลือตนเองของเจ้าหน้าที่ตาม BGB มาตรา 229 ซึ่งให้สิทธิเจ้าหน้าที่ในการจับกุมลูกหนี้ที่สงสัยว่าจะยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินได้ในบางกรณี⁹³
- การกระทำโดยจำเป็นในกฎหมายแพ่งตาม BGB มาตรา 904

ข. เหตุในกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) เช่น เอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐสภาในการอภิปราย เป็นต้น

⁸⁸ Heribert Schumann, Criminal Law, op. cit., p. 392.

⁸⁹ รายละเอียดของเหตุนี้โปรดดู Ibid., pp. 392-393. และ กุสุมา จินดาทิพย์, ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

⁹⁰ สนใจโปรดดู Theodor Lenckner, The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification, Brigham Young University Law Review (1988), pp. 645-668.

⁹¹ Georges P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, (Boston: Little Brown & Company, 1978), pp. 774-788.

⁹² รายละเอียดดู Heribert Schumann, Criminal Law, op. cit., p. 391.

⁹³ Theodor Lenckner, The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification, op. cit., p. 660.

ค. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (StPO) เช่น อำนาจในการจับ ค้น ควบคุม ชัง ของพนักงานเจ้าหน้าที่

ง. จารีตประเพณี

ในเยอรมันมีการถกเถียงว่า อะไรคือเหตุผลที่กฎหมายให้อำนาจในการกระทำ บางอย่าง เป็นเหตุผลเฉพาะกรณีหลายเหตุผล (Pluralistic) หรือมีเหตุผลทั่วไปเพียงเหตุผล เดียว (Monistic) ซึ่งมีรายละเอียดมาก แต่จะไม่กล่าวถึงในที่นี้⁹⁴

3) ความชั่ว (Schuld)

เป็นส่วนประกอบทางเนื้อหาของความผิดอาญาเช่นเดียวกับ “ความผิด” โดย ความชั่วนี้จะพิจารณาที่ “ตัวผู้กระทำความผิด” ว่าเป็นผู้ที่น่าตำหนิ (blameworthiness) หรือไม่ ซึ่ง การตำหนิได้หรือไม่ อาจเนื่องมาจากความรู้สึกผิดชอบหรือเหตุอื่นที่สังคมสามารถตำหนิ ผู้กระทำได้ เมื่อได้กระทำการอันเป็นความผิด ดังนั้นถ้าผู้กระทำความผิดไม่อาจถูกตำหนิจากการที่เขา กระทำความผิด ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ เพราะขาดความชั่ว⁹⁵ โดยในเรื่องความชื่อนี้อาจเป็นกรณี ที่ไม่มีความชั่วเลย มีความชั่วอย่างจำกัด หรือมีความช้อย่างบริบูรณ์ ซึ่งตามกฎหมาย เยอรมัน ความชื่อนี้เองจะเป็นพื้นฐานในการกำหนดโทษ (StGB มาตรา 46(1))⁹⁶

ความชั่วมิใช่เรื่องของการกระทำ แต่เป็นเรื่องของการตัดสินใจ เพราะผู้กระทำรู้ ว่าความประสงค์ของสังคมเป็นเช่นใด แต่ยังคงตัดสินใจกระทำการที่ฝ่าฝืนความประสงค์ของ สังคม ก็ย่อมจะถูกลงโทษ ฉะนั้นความชั่วจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจตจำนงกับการกระทำ และเป็นเจตจำนงอันฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น “ความชั่ว” จึงพิจารณาจากการตัดสินใจที่จะกระทำ ชั่วและตำหนิได้นั้นเอง

กฎหมายเยอรมันแยกความช้อยออกเป็น 2 กรณี คือ⁹⁷

1. Schuldausschiessungsgründe ซึ่งถือว่าผู้กระทำขาดเจตนาร้ายและได้รับการ ยกเว้นโทษ เช่น กรณีการกระทำความผิดของเด็ก (StGB มาตรา 19) ซึ่งกฎหมาย เยอรมันใช้เกณฑ์อายุ 14 ปี ถ้าเด็กอายุไม่เกิน 14 ปี กระทำความผิดถือว่ายังไม่รู้ผิดชอบ

⁹⁴ สนใจโปรดดู Albin Eser, Justification and Excuse, op.cit, p. 130. และ Heribert Schumann, Criminal Law, op.cit, pp. 393-394.

⁹⁵ ณรงค์ ใจหาญ, ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้, วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526, หน้า 8.

⁹⁶ Joachim Herrman, Sanctions: German Law and Theory, The American Journal of Comparative Law, 24(Fall 1976), p. 720.

⁹⁷ Albin Eser, Justification and Excuse, op.cit, p. 636.

จึงไม่มีความชั่ว การกระทำความผิดของคนวิกลจริต (StGB มาตรา 20)⁹⁸ ความสำคัญผิดในกฎหมายที่ไม่อาจเลี่ยงได้ (StGB มาตรา 17)⁹⁹ เป็นต้น

2. Entschuldigungsgründe ซึ่งเป็นการยกเว้นโทษให้การกระทำผิดโดยผู้กระทำความผิดมีเจตนาร้าย (guilt) แต่มีเหตุอื่นที่ไม่ควรตำหนิผู้กระทำ เช่น การกระทำโดยถูกบังคับ (duress) และการกระทำด้วยความจำเป็น (necessity) ซึ่งรวมบัญญัติไว้ใน StGB มาตรา 35¹⁰⁰ การกระทำโดยเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบ หรือการป้องกันเกินกว่าเหตุ (excessive force) เพราะความตื่นเต้น ตกใจ หรือกลัว (มาตรา 33) เป็นต้น*

ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาที่มีผลต่อการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในประเทศเยอรมัน

ในประเทศเยอรมัน หากการกระทำไม่ครบตามโครงสร้างความผิดอาญาข้อใดแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาในโครงสร้างต่อไปอีก ซึ่งถ้ามีการกระทำครบองค์ประกอบ ความผิดและความชั่วแล้ว ก็จะเกิด “ความสมควรลงโทษ” (Strafwürdigkeit) ซึ่งความสมควรลงโทษก็อาจหมดไปได้ หากมีข้อเท็จจริงซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาซึ่งมี 2 ประการ คือ เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย และเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

1. เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย คือข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรง แต่ไม่นับรวมอยู่ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบและข้อเท็จจริงในความชั่ว ปัญหาการลงโทษขึ้นอยู่กับการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของเงื่อนไขดังกล่าวโดยเจตนาและประมาทไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องถึงเลย¹⁰¹ เช่น ความผิดฐานต่อสู้อัตตฆาตเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ แม้ผู้ต่อสู้อัตตฆาตจะไม่ว่าเจ้าพนักงานกระทำการตามหน้าที่ก็มีความผิด เพราะข้อเท็จจริงที่ว่า “กระทำการตามหน้าที่” หรือไม่ เป็น “เงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย” ไม่ใช่ “ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดที่ผู้กระทำผิดจำเป็นต้องรู้”

⁹⁸ รายละเอียดดู Heribert Schumann, op.cit, pp. 394-395.

⁹⁹ รายละเอียดดู Heribert Schumann, op.cit, pp. 395-396.

¹⁰⁰ Georges P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, op.cit, p. 833.

* การป้องกันเกินกว่าเหตุกรณีอื่น ๆ ผู้กระทำต้องรับผิดทางอาญา เพราะถือว่าครบทั้งองค์ประกอบ ความผิดและความชั่ว

¹⁰¹ คณิต ฒ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, หน้า 183-184.

2. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว¹⁰²

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวบางเหตุแสดงให้เห็นว่าความสมควรลงโทษ (Strafwürdigkeit) สำหรับการกระทำนั้นไม่มีเลยมาตั้งแต่ต้น เช่น รัฐชอบที่จะส่งเสริมความเป็นเอกภาพของครอบครัว รัฐจึงไม่ชอบที่จะลงโทษการกระทำความผิดอาญาบางฐานระหว่างสามีภรรยา แต่เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวบางเหตุ แสดงให้เห็นว่าความสมควรลงโทษสำหรับการกระทำนั้นได้ตกไปในภายหลัง เช่น การยับยั้งเสียเองไม่กระทำให้ตลอดหรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำบรรลุผลโดยผู้กระทำผิดนั้นเอง เป็นต้น

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวตามกฎหมายเยอรมัน แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ¹⁰³

1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว (persönlicher Strafausschließungsgrund) หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีผลทำให้ห้ามลงโทษผู้กระทำผิดและข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์นั้นต้องมีอยู่แล้วในเวลากระทำความผิด เช่น ความเป็นสามีภรรยา เป็นต้น ซึ่งเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว อาจเป็นการห้ามลงโทษเลย (เหตุยกเว้นโทษ) หรือห้ามลงโทษเต็มตามที่กฎหมายกำหนด (เหตุลดโทษ)

2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว (persönlicher Strafaufhebungsgrund) หมายถึง ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีผลย้อนหลังไปเป็นการยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำ เช่น การยับยั้งหรือกลับใจของผู้กระทำความผิดหรือผู้ร่วมกระทำความผิด (เช่น ผู้สนับสนุน) ตาม StGB มาตรา 24

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ (provocation) ในกฎหมายเยอรมัน

StGB กำหนดให้การกระทำโดยบันดาลโทสะเป็นความผิดประเภท Manslaughter สำหรับความผิดเกี่ยวกับชีวิต เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดไว้ในมาตรา 213 เป็นกรณีการกระทำที่มีเหตุบรรเทาโทษ โดยให้ศาลมีดุลพินิจลงโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี สำหรับการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเนื่องมาจากถูกข่มเหงร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม*

¹⁰² คณิต ฒ นคร, "เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว", วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2529), หน้า 144.

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน.

* German Criminal Code 1975, section 213 Less severe case of manslaughter "If the slayer, through no fault of his own, has been aroused to anger by the deceased through ill treatment or serious insult inflicted on himself or on one of his dependents

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะในกฎหมายเยอรมัน ถือเป็นกรกระทำที่ครบองค์ประกอบ ความผิดและความชั่วแล้ว ซึ่งถือว่ามีความสมควรลงโทษ แต่การกระทำดังกล่าว อาจจะเป็นผลทำให้ได้รับโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการลดโทษนี้ไม่ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว แต่ถือว่าเนื่องมาจากพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิด ซึ่งศาลสามารถใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษได้ ทั้งนี้เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) มาตรา 46 ได้วางหลักการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาล (Principles governing the assessment of punishment) เอาไว้ว่า¹⁰⁴

(1) ความชั่วของผู้กระทำความผิดเป็นพื้นฐานในการกำหนดโทษ นอกจากนั้น ยังต้องคำนึงถึงผลของการลงโทษที่จะมีต่อการดำรงชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดในอนาคตด้วย

(2) ในการกำหนดโทษ ศาลต้องชั่งน้ำหนักพฤติการณ์ต่างๆ ทั้งที่เป็นประโยชน์ และเป็นโทษต่อผู้กระทำความผิด กล่าวโดยเฉพาะคือจะต้องพิจารณาถึงสิ่งต่อไปนี้ คือ

- มูลเหตุจูงใจและเป้าหมายของผู้กระทำความผิด
- การฝ่าฝืนศีลธรรมของการกระทำความผิดและเจตจำนงในการกระทำความผิด
- ขอบเขตของการละเมิดหน้าที่
- พฤติการณ์ในการกระทำความผิดและความร้ายแรงของการกระทำความผิด
- ภูมิหลังของผู้กระทำความผิด สถานะทางเศรษฐกิจ สถานะส่วนตัวและ

พฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดภายหลังการกระทำความผิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งความพยายามของผู้กระทำความผิดในการเยียวยาความเสียหายและในการตกลงยุติข้อพิพาทกับผู้เสียหาย

(3) ในการกำหนดโทษ ศาลไม่ต้องพิจารณาพฤติการณ์ที่เป็นองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย

ดังนั้นข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำความผิด กระทำความผิดเนื่องจากถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และกระทำการตอบโต้ต่อผู้ถูกข่มเหงในขณะนั้น จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลใช้พิจารณาลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดได้ แม้กรณีดังกล่าวผู้กระทำความผิดมีความชั่วโดยสมบูรณ์และไม่มีเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวก็ตาม * กรณีต่างจากผู้กระทำความผิดที่ทำการป้องกันเกินเหตุ เนื่องจากตื่นเต้น ตกใจ หรือกลัว ซึ่งกฎหมายเยอรมันเห็นว่า ผู้กระทำ

and was thereby provoked to commit the act on the spot or if a less severe case otherwise exists, the punishment will be imprisonment from 6 months up to 5 years."

¹⁰⁴ Gerold (Jerry) Harfst, German Criminal Law, op.cit., p. 71.

* ศาสตราจารย์ ดร.คณิต วัฒนคร มีความเห็นว่า “บันดาลโทสะ” ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 72 ไม่ใช่เรื่องความชั่วและไม่ใช่เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว แต่เป็นพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดที่ศาลชอบจะนำไปประกอบการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78

ความผิดในกรณีหลังนี้ ไม่มีความชั่ว จึงยกเว้นโทษให้ แต่หากเป็นการป้องกันเกินเหตุในกรณีอื่น ๆ กฎหมายก็ไม่ยกเว้นโทษให้ เพราะถือว่ามีความชั่วโดยสมบูรณ์ และไม่ใช้การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการลดโทษได้ เมื่อพิจารณาถึงเหตุ ปัจจัยต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 46 (2)

กล่าวโดยสรุป การที่ประเทศเยอรมันมิได้บัญญัติให้เหตุบันดาลโทสะ เป็นเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุลดโทษโดยชัดแจ้ง รวมถึงกรณีการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุและเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน (ที่ไม่ใช่การกระทำเนื่องจากตื่นเต้น ตกใจ หรือกลัว) ด้วย เป็นผลดีในแง่ที่ว่า การใช้ดุลพินิจลดโทษของศาลเยอรมันจะมีความชัดเจนว่าเป็นการใช้ดุลพินิจตามมาตรา 46 (2) โดยพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา โดยศาลไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าพฤติการณ์แห่งคดีนั้นเป็น “การกระทำโดยบันดาลโทสะ” หรือ “การป้องกันเกินเหตุ”**



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

** อย่างไรก็ตามมีข้อที่น่าพิจารณาว่า การลดโทษให้กับการป้องกันเกินเหตุกรณีอื่น ๆ นอกจาก StGB มาตรา 33 จะเป็นการลดโทษเพราะผู้กระทำความชั่วอย่างจำกัดโดยอาศัย StGB มาตรา 46 (1) หรือเพราะมีพฤติการณ์อื่นๆ ที่ควรลดโทษให้จำเลย ตาม StGB มาตรา 46 (2)

บทที่ 3

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษกับการกระทำโดยการป้องกัน

จากการศึกษาถึงการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษในบทที่ 2 จะพบว่า การกระทำโดยบันดาลโทษเป็นข้อต่อสู้ของจำเลยรูปแบบหนึ่งที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อต่อสู้เรื่องการป้องกัน ดังนั้น ในบทนี้จะศึกษาลักษณะของการกระทำที่เหมือนและแตกต่างกันของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษกับการกระทำโดยการป้องกันว่ามีหลักเกณฑ์แยกแยะได้อย่างไร โดยจะศึกษาแนวความคิดทางวิชาการและแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกา เปรียบเทียบกับกฎหมายและคำพิพากษาของต่างประเทศเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้หลักเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทษและหลักการป้องกันในประเทศไทย

3.1 ลักษณะโครงสร้างความผิด

ตำรากฎหมายอาญาในประเทศไทยแบ่งโครงสร้างความรับผิดอาญาไว้ 2 แนวทาง คือ แนวของ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร กับแนวของ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ซึ่งโครงสร้างความรับผิดอาญาของ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร มี 3 ประการ¹ ดังนี้

1. โครงสร้างความผิดอาญา เรื่อง “องค์ประกอบ” แบ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายนอก คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด² ส่วนที่อยู่ภายนอกมีอยู่หลายอย่าง องค์ประกอบภายนอกประกอบด้วย

1. ผู้กระทำความผิด
2. การกระทำ
3. กรรมของการกระทำ
4. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

1. ผู้กระทำความผิด

ในส่วนของผู้กระทำความผิด มี 2 ทฤษฎี³ คือ

¹ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 70-73.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 107.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 115.

1) บัญญัติโดยถือหลักไม่แยกผู้กระทำความผิดออกเป็นผู้กระทำความผิดในรูปแบบต่าง ๆ โดยถือว่าผู้กระทำความผิดทุกคนต่างเป็นผู้กระทำความผิดทั้งสิ้น เป็นการยึดรูปแบบทางตำราที่เรียกว่า “ผู้กระทำความผิดหนึ่งเดียว” (Einheitstäter) การถือนโยบายนี้ เป็นการให้ดุลพินิจศาลในการลงโทษบุคคลตามความร้ายแรงของกระทำ ซึ่งกฎหมายไทยมิได้ถือตามนโยบายนี้

2) บัญญัติโดยถือหลักการแยกผู้กระทำความผิดออกเป็นหลายรูปแบบ เช่น เป็น “ตัวการ” “ผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด” “ผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของผู้อื่น” ซึ่งกฎหมายไทยยึดนโยบายนี้ในการแยกแยะผู้กระทำความผิด

2. การกระทำ

“การกระทำ” ในที่นี้หมายถึง การกระทำหรือการเคลื่อนไหวร่างกายของมนุษย์ที่มีเจตจำนงควบคุม⁴ ในองค์ประกอบภายนอกทุกฐานความผิดจะบัญญัติถึงการกระทำใดเป็นความผิด

3. กรรมของการกระทำ

“กรรมของการกระทำ” คือสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน ซึ่งอาจเป็นบุคคลหรือสิ่งของก็ได้⁵ ความผิดฐานใดที่มีกรรมของการกระทำโดยทั่วไปจะเป็น “ความผิดที่ต้องการผล” เมื่อมีการกระทำต่อกรรมของการกระทำก็ย่อมทำให้ “คุณธรรมทางกฎหมายถูกล่วงละเมิด” ดังนั้น “กรรมของการกระทำ” กับ “คุณธรรมทางกฎหมาย” จึงไม่ใช่สิ่งเดียวกัน ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามมาตรา 358 ตัวทรัพย์เป็นกรรมของการกระทำ แต่คุณธรรมของกฎหมายของความผิดฐานนี้คือ “กรรมสิทธิ์”⁶

4. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เป็นปัญหาของ “ความผิดที่ต้องการผล” (Erfolgsdelikt)⁷ และ “ความผิดที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากผล” (erfolgsqualifiziertes Delikt)⁸ ความผิดในประมวลกฎหมายอาญาส่วนใหญ่หรือเกือบทั้งหมดเป็นความผิดที่ต้องการผล

ในการพิจารณาโครงสร้างความรับผิดชอบของ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ญ นคร ได้แยกทฤษฎีในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลออกเป็น 3 ทฤษฎี คือ

1) ทฤษฎีเงื่อนไข (Bedingungstheorie) เป็นทฤษฎีที่ถือว่า เหตุทุกเหตุมีส่วนก่อให้เกิดผลเท่าๆ กัน จึงมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ทฤษฎีความเท่ากันของเหตุ”

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 121.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 123.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

(Aequivalenztheorie) ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ จึงมีการนำทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมเข้ามาช่วยเสริมการพิจารณา⁹

2) ทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม (Adäquaztheorie) ถือว่าเหตุที่ก่อให้เกิดผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบเฉพาะเหตุที่ตามประสบการณ์ทั่วไปสามารถทำให้ผลที่ความผิดฐานนั้นต้องการเกิดขึ้นได้เท่านั้น กล่าวคือ เฉพาะเงื่อนไขที่เพียงพอสำหรับผลนั้นเท่านั้น

3) ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Die Lehre von der objektiven Zurechnung)¹⁰ Claus Roxin ได้นำทฤษฎีนี้มาใช้แก้ปัญหาทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม ทฤษฎีความรับผิดชอบทางภาวะวิสัยถือหลักว่า “ผลของการกระทำจะเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ก่ออันตรายต่อการเกิดผลที่กฎหมายไม่พึงประสงค์ขึ้น และอันตรายนั้นได้เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น”¹¹

องค์ประกอบภายใน คือสิ่งที่เป็นส่วนภายในตัวผู้กระทำความผิดหรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งสิ่งดังกล่าวนี้ตามปกติจะมีสิ่งเดียวแต่ในความผิดบางฐานหรือหลายฐานอาจมีองค์ประกอบภายในมากกว่าหนึ่งก็ได้

องค์ประกอบภายในประกอบด้วย

1) “เจตนา” ถือว่าเป็นองค์ประกอบภายในที่เป็นหลัก เมื่อกล่าวถึงความผิดฐานใดฐานหนึ่งในภาคความผิดต้องระลึกไว้เสมอว่าตามปกติการกระทำในความผิดฐานนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนา¹² ดังที่มาตรา 59 วรรคแรกบัญญัติไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา” เจตนาประกอบด้วย “ส่วนรู้” กับ “ส่วนต้องการ”

2) “ประมาท” เป็นองค์ประกอบภายในอีกประเภทหนึ่งและมีความสำคัญรองลงมาจาก “เจตนา” นิยามของประมาท อยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่

3) “มูลเหตุจูงใจ” เป็นองค์ประกอบภายในอีกแบบหนึ่งเช่น “โดยทุจริต” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 หรือ “เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับจํา” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 349 เป็นต้น

4) “ความยึดถือในทางศีลธรรมของมนุษย์” (Gesinnungsmerkmal) เป็นองค์ประกอบภายในอีกแบบหนึ่ง เช่น “ไตร่ตรองไว้ก่อน” “โดยทรมานหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย” ในความผิดมาตรา 289 (4) (5)

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 125.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 127.

¹¹ Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner teil S. 257f.

อ้างถึงใน คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 127.

¹² คณิต ฒ นคร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

องค์ประกอบภายในเป็นสิ่งที่ต้องมีทุกการกระทำผิด แม้เป็นกรณีที่ผู้กระทำ
ได้กระทำโดยปราศจาก “ความชั่ว” ก็ยังคงต้องมีองค์ประกอบภายใน มิเช่นนั้นแล้วก็จะถือว่า
ขาดองค์ประกอบความผิด

บุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญาก็ต่อเมื่อกระทำการครบองค์ประกอบที่กฎหมาย
บัญญัติ (Tatbestandsmässigkeit) ก่อนแล้วจึงพิจารณาเรื่อง “ความผิดกฎหมาย”
(Rechtswidrigkeit) และ “ความชั่ว” (Schuld) ถ้าการกระทำใดขาดองค์ประกอบที่กฎหมาย
บัญญัติแล้ว ผู้กระทำก็ไม่มีผิดใดๆเลย โดยไม่ต้องพิจารณาเรื่อง “ความผิดกฎหมาย”
กับ “ความชั่ว” อีก

2. โครงสร้างความผิดอาญาเรื่อง “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit)

การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติมิได้เป็นการกระทำที่ผิด
กฎหมายในตัวเอง แต่การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อบ่งชี้ถึง “ความผิด
กฎหมาย” ของการกระทำ ฉะนั้นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติที่ไม่ผิด
กฎหมายจึงมีได้ แต่ “ความผิดกฎหมาย” จะเกิดขึ้นไม่ได้เลยถ้าปราศจาก “การกระทำที่ครบ
องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ”¹³

เมื่อพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว การ
กระทำนั้นอาจเป็นความผิดต่อไปหรือไม่เป็นความผิดก็ได้ ต้องพิจารณาจากโครงสร้างข้อ 2 เรื่อง
“ความผิดกฎหมาย” โดยพิจารณาว่า มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ (Rechtfertigungsgrund)
หรือไม่ ถ้ามีก็ถือว่าผู้กระทำกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายจึงไม่มีความผิด แต่ถ้าไม่มีเหตุ
ที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ มีอยู่ทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและใน
กฎหมายอื่น กล่าวคือ ไม่ว่าเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายใด ก็ถือว่าเป็น
เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายอาญาทั้งสิ้น เป็นไปตาม “หลักความเป็น
เอกภาพของระบบกฎหมาย” (Prinzip der Einheit der Rechtsordnung)¹⁴

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ในประมวลกฎหมายอาญามีเพียงเรื่องเดียว คือ
“การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย”

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เหตุหนึ่ง
ซึ่งอยู่ในโครงสร้าง “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit) ซึ่งหากผู้กระทำได้กระทำครบ
องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmässigkeit) มาแล้ว แต่มีพฤติการณ์ที่ผู้กระทำ
ได้กระทำเพราะป้องกันตัว เช่นนี้ ผู้กระทำก็ไม่มีผิด ตัวอย่างเช่น นาย ก. ใช้ปืนยิงนาย
ข. นาย ข. ใช้ปืนยิงสวนไป นาย ก. ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ เห็นว่า นาย ข. ได้กระทำการ
ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmässigkeit) ทุกประการ ครบองค์ประกอบ

¹³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 151.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน , หน้า 152.

ภายนอกและครบองค์ประกอบภายใน กล่าวคือมีเจตนากระทำความผิด แต่การกระทำของ นาย ข. ไม่เป็นความผิด เพราะอ้างการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

3. โครงสร้างความรับผิดอาญาเรื่อง “ความชั่ว” (Schuld)

เมื่อผู้กระทำความผิดครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) แล้วตามโครงสร้างความรับผิดอาญาข้อหนึ่ง และไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ทำให้การกระทำของผู้กระทำเป็นความผิด (Rechtswidrigkeit) ตามโครงสร้างความผิดอาญาข้อสองแล้ว ต่อมาต้องพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดอาญาข้อสาม คือเรื่อง ความชั่ว (Schuld) ถ้าผู้กระทำมีความชั่ว ก็จะต้องรับโทษทางอาญาเต็มตามที่กฎหมายกำหนดโทษไว้ แต่หากผู้กระทำขาดความชั่ว เช่น เป็นเด็กที่อายุไม่เกินสิบสี่ปี เป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถในการทำชั่ว (Schuldfähigkeit) ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายอาญากำหนดการพิจารณาความสามารถในการทำชั่วไว้ 2 สถานการณ์ คือ

1) พิจารณาจากความเจริญวัยของบุคคลหรือกำหนดความสามารถทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73-76 ให้ถือว่าเด็กขาดความสามารถในการทำชั่ว จึงไม่ต้องรับโทษ

2) พิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิต เช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 ให้ถือว่าผู้เป็นโรคจิต จิตฟั่นเฟือน ขาดความสามารถในการทำชั่ว จึงไม่ต้องรับโทษ

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้วางหลักเรื่อง “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” (Entschuldigungsgrund) ไว้นอกโครงสร้างความผิดทั้งสาม ด้วยเหตุผลคือ ทำให้กฎหมายอาญาสอดคล้องกับความรู้สึกในสังคม โดยถือว่าเหตุเหล่านี้เป็นข้อยกเว้น

การป้องกันเกินเหตุเป็นเหตุที่กฎหมายให้อภัยเหตุหนึ่ง แต่กฎหมายไม่ได้ให้อภัยทั้งหมด ทั้งนี้เพราะกฎหมายเห็นว่ายังสามารถตำหนิผู้กระทำได้บ้าง โดยการลงโทษผู้กระทำการป้องกันเกินเหตุ จึงเป็นดุลพินิจศาลว่าควรจะลงโทษระดับใด

การกระทำโดยบันดาลโทสะเป็นเหตุที่กฎหมายให้อภัยอีกเหตุหนึ่ง เพราะผู้กระทำถูกข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม

โดยสรุป ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้แบ่งแยกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาออกเป็น “การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandsmäßigkeit) “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit) และ “ความชั่ว” (Schuld) โดยการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ อยู่ในโครงสร้างที่สอง เรื่อง “ความผิดกฎหมาย” ส่วนการป้องกันเกินเหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และการกระทำโดยบันดาลโทสะ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 อยู่ในโครงสร้างความรับผิด แต่เป็นเหตุที่กฎหมายให้อภัยได้เหตุหนึ่ง ซึ่งผลคือศาลใช้ดุลพินิจลดโทษได้

รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้แยกโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา เป็น 3 โครงสร้าง¹⁵ ดังนี้

1. การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ
2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
3. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

โครงสร้างข้อ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 4 ประการ คือ

1. มีการกระทำ “การกระทำ” หมายถึง “การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคืออยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ”¹⁶ โดย “การรู้สำนึก” หรือ “อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ” หมายความว่า ผู้กระทำมีความคิด มีการตกลงใจ ได้กระทำการตามที่ตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด¹⁷

2. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้นๆ องค์ประกอบภายนอกแบ่งได้เป็น ผู้กระทำ การกระทำ วัตถุแห่งการกระทำ

3. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้นๆ องค์ประกอบภายในแบ่งได้เป็น 3 ส่วน คือ “เจตนา” “ประมาท” และ “ไม่เจตนา ไม่ประมาท” โดยการกระทำโดยเจตนา นั้น แยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ เจตนาตามความเป็นจริง (ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล) และ เจตนาโดยผลของกฎหมาย (เจตนาโดยพลาด) โดยเจตนาตามความเป็นจริงนั้น ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และ ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ส่วนเจตนาโดยผลของกฎหมาย (เจตนาโดยพลาด) เป็นกรณีของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 60 ที่บัญญัติไว้ว่า แม้ผู้กระทำไม่ได้ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล ก็ต้องถือว่าผู้กระทำมีเจตนา ซึ่งเป็นกรณีของการกระทำโดยพลาด

4. ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ สรุปหลักการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไว้ 3 ประการ คือ

- (1) ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นปลาย ถ้าผลนั้นเป็น “ผลโดยตรง” ตามทฤษฎีเจือปน หากไม่ใช่ผลโดยตรงแล้ว ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้นปลายนั้น แต่รับผิดชอบเพียงเท่าที่กระทำไปแล้ว

¹⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 63-69.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 70.

¹⁷ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 60 อ้างถึงในเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 70.

(2) หากผลนั้นทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นก็ต่อเมื่อเป็นทั้ง “ผลโดยตรง” และ “ผลธรรมดา” ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 หากไม่ใช่ผลโดยตรงก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลนั้นตามหลักเกณฑ์ข้อ (1) ถ้าเป็นผลโดยตรงแล้วก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าเป็นผลธรรมดาหรือไม่ หากเป็นผลธรรมดาก็ต้องรับผิดชอบ หากเป็นผลผิดปกติธรรมดาก็ไม่ต้องรับผิดชอบ โดย “ผลธรรมดา” คือ ผลตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมนั่นเอง

(3) หากผลนั้นไม่ใช่ผลที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น แต่เป็นผลที่เกิดจากเหตุแทรกแซง ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลนั้นปลายก็ต่อเมื่อเป็น “ผลโดยตรง” ซึ่งเกิดจากเหตุแทรกแซง “ที่วิญญูชนคาดหมายได้” เท่านั้น โดย “เหตุแทรกแซงที่คาดหมายได้” คือ เหตุตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมนั่นเอง

โครงสร้างข้อ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

หากผู้กระทำกระทำการครบโครงสร้างข้อหนึ่ง ก็ต้องมาพิจารณาว่าการกระทำนั้น มีกฎหมายยกเว้นความผิดไว้หรือไม่ ถ้ามีกฎหมายยกเว้นความผิด การกระทำนั้นก็ไม่เป็นความผิด ถ้าไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด การกระทำนั้นก็จะมีความผิด

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ มีหลายกรณี คือ

- กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา เช่น การกระทำโดยการป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เป็นต้น
- ความยินยอม
- กฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญ มาตรา 157
- กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1357 มาตรา 395 มาตรา 397 มาตรา 450 เป็นต้น
- กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78 (3) เป็นต้น

โครงสร้างข้อ 3 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

หากผู้กระทำกระทำครบโครงสร้างข้อที่หนึ่ง คือกระทำการครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ ครบโครงสร้างข้อที่สอง คือไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดแล้ว ถือว่าการกระทำของผู้กระทำมีความผิด แต่ถ้ามีกฎหมายยกเว้นโทษให้ตามโครงสร้างข้อที่สาม ก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ถือว่าผู้กระทำมีความผิดและต้องรับโทษ กฎหมายยกเว้นโทษมีหลายกรณี เช่น การกระทำความผิดโดยจำเป็น (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67) การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี และไม่เกิน 14 ปี (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73,74) การกระทำความผิดของคนวิกลจริต (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65) การกระทำความผิดของผู้มีเมมา (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66) การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีขอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70) การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในบางความผิดระหว่างสามีภรรยา

(ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรคแรก) การยับยั้งกลับใจ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82) การพยายามทำแท้ง (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 304) การพยายามทำความผิดลหุโทษ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 105)

นอกจากโครงสร้างข้อสามแล้ว ยังมีเหตุผลโทษที่บัญญัติลหุโทษให้กับผู้กระทำความผิดโดยเหตุผลโทษคือ เหตุที่อาจทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง ซึ่งขึ้นอยู่กับดุลพินิจศาล หากผู้กระทำกระทำการครบโครงสร้างทั้ง 3 ข้อแล้ว ถือว่าผู้กระทำมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา และถ้ามีเหตุผลโทษอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษอยู่ แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษให้เหมาะสมกับความผิดของผู้กระทำได้

เหตุผลโทษมีมากมายหลายกรณี เช่น ความไม่รู้กฎหมาย (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64) ผู้กระทำความผิดที่มีความรู้สึกผิดชอบอยู่บ้าง (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65) ความมีนินเมา (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 66) การป้องกันหรือจำเป็นที่เกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69) การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างบุพการี ผู้สืบสันดาน (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรค 2) การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72) การกระทำของผู้อายุกว่า 14 ปี แต่ยังไม่เกิน 17 ปี (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75) เหตุบรรเทาโทษ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78)

โดยสรุป รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้แบ่งแยกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาเป็น 3 ข้อ คือ การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ โดยการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ในโครงสร้างที่สอง คือ ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดโดยถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายยกเว้นความผิดประการหนึ่ง ส่วนการกระทำโดยการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุและป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69) และการกระทำโดยบันดาลโทสะ (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72) นั้น อยู่ในนอกโครงสร้างความรับผิด แต่เป็นเหตุผลโทษที่ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดได้

จากการแบ่งโครงสร้างความรับผิดของทั้ง 2 แนวทางที่กล่าวมา จะพบว่า การกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68) อยู่ในโครงสร้างความรับผิดข้อสอง เรื่อง “ความผิด” (Rechtswidrigkeit) โดยเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร และอยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้อสอง เรื่อง “ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด” ตามแนวทางของ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ส่วนการกระทำโดยการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69) อยู่ในนอกโครงสร้างความผิดแต่เป็น “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” ตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร และอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาและเป็น “เหตุผลโทษ” ตามแนวทาง รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และท้ายสุดการกระทำโดยบันดาลโทสะ (ตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 72) อยู่นอกโครงสร้างความผิดและเป็น “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” ตามแนวทางศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร และอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดและเป็น “เหตุลดโทษ” ตามแนวทางรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ แต่ทั้งนี้ไม่ว่าจะแบ่งแยกการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68) การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69) การกระทำโดยบันดาลโทสะ (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72) ตามแนวทางใดก็มีผลทางกฎหมายที่เหมือนกัน กล่าวคือ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 มีผลทำให้การกระทำของผู้กระทำไม่มีความผิด การกระทำโดยการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 มีผลคือ การกระทำของผู้กระทำมีความผิดและต้องได้รับโทษ แต่ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้ได้ เช่นเดียวกับกับการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 มีผลคือ การกระทำของผู้กระทำมีความผิดและต้องได้รับโทษ แต่ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้ได้

ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดอาญา

	โครงสร้างความผิดตามแนวทางศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร	โครงสร้างความรับผิดตามแนวทางรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์	ผลทางกฎหมาย
การกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68)	โครงสร้างข้อ 2 เรื่อง “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit) เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้	โครงสร้างข้อ 2 เรื่อง “ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด”	การกระทำไม่มีความผิด
การกระทำโดยการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69)	เหตุที่กฎหมายให้อภัย	เหตุลดโทษ	การกระทำเป็นความผิดและต้องรับโทษ แต่ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษได้
การกระทำโดยบันดาลโทสะ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72)	เหตุที่กฎหมายให้อภัย	เหตุลดโทษ	การกระทำเป็นความผิดและต้องรับโทษ แต่ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษได้

3.2 ผลทางกฎหมายของการกระทำโดยการป้องกัน

ในบทที่ 2 ได้กล่าวถึงการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 และผลทางกฎหมายของการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้แล้ว ในหัวข้อนี้จะวิเคราะห์ถึงการกระทำโดยการป้องกันโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 และการกระทำโดยการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 พร้อมทั้งผลทางกฎหมาย

3.2.1 ผลทางกฎหมายของการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ให้นิยามไว้ว่า

“การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” เป็นการกระทำที่ถูกต้องหรือที่เป็นธรรมชาติ ส่วน “การประทุษร้าย” เป็นการกระทำที่ตรงข้าม คือ เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมชาติ เมื่อมีการประทุษร้ายเกิดขึ้น บุคคลจึงไม่จำเป็นต้องยอมอ่อนข้อต่อการประทุษร้าย ด้วยเหตุนี้ความคิดเบื้องหลังของการป้องกัน คือ “ธรรมะไม่จำเป็นต้องยอมอ่อนข้อต่อธรรม” (Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen)¹⁸

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ให้นิยามว่า “เมื่อการกระทำใดเป็นการป้องกันที่ถือเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ความผิดก็เกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ตัวเอง ความคิดในทางกฎหมายถือว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่แต่เพียงเป็นสิทธิของผู้กระทำเท่านั้น หากยังถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ต่อชุมชนอย่างหนึ่งด้วยในการต่อสู้การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยกะทันหัน ซึ่งรัฐไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ทันที”¹⁹

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่า “องค์ประกอบของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย มีดังนี้

1. ต้องมีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
2. ภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
3. ผู้กระทำจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายนั้น
4. “ได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ”²⁰

¹⁸ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 153.

¹⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 592-593.

²⁰ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 134.

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้แยกองค์ประกอบของการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ 3 ประการ²¹ คือ

1) สถานการณ์ที่ป้องกันได้ หมายถึง จะต้องมีการประทุษร้าย ซึ่งหมายถึง การกระทำของมนุษย์ที่เป็นการคุกคามสิทธิของบุคคลโดยการประทุษร้ายจะต้องพิจารณาจาก ปัจจัยทางภาวะวิสัย มิใช่พิจารณาจากบุคคลผู้ถูกประทุษร้าย การประทุษร้ายอาจเป็นทั้งเจตนา ประสงค์ต่อผล เล็งเห็นผล หรือประมาทก็ได้ การกระทำที่ปราศจาก “ความชั่ว” ก็เป็นการประทุษร้ายได้เช่นกัน การประทุษร้ายนั้นจะต้องเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ผิดกฎหมาย” สิทธิที่ป้องกันได้ คือ คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) กฎหมายไทยเปิดโอกาสให้บุคคลป้องกันคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล ได้ทุกชนิดไม่ว่าจะเป็นชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน เกียรติ ความอับอายทางเพศ ศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ เป็นต้น การป้องกันต้องเป็นการกระทำกับ ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ซึ่งหมายถึง ภัยอันตรายที่ปรากฏอยู่เฉพาะหน้า หรือเป็นภัยอันตรายที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้ว รวมตลอดถึงเป็น ภัยอันตรายที่ปรากฏอยู่ต่อไปอีก

2) การกระทำที่เป็นการป้องกัน จะต้องเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ การกระทำใดจะเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ต้องพิจารณาจากสถานการณ์หรือ เหตุการณ์ทั้งหมด โดยต้องพิจารณาทั้งในด้านการประทุษร้าย อันตรายของผู้ประทุษร้าย และ ความต้องการที่จะกระทำการป้องกันตลอดจนเครื่องมือที่ใช้ในการป้องกัน ความพอสมควรแก่ เหตุของการป้องกันต้องพิจารณาในทางภาวะวิสัยและพิจารณาในขณะใดขณะหนึ่งเท่านั้น กล่าวคือในขณะนั้นบุคคลที่ตกอยู่ในภาวะเช่นนั้นจะตัดสินใจอย่างไร ถ้าตัดสินใจเช่นเดียวกัน แล้วก็ต้องถือว่าการกระทำโดยการป้องกันนั้นพอสมควรแก่เหตุ

3) การกระทำเพื่อป้องกัน ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาเพื่อป้องกัน แม้ในขณะ กระทำจะได้มีเหตุจูงใจอื่นรวมอยู่ด้วย เช่น ความเกลียดชัง โทสะ หรือความแค้น ก็ไม่ทำให้ การกระทำที่เป็นการป้องกันนั้นเสียไป

องค์ประกอบการป้องกัน ของ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ มี 4 ประการ²² คือ

- 1) มีภัยอันตรายต่อสิทธิอันละเมิดต่อกฎหมาย
- 2) ภัยใกล้ถึง
- 3) เป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิ
- 4) กระทำพอสมควรแก่เหตุและเท่าที่จำต้องกระทำ

²¹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 155-159.

²² จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 593-649.

รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้แบ่งองค์ประกอบของการป้องกัน เป็น 4 ข้อ²³ คือ

1. มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ภัยอันตรายนี้อาจเป็นการผิดต่อกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาก็ได้ และอาจเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทก็ได้
2. ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง ผู้กระทำใช้สิทธิป้องกันได้ตั้งแต่ภัยอันตรายใกล้จะถึงตลอดจนถึงภัยอันตรายได้มาถึงแล้ว แต่ต้องก่อนที่ภัยอันตรายผ่านพ้นไป
3. ผู้กระทำจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น การกระทำโดยการป้องกันต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาและต้องมีเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือผู้อื่น
4. การกระทำโดยป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต หมายถึง ต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ และต้องไม่กระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน หากกระทำการเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันแล้ว ผู้กระทำไม่อาจอ้างการป้องกันโดยชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ได้ แต่อาจเข้ากรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ถือเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงมีผล คือ ผู้กระทำไม่มีความผิด

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 416/2515 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ตายเข้าไปในเขตรั้วบ้านจำเลยในเวลากลางคืนเพื่อจะลักกระบี่ และจ้องปืนมายังภรรยาจำเลยซึ่งฉายไฟส่อง จำเลยจึงใช้ขวานเหวี่ยงไปที่ผู้ตาย 4 ที่ตืดๆกัน โดยจำเลยไม่อาจคาดคิดได้ว่าจะต้องใช้ขวานฟันหรือเหวี่ยงก็ทีจึงจะพอยับยั้งผู้ตายมิให้ใช้อาวุธปืนอันเป็นอาวุธร้ายแรงได้ นั้น การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2714/2528 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ผู้เสียหายอายุ 18 ปี ส่วนจำเลยอายุ 16 ปี ผู้เสียหายรูปร่างลำสัน และมีลักษณะเป็นผู้ใหญ่กว่าจำเลย ผู้เสียหายเป็นฝ่ายก่อเรื่อง โดยตบศีรษะจำเลย จำเลยจึงตบหลังตบแล้วเข้ากอดกัน ผู้เสียหายชกและขึ้นเข่าที่ท้องหลายที จำเลยจึงใช้เหล็กตะไบสามเหลี่ยมที่มีติดตัว แหวงถูกที่ชายโครงผู้เสียหาย 1 ที ในขณะที่กำลังถูกผู้เสียหายทำร้ายติดพันอยู่ ดังนั้นเป็นเรื่องที่จำเลยจำเป็นต้องป้องกันตัวให้พ้นจากภัยอันตรายที่ผู้เสียหายเป็นฝ่ายก่อขึ้น การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ ไม่เป็นความผิด”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1988/2536 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ขณะที่จำเลยเฝ้ายามอยู่หน้าโรงงาน ผู้ตายเมาสุราเดินเข้าไปต่อว่าจำเลยแล้วผู้ตายหยิบไม้ท่อนหนึ่งขนาดเท่าแขนยาวประมาณ 1 เมตร ตรงเข้ามาจะตีจำเลย จำเลยจึงใช้อาวุธปืนยิงไป 1 นัด ถูกผู้ตายที่หน้าอก

²³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 266-304.

ถึงแก่ความตาย เช่นนี้เมื่อพิเคราะห์ถึงไม้ที่ผู้ตายจะใช้ตีจำเลยนั้น มีขนาดใหญ่และยาวพอสมควรที่จะใช้เป็นอาวุธตีจำเลยให้ถึงตายได้ ยิ่งขณะนั้นผู้ตายมีอาการมีนเมา ย่อมขาดความยับยั้งไม่มีอะไรจะยับยั้งผู้ตายได้ จำเลยกำลังปฏิบัติหน้าที่เป็นยามป้องกันทรัพย์สินของโรงงาน และสันชาตญาณป้องกันตนเองจำเป็นต้องใช้อาวุธปืนยิงไปทางผู้ตายโดยกะทันหันทันทีในเวลาฉุกเฉินๆ ไม่มีโอกาสเลือกยิงส่วนใดของผู้ตายหรือยิงชู้ได้ การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ "ไม่เป็นความผิด"

ดังนั้น ผลทางกฎหมายของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ ผู้กระทำ "ไม่เป็นความผิดทั้งทางอาญาและไม่มี ความผิดที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายในทางแพ่ง"

3.2.2 ผลทางกฎหมายของการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน

การป้องกันที่ไม่อาจอ้าง มาตรา 68 ได้ เรียกว่า การป้องกันเกินเหตุ²⁴ หรือ การป้องกันเกินขอบเขต²⁵ มีผลทำให้การกระทำเป็นความผิดและศาลมีดุลพินิจที่จะลดโทษให้ผู้กระทำได้

ในเรื่องการป้องกันเกินเหตุ หรือการป้องกันเกินขอบเขตนี้ ความเห็นทางวิชาการและความเห็นตามคำพิพากษาศาลฎีกายังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ ซึ่งสามารถแยกความเห็นในเรื่องนี้ได้ ดังนี้ คือ

1. ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย
2. ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร
3. ความเห็นของ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ และ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์

1. ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร.หยุต แสงอุทัย²⁶ ได้แยกเป็น 2 กรณี คือ (1) การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ศาสตราจารย์ ดร.หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายทฤษฎีส่วนสัดส่วน และทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด โดยการป้องกันที่เกินทฤษฎีส่วนสัดส่วนหรือเกินทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด ถือว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ตัวอย่างการป้องกันเกินทฤษฎีส่วนสัดส่วนเช่น ก. ตบหน้า ข. ข. ใช้มีดแทง ก. ตาย เช่นนี้ถือว่าเกินทฤษฎีส่วนสัดส่วน เป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ส่วนการป้องกันด้วยทฤษฎีวิธีทางน้อยที่สุด ตัวอย่างเช่น ก. เป็นคนพิการเดินไปไหนไม่ได้ ข. เขกศีรษะ ก. เล่น โดยเห็นว่า ก. ไม่มีทางสู้ ก. ห้ามปรามก็

²⁴ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 227-230.

²⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 287.

²⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 137-138.

ไม่ฟัง ถ้า ก. ใช้มีดแทง ข. ถือว่าเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ เพราะได้กระทำด้วยวิธีทางน้อยที่สุด

(2) การป้องกันเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ยกตัวอย่างว่า เด็กอายุไม่เกิน 7 ปี ถือมีดทำร้ายเรา เราเดินหนีเสีย เด็กก็ทำอะไรไม่ได้ เราไม่มีความจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกัน ถ้ากระทำการป้องกันไปก็ผิดกฎหมาย ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ แต่กฎหมายให้อำนาจศาลลดโทษได้

2. ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้แบ่งแยกการป้องกันเกินเหตุตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 69 ไว้ 2 ครั้ง และในแต่ละครั้งได้แบ่งแยกไว้ไม่เหมือนกัน คือ

ในหนังสือกฎหมายอาญาภาคความผิดที่พิมพ์ครั้งสุดท้ายเมื่อปีพุทธศักราช 2537 ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ได้แบ่งแยกการป้องกันเกินเหตุไว้เป็น 2 กรณี²⁷ คือ

(1) การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ แบ่งเป็น 2 ประการ คือ

ก. ความตั้งใจป้องกันนั้นดำเนินไปเกินขอบเขตของความสมควรแก่เหตุ เช่น ผู้กระทำได้ถึงผู้ประทุษร้ายที่ล่าตัว แม้ถึงว่าการยิงที่ขาอาจเพียงพอแล้ว กรณีนี้อาจเรียกว่า “การกระทำเกินสมควรแก่เหตุในทางความตั้งใจ” และ

ข. ผู้กระทำได้กระทำอันเป็นการป้องกันต่อไปอีก หลังจากที่มีการประทุษร้ายหมดไปแล้ว เช่น ผู้กระทำตีทำร้ายผู้ทำร้ายต่อไปอีกทั้งๆที่ขณะนั้นผู้ประทุษร้ายไม่มีทางสู้ต่อไปอีกแล้ว

(2) การป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน เช่น เด็กหรือคนวิกลจริตประทุษร้าย เราเลี่ยงไปเสียก็ได้ ไม่จำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันแต่เราก็ไม่เลี่ยงไป เป็นต้น

แต่ในหนังสือกฎหมายอาญาภาคทั่วไปที่พิมพ์ครั้งแรกเมื่อปีพุทธศักราช 2543 ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ได้แบ่งแยกการป้องกันเกินเหตุไว้ 2 กรณี²⁸ ดังนี้

1) การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ หมายถึง การป้องกันที่ได้กระทำไปเกินความตั้งใจที่จะกระทำ (Intensive Notwehrexzess) เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1320/2503 “สามีจะทำร้ายด้วยไม้หลักแจว ภรรยาหนีเข้าห้องเรือนไป สามีก็ติดตามจะเข้าไปทำร้ายภรรยาให้ได้ ภรรยาจึงใช้ปืนยิง 1 นัด ถูกสามีถึงแก่ความตาย เช่นนี้ เป็นการป้องกันแต่เกินสมควรแก่เหตุ” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 411/2509 “ขณะเกิดเหตุเป็นเวลากลางคืน ผู้ตายเป็นน้องสาวจำเลย จำเลยพูดสั่งสอนผู้ตาย ผู้ตายโกรธและโดดเข้าไปจะทำร้ายจำเลย โดยผู้ตายไม่มีอาวุธอะไร จำเลยคว้าได้มีดและแทงไป 1 ที่ ถูกผู้ตายที่ชอกคอ แผลลึก 3 นิ้วครึ่ง ถือไม่ได้

²⁷ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 32-33.

²⁸ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 228-230.

ว่าจำเลยสมควรใจจะวิวาทต่อสู้ทำร้ายซึ่งกันและกันกับจำเลย เห็นได้ว่าจำเลยกระทำไปเพื่อป้องกันตัวให้พ้นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง แต่การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันตัวเกินสมควรแก่เหตุ” และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1103/2510 “ผู้ตายเมาสุราแล้วเข้ากอดปล้ำภรรยาจำเลยก่อน เมื่อจำเลยไปกระชากตัวออกมา ผู้ตายได้ชกตอยจำเลยอีก จำเลยจึงใช้มีดแทงผู้ตายไปหลายที่ จนกระทั่งผู้ตายขาดใจตาย การที่ผู้ตายชกตอยจำเลยโดยไม่มีอาวุธ แต่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายจนถึงตาย เป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69”

(2) การป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องป้องกัน หมายถึง การป้องกันที่กฎหมายบัญญัติว่า “ผู้กระทำได้กระทำไปเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน” กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเพื่อป้องกันได้กระทำไปทั้งๆ ที่การประทุษร้ายยังไม่เป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึง หรือทั้งๆ ที่การประทุษร้ายนั้นไม่เป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึงอีกต่อไปแล้ว การป้องกันเกินเหตุในกรณีนี้ เรียกว่า การป้องกันที่ได้กระทำเมื่อล่วงเลยเวลาที่จะกระทำ (Extensiver Notwehrexzess) ตัวอย่างเช่น ผู้ป้องกันได้ใช้ปืนยิงผู้ประทุษร้ายตน 1 นัด เป็นเหตุให้ผู้ประทุษร้ายล้มลงหมดหนทางที่จะทำการประทุษร้ายตนได้อีก แต่ผู้ป้องกันก็ยังยิงผู้ นั้นไปอีกหลายนัด คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1542/2509 “จำเลยกับพวกเจ้าทรัพย์ติดตามเรือที่ถูกลักไป ไปพบผู้ตายกับพวกอยู่ใกล้กับเรือที่ถูกลักไปนั้น ผู้ตายใช้ปืนลูกกรดยิงจำเลยแต่ไม่ถูก จำเลยยิงผู้ตายข้างหลัง 1 นัด การที่จำเลยยิงผู้ตายเมื่อผู้ตายหนีจากเรือไป 12 วา ปืนที่ผู้ตายใช้ยังเป็นปืนลูกกรด เป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1408/2510 “ผู้ตายยิงจำเลยก่อนแต่ไม่ถูก ขณะที่ผู้ตายกำลังเอี้ยวตัวหักลำปืน จำเลยยิงผู้ตาย 1 นัด ผู้ตายล้มลง จำเลยยิงซ้ำอีก 2 นัด เพราะกลัวผู้ตายจะไม่ตาย เป็นการป้องกันตัวเกินสมควรแก่เหตุ” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1061/2514 “ผู้ตายซึ่งเป็นผู้ชายของจำเลยตบหน้าจำเลยก่อนแล้วตามจำเลยเข้าไปในห้อง จะตบตีจำเลยอีก จำเลยจึงคว้ามืดขามูไรยาว 1 คืบทั้งด้ามแทงผู้ตายทางด้านหน้าก่อน และเมื่อผู้ตายจะหนีออกจากห้อง จำเลยก็แทงข้างหลัง แผลทะลุถึงหัวใจ ผู้ตายล้มลงและถึงแก่ความตาย ถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ”

ดังนั้น จึงน่าจะยึดถือการแบ่งแยกการป้องกันเกินเหตุตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร ในหนังสือกฎหมายอาญาภาคทั่วไปเป็นหนังสือที่พิมพ์เมื่อปีพุทธศักราช 2543 เป็นหลัก เพราะหนังสือกฎหมายอาญาภาคทั่วไปเป็นหนังสือที่พิมพ์พิมพ์ครั้งล่าสุดเมื่อปีพุทธศักราช 2543 และเป็นหนังสือที่บรรยายถึงกฎหมายอาญาภาคทั่วไป ซึ่งตรงกับเรื่องการป้องกันตามมาตรา 68 มากกว่าหนังสือกฎหมายอาญาภาคความผิด

3. ความเห็นของ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ และ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้แบ่งแยกการกระทำโดยการป้องกันเกินขอบเขต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ไว้เป็น 2 ข้อ ตามแนวทางของ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์

(1) การกระทำเกินสมควรแก่เหตุ ประกอบด้วย 2 ข้อ²⁹ คือ

ก. ผู้กระทำได้กระทำการป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายนั้นด้วยวิธีทางน้อยที่สุดเท่าที่จำต้องกระทำ ตามทฤษฎี “วิธีทางน้อยที่สุด” และ

ข. ผู้กระทำได้กระทำการป้องกันโดยได้สัดส่วนกับภัยอันตราย ตามทฤษฎี “ส่วนสัดส่วน” โดยต้องพิจารณาทั้ง 2 ข้อ ประกอบกัน ถ้าได้กระทำเกินวิธีทางน้อยที่สุดหรือเกินสัดส่วนอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4955/2528 ศาลตัดสินว่า “จำเลยใช้มีดโต้ฟันผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กเข้าไปลักทรัพย์ในบ้านของจำเลยในเวลากลางคืน 1 ที ทำให้เกิดบาดแผลฉกรรจ์ยาว 6 เซนติเมตร กระโหลกศีรษะใต้บาดแผลแตกเป็นแนวยาว 5 เซนติเมตร แสดงว่าจำเลยฟันโดยแรง ขณะที่ผู้เสียหายเพิ่งโผล่ออกมาจากใต้แคร่ในสภาพที่ผู้เสียหายซ่อนตัวอยู่ในแคร่ซึ่งอยู่ในเขตจำกัด จำเลยอาจจะใช้วิธีการอื่นที่จะสกัดกั้นไม่ให้ผู้เสียหายออกมาและร้องเรียกให้ผู้อื่นมาช่วยจับผู้เสียหายได้ ทั้งมีทางที่จะสังเกตได้ทันทีว่าผู้ที่โผล่ออกมาเป็นภัยแก่จำเลยเพียงใดหรือไม่ ดังนั้น การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 99/2534 ศาลตัดสินว่า “เมื่อข้อเท็จจริงตามคำให้การชั้นสอบสวนของจำเลย แสดงพฤติกรรมของผู้ตายว่าจะใช้มีดขอร้ายจำเลย จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายจึงเป็นการกระทำโดยป้องกัน แต่ผู้ตายไม่ได้จู่โจมเข้ามาทำร้ายจำเลย จำเลยอาจจะเลือกยิงอวัยวะอื่นที่ไม่เป็นอันตรายจนถึงตายได้ จำเลยกลับยิงที่หน้าอกของผู้ตายซึ่งเป็นอวัยวะสำคัญ จึงเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 223/2540 ศาลวินิจฉัยว่า “ผู้ตายซึ่งมีอาการมีเมาสุราใช้มีดฟันจำเลยก่อนแต่ไม่ถูก หากจำเลยเพียงใช้ปืนที่พกติดตัวออกมาขู่หรือยิงขู่ ผู้ตายก็ไม่น่าจะกล้าฟันทำร้ายจำเลยอีกต่อไป การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงถูกผู้ตายที่บริเวณลำคอและช่วงบน แม้ยิงเพียงนัดเดียว ก็เกินสมควรแก่เหตุ”

(2) การกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันมีได้ 2 กรณี คือ

ก. กระทำการป้องกันต่อภัยที่ยังอยู่ห่างไกล หมายถึง ภัยยังไม่ใกล้จะถึงและผู้กระทำได้ใช้สิทธิป้องกันก่อน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 872/2510 ศาลวินิจฉัยว่า “จำเลยใช้ปืนยิงเด็กซึ่งส่องไฟหาคบที่ริมรั้วบ้านจำเลยถึงแก่ความตาย โดยจำเลยสำคัญผิดว่าเป็นคนร้ายที่จะมาฆ่าพี่จำเลย ซึ่งขณะที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ถูกยิงอยู่ห่างจำเลยประมาณ 7 วา โดยผู้ถูกยิงยังไม่ทันเข้ามาในรั้วบ้านจำเลยและพี่ชายจำเลยก็อยู่ในห้องบนเรือนซึ่งอยู่ห่างไกลออกไป จึงถือได้ว่าภัยอันตรายนั้นยังอยู่ห่างไกล การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2442/2527 ศาลวินิจฉัยว่า “กระบือของจำเลยถูกลักไปหลายครั้งเหลืออยู่เพียงตัวเดียว คืบเกิดเหตุเวลาประมาณ 19.00 นาฬิกา ผู้ตายเดินผ่านหน้าบ้านจำเลยตามทางที่มีคนเดินเป็นประจำ จำเลย

²⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 287.

ยิงผู้ตายเพราะเข้าใจผิดว่าเป็นคนร้ายมาลักกระบือ มีเหตุให้จำเลยต้องป้องกันทรัพย์ แต่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีที่ต้องกระทำเพื่อป้องกัน

ข. การกระทำการป้องกันต่อกฎที่ผ่านพ้นไปแล้ว หมายถึง ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันอีกเมื่อภัยได้ผ่านพ้นไปแล้ว ถ้าได้กระทำไปถือว่าเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 683/2514 “การที่จำเลยวิ่งไล่ตามผู้เสียหายออกไปนอกบ้าน โดยจำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายเป็นคนร้ายที่เข้าไปลักทรัพย์ได้ถูกรื้อของของจำเลย เป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิในทรัพย์ของตน แต่เมื่อจำเลยวิ่งไล่ไปทันผู้เสียหายแล้วใช้มีดแทงผู้เสียหายที่หลัง 4 แผล ที่ข้อศอก 1 แผล โดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายมีอาวุธหรือแสดงอาการขัดขืนต่อสู้ เช่นนี้การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1407/2537 “ผู้ตายหยิบจอบไล่ตีจำเลย จำเลยวิ่งหนีแล้วหันมาต่อสู้อันแย่งจอบจากผู้ตายได้แล้วตีผู้ตาย เป็นการกระทำโดยป้องกัน จากบาดแผลที่จำเลยตีผู้ตายแสดงว่าเป็นการตีอย่างแรง การถูกตีอย่างแรงเช่นนี้เพียงครั้งเดียว ผู้ตายก็ไม่อาจจะทำร้ายจำเลยได้ต่อไป การที่จำเลยตีซ้ำอีกจึงเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน”

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภทิพย์ ได้สรุปหลักการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุและการป้องกันเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันไว้อย่างชัดเจนที่สุดในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 620/2532 โดยได้กล่าวถึงที่มาของมาตรา 69 ตั้งแต่เมื่อใช้กฎหมายลักษณะอาญาจนกระทั่งแก้ไขในประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้คือ

“การป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 มี 2 กรณีคือ “เกินสมควรแก่เหตุ” กรณีหนึ่ง และ “เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน” อีกกรณีหนึ่ง ซึ่งมีความหมายไม่เหมือนกัน

กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 53 ซึ่งตรงกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ได้บัญญัติไว้ 2 กรณีคือ “เกินไปกว่าสมควรแก่เหตุ” กรณีหนึ่ง และ “เกินไปกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้” อีกกรณีหนึ่ง “เกินไปกว่าสมควรแก่เหตุ” ตามมาตรา 53 ก็ตรงกับ “เกินสมควรแก่เหตุ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 นั้นเอง

ถ้อยคำที่ว่า “เกินไปกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้” ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 53 นั้น หมายถึงกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจผู้กระทำไว้ แต่ผู้กระทำได้กระทำเกินอำนาจนั้น เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 83 วรรคสอง ให้อำนาจผู้ทำการจับใช้วิธีทั้งหลายเท่าที่เหมาะแก่พฤติการณ์แห่งเรื่องในการจับ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 738/2491 ตัดสินไว้ว่า ผู้ใหญ่บ้านและผู้ช่วยจับผู้ร้ายสำคัญได้ แต่ผู้ร้ายหลบหนีระหว่างควบคุม ผู้ใหญ่บ้านกลัวผิดจึงร้องบอกให้ผู้ช่วยยิง ถือว่าเป็นการกระทำตามกฎหมาย แต่เป็นการกระทำเกินกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ผู้ใหญ่บ้านและผู้ช่วยจึงมีความผิดฐานฆ่าคนตายแต่อาจได้รับการลดโทษตามมาตรา 53

เมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาแล้ว การกระทำ “เกินไปกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้” ไม่มีบัญญัติไว้อีกแล้ว หากมีการกระทำดังกล่าวก็ถือว่าเป็นความผิด โดยไม่มีเหตุลดโทษ

ถ้อยคำในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 53 ที่ว่า “เกินไปกว่าสมควรแก่เหตุ” และถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ที่ว่า “เกินสมควรแก่เหตุ” นั้น มีความหมายตรงกัน คือ เกินสัดส่วน เช่น ฎีกาที่ 659/2496 ผู้ตายตีจำเลยด้วยไม้คันทวน จำเลยยิงผู้ตาย 2 นัด ขาดใจตายทันที เป็นป้องกันตัวเกินกว่าเหตุ และ ฎีกาที่ 873/2521 ส. ใช้ไม้เหล็ดยาว 1 ศอกตีจำเลย จำเลยใช้ปืนยิง 2 นัด ส. ตาย เป็นป้องกันเกินกว่าเหตุ

ถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ที่ว่า “เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน” เป็นข้อความที่บัญญัติขึ้นใหม่ ไม่มีในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 53 และมีความหมายไม่เหมือนกับถ้อยคำที่ว่า “เกินไปกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้” ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 53

ในขณะที่ใช้กฎหมายลักษณะอาญา ถ้าภัยยังไม่ใกล้จะถึงหรือภัยนั้นสุดสิ้นผ่านพ้นไปแล้ว การที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกันก็ยังมี หากกระทำไป การกระทำไม่ได้รับการยกเว้นความผิดเลย แม้จะอ้างว่าป้องกันเกินสมควรแก่เหตุก็ไม่ได้ เช่น ฎีกาที่ 686/2470 ศาลฎีกาตัดสินว่า “จำเลยได้ยิงผู้ตายเมื่อกำลังหนีไปแล้ว จึงฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำการป้องกันตามกฎหมาย เมื่อฟังไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำการป้องกันตามกฎหมายแล้ว คดีของจำเลยจึงไม่เข้าในเกณฑ์ฐานกระทำการป้องกันเกินไปกว่าเหตุ”

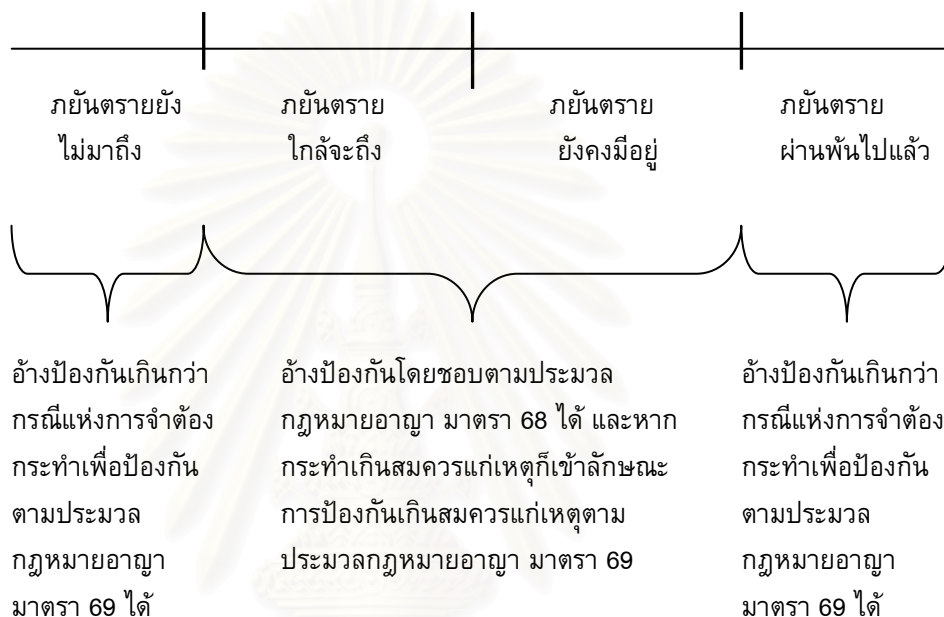
อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ได้บัญญัติข้อความขึ้นใหม่ ว่า “เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน” ซึ่งน่าจะมีความหมายว่า ถ้าได้กระทำโดยเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิแล้ว แม้กระทำต่อภัยที่ยังไม่ใกล้จะถึง หรือกระทำต่อภัยที่ผ่านพ้นไปแล้ว ก็ยังเป็นการกระทำเพื่อป้องกันได้ แต่ถือว่าเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน”

นอกจากนี้ในที่ประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญา ท่านประมุข สุวรรณศร ยังได้ให้ความเห็นไว้ว่า “การที่บัญญัติเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็นหรือการป้องกันไว้ในมาตรานี้* เพื่อให้กว้าง กรณีคล้ายๆ อย่างนี้โดยมากเกิดขึ้นเสมอๆ เช่น ถ้าใครมารุกรานก็ทำร้ายเขาที่นี้พันธุเขาไม่ได้ก็วิ่งหนีไป คนที่ป้องกันจึงพ้นตาย ศาลว่าคนที่พันผู้ที่หนีไปนั้นไม่ใช่ป้องกันแต่ศาลอาจลดโทษได้ การป้องกันเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันนั้น จะต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าเป็นการกระทำป้องกันหรือไม่ จำเป็นหรือไม่จำเป็น เช่น พันเขาๆหนีไปแล้ว ยังตามพันซ้ำเขาอีกจนตาย ชันตันเป็นการกระทำที่ป้องกัน แต่เมื่อเขาหนีไปแล้วยังตามพันเขา

* หมายถึงร่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 ซึ่งเทียบได้กับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ในปัจจุบัน

จนตาย อย่างนี้สิ่งโทษฐานฆ่าคนโดยเจตนาเพราะเป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น”³⁰

ดังนั้น จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 และการป้องกันเกินเหตุ หรือการป้องกันเกินขอบเขต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นคร ในหนังสือกฎหมายอาญาภาคทั่วไปและแนวทาง ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ และ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ สามารถแยกหลักการและผลของการป้องกันได้เป็นแผนภาพ ดังนี้



จากทั้งสองความเห็นข้างต้น สรุปได้ว่า การป้องกันเกินขอบเขตนั้นยังคงเป็นปัญหาทางวิชาการที่มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 แนวทาง คือ

1. ความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย และ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นคร (ตามหนังสือกฎหมายอาญาภาคความผิด) เห็นว่าการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ คือ การป้องกันเกินสัดส่วนของภัยอันตรายที่ได้รับหรือการป้องกันภัยอันตรายที่ผ่านไปแล้ว ส่วนการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันนั้น คือ การป้องกันที่เกินความจำเป็นที่ต้องกระทำ เช่น เด็ก 7 ขวบ ทำร้ายเรา เราหลีกเลี่ยงได้แต่ไม่หลีกเลี่ยง กลับทำร้ายเด็กไปเป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน

2. ความเห็นของ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นคร (ตามหนังสือกฎหมายอาญาภาคทั่วไป) เห็นว่าการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ คือ การป้องกันเกินสัดส่วนของภัยอันตรายที่ได้รับหรือ

³⁰ รายงานการประชุมแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 58/2497 วันพฤหัสบดีที่ 8 เมษายน 2497, หน้า 3.

ป้องกันเกินวิธิน้อยที่สุด ส่วนการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน คือ การป้องกันภยันตรายที่ยังมาไม่ถึงหรือภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว

ผลทางกฎหมายของการป้องกันเกินขอบเขตไม่ว่าจะถือตามแนวความเห็นใดใน 2 แนวความเห็นนี้ ก็จะมีผลเช่นเดียวกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 คือ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ และถ้ากระทำไปด้วยความ ตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้

เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 72 เปรียบเทียบกับการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แล้ว การกระทำทั้งสองล้วนเป็นข้อต่อสู้ของจำเลย แต่ผลทางกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ การกระทำโดยการป้องกันโดยชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 มีผลทำให้การ กระทำไม่เป็นความผิดเลย ส่วนการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะทำให้ผู้กระทำความผิด แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจลดโทษให้ผู้กระทำได้ แต่ศาลจะไม่ลงโทษเลยไม่ได้ ส่วนการป้องกันเกิน ขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 นั้นมีผลให้ผู้กระทำความผิดแต่ศาลใช้ดุลพินิจ ลดโทษได้ และถ้าผู้กระทำได้กระทำเพราะความตื่นเต้นตกใจกลัว ศาลไม่ลงโทษเลยก็ได้

รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้แยกความแตกต่างระหว่าง การกระทำโดยการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้เป็น ข้อๆ ดังนี้³¹

(1) ป้องกัน “ภยันตราย” จะต้องเกิดจากการละเมิดกฎหมายเท่านั้น

บันดาลโทสะ “เหตุอันไม่เป็นธรรม” อาจเกิดจากการละเมิดกฎหมายหรือไม่ก็ได้ แม้ไม่ถึงขั้นละเมิดกฎหมาย ก็อาจอ้างบันดาลโทสะได้ เช่น ทำชู้กับหญิงที่มีได้จดทะเบียน สมรสกับชาย ชายยิงชู้ก็อ้างบันดาลโทสะได้แม้จะอ้างป้องกันไม่ได้ก็ตาม

(2) ถ้าภยันตรายเกิดจากการละเมิดกฎหมาย หากมีการกระทำต่อภยันตรายที่ ไกลจะถึง หรือกำลังเกิดขึ้นอยู่เป็นป้องกัน

แต่ถ้ากระทำต่อภยันตรายที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายที่ผ่านพ้นไปแล้ว เป็น บันดาลโทสะ

(3) ป้องกันมีทั้งพอสมควรแก่เหตุตามมาตรา 68 และเกินสมควรแก่เหตุตาม มาตรา 69 แต่บันดาลโทสะไม่มีเกินสมควรแก่เหตุ เนื่องจากเป็นเพียงเหตุลดโทษเท่านั้น

(4) ป้องกันสิทธิของ “ผู้อื่น” ตามมาตรา 68 ผู้อื่นจะเป็นใครก็ได้ แต่บันดาลโทสะ จะถือเป็นการช่มเหงได้ ผู้ถูกช่มเหงโดยตรงจะต้องมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดจึงจะอ้าง บันดาลโทสะได้ เช่น ทำร้ายพ่อเป็นการช่มเหงลูก หากลูกทำร้ายผู้ช่มเหงก็อ้างบันดาลโทสะได้ แต่ถ้าแดงทำร้ายดำ ชาวพลเมืองดีเห็นเหตุการณ์เกิดความโกรธแค้นแทนดำ เมื่อแดงทำร้าย

³¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 382.

เสร็จแล้วและวิ่งหนี ชาวไร่ติดตามแดงไปและทำร้ายแดง ชาวไร่อ้างบันดัลโทสะไม่ได้เพราะไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับดำ

(5) ป้องกันเป็นเหตุยกเว้นความผิด ส่วนบันดัลโทสะเป็นเหตุลดโทษ

3.3 แนวทางของกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงแนวทางของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับเรื่องการทำอาชญากรรมและการกระทำโดยบันดัลโทสะ ตลอดจนความสัมพันธ์ของการกระทำทั้งสองประการ โดยจะศึกษาจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของประเทศเยอรมัน

3.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสหรัฐอเมริกาคำหนดหลักเรื่องของการกระทำโดยการป้องกันในชื่อของ Self-defense ซึ่งเป็นข้อต่อสู้ที่สามารถยกขึ้นอ้างยกเว้นความผิดได้อย่างสมบูรณ์มากกว่าการกระทำโดยบันดัลโทสะ และมักจะถูกใช้อ้างเสมอมา³²

หลักกฎหมายเรื่องการทำอาชญากรรมโดยป้องกันของประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งหมดสรุปเป็นหลักได้ ดังนี้

“บุคคลใดซึ่งมิใช่ผู้ก่อเหตุก่อนมีสิทธิโดยชอบที่จะใช้กำลังอย่างสมเหตุสมผลในการตอบโต้บุคคลอื่น เมื่อเขาเชื่ออย่างมีเหตุผลว่า (ก) เขาอยู่ในอันตรายที่ใกล้จะถึงที่จะประทุษร้ายร่างกายของเขา และ (ข) การใช้กำลังตอบโต้ขึ้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายนั้นๆ

มันเป็นการสมเหตุสมผลที่ใช้กำลังประทุษร้ายที่ไม่ถึงแก่ชีวิต (nondeadly force) ตอบโต้กับการประทุษร้ายที่ไม่ถึงแก่ชีวิตที่ก่อโดยฝ่ายตรงข้าม (เช่นถูกประทุษร้ายเพียงแต่ให้เกิดอันตรายแก่กาย) และเป็นการสมเหตุสมผลที่จะใช้กำลังประทุษร้ายถึงแก่ชีวิต (deadly force) ตอบโต้การประทุษร้ายที่ถึงแก่ชีวิต แต่ไม่เป็นการสมเหตุสมผลที่จะใช้การประทุษร้ายที่ถึงแก่ชีวิต (deadly force) ตอบโต้กับการประทุษร้ายที่ไม่ถึงแก่ชีวิต (nondeadly attack)

ยังมีข้อโต้เถียงว่าบุคคลผู้ถูกประทุษร้ายด้วยภยันตรายที่ถึงแก่ชีวิต (deadly attack) จะต้องล่าถอยก่อนที่จะใช้การตอบโต้ด้วยการประทุษร้ายถึงแก่ชีวิตหรือไม่ แต่มีข้อยกเว้นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเมื่อมีภยันตรายถึงแก่ชีวิตมาสู่เขา เขาไม่จำเป็นต้องถอยจากบ้านของเขาหรือสถานที่ทางธุรกิจของเขา”³³

³² Criminal Notes, “Homicide : Defense : Self-Defense”.

³³ Wayne R. Lafave, Austin W. Scott, Jr., Criminal Law, (St. Paul Minn : West Publishing Co., 1972), p. 391.

หลักของการป้องกันมีแนวคิดมาจากหลักการที่ว่า เมื่อบุคคลใดถูกประทุษร้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีโอกาสที่จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องป้องกันตนจากภัยอันตรายดังกล่าว บุคคลนั้นควรจะมิตินิติที่จะใช้กำลังปกป้องตนเองจากภัยอันตรายทางร่างกาย ถ้าเขากระทำการป้องกันโดยชอบ (proper self-defense) เขาก็จะไม่มี ความผิดฐานใด ๆ เลยไม่ว่าจะเป็นฐาน ฆ่าคนตาย (murder and manslaughter) , ฐานพยายามฆ่า (attempted murder) , ฐานพยายามทำร้าย (assault) , ฐานทำร้ายร่างกาย (battery) และความผิดในรูปแบบอื่น ๆ³⁴

คำว่า “สมเหตุสมผล” (reasonable) เป็นคำที่สำคัญมากสำหรับการป้องกัน กล่าวคือ จะเป็นการป้องกันที่ชอบได้ต่อเมื่อเป็นการกระทำตอบโต้ที่สมเหตุสมผลที่วิญญูชนในสถานการณ์เช่นเดียวกันนั้นก็กระทำการเหมือนกับผู้กระทำการป้องกัน การวัดว่าพฤติการณ์ใดสมเหตุสมผลหรือไม่ จึงใช้หลักการทางภาวะวิสัย (Objective test) มิใช่อัตวิสัย (Subjective test)³⁵

การกระทำโดยการป้องกันจะต้องเป็นกรณีที่ภัยอันตรายนั้นเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย “Unlawful force” โดยทั่วไปหมายถึงภัยอันตรายจากการกระทำผิดอาญาหรือละเมิด แต่การป้องกันภัยอันตรายที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful force) ผู้กระทำไม่อาจอ้างการป้องกันโดยชอบได้³⁶

การใช้กำลังตอบโต้ของผู้ป้องกันในประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ การตอบโต้ที่เป็นอันตรายถึงชีวิต (deadly force) และการตอบโต้ที่ไม่เป็นอันตรายถึงชีวิต (nondeadly force) โดย “deadly force” หมายถึง ก) ผู้กระทำการป้องกันมีเจตนากระทำให้ผู้ก่อภัยถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บสาหัส หรือ ข) ผู้กระทำการป้องกันรู้ถึงความเสี่ยงสูงที่

One who is not the aggressor in an encounter is justified in using a reasonable amount of force against his adversary when he reasonably believes (a) that he is in immediate danger of unlawful bodily harm from his adversary and (b) that the use of such force of necessary to avoid this danger.

It may be reasonable to use nondeadly force against the adversary's nondeadly attack (i.e.,one threatening only bodily harm),and to use deadly force against his deadly attack (an attack threatening death or serious bodily harm),but it is never reasonable to use deadly force against his non deadly attack.

There is a dispute as to whether one threatened with a deadly attack must retreat, if he can safely do so, before resorting to deadly force, except that it is agreed that he need not retreat from his home or place of business.

³⁴ Ibid., p. 391.

³⁵ SUE TITUS REID, *Criminal Law*, 4th edition. McGraw Hill, 1998. p. 94.

³⁶ Wayne R. Lafave, Austin W. Scott, Jr.,op.cit., p. 92.

จะก่อให้เกิดความตายหรือบาดเจ็บสาหัส³⁷ ผู้กระทำป้องกันถือว่ามี deadly force เมื่อใช้ปืนยิงผู้ก่อภัย แม้ว่าผู้ก่อภัยจะไม่ถูกกระสุนเลย หรือถูกกระสุนแต่ได้รับบาดเจ็บเล็กน้อย แต่การขู่เข็ญโดยใช้ปืนโดยไม่มีเจตนาจะเหี้ยมโหด ไม่ถือว่าเป็นการใช้ deadly force³⁸

ระดับความรุนแรงของการตอบโต้ นั้น กฎหมายสหรัฐอเมริกาวางหลักว่า ระดับความรุนแรงที่ผู้กระทำการป้องกันใช้ต้องสัมพันธ์อย่างมีเหตุผลกับภัยอันตรายที่ถูกคุกคาม โดยผู้กระทำการป้องกันมีความชอบธรรมที่จะใช้ nondeadly force ตอบโต้ภัยอันตรายที่เกิดกับร่างกายตนเอง (ที่ไม่ใช่ภัยอันตรายต่อชีวิตหรือการบาดเจ็บต่อร่างกายสาหัส) เมื่อผู้กระทำการป้องกันได้ใช้ nondeadly force ตอบโต้แล้ว ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกาย (assault)* หรือฐานทำร้ายร่างกายสำเร็จ (battery)** และผู้กระทำการป้องกันอาจใช้ deadly force ได้เพียงเท่าที่เขาเชื่อว่าภัยอันตรายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นภัยอันตรายต่อชีวิตหรือภัยอันตรายต่อร่างกายสาหัส ในคดี *People v. Williams*, 56 Ill App. 2d 159 205 N.E. 2d 749 (1965)³⁹ ข้อเท็จจริงคือ นักเลงกลุ่มหนึ่งขว้างก้อนอิฐไปที่คนขับรถแท็กซี่ ศาลพิพากษาว่าคนขับรถแท็กซี่มีความชอบธรรมที่จะยิงนักเลงกลุ่มนั้น เพราะคนขับรถแท็กซี่เชื่อว่ากำลังมีภัยอันตรายที่ถึงแก่ชีวิตมาถึงตน และในคดี *Shorter v. People*, 2 N.Y. 193, 51 Am. Dec. 286 (1849)⁴⁰ พิพากษาว่า ผู้กระทำการป้องกันไม่มีความผิดที่ฆ่าผู้ก่อภัย ถ้าเขาเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าผู้ก่อภัยกำลังจะฆ่าตน หรือกำลังทำให้ตนเกิดอันตรายแก่กายอย่างสาหัสและภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง

ใน Model Penal Code section 3.04 (2) (6) บัญญัติว่า “การใช้ deadly force ไม่ถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายภายใต้มาตรฐานนี้ เว้นแต่ผู้กระทำการป้องกันเชื่อว่าการใช้ deadly force เช่นนั้นจำเป็นต้องทำเพื่อป้องกันตัวเขาจากความตาย การบาดเจ็บสาหัส การลักพาตัว หรือการถูกบังคับร่วมประเวณี” (The use of deadly force is not justifiable

³⁷ Model Penal Code section 3.11(2).

³⁸ Ibid.

* ความผิดฐาน assault เทียบได้กับความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกาย โดยลักษณะการกระทำคือ ขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังทำร้ายหรือทำร้ายไปแล้วแต่ไม่บรรลุผล (threaten to use nondeadly force or aims that force at the other but misses)

** ความผิดฐาน battery เทียบได้กับความผิดฐานทำร้ายร่างกาย โดยลักษณะการกระทำคือ ทำอันตรายบุคคลอื่นสำเร็จ (injures the other by use of nondeadly force)

³⁹ Wayne R. Lafave, Austin W. Scott, Jr., op.cit., p. 353.

⁴⁰ Ibid.

under this section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily harm, kidnapping, or sexual intercourse ...)⁴¹

นอกจากนี้ Model Penal Code อนุญาตให้ใช้ deadly force เมื่อผู้กระทำการป้องกันเป็นผู้ก่อให้เกิดภัยนั้นขึ้นเอง⁴²

ในสหรัฐอเมริกามุ่งพิจารณาถึงผู้กระทำการป้องกันเป็นสำคัญว่าได้กระทำโดยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าตนตกอยู่ในภยันตรายหรือไม่ (defendant's belief in the necessity of using force to prevent harm to himself be a reasonable one) ถ้าเขาเชื่ออย่างสมเหตุสมผล เขาอ้างการกระทำโดยการป้องกันได้ แต่ถ้าเขาเชื่อโดยไม่สมเหตุสมผล เขาก็ไม่อาจอ้างการป้องกันได้ ถ้าเขาเชื่ออย่างสมเหตุสมผลแล้วว่ามีสิทธิป้องกัน แม้ความจริงจะเป็นการสำคัญผิด เขาก็ยังสามารถอ้างการป้องกันได้อยู่เสมอ เช่น ผู้กระทำการป้องกันยิงผู้ก่อภัยถึงแก่ความตาย โดยผู้ก่อภัยได้ขู่เข็ญ จะฆ่าผู้กระทำโดยล้วงกระเป๋าทำที่ว่าจะหยิบปืน แต่ความเป็นจริงแล้วในกระเป๋าไม่มีปืนและผู้ก่อภัยกำลังจะหยิบผ้าเช็ดหน้า เช่นนี้ถือว่าผู้กระทำอ้างป้องกันได้ และในคดี *Shorter v. People*, 2 N.Y. 193, 197, 51 Am. Dec 286, 287 (1849)⁴³ ศาลตัดสินว่าผู้กระทำได้ฆ่าผู้ก่อภัยโดยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่ากำลังถูกระบุร้ายแก่ชีวิตหรือแก่ร่างกายสาหัส ถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบ แม้ความจริงจะปรากฏภายหลังว่าเป็นการสำคัญผิด เพราะผู้ก่อภัยไม่มีเจตนาฆ่าผู้กระทำเลยก็ตาม

ในแนวคำพิพากษาของศาลและบทบัญญัติของกฎหมายให้ความสำคัญกับคำว่า “ภยันตรายที่ใกล้จะถึง” (imminent or immediate) ถ้าภยันตรายยังอยู่ห่างไกล ก็ยังมีหนทางที่ผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงได้แทนที่จะต้องฆ่าหรือทำร้ายผู้ก่อภัย ใน Model Penal Code section 3.04(1) อนุญาตให้ใช้กำลังป้องกันได้เมื่อ “โอกาสปัจจุบัน” (on the present occasion) ซึ่งถือว่ากว้างกว่าคำว่า “imminence” เล็กน้อย⁴⁴

เมื่อผู้ก่อภัยได้ประทุษร้ายผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำอ้างการป้องกันโดยชอบตอบโต้ได้ และโดยทั่วไปแล้วผู้ก่อภัยก็ไม่อาจอ้างการกระทำโดยการป้องกันเพื่อตอบโต้ผู้กระทำการป้องกันโดยชอบได้อีก เพราะผู้กระทำการป้องกันโดยชอบ ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (Lawful force) ดังนั้น ผู้ก่อภัยก็ไม่มีสิทธิอ้างป้องกันตอบโต้ภยันตรายที่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่ 2 กรณี คือ (1) ผู้ก่อภัยที่ได้ก่อภัยแบบ nondeadly force เช่น ได้ก่อภัยโดยใช้กำปั้น หรืออาวุธที่เพียงทำให้บาดเจ็บ แต่ผู้กระทำการป้องกันได้ใช้ deadly force ตอบโต้ เช่นนี้ผู้ก่อภัยสามารถอ้างการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบตอบโต้ได้ เพราะการกระทำของผู้

⁴¹ George E. Dix, and M. Michael Sharlot, Criminal Law case and Material, 3rd edition, 1987, p. 751.

⁴² SUE TITUS REID, Criminal Law, p. 95.

⁴³ Wayne R. Lafave, Austin W. Scott, Jr., op.cit., p. 393.

⁴⁴ Ibid., p. 394.

กระทำป้องกันเป็น Unlawful force นั้นเอง (2) ผู้ก่อภัยที่ได้หยุดการประทุษร้ายแล้วและต้องแสดงออกให้ผู้ได้รับภัยทราบว่าตนได้หยุดประทุษร้ายแล้ว ดังนั้นเมื่อผู้รับภัยได้ใช้กำลังโต้ตอบกลับมา ผู้ก่อภัยก็ได้รับสิทธิในการป้องกันกลับคืนมา⁴⁵ เพราะการที่ผู้ก่อภัยหยุดแล้ว แต่ผู้ได้รับภัยยังคงทำร้ายต่อไป ถือว่าการกระทำของผู้รับภัยเป็น Unlawful force⁴⁶

ปัญหาที่สำคัญของเรื่องการป้องกันตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาคือ “ความจำเป็นที่จะต้องล่าถอย” (Necessity for Retreat) กล่าวคือ เมื่อมีภัยอันตรายมาอยู่หน้าผู้กระทำ ผู้กระทำจะต้องถอยหรือยืนสู้และใช้กำลังตอบโต้ ตัวอย่างเช่น หากมีภัยอันตรายมาสู่นาย A นาย A มีทางหนีได้โดยไม่ต้องใช้กำลังตอบโต้ นาย A จะต้องถอยหนีหรือไม่ ถ้ากฎหมายบังคับให้ นาย A ต้องถอยหนี แสดงว่าหากนาย A ไม่หนีและใช้กำลังตอบโต้ นาย A ก็ไม่สามารถอ้างป้องกันได้ ในทำนองกลับกันถ้ากฎหมายไม่บังคับให้นาย A ต้องถอยหนี แสดงว่าหากนาย A ใช้กำลังตอบโต้ นาย A ก็อ้างป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้

ในสหรัฐอเมริกาพิจารณาหลักเรื่องนี้แตกต่างกันออกไปในแต่ละรัฐ และมีหลายความเห็น แต่โดยทั่วไปแล้ว ในสหรัฐอเมริกาแบ่งหลักการเรื่อง “หน้าที่ในการล่าถอย” (duty to retreat) เป็น 2 แนวคือ (1) ถ้าผู้กระทำโดยการป้องกันได้ใช้การตอบโต้ที่ไม่ถึงชีวิต (nondeadly force) เช่นนี้ผู้กระทำการป้องกันไม่จำเป็นต้องล่าถอย เช่น นาย A ชกตอย นาย B นาย B สามารถตอบโต้ นาย A ได้ โดยใช้ nondeadly force โดยไม่จำเป็นต้องถอยหนี และการตอบโต้ของนาย B เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (2) ถ้าผู้กระทำโดยการป้องกันได้ใช้การตอบโต้ที่ถึงแก่ชีวิต (deadly force) เช่นนี้แต่ละรัฐมีแนวความคิดไม่เหมือนกันคือ รัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาเห็นว่า เมื่อผู้กระทำการป้องกันถูกคุกคามต่อชีวิต ผู้กระทำการป้องกันอาจใช้ deadly force ตอบโต้ได้โดยไม่ต้องถอยหนี แม้ว่าผู้กระทำการป้องกันอาจถอยหนีได้โดยปลอดภัยก็ตาม โดยคำพิพากษาที่สนับสนุนแนวความคิดนี้เช่น คดี *Brown v. United States*, 256 U.S. 335, 41 3.Ct.501, 65 L.Ed.961 (1921) คดี *People v. Gonzales*, 71 Cal. 569, 12 P. 783 (1887) คดี *Runyan v. State*, 57 Ind. 80, 26 Am. Rep. 52 (1877) และคดี *Voigt v. State*, 53 Tex. Crim. 258, 109 S.W. 205 (1908)⁴⁷ เป็นต้น แต่บางรัฐซึ่งเป็นส่วนน้อยก็ยังเห็นว่าก่อนที่ผู้กระทำจะใช้ deadly force ผู้กระทำต้องถอยจนถึงที่สุดก่อน จนมีการกล่าวเป็นสำนวนว่า “ถอยจนชนกำแพง” (retreat to the wall) ถ้าเขาถอยแล้วปลอดภัย แนวคิดของหลักกฎหมายในรัฐที่เป็นเสียงส่วนน้อยนี้ดูจะใช้มุมมองที่ Civilized กว่า คำพิพากษาที่สนับสนุนแนวคิดนี้ เช่น คดี *King v. State*, 233 Ala. 198, 171 So. 254 (1936) คดี *State v. Marish*, 198 Iowa 602, 200 N.W. 5 (1924) คดี *State v. Cox*, 138 Me. 151, 23 A 2d 634 (1941) และคดี *State v. Davis*, 214 S.C. 34, 51 S.E. 2d 86

⁴⁵ Ibid., p. 395.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid., pp. 395-396.

(1948)⁴⁸ เป็นต้น อย่างไรก็ตามมีหลักการหนึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปทั้งสหรัฐอเมริกา แม้ในรัฐที่บังคับให้ต้องถอย หลักการนั้นคือ ผู้กระทำการป้องกันโดยใช้ deadly force ไม่จำเป็นต้องล่าถอย ถ้าการถอยนั้นอาจเกิดอันตรายแก่ผู้กระทำ และไม่จำเป็นต้องล่าถอย ถ้าผู้กระทำ อยู่ในบ้านหรือสถานประกอบธุรกิจของเขาเอง

การไม่บังคับให้ผู้ถูกภัยคุกคามล่าถอยจากบ้านหรือสถานประกอบธุรกิจของตนเองนี้เรียกว่า “หลัก Castle doctrine”⁴⁹ นอกจากนี้ ศาลในรัฐ Rhode Island ได้ขยายหลัก Castle doctrine ไปใช้กับแขกของเจ้าของบ้านด้วย กล่าวคือในปี ค.ศ. 1992 ศาล Rhode Island ได้พิพากษาว่า แขกของเจ้าของบ้านคนหนึ่งได้รับเชิญมาที่บ้าน ต่อมาเจ้าของบ้านได้ไล่ให้ออกไป แล้วแขกคนนั้นไม่ยอมออกจากบ้าน และใช้กำลังประทุษร้ายเจ้าของบ้าน เช่นนี้ เจ้าของบ้านไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหน้าที่แห่งการถอยหนี (duty to retreat)⁵⁰ แต่หลัก Castle doctrine นี้ไม่สามารถปรับใช้ได้ ถ้าผู้ก่อภัยเป็นผู้ครอบครองร่วมในบ้านนั้น เช่น ในปี 1993 ศาล Rhode Island ได้ตัดสินคดีที่ผู้หญิงคนหนึ่งที่แทงสามีของเธอเองในบ้าน สามีถึงแก่ความตาย ภรรยาถึงถูกฟ้องข้อหาฆาตกรรม (murder) ภรรยาต่อสู้ว่าสามีของเธอได้ทำร้ายเธอมาเป็นปีๆ และขณะเกิดเหตุ สามีก็กำลังขู่เอาชีวิตของเธอ ลูกขุนตัดสินว่าภรรยามีความผิดฐาน Manslaughter ภรรยาจึงอุทธรณ์ ในหลายประเด็น ประเด็นหนึ่งคือ ภรรยามีหน้าที่ที่ต้องล่าถอย (duty to retreat) หรือไม่ ถ้าภรรยาถูกทำร้ายในบ้าน และผู้ทำร้าย คือสามีที่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า ภรรยามีหน้าที่ที่ต้องล่าถอย แม้อยู่ในบ้านตนเอง เพราะผู้ก่อภัยเป็นคนครอบครองร่วมในบ้านหลังนั้น (co-occupant)⁵¹ ดังนั้น โดยสรุปการใช้หลัก Castle doctrine คือ ผู้กระทำการป้องกันไม่ต้องถอยจากบ้านหรือสถานประกอบธุรกิจของตนเอง โดยยังมีข้อยกเว้นคือ กรณีที่ผู้ก่อภัยเป็นผู้มีสิทธิอยู่ในบ้านนั้น ผู้กระทำการป้องกันต้องล่าถอยจนถึงที่สุด ก่อนจะใช้ deadly force

ประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งของหลักการป้องกันในสหรัฐอเมริกา คือ “การป้องกันการจับกุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” (Resisting Unlawful Arrest) ในรัฐส่วนใหญ่เห็นว่า บุคคลที่ถูกจับกุมโดยมิชอบสามารถใช้ nondeadly force เพื่อป้องกันตนเองได้ แต่ห้ามใช้ deadly force ถ้าใช้ nondeadly force ด้านการจับกุมถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าใช้ deadly force ด้านการจับกุมแล้วถือว่ามีผิดฐาน Voluntary Manslaughter โดยไม่ผิดฐาน Murder เพราะถือว่าการจับกุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นเหตุบันดาลโทสะ (provocation) ที่ทำให้ผู้กระทำสูญเสียการควบคุมตนเอง (lose their

⁴⁸ Ibid., p. 396.

⁴⁹ SUE TITUS REID, op.cit.,p. 95.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid., p. 95.

self-control)⁵² แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งว่าประชาชนไม่ควรจะมีสิทธิในการตอบโต้การจับกุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยตำรวจในทุกกรณี เพราะเหตุว่ามีมาตรการในการเยียวยาการจับกุมที่ไม่ชอบอยู่แล้ว กล่าวคือ ผู้ถูกจับสามารถยื่นคำขอต่อศาล magistrate เพื่อให้ปล่อยตัวได้ และการลดศักดิ์ศรีและความไม่สะดวกสบายที่ถูกจับขังไว้ในวันนั้นจะเป็นเรื่องเล็กน้อย ดังนั้นควรจะใช้กระบวนการเยียวยาทางกฎหมายมากกว่าอนุญาตให้ผู้ถูกจับใช้กำลังป้องกัน⁵³ ใน Model Penal Code Section 3.04 (2) (a) (i) บัญญัติว่า “The use of force is not justifiable under this section to resist an arrest which the actor knows is being made by a peace officer, although the arrest is unlawful”⁵⁴ หมายถึง “การใช้กำลังตอบโต้การจับกุมที่ผู้กระทำการตอบโต้รู้ว่าเป็นการจับกุมโดยเจ้าพนักงานนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าการจับกุมนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม” เหตุผลของการบัญญัติไว้เช่นนี้เพราะต้องการป้องกันมิให้ประชาชนตัดสินใจเอาเองว่าการจับกุมเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁵⁵

ประเด็นสุดท้ายของการกระทำโดยการป้องกันตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา คือ “การป้องกันที่ไม่สมบูรณ์” (Imperfect self-defense) จากที่กล่าวมาแล้วว่าผู้กระทำการป้องกันนั้น ถ้าเชื่อโดยไม่สมเหตุสมผลว่าตนสามารถใช้กำลังป้องกันจากภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงแล้ว ผู้กระทำนั้นไม่อาจอ้างการป้องกันโดยชอบได้ เพราะเหตุว่าการป้องกันโดยชอบ (proper self-defense) กำหนดว่าผู้กระทำการต้องมีความเชื่อว่าตนป้องกันได้ และต้องเป็นความเชื่อที่สมเหตุสมผล ในบางรัฐเมื่อผู้ถูกภัยคุกคามใช้การตอบโต้ที่ไม่สมเหตุสมผล ศาลจะพิพากษาให้รับผิดฐาน Murder แต่ในบางรัฐก็ไม่ลงโทษฐาน Murder แต่ลงโทษฐาน Manslaughter⁵⁶

สรุป หลักเรื่องการป้องกันโดยชอบในสหรัฐอเมริกา เมื่อผู้กระทำการป้องกันที่ใช้ deadly force จะอ้างเรื่องการกระทำการป้องกันนั้น โดยทั่วไปผู้กระทำจะต้องพิสูจน์ 4 ข้อ⁵⁷ คือ 1) ผู้กระทำการป้องกันไม่ได้มีส่วนก่อให้เกิดภัยอันตรายนั้นขึ้น 2) ผู้กระทำการป้องกันเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเขาตกอยู่ในภัยอันตรายต่อชีวิต หรือร่างกายสาหัส หรือความผิดร้ายแรงบางความผิด 3) การใช้กำลังขั้น deadly force เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้พ้นภัยอันตราย 4) ผู้กระทำโดยการป้องกันไม่ได้ละเมิดหน้าที่ในการล่าถอย (duty to retreat)

⁵² Ibid., pp. 396-397.

⁵³ Ibid., p. 397.

⁵⁴ George E. Dix, M. Michael Sharlot, Criminal Law case & materials, 3rd ed. 1987 p. 751.

⁵⁵ SUE TITUS REID, op.cit., p. 95.

⁵⁶ Wayne R. Lafave, Austin W. Scott, Jr., op.cit., p. 397.

⁵⁷ Lexis-Nexis, ILSA Jomhal of International & Comparative Law.

นอกจากการป้องกันตนเองโดยชอบ (Self-defense) แล้ว กฎหมายสหรัฐอเมริกา ยังมีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันอีก 2 เรื่อง คือ การป้องกันผู้อื่น (defense of another) และ การป้องกันทรัพย์สิน (defense of property)

การป้องกันผู้อื่น (defense of another) มีหลักการสำคัญดังนี้⁵⁸

“บุคคลใดใช้กำลังที่สมเหตุสมผลในการป้องกันบุคคลอื่น แม้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนแปลกหน้า บุคคลนั้นไม่มีความผิด ถ้าผู้กระทำการป้องกันเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าบุคคลอื่นตกอยู่ในภยันตรายในทันทีที่เกิดจากผู้ก่อภัย และการใช้กำลังเช่นนั้นจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงภยันตราย การใช้กำลังตอบโต้ที่เป็นอันตรายถึงชีวิต (deadly force) จะใช้ได้ต่อเมื่อปรากฏว่าภยันตรายที่มาถึงบุคคลอื่นนั้นเป็นภยันตรายต่อชีวิต”

บางรัฐในสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเป็นบทบัญญัติของกฎหมาย (statute) ว่า ผู้กระทำการป้องกันบุคคลอื่นสามารถทำได้เฉพาะเมื่อบุคคลอื่นมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำการป้องกันเท่านั้น (เช่น เป็นสามี ภรรยา บุตร บิดา มารดา ลูกจ้าง นายจ้าง เป็นต้น) ซึ่งหลักการดังกล่าวตรงกับหลักของกฎหมาย Common Law เดิมของประเทศอังกฤษ⁵⁹ แต่ในปัจจุบันแนวคิดเริ่มเปลี่ยนไป โดยถือว่าผู้กระทำสามารถป้องกันบุคคลอื่นได้โดยชอบโดยไม่ต้องอาศัยความสัมพันธ์ใดๆ กับบุคคลอื่นได้และแม้ว่าบุคคลอื่นเป็นคนแปลกหน้า ผู้กระทำก็สามารถป้องกันบุคคลอื่นได้ โดยแนวคิดใหม่นี้ได้รับการบัญญัติไว้ใน Penal Code ต่างๆ เช่น Model Penal Code Section 3.05 และ N.Y. Penal Law Section 35.15 เป็นต้น

การป้องกันทรัพย์สิน (defense of property) มีสาระสำคัญ คือ

“บุคคลใดป้องกันทรัพย์สินของตนจากการบุกรุก (trespass) หรือขโมย (theft) ไม่มีความผิด ถ้าบุคคลนั้นเชื่อว่าทรัพย์สินของเขาตกอยู่ในภยันตรายในทันที และการใช้กำลังเช่นนั้นจำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงภยันตรายนั้น

ถ้าผู้ใดร้องขอให้ผู้ก่อภัยต่อทรัพย์สินหยุดการกระทำได้สำเร็จ ผู้นั้นไม่อาจใช้กำลังใดๆ ตอบโต้ผู้ก่อภัยได้อีก”

ภายใต้แนวคิดใหม่ deadly force ไม่สามารถนำมาใช้ในการป้องกันทรัพย์สินได้เลย เว้นแต่ 2 กรณี คือ

- 1) การประทุษร้ายต่อทรัพย์สินนั้นแฝงด้วยการประทุษร้ายต่อชีวิตมาด้วย เช่นนี้ ผู้ถูกประทุษร้ายอาจใช้ deadly force ได้ในฐานะของ Self-defense มิใช่ defense of property
- 2) กรณีที่การประทุษร้ายต่อทรัพย์สินนั้นเกี่ยวข้องกับการบุกรุกเคหสถาน และผู้กระทำการใช้ deadly force นั้นเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าผู้บุกรุกเจตนาที่จะกระทำความผิดขั้นรุนแรง (felony) หรือทำให้เกิดอันตรายสาหัสแก่ร่างกายกับผู้ครอบครองเคหสถานนั้น

⁵⁸ Wayne R. Lafave, Austin W. Scott, Jr., op.cit., p. 397.

⁵⁹ SUE TITUS REID, op.cit., p. 96.

เจ้าของทรัพย์สินอาจใช้ nondeadly force อย่างสมเหตุสมผลเพื่อกลับเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์หรือเพื่อแย่งชิงสังหาริมทรัพย์กลับมาในทันทีหลังจากสูญเสียการครอบครองไป หรือในการไล่ติดตามจับผู้กระทำความผิดอย่างต่อเนื่อง (hot pursuit)⁶⁰

Model Penal Code ได้กำหนดหลักการของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ใน Section 3.04 โดยใช้ชื่อว่า “การใช้กำลังป้องกันตนเอง” Use of Force in Self-Protection ซึ่งบัญญัติไว้ว่า⁶¹

Section 3.04 Use of Force in Self-Protection

(1) *Use of Force Justifiable for Protection of the Person.* Subject to the provisions of this Section and of Section 3.09, the use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such another person on the present occasion.

(2) *Limitations on Justifying Necessity for Use of Force.*

(a) The use of force is not justifiable under this section:

(i) to resist an arrest which the actor knows is being made by a peace officer, although the arrest is unlawful; or

(ii) to resist force used by the occupier or possessor of property or by another person on his behalf, where the actor knows that the person using the force is doing so under a claim of right to protect the property, except that this limitation shall not apply if:

(A) the actor is public officer acting in the performance of his duties or a person lawfully assisting him therein or a person making or assisting in a lawful arrest; or

(B) the actor has been unlawfully dispossessed of the property and is making a re-entry or recaption justified by Section 3.06; or

(C) the actor believes that such force is necessary to protect himself against death or serious bodily harm.

(b) The use of deadly force is not justifiable under this Section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death,

⁶⁰ Wayne R. Lafave, Austin W. Scott, Jr., op.cit., p. 399.

⁶¹ George E. Dix, M. Michael Sharlot, Criminal Law case & materials, pp. 751-752.

serious bodily harm, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat; nor is it justifiable if:

(i) the actor, with the purpose of causing death or serious bodily harm, provoked the use of force against himself in the same encounter; or

(ii) the actor knows that he can avoid the necessity of using such force with complete safety by retreating or by surrendering possession of a thing to a person asserting a claim of right thereto or by complying with a demand that he abstain from any action which he has no duty to take, except that:

(A) the actor is not obliged to retreat from his dwelling or place of work, unless he was the initial aggressor or is assailed in his place of work by another person whose place of work the actor knows it to be; and

(B) a public officer justified in using force in the performance of his duties or a person justified in using force in his assistance or a person justified in using force in making an arrest or preventing an escape is not obliged to desist from efforts to perform such duty, effect such arrest or prevent such escape because of resistance or threatened resistance by or on behalf of the person against whom such action is directed.

(c) Except as required by paragraphs (a) and (b) of this Subsection, a person employing protective force may estimate the necessity thereof under the circumstances as he believes them to be when the force is used, without retreating, surrendering possession, doing any other act which he has no legal duty to do or abstaining from any lawful action.

(3) *Use of Confinement as Protective Force.* The justification afforded by this Section extends to the use of confinement as protective force only if the actor takes all reasonable measures to terminate the confinement as soon as he knows that he safely can, unless the person confined has been arrested on a charge of crime.

แปลเป็นไทยได้ดังนี้

มาตรา 3.04 การใช้กำลังป้องกันตนเอง

(1) การใช้กำลังป้องกันบุคคล ภายใต้บทบัญญัติของมาตรานี้ และ มาตรา 3.09 การใช้กำลังป้องกันตนเองนั้นไม่มีความผิด ถ้าผู้กระทำเชื่อว่าการใช้กำลังเช่นนั้นจำเป็น ต้องกระทำในทันใดเพื่อป้องกันตัวเขาจากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นโดยผู้ก่อภัยในโอกาสนั้นๆ

(2) ข้อจำกัดการใช้กำลังเพื่อป้องกัน

(a) การใช้กำลังต่อไปนี้ไม่ถือว่าชอบด้วยกฎหมาย

- (i) เพื่อต่อต้านการจับกุมซึ่งผู้กระทำรู้ว่าการจับกุมนั้นทำโดยเจ้าหน้าที่ แม้ว่าการจับกุมจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม
- (ii) เพื่อต่อต้านการใช้กำลังที่ก่อขึ้นโดยผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือบุคคลอื่นที่ครอบครองแทน และผู้กระทำรู้ว่าการใช้กำลังของผู้ครอบครองนั้นเพื่อป้องกันทรัพย์สินของตนเอง เว้นแต่
 - (A) ผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ช่วยในการปฏิบัติหน้าที่จับกุม หรือเป็นบุคคลที่ทำการจับกุมโดยชอบ หรือ
 - (B) ผู้กระทำถูกแย่งการครอบครองทรัพย์สินโดยมิชอบ และใช้กำลังเพื่อกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นอีกครั้งหนึ่ง โดยชอบตาม มาตรา 3.06 หรือ
 - (C) ผู้กระทำเชื่อว่าการใช้กำลังนั้นจำเป็นเพื่อป้องกันตนเองจากภัยอันตรายต่อชีวิตหรืออันตรายสาหัส

(b) การใช้ deadly force ไม่ถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายภายใต้มาตรานี้ เว้นแต่ผู้กระทำเชื่อว่าการใช้ deadly force นั้น จำเป็นเพื่อป้องกันตนเองจากความตาย อันตรายสาหัส การถูกลักพาตัว การถูกข่มขืนกระทำชำเรา และการใช้ deadly force ไม่ถือว่าชอบด้วยกฎหมาย ถ้า

- (i) ผู้กระทำเป็นผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำการประทุษร้ายตนเอง
- (ii) ผู้กระทำรู้ว่าเขาสามารถหลีกเลี่ยงการใช้ deadly force ได้ โดยการถอยหนีที่ปลอดภัย หรือโดยการยอมสละการครอบครองให้กับบุคคลที่อ้างสิทธิเหนือทรัพย์สิน หรือโดยการทำตามคำสั่งที่ร้องขอให้เขางดเว้นจากการกระทำที่เขาไม่มีหน้าที่ที่ต้องทำ เว้นแต่
 - (A) ผู้กระทำไม่มีหน้าที่ต้องถอยหนีจากบ้าน หรือสถานที่ทำงานของตนเอง เว้นแต่เขาเป็นผู้ก่อภัยก่อน หรือเขาถูกประทุษร้ายในที่ทำงานของเขา โดยบุคคลอื่นซึ่งผู้กระทำรู้ว่าเป็นที่ทำงานของบุคคลอื่นด้วย
 - (B) เจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่ หรือบุคคลผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน หรือบุคคลที่ทำการจับกุมหรือดำเนินการหนี มีสิทธิใช้

กำลังโดยชอบ และไม่มีหน้าที่ที่จะต้องระดมความพยายามจากการทำหน้าที่ *

(c) เว้นแต่ที่บัญญัติไว้ใน (a),(b) บุคคลใดที่ใช้กำลังเพื่อป้องกันนั้น อาจต้องประมาณความจำเป็นภายใต้พฤติการณ์ต่างๆ ด้วย

(3) การใช้การหน่วงเหนี่ยวเพื่อป้องกันตนเอง ความชอบด้วยกฎหมายในมาตรานี้ขยายความไปถึงการใช้การหน่วงเหนี่ยวเพื่อป้องกันด้วย ด้วยเงื่อนไขที่ว่าผู้กระทำความผิดใช้มาตรการอย่างสมเหตุสมผลที่จะหยุดยั้งการหน่วงเหนี่ยวให้เร็วที่สุดเมื่อเขารู้ว่าเขาปลอดภัยแล้ว เว้นแต่คนที่ถูกหน่วงเหนี่ยวถูกจับกุมดำเนินคดีอาญา

3.3.2 ประเทศเยอรมัน

โดยหลักเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายบัญญัติอยู่ในมาตรา 32 ของ StGB และหลักเรื่องการป้องกันเกินเหตุบัญญัติอยู่ในมาตรา 33 ของ StGB ฉบับปัจจุบันคือ StGB ค.ศ. 1975

ใน StGB ค.ศ. 1975 มาตรา 32 ได้บัญญัติเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ ดังนี้

*“Notwehr (1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwaertigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden”*⁶²

Gerold (Jerry) Harfst ได้แปลเป็นภาษาอังกฤษไว้ว่า

*“Self-defense (1) Whoever commits an act necessary for his self-defense does not act unlawfully. (2) Self-defense is the defense required to avert an imminent unlawful attack on oneself or another.”*⁶³

แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า

“การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (1) ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด (2) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายถึงความจำเป็นที่จะต้องป้องกันตนเองหรือผู้อื่นจากการถูกประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมายและที่ใกล้จะถึง”⁶⁴

* เช่น ตำรวจถูกยิง ตำรวจก็ยิงผู้ร้ายได้โดยไม่ต้องถอย

⁶² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน”, ตุลพาหุ, เล่ม 4 ปีที่ 43, (ตุลาคม-ธันวาคม, 2539), หน้า 135.

⁶³ Gerold (Jerry) Harfst, German Criminal Law, Harfst Verlag, 1998, p. 69.

⁶⁴ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

แนวคิดพื้นฐานของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมาจากสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง” (Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen)⁶⁵

เหตุผลของการป้องกันโดยชอบมี 2 ประการคือ

1) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าเป็นสิทธิของปัจเจกชนแต่ละคน (individualrechtlich) ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ

2) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ถือว่าเป็นสิทธิทางสังคม (Sozialrechtlich) ที่ถือว่าการป้องกันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการปกป้องเพื่อให้เกิดความสงบสุขขึ้นในสังคม ในกรณีที่สังคมปราศจากการช่วยเหลือจากรัฐ⁶⁶

ในอดีตกฎหมายเยอรมันยึดถือสุภาษิต “ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง” อย่างเคร่งครัด ดังนั้น สิทธิในทางป้องกันโดยชอบจึงไม่มีขอบเขตตัวอย่างเช่น ผู้ถูกประทุษร้ายสามารถที่จะป้องกันตนจากการถูกขโมยกระเป๋าตังค์ โดยใช้กำลังประทุษร้ายการฆ่าผู้อื่นได้⁶⁷ แต่ต่อมาแนวคิดเรื่องขอบเขตการใช้สิทธิป้องกันเริ่มจำกัดให้แคบลงโดยแนวคิดทางจริยศาสตร์สังคม (sozialethisch) กล่าวคือ บทบัญญัติใน StGB ค.ศ. 1871 มาตรา 53 ไม่ได้แตกต่างจากบทบัญญัติใน StGB ค.ศ. 1975 มาตรา 32 เลย แต่แนวคิดในอดีตถือว่าการใช้สิทธิป้องกันไม่มีพรหมแดน แต่ปัจจุบันจะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นของการใช้สิทธิป้องกันด้วย กล่าวคือผู้กระทำต้องเลือกใช้วิธีที่ทำให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด แต่ไม่จำเป็นต้องหลบหนีจากการถูกประทุษร้าย ตัวอย่างเช่น เด็กปีนไปเก็บลูกเชอร์รี่กินต่อหน้าเจ้าของสวนซึ่งพิกการนั่งรถเข็น เจ้าของสวนยิงขู่เตือนเด็ก ก็ไม่ฟัง เจ้าของจึงยิงเด็กตาย เช่นนี้ในแนวคิดใหม่เห็นว่า แม้เด็กจะประทุษร้ายอันละเมิดกฎหมายและเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึงก็ตาม แต่ความจำเป็นในการป้องกันดังกล่าวก็ถูกปฏิเสธ โดยไม่ถือว่าเป็นสิ่งจำเป็น (geboten)⁶⁸ เพราะอันตรายเป็นสิ่งที่เล็กน้อย เมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดจากการป้องกัน

เมื่อพิจารณาจาก StGB มาตรา 32 สามารถแยกองค์ประกอบของการป้องกันตามกฎหมายเยอรมันได้ 3 ข้อ ดังนี้คือ

1. การประทุษร้าย (Angriff)
2. ความมิชอบด้วยกฎหมาย (rechtswidrig)

⁶⁵ Han Welzel, Das deutsche Strafrecht, 10 Auflage (Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1967), p. 81. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 133.

⁶⁶ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 133-134.

⁶⁷ Hans Welzel, op.cit., p. 83. อ้างถึงใน Horst Schroeder, Strafgesetzbuch, 15 Auflage (C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1970), p. 461. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 142-143.

⁶⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 146.

3. ไกล้จะถึง (gegenwaertig)

4. ความจำเป็นที่จะต้องป้องกัน (die erforderliche Verteidigung)

1. การประทุษร้าย (Angriff) หมายถึง การทำอันตราย (Verletzung) หรือ ก่ออันตราย (Gefaehrdung) ต่อประโยชน์ต่างๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำของมนุษย์ การประทุษร้ายรวมถึงการไม่เคลื่อนไหวร่างกายในกรณีที่มีหน้าที่ที่จะต้องเคลื่อนไหว⁶⁹ เช่น มารดามีหน้าที่ให้นมบุตร หากมารดาไม่ให้นมบุตรก็ถือว่าเป็นการประทุษร้ายเช่นกัน

2. ความมิชอบด้วยกฎหมาย (rechtswidrig) การประทุษร้ายต้องเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือการประทุษร้ายเป็นการทำอันตรายต่อระบบกฎหมายในทางภาวะวิสัย (objektiv)⁷⁰ การป้องกันสามารถอ้างได้กับผู้กระทำการประทุษร้ายที่มีความชั่ว หรือปราศจากความชั่วก็ได้ เช่น คนมีนเมา คนวิกลจริต เด็ก นอกจากนี้การกระทำโดยประมาทและการกระทำโดยสำคัญผิดก็อ้างป้องกันได้⁷¹ แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้กระทำก็ไม่อาจอ้างป้องกันได้ ดังนั้นจึงไม่อาจอ้างการป้องกันโดยชอบกับการป้องกันโดยชอบได้

3. ไกล้จะถึง (gegenwaertig) การประทุษร้ายนอกจากละเมิดต่อกฎหมายแล้ว ยังต้องเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงด้วย โดยการพิจารณาว่าการประทุษร้ายใดเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึงให้ใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัย⁷² การประทุษร้ายที่อาจอ้างการป้องกันโดยชอบได้นั้นมีอยู่ 3 ระดับ คือ การประทุษร้ายที่ใกล้จะเกิดขึ้นโดยตรง (der unmittelbar bevorsteht) การประทุษร้ายที่เกิดขึ้นแล้ว (stattfindet) และการประทุษร้ายยังคงดำเนินอยู่ (fortdauert)⁷³ การประทุษร้ายที่ยังไม่ถึงขั้นการพยายามกระทำความผิดอาญาที่อาจเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึงได้⁷⁴ เช่นเดียวกับการประทุษร้ายที่เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ก็ยังคงถือว่าเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึงได้ ถ้าการประทุษร้ายยังคงมีสภาพต่อเนื่อง (Dauerdelikten)

⁶⁹ Hermann Blei, Strafrecht : Allgemeiner Teil, 16 Auflage (C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1975), p. 127 อ้างถึงในสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

⁷⁰ Hans-Heinrich Jescheck, Das deutsche Strafrecht, 10 Auflage (Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1967) ,p. 306. อ้างถึงในสุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 137.

⁷¹ Ibid.,p. 138.

⁷² Ibid.,p. 139.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

เช่น ความผิดต่อเสรีภาพ ในทำนองกลับกันความผิดที่มีสภาพจับสิ้น (Zustandsdelikten) เช่น ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ไม่ถือว่าเป็นการประทุษร้ายที่ใกล้จะถึง

4. ความจำเป็นที่จะต้องป้องกัน (die erforderliche Verteidigung) การตอบโต้ต่อการประทุษร้ายอันมิชอบด้วยกฎหมายและที่ใกล้จะถึง จะเป็นการป้องกันโดยชอบได้ต่อเมื่อเป็นสิ่งจำเป็นซึ่งต้องใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัยในการพิจารณาขณะกระทำการป้องกัน กล่าวคือ ต้องสมมติบุคคลที่สามที่มีความระมัดระวัง (ein besonnener Dritter) และอยู่ในสภาวะอย่างเดียวกันกับผู้ถูกประทุษร้ายขึ้นมาเป็นผู้วินิจฉัยข้อเท็จจริงต่างๆ ในอดีตเคยยึดหลักสัจพจน์ที่ว่า “ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง” ด้วยเหตุนี้ในอดีต ขอบเขตของความจำเป็นที่จะต้องป้องกันจึงไม่จำกัด เช่น ผู้กระทำการป้องกันอาจฆ่าบุคคลผู้เอาไปซึ่งกระเป๋าสตางค์ได้ โดยถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบ แต่ในปัจจุบันแนวความคิดในเรื่องขอบเขตของการป้องกันเริ่มจำกัดลง โดยถือว่าผู้กระทำโดยการป้องกันจะต้องเลือกใช้วิธีที่จะก่อให้เกิดความเสียหายและอันตรายน้อยที่สุด โดยไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อหรือหลบหลีกให้กับการถูกประทุษร้าย นอกจากนี้ กรณีที่ผู้กระทำการป้องกันมีวิธีการตอบโต้การประทุษร้ายได้หลายวิธีโดยแต่ละวิธีให้ผลเหมือนกัน ผู้กระทำจะต้องเลือกใช้วิธีก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด⁷⁵

โดยสรุปแล้ว หลักการป้องกันตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายเยอรมันนั้นมีพื้นฐานที่คล้ายกัน กล่าวคือ จะต้องมียันตรายเกิดขึ้นก่อน โดยกฎหมายสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “Unlawful force”⁷⁶ หรือ “danger of unlawful bodily harm” ในขณะที่กฎหมายเยอรมันใช้คำว่า “Angriff”

มียันตรายดังกล่าวจะต้องเป็นมียันตรายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “Unlawful” ในขณะที่กฎหมายเยอรมันใช้คำว่า “rechtswidrig”

มียันตรายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นมียันตรายที่ใกล้จะถึง กล่าวคือในสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “imminent” ในขณะที่เยอรมันใช้คำว่า “gegenwaertig”

ผู้กระทำการป้องกันกระทำการป้องกันตนเองให้พ้นจากมียันตรายนั้นๆ โดยใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัยในการพิจารณา (objective ในสหรัฐอเมริกา หรือ objektiv ในเยอรมัน) โดยกฎหมายสหรัฐอเมริกาเน้นพิจารณาถึง “ความสมเหตุสมผล” (Reasonable) โดยใช้วิญญูชนที่อยู่ในสภาพเดียวกับผู้กระทำมาวินิจฉัยว่า ผู้กระทำการป้องกันได้กระทำการป้องกันด้วยความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ ในขณะที่กฎหมายเยอรมันใช้หลักภาวะวิสัยมาพิจารณาเช่นกัน แต่เน้นไปที่ “ความจำเป็นของการป้องกัน” (erforderlich) กล่าวคือ ใช้วิญญูชนเป็นเกณฑ์วินิจฉัยว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นมีความจำเป็นในการกระทำการป้องกันหรือไม่

ประเทศเยอรมันมิได้บัญญัติให้เหตุบันดาลโทสะเป็นเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุลดโทษโดยชัดแจ้ง รวมถึงกรณีการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุและเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้อง

⁷⁵ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 142-144.

⁷⁶ Model Penal Code Section 3.04(1).

กระทำเพื่อป้องกัน (ที่ไม่ใช่การกระทำเนื่องจากตื่นเต้น ตกใจ หรือกลัวเพราะกฎหมายเยอรมันเห็นว่า ผู้กระทำความผิดในกรณีนี้ ไม่มีความชั่ว จึงยกเว้นโทษให้) ด้วย เป็นผลดีในแง่ที่ว่า การใช้ดุลพินิจลดโทษของศาลเยอรมันจะมีความชัดเจนว่าเป็นการใช้ดุลพินิจตามมาตรา 46 (2) โดยพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา โดยศาลไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าพฤติการณ์แห่งคดีนั้นเป็น “การกระทำโดยบันดาลโทสะ” หรือ “การป้องกันเกินเหตุ”

แต่ทั้งนี้กฎหมายสหรัฐอเมริกา และกฎหมายเยอรมันยังมีความแตกต่างกันบ้างเล็กน้อยในรายละเอียด ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 ข้อ คือ

1) กฎหมายสหรัฐอเมริกาแยกเรื่องการป้องกันทรัพย์สิน (Defense of property) และการป้องกันบุคคลอื่น (Defense of others) ออกจากการป้องกันตนเอง (Self-defense) ไม่ว่าจะ เป็น Common Law หรือ Model Penal Code* ก็ได้วางหลักการไว้คนละส่วนกัน และใช้เกณฑ์พิจารณาแตกต่างกัน แต่กฎหมายเยอรมันไม่ได้แยกการป้องกันทรัพย์สินและการป้องกันบุคคลอื่นออกจากเรื่องการป้องกันตนเอง โดยทั้งหมดบัญญัติไว้ใน StGB ค.ศ.1975 มาตรา 32 เหมือนกัน เมื่อพิจารณากฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า มีลักษณะการบัญญัติกฎหมายเรื่องการป้องกันคล้ายกับกฎหมายเยอรมัน โดยบัญญัติเรื่องการป้องกันตนเอง การป้องกันบุคคลอื่น และการป้องกันทรัพย์สินไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 มาตราเดียว และใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาแบบเดียวกัน

2) ความแตกต่างในเรื่องของ “การถอยหนี” ในกฎหมายเยอรมันยึดถือสุภาษิตที่ว่า “ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง” อย่างเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อมีภัยอันตรายมาถึงผู้กระทำ ถ้ามีทางเลือก 2 ทาง คือ การใช้กำลังป้องกันกับการถอยหนีอย่างปลอดภัย กฎหมายเยอรมันถือว่าผู้ถูกภัยอันตรายนั้นสามารถใช้กำลังป้องกันตนเองได้ทันทีและเป็นการป้องกันโดยชอบ แม้จะมีทางหนีได้โดยปลอดภัยก็ตาม เพราะผู้กระทำการป้องกันกำลังกระทำการด้วยความถูกต้อง ซึ่งผู้กระทำไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง แต่ในกฎหมายสหรัฐอเมริกายังมีความเห็นในเรื่องนี้แตกต่างกันอยู่ โดยเห็นว่าถ้าผู้ถูกภัยอันตรายใช้กำลังตอบโต้ที่ไม่ถึงแก่ชีวิต (nondeadly force) เช่นนี้สามารถใช้กำลังป้องกันได้โดยไม่ต้องถอยหนี แม้ว่าจะมีทางถอยหนีได้โดยปลอดภัยก็ตาม แต่ถ้าผู้ถูกภัยอันตรายใช้การป้องกันตอบโต้ที่เป็นภัยอันตรายต่อชีวิต (deadly force) ไปยังผู้ก่อภัย เช่นนี้แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ บางรัฐเห็นว่าผู้กระทำการป้องกันสามารถใช้กำลังตอบโต้ที่รุนแรงถึงแก่ชีวิตตอบโต้ได้ทันที และเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะมีทางหนีได้อย่างปลอดภัยก็ตาม แนวความเห็นนี้คล้ายกับหลักการของกฎหมายเยอรมัน แต่คำพิพากษาในบางรัฐเห็นว่า เมื่อมีภัยอันตรายถึงแก่ชีวิต (deadly force)

* Model Penal Code ได้บัญญัติเรื่องการป้องกันตนเอง (Self-defense) ไว้ใน Section 3.04 เรื่องการป้องกันบุคคลอื่น (Defense of others) ไว้ใน Section 3.05 และเรื่องการป้องกันทรัพย์สิน (Defense of property) ไว้ใน Section 3.06.

และผู้ถูกภัยอันตรายนั้นมีทางเลือก 2 ทางในการพ้นจากภัยอันตรายนั้น ทางหนึ่งคือใช้กำลังตอบโต้ที่เป็นอันตรายแก่ชีวิต (deadly force) อีกทางหนึ่งคือถอยหนีจากภัยอันตรายนั้น ผู้ถูกภัยอันตรายต้องเลือกที่จะถอยหนีก่อน เพราะความเห็นนี้เห็นว่าผู้ถูกภัยอันตรายมี “หน้าที่ถอยหนี” (duty to retreat) เพื่อให้พ้นภัยอันตรายนั้น และหากผู้ถูกภัยอันตรายใช้กำลังถึงขั้นอันตรายต่อชีวิตตอบโต้ไปทั้งๆ ที่ถอยหนีได้อย่างปลอดภัย ความเห็นนี้ถือว่าไม่อาจอ้างป้องกันได้ “หน้าที่ถอยหนี” (duty to retreat) นี้ถูกนำมาใช้จนเป็นสุภาษิตที่เรียกว่า “ต้องถอยจนชนกำแพง” (retreat to the wall) ก่อนที่จะใช้กำลังตอบโต้ขั้น deadly force อย่างไรก็ดี ความเห็นที่ยึดหลัก duty to retreat นี้ ก็มีข้อยกเว้นในเรื่องหลัก “Castle doctrine” กล่าวคือถ้าผู้ถูกภัยอันตรายอยู่ในบ้านหรือสำนักงานของตนเองก็ไม่จำเป็นต้องถอยหนี แม้ว่าจะมีทางถอยหนีได้โดยปลอดภัยก็ตาม Model Penal Code ยังยึดความเห็นในเรื่อง “duty to retreat” อยู่ โดยบัญญัติใน Model Penal Code Section 3.04 (2) (b) (ii) ซึ่งมีหลักว่า ห้ามใช้ deadly force เว้นแต่จะได้ออกถอยหนีจนถึงที่สุดแล้ว และมีข้อยกเว้นตามหลัก Castle doctrine ที่ว่าผู้ถูกภัยอันตรายไม่ต้องถอยหนีจากบ้านหรือสำนักงานของตน

3.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบหาแนวทางที่เหมาะสม

ในเรื่องการกระทำโดยการป้องกันและการกระทำโดยการบันดาลโทสะนั้น ในกฎหมายไทยยังมีความเห็นทางวิชาการและความเห็นตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแตกต่างกัน อยู่ใน 2 ประเด็น คือ

3.4.1 การกระทำโดยการป้องกันกับการกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้หรือไม่

3.4.2 การกระทำการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ การกระทำการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะมีความแตกต่างกันอย่างไร

3.4.1 การกระทำโดยการป้องกันกับการกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้หรือไม่

การกระทำการป้องกันถือว่าเป็นเหตุที่กฎหมายให้บุคคลมีอำนาจกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดได้โดยไม่ถือว่าผู้กระทำมีความผิด เนื่องจากมีพฤติการณ์ที่กฎหมายไม่อาจเข้าระงับเหตุได้ทันที จึงจำเป็นต้องให้สิทธิปัจเจกชนในการใช้กำลังป้องกันตนเอง ส่วนการกระทำโดยบันดาลโทสะนั้นเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีความโกรธ และสูญเสียการควบคุมตนเองหรือการยับยั้งชั่งใจในขณะที่กระทำความผิด โดยถือว่าเป็นการกระทำที่มีความผิดแล้ว แต่ศาลมีดุลพินิจที่จะลดโทษให้กับผู้กระทำผิดได้ เพราะถือว่าผู้กระทำถูกยั่วให้โกรธ และสูญเสียการควบคุมตนเองจนต้องกระทำความผิด โดยทั่วไปแล้ว เมื่อมีพฤติการณ์ใดๆ เกิดขึ้นเป็นคดีในศาล มักจะเข้าหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยการป้องกันหรือการกระทำโดยบันดาลโทสะอย่างชัดแจ้ง ศาลสามารถปรับบทตามที่จำเลยยกข้อต่อสู้ไว้ หรือบางกรณีศาลก็ใช้

ดุลพินิจตามที่ศาลเห็นเองได้ ตัวอย่างเช่น บางกรณีจำเลยต่อสู้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกัน ศาลอาจปฏิเสธและวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวของจำเลยเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะและพิพากษาให้จำเลยมีความผิด แต่ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้ได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2513 “ผู้ตายมีปืนติดตัวไปในไร่ของจำเลย พูดคุกคามจะตัดไม้ในไร่ นั้นทำนองข่มเหงจำเลย จำเลยห้ามแล้วผู้ตายกลับไม่พอใจ ยกปืนจ้องไปทางจำเลย จำเลยกับผู้ตายแย่งปืนกัน ปืนลั่นถูกจำเลยบาดเจ็บและหลุดจากมือผู้ตาย ผู้ตายวิ่งหนีไปโดยไม่มีอาวุธ จำเลยไล่ตามไปฟันผู้ตาย การกระทำของจำเลยครั้งนี้ไม่เป็นการป้องกัน แต่ถือว่ากระทำโดยบันดาลโทสะ” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 455/2537 “เมื่อผู้ตายยกอาวุธปืนเล็งมายังจำเลย จำเลยได้เข้าแย่งอาวุธปืนจากผู้ตาย ทำให้มีเสียงปืนดังขึ้น 1 นัด ผู้ตายจึงได้หักลำกล้องปืนและบรรจุกระสุนขึ้นใหม่ จำเลยได้เข้าแย่งอาวุธปืนอีก เป็นเหตุให้ปืนลั่นอีก 1 นัด และอาวุธปืนได้หลุดจากมือผู้ตาย ถือว่าภยันตรายที่จำเลยต้องป้องกันได้ผ่านพ้นไปแล้ว ไม่มีภยันตรายที่ใกล้จะถึงอันจะต้องป้องกันอีก การที่จำเลยใช้มีดโต้ฟันผู้ตายในขณะนั้น จึงไม่อาจเป็นการกระทำโดยป้องกันได้ แต่การกระทำของผู้ตายถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยฟันผู้ตายถึง 6 ครั้ง จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ เป็นต้น หรือบางกรณีจำเลยต่อสู้ว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ศาลอาจปรับบทเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันได้

เมื่อแนวทางการต่อสู้ของจำเลยกับแนวคำพิพากษาบางครั้งเหมือนกัน แต่บางครั้งก็แตกต่างกัน จึงทำให้เกิดปัญหาว่าการกระทำโดยการป้องกันกับการกระทำโดยบันดาลโทสะสามารถเกิดขึ้นพร้อมกันได้หรือไม่

ในที่นี้มีความเห็นทางวิชาการที่สอดคล้องกัน คือเห็นว่าการกระทำโดยการป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะอาจเกิดขึ้นพร้อมกันได้ ตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1278/2517 ว่า

“ข้อที่น่าคิดคือ ป้องกันเกินกว่าเหตุ จะมีบันดาลโทสะอยู่ด้วยได้หรือไม่ ถ้าดูตามตัวบทก็ไม่น่าจะขัดข้องอย่างไร ที่ว่าถูกข่มเหงและบันดาลโทสะทำผิดในขณะนั้น คำว่าขณะนั้นก็หมายความว่าตั้งแต่แรกถูกข่มเหงไปจนถึงกระทำผิด ซึ่งอาจเลยเวลาที่จะป้องกันไปแล้วก็ได้ แต่ก็ควรรวมถึงเวลาที่ยังป้องกันได้อยู่ด้วย ไม่เหมือนการกระทำผิดโดยบันดาลโทสะกับไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งไปด้วยกันไม่ได้ แย่งปืนได้แล้วยิงในขณะที่ผู้ตายยังนอนอยู่เดี่ยวนี้อาจเป็นเกินการจำต้องทำเพื่อป้องกัน ไม่ใช่เกินสมควรแก่เหตุ จะเป็นมาตรา 69 ป้องกันเกินแก่เหตุ หรือมาตรา 72 บันดาลโทสะ ศาลก็ลงโทษน้อยลงเพียงใดก็ได้ แต่มาตรา 69 จะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ถ้าได้ทำโดยตื่นเต้น ตกใจหรือกลัว จะอ้างเหตุตามมาตรา 69 และมาตรา 72 ลดโทษ 2 ครั้ง คงไม่มีสาระที่ควรทำ อ้างมาตรา 69 แล้วลงโทษเท่าใดก็ควรพอ...”⁷⁷

หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1480/2520 ว่า

⁷⁷ จิตติ ดิงศภักดิ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1278/2517.

“ที่ว่าบันดาลโทสะเป็นป้องกันสมควรแก่เหตุไม่ได้นั้น ไม่ใช่บทบัญญัติของกฎหมาย เป็นข้อคิดเห็นทางสภาพข้อเท็จจริงเท่านั้น โดยปกติก็คงเป็นทั้ง 2 อย่าง โดยการกระทำเดียวกันไม่ได้ แต่น่าจะไม่เด็ดขาด อาจมีการกระทำทั้งกลัวทั้งโกรธในขณะเดียวกัน โดยมูลเหตุจูงใจที่ว่าเพื่อป้องกันสิทธิตามมาตรา 68 และเพราะบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงก็ได้”⁷⁸

และหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2513/2520 ว่า

“เห็นจะไม่ใช่หลักว่าถ้าป้องกันแล้วไม่ใช่บันดาลโทสะ หรือบันดาลโทสะแล้วไม่ใช่ป้องกัน คงต้องแล้วแต่ข้อเท็จจริงว่าเป็นทั้งป้องกันและบันดาลโทสะในขณะเดียวกันได้หรือไม่ การกระทำด้วยเจตนาพิเศษเพราะถูกข่มเหง กับเพื่อป้องกันอาจรวมอยู่ในการกระทำอันเดียวกันได้ ไม่ขัดกันดังการกระทำโดยบันดาลโทสะกับไตร่ตรองไว้ก่อน ผู้เสียหายตรงเข้าไปจะทำร้ายจำเลย เห็นได้ว่าเป็นการข่มเหงตั้งแต่ขณะนั้นก่อนทำร้ายได้ดังที่เจตนาจะทำแล้วจำเลยจึงป้องกันได้ และเป็นการบันดาลโทสะได้ด้วยในขณะเดียวกัน”⁷⁹

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ มีความเห็นว่าการป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะอาจเกิดขึ้นพร้อมกันได้ เพราะขณะที่กระทำด้วยความบันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงนั้น อาจจะมีเจตนาเพื่อป้องกันตนเองไปพร้อมๆ กันก็ได้ และถ้อยคำของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ที่ว่า ผู้ถูกบันดาลโทสะได้กระทำต่อผู้ข่มเหงใน “ขณะนั้น” ซึ่งคำว่า “ในขณะนั้น” อาจหมายถึงตั้งแต่เริ่มถูกข่มเหงจนกระทั่งการข่มเหงจบสิ้นไปแล้วก็ได้ ดังนั้นถ้ากระทำด้วยความบันดาลโทสะตั้งแต่เริ่มถูกข่มเหง ก็อาจจะเข้าลักษณะของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายพร้อมๆ กันได้ แต่ถ้ากระทำด้วยความบันดาลโทสะหลังจากที่การข่มเหงสิ้นสุดแล้วก็ไม่อาจเป็นการป้องกันโดยชอบได้ เป็นได้เพียงการกระทำโดยบันดาลโทสะเท่านั้น

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่า

“การกระทำที่เป็นการป้องกันต้องเป็นการกระทำ “เพื่อป้องกัน”

เมื่อการกระทำที่เป็นการป้องกันเป็นการกระทำเพื่อป้องกันแล้ว แม้ในการกระทำนั้นจะได้มีเหตุจูงใจอื่นรวมอยู่ด้วย เช่น ความเกลียดชัง โทสะ หรือความแค้น กรณีก็ไม่ทำให้การกระทำที่เป็นการป้องกันนั้นเสียไป”⁸⁰

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร เห็นว่าการกระทำเพื่อป้องกันอาจมีมูลเหตุจูงใจในเรื่องโทสะรวมอยู่ด้วยได้ ซึ่งในเรื่องโทสะนี้คือ มูลเหตุของความโกรธอันเป็นเหตุของการบันดาลโทสะนั่นเอง แม้จะมีมูลเหตุจูงใจในเรื่องโทสะอยู่ก็ไม่ทำให้การกระทำที่เป็นการป้องกันเสียไป ซึ่งแปลความได้ว่า การกระทำการป้องกันนั้นแม้จะมีการบันดาลโทสะประกอบอยู่ด้วยก็ไม่ทำให้การป้องกันเสียไป เท่ากับว่าการกระทำเพื่อป้องกันและการกระทำด้วยเหตุบันดาลโทสะจึงอาจเกิดขึ้นพร้อมๆ กันได้

⁷⁸ จิตติ ดิงศภักดิ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1480/2520.

⁷⁹ จิตติ ดิงศภักดิ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2513/2520.

⁸⁰ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 159.

แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยในเรื่องนี้ยังมีความเห็นแตกต่างกัน ในคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องปรับบทเป็นเรื่องการป้องกัน ทั้งๆ ที่มีข้อเท็จจริงแสดงให้เห็นว่า จำเลยบันดลโทสะ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066 / 2533 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า หลังจากผู้ตายวิ่งออกมาจากห้องของจำเลยแล้ว จำเลยติดตามออกมาและใช้มีดแทงผู้ตายอีก 3 ที่ ทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย แม้จำเลยจะได้กระทำอย่างต่อเนื่องกระชั้นชิดกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายของจำเลยในตอนแรก แต่เมื่อจำเลยแทงผู้ตายในขณะที่ผู้ตายวิ่งหนีไปแล้วซึ่งแสดงว่าผู้ตายหมดโอกาสทำร้ายจำเลยแล้ว ภัยประทุษร้ายจำเลยอันละเมิดต่อกฎหมายจึงหมดไปแล้ว การกระทำของจำเลยในตอนนี่จึงเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ผู้ตายกับพวกเป็นฝ่ายเริ่มก่อภัยประทุษร้ายจำเลยและภรรยา ก่อน การที่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายกับพวกในห้องพักของจำเลยในตอนแรก เป็นการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยไม่มีความผิด แต่เมื่อผู้ตายกับพวกวิ่งออกมาจากห้องพักของจำเลยแล้ว จำเลยติดตามออกนอกห้องพักและแทงผู้ตายซ้ำ เป็นกรณีที่ภัยอันตรายได้ผ่านพ้นไปแล้ว จำเลยไม่มีสิทธิป้องกันอีกต่อไป การกระทำของจำเลยตอนหลังนี้จึงน่าจะเป็นการกระทำโดยบันดลโทสะ แต่การที่ศาลฎีกาเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกระชั้นชิดกับการป้องกันโดยชอบของจำเลยในตอนแรก ซึ่งแม้จะแทงผู้ตายในขณะที่ผู้ตายหมดโอกาสทำร้ายจำเลยแล้ว จึงเป็นการกระทำโดยป้องกัน สามารถเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาพร้อมๆ กับการบันดลโทสะได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1407/2537 ผู้ตายหยิบจอบวิ่งไล่ตีจำเลย จำเลยวิ่งหนีแล้วหันมาต่อสู้และแย่งจอบจากผู้ตายได้แล้วตีผู้ตาย ถือว่าเป็นการป้องกันตนให้พ้นจากภัยซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันใกล้จะถึง การที่จำเลยตีผู้ตายอย่างแรงเพียงครั้งเดียว ผู้ตายก็ไม่อาจทำร้ายจำเลยได้ต่อไป การที่จำเลยตีซ้ำอีกจึงเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ผู้ตายเป็นฝ่ายก่อเหตุทำร้ายจำเลยก่อนเช่นกัน เห็นได้ว่าตอนแรกจำเลยได้หนีแล้ว ผู้ตายยังถือจอบไล่ตีจำเลยจึงแย่งจอบมาได้และตีผู้ตาย เป็นการป้องกันตนโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏว่าผู้ตายถูกตีอย่างแรง 1 ครั้งจนล้มลง ไม่สามารถทำอันตรายจำเลยได้แล้ว จำเลยยังคงตีผู้ตายซ้ำอีก การกระทำในตอนหลังของจำเลยนี้จึงน่าจะเป็นการกระทำโดยบันดลโทสะ แต่ศาลฎีกาเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 แสดงให้เห็นเช่นเดียวกันว่าการกระทำเดียวกันนี้อาจเป็นการกระทำโดยป้องกันและบันดลโทสะได้

แต่คำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่อง วินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า เมื่อเป็นการป้องกันแล้วจะไม่มีทางเป็นการบันดลโทสะได้ หรือเมื่อเป็นบันดลโทสะแล้วจะไม่มีทางเป็นการป้องกันได้ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1082/2511 วินิจฉัยว่า “การกระทำโดยป้องกัน และการกระทำโดยบันดาลโทสะองค์ประกอบต่างกัน เมื่อกระทำโดยบันดาลโทสะก็ไม่ใช่เรื่องป้องกันหรือกลับในทำนองเดียวกัน”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้คือ ผู้ตายเมาสุราและใช้มีดพร้าจะทำร้ายจำเลย จำเลยแย่งมีดพร้าได้ก็ยังไม่ฟันผู้ตาย ต่อมาผู้ตายใช้มีดพกจะเข้าแทงจำเลยอีก จำเลยจึงฟันผู้ตายที่ศีรษะ ผู้ตายล้มลง ด้วยความโทสะจำเลยไม่ยั้งมือ จึงฟันผู้ตายอีกครั้งหนึ่งจนคอเกือบขาด ผู้ตายถึงแก่ความตาย ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาว่ากรณีดังกล่าวเป็นการกระทำการป้องกันเกินกว่าเหตุและการกระทำโดยบันดาลโทสะ พิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,69,72 ลงโทษจำคุก 3 ปี และลดโทษให้อีกกึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงเหลือจำคุก 1 ปี 6 เดือน ศาลฎีกาพิพากษายืนในผล แต่แก้บทมาตราที่ลงโทษจำเลย โดยวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยนั้นไม่อาจเป็นการป้องกันและบันดาลโทสะได้ในขณะเดียวกัน เมื่อเป็นป้องกันแล้วก็ไม่ใช่บันดาลโทสะ หรือเมื่อเป็นบันดาลโทสะแล้วก็ไม่ใช่ป้องกัน เพราะองค์ประกอบต่างกัน ศาลฎีกาจึงแก้เป็นว่าจำเลยผิดฐานฆ่าคนตายแต่เป็นการป้องกันเกินกว่าเหตุ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,69 และไม่ใช่บันดาลโทสะ ส่วนโทษให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 637/2537 วินิจฉัยว่า “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไม่อาจเป็นทั้งการกระทำโดยบันดาลโทสะและป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในขณะเดียวกันได้”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้คือ ผู้ตายเข้าไปหาจำเลยและเตะสำหรับกับข้าวที่จำเลยกับภรรยานั่งรับประทานอยู่ เมื่อผู้ตายร้องเรียกให้จำเลยเข้ามาสู้ จำเลยจึงเข้ากอดปล้ำต่อสู้กับผู้ตาย แต่สู้ไม่ได้เพราะตัวเล็กกว่า จำเลยจึงวิ่งไปหยิบมีดมาแทงผู้ตายจนถึงแก่ความตาย ในชั้นแรกจำเลยรู้ว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบ มาตรา 72 ลงโทษจำคุกจำเลย 5 ปี จำเลยสารภาพ ลดโทษให้อีกกึ่งหนึ่ง คงเหลือ จำคุก 2 ปี 6 เดือน จำเลยฎีกาว่าการกระทำของตนเป็นทั้งการป้องกันและบันดาลโทสะด้วย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การกระทำเดียวกันไม่อาจเป็นป้องกันและบันดาลโทสะพร้อมๆ กันได้ และวินิจฉัยว่าจากข้อเท็จจริงถือว่าเป็นการกระทำโดยการบันดาลโทสะ มิใช่การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในขณะเดียวกัน

ในความเห็นทางกฎหมายของนักกฎหมายไทย ทั้งจากแนวความเห็นทางวิชาการและแนวคำพิพากษาบางส่วนเห็นว่า การกระทำหนึ่งๆ อาจเป็นการป้องกันและบันดาลโทสะได้พร้อมๆ กัน แต่ก็มีความเห็นของคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องเห็นว่าองค์ประกอบของการป้องกันและบันดาลโทสะต่างกัน จึงไม่อาจเป็นการกระทำทั้งสองอย่างพร้อมๆ กันได้

หากพิจารณาจากกฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นว่าไม่ได้มีการกล่าวถึงในเรื่องนี้โดยตรง เพราะศาลและลูกขุนจะตัดสินตามข้อต่อสู้ที่จำเลยยกขึ้นมา แต่มีแนวคำพิพากษาในประเด็นหนึ่งที่พอสะท้อนให้เห็นได้ว่าการกระทำโดยการป้องกันกับการกระทำโดยบันดาลโทสะอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ คือ “หลักเรื่องการต่อต้านการจับกุมที่มีชอบ

ด้วยกฎหมาย” (Resisting Unlawful Arrest) โดยศาลส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกาเห็นว่า หากเจ้าพนักงานใช้กำลังจับกุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกจับสามารถใช้การตอบโต้ที่ไม่รุนแรงถึงชีวิต (nondeadly force) กลับไปที่เจ้าพนักงานได้โดยถือว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ในคดี *People v. Cherry*, 307 N.Y. 308, 121 N.E. 2d 238 (1954) และ ในคดี *State v. Hooker*, 17 Vt. 658 (1845) แต่ถ้าผู้ถูกจับใช้การตอบโต้ที่รุนแรงถึงชีวิต (deadly force) กลับไปที่เจ้าพนักงาน ไม่ถือว่าการป้องกันโดยชอบ ตัวอย่างเช่น ในคดี *State v. Perrigo*, 67 Vt. 406, 31 A. 844 (1895) และในคดี *State v. Gum*, 68 W.Va. 105, 69 S.E. 463 (1910) แต่การใช้กำลังตอบโต้ที่รุนแรงถึงชีวิต (deadly force) กลับไปที่เจ้าพนักงานที่ทำการจับกุมโดยมิชอบนั้น บางคดีศาลจะลดโทษให้จากความผิด Murder เป็น Manslaughter ด้วยเหตุผลที่ว่า “การจับกุมโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ถูกจับกุมเกิดบันดาลโทสะ ซึ่งเป็นสาเหตุให้ผู้ถูกจับกุมสูญเสียการควบคุมตนเอง (the unlawful arrest is the sort of provocation which causes reasonable men to lose their self-control) ตัวอย่างเช่นในคดี *People v. Burt*, 51 Mich. 199, 16 N.W. 378 (1883)⁸¹

จากแนวความคิดของศาลสหรัฐอเมริกาดังกล่าว สะท้อนให้เห็นได้ว่าหากเจ้าพนักงานจับกุมโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ถูกจับกุมตอบโต้เจ้าพนักงานโดยใช้กำลังที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิต (deadly force) ศาลถือว่าการกระทำดังกล่าวไม่ถือว่าการป้องกันโดยชอบ เพราะเป็นการกระทำที่เกินสมควร แต่ศาลลดโทษให้โดยไม่ลงโทษจำเลยฐาน Murder แต่ลงโทษฐาน Manslaughter โดยถือว่าการที่จำเลยกระทำไปด้วยเหตุบันดาลโทสะ (provocation) และการจับกุมโดยไม่ชอบถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ถูกจับกุมสูญเสียความสามารถในการควบคุมตนเอง (lost self-control) ไปชั่วขณะหนึ่ง การวินิจฉัยดังกล่าวเท่ากับพิจารณาว่า การกระทำโดยการป้องกันที่เกินขอบเขต หรือการใช้สิทธิป้องกันที่เกินเหตุนั้นอาจมีการกระทำโดยบันดาลโทสะรวมอยู่ด้วยก็ได้ และศาลก็จะลงโทษฐานบันดาลโทสะ (Voluntary Manslaughter) ตามที่เห็นสมควรได้

หากพิจารณากฎหมายเยอรมันแล้ว ในความเห็นของ Prof. Hans-Heinrich Jescheck เห็นว่า “ผู้กระทำการป้องกันต้องมีเจตนาที่จะป้องกัน (Verteidigungswillen) แม้ว่าจะมีมูลเหตุจูงใจอื่นๆ (andere Motiv) เช่น ความเกลียดหรือความต้องการที่จะแก้แค้นร่วมอยู่ด้วย ก็หาต้องห้ามไม่”⁸² ดังนั้น จึงตีความได้ว่าในแนวความคิดของนักกฎหมายเยอรมันเห็นว่าหากผู้ได้รับภัยอันตรายมีเจตนาที่จะป้องกัน (Verteidigungswillen) แล้ว แม้จะมีมูลเหตุจูงใจในเรื่องความเกลียด โกรธ แก้แค้น อันเป็นพื้นฐานของเหตุบันดาลโทสะอยู่ด้วย ก็ไม่ทำให้

⁸¹ Wayne R. Lafave, Austin W. Scott, Jr., op.cit., pp. 396-397.

⁸² Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 4 Auflage, (Duncker & Humblot : Berlin, 1988), p. 307. อ้างถึงในสุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

สิทธิในการป้องกันหมดไป เท่ากับว่ามูลเหตุในเรื่องบันดาลโทสะอาจแฝงรวมอยู่ในเจตนาที่จะป้องกันด้วยก็ได้

ดังนั้น จากแนวความเห็นทางวิชาการทั้งหมดของนักกฎหมายไทย แนวความเห็นบางส่วนตามคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย แนวความเห็นของนักกฎหมายสหรัฐอเมริกาและเยอรมัน สรุปได้ว่าการใช้สิทธิป้องกันนั้นอาจมีการกระทำด้วยเหตุบันดาลโทสะรวมอยู่ได้ในขณะเดียวกัน โดยถือว่าการป้องกันเป็นการกระทำเพราะความกลัวว่าจะเกิดภัยอันตราย ส่วนบันดาลโทสะเป็นการกระทำเพราะความโกรธแค้น ซึ่งความรู้สึกหรือมูลเหตุจูงใจทั้งสองประการสามารถเกิดขึ้นพร้อมๆ กันได้ และไม่ขัดกันแต่อย่างใด

ประเด็นต่อไปที่ต้องวินิจฉัยคือ “หากสรุปได้ว่าการกระทำโดยการป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะสามารถเกิดขึ้นได้พร้อมๆ กันแล้ว เช่นนี้จะถือว่าการกระทำการป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะจะเกิดขึ้นพร้อมๆ กันในทุกกรณีหรือไม่”

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 และหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แล้ว จะพบว่าบุคคลจะใช้สิทธิป้องกันได้ต่อเมื่อ “มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” ในขณะที่การกระทำโดยบันดาลโทสะนั้น บุคคลที่กระทำการจะขอต่อสู้ได้ต่อเมื่อ “ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” หากวินิจฉัยว่าการป้องกันโดยชอบรวมการกระทำโดยบันดาลโทสะอยู่ด้วยในทุกกรณีนั้นก็ต่อแปลความว่า “ภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” มีความหมายอย่างเดียวกับ “การถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” เพียงแต่ถ้าใช้สิทธิกระทำตอบโต้ต่อผู้ก่อภัยในขณะที่ภัยอันตรายยังไม่ผ่านพ้นไป ก็ถือว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าใช้การตอบโต้ภายหลังภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว จะถือว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ

หากพิจารณาหลักเกณฑ์ของการป้องกันกับหลักเกณฑ์ของการกระทำโดยบันดาลโทสะประกอบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้ว จะเห็นว่ามูลเหตุในการอ้างการกระทำโดยบันดาลโทสะนั้นกว้างกว่ามูลเหตุในการอ้างการกระทำโดยการป้องกัน กล่าวคือ “การถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” มีความหมายกว้างกว่า “มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” ความหมายของ “มีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้น” หมายถึง ภัยอันตรายนั้นจะต้องเกิดจากการประทุษร้ายของบุคคล และจะต้องเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย โดยอาจเป็นการละเมิดต่อกฎหมายอาญาหรือกฎหมายแพ่งก็ได้ และอาจเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทก็ได้

ตัวอย่างของการป้องกันภัยอันตรายที่เกิดจากการละเมิดต่อกฎหมายอาญาโดยผู้ก่อภัยกระทำโดยเจตนา คือ นาย ก. ใช้ปืนเล็งจะยิงนาย ข. นาย ข. ใช้ปืนยิงสวนไป นาย ก. ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ภัยอันตรายเกิดจากการละเมิดต่อกฎหมายอาญา และผู้ก่อภัยกระทำการโดยเจตนา กล่าวคือ ผู้ก่อภัยมีความผิดฐานพยายามฆ่า ดังนั้นนาย ข. จึงมีสิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 นาย ข. จึงไม่มีความผิด

ตัวอย่างของการป้องกันภยันตรายที่เกิดจากการละเมิดต่อกฎหมายอาญาโดยผู้ก่อภัยทำการโดยประมาท คือ นาย ก. ขับรถโดยประมาทกำลังจะพุ่งชนนาย ข. นาย ข. ใช้ปืนยิงยางรถยนต์ของนาย ก. จนเสียหาย เช่นนี้การกระทำของนาย ข. ไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เพราะมีภยันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายโดยผู้ก่อภัยกระทำโดยประมาท กล่าวคือ นาย ก. กระทำการโดยประมาทจนน่าจะเป็นอันตรายนแก่ผู้อื่น

ตัวอย่างของการป้องกันภยันตรายที่เกิดจากการละเมิดต่อกฎหมายแพ่ง คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2479 ข้อเท็จจริงคือ สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่กินกันเป็นเวลาหลายปี วันเกิดเหตุสามีเห็นภรรยาของตนกำลังร่วมประเวณีกับชายชู้ โดยภรรยายินยอม สามีจึงใช้ปืนยิงชายชู้และภรรยาจนถึงแก่ความตาย เช่นนี้ศาลฎีกาพิพากษาว่า “การทำชู้ของภรรยา นั้นจะเป็นการสำเร็จรูปต้องมีชายชู้มาร่วมด้วย การที่ภรรยามีชู้ นั้นถือว่าเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของสามีอย่างร้ายแรง ฉะนั้นเมื่อผู้เป็นสามีมารรยาและชายชู้ตายขณะร่วมประเวณีกัน จึงถือว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศพอสมควรแก่เหตุ” จากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกานี้ เห็นได้ว่าการที่ภรรยา ร่วมประเวณีกับชายชู้ถือว่าเป็นภยันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายแพ่ง เพราะสามีและภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมต้องมีหน้าที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยา จึงต้องมีหน้าที่ที่งดเว้นจากการร่วมประเวณีกับบุคคลอื่น หากภรรยา ร่วมประเวณีกับชายชู้ ถือว่าภรรยาละเมิดกฎหมายครอบครัวซึ่งเป็นกฎหมายแพ่ง และเป็นเหตุให้สามีฟ้องหย่าในทางแพ่งได้ ดังนั้นเมื่อภรรยา ร่วมประเวณีกับชายชู้ต่อหน้าสามี สามีจึงใช้สิทธิป้องกันได้ การที่สามีใช้ปืนยิงชายชู้และภรรยาถึงแก่ความตายนั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในประเด็นนี้อาจมีความเห็นต่างได้ว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุก็ได้ เพราะภยันตรายที่ละเมิดต่อกฎหมายแพ่งนั้นเป็นการกระทบกระเทือนศักดิ์ศรีของผู้ชาย แต่การใช้สิทธิป้องกันถึงขั้นฆ่าภรรยาของตนและชายชู้ถึง 2 ศพ อาจเป็นการเกินสมควรแก่เหตุไป อย่างไรก็ตามสามารถถือเป็นบรรทัดฐานได้ว่า การเป็นชายชู้ถือว่าเป็นภยันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายแพ่ง และคู่สมรมีสิทธิป้องกันเกียรติยศของตนได้ นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 551/2509 ได้วินิจฉัยไว้ทำนองเดียวกัน

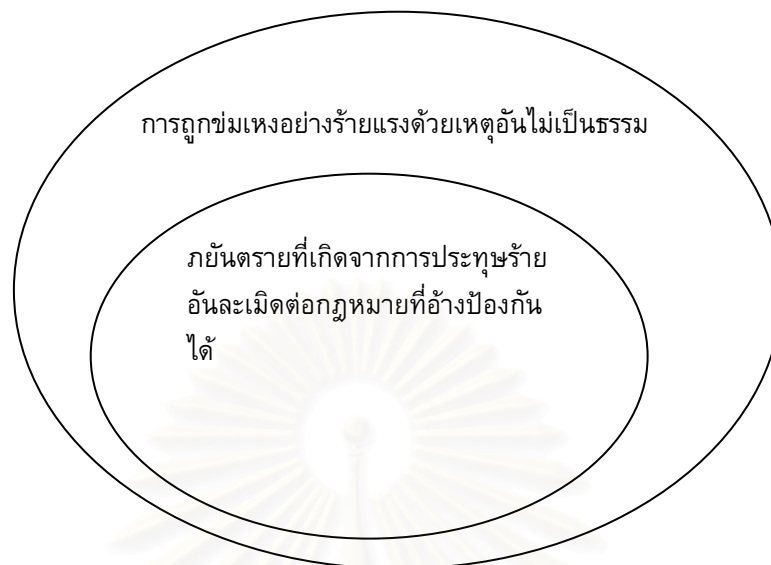
จากที่กล่าวมาทั้ง 3 ตัวอย่าง เห็นได้ว่าภยันตรายที่อาจใช้สิทธิป้องกันได้มี 3 ลักษณะคือ ภยันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายอาญา ทั้งการกระทำโดยเจตนาและการกระทำโดยประมาท และภยันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายแพ่ง โดยสาระสำคัญของ การกระทำป้องกันคือ ต้องมีภยันตรายที่ละเมิดต่อกฎหมาย เมื่อเปรียบเทียบกับ การกระทำโดยบันดาลโทสะแล้วจะพบว่าการอ้างการกระทำโดยบันดาลโทสะได้ คือ ต้อง “ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” โดยเหตุอันไม่เป็นธรรมอาจเป็นการละเมิดต่อกฎหมายเหมือนการป้องกันก็ได้ หรือเป็นเหตุอื่น ๆ ที่ไม่ละเมิดต่อกฎหมายก็ได้

ตัวอย่างการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมที่เป็นเหตุที่ละเมิดกฎหมาย คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2264/2520 วินิจฉัยว่า ผู้ตายพยายามขึ้นใจให้จำเลยตีมสรูท่างๆ ที่จำเลยปฏิเสธว่าป่วย ผู้ตายเอาแก้วขว้างจำเลย ผลักจำเลยล้มลงแล้วเอาไหล่ดันจำเลย ผู้ตายทำให้แท่ง จำเลยแท่ง 1 ที่ เป็นบันดาลโทสะ จะเห็นว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งเหตุดังกล่าวเป็นการที่ผู้ตายละเมิดกฎหมายอาญาร่างกายจำเลย นอกจากนี้ มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 294/2508 และที่ 21/2534 ศาลวินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า การที่จำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงก่อนโดยผู้ตายละเมิดกฎหมายอาญาจำเลยอ้างบันดาลโทสะได้

ตัวอย่างการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมที่ไม่ใช่เหตุจากการละเมิดต่อกฎหมาย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 249/2515 วินิจฉัยว่า “จำเลยเห็นผู้ตายกำลังชำเรกรรยาจำเลยในห้องนอน แม้กรรยาจำเลยจะมีใช้กรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็อยู่กินกันมา 13 ปี และเกิดบุตรด้วยกัน 6 คน จำเลยย่อมมีความรักและหวงแหน การที่จำเลยใช้มีดพับเล็กที่หามาได้ในทันทีทันใดแทงผู้ตาย 2 ที่ และแทงกรรยา 1 ที่ ถือว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ” ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้พบว่าจำเลยถูกกรรยาที่มีชอบด้วยกฎหมายและชายชู้ข่มเหงจิตใจอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แม้ว่าการกระทำของกรรยาและชายชู้จะไม่ได้ละเมิดต่อกฎหมายอาญาหรือกฎหมายแพ่งเลย เพราะจากข้อเท็จจริง จำเลยและกรรยามีได้จดทะเบียนสมรสกันจึงไม่เป็นสามีกรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น กรรยาจำเลยจึงมีสิทธิร่วมประเวณีกับผู้อื่นได้ โดยไม่เป็นการละเมิดกฎหมายครอบครัว แต่เห็นได้ว่าการร่วมประเวณีกับชายชู้อาจเป็นการข่มเหงสามีที่อยู่กินกันมานานได้และสามีอาจอ้างการกระทำโดยบันดาลโทสะได้ ข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 249/2515 นี้ ไม่เหมือนกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2479 และที่ 551/2509 ดังที่กล่าวไปแล้ว เพราะในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2479 และที่ 551/2509 สามีกรรยาได้จดทะเบียนสมรสกันเป็นสามีกรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีจึงมีสิทธิป้องกัน แต่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 249/2515 นี้ สามีกรรยาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน สามีจึงไม่มีสิทธิป้องกัน แต่ยังสามารถเข้ากรณีของการบันดาลโทสะได้ เพราะสามีถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม

นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2792/2515(ประชุมใหญ่) ที่ 428/2536 และที่ 6558/2540 วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า สามีหรือกรรยาที่อยู่กินกันโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงไปร่วมประเวณีกับคนอื่น ถือว่าเป็นเหตุบันดาลโทสะได้

โดยสรุปแล้ว แม้การกระทำโดยการป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ แต่เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญาแล้วมูลเหตุที่จะอ้างการกระทำโดยบันดาลโทสะมีลักษณะกว้างกว่าการอ้างการกระทำโดยการป้องกัน เพราะคำว่า “การถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” มีความหมายกว้างกว่า คำว่า “การถูกประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” โดยการถูกประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายทุกกรณีถือว่าเป็น “การถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” ดังแผนภาพ



ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า แม้ว่าการป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ แต่การกระทำทั้งสองอาจไม่เกิดขึ้นพร้อมกันในทุกกรณี กล่าวคือ หากบุคคลใดถูกภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย บุคคลนั้นอาจใช้สิทธิป้องกันได้ และอาจเป็นการกระทำเพราะบันดาลโทสะได้ในขณะเดียวกัน แต่ถ้าบุคคลใดได้รับภัยอันตรายที่ไม่ใช่การละเมิดต่อกฎหมาย บุคคลนั้นไม่อาจอ้างการป้องกันได้ แต่อาจอ้างการกระทำโดยบันดาลโทสะได้

ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาคือ “การกระทำโดยการป้องกันและบันดาลโทสะในขณะเดียวกันมีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาในทางปฏิบัติหรือไม่”

เมื่อนำบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในทางคดีที่เกิดขึ้นแล้ว จะพบว่า เมื่อบุคคลใดได้ใช้สิทธิป้องกันและกระทำการด้วยการบันดาลโทสะในขณะเดียวกันแล้ว ผู้กระทำสามารถยกข้อต่อสู้เรื่องการป้องกันโดยชอบขึ้นต่อสู้ได้เต็มที่โดยไม่จำเป็นต้องยกข้อต่อสู้เรื่องบันดาลโทสะขึ้นต่อสู้อีก เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีผลทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด กล่าวคือ เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ส่วนการกระทำโดยบันดาลโทสะนั้นเป็นเพียงเหตุลดโทษเท่านั้น ซึ่งถือว่าผู้กระทำยังมีความผิดอยู่ แต่ศาลลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ ดังนั้น การพิจารณาถึงประเด็นที่ว่า “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายและการกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดขึ้นพร้อมกันได้หรือไม่” ในชั้นนี้จึงดูเหมือนว่าแทบจะไม่ใช่สาระที่จะต้องนำมาวินิจฉัยในทางคดีเลย เป็นเพียงการถกเถียงทางวิชาการมากกว่าที่จะนำมาใช้ในความเป็นจริง เพราะทุกกรณีก็จะต้องปรับบทเรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องยกเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะขึ้นมาพิจารณาอีก ตัวอย่างเช่น

นาย ก. ใช้ไม้ตีหน้า นาย ข. จนหน้าเสียโฉม และ นาย ก. กำลังจะตีเป็นครั้งที่สอง นาย ข. ใช้มีดแทงนาย ก. บาดเจ็บเพื่อป้องกันตัว และขณะเดียวกันก็เกิดความโกรธเพราะหน้าตนเองเสียโฉม เช่นนี้ หากข้อเท็จจริงขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาล นาย ข. จะต่อสู้ว่าตนใช้สิทธิป้องกันตนเองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ทำให้การกระทำของตนไม่มีความผิด ศาลจะวินิจฉัยในประเด็นเรื่องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และถือว่า นาย ข. ไม่มีความผิดเพราะเป็นการป้องกันโดยชอบโดยที่ไม่มีประเด็นเรื่องการกระทำด้วยความบันดาลโทสะที่หน้าเสียโฉมขึ้นเป็นประเด็นในชั้นศาล เพราะข้อต่อสู้เรื่องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นคุณกับนาย ข. มากกว่าข้อต่อสู้เรื่องบันดาลโทสะอยู่แล้ว

เมื่อพิจารณาให้ครบถ้วนจะพบว่าการพิจารณาเรื่องการกระทำโดยการป้องกันและบันดาลโทสะในขณะเดียวกันนั้น ยังมีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาในทางปฏิบัติอยู่คือ ในกรณีของการใช้สิทธิป้องกันนั้นเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ถือว่าผู้กระทำมีความผิดแต่ได้รับการลดโทษ ซึ่งมีผลเช่นเดียวกับการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 จึงเกิดปัญหาว่าศาลจะต้องปรับบทเรื่องการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 หรือศาลจะต้องปรับบทเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 โดยที่การอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 นั้น เป็นคุณแก่จำเลยมากกว่า เพราะศาลอาจไม่ลงโทษได้ ถ้าการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันนั้นเกิดขึ้น เพราะความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ในขณะที่การอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เรื่องบันดาลโทสะนั้น ศาลจะต้องลงโทษเสมอ ศาลจะไม่ลงโทษเลยไม่ได้ ซึ่งในประเด็นนี้จะตีวิเคราะห์หลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อหาแนวทางในการปรับใช้มาตรา 69 และ มาตรา 72 ที่เหมาะสมในหัวข้อต่อไป

โดยสรุปแล้วในประเด็นปัญหาที่ว่า “การกระทำโดยการป้องกันกับการกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้หรือไม่” ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำทั้งสองสามารถเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ ตามความเห็นของนักวิชาการไทย นักวิชาการต่างประเทศ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาบางส่วน แต่ถ้าหากเป็นการกระทำโดยการป้องกันโดยชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 แล้ว ปัญหาดังกล่าวไม่มีประโยชน์ในทางพิจารณาคดีหรือปรับบทกฎหมายเลย เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายผู้กระทำไม่มีความผิด แม้ผู้กระทำจะได้กระทำเพราะบันดาลโทสะอยู่ด้วย ก็ไม่มีความจำเป็นในทางคดีที่จะต้องยกขึ้นพิจารณา แต่ถ้าเป็นกรณีของการเกินสมควรแก่เหตุหรือการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 แล้ว จะเกิดปัญหาในทางวิชาการและในทางพิจารณาคดี เพราะเหตุว่ามาตรา 69 เป็นคุณมากกว่า เพราะถ้าเป็นการกระทำที่เกิดจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัวแล้ว ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้ จึงเป็นปัญหาว่า

กรณีใดควรจะปรับบทด้วยมาตรา 69 และกรณีใดควรปรับบทด้วยมาตรา 72 ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์อย่างละเอียดในหัวข้อถัดไป

3.4.2. การกระทำการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ การกระทำการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน และการกระทำโดยบันดาลโทสะ มีความแตกต่างกันอย่างไร

ดังที่ได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อที่แล้วว่า การกระทำการป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ หากการกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดพร้อมกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 แล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาการกระทำโดยบันดาลโทสะอีก แต่หากการกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดพร้อมกับการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกิดพร้อมกับการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 แล้ว จะเกิดปัญหาว่าจะต้องปรับบทอย่างไรกับข้อเท็จจริงในคดี

ในหัวข้อนี้จะพิจารณาปัญหาดังกล่าว โดยการแบ่งแยกการกระทำการป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ออกเป็น 2 กรณี คือ (1) การป้องกันเกินขอบเขตต่อภยันตรายที่ยังมีอยู่ และ (2) การป้องกันเกินขอบเขตต่อภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว เหตุที่แบ่งแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังกล่าว เพราะความเห็นทางวิชาการกับความเห็นตามคำพิพากษาศาลฎีกา ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ในเรื่องของการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ซึ่งได้แยกพิจารณาโดยละเอียดแล้วในหัวข้อที่ 3.2

1. การป้องกันเกินขอบเขตต่อภยันตรายที่ยังมีอยู่กับการกระทำโดยบันดาลโทสะ

การป้องกันเกินขอบเขตต่อภยันตรายที่ยังมีอยู่นั้นจะใช้คำว่า “การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ” ซึ่งบางกรณีผู้กระทำการป้องกันได้กระทำการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุไป เพราะมีเหตุบันดาลโทสะด้วยในขณะเดียวกัน ตัวอย่างเช่น นาย ก. ใช้ไม้ตีศีรษะนาย ข. จนศีรษะแตก และยังคงจะทำร้ายนาย ข. อยู่ นาย ข. โกรธจึงใช้ปืนยิงนาย ก. ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ถือว่าการกระทำของนาย ก. นั้นเป็นภยันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงแล้วและยังไม่หมดไป นาย ข. จึงมีสิทธิป้องกันตนเองได้ แต่นาย ข. ใช้อาวุธปืนยิงนาย ก. จนถึงแก่ความตาย เห็นได้ว่าการกระทำของนาย ข. เป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 นาย ข. มีความผิดแต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดเพียงใดก็ได้ และข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นได้ว่า นาย ข. ได้กระทำการเพราะเหตุที่บันดาลโทสะด้วยในขณะเดียวกัน เนื่องจากการที่นาย ก. ใช้ไม้ตีศีรษะนาย ข. นั้น เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และนาย ข. ใช้ปืนยิงนาย ก. ด้วยเหตุเพราะบันดาลโทสะ และเป็นการกระทำต่อนาย ก. ในขณะที่นาย ข. ยังคงมีโทสะอยู่ จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้ในขณะเดียวกัน

หากพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องดังกล่าวแล้ว ประเด็นที่จำเลยยกขึ้นต่อสู้และประเด็นที่ศาลพิพากษาล้วนแต่ปรับบทเรื่องการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ทั้งสิ้น โดยไม่เคยปรากฏว่ามีการยกประเด็นข้อต่อสู้หรือปรับบทเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เลย เพราะเหตุว่าพฤติการณ์ดังกล่าว วิทยุชนมีแนวโน้มที่จะเห็นเป็นการป้องกันมากกว่าบันดาลโทสะ เพราะภยันตรายยังคงปรากฏอยู่ให้ผู้กระทำใช้สิทธิป้องกันได้ อีกทั้งการที่จำเลยยกข้อต่อสู้เรื่องการป้องกันนั้นเป็นประโยชน์มากกว่าการยกข้อต่อสู้เรื่องบันดาลโทสะ เพราะหากศาลเห็นว่าเป็นการป้องกันโดยชอบแล้ว จำเลยจะไม่มีความผิดเลย และแม้ศาลเห็นว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ศาลอาจจะไม่ลงโทษก็ได้ ถ้าเห็นว่าจำเลยกระทำไปเพราะความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ในขณะที่การยกข้อต่อสู้เรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะในกรณีนี้ เท่ากับว่าเป็นการยอมรับว่าจำเลยกระทำความผิดแล้ว และขอเหตุผลโทษ

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2513/2520 ศาลวินิจฉัยว่า “ช. โต้เถียงกับจำเลยแล้วเดินเข้าหาจะทำร้าย จำเลยยิง ช. 3 นัด ถูกโคนขาซ้าย ช. ไม่มีอาวุธ เป็นการป้องกันเกินกว่าเหตุ”

ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานพยายามฆ่า ช. ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,80 แต่ได้รับการลดโทษเพราะเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 โดยที่ศาลอุทธรณ์พิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

นอกจากนี้ มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2001/2530 “ผู้ตายหลอกหลวงจำเลยว่า บุตรจำเลยป่วยหนัก สามีจำเลยให้ผู้ตายมารับจำเลยไป ผู้ตายขับซีรตจักรยานยนต์พาจำเลยไปถึงที่เปลี่ยวแล้วลวนลามจำเลย จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายอย่างแรงถูกอวัยวะสำคัญ ขณะนั้นจำเลยอยู่ในสภาพแต่งกายเรียบร้อย ผู้ตายก็ยังนุ่งกางเกงอยู่ ผู้ตายจึงคงลวนลามโดยกอดจูบเท่านั้น ไม่ถึงขั้นจะข่มขืนกระทำชำเราจำเลย กรณียังไม่พอถือว่าเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงสำหรับจะถูกข่มขืนกระทำชำเรา คงเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงเฉพาะที่ผู้ตายกระทำอาจารย์เท่านั้น ในขณะที่ผู้ตายกอดปล้ำจำเลย ผู้ตายอาเจียน จำเลยยังดิ้นหลุดออกไปได้บ้าง แต่ผู้ตายก็เข้ามากอดปล้ำอีก แสดงว่าผู้ตายเมาสุรามากจนแทบจะครองสติไม่ได้ จำเลยอาจกระทำการใดเพื่อป้องกันโดยไม่จำเป็นต้องให้ผู้ตายถึงตายก็ได้ การที่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายในที่สำคัญจนผู้ตายถึงแก่ความตาย จึงเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4500/2531 “ผู้ตายตะตอยและใช้ขวดตีจำเลยก่อนจำเลยจึงใช้ขวดตีผู้ตายจนถึงแก่ความตาย การที่ผู้ตายเมาสุราจะเข้าไปทำร้ายจำเลยก่อนจำเลยก็ชอบที่จะป้องกันได้ตามกฎหมาย แต่เนื่องจากจำเลยทราบอยู่แล้วว่าผู้ตายชอบด่าและทำร้ายคนในบ้าน ทั้งผู้ตายมีอายุมากและยังเมาสุราจำเลยอาจกระทำการใดเพื่อป้องกันโดยไม่จำต้องรุนแรง ถึงกับทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตายก็น่าจะได้ การที่จำเลยใช้ขวดตีผู้ตายตรง

บริเวณที่สำคัญของร่างกายเป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย จึงเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2508 “จำเลยกับพวกเกิดวิวาทชกต่อยกับโจทก์ร่วม และพวกในวงสุราหน้าบ้านโจทก์ร่วม มีผู้ห้ามก็เลิกกัน จำเลยพกปืนกลับมาที่วงสุราอีก แต่ถูกโจทก์ร่วมคั่นตัวจนหนีกลับบ้าน การที่โจทก์ร่วมกับพวกตามไปถึงใต้ถุนบ้านจำเลยจึงเป็นเพราะอยากรหาเรื่องกับจำเลย เป็นการตามไปคุกคามจะทำร้ายจำเลยถึงบ้าน จำเลยใช้ปืนยิงโจทก์ร่วมกับพวก จึงเป็นการป้องกันตัว แต่โจทก์ร่วมกับพวกไม่มีอาวุธอะไร หากจำเลยยิงเพียงนัดเดียวก็น่าจะเป็นเหตุให้หลบหนีไปแล้ว แต่จำเลยยิงปืนถึง 4 นัด กระสุนปืนถูก ว. ถึงแก่ความตายและถูกโจทก์ร่วมได้รับบาดเจ็บ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,69”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1579/2529 “แม้ผู้ตายกับจำเลยจะเป็นสามีภรรยากัน ผู้ตายก็ไม่มีอำนาจอันชอบธรรมที่จะทำร้ายจำเลย เมื่อผู้ตายเป็นผู้ก่อเหตุ ด่าและตบตะเจ้าเลยก่อนจนเป็นเหตุให้จำเลยได้รับอันตรายแก่กาย จำเลยยอมมีสิทธิที่จะป้องกันตัวได้ การที่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายเพื่อยับยั้งมิให้ทำร้ายจำเลยอีก จึงเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากการถูกทำร้าย แต่ขณะเกิดเหตุ ผู้ตายเพียงแต่ตบตะเจ้าเลยโดยไม่มีอาวุธ การที่จำเลยใช้มีดปลายแหลมแทงผู้ตายหลายครั้งจนปรากฏบาดแผลถึง 5 แผล เป็นเหตุให้ถึงแก่ความตาย ถือได้ว่าจำเลยได้กระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน จำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบกับมาตรา 68,69”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2983/2531 “ก่อนเกิดเหตุผู้ตายนั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์จะกลับบ้าน ระหว่างทางพบจำเลยขี่รถจักรยานยนต์ตามมา เมื่อเข้าใกล้กันจำเลยได้ทวงหนี้ค่าสุราจากผู้ตาย ผู้ตายเรียกให้จำเลยหยุดรถเพื่อจะใช้เงิน แต่เมื่อเข้ามาจริงๆ ผู้ตายมีลักษณะโกรธเคืองและพูดว่าต้องสั่งสอน ผู้ตายเดินเข้าไปหาจำเลยเพื่อจะทำร้าย เมื่อผู้ตายเข้ามาใกล้ประมาณ 1 วา จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตาย 1 นัด ถึงแก่ความตาย ปรากฏว่าผู้ตายเป็นคนรูปร่างสูงใหญ่แข็งแรง เตี้ยและอ้วนกว่าจำเลย จำเลยจึงมีสิทธิป้องกันตนไม่ให้ถูกทำร้าย แต่การป้องกันตัวของจำเลยดังกล่าว จำเลยได้ใช้อาวุธปืนซึ่งเป็นอาวุธชนิดร้ายแรงซึ่งเชื่อว่าผู้ตายมีเพียงมือเปล่าเท่านั้น ดังนี้ เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยป้องกันตัวเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบด้วยมาตรา 69”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1408/2537 “ผู้ตายใช้ฆาโตะทำร้ายจำเลย จำเลยสามารถหยุดยั้งผู้ตายด้วยวิธีการอื่นได้ แต่ไม่กระทำ กลับใช้มีดแทงผู้ตายทันทีที่บริเวณหน้าอกอันเป็นอวัยวะสำคัญ จึงเป็นการเกินป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ”

และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4955/2528 ที่ 99/2534 และที่ 223/2540 ⁸³

⁸³ อ้างถึงแล้วในหน้า 62

จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งหมดข้างต้นเป็นเรื่องที่ศาลลงโทษจำเลยฐานป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 โดยไม่มีการยกประเด็นเรื่องบันดาลโทสะ ทั้งๆ ที่ข้อเท็จจริงในบางคำพิพากษาศาลฎีกาเห็นได้ชัดว่า จำเลยกระทำไปด้วยเหตุที่บันดาลโทสะด้วยในขณะเดียวกัน เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1579/2529 จำเลยกระทำการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุโดยใช้มีดแทงถึง 5 แผล ทั้งๆ ที่ผู้ตายไม่มีอาวุธ เพราะจำเลยถูกผู้ตายทำร้ายจนได้รับอันตรายแก่กายจึงเกิดบันดาลโทสะขึ้นในขณะเดียวกันกับการใช้สิทธิป้องกันตนเอง แต่จำเลยและศาลก็ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นบันดาลโทสะแต่อย่างใด

โดยสรุปการป้องกันเกินขอบเขตต่อภยันตรายที่ยังมีอยู่กับการกระทำโดยบันดาลโทสะนั้น ทางวิชาการและทางปฏิบัติไม่เกิดปัญหาขึ้นแต่อย่างใด เพราะจำเลยและศาลจะปรับบทเรื่องการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามมาตรา 69 ทุกกรณีโดยไม่พิจารณาเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะ

2. การป้องกันเกินขอบเขตต่อภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วกับการกระทำโดยบันดาลโทสะ *

การป้องกันเกินขอบเขตต่อภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว มีความเห็นทางวิชาการและแนวคำพิพากษาแตกต่างกัน 2 แนวทาง คือ

1. แนวความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย และแนวความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร (ตามหนังสือกฎหมายอาญาภาคความผิด)

2. แนวความเห็นของ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร (ตามหนังสือกฎหมายอาญาภาคทั่วไป)

1. แนวความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย และแนวความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร (ตามหนังสือกฎหมายอาญาภาคความผิด) เห็นว่า การใช้สิทธิป้องกันภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว ไม่ใช่การป้องกันโดยชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 แต่เป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ⁸⁴

* ตัวอย่างเช่น ก. ใช้มีดกรีดหน้า ข. จนเสียโฉม ข. ใช้มีดแทง ก. เพื่อป้องกัน 1 ที่ จน ก. ล้มลง ด้วยความโกรธ ข. จึงแทง ก. ซ้ำอีก 4 ที่ จน ก. ถึงแก่ความตายเช่นนี้เป็นการป้องกันภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว

⁸⁴ โปรดดู ความเห็นของนายหยุต แสงอุทัย ในรายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 58/2497 วันพฤหัสบดีที่ 8 เมษายน 2497 และ โปรดดู คณิต ณ นคร., กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 32-33.

ตัวอย่างที่ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัยได้ยกตัวอย่างไว้ คือ “พินเขา ล้มลงแล้ว เหตุป้องกันได้ผ่านไปแล้ว ยังพินซ้ำเขาอีก คือผู้กระทำให้ยังกระทำอีก เป็นการกระทำ เกินสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นวิสัยของมนุษย์ เรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้คิดขึ้น”⁸⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยตามแนวทางความเห็นนี้ ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2514 “ผู้ตายขึ้นไปบนเรือนของจำเลยในยามวิกาล ถึงที่ที่จำเลยนอน จำเลยร้องถามว่าใครถึง 3 ครั้ง ผู้ตายไม่ตอบและยังเข้ามาเหยียบเท้าจำเลย ประกอบกับในระหว่างนั้นได้มีคนร้ายมาปล้นบ้านใกล้เคียงบ่อยๆ จึงมีเหตุอันสมควรให้จำเลย เข้าใจว่าผู้ตายเป็นคนร้ายเข้ามาทำร้าย การที่จำเลยใช้มีดปลายแหลมแทงไป 1 ที ถือได้ว่า จำเลยกระทำการป้องกันตัวพอสมควรแก่เหตุ แต่เมื่อจำเลยแทงไป 1 ที และผู้ตายวิ่งหนีไป เสียหลักล้มลงที่พื้นดินหน้าบันไดเรือนจำเลย จำเลยยังวิ่งตามไปแทงซ้ำอีกหลายครั้ง จนผู้ตาย ถึงแก่ความตายอยู่ตรงนั้น ถือว่าจำเลยกระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2767/2536 “จำเลยถูก ว. ทำร้ายก่อนด้วยการกระชาก คอเสื้อ ทบหรือชกต่อยทำร้ายทอยและจับศีรษะโขกกับกระดานหมากรูกจนหน้าผากของจำเลยมี โลหิตไหล โดยที่จำเลยไม่ทันระวังตัวถึงกับจำเลยต้องวิ่งหนีเข้าไปในร้านตัดผมข้างที่เกิดเหตุ แต่หนีไม่พ้น เพราะด้านหลังของร้านตัดผมไม่มีทางหนีจึงต้องวิ่งย้อนกลับออกมาทางหน้าร้าน พบกับ ว. ตรงประตูทางเข้าร้านตัดผม ในขณะที่ ว. ใช้มือล้วงกระเป๋าทางด้านหลังไล่ตาม จำเลยเข้าไป จำเลยเข้าใจว่า ว. จะล้วงเอาอาวุธปืนพก ซึ่งปกติ ว. จะพกอยู่เป็นประจำออกมา ยิงจำเลย จำเลยจึงใช้อาวุธปืนพกของจำเลยยิง ว. ไปหลายนัด เพราะความกลัว เป็นเหตุให้ กระสุนปืนของจำเลยถูก ว. ถึงแก่ความตายและพลาดไปถูก ภ. ถึงแก่ความตาย แต่จำเลยได้ใช้ อาวุธปืนยิง ว. หลายนัด แสดงว่าจำเลยเจตนายิง ว. ให้ตายโดยไม่ยั้งมือ คือแทนที่จำเลยจะ หยุดยิงเมื่อเห็นว่า ว. โดนกระสุนปืนที่จำเลยยิงล้มลงแล้ว จำเลยกลับยิงต่อไปอีกหลายนัด ทำ ให้กระสุนปืนเหล่านั้นนอกจากจะถูก ว. หลายนัดจนถึงแก่ความตายแล้ว ยังพลาดไปถูก ภ. ซึ่ง ยืนดูการเล่นหมากรูกอยู่ถึงแก่ความตายด้วย ถือว่าเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ หรือ เกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน จำเลยจึงมี ความผิดฐานฆ่าผู้ตายทั้งสองโดยเจตนาเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1082/2511 “การกระทำโดยป้องกันและการกระทำโดย บันดาลโทษะ องค์ประกอบต่างกัน เมื่อกระทำโดยบันดาลโทษะก็ไม่ใช่เรื่องป้องกัน หรือกลับ ในทำนองเดียวกัน ผู้ตายได้ถือมีดพร้าบ้องมาพุดจาย้วยวนทำหายจะฟันหัวจำเลย ทั้งๆ ที่ จำเลยไม่มีอาวุธอะไรในมือ พอผู้ตายพุดว่าจะฟันหัวจำเลยและได้เงื้อมีดขึ้น จำเลยก็เข้าไปแย่ง มีดพร้าบ้องมาถือไว้ ผู้ตายกลับชักมีดปลายแหลมจากพกมาแทงทำร้ายจำเลยอีก จำเลยจึงใช้

⁸⁵ รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 58/2497 วันพฤหัสบดีที่ 8 เมษายน 2497, หน้า 3.

มีดที่ถือนั้นฟันผู้ตายไป เมื่อผู้ตายล้มลงแล้ว จำเลยก็ฟันอีก ถือเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ไม่เป็นบันดาลโทษ”

2. แนวความเห็นของ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร (ในหนังสือกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป) เห็นว่า การป้องกันต่อภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วเป็น “การป้องกันเกินกว่ากรณี แห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน”⁸⁶ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 โดย ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร เห็นว่า เป็น “การป้องกันที่ได้กระทำไปเมื่อล่วงเลยเวลาที่จะกระทำ” (Extensiver Notwehrexzess)

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยตามแนวทางความเห็นนี้ ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1542/2509 “จำเลยกับพวกเจ้าทรัพย์ติดตามเรือที่ถูก ลักไป ไปพบผู้ตายกับพวกอยู่ใกล้ๆ กับเรือที่ถูกลักนั้น ผู้ตายใช้ปืนลูกกรดยิงจำเลยแต่ไม่ถูก จำเลยยิงผู้ตายข้างหลัง 1 นัด การที่จำเลยยิงผู้ตายเมื่อผู้ตายหนีจากเรือไป 12 วา เป็นการ กระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 638/2514 “การที่จำเลยวิ่งไล่ตามผู้เสียหายออกไป นอกบ้าน โดยจำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายเป็นคนร้ายเข้าไปลักทรัพย์ที่ได้ถูกรื้อของจำเลย เป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิในทรัพย์สินของตน แต่เมื่อจำเลยวิ่งไล่ไปทันผู้เสียหายแล้วใช้ มีดแทงผู้เสียหายถูกที่หลัง 4 แผล ที่ข้อศอก 1 แผล โดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายมีอาวุธหรือ แสดงอาการขัดขืนต่อสู้ เช่นนี้ การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้อง กระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 529/2517 “คนร้ายลอบวางเพลิงบ้านจำเลยในตอน กลางคืน จำเลยเห็นผู้ตายยืนอยู่หน้าบ้าน สำคัญผิดว่าเป็นคนร้าย จึงใช้ปืนยิงผู้ตาย ดังนี้ ถือได้ว่าจำเลยกระทำไปเพื่อป้องกันทรัพย์ของตน แต่ข้อเท็จจริงไม่ได้ความว่าผู้ตายทำอะไรแก่ บ้านของจำเลย ไม่มีเหตุอันสมควรที่จำเลยจะต้องยิงผู้ตาย การกระทำของจำเลยจึงเกินกว่ากรณี แห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันทรัพย์”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2410/2530 “ผู้ตายใช้มีดยาวประมาณ 1 ช่วงแขนไล่ ฟันจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 จึงใช้ปืนแก๊ปยิงผู้ตาย 1 นัด ขณะที่อยู่ห่างกันประมาณ 4 วา ผู้ตายวิ่งหนี ไป 2 วา ก็ล้มลง จำเลยที่ 1 เอาปืนลูกซองยาวจากจำเลยที่ 2 มายิงซ้ำอีก 1 นัด แต่ไม่ถูก แล้ว จำเลยทั้งสองนำผู้ตายไปทิ้งลงเหว ดังนี้ เป็นพฤติการณ์ที่สื่อให้เห็นว่าจำเลยที่ 1 มีเจตนาฆ่า ผู้ตายหลังจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้ล่วงพ้นไปแล้ว การ กระทำของจำเลยที่ 1 จึงเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน”

⁸⁶ โปรตดู จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 658 และหมายเหตุ ท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 782/2520 และโปรดดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมาย อาญาภาค 1, หน้า 228-230.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2533 “ผู้ตายกับพวกรวม 3 คน ถีบประตูห้องพักของจำเลยเพื่อจะเข้าไปทำร้ายจำเลย จนกลอนประตูหลุด ประตูเปิด แล้วเข้าไปทำร้ายจำเลย และจะทำร้ายภรรยาจำเลยซึ่งมีครรภ์ เป็นการกระทำที่อุกอาจและเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ทั้งเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง การที่จำเลยใช้มีดแทงคนทั้งสาม แม้จะแทงหลายที่ ก็เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยในขณะนั้นจึงไม่มีความผิด หลังจากผู้ตายวิ่งออกมาจากห้องพักของจำเลยแล้ว จำเลยติดตามออกมาและใช้มีดแทงผู้ตายอีก 3 ที่ เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย แม้การกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกระชั้นชิดกับการกระทำของจำเลยในตอนแรก ซึ่งเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อจำเลยแทงผู้ตายในขณะที่ผู้ตายหมดโอกาสทำร้ายจำเลยแล้ว การกระทำของจำเลยในตอนนั้นจึงเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1407/2537 “ก่อนเกิดเหตุผู้ตายกับจำเลยมีการทะเลาะโต้เถียงกันแล้วผู้ตายหยิบจอบไล่ตีจำเลย จำเลยวิ่งหนีแล้วหันมาต่อสู้และแย่งจอบจากผู้ตายได้ แล้วตีผู้ตาย จึงถือได้ว่าจำเลยตีผู้ตายเพื่อป้องกันตนให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง แต่จากบาดแผลที่ตีนั้นด้านท้ายทอยแตกมีสมองไหล และด้านโบน้ากระดูกแตกเป็นชิ้นเล็ก ๆ แสดงให้เห็นว่าจำเลยตีผู้ตายอย่างแรง การถูกตีอย่างแรงเช่นนี้เพียงครั้งเดียวผู้ตายก็ไม่อาจจะทำร้ายจำเลยต่อไป การที่จำเลยตีซ้ำอีกจึงเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบด้วย มาตรา 69”

ในที่นี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า “การป้องกันต่อภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว” แทนคำว่า “การป้องกันเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน” ความเห็นที่ 2 หรือ “การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ” ตามความเห็นที่ 1

ไม่ว่าจะถือตามความเห็นที่ 1 หรือความเห็นที่ 2 หากมีข้อเท็จจริงเรื่องการป้องกันต่อภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วเกิดขึ้น ย่อมจะมีปัญหาในเรื่องการปรับบทกับการกระทำโดยบันดาลโทสะทั้งสิ้น เพราะแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกัน บางคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 บางคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นการบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1542/2509 “จำเลยกับพวกเจ้าทรัพย์ติดตามเรือที่ถูกลักไป ไปพบผู้ตายกับพวกอยู่ใกล้ๆ กับเรือที่ถูกลักนั้น ผู้ตายใช้ปืนลูกกรดยิงจำเลยแต่ไม่ถูก จำเลยยิงผู้ตายข้างหลัง 1 นัด การที่จำเลยยิงผู้ตายเมื่อผู้ตายหนีจากเรือไป 12 วา เป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน”

ในคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ผู้ตายได้ใช้ปืนยิงจำเลยก่อน แต่ไม่ถูกจำเลย จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายในขณะที่ผู้ตายวิ่งหนีไปแล้ว กระสุนเข้าด้านหลังผู้ตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,69 เป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่ง การจำต้องกระทำเพื่อป้องกันเพราะภัยอันตรายได้ผ่านพ้นไปแล้ว โดยไม่มีประเด็นเรื่องการ กระทำโดยบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2533 “ผู้ตายกับพวกรวม 3 คน ถีบประตูห้องพัก ของจำเลยเพื่อจะเข้าไปทำร้ายจำเลย จนกลอนประตูหลุด ประตูเปิด แล้วเข้าไปทำร้ายจำเลย และจะทำร้ายภรรยาจำเลยซึ่งมีครรภ์ เป็นการกระทำที่อุกอาจและเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากการ ประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ทั้งเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง การที่จำเลยใช้มีดแทงคน ทั้งสาม แม้จะแทงหลายที่ ก็เป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยในขณะนั้น จึงไม่มีความผิด หลังจากผู้ตายวิ่งออกมาจากห้องพักของจำเลยแล้ว จำเลยติดตามออกมาและ ใช้มีดแทงผู้ตายอีก 3 ที่ เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย แม้การกระทำของจำเลยดังกล่าว เป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกระชั้นชิดกับการกระทำของจำเลยในตอนแรก ซึ่งเป็นการป้องกันโดย ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อจำเลยแทงผู้ตายในขณะที่ผู้ตายหมดโอกาสทำร้ายจำเลยแล้ว การ กระทำของจำเลยในตอนนี้อาจเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ การที่จำเลยใช้มีดแทงผู้ตายกับพวก ในตอนแรกนั้นเป็นการใช้สิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยไม่มีความผิดฐานทำร้าย ร่างกาย แต่การที่จำเลยติดตามผู้ตายออกมาข้างนอกห้องพักและแทงผู้ตายอีก 3 ที่จนตายนั้น ถือว่าภัยอันตรายได้ผ่านพ้นไปแล้ว จำเลยได้กระทำเพราะความบันดาลโทสะที่ผู้ตายกับพวกเข้า มาทำร้ายจำเลยและภรรยาในห้องพัก แต่ศาลฎีกาตัดสินว่าจำเลยป้องกันเกินกรณีแห่งการที่จะ ต้องกระทำเพื่อป้องกันตาม มาตรา 69 เพราะเป็นการใช้สิทธิป้องกันภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว โดยในคำพิพากษานี้ไม่มีการยกประเด็นเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2410/2530 “ผู้ตายใช้มีดยาวประมาณ 1 ช่วงแขนไล่ ฟันจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 จึงใช้ปืนแก๊ปยิงผู้ตาย 1 นัด ขณะที่อยู่ห่างกันประมาณ 4 วา ผู้ตายวิ่ง หนีไป 2 วา ก็ล้มลง จำเลยที่ 1 เอาปืนลูกซองยาวจากจำเลยที่ 2 มายิงซ้ำอีก 1 นัด แต่ไม่ถูก แล้ว จำเลยทั้งสองนำผู้ตายไปทิ้งลงเหว ดังนี้ เป็นพฤติการณ์ที่สื่อให้เห็นว่าจำเลยที่ 1 มีเจตนาฆ่า ผู้ตายหลังจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้ล่วงพ้นไปแล้ว การ กระทำของจำเลยที่ 1 จึงเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน”

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ผู้ตายใช้มีดไล่ฟันจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 จึงใช้ สิทธิป้องกันตนเองโดยใช้ปืนแก๊ปยิงผู้ตาย 1 นัด ผู้ตายวิ่งหนี จำเลยจึงเอาปืนลูกซองยาว ยิงซ้ำและนำผู้ตายไปทิ้งลงเหว ศาลฎีกาตัดสินว่าเป็นการป้องกันเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำ เพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 โดยไม่กล่าวถึงเรื่องการบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1407/2537 “ก่อนเกิดเหตุผู้ตายกับจำเลยมีการทะเลาะโต้เถียงกันแล้วผู้ตายหยิบจอบไล่ตีจำเลย จำเลยวิ่งหนีแล้วหันมาต่อสู้อย่างรุนแรงจากผู้ตายได้แล้วตีผู้ตาย จึงถือได้ว่าจำเลยตีผู้ตายเพื่อป้องกันตนให้พ้นจากภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง แต่จากบาดแผลที่ตีนั้นด้านท้ายทอยแตกมีสมองไหล และด้านใบหน้ากระดูกแตกเป็นชิ้นเล็ก ๆ แสดงให้เห็นว่าจำเลยตีผู้ตายอย่างแรง การถูกตีอย่างแรงเช่นนี้เพียงครั้งเดียวผู้ตายก็ไม่อาจจะทำร้ายจำเลยต่อไป การที่จำเลยตีซ้ำอีกจึงเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบด้วย มาตรา 69”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ ผู้ตายก่อเหตุทำร้ายจำเลยก่อนจำเลยแย่งจอบได้แล้วตีผู้ตาย เป็นการป้องกันตนเองพอสมควรแก่เหตุ แต่การที่จำเลยตีผู้ตายซ้ำอีกอย่างรุนแรงจนตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เป็นการป้องกันเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน เพราะภยันตรายได้ผ่านพ้นไปแล้ว ในคำพิพากษานี้ก็ไม่มีประเด็นเรื่องบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2767/2536 “จำเลยถูก ว. ทำร้ายก่อนด้วยการกระชากคอเสื้อ ทูบหรือชกต่อยท้ายทอยและจับศีรษะไขกกับกระดานหมากรุกจนหน้าผากของจำเลยมีโลหิตไหล โดยที่จำเลยไม่ทันระวังตัวถึงกับจำเลยต้องวิ่งหนีเข้าไปในร้านตัดผมข้างที่เกิดเหตุแต่หนีไม่พ้น เพราะด้านหลังของร้านตัดผมไม่มีทางหนีจึงต้องวิ่งย้อนกลับออกมาทางหน้าร้านพบกับ ว. ตรงประตูทางเข้าร้านตัดผม ในขณะที่ ว. ใช้มือล้วงกระเป๋าทางด้านหลังไล่ตามจำเลยเข้าไป จำเลยเข้าใจว่า ว. จะล้วงเอาอาวุธปืนพก ซึ่งปกติ ว. จะพกอยู่เป็นประจำออกมายิงจำเลย จำเลยจึงใช้อาวุธปืนพกของจำเลยยิง ว. ไปหลายนัด เพราะความกลัว เป็นเหตุให้กระสุนปืนของจำเลยถูก ว. ถึงแก่ความตายและพลาดไปถูก ภ. ถึงแก่ความตาย แต่จำเลยได้ใช้อาวุธปืนยิง ว. หลายนัด แสดงว่าจำเลยเจตนายิง ว. ให้ตายโดยไม่ยั้งมือ คือแทนที่จำเลยจะหยุดยิงเมื่อเห็นว่า ว. โดนกระสุนปืนที่จำเลยยิงล้มลงแล้ว จำเลยกลับยิงต่อไปอีกหลายนัดทำให้กระสุนปืนเหล่านั้นนอกจากจะถูก ว. หลายนัดจนถึงแก่ความตายแล้ว ยังพลาดไปถูก ภ. ซึ่งยืนดูการเล่นหมากรุกอยู่ถึงแก่ความตายด้วย ถือว่าเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน จำเลยจึงมีความผิดฐานฆ่าผู้ตายทั้งสองโดยเจตนาเพื่อป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ มีประเด็นที่น่าสนใจ 3 ประการ คือ ประเด็นที่ 1 การที่จำเลยถูกทำร้ายร่างกายและหนีจนจมนมที่ร้านตัดผม ถือว่าเป็นการถูกประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งจำเลยมีสิทธิใช้การป้องกันตนเองตอบโต้ได้ เช่น ใช้กำลังทำร้ายผู้ก่อภัยโดยการใช้อาวุธปืนที่ตนพกติดตัวซึ่งไม่เป็นภยันตรายแก่ชีวิต แต่จากข้อเท็จจริงจำเลยใช้ปืนยิงไปที่ผู้ก่อภัย โดยหลักแล้วต้องถือว่าเป็นการป้องกันที่เกินสมควรแก่เหตุ เพราะเกินสัดส่วนแห่งภยันตรายที่จำเลยได้รับ แต่ข้อเท็จจริงได้ความว่าการที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ก่อภัยนั้น เพราะจำเลยเข้าใจว่าผู้ก่อภัยล้วงกระเป๋าข้างหลังเพื่อชักปืนมายิงจำเลย ซึ่งความจริงแล้วผู้ก่อภัยไม่มีอาวุธแต่อย่างใด ดังนั้นถือว่าจำเลยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 62 วรรคแรก โดยสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจป้องกันโดยการใช้ปืนยิงได้ แต่ความจริงแล้วไม่มีอำนาจ ดังนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ให้ถือว่าจำเลยไม่มีความผิด เพราะเป็นการป้องกันโดยสำคัญผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก ซึ่งในประเด็นนี้ศาลฎีกาไม่ได้กล่าวถึง

ประเด็นที่ 2 การที่จำเลยยิงผู้ก่อภัยหลายนัดจนผู้ก่อภัยล้มลงแล้วจำเลยก็ยิงผู้ก่อภัยอีก เช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำต่อผู้ก่อภัยต่างๆ ที่ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าการยิงผู้ก่อภัยอีกหลายนัดเมื่อผู้ก่อภัยล้มลง ถือว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ และเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน และท้ายที่สุดศาลฎีกาสสรุปว่า “เป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ” ซึ่งแสดงว่าศาลฎีกาได้ยกเหตุผลโทษถึง 2 เหตุ ทั้งๆ ที่เหตุทั้งสองไม่เหมือนกัน

ประเด็นที่ 3 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ชัดเจนว่า จำเลยกระทำไปเพราะความกลัว แต่ก็ไม่มีกรยกประเด็นเรื่องความกลัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ตอนท้าย มายกเว้นโทษให้จำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 683/2514 “การที่จำเลยวิ่งไล่ตามผู้เสียหายออกไปนอกบ้าน โดยจำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายเป็นคนร้ายเข้าไปลักทรัพย์ที่ใต้ถุนเรือนของจำเลย เป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิในทรัพย์สินของตน แต่เมื่อจำเลยวิ่งไล่ไปทันผู้เสียหายแล้วใช้มีดแทงผู้เสียหายอยู่ที่หลัง 4 แผล ที่ข้อศอก 1 แผล โดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายมีอาวุธหรือแสดงอาการขัดขืนต่อสู้ เช่นนี้ การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69”

คำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ จำเลยเข้าใจว่าผู้เสียหายจะลักทรัพย์ จึงวิ่งไล่ผู้เสียหายออกไปนอกบ้าน และใช้มีดแทงผู้เสียหายที่หลัง 4 แผล ข้อศอกอีก 1 แผล โดยผู้เสียหายไม่มีอาวุธหรือขัดขืนแต่อย่างใด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน โดยโจทก์ฎีกาว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นการป้องกัน และขอให้ลงโทษฐานทำร้ายร่างกาย แต่ศาลเห็นว่าเป็นการป้องกันเกินกรณีแห่งการที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกัน และไม่ได้ยกประเด็นเรื่องบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2514 “ผู้ตายขึ้นไปบนเรือนของจำเลยในยามวิกาล ถึงที่ที่จำเลยนอน จำเลยร้องถามว่าใครถึง 3 ครั้ง ผู้ตายไม่ตอบและยังเข้ามาเหยียบเท้าจำเลย ประกอบกับในระหว่างนั้นได้มีคนร้ายมาปล้นบ้านใกล้เคียงบ่อยๆ จึงมีเหตุอันสมควรให้จำเลยเข้าใจว่าผู้ตายเป็นคนร้ายเข้ามาทำร้าย การที่จำเลยใช้มีดปลายแหลมแทงไป 1 ที ถือได้ว่าจำเลยกระทำการป้องกันตัวพอสมควรแก่เหตุ แต่เมื่อจำเลยแทงไป 1 ที และผู้ตายวิ่งหนีไปเสียหลักล้มลงที่พื้นดินหน้าบ้านใต้เรือนจำเลย จำเลยยังวิ่งตามไปแทงซ้ำอีกหลายครั้ง จนผู้ตายถึงแก่ความตายอยู่ตรงนั้น ถือว่าจำเลยกระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ”

คำพิพากษาเรื่องนี้ มีข้อเท็จจริงคล้ายกับคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องอื่นๆ คือ จำเลยได้ใช้มีดป้องกันตนเองพอสมควรแก่เหตุ และต่อมาจำเลยไม่ยั้งมือโดยใช้มีดแทงผู้ก่อภัย

จนตาย แต่ในคำพิพากษานี้ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ตามแนวความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย และ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฦ นกร (ในหนังสือกฎหมายอาญาภาคความผิด) โดยไม่ได้กล่าวถึงประเด็นเรื่องบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 529/2517 “คนร้ายลอบวางเพลิงบ้านจำเลยในตอนกลางคืน จำเลยเห็นผู้ตายยืนอยู่หน้าบ้าน สำคัญผิดว่าเป็นคนร้าย จึงใช้ปืนยิงผู้ตาย ดังนี้ ถือได้ว่าจำเลยกระทำไปเพื่อป้องกันทรัพย์ของตน แต่ข้อเท็จจริงไม่ได้ความว่าผู้ตายทำอะไรแก่บ้านของจำเลย ไม่มีเหตุอันสมควรที่จำเลยจะต้องยิงผู้ตาย การกระทำของจำเลยจึงเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันทรัพย์”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ เห็นได้ว่าเพลิงไหม้ทรัพย์ของจำเลยแล้ว ถือได้ว่าภยันตรายผ่านพ้นไปแล้ว จำเลยมาเห็นผู้ตายและใช้ปืนยิง ศาลฎีกาถือว่าเป็นป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน โดยข้อเท็จจริงมีเหตุบันดาลโทสะเกิดขึ้นอย่างชัดเจน แต่ไม่เป็นประเด็นในคำพิพากษาอีกเช่นกัน

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3318/2528 “ผู้ตายมาร้องเรียกให้จำเลยออกมา จำเลยเดินออกมาที่ชานบ้าน ผู้ตายเดินมาถึงหน้าบันไดพูดว่า จะจัดการกับจำเลย จำเลยพูดว่า จะจัดการอะไร ไม่เคยทำอะไรผิด ผู้ตายพูดว่า กูต้องเอามึงแน่ จำเลยยกมือไหว้พูดว่าไม่สู้พี่หรอก ผู้ตายก็วิ่งขึ้นบันไดตรงเข้าชกต่อหน้าจำเลย จำเลยจึงล้วงมีดพกปลายแหลมจากกระเป๋าทางเกงแทงผู้ตาย 1 ที ถูกที่ลำคอ ผู้ตายเดินเซลงบันไดไป จำเลยวิ่งตามไปแทงอีก 2-3 ครั้ง ดังนี้ จำเลยกระทำเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม เป็นการกระทำผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 มีความผิดตามมาตรา 288,72”

คำพิพากษาเรื่องนี้ข้อเท็จจริงคล้ายกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2533 และที่ 978/2514 เพราะในชั้นแรกจำเลยได้ใช้มีดแทงผู้ตายเพื่อป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมาจำเลยไม่ยั้งมือและแทงผู้ตายอีก 2-3 ครั้งจนตาย แต่ในคำพิพากษานี้วินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดแต่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2513 “ผู้ตายมีปิ่นติดตัวไปในไร่ของจำเลย พุดคุกคามจะตัดไม้ในไร่่นั้นทำนองข่มเหงจำเลย จำเลยห้ามแล้วผู้ตายกลับไม่พอใจ ยกปืนจ้องไปทางจำเลย จำเลยกับผู้ตายแย่งปืนกัน ปืนลั่นถูกจำเลยบาดเจ็บและหลุดจากมือผู้ตาย ผู้ตายวิ่งหนีไปโดยไม่มีอาวุธ จำเลยไล่ตามไปฟันผู้ตาย การกระทำของจำเลยครั้งนี้ไม่เป็นการป้องกันแต่ถือว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะ”

คำพิพากษาเรื่องนี้ข้อเท็จจริงคล้ายกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1407/2537 กล่าวคือ ผู้ตายได้ก่อภยันตรายก่อน และจำเลยได้ต่อสู้แย่งอาวุธจากผู้ตายได้ ผู้ตายจึงวิ่งหนี จำเลยได้ทำร้ายผู้ตายจนตาย ในคำพิพากษานี้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ในขณะที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1407/2537 วินิจฉัยว่าเป็นการป้องกันเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ในคำพิพากษานี้ ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าจำเลยได้ป้องกันตนโดยชอบ

ไม่มีความผิด โจทก์จึงฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่ใช่เรื่องป้องกัน แต่เป็นเหตุบันดาลโทสะ และแม้จะไม่มีฝ่ายใดยกเรื่องบันดาลโทสะขึ้นต่อสู้ ศาลก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ ศาลฎีกาจึงพิพากษาว่าจำเลยบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 455/2537 “เมื่อผู้ตายยกอาวุธปืนเล็งมายังจำเลย จำเลยได้เข้าแย่งอาวุธปืนจากผู้ตาย ทำให้มีเสียงปืนดังขึ้น 1 นัด ผู้ตายจึงได้หักลากล้องปืน และบรรจุกระสุนขึ้นใหม่ จำเลยได้เข้าแย่งอาวุธปืนอีก เป็นเหตุให้ปืนลั่นอีก 1 นัด และอาวุธปืนได้หลุดจากมือผู้ตาย ถือว่าภยันตรายที่จำเลยต้องป้องกันได้ผ่านพ้นไปแล้ว ไม่มีภยันตรายที่ใกล้จะถึงอันจะต้องป้องกันอีก การที่จำเลยใช้มีดโต้ฟันผู้ตายในขณะนั้น จึงไม่อาจเป็นการกระทำโดยป้องกันได้ แต่การกระทำของผู้ตายถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยฟันผู้ตายถึง 6 ครั้ง จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษานี้คล้ายกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1407/2537 ที่วินิจฉัยว่าเป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน แต่คำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้วินิจฉัยว่าเป็นการบันดาลโทสะเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2513 ที่อ้างถึงแล้วข้างต้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 637/2537 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไม่อาจเป็นทั้งการกระทำโดยบันดาลโทสะและป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในขณะเดียวกันได้ เนื่องจากภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายที่ผู้กระทำจะใช้สิทธิป้องกันได้จะต้องเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงและขณะใช้สิทธิป้องกันภยันตรายนั้นยังมีได้สิ้นสุดลงหากภยันตรายนั้นผ่านพ้นไปแล้วผู้กระทำก็ไม่อาจใช้สิทธิป้องกันได้ อย่างไรก็ตามก็ดี ภยันตรายดังกล่าวแม้จะผ่านพ้นไปแล้ว แต่ก็ถือได้ว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมอย่างหนึ่ง หากผู้ถูกข่มเหงได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น คือ ในระยะเวลาต่อเนื่องที่ตนยังมีโทสะอยู่ ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ การที่จำเลยใช้มีดแทงเมื่อภยันตรายที่ผู้ตายก่อได้ผ่านพ้นไปแล้ว แต่เมื่อทำไปในขณะนั้น คือ ในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกับที่จำเลยยังมีโทสะอยู่ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดโดยบันดาลโทสะหาใช่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในขณะเดียวกันไม่”

มีข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาเรื่องนี้ จำเลยเริ่มใช้สิทธิป้องกันตนเอง แต่ใช้เกินกว่ากรณี คือใช้มีดแทงผู้ตายเมื่อภยันตรายผ่านพ้นไปแล้ว ศาลฎีกาพิพากษาไว้ชัดเจนว่าไม่เป็นการป้องกัน แต่เป็นบันดาลโทสะ

จากแนวคำพิพากษาของศาลทั้งสองแนวทางข้างต้น สรุปได้ว่าปัจจุบันหากมีข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยได้ถูกประทุษร้ายและได้ใช้กำลังตอบโต้ผู้ก่อภัยในขณะที่ผู้ก่อภัยไม่มีทางสู้แล้ว ศาลฎีกาวินิจฉัยออกเป็น 2 แนวทาง คือ คำพิพากษาศาลฎีกาส່วนหนึ่งเห็นว่าเป็นเรื่องการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน หรือการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ แต่คำพิพากษาศาลฎีกาอีกส่วนหนึ่งเห็นว่าเป็นเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะ และไม่เป็นการป้องกัน

แม้คู่กรณีจะต่อสู้และมีประเด็นพิจารณาในศาลล่างว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันหรือไม่ก็ตาม

จากปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ 2 ประเด็นคือ

1. การใช้กำลังตอบโต้ต่อภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว สามารถอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 มาเป็นเหตุลดโทษ 2 ครั้งได้หรือไม่

2. แนวทางการแบ่งแยกว่าเป็นการป้องกันต่อภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วกับการกระทำโดยบันดาลโทสะ

ประเด็นที่ 1 การใช้กำลังตอบโต้ภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว สามารถอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 มาเป็นเหตุลดโทษ 2 ครั้งได้หรือไม่

จากแนวความเห็นทางวิชาการทั้งไทยและต่างประเทศที่ว่า การป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ และหากเป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันหรือเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 บัญญัติให้เป็นเหตุลดโทษในขณะเดียวกันประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เรื่องบันดาลโทสะก็บัญญัติให้เป็นเหตุลดโทษเช่นเดียวกัน หากการกระทำทั้งสองเกิดขึ้นในขณะเดียวกันแล้ว ศาลสามารถลดโทษ 2 ครั้ง เพราะการกระทำเดียวได้หรือไม่

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ ได้กล่าวไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1278/2517 ว่า “ข้อที่น่าคิดคือ ป้องกันเกินกว่าเหตุ จะมีบันดาลโทสะอยู่ด้วยได้หรือไม่ ถ้าดูตามตัวบทก็ไม่น่าจะขัดข้องอย่างไร ที่ว่าถูกข่มเหงและบันดาลโทสะทำผิดในขณะนั้น คำว่าขณะนั้นก็คงหมายถึงตั้งแต่แรกที่ถูกรบกวนไปจนถึงกระทำผิด ซึ่งอาจเลยเวลาที่ป้องกันไปแล้วก็ได้ แต่ก็คงรวมเวลาที่ยังป้องกันได้อยู่ด้วย ไม่เหมือนกับการกระทำผิดโดยบันดาลโทสะกับไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งไปด้วยกันไม่ได้ แยกป็นได้แล้วยังในขณะที่ยังนอนอยู่เดี่ยวนี้อาจเป็นเกินการจำต้องทำเพื่อป้องกัน ไม่ใช่เกินสมควรแก่เหตุ จะเป็นมาตรา 69 ป้องกันเกินแก่เหตุ หรือมาตรา 72 บันดาลโทสะ ศาลก็ลงโทษน้อยลงเพียงใดก็ได้ แต่มาตรา 69 จะไม่ลงโทษเลยก็ได้ ถ้าได้ทำโดยตื่นเต้น ตกใจหรือกลัว จะอ้างเหตุตามมาตรา 69 และมาตรา 72 ลดโทษ 2 ครั้ง คงไม่มีสาระที่ควรทำ อ้างมาตรา 69 แล้วลงโทษเท่าใดก็ควรพอ เช่นอย่างคดีนี้ศาลอ้างว่าผู้ตายก่อเหตุยิงจำเลยก่อนจึงลงโทษสถานเบา”⁸⁷

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ เห็นว่าพฤติการณ์ที่เป็นทั้งการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันและบันดาลโทสะในขณะเดียวกันนั้น ไม่อาจอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และ 72 มาลดโทษให้กับผู้กระทำ 2 ครั้งได้

⁸⁷ จิตติ ดิงศภักดิ์, รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา:ประมวลกฎหมายอาญา, หน้า 62-63.

เพราะไม่มีสาระที่ควรทำ เมื่ออ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 แล้ว ก็ควรอ้างเพียง มาตราเดียวและลดโทษให้จำเลยครั้งเดียว

ผู้เขียนเห็นว่าการอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และ 72 มาลดโทษให้ จำเลย 2 ครั้งนั้น ไม่อาจกระทำได้เพราะการที่จำเลยใช้การตอบโต้ผู้ก่อภัย เมื่อภัยอันตราย ผ่านพ้นไปแล้วนั้น เป็นการกระทำกรรมเดียวกัน และมีเจตนาเดียวคือต้องการยับยั้งภัยอันตราย ที่ผู้ก่อภัยได้ก่อขึ้น แม้ในขณะที่ทำการตอบโต้ผู้ก่อภัย จำเลยอาจมีเจตนาพิเศษเพื่อป้องกัน ตนเอง และมีเจตนาพิเศษเพราะบันดาลโทษะก็ตาม การลดโทษให้จำเลย 2 ครั้งเพราะการ กระทำกรรมเดียวของจำเลยย่อมไม่ถูกต้อง ดังที่ ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ กล่าวว่า “ไม่มี สาระที่ควรทำ” กรณีนี้เปรียบเทียบกับกับการกระทำกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท ประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 90 วินิจฉัยว่าให้ลงโทษบทหนักสุด เพราะถือว่าไม่อาจจะนับทมาตรา ที่จำเลยกระทำผิดมาลงโทษ 2 ครั้ง ในการกระทำกรรมเดียวได้นั้นเอง

ตัวอย่างเช่น ผู้ตายวิ่งเข้าไปหาจำเลยในบ้านและต้อยจำเลย จำเลยล้วงมีดพก ปลายแหลมจากกระเป๋าทางเกงแทงผู้ตาย 1 ที่ ผู้ตายเดินเซลงบันไดบ้านไป ด้วยความโกรธ จำเลยจึงเดินตามลงไปแทงผู้ตายอีก 2-3 ครั้งจนตาย (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3318/2528) เช่นนี้เห็นได้ว่า การที่จำเลยแทงผู้ตายในครั้งแรกเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 จำเลยไม่มีความผิด แต่เมื่อผู้ตายเดินลงจากบ้านแล้ว จำเลยไม่หยุดและตามไปแทงผู้ตายจนตาย ถือว่าจำเลยกระทำการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการ จำต้องกระทำเพื่อป้องกัน (แนวความเห็นของ ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์) หรือป้องกันเกิน สมควรแก่เหตุ (แนวความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย) และขณะเดียวกันนั้น จำเลยก็ได้กระทำโดยบันดาลโทษะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ด้วย หากศาลพิพากษา ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 และต้องการลดโทษให้จำเลย ศาล สามารถกำหนดโทษตามมาตรา 288 และลดโทษให้จำเลยได้ครั้งเดียว เช่น กำหนดโทษจำคุก 20 ปี ลดโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 คงเหลือลงโทษจำเลย 8 ปี เช่นนี้ ศาลไม่อาจอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 มาลดโทษให้จำเลยได้อีก เพราะการกระทำ การป้องกันเกินขอบเขตและการกระทำบันดาลโทษะเป็นกรรมเดียวกัน (เทียบคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 3318/2528 ศาลกำหนดโทษจำคุก 20 ปี และลดโทษให้จำเลยตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 72 คงเหลือจำคุก 8 ปี)

ตัวอย่างเช่น ผู้ตายใช้มีดยาวไล่ฟันจำเลย จำเลยใช้ปืนแก๊ปยิงผู้ตาย 1 นัด ห่าง 4 วา ผู้ตายวิ่งหนีไป 2 วาก็ล้มลง จำเลยนำปืนลูกซองยิงผู้ตายซ้ำอีก และจำเลยนำผู้ตายไปทิ้งเหว (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2410/2530) เห็นได้ว่าการที่จำเลยยิงปืนแก๊ปในตอนแรกนั้น เป็นการป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อผู้ตายวิ่งหนีไปแล้ว ถือว่าภัยอันตรายผ่านพ้น ไปแล้ว จำเลยยิงปืนลูกซองใส่ผู้ตายและนำผู้ตายไปทิ้งเหว ถือว่าเป็นการป้องกันเกินกว่ากรณี แห่งการที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกัน (แนวความเห็น ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์) หรือป้องกัน เกินสมควรแก่เหตุ (แนวความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย) และเป็นการกระทำ

โดยบันดลโทษในขณะเดียวกัน เพราะจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยการถูกไล่ฟัน เช่นนี้ ศาลลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 และอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 มาลดโทษให้จำเลย คงเหลือจำคุกจำเลย 3 ปี โดยไม่อาจอ้างบันดลโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 มาลดโทษให้จำเลยได้อีก

จากทั้งสองตัวอย่างข้างต้น เห็นได้ว่าแนวความเห็นทางทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติสอดคล้องกัน กล่าวคือ แม้พฤติการณ์จะเป็นเรื่องของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ในขณะเดียวกัน ศาลก็ไม่ลดโทษให้จำเลย 2 ครั้ง คงลดโทษให้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น

อาจมีความเห็นต่างไปว่า “ศาลน่าจะมีความอำนาจลดโทษให้จำเลย 2 ครั้งได้ โดยอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เพราะศาลเคยลดโทษให้จำเลย 2 ครั้งอยู่หลายกรณี เช่น ลดโทษให้จำเลยโดยอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 แล้ว ยังลดโทษให้อีกครั้งโดยอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78”

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1407/2537 ผู้ตายกับจำเลยทะเลาะโต้เถียงกัน ผู้ตายหยิบจอบไล่ตีจำเลย จำเลยวิ่งหนีและหันมาต่อสู้แย่งจอบจากผู้ตายได้แล้วตีผู้ตายผู้ตายหนึ่งแล้วและไม่อาจทำร้ายจำเลยได้อีก จำเลยยังตีผู้ตายต่ออีกหลายที่จนท้ายทอยแตกสมองไหล กระดูกโบน้าแตกเป็นชิ้นเล็ก ๆ ศาลฎีกาพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ว่าจำเลยผิดประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ลดโทษให้จำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ให้จำคุกจำเลย 4 ปี นอกจากนี้ลดโทษให้จำเลยอีก 1 ใน 4 เพราะคำให้การจำเลยในชั้นสอบสวนเป็นประโยชน์ในทางพิจารณา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงให้จำคุกจำเลย 3 ปี

จากคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้เห็นได้ว่า ศาลลดโทษให้จำเลยถึง 2 ครั้ง คือลดโทษให้จำเลยเพราะเหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และลดโทษให้อีกครั้งเพราะเหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 เหตุที่ศาลสามารถลดโทษได้ 2 ครั้ง เพราะพฤติการณ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และพฤติการณ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 เกิดขึ้นต่างกรรมกัน กล่าวคือ เหตุลดโทษเพราะการป้องกันเกินขอบเขตตามมาตรา 69 เกิดขึ้นเมื่อจำเลยกระทำความผิด แต่เหตุลดโทษเพราะจำเลยให้การเป็นประโยชน์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 นั้นเกิดขึ้นเมื่อจำเลยถูกจับกุมและอยู่ในชั้นสอบสวนแล้ว เช่นนี้ศาลจึงสามารถลดโทษให้กับจำเลย 2 ครั้งได้ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1407/2537 กรณีนี้แตกต่างจากการลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ที่ได้กล่าวมา ศาลไม่อาจลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ครั้งหนึ่งและลดโทษให้จำเลยอีกครั้งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้ เนื่องจากเหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เป็นเหตุที่เกิดขึ้นในกรรมเดียวกัน

ประเด็นที่ 2 แนวทางการแบ่งแยกกว่าเป็นการป้องกันต่อภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วกับการกระทำโดยบันดาลโทสะ

ดังที่ได้กล่าวมาว่าการกระทำต่อผู้ก่อภัยเมื่อภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว มีปัญหาในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ คือ จะถือว่าเป็นการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 หรือจะถือว่าเป็นการบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 หรือจะเข้าทั้งสองบทมาตรา ทั้งนี้พฤติการณ์คล้ายๆ กัน แนวคำพิพากษาที่ศาลฎีกาตัดสินไว้แตกต่างกัน บางคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1542/2509 , ที่ 2066/2533 , ที่ 2410/2530 , ที่ 1407/2537 , ที่ 2767/2536 , ที่ 683/2514 , ที่ 978/2514 และที่ 529/2517 ในขณะที่บางคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3318/2528 , ที่ 526/2513 , ที่ 455/2537 และที่ 637/2537 โดยที่ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับใดกล่าวว่าจะสามารถปรับได้ทั้งสองบทมาตราเลย มีเพียงคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1082/2511 เท่านั้น ที่วินิจฉัยว่า “การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะด้วย” แต่ท้ายสุดในคดีดังกล่าวศาลฎีกาได้วินิจฉัยชี้ขาดว่าเป็นการกระทำการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ และไม่เป็นบันดาลโทสะ

ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติของศาล กล่าวคือ แนวคำพิพากษาของศาลยังไม่เป็นแนวทางเดียวกัน หากพิจารณาโดยทั่วไปแล้ว อาจเห็นว่าทั้งการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และการกระทำบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ล้วนเป็นเหตุลดโทษเหมือนกัน ศาลจะปรับบทใดก็ได้ไม่มีผลต่างกัน แต่หากพิจารณาให้ครบถ้วนแล้ว จะพบว่าการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ศาลมีดุลพินิจที่จะไม่ลงโทษเลยก็ได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำการไปด้วยความตื่นเต้น ตกใจหรือกลัว ในขณะที่การกระทำโดยบันดาลโทสะ ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจที่จะไม่ลงโทษได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้พฤติการณ์จะเข้าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และ 72 ในขณะเดียวกัน การปรับบทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ถือได้ว่าเป็นคุณแก่จำเลยมากกว่า

ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการปรับบทการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 กับการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เป็น 3 แนวทาง โดยวิเคราะห์จากความเห็นทางวิชาการทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งแนวคำพิพากษาของศาล เพื่อหาแนวทางปรับใช้บทกฎหมายให้เหมาะสม ดังนี้

1) หากจำเลยถูกประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและจำเลยเริ่มใช้สิทธิป้องกันตัวต่อผู้ก่อภัยแล้ว ต่อมาเมื่อภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว จำเลยยังคงกระทำการประทุษร้ายผู้ก่อภัยอย่างต่อเนื่องและติดพัน เช่นนี้ควรปรับบทว่าเป็นการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวล

กฎหมายอาญา มาตรา 69 โดยไม่ต้องปรับบทเรื่องบันดาลโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แม้ว่าพฤติการณ์ของจำเลยอาจเข้าลักษณะของการกระทำโดยบันดาลโทษก็ตาม

เหตุผลของการปรับบทประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 กับการที่จำเลยใช้สิทธิป้องกันต่อภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วนั้น สรุปได้ 2 ประการ คือ

(1) ตามหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาแล้ว ต้องตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดโดยต้องตีความตามตัวอักษร (la methode littlerale) จะขยายความให้เป็นผลร้ายแก่จำเลยไม่ได้ แต่ตีความโดยขยายความในทางที่เป็นคุณกับจำเลยได้⁸⁸ ดังนั้น บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 เป็นคุณกับจำเลยมากกว่าบทบัญญัติในมาตรา 72 เพราะมาตรา 69 เปิดโอกาสให้ศาลมีดุลพินิจไม่ลงโทษได้ หากจำเลยกระทำไปด้วยความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว

(2) ในความรู้สึกทางสังคมนั้น “การป้องกันตัว” และ “การบันดาลโทษ” มีผลแตกต่างกัน กล่าวคือ บุคคลใดป้องกันตัวแล้วสังคมมักจะมองว่าเป็นความจำเป็นที่จะต้องทำ และกระทำไปด้วยความกลัว จึงมีตราบาปติดตัวจำเลยน้อยกว่า ในขณะที่ “การบันดาลโทษ” เป็นการกระทำด้วยความโกรธ และขาดการยับยั้ง สังคมจึงมองว่าเป็นความผิดและเป็นตราบาปติดตัวจำเลยมากกว่า โดยเฉพาะถ้าเป็นกรณีที่ถูกกระทำต่อบุพการี หากศาลพิพากษาว่าเป็นเรื่องป้องกันเกินขอบเขต จะเป็นผลดีทางสังคมกับจำเลยมากกว่าพิพากษาว่าบุพการีหรือทำร้ายบุพการีเพราะเหตุบันดาลโทษ⁸⁹

ตัวอย่างเช่น นาย ก. นาย ข. และนาย ค. ถีบประตูห้องพักของจำเลยเพื่อจะเข้าไปทำร้ายจนกลอนประตูหลุดและประตูเปิด แล้วเข้าไปทำร้ายจำเลยและภรรยาจำเลยที่ตั้งครรภ์ จำเลยใช้มีดแทงนาย ก. นาย ข. และนาย ค. ถือว่าเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ จำเลยไม่มีความผิด ต่อมา นาย ก. วิ่งออกมาจากห้องพักแล้ว จำเลยติดตามออกมาและใช้มีดแทงอีกหลายครั้งจนทำให้นาย ก. ถึงแก่ความตาย พฤติการณ์ครั้งหลังนี้ถือว่าจำเลยกระทำการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ศาลลงโทษให้จำเลยได้ (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2066/2533) แม้ว่าจำเลยจะแทงผู้ตายด้วยเหตุบันดาลโทษ และเข้าพฤติการณ์ของการบันดาลโทษ แต่การปรับบทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 เป็นผลดีกับจำเลยมากกว่า เพราะหากจำเลยกระทำการไปด้วยความตื่นเต้น ตกใจ กลัว ศาลมีดุลพินิจที่จะไม่ลงโทษจำเลยก็ได้

มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยสนับสนุนแนวทางนี้หลายฉบับคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1082/2511 , ที่ 2410/2530 , ที่ 1407/2537 , ที่ 2767/2536 , ที่ 978/2514 , ที่ 1542/2509 และที่ 683/2514 ซึ่งได้อ้างถึงไว้แล้วข้างต้น

⁸⁸ จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 39-40.

⁸⁹ โปรดดู ธนวัฒน์ จงเพิ่มวัฒนะผล, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 455/2537.

มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ข้อเท็จจริงเหมือนกัน แต่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3318/2528 ผู้ตายเริ่มประทุษร้ายจำเลยก่อนโดยการชกต่อยจำเลยเอามีดปลายแหลมแทงผู้ตาย ถือว่าเป็นการเริ่มใช้สิทธิป้องกันตัวแล้ว จำเลยไม่มีความผิด ต่อมาเมื่อผู้ตายเดินเซลงบันไดไปถือว่าภยันตรายผ่านพ้นไปแล้ว จำเลยวิ่งตามไปแทงผู้ตายอีก 2-3 ครั้ง ถือว่าเป็นการป้องกันที่เกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 แต่ศาลปรับบทตามเรื่องบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 กรณีนี้หากจำเลยเป็นผู้หญิงและกระทำไปด้วยความตื่นเต้น ตกใจ หรือกลัว ศาลก็ไม่อาจไม่ลงโทษจำเลยได้ เพราะมาตรา 72 ไม่เปิดช่องไว้ดังมาตรา 69

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 526/2513 และที่ 455/2537 คำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองเรื่องนี้ จำเลยเริ่มใช้สิทธิป้องกันโดยชอบแล้ว เมื่อเข้าแย่งปืนจากผู้ก่อภัย จากนั้นเมื่อผู้ก่อภัยวิ่งหนีไปไม่มีอาวุธ จำเลยฟันผู้ก่อภัยอีกหลายที่จนตาย ถือว่าเป็นการเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 แม้จะกระทำด้วยความบันดาลโทสะ แต่ควรปรับเข้าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 เพราะเป็นผลดีกับจำเลยมากกว่า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048-1049/2514 ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการที่จำเลยถูกชาย 2 คนตีทำร้าย ไม่มีทางหลบหนี จำเลยย่อมคาดหมายไม่ได้ว่าจะถูกทำร้ายซ้ำเติมหรือไม่เมื่อจำเลยล้มลงแล้ว คิวก็อาวุธปืนยิงไปยังผู้ที่ทำร้ายทันทีในระหว่างที่ถูกรุมล้อมติดพันกันอยู่เป็นการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตนให้พ้นจากภยันตรายที่มีมาโดยผิดกฎหมาย แต่การที่จำเลยยิงปืนออกไปถึง 5 นัด โดยกระสุนปืนที่ถูกผู้ตายเป็นกระสุนปืนนัดหลังๆ มิใช่กระสุนนัดแรกเป็นการยิงถูกผู้ตายทางด้านหลัง ขณะที่ผู้ตายวิ่งหนีไปห่างจำเลยประมาณ 19.90 เมตร แม้จำเลยจะมีเหตุให้ใช้ปืนยิงคนที่มาทำร้ายเพื่อป้องกันในนัดแรกแต่การยิงติดต่อนไปอีก 4 นัด เมื่อคนทำร้ายวิ่งหนีนั้น เป็นการเกินกว่าจำต้องกระทำเพื่อป้องกันภยันตรายดังกล่าว จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 และ 69 แต่ข้อเท็จจริงเดียวกันนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการที่จำเลยยิงเมื่อผู้ตายวิ่งหนีแล้ว แสดงว่าภยันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่จำเลยได้ผ่านพ้นไปแล้ว การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการป้องกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏว่าจำเลยถูกผู้ตายกับพวกทำร้ายก่อน ถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยจึงยิงผู้ข่มเหงในขณะนั้นถึงตาย จึงเป็นลักษณะการกระทำโดยบันดาลโทสะ จึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 และ 72

ตามข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลฎีกามีความเห็นว่าการกระทำภายหลังจากที่ภยันตรายผ่านพ้นไปแล้วไม่เป็นการป้องกัน แต่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ อย่างไรก็ตาม แม้ศาลฎีกาจะแก้ไขฐานความผิดแต่ก็ได้แก้ไขโทษ โดยยังคงให้ลงโทษจำเลยตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ซึ่งถ้าพิจารณาตามแนววิชาการแล้วข้อเท็จจริงตามคำพิพากษานี้ จำเลยเป็นเจ้าพนักงานและถูกรุมทำร้ายก่อนจึงชักปืนออกมาเพื่อป้องกันตัว แต่เมื่อผู้ตายกับพวกวิ่งหนีไปหมดแล้ว จึงถือว่าภยันตรายผ่านพ้นไปแล้ว จำเลยยิงผู้ตายเข้าด้านหลังจึงเป็นการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 แม้จะกระทำด้วยโทสะก็ควรจะปรับบทตาม

มาตรา 69 เพราะเมื่อจำเลยถูกทำร้ายด้วยไม้และเหล็กอย่างรุนแรง และหนีบอาวุธปืนออกมา ถือว่าเป็นการเริ่มใช้สิทธิป้องกันแล้ว

ดังนั้น การที่จำเลยถูกประทุษร้ายและเริ่มใช้สิทธิป้องกันตนแล้ว แต่ได้กระทำติดต่อไปจนกระทั่งภยันตรายผ่านพ้นไปแล้ว เห็นว่าน่าจะปรับบทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 เรื่องป้องกันเกินขอบเขต โดยไม่ต้องปรับบทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เรื่องบันดาลโทสะ

2) หากจำเลยถูกประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และจำเลยเริ่มใช้สิทธิป้องกันตัวตอบโต้ผู้ก่อภัยแล้ว ต่อมาภยันตรายผ่านพ้นไปแล้ว เช่น ผู้ก่อภัยหมดทางสู้แล้ว จำเลยยังคงกระทำการประทุษร้ายผู้ก่อภัยอย่างต่อเนื่องและติดพัน โดยจำเลยเข้าใจว่าผู้ก่อภัยยังคงมีภยันตรายต่อตนเองอยู่ทุกๆ ที่ความเป็นจริงผู้ก่อภัยหมดภยันตรายแล้ว เช่นนี้ ควรปรับบทเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ใช้ไม้ตี นาย ข. บาดเจ็บ นาย ข. ใช้มีดฟัน นาย ก. ได้รับบาดเจ็บสาหัสจนนาย ก. ล้มลงแล้ว เช่นนี้เป็นการป้องกันโดยชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 นาย ข. เข้าใจว่า นาย ก. กำลังล้วงกระเป๋าเพื่อหนีบอาวุธอื่น ๆ มาต่อสู้ อีก นาย ข. จึงฟัน นาย ก. อีกที่จนนาย ก. ถึงแก่ความตาย แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย ก. ไม่มีอาวุธอื่นแต่อย่างใดและล้วงกระเป๋าเพื่อจับบาดเจ็บของตน เช่นนี้เห็นได้ว่าข้อเท็จจริงนาย ข. หมดสิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่นาย ข. สำคัญผิดว่าภยันตรายยังมีอยู่ จึงเป็นกรณีของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด...แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด...” นาย ข. เข้าใจว่าภยันตรายยังมีอยู่ ทั้งๆ ที่ความจริงภยันตรายผ่านพ้นไปแล้ว นาย ข. จึงไม่ผิดตามมาตรา 290 เพราะเป็นการป้องกันโดยสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบกับมาตรา 62 วรรคแรก

การวินิจฉัยว่าจำเลยสำคัญผิดในเหตุป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น เป็น “ข้อเท็จจริง” ที่ต้องอาศัยการสืบพยาน ซึ่งหากศาลเชื่อจากพยานหลักฐานว่าจำเลยสำคัญผิดจริง ศาลก็ปรับบทเรื่องป้องกันโดยชอบโดยสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรกได้ โดยจำเลยไม่มีความผิด หากศาลรับฟังพยานหลักฐานแล้ว ไม่เชื่อว่าจำเลยสำคัญผิด ศาลก็ปรับบทเรื่องป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ได้ โดยจำเลยมีความผิด แต่ได้รับการลดโทษ ดังนั้น การป้องกันเกินขอบเขตต่อภยันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 จึงไม่อาจเป็นกรณีเดียวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรกได้ เพราะหากมีพฤติการณ์ที่จำเลยใช้สิทธิป้องกันแล้ว แต่กระทำติดพันไปจนถึงเวลาที่ภยันตรายผ่านพ้นไปแล้ว ก็ต้องใช้พยานหลักฐานวินิจฉัยความเข้าใจของจำเลยว่าจำเลยสำคัญผิดว่ามีภยันตรายอยู่หรือไม่ ถ้าจำเลยสำคัญผิด จำเลยก็ไม่มี

ความผิด ถ้าจำเลยไม่ได้สำคัญผิด กล่าวคือเข้าใจดีแล้วว่าผู้ก่อภัยไม่ก่อภัยอันตรายอีกต่อไปแล้ว จำเลยก็就会有ความผิด แต่ได้รับการลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69

3) หากจำเลยถูกประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และจำเลยยังไม่ได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันตน ต่อมาภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว จำเลยจึงเริ่มกระทำการตอบโต้ผู้ก่อภัย เช่นนี้ เป็นกรณีของการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 โดยไม่เข้ากรณีการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 เพราะจำเลยไม่ได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันมาแต่ต้น และไม่มีเจตนาที่จะกระทำการป้องกันเลย

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 637/2537 ซึ่งได้อ้างถึงแล้วข้างต้นนั้น มีประเด็นให้วินิจฉัย 3 ประเด็น คือ

(1) การที่ผู้ตายเข้าไปเตะสำหรับกับข้าวที่จำเลยกับภรรยานั่งรับประทานอยู่ ถือว่าเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายอาญาโดยเจตนามีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์

(2) การที่ผู้ตายร้องเรียกจำเลยเข้าต่อสู้ จำเลยจึงสมัครใจเข้าต่อสู้กับผู้ตาย หากมีการบาดเจ็บหรือเสียชีวิตเกิดขึ้น คู่กรณีไม่อาจอ้างการป้องกันได้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 222/2513 และที่ 2322/2522 เพราะถือว่าผู้กระทำความมีส่วนก่อให้เกิดภัยอันตรายนั้นขึ้น โดยการสมัครใจเข้าวิวาทกัน และไม่อาจอ้างการบันดาลโทสะได้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1801/2513 , ที่ 559/2514 , ที่ 2457/2515 , ที่ 2802/2526 และที่ 2073/2527 ดังนั้นการที่จำเลยสู้ผู้ตายไม่ได้จึงหันไปหยิบมีดมาแทงผู้ตายนั้น จำเลยจึงไม่อาจอ้างป้องกันหรือบันดาลโทสะ เพราะพฤติการณ์ที่สมัครใจวิวาทได้

(3) จำเลยอ้างบันดาลโทสะเพราะพฤติการณ์ที่ผู้ตายเตะสำหรับกับข้าวได้ เพราะเป็นการข่มเหงจำเลยและภรรยาอย่างร้ายแรง และจำเลยได้กระทำไปในขณะที่ยังโกรธผู้ตายอยู่ แต่จำเลยไม่อาจอ้างการป้องกันได้ เพราะจำเลยไม่ได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันตนเองมาก่อนเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 574/2532 “ผู้ตายเข้ามาถามจำเลยถึงเรื่องที่จำเลยดีบุตรสาวของผู้ตาย แล้วผู้ตายได้ชักต๋อย เตะ ทำร้ายร่างกายจำเลยทันที โดยจำเลยมิได้ต่อสู้ ถือได้ว่าเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยเข้าไปเอาอาวุธในบ้านออกมายิงผู้ตายในขณะนั้น จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้เห็นได้ว่าผู้ตายได้ประทุษร้ายจำเลย และจำเลยไม่ได้ต่อสู้ และไม่ได้ใช้สิทธิป้องกันตนเองเลย ต่อมาจำเลยเข้าไปเอาปืนมายิงผู้ตาย จึงถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 มิใช่การป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 เพราะจำเลยไม่ได้เริ่มและไม่มีเจตนาป้องกันตัว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2533 “ผู้เสียหายเข้าไปชกจำเลย 2 ที แล้วไม่ปรากฏว่าจะทำร้ายจำเลยต่อไปอีก ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายจึงผ่านพ้นไปแล้ว ไม่มีภัยอันตรายที่จำเลยจักต้องกระทำเพื่อป้องกันอีก การที่จำเลยแทงผู้เสียหายหลังถูกชกจึงไม่เป็นการป้องกันสิทธิของตน แต่การที่ผู้เสียหายเข้าไปชกต๋อย

จำเลยขณะการเล่นไพ่อยู่ โดยที่จำเลยมิได้สมัครใจจะวิวาทกับผู้เสียหายมาก่อนเช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นกรณีที่จำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยแทงผู้เสียหายทันทีหลังจากถูกชกต่อย จึงเป็นการกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ซึ่งเป็นการกระทำด้วยเหตุบันดาลโทสะ”

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ผู้เสียหายได้ต่อจำเลย 2 ที่ และไม่ได้ทำร้ายต่อศาลฎีกาวิวินิจฉัยชัดเจนว่า ภัยอันตรายหมดไปแล้วโดยที่จำเลยไม่ได้ใช้สิทธิป้องกันเลย ต่อมาจำเลยจึงใช้มีดแทงผู้เสียหาย จึงเป็นบันดาลโทสะ มิใช่ป้องกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหนึ่งมีข้อเท็จจริงเข้าลักษณะของการบันดาลโทสะ โดยไม่อาจอ้างป้องกันได้ แต่ศาลได้ตัดสินว่าเป็นการป้องกันเกินกรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 529/2517 “คนร้ายลอบวางเพลิงบ้านจำเลยในตอนกลางคืน จำเลยเห็นผู้ตายยืนอยู่หน้าบ้าน สำคัญผิดว่าเป็นคนร้าย จึงใช้ปืนยิงผู้ตาย ดังนี้ ถือได้ว่าจำเลยกระทำไปเพื่อป้องกันทรัพย์สินของตน แต่ข้อเท็จจริงไม่ได้ความว่าผู้ตายทำอะไรแก่บ้านของจำเลย ไม่มีเหตุอันสมควรที่จำเลยจะต้องยิงผู้ตาย การกระทำของจำเลยจึงเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันทรัพย์สิน”

คำพิพากษาศาลฎีกานี้ศาลตัดสินว่าเป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันโดยสำคัญผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ประกอบกับมาตรา 62 วรรคแรก โดยศาลฎีกามองว่า มีคนร้ายลอบวางเพลิงบ้านจำเลย และจำเลยออกมาพบเห็นผู้ตายหน้าบ้าน จำเลยสำคัญผิดว่าผู้ตายเป็นคนวางเพลิง ทั้งๆ ที่ผู้ตายไม่ได้กระทำความโกรธ จำเลยจึงยิงผู้ตายถึงแก่ความตาย ถือได้ว่าเป็นการสำคัญผิดว่าจำเลยมีอำนาจยิงผู้ตายได้ จึงเป็นการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันโดยสำคัญผิด แต่เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าแม้ผู้ตายจะเป็นคนวางเพลิงจริง จำเลยก็ไม่มีสิทธิยิงผู้ตาย และไม่อาจอ้างการป้องกันได้ เพราะภัยอันตรายผ่านไปแล้ว และจำเลยไม่ได้ใช้สิทธิป้องกันภัยอันตรายมาก่อนเลย การกระทำของจำเลยจึงน่าจะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 และเป็นการบันดาลโทสะโดยสำคัญผิดตามมาตรา 62 วรรคแรก เนื่องจากจำเลยเข้าใจว่าผู้ตายเป็นคนวางเพลิง

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนสรุปได้ว่าการป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ แต่อาจไม่เกิดขึ้นพร้อมกันทุกกรณี ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าพฤติการณ์เข้าหลักเกณฑ์ของการป้องกันหรือบันดาลโทสะ หรือเข้าหลักเกณฑ์ทั้งป้องกันและบันดาลโทสะในขณะเดียวกัน และหากเป็นกรณีที่บันดาลโทสะเกิดขึ้นพร้อมกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว มีผลคือ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นเรื่องบันดาลโทสะ เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีผลให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดกฎหมายเลย แต่ถ้าเป็นกรณีที่บันดาลโทสะเกิดขึ้นพร้อมกับการป้องกันเกินขอบเขตแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าต้องแยกเป็น 2 กรณีคือ (1) การป้องกันเกินขอบเขตตอบโต้ผู้ก่อภัยในขณะที่ภัยอันตรายยังมีอยู่สมควรที่จะปรับบทเรื่องป้องกันเกินขอบเขตเพราะเป็นคุณแก่จำเลยมากกว่า แต่ (2) ถ้าการป้องกันเกิน

ขอบเขตตอบโต้ผู้ก่อภัยในขณะที่ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้วยังคงมีปัญหาทิ้งแนวความเห็นทางวิชาการและทางปฏิบัติ จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ข้อเท็จจริงบางคดีเหมือนกันแต่ศาลตัดสินเป็นป้องกันเกินขอบเขตบ้าง และเป็นบันดลโทษะบ้าง ผู้เขียนเห็นว่าแม้การตอบโต้ต่อภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้วจะเข้าทั้งกรณีป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และบันดลโทษะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ในขณะเดียวกัน แต่ศาลควรลดโทษให้ผู้กระทำเพียงครั้งเดียว เพราะการตอบโต้นั้นเป็นการกระทำกรรมเดียวกัน และผู้เขียนได้เสนอแนวทาง 3 ประการในการแก้ไขปัญหาคความไม่ชัดเจนของแนวทางการตอบโต้ภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว ดังนี้ คือ

1. หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันแล้ว และกระทำต่อเนื่องติดพัน แม้ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้วก็ยังกระทำอยู่ ควรปรับบทเรื่องของการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 โดยไม่ต้องปรับบทเรื่องบันดลโทษะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เพราะมาตรา 69 เป็นเรื่องและผู้กระทำเริ่มใช้สิทธิป้องกันมาแต่ต้นและเป็นคุณมากกว่าที่เปิดโอกาสให้ศาลไม่ลงโทษจำเลยได้

2. หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันแล้ว และกระทำต่อเนื่องติดพัน แม้ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้วก็ยังกระทำอยู่ โดยที่ผู้กระทำเข้าใจว่าผู้ก่อภัยยังมีภัยอันตรายที่จะคุกคามผู้กระทำอยู่ แม้ความจริงผู้ก่อภัยไม่มีความสามารถจะทำอันตรายได้แล้ว เช่นนี้ควรปรับบทเรื่องของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายโดยสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก

3. หากเป็นกรณีที่ผู้ก่อภัยได้กระทำการประทุษร้าย แต่ผู้กระทำไม่ได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันเลย ต่อมาผู้กระทำจึงตอบโต้กลับไปผู้ก่อภัยเมื่อภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว เช่นนี้ควรปรับบทเรื่องของการกระทำโดยบันดลโทษะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 โดยไม่เข้าเรื่องของการป้องกันเกินขอบเขต เพราะเหตุว่าผู้กระทำไม่มีการเริ่มใช้สิทธิป้องกัน และไม่มีเจตนากระทำการป้องกันในขณะที่ภัยอันตรายเกิดขึ้นเลย

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะกับการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ตามที่ได้ศึกษาแล้วในบทที่ 2 นั้น การกระทำโดยบันดาลโทสะ หากมิได้กระทำโต้ตอบไปในขณะนั้น แต่กระทำหลังจากที่มีสติสมบูรณ์ครบถ้วนดีแล้ว อาจเข้าเป็นลักษณะของการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนซึ่งเป็นเหตุเพิ่มโทษได้ โดยจะศึกษาลักษณะของการกระทำที่เหมือนและแตกต่างกันของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะกับการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนจากแนววิชาการ บรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการแยกแยะความแตกต่างอย่างชัดเจน

4.1 ลักษณะโครงสร้างความผิด

“ไตร่ตรองไว้ก่อน” เป็นคำกริยามีความหมายว่า “คิดทบทวน ตริตรอง”¹ ซึ่งเดิมกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 250 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าคนโดยเจตนาต้องตามลักษณะอย่างใดที่ว่าต่อไป ในมาตรานี้ คือ

...

(3) ฆ่าคน โดยพยายาม ด้วยความพยายามทมาดหมายก็ดี

...

ท่านว่ามันผู้ฆ่าคนตายโดยเจตนาในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตั้งว่ามานี้ เป็นคนทารุณร้ายกาจ ในลงอาญาฆ่ามันให้ตายตกไปตามกัน”

ซึ่งเป็นการกำหนดไว้เคร่งครัดมากกว่าในปัจจุบัน โดยบัญญัติเป็นเหตุจูงใจสำหรับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา เนื่องจากกฎหมายในขณะนั้นถือว่าเป็นเจตนาชั่วร้ายมาก โดยมาตรา 250 (3) ใช้คำว่า “ฆ่าคนโดยพยายามด้วยความพยายามทมาดหมาย” ประกอบด้วยลักษณะชั่ว 2 ประการ คือ

(1) ได้มีการตั้งใจคิดร้ายไว้ก่อน คือต้องมีสาเหตุพยายาม

(2) ผู้กระทำมีนิสัยสันดานอันชั่วร้ายไม่ได้ใช้สติเหนี่ยวรั้งไปในทางที่ถูกที่ควร

แต่ได้พยายามหาหนทางที่จะฆ่าผู้ตาย

แต่ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 ได้บัญญัติเปลี่ยนแปลงไปเป็นข้อความดังนี้

“มาตรา 289 ผู้ใด

...

(4) ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

...

¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2531), หน้า 366.

ต้องระวางโทษประหารชีวิต”

เมื่อพิจารณาตามตัวอักษร การฆ่าคนโดยพยายามด้วยความพยาบาทมาดหมายนั้น เป็นการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเสมอ แต่การฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนหาจำเป็นต้องเป็นการฆ่าคนโดยพยายามด้วยความพยาบาทมาดหมายไม่² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) ในปัจจุบันได้บัญญัติเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์โดยคล้ายภาระในการนำสืบของโจทก์มากขึ้น เนื่องจากเดิมศาลตีความคำว่า “พยาบาท” ว่ามีสาเหตุคิดฆ่าก่อนแล้วได้ฆ่าตามที่คิดไว้³ ต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยได้ฆ่าผู้อื่นโดยพยายามและด้วยความพยาบาทมาดหมายประกอบกันด้วย ศาลมิได้พิจารณาว่าไตร่ตรองไว้ก่อนหรือไม่ แต่ในปัจจุบันโจทก์มีหน้าที่เพียงนำสืบให้ศาลเห็นว่า จำเลยฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเพียงประการเดียวก็เพียงพอที่ศาลจะลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) ได้แล้ว

ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1251/2501 “ศาลวินิจฉัยว่าโจทก์ฟ้องว่าจำเลยฆ่าผู้ตายโดยพยายามด้วยความพยาบาทมาดหมายตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 250 ซึ่งต่างกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 ข้อ 4 ที่ว่าฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 250 จึงเป็นกฎหมายที่เป็นคุณแก่จำเลยเพราะจะต้องให้ได้ความว่าเป็นการฆ่าคนโดยพยายามด้วยความพยาบาทมาดหมายจึงจะมีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 250 ที่โจทก์อ้าง”

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายว่า “คิดทบทวนตกลงใจก่อนการกระทำคือการฆ่า ตามปกติย่อมมีระยะเวลาที่ผ่านไประยะหนึ่งในการคิดทบทวนตกลงใจ แต่แท้ที่จริงไม่จำเป็นต้องก่อนเป็นระยะเวลาสั้นยาวเท่าใด เพราะกฎหมายไม่กำหนดว่าต้องมีระยะเวลาห่างกันนานเท่าใด ฉะนั้น เมื่อไตร่ตรองแล้ว ลงมือกระทำการทันที ก็ได้ชื่อว่าไตร่ตรองไว้ก่อน กล่าวคือ ต้องมีระยะเวลาระหว่างเหตุที่ทำให้คิดจะฆ่าเป็นความตกลงใจที่จะฆ่า เมื่อไตร่ตรองไว้ก่อนและตกลงใจแล้ว อาจลงมือฆ่าติดต่อกันไปเลยโดยไม่ต้องเว้นระยะเวลาในตอนนี้อีก”⁴

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่าการไตร่ตรองไว้ก่อนนี้เป็นลักษณะของจิตใจนอกเหนือไปจากเรื่องเจตนามูลเหตุชกุงใจและประมาท จึงเป็นองค์ประกอบภายในลักษณะ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

² พูน จักรเสน, “โทษประหารชีวิต”, ตุลพาหุ, เล่ม 3 ปีที่ 4 (มีนาคม, 2500), หน้า 181. อ้างถึงใน ปัญหาма นวัตกรรมรักษา, ความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของอังกฤษ สหรัฐอเมริกาและไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537, หน้า 98.

³ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2532), หน้า 2096.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2097.

พิเศษ⁵ เป็นการฆ่าคนตายอย่างเลือดเย็น คือเมื่อมีเวลาไตร่ตรองแล้วยังตัดสินใจที่จะฆ่าเสีย เพียงหาเครื่องมือเครื่องใช้ตลอดจนวางแผนการก็ยังไม่เพียงพอเช่นเดียวกัน เพราะผู้กระทำ ความผิดย่อมจะหาอาวุธสำหรับฆ่าแล้ววางแผนการว่าจะฆ่าอย่างไร เมื่อใด โดยมีความสำคัญอยู่ที่ว่าจะต้องได้ซึ่งใจมาแล้ว เช่นพิจารณาว่าผลร้ายของการกระทำที่เขาจะได้รับ เป็นอย่างไร คู่กับที่จะกระทำความผิดขึ้นหรือไม่ แล้วยังได้ตัดสินใจในทางที่จะกระทำความผิด นี้เป็นลักษณะของการไตร่ตรองไว้ก่อนซึ่งไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นก่อนการฆ่าเป็นเวลานาน⁶ ซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร เห็นว่า นอกจากเป็นการกระทำโดยเจตนาแล้วยังเป็นเหตุ ฉุกเฉินที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของการกระทำโดยเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายใน⁷ เช่นเดียวกับที่ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ เห็นว่า การไตร่ตรองไว้ก่อนเป็นเหตุฉุกเฉินเกี่ยวกับ เจตนาเป็นส่วนตัวของผู้กระทำความผิดซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น⁸ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนว่า “ลำดับลักษณะของ จิตใจตั้งแต่เกิดโทสะ ความคิดไตร่ตรอง ตัดสินตกลงใจแล้วกระทำความผิดลง กล่าวคือเริ่มตั้งแต่ มีเหตุมากระทบทำให้เกิดความคิดไตร่ตรองทบทวนจนตัดสินใจ ตัดสินตกลงใจ ซึ่งมีใจตัดสินใจกระทำ ความผิดในขณะแรกที่มีโทสะแต่ตัดสินใจตกลงใจในภายหลังที่ได้ไตร่ตรองทบทวนพอแล้ว ถึงแม้ จะยังไม่หายโกรธก็ตาม ถ้ามิใช่กระทำลงเพราะเหตุที่มากระทบอารมณ์ให้เกิดความผลัดกันทาง จิตใจขึ้นแต่แรก หากเป็นผลจากความคิดทบทวนในเวลาต่อมา ไม่ต้องถึงกับหายโกรธและ เลือดเย็นเสียก่อนตกลงใจ ก็เป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนได้ เหตุนี้จึงต้องมีระยะเวลาหนึ่ง ระหว่างความคิดแรกที่เกิดจากเหตุการณ์มากระทบจิตใจ กับการตกลงใจภายหลังการทบทวน ไตร่ตรองแล้ว ถึงแม้จะไม่ต้องรอจนเลือดเย็นเสียก่อน ข้อแตกต่างระหว่างไตร่ตรองไว้ก่อนกับ การกระทำโดยบันดาลโทสะตามมาตรา 72 จึงอยู่ตรงที่ว่า เมื่อเกิดเหตุข่มเหงแล้ว ผู้กระทำความ ผิดบันดาลโทสะขึ้นระหว่างเลือดร้อนอยู่นั้นไม่มีโอกาสไตร่ตรองทบทวนเสียก่อน ส่วนการ กระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนั้นกระทำโดยได้คิดทบทวนแล้ว แม้จะยังไม่หายโกรธสิ้นโทสะเสียทีเดียว บนบันดาลโทสะกับไตร่ตรองไว้ก่อนจึงไปด้วยกันไม่ได้เพราะเหตุนี้”⁹

การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนั้นเป็นการกระทำในภายหลังจากที่ผู้กระทำ ได้ซึ่งน้ำหนักรสชาติผลเสียในการที่จะกระทำหรือไม่กระทำแล้วได้ตัดสินใจกระทำ ความสำคัญอยู่ที่ว่าจะต้องได้ซึ่งใจมาแล้ว พิจารณาว่าผลร้ายของการกระทำที่เขาจะได้รับเป็นอย่างไร คู่กับที่

⁵ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 189.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

⁷ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร:สำนัก พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 55-56.

⁸ จิตติ ดิงศภักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2106.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 2098-2099.

จะกระทำความผิดขึ้นหรือไม่ แล้วยังได้ตัดสินใจกระทำความผิด¹⁰ เช่น คดีทบทวนตรีกรตรอง เป็นอย่างดีแล้วเข้าไปตามที่ได้คิดและตัดสินใจนั้น จึงเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดที่ กฎหมายบัญญัติไว้อย่างสมบูรณ์ โดยไม่มีเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษหรือเหตุผลโทษ กฎหมายจึงลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไตร่ตรองแล้วยังกระทำความผิด เป็นผู้ที่มีจิตใจชั่วร้าย เป็นอันตรายต่อสังคมมากกว่าผู้กระทำความผิดธรรมดาซึ่งควรลงโทษผู้กระทำความผิดโดย ไตร่ตรองไว้ก่อนให้หนักขึ้นเพื่อทดแทนความผิดที่ได้กระทำเพื่อให้หลบจำ และไม่คิดจะกระทำความผิดอีก การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนี้จึงอยู่นอกโครงสร้างความผิด โดยจัดเป็นเหตุ ที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำจะได้รับโทษสูงขึ้นจากปกติตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 289 (4) มาตรา 296 หรือมาตรา 298

กรณีที่จำเลยเกิดความไม่พอใจผู้ตายหรือถูกผู้ตายข่มเหง แล้วจำเลยมิได้ กระทำการใดๆ ได้ตอบผู้ตายกลับไปในขณะที่นั้นอย่างต่อเนื่องกับการถูกข่มเหงแต่ปล่อยให้ผ่าน ระยะเวลาไปช่วงหนึ่งจึงจะลงมือทำร้ายหรือฆ่าผู้ตาย ในบางกรณีศาลวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดย พิจารณาจากระยะเวลาดังกล่าวตั้งแต่สิ้นสุดการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมไปจนถึง จำเลยกระทำความผิดว่าระยะเวลาดังกล่าวนั้น เพียงพอที่จำเลยจะคิดทบทวนไตร่ตรองอย่างมี สติสัมปชัญญะครบถ้วนแล้วหรือไม่ ถ้าระยะเวลาดังกล่าวเพียงพอที่จำเลยจะได้คิดทบทวนตรีกร ตรองอย่างมีสติสมบูรณ์ดีแล้วยังตัดสินใจกระทำความผิด การกระทำของจำเลยก็เป็นการ ไตร่ตรองไว้ก่อน แต่ถ้าจำเลยได้กระทำโต้ตอบไปในทันทีในเวลากระชั้นชิดโดยไม่มีระยะเวลา ทบทวนไตร่ตรองการกระทำของตนอย่างมีสติ เป็นการกระทำโดยมีโทสะพุ่งขึ้นเฉพาะหน้า การกระทำของจำเลยก็เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1036/2501 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยใช้ปืนยิงคนโดยมีความโกรธเคืองอันเนื่องจากสาเหตุไม่ พอใจที่เกิดขึ้นก่อนหน้า **2 ชั่วโมง** ถือว่าเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2520 จำเลยด่าว่าโจทก์ร่วมโดย จำเลยโกรธที่โจทก์ร่วมให้คนมาขุดท่อประปาในที่ดินของจำเลย แล้วจำเลยและโจทก์ร่วมต่าง แยกย้ายเข้าร้านของตน ต่อมาอีกประมาณ **10 นาที** จำเลยวิ่งออกมาจากร้านโดยไม่พูดจา ใช้ ปืนยิงโจทก์ร่วมทันที เช่นนี้ศาลฎีกาเห็นว่ามิใช่จำเลยกระทำการยิงโจทก์ร่วมขณะที่เกิดโทสะขึ้น เฉพาะหน้า หากแต่เป็นการที่จำเลยใช้เวลาอยู่ในร้านประมาณ **10 นาที** คิดทบทวนไตร่ตรองดี แล้วว่าจะยิงโจทก์ร่วมหรือไม่ ดังนี้ การที่จำเลยใช้ปืนยิงโจทก์ร่วมจึงเป็นการกระทำโดย ไตร่ตรองไว้ก่อน และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 218/2527 จำเลยมีเรื่องวิวาทชกต่อยกับผู้เสียหาย ที่โต๊ะรับประทานอาหาร มีผู้ห้าม แล้วจำเลยกลับไปเอาอาวุธปืนย้อนกลับมายิงกราดผู้เสียหาย ผู้ตายกับพวกหลังจากนั้นประมาณ **10 นาที** ศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยมีเวลาพอที่จะได้สติคิด พิจารณาไตร่ตรองแล้ว จึงเป็นการกระทำโดยมีการไตร่ตรองไว้ก่อน นอกจากนี้ คำพิพากษาศาล ฎีกาที่ 1239/2515 ที่ 3475/2535 และ ที่ 171/2536 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกัน

¹⁰ หุตุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 189.

การกระทำโต้ตอบภัยข่มเหงที่ผ่านพ้นไปเป็นเวลาพอสมควรที่จะตรึงตรองได้ว่า จะกระทำต่อหรือไม่ คือ ถ้าเวลาผ่านพ้นไปในระยะพอสมควรที่จะระงับโทษได้แล้วแต่ไม่ระงับ กลับกระทำด้วยความอาฆาตพยาบาท อาจกลายเป็นกรณีไตร่ตรองไว้ก่อนซึ่งจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) มาตรา 296 หรือมาตรา 298 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำถูกข่มเหงที่เล็กละน้อยสะสมมาเรื่อยๆ จนทนไม่ได้และบันดาลโทสะออกมาโดยขาดความไตร่ตรองในการกระทำของตน¹¹ เป็นกรณีบันดาลโทสะด้วยเหตุที่สะสมมา¹² ซึ่งเป็นเหตุที่น่าเห็นใจที่กฎหมายลดโทษให้ ความโกรธในลักษณะนี้ มองกันไม่เห็นเพิ่มพูนขึ้นที่เล็กละน้อยจนยังไว้ไม่อยู่¹³ เช่น จำเลยซึ่งเป็นสามีกับผู้ตายทะเลาะกันโดยผู้ตายใช้ถ้อยคำหยาบคายค่าทุกวัน จำเลยพยายามละความโกรธมาเป็นเวลานานจนระงับไม่ได้¹⁴ ในบางกรณีศาลฎีกาได้พิจารณาข้อเท็จจริงในอดีตประกอบเข้าด้วยอย่างละเอียดและยอมรับเหตุสะสมดังกล่าวประกอบด้วย มิใช่พิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริงในวันเกิดเหตุเพียงอย่างเดียว และกรณีดังกล่าวก็มีไซ้กระทำโดยเจตนาที่ไตร่ตรองอาฆาตพยาบาทมาก่อน หากแต่ถูกข่มเหงที่เล็กละน้อยสะสมมาเรื่อยๆ จนทนไม่ได้ และบันดาลโทสะออกมาโดยขาดความไตร่ตรองในการกระทำของตน เนื่องจากเหตุที่สะสมมาตลอดนั่นเอง¹⁵ จึงทำให้การกระทำความผิดของผู้กระทำผิดนั้นเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ แม้ว่าจะมีระยะเวลาห่างกันระหว่างการข่มเหงในแต่ละครั้งก็ไม่เป็นการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 846/2512 “จำเลยเป็นหญิง มีภาระต้องเลี้ยงตัวเอง เลี้ยงน้องให้ได้รับการศึกษาชั้นมหาวิทยาลัย และส่งเงินเลี้ยงบิดามารดาที่อยู่ต่างจังหวัด จำเลยรักใคร่ได้เสียกับผู้ตายจนจำเลยตั้งครรภ์ ผู้ตายก็ตีตนออกห่างทำการตัดสัมพันธ์ ไม่ยอมรับว่าเป็นพ่อเด็ก ไม่ยอมพบ จำเลยโทรศัพท์ไปหานับสิบครั้งก็ไม่ยอมพูดด้วย วันเกิดเหตุจำเลยได้ไปคอยพบผู้ตายและพูดเรื่องที่จำเลยมีครรภ์ ผู้ตายว่าบอกให้เอาออกก็ไม่เอาออก ผู้ตายไม่ยอมรับว่าเป็นพ่อเด็ก ทั้งยังว่าจำเลยอยากหน้าด้านไปหาผู้ตายเอง และว่าพ่อแม่จำเลยไม่สั่งสอนให้ดี อันเป็นการดูถูกเหยียดหยามกดขี่ข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายในขณะนั้น เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

¹¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 145.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 139.

¹³ จิตติ เจริญฉ่ำ, “ฎีกาวิเคราะห์: คำดำที่ยังไม่ถึงขั้นบันดาลโทสะ,” วารสารอัยการ, ฉบับที่ 195 ปีที่ 17 (พฤษภาคม 2537), หน้า 105.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 104.

¹⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, หน้า 145.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6558/2540 “การที่ผู้เสียหายอยู่กินฉันสามีภริยามาก่อน แล้วต่อมาได้หญิงอื่นเป็นภริยาและไปอยู่กับหญิงนั้น เมื่อจำเลยขอให้ไปพบ ผู้เสียหายไม่ยอมไป ในวันเกิดเหตุจำเลยพบผู้เสียหายอยู่กับหญิงอื่นโดยห่มผ้าขนหนูผืนเดียว ออกมาบอกว่า จะเลิกกับจำเลย และไล่ให้กลับบ้านทั้งยังตบหน้าจำเลยอีก ย่อมเป็นการข่มเหงน้ำใจ จำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยยิงผู้เสียหายไปในทันทีในระยะเวลา ต่อเนื่องที่ยังมีโทสะอยู่ ถือได้ว่าเป็นการกระทำของจำเลยมีเหตุบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 72”

และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6980/2540 “จำเลยรักใคร่ให้การอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาแก่ผู้เสียหายในฐานะที่จำเลยเป็นมารดาอย่างดีจนสำเร็จการศึกษาชั้น ปริญญาตรี ระหว่างศึกษาผู้เสียหายมีท้องไม่มีพ่อเมื่อคลอดบุตรแล้วก็นำมาให้จำเลยเลี้ยง เมื่อ ผู้เสียหายสำเร็จการศึกษาและเข้ารับราชการครู ได้สมรสกับ ถ. แต่อยู่กินกันได้เพียง 1 เดือน ก็ ถูก ถ. ฟ้องหย่า ต่อมาผู้เสียหายลักลอบได้เสียกับโจทก์ร่วมและจะนำโจทก์ร่วมเข้ามาอยู่ในบ้าน จำเลยไม่ยอม ผู้เสียหายได้ขโมยไม้บางส่วนซึ่งเก็บไว้ที่บ้านจำเลยไปสร้างบ้านด้วย จำเลย บอกรื้อถอนออกไป ผู้เสียหายกลับโต้แย้งสิทธิว่ายกให้โดยไม่เป็นความจริง เห็นได้ว่า ผู้เสียหายได้สร้างความซอกแซกใจอับอายขายหน้าให้แก่จำเลยผู้เป็นมารดาโดยตลอด ประกอบกับผู้เสียหายบุกรุกเข้ามาสร้างบ้านในที่ดินของจำเลยแล้วโต้แย้งสิทธิไม่ยอมออกไป วันเกิดเหตุ จำเลยไปบอกรื้อถอนบ้านออกไปอีกแต่ผู้เสียหายไม่ยอมและเกิด การโต้เถียงกันขึ้น ถือได้ว่าเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การ ที่จำเลยวางเพลิงเผาโรงเรือนดังกล่าวของผู้เสียหายและโจทก์ร่วมจึงเป็นการกระทำผิดโดย บันดาลโทสะ”

กรณีที่ใช้หรือจ้างคนไปฆ่าผู้อื่น ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาถือว่าทั้งผู้ใช้และผู้รับใช้มีความผิดฐานไตร่ตรองไว้ก่อน ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1371/2508 ศาลฎีกาพิง ข้อเท็จจริงว่า “จำเลยที่ 1 ได้จ้างจำเลยที่ 2 ให้ยิงผู้ตายตั้งที่ตนได้รับจ้างมา วินิจฉัยว่าการ กระทำของจำเลยทั้งสองแสดงว่าเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เป็นความผิดตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) ประกอบด้วยมาตรา 83 และ 84” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 825/2530 ข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลว่าจำเลยได้รับค่าจ้าง 100,000 บาท จากผู้อื่นให้ฆ่าผู้ตาย ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน คำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 1968/2521 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยตักยิงคนตามที่ได้รับจ้างมา เป็นการฆ่าคนโดย ไตร่ตรองไว้ก่อน” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2505/2525 “จำเลยกับพวกสะกดรอยตามผู้ตาย มาตลอดและเข้าไปยิงผู้ตายทางด้านหลังโดยมิได้พูดจากับผู้ตายเลย ทั้งไม่ปรากฏว่าจำเลยและ พวกกับผู้ตายมีสาเหตุโกรธเคืองมาก่อน ศาลจึงเชื่อว่าถูกจ้างวานใช้จากผู้อื่นมาฆ่าผู้ตาย เป็น การฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” แต่ถ้าเป็นกรณีที่ฆ่าไปโดยไม่มีสาเหตุและไม่ปรากฏว่ามีเหตุอะไร กันมาก่อน ไม่เป็นการไตร่ตรองไว้ก่อน ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1932/2514 ผู้ตายเป็นชู้ กับภรรยาจำเลย จำเลยไปหาผู้ตายที่ห้องทำงานเพื่อขอให้ส่งภรรยาของจำเลยคืนโดยไม่มี

เจตนาจะทำร้ายผู้ตาย แต่ผู้ตายหลบหนีจำเลยจึงโกรธและตามเข้าไปแทงผู้ตายถึงแก่ความตาย ด้วยอาวุธที่จำเลยพกติดตัวมา ดังนี้ ศาลเห็นว่าจำเลยมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่ยังมีใช้การฆ่า โดยไตร่ตรองไว้ก่อน¹⁶

การวางแผน เตรียมการไว้ล่วงหน้าแล้วฆ่าเป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1019/2505 “จำเลยทั้งสามโทรศัพท์ลวงผู้ตายให้ไปรับเงินชำระหนี้ โดยจำเลยได้ซื้อขวานไปด้วย เมื่อพาผู้ตายไปถึงที่เปลี่ยวก็ฆ่าเสีย แสดงว่าจำเลยทั้งสามสมคบกันลวงเป็นตุลาการฆ่าคนโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 33/2514 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การฆ่าโดยมีการวางแผนเตรียมการล่วงหน้าไว้หลายวันเป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1381/2514 “จำเลยวางแผนฆ่าผู้เสียหายโดยให้น้องชายแจ้งตำรวจให้มาจับผู้เสียหายและจำเลยรับอาสาหน้าตำรวจไปจับผู้เสียหายโดยลวงหน้าลวงหน้าไปยังผู้เสียหายกระสุนปืนถูกขาผู้เสียหาย ดังนี้ จำเลยผิดฐานพยายามฆ่าคนโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2259/2522 “กล่าวคำอาฆาตแล้วเตรียมจดหมายจำหน่ายของมาถึงผู้เสียหายเพื่อพบแล้วชักปืนยิง แต่ผู้เสียหายไม่ตาย เป็นพยายามฆ่าโดยเจตนาไตร่ตรองไว้ก่อน” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3462/2526 “การที่จำเลยเข้าไปดูลาดเลาในร้านอาหาร 3 รอบก่อนเกิดเหตุ ขณะที่ผู้ตายนั่งรับประทานอาหารอยู่ในร้านโดยมีพวกอีก 1 คน จอดรถรออยู่หน้าร้าน เมื่อผู้ตายขับรถออกจากร้านอาหาร จำเลยกับพวกก็ขับรถตามมาฆ่าผู้ตายห่างจากร้านเพียง 200 เมตร แสดงว่าจำเลยกับพวกมีแผนการนัดหมายกันมาก่อนลงมือกระทำผิด ดังนี้เป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” นอกจากนี้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1215/2508, ที่ 864/2513, ที่ 181/2515, ที่ 2225/2516, ที่ 2534/2516 และที่ 91/2529 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในทำนองเดียวกัน

ถ้าได้ไตร่ตรองไว้ก่อนแล้ว แต่มิได้กระทำความผิดตามที่ไตร่ตรองไว้ หากมีเหตุเกิดขึ้นใหม่ในภายหลัง จึงฆ่าโดยเหตุที่เกิดขึ้นใหม่ มิใช่การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ก็ไม่ผิดตามเหตุฉกรรจ์นี้¹⁷

จากที่กล่าวถึงโครงสร้างความรับผิด 2 แนวทาง คือ แนวทางของ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร กับแนวทางของ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ และรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ไว้ในบทที่ 3 แล้วนั้นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนี้ล้วนเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิด โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้และไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ เนื่องจากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะไม่ให้คนกระทำความผิดซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดความวุ่นวายในสังคม การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72) อยู่นอกโครงสร้างความผิด

¹⁶ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 924/2508 และ ที่ 1687/2521 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้
ทำนองเดียวกัน

¹⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2100-2101.

และเป็น “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” ตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร และอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดและเป็น “เหตุลดโทษ” ตามแนวทาง รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ซึ่งมีผลทางกฎหมายเหมือนกันคือ ผู้กระทำมีความผิดและต้องได้รับโทษ แต่ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้ได้ แต่การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) มาตรา 296 และมาตรา 298) เป็น “เหตุจรรยาที่เกี่ยวเนื่องกับลักษณะของการกระทำ” โดยเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายใน¹⁸ ตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร และเนื่องจาก รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ มิได้เขียนถึงเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน จึงจะขอเทียบเคียงตามความเห็น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ซึ่งมีความเห็นว่าการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเป็น “เหตุจรรยาเกี่ยวกับสภาพจิตใจ” ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น¹⁹ ในขณะที่การกระทำโดยบันดาลโทสะเป็น “เหตุลดหย่อนความรับผิด” หรือ “เหตุลดโทษ”²⁰

ตารางเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดทางอาญา

	โครงสร้างความผิดตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร	โครงสร้างความผิดตามแนวทาง ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์	ผลทางกฎหมาย
การกระทำโดยบันดาลโทสะ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72)	เหตุที่กฎหมายให้อภัย	เหตุลดหย่อนความรับผิดหรือเหตุลดโทษ	การกระทำเป็นความผิดและต้องรับโทษแต่ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษได้
การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(4) มาตรา 296 และมาตรา 298)	เหตุจรรยาที่เกี่ยวเนื่องกับลักษณะของการกระทำซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายใน	เหตุจรรยาเกี่ยวกับสภาพจิตใจ	การกระทำเป็นความผิดและผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

¹⁸ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 55.

¹⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2107.

²⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 765.

4.2 ผลทางกฎหมายของการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

การกระทำความผิดไปโดยบันดาลโทสะเป็นเหตุที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยขาดสติยับยั้งชั่งใจ กฎหมายเห็นว่าเป็นอันตรายแก่สังคมน้อยกว่ากระทำความผิดทั่วไป จึงให้ศาลมีดุลพินิจลดโทษให้แก่ผู้กระทำเพียงใดก็ได้ แตกต่างจากการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 กำหนดโทษไว้ว่า ต้องระวางโทษประหารชีวิต ซึ่งเป็นโทษเพียงสถานเดียวเท่านั้น โดยกฎหมายไม่ให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษเป็นอย่างอื่น เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าผู้กระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนี้เป็นอันตรายแก่สังคมมากกว่าผู้กระทำความผิดทั่วไป เป็นผู้มีความตั้งใจชั่วร้าย เพราะผู้กระทำได้คิดทบทวนอย่างมีสติสัมปชัญญะครบถ้วนสมบูรณ์แล้วยังกระทำความผิด

การกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเป็นเหตุเกี่ยวกับเจตนาเป็นส่วนตัวของผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นผลทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นเฉพาะผู้กระทำที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น ผู้ร่วมกระทำที่มีได้ไตร่ตรองไว้ก่อนไม่มีความผิดตามมาตรา 1049/2515 “จำเลยที่ 1 ทำหายผู้ตายแล้วยืมปืนพาพวกไปที่บ้านผู้ตาย เรียกผู้ตายลงจากเรือนแล้วยิงผู้ตายตาย เป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน การที่จำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 6 ร่วมไปกับจำเลยที่ 1 ด้วย แต่ไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 6 รู้เหตุระหว่างจำเลยที่ 1 กับผู้ตาย และไม่ไปยืมปืนด้วยอีกทั้งไม่มีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้ตายมาก่อน จะฟังว่าจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 6 ร่วมกับจำเลยที่ 1 ฆ่าผู้ตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนไม่ได้” เช่นเดียวกับเหตุกระทำโดยบันดาลโทสะซึ่งเป็นเหตุส่วนตัวของผู้กระทำให้แก่ผู้กระทำได้และจะลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ เพียงใดก็ได้ โดยไม่จำกัดคำนึงถึงโทษขั้นต่ำ

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะ แม้จำเลยจะมีได้ยกขึ้นต่อสู้ ศาลก็ยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ เช่นเดียวกับการป้องกันและจำเป็นดังที่ได้อธิบายแล้วในหัวข้อที่ 2.4 แต่การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนี้ แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยกระทำความผิดนั้นไปโดยไตร่ตรองไว้ก่อน แต่ถ้าโจทก์มิได้บรรยายฟ้องว่า การกระทำของจำเลยเป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อนหรือโจทก์ไม่สืบพยานให้ศาลเชื่อว่าจำเลยมีพฤติการณ์ไตร่ตรองไว้ก่อนหรือโจทก์ไม่ได้ขอให้ศาลลงโทษในความผิดดังกล่าว ศาลก็ลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) หรือ มาตรา 296 หรือมาตรา 298 ไม่ได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1597/2522 “โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้ตาย โดยใช้วัตถุระเบิดส่งทางพัสดุไปรษณีย์ ผู้ตายได้รับแล้วร่วมกับพวกเปิดห่อพัสดุนั้นเป็นเหตุให้ระเบิดขึ้นผู้ตายกับพวกจึงตายสมเจตนาของจำเลย ทั้งนี้โดยจำเลยมีสาเหตุโกรธเคืองผู้ตายมาก่อน ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288, 289 ดังนี้เมื่อโจทก์มิได้บรรยายฟ้องว่าเป็นการฆ่าผู้ตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ศาลจึงลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) ไม่ได้ จำเลยคงมีความผิดตามมาตรา 288 เท่านั้น” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1967/2515 ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า “จำเลยกับพวกผู้เสียหายมีสาเหตุกันโดยพวกผู้เสียหายขับรถไปเฉี่ยวรถจำเลยแล้วมีการตะโกนทำร้ายกับเล็กน้อยแต่คงขับรถผ่านกันไปแล้ว ต่อมาประมาณ 30 นาทีจำเลยกลับ

ไปบ้านเอาปืนมายืนตรงที่เกิดเหตุ พอผู้เสียหายชี้รถจักรยานยนต์มา จำเลยก็ยิงเอาโดยไม่มีข้อเท็จจริงใดยืนยันว่าจำเลยมาดักรออยู่เพื่อจะยิงผู้เสียหาย ดังนั้นศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยไม่ถึงขั้นพยายามฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5733/2530 ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า “จำเลยเคยโกรธเคืองผู้ตายที่ไม่ยอมให้จำเลยเหมารอบราวง ถึงกับชักอาวุธปืนยิงขึ้นฟ้าก่อนเกิดเหตุประมาณ 27-28 วัน วันเกิดเหตุผู้ตายพบจำเลยโดยบังเอิญ จำเลยจึงเดินมาด้านหลังผู้ตายพร้อมกับใช้ปืนยิงผู้ตายทางด้านหลังถึงแก่ความตาย ดังนั้นศาลฎีกาเห็นว่าจำเลยอาจมีความเจ็บแค้นผู้ตายมาก่อนซึ่งเวลาผ่านไปแล้วนานเกือบเดือน ความโกรธแค้นน่าจะลดหายไป ไม่ปรากฏว่าจำเลยมีความอาฆาตคอยติดตามทำร้ายผู้ตายอีก ที่จำเลยพบผู้ตายในคืนเกิดเหตุ ความแค้นที่เคยมีต่อผู้ตายอาจเกิดขึ้นกะทันหันก็ได้ พฤติการณ์แห่งคดีฟังไม่ได้ว่าจำเลยมีแผนการไว้ล่วงหน้าหรือไตร่ตรองไว้ก่อนเพื่อจะฆ่าผู้ตาย” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4586/2543 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การไตร่ตรองไว้ก่อนเป็นภาวะทางจิตใจของจำเลยที่จะต้องคิดทบทวนตกลงใจว่าจะฆ่าผู้ตายก่อนที่จะลงมือกระทำซึ่งเป็นการยากที่จะหยั่งรู้ได้โดยตรง แม้จะได้ความว่าจำเลยฆ่าผู้ตายเนื่องมาจากเหตุที่ผู้ตายยืมเงินจากจำเลยจำนวนมากถึง 205,000 บาท จำเลยทวงถามหลายครั้งแล้วผู้ตายไม่ยอมชำระก็ตาม แต่การกู้ยืมเงินก็มีการทำหนังสือสัญญากู้เงินไว้ซึ่งจำเลยมีสิทธิฟ้องร้องบังคับได้ตามกฎหมาย พฤติการณ์ของจำเลยตามที่โจทก์นำสืบยังไม่พียงมีน้ำหนักให้รับฟังว่าจำเลยได้คิดทบทวนตัดสินใจฆ่าผู้ตายที่ไม่ยอมชำระหนี้จึงผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เท่านั้น” ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่จะต้องบรรยายถึงการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนของจำเลยมาในฟ้องและขอให้ศาลลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) หรือมาตรา 296 หรือมาตรา 298 ด้วย ตามหลักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติห้ามศาลมิให้พิพากษาหรือสั่งเกินคำขอ และโจทก์ต้องสืบพยานให้ศาลเชื่อว่าจำเลยได้กระทำความผิดนั้นไป โดยมีพฤติการณ์ไตร่ตรองไว้ก่อนตามหลักที่ว่าฝ่ายใดกล่าวอ้างฝ่ายนั้นมีน้ำหนักนำสืบ ศาลจึงจะลงโทษจำเลยในความผิดดังกล่าวได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15 ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 มาใช้โดยอนุโลม

4.3 หลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตลอดจนความสัมพันธ์ของการกระทำทั้งสองประการว่ามีการกำหนดความชัดเจน หรือมีการแยกแยะความแตกต่างไว้อย่างไร โดยจะแยกศึกษา ดังนี้

4.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายสหรัฐอเมริกาบัญญัติเรื่องไตร่ตรองไว้ก่อน โดยใช้คำว่า “with premeditation” หมายถึง การคิดนึก การวางแผนการไว้ล่วงหน้าโดยไม่ต้องใช้เวลานาน เพียง

แต่ให้มีเวลาสำหรับเกิดเจตนาอันแน่วแน่หรือกระจ่างชัด (to form a clear intent) ก็เพียงพอแล้ว²¹ โดยกำหนดให้เป็นการฆาตกรรมที่รุนแรงมีเจตนาระดับ malice aforethought เรียกว่า murder in the first degree²²

Black's Law Dictionary ได้ให้นิยามของคำว่า “ไตร่ตรองไว้ก่อน” (Premeditation) ไว้ว่า “หมายถึง คตินึก พิจารณาล่วงหน้า กำหนดแผนการณ วางแผนฆ่า ความมุ่งประสงค์จะฆ่า รวมทั้งหมายถึง สภาพแห่งจิตก่อนตัดสินใจลงมือฆ่า การคิดก่อนกระทำ เป็นช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่ช่วงระยะระหว่างการตัดสินใจกับลงมือกระทำไม่จำเป็นต้องใช้เวลานาน”

การฆ่าด้วยการไตร่ตรองไว้ก่อนนี้มีโชอารมณ์ที่เกิดขึ้นนวบหนึ่งก่อนที่จะลงมือฆ่า แต่จำเป็นต้องมีความประสงค์ที่ได้ก่อรูปขึ้นโดยสมบูรณ์แล้วว่าจะฆ่าและจิตใจก็ต้องอยู่ในสภาพที่ครบถ้วนบริบูรณ์²³ นอกจากนี้มีคำว่า “deliberation” ซึ่ง Black's Law Dictionary ได้ให้นิยามไว้ว่า หมายถึงการไตร่ตรองไว้ก่อนที่กระทำอย่างเลือดเย็น (with a state of cool blood) มิใช่เพียงการคิดไว้ล่วงหน้าที่จะกระทำการฆ่าเท่านั้น แต่มีความโน้มเอียงในทางการกระทำอาชญากรรมที่ได้มีการพินิจพิจารณาซึ่งนำหนักและทบทวนเหตุผลเป็นอย่างดีแล้ว²⁴ โดย “deliberation” จะมีการคิดทบทวนอย่างลึกซึ้งมากกว่า “premeditation” และกระทำไปอย่างเลือดเย็น

ดังนั้น “premeditation” จึงหมายถึง²⁵ (1) การฆ่าคนตายโดยผู้ฆ่าจำเป็นต้องมีแผนการหรือความคิดที่จะฆ่า มิใช่กระทำลงโดยอารมณ์นวบหนึ่ง (2) ความคิดหรือแผนการนั้นไม่จำเป็นต้องใช้ระยะเวลา และ (3) ความนึกคตินั้นจำเป็นต้องเป็นเจตนาที่ชัดเจน แต่ไม่จำเป็นต้องคิดทบทวนอย่างลึกซึ้ง

ผู้เขียนเห็นว่า ลักษณะของไตร่ตรองไว้ก่อนตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา คล้ายคลึงกับการไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันมากกว่า การฆ่าคนโดยความพยายามตามหมายตามมาตรา 250 (3) แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เนื่องจากลักษณะของการกระทำต้องมีการคิดทบทวน กำหนดและวางแผนการณฆ่า โดยมีเจตนามุ่งประสงค์ที่จะฆ่า ซึ่งมีได้กระทำไปโดยอารมณ์เพียงชั่วนวบ ซึ่งจะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 โดยเป็นเหตุให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้ผู้กระทำได้เพราะมิได้เป็นคนที่มิเจตนาชั่วร้าย แต่การไตร่ตรองไว้ก่อนนี้ก็ไม่จำเป็นต้องใช้เวลานานในการคิดทบทวนตัดสินใจลงมือกระทำ ความผิดแต่อย่างใด เพียงแต่ให้มีระยะเวลา

²¹ เสริมศักดิ์ เทพาคำ, “การฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน”, ตุลพาห, เล่ม 11 ปีที่ 7 (2503), หน้า 1368.

²² Georges P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, (Boston: Little Brown & Company, 1978), p. 253.

²³ คดี Commonwealth v. Drum 581 Pa. 29, Mikell's Cas, 496.

²⁴ เสริมศักดิ์ เทพาคำ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 1370.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

พอสมควรในการเกิดเจตนาและไม่จำเป็นต้องมีความพยายามและพยายามหาอาชญากรที่จะฆ่าก็เพียงพอที่จะเป็นการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนแล้ว

ศาลสหรัฐอเมริกาต้องพิจารณาการไตร่ตรองไว้ก่อนโดยเน้นเรื่องเกี่ยวกับระยะเวลา (time) การคิดทบทวนไตร่ตรอง (reflection) และการกระทำอย่างเลือดเย็น (cold-bloodedness) เพื่อแยกแยะความผิด first degree murder และ second degree murder²⁶ ตัวอย่างเช่น คดี People v. Anderson, 70 Cal. 2d. 15, 447 P.2d 942, 73 Cal. Rptr. 550 (1968) ซึ่งศาลฎีกาแคลิฟอร์เนียได้กลับคำพิพากษาที่ลงโทษฐาน first degree murder ด้วยเหตุผลว่าหลักฐานไม่เพียงพอที่จะชี้ชัดว่าจำเลยมีเหตุจูงใจในลักษณะที่ได้กระทำไปโดยพิจารณาทบทวนอย่างรอบคอบมาก่อน แต่ในอีกคดีหนึ่ง คือ คดี Commonwealth v. Carroll, 412 Pa. 525, 533, 194 A.2d 911, 916 (1963) ศาลตัดสินว่าเป็นความผิด first degree murder โดยเห็นว่าคนชั่วร้ายจะกำหนดและวางแผนฆาตกรรมโดยไม่จำเป็นต้องใช้เวลานาน²⁷

ศาลในปัจจุบันไม่ได้ต้องการระยะเวลาในการไตร่ตรองไว้ก่อน ต้องการเพียงระยะเวลาพอสมควร (reasonable period of time) ในการที่จะคิดทบทวนไตร่ตรองได้ซึ่งไม่ได้มีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดว่าจะต้องเป็นระยะเวลาเท่าใด ตัวอย่างเช่น ศาลส่วนใหญ่เห็นว่าระยะเวลาเพียง 5 นาทีก็เพียงพอที่จะไตร่ตรองไว้ก่อนได้แล้ว²⁸ โดยพฤติการณ์ดังกล่าวอาจแสดงออกได้โดยการวางแผน (planning) การลงมือฆ่าอย่างระมัดระวัง (careful manner of killing) การเตรียมหาเครื่องมือหรืออาวุธในการฆ่า เป็นต้น²⁹ ซึ่งจะต้องพิสูจน์ยืนยันให้ปรากฏต่อศาล ดังเช่นคดี People v. Wolff, 61 Cal. 2d 795, 394 P. 2d 959, 40 Cal. Rptr. 271 (1964) ศาลฎีกาแคลิฟอร์เนียได้กลับคำพิพากษาจากที่ลงโทษฐาน first degree murder เป็น second degree murder โดยรับเอาความเห็นของผู้เชี่ยวชาญทางจิตวิทยาประกอบว่า จำเลยอายุ 15 ปี ที่ฆ่ามารดาด้วยขวานนั้นยังขาดวุฒิภาวะและความไตร่ตรองที่จะกระทำการฆาตกรรม³⁰

การฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนี้ ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นความผิดประเภท first degree murder ซึ่งเป็นการกระทำความผิดฐาน murder โดยมีเจตนาฆ่าประเภทร้ายแรง (malice aforethought) กฎหมายจึงกำหนดโทษไว้สูงสุดคือ ประหารชีวิต³¹ แต่กฎหมายสหรัฐอเมริกากำหนดเหตุจูงใจเช่นนี้ไว้ในเฉพาะความผิด murder เท่านั้นไม่ได้กำหนดให้เป็นเหตุจูงใจกับความผิด manslaughter ด้วย ต่างจากกฎหมายไทยที่บัญญัติ

²⁶ Georges P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p. 254.

²⁷ Ibid., pp. 254-255.

²⁸ Ibid., p. 253.

²⁹ <http://lawschool.lexis.com/class/emanuel/crimlaw/EPC-CrimLaw-Chapter08C.html>

³⁰ Georges P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p. 255.

³¹ Ibid.

เหตุไตร่ตรองไว้ก่อนนี้ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนถึงแก่ความตายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 296 และความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นอันตรายสาหัสตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 298 ซึ่งเป็นผลให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ Model Penal Code มิได้แบ่งระดับความผิดเป็น first degree murder และ second degree murder³² เนื่องจากเหตุผล 2 ประการ คือ³³ (1) ในการพิจารณาคดีมากกว่าศตวรรษ ศาลไม่สามารถวางหลักเกณฑ์ในการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนได้อย่างชัดเจน และ (2) การแบ่งแยกระดับความผิดนี้มีจุดประสงค์เพื่อแยกระดับคดีที่จะต้องลงโทษประหารชีวิต ซึ่งสามารถใช้วิธีการทำบัญชีคดีร้ายแรงได้ ทั้งนี้เพื่อลดระยะเวลาในการพิจารณาและหลีกเลี่ยงการตัดสินคดีที่อาจผิดพลาดและขาดความยืดหยุ่นได้

สำหรับการกระทำโดยบันดาลโทสะนั้น นอกจากที่ได้กล่าวถึงลักษณะสำคัญไว้แล้วในบทที่ 2 สหรัฐอเมริกายังกำหนดหลักเกี่ยวกับการมีโทสะอย่างแท้จริง (Actual Provocation) การกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมที่จะเย็นลงคือระยะเวลาที่ความโกรธได้ (Reasonable Time to Cool Off) และการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจำแนก (Classification) ความผิดในการฆ่าผู้อื่นไว้อย่างละเอียด ดังนี้

การมีโทสะอย่างแท้จริง³⁴ (Actual Provocation) ถ้าการข่มเหงอย่างร้ายแรงทำให้วิญญูชนสูญเสียความสามารถในการควบคุมตนเอง ยังคงมีปัญหว่าจำเลยบันดาลโทสะอย่างแท้จริง (was in fact provoked) จากการกระทำของผู้เสียหายหรือไม่ ถ้าจำเลยมีอารมณ์เย็นกว่าวิญญูชน จำเลยก็จะไม่บันดาลโทสะอย่างแท้จริง (และการที่เขาฆ่าผู้เสียหายตายเป็นการกระทำอย่างเลือดเย็น) จำเลยจะมีความผิดฐาน murder โดยมีเจตนาฆ่าที่ไม่สามารถลดโทษเป็น manslaughter ได้ ดังที่ได้อธิบายแล้วในบทที่ 2

ระยะเวลาที่เหมาะสมที่จะเย็นลงคือระยะเวลาที่ความโกรธได้³⁵ (Reasonable Time to Cool Off) การสันนิษฐานว่าการกระทำของผู้เสียหายเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งก่อให้เกิดจำเลยสูญเสียการควบคุมตนเองได้โดยปกติ ยังคงมีปัญหาในประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาใดเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมเพียงพอที่อารมณ์จะสงบลง (subside) ในมุมมองของคนส่วนใหญ่เห็นว่า จำเลยที่ถูกข่มเหงให้บันดาลโทสะจะไม่ถูกลดโทษเป็น Voluntary Manslaughter ถ้าหากว่าวิญญูชนที่ถูกข่มเหงให้บันดาลโทสะเช่นเดียวกันนั้นได้เย็นลงคือระยะเวลาที่ความโกรธได้แล้ว (would have cooled) เช่นเดียวกันกับกรณีที่มีจำเลยระยะเวลาที่ความโกรธได้ช้ากว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป ตัวอย่างเช่น คดี Sheppard v. State, 243 Ala. 498, 10

³² <http://www.geocities.com/thelegalpub/outlines/CRIMINALLAW.doc>

³³ Georges P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, pp. 255-256.

³⁴ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr., Criminal Law, (St. Paul Minn. West Publishing Co, 1972), p. 660.

³⁵ Ibid., pp. 661-662.

So.2d 822 (1942) สามัญว่าภริยาฆ่าตัว หลายวันต่อมาจึงฆ่าภริยา ศาลตัดสินว่าเป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน คดี LaLonde v. State, 614 P.2d 808 (Alaska 1980) แม้ว่าจำเลยจะยังคงมีโทสะอยู่ แต่ก็ไม่ใช่ความผิด manslaughter เพราะเหตุว่าในคดีนี้วิญญูชนควรจะระงับความโกรธได้แล้วหลังจากเวลาผ่านไปหลายชั่วโมง ในคดี re Fraley, 3 Okl. Crim. 719,109 P. 295 (1910) ผู้เสียหายฆ่าลูกชายของจำเลย ผู้เสียหายได้รับการพิจารณาและหลุดพ้นจากข้อหาภายหลังนั้นหลายเดือนจำเลยได้ฆ่าผู้เสียหาย ศาลตัดสินว่าเป็นความผิดฐาน murder แต่อย่างไรก็ตาม ความเห็นเสียงข้างน้อยเห็นว่า การวัดโดยใช้หลักระยะเวลาที่เหมาะสม ถ้ามีการข่มเหงอย่างร้ายแรงโดยไม่เป็นกรรมโดยซึ่งทำให้บันดาลโทสะอย่างแท้จริงแล้ว ถ้าจำเลยกระทำความผิดไปก็เป็นความผิด manslaughter ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่าเนื่องจากอารมณ์ที่ผิดปกติของจำเลย เขาจึงยังระงับความโกรธไม่ได้ แม้ว่าอารมณ์ของวิญญูชนจะสงบลงแล้วก็ตามตัวอย่างเช่น คดี State v. Hazlett, 16 N.D. 426, 113 N.W. 374 (1907) ศาลตัดสินว่าปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาเพียงพอที่จะบรรเทาอารมณ์โกรธและความสามารถในการกลับมีสติอย่างสมบูรณ์ไม่ควรนำมาพิจารณาโดยใช้วิญญูชนเป็นเกณฑ์มาตรฐานเพียงอย่างเดียว แต่ควรพิจารณาจากตัวจำเลยโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมประกอบด้วย และคดี State v. McCants, 1 Speers 384 (S.C. 1843) จำเลยถูกผู้ตายตีทำร้าย หลังจากนั้นจำเลยจึงฆ่าผู้เสียหายตาย ศาลตัดสินว่าเป็นความผิด murder โดยยืนยันข้อเท็จจริงว่าการที่จำเลยระงับโทสะได้ช้าเนื่องจากความมึนเมา นั้นไม่เกี่ยวข้องกับประเด็น และวินิจฉัยว่าการพิจารณาถึงระยะเวลาที่เหมาะสมที่จะระงับความโกรธได้ จะไม่พิจารณาเพียงแต่สภาพทั่วไปของการกระทำโดยบันดาลโทสะเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาจากสภาพร่างกายและจิตใจ สภาพในชีวิตของจำเลยและสถานการณ์พิเศษในขณะจำเลยกระทำความผิด การศึกษาและนิสัยของจำเลยประกอบด้วย

ดังนั้น ถ้าวิญญูชนยังไม่สามารถระงับความโกรธและผู้กระทำความผิดยังคงโกรธอยู่และยังไม่สามารถระงับความโกรธได้เช่นกันในขณะที่กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงนั้น การกระทำความผิดนั้นก็เป็นกรกระทำโดยบันดาลโทสะเพราะยังไม่มีระยะเวลาที่จะสงบอารมณ์ลงได้ (cooling off period)³⁶

การระงับความโกรธได้อย่างแท้จริง³⁷ (Actual Cooling off) แม้ว่าจำเลยจะกระทำความผิดโดยที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นกรรม จำเลยเกิดโทสะอย่างแท้จริงและวิญญูชนที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นยังไม่สามารถระงับความโกรธได้ก็ตาม แต่จำเลยจะไม่ได้รับการลดโทษเป็นความผิด manslaughter ถ้าหากว่าอารมณ์โกรธของจำเลยบรรเทาลงได้รวดเร็วกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป และกระทำความผิดไปในขณะที่ระงับความโกรธได้แล้ว ซึ่งแสดงว่าจำเลยสามารถควบคุมสติอารมณ์ของตนเองได้แล้วและกระทำความผิดไป ตัวอย่างเช่น คดี

³⁶ <http://lawschool.lexis.com/class/emanuel/crimlaw/EPC-CrimLaw-Chapter08D.html>

³⁷ Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr., Criminal Law, pp. 662-663.

re Fraley, 3 Okl.Crim. 719, 109 P. 295(1910) ถ้าจำเลยระงับความโกรธได้แล้วซึ่งแสดงให้เห็นด้วยการกระทำบางอย่างเช่น การติดต่อทำธุรกิจในระหว่างนั้น การพูดคุยสนทนาเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ และการเตรียมการฆ่า เป็นต้น จึงไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาอีกว่ามีระยะเวลาเพียงพอที่จะทำให้จำเลยระงับความโกรธได้หรือไม่ คดีนี้ศาลจึงตัดสินว่าเป็นความผิด murder เป็นการฆ่าอย่างเลือดเย็น (cold blood)

การจำแนก³⁸ (Classification) จากที่กล่าวมาแล้วในข้อ 2.5.1 การกระทำโดยบันดาลโทสะต้องมียุติกรรมประกอบ 4 ประการ ดังนี้³⁹

- (1) จะต้องมีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม (reasonable provocation)
- (2) จำเลยจะต้องถูกกระตุ้นให้โกรธอย่างแท้จริง (actual provoked)
- (3) วิญญูชน (reasonable man) จะต้องเกิดโทสะโดยที่ยังไม่ระงับ (cooled off) ระหว่างเวลาที่ถูกข่มเหงและกระทำโต้ตอบไป
- และ (4) จำเลยจะต้องยังมีโทสะอยู่ในขณะที่กระทำโต้ตอบ

และจากองค์ประกอบทั้ง 4 ประการดังกล่าว สามารถสรุปได้ว่า พฤติการณ์การฆ่าคนตายโดยเจตนามี 3 พฤติการณ์ ซึ่งต่างมีบทสรุปที่แตกต่างกัน ดังนี้⁴⁰

1) ผู้ใดกระทำด้วยพฤติการณ์ที่ครบถ้วนทั้ง 4 องค์ประกอบ ถือว่ามีความผิดฐาน Voluntary manslaughter ซึ่งเทียบได้กับการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ของไทย

2) ผู้ใดกระทำโดยขาดองค์ประกอบข้อ 1 และข้อ 3 เป็นการพิจารณาตามหลัก Objective Test กล่าวคือ การข่มเหงนั้นไม่เป็นการข่มเหงร้ายแรงที่ทำให้วิญญูชนเกิดความโกรธหรือวิญญูชนที่เกิดโทสะนั้นได้ระงับโทสะลงแล้ว กฎหมายสหรัฐอเมริกาในรัฐส่วนใหญ่เห็นว่าหากกระทำความผิดก็ไม่นับเป็นบันดาลโทสะ แต่เป็น second degree murder กรณีนี้เทียบได้กับการฆ่าคนตายโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ของไทย ตัวอย่างเช่น คดี People v. Caruso, 246 N.Y. 437, 159 N.E. 390(1927) จำเลยไม่ได้ถูกผู้เสียหายข่มเหงอย่างร้ายแรงและจำเลยได้ฆ่าผู้เสียหาย แต่เนื่องจากไม่มีหลักฐานที่ชี้ชัดว่าเป็นการไตร่ตรองไว้ก่อน (premeditation) ศาลจึงตัดสินว่าเป็นความผิด second degree murder เท่านั้น

3) ผู้ใดกระทำโดยขาดองค์ประกอบข้อ (2) และข้อ (4) เป็นการพิจารณาตามหลัก Subjective Test กล่าวคือ แม้ผู้นั้นได้รับการข่มเหงอย่างร้ายแรงที่ทำให้วิญญูชนเกิดโทสะ แต่ผู้นั้นมีได้เกิดโทสะเลย หรือแม้วิญญูชนผู้ถูกประทุษร้ายมีโทสะอยู่และยังไม่สามารถระงับความโกรธได้ แต่ตัวผู้กระทำระงับความโกรธได้โดยสมบูรณ์แล้ว และได้ฆ่าผู้เสียหายตายด้วย

³⁸ Ibid.,p. 663.

³⁹ Ibid.,p. 654.

⁴⁰ Ibid.,p. 663.

พฤติการณ์อันเลือดเย็น (kill in cold blood) ด้วยพฤติการณ์ที่ไตร่ตรองไว้ก่อน (premeditate and deliberate) กฎหมายสหรัฐอเมริกาในรัฐส่วนใหญ่เห็นว่าไม่เป็นบันดลโทสะและเป็น first degree murder ซึ่งเทียบได้กับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(4) หรือ มาตรา 296 หรือ มาตรา 298 ของไทย ตัวอย่างเช่น คดี People v. Gingell, 211 Cal. 532, 296 P. 70 (1931) จำเลยตัดสินใจที่จะฆ่าภรรยาและชายชู้แล้ว จำเลยก็ออกตามหาคนทั้งคู่โดยไม่มีโทสะเลย เมื่อเจอภรรยากับชายชู้อยู่บนเตียง จำเลยก็ฆ่าคนทั้งคู่ตาย ศาลตัดสินว่าเป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

จากบทสรุปทั้ง 3 กรณีข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า สามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางของกฎหมายไทยได้ว่า พฤติการณ์ใดจะเป็นบันดลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เจตนาฆ่าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือ เจตนาฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) คือ

1. หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดไปโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดลโทสะและกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหง ในขณะที่ยังมีโทสะอยู่ โดยที่วิญญูชนจะต้องเกิดโทสะและยังไม่สามารถระงับโทสะได้ระหว่างเวลาที่ถูกข่มเหงกับการกระทำโต้ตอบไป ควรปรับเรื่องการกระทำโดยบันดลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

2. หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดไปโดยไม่มี การข่มเหงหรือการข่มเหงนั้นไม่ถือเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมเพียงพอที่จะทำให้วิญญูชนเกิดโทสะ หรือวิญญูชนที่เกิดโทสะจากการข่มเหงนั้นระงับโทสะลงได้แล้ว ควรปรับบทเรื่องการฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288

3. หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งมีอารมณ์เย็นกว่าคนธรรมดาทั่วไป ได้กระทำความผิดไปโดยที่มีได้เกิดโทสะเลย แม้จะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งทำให้วิญญูชนเกิดโทสะได้ก็ตาม หรือแม้วิญญูชนที่ถูกข่มเหงเช่นเดียวกับผู้กระทำยังมีโทสะอยู่และยังไม่สามารถระงับความโกรธและกลับมีสติสมบูรณ์ได้แต่ผู้กระทำสามารถระงับความโกรธได้แล้ว แต่กระทำความผิดไปหลังจากที่ระงับความโกรธได้แล้วและมีสติสัมปชัญญะครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว ควรปรับบทเรื่องการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)

4.3.2 ประเทศเยอรมัน

StGB ได้บัญญัติความผิดฐานฆ่าผู้อื่นไว้ในมาตรา 211 ซึ่ง Gerold (Jerry) Harfst ได้แปลเป็นภาษาอังกฤษไว้ว่า

“ Section 211. Murder

(1) The murderer will be punished by imprisonment for life.

(2) *A murderer is whoever, from lust to kill, in order to satisfy his sexual drive, from avarice or other base motives, treacherously or cruelly by means causing a common danger, or in order to make possible or to conceal another criminal act, kills a human being.*⁴¹

แปลเป็นภาษาไทยได้ ดังนี้

มาตรา 211 การฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา

- (1) ผู้ใดเจตนาฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต
- (2) ผู้ที่เจตนาฆ่าผู้อื่นเพื่อสำเร็จความใคร่ทางเพศ ฆ่าด้วยความโลภ หรือมีเหตุจูงใจพื้นฐานอย่างอื่นในการฆ่า ฆ่าด้วยความมุงร้าย หรือฆ่าโดยทารุณโหดร้าย หรือเพื่อกระทำความผิดอาญาให้บรรลุผล หรือเพื่อปกปิดความผิดอย่างอื่น

มาตรา 211 ของ StGB นี้ เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาที่มีอัตราโทษสูงสุด คือ จำคุกตลอดชีวิต เนื่องจากประเทศเยอรมันได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตแล้ว จึงนับได้ว่ามาตรานี้เป็นการกำหนดฐานความผิดที่มีโทษสูงสุด ซึ่งเทียบได้กับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยมีเหตุจูงใจตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 นั้นเอง ได้แก่ การฆ่าโดยทารุณโหดร้าย (cruelly) เทียบได้กับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (5) คือ ฆ่าผู้อื่นโดยทรมาณหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย การฆ่าเพื่อกระทำความผิดอาญาให้บรรลุผล (to make possible) เทียบได้กับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (6) คือ ฆ่าผู้อื่นเพื่อเตรียมการ หรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น และการฆ่าเพื่อปกปิดความผิดอย่างอื่น (to conceal another criminal act) เทียบได้กับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (7) คือ ฆ่าผู้อื่นเพื่อจะเอา หรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอื่น เพื่อปกปิดความผิดอื่นของตน หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำไว้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายเยอรมันมิได้แยกการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนมาเป็นเอกเทศต่างหากจากความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยมีเหตุจูงใจอื่น ๆ แต่บัญญัติรวมไว้เป็นมาตราเดียวกันทั้งหมด เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาลงโทษได้โดยไม่ต้องปรับบทโดยเฉพะเจาะจง ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายของประเทศแองโกล-อเมริกัน และประเทศฝรั่งเศสที่ได้แยกการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนออกมาเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นตายที่มีโทษรุนแรงขึ้น ต่างจากเหตุจูงใจอื่น ๆ⁴²

⁴¹ Gerold (Jerry) Harfst, German Criminal Law, Harfst Verlag, 1998, p. 145.

⁴² Georges P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p. 330.

4.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบหาแนวทางที่เหมาะสม

มีประเด็นนำศึกษาว่าทั้งสองกรณีจะเกิดขึ้นพร้อมกันได้หรือไม่ และจะมีจุดแบ่งแยกระหว่างการกระทำทั้งสองกรณีนั้นอย่างไร จึงจะถือว่ากระทำโต้ตอบไปขณะที่ยังบันดาลโทสะอยู่ หรือกระทำโต้ตอบไปหลังจากที่ได้คิดทบทวนไตร่ตรองดีแล้ว โดยผู้เขียนจะแยกเป็น 2 ประเด็น คือ

4.4.1 การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้หรือไม่

4.4.2 การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนมีจุดแบ่งแยกอย่างไร

4.4.1 การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้หรือไม่

ประเด็นปัญหาข้อนี้อาจมีการคิดไปได้ว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้หรือไม่ และถ้าการกระทำทั้งสองกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นพร้อมกันได้แล้วจะมีผลอย่างไรต่อไป จะถือว่าเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งเป็นเหตุจรรยาให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น และเป็นเหตุบันดาลโทสะด้วยเพื่อให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้ผู้กระทำในคดีเดียวกันจะได้หรือไม่ ผู้เขียนจึงจะพิจารณาประเด็นปัญหานี้โดยยกตัวอย่าง 3 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 นาย ก. ช่างมารดาของนาย ข. นาย ข. เห็นเข้าจึงเกิดโทสะและคว่ำมีดมาฟันนาย ก. ตาย เช่นนี้ถือว่าการกระทำของนาย ก. เป็นการข่มเหงนาย ข. อย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม เมื่อนาย ข. เกิดโทสะและใช้มีดฟันนาย ก. ตายในขณะนั้น นาย ข. สามารถอ้างเหตุว่ากระทำไปโดยบันดาลโทสะ และได้กระทำไปในขณะที่ต่อเนื่องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 (เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 819/2476) ซึ่งเป็นเหตุให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษได้ โดยไม่มีประเด็นเรื่องการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

กรณีที่ 2 นาย ก. ช่างมารดาของนาย ข. ตาย นาย ข. ทราบเรื่องในภายหลังจึงเกิดโทสะและคิดจะแก้แค้น นาย ก. หลังจากนั้น 2 วันต่อมา นาย ข. ก็ไปฆ่านาย ก. ตาย ด้วยความโกรธ เช่นนี้ถือว่านาย ข. ฆ่านาย ก. หลังจากถูกข่มเหงเป็นระยะเวลาจนถึง 2 วัน ซึ่งเป็นระยะเวลาพอสมควรที่นาย ข. น่าจะระงับโทสะลงและกลับมีสติสมบุรณ์ในการคิดทบทวนไตร่ตรองซึ่งนำหนักผลดีผลเสียของสิ่งที่กระทำได้แล้ว การที่นาย ข. ยังคิดที่จะฆ่า นาย ก. และได้ฆ่านาย ก. หลังจากถูกข่มเหงถึง 2 วัน ไม่อาจถือเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะซึ่งต้องกระทำโต้ตอบไปในเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกับการถูกข่มเหง แต่เข้าลักษณะของการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(4) แม้ข้อเท็จจริงจะฟังได้ว่า นาย ข. ฆ่า นาย ก. ตายด้วยความโกรธก็ตาม แต่ความโกรธมิใช่การกระทำโดยบันดาลโทสะทุกกรณี จะต้องพิจารณาด้วยว่ามีระยะเวลาพอสมควรที่ผู้กระทำสามารถระงับโทสะของตนเองได้หรือไม่ ซึ่ง

ในกรณีนี้ระยะเวลาจนถึง 2 วัน น่าจะเพียงพอที่ทำให้นาย ข. ระวังโทษของตนและมีสติคิด ทบทวนไตร่ตรองได้เป็นอย่างดีแล้ว การที่นาย ข. ชำนาญ ก. จึงมิใช่การกระทำเพราะโทษที่ พุ่งขึ้นเฉพาะหน้าโดยขาดความยับยั้งชั่งใจ ซึ่งเป็นเหตุที่ศาลจะใช้ดุลพินิจลดโทษให้แต่เป็น อันตรายแก่สังคมมากกว่าทั่วไป จึงเป็นกรณีที่ต้องได้รับโทษหนักขึ้นเพราะเหตุการณ์กระทำโดย ไตร่ตรองไว้ก่อน

กรณีที่ 3 นาย ข. ชำนาญ ก. ตายเพราะนาย ค. จ้างวานมาโดยให้ค่าจ้าง 50,000 บาท เช่นนี้ถือว่าการกระทำของนาย ข. เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) (เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 825/2530) โดย ไม่มีประเด็นเรื่องบันดาลโทสะเข้ามาเกี่ยวข้องแต่อย่างใด เป็นกรณีของการกระทำโดยไตร่ตรอง ไว้ก่อนเพียงอย่างเดียว

จากตัวอย่างทั้งสามกรณีข้างต้นที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นนั้น กรณีที่ 1 เป็นข้อเท็จจริงที่ เข้าองค์ประกอบของการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 และ กรณีที่ 3 เป็นข้อเท็จจริงที่เข้าลักษณะของการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 289 (4) อย่างชัดเจน โดยไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาอีกว่าข้อเท็จจริงในกรณี ที่ 1 และที่ 3 จะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะและไตร่ตรองไว้ก่อนพร้อมกันหรือไม่ มีเพียง ตัวอย่างกรณีที่ 2 เท่านั้น ที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีระยะเวลาให้ผู้กระทำความผิดทบทวนแล้วและได้ กระทำความผิดไปในขณะที่ยังมีความโกรธอยู่ จึงเป็นประเด็นให้คิดไปได้ว่าจะเป็นที่เข้า ลักษณะของการกระทำทั้งสองประการพร้อม ๆ กันได้หรือไม่ และดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วว่า แม้การกระทำของนาย ข. จะเป็นการฆ่าด้วยความโกรธ แต่มิใช่กรณีที่กระทำไปในขณะที่ใกล้ ชิดต่อเนื่องกับการช่มเหง นาย ข. มีเวลาพอสมควรที่จะคิดทบทวนอย่างมีสติสมบูรณ์แล้ว จึงมิใช่ การกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แต่เป็นกรณีของการฆ่าผู้อื่น โดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) ซึ่งนาย ข. ต้องได้รับโทษ หนักขึ้นกว่ากรณีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา

ในเรื่องนี้มีความเห็นทางวิชาการที่สอดคล้องกัน คือ เห็นว่าการกระทำโดย บันดาลโทสะและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนไม่อาจจะเกิดขึ้นพร้อมกันได้ ตัวอย่างเช่น ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ ได้ให้ความเห็นว่า “ถ้ากระทำความผิดเมื่อการช่มเหงยุติผ่านพ้นไป แล้ว แต่ยังเป็นเวลาปัจจุบันกระชั้นชิดซึ่งเรียกว่า ในขณะนั้นก็เป็นเหตุลดโทษตามมาตรา 72 ใน ฐานบันดาลโทสะ แต่ถ้ากระทำความผิดหลังจากขณะนั้นไปกลับกลายเป็นพยาบาลไตร่ตรองไว้ ก่อน เป็นเหตุให้ได้รับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 289(4) การกระทำโดยบันดาลโทสะกับไตร่ตรองไว้ ก่อนจึงเป็นลักษณะที่ไปด้วยกันไม่ได้”⁴³ และกล่าวไว้ว่า “ข้อแตกต่างระหว่างไตร่ตรองไว้ก่อนกับ การกระทำโดยบันดาลโทสะตามมาตรา 72 จึงอยู่ตรงที่ว่า เมื่อเกิดเหตุช่มเหงแล้ว ผู้กระทำความ ผิดบันดาลโทสะขึ้นระหว่างเล็ดร่อนอยู่จนไม่มีโอกาสไตร่ตรองทบทวนเสียก่อน ส่วนการ

⁴³จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 765.

กระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนั้นกระทำโดยได้คิดทบทวนแล้ว แม้จะยังไม่หายโกรธสิ้นโทสะเสียทีเดียว บันดาลโทสะกับไตร่ตรองไว้ก่อนจึงไปด้วยกันไม่ได้เพราะเหตุนี้⁴⁴ นอกจากนี้ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ ได้ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2513/2520 ว่า “... การกระทำด้วยเจตนาพิเศษเพราะถูกข่มเหงกับเพื่อป้องกันอาจรวมอยู่ในการกระทำอันเดียวกันได้ไม่ขัดกัน ดังการกระทำโดยบันดาลโทสะกับไตร่ตรองไว้ก่อน”⁴⁵

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์ เห็นว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเกิดขึ้นพร้อมกันไม่ได้ เพราะถ้าผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะขึ้นโดยไม่มีเวลาคิดทบทวนไตร่ตรองและได้กระทำผิดได้ตอบผู้ข่มเหงไปอย่างต่อเนื่องกันในขณะนั้น เป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะซึ่งเป็นเหตุที่ศาลจะใช้ดุลพินิจลดโทษได้ แต่การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเป็นการกระทำหลังจากที่ได้คิดทบทวนแล้วยังกระทำความผิดไปหลังจากนั้น แม้จะยังคงมีโทสะอยู่ก็ตามก็เป็นกรกระทำทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่า

“ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน คือ เป็นการฆ่าภายหลังที่ผู้กระทำซึ่งนำหนักผลได้ผลเสียในการที่จะฆ่าบุคคลอื่นแล้ว และได้ตัดสินใจไปในทางฆ่าและได้ฆ่าตามที่ตัดสินใจนั้น เช่น ก. ตบหน้า ข. ข. โกรธจึงฆ่า ก. ทันทันที่ไม่ใช่ฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เพราะ ข. ไม่มีเวลาที่จะไตร่ตรองซึ่งผลได้ ผลเสียอันเกิดจากการที่ ข. คิดจะฆ่า ก. แต่ถ้า ก. ตบหน้า ข. ข. เจ็บใจไปนอนตริกรตรองแล้วเห็นว่าจะต้องฆ่า ก. ให้ได้ แม้จะถูกจับไปลงโทษสถานหนักก็ยอม ต่อมา ข. จึงไปฆ่า ก. ถือว่า ข. ได้ฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และ ข. มีความผิดตามมาตรา 289 (4) ทั้งนี้ เพราะเป็นการฆ่าคนตายอย่างเลือดเย็น”⁴⁶

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่าการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนจะต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้ซึ่งนำหนักผลดีผลเสียของการกระทำดังกล่าวมาแล้ว และได้ตัดสินใจกระทำความผิดและได้กระทำความผิดที่ตัดสินใจนั้น ต่างจากกรณีที่กระทำไปโดยทันทีที่ถูกข่มเหงโดยยังไม่มีเวลาทบทวนไตร่ตรองซึ่งนำหนักผลดีผลเสียซึ่งหมายถึง การกระทำโดยบันดาลโทสะนั่นเอง แปลความได้ว่า การกระทำโดยบันดาลโทสะและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนจึงไม่อาจเกิดขึ้นพร้อม ๆ กันได้

แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยไม่มีปัญหาในประเด็นนี้ นัก ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1453/2455 ศาลวินิจฉัยว่า “จะปรึกษาคดีอ้างบทมุ่งหมายป้องร้ายพร้อม กับบันดาลโทสะขึ้นนั้นขัดกัน ไม่ใช่วิสัยจิตมนุษย์จะเป็นดังนั้นได้ในกรรมเดียวกันนั้น” แสดงว่าศาลเห็นว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะไม่อาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันกับการกระทำโดยไตร่ตรอง

⁴⁴จิตติ ดิงศภักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2099.

⁴⁵จิตติ ดิงศภักดิ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2513/2520.

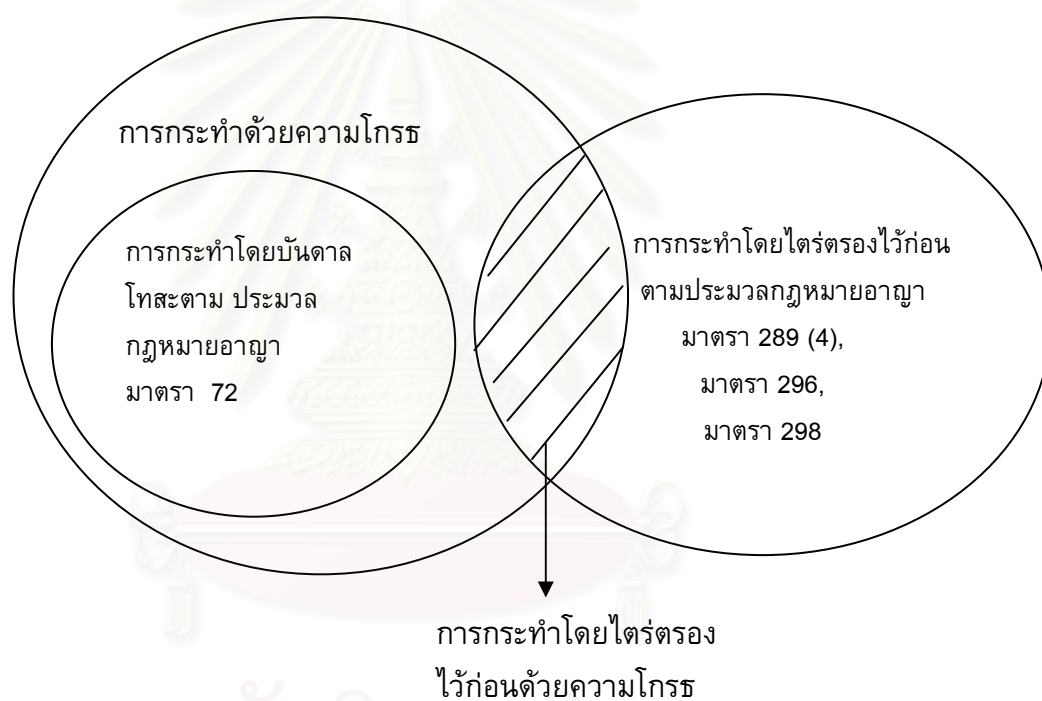
⁴⁶หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 188.

ไว้ก่อนเช่นกัน แต่แนวปฏิบัติของศาลไทยจะมีปัญหาในเรื่องการปรับบท เนื่องจากคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องปรับบทเป็นเรื่องบันดาลโทสะ ทั้ง ๆ ที่มีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าน่าจะเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6988/2542 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1821/2543 ในขณะที่คำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องปรับบทเป็นเรื่องไตร่ตรองไว้ก่อน ทั้ง ๆ ที่มีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าน่าจะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ จึงเป็นปัญหาว่ามีหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกอย่างไรว่ากรณีใดควรปรับบทด้วยเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะ และกรณีใดควรปรับบทด้วยเรื่องไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์อย่างละเอียดในหัวข้อต่อไป

หากพิจารณาจากกฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่าการกำหนดจุดแบ่งแยกการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนกับการกระทำโดยบันดาลโทสะไว้อย่างชัดเจนโดยถือเอาระยะเวลาที่จะสงบอารมณ์ลงได้ (cooling off period) เป็นจุดแบ่งแยก ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อที่ 4.3.1 ว่า การที่จะถือว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะนั้นจะต้องมีองค์ประกอบครบ 4 ประการ คือ (1) ต้องมีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม (2) จำเลยต้องมีโทสะอย่างแท้จริง (3) วิทยุชนจะต้องมีโทสะอยู่ในระหว่างเวลาที่ถูกรบกวนและกระทำโต้ตอบไป และ (4) จำเลยจะต้องยังมีโทสะอยู่ในขณะที่กระทำโต้ตอบ แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้กระทำขาดองค์ประกอบข้อ (2) หรือ ข้อ (4) ซึ่งจะพิจารณาโดยใช้หลัก Subjective Test คือ มุ่งพิจารณาที่ตัวผู้กระทำเป็นเกณฑ์ คือ ผู้กระทำมิได้มีโทสะอย่างแท้จริงคือมีอาการเย็นกว่าวิทยุชนทั่วไปหรือแม้วิทยุชนจะยังมีโทสะอยู่และยังไม่สามารถระงับอารมณ์โกรธได้ แต่ผู้กระทำระงับความโกรธได้แล้วโดยมีสติสมบูรณ์แล้วยังฆ่าผู้ข่มเหงตายถือเป็นการฆ่าอย่างเลือดเย็น (kill in cold blood) ซึ่งผู้กระทำมีความผิด first degree murder ตัวอย่างเช่น คดี People v. Gingell, 211 Cal. 532, 296 P. 70 (1931) แต่ถ้าเป็นกรณีที่วิทยุชนสงบอารมณ์ได้แล้วแต่จำเลยยังมีโทสะอยู่ ก็เป็นการกระทำความผิด second degree murder คือ เป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนาธรรมดา

จากหลักเกณฑ์ของกฎหมายสหรัฐอเมริกาดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์ที่แบ่งแยกการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนอย่างชัดเจนโดยจะพิจารณาโดยใช้หลัก Subjective Test พิจารณาตัวผู้กระทำเป็นหลักว่าเมื่อถูกข่มเหงแล้วมีโทสะอย่างแท้จริงในขณะที่กระทำโต้ตอบหรือสามารถระงับโทสะลงและมีสติสมบูรณ์แล้วหรือไม่ หากมิได้มีโทสะเลยในขณะที่กระทำโต้ตอบหรือสามารถระงับโทสะได้โดยมีสติสมบูรณ์เรียบร้อยแล้ว การกระทำความผิดก็จะเป็นการไตร่ตรองไว้ก่อนมิใช่การกระทำโดยบันดาลโทสะ และถ้ามีระยะเวลาพอสมควรที่วิทยุชนจะระงับความโกรธได้แล้ว แต่จำเลยยังคงมีโทสะอยู่การกระทำความผิดก็จะเทียบได้เท่ากับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ของไทยมิใช่การกระทำโดยบันดาลโทสะตามมาตรา 72 ดังนั้นจึงเท่ากับว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะซึ่งเป็นความผิด Voluntary manslaughter ไม่อาจเกิดขึ้นในขณะที่เกี่ยวกับการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งเป็นความผิด first degree murder ได้

ดังนั้น จากแนวความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายไทย แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย แนวความเห็นของกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายเยอรมัน การกระทำด้วยอารมณ์โกรธมีความหมายกว้างกว่าการกระทำผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ซึ่งจะต้องเป็นการกระทำที่ครบหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดผู้กระทำจึงจะได้รับการลดโทษ โดยมีหลักสำคัญเกี่ยวกับระยะเวลา ในการโต้ตอบผู้ข่มเหงจะต้องกระชั้นชิดต่อเนื่องไปในขณะนั้น หากสะสมความโกรธและคิดทบทวนไปกระทำโต้ตอบในภายหลังจากมีระยะเวลาพอสมควรแล้วจะเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน แม้ว่าผู้กระทำจะยังคงมีโทสะอยู่จริง ๆ แต่ก็มีได้รับการลดโทษ แต่เป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับผิดเพิ่มขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) หรือมาตรา 296 หรือ มาตรา 298 ดังแผนภาพ



ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนไม่อาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ โดยผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะขึ้นในขณะที่ไม่มีสติทบทวนไตร่ตรอง แต่การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนั้นผู้กระทำระงับโทสะลงได้และมีโอกาสคิดทบทวนอย่างมีสติดีแล้ว

4.4.2 การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนมีจุดแบ่งแยกอย่างไร

ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วในหัวข้อที่แล้วว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนไม่อาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ จึงมีปัญหาคำต้องพิจารณาต่อไป

ว่าจะมีการแบ่งแยกการกระทำทั้งสองประการอย่างไรในการปรับบทกับข้อเท็จจริงในคดี ในหัวข้อนี้ จะพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็น 2 ประเด็นคือ

1. จุดแบ่งแยกการกระทำโดยบันดาลโทษกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน
2. หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษ หรือการกระทำโดยเจตนาธรรมดา หรือการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ประเด็นที่ 1 จุดแบ่งแยกการกระทำโดยบันดาลโทษกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

จากแนวความเห็นทางวิชาการ แนวคำพิพากษาของนักกฎหมายไทย และแนวกฎหมายต่างประเทศที่ว่า การกระทำโดยบันดาลโทษและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนไม่อาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำทั้งสองประการจะมีจุดแบ่งแยกอย่างไร

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ มีความเห็นว่า “ไตร่ตรองไว้ก่อนหมายความว่าคิดทบทวนตกลงใจก่อนการกระทำคือการฆ่า ตามปกติก็ย่อมมีระยะเวลาที่ผ่านไประยะหนึ่งในการคิดทบทวนตกลงใจ แต่แท้ที่จริงก็ไม่จำเป็นต้องก่อนเป็นระยะเวลาสั้นยาวเท่าใด... กล่าวคือ **ต้องมีระยะเวลาระหว่างเหตุที่ทำให้คิดจะฆ่าเป็นความตกลงใจที่จะฆ่าเรียกว่าไตร่ตรองไว้ก่อน**⁴⁷ และเห็นว่า “เริ่มตั้งแต่มีเหตุมากระทบจิตใจ ทำให้เกิดความคิดแล้วไตร่ตรองทบทวนจนตัดสินใจตกลงใจ ซึ่งมีใช้ตัดสินใจกระทำความผิดในขณะที่มีโทษ แต่ตัดสินใจตกลงใจในภายหลังที่ได้ไตร่ตรองทบทวนพอแล้ว ถึงแม้จะยังไม่หายโกรธก็ตาม ก็เป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ... ข้อแตกต่างระหว่างไตร่ตรองไว้ก่อนกับการกระทำโดยบันดาลโทษตามมาตรา 72 จึงอยู่ตรงที่ว่าเมื่อเกิดเหตุชมเหตุแล้ว ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษขึ้นระหว่างเล็ดร้อนอยู่จนไม่มีโอกาสไตร่ตรองทบทวนเสียก่อน ส่วนการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนั้นกระทำโดยได้คิดทบทวนแล้ว แม้จะยังไม่หายสิ้นโทษเสียทีเดียว”⁴⁸

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า จุดแบ่งแยกการกระทำทั้งสองประการนี้ คือระยะเวลาพอสมควรในการคิดทบทวนตกลงใจ คือหากถูกชมเหตุแล้วกระทำโต้ตอบไปในทันที โดยที่ไม่มีเวลาคิดทบทวนไตร่ตรองก็เป็นการกระทำโดยบันดาลโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แต่ถ้าถูกชมเหตุแล้วมีได้กระทำโต้ตอบไปทันทีแต่ได้คิดทบทวนไตร่ตรองเป็นระยะเวลาหนึ่งซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นระยะเวลาสั้นยาวเท่าใด แล้วจึงกระทำความผิดในภายหลัง ดังนี้เป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้ยกตัวอย่างไว้ว่า “ก. ตบหน้า ข. ข. โกรธจึงฆ่า ก. ทันที ไม่ใช่ฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเพราะ ข. ไม่มีเวลาที่จะไตร่ตรองซึ่งผลได้ผลเสียอันเกิดจากการที่ ข. คิดจะฆ่า ก. แต่ถ้า ก. ตบหน้า ข. ข. เจ็บใจไปนอนตรึกตรองแล้วเห็นว่าจะต้อง

⁴⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2097.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 2098-2099.

ฆ่า ก. ให้ได้ แม้จะถูกจับไปลงโทษสถานหนักก็ยอม ต่อมา ข. จึงไปฆ่า ก. ถือว่า ข. ฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)⁴⁹

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย มีความเห็นเช่นเดียวกันว่าจุดแบ่งแยกการกระทำทั้งสองประการนี้ คือ ระยะเวลาคิดทบทวน คือหากถูกข่มเหงแล้วกระทำโต้ตอบทันทีโดยไม่มีเวลาไตร่ตรองซึ่งผลได้ผลเสียไม่ใช้การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนซึ่งจะต้องมีการคิดทบทวนไตร่ตรองเป็นอย่างดีแล้วตัดสินใจกระทำผิดในภายหลัง

ผู้เขียนเห็นว่าจุดแบ่งแยกของการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน คือ “ระยะเวลาพอสมควรที่สามารถระงับความโกรธได้” ซึ่งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “Reasonable Time to Cool Off”⁵⁰ โดยพิจารณาว่าเมื่อใดเป็น “Reasonable Time to Cool Off” ต้องพิจารณาด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการประกอบกัน คือ หลักเกณฑ์ทางภาวะวิสัย (Objective Test) และหลักเกณฑ์ทางอัตวิสัย (Subjective Test) การพิจารณาโดยใช้หลักภาวะวิสัย (Objective Test) คือ ให้เปรียบเทียบจำนวนกับวิญญูชนที่ถูกข่มเหงเช่นเดียวกับจำนวนว่าวิญญูชนนั้นระงับโทสะได้หรือไม่ ถ้าวิญญูชนระงับโทสะได้แล้ว แต่จำนวนยังคงมีโทสะอยู่ ก็ถือว่าการกระทำของจำนวนไม่ใช้การกระทำโดยบันดาลโทสะ นอกจากนี้ต้องพิจารณาโดยใช้หลักอัตวิสัย (Subjective Test) ประกอบกันอีกด้วย กล่าวคือ ต้องพิจารณาจากตัวจำนวนเองด้วยว่าจำนวนกระทำการไปในขณะที่มีโทสะอยู่หรือไม่ ถ้าจำนวนกระทำการไปโดยไม่มีโทสะแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ และอาจเป็นการกระทำโดยการฆ่าคนตายโดยเจตนา หรืออาจเป็นการกระทำโดยการไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) แล้วแต่กรณี

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3576/2533 “ขณะจำนวน ผู้ตาย และพวกหนึ่งดื่มสุราร่วมกัน ผู้ตายพูดว่า จำนวนหัวล้านหอยจิ้ง แล้วใช้มือลูบศีรษะจำนวน จำนวนลุกออกจากวงสุราไป ต่อมาประมาณ 15 นาที จำนวนถือปืนแก๊ปยาวมายิงผู้ตายถึงแก่ความตายกรณีมิใช่เกิดจากโทสะที่พุ่งขึ้นเฉพาะหน้าขณะที่ผู้ตายใช้มือลูบศีรษะจำนวน แล้วจำนวนใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายทันที แต่เป็นกรณีที่จำนวนเกิดโทสะแล้วออกจากวงสุราไปเกิดความคิดจะฆ่าผู้ตายในภายหลังและเป็นพฤติการณ์ที่จำนวนจะต้องคิดไตร่ตรองตัดสินใจอย่างหนัก เป็นเวลาถึง 15 นาทีในการตกลงใจกระทำผิด จึงเป็นการกระทำผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)”

และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 171/2536 “จำนวนกับผู้ตายเกิดมีปากเสียงกัน สาเหตุมาจากผู้ตายสาธยายธรรมจำนวนเพราะไม่พอใจที่ไม่ยอมดื่มสุราที่ผู้ตายรินและเคຍยั้งเคຍยอให้ดื่มจำนวนออกจากวงสุราเข้าไปในหมู่บ้านซึ่งอยู่ห่างประมาณ 2 กิโลเมตร ต่อมาประมาณ 1 ชั่วโมง

⁴⁹ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2 - 3, หน้า 188.

⁵⁰ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Criminal Law, p. 661.

จึงหวนมาผลึกอกและใช้อาวุธปืนยิงผู้ตาย กรณีมิใช่จำเลยยิงผู้ตายเพราะเกิดโทสะพุ่งขึ้นเฉพาะหน้าขณะถูกผู้ตายกระทำการเหยียดหยาม หากแต่เป็นกรณีที่เกิดโทสะและออกจากที่เกิดเหตุแล้ว จำเลยจึงเกิดความคิดไปเอาอาวุธปืนเพื่อมายิงทำร้ายผู้ตายในภายหลัง เชื่อว่าขณะเดินทางไปกลับระหว่างที่เกิดกับหมู่บ้านเป็นเวลาประมาณ 1 ชั่วโมง ระยะทางไม่ต่ำกว่า 4 กิโลเมตร จำเลยต้องคิดไตร่ตรองตัดสินใจอย่างหนักในการตกลงใจกระทำความผิด การกระทำของจำเลยจึงเป็นการฆ่าผู้ตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นทั้งสองเรื่องนี้ เห็นได้ว่าศาลฎีกาพิพากษาว่าเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) เนื่องจากจำเลยมีระยะเวลาพอสมควรที่จะคิดทบทวนไตร่ตรองแล้วตัดสินใจอย่างหนักในการกระทำความผิดหลังจากที่การข่มเหงอย่างร้ายแรงได้ผ่านพ้นและขาดตอนไปแล้ว ศาลฎีกาเห็นว่าระยะเวลา 15 นาที และ 1 ชั่วโมง ตามข้อเท็จจริงของคำพิพากษาทั้งสองเรื่องข้างต้นเป็นระยะเวลาพอสมควรที่จำเลยสามารถระงับโทสะและคิดทบทวนไตร่ตรองอย่างมีสติได้แล้ว การที่จำเลยตัดสินใจกระทำความผิดจึงมิใช่เกิดจากโทสะที่พุ่งขึ้นเฉพาะหน้าขณะที่ถูกข่มเหงแต่อย่างใด เช่นนี้เป็นกรณีที่ศาลฎีกาใช้หลัก Objective Test ในการวินิจฉัย คือพิจารณาระยะเวลาในการกระทำความผิดโต้ตอบโดยพิจารณาจากวิญญูชนว่าสามารถระงับโทสะหลังจากระยะเวลาดังกล่าวผ่านพ้นไปได้โดยมีสติคิดทบทวนไตร่ตรองได้เป็นอย่างดีแล้ว ดังนั้นเมื่อจำเลยกระทำความผิดจึงเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) มิใช่กรณีกระทำโดยบันดาลโทสะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1239/2515 “จำเลยทวงเงินค่าแรงจากผู้ตายแต่ผู้ตายยังไม่มีให้ จำเลยก็ผลุนผลันออกจากบ้านผู้ตายไป ราวชั่วโมงเศษกลับมาที่บ้านผู้ตายใหม่โดยเอามีดตอกมาแล้วลอดเข้าใต้ถุนบ้าน เลือกว่าที่เหมาะแก่ผู้ตายจนถึงแก่ความตาย ดังนี้ เป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ เป็นกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่าระยะเวลา 1 ชั่วโมงเศษ นับแต่จำเลยพูดทวงเงินค่าแรงจากผู้ตายแต่ผู้ตายไม่มีให้ จนกระทั่งจำเลยได้เอามีดตอกลอดมาใต้ถุนบ้านเลือกแทงผู้ตายจนตายนี้เป็นระยะเวลาพอสมควรที่บุคคลทั่วไปและจำเลยเองสามารถระงับโทสะและกลับมีสติคิดทบทวนได้แล้ว แม้ว่าตามคำพิพากษานับนี้ศาลฎีกาจะมีได้ให้เหตุผลหนักแน่นเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3576/2533 และที่ 171/2536 ข้างต้นก็ตาม

มีคำพิพากษา 2 ฉบับที่มีข้อเท็จจริงเข้าลักษณะของการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน แต่ศาลตัดสินว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 6988/2542 “จำเลยเป็นภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย มีบุตรด้วยกัน 1 คน แต่ผู้ตายยังคงประพฤติตนเป็นคนเจ้าชู้ มีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับหญิงอื่นอีกหลายคน และกำลังจะเข้าพิธีแต่งงานกับ ท. ซึ่งทำงานอยู่ที่เดียวกับผู้ตาย โดยจะออกบัตรเชิญแขกไปร่วมพิธีแต่งงานด้วย โรงงานที่ผู้ตายและ ท. ทำงานอยู่ห่างจากที่พักของจำเลย

ประมาณ 500 เมตร คนงานในโรงงานย้อมทราบดีว่าจำเลยเป็นภรรยาของผู้ตาย การกระทำดังกล่าวของผู้ตายย้อมทำให้จำเลยได้รับความอับอายมาก จำเลยเคยพูดขู่จะฆ่าผู้ตายมาแล้วหลายครั้ง ก่อนเกิดเหตุ ผู้ตายไม่กลับบ้านหลายวันเพราะไปพักอยู่กับ ท. จำเลยตามผู้ตายให้กลับบ้าน ผู้ตายยอมกลับบ้าน แต่เมื่อจำเลยขอร้องผู้ตายว่า ผู้ตายจะมีความสัมพันธ์กับ ท. ต่อไป จำเลยไม่ว่า แต่ขอร้องไม่ให้ผู้ตายแต่งงานกับ ท. ผู้ตายปฏิเสธ การกระทำดังกล่าวของผู้ตายจึงเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมต่อจำเลยซึ่งเป็นภรรยา การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายในทันทีเพียง 1 นัด จึงเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะต่อผู้ตายซึ่งเป็นผู้ข่มเหงจำเลยในขณะที่ถูกข่มเหงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

คำพิพากษาเรื่องนี้ ศาลฎีกาตัดสินว่าเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 โดยศาลฎีกาเห็นว่า การที่ผู้ตายซึ่งเป็นคนเจ้าชู้ มีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับหญิงอื่นหลายคนและจะแต่งงานกับ ท. ซึ่งทำงานอยู่ที่เดียวกับผู้ตายโดยจะออกบัตรเชิญแขกไปร่วมพิธีแต่งงานด้วยนั้น เป็นการกระทำที่ทำให้จำเลยซึ่งเป็นภรรยาชอบด้วยกฎหมายได้รับความอับอายมาก การที่ผู้ตายไม่กลับบ้านหลายวันเพราะไปพักอยู่กับ ท. และเมื่อจำเลยขอร้องมิให้ผู้ตายแต่งงานใหม่ผู้ตายกลับปฏิเสธ ถือเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแล้ว และการที่จำเลยยิงผู้ตาย 1 นัด ในทันทีจึงเป็นการบันดาลโทสะในขณะที่ถูกข่มเหง แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว เห็นได้ว่าจำเลยเคยทะเลาะกับผู้ตายเสมอ และพูดขู่จะฆ่าผู้ตายมาแล้วหลายครั้งซึ่งเป็นเหตุให้ศาลฎีกาไม่รอการลงโทษจำคุกให้จำเลยด้วยนั้น ประกอบกับในวันเกิดเหตุจำเลยได้ถามพนักงานรักษาความปลอดภัยที่ประจำอยู่ที่โรงงานที่ผู้ตายทำงานอยู่ว่ายิงคนตายจะติดคุกกี่ปีและได้ตำผู้ตายให้ฟัง เมื่อผู้ตายกับจำเลยกลับถึงห้องพักจำเลยก็เป็นฝ่ายตำผู้ตายอยู่ข้างเดียวโดยผู้ตายมิได้โต้เถียง การกระทำของจำเลยจึงน่าจะเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) เนื่องจากจำเลยมีระยะเวลาเพียงพอที่จะคิดทบทวนไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักผลได้ผลเสียอย่างมีสติสมบูรณ์แล้วว่าถ้ายิงผู้ตายจะต้องติดคุก แต่ก็ยังตัดสินใจฆ่าผู้ตายไป นอกจากนี้ การที่จำเลยเคยพูดขู่ผู้ตายและญาติหลายครั้งว่าไม่ให้แต่งงานใหม่มิฉะนั้นจะฆ่าเสียเป็นการกล่าวคำอาฆาตไว้หลายครั้ง ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาวางแนวไว้ว่าการพูดขู่อาฆาตหมายถึงมีเจตนาไตร่ตรองไว้ก่อน คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2259/2522 วินิจฉัยว่า “จำเลยยิงผู้เสียหายโดยมีสาเหตุกล่าวคำอาฆาตไว้ก่อน แล้วเตรียมจดหมายจำหน่ายซองมาถึงผู้เสียหายเพื่อพบแล้วชักปืนยิง แต่ผู้เสียหายไม่ตายเป็นพยายามฆ่าโดยเจตนาไตร่ตรองไว้ก่อน”

คำพิพากษ่อีกฉบับหนึ่งคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1821/2543 ศาลฎีกาฟังข้อเท็จจริงว่า “ผู้ตายเมาสุรามากกลับมาถึงบ้านเวลาประมาณ 19 นาฬิกา ผู้ตายเอะอะหาเรื่องจำเลยหลายเรื่องและใช้มีดไล่ฟันจำเลย จำเลยต้องหลบหนีออกไปซ่อนตัวข้างต้นมะขามในทุ่งนา ผู้ตายหาไม่พบจึงกลับไปปิดบ้านนอน ต่อมาเวลาประมาณ 21 นาฬิกา จำเลยกลับบ้าน แอบมองทางรอยแตกเห็นผู้ตายหลับอยู่ จึงเข้าไปใช้มีดฟันผู้ตายด้วยความโมโหที่ถูกผู้ตายวิ่งไล่ทำร้ายเป็นประจำ ศาลฎีกาเห็นว่าแม้จำเลยจะเป็นภรรยาของผู้ตาย ผู้ตายก็หาสิทธิที่จะใช้มีดไล่ฟัน

จำเลยไม่ พกติดการณ์แห่งคดีมีเหตุผลให้เชื่อว่าจำเลยเกิดความโกรธ คือ บันดาลโทสะจากการ ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยกระทำแกผู้ตายในทันทีเมื่อกลับมาถึงบ้านและพบผู้ตาย อันเป็นระยะเวลาห่างจากถูกข่มเหงเพียง 2 ชั่วโมง หรือ 2 ชั่วโมงเศษ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่จำเลยต้องหลบหนีจากการถูกผู้ตายข่มเหงอย่างร้ายแรงจนถึงกับต้องไปแอบซ่อนตัว พกติดการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าการข่มเหงยังอยู่ในช่วงเวลาที่ต่อเนื่องเชื่อมโยงกันอยู่ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ มีประเด็นที่น่าสนใจ 2 ประการ คือ ประเด็นที่ 1 การที่จำเลยบันดาลโทสะ เพราะถูกผู้ตายข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจนต้องหลบหนีออกจากบ้านไปซ่อนตัวอยู่นานถึง 2 ชั่วโมงแล้วจึงกลับมาบ้านใช้มีดฟันผู้ตายซึ่งนอนหลับอยู่นั้น แม้กฎหมายจะมีได้กำหนดหลักเกณฑ์ชัดเจนว่า การบันดาลโทสะต้องกระทำโต้ตอบการข่มเหงในระยะเวลาอย่างน้อยเพียงใด ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 คงกำหนดเพียงว่า “...จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น...” ซึ่งเป็นการให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาการกระทำของจำเลยเปรียบเทียบกับความรู้สึกของคนทั่วไป โดยใช้หลัก Objective Test คือ ต้องพิจารณาว่าช่วงระยะเวลาตั้งแต่มีการข่มเหงจนกระทั่งถึงเวลาที่จำเลยกระทำโต้ตอบไปนั้น บุคคลทั่วไปสามารถระงับสติอารมณ์และกลับกระทำการต่าง ๆ อย่างมีเหตุผลได้หรือยัง มิใช่พิจารณาที่ตัวจำเลยเพียงอย่างเดียวว่ายังมีโทสะหรือไม่ ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้จำเลยกระทำโต้ตอบไปหลังจากเวลาผ่านไปแล้วถึง 2 ชั่วโมง ซึ่งถ้าพิจารณาเปรียบเทียบกับบุคคลทั่วไปแล้วน่าจะสามรถระงับโทสะและมีความคิดทบทวนไตร่ตรองเป็นอย่างดีแล้ว การกระทำของจำเลยจึงไม่ใช่การกระทำกระชั้นชิดต่อเนื่องที่ยังไม่ขาดตอนต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นอันจะเข้าลักษณะของการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แม้ว่าตัวจำเลยเองจะยังมีโทสะอยู่ก็ตาม ในคดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยกระทำผิดตามมาตรา 288 แต่ศาลอุทธรณ์ภาค 7 และศาลฎีกาพิพากษาว่าเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยบันดาลโทสะตามมาตรา 288 ประกอบกับมาตรา 72 ซึ่งจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าระยะเวลา 10 นาที 1 ชั่วโมง หรือ 2 ชั่วโมง ถือเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนแล้ว ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2520 “จำเลยด่าว่าโจทก์ร่วมโดยจำเลยโกรธที่โจทก์ร่วมให้คนมาขูดท่อประปาในที่ดินของจำเลย แล้วจำเลยและโจทก์ร่วมต่างแยกย้ายเข้าร้านของตน ต่อมาอีกประมาณ 10 นาที จำเลยวิ่งออกมาจากร้านโดยไม่พูดจาใช้ปืนยิงโจทก์ร่วมทันที เช่นนี้ศาลฎีกาเห็นว่ามิใช่จำเลยกระทำการยิงโจทก์ร่วมขณะที่เกิดโทสะขึ้นเฉพาะหน้า หากแต่เป็นการที่จำเลยใช้เวลาอยู่ในร้านประมาณ 10 นาที คิดทบทวนไตร่ตรองดีแล้วว่าจะยิงโจทก์ร่วมหรือไม่ ดังนี้ การที่จำเลยใช้ปืนยิงโจทก์ร่วมจึงเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1036/2501 “ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยใช้ปืนยิงคนโดยมีความโกรธเคืองอันเนื่องจากสาเหตุไม่พอใจที่เกิดขึ้นก่อนหน้า 2 ชั่วโมง ถือว่าเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)” เป็นต้น

ประเด็นที่ 2 ข้อเท็จจริงในคดีนี้ อัยการฟ้องขอให้ศาลลงโทษจำเลยฐานฆ่าผู้อื่น โดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เท่านั้น มิได้ขอให้ลงโทษตามมาตรา 289 (4) ดังนั้น แม้ศาลจะพิจารณาได้ความว่าเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ศาลก็ไม่อาจลงโทษจำเลยในฐานความผิดดังกล่าวได้ ดังที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ห้ามมิให้พิพากษา หรือสั่ง เกินคำขอหรือที่มีได้กล่าวในฟ้อง”

ดังนั้น ในประเด็นเกี่ยวกับจุดแบ่งแยกการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำทั้งสองประการมีจุดแบ่งที่ระยะเวลาที่เพียงพอจะระงับความโกรธและกลับคิดทบทวนอย่างมีสติได้อย่างสมบูรณ์ ตามความเห็นของนักวิชาการไทย แนวคำพิพากษาศาลฎีกาและแนวกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งถ้ากระทำโต้ตอบไป ในทันทีที่ถูกข่มเหงโดยไม่มีระยะเวลาที่จะคิดทบทวนไตร่ตรองก็จะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ แต่หากมีระยะเวลาเพียงพอที่จะระงับโทสะได้แล้วกระทำความผิดก็ไม่สามารถอ้างการกระทำโดยบันดาลโทสะ ซึ่งเป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้อีกต่อไป แต่อาจเป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้นแล้วแต่กรณี

ประเด็นที่ 2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะหรือการกระทำโดยเจตนาธรรมดา หรือการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า จุดแบ่งแยกการกระทำโดยบันดาลโทสะหรือการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนคือ “ระยะเวลาเพียงพอที่จะระงับความโกรธและสามารถคิดทบทวนได้อย่างมีสติสมบูรณ์” หรือ “cooling off period” ซึ่งต้องใช้หลักการพิจารณาทางภาวะวิสัย (Objective Test) และหลักการพิจารณาทางอัตวิสัย (Subjective Test) ประกอบกัน ในทางปฏิบัติแล้วยังคงเป็นปัญหาอยู่ว่า ในพฤติการณ์ที่ไม่อาจอ้างการกระทำโดยบันดาลโทสะได้แล้ว จะต้องลงโทษจำเลยสถานใด ระหว่างการกระทำโดยเจตนาธรรมดา เช่นการฆ่าคนตายโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 หรือ จะต้องลงโทษจำเลยฐานกระทำการโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ในที่นี้ขอยกตัวอย่างสองกรณี คือ

ตัวอย่างที่หนึ่ง (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 312 / 2465) นาย ก. และนาง ข. เป็นสามีภรรยากันโดยชอบด้วยกฎหมาย วันหนึ่งนาย ก. พบว่า นาง ข. นอนอยู่ในมุ้งกับชายชู้ ทันใดนั้นนาย ก. เกิดบันดาลโทสะ ต่อมานาย ก. ระงับความโกรธลงได้แล้วเรียกผู้อื่นมาช่วยจับชู้ หลังจากจับชู้ไม่ได้จึงไปฆ่านาง ข. ตาย เช่นนี้ หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่ากรณีที่นาย ก. ฆ่านาง ข. ไม่อาจอ้างการกระทำโดยบันดาลโทสะได้ แม้ว่ากรณีดังกล่าวหากพิจารณาทางภาวะวิสัยแล้วระยะเวลาดังกล่าววิญญูชนยังมีความโกรธอยู่ แต่หากพิจารณาทางอัตวิสัยแล้วจะพบว่า นาย ก. ระงับความโกรธลงได้แล้วและกลับมามีสติดังเดิม ดังจะเห็นได้จากมีความสามารถที่จะไปตามผู้อื่นมาเรียกจับชายชู้ได้ เช่นนี้ จึงไม่เป็นบันดาลโทสะ แต่ปัญหาว่าศาลจะ

ลงโทษนาย ก. ฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือต้องลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)

ตัวอย่างที่สอง นาย ก. ดำว่านาย ข. อย่างรุนแรง จนนาย ข. โกรธ หลังจากนั้น 10 นาที นาย ข. ยังไม่หายโกรธจึงฆ่านาย ก. จนถึงแก่ความตาย เช่นนี้จะเห็นว่า หากพิจารณาทางภาวะวิสัยแล้วจะพบว่าระยะเวลา 10 นาทีสำหรับการถูกข่มเหงด้วยคำพูดนั้นวิญญูชนน่าจะระงับความโกรธได้แล้วและกลับมามีสติตั้งเดิม (เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2520) จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงในทางอรรถวิสัยคือนาย ข. เป็นคนอารมณ์ร้อนกว่าคนปกติและยังไม่หายโกรธและยังไม่มียุติกลับคืนมาสมบูรณ์ นาย ข. จึงฆ่า นาย ก. เช่นนี้ ศาลจะลงโทษนาย ข. ฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หรือจะต้องลงโทษนาย ข. ฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)

จากตัวอย่างทั้งสองแสดงให้เห็นว่า การกระทำที่ไม่ใช่บันดาลโทสะนั้น อาจจะเป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนาธรรมดาก็ได้ หรืออาจเป็นการฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนก็ได้ ซึ่งหากโจทก์ฟ้องจำเลยฐานหนักคือฐานฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) ศาลสามารถเลือกลงโทษจำเลยได้ทั้งการฆ่าคนตายโดยเจตนาธรรมดาและการฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งเป็นหน้าที่ศาลที่จะต้องปรับบทลงโทษให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง ดังนั้น จึงสมควรที่จะหาแนวทางในการพิจารณาว่าในกรณีที่ไม่ใช่การกระทำบันดาลโทสะแล้ว ศาลจะมีแนวทางลงโทษจำเลยสถานใด

ในทางปฏิบัติศาลไทยยังไม่กำหนดแนวทางปรากฏไว้ในคำพิพากษา ดังจะเห็นได้จากกลุ่มคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่ากรณีไม่ใช่การกระทำโดยบันดาลโทสะ บางคำพิพากษาจะลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาธรรมดาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 แต่บางคำพิพากษาจะลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1967/2515 ศาลลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาธรรมดา แต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 312 / 2465 และที่ 834/2520 ศาลลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางในการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ดังกล่าวควรเทียบเคียงตามแนวกฎหมายสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นแนวทางที่เป็นประโยชน์และน่าจะสร้างความชัดเจนให้กับแนวทางพิจารณาคดีของไทยได้ โดยหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกานั้นสร้างแนวทางดังกล่าวจากองค์ประกอบของการกระทำโดยบันดาลโทสะ 4 ประการ ซึ่งได้อธิบายแล้วในหัวข้อที่ 2.5.1 และ 4.3.1 คือ

(1) จะต้องมีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม⁵¹ (reasonable provocation) กฎหมายสหรัฐอเมริกาคำหนดว่าการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมนี้

⁵¹ Ibid., p. 654.

คือ การข่มเหงอย่างร้ายแรงที่ก่อให้เกิดวิญญูชนเสียความสามารถปกติในการควบคุมตนเองและกระทำการเช่นเดียวกับจำเลย เช่นนี้การกระทำของจำเลยจะไม่ใช่ความผิด Murder แต่เป็นความผิด Voluntary Manslaughter เป็นการพิจารณาตามหลัก Objective Test ตัวอย่างเช่น นาย ก. ชกต๋อยนาย ข. ถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงแล้ว นาย ข. ต๋อยนาย ก. กลับไปทันทีเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ เนื่องจากพิจารณาแล้วหากวิญญูชนถูกชกต๋อยก็จะชกต๋อยผู้ข่มเหงเช่นเดียวกับที่นาย ข. กระทำ แต่ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงที่จะทำให้วิญญูชนสูญเสียความสามารถควบคุมตนเองแล้ว การกระทำโต้ตอบผู้ข่มเหงก็มีใช่ความผิดโดยบันดาลโทสะ แต่เป็นความผิดฐาน murder ตัวอย่างเช่น นาย ก. ว่ากล่าวตักเตือน นาย ข. นาย ข. ไม่พอใจจึงฆ่านาย ก. ดังนี้ เห็นได้ว่าการว่ากล่าวตักเตือนไม่ถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่นาย ข. ฆ่านาย ก. จึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 มิใช่การกระทำโดยบันดาลโทสะ

มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับองค์ประกอบข้อนี้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1277/2497 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยเป็นผู้ก่อเหตุขึ้นโดยเอาปืนไปยิงสัตว์ใกล้บ้านเรือนผู้ตายในเวลาค่ำคืน ซึ่งผู้ตายมีความชอบธรรมที่จะว่ากล่าวห้ามปรามได้ แม้ผู้ตายจะใช้ถ้อยคำหยาบคายและด่าถึงพ่อแม่จำเลยเกินที่ควรจะใช้ไปก็ดี จำเลยก็หาควรที่จะใช้ปืนยิงผู้ตายไม่ การกระทำของจำเลยยังถือไม่ได้ว่าถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมตามความในมาตรา 55 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา อันควรลดหย่อนผ่อนโทษให้” และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5736/2536 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ผู้ตายทั้งสองมีเรื่องไม่พอใจน้องชายของจำเลย แต่กลับไปหาเรื่องจำเลยและชี้หน้าด่าแม่จำเลย ถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายทั้งสองในขณะนั้น จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ” เป็นต้น

(2) จำเลยจะต้องถูกกระตุ้นให้โกรธอย่างแท้จริง⁵² (actual provoked) องค์ประกอบข้อนี้เป็นการพิจารณาตามหลัก Subjective Test โดยมุ่งพิจารณาว่าจำเลยบันดาลโทสะจากการข่มเหงอย่างร้ายแรงที่ทำให้วิญญูชนสูญเสียความสามารถในการควบคุมตนเองนั้นหรือไม่ ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยมีอารมณ์เย็นกว่าวิญญูชน ฆ่าผู้อื่นไปโดยเลือดเย็นมิได้มีโทสะอย่างแท้จริง จำเลยก็จะมีพื้นฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเทียบได้กับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) นั่นเอง เนื่องจากจำเลยมิได้ขาดสติยับยั้งชั่งใจ มิได้มีโทสะจากการถูกข่มเหงนั้น แต่ยังคงมือกระทำความผิด จึงเป็นคนที่มิจิตใจชั่วร้ายมากกว่าผู้ที่กระทำไปโดยขาดสติคิดทบทวนยับยั้งชั่งใจ

มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับองค์ประกอบข้อนี้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 312/2465 “สามีพบชายชู้อยู่ในมุ้งกับภรรยา แต่มิได้ทำร้ายชายชู้ในขณะนั้นแต่ไปบอกให้คนอื่นมาจับชู้ ครั้นจับไม่ได้เพราะชายชู้หนี สามีจึงไล่ตามค้นหาพบภรรยาอยู่ในที่ซ่อนจึงฟันภรรยา

⁵² Ibid., pp. 660 - 661.

ดังนี้ แม้เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจริง แต่สามียังคงสติไปบอกให้คนอื่นมาจับคู่และทำอะไรอย่างอื่นได้ก่อนที่จะทำร้าย จึงไม่เป็นกรณีที่มีโทสะพุ่งขึ้นเฉพาะหน้า ไม่เป็นการทำร้ายเพราะบันดาลโทสะ” และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1260/2513 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ตายไล่ห้องสาวจำเลยที่ 1 มาแล้วมาด่าแม่จำเลยที่ 1 และทำทนายให้ลงมาสู้กันถึงประตูบ้าน แม่จำเลยที่ 1 จะไล่ฟันผู้ตายไปห่างราว 8 เส้น ก็เป็นการกระทำที่ยังอยู่ในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดในขณะที่จำเลยยังมีโทสะรุนแรงอยู่ เป็นการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรมเช่นนี้ จึงเป็นกรณีตาม มาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว”

(3) วิทยุชุมชนต้องเกิดโทสะโดยที่ยังไม่ระงับ (cooled off) ระหว่างเวลาที่ถูกข่มเหงและกระทำโต้ตอบไป⁵³ โดยจะพิจารณาว่าวิทยุชุมชนที่ถูกข่มเหงให้บันดาลโทสะเช่นเดียวกันกับจำเลยสามารถระงับความโกรธได้แล้วหรือไม่ตามหลัก Objective Test คือ หากวิทยุชุมชนดังกล่าวสามารถระงับความโกรธได้และมีสติทบทวนไตร่ตรองได้แล้วแม้จำเลยยังคงมีโทสะอยู่และกระทำความผิดไป การกระทำนั้นก็เป็นการฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ซึ่งเทียบได้กับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ของไทย แต่ถ้าวิทยุชุมชนยังคงไม่สามารถระงับโทสะได้ระหว่างเวลาที่ถูกข่มเหงและกระทำโต้ตอบไปนั้น การกระทำดังกล่าวก็เป็นความผิดโดยบันดาลโทสะ เท่ากับว่าต้องเป็นการกระทำโต้ตอบไปในขณะนั้น คือในเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกับการถูกข่มเหงนั้น ซึ่งวิทยุชุมชนยังไม่สามารถระงับโทสะได้จึงจะเป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้ ตัวอย่างเช่น นาย ก. ด่าและยั่วโทสะ นาย ข. แล้วนาย ก. ตบศีรษะนาย ข. อย่างแรง นาย ข. จึงต้อยและผล็ถนาย ก. ล้มลงหัวฟาดพื้นตายเช่นนี้ เป็นกรณีที่นาย ข. ถูกข่มเหง จึงกระทำโต้ตอบไปทันทีโดยที่วิทยุชุมชนในสถานะเช่นเดียวกับนาย ข. ไม่สามารถระงับโทสะได้ การกระทำของนาย ข. จึงเป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

ตัวอย่างคดีที่วินิจฉัยเกี่ยวกับองค์ประกอบข้อนี้ เช่น คดี *LaLond v. State*, 614 P.2d 808 (Alaska 1908) และคดีของ *re Fraley*, 3 Okl. Crim. 719, 109 P. 295 (1910) ดังที่ได้อ้างถึงแล้วในหัวข้อ 4.3.1 ซึ่งศาลตัดสินว่าทั้ง 2 คดี ดังกล่าววิทยุชุมชนควรระงับโทสะได้หลังจากระยะเวลาผ่านไปพอสมควรแล้วแม้จำเลยยังมีโทสะอยู่ก็เป็นความผิด Murder

(4) จำเลยจะต้องยังมีโทสะอยู่ในขณะกระทำโต้ตอบ⁵⁴ แม้ว่าจะครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการ ข้างต้นแล้ว กล่าวคือ (1) จำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม (2) จำเลยมีโทสะอย่างแท้จริง และ (3) วิทยุชุมชนยังมีโทสะอยู่โดยยังไม่ระงับ แต่ถ้าตัวจำเลยเองสามารถระงับความโกรธได้รวดเร็วกว่าบุคคลทั่วไป และกระทำความผิดไปในขณะที่สามารถระงับโทสะและมีสติคิดทบทวนไตร่ตรองได้แล้ว จำเลยก็จะไม่ได้รับการลดโทษเป็นความผิด Voluntary Manslaughter แต่อย่างไรก็ตาม ข้ามกฎหมายสหรัฐอเมริกาถือว่าถ้าจำเลยฆ่าผู้อื่นไปขณะที่ระงับความโกรธได้แล้ว (actually cool off) ถือเป็นการฆ่าโดยเลือดเย็น (kill in

⁵³ Ibid., pp. 661 - 662.

⁵⁴ Ibid., pp. 662 - 663.

cold blood) ซึ่งจะเป็นความผิด first degree murder ซึ่งเทียบได้กับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) แต่ถ้าจำเลยยังมีโทสะอยู่การกระทำก็ครบองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ ซึ่งเป็นเหตุลดโทษเป็น Voluntary Manslaughter หรือเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 นั้นเอง

การพิจารณาองค์ประกอบข้อนี้จะต้องพิจารณาตามหลัก Subjective Test โดยมุ่งพิจารณาที่ตัวจำเลยเป็นหลักว่า จำเลยสามารถระงับโทสะลงโดยสามารถคิดทบทวนไตร่ตรองอย่างมีสติได้หรือยัง ซึ่งอาจสังเกตได้จากพฤติการณ์ที่จำเลยได้กระทำว่ากระทำไปโดยมีเหตุผลอย่างสามัญชนผู้คุมสติได้ดี เช่น พยายามเรียกเจ้าหน้าที่ตำรวจมาจับกุมผู้ฆ่มเหง แต่เรียกไม่ได้จึงทำร้ายผู้ฆ่มเหง ดังนี้ ถือว่าจำเลยไม่บันดาลโทสะแล้ว⁵⁵

เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วยังไม่ปรากฏกรณีที่ศาลได้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากตัวจำเลยเพียงอย่างเดียว แต่จะพิจารณาองค์ประกอบข้อ (3) กับองค์ประกอบข้อ (4) นี้ควบคู่กันไป กล่าวคือ วิทยุชนต้องเกิดโทสะอยู่โดยที่ยังไม่ระงับและจำเลยจะต้องยังมีโทสะอยู่ในขณะที่กระทำโต้ตอบ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยตามหลัก Objective Test และหลัก Subjective Test ควบคู่กันไป แล้วจึงวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะหรือการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1239/2515 “จำเลยทวงเงินค่าแรงจากผู้ตายแต่ผู้ตายยังไม่มีให้ จำเลยก็ผลุนผลันออกจากบ้านผู้ตายไป ราวชั่วโมงเศษกลับมาที่บ้านผู้ตายใหม่ โดยเอามีดตอกมาแล้วลอดเข้าใต้ถุนบ้าน เลือกหาที่เหมาะแทงผู้ตายจนถึงแก่ความตาย ดังนี้ เป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)” ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ เป็นกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่าระยะเวลา 1 ชั่วโมงเศษ นับแต่จำเลยพุดทวงเงินค่าแรงจากผู้ตายแต่ผู้ตายไม่มีให้ จนกระทั่งจำเลยได้เอามีดตอกลอดมาใต้ถุนบ้านเลือกแทงผู้ตายจนตายนี้เป็นระยะเวลาพอสมควรที่บุคคลทั่วไปและจำเลยเองสามารถระงับโทสะและกลับมีสติคิดทบทวนได้แล้ว และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2537 “ขณะที่จำเลยทราบว่าการรยาจำเลยถูกผู้เสียหายปลุกปล้ำกระทำชำเรา นั้น จำเลยไม่ได้แสดงอาการโกรธหรือจะทำร้ายผู้เสียหาย แต่ได้ออกไปหาปลาร่วมกับผู้เสียหายเป็นเวลาานถึง 3 ชั่วโมงแล้วจึงได้ใช้มีดฟันทำร้ายผู้เสียหาย เห็นได้ว่า มีเวลาเพียงพอที่จำเลยจะคิดใคร่ครวญระงับโทสะแล้ว การกระทำของจำเลยมิใช่การกระทำกระชั้นชิดต่อเนื่องที่ยังไม่ขาดตอนต่อผู้ฆ่มเหงในขณะนั้น” เป็นต้น

จากองค์ประกอบทั้งสี่ข้อนี้ หากขาดข้อใดข้อหนึ่งไปจะทำให้การกระทำไม่เป็นบันดาลโทสะ แต่การขาดองค์ประกอบในแต่ละข้อจะมีผลให้การลงโทษจำเลยนั้นต่างกันออกไป คือบางกรณีจะถือว่าเป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนาธรรมดา บางกรณีจะถือว่าเป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ผู้เขียนเห็นว่าองค์ประกอบข้อ (1) และข้อ (2) คือ มีการฆ่มเหงอย่างร้ายแรง

⁵⁵ จิตติ ดิงศกัทธิย์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 788.

ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมและจำเลยจะต้องมีโทษอย่างแท้จริงนั้น ในทางพิจารณาถึงองค์ประกอบ ทั้ง 2 ประการดังกล่าวมักไม่ค่อยเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ แต่องค์ประกอบที่มักมีปัญหาในการพิจารณาปรับบทว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะหรือกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน คือ เรื่องระยะเวลาในการระงับโทสะ ซึ่งได้แก่ องค์ประกอบข้อ (3) วิชาญชุนต้องเกิดโทสะโดยที่ยังไม่ระงับระหว่างเวลาที่ถูกรบกวนและกระทำโต้ตอบไป และองค์ประกอบข้อ (4) จำเลยจะต้องมีโทษอยู่ในขณะกระทำโต้ตอบ กล่าวคือ จะต้องพิจารณาองค์ประกอบทั้งสองข้อนี้ควบคู่กันไป หากเป็นกรณีที่ม็องค์ประกอบทั้งสองข้อครบถ้วนการกระทำของจำเลยจะเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ซึ่งเป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แต่หากเป็นกรณีที่ม็องค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่ง หรือไม่มีองค์ประกอบทั้งสองข้อเลย จะปรับบทการกระทำอย่างไร ผู้เขียนขอเสนอแนวทางเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ หรือการฆ่าคนตายโดยเจตนาธรรมดาหรือการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเป็น 4 กรณี* คือ

กรณีที่ 1 ม็องค์ประกอบข้อ (3) และม็องค์ประกอบข้อ (4)

กรณีที่ 2 ม็องค์ประกอบข้อ (3) แต่ไม่มีม็องค์ประกอบข้อ (4)

กรณีที่ 3 ไม่มีม็องค์ประกอบข้อ (3) แต่มีม็องค์ประกอบข้อ (4)

กรณีที่ 4 ไม่มีม็องค์ประกอบข้อ (3) และไม่มีม็องค์ประกอบข้อ (4)

กรณีที่ 1 ม็องค์ประกอบข้อ (3) และม็องค์ประกอบข้อ (4) กล่าวคือ การทำความผิดของจำเลยเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบกรกระทำโดยบันดาลโทสะทั้ง 4 ประการ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาตามหลัก Objective Test แล้ววิชาญชุนยังไม่สามารถระงับโทสะได้ และเมื่อพิจารณาตามหลัก Subjective Test แล้วจำเลยยังมีโทสะอยู่ในขณะที่ทำโต้ตอบจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ซึ่งเป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 249/2515 “ตามพฤติการณ์ที่จำเลยเห็นผู้ตายกำลังฆ่าเรานางจินดาภรรยาจำเลยถึงในห้องนอน แม้นางจินดาจะไม่ใช้ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็เกิดบุตรกับจำเลย 6 คน อยู่กินกันมา 13 ปี จำเลยย่อมมีความรักและห่วงหาอาวูรที่จำเลยใช้แทงก็เป็นมีดพับเล่มเล็กที่หามาได้ในทันทีทันใด แทงผู้ตาย 2 ที และแทงภรรยา 1 ที การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้ตายโดยเจตนา และทำร้ายนางจินดาจนเป็นอันตรายแก่กาย โดยจำเลยบันดาลโทสะที่ถูกรบกวนอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5495/2534 “ผู้ตายเมาสุรากล่าววาจาล่วงเกินจำเลย โดยกล่าวว่าทำงานไม่เป็นแต่ได้ค่าแรงแพง ทำงานผิดแล้วไม่ยอมรับผิดชอบ จำเลยทำงานเป็นช่างไม้ได้ไม่เท่าไร ทำเป็นอวดเก่ง และตำแม่จำเลย ผู้ตายพูดจาถากถางเข้าไปซ้ำมาหลายครั้ง ครั้นจำเลยจะกลับก็ไม่ยอมให้กลับ พฤติการณ์เหล่านี้เห็นได้ว่า ผู้ตายกล่าววาจาและกระทำการอันเป็นการดูถูกเหยียดหยาม เป็นการรบกวนอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจนจำเลยบันดาลโทสะ

* โดยทุกกรณีจะมีองค์ประกอบข้อ (1) และข้อ (2) แล้ว ผู้เขียนจึงจะไม่พิจารณาถึงอีก

จำเลยจึงไปหยิบค้อนมาตีผู้ตายในขณะนั้น เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมาย มาตรา 72”

ตามข้อเท็จจริงดังกล่าว เป็นกรณีที่จำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงและมีโทสะ ตามองค์ประกอบข้อ (1) และข้อ (2) เมื่อพิจารณาแล้วการที่จำเลยกระทำตอบไปในทันทีทันใดวิญญูชนยังไม่สามารถระงับโทสะได้เช่นเดียวกับจำเลยซึ่งยังมีโทสะอยู่ ไม่สามารถยับยั้งชั่งใจให้กระทำการโดยมีสติได้ ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าทั้ง 2 กรณีข้างต้นเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ

กรณีที่ 2 มีองค์ประกอบข้อ (3) แต่ไม่มีองค์ประกอบข้อ (4) กล่าวคือ พิจารณาแล้ววิญญูชนที่ถูกข่มเหงเช่นเดียวกับจำเลยยังมีโทสะอยู่โดยที่ไม่สามารถระงับโทสะได้ แต่ตัวจำเลยเองกลับสามารถระงับโทสะได้โดยสมบูรณ์และคิดทบทวนไตร่ตรองได้แล้ว กรณีนี้จึงเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนมิใช่บันดาลโทสะ

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 312/2465 เป็นกรณีที่แม้วิญญูชนที่ถูกข่มเหงเช่นเดียวกับจำเลยยังไม่สามารถระงับโทสะได้ แต่จำเลยสามารถระงับโทสะได้แล้ว ซึ่งพิจารณาได้จากที่จำเลยสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้อย่างมีสติสมบูรณ์แล้ว คือ การไปบอกให้คนอื่นมาช่วยจับคู่ แต่การที่จำเลยกระทำความผิดในภายหลังหลังจากที่จับคู่ไม่ได้นั้น มิใช่กรณีที่จำเลยกระทำไปโดยโทสะพุ่งขึ้นเฉพาะหน้าโดยไม่สามารถคิดทบทวนไตร่ตรองได้ จึงเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)

กรณีที่ 3 ไม่มีองค์ประกอบข้อ (3) แต่มีองค์ประกอบข้อ (4) กล่าวคือ เมื่อพิจารณาแล้ววิญญูชนที่ถูกข่มเหงเช่นเดียวกับจำเลยมีระยะเวลาพอสมควรที่จะระงับโทสะ และกระทำการต่าง ๆ อย่างมีเหตุผลได้แล้ว แต่จำเลยยังคงมีโทสะอยู่นานกว่าบุคคลทั่วไป โดยไม่สามารถยับยั้งชั่งใจได้จึงกระทำความผิดลงไป ดังนี้ตามแนวการจำแนกของกฎหมายสหรัฐอเมริกาเป็นการกระทำความผิด second degree murder ซึ่งเทียบได้กับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เท่านั้น ไม่เป็นความผิดโดยบันดาลโทสะและไม่เป็นความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1967/2515 “ก่อนจำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหายประมาณ 30 นาที จำเลยกับพวกผู้เสียหายมีสาเหตุกันคือพวกผู้เสียหายขับรถไปเฉี่ยวรถจำเลยแล้วมีการตะโกนทำร้ายกันเล็กน้อยโดยทั้งสองฝ่ายมิได้หยุดรถ คงขับผ่านกันไป ต่อมาจำเลยกลับไปบ้านเอาปืนมายิงตรงที่เกิดเหตุ พอเห็นผู้เสียหายขึ้นรถจักรยานยนต์มา จำเลยก็ยิงเอาโดยไม่มีข้อเท็จจริงใดยืนยันว่าจำเลยมารออยู่เพื่อจะยิงผู้เสียหาย ดังนี้ ศาลฎีกาเห็นว่ากรกระทำของจำเลยยังไม่ถึงขั้นพยายามฆ่าผู้เสียหายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4), 80 แต่จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288, 80” ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่าหลังจากถูกข่มเหงผ่านไปประมาณ 30 นาทีแล้ว บุคคลทั่วไป

ในฐานะเดียวกับจำเลยควรระงับโทสะและกลับกระทำการต่าง ๆ อย่างมีเหตุผลได้แล้ว แม้ว่าจำเลยยังคงมีโทสะอยู่ในขณะกระทำความผิดก็ไม่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ แต่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288

กรณีที่ 4 ไม่มีองค์ประกอบข้อ (3) และไม่มีองค์ประกอบข้อ (4) กล่าวคือ การกระทำของจำเลยเป็นกรณีที่กระทำไปขณะที่ทั้งวิญญูชนและจำเลยสามารถระงับโทสะและมีสติสมบูรณ์ในการคิดทบทวนไตร่ตรองได้แล้ว จำเลยจะไม่สามารถอ้างว่ากระทำไปโดยบันดาลโทสะได้อีก เนื่องจากมีระยะเวลาในการยับยั้งชั่งใจถึงการกระทำของตนแล้ว และยังตัดสินใจกระทำความผิดหลังจากที่การชมเหงนั้นได้ขาดตอนไปแล้วจึงเป็นผู้ที่มีจิตใจชั่วร้าย และเป็นอันตรายแก่สังคมมากกว่าผู้กระทำความผิดทั่วไป ดังนี้ เป็นการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6988/2542 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1821/2543 ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์แล้วข้างต้นว่าตามข้อเท็จจริงของคำพิพากษาทั้งสองฉบับเป็นกรณีที่วิญญูชนและจำเลยมีระยะเวลาคิดทบทวนไตร่ตรองซึ่งนำหน้าผลดีผลเสียอย่างมีสติหลังจากที่ระงับโทสะได้แล้ว จำเลยทั้ง 2 คดีจึงกระทำความผิดไปในขณะที่มีสติสมบูรณ์ดีแล้ว กรณีเป็นการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน นอกจากนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2520, ที่ 3576/2533, ที่ 171/2536 และที่ 1203/2537 เป็นต้น ศาลฎีกาวินิจฉัยโดยเปรียบเทียบแล้วว่า หลังจากถูกชมเหงเป็นระยะเวลาพอสมควรจำเลยจึงกระทำโต้ตอบไป มิใช่กรณีที่กระทำโต้ตอบไปในทันทีที่ถูกชมเหงอันจะอ้างว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แต่การที่จำเลยใช้เวลาคิดไตร่ตรองตัดสินใจอย่างมีสติ จึงเป็นกรณีที่ทั้งวิญญูชนและจำเลยสามารถระงับโทสะได้อย่างสมบูรณ์แล้วยังกระทำความผิด เช่นนี้จึงเป็นความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหนึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับระยะเวลาที่สมควรระงับโทสะได้ซึ่งเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนแต่ศาลฎีกามีได้กล่าวถึง คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1967/2515 “ก่อนจำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหายประมาณ 30 นาที จำเลยกับพวกผู้เสียหายมีสาเหตุกันคือพวกผู้เสียหายขับรถไปเฉียดรถจำเลย แล้วมีการตะโกนทำร้ายกันเล็กน้อยโดยทั้งสองฝ่ายมิได้หยุดรถ คงขับผ่านกันไป ต่อมาจำเลยกลับไปบ้านเอาปืนมายืนตรงที่เกิดเหตุ พอเห็นผู้เสียหายขึ้นรถจักรยานยนต์มา จำเลยก็ยิงเอาโดยไม่มีข้อเท็จจริงใดยืนยันว่าจำเลยมารออยู่เพื่อจะยิงผู้เสียหาย ดังนี้ ศาลฎีกาเห็นว่ากระทำความผิดของจำเลยยังไม่ถึงขั้นพยายามฆ่าผู้เสียหายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4), 80 แต่จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288, 80”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ศาลฎีกาเห็นว่าการที่จำเลยกับพวกผู้เสียหายมีสาเหตุกัน หลังจากนั้นประมาณ 30 นาที จำเลยกลับไปบ้านเอาปืนมายืนตรงที่เกิดเหตุเมื่อเห็นผู้เสียหายผ่านมาก็ยิง เป็นความผิดพยายามฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามประมวลกฎหมาย

อาญา มาตรา 288, 80 เท่านั้น ไม่ถึงขั้นพยายามฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วเห็นได้ว่า เมื่อพวกผู้เสียหายขับรถเฉี่ยวเจียดจำเลยและมีการตะโกนทำร้ายกันแล้วขับรถผ่านกันไป หลังจากนั้นเป็นระยะเวลาถึง 30 นาทีที่จำเลยกลับไปเอาปืนที่บ้านมายืนที่เกิดเหตุอีกครั้ง เมื่อพิจารณาตามหลัก Objective Test โดยเปรียบเทียบว่าบุคคลธรรมดาทั่วไปที่ถูกข่มเหงเช่นเดียวกับจำเลยสามารถระงับสติอารมณ์และกลับกระทำการต่าง ๆ อย่างมีเหตุผลได้หรือไม่ จะเห็นได้ว่าหลังจากระยะเวลาผ่านไป 30 นาที บุคคลทั่วไปน่าจะสามารถระงับโทสะและมีเวลาคิดทบทวนถึงการกระทำของตนได้เป็นอย่างดีแล้ว ประกอบกับข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยกลับไปบ้านเอาปืนมายืนตรงที่เกิดเหตุ เจตนาของจำเลยคือมายืนรอพวกผู้เสียหายที่ผ่านมาเพื่อจะยิง จึงน่าจะเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) แต่คงเนื่องด้วยการสืบพยานไม่เพียงพอที่จะยืนยันว่าจำเลยมาดักรอเพื่อจะยิงพวกผู้เสียหาย ศาลจึงไม่อาจลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) ได้ ดังหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสองว่า “เมื่อมีความสงสัยตามสมควรจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนสรุปได้ว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนไม่อาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ เนื่องจากการกระทำโดยบันดาลโทสะมิใช่การกระทำด้วยอารมณ์โกรธเท่านั้น แต่เป็นการกระทำระหว่างที่ไม่มีสติคิดทบทวนไตร่ตรอง จึงกระทำความผิดโต้ตอบไปในขณะที่ถูกข่มเหง กฎหมายเห็นว่าผู้กระทำมิใช่ผู้มีจิตใจชั่วร้าย แต่กระทำผิดเพราะไม่สามารถควบคุมสติได้ชั่วขณะจึงลงโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ในขณะที่หากผู้กระทำมีสติทบทวนไตร่ตรองดีแล้วยังกระทำความผิดเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนซึ่งเป็นเหตุจูงใจให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น เพราะกฎหมายเห็นว่าผู้กระทำมีสติครบถ้วนในการคิดทบทวนไตร่ตรองแล้วยังตัดสินใจกระทำความผิด ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้ายกว่าผู้กระทำผิดทั่ว ๆ ไป และเป็นอันตรายแก่สังคม จึงสมควรได้รับโทษหนักขึ้น โดยการกระทำโดยบันดาลโทสะและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนี้มีจุดแบ่งแยกที่ระยะเวลาพอสมควรในการระงับโทสะและคิดทบทวนไตร่ตรองอย่างมีสติสมบูรณ์ กล่าวคือ ต้องพิจารณาตามหลัก Objective Test และ Subjective Test คือพิจารณาทั้งวิญญูชนที่ถูกข่มเหงและจำเลยว่าจะระงับโทสะและกลับมีสติคิดทบทวนไตร่ตรองได้หรือยัง หากทั้งวิญญูชนและจำเลยยังไม่สามารถระงับโทสะได้แล้ว การกระทำของจำเลยก็เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ อันเป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แต่หากทั้งวิญญูชนและจำเลยสามารถระงับโทสะได้แล้ว การกระทำของจำเลยก็มีใช้การกระทำโดยบันดาลโทสะอีกต่อไป แต่เป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ทั้งนี้ ผู้เขียนได้เสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะหรือเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนไว้เป็น 4 กรณี ซึ่งสรุปได้ตามตาราง คือ

ตารางสรุปแนวทางพิจารณาระยะเวลาที่สามารถระงับโทษได้

	องค์ประกอบข้อ (3) “วิญญูชนเกิดโทษ โดยที่ยังไม่ระงับ”	องค์ประกอบข้อ (4) “จำเลยมีโทษอยู่ ในขณะที่กระทำการตอบ โต้”	ผล
กรณีที่ 1	มี	มี	การกระทำโดยบันดาลโทษ ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72
กรณีที่ 2	มี	ไม่มี	การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) หรือ มาตรา 296 หรือ มาตรา 298
กรณีที่ 3	ไม่มี	มี	การฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 288
กรณีที่ 4	ไม่มี	ไม่มี	การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) หรือ มาตรา 296 หรือ มาตรา 298

กล่าวคือ กรณีที่ 1 เป็นกรณีที่ทั้งวิญญูชนและจำเลยยังไม่สามารถระงับโทษได้ และมีโทษอยู่ในขณะกระทำโต้ตอบการช่มเหง การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษ ซึ่งเป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

กรณีที่ 2 เป็นกรณีที่แม้วิญญูชนยังไม่สามารถระงับโทษได้ แต่จำเลยสามารถระงับโทษได้อย่างสมบูรณ์แล้ว การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) หรือ มาตรา 296 หรือ มาตรา 298 แล้วแต่กรณี

กรณีที่ 3 เป็นกรณีที่วิญญูชนสามารถระงับโทษได้แล้ว แต่จำเลยยังคงมีโทษอยู่ในขณะกระทำโต้ตอบ การกระทำของจำเลยเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เท่านั้น ไม่เป็นบันดาลโทษหรือไตร่ตรองไว้ก่อน

กรณีที่ 4 เป็นกรณีที่ทั้งวิญญูชนและจำเลยสามารถระงับโทษได้และมีสติในการคิดทบทวนไตร่ตรองแล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) หรือ มาตรา 296 หรือ มาตรา 298 แล้วแต่กรณี

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามโครงสร้างความรับผิด โดยผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้และไม่มีกฎหมายยกเว้นยกเว้นโทษ แต่เป็นเหตุลดโทษซึ่งจะต้องมีองค์ประกอบ คือ

1. ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม
2. การที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทษะ และ
3. ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะที่บันดาลโทษะ

ด้วยเหตุที่ผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทษะมีเหตุภายนอกมากระตุ้นให้ควบคุมสติได้น้อยลงและอยู่ในความครอบงำแห่งความโกรธ จึงไม่สามารถใช้ความตรึกตรองให้รอบคอบชั่วขณะ มิใช่เป็นผู้มีจิตใจชั่วร้าย กฎหมายจึงกำหนดให้ศาลมีดุลพินิจในการลดโทษผู้กระทำน้อยเพียงใดก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงโทษขั้นต่ำ

การกระทำโดยบันดาลโทษะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 อยู่นอกโครงสร้างความผิดโดยเป็น “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” ตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร และอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดและเป็น “เหตุลดโทษ” ตามแนวทางศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ และรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ซึ่งมีผลเหมือนกัน คือ การกระทำของผู้กระทำมีความผิดและต้องได้รับโทษโดยไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ แต่เป็นเหตุลดโทษให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษผู้กระทำน้อยเพียงใดก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงโทษขั้นต่ำ ส่วนการกระทำโดยการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 อยู่นอกโครงสร้างความผิดและเป็น “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” ตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร และอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาและเป็น “เหตุลดโทษ” ตามแนวทางศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ และรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ มีผลเช่นเดียวกันคือ การกระทำของผู้กระทำมีความผิดและต้องได้รับโทษโดยไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษ แต่เป็นเหตุลดโทษให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษผู้กระทำน้อยเพียงใดก็ได้ แต่หากผู้กระทำได้กระทำเพราะความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลดโทษผู้กระทำเลยก็ได้ สำหรับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) มาตรา 296 และมาตรา 298 เป็น “เหตุฉกรรจ์ที่เกี่ยวเนื่องกับลักษณะของการกระทำ” โดยเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบภายใน ตามแนวทาง ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร และเป็น “เหตุฉกรรจ์เกี่ยวกับสภาพจิตใจ” ตามแนวทางศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาซึ่งจะแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ เนื่องจากมีกฎหมาย common law ที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลใช้บังคับอยู่ แต่มีแนวทางพื้นฐานจาก Model Penal Code เช่นเดียวกัน โดย Model Penal Code ได้กำหนดลดโทษจากความผิดฐาน Murder เป็นความผิดฐาน Voluntary Manslaughter หากได้กระทำความผิดไปโดยบันดาลโทสะ ซึ่งจะต้องมีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ

- (1) จะต้องมีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งทำให้เกิดความโกรธได้ (reasonable provocation)
- (2) จำเลยจะต้องถูกกระตุ้นให้โกรธอย่างแท้จริง (actual provoked)
- (3) วิญญาณโดยทั่วไป (a reasonable man) ที่ถูกยั่วโทสะจะต้องเกิดโทสะโดยที่ยังไม่สามารถระงับสติอารมณ์ได้ (cooled off) ระหว่างเวลาที่ถูกข่มเหงและกระทำโต้ตอบไป

และ (4) จำเลยจะต้องยังมีโทสะอยู่โดยไม่สามารถระงับสติอารมณ์ได้ ในขณะที่กระทำโต้ตอบ

ส่วนกฎหมายเยอรมันได้กำหนดเรื่องบันดาลโทสะไว้ใน Strafgesetzbuch หรือ StGB มาตรา 213 โดยกำหนดให้เป็นความผิด Manslaughter สำหรับความผิดเกี่ยวกับชีวิตเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยถือว่าเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบ ความผิดและความชั่วแล้ว และสมควรได้รับโทษ แต่ให้ศาลมีดุลพินิจลงโทษจำคุก ตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี ทั้งนี้ การที่กฎหมายเยอรมันมิได้บัญญัติให้เหตุบันดาลโทสะ เป็นเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุผลโทษโดยชัดแจ้ง เพื่อให้ศาลเยอรมันใช้ดุลพินิจตามมาตรา 46 (2) โดยพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดี ลดโทษให้ผู้กระทำความผิดเนื่องจากถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และกระทำการตอบโต้ต่อผู้ถูกข่มเหงในขณะนั้น จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลใช้พิจารณาลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดได้ โดยศาลไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าพฤติการณ์แห่งคดีนั้นเป็น “การกระทำโดยบันดาลโทสะ” หรือไม่

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 อาจเกิดขึ้นได้ในขณะเดียวกันกับการกระทำโดยการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ซึ่งล้วนเป็นเหตุในการลดโทษ นอกจากนี้ หากภยันตรายผ่านพ้นไปแล้วและมีระยะเวลาคิดทบทวนแล้วยังกระทำความผิด ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนได้ ซึ่งแนวความเห็นทางวิชาการกับแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกายังแตกต่างกันอยู่ โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์เป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 การกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยป้องกัน

การป้องกันเป็นสิทธิที่ผู้กระทำสามารถกระทำไปได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องมียุติการโดยสรุป ดังนี้

- 1) มีภยันตรายต่อสิทธิอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย

- 2) ภัยอันตรายนั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง
- 3) ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายนั้น
- 4) การกระทำโดยป้องกันสิทธินั้นกระทำพอสมควรแก่เหตุและต้องไม่กระทำเกินกว่ากรณีแห่งการจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกัน

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ถือว่าการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ผู้กระทำจึงไม่มีความผิด แต่หากได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ คือ กระทำการป้องกันเกินวิธินัยที่สมควรที่สุดหรือเกินสัดส่วน หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกัน ซึ่งได้แก่ การกระทำการป้องกันต่อกฎที่ยังอยู่ห่างไกลหรือกระทำการป้องกันต่อกฎที่ผ่านพ้นไปแล้ว ถือว่าเป็นความผิด แต่เป็นเหตุให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษได้ และหากกระทำไปโดยความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเรื่องป้องกันตนเองโดยชอบ (Self-defense) การป้องกันผู้อื่น (defense of another) และการป้องกันทรัพย์สิน (defense of property) โดยมีหลักการป้องกันตนเองโดยชอบ ใน Model Penal Code มาตรา 3.04 คือ เมื่อผู้กระทำการป้องกันที่ใช้ deadly force จะอ้างเรื่องการกระทำการป้องกันนั้น โดยทั่วไปผู้กระทำจะต้องพิสูจน์ 4 ข้อ คือ 1) ผู้กระทำการป้องกันไม่ได้มีส่วนก่อให้เกิดภัยอันตรายนั้นขึ้น 2) ผู้กระทำการป้องกันเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเขาตกอยู่ในภัยอันตรายต่อชีวิต หรือร่างกายสาหัส หรือความผิดร้ายแรงบางความผิด 3) การใช้กำลังชั้น deadly force เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้พ้นภัยอันตราย 4) ผู้กระทำโดยการป้องกันไม่ได้ละเมิดหน้าที่ในการล่าถอย (duty to retreat)

กฎหมายเยอรมันได้บัญญัติเรื่องการป้องกันโดยชอบในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 32 ซึ่งมีหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับกฎหมายไทย คือ มิได้แยกเรื่องการป้องกันตนเอง การป้องกันผู้อื่น และการป้องกันทรัพย์สินออกจากกันและมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาล้ำกันซึ่งต่างจากกฎหมายสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ กฎหมายเยอรมันบัญญัติให้การป้องกันเกินเหตุที่กระทำเนื่องจากความตื่นเต้น ตกใจ หรือกลัวเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำไม่มีความชั่ว จึงเป็นเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 33 ส่วนการป้องกันเกินเหตุในกรณีอื่นๆ ที่มีใช้เกิดจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัวนั้น ถือเป็นกรกระทำที่ครบองค์ประกอบ ความผิดและความชั่วแล้ว และไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษให้ แต่ให้ดุลพินิจศาลเยอรมันลดโทษตามมาตรา 46 โดยพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดีเช่นเดียวกับกรณีของการกระทำโดยบันดาลโทสะโดยศาลไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็น “การกระทำโดยบันดาลโทสะ” หรือ “ป้องกันเกินเหตุ”

แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยบางส่วนเห็นว่า “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไม่อาจเป็นทั้งการกระทำโดยบันดาลโทสะและป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายในขณะเดียวกันได้”

องค์ประกอบของการกระทำโดยป้องกันและการกระทำโดยบันดาลโทสะต่างกัน จึงไม่อาจเป็นการกระทำทั้ง 2 อย่างพร้อมๆ กันได้ แต่อย่างไรก็ตาม ความเห็นทางวิชาการของไทยและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาบางส่วนสอดคล้องกัน คือ เห็นว่าการใช้สิทธิกระทำการโดยป้องกันอาจมีการกระทำโดยบันดาลโทสะรวมอยู่ได้ในขณะเดียวกัน เพราะขณะที่กระทำด้วยความบันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงนั้น อาจจะมีเจตนาเพื่อป้องกันตนเองจากภัยอันตรายไปพร้อมๆ กันก็ได้ ถ้ากระทำด้วยความบันดาลโทสะตั้งแต่เริ่มถูกข่มเหง ก็อาจจะเข้าลักษณะของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายพร้อมๆ กันได้ แต่ถ้ากระทำด้วยความบันดาลโทสะหลังจากที่การข่มเหงสิ้นสุดแล้ว ก็ไม่อาจเป็นการป้องกันโดยชอบได้ เป็นได้เพียงการกระทำโดยบันดาลโทสะเท่านั้น แต่การกระทำทั้งสองนี้อาจไม่เกิดขึ้นพร้อมกันในทุกกรณี กล่าวคือ หากบุคคลใดถูกภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย บุคคลนั้นอาจใช้สิทธิป้องกันได้ และอาจเป็นการกระทำเพราะบันดาลโทสะได้ในขณะเดียวกัน แต่ถ้าบุคคลใดได้รับภัยอันตรายที่ไม่ใช่การละเมิดต่อกฎหมาย บุคคลนั้นไม่อาจอ้างการป้องกันได้ แต่อาจอ้างการกระทำโดยบันดาลโทสะได้ ซึ่งหากเป็นกรณีที่การกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดขึ้นพร้อมกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ก็ไม่มีประโยชน์ในทางพิจารณาคดีเนื่องจากมาตรา 68 เป็นคุณแก่จำเลยมากกว่า เพราะเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ จึงไม่เป็นสาระที่จะต้องยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาวินิจฉัย ตัวอย่างเช่น นาย ก. ใช้ไม้ตีหน้า นาย ข. จนหน้าเสียโฉม และ นาย ก. กำลังจะตีเป็นครั้งที่สอง นาย ข. ใช้มีดแทงนาย ก. บาดเจ็บเพื่อป้องกันตัว และขณะเดียวกันก็เกิดความโกรธเพราะหน้าตนเองเสียโฉม เช่นนี้ หากข้อเท็จจริงขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาล นาย ข. จะต่อสู้ว่าตนใช้สิทธิป้องกันตนเองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ทำให้การกระทำของตนไม่มีความผิด ศาลจะวินิจฉัยในประเด็นเรื่องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และถือว่า นาย ข. ไม่มีความผิดเพราะเป็นการป้องกันโดยชอบโดยที่ไม่มีประเด็นเรื่องการกระทำด้วยความบันดาลโทสะที่หน้าเสียโฉมขึ้นเป็นประเด็นในชั้นศาล เพราะข้อต่อสู้เรื่องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นคุณกับนาย ข. มากกว่าข้อต่อสู้เรื่องบันดาลโทสะ

ถ้าเป็นกรณีที่การกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดขึ้นพร้อมกับการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ ก็จะปรับบทตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ทุกกรณี โดยไม่เกิดปัญหาในทางวิชาการและทางปฏิบัติเช่นกัน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2508 “จำเลยกับพวกเกิดวิวาทชกต่อยกับโจทก์ร่วมและพวกในวงสุราหน้าบ้านโจทก์ร่วม มีผู้ห้ามก็เลิกกัน จำเลยพกปืนกลับมาที่วงสุราอีก แต่ถูกโจทก์ร่วมคั่นตัวจนหนีกลับบ้าน การที่โจทก์ร่วมกับพวกตามไปถึงใต้ถุนบ้านจำเลยจึงเป็นเพราะอยากหาเรื่องกับจำเลย เป็นการตามไปคุกคามจะทำร้ายจำเลยถึงบ้าน จำเลยใช้ปืนยิงโจทก์ร่วมกับพวก จึงเป็นการป้องกันตัว แต่โจทก์ร่วมกับพวกไม่มีอาวุธอะไร หากจำเลยยิงเพียงนัดเดียวก็น่าจะเป็นเหตุให้หลบหนีไปแล้ว แต่จำเลยยิงปืนถึง 4 นัด กระสุนปืนถูก ว. ถึงแก่ความตายและถูกโจทก์ร่วมได้รับบาดเจ็บ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,69”

แต่ถ้าเป็นกรณีที่เกิดการกระทำโดยบันดาลโทสะเกิดขึ้นพร้อมกับการป้องกันเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ในกรณีนี้ผ่านพ้นไปแล้ว ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ก็เป็นปัญหาที่จำเป็นต้องวินิจฉัยในทางคดีว่ากรณีใดควรปรับบทด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และกรณีใดควรปรับบทด้วยมาตรา 72 โดยที่การอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 นั้น เป็นคุณแก่จำเลยมากกว่า เพราะศาลอาจไม่ลงโทษได้ถ้ากระทำไปโดยความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ในขณะที่การอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เรื่องบันดาลโทสะนั้น ศาลจะต้องลงโทษเสมอ

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2767/2536 “จำเลยถูก ว. ทำร้ายก่อนด้วยการกระชากคอเสื้อ ทูบหรือชกต่อยทำร้ายและจับศีรษะไขกักกับกระดานหมากรุกจนหน้าผากของจำเลยมีโลหิตไหล โดยที่จำเลยไม่ทันระวังตัวถึงกับจำเลยต้องวิ่งหนีเข้าไปในบ้านตัดผมข้างที่เกิดเหตุ แต่หนีไม่พ้น เพราะด้านหลังของร้านตัดผมไม่มีทางหนีจึงต้องวิ่งย้อนกลับออกมาทางหน้าร้านพบกับ ว. ตรงประตูทางเข้าร้านตัดผม ในขณะที่ ว. ใช้มือล้วงกระเป๋าทางเก้งด้านหลังไล่ตามจำเลยเข้าไป จำเลยเข้าใจว่า ว. จะล้วงเอาอาวุธปืนพก ซึ่งปกติ ว. จะพกอยู่เป็นประจำ ออกมายิงจำเลย จำเลยจึงใช้อาวุธปืนพกของจำเลยยิง ว. ไปหลายนัด เพราะความกลัว เป็นเหตุให้กระสุนปืนของจำเลยถูก ว. ถึงแก่ความตายและพลาดไปถูก ภ. ถึงแก่ความตาย การที่จำเลยได้ใช้อาวุธปืนยิง ว. หลายนัด แสดงว่าจำเลยเจตนายิง ว. ให้ตายโดยไม่ยังมีมือ คือแทนที่จำเลยจะหยุดยิงเมื่อเห็นว่า ว. โดนกระสุนปืนที่จำเลยยิงล้มลงแล้ว จำเลยกลับยิงต่อไปอีกหลายนัด ทำให้กระสุนปืนเหล่านั้นนอกจากจะถูก ว. หลายนัดจนถึงแก่ความตายแล้ว ยังพลาดไปถูก ภ. ซึ่งยืนดูการเล่นหมากรุกอยู่ถึงแก่ความตายด้วย ถือว่าเป็นการกระทำที่เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน โดยจำเลยได้กระทำไปเพราะความกลัว ซึ่งศาลมีอำนาจไม่ลงโทษจำเลยได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ตอนท้าย” ในขณะที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 455/2537 “เมื่อผู้ตายยกอาวุธปืนเล็งมายังจำเลย จำเลยได้เข้าแย่งอาวุธปืนจากผู้ตายทำให้มีเสียงปืนดังขึ้น 1 นัด ผู้ตายจึงได้หักกลักล่องปืนและบรรจุกระสุนขึ้นใหม่ จำเลยได้เข้าแย่งอาวุธปืนอีก เป็นเหตุให้ปืนลั่นอีก 1 นัด และอาวุธปืนได้หลุดจากมือผู้ตาย ถือว่าภยันตรายที่จำเลยต้องป้องกันได้ผ่านพ้นไปแล้ว ไม่มีภยันตรายที่ใกล้จะถึงอันจะต้องป้องกันอีก การที่จำเลยใช้มีดโต้ฟันผู้ตายในขณะนั้น จึงไม่อาจเป็นการกระทำโดยป้องกันได้ แต่การกระทำของผู้ตายถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยฟันผู้ตายถึง 6 ครั้ง ศาลฎีกาตัดสินว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ” เห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่เกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน โดยจำเลยได้กระทำต่อเนื่องไปเพราะความกลัว ซึ่งศาลมีอำนาจไม่ลงโทษจำเลยได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ตอนท้ายเช่นกัน แต่ข้อเท็จจริงตามคดีนี้ศาลตัดสินว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ

จากแนวความเห็นส่วนใหญ่ที่เห็นว่าการกระทำโดยบันดาลโทสะและการกระทำโดยป้องกันเกิดขึ้นพร้อมกันได้แล้ว แต่จะอ้างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และมาตรา 72 มาลดโทษให้จำเลย 2 ครั้งมิได้ เพราะเป็นการกระทำกรรมเดียวกันที่ผู้กระทำมีเจตนาเพื่อ

ยับยั้งอันตรายที่ผู้ก่อภัยก่อขึ้นโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันตนเองและบันดาลโทษอยู่ด้วย ซึ่งการที่จะลดโทษให้ผู้กระทำ 2 ครั้งนั้น ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภักดิ์ เห็นว่าไม่มีสาระที่ควรทำ ซึ่งต่างจากกรณีที่ลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 หรือมาตรา 72 ให้จำเลยแล้ว และลดโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 อีก เนื่องจากพฤติการณ์การลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 หรือมาตรา 72 และพฤติการณ์ตามมาตรา 78 นั้นเกิดขึ้นต่างกรรมกัน

กรณีที่ 2 การกระทำโดยบันดาลโทษกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

การกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเป็นการกระทำในภายหลังจากที่ผู้กระทำได้ ชั่งน้ำหนักผลดีผลเสียในการที่จะกระทำหรือไม่กระทำแล้วได้ตัดสินใจกระทำ ตัวอย่างเช่น การกระทำโต้ตอบภัยข่มเหงที่ผ่านพ้นไปเป็นเวลาพอสมควรด้วยความอาฆาตพยาบาท การวางแผน เตรียมการล่วงหน้า และการใช้หรือจ้างหรือรับจ้างไปฆ่าผู้อื่น เป็นต้น จึงเป็นการกระทำที่ครอบงำองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างสมบูรณ์ โดยไม่มีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำ ได้ เหตุยกเว้นโทษหรือเหตุลดโทษ ผู้กระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเป็นอันตรายต่อสังคมมากกว่าผู้กระทำผิดธรรมดา กฎหมายจึงลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนหนักขึ้นกว่าปกติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) มาตรา 296 หรือมาตรา 298 แล้วแต่กรณี

กฎหมายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเรื่องการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (premeditation) ไว้ในความผิดต่อชีวิตโดยกำหนดให้เป็นความผิดรุนแรงในระดับ first degree murder ซึ่งมีโทษสูงสุด คือ ประหารชีวิต โดยศาลต้องพิจารณาการไตร่ตรองไว้ก่อนจากระยะเวลา (time) การคิดทบทวนไตร่ตรอง (reflection) และการกระทำอย่างเลือดเย็น (cold-bloodedness) โดยมีการจำแนกการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนออกจากการกระทำโดยบันดาลโทษ เป็น 3 กรณี คือ

1. การกระทำที่ประกอบด้วยพฤติการณ์ที่ครบถ้วนทั้ง 4 องค์ประกอบ ถือว่ามีความผิดฐาน Voluntary manslaughter ซึ่งเทียบได้กับการกระทำโดยบันดาลโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

2. การกระทำที่ขาดองค์ประกอบข้อ 1 และข้อ 3 คือ การข่มเหงนั้นไม่เป็นการข่มเหงร้ายแรงที่ทำให้วิญญูชนเกิดความโกรธ หรือวิญญูชนที่เกิดโทษนั้นได้ระงับโทษลงแล้ว กฎหมายสหรัฐอเมริกาในรัฐส่วนใหญ่เห็นว่าหากกระทำความผิดก็ไม่มีบันดาลโทษ แต่เป็น second degree murder กรณีนี้เทียบได้กับการฆ่าคนตายโดยเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288

3. การกระทำที่ขาดองค์ประกอบข้อ (2) และข้อ (4) กล่าวคือ แม้ผู้นั้นได้รับการข่มเหงอย่างร้ายแรงที่ทำให้วิญญูชนเกิดโทษ แต่ผู้นั้นมิได้เกิดโทษเลย หรือแม้วิญญูชนผู้ถูกระบุร้าย มีโทษอยู่และยังไม่สามารถระงับความโกรธได้ แต่ตัวผู้กระทำระงับความโกรธ

ได้โดยสมบูรณ์แล้ว และได้ฆ่าผู้เสียหายตายด้วยพฤติกรรมอันเลือดเย็น (kill in cold blood) ด้วยพฤติกรรมที่ไตร่ตรองไว้ก่อน (premeditate and deliberate) กฎหมายสหรัฐอเมริกาในรัฐส่วนใหญ่เห็นว่าไม่เป็นบันดลโทสะและเป็น first degree murder ซึ่งเทียบได้กับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(4) หรือ มาตรา 296 หรือ มาตรา 298

สำหรับกฎหมายเยอรมันไม่ได้กล่าวประเด็นนี้ไว้ชัดเจนนัก

การกระทำโดยบันดลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนไม่อาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ โดยมีจุดแบ่งแยกที่ระยะเวลา เนื่องจากการกระทำโดยบันดลโทสะมิใช่การกระทำด้วยอารมณ์โกรธเท่านั้น แต่เป็นการกระทำระหว่างที่ไม่มีสติคิดทบทวนไตร่ตรอง จึงกระทำความผิดโต้ตอบไปในขณะที่ถูกข่มเหง กฎหมายเห็นว่าผู้กระทำมิใช่ผู้มีจิตใจชั่วร้าย แต่กระทำผิดเพราะไม่สามารถควบคุมสติได้ชั่วขณะจึงลดโทษให้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 ศาลได้วินิจฉัยว่า “การที่ภรรยาบอกจำเลยซึ่งเป็นสามีว่าผู้ตายกดปล้ำทำอนาจาร จำเลยจึงไล่ติดตามไปทันที ในระยะกระชั้นชิด ราว 6-7 เส้น ก็ทันผู้ตาย แล้วจำเลยก็ทำร้ายผู้ตาย ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อจำเลยถูกข่มเหงและได้กระทำผิดต่อผู้ที่ข่มเหงในระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกัน ดังเช่นที่จำเลยกระทำแก่ผู้ตายนี้ ต้องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ถือว่าจำเลยกระทำโดยบันดลโทสะ” ในขณะที่หากผู้กระทำมีระยะเวลาในการใช้สติทบทวนไตร่ตรองดีแล้วยังกระทำความผิดเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนซึ่งเป็นเหตุจรรจ์ให้ผู้กระทำได้รับโทษหนักขึ้น เพราะกฎหมายเห็นว่าผู้กระทำมีสติครบถ้วนในการคิดทบทวนไตร่ตรองแล้วยังตัดสินใจกระทำความผิด เป็นผู้มีจิตใจชั่วร้ายกว่าผู้กระทำผิดทั่ว ๆ ไป และเป็นอันตรายแก่สังคม จึงสมควรได้รับโทษหนักขึ้น ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834/2520 จำเลยตำว่าโจทก์ร่วมโดยจำเลยโกรธที่โจทก์ร่วมให้คนมาขุดท่อประปาในที่ดินของจำเลย แล้วจำเลยและโจทก์ร่วมต่างแยกย้ายเข้าร้านของตน ต่อมาอีกประมาณ 10 นาที จำเลยวิ่งออกมาจากร้านโดยไม่พูดจา ใช้ปืนยิงโจทก์ร่วมทันที เช่นนี้ศาลฎีกาเห็นว่ามิใช่จำเลยกระทำการยิงโจทก์ร่วมขณะที่เกิดโทสะขึ้นเฉพาะหน้า หากแต่เป็นการที่จำเลยใช้ระยะเวลาอยู่ในร้านประมาณ 10 นาที คิดทบทวนไตร่ตรองดีแล้วว่าจะยิงโจทก์ร่วมหรือไม่ ดังนี้ การที่จำเลยใช้ปืนยิงโจทก์ร่วมจึงเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3576/2533 “ขณะจำเลย ผู้ตาย และพวกหนึ่งดื่มสุราร่วมด้วยกัน ผู้ตายพูดว่า จำเลยหัวล้านหรือจิง แล้วใช้มือลูบศีรษะจำเลย จำเลยลุกออกจากวงสุราไป ต่อมาประมาณ 15 นาที จำเลยถือปืนแก๊ปลายมายิงผู้ตายถึงแก่ความตาย กรณีมิใช่เกิดจากโทสะที่พุ่งขึ้นเฉพาะหน้าขณะที่ผู้ตายใช้มือลูบศีรษะจำเลย แล้วจำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายทันที แต่เป็นกรณีที่จำเลยเกิดโทสะแล้วออกจากวงสุราไปเกิดความคิดจะฆ่าผู้ตายในภายหลัง และเป็นพฤติกรรมที่จำเลยจะต้องคิดไตร่ตรองตัดสินใจอย่างหนัก เป็นเวลาถึง 15 นาทีในการตกลงใจกระทำผิด จึงเป็นการกระทำผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา

289 (4) ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นทั้งสองเรื่องนี้ เห็นได้ว่าศาลฎีกาพิพากษาว่าเป็นการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) เนื่องจากจำเลยมีระยะเวลาพอสมควรที่จะคิดทบทวนไตร่ตรองแล้วตัดสินใจอย่างหนักในการกระทำความผิด หลังจากที่มีการข่มเหงอย่างร้ายแรงได้ผ่านพ้นและขาดตอนไปแล้ว ศาลฎีกาเห็นว่าระยะเวลา 10 นาที และ 15 นาที ตามข้อเท็จจริงของคำพิพากษาทั้งสองเรื่องข้างต้นเป็นระยะเวลาพอสมควรที่จำเลยสามารถระงับโทสะและคิดทบทวนไตร่ตรองอย่างมีสติได้แล้ว การที่จำเลยตัดสินใจกระทำความผิดจึงมิใช่เกิดจากโทสะที่พุ่งขึ้นเฉพาะหน้าขณะที่ถูกข่มเหงแต่อย่างใด เป็นการฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4)

ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการวินิจฉัยปัญหาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ การกระทำโดยป้องกัน หรือการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน โดยเสนอเป็น 2 ประเด็น ดังนี้

1. ประเด็นเรื่องการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยป้องกัน

หากเป็นกรณีที่บันดาลโทสะเกิดขึ้นพร้อมกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นเรื่องบันดาลโทสะ เพราะการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายมีผลให้การกระทำของจำเลยไม่มีความผิดกฎหมายเลย

ถ้าเป็นกรณีที่บันดาลโทสะเกิดขึ้นพร้อมกับการป้องกันเกินขอบเขตแล้วต้องแยกเป็น 2 กรณี คือ

(1) การป้องกันเกินขอบเขตตอบโต้ผู้ก่อภัยการตอบโต้ผู้ก่อภัยในขณะที่ยังมีภัยอันตรายอยู่ ควรจะปรับบทเรื่องป้องกันเกินขอบเขตเพราะเป็นคุณแก่จำเลยมากกว่า

(2) การป้องกันเกินขอบเขตตอบโต้ผู้ก่อภัยในขณะที่ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว แม้การกระทำดังกล่าวจะเข้าลักษณะทั้งกรณีป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 และบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ในขณะเดียวกัน แต่ศาลควรลดโทษให้ผู้กระทำเพียงครั้งเดียว เพราะการตอบโต้ นั้นเป็นการกระทำกรรมเดียวกัน โดยผู้เขียนได้เสนอแนวทาง 3 ประการในการแก้ไขปัญหาค่าความไม่ชัดเจนของแนวทางการตอบโต้ภัยอันตรายที่ผ่านพ้นไปแล้ว คือ

1. กรณีที่ผู้กระทำได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันแล้ว และกระทำต่อเนื่องติดพัน แม้ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้วก็ยังกระทำอยู่ ควรปรับบทเรื่องของการป้องกันเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 โดยไม่ต้องปรับบทเรื่องบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เพราะมาตรา 69 เป็นเรื่องของผู้กระทำเริ่มใช้สิทธิป้องกันมาแต่ต้นและเป็นคุณกว่าที่เปิดโอกาสให้ศาลไม่ลงโทษจำเลยได้

2. กรณีที่ผู้กระทำได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันแล้ว และกระทำต่อเนื่องติดพัน แม้ภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้วก็ยังกระทำอยู่ โดยที่ผู้กระทำเข้าใจว่าผู้ก่อภัยยังมีภัยอันตรายที่จะ

คุกคามผู้กระทำอยู่ แม้ความจริงผู้ก่อภัยไม่มีความสามารถจะทำอันตรายได้แล้ว เช่นนี้ควรปรับบทเรื่องของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายโดยสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบมาตรา 62 วรรคแรก

3. กรณีที่ผู้ก่อภัยได้กระทำการประทุษร้าย แต่ผู้กระทำไม่ได้เริ่มใช้สิทธิป้องกันเลย ต่อมาผู้กระทำจึงตอบโต้กลับไปผู้ก่อภัยเมื่อภัยอันตรายผ่านพ้นไปแล้ว เช่นนี้ควรปรับบทเรื่องของการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 โดยไม่เข้าเรื่องของการป้องกันเกินขอบเขต เพราะเหตุว่าผู้กระทำไม่มีการเริ่มใช้สิทธิป้องกัน และไม่มีเจตนากระทำการป้องกันในขณะที่ภัยอันตรายเกิดขึ้นเลย

2. ประเด็นเรื่องของการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

การกระทำโดยบันดาลโทสะและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนนี้มีจุดแบ่งแยกที่ระยะเวลาพอสมควรในการระงับโทสะและคิดทบทวนไตร่ตรองอย่างมีสติสมบูรณ์ กล่าวคือต้องพิจารณาตามหลัก Objective Test และ Subjective Test คือพิจารณาทั้งวิญญูชนที่ถูกข่มเหงและจำเลยว่าระงับโทสะและกลับมีสติคิดทบทวนไตร่ตรองได้หรือไม่ หากทั้งวิญญูชนและจำเลยยังไม่สามารถระงับโทสะได้แล้ว การกระทำของจำเลยก็เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะอันเป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 แต่หากทั้งวิญญูชนและจำเลยสามารถระงับโทสะได้แล้ว การกระทำของจำเลยก็มีใช้การกระทำโดยบันดาลโทสะอีกต่อไป แต่เป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน โดยผู้เขียนได้เสนอหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะหรือเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนไว้เป็น 4 กรณี คือ

1. กรณีที่มีองค์ประกอบข้อ (3) และมีองค์ประกอบข้อ (4) กล่าวคือ การกระทำ ความผิดของจำเลยเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบของการกระทำโดยบันดาลโทสะทั้ง 4 ประการ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาตามหลัก Objective Test แล้ววิญญูชนยังไม่สามารถระงับโทสะได้ และเมื่อพิจารณาตามหลัก Subjective Test แล้วจำเลยยังมีโทสะอยู่ในขณะที่ทำโต้ตอบ กรณีนี้จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ซึ่งเป็นเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72

2. กรณีที่มีองค์ประกอบข้อ (3) แต่ไม่มีองค์ประกอบข้อ (4) กล่าวคือ พิจารณาแล้ววิญญูชนที่ถูกข่มเหงเช่นเดียวกับจำเลยยังมีโทสะอยู่โดยที่ไม่สามารถระงับโทสะได้ แต่ตัวจำเลยเองกลับสามารถระงับโทสะได้โดยสมบูรณ์และคิดทบทวนไตร่ตรองได้แล้ว กรณีนี้จึงเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) หรือ มาตรา 296 หรือ มาตรา 298 มิใช่บันดาลโทสะ

3. กรณีที่ไม่มีองค์ประกอบข้อ (3) แต่มีองค์ประกอบข้อ (4) กล่าวคือ เมื่อพิจารณาแล้ววิญญูชนที่ถูกข่มเหงเช่นเดียวกับจำเลยมีระยะเวลาพอสมควรที่จะระงับโทสะ และกระทำการต่าง ๆ อย่างมีเหตุผลได้แล้ว แต่จำเลยยังคงมีโทสะอยู่นานกว่าบุคคลทั่วไป โดยไม่สามารถยับยั้งชั่งใจได้จึงกระทำความผิดลงไป กรณีนี้เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตาม

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เท่านั้น ไม่เป็นความผิดโดยบันดาลโทษและไม่เป็นความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

4. กรณีที่ไม่มีองค์ประกอบข้อ (3) และไม่มีองค์ประกอบข้อ (4) กล่าวคือ การกระทำของจำเลยเป็นกรณีที่กระทำไปขณะที่ทั้งวิญญูชนและจำเลยสามารถระงับโทษและมีสติสมบูรณ์ในการคิดทบทวนไตร่ตรองได้แล้ว จำเลยจะไม่สามารถอ้างว่ากระทำไปโดยบันดาลโทษได้อีก เนื่องจากมีระยะเวลาในการยับยั้งชั่งใจถึงการกระทำของตนแล้ว และยังตัดสินใจกระทำความผิดหลังจากที่การขมเหงนั้นได้ขาดตอนไปแล้วจึงเป็นผู้ที่มีจิตใจชั่วร้าย และเป็นอันตรายแก่สังคมมากกว่าผู้กระทำความผิดทั่วไป กรณีนี้เป็นการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) หรือ มาตรา 296 หรือ มาตรา 298



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กรมหลวงวชิรญาณวงศ์,สมเด็จพระสังฆราชเจ้า.ธรรมานุกรม. พระนคร : โรงพิมพ์มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2515.
- กุสุมา จินดาทิพย์.“ความจำเป็นที่กฎหมายยอมรับ.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์.คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1.พิมพ์ครั้งที่ 6.กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- คณิต ฅ นคร.กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน,2543.
- คณิต ฅ นคร.กฎหมายอาญาภาคความผิด.พิมพ์ครั้งที่ 5.กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2537.
- คณิต ฅ นคร.ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ.พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติธรรม,2538.
- คัมภีร์ แก้วเจริญ.“เจตนาฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน.” วารสารอัยการ ปีที่ 2 ฉบับที่ 21,2522.
- คัมภีร์ แก้วเจริญ.“บันดลโทษะ:เหตุลดโทษตาม ป. อาญา.”วารสารอัยการ ปีที่ 2 ฉบับที่ 15(มีนาคม 2522).
- คัมภีร์ แก้วเจริญ.“บันดลโทษะเพราะถูกข่มเหงด้วยคำพูด.”วารสารอัยการ ปีที่ 2 ฉบับที่ 19(มกราคม 2522).
- จิตติ ดิงศภักดิ์.กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3.พิมพ์ครั้งที่ 3.กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,2532.
- จิตติ ดิงศภักดิ์.คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1.พิมพ์ครั้งที่ 9.กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,2536.
- จิตติ เจริญฉ่ำ.“การฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน.” วารสารอัยการ ปีที่ 10 ฉบับที่ 111,2530.
- จิตติ เจริญฉ่ำ.“คำดำที่ยังไม่ถึงขั้นบันดลโทษะ.”วารสารอัยการ ปีที่ 17 ฉบับที่ 195(พฤษภาคม 2537).
- จิตติ วีระเวสส์.“บันดลโทษะ.”วารสารอัยการ ปีที่ 16 ฉบับที่ 185(กรกฎาคม 2536).
- ชาย เสวิกุล.อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา.เอกสารประกอบการสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.กรุงเทพมหานคร,2514.
- ณรงค์ ใจหาญ. “ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ.ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง.พิมพ์ครั้งที่ 9.กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน,2544.

- ปัญญา นรัตถรักษา.“ความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของอังกฤษ สหรัฐอเมริกาและไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525.พิมพ์ครั้งที่ 4.กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์,2531.
- รายงานการประชุมแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา.ครั้งที่ 58/2497 วันพฤหัสบดีที่ 8 เมษายน 2497.
- รายงานการประชุมแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา.ครั้งที่ 61/2497 วันพฤหัสบดีที่ 13 พฤษภาคม 2497.
- รายงานการประชุมแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา.ครั้งที่ 62/2497 วันพฤหัสบดีที่ 20 พฤษภาคม 2497.
- ฤทธิรงค์ สมอจตุร.“การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายศึกษาเน้นหนักเฉพาะกรณีขอบเขตของการป้องกัน.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2536.
- วิจิตร ลุฬิตานนท์.กฎหมายอาญา(ภาค 1).พิมพ์ครั้งที่ 3.พระนคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2505.
- สุทธิ นิซโรจน์.“การกระทำผิดโดยบันดาลโทสะ.”ตุลพาห ปีที่ 22 เล่ม 5(กันยายน-ตุลาคม 2518).
- สุบัน พูลพัฒน์.คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,2520.
- สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์.“การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายอาญาเยอรมัน.” ตุลพาห เล่ม 4 ปีที่ 43,(ตุลาคม-ธันวาคม,2539).
- เสถียร วิชย์ลักษณ์.กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127.กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์นิติเวช,2499.
- เสริมศักดิ์ เทพาคำ.“การฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน.”ตุลพาห เล่ม 11 ปีที่ 7 ,2503.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส.“ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2524.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส.หลักในกฎหมายอาญา.พิมพ์ครั้งที่ 1.กรุงเทพมหานคร:บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลาจำกัด,2539.
- หยุด แสงอุทัย.กฎหมายอาญา ภาค 1.พิมพ์ครั้งที่ 17.กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.
- หยุด แสงอุทัย.กฎหมายอาญา ภาค 2-3.พิมพ์ครั้งที่ 9.กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- หยุด แสงอุทัย.“บทบัญญัติใหม่ๆในประมวลกฎหมายอาญา.”ตุลพาห ปีที่ 4 เล่ม 7 (กรกฎาคม 2500).

อรรถพร ชูบำรุง. “อาชญาวิทยาและอาชญากรรม.” กรุงเทพมหานคร:ภาควิชารัฐศาสตร์
และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532. (เอกสาร
อัดสำเนา)

ภาษาอังกฤษ

Ashworth, Andrew. Principle of criminal law. Oxford: Clarendon Press, 1991.

Black, Henry C. Black's Law Dictionary. St Paul minn : West Publishing, 1979.

Bloy, Duncan J. Criminal Law (Lecture Notes Series). 1st ed. London: Cavendish
Publishing Limited, 1993.

Card, Cross and Jones. Criminal Law. 12th ed. London: Billing & Sons, Worcester, 1992.

Dix, George E. and Sharlot, Michael. Criminal Law case and Material, 3rd edition, 1987.

Ebke, Werner F. and Finkin, Matthew W. Introduction to German Law. The
Hague: Kluwer Law International, 1996.

Eser, Albin. “Justification and Excuse.” The American Journal of Comparative Law.
24, 1976.

Fletcher, Georges P. Rethinking Criminal Law. Boston: Little Brown & Company, 1978.

Hall, Jerome. General Principle of Criminal Law. 2nd ed. The Bobbs-Merrill Company Inc.
1960.

Harfst, Gerold (Jerry). German Criminal Law. Harfst Verlag, 1998.

Herrman, Joachim. “Sanctions: German Law and Theory.” The American Journal of
Comparative Law, 24 (Fall 1976).

[http://lawschool.lexis.com/class/emanuel/crimlaw/EPC-CrimLaw-
Chapter08C.html](http://lawschool.lexis.com/class/emanuel/crimlaw/EPC-CrimLaw-Chapter08C.html) [2001, June 19]

[http://lawschool.lexis.com/class/emanuel/crimlaw/EPC-CrimLaw-Chapter
08D.html](http://lawschool.lexis.com/class/emanuel/crimlaw/EPC-CrimLaw-Chapter08D.html) [2001, June 19]

<http://lectlaw.com/def/h008.htm> [2001, January 27]

<http://www.geocities.com/thelegalpub/outlines/CRIMINALLAW.doc> [2001, June 21]

Jefferson, Michael. Criminal Law. 2nd ed. London: Pitman Publishing, 1995.

LaFave, Wayne R. and Scott, Austin W. Jr. Handbook on Criminal Law. St.
Paul, Minn: West Publishing Co., 1972.

Lenckner, Theodor. The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification.
Brigham Young University Law Review, 1988.

Ryu,Paul K. "Discussion of Structure and Theory."The American journal of comparative Law, 24 (1976).

Smith, J.C. and Hogan, Brain. Criminal Law. 4th ed. London:Butterworths,1978.

SUE TITUS REID. Criminal Law. 4th edition. McGraw Hill, 1998.

United States Code.Title 18 –Crimes and Criminal Procedure.Part 1-Crimes.Chapter 51-Homicide.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวพิณทิพย์ ลีลาเกรียงศักดิ์ เกิดเมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2519

ประวัติการศึกษา

สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2540 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 51 ปีการศึกษา 2541 ศึกษาต่อในระดับปริญญาโท ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2541

ประวัติการทำงาน

พ.ศ. 2542 นิติกร กองบังคับคดีล้มละลาย 4 กรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม

พ.ศ. 2543 - 2544 นิติกร 3 สำนักวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม

พ.ศ. 2544 - 2545 นิติกร 3 สำนักอำนวยการประจำศาลอาญาธนบุรี สำนักงานศาลยุติธรรม

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย