

การตีความกฎหมายอาญาของไทย

4.1 หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายกับการตีความกฎหมายอาญาของไทย

ระบบกฎหมายไทยยอมรับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) ดังที่เคยบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 ปัจจุบันหลักดังกล่าวมีบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 26 ว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำผิดมิได้" และบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคแรกว่า "บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย"

ผลของหลักดังกล่าวในระบบกฎหมายไทย คือ จะลงโทษการกระทำของบุคคลใดได้จะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การที่จะทราบว่ากฎหมายบัญญัติว่า การกระทำใดเป็นความผิด และให้ลงโทษได้ ก็คือ การตีความบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้ได้หลักเกณฑ์ที่แน่นอนจากบทบัญญัตินั้นนั่นเอง

4.1.1 หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายกับการตีความบทกฎหมายที่บัญญัติความผิด

แนวคิดในการตีความเพื่อปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางลงโทษในระบบกฎหมายไทย อาจแยกศึกษาออกเป็นแนวคิดในทางทฤษฎี และแนวคิดที่ใช้ในทางปฏิบัติ กล่าวคือ

4.1.1.1 หลักการตีความที่อธิบายในทางทฤษฎี

จากคำอธิบายในเรื่องหลักในการตีความกฎหมายอาญา เพื่อเป็นบทลงโทษนั้นอาจแยกแนวของการอธิบายหลักดังกล่าวได้ ดังนี้คือ

(ก) แนวการอธิบายการตีความกฎหมายอาญาในลักษณะให้ความคุ้มครองปัจเจกชน โดยให้โทษทางอาญากระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด เช่นที่พระยานิติศาสตร์ไพศาล ได้อธิบายไว้ว่า¹

พระราชกำหนดกฎหมายซึ่งมีข้อบัญญัติตัดอำนาจราษฎร จะเกี่ยวข้องความเป็นอิสระอาชญากรรมสัมปัติก็จะต้องวินิจฉัยตามลายลักษณ์อักษรในบทโดยมิยอมให้ขยายความหมายให้กว้างไปกว่าจำเป็น เช่น การวินิจฉัยกฎหมายลักษณะอาญา ซึ่งจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยในบทให้แก่จำเลย แบบวิธีที่รับรองกันว่า เป็นแบบที่ถูกต้องนั้น คือวินิจฉัยความหมายแห่งถ้อยคำเหล่านั้น โดยวิธีคิดถึงอำนาจราษฎรเป็นใหญ่ มักถือกันว่า ถ้าข้อความในบทกฎหมายไม่ชัดเจนที่จะหมายความลงทางใดได้แล้ว กฎหมายไม่ได้มีความประสงค์จะทำให้เสียหายต่อทรัพย์สินสัมปัติตัดอำนาจผู้ใด เพราะฉะนั้นจึงให้เป็นที่เข้าใจว่า ถ้ากฎหมายประสงค์เช่นนั้นแล้ว ต้องมีข้อบัญญัติแน่นอนลงไปจนไม่มีข้อความสงสัยในบท ตามธรรมดาไม่ควรที่จะวินิจฉัยบทกฎหมายให้ตัดอำนาจบุคคลโดยปราศจากคำทำขวัญ

เมื่อเป็นปัญหาที่จะต้องปรึกษาหาอาชญากรรมแห่งกฎหมาย ซึ่งมีข้อบัญญัติขัดกับอำนาจที่คนทุกคนควรมี จะเป็นความเป็นอิสระอาชญากรรมในทรัพย์สิน เช่นกรรมสิทธิ์ที่ดิน ฤกษ์กับสิทธิ์ในเกียรติชื่อเสียงก็ดี ศาลย่อมแปลความหมายน้อมเข้าหาความประสงค์ของกฎหมายและความตั้งใจของผู้ร่าง ตามธรรมดาผู้ร่างย่อมไม่มีความตั้งใจจะให้ผู้ใดเสียหายโดยปราศจากคำทำขวัญ แลกฎหมายย่อมไม่มีความประสงค์ที่จะให้ราษฎรผู้ใดเสียความเป็นอิสระ แลเกียรติชื่อเสียง เว้นไว้แต่จะให้เห็นเป็นการจำเป็น แลบัญญัติลงไปชัดเจนเช่นนั้น

ผู้ที่กล่าวถึง หลักการตีความกฎหมายอาญาในทางคุ้มครองปัจเจกชนอีกท่านหนึ่ง คือ ศาสตราจารย์ ธานินทร์ กรัยวิเชียร ซึ่งอธิบายว่า²

¹ พระยานิติศาสตร์ไพศาล, หลักวินิจฉัยกฎหมาย, หน้า 44-45.

² ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 388.

การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร ถ้าการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรจะทำให้เกิดผลประหลาด จะต้องตีความตามเจตนารมณ์ ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดคู่กัน

มาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า "บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อ..." ซึ่งมาตรานี้ ก็มาจากหลักทั่วไปที่ว่า กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อมีข้อสงสัยเคลือบคลุม จะนำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้ได้หรือไม่ เห็นว่านำมาใช้ได้บางส่วน กล่าวคือ ตีความตามความมุ่งหมายได้ แต่ต้องตีความโดยเคร่งครัด ภายในวงจำกัดที่สุด และจะนำจารีประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือ บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือ หลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ไม่ได้

จะเห็นว่า แนวการตีความกฎหมายอาญาดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักการตีความกฎหมายอาญาลักษณะอักษรโดยเคร่งครัด (The rule of strict construction of penal statutes) ของทาง Common Law ที่ศาลได้สร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองประชาชนจากโทษทางอาญาที่รัฐได้กำหนดขึ้น

(ข) แนวการอธิบายการตีความกฎหมายอาญาในลักษณะเคร่งครัดตามตัวอักษร จะตีความโดยขยายความ หรือลงโทษตามเจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ได้ เช่นที่ ศาสตราจารย์ เอกูต์ อธิบายว่า³

กฎหมายแห่งนั้น อาจตีความได้อย่างกว้างโดยถือตามแนวความมุ่งหมายของบทบัญญัติ นั้น และอาจเทียบเคียงใช้บังคับแก่กรณีบทกฎหมายไม่ได้กล่าวไว้โดยตรง

ในกฎหมายอาญาหาเป็นเช่นนั้นไม่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายอาชญา ซึ่งกำหนดความผิดหรือบัญญัติโทษไว้จะต้องใช้บังคับตามตัวอักษร จะลงโทษบุคคลเพราะได้กระทำการอันคล้ายคลึงกันกับที่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้นไม่ได้ จะลงโทษได้ต้องมีบทกฎหมายโดย

³เอกูต์, กฎหมายอาชญา, (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477) หน้า 76-77.

ชัดแจ้ง ใช้บังคับโดยเฉพาะสำหรับการนั้น อันบัญญัติว่าการนั้นเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ อนึ่งจะลงโทษบุคคลใดโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ หรือจะค้นคว้าหาความประสงค์ของผู้บัญญัติกฎหมาย เพื่อมาลงโทษจำเลยไม่ได้คู่กัน

หลักนี้มิได้มีบัญญัติไว้ชัดแจ้งในบทกฎหมายใด แต่ว่าสืบเนื่องมาโดยปริยาย จากมาตรา 7 [กฎหมายลักษณะอาญา] อนึ่งหลักนี้เป็นที่รับรองกันทั่วสากลในลักษณะเป็นภาษิตลาตินที่ว่า "Odia Restrigenda"

ในทำนองเดียวกันหลวงอรรถโกวิทที่ ได้อธิบายหลักการ
ตีความกฎหมายอาญาไว้คล้ายคลึงกันว่า⁴

การตีความในกฎหมายลักษณะอาชญาโดยจำกัดครั้งเคร่ง

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วว่า ในคดีอาญาศาลย่อมยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้เป็นผลดีแก่จำเลย ฯลฯ เมื่อกฎหมายต้องการข้อเท็จจริงโดยปราศจากสงสัยดังนี้ กฎหมายย่อมต้องการให้มีบทบัญญัติโดยแจ้งชัดเช่นเดียวกัน ฉะนั้นถ้ากฎหมายประสงค์จะวางอาชญาเพื่อรักษาสันติภาพความเรียบร้อย หรือความเป็นอยู่ด้วยดีประการใดของชุมชน ก็จะได้มีข้อบัญญัติบังคับไว้โดยแน่นอนและชัดเจน ศาลจะลงโทษบุคคลเพราะได้กระทำการอันคล้ายคลึงกันกับที่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้หาได้ไม่ จารีตประเพณีจะมีมานานสักเพียงใด ก็ไม่เป็นเครื่องสนับสนุนการฟ้องอาชญาได้ บุคคลจะต้องรับอาชญาต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติว่า การนั้นเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 7 [กฎหมายลักษณะอาญา] เพราะฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะอาชญาเกิดโดยตรงจากตัวบทเท่านั้น และการที่จะตีความในบทบัญญัติทั้งหลายนั้นจะต้องตีความโดยจำกัดครั้งเคร่ง (ดู ฎีกาที่ 191/2478 ฯลฯ) กล่าวคือจะต้องพิเคราะห์ว่า สิ่งทีกล่าวว่า เป็นความผิดนั้นจะต้องอยู่ในความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำทั้งหลายที่ใช้ในกฎหมายนั้น ศาลจะขยายถ้อยคำเหล่านั้นยึดออกโดยอ้างว่า

⁴ หลวงอรรถโกวิทที่, แนวสอนกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป,

สิ่งที่กล่าวหานั้นเป็นความผิด เพราะเป็นการประทุษร้าย ซึ่งอยู่ในความมุ่งหมาย
ของกฎหมายเรื่องนั้น หากแต่ถ้อยคำของบทบัญญัตินั้นคลอนแคลน หรือขาดตกไปนั้นหา
ได้ไม่ หรือกล่าวอีกประการหนึ่งว่า จำเลยย่อมมีความชอบธรรมที่จะอ้างได้เสมอว่า
สิ่งที่กล่าวหาเป็นความผิดนั้น ถึงแม้จะอยู่ในความหมายของถ้อยคำแห่งตัวบทก็ดี แต่ก็
มิได้อยู่ในความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ต่อเมื่อสิ่งที่กล่าวหาเป็นความผิดนั้นได้อยู่
ในความหมายของถ้อยคำ และในความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ แล้วจึงจะเป็น
ความผิด

นอกจากนี้ยังมีผู้ที่ให้ความสำคัญกับลายลักษณ์อักษรตาม
ตัวบทในการตีความลักษณะเดียวกัน คือ นายจินดา ชัยรัตน์ ซึ่งอธิบายว่า ⁵

กฎหมายอาญาจะต้องตีความใช้โดยเคร่งครัดตามตัวอักษร จะตีความโดยขยายอย่าง
เช่นทางแพ่งไม่ได้ กล่าวคือ จะค้นหาความมุ่งหมายนอกจากถ้อยคำในตัวบทไม่ได้
นอกจากนี้ ในการใช้จะเทียบเคียงใช้ด้วยบทเทียบเคียงอย่างยั้ง หรืออาศัยกฎหมาย
ทั่วไปอย่างทางแพ่งก็ไม่ได้คู่กัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 11/130, 191/2473, 393/
2483) หลักนี้สืบมาจากนัยแห่งกฎหมายอาญา มาตรา 7 [กฎหมายลักษณะอาญา]
... ซึ่งตรงกับหลักในภาษาลาตินที่ว่า "สิ่งที่น่าเกลียดกลัว ต้องตีความโดยจำกัด
(Odia restringenda) และ "เมื่อไม่มีกฎหมาย ก็ไม่มีโทษ เพราะโทษที่จะลงแก่
ผู้ที่กระทำผิดนั้นมีหลายสถาน (Nulla poena sine lege)"

ผู้ที่อธิบายหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัด
ตามตัวอักษรที่สำคัญอีกท่านหนึ่ง คือ ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ ซึ่งอธิบายว่า
กฎหมายอาญานั้น ⁶

⁵ จินดา ชัยรัตน์, "การตีความกฎหมายไทย," วารสารนิติศาสตร์ 1 (ตอน 2
2512) : 37-38.

⁶ จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 42.

ต้องตีความในบทกฎหมายโดยเคร่งครัด

หลักที่ว่า จะลงโทษบุคคลในทางอาญาได้ ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้น เป็นความผิด มีผลอยู่ในตัวเองว่า กฎหมายที่บัญญัติความผิดเช่นนั้น จะต้องบัญญัติโดยชัดแจ้งว่า การกระทำอย่างใดเป็นความผิด การตีความในกฎหมายนั้นจะต้องพิจารณาตามตัวอักษร (la methode litterale) จะขยายความในบทกฎหมายออกไปถึงกรณีที่ไม่ระบุไว้ให้ชัดว่า เป็นความผิดด้วยย่อไม่ตรงกับหลักที่กล่าวนั้น

จากคำอธิบายต่าง ๆ เหล่านี้ จะเห็นว่าเป็นการนำหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดไปผูกติดอยู่กับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) กล่าวคือ อธิบายทำนองว่า หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นส่วนหนึ่งหรือสืบเนื่องมาจากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ฉะนั้นการตีความเพื่อลงโทษบุคคลจึงต้องคำนึงถึงตัวอักษรที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมายเป็นหลัก จะตีความโดยค้นหาความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมายมาลงโทษบุคคลไม่ได้ แนวการอธิบายการตีความในลักษณะเช่นนี้น่าจะเนื่องมาจากมีแนวคิดพื้นฐานในการตีความกฎหมายโดยทั่วไป ที่แยกการตีความกฎหมายตามลายลักษณ์อักษรและการตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ออกจากกัน เมื่อการลงโทษอาญาแก่บุคคลจะทำได้แต่ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น การตีความกฎหมายอาญาเพื่อลงโทษบุคคลจึงต้องเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษร จะตีความโดยเจตนารมณ์ ที่ต่างไปจากลายลักษณ์อักษรไม่ได้⁷

(ค) แนวการอธิบายการตีความกฎหมายอาญาที่มีหลักว่า
กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดตามบทบัญญัติของกฎหมายโดยต้องพิจารณาความมุ่งหมาย

⁷ จิตติ ติงศภัทย์, "การตีความกฎหมายอาญา," วารสารนิติศาสตร์ 14 (ฉบับที่ 4 ธันวาคม 2527) : 50. (อภิปรายที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2527).

หรือเจตนาารมณ์ของกฎหมายประกอบด้วย แต่ความมุ่งหมายหรือเจตนาารมณ์จะดูได้ภายในขอบเขตของลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เช่น ที่นายเฮนรี โลว์ริง อธิบายว่า⁸

เมื่อบุคคลได้กระทำการใด ๆ แม้ว่าส่วนตัวผู้พิพากษาจะได้มีความเห็นอย่างใด ๆ ก็ดี ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า ผู้กระทำจะต้องถูกทำโทษ จึงจะถือว่าเป็นความผิดอาญาได้ และในการลงโทษนั้น ศาลจะลงโทษได้ แต่โทษที่กฎหมายได้กำหนดโดยแน่นอน ถ้าหากว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดโทษโดยแน่นอน ลงโทษอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ได้ ความจริงศาลมีอำนาจจะวินิจฉัยความมุ่งหมายของคำในกฎหมายได้ แต่ไม่มีอำนาจที่จะตั้งความผิดหรือโทษให้เกิดขึ้นโดยวินิจฉัยคำในกฎหมายให้เกินความยืดหยุ่นออกไป

ในทำนองเดียวกันพระยาอรรถการนิพนธ์ ได้อธิบายไว้คล้ายคลึงกันว่า⁹

ทางอาญาการตีความต้องใช้หลักเคร่งครัด ไม่ใช่ extensive ต้องตีความโดยเด็ดขาด ไม่ใช่ขยายความ โดยหลักนั้นศาลมีอำนาจจะค้นหาเจตนาารมณ์ของผู้ร่างว่าผู้ร่างมีความมุ่งหมายอย่างไร แต่ศาลจะตีความให้ฝ่าฝืนลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ไม่ได้ ต้องตีความภายในลายลักษณ์อักษร

การคำนึงถึงเจตนาารมณ์ของกฎหมายในการตีความกฎหมายอาญาจะเห็นมากขึ้นในความเห็นของศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ดังที่ท่านได้อธิบายไว้ว่า¹⁰

⁸ เฮนรี โลว์ริง, คำแนะนำหัวข้อกฎหมายอาญา, (พระนคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2467), หน้า 13.

⁹ พระยาอรรถการนิพนธ์, "กฎหมายอาญาพิศดาร พ.ศ. 2489," พิมพ์ในหนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระยาอรรถการนิพนธ์ (สิทธิ จุณณานนท์), (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), หน้า 63-65.

¹⁰ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 63-65.

การตีความในกฎหมายอาญาก็มีหลักเช่นเดียวกับการตีความในกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือ จะต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ (spirit) ของกฎหมายนั้น ๆ เป็น แต่กฎหมายอาญามีหลักการตีความพิเศษเพิ่มขึ้นอีก... มีข้อควรสังเกตว่าถ้อยคำของกฎหมายขัดอยู่แล้วก็ไม่มีทางจะตีความเป็นอย่างอื่นได้และไม่สามารถอ้างเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อแสดงว่ากฎหมายมีความหมายผิดไปกว่าถ้อยคำอันขัดแย้งนั้นได้

หลักเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญา

การตีความกฎหมายอาญานั้นมีหลักเกณฑ์พิเศษจากการตีความกฎหมายทั่วไป ดังนี้

- ก. จะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดไม่ได้...
- ข. ตรงกันข้ามศาลอาจตีความโดยขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำผิดได้
- ค. นอกจากนี้ ยังมีหลักการตีความอีกข้อหนึ่งว่า ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยศาลจะต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา (in dubio pro reo) ฉะนั้นถ้าจะมีการตีความความได้สองทางและทางหนึ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหามากกว่า ศาลพึงเลือกตีความในทางที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา แต่ทั้งนี้ หมายถึงเมื่อมีข้อสงสัยเกิดขึ้น ซึ่งศาลจำเป็นต้องตีความเช่นนั้นเท่านั้น ศาลไม่มีหน้าที่ที่จะพิจารณาหาทางช่วยเหลือผู้ต้องหา ในกรณีที่ไม่มีข้อสงสัยอันจะทำให้ศาลต้องตีความ และแม้ศาลจะมีความเห็นว่าจำเลยไม่ควรรับโทษ แต่เมื่อปรากฏว่าตามกฎหมาย จำเลยได้กระทำผิด และต้องรับโทษแล้ว ศาลต้องลงโทษจำเลย... ศาลอาจเอาบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้เพื่อประโยชน์แก่ผู้ต้องหาได้ แต่จะนำหลักนี้มาใช้เพื่อให้เป็นผลภัยแก่ผู้ต้องหาไม่ได้

อย่างไรก็ตามแม้จะมีการตีความโดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย แต่ก็ยังมีการอธิบายว่า กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด และเป็นหลักที่สืบเนื่องมาจากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย เช่น ที่ศาสตราจารย์ วิจิตร ลulitanนท์ อธิบายว่า¹¹

¹¹ วิจิตร ลulitanนท์, กฎหมายอาญา (ภาค 1), พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2507), หน้า 81-82.

อนุสนธิจากหลักสำคัญในเรื่องความผิด และโทษสองประการดังกล่าวมา (Nullum crimen sine lege, Nullum poena sine lege) จึงมีหลักประการที่สามตามมา คือ การตีความในกฎหมายอาญานั้นต้องตีความโดยเคร่งครัด ดังภาษิตลาตินที่ว่า "Poenalia sunt restringenda" อันเป็นลักษณะการให้ความคุ้มครองอันดีแก่ผู้ต้องหาว่ากระทำความผิด แต่ให้เป็นที่เข้าใจด้วยว่า ทั้งนี้มิได้มีความมุ่งหมายไปในทางว่าจะต้องหาความกระฉ่างไปในทางช่วยเหลือผู้กระทำความผิด แต่ให้มุ่งในหลักความเป็นธรรม ซึ่งมีช่องว่างที่จะค้นหาความดองแท้ได้จากคดีเก่าก่อน หรือหลักฐานจากงานชั้นเตรียมการ หรือร่างกฎหมายนั้น ตลอดจนความกระฉ่างแจ้งใจ ๆ อันจะพึงพิจารณาได้จากเหตุผลความจริง เนื้อแท้ของความผิดนั้น ๆ

และที่ ศาสตราจารย์ อุทิตี แสนโกติก อธิบายว่า ¹²

ส่วนกฎหมายอาญานั้นจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ดังที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า... เมื่อกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด จึงแปลขยายความกฎหมายอาญาโดยวิธีเทียบเคียงเช่นในกฎหมายแพ่งไม่ได้ ฉะนั้นจะถือว่าบุคคลใดมีความผิดและลงโทษบุคคลนั้นได้ก็ต่อเมื่อ เขากระทำการซึ่งกฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง ... เหตุผลของหลักที่ว่า กฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด

(1) เป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรมที่ว่า เนื่องจาก กฎหมายอาญามีบทบัญญัติที่จะลงโทษผู้กระทำความผิด ฉะนั้นควรจะได้กำหนดไว้แน่นอน เพื่อให้บุคคลมีทางรู้ไว้ล่วงหน้าว่า กระทำอย่างใดเป็นผิด และหากกระทำไปจะถูกลงโทษ ประชาชนควรสามารถรู้ได้ล่วงหน้าว่ามีอะไรบ้างที่เขาทำได้ตามกฎหมายและมีอะไรบ้างที่กฎหมายห้ามไว้ไม่ให้เขากระทำ

¹² อุทิตี แสนโกติก, กฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์, 2525), หน้า 9-10.

(2) หลักดังกล่าวเป็นเครื่องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าพนักงานของรัฐ

จะเห็นว่า แนวการอธิบายในกลุ่มนี้ยังคงมีหลักการตีความโดยเคร่งครัด และอธิบายด้วยว่า เป็นหลักที่สืบเนื่องมาจากหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย อยู่เช่นกันแต่แนวโน้มมิได้เคร่งครัดตามตัวอักษรอย่างเดียว แต่จะพิจารณาจากสิ่งต่าง ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยนำมาพิจารณาประกอบถ้อยคำในตัวเองเพื่อให้ได้ความหมายที่แท้จริงตามเนื้อหาของกฎหมาย และแม้จะตีความโดยพิจารณาตามเจตนารมณ์ด้วยได้ แต่ก็ยังคงหาเจตนารมณ์ได้ภายในความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษร จะตีความในลักษณะที่เรียกว่า การตีความโดยขยายความมิได้ ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากการตระหนักว่า ถ้อยคำทางภาษานั้นอาจให้ความหมายกว้างแปรเปลี่ยนไปได้อย่างไร้ขอบเขต

(ง) แนวการอธิบายที่แยกการตีความออกจากการใช้กฎหมาย หรือที่มาของกฎหมาย กล่าวคือแยกการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรออกจากที่มาของกฎหมายอื่น ๆ เช่น การใช้บทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) การใช้หลักกฎหมายทั่วไป (general principle) การใช้จารีตประเพณี (custom) เป็นต้น การตีความตามแนวโน้ม ต้องดูทั้งตัวอักษรและเจตนารมณ์ไปพร้อม ๆ กัน ความหมายที่ได้ อาจแคบหรือกว้างก็ได้ แล้วแต่เนื่อความยอมให้มีการตีความโดยขยายความได้ (extensive) แต่จะใช้กฎหมายที่มีที่มาจากอื่นเพื่อลงโทษมิได้ การตีความบทกฎหมายอาญาลักษณะนี้จึงไม่แตกต่างจากการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทอื่น ๆ

ตัวอย่างแนวการอธิบายการตีความกฎหมายลักษณะนี้มี
เช่นที่ ศาสตราจารย์ หยุค แสงอุทัย อธิบายว่า¹³

¹³ หยุค แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 168-171.

ปัญหาที่ว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจตีความไปในกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น เป็นที่รับรองกัน โดยทั่วไปว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจดังนี้ ทั้งนี้เพราะการตีความนั้นเป็นการค้นหาความหมายของกฎหมายภายในกรอบแห่งกฎหมายนั้นเอง แตกต่างจากกับการเปรียบเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นการขยายการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกินไปกว่ากรอบแห่งกฎหมายนั้น ๆ โดยนำบทกฎหมายไปใช้บังคับแก่กรณีที่คล้ายคลึง ซึ่งกฎหมายมิได้บัญญัติไว้ แต่ในการตีความนี้เป็นปัญหาว่าจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด (strict interpretation) หรือ จะต้องตีความโดยขยายความ (extensive interpretation) เรื่องนี้เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าศาลจะต้องตีความโดยเคร่งครัดแต่ทั้งนี้ไม่หมายความว่าศาลจะต้องดำเนินตามตัวอักษรเป็นเดรตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความโดยขยายความในบางกรณีได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นแต่ห้ามมิให้ศาลขยายความตามชอบใจเท่านั้น แต่ถ้าการตีความโดยขยายความเป็นแต่การตีความตรงตามความมุ่งหมาย แห่งกฎหมายตามที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายเองแล้วศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะทำได้

เราควรจะต้องว่าเมื่อเราได้แยกเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ออกไปต่างหากจากการตีความในกฎหมายแล้ว ศาลก็ควรจะมีอำนาจตีความในกฎหมายอาญาได้ เช่นเดียวกับการตีความในกฎหมายอื่น ๆ และจำเลยไม่ควรจะหลุดพ้นโทษไป เพราะผู้บัญญัติกฎหมายใช้ถ้อยคำที่ทำให้เข้าใจแคบเกินไปกว่าผู้บัญญัติกฎหมายเองมุ่งหมายไว้ แต่ความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายนั้นย่อมจะเห็นได้จากตัวบทกฎหมายนั้นเองว่า หมายถึง การห้ามการกระทำที่จำเลยกระทำลงด้วย หลักการตีความโดยเคร่งครัด ควรจะหมายถึง การห้ามการเปรียบเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่านั้น กล่าวคือ การตีความจะต้องอยู่ในกรอบแห่งกฎหมายเพียงเท่าที่จะพึงถือเอาได้จากความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ๆ อย่งไรก็ดี การขีดเส้นระหว่างการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และการตีความในกฎหมายไม่ใช่สิ่งที่ย่างยาก

ในส่วนความเห็นของศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ซึ่ง

อธิบายในเบื้องต้นว่าการตีความในกฎหมายอาญาต้องพิจารณาตามตัวอักษร (la methode

litterale) ดังกล่าวแล้วนั้น ก็มีได้ถือเคร่งครัดเช่นนั้นโดยมิได้ยอมรับรู้อันอื่น ๆ เลย แต่ท่านได้อธิบายเพิ่มเติมว่า¹⁴

การตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ คือที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ตอนแรก ๆ แม้จะเป็นบทบัญญัติในกฎหมายแพ่ง แต่ก็เป็นหลักใช้ได้ทั่วไป ในกฎหมายอาญาด้วย ในกฎหมายอาญาของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายใช้หลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมายไปด้วยกัน ไม่ใช่หลักอันใดก่อนอันใดหลังและไม่ใช้ในทางลงโทษหรือยกเว้นโทษ จะเป็นคุณเป็นโทษอย่างไรก็ใช้หลักการตีความทั้งสองนี้ด้วยกันได้ คือ ตีความตามตัวอักษรภายในขอบเขตเจตนารมณ์และตีความตามเจตนารมณ์ภายในขอบเขตตัวอักษร ต่างกับหลักของประเทศที่ใช้ Common law ที่ถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติม Common law เป็นบทยกเว้น ต้องตีความโดยเคร่งครัด (strict interpretation) อันเป็นหลักการตีความอีกประการหนึ่ง เว้นแต่กรณีเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งจะตีความอย่างกว้างตามความมุ่งหมายยิ่งกว่าเคร่งครัดตามตัวอักษรได้

นอกจากนั้น ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทัย ยังได้แสดงทัศนะที่มีต่อหลักการตีความกฎหมายอาญาตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดไว้ด้วยว่า¹⁵

กฎหมายอาญานั้นต้องตีความไปตามบทบัญญัติที่เขียนไว้ นั่นก็คือตีความตามบทบัญญัติที่เขียนไว้เป็นคนละความหมายกับคำที่กล่าวว่ต้องตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดจริง ๆ แล้ว มันต้องมีกฎหมายจึงจะลงโทษได้ แต่เราก็มารู้กันว่า ต้องตีความโดยเคร่งครัด ใ้การตีความโดยเคร่งครัดก็ไม่ได้หมายความว่าตีความทุกอย่างที่ตีความอย่างเคร่งครัดนั้น คือ ตีความในทางแคบ จะตีความในทางกว้างไม่ได้หรือ คือ

¹⁴ จิตติ ติงศภัทัย "จก ๆ จิก ๆ ในกฎหมายอาญา," วารสารนิติศาสตร์ 14 (ฉบับที่ 4 ธันวาคม 2527) : 25.

¹⁵ จิตติ ติงศภัทัย, "การตีความกฎหมายอาญา," หน้า 49.

หมายความว่าให้ตีตามตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ นั้น ถ้าไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้แล้ว จะลงโทษคงไม่ได้ จุดประสงค์เป็นอย่างไร ไม่ได้หมายความว่าตีความอย่างแคบไม่ใช่อ่างนั้น ใต้ตรงนี้ต้องเข้าใจให้ชัดด้วย อย่าไปคิดว่า มาตรา 2 นั้นมีความคิดว่า ตีความกฎหมายอย่างแคบ หรืออย่างจำกัดไม่ใช่

และต่อคำกล่าวที่ว่ากฎหมายอาญาตีความโดย
เคร่งครัดห้ามขยายความนั้น ดร.คณิต ฅ นคร มีทัศนะว่า¹⁶

การที่เราจะยึดหลักว่า ห้ามตีความโดยขยายความให้ตีความได้เพียงแต่ การตีความแคบ หรือเคร่งครัด หรือจำกัดนั้นนะครับ เราจะเห็นว่ามันไม่ได้ความแน่นอน หรือความถูกต้อง ถ้อยคำของกฎหมาย หรือถ้อยคำของตัวบทเองนั้น อาจจะมีลักษณะแคบหรือกว้างก็แล้วแต่รูป เรื่องของมันนะครับ ที่นี้ก็ขึ้นอยู่กับที่เราจะเรียกว่า เจตนาารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายอาญาอะไรก็แล้วแต่นะครับ การตีความก็จะตีความภายใต้พื้นฐานของการตีความทุกประเด็น เพราะฉะนั้นเราจะพูดว่าการตีความนั้นเป็นการขยายความ หรือเป็นการตีความโดยขยายความคงจะพูดไม่ได้ ผลที่สุดก็จะมีแต่เพียงการตีความที่ถูกต้องเท่านั้นแหละครับ มีอยู่อย่างเดียว หลักกฎหมายในการตีความไม่มีว่าตีความโดยเคร่งครัด ตีความโดยจำกัด ตีความโดยขยายความมีแต่ตีความที่ถูกต้อง ที่ถูกต้องมันคืออะไร ก็ต้องหาความของกฎหมายที่ถูกต้อง

ในส่วนการตีความกฎหมายอาญากับหลักไม่มีโทษโดยไม่
มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) ดร.คณิต ฅ นคร อธิบายว่า¹⁷

หลักในมาตรา 2 [ประมวลกฎหมายอาญา] ก็มีเนื้อหา 4 ประการ คือความแน่นอน ชันเจนของตัวบท ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี ห้ามใช้บทเทียบเคียง และกฎหมายอาญาไม่ย้อนหลัง หลักมาตรา 2 นี้ เรียกว่า Nulla poena sine lege

¹⁶ คณิต ฅ นคร, "การตีความกฎหมายอาญา," หน้า 58.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.



เป็นข้อที่มีสาระสำคัญในกฎหมายอาญาอย่างยิ่งนะครับ ไม่ได้เป็นตัวที่ห้ามการตีความนะครับ แต่พูดได้เพียงอย่างเดียวว่า ห้ามตีความโดยวิธีการ analogy อย่างนี้พูดได้ ที่พูดอย่างนี้ เพราะเหตุว่า analogy กับการตีความนั้น ความจริงเราจะหาเส้นที่แบ่งค่อนข้างจะยากในบางกรณีนะครับ เราอาจจะพูดได้เพียงอย่างเดียวว่า เมื่อไหร่ที่ใช้กฎหมายแล้วพบช่องว่างของกฎหมายนั้นแหละ ถ้าขึ้นไปในนะครับ ขึ้นอุคช่องว่างก็คือ analogy

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการอธิบายว่า กฎหมายอาญาอาจตีความโดยขยายความ (extensive interpretation) ได้ และแยกการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรออกจากการใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy) แต่ก็ยังมีการคงหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดไว้ และอธิบายในลักษณะที่เป็นหลักที่สืบเนื่องมาจากหลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายอยู่เช่นกัน¹⁸

เมื่อพิจารณาคำอธิบายตามแนวในกลุ่ม (ง) จะเห็นว่า (1) การตีความกฎหมายอาญาจะมีความหมาย หรือ ขอบเขตเท่าที่เป็นการหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น (2) ส่วนการตีความที่เป็นการสร้างความผิดขึ้นใหม่อันได้แก่การใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy) การใช้จารีตประเพณี การใช้หลักกฎหมายทั่วไป ไม่อยู่ในความหมายหรือขอบเขตการตีความกฎหมาย และ (3) การตีความกฎหมายในลักษณะที่เป็นการหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนจากบทบัญญัตินี้จะกว้างหรือแคบก็ได้หรืออาจขยายความก็ได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เท่าที่ไม่เป็นการสร้างความผิดขึ้นใหม่ แนวการอธิบายลักษณะนี้มีความเชื่อในความมีขอบเขตของความหมายของถ้อยคำทางภาษา

¹⁸ เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์, 2528), หน้า 19-32.

4.1.1.2 การตีความที่ปรากฏในทางปฏิบัติ

โดยส่วนใหญ่แล้วในการตีความเพื่อปรับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ นั้น ผู้ตีความมักจะไม่ว่าอ้าง หรือแสดงว่าได้ใช้หลักการตีความกฎหมายอย่างไร แต่จะตีความ และปรับใช้บทกฎหมายนั้นไปที่เดียวเลย ซึ่งเป็นการยากที่จะทราบได้ว่า ผู้ตีความเพื่อปรับใช้บทกฎหมายนั้นใช้หลักการตีความกฎหมายอย่างไร ผู้ที่ทำการศึกษาก็คงทำได้แต่เพียงวิเคราะห์ คาดเดาเอาจากผลของการตีความ โดยมีความรู้ทางด้านทฤษฎีการตีความในกฎหมายนั้นเป็น พื้นฐานในการศึกษาเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาการตีความเพื่อปรับใช้กฎหมายใน ทางปฏิบัติ ในส่วนของการให้เหตุผลในการตัดสินใจหรือการทำความเข้าใจทางกฎหมายก็พบอยู่ บ้างว่า ผู้ตีความได้อ้างหลักการตีความประกอบเพื่อเป็นเหตุผลในการวินิจฉัยปัญหากฎหมายนั้น อยู่ด้วยเช่นกัน

ในส่วนการตีความเพื่อปรับใช้บทกฎหมายอาญา จากการศึกษา คำพิพากษาศาลฎีกา และการให้ความเห็นทางกฎหมายในทางปฏิบัติอื่น ๆ เมื่อพิจารณาใน ประเด็นหลักการตีความกฎหมายอาญากับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege) จะพบว่าในการวินิจฉัยปัญหาต่าง ๆ จะมีการกล่าวอ้างทั้งหลัก ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย และหลักการตีความโดยเคร่งครัดในกฎหมายอาญามาเป็นเหตุผลประกอบอยู่บ้างเหมือนกัน¹⁹

แต่อย่างไรก็ตาม การอ้างหลักการตีความโดยเคร่งครัดก็มี ปรากฏในลักษณะเป็นเพียงเหตุผลสนับสนุนการวินิจฉัยปัญหาเท่านั้น ซึ่งถ้าพิจารณาโดยเนื้อแท้จะ เห็นว่า การอ้างหลักการตีความดังกล่าวในกรณีนั้น ๆ จะไม่สอดคล้องกับเนื้อหาของหลักการ ตีความโดยเคร่งครัดตามหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ลักษณะดังกล่าวนอกจากจะไม่ทำให้การ ใช้เหตุผลนั้นน่ายอมรับแล้ว กลับจะทำให้เกิดความเข้าใจไขว้เขวในเนื้อแท้ของหลักการตีความ ในกฎหมายอาญาอีกด้วย เช่น²⁰

¹⁹ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 191/2473, 1185/2480, 1139/2483, 1991/2500 และ 3643/2526 เป็นต้น

²⁰ การวิเคราะห์นี้มีได้มุ่งโต้แย้งในผลตามคำพิพากษา แต่เป็นการวิเคราะห์ในด้านการให้เหตุผลในเรื่องหลักการตีความเท่านั้น

(1) แม้ศาลชั้นต้นจะพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดฐานบุกรุก และพยายามลักทรัพย์ด้วยก็ตาม แต่การลงโทษจำเลย ศาลลงโทษฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 365 ซึ่งเป็นบทหนักตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 แต่เพียงมาตราเดียวเท่านั้น เช่นนี้จะถือว่าเป็นการลงโทษฐานพยายามลักทรัพย์ควบไปด้วยไม่ได้ เพราะการตีความในคดีอาญา ต้องตีความตามตัวบทโดยเคร่งครัด และให้เป็นผลแก่จำเลย เมื่อเช่นนี้ก็ยิ่งถือว่าจำเลยได้ถูกศาลพิพากษาลงโทษในความผิดตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 41 จึงยังไม่เข้าเกณฑ์ที่จะกักกันจำเลยไว้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 646/2506)

ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ถ้ายอมรับว่าหลักการตีความโดยเคร่งครัดในกฎหมายอาญามีความหมายเพียงห้ามการสร้างความคิดขึ้นใหม่โดยอาศัยการตีความเท่านั้น การให้เหตุผลตามคำพิพากษานี้จะไม่สอดคล้องกับหลักดังกล่าว เพราะไม่มีประเด็นในเรื่องการขยายความรับผิด หากแต่การให้เหตุผลลักษณะนี้จะนำไปสู่การยืนยันหลักการตีความที่ปกป้องปัจเจกชนจากโทษทางอาญาในลักษณะเดียวกับหลักการตีความกฎหมายอาญาลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัดในทางเป็นประโยชน์แก่จำเลยที่เป็นกฎเกณฑ์ทางจารีตใน Common law เดิม ซึ่งปัจจุบันได้เสื่อมความนิยมไปแล้ว นอกจากนั้นตามปัญหานี้เป็นเรื่องการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย ไม่ใช่เรื่องการบังคับโทษ แม้การจะไม่ต้องถูกบังคับด้วยวิธีการเพื่อความปลอดภัยจะเป็นผลแก่จำเลย แต่การนำหลักการปกป้องบุคคลจากโทษทางอาญามาใช้เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกบังคับด้วยวิธีการเพื่อความปลอดภัย เช่นนี้จะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

(2) คำว่า "สืบสันดาน" ตามพจนานุกรมหมายความว่า สืบเชื้อสายมาโดยตรง และตาม ป.พ.พ.มาตรา 1586, 1587 และ 1627 แสดงว่าบุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะแตกต่างกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมก็มีฐานะต่างกับบุพการีโดยตรงของบุตรบุญธรรมอยู่หลายประการ มาตรา 1568 และ 1627 เป็นบทบัญญัติพิเศษให้สิทธิบางประการแก่บุตรบุญธรรมในทางแพ่ง เกี่ยวกับสัมพันธ์ทางครอบครัว และมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น จะต้องใช้โดยเคร่งครัด เฉพาะการตีความถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาเอง ก็ยังต้องตีความโดยเคร่งครัดอีกด้วย หาขอบที่จะนำบทบัญญัติแห่ง ป.พ.พ. ดังกล่าวข้างต้นมาใช้ในการตีความคำว่า "ผู้สืบสันดาน" ตามประมวลกฎหมายอาญา

ม. 71 วรรค 2 ด้วยไม่ บุตรบุญธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดาน กระทำต่อบุพการี ตาม มาตรา 71 คดีจึงยอมความกันไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 956/2509)

จะเห็นว่า การอ้างหลักตีความโดยเคร่งครัดในคำพิพากษานี้ก็ไม่สอดคล้องกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ไม่มีปัญหาในเรื่องการขยายความรับผิดชอบหรือการสร้างความคิดขึ้นใหม่ นอกจากนั้นการใช้หลักการตีความโดยเคร่งครัดในกรณียังมีผลในการเป็นโทษแก่จำเลยด้วย

(3) มาตรา 340 ตรี แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้นกว่าโทษที่กำหนดไว้ในแต่ละความผิดที่บัญญัติไว้แล้ว ดังเช่นความผิดตามมาตรา 339 เป็นต้น ฉะนั้นบทบัญญัติแห่ง มาตรา 340 ตรี จึงถือว่าเป็นบทบัญญัติพิเศษที่เพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดนอกเหนือไปจากโทษที่บัญญัติไว้แล้วในความผิดนั้น ๆ จึงต้องตีความโดยเคร่งครัดว่า เฉพาะผู้ที่กระทำความผิดโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือ โดยมีกรณีอื่นตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 340 ตรี เท่านั้นที่ต้องระวางโทษหนักขึ้นอีกกึ่งหนึ่ง (คำพิพากษาฎีกาที่ 8124/2520 และ 2652/2520)

การอ้างหลักการตีความโดยเคร่งครัดในกรณีนี้ นอกจากจะไม่สอดคล้องกับเนื้อหาของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายแล้ว ยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงการให้หลักการตีความกฎหมายอาญาในทางบรรเทาความร้ายแรงของโทษทางอาญาที่รัฐกำหนดขึ้นอย่างชัดเจน การให้หลักการตีความเช่นนั้นนอกจากจะไม่มีหลักกฎหมายรับรองในระบบกฎหมายไทยแล้ว ยังอาจนำไปสู่การไม่บรรลุผลในการบังคับใช้กฎหมายอาญาดังที่ปรากฏเป็นตัวอย่างมาแล้วในระบบกฎหมาย Common law ที่เคยนิยมการตีความตามหลักนี้

ฉะนั้นหากจะมีการกล่าวอ้างหลักการตีความโดยเคร่งครัดในกฎหมายอาญาก็ควรจะกล่าวอ้างให้ตรงตามเนื้อหาตามหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย หลักการตีความโดยเคร่งครัดในกฎหมายอาญาที่ถูกต้องนั้นมีความหมายเพียงการห้ามสร้างความคิดขึ้นใหม่โดยอาศัยการตีความเท่านั้น การอ้างหลักการตีความโดยเคร่งครัดมาเป็นเหตุผลไปในทางอื่น นอกจากจะไม่เป็นประโยชน์ในทางการให้เหตุผลแล้ว ยังอาจนำไปสู่ความเข้าใจที่ไขว้เขวในหลักการตีความกฎหมายอาญาที่ถูกต้องอีกด้วย

อย่างไรก็ดี แม้หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย และหลักการตีความโดยเคร่งครัดจะเป็นที่ยอมรับ และกล่าวอ้างกันทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ แต่ขณะเดียวกัน ในบางกรณีผลที่เป็นจริงของการตีความในระบบกฎหมายอาญาดูเหมือนจะมีได้เป็นไปตามหลักดังกล่าว ตัวอย่างเช่น

(1) ผู้ที่ฆ่าผู้ช่วยเจ้าพนักงานกระทำตามหน้าที่ที่มีความผิดฐานฆ่า "เจ้าพนักงานผู้ประจำหน้าที่" ตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 250 ข้อ 2 ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 265/2467, 92/2470 และ 172-173/2472)

ตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 250 บัญญัติว่า "ผู้ใดฆ่าคนโดยเจตนาต้องตามลักษณะอย่างใดที่ว่าต่อไปในมาตรานี้คือ... (2) ฆ่าเจ้าพนักงานผู้ประจำหน้าที่หรือฆ่าเพราะเหตุที่กระทำการตามหน้าที่ก็ดี... ท่านว่ามันผู้ฆ่าคนตายโดยเจตนาในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังว่ามานี้ เป็นคนทารุณร้ายกาจให้ลงอาญาฆ่ามันให้ตายตกไปตามกัน" จะเห็นว่าถ้อยคำในต้วบทมิได้บัญญัติถึงราษฎรผู้ช่วยเจ้าพนักงานไว้ด้วย ถ้าดูความหมายของถ้อยคำที่เป็นมาในทางกฎหมาย หรือตามทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) คำว่า "เจ้าพนักงานผู้ประจำหน้าที่" ย่อมไม่หมายรวมถึงราษฎรผู้ช่วยเจ้าพนักงานด้วย การตีความตามคำพิพากษาฎีกาเหล่านี้ จึงเป็นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) ชัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายโดยชัดแจ้ง แต่ถ้าพิจารณาตามทฤษฎีอำเภอการณ (Objective Theory) ซึ่งความหมายของถ้อยคำอาจปรับเปลี่ยนได้ตามนโยบายทางอาญา คำว่า "เจ้าพนักงานผู้ประจำหน้าที่" อาจหมายรวมถึงราษฎรผู้ช่วยเจ้าพนักงานกระทำหน้าที่ด้วยได้ เมื่อกฎหมายต้องการคุ้มครองความดีความชอบแห่งอำนาจรัฐ และราษฎรนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐโดยชอบก็ควรได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน การตีความลักษณะเช่นนี้ย่อมไม่ชัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเพราะถ้อยคำในบทกฎหมายอาจมีความหมายตามเจตนารมณ์ของทฤษฎีอำเภอการณ²¹ ได้

²¹ ต่อมาได้มีการบัญญัติคุ้มครองราษฎรผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานไว้โดยชัดแจ้งในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 138 และ 289 (3)

(2) การลักกระแไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334, 335 แล้วแต่กรณี (คำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501)²²

กรณีนี้มีปัญหาว่า กระแไฟฟ้าเป็น "ทรัพย์" ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 และ 335 หรือไม่ ตามทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) ความหมายของคำว่า "ทรัพย์" ต้องพิจารณาตามความหมายที่เป็นมาในทางกฎหมาย ซึ่งหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ เมื่อกระแไฟฟ้าเป็นพลังงาน ไม่ใช่วัตถุที่มีรูปร่างจึงไม่เป็นทรัพย์ การตีความว่าการลักกระแไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์จึงเป็นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) ขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย แต่ถ้าพิจารณาตามทฤษฎีอำเภอกาณ (Objective Theory) ความหมายของคำว่า "ทรัพย์" หากต้องคงอยู่อย่างเดิมเท่าที่เป็นมาไม่ แต่อาจปรับเปลี่ยนได้ตามสภาพสังคม ดังนั้น "ทรัพย์" จึงอาจหมายรวมถึงกระแไฟฟ้าได้ ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุถึงความสมบูรณ์ในการคุ้มครองสิทธิและการควบคุมสังคมตามความต้องการของกฎหมายอาญา การตีความตามคำพิพากษานี้จึงไม่ขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย

²² คำพิพากษานี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ตึงศักดิ์ เห็นว่า เป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (ดู "สนทนาหลักและปัญหาในกฎหมายอาญาภาคทั่วไป" วารสารนิติศาสตร์ 16 (ฉบับที่ 2 มิถุนายน 2529) : 4-5.)

ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่า เป็นการตีความโดยขยายความซึ่งศาลสามารถทำได้ (ดู กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 28, 31.)

ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เห็นว่า เป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียง (analogy) (ดู กฎหมายอาญาภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 5 (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2520), หน้า 426.)

และ ดร. กนิต ณ นคร เห็นว่า เป็นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) ขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege) (ใน กฎหมายอาญาภาคความคิด, หน้า 139.)

(3) การที่จำเลยใช้ไม้กระดานตีขวางทับประตูห้องพิพาทที่โจทก์ครอบครองในขณะที่โจทก์ไม่อยู่และยึดห้องไว้ทำให้โจทก์เข้าห้องมิได้ เป็นการลวงล้ำเข้าไปในอำนาจการครอบครองของโจทก์ ถือได้ว่าเข้าไปกระทำการรบกวนครอบครองของโจทก์โดยปกติสุขตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 362 แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2512)²³

กรณีนี้มีปัญหาว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการ "เข้าไปกระทำการใด ๆ" ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 362 หรือไม่ ตามทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) พฤติการณ์ที่จำเลยใช้ไม้กระดานตีขวางทับประตูห้องพิพาท ย่อมไม่เป็นการ "เข้าไป" ตามความหมายโดยทั่วไป อันจะเป็นความผิดมาตรา 362 ได้ การตีความตามคำพิพากษากฎีกานี้จึงเป็นการขัดกับตัวบทโดยชัดแจ้งซึ่งเป็นการขัดต่อหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายด้วย แต่ถ้าพิจารณาตามทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) "การเข้าไป" ไม่จำเป็นต้องมีลักษณะเป็นการเข้าไปตามความหมายโดยทั่วไป แต่อาจหมายถึง การลวงล้ำเข้าไปในอำนาจการครอบครองของผู้อื่นตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้ด้วย ถ้าสภาพสังคมต้องการเช่นนั้น การตีความตามคำพิพากษากฎีกานี้จึงไม่ขัดกับตัวบทหรือขัดกับหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายแต่อย่างใด

²³ คำพิพากษากฎีกานี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ตึงศภัทัย เห็นว่า เป็นการตีความเกินตัวบทไม่ใช่หลักที่จะใช้ในการตีความกฎหมายอาญาลงโทษบุคคล (ดู คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 ภาค 3, หน้า 2801.)

ศาสตราจารย์ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร เห็นว่า เป็นการตีความโดยขยายความขัดต่อหลักการตีความในกฎหมายอาญาที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด (ดู การตีความกฎหมาย, หน้า 400-405.)

ดร. คณิต ณ นคร เห็นว่า เป็นการตีความที่ขัดกับถ้อยคำของกฎหมายอย่างชัดแจ้ง กล่าวคือ การกระทำผิดฐานนี้คือ "การเข้าไปกระทำการใด..." กรณีนี้ฟังได้แต่เพียงว่าเป็นการรบกวนการครอบครองเท่านั้น แต่ไม่มี "การเข้าไป" เลย (ดู กฎหมายอาญาภาคความคิด, หน้า 120-121.)

และ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ เห็นว่า เป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียงลงโทษ (analogy) (ดู กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 31.)

จากผลของการตีความในลักษณะตามตัวอย่างดังกล่าว เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีอำเภोजิต (Subject Theory) จะเห็นว่า กรณีต่าง ๆ เหล่านั้นเป็นการตีความที่ผิดหลัก แต่เราก็ไม่อาจปฏิเสธการมีผลในระบบกฎหมายของการตีความต่าง ๆ เหล่านั้นได้ เมื่อองค์กรที่มีอำนาจตีความเพื่อบังคับใช้กฎหมายนั้นแล้ว ผลก็ต้องเป็นไปตามนั้น หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่แน่นอนที่ได้จากการตีความขององค์กรที่มีอำนาจในความเป็นจริงก็คงปฏิเสธไม่ได้ว่าเกินขอบเขตของถ้อยคำในตัวกฎหมาย นี้ย่อมแสดงให้เห็นว่า แท้จริงแล้ว การตีความกฎหมายขององค์กรที่มีอำนาจนั้น ไม่อาจจำกัดขอบเขตที่แน่นอนได้ แม้จะเขียนกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้ในลักษณะใดก็ตาม ฉะนั้นถ้าระบบกฎหมายใดวิตกต่อการใช้อำนาจที่อาจจะทำได้อย่างไร ขอบเขตนี้ หนทางที่อาจป้องกันได้คือ นักกฎหมายในระบบกฎหมายนั้นจะต้องยอมรับแนวความคิดการตีความบทกฎหมายเพื่อลงโทษตามทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) โดยให้บทกฎหมายมีความหมายตามที่เข้ามาในทางกฎหมาย เพื่อให้เกิดความแน่นอนในหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย และปฏิเสธบทกฎหมายอาญาที่ปรับเปลี่ยนได้ตามทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) ที่จะนำไปสู่การทำลายหลักประกันในสิทธิเสรีภาพของบทกฎหมายอาญาในที่สุด

4.1.2 หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายกับการตีความกฎหมายอาญาในส่วนที่ทำให้ไม่ต้องรับผิด

บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาต่อเมื่อ (1) การกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด (2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และ (3) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ในการวินิจฉัยคดีว่า การกระทำของบุคคลใดจะเป็นความผิดอาญาอันจะต้องรับโทษหรือไม่ จึงจำเป็นต้องมีการตีความเพื่อหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายตามขั้นตอนดังกล่าวข้างต้น

ในส่วนการตีความเพื่อหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในส่วนองค์ประกอบความผิดนั้น ระบบกฎหมายไทยอยู่ภายใต้หลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege) ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 26 กล่าวคือ การลงโทษบุคคลใดได้จะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การตีความในส่วนนี้จึงทำได้แต่เพียงการตีความเพื่อหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนจากบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น ไม่อาจใช้การตีความในลักษณะที่เป็นการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ได้

แต่ในโครงสร้างส่วนที่ 2 และ 3 คือ กฎหมายที่ยกเว้นความผิดและกฎหมายที่ ยกเว้นโทษนั้น มีปัญหาว่า การตีความกฎหมายอาญาสำหรับสองส่วนนี้ในระบบกฎหมายไทย จะ กระทำได้แค่ไหนเพียงใด ต่อประเด็นนี้มีการยอมรับทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติที่เห็นด้วยและ มีการตีความกฎหมายในส่วนนี้ได้อย่างกว้างขวาง กล่าวคือ

4.1.2.1 ความเห็นทางทฤษฎีเกี่ยวกับการตีความหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย อาญาในส่วนเหตุยกเว้นความผิด และเหตุยกเว้นโทษ

ในเรื่องเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาสตราจารย์ หยุค แสงอุทัย มีความเห็น²⁴ว่า

กฎหมายทั้งหมายเหล่านี้ต้องเกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน โดยเหตุนี้เหตุที่ทำให้การกระทำ เป็นการชอบด้วยกฎหมาย มิใช่มีอยู่เฉพาะตามกฎหมายอาญาเท่านั้น แต่อาจมีอยู่ตาม กฎหมายอื่น ๆ ด้วย และเมื่อกฎหมายอื่นนอกจากกฎหมายอาญาให้สิทธิที่จะกระทำหรือ งดเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่งแล้ว ก็เป็นไปไม่ได้ที่จะถือว่าการกระทำนั้น ๆ เป็น ความผิดอาญา เช่น เมื่อกฎหมายแห่งให้อ่านางบิตามารดาที่จะเขียนตีบุตรตามสมควร และก็เป็นไปไม่ได้ที่จะถือว่าการเขียนตีของบิดามารดานั้นเป็นการผิดกฎหมายอาญา อย่างเดียวกันหากกฎหมายทหาร หรือ กฎหมายตำรวจให้อ่านางผู้บังคับบัญชาที่จะลง โทษทัณฑ์ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาแล้ว ก็เป็นไปไม่ได้ที่จะถือว่า ผู้บังคับบัญชาทำผิดกฎหมาย อาญาฐานกักขังผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา

ที่ว่าเหตุที่ทำให้การกระทำเป็นการชอบกฎหมาย อาจเป็นเหตุตามกฎหมายอาญาก็ ได้ ตามกฎหมายอื่นก็ได้ นั้น สำหรับกฎหมายอาญาเหตุเช่นนั้นไม่จำเป็นต้องบัญญัติ ไว้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป ทั้งนี้เพราะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า การ ตีความในกฎหมายอย่างกว้างขวาง หรือ การเทียบเคียงบทที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อ เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหายอมเป็นสิ่งที่ไม่ได้

²⁴

หยุค แสงอุทัย, "การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา," บทบัญญัติ 12 (ตอน 1 2483) :

ในเรื่องเหตุที่ทำให้ไม่เป็นความผิดนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ

ติงศภัทิย์ มีความเห็นว่า²⁵

ความยินยอมของผู้เสียหายย่อมเป็นข้อยกเว้นความผิดได้ ในกรณีที่ไม่ขัดต่อความสำนึก
ในศีลธรรมอันดีของประชาชน (ฎีกาที่ 1403/2508, 2508 ฎ. 2089) โดยอาศัย
อำนาจตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือที่เรียกว่า ประเพณีนั่นเอง ทั้งนี้ก็
โดยนัยที่ว่า พฤติการณ์ที่กฎหมายยอมให้อ้างเป็นข้อยกเว้นความรับผิดอาญานั้น ไม่จำ
ต้องบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในตัวบทกฎหมายอาญาเท่านั้น อาจเป็นบทบัญญัติของกฎหมาย
อื่น เช่น กฎหมายแพ่งก็ได้ เป็นต้นว่า อำนาจของผู้ปกครองในประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ ก็เมื่อกฎหมายแพ่งไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสมอไป ตาม
บทบัญญัติใน มาตรา 4 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์แล้ว จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น
หรือหลักกฎหมายทั่วไป ก็ย่อมมีน้ำหนักเป็นกฎหมายได้เช่นเดียวกัน หลักกฎหมายแพ่ง
ที่ยอมรับรองกันทั่วไปมีอยู่ว่า เจตนาหรือความยินยอมของบุคคลซึ่งไม่ขัดต่อความสงบ
เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกฎหมายรับรู้ เช่นที่ปรากฏในประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 114 เป็นอาทิ ฉะนั้นพฤติการณ์เช่นนี้ ย่อมเป็นข้อ
ยกเว้นความผิดในทางอาญา ได้เฉพาะกรณีที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาเท่านั้น ที่
ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง แต่ในการยกเว้นความผิดใน
ทางอาญานั้นหากจำเป็นต้องมีบทบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยไม่

ในลักษณะของเหตุที่ทำให้การกระทำเป็นการชอบด้วยกฎหมาย
อาจแปรเปลี่ยนไปได้ตามกาลเวลาและสถานที่นั้น ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ มีทัศนะว่า²⁶
หลักกฎหมายที่มายกเว้นความผิดไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ที่ต้อง
เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรก็เฉพาะแต่บทบัญญัติที่เป็นการลงโทษบุคคลเท่านั้น ซึ่งก็เป็น
ที่ยอมรับกันโดยทั่วไป เพราะฉะนั้น หลักความยินยอมที่ทำให้ไม่เป็นความผิดจึงมีได้

²⁵ จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 695-696.

²⁶ จิตติ ติงศภัทิย์, "ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด," วารสารกฎหมาย 3
(ฉบับที่ 2 2520) : 52-53.

โดยมิต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เหตุที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็อาจเป็นเพราะว่า เป็นการยากที่จะกำหนดไปว่า ความยินยอมอย่างไรจึงจะไม่ เป็นความผิด ซึ่งอาจจะเกินความสามารถของมนุษย์ที่จะบัญญัติให้ครบถ้วนจนเป็น หลักเกณฑ์ที่ใช้การได้ จึงปล่อยไว้ให้เป็นหลักที่ใช้วินิจฉัยกับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ใช้กฎหมายว่าอย่างไรจึงจะเหมาะสม²⁷

นอกจากนั้น ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ ยังได้แสดงทัศนะ ต่อหลักกฎหมายอาญาที่อยู่นอกบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้อีกด้วยว่า²⁸

หลักดังกล่าว [ความยินยอมยกเว้นความผิด] เป็นกฎหมายได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มีหลักกฎหมายมากมายที่ไม่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เวลาจำเป็นก็อาจยกขึ้นมาใช้ หากไม่จำเป็นก็ไม่ต้องไปกล่าวถึง ซึ่งก็เป็นวิธีการ ของวิชาการทุกอย่างว่า มีบางสิ่งบางอย่างที่ซ่อนอยู่ถึงเวลาก็เอามาใช้ ถ้ายังไม่ถึง เวลาาก็ให้อยู่เช่นนั้นต่อไป เรื่องความยินยอมก็เช่นเดียวกัน ถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และเป็นที่ยอมรับกันว่ามีอยู่ก่อนกฎหมายที่เขียนเป็นตัวหนังสือ ด้วยซ้ำไป หลักดังกล่าวจะบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้เลยก็ได้ แต่ปัญหาอยู่ตรงที่ว่า หากเขียนไว้แล้ว อาจจะตายตัวเกินไป อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเขียน หรือไม่เขียน ไว้ก็ใช้ได้เหมือนกัน

²⁷ ในต่างประเทศ ศาลเคยพิพากษาว่า การฆ่าคนตายเพราะผู้ถูกฆ่าได้ขอร้องให้ ฆ่าเพื่อให้พ้นจากความเจ็บปวด เป็นเหตุลดหย่อนผ่อนโทษได้ ซึ่งที่จริงเป็นการที่ศาลพิพากษา นอกเหนือตัวบทกฎหมาย แต่คำพิพากษาเหล่านี้ก็ได้รับการรับรอง

ดู รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 2 9/2482 วันพุธที่ 17 พฤษภาคม 2482 หน้า 772-773.

²⁸ จิตติ ดิงศภักดิ์, "สนทนาลักษณ์และปัญหาในกฎหมายอาญาภาคทั่วไป," หน้า

ในเรื่องการใช้หลักเกณฑ์นอกบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร
ดร.คณิต ฌ นคร มีทัศนะทำนองเดียวกันว่า²⁹

ในทางกฎหมายอาญาต้องยึดตัวบทเป็นหลัก การยึดตัวบทเป็นหลักนี้ หมายถึงว่า ยึด
ในทางที่จะลงโทษ หรือเพิ่มโทษเท่านั้น ถ้าเป็นเรื่องอย่างอื่น อาจใช้จารีตประเพณี
บทกฎหมายใกล้เคียง (analogy) หรือ หลักกฎหมายทั่วไปได้

จะเห็นว่า ความเห็นของนักกฎหมายไทยในทางทฤษฎีนั้น
นอกจากจะยอมรับหลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่นมาเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจ
ทำได้ในกฎหมายอาญาแล้ว ยังมีความเห็นที่ยอมรับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอาญาที่อยู่นอกบทบัญญัติ
มาเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้อีกด้วย การตีความกฎหมายอาญาในส่วนที่เป็นคุณจึงไม่อยู่ในข้อ
จำกัดของหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege)

เป็นที่แน่นอนว่า การจะลงโทษบุคคลใดจะต้องมีกฎหมายบัญญัติ
ไว้ แต่มีข้อที่น่าพิจารณาว่า เมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำใดเป็นความผิด (ในส่วน
องค์ประกอบ) ศาลจะตีความบทบัญญัติดังกล่าว โดยไม่ลงโทษการกระทำที่ครบองค์ประกอบ
ความผิดจะตีหรือไม่ กล่าวคือ ตีความให้บทกฎหมายนั้นไม่ให้ผลบังคับ การตีความดังกล่าวจะ
ขัดกับหลักกฎหมายใดหรือไม่

ในลักษณะนี้มีผู้เห็นว่า เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้อย่างไร ศาลก็
ต้องบังคับใช้ไปตามนั้น กฎหมายอาญาย่อมไม่ยกเลิกไปโดยการไม่ใช้ ดังเช่นที่นายเฮนรี โลว์ริง
ได้อธิบายว่า³⁰

²⁹ คณิต ฌ นคร, "การตีความกฎหมายอาญา," หน้า 58.

อย่างไรก็ตาม ท่านก็ยังมีความเห็นว่า ความยินยอมของผู้เสียหายตามกฎหมาย
ของไทย ไม่เป็นอำนาจกระทำได้ เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้แต่อย่างใด (ดู กฎหมาย
อาญาภาคความผิด, หน้า 29.)

³⁰ เฮนรี โลว์ริง, คำแนะนำหัวข้อกฎหมายอาญา, หน้า 14.

การบังคับใช้กฎหมายบทใด ฉบับใดยกเลิกเสีย นั้น อาจเป็นโดยกฎหมายใหม่บัญญัติให้ยกเลิกโดยตรง หรือ โดยกฎหมายใหม่มีเนื้อความขัดกันกับกฎหมายเดิม เฉพาะ 2 อย่างนี้เท่านั้น แต่แม้ว่าไม่ได้ใช้กฎหมายฉบับหนึ่งบังคับ นานเพียงไรก็ดี ก็ถือไม่ได้ว่ากฎหมายฉบับนั้นได้ยกเลิกเสียแล้ว

แม้จะถือว่ากฎหมายอาญาไม่อาจยกเลิกไปเพราะเหตุไม่มีการใช้มาเป็นระยะเวลาอันนาน แต่ถ้าพิจารณาถึงเหตุที่ทำให้การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดอาจเกิดขึ้นใหม่ได้ตามความเหมาะสมของสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เหตุที่ทำให้ไม่เป็นความผิดที่เกิดขึ้นใหม่นั้นก็ย่อมทำให้ผลบังคับของกฎหมายนั้นยกเลิกไปได้โดยปริยายเช่นเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ชอบเกิดขึ้น การกระทำที่ครบองค์ประกอบตามกฎหมายที่เคยถือว่าเป็นความผิด ก็ย่อมไม่เป็นความผิดอีกต่อไป ในลักษณะทำนองนี้ ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เคยอธิบายไว้ว่า³¹

กฎหมายอาญาจะถูกยกเลิกไปโดยการไม่ใช้กฎหมายนั้น ต่อเมื่อมีผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนั้นเสมอ ๆ แต่รัฐได้นิ่งดูโดยไม่ฟ้องร้อง เพราะเห็นว่าไม่เป็นความผิดอันสำคัญ โดยเหตุนี้ เราจึงควรยอมรับว่า กฎหมายอาญายกเลิกไปโดยการไม่ใช้กฎหมายนั้นมาเป็นลำดับมาช้านานได้ ... แม้บางท่านจะไม่ถือว่ากฎหมายอาญายกเลิกไปโดยการไม่ใช้กฎหมายเป็นลำดับมาช้านานก็ดี แต่จะต้องถือว่ากฎหมายจารีตประเพณีอาจเกิดขึ้นได้ในกฎหมายแผนกอื่น ๆ เป็นต้น กฎหมายแพ่ง ฯลฯ และโดยที่กฎหมายต่าง ๆ อาจเกี่ยวข้องซึ่งกันและกันในบางกรณี กฎหมายจารีตประเพณีทางกฎหมายแพ่งอาจมาเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ให้สิทธิแก่ผู้กระทำที่จะกระทำการเช่นนั้นได้ ซึ่งทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา เช่น ในเรื่องนายจ้างมีอำนาจเขียนตีเด็กลูกจ้างพอสมควร เป็นต้น

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป แม้ตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดยังคงมิได้ถูกยกเลิกไปก็ตาม แต่

³¹ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 179.

ถ้าในสภาวะปัจจุบันย่อมเห็นเป็นการสมควรว่า การกระทำเช่นนั้น เป็นการกระทำที่ชอบตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่ การกระทำอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดดังกล่าวก็ไม่ควรเป็นความผิดอีกต่อไป ศาลย่อมตีความกฎหมายนั้นไม่ให้มีผลบังคับในกรณีเหล่านี้ได้³²

4.1.2.2 การตีความกฎหมายอาญาในส่วนเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในทางปฏิบัติ

นอกจากการตีความบทกฎหมายอาญาที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ จะทำได้อย่างกว้างขวางแล้ว ในส่วนหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอาญาที่อยู่นอกบทบัญญัติที่ศาลนำมาใช้ในทางเป็นคุณแก่จำเลยนี้ ทางปฏิบัติก็เคยมีปรากฏในระบบกฎหมายไทยอยู่ด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น

(1) การนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาจากจารีตประเพณี³³ เช่น

1.1 สิทธิของครูที่จะทำโทษศิษย์ได้ตามสมควร

จำเลยเป็นครูใหญ่ได้รับรายงานของครูที่สอนว่ามีนักเรียน 6 คน ซึ่งเป็นเด็กต่อต้านสั่งสอนไม่ได้ ครูได้ทำทัณฑ์พลหลายครั้งแล้วก็ไม่เป็นผล จำเลยจึงเรียกเด็กทั้ง 6 ออกมาหน้าชั้นประกาศสั่งสอนถึงความผิด แล้วเขียนด้วยไม้เรียวคน

³² ในกฎหมายเยอรมัน ความคิดทางกฎหมายทำนองนี้ เรียกว่า doctrine of desuetudo ดู. Bodenheimer, Jurisprudence the Philosophy and Method of the Law, pp. 377-378.

³³ จารีตประเพณีจะมีอำนาจบังคับได้อย่างไรนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ความเห็น ได้แก่ (1) สำนักประวัติศาสตร์ (Historical School) ถือว่าจารีตประเพณีมีผลบังคับในตัวมันเอง เพราะคุณสมบัติหรือเหตุผลของเรื่อง (Nature of things) และ (2) สำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positivism) เห็นว่าจารีตประเพณีมีอำนาจบังคับเกิดขึ้นเพราะรัฐาธิปไตยรับรองบังคับบัญชาให้ เช่น ต้องให้ศาลตัดสิน หรือให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรอง (ดู. ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 23-25.

ละ 4 ที่ เด็ก 2 คนถูกเขียนมีบาดเจ็บมีโลหิตช้ำคนละ 1 แห่ง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยยัง
 ไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายเด็ก 2 คนนี้ เพราะเป็นการทำโทษฐานครูกับศิษย์โดยเจตนาดี
 พอสมควรแก่เหตุ และจำเลยก็มีได้ลำเอียงแก่สั่งให้เด็ก 2 คนนี้ได้รับบาดเจ็บเป็นพิษยิ่งกว่า
 เด็กอีก 4 คน (คำพิพากษาฎีกาที่ 949/2471)

1.2 สิทธิของพระภิกษุที่จะทำโทษศิษย์ได้ตามสมควร

พระภิกษุบังคับจะเอาผิดจากจำเลยซึ่งเป็นศิษย์
 เนื่องจากจำเลยเป็นคนโมโหร้าย มีมีดไว้แล้วจะมีเรื่อง จำเลยแสดงกิริยาชดชืนจะต่อสู้ พระ
 ภิกษุจึงใช้ไม้ฟาดไปที่หนึ่ง จำเลยยกแขนรับปัดไม้กระเด็นไปแล้ว จำเลยโถมเข้าหาพระภิกษุ
 กอดปล้ำกันล้มลงไปมา จำเลยใช้มีดที่ถืออยู่แทงพระภิกษุเช่นนี้ ไม่เป็นการป้องกันสิทธิของตน
 ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 และไม่เป็นบันดาลโทษตาม มาตรา 72 เพราะการที่
 พระภิกษุใช้ไม้ตีจำเลยดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจของอาจารย์ ซึ่งตนเป็นผู้ปกครองศิษย์ภายใน
 ขอบเขตอันสมควร ย่อมไม่เป็นการข่มเหงจำเลยด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาฎีกาที่
 429-430/2505)

(2) การนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาจากหลักกฎหมายทั่วไป เช่น

2.1 ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นความผิด

ข้อตกลงว่าจะไม่ฟ้องคดีอาญานั้น อาจถือเป็น
 ความยินยอมให้กระทำการที่ตามปกติต้องด้วยบทบัญญัติว่าเป็นความผิดได้ มีหลักทั่วไปเป็นเหตุ
 ยกเว้นความผิดอาญาอยู่ว่า ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมาย
 บัญญัติว่า เป็นความผิดนั้นถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึง
 ขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้นแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้
 การกระทำนั้น เป็นความผิดขึ้นได้

ข้อตกลงระหว่างโจทก์จำเลยแม้ไม่ผูกพันโจทก์
 ให้ยินยอมอยู่เช่นนั้นตลอดไป แต่โจทก์ก็ได้ยินยอมให้จำเลยออกเช็คโดยจะไม่ฟ้องเป็นความผิด
 อาญา เป็นความยินยอมที่มีอยู่จนถึงขณะที่จำเลยออกเช็คโดยรู้ว่าไม่มีเงินในธนาคารอันเป็นการ
 กระทำโดยเจตนาที่เป็นองค์ความผิดประการหนึ่งซึ่งจำเลยได้กระทำลงตามยินยอมของโจทก์

ความคิดกรณีนี้เป็นความคิดอันยอมความได้ ถือได้ว่าความยินยอมของผู้เสียหายในการกระทำ
ฐานนี้ไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี การกระทำที่โจทก์ฟ้องจึงไม่มีความผิดในทางอาญา
(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508)

2.2 เจ้าพนักงานผู้แสวงหาพยานหลักฐาน หรือผู้ร่วม
แสวงหาพยานหลักฐานภายในขอบเขตไม่เป็นความผิด³⁴

จำเลยเรียกสินบน โจทก์ร่วมผู้ถูกเรียกกับ
ตำรวจ วางแผนให้เงินจำเลยแล้วจับพร้อมด้วยเงินของกลางเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานผูก
มัดจำเลย จะถือว่าโจทก์ร่วมร่วมมือกระทำผิดหรือสนับสนุนไม่ได้ ไม่เป็นการรู้เห็นเป็นใจในการ
กระทำผิด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1674/2520) การที่จำเลยที่ 1 และที่ 4 ร่วมมือกับสายลับของ
ตำรวจไปติดต่อล่อซื้อเฮโรอีนจากจำเลยที่ 3 กับพวก โดยมีเจตนาเพื่อช่วยเหลือตำรวจ
ปราบปรามการค้าเฮโรอีนและโดยหวังเงินรางวัลที่ตำรวจจะแบ่งให้ การกระทำของจำเลยที่
1 และที่ 4 ขาดเจตนาที่จะกระทำผิด ไม่มีความผิดฐานเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนในความผิด
ฐานมีเฮโรอีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย หรือจำหน่ายเฮโรอีน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4378/
2528)

2.3 การถูกล่อให้กระทำความผิด (entrapment)
ทำให้ ไม่ต้องรับโทษหรือเป็นเหตุบรรเทาโทษ³⁵

³⁴ การแสวงหาพยานหลักฐานที่จะผูกมัดผู้กระทำความผิด ซึ่งเจ้าพนักงานมีอำนาจทำได้
(ไม่ถึงขั้นล่อให้กระทำความผิด) นั้น จะต้องใช้วิธีการในการแสวงหาพยานหลักฐานที่ชอบธรรม ดู
เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 319.

³⁵ ในทางทฤษฎีเดิมเห็นว่า การที่เจ้าพนักงานล่อให้บุคคลกระทำความผิด เพื่อจะ
จับกุมหรือเพื่อหาพยานหลักฐานในเมื่อปรากฏว่าจำเลยได้กระทำหรือกำลังจะกระทำความผิด
หรือมีความตั้งใจและประสงค์จะทำผิดอยู่ก่อนแล้ว ย่อมไม่เป็นเหตุยกเว้นโทษของจำเลย แต่ถ้า
บุคคลผู้บริสุทธิ์ได้ถูกล่อหรือชักจูงให้กระทำความผิดโดยประสงค์จะเอาตัวเขามาฟ้องร้องลงโทษ
การกระทำเช่นนี้เป็นการละเมิดหลักแห่งความยุติธรรม ฉะนั้นจึงมีนักปราชญ์บางคนเห็นว่า ศาล

พ. ชื่อสลาภกักรบจากเจ้าพนักงาน โดยไม่รู้ว่าผู้ชาย เป็นเจ้าพนักงาน ตัดสินว่า เจ้าพนักงานไม่มีเจตนาจะเล่นการพนันกับจำเลย การพนันสลาภกักรบต้องมีผู้เล่นสองฝ่าย จำเลยเล่นการพนันแต่ฝ่ายเดียวไม่ได้ แม้ชั้นพยายามก็ไม่ผิด

ไม่ควรบังคับลงโทษจำเลยให้ และย่อมเป็นนโยบายอันสมควร (sound policy) และนโยบาย เพื่อประชาชน (public policy) ที่จะถือว่ารัฐบาลย่อมผูกปิดปาก ที่จะกล่าวอ้างว่าการกระทำเช่นนี้ เป็นการกระทำโดยสมัครใจของจำเลย และอ้างว่าเป็นความผิดเอามาฟ้องร้อง ให้ศาลลงโทษ เพราะเป็นความผิดที่เจ้าหน้าที่อันเป็นตัวแทนของรัฐบาลได้ก่อให้เกิดขึ้นหรือทำขึ้น เพื่อจะฟ้องร้องเขาโดยแท้ แต่อย่างไรก็ดี แม้ความเห็นนี้จะเป็นการสมควร แต่หากมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นโทษสำหรับเหตุชนิดนี้ไม่ ถ้าศาลจะถือเช่นนั้นก็เท่ากับศาลได้ตั้งอำนาจบัญญัติ เหตุยกเว้นขึ้นเอง และศาลก็หาอำนาจที่จะตรวจควบคุมการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร หรือการกระทำของรัฐบาลไม่ เพราะฉะนั้นการอย่างไรก็ตามที่เจ้าพนักงานจะใช้อุบายล่อและ ฟ้องร้องผู้กระทำความผิดเพราะถูกเจ้าพนักงานล่อและหลอก จึงควรเป็นธุระของฝ่ายบริหารจะ พิจารณาและการดำเนินคดีอยู่ในกิจของประชาชน หาใช่กิจของศาลไม่ ฉะนั้นการที่เจ้าพนักงาน คบคิดล่อให้จำเลยทำผิดกฎหมาย จึงไม่เป็นเหตุที่จะลบล้างความผิดของจำเลยได้ (ดู หลวงอรุณโกวิทที่, แนวสอนกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป, หน้า 238-240.

แต่ต่อมามีความเห็นว่า ในกรณีที่เจ้าพนักงานไม่มีเหตุสงสัยว่า ผู้ใดกำลังกระทำความผิดอยู่ กลับใช้อุบายชักชวนให้ผู้นั้นเกิดความคิดและกระทำความผิดขึ้นโดยการยุยงของเจ้าพนักงาน ถือว่าเจ้าพนักงานเป็นฝ่ายริเริ่มให้มีการกระทำความผิดขึ้นเอง ซึ่งถ้ามิใช่เพราะการชักชวนของฝ่ายเจ้าพนักงานแล้ว ย่อมจะไม่มีมีการกระทำความผิดขึ้น ไม่ใช่แต่เพียงเจ้าพนักงาน ใช้อุบายในการสืบสวนเพื่อหาหลักฐานจับกุมผู้ที่กำลังจะกระทำความผิดอยู่เองแล้ว กรณีเช่นนี้ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นความผิดไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็ถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย (public policy) อันรัฐไม่สามารถยอมรับได้ จึงเป็นการปิดปากและผูกมัดเจ้าพนักงานมิให้ ดำเนินการเพื่อให้มีการลงโทษผู้ที่ถูกล่อให้กระทำความผิดเช่นนั้น หรือผู้นั้นอาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ (ดู จิตติ ตึงศัทธา, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 710-713. และ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 318-319.)



(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 829/2500)³⁶ จำเลยที่ 1 ฎีกาแต่ผู้เดียว ศาลเชื่อว่า จำเลยที่ 1 ที่ 2 ร่วมกันจำหน่ายเฮโรอีนเพราะการชักจูงของสายลับ สมควรกำหนดโทษให้เบาลง เหตุอันควรกำหนดโทษให้เบาลงเช่นนี้เป็นเหตุในลักษณะคดี ศาลฎีกาย่อมมีอำนาจพิพากษาแก้โทษตลอดไป ถึงจำเลยที่มีได้ฎีกาด้วยได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1846/2524)

จะเห็นได้ว่า การกระทำตามตัวอย่างคำพิพากษาที่ยกมาเหล่านี้ จะเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดทั้งหมด แต่ศาลก็พิพากษาว่า การกระทำนั้น ๆ ไม่เป็นความผิด หรือไม่ต้องรับโทษ หรือรับโทษน้อยลง ทั้ง ๆ ที่มีได้มีเหตุที่ทำให้ไม่เป็นความผิด หรือเหตุให้ไม่ต้องรับโทษ หรือเหตุบรรเทาโทษที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง ดังนั้นเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่ศาลไม่ลงโทษหรือลดโทษให้สำหรับการกระทำนั้น ก็เท่ากับว่าศาลยอมรับว่าในกรณีต่าง ๆ เหล่านี้ มีเหตุยกเว้นความผิด หรือเหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุบรรเทาโทษ ศาลจึงไม่ลงโทษหรือลดโทษให้ การกระทำดังกล่าว ซึ่งในลักษณะนี้ย่อมเป็นการที่ศาลยอมรับหลักเกณฑ์ที่เป็นเหตุยกเว้นความผิด หลักเกณฑ์ที่เป็นเหตุยกเว้นโทษ และหลักเกณฑ์ที่เป็นเหตุบรรเทาโทษที่อยู่นอกบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเอามาใช้นั่นเอง

4.2 ความเป็นอิสระของกฎหมายอาญาในการตีความกฎหมายอาญาของไทย

ในเรื่องความเป็นอิสระของกฎหมายอาญาในการตีความกฎหมายอาญานั้นในระบบกฎหมายไทย ความเห็นทางทฤษฎีเท่าที่พบส่วนใหญ่จะมีลักษณะกว้าง ๆ เช่นที่ปรากฏในตำราของศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ว่า³⁷

³⁶ คดีนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภักดิ์ เห็นว่า กรณีนี้ถือว่า การกระทำเป็นความผิด แต่เอาโทษไม่ได้เพราะเจ้าพนักงานเป็นฝ่ายล่อให้กระทำผิด (ดู คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, เชียงธรรมที่ 7, หน้า 354.)

³⁷ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 140-142. และทัศนะทำนองเดียวกันใน ใน "เกล็ดในการตีความ," บทบัญญัติ 12 (ตอน 1 2483) : 304-305.

ปัญหาที่ว่าในกรณีที่เป็นกฎหมายต่างลักษณะกัน เช่นกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง จะถือว่ากฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้มีความเกี่ยวข้องซึ่งกันและกันเพียงใด ในเรื่องนี้มีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. ต้องถือเป็นหลักว่า โดยปกติกฎหมายต่างลักษณะกันไม่เกี่ยวข้องซึ่งกันและกันเลย บทนิยามตลอดจนถ้อยคำอย่างอื่นของกฎหมายใดที่ใช้ เฉพาะกฎหมายนั้นเท่านั้น เช่น เมื่อใช้กฎหมายลักษณะอาญา รศ. 127 บทนิยามคำว่า "ทรัพย์" ของกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 6 (10) ที่ใช้คำว่า "ทรัพย์ท่านหมายความว่าบรรดาสิ่งของอันบุคคล สามารถมีกรรมสิทธิ์หรืออำนาจเป็นเจ้าของได้ และบรรดาสิ่งของอันเคลื่อนจากที่ได้ก็ดี หรือเคลื่อนจากที่ไม่ได้ก็ดี ท่านก็นับว่าเป็นทรัพย์อันกล่าวมาในข้อนี้" ย่อมยังใช้ได้ แม้ต่อมาภายหลังจะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 98 บัญญัติว่า "อันว่าทรัพย์โดยนิตินัยได้แก่วัตถุอันมีรูปร่าง" ทั้งนี้เพราะต้องถือเป็นหลักว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ประสงค์จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับกฎหมายลักษณะอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่กฎหมายลักษณะอาญาได้บัญญัติบทนิยามไว้ในมาตรา 6 (10) ก็เพื่อให้ตรงกับความมุ่งหมายในการที่จะกำหนดความผิดต่อทรัพย์ให้เหมาะสม...
2. หลักดังกล่าวนี้ย่อมมีข้อยกเว้นอยู่ข้อหนึ่งคือ ถ้ากฎหมายที่บัญญัติมีความประสงค์ที่จะให้กฎหมายที่บัญญัติไว้ก่อนมาเกี่ยวข้อง เพื่อให้มีหลักเกณฑ์อันเดียวกันสำหรับกฎหมายทั้งสองฉบับนั้นก็อาจทำได้ เช่น ผู้บัญญัติประมวลกฎหมายอาญาได้เห็นว่าเป็นประมวลกฎหมายอาญาไม่สมควรมีบทนิยามคำว่า "ทรัพย์" จึงไม่ได้บัญญัติบทนิยามไว้เหมือนดังที่เป็นอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาเดิม เมื่อเป็นเช่นนี้ปัญหาจึงมีว่า คำว่า "ทรัพย์" ในประมวลกฎหมายอาญาจะมีความหมายอย่างไร คำตอบข้อนี้ก็คือ โดยที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีบทนิยามคำว่า "ทรัพย์" ไว้ ฉะนั้นต้องถือว่าประมวลกฎหมายอาญามีความประสงค์ที่จะให้ความหมายดังที่ประมวลกฎหมายแพ่ง ๆ ซึ่ง เป็นกฎหมายทั่ว ๆ ไปของประเทศได้นิยามไว้ หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือประสงค์จะให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องในเรื่องนี้... ในกรณีที่ประมวลกฎหมายอาญาขอให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องนี้ยังมีผลต่อไปว่า ถ้าภายหลังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า "ทรัพย์" ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประการใด ก็เป็นการกระทบกระทั่งประมวลกฎหมายอาญาไปด้วยในตัว...

การที่กฎหมายต่าง ๆ มาเกี่ยวข้องซึ่งกันและกันตามนัยที่กล่าวมาข้างบนนี้เป็น
ความจำเป็นเพราะ

1. เป็นไปไม่ได้ที่กฎหมายฉบับหนึ่งจะบัญญัติทุกสิ่งทุกอย่าง เช่น ประมวลกฎหมาย
อาญาที่จะบัญญัติว่า "ทรัพย์" "ภริยา" หมายความว่าอย่างไร นอกจากจะมีความ
จำเป็นที่จะใช้ถ้อยคำดังกล่าวมีความหมายแตกต่างกับที่เป็นอยู่ในกฎหมายทั่ว ๆ ไป
คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีหลังนี้ก็ต้องบัญญัติบริบทนิยามไว้เป็นพิเศษ
เพื่อให้เหมาะสมกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ
2. กฎหมายควรจะให้ประชาชนเข้าใจได้โดยง่าย ฉะนั้นเมื่อกฎหมายจะใช้
ถ้อยคำอย่างใด ก็ควรจะได้เป็นตามหลักเกณฑ์หรือความหมายแห่งกฎหมายทั่ว ๆ ไป
เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา ซึ่งจะทำให้ถ้อยคำนั้น ๆ มีความหมายอย่างเดียว
กันตลอดไป ถ้าการที่จะให้เป็นไปเช่นนั้นจะไม่ขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ
มิฉะนั้น จะทำให้ประชาชนรู้สึกประหลาดใจที่ชายคนหนึ่งเป็นสามีของหญิงคนหนึ่งตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มิได้เป็น "สามี" ตามประมวลกฎหมายอาญา

จากคำอธิบายดังกล่าว แม้จะยกเป็นหลักว่าโดยปกติกฎหมายต่างลักษณะกันจะไม่
เกี่ยวข้องซึ่งกันและกันเลย แต่ที่ชนะในการตีความแนวนี้ความหมายของถ้อยคำในกฎหมายอาญา
ก็มีได้มีความเป็นอิสระไปจากกฎหมายอื่น ๆ ความหมายของถ้อยคำในกฎหมายอาญาจะเป็นอิสระ
ต่อเมื่อมีบริบทนิยามไว้โดยเฉพาะเท่านั้น หลักการตีความก็ยังคงเป็นว่าเมื่อกฎหมายอาญามีได้มีบริ
บทนิยามไว้โดยเฉพาะแล้วความหมายของถ้อยคำต่าง ๆ ในกฎหมายอาญาก็ต้องถือตามความหมาย
ของถ้อยคำนั้น ๆ ในกฎหมายอื่นด้วย เป็นไปตามแนวคิดที่เห็นว่ากฎหมายควรมีความเกี่ยวข้องกัน

ในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ตึงศัพท์³⁸ มีความเห็นว่า

ตามปกติการใช้กฎหมายก็ต้องอาศัยความหมายที่ปรากฏในกฎหมายที่บัญญัติถึงถ้อยคำ
นั้นไว้โดยตรงรวมถึงความหมายของถ้อยคำอันเดียวกันนั้น ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น

³⁸ จิตติ ตึงศัพท์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 และภาค 3, หน้า

ด้วย เว้นแต่บทบัญญัตินั้น ๆ จะมีข้อความแสดงให้เห็นได้ว่ามิได้ประสงค์ ให้มีความหมายดังที่บัญญัติในกฎหมายอื่น ๆ นั้น

และศาสตราจารย์ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์ ก็ได้แสดงทัศนะไว้ในทำนองเดียวกันว่า ³⁹

ว่ากันตาม jurisprudence กฎหมายภายในย่อมมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน กฎหมายที่บัญญัติไว้ใน เรื่องใด เรื่องหนึ่งโดยเฉพาะจึงย่อมนำไปใช้ในกฎหมายอื่นที่ บัญญัติมีใจความข้อความเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ ด้วย เว้นเสียแต่ว่าในกฎหมายอื่นนั้นจะมีบทนิยามบัญญัติไว้โดยเฉพาะทั้งนี้แล้วแต่ความมุ่งหมายในการออกกฎหมายนั้น ๆ

จะเห็นว่าในระบบกฎหมายไทย ความเห็นในทางทฤษฎีส่วนใหญ่ ความหมายของ ถ้อยคำในกฎหมายต่าง ๆ จะมีความเกี่ยวข้องกัน ความหมายของถ้อยคำในกฎหมายอาญาต้อง พิจารณาตามความหมายของถ้อยคำนั้นที่ปรากฏหรือบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่นด้วย กล่าวคือ ถ้อยคำ ที่กฎหมายอาญามีไว้ให้ความหมายไว้เป็นพิเศษถ้อยคำนั้นจะต้องถือตามความหมายอย่างเดียวกัน กับที่ปรากฏในกฎหมายอื่น ความหมายของถ้อยคำในกฎหมายอาญาจึงไม่เป็นอิสระจากความหมาย ของถ้อยคำนั้นที่ปรากฏในกฎหมายอื่น

อย่างไรก็ตามแม้จะเห็นกันดังกล่าวเป็นส่วนใหญ่ แต่ในทางตำราก็มีปรากฏให้เห็น เช่นกันว่า มีการตีความกฎหมายอาญาที่ให้ความหมายของบทบัญญัติ โดยคำนึงถึงควมมีลักษณะ เฉพาะของกฎหมายอาญาและไม่ตีความตามหลักของกฎหมายอื่นในเรื่องทำนองเดียวกันนั้น ตัวอย่างเช่น การมีสภาพบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองในทางกฎหมายอาญา

ฝ่ายที่เห็นว่าสภาพบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองควรพิจารณาตามหลักกฎหมายแพ่ง อธิบายว่า ⁴⁰

³⁹ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์, "การใช้ถ้อยคำในกฎหมายอาญา," ตุลพาท 5 (เล่ม 2 กุมภาพันธ์ 2510) : 80.

⁴⁰ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 1822-1823.

ปัญหาว่าตั้งแต่ขณะใดจึงจะเป็นบุคคลที่ถูกฆ่าได้ ต้องพิจารณาตามกฎหมายแพ่ง คือ เมื่อใดจึงถือได้ว่าทารกคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกหรือเกิดมารอดอยู่ ตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 15 ซึ่งมีคำอธิบายว่าคลอดแล้วหมายความว่าคลอดเสร็จบริบูรณ์ตามวิชาแพทย์และที่ว่ามีชีวิตอยู่เดิม เคยอธิบายว่าทารกที่คลอดมีลมหายใจ แม้เพียงขณะเดียว

ส่วนฝ่ายที่ตีความสภาพบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอาญาโดยคำนึงถึงแนวคิดที่เป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญา เห็นแตกต่างไปจากฝ่ายแรกว่า⁴¹

การเริ่มสภาพบุคคลตามกฎหมายแพ่งเป็นการเริ่มต้นของการเป็น "ประธานแห่งสิทธิ" แต่การเริ่มสภาพความเป็นมนุษย์ในกฎหมายอาญาเป็นการเริ่ม "สภาพการที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย" แนวความคิดทางกฎหมายแพ่งกับกฎหมายอาญาจึงแตกต่างกัน การนำเอาความคิดทางกฎหมายแพ่งมาใช้ในกรณีนี้จึงไม่ถูกต้อง "ทารกในการคลอด" นั้นมีคุณสมบัติครบถ้วนในการที่จะอยู่รอดเป็นมนุษย์จึงชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายยิ่งกว่าก่อนคลอดหรือยังอยู่ในสภาพเป็น "ลูกในครรภ์" การทำร้ายทารกในการคลอดจึงควรเป็นความผิดฐานกระทำต่อมนุษย์กล่าวคือ ทำให้คนตายหรือทำร้ายกว่าร่างกายแล้วแต่กรณี

ตัวอย่างที่ทำให้เห็นความแตกต่างในการตีความอีกกรณีหนึ่งคือ ความหมายของการครอบครองในกฎหมายอาญา ฝ่ายที่ถือตามความหมายของหลักกฎหมายแพ่งอธิบายว่า⁴²

⁴¹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 48.

ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เห็นในทำนองเดียวกันว่า "คน" ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่เหมือน "บุคคล" ตามประมวลกฎหมายแพ่งฯ คือ ถ้าทารกเริ่มคลอดคือเริ่มทำตนเป็นอิสระจากมารดา โดยการเริ่มโผล่จากมดลูกไม่ว่าจะเล็กน้อยเพียงใดก็เป็น "คน" และถ้ามีการฆ่าในขณะนั้น ก็เป็นการฆ่าคนตายตามมาตรา 288 (กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 361).

⁴² จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 2288-2289.

อย่างไรเป็นการครอบครองทรัพย์สิน ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1367 คือยึดถือทรัพย์สินโดยเจตนาเพื่อตน บุคคลอาจครอบครองทรัพย์สินโดยผู้อื่น ยึดถือไว้ให้ ผู้ครอบครองย่อมมีสิทธิครอบครอง ผู้มีสิทธิครอบครองก็เป็นผู้ครอบครอง ดังเห็นได้จากมาตรา 1368 และ 1380 ที่ว่าบุคคลอาจได้มาซึ่งสิทธิครอบครองโดยผู้อื่นยึดถือทรัพย์สินไว้ให้ ถ้าผู้ใดครอบครองทรัพย์สินอยู่และแสดงเจตนาต่อไปว่าจะ ยึดถือแทนผู้อื่นก็เป็นการโอนการครอบครอง มิใช่โอนแต่สิทธิครอบครองการที่บุคคล หนึ่งยึดถือทรัพย์สินแทนบุคคลอีกคนหนึ่งมาตรา 1368 ใช้คำว่าได้สิทธิครอบครอง มาตรา 1380 ใช้คำว่าโอนการครอบครอง สิทธิครอบครองกับการครอบครองก็เป็น อันหนึ่งอันเดียวกัน เพียงแต่ว่า เมื่อก้าวในแง่สิทธิเรียกว่าสิทธิครอบครอง กริยา ที่ครอบครองกระทำต่อทรัพย์สินนั้นก็คือครอบครอง การกระทำของผู้ครอบครองเรียกว่า การครอบครอง สิทธิของผู้ครอบครองเรียกว่าสิทธิครอบครอง หากใช้ว่าครอบครอง ทางแพ่งต่างกับครอบครองทางอาญาแต่ประการใดไม่

ส่วนฝ่ายที่เห็นว่าการครอบครองในกฎหมายอาญามีลักษณะเฉพาะของตัวเองอธิบาย
ว่า⁴³

"การครอบครอง" ในที่นี้หมายถึงการมีอำนาจเหนือทรัพย์สินนั้นตามความเป็นจริง ซึ่ง พิจารณาตามความเห็นทั่วไปในชีวิตประจำวัน การครอบครองประกอบด้วยคุณลักษณะ 3 ประการคือ

- (1) ลักษณะทางกายภาพที่แท้จริง คือการปกครอบทรัพย์สินอยู่ตามความเป็นจริง
- (2) ลักษณะทางบัญญัติที่ในทางสังคม (ในชีวิตประจำวัน) ถือได้ เช่น ผู้ที่ปิด ประตูแล้วเดินทางไปพักผ่อนถือว่าครอบครองทรัพย์สินทั้งหมดในบ้าน และ
- (3) มีเจตจำนงในการครอบครอง เจตจำนงครอบครองไม่ใช่การแสดงเจตนา ในกฎหมายแพ่ง แต่เป็นเจตจำนงที่แท้จริงจะนั้นเด็กและคนวิกลจริตก็มีเจตจำนง นี้ได้

⁴³ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 140.

จากตัวอย่างในทางตำรา 2 กรณี แสดงให้เห็นว่าทัศนะในความเป็นอิสระของกฎหมายอาญาจากกฎหมายอื่น ๆ ที่แตกต่างกันจะทำให้เนื้อหาหรือหลักเกณฑ์ที่ได้จากการตีความบทกฎหมายอาญาแตกต่างกันออกไป

ส่วนทางปฏิบัติในการตีความกฎหมายอาญาในระบบกฎหมายไทย นอกจากจะยอมรับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ มาเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดและเหตุยกเว้นโทษแล้ว ในส่วนการตีความหลักเกณฑ์ทางองค์ประกอบในบทบัญญัติของกฎหมาย มีแนวโน้มค่อนข้างจะคำนึงถึงความหมายหรือหลักเกณฑ์ของกฎหมายอื่น ๆ ประกอบด้วยเป็นส่วนใหญ่ซึ่งจะเห็นได้จากตัวอย่างข้างต่อไปนี้

ตัวอย่างที่ศาลนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายแพ่งมาใช้ในการตีความกฎหมายอาญา เช่น ความเป็นสามีภริยาถือตามที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1022/2482) การจำนำที่จะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 349 จะต้องเป็นการจำนำที่ถูกต้องตามบรรพ 3 (คำพิพากษาฎีกาที่ 490/2502 และ 1050/2507) บุตรเลี้ยงไม่ถือเป็นผู้อยู่ในความปกครองของบิดาเลี้ยงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 285 เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1540 ให้อยู่ในอำนาจปกครองของผู้ที่บุตรนั้นติดมา (คำพิพากษาฎีกาที่ 928/2502) การซื้อขายกระบือเมื่อยังมิได้จดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ ผู้ขายเอากระบือนั้นมาจากผู้ซื้อไปขายให้ผู้อื่นเสีย ยังไม่ผิดฐานลักทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 303/2503) การฝากเงินกรรมสิทธิ์ในเงินโอนไปยังผู้รับฝาก ผู้รับฝากเอาเงินไปใช้ไม่ผิดฐานยักยอกทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 233/2504) เจ้าหน้้นำเงินที่รับชำระหนี้ไปเป็นประโยชน์แก่ตนและผู้อื่นไม่ผิดฐานยักยอกทรัพย์เพราะเงินเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าหน้แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 917/2504) ตัวถังที่ผู้เช่าซื้อประกอบขึ้นเป็นส่วนควบของตัวรถยนต์ที่เช่าซื้อ ผู้ให้เช่าซื้อเอารถยนต์ซึ่งเป็นทรัพย์สินพร้อมตัวถังไปไม่ผิดฐานลักทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1093/2507) จำเลยกระชากสร้อยที่ตนจำนำไว้กับคนอื่น สร้อยนั้นเป็นของจำเลยเอง ไม่เป็นลักทรัพย์และชิงทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 650/2510) กู้ยืมเงินเกิน 50 บาท เมื่อมิได้มีหลักฐานเป็นหนังสือ พ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ เจ้าหน้ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลได้ จำเลยไม่อาจผิดตามประมวลกฎหมายมาตรา 350 ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1406/2512) ชายช่าวเปลื้องซึ่งเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง กรรมสิทธิ์โอนแล้ว ผู้ชายช่าวที่ขายแล้วและรับฝากไว้วันนั้นแก่ผู้อื่น และปฏิเสธคืน

พยานหลักฐานว่าไม่ เคยขายและรับฝากข้าว เป็นยักยอกทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 455/2518) ในการจ้างผู้เสียหายไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์สั่งการ และคุมจำเลยให้ทำงานแน่นอนอย่างใด ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายกับจำเลยไม่ได้อยู่ในฐานะนายจ้างและลูกจ้างกัน ผู้เสียหายไม่ ใช้นายจ้างตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335 (1) (คำพิพากษาฎีกาที่ 663/2519) จำเลยแย่งการครอบครองที่ดินมือเปล่าเกิน 1 ปี แล้ว เมื่อไม่ได้ฟ้องคืนภายใน 1 ปี สิทธิ ครอบครองของผู้เสียหายย่อมสิ้นสุดลงจำเลยเข้าไปไถและปลุกมันอีกภายหลังจากนั้นไม่เป็น ความผิดฐานบุกรุก (คำพิพากษาฎีกาที่ 3441/2525) การครอบครองปรักษ์ไม่ก่อให้เกิดหนี้แก่ เจ้าของที่ดินที่ถูกครอบครองอันจะนำไปสู่ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 350 (คำพิพากษาฎีกาที่ 3527/2526) ตกลงแลกเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ที่ดินกัน แต่ไม่ได้จดทะเบียนโอน กรรมสิทธิ์ แต่ต่างครอบครองปรักษ์จนได้กรรมสิทธิ์แล้ว ก่อนเกิดเหตุ 1 ปี จำเลย ขอแลกคืน แต่ผู้เสียหายไม่ยอม ย่อมแสดงว่าจำเลยยอมรับสิทธิครอบครองของผู้เสียหายเหนือที่ดินซึ่ง เคย เป็นของจำเลย จำเลยเอาผลมะพร้าวจากต้นที่ขึ้นในที่ดินนั้นไป เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3259/2527) เป็นต้น

ตัวอย่างที่ศาลนำหลัก กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้ตีความกฎหมาย อาญา เช่น หมายเรียกของพนักงานสอบสวนที่ให้ผู้ต้องหาให้การนั้นไม่เข้าลักษณะเป็นคำบังคับ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 168 เพราะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 พนักงานสอบสวนจะบังคับให้ผู้ต้องหาให้ถ้อยคำใด ๆ มิได้ และมาตรา 135 ก็ ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนล่อลวง หรือขู่ ้ให้ผู้ต้องหาให้ให้การอีกด้วย กรณีผู้ต้องหาขัดขืนไม่มา ให้การตามหมายเรียกโดยไม่มีข้อแก้ตัวอันควรนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 66 (3) บัญญัติทางแก้ไขไว้ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจออกหมายจับตัวมาได้ อันเป็นการลงโทษ อยู่แล้ว จึงเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 168 หาได้มุ่งหมายอันจะใช้ บังคับกับผู้ต้องหาที่ขัดขืนไม่มาให้การต่อพนักงานสอบสวนตามหมายเรียกด้วยไม่ (คำพิพากษา ฎีกาที่ 1341/2509) เป็นต้น

อีกตัวอย่างหนึ่งที่ศาลนำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีเด็กและเยาวชนมาประกอบ ในการตีความกฎหมายอาญา คือ การคุมขังตามอำนาจศาลคดีเด็กและเยาวชนกลางเป็นการ ควบคุมตามอำนาจหน้าที่ของสถานพินิจไม่เป็นการคุมขังตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 190

เพราะมาตรา 27 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 บัญญัติว่า "การที่เด็กหรือเยาวชนอยู่ในความควบคุมของสถานพินิจ... ในระหว่างพิจารณาคดี..." คือไม่เข้าอยู่ในวิเคราะห้ศัพท์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) และ (22) นั้นเอง และไม่ใช้การคุมขังตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (12) ด้วย ฉะนั้นการหลบหนีไปจากการควบคุมของสถานพินิจจึงไม่ผิดประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 190 เพื่อให้ทราบความชัดถึงความมุ่งหมายที่กฎหมายไม่ประสงค์จะเอาโทษแก่จำเลยต้องดูพระราชบัญญัติเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2506 มาตรา 11 ให้เพิ่มความมาตรา 27 ทวิว่า "ในกรณีที่เด็กและเยาวชนถูกส่งตัวไปควบคุม... หลบหนีไปตามการควบคุมของเจ้าพนักงาน... จับตัวมาได้ ให้ศาลเพิ่มกำหนดเวลาที่ต้องฝึกอบรมชั้นอีก... แทนการลงโทษทางอาญา..." ทั้งนี้แสดงว่าการหลบหนีการควบคุมของเด็กและเยาวชนนั้นกฎหมายไม่เอาโทษ อย่างมากเพียงสั่งเพิ่มกำหนดเวลาที่ต้องฝึกอบรมเพื่อให้มีโอกาสชดเชวนิสัยนานขึ้นเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 854/2511) เป็นต้น

อย่างไรก็ดีแม้ความเห็นส่วนใหญ่จะนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่นมาใช้ประกอบในการตีความกฎหมายอาญาด้วย แต่ก็มีกรณีที่ศาลมิได้ยึดอยู่กับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายอื่น ๆ ในการให้ความหมายของบทกฎหมายนั้น ๆ ตัวอย่างที่ปรากฏในระบบกฎหมายอาญาของไทยก็เช่น

(1) คำว่า "เจ้าของสัตว์" ในพระราชบัญญัติสัตว์พาหนะสก 119 นั้น อาจหมายความถึงบุคคลผู้ได้สัตว์พาหนะมาโดยประการต่าง ๆ เป็นต้นว่าได้มาโดยลักถายักยอกได้ มิเช่นนั้นแล้วก็จะเป็นการแปลข้อความมิให้เป็นไปตามประสงค์แห่งพระราชบัญญัติ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 110/2466) ความเป็น "เจ้าของ" ในกรณีนี้ไม่เป็นไปตามหลักในกฎหมายแพ่ง

(2) การฆ่าบุคคลที่เจ้าพนักงานเรียกให้ช่วยจับคนร้ายเป็นความผิดฐานฆ่าเจ้าพนักงานตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 250 ข้อ 2 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดฆ่าคนโดยเจตนา ต้องตามลักษณะอย่างใดที่ว่าต่อไปในมาตรานี้คือ... (2) ฆ่าเจ้าพนักงานผู้ประจำหน้าที่หรือฆ่าเพราะเหตุที่กระทำการตามหน้าที่ก็ดี..." (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 265/2467, 92/2470 และ 172-173/2472) จะเห็นว่าศาลถือว่าราษฎรผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงานเป็นเจ้าพนักงานตามมาตรา 250 ข้อ 2 นี้ด้วย แต่ราษฎรเหล่านั้นย่อมไม่ใช่เจ้าพนักงานในทางกฎหมายปกครอง

(3) สามักรียากู้เงินเขาแล้วมอบโฉนดให้ยึดไว้เป็นประกัน ต่อมากรียาได้ลักเอาโฉนดมาจากเจ้าหนี้ แล้วนำที่ดินไปโอนขายให้แก่ผู้อื่น ตัดสินว่ากรียามีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 291 ซึ่งบัญญัติว่า "ทรัพย์สินอย่างใดก็ตามที่มอบไว้เป็นจำนำอยู่ในมือผู้อื่น และผู้รับจำนำมิได้อนุญาตให้เอาไป ถ้าแลผู้ใดจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นก็ตาม หรือมิใช่เจ้าของก็ตาม บังอาจเอาทรัพย์สินนั้นไปเสียโดยทุจริตไซ้รู้ท่านว่ามันมีความผิดฐานลักทรัพย์" (คำพิพากษาฎีกาที่ 923/2476) คดีนี้ศาลตีความคำว่า "จำนำ" โดยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 44

(4) ลูกจ้างลักทรัพย์ซึ่งอยู่ในความครอบครองของนายจ้าง แม้มิใช่ทรัพย์ของนายจ้างก็มีความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 294 (5) ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าหากว่าการลักทรัพย์ได้กระทำประกอบด้วยเหตุอย่างหนึ่งอย่างใด ดังว่าต่อไปในมาตรานี้คือ ... (5) ลักทรัพย์ของนาย หรือของผู้ที่เขาจ้างมันก็ดี ..." (คำพิพากษาฎีกาที่ 571/2497) คำว่า "ของ" ในกรณีนี้จึงไม่หมายความว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น

(5) การลักกระแสไฟฟ้าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาการที่ 877/2501) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 98 ทรัพย์หมายถึงวัตถุประสงฆ์ที่มีรูปร่าง แต่กระแสไฟฟ้าไม่มีรูปร่าง จากคำพิพากษาฎีกานี้ศาลเห็นได้ว่าทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 และ 335 มิได้มีความหมายอย่างที่ยกมาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 98 ⁴⁵

⁴⁴ ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เห็นว่า ตามคำพิพากษาฎีกาได้ตีความคำว่า "จำนำ" กว้าง คือ กินความถึงการมอบทรัพย์สินให้ไว้ในเจ้าหนี้ เพื่อความเชื่อมั่นในการลู่หนั้นจะใช้หนี้ด้วย หาได้มีความหมายจำกัดถึงลักษณะจำนำตามลักษณะเบ็ดเสร็จหรือประมวลกฎหมายแพ่งฯ ไม่ (ดู คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 1146).

⁴⁵ แต่ก็มีความเห็นเห็นว่าตามคำพิพากษาฎีกานี้ ศาลใช้หลักกฎหมายแพ่ง แต่ทรัพย์ตามมาตรา 334 และ 335 นี้หมายรวมถึงทรัพย์สินด้วย (ดู หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 877/2501).

(6) คำว่า "สืบสันดาน" ตามพจนานุกรม หมายความว่า สืบเชื้อสายมาโดยตรง และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1586, 1587, 1627 แสดงว่า บุตรบุญธรรม ย่อมมีฐานะแตกต่างกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมก็มีฐานะ ต่างกับบุพการีโดยตรงของบุตรบุญธรรมอยู่หลายประการ มาตรา 1568, 1627 เป็นบทบัญญัติ พิเศษให้สิทธิบางประการแก่บุตรบุญธรรมเท่านั้น จะต้องใช้โดยเคร่งครัด เฉพาะการตีความ ถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาเองก็ยังคงตีความโดยเคร่งครัดอีกด้วย หาขอบที่จำเป็นบท บัญญัติแห่ง ป.พ.พ. ดังกล่าวข้างต้นมาใช้ในการตีความคำว่า "ผู้สืบสันดาน" ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 71 วรรค 2 ด้วยไม่ บุตรบุญธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานกระทำต่อ บุพการีตาม มาตรา 71 คดีจึงยอมความกันไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 956/2509)

(7) ลักษณะความผิดฐานออกเช็คโดยเจตนาที่จะมิให้มีการใช้เงินตามเช็คหรือฐาน ออกเช็คโดยรู้อยู่แล้วว่าในขณะที่ออกเช็คไม่มีเงินในบัญชีอันจะพึงจ่ายให้ได้นั้น สาธารณคดีของ ความผิดทั้งสองฐานนี้ อยู่ที่วันออกเช็คคือวันที่สั่งให้ธนาคารจ่ายเงินตามเช็คนั้น ถ้าเช็ครายใดผู้ ออกเช็คไม่ได้ลงวันที่ออกเช็ค ก็ไม่มีทางที่จะให้ผู้ออกเช็คทราบได้ว่าจะมีการใช้เงินตามเช็ค นั้น หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เช็คที่ไม่มีวันออกเช็คถือว่าไม่มีวันที่ผู้ออกเช็คกระทำความผิด แม้ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 910 ประกอบมาตรา 989 จะให้สิทธิผู้ทรงเช็คไว้ว่า ถ้าเช็ค รายใดมิได้ลงวันที่ออกเช็ค ผู้ทรงโดยชอบด้วยกฎหมายคนหนึ่งคนใดทำการโดยสุจริตจะจดวันที่ ถูกต้องแท้จริงลงก็ได้ นั้น กฎหมายเพียงแต่ให้เช็คฉบับนั้นเป็นเช็คที่มีรายการสมบูรณ์ตามกฎหมาย พ้องร้องบังคับคดีกันได้ในทางแพ่งเท่านั้น แต่หาผลที่จะลงโทษผู้ออกเช็คในทางอาญา ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2497 มาตรา 3 อนุมาตรา (1) และ (2) ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 89-90/2513)

(8) จำเลยเล่นการพนันเอาสายยางกัน แม้สายยางนั้นจะเป็นทรัพย์สินตามความ หมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 99 แต่ก็ยังเป็นสายยางหรือยางรัดที่ใช้แล้ว เจ้าของได้สละละทิ้งมิได้หวงแหนเก็บไว้ใช้อีกต่อไป ไม่ใช่สายยางหรือยางรัดที่จำเลยซื้อมา สำหรับใช้เป็นสินพนันโดยตรง จำเลยเพียงแต่เก็บเอาทรัพย์สินที่มีมูลค่าน้อย และเจ้าของทิ้งแล้ว มาใช้เป็นอุปกรณ์การเล่น เพื่อให้รู้ว่าใครแพ้ใครชนะเท่านั้น ยังไม่พอถือว่าเป็นสินพนัน จึงยัง ถือไม่ได้ว่าการเล่นของจำเลยเป็นการเล่นพนันเอาทรัพย์สินกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 2473/

2515) กรณีศาลตีความว่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินที่เป็นสินพินันตามพระราชบัญญัติการพินัน ๗ เสมอไป

จากตัวอย่างที่หยิบยกมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการตีความเพื่อรับใช้กฎหมายอาญานั้นศาลมิได้ตีความถ้อยคำในกฎหมายอาญาอย่างเป็นอิสระ โดยปราศจากการคำนึงถึงหลักเกณฑ์ของเรื่องนั้น ๆ ในกฎหมายอื่นเสียทีเดียว แต่ศาลจะนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่น ๆ ในเรื่องนั้นมาประกอบในการตีความบทกฎหมายอาญาอยู่ด้วยเสมอ ๆ และในทางกลับกัน ศาลก็มิได้นำหลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่น ๆ มาใช้กับกฎหมายอาญาในทุกกรณี มีบ่อยครั้งที่ศาลตีความเพื่อให้บทกฎหมายนั้นครอบคลุม หรือไม่ครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยศาลมิได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายอื่นในเรื่องนั้น ๆ กรณีจึงเป็นได้ว่า ในการตีความบทกฎหมายอาญา ในกรณีหนึ่ง ๆ การให้ความหมายของบทกฎหมายอาญาที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างไปจากความหมายของถ้อยคำนั้น ๆ ในบทกฎหมายอื่น จะทำให้ผลของการตีความแตกต่างไปจากการตีความบทกฎหมายอาญานั้น โดยยึดความหมายของถ้อยคำอย่างเดียวกับความหมายที่ปรากฏในกฎหมายอื่น ๆ

ในความเป็นจริงอาจกล่าวได้ว่า แท้จริงแล้วกฎหมายอาญาไม่อาจเป็นระบบกฎหมายที่เป็นอิสระโดยไม่เกี่ยวข้องข้องกับกฎหมายอื่นได้ เพราะกฎหมายจำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องกันทั้งหมด คงเป็นไปได้ที่จะสร้างลักษณะเฉพาะในหลักเกณฑ์ทางกฎหมายอาญาโดยสมบูรณ์ได้ จะเห็นได้จากตัวอย่างที่ยกมาในส่วนที่การตีความกฎหมายอาญามิได้ยอมรับหลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่นมาใช้ทั้งหมด เมื่อพิจารณาตัวอย่างเหล่านี้โดยละเอียดแล้วจะพบว่ามีการนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่น ๆ มาใช้อยู่ด้วย เพียงแต่ไม่นำมาใช้ทั้งหมดเท่านั้นเอง ลักษณะเช่นนี้จะเรียกว่ากฎหมายอาญามีความเป็นอิสระในเนื้อหาของหลักเกณฑ์อย่างแท้จริงคงไม่ได้

ถ้าพิจารณาในแง่ประโยชน์ที่จะได้จากความเป็นอิสระในเนื้อหาของหลักเกณฑ์จะเห็นได้ว่ามีประโยชน์อยู่เช่นเดียวกัน กล่าวคือ อาจทำให้กฎหมายอาญาปรับใช้ได้ดีขึ้น บรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายทางอาญามากขึ้น และแน่นอนการได้ประโยชน์ในลักษณะเช่นนี้ถ้านำไปใช้ในทางลงโทษแก่จำเลยย่อมเสี่ยงต่อการทำลายหลักประกันในสิทธิเสรีภาพที่จะได้รับจากบทกฎหมายอาญา เพราะจะทำให้กฎหมายอาญาคาดหวังความแน่นอนได้ยาก วันไว้แต่ในบางเรื่องจะเห็นได้ชัดว่ากฎหมายอาญามีลักษณะเฉพาะเช่นนั้นจริง ๆ



แม้จะยอมรับในข้อที่ว่าในกฎหมายอาญาจะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่นมาใช้ เพื่อให้เกิดความแน่นอนนั้น จะต้องตระหนักต่อไปอีกว่า หลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่นที่จะนำมาใช้นั้น จะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างแน่นอนด้วย ซึ่งก็คือหลักเกณฑ์ที่ได้จากการตีความตามทฤษฎี อำนาจจิต (Subjective Theory) นั่นเอง มิฉะนั้นแล้วก็จะหาความแน่นอนในกฎหมาย อาญาได้ยาก ถ้าหลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่นที่จะนำมาใช้ไม่มีความแน่นอนเสียแล้ว

ฉะนั้นไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ของความเป็นไปได้หรือประโยชน์ในแง่ของการเป็นหลัก ประกันในสิทธิเสรีภาพของบทกฎหมายอาญา ก็ควรยอมรับว่า โดยหลักแล้วการตีความบทบัญญัติ ของกฎหมายอาญาจะไม่มีความเป็นอิสระในเนื้อหาที่เป็นหลักเกณฑ์ แต่ต้องพิจารณาตาม หลักเกณฑ์ในกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะต้องเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้จากการตีความกฎหมายอื่นนั้น ตามทฤษฎีอำนาจจิต (Subjective Theory) ด้วย เว้นแต่ในกรณีที่ได้เห็นได้ชัดว่า กฎหมาย อาญาในกรณีนั้น ๆ มีลักษณะเฉพาะจริง ๆ ก็ควรยอมรับเป็นข้อยกเว้นที่ให้กฎหมายอาญามี หลักเกณฑ์ลักษณะเฉพาะเช่นนั้นได้ แต่ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงความเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพ ของบทบัญญัติกฎหมายอาญาอยู่เสมอ

4.3 การให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบด้านจิตใจและองค์ประกอบภายนอกในการตีความ กฎหมายอาญาของไทย

การให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบด้านจิตใจและองค์ประกอบภายนอกที่มีผลต่อการ ตีความกฎหมายอาญาในระบบกฎหมายไทย จะพิจารณาตามตัวอย่างในเรื่องที่ได้กล่าวมาแล้วใน ข้อ 3.3 คือ การลงมือกระทำความผิด การพยายามที่ไม่สามารถบรรลุผล และการเป็นตัวการ ในการกระทำความผิด

(1) ผลในเรื่องการลงมือกระทำความผิด

การลงมือกระทำความผิดจะเริ่ม เมื่อมีเจตนาที่จะละเมิดในสิ่งที่กฎหมาย ประสงค์จะคุ้มครองแสดงออกแล้ว พร้อมทั้งมีการกระทำที่แสดงให้เห็นอันตรายที่ควรต้องปราบปราม

ด้วยการลงโทษด้วย⁴⁶ ทางด้านเจตนา นั้นจะพิจารณาแต่การกระทำที่เป็นความผิดไม่ได้ แต่ในบางกรณีอาจต้องอาศัยพฤติการณ์อื่น ๆ ประกอบด้วย ทางด้านการกระทำที่จะถือว่าได้ปรากฏอันตรายแล้วนั้นจะต้องพิจารณาจากการให้ความสำคัญในสัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างองค์ประกอบด้านจิตใจและองค์ประกอบภายนอกที่ปรากฏให้เห็น ตัวอย่างเช่น

(ก) การลงมือในความผิดฐานฆ่าคนตาย

เมื่อปรากฏว่าผู้กระทำความผิดเจตนาฆ่า ถ้าให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบด้านจิตใจ (subjective) มากเกินไป จะทำให้ลงโทษการกระทำนั้นทั้ง ๆ ที่ยังห่างไกลต่อผลหรือยังไม่ปรากฏอันตรายเพียงพอ เช่น จำเลยกับ พ. เป็นคนอริกัน จำเลยถือปืนบรรจุกระสุนจ้องเข้าไปในบ้าน พ. ๆ รู้ตัวได้หลบจากเรือนแอบเสียว จำเลยเข้าไปใกล้ พ. สัก 2 ศอก ยังไม่เห็น พ. ๆ จึงเข้าแย่งปืนจากจำเลย ๆ ทั้งปืนหนีไป ตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานพยายามฆ่าคน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 161/2460)⁴⁷ หรือถ้าให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอก (objective) มากเกินไป จะทำให้ความรับผิดชอบแคบไป ไม่ลงโทษทั้ง ๆ ที่ปรากฏเจตนาและการกระทำที่เป็นอันตรายเพียงพอแล้ว เช่น จำเลยมาพบผู้เสียหายที่บ่อน้ำ ผู้เสียหายพูดกับจำเลยเรื่องทำร้ายหลานชายผู้เสียหายซึ่งเป็นใบ้ จำเลยไม่พอใจผู้เสียหาย และพูดว่าเดี๋ยวยิง ผู้เสียหายทำให้ยิงจำเลยจึงควักปืนออกมา ปากกระบอกหันจากเอวยังไม่หันหันมาทางผู้เสียหาย ก็ถูกผู้เสียหายแย่งไปได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1647/2512)⁴⁸ ขณะที่เจ้าพนักงานตำรวจเข้าจับกุมจำเลย จำเลยได้ชักอาวุธปืนสั้นออกจากเอว แล้วกระชากลูกเลื่อนเพื่อให้กระสุนเข้าลำกล้อง แต่เจ้าพนักงานตำรวจวิ่งเข้ามาขัดขวางป้องกันมิให้จำเลยกระชากลูกเลื่อนได้ และแย่งปืนจากจำเลยไป (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1120/2517) จำเลยชักปืนลูกซองสั้นจากเอวแต่ยังมีหัน

⁴⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 296.

⁴⁷ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เห็นว่า ไม่น่าเป็นการพยายามกระทำผิด (ดู คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 521).

⁴⁸ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า น่าจะเป็นการลงมืออันเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าแล้ว (ดู คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 329).

ยกป็นจ้องไปทางผู้เสียหายก็ถูกตีเป็นหลวมมือ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1786-1787/2518) เหล่านี้
ยังไม่เป็นความผิดฐานพยายามฆ่า

แนวทางการตีความที่ควรในเรื่องนี้ จะต้องพิจารณาให้มีความสำคัญ
ต่อองค์ประกอบด้านจิตใจ (subjective) และองค์ประกอบภายนอก (objective) ให้ได้
สัดส่วนที่เหมาะสมกัน เช่น จำเลยยกป็นลูกของบรรจจ้องไปทางผู้เสียหายจะยิง แต่มีผู้ห้ามกอด
จำเลยไว้ ผู้เสียหายวิ่งหนีพ้น แม้ไม่ได้ความว่าเป็นชั้นนกนิ้วมืออยู่ไกลป็น ก็ป็นพยายามฆ่าคนแล้ว
(คำพิพากษาฎีกาที่ 1746/2518)⁴⁹ หรือกรณีที่ปรากฏว่ามีเจตนาฆ่า เพียงแต่ควักป็นขึ้นมาจาก
จากเสื้อหรือกระเป๋า โดยยังไม่ต้องจ้องเล็งไปยังผู้เสียหาย ก็ป็นการเพียงพอที่จะถือว่าได้ลง
มืออันป็นการพยายามกระทำความผิดได้แล้ว⁵⁰ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เน้นเจตนามากเกินไปด้วย กล่าว
คือ ถ้าการกระทำยังไม่ปรากฏอันตรายเพียงพอ แม้มีเจตนาที่ไม่ควรลงโทษการกระทำนั้น เช่น
การที่บุคคลสมคบกันถืออาวุธป็นไปด้อมมองหาช่องจะยิงเขา แต่ยังไม่มีโอกาสที่จะยิงได้ เพราะ
ยังมองไม่เห็นตัว และช่องทางที่จะยิงก็ยังไม่ มี ทั้งประสุนป็นก็ยังไม่ได้รับความแ่นว่าบรรจแล้ว
กรียาเพียงเท่านี้ยังไม่ใกล้ชิดกับเหตุพอที่จะป็นกรียาพยายามฆ่าคนตามกฎหมาย (คำพิพากษา
ฎีกาที่ 464/2467) จำเลยไม่พอใจหาว่าผู้เสียหายป็นกรรมการตัดสินการแข่งขันฟุตบอลไม่
ยุติธรรม จึงกลับไปบ้าน นำเอาอาวุธป็นสั้น มีกระสุนบรรจอยู่ แล้วขับรถจักรยานยนต์เข้าไป
จอดในสนามฟุตบอลทางผู้เสียหายประมาณ 3 เมตร จำเลยหยิบป็นจากใต้เบาะรถเดินเข้าไป
หาผู้เสียหาย อาวุธยังอยู่ในช่องป็น แม้จำเลยถือป็นโดยปากกระบอกชี้มาทางผู้เสียหาย แต่ก็ยังไม่
ได้จ้องป็นมาทางผู้เสียหาย ผู้เสียหายเข้าแย่งป็นเสียก่อน การกระทำของจำเลยยังไม่ถึงขั้น
ลงมือกระทำความผิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 2604/2526) ป็นต้น

⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 556/2502, 147/2504 และ 1765/2521 ตัดสินทำนอง
เดียวกัน

⁵⁰ คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 36 และ เกียรติขจร
วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 362.

(ข) การลงมือในความผิดฐานลักทรัพย์

การจะถือว่าเป็นการลงมือกระทำผิดฐานลักทรัพย์ จะต้องปรากฏ เจตนาที่จะลักทรัพย์ และการกระทำที่เป็นอันตรายต่อกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองในทรัพย์ นั้นด้วย ในการกระทำหนึ่ง แม้ปรากฏเจตนา แต่ถ้าให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอก (objective) มากเกินไป ก็จะไม่ลงโทษการกระทำที่น่าจะเป็นอันตรายแล้ว เช่น จำเลยตั้งใจจะเข้าทำการลักทรัพย์ที่ฝังอยู่ที่พื้นโบสถ์ พอผลักประตูโบสถ์ก็มีคนร้องขึ้น จำเลยเลยถอย ออกมาแล้วถูกไล่จับตั้งนั้น ได้ชื่อว่ายังห่างไกลต่อผลสำเร็จแห่งความผิด ไม่เป็นพยายามลักทรัพย์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 832/2483)

จากความไม่เหมาะสมของการให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอก มากเกินไป ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 832/2483 การตีความในเรื่องนี้จึงน่าจะให้ความสำคัญ ต่อองค์ประกอบด้านจิตใจมากขึ้น เมื่อปรากฏเจตนาที่จะลักทรัพย์ แม้ผลจะห่างไกลออกไปบ้าง ก็ควรลงโทษแล้ว เช่น จำเลยรู้ว่า ก. มีเงินติดตัวมาจึงชวนไปบ้านและออกอุบายหน่วงไว้จนจำเลยไปชวนผู้ร้าย 3 คนมีอาวุธคอยดักที่ประตู ครั้น ก. ลากลับลงมาเห็นพวกผู้ร้าย 3 คน ผิดสังเกตก็กลับหลังวิ่งไป จำเลยก็ไปบอกพวกและพากันวิ่งไล่ ก. ไปจนถึงรั้วบ้าน ป. ก. ลอดรั้วบ้าน ป. เข้าไปได้ร้องระบุว่าพวกจำเลยจะแย่งเงิน จำเลยจึงหยุด จำเลยก็ยังมี ความผิดฐานพยายามแย่งชิงเงิน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 331/2465) ในเวลากลางคืนประมาณ 2 นาฬิกา จำเลยมีส่วนเข้าไปในรั้วบ้านเจ้าทรัพย์และเตรียมลงมือคลำหาที่เจาะประตู เสียง ดึงแก็ก ก็พอดีตำรวจตรวจผ่านมาได้ยินและพบเข้า จำเลยจึงวิ่งหนีลงมาจาก เรือนและถูกจับได้ ตำรวจไปสอบถามเจ้าทรัพย์ ได้ความว่าไม่มีอะไรเสียหาย และประตูเรือนก็มิได้ถูกงัด ตั้งนี้ถือ ว่าพ้นขั้นเตรียมเข้าขั้นลงมือกระทำผิดแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกา 903/2480) จำเลยเอาไม้ ทำบันไดพาดหน้าต่างข้างนอกบ้านเจ้าทรัพย์ แล้วปีนขึ้นไปหน้าต่าง เอาส่วเริ่มเจาะเพื่อ ถอดกลอน ทันใดนั้น ตำรวจมาพบเข้าจึงหนีไปตั้งนี้ ต้องมีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ใน เคหสถาน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 152/2481) จำเลยเอาพะองพาดกับรั้วติดกับฝาห้อง แล้วปีนขึ้นไป อยู่บนหลังคากันสาด กำลังเหนียวจะขึ้นระเบียงเรือนตรงหน้าต่างไว้ทรัพย์ เพื่อทำการ ลักทรัพย์ เผอิญตำรวจมาพบเข้าจึงหนีไป ตั้งนี้จำเลยมีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 246/2482) จำเลยปีนขึ้นไปบนม้า แล้วใช้มือโหนประตูจะปีนเข้าไปใน บริษัท เผอิญได้ยินเสียงบังโคลนรถจักรยานของตำรวจกระทบกันตั้งขึ้น จำเลยทำการลักทรัพย์

ไม่สำเร็จก็พากันหนีไปตั้งนี้ เป็นการกระทำชั้นพยายามลักทรัพย์แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1950/2495) ใช้เส้นลวดซึ่งกันสะพานบนถนนคักรถที่ผ่านมาให้ชนเพื่อเอาทรัพย์ มีผู้ขับรถ 6 ล้อมาเห็นเส้นลวด และหยุดได้ห่าง 3 วา เป็นความผิดฐานพยายามปล้นทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1465/2519)

แม้จะให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบด้านจิตใจมากขึ้น แต่ขณะเดียวกันก็ยังคงต้องให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอกที่ปรากฏอันตรายควบคู่ไปด้วย ดังนั้นหากการกระทำยังห่างไกลต่อผลมากก็ไม่ควรลงโทษ เช่น จำเลยกล่าวหาว่าผู้เสียหายชกต่อน้องชายจำเลย ขอให้ไปพบน้องชายจำเลยที่วัด เมื่อไปถึงหลังโบสถ์ ผู้เสียหายกับจำเลยนั่งคอยอยู่ราว 10 นาที มีตำรวจมาพบและค้นตัวบุคคลทั้งสอง ผู้เสียหายเล่าเรื่องให้ฟัง ตำรวจจึงจับจำเลยจำเลยรับว่าจำเลยกับพวกลวงผู้เสียหายมาเพื่อชิงทรัพย์ เช่นนี้จำเลยยังมีทันได้กระทำการอันใดที่จะถือว่าลวงมือกระทำการลักทรัพย์ ก็มีตำรวจมาค้นตัวและจับจำเลยไปเสียก่อน ยังถือไม่ได้ว่าจำเลยกระทำผิดฐานพยายามลักทรัพย์ผู้เสียหาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 911/2518) เป็นต้น

(2) ผลในเรื่องการพยายามที่ไม่สามารถบรรลุผล

ในเรื่องการพยายามที่ไม่สามารถบรรลุผล ถ้าคำนึงถึงองค์ประกอบภายนอก (objective) เป็นสำคัญ จะไม่ลงโทษการกระทำดังกล่าวนี้ทั้งหมด แต่ถ้าคำนึงถึงองค์ประกอบด้านจิตใจ (subjective) เป็นสำคัญก็จะลงโทษการกระทำดังกล่าวนี้ทั้งหมด ในการตีความการพยายามทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลในสมัยที่ใช้กฎหมายลักษณะอาชญาวิธี. 127 ศาลไทยมิได้ให้ความสำคัญไปในทางหนึ่งทางใด แต่ได้ตีความในลักษณะประนีประนอมแนวคิดทั้งสอง กล่าวคือ ถ้าเป็นการพยายามที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยไม่เค็ดขาดหรือโดยบังเอิญ จะลงโทษฐานพยายามตามแนวคิดทางด้าน subjectivist แต่ถ้าเป็นการพยายามที่

⁵¹ ความรับผิดฐานพยายามมีบัญญัติไว้ในมาตรา 60 ว่า "ผู้ใดพยายามจะทำความผิด แต่หากมีเหตุอันพ้นวิสัยของมันจะป้องกันได้ มาขัดขวางมิให้กระทำลงไซ้ร้ ท่านว่ามันควรรับอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น แบ่งเป็นสามส่วน ให้ลงโทษอาญาแต่สองส่วน"

ไม่สามารถบรรลุผลโดยเค็ดชาหรือโดยแน่แท้จะไม่ลงโทษฐานพยายามตามแนวคิดทางด้าน
objectivist

(ก) การพยายามที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยบังเอิญ ที่ลงโทษตามแนวคิด
ด้าน subjectivist ถือว่าเป็นการกระทำที่อาจเกิดผลขึ้นได้และเป็นอันตรายแล้ว เมื่อมี
เจตนาและได้ลงมือกระทำผิดแล้วก็ควรได้รับโทษ

ในกรณีที่ไม่สามารถบรรลุผลโดยบังเอิญ เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมาย
กระทำต่อตัดสินว่า การใช้ปืนยิงเข้าไปที่มุ้งซึ่งคนเคยนอนโดยเจตนายังคน แต่กระสุนปืนเด้งสูง
ไป ไม่ถูกคนซึ่งนั่งอยู่ที่ข้างที่นอนนั้น ฝืนฐานพยายามฆ่าคนโดยเจตนา (คำพิพากษาฎีกาที่
288/2471) ลอบไขกุญแจเข้าไปในห้องโดยเข้าใจว่ามีทรัพย์และเจตนาจะลักแต่ถูกจับเสียก่อน
ถึงแม้ห้องนั้นจะปรากฏว่าเป็นห้องเปล่า ไม่มีทรัพย์อย่างไรก็ต้องมีความฝืนฐานพยายามลักทรัพย์
(คำพิพากษาฎีกาที่ 925/2474) จำเลยมีอาวุธเข้าทำการขู่ขีดย. ย.ให้ส่งเงินให้จำเลย โดย
จำเลยยกปืนขึ้นจะยิง ย. ย.บอกว่าไม่มีเงิน จำเลยไม่เชื่อ เข้าค้นตัว ย. แต่ไม่ได้อะไร
จำเลยมีความฝืนฐานพยายามชิงทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 207/2477) จำเลยสมคบกันไป
เจาะและขุดพระเจดีย์เพื่อจะเอาทรัพย์ แต่เจ้าพนักงานจับได้เสียก่อน ดังนั้นจำเลยมีความฝืน
ฐานพยายามลักทรัพย์ โดยโจทก์ไม่ต้องนำสืบว่าในพระเจดีย์นั้นมีทรัพย์ซ่อนฝังอยู่หรือไม่ (คำ
พิพากษาฎีกาที่ 438/2481) การพยายามลักทรัพย์หรือชิงทรัพย์นั้น แม้จะปรากฏภายหลังว่า
ทรัพย์ไม่มีอยู่ก็ไม่ทำให้พ้นความรับฝืนฐานพยายาม (คำพิพากษาฎีกาที่ 172/2491)

ในกรณีที่ไม่สามารถบรรลุผลโดยบังเอิญ เพราะเหตุแห่งปัจจัยที่ใช้ใน
การกระทำผิด ตัดสินว่า ยกปืนขึ้นประทับยิงเขาในระยะห่างเพียง 4 วา สับนกแก้วแตกเป็น
ประกายไฟแล้ว แต่กระสุนไม่ลั่น (คำพิพากษาฎีกาที่ 619/2469) ยกปืนขึ้นประทับและได้สับนก
ปืนยิงผู้อื่นแล้ว แต่ปืนไม่ลั่นเพราะกระสุนชดล้าล้องเสีย (คำพิพากษาฎีกาที่ 189/2477) ใช้
อาวุธปืนจ้องยิงตำรวจ หากแต่ปืนนั้นมีปลอกกระสุนคาล้าล้องอยู่ แม้จะปรากฏว่าปืนนั้นจะยิงได้
ต่อเมื่อเอาปลอกกระสุนออกแล้วก็ตาม (คำพิพากษาฎีกาที่ 635/2486) ใช้ปืนแก๊บยิงเขา แก๊บ
แตกกระสุนไม่ลั่น เพราะบรรจุไว้นานดินปืนขึ้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 1434/2498) เหล่านี้
เป็นความฝืนฐานพยายามฆ่า เป็นต้น

(ข) การพยายามที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ ที่ไม่ลงโทษตามแนวคิดด้าน objectivist ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่อาจเกิดผลที่เป็นอันตรายขึ้นได้เลย แม้มีเจตนากระทำผิดก็ไม่ควรได้รับโทษ

ในกรณีที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ตัดสินว่า ข้อสิ่งที่ตนคิดว่าเป็นผิดเกินมาซ่อนไว้ แต่ความจริงนั้นเป็นอย่างไร ผู้ชายหลอกชายให้มา ดังนั้นมีความผิดฐานพยายามไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 34/129) ชุดพื้นโบสถ์วัดร้างซึ่งชำรุดทรุดโทรมมาก มีต้นไม้ขึ้นปกคลุมจนไม่รู้ว่าเป็นวัด ทั้งไม่มีผู้ใดมาเคารพบูชาช้านานแล้ว เพื่อหาของโบราณ โดยจำเลยคาดคะเนว่าอาจจะมีฝังอยู่ แต่ก็ไม่มีใครรู้ว่าจะมีอะไร ดังนั้นไม่ผิดฐานพยายามลักทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 995/2475) ชุดพัทธสีมาวัดร้าง โดยประสงค์จะหาเงินซึ่งจำเลยคาดคะเนว่าอาจมีอยู่ แต่ก็ไม่เป็นการแน่นอนและจำเลยไม่มีเจตนาจะเอาทรัพย์อื่น เมื่อชุดลงไปหาพบเงินไม่ พบแต่วัตถุอย่างอื่น แล้วมีผู้มาพบ จำเลยจึงกลับไป ดังนั้นไม่มีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 427/2476)

ในกรณีที่ไม่สามารถบรรลุผลโดยแน่แท้ เพราะเหตุแห่งปัจจัยที่ใช้ในการกระทำผิด ตัดสินว่า วางยาพิษ แต่จำนวนยาที่วางนั้นไม่มากพอที่จะให้คนตายได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1076/2456) ใช้ปืนยิงเขาบาดเจ็บ แต่เป็นปืนที่ไม่อาจยิงคนให้ถึงตายได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 321/2491) ใช้ปืนพกถูกขอยิงในระยะใกล้กระสุนฝังอยู่ต้น ๆ ไม่ปรากฏว่าเป็นปืนชนิดที่ยิงให้ตายได้หรือไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 727/2496) เหล่านี้ไม่เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าเป็นต้น

จากการตีความมาตรา 60 กฎหมายลักษณะอาญา โดยไม่ลงโทษการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลโดยเด็ดขาดหรือโดยแน่แท้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1076/2456, 321/2491 และ 727/2496) เมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาด้วยอิทธิพลของ

subjectivist ทำให้มีการบัญญัติมาตรา 81⁵² แห่งประมวลกฎหมายอาญาขึ้น เพื่อให้ลงโทษ การกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลอย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่ง วัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ แต่ให้ลงโทษเบาลง ส่วนการกระทำที่เคยเป็นความผิดตามกฎหมาย ลักษณะอาญามาตรา 60 เดิมก็ยังคงเป็นความผิดฐานพยายามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ในปัจจุบัน เช่น กระสุนปืนที่ใช้ยิงด้านไม่ลั่น (คำพิพากษาฎีกาที่ 980/2502, 711/13, 783/2513, 2036/2519 และ 1623/2527) กระสุนปืนชัลดากล้อง (คำพิพากษาฎีกาที่ 55/2515) ยิงปืนไปที่ผู้เสียหายเคยนอน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1446/2513) ยิงปืนไปที่บุตร ผู้เสียหายเคยนอนโดยเชื่อว่าผู้เสียหายนอนอยู่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3543/2526) เหล่านี้เป็น พยายามตามมาตรา 80

แม้มาตรา 81 จะให้ลงโทษการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่าง แน่แท้ตามแนว subjectivist เช่น ใช้ระเบิดขวดที่มีกำลังอ่อนไม่อาจทำให้ตายได้ (คำ พิพากษาฎีกาที่ 1720/2513) อาวุธปืนที่ยิงไม่อาจทำให้ผู้ถูกยิงถึงตายได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1361/2514, 281/2517 และ 1480/2520) เหล่านี้เป็นพยายามตามมาตรา 81 แต่อิทธิพล ของ objectivist ก็ยังคงมีอยู่ในการตีความมาตรา 81 อยู่เช่นกัน กล่าวคือ ยังมีความเห็น ว่า แม้มาตรา 81 จะให้การกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้เป็นความผิดฐานพยายาม แต่ก็ยังคงมีการแยกกรณีที่เป็นกรรชาตองค์ประกอบความผิดที่ไม่อาจเป็นความผิดแม้เพียง พยายามออกไปจากการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลโดยแน่แท้ เช่น การยิงศพ ย่อมไม่เป็น พยายามฆ่าคน เพราะไม่มีคนที่จะเป็นองค์ประกอบ การลักทรัพย์ของตนเองไม่ผิดฐานพยายาม ลักทรัพย์ เพราะไม่มีทรัพย์ของผู้อื่นเป็นองค์ประกอบ การข่มขืนกระทำชำเราภรรยาตนเองโดย เข้าใจว่าเป็นคนอื่น ไม่ผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา เพราะไม่มีหญิงอื่นเป็นองค์ประกอบ

⁵² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่ง กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุแห่ง ปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำ ความผิด แต่ให้ลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ถ้ากระทำได้กล่าวไว้ในวรรคแรก ได้กระทำไปโดยความเชื่ออย่างงมงาย ศาลจะ ไม่ลงโทษก็ได้"

หรือทำแห่งหนึ่งที่ไม่ได้ตั้งครรภักดิ์ไม่เป็นพยายามทำแห่ง เพราะไม่มีเหตุมีครรภักดิ์เป็นองค์ประกอบเป็นต้น⁵³

ส่วนทางด้าน subjectivist จะเห็นว่า การกระทำที่ผู้กระทำมุ่งต่อ ผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าเป็นการไม่บรรลุผลเพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ หรือปัจจัยที่ใช้ในการกระทำผิดแล้ว เช่นตามตัวอย่างข้างต้น จะเป็นความผิดฐานพยายามตามมาตรา 81 ทั้งสิ้น เพราะการพยายามกระทำความผิดเป็นความรับผิดที่ขาดองค์ประกอบอยู่แล้ว ความรับผิดฐานพยายามต้องพิจารณาเจตนาเป็นสำคัญ⁵⁴

ผู้เขียนเห็นว่า การตีความมาตรา 81 นี้ แม้ควรจะตีความตามแนว subjectivist เพราะบัญญัติความรับผิดตามแนว subjectivist แต่ก็ไม่ควรใช้แนว subjectivist จนกระทั่งละเลยองค์ประกอบภายนอก (objective) เสียเลย ที่ถูกต้องแล้ว ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาจะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบภายนอกด้วยเสมอ กล่าวคือ ในกรณีเช่นนี้ แม้ผู้กระทำจะมีเจตนามุ่งต่อผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และการกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อกก็ตาม แต่ถ้าตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้น ไม่มีองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติไว้ที่จะทำให้เป็นความผิดได้ การกระทำนั้นก็ไม่ควรเป็นความผิด การกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิดย่อมจะมีการลงมือกระทำความผิดไม่ได้โดยตัวเอง ฉะนั้น การยิงศพ โดยเข้าใจว่าเป็นคนที่มีชีวิตอยู่ การลักทรัพย์ของตนเองโดยเข้าใจว่าเป็นของผู้อื่น การข่มขืน

⁵³ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 146-147 และจิตติ ดิงศภิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 350-353 และ 356-357.

⁵⁴ มีฟาสน์ โปตระนันท์, "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน และการขาดองค์ประกอบ", ตุลพาท 14 (เล่ม 6 มิถุนายน 2510) : 2-9. และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528) หน้า 136-138.

รายละเอียดในแนวคิดที่ให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบด้านจิตใจมากกว่า โปรดดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน", (วิทยานิพนธ์ หลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524).

กระทำซ้ำเราภรรยาของตนเองโดยเข้าใจว่าเป็นหญิงอื่น การทำแท้งหญิงโดยเข้าใจว่าหญิงมีครรภ์เหล่านี้ย่อมไม่เป็นความผิด แม้เพียงพยายามตามมาตรา 81 ดังตัวอย่างที่ศาลเคยตัดสินไว้ว่า ม.ถูกยิงแล้วตายทันที จำเลยพัน ม. เมื่อ ม. ตายแล้ว จำเลยไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 (คำพิพากษาฎีกาที่ 668-669/2521)

(3) ผลในเรื่องการเป็นตัวการกระทำผิด

ตามกฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา การที่บุคคลหลายคนจะเป็นตัวการกระทำผิดร่วมกันจะต้องประกอบด้วยการที่บุคคลนั้น (1) มีเจตนากระทำผิดร่วมกัน และ (2) มีการกระทำผิดร่วมกัน ทางด้านการมีเจตนาร่วมกันก็ดูจากพฤติการณ์ทั่วไป โดยผู้กระทำหลายคนนั้นต้องรู้และเจตนากระทำร่วมกัน โดยถือเอาการกระทำของผู้หนึ่งทั้งหมดเสมือนเป็นการกระทำของตนเอง กล่าวคือ เจตนาร่วมกันต้องมีตลอดถึงการกระทำทุกอันที่เป็นความผิด ผู้กระทำร่วมกันต้องรู้ถึงเจตนาของกันและกัน และเจตนาร่วมกันนั้นมีอยู่เพียงวาระใด การกระทำผิดร่วมกันก็มีได้เพียงวาระนั้น⁵⁵ ทางด้านการกระทำร่วมกันจะต้องพิจารณาจากการกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอก (objective) ที่มีการร่วมกันในระดับที่เหมาะสม เช่น

(ก) การเป็นตัวการในการกระทำผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย

เมื่อปรากฏว่ามีเจตนาร่วมกัน ถ้าเราให้ความสำคัญต่อการกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอกมาก (objectivist) จะทำให้การเป็นตัวการแคบเกินไป เช่น คุณพรคพวกไปทำร้ายเขา คนหนึ่งในพวกนั้นไปแทงเขาตาย คนอื่นในพวกนั้นผิดเพียงสมรู้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 579/128) สามคนสมคบกันไปทำร้ายเขา คนหนึ่งเข้าทำร้าย อีกสองคนยืนคอยอยู่ใกล้ ๆ อีกสองคนนั้นผิดเพียงสมรู้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 158/129) สมคบกันไปฆ่าเขาคคนหนึ่งมีปืน อีกสองคนมีมีดและไม้ คนมีปืนลอบยิงเขาตาย คนที่มีมีดและไม้ผิดเพียงฐานสมรู้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 791/2457) สองคนไปด้วยกัน คนหนึ่งส่งปืนให้อีกคนหนึ่ง แล้วคนนั้นยิงผู้อื่น

⁵⁵ จิตติ ตึงศัพท์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1, หน้า 421-422.

ตายโดยไม่ปรากฏว่าผู้ที่ส่งปืนนั้นได้มีสาเหตุต่อกัน ผู้ส่งปืนมีความผิดฐานสมรู้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 958/2462) สองคนคบกันไปทำร้ายเขา คนหนึ่งเอาปืนยิงเขาตาย อีกคนหนึ่งมิได้ทำอะไร คนที่เอาปืนยิงเขามีความผิดฐานเป็นตัวการฆ่าคน ส่วนคนที่มิได้ทำอะไรมีความผิดเป็นผู้สมรู้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1354/2462) ไปกับเขาเพื่อให้พรรคพวกมีใจป้ำมีผิดเพียงฐานสมรู้เท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 535/2463)

จากตัวอย่างข้างต้นเห็นว่าเป็นการให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอกที่เป็นการกระทำร่วมกันมากเกินไป การกระทำดังกล่าวน่าจะต้องรับผิดฐานเป็นตัวการแล้ว ตัวอย่างของการให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอกในระดับที่เหมาะสมก็เช่น กริยาที่จำเลยกั้นกลางพรรคพวกของผู้ตายไว้ เพื่อให้พรรคพวกของตนมีโอกาสมาร้ายผู้ตายได้โดยสะดวก จำเลยเป็นตัวการฆ่าคน (คำพิพากษาฎีกาที่ 424/2464) จำเลยกับพวกสมคบกันไปฆ่าเขา แต่จำเลยหาได้ลงมือทำร้ายไม่ เป็นแต่ล้อมผู้ตายไว้ และคอยระวังเหตุการณ์อยู่ข้างศาลา จำเลยผิดฐานเป็นตัวการ (คำพิพากษาฎีกาที่ 768/2465) สมคบกันไปยังเขา คนหนึ่งลงมือยิงอีกสองคนเป็นแต่ยืนอยู่ด้วยเพื่อช่วยเหลือไม่ได้ยิ่งด้วย เป็นตัวการฆ่าทั้งสามคน (คำพิพากษาฎีกาที่ 411/2466) จำเลยสามคนมาด้วยกันแล้วเข้าช่มอยู่ในที่ ๆ พอช่วยเหลือกันได้ เมื่อจำเลยคนหนึ่งทำร้ายเขาแล้ววิ่งหนี จำเลยอื่นก็วิ่งหนีตามไป จำเลยสองคนผู้มิได้ลงมือด้วยต้องผิดฐานเป็นตัวการคู่กัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 349/2474) คน 7 คนสมคบกันไป คนหนึ่งเข้าไปในห้องแล้วทำร้ายเขา ผู้ถูกทำร้ายหนีออกจากห้อง พรรคพวกอีก 6 คนที่ยืนอยู่หน้าห้อง กวดแกว่งอาวุธสกัดไม่ยอมให้ออกมา ผู้ถูกทำร้ายจำต้องถอยเข้าไปในห้องจนถูกทำร้ายซ้ำอีกถึงตาย ทั้ง 7 คน เป็นตัวการฆ่าคน (คำพิพากษาฎีกาที่ 259/2480) เมื่อเห็นผู้ตายชุลมุนกับเพื่อนจำเลย จำเลยก็ส่งมีดให้เพื่อนอีกคนหนึ่ง เพื่อนคนนั้นเข้าแทงผู้ตาย จำเลยเป็นตัวการในการทำร้าย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1062/2499) จำเลยทั้งสองร่วมวงเสพสุรากัน จำเลยที่ 2 พูดว่าจะทำร้ายผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 ไปหาผู้เสียหาย จำเลยที่ 1 ก็ตามไปด้วย และยืนอยู่ด้วย เมื่อจำเลยที่ 2 ถี่มีดตรงจะเข้าแทงผู้เสียหาย และวิ่งไล่แทงผู้เสียหายซึ่งยืนห่างในระยะ 1 วา สามารถจะทำร้ายได้ แต่ผู้เสียหายโคกหนีและวิ่งหนีขึ้น เรือนได้ทันจึงแทงไม่ได้สมความตั้งใจ จำเลยที่ 1 วิ่งไล่ไปด้วย จำเลยทั้งสองเป็นตัวการฐานพยายามทำร้ายร่างกาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 40/2509) จำเลยกับ อ. และ ว. เป็นพี่น้องกัน ก่อนเกิดเหตุราว 1



เคือน มีเรื่องชกต่อยกันระหว่างผู้ตายกับ ว. ในวันเกิดเหตุ จำเลยกับ ว. ได้ข่มขู่ในป่า อ. ไปแทงผู้ตาย แล้ววิ่งหนีมาทางที่จำเลยกับ ว. ข่มขู่ พอพวกของผู้ตายวิ่งตาม อ. มา จำเลยกับ ว. ก็ลุกขึ้นออกจากป่ายกปืนขึ้นขู่ห้ามมิให้พวกของผู้ตายไล่ตาม อ. ต่อไป ทั้งนี้จำเลยผิดฐานเป็นตัวการฆ่าผู้ตาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1376/2513) จำเลยอุทธรณ์ไปเพื่อการอนาจารพวกของจำเลยซึ่งคอยคุ้มกันชกชว้างไม่ให้ใครช่วยหญิง ได้ใช้ปืนยิงผู้ที่เข้าชกชว้างถือว่าจำเลยได้ร่วมกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เข้าชกชว้างนั้นด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1972/2516) จำเลยมาที่ร้านอาหารกับพวกเพราะมีเรื่องโต้แย้งกับ ก. พวกจำเลยเข้าทำร้าย ก. จำเลยอยู่ในที่เกิดเหตุและหนีไปกับพวก จำเลยเป็นตัวการฆ่าด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 167/2523) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ผู้ตีความก็ไม่ควรลดความสำคัญขององค์ประกอบภายนอกมากจนเกินไป เพราะจะทำให้การเป็นตัวการกว้างไปกว่าที่ควร เช่น สมคบกันไปฆ่าเขาคคนหนึ่งยืนอยู่ที่เชิงสะพาน อีกคนหนึ่งคอยอยู่ที่ห้องแถวห่างกันคนละแห่ง ผู้ตายเดินมา คนที่เชิงสะพานแทงเอาถึงตาย อีกคนหนึ่งที่อยู่ห้องแถวไม่ได้แตะต้องอะไรเลย เป็นตัวการทั้งสองคน (คำพิพากษาฎีกาที่ 734/2466) ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ คนที่คอยอยู่ที่ห้องแถวไม่น่าเป็นตัวการ เพราะมีเพียงเจตนาเท่านั้น แต่ไม่ปรากฏการกระทำภายนอกที่เป็นส่วนของการทำผิด และไม่อยู่ในที่เกิดเหตุที่พอจะช่วยเหลืออะไรกันได้ด้วย ไม่น่าจะเป็นการกระทำร่วมกัน

(ข) การเป็นตัวการในการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

ตัวอย่างของการให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอกมากจนทำให้การเป็นตัวการแคบเกินไป เช่น ต. ม. กับพวกได้จุดคร่านางสาว ค. ไป พอเวลากลางคืน ต. ได้ข่มขืนกระทำชำเรา ค. ทุกคืน และในเวลาที่พักอยู่นั้น ม. ได้อุปการะช่วยเหลือควบคุม ค. ไว้ ม. มีความผิดสมรู้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 222/2470) มาด้วยกัน และช่วยคุ้ยค้นทางห่าง 3 วา เพื่อให้เพื่อนทำอนาจารและหนีไปพร้อมกัน เป็นผิดฐานสมรู้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1740/2497)

จากตัวอย่างข้างต้น ถ้าลดความสำคัญขององค์ประกอบภายนอกลงมาสู่จุดที่เหมาะสมการกระทำดังกล่าวน่าจะเป็นตัวการแล้ว ดังที่ศาลเคยตัดสินไว้เช่น ค. ง. นุคหญิงไปให้ บ. นำไปในป่าและเผ่าอยู่ด้วย 2 คิน บ. ช่มขึ้นกระทำชำเราหญิง ค. ง. เป็นตัวการช่มขึ้นชำเราด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 484/2457) หญิงก็เป็นตัวการในความผิดฐานช่มขึ้นกระทำชำเราได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510, 59/2524 และ 374/2526) ก่อนเกิดเหตุจำเลยอยู่ในกลุ่มของพวกที่ร่วมกันช่มขึ้นกระทำชำเราผู้เสียหาย และขณะเกิดเหตุจำเลยนั่งอยู่กับพวกที่โตะใกล้ห้องน้ำที่เกิดเหตุ ถือเสื้อผ้าให้เพื่อนที่เข้าไปช่มขึ้นกระทำชำเราและเพื่อดูเจ้าหน้าที่ตำรวจแล้วแจ้งเหตุแก่ผู้กระทำผิด ถือได้ว่าจำเลยร่วมกระทำผิดแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1715/2528) จำเลยที่ 2 ได้ใช้มีดบังคับพาผู้เสียหายอายุไม่เกิน 13 ปี ไปยังห้องในอาคารเรียนที่มีค เมื่อกระทำชำเราเสร็จแล้ว ได้ขู่มิให้ลุกขึ้น แล้วออกจากห้องไป จำเลยที่ 1 ก็เข้ามากระทำชำเรา แม้วัยวะเพศของจำเลยที่ 1 มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จำเลยที่ 1 และ 2 ก็ต้องรับผิดชอบเป็นตัวการช่มขึ้นกระทำชำเราและมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิง (คำพิพากษาฎีกาที่ 3051/2525) แต่การตีความจะต้องไม่ลดความสำคัญขององค์ประกอบภายนอกมากเกินไป เช่น จำเลยที่ 1 ช่มขึ้นกระทำชำเราผู้เสียหายเพียงคนเดียว จำเลยที่ 2 ยังไม่ได้ช่มขึ้นกระทำชำเราด้วย เพียงแต่กอดจูบและกอดผู้เสียหายให้จำเลยที่ 1 ช่มขึ้นกระทำชำเราผู้เสียหายเท่านั้น ลักษณะการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงตัวการร่วมกระทำผิดช่มขึ้นกระทำชำเราด้วยกัน กรณีไม่เข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1202/2529) เป็นต้น

(ค) การเป็นตัวการในการกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์

เมื่อปรากฏว่ามีเจตนาร่วมกัน แต่ถ้าให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอกมาก (objectivist) จะทำให้การเป็นตัวการแคบเกินไป เช่น ร่วมรู้กับผู้วิ่งราวทรัพย์ และจอดรถสามล้อเครื่องติดเครื่องร่อยุ่ห่างจากที่เกิดเหตุ 1 เส้น ให้ผู้วิ่งราวทรัพย์ได้แล้วมาขึ้นรถที่จอดอยู่เป็นความผิดฐานสมรู้ ไม่ใช่ตัวการ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1322/2498) จำเลยที่ 3 ลักไม้กระดานจากใต้ถนนมากองไว้ จำเลยที่ 1 ที่ 2 จอดรถยนต์รอบรถทุกไม้อยู่ตรงที่กองไม้ ระหว่างที่จำเลยที่ 3 เข้าไปขนไม้อีก จำเลยที่ 1 และ 2 เป็นผู้สนับสนุน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1556/2518)

ตัวอย่างการเป็นตัวการที่ให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบด้านจิตใจ และองค์ประกอบภายนอกในสัดส่วนที่เหมาะสม เช่น สามคนสมคบกันไปปล้นทรัพย์ คนหนึ่งคอย อยู่ข้างล่าง อีกสองคนขึ้นไปบน เรือนและฆ่าเจ้าทรัพย์ตาย ทั้งสามคนเป็นตัวการปล้นทรัพย์และ ทำให้เจ้าทรัพย์ตาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 724/129)⁵⁶ จำเลยสมคบกับพวก 2 คนทำการชิงทรัพย์ แม้ในขณะนั้นจำเลยมิได้ลงมือทำการ เป็นแต่ยืนค้ำอยู่เพื่อคอยป้องกันพวกของตน จำเลยต้องมีความผิดฐานเป็นตัวการปล้นทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 253/2471) มิได้ลงมือทำการปล้น เพียงรับหน้าที่คอยแจ้งสัญญาณอันตรายให้พวกทราบเป็นตัวการปล้นทรัพย์แล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 565/2502) จำเลยที่ 1 บุกรุกเข้าไปพยายามลักทรัพย์ในเคหสถานของบุคคลซึ่งอยู่ชั้นบน ของสถานทูตเคนมารด์ ส่วนจำเลยที่ 2 คอยคู้ตันทงอยู่ข้างล่าง จำเลยที่ 2 เป็นตัวการ ลักทรัพย์ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 854/2507) จำเลยที่ 1 กระจกสรวัยค่อผู้เสียหายได้แล้ว วิ่งขึ้นไปนั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์ซึ่งจำเลยที่ 2 ดัดเครื่องรอกอยู่ในระยะห่าง 10 วาเศษ แล้วจำเลยที่ 2 ก็ขับรถพาหนีไป จำเลยที่ 2 เป็นตัวการวิ่งราวทรัพย์ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1315/2513) คนร้ายสองคนออกจากป่ามาแก้กระบือที่ผู้เสียหายผูกไว้หน้ากระท่อม ผู้เสียหาย แล้วจูงกระบือไปสมทบกับพวกอีกคนหนึ่งซึ่งอยู่ชายป่าห่าง 1 เส้น ไล่ตอนกระบือไปด้วยกัน ทั้ง สามคนเป็นตัวการปล้นทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2020/2519) จำเลยที่ 1 ที่ 3 เข้า ปล้นทรัพย์ในบ้านชายของ จำเลยที่ 2 เดินวนเวียนอยู่บริเวณหน้าร้านทำหน้าที่คอยคู้ตันทง จำเลยที่ 2 เป็นตัวการปล้นทรัพย์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 321/2521) จอดรถคอยอยู่ที่ปากซอย บ้านผู้เสียหาย พวกที่ไปปล้นหนีมาขึ้นรถจำเลยขับพาหนีไปอย่างรีบร้อน จำเลยเป็นตัวการ ปล้นทรัพย์ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 464/2523) จำเลยกับพวกคนร้ายที่ขึ้นบ้านปล้นทรัพย์พาย เรือไปด้วยกัน 2 ลำ เมื่อถึงบ้านเจ้าทรัพย์ก็จอดเรือไว้หน้าบ้าน จำเลยกับพวกอีก 2 คนอยู่ใน เรือ พวกจำเลยอีก 3 คนในเรืออีกลำหนึ่งขึ้นบนบ้านปล้นได้ทรัพย์แล้วกลับมาลงเรือ จำเลยกับ พวกทั้งหมดพายเรือไปด้วยกัน จำเลยเป็นตัวการในการปล้นทรัพย์ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1233/2527)

⁵⁶ ข้อเท็จจริงตามคดีนี้ ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เห็นว่า คนที่คอยอยู่ข้างล่าง ไม่ได้ "ลงมือ" ควรเป็นผู้สมรู้เท่านั้น (ดู คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 539).

แม้การเป็นตัวการจะต้องไม่พิจารณาโดยให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอกมากเกินไป แต่ก็ยังคงต้องคำนึงถึงอยู่เสมอ ถ้าการกระทำร่วมกันยังห่างไกลกันมาก ก็ไม่ถือว่าเป็นตัวการ เช่น แจวเรือรับคนร้ายมาส่ง และจอดคอยอยู่ห่างที่เกิดเหตุ 5 วา ในระหว่างที่คนร้ายขึ้นปล้นทรัพย์บนบก แล้วแจวเรือรับคนร้ายกลับไป มีความผิดฐานสมรู้ในการปล้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 1425/2496) จอดเรือคอยรับทรัพย์ที่คนร้ายลักมาจากสถานที่ซึ่งอยู่ห่างจากที่จอดเรือไป 30 วา เป็นผู้สนับสนุน (คำพิพากษาฎีกาที่ 50/2511) จำเลยที่ 1 ที่ 2 ร่วมปรึกษาหารือกับจำเลยที่ 3 เพื่อจะไปลักกระบือแล้ววางแผนให้จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ส. ไปข่มขู่รับกระบือที่หัวทุ่ง จำเลยที่ 3 กับพวกไปต้อนกระบือของผู้เสียหายมาส่งให้จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ส. สถานที่ที่จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ส. รอรับกระบือกับสถานที่ที่จำเลยที่ 3 และ พวกไปต้อนกระบือนั้นอยู่ห่างไกลกันมาก จำเลยที่ 1 ที่ 2 ไม่เป็นตัวการลักกระบือ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2156/2516) คนร้ายเข้าขู่มงัดเอาทรัพย์ในร้านขายของใส่กระสอบและคุมตัวผู้เสียหาย จำเลยคอยอยู่ห่าง 3 เส้น รับของแบกต่อไป จำเลยเป็นผู้สนับสนุนการปล้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 1840/2519) จำเลยที่ 1 ขับรถแล่นขึ้นล่องไปมาในท้องที่เกิดเหตุก่อนเกิดเหตุ และขับรถตามหลังแล้วแซงขึ้นหน้ารถโดยสารคันที่ถูกปล้น เพื่อคอยช่วยเหลือจำเลยอื่นขณะทำการปล้นอยู่ในรถ ทั้งเพื่อคอยรับพาทหลบหนีหลังจากการปล้นทรัพย์เสร็จสิ้นแล้ว จำเลยที่ 1 ผิดฐานสนับสนุนการกระทำผิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 2663/2522) เป็นต้น

จากตัวอย่างในการศึกษาการให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบด้านจิตใจและองค์ประกอบภายนอกในการตีความกฎหมายอาญาของไทย ทั้งในเรื่องการลงมือกระทำความคิด การพยายามที่ไม่สามารถบรรลุผล และการเป็นตัวการในการทำความผิด จะพบว่าในการตีความแต่ละเรื่องจะต้องไม่ให้ความสำคัญไปทางใดทางหนึ่ง แต่การตีความจะคำนึงถึงองค์ประกอบด้านจิตใจและองค์ประกอบภายนอกในสัดส่วนที่เหมาะสมกัน ซึ่งจุดที่เหมาะสมนี้ย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละเรื่อง อันเป็นหน้าที่ของนักนิติศาสตร์จะต้องศึกษาต่อไปเพื่อให้ได้หลักเกณฑ์ที่แน่นอนเพื่อนำไปใช้ตามความต้องการของกฎหมายอาญา

4.4 การให้ความสำคัญต่อการควบคุมอาชญากรรม และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลใน การตีความกฎหมายอาญาของไทย

จะเห็นได้จากข้อ 4.1.1 ว่าในระบบกฎหมายอาญาของไทย ความคิดเห็นในการ ตีความกฎหมายอาญาสารบัญญัติทางทฤษฎีค่อนข้างจะเน้นหนักไปทางด้านการให้บทกฎหมายเป็น หลักประกันในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นสำคัญ ซึ่งในการตีความทางปฏิบัติก็ยอมรับแนวคิดเช่น เดียวกันนั้น แต่ดังที่ปรากฏแล้วว่ามีบางกรณีที่ศาลตีความกว้าง หรือตีความให้ครอบคลุมข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นให้เป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ด้วย โดยให้ความสำคัญต่อการควบคุม อาชญากรรมมากกว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในกรณีนั้น ๆ ทั้งนี้ผู้ตีความอาจสังเกตเห็น ประโยชน์ที่จะได้จากการควบคุมการกระทำนั้น ในฐานะที่เป็นอาชญากรรมมากกว่าประโยชน์ที่ จะได้จาก การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยไม่ละโทษบุคคลที่กระทำการในกรณีเช่นนั้น

ตัวอย่างของการตีความบทกฎหมายที่คำนึงถึงการหลักประกันในสิทธิเสรีภาพส่วน บุคคลเป็นสำคัญ หรือตีความบทกฎหมายนั้นไม่ให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางเป็นโทษ เพราะเห็นว่ากฎหมายที่บัญญัติไว้นั้นไม่มีความหมายที่จะให้ลงโทษการกระทำเช่นนั้นได้ เช่น ความคล้ายคลึงกันไม่อยู่ในขอบเขตความหมายของคำว่า "ตรงกัน" ในมาตรา 22 แห่งพระ ราชบัญญัติโรงรับจำนำ ร.ศ. 114 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1185/2480) เพียงแต่นำไม้เข้ามา ในเขตกำแพงไม้ ไม่เป็นการนำไม้ "ผ่าน" กำแพงไม้ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ ฯ มาตรา 41 (คำพิพากษาฎีกาที่ 79/2509) ปล้นทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามประมวลกฎหมาย อาญามาตรา 340 วรรคท้าย "ผู้อื่น" หมายถึงบุคคลอื่นไม่ใช่พวกปล้นด้วยตนเอง (คำพิพากษา ฎีกาที่ 1917/2511) การสละสิทธิไต่ถามการชายฝากไม่เป็นการย้ายหรือซ่อนเร้นหรือโอนให้แก่ผู้ อื่นซึ่งทรัพย์ใดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 350 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1017-1018/2517) คำว่า "ส่วนหนึ่งส่วนใดของพระพุทธรูป" ในมาตรา 335 ทวิ ประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง ส่วนที่ประกอบขึ้นเป็นรูปร่างพระพุทธรูป เช่น พระเศียร พระหัตถ์ พระกร และพระบาท ซึ่งถ้า หากส่วนหนึ่งส่วนใดถูกตัดหรือถูกทำลายย่อมทำให้พระพุทธรูปขาดความสมบูรณ์ ผงคินของคลัง ที่บรรจุอยู่ในฐานองค์พระพุทธรูปไม่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของพระพุทธรูป (คำพิพากษาฎีกาที่ 745 /2520) ทรัพย์ของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 ไม่หมายรวมถึงทรัพย์ของผู้อื่น ที่จำเลยเป็นเจ้าของร่วมอยู่ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 3643/2526) เป็นต้น

ตัวอย่าง การตีความบทกฎหมายที่คำนึงถึงนโยบายทางอาญาในการควบคุมอาชญากรรม เป็นสำคัญ โดยตีความให้บทกฎหมายมีความหมายกว้างครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นด้วย เช่น ตีความ คำว่า "เจ้าของสัตว์" ในพระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ ศก 119 ให้หมายความรวมถึง ผู้ที่ได้สัตว์มาโดยการกระทำผิดด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 110/2466) คำว่า "เจ้าพนักงาน" ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 250 (2) หมายความว่า รวมถึง ราษฎรผู้ช่วยเจ้าพนักงานในการกระทำตามหน้าที่ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 265/2467, 92/2470 และ 172-173/2472)⁵⁷ คำว่า "จำนำ" ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 291 หมายความว่า รวมถึง การ มอบโฉนดให้ ยึดไว้เป็นประกันในการชำระหนี้ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 923/2476) "ทรัพย์สินของ ผู้ที่เช่าจ้าง มั่น" ตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 294 (5) หมายความว่า รวมถึง ทรัพย์สินของ ผู้อื่นที่อยู่ใน ความครอบครองของนายจ้างด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 571/2479) คำว่า "สิ่งปลูกสร้าง" ที่ เป็นช้อยกเว้นไม่เป็นไม้แปรรูปที่ต้องห้ามครอบครองตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 4(4) และ 48 ไม่รวมถึงสิ่งปลูกสร้างที่ไม่จริงจังหรือทำพรางไว้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 312/2498, 699/2505, 531/2507 และ 361/2508)⁵⁸ การลัก "ทรัพย์สิน" ตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 334 และ 335 หมายความว่า รวมถึง การลัก "กระแสไฟฟ้า" ด้วย (คำพิพากษา

⁵⁷ เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา มาเป็นประมวลกฎหมายอาญา ก็ได้บัญญัติ คຸ້ມກອງราษฎรผู้ช่วยเจ้าพนักงานในการปฏิบัติการตามหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 138 และ 289 (3) ทั้งนี้เป็นไปตามทัศนะที่ให้ความสำคัญต่อการควบคุมอาชญากรรมที่ศาลเคยตีความ บทกฎหมายลักษณะอาญาไว้ดังกล่าว

⁵⁸ กรณีขณะที่ศาลตัดสินคดีเหล่านี้ มาตรา 4 (4) บัญญัติว่า "ไม้แปรรูป" หมายความว่า ไม้ที่ได้แปรรูปแล้ว แต่ไม่รวมถึงไม้ที่อยู่ในสภาพเป็นสิ่งปลูกสร้าง หรืออยู่ในสภาพเป็นเครื่องใช้ ทั้งนี้ตลอดเวลาที่อยู่ในสภาพเช่นนั้น

ไม้ที่เคยอยู่ในสภาพเป็นสิ่งปลูกสร้างหรือเป็นเครื่องใช้มาแล้ว และผู้ครอบครอง พิสูจน์ได้ว่า เคยมีสภาพเช่นนั้นมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปี มิให้ถือว่าเป็นไม้แปรรูป"

ปัจจุบันได้มีการแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจนยิ่งขึ้นตามที่ศาลเคยตีความในลักษณะให้ ความสำคัญต่อการควบคุมอาชญากรรมดังกล่าว โดยบัญญัติมาตรา 4(4) เสียใหม่ว่า "ไม้แปรรูป"

ฎีกาที่ 877/2501) การ "เข้าไปกระทำการรบกวนการครอบครอง" ตามประมวลกฎหมาย
อาญา มาตรา 362 หมายความว่ารวมถึงการใช้ไม้กระดานค้ำขวางทับประตูห้องพิพาทที่ผู้เสียหาย
ครอบครองในขณะที่ผู้เสียหายไม่อยู่ และปิดห้องไว้ทำให้ผู้เสียหายเข้าห้องไม่ได้ด้วย (คำพิพากษา
ฎีกาที่ 1/2512) เจ้าของบ้านรู้เห็นเป็นใจในการจัดให้มีการเล่นไฮโลว์พนันขึ้นในบ้าน โดยมี
การเรียกเก็บค่าตั้ง ถือเป็นการจัดให้มีการพนันขึ้นโดยทางอ้อมด้วย เป็นผิดตามพระราชบัญญัติ
การพนัน พ.ศ. 2478 มาตรา 12 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1607/2522) เป็นต้น และมีตัวอย่าง
การตีความในทางยอมรับบทกฎหมายที่แทรกแซงสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามที่ได้รับรองไว้ในรัฐ
ธรรมนูญ โดยคำนึงถึงนโยบายทางอาญาในการใช้กฎหมายที่เป็นข้อสันนิษฐานควบคุมอาชญากรรม
เป็นสำคัญ เช่น วินิจฉัยว่าข้อสันนิษฐานว่า บุคคลเป็นผู้เล่นการพนัน เมื่อบุคคลนั้นอยู่ในวงพนัน
ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 ไม่ขัดต่อบทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อน
ว่า บุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2492 มาตรา 30 (คำวินิจฉัยของคณะ
ตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ต.2/2494) เป็นต้น

ตามความเป็นจริงแล้ว ในคดีอาญาทุกคดีการที่เจ้าพนักงานหรือผู้เสียหายเข้าดำเนิน
คดีกับผู้ต้องหา หรือจำเลยที่กระทำการใด ๆ ย่อมแสดงว่าเจ้าพนักงานหรือผู้เสียหายเห็นว่
การกระทำของผู้ต้องหา หรือจำเลยดังกล่าวเป็นอาชญากรรมที่ควรถูกควบคุม หรือผู้กระทำความ
ผิดลงโทษ การตีความบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิดในชั้น เจ้าพนักงานหรือโจทก์ย่อมครอบคลุม
ถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หรือเห็นว่า การกระทำนั้นอยู่ในความหมายของบทกฎหมายที่บัญญัติเป็น
ความผิดในทุกคดี แต่เมื่อคดีขึ้นสู่ศาล ในชั้นการตีความบทกฎหมายของศาล เมื่อปรากฏว่ามีทาง
ให้ศาลเลือกได้ 2 ทาง คือ (1) ตีความให้การกระทำนั้นอยู่ในความหมายของบทบัญญัติ หรือ

หมายความว่าไม้ที่ได้แปรรูปแล้ว และหมายความว่ารวมถึงไม้ที่อยู่ในสภาพวางว่าเป็นสิ่งปลูกสร้าง
หรืออยู่ในสภาพเป็นสิ่งปลูกสร้างอันไม่ชอบด้วยลักษณะสิ่งปลูกสร้างทั่ว ๆ ไป หรือที่ผิดปกติวิสัย
หรืออยู่ในสภาพเป็นเครื่องใช้ที่ไม่ชอบด้วยลักษณะของ เครื่องใช้ที่เป็นปกติในท้องถิ่นหรือที่ผิดปกติวิสัย
ไม้ที่อยู่ในสภาพเป็นสิ่งปลูกสร้างหรืออยู่ในสภาพเป็นเครื่องใช้ ทั้งนี้ตลอดเวลาที่อยู่ใน
ในสภาพเช่นนั้น รวมทั้งไม้ที่เคยอยู่ในสภาพดังกล่าวและผู้ครอบครองพิสูจน์ได้ว่าได้ เคยมีสภาพเช่นนั้น
มาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีสำหรับไม้อื่นที่มีไม้สักและห้าปีสำหรับไม้สัก มิให้ถือว่าเป็นไม้แปรรูป"

(2) ที่ความให้การกระทำนั้นไม่อยู่ในความหมายของบทบัญญัติ ถ้าถ้อยคำของบทกฎหมายอยู่ในลักษณะที่ศาลสามารถเลือกเอาทางใดทางหนึ่งได้ ปัจจัยที่สำคัญอันหนึ่งที่เป็นตัวกำหนดให้ศาลเลือกตีความในทางใด คือทัศนคติที่โต้ตอบบาทของกฎหมายอาญา กล่าวคือ ถ้าศาลให้ความสำคัญต่อตอบบาทของกฎหมายอาญาในทางการควบคุมอาชญากรรมมากกว่า ศาลก็จะเลือกตีความในทางที่ให้กฎหมายครอบคลุมข้อเท็จจริงเพื่อลงโทษการกระทำนั้น แต่ถ้าศาลให้ความสำคัญต่อตอบบาทของกฎหมายอาญาในการเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากกว่า ศาลก็จะเลือกตีความในทางที่ให้การกระทำนั้นไม่อยู่ในความหมายของบทกฎหมาย เพื่อให้บทกฎหมายนั้นมีขอบเขตที่แน่นอนในการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชน

จากลักษณะดังกล่าว การให้ความสำคัญต่อตอบบาทในการควบคุมอาชญากรรม จะมีลักษณะทำนองเดียวกับการปรับเปลี่ยนได้ตามนโยบายของกฎหมายอาญาในทฤษฎีอำเภอกาเรนต์ (Objective Theory) และการให้ความสำคัญต่อตอบบาทในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลจะมีลักษณะทำนองเดียวกับการให้กฎหมายอาญามีความแน่นอนตามทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory)

โดยแท้จริงแล้วบทกฎหมายอาญามีบทบาททั้งเป็นแนวทางในการควบคุมอาชญากรรมตามนโยบายและบทบาทในการเป็นหลักประกันในสิทธิเสรีภาพ ในการตีความบทกฎหมายอาญาหนึ่ง ๆ จึงต้องพิจารณาทั้งทางด้านนโยบายทางอาญาและหลักประกันเสรีภาพ ในการตีความบทกฎหมายอาญาเพื่อปรับกับข้อเท็จจริงในทางลงโทษ บางกรณีจะสอดคล้องทั้งทางด้านนโยบายทางอาญาและทางด้านหลักประกันในเสรีภาพ เพราะความหมายของถ้อยคำและนโยบายสอดคล้องกัน ครอบคลุมข้อเท็จจริงนั้นได้ได้อย่างชัดเจน แต่มีบางกรณี ถ้าตีความให้สอดคล้องไปทางหนึ่งจะเป็นการขัดแย้งกับอีกทางหนึ่ง กล่าวคือ ถ้าตีความบทกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับนโยบายทางอาญาในการควบคุมอาชญากรรมจะขัดต่อการเป็นหลักประกันในเสรีภาพ หรือถ้าตีความบทกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับการเป็นหลักประกันในเสรีภาพจะขัดกับนโยบายทางอาญาในการควบคุมอาชญากรรม ในกรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าผู้ตีความควรจะไปในทางที่สอดคล้องกับการเป็นหลักประกันในเสรีภาพมากกว่า เพราะถึงแม้การเลือกตีความไปในแนวเช่นนั้นจะทำให้ประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรมลดลง แต่ก็ยังเป็นกรณีที่และปลอดภัยเสียกว่า การเลือกตีความไปในทางให้หลักประกันในเสรีภาพเสื่อมเสียไป การทำให้สังคมสงบสุขมิใช่มี

แต่เฉพาะวิธีทางทางกฎหมายอาญาเท่านั้น หลักเกณฑ์ในทางสังคมอื่น ๆ ที่มีสภาพบังคับ (sanction) ต่างไปจากโทษทางอาญา ก็อาจช่วยสังคมให้อยู่อย่างสงบสุขได้ ข้อที่น่าวิตกมากที่สุดก็คือการตีความ ที่ให้ความสำคัญไปทางด้านนโยบายทางอาญาในการควบคุมอาชญากรรม อาจนำไปสู่การใช้ อำนาจลงโทษตามอำเภอใจได้ในที่สุด ภัยที่เกิดจากการละเมิดกฎเกณฑ์ในสังคมระหว่างเอกชน ต่อกันเองย่อมหนักน้อยกว่าและป้องกันได้ง่ายกว่าภัยที่เกิดจากการละเมิดกฎเกณฑ์ที่อำนาจรัฐ กระทำต่อปัจเจกชน



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย