



ชื่อเรื่อง : ปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญาไทย : กรณีการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ

ชื่อผู้แต่ง : ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วฑูติ

การอ้างอิงที่แนะนำ : ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วฑูติ, ‘ปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญาไทย : กรณีการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ’ (2567) 53(1) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 59.

ผู้สนับสนุนหลัก



SAIJO DENKI

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle



SATYAPON
& PARTNERS
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Baker
McKenzie.

ผู้สนับสนุนร่วม

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.



DEJ-UDOM & ASSOCIATES
Attorneys-at-Law



โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2109 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิด
ในกฎหมายอาญาไทย : กรณีการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคล
มีอำนาจกระทำ*

Theoretical Problems of Mistake under Thai
Criminal Law: Cases of Mistaken Justification

ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ

อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Disorn Likhitwitayawuid

Lecturer, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 1 ธันวาคม 2566; วันแก้ไขบทความ 2 กุมภาพันธ์ 2567; วันที่รับบทความ 24 กุมภาพันธ์ 2567

บทคัดย่อ

คำอธิบายเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญาไทยนั้นยังมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในทางทฤษฎีอยู่หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องความสับสนในความเหมือนและความแตกต่างของ “ความไม่รู้กฎหมาย” และ “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” สะท้อนผ่านคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 ที่ขาดความสมบูรณ์ในทางวิชาการจนนำไปสู่ความบกพร่องในทาง

* บทความนี้เรียบเรียงจากงานวิจัย เรื่อง ปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญาไทย : กรณีการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประจำปีงบประมาณ 2564.

นิติบัญญัติและการปรับใช้กฎหมายที่คลาดเคลื่อนของฝ่ายตุลาการ ซึ่งส่งผลให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขนาดใหญ่ที่ผู้กระทำไม่อาจได้รับการพิจารณาข้อยกเว้นโทษในกรณีของการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่บุคคลมีอำนาจกระทำ ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำไม่ได้มีความสามารถและโอกาสอย่างเต็มที่ในการกำหนดเจตจำนงเสรีของตนเองในการเลือกที่จะกระทำความผิด ซึ่งกรณีปัญหาดังกล่าวนั้น แม้แต่บทบัญญัติการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันก็ไม่อาจนำมาปรับใช้เพื่อคลี่คลายปัญหาเช่นนี้ได้ และนอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวก็ยังคงมีปัญหาอยู่ในตัวเองโดยเฉพาะเรื่องของสถานะความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการกระทำโดยสำคัญผิด และความไม่สมเหตุสมผลในการกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบอาชญากรรมประมาทสำหรับความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นด้วยความประมาท ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงจะได้อธิบายความเข้าใจทางทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญาไทยที่ถูกต้อง จนนำไปสู่ข้อเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 พร้อมกับยกเลิก มาตรา 62 และมาตรา 69 เพื่อเป็นแนวทางการแก้ไขปัญหานี้ที่เกิดขึ้น

คำสำคัญ : ความไม่รู้จักกฎหมาย, การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย, การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ, อำนาจกระทำโดยอนุমান

Abstract

The explanation of the mistake in Thai criminal law still has several theoretical misunderstandings, especially in the issue of the confusion about the difference between “Ignorance of Law” and “Mistake of law”, reflecting through the defective definition of section 64 of the Thai penal code prescribed by academic leading to defectiveness of the legislation and misapplication of the judiciary. This problem results in a large legal gap where perpetrators may not be considered to be given impunity in the case of mistake of legal justification. Even though the offenders do not have the sufficient capability and opportunity to determine their free will choosing to commit an offense. In which case such problem even the provision of mistake of factual justification under the section 62 of Thai penal code, could not be applied to solve such problem. In addition to the provision, it still has problems in itself in regards to the status of legality arising from the act of mistake and the impropriety in imposing criminal liability for negligence for the mistake arising from

negligence, so I will provide a true theoretical understanding of the mistake in the Thai criminal law leading to the proposal to amend the section 64 of Thai penal code with the repeal of section 62 and section 69 to be a solution to the problem.

Keywords: ignorance of law, mistake of law, mistaken justification, putative justification

1. บทนำ

คำอธิบายทางทฤษฎีสำหรับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคลในกรณีที่ผู้กระทำมีความสำคัญผิดนั้น มักจะมีการยกหลักกฎหมายจากสุภาษิตละตินที่ว่า “ความไม่รู้กฎหมายไม่เป็นข้อแก้ตัว ความไม่รู้ข้อเท็จจริงเป็นข้อแก้ตัวได้ (*Ignorantia juris non excusat, ignorantia facti excusat*)” มาใช้กล่าวอ้างสนับสนุนเสมอ แต่อย่างไรก็ตาม ความเข้าใจในหลักการดังกล่าวที่ปรากฏในทางวิชาการกฎหมายไทยนั้นยังคงมีความคลาดเคลื่อนอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ คำอธิบายในทางทฤษฎีสำหรับ “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” มักได้รับการอธิบายในลักษณะที่มีความหมายเป็นอย่างเดียวกับ “ความไม่รู้กฎหมาย”¹ ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวก่อให้เกิดประเด็นปัญหาความคลาดเคลื่อนในการใช้การตีความหลักการห้ามมิให้ยกความไม่รู้กฎหมายขึ้นกล่าวอ้างปฏิเสธความรับผิดชอบในทางอาญา โดยการนำไปปรับใช้ในการห้ามมิให้ยกการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่บุคคลมีอำนาจกระทำขึ้นต่อผู้ตามไปด้วย ทั้ง ๆ ที่เจตนารมณ์ของหลักการดังกล่าวนั้นมุ่งประสงค์จะใช้บังคับกับเฉพาะ “การไม่รู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดอาญา” แต่เพียงเท่านั้น ด้วยความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเช่นนี้ กรณีดังกล่าวนี้จึงก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขนาดใหญ่ที่ระบบกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่บุคคลมีอำนาจกระทำไว้ปรับใช้ เนื่องจากเข้าใจไปว่าการสำคัญผิดใน “ข้อกฎหมาย” นั้นไม่อาจยกขึ้นกล่าวอ้างปฏิเสธความรับผิดชอบในทางอาญาได้ไม่ว่ากรณีใด จึงส่งผลให้ระบบกฎหมายอาญาไทยไม่ปรากฏบทบัญญัติทั่วไปสำหรับการสำคัญผิดในข้อกฎหมายไว้สำหรับปรับใช้เป็นข้อพิจารณาเพื่อยกเว้นโทษหรือบรรเทาโทษให้แก่บุคคลที่ไม่ได้มีความน่าตำหนิทางจิตใจอย่างแท้จริง หากเพียงแต่ประสบอุบัติเหตุทางอัติวิสัยจากการสำคัญผิดที่ส่งผลให้ผู้กระทำอยู่ในฐานะที่ไม่ได้มีความสามารถและโอกาสอย่างเต็มที่ในการใช้เจตจำนงเสรีของตนเองในการเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำความผิดอาญา

ในทางตรงกันข้าม การสำคัญผิดใน “ข้อเท็จจริง” นั้นยังเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับให้สามารถยกเป็นข้อแก้ตัวได้เสมอ ประมวลกฎหมายอาญาไทยจึงกำหนดให้การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำเป็นข้อกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบในทางอาญาได้ อย่างไรก็ตาม การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำดังกล่าวนี้ยังคงมีความบกพร่องในทางทฤษฎีอยู่หลายประการ โดยอธิบายได้ว่า หากผู้กระทำไม่ได้มีความสำคัญผิดใน “ข้อเท็จจริง” ใด ๆ แต่เป็นการสำคัญผิดใน

¹ จิตติ ดิงศภัทย์, ‘เจตนาในทางอาญา’ ใน *รวมผลงานทางวิชาการของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์* (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2562) 196; หุยก์ แสงอุทัย *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 21, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) 77; เอช เอกูต์, *กฎหมายอาชญา* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง 2477) 101; นพพงษ์ จุห้อง, *ปัญหาในกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2557) 88; สุขสมัย สุทธิบดี, *กฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 2, มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2527) 106.

“ข้อกฎหมาย” โดยแท้แล้ว ก็ไม่อาจมีการนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรกมาปรับใช้กับกรณีปัญหาเพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายอันเป็นคุณแก่ผู้กระทำได้ นอกจากนี้ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก ก็ยังมีประเด็นปัญหาอันเกิดจากสถานะความชอบด้วยกฎหมายที่รับรองให้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดอาญา ควบคู่เดียวกับการมีอำนาจกระทำตามความเป็นจริงอีกด้วย กล่าวคือ เมื่อการกระทำความผิดที่เกิดจากการสำคัญผิดเช่นว่านี้มีสถานะเป็นภยันตรายที่ไม่ละเมิดต่อกฎหมายแล้ว ผู้บริสุทธิ์ที่ประสบกับภยันตรายดังกล่าวนั้นย่อมไม่มีสิทธิในการปกป้องตัวเองให้พ้นจากภยันตรายดังกล่าว หากแต่จำเป็นต้องยอมทนผู้กระทำโดยสำคัญผิดนั้นดำเนินการต่อไปจนเกิดความเสียหาย อีกทั้งผู้เสียหายจากการกระทำดังกล่าวก็ไม่อาจเรียกค่าสินไหมทดแทนจากความเสียหายที่เกิดขึ้นได้เลย เนื่องจากการกระทำความผิดโดยสำคัญผิดนี้ไม่เป็นการทำละเมิดในตัวเองจากความชอบด้วยกฎหมายที่ได้รับการรับรอง และเมื่อเป็นเช่นนี้แล้วบุคคลภายนอกก็ไม่อาจช่วยเหลือผู้ประสบกับภยันตรายที่เกิดขึ้นนี้ได้เช่นเดียวกัน² และเมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรกได้ให้การรับรองความชอบธรรมสำหรับการสำคัญผิดแล้วนั้นก็หมายความว่า การที่จำเลยยกความสำคัญผิดดังกล่าวขึ้นต่อสู้จำเลยปฏิเสธว่าตนไม่ได้กระทำความผิดอาญา ส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาในคดีอาญาในกรณีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นนั้นจะต้องตกอยู่กับฝ่ายโจทก์ที่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยไม่ได้มีความสำคัญผิด อันเป็นการกำหนดภาระการพิสูจน์ให้โจทก์นำสืบสิ่งที่เป็นอัตรวิสัยที่อยู่ภายในจิตใจของจำเลย ซึ่งเป็นการยากและไม่สมเหตุสมผล

ยิ่งไปกว่านั้น การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสอง กำหนดให้ลงโทษผู้กระทำความผิดโดยสำคัญผิดที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ในฐานความผิดที่กำหนดให้ต้องรับผิดเมื่อมีการกระทำโดยประมาทนั้น ก็ไม่สอดคล้องกับตรรกะการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาแต่อย่างใด เพราะการจะปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรกได้นั้น ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาในทางอาญาอยู่อย่างครบถ้วน ดังนั้น การลงโทษความผิดฐานประมาทในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการอธิบายว่าผู้กระทำมีองค์ประกอบภายในประเภทเจตนาและประมาทเกิดขึ้นพร้อมกันในเวลาเดียวกัน ซึ่งขัดแย้งกับตรรกะการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาอย่างสิ้นเชิง และนอกจากนี้หากความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ลงโทษกรณีประมาทแล้ว ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดทางอาญาแต่อย่างใดเลย

ด้วยเหตุที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนจึงจะได้อธิบายถึงความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญา โดยนำเสนอแนวคิดและทฤษฎีเบื้องต้นหลังตลอดจนถึงการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ และนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาพร้อมกับการนำเสนอทบทวนคดี

² รณกรณ์ บุญมี, ‘การกำหนดให้การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เป็นเหตุยกเว้นความผิดเป็นความผิดพลาดในการบัญญัติกฎหมาย’ ใน *หนังสือที่ระลึก 60 ปี พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ* (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2561) 283-284.

การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำที่แก้ไขปรับปรุงใหม่ เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่ได้นำเสนอไว้

2. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญา

ในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาถึงรากฐานทางความคิดของการสำคัญผิดในกฎหมายอาญา โดยสามารถอธิบายข้อความคิดพื้นฐานของข้อต่อสู้ในทางกฎหมายอาญาสารบัญญัติ

2.1 ข้อต่อสู้ในทางกฎหมายอาญาสารบัญญัติ

ข้อต่อสู้ในทางกฎหมายอาญาสารบัญญัติสามารถแบ่งเป็น 2 รูปแบบ คือ “อำนาจกระทำตามกฎหมาย” และ “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

2.1.1 อำนาจกระทำตามกฎหมาย

เมื่อรัฐเป็นผู้ถือครองอำนาจปกครองสูงสุดที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” ในการปฏิบัติการกิจเพื่อรักษาคุณค่าในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม³ กล่าวคือ การใช้อำนาจของรัฐสมัยใหม่ ภายใต้กฎหมายสำหรับการปฏิบัติการกิจในการสร้างประโยชน์มวลรวมต่าง ๆ ซึ่งรวมไปถึงภาระหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกทางอาญาอย่างมีประสิทธิภาพในการลงโทษผู้กระทำความผิดและคืนความบริสุทธิ์ให้แก่บุคคลผู้บริสุทธิ์⁴ แต่ทั้งนี้ ในการปฏิบัติการดังกล่าวก็อาจจะต้องมีการใช้มาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนั้น เพื่อให้รัฐสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยปราศจากความวิตกกังวลว่าจะต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติตามหน้าที่เช่นว่านั้น กฎหมายจึงต้องให้อำนาจแก่รัฐในสถานการณ์พิเศษบางอย่างที่จะต้องตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่แม้จะกระทบสิทธิของปัจเจกชนก็ตาม แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวนั้นได้กระทำลงไปภายใต้เงื่อนไขแห่งความจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เพื่อการรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าไปพร้อม ๆ กับการจำกัดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่าอย่างได้สัดส่วนที่เหมาะสม⁵ การกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเช่นว่านี้ย่อมไม่ใช่สิ่งที่ผิดอีกต่อไป

³ Simeneh Kiros Assefa, ‘Sovereignty, Legitimacy and Fundamental Rights as Limitations to Criminalisation Power of the State’ (2018) 12 Mizan Law Review 127, 132.

⁴ Liora Lazarus, ‘Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?’ in Lucia Zedner and Julian V. Roberts (ed) *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth* (Oxford University Press 2012) 138.

⁵ Paul H Robinson, *Structure and Function in Criminal Law* (Oxford University Press 1997) 98.

หากแต่เป็นสิ่งที่ถูกต้องชอบธรรมโดยการรับรองของกฎหมาย⁶ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงมี “อำนาจกระทำตามกฎหมาย (justification)” ซึ่งไม่เป็นแต่เพียงสิ่งที่ได้รับการยกเว้นการตำหนิประณามเท่านั้น หากแต่ยังเป็นสิ่งที่กฎหมายอนุญาตและสนับสนุนให้กระทำด้วยความยินดี⁷ เพราะฉะนั้น ผู้ที่รับผลร้ายจากการใช้อำนาจกระทำตามกฎหมายโดยตรงหรือบุคคลที่สามจึงไม่อาจต่อต้านหรือหยุดยั้งการใช้อำนาจดังกล่าวได้ หากแต่ยังต้องให้การสนับสนุนโดยการอดทนต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว⁸ โดยที่ไม่อาจเรียกร้องการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนใด ๆ ได้ และในการนี้บุคคลที่สามก็มีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองต่อผู้ที่ใช้อำนาจกระทำเช่นนั้นอีกด้วย⁹ ซึ่งสามารถอธิบายได้ 3 รูปแบบ คือ

(1) การบังคับใช้กฎหมายของรัฐ (Public Authority)

เมื่อรัฐมีภาระหน้าที่ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมแล้ว การปฏิบัติงานดังกล่าวเพื่อให้สำเร็จลุล่วงไปได้จึงต้องดำเนินการผ่านบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเจ้าพนักงานของรัฐ¹⁰ ซึ่งในการนี้เมื่อเจ้าพนักงานจะต้องดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่กระทบสิทธิของบุคคล เช่น การบังคับบุคคลให้มาให้ข้อมูล แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวนี้เป็นไปด้วยความจำเป็นในการดำเนินคดีกับอาชญากรแล้ว แม้การดำเนินการผ่านมาตรการเช่นนี้จะกระทบต่อความผิเกี่ยวกับเสรีภาพ แต่กฎหมายก็ยังยืนยันให้การสนับสนุนความบริสุทธิ์เจ้าพนักงานผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่ว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรมไปเลยเสียทีเดียว เพราะเป็นอำนาจตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่สร้างความชอบธรรมให้แก่เจ้าพนักงานเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

(2) การเลือกกระทำสิ่งทีเลวร้ายน้อยกว่า (Lesser Evil)

ในบางกรณีผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับเหตุการณ์ที่เป็นภัยอันตรายซึ่งบีบบังคับให้จำเป็นต้องเลือกที่จะกระทำการอันต้องด้วยทบัญญัติความผิอาญานั้น อาจไม่ใช่เจ้าพนักงานผู้เป็นตัวแทนของรัฐเสมอไป หากแต่เป็นตัวปัจเจกชนโดยตรงเองที่ต้องเผชิญหน้ากับภัยอันตรายเช่นนั้น¹¹ ซึ่งกระทบกระเทือนต่อคุณค่าที่กฎหมายให้ความคุ้มครองสองสิ่งในเวลาเดียวกัน เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วกฎหมายจึงให้คำตอบกับ

⁶ Boaz Sangero, *Self-Defense in Criminal Law* (Hart Publishing, 2006) 12.

⁷ HLA Hart, *Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law* (Oxford University Press 1968) 13-14.

⁸ Paul H Robinson, ‘A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability’ 23 *UCLA Law Review* 266, 274.

⁹ Boaz Sangero (เชิงอรรถ 6) 13.

¹⁰ Paul H Robinson, ‘Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis’ (1982), 82 *Columbia Law Review* 199, 216.

¹¹ เพิ่งอ้าง 214.



กรณีนี้โดยอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวเลือกที่จะกระทำความผิดอาญา¹² เพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่ร้ายแรงยิ่งกว่า¹³ โดยการทำลายคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่าน้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่มีค่าสูงกว่า¹⁴ เช่น การกระทำความผิดอาญาด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นอันตรายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ด้วยวิธีการอื่นใด (necessity) เมื่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำได้สัดส่วนกับความร้ายแรงแห่งภัยที่ประสบอยู่แล้ว การกระทำนั้นก็จะเป็นสิ่งที่ชอบธรรมและได้รับการรับรองโดยกฎหมาย¹⁵

(3) การใช้กำลังป้องกัน (Defensive Force)

เมื่อเหล่าปัจเจกชนได้มอบอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมแก่รัฐ โดยหลักแล้วประชาชนจึงไม่มีอำนาจในการจัดการกับอาชญากรด้วยตนเองโดยปราศจากการบังคับใช้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมของรัฐ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในความเป็นจริงนั้นรัฐไม่อาจสามารถให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนจากอาชญากรรมได้อย่างทันทั่วทั้งในทุกกรณี จึงต้องมีการให้อำนาจบังคับใช้กฎหมายแก่ประชาชนผู้บริสุทธิ์ในการขจัดปัดเป่าภัยอันตรายซึ่งกำลังจะมาถึงด้วยการใช้สิทธิป้องกัน¹⁶ โดยในการนี้เมื่อผู้ก่อภัยได้ก่ออันตรายต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และเกียรติยศของบุคคลอื่นแล้ว สิทธิ ต่าง ๆ ดังกล่าวของบุคคลดังกล่าวนั้นย่อมถูกริบไปเสียนับแต่บัดนั้น¹⁷ ผู้ที่ประสบกับภัยอันตรายเช่นว่านี้จึงเกิดสิทธิอำนาจในการปกป้องสิทธิของตนเองหรือผู้อื่นด้วยการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นความผิดอาญาต่อผู้ก่อภัยนั้น โดยการอนุญาตของกฎหมายนั้นเองนับตั้งแต่เวลานั้น¹⁸ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย (self-defense)

¹² Larry Alexander, 'Lesser Evils: A Closer Look at the Paradigmatic Justification' (2005), 24 Law and Philosophy 611, 617.

¹³ Eimear Spain, *The Role of Emotions in Criminal Law Defences: Duress, Necessity and Lesser Evils* (Cambridge University Press 2011), 47.

¹⁴ Edward B Arnolds, Norman F Garland, 'The Defense of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil' (1974) 65 Journal of Criminal Law and Criminology 289, 289.

¹⁵ Jeremy Finn, 'Emergency Situations and the Defence of Necessity' (2016) 34 Law Context: A Socio-Legal Journal 100, 103.

¹⁶ เกียรติขจร วัฒนสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 11, กรุงเทพฯ 2562), 490.

¹⁷ Robert Leider, 'Justifying Self-Defense, Defense of Others, and the Use of Force in Law Enforcement' (Ph.D. Thesis Georgetown University, 2009) 31.

¹⁸ Parviz Khozouie, Khalil Afandak and Mina Mehrvand, 'A Study on the Current Theories of the Philosophy and Principles of Self-Defense' (2017) 7 *Estação Científica* (UNIFAP) 19, 20-21.

2.1.2 เหตุที่กฎหมายให้อภัย

นอกจาก “อำนาจกระทำตามกฎหมาย” ที่เป็นข้อต่อสู้ในทางกฎหมายอาญาสารบัญญัติที่พิจารณาให้การรับรองความถูกต้องชอบธรรมสำหรับการกระทำที่ต้องด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งถูกกำหนดไว้ให้เป็นความผิดอาญาแล้ว กฎหมายอาญาสมัยใหม่ยังมี “เหตุที่กฎหมายให้อภัย (excuse)” อันเป็นข้อต่อสู้ที่กฎหมายให้ความเมตตาต่อตัวบุคคลผู้ซึ่งได้กระทำการอันเป็นความผิดอาญาที่ปราศจากการรับรองความถูกต้องชอบธรรมโดยกฎหมายด้วยการปลดเปลื้องความรับผิดชอบในการต้องรับโทษทางอาญาของผู้กระทำ¹⁹ โดยการให้ความสำคัญกับสภาพจิตใจของผู้กระทำ²⁰ ด้วยการพิจารณาถึงความน่าตำหนิทางอัตวิสัยของตัวบุคคลที่ถูกขจัดออกไปหรือลดทอนลงด้วยเหตุปัจจัยภายนอกและภายในต่าง ๆ ที่อยู่นอกเหนือการควบคุม กล่าวคือ แม้บุคคลใดจะได้กระทำความผิดอาญาโดยไม่มีอำนาจกระทำตามกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อบุคคลนั้นได้กระทำไปโดยขาดความน่าตำหนิของจิตใจแล้ว บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ควรถูกประณามหรือลงโทษ²¹ ด้วยเหตุนี้การลงโทษทางอาญาแก่บุคคลจะเป็นการยุติธรรมก็ต่อเมื่อเป็นการใช้บังคับกับบุคคลที่มีความน่าตำหนิของจิตใจ กล่าวคือ ในขณะที่กระทำความผิดนั้นผู้กระทำมีสมรรถภาพที่สามารถกำหนดความเป็นไปในการแสดงออกซึ่งพฤติกรรมของตน²² และมีโอกาสในการตัดสินใจเลือกที่จะหลีกเลี่ยงการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย²³

อย่างไรก็ดี เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาที่ได้รับการยกเว้นโทษจาก “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” นั้นไม่ได้มีสถานะที่ชอบด้วยกฎหมายดังเช่นกรณี “อำนาจกระทำตามกฎหมาย” เพราะการกระทำเช่นว่านี้ไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมมวลรวมแต่อย่างใดเลย กฎหมายจึงไม่อาจรับรองการกระทำความผิดดังกล่าวนั้นให้มีความถูกต้องชอบธรรมได้ และการกระทำเช่นว่านี้ยังคงต้องเป็นภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายอยู่ตราบนั้น ดังนั้น ผู้ที่ประสบกับภัยเช่นว่านี้จึงไม่จำเป็นต้องอดทน หากแต่สามารถตอบโต้บุคคลอันเป็นต้นเหตุแห่งภัยได้²⁴ และเมื่อการกระทำความผิดของผู้ก่อภัย

¹⁹ Eimear Spain (เชิงอรรถ 13) 41.

²⁰ Michael S. Moore, ‘Causation and the Excuses’, (1985) 73 California Law Review 1091, 1096.

²¹ Joshua Dressler, ‘Justifications and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature’ (1987), 33 Wayne Law Review 1155, 1163.

²² Nicola Lacey, ‘In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory’ (2001) 64 The Modern Law Review 350, 353.

²³ HLA Hart, *Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law* (Oxford University Press 1968) 181.

²⁴ JC Smith, *Justification and Excuse in the Criminal Law* (Steven & Sons 1989) 8.



ปราศจากการรับรองโดยอำนาจของกฎหมายเช่นนี้แล้วบุคคลที่สามก็ไม่มีสิทธิที่จะให้การสนับสนุนผู้ก่อภัยอีกด้วย²⁵

2.2 ความไม่รู้และการสำคัญผิดในกฎหมายอาญา

จากการทบทวนวรรณกรรมถึงข้อต่อสู้ในทางอาญาสารบัญญัตินั้นสามารถอธิบายได้ว่า “การสำคัญผิดในกฎหมายอาญา” นั่นก็คือเหตุที่กฎหมายให้อภัยประการหนึ่งที่มีเหตุผลเบื้องหลังจากความบกพร่องในการใช้เจตจำนงเสรีของบุคคล²⁶ อันเกิดจากเหตุปัจจัยภายนอกซึ่งส่งผลให้ผู้กระทำเกิด “ความเชื่อที่คลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริง” จนเป็นเหตุให้ผู้กระทำแสดงออกซึ่งพฤติกรรมอันต้องด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นความผิด²⁷ ซึ่งความเชื่อที่คลาดเคลื่อนของผู้กระทำดังกล่าวนั้นสามารถเกิดขึ้นได้กับ “ข้อเท็จจริง (fact)” อันเป็นปรากฏการณ์เกี่ยวกับสรรพสิ่ง สถานะ หรือความสัมพันธ์ของสิ่งต่าง ๆ ที่รับรู้ได้ด้วยประสาทสัมผัส²⁸ หรือเกิดขึ้นกับ “ข้อกฎหมาย (law)” อันเป็นกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานความประพฤติของคนในสังคมที่ถูกนำไปปรับใช้โดยองค์กรตุลาการ²⁹ สะท้อนผ่านหลัก *“Ignorantia juris non excusat, ignorantia facti excusat”*³⁰

ทั้งนี้ คำว่า *“Ignorantia”* ในภาษาละตินตามภาษิตดังกล่าวข้างต้นสามารถแปลเป็นความหมายว่าคือ “ความไม่รู้ (ignorance)” หรือ “การสำคัญผิด (mistake)” ซึ่งสามารถใช้แทนกันได้โดยไม่มี ความหมายที่แตกต่างกันในบริบททั่วไป แต่ในบริบทของกฎหมายนั้นถ้อยคำทั้งสองนี้กลับมีความหมายที่สะท้อนถึงข้อความคิดแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ “ความไม่รู้” คือการขาดหายไปซึ่งความรู้ (absence of knowledge) ส่วน “การสำคัญผิด” คือข้อสรุปที่ผิดพลาดอันเกิดจากความรู้ที่ไม่เพียงพอ (insufficient knowledge)³¹ อย่างไรก็ตาม ผลทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นจากนั้นอาจเหมือนหรือแตกต่างกันก็ได้โดยขึ้นอยู่กับรูปแบบและเนื้อหาของ “ความไม่รู้” หรือ “การสำคัญผิด” ของผู้กระทำที่เกิดขึ้นในแต่ละกรณี

²⁵ เพิ่งอ้าง.

²⁶ ‘Free Will Is No Bargain: How Misunderstanding Human Behavior Negatively Influences Our Criminal Justice System’ (2015) 15 Nevada Law Journal 992, 1009.

²⁷ Michael S. Moore (เชิงอรรถ 20) 1104.

²⁸ S. Rangarajan, ‘Law of Evidence’ in Joseph Minattur (ed) *The Indian Legal System* (Oceana 1978) 262.

²⁹ James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (John Wilson and Son, 1898) 192.

³⁰ ความไม่รู้กฎหมายไม่เป็นข้อแก้ตัว ความไม่รู้ข้อเท็จจริงเป็นข้อแก้ตัวได้; Jerome Hall, ‘Ignorance and Mistake in Criminal Law’ (1957) 33 Indiana Law Journal 1, 14.

³¹ Edwin R Keedy, ‘Ignorance and Mistake in the Criminal Law’ (1908) 22 Harvard Law Review 75, 76.

2.2.1 ความไม่รู้และการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (Ignorance and Mistake of Fact)

เมื่อกฎหมายอาญาสมัยใหม่นั้นได้ยึดหลักความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลที่ยึดโยงกับสถานะจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ กล่าวคือ บุคคลควรได้รับผลตามกฎหมายเสมอกับสิ่งที่เขาเชื่อว่าจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ ของตน ด้วยเหตุนี้ เมื่อบุคคลได้มีการกระทำอันต้องด้วยบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นความผิดอาญาพร้อมกับความเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว ย่อมถือได้ว่าเขาได้ดำเนินการไปโดยมีจิตใจแห่งอาชญากร การกระทำดังกล่าวของเขานั้นย่อมเป็นอาชญากรรมและมีความรับผิดชอบในทางอาญา³² ซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถพิจารณาได้จากความสามารถของบุคคลในการใช้เหตุผลที่จะนำไปสู่การกระทำที่เป็นความผิดอาญา กล่าวคือ เป็นอำนาจหรือสมรรถภาพในการให้เหตุผลบนข้อมูลที่ตนได้รับรู้และประมวลผลไปสู่ความเชื่อของผู้กระทำในการเลือกที่จะกระทำความผิดอาญา³³ เพราะฉะนั้น หากบุคคลได้มีการกระทำความผิดอาญาเพราะได้รับรู้ข้อมูลที่ผิดพลาดหรือไม่เพียงพอแล้ว กรณีดังกล่าวนี้จึงย่อมไม่อาจถือได้ว่าเขาได้กระทำความผิดในขณะที่มีอำนาจหรือสมรรถภาพในการให้เหตุผลอันเป็นการขาดจิตใจแห่งอาชญากร และไม่มี ความรับผิดชอบในทางอาญา³⁴ ด้วยเหตุนี้ “ความไม่รู้ข้อเท็จจริง” และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” จึงให้ผลทางกฎหมายที่เหมือนกัน เพราะ การที่ผู้กระทำไม่รู้ถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริง หรือการรับรู้ข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริงนั้นจะส่งผลให้ผู้กระทำหย่อนสมรรถภาพในการให้เหตุผลที่จะนำไปสู่ความเชื่อในการเลือกที่จะกระทำความผิดในบั้นปลายทั้งสิ้น³⁵ เช่น การยิงปืนฆ่ามนุษย์โดย “ไม่รู้” ว่าวัตถุแห่งการกระทำนั้นเป็นมนุษย์ หรือการยิงปืนฆ่ามนุษย์โดย “สำคัญผิด” ว่าวัตถุแห่งการกระทำเป็นต้นไม้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากรณีเหล่านี้ล้วนแต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำรับรู้ข้อมูลที่ผิดพลาดว่าวัตถุแห่งการกระทำไม่ใช่มนุษย์ดุจเดียวกัน การยิงปืนของผู้กระทำจึงไม่อาจถูกให้เหตุผลได้ว่าเขาได้ดำเนินการไปโดยความเชื่อที่คาดเห็นต่อผลในความตายของผู้อื่น จนนำไปสู่การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมของผู้กระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดฐานฆาตกรรม

อย่างไรก็ตาม ความไม่รู้หรือการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่สามารถปฏิเสธถึงการมีอยู่ของจิตใจแห่งอาชญากรที่จะยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาได้อย่างสมบูรณ์นี้ คงจำกัดเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำได้เชื่อถึงการมีอยู่ของข้อเท็จจริงตามความเข้าใจของตนโดย “สุจริตและสมเหตุสมผล” แต่เพียง

³² เฟ็งอ้าง 82.

³³ เฟ็งอ้าง 81.

³⁴ เฟ็งอ้าง 82.

³⁵ เฟ็งอ้าง.

เท่านั้น³⁶ ด้วยเหตุนี้ หากความไม่รู้หรือการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงของบุคคลนั้นเกิดขึ้นโดยขาดความเข้าใจไปโดยสุจริตหรือสมเหตุสมผลแล้ว แม้ไม่อาจถือได้ว่าผู้กระทำมีจิตใจแห่งอาชญากรที่มีความเข้มข้นระดับสูงถึงขั้นมี “เจตนา (intention)” หรือ “ประมาทโดยจงใจ (recklessness)” ก็ตาม แต่ก็ยังคงถือได้ว่าผู้กระทำยังคงมีจิตใจแห่งอาชญากรระดับต่ำประเภท “ประมาท (negligence)” และยังคงต้องรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำโดยประมาทเช่นว่านั้น³⁷

2.2.2 ความไม่รู้และการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

แม้ระบบกฎหมายสมัยใหม่จะได้มีการอธิบายหลักการห้ามมิให้ผู้กระทำการอันฝ่าฝืนต่อกฎหมายยกเหตุของความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบในทางอาญาก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากคำอธิบายในทางทฤษฎีส่วนใหญ่ของหลักการดังกล่าวนี้มักจะอธิบาย “ความไม่รู้” และ “การสำคัญผิด” ปะปนกันโดยละเอียดถึงแนวคิดเบื้องหลังของถ้อยคำที่มีความแตกต่างกัน กรณีดังกล่าวจึงก่อให้เกิดการปรับใช้ที่คลาดเคลื่อนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายตามไปด้วย³⁸ โดยทั้งนี้แม้ถ้อยคำทั้งสองนั้นจะมีแนวคิดร่วมกันในเรื่อง “ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับข้อกฎหมาย (misconception of law)” แต่ก็มีหลักการทางทฤษฎีที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ ดังจะได้อธิบายต่อไป

(1) ความไม่รู้กฎหมาย (Ignorance of Law)

เนื่องจากกฎหมายอาญานั้นเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมด้วยการกำหนดข้อห้ามและข้อบังคับให้ปัจเจกชนปฏิบัติตาม ดังนั้น หากรัฐยินยอมให้บุคคลสามารถอ้างความไม่รู้ถึงข้อห้ามและข้อบังคับตามกฎหมายเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบแล้ว ก็จะทำให้บุคคลไม่สนใจกฎหมาย³⁹ เพราะยังไม่รู้กฎหมายมากเท่าใด ก็ยังแก้ตัวให้พ้นผิดไปได้มากเท่านั้น⁴⁰ เสมือนกับการให้รางวัลผู้ที่เพิกเฉยต่อการตระหนักรู้ถึงการมีอยู่ของกฎหมาย⁴¹ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วกฎหมายอาญาก็จะไม่อาจรักษาคุณค่าในการอยู่ร่วมกันของสังคมไว้ได้

³⁶ Rollin M Perkins, ‘Ignorance and Mistake in Criminal Law’ (1939) 88 University of Pennsylvania Law Review 35, 55.

³⁷ Edwin R Keedy (เชิงอรรถ 31) 83-84.

³⁸ Jon Strauss, ‘Nonpayment of the Taxes: When Ignorance of Law is an Excuse’ (1992) 25 Akron Law Review 611, 612.

³⁹ Rollin M Perkins (เชิงอรรถ 36) 44.

⁴⁰ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, (พิมพ์ครั้งที่ 21, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) 77.

⁴¹ Richard E Kohler, ‘Ignorance or Mistake of Law as a Defense in Criminal Cases’ (1935) 40 Dickson Law Review 113, 114.

เพราะจะมีแต่การกล่าวอ้างถึงความไม่รู้เพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายอยู่รำไปอย่างไม่มีที่สิ้นสุด⁴² เพราะฉะนั้น ประชาชนทุกคนจึงต้องถูกสันนิษฐานว่ารู้ในสิ่งที่กฎหมายห้ามกระทำหรือบังคับให้ต้องกระทำ และเป็นหน้าที่ของประชาชนที่จะต้องขวนขวายในการทำให้ตนเองนั้นรู้กฎหมาย⁴³ ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดหลักกฎหมายที่มีให้กล่าวอ้างความไม่รู้ถึงการกระทำฝ่าฝืนข้อห้ามหรืองดเว้นไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับตามกฎหมายเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบในทางอาญาได้⁴⁴ ความไม่รู้กฎหมายนี้จึงหมายถึงการตระหนักรู้ถึงการมีอยู่ของกฎหมายที่กำหนดให้พฤติกรรมใดของบุคคลเป็นความผิดอาญานั้นเอง⁴⁵ เช่น การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา นั้น ผู้กระทำไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่า ตนไม่รู้ว่าการฆ่าผู้อื่นเป็นความผิดตามกฎหมาย นอกจากเหตุผลทางรัฐประศาสน์นโยบายข้างต้นแล้ว เหตุผลที่ความไม่รู้กฎหมายมีอาจนำมาใช้ในการกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบในทางอาญาได้นั้นยังสามารถอธิบายได้ทางทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญาได้อีกว่า เนื่องจากความตระหนักรู้ถึงการฝ่าฝืนต่อกฎหมายไม่ใช่องค์ประกอบของความรับผิดชอบในทางอาญาในตัวเอง⁴⁶ เจตนาในการกระทำความผิดอาญาของบุคคลที่เป็นองค์ประกอบภายในหาใช่เจตนาที่จะละเมิดต่อกฎหมายไม่ หากแต่เป็นเจตนาที่จะกระทำการที่ละเมิดต่อกฎหมาย⁴⁷ ด้วยเหตุนี้ ความไม่รู้กฎหมายจึงไม่ได้ปฏิเสธถึงการมีอยู่ของจิตใจแห่งอาชญากรของผู้กระทำแต่อย่างใด⁴⁸ และเมื่อผู้กระทำได้มีการแสดงออกมารายนอกซึ่งพฤติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดพร้อมกับจิตใจแห่งอาชญากรที่ยังคงมีอยู่อย่างเต็มเปี่ยมแล้ว เขาก็ยังคงต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญาอยู่นั่นเอง

แต่ทั้งนี้ เนื่องจากในความเป็นจริงแล้วไม่มีผู้ใดที่จะสามารถรู้กฎหมายทุกฉบับที่กำหนดความผิดอาญาไว้ได้อย่างครบถ้วน⁴⁹ พร้อมกับการพัฒนาการทางสังคมที่ไม่หยุดนิ่งซึ่งส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีการออกกฎหมายใหม่หรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเดิมให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่

⁴² Rollin M Perkins (เชิงอรรถ 36) 41.

⁴³ Edwin Meese III and Paul J. Larkin, Jr., 'Reconsidering the Mistake of Law Defense' (2012) 102 Journal of Criminal Law and Criminology 725, 738.

⁴⁴ Henry M. Hart, Jr., 'The Aims of the Criminal Law' (1958) 23 Law and Contemporary Problems 401, 418.

⁴⁵ Bruce R. Grace, 'Ignorance of the Law as an Excuse' (1986) 86 Columbia Law Review 1392, 1394.

⁴⁶ เพิ่งอ้าง 1395.

⁴⁷ Rollin M Perkins (เชิงอรรถ 36) 40.

⁴⁸ Edwin R Keedy (เชิงอรรถ 31) 90.

⁴⁹ Jon Strauss, 'Nonpayment of the Taxes: When Ignorance of Law is an Excuse' (1992) 25 Akron Law Review 611, 612.



เปลี่ยนไปตามกาลเวลาอันเป็นการพันวิสัยที่จะให้ประชาชนสามารถรู้ถึงกฎหมายเช่นว่านี้ได้อย่างสมบูรณ์ด้วยเหตุนี้ การปรับใช้หลักการไม่ให้อ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อแก้ตัวอย่างเคร่งครัดจนเกินไปก็จะ เป็นเหตุให้อาจเกิดความไม่ยุติธรรมเกิดขึ้นได้ในบางกรณี⁵⁰ ในเวลาต่อมาจึงได้มีการผ่อนคลายหลักการดังกล่าวลงโดยการเปิดโอกาสให้จำเลยได้ยกความไม่รู้กฎหมายขึ้นแก้ตัวได้ในบางกรณี โดยพิจารณาถึง ความสุจริตของบุคคล กล่าวคือ กรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายตามความเป็นจริงที่ กำหนดไว้เป็นความผิดด้วยความเชื่ออย่างบริสุทธิ์ใจว่าการกระทำของตนนั้นไม่เป็นความผิด⁵¹ อย่างไรก็ตามหากการกระทำของบุคคลใดเป็นการกระทำความผิดที่ความชั่วร้ายอยู่ในตัวเอง (*mala in se*) ที่ฝ่าฝืน ต่อคุณค่าทางศีลธรรมอันดีงามของมนุษย์แล้ว บุคคลนั้นย่อมต้องถูกคาดหมายได้ถึงการตระหนักรู้ถึง กฎหมายที่ห้ามปรามการกระทำเช่นนั้น และไม่อาจอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นแก้ตัวได้⁵²

อย่างไรก็ตาม ผลทางกฎหมายของข้อต่อสู้ที่กฎหมายยอมรับให้บุคคลยกขึ้นแก้ตัว ถึงความไม่รู้กฎหมายนั้น ไม่อาจยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำได้อย่างสมบูรณ์หากแต่ เป็นการลดหย่อนโทษ (*mitigation*) แต่เพียงเท่านั้น⁵³ เนื่องจากการลงโทษทางอาญานั้นยังคงมี ความจำเป็นอยู่เพื่อให้ปัจเจกชนเคารพกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการชูเกียรติยศยังผู้คนในสังคมโดย การเตือนให้ตระหนักรู้ที่กฎหมายที่ถูกหลงลืมไป⁵⁴ โดยความร้ายแรงของการกำหนดโทษนั้นจะต้อง พิจารณาถึงความเป็นธรรม ความสมเหตุสมผล และความจำเป็นในการลงโทษประกอบกับผลที่จะ เกิดขึ้นกับประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายจากการอนุญาตให้บุคคลยกความไม่รู้กฎหมายขึ้น แก้ตัว⁵⁵

(2) การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (Mistake of Law)

นอกจากหลัก “ความไม่รู้กฎหมาย” แล้ว แนวคิดเรื่องความเข้าใจผิดเกี่ยวกับข้อ กฎหมายนั้นยังมีหลัก “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” อีกด้วย แต่ทั้งนี้เนื่องจากแนวคิดดังกล่าวนี้มักมี การนำ “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” มาอธิบายปะปนกับ “ความไม่รู้กฎหมาย” กรณีดังกล่าว

⁵⁰ Ronald A. Cass, ‘Ignorance of the Law: A Maxim Reexamined’ (1976) 17 William & Mary Law Review 671, 671.

⁵¹ Rollin M Perkins (เชิงอรรถ 36) 52.

⁵² Mark D. Yochum, ‘The Death of a Maxim: Ignorance of Law is no Excuse (Killed by Money, Guns and a Little Sex)’ (1999) 13 St. John’s Journal of Legal Commentary 635, 636.

⁵³ Livingston Hall and Selig J. Seligman, ‘Mistake of Law and Mens Rea’ (1941) 8 University of Chicago Law Review 641, 650.

⁵⁴ เพิ่งอ้าง 649.

⁵⁵ เพิ่งอ้าง.

จึงก่อให้เกิดการนำหลัก “*Ignorantia legis neminem excusat*” ที่ใช้บังคับกับเฉพาะเรื่องของความเข้าใจผิดของผู้กระทำเกี่ยวกับ “*สิ่งที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำ (prohibition)*”⁵⁶ มาใช้อธิบายเพื่อไม่ให้บุคคลปฏิเสธความรับผิดชอบในทางอาญากับกรณีที่ผู้กระทำมีความเข้าใจผิดเกี่ยวกับข้อกฎหมายในทุกกรณี โดยรวมไปถึงกรณีที่ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับข้อกฎหมายของผู้กระทำนั้นเป็นเรื่องความเข้าใจผิดใน “*สิ่งที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำหรือยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัว*” ซึ่งส่งผลให้การปรับใช้หลักการดังกล่าวนั้นผิดไปจากเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ทั้งนี้ อธิบายได้ว่าการสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้น เป็นกรณีที่บุคคลมีความเข้าใจในสถานการณ์ที่ผิดพลาดซึ่งส่งผลให้การปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในความคิดของผู้กระทำนั้น เป็นไปโดยผิดพลาดและนำไปสู่ข้อสรุปเกี่ยวกับผลทางกฎหมายที่ผิดพลาด⁵⁷ จนเป็นเหตุให้ผู้กระทำได้แสดงออกมาซึ่งพฤติกรรมอันเป็นความผิดอาญา กล่าวคือ ในขณะที่กระทำความผิดนั้นผู้กระทำมีความเชื่อเกี่ยวกับเงื่อนไขในบรรทัดฐานของสิ่งที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำหรือสามารถยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวที่ไม่ตรงกับเงื่อนไขของข้อกฎหมายตามความเป็นจริง⁵⁸ ซึ่งความเชื่อในบรรทัดฐานดังกล่าวนี้ก็เกิดมาจากความเชื่อในข้อเท็จจริงที่ผิดไปจากความเป็นจริงนั่นเอง การสำคัญผิดในข้อกฎหมายจึงมักเกิดขึ้นต่อเนื่องภายหลังจากที่ผู้กระทำเกิดการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง⁵⁹ ยกตัวอย่างเช่น การที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหายโดยที่ผู้กระทำเข้าใจว่าตนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำ⁶⁰ หรือ การครอบครองปืนที่ไม่ได้จดทะเบียนขอใบอนุญาต โดยเข้าใจว่าตนเป็นเจ้าของปืนที่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมาย⁶¹ อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่ผู้กระทำสำคัญผิดในข้อกฎหมายโดยปราศจากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงก็ได้ในบางกรณี เช่น การที่ผู้ปกครองหรือครูบาอาจารย์ใช้วิธีการลงโทษที่เป็นการทำร้ายร่างกายต่อบุตรหรือลูกศิษย์เพื่อสั่งสอนโดยที่เข้าใจว่ากฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงไม่มีกฎหมายให้อำนาจกับกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด⁶² ด้วยเหตุนี้ เมื่อบุคคลได้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดอาญาภายใต้ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับสถานการณ์ที่นำไปสู่ความเชื่อในการปรับใช้กฎหมายที่ผิดพลาดแล้ว การกระทำเช่นนั้นจึงได้ดำเนินไปโดยจิตใจแห่งอาชญากรที่

⁵⁶ Kenneth W Simons, ‘Mistake of Fact or Mistake of Criminal Law? Explaining and Defending the Distinction’ (2009) 3 Criminal Law and Philosophy 213, 220.

⁵⁷ Edwin R Keedy (เชิงอรรถ 31) 90.

⁵⁸ Gideon Yaffe, ‘Excusing Mistakes of Law’ (2009) 9 Philosophers’ Imprint 1, 2.

⁵⁹ เพิ่งอ้าง 3.

⁶⁰ *Regina v. Smith* (1974 (2Q.B.354)).

⁶¹ *People v. Marrero*, 507 N.E.2d 1068 (N.Y. 1987).

⁶² *A. v United Kingdom* App no 100/1997/884/1096 (ECHR 23 September 1998) paragraph 14.



ขาดตกบกพร่อง⁶³ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เหตุให้นำไปสู่การสำคัญผิดในข้อกฎหมายอันเป็นคุณแก่ผู้กระทำจึงสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวได้⁶⁴ โดยไม่ต้องห้ามดังเช่น “ความไม่รู้กฎหมาย”

2.2.3 การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ

ในกรณีการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ (mistaken justification defense) นั้น มีการอธิบายเหตุผลของการหลุดพ้นความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้กระทำที่แตกต่างกันออกไปหลายแนวคิด อันส่งผลทางกฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับ “อำนาจกระทำตามกฎหมาย” และ “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” อย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งสามารถอธิบายผ่านทฤษฎีกฎหมายที่จะได้นำเสนอดังต่อไปนี้

(1) ทฤษฎีเจตนาร้าย (Dolus Malus Theory)

เมื่อความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลได้ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นส่วนประกอบที่สำคัญแล้ว นักนิติศาสตร์ที่สนับสนุนทฤษฎีเจตนาร้ายนี้จึงอธิบายองค์ประกอบภายในด้านจิตใจของผู้กระทำออกเป็นสองส่วน คือ “ความตระหนักรู้ (awareness)” และ “มูลเหตุชกใจ (motive)” ซึ่งสำหรับ “ความตระหนักรู้” สามารถอธิบายได้ว่าเป็นองค์ประกอบด้านความเข้าใจในการกระทำของตนเอง กล่าวคือ ผู้กระทำมีความตระหนักรู้ถึงองค์ประกอบทางภววิสัยของการกระทำ พร้อมกับตระหนักรู้ถึงลักษณะต้องห้ามของการกระทำ⁶⁵ และส่วน “มูลเหตุชกใจ” นั้นหมายถึงความมุ่งหมายอันชั่วร้ายและที่เป็นอันตรายของผู้กระทำ⁶⁶

ด้วยเหตุนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดอาญาโดยสำคัญผิดไปว่าตนมีอำนาจกระทำแล้ว การสำคัญผิดที่เกิดขึ้นดังกล่าวจึงส่งผลเป็นการปฏิเสธการมีอยู่ของ

⁶³ การขาดตกบกพร่องของจิตใจแห่งอาชญากรที่เกิดขึ้นในกรณีเช่นนี้อาจส่งผลทางกฎหมายให้เป็นกรณีที่ทำให้ผู้กระทำถึงขั้นขาดเจตนาซึ่งทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดอาญาเลย หรือเป็นเพียงแค่การขาดความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่กฎหมายให้อภัย ขึ้นอยู่กับทฤษฎีการสำคัญผิดเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำที่จะได้กล่าวในส่วนถัดไปในหัวข้อ 2.3.3 การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ

⁶⁴ Stephen P. Garvey, ‘When Should a Mistake of Fact Excuse?’ (2009) 42 Texas Tech Law Review 359, 362.

⁶⁵ Khalid Ghanayim, ‘The Role of Reasonable and Unreasonable Mistake in Justified Defences A Comparative and Analytical Study’ (2007), Oxford University Comparative Law Forum 3 <<https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-role-of-reasonable-and-unreasonable-mistake-in-justified-defences-a-comparative-and-analytical-study/#:~:text=When%20the%20mistake%20is%20reasonable,the%20actor%27s%20culpability%20is%20mitigated.>> accessed 24 January 2021.

⁶⁶ เพิ่งอ้าง.

องค์ประกอบภายในด้านจิตใจของผู้กระทำ⁶⁷ กล่าวคือ ผู้กระทำตระหนักรู้ถึงข้อเท็จจริงทางภววิสัยที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดทุกประการ แต่ไม่ได้ตระหนักรู้ว่าการกระทำของตนเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเนื่องจากเข้าใจว่ากฎหมายอนุญาตให้ตนกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายเช่นนั้นได้ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว ผู้กระทำจึงมี “ความตระหนักรู้” ที่ไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ ผู้กระทำขาดองค์ประกอบภายในด้านจิตใจไปเลยเสียทีเดียว⁶⁸ การกระทำดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิดอาญาตั้งแต่แรก ซึ่งเป็นการให้เหตุผลทำนองเดียวกับการไม่รู้หรือสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั่นเอง⁶⁹ อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีดังกล่าวนี้ไม่ได้รับการยอมรับเท่าใดนักในกฎหมายอาญาสมัยใหม่⁷⁰

(2) ทฤษฎีเหตุผล (Reasons Theory)

เป็นทฤษฎีที่อธิบายอำนาจกระทำตามกฎหมายโดยยึดโยงกับมุมมองหรือความคิดเห็นของผู้กระทำอันเป็นเหตุทางอัตวิสัย (subjectivity) ในการให้เหตุผลถึงการมีอยู่ของอำนาจกระทำโดยพิจารณาจาก “ความเชื่อ” ของตัวผู้กระทำเป็นสำคัญ กล่าวคือ ผู้กระทำที่ได้ดำเนินการอันต้องด้วยบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นความผิดจะได้รับการรับรองความถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมายอยู่เสมอ หากเขามีเหตุผลที่เชื่อว่าการกระทำเช่นนั้นได้ดำเนินไปโดยมีอำนาจกระทำตามกฎหมาย แม้ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุการณ์อันเป็นเงื่อนไขของอำนาจดังกล่าวจะไม่ได้มีอยู่เลยในความเป็นจริงก็ตาม⁷¹ อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีเหตุผลนี้อธิบายผลทางกฎหมายของการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำเสมือนกับการใช้อำนาจกระทำตามกฎหมายอย่างแท้จริงทุกประการ⁷²

อย่างไรก็ตาม ในทางกลับกันหากแม้ข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุการณ์อันเป็นเงื่อนไขของอำนาจกระทำนั้นมีอยู่อย่างครบถ้วนก็ตาม แต่ถ้าหากผู้กระทำไม่ตระหนักรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวและได้กระทำความผิดไปโดยมีความมุ่งหมายอื่นที่ปราศจากความเชื่อถึงการมีอยู่ของอำนาจกระทำเช่นนั้น การกระทำของเขาก็ไม่อาจได้รับการรับรองความถูกต้องชอบธรรมโดยกฎหมายอีกต่อไป⁷³

⁶⁷ Alan Norrie, ‘Mistaken Self-Defense: Citizenship, Chiasmus, and Legal Form’ (2010) 13 *The Problem of New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 357, 361.

⁶⁸ เติ้งอ๋าง.

⁶⁹ Francisco Muñoz Conde, ‘Putative Self-Defense: A Borderline Case Between Justification and Excuse’ (2008) 11 *New Criminal Law Review* 590, 600.

⁷⁰ Khalid Ghanayim (เชิงอรรถ 65).

⁷¹ Paul H Robinson, ‘Competing Theories of Justification: Deeds Versus Reasons’ in A. P. Simester and A. T. H. Smith (eds) *Harm and Culpability* (Clarendon 1996) 46-47.

⁷² Khalid Ghanayim (เชิงอรรถ 65).

⁷³ Paul H Robinson (เชิงอรรถ 71) 47.



(3) ทฤษฎีการกระทำ (Deeds Theory)

ทฤษฎีการกระทำนั้นมิได้ให้เหตุผลถึงการมีอยู่ของอำนาจกระทำโดยพิจารณาจาก “ความเชื่อ” ของตัวผู้กระทำเป็นสำคัญแต่อย่างใด หากแต่พิจารณาถึง “การกระทำ” อันเป็นเหตุทาง ภาววิสัย (objectivity) เท่านั้น กล่าวคือ เมื่อบุคคลได้มีการกระทำในทางข้อเท็จจริงที่ครบเงื่อนไขของ อำนาจกระทำตามกฎหมายแล้ว ไม่ว่าจะเขาจะได้ตระหนักรู้หรือมีความเชื่อถึงการมีอยู่ของอำนาจตาม กฎหมายอันเกิดจากการกระทำนั้นหรือไม่ก็ตาม บุคคลผู้กระทำการดังกล่าวย่อมได้รับการรับรอง ความถูกต้องชอบธรรมโดยกฎหมาย⁷⁴ แต่หากการกระทำของบุคคลได้ดำเนินไปโดยไม่ครบเงื่อนไขของ อำนาจกระทำตามกฎหมายในทางข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วนแล้ว แม้ผู้กระทำจะมีความเชื่อถึงการมีอยู่ ของอำนาจกระทำตามกฎหมายของตนเองก็ตาม แต่เมื่อการกระทำของเขาที่แสดงออกมานั้นไม่ได้ รักษาประโยชน์สาธารณะและไม่ใช้สิ่งที่สังคมพึงปรารถนาให้เกิดขึ้นตามความเข้าใจ หากแต่สร้างความเสียหายแก่สังคมตามความเป็นจริงแล้ว การกระทำดังกล่าวนั้นก็หาได้รับการรับรองความถูกต้อง ชอบธรรมโดยกฎหมายไม่ หากแต่เป็นเพียงการกระทำที่ปราศจากความน่าตำหนิที่ได้รับการอภัยโทษ โดยกฎหมายเท่านั้น⁷⁵ เพราะเงื่อนไขทางภาววิสัยถึงขั้นอันละเมิดต่อกฎหมายไม่ได้มีอยู่เลย การกระทำดังกล่าวจึงยังคงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ตราบนั้น ด้วยเหตุนี้ ทฤษฎีการกระทำ จึงปฏิเสธถึงสถานะความชอบด้วยกฎหมายสำหรับกรณีสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ แต่ยังคงให้การยอมรับในสถานะของเหตุที่กฎหมายให้อภัย⁷⁶

(4) ทฤษฎีความน่าตำหนิ (Schuldtheorie)

เป็นทฤษฎีเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การจำกัดอำนาจรัฐในการบังคับใช้โทษทางอาญากับ ปัจเจกชนที่เป็นผลมาจากหลักนิติรัฐ ผ่านภาษิต “ไม่มีการลงโทษทางอาญา โดยปราศจากความน่าตำหนิ (nulla poena sine culpa)”⁷⁷ ซึ่งหมายความว่า การลงโทษทางอาญาจะถูกจำกัดไว้ใช้บังคับกับบุคคล ที่ได้กระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายโดยมี “ความน่าตำหนิ (Schuld)” อันเป็น “ข้อพึงประณาม” ของบุคคล ในการเลือกใช้เจตจำนงเสรีของตนเองในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นกรณีที่บุคคลเลือก กระทำการใดที่ไม่มีกฎหมายรับรองความถูกต้องชอบธรรม หรือเป็นกรณีที่บุคคลเลือกจะฝ่าฝืนกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่ตนยังคงมีความสามารถในการเลือกที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะฉะนั้น ความน่าตำหนิ จึงเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนสำหรับความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลที่จำต้องพิจารณาจาก

⁷⁴ เพิ่งอ้าง.

⁷⁵ Paul H Robinson (เชิงอรรถ 10) 216.

⁷⁶ Mitchell N. Berman, ‘Justification and Excuse, Law and Morality’ (2003) 53 Duke Law Journal 1, 39.

⁷⁷ Volker Krey, *Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil: Lehrbuch in Deutsch und Englisch. Teil 1, Grundlagen (Strafrecht und Verfassungsrecht, Strafrechtsprinzipien, Einteilung der Straftaten)* (W. Kohlhammer, 2002), 96.

ความสามารถในการตัดสินใจทางศีลธรรมของผู้กระทำที่รู้ถึงการมีอยู่ของกฎหมายและข้อห้ามต่าง ๆ กล่าวคือ บุคคลจะมีความน่าตำหนิ⁷⁸ ก็ต่อเมื่อเขาใช้เจตจำนงเสรีเลือกที่จะกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย ทั้งที่ตนรู้อยู่แ่ใจว่าเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกฎหมายนั่นเอง⁷⁹

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว การกระทำความผิดอาญาโดยสำคัญผิดถึงการมีอยู่ของข้อกฎหมายที่อนุญาตให้บุคคลมีอำนาจกระทำจึงเป็น “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” รูปแบบหนึ่ง⁸⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำนั้นไม่จำเป็นต้องถูกประณาม แต่ไม่ได้ส่งผลให้การกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำที่ปรากฏออกมาในทางภววิสัยกลับกลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะฉะนั้น การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำตามกฎหมายจึงเป็นเพียงเหตุที่กฎหมายให้อภัยแก่ผู้กระทำเท่านั้น⁸¹

3. การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำในกฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้เขียนได้หยิบยกกรณีศึกษาของประเทศสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมนี มาใช้ในการอธิบายเพื่อนำไปใช้วิเคราะห์ปัญหาและเสนอทางแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาไทยต่อไป

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกามีข้อพิจารณาที่สำคัญแบ่งเป็น 2 ส่วนตามทฤษฎี Bipartite Theory⁸² กล่าวคือ 1) การกระทำอันเป็นความผิดตามกฎหมาย (*actus reus*)

⁷⁸ อนึ่ง องค์ประกอบส่วน “ความน่าตำหนิ” ที่ได้กล่าวมานี้เป็นข้อพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลที่ไม่ได้ยึดโยงกับองค์ประกอบภายในจิตใจประเภทเจตนาของผู้กระทำ (*subjektiver Tatbestand*) แต่อย่างไรก็ดี การไม่ตระหนักรู้หรือความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนถึงการฝ่าฝืนกฎหมายของผู้กระทำจึงไม่ได้ส่งผลกระทบที่ถึงขั้นเป็นการปฏิเสธถึงการมีอยู่ของเจตนาของผู้กระทำไปเสียทีเดียวดังเช่นทฤษฎีเจตนา โดยทั้งนี้หากการสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ผู้กระทำย่อมได้รับการยกเว้นโทษสำหรับการกระทำที่ยังคงเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่ถ้าหากการสำคัญผิดเช่นนี้สามารถหลีกเลี่ยงได้แล้วก็อาจถือได้ว่าผู้กระทำยังคงมีความน่าตำหนิที่รัฐมีความชอบธรรมในการลงโทษได้ แต่คงอยู่เพียงระดับที่ต่ำกว่ากรณีทั่วไปอันเป็นเหตุบรรเทาโทษ; โปรดดู Annemieke van Verseveld, ‘Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes’ (Ph.D. Thesis University of Amsterdam, 2011) 38. และ Francisco Muñoz Conde, ‘Putative Self-Defense: A Borderline Case Between Justification and Excuse’ (2008) 11 *New Criminal Law Review* 600.

⁷⁹ BGH, 18.03.1952 - GSSt 2/51 ย่อหน้าที่ 17.

⁸⁰ Annemieke van Verseveld (เชิงอรรถ 78) 35.

⁸¹ Francisco Muñoz Conde (เชิงอรรถ 78) 600.

⁸² George P. Fletcher, ‘Criminal Theory in the Twentieth Century’ (2001) 2 *Theoretical Inquiries in Law* 265, 269.



และ 2) จิตใจอันชั่วร้าย (*mens rea*)⁸³ ซึ่งหากอธิบายตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดั้งเดิมแล้ว สามารถแบ่งลักษณะของ *mens rea* ออกได้เป็น 3 รูปแบบ คือ เจตนา ประมาทโดยจงใจ และ ประมาท⁸⁴ ซึ่งอธิบายได้ว่า “เจตนา (intention)” เป็นลักษณะจิตใจของผู้กระทำอันเป็นเจตจำนงหรือ ความมุ่งหมายต่อผลในความเสียหาย⁸⁵ ส่วน “ประมาทโดยจงใจ (recklessness)” คือ ลักษณะจิตใจของผู้กระทำที่ได้คาดเห็นต่อผลในความเสียหายในอนาคตที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนแต่ก็ยังคง ดำเนินการกระทำของตนต่อไป⁸⁶ และ “ประมาท (negligence)” เป็นกรณีที่บุคคลประพฤตินในทาง ที่วิญญูชนไม่พึงกระทำหรือล้มเหลวในการประพฤตินให้เป็นไปตามมาตรฐานที่สังคมให้ความคาดหวัง ต่อบุคคลผู้มีความสามารถในการใช้เหตุผล⁸⁷

นอกจากข้อพิจารณาความรับผิดทางอาญา 2 ส่วน ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดังที่ได้ อธิบายในข้างต้นแล้ว ยังมีข้อพิจารณาเรื่องข้อต่อสู้ทั่วไป (general defences) ที่อยู่นอกโครงสร้าง ความรับผิดอีกด้วย⁸⁸ ซึ่งสามารถยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาได้ หากผู้กระทำมี *actus reus* ใน บริบทพิเศษที่ปฏิเสธการมีอยู่ของ *mens rea*⁸⁹ หรือส่งผลกระทบต่อจิตใจอันชั่วร้ายของผู้กระทำ⁹⁰ ทั้งนี้ ความไม่รู้หรือการสำคัญผิดนั้นก็ เป็นข้อต่อสู้ทั่วไปประการหนึ่งที่อยู่ในขอบเขตของข้อพิจารณาดังกล่าว⁹¹ โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแยกกรณีการสำคัญผิดเป็น 3 กรณี ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

3.1.1 การสำคัญผิดในองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของฐานความผิด

การสำคัญผิดในองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของฐานความผิด เป็นการสำคัญผิดใน องค์ประกอบภายนอกของฐานความผิด ที่ถึงขั้นเป็นการปฏิเสธการมีอยู่ขององค์ประกอบภายในจิตใจ

⁸³ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law* (9 edn, Pearson/Longman 2012) 14.

⁸⁴ Jonathan Herring, *Criminal law: The Basics* (Routledge 2010) 18.

⁸⁵ เพิ่งอ้าง.

⁸⁶ เพิ่งอ้าง 20.

⁸⁷ เพิ่งอ้าง 21; อนึ่ง ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยังมีข้อถกเถียงอยู่ว่า “ประมาท (negligence)” ไม่ควรถูกรวมอยู่ใน องค์ประกอบภายใน หากแต่ควรเป็นเรื่องความน่าตำหนิของตัวผู้กระทำ (blameworthiness or culpability); see Jonathan Herring, *Criminal Law* (8th ed, Palgrave Macmillan, 2013) 75.

⁸⁸ ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ, ‘ความรับผิดทางอาญา : เปรียบเทียบไทยกับสหรัฐอเมริกา’ ใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และ คณะ (บรรณาธิการ) *ยื่นหยัดบนหลักนิติธรรม*, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 160.

⁸⁹ Eric Colvin, ‘Exculpatory Defences in Criminal Law’ (1990) 10 *Oxford Journal of Legal Studies* 381, 381.

⁹⁰ โกเมศ ขวัญเมือง, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (วิญญูชน, 2550) 21.

⁹¹ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘อิทธิพลของสำนักความคิดทางกฎหมายที่มีต่อกฎหมายอาญาไทย’ ใน *งานวิชาการรำลึก ศาสตราจารย์จิตติ ตังคภักดิ์ ครั้งที่ 17*, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 70.

อันชั่วร้ายลักษณะเจตนาของผู้กระทำ⁹² เช่น การยิงปืนสังหารผู้อื่นโดยที่เข้าใจว่าเป็นสิ่งของ กรณีนี้ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา เพราะแม้ว่าผู้กระทำจะได้มีการกระทำภายนอกที่ต้องด้วยบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งกำหนดเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นแล้วก็ตาม แต่เนื่องจากจิตใจอันชั่วร้ายอันเป็นเจตนากระทำต่อมนุษย์อันเป็นองค์ประกอบความผิดฐานฆาตกรรมถูกลบล้างไปด้วยความสำคัญผิดของตนเองแล้ว การกระทำดังกล่าวก็ไม่ครบองค์ประกอบความผิด ทั้งนี้ แม้องค์ประกอบภายในจิตใจอันชั่วร้ายลักษณะเจตนาของผู้กระทำจะขาดหายไปและทำให้ไม่มีความผิดสำหรับฐานความผิดอาญาที่กำหนดให้เจตนาเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี หากปรากฏว่าการสำคัญผิดนั้นได้เกิดขึ้นด้วยความบกพร่องของผู้กระทำแล้ว กรณีดังกล่าวต้องถือว่า มีการเกิดขึ้นใหม่ขององค์ประกอบภายในจิตใจอันชั่วร้ายของผู้กระทำลักษณะอื่นอยู่ คือ การไม่แยแส (recklessness) หรือความประมาท (negligence)⁹³ ซึ่งส่งผลให้ไม่อาจยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบทางอาญาได้สำหรับความผิดอาญาที่กำหนดให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้มีการกระทำโดยประมาท⁹⁴ ทั้งนี้ ตาม Model Penal Code (MPC) มาตรา 2.04(1)(a)⁹⁵

3.1.2 การสำคัญผิดเกี่ยวกับมุมมองทางกฎหมายของฐานความผิด

การสำคัญผิดเกี่ยวกับมุมมองทางกฎหมายของฐานความผิด เป็นข้อต่อสู้ในทางกฎหมายอาญาสารบัญญัติที่สามารถยกขึ้นปฏิเสธความรับผิดชอบในทางอาญาในกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้หรือสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ซึ่งสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้แม้การสำคัญผิดเช่นว่านี้จะไม่ได้ปฏิเสธถึงการมีอยู่ขององค์ประกอบภายในด้านจิตใจของผู้กระทำก็ตาม⁹⁶ อย่างไรก็ตาม การสำคัญผิดดังกล่าวก็ได้มีกำหนดเงื่อนไขที่สำคัญถึงความบกพร่องของรัฐในการประกาศใช้กฎหมาย หรือการได้รับคำแนะนำทางกฎหมายจากทางราชการ⁹⁷ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ใน MPC มาตรา 2.04(3)⁹⁸

⁹² Harvey Wallace and Cliff Roberson, *Principles of Criminal Law* (Allyn and Bacon 2001) 106.

⁹³ George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law* (Oxford University Press 1998) 156.

⁹⁴ เห่งอ้าง.

⁹⁵ Model Penal Code Section 2.04 (1) Ignorance or mistake as to a matter of fact or law is a defense if: (a) the ignorance or mistake negatives the purpose, knowledge, belief, recklessness or negligence required to establish a material element of the offense;.

⁹⁶ Markus D. Dubber and Tatjana Hornle, *Criminal law: A Comparative Approach* (Oxford University Press 2014), 265.

⁹⁷ George P. Fletcher (เชิงอรธ 93) 153.

⁹⁸ Model Penal Code Section 2.04(3) A belief that conduct does not legally constitute an offense is a defense to a prosecution for that offense based upon such conduct when: (a) the statute or other enactment defining the offense is not known to the actor and has not been published or otherwise

3.1.3 การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมาย

การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมาย (mistakes about factual elements of justification) เป็นกรณีที่บุคคลได้กล่าวอ้างความชอบด้วยกฎหมายเพื่อรับรองการกระทำผิดของตนจากความเข้าใจตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้⁹⁹ เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการกระทำโดยจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย อันเกิดจากความสำคัญผิด¹⁰⁰ ซึ่งให้ผลทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกับการสำคัญผิดในองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของฐานความผิดคือ ส่งผลถึงขั้นปฏิเสธการมีอยู่ซึ่งเจตนาของบุคคลในการกระทำ ความผิด¹⁰¹ แต่อย่างไรก็ตาม การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายนี้ก็มีเงื่อนไขการพิจารณาที่แตกต่างออกไปตามแต่ที่บทบัญญัติที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะในกรณีของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตาม MPC มาตรา 3.04(1)¹⁰² และการกระทำผิดด้วยความจำเป็นเพื่อให้ตนหรือผู้อื่นพ้นภัยอันตราย ตามมาตรา 3.02(1)(a)¹⁰³

reasonably made available prior to the conduct alleged; or (b) he acts in reasonable reliance upon an official statement of the law, afterward determined to be invalid or erroneous, contained in (i) a statute or other enactment; (ii) a judicial decision, opinion or judgment; (iii) an administrative order or grant of permission; or (iv) an official interpretation of the public officer or body charged by law with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offense.

⁹⁹ George P. Fletcher (เชิงอรรถ 93) 158.

¹⁰⁰ “ความยินยอม (consent)” ไม่อยู่ในขอบเขตของอำนาจกระทำตามกฎหมาย เนื่องจากระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกาอธิบายว่า เมื่อการกระทำผิดอาญาสร้างความเสียหายแก่สังคม ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นไม่ได้ส่งผลให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สังคมหายไปแต่อย่างใด จึงไม่อาจใช้เป็นข้อต่อสู้ในทางอาญาได้ เว้นเสียแต่ว่าความยินยอมนั้นจะได้รับการกำหนดให้เป็นองค์ประกอบภายนอกความผิดอาญาเป็นการเฉพาะเรื่อง เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (rape); Harvey Wallace and Cliff Roberson, *Principles of Criminal Law* (Allyn and Bacon, 2001) 107.

Model Penal Code Section 2.11(1) In General. The consent of the victim to conduct charged to constitute an offense or to the result thereof is a defense if such consent negatives an element of the offense or precludes the infliction of the harm or evil sought to be prevented by the law defining the offense.

¹⁰¹ George P. Fletcher (เชิงอรรถ 93) 161.

¹⁰² Model Penal Code Section 3.04(1) Subject to the provisions of this Section and of Section 3.09, the use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion.

¹⁰³ Model Penal Code Section Section 3.02(1) Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that: (a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged.

ทั้งนี้ อธิบายได้ว่า MPC นั้นได้กำหนดให้ “การป้องกัน และการกระทำโดยจำเป็นตาม การอนุমান” รวมอยู่ในบทบัญญัติเดียวกันกับ “การป้องกัน และการกระทำโดยจำเป็นตามความเป็นจริง” โดยสะท้อนผ่านถ้อยคำในบทบัญญัติที่กำหนดให้ “ความเชื่อ (believe)” ของผู้กระทำ ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในลักษณะพิเศษที่กำหนดไว้ใน MPC มาตรา 3.04(1) และ 3.02(1)(a) เป็นข้อพิจารณาที่อาจส่งผลให้สามารถยกข้อต่อสู้เรื่องการกระทำผิดโดยการป้องกันหรือจำเป็นขึ้นกล่าวอ้าง ความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของตนได้ แม้ว่าความชอบด้วยกฎหมายตามการอนุมานจะผิดไปจากความเป็นจริงที่เกิดขึ้นก็ตาม¹⁰⁴ เพราะผู้กระทำได้ขาดความน่าตำหนิตามจิตใจภายในลักษณะ เจตนา¹⁰⁵ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขการพิจารณาเรื่อง “ความเชื่อ” ของผู้กระทำตามที่ปรากฏนี้ ก็ทำให้ ผู้สำคัญผิดในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมายหลุดพ้นจากความรับผิดทางอาญาในทุกกรณีไม่ หากแต่ต้องเป็นความเชื่อที่เป็นไปตามหลัก “ความเชื่อที่สุจริตและ สมเหตุสมผล”¹⁰⁶ ซึ่งอธิบายได้ว่า “ความเชื่อที่สุจริต” นั้นเป็นข้อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทางอัตวิสัยที่ พิเคราะห์จิตใจของบุคคลว่าได้กระทำไปด้วยความเชื่อตรง โดยคาดว่าสิ่งที่กระทำลงไปคือความถูกต้อง หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่ตั้งใจไว้¹⁰⁷ ส่วน “ความเชื่อที่สมเหตุสมผล” นั้น เป็นข้อพิจารณาตาม หลักเกณฑ์ทางภววิสัยที่พิเคราะห์จากปัจจัยภายนอกตัวบุคคล โดยพิจารณาว่าในพฤติการณ์ที่บุคคล สำคัญผิดนั้น ผู้กระทำมีความเชื่อที่มีความหนักแน่น และสติปัญญาในระดับของคนสามัญ หรือไม่¹⁰⁸ โดยทั้งนี้ หากขาดเงื่อนไขประการใดประการหนึ่งไปแล้ว ต้องถือว่าความเชื่อของผู้กระทำเช่นนั้น เกิดขึ้นด้วยความประมาทซึ่งส่งผลให้ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดทางอาญาสำหรับความผิดที่ได้กำหนดไว้ ในกรณีที่ได้กระทำโดยประมาท¹⁰⁹ ทั้งนี้ ตาม MPC มาตรา 3.09(2)¹¹⁰ และมาตรา 3.02(2)¹¹¹

¹⁰⁴ George P. Fletcher (เชิงอรรถ 93) 161.

¹⁰⁵ เพิ่งอ้าง 167.

¹⁰⁶ เพิ่งอ้าง 162.

¹⁰⁷ Rollin M Perkins (เชิงอรรถ 36) 55.

¹⁰⁸ Edwin R Keedy (เชิงอรรถ 31) 84.

¹⁰⁹ Wayne R. LaFave, *Criminal Law* (5 ed St. Paul, MN : West, 2010) 574.

¹¹⁰ Model Penal Code Section 3.09(2) When the actor believes that the use of force upon or toward the person of another is necessary for any of the purposes for which such belief would establish a justification under Sections 3.03 to 3.08 but the actor is reckless or negligent in having such belief or in acquiring or failing to acquire any knowledge or belief that is material to the justifiability of his use of force, the justification afforded by those Sections is unavailable in a prosecution for an offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability.

¹¹¹ Model Penal Code Section 3.02(2) When the actor was reckless or negligent in bringing about the situation requiring a choice of harms or evils or in appraising the necessity for his conduct, the justification



3.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสนั้นมีโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาที่พิจารณาแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ การวินิจฉัยสาระสำคัญของความผิด และความรับผิด ซึ่งในส่วนการวินิจฉัย “สาระสำคัญของความผิด” เป็นการวินิจฉัยองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ¹¹² คือ (1) องค์ประกอบทางกฎหมาย (élément léme) (2) องค์ประกอบทางการกระทำ (élément matériel) และ (3) องค์ประกอบทางจิตใจ (élément moral) และเมื่อพิจารณาครบสาระสำคัญทั้งหมดแล้วจึงจะมาวินิจฉัยในส่วนที่สอง คือ “ความรับผิด” คือ เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิด (causes d’irresponsabilité)¹¹³ ทั้งนี้กฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นก็ได้มีการกำหนดหลักความรับผิดทางอาญาของบุคคลที่ยึดโยงกับการกระทำโดยเจตนา¹¹⁴ แต่มีคำอธิบายที่แตกต่างไปจาก *mens rea* ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ องค์ประกอบภายในลักษณะ “เจตนา” ของประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่ได้มี “จิตใจอันชั่วร้าย” เป็นข้อพิจารณาความรับผิดทางอาญาของบุคคลแต่อย่างใด หากแต่อธิบายว่าเจตนาอันมีองค์ประกอบอันเป็นเงื่อนไขที่จะต้องพิจารณา 2 ส่วน¹¹⁵ คือ 1) “ความตระหนักรู้” คือ รู้สำนึกถึงการกระทำของตนที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด¹¹⁶ และรู้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย¹¹⁷ 2) “ความสมัครงใจ” คือ ความเต็มใจของผู้กระทำในการฝ่าฝืนกฎหมาย¹¹⁸ อันมิใช่ความปรารถนาต่อผลในความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนเช่นนั้น¹¹⁹ และนอกจากองค์ประกอบภายในประเภทเจตนาในลักษณะทั่วไปที่ได้กล่าว

afforded by this Section is unavailable in a prosecution for any offense for which recklessness or negligence, as the case may be, suffices to establish culpability.

¹¹² อนึ่ง โครงสร้างความรับผิดทางอาญาของประเทศฝรั่งเศสก็มีแนวคิดมาจากทฤษฎี Bipartite Theory เช่นเดียวกัน แต่มีการแยกเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษออกมาเป็นโครงสร้างอีกส่วนเป็นเอกเทศ; see in Jakub Nowakowski & Czeslaw Jedrzejek, ‘Logical Model of Guilt as a Part of a Structure of Crime’ (2014), a research paper from Institute of Control and Information Engineering, Poznan University of Technology, Poznan, Poland <<http://ceur-ws.org/Vol-1296/paper4.pdf>> accessed 1 February 2021.

¹¹³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ‘โครงสร้างความรับผิดทางอาญาของไทย : พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62’ ใน 65 ปี เกียรติขจร (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2557) 24-25.

¹¹⁴ Code Pénal Article 121-3 Il n’y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre

¹¹⁵ Mohamed Elewa Badar, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: the Case for a Unified Approach* (Hart Publishing, 2013) 161.

¹¹⁶ Iryna Marchuk, *The Fundamental Concept of Crime in International Criminal Law: A Comparative Law Analysis* (Springer, 2014) 48.

¹¹⁷ Catherine Elliott, *French Criminal Law* (Willan Pub. 2001) 66.

¹¹⁸ เพิ่งอ้าง 67.

¹¹⁹ Mohamed Elewa Badar (เชิงอรรถ 115) 162.

ไว้ในข้างต้นแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยังมี “เจตนาโดยอ้อม”¹²⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้ปรารถนาให้ผลแห่งความเสียหายเกิดขึ้น แต่คาดเห็นความเป็นไปได้ว่าการกระทำของตนในตอนต้นนี้จะสามารถส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้นได้¹²¹ และ “ความประมาท” อันเป็นกรณีที่ผู้กระทำก่อให้เกิดความเสียหายจากความลุ่มหลงของตนในการปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังที่กฎหมายหรือระเบียบได้กำหนดให้ดำเนินการ¹²² และด้วยเหตุที่โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของระบบกฎหมายและคำอธิบายเกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำที่แตกต่างกัน การวินิจฉัยความความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีการสำคัญผิดของประเทศฝรั่งเศสจึงมีการให้เหตุผลที่แตกต่างออกไป โดยสำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่ปรากฏว่ามีหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด หากแต่ปรากฏในรูปแบบของหลักการตามคำพิพากษาของศาล เว้นแต่เฉพาะเรื่องของการไม่รู้หรือสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่เพิ่งได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา ปี ค.ศ. 1994 และถูกจัดอยู่ในโครงสร้างส่วน “เหตุแห่งการไม่ต้องรับผิดชอบ” ที่มีลักษณะเป็นเหตุในทางอ้อมวิสัย¹²³ ซึ่งสามารถอธิบายแยกออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นฐานความผิด ความไม่รู้หรือการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย และการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงผสมข้อกฎหมาย¹²⁴

3.2.1 การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นฐานความผิด

เนื่องจากกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้กำหนดให้ความตระหนักรู้ และความปรารถนาของบุคคลเป็นองค์ประกอบของเจตนา ด้วยเหตุนี้ แนวคำพิพากษาของศาลจึงได้วางหลักวินัยกรณีการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นฐานความผิด (*erreur portant sur un élément essentiel de l'infraction*) โดยพิจารณาการมีอยู่ขององค์ประกอบของเจตนาส่วน “ความตระหนักรู้” ของผู้กระทำเป็นสำคัญ กล่าวคือ แม้บุคคลจะได้มีการกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดแล้วก็ตาม แต่ตราบใดที่ผู้กระทำมี “ความตระหนักรู้” ที่ขาดตกบกพร่องอันเกิดจากความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดนั้นแล้ว กรณีดังกล่าวจึงเกิดการขาดหายไปในการสมบูรณ์ของเจตนา การกระทำของจำเลยจึงเป็นการขาดองค์ประกอบทางด้านจิตใจเจตนา และไม่มี

¹²⁰ สามารถอธิบายได้เทียบเท่ากับ “การประมาทโดยจงใจ (recklessness)” ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์; ดูประกอบ Catherine Elliott (เชิงอรรถ 53) 80.

¹²¹ Catherine Elliott (เชิงอรรถ 117) 71.

¹²² Mohamed Elewa Badar (เชิงอรรถ 115) 166.

¹²³ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การสำคัญผิดในกฎหมายอาญาฝรั่งเศส’ ใน 65 ปี เกียรติขจร (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2557) 44.

¹²⁴ เพิ่งอ้าง 43.



ความรับผิดทางอาญา¹²⁵ อย่างไรก็ตาม หากความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นความผิดของบุคคลนั้นเกิดขึ้นด้วยองค์ประกอบทางจิตใจลักษณะ “ประมาท” กรณีดังกล่าวนี้บุคคลก็ยังคงมีความรับผิดสำหรับฐานความผิดที่กำหนดให้ต้องรับผิดกรณีกระทำโดยประมาท เช่น กรณีพรานป่ายิงปืนสังหารมนุษย์โดยที่เข้าใจว่าเป็นงูเห่าในพุ่มไม้ พรานป่ามีความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้คนตาย¹²⁶

3.2.2 ความไม่รู้หรือการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้อธิบายว่าการรู้กฎหมายเป็นส่วนประกอบหนึ่งที่ทำให้เกิดการมีอยู่ของเจตนาในทางอาญาแล้ว ความไม่รู้หรือการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (ignorance ou erreur de droit) จึงส่งผลให้ผู้กระทำนั้นขาดเจตนาและไม่มีความรับผิดในทางอาญา¹²⁷ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วกฎหมายอาญาฝรั่งเศสจึงยึดถือหลักการสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้รู้กฎหมายเพื่อเติมเต็มองค์ประกอบของเจตนาในทางอาญา ส่วน “ความตระหนักรู้ถึงการฝ่าฝืนกฎหมาย” ให้คงมีอยู่เสมอ¹²⁸ ด้วยเหตุนี้ ความไม่รู้หรือการสำคัญผิดในข้อกฎหมายจึงไม่อาจถูกจัดให้เป็นข้อต่อสู้ในทางอาญาได้ไม่ว่าจะเป็นกรณีของอำนาจกระทำตามกฎหมาย หรือเหตุที่กฎหมายให้อภัย เนื่องจากมีอาจถือได้ว่า ความไม่รู้หรือการสำคัญผิดดังกล่าวมีผลกระทบต่อความน่าตำหนิทางจิตใจของบุคคล¹²⁹ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสังคมที่มีความซับซ้อนขึ้น การตระหนักรู้ถึงกฎหมายในความเป็นจริงของประชาชนจึงไม่อาจเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ ในเวลาต่อมาประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการผ่อนคลายหลักการดังกล่าวลงโดยการบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดทางอาญาสำหรับความไม่รู้และการสำคัญผิดเป็นลายลักษณ์อักษรเมื่อปี ค.ศ. 1994¹³⁰ ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 122-3¹³¹ โดยจะยกขึ้นกล่าวอ้างได้ก็ต่อเมื่อผู้กระทำจะต้องเกิดความสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ และมีความเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าการกระทำของตนเองนั้นชอบด้วยกฎหมาย¹³² โดยกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่ง

¹²⁵ Catherine Elliott (เชิงอรรถ 117) 125.

¹²⁶ John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law*, (Oxford University Press 1998), 231.

¹²⁷ Catherine Elliott, ‘The French Law of Intent and Its Influence on the Development of International Criminal Law’ (2000) 11 Criminal Law Forum 35, 36.

¹²⁸ Mohamed Elewa Badar (เชิงอรรถ 115) 162.

¹²⁹ Jean Pradel, *Manuel de droit pénal general* (16 edn Cujas, 2006) 456-457 cited in Annemieke van Verseveld (เชิงอรรถ 79) 53.

¹³⁰ Andrew Kirsch, ‘France – Mistake of law in French criminal law’ (1999) *Amicus Curiae* 25, 25.

¹³¹ Code Pénal Article 122-3 N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.

¹³² Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec (เชิงอรรถ 78) 54.

การสำคัญผิดนี้ไม่จำกัดประเภทของกฎหมาย โดยอาจเป็นกฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง ระเบียบ หรือ ข้อบัญญัติใด ๆ ที่ออกโดยรัฐสภาก็ได้¹³³

3.2.3 การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงผสมข้อกฎหมาย

การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนี้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด¹³⁴ หากแต่ได้มีการอธิบายทางตำราในรูปแบบการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงผสมข้อกฎหมาย (erreur mêlée de fait et de droit) เนื่องจากการสำคัญผิดลักษณะนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงบางส่วนและเป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมายบางส่วนได้¹³⁵ ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวมักจะเกิดขึ้นในกรณีของการป้องกันโดยสำคัญผิด¹³⁶ ซึ่งอธิบายได้ 2 รูปแบบ คือ “การป้องกันที่น่าจะเป็นไปได้” และ “การป้องกันโดยการอนุมานหรือจินตนาการ”¹³⁷

สำหรับ “การป้องกันที่น่าจะเป็นไปได้ (légitime défense vraisemblable)” นั้น อธิบายได้ว่าเป็นการพิจารณาถึงการมีอยู่ของภัยอันตรายด้วยสิ่งที่ปรากฏในทางภววิสัยที่บุคคลทั่วไปเห็นพ้องต้องกัน (repose sur des apparences objectives, sensibles à tous)¹³⁸ กล่าวคือ หากมีกรณีเป็นที่สงสัยคลุมเครือถึงการมีอยู่ของภัยอันตรายที่ไม่อาจหยั่งรู้ได้ถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ที่เป็นต้นเหตุแห่งการอ้างป้องกันของจำเลยแล้ว การป้องกันของจำเลยจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อจำเลยและผู้พิพากษานั้นมีความคิดเห็นตรงกันว่า เมื่อพิจารณาจากสิ่งที่ปรากฏในทางภววิสัยจากท่าทางที่น่าจะเป็นอันตราย กรณีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิด “ความเชื่อที่สมเหตุสมผล (raisonnablement croire)” ถึงการมีอยู่ของภัยอันตรายที่เป็นเหตุให้ทำการป้องกัน¹³⁹ ซึ่งถ้าหากเป็นเช่นนั้นแล้ว การป้องกันที่น่าจะเป็นไปได้นั้นก็จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายคู่เดียวกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่แท้จริง¹⁴⁰ อนึ่ง การป้องกันโดยสำคัญผิดนี้เป็นกรณีที่ผู้กระทำสำคัญผิดในข้อกฎหมายเพราะเข้าใจว่า

¹³³ Catherine Elliott (เชิงอรรถ 117) 125.

¹³⁴ François Lareau, ‘Légitime défense et théorie’ (LL.M. Thèse Université d’Ottawa, 1992), 169.

¹³⁵ Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général* (Cujas, 1988) 556 อ้างใน ปกป้อง ศรีสันทิต, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิทยุชน 2563) 147.

¹³⁶ ปกป้อง ศรีสันทิต, ‘การสำคัญผิดในกฎหมายอาญาฝรั่งเศส’ ใน *65 ปี เกียรติขจร* (โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557) 52.

¹³⁷ Roger Merle et André Vitu (เชิงอรรถ 135) 546-547 cited in François Lareau (เชิงอรรถ 78) 169.

¹³⁸ เพิ่งอ้าง.

¹³⁹ Roger Merle et André Vitu (เชิงอรรถ 135) 547 cited in François Lareau (เชิงอรรถ 134) 169.

¹⁴⁰ Jean Pardel, *Droit pénal: Introduction générale; droit pénal general* (6 edn, Cujas, 1988), 381 cited in François Lareau (เชิงอรรถ 134) 169.



การกระทำของตนนั้นชอบด้วยกฎหมายและสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเพราะเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง เรื่องการมีอยู่ของภยันตรายแล้ว จึงน่าจะต้องถือว่าผู้กระทำไม่มีความรับผิดทางอาญา เพราะขาดเจตนาที่จะละเมิดกฎหมาย¹⁴¹

ในส่วน “การป้องกันโดยการอนุমানหรือจินตนาการ (légitime défense putative ou imaginaire)” อธิบายได้ว่า เป็นกรณีที่ความคิดเห็นถึงการมีอยู่ของภยันตรายนั้นเกิดขึ้นจากการอนุমানหรือจินตนาการของผู้กระทำแต่เพียงผู้เดียว บุคคลที่เป็นต้นเหตุแห่งการอ้างป้องกันมีความสันติเป็นที่ประจักษ์และไม่มีผู้ใดที่จะสำคัญถึงเจตนาของบุคคลเช่นว่านั้นเลย การป้องกันในกรณีดังกล่าวจึงยังคงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเลยยังคงต้องมีความรับผิดในทางอาญาเนื่องจากขาดความเป็นภววิสัยในความเป็นไปได้ของภยันตราย¹⁴² ซึ่งไม่ใช่เหตุผลอันสมควรที่จะสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ในทางอาญาได้ แม้จะเป็นกรณีที่จำเลยขาดเจตนาที่จะฝ่าฝืนกฎหมายก็ตาม¹⁴³

3.3 ประเทศเยอรมนี

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคลตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นเป็นการพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิด 3 ส่วนตามทฤษฎี Tripartite Theory ซึ่งในแต่ละส่วนนั้นก็มีความหมายที่จะต้องวินิจฉัยแตกต่างกันมาเป็นลำดับ¹⁴⁴ (1) การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด (Tatbestandsmäßigkeit) (2) ความเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และ (3) ความนำตำหนิ (Schuld)

อธิบายได้ว่าในโครงสร้างความรับผิดส่วนที่ (1) “การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด” เป็นการวินิจฉัยถึงการมีอยู่ขององค์ประกอบส่วนที่เป็นภววิสัยและอัตวิสัย โดยสำหรับองค์ประกอบส่วนที่เป็นภววิสัย (objektiver Tatbestand) นั้น เป็นองค์ประกอบที่มีพื้นฐานอยู่บนข้อเท็จจริงทางกายภาพซึ่งถูกรัฐกำหนดให้เป็นฐานความผิดอาญาเพื่อให้ความคุ้มครองแก่คุณธรรมทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง¹⁴⁵ โดยปรากฏออกมาในลักษณะของบทบัญญัติข้อห้ามมิให้กระทำ (Verbot) หรือคำสั่ง

¹⁴¹ Roger Merle et André Vitu (เชิงอรรถ 135) 556 อ้างใน ปกป้อง ศรีสนิท (เชิงอรรถ 135) 183.

¹⁴² Roger Merle et André Vitu (เชิงอรรถ 135) 547 cited in François Lareau (เชิงอรรถ 134) 170.

¹⁴³ Catherine Elliott (เชิงอรรถ 117) 112.

¹⁴⁴ Volker Krey, *Deutsches, Strafrecht. Allgemeiner Teil 2: Teil II: Tatbestand Des Vorsatzlichen Begehungsdelikts, Glossar* (W. Kohlhammer, 2003) 2.

¹⁴⁵ Volker Krey, *Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil: lehrbuch in Deutsch und Englisch. Teil 1, Grundlagen (Strafrecht und Verfassungsrecht, Strafrechtsprinzipien, Einteilung der Straftaten)* (W. Kohlhammer, 2002) 11.

บังคับให้จำต้องกระทำ (Gebot)¹⁴⁶ และในส่วนองค์ประกอบส่วนที่เป็นอัตวิสัย (subjektiver Tatbestand) นั้น เป็นองค์ประกอบที่เป็นลักษณะทางด้านจิตใจภายในของผู้กระทำ (innere, täterpsychische Merkmale)¹⁴⁷ ที่จำกัดขอบเขตการพิจารณาไว้เฉพาะแต่กรณีของเจตนาแต่เพียงเท่านั้น¹⁴⁸ ยกเว้นแต่กรณีที่ฐานความผิดอาญาใดจะมีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้รับผิดเมื่อมีการกระทำโดยประมาท (Fahrlässigkeit)¹⁴⁹ อันเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีความประพฤติที่เบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลโดยทั่วไปที่สังคมให้การคาดหวัง (Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens) จนก่อให้เกิดผลความเสียหาย¹⁵⁰

ต่อมา เมื่อวินิจฉัยในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ (1) แล้วปรากฏว่าผู้กระทำมี “การกระทำที่ครอบงำประกอบความผิด” ต่อมาจึงทำการวินิจฉัยในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ (2) “ความเป็นปฏิกิริยาต่อกฎหมาย” ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวมีกฎหมายให้การรับรองความถูกต้องชอบธรรม (Rechtfertigungsgründe) หรือไม่ ซึ่งถ้าหากมีกฎหมายให้การรับรองความถูกต้องชอบธรรมสำหรับการกระทำเช่นนี้แล้ว กรณีดังกล่าวย่อมเป็นการที่กฎหมายอนุญาตให้บุคคลสามารถทำอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้¹⁵¹ การกระทำที่ครอบงำประกอบความผิดของผู้กระทำจึงไม่เป็นความผิดเนื่องจากไม่ได้มีความเป็นปฏิกิริยาต่อกฎหมายและผู้ที่ได้รับผลกระทบจากอำนาจกระทำดังกล่าวก็ย่อมมีหน้าที่ต้องอดทนต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย¹⁵² อนึ่ง อำนาจกระทำนั้นอาจเป็นอำนาจที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นใดก็ได้¹⁵³

อย่างไรก็ตาม หากทำการวินิจฉัยในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ (2) แล้วปรากฏว่าการกระทำที่ครอบงำประกอบความผิดนั้นมี “ความเป็นปฏิกิริยาต่อกฎหมาย” กรณีดังกล่าวจึงต้องทำการวินิจฉัยต่อไปในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ (3) “ความน่าตำหนิ” ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำผิดอันเป็นปฏิกิริยาต่อกฎหมายเช่นนี้พึงจะถูกตำหนิเตียนหรือไม่ เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐในการบังคับใช้โทษทางอาญาแก่ปัจเจกชน ตามหลัก “ไม่มีการลงโทษทางอาญา โดยปราศจากความน่าตำหนิ” อันเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับ

¹⁴⁶ Volker Krey (เชิงอรรถ 144) 9.

¹⁴⁷ Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Vahlen, 2005) 60.

¹⁴⁸ “ความประมาท” ในกฎหมายอาญาเยอรมันถือเป็นข้อพิจารณา “ความน่าตำหนิ (Schuld)” ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ (3) see in Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart Publishing, 2009) 16.

¹⁴⁹ Kristian Kühl (เชิงอรรถ 147) 60-61.

¹⁵⁰ Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (เชิงอรรถ 148) 118.

¹⁵¹ Volker Krey (เชิงอรรถ 144) 11.

¹⁵² Dennis Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Springer, 2018) 259.

¹⁵³ Volker Krey, (เชิงอรรถ 144) 11.



การรับรองจากหลักนิติรัฐและกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz)¹⁵⁴ ซึ่งอธิบายได้ว่า เมื่อการลงโทษทางอาญาสะท้อนถึงความหมายของการประณามจากสังคม (sozialer Tadel) และความรับผิดชอบของบุคคลเป็นการส่วนตัวแล้ว เพราะฉะนั้น ความน่าตำหนิของการกระทำส่วนบุคคล (Einzeltatschuld) จึงเป็นเงื่อนไขที่ให้ความชอบธรรมแก่รัฐในการลงโทษทางอาญาแก่ปัจเจกชน¹⁵⁵ ที่พิจารณาถึงความสามารถของบุคคลในการกำหนดเจตจำนงเสรีของตนในการที่จะเลือกปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดตระหนักถึงการมีอยู่ของกฎหมายและข้อห้ามต่าง ๆ และมีความสามารถโดยสมบูรณ์ในการเลือกที่จะกระทำการที่เคารพกฎหมายได้แล้ว แต่ก็ยังคงกำหนดเจตจำนงของตนทำการเลือกที่จะฝ่าฝืนกฎหมาย¹⁵⁶ กรณีดังกล่าวผู้กระทำย่อมมีความน่าตำหนิตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาส่วนที่ (3) ที่รัฐมีความชอบธรรมจะบังคับใช้โทษทางอาญาแก่เขาได้

3.3.1 การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด

เมื่อเจตนาในทางอาญาตามหลักกฎหมายเยอรมันมีองค์ประกอบ “ส่วนรู้” ของผู้กระทำ เป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการพิจารณาถึงการมีอยู่ขององค์ประกอบความผิดส่วนที่เป็นอัตวิสัย (subjektiver Tatbestand) แล้ว นั้นหมายความว่า ผู้กระทำจะสามารถมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดได้ก็ต่อเมื่อเขาได้รู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของฐานความผิดอย่างครบถ้วน¹⁵⁷ ด้วยเหตุนี้ หากปรากฏว่าผู้กระทำความผิดตระหนักถึงข้อเท็จจริงทางภววิสัยอันเป็นองค์ประกอบทางกายภาพของฐานความผิดที่ขาดตกบกพร่องไปแม้แต่ส่วนใดส่วนหนึ่งแล้ว องค์ประกอบภายในจิตใจส่วนที่เป็นอัตวิสัย “ส่วนรู้” ของผู้กระทำก็ย่อมขาดความสมบูรณ์ไป อันเป็นกรณีที่บุคคลได้กระทำไปโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด (Tatbestandsirrtum) ซึ่งปราศจากเจตนา ผู้กระทำจึงไม่อาจรับผิดชอบในทางอาญาสำหรับฐานความผิดที่มีเจตนาเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาได้¹⁵⁸

แต่อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเช่นว่านี้จะสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดขึ้นได้หรือไม่ก็ตาม กรณีดังกล่าวยังคงต้องพิจารณาต่อไปว่า การสำคัญผิดของผู้กระทำดังกล่าวนั้นได้เกิดขึ้นด้วยความประมาทหรือไม่¹⁵⁹ หากคุณธรรมทางกฎหมายที่ได้รับควบคุมครองตามกฎหมายอาญาจากการกระทำโดยประมาทได้ถูกทำลายลงด้วยความประมาทแล้ว ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบ

¹⁵⁴ BVerfG E20, 323 cited in Volker Krey (เชิงอรรถ 145) 96.

¹⁵⁵ เพิ่งอ้าง 12-14.

¹⁵⁶ BGH, 18.03.1952 - GSSt 2/51 ย่อหน้าที่ 17.

¹⁵⁷ Volker Krey (เชิงอรรถ 144) 138.

¹⁵⁸ Johannes Wessels and Werner Beulke, *Strafrecht allgemeiner Teil* (31. Auflage, C.F. Muller, 2001) 143.

¹⁵⁹ Dennis Bock (เชิงอรรถ 152) 235.

สำหรับฐานความผิดอาญาที่บัญญัติโดยเฉพาะให้ต้องรับผิดเมื่อมีการกระทำโดยประมาท (Fahrlässigkeitsdelikt)¹⁶⁰

จากคำอธิบายเกี่ยวกับการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมันจะเห็นได้ว่า การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่จะส่งผลให้ผู้กระทำขาดเจตนาอันเป็นความขาดตกบกพร่องในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ (1) นั้น จะเกิดขึ้นเมื่อผู้กระทำขาดการตระหนักรู้ถึงองค์ประกอบความผิดทางภววิสัยที่ครบถ้วนสมบูรณ์¹⁶¹ อย่างไรก็ตาม หากได้ปรากฏว่าผู้กระทำได้ตระหนักรู้ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดอย่างครบถ้วนแล้ว แต่ได้กระทำไปโดยมีสมมุติฐานที่คลาดเคลื่อนว่าการกระทำเช่นว่าของตนนั้นไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางอาญา กรณีดังกล่าวนี้ย่อมไม่ใช่การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง หากแต่เป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่ไม่ได้ปฏิเสธถึงการมีอยู่ของเจตนาไปเลยทีเดียว แต่เป็นความขาดตกบกพร่องใน “ความนำต่าหนิ” ของผู้กระทำตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ (3)¹⁶² ซึ่งจะทำการอธิบายต่อไป

3.3.2 การสำคัญผิดในข้อห้าม (การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย)

การสำคัญผิดในข้อกฎหมายตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมันนั้น รู้จักกันในชื่อของการสำคัญผิดในข้อห้าม (Verbotsirrtum) สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ จากคำอธิบายของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17¹⁶³ คือ การสำคัญผิดในข้อห้ามโดยตรง และการสำคัญผิดในข้อห้ามโดยอ้อม

สำหรับการสำคัญผิดในข้อห้ามโดยตรง (direkter Verbotsirrtum) นั้น คือ กรณีที่ผู้กระทำนั้นไม่ได้มีความรู้สำนึกถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการกระทำของตน¹⁶⁴ กล่าวคือไม่ได้ตระหนักรู้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการทำลายคุณธรรมทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง¹⁶⁵ โดยทั้งนี้ อาจเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดที่เป็น

¹⁶⁰ Kristian Kühl (เชิงอรรถ 147) 256.

¹⁶¹ Mohamed Elewa Badar, ‘Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German. Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals’ (2005) 5 International Criminal Law Review 203, 235.

¹⁶² เพิ่งอ้าง 241.

¹⁶³ Strafgesetzbuch (StGB) § 17 Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

¹⁶⁴ Eberhard Schmidhäuser, ‘Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB): Zugleich zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 17. 12. 1975 über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB: JZ 1976, 91, BVerfGE 41, 121’ (1979) 34 JuristenZeitung 361, 363.

¹⁶⁵ Johannes Wessels and Werner Beulke (เชิงอรรถ 158) 145.



บทบัญญัติข้อห้ามตามกฎหมาย (Verbotsnorm) หรือการตีความบทบัญญัติกฎหมายของผู้กระทำที่คลาดเคลื่อนเนื่องจากความเข้าใจผิดเกี่ยวกับขอบเขตการใช้บังคับของฐานความผิด (Fehlvorstellungen über ihren Geltungsbereich) อันเป็นเหตุให้ผู้กระทำเข้าใจไปว่าการกระทำของตนนั้นไม่อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติฐานความผิดตามกฎหมายเช่นว่านั้น¹⁶⁶

ด้วยเหตุนี้ การสำคัญผิดในข้อห้ามโดยตรงจึงไม่ได้ส่งผลกระทบต่อการมีอยู่ซึ่งเจตนาในทางอาญาของผู้กระทำแต่อย่างใด แต่เป็นกรณีที่อาจส่งผลให้ผู้กระทำปราศจาก “ความน่าตำหนิ” ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ (3) หากการสำคัญผิดดังกล่าวที่เกิดขึ้นนั้นผู้กระทำไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (unvermeidbar)¹⁶⁷ อย่างไรก็ดี หากการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นเช่นว่านี้ ผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงได้ (vermeidbar) กรณีดังกล่าวนี้คงไม่อาจถือได้ว่าผู้กระทำขาด “ความน่าตำหนิ” ไปเสียทีเดียว หากแต่ยังคงมีข้อพึงประณามอยู่ในระดับที่ต่ำกว่ากรณีทั่วไปอันสมควรได้รับการลดหย่อนโทษสำหรับความผิดโดยเจตนาที่ได้กระทำลงไป¹⁶⁸ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 49 ทั้งนี้ แม้จะยังไม่ได้มีคำอธิบายที่ชัดเจนถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาถึงความสามารถของผู้กระทำในการหลีกเลี่ยงการสำคัญผิดในข้อกฎหมายก็ตาม แต่แนวทางการวินิจฉัยของศาลก็มีแนวโน้มที่เป็นไปอย่างเคร่งครัดโดยพิจารณาถึง “ความรู้สำนึกในหน้าที่” อันเป็นปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำ ไม่ว่าจะป็นฐานะทางสังคม สมรรถภาพทางจิต ความสมเหตุสมผลของผู้กระทำในการใช้ความสามารถเพื่อตระหนักถึงคุณค่าทางกฎหมายและคุณค่าทางศีลธรรม¹⁶⁹

นอกจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17 จะเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสำคัญผิดในข้อห้ามโดยตรง ที่เป็นเรื่องการสำคัญผิดในการมีอยู่ของบทบัญญัติฐานความผิดอาญาแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวก็ยังได้รับการอธิบายต่อไปถึงรูปแบบการสำคัญผิดข้อกฎหมายอีกประการหนึ่ง คือ การสำคัญผิดในข้อห้ามโดยอ้อม (indirekter Verbotsirrtum) อันเป็นกรณีที่ผู้กระทำขาดความตระหนักถึงความเป็นปฏิกิริยาต่อกฎหมายอันเกิดจากการกระทำของตน เพราะสำคัญผิดไปว่าการกระทำดังกล่าวนี้ต้องด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยกเว้นความรับผิดทางอาญาและอนุญาตให้กระทำได้ (Erlaubnisirrtum)¹⁷⁰ กล่าวคือ เป็นการสำคัญผิดถึงการมีอยู่ของอำนาจกระทำตามกฎหมาย เช่น การที่ผู้ปกครองตีบุตรโดยเข้าใจว่ากฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงกฎหมาย

¹⁶⁶ เพิ่งอ้าง.

¹⁶⁷ Eberhard Schmidhäuser (เชิงอรรถ 164) 364.

¹⁶⁸ Johannes Wessels and Werner Beulke (เชิงอรรถ 158) 147.

¹⁶⁹ เพิ่งอ้าง.

¹⁷⁰ Kristian Kühl (เชิงอรรถ 147) 371.

ไม่ได้ให้อำนาจกระทำการดังกล่าว¹⁷¹ การจับกุมผู้กระทำความผิดของราษฎรโดยเชื่อว่าตนมีอำนาจจับกุมผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย แม้ในความเป็นจริงไม่เข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (Strafprozeßordnung; StPO) มาตรา 127(1) ที่ให้อำนาจราษฎรจับกุมได้¹⁷² หรือการสำคัญผิดในขอบเขต (Grenze) ของอำนาจกระทำตามกฎหมาย เช่น การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุโดยที่ผู้กระทำเชื่อว่าการใช้กำลังของตนนั้นเป็นวิถีทางสุดท้ายที่จำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ทั้งที่ในความเป็นจริงยังมีวิถีทางที่ละม่อมยิ่งกว่าให้ผู้กระทำสามารถเลือกที่จะกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตน¹⁷³ ซึ่งกรณีเหล่านี้ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดอย่างครบถ้วนทุกประการ แต่สำคัญผิดไปว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดของตนนั้นได้รับการรับรองความถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมาย¹⁷⁴

เมื่อการสำคัญผิดในข้อห้ามโดยอ้อมอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17 แล้วจึงต้องนำความสามารถของบุคคลในการหลีกเลี่ยงการกระทำโดยสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (Vermeidbarkeit) มาใช้ในการพิจารณาเช่นเดียวกับการสำคัญผิดในข้อห้ามโดยตรง กล่าวคือ หากการสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้น ผู้กระทำไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ การสำคัญผิดเช่นนั้นจะปฏิเสธการมีอยู่ซึ่งความน่าตำหนิของบุคคลและเป็นเหตุให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ แต่ถ้าหากผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้การสำคัญผิดในข้อกฎหมายเกิดขึ้นได้แล้ว การสำคัญผิดนั้นก็เพียงแต่เหตุที่ได้รับการลดโทษตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 49 เท่านั้น¹⁷⁵

3.3.3 การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมาย

นอกจากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดและการสำคัญผิดในข้อกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 16(1) และมาตรา 17 แล้ว การสำคัญผิดในกฎหมายอาญาเยอรมันยังมีการสำคัญผิดอีกกรณีหนึ่ง คือกรณีของการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมาย (Erlaubnistatbestandsirrtum) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำสำคัญผิดเกี่ยวกับเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงของเหตุที่กฎหมายให้การรับรองความชอบด้วยกฎหมาย

¹⁷¹ Dennis Bock (เชิงอรรถ 152) 398.

¹⁷² Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre* (2. Auflage, Springer 2009) 291.

¹⁷³ Johannes Wessels and Werner Beulke (เชิงอรรถ 158) 144.

¹⁷⁴ เพิ่งอ้าง 154.

¹⁷⁵ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (50. Auflage, C.H. Beck 2001) 134.



(tatsächliche Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes)¹⁷⁶ กล่าวคือ ผู้กระทำมิได้มีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนถึงการมีอยู่หรือขอบเขตของอำนาจกระทำตามกฎหมายดังเช่นการสำคัญผิดในข้อห้ามโดยอ้อมแต่อย่างใด¹⁷⁷ หากแต่มีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับการมีอยู่ของข้อเท็จจริงที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขของอำนาจกระทำตามกฎหมาย โดยเชื่อว่าเหตุที่ก่อให้เกิดอำนาจกระทำตามกฎหมายนั้นมีอยู่จริง ด้วยการอนุมานจากสถานการณ์ต่าง ๆ ทางภววิสัยที่ตนได้รับรู้ ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงแล้ว ข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ได้มีอยู่แต่อย่างใด¹⁷⁸ เช่น การป้องกันโดยสำคัญผิดถึงการมีอยู่ของภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายที่ไม่มีอยู่จริง¹⁷⁹ อย่างไรก็ตาม แม้กรณีดังกล่าวจะเป็นการสำคัญผิดอันเกิดจากความเข้าใจใน “ข้อเท็จจริง” ของผู้กระทำที่คลาดเคลื่อนก็ตาม แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมาย ผู้กระทำจึงมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนใน “ข้อกฎหมาย” ที่กำหนดเงื่อนไขของอำนาจกระทำตามกฎหมายอีกด้วย กรณีปัญหาดังกล่าวจึงเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงและการสำคัญผิดในข้อกฎหมายในเวลาเดียวกัน¹⁸⁰ ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 16(1) นั้นก็ได้บัญญัติไว้ปรับใช้สำหรับเฉพาะการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดซึ่งเป็น “ข้อเท็จจริง” ในความหมายอย่างแคบ ส่วนมาตรา 17 นั้นก็ได้บัญญัติไว้ปรับใช้สำหรับเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำสำคัญผิดในข้อกฎหมายเพียงเท่านั้น¹⁸¹ ด้วยเหตุนี้ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมายจึงยังคงเป็นที่ถกเถียงกันในทางวิชาการกฎหมายอาญาเยอรมันอยู่มากถึงการปรับใช้ที่ควรจะเป็น โดยทั้งนี้สามารถอธิบายได้ผ่านทฤษฎี 3 แนวคิด คือ ทฤษฎีเจตนา ทฤษฎีความน่าตำหนิโดยเคร่งครัด และทฤษฎีความน่าตำหนิอย่างจำกัด

(1) ทฤษฎีเจตนา (Vorsatztheorie)

เนื่องจากแนวคิดตามทฤษฎีเจตนา นั้นได้อธิบายว่าความตระหนักรู้ถึงความเป็นปฏิกษต่อกฎหมายในการกระทำของตนนั้นเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของเจตนาในทางอาญา ด้วยเหตุนี้ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมายจึงส่งผลกระทบต่อ

¹⁷⁶ Helmut Satzger and Wilhelm Schluckebier, *Strafgesetzbuch: Kommentar* (3. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2016) 155.

¹⁷⁷ Kristian Kühl (เชิงอรรถ 147) 377.

¹⁷⁸ Georg Freund (เชิงอรรถ 172) 291-292.

¹⁷⁹ Johannes Wessels and Werner Beulke (เชิงอรรถ 158) 147.

¹⁸⁰ Georg Freund (เชิงอรรถ 172) 292.

¹⁸¹ Kristian Kühl (เชิงอรรถ 147) 378.

ต่อการมีอยู่ซึ่งเจตนาของผู้กระทำ¹⁸² และนอกจากนี้ แม้ผู้กระทำจะมีการสำคัญผิดในเงื่อนไขที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำก็ตาม แต่เงื่อนไขดังกล่าวนั้นก็มิมีสถานะเป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ในการพิจารณาความรับผิดทางอาญาของผู้กระทำที่ได้ดำเนินการโดยเจตนาเช่นเดียวกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เพราะฉะนั้นจึงสามารถนำประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 16(1) มาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยปัญหาประเด็นดังกล่าวได้โดยตรง (direkte Anwendung)¹⁸³

(2) ทฤษฎีความน่าตำหนิโดยเคร่งครัด (strenge Schuldtheorie)

ในทางตรงกันข้ามกับทฤษฎีเจตนา ทฤษฎีความน่าตำหนิโดยเคร่งครัดนั้นอธิบายว่าความตระหนักรู้ถึงการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายของผู้กระทำนั้นไม่ได้เป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของเจตนาในทางอาญาแต่อย่างใด หากแต่เป็นเรื่องของความสามารถในการตัดสินใจทางศีลธรรมของบุคคลในการเลือกที่จะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งถูกนำมาใช้พิจารณาถึงการมีอยู่ซึ่งความน่าตำหนิของผู้กระทำเพื่อพิจารณาการลงโทษตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ (3)¹⁸⁴ เพราะฉะนั้น เมื่อการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำนั้นเป็นกรณีที่ส่งผลต่อความตระหนักรู้ถึงการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมายแล้ว กรณีดังกล่าวก็ย่อมเป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมายและอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17¹⁸⁵ ซึ่งจะส่งผลให้ต้องนำหลักเกณฑ์ความสามารถของบุคคลในการหลีกเลี่ยงการกระทำโดยสำคัญผิดในข้อกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาถึงการมีอยู่ซึ่งความน่าตำหนิของผู้กระทำ กล่าวคือ หากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่ผู้กระทำไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ผู้กระทำย่อมขาดความน่าตำหนิ แต่ถ้าหากผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้การสำคัญผิดในข้อกฎหมายเช่นนี้เกิดขึ้นได้แล้ว ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดทางอาญาสำหรับฐานความผิดที่กำหนดให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยเจตนา¹⁸⁶ เนื่องจากการสำคัญผิดในข้อกฎหมายกรณีดังกล่าวไม่ได้ปฏิเสธการมีอยู่ซึ่งเจตนาของผู้กระทำแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ผู้กระทำยังอาจได้รับการลดโทษจากฐานความผิดที่ได้กระทำโดยเจตนา¹⁸⁷

¹⁸² Helmut Satzger and Wilhelm Schluckebier (เชิงอรรถ 176) 156.

¹⁸³ Johannes Wessels and Werner Beulke (เชิงอรรถ 158) 148.

¹⁸⁴ เพิ่งอ้าง.

¹⁸⁵ Helmut Satzger and Wilhelm Schluckebier (เชิงอรรถ 176) 156.

¹⁸⁶ Kristian Kühl (เชิงอรรถ 147) 380.

¹⁸⁷ Matthias Cernusca, 'A Comparative Approach to Normative Elements in the Definition of International Crimes' (Doctoral Thesis Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau 2018) 262.



ทั้งนี้ จากคำอธิบายของทฤษฎีดังกล่าวนั้น หากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำตามกฎหมายได้เกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการประเมินสถานการณ์เช่นเดียวกับการกระทำโดยประมาทแล้ว กรณีดังกล่าวย่อมไม่อาจลงโทษผู้กระทำสำหรับความผิดอาญาที่กำหนดให้ต้องรับผิดกรณีกระทำโดยประมาทได้ เนื่องจากมาตรา 17 ให้พิจารณาถึงความสามารถในการหลีกเลี่ยงการสำคัญผิดในข้อกฎหมายเป็นเงื่อนไขของการลงโทษ ซึ่งหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงได้ก็แม้จะมีการกระทำโดยไม่ระมัดระวังเช่นเดียวกับการกระทำโดยประมาทก็ตาม กรณีดังกล่าวผู้กระทำยังคงต้องรับผิดสำหรับฐานความผิดอาญาที่กำหนดให้ต้องรับผิดโดยเจตนา ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อจำเลย¹⁸⁸

(3) ทฤษฎีความนำตำหนิอย่างจำกัด (eingeschänkte Schuldtheorie)

ทฤษฎีนี้ได้กล่าวถึง “หลักองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงเชิงลบ (Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen)” โดยอธิบายว่า ฐานความผิดอาญาทั้งหลายนั้นประกอบด้วยองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงเชิงบวกที่เป็นบัพัญญูต้องประกอบความผิด (positive Umstände des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes) และองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงเชิงลบอันเป็นการกระทำซึ่งปราศจากอำนาจตามกฎหมาย (negative Tatbestandsmerkmalen) เพราะฉะนั้น ผู้กระทำจะมีเจตนาในทางอาญาที่สมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นบัพัญญูต้องประกอบความผิด (ข้อเท็จจริงเชิงบวก) และรู้ว่าการกระทำของตนนั้นปราศจากอำนาจตามกฎหมาย (ข้อเท็จจริงเชิงลบ)¹⁸⁹ หากผู้กระทำรู้แต่เพียงข้อเท็จจริงอันเป็นบัพัญญูต้องประกอบความผิด แต่เชื่อว่าการกระทำของตนไม่ได้ปราศจากอำนาจตามกฎหมายแล้ว กรณีดังกล่าวนี้ย่อมเป็นกรณีที่เจตนาส่วนรู้ของผู้กระทำครอบคลุมเพียงแต่องค์ประกอบทางข้อเท็จจริงเชิงบวกเพียงส่วนเดียว ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงเชิงลบ จึงต้องถือว่าผู้กระทำขาดเจตนาในการกระทำความผิด¹⁹⁰ และเมื่อผู้กระทำได้แสดงถึงทัศนคติทางศีลธรรมที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว¹⁹¹ การกระทำอันเกิดจากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำจึงย่อมเป็น “สิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายในตัวเอง (an sich rechtstreu)”¹⁹² ด้วยเหตุนี้ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของอำนาจกระทำนั้นจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับบัพัญญูตีการสำคัญผิดในข้อกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17 หากแต่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 16(1) ที่จะต้องนำมา

¹⁸⁸ Johannes Wessels and Werner Beulke (เชิงอรรถ 158) 148-149.

¹⁸⁹ เพิ่งอ้าง 150.

¹⁹⁰ Matthias Cernusca (เชิงอรรถ 187) 263.

¹⁹¹ Johannes Wessels and Werner Beulke (เชิงอรรถ 158) 149.

¹⁹² Kristian Kühl (เชิงอรรถ 147) 379.

ปรับใช้โดยเทียบเคียง (analoge Anwendung)¹⁹³ ส่งผลให้จำเลยขาดเจตนา และถ้าหากการสำคัญผิดเกิดขึ้นด้วยความไม่ระมัดระวังแล้ว จำเลยก็อาจต้องรับผิดชอบสำหรับฐานความผิดอาญาที่กำหนดให้ต้องรับผิดชอบกรณีที่ได้การกระทำโดยประมาท¹⁹⁴

ทั้งนี้ ในปัจจุบันทฤษฎีความน่าตำหนิอย่างจำกัด เป็นแนวคิดที่ได้รับการยึดถือในทางปฏิบัติและได้รับการสนับสนุนผ่านการปรับใช้ของฝ่ายตุลาการ¹⁹⁵ ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลยุติธรรมสหพันธรัฐ ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 2019¹⁹⁶ และคำพิพากษาศาลยุติธรรมสหพันธรัฐ ลงวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 2012¹⁹⁷

4. วิเคราะห์ปัญหาการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำในกฎหมายไทย

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำในกฎหมายอาญาไทย แล้วจึงจะได้ทำการเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

4.1 ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

เมื่อใดก็ตามที่ได้มีการอธิบายถึงหลักการเกี่ยวกับประเด็นปัญหาความคลาดเคลื่อนเกี่ยวกับความเข้าใจในข้อกฎหมายอาญาของบุคคลแล้ว คำอธิบายทางทฤษฎีกฎหมายอาญาในประเด็นปัญหาดังกล่าวมักจะมีการอธิบาย “ความไม่รู้กฎหมาย” และ “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” ในลักษณะของการเหมารวมว่าเป็นความหมายเดียวกันเป็นหนึ่งเดียว ว่าเป็น “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” โดยให้คำอธิบายว่า เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าสิ่งที่ตนเองกระทำนั้นมียุทธศาสตร์ให้มีความผิดอาญา ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคำอธิบายดังกล่าวเป็นคำอธิบายที่คลาดเคลื่อนไปจากแนวคิดและทฤษฎีของการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย เนื่องจากความหมายของการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่แท้จริงนั้น คือ กรณีที่บุคคลมีความเข้าใจในการปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในความคิดของผู้กระทำที่เป็นไปโดยผิดพลาดและนำไปสู่ข้อสรุป

¹⁹³ Helmut Satzger and Wilhelm Schluckebier (เชิงอรรถ 176) 156.

¹⁹⁴ Matthias Cernusca (เชิงอรรถ 187) 263.

¹⁹⁵ Thomas Fischer (เชิงอรรถ 175) 127.

¹⁹⁶ BGH, 21.11.2019 - 4 StR 166/19 ย่อหน้าที่ 13.

¹⁹⁷ BGH, 27.09.2012 - 4 StR 197/12 ย่อหน้าที่ 17.

เกี่ยวกับผลทางกฎหมายที่ผิดพลาด เพราะฉะนั้น การสำคัญผิดในข้อกฎหมายจึงอาจเป็นกรณีที่จำเลยไม่รู้ถึงการมีอยู่ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานความผิดอาญาเลย หรืออาจเป็นกรณีที่จำเลยรู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดแต่เข้าใจผิดไปว่ามีบทกฎหมายให้อำนาจแก่จำเลยในการกระทำอันเป็นความผิดอาญาก็ได้ ด้วยเหตุนี้ “ความไม่รู้กฎหมาย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 จึงให้ความหมายแต่เฉพาะกรณีของการไม่ตระหนักรู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดอาญาเท่านั้น ไม่ใช่ไม่รู้กฎหมายอื่นนอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด¹⁹⁸ ซึ่งแตกต่างจากความหมายของ “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” ที่มีความหมายกว้างกว่า โดยไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแค่เฉพาะความไม่รู้ถึงการมีอยู่ของบทบัญญัติฐานความผิดอาญาเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงความไม่รู้หรือสำคัญผิดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อนุญาตหรือให้อำนาจบุคคลสามารถกระทำได้โดยชอบอีกด้วย ทั้งนี้ ตามแผนภาพที่ได้นำเสนอด้านล่าง



แผนภาพความสัมพันธ์ระหว่าง “ความไม่รู้กฎหมาย” และ “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย”

เมื่อความหมายของ “ความไม่รู้กฎหมาย” และ “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” มีความแตกต่างกันเช่นนี้แล้ว ด้วยเหตุนี้ หลักการห้ามอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นแก้ตัวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 นั้นจึงใช้บังคับกับเฉพาะกรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำของตนเองนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดอาญาแต่เพียงเท่านั้น¹⁹⁹ ไม่ใช่หลักการที่จะนำมาปรับใช้เพื่อห้ามมิให้ยกการสำคัญผิดถึงการมีอยู่ของสิ่งที่กฎหมายอนุญาตหรือให้อำนาจกระทำตามกฎหมายขึ้นกล่าวอ้างต่อสู้ให้หลุดพ้นความรับผิดชอบทางอาญาแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3142/2557²⁰⁰

¹⁹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2546) 236-237.

¹⁹⁹ หยุต แสงอุทัย (เชิงอรรถ 40) 77.

²⁰⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3142/2557 วินิจฉัยว่า แม้จำเลยและผู้เสียหายเป็นเจ้าของรวมในสวนยางพาราที่เกิดเหตุแต่ก่อนเกิดเหตุจำเลยยอมให้ผู้เสียหายครอบครองและได้ประโยชน์เพียงผู้เดียว การที่จำเลยจ้าง ส. เข้าไปกรีดยางพาราจะเอาน้ำยางพาราไปเพียงผู้เดียว จึงเป็นการแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเอง ย่อมเป็นการทุจริตแล้ว เมื่อน้ำยางพาราที่กรีดยังอยู่ในถ้วยรองน้ำยางยังไม่ได้ถูกนำไป เป็นเพียงพยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ โจทก์ฟ้องว่า

ที่วินิจฉัยว่า การที่จำเลยเข้าใจว่ามีอำนาจทำได้โดยสุจริตและ ส. ก็กระทำโดยเปิดเผย เป็นการอ้างความไม่รู้ข้อกฎหมายซึ่งใช้แก้ตัวให้พ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 นั้นจึงเป็นการปรับใช้กฎหมายที่ไม่ถูกต้อง และอาจเป็นการปรับใช้กฎหมายโดยการตีความขยายออกไปให้เป็นโทษแก่จำเลยอีกด้วยซึ่งต้องห้ามตามหลักเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญา²⁰¹ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวนั้นสามารถปรับใช้บังคับได้เฉพาะในกรณีที่คุณคดีไม่รู้ว่าการกระทำของตนเองมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดเท่านั้น เมื่อความผิดฐานลักทรัพย์นั้นเป็นความผิดลักษณะที่เป็นความผิดในตัวเอง (*mala in se*) จำเลยจึงไม่ได้ขาดความตระหนักรู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดอาญาดังกล่าวอย่างแน่นอน กรณีนี้จำเลยรู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดฐานลักทรัพย์ แต่สำคัญผิดในข้อกฎหมายแพ่งไปว่าตนยังคงมีอำนาจใช้ทรัพย์สินค้าตามกฎหมายแพ่งในฐานะเจ้าของร่วม อย่างไรก็ตาม คดีนี้ยังไม่อาจจะชี้ให้เห็นถึงแก่นแท้ของปัญหาการสำคัญผิดในเหตุที่คุณคดีมีอำนาจกระทำที่ผู้เขียนต้องการจะนำเสนอ เพราะการสำคัญผิดในเหตุที่คุณคดีมีอำนาจกระทำในคดีนี้จะเป็นกรณีที่ทำให้เหตุผลได้ว่าผู้กระทำขาดเจตนาพิเศษโดยทุจริตไปเสียตั้งแต่แรกแล้ว ในลำดับต่อไปผู้เขียนจึงจะได้วิเคราะห์ปัญหาต่อเนื่องที่เกิดขึ้นจากความคลาดเคลื่อนจากคำอธิบายเกี่ยวกับการสำคัญผิดในข้อกฎหมายคือ การขาดหายไปของบทบัญญัติการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่คุณคดีมีอำนาจกระทำ

4.2 บทบัญญัติทั่วไปสำหรับการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่คุณคดีมีอำนาจกระทำ

ดังที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วข้างต้นถึงความหมายที่แท้จริงของการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย กรณีจึงเกิดปัญหาช่องว่างของกฎหมายของการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่คุณคดีมีอำนาจกระทำ กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่คุณคดีรู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดอาญาที่ตนกระทำความผิด แต่สำคัญผิดในข้อกฎหมายว่าตนมีอำนาจกระทำตามกฎหมายแล้ว กรณีดังกล่าวไม่มีบทกฎหมายรองรับเพื่อให้จำเลยสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในทางอาญาเพื่อยกเว้นโทษหรือบรรเทาโทษได้แต่อย่างใดเลย²⁰² และ

จำเลยกระทำการลักทรัพย์เอง แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในการพิจารณาฟังได้ว่าจำเลยเป็นผู้จางานใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด ซึ่งเป็นการแตกต่างในข้อสาระสำคัญ ศาลไม่อาจลงโทษฐานผู้ใช้ตามข้อเท็จจริงที่ได้ความได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 192 วรรคสอง คงลงโทษได้ในฐานผู้สนับสนุน การที่จำเลยเข้าใจว่ามีอำนาจทำได้โดยสุจริตและ ส. ก็กระทำโดยเปิดเผย เป็นการอ้างความไม่รู้ข้อกฎหมายของจำเลยในเรื่องนี้ ซึ่งใช้แก้ตัวให้พ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาไม่ได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64.

²⁰¹ หยุต แสงอุทัย (เชิงอรธ 40) 47; อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการเทียบเคียงในกรณีนี้ไม่น่าจะฝ่าฝืนหลัก *nullum crimen nulla poena sine lege* เพราะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 ไม่ใช่ฐานความผิดอาญา.

²⁰² ทั้งนี้ แม้ประมวลกฎหมายอาญาไทยจะได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการสำคัญผิดในข้อกฎหมายอยู่บ้างในกรณีของการกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 70 แต่บทกฎหมายดังกล่าวก็เป็นเพียงบทบัญญัติเฉพาะกรณีที่มีการสำคัญผิดในข้อกฎหมายเกิดจากคำสั่งของผู้ที่มีฐานะเป็นเจ้าพนักงานเท่านั้น ไม่ใช่การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย



นอกจากนี้ บทบัญญัติการสำคัญผิดในเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 นั้น ก็ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ เพราะ กรณีปัญหาดังกล่าวไม่ได้มีการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง แต่อย่างใด แต่เป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมายโดยแท้ ด้วยเหตุนี้ กรณีดังกล่าวจึงส่งผลให้ผู้กระทำ มีความรับผิดชอบในทางอาญาอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วยดุจดังอาชญากรทั่วไป ทั้ง ๆ ที่ไม่อาจกล่าวได้ว่า ผู้กระทำได้ใช้เจตจำนงเสรีอย่างแท้จริงในการเลือกที่จะกระทำความผิด การสำคัญผิดของผู้กระทำ โดยสุจริตที่เกิดขึ้นจึงเป็นอุบัติเหตุทางอรรถศาสตร์ ที่ส่งผลให้บุคคลขาดความน่าตำหนิของจิตใจ ไม่ต่างไปจากเหตุของความอ่อนอายุ หรือความวิกลจริต และสมควรได้รับการพิจารณากว้างโอบ เพราะ ผู้กระทำเข้าใจไปว่าสิ่งที่ตนกระทำนั้นมิใช่กฎหมายให้การรองรับความถูกต้องชอบธรรม ซึ่งถ้าหาก ผู้กระทำได้ทราบว่าการกระทำของตนเองไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีโอกาสที่จะเลือกปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว เขาก็คงเลือกที่จะเสี่ยงไม่กระทำการดังกล่าวตั้งแต่แรก การลงโทษบุคคลที่ไม่ได้มีจิตใจ แห่งอาชญากรอย่างแท้จริงในกรณีเช่นนี้จึงไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมแต่อย่างใด

ยกตัวอย่างเช่น ครูโรงเรียนในยุคสมัยปัจจุบันทำการตีนักเรียนที่ละเมิดกฎของโรงเรียน เพื่อลงโทษว่ากล่าวสั่งสอนโดยเข้าใจโดยสุจริตว่าตนมีอำนาจกระทำได้จากจารีตประเพณีของประเทศไทย เมื่อหลายสิบปีก่อน²⁰³ ทั้ง ๆ ที่ในปัจจุบันการลงโทษเด็กด้วยการตีนั้นถูกยกเลิกไปตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 และในปี พ.ศ. 2546 ได้มีการปรับกฎการลงโทษนักเรียนและนักศึกษาไม่ให้มีการตีนักเรียนอีกต่อไป ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 65 วรรคสาม²⁰⁴ ประกอบระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 ข้อ 5 ที่จำกัดรูปแบบการลงโทษนักเรียนไว้เพียงว่ากล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บน ตัดคะแนนความประพฤติ และทำกิจกรรม เพื่อให้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรมเท่านั้น²⁰⁵ กรณีปัญหาดังกล่าวมีประเด็นจะต้องวินิจฉัยว่า หากครูถูกดำเนินคดีอาญาในความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นแต่ไม่ถึงกับเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กายตาม

โดยตัวผู้กระทำเองโดยตรง จึงไม่อาจนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายดังที่ผู้เขียนกล่าวไว้ในข้างต้นได้ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำอธิบายว่า การปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงผสมข้อกฎหมาย เพราะกรณีดังกล่าว ผู้กระทำไม่ได้มีการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงแต่อย่างใดเลย ผู้กระทำทราบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำของตนเองทั้งหมด หากแต่สำคัญผิดไปว่าตนมีความชอบธรรมตามกฎหมายอันเกิดจากคำสั่งของเจ้าพนักงานเพียงเท่านั้น หากคำอธิบายดังกล่าว ถูกต้องแล้ว กรณีดังกล่าวก็จะอยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ด้วยในเวลาเดียวกัน ซึ่งไม่น่าจะต้อง; โปรดดูคำอธิบายดังกล่าวใน ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง (พิมพ์ครั้งที่ 3 วิทยุชน, 2563), 183.

²⁰³ เกียรติขจร วัฒนสวัสดิ์ (เชิงอรรด 16) 101.

²⁰⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 65 วรรคสาม บัญญัติว่า การลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษาให้กระทำเท่าที่สมควรเพื่อการอบรมสั่งสอนตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด.

²⁰⁵ ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 ข้อ 5 บัญญัติว่า โทษที่จะลงโทษแก่นักเรียนหรือนักศึกษาที่กระทำความผิด มี 4 สถาน ดังนี้ (1) ว่ากล่าวตักเตือน (2) ทำทัณฑ์บน (3) ตัดคะแนนความประพฤติ (4) ทำกิจกรรมเพื่อให้ปรับเปลี่ยนพฤติกรรม.

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 ครูจะสามารถยกความสำคัญผิดในข้อกฎหมายว่าตนมีอำนาจกระทำขึ้นต่อผู้ใดหรือไม่อย่างไร ซึ่งในกรณีเช่นนี้อธิบายได้ว่า การที่ครูตีเด็กนักเรียนนั้นเป็นกรณีที่ครูทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยที่รู้ข้อเท็จจริงว่าตนกำลังทำร้ายร่างกายผู้อื่นและประสงค์ต่อผลให้เกิดความเจ็บปวดทางร่างกายของเด็กนักเรียน ครูจึงมีการกระทำที่ครอบงำประกอบความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นแต่ไม่ถึงกับเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่กาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 โดยทั้งนี้ การทำร้ายร่างกายผู้อื่นนั้นเป็นความผิดอาญาที่เป็นผิดอยู่ในตัวเอง ครูผู้อยู่ในฐานะผู้บรรลุนิติภาวะที่ย่อมจะรู้ว่าการทำร้ายร่างกายผู้อื่นนั้นได้ถูกกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ข้อกฎหมายที่ครูสำคัญผิดจึงไม่ใช่การมีอยู่ของ “ฐานความผิดอาญา” แต่เป็นการสำคัญผิดในการมีอยู่ของ “อำนาจกระทำตามกฎหมาย” ความสำคัญผิดของครูดังกล่าวนี้จึงไม่ใช่กรณีของความไม่รู้กฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64

นอกจากนี้ กรณีดังกล่าวนี้ครูก็ไม่ได้มีการสำคัญผิดใน “ข้อเท็จจริง” ที่เป็นเหตุให้ตนมีอำนาจกระทำแต่อย่างใด เพราะครูที่ตีนักเรียนนั้นไม่ได้มีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดอำนาจกระทำแต่อย่างใดเลย กล่าวคือ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการละเมิดกฎของโรงเรียนของนักเรียนที่ก่อให้เกิดอำนาจในการลงโทษนั้นมีอยู่อย่างแท้จริงครบถ้วนและครูก็รู้ว่าการกระทำของตนเป็นการลงโทษที่ทำให้ร่างกายของนักเรียนได้รับบาดเจ็บ เพียงแต่ครูเข้าใจไปว่าตนมีอำนาจลงโทษนักเรียนด้วยวิธีการที่ได้โดยมีข้อกฎหมายจารีตประเพณีให้การรับรองความถูกต้องชอบธรรม ทั้งที่ในปัจจุบันความเป็นจริงกฎหมายไม่รับรองให้การกระทำดังกล่าวนี้ชอบด้วยกฎหมายอีกต่อไป เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วกรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่กรณีที่จะสามารถปรับใช้บทบัญญัติการสำคัญผิดในเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 เพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญา ยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้แก่ครูได้เลย ครูจึงต้องรับผิดชอบทางอาญาอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย ทั้ง ๆ ที่ไม่อาจกล่าวได้โดยสมบูรณ์ว่าครูตั้งใจเลือกที่จะกระทำความผิดอย่างแท้จริง เพราะถ้าหากครูไม่ได้สำคัญผิดในข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจการลงโทษนักเรียนแล้ว เขาก็คงจะไม่ตีนักเรียนแล้วลงโทษตามที่กฎหมายจำกัดขอบเขตไว้ การลงโทษครูในกรณีนี้จึงอาจไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษทางอาญาอย่างสมบูรณ์เพราะ มิได้เป็นการลงโทษผู้ที่มีจิตใจแห่งอาชญากรอย่างแท้จริง

ตัวอย่างอีกประการหนึ่งที่เห็นปัญหาได้ชัดเจนคือ กรณีอำนาจจับกุมผู้กระทำความผิดของราชกรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 79 กรณีที่ราชกรพบการกระทำความผิดซึ่งหน้าที่ถูกระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น หากราชกรพลเมืองดีได้พบเห็นการขายยาเสพติดอยู่ต่อหน้าตนเองจึงจับกุมผู้ขายยาเสพติดไปส่งสถานีตำรวจด้วยความเข้าใจว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่พลเมืองดีของสังคม แต่ต่อมาราชกรผู้นั้นถูกดำเนินคดีในความผิดต่อเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 จากการจับกุมผู้ขายยาเสพติด กรณีดังกล่าวจึงมีประเด็นปัญหาที่



จะต้องวินิจฉัยว่าราษฎรผู้นี้จะสามารถกล่าวอ้างข้อกฎหมายใดเป็นข้อต่อสู้ได้หรือไม่ ซึ่งในกรณีเช่นนี้อธิบายได้ว่า การที่ราษฎรควบคุมตัวผู้ขายยาเสพติดไปส่งสถานีตำรวจนั้นเป็นกรณีที่ราษฎรได้มีการทำให้ผู้ขายยาเสพติดปราศจากเสรีภาพในร่างกายโดยรู้ข้อเท็จจริงว่าการกระทำของตนจะทำให้ผู้อื่นได้รับการกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพในการเคลื่อนไหวร่างกายและประสงค์ต่อผลให้เสรีภาพในร่างกายของผู้ขายยาเสพติดถูกพรากไป ราษฎรจึงมีการกระทำครบองค์ประกอบความผิดต่อเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 แล้ว โดยทั้งนี้ การทำให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกายนั้นเป็นความผิดอาญาที่เป็นผิดอยู่ในตัวเอง ราษฎรย่อมจะรู้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นสิ่งที่ได้ถูกกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ข้อกฎหมายที่ราษฎรสำคัญผิดจึงไม่ใช่ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนถึงการมีอยู่ของฐานความผิดอาญา แต่เป็นการสำคัญผิดในการมีอยู่ของอำนาจจับกุมตามกฎหมาย การสำคัญผิดของราษฎรดังกล่าวนี้จึงไม่ใช่กรณีของความไม่รู้กฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64

นอกจากนี้ กรณีดังกล่าวนี้ราษฎรก็ไม่ได้มีการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุให้ตนมีอำนาจกระทำแต่อย่างใด เพราะราษฎรที่จับกุมผู้ขายยาเสพติดนั้นไม่ได้มีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนในข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดอำนาจกระทำแต่อย่างใดเลย กล่าวคือ การกระทำความผิดซึ่งหน้าที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขให้เกิดอำนาจกระทำของราษฎรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 79 นั้นได้มีอยู่จริง และราษฎรก็มีความเข้าใจในสถานการณ์ที่ตรงกับสิ่งที่เกิดขึ้น เพียงแต่สำคัญผิดในข้อกฎหมายไปว่าตนมีอำนาจจับกุมผู้กระทำความผิดอาญาเพื่อรักษาประโยชน์ของสังคมในทุกกรณี โดยไม่ได้รู้เลยว่าอำนาจจับกุมของราษฎรในกรณีความผิดซึ่งหน้านั้นถูกจำกัดไว้เฉพาะความผิดอาญาที่ถูกระบุไว้ในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ทั้งที่ในความเป็นจริงนั้นในบัญชีท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่ได้ระบุความผิดเกี่ยวกับการขายยาเสพติดไว้เลย) เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วกรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่กรณีที่จะสามารถปรับใช้บทบัญญัติการสำคัญผิดในเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 เพื่อยกเว้นความรับผิดทางอาญา ยกเว้นโทษ หรือลดโทษให้แก่ราษฎรได้ หากผู้ขายยาเสพติดที่ถูกจับกุมได้มอบอำนาจให้บุคคลอื่นมาดำเนินคดีแก่ราษฎรแล้ว ราษฎรก็อาจต้องรับผิดทางอาญาโดยไม่อาจกล่าวอ้างการสำคัญผิดในข้อกฎหมายในเหตุที่ตนมีอำนาจกระทำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาขึ้นต่อสู้ได้แต่อย่างใดเลย และต้องถูกลงโทษทางอาญาแม้ในทางความเป็นจริงแล้วเราไม่อาจตำหนิราษฎรผู้นี้ได้เลย ซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีการลงโทษอย่างสิ้นเชิง

4.3 การสำคัญผิดในขอบเขตของอำนาจกระทำ

เนื่องจากการสำคัญผิดในกฎหมายอาญานั้นเป็นกรณีที่บุคคลเกิดความบกพร่องในความสามารถในการเลือกที่จะกระทำ การกระทำความผิดอาญาดังกล่าวที่เกิดขึ้นจึงเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ได้ใช้เจตจำนงเสรีของตนเองอย่างแท้ในการเลือกที่จะกระทำความผิดอาญา เพราะฉะนั้นโดยหลักแล้วการสำคัญผิดจึงเป็นกรณีที่ไม่อาจตำหนิผู้กระทำได้และเป็นเหตุที่กฎหมายให้อภัย ซึ่งการใช้อำนาจกระทำตามกฎหมายที่เกินขอบเขตแห่งความพอสมควรแก่เหตุหรือขอบเขตแห่งความจำเป็นก็เป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมายรูปแบบหนึ่ง เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้กระทำเข้าใจว่าการกระทำของตนนั้นอยู่ในปริมาณของอำนาจตามกฎหมาย ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วเป็นการเกินเลยไปกว่าขอบเขตที่กฎหมายจำกัดเอาไว้ จึงเป็นกรณีที่ความเข้าใจในข้อกฎหมายของผู้กระทำไม่ตรงกับความเป็นจริง

ทั้งนี้ กรณีปัญหาดังกล่าวนั้นปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ที่ได้บัญญัติถึงผลทางกฎหมายของการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันเอาไว้ ซึ่งโดยหลักแล้วบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำแต่อย่างใด หากแต่เป็นเพียงเหตุผลโทษ เว้นแต่จะเป็นกรณีเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันเฉพาะที่เกิดขึ้นจาก 3 กรณี คือความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัวที่ทำให้ดุลพินิจแก่ศาลที่จะไม่ลงโทษผู้กระทำ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อแก่นแท้ของการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันนั้นเป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่บุคคลมีอำนาจกระทำรูปแบบหนึ่งแล้ว เพราะฉะนั้น โดยหลักแล้วหากการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันนั้นได้เกิดขึ้นอย่างสุจริตและสมเหตุสมผลอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ไม่ว่าจะกรณีใดก็ควรได้รับการยกเว้นการลงโทษทั้งสิ้น เพราะในความเป็นจริงเมื่อบุคคลประสบกับภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายอันใกล้จะถึงอันเป็นช่วงเวลาซับซ้อนต่อความเป็นอยู่ในชีวิตร่างกายของบุคคลแล้วเป็นการเหลือวิสัยที่ผู้กระทำจะคิดไตร่ตรองให้ดีในการเลือกวิถีทางสุดท้ายที่มีความร้ายแรงน้อยที่สุดเพื่อให้การกระทำของตนเองครบเงื่อนไขของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เพราะมนุษย์ทุกคนต่างก็ต้องการมีความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตในระดับที่สูงที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้จึงจำต้องกระทำตามสัญชาตญาณไม่ว่าด้วยวิธีใดก็ตามเพื่อให้ภัยอันตรายยุติไป

4.4 ปัญหาการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำ

ในส่วนที่แล้วผู้เขียนได้อภิปรายปัญหาการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำในส่วนของการสำคัญผิดในข้อกฎหมายไปแล้ว ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ปัญหาการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62



4.4.1 สถานะความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการสำคัญผิด

เนื่องจากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ให้ถือผลทางกฎหมายตามความเข้าใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ กรณีดังกล่าวได้ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาต่าง ๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ความไม่สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีของอำนาจกระทำตามกฎหมาย

เนื่องจาก “อำนาจกระทำตามกฎหมาย” นั้นมีแนวคิดและทฤษฎีเบื้องหลังในการให้การรับรองความถูกต้องชอบธรรมสำหรับการกระทำอันต้องด้วยบทบัญญัติความผิดตามกฎหมาย ที่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคมในภาพรวม เพราะฉะนั้น การมีอยู่ของสถานะความชอบด้วยกฎหมายของอำนาจกระทำจึงต้องพิจารณาจากสิ่งที่ปรากฏทางภววิสัย ว่าสิ่งที่ปรากฏตามความเป็นจริงนั้นทำให้เกิดประโยชน์แก่สังคมในภาพรวมนั้นมีมากขึ้นหรือไม่ ไม่ใช่พิจารณาให้กับความนึกคิดทางอัตวิสัยของผู้กระทำ เมื่อสิ่งที่ปรากฏออกมาตามความจริงไม่ได้รักษาประโยชน์ดังกล่าวแต่อย่างใดเลย หากมีแต่จะสร้างความเสียหาย กฎหมายก็จะต้องหยุดยั้งไม่ให้การรับรองและไม่สนับสนุนการกระทำดังกล่าวดำเนินไปจนเกิดผลความเสียหายขึ้นโดยไม่ได้เกิดประโยชน์อันใด

ทั้งนี้ เมื่อการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 นั้น ได้รับรองความชอบด้วยกฎหมายด้วยการกำหนดให้ผลทางกฎหมายจากการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดแล้ว กรณีดังกล่าวย่อมไม่สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีของอำนาจกระทำตามกฎหมาย เนื่องจากความสำคัญผิดดังกล่าวนั้นก็กลับได้รับการรับรองสถานะความถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่สิ่งที่ปรากฏออกมาในทางภววิสัยไม่ใช่สิ่งที่สร้างประโยชน์แก่สังคมในการรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายแต่อย่างใดเลย หากมีแต่จะสร้างความเสียหายแก่คุณธรรมทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งแทนที่กฎหมายควรจะต้องหยุดยั้งไม่ให้การรับรองและไม่สนับสนุนการกระทำดังกล่าวดำเนินไปจนเกิดผลความเสียหายขึ้น แต่กลับจำต้องยอมให้การกระทำโดยสำคัญผิด เช่นว่านี้ดำเนินต่อไปจนสำเร็จ เพราะฉะนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วบุคคลผู้ได้รับผลร้ายจากความผิดโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำจึงไม่มีสิทธิด้านทานหรือตอบโต้การกระทำดังกล่าวนี้ได้เลย เนื่องจากภยันตรายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่ภยันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายเสียแล้วตั้งแต่แรก หากผู้ได้รับผลร้ายจากการสำคัญผิดเช่นว่านี้ทำการด้านทานหรือตอบโต้กลับแล้ว การกระทำของเขาจะไม่ได้ได้รับการรับรองความชอบด้วยกฎหมายดังเช่นผู้ที่เป็นต้นเหตุแห่งภัย และนอกจากนี้ บุคคลที่สามก็ไม่มีสิทธิที่จะหยุดยั้งผู้ก่อภัยโดยสำคัญผิดเพื่อเข้าช่วยเหลือผู้ได้รับผลร้ายจากการสำคัญผิดได้อีกเช่นกัน หากแต่ต้องยอมให้การกระทำสำคัญผิดนั้นดำเนินต่อไปจนเกิดความเสียหายยกตัวอย่างเช่น การที่นาย A สำคัญผิดว่านาย B จะเข้ามาฆ่าตนเองโดยบริสุทธิ์ใจ ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วนาย B ต้องการเดินเข้ามาทักทายนาย A แต่ด้วยบุคลิกของนาย B จึงทำให้นาย A เข้าใจไปเช่นนั้น

เมื่อนาย A ใช้ปืนยิงโดยสำคัญผิดว่ามีภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายจาก นาย B แล้ว การยิงปืนของนาย A นั้นจะได้รับการรับรองความถูกต้องชอบธรรมตามกฎหมายด้วยผล ของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ซึ่งส่งผลให้นาย B นั้นไม่มีสิทธิที่จะขัดขืนไม่ให้ นาย A ดำเนินการยิงปืนดังกล่าวไปโดยตลอดแต่อย่างใด เพราะการยิงปืนของนาย A โดยสำคัญผิดนี้เป็นสิ่งที่ ชอบด้วยกฎหมายเสียแล้ว หากนาย B ขัดขืนหรือตอบโต้การกระทำดังกล่าวด้วยการยิงปืนสวนกลับใส่ นาย A ได้รับบาดเจ็บแล้ว นาย B จะคงกล่าวอ้างได้แต่การกระทำคามผิดโดยจำเป็นตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 67(2) เพื่อให้ตนได้รับการยกเว้นโทษแต่เพียงเท่านั้น ซึ่งแม้ นาย B จะไม่ต้องรับ โทษทางอาญาก็ตาม แต่เมื่อการยิงปืนของนาย B ยังคงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายอยู่แล้ว นาย B จึงยังคงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งลักษณะละเมิดให้แก่ นาย A อีกด้วย เพราะเป็น การจงใจกระทำต่อนาย A โดยผิดกฎหมายให้ได้รับความเสียหายแก่ร่างกายตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 420

นอกจากนี้ ถ้าหากนาย C บุคคลภายนอกเดินผ่านมาเห็นเหตุการณ์ที่ได้กล่าวไว้ใน ข้างต้นแล้ว นาย C ไม่มีสิทธิเข้าขัดขวางการกระทำของนาย A ไม่ให้การยิงนาย B สามารถดำเนินไป โดยตลอดได้ เนื่องจากกฎหมายได้รับรองการกระทำคามผิดอาญาโดยสำคัญผิดของนาย A ให้มี ความชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่แรกเสียแล้ว หากนาย C ทราบว่าการเข้าขัดขวางนาย A ที่เป็นหนทางเดียว ในการช่วยเหลือนาย B ให้พ้นอันตรายนั้นจะไม่ได้รับการรับรองความชอบด้วยกฎหมาย และอาจทำให้นาย C จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่นาย A แล้ว นาย C ก็อาจปล่อยให้ นาย A ได้กระทำความผิด โดยสำคัญผิดดำเนินไปโดยตลอดจนนาย B ถึงแก่ความตาย เพื่อไม่ให้ตนเองต้องได้รับความเดือดร้อน และยิ่งไปกว่านั้น นาย B และนาย C ก็ไม่อาจกล่าวอ้างถึงการสำคัญผิดของตนเองว่าการกระทำของนาย A เป็นภยันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายเพื่อยกประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ขึ้นต่อสู้ข้ออ้างกับ การสำคัญผิดของนาย A ในตอนต้นได้ เพราะข้อกล่าวอ้างของนาย B และ นาย C ไม่ได้มีการสำคัญผิด ในข้อเท็จจริงถึงการมีอยู่ของภยันตรายแต่อย่างใด เนื่องจากทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับภยันตราย ทุกประการ แต่สำคัญผิดใน “ข้อกฎหมาย” ว่าภยันตรายนั้นมีชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเงื่อนไขของ อำนาจกระทำของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งยังคงมีช่องว่างอยู่ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ ข้างต้น อย่างไรก็ตาม จากการอภิปรายข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในเหตุที่บุคคล มีอำนาจกระทำนั้นจะไม่สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีของ “อำนาจกระทำตามกฎหมาย” ก็ตาม แต่การสำคัญผิดดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่ามีความสอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีของ “เหตุที่กฎหมาย ให้อภัย” เนื่องจากว่า แม้การกระทำคามผิดโดยสำคัญผิดในเหตุที่ตนมีอำนาจกระทำนั้นยังคงเป็นสิ่งที่ไม่ ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่อาจแปรเปลี่ยนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้กลายเป็นชอบด้วย กฎหมายได้ แต่ก็ยังคงเป็นกรณีที่มีความน่าตำหนิทางอรรถวิสัยของตัวบุคคลถูกขัดออกไปหรือลดทอน



ลงด้วยเหตุปัจจัยภายนอกและภายในต่าง ๆ ที่อยู่นอกเหนือการควบคุม ที่ทำให้บุคคลไม่ได้ใช้เจตจำนงเสรีอย่างแท้จริงในการเลือกที่จะกระทำความผิด หากแต่ได้กระทำไปเพราะผู้กระทำความสำคัญผิดไปว่าการกระทำของตนเองนั้นเข้าเงื่อนไขของอำนาจกระทำตามกฎหมาย การบังคับใช้โทษทางอาญากับบุคคลดังกล่าวจึงควรถูกงดเว้น เนื่องจากไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษได้แต่อย่างใด เพราะฉะนั้น แท้ที่จริงแล้วการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ (ไม่ว่าจะเป็นเหตุจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย) จึงน่าเป็นไปตาม “ทฤษฎีความน่าตำหนิ” ซึ่งควรถูกอธิบายให้เป็นข้อพิจารณาในส่วนของเหตุยกเว้นโทษตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาไทยส่วนที่ (3) ด้วยเหตุนี้ คำอธิบายว่าการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นเรื่องที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาเลยเสียทีเดียว²⁰⁶ จึงน่าจะเป็นคำอธิบายที่คลาดเคลื่อน และเมื่อการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำนี้เป็นกรณีที่ผู้กระทำขาดความน่าตำหนิเนื่องจากมีความเข้าใจไปว่าการกระทำของตนเองนั้นเข้าเงื่อนไขของกฎหมายที่อนุญาตให้กระทำหรือให้การรับรองความถูกต้องชอบธรรมแล้ว แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 จะถูกอธิบายในฐานะการสำคัญผิดใน “ข้อเท็จจริง” ก็ตาม แต่เนื่องจากว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด หากแต่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของอำนาจกระทำตามกฎหมาย การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงดังกล่าวในตอนต้นของผู้กระทำนั้นจึงเป็นเพียงจุดเริ่มต้นที่นำไปสู่ข้อสรุปถึงผลทางกฎหมายที่ผิดพลาดในชั้นปลายว่าตนได้มีการปฏิบัติที่ครบเงื่อนไขของกฎหมายที่ให้อำนาจในการปฏิบัติได้โดยชอบ ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีปัญหาดังกล่าวนั้นโดยเนื้อแท้แล้วเป็นเรื่องของการสำคัญผิดใน “ข้อกฎหมาย” ที่บุคคลมีอำนาจกระทำรูปแบบหนึ่งเสียมากกว่า ซึ่งควรจะต้องนำหลักคิดของการสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่บุคคลมีอำนาจกระทำมาปรับใช้วินิจฉัยกับกรณี เพราะฉะนั้น การสำคัญผิดใน “ข้อเท็จจริง” ถึงการมีอยู่ของภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายจึงเป็นเพียงจุดเริ่มต้นไปสู่การสำคัญผิดใน “ข้อกฎหมาย” ที่ถูกกำหนดให้เป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุที่กฎหมายให้อภัยแก่ผู้กระทำ

ทั้งนี้ หากนำทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นมาพิจารณากรณีปัญหาจะทำให้ผลทางกฎหมายนั้นเปลี่ยนไปทันที กล่าวคือ การกระทำการป้องกันโดยสำคัญของนาย A ก็จะเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจกระทำและยังคงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ภัยอันตรายอันเกิดจากความสำคัญผิดของนาย A จึงเป็นภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมาย นาย B ผู้ประสบกับภัยอันตรายดังกล่าวก็จะมีสิทธิตอบโต้นาย A ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และนาย C บุคคลภายนอกก็สามารถเข้าช่วยเหลือนาย B โดยการหยุดยั้งการกระทำโดยสำคัญผิดของนาย A ได้โดยชอบด้วยกฎหมายอีกด้วยเช่นกัน ซึ่งสมเหตุสมผลและ

²⁰⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และ รมณกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 22, วิญญูชน 2564) 89.

สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีของอำนาจกระทำตามกฎหมายทุกประการเนื่องจากการกระทำของ นาย B และนาย C นั้นได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวมในทางภววิสัยจากการกระทำเพื่อรักษา ชีวิตของผู้บริสุทธิ์

(2) ความรับผิดชอบในทางกฎหมายแห่งลักษณะละเมิด

เมื่อการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ได้ให้ผลทางกฎหมายที่ทำให้การกระทำของบุคคลไม่เป็นความผิดแล้ว นั่นก็หมายความว่า กรณีดังกล่าวแม้จะเป็นการกระทำโดยจงใจต่อบุคคลอื่นให้เกิดความเสียหายก็ตาม แต่ก็ไม่ได้กระทำการ โดยผิดกฎหมายแต่อย่างใด จึงไม่เป็นการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 อีกด้วยในเวลาเดียวกัน ซึ่งหากพิจารณาจากกรณีศึกษาที่ผู้เขียนได้ยกมาข้างต้นแล้ว นอกจากนาย A จะหลุดพ้นความรับผิดทางอาญาจากการป้องกันโดยสำคัญผิดแล้ว นาย A ก็ยังไม่ต้องมีความรับผิดชอบ ทางแพ่งในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นกับนาย B ทั้ง ๆ ที่ การกระทำของนาย A นั้นไม่ได้มี ความชอบด้วยกฎหมายเลยในความเป็นจริง แต่กลับกลายเป็นนาย B ที่ถ้าหากทำการตอบโต้ นาย A แล้วเกิดความเสียหายขึ้นยังคงต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับนาย A แม้นต้นไม้อัดต้นเหตุที่แท้จริง แห่งความเสียหายที่เกิดขึ้น นาย B จึงมีทางเลือกเพียง 2 ทางคือจะยินยอมรับความเจ็บปวดจาก การกระทำของนาย A แต่โดยดี หรือจะยอมชดเชยค่าสินไหมทดแทนถ้าไม่ยากได้รับบาดเจ็บ

อย่างไรก็ตาม หากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 62 ได้ปรับเปลี่ยนให้เป็นไปตามแนวคิดและทฤษฎีของเหตุที่กฎหมายให้อภัย และทฤษฎีความน่าตำหนิแล้ว ผลทางกฎหมายก็จะเปลี่ยนไปอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ เมื่อการป้องกัน โดยสำคัญผิดของนาย A ไม่ได้ได้รับความชอบธรรมตามกฎหมายอีกต่อไปแล้ว การกระทำของนาย A จึงเป็นการผิดกฎหมายซึ่งเป็นการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นาย B จึงมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากนาย A ได้หากตนได้รับความเสียหายจากการนั้น และหากนาย B ตอบโต้ นาย A แล้ว นาย B ก็ยังจะได้รับการนิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 449 อีกด้วย

(3) ความสมเหตุสมผลสำหรับภาระการพิสูจน์ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา

การสำคัญผิดนั้นเป็นกรณีหนึ่งที่เป็นเหตุในทางอัตตะวิสัยเฉพาะตัวที่ส่งผลกระทบต่อ ความสามารถในการใช้เจตจำนงเสรีของผู้กระทำในการเลือกที่จะกระทำความผิด อันเป็นการพิจารณา ถึงการมีอยู่ซึ่งความน่าตำหนิทางจิตใจของผู้กระทำที่แตกต่างกันออกไปตามสภาพจิตใจแต่ละบุคคลที่ ไม่อาจนำบรรทัดฐานของวิญญาณหรือบุคคลภายนอกมาใช้พิจารณาได้ เพราะภายใต้พฤติกรรมเดียวกัน แต่เมื่อลักษณะของบุคคลแตกต่างกันแล้วก็ย่อมมีการตัดสินใจที่แตกต่างกันด้วย สังคมหรือโจทก์ยาก



ที่จะทราบถึงความน่าตำหนิในจิตใจของจำเลย²⁰⁷ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ภาระการพิสูจน์สำหรับการยกข้อต่อสู้เรื่องการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำนั้น จึงสมควรถูกกำหนดกำหนดให้เป็นหน้าที่ของจำเลยทำนองเดียวกับการยกข้อต่อสู้ด้วยเหตุที่กฎหมายให้อภัยในทางอัตตะวิสัยอื่น ๆ เฉกเช่น การกระทำความผิดโดยความวิกลจริต หรือการกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพราะอยู่ในที่บังคับ²⁰⁸ ที่เป็นเรื่องความบกพร่องในความสามารถการใช้เจตจำนงเสรีที่เป็นการขาดความน่าตำหนิของจิตใจ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ได้รับรองให้การสำคัญผิดในเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำเป็นเหตุยกเว้นความผิด นั้นหมายความว่า หากจำเลยยกการสำคัญผิดดังกล่าวขึ้นต่อสู้แล้ว ก็จะเป็นกรณีที่จำเลยกล่าวอ้างว่าตนมีอำนาจกระทำ ซึ่งถือว่าเป็นการปฏิเสธว่าตนไม่ได้กระทำความผิดอาญา ฝ่ายที่ต้องมีหน้าที่สืบพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิดของจำเลยคือฝ่ายโจทก์ที่ต้องหาเหตุผลว่าจำเลยไม่มีเหตุอันมีอำนาจกระทำ²⁰⁹ ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายโจทก์จึงต้องนำสืบว่าจำเลยไม่ได้สำคัญผิดและทราบว่าคุณไม่มีอำนาจกระทำตามความเป็นจริง ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ถึงความสามารถของจำเลยในการใช้เจตจำนงเสรีอันเป็นเรื่องภายในจิตใจของบุคคลที่เป็นการยากจะพิสูจน์ด้วยบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ตัวผู้กระทำเสียเอง

4.4.2 การลงโทษสำหรับกรณีการสำคัญผิดที่เกิดขึ้นด้วยความประมาท

แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรกจะได้กำหนดให้ถือเอาผลทางกฎหมายอันเป็นคุณตามความเข้าใจที่เกิดขึ้นจากการสำคัญผิดของผู้กระทำก็ตาม แต่ถ้าหากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำนั้นเกิดขึ้นด้วยความประมาทแล้ว ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำโดยประมาทอยู่ ตามมาตรา 62 วรรคสอง ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ เมื่อพิจารณาอย่างผิวเผินก็อาจเห็นได้ว่ามีความชอบด้วยเหตุผลแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้ยังคงมีประเด็นปัญหาที่สำคัญอยู่ 2 ประการดังนี้

(1) ตรีการวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญา

สำหรับการวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญากรณีที่ผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดนั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนา “ส่วนรู้” ที่ไม่ครอบคลุมข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งส่งผลให้ผู้กระทำนั้นขาดองค์ประกอบภายในประเภทเจตนา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม เพราะฉะนั้น โดยหลักแล้วการวินิจฉัย

²⁰⁷ รณกรณ์ บุญมี, ‘ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ’ (2554), 40 วารสารนิติศาสตร์ 321, 334-335.

²⁰⁸ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน (พิมพ์ครั้งที่ 9, วิญญูชน 2564) 220.

²⁰⁹ เพิ่งอ้าง 221.

องค์ประกอบภายในลำดับต่อมาในกรณีดังกล่าวจึงต้องวินิจฉัยว่าผู้กระทำประมาทหรือไม่ต่อไป ด้วยเหตุนี้ไม่ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสองจะบัญญัติให้วินิจฉัยความประมาทของผู้กระทำหรือไม่ ผู้ปรับใช้กฎหมายก็จำต้องวินิจฉัยองค์ประกอบภายในตามลำดับโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาให้ครบถ้วนอยู่แล้ว แต่ทั้งนี้การบัญญัติไว้ให้ชัดเจนเช่นนี้ก็ชอบด้วยเหตุผล และเป็นการเตือนผู้ปรับใช้กฎหมายไม่ให้หลงลืมการวินิจฉัยองค์ประกอบภายในให้สิ้นกระแสความ

อย่างไรก็ตาม การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสอง ส่วนท้าย ได้บัญญัติต่อไปว่า ถ้าความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตาม มาตรา 62 วรรคแรก เกิดขึ้นด้วยความประมาท ผู้กระทำต้องรับผิดชอบฐานกระทำโดยประมาทนั้นไม่ชอบด้วยเหตุผลและตรรกะของการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาแต่อย่างใด เพราะการวินิจฉัยองค์ประกอบภายในของผู้กระทำจะต้องเป็นไปตามลำดับขั้นคือต้องวินิจฉัยตั้งต้นด้วยเจตนาเสมอ เมื่อวินิจฉัยได้ความว่าผู้กระทำไม่ได้มีเจตนา ทั้งเจตนาประสงค์ต่อผลและเจตนาย่อมเล็งเห็นผลแล้ว จึงค่อยไปพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำไปโดยประมาทหรือไม่²¹⁰ กล่าวคือ การที่จะพิจารณาว่าการกระทำเป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่นั้น จะพิจารณาต่อเมื่อปรากฏว่าการกระทำของผู้กระทำไม่ใช่การกระทำโดยเจตนา²¹¹ การกระทำโดยประมาทจะมีได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าผู้กระทำไม่มีเจตนา หากผู้กระทำมีเจตนาแล้ว ก็ไม่ต้องพิจารณาในเรื่องประมาทสำหรับผลแห่งการกระทำนั้นอีก²¹² ด้วยเหตุนี้ การกระทำโดยเจตนาสำหรับ “บุคคลเดียวกันหรือวัตถุที่กระทำต่อสิ่งเดียวกัน” จึงเป็นการกระทำโดยประมาทด้วยไม่ได้²¹³ ซึ่งสะท้อนผ่านประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ และเมื่อการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำนี้มีใช้เรื่องการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ผู้กระทำจึงยังคงมีเจตนาครบถ้วนทุกประการ²¹⁴ ผู้กระทำจึงไม่อาจรับผิดชอบสำหรับความผิดอาญาที่กำหนดให้ต้องรับผิดชอบสำหรับกรณีกระทำโดยประมาทได้เลยในทางตรรกะการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญา การที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสอง ส่วนท้ายได้บัญญัติให้ผู้กระทำโดยสำคัญผิดรับผิดชอบสำหรับฐานความผิดที่กระทำโดยประมาทได้นั้น จึงเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ผิดพลาด คำอธิบายที่ว่าความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นด้วยความประมาทเป็นกรณีที่ต้องประกอบภายในทั้งเจตนาและประมาทเกิดขึ้นพร้อมกันได้²¹⁵ จึงน่าจะเป็นคำอธิบายที่คลาดเคลื่อนแตกต่างจากกรณีของการไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม ซึ่งผู้กระทำสามารถมีการกระทำโดยประมาทได้ เพราะผู้กระทำไม่มีเจตนาตั้งแต่แรกแล้ว

²¹⁰ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2560) 343.

²¹¹ หยุต แสงอุทัย (เชิงอรรถ 40) 72.

²¹² เพิ่งอ้าง 137.

²¹³ เพิ่งอ้าง 72.

²¹⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และ รณกรณ์ บุญมี, (เชิงอรรถ 206) 87.

²¹⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 16) 380.

(2) การลงโทษสำหรับฐานความผิดอาญาที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ด้วยความประมาท

เมื่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสอง บัญญัติให้ลงโทษฐานความผิดอาญาที่กำหนดให้ต้องรับผิดเมื่อมีการกระทำโดยประมาท หากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำเกิดขึ้นด้วยความประมาทแล้ว ด้วยเหตุนี้ ความรับผิดทางอาญาสำหรับการสำคัญผิดดังกล่าวที่เกิดขึ้นด้วยเหตุที่ผู้กระทำไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์อันพึงมีนั้นจึงถูกจำกัดขอบเขตไว้อย่างแคบ เพราะ การลงโทษสำหรับการกระทำโดยประมาทในกฎหมายอาญานั้นอยู่ในฐานะของข้อยกเว้นแต่เพียงเท่านั้น กรณีดังกล่าวนี้จึงเกิดปัญหาช่องว่างของกฎหมายที่แม้จะปรากฏว่าผู้กระทำมีความน่าตำหนิกก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถลงโทษได้ เพราะไม่มีฐานความผิดอาญาที่กำหนดให้ต้องรับผิดสำหรับการกระทำโดยประมาทไว้โดยเฉพาะเจาะจง

ยกตัวอย่างเช่น หากแพทย์ได้ทำแท้งให้แก่หญิงโดยสำคัญผิดว่าตนมีอำนาจกระทำได้ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 โดยอาจเป็นกรณีสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าหญิงร่างกายอ่อนแอไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ต่อไปโดยไม่ได้ใช้ความรู้ทางการแพทย์วินิจฉัยให้ดีเสียก่อนตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ หรือสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าหญิงถูกกระทำ ความผิดเกี่ยวกับเพศจนเกิดการตั้งครรภ์โดยไม่ได้มีการเรียกหลักฐานหรือการตรวจสอบประวัติของหญิงให้ดีเสียก่อน แม้ความสำคัญผิดดังกล่าวจะเกิดขึ้นด้วยความประมาทแพทย์ก็ไม่ต้องรับผิด เพราะการทำให้หญิงแท้งลูกโดยประมาทไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด²¹⁶

4.5 แนวทางการแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนมีแนวทางการแก้ปัญหาดังจะอธิบายต่อไปนี้

4.5.1 บทบัญญัติทั่วไปสำหรับการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 นั้น เป็นบทบัญญัติหลักความไม่รู้กฎหมาย ที่นำไปปรับใช้กับเฉพาะกรณีการไม่รู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดอาญาเท่านั้น เพราะฉะนั้น การสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่บุคคลมีอำนาจกระทำนั้นจึงยังไม่มีกฎหมายรองรับแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการกำหนดบทบัญญัติทั่วไปให้ครอบคลุมทั้งสองกรณี โดยทั้งนี้ หากฝ่ายนิติบัญญัติใช้ถ้อยคำว่า “การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย” เพียงเท่านั้น ก็จะเป็นการครอบคลุมทั้งกรณีของ “ความไม่รู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดอาญา” และ “การสำคัญผิดข้อกฎหมายที่บุคคลมีอำนาจกระทำ” โดยไม่จำเป็นต้อง

²¹⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 17, วิญญูชน 2562) 274.

บัญญัติแยกเป็นเอกเทศออกจากกัน²¹⁷ หากแต่อาศัยการตีความตามคำบรรยายทางทฤษฎีก็เป็น การเพียงพอ ทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17

และเมื่อการสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้นก็เป็นกรณีหนึ่งที่บุคคลขาดความน่าตำหนิ ในทางอัตวิสัย เพราะฉะนั้น โดยหลักแล้วกฎหมายจึงควรยกเว้นโทษให้ เว้นแต่ เป็นกรณีที่ผู้กระทำ ควรจะรู้ว่าการกระทำของตนเองนั้นมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดหรือไม่เข้าเงื่อนไข ที่กฎหมายให้อำนาจกระทำ และมีโอกาสในการเลือกที่จะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดผิดหลง จนกระทำการ อันเป็นความผิด แต่ไม่ได้ใช้โอกาสนั้นในการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้น ซึ่งกรณีนี้ยังคงต้อง ถือว่าผู้กระทำยังคงมีความน่าตำหนิในทางอัตวิสัยอยู่บ้าง กฎหมายจึงมีความชอบธรรมที่จะบังคับ ใช้โทษทางอาญาที่มีระดับความรุนแรงน้อยกว่ากรณีปกติทั่วไป เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมี การบัญญัติบททั่วไปสำหรับการสำคัญผิดในข้อกฎหมายโดยยึดถือตามทฤษฎีความน่าตำหนิ โดยเคร่งครัด (strenge Schuldtheorie) ที่ให้นำประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17 มาปรับใช้ กับกรณีปัญหา ซึ่งจะครอบคลุมทั้งกรณีไม่รู้ถึงการมีอยู่ของฐานความผิดที่เป็นบทบัญญัติข้อห้ามตาม กฎหมาย (Verbotnorm) และสำคัญผิดในข้อกฎหมายในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ (Erlaubnisirrtum)

4.5.2 ผลทางกฎหมายสำหรับการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ

จากการวิเคราะห์สถานะความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการกระทำโดยสำคัญผิด จะเห็นได้ว่า การสำคัญผิดนั้นไม่ได้สอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานตามทฤษฎีของ “อำนาจกระทำตามกฎหมาย” แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาด้วยความสำคัญผิดนั้น ไม่ได้รักษาคุณธรรม ทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งไว้เลย มีแต่จะสร้างความเสียหายแก่คุณธรรมทางกฎหมายอยู่ร่ำไป เพราะฉะนั้น สิ่งที่ถูกกฎหมายพึงกระทำคือการหยุดยั้งไม่ให้เกิดการกระทำโดยสำคัญผิดนั้นดำเนินต่อไป จนสิ้นสุดและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นด้วยการรับรองสิทธิของผู้ที่ต้องรับภัยจากการสำคัญผิดและ บุคคลที่สามในการตอบโต้ผู้กระทำโดยสำคัญผิด ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับข้อเสนอที่กำหนดให้ การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำเป็นเหตุยกเว้นโทษ²¹⁸ เพราะสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติพึงกระทำ เพื่อให้การรับรองสิทธิของผู้ที่ต้องรับภัยจากการสำคัญผิดนั้นคือการกำหนดให้ผลทางกฎหมายอันเกิด จากการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำเป็นเพียง “เหตุที่กฎหมายให้อภัย” เพื่อให้ภัยอันตรายที่ เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวนั้นยังคงเป็นการกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว

²¹⁷ ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ เสนอว่าให้บัญญัติเป็น “การสำคัญผิดในเหตุที่กฎหมายให้อำนาจกระทำได้ หรือสำคัญผิด ว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายไม่ห้าม”; โปรดดู ณรงค์ ใจหาญ, ‘ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) 101.

²¹⁸ รณกรณ์ บุญมี (เชิงอรรถ 207) 300-301.

ผลทางกฎหมายก็จะมีผลสอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีความรับผิดชอบและข้อต่อสู้ในทางอาญาทุกประการ อีกทั้งผู้ที่ต้องรับภัยจากการสำคัญผิดและบุคคลที่สามก็จะได้รับความชอบธรรมตามกฎหมายในการหยุดยั้งไม่ให้เกิดการกระทำโดยสำคัญผิดนั้นได้ดำเนินไปโดยตลอดจนเกิดความเสียหายขึ้นนั่นเอง และนอกจากนี้ยังส่งผลให้ปัญหาการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่ง และความสมเหตุสมผลในการกำหนดภาระการพิสูจน์ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญาเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลอีกด้วย

4.5.3 ความรับผิดชอบสำหรับการสำคัญผิดที่เกิดขึ้นจากการขาดความระมัดระวัง

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำที่เกิดขึ้นจากการขาดความระมัดระวังจึงยังคงต้องให้ผู้กระทำรับผิดชอบสำหรับความผิดโดยเจตนา แต่ยังคงสามารถบรรเทาโทษให้ได้เพราะการกระทำผิดโดยสำคัญผิดนั้นย่อมมีความเข้มข้นของความน่าตำหนิที่น้อยกว่าการกระทำผิดทั่วไป ส่วนจะทำการลดโทษให้เพียงใดนั้นอาจต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่ากฎหมายจึงควรบัญญัติให้ศาลลดโทษเท่าใดก็ได้โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ของเหตุที่ทำให้ผู้กระทำขาดความระมัดระวังประกอบกับคุณสมบัติลักษณะเฉพาะตัวทางอัตวิสัยของผู้กระทำควบคู่ไปด้วย เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17 และเมื่อกำหนดให้เป็นเช่นนี้แล้วก็สามารถลดโทษผู้กระทำโดยสำคัญผิดที่ขาดความระมัดระวังได้อย่างสอดคล้องกับตรรกะการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาอีกด้วย เนื่องจากไม่ได้เป็นการอธิบายว่าผู้กระทำมีองค์ประกอบภายในประเภทเจตนาและประมาทในเวลาเดียว

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อได้ศึกษาวิจัยปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญาไทยกรณีการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำแล้ว จะพบว่าคำอธิบายทางวิชาการเรื่องของการสำคัญผิดในกฎหมายอาญาโดยเฉพาะการสำคัญผิดในข้อกฎหมายนั้นมีความคลาดเคลื่อนอย่างมีนัยสำคัญซึ่งส่งผลให้เกิดการปรับใช้กฎหมายและการบัญญัติกฎหมายที่คลาดเคลื่อนตามไปด้วย จนกระทั่งส่งผลให้เกิดผลลัพธ์และตรรกะทางกฎหมายที่ไม่สมเหตุสมผลหลายประการ ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงจะได้ทำการสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหา

5.1 บทสรุป

คำอธิบายการสำคัญผิดในข้อกฎหมายในลักษณะที่ถูกเหมารวมกับความไม่รู้กฎหมายนั้นก่อให้เกิดแนวคิดการห้ามยกความสำคัญผิดในข้อกฎหมายขึ้นกล่าวอ้างทุกกรณี และส่งผลให้ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติทั่วไปสำหรับการสำคัญผิดในข้อกฎหมายเพื่อปรับใช้พิจารณา ยกเว้นโทษหรือลดโทษให้

สำหรับผู้สำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ที่เป็นหลักการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่บุคคลมีอำนาจกระทำนั้นก็ยังคงมีช่องว่างที่ไม่อาจปรับใช้ให้เป็นคุณแก่ผู้กระทำได้หากบุคคลได้กระทำความผิดด้วยการสำคัญผิดในข้อกฎหมายโดยปราศจากความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง และการที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้ผลทางกฎหมายของการกระทำความผิดด้วยความสำคัญผิดในเหตุที่มีอำนาจกระทำไม่เป็นความผิดอาญาแล้ว สถานะความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวจึงก่อให้เกิดปัญหาต่อผู้บริสุทธิ์ที่ได้รับผลกระทบจากการสำคัญผิด เช่นว่านั้น

ยิ่งไปกว่านั้นการที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสอง ได้กำหนดให้ลงโทษผู้กระทำโดยสำคัญผิดที่ขาดความระมัดระวังสำหรับฐานความผิดอาญาที่กำหนดให้ต้องรับผิดเมื่อกระทำโดยประมาทนั้นยังก่อให้เกิดปัญหาทางทฤษฎีเกี่ยวกับตรรกะการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา และช่องว่างของกฎหมายที่ไม่อาจลงโทษได้ถ้าไม่มีบทบัญญัติฐานความผิดอาญาสำหรับการกระทำโดยประมาทกำหนดไว้โดยเฉพาะอีกด้วย ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่าทฤษฎีความนำตำหนิโดยเคร่งครัด (strengs Schuldtheorie) ของระบบกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นมีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้เพื่อปรับปรุงกรณีปัญหาการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำมากที่สุด ด้วยเหตุผล ความสอดคล้องต้องกันกับกฎหมายอาญาไทยในหลายด้านไม่ว่าจะเป็นเรื่องของโครงสร้างความรับผิดทางอาญาคำอธิบายเกี่ยวกับเจตนา และผลทางกฎหมายที่สมเหตุสมผลสอดคล้องกับแนวและคิดทฤษฎีการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา

5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อทำการศึกษาแนวคิดแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญา การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำในกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนถึงการวิเคราะห์ปัญหาการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำในกฎหมายอาญาไทยแล้ว ผู้เขียนมีข้อเสนอดังต่อไปนี้

ประการที่ 1 ยกเลิกบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ทั้งหมด

ประการที่ 2 ยกเลิกบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 ทั้งหมด

ประการที่ 3 ให้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64 โดยให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังนี้

“ถ้าบุคคลได้กระทำความผิดโดยสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ เว้นแต่ถ้าการสำคัญผิดเช่นว่านั้น ผู้กระทำสามารถหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดขึ้นได้ ผู้กระทำยังคงต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น แต่ศาลมีดุลพินิจที่จะลดโทษให้เพียงใดก็ได้”