



การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิด
อาชญากรรม

โดย

นางสาวณัจยา ทัตติยพงศ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิด
อาชญากรรม

โดย

นางสาวณัจยา ทัตติยพงศ์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายอาญา

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

DETERMINATION OF CRIMINAL LIABILITY IN CASE THAT
THE VICTIM PARTICIPATES IN THE CRIME

BY

MISS NATJAYA TATTIYAPONG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

CRIMINAL LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2017

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวณัจยา ทัดติยพงศ์

เรื่อง

การกำหนดความรับผิดทางอาญาในกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2561

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มาตาลักษณ์ เสรมะชากุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



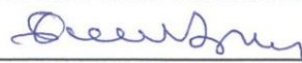
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปารีณา ศรีวนิชย์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม
ชื่อผู้เขียน	นางสาวณัจยา ทัดติยพงศ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายอาญา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มาตาลักษณ์ เสรมธากุล
ปีการศึกษา	2560

บทคัดย่อ

การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรมปรากฏให้เห็นตามแนวคิดทางอาชญาวิทยาและเหยื่อวิทยาซึ่งเพิ่งจะได้รับความสนใจจากบรรดานักคิดทางอาชญาวิทยาเมื่อประมาณกลางศตวรรษที่ 19 โดยก่อนที่จะปรากฏแนวคิดดังกล่าว นักอาชญาวิทยาได้มองข้ามความสำคัญของบทบาทของเหยื่ออาชญากรรม ซึ่งบางกรณีมีผลต่อการกระทำของผู้กระทำความผิดไป

การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรมในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งเน้นกรณีที่ผู้เสียหายมีพฤติกรรมที่ไม่ใช่ความระมัดระวังซึ่งมีลักษณะกระตุ้น จูงใจ หรืออำนวยความสะดวกให้เกิดอาชญากรรมขึ้น อาทิ กรณีที่ผู้เสียหายแต่งกายล่อแหลม ในสถานที่ เวลา และโอกาสที่ไม่ควร ซึ่งจะนำไปสู่อาชญากรรมทางเพศ หรือผู้เสียหายที่มีการกระทำในลักษณะที่ประมาท เช่น การวางโทรศัพท์ไว้บนโต๊ะอาหาร แต่เดินไปเข้าห้องน้ำโดยที่ตัวบุคคลนั่นเองก็รู้ตัวแต่เพิกเฉยต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ซึ่งนำไปสู่อาชญากรรมทางทรัพย์สินได้ การกระทำเหล่านี้แม้ว่าจะมิได้เป็นปัจจัยที่ทำให้เกิดอาชญากรรมในทุกกรณี แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าผู้เสียหายเป็นตัวแปรที่มีผลต่อการกระทำความผิดทางอาญา ดังนั้นการกระทำของผู้เสียหายเหล่านี้ควรถูกนำมาคำนึงถึงเพื่อกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดหรือไม่ เพราะผลของการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดจากปฏิสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสองฝ่าย ดังนั้นกฎหมายจึงควรพิจารณาอย่างเป็นองค์รวมทั้งผู้กระทำความผิด การกระทำ และผู้เสียหาย

ในปัจจุบันการกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดยังคงมุ่งพิจารณาที่ตัวผู้กระทำความผิดเป็นหลัก ทำให้การกำหนดโทษในหลายกรณีมิได้มองถึงการกระทำในส่วนของผู้เสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้เสียหายไม่ใช่ความระมัดระวัง อันเป็นเหตุให้มีส่วนกระตุ้น จูงใจ หรือ

อำนวยความสะดวกในการเกิดอาชญากรรม ส่งผลให้การกำหนดโทษดังกล่าวไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดในประเทศไทย ที่กำหนดให้มีการพิจารณากำหนดโทษโดยคำนึงถึงการกระทำของตัวผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจน จึงเห็นควรเสนอให้มีการกำหนดเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาใช้เป็นเหตุผลโทษในคดีอาญา

คำสำคัญ: การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรม, ผู้เสียหายไม่ใช้ความระมัดระวัง, การกระตุน, การจงใจ, การอำนวยความสะดวก



Thesis Title	DETERMINATION OF CRIMINAL LIABILITY IN CASE THAT THE VICTIM PARTICIPATES IN THE CRIME
Author	Miss Natjaya Tattiyapong
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Criminal Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Matalak Seramethakul, Ph.D.
Academic Years	2017

ABSTRACT

A victim's participation in commission of crime is recognized in the field of criminology and victimology, which have recently come to attention of criminologists during the mid-1900s. Before this school of thought emerged, criminologists had neglected the importance of victims of crime. In certain cases, the victim's action may affect the offender's commission of the underlying crime.

The study of victims' participation in commission of crime in this paper emphasizes behavior of the victim that may be characterized as "careless" and such behavior encourages, induces, or facilitates commission of crime. For example, a victim who dresses promiscuously may be a subject to a crime of gender. A victim who visits a bathroom while leaving a phone unattended on a lunch table invites a crime to property. These behaviors might not lead to successful crime in all cases; however, it can be said that the victim is an important factor that induces the occurrence of crime. This leads to a question whether the victim's action should be attributable to criminal liability, in line with the idea that a result of an action is rooted from the interaction of involving parties. Therefore, the law should take into consideration the offender, *actus reus*, and the victim.

Today, determination of criminal liability emphasizes mainly on the offender. This deletes the victim's action which is attributable to the crime from the picture. Attention should be made especially to the case where the victim is careless and such carelessness encourages, induces or facilitates commission of crime. As such, the current way of imposing criminal punishment is inappropriate and unfair. In Thailand, there is no law that clearly requires consideration of the victim's participation in the crime as a basis for sentencing. The author, therefore, proposes that the victim's participation in a crime be taken into account in order to reduce sentencing for the offender.

Keywords: the victim's participation in the crime, victim's carelessness, encourage, induce, facilitate

กิตติกรรมประกาศ

“ต้องเรียนรู้ที่จะลำบาก ถึงจะรู้จักคำว่าสบาย” ประโยคนี้ยังคงอยู่ในใจผู้เขียนตลอดระยะเวลาที่ทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ เนื่องจากผู้เขียนต้องฝ่าฟันอะไรหลายๆ อย่างกว่าจะมาถึงตรงนี้ได้ พอผ่านมาได้ ผู้เขียนถึงรู้ว่าการได้หายใจอยู่นิ่งๆ คือความสบายที่สุดในชีวิตของมนุษย์แล้ว

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้คงไม่สำเร็จลุล่วงได้ดี หากปราศจากท่านผศ. ดร. มาตาลักษณ์ เสธเมธากุล อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ที่กรุณาสละเวลาส่วนตัวอันมีค่าของท่านถ่ายทอดความรู้ ชี้แนะแนวทาง ให้คำปรึกษากับผู้เขียน ตลอดจนให้กำลังใจ ใส่ใจดูแลผู้เขียนเป็นอย่างดี เวลาที่ได้พบปะปรึกษากับท่านทุกครั้งผู้เขียนจะรู้สึกเห็นทางสว่างและมีกำลังใจเป็นอย่างมาก เรียกได้ว่าท่านเป็นทุกอย่างจริงๆ สำหรับผู้เขียน ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณมา ณ โอกาสนี้ และขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ที่ได้ให้เกียรติเป็นประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งยังเมตตาช่วยชี้แนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไข พร้อมทั้งให้กำลังใจเป็นอย่างดี นอกจากนี้ขอขอบพระคุณท่าน ผศ. ดร. ปาริณา ศรีวนิชย์ และ ผศ.ดร. รณกรณ์ บุญมี ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และคอยช่วยเหลือชี้แนะในประเด็นต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียน จนสามารถทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ออกมาได้อย่างสมบูรณ์

เหนือสิ่งอื่นใดผู้เขียนขอขอบพระคุณครอบครัวที่ให้การสนับสนุน และให้กำลังใจมาตลอด แม้ตอนแรกผู้เขียนจะไม่เห็นด้วยกับการเรียนปริญญาโท แต่ก็ต้องยอมรับว่ารู้สึกภูมิใจที่ได้เรียนจริงๆ เพราะทำให้ผู้เขียนได้เรียนรู้หลายๆ สิ่ง ได้มองเห็นอะไรหลายๆ อย่าง ถือว่าเป็นประสบการณ์ที่คงไม่มีวันลืม นอกจากนี้ยังต้องขอบคุณเพื่อนรั้ม เพื่อนอายุ และเพื่อนๆ ตระกูลอดีตवरรังสิตทุกคน พี่หวานและน้องพลอย ชาวลอร์ รีพับลิก ที่เข้าใจผู้เขียน คอยให้คำแนะนำ คอยเป็นห่วงและมอบกำลังใจดีๆ ให้กันตลอดมา ผู้เขียนรักทุกคนมากๆ

สุดท้ายนี้ ขอขอบคุณพี่ๆ และเพื่อนๆ ปริญญาโทสาขากฎหมายอาญา รุ่นปี 57 สำหรับมิตรภาพและความช่วยเหลือที่มีให้กันมาโดยตลอด ไม่ว่าจะเรื่องเรียน เรื่องกิจกรรม การจัดทำวิทยานิพนธ์ โดยเฉพาะแก๊งเด็กหลังห้อง ที่ร่วมเรียนด้วยกันไปไหนไปกันตลอด พี่มุกก๊กที่คอยช่วยเหลืออยู่เสมอขอแค่บอกไป กลุ่มกอดคอกันจบป.โท ทุกคน โดยเฉพาะพี่ส้มผู้ร่วมทุกข์ร่วมสุขกันมาอย่างยาวนาน คอยกระตุ้นคอยให้กำลังใจ คอยช่วยเหลือให้คำปรึกษา ทุกอย่างเท่าที่พี่ส้มจะทำได้ ผู้เขียนต้องขอบคุณมากจริงๆ ถ้าไม่มีพี่ส้มผู้เขียนคงไม่มาถึงจุดนี้ พี่มิวผู้คอยปรับทุกข์ร่วมกัน ให้คำปรึกษาชี้แนะแนวทางทั้งที่งานของตัวเองก็ยุ่งอยู่มาก แต่ก็คอยใส่ใจกันเสมอมา พี่แพรวผู้ร่วมชะตากรรม เอื้ออำนวยการที่ คอยขับรถให้ หาอาหารให้กิน ให้กำลังใจกัน ดูแลผู้เขียนเป็นอย่างดีมาโดยตลอด พี่ขวัญ ที่ช่วยคิด ช่วยอยู่เป็นเพื่อน ช่วยให้กำลังใจ มุกลิ ที่คอยช่วยหาวิทยานิพนธ์ของ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยให้ พี่ก๊กที่ช่วยหาข้อมูลต่างๆ ให้ และให้กำลังใจผู้เขียนมาโดยตลอด ทั้งนี้ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยรวมและผู้ที่สนใจจะศึกษากฎหมายต่อไป หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและต้องขออภัยมา ณ โอกาสนี้

นางสาวณัฏยา ทัตติยพงศ์



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา	4
1.3 สมมติฐานในการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตและวิธีการศึกษา	5
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 แนวคิดและหลักในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญากรณีและผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม	6
2.1 ความหมายและลักษณะการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรม	6
2.1.1 ความหมายของผู้เสียหายและประเภทของความผิด	6
2.1.2 ลักษณะการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย	9
2.1.2.1 ลักษณะที่ทำให้ไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย	9
2.1.2.2 ลักษณะที่ยังเป็นผู้เสียหาย แม้มีการกระทำส่วนใดส่วนหนึ่งที่อาจเกี่ยวข้องกับการเกิดอาชญากรรม	17
2.1.2.3 สภาพปัญหาการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในลักษณะที่ไม่ใช้ความระมัดระวัง	22

2.2 ความจำเป็นในการพิจารณาเหตุผลโทษโดยคำนึงถึงกรณีและผู้เสียหายมีส่วนร่วม ในการเกิดอาชญากรรม	26
2.2.1 แนวคิดตามทฤษฎีอาชญาวิทยาและเหยื่อวิทยา	26
2.2.1.1 สาเหตุของการเกิดอาชญากรรมภายใต้กรอบความคิดทั่วไป	26
2.2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้เสียหาย	29
2.2.2 แนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ	40
2.2.2.1 วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา	40
2.2.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา	41
2.2.2.3 วัตถุประสงค์ในการลงโทษ	52
2.2.3 ทฤษฎีในการลงโทษตามกฎหมายอาญา	55
2.2.4 แนวคิดและขอบเขตของเหตุผลโทษในประมวลกฎหมายอาญาไทย	57
2.2.4.1 แนวคิดทางทัณฑวิทยาที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเหตุผลโทษ	57
2.2.4.2 คำจำกัดความและขอบเขตของเหตุผลโทษตามประมวลกฎหมาย อาญาไทย	64
บทที่ 3 การพิจารณาเหตุผลโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ	71
3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์	71
3.1.1 ประเทศฝรั่งเศส	71
3.1.1.1 แนวทางในการกำหนดโทษและลดโทษกรณีทั่วไป	71
3.1.1.2 การกำหนดโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม	76
3.1.2 ประเทศเยอรมนี	78
3.1.2.1 แนวทางในการกำหนดโทษและลดโทษกรณีทั่วไป	78
3.1.2.2 การกำหนดโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม	81
3.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์	82
3.2.1 ประเทศอังกฤษ	82
3.2.1.1 แนวทางในการกำหนดโทษและลดโทษกรณีทั่วไป	82
3.2.1.2 การกำหนดโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม	85

3.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา	87
3.2.2.1 แนวทางในการกำหนดโทษและลดโทษกรณีทั่วไป	88
3.2.2.2 การกำหนดโทษกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม	92
บทที่ 4 วิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำแนวคิดเกี่ยวกับผู้เสียหายที่มีส่วนในการเกิด อาชญากรรมมาปรับใช้ในกฎหมายไทย	101
4.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการกำหนดกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมเป็นเหตุลดโทษ	101
4.2 วิเคราะห์กลุ่มความผิดและการพิจารณาลดโทษ	107
4.2.1 กลุ่มความผิดที่ไม่สามารถนำมาใช้ได้	107
4.2.2 กลุ่มความผิดที่สามารถนำมาใช้ได้	108
4.2.3 การพิจารณาลดโทษ	114
บทที่ 5 สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ	
5.1 บทสรุป	115
5.2 ข้อเสนอแนะ	116
บรรณานุกรม	118
ประวัติผู้เขียน	124

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัญหาการเกิดอาชญากรรมยังปรากฏให้เห็นอยู่ในสภาพสังคมปัจจุบัน ซึ่งการเกิดอาชญากรรมสะท้อนให้เห็นถึงประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายอาญาในเชิงป้องกันการกระทำ ความผิด โดยจากการศึกษา แม้จะมีหลายทฤษฎีที่สามารถอธิบายถึงสาเหตุหรือปัจจัยที่ทำให้เกิดอาชญากรรมได้ แต่ทฤษฎีสามเหลี่ยมอาชญากรรม (Crime Triangle Theory) เป็นทฤษฎีที่ นักวิชาการทางอาชญาวิทยาส่วนใหญ่ให้การยอมรับ ทั้งนี้ทฤษฎีสามเหลี่ยมอาชญากรรมได้อธิบายถึงสาเหตุหรือปัจจัยที่มีผลต่อการเกิดอาชญากรรม โดยแบ่งปัจจัยออกเป็นสามกลุ่ม ประกอบเป็นด้าน ต่างๆ ของสามเหลี่ยม ด้านแรกคือ ผู้กระทำความผิดหรืออาชญากร ซึ่งเป็นผู้ที่มีความต้องการจะก่อ เหตุหรือลงมือกระทำความผิด ด้านที่สองคือ โอกาส อันหมายถึงช่วงเวลาและสถานที่ที่เหมาะสมที่ ผู้กระทำความผิดมีความสามารถจะลงมือก่ออาชญากรรมได้ และด้านสุดท้ายคือ เหยื่อ โดยอาจเป็น บุคคล สถานที่หรือวัตถุสิ่งของที่ผู้กระทำความผิดมุ่งกระทำต่อ ดังนั้น เมื่อเหตุการณ์หรือสถานการณ์ ครบองค์ประกอบทั้งสามด้านก็จะทำให้เกิดอาชญากรรมขึ้น นอกจากนี้ ทฤษฎีดังกล่าวยังได้เสนอ แนวทางในการป้องกันการเกิดอาชญากรรม คือการทำให้องค์ประกอบด้านใดด้านหนึ่งของสามเหลี่ยม ขาดหายไป ซึ่งจะส่งผลให้อาชญากรรมไม่สามารถเกิดขึ้นได้

ด้วยเหตุนี้ ปัจจัยทั้งสามกลุ่มล้วนมีผลต่อการเกิดอาชญากรรม รวมถึงการเพิ่มหรือลด ของอาชญากรรมโดยตรง ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนจะมุ่งเน้นไปที่ “เหยื่ออาชญากรรม” เป็นหลัก เพราะนอกจากเหยื่ออาชญากรรมจะเป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นแล้ว ผลการศึกษาทางอาชญาวิทยายังพบว่าพฤติกรรมบางอย่างของเหยื่ออาชญากรรมไม่เพียงแต่เป็น องค์ประกอบของทฤษฎีสามเหลี่ยมอาชญากรรมเท่านั้น แต่ยังสามารถชี้ให้อาชญากรกระทำความผิด ขึ้นได้ กล่าวคือ เหยื่อในบางกรณีมีส่วนกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม ในขณะที่บางกรณีเหยื่อตั้งตนอยู่ ในความประมาท หรือเป็นผู้เขลาเบาปัญญา เป็นต้น

สำหรับขอบเขตของ “เหยื่ออาชญากรรม” ที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนมุ่งเน้น กรณีที่เหยื่ออาชญากรรมมีลักษณะประมาท ขาดความระมัดระวังอย่างเพียงพอ อันไปกระตุ้น จูงใจ

หรืออำนวยความสะดวกให้เกิดการกระทำความผิด¹ ซึ่งลักษณะของเหยื่อดังกล่าวได้แก่ กรณีที่เหยื่อแต่งกายล่อแหลม ในสถานที่ เวลา และโอกาสที่ไม่ควร ซึ่งจะนำไปสู่อาชญากรรมทางเพศ หรือเหยื่อที่มีการกระทำในลักษณะที่เป็นการประมาท เช่น การวางโทรศัพท์ไว้บนโต๊ะอาหาร แต่เดินไปเข้าห้องน้ำโดยที่ตัวบุคคลนั่นเองก็รู้ตัวแต่เพิกเฉยต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ซึ่งอาจก่อให้เกิดอาชญากรรมทางทรัพย์สินขึ้นได้ ดังนั้นการกระทำเหล่านี้ แม้ว่าจะมีได้เป็นปัจจัยที่ทำให้เกิดอาชญากรรมในทุกกรณี แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าเหยื่อเป็นตัวแปรที่มีผลต่อการกระทำความผิดทางอาญา

นอกจากทฤษฎีสามเหลี่ยมอาชญากรรมแล้วนั้น การตัดสินใจประกอบอาชญากรรมนั้นตามแนวคิดทางอาชญาวิทยาของซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria)² ได้อธิบายถึงธรรมชาติของมนุษย์ว่า มนุษย์ทุกคนมีความคิดและมีเหตุผลจึงมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) ที่จะตัดสินใจในการเลือกประกอบอาชญากรรม แต่ก็ไม่ใช่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความต้องการที่จะประกอบอาชญากรรม ดังนั้นอาจมีปัจจัยอื่นที่เป็นองค์ประกอบในการมีอิทธิพลหรือกระตุ้นให้คนเกิดการกระทำความผิดได้ ทั้งนี้เนื่องจากมนุษย์นั้นมีด้านมืดอยู่ในจิตใจ โดยด้านมืดของมนุษย์อาจอธิบายเปรียบเทียบกับทฤษฎีภูเขาน้ำแข็งของฟรอยด์ (Sigmund Freud)³ นักจิตวิทยา ซึ่งได้เปรียบเทียบว่า จิตใจมนุษย์มีสภาพคล้ายภูเขาน้ำแข็งที่ลอยอยู่ในมหาสมุทร ภาวะจิตระดับที่มีความสำนึกควบคุมอยู่เทียบกับน้ำแข็งที่อยู่เหนือผิวน้ำ ภาวะจิตระดับใต้สำนึกเหมือนส่วนที่อยู่ใต้ผิวน้ำ โดยจิตระดับใต้สำนึกนี้มีกลไกทางจิตหลายประเภทด้วยกัน เช่น แรงจูงใจ อารมณ์ที่ถูกเก็บกด ความรู้สึกนึกคิด ความฝัน ฯลฯ พลังจิตใต้สำนึกจะมีอิทธิพลเหนือจิตสำนึก กระตุ้นให้ปฏิบัติพฤติกรรมประจำวันต่างๆ ไป เป็นแรงจูงใจให้เกิดพฤติกรรมไร้เหตุผลและผิดปกติในลักษณะต่างๆ ได้

แนวคิดดังที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ สอดคล้องอย่างยิ่งกับแนวคิดของสำนักปฏิฐานนิยม ซึ่งเป็นยุควิวัฒนาการของสำนักคิดในทางอาชญาวิทยา ได้อธิบายว่ามนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของสภาพแวดล้อมซึ่งมีมูลเหตุชักจูงใจไปสู่การกระทำความผิดหรือพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนได้ หรือเรียกว่า “เจตจำนงกำหนด” ฉะนั้นเมื่อมนุษย์กระทำความผิด สังคมและสิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมถึงบทบาทของเหยื่อก็ควรจะรับผิดชอบต่อผู้กระทำความผิดนั้นด้วย

¹ กรณีที่เหยื่อมีลักษณะกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดแต่ไม่ถึงขนาดเป็นตัวก่อให้เกิดอาชญากรรม

² ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) เป็นผู้ก่อตั้งสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classic School of Criminology)

³ “จิตใต้สำนึก Subconscious,” สืบค้นเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2559, จาก <http://www.novabizz.com/NovaAce/Subconscious.htm>.

โดยสรุป จึงอาจกล่าวได้ว่าการที่ผู้กระทำความผิดจะตัดสินใจประกอบอาชญากรรมอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้กระทำความผิดอาจไม่ได้กระทำโดยอาศัยเจตจำนงอิสระอย่างแท้จริงในทุกครั้ง โดยในบางสถานการณ์เหยื่ออาชญากรรมอาจเป็นปัจจัยที่กระตุ้นให้ด้านมืดของผู้กระทำความผิดถูกปลุกขึ้นมา ซึ่งปัจจัยดังกล่าวเปรียบเสมือนตัวเร่งปฏิกิริยาทางเคมีที่ทำให้อาชญากรรมเกิดได้รวดเร็วขึ้น

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในปัจจุบันการกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดมุ่งพิจารณาที่การกระทำของผู้กระทำความผิดและลักษณะของตัวผู้กระทำความผิดเป็นหลัก ทำให้การกำหนดโทษในหลายกรณีได้มองถึงการกระทำในส่วนของผู้เสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนประมาท ขาดความระมัดระวังซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการเกิดอาชญากรรมด้วยนั้น ส่งผลให้การกำหนดโทษดังกล่าวไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรม อีกทั้งยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดในประเทศไทย ที่กำหนดให้มีการพิจารณากำหนดโทษโดยคำนึงถึงการกระทำของตัวผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจน จึงเห็นควรเสนอให้มีการกำหนดเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาใช้เป็นเหตุผลโทษในคดีอาญา

โดยที่เหตุผลโทษในคดีอาญาของไทยนั้นมีหลายลักษณะ ทั้งที่มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ อาทิ การป้องกันเกินสมควรแก่เหตุหรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือการกระทำเพราะเหตุบันดาลโทสะ กับกรณีที่มีการบัญญัติไว้เป็นการทั่วไป หรือเรียกว่าเหตุอื่น ซึ่งกฎหมายอาญาบัญญัติไว้ในมาตรา 78 ให้เป็น “เหตุบรรเทาโทษ” อันได้แก่ ผู้กระทำความผิดเป็นผู้โหดเหี้ยมบาปญญา ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามิลักษณะทำนองเดียวกัน เหตุต่างๆ เหล่านี้คือเหตุที่สามารถอ้างขึ้นเพื่อบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำผิดได้ ในความหมายทั่วไปจึงเป็นเหตุผลโทษนั่นเอง จึงเห็นได้ว่าคำว่า “เหตุผลโทษ” จะมีความหมายอย่างกว้าง ซึ่งครอบคลุมถึงเหตุบรรเทาโทษด้วย ผู้เขียนจึงเลือกใช้คำว่าเหตุผลโทษอันมีความหมายครอบคลุมและจะเป็นประโยชน์ในการศึกษามากกว่า

อนึ่ง บทกฎหมายที่อาจนำเหตุผลโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาปรับใช้ได้นั้น ที่เห็นจะใกล้เคียงที่สุดคือบทบัญญัติเรื่องเหตุบรรเทาโทษ ตามมาตรา 78 ซึ่งความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดนี้สามารถนำมาเป็นเหตุที่ควรจะได้รับการบรรเทาโทษ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจประกอบการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้ อย่างไรก็ตามมาตรา 78 นั้นมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ อาทิ “เหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามิลักษณะทำนองเดียวกัน” จึงจำเป็นต้องศึกษาว่าจะมีขอบเขตหรือความเหมาะสมที่จะนำไปปรับใช้แค่ไหนอย่างไร

เพื่อนำไปปรับปรุงและพัฒนาหลักกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับสภาพความผิดที่เกิดขึ้น และทำให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดโทษ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีทางเหยื่อวิทยาและ อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาเกี่ยวกับกรณีและผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

1.2.2 เพื่อศึกษาหลักการกำหนดโทษ (Criminalization) และลดโทษตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย

1.2.3 เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาการนำแนวคิดผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาใช้เป็นเหตุลดโทษ

1.2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางในการพิจารณาเหตุลดโทษ กรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

1.3 สมมติฐานในการศึกษา

สาเหตุของการเกิดอาชญากรรมนั้น อาจไม่ได้เกิดจากการตัดสินใจกระทำความผิดของผู้กระทำผิดอย่างอิสระ แต่ถูกเหยื่อไปกระตุ้นด้านมืดของผู้กระทำผิด จึงเป็นปัจจัยหรือมูลเหตุจูงใจให้ผู้กระทำผิดตัดสินใจลงมือประกอบอาชญากรรมขึ้น และเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดโทษให้กับผู้กระทำความผิดที่ไม่มีเจตจำนงอิสระในการประกอบอาชญากรรมที่อาจเกิดจากการที่ผู้เสียหายมีส่วนกระตุ้น จึงสมควรให้มีการศึกษาถึงการนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกรณีและผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาใช้เพื่อเป็นเหตุบรรเทาโทษในประมวลกฎหมายอาญาต่อไป

1.4 ขอบเขตการศึกษาและวิธีการศึกษา

ศึกษาและพิจารณาในเรื่องผู้เสียหายมีส่วนรับผิดชอบในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยมุ่งเน้นเฉพาะกรณีและผู้เสียหายเป็นผู้กระตุ้นให้เกิดอาชญากรรม จากประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเหตุลดโทษ กรณีผู้เสียหายมีส่วนรับผิดชอบในการเกิดอาชญากรรมของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศเยอรมนี ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งตำราทางเหี่ยววิทยา อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา

ศึกษาโดยการวิจัยเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยการค้นคว้าและศึกษาจากงานวิจัย หนังสือ ตำรากฎหมาย เอกสารที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลจากการค้นคว้าทางอินเทอร์เน็ต

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีทางเหี่ยววิทยาและ อาชญาวิทยาและ ทัณฑวิทยาเกี่ยวกับกรณีและผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

1.5.2 ทำให้ทราบถึงหลักการกำหนดโทษ (Criminalization) การเพิ่มและลดโทษตามกฎหมายอาญาของประเทศไทย

1.5.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาการนำแนวคิดเรื่องผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาใช้เป็นเหตุลดโทษ

1.5.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการพิจารณาเหตุลดโทษ กรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

บทที่ 2

แนวคิดและหลักในการพิจารณาความรับผิดทางอาญากรณีและผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

การจะนำเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมากำหนดเป็นเหตุลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดนั้น จำต้องศึกษาถึงความหมายและลักษณะการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในคดีอาญา อีกทั้งพิจารณาถึงความจำเป็นในการพิจารณาเหตุลดโทษโดยคำนึงถึงกรณีและผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมบนพื้นฐานของแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานต่างๆ ซึ่งจะได้อธิบายโดยละเอียดเป็นลำดับดังต่อไปนี้

2.1 ความหมายและลักษณะการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรม

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะขออธิบายถึงความหมายของผู้เสียหาย ประเภทของความผิด และลักษณะการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนมากขึ้น โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 ความหมายของผู้เสียหายและประเภทของความผิด

ผู้เสียหายนับว่ามีความสำคัญในการดำเนินคดีอาญา เพราะการกระทำความผิดอาญานอกจากจะกระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวมแล้ว ยังกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายโดยตรง ผู้เสียหายจึงควรมีส่วนช่วยในการหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการเกิดอาชญากรรม โดยเฉพาะความผิดต่อส่วนตัว ดังนั้น ปัญหาว่าบุคคลใดจะเป็นผู้เสียหายหรือไม่ จึงมีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4)¹ ซึ่งได้กำหนดความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย” หมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานหนึ่งฐานใด รวมถึงบุคคลอื่นผู้มีอำนาจจัดการแทน ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6²

¹ กิตติ บุศยพลากร, “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), น.35.

² อุเทน หัตตะโสภากา, “ปัญหาผู้เสียหายโดยนิตินัย,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.24.

จากความหมายของผู้เสียหายดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าผู้เสียหายในคดีอาญามี 2 ประเภท ดังนี้³

1. ผู้เสียหายที่แท้จริง คือ บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดนั้นโดยตรง
2. ผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่แท้จริง ทั้งนี้ ตามมาตรา 4, 5 และ 6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

โดยในส่วนี้ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะการพิจารณาความเป็น “ผู้เสียหายที่แท้จริง” ในคดีอาญา ซึ่งจะประกอบด้วย 1) มีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้นต่อบุคคลนั้น 2) บุคคลนั้นได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดนั้นหรือเรียกว่าผู้เสียหายโดยพฤตินัย และ 3) บุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายซึ่งก็คือผู้เสียหายโดยนิตินัย⁴

สำหรับประเภทของความผิดนั้น สามารถแบ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ กับ ความผิดอาญาแผ่นดิน ดังนี้

1. ความผิดอันยอมความได้ หรือที่เรียกว่าความผิดต่อส่วนตัว หมายความว่า คดีความผิดที่ผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยตรง สังคมไม่ได้รับผลกระทบหรือเดือดร้อนจากการกระทำผิดนั้นด้วย ดังนั้น ผู้เสียหายจึงมีสิทธิ์เข้าดำเนินคดีได้เอง หรือมอบให้รัฐดำเนินคดีแทนก็ได้ และมีสิทธิ์ยุติคดีเมื่อใดก็ได้ไม่ว่าจะด้วยการถอนคำร้องทุกข์ถอนฟ้อง หรือตกลงประนีประนอมยอมความก็ตาม⁵ จึงเป็นความผิดที่เอกชนเป็นผู้เสียหายอย่างแท้จริง ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนี้⁶

มาตรา 121 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้บัญญัติไว้ว่า ถ้าเป็นความผิดต่อส่วนตัว ห้ามมิให้ทำการสอบสวน เว้นแต่จะมีการร้องทุกข์ตามระเบียบ ประกอบกับ มาตรา 120 ได้บัญญัติไว้ว่าห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาลโดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน ซึ่งจะเห็นได้ว่าถ้าเอกชนหรือราษฎรที่เป็นผู้เสียหายไม่ดำเนินการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน หรือไม่ร้องทุกข์ภายในกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายบัญญัติไว้ พนักงานสอบสวนก็ไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการสอบสวน รวมถึงพนักงานอัยการก็ไม่สามารถที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้ ดังนั้น

³ เพ็งอ้าง, น.24.

⁴ กิตติ บุศยพลากร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.35-36.

⁵ ช.ช้างหัวหน้า, คอลัมน์กฎหมายว่าไรดี, “ความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดยอมความได้,” ไทยโพสต์ (27 พฤศจิกายน 2554) : หน้า 5.

⁶ อุเทน หัตตะโสภณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.20-21.

ความผิดที่กฎหมายกำหนดให้สามารถยอมความกันได้หรือเป็นความผิดต่อส่วนตัวนั้น การร้องทุกข์โดยผู้เสียหายจึงเป็นเงื่อนไขที่ทำให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจในการสอบสวนคดีอาญาและพนักงานอัยการมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาล

มาตรา 35 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติไว้ว่า คดีความผิดต่อส่วนตัวนั้น จะถอนฟ้องหรือยอมความในเวลาใดก่อนคดีถึงที่สุดก็ได้ แต่ถ้าจำเลยคัดค้าน ให้ศาลยกคำร้องขอถอนฟ้องนั้นเสีย แสดงให้เห็นว่าความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดที่สามารถยอมความได้ แม้จะได้มีการร้องทุกข์หรือฟ้องคดีกันไว้แล้ว กฎหมายยังเปิดช่องให้ผู้เสียหายสามารถที่จะถอนฟ้องหรือยอมความกันได้ก่อนคดีถึงที่สุด ซึ่งปัจจัยในการพิจารณาว่าความผิดใดสามารถยอมความได้หรือไม่ มีดังต่อไปนี้⁷

(1) เป็นความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมน้อย
 (2) เป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องส่วนตัวอย่างมาก ซึ่งพึงเคารพเจตจำนงของผู้เสียหาย และ

(3) เป็นความผิดที่มุ่งจะคุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง

2. ความผิดอาญาแผ่นดิน หมายความว่า คดีความผิดที่กระทบต่อสังคมส่วนรวม ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหาย ดังนั้น ผู้ที่ได้รับผลเสียหายจากความผิดอาญาดังกล่าวไม่อาจที่จะเข้าไปดำเนินคดีเองได้ หรือแม้จะไม่ตั้งใจเอาความ คดีก็ยังไม่ยุติ ต้องดำเนินคดีฟ้องร้องผู้กระทำผิดจนถึงที่สุด⁸

ในความผิดประเภทนี้ มีทั้งที่ 1) เป็นความผิดที่สร้างความเสียหายและส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือเอกชนโดยตรง แต่ในขณะเดียวกันก็ส่งผลกระทบต่อรัฐในฐานะที่รัฐเป็นผู้กำกับดูแลกฎหมายเพื่อให้เกิดความผาสุกต่อสาธารณชนโดยรวม ซึ่งความผิดดังกล่าวเป็นความผิดที่รัฐถือว่ามีความร้ายแรงหรือส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคม รัฐจึงมีภารกิจที่ต้องเข้ามาดูแลเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ แม้จะไม่มีคำร้องทุกข์จากผู้เสียหายก็ตามซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว จะพบว่าผู้เสียหายในฐานะเอกชนและพนักงานอัยการในฐานะตัวแทนของรัฐต่างมีอำนาจในการฟ้องคดีดังกล่าวในลักษณะที่แยกต่างหากจากกัน ในกรณีที่พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องในความผิดดังกล่าว ก็หาตัดสิทธิ์การฟ้องคดีโดยผู้เสียหายเองไม่ ทั้งนี้ตามมาตรา 34

⁷ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543), น.98-99. อ้างถึงใน อุเทน หัตตะโสภณ, “ปัญหาผู้เสียหายโดยนิตินัย,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.21.

⁸ ช.ช่างหัวหน้า, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, หน้า 5.

แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมทั้งในกรณีที่มีการฟ้องคดีโดยผู้เสียหายเองสำหรับ ความผิดที่ไม่ใช่ความผิดต่อส่วนตัว พนักงานอัยการก็สามารถที่จะยื่นคำร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ก่อน คดีเสร็จเด็ดขาดได้ ตามมาตรา 31 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือ 2) เป็น ความผิดที่ส่งผลกระทบต่อรัฐ โดยเป็นเรื่องที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองสาธารณชนเป็น ส่วนรวม เอกชนจึงไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรง อย่างไรก็ตาม แม้เอกชนจะไม่ได้เป็นผู้เสียหายในความผิด ดังกล่าว แต่เอกชนก็มีบทบาทในฐานะผู้กล่าวโทษตามกฎหมายได้⁹

ความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมาย อาญาของไทย มีลักษณะดังต่อไปนี้¹⁰

1. เป็นความผิดที่มีอาชญากรรมมาก จึงกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน
2. เป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องส่วนรวมที่กระทบต่อประโยชน์ ของสาธารณะโดยตรง
3. เป็นความผิดที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมมากกว่าการ คุ้มครองผู้เสียหาย

จากการแบ่งประเภทของความผิดดังกล่าวข้างต้น สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดในเรื่อง ผู้เสียหายตามกฎหมายอาญาในปัจจุบันว่า ถ้าเป็นความผิดที่สร้างความเสียหายให้แก่เอกชนโดยตรง ถือว่าเอกชนผู้ได้รับความเสียหายนั้นเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงในคดีอาญา แต่ถ้าเป็นความผิดอาญาต่อ แผ่นดิน รัฐและเอกชนผู้ได้รับความเสียหายถือว่าต่างเป็นผู้เสียหายในคดีอาญานั้น¹¹

2.1.2 ลักษณะการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย

โดยหลักผู้เสียหายนั้น ต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย คือไม่มีส่วนร่วมในการกระทำ ความผิด อย่างไรก็ตาม อาจแบ่งประเภทการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรม ได้เป็น 2 ประเภท คือ ลักษณะที่ทำให้ไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย และลักษณะที่ยังเป็นผู้เสียหายอยู่ ดังนี้

2.1.2.1 ลักษณะที่ทำให้ไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติใดที่ กำหนดว่าผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีอาญาได้จะต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติใดที่ได้

⁹ อุเทน หัตตะโสภณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.22-24.

¹⁰ พนิดา อรรถเศรษฐัง, “ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน (ศึกษาตาม กฎหมายอาญาสารบัญญัติ),” ในเอกสารวิชาการของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น” รุ่น ที่ 2, สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2547, น.27.

¹¹ อุเทน หัตตะโสภณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.24.

กล่าวถึงความหมายของผู้เสียหายโดยนิตินัยว่าเป็นอย่างไร แต่เป็นที่ยอมรับในทางปฏิบัติว่าผู้เสียหายที่จะฟ้องคดีอาญาได้นั้นจะต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยเพราะถ้าไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยแล้วแม้บุคคลนั้นจะได้รับความเสียหายตามความเป็นจริงก็ตาม แต่ก็หาเป็นผู้เสียหายตามความหมายในมาตรา 2 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไม่¹²

ผู้เสียหายโดยนิตินัย หมายถึงผู้เสียหายที่ชอบด้วยกฎหมายอันจะใช้อำนาจในการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดต่อศาล ซึ่งต้องไม่เป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นด้วย หรือต้องไม่เป็นผู้ยินยอมให้กระทำความผิดต่อตน หรือการกระทำความผิดนั้นจะต้องมิได้มีมูลเหตุมาจากการที่ตนมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งความหมายดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในการศึกษาเรื่องความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา¹³

จึงเห็นได้ว่า ผู้เสียหายที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดมักเป็นผลให้ไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย ซึ่งสามารถแบ่งลักษณะของการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายได้ดังนี้

(1) การมีส่วนร่วมโดยตรง ได้แก่

- การเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา¹⁴

การเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง กรณีผู้ได้รับความเสียหายเป็นผู้ก่อให้เกิดมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นไม่ว่าจะอยู่ในฐานะตัวการ ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดก็ตาม ดังนั้นศาลฎีกาจึงได้วางแนววินิจฉัยว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าโจทก์เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดร่วมกับจำเลย ศาลถือว่าบุคคลนั้นไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัย จึงไม่มีฐานะเป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และไม่มีสิทธิฟ้องคดี เช่น การที่โจทก์ซึ่งถูกเจ้าพนักงานป่าไม้จับกุมและยึดไม้ของกลาง จำเลยเรียกเอาเงิน 3,000 บาท โจทก์ได้มอบเงินให้จำเลย แต่โจทก์ไม่ได้รับไม้ของกลางคืน โจทก์จึงมาฟ้องคดีความผิดฐานฉ้อโกง ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของโจทก์มีส่วนร่วมในการให้สินบนเจ้าพนักงาน โจทก์

¹² คะนิง ฤาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.28. อ้างถึงใน อุเทน หัตตะโสภาก, “ปัญหาผู้เสียหายโดยนิตินัย,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.30.

¹³ อุเทน หัตตะโสภาก, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น.30-31.

¹⁴ ทหัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.33-34.

จึงไม่ใช่ผู้เสียหาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1043/2498)¹⁵ พิเคราะห์แล้วเห็นได้ว่า คดีนี้การที่จำเลยเรียกเอาเงินเป็นการกระทำความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียกรับสินบน และการที่โจทก์ตกลงมอบเงินจำนวนดังกล่าวให้ ถือว่าโจทก์เป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้นโจทก์จึงมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด นอกจากนี้การกระทำของโจทก์ยังเข้าลักษณะมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายอาญา อันเป็นกรณีที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอีกประการหนึ่งซึ่งจะได้พิจารณาในลำดับต่อไป

นอกจากนี้ การเป็นผู้ก่อหนี้ ต้องเป็นก่อให้เกิดความผิดครั้งเดียวกันหรือวาระเดียวกันกับความเสียหายที่ได้รับ แต่ถ้าเป็นการกระทำความผิดในครั้งก่อนหรือภายหลังโดยไม่ได้ร่วมในการก่อให้เกิดการกระทำความผิดครั้งที่ได้รับ ความเสียหายย่อมไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด¹⁶ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3391/2559¹⁷ แม้ผู้ตายเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อน แต่เมื่อไม่ปรากฏพฤติการณ์อื่นใดว่าผู้ตายจะเข้าทำร้ายจำเลยอีก โดยผู้ตายวิ่งกลับไปที่รถยนต์จอดอยู่และไม่ปรากฏว่าขณะนั้นผู้ตายมีอาวุธติดตัวด้วย ถือได้ว่าภยันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้ผ่านพ้นไปแล้ว การที่จำเลยวิ่งไล่ตามผู้ตายไปในทันทีแล้วใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายจึงไม่อาจอ้างว่าเป็นการป้องกันสิทธิของตนให้พ้นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้ แต่อย่างไรก็ดี การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำต่อเนื่อง กระชั้นชิดกับเหตุการณ์ที่จำเลยถูกผู้ตายชกต่อยก่อน โดยจำเลยมิได้สมครใจทะเลาะวิวาทกับผู้ตายถือได้ว่าจำเลยถูกผู้ตายข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม การที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายในขณะนั้น จึงเป็นการกระทำความผิดฐานเจตนาฆ่าผู้อื่นโดยบันดาลโทสะตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบมาตรา 72

ผู้ตายเป็นผู้ก่อเหตุให้จำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ผู้ตายจึงไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ป. ซึ่งเป็นบุตรของผู้ตายย่อมไม่มีอำนาจจัดการแทนผู้ตายได้ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา

¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1043/2498, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2498, น.1050. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.33.

¹⁶ กิตติ บุศยพลากร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น.75.

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 3391/2559, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม 2561, จาก <https://www.thailaw.info/%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B4%E0%B9%88%E0%B8%A1%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B9%80%E0%B8%AB%E0%B8%95%E0%B8%B8%E0%B8%97%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%A5%E0%B8%B2%E0%B8%B0%E0%B8%81%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%99/>.

5 (2) และไม่มีอำนาจเข้าร่วมเป็นโจทก์กับพนักงานอัยการ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 30 เป็นต้น

- การกระทำการใดที่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมาย¹⁸

ความผิดที่ผู้เสียหายมีส่วนในการกระทำความผิดในลักษณะที่เป็นการตกลงที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ ผู้เสียหายได้รับความเสียหายเนื่องจากการที่ตนได้เข้าไปมีส่วนร่วมโดยการตกลงกับบุคคลใดๆ หรือได้ทำการตามที่ตกลงไว้โดยข้อตกลงระหว่างกันเป็นเรื่องที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย

การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น การที่จำเลยใช้กลอุบายหลอกลวงขายธนบัตรปลอมแก่โจทก์ และโจทก์ตกลงซื้อธนบัตรปลอมดังกล่าว การกระทำของโจทก์เป็นการตกลงใจกระทำการอย่างหนึ่งซึ่งผิดกฎหมาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นความตกลงที่มีวัตถุประสงค์จะกระทำความผิดกฎหมายมิได้เป็นไปโดยสุจริต จะถือว่าโจทก์เป็นผู้เสียหายโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 771/2493 (ประชุมใหญ่))¹⁹ หรือการที่โจทก์ซึ่งถูกเจ้าพนักงานป่าไม้จับกุมและยึดไม้ของกลาง จำเลยเรียกเอาเงิน 3,000 บาท โจทก์ได้มอบเงินให้จำเลยแต่โจทก์ไม่ได้รับไม้ของกลางคืน โจทก์จึงมาฟ้องคดีในความผิดฐานฉ้อโกง ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของโจทก์มีส่วนร่วมในการให้สินบนเจ้าพนักงาน โจทก์จึงไม่ใช่ผู้เสียหาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1043/2498)²⁰ ในคดีหลังนี้พิเคราะห์แล้วเห็นได้ว่า การกระทำของโจทก์ในคดีนี้เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด 2 ลักษณะ คือเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดฐานเป็นผู้ใช้ในความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงาน และเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาฐานให้สินบนเจ้าพนักงาน ดังนั้นในการเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของผู้เสียหาย ประกอบด้วย 2 ลักษณะ คือ การเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดและการมีเจตนาฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายนั่นเอง

¹⁸ หทัยกานต์ ชัยกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 14*, น.34.

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 771/2493, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2493, น.766. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.34.

²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1043/2498, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2498, น.1050. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.34.

(2) การมีส่วนโดยอ้อม ได้แก่

- การมีเจตนาขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน²¹

การที่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจะมีฐานะเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญา โดยความผิดที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้เกิดจากการที่ตนได้แสดงเจตนาตกลงใจอย่างใดในอันที่จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ผิดกฎหมาย แต่การกระทำนั้นเป็นเรื่องไม่สมควร และไม่ถูกต้องตามหลักวิญญูชนเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นจึงไม่มีฐานะเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาเช่นเดียวกัน เช่น จำเลยหลอกหลวงโจทก์ว่าจำเลยเป็นผู้ใกล้ชิดกับอัยการและผู้พิพากษา จำเลยได้เรียกเอาเงินโดยอ้างว่าจะนำไปให้อัยการและผู้พิพากษาเพื่อช่วยเหลือบุตรของโจทก์ให้พ้นจากคดีอาญา โจทก์หลงเชื่อได้มอบเงินให้ไป เมื่อบุตรโจทก์ไม่พ้นจากคดีอาญาดังจำเลยอ้าง โจทก์จึงมาฟ้องจำเลยเป็นความผิดฐานฉ้อโกง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายที่จะนำคดีฉ้อโกงมาฟ้องได้ โดยศาลให้เหตุผลว่าเป็นการร่วมกับจำเลยนำสินบนไปให้เจ้าพนักงาน อันถือได้ว่าโจทก์เป็นผู้ใช้ให้จำเลยกระทำความผิด (คำพิพากษาฎีกาที่ 340/2506)²² ดังนี้ การกระทำของจำเลยไม่เป็นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายโดยตรง เพราะการให้เงินคนกลางไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากกรณีไม่เป็นการเสนอให้สินบนต่อเจ้าพนักงาน แต่เป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และเป็นการหลบหลู่กระบวนการยุติธรรมที่เปรียบได้กับที่พึงสุดท้ายของประชาชน ท่านอาจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เรียกการกระทำในลักษณะนี้ว่า “มีส่วนพัวพันกับการกระทำความผิด”

- การต่างกระทำความผิดด้วยกัน²³

เป็นความผิดที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้กระทำความผิดอาญาที่มีลักษณะหรือฐานความผิดอาญาเดียวกันในวาระเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยเจตนาหรือโดย

²¹ หทัยกานต์ ชัยกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 14*, น.34-35.

²² คำพิพากษาฎีกาที่ 340/2506, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2506, น.569. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.35.

²³ หทัยกานต์ ชัยกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 14*, น.35-36.

ประมาทก็ตาม โดยกฎหมายถือว่าคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจนำคดีมาฟ้องร้องคดีต่อศาลได้ เพราะไม่ใช่ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้นคู่กรณีในคดีแม้จะได้รับความเสียหายเพียงใดก็ต้องรับเอาความเสียหายนั้นไว้เอง ไม่อาจฟ้องคดีเพื่อให้ศาลกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้นๆ ได้

เช่น ผู้ที่สมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้ทำร้ายร่างกายซึ่งกันและกันและกันนั้น ทางนิติบัญญัติไม่ถือว่าเป็นผู้เสียหาย ไม่มีอำนาจฟ้องขอให้ลงโทษซึ่งกันและกันได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1183/2494)²⁴ หรือ โจทก์จำเลยต่างทะเลาะด่าว่ากัน ภายหลังโจทก์มาฟ้องว่าจำเลยหมิ่นประมาทใส่ความด้วยถ้อยคำอันดูถูกเหยียดหยามโจทก์ ศาลฎีกาตัดสินว่าโจทก์ไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิติบัญญัติ ไม่ใช่ผู้เสียหายในคดีอาญาและไม่มีอำนาจฟ้องคดีอาญา (คำพิพากษาฎีกาที่ 78-79/2502)²⁵ หรือกรณีผู้ตายและจำเลยต่างขับรถด้วยความเร็วและต่างฝ่ายต่างขับเข้าไปในช่องทางของอีกฝ่ายหนึ่งฟังได้ว่าโจทก์และจำเลยขับรถด้วยความประมาททั้งสองฝ่าย เมื่อผู้ตายมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วยผู้ตายจึงมิใช่ผู้เสียหายโดยนิติบัญญัติ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4461/2539)²⁶ และปรากฏว่าในคดีนี้บิดาของผู้ตายเป็นโจทก์ฟ้องคดีในฐานะผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายคือผู้ตาย กรณีบิดาของผู้ตายก็ไม่มีอำนาจฟ้องคดีด้วย เพราะเมื่อศาลวินิจฉัยแล้วว่าผู้ตายไม่ใช่ผู้เสียหายที่แท้จริง เนื่องจากไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิติบัญญัติ ดังนั้นบิดาจึงไม่มีอำนาจจัดการแทนได้ ตามมาตรา 5(2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

- ความยินยอม²⁷

ในคดีอาญามาจากสุภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า *Volenti Non Fit Injuria* แปลว่า ความยินยอมไม่เป็นละเมิด เป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นความรับ

²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1183/2494, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2494, น.991. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.35.

²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 78-79/2502, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2502, น.101. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.35.

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 4461/2539, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2539, น.569. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.36.

²⁷ หทัยกานต์ ชัยกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14*, น.36-38.

ผิดอย่างหนึ่งในโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา อันทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดอาญา และผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ หลักดังกล่าวนี้ไม่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ ได้ให้ความเห็นว่า “เหตุที่ไม่ได้บัญญัติหลักเรื่องความยินยอมไม่เป็นความผิดไว้ในประมวลกฎหมายนั้น ก็มีเหตุผลที่ว่าอาจเป็นเพราะเป็นการยากที่จะกำหนดลงไปว่าความยินยอมอย่างไรจึงไม่เป็นความผิด ซึ่งเกินกว่าความสามารถของมนุษย์ที่จะบัญญัติให้ครบถ้วนจนเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้การได้ จึงต้องปล่อยไว้ให้เป็นหลักที่ใช้วินิจฉัยกับข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไปซึ่งขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้ใช้กฎหมายว่าทำอะไรจึงจะเหมาะสม” และทั้งนี้ศาลฎีกาได้วางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508²⁸ ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี และมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” และจากหลักดังกล่าวได้มีนักกฎหมายนำมาขยายความเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของความยินยอมในคดีอาญา ดังนี้

- ความยินยอมต้องเกี่ยวกับสิทธิที่โอนกันได้
 - ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีของประชาชน
 - ความยินยอมของผู้เสียหายที่เป็นองค์ประกอบความผิด ถ้าผู้เสียหายยินยอมก็ไม่เป็นความผิด
 - ความยินยอมของผู้เสียหายก่อให้เกิดผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ อันเป็นการสละคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง
 - การให้ความยินยอมเพื่ออนามัย หรือความปลอดภัยของผู้เสียหายไม่ผิดอาญา
 - ความยินยอมในทางจารีตประเพณีโดยไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี เช่น การเล่นกีฬาชกมวย การประกอบพิธีกรรมทางศาสนา
 - ต้องมีความยินยอมอยู่ก่อน หรือขณะกระทำความผิด
 - ความยินยอมในทางอาญานี้ เมื่อให้แล้วสามารถถอนคืนได้
- จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาในแง่ผู้กระทำความผิดว่าความยินยอมของผู้ได้รับความเสียหายเป็นเหตุยกเว้นความผิด และทำให้การกระทำนั้นไม่เป็น

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2508, น.2089. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.36.

ความผิดอาญา แต่หากไม่เข้าหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องความยินยอม การกระทำนั้นก็จะมีความผิดอาญาที่ผู้กระทำจักต้องรับโทษในทางอาญา ฉะนั้นไม่ว่าความยินยอมของผู้ได้รับความเสียหายจะเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดในทางอาญาได้หรือไม่ก็ตาม แต่หากได้พิจารณาย้อนในแง่ของบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไปในแนวทางเช่นเดียวกันว่าบุคคลผู้ให้ความยินยอมไม่ใช่ผู้เสียหาย โดยนิตินัยจึงไม่มีฐานะเป็นผู้เสียหายในคดีอาญา และไม่มีสิทธิดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ในคดีอาญาได้ เหตุผลคือเมื่อตนได้ยินยอมเสียแล้วจะอ้างหลักความเสียหายไม่ได้ ความยินยอมเป็นสัญญาความไว้วางใจมนุษย์จะพึงมีด้วยกันในการอยู่ร่วมกัน การเชื่อใจมีความสำคัญมากกว่าลายลักษณ์อักษร หากไม่ยินยอมแล้วอีกฝ่ายหนึ่งคงไม่กระทำความผิดนั้น เมื่อยินยอมเสียแล้วจะอ้างว่าเป็นผู้เสียหายได้อย่างไร แต่กรณีจะเป็นประการใดก็ตามหากความยินยอมนั้นเป็นความผิดกฎหมายด้วยขัดต่อนโยบายแห่งรัฐแล้ว พนักงานอัยการย่อมมีอำนาจฟ้องความผิดที่เกิดขึ้นนั้นได้

กรณีศึกษา อาทิ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา กำหนดความผิดแก่ผู้ให้กู้ที่เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา โดยหากปรากฏว่าผู้กู้เองยินยอมให้ผู้ให้กู้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ภายหลังจากผู้กู้จะมาฟ้องผู้ให้กู้ว่ากระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราเกิดขึ้นด้วยความยินยอมของผู้กู้เอง ถือว่าผู้กู้ได้ร่วมมือให้เกิดความผิดนี้ด้วย ผู้กู้จึงไม่ใช่ผู้เสียหาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1281/2503)²⁹ หญิงยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ถือว่าหญิงนั้นมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดด้วย หญิงจึงมิใช่ผู้เสียหายตามมาตรา 2 (4) แม้หญิงตายลงเนื่องจากแท้งลูกนั้น บิดาของหญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องฐานทำให้หญิงแท้งลูกได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 954/2502)³⁰ หรือผู้ตายกับจำเลยชกมวยกันนั้น จะถือว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายหาได้ไม่ เพราะเป็นเรื่องที่จำเลยทั้งสองฝ่ายก็สมัครใจเข้าชกมวยซึ่งกันและกัน เมื่อผู้ตายมิใช่ผู้เสียหายตามกฎหมายแล้ว โจทก์ซึ่งเป็นบิดาของผู้ตายก็ไม่มีอำนาจฟ้องคดีได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1083/2510)³¹

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1281/2503, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2503, น.1389. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.38.

³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 954/2502, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2539, น.1262. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.38.

³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1083/2510, สารบาญคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2510, น.2247. อ้างถึงใน หทัยกานต์ ชัยกุล, “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.38.

2.1.2.2 ลักษณะที่ยังเป็นผู้เสียหาย แม้มีการกระทำส่วนใดส่วนหนึ่งที่อาจเกี่ยวข้องกับการเกิดอาชญากรรม

แม้ว่าการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของผู้เสียหายจะทำให้ผู้นั้นไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยเป็นผลให้ถูกตัดสิทธิจากการฟ้องร้องคดีก็ตาม แต่ก็ยังมีบางกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดแต่ยังเป็นผู้เสียหายอยู่ ลักษณะการมีส่วนร่วมดังกล่าว คือ กรณีที่ผู้เสียหายไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ซึ่งในปัจจุบันพบว่า มีอาชญากรรมที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในลักษณะที่ไม่ใช้ความระมัดระวังปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกา สื่อออนไลน์หรือแหล่งข้อมูลต่างๆ ดังนี้

(1) ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย

ได้แก่ กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาและข่าวดังต่อไปนี้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5207/2549³² จำเลยจำเลยขับรถด้วยความเร็วสูงและไม่ได้ชะลอความเร็วเมื่อมาถึงทางร่วมทางแยก แม้จะได้ความว่าทางเดินรถของฝ่ายที่ขี่เป็นทางโทมีป้ายหยุดปกอยู่ตรงปากทางและผู้ขับรถที่ขี่ไม่ได้หยุดรถของตนอันเป็นการกระทำโดยประมาทด้วยก็ตาม แต่การขับรถผ่านทางร่วมทางแยกนั้นเป็นหน้าที่ของผู้ขับขี่รถทุกเส้นทางที่มาบรรจบทางร่วมทางแยกจะต้องลดความเร็วลงให้อยู่ในระดับความเร็วที่ต่ำหรือหยุดรถเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายอันเกิดจากการชนระหว่างรถที่กำลังแล่นผ่าน หากใช้ว่าผู้ที่ขับรถมาในทางเอกจะใช้ความเร็วในอัตราที่สูงโดยขับผ่านทางร่วมทางแยกไปโดยปราศจากความระมัดระวัง เมื่อจำเลยขับรถแล่นเข้าไปในทางร่วมทางแยกด้วยความเร็วสูงทำให้ชนกับรถยนต์คันที่ผู้ตายขับมาเป็นเหตุให้มีผู้ได้รับบาดเจ็บและเสียชีวิตย่อมถือได้ว่าเหตุที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากความประมาทของจำเลยด้วย

พฤติการณ์ความประมาทของจำเลยค่อนข้างร้ายแรง และเป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิตถึง 3 คน แม้จำเลยจะวางเงินให้แก่ทายาทของผู้ตายทั้งสามคนก่อนศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาก็มิใช่การวางเงินโดยยอมรับผิดในการกระทำของตน ทั้งเงินดังกล่าวก็เป็นค่าเสียหายส่วนแบ่งที่จำเลยอาจต้องรับผิดชอบต่อทายาทของผู้ตายกรณียังไม่สมควรรอการลงโทษให้แก่จำเลย

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 201/2520³³ กรณีที่จำเลยกับผู้ตายต่างประมาทในลักษณะเดียวกันจนเกิดเหตุขึ้น การใช้ดุลพินิจจะพิจารณาแต่ความประมาทของจำเลยฝ่ายเดียวไม่ได้

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5207/2549, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2560, จากระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลฎีกา <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 201/2520, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2560, จากระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลฎีกา <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

เมื่อต่างประมาทไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน ตัวจำเลยเองบาดเจ็บสาหัส ศาลลงโทษจำคุกจำเลยแต่รอการลงโทษ

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4473/2536³⁴ แม้ผู้ตายเมาสุราไม่สามารถครองสติได้ แต่เมื่อผู้ตายเดินโซเซข้ามถนนมาย่อมไม่มองไวเหมือนบุคคลธรรมดา การที่ผู้ตายเดินผ่านช่องเดินรถได้ถึง 2 ช่องแล้วมาถูกชนในช่องที่ 3 จึงใช้เวลามากกว่าคนปกติ หากจำเลยขับรถด้วยความระมัดระวังต้องสังเกตเห็นผู้ตายกำลังเดินข้ามถนนอยู่ข้างหน้าในระยะไกล สามารถหลีกเลี่ยงอันตรายไม่ให้เกิดขึ้นได้ การที่จำเลยขับรถชนผู้ตายถึงขับด้วยความเร็ว 60-70 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ก็ถือว่าเป็นความประมาทของจำเลยหาใช่เกิดเหตุสุดวิสัยไม่และวินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าควรลงโทษจำเลยในสถานเบาและรอการลงโทษให้จำเลย

คดีนี้จากที่ศาลชั้นต้นพิจารณา พิพากษาจำคุกจำเลย 3 ปี ศาลฎีกาแก้เป็นว่าให้ลงโทษจำคุก 2 ปี โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด 3 ปี

- อุทาหรณ์! สาวข้ามถนนพร้อมคุยโทรศัพท์ ถูกรถชนกระเด็น-เจ็บสาหัส³⁵

(2) ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและเพศ

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3685/2529³⁶ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารโดยผู้เยาว์ไม่เต็มใจไปด้วย แต่เมื่อข้อเท็จจริงได้ความว่าพยานจำเลยพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารโดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย ซึ่งมีโทษเบากว่าก็ยอมลงโทษจำเลยตามข้อเท็จจริงที่ได้ความได้

การที่ผู้เสียหายกับจำเลยไปดูภาพยนตร์ด้วยกันสองต่อสองและพากันมาบ้านจำเลย นอนอยู่ในห้องเดียวกันตลอดคืน จำเลยย่อมจะต้องกระทำอนาจารต่อผู้เสียหาย และจำเลยมิได้ตั้งใจจะอยู่กับผู้เสียหายฉันทามีภรรยา จำเลยจึงมีความผิดฐานพรากผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารโดยผู้เยาว์เต็มใจไปด้วย

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4473/2536, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2560, จากระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลฎีกา <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

³⁵ “อุทาหรณ์! สาวข้ามถนนพร้อมคุยโทรศัพท์ ถูกรถชนกระเด็น-เจ็บสาหัส,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2561, จาก <https://www.posttoday.com/social/general/494291>.

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3685/2529, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2560, จากระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลฎีกา <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

เหตุที่เกิดขึ้นคดีนี้ผู้เสียหายก็มีส่วนผิดด้วย เพราะมูลเหตุเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายเป็นฝ่ายติดต่อกับจำเลยก่อนในฐานะเป็นแฟนเพลงและตามเนื้อความในจดหมายที่มีไปถึงจำเลยบางฉบับก็มีเนื้อความว่าจะไปบ้านจำเลยอยากเห็นขาอ่อนจำเลยเป็นการจูงใจจำเลย กรณีจึงสมควรให้ความกรุณาแก่จำเลย ดังนี้จึงสมควรรอกการลงโทษแก่จำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

- “น้องแอล” เขี่ยแท็กซี่ ยกมือไหว้ ยอมรับผิดที่เมาไม่ได้สติ แต่งตัวล่อแหลม³⁷

(3) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1305/2559³⁸ (แพ่ง) พฤติกรรมของโจทก์ที่จอดรถโดยติดเครื่องยนต์ทิ้งไว้แล้วลงจากรถไปซื้อของเป็นการขาดความระมัดระวังในการใช้ทรัพย์ หากโจทก์ใช้ความระมัดระวังตามสมควรโดยดับเครื่องยนต์และล็อกประตูรถยนต์ให้เรียบร้อยแล้ว เชื่อว่าคนร้ายไม่สามารถลักทรัพย์ของโจทก์ไปได้โดยง่าย เหตุที่คนร้ายลักทรัพย์ที่จำเลยรับประกันภัยไว้เกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของโจทก์ซึ่งเป็นผู้เอาประกันภัย จำเลยในฐานะผู้รับประกันภัยจึงไม่ต้องรับผิดในความสูญหายของรถยนต์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 879 วรรคหนึ่ง

- เสียบบัญญาแจ จยย.ไว้ออกมารถหาย³⁹
- เจ้าของกระบะอั้ง เจอเพื่อนบ้านเอาขี่เข้าเผากระดาดของโรยหน้ารถ
ฉุนจอตล้าหน้าบ้าน⁴⁰

โดยสรุป จะเห็นได้ว่าพฤติกรรมของผู้เสียหายนั้นมีลักษณะขาดความระมัดระวังตามสมควร ซึ่งในภาวะวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้นสามารถใช้ความระมัดระวังได้แต่หาได้ใช้อย่างเพียงพอไม่ ไม่ว่าจะเป็นพฤติกรรมการข้ามถนนโดยดูโทรศัพท์ไปด้วย การแต่งกายล่อแหลมและ

³⁷ “น้องแอล เขี่ยแท็กซี่ ยกมือไหว้ ยอมรับผิดที่เมาไม่ได้สติ แต่งตัวล่อแหลม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2561, จาก https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_879700.

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1305/2559, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2560, จากระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลฎีกา <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

³⁹ “เสียบบัญญาแจ จยย.ไว้ออกมารถหาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2561, จาก <https://www.thairath.co.th/clip/181727>.

⁴⁰ “เจ้าของกระบะอั้ง เจอเพื่อนบ้านเอาขี่เข้าเผากระดาดของโรยหน้ารถ ฉุนจอตล้าหน้าบ้าน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2561, จาก <https://highlight.kapook.com/view/168946>.

ดื่มสุราจนขาดสติ หรือการจอตลอดติดเครื่องยนต์ไว้แล้วลงไปซื้อของ เป็นต้น ลักษณะของพฤติกรรมดังกล่าวนี้ หากพิจารณาจะเห็นว่าอาจเทียบได้กับลักษณะของการกระทำโดยประมาทในทางอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ซึ่งมีความหมายและหลักเกณฑ์ดังนี้

1. ความหมายของการกระทำโดยประมาท⁴¹

การกระทำโดยประมาทในทางอาญาได้มีการให้บทนิยามหรือให้ความหมายไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ดังนี้ “การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำที่มีความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

2. โครงสร้างของความผิดที่กระทำโดยประมาท⁴²

เมื่อพิจารณาการกระทำโดยประมาทตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ ตามโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งได้แก่ การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่วตามลำดับแล้ว จะเห็นได้ว่า การพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนแรก คือ การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งแบ่งออกเป็น การครอบงำประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในนั้น องค์ประกอบภายนอกของการกระทำโดยประมาท คือ การกระทำซึ่งผู้กระทำได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และก่อให้เกิดผล และผลนั้นสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ส่วนองค์ประกอบภายในของการกระทำโดยประมาท คือ การพิจารณาว่าผู้กระทำรู้ถึงอันตรายและยังฝืนกระทำ กล่าวคือ ผู้กระทำอยู่บนพื้นฐานของการเสี่ยงที่อาจป้องกันได้แต่ไม่ป้องกัน ย่อมถือได้ว่าผู้นั้นประมาท การพิจารณาถึงจิตใจภายในตัวผู้กระทำนี้เป็นการพิจารณาในส่วนอัตวิสัย (Subjective)

สำหรับโครงสร้างความผิดอาญาส่วนที่สอง ต้องพิจารณาว่าในการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มี “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” หรือไม่ ซึ่งได้แก่ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย และความยินยอมของผู้เสียหาย และอาจพิจารณาได้จากการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย (rechtsgut) โดยพิจารณาจากประโยชน์สองสิ่งซึ่งขัดกันในกรณีนั้นๆ ถ้าหากจำต้องกระทำการใดเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่าจึงได้กระทำโดยประมาท

⁴¹ ทศน์วรรณ สิริพรหมเจริญ, “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.67.

⁴² เพิ่งอ้าง, น.67-68.

กรณีดังกล่าวย่อมจะนำมาแก้ตัวได้ ดังเช่น กรณีคนขับรถพยาบาลขับรถเร็วเพื่อนำคนป่วยที่อาการหนักไปส่งโรงพยาบาลหรือรถดับเพลิงวิ่งเร็วเพื่อไปดับเพลิงถือเป็นการเสี่ยงที่มีเหตุผลนำมาอ้างได้

ส่วนโครงสร้างความผิดอาญาส่วนสุดท้าย ซึ่งก็คือ ความชั่วนั้น เหตุที่จะตำหนิผู้กระทำความผิดได้ในความผิดที่กระทำโดยประมาทนั้นอาจจะพิจารณาได้จาก “ความสามารถในการกระทำชั่วของผู้กระทำ” และ “การที่ผู้กระทำสามารถใช้ความระมัดระวังได้แต่ไม่ใช้ให้เพียงพอ” อันแสดงให้เห็นถึงความชั่วของผู้กระทำนั่นเอง

3. หลักเกณฑ์ของการกระทำความผิดโดยประมาท⁴³

จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ หลักเกณฑ์ของการกระทำความผิดโดยประมาท มีดังนี้

3.1 ต้องไม่เป็นการกระทำโดยเจนา คือผู้กระทำมิเจตจำนงกระทำในสิ่งที่ตนกำลังกระทำอยู่ เพียงแต่ผู้กระทำมิได้ประสงคิให้เกิดผลร้ายขึ้นเท่านั้น กล่าวคือ ผู้กระทำมิได้มีเจตนาที่จะทำให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของตน

3.2 กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ พิจารณาจากความระมัดระวังของบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์ เช่นเดียวกับผู้กระทำว่าบุคคลที่อยู่ในภาวะเช่นนั้นพึงจะใช้ความระมัดระวังได้เพียงใด โดยผู้กระทำจะต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับบุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำ หากผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นเสียเลยก็ดี หรือใช้แต่ใช้ไม่เพียงพอก็ดี ก็ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท

3.3 ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ มีความหมายว่า ผู้กระทำต้องใช้ความระมัดระวังอย่างถึงที่สุดเท่าที่จะสามารถใช้ความระมัดระวังได้ กล่าวคือ หากผู้กระทำนั้นสามารถที่จะใช้ความระมัดระวังขนาดที่บุคคลที่อยู่ในวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำจะสามารถใช้ความระมัดระวังได้แล้ว แต่ผู้กระทำไม่ใช้ กรณีเช่นนี้ต้องถือว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาท

3.4 การกระทำเช่นนั้นเข้ากรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้การกระทำโดยประมาทเป็นความผิดเฉพาะกรณีที่กฎหมายเห็นว่าความประมาทนั้นอาจก่อให้เกิดภัยอันตรายที่ร้ายแรงถึงขนาดที่ควรลงโทษทางอาญา และการให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในทางแพ่งเพียงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการเตือนและปรามมิให้ผู้กระทำและบุคคลอื่นไม่ให้เกิดการโดยขาดความระมัดระวังเท่านั้น โดยประมวล

⁴³ เพิ่งอ้าง, น.69-78.

กฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติไว้เฉพาะความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ความผิดต่อชีวิต ความผิดต่อร่างกาย ความผิดต่อเสรีภาพ และความผิดลหุโทษในบางฐานความผิดเท่านั้น

โดยหลักแล้วการกระทำโดยประมาทในทางอาญานั้นใช้วินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้เกิดประเด็นที่น่าสนใจว่า หากบุคคลที่กระทำโดยประมาทเป็นผู้เสียหายเองแล้วนั้น หลักในการพิจารณานี้ อาจจะทำให้การกระทำโดยประมาทของผู้เสียหายนั้นมีลักษณะที่ไปกระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นมาได้ เพราะความประมาทของผู้เสียหายเป็นเหตุในการเพิ่มความเสียหายให้ตัวผู้เสียหายเองตกอยู่ในอันตรายซึ่งสัมพันธ์กับการเพิ่มขึ้นของอัตราอาชญากรรมในสังคมไทย หลักการดังกล่าวจึงควรจะถูกนำมาพิจารณาในการกระทำของผู้เสียหายเช่นเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาต่อไป

2.1.2.3 สภาพปัญหาการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในลักษณะที่ไม่ใช้ความระมัดระวัง

แม้ว่าพฤติกรรมที่ขาดความระมัดระวังตามสมควรของผู้เสียหายนั้นจะมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมขึ้น อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมดังกล่าวของผู้เสียหายจะไม่นำมาวินิจฉัยเพื่อกำหนดความรับผิดชอบของผู้กระทำ เพราะการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเป็นเรื่องที่ต้องดูตัวผู้กระทำเป็นหลัก และวินิจฉัยไปตามโครงสร้างของความรับผิดชอบทางอาญา ดังนี้

โครงสร้างข้อที่ 1 การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ⁴⁴

หมายความว่า

1. มีการกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายภายใต้จิตใจบังคับ และยังรวมถึงการงดเว้นการที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย
2. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดในเรื่องนั้นๆ คือ การกระทำสิ่งทีกฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิด โดยพิจารณาจากสิ่งที่แสดงออกมาให้เห็นภายนอก โดยแบ่งองค์ประกอบได้เป็น 3 ส่วนด้วยกัน คือ ผู้กระทำ การกระทำและวัตถุแห่งการกระทำ
3. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้นๆ องค์ประกอบภายในคือ มีอยู่ด้วยกัน 3 ส่วน คือ เจตนา อันเป็นการกระทำโดยประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำได้⁴⁵ ประมาท และมูลเหตุชุกใจ

⁴⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบาย กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม), (กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินติ้ง, 2551), น. 86.

4. ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

หากครอบครัวประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ บุคคลนั้นก็มี ความผิด อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาโครงสร้างข้อที่ 2 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความรับผิด⁴⁶ คือ กฎหมายยกเว้นความผิดมีผลทำให้ผู้กระทำ “ไม่มีความผิด อาทิ การกระทำโดยป้องกัน ความ ยินยอม และพิจารณาโครงสร้างข้อที่ 3 การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ⁴⁷ ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิด ในทางอาญา เช่น การกระทำด้วยความจำเป็น เป็นต้น ต่อไป และแม้การกระทำของบุคคลนั้นจะครบ องค์ประกอบที่กฎหมายได้บัญญัติเอาไว้ และไม่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นความผิดหรือยกเว้นโทษไว้ให้ ก็ตาม ก็ยังมีเหตุผลโทษบางประการที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการลดโทษ ให้แก่ผู้กระทำได้⁴⁸

ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายโดยนำมาปรับกับตัวอย่างข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นใน สังคมไทย ดังนี้

(1) ความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย

ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เสียหายเดินดูโทรศัพท์แล้วข้ามถนน ขณะที่ผู้กระทำขับ รถมาด้วยความเร็วจึงชนผู้เสียหาย เป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัสนั้น หากพิจารณาจาก โครงสร้างความรับผิดทางอาญาจะพบว่า

การที่ผู้กระทำขับเร็วเร็วนั้นมีการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก และ การกระทำนั้นครอบครัวประกอบภายนอกของความผิด คือตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 300 ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษ... คือ ผู้กระทำขับรถเร็วเป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส และการขับรถเร็วดังกล่าวนั้นเป็นการ กระทำโดยประมาทคือในภาวะวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้น อาจใช้ความระมัดระวังได้อย่างเพียงพอแต่ หาได้ใช้ไม่ แม้ผู้เสียหายจะดูโทรศัพท์ขณะข้ามถนนก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวของผู้เสียหายก็ไม่ เป็นผลให้ผู้กระทำไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้อย่างเพียงพอ คือผู้กระทำยังสามารถใช้ความ ระมัดระวังได้อยู่แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่ จึงเป็นการครอบงำประกอบภายในของความผิดนั้นๆ

⁴⁵ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.50-65.

⁴⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น.88.

⁴⁷ เพ็งอ่าง, น.91-92.

⁴⁸ เพ็งอ่าง, น.92-93.

กรณีมิใช่เป็นการที่ผู้เสียหายตัดหน้ารถในระยะกระชั้นชิด⁴⁹ ที่จะเป็นเหตุสุดวิสัยอันทำให้ผู้กระทำไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้อย่างเพียงพอซึ่งจะถือว่าผู้กระทำไม่ได้ประมาท นอกจากนี้ผลจากการการบาดเจ็บสาหัสของผู้เสียหายก็เป็นผลโดยตรงจากการกระทำที่ประมาทของผู้กระทำความผิดตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกรกระทำและผล เมื่อไม่ปรากฏว่ามีเหตุยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือเหตุลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิด กรณีนี้จึงเป็นผลให้ผู้กระทำมีความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส

จะเห็นว่าแม้ผู้เสียหายมีพฤติกรรมการที่ไม่ระมัดระวังในการข้ามถนน แต่กฎหมายอาญาก็มิได้นำมาคำนึงถึงเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญากับผู้กระทำ

(2) ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและเพศ

ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เสียหายเมาไม่ได้สติ แต่งกายล่อแหลม นั่งรถแท็กซี่กลับบ้านคนเดียว อันเป็นเหตุให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศขึ้นนั้น หากพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาจะพบว่า

การที่ผู้กระทำขับรถแท็กซี่พาผู้เสียหายเข้าโรงแรม แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก แม้การกระทำนั้นจะไม่ครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด คือตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เชือดด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย ให้ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ... เพราะผู้เสียหายรู้ตัวก่อน จึงทำให้การกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอด ก็ตามแต่ก็แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีความชั่วคือมีความน่าตำหนิในจิตใจเพราะมีเจตนาที่จะข่มขืนผู้เสียหาย แม้ผู้เสียหายจะเมาสุราจนขาดสติ แต่งกายล่อแหลม เดินทางกลับบ้านคนเดียวก็ตาม แต่การกระทำในลักษณะที่ขาดความระมัดระวังดังกล่าวของผู้เสียหายก็ไม่เป็นผลให้ผู้กระทำหลุดพ้นจากความผิดดังกล่าวไปได้ และเมื่อไม่ปรากฏว่ามีเหตุยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือเหตุลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิด กรณีนี้จึงเป็นผลให้ผู้กระทำมีความผิดฐานพยายามข่มขืน

⁴⁹ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7143/2544 ผู้ตายขับรถจักรยานยนต์แข่งรถโดยสารประจำทางที่จำเลยขับห่าง 1 เมตรเศษ แล้วรถจักรยานยนต์ที่ผู้ตายขับได้เสียหลักล้มลงรถยนต์โดยสารประจำทางที่จำเลยขับจึงได้แล่นทับผู้ตายถึงแก่ความตาย ดังนี้ การที่รถจักรยานยนต์ที่ผู้ตายขับแข่งแล้วเสียหลักล้มลงอย่างกะทันหันหน้ารถยนต์โดยสารประจำทางที่จำเลยขับห่าง 1 เมตรเศษ เป็นระยะกระชั้นชิดจนเหลือวิสัยที่จำเลยจะหยุดรถได้ทัน กรณีเป็นเหตุสุดวิสัยที่บุคคลในภาวะเช่นจำเลยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จึงมิใช่เกิดจากความประมาทของจำเลย

จะเห็นว่าแม้ผู้เสียหายมีพฤติกรรมที่ไม่ระมัดระวังโดยการรู้ตัวว่าเมาสุรา แต่งกายล่อแหลม ยังเลือกนั่งแท็กซี่กลับบ้านคนเดียว ทั้งที่สามารถหลีกเลี่ยงได้ แต่กฎหมายอาญาก็มิได้นำมาคำนึงถึงเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางอาญากับผู้กระทำ

(3) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เสียหายจอดรถติดเครื่องยนต์ไว้ แล้วลงไปซื้อของ เป็นเหตุให้ผู้เสียหายถูกลักทรัพย์นั้น หากพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญาจะพบว่า

การที่ผู้กระทำเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นนั้นมีการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก และการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกและภายในของความผิด คือตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษ... คือผู้กระทำเอาไปซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นโดยมีเจตนาทุจริต แม้ผู้เสียหายจะจอดรถติดเครื่องยนต์ไว้อันเป็นเหตุให้ง่ายต่อการกระทำความผิดก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวของผู้เสียหายก็ไม่เป็นผลให้ผู้กระทำพ้นความรับผิดไปได้ นอกจากนั้นผลจากการสูญเสียทรัพย์ของผู้เสียหายก็เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำผิดตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เมื่อไม่ปรากฏว่ามีเหตุยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือเหตุลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด กรณีนี้จึงเป็นผลให้ผู้กระทำมีความผิดฐานลักทรัพย์

จะเห็นว่าแม้ผู้เสียหายมีพฤติกรรมที่ไม่ระมัดระวังโดยติดเครื่องยนต์ไว้ แล้วลงไปซื้อของ อันเป็นเหตุในการเปิดโอกาสให้เกิดการกระทำความผิดได้ง่ายขึ้นก็ตาม แต่กฎหมายอาญาก็มิได้นำมาคำนึงถึงเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางอาญากับผู้กระทำ

กล่าวโดยสรุป จากข้อเท็จจริงตามตัวอย่างข้างต้น การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายดังกล่าวนี้จะเห็นว่าตัวผู้เสียหายไม่ได้เป็นผู้ก่อให้เกิดการกระทำความผิดที่จะทำให้ถูกตัดความเป็นผู้เสียหายออกไป แต่ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นผู้เสียหายที่บริสุทธิ์ที่จะไม่มีส่วนเลย ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้จึงน่าพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวนี้มีเหตุให้ผู้กระทำความผิดควรได้รับการพิจารณาลดหย่อนผ่อนปรนในการลงโทษได้เพียงใด ซึ่งในทางแพ่งจะถูกนำมาอธิบายในเรื่องของการเฉลี่ยความรับผิดทางแพ่ง แต่ยังไม่เคยมีการนำมาคิดในเรื่องทางอาญาอย่างชัดเจนในประเทศไทยเลย ผู้เขียนจึงเห็นว่าแม้ไม่อาจนำพฤติกรรมการมีส่วนร่วมดังกล่าวของผู้เสียหายมาพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำได้ แต่ในการกำหนดโทษนั้นอาจนำมาใช้พิจารณาโดยอาจยกเป็นเหตุลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดโทษ เพราะการขาดความระมัดระวังของผู้เสียหายก็เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นเช่นเดียวกัน จึงจะได้ทำการศึกษาถึงความจำเป็นในการพิจารณาเหตุลดโทษโดยคำนึงถึงกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมต่อไป

2.2 ความจำเป็นในการพิจารณาเหตุผลโทษโดยคำนึงถึงกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงแนวคิดตามทฤษฎีอาชญาวิทยาและเหยื่อวิทยา แนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ ทฤษฎีการลงโทษ และแนวคิดและขอบเขตของเหตุผลโทษในประมวลกฎหมายอาญาไทย ตามลำดับดังนี้

2.2.1 แนวคิดตามทฤษฎีอาชญาวิทยาและเหยื่อวิทยา

การจะอธิบายถึงแนวคิดของการมีส่วนร่วมรับผิดชอบของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรมนั้น ผู้เขียนจะขออธิบายเป็นลำดับ โดยเริ่มจากการทำความเข้าใจถึงสาเหตุของการเกิดอาชญากรรม และพัฒนาการไปสู่แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้เสียหาย ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1.1 สาเหตุของการเกิดอาชญากรรมภายใต้กรอบความคิดทั่วไป

เนื่องจากการเกิดอาชญากรรมนั้น มีหลายทฤษฎีที่ได้อธิบายไว้ แต่ทฤษฎีที่นักวิชาการให้การยอมรับมากที่สุด คือ ทฤษฎีสามเหลี่ยมอาชญากรรม (Crime Triangle Theory) ซึ่งได้อธิบายถึงสาเหตุของการเกิดอาชญากรรมผ่านรูปทรงสามเหลี่ยม โดยนำเอาปัจจัยหรือองค์ประกอบในการเกิดอาชญากรรมมาประกอบเป็นด้านต่างๆ ของสามเหลี่ยมทั้ง 3 ด้าน คือ ผู้กระทำความผิด โอกาส และเหยื่อ เมื่อเหตุการณ์หรือสถานการณ์ครบองค์ประกอบของสามเหลี่ยมทั้ง 3 ด้านก็จะทำให้เกิดอาชญากรรมขึ้น

ปัจจัยหรือองค์ประกอบที่ประกอบเป็นสามเหลี่ยมทั้งสามด้านข้างต้นนั้น เป็นปัจจัยหรือองค์ประกอบสำคัญที่ทำให้เกิดอาชญากรรม หากขาดปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งไป อาชญากรรมก็จะไม่เกิดขึ้น ดังนั้นทฤษฎีนี้นอกจากจะอธิบายถึงสาเหตุของการเกิดอาชญากรรมแล้วยังเป็นแนวทางในการป้องกันไม่ให้เกิดอาชญากรรมขึ้นด้วย โดยปัจจัยหรือองค์ประกอบที่มีความสำคัญทั้งสามประการนั้น มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ผู้กระทำความผิด (Offender) หมายถึง ผู้ที่มีความต้องการจะก่อเหตุหรือลงมือกระทำความผิด

นักอาชญาวิทยาได้ศึกษาสาเหตุของการเกิดพฤติกรรมอาชญากรรม หรือพฤติกรรมเบี่ยงเบนของผู้กระทำความผิด ซึ่งมีแนวคิดและมุมมองแตกต่างกันตามแต่ละสำนักอาชญาวิทยา แบ่งได้เป็น 2 แนวทาง คือ

1. มนุษย์มีอิสระและเป็นผู้ที่เลือกประกอบอาชญากรรม (Criminal Behavior as Chosen)⁵⁰

มุมมองนี้มีแนวคิดมาจากสำนักอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิม ซึ่งมีสมมุติฐานเกี่ยวกับธรรมชาติของมนุษย์ว่า มนุษย์ทุกคนมีความคิดและมีเหตุผล ดังนั้นจึงมีเจตจำนงอิสระหรือเจตจำนงเสรี (Free Will) ที่จะตัดสินใจในการเลือกประกอบอาชญากรรม โดยปราศจากสิ่งบังคับทั้งจากภายนอกและภายใน ทั้งนี้ มนุษย์ได้เล็งเห็นและคำนวณถึงผลที่จะตามมาภายหลังแล้ว นักอาชญาวิทยาแนวนี้ จึงมีแนวทางในการศึกษามุ่งเน้นถึงการป้องกันอาชญากรรม โดยการหาเหตุผลที่ทำให้มนุษย์ตัดสินใจเลือกมีพฤติกรรมที่ไม่ผิดกฎหมาย

2. พฤติกรรมอาชญากรรมเกิดจากแรงกระตุ้นซึ่งมนุษย์ไม่สามารถควบคุมได้ (Criminal Behavior as Caused)⁵¹

มุมมองนี้มีแนวคิดมาจากสำนักปฏิฐานนิยม โดยมีสมมุติฐานพื้นฐานว่า พฤติกรรมของมนุษย์ส่วนมากถูกกำหนดโดยปัจจัยที่อยู่นอกเหนือจากการควบคุมของมนุษย์ มนุษย์จะใช้ความคิดก็เฉพาะในการปรับเปลี่ยนตนเองให้เหมาะสมเท่านั้น แต่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมหลักที่เกิดจากปัจจัยภายนอกได้ นักอาชญาวิทยาแนวนี้จึงพยายามหาคำตอบว่า ปัจจัยใดเป็นสาเหตุหรือก่อให้เกิดมนุษย์มีพฤติกรรมอาชญากรรม ซึ่งสามารถแบ่งแยกได้ดังนี้ คือ ปัจจัยภายในร่างกาย (Biological Factors) ปัจจัยทางจิตใจ (Psychological Factors) และปัจจัยทางสภาพแวดล้อม (Social Factors) เป็นสาเหตุที่ทำให้มนุษย์มีพฤติกรรมอาชญากรรม อย่างไรก็ตาม นักทฤษฎีบางท่านเชื่อว่า มีปัจจัยเพียงด้านเดียวทำให้เกิดพฤติกรรมอาชญากรรม บางท่านมีความเชื่อว่า มีหลายปัจจัยรวมกันทำให้บุคคลมีพฤติกรรมเบี่ยงเบน

นักอาชญาวิทยากลุ่มนี้ให้ความสนใจในเรื่องของอิทธิพลของปัจจัยที่อยู่นอกเหนือการควบคุม เริ่มตั้งแต่ปัจจัยทางชีวภาค กายภาพ สภาพสังคม สภาพแวดล้อม ฯลฯ ซึ่งจะเห็นได้ว่าปัจจัยเหล่านี้มีจำนวนมากมาย ส่งผลให้มีการคิดค้นทฤษฎีแนวนี้อย่างมากมาย แม้ว่าในปัจจุบัน นักอาชญาวิทยาจำนวนไม่น้อยก็ยังยึดหลักการอ้างอิงในแนวนี้ เนื่องจากนักอาชญาวิทยาแนวนี้เชื่อว่า มนุษย์ไม่อาจควบคุมตนเองได้ ดังนั้นในการแก้ไขปัญหอาชญากรรมจำเป็นต้องแก้ไขที่

⁵⁰ “ปัจจัยที่เป็นเหตุให้เด็กและเยาวชนก่อเหตุร้ายในศูนย์ฝึกและอบรม : ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนเขต 8 จังหวัดสุราษฎร์ธานี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2559, จาก website2556.moj.go.th/upload/mini109_km/uploadfiles/2798_3657.doc.

⁵¹ เพิ่งอ้าง.

สาเหตุหรือต้นกำเนิด กล่าวคือ ตัวปัจจัยที่ทำให้มนุษย์ประกอบอาชญากรรม ไม่ว่าจะเป็นปัจจัยทางชีวภาค กายภาพหรือสภาพแวดล้อมทางสังคม

จึงเห็นได้ว่าสาเหตุของพฤติกรรมอาชญากรรมตามแนวทางของสำนักอาชญาวิทยาทั้งสองข้างต้น ได้แก่ แนวทางที่ 1 มนุษย์มีอิสระและเป็นผู้ที่เลือกประกอบอาชญากรรม และแนวทางที่ 2 พฤติกรรมอาชญากรรมเกิดจากแรงกระตุ้นซึ่งมนุษย์ไม่สามารถควบคุมได้ ต่างก็อธิบายถึงปรากฏการณ์ที่ผู้กระทำผิดตัดสินใจลงมือประกอบอาชญากรรมจากฐานความคิดหรือมุมมองที่แตกต่างกันไปของแต่ละสำนัก ผู้กระทำผิดจึงเป็นปัจจัยหรือองค์ประกอบด้านหนึ่งในสามเหลี่ยมอาชญากรรมที่สำคัญ เพราะเปรียบเสมือนตัวละครหลักที่มีบทบาทเป็นผู้ดำเนินเรื่องตั้งแต่ต้นจนจบ

(2) โอกาส (Opportunity) หมายถึง สถานที่ (Place) และช่วงเวลา (Time) ที่เหมาะสมที่ผู้กระทำผิด มีความสามารถจะลงมือกระทำความผิดหรือก่ออาชญากรรม

สถานที่ที่ทำให้เกิดเหตุอาชญากรรม หน่วยงานของตำรวจหลายแห่งในสหรัฐอเมริกาได้บันทึกไว้ว่าสถานที่ต่อไปนี้จะทำให้เกิดเหตุอาชญากรรมได้ หมายความว่าหากใครก็ตามที่อยู่ในสถานการณ์นั้นหรือเป็นเจ้าของสถานที่นั้น ก็อาจจะตกเป็นเหตุอาชญากรรมได้ ได้แก่ ถนน สวนสาธารณะ รถยนต์รับจ้าง รถยนต์ รถบรรทุก ทรัพย์สินของโรงเรียน เคหะสงเคราะห์ ที่อยู่อาศัย ที่จอดรถประจำทาง ที่จำหน่ายเครื่องดื่มและโรงขายเหล้า ร้านขายของเบ็ดเตล็ด ห้างสรรพสินค้า ที่เติมน้ำมันรถ ธนาคาร หรือสถานธุรกิจอื่นๆ⁵²

เวลาเป็นสิ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการเกิดเหตุอาชญากรรมได้เสมอ อาชญากรย่อมรู้ว่าจะประกอบกิจเมื่อไร คนที่จะตกเป็นเหยื่อได้ก็คือ คนที่ไม่รู้จักเวลาว่าเมื่อไรควรจะไปไหนมาไหน เขาอาจจะประสบเคราะห์กรรมถึงแก่บาดเจ็บสาหัส หรือถึงแก่ความตายก็ได้ ในโกสียชาดกมีข้อความดังกล่าวนี้ “การออกไปในเวลาอันไม่สมควร ไม่ดี เพราะว่าคนออกไปโดยเวลาอันไม่สมควร ย่อมไม่ยังประโยชน์อะไรให้เกิดได้ คนที่เป็นศัตรูเป็นอันมาก ย่อมทำอันตรายคนผู้ออกไปแต่ผู้เดียวในเวลาอันไม่สมควรได้” เวลาอันไม่สมควรดังกล่าวนี้อาจจะเป็นเวลาค่ำคืน ดึกตื่น หรือเวลาที่ปลอดภัย ขาดผู้เห็นเหตุการณ์การเกิดอาชญากรรม เมื่อมีเหตุร้ายเกิดขึ้นก็ไม่มีใครให้ความช่วยเหลือ ปกตีผู้ร้ายก็มักจะกระทำการในเวลาปลอดภัยหรือเวลาค่ำคืน เพราะจะไม่เสี่ยงต่อการจับกุม⁵³

⁵² สุดสงวน สุธีสร, เหยื่ออาชญากรรม, (กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ., 2543), น.45-46.

⁵³ เพ็งอ้าง, น.56-57.

เรื่องของเวลานี้มีผลงานวิจัยในประเทศอังกฤษชิ้นหนึ่งพบว่า การทำร้ายร่างกายและการปล้นส่วนมากจะเกิดในตอนกลางคืนของวันสุดสัปดาห์ การประกอบอาชญากรรมเช่นนี้ได้แสดงให้เห็นให้ประจักษ์ชัดที่เมือง Coventry ส่วนอาชญากรรมทางเพศนั้นเกิดตลอดสัปดาห์และเกิดตอนกลางวันมากกว่าตอนกลางคืน ผลงานวิจัยนี้แสดงให้เห็นว่า อาชญากรรมเกิดได้ทั้งในตอนกลางวันและกลางคืน ขึ้นอยู่กับประเภทของอาชญากรรม และขึ้นอยู่กับปัจจัยเกี่ยวกับสถานที่ ความปลอดภัย การไม่เสี่ยงต่อการถูกจับ และการมีเหยื่อปรากฏอยู่ในเวลาที่เกิดการกระทำความผิด เหยื่ออาชญากรรมจึงน่าจะเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดที่ทำให้เกิดอาชญากรรม การรู้จักจังหวะเวลาจะเป็นสิ่งช่วยให้แคล้วคลาดจากการตกเป็นเหยื่อได้⁵⁴

โอกาส อันหมายถึง สถานที่และช่วงเวลาที่เหมาะสม จึงเป็นอีกหนึ่งปัจจัยหรือองค์ประกอบที่สำคัญของด้านสามเหลี่ยม เพราะหมายถึงช่องโหว่ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถลงมือประกอบอาชญากรรมได้อย่างง่ายดาย

(3) เหยื่อ (Victim) หรือ เป้าหมาย (Target) หมายถึง บุคคล สถานที่ หรือวัตถุสิ่งของที่ผู้กระทำความผิดหรือคนร้ายมุ่งหมายกระทำต่อ หรือเป็นเป้าหมายที่ต้องการ

เหยื่อเป็นปัจจัยหรือองค์ประกอบสุดท้ายที่ทำให้เกิดอาชญากรรม เนื่องจากเป็นเป้าหมายที่ผู้กระทำความผิดมุ่งกระทำต่อ ดังนั้นหากไม่มีเหยื่ออาชญากรรม ผู้กระทำความผิดก็ไม่สามารถประกอบอาชญากรรมได้ เหยื่อจึงเป็นปัจจัยสำคัญต่อการเกิดอาชญากรรม อย่างไรก็ตามบทบาทของเหยื่ออาชญากรรมก็อาจมีผลต่อการประกอบอาชญากรรมของอาชญากร อาทิ เหยื่ออาจเป็นผู้ช่วย กระตุนหรือจูงใจ ตั้งตนอยู่ในความประมาท ซึ่งนำไปสู่อาชญากรรมเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เพศ และทรัพย์สินได้ นักอาชญาวิทยาจึงได้ให้ความสำคัญและความจำเป็นจะต้องศึกษาบทบาทของเหยื่ออาชญากรรมในกระบวนการยุติธรรมเพื่อทำความเข้าใจการกระทำความผิดและการที่บุคคลกลายมาเป็นเหยื่ออาชญากรรม ซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไป

2.2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้เสียหาย

ก่อนที่จะปรากฏแนวคิดทางเหยื่อวิทยา นักอาชญาวิทยาได้มองข้ามความสำคัญของบทบาทของเหยื่อซึ่งกระทำการโดยผิดกฎหมาย นักเหยื่อวิทยาได้พยายามที่จะแก้ไขความไม่สมดุลดังกล่าวโดยการศึกษาสถานการณ์ต่างๆ เพื่อดูว่าบุคคลที่ถูกทำร้ายอาจจะได้แสดง

⁵⁴ เฟิงอ้าง, น. 56-57.

บทบาทบางอย่างที่ทำให้ตนถูกทำร้าย เพราะการเกิดอาชญากรรมนั้นจะต้องดูปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่าย⁵⁵

นักเหยื่อวิทยาได้ทำการศึกษาเพื่อหาคำอธิบายถึงปัจจัยที่ส่งผลให้เกิดอาชญากรรม โดยจากการศึกษาของนักเหยื่อวิทยาพบว่า ในมุมมองของผู้กระทำผิด ปัจจัยที่อาจทำให้บุคคลตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมได้ มีดังนี้⁵⁶

1. ความน่าดึงดูดใจ (attractiveness) ยกตัวอย่างเช่น ทรัพย์สินที่มีค่า มักตกเป็นเป้าหมายในการขโมย
2. ความใกล้ชิด (proximity) หมายถึง ผู้กระทำผิดสามารถเข้าถึงเป้าหมาย ไม่ว่าจะด้วยทางภูมิศาสตร์ (เดินเข้าไปหาโดยตรง) หรือทางสังคม (มีปฏิสัมพันธ์กัน)
3. สถานที่ที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบน (deviant place) การเข้าไปในสถานที่ที่มีอันตรายมากกว่าผู้อื่น ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลนั้นกลายเป็นเหยื่ออาชญากรรมมากกว่า เช่น สถานบันเทิงเรีงรมย์ สถานบริการ แหล่งอบายมุข สถานที่มั่วสุมของวัยรุ่น สถานที่เปลี่ยว เวลาวิกาล แหล่งเสื่อมโทรมในเมือง รวมทั้งสถานที่ที่มีประชาชนรวมกันเป็นจำนวนมาก เช่น สถานีรถไฟ สถานีขนส่ง สถานีรถโดยสารระหว่างเมืองและในเมือง เป็นต้น
4. ความอ่อนแอ (vulnerability) หมายถึง ความสามารถในการต่อสู้ของเป้าหมาย ว่าเป้าหมายสามารถปกป้องตนเองได้หรือไม่
5. กลุ่มที่เท่าเทียมกัน (equivalent group) หมายถึง การที่เหยื่ออาชญากรรมมีความข้องเกี่ยวกับรูปแบบการดำเนินชีวิตที่มีความเสี่ยงสูงที่จะเกิดอาชญากรรม โดยเหยื่ออาชญากรรมมักมีความสนใจในเรื่องเดียวหรือเข้าร่วมกิจกรรมอย่างเดียวกันกับอาชญากร อาชญากรมักเลือกเหยื่ออาชญากรรมจากวงจรชีวิตรอบๆ ตัวเขาหรือคนรู้จักของเขา
6. รูปแบบการดำเนินชีวิต (lifestyle) หมายถึง รูปแบบการดำเนินชีวิตของแต่ละบุคคล รูปแบบกิจกรรมที่สร้างความบันเทิงและความตื่นเต้นมักช่วยเพิ่มระดับความเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรม ยกตัวอย่างเช่น การทำกิจกรรมในเวลาเย็น อย่างการเข้าร่วมปาร์ตี้กับบุคคลแปลกหน้า หรือไปคลับหรือบาร์ในเวลากลางคืน เป็นต้น ดังนั้นผู้ที่แสวงหาความสุขในเวลากลางคืน

⁵⁵ Andrew Karmen, *Crime Victims : An Introduction to Victimology*, Fourth edition, (Belmont, Calif., U.S.A. : Wadsworth, 2001), p.86.

⁵⁶ *Ibid*, pp.88-93.

กระทำผิดกฎหมาย มักจะทำให้เกิดความเสียหายสูงที่จะถูกทำร้าย ถูกปล้น ถูกข่มขืน หรือถูกฆาตกรรม รูปแบบการดำเนินชีวิตส่วนใหญ่จึงเป็นตัวกำหนดปริมาณและคุณภาพของการติดต่อกันระหว่างผู้ที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมและบุคคลที่มีความโน้มเอียงที่จะเป็นอาชญากร ดังนั้นรูปแบบการดำเนินชีวิตที่แตกต่างกันจึงนำไปสู่หลายความเสี่ยงที่แตกต่างกัน การตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมจึงไม่ใช่เรื่องบังเอิญ แต่เกิดจากการเลือกวิถีชีวิตของผู้ตกเป็นเหยื่อเอง

7. กิจวัตรประจำวัน (routine activities) นี้ เน้นการมีปฏิสัมพันธ์ของสามปัจจัย คือ แรงจูงใจของผู้กระทำความผิด (เช่น ตีดยาเสพติด คลาดแคลนเงินทอง เป็นต้น) ความพร้อมของเป้าหมายที่เหมาะสม (เช่น บุคคลหรือทรัพย์สินของพวกเขา) และ ผู้ปกครองที่มีความสามารถ (เช่น ตำรวจที่คอยจับโจร) โดยผู้กระทำความผิดมักจะโจมตีในเวลาเป้าหมายไม่ได้ป้องกันตัวเป็นอย่างดี ยกตัวอย่างเช่น หากเหยื่อต้องออกไปทำงานนอกบ้านโดยไม่มีคนเฝ้าบ้านทุกวัน ผู้กระทำความผิดก็จะมีโอกาสเข้าไปทำการลักทรัพย์ในบ้านได้ หรือหากเหยื่อชอบออกไปนอกบ้านตอนกลางคืนคนเดียวบ่อยครั้ง หรือชอบสวมใส่เครื่องประดับที่มีค่ามาก จะมีโอกาสถูกคนร้ายเข้าทำการชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ได้

8. นิเวศวิทยาสังคม (social ecology) ของการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม คือ การที่บุคคลประเภทใดจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมในเวลาและสถานที่เช่นใด ยกตัวอย่างเช่น บุคคลที่ใช้เวลาส่วนใหญ่อยู่แต่ในบ้านจะมีอันตรายไม่มากที่จะถูกฆาตกรรมจากคนแปลกหน้า

จะเห็นได้ว่าปัจจัยทั้งหมดนี้ อธิบายการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมและโครงสร้างของโอกาสที่จะเกิดการกระทำความผิด คำอธิบายเหล่านี้สามารถนำมาประยุกต์ใช้เพื่อช่วยลดความเสี่ยงหรือการป้องกันอาชญากรรมได้ โดยเริ่มจากการป้องกันในระดับกลุ่มเล็กๆ และตัวเรา ซึ่งทำให้เหยื่ออาชญากรรมมีความตระหนักรู้ตัวถึงอาชญากรรมที่จะเกิดขึ้นและเกิดการต่อต้านการเกิดอาชญากรรม ซึ่งจะทำให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดได้ยากขึ้น ไปสู่ภาครัฐที่เข้ามามีบทบาทในการควบคุมการเกิดอาชญากรรม

นอกจากนี้ การศึกษายังนำทฤษฎีการลงโทษในเชิงป้องกันยับยั้งมาประยุกต์ใช้กับเหยื่ออาชญากรรม กล่าวคือ โดยปกติมักมีการโต้เถียงถึงการนำการยับยั้งมาใช้กับผู้กระทำความผิด แต่น้อยมากที่จะคำนึงถึงตัวเหยื่ออาชญากรรม เช่น เหยื่ออาชญากรรมได้รับบทเรียนจากประสบการณ์ที่เกิดขึ้นกับตนหรือไม่ และประชาชนได้เรียนรู้จากความผิดพลาดของเหยื่อหรือไม่ ซึ่งต้องนำการประยุกต์ใช้หลักการยับยั้งแบบทั่วไปมาใช้กับบุคคลที่ปฏิบัติตามกฎหมาย

กล่าวคือทำให้บุคคลทั่วไปตระหนักได้ว่าอาชญากรรมสามารถเกิดขึ้นได้กับตน เพื่อที่จะทำให้บุคคลเหล่านั้นต้องตระหนักถึงและพิจารณาก่อนที่จะเข้าไปข้องเกี่ยวกับพฤติกรรมที่มีความเสี่ยง⁵⁷

การนำแนวคิดของการยับยั้งแบบเฉพาะขึ้นมาใช้ มักเกิดการตั้งคำถามเป็นสองทาง คือ เหตุที่อาชญากรรมได้รับบทเรียนจากความผิดพลาดในอดีตและตระหนักถึงการกระทำใดๆ อย่างมีสติ ปรับปรุงตัวใหม่ กับอีกแนวทางหนึ่งคือ เหตุที่อาชญากรรมยังคงไม่ตระหนักถึงความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดอันตรายแก่ตน และมีพฤติกรรมไม่ใช้ความระมัดระวังเช่นเดิม ทำให้ต้องกลายเป็นเหยื่ออาชญากรรมซ้ำๆ และทนทุกข์กับการเป็นเหยื่ออาชญากรรมเรื่อยไป⁵⁸

การค้นพบในเรื่องของการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมซ้ำซึ่งต้องทนทุกข์กับการเป็นเหยื่อเรื่อยไปนั้น นำไปสู่ความสนใจในความเป็นไปได้ว่าบุคคลบางคนมีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อปัญหาของตนเอง จึงได้เกิดแนวคิดของ “การแบ่งส่วนความรับผิดชอบ” (Shared Responsibility) ขึ้น อันหมายถึงทั้งเหยื่ออาชญากรรมและผู้กระทำความผิดได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเป็นความผิด ดังนั้นตามแนวคิดนี้ เหยื่ออาชญากรรมจึงสามารถมีส่วนผิดได้ในระดับต่างๆ กัน ตามแต่ละกรณีไปเนื่องจากสถานการณ์ที่เหยื่ออาชญากรรมตกอยู่ภายใต้การคุกคามนั้น เหยื่ออาชญากรรมเองก็มีส่วนเป็นผู้ที่ทำให้เกิดขึ้นเองด้วย⁵⁹

(1) แนวคิดของการแบ่งส่วนความรับผิดชอบ (Shared Responsibility)

แนวคิดดังกล่าวอธิบายถึงลักษณะพฤติกรรมของเหยื่อที่ได้กระทำลงก่อนที่ตนจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม แบ่งได้เป็น การอำนวยความสะดวก (Facilitation) การกระตุ้นหรือจูงใจ (Precipitation) และการยั่วยุ (Provocation) ของเหยื่ออาชญากรรม⁶⁰

การอำนวยความสะดวกของเหยื่ออาชญากรรม (Victim Facilitation) นั้น ใช้กับสถานการณ์ที่เหยื่ออาชญากรรมไม่รู้ ไม่ระมัดระวัง ประมาท และไม่ได้ตั้งใจให้ผู้กระทำความผิดก่อการโจรกรรมได้ง่ายขึ้น เหยื่ออาชญากรรมประเภทอำนวยความสะดวกนั้นไม่เต็มใจที่จะช่วยเหลือผู้กระทำความผิดและมีความน่าตำหนิน้อย แต่เหยื่ออาชญากรรมเหล่านี้ทำให้ความเสี่ยงในการสูญหายเพิ่มมากขึ้นจากการกระทำที่ไม่ค่อยใส่ใจของตนเอง จึงเปรียบเสมือนตัวเร่งปฏิกิริยาทางเคมี เมื่อมีส่วนผสมที่ถูกต้องและเงื่อนไขที่ลงตัวก็จะทำให้ปฏิกิริยาเกิดได้เร็วขึ้น เหยื่ออาชญากรรมที่อำนวยความสะดวก

⁵⁷ *Ibid*, pp.97-98.

⁵⁸ *Ibid*, pp.97-98.

⁵⁹ *Ibid*, p.98.

⁶⁰ *Ibid*, p.101.

ความสะทอนนี้ทำให้ผู้คนให้มีความโน้มเอียงที่จะกระทำความผิดทางอาญากับทรัพย์ที่ตนดูแลรักษาไม่ดีและมีผลต่อการกระจายของอาชญากรรม⁶¹

การกระตุ้นหรือจูงใจ (Precipitation) และการยั่วยุ (Provocation) ของเหยื่ออาชญากรรม มักเกิดกับผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของการฆาตกรรม การชิงทรัพย์ การประทุษร้ายและการข่มขืน⁶² การกระตุ้นหรือจูงใจ มีสาระสำคัญคือ การมีส่วนร่วมยั่วยุ หรือกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมของตัวเหยื่อ โดยบุคคลผู้เป็นเหยื่ออาจเป็นผู้ริเริ่มให้เกิดการกระทำผิดไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมส่งผลให้ตนเองเผชิญกับเหตุการณ์ที่นำไปสู่การบาดเจ็บหรือความตายได้ ซึ่งตัวเหยื่ออาจมีพฤติกรรมที่แสดงออก (Active) หรือนิ่งเฉย (Passive) ก็ได้⁶³

พฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการแสดงออก (active precipitation) เช่น เมื่อมีเหตุการณ์เกิดขึ้น ตัวเหยื่ออาจใช้คำขู่ หรือคำทำทนาย หรืออาจเป็นผู้ช่วยก่อนหรือเริ่มก่อนในการทำร้ายก็ได้ รูปแบบนี้เรียกว่า Victim-precipitation crime หรือ อาชญากรรมที่เหยื่อมีส่วนกระตุ้นซึ่งทำให้เกิดหรือส่งเสริมให้เกิดการกระทำความผิด โดยในปีค.ศ. 1958 ผลศึกษาการฆาตกรรมในเมืองฟิลาเดลเฟีย ในช่วงปี ค.ศ. 1948-1952 ของมาร์วิน วูฟแกงค์ ได้สรุปพฤติกรรมของเหยื่อกระตุ้นให้อาชญากรต้องฆ่า โดยแสดงให้เห็นว่าเหยื่อเป็นผู้ริเริ่มต้นการกระทำก่อนและนำไปสู่การใช้ความรุนแรงในเวลาต่อมา เป็นผลให้เหยื่อเสียชีวิต ตัวอย่างเห็นจากการประทุษร้ายในร้านคาราโอเกะต่างๆ หรือจากการที่ภรรยาถูกประทุษร้ายและขู่ว่าจะฆ่าสามี จนต้องฆ่าสามี เป็นต้น⁶⁴

ในปีค.ศ. 1971 เมเนอรัคัม อาเมียร์ (Menachem Amir) ศึกษาการข่มขืนและพบว่าจากคดีที่ศึกษาเป็นจำนวนมาก การข่มขืนเกิดจากเหยื่อเป็นผู้กระตุ้นให้เกิดการข่มขืนขึ้น การข่มขืนเกิดขึ้นในสถานการณ์ซึ่งเหยื่อตกลงที่จะมีความสัมพันธ์ทางเพศแต่ได้เปลี่ยนใจไม่ยินยอมก่อนที่จะมีการกระทำเกิดขึ้นจริง หรือมิได้ต่อต้านขัดขืนอย่างเพียงพอ เช่น กรณีการข่มขืนของคู่คนที่เรียกว่า Date rape แสดงให้เห็นว่าทั้งชายและหญิงไปเกี่ยวข้องกับกันจากความยินยอมพร้อมใจของทั้งสองฝ่าย แต่เป็นความโรแมนติกที่ยังขาดความสนิทสนม เมื่อสถานการณ์เลยเถิด ฝ่ายหญิงขัดขืนจึงกลายเป็นการข่มขืน ซึ่งดูเหมือนจะไม่รุนแรงเท่ากับการข่มขืนจากคนที่ไม่เคยรู้จัก ที่เรียกว่า Stranger rape อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายหญิงหลายระดับพูดถึงการข่มขืนของคู่คนว่าเป็นการ

⁶¹ *Ibid*, pp.101-102.

⁶² *Ibid*, p.104.

⁶³ สุดสงวน สุธีสร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 52*, น.7.

⁶⁴ *เพ็ญอ้าว*, น.7-8.

ข่มขืนเช่นเดียวกับการข่มขืนอื่นๆ เพราะฝ่ายชายได้ทำให้หญิงรู้สึกหมดทางสู้ กลัวจนไม่กล้าต่อสู้ จนทำให้ถูกมองว่าฝ่ายหญิงมีส่วนร่วมในการมีเพศสัมพันธ์ หรือมีความสมัครใจในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลฝ่ายหญิงจึงเป็นฝ่ายเสียเปรียบ นอกจากนี้การข่มขืนยังเกิดขึ้นในสถานการณ์ที่มีความเสี่ยงจากการถูกระงับทางเพศ โดยเฉพาะการแต่งกาย เช่น กรณีหญิงโดนข่มขืน เพราะการใส่กระโปรงสั้นลายลูกไม้ โดยไม่ใส่ชุดชั้นใน แสดงถึงหญิงเป็นคนถามหาพฤติกรรมให้โดนข่มขืน หรือการแต่งตัวเพื่อโฆษณาขายด้านเพศ การใช้วาจา และท่าทางที่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจว่าเป็นการเชิญชวนให้มีความสัมพันธ์ทางเพศ เป็นต้น⁶⁵

การนิ่งเฉย (passive precipitation) ของเหยื่ออาจแสดงพฤติกรรมโดยไม่รู้ตัว เช่น เหยื่ออาจมีการเลื่อนตำแหน่งหน้าที่การงาน สถานะของการดำรงตำแหน่ง ความสำเร็จ ความรักหรือความสนใจในสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เป็นต้น นอกจากนี้ นักกิจกรรมทางการเมือง ชนกลุ่มน้อย ผู้มีความเปราะบางหรือรสนิยมทางเพศที่แตกต่างจากคนส่วนใหญ่ และผู้แสวงหาทางเลือกอื่นๆ ในการใช้ชีวิตในรูปแบบของตนอาจทำให้ตนเองเป็นภัยคุกคามหรือเป็นอันตรายต่อผู้มีอำนาจหรืออิทธิพลโดยไม่รู้ตัวและตกเป็นเป้าหมายการถูกทำร้ายหรือกำจัดให้พ้นทางได้ เนื่องจากการกระตุ้นหรือการทำกิจกรรมในลักษณะนี้ผู้ตกเป็นเหยื่ออาจไม่รู้ตัวว่าตนจะถูกทำร้ายหรือกระทำด้วยความรุนแรงจากบุคคลอื่น ดังจะเห็นได้จากการทำร้ายผู้ที่มีเชื้อชาติผิว เผ่าพันธุ์หรือศาสนาแตกต่าง หรือในกรณีการเกิดอาชญากรรมจากความเกลียดชัง⁶⁶

การยั่วยุ เป็นระดับที่มีความรุนแรงมากกว่าการกระตุ้น เพราะเป็นการก่อให้เกิดบุคคลใดๆ จำต้องกระทำการเพื่อป้องกันตัว ดังนั้นอาชญากรรมจะไม่เกิดขึ้นเลยหากไม่มีการเริ่มต้นยั่วยุนี้ เช่น การที่บุคคลยิงปืนใส่โจรที่เข้ามาลักทรัพย์ในเคหะสถานของตน เป็นเหตุให้โจรเสียชีวิต จะเห็นว่าโจรได้เริ่มต้นยั่วยุก่อนอันก่อให้เกิดผู้กระทำความผิดยิงปืนใส่ เป็นต้น⁶⁷

จากการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเหยื่ออาชญากรรม นักอาชญาวิทยามีความเห็นว่าคุณเสียหายหรือเหยื่ออาชญากรรมเป็นจุดเริ่มต้นแห่งการกระทำความผิดหรือการเกิดอาชญากรรม โดยที่เหยื่อเป็นผู้กระตุ้นให้เกิดการกระทำความผิด จึงแสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบของเหยื่อที่ทำให้ตนเองได้รับผลร้ายจากการกระทำความผิดอาญา ซึ่งอาจจะโดยตรงหรือโดย

⁶⁵ เฟิ่งอ๋าง, น.7-8.

⁶⁶ เฟิ่งอ๋าง, น.8.

⁶⁷ Andrew Karmen, *Supra note 55*, p.106.

ทางอ้อม จึงสรุปได้ว่า พฤติกรรมของผู้เสียหายมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งที่ทำให้อาชญากรรมประกอบ
อาชญากรรม โดยมีสาเหตุดังนี้⁶⁸ คือ

1. ผู้เสียหายมักจะมีความสัมพันธ์หรือเคยรู้จักกับผู้กระทำความผิดมา
ก่อน เช่น เป็นสามีภรรยา เป็นคนรัก เป็นคนในครอบครัวเดียวกัน เป็นเพื่อนสนิทใกล้ชิดกัน เป็น
เพื่อนร่วมงานทำธุรกิจร่วมกัน เป็นต้น โดยเหยื่อมักจะเสียชีวิตจากการกระทำของบุคคลที่ตนรู้จัก
มากกว่าเสียชีวิตจากบุคคลแปลกหน้า

2. ผู้เสียหายมีพฤติกรรมชอบแต่งตัวช่วยซึ่งไปกระตุ้นอารมณ์ของอาชญา
กร โดยเฉพาะอาชญากรที่มีความผิดปกติทางเพศอยู่แล้ว จึงทำให้อาชญากรคิดลงมือกระทำร้าย
ในทันทีที่ได้โอกาสนอกจากนี้ การที่เหยื่อบริโภคเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ก็เป็นองค์ประกอบที่สำคัญ
อย่างหนึ่งในการเกิดอาชญากรรม เพราะบุคคลที่มีอาการมึนเมา มักสูญเสียความเป็นตัวเอง และ
นำไปสู่ความขัดแย้งหรือช่วยบุคคลอื่นให้ทำร้ายตนเองได้ และผู้บริโภคเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ยังม
ีความรับผิดชอบน้อยลง ไม่สามารถควบคุมและป้องกันตนเองได้ จึงมีร่างกายอ่อนแอ และตกเป็น
เหยื่อของการทำร้ายจากฝ่ายตรงข้ามได้โดยง่าย

3. ผู้เสียหายบางรายก็มีพฤติกรรมที่ข่มขู่หรือกดดันข่มเหงบีบคั้นต่อ
ผู้กระทำความผิดอย่างมากโดยระดับความขัดแย้งที่นำไปสู่การใช้ความรุนแรงอาจเกิดขึ้นในระยะสั้น
หรือในระยะยาว จนระงับอารมณ์และยับยั้งสติไม่ได้ จึงต้องลงมือทำร้าย เนื่องจากเพราะความคับ
แค้นใจหรือบันดาลโทสะ เป็นต้น

4. ผู้เสียหายบางรายไม่ได้มีพฤติกรรมช่วย แต่อาชญากรได้ถูกช่วยเหลือจากสิ่ง
อื่นๆอยู่แล้วและผู้เสียหายเข้ามาอยู่ในสถานการณ์ที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมโดยบังเอิญ เช่น กรณีที่
เหยื่อถูกกระทำชำเราที่นั่นอาจเป็นสาเหตุที่อาชญากรได้รับการช่วยเหลือมาจากภาพในหนังสือโป๊ หรือสื่อ
อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

5. ผู้เสียหายมีพฤติกรรมที่ประมาทเลินเล่ออยู่เสมอ เช่น ลืมปิดประตู
หรือหน้าต่างอาคารบ้านเรือน ลืมล็อกรถยนต์ ชอบเดินในที่เปลี่ยว เป็นต้น

(2) การจัดประเภทเหยื่อเพื่อแบ่งส่วนความรับผิดชอบ

จากการศึกษาบทบาทของเหยื่ออาชญากรรม นำไปสู่การแบ่งประเภท
และระดับความรับผิดชอบของเหยื่ออาชญากรรม ซึ่งนักเหยื่อวิทยาได้แบ่งประเภทของเหยื่อ
อาชญากรรมไว้หลายรูปแบบ ทั้งนี้ตามแต่แนวคิดของนักคิดแต่ละท่านที่ได้ให้ความหมายคำว่า “เหยื่อ

⁶⁸ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร :
วิญญูชน, 2557), น.62-63.

อาชญากรรม” ว่าอย่างไร บางท่านนำหลักการมีส่วนร่วมหรือการมีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อการเกิดอาชญากรรมเป็นหลัก บางท่านจำแนกโดยนำปัจจัยทางกายภาพ จิตวิทยาและสังคมวิทยามาเป็นหลัก ในขณะที่บางท่านนำความรุนแรงของการกระทำเป็นเกณฑ์ในการแบ่งประเภทเหยื่ออาชญากรรม⁶⁹ ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขออนุญาตยกมาเฉพาะบางท่านที่กล่าวถึงการแบ่งตามหลักการมีส่วนร่วมหรือการมีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อการเกิดอาชญากรรม อาจกล่าวโดยสรุปดังต่อไปนี้

ผู้บุกเบิกวิชาเหยื่อวิทยาได้แก่ นักอาชญาวิทยาชาวเยอรมันชื่อ ฮานส์ ฟอน เฮนติก ซึ่งเน้นการศึกษาผู้ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมเป็นส่วนใหญ่ โดยเฉพาะประเด็นที่ตั้งสมมติฐานว่า เหตุใดทำให้บุคคลตกเป็นเหยื่อ ผลการศึกษานี้เผยแพร่ครั้งแรกในปี 1941 เขาอ้างว่าเหยื่อมักจะเป็นผู้มีส่วนทำให้เกิดการกระทำความผิด หรือเป็นผู้ริเริ่มให้เกิดการกระทำความผิด ต่อมาเฮนติกได้ขยายผลงานของตนให้ครอบคลุมมากขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องเหยื่อซึ่งเป็นผู้ยั่วยุให้เกิดการกระทำความผิดโดยศึกษาการปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ⁷⁰ ซึ่งเป็นอีกแนวทางหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เฮนติกพบว่า มิใช่ผู้ตกเป็นเหยื่อทุกคนเป็นผู้ที่ก่อให้เกิดการกระทำความผิด ผู้ตกเป็นเหยื่อส่วนใหญ่จะมีลักษณะหรือสถานะทางสังคมที่แตกต่างกัน เขาได้เขียนหนังสือชื่อ “The Criminal and his Victim” หนังสือเล่มนี้ จำแนกเหยื่ออาชญากรรมออกเป็น 13 ประเภท⁷¹ (Han von Hentig’s 13 Category Typology) โดยใช้ความรู้ทางจิตวิทยา สังคมวิทยา และชีววิทยามาประกอบการพิจารณาเพื่อหาความสัมพันธ์ของอาชญากรและเหยื่ออาชญากรรม

นอกจากนี้เฮนติกได้แบ่งประเภทของเหยื่ออาชญากรรมตามการมีส่วนร่วมหรือการยั่วยุของเหยื่อดังต่อไปนี้⁷²

1. เหยื่ออาชญากรรมเป็นผู้ยั่วยุ ทำทลายให้เกิดเหตุร้ายขึ้น
2. เหยื่ออาชญากรรมมีความกดดันทางจิตใจที่ต้องการให้เกิดเหตุร้ายขึ้น
3. เหยื่ออาชญากรรมเป็นผู้ก่อให้เกิดเหตุร้ายเอง (Self-victimizing victim)
4. เหตุร้ายที่เกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากความผิดของตัวเหยื่ออาชญากรรมเอง

⁶⁹ สุดสงวน สุธีสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52*, น.13.

⁷⁰ “พัฒนาการของวิชาเหยื่อวิทยา : การศึกษาเหยื่ออาชญากรรม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2560, จาก www.bpaccountant.com/images/sub_1408201131/221157_4.ppt.

⁷¹ สุดสงวน สุธีสร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 52*, น.14-15.

⁷² *เพิงอ้าง*, น.15.

อย่างไรก็ตาม การแบ่งของเฮนดิกดังกล่าว ยังไม่ได้แสดงให้เห็นถึงระดับความรับผิดชอบของเหยื่อในแต่ละประเภท

เบนจามิน เมนเดลซอห์น (Benjamin Mendelsohn) เป็นผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ มีความสนใจผู้เสียหายในคดีอาญาเช่นเดียวกับเฮนดิก โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างเหยื่ออาชญากรรมกับผู้กระทำความผิดที่เป็นพลวัต⁷³ เมนเดลซอห์นใช้เกณฑ์การจำแนกประเภทเหยื่ออาชญากรรมจากความหนักเบาของความผิดของเหยื่อที่ส่งผลต่อการเกิดอาชญากรรม จำแนกเหยื่อออกเป็น 6 ประเภท⁷⁴ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานความผิดของเหยื่อมีส่วนที่จะต้องถูกดำเนิน

1. เหยื่อที่เป็นผู้บริสุทธิ์โดยแท้จริง เป็นเหยื่อในอุดมคติ เหยื่อกลุ่มนี้มิได้เป็นผู้ช่วย ก่อหรือมีส่วนให้เกิดการกระทำความผิดนั้นเลย

2. เหยื่อที่มีความผิดน้อยกว่าอาชญากร และเหยื่อที่มีความประมาท เป็นเหยื่อที่มีส่วนผิดเล็กน้อยหรือเหยื่อที่มีความโง่เขลา เพราะได้กระทำบางสิ่งบางอย่างโดยไม่ตั้งใจและทำให้ตนเองตกอยู่ในสถานะเสี่ยงก่อนที่จะตกเป็นเหยื่อ เช่น ออกจากบ้านโดยไม่ปิดประตู

3. เหยื่อที่มีความผิดเทียบเท่ากับอาชญากรหรือเป็นเหยื่อด้วยความสมัครใจ เช่น ผู้ได้รับความเสียหายจากการเข้าร่วมอาชญากรรม และผู้ซึ่งเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย เช่น ยาเสพติด การพนัน โสเภณี เป็นต้น

4. เหยื่อที่มีความผิดยิ่งกว่าอาชญากร แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

4.1 เหยื่อที่ยั่วยู่ให้ประกอบอาชญากรรม โดยผู้ตกเป็นเหยื่อเป็นผู้ก่อหรือยั่วยู่ให้เกิดการกระทำความผิด เช่น ผู้ที่เริ่มทำร้ายฝ่ายตรงกันข้ามก่อน หรือผู้ที่เริ่มก่อเหตุทะเลาะวิวาทก่อน เป็นต้น

4.2 เหยื่อที่ชวนเชิญให้ประกอบอาชญากรรม เช่น หญิงสาวในชุดนุ่งน้อยห่มน้อย เชิญชวนชายหนุ่มมาคุยในห้องนอนในยามวิกาล เป็นต้น

5. เหยื่อที่มีความผิดมากที่สุดและเหยื่อที่มีความผิดแต่ผู้เดียว คือเหยื่อที่ทำให้ตนเองตกอยู่ในสถานการณ์เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดและพฤติกรรมแวดล้อมทำให้เขาไม่สามารถควบคุมตนเองได้และเหตุการณ์สิ้นสุดลงด้วยการที่เขาตกเป็นเหยื่อเอง ซึ่งเมนเดลซอห์นเห็นว่าเหยื่อมีความผิดอย่างมาก ตัวอย่างเช่น ผู้ที่เข้าไปในเคสสถานเพื่อลักทรัพย์และถูกเจ้าทรัพย์ยิงตาย

⁷³ อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 70.

⁷⁴ สุดสงวน สุธีสร, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 52, น.15-16.

6.เหยื่อที่เสแสร้งหรือสร้างจินตนาการว่าตนตกเป็นเหยื่อ ได้แก่ ผู้ซึ่งแกล้งแสดงตนว่าตัวเองเป็นเหยื่อ เช่น คนที่อ้างว่าถูกทำร้ายร่างกาย ถูกลักทรัพย์ และถูกวิ่งราวทรัพย์ เป็นต้น ทั้งๆ ที่ตนสูญเสียทรัพย์สินจากการเล่นพนันหรือใช้จ่ายในสถานบริการ

ต่อมา สตีเฟน เช็ฟเฟอร์ ได้นำผลงานของเมนเดลซอนและเฮนติกกลับมานำเสนอในผลงานของเขาเรื่อง เหยื่ออาชญากรรมกับผู้กระทำผิด (the Victim and His Criminal) แนวความคิดของสตีเฟน เช็ฟเฟอร์ กล่าวถึงหน้าที่รับผิดชอบ (Functional Responsibility) และความสัมพันธ์ระหว่างเหยื่อกับผู้กระทำผิด โดยเขาได้สร้างรูปแบบความรับผิดชอบของเหยื่อในการเกิดอาชญากรรม การจัดแบ่งกลุ่มของเขาบางส่วนคล้ายเฮนติก ความแตกต่างของรูปแบบพฤติกรรมอยู่ที่ความผิดของเหยื่อ ซึ่งเฮนติกกล่าวถึงความเสี่ยงในการตกเป็นเหยื่อของบุคคลที่มีปัจจัยแตกต่างกัน ส่วน สตีเฟน เช็ฟเฟอร์สร้างรูปแบบที่กล่าวถึงความแตกต่างในความรับผิดชอบของเหยื่อหรือที่เหยื่อเป็นผู้กระตุ้นให้เกิดการกระทำผิด⁷⁵ โดยแบ่งเหยื่ออาชญากรรมออกเป็น 7 ประเภท⁷⁶ ดังนี้

1. เหยื่ออาชญากรรมที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับอาชญากร (Unrelated Victims) กล่าวคือ เหยื่ออาชญากรรมประเภทนี้เป็นผู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์ในทางใดๆกับอาชญากร ได้แก่ เหยื่อที่เคราะห์ร้ายตกเป็นเป้าหมายของผู้กระทำผิด เป็นเหยื่อที่ไม่มีความรับผิดชอบ

2. เหยื่อที่กระตุ้นหรือจูงใจให้เกิดอาชญากรรม (Precipitative Victims) กล่าวคือ เหยื่อประเภทนี้จะมีพฤติกรรมอันปราศจากความตั้งใจของเหยื่อที่กลับส่งเสริม ล่อใจ หรือจูงใจให้อาชญากรประกอบอาชญากรรมต่อเหยื่อที่เป็นตัวล่อ ได้แก่ เหยื่อที่เปิดโอกาสให้ตนเองตกเป็น ผู้ถูกระทำโดยนำตัวเองไปอยู่ในสถานที่หรือเวลาที่มีภัยอันตราย เช่น การเดินคนเดียวในที่มืดกร๊าง เป็นตัวอย่างหนึ่งที่เหยื่ออาจจะถูกโจรกรรม หรือการเปลื้องผ้าของผู้หญิงก็จูงใจให้เกิดการข่มขืน เป็นต้น กรณีต่างๆ ดังกล่าวมาแล้วนั้น เหยื่อควรจะไตร่ตรองได้ว่ามันเป็นการเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรม ดังนั้นหากจะไม่ดำเนินเหยื่อเสียเลยเห็นจะไม่ถูกต้อง เหยื่อควรจะมีความรับผิดชอบบ้างตามสมควร หากอาชญากรรมเกิดขึ้น จึงเป็นเหยื่อที่มีความรับผิดชอบในระดับหนึ่ง

3. เหยื่อที่ยั่วยุให้เกิดอาชญากรรม (Provocative Victims) กล่าวคือ เหยื่อประเภทนี้ได้กระทำการบางอย่างที่เป็นการขัดใจอาชญากร เมื่ออาชญากรได้รับการปลุกใจหรือยุยงส่งเสริมก็จะทำร้ายเหยื่อ จึงถือได้ว่าเหยื่อเป็นผู้ลงมือกระทำก่อน เช่น ผิดสัญญา หรือแสดงอาการ

⁷⁵ อังแล้ว เชียงอรรถที่ 70.

⁷⁶ อังณพ ชูบำรุง, อาชญาวิทยาและอาชญากรรม, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชารัฐศาสตร์ และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์), 2532, น.301-304.

ดูหมิ่นเหยียดหยาม หรือนอกใจ เป็นต้น การกระทำต่างๆ ของเหยื่อดังกล่าวอาจจะส่งเสริมให้อาชญากรประกอบอาชญากรรมขึ้นได้ และอันตรายก็จะตกแก่เหยื่อประเภทนี้ เหยื่อประเภทนี้จึงเป็นเหยื่อที่มีความรับผิดชอบร่วมกับผู้กระทำความผิด

4. เหยื่อที่มีความอ่อนแอในทางชีวภาพ (Biologically Weak Victims) เหยื่อประเภทนี้อ่อนแอทั้งทางร่างกายและจิตใจ ได้แก่ ผู้สูงอายุ ผู้เยาว์ ผู้ที่มีจิตใจไม่สงบประกอบ และบุคคลอื่นๆ ที่มีเงื่อนไขทางกายภาพ แม้ว่าเหยื่อประเภทนี้จะไม่มีความเกี่ยวข้องกับอาชญากร แต่ก็นับว่าเป็นผู้ที่ง่ายแก่การตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม เป็นเหยื่อที่ไม่มีความรับผิดชอบ

5. เหยื่อที่มีความอ่อนแอในทางสังคม (Socially Weak Victims) เป็นเหยื่อที่ไม่มีความเท่าเทียมกันกับบุคคลอื่นในสังคม ได้แก่ ผู้อพยพ ชนกลุ่มน้อย และบุคคลที่ไม่สามารถกลมกลืนเข้ากับสังคมได้ โดยเหยื่อประเภทนี้มิได้รับการยอมรับว่าเป็นสมาชิกอย่างเต็มภาคภูมิของชุมชน และอยู่ในฐานะที่จะถูกเอารัดเอาเปรียบจากพวกอาชญากรเมื่อใดก็ได้ เป็นเหยื่อที่ไม่มีความรับผิดชอบ

6. ผู้เป็นเหยื่อของตนเอง (Self-Victimizing Victims) เหยื่อประเภทนี้ตกเป็นเหยื่อโดยตนเอง ดังนั้น ตนเองก็คือ อาชญากร หรือเรียกการกระทำของเหยื่อแบบนี้ว่า อาชญากรรมที่ปราศจากเหยื่อ (Victimless Crimes) เช่น ผู้ใช้ยาเสพติด โสเภณี การพนัน และการทำกิจกรรมอื่นๆ ซึ่งเหยื่อมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เหยื่อประเภทนี้เป็นผู้ที่รับผิดชอบต่อการกระทำความผิดอย่างเต็มที่

7. เหยื่อทางการเมือง (Political Victims) เป็นเหยื่อที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากผู้ที่ปรปักษ์กันทางการเมือง ได้แก่ บุคคลซึ่งตกเป็นเหยื่อเพราะเขาต่อต้านผู้มีอำนาจหรือตกเป็นเหยื่อเพราะถูกบังคับให้จำต้องยินยอมเนื่องจากฐานะทางสังคม เป็นเหยื่อที่ไม่มีความ

จะเห็นได้ว่าการแบ่งประเภทของเหยื่อตามหลักการมีส่วนร่วมหรือการมีส่วนรับผิดชอบต่อการเกิดอาชญากรรมของเมนเดลซอห์นและเซ็ฟเฟอร์นั้น มีการแสดงให้เห็นถึงระดับความรับผิดชอบของเหยื่อ ว่าเหยื่อประเภทใดควรมีระดับความรับผิดชอบเท่าใด

จากการศึกษาถึงแนวคิดการแบ่งส่วนความรับผิดชอบ ซึ่งทั้งเหยื่ออาชญากรรมและผู้กระทำความผิดได้กระทำการบางอย่างซึ่งเป็นความผิด ทำให้ต่างฝ่ายต่างมีส่วนรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง โดยบทบาทของเหยื่ออาชญากรรมที่มีส่วนรับผิดชอบนั้นอาจมาจากการอำนวยความสะดวก การกระตุ้นหรือจูงใจ หรือการยั่วยุแก่ผู้กระทำความผิดก็เป็นได้ เมื่อนำมาปรับกับข้อเท็จจริงในเรื่องการไม่ใช้ความระมัดระวังของเหยื่อนั้น จะพบว่าพฤติกรรมที่มีการเสียบกุญแจคาไว้ที่รถ หรือจอดรถติดเครื่องยนต์ทิ้งไว้ มีลักษณะเป็นการอำนวยความสะดวกอันเป็น

การเปิดโอกาสให้เกิดการกระทำผิดได้ง่ายขึ้น หรือพฤติกรรมที่มีการแต่งกายล่อแหลม เมาสุรา จนขาดสติ เดินกลับบ้านคนเดียวในที่เปลี่ยว หรือเดินข้ามถนนโดยดูโทรศัพท์ไปด้วย หรือจอดรถขวาง หน้าบ้านของคนอื่น เหล่านี้เป็นลักษณะที่เหยื่ออาจมีลักษณะกระตุ้นหรือจูงใจให้เกิดอาชญากรรม ซึ่ง พฤติกรรมเช่นนี้เหยื่อสามารถไตร่ตรองได้ว่าการกระทำใดเป็นความเสี่ยงต่อการกระตุ้นหรือจูงใจให้ ผู้กระทำลงมือกระทำความผิดได้ ซึ่งตามแนวคิดทางอาญาวิทยาและเหยื่อวิทยานี้ เหยื่อที่มีพฤติกรรม อันขาดความระมัดระวังเช่นนี้จึงมีความรับผิดชอบต่อการเกิดอาชญากรรมด้วย

2.2.2 แนวคิดในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาและวัตถุประสงค์ในการลงโทษ

จากการศึกษาแนวคิดทางอาญาวิทยาที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย ในการเกิดอาชญากรรมนั้น สามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำ ความผิดได้ โดยที่การพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาจะพิจารณาที่ตัวผู้กระทำเป็นหลัก แต่ใน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนต้องการศึกษาถึงการนำเหยื่ออาชญากรรมมาเป็นตัวแปรในกำหนดโทษ ให้แก่ผู้กระทำความผิด เพื่อชี้ให้เห็นว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดที่มีมูลเหตุมาจากเหยื่อ อาชญากรรมที่มีส่วนในการเกิดอาชญากรรมนั้น ผู้กระทำความผิดควรได้รับการลงโทษที่แตกต่างจาก ปกติหรือไม่ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาต่อไป

2.2.2.1 วิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนั้น มี วิวัฒนาการ แบ่งออกเป็น 3 ช่วง คือ ช่วงใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม ช่วงใช้เกณฑ์ทางสังคม และช่วงใช้ เกณฑ์ทางกฎหมาย ดังนี้⁷⁷

(1) ช่วงใช้เกณฑ์ทางศีลธรรม

ในอดีตการกำหนดว่าพฤติกรรมใดควรเป็นความผิดทางอาญาจะใช้มาตรฐาน วัดทางศีลธรรมกำกับ กล่าวคือ การใดเป็นการกระทำผิดศีลธรรม การนั้นคือการกระทำที่ผิดกฎหมาย อาญาและจะถูกลงโทษ การใช้เกณฑ์ดังกล่าวสามารถใช้ได้ดีกับสังคมพื้นฐานที่ยังไม่มีประชาชนอยู่ มากนัก เพราะยังไม่มีความเป็นในการใช้กฎหมายเทคนิคเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ดังนั้นในยุค นี้การผิดศีลธรรมกับการผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมพัฒนาขึ้น มีผู้คนมากขึ้น ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึง เกิดขึ้น กฎหมายจึงค่อย ๆ เคลื่อนตัวออกจากศีลธรรมแต่ก็ไม่ได้แยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด จนทำ ให้เกิดสภาวะของกฎหมายกับศีลธรรมมีความสัมพันธ์กันแบบ Intersection กล่าวคือบางกรณีเป็นทั้ง ผิดกฎหมายและผิดศีลธรรม เช่น การฆ่าคน บางกรณีผิดศีลธรรมอย่างเดียวไม่ผิดกฎหมาย เช่น การ

⁷⁷ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.19-21.

พูดโกหกที่ไม่ได้ไปซึ่งทรัพย์สิน มิเช่นนั้นจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกง และบางกรณีผิดกฎหมายอย่างเดียวไม่ผิดศีลธรรม เช่น การจอตลอดในที่ห้ามจอด

(2) ช่วงใช้เกณฑ์ทางสังคม

การกระทำความผิด คือ การกระทำที่กระทบกระเทือนสังคม ดังนั้นการพิจารณาว่าอะไรคืออาชญากรจึงมองจากการกระทำที่ทำให้สังคมเสียหาย Durkheim เสนอว่า “อาชญากรรมคือการกระทำที่ทำลายสภาพสังคมที่เข้มแข็งของการรับรู้ร่วมกัน” อาชญากรรมจึงเป็นสิ่งที่สังคมรับรู้ร่วมกันว่าการกระทำนั้นคืออาชญากรรม แต่อย่างไรก็ดี แนวคิดนี้ยังสร้างความไม่แน่นอนให้กับกฎหมายอาญา เพราะเมื่อเกิดการกระทำใดขึ้นแล้วก็ยากที่จะหาตัวแทนสังคมมาชี้ว่าการกระทำนั้นเป็นอาชญากรรมและควรถูกลงโทษหรือไม่

(3) ช่วงใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย

ตามแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยมองว่า กฎหมายที่ลงโทษผู้กระทำความผิดต้องออกมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายที่กำหนดความผิดใดออกมาแล้ว กฎหมายนั้นจึงใช้บังคับได้ตามความประสงค์ของประชาชน แม้ว่ากฎหมายที่กำหนดความผิดฐานใหม่ขึ้นมาจะไม่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมเลยก็ตาม การใช้เกณฑ์ทางกฎหมาย โดยยึดถือว่ารัฐสภาเห็นว่าการกระทำใดควรลงโทษ การกระทำนั้นก็เป็นความผิดอาญาอาจทำให้เกิดสภาวะการณ์ที่เรียกว่า “กฎหมายอาญาเพื่อ” (Over - Criminalization) ซึ่งในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดให้พฤติกรรมใดเป็นความผิดอาญาโดยดูจากการกระทำนั้นต้องขัดกับความสงบเรียบร้อยของสังคม

จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายกำหนดให้ความผิดอาญาบางฐานรวมถึงการกระทำโดยประมาทด้วยนั้น ก็เพราะการกระทำโดยประมาทปกติจะไม่ใช่ความผิด เพราะมิได้แสดงถึงความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำ หากแต่ผู้กระทำมิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในภาวะ วิต และพฤติกรรมที่สามารถใช้ความระมัดระวังได้ ความผิดอาญาบางฐานที่มีความร้ายแรง เช่น ความผิดต่อชีวิตร่างกายนั้น จึงต้องกำหนดให้การกระทำโดยความประมาทต้องได้รับการลงโทษ เพราะพฤติกรรมดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม หากปล่อยให้คนในสังคมใช้ชีวิตอย่างประมาท ขาดความระมัดระวังต่อไป สังคมก็จะมีแต่ความวุ่นวายไม่อาจหาความสงบสุขในสังคมได้ ดังนั้นการลงโทษผู้ที่กระทำด้วยความประมาทก็เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมและรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคม

2.2.2.2 หลักเกณฑ์ในการกำหนดความผิดอาญา

เมื่อการกำหนดความรับผิดทางอาญามุ่งพิจารณาไปที่การกระทำที่ส่งผลต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม จึงมีความจำเป็นที่จะต้องหาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนด

หลักเกณฑ์หรือขอบเขตในการบัญญัติกฎหมายอาญา เพราะการใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของบุคคลในสังคมจะต้องมีขอบเขตที่ชัดเจน ไม่เช่นนั้นแล้วสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะถูกกระทบกระเทือนได้ง่าย⁷⁸ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลไว้ โดยปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน⁷⁹ ดังนั้น แม้รัฐจะมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดอาญา แต่ก็ต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญบังคับกล่าวด้วย นักวิชาการหลายท่านได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ เพื่อนำมาพิจารณากำหนดความผิดอาญา ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงเฉพาะหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับการกำหนดความรับผิดชอบอาญาที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรม ดังต่อไปนี้

(1) หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด (Limiting Principles) หรือข้อจำกัดในทางศีลธรรม (Moral Limits)

กล่าวคือ การใช้โทษทางอาญานั้นต้องมีข้อจำกัด จึงไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ หรือในบางสถานการณ์ที่ไม่เหมาะสม โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ดังต่อไปนี้⁸⁰

1. กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟัง และผลของการไม่เชื่อฟังก็คือผลร้ายในทางแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น แต่ลำพังข้อห้ามนั้นเองปราศจากอรรถประโยชน์อันเป็นแก่นสาร หรืออรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) กล่าวคือการลงโทษจะต้องทำอย่างไรจึงจะได้ผลประโยชน์มาจากการลงโทษนั้น ซึ่งการป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่าการลงโทษผู้กระทำความผิด

2. ไม่ควรที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย กล่าวคือ ถ้าการกระทำที่เป็นปัญหาได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัว จึงไม่สมควรที่จะใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้น

3. ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นวิธีการที่นำไปสู่จุดประสงค์ หากสามารถใช้วิธีการอื่นที่ทำให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่าเพื่อนำไปสู่จุดประสงค์เช่นเดียวกันได้ กล่าวคือ ไม่ควรใช้กฎหมายอาญาถ้ามีวิธีการอื่นที่สามารถลดจำนวนครั้งของการกระทำที่เป็นปัญหา

⁷⁸ ปารีชาติ มั่นสกุล, “การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.12.

⁷⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 4.

⁸⁰ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556), น.51 - 57.

นั้นลงได้ใกล้เคียงกับการใช้กฎหมายอาญา แต่ก่อให้เกิดความทุกข์เข็ญน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา เช่น ใช้วิธีการว่ากล่าวตักเตือนบุคคลไม่ให้กระทำผิด แทนที่จะใช้วิธีการลงโทษเพื่อขู่ให้ผู้กระทำผิดกลัว

4. ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เมื่อผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษ กล่าวคือ เมื่อนำผลได้และผลเสียมาชั่งน้ำหนักแล้วเห็นว่า การลงโทษตามกฎหมายอาญานั้นเกิดประโยชน์น้อยกว่า

5. ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เพื่อจุดประสงค์ที่จะบังคับบุคคลให้ประพฤติปฏิบัติตามแนวทางที่จะนำไปสู่ผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัติตนเอง กล่าวคือ อิศรภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด ไม่ว่าจะการกระทำของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ แต่หากการกระทำนั้นมีได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่บุคคลอื่น (Harm to Others) นอกเหนือจากตัวผู้กระทำเอง รัฐไม่ควรที่จะนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นเครื่องมือ ซึ่งเรียกว่าหลักเกณฑ์ความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles)

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่าการใช้กฎหมายอาญานั้นต้องใช้ อย่างมีข้อจำกัด เนื่องจากบุคคลมีอิสรเสรีภาพเหนือสิ่งอื่นใด รัฐไม่สามารถใช้กฎหมายอาญาในการจำกัดเสรีภาพในการกระทำที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่ผู้กระทำเอง ดังนั้น รัฐจะใช้กฎหมายอาญาเพื่อจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์ที่จะป้องกันภัยอันตรายอันจะเกิดแก่บุคคลอื่น อันนำไปสู่หลักเกณฑ์ความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles)

(2) หลักเกณฑ์ความเป็นภัยอันตราย (Harm Principles) เป็นหลักเกณฑ์ของ John Strart Mill โดยมองว่าการจำกัดเสรีภาพของบุคคลเป็นสิ่งที่ไม่ดี และควรที่จะจำกัดเสรีภาพได้ก็ต่อเมื่อเป็นสิ่งที่จำเป็นในการป้องกันผลร้าย (harm) ที่จะเกิดจากการกระทำนั้นต่อผู้อื่น การกระทำที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำเองแล้วไปยุ่งเกี่ยวกับเสรีภาพของบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง กฎหมายควรที่จะจำกัดเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อการกระทำของผู้นั้นจะก่อให้เกิดผลร้ายต่อผู้อื่นเท่านั้น แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะใช้ได้แต่เฉพาะมนุษย์ที่เติบโตเป็นผู้ใหญ่เท่านั้น เพราะเด็กหรือผู้เยาว์ ยังคงต้องการปกป้องเป็นพิเศษทั้งจากการกระทำของตนเองและผู้อื่น ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการวิจารณ์ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่เปิดช่องให้มีการแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลอย่างจำกัดจนเกินไป เพราะการแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลนั้นอาจมีเหตุผลอีกหลายประการนอกเหนือจากการพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นผลร้ายต่อบุคคลอื่นหรือไม่ การใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเพียงประการเดียวโดยไม่มีหลักเกณฑ์อื่นเข้ามาเสริมย่อมไม่เป็นการเพียงพอ จึงต้องมีการนำหลักเกณฑ์อื่นเข้ามาใช้ประกอบ

หลักเกณฑ์ความเป็นภัยอันตราย⁸¹ เช่น หลักเกณฑ์ Legal Paternalism เป็นหลักเกณฑ์ที่สนับสนุนให้รัฐใช้อำนาจตามกฎหมายในการปกป้องปัจเจกบุคคล โดยการห้ามมิให้บุคคลกระทำในสิ่งที่จะเป็นภัยอันตรายแก่ตนเอง หรือบังคับให้บุคคลกระทำในสิ่งที่จะเป็นผลดีแก่ตนเอง หลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกมองว่าเป็นการให้อำนาจรัฐในการแทรกแซงเสรีภาพของบุคคลมากเกินไป⁸² หลักเกณฑ์ Welfare Principle เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กฎหมายในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลเพื่อสร้างประโยชน์แก่สังคมโดยรวม เช่น รัฐออกกฎหมายบังคับให้ประชาชนเสียภาษี หรือค่าธรรมเนียมต่างๆ เพื่อสนับสนุนการบริการสาธารณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการสร้างถนน สวนสาธารณะ ตลอดจนการจัดประกันสังคมแก่ประชาชน ซึ่งประชาชนบางคนอาจรู้สึกว่าจะไม่เป็นการยุติธรรม เนื่องจากตนเองต้องเสียภาษีทั้งที่ไม่มีส่วนได้รับผลประโยชน์จากบริการสาธารณะดังกล่าว แต่หากรัฐปล่อยให้ประชาชนให้เงินสนับสนุนการบริการสาธารณะต่างๆ โดยสมัครใจ โดยมีใช้การบังคับเก็บภาษี การบริการสาธารณะก็ไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ รัฐจึงต้องใช้กฎหมายในการบังคับเก็บภาษีจากประชาชน เนื่องจากเป็นสิ่งจำเป็นและเป็นวิธีการเดียวเพื่อสร้างประโยชน์ส่วนรวม⁸³ หลักเกณฑ์ Legal Moralism เป็นหลักเกณฑ์ที่ให้รัฐสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเพื่อบังคับให้บุคคลปฏิบัติตามอยู่ในกรอบและมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถืออยู่⁸⁴ และหลักเกณฑ์ Offence Principle เป็นหลักเกณฑ์ที่เห็นว่าแม้การกระทำบางอย่างจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ก่อให้เกิดการคุกคามต่อความรู้สึกของบุคคลทั่วไป รัฐควรจะใช้กฎหมายอาญาแทรกแซงได้ โดยถูกนำมาใช้ในการปราบปรามการกระทำลามกอนาจาร เช่น การเปลือยกายในที่สาธารณะ แม้ไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยตรง แต่มีแนวโน้มที่จะดึงดูดสายตาของบุคคลอื่นหรือสาธารณชน และนำไปสู่การเกิดความรู้สึกต่างๆ ที่ไม่สมควร กรณีดังกล่าวรัฐจึงควรใช้กฎหมายอาญาแทรกแซงได้⁸⁵ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบผู้กระทำจากการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรม คือ หลักเกณฑ์ Legal Paternalism หลักเกณฑ์ Welfare Principle และหลักเกณฑ์ Legal Moralism ซึ่งผู้เขียนขอ ยกหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาอธิบายโดยละเอียดดังต่อไปนี้

⁸¹วิภาพร เนติจิโรชิตี, “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2548), น.37 – 39.

⁸²เพ็งอ้าง, น.40.

⁸³เพ็งอ้าง, น.41-42.

⁸⁴เพ็งอ้าง, น.42.

⁸⁵เพ็งอ้าง, น.39.

1. หลักเกณฑ์ Legal Paternalism หรือหลักปีตารธรรม หลักการนี้สนับสนุนให้ใช้กฎหมายในการห้ามบุคคลมิให้กระทำในสิ่งที่รัฐเห็นว่าจะเป็นการเป็นภัยแก่ตัวเขาหรือบังคับให้บุคคลกระทำในสิ่งที่จะเป็นผลดีแก่เขา ดังนั้นหลักการนี้จึงให้การเห็นชอบแก่การใช้อำนาจตามกฎหมายในการปกป้องปัจเจกบุคคลจากการกระทำที่เป็นภัยแก่ตนเองหรือแม้กระทั่งชี้ทางให้เขายึดปฏิบัติเพื่อให้เกิดผลดีแก่ตัวผู้กระทำเอง⁸⁶

แต่หลักการนี้ก็ได้รับการคัดค้านว่าอาจจะเป็นการถูกต้องถ้าเราชี้แนะเด็ก ๆ ให้ปฏิบัติในสิ่งที่เราเห็นว่าดี แต่สำหรับผู้ใหญ่แล้วหลัก Legal Paternalism นี้ไม่เหมาะสมเพราะถ้าเรายังชี้แนะและกำหนดให้เขากระทำในสิ่งที่เราเห็นว่าดีแก่เขาก็จะเป็นการลิดรอนสิทธิของเขาในการเลือกทางแก่ตนเองและในที่สุดก็จะทำให้เขาสูญเสียอำนาจและความสามารถในการตัดสินใจและใช้เหตุผล ดังนั้นหลัก Legal Paternalism จึงเป็นหลักการที่ให้อำนาจรัฐในการแทรกแซงเสรีภาพมากเกินไป แต่กระนั้นก็ตามบางครั้งเราก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าในบางครั้งกฎหมายก็จำเป็นต้องเข้าไปยุ่งเกี่ยวเพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลกระทำในสิ่งที่เป็นการเป็นภัยแก่ตนเอง เช่น ในกฎหมายอาญาความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจนำมาใช้เป็นข้อต่อสู้สำหรับการฆ่าหรือการทำร้ายร่างกายของเขาได้⁸⁷

แต่ก็มีผู้เห็นคัดค้านว่าถ้ารัฐมีจุดยืนเช่นนี้ทำไมจึงไม่ห้ามการดื่มสุราและการสูบบุหรี่ด้วยในเมื่อสิ่งเหล่านี้ก็เป็นภัยแก่บุคคลเหมือนกัน ซึ่งผู้ที่ยึดถือหลัก Legal Paternalism ก็จะทำให้เหตุผลว่าในการแทรกแซงเสรีภาพนั้นรัฐไม่อาจทำตามหลัก Legal Paternalism ได้ทั้งหมด รัฐจึงจำเป็นต้องแทรกแซงเฉพาะในสิ่งที่เห็นว่าเป็นภัยร้ายแรงเท่านั้น การสูบบุหรี่หรือดื่มสุรานั้นไม่น่าไปสู่อภัยที่ร้ายแรงที่เห็นได้ชัดเจนเพียงเพิ่มอัตราการเสี่ยงต่อโรคร้ายและการเสียสุขภาพของผู้เสพเท่านั้น⁸⁸

Mill และผู้ที่นิยมลัทธิปัจเจกนิยมอื่นๆ มีความเห็นเกี่ยวกับหลัก Legal Paternalism ว่าการเลือกและความยินยอมโดยสมัครใจของบุคคลผู้ใหญ่ที่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ในการกระทำที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเขานั้นเป็นสิ่งที่มีความควรแก่การเคารพและไม่มีใครที่จะมีสิทธิมายุ่งเกี่ยวกับการเลือกของเขาด้วยเหตุผลว่าการยุ่งเกี่ยวนั้นเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของเขาเอง แต่อย่างไรก็ตามรัฐอาจพยายามปกป้องประชาชนได้ในเรื่องที่เขาไม่รู้ Mill ยกตัวอย่างว่า “ถ้าพนักงานตำรวจหรือใครก็ตามมองเห็นบุคคลหนึ่งกำลังพยายามเดินข้ามสะพานซึ่งไม่มีการประกาศเตือนว่าชำรุดหรือไม่ปลอดภัยและไม่มีเวลาที่จะเตือนเขาถึงอันตราย พนักงานตำรวจหรือผู้ประส

⁸⁶ เฟ็งอ๋าง, น.40.

⁸⁷ เฟ็งอ๋าง, น.40.

⁸⁸ เฟ็งอ๋าง, น.40.

เหตุอาจจะดึงเขาไว้และหันเขาออกจากทิศทางที่เขาต้องการจะเดินได้ การกระทำเช่นนี้จะไม่เป็นการลดทอนเสรีภาพของเขาเพราะเสรีภาพย่อมประกอบไปด้วยการกระทำในสิ่งที่ตนปรารถนาและคนผู้นั้นคงไม่ปรารถนาที่จะตกลงไปในแม่น้ำ แต่ถ้าหลังจากที่ได้เตือนเขาให้รู้ถึงอันตรายแล้วและเขายังคงเลือกที่จะตั้งต้นที่จะข้ามสะพานนั้นอยู่ก็เป็นเรื่องของเขาเราไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยว”⁸⁹

ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เมื่อเปรียบเทียบกับกำหนัดความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดในกรณีที่ผู้เสียหายไม่ใช้ความระมัดระวังและมีส่วนในการเกิดอาชญากรรมแล้ว เห็นว่าการขาดความระมัดระวังในการดำเนินชีวิตของผู้เสียหายนั้นเป็นสิ่งที่รัฐเห็นว่าจะเป็นการกีดกันตัวเขาและตัวผู้กระทำความผิดด้วย ดังนั้นหลักการนี้จึงให้การเห็นชอบแก่การที่รัฐจะใช้อำนาจตามกฎหมายในการปกป้องปัจเจกบุคคลจากการกระทำที่เป็นภัยแก่ตนเองหรือแม้กระทั่งชี้ทางให้เขายึดปฏิบัติเพื่อให้เกิดผลดีแก่ตัวผู้กระทำความผิดเองก็ได้ โดยการสร้างความตระหนักถึงภัยอันตรายที่ผู้เสียหายจะได้รับจากความไม่ระมัดระวังแก่ตัวเขา แม้เป็นการขัดต่อสิทธิเสรีภาพแต่ก็เพื่อความปลอดภัยของผู้เสียหายเองและผู้อื่นที่อยู่ร่วมกันในสังคม

2. หลักเกณฑ์ Welfare Principle หลักการนี้จะใช้กฎหมายในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลเพื่อสร้างประโยชน์แก่สังคมโดยส่วนรวม บ่อยครั้งที่รัฐต้องออกกฎหมายบังคับให้ประชาชนให้ร่วมกันเสียภาษี หรือค่าธรรมเนียมอื่นๆ เพื่อสนับสนุนการบริหารสาธารณะ เช่น การสร้างถนน สวนสาธารณะ ตลอดจนการจัดการประกันสังคมต่างๆ แก่ประชาชน ประชาชนบางคนอาจรู้สึกว่าจะตนเองจะไม่มีส่วนได้รับผลประโยชน์จากโครงการต่างๆ ดังกล่าว และรู้สึกว่าเป็นการไม่ยุติธรรมที่ตนจะต้องเสียเงินภาษีมาสนับสนุนโครงการเหล่านี้ เช่น มหาเศรษฐีที่มีบ้านกว้างขวางอยู่แล้วย่อมไม่ต้องการสวนสาธารณะหรือการประกันสังคมใดๆ ถ้าเราจะปล่อยให้เงินสนับสนุนโครงการต่างๆ มาจากประชาชนด้วยความสมัครใจและมีใจโดยการบังคับเก็บภาษี โครงการต่างๆ เหล่านี้ก็จะไม่ได้เกิดขึ้นเพราะทุกคนก็คงไม่ยอมจ่ายโดยอ้างว่าตนไม่ต้องการและจะไม่ใช้ประโยชน์จากโครงการเหล่านั้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้การใช้กฎหมายบังคับเอาจากประชาชนจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและเป็นวิธีเดียวเพื่อสร้างประโยชน์แก่ส่วนรวม⁹⁰

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวเห็นว่า หากนำเหตุจากความไม่ระมัดระวังของผู้เสียหายที่มีส่วนในการกระทำความผิด มาใช้เป็นเหตุผลโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดนั้น ก็จะสร้างประโยชน์แก่สังคม เนื่องจากหากผู้คนจะหันมามระมัดระวังตนเองไม่นำตนไปอยู่ในความเสี่ยง ซึ่งส่งผล

⁸⁹ เฟ็งอ้วง, น.41.

⁹⁰ เฟ็งอ้วง, น.41-42.

เป็นการลดอาชญากรรม และเกิดความสงบเรียบร้อยภายในสังคม จึงสามารถใช้กฎหมายในการจำกัดเสรีภาพของบุคคลเพื่อสร้างประโยชน์แก่สังคมโดยรวมได้

3. หลักเกณฑ์ Legal Moralism เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กฎหมายเพื่อบังคับให้บุคคลอยู่ในกรอบหรือมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถือปฏิบัติอยู่ในขณะนั้น กล่าวคือ รัฐสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือบังคับให้ประชาชนปฏิบัติตามอยู่ภายในกรอบและมาตรฐานทางศีลธรรมที่สังคมยึดถือปฏิบัติอยู่ในขณะนั้น ซึ่งความผิดเกี่ยวกับศีลธรรม เช่น การร่วมเพศที่มีลักษณะผิดปกติวิสัยระหว่างคนกับคน หรือคนกับสัตว์ การมีความสัมพันธ์ทางเพศกับญาติสืบสายโลหิตโดยตรง การค้าประเวณี และความผิดอื่นที่ไม่เกี่ยวกับเพศ เช่น การทารุณกรรมสัตว์ การหมิ่นเหยียดหยามชาติหรือสัญลักษณ์ที่ควรค่าแก่การเคารพอื่น การกระทำที่ไม่บังควรแก่ศพ ซึ่ง Louis B. Schwartz ได้ตั้งข้อสังเกตว่าสิ่งที่ทำให้ความผิดเหล่านี้แตกต่างจากความผิดอื่นๆ ไม่ใช่อยู่ที่ว่าความผิดเหล่านี้มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับศีลธรรม แต่อยู่ที่ว่าเราไม่อาจจะมองเห็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สังคมจากการกระทำผิดเหล่านี้ได้ และ Lord Patrick Devlin เห็นว่าวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมของกฎหมายอาญา คือ การป้องกันผลร้าย ซึ่งไม่ใช่เพียงการป้องกันผลร้ายให้แก่ปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่กฎหมายอาญายังมีหน้าที่ในการปกป้องสังคม ศีลธรรมที่ยึดถือร่วมกันเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับความคงอยู่ของสังคม แม้ว่าศีลธรรมจะเป็นสิ่งที่มองไม่เห็นแต่ก็เป็นสิ่งที่ยึดบุคคลไว้รวมกันในสังคม การทำลายศีลธรรมจึงมีผลทำให้สังคมอ่อนแอไปด้วย ดังนั้น สังคมจึงมีสิทธิที่จะปกป้องศีลธรรมที่ยึดถือโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการปกป้องศีลธรรมของตนเองได้ แต่ก่อนที่สังคมจะลงโทษการกระทำที่ผิดศีลธรรม ก็ควรจะยอมรับและเคารพในเสรีภาพส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่สังคมจะยอมรับได้ คือ ยังไม่ควรใช้กฎหมายอาญา หากเห็นว่าการต่อต้านการกระทำที่ผิดศีลธรรมนั้นยังไม่รุนแรงพอ แต่ถ้าความรู้สึกต่อต้านหรือรังเกียจการกระทำดังกล่าวอย่างรุนแรง และสังคมไม่ยอมผ่อนปรน สังคมมีสิทธิที่จะใช้กฎหมายอาญาจัดการกับการกระทำดังกล่าวได้⁹¹

ปัจจุบัน การที่กฎหมายอาญากำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดทางอาญานั้น ส่วนหนึ่งมาจากแนวคิดที่ว่าการกระทำนั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรม เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ซึ่งรัฐได้พิจารณาแล้ว เห็นว่าการกำหนดให้การกระทำใดที่ผิดศีลธรรมเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายและผู้กระทำได้รับโทษตามกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อให้บุคคลในสังคมเกิดความเกรงกลัว อันเป็นการป้องกันการก่ออาชญากรรมขึ้นในสังคม ดังนั้น หากผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการกระตุ้นให้ผู้กระทำความผิดทางอาญา ถือได้ว่าเป็นการกระตุ้นจิตใจสำนึกในด้านที่ไม่ดีของผู้กระทำให้กระทำความผิดที่ขัดต่อศีลธรรม ผู้เสียหายจึงควรมี

⁹¹ เฟิงอ๋าง, น.42.

ส่วนร่วมที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเองที่มีผลให้บุคคลอื่นกระทำความผิดได้ เนื่องจากศีลธรรมเป็นเรื่องที่บุคคลในสังคมที่ยึดถือไว้ในจิตใจเพื่อยับยั้งซึ่งใจมิให้กระทำสิ่งที่ละเมิดต่อศีลธรรม ซึ่งถ้าผู้เสียหายใช้ชีวิตด้วยความระมัดระวัง โดยไม่ได้มีส่วนกระทำการบางอย่างอันเป็นการกระตุ้นจิตใจได้สำนึกในด้านไม่ดีของผู้กระทำแล้ว ผู้กระทำย่อมมีศีลธรรมในการยับยั้งซึ่งใจที่จะไม่กระทำความผิดอันเป็นการละเมิดศีลธรรมเช่นนั้นได้

(3) หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public order)

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักพื้นฐานที่มีอยู่ในกฎหมายทุกระบบ เนื่องจากเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้สังคมดำรงอยู่ได้ และเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของประชาชนโดยส่วนรวม จึงต้องห้ามมิให้มีการฝ่าฝืน ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนกำหนดไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม อีกทั้งความสงบเรียบร้อยมีความเกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย เนื่องจากศีลธรรมเป็นสิ่งที่มนุษย์ปฏิบัติเพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคมอันเป็นผลดีต่อส่วนรวม เพราะทำให้เกิดความสงบเรียบร้อยในประเทศ แต่ทั้งนี้ ความหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นไม่มีกฎหมายใดได้บัญญัติบทนิยามหรือวิเคราะห์ศัพท์เอาไว้ จึงมีผลให้เกิดความหมายที่ไม่แน่นอน จึงเป็นเรื่องที่นักนิติศาสตร์จะต้องทำความเข้าใจ ค้นหาข้อสรุป และความหมายของถ้อยคำดังกล่าวให้ได้ความหมายที่แน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด⁹² ทั้งนี้ มีนักกฎหมายหลายท่านได้พยายามให้ความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยไว้ดังนี้⁹³

พระยาเทพวิฑูร อธิบายว่าหมายถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องด้วยผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวกับคู่อริโดยเฉพาะ

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสณีย์ ปราโมช อธิบายว่าหมายถึงการใดๆ ที่เกี่ยวข้องด้วยความปลอดภัยของประชาชนทั้งภายในและภายนอกประเทศ ตลอดถึงความเจริญผาสุกของประชาชนด้วยประการทั้งปวง และความปลอดภัยสันติสุขของสังคม

⁹²เปี่ยมสุข นาคทอง, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการรับราชการ : ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริติพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น.49.

⁹³เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “แนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545,” ในรายงานการวิจัยเสนอต่อสถาบันอนุญาตตุลาการ, น.12 – 14.

ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร อธิบายว่าหมายถึงข้อห้ามซึ่งสังคม บังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง

ศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน อธิบายว่าหมายถึงประโยชน์ ทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ทั้งนี้ เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประเทศชาติและสังคมนั้นเอง

Black's Law Dictionary ให้ความหมายว่าสิ่งที่ประกาศโดยรัฐที่บังคับ ใช้กับประชาชนในรัฐ ซึ่งทำให้รัฐมีอำนาจยุติการกระทำใดๆ ที่ขัดต่อผลประโยชน์ของสาธารณะ และ มีการกระทำบางอย่างที่อาจไม่เกี่ยวข้องกับสาธารณะโดยตรง แต่เป็นสิ่งที่ไม่ดีสำหรับสาธารณะก็ใช้ บังคับไม่ได้เช่นกัน

Benjamin Nathan Cardozo ผู้พิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา ได้ให้ อธิบายว่า การฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อย เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักความยุติธรรมขั้นพื้นฐาน เป็น แนวความคิดที่แพร่หลายว่าเกี่ยวกับศีลธรรมอันดี ประเพณีที่ฝังรากลึกเกี่ยวกับความมั่งคั่ง ความสะดวก รุ่งเรือง ผลประโยชน์สาธารณะร่วมกันของประชาชนหรือสังคม

จากคำนิยามดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า ความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน (Public order) หมายถึง มาตรฐานขั้นพื้นฐานของสภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ ร่วมกันในสังคม โดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และการดำเนินชีวิตโดยปกติสุข ใน เรื่องที่เกี่ยวกับสิ่งที่จำเป็นและสำคัญในประเทศที่เกี่ยวข้องด้วยผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป เพื่อ ความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม⁹⁴

แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีที่มาจาก กฎหมายโรมัน ต่อมาภายหลังกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส (มาตรา 1131 และมาตรา 1133) และกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น (มาตรา 90) ได้ถือตามแนวความคิดดังกล่าว แต่มีข้อน่าสังเกตว่า การยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น ในขั้นแรกได้ยอมรับเฉพาะที่ใช้ บังคับแก่หลักการเสรีภาพในการทำสัญญา โดยถือว่าเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่งเท่านั้น แต่ต่อมาเป็นที่ ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าแนวความคิดดังกล่าวได้กลายเป็นหลักสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชน โดยทั่วไป เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ได้ยอมรับหลักการว่าด้วย

⁹⁴ เฟิงอ๋าง, น.14.

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งนอกจากจะใช้บังคับแก่นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันมีผลทำให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ (มาตรา 113) แล้ว⁹⁵

แต่ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลมีเสรีภาพที่จะกระทำการอันใดได้ตามความพึงพอใจ หากปล่อยให้มีการใช้เสรีภาพโดยไม่จำกัด การกระทำตามเสรีภาพของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อาจจะเป็นการรบกวนต่ออีกบุคคลหนึ่งหรือต่อสาธารณชน ฉะนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการรักษาความสงบเรียบร้อยสิทธิแห่งมนุษยชนแล้ว เสรีภาพดังกล่าวจึงจำต้องถูกจำกัดโดยการกระทำของรัฐ การจำกัดสิทธิแห่งมนุษยชนจึงเป็นข้อยกเว้นจากหลักการเรื่องสิทธิแห่งมนุษยชน โดยการใช้อำนาจในเรื่องดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้ขอบเขต ดังนี้⁹⁶

1. การจำกัดเสรีภาพจะต้องมีกฎหมายอนุญาตไว้

2. การจำกัดเสรีภาพต้องเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ การใช้อำนาจควรใช้ต่อภัยอันตรายอันเกิดขึ้นจริง และมีลักษณะที่จะก่อการไม่สงบเรียบร้อย ทั้งนี้ แม้ว่าจะเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น แต่สาธารณชนสามารถทนต่อการใช้เสรีภาพได้โดยไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจของรัฐ หรือถ้าใช้อำนาจของรัฐแล้วอาจจะเกิดผลร้ายยิ่งขึ้นกว่าการไม่ใช้อำนาจดังกล่าว ก็ควรงดเว้นการใช้อำนาจดังกล่าว ซึ่งการใช้อำนาจจำต้องพิจารณาเป็นรายกรณี และให้พอเหมาะพอควรกับภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้น ไม่ควรรุนแรงเกินไป

3. การใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อย ต้องกระทำต่อผู้ที่กระทำ ความผิดจริงเท่านั้น ไม่ควรจับประชาชนหลายคนมารวมกัน แล้วค่อยหาตัวผู้กระทำความผิดในภายหลังอันเป็นกระทำในลักษณะที่เรียกว่าการเหวี่ยงแห

4. การรักษาความสงบเรียบร้อยต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของมหาชน รัฐ จะเข้าไปเกี่ยวในกิจการของเอกชน หรือในกิจการภายในบ้านเรือนของเอกชนไม่ได้ นอกจากกฎหมายจะอนุญาตไว้เป็นกรณีพิเศษ หรือการกระทำภายในบ้านเรือนเป็นสิ่งที่ผิดต่อกฎหมายอาญา

อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและสภาพสังคม มีพัฒนาการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งเรื่องหนึ่งในสายตาของสังคมขณะนั้นเห็นว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย แต่เมื่อเวลาผ่านไปในเรื่องเดียวกันนั้นอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยในสายตาของสังคมอีกสมัยหนึ่งก็ได้ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่รัฐจำต้องใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะของประเทศโดยส่วนรวม อีกทั้งเป็นอำนาจและดุลพินิจของศาลในการตีความและบังคับใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

⁹⁵ เปี่ยมสุข นาคทอง, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 92*, น.49 - 50.

⁹⁶ *เฟิงอ้าง*, น.50 - 51.

ได้อย่างยืดหยุ่นและเป็นอิสระ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่ความเป็นรายกรณี จึงไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยไว้อย่างแน่นอนตายตัว แต่ทั้งนี้ศาลจะใช้ดุลพินิจตัดสินว่าเรื่องใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติว่าเป็นอย่างไร และจะต้องไม่ตีความกฎหมายโดยขัดแย้งต่อเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ⁹⁷

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีลักษณะสำคัญ ดังนี้⁹⁸

1. เป็นหลักพื้นฐานที่มีอยู่ในกฎหมายทุกระบบ เนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวกับสังคม เศรษฐกิจ และศีลธรรม อันเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้สังคมดำรงอยู่ได้

2. เป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชนโดยส่วนรวม จึงต้องห้ามมิให้มีการฝ่าฝืน แม้ว่ากฎหมายนั้นจะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง และศาลสามารถหยิบยกขึ้นพิจารณาได้เอง แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างขึ้นก็ตาม

3. ถ้อยคำมีความหมายไม่แน่นอน (Unbestimmte Rechtsbegriffe) มีขอบเขตอย่างกว้างและเปลี่ยนแปลงไปตามนโยบายของรัฐหรือสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย เพื่อให้เป็นบทบัญญัติที่ยืดหยุ่นและให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้

4. เป็นกฎหมายที่ยุติธรรม (Jus aequum) เนื่องจากหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความหมายอย่างกว้าง และยากที่จะให้คำจำกัดความ จึงไม่มีการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบไว้แน่ชัด โดยปล่อยให้ศาลมีดุลพินิจในการวินิจฉัยเป็นกรณีๆ ไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความ

5. เป็นกฎหมายที่มีบทบังคับ (Jus cogens) ไม่ยอมให้คู่กรณีตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น เป็นบทบังคับเด็ดขาด ซึ่งผู้ที่ฝ่าฝืนย่อมได้รับโทษหรือเกิดผลร้ายเสมอ

ตามหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น เมื่อพิจารณาในกรณีที่มีการกระทำความผิดทางอาญาอย่างใดเกิดขึ้น ย่อมกระทบต่อความสงบเรียบร้อยในสังคมแน่นอน ดังจะเห็นได้จากการที่ประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ทั้งนี้

⁹⁷ ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร, “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย,” อุลพาหศาลยุติธรรม, เล่มที่ 2, ปีที่ 55, น.14 (เดือนพฤษภาคม – สิงหาคม 2551).

⁹⁸ ชัยยุทธ เลิศหทัยดี, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจการค้ามนุษย์บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ : ศึกษากรณีการขายบริการทางเพศบนเว็บแคม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2556), น.30 – 31.

เพื่อป้องกันและยับยั้งการเกิดอาชญากรรมขึ้นในสังคม ซึ่งปัจจัยในการกระทำความผิดนั้น บางครั้งอาจเกิดจากการที่ผู้เสียหายมีส่วนกระตุ้นให้ผู้กระทำความผิด ดังนั้น หากศาลได้นำข้อเท็จจริงจากการที่ผู้เสียหายมีส่วนกระตุ้นในการกระทำความผิดมาเป็นเหตุพิจารณาเพื่อลดโทษผู้กระทำความผิด ย่อมทำให้บุคคลในสังคมใช้ชีวิตด้วยความระมัดระวังมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการกระทำของตนอาจมีส่วนกระตุ้นให้ผู้อื่นกระทำความผิดต่อตนได้ ซึ่งส่งผลทำให้อาชญากรรมลดน้อยลง อันสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษ และเมื่ออาชญากรรมลดน้อยลง ย่อมทำให้สังคมเกิดความสงบเรียบร้อย

2.2.2.3 วัตถุประสงค์ในการลงโทษ

จากวิวัฒนาการในการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาข้างต้น มีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเป็นอย่างยิ่ง เพราะการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาก็จำต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษด้วย ซึ่งโดยหลักแล้ววัตถุประสงค์ในการลงโทษที่สำคัญมีอยู่ 4 ประการดังนี้

(1) การแก้แค้นทดแทน (retribution) เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เก่าแก่มิมาแต่สมัยที่มนุษย์ยังเป็นสังคมดั้งเดิมโดยมีความเชื่อกันว่าผู้ที่ทำผิดเป็นผู้ที่มีความชั่วร้าย จึงเป็นที่จะต้องลงโทษให้สาสมกับความชั่วร้าย รูปแบบการลงโทษจึงมีลักษณะรุนแรง ป่าเถื่อน เช่น การเขียนดี ทรมาน และการประหารชีวิต แต่การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนก็เป็นวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและประชาชนโดยทั่วไปที่ต้องการจะเห็นคนที่ทำร้ายผู้อื่น ได้รับผลร้ายตอบแทนเช่นกันจึงจะเกิดความยุติธรรม โดยเป็นการลงโทษที่ทดแทนและสาสมกับความผิดตามหลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” (An eye for an eye, a tooth for a tooth) คือเมื่อไปปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างไรก็ควรได้รับการปฏิบัติเช่นกันตอบแทน⁹⁹ โดยความเข้าใจในปัจจุบันอาจมองว่าเป็นกฎแห่งการตอบโต้ที่รุนแรง แต่แท้จริงแล้วกฎเกณฑ์นี้เป็นที่มาแห่งหลักความได้สัดส่วน (proportionality principle) ที่ยังปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายปัจจุบัน และทำให้การแก้แค้นไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ¹⁰⁰

⁹⁹ นัทธี จิตสว่าง, “อาชญาวิทยา กระบวนการยุติธรรม ราชทัณฑ์ และการวิจัยเชิงคุณภาพ : วัตถุประสงค์ในการลงโทษ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2559, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/454719>.

¹⁰⁰ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 77*, น.165.

(2) การข่มขู่ยับยั้ง (intimidation deterrence)¹⁰¹ เป็นผลมาจากแนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาที่ตั้งเดิม (Classical School) ซึ่งเชื่อว่า การกระทำผิดเกิดขึ้นจากคนที่ไม่เกรงกลัวกฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอ และมนุษย์มีเหตุผลและมีเจตจำนงเสรี (Free will) ที่จะเลือกหรือไม่เลือกทำในสิ่งใดก็ได้ ดังนั้น มนุษย์จึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง การกระทำผิดเกิดจากการเลือกกระทำของมนุษย์เอง การลงโทษจึงควรมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำผิด โดยการทำให้ผู้กระทำผิดรู้สึกว่าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเจ็บปวด และไม่ก่อให้เกิดผลดีเลย เมื่อมนุษย์ได้รับความเจ็บปวดจากการกระทำผิดมากกว่าได้รับความพอใจแล้ว เขาก็จะหลีกเลี่ยงที่จะกระทำผิดครั้งต่อไป ดังนั้น การลงโทษควรมีลักษณะเพื่อป้องกันสังคม โดยคำนึงถึงผลที่จะตามมามากกว่าการลงโทษเพื่อแก้แค้นที่เป็นการตอบโต้อย่างทันทีทันใด เพราะเมื่อผู้กระทำผิดได้กระทำผิดขึ้นมาแล้ว ความเสียหายในอดีตย่อมไม่สามารถที่จะเยียวยาให้ติดั้งเดิม แต่เราอาจใช้ประโยชน์จากการลงโทษเป็นการทำให้ขู่ให้กลัวโทษ หรือสร้างนิสัยและสอนศีลธรรมแก่ประชาชน เพื่อข่มขู่ยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำผิดขึ้นอีกในอนาคต การข่มขู่ยับยั้งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประการคือ¹⁰²

1. การข่มขู่ยับยั้งเฉพาะราย (special deterrence) เพื่อให้มีผลต่อตัวผู้กระทำผิดเอง คือทำให้ผู้กระทำผิด ซึ่งถูกลงโทษมีความเข็ดหลาบ ไม่กล้ากระทำผิดซ้ำขึ้นอีก การลงโทษจึงต้องมีความรุนแรงเหมาะสมกับผู้กระทำผิด ให้รู้สึกของความยากลำบากหรือความเจ็บปวดจากการถูกลงโทษ เป็นผลให้ไตร่ตรองในการกระทำผิดว่าจะคุ้มค่าหรือไม่กับความเจ็บปวดที่เคยได้รับมา

2. การข่มขู่ยับยั้งโดยทั่วไป (general deterrence) เพื่อเป็นตัวอย่างแก่บุคคลทั่วไปในสังคม ให้คนทั่วไปเห็นว่าเมื่อกระทำผิดแล้วจะต้องได้รับโทษ และเกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำผิด เป็นการยับยั้งการกระทำผิดแบบเดียวกันมิให้คนทั่วไปเอาเยี่ยงอย่าง การลงโทษจึงต้องมีความรุนแรงและลงโทษให้เห็นอย่างสม่ำเสมอ จึงจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ประสงคในการยับยั้งการกระทำผิดของคนในสังคมได้อย่างแท้จริง

¹⁰¹ นที จิตสว่าง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 99*.

¹⁰² สรุปลงความจาก พเยาว์ ศรีแสงทอง, การลงโทษและการแก้ไขผู้กระทำผิด (Punishment and Correction), พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : จามจุรีโปรดักส์, 2555), น.47,60 และ กาญจน์สุดา เอื้อหยิ่งศักดิ์, “มาตรการการลงโทษพระภิกษุสงฆ์ในกฎหมายอาญา : ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), น.15.

เพื่อให้การลงโทษตามทฤษฎีนี้มีผลเป็นการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง หรือป้องกันการกระทำผิดได้จริง การลงโทษจึงต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการคือ

- ก. กำหนดให้มีปริมาณโทษที่เหมาะสม
- ข. มีความแน่นอนและความรวดเร็วในการลงโทษ
- ค. ใช้การลงโทษเป็นเครื่องมือให้คนอื่นกลัวโทษ

จะเห็นได้ว่า แนวความคิดของทฤษฎีนี้ได้คำนึงถึงแต่เพียงผลของการลงโทษต่อตัวผู้กระทำผิดเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ได้คำนึงถึงผลดีต่อประชาชนทั่วไปไปด้วย เช่น ถ้าพิจารณาในแง่ตัวผู้กระทำผิดเองแม้ไม่จำเป็นต้องลงโทษ เพราะแม้ว่าไม่ลงโทษเขาก็คงไม่เป็นความผิดขึ้นอีก แต่เมื่อคำนึงถึงผลต่อประชาชนทั่วไปและผลกระทบต่อศีลธรรมในสังคมแล้ว อาจต้องมีการลงโทษเพื่อเป็นเยี่ยงอย่างเพื่อป้องกันการเลียนแบบในการก่อการกระทำผิด เป็นต้น

(3) การตัดความสามารถในการกระทำผิด (incapacitation)

การป้องกันสังคมหรือการตัดโอกาสกระทำผิดนี้ มีหลักการว่าอาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีอาชญากรหรืออาชญากรไม่มีโอกาสที่จะทำผิด การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสกระทำผิดมีวัตถุประสงค์ที่คล้ายกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง คือ เพื่อการป้องกันอาชญากรรม แต่แตกต่างกันตามหลักการของการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งมุ่งให้เกิดความเกรงกลัวไม่กระทำผิดขึ้นอีก ส่วนการลงโทษเพื่อตัดโอกาสมุ่งป้องกันการกระทำผิดซ้ำโดยการทำให้เขาหมดโอกาสที่จะกระทำผิดขึ้นได้ ซึ่งวิธีการที่จะขจัดผู้กระทำผิดอาจทำได้โดยการเนรเทศเพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากรโดยการกักอาชญากรไปอยู่ที่อื่นเพื่อให้สังคมปลอดภัย¹⁰³

สำหรับวิธีการลงโทษที่สนองต่อวัตถุประสงค์นี้ และใช้กันแพร่หลายในปัจจุบันก็คือ วิธีประหารชีวิต จำคุก กักขัง ถือเป็นการตัดบุคคลผู้กระทำผิดออกจากสังคม โดยเฉพาะการลงโทษประหารชีวิตถือเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร ส่วนการลงโทษจำคุก กักขัง เป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพียงชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้สมาชิกในสังคมปลอดภัยจากอาชญากรรม¹⁰⁴

(4) การฟื้นฟูแก้ไขผู้กระทำความผิด (rehabilitation) การลงโทษ

เพื่อแก้ไขฟื้นฟูเป็นแนวคิดของสำนักปฏิฐานนิยมที่เห็นว่า ผู้กระทำผิดไม่มีเจตนาในการประกอบอาชญากรรม แต่กระทำผิดไปเพราะถูกกำหนดโดยปัจจัยที่เกี่ยวกับความบกพร่องทางสภาพร่างกาย จิตใจ และสิ่งแวดล้อม การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดต้องหาสาเหตุของการกระทำผิดก่อน เมื่อพบสาเหตุ

¹⁰³ นที จิตสว่าง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 99*.

¹⁰⁴ อัจฉริยา ชูตินันท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น.132.

จึงแก้ไขที่สาเหตุนั้น โดยดำเนินการแก้ไขผู้กระทำผิดทั้งเป็นรายบุคคลและเป็นรายกลุ่ม ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขภายในสถานที่ควบคุมหรือในชุมชน ผู้ที่ทำหน้าที่ในการแก้ไขปรับปรุงพื้นที่นั้น ควรจะต้องมีความรู้และความชำนาญในการแก้ไขสาเหตุที่เกิดขึ้นตามแขนงสาขาวิชาที่ได้ศึกษามาด้วย เช่น นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ เป็นต้น เมื่อแก้ไขผู้กระทำผิดได้สำเร็จแล้ว ผู้กระทำผิดก็จะไม่ไปกระทำความผิดขึ้นอีกต่อไป แต่สำหรับผู้กระทำผิดที่แก้ไขไม่ได้ต้องกำจัดไปให้พ้นจากสังคม เช่น การประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต เป็นต้น กล่าวโดยสรุปคือต้องลงโทษให้เหมาะสมเป็นรายบุคคลไป¹⁰⁵

จึงเห็นได้ว่า การกำหนดให้เหตุที่ผู้เสียหายมีพฤติกรรมที่ขาดความระมัดระวังอันอำนวยการความสะดวก กระตุ้นหรือจูงใจให้เกิดการกระทำความผิดมาเป็นเหตุลดโทษให้กับผู้กระทำแล้วนั้น ก็จะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษที่เป็นการยับยั้งป้องกัน โดยเป็นการยับยั้งแบบเฉพาะราย คือเป็นการทำให้ผู้เสียหายตระหนักถึงพฤติกรรมของตนซึ่งสามารถทำให้ตนตกอยู่ในความเสี่ยงให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นมาได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการยับยั้งความเสี่ยงจากการตกเป็นเหยื่อจากการกระทำในฝ่ายของผู้เสียหายนั่นเอง และเป็นการยับยั้งแบบทั่วไป คือเมื่อประชาชนทั่วไปเห็นตัวอย่างดังกล่าวจากผู้เสียหาย ก็จะทำให้ประชาชนเห็นว่าไม่ควรทำพฤติกรรมที่สุ่มเสี่ยงอันเป็นการเปิดโอกาสให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น นอกจากนี้การที่ผู้เสียหายเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำได้กระทำความผิดไป ดังนั้น การลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดในกรณีนี้จึงสอดคล้องอย่างยิ่งกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเรื่องการแก้ไขฟื้นฟู เนื่องจากวัตถุประสงค์ดังกล่าวมองว่าผู้กระทำความผิดมีความชั่วน้อย เพราะมิได้เกิดจากเจตจำนงอิสระของผู้กระทำทั้งหมด พฤติการณ์เหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่ควรให้อภัย และแก้ไขผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับมากระทำความผิดเช่นนี้อีก การลงโทษจึงควรกำหนดให้เหมาะสมเป็นรายบุคคล

2.2.3 ทฤษฎีในการลงโทษตามกฎหมายอาญา

ทฤษฎีการกำหนดโทษโดยคำนึงถึงความได้สัดส่วนในการลงโทษนั้นมาจาก แนวคิดที่เชื่อว่าบุคคลทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (free will) ในการตัดสินใจที่จะกระทำการใดๆ เมื่อมีการคิดด้วยเหตุผลและไตร่ตรองถึงผลดีผลเสียแล้ว บุคคลนั้นจึงต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน เมื่อมีการ

¹⁰⁵ ศุภวิทย์ ตั้งตรงจิตต์ และคณะ, “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม,” ใน รายงานวิชาการของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 3, สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2549, น.40.

กระทำความผิดเกิดขึ้นก็ต้องรับโทษให้เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำ¹⁰⁶ การลงโทษที่มีอัตราส่วนเหมาะสมระหว่าง “ความสูญเสีย” และ “ความรุนแรงของอาชญากรรม” จึงเป็นวิธีการข่มขู่และยับยั้งมิให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งล่วงละเมิดต่อประโยชน์ของผู้อื่น¹⁰⁷ ดังนั้นจำนวนโทษที่ใช้กับผู้กระทำผิดนั้นจึงต้องมีความหนักเบาพอเหมาะกับความผิดที่เขาได้กระทำลงไป ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดเกี่ยวกับ Just Desert ทั้งนี้ความพอเหมาะนี้มี 2 แนวความคิดคือ¹⁰⁸

แนวความคิดแรกเห็นว่าจำนวนโทษต้องเท่าเทียมกับความผิด ได้แก่ ความเห็นของ Kant คือ การลงโทษเพื่อให้สาสมต้องเท่าเทียมกับความผิดที่ได้กระทำ ซึ่งขนาดของการลงโทษที่จะยึดเป็นมาตรฐาน กรณีนี้ต้องนำหลักแห่งความเท่าเทียม (Principle of Equality) ซึ่งเปรียบเสมือนตาชั่งของความยุติธรรมที่ไม่ได้เอียงไปข้างใดข้างหนึ่งมาพิจารณา ความเลวที่คนคนหนึ่งกระทำต่ออีกคนหนึ่ง โดยไม่สมควรนั้น เป็นสิ่งที่เขาได้กระทำกับตัวเอง ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าถ้าท่านให้ร้ายคนอื่น ท่านก็ให้ร้ายตัวเอง ถ้าท่านขโมยของของคนอื่น ท่านขโมยจากตัวเอง ถ้าท่านตีคนอื่น ท่านตีตัวเอง ถ้าท่านฆ่าผู้อื่น ท่านฆ่าตัวเอง สัดส่วนในการลงโทษจะต้องนำหลักการทดแทนมาใช้ (Principle of Retaliation) ซึ่งหมายความว่าทำอย่างไรจะได้ผลตอบแทนอย่างนั้น (like as like) ในการพิจารณาจึงพิจารณาเฉพาะความผิดแต่ละรายว่าความผิดแต่ละอย่างนี้จะต้องได้รับการทดแทนเท่าใด

อีกแนวความคิดหนึ่งเห็นว่าจำนวนโทษต้องมีความสัมพันธ์กับความหนักเบาของความผิด กล่าวคือ ถือว่าการกระทำที่หนักพอกันควรได้รับโทษพอกัน ความผิดไม่เท่ากันโทษไม่ควรเท่ากัน การกระทำผิดที่ร้ายแรงกว่าควรถูกลงโทษมากกว่า บุคคลกลุ่มนี้ถือว่าการลงโทษที่ยุติธรรมนั้นไม่ได้หมายถึงการลงโทษที่เท่าเทียมจริง ๆ กับความผิดอย่างแท้จริงในทุกกรณี แต่หมายถึงการลงโทษที่พอเหมาะกับความผิด เพราะเราไม่มีทางจะคำนวณโทษให้เท่ากับความผิดอย่างแท้จริงในทุกกรณี แต่เราสามารถรู้ได้ว่าการกระทำอย่างไรเราจึงจะลงโทษการกระทำผิดที่ร้ายแรงกว่าด้วยโทษมากกว่าได้

¹⁰⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), น.213.

¹⁰⁷ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551), น.37.

¹⁰⁸ สกล นิสารัตน์, “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและความยุติธรรมทางสังคม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น.71-72.

กล่าวโดยสรุป ในการกำหนดโทษนั้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงสัดส่วนที่เหมาะสม เพราะหากลงโทษบุคคลอย่างรุนแรงมากในขณะที่บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดเพียงเล็กน้อย หรือในทางกลับกัน หากลงโทษบุคคลเพียงนิดเดียวในขณะที่บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดร้ายแรง กฎหมายก็จะขาดความน่าเชื่อถือหรือขาดความศักดิ์สิทธิ์เพราะขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ ดังนั้นในการพิจารณาสัดส่วนในการลงโทษจึงต้องคำนึงถึงความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงเทียบกับความเสียหายอันมีลักษณะเป็นความเสียหายที่เป็นส่วนตัว และผู้เสียหายยังคงเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยอยู่ อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายในทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและเหยื่อวิทยาก็เกิดจากการที่ผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งที่อำนวยความสะดวก กระตุ้นหรือจูงใจให้เกิดการกระทำนั้นขึ้นมา เพราะฉะนั้นในการลงโทษจึงต้องคำนึงถึงการกระทำของผู้เสียหายด้วยเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการลงโทษผู้กระทำความผิดและเกิดความเป็นธรรม อีกทั้งยังช่วยในการยับยั้งอาชญากรรม โดยยับยั้งความเสี่ยงจากการตกเป็นเหยื่อจากการกระทำของตัวผู้เสียหายเอง เป็นผลให้ผู้เสียหายก็ไม่ตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่ตน อัตราการเกิดอาชญากรรมก็จะลดลงเมื่อไม่มีเหยื่ออาชญากรรมให้ถูกกระทำและไม่มีโอกาสที่จะกระทำความผิดได้ ผู้กระทำก็จะไม่ถูกกระตุ้นด้านมืดให้ต้องกระทำความผิด จึงเป็นการช่วยกันระหว่างผู้กระทำกับผู้เสียหายให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมไทย

2.2.4 แนวคิดและขอบเขตของเหตุผลโทษในประมวลกฎหมายอาญาไทย

การจะนำหลักเรื่องผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาใช้เป็นเหตุผลโทษในคดีอาญานั้นเป็นเรื่องที่มีความเฉพาะ จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงแนวคิดและวิวัฒนาการในการกำหนดโทษและการลดโทษในกรณีทั่วไปซึ่งเป็นพื้นฐานเสียก่อน ดังจะได้ศึกษาในลำดับต่อไป

2.2.4.1 แนวคิดทางทัณฑ์วิथाที่เกี่ยวข้อกับการพิจารณาเหตุผลโทษ

ตามปรัชญาพื้นฐานเกี่ยวกับการลงโทษได้ปรากฏหลักฐานชัดเจนครั้งแรกในยุโรประหว่างคริสต์ศตวรรษที่ 16-18 ที่ศาสนาได้เข้ามามีบทบาทในการพิจารณาพิพากษาความผิดของบุคคล เพราะในทางศาสนาถือว่าการประพฤติชั่วเป็นบาป โดยมีพระสันตะปาปาทำหน้าที่เป็นตัวแทนของพระเจ้าในการลงโทษผู้กระทำผิดและความผิดที่ถือว่าร้ายแรงในยุคนั้น ก็คือความผิดฐานเป็นปฏิปักษ์ต่อศาสนา จนเข้าสู่ยุคก่อนมีสำนักอาชญาวิทยา ระบบกฎหมายนั้นมีลักษณะคลุมเครือ ไม่ชัดเจน และมีช่องว่างมาก เปิดโอกาสให้ตุลาการสามารถใช้ดุลพินิจตีความได้ตามอำเภอใจ ทำให้เกิดอคติในการพิจารณาพิพากษาคดี รวมทั้งขาดหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน มีการทรมานเพื่อให้

รับสารภาพด้วยวิธีการต่างๆ¹⁰⁹ เหตุการณ์เหล่านี้นำไปสู่การกำเนิดขึ้นของแนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษที่เหมาะสม จึงทำให้เกิดการรวมตัวจัดตั้งเป็นกลุ่มหรือสำนักแนวคิดทางอาชญวิทยาขึ้นมา (School of Thought) ซึ่งสำนักแรกที่ถือกำเนิดขึ้นคือสำนักอาชญวิทยาดั้งเดิม และมีการวิวัฒนาการทางความคิดไปสู่สำนักอาชญวิทยาทั้งดั้งเดิม และสำนักปฏิฐานนิยมในเวลาต่อมา

(1) วิวัฒนาการของเหตุผลโทษตามสำนักอาชญวิทยา

สำนักแนวคิดทางอาชญวิทยาที่สำคัญแบ่งออกเป็น 3 สำนัก คือสำนักอาชญวิทยาดั้งเดิม (Classical School) สำนักอาชญวิทยาทั้งดั้งเดิม (Neo-Classical School) และสำนักปฏิฐานนิยม (Positive School) ซึ่งพอสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

1. แนวคิดทางทัณฑวิทยาของสำนักอาชญวิทยาดั้งเดิม (Classical School)

ยุคกลางตอนปลาย ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 การพิจารณาคดีในยุโรปยังทำการลับ กฎหมายอาญาที่มีบทลงโทษยังมีลักษณะคลุมเครือและแอบแฝง เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาสามารถตีความได้อย่างกว้างขวางและปราศจากขอบเขตที่แน่นอนชัดเจน อีกทั้งยังมีบทลงโทษรุนแรงและมีการทำทารุณเพื่อลงโทษก่อนการประหารชีวิตด้วย ซึ่งนำไปสู่การรวมตัวของนักวิชาการชาวอิตาลีกลุ่มหนึ่งเพื่อต่อต้านการทารุณกรรมดังกล่าวและแสวงหาแนวทางแก้ไขวิกฤตการณ์เกี่ยวกับกฎหมายอันไร้ระบบและความเชื่อมั่นในไสยศาสตร์ที่ปราศจากหลักฐานพิสูจน์¹¹⁰

ทั้งนี้ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ซึ่งได้รับการยกย่องว่าเป็นผู้ก่อตั้งสำนักอาชญวิทยาดั้งเดิม ได้นำเสนอแนวคิดทางวิชาการและทางการเมืองในการต่อต้านกระบวนการยุติธรรมในสมัยนั้นอย่างรุนแรง และนำไปสู่การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาครั้งสำคัญในทวีปยุโรปในเวลาต่อมา หลักปรัชญาสำคัญของเบ็คคาเรียคือ แนวคิดในเรื่องเจตจำนงอิสระ (Free will) ซึ่งเจตจำนงอิสระดังกล่าวเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์เป็นผู้มีเหตุผลในการมุ่งแสวงหาเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์สูงสุดทางด้านวัตถุ และในการตัดสินใจเลือกกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการใดๆ มนุษย์จะพิจารณาทางเลือกต่างๆ ที่มีอยู่อย่างมีเหตุผล เพื่อพิจารณาและคำนวณถึงผลประโยชน์ หรือผลเสียที่จะได้รับจากการกระทำนั้นๆ แล้ว หลังจากนั้นจึงเลือกพฤติกรรมนั้นเมื่อได้ประโยชน์สูงสุด หรืองดเว้นพฤติกรรมนั้นเมื่อจะต้องเสียประโยชน์ไป

¹⁰⁹ ปุระชัย เปี่ยมสมบูรณ์, “อาชญวิทยา : สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม,” ในโครงการตำราโรงเรียนนายร้อยตำรวจ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), น.8.

¹¹⁰ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 107*, น.24-27.

เบ็คคาเรียเชื่อว่าหากจะป้องกันไม่ให้มนุษย์กระทำความผิดกฎหมาย การบัญญัติกฎหมายต้องชัดเจน ทั้งฐานความผิดและบทลงโทษเพื่อให้ประชาชนรู้ว่าการกระทำเช่นใดเป็นความผิด และจะถูกลงโทษเช่นใด และบทลงโทษต้องกำหนดให้เหมาะสมกับการก่ออาชญากรรมที่ละเมิดต่อกฎหมาย คือความรุนแรงได้สัดส่วนกับความผิด รวดเร็ว จึงสมควรพิจารณาลงโทษอย่างเท่าเทียมกันในอาชญากรรมแบบเดียวกัน ตามหลักการสำคัญที่ว่า “ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความผิด” (Punishment to fit the crime) เพื่อให้มนุษย์เชื่อ หรือมองเห็นว่าผลเสียที่จะได้รับจากการกระทำความผิดมีมากกว่าผลประโยชน์ ในที่สุดจะส่งผลให้มนุษย์เลือกที่จะงดเว้นไม่กระทำความผิด¹¹¹ จึงเห็นได้ว่าแนวคิดของสำนักนี้มุ่งศึกษาที่ “อาชญากรรม” มิใช่ “อาชญากร” ผู้พิพากษาเพียงทำหน้าที่พิจารณาว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดหรือไม่เท่านั้น หลักในเรื่องการลดโทษหรือเหตุปรานีต่างๆ ที่ผู้พิพากษาจะนำมาพิจารณา จึงยังไม่ปรากฏในยุคนี้

2. แนวคิดทางทัณฑ์วิทยาของสำนักอาชญาวิทยาที่ตั้งเดิม (Neo-Classical School)

แนวคิดตามสำนักอาชญาวิทยาที่ตั้งเดิมเกิดขึ้นเมื่อประมาณต้นศตวรรษที่ 19 โดยมีได้มีขึ้นเพื่อหักล้างแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาตั้งเดิม แต่มีขึ้นเพื่อปรับปรุงแนวคิดของสำนักดังกล่าวให้สอดคล้องกับความเป็นไปในสังคม¹¹² เช่น แนวความคิดของสำนักอาชญาวิทยาตั้งเดิมมุ่งสนใจไปที่การประกอบอาชญากรรม หรือพฤติกรรมของอาชญากร ซึ่งถือว่าบุคคลทุกคนมีเจตจำนงอิสระ และการที่จะกระทำอะไรลงไปแล้วจะต้องมีเจตนาอันแน่วแน่เหมือนกันหรือเท่าเทียมกันทุกคน โดยมองข้ามความแตกต่างระหว่างบุคคล และความแตกต่างเกี่ยวกับสภาพการณ์แห่งคดีหรือมูลเหตุจูงใจ เนื่องจากบุคคลทุกคนในสังคมย่อมมีพื้นฐานการศึกษา ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งสภาพร่างกายและจิตใจที่แตกต่างกัน ซึ่งสามารถแยกพิจารณาออกได้เป็น 3 ประเภท คือ (1) บุคคลผู้มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ (2) เด็ก เยาวชน และคนชรา และ (3) บุคคลวิกลจริต บุคคลปัญญาอ่อน และบุคคลไร้ความสามารถอื่นๆ ดังนั้น การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการที่เหมือนกัน โดยเสมือนว่าเป็นบุคคลผู้มีสติปัญญา หรือมีความสามารถเหมือนกันทุกประการแล้ว ย่อมไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมในทางปฏิบัติ จึงควรมีการลดหย่อนผ่อนโทษให้แก่บุคคลบางประเภท คือ ผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนปัญญาอ่อน หรือบุคคลไร้ความสามารถอื่นๆด้วย นอกจากนี้ ตามแนวคิดของสำนักอาชญาวิทยาตั้งเดิมยังได้กำหนดโทษไว้ตายตัวทำให้จำต้องมีการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดครั้งแรกกับผู้กระทำความผิดซ้ำให้ได้รับโทษเท่าเทียมกัน ซึ่งถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการลงโทษ ทั้งนี้เพราะ

¹¹¹ ศุภวิทย์ ตั้งตรงจิตต์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 105*, น.19-20.

¹¹² มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 107*, น.27

บุคคลผู้กระทำผิดครั้งแรก ย่อมมีเหตุที่ควรปราณีอยู่หลายประการ ในขณะที่บุคคลผู้กระทำผิดซ้ำนั้น ควรจะต้องได้รับการเพิ่มโทษเพื่อให้หลบจำอีกด้วย และวิธีการลงโทษสำหรับผู้กระทำผิดครั้งแรกกับผู้กระทำผิดซ้ำก็อาจแตกต่างกันได้ แม้จะเป็นความผิดในฐานเดียวกันก็ตาม สำนักอาชญาวิทยาที่ตั้งเดิมนี้นี้พยายามหาแนวทางเพื่อปรับปรุงหลักการที่เป็นข้อบกพร่องดังกล่าว ให้มีความสอดคล้องกับสภาวะในโลกของความเป็นจริง และเพื่อให้เกิดผลต่อการปฏิบัติงานได้ดียิ่งขึ้น โดยมีแนวคิดว่าการลงโทษผู้กระทำผิดควรให้มีการนำสาเหตุปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรม และเหตุอันควรปราณีลดหย่อนผ่อนโทษของผู้กระทำผิดมาประกอบการพิจารณาในการกำหนดโทษด้วย¹¹³ เพราะบุคคลดังกล่าวไม่สามารถมีเจตจำนงอิสระ (Free will) ในการกระทำให้ทัดเทียมกับบุคคลทั่วไปได้ นอกจากนี้ กฎหมายต้องเปิดโอกาสให้สามารถรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาซึ่งน้ำหนักในฐานที่เป็นพยาน และกำหนดโทษที่เหมาะสม โดยไม่จำเป็นต้องรับโทษเท่าเทียมกันในทุกกรณีไป¹¹⁴

จะเห็นได้ว่าแนวคิดหลักของสำนักอาชญาวิทยาที่ตั้งเดิมคือการนำสาเหตุปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชญากรรม ตลอดจนเหตุอันควรแก่การปราณี การลดหย่อนผ่อนโทษมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อนำมาลดหย่อนผ่อนโทษของอาชญากร¹¹⁵ ยุคนี้จึงเป็นยุคแรกๆ ที่ให้ความสำคัญกับเหตุลดโทษหรือเหตุอันควรปราณีต่างๆ และให้ความสำคัญกับการกำหนดโทษที่เหมาะสม ดังนั้นจึงมีเป้าหมายหลักในการลงโทษ คือ พยายามหาทางแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดไม่ให้กระทำผิดซ้ำ ซึ่งแนวคิดนี้เป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดในการบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำผิดและนำไปสู่การกำเนิดของสำนักปฏิฐานนิยม ในศตวรรษที่ 20¹¹⁶

3. แนวคิดทางทัศนวิทยาของสำนักปฏิฐานนิยม (Positive School)

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 นักวิชาการเริ่มอาศัยระเบียบวิธีทางวิทยาศาสตร์ มาศึกษาปรากฏการณ์อาชญากรรม เนื่องจากเป็นยุคที่วิทยาศาสตร์กำลังเฟื่องฟู ดังนั้นเป้าหมายของการศึกษาวิจัยได้เปลี่ยนจากการศึกษาเกี่ยวกับ “อาชญากรรม” มาเป็นการศึกษา “ตัวอาชญากร” แทน โดยแนวคิดพื้นฐานของสำนักปฏิฐานนิยมนี้ คือ การเชื่อว่ามนุษย์มีเจตจำนงกำหนด (Determinism) กล่าวคือ ถือว่าการกระทำของมนุษย์เกิดขึ้นโดยมีสิ่งชักจูง ไม่ว่าจะจากภายนอกหรือภายในร่างกายของมนุษย์เอง เช่น ฮอริโมน หรือสารเคมีบางอย่าง รวมทั้งสภาพกดดันทางจิตใจ หรือ

¹¹³ ศุภวิทย์ ตั้งตรงจิตต์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 105*, น.24-25.

¹¹⁴ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 107*, น.27.

¹¹⁵ อัจฉรียา ชุตินันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น.70-71.

¹¹⁶ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 107*, น.27.

สภาพสังคม ที่มากดดันและบีบบังคับหรือทำให้เกิดการกระทำนั้น ดังนั้นมนุษย์ผู้ประกอบ อาชญากรรมก็เพราะได้ตกอยู่ในสภาพที่ถูกผลักดันให้กระทำ ซึ่งเป็นเหตุให้เขาไม่มีโอกาสที่จะใช้ เหตุผลไตร่ตรองคิดถึงผลดีผลเสียก่อนจึงได้กระทำความผิดขึ้น โดยปฏิเสธแนวคิดเจตจำนงอิสระของ สำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม เมื่อเป็นเช่นนี้มนุษย์จึงไม่ควรที่จะรับผิดชอบในการกระทำของตนทั้งหมด สังคมและสิ่งแวดล้อมซึ่งมีส่วนในการทำให้บุคคลกระทำผิด จึงควรเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไข พฤติกรรมหรือการกระทำเหล่านี้ด้วย¹¹⁷

อนึ่ง ซีซาร์ ลอมโบโรโซ (Cesare Lombroso) แพทย์ชาวอิตาลี ซึ่งเป็นบุคคลสำคัญของสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม ได้กล่าวถึงแนวคิดในการลงโทษมีรายละเอียด พอสรุปได้ดังนี้ ลอมโบโรโซได้ค้นหาถึงลักษณะที่แตกต่างทางกายภาพระหว่างบุคคลทั่วไปกับอาชญากร โดยพบว่าคนที่เป็นอาชญากรจะมีกะโหลกศีรษะที่ต่อกับไขสันหลังมีลักษณะที่ผิดปกติไม่เหมือนกับ บุคคลปกติที่มีได้กระทำความผิด แต่อาชญากรกลับมีลักษณะเหมือนกับมนุษย์ในสมัยป่าเถื่อนหรือเหมือน สัตว์ป่า ซึ่งรูปร่างที่ถดถอยและสัณฐานวิทยาที่ป่าเถื่อนนั้นติดมาจากบรรพบุรุษทางสายเลือด (Atavism)¹¹⁸ จึงสรุปความเห็นว่าเป็นอาชญากรนั้นเป็นมาแต่กำเนิด และอาชญากรพวกนี้ไม่มีทางแก้ไขให้กลับตัวเป็นคนดีได้

นอกจากนี้ลอมโบโรโซยังได้แบ่งประเภทอาชญากรไว้หลายประเภทอีกด้วย เมื่อเป็นเช่นนี้ลอมโบโรโซจึงได้เสนอแนวคิดที่สำคัญไว้ข้อหนึ่ง โดยที่อาชญากรในความคิดของเขามีอยู่หลายประเภท และแต่ละประเภทก็มีความแตกต่างกัน ดังนั้นการลงโทษอาชญากรแต่ละประเภท จึงไม่ควรใช้วิธีเดียวกัน ถึงแม้ว่าจะกระทำความผิดอย่างเดียวกันก็ตาม¹¹⁹

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษเปลี่ยนไป กล่าวคือ ไม่เห็นด้วยกับการลงโทษเพื่อทดแทน และเพื่อข่มขู่ยับยั้ง เนื่องจากเหตุผลในการลงโทษดังกล่าวเป็น เหตุผลทางตรรกวิทยา ไม่ใช่เหตุผลทางวิทยาศาสตร์ โดยเสนอหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด (treatment) ไว้ ซึ่งเน้นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมเป็นรายบุคคลไป เพื่อให้กลับตัวเป็นคนดี ซึ่งก่อนจะทำการแก้ไขต้องมีการศึกษาหาสาเหตุของปัญหาเสียก่อน เมื่อพบสาเหตุแล้วจึงแก้ไขที่สาเหตุนั้น เพื่อจะได้แก้ปัญหาให้ถูกจุด ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้นับได้ว่าเป็นแนวคิดพื้นฐานของ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยเน้นว่า การกำหนดโทษจะต้องให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะราย (Individualization) มิใช่เพื่อให้เหมาะสมกับความผิดเพียงอย่างเดียว

¹¹⁷ เฟิงอ๋าง, น.28.

¹¹⁸ อัจฉรียา ชูตินันท์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 68, น.72-73.

¹¹⁹ เฟิงอ๋าง, น.143.

(punishment fit the offender, not the crime) เพราะมนุษย์แต่ละคนอยู่ภายใต้อิทธิพลของสภาพแวดล้อมที่แตกต่างกัน¹²⁰

กล่าวโดยสรุป แนวคิดในเรื่องการลดหย่อนผ่อนโทษ หรือเหตุอันควรปราณีต่างๆ ยังไม่มีปรากฏในยุคของสำนักอาชญาวิทยาแบบดั้งเดิม แต่สังคมเริ่มหันมาให้ความสนใจหลักดังกล่าวในช่วงของสำนักอาชญาวิทยาที่ดั้งเดิม และพัฒนาต่อมาในสำนักปฏิฐานนิยม ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เอง ทำให้หลายประเทศหันมาปรับปรุงระบบกฎหมายของตนเองโดยยอมรับเอาพฤติการณ์ต่างๆ ที่เห็นว่าผู้กระทำผิดสมควรได้รับความปราณีหรือลดหย่อนโทษ นำมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายของประเทศต่างๆ จนเป็นที่แพร่หลายมาจนถึงปัจจุบัน¹²¹

(2) วิวัฒนาการการลดโทษในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย อิทธิพลทางความคิดตามสำนักอาชญาวิทยาข้างต้นได้เข้ามาเป็นครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งเป็นยุคที่มีการปฏิรูประบบกฎหมายของประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับประเทศอื่นๆ โดยตามบันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้กล่าวไว้พอสรุปได้ดังนี้

ปัญหาเกี่ยวกับเหตุบรรเทาโทษ เป็นปัญหาหนึ่งซึ่งได้รับความเอาใจใส่อย่างมากจากผู้ร่างกฎหมายของสยาม โดยมีการพิจารณาระบบต่างๆ อยู่ 2 ระบบ คือระบบของอังกฤษ และระบบของฝรั่งเศส โดยในระบบของอังกฤษ ความผิดแต่ละฐานได้กำหนดเฉพาะอัตราโทษขั้นสูงไว้เท่านั้น โดยไม่มีบทบัญญัติที่จะผูกมัดศาลในเรื่องโทษขั้นต่ำไว้เลย วิธีการเช่นนี้ทำให้ไม่จำเป็นต้องบัญญัติเรื่องเหตุบรรเทาโทษไว้ เพราะผู้พิพากษาสามารถที่จะลดโทษจำคุกได้ในทุกกรณี ระบบนี้แม้จะดูเรียบง่าย แต่การพิจารณาก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจส่วนตัวของผู้พิพากษาและในการใช้ระบบนี้จะต้องมีผู้พิพากษาที่มีความสามารถสูงยิ่ง ที่จะให้ความไว้วางใจได้ แต่ระบบนี้ก็ถูกตำหนิในเรื่องความอำเอใจ ส่วนในระบบของฝรั่งเศส กลับมีลักษณะที่ตรงกันข้าม เพราะผู้พิพากษามีสิทธิที่จะเลือกลดโทษได้เฉพาะในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยประมวลกฎหมายอาญาอาจกำหนดลำดับชั้นของโทษต่างๆ โดยมีอัตราโทษขั้นสูงและขั้นต่ำไว้สำหรับความผิดเป็นการทั่วไป หรืออาจกำหนดอัตราโทษขั้นสูงหรือขั้นต่ำสำหรับแต่ละฐานความผิดไว้ก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจึงไม่สามารถพิพากษาลงโทษให้ต่ำกว่าโทษขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนดได้ เว้นแต่จะมีเหตุบรรเทาโทษตามกฎหมาย ระบบนี้มีความยุ่งยากกว่าระบบแรก เพราะระบบนี้บังคับให้ต้องบัญญัติถึงเหตุบรรเทาโทษ

¹²⁰ ศุภวิทย์ ตั้งตรงจิตต์ และคณะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 105*, น. 28.

¹²¹ นฤมล อังคณาภิวัฒน์, “เหตุบรรเทาโทษ : ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการใช้ในศาลไทยกับศาลต่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น.4-6.

และกำหนดอัตราโทษที่จะลดได้ด้วย ในกรณีที่มีเหตุบรรเทาโทษหลายประการ หรือกรณีที่มีทั้งเหตุบรรเทาโทษและเหตุเพิ่มโทษก็จำเป็นจะต้องมีการคำนวณซึ่งค่อนข้างจะยุ่งยาก

ประมวลกฎหมายอาญาสยามจึงได้เลือกเอาทางสายกลาง กล่าวคือ สำหรับความผิดที่มีความร้ายแรงแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดอัตราโทษขั้นต่ำและขั้นสูงไว้ สำหรับความผิดอื่นๆ ประมวลกฎหมายอาญากำหนดเฉพาะอัตราโทษขั้นสูงไว้เท่านั้น โดยทั่วไปแล้ว ในความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกขั้นสูงเกินกว่า 3 ปี กฎหมายจะกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้ด้วย แต่ถ้าอัตราโทษจำคุกไม่เกินกว่า 3 ปี ก็จะไม่มีการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้ ระบบเช่นนี้เป็นระบบที่ใกล้เคียงกับระบบของฮังการี ระบบของสยามแบบนี้ทำให้เหตุบรรเทาโทษจะมีผลก็เฉพาะแต่กรณีที่มีการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้เท่านั้น สำหรับกรณีความผิดอื่นๆ แล้วศาลสามารถลดโทษได้เท่าที่ตนต้องการ โดยไม่ต้องอ้างเหตุบรรเทาโทษเลย

เหตุบรรเทาโทษนั้น บางกรณีก็มีกฎหมายกำหนดไว้ บางกรณีก็ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย สำหรับเหตุบรรเทาโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาสยาม มีดังต่อไปนี้ เหตุที่ผู้กระทำผิดเป็นคนวิกลจริต (มาตรา 47) เมื่อความวิกลจริตนั้นไม่ถึงกับจะทำให้ผู้กระทำขาดเจตนาเสีย เหตุที่มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติในความผิดบางประการที่กระทำต่อทรัพย์ (มาตรา 54) เหตุที่กระทำผิดโดยบันดาลโทสะ (มาตรา 55) และเหตุที่กระทำเกินกว่าสมควรแก่เหตุ สำหรับการกระทำโดยจำเป็น หรือโดยป้องกัน หรือเกินกว่าที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ (มาตรา 53) นอกเหนือไปจากเหตุเหล่านี้แล้ว ศาลยังมีอำนาจที่จะพิจารณาถึงเหตุอื่นๆ เพื่อบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำผิดได้อีกด้วย (มาตรา 59) ยิ่งไปกว่านั้น อาจมีการบรรเทาโทษผู้กระทำผิดได้ถึง 2 ครั้งในความผิดเดียวกัน กล่าวคือ แม้ศาลจะลดโทษตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้โดยเฉพาะแล้ว ศาลยังสามารถลดโทษได้ตามบทบัญญัติทั่วไปได้อีกครั้งหนึ่งด้วย เช่น ศาลอาจถือเอาเหตุที่กระทำโดยบันดาลโทสะเพื่อลดโทษตามมาตรา 55 ก่อนในขั้นแรก และลดได้อีกครั้งโดยมาตรา 59 (กรณีมีเหตุอันควรปราณี)¹²²

นอกจากนี้ สำหรับความมีนเมา ไม่ได้เป็นเหตุบรรเทาโทษโดยตรง เว้นแต่ว่าความมีนเอนั้นไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ (มาตรา 48) อย่างไรก็ตามศาลอาจปรับใช้บทบัญญัติในมาตรา 59 (กรณีมีเหตุอันควรปราณี) ได้¹²³

¹²² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (แปลและเรียบเรียง), บันทึกของนายออร์ซ ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2546), น.71.

¹²³ เพ็งอ้าง, น.71.

การกระทำความผิดของเด็กนั้น วิธีการลงโทษที่กระทำมาแต่ก่อนก็จำกัดอยู่แต่เฉพาะการโบย หรือมีการลงโทษในสถานเบา ประมวลกฎหมายอาญาได้มีบทบัญญัติเฉพาะเพื่อใช้กับเด็กที่กระทำความผิด (มาตรา 56, 57 และ 58) เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปี ไม่ต้องรับโทษและไม่ต้องถูกดำเนินคดีอาญา เด็กอายุ 7 ปีขึ้นไปถึง 14 ปี ก็ไม่ต้องรับโทษเช่นเดียวกันหากถูกดำเนินคดีในศาล ผู้พิพากษามีอำนาจเลือกตามที่เหมาะสมว่า จะปล่อยตัวเด็กนั้นไป หลังจากกล่าวตักเตือนให้รู้สึกตัว หรือจะบังคับเรียกประกันทัณฑ์บนจากบิดามารดา หรือผู้ปกครองของเด็กนั้น¹²⁴

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ในประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบัน เราก็ได้ยอมรับแนวคิดข้างต้นไว้ในหลายประการด้วยกัน เช่น การกระทำความผิดของเด็ก การกระทำด้วยความจำเป็น การกระทำผิดของบุคคลวิกลจริต รวมทั้งเรื่องเหตุบรรเทาโทษด้วย¹²⁵

2.2.4.2 คำจำกัดความและขอบเขตของเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทย

จากการศึกษาแนวคิดและวิวัฒนาการในการลดโทษข้างต้น นำมาสู่การทำความเข้าใจเกี่ยวกับเหตุลดโทษในประมวลกฎหมายอาญาไทย ว่ามีคำจำกัดความและประเภทเป็นอย่างไร และศาลจะหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในชั้นตอนใด หรือมีขอบเขตการพิจารณาเป็นอย่างไร

(1) คำจำกัดความและประเภทของเหตุลดโทษ

เหตุลดโทษ เป็นเหตุที่จัดอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของไทย เพราะจะคำนึงถึงเหตุลดโทษก็ต่อเมื่อผู้กระทำต้องรับผิดในทางอาญาแล้ว กล่าวคือไม่มีเหตุยกเว้นความผิด และไม่มีเหตุยกเว้นโทษแก่ผู้กระทำ ซึ่งขั้นตอนต่อไปคือการกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด ในขั้นตอนนี้จำเป็นต้องนำเหตุลดโทษมาพิจารณาวินิจฉัยประกอบด้วย เนื่องจากในการกระทำที่เป็นความผิดหนึ่งๆ อาจมีสาเหตุหรือปัจจัยซึ่งอาจมาจากทั้งตัวผู้กระทำความผิดเอง หรืออาจมาจากสภาพแวดล้อมภายนอก ที่ทำให้ศาลคำนึงเห็นและสามารถนำมาลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้ เช่น แม้ในสถานการณ์เดียวกัน ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็ก ก็จะได้รับพิจารณาลดโทษให้เพราะเป็นเหตุส่วนตัวมาจากตัวผู้กระทำความผิดเองที่ยังรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ในขณะที่ผู้กระทำที่เป็นผู้ใหญ่อาจไม่ได้รับการลดโทษจากการกระทำผิดนั้น เป็นต้น

เหตุลดโทษที่บัญญัติไว้มีหลายกรณี ดังต่อไปนี้

1. ความไม่รู้กฎหมาย มาตรา 64 บัญญัติว่า “บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดในทางอาญาไม่ได้ แต่ถ้าศาลเห็นว่า ตามสภาพและพฤติการณ์

¹²⁴ เฟิงอ้วง, น.71.

¹²⁵ นฤมล อังคนาภิวัฒน์, อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 121, น.4-6.

ผู้กระทำความผิดอาจจะไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ศาลอาจอนุญาตให้แสดงพยานหลักฐานต่อศาลและถ้าศาลเชื่อว่า ผู้กระทำไม่รู้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้น ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

2. คนวิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง มาตรา 65 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรควิตหรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น

แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

3. คนมีนเมาซึ่งสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง มาตรา 66 บัญญัติว่า “ความมีนเมาเพราะเสพยาสุรา หรือสิ่งเมาอย่างอื่นจะยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวตามมาตรา 65 ไม่ได้ เว้นแต่ความมีนเมานั้นจะเกิดโดยผู้เสพยาไม่รู้ว่าสิ่งนั้นจะทำให้มีนเมา หรือได้เสพยาโดยถูกขโมยใจให้เสพยา และได้กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ผู้กระทำความผิดจึงจะได้รับการยกเว้นโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ถ้าผู้นั้นยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

4. ป้องกัน จำเป็น เกินขอบเขต มาตรา 69 บัญญัติว่า “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้”

5. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราระหว่างญาติสนิท มาตรา 71 วรรคสอง บัญญัติว่า “ความผิดดังระบุนานี้ (ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 334 ถึงมาตรา 336 วรรคแรก และมาตรา 341 ถึงมาตรา 364) ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดาน ผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันกระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

6. บันดาลโทษ มาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทษโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

7. การกระทำความผิดของเด็กอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี¹²⁶ มาตรา 75 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่เกี่ยวพันกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง”

8. การกระทำความผิดของเด็กอายุตั้งแต่ 18 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี มาตรา 76 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปีแต่ยังไม่เกินยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้”

9. เหตุบรรเทาโทษ มาตรา 78 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษ ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้โศกเศร้าเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่า มีลักษณะทำนองเดียวกัน”

มาตรา 78 ได้ระบุกรณีที่ถือเป็นเหตุบรรเทาโทษไว้หลายประการ ซึ่งสามารถแยกออกได้เป็น พฤติการณ์ก่อนการกระทำความผิด และพฤติการณ์หลังการกระทำความผิด¹²⁷

พฤติการณ์ก่อนการกระทำความผิด

ได้แก่ กรณีผู้กระทำความผิด

(1) เป็นผู้โศกเศร้าเบาปัญญา หมายความว่าถึงกระทำความผิดไปเพราะความโง่เขลา รู้เท่าไม่ถึงการณ์ ถูกหลอก ถูกหลอมนให้กระทำความผิด เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงผู้มีจิตบกพร่องโรคจิต จิตฟั่นเฟือน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65

(2) เป็นผู้ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส เช่น อดอยาก เจ็บป่วยไม่มีค่ารักษาพยาบาล

¹²⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2560), น. 189.

¹²⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น.501-503.

(3) มีคุณความดีมาก่อน เช่น จำเลยเคยรับราชการทหาร เคยประจำชายแดนเสี่ยงอันตราย ถือว่ามีคุณความดีมาก่อน

พฤติการณ์ภายหลังการกระทำความผิด

(1) รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น เช่น ลักทรัพย์ แล้วนำทรัพย์ไปคืนเจ้าของ

(2) ลุกโทษต่อเจ้าพนักงานอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา เช่น เมื่อทำผิดแล้ว ได้เข้ามาขอตัวแก่เจ้าพนักงานโดยดี อาจมีการรับสารภาพ ภาคเสธ หรือปฏิเสธก็ได้

(3) ให้ความรู้แก่ศาลเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา เช่น ให้การรับสารภาพต่อศาลว่าได้กระทำความผิดจริงดังฟ้อง เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงเหตุบรรเทาโทษข้างต้น จึงเห็นได้ว่าเหตุบรรเทาโทษ ตามความหมายของเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีความลักษณะทำนองเดียวกันเป็นเหตุบรรเทาโทษที่มีลักษณะพิเศษเฉพาะ เพราะเป็นกรณีที่ถูกกฎหมายเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลดโทษให้แก่จำเลย ทั้งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ และข้อเท็จจริงแต่ละคดีไปจะถือว่าถ้ามีเหตุอย่างนี้เกิดขึ้นแล้วศาลจะบรรเทาโทษให้จำเลยเสมอไปหาได้ไม่ จึงไม่ถูกจำกัดการใช้เหตุผลโทษแก่ผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดในชั้นตอนใด สามารถใช้เหตุบรรเทาโทษดังกล่าวมาเป็นเหตุลดโทษได้ไม่ว่าเหตุดังกล่าวมีอยู่ก่อนกระทำความผิดเกิดขึ้นหรือภายหลังกระทำความผิด¹²⁸

แม้ตามถ้อยคำในตัวบท เหตุอื่นนี้ต้องมีลักษณะทำนองเดียวกันกับเหตุอื่นๆ ที่ระบุไว้ในมาตรา 78 แต่อย่างไรก็ตามในบางครั้งศาลก็ได้วินิจฉัยคดีโดยยึดหลักนี้มากนัก เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1337/2517¹²⁹ “จำเลยเป็นตำรวจเข้าจับกุมคนร้าย คนร้ายหนี จำเลยใช้ปืนยิงกระสุนไปถูกผู้อื่นตาย การกระทำของจำเลยนับได้ว่าเป็นการกระทำอันเกี่ยวเนื่องกับการปฏิบัติหน้าที่ในการจับกุมคนร้าย โดยใช้วิธีการเกินสมควรแก่พฤติการณ์แห่งการจับกุม และเป็นการตัดสินใจผิดในขณะที่มีเหตุการณ์ฉุกเฉิน เข้าลักษณะในเหตุอื่นอันเป็นเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78”

¹²⁸ ศิริพร กาญจนสูตร, “การใช้เหตุบรรเทาโทษของศาลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 : ศึกษากรณีการให้เหตุผลของศาลในเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีความลักษณะทำนองเดียวกัน,” ในผลงานของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 11, สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2556, น.21.

¹²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1337/2517, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2560, จากระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลฎีกา <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

สำหรับหลักการในการใช้เหตุผลของศาลในเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่า มีลักษณะทำนองเดียวกัน เพื่อบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำความผิด มีหลักดังต่อไปนี้¹³⁰

1. กรณีจะต้องปรากฏเหตุบรรเทาโทษในสำนวนคดี ศาลจึงนำมาลดโทษได้
2. เหตุบรรเทาโทษจะต้องไม่ใช่เหตุบรรเทาโทษที่กฎหมายได้กำหนดไว้เฉพาะแล้ว
3. เหตุบรรเทาโทษมีได้ทั้งเหตุที่มีอยู่ก่อนการกระทำความผิด และเหตุที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด
4. คำพิพากษาศาลฎีกา มักใช้ถ้อยคำในการลดโทษว่า มีเหตุอันควรปราณี หรือเหตุอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน ในสำนวนที่ใช้เหตุบรรเทาโทษ
5. คำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องแปลความการใช้เหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 ไว้อย่างกว้างๆ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 25/2513 จำเลยแทงทางผู้เสียหายเพราะโกรธโดยได้ยินเสียงบุตรร้อง เข้าใจว่าบุตรถูกข่มเหง ประกอบทั้งเป็นหญิง ควรกำหนดโทษให้น้อยลง และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 727/2476 ผู้วิเวกที่ได้รับบาดเจ็บมาก ศาลก็ลดโทษให้ เป็นต้น

ผลตามมาตรา 78 คือ เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้ กรณีดังกล่าวเป็นบทบัญญัติในการใช้ดุลพินิจในการลงโทษให้เหมาะสมแก่พฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลไป มิใช่บทบังคับที่จะต้องลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดเพราะมีเหตุบรรเทาโทษเสมอไป

มีข้อน่าสังเกตอยู่สองประการดังนี้ ประการแรก ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 กฎหมายใช้คำว่า “เหตุบรรเทาโทษ” ซึ่งหมายความว่าเหตุที่จะนำมาอ้างต้องเป็นเหตุที่เกี่ยวข้องแก่คดีหรือเกี่ยวกับตัวผู้กระทำนั้นและเป็นเหตุพอที่จะทำให้โทษที่จะต้องลงแก่ผู้กระทำความผิดบรรเทาลงได้ โดยบทบัญญัติในวรรคที่สองได้ให้ตัวอย่างไว้หลายกรณี อาทิ เป็นผู้เฒ่าชราเบาปัญญา หรือให้ความรู้แก่ศาลเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา เป็นต้น ในความหมายทั่วไปก็คือเหตุลดโทษนั่นเอง แต่เป็นเหตุลดโทษที่รวมเหตุอันควรปราณีต่างๆ ไว้หลายกรณี จึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นเหตุลดโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการทั่วไป ส่วนเหตุลดโทษในมาตราอื่นๆ ที่ระบุเหตุไว้อย่างเฉพาะเจาะจงก็เป็นเหตุลดโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ

¹³⁰ ศิริพร กาญจนสูตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 128*, น.22-23.

จึงเห็นได้ว่า คำว่า “เหตุบรรเทาโทษ” ก็เป็นเหตุหนึ่งใน “เหตุลดโทษ” แม้กฎหมายจะใช้คำต่างกัน แต่ก็เป็เหตุที่ศาลเห็นว่าควรลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด เช่นเดียวกัน “เหตุลดโทษ” จึงมีความหมายอย่างกว้าง ซึ่งครอบคลุมถึง “เหตุบรรเทาโทษ” ด้วย ดังนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงเลือกใช้คำว่า “เหตุลดโทษ” อันมีความหมายอย่างกว้าง ครอบคลุมและจะเป็นประโยชน์ในการศึกษามากกว่าการใช้คำว่า “เหตุบรรเทาโทษ” ซึ่งมีความหมาย อย่างแคบ

ประการที่สอง หากพิจารณาจะเห็นว่า การที่เหตุบรรเทาโทษ ตามมาตรา 78 ใช้คำว่า “เหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามึลักษณะทำนองเดียวกัน” นั้น นอกจากกฎหมายต้องการเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ก็เป็นเพราะกฎหมายเล็งเห็นว่าใน บางกรณีเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดีอาจมีเหตุอันควรปราณีไต่ที่ผู้กระทำความผิดสมควร ได้รับการลดโทษ แต่กฎหมายไม่อาจบัญญัติให้ครอบคลุมได้ทุกกรณี จึงจำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นการ อย่างกว้าง และใช้ศาลเป็นกลไกในการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปอย่างเหมาะสมและยุติธรรม ดังนี้ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่า เหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนรับร่วมในการเกิดอาชญากรรมนั้น จะสามารถนำมาปรับใช้ กับเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามึลักษณะทำนองเดียวกันได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาต่อไป

(2) ขอบเขตการบังคับใช้เหตุลดโทษในปัจจุบัน

เนื่องด้วยกฎหมายอาญาไทยนั้น ไม่ได้ให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาในการ กำหนดโทษอย่างอิสระ กล่าวคือ การกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้นยังอยู่ภายในกรอบของอัตรา โทษขั้นสูงและขั้นต่ำตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นในตัวกฎหมายเองเพื่อเปิดช่องให้ การกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดในบางลักษณะนั้นสามารถกระทำได้อย่างเหมาะสม จึงต้องบัญญัติ กฎหมายให้สามารถลดโทษกับผู้กระทำความผิดในบางลักษณะดังกล่าวได้¹³¹ และโดยที่เหตุลดโทษ ตามกฎหมายอาญานั้นมีหลายประเภท การใช้ดุลพินิจในการพิจารณาลดโทษของศาลไทยจึงสามารถ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือกรณีที่ไมเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจและกรณีที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

- **กรณีที่ไมเปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจ** เป็นกรณีที่เมื่อมีเหตุลดโทษ ตามที่กฎหมายกำหนดเกิดขึ้น ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจไมลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดรายนั้นได้ หรือ เรียกอีกอย่างว่าเป็นการบังคับลดโทษนั่นเอง เหตุลดโทษกรณีนี้ศาลต้องลดโทษให้แก่ผู้กระทำ

¹³¹ โอฬาร กุลวิจิตร และ อมรพจน์ กุลวิจิตร, เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลด โทษ เหตุรอการลงโทษและรอการกำหนดโทษ, (กรุงเทพมหานคร : ร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมาย ปณรัชช, 2552), น.117.

ความผิดเสมอ ได้แก่ การกระทำความผิดของเด็กอายุกว่า 15 ปี แต่ต่ำกว่า 18 ปี ตามมาตรา 75 ที่เปิดโอกาสให้ศาลวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรก็ให้จัดการตามวิธีการสำหรับเด็ก แต่ถ้าศาลเห็นสมควร จะต้องลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่งเสมอ ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่ลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้

- **กรณีที่เปิดโอกาสให้ศาลใช้ดุลพินิจ** เป็นกรณีที่เมื่อมีเหตุลดโทษตามที่กฎหมายกำหนดเกิดขึ้น ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้ ซึ่งศาลอาจจะลดหรือไม่ลดโทษให้ผู้กระทำความผิดก็ได้ แต่ศาลจะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดเลยไม่ได้ กรณีนี้ได้แก่ ความไม่รู้กฎหมาย มาตรา 64 คนวิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง มาตรา 65 วรรคสอง คนมีเมมาซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง มาตรา 66 ป้องกัน จำเป็นเกินขอบเขต มาตรา 69 การกระทำความผิดเกี่ยวทรัพย์บางมาตรา ระหว่างญาติสนิท มาตรา 71 วรรคสอง บันดาลโทษสาหัส มาตรา 72 การกระทำของเด็กอายุตั้งแต่ 18 ปี แต่ยังไม่เกิน 20 ปี มาตรา 76 และเหตุบรรเทาโทษ มาตรา 78

จะเห็นว่าจากการศึกษาเหตุลดโทษในประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้น มิได้ระบุเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมไว้เป็นเหตุลดโทษ แต่จากการศึกษาพบข้อเท็จจริงที่ผู้เสียหายมีลักษณะของการขาดความระมัดระวังซึ่งมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมเกิดขึ้นในสังคมไทยอย่างเห็นได้ชัด โดยอาจมีสาเหตุมาจากพฤติกรรมนิสัยของชนชาติไทยส่วนใหญ่ขาดความตระหนักถึงประโยชน์ส่วนรวมและมีความเห็นแก่ความสะดวกสบายของตนเป็นสำคัญ ทำให้ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดำเนินชีวิต ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายหรือคำพิพากษากลับมิได้มีการคำนึงถึงข้อเท็จจริงประการนี้ ทำให้อาชญากรรมหรือการกระทำผิดในลักษณะที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วม เช่นนี้ยังคงพบเห็นอยู่เรื่อยมา

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเหตุลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาไทยพบว่ามาตรา 78 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเหตุบรรเทาโทษนั้นพอจะมีลักษณะที่ใกล้เคียงที่สุดเนื่องจากเป็นเหตุอันควรปราณีแก่ผู้กระทำความผิดเป็นการทั่วไป แต่บทบัญญัติในมาตรา 78 นั้นหากพิจารณาจะเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้กระทำความผิดทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้กระทำความผิดเคยทำคุณงามความดีมาก่อน หรือผู้กระทำทำให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา ซึ่งเป็นคนละเหตุกับกรณีที่ผู้เสียหายเป็นคนประมาทไม่ใช้ความระมัดระวังเสียเอง อันเป็นเหตุเกี่ยวกับตัวผู้เสียหาย อีกทั้งมาตรา 78 ยังขาดความเป็นเอกภาพเพราะให้เป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งหมายความว่าศาลจะใช้หรือไม่ก็ได้ อีกทั้งเกณฑ์ในการนำมาใช้ก็ยังไม่มีความชัดเจนพอ จึงจำเป็นต้องศึกษาเพื่อวางหลักเกณฑ์ในการนำเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาใช้เป็นเหตุลดโทษต่อไป

บทที่ 3

การพิจารณาเหตุผลโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเหตุผลโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมแล้วนั้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงกฎหมายในต่างประเทศเพื่อจะได้นำมาปรับใช้กับเรื่องดังกล่าวต่อไป

3.1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์

3.1.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในกลุ่มประเทศซีวิล ลอว์ ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศหนึ่งที่มีวิวัฒนาการในเรื่องการกำหนดโทษและการลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิดเด่นชัด และอาจกล่าวได้ว่าหลัก Individualization ได้เกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศฝรั่งเศสและได้แพร่หลายไปยังประเทศอื่นๆ ในเวลาต่อมา

3.1.1.1 แนวทางในการกำหนดโทษและลดโทษกรณีทั่วไป

อัตราโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้น มีความสัมพันธ์กับการแบ่งประเภทความผิดอย่างชัดเจน ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาไว้อย่างมีเอกลักษณ์และเป็นระบบ เรียกว่า การแบ่งประเภทความผิดแบบไตรภาค (Tripartite Classification) โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ดังต่อไปนี้¹

- 1) ความผิดอุกฤษฏ์โทษ (Les crimes)
- 2) ความผิดมัชฌิมโทษ (Les délits)
- 3) ความผิดลหุโทษ (Les contraventions)

¹ ปณณวิช ประจวบลาภ, “ดุลยพินิจของศาลในการลดโทษ : ศึกษากรณีจำเลยให้ข้อมูลสำคัญในคดียาเสพติด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น.65.

การแบ่งประเภทของโทษเช่นนี้ นอกจากจะทำให้สามารถจัดกลุ่มประเภทความผิดตามความร้ายแรงของโทษอย่างเป็นระบบแล้ว ยังมีความสัมพันธ์อย่างสอดคล้องกับการดำเนินคดีของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ตั้งแต่ชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล ซึ่งการแบ่งกลุ่มเช่นนี้ทำให้ผู้ศึกษากฎหมายอาญาฝรั่งเศสสามารถทราบได้ทันทีที่ดูอัตราโทษสำหรับความผิดฐานใดฐานหนึ่งว่าความผิดฐานนั้นอยู่ในกลุ่มประเภทความผิดอุกฤษฏ์โทษ มัชฌิมโทษ หรือลหุโทษ และสามารถทราบได้ทันทีว่าการดำเนินคดีดังกล่าวจะเริ่มต้นที่ใครและมีกระบวนการดำเนินคดีอย่างไร ศาลไหนเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นๆ และมีกระบวนการพิจารณาคดีในศาลอย่างไร²

การกำหนดโทษจำคุกสำหรับความผิดอุกฤษฏ์โทษและความผิดมัชฌิมโทษตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันไม่ได้กำหนดอัตราโทษจำคุกขั้นต่ำไว้ จะมีเพียงแต่อัตราโทษขั้นสูงสุดที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดได้ แสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้การลงโทษอยู่ในดุลพินิจของผู้พิพากษาอย่างเต็มที่ในการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ซึ่งสอดคล้องกับหลักการพิจารณาลักษณะของการกระทำความผิดและพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเพื่อใช้ประกอบการลงโทษ³

ในกระบวนการกำหนดโทษแก่จำเลยนั้น บุคคลที่มีบทบาทสำคัญอีกคนหนึ่งก็คือพนักงานอัยการ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสถือว่าอัยการมีสถานะเป็นตุลาการด้วย แต่เป็นเพียงผู้ฟ้องคดีเท่านั้น จึงไม่สามารถที่จะใช้มาตรการที่มีลักษณะของการลงโทษได้ดังเช่นศาล แต่การดำเนินคดีอาญาของฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้แยกการสอบสวนออกจากการฟ้องร้องคดี ดังนั้นผู้ที่มีอำนาจสอบสวนและฟ้องคดีอาญาคือ พนักงานอัยการ ซึ่งเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐอย่างแท้จริง พนักงานอัยการจึงเป็นพนักงานสอบสวน มีอำนาจสอบสวนและควบคุมรับผิดชอบการสอบสวนทั้งหมด โดยจะทำการสอบสวนเองหรือมอบหมายให้ตำรวจทำการสอบสวนก็ได้ แต่ทั่วไปแล้วอัยการจะมอบหมายให้ตำรวจฝ่ายคดีดำเนินการสอบสวนแทน โดยอัยการเป็นผู้กำหนดทิศทางและกำกับดูแล ซึ่งในการสอบสวน ตำรวจจะทำรายงานเกี่ยวกับความผิดของผู้กระทำผิดและรวบรวมหลักฐานในการกระทำผิด ประวัติภูมิหลัง ตลอดจนข้อเท็จจริงต่างๆ เกี่ยวกับตัวจำเลยทั้งที่เป็นผลดีและผลร้าย เมื่อทำการสอบสวนเสร็จก็จะส่งรายงานให้กับอัยการ ถ้าอัยการเห็นว่ารายละเอียดเกี่ยวกับประวัติภูมิ

² เฟ็งอ้าง, น.65-66.

³ เฟ็งอ้าง, น.66.

หลังของจำเลยยังไม่ครบถ้วนหรือพยานหลักฐานในการกระทำความผิดยังไม่เพียงพอ อัยการมีอำนาจสอบสวนเพิ่มเติมเองหรือให้ตำรวจฝ่ายคดีดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติมแทนก็ได้⁴

อัยการอาจไม่ฟ้องคดีเมื่อเห็นว่าความผิดนั้นเป็นเรื่องเล็กๆ น้อยๆ ไม่คุ้มค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีและการกระทำนั้นไม่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรง เช่น การล่าสัตว์ในที่ดินของผู้อื่น เป็นต้น หรือเป็นความผิดที่มีโทษปรับอย่างเดียวที่กระทำโดยผู้กระทำผิดอายุน้อย และเป็นกรกระทำผิดครั้งแรก โดยผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดแล้ว เหล่านี้เป็นต้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยจากสำนวนสอบสวนจะมีผลต่อการใช้ดุลยพินิจสั่งคดีของอัยการว่าสมควรสั่งฟ้องหรือไม่ และถ้าเห็นสมควรสั่งฟ้อง อัยการก็มีอำนาจเสนออตราโทษที่เหมาะสมกับจำเลยต่อศาลเพื่อประกอบในการกำหนดโทษได้⁵

อัยการของฝรั่งเศสได้เข้ามามีบทบาทในการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดชั้นโทษด้วย โดยจะมีการบรรยายคำขอไว้ท้ายฟ้องเพื่อขอให้ศาลลงโทษกำหนดอตราโทษที่พนักงานอัยการขอไว้ และหากพนักงานอัยการเห็นว่าโทษที่ศาลกำหนดให้แก่จำเลยไม่เหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดี พนักงานอัยการก็อาจพิจารณาใช้สิทธิอุทธรณ์ ฎีกาคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าวต่อไปได้ ซึ่งบทบาทของพนักงานอัยการในกรณีดังกล่าวนี้ เป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความมากยิ่งขึ้นด้วย เมื่ออัยการสั่งไม่ฟ้องคดีเมื่อเห็นว่าผู้ต้องหาไม่ได้ทำผิด พยานหลักฐานไม่เพียงพอ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะในการขอให้มีการสอบสวน อัยการต้องยื่นคำร้องให้ผู้พิพากษาได้สวนคดีนั้นก่อนที่จะตัดสินว่าจะยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลหรือไม่⁶

โดยในการได้สวนคดีโดยผู้พิพากษานั้น ประเภทคดีในความผิดอาญาชั้นอุกฤษฏ์โทษ กฎหมายบังคับให้ผู้พิพากษาศาลได้สวน ต้องดำเนินการสอบสวนเกี่ยวกับภูมิหลังของผู้ต้องหาก่อนที่จะดำเนินการส่งฟ้องจำเลยต่อศาลที่มีอำนาจตัดสิน หรือดำเนินการสั่งไม่ฟ้อง ส่วนในความผิดอาญาชั้นอื่น กฎหมายไม่ได้บังคับไว้ จึงเป็นดุลยพินิจของผู้พิพากษาศาลได้สวนจะเห็นสมควร⁷

⁴ เฟิ่งอ๋าง, น.66.

⁵ เฟิ่งอ๋าง, น.66-67.

⁶ เฟิ่งอ๋าง, น.67.

⁷ เฟิ่งอ๋าง, น.67.

กฎหมายฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างของการเพิ่มบทบาทของผู้พิพากษาในการลงโทษและกระบวนการภายหลังคำพิพากษา ศาลควรจะเป็นกลไกสำคัญในการปรับบทลงโทษและบังคับโทษให้เหมาะสมกับลักษณะของการกระทำความผิดและพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด และบทบาทดังกล่าวควรต่อเนื่องจนกระทั่งผู้กระทำความผิดพ้นจากการลงโทษหรือคุมประพฤติภายหลังคำพิพากษา ซึ่งในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสนั้น หลังจากที่ผู้พิพากษาได้ตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว บทบาทของผู้พิพากษาฝรั่งเศสยังไม่สิ้นสุด ในชั้นบังคับโทษ กฎหมายฝรั่งเศสยังได้กำหนดให้มีผู้พิพากษาบังคับโทษมาทำหน้าที่พิจารณาการปรับการบังคับโทษให้เหมาะสมจนกระทั่งผู้กระทำความผิดได้รับอิสรภาพ⁸

ประเทศฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติเรื่องเหตุบรรเทาโทษไว้โดยตรงเหมือนกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78 ของไทย แต่มีเหตุที่เกี่ยวกับการกำหนดโทษของศาลในทางลดหย่อนโทษ ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ คือ⁹

1. Les excuses หมายถึง เหตุยกเว้นโทษ จะมีได้ 2 กรณี คือ

(ก) Les excuses absolutoires เป็นข้ออ้างเพื่อยกเว้นโทษที่ใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด เช่น ผู้กระทำได้แจ้งเจ้าหน้าที่ล่วงหน้าว่าจะมีการก่อการร้ายเกิดขึ้น หรือ ผู้กระทำความผิดได้ช่วยให้เจ้าหน้าที่จับผู้กระทำความผิดรายอื่นได้ เป็นต้น และเป็นข้ออ้างที่ผู้กระทำความผิดยกขึ้นเพื่อให้ได้รับการยกเว้นโทษ

(ข) Les excuses atténuantes เป็นข้ออ้างที่เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยกว่าโทษขั้นต่ำตามกฎหมาย เช่น ข้ออ้างเรื่องความอ่อนวัย ข้ออ้างเรื่องความชั่วร้าย ผลจากการมีข้ออ้างเหล่านี้ ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยลง กล่าวคือ หากเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษอุกฤษฏ์โทษก็จะเปลี่ยนเป็นมัชฌิมโทษ และถ้าเป็นความผิดที่มีโทษมัชฌิมโทษก็จะเปลี่ยนเป็นลหุโทษ ส่วนความผิดที่เป็นลหุโทษจะไม่ได้รับประโยชน์จากข้ออ้างดังกล่าว

2. Les circonstances atténuantes หมายถึง เหตุบรรเทาโทษ โดยตรง แต่มีความหมายไม่ตรงกับความหมายในประเทศอื่นๆ โดยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

⁸ เฟ็งอ้าง, น. 67.

⁹ ชัยพร สมบุญวงศ์, กฎหมายอาญาฝรั่งเศส, ม.ป.ท., ม.ป.ป., น.76. อ้างถึงใน นฤมล อังคณาภิวัฒน์, “เหตุบรรเทาโทษ : ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการใช้ในศาลไทยกับศาลต่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น.15-16.

มาตรา 463 ได้บัญญัติไว้แต่เพียงว่า เมื่อมีเหตุบรรเทาโทษให้อยู่ในดุลยพินิจอิสระของผู้พิพากษาที่จะพิจารณาพิพากษาลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยไม่ได้รับรู้ไว้ว่าจะไร้อำนาจที่เป็นเหตุบรรเทาโทษ ดังนั้นจึงเป็นที่เข้าใจกันว่าเหตุอื่นที่ไม่ได้รับรู้ไว้ให้เป็น *Les excuses atténuantes* ถือว่าเป็นเหตุบรรเทาโทษทั้งสิ้น

ในทางปฏิบัติเหตุที่ศาลฝรั่งเศสมักจะถือเป็นเหตุบรรเทาโทษ ได้แก่ การประพฤติดีมาก่อน หรือในวัยเด็กอยู่ในครอบครัวที่ไม่ปกติสุข หรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคม หรือสิ่งแวดล้อมที่ไม่ดี หรือการกระทำผิดนั้นไม่ก่อความเสียหายมากนัก หรือการกระทำนั้นเกิดจากการที่เหยื่อเป็นผู้ช่วยทำให้เกิดการกระทำความผิด เหตุเหล่านี้ศาลฝรั่งเศสมักจะหยิบยกมาลดโทษให้จำเลยอยู่เสมอ จึงเห็นได้ว่าเหตุบรรเทาโทษในความหมายของประเทศฝรั่งเศสมีความหมายกว้าง และมักเป็นเหตุที่เกี่ยวข้องใน 3 ประการด้วยกัน คือ¹⁰

ก. เหตุที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด เช่น การกระทำผิดนั้นก่อความเสียหายน้อย หรือเป็นการสมรู้ร่วมคิดซึ่งผู้กระทำมีบทบาทน้อย

ข. เหตุเกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิด เช่น สภาพจิตใจไม่ดี เมาสุรา ความไม่รู้กฎหมาย สำหรับความมีเมตตาตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส อาจเป็นได้ทั้งเหตุบรรเทาโทษและเหตุที่ทำให้รับโทษหนักขึ้น ทั้งนี้แล้วแต่ดุลยพินิจของศาล โดยศาลจะวินิจฉัยโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมแห่งการกระทำผิดเป็นกรณีๆ ไป

ค. เหตุที่เกี่ยวกับผู้ถูกระทำ เช่น ไปยั่วโทษหรือมีความสัมพันธ์ทางญาติกับผู้กระทำผิด

อย่างไรก็ตาม มาตรา 463 เรื่อง *les circonstances atténuantes* ที่เคยปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาเดิมที่ใช้กันมานานมาก มีปัญหาที่เกิดขึ้นคือเหตุที่จะนำมาลดโทษนั้นไม่มีการนิยาม จึงทำให้มีการอ้างเหตุอย่างกว้างขวางนั้น ต่อมาเมื่อมีการจัดประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใหม่ ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันที่ประกาศใช้ในปี 1992 มาตรา 463 จึงถูกยกเลิกไป โดยประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันได้เปลี่ยนรูปแบบการกำหนดโทษต่างไปจากเดิม ดังนี้

1. กำหนดหมวดขึ้นมามาหนึ่งหมวด คือ เหตุที่ไม่ต้องรับผิดชอบหรือเหตุบรรเทาโทษ (*Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité*) ไว้ในมาตรา

¹⁰ นฤมล อังคณาภิวัฒน์, “เหตุบรรเทาโทษ : ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการใช้ในศาลไทยกับศาลต่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น.16-17.

122-1 ถึง 122-9¹¹ เช่น เรื่องการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำโดยจำเป็น เหตุจากความ ผิดปกติทางจิตจนไม่สามารถควบคุมตนเองได้อย่างสิ้นเชิง เป็นต้น

2. ยกเลิกโทษขั้นต่ำ ให้เหลือเพียงแต่โทษขั้นสูงในแต่ละฐานความผิด ดังนั้น กฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันจะให้ดุลยพินิจของผู้พิพากษามากกว่าจะลงโทษเท่าไรก็ได้ ภายใต้ เพดานขั้นสูงที่กฎหมายกำหนด และภายใต้แนวคิดใหม่ คือ เรื่องการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับแต่ละ บุคคล (le principe de la personnalisation des peines) โดยในการกำหนดโทษของผู้ พิพากษาจะพิจารณาจากสองส่วนที่สำคัญคือ (1) รายงานสืบเสาะพฤติกรรม (dossier personnalité) และ (2) ประวัติการกระทำความผิด ซึ่งโดยหลักให้เป็นดุลยพินิจศาลเต็มที่ ยกเว้นในบางกรณีเท่านั้น ที่กฎหมายบังคับ เช่น สำหรับความผิดที่มีโทษจำคุกตลอดชีวิตตามกฎหมาย ผู้พิพากษาจะต้องไม่ลด โทษจนกระทั่งเหลือโทษจำคุกต่ำกว่าสองปี (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 132-18) เป็นต้น

3.1.1.2 การกำหนดโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

จากการศึกษากฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันพบว่า เหตุที่ไม่ต้องรับ ผิดหรือเหตุบรรเทาโทษ (Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité) ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 122-1 ถึง 122-9 นั้น มิได้นำเอาเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมใน การเกิดอาชญากรรมมาบัญญัติไว้ให้เป็นเหตุที่ไม่ต้องรับผิดหรือเหตุบรรเทาโทษในกฎหมายอาญาด้วย ดังนั้นหากเป็นกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมแล้วนั้น เท่าที่ผู้เขียนได้ศึกษามายังไม่ พบตัวบทกฎหมายที่เป็นบทเฉพาะสำหรับกรณีดังกล่าว จึงเห็นว่าหากศาลจะใช้ก็คงนำบททั่วไปมา ปรับใช้แก่พฤติการณ์แห่งคดี โดยพิจารณาจาก (1) รายงานสืบเสาะพฤติกรรม (dossier personnalité) และ (2) ประวัติการกระทำความผิด เพื่อให้การกำหนดโทษของผู้กระทำความผิด เป็นไปตามหลักเรื่องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับแต่ละบุคคล (le principe de la personnalisation des peines)

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจในคดี Cour de Cassation, Chambre MIXTE, du 28 janvier 1972, N°70-90.072¹² ซึ่งเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่อง

¹¹ “Penal Code, Titre II : De la responsabilité pénale, Article 122-1 – 122-9,” Retrieved on April 18, 2016, from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180604>.

อาญา มีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่า นาย X ขับรถยนต์ด้วยความเร็ว 90 กิโลเมตรต่อชั่วโมง ในเวลา กลางคืน ขณะเมาสุราและเพิ่งได้รับใบอนุญาตขับขี่เพียงสามวันเท่านั้น จากนั้นรถยนต์ที่เขาขับเกิด เสียหลักพุ่งชนเข้ากับต้นไม้ เป็นเหตุให้นาย Y และนาย Z ที่นั่งโดยสารมาอยู่กับเขาด้วยเสียชีวิต จาก ข้อเท็จจริงพบว่า นาย Y และนาย Z ทราบที่อยู่แล้วว่านาย X นั้นเมาสุราขณะขับรถยนต์

คดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า เนื่องจากนาย Y และนาย Z รู้หรือควรรู้ว่านาย X นั้นเมาขณะขับรถยนต์เพราะพวกเขาอยู่กับนาย X ในตอนนั้น ความผิดพลาดในตอนนั้นจึงมีผล สัมพันธ์กับความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงเห็นสมควรให้มีการแบ่งส่วนความรับผิดชอบต่อกันในคดีนี้

จะเห็นว่าคดีนี้ ศาลฝรั่งเศสมีการคำนึงถึงพฤติกรรมหรือการกระทำของ ผู้เสียหายที่มีลักษณะประมาทหรือโดยอำนวยการความสะดวกให้เกิดการกระทำผิดได้ง่ายขึ้นจึงมี ส่วนในการเกิดอาชญากรรม และนำพฤติการณ์ดังกล่าวมาใช้ประกอบการพิจารณากำหนดโทษให้กับ จำเลย

นอกจากนี้ผู้เขียนยังพบว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ของฝรั่งเศส มาตรา 706-3¹³ นั้น มีการกล่าวถึงเรื่องการเรียกค่าเสียหายเยียวยาจากการกระทำผิด ทางอาญา โดยกฎหมายอนุญาตให้ศาลสามารถปฏิเสธหรือลดจำนวนเงินค่าเสียหายได้หากว่าการ กระทำความผิดนั้นเกิดจากผู้เสียหายเอง (Compensation may be refused or its amount reduced if the victim is at fault.)

อย่างไรก็ตาม แม้ยังไม่พบการนำเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนในการเกิด อาชญากรรมไปใช้ในคำพิพากษาศาลในคดีอาญา แต่จากประมวลกฎหมายวิธีอาญาที่ให้ผู้เสียหายเฉลี่ย ค่าเสียหายจากการทำความผิดทางอาญาได้ ก็ให้เห็นถึงแนวคิดทางแพ่งที่มองเรื่องการเฉลี่ยความ รับผิดชอบและมองว่าคดีอาญาเฉลี่ยความรับผิดชอบไม่ได้ แต่ก็มีแนวโน้มว่าจะเป็นไปในทำนองเดียวกันหาก เป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องอาญา ซึ่งเห็นถึงแนวโน้มของการมีแนวคิดเช่นนี้อยู่

¹² “Cour de Cassation, Chambre MIXTE, du 28 janvier 1972, N°70-90.072,” Retrieved on March 30, 2015, from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?Id Texte=JURITEXT000006987347>.

¹³ “Code of Criminal Procedure, Title XIV, Compensation proceedings open to certain victims of damages caused by offence, Article 706-3,” Retrieved on April 18, 2016, from https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1958/13719/version/3/file/Code_34.pdf.

3.1.2 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นอีกประเทศหนึ่งในกลุ่มประเทศซีวิล ลอร์ ที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าศึกษาถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้เหตุผลหย่อนผ่อนโทษในประเทศนี้

3.1.2.1 แนวทางการกำหนดโทษและลดโทษกรณีทั่วไป

การกำหนดโทษของศาลในประเทศเยอรมนีเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี (Strafgesetzbuch หรือ StBG) มาตรา 46 ที่ได้กล่าวถึงการกำหนดโทษของศาล ซึ่งในการพิจารณาเหตุต่างๆ ที่เป็นเหตุบรรเทาโทษ ก่อนที่ศาลจะทำการกำหนดโทษนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่าเหตุใดบ้างเป็นเหตุบรรเทาโทษตามกฎหมาย หากแต่ในทางปฏิบัติถือว่าเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติให้ศาลนำไปประกอบการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษแก่จำเลยเท่านั้น ซึ่งเมื่อศาลจะทำการกำหนดโทษ ศาลต้องยึดหลักตามมาตรา 46 ดังกล่าว ซึ่งบัญญัติไว้ดังนี้¹⁴

“มาตรา 46 การกำหนดโทษให้ศาลพิจารณา

1) ความชั่วของผู้กระทำผิดเป็นพื้นฐานสำหรับการกำหนดโทษ ผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการลงโทษสำหรับการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคตของผู้กระทำผิดจะต้องถูกนำมาพิจารณาประกอบด้วย

2) ในการกำหนดโทษนั้น ให้ศาลใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงในคดีที่เป็นทั้งผลดีและผลร้ายแก่ผู้กระทำผิด ดังต่อไปนี้

(1) มูลเหตุจูงใจและเป้าหมายที่วางไว้ของผู้กระทำผิด

(2) ความรู้สำนึกที่แสดงให้เห็นจากการกระทำ และสภาวะจิตใจในขณะกระทำ

(3) ความร้ายแรงของความผิด

(4) ลักษณะของความผิดและผลร้ายที่แสดงถึงความชั่วของผู้กระทำผิด

(5) ประวัติของผู้กระทำผิด สถานภาพทางสังคมและฐานะทางเศรษฐกิจ

(6) ความประพฤติภายหลังการกระทำผิด โดยเฉพาะการพยายาม

บรรเทาความเสียหายและการชดเชยค่าเสียหาย

3) พฤติการณ์ที่เป็นองค์ประกอบความผิด ไม่ต้องนำมาพิจารณา”

นอกจากศาลเยอรมนีต้องพิจารณาถึงปัจจัยต่างๆ ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว อัยการในเยอรมนียังเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่มีบทบาทในการรวบรวมข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวกับตัวจำเลยมาเสนอต่อศาลและเข้าสู่ความรู้ของศาล ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ

¹⁴ ปณณวิช ประจวบลาภ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.71.

อาญาเยอรมนี (Strafprozessordnung หรือ StPO) มาตรา 160 II หรือ III ที่ได้บัญญัติเรื่องข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยไว้ดังนี้¹⁵

“มาตรา 160 II อัยการมีหน้าที่ต้องรวบรวมพยานหลักฐานไม่เพียงแต่ที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาเท่านั้น แต่ต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาด้วย เพื่อนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาคดี และต้องพิจารณาถึงผลเสียหายที่อาจเกิดขึ้นด้วย

III อัยการต้องสอบสวนขยายคลุมไปถึงพฤติการณ์ต่างๆ ที่มีความสำคัญต่อการกำหนดโทษของศาล หรือการรอกการลงโทษ โดยวิธีการคุมประพฤติ และการมีคำสั่งใดๆ เพื่อป้องกันและแก้ไขผู้กระทำผิดด้วย”

ดังนั้นพนักงานอัยการจึงมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อประโยชน์แก่จำเลย โดยการเสนอพยานหลักฐานทั้งในส่วนที่เป็นคุณและเป็นโทษต่อจำเลยให้ศาลพิจารณา ซึ่งในการบรรยายฟ้องของพนักงานอัยการ พนักงานอัยการจะเสนอความเป็นมา ความประพฤติ และข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดอย่างกว้างขวาง เพื่อให้ศาลนำมาประกอบการใช้ดุลยพินิจกำหนดโทษด้วย¹⁶

หน้าที่อีกหน้าที่หนึ่งที่เด่นชัดของพนักงานอัยการในการคุ้มครองสิทธิของคู่ความ ได้แก่ หน้าที่ในการเสนอความเห็นเกี่ยวกับโทษ (Stellungnahme des Staatsanwalts หรือ Recommendation of Sentence) กล่าวคือ พนักงานอัยการจะเสนออัตราโทษที่ตนเห็นว่าเหมาะสมที่จะลงแก่จำเลยต่อศาลด้วย ยกตัวอย่างเช่น ขอให้ลงโทษจำคุกจำเลยเป็นเวลา 5 ปีหรือ 10 ปี หรือเสนอความเห็นว่าการรอกหรือไม่รอกการลงโทษสำหรับจำเลยรายนี้ เป็นต้น ในการพิจารณาคดีของศาล หลังจากที่มีการสืบพยานเสร็จสิ้นแล้ว พนักงานอัยการในฐานะทนายความผู้รักษาประโยชน์ของสาธารณะ จะมีคำแถลงการณ์ปิดคดีภายหลังการสืบพยานเสร็จทุกครั้ง เพื่อเป็นการสิ้นสุดการเสนอข้อเท็จจริงในศาล พร้อมทั้งเสนออัตราโทษ ซึ่งในการเสนออัตราโทษนี้ พนักงานอัยการจะต้องฟังข้อเท็จจริงในการสืบพยานและพยานหลักฐานต่างๆ ในคดี รวมทั้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวจำเลยด้วย เพราะข้อเท็จจริงต่างๆ เหล่านี้จะมีผลต่อการกำหนดโทษเบื้องต้นของพนักงานอัยการ¹⁷

โดยปกติความเห็นของพนักงานอัยการดังกล่าว จะมีอิทธิพลต่อการกำหนดโทษจำเลยอย่างมาก เพราะศาลมักจะลงโทษจำเลยโดยคำนึงถึงอัตราโทษที่พนักงานอัยการเสนอมา แต่อย่างไรก็ดีความเห็นของพนักงานอัยการก็ได้เป็นข้อสรุป หรือข้อผูกมัดที่ศาลจะต้อง

¹⁵ เฟิ่งอ๋าง, น.71-72.

¹⁶ เฟิ่งอ๋าง, น.72.

¹⁷ เฟิ่งอ๋าง, น.72.

ยึดถือปฏิบัติตาม ซึ่งในทางปฏิบัติหากศาลไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอแนะของพนักงานอัยการเกี่ยวกับอัตราโทษที่จำเลยสมควรได้รับ ศาลก็มักจะลงโทษเบากว่าอัตราโทษที่พนักงานอัยการเสนอมา¹⁸

แต่ถ้าในกรณีที่ศาลลงโทษหนักกว่าโทษที่พนักงานอัยการเสนอมา หรือเป็นกรณีเป็นการลงโทษจำเลยหนักเกินไป ซึ่งถ้าพนักงานอัยการเห็นว่า การดำเนินคดีอาญาของศาลทำให้เกิดความเสียหายแก่จำเลย พนักงานอัยการก็สามารถอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นไปยังศาลสูงในนามของผู้ถูกกล่าวหาในเรื่องอัตราโทษได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าว ถือเป็น การตรวจสอบความถูกต้องและเป็นการถ่วงดุล (Check and Balance) การใช้ดุลยพินิจของศาลไปในตัวด้วย¹⁹

นอกจากนี้เคยมีข้อเสนอแนะที่เป็นแนวทางให้ศาลเยอรมนีนำไปใช้ประกอบการใช้ดุลยพินิจกำหนดโทษผู้กระทำความผิด คือ Alternative Draft of the German Penal Code 1977 แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ไม่ผูกมัดศาลที่ต้องปฏิบัติตาม ดังเช่นในข้อ 59 และข้อ 61 ที่กล่าวไว้ดังนี้²⁰

“ข้อ 59 หลักการสำหรับมาตรการในการลงโทษ

1) ความน่าตำหนิของความผิด จะเป็นตัวชี้ถึงความรุนแรงในการลงโทษ ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งเหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ องค์ประกอบความผิดตามกฎหมายและผลที่เกิดขึ้นตามมาโดยไม่คาดคิดจากการกระทำความผิด จะไม่นำมาพิจารณาในขั้นนี้ แต่จะพิจารณาเฉพาะเนื้อหาของความน่าตำหนิที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินเท่านั้น

2) การลงโทษจะต้องไม่เกินความจำเป็น เพื่อให้โอกาสผู้กระทำความผิดอยู่ในสังคม และขณะเดียวกันก็เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของกฎหมายด้วย”

“ข้อ 61 บทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับวิธีการสำหรับการลดโทษ

1) ถ้าหากจะต้องลงโทษตามบทบัญญัติกฎหมายที่อนุญาตในเรื่องการลดโทษ ศาลจะต้องพิจารณาโดยใช้หลักต่อไปนี้

(1) โทษจำคุกตลอดชีวิตให้ลดโทษลงเป็นโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 3 ปี

(2) ในกรณีที่มีโทษจำคุกต่ำกว่าตลอดชีวิต อัตราโทษขั้นสูงสุดจะต้องไม่เกิน 3 ใน 4 ของอัตราโทษสูงสุดตามกฎหมาย และในกรณีที่โทษปรับ ให้ใช้หลักเดียวกันปรับใช้สำหรับอัตราขั้นสูง

(3) การเพิ่มระยะเวลาโทษขั้นต่ำจะต้องเป็นอัตราโทษขั้นต่ำตามกฎหมาย

¹⁸ เฟิ่งอ๋าง, น.72-73.

¹⁹ เฟิ่งอ๋าง, น.73.

²⁰ เฟิ่งอ๋าง, น.73.

2) ในการใช้ดุลพินิจลดโทษ ศาลจะลดโทษให้ตามอัตราโทษขั้นต่ำตามกฎหมาย หรือลดโทษน้อยลงเพียงใดก็ได้”

จึงเห็นได้ว่าการพิจารณากำหนดโทษและการลดโทษของศาลเยอรมนี ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวกับตัวจำเลยด้วย ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านั้น ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายในคดีมีหน้าที่ที่จะต้องทำให้ปรากฏขึ้น รวมทั้งศาลก็มีอำนาจที่จะหาข้อเท็จจริงได้เองด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่จำเลยที่จะได้รับโทษอย่างเหมาะสมกับการกระทำและพฤติการณ์ต่างๆ²¹

3.1.2.2 การกำหนดโทษกรณีและผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

หากพิจารณาตามมาตรา 46 จะเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษ เป็นข้อเท็จจริงที่ใช้พิจารณากับความผิดอาญาทุกๆ ประเภท ในปัจจุบันยังไม่มีทฤษฎีว่าด้วยการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษภาคพิเศษที่จะอธิบายถึงข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่กำหนดไว้เป็นพิเศษ เพื่อใช้กับความผิดอาญารฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ มาตรา 46 (2) ประโยคที่หนึ่ง ผู้พิพากษาจะต้อง ชั่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงแห่งคดีทั้งที่เป็นผลดีและผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำผิด ตามมาตรา 46 (2) ประโยคที่สอง บัญญัติรายการของข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษที่จะต้องถูกนำมาพิจารณา ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจนำไปสู่การลงโทษหนักขึ้นหรือเบาลงโดยเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้อง เป็นผู้กำหนด ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงหลักการใช้ดุลพินิจที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาหรือตามหลักอื่นๆ ที่ได้รับการยอมรับ²²

โดยการคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่จะนำมาใช้ในการกำหนดโทษนั้น จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายและเนื้อหาของความน่าตำหนิของการกระทำ ความผิด คุณลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำผิด ชีวิตที่แล้มาของผู้กระทำผิด และข้อห้ามของการนำข้อเท็จจริงที่ใช้ในการกำหนดโทษมาใช้ซ้ำสอง

ซึ่งหากพิจารณาเนื้อหาของความมิชอบด้วยกฎหมายและเนื้อหาของความน่าตำหนิของการกระทำผิดแล้วนั้น จะพบว่าขนาดของการละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งพิจารณาจากความมากมายของ ความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งต้องพิจารณาทั้งในแง่ของความเสียหายในทางวัตถุ และความเสียหายในทางจิตใจที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดอันจะมีต่อการกำหนดโทษหนักหรือ

²¹ เฟ็งฮ้าง, น.74.

²² สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนาพัฒน์, รายงานการวิจัย เรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ, (กรุงเทพมหานคร : กลุ่มวิจัยและพัฒนา สำนักวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2549), น. 29.

เวลานั้น สิ่งที่จะทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษได้เบาลงก็เช่น ความพยายามของผู้กระทำผิดที่จะชดใช้ค่าเสียหาย รวมทั้งความพยายามของผู้กระทำผิดในอันที่จะทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม และการกระทำของผู้เสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดอยู่ด้วย²³

จึงอาจกล่าวได้ว่า ประเทศเยอรมนีไม่มีกฎหมายที่บัญญัติถึงเรื่องเหตุบรรเทาโทษไว้โดยตรง แต่ปล่อยให้เป็นดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษผู้กระทำผิดภายในกรอบของกฎหมาย และมีแต่เพียงบทบัญญัติที่กำหนดแนวทางในการกำหนดโทษของศาลเอาไว้ซึ่งนำไปใช้กับทุกฐานความผิด ดังที่กล่าวแล้วใน StGB มาตรา 46 ที่กำหนดให้ศาลทำการกำหนดโทษโดยพิจารณาถึงความชั่ว รวมไปถึงผลดีผลร้ายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตจากการกำหนดโทษนั้นและข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่เกี่ยวกับตัวจำเลยเป็นข้อพิจารณา ซึ่งก็รวมถึงการกระทำของผู้เสียหายที่มีส่วนผิดรวมอยู่ด้วย ดังนั้นจึงเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าจำเลยมีเหตุที่สมควรจะได้รับการลดหย่อนหรือไม่เพียงใด เหตุบรรเทาโทษในประเทศเยอรมนีจึงมีความหมายกว้างและหมายถึงเหตุลดโทษในทุกๆ เหตุ

3.2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์

3.2.1 ประเทศอังกฤษ

แต่เดิมประเทศอังกฤษมีการดำเนินคดีแบบต่อสู้คดี คู่ความแต่ละฝ่ายต่างมีหน้าที่ต้องนำพยานของตนเข้าสู้เพื่อพิสูจน์ต่อศาล ศาลจึงไม่มีบทบาทในการค้นหาความจริงมากนัก ประกอบกับมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานอยู่ ทำให้ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับตัวจำเลยรวมทั้งข้อเท็จจริงที่จะเป็นประโยชน์แก่จำเลยในทางลดโทษ มีโอกาสเข้าสู่การรับรู้ของศาลได้น้อยมาก ต่อมาระบบในการพิจารณาคดีของอังกฤษได้มีการแยกขั้นตอนในการดำเนินคดีออกเป็น 2 ส่วนต่างหากจากกัน คือ ขั้นตอนการวินิจฉัยคดี และขั้นตอนในการกำหนดโทษจำเลย

3.2.1.1 แนวทางในการกำหนดโทษและลดโทษกรณีทั่วไป

ในการกำหนดโทษของศาลอังกฤษ ก่อนจะมีการกำหนดโทษ ศาลมีหน้าที่พิจารณาถึงประวัติภูมิหลังของจำเลยตลอดจนข้อเท็จจริงอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ในการกำหนดโทษ แล้วจึงกำหนดโทษลงไป ในขั้นกำหนดโทษนี้ศาลมีความเป็นอิสระในการค้นหาความจริงที่เกี่ยวกับตัวจำเลยอย่างเต็มที่ ทำให้ศาลได้รับข้อมูลเพิ่มเติมและคู่ความมั่นใจได้ว่าได้ข้อมูลที่ถูกต้องซึ่งมีผลช่วยให้การใช้ดุลพินิจกำหนดโทษของศาลกระทำได้อย่างเหมาะสม แต่ขั้นตอนในการกำหนด

²³ เฟิงอ้าง, น.30-31.

โทษนี้จะไม่มีการพิจารณาเต็มรูปแบบและมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการสืบพยานน้อยมาก ดังนั้นพยานต่างๆ ที่จะนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษนี้ แม้เป็นพยานบอกเล่าศาลอังกฤษก็รับฟังได้²⁴

แต่ในปัจจุบันการกำหนดโทษของประเทศอังกฤษนั้นศาลจะดูจาก Sentencing Guidelines ซึ่งเป็นสิ่งที่ช่วยผู้พิพากษาและศาลมาจิสเตรทส์ (Magistrates Courts) ลงโทษที่เหมาะสมสำหรับการกระทำความผิดอาญา โทษที่จะลงก็จะสะท้อนให้เห็นถึงความผิดที่ จำเลยได้กระทำและเหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดย Sentencing Guidelines จะมีช่วงที่กว้างจึงสะท้อนให้เห็นถึงความร้ายแรงในระดับต่างๆ ของความผิดในแต่ละช่วง Sentencing Guidelines ยังเป็นตัวช่วยให้ศาลรู้ว่ามียุติวิธีใดบ้างที่ควรพิจารณาที่จะกำหนดโทษน้อย หรือมากกว่า หรือกำหนดโทษขั้นสูงสุด และนอกจากจะพูดถึงเรื่องการกำหนดโทษแล้ว ยังพูดถึงเรื่องการลดโทษด้วย อาทิเช่น การต่อรองคำรับสารภาพ การที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็ก และความรุนแรง ในครอบครัว เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้ Sentencing Guidelines จะกำหนดโทษไว้ก็ตาม แต่ก็ยังให้ ดุลยพินิจกับผู้พิพากษาในการที่กำหนดเองได้²⁵

Sentencing Guidelines ได้ถูกร่างขึ้นโดยหน่วยงานที่ชื่อว่า Sentencing Council ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระของกระทรวงยุติธรรม ที่ตั้งขึ้นโดยมาตราที่ 4 ของ Coroners and Justice Act 2009 เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนและความโปร่งใสในการลงโทษ ใน ขณะเดียวกันก็ยังรักษาความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้ด้วย²⁶

ในขณะที่ผู้พิพากษาทำการปรับเหตุหรือปัจจัยต่างๆ ที่เป็นเหตุลดโทษแก่ ผู้กระทำความผิดนั้น ทนายจำเลยก็จะทำหน้าที่เสนอให้จำเลยรับสารภาพเพื่อจะได้รับการลดโทษจากศาล ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายการเสนอปัจจัยต่างๆ ดังกล่าวจะช่วยให้อัยการได้รับโทษน้อยลงได้ ส่วนกรณีของ Formal mitigation อาจเห็นได้ชัดในการกระทำความผิดเพราะถูกยั่วโทสะ (Provocation) ซึ่งในกฎหมายอังกฤษจะลดโทษเพราะเหตุยั่วโทสะนี้ได้ต่อเมื่อได้กระทำความผิดฐาน Homicide เท่านั้น ซึ่งการยั่วโทสะนี้ไม่ถือว่าเป็นเหตุยกเว้นความผิด (Justification) หรือเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) แต่การยั่วโทสะเป็นได้เพียงการลดข้อกล่าวหาจากข้อหาฆ่าคนโดยเจตนา (Murder) มาเป็น ฆ่าคนโดยไม่เจตนา (Manslaughter) และลดโทษจากอัตราโทษขั้นสูงสุดคือประหารชีวิตมาเป็นจำคุก ตลอดชีวิตเท่านั้น²⁷

²⁴ ปณณวิช ประจวบลาภ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.57.

²⁵ *เพ็ญอ้าง*, น.57-58.

²⁶ *เพ็ญอ้าง*, น.58.

²⁷ *เพ็ญอ้าง*, น.58.

จากลักษณะของการลดโทษดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าในประเทศอังกฤษ เหตุที่เป็น Formal Mitigation นั้น หมายถึงการลดโทษในกรณีที่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง เช่น การยั่วโทษ เป็นต้น และเหตุที่เป็น Informal Mitigation จะหมายถึงการลดโทษโดยการใช้อุดมคติของศาล เป็นเรื่องที่ศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวกับตัวจำเลยประกอบแล้วจึงชั่งน้ำหนักกำหนดโทษไปตามที่เห็นว่าเหมาะสมซึ่งไม่มีรูปแบบหรือกฎเกณฑ์ที่ตายตัว²⁸

สำหรับประเทศอังกฤษไม่มีบัญญัติเรื่องเหตุลดโทษหรือบรรเทาโทษแก่ผู้กระทำผิดไว้เนื่องจากอัตราโทษตามกฎหมายไม่มีการกำหนดโทษขั้นต่ำไว้ ในกฎหมายมีแต่เพียงกำหนดโทษขั้นสูงเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่ผูกมัดศาลในเรื่องการลงโทษขั้นต่ำ วิธีการเช่นนี้ทำให้ไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติเรื่องเหตุลดโทษหรือบรรเทาโทษไว้ ทั้งนี้ผู้พิพากษาของอังกฤษเองก็ได้ตระหนักว่าการที่จะลงโทษบุคคลให้เหมาะสมกับความผิดนั้นเป็นเรื่องยาก จึงได้มีการรับฟังข้อเท็จจริงทั้งหลายเพื่อนำมาประกอบการใช้อุดมคติในการลงโทษผู้กระทำผิดให้มากที่สุดเพื่อให้การลงโทษเป็นไปโดยเหมาะสมและยุติธรรม²⁹

ในปัจจุบัน ความมุ่งหมายในการกำหนดโทษของศาลอังกฤษจะคำนึงถึงการกำหนดโทษให้มีสัดส่วนที่เหมาะสมแก่ผู้กระทำผิด โดยนำเอาบัญชีอัตราโทษ (Tariff System) มาใช้ในการลงโทษผู้กระทำผิดและหากมีเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุลดโทษ ศาลอังกฤษจะพิจารณาถึงความผิดและหรือความน่าตำหนิของผู้กระทำผิดนั้น โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่มุ่งป้องกันสังคม ยับยั้งและแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล โดยศาลอังกฤษจะใช้บัญชีอัตราโทษมาเป็นหลักในการกำหนดโทษและพิจารณาประกอบกับปัจจัยต่างๆ ที่เป็นเหตุลดโทษ เช่น อายุ ประวัติ การกระทำผิดก่อนๆ การให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ เป็นต้น นอกจากนี้ศาลยังอาจยกเหตุอื่นเพื่อลดโทษให้ได้อีก เช่น จำเลยทำงานในตำแหน่งหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะ สถานภาพของจำเลยต่อเพื่อนบ้าน ปัจจัยเหล่านี้ศาลจะนำมาลดโทษจากบัญชีอัตราโทษอีกที่³⁰

สำหรับเหตุบรรเทาโทษที่ศาลอังกฤษมักจะยกขึ้นมาลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิด³¹ ได้แก่

1) การรับสารภาพ (Plea of Guilty) โดยทั่วไปแล้วจะเป็นปกติที่ทนายจะแนะนำให้จำเลยรับสารภาพเพื่อจะได้รับโทษเบาลง โดยทนายจะสอบถามข้อมูลต่างๆ จากจำเลย

²⁸ เฟิ่งอ๋าง, น.58.

²⁹ เฟิ่งอ๋าง, น.58.

³⁰ เฟิ่งอ๋าง, น.59.

³¹ เฟิ่งอ๋าง, น.59.

เป็นข้อมูลด้านสังคมหรือจากรายงานที่เกี่ยวกับตัวจำเลยในอดีต ข้อมูลเกี่ยวกับครอบครัวหรือหน้าที่การงาน ทั้งนี้เพื่อให้ข้อมูลเหล่านี้ปรากฏต่อศาล ซึ่งจะเป็นการช่วยเหลือศาลอีกทางหนึ่ง แต่การรับสารภาพต้องเกิดขึ้นจากการตัดสินใจโดยอิสระจากจำเลยเอง ไม่ถูกบังคับ และเมื่อรับสารภาพแล้วศาลก็จะลดโทษเพื่อเป็นข้อแลกเปลี่ยนกับประโยชน์ในการดำเนินคดี เพราะถ้าไม่มีการลดโทษให้จำเลยก็จะไม่ยอมรับสารภาพแต่จะต่อสู้คดีถึงที่สุด อันส่งผลเสียทั้งเวลา ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

2) การให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ (Cooperation with the Police) เช่น ไม่ขัดขืนเมื่อถูกจับ หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดอื่นจนสามารถจับกุมผู้กระทำความผิดอื่นได้อีกหลายคน อันเป็นประโยชน์ในการปราบปรามอาชญากรรม

3) บุคลิกภาพ (Good Character) คือกรณีที่ทนายจำเลยแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้สำนึกผิดและจะไม่กระทำความผิดอีก หรือจำเลยไม่เคยถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดมาก่อน ซึ่งโดยปกติแล้วศาลก็จะพิจารณาถึงบุคลิกภาพของจำเลยในอดีตมาประกอบการพิจารณาอยู่แล้ว

4) ความอ่อนอายุ (Youth) ถือเป็นเหตุบรรเทาโทษที่สำคัญอีกประการหนึ่ง โดยเฉพาะในคดีที่จำเลยมีอายุต่ำกว่า 21 ปี จะมีกฎหมายห้ามมิให้ศาลกำหนดโทษจำคุกจำเลย แต่ให้ใช้วิธีการอื่นแทน เช่น การควบคุมความประพฤติ แต่จะทำได้เฉพาะในคดีความผิดร้ายแรงเท่านั้น

3.2.1.2 การกำหนดโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

เนื่องจากระบบในการกำหนดอัตราโทษในกฎหมายอังกฤษไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ ดังนั้นทำให้ไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเรื่องเหตุบรรเทาโทษไว้โดยตรงอีก ซึ่งระบบเช่นนี้เปิดโอกาสให้ศาลสามารถยกเหตุต่างๆ ในที่ปรากฏเป็นข้อเท็จจริงในคดีมาลดโทษให้แก่จำเลยและกำหนดโทษไปทีเดียวได้

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาไม่พบกรณีที่ศาลนำเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาเป็นเหตุลดหย่อนผ่อนโทษให้แก่จำเลย ดังนี้

คดีระหว่างนาง Kim Briggs ผู้ตาย กับนาย Charlie Alliston³² จำเลย ซึ่งขณะกระทำความผิดมีอายุ 18 ปี ในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2016 ซึ่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. รณกรณ์

³² “FATAL CRASH Who is Charlie Alliston? Cyclist sentenced to 18 months in prison over death of Kim Briggs,” Retrieved on July 20, 2017, from, <https://www.thesun.co.uk/news/4244989/charlie-alliston-sentence-kim-briggs-bike-crash-manslaughter/>.

บุญมี ได้กล่าวถึงคดีดังกล่าวไว้ว่า³³ “ผู้ตายเดินข้ามถนนม้าแต่กดโทรศัพท์ แล้วเดินลงมาในทางจักรยาน ที่จำเลยกำลังขี่จักรยานมา โดยจักรยานของจำเลยเป็นแบบไม่มีเบรค หรือที่เรียกว่า fixed-gear bicycle มาด้วยความเร็วประมาณ 20 กว่าๆ กม./ชม. แม้จำเลยจะตะโกนบอกให้หลบแต่ผู้ตายก็มีอาการตกใจจนขยับไม่ได้

ข้อมูลทางการแพทย์บอกว่าโอกาสที่จะเสียชีวิตจากการถูกจักรยานชน น้อยมากไม่ถึง 10% แต่คดีนี้เป็นกรณีที่โชคร้ายผู้ตายตายในอีกไม่กี่วันต่อมา นอกจากนั้นผู้เชี่ยวชาญยืนยันกับศาลว่าถ้าจักรยานมีเบรค จำเลยจะไม่ชนกับผู้ตาย

จำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานขับขี่พาหนะที่เป็นอันตรายทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (the Offences Against The Person Act 1861) โทษสูงสุดคือจำคุกไม่เกิน 2 ปี รอการกำหนดโทษเดือนหน้า แนวโน้มคือผู้พิพากษาน่าจะสั่งจำคุกแน่นอนเพราะจำเลยไม่แสดงอาการสำนึกผิดเลย และย้ำมาตลอดว่าผู้ตายผิดเองที่เดินลงมาและเล่นมือถือ” และต่อมาในวันที่ 18 กันยายน 2017 จำเลยถูกตัดสินลงโทษจำคุก 18 เดือนที่ Old Bailey

จะเห็นได้ว่าคดีนี้แม้ผู้ตายจะมีส่วนในการก่อให้เกิดผล แต่เมื่อถ้าปราศจากการกระทำโดยประมาทของจำเลย (ขับจักรยานไม่มีเบรค) ความตายจะไม่เกิดขึ้น จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในความตายในทางอาญาไปตามปกติ³⁴ คดีนี้ศาลไม่นำเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนดังกล่าวมาลดโทษให้แก่จำเลย ปัจจัยที่ศาลลดโทษให้มีความเป็นผู้เยาว์ ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน และทนทุกข์ต่อการใช้ชีวิต

หรือ ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาแมนเชสเตอร์ (Manchester Crown Court) วันที่ 10 มีนาคม 2017 หมายเลขคดีที่ T20167409 ผู้ต้องหาคือนายริคาโด (Ricardo Rodrigues-Fortes-Gomes) อายุ 19 ปี พบนางสาวเมแกน คลาร์ก (Megan Clark) อายุ 19 ปี ที่ร้านอาหารเบอร์เกอร์คิงส์ ในกลางเมืองแมนเชสเตอร์ และกระทำการข่มขืนกระทำชำเรา ขณะที่ผู้เสียหายเมาสุรา ศาลตัดสินให้จำคุกนายริคาโดเป็นระยะเวลา 6 ปี

โดยการตัดสินดังกล่าวทำให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่า ผู้พิพากษาหญิงลินซี คุชเนอร์ (Lindsey Kushner QC) ได้ดำเนินตัวเหี้ย ผู้พิพากษานี้จึงได้ออกมา

³³ วรรณกร บุญมี, “ผู้เสียหายมีส่วนในความเสียหาย จำเลยคดีอาญาจะผิดน้อยลงไหม?”, สืบค้นเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน 2561, จาก https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=1476082705817143&id=100002462825367.

³⁴ เพิ่งอ้าง.

แถลงถึงกรณีดังกล่าวว่าการตัดสินโทษจำคุก 6 ปีนั้น เป็นเพราะเหตุจากตัวผู้กระทำซึ่งยังเป็นผู้เยาว์ มิใช่มาจากการตำหนิผู้เสียหายที่เมาสุรา แต่ได้ฝากข้อความเพื่อเตือนผู้หญิงไว้ว่า ผู้หญิงเรามีสิทธิที่จะ ตี้มแอลกอฮอล์จนเมายังไงก็ได้ แต่พฤติกรรมที่ขาดการยับยั้งชั่งนั้นของพวกเธอ อาจทำให้พวกเธอ ตกอยู่ในอันตราย และผู้พิพากษาท่านเห็นว่าไม่เป็นการผิดที่ผู้พิพากษาจะขอร้องให้ผู้หญิงให้ ความสำคัญกับการป้องกันตนเอง³⁵ ซึ่งนั่นไม่เป็นการผลักความรับผิดชอบให้พวกเธอมากกว่าผู้กระทำ ความผิด ยกตัวอย่างเช่น ฉันเห็นโจรขโมยอยู่ข้างนอกนั้น ไม่มีใครพูดว่าโจรสามารถทำได้ แต่พวกเรา พูดว่า “กรุณาอย่าเปิดประตูหลังบ้านไว้ในเวลากลางคืน เพื่อป้องกันตัวของคุณเอง” ซึ่งไม่ควรเป็น เช่นนั้น แต่เราเห็นมันเกิดขึ้นหลายครั้งต่อหลายครั้ง³⁶

ผู้พิพากษากล่าวเพิ่มเติมว่า พวกเขามีสิทธิที่จะทำในสิ่งที่พวกเขาชอบ แต่ โปตรับรู้ว่าผู้ชายคนหนึ่งข้างนอกที่มุ่งหาผู้หญิงที่มีความอ่อนแอมากกว่าคนอื่นๆ และนั่นเป็นคำพูด สุดท้ายของฉันในกระบวนการพิจารณาสุดท้ายนี้³⁷

โดยกรณีดังกล่าวนี้ นางสาวคาร์กซึ่งเป็นผู้เสียหายเองก็ได้ออกมาให้ สัมภาษณ์ว่า เห็นด้วยกับการผู้พิพากษาที่กล่าวว่าผู้หญิงที่เมาสุราทำให้ตนตกอยู่ในอันตราย และเห็น ว่าผู้พิพากษาต้องการให้ผู้หญิงระมัดระวังซึ่งเป็นคำแนะนำที่ดี³⁸

จะเห็นได้ว่าคดีนี้แม้ผู้เสียหายเมาสุรา แต่ก็ไม่ได้ถูกนำมาพิจารณาเพื่อใช้ กำหนดโทษแก่จำเลย เพียงแต่ผู้พิพากษาเห็นว่าพฤติกรรมเช่นนั้นของผู้เสียหายเป็นเพียงการเพิ่ม ความเสี่ยงให้ผู้เสียหายตกอยู่ในอันตรายจึงออกมาเตือนให้ระวังตนเองเท่านั้น

3.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ซึ่งศาลมี ดุลพินิจกว้างขวางในเรื่องการกำหนดโทษและลดโทษให้แก่ผู้กระทำผิด คล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษ

³⁵ BBC NEWS, “Judge accused of 'victim-blaming' over rape comments,” Retrieved on April 21, 2017, from <http://www.bbc.com/news/uk-39241470>.

³⁶ Kevin Rawlinson, “Judge accused of victim-blaming in comments on rape case,” Retrieved on April 21, 2017, from <https://www.theguardian.com/society/2017/mar/10/judge-accused-of-victim-blaming-during-sentencing-comments-in-case>.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

ทั้งยังเป็นประเทศแรกที่กำลังถึงบทบาทของเหยื่อซึ่งส่งผลต่อการเกิดอาชญากรรม และนำไปสู่การปรับใช้ในคดีต่างๆ ในเวลาต่อมา

3.2.2.1 แนวทางในการกำหนดโทษและลดโทษกรณีทั่วไป

การกำหนดโทษในสหรัฐอเมริกาได้มีคณะกรรมการกำหนดโทษ (United States Sentencing Commission) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระจากอำนาจตุลาการของศาล มีการชี้ขาดโดยใช้เสียงข้างมาก คณะกรรมการนี้มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดนโยบายในการกำหนดโทษและปฏิบัติงานให้แก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในส่วนกลาง โดยมีการประกาศตารางการกำหนดโทษเอาไว้เป็นแนวทาง ซึ่งจะเป็นประกันว่าการกำหนดโทษจะต้องเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด โดยการกำหนดโทษจำเลยของศาลในระดับ Federal Court จะเป็นไปตาม Federal Sentencing Guideline³⁹

ศาลสหรัฐอเมริกาใช้ระบบการพิจารณาแบบ Bifurcated ซึ่งเป็นระบบการพิจารณาที่ใช้อยู่ในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ กล่าวคือ มีการแยกพิจารณาในชั้นวินิจฉัยคดี กับ การพิจารณาในกำหนดโทษออกจากกัน ขั้นตอนการกำหนดโทษจะมีการรับฟังพยานแยกต่างหากจากการรับฟังพยานในขั้นตอนการพิจารณา ในการรับฟังพยานในชั้นกำหนดโทษนี้ อัยการจะเป็นผู้ทำหน้าที่เสนอพยานหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวกับเหตุเพิ่มโทษและเหตุลดโทษ และเสนอกำหนดโทษที่เห็นว่าเหมาะสมต่อศาล ดังนั้นข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุบรรเทาโทษจะถูกนำมาพิจารณาในชั้นกำหนดโทษนี้ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ⁴⁰

เมื่อศาลตัดสินว่าบุคคลใดมีความผิดแล้ว ศาลจะพิจารณาถึงพฤติการณ์ต่างๆ เกี่ยวกับความประพฤติ ประวัติ และบุคลิกภาพของจำเลย เพื่อให้การกำหนดโทษเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ โดยศาลต้องเรียกรายงานการสืบเสาะข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลยมาพิจารณา ก่อนจะทำกรกำหนดโทษในคดีร้ายแรงทุกคดี ในรายงานดังกล่าวจะประกอบด้วยข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลย ทั้งข้อมูลส่วนตัว ข้อมูลทางสังคม เศรษฐกิจและปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ ตลอดจนข้อเสนอในเรื่องการกำหนดโทษของพนักงานคุมประพฤติ ทั้งนี้เป็นการให้ความรู้แก่ศาลก่อนการกำหนดโทษใดๆ แก่จำเลย⁴¹

ตามปกติแล้วก่อนการกำหนดโทษศาลจะพิจารณาเหตุอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น บุคคลนั้นมีสติปัญญาเพียงพอหรือไม่ เป็นผู้ที่ได้สำนึกในความผิดและกลับตนเป็น

³⁹ ปณณวิช ประจวบลาภ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.37.

⁴⁰ นฤมล อังคณาภิวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น.53.

⁴¹ ปณณวิช ประจวบลาภ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.38.

คนดีแล้วหรือไม่ ให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ด้วยการเข้าแจ้งความหรือเป็นพยานให้เจ้าหน้าที่หรือไม่ ศาลจะทำการพิจารณาข้อมูลเหล่านี้ประกอบ⁴² ข้อเท็จจริงเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมีความชั่วร้าย และสมควรจะลงโทษผู้กระทำความผิดให้น้อยลง แม้ว่าถ้าพิจารณาตามหลักการลงโทษตามสัดส่วนแล้ว ผู้ นั้นจะต้องรับโทษหนักก็ตาม ซึ่งเหตุเหล่านี้แต่เดิมยังไม่ถือว่าเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดพ้นจากการ ถูกดำเนินคดี แต่หากในเวลาต่อมาเหตุเหล่านี้ศาลได้ถือเป็นหลักปฏิบัติว่าเป็นเหตุที่จะบรรเทาโทษได้ โดยศาลถือหลักว่าถ้าหากมีเหตุผลที่ดีที่จะกำหนดโทษจำเลยให้น้อยลงได้แล้ว การกำหนดโทษจำเลย ให้หนักก็เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นและถือว่าเป็นการลงโทษที่ไม่ยุติธรรม ดังนั้นหลักในเรื่องการบรรเทาโทษ ผู้กระทำความผิด จึงได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายและทำให้มีการยอมรับในเรื่องการลดทอนอำนาจของ ศาลลง ด้วยการใช้อุปินาให้น้อยลงโดยให้ความสำคัญกับเหตุต่างๆ ที่เป็นเหตุบรรเทาโทษให้มากขึ้น⁴³

บทบัญญัติกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่กล่าวถึงเหตุผลโทษ ได้แก่ The Model Penal Code, 1962 ในบทที่ 6 มาตรา 6.12 ได้กล่าวถึงการลดโทษของศาลไว้ว่า⁴⁴

เมื่อบุคคลใดถูกตัดสินชี้ขาดว่ามีความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ (felony) ศาล จะพิจารณาถึงพฤติการณ์ต่างๆ เกี่ยวกับความผิด ประวัติ และบุคลิกลักษณะของจำเลย เพื่อให้การ กำหนดโทษเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ และศาลอาจกำหนดโทษให้จำเลยรับโทษในระต่ากว่า ความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ (felony) หรือให้ได้รับเพียงระดับลหุโทษ (misdemeanor) ก็ได้

และตามมาตรา 7.07 ได้บัญญัติให้ศาลต้องเรียกรายงานการสืบเสาะ ข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลยมาพิจารณา ก่อนจะทำการกำหนดโทษในคดีร้ายแรงทุกคดี ในรายงาน ดังกล่าวจะประกอบด้วยข้อมูลเกี่ยวกับตัวจำเลย ทั้งข้อมูลส่วนตัว ข้อมูลทางสังคม เศรษฐกิจและ ปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ ตลอดจนข้อเสนอนในเรื่องกำหนดโทษของพนักงานคุมประพฤติต่อศาลด้วย ทั้งนี้ เป็นการให้ความรู้แก่ศาลก่อนทำการกำหนดโทษใดๆ แก่จำเลย

นอกจากนี้ใน The Model Penal Code มาตรา 210.6 (4)⁴⁵ ได้ กำหนดให้เหตุต่อไปนี้ เป็นเหตุบรรเทาโทษ คือ

⁴² เฟิงฮ้าง, น.38.

⁴³ นฤมล อังคณาภิวัฒน์, ฮ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น.49.

⁴⁴ เฟิงฮ้าง, น.56.

⁴⁵ The Model Penal Code Article 210 (4) Mitigating Circumstances.

(a) The defendant has no significant history of prior criminal activity.

- (ก) จำเลยไม่มีประวัติว่าเคยกระทำความผิดมาก่อน
- (ข) การกระทำความผิดฐานฆาตกรรมของจำเลยได้กระทำลงในขณะที่ตกอยู่ภายใต้สภาวะทางจิตไม่ปกติ
- (ค) ผู้เสียหายมีส่วนร่วมหรือยินยอมในการกระทำผิดฐานฆาตกรรม
- (ง) จำเลยกระทำความผิดฐานฆาตกรรมภายใต้สภาวะแวดล้อมที่จำเลยเชื่อว่ามี ความสมควรทางศีลธรรมหรือเหตุผลหย่อน
- (จ) จำเลยเป็นผู้สมคบหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดน้อย
- (ฉ) จำเลยกระทำผิดโดยถูกบังคับ หรืออยู่ภายใต้อำนาจบังคับของผู้อื่น
- (ช) จำเลยกระทำความผิดฐานฆาตกรรมในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือมีจิตบกพร่อง หรือมีเมินเมา
- (ซ) จำเลยเป็นเด็ก

(b) The murder was committed while the defendant was under the influence of extreme mental or emotional disturbance.

(c) The victim was a participant in the defendant's homicidal conduct or consented to the homicidal act.

(d) The murder was committed under circumstances which the defendant believed to provide a moral justification or extenuation for his conduct.

(e) The defendant was an accomplice in a murder committed by another person and his participation in the homicidal act was relatively minor.

(f) The defendant acted under duress or under the domination of another person.

(g) At the time of the murder, the capacity of the defendant to appreciate the criminality [wrongfulness] of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law was impaired as a result of mental disease or defect or intoxication.

(h) The youth of the defendant at the time of the crime.

การใช้เหตุบรรเทาโทษในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น นอกจากจะเป็นไปตามบทบัญญัติใน The Model Penal Code มาตรา 210.6 (4) ดังกล่าวแล้วนั้น ศาลยังอาจใช้ดุลพินิจลดโทษให้แก่จำเลยโดยอาศัยเหตุปัจจัยอื่นๆ ได้อีกด้วย สำหรับปัจจัยที่ศาลสหรัฐอเมริกา มักจะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาลดโทษให้แก่จำเลย ได้แก่⁴⁶

(1) ผู้เสียหายเป็นผู้ก่อหรือริเริ่มในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น
 (2) ผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดน้อย ภายใต้อาณัติที่มีเหตุจำเป็นหรือการใช้อำนาจบังคับ

(3) ผู้กระทำความผิดมีความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือไม่สามารรถรู้สึกผิดชอบ

(4) เหตุอื่นๆ ที่ศาลเห็นว่าเป็นเหตุลดหย่อนโทษ
 อย่างไรก็ตาม ปัจจัยที่ศาลสหรัฐอเมริกานำมาใช้ชี้แจงน้ำหนักในการกำหนดโทษจะแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ ตัวอย่างเช่น ตาม The Illinois Revised Statute ปัจจัยที่ศาลมลรัฐ Illinois มักจะนำมาพิจารณากำหนดโทษ⁴⁷ ได้แก่

(1) จำเลยกระทำความผิดเพราะถูกข่มขู่ว่าจะทำให้ได้รับอันตรายแก่กาย
 (2) จำเลยกระทำความผิดโดยไม่ได้ไตร่ตรองมาก่อน
 (3) จำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอย่างร้ายแรง
 (4) จำเลยมีปัจจัยอื่นที่เป็นเหตุยกเว้นโทษ (excuse) หรือเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด (justify) แม้ว่าจำเลยจะไม่ได้ยกขึ้นอ้าง

(5) การกระทำความผิดของจำเลยเกิดขึ้นเพราะถูกชักนำโดยผู้อื่น หรือจำเลยมิได้เป็นผู้ริเริ่ม

(6) จำเลยได้ชดใช้ หรือจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย
 (7) จำเลยไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน
 (8) การกระทำความผิดของจำเลยเกิดจากพฤติเหตุแวดล้อมที่ไม่อาจคาดหมายได้

(9) บุคลิกลักษณะและทัศนคติของจำเลยได้แสดงให้เห็นว่าจำเลยจะไม่กระทำความผิดอื่นอีก

⁴⁶ นฤมล อังคณาภิวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น.57.

⁴⁷ *เพ็ญอ้าง*, น.59.

(10) จำเลยสมควรได้รับการคุมประพฤติ

(11) การจำคุกจำเลยจะทำให้ยากลำบากแก่ตัวจำเลย หรือผู้ต้องพึ่งพา

จำเลยมากจนเกินควร

(12) การจำคุกจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของจำเลย

โดยปกติศาล Illinois จะพิจารณาปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ของผู้กระทำผิด ความเป็นมาและพฤติเหตุแวดล้อมในการกระทำผิด รวมทั้งประโยชน์ของสาธารณะว่าการกำหนดโทษจำคุกจำเลยจะเหมาะสมกับตัวผู้กระทำผิด หรือเป็นไปตามกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในเรื่องโทษจำคุกหรือไม่

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ข้อพิจารณาที่ศาลนำมาใช้เป็นหลักในการ กำหนดโทษผู้กระทำผิดมีลักษณะดังนี้⁴⁸

1. การกำหนดโทษนั้นต้องมีลักษณะเป็นการคุ้มครองสังคม
2. การพิจารณาถึงลักษณะของความผิด
3. การนำเอาวิธีการคุมประพฤติมาใช้ในคดีที่ไม่ร้ายแรง เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด
4. การตอบแทนการกระทำความผิดด้วยวิธีการลงโทษ และขณะเดียวกัน ก็ให้รางวัลแก่การกระทำดี เช่น การรับสารภาพ
5. การกำหนดโทษนั้นต้องมีผลในทางยับยั้ง
6. การกำหนดโทษต้องคำนึงถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อชุมชนด้วย

3.2.2.2 การกำหนดโทษกรณีและผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรม

ผลงานศึกษาที่มีชื่อเสียงของ Kalven และ Zeisel เกี่ยวกับคณะลูกขุน อเมริกาแสดงให้เห็นว่าคำตัดสินของคณะลูกขุนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของผู้เสียหาย ตามการศึกษาพบว่า ลูกขุนมักจะปล่อยตัวผู้กระทำผิดหรือลงโทษผู้กระทำผิดน้อยกว่าความผิดที่ได้กระทำ หากพบว่าเหยื่อมีส่วนให้ตนเองบาดเจ็บ ยกตัวอย่าง เช่น คณะลูกขุนปล่อยตัวผู้กระทำผิดให้พ้นผิดในข้อหาขับรถโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่

⁴⁸ เฟิงอ้าง, น.59.

ความตาย โดยที่คนขับรถที่เสียชีวิตเป็นฝ่ายประมาทด้วย หรือเหยื่อที่เมาเดินโซเซข้ามถนน และผู้กระทำความผิดขับรถมาอย่างรวดเร็วและผู้ตายอยู่ในถนน เป็นต้น⁴⁹

ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศ มีหลายผลสำรวจที่ชี้ให้เห็นว่าประชาชนได้กำหนดนิยามใหม่ของการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับการข่มขืน “ในแง่ของความคิดของสมมติฐานของความเสียหาย” คณะลูกขุนในคดีข่มขืนไม่ได้จำกัดการพิจารณาในประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเท่านั้น (ความยินยอมของผู้เสียหาย) ในทางตรงกันข้ามพวกเขาจะผ่นผันกับจำเลย เมื่อใดก็ตามที่มีปรากฏการณ์มีส่วนร่วมของผู้เสียหาย จากการศึกษาของเคลเวนและไซเซล (Kalven & Zeisel) พบว่ามีเพียงผู้กระทำความผิดสามคนจากสี่สิบสองคนเท่านั้น ที่ถูกคณะลูกขุนพิพากษาว่ามีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า “พฤติกรรมการมีส่วนร่วม” ของผู้เสียหายที่เพียงพอต่อการพินิจหรือได้รับการลงโทษที่น้อยลง ได้แก่ การดื่มเหล้า สวมใส่เสื้อผ้าเซ็กซี่ หวานเสน่ห์ หรือมีความสัมพันธ์กับจำเลยก่อน เป็นต้น⁵⁰

นอกจากนี้ ในปี 1989 ศาลลูกขุนในมลรัฐฟลอริดา ตัดสินปล่อยตัวจำเลยคือ นายสตีเฟน ลอร์ด (Steven Lord) อายุ 26 ปี ที่กระทำการฉุดคร่าหญิงสาวอายุ 22 ปี ด้วยมัดและข่มขืนเธอซ้ำๆ คณะลูกขุนตัดสินบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่พบว่าเธอสวมใส่กระโปรงสั้นลายลูกไม้และไม่ได้ใส่กางเกงชั้นใน การตัดสินดังกล่าวนี้ คณะลูกขุนผู้ชายสามคน ผู้หญิงสามคนและหัวหน้าคณะลูกขุนนายรอย ไดมอนด์ (Roy Diamond) กล่าวว่า “พวกเราารู้สึกว่าเธอเรียกร้องให้เกิดการกระทำความผิดจากการแต่งตัวของเธอ”⁵¹

คดีนี้จะเห็นว่าลูกขุนตีความไปในทางว่าผู้หญิงยินยอมและให้ผู้กระทำพินิจ ซึ่งข้าพเจ้าไม่เห็นด้วย แต่เห็นว่าเหตุดังกล่าวอาจนำมาเป็นเหตุผลโทษได้

⁴⁹ Vera Bergelson, “Victims and Perpetrators: An Argument for Comparative Liability in Criminal Law,” p.428, Retrieved on September 22, 2015, from <http://www.jstor.org/stable/10.1525/nclr.2005.8.2.385>.

⁵⁰ *Ibid*, p.429.

⁵¹ Aya Gruber, “Pink Elephants in the Rape Trial : The Problem of Tort-Type Defenses in the Criminal Law of Rape, 4 Wm. & Mary J. Women & L. 203 (1997),” p. 219, Retrieved on April 20, 2017, from <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=wmjowl>.

อย่างไรก็ตาม การตัดสินคดีของคณะลูกขุนดังกล่าว ก็เกิดการโต้แย้งจากนักวิชาการเป็นอย่างมาก เนื่องจากเห็นว่าคณะลูกขุนตัดสินโดยนำหลักการละเมิดทางแพ่งมาใช้กับกฎหมายข่มขืนในคดีอาญา โดยคณะลูกขุนรวมหลักการประมาทร่วม (Contributory negligence) ซึ่งใช้เป็นข้อต่อสู้ของจำเลยว่าโจทก์มีส่วนประมาทร่วมอยู่ด้วย ศาลก็สามารถกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ได้ตามควรแก่พฤติการณ์แห่งความประมาทของแต่ละฝ่ายในทางแพ่ง มาใช้อย่างไม่ชัดเจน ยกตัวอย่างเช่น การประเมินความน่าเชื่อถือของเหยื่อ ในคดีกอร์ดอน (Gordon v. State) ศาลอุทธรณ์แห่งอลาบามา (the Court of Appeals of Alabama) ได้ตั้งข้อสังเกตว่า "เรามีความเชื่อเพียงเล็กน้อยว่า ถ้ามีหลักฐานที่ว่าผู้หญิงเป็นฝ่ายชักนำในทางผิดก็สามารถเชื่อถือได้ นอกเหนือจากการที่เธอมีความผิดปกติซึ่งเปรียบเสมือนหลักฐานที่แน่นอนหา"⁵²

ซึ่งในความผิดฐานฆาตกรรมนั้น การมีส่วนร่วมหรือยินยอมของผู้เสียหายเป็นปัจจัยที่จะนำมาบรรเทาโทษ การกำหนดโทษในสหรัฐอเมริกาได้มีคณะกรรมการกำหนดโทษ (United States Sentencing Commission) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระจากอำนาจตุลาการของศาล มีการชี้ขาดโดยใช้เสียงข้างมาก คณะกรรมการนี้มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดนโยบายในการกำหนดโทษ และปฏิบัติงานให้แก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในส่วนกลาง (Federal Criminal Justice System) โดยมีประกาศตารางการกำหนดโทษเอาไว้เป็นแนวทางซึ่งจะเป็นประกันว่าการกำหนดโทษจะต้องเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด

โดยมี United States Federal Sentencing Guidelines ซึ่งเป็นกลไกของสหพันธรัฐที่เป็นนโยบายจะให้มลรัฐใช้ไปในแนวทางเดียวกัน ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องพฤติกรรมของเหยื่อที่มีส่วนทำให้เกิดอาชญากรรม สามารถนำมาลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดได้ดังนี้

พฤติกรรมของเหยื่อ (§ 5K2.10)⁵³ ถ้าการปฏิบัติโดยมิชอบของเหยื่อมีส่วนสำคัญในการกระตุ้นพฤติกรรมการกระทำผิดกฎหมายของจำเลย ศาลอาจลดโทษต่ำกว่าที่

⁵² *Ibid*, p.217.

⁵³ United States Federal Sentencing Guidelines (§ 5K2.10), "If the victim's wrongful conduct contributed significantly to provoking the offense behavior, the court may reduce the sentence below the guideline range to reflect the nature and circumstances of the offense. In deciding whether a sentence reduction is warranted, and the extent of such reduction, the court should consider the following:

กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพและพฤติกรรมแวดล้อมของการกระทำผิด ในการตัดสินใจลดโทษอันอาจมีได้รวมถึงขอบเขตของการลดโทษดังกล่าว ศาลควรพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

- (1) ขนาดร่างกายและความแข็งแรงของเหยื่อหรือลักษณะทางกายภาพอื่นๆที่เกี่ยวข้องเปรียบเทียบกับจำเลย
- (2) ความต่อเนื่องของการดำเนินการของเหยื่อและความพยายามใดๆของจำเลยเพื่อป้องกันการเผชิญหน้า
- (3) การรับรู้อันตรายพอสมควรโดยจำเลย รวมถึงชื่อเสียงของเหยื่อต่อความรุนแรงนั้น
- (4) การกระทำอันตรายของเหยื่อต่อจำเลย

-
1. The size and strength of the victim, or other relevant physical characteristics, in comparison with those of the defendant.
 2. The persistence of the victim's conduct and any efforts by the defendant to prevent confrontation.
 3. The danger reasonably perceived by the defendant, including the victim's reputation for violence.
 4. The danger actually presented to the defendant by the victim.
 5. Any other relevant conduct by the victim that substantially contributed to the danger presented.
 6. The proportionality and reasonableness of the defendant's response to the victim's provocation.

Victim misconduct ordinarily would not be sufficient to warrant application of this provision in the context of offenses under Chapter Two, Part A, Subpart 3 (Criminal Sexual Abuse). In addition, this provision usually would not be relevant in the context of non-violent offenses. There may, however, be unusual circumstances in which substantial victim misconduct would warrant a reduced penalty in the case of a non-violent offense. For example, an extended course of provocation and harassment might lead a defendant to steal or destroy property in retaliation.

(5) การดำเนินการใดๆที่เกี่ยวข้องอื่นๆของเหยื่อ ที่มีส่วนสำคัญในการก่อพฤติกรรมอันตรายของจำเลย

(6) สืบสวนและความสมเหตุสมผลของการตอบสนองของจำเลยต่อพฤติการณ์ร้ายของเหยื่อ

การปฏิบัติโดยมิชอบของเหยื่อ ปกติจะไม่นำไปใช้ในบริบทของความผิดตามบทที่สองส่วน A, ส่วนย่อย 3 (การล่องละเมิดทางเพศ) นอกจากนี้บทบัญญัตินี้มักจะนำไปใช้ในบริบทของการกระทำผิดที่ไม่รุนแรง อาจมีได้แต่เป็นกรณีที่สถานการณ์ผิดปกติ ในการปฏิบัติโดยมิชอบของเหยื่อมีมากในกรณีที่เป็นความผิดที่ไม่รุนแรง ตัวอย่างเช่น ผลจากการข่มขู่และการล่องละเมิดจำเลยที่อาจนำไปสู่การขโมยหรือทำลายทรัพย์สินเพื่อเป็นการตอบโต้ได้

Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁵⁴ ให้ศาลใช้ดุลพินิจในการใช้วิธีการคุมประพฤติแทนที่การจำคุกเมื่อผู้เสียหายมีส่วนชกแจงหรืออำนวยความสะดวกให้แก่การประกอบอาชญากรรมของผู้กระทำความผิด ปัจจุบัน 23 รัฐและรัฐบาล Federal กำหนดให้การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรมหรือความยินยอมต่อการกระทำความผิดทางอาญาเป็นเหตุบรรเทาโทษ โดย Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกาอธิบายว่า หากเหยื่อที่ถูกข่มขืนหรือทารุณกรรมในการนำตนเองไปสู่ความตาย ไม่ว่าจะโดยมีส่วนร่วมในการกระทำที่อันตราย (เช่น เล่นเกมรัสเซียรูเล็ต หรือเข้าร่วมในความผิดอื่นที่รุนแรง) หรือโดยความยินยอมให้เกิดการฆาตกรรม (เช่น การการุณฆาต) ผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุนอาจจะพิจารณาถึงการกระทำดังกล่าวเมื่อกำหนดโทษให้กับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลที่มีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการฆาตกรรมนั้น⁵⁴

24 จาก 32 เขตอำนาจศาลที่มีโทษประหารชีวิตกำหนดเหตุบรรเทาโทษ รวมถึงการกระทำของผู้เสียหายซึ่งจะถูกนำมาพิจารณาภายใต้บางสถานการณ์ 18 รัฐ ใช้ถ้อยคำใกล้เคียงกับ Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกา “ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการฆาตกรรมหรือยินยอมให้ฆาตกรรม” อีก 3 เขตอำนาจศาลกำหนดเฉพาะความยินยอมของผู้เสียหาย ไม่รวมถึงการมีส่วนร่วมในการฆาตกรรมของผู้กระทำผิดที่จะเป็นปัจจัยในการบรรเทาโทษ อีก 4 รัฐ พิจารณาว่า “ผู้เสียหายจะสมัครใจในการมีส่วนร่วมต่อการกระทำของผู้กระทำความผิด” “ไม่ว่าผู้เสียหายในความผิดนั้นชกแจงหรืออำนวยความสะดวก” หรือกำหนดปัจจัยให้คล้ายกับ Model Penal Code

⁵⁴ Vera Bergelson, *Supra note 49*, pp.436-437.

ของสหรัฐอเมริกา⁵⁵ ยกตัวอย่างเช่น ในมลรัฐ Indiana ตาม Indiana Code Title 35. Criminal Law and Procedure § 35-38-1-7.1⁵⁶ มีรายละเอียดดังนี้

⁵⁵ *Ibid*, pp.437-439.

⁵⁶ Indiana Code Title 35. Criminal Law and Procedure § 35-38-1-7.1, The court may consider the following factors as mitigating circumstances or as favoring suspending the sentence and imposing probation:

(1) The crime neither caused nor threatened serious harm to persons or property, or the person did not contemplate that it would do so.

(2) The crime was the result of circumstances unlikely to recur.

(3) The victim of the crime induced or facilitated the offense.

(4) There are substantial grounds tending to excuse or justify the crime, though failing to establish a defense.

(5) The person acted under strong provocation.

(6) The person has no history of delinquency or criminal activity, or the person has led a law-abiding life for a substantial period before commission of the crime.

(7) The person is likely to respond affirmatively to probation or short term imprisonment.

(8) The character and attitudes of the person indicate that the person is unlikely to commit another crime.

(9) The person has made or will make restitution to the victim of the crime for the injury, damage, or loss sustained.

(10) Imprisonment of the person will result in undue hardship to the person or the dependents of the person.

(11) The person was convicted of a crime involving the use of force against a person who had repeatedly inflicted physical or sexual abuse upon the convicted person and evidence shows that the convicted person suffered from the effects of battery as a result of the past course of conduct of the individual who is the victim of the crime for which the person was convicted.

ศาลอาจพิจารณาปัจจัยดังต่อไปนี้ เพื่อใช้เป็นเหตุบรรเทาโทษ เหตุรอกการกำหนดโทษ หรือเหตุในการคุมประพฤติให้แก่ผู้กระทำผิดได้

(1) จำเลยกระทำผิดเพราะถูกข่มขู่ว่าจะทำให้ได้รับอันตรายแก่กายหรือทรัพย์สิน หรือการกระทำผิดโดยไม่ได้ไตร่ตรอง

(2) การกระทำผิดเกิดขึ้นเนื่องจากพฤติการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้

(3) ผู้เสียหายเป็นผู้ชักชวนหรืออำนวยความสะดวกให้เกิดการกระทำผิด

(4) จำเลยมีเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด แม้จำเลยจะไม่ได้ยกขึ้นต่อสู้

(5) จำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอย่างร้ายแรง

(6) จำเลยไม่มีประวัติการกระทำผิดหรือการกระทำอันใดที่เป็นความผิดอาญาเกี่ยวกับเด็กมาก่อน

(7) จำเลยสมควรได้รับการคุมประพฤติหรือจำคุกระยะสั้น

(8) บุคลิกลักษณะและทัศนคติของจำเลยได้แสดงให้เห็นว่าจำเลยจะไม่กระทำความผิดอื่นอีก

(9) จำเลยได้ชดใช้หรือจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย

(12) The person was convicted of a crime relating to a controlled substance and the person's arrest or prosecution was facilitated in part because the person:

(A) requested emergency medical assistance; or

(B) acted in concert with another person who requested emergency medical assistance;

for an individual who reasonably appeared to be in need of medical assistance due to the use of alcohol or a controlled substance.

(13) The person has posttraumatic stress disorder, traumatic brain injury, or a postconcussive brain injury.

(10) ถ้าการจำคุกจำเลยจะทำให้ยากลำบากแก่ตัวจำเลยหรือผู้ต้องพึ่งพาจำเลยมากจนเกินไป

(11) จำเลยถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังประทุษร้ายกับผู้ที่ได้รับบาดเจ็บจากการถูกล่วงละเมิดทางร่างกายหรือทางเพศซ้ำๆ และพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้รับความทุกข์ทรมานจากการทำร้ายร่างกายอันเป็นผลเนื่องมาจากพฤติกรรมที่ผ่านมาของการกระทำของบุคคลที่เป็นเหยื่ออาชญากรรมจำเลย

(12) จำเลยถูกตัดสินว่ามีความผิดเกี่ยวกับสารควบคุม และการจับกุมหรือฟ้องร้องคดีของจำเลยได้รับความอำนวยความสะดวกในบางส่วน เนื่องจากจำเลย

(ก) ขอความช่วยเหลือด้านการแพทย์ฉุกเฉิน หรือ

(ข) ร่วมกับผู้อื่นที่ขอความช่วยเหลือด้านการแพทย์ฉุกเฉิน

สำหรับบุคคลที่มีเหตุปรากฏว่าจำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือทางการแพทย์ เนื่องจากการใช้แอลกอฮอล์หรือสารควบคุม

(13) จำเลยมีภาวะความเครียดหลังจากเผชิญเหตุการณ์สะเทือนใจ มีอาการบาดเจ็บที่ศีรษะ หรือสมองถูกกระทบกระเทือน

ดังจะเห็นได้ว่า มลรัฐ Indiana มีเกณฑ์ในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดสำหรับกรณีและผู้เสียหายมีส่วนในการกระทำความผิด ดังปรากฏในข้อสาม

กล่าวโดยสรุป เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้ จึงไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเหตุบรรเทาโทษ อย่างไรก็ตาม ในคดีความผิดเกี่ยวกับการฆาตกรรม การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายถูกนำมาพิจารณาเพื่อบรรเทาโทษแก่จำเลยด้วย ปรากฏอยู่ใน The Model Penal Code มาตรา 210.6 (4) และกฎหมายภายในรัฐต่างๆ อาทิ มลรัฐ Indiana นอกจากนี้ยังมีการวางแนวทางการพิจารณาไว้ใน United States Federal Sentencing Guidelines โดยแนวทางดังกล่าวจะไม่นำมาใช้กับกรณีความผิดทางเพศ และจะใช้กับความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินเฉพาะสถานการณ์ที่ผิดปกติ อันได้แก่การยั่วยุหรือทำร้ายนั้นส่งผลถึงขนาดทำให้จำเลยต้องลักทรัพย์หรือทำลายทรัพย์สินเพื่อตอบโต้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่า Sentencing Guideline จะมีการกำหนดปัจจัยที่จะลดโทษผู้กระทำผิดเนื่องจากการกระทำผิดของผู้เสียหาย แต่ความเป็นจริงปัจจัยดังกล่าวมิได้นำมาใช้มาก ยกตัวอย่างเช่น ตาม Sourcebook of Federal Sentencing Statistics ในปี 2001 การกระทำของผู้เสียหายถูกนำมาเป็นเหตุผลในการบรรเทาโทษเพียง 2% เท่านั้นจากคดีของรัฐกลาง (Federal) ทั้งหมด⁵⁷

⁵⁷ Vera Bergelson, *Supra note 49*, p.445.

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ จะเห็นว่าในต่างประเทศแม้จะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายที่ชัดเจน แต่ก็มีลักษณะของการบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ ในบางประเทศอาจพอตีความได้ว่าเป็นดุลพินิจของศาลที่จะใช้มาตรการในการลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้ในบางกรณี แต่คำพิพากษาศาลฎีกาอาจจะยังไม่ปรากฏชัดเจน หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นเป็นรูปธรรมที่สุด แต่การนำไปใช้ได้จริงมีจำนวนค่อนข้างน้อย ซึ่งอาจเป็นเพราะเรื่องของการบังคับใช้ที่พิสูจน์ได้ยากว่าผู้เสียหายมีส่วนในการไปกระตุ้นมากน้อยแค่ไหนอย่างไร



บทที่ 4

วิเคราะห์ความเหมาะสมในการนำแนวคิดเกี่ยวกับผู้เสียหายที่มีส่วนในการเกิด อาชญากรรมมาปรับใช้ในกฎหมายไทย

หลังจากได้ทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศมาแล้ว สำหรับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์โดยเริ่มจาก การวิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการกำหนดกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมเป็นเหตุลดโทษ และวิเคราะห์ฐานความผิดและการพิจารณาลดโทษ ตามลำดับดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการกำหนดกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมเป็นเหตุลดโทษ

การจะนำเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมมาใช้เป็นเหตุลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดนั้น จำต้องมีการวางหลักเกณฑ์การบังคับใช้เหตุดังกล่าวเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเป็นธรรม ซึ่งผู้เขียนได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

1. นำมาใช้ในคดีความผิดที่ยอมความได้

เนื่องจากเมื่อพิจารณาจะเห็นว่า การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังของผู้เสียหายนั้น ตามทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและเหยื่อวิทยา ถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีอำนาจความสะทกสะท้านหรือจูงใจให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น ดังนั้นจึงเป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายมากขึ้น เป็นผลให้มีภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ตัวผู้เสียหายโดยตรง หลักดังกล่าวจึงสอดคล้องอย่างยิ่งกับการนำมาใช้ในคดีความผิดอันยอมความได้ เพราะมีลักษณะเป็นความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมน้อย เป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องส่วนตัวอย่างมากอันพึงเคารพเจตจำนงของผู้เสียหาย และเป็นความผิดที่มุ่งจะคุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง จึงมักเป็นความผิดที่ผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหายโดยตรง โดยสังคมไม่ได้รับผลกระทบหรือเดือดร้อนจากการกระทำผิดนั้นด้วย ความผิดอันยอมความได้นั้น จะมีบทบัญญัติของกฎหมายระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ ดังเช่น

1. ความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้แก่ การข่มขืน การทำอนาจารในกรณีที่ทำต่อบุคคลที่มีอายุมากกว่า 15 ปี, กระทำโดยไม่มีอาวุธ, ไม่มีลักษณะเป็นการโทรมหญิง, ผู้เสียหายไม่ได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย กรณีเหล่านี้ยอมความได้

2. บังคับให้ผู้อื่นทำหรือไม่ทำอย่างใดอย่างหนึ่ง (มาตรา 309) กักขังหน่วงเหนี่ยวให้ปราศจากเสรีภาพ (มาตรา 310) หรือทำให้ผู้อื่นปราศจากเสรีภาพในร่างกายโดยประมาท (มาตรา 311) ยอมความได้เฉพาะกรณีที่ผู้กระทำไม่ใช่อาชู้ หรือผู้ถูกกระทำไม่ได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตายเท่านั้น แต่เมื่อใดก็ตามที่ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงตายไม่อาจยอมความได้

3. ความผิดฐานเปิดเผยความลับ (มาตรา 322-325)

4. ความผิดฐานหมิ่นประมาท

5. ความผิดฐานฉ้อโกง เว้นแต่เป็นการฉ้อโกงประชาชน

6. ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้

7. ความผิดฐานยักยอก

8. ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ เฉพาะกรณีที่ทำต่อทรัพย์ของเอกชนหรือทรัพย์ที่ไม่ได้เป็นสาธารณสมบัติ

9. ความผิดฐานบุกรุก เฉพาะกรณีที่บุกรุกตอนกลางวัน กระทำการบุกรุกผู้เดียว โดยปราศจากอาวุธ หรือไม่มีการประทุษร้ายหรือชูว่าจะประทุษร้าย

2. นำมาใช้กับกรณีที่ยังเป็นผู้เสียหาย

การนำเหตุแห่งการขาดความระมัดระวังของผู้เสียหายอันเป็นผลไปอำนวยความสะดวก กระตุ้นหรือจูงใจให้เกิดอาชญากรรม มาเป็นเหตุหนึ่งในการให้ศาลใช้ดุลพินิจลดโทษให้กับจำเลยนั้น ต้องเป็นกรณีที่ผู้เสียหายยังคงเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยอยู่ หมายความว่ายังคงเป็นผู้เสียหายที่ขอบด้วยกฎหมายอันจะใช้อำนาจในการฟ้องร้องผู้กระทำความผิดต่อศาลได้อยู่ กล่าวคือต้องไม่เป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้นด้วย หรือต้องไม่เป็นผู้ยินยอมให้กระทำความผิดต่อตน หรือการกระทำความผิดนั้นจะต้องมิได้มีมูลเหตุมาจากการที่ตนมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีได้เป็นการต่างกระทำความผิดต่อกัน ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการแรก ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสังคมไทยที่ผู้เขียนศึกษานั้น เป็นกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมในลักษณะที่ไม่ใช้ความระมัดระวังในภาวะวิสัยและพฤติการณ์ซึ่งวิญญูชนทั่วไป สามารถใช้ความระมัดระวังได้อย่างเพียงพอ หรือเป็นลักษณะความประมาทในทางอาญา ตามมาตรา 59 วรรคสี่นั่นเอง ซึ่งเมื่อเทียบกับการกระทำที่ทำให้ไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยไม่ว่าจะเป็นในส่วนที่ผู้เสียหายต้องไม่มีส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้น หรือต้องไม่เป็นผู้ยินยอมให้กระทำความผิดต่อตน หรือการกระทำความผิดต้องมีได้มีมูลเหตุมาจากการที่ตนมีเจตนาฝ่าฝืนกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมิได้เป็นการต่างกระทำความผิดต่อกันโดยเจตนา ก็จะทำให้เห็นว่าลักษณะการมีส่วนร่วมดังกล่าวเป็นกรณีที่ผู้เสียหายกระทำโดยเจตนาทั้งสิ้น

เว้นแต่การต่างกระทำความผิดต่อกันโดยประมาท เช่น การขับรถเร็วแล้วชนกันทั้งคู่ ซึ่งการมีส่วนร่วมโดยประมาทของผู้เสียหายในกรณีนี้มีลักษณะที่เป็นการมีส่วนร่วมจนถึงขนาดที่ว่าระดับความประมาทของผู้เสียหายนั้นเทียบเท่ากับผู้กระทำความผิด หากเป็นในทางแพ่งศาลมักวินิจฉัยว่า “เป็นความประมาทที่ไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน” ซึ่งหากพิจารณาความประมาทของผู้เสียหายในกรณีนี้จะแตกต่างจากความประมาทที่ผู้เขียนศึกษาตรงที่ เมื่อพิจารณาในฝั่งของตัวผู้เสียหาย ความประมาทของผู้เสียหายในกรณีนี้จะเป็นผลให้ตัวผู้เสียหายเองได้รับความอันตรายต่างๆ ต่อตนเอง แต่หากเป็นกรณีที่ผู้เขียนศึกษานั้น ความประมาทของผู้เสียหายในกรณีนั้นจะเป็นผลให้ตัวผู้เสียหายตกอยู่ในภาวะเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมหรือเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายแก่ตนเองนั่นเอง

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างเพื่ออธิบายให้ชัดเจนขึ้น เช่น การเสียบกุญแจคาไว้ที่รถมอเตอร์ไซค์แล้วเข้าไปซื้อของในร้านสะดวกซื้อ ผู้กระทำมาเห็นเข้า ตกงานมาพอดี ก็เกิดการกระตุ้นให้เกิดอาชญากรรมขึ้นทำให้รถมอเตอร์ไซค์คันนั้นไป หากพิเคราะห์แล้วจะเห็นว่ากรณีนี้ การเสียบกุญแจคาไว้ที่รถมอเตอร์ไซค์ของผู้เสียหายนั้น ผู้เสียหายมิได้กระทำโดยเจตนาที่ถึงขนาดมีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นด้วยตนเอง หรือมิได้ยินยอมโดยปริยายให้ผู้กระทำลักรถยนต์ของผู้เสียหายไปได้ อันจะถึงขนาดที่กฎหมายจะไม่คุ้มครอง กรณีนี้ผู้เสียหายจึงยังคงเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยอยู่ และไม่ถึงขนาดเป็นเหตุให้ผู้กระทำได้รับการยกเว้นความผิด หรือยกเว้นโทษ ดังนั้นเรื่องดังกล่าวจึงยังเป็นความผิดของผู้กระทำความผิดอยู่ อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมการเสียบกุญแจคาไว้ที่รถมอเตอร์ไซค์เป็นพฤติกรรมที่ขาดความระมัดระวัง ซึ่งในภาวะวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้นวิญญูชนตระหนักได้ว่าเป็นการสุ่มเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรมเพราะไปเพิ่มโอกาสให้เกิดการกระทำความผิดได้ ซึ่งมาตรฐานวิญญูชนเห็นว่าควรลือรถมอเตอร์ไซค์ก่อนลงไปซื้อของ ดังนั้นการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในลักษณะนี้จึงไม่สมควรที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างเต็มที่

ประการที่สอง การจะยกเหตุความไม่ระมัดระวังของผู้เสียหายขึ้นอ้างเป็นเหตุลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดในกระบวนการพิจารณาของศาลนั้น ก็ต้องปรากฏว่าผู้เสียหายเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยที่มีสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้นๆ ได้ด้วย มิเช่นนั้นจะไม่อาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นมาเพื่อลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดได้

3. เงื่อนไขอื่นๆ

เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ที่ใช้ในความผิดอันยอมความได้และยังคงเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยแล้วนั้น ก็จำเป็นต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขอื่นๆ ประกอบเพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่การบังคับใช้เหตุผลโทษในกรณีนี้ ซึ่งผู้เขียนได้กำหนดเงื่อนไขอื่นๆ ที่จะนำมาปรับใช้กับเหตุผลโทษในกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมดังนี้

3.1 ใช้เฉพาะกับการกระทำความผิดครั้งแรก

การกำหนดเงื่อนไขที่ให้นำมาใช้เฉพาะกับผู้กระทำที่กระทำความผิดครั้งแรกนั้นก็เพราะมีความเป็นไปได้สูงว่าผู้ที่กระทำความผิดนั้น จะกระทำลงเนื่องจากถูกกระตุ้น จูงใจ หรืออำนวยความสะดวกจากการขาดความไม่ระมัดระวังของผู้เสียหายจริง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีความชั่วน้อย เพราะมิได้เกิดจากเจตจำนงโดยอิสระของผู้กระทำความผิดไปเสียทั้งหมด จึงเห็นควรจะปราณิลโทษให้แก่ผู้กระทำได้ แต่หากมิใช่เป็นการกระทำความผิดครั้งแรกก็เป็นการยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าผู้กระทำกระทำความผิดเพราะถูกกระตุ้นจริงหรือไม่ เนื่องจากอาจเป็นเพราะนิสัยหรือสันดานของผู้กระทำที่เป็นคนเช่นนั้นอยู่แล้วก็เป็นได้ จึงไม่ควรให้โอกาสแก่ผู้กระทำความผิดซ้ำๆ ให้ได้รับประโยชน์จากการใช้เหตุจากความไม่ระมัดระวังของผู้เสียหายมาเป็นเหตุลดโทษได้

3.2 ไม่เป็นบุคคลอันตราย (dangerous person)

บุคคลอันตราย (dangerous person) คือบุคคลที่ไม่สมควรได้รับความไว้วางใจจากสังคมอีก มาจากแนวคิดที่มีชื่อว่า “enemy criminal law” โดยแนวคิดนี้มุ่งใช้สำหรับการปกป้อง “สิทธิในการรักษาความปลอดภัย”(right to security) เป็นสำคัญ ทั้งนี้ Gunther Jakobs ซึ่งเป็นเจ้าของแนวคิดนี้ได้เสนอว่า กฎหมายอาญาร่วมสมัยจำนวนมากได้แสดงออกถึงคุณลักษณะพิเศษในบทบาทของ “enemy criminal law” ซึ่งเป็นรูปแบบทางกฎหมายที่ขัดแย้งกับแนวคิดทางอาญาที่กำหนดให้ใช้กับพลเมืองทั่วไปตามแนวคิดทางอาญา “citizen criminal law” (กฎหมายอาญาทั่วไป) เพราะการลงโทษตามแนวคิด enemy criminal law จะมีขึ้น ก่อนที่อันตรายจะเกิดขึ้นจริง¹ ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าแนวคิดทางอาญา enemy criminal law นี้ จะมุ่งเน้นให้ความสำคัญในนิสัยหรือคุณลักษณะของผู้กระทำความผิด และความเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญาของผู้กระทำมากกว่าความประพฤติที่แสดงออกมา และ Gunther Jakobs เห็นว่าจากความผิดที่ปรากฏขึ้นนั้นเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิด ควรได้รับการจัดการในฐานะศัตรู (Feind) มิใช่ในฐานะพลเมือง (Bürger) เนื่องจากเป็นบุคคลที่เป็นภัยคุกคามต่อสังคม²

¹ Peter Ramsay, The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law, (United Kingdom: Oxford University Press, 2012), pp.191-192. อ้างถึงใน กัญญา สุดเสมอใจ, “มาตรการควบคุมผู้มีนเมาในที่สาธารณะ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.32.

² Markus D Dubber, Foundational Texts in Modern Criminal Law, (United Kingdom: Oxford University Press, 2014), p.354. อ้างถึงใน กัญญา สุดเสมอใจ, “มาตรการ

ยกตัวอย่างบุคคลอันตราย เช่น บุคคลที่มีอาการทางจิตเวชอย่างคนที่เป็นโรคไคร่เด็ก (Phidofilia) บุคคลประเภทนี้มีไข่บุคคลวิกลจริต ที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ หรือยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือสามารถบังคับตนเองได้บ้าง แต่เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิตฟั่นเฟือน ศาลจึงยกเว้นโทษหรือลดโทษให้ตามมาตรา 65 แต่บุคคลที่เป็นโรคไคร่เด็กนั้นยังสามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติเพียงแต่มีอาการผิดปกติทางจิตที่ชอบมีความสัมพันธ์กับเด็กเท่านั้น จึงมักกระทำความผิดต่อเด็กทำให้จัดเป็นบุคคลอันตรายเนื่องจากจัดอยู่ในกลุ่มผู้กระทำความผิดที่มีความเสี่ยงสูงในการที่จะกระทำความผิดซ้ำ เป็นต้น

จะเห็นว่าการกระทำอันขาดความระมัดระวังของผู้เสียหายนี้มิได้เป็นผลให้บุคคลอันตรายเหล่านี้เกิดการกระตุ้นให้กระทำความผิด เพราะบุคคลเหล่านี้มีความเสี่ยงที่จะกระทำความผิดสูงอยู่แล้ว จึงไม่สมควรนำเหตุจากการขาดความระมัดระวังของผู้เสียหายมาใช้กับบุคคลเหล่านี้

3.3 วิธีการนี้ต้องสามารถให้ผลเป็นการยับยั้งอาชญากรรมได้

คำว่า “การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรมนั้น” มิได้หมายความถึงการมีส่วนก่อให้เกิดอาชญากรรมขึ้น ตามแนวคิดในการแบ่งส่วนความรับผิดชอบ (Shared Responsibility) ที่ได้ศึกษามานั้น เป็นเพียงการอธิบายถึงลักษณะของบทบาทของเหยื่อ เช่น เหยื่อมีการอำนวยความสะดวกให้เกิดการกระทำความผิดได้โดยง่าย เหยื่อมีการกระตุ้นหรือจูงใจ หรือเหยื่อมีการช่วยเหลือให้เกิดอาชญากรรม ซึ่งหลักดังกล่าวมิได้ใช้เพื่อเป็นการตำหนิตัวเหยื่อ แต่เป็นการตำหนิการมีปฏิสัมพันธ์ที่เหยื่อทำให้ตนเองอ่อนไหวและตกเป็นเหยื่อของอาชญากรรมได้ (This term is used in a way as to not blame the victim but to blame the interaction that the victim has that makes them susceptible to becoming a victim of crime.) ดังนั้นคำว่า “การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรมนั้น” จึงเป็นไปในทางที่ต้องการเตือนว่าเหยื่ออาชญากรรมด้วยการกระทำของตนเองนั้น “มีส่วนที่ทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยง” ที่จะทำให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นได้ ดังนั้นการที่กำหนดโทษให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยกว่าปกติ จากการที่ผู้เสียหายเองไปทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยง ก็เพื่อเป็นการทำให้บุคคลที่ทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยงได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการลดความเสี่ยงของตนเอง เปรียบเทียบกับการขับรถเร็ว ไม่มีผู้ใดสามารถคาดการณ์ได้ว่าการขับรถเร็วแล้วจะต้องเกิดอุบัติเหตุเสมอ แต่การขับรถให้ช้าลงกว่านี้เป็น

ควบคุมผู้มีเมานี่ที่สาธารณะ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.32.

การลดความเสี่ยง เพราะหากว่าเกิดอุบัติเหตุขึ้น บุคคลที่ขับรถช้าลงสามารถหยุดรถได้ทันกว่าบุคคลที่ขับรถเร็ว หลักการเดียวกันกับแนวคิดทางอาชญาวิทยาและเหยื่อวิทยาที่ได้อธิบายถึงลักษณะของบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อ อาทิ เหยื่อที่มีพฤติกรรมประมาทเลินเล่ออยู่เสมอ เช่น การเสียบกุญแจคาไว้ที่รถยนต์ ชอบเดินในที่เปลี่ยว ลืมปิดประตูหรือหน้าต่างอยู่เสมอ เป็นต้น หรือเหยื่อที่มีพฤติกรรมชอบแต่งตัวดึงดูดใจ บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ซึ่งทำให้ไม่สามารถควบคุมและป้องกันตนเองได้ หรือเหยื่อที่มีพฤติกรรมข่มขู่ข่มขู่ทำให้เกิดความขัดแย้งที่นำไปสู่การใช้ความรุนแรง เป็นต้น พฤติกรรมเหล่านี้บ่งบอกถึงลักษณะของการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม แต่ไม่ได้หมายความว่าเมื่อบุคคลมีพฤติกรรมเช่นนี้แล้วจะนำไปสู่การเกิดอาชญากรรมเสมอไป เพียงแต่บุคคลเหล่านั้นมีโอกาสสูงที่กำลังตกอยู่ในภาวะเสี่ยงที่จะนำตนเองไปสู่เหตุการณ์ที่เลวร้าย ดังนั้นการลดความเสี่ยงคือการที่ไม่ทำให้ตนเองไปตกอยู่ในภาวะที่มีโอกาสจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม หรือทำให้ตนเองมีโอกาสน้อยที่สุดที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม จึงเป็นหลักการป้องกันอาชญากรรมที่ดีที่สุด ด้วยเหตุนี้ การที่กำหนดโทษให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยกว่าปกติ จากการที่ผู้เสียหายเองไปทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยง จึงไม่ใช่การตำหนิผู้เสียหาย แต่เป็นการเตือนให้ผู้เสียหายตระหนักถึงพฤติกรรมของตนเองว่าตนกำลังทำตัวเป็นเหยื่ออาชญากรรม

การกำหนดโทษดังกล่าวนอกจากจะมีได้เป็นการตำหนิผู้เสียหายแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายอีกด้วย โดยเป็นการนำทฤษฎีการลงโทษในเชิงป้องกันยับยั้งมาประยุกต์ใช้กับเหยื่ออาชญากรรม³ โดยการเพิ่มความตระหนักให้กับเหยื่อถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตนเอง เพื่อที่จะทำให้เหยื่อต้องหยุดพิจารณาก่อนที่จะเข้าไปข้องเกี่ยวกับพฤติกรรมที่มีความเสี่ยง และจะได้ไม่ต้องทนทุกข์กับการเป็นเหยื่อเข้าไปเรื่อยๆ การคุ้มครองลักษณะนี้จึงเป็นการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมในเชิงป้องกันยับยั้ง เพื่อลดความเสี่ยงของการตกเหยื่ออาชญากรรม โดยการเตือนให้บุคคลเหล่านั้นตระหนักว่าตนมีส่วนที่ทำให้ตนเองตกเป็นเหยื่อ โดยบุคคลเหล่านั้นจะหันมาพิจารณาและปรับเปลี่ยนพฤติกรรมหรือไม่ก็ได้ แต่หากเกิดเหตุการณ์อันตรายขึ้นมา บุคคลเหล่านั้นก็ต้องยอมรับว่าทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยงที่จะเป็นเหยื่ออาชญากรรม จะปฏิเสธว่าตนไม่มีส่วนในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเลยโดยขัดแย้งก็คงจะไม่ได้ จึงมีส่วนต้องรับผิดชอบในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นด้วย ดังนั้นจึงควรลงโทษผู้กระทำความผิดให้น้อยลง เพื่อให้เหมาะสมกับการกำหนดความรับผิดชอบของผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ

³ Andrew Karmen, Crime Victims : An Introduction to Victimology, Fourth edition, (Belmont, Calif., U.S.A. : Wadsworth, 2001), pp.97-98.

3.4 ได้สัดส่วนกับความผิดระหว่างความผิดกับความเสียหาย

ในการกำหนดโทษนั้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงสัดส่วนที่เหมาะสม เพราะหากลงโทษบุคคลอย่างรุนแรงมากในขณะที่บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดเพียงเล็กน้อย หรือในทางกลับกัน หากลงโทษบุคคลเพียงนิดเดียวในขณะที่บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดร้ายแรง กฎหมายก็จะขาดความน่าเชื่อถือ หรือขาดความศักดิ์สิทธิ์เพราะขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ ดังนั้นในการพิจารณาสัดส่วนในการลงโทษจึงต้องคำนึงถึงความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงเทียบกับความเสียหายอันมีลักษณะเป็นความเสียหายที่เป็นส่วนตัว และผู้เสียหายยังคงเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยอยู่ อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายในทฤษฎีทางอาชญาวิทยาและเหยื่อวิทยาก็เกิดจากการที่ผู้เสียหายเป็นส่วนหนึ่งที่กระตุ้น จูงใจ หรืออำนวยความสะดวกให้เกิดการกระทำนั้นขึ้นมา เพราะฉะนั้นในการลงโทษจึงต้องคำนึงถึงการกระทำของฝั่งผู้เสียหายด้วยเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการลงโทษ ผู้กระทำความผิดและเกิดความเป็นธรรม อีกทั้งยังช่วยในการยับยั้งอาชญากรรม โดยยับยั้งความเสี่ยงจากการตกเป็นเหยื่อจากการกระทำของตัวผู้เสียหายเอง เป็นผลให้ผู้เสียหายก็ไม่ตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายแก่ตน อัตราการเกิดอาชญากรรมก็จะลดลงเมื่อไม่มีเหยื่ออาชญากรรมให้ถูกกระทำ และไม่มีโอกาสที่จะกระทำความผิดได้ ผู้กระทำก็จะไม่ถูกกระตุ้นด้านมืดให้ต้องกระทำความผิด จึงเป็นการช่วยกันระหว่างผู้กระทำกับผู้เสียหายให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคมไทย

4.2 วิเคราะห์กลุ่มความผิดและการพิจารณาลดโทษ

เมื่อทราบถึงหลักเกณฑ์ในการนำเหตุที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมมาปรับใช้ในคดีอาญาแล้วนั้น จึงต้องศึกษาถึงการนำมาใช้ในกลุ่มความผิดต่างๆ และการพิจารณาลดโทษ ดังต่อไปนี้

4.2.1 กลุ่มความผิดที่ไม่สามารถนำมาใช้ได้

กลุ่มความผิดเกี่ยวกับชื่อเสียงตามประมวลกฎหมายอาญา มีคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเกียรติ⁴ โดยจากการศึกษาไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสภาพสังคมไทยที่นำเหตุการณ์มีส่วนร่วมของผู้เสียหายในลักษณะกระตุ้น จูงใจ หรืออำนวยความสะดวกมาใช้กับกลุ่มความผิดนี้ จึงไม่มีความจำเป็นต้องนำแนวคิดนี้มาปรับใช้กับกลุ่มความผิดนี้

⁴ คณิต ฒ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมาย และพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.191.

4.2.2 กลุ่มความผิดที่สามารถนำมาใช้ได้

(1) กลุ่มความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์

กลุ่มความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องของกรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง และทรัพย์สิ้นเป็นหลัก⁵ จากการศึกษาผ่านคำพิพากษาฎีกาที่ 1305/2559⁶ (คดีทางแพ่ง) ตามที่ปรากฏในบทที่ 2 นั้น แสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมไทยพบว่า พฤติกรรมของผู้เสียหายที่จอดรถโดยติดเครื่องยนต์ทิ้งไว้แล้วลงจากรถไปซื้อของนั้น มีลักษณะเป็นการอำนวยความสะดวกให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น (Victim Facilitation) ซึ่งหากพิจารณาตามหลักวิญญูชนพบว่าลักษณะการกระทำดังกล่าวเล็งเห็นได้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวของผู้เสียหายทำให้รถยนต์อาจจะถูกลักไปได้โดยง่ายเพราะความประมาทโดยจงใจของผู้เสียหายเอง อันเป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้ตนตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมและเพิ่มความเสี่ยงให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น ดังนั้นในสถานการณ์เช่นนั้นผู้กระทำความผิดจึงมิได้กระทำโดยอาศัยเจตจำนงอิสระอย่างสมบูรณ์ แต่มีพฤติการณ์แวดล้อมอันรวมถึงบทบาทของผู้เสียหายเป็นส่วนประกอบสำคัญที่ทำให้ผู้กระทำลงมือกระทำความผิดขึ้น จึงแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีความชั่วน้อย สามารถกลับใจแก้ไขได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ การกำหนดโทษให้กับตัวผู้กระทำจึงไม่สมควรได้รับโทษอย่างเต็มที่และควรนำมาใช้เพื่อพิจารณากำหนดโทษให้กับผู้กระทำความผิดได้

แม้ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางฐานความผิด เช่น ลักทรัพย์ จะเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน แต่ก็จะมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเยอะมากสำหรับการเสียเบกกุญแจคาร์ดไว้หรือจอดรถติดเครื่องยนต์แล้วลงไปซื้อของแล้วถูกลักทรัพย์ ผู้เขียนจึงเห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะนำเหตุผลโทษดังกล่าวมาใช้กับความผิดในฐานนี้

(2) กลุ่มความผิดที่เกี่ยวกับเสรีภาพและเพศ

กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มีคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในทางเพศและการชู้ตริตทางเพศ และมีคุณธรรมทางกฎหมายเป็นการป้องกันอาชญากรรม และความดีงามของสังคม⁷

⁵ เติ้งอ๋าง, น.194 - 212.

⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1305/2559, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2560, จากระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลฎีกา <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁷ คณิต ฒ นคร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.163 - 173.

ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เสียหายมาไม่ได้สติ แต่งกายล่อแหลม นั่งรถแท็กซี่กลับบ้านคนเดียว⁸ อันเป็นเหตุให้เกิดการกระทำความผิดทางเพศขึ้นนั้น จะเห็นได้ว่า การที่ผู้เสียหายมีพฤติกรรมที่ไม่ระมัดระวังโดยการรู้ว่าเมาสุรา แต่งกายล่อแหลม ยังเลือกนั่งแท็กซี่กลับบ้านคนเดียว ทั้งที่สามารถหลีกเลี่ยงได้ หากพิจารณาตามหลักวิญญูชนจะเห็นว่าพฤติกรรมดังกล่าวมีลักษณะกระตุ้นหรือใจจำเลย (Victim Precipitation) เป็นเหตุให้ “มีส่วนที่ทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยง” ที่จะให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นได้ ดังนั้นการที่กำหนดโทษให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยกว่าปกติ จากการที่ผู้เสียหายเองไปทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยงก็เพื่อทำให้บุคคลที่ทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยงได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการลดความเสี่ยงของตนเอง ดังนั้นการลดความเสี่ยงคือการที่ไม่ทำให้ตนเองไปตกอยู่ในภาวะที่มีโอกาสจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม หรือทำให้ตนเองมีโอกาสน้อยที่สุดที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม จึงเป็นหลักการป้องกันอาชญากรรมที่ดีที่สุด

กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นมิใช่ข้อโต้แย้งในเรื่องสิทธิเสรีภาพค่อนข้างมาก เนื่องจากลักษณะของกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี การที่ผู้เสียหายทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะความเสี่ยงซึ่งทำให้เกิดอาชญากรรมได้ง่ายขึ้น เท่ากับเป็นการเพิ่มอัตราการเกิดอาชญากรรม ซึ่งเป็นผลกระทบต่อความปลอดภัยในสังคม เมื่อเป็นเช่นนี้การที่การเตือนผู้เสียหายโดยการทำความเข้าใจลักษณะนี้คือทำให้ผู้เสียหายช่วยรักษาความปลอดภัยของสังคมด้วย ดังเช่นการช่วยถึงขั้นแบบก่อ ชวน สัมผัสใจวิบาท กฎหมายไม่คุ้มครองเพราะบุคคลผู้กระทำการเช่นนั้นทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม (public interest) คือรูปแบบของการควบคุมสังคม ดังนั้นการลดความเสี่ยงของอาชญากรรม คือรูปแบบของการควบคุมความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ด้วยเหตุนี้ อาจอธิบายเปรียบเทียบได้กับหลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เกิดจากการรักษาความปลอดภัยในสังคม เนื่องจากรัฐไม่สามารถทำหน้าที่ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ให้ครอบคลุมทุกพื้นที่ทุกเวลา จึงให้สิทธิกับบุคคลที่เป็นปัจเจกบุคคลในการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิตัวเองในครั้งแรก เช่นเดียวกับหลักการยับยั้งกลับใจในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 คือรัฐไม่สามารถควบคุมอาชญากรรมได้ทุกพื้นที่ เพราะฉะนั้นจึงให้ตัวอาชญากรสามารถลดความเสี่ยงในการกระทำความผิดของตัวเองโดยการให้รางวัลตอบแทน ยกตัวอย่างเช่น ผู้กระทำความผิดในคดีฆ่าคนตาย โดยปกติหากบุคคลกระทำการฆ่าผู้อื่นก็ต้องมีความผิดและได้รับโทษ แต่หลักการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับยกเว้น

⁸ “น้องแอล เหยื่อแท็กซี่ ยกมือไหว้ ยอมรับผิดที่เมาไม่ได้สติ แต่งตัวล่อแหลม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2561, จาก https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_879700.

ผิด เนื่องจากมีแนวคิดอยู่บนพื้นฐานของหลักประโยชน์สาธารณะ (public interest) ซึ่งเป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยในสังคม เพราะรัฐไม่สามารถดูแลบุคคลทุกคนได้ ความสงบเรียบร้อยในสังคมไม่ได้หมายถึงการที่เจ้าหน้าที่รัฐต้องมาดูแลทั้งหมด บุคคลสามารถดูแลตนเองได้ การที่รัฐเพิ่มอำนาจให้กับคนที่อยู่ในสังคมในการรักษาความสงบด้วยตนเองคือให้บุคคลมีสิทธิป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หากมีโจรมาปล้นจึงฆ่าโจรนั้นไม่ผิด ผู้นั้นทำให้อาชญากรรมลดลง ซึ่งเป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยในสังคม หรือการยับยั้งกลับใจตามมาตรา 82 เป็นเรื่องของตัวผู้กระทำความผิดเช่นกัน แต่ในมุมมองของผู้กระทำความผิดจริงๆ ซึ่งเขาสามารถยับยั้งกลับใจได้ กฎหมายก็ยกเว้นให้เพราะรู้ว่ารัฐไม่สามารถปรามอาชญากรรมได้ทุกที่และไม่มีใครรู้ดีเท่ากับผู้กระทำ การยับยั้งกลับใจจึงมีแนวคิดอยู่บนพื้นฐานของหลักประโยชน์สาธารณะเช่นเดียวกัน (public interest) เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม คือกฎหมายจึงให้ผู้กระทำความผิดหยุดตัวเองได้ก่อนหรือกลับใจแก้ไขแล้วให้ประโยชน์เขา เพื่อลดการเกิดอาชญากรรมให้น้อยลง ทำนองเดียวกันกับเรื่องผู้เสียหายมีส่วนให้เกิดการกระทำความผิดที่จะนำมาเป็นเหตุลดโทษนี้ มีหลักการเดียวกันคือผู้เสียหายมีส่วนที่ทำให้ตนเองตกอยู่ในความเสี่ยงซึ่งความเสี่ยงนั้นทำให้เกิดอาชญากรรม จึงเท่ากับว่าผู้เสียหายเพิ่ม อาชญากรรม แต่ถ้าผู้เสียหายถูกปรามด้วยวิธีการเหล่านี้ตัวผู้เสียหายเองก็จะลดโอกาสเสี่ยงในการเกิดอาชญากรรม ทั้งสามเรื่องที่กำลังกล่าวมานี้มีผลเหมือนกันคือต้องการลดอัตราการเกิดอาชญากรรม เพราะฉะนั้นการกำหนดลดโทษเช่นนี้ผู้เขียนจึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการตำหนิเหยื่อแต่อย่างใด แต่เพื่อต้องการลดอาชญากรรม เพื่อลดความเสี่ยงของตัวเองที่เขาจะมีโอกาสน้อยลงในการตกเป็นเหยื่อ แต่ในขณะที่เดียวกันไม่ใช่แค่เป็นประโยชน์สำหรับตัวผู้เสียหายเท่านั้น ยังเป็นประโยชน์ต่อสังคมด้วย ดังนั้นการมีสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล จึงไม่ใช่เรื่องของผู้เสียหายเพียงอย่างเดียวแต่เป็นเรื่องของสังคมด้วย

(3) กลุ่มความผิดที่เกี่ยวกับชีวิตร่างกาย

กลุ่มความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มีคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับชีวิตมนุษย์ ภัยอันตรายต่อชีวิต และความปลอดภัยของร่างกาย⁹

ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้เสียหายเดินดูโทรศัพท์แล้วข้ามถนน ขณะที่ผู้กระทำชำร้อมาด้วยความเร็วจึงชนผู้เสียหาย เป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัสนั้น¹⁰ จากข้อเท็จจริงดังกล่าว จะเห็นได้ว่า พฤติกรรมดูโทรศัพท์ก่อนข้ามถนน เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายแล้วเห็นว่า ผู้เสียหาย “มี

⁹ คณิต ธิ นคร, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.174 - 182.

¹⁰ “อุทาหรณ์! สาวข้ามถนนพร้อมคุยโทรศัพท์ ถูกรถชนกระเด็น-เจ็บสาหัส,” สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2561, จาก <https://www.posttoday.com/social/general/494291>.

ส่วนที่ทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยง” ที่จะทำให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นได้ ดังนั้นการที่กำหนดโทษให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษน้อยกว่าปกติ จากการที่ผู้เสียหายเองไปทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยงก็เพื่อทำให้บุคคลที่ทำให้ตนเองตกอยู่ในภาวะเสี่ยงได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการลดความเสี่ยงของตนเอง ดังนั้นการลดความเสี่ยงคือการที่ไม่ทำให้ตนเองไปตกอยู่ในภาวะที่มีโอกาสจะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม หรือทำให้ตนเองมีโอกาสน้อยที่สุดที่จะตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม จึงเป็นการลดการเกิดอาชญากรรมที่ดี

ในกลุ่มความผิด 3 กลุ่มนี้ จะเห็นว่าเรื่องชีวิตร่างกายเป็นเรื่องที่ผู้เขียนให้ความสำคัญเป็นพิเศษ เนื่องจากเรื่องชีวิตร่างกายมีคุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับชีวิตมนุษย์ แม้เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนตัวก็จริง แต่ก็ เป็นคุณธรรมที่กฎหมายให้ความสำคัญสูงสุด แม้กระทั่งผู้เสียหายให้ความยินยอมที่จะสละ เช่น กรณีให้ผู้เสียหายมาฆ่าตนเอง เป็นต้น กฎหมายยังไม่ยอมรับว่าเป็นการยินยอม อีกทั้งยังเป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งยอมความไม่ได้ ดังนั้นการทำให้ตนเองตกอยู่ในอันตรายจากตัวผู้เสียหายเอง จึงเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายต้องตระหนักและให้ความสำคัญมากๆ ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาเชิงลึกซึ่งแล้วพบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายที่กำหนดเหตุบรรเทาโทษกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมหรือยินยอมในการกระทำความผิดฐานฆาตกรรม

โดยมี United States Federal Sentencing Guidelines ซึ่งเป็นกลไกของสหพันธรัฐที่เป็นนโยบายจะให้ศาลรัฐใช้ไปในแนวทางเดียวกัน ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องพฤติกรรมของเหยื่อที่มีส่วนทำให้เกิดอาชญากรรม สามารถนำมาลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดได้ ดังนี้

พฤติกรรมของเหยื่อ (§ 5K2.10)¹¹ ถ้าการปฏิบัติโดยมิชอบของเหยื่อมีส่วนสำคัญในการกระตุ้นพฤติกรรมการกระทำผิดกฎหมายของจำเลย ศาลอาจลดโทษต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด

¹¹ United States Federal Sentencing Guidelines (§ 5K2.10), "If the victim's wrongful conduct contributed significantly to provoking the offense behavior, the court may reduce the sentence below the guideline range to reflect the nature and circumstances of the offense. In deciding whether a sentence reduction is warranted, and the extent of such reduction, the court should consider the following:

1. The size and strength of the victim, or other relevant physical characteristics, in comparison with those of the defendant.
2. The persistence of the victim's conduct and any efforts by the defendant to prevent confrontation.

ไว้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพและพฤติการณ์แวดล้อมของการกระทำผิด ในการตัดสินใจลดโทษอันอาจมีได้รวมถึงขอบเขตของการลดโทษดังกล่าว ศาลควรพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

(1) ขนาดร่างกายและความแข็งแรงของเหยื่อหรือลักษณะทางกายภาพอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเปรียบเทียบกับจำเลย

(2) ความต่อเนื่องของการดำเนินการของเหยื่อและความพยายามใด ๆ ของจำเลย เพื่อป้องกันการเผชิญหน้า

(3) การรับรู้อันตรายพอสมควรโดยจำเลย รวมถึงชื่อเสียงของเหยื่อต่อความรุนแรงนั้น

(4) การกระทำอันตรายของเหยื่อต่อจำเลย

(5) การดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ของเหยื่อ ที่มีส่วนสำคัญในการก่อพฤติกรรมอันตรายของจำเลย

(6) สัดส่วนและความสมเหตุสมผลของการตอบสนองของจำเลยต่อพฤติการณ์ยั่วเยวของเหยื่อ

3. The danger reasonably perceived by the defendant, including the victim's reputation for violence.

4. The danger actually presented to the defendant by the victim.

5. Any other relevant conduct by the victim that substantially contributed to the danger presented.

6. The proportionality and reasonableness of the defendant's response to the victim's provocation.

Victim misconduct ordinarily would not be sufficient to warrant application of this provision in the context of offenses under Chapter Two, Part A, Subpart 3 (Criminal Sexual Abuse). In addition, this provision usually would not be relevant in the context of non-violent offenses. There may, however, be unusual circumstances in which substantial victim misconduct would warrant a reduced penalty in the case of a non-violent offense. For example, an extended course of provocation and harassment might lead a defendant to steal or destroy property in retaliation.

การปฏิบัติโดยมิชอบของเหยื่อ ปกติจะไม่นำไปใช้ในบริบทของความผิดตามบทที่ สองส่วน A, ส่วนย่อย 3 (การล้วงละเมิดทางเพศ) นอกจากนี้บทบัญญัตินี้มักจะนำไปใช้ในบริบทของ การกระทำผิดที่ไม่รุนแรง อาจมีได้แต่เป็นกรณีที่สถานการณ์ผิดปกติ ในการปฏิบัติโดยมิชอบของเหยื่อ มีมากในกรณีที่เป็นความผิดที่ไม่รุนแรง ตัวอย่างเช่น ผลจากการข่มขู่และการล้วงละเมิดจำเลยที่อาจ นำไปสู่การขโมยหรือทำลายทรัพย์สินเพื่อเป็นการตอบโต้ได้

และนอกจากนี้ Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา¹² ให้ศาลใช้ดุลพินิจในการใช้วิธีการคุมประพฤติแทนที่การจำคุกเมื่อผู้เสียหายมีส่วนซ้กจูงหรืออำนวยความสะดวก ให้แก่การประกอบอาชญากรรมของผู้กระทำความผิด ปัจจุบัน 23 รัฐและรัฐบาล Federal กำหนดให้ การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรมหรือความยินยอมต่อการกระทำความผิดทาง อาญาเป็นเหตุบรรเทาโทษ โดย Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกาอธิบายว่า หากเหยื่อที่ถูกข่ม ขมิบบทบาทในการนำตนเองไปสู่ความตาย ไม่ว่าจะโดยมีส่วนร่วมในการกระทำที่อันตราย (เช่น เล่นเกม รัสเซียนรูเล็ต หรือเข้าร่วมในความผิดอื่นที่รุนแรง) หรือโดยความยินยอมให้เกิดการฆาตกรรม (เช่น การการุณฆาต) ผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุนอาจจะพิจารณาถึงการกระทำดังกล่าวเมื่อกำหนดโทษ ให้กับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลที่มีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการฆาตกรรมนั้น¹²

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า Sentencing Guideline จะมีการกำหนดปัจจัยที่จะลดโทษ ผู้กระทำความผิดเนื่องจากการกระทำผิดของผู้เสียหาย แต่ความเป็นจริงปัจจัยดังกล่าวมิได้นำมาใช้มาก ยกตัวอย่างเช่น ตาม Sourcebook of Federal Sentencing Statistics ในปี 2001 การกระทำของผู้เสียหายถูกนำมาเป็นเหตุผลในการบรรเทาโทษเพียง 2% เท่านั้นจากคดีของรัฐกลาง (Federal) ทั้งหมด¹³

จะเห็นว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ นำไปใช้ได้ได้น้อย ซึ่งหากนำมาพิจารณากับบริบททางสังคมของประเทศไทยแล้วนั้น คนไทยมิได้มี ลักษณะของปัญหาเช่นนั้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยที่ได้ศึกษาใน บทที่ 2 แล้วนั้นพบว่ากรณีตามคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยมักพิจารณาถึงการมีส่วนร่วมของ ผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกายในลักษณะที่เป็นการกระทำโดยความประมาท มิใช่โดย

¹² Vera Bergelson, Vera Bergelson, “Victims and Perpetrators: An Argument for Comparative Liability in Criminal Law,” pp.436-437, Retrieved on September 22, 2015, from <http://www.jstor.org/stable/10.1525/nclr.2005.8.2.385>.

¹³ *Ibid*, p.445.

เจตนา ซึ่งผู้เสียหายมิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ และโดยสภาพสังคมไทยแล้ว กรณีเช่นนี้มักเกิดขึ้นอยู่เสมอ ด้วยสภาพสังคมของประเทศไทยผู้เขียนจึงเห็นว่าการพิจารณาถึงการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกายนั้น ควรนำมาใช้เฉพาะฐานความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท

กล่าวโดยสรุปสำหรับกลุ่มความผิดที่สามารถนำมาใช้การพิจารณาเหตุลดโทษกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมได้นั้น จะได้แก่ กลุ่มความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เฉพาะฐานความผิดในเรื่องประมาท กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ และกลุ่มความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

4.2.3 การพิจารณาลดโทษ

การมีส่วนร่วมดังกล่าวนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 เพียงแต่การกำหนดโทษตามมาตรา 78 เป็นการให้ศาลใช้ดุลพินิจ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะศาลจะนำเหตุการณ์มีส่วนร่วมนี้มาใช้หรือไม่ก็ได้ นอกจากนั้นยังเกิดความไม่เป็นเอกภาพในการหยิบยกขึ้นมาพิจารณา การบังคับใช้กฎหมายจึงไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงเห็นควรกำหนดเป็นเหตุลดโทษขึ้นมาใหม่และบังคับให้ศาลต้องคำนึงถึงเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีเหตุลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลต้องหยิบยกเหตุนี้ขึ้นมาใช้ในการพิจารณา แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการลดโทษให้แก่จำเลยหรือไม่ก็ได้ซึ่งแล้วแต่พฤติการณ์แห่งคดีๆ

บทที่ 5

สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการเกิดอาชญากรรมในงานวิจัยนี้ มุ่งเน้นกรณีที่เหยื่ออาชญากรรมมีลักษณะกระตุ้น จูงใจ หรืออำนวยความสะดวกให้เกิดการกระทำความผิด ซึ่งลักษณะของเหยื่อดังกล่าวได้แก่ กรณีที่เหยื่อแต่งกายล่อแหลม ในสถานที่ เวลา และโอกาสที่ไม่ควร ซึ่งจะนำไปสู่อาชญากรรมทางเพศ หรือเหยื่อที่มีการกระทำในลักษณะที่เป็นการประมาทโดยจงใจ เช่น การวางโทรศัพท์ไว้บนโต๊ะอาหาร แต่เดินไปเข้าห้องน้ำโดยที่ตัวบุคคลนั่นเองก็รู้ตัวแต่เพิกเฉยต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ซึ่งอาจก่อให้เกิดอาชญากรรมทางทรัพย์สินขึ้นได้ ดังนั้นการกระทำเหล่านี้ แม้ว่าจะมิได้เป็นปัจจัยที่ทำให้เกิดอาชญากรรมในทุกกรณี แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าเหยื่อเป็นตัวแปรที่มีผลต่อการกระทำความผิดทางอาญา ดังนั้นการกระทำของผู้เสียหายเหล่านี้ควรถูกนำมาคำนึงถึงเพื่อประเมินความรับผิดชอบทางอาญาของผู้กระทำความผิดหรือไม่ เพราะผลของการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดจากปฏิสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสองฝ่าย ดังนั้นกฎหมายจึงควรพิจารณาอย่างเป็นองค์รวมทั้งผู้กระทำความผิด การกระทำ และผู้เสียหาย

ในปัจจุบันการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญายังคงเป็นเรื่องต่างๆ ไป โดยพิจารณาจากตัวผู้กระทำเป็นหลัก ซึ่งเมื่อมีคดีเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดโดยหลักอาจจะต้องรับผิดชอบเต็มอัตรา เว้นแต่มีเหตุบางอย่างที่กฎหมายกำหนดจะมายกเว้นความผิดให้ ซึ่งส่วนใหญ่เหตุยกเว้นความผิดเป็นเหตุจำกัดกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนให้เกิดอาชญากรรมจากการกระตุ้นหรือจูงใจจึงยังไม่ถึงระดับนั้น และไม่สามารถยกเว้นโทษให้ได้ เนื่องจากยังคงเป็นความผิดของผู้กระทำอยู่ แม้ผู้เสียหายอาจมีส่วนบ้างอยู่บ้างก็ตาม อย่างไรก็ตาม การจะลงโทษผู้กระทำความผิดเต็มอัตราก็เห็นจะไม่สมควร สิ่งที่ต้องศึกษาจึงมีอยู่เพียงว่ามีความเหมาะสมแค่ไหนที่จะนำไปสู่การลดโทษ

โดยจากการวิเคราะห์พบว่าขอบเขตการมีส่วนร่วมของผู้เสียหายตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ต้องพิจารณาโดยอาศัยมาตรฐานตามหลักวิญญูชน ซึ่งอยู่ในขอบเขตที่วิญญูชนเห็นว่าผู้เสียหายมีการกระตุ้น จูงใจ หรืออำนวยความสะดวก อันเป็นเหตุเพิ่มความเสี่ยงให้เกิดการกระทำความผิดนั้นขึ้น และนำไปใช้กับกลุ่มความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน กลุ่มความผิดเกี่ยวกับเพศ และกลุ่มความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เฉพาะกรณีที่การกระตุ้นของผู้เสียหายนั้นเป็นการกระทำโดยประมาท ด้วยเหตุผลที่ว่าในบริบทของสังคมไทย มีข้อเท็จจริงตามกลุ่มความผิดดังกล่าวเกิดขึ้นให้เห็นอยู่เสมอ และพฤติกรรมที่

เพิ่มความเสียหายให้ตนเองตกเป็นเหยื่อสัมพันธ์กับการเพิ่มความเสียหายให้เกิดอาชญากรรมขึ้นในสังคม เป็นผลให้สังคมเกิดความไม่สงบเรียบร้อย แม้กฎหมายจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้แก่ ชีวิต ร่างกาย ชื่อเสียง เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินก็ตาม แต่พฤติกรรมเช่นนั้นของผู้เสียหายมีผลกระทบต่อความสงบสุขเรียบร้อยในสังคม สิทธิและเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวจึงมิใช่เป็นเรื่องของเอกชนโดยเด็ดขาด แต่เป็นเรื่องของสังคมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เมื่อกฎหมายอาญาเป็นเรื่องของสังคม การกำหนดเหตุผลโทษโดยนำผู้เสียหายเข้ามาเป็นตัวแปรในการกำหนดโทษให้กับจำเลยเช่นนี้ จึงเป็นการกำหนดกฎหมายในเชิงนโยบายอันมีผลเป็นการป้องกันยับยั้งการเกิดอาชญากรรม ซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะเพราะเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยการทำให้ผู้เสียหายตระหนักถึงความเสียหายว่าพฤติกรรมเช่นนั้นของตนเป็นการทำให้ตนตกอยู่ในสภาวะความเป็นเหยื่ออาชญากรรม และหันมาป้องกันตนเองโดยการลดความเสี่ยงด้วยตนเอง เมื่อผู้เสียหายลดความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นกับตนก็มีผลสัมพันธ์กับการลดการเกิดอาชญากรรมในสังคมด้วย จึงทำให้สังคมเกิดความสงบสุขเรียบร้อย และเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและยับยั้งอาชญากรรม นอกจากนี้ยังทำให้การกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดนั้นได้รับการกำหนดโทษอย่างเหมาะสม เพราะเมื่อธรรมชาติของมนุษย์มีด้านมืดนั้น พฤติกรรมของผู้เสียหายจึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ผู้กระทำความผิดกำหนดเจตจำนงได้อย่างอิสระโดยสมบูรณ์ จึงแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมีความชั่วน้อยและสามารถกลับตัวกลับใจได้ แต่หากผู้กระทำได้กระทำความผิดนั้นมาแล้วหลายครั้ง จะถือว่าพฤติกรรมของผู้เสียหายเป็นผลต่อการกระทำของผู้กระทำความผิดคงมิได้ กรณีนี้คงเป็นเพราะนิสัย หรือสันดานของผู้กระทำความผิดมากกว่า ในกรณีนี้จึงได้กำหนดเงื่อนไขให้ผู้กระทำความผิดต้องเป็นกรณีกระทำความผิดครั้งแรกไม่เป็นบุคคลอันตราย มีผลเป็นการป้องกันยับยั้งอาชญากรรม และการกำหนดโทษจะได้สัดส่วนกับความผิด เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ทุกอย่างแล้วจึงเห็นว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดนั้นมีเหตุอันควรปราณีที่จะบรรเทาโทษให้กับผู้กระทำได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่ากรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิดอาชญากรรมนั้น มีลักษณะเป็นเหตุบรรเทาโทษที่จะนำมากำหนดลดโทษให้แก่จำเลยได้ เมื่อพิจารณาแล้วการมีส่วนร่วมดังกล่าวนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับเหตุบรรเทาโทษตามมาตรา 78 เพียงแต่เหตุตามมาตรา 78 นั้นล้วนเป็นเหตุที่มาจากตัวผู้กระทำความผิดทั้งสิ้น และการกำหนดโทษตามมาตรา 78 เป็นการให้ศาลใช้ดุลพินิจ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะศาลจะนำเหตุการณ์มีส่วนร่วมนี้มาใช้หรือไม่ก็ได้

นอกจากนั้นยังเกิดความไม่เป็นเอกภาพในการหยิบยกขึ้นมาพิจารณา การบังคับใช้กฎหมายจึงไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงเห็นควรบัญญัติเป็นเหตุบรรเทาโทษขึ้นใหม่ เป็นว่า

มาตรา 78/1 ผู้ใดกระทำความผิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เฉพาะฐานความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท ความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ถ้าความผิดดังกล่าวได้กระทำโดยผู้เสียหายในภาวะวิสัยและพฤติการณ์เช่นนั้นหาได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอไม่ เป็นเหตุให้ตนเองมีความเสี่ยงต่อการเกิดอาชญากรรม หากไม่ปรากฏว่าผู้นั้นเคยถูกศาลพิพากษาถึงที่สุดว่าได้กระทำความผิดดังกล่าวมาก่อน หรือไม่เป็นบุคคลอันตราย และจะเป็นผลให้เกิดการยับยั้งอาชญากรรม พร้อมกับการลงโทษที่ได้สัดส่วน ให้ศาลพิจารณาลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดเท่าใดก็ได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ก็ตาม



บรรณานุกรม

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551.
- คณิต ฒ นคร. ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมาย และพื้นฐานการเข้าใจ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556.
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.
- จตุรรัตน์ เอื้ออำนวย. ปัจจัยที่มีความเสี่ยงต่อการตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมทางเพศของผู้หญิงไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- ณรงค์ ใจหาญ. กฎหมายอาญา ว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- _____. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560.
- ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาขั้นสูง. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.
- เพชร ศรีแสงทอง. การลงโทษและการแก้ไขผู้กระทำผิด (Punishment and Correction). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : จามจุรีโปรดักส์, 2555.
- มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์. กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2551.
- ยอร์ช ปาดูซ์. บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546.
- สุดสงวน สุธีสร. เหยื่ออาชญากรรม. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ., 2543.
- สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์. รายงานการวิจัย เรื่องการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ. กรุงเทพมหานคร : กลุ่มวิจัยและพัฒนา สำนักวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2549.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556.

อัจฉริยา ชูตินันทน์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2557.

อੰณพ ชูบำรุง. อาชญาวิทยาและอาชญากรรม. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชารัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2532.

โอฬาร กุลวิจิตร และ อมรพจน์ กุลวิจิตร. เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ เหตุลดโทษ เหตุรอกการลงโทษและรอกการกำหนดโทษ. กรุงเทพมหานคร : ร้านสวัสดิการหนังสือกฎหมายปณรัชช, 2552.

บทความ

ช.ช้างหัวหน้า. คอลัมน์กฎหมายว่าไรดี. “ความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดยอมความได้.” ไทยโพสต์. (27 พฤศจิกายน 2554) : 5.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย.” ตุลาการศาลยุติธรรม. เล่มที่ 2. ปีที่ 55. (เดือนพฤษภาคม – สิงหาคม 2551) : 14.

วิทยานิพนธ์

กัญญา สุดเสมอใจ. “มาตรการควบคุมผู้มีเงินเมาในที่สาธารณะ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

กาญจน์สุดา เอื้อยิ่งศักดิ์. “มาตรการการลงโทษพระภิกษุสงฆ์ในกฎหมายอาญา : ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับเพศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553.

กิตติ บุศยพลากร. “ผู้เสียหายในคดีอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

ชัยยุทธ เลิศหทัยดี. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจการค้ามนุษย์บนสื่ออิเล็กทรอนิกส์ : ศึกษากรณีการขายบริการทางเพศบนเว็บแคม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2556.

ณรงค์ศักดิ์ สุขวิบูลย์. มาตรการบังคับทางอาญาที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำผิดทางเพศ, วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

ทัศนวรรณ สิริพรหมเจริญ. “มาตรฐานความระมัดระวังกรณีกระทำโดยประมาท.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ธิตี ทศนชัยกุล, ปัจจัยที่เป็นสาเหตุการข่มขืนกระทำชำเราของเยาวชน : ศึกษาเฉพาะกรณี ศาล
จังหวัดนนทบุรี แผนกคดีเยาวชนและครอบครัว, สารนิพนธ์หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต
คณะสังคมสงเคราะห์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

นฤมล อังคณาภิวัฒน์. “เหตุบรรเทาโทษ : ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการใช้ในศาลไทยกับศาล
ต่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.

ปณณวิช ประจวบลาภ. “ดุลยพินิจของศาลในการลดโทษ : ศึกษากรณีจำเลยให้ข้อมูลสำคัญในคดีอา
เสพติด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
, 2556.

ปาริชาติ มั่นสกุล. “การกำหนดมาตรการทางอาญาเกี่ยวกับการโจมตีค่าเงินบาท.” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

เปี่ยมสุข นาคทอง. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของผู้เคยต้องโทษจำคุกในการ
รับราชการ : ศึกษากรณีข้าราชการพลเรือนสามัญ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

วิภาพร เนติจิโรชิต. “การบัญญัติความผิดลหุโทษให้เป็นความผิดอาญาทั่วไป : ศึกษาเฉพาะความผิด
ลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต, 2548.

สกล นิสารัตน์. “กฎหมายอาญาและการลงโทษที่เหมาะสม : แนวความคิดทางด้านปรัชญาและ
ความยุติธรรมทางสังคม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

หทัยกานต์ ชัยกุล. “หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมาย
ไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

อุเทน หัตตะโสภา. “ปัญหาผู้เสียหายโดยนิตินัย.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

“จิตใต้สำนึก Subconscious.” <http://www.novabizz.com/NovaAce/Subconscious.htm>,
12 กุมภาพันธ์ 2559.

“เจ้าของกระบะอั้ง เจอเพื่อนบ้านเอาขี้เถ้าเผากระต๊ากของโรยหน้ารถ ฉุนจอตล้าหน้าบ้าน.”

<https://hilight.kapook.com/view/168946>, 24 กรกฎาคม 2561.

นัทธี จิตสว่าง. “อาชญาวิทยา กระบวนการยุติธรรม ราชทัณฑ์ และการวิจัยเชิงคุณภาพ : วัตถุประสงค์ในการลงโทษ.” <https://www.gotoknow.org/posts/454719>, 20 พฤษภาคม 2559.

“แนวคิดและทฤษฎี สนับสนุนการสืบสวน.” http://www.csd.go.th/dimensions_csd/4dimensions-3.pdf, 20 พฤษภาคม 2559.

“น้องแอล เทื่อแท้ก็ชี้ยกมือไหว้ ยอมรับผิดที่เมาไม่ได้สติ แต่งตัวล่อแหลม.” https://www.khaosod.co.th/breaking-news/news_879700, 24 กรกฎาคม 2561.

“ปัจจัยที่เป็นเหตุให้เด็กและเยาวชนก่อเหตุร้ายในศูนย์ฝึกและอบรม: ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชนเขต 8 จังหวัดสุราษฎร์ธานี.” [website2556.moj.go.th/upload/mini109_km/uploadfiles/2798_3657.doc](http://www.website2556.moj.go.th/upload/mini109_km/uploadfiles/2798_3657.doc), 20 พฤษภาคม 2559.

“พัฒนาการของวิชาเหี่ยววิทยา : การศึกษาเหี่ยวอาชญากรรม.” www.bpaccountant.com/images/sub_1408201131/221157_4.ppt, 30 ตุลาคม 2560.

รณกรณ์ บุญมี. “ผู้เสียหายมีส่วนในความเสียหาย จำเลยคดีอาญาจะผิดน้อยลงไหม?” https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=1476082705817143&id=100002462825367, 19 มิถุนายน 2561.

ศูนย์เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในศาลฎีกา. ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้อง และคำวินิจฉัยศาลฎีกา, <http://deka.supremecourt.or.th/>, 27 กรกฎาคม 2560.

“เสียบกุญแจ จยย.ไว้ก่อนมารถหาย.” <https://www.thairath.co.th/clip/181727>, 24 กรกฎาคม 2561.

“อุทาหรณ์! สาวข้ามถนนพร้อมคุยโทรศัพท์ ถูกรถชนกระเด็น-เจ็บสาหัส.” <https://www.posttoday.com/social/general/494291>, 24 กรกฎาคม 2561.

กฎหมาย

ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เอกสารอื่นๆ

ประธาน วัฒนวานิชย์. เอกสารประกอบการบรรยาย “พัฒนาการของวิชาเหยื่อวิทยา : การศึกษาผู้เสียหาย-เหยื่อในคดีอาญา”.

ปุระชัย เปี่ยมสมบูรณ์. “อาชญาวิทยา : สหวิทยาการว่าด้วยปัญหาอาชญากรรม.” ใน โครงการตำราโรงเรียนนายร้อยตำรวจ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

พนิดา อรรถเศรษฐ์. “ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน (ศึกษาตามกฎหมายอาญาสารบัญญัติ).” ในเอกสารวิชาการของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 2. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2547.

ศุภวิทย์ ตั้งตรงจิตต์ และคณะ. “การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษของศาลยุติธรรม.” ในรายงานวิชาการของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 3. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2549.

ศิริพร กาญจนสูตร. “การใช้เหตุบรรเทาโทษของศาลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 : ศึกษากฎการให้เหตุผลของศาลในเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน.” ในผลงานของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 1. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2556.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์. “แนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักคามสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545.” ในรายงานการวิจัยเสนอต่อสถาบันอนุญาตตุลาการ, 2545.

BOOKS

Andrew Karmen. Crime Victims : An Introduction to Victimology. Fourth edition. Belmont, Calif., U.S.A. : Wadsworth, 2001.

James J. Gobert. VICTIM PRECIPITATION. Columbia Law Review, 1997.

Stephen Schafer. Victimology ; the victim and his criminal. Reston, Va. : Reston Pub, 1977.

ELECTRONIC MEDIA

Aya Gruber. "Pink Elephants in the Rape Trial : The Problem of Tort-Type Defenses in the Criminal Law of Rape, 4 Wm. & Mary J. Women & L. 203 (1997)." <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=125>. April 20, 2017.

BBC NEWS. "Judge accused of 'victim-blaming' over rape comments." <http://www.bbc.com/news/uk-39241470>. April 21, 2017.

"Cour de Cassation, Chambre MIXTE, du 28 janvier 1972, N°70-90.072." <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006987347>. March 30, 2015.

"FATAL CRASH Who is Charlie Alliston? Cyclist sentenced to 18 months in prison over death of Kim Briggs." <https://www.thesun.co.uk/news/4244989/charlie-alliston-sentence-kim-briggs-bike-crash-manslaughter/>. July 20, 2017.

Kevin Rawlinson. "Judge accused of victim-blaming in comments on rape case." <https://www.theguardian.com/society/2017/mar/10/judge-accused-of-victim-blaming-during-sentencing-comments-in-case>. April 21, 2017.

Vera Bergelson. "Victims and Perpetrators: An Argument for Comparative Liability in Criminal Law." <http://www.jstor.org/stable/10.1525/nclr.2005.8.2.385>. September 22, 2015.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นางสาวณัจญา ทัดติยพงศ์
 วันเดือนปีเกิด 19 กันยายน 2534
 วุฒิการศึกษา - ปีการศึกษา 2556 นิติศาสตรบัณฑิต
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 - ปี 2557 ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ
 แห่งสภานายความ รุ่นที่ 42

ผลงานทางวิชาการ

ณัจญา ทัดติยพงศ์. "การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการเกิด
 อาชญากรรม" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
 2561.

ประสบการณ์ทำงาน 2557-2560 ผู้ช่วยนายความ บริษัทลอร์ รีพับลิก
 จำกัด