

วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา : “ป่ากรรยาและชายภูเขาตายขณะร่วมประเวณี” เป็นป้องกันหรือบันดาลโทษ

ทวนชัย โชติช่วง*

บทคัดย่อ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๘/๒๔๗๙ เป็นฎีการ่วมสมัยที่ยึดเป็นบรรทัดฐานในการพิพากษาคดีที่เป็นในลักษณะเดียวกันมาโดยตลอด ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษากรณีสามที่ฆ่าภรรยาและชายผู้ตายว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากมีสิทธิในการป้องกันที่ไม่ให้สามีหรือภรรยา (โดยชอบด้วยกฎหมาย) นั้นไปคบชู้ชู้ชาย และเป็นการป้องกันสิทธิไม่ให้เสื่อมเสียเกียรติยศ แต่ในขณะเดียวกันตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๙/๒๕๑๕ เป็นกรณีสามที่ฆ่าภรรยาและชายผู้ตายเช่นเดียวกัน แต่ข้อแตกต่างอยู่ตรงที่ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๘/๒๔๗๙ นั้นคู่สามีภรรยาสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงสามารถอ้างสิทธิป้องกันได้ แต่ฎีกาที่ ๒๔๙/๒๕๑๕ สามีไม่สามารถที่จะอ้างสิทธิในการป้องกันได้ แต่เมื่อพิจารณาในเรื่องของการป้องกันเกินกว่าเหตุแล้ว ไม่สามารถที่จะนำมาเปรียบเทียบกันได้ เมื่อพิเคราะห์โดยอาศัยพฤติการณ์ แต่หากใช้วิจารณ์ฎีกาในวิญญูชนทั่วไปแล้วน่าจะเป็นการป้องกันที่เกินกว่าเหตุไม่น่าที่จะอ้างป้องกันได้อีกทั้งในฎีกาที่ ๒๔๙/๒๕๑๕ นั้นได้มีการพิพากษาว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษระงับต่างของทั้งสองฎีกาอยู่ที่การอ้างสิทธิ ดังนั้น หากจะมีการพิพากษาตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๘/๒๔๗๙ ว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษระงับคงจะไม่ผิดแปลกแต่อย่างใด อีกทั้ง ด้วยสภาพบ้านเมืองที่เปลี่ยนไปทำให้มนุษย์นั้นถดถอยในเรื่องศีลธรรมและจริยธรรม ทำให้มีการกระทำความผิดกันมากขึ้น หากมีการพิพากษาคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๘/๒๔๗๙ อยู่ต่อไป อาจเป็นเหตุที่จะทำให้เกิดปัญหาอาชญากรรมที่คนทำผิดแล้วไม่ต้องได้รับการลงโทษ เกิดเป็นช่องว่างของกฎหมายอีกกรณีหนึ่งได้

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

บทนำ

ในการศึกษาวิชากฎหมายนั้น คำพิพากษาศาลฎีกา ถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างหนึ่ง เพราะ คำพิพากษาศาลฎีกาเป็นสิ่งที่ช่วยตีความตัวบทกฎหมาย และบรรทัดฐานในการพิจารณาพิพากษารรคดี โดยเฉพาะในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common law) คำพิพากษาถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่ง มีการนำคำพิพากษาศาลฎีกามายึดเป็นแบบอย่างในการพิจารณาพิพากษารรคดี หรือแม้กระทั่ง การศึกษาวิชากฎหมายในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์นั้น ได้ให้ความสำคัญกับคำพิพากษาศาลฎีกา มากกว่าตัวบทกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยทั่วไป เช่นในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ในส่วนของประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน ถึงแม้ว่าประเทศไทยนั้นจะใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย แต่ด้วยในอดีต นักกฎหมายไทยส่วนมากที่ได้สำเร็จการศึกษากฎหมายจากประเทศอังกฤษมีบทบาทสูงในระบบกระบวนการยุติธรรม และการเรียนการสอนวิชากฎหมายในประเทศไทย จึงได้รับอิทธิพลแนวความคิดทั้งในเรื่องการเรียนการสอน และการพิจารณาพิพากษาคดีแบบระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์มาใช้ในประเทศไทย ดังนั้นประเทศไทยจึงมีการใช้กฎหมายในรูปแบบผสมผสานทั้งระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย และระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ เช่น การเอาหลัก Mens Rea ของกฎหมายอังกฤษมาอธิบาย “เจตนา” ตามกฎหมายอาญา^๑ หรือในบางคดีที่ไม่สามารถนำบทกฎหมายมาปรับกับคดีได้ (เกิดช่องว่างทางกฎหมาย) ศาลฎีกาก็มีการอุดช่องตาม มาตรา ๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งคล้ายคลึงกับการ “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาใหม่ของระบบคอมมอนลอว์ แต่ในระบบประมวลกฎหมายแล้ว ศาลถือว่าคำพิพากษาในคดีก่อนเป็นแต่ตัวอย่างของการตีความซึ่งศาลในคดีหลังอาจเจริญรอยตามโดยพิพากษาอย่างเดียวกันก็ได้^๒ แม้กระทั่งตำราเรียนวิชากฎหมายก็มีการนำคำพิพากษาศาลฎีกามาเป็นกรณีศึกษา เช่น คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาในหลาย ๆ เล่ม เป็นต้น และเป็นเหมือนว่านักศึกษากฎหมายก็ต้องศึกษากฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกาเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุนี้เราจึงปฏิเสธถึงความสำคัญของคำพิพากษาศาลฎีกาไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้ว เราจึงควรที่จะศึกษาและวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยได้มีการพิจารณาพิพากษากันมาก่อนในอดีต ว่ามีความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด หากจะนำคำพิพากษาศาลฎีกานั้นมาปรับใช้กับคดีความที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

^๑ ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” พิมพ์ครั้งที่ ๑๖ (กรุงเทพฯ : ประกายพริก, ๒๕๔๘)

หน้า ๓๓-๓๔

^๒ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, อังแล้วเชิงอรรถที่ ๑, หน้า ๔๑-๔๒

ผู้เขียนบทความได้มีโอกาสเป็นผู้ช่วยสอนวิชากฎหมายอาญาภาคทั่วไป ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โดยได้สอนในส่วนของกรกระทำที่กฎหมายยกเว้นความผิด (ป้องกัน) และเหตุลดโทษ (บันดาลโทษ) และผู้เขียนได้เห็นคำพิพากษากฎีกาที่ ๓๗๘/๒๕๗๙ ซึ่งเป็นฎีการ่วมสมัย กล่าวคือ เป็นคำพิพากษากฎีกาที่มีอิทธิพลต่อคำพิพากษากฎีกาอื่น ๆ ในปัจจุบัน ที่จะต้องพิจารณาตามคำพิพากษานี้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่าจะมีการวิเคราะห์เหตุผลถึงการพิจารณาคดีตามคำพิพากษา และนำมาปรับใช้เพื่อให้มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน

ในทางกฎหมายอาญบุคคลจะรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อต้องมืองค์ประกอบครบ ๓ ประการ คือ

๑. การกระทำครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด
๒. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด
๓. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ”

๑. การกระทำครบ องค์ประกอบ ที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด กล่าวคือกรกระทำนั้นต้องมีครบทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้น ๆ และผลของการกระทำจะต้องมีความสัมพันธ์กันในเรื่องของการกระทำและผลของการกระทำ

การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สึกนึก หรืออยู่ภายใต้อำนาจจิตใจ^๙ ดังนั้นเพียงแต่ผู้กระทำความผิด “คิด” ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำ แต่หากว่าผู้กระทำความผิด มีการ “คิด” และได้มีการ ลงมือกระทำโดยมีการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สึกนึก หรืออยู่ภายใต้อำนาจจิตใจ ก็ถือว่าการกระทำนั้นครบทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน เช่น นาย ก. คิดที่จะฆ่า นาย ข. และนาย ก. ได้ชักปืนขึ้นและได้ยิงนาย ข. จนถึงแก่ความตาย ดังนี้ การกระทำดังกล่าวของนาย ก. ก็ครบองค์ประกอบความผิดทั้งภายนอก คือ นาย ก. ได้ยิงนาย ข. ตาย และองค์ประกอบภายใน คือ นาย ก. มีเจตนาที่ฆ่า นาย ข. ให้ถึงแก่ความตาย เป็นความผิดสำเร็จ และผลของการกระทำก็มีความสัมพันธ์กันระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือ นาย ข. ตายเพราะโดนนาย ก. ยิง เป็นต้น นี่คืองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และองค์ประกอบความผิดนั้นก็ต้องขึ้นอยู่กับลักษณะของความผิดนั้น ๆ ด้วย

^๙ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ “คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑” พิมพ์ครั้งที่ ๙ (กรุงเทพฯ : หจก. จีระวิชาการพิมพ์, ๒๕๕๙)

^๙ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๓ , หน้า ๙๐

๒. การกระทำนั้น ไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด กล่าวคือ การกระทำเมื่อครบองค์ประกอบความผิดและไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดไว้แล้วนั้น ผู้กระทำความผิดนั้นก็ต้องรับโทษทางอาญาตามฐานความผิดที่ได้กระทำ แต่หากเป็นการกระทำที่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา กล่าวคือ “ผู้กระทำไม่มีความผิด”^๕ เช่น การกระทำโดยป้องกัน ตามมาตรา ๖๘ และการทำแห่งกรณีพิเศษ ตามมาตรา ๓๐๕ เป็นต้น

๓. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ กล่าวคือ การกระทำถ้าเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิด ถึงแม้จะมีความผิดอยู่ แต่กฎหมายได้ยกเว้นโทษไว้ ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษในทางอาญา แต่ผู้กระทำก็ยังมีผิดอยู่ เช่น การกระทำความผิดโดยจำเป็น ตามมาตรา ๖๗ การกระทำความผิดของคนวิกลจริต ตามมาตรา ๖๕^๖ เป็นต้น แต่ถึงอย่างไรก็ตาม อีกองค์ประกอบหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาในการรับโทษทางอาญาของบุคคล คือ เหตุลดโทษ

เหตุลดโทษ คือ เหตุที่อาจทำให้ผู้กระทำได้รับโทษน้อยลง ซึ่งขึ้นอยู่กับ คุณพินิจของศาลที่จะลงโทษให้แก่ผู้กระทำหรือไม่ก็ได้^๗ เช่น เหตุลดโทษในเรื่องของความไม่รู้กฎหมาย ตามมาตรา ๖๔ คนวิกลจริต ซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ตามมาตรา ๖๕ วรรคสอง หรือบันดาลโทสะ ตามมาตรา ๗๒ เป็นต้น

ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการรับผิดของบุคคลจะต้องมีการพิจารณาเป็นขั้นตอน ดังที่ท่านอาจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้คำอธิบายไว้ในหนังสือ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑ ว่า “ในการพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น ประการแรกต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ หากครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็ต้องดูต่อไปว่า การกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ก็ต้องดูต่อไปว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษไว้หรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่า บุคคลนั้นจะต้องรับผิดในทางอาญา ซึ่งหากมีเหตุลดโทษ ศาลก็อาจใช้ดุลยพินิจลดโทษให้”^๘

^๕ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๘๓

^๖ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๘๖

^๗ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๘๗

^๘ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๘๑

การกระทำที่กฎหมายยกเว้นความผิด หมายความว่า เมื่อการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดแล้ว แต่มีกฎหมายยกเว้นความผิดไว้ ดังนี้ ผู้กระทำความผิดก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา ซึ่งก็แสดงว่าผู้กระทำความผิดก็ไม่ต้องรับโทษทางอาญาด้วยเช่นเดียวกัน

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในเรื่องของกฎหมายยกเว้นความผิดนั้นมีหลายกรณี แต่ผู้เขียนขอนำเสนอในส่วนของกรการกระทำโดยป้องกัน ตามมาตรา ๖๘ เพื่อเป็นการนำเข้าสู่ประเด็นที่ผู้เขียนมีความเห็นที่ ไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๘/๒๕๗๙

มาตรา ๖๘ บัญญัติว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

หลักเกณฑ์ของการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๖๘ มีดังนี้

๑. มีภยันตราย ซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย
๒. ภยันตรายนั้นใกล้จะถึง
๓. ผู้กระทำจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง หรือของผู้อื่น ให้พ้นจากภยันตรายนั้น
๔. การกระทำโดยการป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต^{*}

๑. มีภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย กล่าวคือ เป็นภัยที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ฯลฯ ซึ่งเป็นสิทธิของบุคคล และผู้ก่อภยันตรายนั้นไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ตามกฎหมาย หากผู้ก่อภยันตรายนั้นมีอำนาจที่จะกระทำได้ตามกฎหมาย ผู้รับภยันตรายก็ไม่มีสิทธิป้องกัน เช่น นาย ก. ต้องการที่จะยิง นาย ข. ขณะที่ยนาย ก. ชักปืนออกมาจะยิง นาย ข. เห็นว่า นาย ก. กำลังจะยิงปืนมาทางตน นาย ข. จึงชักปืนที่ตนเองพกมานั้นยิงสวนไป ทำให้ นาย ก. ถึงแก่ความตาย ดังนี้ปรากฏว่า การกระทำของนาย ข. นั้นเป็นการป้องกันภยันตรายที่จะเกิดขึ้นเป็นภยันตรายต่อชีวิต ที่นาย ก. ได้เป็นผู้ก่อภยันตรายโดย นาย ก. นั้นไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการละเมิดกฎหมายในการฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๘ เป็นต้น และการจะพิจารณากรณีได้นั้นเป็นภยันตรายอยู่หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาโดยอาศัยพฤติการณ์และสภาวะแวดล้อมประกอบ ซึ่งหากพิจารณาแล้วในกรณีนั้นไม่ถึงว่าเป็นภยันตรายที่ไม่สามารถอ้างป้องกันได้ เช่น

^{*} คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๓ ,หน้า ๓๖๐

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ไม่ถือว่ามิชอบด้วยกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๖๔/๒๕๕๐ จำเลยเพียงแต่เกรงว่าผู้ตายจะชักปืนออกมายิง ทั้งยังไม่มีพฤติการณ์ที่จะถือว่าผู้ตายจะชักปืนออกมายิงทำร้ายจำเลย และไม่ปรากฏว่าผู้ตายมีอาวุธปืน ถือว่ายังไม่มีภัยอันตรายที่จำเลยจำต้องป้องกันแต่อย่างใด^{๑๐} เป็นต้น

นอกจากนี้ ต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ก่อภัยอันตรายนั้นมีความสามารถที่จะกระทำได้หรือไม่ หากมีความสามารถที่จะกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้รับภัยอันตรายก็ไม่สามารถที่จะอ้างป้องกันได้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ผู้ก่อภัยอันตรายมีความสามารถที่จะกระทำได้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๘๘๔/๒๕๕๓ แดงใช้ปืนในหมู่บ้านโดยใช้เหตุ อันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ตำรวจจะจับแดงอันเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย แดงวิ่งหนี ตำรวจไล่ตามเพื่อจับกุมโดยใช้ปืนยิงผู้มีใช้ยิงโดยมีเจตนาฆ่า แดงยิงตำรวจ แดงอ้างป้องกันมิได้^{๑๑}

นอกจากนี้ ภัยอันตรายที่เป็นอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นอาจเป็นได้ทั้งการละเมิดกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาก็ได้ ตัวอย่างเช่นการละเมิดกฎหมายแพ่ง เช่น เป็นคู่กับภรรยาของผู้อื่นดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๘/๒๕๓๙^{๑๒} (เป็นฎีกาที่ผู้เขียนมีความเห็นที่ไม่สอดคล้องอันจะกล่าวต่อไป) หรือ เป็นการละเมิดตามกฎหมายอาญา เช่น นาย ก. ต้องการจะยิงนาย ข. และนาย ข. ป้องกัน การกระทำของนาย ก. เป็นการละเมิดต่อกฎหมายอาญา ตามมาตรา ๒๘๘ โดยเจตนา เป็นต้น

๒. ภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึง ในบางกรณีที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนา ไม่จำเป็นจะต้องถึงขั้นลงมือหรือพยายามตามมาตรา ๘๐ แม้จะอยู่ในขั้นตระเตรียมการซึ่งผู้ก่อภัยอันตรายนั้นยังไม่มีความผิดหากใกล้จะถึง ผู้ที่ถูกรับภัยอันตรายนั้นมีสิทธิที่จะทำการโต้ตอบไปโดยอ้างป้องกันได้^{๑๓} ซึ่งการจะเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงหรือไม่นั้นต้องอาศัยพฤติการณ์โดยพิจารณาเพียงแค่ว่า หากภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นมันใกล้จะถึง ตัวผู้รับภัยอันตรายก็สามารถอ้างป้องกันได้ เช่น นาย ก. ชักปืนจะยิง นาย ข. เพียงแค่นาย ก. กำลังจะ ชักปืนขึ้นมาเพื่อยิงนาย ข. นาย ข. สามารถที่จะอ้างป้องกันได้โดยการยิงสวนไป เพราะ การที่นาย ก. กำลังชักปืนจะยิงนาย ข. นั้นเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงกับนาย ข. นาย ข. จึงสามารถที่จะป้องกันได้

^{๑๐} คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๓๖๑

^{๑๑} คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๓๖๔

^{๑๒} คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๓๖๖

^{๑๓} คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๓๗๖

๓. ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองหรือของผู้อื่นให้พ้นจากภัยอันตรายนั้น

“เพื่อป้องกันสิทธิ” หมายถึง กระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจหรือเจตนาพิเศษเพื่อป้องกันสิทธิ ซึ่งเป็นมูลเหตุจูงใจในทางยกเว้นความผิด หากการกระทำนั้นขาดมูลเหตุจูงใจดังกล่าวแต่การกระทำไปโดยมูลเหตุจูงใจอย่างอื่น เช่น เพื่อแก้แค้น ก็จะไม่อ้างป้องกันไม่ได้ และการป้องกันนั้นจะต้องเป็นการกระทำป้องกันโดยเจตนา คือ ประสงค์ต่อผล หรือ ย่อมเล็งเห็นผล ประกอบกับต้องมีเจตนาพิเศษคือ เพื่อป้องกันสิทธิ หากขาดอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นจะอ้างว่าเป็นการกระทำโดยป้องกันไม่ได้^{๙๔} และการกระทำโดยป้องกันนั้นจะต้องเป็นการกระทำกับผู้ก่อภัย หากเป็นการกระทำต่ออีกบุคคลหนึ่ง ที่ไม่ใช่ผู้ก่อภัยเอง อาจเป็นการกระทำเพื่อจำเป็นก็ได้

๔. การกระทำโดยป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต กล่าวคือ การกระทำที่เป็นการป้องกันไปนั้นต้องเป็นการกระทำที่ไม่เกินขอบเขต หรือ เป็นการกระทำที่สมควรแก่เหตุ หากเกินขอบเขต หรือ เกินสมควรกว่าเหตุนั้น ผู้รับภัยอันตรายจะอ้างป้องกันไม่ได้ โดยต้องประกอบด้วยหลัก ๒ ประการคือ

๔.๑ ผู้ป้องกันได้กระทำการป้องกันสิทธิของตนเอง หรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายนั้นด้วยวิถีทางที่น้อยที่สุดเท่าที่จำต้องกระทำ และ

๔.๒ ผู้ป้องกันได้กระทำการป้องกันโดยได้สัดส่วนกับภัยอันตราย

หลักในข้อแรก เรียกว่า ทฤษฎี “วิถีทางน้อยที่สุด” หลักในข้อที่สองเรียกว่าทฤษฎี “สัดส่วน” โดยหลักทั้งสองข้อนี้จะต้องพิจารณาประกอบกัน หากไม่เกินสัดส่วนแต่เกินวิถีทางน้อยที่สุดก็ถือว่าเป็นการป้องกันที่เกินสมควรแก่เหตุ ในทำนองเดียวกันหากเกินสัดส่วน แม้ไม่เกินวิถีทางน้อยที่สุด ก็ถือว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรกว่าเหตุเช่นเดียวกัน^{๙๕} กล่าวคือ การป้องกันโดย “วิถีทางที่น้อยที่สุดนั้น” ผู้กระทำนั้นไม่มีทางเลือกที่จะกระทำด้วยวิธีการอื่นจึงต้องกระทำไปเช่นนั้น และการกระทำนั้นก็ต้องสมควรแก่สัดส่วนที่เกิดภัยอันตรายด้วย แต่ในความเป็นจริง อาจจะไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาประกอบกันก็ได้ กล่าวคือแยกพิจารณาระหว่าง วิถีทางที่น้อยที่สุด กับ สัดส่วน ออกจากกัน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๕๕/๒๕๓๐ ผู้ตายเข้าไปจุดธูปธูปของจำเลยถึงในบ้าน และกำลังจะพาออกจากบ้านไป จำเลยซึ่งเป็นหญิงไม่มีทางเลือกที่จะป้องกันด้วยวิธีอื่น จึงใช้ปืนยิงผู้ตาย การกระทำของจำเลยจึงเป็นการป้องกันพอสมควรแก่เหตุ^{๙๖}

^{๙๔} คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๓๘๔

^{๙๕} คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๓๙๑

^{๙๖} รศ.ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ “ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง” พิมพ์ครั้งที่ ๑๙ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๙)

หน้า ๑๖๑

บ่การรยาและชายผู้ตาย เป็นป้องกันหรือไม่ ?

ตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๓๙/๒๕๓๙ “การที่ภรรยาอกใจสามีโดยไปกระทำชู้ด้วยผู้อื่น ย่อมแสดงให้เห็นว่าภรรยาได้ร่วมมือกับชายชู้ทำลายเกียรติยศของสามี การที่ภรรยาทำชู้ย่อมถือกันว่าเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของชายอย่างร้ายแรง และการทำชู้ของภรรยานั้นจะสำเร็จได้ก็ต้องมีฝ่ายชายชู้มาร่วมมือด้วย ฉะนั้นทั้งชายชู้และภรรยาต่างได้ชื่อว่าก่อการทำชู้ขึ้น เป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของชายผู้เป็นสามี เมื่อจำเลยฆ่าผู้ตายทั้งสองตายในขณะร่วมประเวณีกันอยู่ จึงไม่มีโทษ เพราะได้ชื่อว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศพอสมควรแก่เหตุให้ปล่อยจำเลยไป”

จากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ศาลฎีกาพิจารณาว่าการที่ภรรยา (โดยชอบด้วยกฎหมาย) มีการกระทำโดยการคบชู้ถือกันว่าเป็นการร่วมมือกันกับชายชู้ทำลายเกียรติยศของสามี ทำให้สามีเสื่อมเสียเกียรติยศอย่างร้ายแรง เมื่อผู้เป็นสามีได้ฆ่าภรรยา และชายชู้ตายจึงไม่มีโทษ เพราะเป็นการป้องกันเกียรติยศของสามี

เพราะเหตุใดศาลฎีกาถึงพิพากษาว่าเป็นป้องกัน

การจะอ้างป้องกันนั้นจะต้องเข้าหลักองค์ประกอบคือ มีภยันตราย ซึ่งเกิดจากการประทุษร้าย อันละเมิดต่อกฎหมาย ภยันตรายนั้นใกล้จะถึง ผู้กระทำจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนเอง หรือของผู้อื่น ให้พ้นจากภยันตรายนั้น และการกระทำโดยการป้องกันสิทธินั้นไม่เกินขอบเขต

ตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๓๘/๒๕๓๙ สิ่งแรกที่ต้องพิจารณาคือว่า การทำชู้ของภรรยา กับชายชู้ นั้นเป็นภยันตรายซึ่งเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ภยันตรายที่เป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้น เป็นความเสียหายที่กระทบต่อสิทธิต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียง และสิทธิต่าง ๆ ที่เป็นสิทธิส่วนบุคคล และเป็นภยันตรายที่เป็นการละเมิดต่อกฎหมาย เช่น การป้องกันจากภยันตรายต่อชีวิต นาย ก. จะยิงนาย ข. นาย ข. จึงยิงสวนไปนาย ก. ตาย การกระทำของนาย ข. เป็นการป้องกันภยันตรายอันละเมิดต่อกฎหมาย ตามมาตรา ๒๕๘ กล่าวคือว่า กฎหมายของประเทศไทยนั้น ในเรื่องของสิทธิต่าง ๆ ที่จะสามารถป้องกันได้นั้นไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน^{๓๗} เช่น การบัญญัติว่า “หากผู้ก่อภยันตรายจะฆ่าผู้รับภยันตราย ผู้รับภยันตรายสามารถฆ่าผู้นั้นก่อนได้ เป็นป้องกันไม่มีความผิด” แต่กฎหมายไทยจะเป็นการบัญญัติในลักษณะที่เป็นความผิด เช่น มาตรา ๒๕๘ ตามประมวลกฎหมายอาญาที่ “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษ...” เป็น การบัญญัติในลักษณะที่เป็นความผิดว่าถ้ามีบุคคลใดฆ่าผู้อื่นแล้ว บุคคลผู้นั้นมีความ

ผิดต้องได้รับการลงโทษ เมื่อมีกฎหมายบัญญัติมาแล้วเช่นนั้น ศาลฎีกาก็ตีความไปว่าสิ่งที่กฎหมายบัญญัติก็เป็นสิทธิที่บุคคลจะไม่ให้ผู้อื่นมาฆ่า หรือทำร้ายได้ การกระทำโดยการฆ่าถือเป็นการละเมิดกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๘๘ เป็นต้น

๑. ตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๗๘/๒๕๗๙ ศาลฎีกาตีความว่าการกระทำนั้นเป็นการทำให้เสื่อมเสียเกียรติยศของสามีอย่างร้ายแรงสิ่งที่จะต้องพิจารณาคือการทำให้เสื่อมเสียเกียรติยศของสามีนั้นเป็นสิทธิที่ป้องกันได้หรือไม่

การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นการป้องกันอันตราয়อันละเมิดต่อกฎหมาย ซึ่งการละเมิดนั้นอาจเป็นการละเมิดได้ทั้งกฎหมายอาญา และกฎหมายแพ่ง ในส่วนของกฎหมายอาญา ดังที่ได้เคยยกตัวอย่างในเรื่องของการละเมิดกฎหมายตามมาตรา ๒๘๘ ประมวลกฎหมายอาญา แต่ในเรื่องของการทำตัวของสามีหรือภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นการละเมิดกฎหมายแพ่ง ซึ่งศาลอาจตีความว่าเป็นการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๑๖ (๑), (๒) เรื่อง เหตุแห่งการฟ้องหย่า

มาตรา ๑๕๑๖ “เหตุแห่งการฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้

(๑) สามีหรือภรรยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นจนภรรยาหรือสามี เป็นขู้หรือมีขู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจฉนี้ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้

(๒) สามีหรือภรรยาประพฤติชั่ว ไม่ว่าจะความประพฤติชั่วนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ถ้าเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่ง

(ก) ได้รับความอับอายอย่างร้ายแรง

(ข) ได้รับความดูถูกเกลียดชังเพราะเหตุที่คงเป็นสามีหรือภรรยาของฝ่ายที่ประพฤติชั่วอยู่ต่อไป หรือ (ค) ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินควร ในเมื่อเอาสภาพ ฐานะ และความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาามาคำนึงประกอบ”

*** สิทธิที่ป้องกันได้

“สิทธิ” ในที่นี้คือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtgut) นั้นเอง

กฎหมายของไทยเราในเรื่อง “การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย” ไม่ได้จำกัดสิทธิหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่ป้องกันได้ไว้ ฉะนั้นตามกฎหมายของไทยเรา “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” ทุกชนิดเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ป้องกันได้ทั้งสิ้น รวมทั้งเกียรติความอับอายในทางเพศ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และอื่น ๆ (รศ. ดร.คณิต ณ นคร “กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป” พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน ,๒๕๔๗) หน้า ๑๘๔)

ตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นในเรื่องของเหตุแห่งการฟ้องหย่า กล่าวคือ หากสามีหรือภรรยาได้มีการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่น หรือเป็นชู้ มีชู้ หรือร่วมประเวณีเป็นอาจिन อีกฝ่ายก็สามารถฟ้องหย่าได้ หรือการที่ภรรยาหรือสามีได้ทำการประพฤตชั่ว จนทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับความอับอาย ได้รับความดูถูกเกลียดชัง หรือได้รับความเดือนร้อนเกินควรเมื่อนำมาพิจารณาจากสภาพความเป็นอยู่ และฐานะฉันสามีภรรยาตามค่านึงประกอบ ซึ่งการกระทำประพฤตชั่ว เช่นนี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการประพฤตชั่วที่ผิดกฎหมายอาญาเสมอไป ดังนั้น การที่ภรรยาไปมีความสัมพันธ์ทางชู้สาวกับชายอื่น ถือได้ว่าเป็นการประพฤตชั่วเป็นเหตุให้สามีได้รับความอับอายขายหน้าอย่างร้ายแรง เป็นเหตุหย่าได้^{๑๑๑} แต่ข้อแตกต่างระหว่างมาตรา ๑๕๑๖ (๑) และ (๒) นั้นอยู่ที่ตรงที่การกระทำเป็นอาจिन กล่าวคือ ในมาตรา ๑๕๑๖ (๑) นั้นต้องมีการอุปการะรับเลี้ยงดูผู้อื่นฉันสามีหรือภรรยา เป็นชู้มีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจिन จึงฟ้องหย่าได้ แต่ในมาตรา ๑๕๑๖(๒) นั้นหากมีการกระทำชั่วเพียงแค่ครั้งเดียว แต่การกระทำนั้นเมื่อพิจารณาจากฐานะความเป็นอยู่ฉันสามีและภรรยาแล้ว ทำให้สามีหรือภรรยาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับความอับอายอย่างร้ายแรง ได้รับความดูถูกเกลียดชัง หรือได้รับความเสียหายหรือเดือนร้อนเกินควร เช่นนี้อีกฝ่ายฟ้องหย่าได้ ด้วยเหตุนี้เองที่ศาลฎีกาจึงมีคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๗๘/๒๕๗๙ ว่า “การที่ภรรยาทำชู้ยอมถือกันว่าเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของชายอย่างร้ายแรง” และศาลฎีกาก็ได้ตัดสินพิจารณาแล้วว่าสิทธิที่ทำให้เสื่อมเสียเกียรติยศของสามีหรือภรรยา นั้น เป็นสิทธิที่ป้องกันได้ดังเช่นฎีกาที่ ๓๘๖๑/๒๕๕๗ “จำเลยเป็นภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของ ต. มีสิทธิป้องกันมิให้หญิงอื่นมามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับสามีของตน”^{๑๑๒}

แต่ถ้าหากหญิงนั้นไม่ได้เป็นภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว จะอ้างป้องกันไม่ได้เพราะไม่มีสิทธิป้องกันที่จะมิให้ชายอื่นหรือหญิงอื่นมามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับสามีของตน แต่สามารถอ้างบันดาลโทษได้เพื่อให้ได้ ดังคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๕๙/๒๕๑๕ “จำเลยเห็นผู้ตายกำลังชำเรารภรรยาจำเลยในห้อง แม้ภรรยาจำเลยจะมีใช้ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็อยู่กินกันมา ๑๓ ปีและเกิดบุตรด้วยกัน ๖ คน จำเลยย่อมมีความรักและห่วงหา การที่จำเลยใช้มีดพับเล็กที่หามาได้ในทันทีทันใด แหวงผู้ตาย ๒ ที และแหวงภรรยา ๑ ที ถือว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ”

๒. ภยันตรายนั้นใกล้จะถึง และเป็นการป้องกันสิทธิของตนเองเพื่อให้พ้นจากภยันตราย ตามคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๗๘/๒๕๗๙ หมายถึงเป็นการที่หากว่าสามีไม่มีการกระทำเช่นนั้นแล้ว จะทำให้ตนเอง

^{๑๑๑} ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช“คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วย ครอบครัว” พิมพ์ครั้งที่ ๑๗ (กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๑) หน้า ๓๘๗-๓๘๘

^{๑๑๒} ถึงแม้ศาลฎีกาจะไม่ได้ใช้คำว่าสิทธิในการป้องกันการค้าเสื่อมเสียเกียรติยศของสามีหรือภรรยา นั้น แต่ผู้เขียนก็มีความคิดเห็นว่า “สิทธิในการป้องกันมิให้หญิงอื่นมาเป็นชู้กับสามีของตนนั้น ก็เป็นสิทธิที่กระทำได้เพื่อไม่ให้เกิดความเสื่อมเสียต่อเกียรติยศและชื่อเสียงของภรรยา

นั้นได้รับความอับอายเสื่อมเสียเกียรติยศและชื่อเสียง ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงเป็นการป้องกันสิทธิชื่อเสียงของตนไม่ให้ได้รับความอับอายจากคำกล่าวหา หรือคำนิทาจากชาวบ้าน

๓. การกระทำนี้เป็นการป้องกันที่เกินขอบเขตหรือไม่ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๘/๒๕๗๙ นี้ ศาลฎีกาพิจารณาไปว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แสดงว่าเป็นการป้องกันที่ไม่เกินกว่าเหตุ แต่ผู้เขียนไม่อาจที่จะทราบเจตนาที่แท้จริงได้ว่า เพราะเหตุใดศาลฎีกาจึงพิเคราะห์ว่าการกระทำเช่นนั้นถึงเป็นการป้องกันที่สมควรแก่เหตุ ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๗๘/๒๕๗๙ ในประเด็นที่เป็นการกระทำป้องกันที่ไม่เกินกว่าเหตุ หรือสมควรแก่เหตุ

หากวิเคราะห์แล้วไม่ว่าจะตำราเล่มใดก็แล้วแต่ ในการอธิบายหลักในการป้องกันว่าการกระทำในลักษณะใดที่เป็นการกระทำป้องกันที่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่ จะเปรียบเทียบในลักษณะของการทำร้ายร่างกาย เช่น นาย ก. ชก นาย ข. แต่ นาย ข. จึงชกสวนกลับไป ถือเป็นการป้องกันสมควรแก่เหตุ หรือ นาย ก. จะยิง นาย ข. นาย ข. จึงยิงสวนกลับไป ถือเป็นการป้องกันสมควรแก่เหตุ แต่หากว่านาย ก. จะชก นาย ข. แต่ นาย ข. ได้ยิงปืนสวนไป ดังนี้ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการป้องกันที่เกินสมควรกว่าเหตุ เป็นต้น ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยอาศัยพฤติการณ์ว่าเป็นการป้องกันเกินสมควรกว่าเหตุหรือไม่

แต่ในคดีการเป็นชู้ หรือชู้สาวนั้น การกระทำที่เป็นลักษณะในการป้องกันที่สมควรแก่เหตุผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์แล้ว ไม่สามารถที่จะนำมาเปรียบเทียบกันได้ว่า การกระทำดังกล่าวนี้เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และผู้เขียนมีความเห็นว่าหากเกิดคดีในลักษณะนี้ขึ้นศาลฎีกาไม่ควรนำหลักกฎหมายป้องกันขึ้นมาพิจารณาตั้งแต่ตอนแรก แต่ควรหลักกฎหมายในเรื่องของบันดลโทษะ ตามมาตรา ๗๒ ประมวลกฎหมายอาญา มาใช้พิจารณามากกว่า

มาตรา ๗๒ “ผู้ใดบันดลโทษะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

ตามมาตรา ๗๒ มีหลักเกณฑ์สำคัญที่จะต้องพิจารณา คือ

๑. ผู้นั้นถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม
 ๒. การที่ถูกข่มเหงนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิด
 ๓. ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะที่บันดลโทษะ^{๑๐}
 ๔. ผู้นั้นถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม
- การกระทำที่ไม่เป็นธรรมนั้น ต้องเป็นการกระทำที่ผู้ถูกกระทำนั้นรู้สึกว่าการข่มเหงหรือไม่สมควรที่

จะได้รับ หรือประสบกับการกระทำเช่นนี้ของบุคคลอื่น ผู้กระทำจึงต้องหาทางออกโดยเฉพาะในขณะนั้นมี บันดาลโทสะ คือ อารมณ์โกรธ ที่ตนเองได้รับผลของการกระทำนั้นโดยได้รับความไม่เป็นธรรม

การกระทำที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไปนั้นจะอ้างบันดาลโทสะได้จะต้องเป็นการข่มเหงที่เป็นการละเมิด ต่อกฎหมาย เช่น เห็นน้องโดนทำร้ายร่างกาย เป็นการบันดาลโทสะ พี่หรือเห็นพ่อโดนทำร้าย เป็นการ บันดาลโทสะบุตร แต่การกระทำอันไม่เป็นธรรมนั้นก็อาจไม่ต้องการละเมิดต่อกฎหมายก็ได้ ก็ถือ เป็นการข่มเหงอันไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๔๙/๒๕๑๕ “จำเลยเห็นผู้ตายกำลัง ซ้ำเรกรรยาจำเลยในห้อง แม้กรรยาจำเลยจะมีใช้กรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็อยู่กินกันมา ๑๓ ปีและ เกิดบุตรด้วยกัน ๖ คน จำเลยย่อมมีความรักและห่วงหา การที่จำเลยใช้มีดพับเหล็กที่หามาได้ในทันที ทันใด แหวงผู้ตาย ๒ ที และแหวงกรรยา ๑ ที ถือว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ”

๒. การถูกข่มเหงนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำนั้นบันดาลโทสะ

ตามหลักเกณฑ์ในข้อนี้เป็นสาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำนั้นบันดาลโทสะ กล่าวคือ เกิดจากการถูกข่มเหง ที่ไม่เป็นธรรมและผู้กระทำจึงเกิดอาการโกรธหรือบันดาลโทสะในขณะนั้น ทำให้ต้องมีการกระทำเพื่อ เป็นการตอบโต้ไปด้วยขณะที่ยังมีอารมณ์โกรธ (เป็นการกระทำด้วยอารมณ์ชั่ววูบ) จึงอาจที่จะไม่มีสติใน การ ยังคิดหาทางออกที่ดีกว่า กฎหมายจึงบัญญัติเหตุผลพิเศษไว้

๓. ผู้กระทำได้กระทำในขณะที่บันดาลโทสะอยู่

กล่าวคือ ผู้กระทำหากได้รับการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแล้ว และมีอารมณ์ โกรธหรือบันดาลโทสะ จึงได้มีการกระทำเพื่อเป็นการตอบโต้ในสิ่งที่ตนเองได้รับการข่มเหงอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมเช่นนั้น เช่น เห็นบิดาโดนทำร้ายร่างกายจึงเอาปืนไปยิงคนที่ทำร้ายบิดา เพราะใน ขณะนั้นบุตรเกิดอารมณ์โกรธที่เห็นบิดาโดนทำร้าย และไม่สามารถที่จะคิดหาทางออก อีกทั้งการกระทำ ดังกล่าวเกิดจากความเคียดแค้นที่เห็นบิดาโดนทำร้าย จึงถือเป็นการที่กระทำในขณะที่บันดาลโทสะ

การพิจารณาว่าเมื่อไร จะเป็นขณะที่เป็นบันดาลโทสะนั้น ต้องใช้พฤติการณ์ในการพิจารณา เช่น สามีรู้ภรรยา (ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) กระทำการคบชู้ผู้ชาย เป็นเหตุบันดาลโทสะซึ่งเกิดขึ้นมานานแล้ว ต่อมาวันหนึ่งสามีเดินไปเจอชายชู้ของภรรยาจึงเข้าทำร้าย เหตุนี้อ้างบันดาลโทสะได้เพราะได้ทำในขณะที่ เกิดบันดาลโทสะเมื่อเห็นชายชู้ดังกล่าว แต่หากว่ารู้ว่าเป็นชายชู้แล้วแต่ยังไม่ทำ แต่กลับไปคิดวิธีการ วางแผนเพื่อจะทำการฆ่าชายชู้นั้น ดังนี้ไม่สามารถอ้างบันดาลโทสะได้ เพราะผู้กระทำได้มีเวลาในการยับยั้ง

^{๒๐} คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๓, หน้า ๔๘๕

อารมณ์ความรู้สึกโกรธ หรือบันดาลโทสะดังกล่าวแล้ว แต่เปลี่ยนจากการกระทำโดยบันดาลโทสะมาเป็นการเจตนาฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ดังนั้นไม่สามารถอ้างบันดาลโทสะได้ และมีแต่จะทำให้ได้รับโทษหนักขึ้น

และข้อแตกต่างระหว่างการกระทำโดยบันดาลโทสะกับการป้องกันนั้น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องเป็นการป้องกันที่ไม่เกินกว่าเหตุ แต่บันดาลโทสะถึงแม้จะเป็นการกระทำที่เกินกว่าเหตุก็อ้างบันดาลโทสะได้ โดยข้อสำคัญที่ผู้กระทำนั้นถูกข่มเหงด้วยเหตุร้ายแรงอันไม่เป็นธรรมดาหรือไม่

เมื่อพิจารณาแล้ว ฎีกาที่ ๓๗๘/๒๔๗๙ และ ฎีกาที่ ๒๔๙/๒๕๑๕ มีรูปแบบการกระทำความผิดที่เหมือนกันคือ เป็นการฆ่าชายชู้ซึ่งกระทำชู้สาวกับภรรยาตนเอง แต่ข้อแตกต่างระหว่างคำพิพากษาฎีกาทั้งสองนั้นคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๔๙/๒๕๑๕ ศาลฎีกาพิพากษาเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะเพราะเหตุว่าสามีนั้นถูกข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจึงกระทำไปเพราะบันดาลโทสะเพราะอารมณ์โกรธ แต่คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๗๘/๒๔๗๙ นั้นศาลฎีกาพิพากษาเป็นการกระทำโดยป้องกันเพราะเหตุที่สามีมีสิทธิที่จะหวงห้ามไม่ให้ภรรยานั้นมีการคบชู้ หรือเป็นชู้กับชายอื่น ซึ่งข้อแตกต่างระหว่างฎีกาทั้งสอง นั้นคือ หากเป็นสามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีสิทธิในการป้องกันมิให้ชายอื่นหรือหญิงอื่นมาทำการเป็นชู้กับสามีหรือภรรยาของตน สามารถอ้างป้องกันได้ แต่หากไม่ได้มีการจดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ไม่มีสิทธิอ้างป้องกันได้ อ้างได้เพียงแต่บันดาลโทสะ ถึงแม้ลักษณะของเหตุการณ์ในการกระทำความผิดจะเหมือนกันก็ตาม

ด้วยความเคารพ ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แต่แรกผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาฎีกาที่ ๓๗๘/๒๔๗๙ ดังกล่าว ถึงแม้ว่าสามีจะมีสิทธิที่จะป้องกันได้จริงอยู่ แต่การกระทำของสามีนั้นผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่สามารถที่จะนำพฤติการณ์ต่าง ๆ มาวิเคราะห์หรือเปรียบเทียบกันได้ ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำป้องกันที่เกินกว่าเหตุหรือไม่ และหากพิจารณาโดยอาศัยความเป็นวิญญูชนทั่วไปคงมีความเห็นตรงกันว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำป้องกันที่เกินกว่าเหตุ

แต่ในขณะเดียวกันคำพิพากษาฎีกาที่ ๒๔๙/๒๕๑๕ มีรูปแบบการกระทำความผิดที่คล้ายกันแต่ศาลฎีกาพิพากษาไปเพราะเหตุบันดาลโทสะด้วยเหตุที่สามี (ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) นั้นไม่มีสิทธิในการห้ามมิให้ภรรยามีชู้ และที่สามีได้มีการกระทำไปเพราะบันดาลโทสะคือทำในขณะที่ตนเองกำลังมีอารมณ์โกรธและการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการข่มเหงผู้เป็นสามีอย่างไม่เป็นธรรม จึงเป็นบันดาลโทสะ และผู้เขียนมีความเห็นว่าตามฎีกาที่ ๓๗๘/๒๔๗๙ นั้นสามารถเข้าองค์ประกอบในเรื่องบันดาลโทสะได้เช่นเดียวกันเพราะการกระทำของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นการข่มเหงผู้เป็นสามีด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมด้วย และที่สำคัญเป็นเหตุอันไม่เป็นธรรมอันละเมิดต่อกฎหมาย และผู้เป็นสามีนั้นคงมีการกระทำไปเพราะตนเองนั้นมีอารมณ์โกรธ หรือบันดาลโทสะในขณะนั้น ที่เห็นภรรยาตนเองและชายชู้มาร่วมประเวณีกัน

มากกว่าที่จะกระทำไปเพียงเพราะเพื่อไม่ให้ตนเองนั้นเสียชื่อเสียงเกียรติยศ แต่ด้วยเหตุที่อาจเป็นการพิพากษาให้เป็นคุณแก่จำเลยศาลจึงพิพากษาให้มีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีความผิด และไม่ต้องรับโทษทางอาญา

บทส่งท้าย

ถึงแม้จะมีการพิพากษาเพื่อให้เกิดความเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดเพียงไร แต่ด้วยสภาพเหตุการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วโดยที่โดยมีการนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยเข้ามาแทนที่ในการใช้ชีวิตเพื่อให้เกิดความสะดวกสบายมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันคุณธรรมจริยธรรม หรือศีลธรรมอันดีงามของมนุษย์เรานั้นก็เริ่มถดถอยหลังลงคลอง กล่าวคือ มีการทำชั่ว ผิดศีล ผิดจรรยาบรรณ ผิดจริยธรรม กันมากยิ่งขึ้น ไม่ได้มีการลดน้อยลง หากมีการพิพากษาคดีที่เป็นการเปิดช่องว่างทางกฎหมาย ที่ว่าฆ่าภรรยาหรือสามี (ที่ชอบด้วยกฎหมาย) ในขณะที่มีการร่วมประเวณีกับผู้อื่น นั้นไม่เป็นความผิด ก็จะเป็นการส่งเสริมว่ามนุษย์เรานั้นเวลาทำอะไรไม่จำเป็นต้องมีสติยั้งคิดกับการกระทำที่ตนเองก่อขึ้น และการไม่ต้องรับโทษอย่างนี้ด้วยแล้ว ก็อาจจะทำให้ผู้กระทำไม่เกิดความสำนึกในการกระทำความผิดของตนเองเลย ซึ่งการพิพากษาคดีดังกล่าวก็ยังจะมีแต่เป็นการเพิ่มให้เกิดปัญหาครอบครัวยิ่งขึ้นไปด้วย ดังนั้นในการพิพากษาคดีใด ๆ ก็แล้วแต่ควรที่จะมีการนำคดีที่ใกล้เคียงกันมาปรับให้เหมาะสมกับสภาพเหตุการณ์ปัจจุบัน ไม่ได้อาศัยเพียงแต่ฎีกาที่เคยตัดสินมาแล้วแต่ไม่ดูความเหมาะสมกับสภาพเหตุการณ์บ้านเมืองในปัจจุบัน ซึ่งอาจทำให้เกิดเป็นปัญหาสังคม และปัญหาอาชญากรรมของประเทศชาติตามมาก็ได้

บรรณานุกรม

- ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ “คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค ๑” พิมพ์ครั้งที่ ๙ (กรุงเทพฯ: หจก. จีรัชการ พิมพ์, ๒๕๕๙)
- รศ. ดร.คณิต ฒ นคร “กฎหมายอาญาภาคทั่วไป” พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๗)
- รศ.ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ “ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง” พิมพ์ครั้งที่ ๑๙ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๙)
- ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว” พิมพ์ครั้งที่ ๑๗ (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๑)
- ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” พิมพ์ครั้งที่ ๑๖ (กรุงเทพฯ : ประกายพริก, ๒๕๕๘)