

บทที่ ๒

ความหมายของ "การกระทำ"

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (ข้อบังคับว่าด้วยสิทธิมนุษยชน) บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพ บริบูรณ์ที่จะกระทำการใด ๆ ได้ทุกอย่าง แต่การกระทำนั้นจะไปกระทบสิทธิของบุคคลอื่นไม่ได้ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายห้ามมิให้กระทำในสิ่งที่จะก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือสังคม กฎหมายอาญาจึงเอาโทษเฉพาะเมื่อมี "การกระทำ"^๑ อันเป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของสังคม หรือเมื่อมีการกระทำอันมีลักษณะโน้มเอียงไปในทางที่จะให้เกิดผลร้ายขึ้น

ตัวอย่างเช่น บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการพูด การเขียน ตามความรู้สึคนึกคิดของตน แต่การพูด การเขียนเช่นนั้น อยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายที่ว่า จะให้เป็นการหมิ่นประมาทให้เป็นที่เสียหายแก่ผู้อื่นไม่ได้

ความหมายของการกระทำ (Commission)

๑. การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้บังคับจิตใจ ในทางกฎหมายอาจแยกการกระทำออกเป็น ๓ วาระ^๒

ก. มีความคิดที่จะกระทำ

ข. ต้องมีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่ได้คิดไว้

ค. ต้องได้กระทำไปตามที่ตกลงใจ

๑ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒ บัญญัติว่า "บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้..."

^๒ หยุค แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ ๑๔, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๐), หน้า ๗๒

ซึ่งการที่กฎหมายแยกการกระทำออกเป็น ๓ วาระนี้ ถ้าปรากฏว่าขาดองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งกฎหมายก็ไม่ถือว่าเป็น "การกระทำ" จึงไม่ผิดกฎหมายอาญา เหตุผลในการไม่ลงโทษความคิดที่จะกระทำความผิด^๑

- ๑) ความคิดของบุคคลพิสูจน์ได้ยาก ถ้าไม่มีการแสดงออกมา (บางคนแย้งว่า การพิสูจน์อาจทำได้หากบุคคลนั้นรับสารภาพ)
- ๒) ยากที่จะแยกว่าความคิดของบุคคลนั้นเป็นความคิดที่เพ้อฝัน หรือฝันหวาน หรือเป็นความคิดที่จะกระทำอย่างนั้นอย่างนี้แน่นอน
- ๓) เหตุผลที่ว่ากฎหมายอาญาไม่ควรจะมีความหมายกว้างจนครอบคลุมถึงผู้ที่เพียงแต่คิด แต่ไม่เคยปล่อยให้ความคิดนั้นมีผลถึงขนาดเคลื่อนไหวร่างกาย หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย
- ๔) ความคิดของบุคคลไม่ก่อให้เกิดผลร้ายต่อสวัสดิภาพภายในสังคม^๒

๑.๑ กรณีถือว่าเป็น "การกระทำ" ตัวอย่างของการกระทำ เช่น ความผิดฐานฆ่าคน "การฆ่า" อาจทำโดยการใช้อาวุธยิง ใช้มีดแทง ให้กินยาพิษ บีบคอ กดหน้า รวมทั้งการพูดให้ตกใจ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่น "การหมิ่นประมาท" อาจทำโดย พูด หรือเขียน เป็นต้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

^๑ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาค ๑, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๔), หน้า ๕๕-๕๖

^๒ ความคิดเห็นเพิ่มเติมของผู้เขียนวิทยานิพนธ์

การกระทำรวมถึงการเตรียมข้อสมคบคิดเพื่อกระทำความผิดบางฐาน เช่น ความผิดฐานลอบปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท^๖ (มาตรา ๑๐๗-๑๑๐ ประมวลกฎหมายอาญา) การเตรียมเพื่อเป็นกบฏ (มาตรา ๑๑๔) หรือเตรียมเพื่อวางเพลิงเผาทรัพย์ (มาตรา ๒๑๔ ประมวลกฎหมายอาญา)

การถูกขู่บังคับให้กระทำ และผู้ถูกขู่กระทำไปตามที่ถูกขู่ขึ้นถือว่ามี การกระทำ ตามความหมาย แม้ผู้กระทำจะมีได้สมัครใจกระทำด้วยตนเองก็ตาม เช่น ก. ขู่ให้ ข. ใช้ไม้ตีหัว ค. มิฉะนั้น ก. จะยิง ข. ให้ตาย ข. ก ล้ว จึงใช้ไม้ตีหัว ค. แตะ เช่นนี้ ข. มีการกระทำ ข. มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ค. แต่อ้างความจำเป็นเพื่อยกเว้นโทษได้^๗

อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายแบ่งแยกการกระทำออกเป็น ๒ ประเภท^๘

๑. การกระทำโดยตรง
๒. การกระทำโดยอ้อม

การกระทำโดยตรง หมายถึง

๑. ผู้กระทำได้กระทำการนั้นโดยตนเอง เช่น ก. ต้องการฆ่า ข. จึงหยิบปืนขึ้นมายิง ข. ตาย

^๖ W. Blake Odgers ในหนังสือ The Common law of England เห็นว่า "It is true that compassing the King's death is treason : but such" compassing "must be manifest by some overt act. So too, in conspiracy there must be a definite agreement between the conspirator, and such an agreement is an act"

^๖ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาค ๑, หน้า ๖๔

^๗ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖๕-๖๖

๒. ผู้กระทำได้กระทำโดยใช้สัตว์เป็นเครื่องมือ เช่น ก.ต้องการขโมยทรัพย์สินของผู้อื่น จึงใช้ลิงที่ฝึกไว้ไปขโมยของ ถือว่าเป็นการกระทำของ ก.

๓. ผู้กระทำได้กระทำโดยใช้ผู้ไม่มีการกระทำเป็นเครื่องมือในการกระทำ ความผิด เช่น ก.สะกดจิตให้ ข.ไปยิง ค. เป็นต้น การที่ ข.ยิง ค. ไม่ใช่การกระทำของ ข. แต่ถือว่าเป็นการกระทำของ ก.

๔. การกระทำร่วมกับผู้เสียหาย เช่น การหลอกให้ผู้เสียหายให้กระทำต่อตนเอง เช่น หลอกให้ดื่มยาพิษโดยอ้างว่าเป็นยาบำรุงกำลัง หรือขู่ให้ผู้เสียหายยิงตัวตาย^๑ เป็นต้น

การกระทำโดยทางอ้อม หมายถึง บุคคลใช้บุคคลอื่นซึ่งไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาหรือตัวผู้เสียหายเอง เป็นเครื่องมือกระทำผิด โดย

๑. การหลอกให้ผู้อื่นเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง ซึ่งทำให้ผู้อื่นนั้นไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ตัวอย่างเช่น ก.ต้องการฆ่า ค. จึงเอายาพิษไปให้แก่ ค. โดยหลอก ข.ว่าเป็นยาบำรุงกำลัง ข.หลงเชื่อเอาไปให้ ค.กิน ค.ตาย ก.ผิดฐานฆ่า ค.ตาย โดย ก.เป็นผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม

๒. การหลอกให้ผู้อื่นเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง ซึ่งทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนมีอำนาจกระทำการนั้นได้ เช่น ตำรวจมีหมายจับ ค. ก.ต้องการให้ ข. ถูกจับจึงแจ้งความให้ตำรวจจับ ข. โดยหลอกตำรวจว่า ข. คือ ค. เช่นนี้ ตำรวจอ้างความสำคัญผิดตามมาตรา ๖๒ เพื่อมิให้ตนมีความผิดได้ ส่วน ก. มีความผิดตามมาตรา ๓๑๐ ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดในฐานะเป็นผู้กระทำความผิดเอง เพราะตนเป็นคนแจ้งความเท็จ มิได้ใช้ใครเป็นเครื่องมือ

๓. การใช้บุคคลที่ขาดคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นเครื่องมือกระทำ ความผิด เช่น การใช้ให้กระทำความผิดที่เป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ เช่น มาตรา ๑๖๑, ๑๖๒

^๑ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖๕



๔. ผู้กระทำความผิดโดยเจตนา แต่ผลเกิดจากการกระทำโดยประมาท^๑

๕. การบังคับให้ผู้อื่นกระทำ โดยที่การกระทำของผู้อื่นนั้นไม่เป็นความผิด เช่น ก. บังคับให้ ข. ขับรถด้วยความเร็วสูงเพื่อหลบหนีการจับกุมของเจ้าหน้าที่ เป็นเหตุให้รถชนผู้อื่นตาย เป็นการกระทำผิดโดยทางอ้อม ซึ่ง ข. ไม่ต้องรับผิด เพราะไม่เป็นการประมาท เนื่องจากบุคคลในภาวะเช่นนั้นไม่อาจใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์

นอกจากนี้บางท่านเห็นว่า กรณีดังต่อไปนี้เป็นผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม คือ

๑. ใช้บุคคลผู้อายุน้อย เช่น เป็นเด็ก
๒. ใช้คนเมา
๓. ใช้คนวิกลจริต
๔. เจ้าพนักงานสั่งให้บุคคลทำตามคำสั่งซึ่งผู้รับคำสั่งอาจไม่ต้องรับโทษ

แต่กรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า กรณีเหล่านี้น่าจะถือว่าเป็นผู้ใช้ตามมาตรา ๘๔ ได้โดยตรงอยู่แล้ว จึงไม่ถือเป็นผู้กระทำความผิดโดยทางอ้อม^๒

การพิจารณาถึงการกระทำในส่วนของคำจำกัดความในกฎหมายนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ จุดไหนเป็นจุดที่เรียกว่า "ลงมือกระทำ"

ศาลฎีกาถือหลักว่าถ้าการเคลื่อนไหวโดยอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจนั้น อยู่ในขั้นใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ถือได้ว่าถึงขั้นลงมือกระทำแล้ว แต่ถ้ายังห่างไกล ก็เป็นเพียงขั้นเตรียมการเท่านั้น เช่น

^๑ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๖๔

^๒ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๗๑

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๘/๒๔๗๔ จำเลยเกิดทะเลาะกับบิดา จึงหนีบปิ่นในห้องออกมาแล้วพูดขึ้นว่า "บิ่นเสียเถิด" แล้วมีผู้แย่งปิ่นไปจากจำเลย เพียงแค่นี้ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยยังไม่ถึงขั้นลงมือ ยังไม่เป็นการพยายามฆ่าบิดา

คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๘๖/๒๔๘๖ จำเลยชักมีดออกมาทั้งฝัก คือยังไม่ได้ชักมีดออกจากฝัก ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่า ยังไม่ถึงขั้นพยายามจะแทง

คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๒๓/๒๔๗๐ จำเลยมีมีดกับช่องไปถูปลานในไซของจำเลยเอง แต่ไม่ได้ปลาน จึงคิดจะไปปลากปลานในไซของผู้เสียหาย พอเดินไปถึงหน้าไซของผู้เสียหาย ผู้เสียหายก็จับตัวจำเลยไว้ เพียงแค่นี้ศาลฎีกาตัดสินว่า จำเลยยังไม่ได้เริ่มลงมือลัก คงอยู่ในขั้นตระเตรียมการเท่านั้น จำเลยยังไม่มี ความผิดฐานพยายามลักทรัพย์

คำพิพากษาฎีกาที่ ๓๕๔/๒๕๐๔ จำเลยเขียนฉลากกินรวบไว้เพื่อขาย แต่ยังไม่ได้ออกขาย เป็นเพียงขั้นตระเตรียม ยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำ ยังไม่มีความผิดฐานพยายาม

ส่วนคำพิพากษาฎีกาที่จะนำมาเป็นตัวอย่างต่อไปนี้ ถือว่าเป็นการลงมือกระทำแล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๗/๒๕๐๔ เจ้าพนักงานเข้าค้นเป็นที่พรรคพวกของจำเลย พรรคพวกของจำเลยไม่ยอมให้ค้น จึงเกิดมีการแย่งปิ่นและต่อสู้กัน จำเลยยกปิ่นจ้องไปทางเจ้าพนักงานซึ่งกำลังถอดปล้ำกับพรรคพวกของตน ปิ่นนั้นบรรจุกระสุนพร้อมแล้ว แต่ยังไม่ทันขึ้นนก ได้มีผู้เข้ามาปิดปิ่นและปิดจำเลยล้มลง ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า การลงมือยิงได้เริ่มขึ้นแล้ว แม้จำเลยยังมีปิ่นขึ้นนกเพื่อสั่นไกก็ตาม จำเลยมีความผิดฐานพยายามฆ่าเจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่แล้ว

ส่วนในเรื่องพยายามลักทรัพย์ในเคสสถานนั้น ถ้าฟังได้ว่าจำเลยตั้งใจเข้าไปในบ้านเขาเพื่อลักทรัพย์แล้ว แม้เพียงเข้าไปค้นหาของในเรือน (คำพิพากษาฎีกาที่ ๕๔/๒๔๖๘ ธรรมนูญเล่ม ๑๐ หน้า ๗๗) เข้าไปในห้อง (คำพิพากษาฎีกาที่

๘๒๕/๒๔๗๔ ธรรมนูญเล่ม ๑๔ หน้า ๑๐๑๔) หรือแม้แต่เพียงปีนขึ้นกันสาดเพี้ยาวจะขึ้น
ระเบียง (คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๔๖/๒๔๘๒) ธรรมนูญเล่ม ๒๓ หน้า ๒๖๗) หรือโทน
ประตุ (คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๕๙๐/๒๔๘๕ หน้า ๑๒๑๒) ก็ถือว่าเป็นการลงมือกระทำ
ความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ในเคหสถานแล้ว)

อย่างไรก็ตาม การตบกระเป๋เจ้าทรัพย์เพื่อดูว่ามีทรัพย์ที่จะล้วงลักเอา
ได้หรือไม่ยังไม่เข้าชั้นพยายาม

คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๐๗๖/๒๔๖๓ (มโนสารเล่ม ๓ หน้า ๑๔๕) จำเลยเอา
น้ำกรดกำมะถันซึ่งมีพิษภัยใส่ครบน้ำพริก ซึ่งจะใส่ต้มแกงให้ ก.กิน แต่คนครัวของ ก.
สังเกตเห็นผิดปกติ จึงตรวจทราบก่อน ถือว่าลงมือกระทำร้ายร่างกาย ก. แล้ว
เป็นความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกาย (เพราะกรดกำมะถันจำนวนน้อยไม่พอทำ
อันตรายแก่ชีวิตได้ ถ้าเป็นกรดซึ่งมีพิษร้ายแรงก็อาจเป็นเรื่องพยายามฆ่าได้)

๑.๒ กรณีที่ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ กฎหมายอาจจะให้คำนิยาม
ความหมายของ "การกระทำ" ว่า คือ การเคลื่อนไหวเนื้อตัวร่างกาย แต่ในทาง
ความถูกต้องแล้วมันมิใช่เป็นเช่นนั้น ดังที่กล่าวมาแล้ว "การกระทำ" หมายถึง
การเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำ สิ่งนี้เป็นเรื่องของจิตใจได้สำนึก
ซึ่งอยู่ในองค์ประกอบของร่างกาย กล่าวในอีกแง่หนึ่งก็คือ การเคลื่อนไหวร่างกาย
ซึ่งอยู่ภายใต้จิตใจที่สามารถบังคับการกระทำภายนอกได้ มีการคิด มีการตกลงใจจะ
กระทำ ฉะนั้น "การหาวนอน" จึงเป็นเพียงปฏิกิริยาที่แสดงออกมาโดยไม่สามารถบังคับ
ได้ รวมทั้ง "การละเมอ" แม้จะเป็นการกระทำที่เกิดจากจุดมุ่งหมายภายใน
ส่วนลึกของจิตใจก็ตาม แต่เป็นการกระทำที่นอกเหนือการบังคับได้เช่นกัน

การเมาสุราจนหมดสติถึงขนาดอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถบังคับตนเองได้
และก่อให้เกิดความเสียหายที่เป็นความผิด ซึ่งตามสภาพความเป็นจริงแล้ว สภาวะ
ของคนเมามีได้ต่างไปจากคนนอนละเมอเลย แต่การเมานั้นเป็นการกระทำให้
ตนเองเป็นเช่นนั้น จึงไม่ได้รับการอภัยจากกฎหมาย แต่การละเมอนั้น เป็นสิ่งที่เกิด
ขึ้นเอง

นอกจากนี้การเกิดโรคนางอย่างขึ้นกับบุคคล เช่น โรคลมบ้าหมู (epilepsy) มีอาการเจ็บปวดทรมานมืออยู่ต่อเนือง และผู้ป่วยอยู่ในอาการไม่รู้สึกรู้ตัว การกระทำที่เกิดขึ้นในขณะที่ป่วยเป็นโรคนี้อาจเป็นโรคนี้ก็คือ อาการเกร็งซึ่งเกิดจากโรคนี้นั้นที่เห็นได้ เช่น การที่หญิงคนหนึ่งซึ่งเกิดเป็นลมบ้าหมูและใช้มีดเขียดเส้นเลือดตนเอง ในระหว่างที่มีอาการอยู่นั้น เธอได้เขียดแขนบุตรของเธอจนขาดตัว ในกรณีนี้ผู้ต้องหาไม่ได้รับรู้ถึงสภาพและลักษณะของการกระทำของตน จึงไม่เรียกว่าเป็นการกระทำ

นอกจากนี้ การตกจากที่สูงโดยอุบัติเหตุ การถูกผลัก การถูกชน การถูกสะกดจิต การถูกข่มขู่ให้กระทำ การเคลื่อนไหวของผู้ไร้เดียงสา คนสะอึกตกใจ ถือว่าเป็นการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำที่แสดงออกมามากมาย แต่มิได้มีผลมาจากภายในอันเนื่องมาจากการคิด การตกใจ กระทำแต่อย่างใด^๑

๑.๓ กรณีที่ถูกกฎหมายถือเป็นการกระทำ แม้ไม่มีลักษณะของการกระทำ "การเคลื่อนไหวร่างกาย" (a state of affairs or an event) กล่าวคือ กรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อมีสถานการณ์หรือพฤติการณ์หรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นเป็นความผิด ได้แก่

การครอบครอง (possession) การครอบครองที่ผิดกฎหมายในทางความคิดตาม common law ไม่ถือเป็นการกระทำ แต่เป็นสิ่งชั่วร้ายซึ่งเป็นความผิดประเภทหนึ่งที่บัญญัติขึ้น ยกเว้นกรณีจัดทำมาเพื่อครอบครองซึ่งสิ่งของนั้น กฎหมายถือเป็นการกระทำ ฉะนั้นการครอบครองตามกฎหมายที่เป็นความผิดนั้น นอกจากเป็นกรณีที่ทำมาซึ่งสิ่งของนั้นแล้ว ยังมีการครอบครองที่ถือเป็นการผิดก็คือ การครอบครองสิ่งของนั้น จะต้องครอบครองโดยรู้ถึงลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย^๒ ของทรัพย์สินนั้นด้วย และยังรวมถึงหน้าที่ต้องทำลายหรือเวนคืนสิ่งของซึ่งเป็นความผิดกฎหมาย แต่ไม่กระทำ

^๑ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๕๓

^๒ Glanville Williams, Criminal law, (The General Part) Second Edition (London: Steven & Sons Limited, 1961), p. 9

แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอาจกำหนดระยะเวลาให้ปฏิบัติ เช่นนั้น

ในคดี Lockyer v. Gibb (1967) Lord Parker

กล่าวว่า

"ตามความเห็นของข้าพเจ้านั้นเป็นที่แน่ชัดว่า จะถือว่าบุคคล ครอบครองวัตถุชิ้นใดชิ้นหนึ่ง ในกระเป๋า ในห้อง ในสถานที่ซึ่งบุคคลนั้นดู ครอบครองอยู่หาได้หรือไม่ หากบุคคลนั้นมิได้ ตระหนักเลยว่าวัตถุนั้นได้เข้าไปอยู่ในที่นั้น ถ้าสิ่งของบางอย่างได้เข้ามาอยู่ในตะกร้า ของท่าน โดยที่ท่านไม่รู้เลยว่ามันเข้าไปอยู่ในนั้นได้อย่างไร ย่อมถือไม่ได้ว่าท่าน ครอบครองวัตถุนั้น

การมีผลประโยชน์ (benefiting from)^๑ เช่น ในประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา ๒๔๖ บัญญัติว่า "ผู้ใดอายุกว่าสิบหกปี ดำรงชีพอยู่แม้เพียงบางส่วนจากรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี ต้องระวางโทษ....." จะเห็นได้ว่า บางกรณีไม่มี ลักษณะของการกระทำ เช่น นาย ก. เป็นบุคคลไม่มีอาชีพ ได้อยู่กินเป็นสามีภรรยา กับนาง ข. นาง ข. ได้ทำมาหากินเลี้ยงนาย ก. ในระยะหลังการทำมาหากินเกิด ผิดเคือง นาง ข. จึงหันมาประพฤติดตนเป็นโสเภณี ในระหว่างที่นาง ข. มีอาชีพเป็น โสเภณี รัฐบาลได้ออกกฎหมายกำหนดให้บุคคลผู้ซึ่งดำรงชีพจากรายได้ของหญิงโสเภณี เป็นความผิด กรณีเช่นนี้จะเห็นว่า นาย ก. ไม่ได้มีการเคลื่อนไหวทางร่างกายอันถือ เป็นการกระทำใหม่ ภายหลังจากออกกฎหมาย ฉะนั้นจึงถือไม่ได้ว่าการประพฤติดตนเอง ของนาย ก. เป็น "การกระทำ" ได้เลย เว้นแต่ว่ากฎหมายกำหนดให้ถือว่า พฤติการณ์ดังกล่าวเป็นการกระทำนั้นเอง

ความรับผิดเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability)

ความผิดบางอย่างแม้บุคคลจะมีได้ร่วมกระทำหรือใช้หรือสนับสนุนก็อาจต้องรับผิดได้ ทั้งที่เป็นการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งต้องมีกฎหมายบัญญัติเป็นพิเศษ เช่น ความรับผิด ของสมาชิกอสังหาริมทรัพย์หรือของโจร ซึ่งอยู่ในที่ประชุม แต่ไม่ได้คัดค้านในการตกลงให้กระทำ

^๑ Jerome Hall, General Principles of Criminal Law,
Second Edition (New York: The Bobbs-Merrill company, Inc.),
p. 206

ความผิดนั้น หรือผู้เป็นหัวหน้า ผู้จัดการ ผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในอั้งยี่ หรือช่องโจร ต้อง
รับผิดระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดที่กระทำด้วย^๑

หรือกรณีที่บรรณาธิการตั้งผู้อื่นเป็นผู้ช่วยบรรณาธิการยังต้องรับผิดฐานเป็น
ตัวการเช่นเดียวกับผู้ประพันธ์ ในความผิดฐานหมิ่นประมาทผู้อื่นซึ่งเกิดจากการเขียน
ข่าวของผู้ประพันธ์หนังสือฉบับนั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ ๔๙๐/๒๕๐๔)

การปรากฏตัว^๒ (appearing) เช่น พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง บัญญัติ
ให้ถือว่า ผู้ที่ปรากฏตัวอยู่ในราชอาณาจักรโดยเข้ามาติดต่อขอขังตัวพระราชาธิบดี
มีความผิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้ขาดอายุความ^๓

^๑ มาตรา ๒๑๓ ประมวลกฎหมายอาญา

^๒ Jerome Hall, General Principles of Criminal law, p. 206

^๓ จิตติ ตั้งศรัทธี, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค ๑ ตอนที่ ๑,
พิมพ์ครั้งที่ ๖ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๐๖), หน้า ๑๔๐

ศาลอังกฤษได้วางหลักความรับผิดชอบซึ่งนำไปสู่การกระทำความผิดในทาง
อาญาโดยไม่ต้องมีการกระทำ การงดเว้นการกระทำ หรือแม้แต่ภาวะทางจิตใจที่น่า
ติเตียน ในคดี Larsonneur (1933) ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า สุภาพสตรีฝรั่งเศส
ผู้หนึ่งได้มาประเทศอังกฤษอย่างถูกต้อง แต่เป็นความต้องการของเจ้าหน้าที่ที่ต้องการ
ให้เธอออกไปจากประเทศ เธอก็ยอมปฏิบัติตามโดยเดินทางไป Irish Free
State เธอถูกตำรวจอังกฤษจับและยึดกระเป๋าถือไว้ ตำรวจได้ฟ้องเธอตามกฎหมาย
เกี่ยวกับคนต่างด้าว มาตรา ๑๔ (๑) (b) ๑๙๒๐ ในข้อหาว่าเป็นคนต่างด้าว
และถูกพบตัวโดยไม่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในสหราชอาณาจักร และทำให้ต้องถูกตำรวจ
อังกฤษจับขังไว้ในห้องขัง ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า จำเลยกระทำความผิดจริงและ
พิพากษาให้จำคุก ๓ วัน พร้อมกับสั่งให้ส่งตัวออกไปนอกประเทศ จำเลยนั้นไม่ได้
กระทำความผิดอะไรเลย หรือแม้แต่งดเว้นการกระทำอันถือว่าเป็นความผิดที่ศาล
อังกฤษตีความหมายของคำว่า พบตัว ว่าการพบอยู่ในห้องขังของตำรวจ ก็ถือว่าเป็น
เป็นการพบตัว

๒. การไม่เคลื่อนไหวร่างกาย

บุคคลที่เข้าใจว่า การกระทำนั้นจะต้องมีการเคลื่อนไหวร่างกาย จะมีความเห็นคัดค้าน เรื่อง ความรับผิดชอบ อันเนื่องมาจากการละเว้นการกระทำ การไม่เคลื่อนไหวร่างกายในบางเรื่องถือเป็นการละเว้นกระทำ การละเว้นที่ไม่กระทำสิ่งใดบางอย่าง โดยไม่มีการกระทำภายนอก ถือเป็นความผิดได้ ฉะนั้นความยุติธรรมในการลงโทษจึงถูกหยิบยกเป็นปัญหาที่ว่า ทำไมผู้ที่มิได้กระทำการใดให้เห็นเลย จึงเป็นผู้ละเมิดต่อกฎหมายได้ จึงเกิดข้อคัดค้านในเรื่องการละเว้นการกระทำในทางอาญา (Criminal Omissions) ๒ ประการ คือ^๑

๒.๑ ในเรื่องการมีหน้าที่ที่ต้องกระทำ (duties to act) ซึ่งกำหนดโดยกฎหมายอาญา (criminal prescriptions) มีลักษณะที่ขัดต่อความคิดทางศีลธรรม และปรัชญาการดำเนินชีวิตที่ว่า การที่บุคคลหนึ่งเฉย โดยมีได้ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ใครเลย ทำไมจึงต้องกำหนดให้ต้องรับผิดชอบทางอาญาด้วย นับเป็นการขัดต่อเสรีภาพของบุคคลอย่างแท้ทีเดียว

๒.๒ องค์ประกอบแห่งความรับผิดในทางอาญาที่สำคัญคือ การกระทำและการมีเจตนาชั่วร้าย (wicked mental element) แต่การละเว้นการกระทำซึ่งถือว่าเป็นความผิดอาญานั้น มีเพียงสภาพการกระทำทางจิตใจ ไม่ได้มีการแสดงออกภายนอก อันจะถือว่ามีจิตใจชั่วร้ายได้ เมื่อเป็นเช่นนี้การที่ถือว่าการละเว้นการกระทำเป็นความผิดขัดต่อหลักที่ว่า ความรับผิดทางอาญาต้องมีเจตนาชั่วร้าย

^๑ Hyman Gross, A Theory of Criminal Justice, (New York, Oxford University press, 1979), p. 62

อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้เถียงอยู่ในเรื่องนี้ ที่สมควรนำมาเป็นเรื่องต้องพิจารณาคือ

ประการแรก ความจำเป็นในการกำหนดมาตรการป้องกันผลประโยชน์อันเกี่ยวกับสาธารณชน และการป้องกันสาธารณภัย จึงเกิดความจำเป็นที่ต้องวางกฎข้อบังคับ เพื่อให้การบริหารงานของรัฐบาลเป็นไปโดยเรียบร้อย จะเห็นได้ว่าความคิดเห็นในส่วนนี้ไม่น่าเป็นเรื่องที่ตำหนิกันได้เลย เช่น การบัญญัติกฎหมายโดยกำหนดโทษแก่บุคคลซึ่งไม่รายงานบางสิ่งบางอย่างที่กฎหมายต้องการให้รายงาน การหลีกเลี่ยงไม่ขึ้นทะเบียนทหาร หรือการไม่ขอใบอนุญาตในกรณีต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายประสงค์ให้กระทำ เป็นต้น เราเรียกความผิดเหล่านี้ว่าเป็นความผิดที่รัฐบัญญัติขึ้น (positive law)

ประการที่สอง เป็นความจริงอีกเช่นกันที่องค์ประกอบแห่งความรับผิดในทางอาญา คือ ต้องมีการกระทำและการมีเจตนาชั่วร้าย (wicked mental element) หรือเจตนาประสงค์ต่อผลที่เป็นผิดกฎหมายอาญา จึงเป็นความผิดอาญาได้ แต่ในบางกรณีแล้ว แม้ไม่มีการกระทำที่แสดงออกมาภายนอก มีเพียงสภาพการกระทำทางจิตใจก็ตาม ก็สามารถก่อให้เกิดเป็นความผิดทางอาญาไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการมีการกระทำด้วยเหตุนี้เองจึงเป็นความประสงค์ของกฎหมายที่จะวางหลักเกณฑ์ให้บุคคลต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือต้องกระทำในหน้าที่ซึ่งตนมีความรับผิดชอบเป็นพิเศษ เช่น ความรับผิดชอบต่อครอบครัว ความรับผิดชอบของลูกจ้างที่มีต่อหน้าที่การงานของเขา หรือความรับผิดชอบของเจ้าของทรัพย์สิน จึงเกิดเป็นทฤษฎีที่ถูกยอมรับโดยทั่วไปว่าการงดเว้นกระทำถือเป็นการกระทำ (omissions might be acts after all) ทำให้เห็นว่า การไม่กระทำเป็นการกระทำในทางปฏิเสธ (negative act) กล่าวคือ โดยลักษณะแล้วความรับผิดในทางอาญาเป็นเรื่องต้องการให้บุคคลกระทำบางอย่าง ห้ามกระทำบางอย่าง ฉะนั้นการงดเว้นกระทำจึงเป็นเพียงข้อห้ามของกฎหมายในรูปแบบที่แตกต่างกันนั่นเอง



สรุปได้ว่า การลงโทษบุคคลเนื่องมาจากการไม่กระทำในบางสิ่งบางอย่าง เป็นเรื่องมีมาแล้วในกฎหมายเป็นเวลาช้านาน และได้เพิ่มจำนวนขึ้นมากในระหว่าง ๑๐๐ ปีล่วงมา^๑ ฉะนั้น ข้อคัดค้านที่เห็นว่าเป็นการขัดต่อ "ทฤษฎีการกระทำ" จึงมี ผู้เห็นว่า ควรมีการแก้ไขที่ตัวทฤษฎีมากกว่าจะมาแก้ไขหลักเกณฑ์ในทางกฎหมาย^๒

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ทฤษฎีความรับผิดในทางอาญาในส่วนของการไม่กระทำ (omissions)

๑. การละเว้นกระทำ^๓ (direct omissions) เป็นความผิดที่รัฐบัญญัติขึ้น (positive law) โดยบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของบุคคลผู้กระทำในพฤติการณ์ใดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้โดยมีจุดประสงค์เพื่อป้องกันผลประโยชน์ของสาธารณชน และการป้องกันสาธารณภัย หรือเพื่อให้การบริหารงานของรัฐบาลเป็นไปโดยเรียบร้อย ความผิดส่วนใหญ่แล้วมักเป็นความผิดเล็ก ๆ น้อย เช่น การไม่ส่งแบบฟอร์มการเสียภาษี สิ้น หรือการไม่แจ้งคนเกิดคนตาย หรือความผิดเกี่ยวกับการไม่ขออนุญาตเพื่อกระทำการบางสิ่งบางอย่างตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ต้องขออนุญาต^๔ การไม่ช่วยผู้ได้รับอันตราย การชบรตชนคนแล้วไม่แจ้งเหตุต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจรรยาบรรณ พ.ศ. ๒๔๗๗ มาตรา ๓๐ เป็นต้น

นอกจากนี้แล้วในประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการละเว้นการกระทำไว้ในหลายกรณีด้วย ซึ่งอาจใช้คำไม่เหมือนกัน เช่น บัญญัติว่าการไม่กระทำในกรณีนั้น ๆ เป็นความผิด เช่น มาตรา ๑๒๖, ๑๔๐, ๑๔๔, ๑๔๖, ๒๐๐, ๒๐๒, ๒๑๖, ๒๒๗, ๓๖๗, ๓๖๘, ๓๗๔ บัญญัติว่าการละเว้นไม่กระทำเป็นความผิด เช่น

^๑ W. Blake Odgers, The Common Law of England, Second Edition, V. 1 (Sweet and Maxwell, Limited) (1920) p. 109

^๒ Hyman Gross, A Theory of Criminal Justice, p. 62

^๓ Jerome Hall, General Principles of Criminal law, pp. 198-199

^๔ ประเทศไทย จะมีกำหนดในพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา

มาตรา ๑๕๔, ๑๕๗, ๑๖๒ นอกจากนี้ยังมีคำว่า ละเลย ละทิ้ง ชดชืน ทอดทิ้ง^๑ เป็นต้น

การละเว้นไม่กระทำอาจต้องเป็นไปโดยเจตนาตามหลักทั่วไป หรืออาจไม่มีเจตนาก็ได้ เช่น การละเว้นในความผิดลหุโทษ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ความผิดประเภทซึ่งเกิดเพราะการละเว้นไม่กระทำในสิ่งซึ่งกฎหมายบังคับให้เป็นหน้าที่ต้องกระทำนี้มีไม่มากนัก ความผิดส่วนใหญ่เป็นประเภทกระทำในสิ่งซึ่งกฎหมายห้ามมิให้กระทำ กฎหมายจะกำหนดเฉพาะเรื่องที่จะต้องทำมาแล้วข้างต้น และที่สำคัญก็คือ ต้องคำนึงถึงเสรีภาพของบุคคลด้วย

๒. การงดเว้นกระทำ^๒ (Indirect omissions) ถือว่า การไม่กระทำ มีผลเท่ากับการกระทำ (commission par omission) บางครั้งก็เรียกว่า un real omissions เป็นความผิดที่เกี่ยวพันกับความผิดอาญาที่ร้ายแรง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย เป็นต้น การงดเว้นกระทำนี้จะต้องมีสิ่งอื่นมาประกอบด้วย เช่น ความสัมพันธ์หรือหน้าที่เฉพาะ เช่น ความเป็นบิดามารดากับบุตร การเป็นกำนันเรือกับลูกเรือ

ในประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติในมาตรา ๕๔ วรรคห้าว่า "การกระทำให้หมายความรวมถึง การให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย"

เมื่อใดการงดเว้นไม่กระทำจึงถือได้ว่าเป็นการกระทำความผิด เห็นว่า หลักที่จะถือได้ว่าการงดเว้นไม่กระทำเป็นการกระทำผิดก็คือ เมื่อบุคคลใดมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ เขาจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น เพราะไม่กระทำตามหน้าที่นั้น

^๑ จิตติ ดิงศรีทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค ๑ ตอนที่ ๑, พิมพ์ครั้งที่ ๖, หน้า ๑๘๑-๑๘๒

^๒ Jerome Hall, General Principles of Criminal law, pp. 198-199

กล่าวโดยสรุป การกระทำที่ก่อให้เกิดผลตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่า การกระทำให้เกิดผลเช่นนั้นเป็นความผิดแล้ว การงดเว้นกระทำของบุคคลซึ่งมีหน้าที่ ตามกฎหมายที่จะป้องกันมิให้เกิดผลนั้น แต่บุคคลนั้นมีได้กระทำเพื่อป้องกันผลที่เกิดขึ้น บุคคลนั้นต้องรับผิดเช่นเดียวกับมีการกระทำที่เป็นความผิดนั่นเอง

ฉะนั้น เมื่อการงดเว้นกระทำ ถือว่าเป็นการกระทำชนิดหนึ่งแล้ว ความรับผิด ทางอาญาจึงดำเนินไปตามหลักความรับผิดในเรื่องโครงสร้างความผิดทางอาญา ส่วนที่ ๑ กล่าวคือ

๑. มีการงดเว้นกระทำตามหน้าที่ที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้น
๒. การงดเว้นกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น ผู้กระทำ ผลของการกระทำ กรรมของการกระทำ ข้อเท็จจริงอื่น เป็นต้น
๓. การงดเว้นกระทำโดยมีเจตนาหรือประมาท
๔. ผลที่เกิดขึ้นจะต้องสัมพันธ์กับการงดเว้นกระทำ ตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย