

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2558
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

DECRIMINALIZATION FOR PROVOCATION OF THE MALTREATED
PERSON'S INTIMATE

Mr. Jirapat Phalakornkul



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2015

Copyright of Chulalongkorn University

จิรภัทร ผลากรกุล : การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง (DECriminalization for PROVOCATION OF THE MALTREATED PERSON'S INTIMATE) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร.คณพล จันทน์หอม, 180 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดประสงค์เพื่อศึกษาถึงการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง ตลอดจนขอบเขตการกระทำที่เป็นการข่มเหงซึ่งสามารถบันดาลโทษได้

จากการศึกษาพบว่า การข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษได้นั้น อาจเป็นการข่มเหงต่อตัวผู้กระทำความผิด หรือเป็นการข่มเหงต่อผู้อื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากการข่มเหงผู้ใกล้ชิดเสมือนเป็นการข่มเหงถึงตัวผู้กระทำความผิดในเวลาเดียวกัน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้กำหนดนิยามของความสัมพันธ์ใกล้ชิดว่าหมายถึงบุคคลใด ทำให้ศาลต้องวินิจฉัยความสัมพันธ์โดยปราศจากหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน บางกรณีศาลวินิจฉัยความสัมพันธ์ตามกฎหมาย บางกรณีศาลวินิจฉัยความสัมพันธ์ตามสาโลहित นอกจากนี้ จากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมีความหลากหลายมากขึ้น เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักร่วมเพศ คู่หมั้น คนรัก (แฟน) หุ้นส่วนทางธุรกิจ เพื่อนสนิท การข่มเหงอย่างร้ายแรงแก่บุคคลเหล่านี้ยังไม่มีหลักเกณฑ์พิจารณาที่ชัดเจนว่าจะถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงต่อผู้กระทำความผิดที่สามารถบันดาลโทษได้หรือไม่ รวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการข่มเหงบุคคลเหล่านี้ว่าครอบคลุมการกระทำใดบ้าง

ในต่างประเทศมีกลไกการพิจารณากรณีการข่มเหงผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทษแตกต่างกัน บางประเทศศาลหรือคณะลูกขุนมีการใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิด บางประเทศมีกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ใกล้ชิดไว้อย่างชัดเจน แตกต่างกันไปตามระบบกฎหมาย สังคมและวัฒนธรรม หากประเทศไทยจะกำหนดปัจจัยที่ศาลจะนำมาใช้วิเคราะห์ถึงการข่มเหงผู้ใกล้ชิดให้มุ่งเน้นที่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามข้อเท็จจริงและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการข่มเหงผู้ใกล้ชิดไว้ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72 จะทำให้การใช้ดุลพินิจของศาลมีความแน่นอนเป็นเอกภาพ และอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในแต่ละคดี รวมทั้งสังคมมากยิ่งขึ้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2558

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

5585965534 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: PROVOCATION / CLOSE RELATIVES

JIRAPAT PHALAKORNKUL: DECRIMINALIZATION FOR PROVOCATION OF THE MALTREATED PERSON'S INTIMATE. ADVISOR: ASST. PROF. KANAPHON CHANHOM, Ph.D., 180 pp.

This thesis mainly involved a discussion of the provocation as mitigating circumstance in Thai Criminal Law. Especially, close relatives attack was an adequate provocation which let a reasonable man to loss of self-control. However, Thai Criminal Code did not provide the definition of close relatives, so the court's decision in this matter was not unity. The thesis researched the factors that indicate the close relationship of the offender and the maltreat person.

The result of the study found that the doctrine of reasonable man had several defects because it did not consider the conditions of the offender which affect to the self-control, so considering the close relationship under ultimate reasonable man test was not justice. Moreover, the study found the factors that indicate the close relationship appeared in Criminal Law as well as in Sociology and Social Psychology. These factors were the deep and extensive interaction, the duration of relationship, the physical proximity and the reciprocity. In USA and England, the jury could determine the close relationship, hence the court's decision was compatible the human nature. While, German Criminal Code set forth the definition of close relationship and the assault on them which was mitigating circumstance. In French, provocation defence did not appear as section, but the court could bring this circumstance in consider.

This thesis suggest the factors determining the close relationship in Thai Criminal Code section 72 in order to help the court considering the close relation close relationship of the offender and the maltreat person. Moreover, it would make the court's decision more unity and justice to the offender, the plaintiff and society.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2015

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงด้วยดีเพราะความอนุเคราะห์อย่างสูงจากอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอมซึ่งได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าอย่างยิ่งของท่านรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยท่านได้ให้คำแนะนำและชี้แนะแนวทางในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตั้งแต่เริ่มต้นจนจบ ตลอดจนตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพรที่ท่านกรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำ ความรู้ รวมถึงเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ โดยท่านได้ชี้แนะแนวทางกำหนดขอบเขตเนื้อหาการศึกษาและแนวทางการเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ให้มีความชัดเจน จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณครอบครัวและเพื่อนๆ ทุกคน ที่คอยให้กำลังใจและให้ความเอาใจใส่ในการสอบถามความคืบหน้าของงานตลอดเวลาที่ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงคณาจารย์เจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต และบุคคลอีกหลายท่านที่ไม่อาจกล่าวนามได้ทั้งหมดในที่นี้ สำหรับความมีน้ำใจและคำแนะนำที่มีให้เสมอมา

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คงจะก่อให้เกิดประโยชน์กับบุคคลทั่วไปและวงการกฎหมายของประเทศไทย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีคุณประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอมอบความดีนั้นให้แก่บุคคลทุกท่านที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนต้องกราบขออภัยมา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับเอาไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	12
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	12
1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....	16
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	16
1.4 ขอบเขตการศึกษา	16
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	17
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	17
1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	17
1.8 โครงสร้างของวิทยานิพนธ์	19
บทที่ 2 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับความรับผิดชอบในทางอาญา	21
2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคม	23
2.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางสังคมวิทยา.....	24
2.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางจิตวิทยาสังคม	27
2.1.3 ปัจจัยที่ทำให้มนุษย์มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดในมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยา.....	30
1. การอยู่ร่วมสถานที่เดียวกัน.....	31
2. ความลึกซึ้งของปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล.....	32
3. ระยะเวลาของความสัมพันธ์ที่ยาวนาน	34
4. การช่วยเหลือเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ซึ่งกันและกัน	34

5.	ความเหมือนหรือความคล้ายคลึงกัน	35
2.2	ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางกฎหมายอาญา.....	37
2.2.1	ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับเหตุยกเว้นความผิด.....	37
2.2.2	ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับเหตุยกเว้นโทษ.....	38
1.	การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างญาติ.....	38
2.	การช่วยเหลือผู้ใกล้ชิดด้วยการทำลายพยานหลักฐาน ช่วยให้หลบหนีจาก การถูกจับกุม หรือถูกคุมขังและช่วยเหลือบุคคลผู้เป็นสมาชิกอัยย์หรือช่อง โจร	42
2.2.3	ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับเหตุลดโทษ	43
2.2.4	ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับเหตุเพิ่มโทษ.....	44
1.	การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ที่อยู่ในความดูแล.....	44
2.	การฆ่าบุพการี	46
2.2.5	ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับองค์ประกอบของความผิดอาญา.....	47
2.2.6	ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับกรณีอื่นๆ	48
1.	การให้ความสำคัญกับผู้ใกล้ชิดให้ดำเนินคดีอาญาแทนผู้เสียหาย.....	48
2.	การให้ความสำคัญกับผู้ใกล้ชิดในเรื่องการคุ้มครองพยาน และ	51
	ค่าตอบแทนแก่พยานในคดีอาญา.....	51
2.3	แนวความคิดเกี่ยวกับเหตุบันดาลโทสะโดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล	54
2.3.1	สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติหรือปรัชญากฎหมายธรรมชาติ.....	54
1.	ทฤษฎีความโกรธคือความเดือดดาล (Theory of Akrasia).....	55
2.	ทฤษฎีการสูญเสียเหตุผลในการควบคุมตนเอง	58
2.3.2	สำนักความคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism)	62
2.3.3	สำนักความคิดลัทธิอรรถประโยชน์นิยม	64
2.4	แนวคิดวัตถุประสงค์การลงโทษกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ	65

1.	การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution).....	66
2.	การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Prevention).....	67
3.	การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้เกิดความผิดซ้ำ (Restraint)	68
4.	การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation).....	68
5.	การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคม (Deterrence).....	69
6.	การลงโทษเพื่อเป็นการสมานฉันท์ (Restoration).....	69
7.	การลงโทษเพื่อเป็นการให้การศึกษา (Education).....	70
2.5	บทสรุป	70
บทที่ 3	ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ.....	73
3.1	พัฒนาการของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายไทย.....	73
3.2	โครงสร้างความรับผิดทางอาญา.....	78
3.2.1.	การกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ	78
3.2.2.	การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด	78
3.3.3.	การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ	79
3.3.4	เหตุผลโทษ	79
3.3	การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง	80
3.3.1	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ	80
1.	มีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม.....	81
2.	การที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทสะ.....	89
3.	ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะที่บันดาลโทสะ.....	90
3.3.2	การยอมรับแนวความคิดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูก ข่มเหง	93
1.	หลักความเห็นใจของกฎหมาย และหลักความเป็นอันตรายเป็นเหตุให้ผู้กระทำ ความผิด	93

2.	หลักภววิสัย (Objective Test) และหลักอัตวิสัย (Subjective Test).....	98
3.3.3	ปัจจัยที่ศาลนำมากำหนดความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิด	100
1.	ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบุคคล.....	100
2.	ความสัมพันธ์ข้อเท็จจริงหรือความเป็นญาติทางสาโลหิต.....	104
3.	ความสัมพันธ์พิเศษ.....	106
3.4	ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่ศาลตีความขยายความให้ครอบคลุมถึงผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ที่ถูกข่มเหงโดยตรงให้สามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ	111
บทที่ 4.....		113
	การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงตามกฎหมายต่างประเทศ	113
4.1	ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law	113
4.1.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา	113
1.	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ	114
2.	การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิด	120
4.1.2	ประเทศอังกฤษ	122
1.	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ	122
2.	การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิด	134
4.2	ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law.....	136
4.2.1	ประเทศเยอรมนี.....	136
1.	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ	136
2.	การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิด	139
4.2.2	ประเทศฝรั่งเศส.....	140
1.	หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ	140
2.	การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิด	143

4.3 บทวิเคราะห์.....	145
บทที่ 5 วิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมกับการพิจารณาการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ เมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง.....	148
5.1 ความสอดคล้องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลระหว่างมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยา สังคมกับมิติทางกฎหมายอาญา.....	148
5.2 ความสัมพันธ์อันใกล้ชิดตามเกณฑ์อัตวิสัย (Subjective).....	149
5.3 ความสัมพันธ์อันใกล้ชิดตามเกณฑ์ภววิสัย (Objective).....	150
5.3.1 การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามสถานะทางกฎหมาย.....	150
5.3.2 การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามสภาพความเป็นจริง.....	151
1. ความสัมพันธ์ตามสาโลหิต.....	152
2. ความสัมพันธ์พิเศษ.....	154
5.4 การกระทำอันเป็นการข่มเหงผู้ใกล้ชิด.....	157
5.5 การพิสูจน์ความร้ายแรงของการข่มเหง.....	158
5.6 การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง.....	160
5.7 วิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดปัจจัยทางข้อเท็จจริงเป็นแนวทางการวินิจฉัยการ กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง.....	161
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	167
6.1 บทสรุป.....	167
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	173
รายการอ้างอิง.....	175
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	180

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความโกรธ คือ ภาวะที่จิตใจปองร้าย มุ่งร้ายหรือขัดเคือง ความพยาบาทแห่งจิต ความฉุนเฉียว ความขุ่นเคืองใจอย่างร้ายแรง ความไม่พอใจอย่างแรง¹ ความโกรธเป็นธรรมชาติอย่างหนึ่งของมนุษย์ที่ย่อมจะโกรธเมื่อมีสิ่งเร้าจากภายนอกมากระทบกระเทือนจิตใจ การตอบสนองต่อสิ่งเร้านั้นอาจแบ่งเป็นลำดับขั้นได้คือ² อคติ หรือความไม่ยินดี ไม่พอใจ ปฏิฆะ หรือความขัดเคือง ความกระทบกระทั่ง โกรธ หรือ ความเดือดดาลใจ โทสะ หรือความประทุษร้าย การทำลาย เป็นความเดือดดาลใจที่ปะทุออกมาภายนอก และพยาบาท หรือการจองเวร คือ ความคิดที่จะทำให้อื่นประสบความพินาศย่อยยับ

โทสะ หรือ การทำลายสามารถเกิดขึ้นได้เพราะสภาพจิตใจที่ไม่พอใจอารมณ์ในขณะนั้น ไม่พอใจในสถานะที่เป็นอยู่หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โทสะอาจเกิดขึ้นเนื่องจากปัจจัยภายในของบุคคลหรือปัจจัยภายนอก คือ มีผู้อื่นทำความเสียหายให้กับตนหรือทำความเสียหายให้กับคนรัก³ ดังนั้นโทสะมีความสัมพันธ์กับความสัมพันธ์ใกล้ชิด เนื่องจากเมื่อมีผู้ใดข่มเหงผู้ใกล้ชิด มนุษย์จะเกิดความโกรธหรือกลัวจะสูญเสียบุคคลที่ตนรัก โกรธหรือกลัวว่าตนจะถูกทำร้าย โทสะจึงเกิดขึ้นเพราะสภาพจิตใจไม่พอใจอารมณ์โกรธหรือกลัวนั่นเอง⁴หรืออาจเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับเกียรติยศศักดิ์ศรี เพราะเมื่อมีใครข่มเหงผู้ใกล้ชิด ย่อมจะกระทบกระเทือนถึงเกียรติยศศักดิ์ศรีของมนุษย์ซึ่งจะต้องปกป้องบุคคลอันเป็นที่รักของตน มิฉะนั้นอาจจะถูกครหาว่าเป็นคนขลาดเขลาไม่กล้าปกป้องหรือเรียกร้องความเป็นธรรมให้แก่ผู้ใกล้ชิดกับตน⁵หรือเรียกร้องความเป็นธรรมให้กับตนเอง โทสะจึงเกิดขึ้นเพราะสภาพจิตใจมีอาจทนได้ต่อความรู้สึกว่าตนอาจจะถูกครหาจากสังคมเช่นนั้น

¹ พระครูสังฆรักษ์ประนอม จตตมโล (กลักข์ยอม), "ศึกษาเปรียบเทียบความโกรธและวิธีระงับความโกรธในพระพุทธศาสนา เปรียบเทียบกับคริสต์ศาสนา" (วิทยานิพนธ์พุทธศาสตรมหาบัณฑิต, คณะพุทธศาสตร์ สาขาวิชาศาสนาเปรียบเทียบ, มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2556), หน้า 11.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-24

³ เรื่องเดียวกัน

⁴ มุลินธิศึกษาและเผยแพร่พระพุทธศาสนา, "ลักษณะของโทสะ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 26 ธันวาคม 2556. แหล่งที่มา: <http://buddhiststudy.tripod.com/ch6.htm>

⁵ Jeremy Horder, *Provocation and Responsibility* (New York: Oxford University Press, 1992), p. 27.

ความโกรธและปฏิกิริยาตอบโต้การทำร้ายบุคคลอื่นเป็นที่รักย่อมแตกต่างกันไปตามระดับของความรักรหรือการให้ความสำคัญ เมื่อมนุษย์รักหรือให้ความสำคัญกับสิ่งใดหรือบุคคลใดมาก เช่น พ่อแม่ ภรรยา บุตรของตน พี่น้อง หรือบุคคลอื่นซึ่งใกล้ชิด อาจเกิดโทสะรุนแรงถึงขั้นเป็นการกระทำ ความผิดทางอาญาแก่ผู้ที่มาข่มเหงทำร้ายบุคคลดังกล่าว ในขณะที่เมื่อมีการทำร้ายสิ่งที่มีมนุษย์ให้ความสำคัญกับสิ่งใดหรือบุคคลใดน้อยกว่าหรือมีความสัมพันธ์ที่ห่างเหินกว่า ปฏิกิริยาตอบโต้อาจเป็นเพียงการแสดงพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ เช่น การด่าทอ หรือแสดงอาการขัดใจ หรือเป็นเพียงการยับยั้งชั่งใจไม่กระทำสิ่งใด

กฎหมายได้ยอมรับธรรมชาติของมนุษย์ในฐานะเป็นบุคคลที่สามารถบันดาลโทสะและกระทำความผิดได้⁶ ทั้งเกิดโทสะเพราะตนเองถูกข่มเหง หรือเพราะบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดถูกข่มเหงในฐานะที่เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมประเภทหนึ่ง โดยกฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นเหตุลดโทษสำหรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72⁷ อันเป็นเรื่องที่กฎหมายให้ความเห็นใจผู้กระทำความผิด เนื่องจากมิได้มีเจตนากระทำความผิดมาตั้งแต่แรกเริ่ม ทั้งผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะก็ได้เป็นอันตรายต่อสังคมมากนักรเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ที่กระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน แต่ในขณะเดียวกันก็ได้สนับสนุนให้บุคคลกระทำความผิดแม้จะบันดาลโทสะมากเพียงใดก็ตาม เพราะกฎหมายเพียงแต่กำหนดผลแห่งการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้เพียงเหตุลดโทษซึ่งต่างกับกรณีการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่ผลแห่งการกระทำคือการยกเว้นความผิด ดังนั้น บุคคลพึงหลีกเลี่ยงการกระทำความผิดแม้จะมีโทสะเพียงใด แต่หากไม่สามารถอดทนอดกลั้นได้ กฎหมายเพียงแต่จะลดโทษให้ได้สัดส่วน (Proportionality) เหมาะสมกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นเท่านั้น⁸

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะพบว่า กฎหมายเพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้ เพื่อให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาถึงความร้ายแรงของการข่มเหงสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง ทั้งสามารถกำหนดอัตราโทษได้เหมาะสมกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การที่บทบัญญัติมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงไว้แต่ประการใด หรือระบุว่าไว้ผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดนั้นได้แก่บุคคลใด หรือกำหนดปัจจัยซึ่งใช้พิจารณาความสัมพันธ์ใกล้ชิดไว้อย่างชัดเจน ก่อให้เกิดข้อบกพร่องที่ศาลจะต้องวินิจฉัยกรณีการข่มเหงดังกล่าวโดยคำนึงถึง

⁶ Rollin M. Perkins, *Criminal Law*, 2 ed. (Mineola, New York: Foundation Press, 1969), p. 52.

⁷ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลดโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

⁸ C. L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment: A Philosophical Introduction* (Oxford: Clarendon Press, 1987), p. 154.

แนวความคิดทฤษฎีที่แตกต่างกัน บางกรณีศาลคำนึงถึงความเป็นอติวิสัยหรือพิจารณาความใกล้ชิด จากความรู้สึกของผู้กระทำความผิด⁹ บางกรณีศาลคำนึงถึงความเป็นภววิสัยหรือพิจารณาจากมุมมอง ของวิญญาณ¹⁰ เช่นนี้จะทำให้คำพิพากษาไม่เป็นเอกภาพ ข้อเท็จจริงแห่งคดีที่คล้ายคลึงกัน แต่ผลของ คำพิพากษาอาจแตกต่างกันได้ เพราะไม่มีความชัดเจนว่าศาลนำปัจจัยใดมาพิจารณาว่าความสัมพันธ์ อย่างใดเป็นความใกล้ชิด อีกทั้งยังอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย รวมถึงสังคมได้ เพราะอาจเกิดกรณีที่ผู้ที่มีได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอย่างแท้จริงได้รับการ ลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะ เนื่องจากผู้นั้นมีสถานะเป็นญาติตามกฎหมายของผู้ถูกข่มเหง แต่ ในทางพฤตินัยมิได้มีความผูกพันใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงแต่ประการใด การกระทำความผิดที่กระทำลง จึงมิได้เกิดขึ้นเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง แต่อาจเป็นการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และ ประสงค์จะได้รับผลประโยชน์จากข้อต่อสู้ทางกฎหมายเพื่อลดโทษ ทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความ เป็นธรรม หรือในกรณีกลับกัน ผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอย่างแท้จริงกลับมิได้รับการลดโทษ เพียงเพราะผู้ที่ถูกข่มเหงนั้นมิได้มีความสัมพันธ์ตามกฎหมายกับผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้กระทำ ความผิดโดยบันดาลโทสะไม่ได้รับความเป็นธรรมได้เช่นกัน นอกจากนี้ หลักเกณฑ์การลดโทษด้วยเหตุ บันดาลโทสะที่กว้างขวางเกินไปอาจเป็นการสนับสนุนให้บุคคลกระทำความผิด เพราะเป็นการเปิด โอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลดโทษโดยไม่เหมาะสมกับความที่กระทำลงหรือความเสียหายที่ เกิดขึ้นกับสังคม หรือเป็นการลดโทษให้กับผู้ที่เป็นอันตรายต่อสังคม ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ กฎหมายนั่นเอง

ยิ่งไปกว่านั้น จากสภาพสังคม ค่านิยม และวัฒนธรรมที่เปลี่ยนแปลงไป รวมถึงการยอมรับ แนวความคิดสิทธิมนุษยชนที่แพร่หลายมากขึ้น ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกว้างขวาง หลากหลายมากขึ้น เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างคู่รักร่วมเพศ หรือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกรณีอุ้ม บุญ ความสัมพันธ์ระหว่างหุ้นส่วนธุรกิจ หรือนายจ้างกับลูกจ้าง การวินิจฉัยการกระทำความผิดโดย บันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงโดยปราศจากหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ช่วยพิจารณาความสัมพันธ์ ระหว่างบุคคลอาจก่อให้เกิดปัญหาผลของคำพิพากษาไม่สอดคล้องกับสภาพสังคม

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า กรณีที่แม้ผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกข่มเหงเคยมี ความสัมพันธ์ใกล้ชิดไม่ว่าในทางพฤตินัย หรือในทางกฎหมาย แต่ในเวลาต่อมาความสัมพันธ์ดังกล่าว สิ้นสุดลงในช่วงข้อเท็จจริง เมื่อมีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดเกิดขึ้น หากผู้กระทำความผิดไปกระทำความผิด ต่อผู้ข่มเหง กรณีดังกล่าวศาลสามารถใช้ดุลพินิจลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะให้แก่ผู้กระทำ ความผิดได้หรือไม่ เพราะเมื่อพิจารณาโดยอาศัยหลักภววิสัยนั้น ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูก

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2792/2515 (ประชุมใหญ่)

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502

ข่มเหงยังมีความสัมพันธ์กันในมุมมองของกฎหมายหรือวิญญูชน แต่หากพิจารณาตามหลักอรรถวิสัยซึ่งพิจารณาจากความรู้สึกของบุคคลจะพิจารณาได้ว่า ผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกข่มเหงมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน

ประเด็นเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการข่มเหงผู้ใกล้ชิดเป็นอีกประเด็นหนึ่งซึ่งควรพิจารณากล่าวคือ การข่มเหงผู้ใกล้ชิดที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะครอบคลุมการกระทำลักษณะใดบ้าง ต้องเป็นเพียงการกระทำอันตรายต่อชีวิตร่างกาย หรือสามารถเป็นการกระทำลักษณะอื่น เช่น ข่มเหงต่อสิทธิเสรีภาพ ชื่อเสียง หรือเกียรติยศศักดิ์ศรี ทรัพย์สินของผู้ใกล้ชิดได้หรือไม่ การข่มเหงด้วยวาจาเพียงอย่างเดียวต่อผู้ใกล้ชิดจะเพียงพอให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะหรือไม่ และหากเกิดการข่มเหงเช่นนี้ขึ้น และผู้ถูกข่มเหงสามารถอดทนอดกลั้นได้ แต่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถอดทนอดกลั้นได้ จึงบันดาลโทสะและกระทำความผิด เช่นนี้ผู้กระทำความผิดจะได้รับการลดโทษหรือไม่

จากการศึกษาประเด็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงตามแนวทางของกฎหมายต่างประเทศพบว่า ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้อย่างกว้าง และอาศัยคณะลูกขุนพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในว่าผู้ใดเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง ทำให้การวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสอดคล้องกับมิติทางสังคม ขณะที่ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law อันได้แก่ ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเหตุลดโทษเพราะบันดาลโทสะที่แตกต่างกัน ประเทศเยอรมนีกำหนดกรณีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ประเทศฝรั่งเศสได้ยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะ แต่เหตุลดโทษนี้คงเป็นข้อเท็จจริงประกอบการกำหนดโทษของศาลเท่านั้น

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาแนวความคิดและปัจจัยที่สามารถนำมาวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจากมิติทางสังคมวิทยา จิตวิทยาสังคมและกฎหมายอาญา โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง ทั้งเปรียบเทียบการกระทำที่ถือว่าเป็นการข่มเหงผู้ใกล้ชิดซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะ อันอาจจะนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิ่มข้อเท็จจริงที่พิจารณาหรือเชื่อมโยงถึงความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิด รวมทั้งอาจกำหนดขอบเขตของการกระทำอันเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72

1.2 สมมติฐานของการวิจัย

การชมเชยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมอันทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษอาจเป็นการชมเชยต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดได้ บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายอาญาได้แก่ บิดา มารดา สามีภริยา บุตร และพี่น้องร่วมบิดามารดาของผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตามศาลฎีกาได้วินิจฉัยขยายความไปถึงการชมเชยบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพจิตใจของบุคคลที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทษมากยิ่งขึ้น การวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนถึงหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกชมเชยกับผู้กระทำความผิด และการชมเชยบุคคลดังกล่าวอันเป็นการชมเชยถึงผู้กระทำความผิด ส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนในการใช้ดุลพินิจของศาล นำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด ดังนั้น การกำหนดถึงปัจจัยทางข้อเท็จจริงในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และการกระทำอันมีลักษณะเป็นการชมเชยถึงตัวผู้กระทำความผิดให้เป็นแนวทางประกอบการใช้ดุลพินิจของศาลไว้ในประมวลกฎหมายอาญา จะช่วยให้การใช้ดุลพินิจของศาลมีความเป็นเอกภาพ และอำนวยความสะดวกธรรมให้แก่ทั้งผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในแต่ละคดีมากยิ่งขึ้น

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1.3.1 เพื่อศึกษาและวิจัยเกี่ยวกับแนวความคิดและขอบเขตของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกชมเชย ตลอดจนขอบเขตการกระทำอันเป็นการชมเชยที่สามารถบันดาลโทษได้ และการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นได้โดยบันดาลโทษตามประมวลกฎหมายอาญาและแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา

1.3.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยเกี่ยวกับแนวความคิด ขอบเขต หลักเกณฑ์ของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกชมเชย ขอบเขตการกระทำอันเป็นการชมเชยที่สามารถบันดาลโทษได้กับกฎหมายของต่างประเทศ และการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นโดยบันดาลโทษ

1.3.3 เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการกำหนดขอบเขตหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกชมเชย และขอบเขตการกระทำอันเป็นการชมเชยที่สามารถบันดาลโทษได้

1.4 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงแนวความคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกชมเชย โดยศึกษาเปรียบเทียบจากประมวลกฎหมายอาญาและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส เพื่อนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษาเปรียบเทียบมาวิเคราะห์และสังเคราะห์ปัจจัยซึ่งใช้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลว่าเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดอันอาจทำให้ผู้กระทำความผิด

บันดาลโทสะได้ เมื่อบุคคลดังกล่าวถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง และนำปัจจัยดังกล่าวมากำหนดเป็นหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับเหตุลดโทษเพราะบันดาลโทสะในประมวลกฎหมายอาญา

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ดำเนินการศึกษาวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ คำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ งานวิจัย หนังสือ วารสาร บทบัญญัติแห่งกฎหมาย บทความ และเอกสารอื่นๆที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาทำการศึกษาเปรียบเทียบ วิเคราะห์ และหาข้อสรุป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1. สร้างความเข้าใจเกี่ยวกับแนวความคิดและขอบเขตของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง ตลอดจนขอบเขตการกระทำอันเป็นการข่มเหงที่สามารถบันดาลโทสะได้ตามประมวลกฎหมายอาญาและแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกา

1.6.2. ทำให้เห็นถึงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับแนวความคิดขอบเขต หลักเกณฑ์ของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง และขอบเขตการกระทำอันเป็นการข่มเหงที่สามารถบันดาลโทสะได้

1.6.3. เป็นแนวทางในการพัฒนาการกำหนดขอบเขตหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง ตลอดจนขอบเขตการกระทำอันเป็นการข่มเหงที่สามารถบันดาลโทสะได้

1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

วรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้แก่

1. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง “บันดาลโทสะด้วยเหตุสะสมมา” โดยทรงยศ ลังการ์พินธุ์¹¹ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เรียบเรียงเกี่ยวกับพฤติการณ์การข่มเหงสะสมสืบเนื่องกันมาจนเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะขึ้น แม้การข่มเหงในครั้งที่สุดจะไม่ร้ายแรงเพียงพอที่จะทำให้วิญญูชนบันดาลโทสะ แต่ก็เปรียบเสมือนพางเส้นสุดท้ายที่ทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะ ผู้เขียนเสนอแนะว่าการข่มเหงในลักษณะดังกล่าวควรถูกพิจารณาว่าเป็นการข่ม

¹¹ ทรงยศ ลังการ์พินธุ์, “บันดาลโทสะด้วยเหตุที่สะสมมา” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549)

เหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมประเภทหนึ่งซึ่งอาจทำให้วิญญาณบันดาลโทสะได้ และการกระทำคามผิดในขณะนั้นตามบทบัญญัติของกฎหมายควรหมายถึง กระทำคามผิดในขณะที่ยังบันดาลโทสะซึ่งอาจเป็นคนละเวลากับพฤติการณ์ข่มเหงได้

2. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เรื่อง “การกระทำโดยบันดาลโทสะที่เกิดขึ้นในขณะเดียวกับการกระทำโดยป้องกันและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” โดยพิณทิพย์ สีสากเรียยศักดิ์¹² วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงกรณีการกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะซึ่งอาจเกิดขึ้นในขณะเดียวกันกับการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ รวมถึงในบางกรณีหากผู้กระทำคามผิดถูกข่มเหงแต่ไม่ได้กระทำคามผิดในขณะนั้น การกระทำคามผิดจะเป็นการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน การกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะจึงมีส่วนคาบเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวซึ่งเกิดปัญหาในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอแนะว่า การวินิจฉัยว่าผู้กระทำคามผิดบันดาลโทสะหรือไม่จะต้องวินิจฉัยจากระยะเวลาที่วิญญาณควรจะระงับความโกรธและมีสติควบคุมการกระทำของตนเอง

3. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต เรื่อง “การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดทางอาญา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมัน และไทย” โดยเพ็ญจันทร์ แจ่มมาก¹³ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเปรียบเทียบนิวัติวิธี หลักการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญา ความหมายและขอบเขตของการกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะ รวมถึงสถานะทางกฎหมายของประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมันกับหลักเกณฑ์การกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะของประเทศไทย ท้ายที่สุดวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสนอแนะว่า การวินิจฉัยว่าการกระทำคามผิดที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะหรือไม่ต้องวินิจฉัยอย่างเป็นระบบโดยอาศัยโครงสร้างความรับผิดทางอาญา และบันดาลโทสะเป็นเพียงเหตุบรรเทาโทษประการหนึ่งซึ่งควรวินิจฉัยภายหลังจากการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของผู้กระทำคามผิดแล้วร่วมกับเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น

แม้ว่าบรรดานิติวรรณกรรมข้างต้นจะมีส่วนเกี่ยวข้องข้องกับประเด็นเรื่องการกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะ แต่ก็ยังไม่มีเรื่องใดที่เรียบเรียงในประเด็นการกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงไว้อย่างละเอียด โดยเฉพาะในเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำคามผิดว่าจะเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายหรือตามความเป็นจริง

¹² พิณทิพย์ สีสากเรียยศักดิ์, "การกระทำคามผิดโดยบันดาลโทสะที่เกิดขึ้นในขณะเดียวกับการกระทำโดยป้องกันและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544)

¹³ เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก, "การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดทางอาญา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมันและไทย" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544)

และมีปัจจัยใดบ้างที่ควรคำนึงถึงเมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิด นอกจากนี้ผู้เขียนยังจะศึกษาถึงขอบเขตของการข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดว่าได้แก่การกระทำในลักษณะใดบ้างที่จะสามารถทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษ อันจะนำไปสู่การเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาการกำหนดขอบเขตหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง ตลอดจนขอบเขตการกระทำอันเป็นการข่มเหงที่สามารถบันดาลโทษได้เช่นวิทยานิพนธ์ที่ผู้เขียนจะเรียบเรียงขึ้นเป็นลำดับต่อไป

1.8 โครงสร้างของวิทยานิพนธ์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เรียบเรียงขึ้นเพื่อมุ่งหาคำตอบของปัญหาว่าการข่มเหงผู้ใกล้ชิดจนเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษนั้น ผู้ใกล้ชิดหมายถึงผู้ใดหรือมีปัจจัยบ้างที่สามารถแสดงถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างบุคคล อีกทั้งเปรียบเทียบการกระทำที่ถือว่าเป็นการข่มเหงผู้ใกล้ชิดอย่างไรร้ายแรงจนผู้กระทำความผิดไม่สามารถอดทนอดกลั้นใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้ และเปรียบเทียบการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษที่อาจเกิดขึ้นในกรณีดังกล่าว โดยมีลำดับการนำเสนอต่อไปนี้

ในบทที่ 2 จะนำเสนอถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับความรับผิดชอบทางอาญา โดยเริ่มศึกษาจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางสังคมวิทยา และจิตวิทยาสังคมเพื่อมุ่งค้นหาและสกัดปัจจัยที่ส่งเสริมให้บุคคลมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด อันจะนำไปสู่การศึกษาถึงความสอดคล้องระหว่างสังคมศาสตร์อื่น ๆ กับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางกฎหมายอาญา โดยศึกษาจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับความรับผิดชอบทางอาญาจากบทบัญญัติมาตราต่างๆ ในประมวลกฎหมายอาญา จากนั้นจึงศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเพื่อค้นหาคำตอบเกี่ยวกับคำถามว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงนั้นสามารถเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกันกับที่ผู้ซึ่งถูกข่มเหงโดยตรงเป็นผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทษหรือไม่ และมีเหตุผลอันสมควรประการใดที่จะลดโทษให้กับผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทษ

ในบทที่ 3 จะศึกษาถึงการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงตามกฎหมายไทย โดยจะเริ่มศึกษาจากพัฒนาการของกฎหมาย หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ แนวความคิดของศาลซึ่งยอมรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเมื่อผู้ที่ถูกข่มเหงคือผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด และสกัดปัจจัยซึ่งพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเพื่อพิจารณาถึงความสอดคล้องกับปัจจัยซึ่งส่งเสริมให้บุคคลมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคม

ในบทที่ 4 จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษตามกฎหมายของต่างประเทศ โดยมุ่งศึกษาว่า ในต่างประเทศนั้นมีการลดโทษให้กับกรณีที่ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษเนื่องจากผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงหรือไม่ และความสัมพันธ์ใกล้ชิดหมายความว่าความสัมพันธ์อย่างไร

ไต่บ้าง กลไกการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดเป็นอย่างไร กลุ่มประเทศที่ผู้เขียนนำมาศึกษาเปรียบเทียบนั้นคือ ประเทศในระบบ Common Law อันได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ สำหรับประเทศในระบบ Civil Law จะศึกษาจากประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส และจากการศึกษาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของประเทศต่างๆ ดังกล่าวพบว่า แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเนื่องจากผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงนั้น ปรากฏอยู่ในทุกประเทศที่ศึกษา แต่แตกต่างกันที่ความสัมพันธ์ซึ่งถูกพิจารณาว่าเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด และกลไกที่แตกต่างกัน ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law อย่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษมีคณะลูกขุนพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ในขณะที่ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law อย่างประเทศเยอรมนีจะกำหนดกรณีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดไว้ อย่างชัดเจน และกำหนดกรณีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดไว้อย่างชัดเจน และกำหนดกรณีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดไว้ อย่างชัดเจน และกำหนดกรณีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดไว้ อย่างชัดเจน และกำหนดกรณีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดไว้ อย่างชัดเจน และกำหนดถึงผู้ที่ถือว่ามี ความใกล้ชิดในมุมมองของกฎหมายไว้ด้วย ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสจะเป็นดุลพินิจของศาลที่จะคำนึงถึงข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดได้ลงมือกระทำไป โดยบันดาลโทสะเนื่องมาจากผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงประกอบกับการกำหนดโทษ

ในบทที่ 5 จะเป็นบทศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์หาแนวทางที่เหมาะสมกับการกำหนด ปัจจัยซึ่งใช้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิด และการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ กล่าวคือจะ ศึกษาเปรียบเทียบความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจากมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคม กับมิติทาง กฎหมายอาญา วิเคราะห์การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามแนวความคิดทางอัตวิสัยและ ภาวิสัย วิเคราะห์การกระทำที่เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง และกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ รวมถึงพิจารณาหากลไกที่เหมาะสมสำหรับการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกรณีการ กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง

เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาในประเด็นดังกล่าวข้างต้น และวิเคราะห์เปรียบเทียบจนทราบถึงปัจจัยที่ พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลว่าเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิด รวมถึงกลไกซึ่งเหมาะสมกับการนำ ปัจจัยเหล่านี้มาบังคับใช้ให้เกิดผลในกรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเนื่องจากผู้ใกล้ชิดถูก ข่มเหง ในบทที่ 6 ผู้เขียนจะเสนอแนะถึงการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดย บันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญาเพื่อนำปัจจัยสำหรับการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ใกล้ชิดมา บังคับใช้ให้เกิดผลแก่ผู้กระทำความผิด ผู้เสียหาย และสังคมให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

โครงสร้างการนำเสนอวิทยานิพนธ์เรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ที่มี ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงจะดำเนินไปตามประเด็นต่างๆดังที่ผู้เขียนได้เรียบเรียงไปข้างต้น และจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72

บทที่ 2

ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับความรับผิดชอบในทางอาญา

มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่เป็นสัตว์สังคมโดยธรรมชาติ¹ มนุษย์ไม่สามารถมีชีวิตอยู่ได้ด้วยตัวคนเดียว เพราะเหตุที่มนุษย์ต้องการความปลอดภัยในชีวิตความมั่นคงทางจิตใจ และความต้องการขั้นพื้นฐานเป็นสำคัญ ดังนั้น การดำรงชีวิตของมนุษย์จึงต้องติดต่อสัมพันธ์กับผู้อื่นไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง ตั้งแต่เกิดมนุษย์ก็มีความสัมพันธ์กับบุคคลที่อยู่รอบตนเอง เช่น บิดา มารดา พี่น้อง ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา คู่ครอง เพื่อความต้องการพื้นฐานในชีวิต และความมั่นคงทางจิตใจ เมื่อเติบโตขึ้นความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นก็ขยายเป็นวงกว้างมากขึ้น เช่น เพื่อน ครู นายจ้าง ลูกจ้าง เพื่อวัตถุประสงค์หรือผลประโยชน์อื่นๆ เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์เป็นสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิต มนุษย์จึงมาอยู่ร่วมกันเป็นสังคมมนุษย์

แม้มนุษย์จะต้องมีความสัมพันธ์กับผู้อื่น แต่ความสัมพันธ์นั้นกลับมีหลายระดับ มนุษย์อาจมีความสัมพันธ์รักใคร่สนิทสนมกับบุคคลคนหนึ่ง หรือกลุ่มหนึ่งมากกว่าอีกคนหรืออีกกลุ่มหนึ่งทำให้เกิดความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่ใกล้ชิดกับความสัมพันธ์ที่ห่างเหินหรือมีลักษณะเป็นทางการทั้งนี้ตามปัจจัยที่แตกต่างกัน เช่น ความสม่ำเสมอของการติดต่อสื่อสาร ระยะเวลาของการติดต่อสื่อสาร ความรู้สึกความต้องการขั้นพื้นฐาน รวมถึงวัตถุประสงค์ของการติดต่อสื่อสารความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันนี้มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมหรือการมีปฏิสัมพันธ์ของมนุษย์ที่แตกต่างกัน สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ใกล้ชิดจะทำให้มนุษย์มีแนวโน้มที่จะช่วยเหลือปกป้องเหลือเกื้อกูลกันซึ่งกันและกัน การแก้ปัญหาจะเน้นอารมณ์ความรู้สึกมากกว่าเหตุผล² ในขณะที่ความสัมพันธ์ที่มีลักษณะเป็นทางการจะทำให้มนุษย์เน้นระเบียบแบบแผนในการติดสัมพันธ์และรักษาระยะห่างทางสังคม

เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและเป็นสิ่งที่จำเป็น กฎหมายอาญาเองในฐานะที่เป็นวัฒนธรรมอันเป็นส่วนหนึ่งของสังคมมนุษย์จึงยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายกรณีการกระทำผิดโดยบันดาลโทสะก็เช่นเดียวกัน

¹Benjamin Jowett, *The Politics of Aristotle* (Oxford: Clarendon Press, 1985), p. 49.

²ศิริรัตน์ แอดสกูล, *ความรู้เบื้องต้นทางสังคมวิทยา* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า

กฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่
เป็นธรรมเป็นเหตุลดโทษ โดยที่กฎหมายยอมรับว่าข่มเหงต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์บางประการกับ
ผู้กระทำความผิดถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วย³อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้กำหนดว่า
ความสัมพันธ์บางประการนั้นหมายถึงความสัมพันธ์ในลักษณะใดบ้าง แต่กำหนดให้เป็นดุลพินิจของ
ศาล⁴ ประกอบกับบทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ
ไว้อย่างกว้างๆ ในบทนี้จึงมุ่งศึกษาทำความเข้าใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีความหมาย
อย่างไรในมิติของกฎหมายอาญา

ด้วยเหตุที่สังคมวิทยาเป็นศาสตร์ที่ศึกษามนุษย์ในฐานะที่มนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นสังคม⁵ ใน
หัวข้อ 2.1.1 จึงศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติสังคมวิทยา เพื่อหาคำตอบว่า ความสัมพันธ์
ระหว่างบุคคลมีกี่ประเภท และแต่ละประเภทมีหลักเกณฑ์อย่างไร จากนั้นในหัวข้อ 2.1.2 จะศึกษาใน
มิติทางจิตวิทยาสังคม การศึกษาถึงศาสตร์จิตวิทยาสังคมจะช่วยให้คำตอบทางด้านความรู้สึกของ
มนุษย์กับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล จะเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลใน
มิติทางกฎหมายได้ลึกซึ้งยิ่งขึ้น สอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์มากขึ้น และในหัวข้อ 2.1.3 จะ
ศึกษาถึงปัจจัยที่สอดคล้องกันระหว่างสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมเพื่อวิเคราะห์หาปัจจัยที่มีอิทธิพล
ต่อการสร้างความสัมพันธ์ใกล้ชิด

หัวข้อ 2.2 จะศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติของกฎหมายอาญา เพื่อมุ่งค้นหา
คำตอบว่า กฎหมายอาญายอมรับถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลไว้อย่างไรบ้าง มีความสอดคล้องกับ
แนวความคิดในมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมอย่างไร อันจะทำให้เห็นแนวทางการวินิจฉัยถึง
ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำ
ความผิดถูกข่มเหง

ในหัวข้อ 2.3 จะศึกษาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับเหตุบันดาลโทสะโดยอาศัยความสัมพันธ์
ระหว่างบุคคลว่า การข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดสามารถทำให้บุคคลบันดาลโทสะได้

³จิตติ ดิงศรีพิทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย
แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 981.

⁴สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุม
ครั้งที่ 49 154/2482 วันที่ 11 พฤศจิกายน 2482

⁵ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 26.

เช่นเดียวกับกรณีข่มเหงโดยตรงต่อผู้กระทำความผิดหรือไม่ และการลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดในการมุ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับแนวความคิดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ เป็นกรณีเฉพาะตามหัวข้อของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพื่อเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์หลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายไทยต่อไปในบทที่ 3 รายละเอียดของหัวข้อต่างๆมีดังต่อไปนี้

2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคม

ความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เพราะมนุษย์เป็นสัตว์สังคม กล่าวคือ มนุษย์ต้องดำรงชีวิตร่วมกันเป็นกลุ่มมีกิจกรรมร่วมกัน มนุษย์ต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน เพื่อประโยชน์ด้านการดำรงเผ่าพันธุ์ ความต้องการพื้นฐานสำหรับการดำรงชีวิต ความปลอดภัย และความมั่นคงทางจิตใจ เมื่อสังคมมนุษย์เจริญมากขึ้น มนุษย์จำเป็นต้องมีกฎระเบียบสำหรับการอยู่ร่วมกัน เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และได้พัฒนาขึ้นเป็นวิธีการดำเนินชีวิตซึ่งเรียกว่า “วัฒนธรรม” กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมจึงต้องสอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์ด้วย หากกฎหมายบังคับในสิ่งที่ฝืนธรรมชาติของมนุษย์ กฎหมายฉบับนั้นจะไม่สามารถใช้บังคับได้ เพราะไปบังคับในสิ่งที่มนุษย์ไม่สามารถทำได้ ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ซึ่งเป็นธรรมชาติของมนุษย์

เนื่องจากการศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสามารถศึกษาได้หลายมิติ ไม่ว่าจะเป็น การศึกษาทางสังคมวิทยา มานุษยวิทยา จิตวิทยา จิตวิทยาสังคม กฎหมาย เศรษฐศาสตร์ ประวัติศาสตร์ เป็นต้น การศึกษาในมิติทางกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวอาจศึกษาได้ไม่ครอบคลุม ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงได้ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ในมิติทางสังคมวิทยา และจิตวิทยาสังคมเพื่อเป็นตัวอย่างของการศึกษาในมิติทางกฎหมายว่ามีความสอดคล้องกับสังคมศาสตร์อื่นๆอย่างไร ประกอบกับสังคมวิทยาเป็นศาสตร์หนึ่งที่ศึกษาถึงธรรมชาติและพฤติกรรมการรวมกลุ่มของมนุษย์ ดังนั้น การศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ในมิติทางสังคมวิทยาจะช่วยให้เข้าใจธรรมชาติดังกล่าวของมนุษย์ นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมีความเกี่ยวข้องกับความรู้สึกซึ่งเป็นเรื่องภายในจิตใจ ซึ่งมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของมนุษย์ การศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางจิตวิทยาสังคม จึงช่วยให้เข้าใจถึงความรู้สึกหรือความปรารถนาความสัมพันธ์ใกล้ชิด และพฤติกรรมที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากความปรารถนาดังกล่าว อันจะนำไปสู่การศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางกฎหมายอาญาที่มีความลึกซึ้งยิ่งขึ้น

2.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางสังคมวิทยา

ในมิติทางสังคมวิทยาจะให้ความสำคัญกับการศึกษาการรวมกลุ่มของมนุษย์ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเป็นพฤติกรรมของสมาชิกในกลุ่ม เนื่องจากกลุ่มของมนุษย์จะสะท้อนภาพรวมของความสัมพัทธ์ระหว่างสมาชิกภายในกลุ่ม กลุ่มมีลักษณะอย่างไร สมาชิกในกลุ่มจะมีลักษณะเช่นนั้น ดังนั้นการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทางสังคมวิทยาจึงศึกษาได้จากประเภทของกลุ่มมนุษย์นั่นเอง

สังคมมนุษย์ หรือ กลุ่มของมนุษย์ (Human Group) คือ กลุ่มคนที่ประกอบไปด้วยคนมากกว่า 2 คนขึ้นไปมาอยู่ร่วมกันในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งเป็นระยะเวลาหนึ่งโดยจะต้องมีการติดต่อสัมพัทธ์หรือปฏิสัมพันธ์ซึ่งกันและกันภายใต้ระเบียบแบบแผนที่เรียกว่าวัฒนธรรมหรือวิถีชีวิต (Ways of Life)⁶ ดังนั้นองค์ประกอบสำคัญของการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มจึงประกอบไปด้วย การมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (Interaction) ประการหนึ่ง และการอยู่ร่วมกันที่หรือบริเวณเดียวกันทางกายภาพ (Being Together Physically)⁷ อีกประการหนึ่ง การอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มของมนุษย์นี้เองที่ทำให้แยกออกจากหน่วยย่อยอื่นหรือกลุ่มอื่นในสังคม

ปฏิสัมพันธ์ (Interaction) คือ ข้อผูกพันหรือการกระทำระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เพื่อให้เกิดผลใดผลหนึ่งตามความมุ่งหมาย⁸ หรือ การกระทำของบุคคลหนึ่งที่เป็นสาเหตุให้บุคคลอีกคนหนึ่งแสดงการกระทำ⁹ อาจเป็นการกระทำทางกายภาพหรือการใช้สัญลักษณ์ เช่น การใช้ภาษา การแสดงออกทางสีหน้าแววตา การมีปฏิสัมพันธ์จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปไม่มีอิทธิพลซึ่งกันและกัน¹⁰ หรือคำนึงถึงการมีอยู่ของกันและกัน¹¹ หากบุคคลต่างกระทำการตามที่ตนต้องการโดยไม่คำนึงถึงซึ่งกันและกัน การปฏิสัมพันธ์ย่อมไม่เกิดขึ้น แม้ว่าบุคคลเหล่านั้นจะอยู่ในบริเวณเดียวกันก็ตาม เช่น บรรดาผู้โดยสารในรถไฟฟ้ายี่ห้อต่างกระทำกิจกรรมของตนโดยไม่คำนึงถึงว่าบุคคลที่อยู่บริเวณเดียวกันจะเป็นใคร

⁶ ศันชัย ทองสว่าง, สังคมวิทยา (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โอเดียนสโตร์ จำกัด, 2549), หน้า 2.

⁷ W. La Verne Thomas and Robert J. Anderson, Sociology : The Study of Human Relationships (New York Harcourt, Brace, Jovanovich, , 1972), p. 110.

⁸ ณรงค์ เล็งประชา, มนุษย์กับสังคม (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โอ.เอส.พรีนติ้งเฮ้าส์ จำกัด, 2551), หน้า 123.

⁹ Thomas, W. L. V. and R. J. Anderson, Sociology : The Study of Human Relationships, p. 109.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Paul B. Horton and Chestor L. Hunt, Sociology (New York McGraw-Hill, 1984), p. 187.

เนื่องจากกลุ่มที่เกิดขึ้นนั้นต่างก็มีความแตกต่างกันไปตามสภาพแวดล้อมและปัจจัยอื่นๆ ความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในกลุ่มจึงแตกต่างกัน นักสังคมวิทยาจึงได้จัดประเภทของกลุ่มไว้ตามลักษณะความสัมพันธ์ของสมาชิกคือ กลุ่มปฐมภูมิ (Primary Groups) กับ กลุ่มทุติยภูมิ (Secondary Groups) และตามขอบเขตของกลุ่ม คือ กลุ่มวงใน (In-Groups) กับกลุ่มวงนอก (Out-Groups) โดยกลุ่มปฐมภูมิ กับ กลุ่มวงในจะเป็นกลุ่มที่ความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดที่สุด

กลุ่มปฐมภูมิ (Primary Groups) คือ กลุ่มซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดมากที่สุด (Primary Relationship)¹² เพราะกลุ่มประเภทนี้เป็นกลุ่มที่บุคคลสามารถปฏิสัมพันธ์กันได้อย่างกว้างขวางและลึกซึ้ง¹³ ไม่มีข้อจำกัดด้านวิธีการติดต่อสื่อสาร สมาชิกสามารถแสดงอารมณ์ความรู้สึกได้อย่างเปิดเผย นอกจากนี้สมาชิกจะปฏิสัมพันธ์ด้วยการพิจารณาคูสมบัติของบุคคลเป็นสิ่งสำคัญ คุณสมบัติดังกล่าวสามารถเป็นคุณลักษณะในทุกๆ ด้านของบุคคล เช่น ความเป็นบิดามารดา กับ บุตร ความเป็นคู่ครอง ความเป็นเพื่อนสนิท ความเป็นญาติพี่น้องรวมถึงลักษณะนิสัย ค่านิยม ฐานะทางสังคม การศึกษา อายุ พันธุกรรมหลัง และโดยมากบุคคลจะสร้างความสัมพันธ์กับผู้ที่มีคุณสมบัติคล้ายคลึงกับตน¹⁴ เช่น อาชีพเดียวกัน ฐานะทางสังคมใกล้เคียงกัน สาโลหิตเดียวกัน เชื้อชาติเดียวกัน เติบโตมาด้วยกัน เพราะจะทำให้มีความรู้สึกมั่นคงปลอดภัย หรือได้รับความพึงพอใจตอบแทน นอกจากนั้นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจะมีลักษณะเป็นส่วนตัว (Personal)¹⁵ ไม่มุ่งสร้างความสัมพันธ์ไปยังบุคคลอื่น ต้องเป็นบุคคลนี้เท่านั้น (Nontransferable Relationship)¹⁶ เป้าหมายสูงสุดของความสัมพันธืคือความพึงพอใจส่วนบุคคล¹⁷ เช่น ความมั่นคงทางจิตใจ ความต้องการพื้นฐานสำหรับการดำรงชีวิต ตัวอย่างของกลุ่มปฐมภูมิตามแนวคิดของนักสังคมวิทยา เช่น ครอบครัว เพื่อนบ้าน เพื่อนเล่น คู่รัก ครูกับลูกศิษย์ หรือแม้กระทั่งเพื่อนร่วมงาน¹⁸ กลุ่มปฐมภูมิมีความสำคัญด้านการเชื่อมโยงสังคมส่วนรวมกับปัจเจกบุคคลเข้าด้วยกัน¹⁹ โดยอาศัยผลประโยชน์เป็นสิ่งที่ผูกมัด ปัจเจก

¹²Leonard Broom and Philip Selznick, *Sociology : A Text with Adapted Readings* (New York Harper & Row, 1973), p. 135.

¹³ibid.

¹⁴ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, trans. Sarah Broadie and Christopher Rowe (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 221.

¹⁵ Horton, P. B. and C. L. Hunt, *Sociology*, p. 194.

¹⁶ Kingsley Davis, *Human Society* (New York : Macmillan, 1964),p.296

¹⁷ Broom, L. and P. Selznick, *Sociology : A Text with Adapted Readings*,p. 134.

¹⁸ Kingsley Davis, *Human Society*,p 306

¹⁹ Broom, L. and P. Selznick, *Sociology : A Text with Adapted Readings*,p. 136.

บุคคลจะได้ผลประโยชน์ด้านความต้องการส่วนบุคคล ในขณะที่เดียวกันก็เรียกร้องให้บุคคลมีหน้าที่ต่อสังคม บุคคลจะต้องทำงาน หรือต่อสู้เพื่อปกป้องพวกพ้อง รวมถึงเคารพวัฒนธรรมหรือกติกาสังคม

กลุ่มทุติยภูมิ (Secondary Groups) คือ กลุ่มซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกมีลักษณะเป็นทางการ (Formal) ตามสถานภาพและบทบาทมากกว่าเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะเป็นส่วนตัว²⁰ มีข้อจำกัดด้านปฏิสัมพันธ์ในประเด็นที่เฉพาะเจาะจง²¹ เช่น การค้าขาย การเมือง การพิจารณาคดี การศึกษา การสื่อสารระหว่างบุคคลอาจเป็นการสื่อสารเฉพาะหน้าหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่จะต้องเป็นการสื่อสารในประเด็นที่จำกัด และมุ่งสื่อสารไปยังภาคหรือส่วนที่มีบทบาทหน้าที่ในงานนั้นๆมากกว่าตัวบุคคล²² นอกจากนี้ในกลุ่มยังมีกฎเกณฑ์หรือระเบียบซึ่งใช้ในการควบคุมความประพฤติระหว่างสมาชิก รวมถึงมีรูปแบบของการแบ่งงานกันทำตามความรู้ความสามารถ²³ คุณลักษณะของบุคคลมิได้เป็นสาระสำคัญของความสัมพันธ์ ด้วยเหตุนี้จึงมีการทำหน้าที่ทดแทนกันได้ สมาชิกจะไม่มีผูกพันซึ่งกันและกัน และมักคำนึงถึงผลประโยชน์ในการติดต่อสัมพันธ์มากกว่าสิ่งอื่นใด ระยะเวลาของความสัมพันธุมักจะเป็นช่วงระยะเวลาสั้นๆ

กลุ่มวงใน (In-Groups) คือ กลุ่มที่สมาชิกมีความรู้สึกร่วมกันถึงความเป็นพรรคพวกเดียวกัน หรือเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มนั้น (Ethnocentrism) ในมิติใดมิติหนึ่ง และแตกต่างกับกลุ่มอื่น โดยให้ความสำคัญกับกลุ่มของตนเองมากกว่ากลุ่มอื่น²⁴ ปัจจัยสำคัญที่ทำให้บุคคลมีความรู้สึกเป็นพรรคพวกเดียวกัน คือ คุณลักษณะของบุคคลที่คล้ายคลึงกันหรืออยู่ในสถานการณ์เดียวกัน เช่น สถานศึกษาเดียวกัน อาชีพเดียวกัน สถานะทางสังคมใกล้เคียงกัน เป็นครอบครัวเดียวกัน ค่านิยม เชื่อชาติ ศาสนา ความเชื่อคล้ายคลึงกันนั่นเอง เมื่อบุคคลที่มีความคล้ายคลึงกันในด้านใดด้านหนึ่งมีความสัมพันธ์ต่อกันก็ย่อมจะมีความรู้สึกผูกพันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน²⁵ ความรู้สึกผูกพันเป็นพวกพ้องเดียวกันดังกล่าวมีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของสมาชิกในกลุ่ม โดยสมาชิกจะมีความซื่อสัตย์จงรักภักดีต่อกลุ่ม

²⁰ Paul B. Horton and Chestor L. Hunt, *Sociology*, p. 195

²¹ Ibid.

²² Kingsley Davis, *Human Society*, p. 302

²³ ศิริรัตน์ แอดสกุล, *ความรู้เบื้องต้นทางสังคมวิทยา* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า

²⁴ Paul B. Horton and Chestor L. Hunt, *Sociology*, p. 190

²⁵ ศิริรัตน์ แอดสกุล, *ความรู้เบื้องต้นทางสังคมวิทยา*, หน้า 184

พร้อมจะให้ความช่วยเหลือปกป้องซึ่งกันและกันอย่างเต็มที่ บางครั้งอาจมีการใช้สัญลักษณ์แสดงถึงตัวตนของกลุ่ม²⁶ เช่น พฤติกรรมหรือการแต่งกาย

กลุ่มวงนอก (Out-Group) คือกลุ่มที่พิจารณาจากความรู้สึกของบุคคลซึ่งแบ่งแยกกลุ่มอื่นออกจากกลุ่มของตน โดยแบ่งเป็น “กลุ่มของพวกเขา (They)” แยกออกจากกลุ่มเรา²⁷ กล่าวคือ บุคคลจะตระหนักถึงความแตกต่างของกลุ่มอื่น ๆ กับกลุ่มของตนในมิติต่างๆ เช่น วัฒนธรรม ฐานะทางเศรษฐกิจ สังคม การศึกษา อาชีพ จากนั้นจะเกิดความรู้สึกที่ไม่เป็นมิตรกับกลุ่มนั้นๆ เช่น เพิกเฉย ไม่ไว้วางใจ กลัว ต่อต้านหรือรู้สึกเป็นศัตรู ความรู้สึกเหล่านี้ทำให้เกิด “ความห่างทางสังคมแนวตั้ง (Vertical Social Distance)”²⁸ หรือ การรักษาระยะห่างระหว่างบุคคลที่มีความแตกต่างกับกลุ่มตน ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มเรากับกลุ่มวงนอกจึงเป็นความสัมพันธ์ที่ห่างเหิน

จากกลุ่มสังคมสังคมข้างต้นพิจารณาได้ว่า ในมิติทางสังคมวิทยายอมรับว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมีได้หลายระดับแตกต่างกัน แม้ว่านักสังคมวิทยาจะมีได้ให้คำนิยามว่าความสัมพันธ์อย่างใดคือความสัมพันธ์ใกล้ชิด แต่จากการเปรียบเทียบลักษณะของกลุ่มสังคมประเภทต่างๆ พบว่าบุคคลในกลุ่มปฐมภูมิและกลุ่มวงในจะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกว่ากลุ่มทุติยภูมิและกลุ่มวงนอก ด้วยลักษณะที่สมาชิกในกลุ่มสามารถปฏิสัมพันธ์กันอย่างกว้างขวางและลึกซึ้ง ระยะเวลาของความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกเป็นระยะเวลาซึ่งยาวนาน รวมถึงมีปัจจัยทางด้านอารมณ์ความรู้สึกของบุคคลมาเกี่ยวข้อง ดังนั้น ความสัมพันธ์ใกล้ชิดในมิติสังคมวิทยาคือความสัมพันธ์ซึ่งบุคคลมุ่งผูกสัมพันธ์กันเป็นการเฉพาะตัว ปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเป็นไปอย่างกว้างขวางและลึกซึ้ง และเป้าหมายสูงสุดของความสัมพันธ์คือความพึงพอใจส่วนบุคคล

2.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางจิตวิทยาสังคม

ในมิติทางจิตวิทยาสังคมมีแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลว่า มนุษย์มีความต้องการขั้นพื้นฐานอยู่ 5 ประการ²⁹ อันได้แก่ ความต้องการปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิต (The Physiological Needs) ความต้องการความปลอดภัยในชีวิต (The Safety Needs) ความปรารถนาที่จะมีความสัมพันธ์ที่มั่นคงและใกล้ชิดกับผู้อื่น (The Belongingness and Love Needs) ความ

²⁶ W. La Verne Thomas and Robert J. Anderson, *Sociology : the study of human relationships*, p.113

²⁷ Ibid.p.114

²⁸ ทัศนีย์ ทองสว่าง, *สังคมวิทยา*, หน้า 31.

²⁹ Abraham H. Maslow, *Motivation and Personality*, 3 ed. (Cambridge: Harper & Row, 1987), pp. 35-46.

ปรารถนาการเคารพนับถือหรือการยอมรับ (The Esteem Needs) และความต้องการหยั่งรู้ในตนเอง (The Need for Self-Actualization) ความต้องการพื้นฐานเหล่านี้จะเป็นลำดับขั้นขึ้นไปไม่มีการข้ามขั้น ความปรารถนาที่จะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้อื่นเป็นความต้องการลำดับต้นๆ และมีอิทธิพลกับพฤติกรรมของมนุษย์ เช่น มนุษย์จะแต่งกายให้ดูดีหรือควบคุมอาหารรักษาร่างกายเพื่อให้ผู้อื่นสนใจ เอาอกเอาใจดูแลหรือปกป้องบุคคลที่ตนรัก

นักจิตวิทยาได้พยายามให้คำจำกัดความเกี่ยวกับความสัมพันธ์ใกล้ชิด (Close Relationship) อย่างไรก็ตามยังไม่มีคำจำกัดความที่แน่ชัด เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประสบการณ์แต่ละบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กับผู้อื่นทางด้านความรู้ทัศนคติ ความเชื่อ (Intellectual) ด้านกายภาพ (Physical) และด้านความรู้สึก (Emotional) อย่างลึกซึ้ง³⁰ กระนั้นมนุษย์ทุกคนสามารถรับรู้ถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดได้ด้วยตนเองว่าดำรงอยู่หรือสิ้นสุดความสัมพันธ์ จากความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับความหมายของความสัมพันธ์ใกล้ชิด นักจิตวิทยาจึงได้อธิบายถึง “ความใกล้ชิด” ไว้แตกต่างกันดังแนวความคิดต่อไปนี้

แนวความคิดแรกเป็นแนวความคิดทางอัตวิสัย (Subjective Feeling of Closeness) แนวความคิดนี้มีที่มาจากทฤษฎีการขยายตัวตน (Self-Expansion Theory)³¹ ซึ่งมองว่า ผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันจะคิดหรือกระทำเสมือนว่าเป็นความปรารถนาของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งก็เป็นความปรารถนาเดียวกันกับบุคคลนั้นนั่นเอง ปรากฎการณ์นี้คือ การขยายความเป็นตัวตนของบุคคลโดยอาศัยคุณลักษณะที่ประสานเข้าหากันระหว่างผู้อื่นกับตนเอง “ความใกล้ชิด” จึงเป็นการตระหนักถึงความสัมพันธ์อันหนึ่งเดียวกันกับผู้อื่น จากทฤษฎีดังกล่าวนี้ นักจิตวิทยาได้นำมาสร้างแผนภาพเพื่อพิสูจน์ความใกล้ชิดระหว่างบุคคล (Inclusion of Other in the Self Scale; IOS)³² โดยแผนภาพนี้จะให้ผู้ตอบอธิบายว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหนึ่งๆกับตนเอง มีลักษณะดังแผนภาพใดได้ดีที่สุด แผนภาพซึ่งแสดงถึงความใกล้ชิดตามจะมีลักษณะที่เหลื่อมล้ำกันระหว่างตนเองกับบุคคลนั้นๆ หากมีบริเวณที่เหลื่อมล้ำกันมากเท่าใด ยิ่งมีความใกล้ชิดกันมากเพียงนั้น ข้อบกพร่องของแนวความคิดนี้คือ

³⁰ Carolynne Kieffer, "New Depths in Intimacy," in *Marriage and Alternatives: Exploring Intimate Relationships*, ed. Robert N. Whitehurst Roger W. Libby (Glenview, IL: Scott, Foresman, 1977), p. 267.

³¹ Arthur Aron and Elaine N. Aron, "Self and Self-Expansion in Relationships," in *Knowledge Structures in Close Relationships: A Social Psychological Approach*, eds. Garth J. O. Fletcher and Julie Fitness (New York: Psychology Press, 1996), pp. 325-344.

³² Arthur Aron, Elaine N. Aron, and Danny Smollan, "Inclusion of Other in the Self Scale and the Structure of Interpersonal Closeness," *Journal of Personality and Social Psychology* 63, 4 (1992): 597.

การที่นักจิตวิทยาไม่สามารถทราบได้ถึงหลักเกณฑ์ที่ผู้ตอบแบบสอบถามใช้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิด หรือมีความเป็นอัตวิสัยขึ้นอยู่กับผู้ตอบแบบสอบถามมากเกินไปนั่นเอง³³

แนวความคิดที่สอง คือ แนวความคิดที่เชื่อว่า “ความใกล้ชิด” คือความคิดความรู้สึกในเชิงบวกซึ่งกันและกันของบุคคล (Closeness and Positive Sentiment)³⁴ และความรู้สึกดังกล่าว นั่นเองจะเป็นสิ่งพิสูจน์ความใกล้ชิดได้ดีที่สุด เพราะมนุษย์จะไม่อธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับผู้อื่นด้วยความรู้สึกเชิงบวก เช่น รัก ชอบ ประทับใจ สบายใจ หากความสัมพันธ์นั้นปราศจากความใกล้ชิด การพิสูจน์ความใกล้ชิดสามารถทำได้ด้วยวิธีการสอบถามบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันเกี่ยวกับอัตราความพึงพอใจต่อพฤติกรรม หรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง หากปรากฏว่าทั้งสองฝ่ายมีความพึงพอใจซึ่งกันและกันเป็นอย่างมากและสม่ำเสมอ แสดงว่าบุคคลนั้นมีความใกล้ชิดกันนั่นเอง อย่างไรก็ตาม แนวความคิดนี้มีข้อโต้แย้งว่า ในความเป็นจริงนั้น ความรู้สึกระหว่างผู้ใกล้ชิด อาจเป็นได้ทั้งความรู้สึกเชิงบวก เชิงลบ และเป็นกลางปะปนกันไป บางกรณีแม้บุคคลคู่หนึ่งจะมีความรู้สึกด้านลบตลอดเวลาที่อยู่ด้วยกัน แต่เมื่อต้องแยกจากกัน เช่น ฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย หรือมีการหย่าร้าง อีกฝ่ายหนึ่งอาจแสดงความเสียใจอย่างมากซึ่งแสดงถึงความใกล้ชิดได้เช่นเดียวกัน³⁵

แนวความคิดที่สาม คือ แนวความคิดที่อธิบายว่า “ความใกล้ชิด” ต้องพิจารณาจาก “พฤติกรรมที่พึ่งอาศัยพาซึ่งกันและกัน (Behavioral Interdependence)”³⁶ ซึ่งหมายถึง พฤติการณ์ที่แนวความคิดและการกระทำของบุคคลหนึ่งส่งผลกับแนวความคิดและการกระทำของบุคคลอีกคนหนึ่งหรือมีอิทธิพลซึ่งกันและกัน องค์ประกอบอิทธิพลดังกล่าวต้องประกอบด้วยความต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน (Long Time Duration) ความสม่ำเสมอมีกิจกรรมร่วมกันอยู่บ่อยครั้ง (Frequently) ความหลากหลาย (Diversity) ของปฏิสัมพันธ์ระหว่างกัน และความเข้มข้นของอิทธิพล (Strength) ซึ่งพิจารณาได้จากความเร็วของการตอบสนองต่อพฤติกรรมของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง (Latency of Response) หรือคุณภาพของการตอบสนองต่อพฤติกรรม (Amplitude of Response) เช่น เมื่อฝ่ายหนึ่งร้องขอความช่วยเหลือ อีกฝ่ายหนึ่งก็รีบให้ความช่วยเหลืออย่างเต็มใจ หรือทำให้ดีกว่าที่อีกฝ่ายร้องขอ จากแนวคิดเกี่ยวกับอิทธิพลระหว่างบุคคล นักจิตวิทยาได้สร้างแบบทดสอบเพื่อ

³³ Ellen Berschied and Pamela C. Regan, *The Psychology of Interpersonal Relationships* (New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2005), p. 141.

³⁴ Thomas A.Wills, Robert L.Weiss, and Gerald R.Patterson, "A Behavioral Analysis of the Determinants of Marital Satisfaction," *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 42, 6 (1974): 802.

³⁵ Berschied, E. and P. C. Regan, *The Psychology of Interpersonal Relationships*, p. 142.

³⁶ *ibid.*

พิสูจน์ความสัมพันธ์ ด้วยวิธีการสอบถามรายละเอียดเกี่ยวกับกิจกรรมระหว่างผู้ใกล้ชิด (Relationship Closeness Inventory ;RCI) ซึ่งจะพิจารณาจากความสม่ำเสมอ ความหลากหลาย และความเข้มข้นของกิจกรรมระหว่างผู้ใกล้ชิด กล่าวโดยสรุป ตามแนวความคิดนี้ ความสัมพันธ์ใกล้ชิด คือ ความสัมพันธ์ซึ่งบุคคลมีอิทธิพลซึ่งกันและกันมากกว่าบุคคลโดยทั่วไปนั่นเอง

จากการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับความใกล้ชิด ผู้เขียนมีความเห็นว่า พฤติกรรมที่พึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน (Behavioral Interdependence) เป็นสิ่งที่พิจารณาถึงความใกล้ชิดระหว่างบุคคลได้ดีที่สุด เมื่อแนวความคิดและการกระทำของบุคคลหนึ่งส่งผลกับการกระทำและทัศนคติของอีกคนหนึ่ง แสดงให้เห็นได้ว่า บุคคลทั้งสองให้ความสำคัญซึ่งกันและกัน หรือคำนึงถึงความรู้สึกของอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการพิจารณาความใกล้ชิดจากความรู้สึกของบุคคลทั้งสองฝ่ายนั่นเองจึงมีความเป็นภววิสัยมากขึ้น แตกต่างกับแนวความคิดที่พิจารณาจากความรู้สึกของบุคคลฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวซึ่งมีความเป็นอัตวิสัย

จากแนวความคิดเกี่ยวกับความใกล้ชิด นักจิตวิทยาได้แบ่งประเภทของความสัมพันธ์ซึ่งถือว่ามีความใกล้ชิดกัน อาทิ ความสัมพันธ์สนิทแนบแน่น (Intimate Relationships)³⁷ ซึ่งหมายถึงความสัมพันธ์ที่บุคคลต่างทราบข้อมูลของอีกฝ่ายอย่างลึกซึ้ง ได้แก่ ความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยา ครอบครัว นอกจากความสัมพันธ์แนบแน่นแล้ว ความสัมพันธ์ซึ่งมีความใกล้ชิดยังรวมถึง ความสัมพันธ์อย่างเพื่อน (Friends Relationships)³⁸ และความสัมพันธ์กับสิ่งอื่นนอกเหนือจากมนุษย์ (Relationship with Nonhumans)³⁹ เช่น สัตว์ สิ่งของ หรือแม้กระทั่งพระเจ้า

2.1.3 ปัจจัยที่ทำให้มนุษย์มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดในมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยา

จากการศึกษาความสัมพันธ์ใกล้ชิดในมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาพบว่า ธรรมชาติอย่างหนึ่งของมนุษย์ คือ มนุษย์มีความปรารถนาความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้อื่นอันเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความรู้สึกของบุคคลเป็นสำคัญ ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงได้ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบปัจจัยที่ทำให้มนุษย์มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดทั้งมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยา อันมีรายละเอียดดังนี้

³⁷ ibid., 146.

³⁸ ibid., 153.

³⁹ ibid., 154.

1. การอยู่ร่วมสถานที่เดียวกัน

การอยู่อาศัยร่วมบริเวณเดียวกันเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งมีความสำคัญมากในสังคมวิทยา โดยนักสังคมวิทยาเห็นว่า การอยู่ร่วมบริเวณเดียวกันหรือการอยู่ใกล้ชิดกันในแง่ระยะทาง (Close Physical Proximity of the Group Members)⁴⁰ เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้มนุษย์สร้างความสัมพันธ์ใกล้ชิด เพราะทำให้ผู้ที่อยู่ร่วมบริเวณเดียวกันมีโอกาสสื่อสารแลกเปลี่ยนความรู้ ความคิด ทศนคติ ค่านิยม ความเชื่อ อารมณ์ ความรู้สึกและวัฒนธรรมได้ดีที่สุดจากการสื่อสารเฉพาะหน้า (Face to Face Communication)⁴¹ ซึ่งทำให้มนุษย์เข้าใจซึ่งกันและกันได้ดียิ่งขึ้น รวมถึงมีโอกาสทำกิจกรรมร่วมกัน หรือมีปฏิสัมพันธ์ซึ่งกันและกันได้โดยตรง การอยู่ร่วมสถานที่หรือบริเวณเดียวกันมีได้จำกัดอยู่เพียงครอบครัวเดียวกัน หรือ ที่พักอาศัยเดียวกันเท่านั้น แต่อาจหมายรวมถึงอยู่ท้องถิ่นชุมชนเดียวกัน อยู่โรงเรียนเดียวกัน ทำงานที่เดียวกัน อย่างไรก็ตาม การอยู่ร่วมบริเวณเดียวกันจะต้องประกอบด้วยปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล มิฉะนั้นแล้วจะเป็นเพียงการปรากฏตัวของบุคคลในบริเวณเดียวกันไม่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันแต่ประการใด เช่น บุคคลที่อยู่บนรถไฟฟ้าขบวนเดียวกัน หรือในมหรสพเดียวกัน การอยู่ร่วมหรืออาศัยในบริเวณเดียวกันจึงเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งซึ่งทำให้บุคคลมีโอกาสสร้างความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน⁴²

ในด้านจิตวิทยาก็เช่นเดียวกัน แนวความคิดซึ่งพิจารณาความใกล้ชิดจากอิทธิพลระหว่างบุคคลชี้ให้เห็นว่า องค์ประกอบซึ่งมีความสำคัญสำหรับความใกล้ชิด คือ ความสม่ำเสมอ (Frequently) และความเข้มข้น (Strength) ของกิจกรรมที่ทำร่วมกันหรือปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล⁴³ แม้ว่าการอยู่ร่วมบริเวณเดียวกันจะมีได้เป็นเงื่อนไขสำคัญสำหรับความใกล้ชิดตามแนวความคิดดังกล่าว แต่ก็ยังเป็นปัจจัยสำคัญซึ่งส่งเสริมให้บุคคลได้ทำกิจกรรมร่วมกันหรือมีปฏิสัมพันธ์กันอย่างสม่ำเสมอและมีความเข้มข้นยิ่งขึ้น เพราะเมื่อบุคคลอยู่ร่วมสถานที่เดียวกันก็ย่อมมีโอกาสพบปะทำกิจกรรมกันได้สะดวก และทันท่วงที สามารถทำกิจกรรมร่วมกันทางกายภาพ (Physical)⁴⁴ ได้อย่างกว้างขวางและลึกซึ้ง เช่น รับประทานอาหารด้วยกัน พุดคุยกัน เล่นกีฬาด้วยกัน

⁴⁰ Kingsley Davis, *Human Society* (New York: The Macmillan Company, 1949), p. 291.

⁴¹ Charles H. Cooley, *Social Organization: a Study of the Larger Mind. Introd. By Philip Rieff.* (New York: Schocken Books 1962), p. 23.

⁴² Broom, L. and P. Selznick, *Sociology : A Text with Adapted Readings*.p. 134.

⁴³ Berschied, E. and P. C. Regan, *The Psychology of Interpersonal Relationships*, p. 142.

⁴⁴ Kieffer, C., "New Depths in Intimacy," in *Marriage and Alternatives: Exploring Intimate Relationships*, p. 271.

หรืออาจถึงขั้นถึงการมีเพศสัมพันธ์กัน นอกจากนี้การอยู่ร่วมสถานที่เดียวกันยังมีประโยชน์สำหรับการพิจารณาถึงความใกล้ชิด กล่าวคือ เป็นเครื่องมือที่ใช้ประเมินถึงระดับความใกล้ชิดระหว่างบุคคล หากบุคคลสามารถอาศัยอยู่ร่วมกันได้ในสถานที่เดียวกัน โดยปราศจากข้อจำกัดด้านการใช้สถานที่ร่วมกัน หรือมีความรู้สึกผ่อนคลายและสามารถดำรงชีวิตได้ตามปกติ (Physical Relaxation)⁴⁵ ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด เพราะหากบุคคลไม่มีความใกล้ชิดกันก็ย่อมจะมีขอบเขตหรือข้อจำกัดการใช้สถานที่ ไม่สามารถแสดงออกอย่างเปิดเผยหรือผ่อนคลาย หรือแม้กระทั่งไม่สามารถอยู่อาศัยร่วมกันได้ ดังนั้น การอยู่ร่วมสถานที่เดียวกันจึงเป็นรูปธรรมหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นถึงความใกล้ชิดระหว่างบุคคลนั่นเอง

2. ความลึกซึ้งของปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

นักสังคมวิทยาเห็นว่า ความใกล้ชิดต้องอาศัยความลึกซึ้งของปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หมายความว่า ผู้ใกล้ชิดต้องติดต่อสื่อสารกันได้ทุกเรื่องราวอย่างกว้างขวาง (Extensive) ไร้ข้อจำกัดทางด้านวิธีการ ขั้นตอน หรือรูปแบบของการสื่อสาร และสามารถแสดงแนวความคิด ทศนคติ ค่านิยม ความเชื่อ อารมณ์ความรู้สึกซึ่งเป็นข้อมูลเชิงลึกของบุคคลได้อย่างเปิดเผย (Depth)⁴⁶ ปัจจัยนี้มีความสำคัญเนื่องจาก มนุษย์ต้องการความมั่นคงทางจิตใจ ความเข้าใจและการยอมรับ การติดต่อสื่อสารหรือทำกิจกรรมร่วมกันจะช่วยให้มนุษย์แลกเปลี่ยนเรียนรู้ซึ่งกันและกัน ทำความเข้าใจปรับตัวเข้าหากัน ยอมรับซึ่งกันและกันได้ดีที่สุด หากกิจกรรมหรือปฏิสัมพันธ์นั้นมีความลึกซึ้งก็จะนำไปสู่การหลอมรวมทศนคติ อารมณ์ความรู้สึกให้เป็นพวกพ้องเดียวกัน⁴⁷ อันเป็นความใกล้ชิดนั่นเอง

ทางจิตวิทยาสังคมมีแนวความคิดที่ให้ความสำคัญกับกระบวนการสร้างความสนิท (Intimacy)⁴⁸ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความใกล้ชิด กล่าวคือ ความสนิทเป็นสิ่งที่ยิ่งชี้ถึงความรู้สึกเชิงบวก รวมถึงความสามารถด้านการสื่อสารเกี่ยวกับทศนคติ อารมณ์ความรู้สึกต่างๆ และการทำกิจกรรมร่วมกันอย่างต่อเนื่องระหว่างผู้ใกล้ชิด ความสนิทดังกล่าวจะเริ่มจากการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับตนเอง (Self-Disclosure) โดยเฉพาะข้อมูลเกี่ยวกับความคิดอารมณ์ความรู้สึก ความปรารถนา ข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึงอากัปกริยาต่างๆที่สามารถแสดงถึงอารมณ์ความรู้สึกได้ ข้อมูลเหล่านี้ล้วนเป็นข้อมูลเชิง

⁴⁵ ibid.

⁴⁶ Broom, L. and P. Selznick, *Sociology : A Text with Adapted Readings*, p. 133.

⁴⁷ ibid.

⁴⁸ Harry T. Reis and Phillip Shaver, "Intimacy as an Interpersonal Process," in *Handbook of Personal Relationship*, ed. S.W Duck (1998), pp. 367-389.

ลึกซึ่งผู้สื่อสารจะไม่เปิดเผยกับบุคคลโดยทั่วไป ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่แสดงให้เห็นว่าผู้สื่อสารไว้วางใจผู้รับสาร กระบวนการสร้างความสัมพันธ์จะดำเนินต่อไปได้ก็ต่อเมื่อผู้รับสารจะต้องตอบสนองด้วยการเปิดเผยข้อมูลเชิงลึกเกี่ยวกับความคิดอารมณ์ความรู้สึกของตนเช่นเดียวกัน (Partner-Responsiveness) ผู้สื่อสารจึงจะสามารถเข้าใจได้ว่าการสื่อสารที่เกิดขึ้นนั้นผู้รับสารเข้าใจ ยอมรับ หรือมีความรู้สึกที่ดีต่อผู้สื่อสาร รวมถึงให้ความสำคัญกับสารที่ผู้สื่อสารแสดงออก (Positive Responsiveness) และไว้วางใจผู้สื่อสารเช่นเดียวกัน เมื่อกระบวนการนี้เกิดขึ้นอย่างซ้ำไปซ้ำมา ความสัมพันธ์อย่างสนิทแนบแน่นซึ่งเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิดประเภทหนึ่งจึงเกิดขึ้น โดยนัยนี้ ความลึกซึ้งของปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจึงหมายถึง ความลึกซึ้งของการแลกเปลี่ยนเรียนรู้ข้อมูลส่วนบุคคลนั่นเอง

นอกจากนี้ จากแนวความคิดที่ประเมินความใกล้ชิดจากพฤติกรรมที่พึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน หรืออิทธิพลระหว่างบุคคล (Behavioral Interdependence) ซึ่งอธิบายว่าองค์ประกอบหนึ่งของความใกล้ชิดคือ ความเข้มข้นของปฏิสัมพันธ์ (Strength) หรือความลึกซึ้งของปฏิสัมพันธ์นั่นเอง โดยสามารถแบ่งประเภทของปฏิสัมพันธ์ได้เป็นสามประเภทคือ ด้านความรู้ (Intelligence) ด้านกายภาพ (Physical) และด้านความรู้สึก (Emotional)⁴⁹ ความลึกซึ้งของปฏิสัมพันธ์แต่ละด้านนั้นสามารถพิจารณาได้จากการตอบสนองต่อปฏิสัมพันธ์นั้นๆ ยิ่งการตอบสนองจากบุคคลมีความรวดเร็วหรือมีคุณภาพเพียงใด ความสัมพันธ์จะยิ่งใกล้ชิดเพียงนั้น⁵⁰ รวมถึงการแลกเปลี่ยนข้อมูลเชิงลึกของบุคคลจากการปฏิสัมพันธ์แต่ละด้าน ลักษณะของปฏิสัมพันธ์ด้านความรู้ต้องมีการสื่อสารเรียนรู้เกี่ยวกับ ค่านิยม ความเชื่อ ทศนคติ ประสบการณ์ รวมถึงการมีอิทธิพลต่อบุคคลลักษณะที่สำคัญของผู้ใกล้ชิด สำหรับด้านกายภาพต้องมีลักษณะที่ผู้ใกล้ชิดสามารถทำกิจกรรมร่วมกัน หรือสามารถแสดงออกทางกายภาพโดยปราศจากการกีดกัน รวมถึงสามารถดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันโดยปราศจากข้อจำกัดทางสถานที่หรือกำหนดอาณาเขต ในขณะที่ด้านความรู้สึกต้องมีลักษณะที่ผู้ใกล้ชิดสามารถแสดงออกถึงความรู้สึกที่มีร่วมกัน หรือสามารถบอกเล่าความรู้สึกให้แก่กันได้ในทุกช่วงเวลา รวมถึงมีความรักความปรารถนาดีต่อกันโดยปราศจากสิ่งตอบแทน กล่าวโดยสรุป ความใกล้ชิดตามแนวความคิดซึ่งพิจารณาจากพฤติกรรมระหว่างบุคคลต้องอาศัยปัจจัยความลึกซึ้งและคุณภาพของปฏิสัมพันธ์นั่นเอง

⁴⁹ Kieffer, C., "New Depths in Intimacy," in *Marriage and Alternatives: Exploring Intimate Relationships*, pp. 267-293.

⁵⁰ Berschied, E. and P. C. Regan, *The Psychology of Interpersonal Relationships*, p. 142.

3. ระยะเวลาของความสัมพันธ์ที่ยาวนาน

ระยะเวลาของความสัมพันธ์ที่ยาวนานเป็นปัจจัยสำคัญสำหรับการสร้างความใกล้ชิด⁵¹ ในมิติทางสังคมวิทยา เนื่องจากความใกล้ชิดต้องอาศัยความเข้มข้น (Intensity) และความสม่ำเสมอ (Frequency) ของการปฏิสัมพันธ์ ดังนั้นระยะเวลาที่ยาวนานจะสร้างโอกาสให้มนุษย์ได้พบปะทำกิจกรรมร่วมกันบ่อยครั้งและเข้มข้นขึ้น นอกจากนี้ยังสร้างโอกาสให้มนุษย์เรียนรู้ปรับตัวเข้าหากันและกัน เช่น กรณีของสามีกับภรรยา แม้บางครั้งจะมีได้มีวัฒนธรรม ประสบการณ์ หรือค่านิยมที่ใกล้เคียงกันมากนัก แต่เมื่อกาลเวลาผ่านไปสามีภรรยาจะมีโอกาสทำกิจกรรมร่วมกัน และโอกาสปรับตัวเข้าหากันจากความเคยชินจะกลายเป็นส่วนหนึ่งในการดำรงชีวิตของกันและกัน ประคับประคองชีวิตคู่ให้ดำเนินต่อไปซึ่งกลายเป็นความใกล้ชิดนั่นเอง

สอดคล้องกันกับแนวความคิดทางจิตวิทยาสังคมซึ่งให้ความสำคัญกับพฤติกรรมหรืออิทธิพลระหว่างบุคคล (Behavioral Interdependence) แนวคิดดังกล่าวมองว่าองค์ประกอบสำคัญสำหรับการสร้างความใกล้ชิดคือ ระยะเวลาของความสัมพันธ์ที่ยาวนาน (Long Time Duration)⁵² อธิบายได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลโดยทั่วไปสามารถปรากฏความสม่ำเสมอ (Frequency) ความหลากหลาย (Diversity) และความเข้มข้น (Intensity) ของพฤติกรรมหรืออิทธิพลระหว่างบุคคลได้ เช่น คณะทำงานที่ทำงานร่วมกันหรือค่ายอาสาสมัครซึ่งทำงานอยู่ร่วมกันเป็นระยะเวลาหนึ่ง กลุ่มบุคคลเหล่านี้อาจมิได้มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด แต่สิ่งสำคัญซึ่งจะสามารถแยกความสัมพันธ์ทั่วไปออกจากความใกล้ชิดคือ การดำรงความสัมพันธ์เป็นระยะเวลาที่ยาวนาน อย่างไรก็ตามนักจิตวิทยาเองก็ยังไม่สามารถทดสอบหรือให้คำอธิบายที่แน่ชัดได้ว่าจะต้องเป็นระยะเวลาที่นานเท่าใดจึงจะเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน จึงต้องอาศัยการพิจารณาจากมุมมองของวิญญูชน

4. การช่วยเหลือเอื้อเพื่อเอื้อแก่ซึ่งกันและกัน

จากการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับกลุ่มวงใน และกลุ่มวงนอกตามมิติทางสังคมวิทยาพบว่าปัจจัยหนึ่งซึ่งสามารถแยกความห่างทางสังคมหรือระยะห่างระหว่างบุคคล คือ หลักต่างตอบแทนระหว่างบุคคล (Reciprocity)⁵³ อธิบายได้ว่า ผู้ที่ใกล้ชิดกันจะให้หรือทำเพื่ออีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่หวังผลตอบแทนทางทรัพย์สินหรือมีเงื่อนไขใดๆ แต่เป็นการทำให้ด้วยความรักความผูกพันหรือเสนอหาเป็นการอุปถัมภ์ค้ำชูตามหน้าที่ทางศีลธรรมจรรยา แต่หากเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีความห่างทางสังคม

⁵¹ Davis, K., *Human Society*, p. 294.

⁵² Berschied, E. and P. C. Regan, *The Psychology of Interpersonal Relationships*, p. 143.

⁵³ Marshall David Sahlins, *Stone Age Economics* (New York: Aldine de Gruyter Publisher, 1974), pp. 204-219.

นักสังคมวิทยา Marshall D. Sahlins⁵⁴ได้แบ่งการต่างตอบแทนระหว่างบุคคลออกเป็น 3 ประเภท คือ การตอบแทนโดยไม่หวังผลตอบแทน (Generalized Reciprocity) การตอบแทนแบบต่างตอบแทน (Balanced Reciprocity) และ การตอบแทนแบบหวังผลประโยชน์สูงสุด (Negative Reciprocity) สำหรับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันนั้น การตอบแทนระหว่างบุคคลจะเป็นการตอบแทนโดยปราศจากผลตอบแทน หรือ หมายถึง การทำสิ่งใดให้โดยไม่หวังผลตอบแทนหรือมีเงื่อนไขใดๆนั่นเอง แต่เป็นเรื่องที่บุคคลทำให้แก่กันเพราะมีเรื่องความรู้สึกมาเกี่ยวข้อง เช่น การให้สิ่งของหรือการทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่กันเป็นเพราะความรักความผูกพัน ในขณะที่ความสัมพันธ์ที่ห่างเหินนั้นจะเป็นการตอบแทนที่หวังผลตอบแทนระหว่างกันอย่างสูงสุด⁵⁵ อันเป็นเรื่องที่มีผลประโยชน์มาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าผลประโยชน์นั้นจะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ก็ตาม

ในมิติทางจิตวิทยาสังคมพิจารณาได้จากปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการสร้างความใกล้ชิดคือ ปัจจัยด้านความเข้มข้น (Intense) ของกิจกรรมหรือปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล กล่าวคือ ปัจจัยด้านความเข้มข้นนั้น มีลักษณะประการหนึ่งคือ คุณภาพของการตอบสนองต่อพฤติกรรม (Amplitude of Response) ยิ่งบุคคลตอบสนองซึ่งกันและกันได้มีคุณภาพมากเพียงใด แสดงว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นมีความใกล้ชิดมากเพียงนั้น คุณภาพของการตอบสนองพิจารณาได้จากการที่บุคคลให้ความช่วยเหลือแก่กันอย่างเต็มใจโดยปราศจากการร้องขอ และตั้งใจทำให้อีกฝ่ายมีความเป็นอยู่หรือมีความรู้สึกที่ดี การกระทำหรือสิ่งที่ทำให้กันนั้นเป็นการทำให้ด้วยความสมัครใจซึ่งเป็นสิ่งที่สำคัญสำหรับผู้ที่ใกล้ชิดกัน มิใช่การทำให้ไปเพียงเพราะหน้าที่หรือการบังคับให้ทำ คุณภาพของการกระทำหรือสิ่งที่ทำให้แก่กันนั้นเองจะแสดงออกถึงความสมัครใจ ดังนั้นคุณภาพของการตอบสนองคือการช่วยเหลือเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่หรืออุปถัมภ์ค้ำชูอย่างเต็มใจ เพราะหากบุคคลนั้นๆไม่มีความใกล้ชิดสนิทสนมกันสิ่งที่ทำให้แก่กันจะปราศจากคุณภาพของการกระทำ อันเนื่องมาจากการฝืนใจทำให้แก่กันหรือเป็นการทำให้ไปเพราะหน้าที่นั่นเอง

5. ความเหมือนหรือความคล้ายคลึงกัน

ปัจจัยข้อนี้ในมิติทางสังคมวิทยามีความเห็นว่าคุณจะรักหรือสร้างความผูกพันที่ใกล้ชิดระหว่างกันเมื่อบุคคลเหล่านั้นมีสิ่งๆที่เหมือนกันกับตนทางรูปธรรม Aristotle⁵⁶ เห็นว่า บิดามารดาจะรักบุตร เพราะบุตรคือตนเอง กำเนิดจากตนเอง มีสิ่งๆที่เหมือนตนเอง เช่น รูปร่างหน้าตา สาลอहित ส่วน

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid., 191.

⁵⁶ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, p. 211.

บุตรรักบิดามารดาเพราะตนเติบโตถูกเลี้ยงดูโดยบิดามารดา พี่น้องจะรักกันเองเพราะเติบโตมาด้วยกัน มีสาโลहितเดียวกัน พี่นเพเดียวกัน ญาติจะรักกันเพราะมีสิ่งที่คล้ายคลึงกันทางกายภาพ ปัจจัยเหล่านี้ จะทำให้ผู้ที่เป็บุตร เป็นพี่น้อง เป็นญาติกันมีความใกล้ชิดกันมากกว่าบุคคลอื่น เพราะมีสิ่งที่เป็ ุรูปธรรมซึ่งดึงดูดกันหรือผูกพันกันมากกว่าบุคคลอื่นนั่นเอง

ในทางจิตวิทยาสังคมมีแนวความคิดว่า การสร้างความสนิทต้องอาศัยการแลกเปลี่ยนข้อมูล ในเชิงลึกของบุคคล การแลกเปลี่ยนข้อมูลดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้เมื่อผู้ส่งสารจะไว้วางใจบุคคลที่มี ลักษณะคล้ายคลึงกับตนเองจึงได้สื่อสารข้อมูลเชิงลึกดังกล่าว ในขณะที่ผู้รับสารจะตอบสนองด้วยความรู้สึกในเชิงบวกต่อผู้ส่งสารเมื่อเห็นว่า สารที่สื่อมารวมถึงตัวบุคคลผู้ส่งสารนั้นมีความคล้ายคลึงกับตนเช่นเดียวกัน ความคล้ายคลึงดังกล่าวอาจเป็นเรื่องเกี่ยวกับ ความเชื่อ ค่านิยม ทศนคติ หรืออาจเป็นข้อมูลเกี่ยวกับตัวบุคคลของผู้ส่งสารเช่น การศึกษา พี่นเพ ฐานะทางสังคม และเมื่อผู้ส่งสารเห็นว่า สารที่ตนสื่อไปนั้นผู้รับสารมีปฏิกิริยาในเชิงบวก ความสนิทระหว่างบุคคลจึงเกิดขึ้น และจะพัฒนาไปสู่ ความสัมพันธ์ใกล้ชิดนั่นเอง

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางด้านสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมแล้ว พบว่า ความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างบุคคล คือ ความสัมพันธ์ที่อาศัยการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ที่เกิดขึ้นอย่างสม่ำเสมอ เป็นระยะเวลายาวนาน จนทำให้แนวความคิดและพฤติกรรมของสมาชิกมีผลซึ่งกันและกัน สมาชิกของกลุ่มมีความรู้สึกว่าเป็นพวกเดียวกันและพร้อมจะช่วยเหลือเกื้อกูลโดยไม่หวังผลตอบแทน สามารถกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ที่ช่วยเหลือเกื้อกูลกันนั้นคือผู้ซึ่งมีส่วนได้เสียซึ่งกันและกันนั่นเอง

ปัจจัยสำคัญในมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมค่านึงถึงเพื่อพิจารณาความสัมพันธ์คือ ความรู้สึกของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นความรู้สึกรัก ผูกพัน ความเป็นพวกเดียวกัน ความปรารถนาดี สิ่งเหล่านี้จะเป็นเครื่องชี้วัดว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลใกล้ชิดกันเพียงใด โดยนัยนี้ ความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันระหว่างบุคคลในมิติสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมอาจเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลใดๆ ก็ได้ที่มึความรู้สึกที่ใกล้ชิดกัน ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเพียงบุคคลในครอบครัวเท่านั้น แต่ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวย่อมเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันและความสัมพันธ์ของคนในครอบครัวที่ใกล้ชิดที่สุดตามหลักสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมได้แก่ ปู่ ย่า ตา ยาย พ่อ แม่ ลูก พี่น้อง หลาน หลาน ลือ อันเป็นญาติที่สืบสาโลहितโดยตรงนั่นเอง กระนั้น ก็มีได้มีข้อจำกัดว่าบุคคลอื่นจะไม่สามารถเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันได้ หากว่าบุคคลนั้นๆเป็นผู้มีส่วนได้เสียซึ่งกันและกันหรือมีการช่วยเหลือเกื้อกูลซึ่งกันและกันเพราะความรู้สึกที่ลึกซึ้งระหว่างกัน ก็ถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเช่นนั้นเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด

2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางกฎหมายอาญา

เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติของมนุษย์ กฎหมายอาญาเองในฐานะที่เป็นบรรทัดฐานอย่างหนึ่งของสังคมก็ได้ถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องรองรับกับธรรมชาติดังกล่าว โดยกฎหมายอาญาได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในประเด็นต่างๆ ดังต่อไปนี้

2.2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับเหตุยกเว้นความผิด

เหตุยกเว้นความผิดประการหนึ่งคือการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68⁵⁷ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดไปเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่น อันเนื่องมาจากภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กำลังเกิดขึ้นกับสิทธินั้นๆ กฎหมายจึงยกเว้นความผิดให้กับการกระทำความผิดดังกล่าว⁵⁸

ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลคือการพิจารณาถึงภัยอันตรายที่เกิดขึ้นกับสิทธิว่าเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ หากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นเป็นเพราะผู้ก่อภัยมีอำนาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับการยกเว้นความผิด การละเมิดกฎหมายนั้นรวมถึงการละเมิดกฎหมายแพ่งด้วย⁵⁹ เหตุนี้เองการเป็นคู่ชู้กับภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้อื่นจึงเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดกฎหมายด้วย ผู้กระทำความผิดสามารถได้รับการยกเว้นความผิดเพราะเป็นการกระทำเพื่อป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของตนเอง แต่การชู้กับภรรยาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำความผิดไม่ถือเป็นการละเมิดกฎหมาย เพราะผู้กระทำความผิดไม่มีสิทธิแต่ประการใดที่จะหวงกันไม่ให้หญิงไปร่วมประเวณีกับชาย

⁵⁷ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

⁵⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 374.

⁵⁹เรื่องเดียวกัน, หน้า 379 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2479 ชายพบภรรยาของตนกำลังร่วมประเวณีทำชู้กับชายอื่นจึงฆ่าภรรยาและชายชู้ตายทั้งสองคนนั้นทันทีเช่นนี้ ถือว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศและชื่อเสียงพอสมควรแก่เหตุ ไม่มีโทษ

อื่น⁶⁰ ผู้กระทำความผิดเพียงแต่มีเหตุลดโทษให้ตามกฎหมายเพราะเหตุบันดาลโทษ⁶¹ ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลประการหนึ่งที่เป็นปัจจัยในการวิเคราะห์ถึงการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายคือ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย อันทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการยกเว้นความผิดสำหรับการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของตนในกรณีที่มีผู้มากระทำชู้กับคู่สมรส

อย่างไรก็ตาม การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายยังสามารถเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิด จำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิ “ของผู้อื่น” จากภัยอันตรายที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายได้อีกกรณีหนึ่งด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการป้องกันแทนผู้อื่นนั่นเอง เช่น หากมีผู้มาข่มขืนภรรยาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำความผิด และผู้นั้นได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มขืน ผู้กระทำความผิดก็จะได้รับการยกเว้นความผิดด้วย⁶² เพราะเป็นการป้องกันสิทธิของผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมีความเกี่ยวข้องกับเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยเฉพาะกรณีการป้องกันสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำความผิดเอง ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำเกิดสิทธิที่จะป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของตนกรณีมีการล่วงเกินคู่สมรส คือ ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในกรณีการป้องกันสิทธิของผู้อื่น ผู้ที่ป้องกันกับผู้ที่ได้รับการป้องกันอาจไม่มีความสัมพันธ์ใดๆกันเลยก็ได้ รวมถึงกรณีที่บุคคลมีความสัมพันธ์กันความสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องเป็นความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่อาจเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามความเป็นจริงก็ได้

2.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับเหตุยกเว้นโทษ

1. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างญาติ

ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมีส่วนเกี่ยวข้องกับเหตุยกเว้นโทษสำหรับการกระทำความผิดระหว่างญาติ หมายถึง ต้องเป็นกรณีที่สามีภรรยาหรือญาติได้กระทำความผิดต่อกัน มิใช่ไปกระทำ

⁶⁰หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5/2500 ของศาสตราจารย์จิติติ ดิงศภัทย์ว่า “หญิงชายที่ไม่จดทะเบียนสมรสกัน ถือไม่ได้ว่าเป็นสามีภรรยากันตามกฎหมายและตามมุมมองของบุคคลอื่น ชายย่อมไม่มีสิทธิหวงห้ามไม่ให้หญิงนั้นไปร่วมประเวณีกับชายอื่นได้ ดังนั้นชายจึงไม่มีสิทธิอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้”

⁶¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 249/2515 จำเลยเห็นผู้ตายกำลังชำเรากิริยาจำเลยถึงในห้องนอนแม้จะไม่ใช่ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อยู่กินกันมา 13 ปี และเกิดบุตรกับจำเลย 6 คน จำเลยจึงใช้มีดพับเล็กที่หามาได้ในทันทีทันใดแทงผู้ตาย 2 ที และแทงภริยา 1 ที ดังนี้ เป็นการกระทำความผิดเพราะบันดาลโทษ

⁶²เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า.380

ความผิดหรือร่วมกระทำ ความผิดต่อบุคคลอื่นที่มีโชฎกชาติ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนถึงเหตุยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามที่กำหนดไว้ระหว่างสามี ภรรยา และเหตุลดโทษหรือกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้สำหรับการกระทำ ความผิดดังกล่าวระหว่างผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่หรือน้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน⁶³ เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษหรือลดโทษให้เพราะบุคคลดังกล่าวมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดสนิทสนมกัน หรือมีความผูกพันกันทางศีลธรรม ทั้งบุคคลเหล่านี้ยังอาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน⁶⁴ ทรัพย์ก็อยู่รวมหรือปะปนกัน ย่อมมีการกระทบกระทั่งกันบ้าง หรืออาจเป็นเพราะเป็นกรณีคาบเกี่ยวกับอาการถือวิสาสะ ทั้งการกระทำ ความผิดต่อทรัพย์ระหว่างผู้ใกล้ชิดดังกล่าวก็มีความเสียหายน้อยกว่าการกระทำต่อทรัพย์ของผู้อื่น⁶⁵ นอกจากนี้ยังจะเป็นการรักษาความมั่นคงของสถาบันครอบครัวให้มั่นคงยิ่งขึ้นด้วย เพราะความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลเหล่านี้จะไปกระทบกระเทือนถึงการดำรงชีวิตอย่างปกติสุขของครอบครัว⁶⁶ จึงเป็นการอันสมควรที่ให้ผู้บุพการีในครอบครัวแก้ไขข้อพิพาทหรือให้อภัยกันเอง

อย่างไรก็ตามกฎหมายได้กำหนดขอบเขตของความสัมพันธ์ที่จะได้รับผลทางกฎหมายไว้ กล่าวคือ สามีภรรยา บุพการี ผู้สืบสันดาน และพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน กล่าวคือ ผู้บุพการีคือผู้ที่สืบสาโลหิตโดยตรงขึ้นไป เช่น บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ผู้สืบสันดานคือผู้ที่สืบสาโลหิตโดยตรงลงมา เช่น ลูก หลาน เหลน ลื้อ แต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรมเพราะกฎหมายหมายความถึงผู้สืบสันดานตามสาโลหิต⁶⁷ นอกจากนี้ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาตามมาตรา 71 นี้ยังต้องเป็นความสัมพันธ์ตาม

⁶³ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 71 บัญญัติว่า ความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 334 ถึง มาตรา 336 วรรคแรก และ มาตรา 341 ถึง มาตรา 364 นั้นถ้าเป็นการ กระทำที่สามีภรรยา หรือภริยากระทำต่อสามี ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ

ความผิดดังระบุนั้น ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้บุพการีกระทำต่อผู้สืบสันดานผู้สืบสันดานกระทำต่อผู้บุพการี หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน กระทำต่อกัน แม้กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ก็ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และนอกจากนั้นศาลจะลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น เพียงใดก็ได้

⁶⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 947.

⁶⁵ วิจิตร ลulitanนท์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2505), หน้า 120.

⁶⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์นิติธรรม, 2540), หน้า 340.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 342 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2509 (ประชุมใหญ่) ซึ่งวินิจฉัยไว้ดังนี้ “คำว่าสืบสันดานตามพจนานุกรมหมายความว่าสืบเชื้อสายมาโดยตรง และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1586, 1587, 1627 แสดงว่า บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะแตกต่างกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมก็มีฐานะต่างกับบุพการีโดยตรงของบุตรบุญธรรมอยู่หลายประการ มาตรา 1586, 1627 เป็นบทบัญญัติพิเศษให้สิทธิบางประการแก่บุตรบุญธรรมในทางแพ่งเกี่ยวกับสัมพันธ์ทางครอบครัวและมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ต้องใช้โดยเคร่งครัด เฉพาะการตีความถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา ก็ต้องตีความโดยเคร่งครัด จึงหาข้อที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวมาใช้ตีความคำว่าผู้สืบสันดาน

กฎหมายอีกด้วย⁶⁸ ดังที่ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2041/2499 ว่าจะต้องเป็นสามีภรรยากันโดยชอบด้วยกฎหมายจึงจะสามารถได้รับประโยชน์จากมาตรา 71⁶⁹ สำหรับพี่น้องนั้นหมายรวมถึง พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน คือ เป็นพี่น้องที่สืบสาโลหิตมาจากบิดามารดาเดียวกันตามข้อเท็จจริงด้วย⁷⁰ ดังนั้นในกรณีที่ยึดโดยมิชอบด้วยกฎหมายรับรองบุตรบางคน แต่มิได้รับรองบุตรอีกคนหนึ่ง เช่นนี้หากมีการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามที่กฎหมายกำหนดระหว่างบุตรทั้งสองดังกล่าวยังถือว่าเป็นการกระทำความผิดระหว่างพี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน⁷¹ เพราะเป็นพี่น้องที่สืบสาโลหิตมาจากบิดามารดาเดียวกันนั่นเอง

มีข้อควรสังเกตว่าบทบัญญัติมาตรานี้กฎหมายกำหนดชั้นญาติโดยใช้คำว่า “ผู้บุพการี” กับ “ผู้สืบสันดาน” ซึ่งหมายถึงผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานตามสาโลหิต⁷² และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2509 ยังวินิจฉัยว่า บุตรบุญธรรมแม้จะมีความสัมพันธ์กับผู้รับบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย แต่ไม่ใช่ผู้สืบสันดานตามสาโลหิตต่ออยู่เอง บุตรบุญธรรมเป็นเพียงความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่กฎหมายให้สิทธิพิเศษบางประการเท่านั้น ทั้งผู้ร่างกฎหมายยังมีความเห็นว่า ความรู้สึก ความผูกพันระหว่างบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรมยังไม่ใกล้ชิดกันเมื่อเปรียบเทียบกับผู้สืบสันดานตามสาโลหิต⁷³ ทำให้พิจารณาได้ว่า ผู้บุพการี กับผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง⁷⁴ ทั้งการแปลความหมายคำว่า “ผู้บุพการี” หรือ “ผู้สืบสันดาน” ให้หมายความถึงบุคคลผู้เป็นญาติตามสาโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาตามข้อเท็จจริงจะช่วยให้กฎหมายบรรลุเจตนารมณ์ที่ต้องการส่งเสริม

ตามมาตรา 71 วรรคสอง ไม่ บุตรบุญธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีตามมาตรา 71 จึงยอมความไม่ได้” (ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 11/2509)

⁶⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 341

⁶⁹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2041/2499 คำว่า "สามีภรรยา" ตาม กฎหมายอาญา มาตรา 54 กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ว่าพฤติการณ์เช่นไร ฉะนั้นโดยปกติต้องอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้อยู่ในขณะเกิดการกระทำผิดเป็นหลักกล่าวคือได้มีการจดทะเบียนสมรสแล้ว อย่างไรก็ตามมีหญิงชายได้เสียกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสแล้วภายหลังฝ่ายหนึ่งเอาทรัพย์ของอีกฝ่ายหนึ่งไปซึ่งต้องอาศัยเจตนาเป็นหลักว่ามีเจตนาลักทรัพย์หรือไม่ เรื่องนี้ศาลล่างทั้งสองฟังข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นเป็นเจตนาลักทรัพย์ ฎีกาของจำเลยจึงเป็นฎีกาคัดค้านข้อเท็จจริงต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 220

⁷⁰จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 951.

⁷¹เรื่องเดียวกัน

⁷²ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, หน้า 342.

⁷³สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 54 การประชุมครั้งที่ 15 45/2482 วันที่ 4 กรกฎาคม 2482

⁷⁴มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2516 วินิจฉัยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า “ผู้บุพการี” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2) หมายถึงบุพการีตามความเป็นจริง โจทก์มิได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาผู้ตาย แต่เป็นบิดาของผู้ตายตามความเป็นจริง เมื่อผู้ตายถูกทำร้ายถึงตายโจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้ตายได้

ความมั่นคงของสถาบันครอบครัว สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่ครอบครัวบางครอบครัวไม่ได้ดำเนินการทางกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว แต่ยังคงอาศัยอยู่ด้วยกัน เช่น บิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมายอาจอยู่ร่วมครัวเรือนเดียวกันกับบุตรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามที่กฎหมายกำหนด แม้เกิดขึ้นระหว่างบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับบุตรก็อาจถือเป็นเหตุลดโทษหรือกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นทางกฎหมายแนวทางหนึ่งเห็นว่า “ผู้บุพการี” หรือ “ผู้สืบสันดาน” หมายความว่า บุคคลผู้เป็นญาติตามสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา และจะต้องเป็นความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายด้วย⁷⁵ เพราะเป็นคำที่นำมาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งหากกฎหมายจะหมายถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงจะไม่ใช้คำว่า “ผู้บุพการี” หรือ “ผู้สืบสันดาน” ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450⁷⁶ ซึ่งกฎหมายใช้คำว่า “ชายหรือหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา”

สาเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษหรือลดโทษให้เพราะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมาตรานี้ สอดคล้องกับแนวความคิดทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมที่เห็นว่าปัจจัยด้านการอยู่อาศัยร่วมบริเวณเดียวกัน ปัจจัยด้านระยะเวลาของการอยู่ร่วมกัน และปัจจัยด้านความเหมือนหรือความคล้ายคลึงกัน จากแนวคิดที่สืบเนื่องมาจากกฎหมายเก่าที่สภาพสังคมในขณะนั้นครอบครัวจะอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวขยาย บุคคลในครอบครัวจะมีฐานะทางร่างกายหรือทรัพย์สินเกี่ยวข้องผูกพันกัน กฎหมายเก่าในสมัยนั้นจึงไม่เอาโทษแก่ผู้กระทำความผิดระหว่างบุคคลในครอบครัว⁷⁷ จึงพิจารณาได้ว่าปัจจัยเรื่องการอยู่อาศัยในครัวเรือนเดียวกันและระยะเวลาของการอยู่ร่วมกันมีความสำคัญกับการลดโทษเพราะเหตุซึ่งเป็นญาติกัน นอกจากนี้การที่กฎหมายให้ความสำคัญกับความเป็นญาติสายโลหิตเดียวกันพิจารณาได้ว่า ปัจจัยความคล้ายคลึงหรือความเหมือนกันเป็นอีกปัจจัยหนึ่งซึ่งกฎหมายให้ความสำคัญว่าเกี่ยวข้องกับการเป็นผู้ใกล้ชิด โดยเฉพาะความเป็นญาติสายโลหิตเดียวกันนั่นเอง

⁷⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 950.

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 บัญญัติว่า ชายหญิงซึ่งเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาที่ดี จะทำการสมรสกันไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิตโดยไม่คำนึงว่าจะเป็นผู้สืบสายโลหิตโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

⁷⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 947.

2. การช่วยเหลือผู้ใกล้ขีดด้วยการทำลายพยานหลักฐาน ช่วยให้หลบหนีจากการถูกจับกุม หรือถูกคุมขังและช่วยเหลือบุคคลผู้เป็นสมาชิกอั้งยี่หรือช่องโจร

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 193 กำหนดให้เป็นเหตุยกเว้นโทษ⁷⁸ กรณีผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดไปโดยมีเหตุจูงใจเพื่อช่วย บิดา มารดา บุตร สามี หรือภรรยาของผู้กระทำความผิดด้วยการทำลายพยานหลักฐานเพื่อมิให้ต้องรับโทษ หรือให้รับโทษ น้อยลง⁷⁹ หรือช่วยให้พ้นจากการถูกจับกุม⁸⁰หรือถูกคุมขัง⁸¹ ทั้งนี้เพราะตามความเป็นจริงบุคคลดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะช่วยเหลือญาติพี่น้องของตนเองให้พ้นจากการถูกดำเนินคดีอาญา⁸² แต่คำว่า บิดา มารดา บุตร สามี หรือภรรยา ของผู้กระทำความผิดในมาตรานี้มีความหมายว่า บิดา มารดา บุตร สามี หรือภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่หมายถึงบุคคลดังกล่าวตามความเป็นจริง⁸³

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 214 กำหนดให้เป็นเหตุยกเว้นโทษ⁸⁴ สำหรับผู้กระทำความผิดที่จัดหาที่พักพิง หรือซ่อนเร้น หรือที่ประชุมให้กับบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกอั้งยี่หรือช่องโจร หรือกระทำความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชนโดยมีมูลเหตุจูงใจเพื่อช่วย บิดา มารดา บุตร สามี หรือภรรยาอย่างไรก็ตามคำว่า บิดา มารดา บุตร สามี หรือภรรยา ของผู้กระทำ

⁷⁸ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 193 บัญญัติว่า ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวมาใน มาตรา 184 มาตรา 189 หรือ มาตรา 192 เป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามี หรือภรรยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้

⁷⁹ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 184 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อจะช่วยเหลือผู้อื่นมิให้ต้องรับโทษ หรือให้รับโทษ น้อยลง ทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้ สูญหายหรือไร้ประโยชน์ซึ่งพยานหลักฐานในการกระทำความผิด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือ ทั้งจำทั้งปรับ”

⁸⁰ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 189 บัญญัติว่า “ผู้ใดช่วยเหลือผู้อื่นซึ่งเป็นผู้กระทำความผิด หรือเป็นผู้ต้องหว่ากระทำความผิด อันมิใช่ความผิดลหุโทษ เพื่อมิให้ต้องโทษ โดยให้พำนักแก่ผู้นั้น โดยซ่อนเร้นหรือโดยช่วยผู้นั้นด้วยประการใด เพื่อมิให้ถูกจับกุม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกิน สี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁸¹ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 192 บัญญัติว่า “ผู้ใดให้พำนัก ซ่อนเร้นหรือช่วยด้วยประการใดให้ผู้หลบหนีจากการคุมขังตามอำนาจของศาลของพนักงานสอบสวน หรือของเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญา เพื่อมิให้ถูกจับกุม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ”

⁸²สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 54 การประชุมครั้งที่ 31 103/2482 วันที่ 5 กันยายน 2482

⁸³ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 106; จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 421.

⁸⁴ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 214 บัญญัติว่า ผู้ใดประพฤติดนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พักพิง ซ่อนเร้นหรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติ ไว้ในภาค 2 นี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำเพื่อช่วยบิดา มารดา บุตร สามีหรือภรรยาของผู้กระทำ ศาลจะไม่ลงโทษก็ได้

ความผิดในมาตรานี้มีความหมายว่า บิดา มารดา บุตร สามี หรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกัน⁸⁵

ข้อสังเกตประการแรกคือ การช่วยเหลือผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดด้วยการทำลายพยานหลักฐาน ช่วยให้หลบหนีจากการถูกจับกุม หรือถูกคุมขังเป็นความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม และการช่วยเหลือผู้ใกล้ชิดด้วยการช่วยเหลือบุคคลผู้เป็นสมาชิกอัยย์หรือช่องโง่เป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อสังคมเป็นอย่างมาก มิใช่เป็นเรื่องส่วนตัวระหว่างบุคคล สมควรจำกัดบุคคลที่จะได้รับการลดโทษ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่จะได้รับผลประโยชน์จากกฎหมายจึงต้องเป็นความสัมพันธ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อสังเกตประการต่อมา ปัจจัยซึ่งผู้ร่างกฎหมายคำนึงถึงเพื่อกำหนดเหตุยกเว้นโทษข้างต้นคือ ปัจจัยเรื่องการช่วยเหลือเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ซึ่งกันและกัน เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า ตามธรรมชาติของมนุษย์ ผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดอันได้แก่ บิดา มารดา บุตร สามี หรือภรรยาพร้อมที่จะทำทุกวิถีทางเพื่อช่วยเหลือบุคคลที่ตนรัก แม้ว่าการช่วยเหลือนั้นมีแนวโน้มที่จะเสี่ยงภัยจากความรับผิดชอบทางอาญา และไม่ได้รับผลตอบแทนแต่ประการใดจากการเสี่ยงภัยเช่นนั้นก็ตาม สอดคล้องกับปัจจัยทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมที่เห็นพ้องต้องกันว่า การเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ช่วยเหลือซึ่งกันและกันโดยปราศจากผลตอบแทนเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งส่งเสริมให้บุคคลมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันนั่นเอง

2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับเหตุลดโทษ

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72⁸⁶ ได้บัญญัติเหตุลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดเพราะบันดาลโทษเนื่องจากมีการช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเกี่ยวข้องกับการลดโทษดังกล่าว ในฐานะเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งใช้ในการพิจารณาว่ามีการช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นหรือไม่ เนื่องจากแนวความคิดทางกฎหมายเห็นว่า วิญญูชนสามารถบันดาลโทษได้เมื่อผู้ใกล้ชิดกับตนถูกช่มเหง เพราะการทำร้ายเช่นนั้นเสมือนเป็นการช่มเหงผู้กระทำความผิดในเวลาเดียวกัน⁸⁷กฎหมายลดจึงโทษให้กับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเนื่องจากผู้ใกล้ชิดถูกช่มเหง ภาระนั้น จะต้องเป็นการช่มเหงต่อผู้ใกล้ชิด หรือต่อผู้ที่มีความสัมพันธ์บาง

⁸⁵หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 126; จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 470.

⁸⁶ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 บัญญัติว่า ผู้ใดบันดาลโทษโดยถูกช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจึงกระทำความผิดต่อผู้ช่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

⁸⁷ Wayne R. LaFave, Criminal Law, 5 ed. (St. Paul, Minn.: West/Thomson, 2010), p. 826.

ประการกับผู้กระทำความผิดอันคนธรรมดาในฐานะอย่างเดียวกันจะเห็นว่าเป็นการข่มเหงถึงตัวผู้กระทำความผิดในขณะเดียวกันด้วย⁸⁸ สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่จะเป็นเหตุให้บุคคลกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจะได้อธิบายในบทที่ 3 ต่อไป

2.2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับเหตุเพิ่มโทษ

1. การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้ที่อยู่ในความดูแล

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285⁸⁹บัญญัติถึงเหตุเพิ่มโทษหรือเหตุลดกรรจ์ในกรณีที่มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศเช่น การข่มขืนกระทำชำเรา กระทำอนาจาร หรือเป็นรัฐระจัดหา ล่อไปหรือพาไปเพื่อการอนาจารแก่ผู้ที่อยู่ในความดูแล อันได้แก่ ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลผู้อยู่ในความควบคุม ตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้ที่สืบสาโลहितลงมาซึ่งหมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง⁹⁰ ดังนั้นจึงครอบคลุมถึงบุตรที่มีชอบด้วยกฎหมายด้วย หากบิดาที่มีชอบด้วยกฎหมายกระทำความผิดดังกล่าวกับบุตรของตน บิดานั้นก็สมควรถูกลงโทษเช่นเดียวกัน⁹¹ นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2993/2530 วินิจฉัยว่า “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 มุ่งประสงค์ที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดให้หนักขึ้น เพราะเหตุที่ได้กระทำแก่ผู้สืบสาโลहितของตนลงมา ดังนั้นกฎหมายจึงใช้คำว่า “กระทำแก่ผู้สืบสันดาน” ซึ่งแสดงว่าบทกฎหมายมาตรานี้มิได้มุ่งลงโทษหนักขึ้นเฉพาะการกระทำแก่บุตรที่มีชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่หมายถึงการกระทำแก่ผู้สืบสันดานในทางสืบสาโลहितโดยแท้จริง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บุพการีกับผู้สืบสันดานเป็นความสัมพันธ์ทางสาโลहित จึงต้องถือตามความเป็นจริง กรณีนี้มีไม่มุ่งหมายถึงความสัมพันธ์ในทางครอบครัวตามหลักกฎหมายแพ่ง หากชอบที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการตีความคำว่าผู้สืบสันดานในทางอาญาไม่การที่จำเลยได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้สืบสาโลहितโดยตรงลงมา แม้ผู้เสียหายจะมีไม่ใช่เป็น

⁸⁸จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 981.

⁸⁹ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 85 บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตาม มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 277 ทวิ มาตรา 277ตรี มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 280 มาตรา 282 หรือ มาตรา 283 เป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลผู้อยู่ในความควบคุม ตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษหนัก กว่าที่บัญญัติไว้ใน มาตรานั้น ๆ หนึ่งในสาม”

⁹⁰คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2497 คำว่า ‘ผู้สืบสันดาน’ นั้นประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2)มิได้จำกัดความไว้ อย่างไรก็ดีคำนี้ย่อมหมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง

⁹¹เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิง จำกัด, 2557), หน้า 518.

บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของจำเลยก็ตาม ก็ถือได้ว่าจำเลยได้กระทำต่อผู้สืบสันดานตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 แล้ว จำเลยจะต้องได้รับโทษหนักขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้” กระนั้นมีความเห็นอีกแนวทางหนึ่งว่า ผู้สืบสันดานตามความหมายของมาตรานี้จะต้องเป็นผู้สืบสันดานที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย⁹²

ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล หมายถึง ศิษย์นั้นอยู่ในความปกครองดูแลของผู้กระทำความผิดด้วย มิใช่เพียงแต่รับหน้าที่สอนเพียงครั้งคราว แต่ผู้กระทำความผิดจะต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลหรือปกป้องรักษาตัวศิษย์ และจะต้องกระทำความผิดต่อศิษย์ในระหว่างหน้าที่ดังกล่าวด้วย⁹³ การควบคุมดูแลดังกล่าวจะมีลักษณะที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจของครูอาจารย์ซึ่งศิษย์ย่อมต้องเกรงใจ เช่น ครูสอนวิชาคณิตศาสตร์ในโรงเรียน ครูสอนวิชาพลศึกษาหรือครูใหญ่ในโรงเรียน⁹⁴ หากปราศจากอำนาจของครูอาจารย์เช่นนั้นหรือเป็นการกระทำความผิดซึ่งเกิดขึ้นขณะอยู่นอกอำนาจหน้าที่จะไม่เป็นเหตุเพิ่มโทษตามมาตรานี้

การอยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาลนั้น หมายถึง การอยู่ในความปกครองดูแลที่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁵ เพราะกฎหมายใช้คำว่า “ความปกครอง ความพิทักษ์ และความอนุบาล” ซึ่งเป็นคำที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงต้องหมายความถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในฐานะดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับบุตรบุญธรรมนั้นถือว่าอยู่ในความปกครองหรือในความพิทักษ์หรือในความด้วย⁹⁶ แต่ผู้ที่ปกครองดูแลตามความเป็นจริง เช่น

⁹² หุต แสงอุทัย, ฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 199

⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2546 วินิจฉัยว่า “ในข้อหาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยจะถือว่าเป็นการกระทำแก่ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลอันจะทำให้จำเลยต้องรับโทษหนักขึ้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 หรือไม่ ในปัญหาข้อนี้เห็นว่า แม้จำเลยจะให้การรับสารภาพตามฟ้อง แต่ปัญหานี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลฎีกาเห็นสมควรยกขึ้นวินิจฉัยคำว่า ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285 ต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งความหมายของข้อความที่ว่าศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลนั้นมิได้หมายถึง เฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ในฐานะครูหรืออาจารย์ซึ่งมีหน้าที่สอนศิษย์เท่านั้น แต่ครูหรืออาจารย์นั้นต้องมีหน้าที่ควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์และกระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติต่อศิษย์ในระหว่างมีหน้าที่ดังกล่าวด้วย คดีนี้ข้อเท็จจริงตามทางนำสืบของโจทก์ได้ความว่า จำเลยเป็นเพียงครูหรืออาจารย์ในการสอนกวดวิชาตามที่มิได้ไปสมัครเรียนตามความสมัครใจ และเมื่อผู้สมัครเรียนชำระค่าสมัครแล้วจะไปเรียนหรือไม่ก็ได้ขึ้นอยู่กับความสนใจที่จะไฝหาคำความรู้ อีกทั้งไม่ได้ความว่าสถาบันของจำเลยมีระเบียบหรือข้อบังคับเคร่งครัดอย่างไร แสดงว่า จำเลยไม่มีหน้าที่รับผิดชอบควบคุมดูแลปกป้องรักษาตัวศิษย์ตลอดระยะเวลาที่ทำการสอน ดังนั้น แม้จำเลยข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วมที่ 2 ตามฟ้องการกระทำของจำเลยก็มีใช้กระทำต่อศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยอันจะเป็นผลให้จำเลยต้องรับโทษหนักขึ้น”

⁹⁴ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, ฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 519.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน

⁹⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3 (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ้ง จำกัด ; 2553), หน้า 772

พ่อเลี้ยง ศาลฎีกาวินิจฉัยในคำพิพากษาที่ 6811/2538 ว่าการข่มขืนกระทำชำเราลูกเลี้ยงไม่อาจถือว่าเป็นการกระทำแก่ผู้อยู่ในความปกครอง เพราะต้องเป็นผู้อยู่ในความปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า “การอยู่ในความปกครอง” ตามมาตรานี้ควรพิจารณาตามความเป็นจริง เพราะกฎหมายมีจุดประสงค์จะคุ้มครองผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจครอบงำหรือต้องเกรงกลัวในอำนาจปกครองดูแล จึงไม่อาจขัดขืนการล่วงละเมิดทางเพศของผู้ที่ดูแลปกครองตน กฎหมายจึงกำหนดเป็นเหตุยกเว้นคดีนั้น จึงต้องพิจารณาอำนาจปกครองดูแล หรือการพิทักษ์ หรือการอนุบาลตามความเป็นจริงในขณะกระทำความผิดนั้นว่า ผู้เสียหายจำต้องอยู่ภายใต้อำนาจนั้นหรือไม่ สามารถขัดขืนได้หรือไม่ การเป็นลูกเลี้ยงก็ถือว่าไม่สามารถขัดขืนอำนาจปกครองดูแลตามความเป็นจริงของพ่อเลี้ยงได้เช่นกัน การถือตามถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่เพียงอย่างเดียวอาจไม่เป็นการคุ้มครองผู้เสียหายให้สมกับเจตนารมณ์ของกฎหมายก็เป็นได้

2. การฆ่าบุพการี

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289⁹⁷บัญญัติเหตุเพิ่มโทษกรณีฆ่าผู้บุพการี ผู้บุพการีหมายความว่า ผู้สืบสาโลหิตโดยตรงขึ้นไปของผู้กระทำอันได้แก่ พ่อ แม่ ปู่ ย่า ตา ยาย โดยมีความเห็นทางกฎหมายว่าต้องเป็นบุพการีที่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁸ อย่างไรก็ตาม มีความเห็นทางกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ควรเป็นบุพการีตามสาโลหิตโดยพิจารณาตามความเป็นจริง⁹⁹ เพราะเมื่อพิจารณาจากความมุ่งหมายของกฎหมายที่ต้องการจะลงโทษให้หนักเพราะเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง และเป็นกรรมหนักตามหลักของพุทธศาสนา (อนันตริยกรรม)¹⁰⁰ คือปิตุฆาตและมาตุฆาต ทำให้เห็นได้ว่า การฆ่าบุพการีตามความเป็นจริงน่าจะอยู่ในเจตนารมณ์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองและบัญญัติให้สอดคล้องกับหลักธรรมทางพุทธศาสนานอกจากนี้คำว่า “บุพการี” ในบทบัญญัติยังเป็นคำที่มีมาก่อนการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁰¹ ทำให้เข้าใจได้ว่า ผู้ร่างหมายความถึง ผู้สืบสาโลหิต

⁹⁷ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 บัญญัติว่า ผู้ใด

(1) ฆ่าบุพการี

ต้องระวางโทษ ประหารชีวิต

⁹⁸หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, หน้า 207

⁹⁹ คณพล จันทน์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), หน้า 39.

¹⁰⁰สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 54 การประชุมครั้งที่ 51 158/2482 วันที่ 18 พฤศจิกายน 2482*

¹⁰¹เรื่องเดียวกัน

โดยตรงขึ้นไปตามข้อเท็จจริงเป็นสำคัญ ความสำคัญอยู่ที่ ณ ขณะที่ลงมือกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดจะต้องทราบว่าผู้ที่ตนกำลังฆ่านั้นคือบุพการีของตน¹⁰²

2.2.5 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับองค์ประกอบของความผิดอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาได้ค้ำประกันความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในฐานะที่เป็นองค์ประกอบของความรับผิดทางอาญาด้วย โดยเฉพาะบทบัญญัติเกี่ยวกับการพรากเด็กและผู้เยาว์ รวมถึงการหมิ่นประมาทผู้ตาย ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317¹⁰³ และ มาตรา 318¹⁰⁴ กำหนดถึงการพรากเด็กและพรากผู้เยาว์ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยปราศจากเหตุอันควร พิจารณาได้ว่า คำว่า บิดามารดาในบทบัญญัติ มีสองแนวความคิดเห็น ความเห็นแนวทางหนึ่งเห็นว่า น่าจะรวมถึงบิดาตามความเป็นจริงได้¹⁰⁵ ในขณะที่อีกแนวทางหนึ่งเห็นว่า บิดามารดา หมายความว่า บิดาและมารดา โดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁶ และจะต้องปกครองดูแลผู้เยาว์ตามความเป็นจริงด้วย¹⁰⁷ แต่คำพิพากษาศาลฎีกา 5989/2548 วินิจฉัยว่า บิดามีได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาของผู้เสียหายจึงมิใช่บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้เสียหายอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูของบิดามาโดยตลอด ดังนี้บิดาของผู้เสียหายจึงเป็นผู้ปกครองผู้เสียหาย ส่วนผู้ปกครอง หมายความว่า ผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ศาลตั้ง ในขณะที่ผู้ดูแล หมายความว่า ผู้ดูแลเด็กตามข้อเท็จจริง แม้ว่าจะไม่มีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องดูแลเด็กนั้น เช่น พระที่ดูแลลูกศิษย์วัด¹⁰⁸ หรือ เพื่อนบ้านที่ช่วยดูแลบุตรหลานครูที่ดูแลนักเรียนในโรงเรียนประจำ ทั้งนี้เพราะผู้ร่างกฎหมายคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของสังคมไทยที่ผู้รับหน้าที่ดูแลเด็กในขณะนั้นอาจไม่ใช่บิดา มารดา หรือผู้ปกครอง เนื่องจากบิดามารดา

¹⁰² คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 39.

¹⁰³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 บัญญัติว่า ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

¹⁰⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 318 บัญญัติว่า ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไป ด้วยต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาท ถึงสองหมื่นบาท

¹⁰⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 349.

¹⁰⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 255

¹⁰⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 569.

¹⁰⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 349

อาจฝากเด็กไว้ให้ญาติหรือคนอื่นรับดูแลก็ได้¹⁰⁹ และเจตนาารมณ์ของกฎหมายมาตรานี้ก็เพื่อคุ้มครองอำนาจปกครองเด็ก¹¹⁰

กรณีการหมั้นประมาทผู้ตายนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327¹¹¹ กำหนดให้ ผู้ที่ใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามจนเป็นเหตุให้บิดา มารดา บุตร หรือคู่สมรสของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังมีความผิดตามกฎหมาย คำว่า บิดา มารดา บุตร หรือคู่สมรสของผู้ตายนี้ หมายความว่าถึงความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมาย¹¹² เพราะบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ที่จะต้องเสียชื่อเสียง เนื่องจากเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้ตาย มีความรักความผูกพันกับผู้ตาย¹¹³ การใส่ความยืนยันข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้ตายไปแล้วจะทำให้ผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้ตายได้รับความเดือดร้อนจากการถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชังโดยบุคคลทั่วไป ดังนั้นผู้เสียหายในมาตรานี้ คือ ผู้ที่กฎหมายเห็นว่ามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายนั่นเอง และต้องเป็นความสัมพันธ์ที่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นผู้ที่ต้องใช้อำนาจฟ้องคดีอาญาในฐานะผู้เสียหายต่อไปนั่นเอง

2.2.6 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับกรณีอื่นๆ

1. การให้ความสำคัญกับผู้ใกล้ชิดให้ดำเนินคดีอาญาแทนผู้เสียหาย

นอกจากบุคคลผู้ใกล้ชิดจะมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในทางอาญาแล้ว ยังมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลในเรื่องการดำเนินคดีอาญาแทนผู้เสียหายอีกด้วย โดยปกติแล้วการดำเนินคดีอาญาในฐานะเป็นผู้เสียหายเป็นสิทธิเฉพาะตัว เว้นแต่มีเหตุที่ทำให้ผู้เสียหายไม่สามารถดำเนินคดีเองได้ ดังนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงได้กำหนดถึงบุคคลผู้มีอำนาจจัดการแทนในกรณีที่ผู้เสียหายในคดีมีเหตุขัดข้องไม่สามารถดำเนินคดีเองได้ จึงพิจารณาได้ว่ากลุ่มบุคคลซึ่งกฎหมายกำหนดไว้นี้เป็นบุคคลที่มีความสำคัญมากถึงขนาดที่กฎหมายอนุญาตให้ฟ้องคดีหรือจัดการแทน

¹⁰⁹สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 54 การประชุมครั้งที่ 58 174/2482 วันที่ 23 ธันวาคม 2482

¹¹⁰เรื่องเดียวกัน

¹¹¹ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 บัญญัติว่า ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามและการใส่ความนั้น น่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษดังบัญญัติไว้ใน มาตรา 326 นั้น

¹¹²หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 270

¹¹³สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 54 การประชุมครั้งที่ 61 179/2482 วันที่ 2 มกราคม 2482

ผู้เสียหายในคดีอาญาได้ พิจารณาอีกนัยหนึ่งได้ว่า บุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้เหล่านี้คือผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้เสียหายนั่นเอง

กรณีแรก สามีกับภรรยา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4 กำหนดให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นหญิงสามารถฟ้องคดีเองได้โดยมิต้องขออนุญาตจากสามีก่อน กระนั้นมาตราดังกล่าวยังกำหนดข้อยกเว้นกรณีที่สามีสามารถฟ้องคดีอาญาแทนภรรยาได้ หากได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากภรรยา¹¹⁴ ในกรณีที่ภรณานั้นมิได้ถูกทำร้ายจนถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ภรรยาอยู่ในสภาพที่ฟ้องคดีเองได้ แต่ไม่ดำเนินคดีเองและได้อนุญาตให้สามีดำเนินคดีแทน หากเป็นกรณีที่ภรรยา มิได้อยู่ในสภาพที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีเองได้ เนื่องจากถูกทำร้ายจนถึงแก่ความตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้นั้น กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นให้สามีสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแทนเฉพาะความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องกับความตายหรือการบาดเจ็บของภรรยาเท่านั้น ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2)¹¹⁵ ข้อพิจารณาประการสำคัญคือ ความเป็นสามีภรณากันนั้นจะต้องเป็นสามีภรณาโดยชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁶ และการกระทำความผิดอาญาที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นการกระทำความผิดซึ่งเกิดขึ้นขณะเป็นสามีภรณากัน หากเป็นการกระทำความผิดซึ่งเกิดขึ้นก่อน ต้องให้ผู้เสียหายเป็นฝ่ายดำเนินคดีเอง

กรณีผู้แทนโดยชอบธรรม หรือผู้อนุบาล เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ให้บุคคลดังกล่าวจัดการแทนผู้เยาว์ เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดซึ่งได้กระทำกับผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถผู้อยู่ในความดูแลของตน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (1) การเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมนั้นจะต้องเป็นความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง

¹¹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 4 “ในคดีอาญาซึ่งผู้เสียหายเป็นหญิงมีสามี หญิงนั้นมีสิทธิฟ้องคดีได้เองโดยมิต้องได้รับอนุญาตของสามีก่อน

ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 5 (2) สามีมีสิทธิฟ้องคดีอาญาแทนภรรยาได้ ต่อเมื่อได้รับอนุญาตโดยชัดแจ้งจากภรรยา”

¹¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 “บุคคลเหล่านี้จัดการแทนผู้เสียหายได้

(๑) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล เฉพาะแต่ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแล

(๒) ผู้บุพการีผู้สืบสันดาน สามีหรือภรรยาเฉพาะแต่ในความผิดอาญาซึ่งผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้

(๓) ผู้จัดการหรือผู้แทนอื่น ๆ ของนิติบุคคล เฉพาะความผิดซึ่งกระทำลงแก่นิติบุคคลนั้น”

¹¹⁶ จุลสิงห์ วสันตสิงห์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 (มาตรา 1 - มาตรา 119) พร้อมด้วยอย่างคำถาม - คำตอบ จนถึงปี พ.ศ. 2552, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 26.

และพาณิชย์¹¹⁷ ดังนั้นจึงหมายความว่า บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้แทนโดยชอบธรรมที่ศาลตั้งเนืองมาจากผู้เยาว์ไม่มีบิดามารดา หรือบิดามารดาถูกถอนอำนาจปกครอง และผู้รับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/28 สำหรับผู้อนุบาลนั้น เนื่องจากมาตราดังกล่าวกฎหมายกำหนดว่า “ผู้ไร้ความสามารถ” มิใช่ “คนไร้ความสามารถ” อันศาลจะต้องมีคำสั่งให้คนวิกลจริตเป็นคนไร้ความสามารถ ดังนั้น ผู้อนุบาลตามมาตรา 1598/28 นี้จึงหมายความว่า ผู้อนุบาลตามกฎหมายซึ่งศาลแต่งตั้งและผู้อนุบาลตามความเป็นจริง¹¹⁸

กรณีต่อมาเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในฐานะที่เป็นผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) กำหนดให้บุคคลดังกล่าวมีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายในกรณีซึ่งผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจัดการเองได้ ผู้บุพการีนั้นหมายถึง ผู้ที่สืบสาโลหิตโดยตรงขึ้นไปของผู้เสียหายอันได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ทวด¹¹⁹ และผู้สืบสันดานนั้นหมายความว่า ผู้ที่สืบสาโลหิตโดยตรงลงมาของผู้เสียหายอันได้แก่ ลูก หลาน เหลน ลื้อ¹²⁰ การเป็นผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานตามบทบัญญัติมาตรานี้หมายความว่า ความสัมพันธ์ตามความเป็นจริง¹²¹ ดังนั้นบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมายของผู้เสียหายจึงเป็นผู้บุพการีตามมาตรา 5 (2) ด้วยเช่นกัน เพราะเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ตามสาโลหิตตามความเป็นจริง และด้วยเหตุผลเดียวกันนั้นเองทำให้ผู้รับบุตรบุญธรรม และบุตรบุญธรรมมิได้อยู่ในฐานะผู้บุพการีและผู้สืบสันดาน เพราะมิได้สืบสาโลหิตโดยตรงมาจากผู้รับบุตรบุญธรรม¹²² ข้อพิจารณาประการหนึ่งคือ กฎหมายจำกัดให้เฉพาะผู้บุพการี

¹¹⁷ ธาปิต เกศวพิทักษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 ภาค 1-2 (มาตรา 1-156), พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์, 2555), หน้า 126.

¹¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 132.

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน

¹²⁰ เรื่องเดียวกัน

¹²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1384/2516 (ประชุมใหญ่) “ผู้บุพการีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5(2) นั้น หมายถึงผู้บุพการีตามความเป็นจริง โจทก์กับนางล้นแต่งงานกันโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย ผู้ตายอายุ 17 ปี ยังเป็นผู้เยาว์ เป็นบุตรอยู่เรือนเดียวกันและอยู่ในความปกครองของโจทก์กับนางล้น โจทก์เป็นผู้ไปแจ้งการเกิดว่าผู้ตายเป็นบุตรของตน และเป็นผู้ให้การศึกษาแก่ผู้ตายตลอดมา แต่โจทก์ไม่เคยยื่นคำร้องต่ออำเภอรับรองผู้ตายว่าเป็นบุตร แม้ผู้ตายจะมีบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ แต่โจทก์ก็เป็นผู้บุพการีของผู้ตายตามความเป็นจริง เมื่อผู้ตายถูกจำเลยทำร้ายถึงแก่ความตาย โจทก์ซึ่งเป็นผู้บุพการีตามความเป็นจริงของผู้ตายย่อมมีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้ตายได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 303/2497 (ประชุมใหญ่) “คำว่า ผู้สืบสันดาน” นั้นประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) มิได้จำกัดความไว้อย่างใดดังนั้นย่อมหมายถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง ในคดีที่อัยการฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยเจตนามารดาในฐานะผู้ปกครองบุตรนอกสมรสของผู้ตายมีสิทธิร้องขอเข้าเป็นโจทก์ร่วมและศาลมีอำนาจสั่งให้ไต่สวนได้”

¹²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2509 “คำว่าสืบสันดานตามพจนานุกรมหมายความว่าสืบเชื้อสายมาโดยตรง และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1586, 1587, 1627 แสดงว่า บุตรบุญธรรมย่อมมีฐานะแตกต่างกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย

และผู้สืบสันดานของผู้เสียหายเท่านั้นที่มีอำนาจจัดการแทน ดังนั้นบุคคลอื่นแม้จะเป็นญาติใกล้ชิดสนิทสนมกับผู้เสียหาย เช่น พี่น้อง¹²³ หรือลุง ป้า น้า อา จะไม่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย

2. การให้ความสำคัญกับผู้ใกล้ชิดในเรื่องการคุ้มครองพยาน และ

คำตอบแทนแก่พยานในคดีอาญา

พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการการคุ้มครองพยาน และสิทธิการได้รับคำตอบแทนและค่าใช้จ่ายแก่พยานในคดีอาญาไว้ในมาตรา 7 11 15 และ 18¹²⁴ กล่าวคือ ในกรณีที่พยานเห็นว่าสามี ภรรยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน และบุคคลอื่นซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานจะไม่ได้ได้รับความปลอดภัย หากพยานจะมาหรือได้มาเป็นพยาน พยานนั้นสามารถร้องขอให้นำมาตราการพิเศษมาใช้คุ้มครองบุคคลดังกล่าวได้ และกฎหมายกำหนดถึง ผู้ที่มีสิทธิได้รับคำตอบแทนและค่าใช้จ่ายแก่พยานในคดีอาญาได้แก่บุคคลซึ่งเป็นพยาน

ของผู้รับบุตรบุญธรรม และผู้รับบุตรบุญธรรมก็มีฐานะต่างกับบุพการีโดยตรงของบุตรบุญธรรมอยู่หลายประการ มาตรา 1586,1627 เป็นบทบัญญัติพิเศษให้สิทธิบางประการแก่บุตรบุญธรรมในทางแพ่งเกี่ยวกับสัมพันธ์ทางครอบครัวและมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ต้องใช้โดยเคร่งครัด เฉพาะการตีความถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาก็ต้องตีความโดยเคร่งครัด จึงหาข้อที่จะนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวมาใช้ตีความคำว่าผู้สืบสันดาน ตามมาตรา 71 วรรคสอง ไม่ บุตรบุญธรรมจึงไม่ใช่ผู้สืบสันดานกระทำต่อบุพการีตามมาตรา 71 จึงยอมความไม่ได้”

¹²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5917/2545 ศาลวินิจฉัยได้ความว่า “ผู้ร้องเป็นพี่ชายผู้ตาย มิใช่บุคคลที่มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 (2) บัญญัติไว้ จึงไม่อาจร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ในคดีนี้ได้ ที่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าผู้ร้องขอเข้าร่วมเป็นโจทก์ไม่ได้จึงชอบแล้ว ส่วนที่ผู้ร้องฎีกาขอให้ลงโทษจำเลยตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นนั้น ศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัย”

¹²⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญาพ.ศ.2546 มาตรา 7 “ในกรณีที่สามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยานหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานซึ่งมีผลต่อการที่พยานจะมาเป็นพยานอาจไม่ได้รับความปลอดภัยและพยานได้ขอร้องให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องพิจารณานำมาตรการทั่วไปในการคุ้มครองพยานมาใช้บังคับแก่บุคคลดังกล่าวได้ตามความจำเป็นที่เห็นสมควร เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะไม่ให้ความยินยอม”

มาตรา 11 “ในกรณีที่สามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานของพยาน หรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานซึ่งมีผลต่อการที่พยานจะมาเป็นพยานอาจไม่ได้รับความปลอดภัยและพยานได้ร้องขอให้นำมาตรการพิเศษในการคุ้มครองพยานมาใช้บังคับแก่บุคคลดังกล่าวได้ เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะไม่ให้ความยินยอม”

มาตรา 15 “ในกรณีเกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของพยานหรือสามี ภริยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยาน เพราะมีการกระทำผิดอาญาโดยเจตนาเนื่องจากการที่พยานจะมาหรือได้มาเป็นพยานบุคคลนั้นมิมีสิทธิได้รับคำตอบแทนที่จำเป็นและสมควร

คำตอบแทนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนดโดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลัง

ในกรณีที่บุคคลตามวรรคหนึ่งปฏิเสธการได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 9 หรือมาตรา 11 แล้วแต่กรณี บุคคลดังกล่าวไม่มีสิทธิได้รับคำตอบแทน”

สามี ภรรยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน และบุคคลอื่นซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยาน ในกรณีที่มีการกระทำความผิดอาญาโดยเจตนาเนื่องจากการที่พยานจะมาหรือได้มาเป็นพยาน

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว รวมถึงระเบียบที่เกี่ยวข้องเช่น ระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายแก่พยาน สามี ภรรยา ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานในคดีอาญา พ.ศ.2547 หรือระเบียบกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพว่าด้วยหลักเกณฑ์การแจ้ง วิธีการให้ความคุ้มครอง และการสิ้นสุดการคุ้มครองตามมาตราการทั่วไปแก่พยานในคดีอาญา พ.ศ.2551 มิได้ให้ความหมายหรือกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพยานว่าหมายความว่าความถึงบุคคลใด หรือมีหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าจะต้องเป็นความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นความสัมพันธ์ตามความเป็นจริง และจำกัดเฉพาะบุคคลในครอบครัวหรือญาติเท่านั้นหรือไม่ แต่จากแนวความคิดในการคุ้มครองพยาน นอกจากภัยอันตรายที่อาจเกิดขึ้นกับตัวพยานแล้ว ในความเป็นจริงครอบครัวหรือคนใกล้ชิดของพยานยังอาจถูกคุกคามหรือถูกใช้เป็นเครื่องมือเพื่อเป็นการบังคับมิให้บุคคลจะมาหรือได้มาเป็นพยาน¹²⁵รัฐจึงต้องให้ความคุ้มครองผู้ใกล้ชิดกับพยานด้วย ดังนั้นการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้จึงควรพิจารณาตามความเป็นจริง เพราะความสัมพันธ์ดังกล่าวจะมีอิทธิพลต่อความรู้สึกของพยานและส่งผลต่อการเป็นพยานมากที่สุด หากเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงว่า ในความเป็นจริงนั้นบุคคลดังกล่าวกับพยานอาจไม่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน หรือบุคคลที่ถูกคุกคามกับพยานไม่มีความสัมพันธ์กันตามกฎหมายแต่มีความสัมพันธ์กันตามความเป็นจริง เช่น เป็นเพื่อนสนิท คู่หมั้น หรือคนรัก หากกฎหมายไม่คุ้มครองบุคคลเหล่านี้ด้วย พยานอาจไม่กล้าเป็นพยานหรือให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์ ส่งผลให้มาตรการคุ้มครองพยานตามกฎหมายอาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในที่สุด ด้วยเหตุนี้ “ผู้มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิด” ควรพิจารณาจากความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงซึ่งสอดคล้องกับความรู้สึกของบุคคล

จากการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางกฎหมายอาญาพบว่า กฎหมายอาญาคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ประกอบกับสภาพแห่งความเป็นจริงของการกระทำความผิด บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามประมวลกฎหมายอาญาได้แก่ ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน คู่สมรสและพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตราใดที่ใช้คำว่า “ผู้สืบสันดาน”

¹²⁵ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานผลการศึกษาระดับสมบูรณณ์ โครงการศึกษาเพื่อพัฒนามาตรการพิเศษในการคุ้มครองพยานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546 ปีงบประมาณ 2551 (นนทบุรี: กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, 2551), หน้า 134.

หมายความถึงผู้สืบสันดานตามความเป็นจริง เช่นเดียวกันกับ “ผู้บุพการี” หมายความถึงผู้บุพการีตามความเป็นจริง¹²⁶ นอกจากนี้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นกรณีที่ผู้มีความสัมพันธ์เป็นผู้กระทำความผิด ทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดได้ว่าบุคคลใดเป็นผู้สืบสันดานหรือผู้บุพการีกับตนโดยตรง เช่น ความผิดฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินที่กระทำขึ้นระหว่างญาติหรือความผิดฐานฆ่าบุพการี

ในขณะที่กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้คำว่า บิดา มารดา บุตร หมายความถึงความสัมพันธ์ตามกฎหมาย ทั้งนี้บางกรณีเป็นเรื่องที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่อาจทราบได้ว่าบุคคลใดมีความสัมพันธ์กันอย่างไร จึงต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายที่บุคคลทั่วไปจะทราบถึงความสัมพันธ์ได้ เช่น ความผิดฐานพรากเด็ก หรือผู้เยาว์ หรือหมิ่นประมาทผู้ตาย บางกรณีเป็นกรณีที่กฎหมายคำนึงถึงสภาพความเป็นจริงว่าบุคคลใดสามารถกระทำความผิดได้ เช่น ความผิดฐานช่วยเหลือผู้ใกล้ชิดด้วยการทำลายพยานหลักฐาน ช่วยให้หลบหนีจากการถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง และช่วยเหลือบุคคลผู้เป็นสมาชิกอั้งยี่หรือช่องโจรที่กฎหมายกำหนดผู้กระทำความผิดที่จะได้รับการยกเว้นโทษคือ บิดามารดา บุตร คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะบุคคลเหล่านี้จะเป็นคนที่ช่วยเหลือผู้กระทำความผิดอย่างไม่คิดถึงผลประโยชน์อื่นตามหลักของความเป็นจริง ประกอบกับในสภาพความเป็นจริงผู้บุพการีคนอื่นๆ เช่น ปู่ ย่า ตา ยาย หรือผู้สืบสันดานอื่นๆ เช่น หลาน หลาน ลี้อ คงไม่กระทำความผิดเพื่อช่วยเหลือผู้กระทำความผิดเป็นแน่ ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความห่างระหว่างช่วงอายุ และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ยกมาศึกษาเห็นว่า เหตุที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต่างๆมีส่วนเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางอาญาต่างๆนั้น เพราะบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียซึ่งกันและกันไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง อาจจะเป็นส่วนได้เสียทางทรัพย์สินที่ไว้ร่วมกัน ชื่อเสียง หรือ การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน หรือแม้กระทั่งความเป็นปกติสุขในการอยู่อาศัยร่วมกัน กฎหมายจึงได้บัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมาตราต่างๆตามเจตนารมณ์นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เพื่อน แม้ว่าในความเป็นจริงจะมีความสนิทสนมเพียงใดก็ตาม แต่เมื่อไม่มีบทบัญญัติมาตราใดเลยที่กล่าวถึงเพื่อน ดังนั้นในมิติของกฎหมายจึงถือว่าเป็นความสัมพันธ์

¹²⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 450

เช่นเดียวกับบุคคลพึงมีกับบุคคลโดยทั่วไปนั่นเอง ทำให้ความสัมพันธ์ฉันเพื่อนไม่มีผลต่อความรับผิดชอบทางอาญาแตกต่างกับกรณีทั่วไป

กล่าวโดยสรุป ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้ใกล้ชิดตามประมวลกฎหมายอาญาคือ ผู้บุพการี ผู้สืบสันดานคู่สมรส และ พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกันซึ่งบุคคลเหล่านี้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในประโยชน์บางประการร่วมกันนั่นเอง

2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับเหตุบันดาลโทสะโดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

จากการพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะว่าเป็นเพียงเหตุลดโทษให้กับการกระทำความผิดเท่านั้น บางประเทศอาจลดโทษให้สำหรับการกระทำความผิดโดยทั่วไปในขณะที่บางประเทศอาจลดโทษให้เฉพาะการกระทำความผิดบางฐานสิ่งที่น่าพิจารณาประการต่อไปคือว่า เหตุใดกฎหมายจึงลดโทษให้กับการกระทำความผิดดังกล่าว สำหรับสาเหตุที่กฎหมายลดโทษให้กับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนั้นผู้เขียนขอนำเสนอแบ่งตามสำนักความคิดทางนิติปรัชญาที่เกี่ยวข้องได้ดังต่อไปนี้

- 2.3.1. สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติหรือปรัชญากฎหมายธรรมชาติ
- 2.3.2. สำนักความคิดทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism)
- 2.3.3. สำนักความคิดลัทธิอรรถประโยชน์นิยม

2.3.1 สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติหรือปรัชญากฎหมายธรรมชาติ

สำนักความคิดนี้มีความเชื่อว่ามีกฎหมายธรรมชาติปรากฏขึ้นเองตามธรรมชาติ¹²⁷ มนุษย์ไม่ได้เป็นผู้สร้างขึ้น หากเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในอุดมคติซึ่งมีสภาพบังคับเหนือกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้น โดยกฎหมายธรรมชาติมาจากกฎหรือระเบียบของธรรมชาติหรือทุกสรรพสิ่งบนโลก มนุษย์สามารถค้นพบได้ด้วยเหตุผลและสามารถบังคับใช้ได้ทุกสถานที่ ทุกสถานการณ์

จากแนวความคิดของสำนักความคิดนี้สามารถอธิบายเหตุผลเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้ว่า กฎหมายได้คำนึงถึงธรรมชาติของมนุษย์เมื่อถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่

¹²⁷ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 155

เป็นธรรมชาติแล้วจะไม่สามารถใช้สติควบคุมการแสดงพฤติกรรมของตนได้ตามปกติ ดังนั้นพฤติกรรมอันไม่พึงประสงค์ซึ่งรวมถึงการกระทำที่ผิดจรรยาบรรณอาจเกิดขึ้นเพราะการขมเหงเช่นว่านั้นได้ ทั้งๆที่มนุษย์ไม่ได้มีความตั้งใจที่จะกระทำผิดมาก่อนแนวความคิดดังกล่าวนี้สามารถอธิบายในรายละเอียดได้ดังนี้

1. ทฤษฎีความโกรธคือความเดือดดาล (Theory of Akrasia)

หลักการนี้มีที่มาจากแนวความคิดของ Aristotle¹²⁸ ในหนังสือ Nicomachean Ethic ว่ารัฐสามารถลงโทษสำหรับการกระทำที่ควรตำหนิได้ในทางศีลธรรม เพราะรัฐมีเป้าหมายคือคุณธรรมของมนุษย์และความสุขของมนุษย์ซึ่งความสุขที่แท้จริงของมนุษย์นั้นขึ้นอยู่กับความดี สำหรับคุณธรรมนั้นสำนักความคิดของ Aristotle อธิบายว่าเป็น “สถานะของบุคลิกลักษณะของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทางเลือกซึ่งขึ้นอยู่กับความเหมาะสม ความเหมาะสมเกี่ยวข้องกับตัวเรานั้นจะถูกกำหนดด้วยหลักการของเหตุผล และหลักการของเหตุผลนั้นจะถูกกำหนดโดยภูมิปัญญาของมนุษย์”¹²⁹ การไม่สามารถปฏิบัติตามคุณธรรมได้คือการกระทำที่ควรถูกตำหนิได้ในทางศีลธรรม การลงโทษของรัฐจะเป็นสิ่งที่กำหนดให้มนุษย์ยับยั้งชั่งใจในการกระทำที่เบี่ยงเบนไปจากคุณธรรมและจะช่วยให้มนุษย์ปฏิบัติแต่สิ่งที่เป็นความดี เพราะความเจ็บปวดจากการถูกลงโทษจะทำให้มนุษย์ต้องกระทำแต่สิ่งที่ดี และการลงโทษยังเป็นการรักษาโรคป่วยทางศีลธรรมได้อีกด้วย

กล่าวอีกนัยหนึ่ง คุณธรรม คือ ความสามารถของมนุษย์ที่จะเลือกทำสิ่งที่เหมาะสมในสถานการณ์หนึ่งๆที่เกิดขึ้น¹³⁰ ความเหมาะสมคือทางเลือกที่ไม่สุดโต่งเกินไปหรือหย่อนเกินไป หรือเรียกว่าทางสายกลางนั่นเอง ในแง่ของบันดาลโทสะนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับเกียรติยศศักดิ์ศรีกับความโกรธ ความภาคภูมิใจกับอารมณ์ที่ดี ความโกรธจะเกิดขึ้นเนื่องจากการถูกละเมิดเกียรติยศอย่างใดอย่าง

¹²⁸ Michael Da Silva, “Quantifying Desert Prior to the Rightful Condition: Towards a Theoretical Understanding of the Provocation Defence”, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, January 2013, 26 Can. J.L. &Juris. 49,p.64

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid

หนึ่งของบุคคลเป็นพื้นฐาน ความภาคภูมิใจคือการพิจารณาเกียรติยศศักดิ์ศรีในภาพรวม ในขณะที่
 อารมณ์ที่ดีจะอยู่ระหว่างความไม่โห่ร้ายกับความไม่โห่¹³¹

Aristotle คาดหมายว่ามนุษย์สามารถโกรธได้เป็นบางเวลาแต่เฉพาะบางเรื่อง บางสิ่งและ
 ระยะเวลาหนึ่ง¹³²เท่านั้นดังนี้

*คุณงามความดีฉันทหมายถึงคุณงามความดีทางศีลธรรม
 เนื่องจากว่าสิ่งนี้เกี่ยวข้องกับความรู้สึกและการกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับความ
 มากไป น้อยไป หรือเหมาะสม ตัวอย่างที่เป็นไปได้คือ ความกลัว โกรธ มั่นใจ
 ประารถนา เสียใจ ดีใจ เจ็บปวดความรู้สึกมากหรือน้อยล้วนเป็นสิ่งที่ผิด แต่
 ความรู้สึกเหล่านี้ถ้าหากเกิดขึ้นถูกที่ถูกเวลากับบุคคลที่ถูกต้อง ในระดับที่
 เหมาะสม เพื่อจะมีความรู้สึกอย่างเหมาะสมนั่นคือสิ่งที่ดีที่สุด นั่นคือ
 สัญลักษณ์ของคุณงามความดี¹³³*

ในความคิดของ Aristotle สามารถพิจารณาได้ว่าบันดาลโทษจะต้องประกอบด้วย การ
 ควบคุมตนเองประการหนึ่ง กับความรู้สึกโกรธอีกประการหนึ่งความโกรธนั้นจะเกี่ยวข้องกับคุณงาม
 ความดีประการหนึ่งคือ ซันติ¹³⁴ หรือความอดทนอดกลั้นซึ่งเป็นคุณธรรมที่กำหนดให้ความโกรธจะต้อง
 เกิดขึ้นถูกที่ถูกเวลานอกจากนั้นการโกรธยังต้องอยู่ภายใต้เหตุผล คือ การใช้เหตุผลที่จะตัดสินใจทาง
 ศีลธรรมอย่างถูกต้องว่าการแก้แค้นจะต้องได้สัดส่วนกับความยุติธรรมที่เกิดขึ้นดังนั้นความโกรธจึง
 ประกอบไปด้วยความรู้สึก ความปรารถนาและเหตุผลในแง่ของการตัดสินใจทางศีลธรรม

Aristotle แบ่งคนออกเป็นสามประเภทตามการตัดสินใจและการตอบโต้ กล่าวคือ คนที่มี
 คุณธรรมคือซันติ คนที่ควบคุมตนเองได้ และคนที่ไม่สามารถควบคุมตนเองได้ บุคคลประเภทต่างๆ
 สามารถอธิบายได้ดังนี้¹³⁵

คนที่มีคุณธรรมหรือซันติในตัวเองจะสามารถประเมินถึงระดับของการข่มเหงที่เกิดขึ้นกับตน
 ได้อย่างถูกต้อง จากนั้นจะตัดสินใจแก้แค้นทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนด้วยวิธีการที่ได้สัดส่วน
 กับความร้ายแรงของการข่มเหง และลงมือตอบโต้กับผู้ข่มเหงตามที่ตัดสินใจไว้ ในสภาวะเช่นนี้จะ
 เกิดความยุติธรรมเชิงแก้แค้นทดแทน (Retributive Justice)

¹³¹ Ibid,p.66

¹³² Ibid,p.65

¹³³Jeremy Horder, *Provocation and Responsibility*,p.44

¹³⁴Ibid.

¹³⁵Ibid,pp.49-60

คนที่ควบคุมตนเองได้ แม้ว่าจะประเมินถึงระดับของการข่มเหงที่เกิดขึ้นกับตนได้เกินกว่าที่ผู้ข่มเหงได้ข่มเหงจริง และมีความปรารถนาที่จะแก้แค้นทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนด้วยวิธีการเกินกว่าความร้ายแรงของการข่มเหงที่ตนได้รับ แต่การตัดสินใจลงมือจะมีการใช้เหตุผลควบคุมตนเองให้ลงมือด้วยวิธีการที่เหมาะสมได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการข่มเหง และลงมือตอบโต้กับผู้ข่มเหงตามที่ได้ตัดสินใจไว้ ในสภาวะเช่นนี้จะเกิดความยุติธรรมเชิงแก้แค้นทดแทน (Retributive Justice) เช่นเดียวกัน

สำหรับประเภทสุดท้าย ผู้ที่ปราศจากการควบคุมตนเอง บุคคลประเภทนี้จะประเมินความร้ายแรงจากการข่มเหงที่เกิดขึ้นกับตนเกินไปกว่าความเป็นจริง มีความปรารถนาที่จะตอบโต้รุนแรงกว่าความร้ายแรงจากการข่มเหงโดยที่เหตุผลไม่สามารถควบคุมความปรารถนานั้นได้ และมีการลงมือตอบโต้กับผู้ข่มเหงตามความปรารถนาดังกล่าว บุคคลประเภทนี้จึงเป็นผู้ที่กระทำการใดๆตามความปรารถนาของตนเองมากกว่าเหตุผล หรือ “Akrates” สภาพเช่นนี้จะเกิดความเดือดดาลและกระทำความผิดขึ้นด้วยเพราะผู้กระทำบ้านดาลโทสะ

การที่ผู้เสียหายได้ข่มเหงผู้กระทำความผิดด้วยการดูถูก ทำร้าย ใช้กำลังกับผู้กระทำความผิด กระทำชู้กับคู่ครองของผู้กระทำความผิดหรือข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด พิจารณาได้ว่าการข่มเหงนั้นผู้ข่มเหงได้กระทำให้เกิดความอยุติธรรมขึ้นและเอาเปรียบผู้กระทำความผิด¹³⁶ การเอาเปรียบนั้นเป็นการได้ผลประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดเสียผลประโยชน์ไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น การสูญเสียความน่าเคารพนับถือ ความซื่อสัตย์ ศักดิ์ศรี ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพ เป็นต้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง แนวความคิดนี้พิจารณาว่า การข่มเหงผู้ใกล้ชิดนั้นคือการข่มเหงตัวผู้กระทำความผิดในเวลาเดียวกันนั่นเอง เพราะเป็นเรื่องที่กระทบถึงเกียรติยศศักดิ์ศรีของผู้กระทำความผิดในเวลาเดียวกัน และสามารถพิจารณาอีกนัยหนึ่งได้ว่า การข่มเหงต่อผู้ใกล้ชิดเป็นการกระทบกระเทือนถึงส่วนได้เสียของผู้กระทำความผิด เช่น หากทำร้ายผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานย่อมจะกระทบกระเทือนถึงการอุปการะเลี้ยงดูหรือการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวอย่างเป็นปกติสุขของผู้กระทำความผิด จึงเป็นการข่มเหงถึงผู้กระทำความผิดในเวลาเดียวกันด้วย

การข่มเหงเช่นนี้จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความโกรธจากประสบการณ์เกี่ยวกับความอยุติธรรมที่เกิดขึ้นอย่างร้ายแรงและมีความปรารถนาที่จะแก้แค้นให้กับสิ่งที่สูญเสียไป เมื่อผู้กระทำความผิดโกรธจนไม่สามารถควบคุมตนเองได้ ตัณหาที่อยู่ภายในใจมนุษย์จะบังคับให้มนุษย์ตัดสินใจแก้แค้นโดยปราศจากการรับฟังเหตุผลใดๆที่จะยับยั้งซึ่งใจได้ว่าควรจะทำหรือไม่กระทำความผิด และ

¹³⁶ Ibid.,p.34

ควรตอบโต้ด้วยวิธีการที่ได้สัดส่วนกับการข่มเหงหรือไม่ ความโกรธตามสำนักของ Aristotle ที่ไม่สามารถยับยั้งชั่งใจได้คือความเดือดดาล (Anger as Outrage)¹³⁷

กรณีผู้เสียหายข่มเหงผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ที่กระทำความผิดสามารถอธิบายได้ว่าการข่มเหงดังกล่าวจะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดประสบการณ์เกี่ยวกับความยุติธรรมขึ้นจากการสูญเสียความน่าเคารพนับถือ เกียรติยศศักดิ์ศรี เพราะตนไม่สามารถคุ้มครองปกป้องผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับตนไม่ให้ถูกข่มเหงได้¹³⁸ ความร้ายแรงของการตอบโต้ผู้ข่มเหงจะขึ้นอยู่กับว่าผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่สามารถควบคุมตนเองได้หรือไม่ หากผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่ไม่สามารถใช้เหตุผลควบคุมการกระทำของตนเองให้ได้สัดส่วนกับการข่มเหง กระทำความผิดจึงเกิดขึ้น

2. ทฤษฎีการสูญเสียเหตุผลในการควบคุมตนเอง

ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานมาจากความสัมพันธ์ระหว่างความรู้สึกกับเหตุผลของมนุษย์ โดยอธิบายได้ว่าขณะที่โกรธมากมนุษย์จะสูญเสียการควบคุมตนเองไปชั่วขณะหนึ่งจนไม่สามารถควบคุมตนเองได้ การกระทำความผิดจึงเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าว โดยสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

David Hume เห็นว่า เหตุผลเป็นเพียงทาสของอารมณ์ และไม่มีสิ่งใดจะตัดทานได้ นอกเสียจากต้องทำเครพตามที่อารมณ์เรียกร้อง¹³⁹ ตัวอย่างที่ดีที่สุดของอารมณ์คือความโกรธหรือโทสะนั่นเอง เมื่อใดก็ตามที่ถูกโทสะครอบงำ นั่นคือเหตุผลได้อยู่ภายใต้การครอบงำของอารมณ์เสียแล้ว ดังนั้นเมื่อมีผู้มาข่มเหง บุคคลย่อมจะเกิดโทสะและได้กระทำไปเพราะเหตุผลได้ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของโทสะ การกระทำที่เกิดขึ้นอาจจะเป็นการกระทำความผิดทางอาญาได้ หรือเพียงแต่แสดงความคับข้องจิตใจออกมา การข่มเหงผู้ใกล้ชิดก็เป็นการทำให้มนุษย์เกิดโทสะและตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของอารมณ์แฉะเช่นเดียวกันนั่นเอง การสูญเสียเหตุผลในการควบคุมตนเองจึงเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ เพราะเหตุผลเป็นเพียงทาสของอารมณ์ตามแนวความคิดนี้

Hawkins, Foster และ East¹⁴⁰ อธิบายว่าสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจะมีการเปลี่ยนแปลง กล่าวคือ การที่ผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงจากผู้เสียหายทำให้

¹³⁷ Ibid., pp.49-60

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ David Hume, *A Treatise on Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects; and Dialogues Concerning Natural Religion*, eds. Thomas Hill Green and Thomas Hodge Grose (London: Longmans, Green and Company, 1874), p. 195.

¹⁴⁰ Horder, J., *Provocation and Responsibility*, p.76

สูญเสียการควบคุมตนเองภายใต้เหตุผลไปชั่วขณะและถูกควบคุมด้วยตัณหาที่ต้องการแก้แค้น ดังนั้น การกระทำความผิดจึงเกิดขึ้น แต่การกระทำความผิดดังกล่าวนั้นปราศจากแรงปรารถนาที่ชั่วร้าย

Thomas Hobbes วิเคราะห์กลไกของความโกรธว่า เป็นความปรารถนาที่จะแก้แค้นซึ่งเกิดขึ้นจากปฏิกิริยาถูกใจจากปัจจัยภายนอก¹⁴¹ เช่น การชมเชย การยั่วโทสะ เป็นต้นมากระทบกับประสาทสัมผัสทั้งห้าส่งต่อไปที่สมองและจิตใจ ในแง่นี้ความโกรธจะเกิดขึ้นในสมองหรือจิตใจ จากนั้นจะก่อให้เกิดความรู้สึกตอบโต้ เมื่อความปรารถนาที่จะแก้แค้นมีความรุนแรงมากเนื่องจากการถูกชมเชยที่ถึงขนาด สิ่งนี้จะสร้างความจำเป็นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ให้เกิดขึ้นกับมนุษย์ซึ่งจะต้องทำตามแรงปรารถนา แม้การกระทำภายใต้แรงจูงใจเช่นนั้นจะยังคงเป็นการกระทำโดยสมัครใจ แต่สิ่งนี้เป็นความจำเป็นตามธรรมชาติ และไม่มีสิ่งใดภายในจิตวิญญาณของมนุษย์ที่จะสามารถยับยั้งธรรมชาติของการกระทำเช่นนี้ได้¹⁴² ความโกรธในความเห็นของ Hobbes เป็นการตอบสนองต่อสิ่งร้ายซึ่งเป็นปัจจัยภายนอก เช่น การชมเชย การยั่วโทสะ เป็นต้น การตอบสนองดังกล่าวเป็นไปตามสัญชาตญาณของมนุษย์เพื่อปกป้องตนเอง¹⁴³ ด้วยเหตุนี้ความโกรธ คืออารมณ์ความรู้สึกที่ทำให้เกิดการสูญเสียการควบคุมตนเอง (Anger as loss of Self-control) ภายใต้สถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งเท่านั้น

Stephen Garvey¹⁴⁴ ได้อธิบายหลักเกณฑ์ของการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะว่าเป็นเหตุผลโทษประการหนึ่งเพราะผู้กระทำความผิดไม่ได้มีเจตนากระทำความผิดร้ายแรงและมีความรับผิดชอบเพียงเพราะไม่ไยดีต่อกฎหมาย Garvey อธิบายเพิ่มเติมว่าหลักเกณฑ์ของการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 4 ประการดังนี้

ประการแรก มีการชมเชยอย่างร้ายแรง

ประการที่สอง การกระทำความผิดเกิดขึ้นในขณะที่ผู้กระทำบันดัลโทสะ

ประการที่สาม ผู้กระทำความผิดมีการสูญเสียการควบคุมตนเอง กล่าวคือ วิญญาณจะต้องมีการสูญเสียการควบคุมตนเองและกระทำความผิดเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิดเมื่อพิจารณาว่ามีการชมเชยเช่นเดียวกันเกิดขึ้น

ประการที่สี่ ข้อยกเว้นเพราะบันดัลโทสะเป็นเพียงข้อยกเว้นเพื่อลดโทษเมื่อผู้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์เงื่อนไขทั้งสามประการข้างต้นได้

สำหรับเงื่อนไขการสูญเสียการควบคุมตนเองนั้น Garvey อธิบายว่าเพราะผู้กระทำความผิดมีความเชื่ออย่างแน่แท้ในขณะว่ากฎหมายอนุญาตให้ตนกระทำความผิดได้หรือเข้าใจว่ากฎหมายไม่ห้าม

¹⁴¹Ibid,pp.82-83

¹⁴²Ibid.

¹⁴³ Ibid, p.68

¹⁴⁴ Brett Shawn, "IT COULD HAPPEN TO THE BEST OF US: A THEORY OF PROVOCATION ", 5 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 175,pp 178-186

นอกจากนี้มนุษย์ยังมีกระบวนการตัดสินใจ กล่าวคือ กระบวนการตัดสินใจประกอบด้วย การตัดสินใจคือทางเลือกที่บุคคลควรกระทำ กับความตั้งใจที่จะกระทำหรือไม่กระทำตามที่ได้ตัดสินใจ คือ ความต้องการของบุคคลที่จะทำสิ่งใดเพื่อให้ตนรู้สึกดีขึ้น ทั้งสองส่วนนี้ต้องการองค์ประกอบด้านการรับรู้ หากผู้กระทำความผิดมีการตัดสินใจกับความตั้งใจที่จะกระทำขัดแย้งกัน ผู้กระทำความผิดควรได้รับการลดโทษ ในกรณีบันดาลโทษ ผู้กระทำจะตัดสินใจกระทำความผิดเพราะการข่มเหงที่ผู้กระทำกำลังเผชิญหน้าอยู่ทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเชื่ออย่างมากว่ากฎหมายอนุญาตให้ตนกระทำความผิดได้ และการกระทำผิดจะก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างการตัดสินใจกับความรู้สึกของผู้กระทำความผิด ดังนั้นผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทษจะสมควรได้รับการลดโทษ

นอกจากนี้ Garvey ยังอธิบายถึงความขัดแย้งระหว่างความปรารถนาแรกกับความปรารถนารองว่าการควบคุมตนเองต้องการเงื่อนไขของความขัดแย้งระหว่างความปรารถนาแรกกับความปรารถนารอง กล่าวคือ トラบใดที่ความปรารถนาแรกขัดแย้งกับความปรารถนาแรกและมีอิทธิพลควบคุมความปรารถนาแรก トラบนั้นจะมีการควบคุมตนเอง เช่น ความปรารถนาแรกคือการกระทำ ความผิด ความปรารถนารองคือการปฏิบัติตามกฎหมาย กรณีที่ความปรารถนาที่จะปฏิบัติตามกฎหมายมีอิทธิพลมากกว่า การกระทำความผิดจะไม่เกิดขึ้น แต่ในกรณีบันดาลโทษ เมื่อมีการข่มเหงอย่างร้ายแรงเกิดขึ้น ความปรารถนาที่จะกระทำความผิดจะมีอิทธิพลเหนือการปฏิบัติตามกฎหมาย เพราะผู้กระทำความผิดมีความเชื่อว่าตนกระทำถูกต้องในทางศีลธรรมจึงไม่สนใจการปฏิบัติตามกฎหมายอีกต่อไป

Glanville Williams อธิบายว่าการใช้คำว่า “สูญเสียการควบคุมตนเอง” จะทำให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง¹⁴⁵ เพราะผู้ที่กระทำความผิดคือผู้ที่ไม่สามารถควบคุมตนเองได้แน่นอนในขณะที่ผู้ที่โกรธแต่ไม่กระทำความผิดจะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ที่สามารถควบคุมตนเองได้ ดังนั้นจึงควรใช้คำว่า “บันดาลโทษ” หรือ “การจำกัดเหตุผล” หรือ “ความสามารถในการตัดสินใจถูกจำกัดไว้ชั่วคราว” นอกจากนี้การที่จะสูญเสียการควบคุมตนเองได้จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการดังนี้

ประการแรก ผู้กระทำจะต้องกระทำความผิดเพราะถูกยั่วโทษ ดังนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการยั่วโทษและการกระทำความผิด

ประการที่สอง การยั่วโทษนั้นจะต้องร้ายแรงเพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดด้วยอารมณ์ในขณะนั้นโดยไม่มีโอกาสใช้เหตุผลไตร่ตรอง

¹⁴⁵ Glanville Williams, *Textbook of criminal law* (London : Stevens, 1978),pp.480-481

สอดคล้องกันกับที่ Stephen Morse มีความเห็นว่า ความรับผิดชอบทางอาญาที่แตกต่างกันควรแตกต่างกันตามกระบวนการคิดที่แตกต่างกันในการกระทำใดการกระทำหนึ่ง Morse ไม่เห็นด้วยกับการใช้คำว่า “สูญเสียการควบคุมตนเอง” เพราะการกระทำความผิดโดยเจตนาจะต้องอยู่ในการควบคุมตนเองให้กระทำความผิด เพียงแต่ว่าการคาดการณ์หรือกระบวนการคิดของบุคคลอาจผิดเพี้ยนไปจากปกติได้ตามอารมณ์ความรู้สึกที่เกิดขึ้น ในกรณีของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะก็เช่นเดียวกัน ผู้กระทำก็ได้กระทำความผิดโดยเจตนาเพียงแต่ว่ามีเหตุอันสมควรลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น การข่มเหงอย่างร้ายแรงไม่ได้ทำให้ผู้ถูกข่มเหงจะต้องกระทำความผิดเสมอไป แต่การกระทำความผิดเกิดขึ้นเนื่องจากการข่มเหงไปทำให้กระบวนการคิดการใช้เหตุผลของผู้ถูกข่มเหงมีประสิทธิภาพน้อยลงเท่านั้น

กระบวนการคิดอย่างมีเหตุผลต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ¹⁴⁶ คือ ประการแรก ความสามารถที่จะรับรู้ข้อเท็จจริงอย่างถูกต้อง ประการที่สอง การสร้างความเชื่ออย่างสมเหตุสมผล และประการสุดท้าย กระบวนการให้เหตุผลอย่างเป็นประโยชน์ซึ่งรวมถึงการชั่งน้ำหนักข้อเท็จจริงอย่างเหมาะสมและเป็นไปตามความพึงพอใจ การพิจารณาว่ากระบวนการคิดของบุคคลใดไม่มีเหตุผลไม่ใช่แต่เพียงการปรากฏว่ามีความพึงพอใจหรือความปรารถนาที่แตกต่างไปจากปกติหรือการชอบทำลายตนเอง นอกจากนี้แนวความคิดนี้ยังไม่ปรับใช้กับผู้กระทำความผิดที่มีความคิดความเชื่อแตกต่างไปจากบรรทัดฐานของสังคม เช่น ผู้ที่มีความเชื่อว่าผู้ที่ปฏิบัติตามกฎหมายคือคนไม่ฉลาด หรือ การจะได้สิ่งของมาคือการฆ่าเจ้าของร้าน เป็นต้น

การข่มเหงที่ทำให้เกิดการตอบสนองทางอารมณ์อย่างรุนแรงเท่านั้นที่จะทำให้ผู้ถูกข่มเหงถูกจำกัดการใช้เหตุผลจนทำให้กระบวนการรับรู้อย่างถูกต้องและการให้เหตุผลผิดไปจากปกติ สำหรับการตอบสนองทางอารมณ์อย่างรุนแรงนั้นได้แก่ ความโกรธ หรือความกลัวจะเป็นอารมณ์ที่สำคัญที่ทำให้กระบวนการใช้เหตุผลผิดพลาด เช่น กระบวนการรับรู้ของผู้ที่กลัวจะคิดว่าทุกอย่างในโลกกำลังข่มขู่เป็นอันตรายแก่ชีวิตร่างกาย หรือ ผู้ที่โกรธจะคิดว่าทุกอย่างในโลกก่อให้เกิดความยุติธรรมขึ้นกับตน จึงต้องการแก้แค้นทดแทน เป็นต้น

นอกจากนี้ การข่มเหงอย่างร้ายแรงทำให้ผู้ถูกข่มเหงเกิดทางเลือกที่ยากแก่การตัดสินใจ แต่ไม่ได้ทำให้ผู้กระทำสูญเสียความสามารถในการควบคุมตนเอง “ความยาก” ดังกล่าวมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

ประการแรก ผู้ถูกข่มเหงจะรับรู้ถึงการคุกคามที่ไม่ชอบธรรมซึ่งทำให้เกิดสถานการณ์ที่ไม่เป็นธรรมกับตน และตนจะรู้สึกอึดอัดกว่านี้หากไม่ได้กระทำความผิดทางอาญา

¹⁴⁶ Brett Shawn, “IT COULD HAPPEN TO THE BEST OF US: A THEORY OF PROVOCATION ”, pp 199-204

ประการที่สอง ผู้ถูกข่มเหงสามารถเลือกได้ว่าจะกระทำสิ่งใด ระหว่างการกระทำความผิด หรือการยินยอมรับความเจ็บปวดจากการข่มเหงอันไม่เป็นธรรม แต่ผู้ถูกข่มเหงรู้สึกว่าการกระทำความผิดเป็นทางเลือกที่ควรได้รับการให้อภัยเพราะคงไม่เป็นธรรมกับตนหากจะต้องอดทนในสถานการณ์เช่นนั้น

ประการสุดท้าย ผู้ถูกข่มเหงต้องไม่มีส่วนผิดในสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความยากยากสำหรับการตัดสินใจ แต่สถานการณ์นั้นจะก่อให้เกิดความยากในการตัดสินใจขึ้นและผู้ถูกข่มเหงไม่สามารถคาดหมายได้ว่าจะได้รับความเป็นธรรมหากเลือกที่จะหลีกเลี่ยงไม่กระทำความผิดในขณะนั้น

2.3.2 สำนักความคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism)

สำนักความคิดนี้มีความเชื่อที่ปฏิเสธกฎหมายในอุดมคติหรือกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายที่แท้จริงคือกฎหมายที่รัฐอธิปไตยใช้บังคับเท่านั้นคือกฎหมายที่แท้จริง¹⁴⁷ เพราะรัฐอธิปไตยคือผู้มีอำนาจสูงสุดที่จะกำหนดกฎหมายใดๆก็ได้ ความยุติธรรม ความถูกต้อง ความผิดกฎหมาย ความดี ความชั่วล้วนแล้วแต่เกิดขึ้นเพราะกฎหมายของรัฐอธิปไตยได้บัญญัติขึ้น

แนวความคิดของสำนักกฎหมายนี้สามารถอธิบายถึงที่ลัดโทษให้กับผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้ว่า บันดาลโทสะเป็นเรื่องที่กฎหมายให้ความสนใจกับผู้กระทำความผิดเนื่องจากฐานะที่ผู้กระทำความผิดเป็นมนุษย์คนหนึ่งที่มีอารมณอยู่เหนือการใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำของตนเอง นอกจากนี้ด้านการข่มเหงที่จะทำให้บุคคลบันดาลโทสะไม่ใช่การข่มเหงใดๆก็ได้ แต่จะต้องเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงเพียงพอในมุมมองของกฎหมาย¹⁴⁸ การที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำไปเพราะบันดาลโทสะตามความเป็นจริงเพียงอย่างเดียวจึงไม่เพียงพอที่กฎหมายจะลัดโทษให้ในบางประเทศ บันดาลโทสะเป็นกรณีจำเป็นที่กฎหมายต้องผ่อนคลายความเข้มงวดของอัตราโทษที่กำหนดไว้ตายตัวสำหรับความผิดฐานฆาตกรรม คือ ประหารชีวิต¹⁴⁹ ในทางกลับกันหากกฎหมายไม่ประสงค์จะลัดโทษให้กับผู้กระทำความผิดเพราะเหตุบันดาลโทสะก็สามารถที่จะกำหนดให้รับโทษโดยไม่มีเหตุลัดโทษดังกล่าวก็ได้ ดังนั้น แนวความคิดของสำนักกฎหมายนี้สามารถอธิบายถึงที่ลัดโทษให้กับผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้ว่า บันดาลโทสะเป็นเรื่องที่กฎหมายให้ความสนใจกับผู้กระทำความผิด

¹⁴⁷ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 258-259

¹⁴⁸Clark and Marshall William Lawrence, A treatise on the law of crimes : (Clark & Marshall)6th ed. (Chicago : Callaghan, 1958),p 621.

¹⁴⁹ Glanville Williams, Textbook of criminal law,p 479.

เนื่องจากฐานะที่ผู้กระทำความผิดเป็นมนุษย์คนหนึ่งที่อาจมีอารมณ์อยู่เหนือการใช้เหตุผลไตร่ตรอง การกระทำของตนเอง บทบัญญัติของกฎหมายนั้นเองจึงเป็นที่มาของเหตุผลโทษเพราะบันดาลโทสะ¹⁵⁰

นอกจากนี้ John Austin เห็นว่าการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะควรเรื่องที่มีพิจารณาหรือให้ความสำคัญกับฐานะทางกฎหมายระหว่างเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำ (Justification) กับ เหตุที่เป็นข้ออ้างของผู้กระทำความผิด (Excuse)¹⁵¹ กล่าวคือ การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้น ผู้เสียหายมีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งทำให้กระตุนหรือช่วยการกระทำความผิดเกิดขึ้น การกระทำความผิดจึงมิได้มาจากความตั้งใจของผู้กระทำความผิดตั้งแต่แรก ส่วนนี้พิจารณาได้ว่า คือข้ออ้างของผู้กระทำความผิด ในขณะที่หากการข่มเหงของผู้เสียหายเป็นการทำให้บาดเจ็บ ผู้กระทำความผิดจึงต้องตอบโต้ พิจารณาได้ว่า ส่วนนี้คือเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำ กรณีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดก็เช่นเดียวกัน การข่มเหงนั้นเป็นการกระตุนหรือช่วยผู้กระทำความผิดจากการที่ผู้ใกล้ชิดกับตนถูกทำร้าย ส่วนนี้คือเหตุที่เป็นข้ออ้างของผู้กระทำความผิด หรือการทำร้ายผู้ใกล้ชิดเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจที่จะตอบโต้ ส่วนนี้พิจารณาได้ว่าเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำ

กรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงนั้น Andrew Ashworth¹⁵² มีความเห็นว่า การข่มเหงดังกล่าวเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงประเภทหนึ่งซึ่งอาจทำให้บุคคลบันดาลโทสะได้ เพราะการข่มเหงประเภทนี้มีองค์ประกอบของการกระทำความผิดตาม

¹⁵⁰โปรดศึกษาแนวความคิดนี้จากหมายเหตุท้ายพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2482 ซึ่งอธิบายว่า “การที่กฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษให้ลดน้อยลงนี้เพราะจำเลยในกรณีนี้ไม่ใช่เป็นคนชั่วร้ายมากนัก โดยจำเลยไม่ได้เป็นผู้ก่อเหตุขึ้นก่อน ทั้งได้กระทำไปโดยถูกกดขี่ข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรม การที่ศาลฎีกาตีความว่า “การกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” จึงอาจกระทำแก่ผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับจำเลยเองก็ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องเข้าใจว่าผู้ที่ถูกกระทำร้ายนี้จะต้องเกี่ยวข้องกับจำเลยโดยใกล้ชิดกันจนกระทั่งการทำร้ายในเวลาเดียวกันนั้นถือได้ว่าเป็นเหตุกดขี่ข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมด้วย ส่วนปัญหาที่ว่าความเกี่ยวข้องอย่างไรจึงจะถือว่าใกล้ชิดกับจำเลย ย่อมแล้วแต่ความรู้สึกรักใคร่ชอบพอซึ่งจำเลยมีต่อผู้ถูกกระทำร้ายเป็นกรณีๆ บุคคลยอมรับญาติพี่น้องของตนแตกต่างกัน และบุคคลคนเดียวกันอาจรักญาติคนนั้นน้อยก็ได้ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงว่ากฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษให้น้อยลงตามมาตรา 55 ก็เพราะกฎหมายเห็นใจว่าจำเลยถูกกดขี่ข่มเหง จึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับความรู้สึกของจำเลยโดยเฉพาะ โดยเหตุนี้จึงต้องถือว่าผู้กดขี่ข่มเหงไม่จำเป็นต้องทราบความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกกระทำร้ายกับจำเลย”

¹⁵¹ J. L. Austin, "A Plea for Excuses," *Proceedings of the Aristotelian Society* 57(1956): 3.

¹⁵² Andrew J. Ashworth, "The Doctrine of Provocation," *The Cambridge Law Journal* 35, 2 November (1976): 293.

กฎหมาย คือมีการทำร้ายร่างกาย หรือทำอันตรายต่อชีวิตของผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดนั่นเอง จึงสมควรที่ผู้กระทำความผิดควรจะได้รับ การลดโทษจากการกระทำความผิดเพราะถูกข่มเหงใน ลักษณะดังกล่าว

2.3.3 สำนักความคิดลัทธิอรรถประโยชน์นิยม

สำนักความคิดนี้มีความเชื่อว่ามนุษย์อยู่ภายใต้อิทธิพลของความสุขและความทุกข์ซึ่งสองสิ่งนี้ จะเป็นสิ่งที่ชี้นำการกระทำหรือไม่กระทำของมนุษย์ มนุษย์จะเป็นผู้เลือกว่าตนต้องการสิ่งใด และ โดยทั่วไปมนุษย์นิยมที่จะปฏิบัติแต่สิ่งที่ตนคิดว่าให้ความสุข¹⁵³ สำหรับในแง่กฎหมาย หลักเกณฑ์ที่ใช้ รับรองหรือปฏิเสธการกระทำใดๆจะต้องพิจารณาจากผลลัพธ์ซึ่งจะวัดจากการเพิ่มหรือลดความสุข ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำนั้นๆ อีกนัยหนึ่งคือกฎหมายที่ดีจะต้องสร้างความสุขให้กับ ประชาชน¹⁵⁴ และส่งเสริมให้คนเคารพกฎหมายบ้านเมืองยังผลให้อาชญากรรมลดลงในท้ายที่สุด นั่นเอง

สำหรับการลดโทษให้กับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอธิบายได้ว่าการกระทำ ความผิดในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดเป็นอันตรายต่อสังคมน้อยกว่าผู้กระทำความผิดโดยทั่วไป ดังนั้นจึง สมควรลดโทษเบากว่าผู้กระทำความผิดโดยทั่วไป ทั้งนี้มีแนวคิดที่สามารถอธิบายเพิ่มเติมได้คือหลัก ความเป็นอันตรายของผู้กระทำความผิด

แนวความคิดนี้เกิดขึ้นในปลายคริสต์ศตวรรษที่สิบหก โดยอธิบายได้ว่า การกระทำความผิด โดยบันดาลโทสะเป็นการกระทำความผิดที่มีอันตรายน้อยกว่าอาชญากรรมโดยปกติ¹⁵⁵ เพราะเป็น เรื่องของความอ่อนแอในจิตใจมนุษย์¹⁵⁶และเป็นเรื่องของความทดแทนความโกรธอย่างรุนแรงที่เกิดขึ้น จากการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง ทั้งผู้กระทำยังไม่มีเจตนาชั่วร้าย (Malice Aforethought) ที่ฝังลึกอยู่

¹⁵³Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Oxford: Clarendon Press,2000),p.14

¹⁵⁴จรัญ โฆษณานันท์, *นิติปรัชญา*(กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษา มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2532.), หน้า.209

¹⁵⁵ Jeremy Horder, *Provocation and Responsibility*,p.20 และ จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า.955

¹⁵⁶Rollin M Perkins, *Perkins on Criminal Law*, p.52

ในจิตใจ¹⁵⁷ ผู้กระทำความผิดมีเจตนาร้ายแต่เพียงผิวเผินซึ่งเกิดขึ้นเพราะความโกรธโดยฉับพลัน¹⁵⁸ และการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้นมิได้เกิดขึ้นจากความตั้งใจของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ แต่เป็นเรื่องที่ล้วนเกิดจากการกระทำหรือความตั้งใจของผู้อื่น¹⁵⁹ โดยเนื้อแท้แล้วผู้กระทำความผิดจึงมิใช่ผู้เป็นอันตรายต่อสังคม

เหตุผลในการลดโทษการกระทำความผิดเนื่องจากการบันดาลโทสะ คือ การกระทำความผิดเกิดขึ้นเนื่องจากปัจจัยภายนอกส่งผลกระทบให้ผู้กระทำความผิดควบคุมสติได้น้อยลง ผู้กระทำความผิดเช่นนี้เป็นภัยกับชุมชนน้อยกว่าผู้กระทำความผิดโดยทั่วไป ทั้งด้านการลงโทษซึ่งต้องสัมพันธ์ระหว่างการกระทำความผิดกับโทษที่จะได้รับ ก็มีเหตุที่ผู้เสียหายเองมีส่วนก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น ด้วยเหตุจึงสมควรมีการลดโทษให้กับผู้กระทำความผิด¹⁶⁰

สำหรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะพิจารณาได้ว่าผู้กระทำความผิดมีความชั่วน้อยกว่าผู้ที่เจตนากระทำความผิด และเมื่อกระทำความผิดแล้วก็มีโอกาสกระทำความผิดซ้ำหรือเป็นอันตรายต่อสังคมน้อยกว่าผู้ที่กระทำความผิดโดยมีเจตนา นอกจากนั้น เหตุผลอีกประการหนึ่งที่กฎหมายลดโทษให้กับผู้ที่กระทำความผิดโดยถูกยั่วโทสะเพราะว่า ผู้กระทำโดยถูกยั่วโทสะมีลักษณะไม่ร้ายแรงเท่ากับผู้กระทำความผิดโดยปกติ และถือเป็นการหักกลบลบความผิดกับคนที่ผิดคนแรกคือผู้เสียหาย เพราะเหตุว่าเป็นคนยั่วโทสะขึ้นก่อน จึงต้องลดความรับผิดชอบจากผู้กระทำความผิดจะต้องรับไป¹⁶¹ ดังนั้นจึงสมควรลดโทษให้กับผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

2.4 แนวคิดวัตถุประสงค์การลงโทษกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

นอกจากแนวความคิดที่อธิบายว่าการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงสามารถเกิดขึ้นได้อย่างไรดังที่ได้อธิบายไปข้างต้นเกี่ยวกับแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ แนวความคิดทฤษฎีปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย และสำนักความคิดลัทธิอรรถประโยชน์แล้ว แนวความคิดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์การลงโทษจะอธิบายถึงเหตุผลที่สมควรลดโทษให้การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง โดยวัตถุประสงค์ของการลงโทษประกอบด้วยวัตถุประสงค์ดังนี้

¹⁵⁷Ibid., p.53

¹⁵⁸คัมภีร์ แก้วเจริญ, “ฎีกาวิเคราะห์: บันดาลโทสะ: เหตุลดโทษตาม ป. อาญา”, หน้า.48

¹⁵⁹ Jeremy Bentham, *Theory of Legislation*, ed. Richard Hildreth, trans. Etienne Dumont (London: Trübner & CO. , 1864), p. 262.

¹⁶⁰Pierre Bouzat and Jean Pinatel, *Traite De Droit Penal Et De Criminologie Tome Iii Criminology*, 3 ed. (Paris: Librairie Dalloz, 1975), p. 638.

¹⁶¹ยื่นหยัด ใจสมุทร, เอกสารการสอนชุดวิชา 41231 กฎหมายอาญา 1 : ภาคบทบัญญัติทั่วไป, หน้า.235

- (1). การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)
- (2). การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Prevention)
- (3). การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้กระทำความผิดซ้ำ (Restraint)
- (4). การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)
- (5). การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคม (Deterrence)
- (6). การลงโทษเพื่อเป็นการสมานฉันท์ (Restoration)
- (7). การลงโทษเพื่อเป็นการให้การศึกษา (Education)

1. การลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษนี้เป็นวัตถุประสงค์ที่เก่าแก่ที่สุดและคำนึงถึงความรู้สึกตามธรรมชาติของมนุษย์มากที่สุด เป็นไปตามหลัก “*lex talionis*”¹⁶² อธิบายได้ว่าการลงโทษนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการแก้แค้นและทดแทนการกระทำผิดและความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อขึ้นต่อผู้เสียหายและสังคม โดยไม่คำนึงถึงสภาพของผู้กระทำความผิดแต่ละคนว่ามีเหตุอย่างไรในการกระทำความผิด¹⁶³ สำหรับการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนนั้นรองศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญได้อธิบายถึงทฤษฎีการลงโทษโดยรัฐด้วยทฤษฎีทดแทน (Retributive Theory) ว่าการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการคือ

ประการแรก การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย¹⁶⁴ กล่าวคือ การลงโทษต้องกระทำไปโดยเน้นที่ความรู้สึกของผู้เสียหายที่ต้องการแก้แค้น และต้องเป็นการทดแทนความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้น ความถูกต้องชอบธรรมของการลงโทษจึงขึ้นอยู่กับเป้าหมายทั้งสองประการเป็นสำคัญ

ประการต่อมา การลงโทษต้องก่อให้เกิดความเป็นธรรม อธิบายว่า จากความคิดเรื่องสัญญาประชาคม เมื่อมนุษย์มาอยู่ร่วมกันจะต้องมีกฎในการอยู่ร่วมกัน กฎหมายคือกฎหนึ่งที่จะคุ้มครองและเป็นกลไกในการก่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยของสังคม มนุษย์ทุกคนจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้สังคมเกิดความสงบ ดังนั้นผู้ใดกระทำความผิดอาญาขึ้นเท่ากับผู้นั้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนในการเคารพกฎหมายและถือเป็นการเอาเปรียบผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ของตน การลงโทษจึงมีขึ้น

¹⁶² Hammurabi's code, §230

¹⁶³ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 272.272

¹⁶⁴Ten, C. L., *Crime, Guilt, and Punishment: A Philosophical Introduction*, p. 50.

เพื่อให้ผู้กระทำผิดและผู้ปฏิบัติตามกฎหมายได้ทราบว่าการฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการเอาเปรียบผู้อื่นและจะต้องถูกลงโทษ¹⁶⁵ การลงโทษจึงต้องได้สัดส่วนกับสิ่งที่ผู้กระทำผิดได้เปรียบไปจากสังคมเสมือนการชำระหนี้

ประการสุดท้าย การลงโทษต้องได้สัดส่วนกับความผิด (Proportionality of Punishment)¹⁶⁶ อธิบายได้ว่า การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อขึ้น เว้นแต่เพื่อปกป้องสังคมเป็นกรณีพิเศษการลงโทษจึงจะสูงกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ในทางกลับกันการลงโทษอาจจะมีสัดส่วนน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะผู้กระทำความผิดไม่มีโอกาสที่จะกระทำความผิดนั้นได้อีก

กรณีผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะพิจารณาได้ว่า ผู้กระทำความผิดสมควรถูกลงโทษตามกฎหมายเพื่อเป็นการแก้แค้นและทดแทน แต่เมื่อความผิดที่กระทำลงนั้นเกิดจากการที่ผู้เสียหายมีส่วนช่วยจากการข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด หากไม่มีการข่มเหงจากผู้เสียหาย การกระทำความผิดก็ไม่เกิดขึ้น ความเสียหายที่เกิดกับผู้เสียหายจึงลดลงเพราะเป็นความผิดของผู้เสียหายส่วนหนึ่ง ทั้งอันตรายหรือความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดขึ้นกับสังคมก็น้อยกว่าอาชญากรรมโดยทั่วไป ดังนั้นโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดจึงต้องลดลงบางส่วนเพื่อให้ได้สัดส่วนกับความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อขึ้น (Proportionality of Punishment)

2. การลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่ (Prevention)

อธิบายได้ว่าการลงโทษมีเพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับประสบการณ์ที่เลวร้ายจากความเจ็บปวดเพื่อข่มขู่ให้ผู้กระทำความผิดกลัวไม่กล้ากระทำความผิดนั้นๆ ในอนาคต¹⁶⁷ โดยที่เมื่อผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดในอนาคตก็จะชั่งน้ำหนักถึงประสบการณ์ที่เลวร้ายนั้นกับผลประโยชน์ที่จะได้จากการกระทำความผิด หากผลประโยชน์ที่จะได้รับไม่คุ้มกับประสบการณ์ที่เลวร้าย ผู้กระทำความผิดก็จะไม่กล้ากระทำความผิดนั้นๆ¹⁶⁸ ลักษณะของวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงเป็นการข่มขู่เฉพาะตัวบุคคลผู้กระทำความผิด

¹⁶⁵Ibid., 52.

¹⁶⁶Ibid., 43.

¹⁶⁷LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 271.

¹⁶⁸ Leon Radzinowicz, *A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750* (New York: The Macmillan Company, 1948), p. 384.

กรณีผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะพิจารณาได้ว่าการกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะนั้นเป็นการกระทำความผิดด้วยอารมณ์ความรู้สึกโกรธและความสามารถในการใช้เหตุผลยังถูกจำกัด จึงไม่มีการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ที่จะได้จากการกระทำความผิดกับผลเสียจากการกระทำความผิด ดังนั้นการลงโทษเพื่อการข่มขู่จึงไม่บรรลุผลกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

3. การลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้กระทำความผิดซ้ำ (Restraint)

อธิบายว่าการลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันหรือตัดโอกาสในอนาคตของผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลอันตรายต่อสังคมไม่ให้มีโอกาสกระทำความผิดซ้ำอีก¹⁶⁹ ด้วยการแยกบุคคลนั้นออกจากสังคมหรือจำกัดที่อยู่ของบุคคลนั้น อาจเป็นการตัดโอกาสเป็นการชั่วคราว เช่น จำคุก กักขัง หรือเป็นการตัดโอกาสเป็นการถาวร เช่น ประหารชีวิต สำหรับบุคคลผู้มีความผิดปกติทางจิต การควบคุมตัวอาจควบคุมไว้เพื่อรักษาจนกว่าจะเป็นปกติและไม่เป็นอันตรายต่อสังคม¹⁷⁰

กรณีผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะพิจารณาได้ว่าการกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะเป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นเพื่อตอบสนองการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมเป็นครั้งคราวไป ดังนั้นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอาจเกิดขึ้นซ้ำหรือไม่ก็ได้ขึ้นอยู่กับ การข่มเหงและการใช้เหตุผลในการควบคุมตนเอง ดังนั้นการลงโทษเพื่อเป็นการตัดโอกาสไม่ให้กระทำความผิดซ้ำจึงอาจไม่บรรลุผล

4. การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

อธิบายได้ว่าการลงโทษมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นต่อตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงเป็นรายบุคคล เพราะบางกรณีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะจิตใจของผู้กระทำความผิดมีความรู้สึกต่อต้านกฎหมาย การลงโทษจึงเป็นวิธีการแก้ไขเยียวยารักษาจิตใจของผู้กระทำผิดโดยใช้โทษเป็นเครื่องมือทำให้จิตใจของผู้นั้นยอมรับว่าการกระทำผิดเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและตัดสินใจเลือกปฏิบัติตามกฎหมาย¹⁷¹

¹⁶⁹ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 271.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ten, C. L., *Crime, Guilt, and Punishment: A Philosophical Introduction*, p. 8.

กรณีผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะพิจารณาได้ว่าจิตใจของผู้กระทำความผิดไม่ได้มีความรู้สึกต่อต้านกฎหมาย แต่ผู้กระทำความผิดก่ออาชญากรรมขึ้นเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมและทำให้ผู้กระทำความผิดขาดสติในการยับยั้งการกระทำของตนเอง ดังนั้นการลงโทษจึงไม่ได้เป็นวิธีการแก้ไขเยียวยารักษาจิตใจของผู้กระทำผิด ด้วยเหตุนี้การลงโทษเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดจึงอาจไม่บรรลุผล

5. การลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคม (Deterrence)

การลงโทษเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันสังคมอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การข่มขู่โดยทั่วไป อธิบายได้ว่า เมื่อมีการลงโทษผู้กระทำความผิดจะมีการเปิดเผยให้สังคมรับทราบถึงการถูกลงโทษเพื่อเป็นตัวอย่างถึงการถูกลงโทษเมื่อมีการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย¹⁷² เมื่อคนในสังคมเห็นว่าเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องถูกลงโทษจะเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าฝ่าฝืนกฎหมาย การลงโทษจึงมีลักษณะของการข่มขู่คนในสังคมอยู่ในตัว

กรณีผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะพิจารณาได้ว่าการกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะเกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมส่งผลให้ผู้กระทำความผิดโกรธจนสูญเสียเหตุผลในการควบคุมยับยั้งการกระทำของตนเอง ดังนั้นสำหรับผู้กระทำความผิดแล้วการใช้เหตุผลพิจารณาถึงผลเสียหรือโทษจากการกระทำความผิดจึงไม่เกิดขึ้นทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกิดความเกรงกลัวกฎหมาย นอกจากนี้การตอบสนองต่อการข่มเหงยังขึ้นอยู่กับผู้ถูกข่มเหงแต่ละราย บางรายอาจไม่กระทำความผิดในขณะที่บางรายอาจกระทำความผิดจากการข่มเหงในลักษณะเดียวกัน คนในสังคมจึงอาจกระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะได้ในลักษณะเดียวกันดังนั้นการลงโทษเพื่อเป็นการป้องกันสังคมจึงอาจไม่เกิดขึ้นในกรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

6. การลงโทษเพื่อเป็นการสมานฉันท์ (Restoration)

การลงโทษเพื่อเป็นการสมานฉันท์อาจเรียกอีกอย่างว่าการลงโทษเพื่อทำให้ความสัมพันธ์ของคู่กรณีกลับคืนคืออธิบายได้ว่าเมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นกับผู้เสียหาย รัฐ และสังคมส่วนรวมด้วย¹⁷³ ดังนั้นจึงควรให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิด

¹⁷²LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 271.

¹⁷³Prison Fellowship Internationnal, *Restorative Justice Briefing Paper* (Washington,DC: Centre for justice&Reconciliation, 2008), p. 1.

เข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น การลงโทษอาจเป็นวิธีการหนึ่งในการแก้ไขผลกระทบจากความผิดอาญาในส่วนของผู้เสียหายหรือสังคมที่ต้องการการลงโทษ

กรณีผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะพิจารณาได้ว่าแม้ผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดเพราะถูกผู้เสียหายข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แต่การกระทำดังกล่าวก็เป็นความผิด ผู้เสียหายและสังคมในฐานะที่เป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดต้องการการลงโทษเพื่อแก้ไขผลกระทบจากการกระทำความผิด ดังนั้นการลงโทษโดยมีการลดโทษให้จึงอาจเป็นการลงโทษเพื่อทำให้ความสัมพันธ์ของคู่กรณีรวมถึงสังคมกลับคืนดีอันเป็นการลงโทษเพื่อการสมานฉันท์

7. การลงโทษเพื่อเป็นการให้การศึกษ (Education)

อธิบายว่ากระบวนการยุติธรรมจะให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดี การตัดสินลงโทษ การบังคับโทษ เมื่อประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีจะทราบว่าผู้กระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษ¹⁷⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เป็นความผิดเพราะกฎหมายห้าม นอกจากนี้ยังประชาชนจะได้เข้าใจถึงกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นเหตุยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษ หรือเหตุผลโทษได้อีกด้วย

กรณีผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะพิจารณาได้ว่า เมื่อประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคดี การตัดสินลงโทษ การบังคับโทษในการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ประชาชนจะทราบว่าแม้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม แต่การกระทำนั้นยังเป็นความผิดจึงต้องรับโทษ กฎหมายเพียงแต่ลดโทษให้เท่านั้น ดังนั้นการลงโทษเพื่อเป็นการให้การศึกษจึงบรรลุวัตถุประสงค์

2.5 บทสรุป

กฎหมายอาญาได้ยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย โดยเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในระดับปฐมภูมิตามแนวความคิดของสังคมวิทยาที่บุคคลจะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดสนิทสนมกัน มีการช่วยเหลือเกื้อกูลกัน มีความรู้สึกเป็นพวกพ้องเดียวกัน(In Groups) มีการติดต่อปฏิสัมพันธ์กันอย่างสม่ำเสมอ ทั้งนี้โดยกฎหมายให้ความสำคัญกับความเป็นสถาบันครอบครัว เพราะเป็นสถาบันขั้นพื้นฐานของสังคมมนุษย์ กฎหมายจึงต้องการส่งเสริมความมั่นคงของสถาบันครอบครัวเป็นสำคัญ บางกรณีกฎหมายยอมรับให้เป็นเหตุยกเว้นความผิด บางกรณี

¹⁷⁴ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 272.

กฎหมายยอมรับให้เป็นเหตุยกเว้นโทษ บางกรณีกฎหมายยอมรับให้เป็นเหตุลดโทษ ในขณะที่บางกรณีกฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุเพิ่มโทษหรือกำหนดให้เป็นองค์ประกอบความผิดเพราะการกระทำ ความผิดในกรณีนั้นๆเป็นการทำลายความมั่นคงของสถาบันครอบครัวทั้งของตนเอง หรือของผู้อื่น

นอกจากนี้ กฎหมายยังคำนึงถึงลักษณะของการกระทำความผิด โดยกำหนดให้บางกรณี ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจะต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย เพราะจะต้องอาศัยอำนาจในการฟ้องร้องคดี หรือเป็นกรณีที่กฎหมายลดโทษให้อย่างจำกัดตัวบุคคลเพราะเป็นความผิดที่มีความ เกี่ยวข้องกับการปกครองหรือความสุขของประชาชน หรือเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็น บุคคลภายนอก ไม่อาจทราบความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่เป็นกรรมของการกระทำความผิดกับผู้เสียหาย กระนั้นกฎหมายก็ยังคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามข้อเท็จจริง โดยกำหนดถ้อยคำอื่นขึ้นมา สนับสนุน เช่น ผู้ดูแล ทั้งนี้แล้วแต่เจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง หรือกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาล ในการวินิจฉัย

ปัจจัยสำคัญที่กฎหมายคำนึงถึงในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลได้แก่ การอยู่อาศัย ร่วมกันตามข้อเท็จจริงของบุคคล เพราะเหตุที่บุคคลอาศัยอยู่ร่วมกันจะทำให้เกิดความรู้สึกรัก ห่วง แหวน ประารถนาดี หรือเกิดการติดต่อสื่อสารอย่างไม่เน้นรูปแบบพิธีการ การถือวิสาสะ อันเป็น ธรรมชาติของมนุษย์ตามแนวความคิดทางสังคมวิทยาอีกด้วย

อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลไว้เป็น บทบัญญัติทั่วไปว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลใกล้ชิดได้แก่บุคคลใดบ้าง ในขณะที่บางประเทศเช่น ประเทศเยอรมนีได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติทั่วไป ประมวลกฎหมายอาญาเพียงแต่บัญญัติ ไว้ในฐานความผิดนั้นๆว่ากฎหมายต้องการบังคับใช้แก่บุคคลใดบ้างเป็นรายกรณี หรือบาง มาตรการกฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติไว้เลยแต่เป็นเพียงการตีความของศาลฎีกา

กรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ กฎหมายยอมรับถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลว่า หากผู้มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดถูกข่มเหง ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำความผิดโดย บันดาลโทษได้ตามแนวความคิดของสำนักความคิดทางนิติปรัชญาต่างๆ กระนั้นกฎหมายได้ปล่อยให้ เป็นดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกรณีการกระทำความผิดโดย

บันดาลโทสะ ดังนั้นในบทต่อไปจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์การกระทำความผิดเกี่ยวกับบันดาลโทสะของ
ผู้ใกล้ชิดกับผู้ข่มเหงตามประมวลกฎหมายอาญาและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไป



บทที่ 3

ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ

จากการศึกษาในบทที่ 2 พบว่า แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดมีหลายแนวความคิด ทั้งหลักความโกรธคือความเดือดดาลตามสำนักกฎหมายธรรมชาติ หลักความเห็นใจของกฎหมายตามสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย และหลักความเป็นอันตรายของผู้กระทำความผิดตามสำนักลัทธิอรรถประโยชน์ เหล่านี้แสดงให้เห็นว่าในทางปรัชญา การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดสามารถเกิดขึ้นได้และสมควรลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดเช่นเดียวกับกรณีที่ผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงโดยตรงเอง นอกจากนี้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลยังเป็นสิ่งที่กฎหมายอาญาได้คำนึงถึงโดยได้บัญญัติไว้ในความผิดอาญาฐานต่างๆ และได้กำหนดตัวบุคคลไว้อันได้แก่ ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้อง และคู่สมรสซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดในทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา ในบทนี้จะได้ศึกษาว่า กรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดมีการยอมรับแนวความคิดต่างๆมาปรับใช้มากน้อยเพียงใด ดังนี้

ในหัวข้อ 3.1 จะศึกษาถึง พัฒนาการของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษตามกฎหมายไทย เพื่อศึกษาถึงประวัติศาสตร์ รวมถึงอิทธิพลของสังคมที่มีผลต่อการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิด และการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายปัจจุบัน อันจะทำให้เกิดความเข้าใจเบื้องต้นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ในหัวข้อที่ 3.2 จะศึกษาถึงการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิด อันประกอบไปด้วยการศึกษาถึงหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษตามกฎหมาย การยอมรับแนวความคิดของศาลเพื่อศึกษาว่าภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย ศาลยอมรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดมาปรับใช้ได้อย่างไร และในที่สุดท้ายจะวิเคราะห์ถึงปัจจัยที่ศาลนำมากำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลว่าใกล้ชิดอย่างไร

ในหัวข้อที่ 3.3 จะวิเคราะห์ถึงปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากความบกพร่องของกฎหมายที่มีได้กำหนดถึงการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดไว้อย่างชัดเจน อันจะนำไปสู่การศึกษาถึงทางแก้ปัญหาในบทต่อไป รายละเอียดของการศึกษาในบทที่ 3 มีดังต่อไปนี้

3.1 พัฒนาการของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษตามกฎหมายไทย

เนื่องจากโทษเป็นธรรมชาติอย่างหนึ่งของมนุษย์ที่จะเกิดขึ้นจากการถูกระทำโดยไม่เป็นธรรม กฎหมายไทยเองก็ได้คำนึงถึงธรรมชาติดังกล่าว และได้ยอมรับหลักการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย ตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง ราชพระราชกำหนด

ลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118 ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญา อันมีพัฒนาการตามลำดับดังนี้

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะในสมัยที่กฎหมายตราสามดวงบังคับใช้นั้นปรากฏตามกฎหมายลักษณะผิดเมียบพที่ 9 กล่าวคือ กฎหมายได้กำหนดให้เป็นเหตุยกเว้นโทษสำหรับภรรยาที่สามี “บันดาลโกรธ” ได้ทำร้ายหรือฆ่าชายผู้ทำชู้กับภรรยาของตนในขณะที่กำลังกระทำชู้เท่านั้นและกฎหมายยังกำหนดโทษสำหรับภรรยาที่หนีไปอีกด้วย¹ สำหรับภรรยา หากสามีไม่ฆ่าชายชู้แต่บันดาลโทสะฆ่าภรรยาคนเดียว สามีมีโทษตามกฎหมายเป็นปรับใหม่²นอกจากนี้กฎหมายลักษณะผิดเมีย บพที่ 14 กำหนดให้ในภรรยาที่สามีมิได้เป็นผู้ที่พบเห็นการกระทำชู้เองเพราะสามีไปราชการหรือไปค้าขายต่างเมือง แต่บิดามารดาพี่น้องของสามีพบว่าหญิงนั้นกระทำชู้ จะต้องแจ้งทางราชการ หากบุคคลดังกล่าวทำร้ายหรือฆ่าชายชู้โดยพลการแม้เพราะบันดาลโทสะก็ตาม บุคคลนั้นจะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนดโดยไม่มีเหตุยกเว้นโทษหรือลดโทษ³

ดังนี้แสดงให้เห็นได้ว่า กฎหมายตราสามดวงได้กำหนดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้อย่างจำกัดเฉพาะกรณีการช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยการกระทำชู้ ต้องเป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นอย่างฉับพลันผู้กระทำความผิดจำกัดเฉพาะสามีของหญิงนั้น บันดาลโทสะเพราะการกระทำชู้จึงเป็นเรื่องเฉพาะตัวของชายผู้เป็นสามีทั้งนี้เป็นเพราะอิทธิพลของแนวความคิดสมัยนั้นที่ให้ความสำคัญกับเพศชายมากกว่าเพศหญิง⁴ เนื่องจากเพศชายเป็นผู้ที่ประกอบอาชีพหาเลี้ยงครอบครัวเป็นหลักนอกจากนั้นยังมีแนวความคิดว่าเพศหญิงเป็นมีฐานะเสมือนเป็นทรัพย์สินอยู่ในกรรมสิทธิ์ของเพศชาย⁵ ก่อนแต่งงานหญิงจะอยู่ภายใต้อำนาจของบิดา หลังแต่งงานหญิงจะอยู่ภายใต้อำนาจของ

¹กฎหมายลักษณะผิดเมีย บพที่ 9 บัญญัติไว้ว่า “หญิงใดทำชู้เหนือผัว ผัวจับชู้ได้ มีทันพิจารณา บันดาลโกรธตีฆ่าฟันแทงชายชู้นั้นตายไซ้ ให้พิจารณา ถ้าเป็นสัจว่าชายทำชู้ด้วยเมียมันจริง มีให้เอาโทษแก่ชายเจ้าเมียนั้นเลย ถ้าชายผู้ฆ่านั่นฆ่าตีหญิงหญิงหนีรอดไซ้ ให้เอาหญิงนั้นเป็นคนหลวง ท่านจึงให้ลงโทษประการใด ตามพระราชอาญาท่านนั้นแล”

²กฎหมายลักษณะผิดเมีย บพที่ 8 บัญญัติไว้ว่า “หญิงนอกใจผัว ผัวจับได้ หญิงนอนหงาย ชายนอนคว่ำ ถ้าฆ่าชายนั่นเสียไซ้ ให้ฆ่าหญิงนั้นเสียด้วย อย่าให้ฆ่าแต่ผู้เดียว ถ้าฆ่าแต่หญิงไซ้ ให้ไหม้ผัวตามบันดาศักпенพิในยหลวง”

³กฎหมายลักษณะผิดเมีย บพที่ 14 บัญญัติไว้ว่า “หญิงใด ผัวไปราชการแลไปด้วยกิจธุระค้าขายต่างเมือง อยู่ภายหลังมีชู้ผู้ชายอื่น แลพี่น้องแห่งผัวจับชู้ขึ้นได้ไซ้ ท่านว่าให้กฎหมายไว้ยังแห่งสุภาพเจ้าเมืองให้รู้ ต่อเมื่อใดผัวมาหาความ ให้หาโดยขนาด ถ้าพ่อแม่พี่น้องชายผู้ฆ่านั่นฆ่าตีฟันแทงชายชู้มีบาดเจ็บไซ้ ให้ไหม้โดยคำตีบาดเจ็บ ถ้าถึงตายให้ฆ่าผู้พันแห่งนั้นให้ตกไปตามกัน”

⁴พิธีนัย ไชยแสงสุกุล และอำนาจ พรหมอนันต์, กฎหมายแห่งราชอาณาจักรสยาม : ศึกษาเปรียบเทียบโครงการสร้าง ระบบกฎหมายและเนื้อหาบทบัญญัติ ของอาณาจักรสยามและอาณาจักรขอม (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สยามพาณิชย์ จำกัด, 2537), หน้า 271-272.

โรแบร์ต แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 169.

สามีเสมือนการแต่งงานคือการถ่ายโอนอำนาจความปกครองหญิงระหว่างเพศชายเป็นการเฉพาะตัว⁶ แนวความคิดเหล่านี้ส่งผลให้กฎหมายกำหนดให้การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะมีขอบเขตที่จำกัดและเป็นเรื่องส่วนตัวของผู้ถูกข่มเหง

อนึ่ง ตามกฎหมายตราสามดวงลักษณะวิวาทยังมีคำว่า “บันดาลโทสะ” ปรากฏอยู่ด้วย โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่บันดาลโทสะทำร้ายเด็กทารกจะต้องรับโทษปรับไหมทวีคูณซึ่งแตกต่างกับคำว่า “บันดาลโกรธ” ในกฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 9 เพราะคำว่าบันดาลโกรธเป็นเหตุยกเว้นโทษ

จากนั้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 นักนิติศาสตร์ในสมัยนี้มีแนวความคิดที่จะแก้ไขกฎหมายอาญารฐานความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย มีการร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ ร.ศ. 118 และกำหนดให้การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเป็นเหตุลดโทษสำหรับความผิดฐานฆ่าคนตายโดยจงใจ ฤาสะจิตธฆาฏ กล่าวคือกฎหมายกำหนดให้ การฆ่าผู้ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดโกรธแค้นมาก หรือทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะขึ้นจนไม่สามารถควบคุมสติของตนได้ หรือด้วยความพลั้งพลาด หรือด้วยพฤติการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นอย่างปัจจุบันทันที ดังนี้ไม่ถือว่าเป็นการฆ่าคนตายโดยจงใจ ฤาสะจิตธฆาฏ⁷ อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังกำหนดกรณีที่ผู้กระทำความผิดแม้จะกระทำไปเพราะบันดาลโทสะ แต่ก็ไม่ได้รับการลดโทษ คือ กรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้เป็นผู้ก่อเหตุขึ้นก่อนด้วยการใช้อุบาย หรือการกระทำของผู้เสียหายเป็นการอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการกระทำของผู้เสียหายเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย⁸ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้อย่างจำกัดฐานความผิด คือ ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา และทำร้ายร่างกายอย่างสาหัสเท่านั้น และมีผลทำให้การฆ่านั้นไม่เป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนา ทั้งนี้เพราะผู้ร่างกฎหมายได้เอาต้นแบบมาจากประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย มาตรา 300 ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับกฎหมาย

⁶ไพโรจน์ กัมพูสิริ, ร. แลงการ์ด กับไทยศึกษา : รวมบทความแปล และบทความศึกษาผลงาน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : ศูนย์ข้อมูลเพื่อการค้นคว้าวิจัยฝรั่งเศส-ไทยศึกษา, 2548), หน้า 176.

⁷ฉันทชัย โรจนสุโรช, "การศึกษาทฤษฎีกฎหมายอาญาใหม่ในร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายและชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทร ศก 118" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516), หน้า 107.

⁸เรื่องเดียวกัน

Common law ของประเทศอังกฤษ⁹ นอกจากนี้ ยังเป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อยกเว้นที่ผู้กระทำความผิด ยังคงต้องรับผิดชอบฆ่าคนตายโดยจงใจ แม้ผู้กระทำความผิดจะบันดาลโทสะ มีความคล้ายคลึงกับ หลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา คือ หากผู้ช่มเหงมี อำนาจตามกฎหมายหรือมีเหตุอันเป็นธรรม ผู้กระทำความผิดก็ไม่สามารถได้รับการลดโทษเพราะเหตุ บันดาลโทสะได้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชกำหนดฉบับนี้ก็ได้ประกาศใช้ เนื่องจากมี การปฏิรูประบบกฎหมายให้เป็นโดยให้ใช้ระบบกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรป (Civil Law) และมีการร่าง ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาขึ้นในลำดับต่อมา

ในยุคปฏิรูปกฎหมายและประกาศใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หลักเกณฑ์ เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กล่าวคือ ประมวลกฎหมาย ฉบับนี้กำหนดให้ การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะสามารถเกิดขึ้นได้กับการกระทำความผิดได้ กว้างขวางกว่าการฆ่าคนตายโดยเจตนา¹⁰ เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาล โทสะปรากฏอยู่ในบททั่วไป จึงสามารถบังคับใช้กับฐานความผิดได้หลากหลายฐานความผิด นอกจากนี้ยังกำหนดผลแห่งการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ คือ ศาลต้องลดโทษให้กับผู้กระทำ ความผิดได้กึ่งหนึ่ง แตกต่างกับกฎหมายตราสามดวงที่กำหนดให้การกระทำโดยบันดาลโทสะไม่เป็น ความผิด นอกจากนั้น ศาลฎีกายังได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 241/2478 และ 739/2482 ว่า ผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอาจเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้ที่ถูกช่มเหงอย่าง ร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมได้ รายละเอียดจะได้อธิบายในลำดับต่อไป

ต่อมาในสมัยประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดย บันดาลโทสะยังคงมีความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายลักษณะอาญา¹¹ รวมทั้งหลักเกณฑ์ที่ ผู้กระทำความผิดสามารถเป็นผู้มีความสัมพันธ์บางประการกับผู้ถูกช่มเหง ความแตกต่างมีเพียงการ

⁹เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก, "การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบทางอาญา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศ อังกฤษ เยอรมันและไทย" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต., 2544), หน้า 60.

¹⁰ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 55 บัญญัติว่า "เมื่อผู้ใดถูกช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และ มั่นบันดาลโทสะขึ้นในขณะนั้น ถ้าและมันกระทำผิดในขณะนั้นไซ้ ท่านให้ลงอาญาตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นแก่มันเพียงกึ่ง หนึ่ง"

¹¹มีการแก้ถ้อยคำจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายลักษณะอาญาเพียงเล็กน้อย ได้แก่ การตัดคำว่า "กตขี่" ออกและเติม คำว่า "กระทำความผิดต่อผู้ช่มเหงในขณะนั้น" เพื่อป้องกันความสับสน รายละเอียดศึกษาได้จาก สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 15 49/2482 วันที่ 4 กรกฎาคม 2482

แก้ไขผลแห่งการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเท่านั้น กล่าวคือ ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดเพียงใดก็ได้¹² ในขณะที่กฎหมายลักษณะอาญากำหนดให้ศาลจะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดเพียงกึ่งหนึ่งเท่านั้น เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายมีความเห็นว่า ควรจะให้ศาลมีดุลพินิจพิจารณาถึงความร้ายแรงของการข่มเหง เพราะการข่มเหงแต่ละพฤติการณ์นั้นมีความแตกต่างกัน การที่กำหนดผลแห่งการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษทุกรณีไว้เป็นการลดโทษเพียงกึ่งหนึ่งจึงไม่เหมาะสม และด้วยความเชื่อมั่นต่อสถาบันศาลยุติธรรม หากศาลเห็นว่ากรณีไม่สมควรลดโทษ ก็ควรเป็นไปตามดุลพินิจของศาล ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายจึงยอมให้ศาลมีดุลพินิจ¹³ อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างกฎหมายยังเห็นว่า ศาลจะต้องลงโทษเสมอ ไม่ว่าจะหนักจะเบาเพียงใด เนื่องจากถ้อยคำว่า “ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” หมายความว่า ศาลจะต้องลงโทษเท่านั้น¹⁴ การที่ศาลมีดุลพินิจลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดเพียงใดก็ได้จะมีผลในลำดับต่อไป เกี่ยวข้องกับการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษ¹⁵ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้ยึดหลักการเห็นใจแก่ผู้กระทำความผิดเป็นแนวความคิดเบื้องหลังบทบัญญัติการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ¹⁶ และมีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลมีดุลพินิจพิจารณาถึงความร้ายแรงของการข่มเหง เพื่อให้อำนาจความยุติธรรมได้สอดคล้องกับแต่ละกรณี ตามสำนักความคิดปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) ดังจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

จากพัฒนาการของกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษอยู่ควบคู่กับกฎหมายอาญาตั้งแต่อดีต จนถึงปัจจุบัน และมีการเปลี่ยนแปลงไปตามแนวความคิดในแต่ละยุคแต่ละสมัย ขอบเขตของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษในปัจจุบันมีความกว้างขวางขึ้นทั้งในด้าน การกระทำความผิด ตัวผู้กระทำความผิด และแม้กระทั่งการใช้ดุลพินิจของศาล ทั้งนี้เพื่อให้การปรับใช้กฎหมายมีความสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง และเจตนารมณ์ของกฎหมายมากยิ่งขึ้น ลำดับต่อไปจะได้พิจารณาหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษตามประมวลกฎหมายอาญา เพื่อเป็นพื้นฐานสำหรับพิจารณาถึงการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง

¹²สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 61/2497 วันที่ 13 พฤษภาคม 2497

¹³เรื่องเดียวกัน

¹⁴เรื่องเดียวกัน

¹⁵เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 528-529.

¹⁶สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 15 49/2482 วันที่ 4 กรกฎาคม 2482

3.2 โครงสร้างความรู้รับผิดทางอาญา

การศึกษาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะต้องศึกษาโครงสร้างความรู้รับผิดทางอาญาเพื่อเป็นพื้นฐานการทำความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของหลักเกณฑ์ดังกล่าว และทำความเข้าใจเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ดียิ่งขึ้น โดยโครงสร้างความรู้รับผิดทางอาญาที่ผู้เขียนศึกษานั้นเป็นโครงสร้างความรู้รับผิดทางอาญาตามแนวความคิดของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์¹⁷ กล่าวคือ บุคคลจะมีความรู้รับผิดทางอาญาเมื่อ

3.2.1. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ

3.2.2. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

3.2.3. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

3.2.1. การกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบแรกของโครงสร้างความรู้รับผิดทางอาญา คือ การกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ หมายความว่า มีการกระทำซึ่งครบองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายในของความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติในเรื่องนั้น ทั้งผลของการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำนั้นตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแห่งการกระทำนั้น¹⁸

3.2.2. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด หมายความว่า ถึงแม้มีการกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่กฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำจะไม่มีความรู้ผิดในทางอาญา หรือเป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจกระทำได้¹⁹ เหตุยกเว้นความผิดอาจเป็นเหตุตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 การทำแท้งในกรณีพิเศษ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริตตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 329 หรือเป็นเหตุยกเว้นความผิดตามกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁷เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 86-93.

¹⁸เรื่องเดียวกัน

¹⁹เรื่องเดียวกัน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือแม้แต่เหตุยกเว้นความผิดที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น จาริตประเพณี หรือความยินยอม²⁰

3.3.3. การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ หมายความว่า แม้การกระทำนั้นจะครบองค์ประกอบความผิด ทั้งไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด แต่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ผู้กระทำจะไม่ต้องรับโทษ²¹ เหตุยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น การกระทำความผิดโดยจำเป็นตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 67 การกระทำความผิดของคนวิกลจริตตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 65 การกระทำความผิดของผู้มีเมามามาตรา 66

3.3.4 เหตุลดโทษ

บุคคลจะต้องรับผิดทางอาญาต่อเมื่อการกระทำของบุคคลนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ และการกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ กระนั้นผู้กระทำความผิดยังอาจได้รับการลดโทษเพราะเหตุตามกฎหมาย หรือมีเหตุลดโทษ กล่าวคือ มีเหตุตามกฎหมายซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำได้รับการลดโทษ อันเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับดุลพินิจของศาลที่จะลดโทษหรือไม่ก็ได้²² และเป็นเรื่องที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา แต่มีเหตุผลและความจำเป็นบางประการที่กฎหมายจะให้ดุลพินิจของศาลเพื่อลดโทษตามแต่ละบทบัญญัติแตกต่างกันไป เช่น การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 เหตุบรรเทาโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78 ความไม่รู้กฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 64 การป้องกันหรือการกระทำความผิดโดยจำเป็นซึ่งเกินขอบเขตตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 69 การกระทำความผิดของคนวิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้างตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 65 วรรคสอง การกระทำความผิดของคนมีเมาม่าที่สามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 66 เหตุลดโทษเหล่านี้เป็นเหตุที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ ผู้กระทำต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด การทั้งกระทำนั้นไม่มีเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษ

²⁰เรื่องเดียวกัน, หน้า 88. และ ปุณยวีร์ ประจบลาภ, "การอ้างจาริตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญา" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 46.

²¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

²²เรื่องเดียวกัน

ดังนั้น จึงพิจารณาได้ว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงเหตุผลโทษประการหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของศาลที่จะลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ได้ และการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาซึ่งครบองค์ประกอบความรับผิดทางอาญาในความผิดฐานนั้นๆ ทั้งไม่มีเหตุยกเว้นความผิดหรือเหตุยกเว้นโทษ แต่เป็นเรื่องที่ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุบันดาลโทษะเพื่อลดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดเพียงใดก็ได้

3.3 การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง

จากการศึกษาพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะจะพบว่า แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะของผู้ใกล้ชิดมีปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยทุกยุคทุกสมัย แต่ระดับการยอมรับแนวความคิดดังกล่าวมีความแตกต่างกัน กฎหมายตราสามดวงไม่ยอมรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะของผู้ใกล้ชิด เพราะถือว่าเป็นเรื่องส่วนตัวของผู้ถูกข่มเหง ในขณะที่ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญาต่างยอมรับแนวความคิดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะของผู้ใกล้ชิด ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงประเด็นดังกล่าว ดังนี้

3.3.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะ

ในเบื้องต้น การศึกษาเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะของผู้ใกล้ชิดต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะเสียก่อน เพื่อทำความเข้าใจว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะคืออะไร มีหลักเกณฑ์และผลทางกฎหมายอย่างไร เพราะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวเป็นพื้นฐานของการยอมรับแนวความคิดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะของผู้ใกล้ชิดมาบังคับใช้ให้เกิดผลในการวินิจฉัยคดีให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย และอำนวยความสะดวกธรรมให้กับผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยรายละเอียดของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษะมีดังต่อไปนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเหตุผลโทษเนื่องจากผู้กระทำความผิดได้กระทำไปเพราะบันดาลโทษะ ดังนี้

“มาตรา 72 ผู้ใดบันดาลโทษะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

จากบทบัญญัติของกฎหมาย พิจารณาได้ว่า เหตุลตโทษเนื่องจากผู้กระทำความผิดได้กระทำ
ในขณะที่บันดาลโทษประกอบไปด้วย หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. มีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม
2. การที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิด
3. ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะที่บันดาลโทษ

1. มีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม

หลักเกณฑ์ประการแรกของเหตุลตโทษเพราะผู้กระทำความผิดคือ จะต้องมีการข่ม
เหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม เพราะการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเป็นการกระทำ
ความผิดที่เกิดขึ้นด้วยเหตุที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้เฉกเช่น
ภาวะปกติ ผู้กระทำความผิดแต่เพียงว่าจะต้องกระทำความผิดในขณะที่นั้นจึงจะได้รับความเป็นธรรม²³ หาก
ไม่มีการข่มเหงดังกล่าวการกระทำความผิดเพราะบันดาลโทษจะไม่เกิดขึ้น การข่มเหงอย่างร้ายแรง
ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมนี้จึงเป็นเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิดโดยบันดาล
โทษ²⁴

การข่มเหง (Provocation) คือ การรังแกซึ่งอาจจะกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย กล่าววาจา
เสียดสีหยาบคาย หรือแสดงกริยาอันเป็นการเหยียดหยันสบประมาท²⁵ การแสดงออกเป็นลายลักษณ์
อักษรหรือการขีดเขียนสิ่งอื่นใด เช่น สัญญาณคว้น โทเลข การปล่อยให้สัตว์ทำร้าย ปล่อยน้ำให้ทำ
ความเสียหายแก่ผู้อื่น เป็นต้น เหล่านี้ล้วนอยู่ในความหมายของการข่มเหง²⁶ ดังนั้น จึงพิจารณาได้ว่า
การกระทำใดๆที่มีลักษณะเป็นการรังแกบังคับจิตใจของบุคคลถือเป็นการข่มเหงทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม
การข่มเหงจะต้องเป็นการกระทำโดยตั้งใจของบุคคลหรือพฤติการณ์ที่บุคคลต้องเป็นผู้รับผิดชอบ²⁷
หากไม่มีการกระทำของบุคคล ก็ไม่ถือว่ามีข่มเหง เช่น เหตุการณ์ธรรมชาติ²⁸ หรืออุบัติเหตุ เป็น

²³Horde, J., *Provocation and Responsibility*, p. 60.

²⁴เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*, หน้า 527.

²⁵พระอินทรปรีชา, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1-2* (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2468), หน้า 302.
และสุทธิ นิชโรจน์, "การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ," *ตุลพาห* 5, 22 (กันยายน-ตุลาคม 2518): 45.

²⁶ยืนหยัด ใจสมุทร, *เอกสารการสอนชุดวิชา 41231 กฎหมายอาญา 1 : ภาคบทบัญญัติทั่วไป* (นนทบุรี: ฝ่ายการพิมพ์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2530), หน้า 236.

²⁷จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 956.

²⁸สุปัน พูลพัฒน์, *คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,
2520), หน้า 388.

ต้นเพราะธรรมชาติย่อมเป็นธรรมกับมนุษย์เสมอ จะถือว่าธรรมชาติข่มเหงมนุษย์ไม่ได้²⁹ มิฉะนั้นก็จะไปกระทำความผิดโดยบังคาลโทษะอย่างไม่มีขอบเขต นอกเหนือจากนั้น กฎหมายได้สร้างข้อจำกัดการข่มเหงว่าต้องเป็น “การข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” ด้วย จึงไม่ใช่การข่มเหงใดๆ ก็ได้ที่ผู้กระทำความผิดรู้สึกโกรธจนทนไม่ได้ แต่จะต้องเป็นการข่มเหงที่ “ร้ายแรง” และ “ไม่เป็นธรรม”

ข้อจำกัดของการข่มเหงประการแรก คือ การข่มเหงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม หมายถึง การข่มเหงนั้นได้กระทำไปโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร³⁰ เหตุผลอันสมควรนี้อาจเป็นเหตุผลอันสมควรตามกฎหมาย หรือตามศีลธรรม และแม้จะมีเหตุผลสมควรตามกฎหมายแต่ในบางกรณีก็ต้องมีเหตุผลอันสมควรตามศีลธรรมด้วย³¹ ดังนั้นหากผู้เสียหายมีเหตุผลอันสมควรที่จะกระทำหรือมีสิทธิที่จะกระทำได้ ผู้ถูกข่มเหงก็จำเป็นต้องยอมรับ³² การละเมิดต่อกฎหมายใดๆ ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นกฎหมายอาญาคือการกระทำโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรในตัวเอง จึงเป็นการข่มเหงโดยไม่เป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม การกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายก็อาจเป็นการข่มเหงโดยไม่เป็นธรรมได้หากการกระทำนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควร³³ ดังเช่นกรณี การร่วมประเวณีกับภรรยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ไม่เป็นการละเมิดกฎหมาย แต่ก็ถือเป็นการข่มเหงโดยไม่เป็นธรรมแก่สามีแล้ว เพราะแม้สามีจะไม่มีสิทธิหวงห้ามไม่ให้หญิงไปมีความสัมพันธ์กับชายอื่น³⁴ แต่การที่ผู้เสียหายและหญิงนั้นร่วมประเวณีกันก็ถือเป็นการกระทำโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรในทางศีลธรรมต่อสามี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

²⁹ ยืนยงค์ ใจสมุทร, เอกสารการสอนชุดวิชา 41231 กฎหมายอาญา 1 : ภาคบทบัญญัติทั่วไป, หน้า 236.

³⁰ หุุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 172.

³¹ คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ฎีกาวินิจฉัย: บังคาลโทษะ: เหตุผลโทษตาม ป. อาญา," วารสารอัยการ 15, 22 (มีนาคม 2522): 49.

³² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 957.

³³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 505.

³⁴ เรื่องเดียวกัน

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา การกระทำที่ถือว่าผู้เสียหายมีเหตุอันสมควรที่ผู้กระทำความผิดจำต้องอดทนยอมรับ ได้แก่ การใช้อำนาจตามกฎหมาย³⁵ หรือ ตามศีลธรรม³⁶ การตอบโต้การกระทำที่ผู้กระทำความผิดมีส่วนผิดหรือเป็นการสมครใจวิวาท³⁷ แม้การกระทำเหล่านี้จะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับภัยหรือความคับข้องใจอันมีลักษณะเป็นการข่มเหงโดยสภาพ และแม้ว่าในความเป็นจริงผู้กระทำความผิดจะมีโทษเกิดขึ้นเพียงใดก็ตาม หากไปกระทำความผิดจะไม่ได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 72

ข้อจำกัดอีกประการหนึ่ง คือ การข่มเหงนั้นต้องร้ายแรง (Adequate Provocation) เหตุที่กฎหมายกำหนดให้การข่มเหงนั้นต้องร้ายแรงเนื่องจากกฎหมายไม่สนับสนุนให้บุคคลกระทำความผิด³⁸ แม้บุคคลจะโกรธเพียงใด กฎหมายเพียงแต่เห็นใจบุคคลผู้ที่กระทำความผิดเพราะโกรธจนขาดสติหรือบันดาลโทสะ ดังนั้นการข่มเหงเล็กๆ น้อยๆ แม้จะไม่ใช่เป็นกรรม ผู้กระทำจำเป็นต้องอดทน เช่น เขามาตำราเราเล็กๆ น้อยๆ เราก็ต้องพยายามระงับโทสะของเรา กฎหมายจะให้ลงโทษน้อยก็ต่อเมื่อเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง³⁹ เท่านั้น

สำหรับการวินิจฉัยว่าการข่มเหงนั้นร้ายแรงหรือไม่ มีแนวความคิดว่าต้องวินิจฉัยโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่มีความเป็น ภาวิสัย (Objective Test)⁴⁰ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1720/2530 “ผู้ตายได้ส่งลงโทษจำเลยเพราะจำเลยละทิ้งหน้าที่จำเลยไม่พอใจ ได้พูดต่อว่าและทำร้ายผู้ตายให้ตั้งกรรมการสอบสวน ผู้ตายก็ได้แสดงกิริยาหรือกระทำการใดๆ ในลักษณะข่มเหงจำเลย ที่ผู้ตายส่งลงโทษจำเลยเป็นการกระทำตามอำนาจหน้าที่โดยชอบ และโทษที่ลงก็เป็นโทษสถานเบาที่สุดแล้ว แต่จำเลยไม่พอใจกลับไปขึ้นยิงผู้ตาย ดังนี้ จำเลยอ้างว่าเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่สมควรหาได้ไม่ จำเลยกระทำการออกอาจไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายบ้านเมือง ทั้งๆ ที่จำเลยก็เป็นผู้มีหน้าที่รักษากฎหมาย และเป็นการกระทำต่อผู้บังคับบัญชาด้วยสาเหตุเพียงเล็กน้อย แสดงให้เห็นถึงจิตใจเหี้ยมอำมหิตของจำเลย พฤติการณ์แห่งคดีไม่มีเหตุสมควรที่จะลดโทษให้จำเลย”

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 429 - 430/2505 “ผู้เสียหายเป็นภิกษุ บังคับจะเอาผิดจากจำเลยซึ่งเป็นศิษย์ เนื่องจากจำเลยเป็นคนโมโหร้ายมีมืดโงกแล้วจะมีเรื่อง จำเลยแสดงกิริยาขัดขืนจะต่อสู้ ผู้เสียหายจึงใช้ไม้ฟาดไปที่หนึ่งจำเลยยกแขนขึ้นรับปิดไม้กระเด็นไปจำเลยโถมเข้าหาผู้เสียหายล้มลงกดปล้ำกันกลับไปมาจำเลยใช้มีดที่ถืออยู่แทงผู้เสียหายเช่นนี้ ไม่เป็นการป้องกันสิทธิของตนตาม มาตรา 68 เพราะเมื่อจำเลยปิดไม้กระเด็นไป อันตรายจากไม้นั้นก็สิ้นไปแล้วและการที่ผู้เสียหายใช้ไม้ฟาดจำเลยไปที่หนึ่ง ก็เป็นการใช้อำนาจของอาจารย์ภายในขอบเขตอันสมควร ไม่ใช่เป็นการข่มเหงจำเลยด้วยเหตุอันไม่สมควรแม้จำเลยจะบันดาลโทสะขึ้นเพราะเหตุนี้ก็เป็นกรณณ์เหตุสมควรโดยมิบังควรจะปรับว่าเป็นการบันดาลโทสะตามมาตรา 72 ไม่ได้”

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 425/2512 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “เพื่อนของผู้ตายกับเพื่อนของจำเลยจะต่อยกันเป็นเรื่องระหว่างบุคคลทั้งสองไม่เกี่ยวข้องกับจำเลย จำเลยเข้าไปสืบเพื่อนผู้ตายเพื่อช่วยเหลือเพื่อนของจำเลย ผู้ตายจึงเตะจำเลยเพื่อช่วยเหลือเพื่อนของผู้ตาย ดังนั้นจะถือว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่สมควรจากผู้ตายไม่ได้เพราะจำเลยทำร้ายเพื่อนของผู้ตายก่อนความผิดของจำเลยจึงไม่ใช่การกระทำโดยบันดาลโทสะ”

³⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 15 49/2482 วันที่ 4 กรกฎาคม 2482

³⁹ หุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 172.

⁴⁰ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 66.

วินิจฉัยด้านการควบคุมตนเอง (Self-Control)⁴¹ ประการหนึ่ง และ หลักความได้สัดส่วน (Proportionality)⁴² อีกประการหนึ่ง

การวินิจฉัยด้านการควบคุมตนเองเป็นการวินิจฉัยเพื่อประเมินถึงความร้ายแรงของการช่มเหงโดยเฉพาะ กล่าวคือ จะต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการช่มเหงโดยเปรียบเทียบกับความรู้สึกของบุคคลธรรมดาทั่วไป (Reasonable Man)⁴³ ที่มีการควบคุมอารมณ์ระดับปานกลาง (Reasonable Self-Control)⁴⁴ โดยสมมติบุคคลทั่วไปให้ถูกช่มเหงเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดแล้วพิจารณาว่า เมื่อมีการช่มเหงนั้นๆเกิดขึ้นบุคคลทั่วไปจะอดทนได้หรือไม่⁴⁵ หากบุคคลทั่วไปบันดาลโทสะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิดจึงจะถือว่าพฤติการณ์การช่มเหงนั้นร้ายแรง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การช่มเหงที่เกิดขึ้นนั้นสมควรบันดาลโทสะหรือไม่เมื่อเปรียบเทียบกับคนทั่วไป แต่ผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดด้วยโทสะหรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่ง⁴⁶

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีภววิสัยดังกล่าวไม่มีเกณฑ์ในการสมมติบุคคลทั่วไปอย่างชัดเจนซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่า บุคคลที่ถูกสมมติขึ้นมาเปรียบเทียบกับควรมีลักษณะ (Characteristics) อย่างไรบ้าง การวินิจฉัยคดีโดยยึดแต่ทฤษฎีเพียงอย่างเดียวทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิด เพราะบุคคลทั่วไปตามทฤษฎีนี้จะไม่นำปัจจัยเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทั้งทางด้านกายภาพ (Physical Characteristics)⁴⁷ ด้านสังคม และด้านจิตใจ (Peculiar Mental)⁴⁸ เป็นราย

⁴¹ Clark W. Lawrence and Marshall W. Lawrence, *A Treatise on the Law of Crimes* : (Clark & Marshall), 6 ed. (Chicago Callaghan, 1958), p. 621. and Ashworth, A. J., "The Doctrine of Provocation," *The Cambridge Law Journal*: 298.

⁴² Ashworth, A. J., "The Doctrine of Provocation," *The Cambridge Law Journal*: 307.

⁴³ *ibid.*

⁴⁴ *ibid.*, 299.

⁴⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 963.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน

⁴⁷ ในต่างประเทศ ศาลเคยไม่คำนึงถึงความผิดปกติ เรื่อง ความหย่อนสมรรถภาพทางเพศส่วนบุคคล (sexual impotence) เป็นปัจจัยหนึ่งในการประเมินความร้ายแรงของการช่มเหงต่างๆที่ผู้เสียหายเยาะเย้ยสบประมาทในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากศาลมองว่า หากยอมรับลักษณะเฉพาะเช่นนี้แล้วจะต้องยอมรับลักษณะเฉพาะอื่นๆอีก *Bedder v. Director of Public Prosecutions* (1954) 2 All E.R. 801 (H.L.)

⁴⁸ ภาวะ sunstroke *People v. Golsh*, 63 Cal.App. 609 (1923) การได้รับอุบัติเหตุทางรถยนต์ซึ่งทำให้การยับยั้งชั่งใจลดลงกว่าคนปกติ (head injury) *State v. Nevares*, 36 N.M.41, 7 P.2d (1932) หรือ ภาวะซึมเศร้าเรื้อรัง (chronic mild depression and polysubstance) *People v. Dooley*, 944 P.2d 590 (Colo.App.1997) ปัจจัยทางด้านจิตใจเหล่านี้เป็นสิ่งที่ศาลไม่นำมาพิจารณาถึงความร้ายแรงของการช่มเหง

เฉพาะตัวซึ่งบุคคลทั่วไปไม่มีคุณลักษณะดังกล่าว⁴⁹ ทั้งๆที่ความแตกต่างข้างต้นอาจส่งผลด้านระดับการควบคุมตนเอง ทำให้การข่มเหงหนึ่งๆสำหรับบุคคลทั่วไปอาจเป็นเรื่องไม่ร้ายแรง แต่เป็นเรื่องร้ายแรงสำหรับผู้กระทำความผิดได้ เช่น การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างกันอาจไม่ถือเป็นเรื่องร้ายแรงสำหรับบุคคลทั่วไป เป็นเพียงแค่เรื่องไม่สมควร แต่เป็นเรื่องร้ายแรงสำหรับบุคคลผู้เป็นคู่สมรสหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน⁵⁰ หรือ การข่มเหงหรือทำร้ายร่างกายอาจเป็นเรื่องเล็กน้อยสำหรับบุคคลทั่วไป แต่อาจเป็นเรื่องร้ายแรงสำหรับชาวมุสลิม⁵¹ ตัวอย่างเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า การนำหลักกฏวิสัยมาใช้แต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยอื่นเลยจะสร้างความไม่เป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิดได้ ทำให้ไม่ได้รับการลดโทษเนื่องจากเหตุบรรเทาโทษ เพราะศาลจะพิจารณาว่า การข่มเหงเหล่านั้นเป็นเรื่องเล็กน้อยในมุมมองของบุคคลทั่วไป

ดังนั้น จึงมีแนวความคิดว่าการสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบกับผู้กระทำความผิดควรคำนึงถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพร่างกาย เพศ อายุ⁵² เชื้อชาติ ศาสนา เผ่าพันธุ์⁵³ สภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด ความรู้สึก การศึกษาอบรม ประสบการณ์ การดำรงชีพ และพฤติการณ์พิเศษในขณะกระทำความผิด⁵⁴ สภาพร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายด้วย⁵⁵ ตลอดจนระยะเวลาที่ควรระงับโทษของตนเองได้แล้ว โดยต้องดูสภาพต่างๆไปประกอบกับระยะเวลา⁵⁶ เป็นต้น ปัจจัยเหล่านี้เป็นปัจจัยธรรมดาที่ปรากฏได้ในบุคคลทั่วไปซึ่งมีอิทธิพลต่อระดับการควบคุมสติอารมณ์ที่แตกต่างกัน⁵⁷ เช่น เด็กอาจมีการควบคุมทางอารมณ์ที่น้อยกว่าผู้ใหญ่ ผู้ที่มีประสบการณ์การถูกข่มเหงอย่างต่อเนื่องเป็นเวลานานอาจมีการควบคุมตนเองดีกว่าผู้คนทั่วไป ข้อสำคัญก็คือว่า ข้อเท็จจริงที่นำมาพิจารณาเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดนั้นควรเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถเกิดขึ้นได้กับบุคคลทั่วไป ไม่ใช่แต่เฉพาะผู้กระทำความผิดเท่านั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลก็เป็นสิ่งที่ควรคำนึงถึงเช่นเดียวกัน ระดับความสัมพันธ์ระหว่าง

⁴⁹ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 827.

⁵⁰ Ashworth, A. J., "The Doctrine of Provocation," *The Cambridge Law Journal*: 300.

⁵¹ Ibid.

⁵² *Director of Public Prosecutions v. Camplin* (1978) 2 All E.R. 68 (H.L.)

⁵³ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 5 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 266.

⁵⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*, หน้า 963.

⁵⁵ ยืนหยัด ไจสมุท, *เอกสารการสอนชุดวิชา 41231 กฎหมายอาญา 1 : ภาคบทบัญญัติทั่วไป*, หน้า 238.

⁵⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), หน้า 202.

⁵⁷ *Director of Public Prosecutions v. Camplin* (1978) 2All E.R. 68 (H.L.)

บุคคลที่แตกต่างกันอาจส่งผลกระทบต่อระดับการควบคุมอารมณ์ที่ต่างกัน คนทั่วไปน่าจะบันดาลโทสะเมื่อผู้ที่ใกล้ชิดกับตนถูกข่มเหง ในขณะที่ควรจะอดทนได้เมื่อผู้ที่ห่างเหินกับตนถูกข่มเหง

สำหรับพฤติการณ์พิเศษในขณะกระทำความผิดนั้น เช่น การที่ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะในขณะที่มีเมามาสุรา (Intoxication) หรือในระหว่างอยากสูบบุหรี่ซึ่งการควบคุมสติอารมณ์ย่อมน้อยกว่าคนทั่วไป⁵⁸ เป็นสิ่งที่ควรนำมาคำนึงเช่นกันว่า การข่มเหงที่เกิดขึ้นเมื่อมองในมุมคนทั่วไปที่อยู่ในพฤติการณ์พิเศษเดียวกันสมควรที่จะบันดาลโทสะหรือไม่ แม้ว่าพฤติการณ์พิเศษต่างๆจะเกิดขึ้นเพียงชั่วคราวหรือเกิดขึ้นอย่างถาวร เช่น การติดสุราเรื้อรัง ล้วนแต่เป็นสิ่งที่พึงพิจารณาทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม การสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบต้องไม่คำนึงถึงความสามารถในการควบคุมอารมณ์ของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ กล่าวคือ การควบคุมสติอารมณ์จะต้องคำนึงถึงระดับการควบคุมสติอารมณ์ของบุคคลทั่วไปที่มีระดับการควบคุมอารมณ์ปานกลาง (Reasonable Self-Control) การคำนึงถึงความสามารถในการควบคุมอารมณ์ที่มีระดับต่ำกว่าบุคคลทั่วไป หรืออารมณ์โกรธง่ายโมโหร้ายของผู้กระทำความผิดจะกลายเป็นวินิจฉัยตามความอารมณ์รู้สึกของผู้กระทำความผิดซึ่งจะเป็นการวินิจฉัยเชิงอัตวิสัย (Subjective Test)⁵⁹ ทั้งมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นย่อมแสดงให้เห็นในตัวว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำไปด้วยอารมณ์ ดังนั้นการวินิจฉัยตามเกณฑ์อัตวิสัยจึงทำให้ผู้กระทำความผิดมีเหตุผลโทษเพราะบันดาลโทสะเพื่อลดโทษได้ทุกกรณี อันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและสังคมในที่สุด

นอกจากนี้ การวินิจฉัยถึงความร้ายแรงของการข่มเหงยังต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนของการกระทำความผิด (Proportion)⁶⁰ หรือการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการข่มเหงกับความผิดที่ผู้ถูกข่มเหงกระทำลงนั้นประกอบด้วย กล่าวคือ ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ถูกข่มเหงเปรียบเทียบว่าเป็นการเพียงพอหรือไม่ที่จะถือว่าถูกข่มเหงร้ายแรงถึงขนาดที่จะกระทำความผิดเช่นนั้นลงไป⁶¹

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์เห็นว่า

⁵⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 963-964. และ *R. v. Morhall* (1996) 1 AC 90

⁵⁹ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 66.

⁶⁰ Ashworth, A. J., "The Doctrine of Provocation," *The Cambridge Law Journal*: 302.

⁶¹ สุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 391.

“บุคคลจะต้องใช้ความยับยั้งชั่งใจก่อนการกระทำความผิดที่ร้ายแรงมากกว่าที่จะต้องใช้ในการกระทำผิดเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งอาจเป็นเหตุร้ายแรงพอที่คนธรรมดาจะไม่ยับยั้งที่จะด่าหรือทำร้ายตอบไปบ้าง แต่ไม่ร้ายแรงพอที่คนธรรมดาทั่วไปจะถึงกับถือว่าเป็นเหตุฆ่าฟันกันตาย”⁶²

สอดคล้องกันกับที่คัมภีร์ แก้วเจริญมีความเห็นว่า

“การกระทำผิดในขณะบันดาลโทสะจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่รุนแรงระดับที่วิญญูชนผู้เกิดโทสะเช่นนั้นพึงจะกระทำ เหตุผลคือ เมื่อคนเราถูกข่มเหงจนเกิดโทสะระดับของอารมณ์โกรธย่อมรุนแรงแตกต่างกันไปโดยขึ้นอยู่กับความรุนแรงของการข่มเหง ในกรณีถูกข่มเหงเล็กๆ น้อยๆ เช่น ชกต่อย โทสะที่เกิดขึ้นไม่ควรจะรุนแรงถึงขนาดต้องตอบโต้ด้วยการใช้อาวุธปืนยิงผู้ข่มเหง”⁶³

กล่าวโดยสรุป การวินิจฉัยถึงความร้ายแรงของการข่มเหงนอกจากจะต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงจากสภาพของการข่มเหงในมุมมองของบุคคลธรรมดา (reasonable man) ที่มีลักษณะหรือสภาพอย่างเดียวกันกับผู้กระทำผิดว่า ร้ายแรงเพียงพอสสมควรที่จะบันดาลโทสะแล้ว ยังต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วน (proportionality) ของการกระทำผิดว่าต้องมีความสัมพันธ์กับการข่มเหง โดยเปรียบเทียบว่า เมื่อบุคคลธรรมดาถูกข่มเหงอย่างเดียวกันจะกระทำความผิดลักษณะเดียวกันกับผู้กระทำผิดด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การข่มเหงนั้นต้องร้ายแรงเพียงพที่จะกระทำความผิดลักษณะนั้นด้วย

กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าการกระทำใดถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง แต่โดยปกติแล้วการก่ออันตรายแก่ชีวิต การใช้กำลังทำร้ายร่างกาย⁶⁴ การร่วมประเวณีกับคู่ภรรยาหรือสามีของผู้อื่นไม่ว่าการสมรสนั้นจะจดทะเบียนหรือไม่⁶⁵ รวมถึงการกระทำชู้หรือมีพฤติกรรมก่อกวนหรือหญิงอื่น

⁶² จิตติ ดิงศกัณฑ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 963.

⁶³ คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ฎีกาวินิจฉัย: บันดาลโทสะ: เหตุลดโทษตาม ป. อาญา," วารสารอัยการ: 51.

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 455/2537 “ขณะที่จำเลยใช้มีดโต้ของกลางฟันผู้ตาย อาวุธปืนได้หลุดไปจากมือผู้ตายแล้ว ภัยอันตรายที่จำเลยจำต้องป้องกันผ่านพ้นไปแล้วไม่มีภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงอันจะต้องป้องกันอีก การกระทำของจำเลยไม่เป็นการป้องกัน แต่การที่ผู้ตายพยายามใช้อาวุธปืนยิงทำร้ายจำเลยก่อนจนจำเลยต้องเข้าแย่งอาวุธปืนกับผู้ตายและผู้ตายถือได้ว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ”

⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2792/2515 (ประชุมใหญ่)

เสมอด้วยคู่สมรส⁶⁶ การทำลายทรัพย์สินของผู้อื่น⁶⁷ การใช้อำนาจตามศีลธรรมหรือตามกฎหมายอันเกินขอบเขตหรือมีลักษณะเป็นการกลั่นแกล้ง⁶⁸ เหล่านี้ล้วนเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงอยู่ในตัว แต่การใช้วาจาหยาบคาย ต่ำทอ หรือขู่ข่มเพียงอย่างเดียวไม่เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง⁶⁹ เว้นแต่มีพฤติการณ์อื่นประกอบที่แสดงให้เห็นถึงความร้ายแรงของคำพูดนั้น เช่น ต่ำถึงพฤติกรรมที่ไม่สมควร

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6980/2540

⁶⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 979. และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 97/2509 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “นายมะลิพานายเมี้ยนผู้ตายมาบ้านจำเลยในคืนเกิดเหตุเพื่อจะเอาตัวนางประจำกริยานายมะลิไปให้ได้นางประจำเป็นบุตรจำเลยได้พากันขึ้นไปบนเรือนจำเลยในเวลาค่ำคืน 21 นาฬิกาเศษ ซึ่งจำเลยกับพวกนอนหลับกันแล้ว นายมะลิเรียก นางประจำให้เปิดประตูเรือน นางประจำไม่เปิด นายมะลิ ก็ดันประตูจะเข้าไป จำเลยจึงลุกขึ้นขัดขวาง นายมะลิ นายเมี้ยน ผู้ตายขัดขึ้นจะเข้าไปเอาตัวนางประจำให้ได้ ดันประตูเรือนจนไม้กลอนขัดประตูหัก นับว่านายมะลิและผู้ตายกระทำการมิชอบ ด้วยความอุกอาจปราศจากความยำเกรงจำเลยผู้เป็นพ่อตาและเจ้าของบ้าน เป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม เหลือวิสัย ที่จำเลยจะอดกลั้นโทสะไว้ได้จำเลยบันดาลโทสะขึ้นในขณะนั้นจึงยิงไปทางนายมะลิและผู้ตาย 1 นัด จำเลย ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ประกอบด้วยมาตรา 72”

⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1371/2540 “การที่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าพนักงานในตำแหน่งนายอำเภอผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยในเขตพื้นที่รับผิดชอบได้ออกคำสั่งให้จำเลยผู้เป็นราษฎรในเขตท้องที่ที่ตนดูแลอยู่ให้ปิดสถานบริการก่อนเวลาที่ทางราชการกำหนดอันเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยหน้าที่และปฏิเสธการขอร้องของจำเลยที่จะอนุญาตให้เปิดสถานบริการต่อตามกำหนดเวลาของทางราชการตลอดจนการผลักจำเลยให้พ้นทางของตนโดยไม่ยอมรับฟังจำเลยต่อไปนั้นเป็นการข่มเหงจำเลยราษฎรในความปกครองของตนอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมเมื่อจำเลยใช้อาวุธปืนยิงเสียหายผู้ข่มเหงตนในขณะนั้นจึงถือได้ว่าจำเลยกระทำความผิดไปโดยบันดาลโทสะ จำเลยกระทำความผิดไปเพราะถูกบีบคั้นเกี่ยวกับการประกอบอาชีพอาวุธปืนที่ใช้ยิงก็เป็นของจำเลยและได้รับอนุญาตให้มีและใช้ตามกฎหมายสถานที่ที่จำเลยจำเลยพกอาวุธปืนติดตัวไปก็อยู่ในบริเวณสถานประกอบการค้าของจำเลยแต่จำเลยกระทำความผิดตอบโต้รุนแรงเกินไปตำแหน่งที่จำเลยใช้อาวุธปืนยิงก็เป็นอวัยวะสำคัญของผู้เสียหายอันควรแสดงถึงเจตนาจะฆ่าผู้เสียหายแม้ผู้เสียหายนั่งอยู่ในรถและจำเลยยืนอยู่จำเลยก็มีความอิสระตามสมควรที่จะเล็งปืนไปที่อวัยวะไม่สำคัญของผู้เสียหายและยิงสู่เบื้องต่ำได้แต่จำเลยหาได้ทำไม่พฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดดังกล่าวของจำเลยจึงยังไม่มีเหตุสมควรให้รื้อการลงโทษ”

⁶⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 200.

ทางเพศหรือหมิ่นเชิงชาย⁷⁰ หรือ คำถึงบุพการีซ้ำซ้ำ⁷¹ การสะสมเหตุแห่งการข่มเหงหรือการแม้ว่า การข่มเหงในครั้งที่สุดจะไม่ร้ายแรงก็ตาม (Cumulative Provocation)⁷² รวมทั้งการข่มเหงอย่างร้ายแรงแก่ผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด (The Sight of a Friend or Relative Being Beaten)⁷³ ซึ่งเป็นประเด็นหลักของการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ดังจะได้ศึกษาในหัวข้อ 3.3.2

2. การที่ถูกข่มเหงเช่นนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทสะ

หลักในข้อนี้เป็นการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) การกระทำผิดโดยบันดาลโทสะจะต้องมาจากเหตุแห่งการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงนั้น⁷⁴ กล่าวคือ เมื่อถูกข่มเหงแล้วผู้กระทำเกิดอารมณ์โกรธชุนเคืองโดยฉับพลัน ขาดสติสัมปชัญญะจนไม่อาจชั่งน้ำหนัก ระหว่างการกระทำผิดกับยับยั้งไม่กระทำ จึงกระทำความผิดไปเพราะโทสะโดยมิได้มีการคิดและตกลงใจกระทำไปตามปกติธรรมดา การพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดไปเพราะเหตุบันดาลโทสะ

⁷⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 846/2512 “จำเลยเป็นหญิง มีภาระต้องเลี้ยงตัวเอง เลี้ยงน้องให้ได้รับการศึกษาชั้นมหาวิทยาลัย และส่งเงินเลี้ยงบิดามารดาที่อยู่ต่างจังหวัด จำเลยรักใคร่ได้เสียกับผู้ตายจนจำเลยตั้งครรภ์ ผู้ตายก็ตีตนออกห่างทำการตัดสัมพันธ์ ทั้งไม่ยอมรับว่าเป็นพ่อเด็กและไม่ยอมพบจำเลยโทรศัพท์ไปหานับสิบครั้งก็ไม่ยอมพูดด้วย วันเกิดเหตุจำเลยได้ไปคอยพบผู้ตายและพูดเรื่องที่จำเลยมีครรภ์ ผู้ตายว่า “บอกให้เอาออกก็ไม่เอาออก ผู้ตายไม่ยอมรับว่าเป็นพ่อเด็กทั้งยังว่าจำเลยอยากหน้าด้านไปหาผู้ตายเอง และว่า พ่อแม่จำเลยไม่เลี้ยงสอนให้ดี” อันเป็นการดูถูกเหยียดหยามกดขี่ข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุ อันไม่เป็นธรรม จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายในขณะนั้น เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1135/2504 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ผู้ตายรู้ที่อยู่หญิงเป็นภรรยาจำเลยก็ยังคงติดต่อทางซู่สาวเขาไป เป็นภรรยาจนได้จำเลยยังมีเยื่อใยติดตามไปพบภรรยาและผู้ตายเดินมาด้วยกัน จำเลยจึงวิ่งวนภรรยาให้กลับไปอยู่กับตน ผู้ตายกลับสບประมาทจำเลยว่าเป็น “หน้าตัวเมีย ผู้หญิงเขาไม่รักจะตามมาทำไม” ดังนี้ถือว่าการหมิ่นเชิงชายอย่างรุนแรง เป็นเหตุให้จำเลยบันดาลโทสะเพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม การที่จำเลยยิงผู้ตายถึงแก่ความตายในขณะนั้นย่อมได้รับผลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 266/2515 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตามข้อเท็จจริงที่ฟังได้ว่า “ในวันเกิดเหตุ ผู้ตายมาทวงค่าพระเครื่องที่ผู้ตายหาว่าจำเลยเป็นคนซื้อแต่จำเลยปฏิเสธว่าไม่ได้เป็นคนซื้อ ผู้ตายก็ตำว่าจำเลย “มีง้อย่าหมา มีงอจริง ถ้าอย่างนั้นมีงอแม่มไม่สอนหมาเห็ดแม่” เมื่อผู้ตายลงจากเรือนไปแล้ว ก็ยังตำว่าจำเลยต่อไปอีกด้วยถ้อยคำหยาบคายก้าวร้าวถึงบิดามารดาจำเลย จนจำเลยอดโทสะไม่ได้ ใช้มีดฟันผู้ตายไปนั้น ศาลฎีกาเห็นว่าการที่ผู้ตายตำว่าจำเลยด้วยถ้อยคำหยาบคายก้าวร้าวถึงบิดามารดาจำเลยบนเรือนแม่ยายจำเลย จำเลยไม่โกรธ แต่เมื่อผู้ตายลงจากเรือนไปแล้ว ยังตำแล้วตำอีกถึงบิดามารดาจำเลยต่อเนื่องกันตลอดเวลา นับว่าเป็นพฤติกรรมอันถึงขนาดถือได้ว่าเป็นการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยอดโทสะไม่ได้ใช้มีดฟันผู้ตายไปนั้น จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ”

⁷² รายละเอียดศึกษาได้จาก ทรงยศ ลังการพิณรุ, “บันดาลโทสะด้วยเหตุที่สะสมมา” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 32-35 และ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 6980/2540

⁷³ Lord Holt C.J. in *R v Mawgridge* (1707 Kel. 119). p.135

⁷⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักในกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2539), หน้า 112.

หรือไม่ ต้องพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำความผิดนั้นเองว่า ผู้กระทำบันดาลโทษหรือไม่ เป็นหลักอัตวิสัย (Subjective Test)⁷⁵ ซึ่งต่างกับการวินิจฉัยว่าการช่มเหงนั้นเป็นการช่มเหงอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมหรือไม่ อันจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบจากบุคคลธรรมดาตามหลักภววิสัย⁷⁶ ขั้นตอนนี้เป็นการศึกษาหลังจากได้วินิจฉัยแล้วว่า การช่มเหงตามข้อเท็จจริงเป็นการช่มเหงที่ร้ายแรงตามหลักภววิสัย โดยมุ่งพิจารณาว่าผู้กระทำให้เกิดบันดาลโทษหรือไม่นั้นเอง หากการช่มเหงนั้นร้ายแรงในมุมมองของบุคคลทั่วไป แต่ผู้กระทำไม่ได้เกิดโทษจนควบคุมสติไม่ได้ กลับไปกระทำความผิดเพราะใช้สติไตร่ตรองแล้ว ดังนั้นก็ไม่มีเหตุผลโทษเพราะกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ

แม้ว่าบันดาลโทษจะต้องเกิดขึ้นจากการถูกช่มเหง แต่อาจเกิดขึ้นหลังจากการช่มเหงได้ผ่านพ้นไปนานแล้วก็ได้ เนื่องจากการช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมนั้นอาจเป็นการกระทำต่อหน้าหรือลับหลังผู้กระทำความผิดได้ เช่น มีผู้มาบอกเล่าให้ผู้กระทำความผิดได้ทราบถึงการช่มเหงภายหลังแล้วผู้กระทำให้เกิดบันดาลโทษเพราะการบอกเล่านั้น⁷⁷ ประการสำคัญคือ เมื่อทราบเหตุช่มเหงแล้วผู้กระทำความผิดจะต้องบันดาลโทษขึ้นทันที หากทราบเหตุช่มเหงแล้วแต่ไม่บันดาลโทษขึ้นทันที แม้ไปบันดาลโทษขึ้นภายหลังและกระทำความผิดก็ไม่มีเหตุผลโทษเพราะบันดาลโทษได้

นอกจากนี้ยังรวมถึง การสะสมเหตุแห่งการช่มเหง หรือ บันดาลโทษด้วยเหตุที่สะสมมา (Cumulative Provocation) กล่าวคือ เป็นการช่มเหงที่แม้ในครั้งที่สุดเป็นการช่มเหงที่ไม่ร้ายแรง กระนั้น จากประสบการณ์ของผู้กระทำความผิดที่ถูกผู้เสียหายช่มเหงมาเป็นระยะเวลาอันนาน แต่สามารถอดทนอดกลั้นต่อการช่มเหงมาได้ตลอด จวบจนการช่มเหงในครั้งที่สุดกลายเป็นการช่มเหงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถอดทนต่อไปได้จึงกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ ดังนั้นพิจารณาได้เช่นกันว่า การช่มเหงในครั้งสุดท้ายเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษได้เช่นเดียวกัน

3. ผู้กระทำได้กระทำความผิดต่อผู้ช่มเหงในขณะที่บันดาลโทษ

หลักเกณฑ์ประการสุดท้ายคือ ผู้กระทำจะต้องกระทำความผิดต่อผู้ช่มเหงในขณะที่บันดาลโทษเท่านั้น ประกอบไปด้วยองค์ประกอบสองประการ คือ ต้องกระทำความผิดต่อผู้ช่มเหง และกระทำความผิดในขณะที่บันดาลโทษอีกประการหนึ่ง อธิบายได้ดังนี้

⁷⁵ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 66.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6788/2554 “เหตุบันดาลโทษอาจเกิดเพราะคำบอกเล่าได้ ไม่จำเป็นต้องประสบเหตุการณ์ด้วยตนเอง วันเกิดเหตุจำเลยที่ 2 บอกจำเลยที่ 1 ว่าผู้ตายซึ่งเป็นภริยาจำเลยที่ 1 มีชู้โดยจำเลยที่ 2 เห็นผู้ตายกับชายชู้เข้าห้องและปิดประตูอยู่ด้วยกัน มีลักษณะว่ามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวถือได้ว่าเป็นการช่มเหงจิตใจจำเลยที่ 1 อย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ดังนั้นการที่จำเลยที่ 1 ทำร้ายผู้ตายทันทีที่ได้รับคำบอกเล่าจึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทษตาม ป.อ. มาตรา 72”

ผู้กระทำต้องกระทำความผิดต่อผู้ช่มเหง จะไปกระทำความผิดต่อบุคคลที่สามหรือผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องไม่ได้ เพราะกฎหมายลโทษให้กับผู้กระทำเนื่องจากผู้ช่มเหงมีส่วนเป็นต้นเหตุที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น⁷⁸ หากไม่มีการช่มเหงเช่นนั้นการกระทำความผิดคงไม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามหากผู้กระทำตั้งใจกระทำความผิดต่อผู้ช่มเหงแต่เป็นการกระทำโดยพลาดไปโดนบุคคลอื่น ก็ถือว่ามิเหตุลโทษเพราะบันดลโทษสำหรับความผิดต่อบุคคลที่สามด้วย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 60 นอกจากนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้ช่มเหงนอกจากผู้ถูกละเมิดผู้กระทำความผิดแล้ว ยังรวมถึงผู้ที่พัวพันอยู่ในที่เกิดเหตุเสมือนเป็นผู้สนับสนุนผู้ช่มเหงด้วย⁷⁹

ผู้กระทำได้กระทำความผิดในขณะที่บันดลโทษ หมายความว่า ได้กระทำความผิดไปในขณะที่โทษยังรุนแรงอยู่ซึ่งอาจเป็นช่วงเวลาภายหลังการช่มเหงเกิดขึ้นนานเพียงใดก็ได้⁸⁰ ประการสำคัญคือ เมื่อทราบถึงการช่มเหงแล้วจะต้องบันดลโทษขึ้นและกระทำความผิดในขณะที่นั้นนั่นเอง นอกจากนี้ การพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดในขณะที่มีโทษรุนแรงหรือไม่นั้น ต้องวินิจฉัยโดยอาศัยหลักภววิสัย (Objective Test) เช่นเดียวกับการวินิจฉัยว่าการช่มเหงร้ายแรงหรือไม่ กล่าวคือ ต้องวินิจฉัยโดยเปรียบเทียบบุคคลทั่วไปที่มีพฤติการณ์อย่างเดียวกันกับผู้กระทำความผิดว่าตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น บุคคลทั่วไปสามารถระงับโทษได้หรือไม่ หรือสามารถใช้สติไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้หรือไม่⁸¹ โดยไม่คำนึงถึงว่าในความเป็นจริงแล้วผู้กระทำความผิดกระทำไปเพราะยังระงับโทษไม่ได้⁸² ในทางปฏิบัติ หลักภววิสัยที่นำมาใช้พิจารณาฯยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่า จะต้องเป็นระยะเวลาานเพียงใดที่บุคคลทั่วไปควรจะระงับสติอารมณ์ได้ แต่อาศัยการพิจารณาว่า ระยะเวลาที่ผ่านไปนานพอสมควรน่าจะทำให้บุคคลระงับสติอารมณ์ได้แล้ว (Cooling Time)⁸³ หรือมีข้อเท็จจริงอื่นที่แสดงให้เห็นว่า ผู้กระทำความผิดสามารถใช้สติไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้แล้ว⁸⁴ เช่น ผู้กระทำความผิดได้มีการโทรศัพท์ขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ตำรวจ⁸⁵ แสดงให้เห็นว่า ผู้กระทำมีสติเพียงพอที่จะใช้เหตุผลยับยั้งการกระทำของตนเองได้แล้ว

⁷⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 995.

⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1704/2518 “แม้ผู้เสียหายจะไม่ได้ร่วมกับพี่สาวด่าว่าและแสดงกิริยาหยาบคายต่อจำเลย แต่ผู้เสียหายก็มาพัวพันอยู่ในบริเวณที่เกิดเหตุเสมือนเป็นกำลังสนับสนุนในฐานะเป็นพวกของฝ่ายพี่สาวเพื่อให้ฮึกเหิมยิ่งขึ้น ดังนั้นเมื่อจำเลยบันดลโทษคว่ำมีดไล่ฟันพี่สาวผู้เสียหายและฟันผู้เสียหายจึงถือได้ว่าจำเลยกระทำต่อผู้เสียหายโดยบันดลโทษด้วย”

⁸⁰ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 793. และพิณทิพย์ ลีลาเกรียงศักดิ์, “การกระทำความผิดโดยบันดลโทษที่เกิดขึ้นในขณะที่การกระทำโดยเบื้องต้นและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัย, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 21.

⁸¹ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 67.

⁸² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 787.

⁸³ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 68.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้จำกัดว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเป็นการกระทำความผิดฐานใดได้บ้าง แต่โดยทั่วไปแล้วมักเป็นความผิดฐานฆ่าหรือทำร้ายร่างกายผู้อื่นนั่นเอง⁸⁶ กระนั้นการที่กฎหมายไม่ได้จำกัดฐานความผิดไว้เช่นนี้เอง ทำให้เข้าใจได้ว่าการกระทำความผิดฐานอื่นๆ เช่น การทำลายทรัพย์ การวางเพลิงเผาทรัพย์ สามารถเกิดขึ้นโดยบันดาลโทสะได้เช่นเดียวกัน⁸⁷ อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจะต้องเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา และประกอบด้วยเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจ คือ “เพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมด้วย”⁸⁸ ดังนั้น จึงไม่ใช่ความผิดทุกประเภทที่จะเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้ด้วยสภาพของความผิดนั้นๆ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ที่ต้องการเจตนาพิเศษคือ “โดยทุจริต”⁸⁹ หรือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งต้องการเจตนาพิเศษ คือ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” เพราะเจตนาพิเศษเหล่านี้ไม่สามารถเกิดขึ้นพร้อมเจตนาพิเศษ “เพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” ได้อยู่เอง รวมถึงความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทก็เช่นเดียวกัน เพราะการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจะต้องเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนาตนเอง

นอกจากนี้ การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะยังสามารถกระทำความผิดร่วมกันในลักษณะเป็นตัวการได้⁹⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่ผู้ถูกข่มเหงกับผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงได้กระทำความผิดร่วมกันโดยบันดาลโทสะต่อผู้ข่มเหง ข้อสำคัญก็คือว่า ทั้งผู้ถูกข่มเหงโดยตรง และผู้ใกล้ชิดจะต้องกระทำความผิดด้วยเหตุบันดาลโทสะเพราะผู้เสียหายได้ข่มเหงนั่นเองไม่ใช่เพราะเหตุอื่น และโทสะจะต้องมีตลอดเวลาที่กระทำความผิดในลักษณะเป็นตัวการ

จากการศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะพบว่า แม้กฎหมายจะลดโทษให้กับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะเห็นใจที่ผู้กระทำผิดถูกผู้เสียหายข่มเหง แต่กฎหมายก็ได้สร้างข้อจำกัดสำหรับการลดโทษไว้ โดยกำหนดมาตรฐานการพิสูจน์ความร้ายแรงของการข่มเหงให้พิจารณาจากมุมมองของบุคคลทั่วไป และแม้การข่มเหงจะร้ายแรงยังต้องพิจารณาต่อว่าผู้กระทำผิดกระทำความผิดในขณะบันดาลโทสะหรือไม่ ทั้งต้องกระทำความผิดตอบโต้ผู้ข่มเหงแต่เพียงเท่านั้น นอกจากนี้ยังกำหนดผลแห่งการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้ว่า “ศาลจะลดโทษเพียงใดก็ได้” หมายความว่า ศาลจะลดโทษให้เพียงใดก็ได้ แต่จะไม่ลดโทษเลยไม่ได้ ดังนี้แสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายว่า แม้กฎหมายจะเห็นใจแก่ผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ แต่ก็มีได้

⁸⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 527.

⁸⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 993-994.

⁸⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 527.

⁸⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 993.

⁹⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 527.

สนับสนุนให้บุคคลกระทำความผิดโดยอาศัยเหตุดังกล่าว หากมีการข่มเหงที่ไม่ร้ายแรงบุคคลก็พึงใช้สิทธิระงับการกระทำของตนเองนั่นเอง⁹¹

ข้อสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์เหตุบันดาลโทสะคือ ภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะหรือไม่นั้นตกอยู่กับจำเลย⁹² โดยหลักการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีอาญานั้นโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำความผิดอาญา โจทก์จึงต้องนำสืบประเด็นตามองค์ประกอบความรับผิดทางอาญา แต่สำหรับประเด็นพิพาทว่าจำเลยได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะหรือไม่นั้น จำเลยเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงว่าตนได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพื่อได้รับการลดโทษตามกฎหมาย ดังนั้นจำเลยจึงต้องพิสูจน์ว่า มีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และตนได้กระทำความผิดไปเพราะบันดาลโทสะอย่างแท้จริง และด้วยเหตุเดียวกันนี้กรณีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดนั้น จำเลยจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างตนกับผู้ถูกข่มเหงด้วยเช่นเดียวกัน เพราะ เป็นข้อเท็จจริงที่จำเลยเป็นฝ่ายยกขึ้นกล่าวอ้างนั่นเอง

ในหัวข้อต่อไปจะได้ศึกษาถึงการยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงเพื่อศึกษาว่า ภายใต้หลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนั้นศาลฎีกาได้ยอมรับแนวความคิดดังกล่าวมาปรับใช้ได้อย่างไร

3.3.2 การยอมรับแนวความคิดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง

1. หลักความเห็นใจของกฎหมาย และหลักความเป็นอันตรายของผู้กระทำความผิด

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่า แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดมีหลายแนวความคิด ได้แก่ หลักความโกรธ หรือหลักสูญเสียเหตุผลในการควบคุมตนเอง ตามสำนักกฎหมายธรรมชาติ หลักความเห็นใจของกฎหมาย ตามสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Positive Law) หลักความเป็นอันตรายของผู้กระทำความผิดตามสำนักลัทธิอรรถประโยชน์นิยม ในส่วนนี้จะได้ศึกษาว่าศาลไทยยอมรับแนวความคิดใดมาวินิจฉัยคดี

ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ ตามประมวลกฎหมายอาญา ตั๋วบทบัญญัติมาตรา 72 กำหนดเพียงว่า ผู้ที่ถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจนเกิดโทสะ หากไปกระทำความผิดแก่ผู้

⁹¹ คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ฎีกาวิเคราะห์:บันดาลโทสะ:เหตุลดโทษตาม ป. อาญา," วารสารอัยการ: 51.

⁹² จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), หน้า 258.

ช่มเหงในขณะที่เกิดโทษะนั้น ศาลสามารถใช้ดุลพินิจลดโทษให้กับผู้กระทำความผิด ดังนั้นผู้ที่สามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทษจะได้จึงต้องเป็นผู้ที่ถูกช่มเหง⁹³ เช่น นาย ก. ถูก นาย ข. ช่มเหงอย่างร้ายแรง นาย ก. จึงบันดาลโทษจะทำร้าย นาย ข. นาย ค.ซึ่งไม่ได้ถูกนาย ข. ช่มเหงจะมาทำร้าย นาย ข. ด้วยเหตุบันดาลโทษเช่นเดียวกับ นาย ก. ไม่ได้

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานยอมรับแนวความคิดว่า การช่มเหงนอกจากจะเป็นการช่มเหงต่อผู้กระทำความผิดแล้ว ยังรวมถึงการช่มเหงต่อผู้มีความสัมพันธ์บางประการกับผู้กระทำความผิดด้วย อันอาจถือได้ว่าเป็นการช่มเหงถึงตัวผู้กระทำความผิดในขณะเดียวกันนั้นนั่นเอง⁹⁴ หากเป็นการทำร้ายผู้ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด ผู้กระทำก็ไม่มีเหตุที่จะรับการลดโทษเพราะกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ⁹⁵ ข้อพิจารณาที่สำคัญคือ เมื่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามีได้กล่าวถึงการช่มเหงผู้มีความสัมพันธ์บางประการกับผู้กระทำความผิดอย่างชัดเจน แล้วศาลอาศัยหลักเกณฑ์ใดในการนำแนวความคิดดังกล่าวมาปรับวินิจฉัยคดี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2482 ได้ให้คำตอบแก่ปัญหาดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2482 “โจทก์ฎีกาขึ้นเป็นข้อกฎหมายว่า การยั่วโทษตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 55 นั้น มีความหมาย ถึงตัวผู้กระทำความผิดถูกดขี่ช่มเหงโดยตรงมิได้หมายถึงวงศ์ญาติของผู้กระทำความผิดด้วยไม่ วินิจฉัยว่า ตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 55 นั้น มิได้มีข้อความให้จำกัดการแปลแต่ละเฉพาะตัวผู้กระทำผิดถูกดขี่ช่มเหงโดยตรงดังโจทก์ฎีกา เมื่อมีพฤติการณ์พอถือได้ว่าผู้ใดถูกดขี่ช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ก็อาจมีการบันดาลโทษขึ้นในขณะนั้นได้ คดีนี้ปรากฏว่านายช้อนผู้ตายใช้ไม้โตขนาดเท่าแขนตีถูกกลางศีรษะนายปลิวซึ่งเป็นนำของจำเลย ถือได้ว่านายช้อนได้กระทำไปอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ในฐานที่จำเลยมีความเกี่ยวข้องกับนายปลิวโดยนายปลิวเป็นนำจำเลย พฤติการณ์พอถือได้ว่าจำเลยถูกดขี่ช่มเหงหรือถูกยั่วโทษะ ไม่จำเป็นว่าจำเลยจะต้องเป็นผู้ถูกกระทำร้ายเองก่อนโดยตรง”

นอกจากนี้ยังมีหมายเหตุท้ายพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2482 โดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัยอธิบายว่า

⁹³ อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525), หน้า 157.

⁹⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 891.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน

“การที่กฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษให้ลดน้อยลงนี้เพราะจำเลยในกรณีนี้ไม่ใช่เป็นคนชั่วร้ายมากนัก โดยจำเลยไม่ได้เป็นผู้ก่อเหตุขึ้นก่อน ทั้งได้กระทำไปโดยถูกกดขี่ข่มเหงอย่างไม่เป็นธรรม การที่ศาลฎีกาตีความว่า “การกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” จึงอาจกระทำแก่ผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับจำเลยเองก็ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องเข้าใจว่าผู้ที่ถูกกระทำร้ายนี้จะต้องเกี่ยวข้องกับจำเลยโดยใกล้ชิดกันจนกระทั่งการทำร้ายในเวลาเดียวกันนั้นถือได้ว่าเป็นเหตุกดขี่ข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมด้วย ส่วนปัญหาที่ว่าความเกี่ยวข้องอย่างไรจึงจะถือว่าใกล้ชิดกับจำเลย ย่อมแล้วแต่ความรู้สึกใคร่ชอบพอซึ่งจำเลยมีต่อผู้ถูกกระทำร้ายเป็นกรณีๆ บุคคลย่อมรักญาติพี่น้องของตนแตกต่างกัน และบุคคลคนเดียวก็อาจรักญาติคนนี้มากญาติคนนั้นน้อยก็ได้ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงว่ากฎหมายลดหย่อนผ่อนโทษให้น้อยลงตามมาตรา 55 ก็เพราะกฎหมายเห็นใจว่าจำเลยถูกกดขี่ข่มเหง จึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับความรู้สึกของจำเลยโดยเฉพาะ โดยเหตุนี้จึงต้องถือว่าผู้กดขี่ข่มเหงไม่จำเป็นต้องทราบความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกกระทำร้ายกับจำเลย”

ในคดีข้างต้น ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่โจทก์หรือผู้เสียหายได้ข่มเหงนำของผู้กระทำความผิด โจทก์ได้ฎีกาปัญหาข้อกฎหมายว่า การข่มเหงอย่างร้ายแรงที่จะทำให้บุคคลบันดาลโทษจะต้องเป็นการข่มเหงต่อผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่รวมถึงการข่มเหงญาติของผู้กระทำ เพราะบทบัญญัติของประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ระบุเพียงว่า “ถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม...” กระนั้นศาลฎีกาตีความว่า การที่บทบัญญัติของกฎหมายระบุไว้ดังกล่าวเท่ากับมิได้จำกัดว่า ผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทษจะต้องเป็นผู้ถูกข่มเหงโดยตรงเท่านั้น ทำให้บุคคลอื่นนอกจากผู้ที่ถูกผู้เสียหายลงมือข่มเหงสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทษได้เช่นเดียวกัน ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ ศาลฎีกาวินิจฉัยต่อว่า “เมื่อพฤติการณ์พอถือได้ว่าผู้ใดถูกข่มเหง” แสดงว่าศาลฎีกายอมรับว่า โดยสภาพแล้วการข่มเหงบุคคลหนึ่งไม่เป็นการข่มเหงถึงบุคคลอีกคนหนึ่ง แต่ด้วยความสัมพันธ์บางประการระหว่างบุคคลผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิด ทำให้การข่มเหงที่เกิดขึ้นนั้นถือเป็นการข่มเหงถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วยในขณะเดียวกัน ดังนั้นศาลฎีกาจึงยอมรับแนวความคิดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงมาวินิจฉัยโดยอาศัย

หลักเกณฑ์ “การข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดในทางกฎหมายว่า การข่มเหง

เมื่อพิจารณาตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาพบว่า เหตุผลที่ศาลวินิจฉัยยอมรับแนวความคิดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง เพราะศาลมองว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นเรื่องที่กฎหมายให้ความเห็นใจแก่ผู้กระทำความผิด เนื่องจากไม่ใช่บุคคลชั่วร้าย และไม่ได้เป็นผู้ก่อเหตุขึ้นก่อนซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดความเห็นใจของกฎหมายของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม และ แนวความคิดเรื่องความเป็นอันตรายของผู้กระทำความผิดตามสำนักลัทธิรรถประโยชน์นิยมเช่นเดียวกันกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะโดยทั่วไปนั่นเอง

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า แม้ศาลจะยอมรับว่าการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงสามารถเกิดขึ้นได้ แต่ก็ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกข่มเหงที่ศาลจะนำมาวินิจฉัย โดยตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ศาสตราจารย์ .ดร.หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นไว้ทำนองว่าให้วินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามความเป็นจริงซึ่งขึ้นอยู่กับความรู้สึกของผู้กระทำความผิด อันมีลักษณะเป็นอัตวิสัย (Subjective test) ยิ่งไปกว่านั้นผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องทราบถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวด้วย ดังนี้ หากศาลฎีกาวินิจฉัยตามความรู้สึกของผู้กระทำความผิดหลักจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนของคำพิพากษาได้ เพราะจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกของผู้กระทำความผิดแต่เพียงฝ่ายเดียว

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นอีกแนวทางหนึ่งว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงไม่สามารถเกิดขึ้นได้ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย⁹⁶ โดยแนวคิดนี้มองว่าบันดาลโทสะเป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลผู้ถูกข่มเหง บุคคลย่อมตอบสนองต่อการข่มเหงแตกต่างกันซึ่งอาจเป็นการกระทำความผิดที่แตกต่างกัน หรือไม่กระทำความผิดเลยก็ได้ การยอมรับว่าผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้เช่นเดียวกันจะเป็นการไม่คำนึงถึงการตอบสนองต่อการข่มเหงของแต่ละบุคคลนั่นเอง อีกประการหนึ่ง มีโอกาสที่จะเกิดเหตุการณ์ที่มีผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้หลายคนจากการลงมือข่มเหงของผู้เสียหายเพียงครั้งเดียว เช่น

⁹⁶ ศิริชัย วัฒนโยธิน, "หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8944/2553," ใน คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2553 เล่มที่ 11 บริการสำนักงานศาลยุติธรรม บริการสวัสดิการศาลฎีกา, พรเพชร วิชิตชลชัย, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร บริษัท ขอนพิมพ์ 50 จำกัด, 2554), หน้า 38-39.

บิดา มารดา บุตร พี่น้อง สามี ภรรยาของผู้ถูกข่มเหง สามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้ เช่นเดียวกับผู้ถูกข่มเหงโดยตรง แม้ว่าผู้ถูกข่มเหงจะกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะต่อผู้ข่มเหงแล้วก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้น หากผู้ที่ถูกข่มเหงโดยตรงไม่กระทำความผิด แต่ผู้ใกล้ชิดกลับไปกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเสียเองจะเป็นเรื่องที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงสามารถเกิดขึ้นได้เพราะเป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่จะรักพวกพ้อง หากพวกพ้องถูกทำร้ายก็ย่อมจะต้องปกป้อง หรือตอบโต้ผู้ที่ทำร้าย ที่ศาลฎีกาวินิจฉัยโดยยอมรับแนวความคิดดังกล่าวจึงสอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์ นอกจากนี้บันดาลโทสะเป็นเรื่องที่กฎหมายให้ความเห็นใจอันเนื่องมาจากความไม่สมบูรณ์ของจิตใจมนุษย์ที่อารมณ์สามารถอยู่เหนือการตัดสินใจได้ในบางเวลาดังนั้นการวินิจฉัยของศาลฎีกาจึงสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย อีกประการหนึ่ง แม้ว่าผู้เสียหายจะไม่มีเจตนาที่จะข่มเหงผู้กระทำความผิดมาก่อนเลยก็ตาม แต่การข่มเหงผู้ใกล้ชิดก็เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงแก่ผู้กระทำความผิดด้วยในขณะเดียวกัน⁹⁷ จึงเป็นการข่มเหงที่มีผู้ถูกข่มเหงมากกว่าหนึ่งราย ในลักษณะที่ผู้ถูกข่มเหงแต่ละรายต่างฝ่ายต่างบันดาลโทสะ สอดคล้องกับแนวความคิดว่าผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำความผิดในขณะบันดาลโทสะ (Subjective Test)⁹⁸ ด้วยเหตุนี้บันดาลโทสะจึงเป็นเหตุส่วนตัวของผู้กระทำความผิดแต่ละราย⁹⁹ และสามารถกระทำความผิดร่วมกันในลักษณะเป็นตัวการได้ โดยปกติผู้ที่ถูกข่มเหงโดยตรงจะเป็นผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ แต่ก็มีได้หมายความว่า ผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงจะกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะด้วยไม่ได้ และการกระทำความผิดที่ทำลงนั้นก็อาจแตกต่างกันได้ ตามการตอบสนองต่อผลกระทบของการข่มเหงที่มากขึ้นน้อยแตกต่างกัน ดังนั้น การยอมรับว่าผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้จึงเป็นการคำนึงถึงการตอบสนองต่อการข่มเหงของผู้กระทำความผิดแต่ละรายและสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง

ฉะนั้น การยอมรับแนวคิดว่าผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้จะต้องมีขอบเขตหรือข้อจำกัด เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในความเป็นจริงมีความสัมพันธ์หลายระดับ หากให้ความเห็นใจกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทุกระดับจะเป็นการเห็นใจแก่ผู้กระทำความผิดโดยไม่มีขอบเขตซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่สนับสนุนให้บุคคล

⁹⁷ Lord Holt C.J. in *R v Mawgridge* (1707 Kel. 119). p.135

⁹⁸ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 68.

⁹⁹ จิตติ ดิงศภทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 562.

กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ¹⁰⁰ ดังนั้นในหัวข้อต่อไปจะได้ศึกษาถึงแนวความคิดในการจำกัดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิด

2. หลักภววิสัย (Objective Test) และหลักอัตวิสัย (Subjective Test)

ดังได้กล่าวในหัวข้อที่แล้วว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงเป็นส่วนหนึ่งของหลักเกณฑ์ “การข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” ดังนั้นข้อจำกัดของหลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงต้องนำมาปรับใช้กับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อจำกัดเรื่องการวินิจฉัยถึงความร้ายแรงแห่งการข่มเหงซึ่งมีแนวความคิดที่สำคัญอยู่สองแนว คือ การใช้หลักหลักภววิสัย (Objective Test) และหลักอัตวิสัย (Subjective Test) มาวินิจฉัย ดังนี้

แนวคิดหลักภววิสัย (Objective Test) ได้อธิบายไปในหัวข้อที่ 3.2.1 แล้วว่า การข่มเหงอย่างร้ายแรงหมายความว่า การข่มเหงที่บุคคลทั่วไปในสังคมมองว่าเป็นการข่มเหงที่ไม่สามารถอดทนได้¹⁰¹ นี้เมื่อนำมาปรับใช้กับแนวคิดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง อธิบายว่า การวินิจฉัยว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิดจะมีความใกล้ชิดเพียงพอที่จะบันดาลโทสะหรือไม่นั้นต้องวินิจฉัยจากมุมมองของบุคคลทั่วไป¹⁰² มิใช่วินิจฉัยจากความรู้สึกของผู้กระทำความผิด แนวความคิดนี้จะไม่สนใจว่าในความเป็นจริงผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิดจะมีความรู้สึกรักใคร่ชอบพอกันเพียงใด เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำความผิดซึ่งไม่อาจพิสูจน์ได้ ทำให้ความสัมพันธ์ที่ถูกพิจารณาว่าใกล้ชิดคือ ความสัมพันธ์ระหว่างญาติ และศาลฎีกาก็ได้นำแนวคิดนี้มาวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 วินิจฉัยว่าผู้ตายไปพบนางเกษภรรยา นายสุวรรณจำเลย อยู่บ้านคนเดียวก็คุกคามเกรี้ยวกราดเป็นทำนองข่มเหงว่าจะฆ่าจะฆ่าเรา ครั้นนางเกษร้องเอ็ดอึ้งขึ้นผู้ตายเป็นพระภิกษุจึงต้องรีบลงจากเรือนไป แต่พอดีจำเลยทั้งสองกลับมาได้ยินเสียงร้องและเมื่อทราบเรื่องเลยออกติดตามทันที จำเลยตามไปห่างเรือน 6-7 เส้น ก็ทันและทำร้ายผู้ตายนอนตายอยู่บนถนน ถือว่าการกระทำของนายสุวรรณจำเลยเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ โดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง

¹⁰⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 15 49/2482 วันที่ 4 กรกฎาคม 2482

¹⁰¹ Perkins, R. M., *Criminal Law*. 66

¹⁰² ในคดี *COMMONWEALTH v. PAESE*. 220 Pa. 371, 69 A. 891 ศาลวินิจฉัยว่าความสัมพันธ์เช่นเพื่อนไม่ใกล้ชิดเพียงพอในมุมมองบุคคลทั่วไปที่จะทำให้บุคคลสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้

ด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นแล้ว ส่วนนายสอจำเลยกับนายสุวรรณจำเลยเป็นเพียงเพื่อนสนิทกัน การที่นางเกษภรรยานายสุวรรณจำเลยถูกข่มเหงรังแก ย่อมเป็นการข่มเหงนายสุวรรณผู้สามีด้วย เป็นเหตุผลเกี่ยวกับตัวบุคคลหาใช้ลักษณะคดีไม่ แม้จำเลยทั้งสองจะทำผิดร่วมกัน ก็จะมีบรรทัดโทษนายสอจำเลยตาม มาตรา 72 คือ เหตุลดโทษเพราะบันดาลโทสะด้วยหาได้ไม่

ในคดีดังกล่าว ศาลไม่พิจารณาว่าในความเป็นจริงจำเลยทั้งสองจะเป็นเพื่อนที่มีความสนิทสนมกันเพียงใด ศาลพิจารณาเพียงว่า ความสัมพันธ์ที่ถือว่าใกล้ชิดเพียงพอที่การข่มเหงบุคคลหนึ่งจะเป็นการข่มเหงถึงตัวผู้กระทำความผิดต้องเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะความเป็นญาติเท่านั้นซึ่งในมุมมองของบุคคลทั่วไปย่อมจะต้องมองว่า ตนจะมีความสนิทสนมไว้เนื้อเชื่อใจผู้ที่เป็ญาติของตนมากกว่าบุคคลอื่น สอดคล้องกับแนวความคิดเชิงภววิสัยว่าจะต้องวินิจฉัยความสัมพันธ์ว่าใกล้ชิดหรือไม่เพียงใดจากมุมมองของคนทั่วไปในสังคมนั่นเอง นอกจากนี้ยังสอดคล้องกับแนวความคิดทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา กล่าวคือ มนุษย์มีสัญชาตญาณในการปกป้องญาติพี่น้องของตนเอง (Kin Protection)¹⁰³ มากกว่าบุคคลที่ไม่ใช่ญาติของตน

หลักอัตวิสัย (Subjective Test) หลักนี้เป็นหลักที่วินิจฉัยว่า ผู้กระทำความผิดได้กระทำในขณะที่บันดาลโทสะหรือไม่¹⁰⁴ เป็นหลักที่วินิจฉัยหลังจากที่วินิจฉัยแล้วว่าการข่มเหงนั้นร้ายแรงตามภววิสัย การวินิจฉัยจากแนวความคิดนี้จะพิจารณาจากมุมมองของผู้กระทำความผิดเองว่าได้กระทำไปเพราะบันดาลโทสะอย่างแท้จริง เมื่อปรับแนวคิดดังกล่าวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ข่มเหงจะพิจารณาได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิดจะมีความใกล้ชิดกันเพียงใดจะต้องวินิจฉัยจากความรู้สึกของผู้กระทำความผิดเป็นรายกรณี ด้วยเหตุนี้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกข่มเหงจึงไม่จำเป็นต้องเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะญาติก็ได้ แนวคิดนี้จะมีความสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของจิตใจผู้กระทำความผิดที่มีความรู้สึกรักหรือผูกพันบุคคลใดบุคคลหนึ่งอย่างน้อยแตกต่างกันได้ และความรู้สึกดังกล่าวเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดซึ่งผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องทราบถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกข่มเหงดังที่หมายเหตุท้ายคำพิพากษาที่ 739/2482 ที่ได้ยกไปข้างต้น อย่างไรก็ตามการวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลโดยอาศัยความรู้สึกของผู้กระทำความผิดแต่เพียงอย่าง

¹⁰³ นพมาศ อึ้งพระ (ธีรเวคิน), จิตวิทยาสังคม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 191

¹⁰⁴ Rollin M Perkins, Perkins on Criminal Law, p. 66

เดียวจะไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่กำหนดให้การช่มเหงจะต้องร้ายแรงในมุมมองของคนทั่วไป เพราะกฎหมายไม่สนับสนุนให้บุคคลกระทำความผิดอาญานั้นเอง

3.3.3 ปัจจัยที่ศาลนำมากำหนดความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างผู้ถูกช่มเหงกับผู้กระทำความผิด

แม้ศาลจะยอมรับแนวความคิดว่าการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกช่มเหงสามารถเกิดขึ้นได้ แต่เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวไว้เลย ศาลจึงต้องวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ในส่วนนี้จะศึกษาว่าศาลได้นำปัจจัยใดบ้างมาวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกช่มเหงกับผู้กระทำความผิด ดังนี้

1. ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบุคคล

ในประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการกำหนดว่าบุคคลใดเป็นผู้ใกล้ชิด ดังนั้นคำว่าผู้ใกล้ชิดหรือญาติสนิทจึงเป็นคำที่ไม่มีในกฎหมาย¹⁰⁵ แต่เป็นเพียงการตีความของศาลและนักกฎหมายนั่นเอง อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ซึ่งบุคคลที่กฎหมายคำนึงถึงนั้นก็ล้วนแล้วแต่เป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับใกล้ชิดมากที่สุดอันได้แก่ ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามี ภรรยา พี่น้องในกรณีการช่มเหงผู้ใกล้ชิดก็เช่นกัน ศาลฎีกาก็ได้คำนึงถึงบุคคลดังกล่าวว่าเป็นผู้มีความใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดจนกระทั่งการช่มเหงนั้นถือเป็นการช่มเหงถึงตัวผู้กระทำความผิดด้วย ดังคำพิพากษาศาลฎีกาดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 819/2476 วินิจฉัยว่า “บิดาจำเลยเลี้ยงสุราผู้ตาย และแสดงอัธยาศัยไมตรีโดยดีกับผู้ตาย แทนที่บิดาจำเลยจะได้รับความชอบใจจากพวกผู้ตาย พวกผู้ตายกลับใช้มีดแทงบิดาจำเลยที่แก้มเลือดไหลอาบหน้า ใครบ้างจะทนความช่มเหงที่ถูกพวกผู้ตายกดขี่อย่างร้ายแรงอันไม่เป็นธรรม จำเลยจึงบันดาลโทสะขึ้นมา จึงเป็นการสมควรที่พวกจำเลยจะได้รับความลดหย่อน”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 518/2500 “ผู้ตายกล่าวเสียดสีภรรยาจำเลยกระทบถึงจำเลยและไล่จำเลยกับบิดาและน้องชายจำเลยออกจากวัดต่อหน้าชุมชน และเอาปืนยิงบิดาจำเลยไปนัดหนึ่งถูกทรงอกและตายในเวลาต่อมา โดยที่จำเลยไม่ได้วิวาทด้วย ศาลฎีกาเห็นว่าเหตุทั้งหลายที่เกิดขึ้นนั้นผู้ตายล้วนเป็นผู้ก่อ เริ่มตั้งแต่กล่าวเสียดสีภรรยาจำเลยกระทบถึงจำเลยและใช้ปืนยิงบิดาจำเลยขณะที่บิดาจำเลยยังอยู่ห่างผู้ตายและไม่ปรากฏว่าบิดาจำเลยได้ทำร้ายผู้ตายจริงจึง จำเลยซึ่งอยู่ในที่นั้น

¹⁰⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 49 154/2482 วันที่ 11 พฤศจิกายน 2482

ก่อนที่จะมีเหตุ ก็มีได้เข้าวิวาทกับผู้ตาย ต่อเมื่อผู้ตายยิงบิดาจำเลยแล้ว จำเลยจึงทำร้ายผู้ตาย เป็นการกระทำโดยถูกยั่วโทสะ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 266/2515 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยตามข้อเท็จจริงที่ฟังได้ว่า “ในวันเกิดเหตุ ผู้ตายมาทวงค่าพระเครื่องที่ผู้ตายหาว่าจำเลยเป็นคนซื้อแต่จำเลยปฏิเสธว่าไม่ได้เป็นคนซื้อ ผู้ตายก็ตำว่าจำเลย เมื่อผู้ตายลงจากเรือนไปแล้ว ก็ยังตำจำเลยต่อไปอีกด้วยถ้อยคำหยาบคายก้าวร้าวถึงบิดามารดาจำเลย จนจำเลยอดโทสะไม่ได้ ใช้นิ้วชี้ฟันผู้ตายไปนั้น ศาลฎีกาเห็นว่าการที่ผู้ตายตำจำเลยด้วยถ้อยคำหยาบคายก้าวร้าวถึงบิดามารดาจำเลยบนเรือนแม่ยายจำเลย จำเลยไม่โกรธ แต่เมื่อผู้ตายลงจากเรือนไปแล้ว ยังตำแล้วตำอีกถึงบิดามารดาจำเลยต่อเนื่องกันตลอดเวลา นับว่าเป็นพฤติการณ์อันถึงขนาดถือได้ว่าเป็นการถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยอดโทสะไม่ได้ ใช้นิ้วชี้ฟันผู้ตายไปนั้น จึงเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 876/2464 ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ผู้ตายเมาสุราถือมีดขึ้นไปบนเรือนเงื้อฟันจำเลยจำเลยจับมือที่ถือมีดไว้ได้ ผู้ตายสะบัดหลุด แล้ววิ่งไล่ฟันและมารดาจำเลยไป พอหันก็ฟันพี่และมารดาจำเลยคนละที จำเลยได้ยินเสียงมารดาร้อง จึงวิ่งตามไปแล้วฟันผู้ตายถึงตาย จำเลยกระทำโดยบันดาลโทสะ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1597/2497 ศาลฎีกาพิพากษาว่า “การที่จำเลยใช้อาวุธมีดยาวคืบเศษแทงผู้ตายหลายครั้ง จนมีบาดแผลถลอกถึง 2 แผล เป็นเหตุให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย จำเลยย่อมรู้อยู่ก่อนแล้วว่าการกระทำของตนจะเป็นผลธรรมดาให้ผู้ถูกกระทำร้ายถึงแก่ความตาย ต้องถือได้ว่าเป็นการฆ่าคนตายโดยเจตนาแต่จำเลยได้กระทำผิดลงโดยบรรดาลโทสะในขณะที่เห็นพี่สาวของตนถูกผู้ตายกดขี่ข่มเหงด้วยเหตุร้ายแรงและไม่เป็นธรรม จึงควรได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษตามกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 55”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8944/2553 วินิจฉัยว่า “การที่ผู้เสียหายได้กระทำการล่วงเกินทางประเวณีแก่ ๘. พี่สะใภ้ของจำเลยที่ 3 อันเป็นการกระทำหมิ่นเกียรติยศและศักดิ์ศรีของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นพี่ชายจำเลยที่ 3 ย่อมทำให้จำเลยที่ 3 เกิดโทสะจนไม่อาจยับยั้งได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3861/2547 วินิจฉัยว่า “ข้อเท็จจริงเบื้องต้นฟังได้ว่า จำเลยเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของ ต. ในวันเวลาและสถานที่เกิดเหตุตามฟ้อง จำเลยไปพบโจทก์รวมนอนหลับอยู่กับ ต. ที่เตียงนอนบริเวณฟาร์มเลี้ยงไก่ของ ต. จำเลยใช้นิ้วชี้ขนาดกว้าง 2 นิ้ว ยาว 10 นิ้ว ที่นำติดตัวไปฟันโจทก์รวมน 1 ครั้ง ที่บริเวณศีรษะได้รับบาดเจ็บ มีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยว่าการกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ป.อ. มาตรา 68 บัญญัติว่า ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตน หรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เห็นว่า แม้จำเลยเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ของ ต. จะมีสิทธิป้องกันมิให้หญิงอื่นมามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับสามีของตนก็ตาม แต่ขณะจำเลย พบโจทก์ร่วมนั้น โจทก์ร่วมกำลังนอนหลับอยู่กับ ต. เท่านั้น มิได้กำลังร่วมประเวณีกัน พฤติการณ์ เช่นนี้ยังถือไม่ได้ว่ามีภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ ใกล้จะถึง อันจำเลยจำต้องกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของจำเลยแต่อย่างใด การกระทำของจำเลยจึงมิใช่ เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่โจทก์ร่วมเข้าไปนอนหลับอยู่กับ ต. สามีโดยชอบด้วย กฎหมายของจำเลยที่เตียงนอนในฟาร์มเลี้ยงไก่ของสามีจำเลยเช่นนี้นับได้ว่าเป็นการกระทำที่ข่มเหง จิตใจของจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุไม่เป็นธรรม เมื่อจำเลยพบเห็นโดยบังเอิญมิได้คาดคิดมาก่อน และไม่สามารถอดกลั้นโทษเอาไว้ได้ ใช้มีดฟันศีรษะโจทก์ร่วมไปในทันทีทันใด การกระทำของจำเลยจึง เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตาม ป.อ. มาตรา 72 หาใช่เป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังที่จำเลยฎีกาไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ โดยมีข้อเท็จจริงว่า “ผู้ตายขึ้นไปบน เรือนจำเลยที่ 2 พบภรรยาจำเลยที่ 2 อยู่คนเดียว จึงคุกคามเกรี้ยวกราดเป็นทำนองข่มเหง ภรรยา จำเลยที่ 2 ร้องเอ็ดอึงขึ้น ผู้ตายเป็นพระภิกษุจึงต้องรีบลงจากเรือนไป พอดีจำเลยทั้งสองกลับมาถึง บ้านทราบเรื่องการข่มเหงโดยภรรยาบอก จึงรีบลงเรือนตามผู้ตายไป จำเลยทั้งสองตามไปห่างเรือน 6 - 7 เส้นก็ทันผู้ตาย จึงทำร้ายผู้ตายถึงตาย ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่มีความเห็นว่า การที่จำเลยที่ 2 ได้กระทำแก่ผู้ตายนั้นเป็นการกระทำผิดต่อผู้ที่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมใน ระยะเวลาต่อเนื่องกระชั้นชิดกันกับในขณะที่ถูกข่มเหงแล้ว ก็ยังต้องด้วยการกระทำโดยบันดาลโทสะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 สำหรับกรณีของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นเพียงเพื่อนสนิทกับจำเลยที่ 2 นั้น ศาลฎีกาเห็นว่าการที่ภรรยาจำเลยที่ 2 ถูกรังแก ย่อมเป็นการข่มเหงจำเลยที่ 2 ผู้สามีด้วยเป็น เหตุผลเกี่ยวกับตัวบุคคลหาใช่ลักษณะคดีไม่ แม้จำเลยทั้งสองจะทำผิดร่วมกันตั้งว่า จะปรับบทลงโทษ จำเลยที่ 1 ตามมาตรา 72 ด้วยเหตุบันดาลโทสะด้วยมิได้”

ข้อสังเกตในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 คือ ในคดีนี้ผู้ถูกข่มเหงเป็นภรรยาโดยชอบ ด้วยกฎหมายของจำเลยที่ 2 และความสัมพันธ์ในลักษณะเพื่อนเป็นเพียงความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริง ที่กฎหมายมิได้คำนึงถึง แม้ว่าในความเป็นจริงจำเลยทั้งสองจะสนิทสนมเพียงใดก็ตาม แต่ก็ เป็น ข้อเท็จจริงที่มีอาจพิสูจน์ถึงความสนิทสนมได้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำ ความผิด และหากวินิจฉัยตามความรู้สึกดังกล่าวแล้วจะเป็นการสนับสนุนให้บุคคลกระทำความผิด อาญาได้ เพราะจะทำให้ผู้ที่ไม่สมควรได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะได้รับการลดโทษไปด้วย นอกจากนั้นยังทำให้เกิดความไม่แน่นอนของคำพิพากษาได้ การวินิจฉัยว่าความสัมพันธ์ระหว่างเพื่อน ไม่ใกล้ชิดพอที่จะทำให้บุคคลบันดาลโทสะได้หากเพื่อนถูกข่มเหงสอดคล้องกับแนวความคิดทางสังคม

วิทยาและมานุษยวิทยาที่เห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างเพื่อน (Companionship) เป็นความสัมพันธ์ที่มนุษย์สามารถใช้สติบริหารความสัมพันธ์ได้ดีกว่า¹⁰⁶

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ในคดีนี้ศาลวินิจฉัยว่า ความเป็นสามีภรรยาเป็นเหตุเฉพาะตัวของจำเลยที่ 1 มิได้เป็นเหตุในลักษณะคดีที่จะส่งผลถึงจำเลยที่สอง ดังนั้นการที่จำเลยที่สองกระทำความผิดไปเพราะภรรยาของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นเพื่อนกับจำเลยที่ 2 จึงมิได้รับการลดโทษ เสมือนกับว่าศาลวินิจฉัยโดยมิได้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ฉันเพื่อนระหว่างจำเลยที่ 1 กับ จำเลยที่ 2 แต่วินิจฉัยจากความสัมพันธ์ระหว่างสามีกับภรรยาของจำเลยที่ 1 เทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8944/2553 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า กรณีการล่วงละเมิดทางเพศภรรยาของพี่ชายถือเป็นการข่มเหงเกียรติยศศักดิ์ศรีพี่ชายของจำเลย ทำให้จำเลยมีอาจหนทนทานได้ อันเป็นการวินิจฉัยโดยตรงถึงความสัมพันธ์ระหว่างพี่น้อง และการล่วงละเมิดทางเพศภรรยาของพี่ชายเป็นการข่มเหงเกียรติยศศักดิ์ศรีซึ่งไม่เป็นเหตุเฉพาะตัวของพี่ชายผู้เป็นสามี

สำหรับบุคคลอื่นอันได้แก่ ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามี ภรรยา และพี่น้อง เป็นบุคคลซึ่งเป็นญาติของผู้กระทำความผิด แม้กฎหมายได้ระบุถึงบุคคลดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติต่างๆดังที่ได้อธิบายไปในบทที่ 2 ในบางบทบัญญัติกำหนดให้ความสัมพันธ์ดังกล่าวต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย ในขณะที่บางบทบัญญัติไม่ได้กำหนดไว้เช่นนั้น แต่ในเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงนั้นมิได้มีกำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลไว้แต่ประการใด ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนได้ว่าจะต้องเป็นความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นความสัมพันธ์ตามหลักสาโลหิต

ผู้เขียนเห็นว่าหากยึดเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้ความเห็นใจผู้กระทำความผิดเนื่องจากไม่ได้เป็นบุคคลชั่วร้าย และกระทำความผิดเนื่องจากผู้เสียหายก่อเหตุขึ้นก่อน¹⁰⁷ ญาติในกรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษจึงไม่จำเป็นต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายก็ได้ เพราะผู้บุพการี อันได้แก่ บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย หรือ ผู้สืบสันดาน อันได้แก่ ลูก หลาน เหลน เหล่านี้อันได้มีความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างกัน แต่ก็มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดในลักษณะข้างต้นตามความเป็นจริงซึ่งกฎหมายให้ความสำคัญถึงกับระบุบุคคลดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติมาตราต่างๆ อันแสดงให้เห็นถึงความเป็นภววิสัย (Objectivity) ของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล กล่าวคือตัวบทบัญญัติของกฎหมายนั่นเองที่แสดงให้เห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลดังกล่าวมีความสำคัญหรือมีความใกล้ชิดในมุมมองของวิญญูชนนั่นเอง กฎหมายถึงนำมาบัญญัติไว้ สอดคล้องกับ

¹⁰⁶ นพมาศ อึ้งพระ (ธีรเวคิน), *จิตวิทยาสังคม*, หน้า 191

¹⁰⁷ หมายเหตุท้ายพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2482

แนวความคิดทวิวิสัย (Objective Test) ดังนั้น บิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ยังคงเป็นบิดาอยู่เองตามความเป็นจริง หากผู้เสียหายมาข่มเหงบิดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ย่อมเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรง อันอาจบันดลโทษระต่อผู้กระทำความผิดด้วย อันมีเหตุควรเห็นใจให้กับผู้กระทำความผิดในลักษณะเดียวกันกับการข่มเหงบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

2. ความสัมพันธ์ข้อเท็จจริงหรือความเป็นญาติทางสาโลหิต

นอกจากความเป็นญาติตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ศาลยังอาศัยปัจจัยตามข้อเท็จจริงในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกัน ดังนี้

ความเป็นญาติตามสาโลหิตนี้คือความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันมากที่สุดซึ่งจะมีความเอื้อเพื่อเพื่อแผ่ซึ่งกันและกัน มีการอยู่อาศัยร่วมกัน รวมถึงการปกป้องกันญาติ แม้ว่ากฎหมายอาญาจะไม่ได้กำหนดถึงขั้นของญาติในลักษณะเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ศาลก็ได้วินิจฉัยยอมรับว่าบุคคลซึ่งเป็นญาติกันตามสาโลหิตนอกเหนือจากบุคคลที่กฎหมายระบุไว้แล้วได้แก่ ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามี ภรรยา และพี่น้อง ก็ยังคงเป็นบุคคลผู้ใกล้ชิดที่สามารถกระทำความผิดโดยบันดลโทษระได้ ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 739/2482 ซึ่งวินิจฉัยว่าน่าถูกข่มเหงถือเหตุข่มเหงแก่หลานได้ กระนั้น ความเป็นญาติสาโลหิตเพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอสำหรับการวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิด เพราะในสภาพความเป็นจริงนั้น ผู้ที่เป็นญาติสาโลหิตกันอาจมีความขัดแย้งกันเองได้ ดังนั้น จึงควรพิจารณาถึงการข่มเหงที่เกิดขึ้นกับญาติสาโลหิตด้วยว่า เป็นการข่มเหงที่กระทบกระเทือนถึงประโยชน์หรือส่วนได้เสียของผู้กระทำความผิดอันมีเหตุให้ต้องบันดลโทษระหรือไม่ในขณะเดียวกัน ประโยชน์ดังกล่าวอาจเป็น สิทธิทางกฎหมาย หรือประโยชน์ตามความเป็นจริง หรือเป็นเรื่องทางความรู้สึก ความรักความผูกพันก็ได้ เพราะบทบัญญัติเกี่ยวกับการลดโทษเพราะเหตุบันดลโทษระนั้นมีรากฐานมาจากความรู้สึกของบุคคลนั่นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8041/2548 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้ตายโดยมีเจตนาฆ่าเนื่องจากโกรธที่ผู้ตายบุกรุกเข้ามาอยู่กับนางสาวปรารณาลำพังสองต่อสองในห้องนอนของนางสาวปรารณาซึ่งเป็นบุตรสาวในบ้านของจำเลยในเวลากลางคืน มิใช่เป็นการกระทำเพื่อป้องกันตนโดยชอบ แต่นางสาวปรารณาอายุ 18 ปี เป็นบุตรสาวและอยู่ในความปกครองดูแลของจำเลยซึ่งเป็นบิดา แม้ผู้ตายจะเป็นคนรักของนางสาวปรารณาแต่ก็ลึกลอบคบหาไปมาหาสู่รักใคร่กันโดยจำเลยและนางมาลีซึ่งเป็นบิดามารดาไม่เคยทราบเรื่องมาก่อน ขณะเกิดเหตุเป็นยามวิกาลเวลาถึง 1 นาฬิกาเศษ ผู้ตายแอบเข้ามาในบ้านทางช่องทางต่างห้องนอนของนางสาวปรารณาชั้นบนของบ้านซึ่งอยู่ติด

กับห้องนอนของจำเลย โดยเดิมเป็นห้องโถงห้องเดียวกันแล้วนำกระดานไม้อัดมาทับทำข้างฝาแบ่งเป็นห้องนอนสองห้องและอยู่กันลำพังเพียงสองต่อสอง ย่อมเป็นการกระทำที่อุกอาจผิดแบบธรรมเนียมประเพณี ขัดต่อศีลธรรมอันดี ขาดความเคารพยำเกรง กระทบกระเทือนต่อจิตใจของจำเลยผู้เป็นบิดา นางสาวปรารธนาและเจ้าของบ้านที่เกิดเหตุอย่างร้ายแรง นับได้ว่าเป็นการข่มเหงจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยใช้อาวุธปืนสั้นติดตัวไปในขณะนั้นเนื่องจากได้ยินเสียงดังผิดปกติในห้องนอนของนางสาวปรารธนา ยิงผู้ตายในช่วงเวลาเดียวกันเป็นการกระทำผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นเอง การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเหตุบันดาลโทสะ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3649 - 3650/2547 “ผู้เสียหายทั้งสองแอบดูนางสาวชะบา น้องของจำเลยที่ 2 อาบน้ำ นางสาวชะบาร้องให้คนช่วย จำเลยที่ 2 ได้ใช้มีดพร้าฟันที่ขาของผู้เสียหายทั้งสอง โจรทักที่ 1 และชาวบ้านได้ช่วยกันนำตัวผู้เสียหายทั้งสองส่งโรงพยาบาล ปรากฏว่าผู้เสียหายที่ 1 ได้รับบาดเจ็บเป็นบาดแผลที่น่องทั้งสองข้างยาว 10 เซนติเมตร กล้ามเนื้อและเส้นเลือดขาดลึกถึงกระดูก กระดูกขาทั้งสองข้างหัก แพทย์รักษาโดยตัดขาข้างซ้าย ส่วนผู้เสียหายที่ 2 ได้รับบาดเจ็บเป็นบาดแผลที่น่องข้างขวายาว 25 เซนติเมตร ลึกถึงกระดูก เส้นเลือดแดงขาด กระดูกหัก

จำเลยที่ 2 เป็นผู้ส่งเสียเลี้ยงดูและให้การศึกษาแก่พยาน ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายทั้งสองบุกรุกเข้ามาแอบดูพยานขณะกำลังอาบน้ำ โดยมีการป็นหลังคาห้องน้ำขึ้นไปแอบดูด้วย เมื่อพยานร้องหาจำเลยที่ 1 ผู้เป็นมารดา จำเลยที่ 2 ก็ได้ออกมาฟันผู้เสียหายทั้งสอง ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายทั้งสองอยู่ในวัยรุ่นแล้ว โดยผู้เสียหายที่ 1 และที่ 2 อายุ 14 ปี และ 15 ปี ตามลำดับ พฤติการณ์ที่ผู้เสียหายซึ่งเป็นวัยรุ่นถึงสองคนบุกรุกเข้ามาในบริเวณบ้านที่จำเลยที่ 2 และครอบครัวอยู่อาศัยและแอบดูการอาบน้ำน้องสาวจำเลยที่ 2 ซึ่งอยู่ในวัยรุ่นเช่นกัน และยังอยู่ในความอุปการะเลี้ยงดูให้การศึกษาของจำเลยที่ 2 ในลักษณะเช่นนั้น ย่อมเป็นการข่มเหงจำเลยที่ 2 อย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จนก่อให้เกิดโทสะขึ้นถึงขั้นกระทำความผิดลงได้ แม้การกระทำของจำเลยที่ 2 จะกระทำต่อผู้เสียหายทั้งสองในลักษณะที่รุนแรงเกินไปก็ตาม การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นการกระทำผิดโดยบันดาลโทสะ”

ข้อสังเกตข้อเท็จจริงตามคำพิพากษานั้น เป็นเรื่องที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การแอบดูน้องสาวของผู้กระทำความผิดอาบน้ำถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงถึงตัวผู้กระทำความผิดในขณะเดียวกัน นอกจากนี้ข้อเท็จจริงยังปรากฏอีกว่า ผู้กระทำความผิดได้เป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูผู้ถูกข่มเหงตามความเป็นจริง มีการปกครองดูแลผู้ถูกข่มเหงตามความเป็นจริง การที่ผู้เสียหายแอบดูน้องสาวของผู้กระทำ

ความผิดขณะอาบน้ำจึงเป็นการข่มเหงที่กระทบกระเทือนถึงการปกครองดูแลของผู้เสียหายในความ เป็นจริงในขณะเดียวกันด้วย ผู้กระทำความผิดจึงเสมือนเป็นผู้ถูกข่มเหงในเวลาเดียวกันนั่นเอง

3. ความสัมพันธ์พิเศษ

ความสัมพันธ์ประเภทนี้ หากพิจารณาตามกฎหมายแล้วถือว่าไม่มีความสัมพันธ์หรือหน้าที่ ทางกฎหมายระหว่างกัน แต่ด้วยประเพณีหรือวัฒนธรรม หรือความรู้สึกทำให้บุคคลเข้ามามี ความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันมากกว่าบุคคลอื่น เช่น สามภรรยาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่แต่งงานกัน ตามประเพณี หรืออนุภรรยา หรือความเป็นญาติเกิดขึ้นจากการสมรสที่เรียกว่า ญาติทางสังคม เช่น พ่อตาลูกเขย ดังมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2792/2515 (ประชุมใหญ่) มีข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติแล้วดังนี้ “ผู้ตาย เป็นภรรยาของจำเลยที่อยู่กินด้วยกันมาราว 16 ปี โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส มีบุตรด้วยกัน 3 คน ผู้ตายกระทำตนไม่เหมาะสมชอบเล่นการพนันไม่เอาใจใส่อบรมบุตร และทำชู้กับโจทก์ร่วมโดย เฉพาะที่บ้านเวลาจำเลยไม่อยู่ ทั้งโจทก์ร่วมรู้อยู่แกล้งใจดีแล้วว่าผู้ตายเป็นภรรยาของจำเลยและมีบุตร กัน จำเลยเป็นคนรักลูกรักเมียตั้งหน้าทำมาหากินเลี้ยงครอบครัวด้วยความอดทนตลอดมา โจทก์ร่วม ย่อมรู้ แต่โจทก์ร่วมก็ไม่วายทำตัวสนิทชิดชอบกับผู้ตายในทางชู้สาวและพบปะผู้ตายตลอดมา จำเลย เคยเตือนผู้ตายไม่ให้เกี่ยวข้องกับโจทก์ร่วมและขอร้องโจทก์ร่วมไม่ให้ยุ่งเกี่ยวกับผู้ตาย ทั้งนี้ เพื่อ อนาคตของบุตร แต่ผู้ตายกับโจทก์ร่วมหาเชื่อฟังไม่ ยังคงคบหากันเป็นที่ลือทั่วไปในทำนองชู้สาว เป็น การกระทบกระเทือนจิตใจของจำเลยผู้เป็นสามีอย่างยิ่ง โจทก์ร่วมก่อความรำคาญใจให้แก่จำเลยมิใช่น้อยในการที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับภรรยาของจำเลย โจทก์ร่วมคงให้ผู้ตายนั่งซ้อนท้ายจักรยานยนต์เสมอ มา ย่อมก่อความไม่พอใจให้แก่จำเลยในฐานะที่จำเลยเป็นสามีย่อมหวังในสิ่งที่ตนรักได้ ในวันเกิดเหตุ โจทก์ร่วมขี่รถจักรยานยนต์ให้ผู้ตายซ้อนท้าย และเห็นจำเลยเดินเข้าปากซอยทางเข้าบ้านซึ่งผู้ตายควร ลงจากรถและโจทก์ร่วมควรขี่รถกลับ แต่ก็ทำได้กระทำเช่นนั้นไม่ โจทก์ร่วมกลับขี่รถจักรยานยนต์ให้ ผู้ตายนั่งซ้อนท้ายผ่านจำเลยไปด้วยความทรงนองอาจปราศจากความยำเกรงจำเลยผู้เป็นสามี เป็น การเยาะเย้ยทำทนายจำเลยว่าได้ทำชู้กันอยู่เรื่อย ๆ แล้วก็ไปมาด้วยกันดังที่เห็นอยู่นี้ จำเลยจะทำไม อัน เป็นการยั่วอารมณ์ของจำเลย จำเลยมิใช่คนมีนิสัยดุร้าย แต่เมื่อพบเห็นภาพที่ผู้ตายกับโจทก์ร่วมชู้รัก กระทำการเย้ยหยันสบประมาทอย่างร้ายแรงโดยมิได้คาดคิดเช่นนี้ ย่อมเหลือวิสัยที่จำเลยผู้เป็นสามี จะอดกลั้นโทสะไว้ได้ พฤติการณ์ที่จำเลยใช้ปืนยิงผู้ตายกับโจทก์ร่วมไปในทันทีทันใดที่พบเห็น นับได้ ว่าเป็นการกระทำที่ถูกกดขี่ข่มเหงในทางจิตใจของจำเลยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลย จึงบันดาลโทสะขึ้นในขณะนั้นจนขาดความยับยั้งชั่งใจกรณีต้องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

ข้อสังเกตคือ เนื่องจากการชมเฆอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำผิดต่อกฎหมาย ดังนั้น การกระทำชู้กับภรรยาโดยมิชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นการชมเฆอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมได้ เมื่อพิจารณาในมุมมองของกฎหมายพิจารณาได้ว่า การสมรสที่มีชอบด้วยกฎหมายถือว่า สามีกับภรรยามีได้มีความเกี่ยวข้องกันแต่ประการใด แต่ในความเป็นจริงแล้ว ทั้งสองคนเป็นสามีภรรยาที่มีความสัมพันธ์กันในทางครอบครัวและทางจิตใจที่ใกล้ชิดกันไม่ต่างกับการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งหากคู่สมรสของตนถูกชมเฆแล้วย่อมจะเป็นการชมเฆถึงศักดิ์ศรีของผู้กระทำความผิดอย่างร้ายแรงจนไม่อาจอดทนต่อไปได้ หากกฎหมายไม่ลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทษจะเป็นการฝืนธรรมชาติของมนุษย์นั่นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5/2500 ศาลวินิจฉัยว่า “นางสาวทเป็นภรรยาจำเลยอยู่ด้วยกันมาราว 10 ปี ไม่ได้จดทะเบียนสมรสมีบุตรด้วยกัน 5 คนจำเลยมีภรรยาอีกคนหนึ่ง จำเลยค้างคืนอยู่กับนางสาวท 4, 5 วันครั้ง ครั้งที่จะเกิดเหตุเรื่องนี้ จำเลยรู้ระแคะระคายว่านางสาวททำชู้จำเลยไปหานายเสรีเรียกเอาปิ่นกับกระสุนปืนที่จำเลยฝากนายเสรีไว้เป็นปืนไม่มีทะเบียนและจำเลยชวนนายเสรีกับนายประเทือง มันทะวินพากันเดินทางไปบ้านจำเลยอีกสองคนคอยอยู่ภายนอกสักครู่เกิดเหตุจำเลยใช้ปืนยิงนายประเทือง แสงโรจน์ถึงแก่ความตาย วินิจฉัยได้ต่อไปว่านายประเทืองถูกยิงระหว่างนายประเทืองทำชำเรานางสาวทระหว่างการทำชำเราเสียงสุกรร้องนายประเทืองออกมามอง ๆ เห็นปลอดภัยแล้วก็จะกลับไปทำชำเราต่อ แต่ถูกยิงเสียก่อนจริงอยู่เมื่อนายประเทืองถูกยิง นายประเทืองยังไม่ได้อยู่บนอกนางสาวท แต่พฤติการณ์ในคดีนี้เท่าที่แสดงมานั้นก็ปรากฏความร้ายแรงไม่หย่อนกว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำโดยถูกยั่วโทษะ”

ข้อสังเกตตามคำพิพากษาคือ ผู้ที่ถูกชมเฆอย่างร้ายแรงคืออนุภรรยาของผู้กระทำความผิด โดยผู้กระทำความผิดเองก็มีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายอยู่อีกคนหนึ่ง ผู้กระทำความผิดกับอนุภรรยาได้คบหาสมาคมร่วมอยู่หลับนอนกันเป็นปกติ ทั้งยังมีบุตรด้วยกันถึง 5 คน ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ที่มีกฎหมายกำหนดถึงความสัมพันธ์ อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์กับอนุภรรยาเช่นนี้เป็นความสัมพันธ์ที่ลึกซึ้งตามความรู้สึกของผู้กระทำความผิด เพราะความสัมพันธ์เช่นนี้ บุคคลจะมีปฏิสัมพันธ์ต่อกันที่ลึกซึ้งมากกว่าความสัมพันธ์กับบุคคลโดยทั่วไป หากมีผู้ใดมาชมเฆอย่างร้ายแรงกับอนุภรณานั้น ก็ย่อมเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลกระทบทางความรู้สึกเสมือนเป็นการ ชมเฆถึงตัวผู้กระทำความผิด อันเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 425/2512 ศาลวินิจฉัยว่า “สาเหตุเริ่มแรกเกิดจากนายวีระชัย เพื่อนของผู้ตายกับนายกำจัดเพื่อนของจำเลยต่อยกัน เพราะนายวีระชัยต่านายกำจัด ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างคนทั้งสองไม่เกี่ยวกับจำเลย การที่จำเลยเข้าไปถิบนายวีระชัยเพื่อช่วยนายกำจัด ผู้ตายจึงเตะจำเลยเพื่อช่วยนายวีระชัยบ้าง ดังนี้ จะถือว่าจำเลยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมจากผู้ตายไม่ได้ เพราะจำเลยทำร้ายเพื่อนของผู้ตายก่อน ความผิดของจำเลยจึงไม่ใช่เป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72”

ข้อสังเกตตามคำพิพากษาคือ คดีนี้เป็นกรณีที่ถูกข่มเหงมีความสัมพันธ์เป็นเพื่อนกับผู้กระทำ ความผิด การข่มเหงที่เกิดขึ้นคือการทำร้ายร่างกาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกัน จำเลย ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่า การทำร้ายร่างกายเพื่อนอาจถือเป็นเหตุข่มเหงถึงตัวผู้กระทำ ความผิดได้ หากการข่มเหงนั้นกระทบถึงประโยชน์หรือส่วนได้เสียในฐานะเพื่อน อย่างไรก็ตาม คดีนี้เกิดจากเพื่อนของจำเลยนั้นเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อนโดยการด่าผู้เสียหาย นำมาสู่การสมัครใจวิวาทตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะนั้นถือว่า ผู้ถูกข่มเหงมีส่วนผิดในการข่มเหงที่เกิดขึ้น ผู้เสียหายจึงมีเหตุผลอันชอบธรรมที่จะตอบโต้เพื่อนของจำเลย จึงไม่ถือว่ามีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น อันเป็นองค์ประกอบสำคัญสำหรับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะ เช่นนี้แล้วผู้กระทำความผิดจึงไม่สามารถได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1446/2498 ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ ดังนี้ “ระหว่างที่กินสุรากันอยู่จนมีด่าแล้วนั้น ผู้ตายได้ใช้เท้าถิบนายเกิดจำเลยที่ 1 เพราะหาว่าจำเลยที่ 1 ดุถูกผู้ตายว่าผู้ตายเป็นผู้ร้ายปล้นโค ซึ่งจำเลยที่ 1 ก็ปฏิเสธว่า มิได้กล่าวหาผู้ตาย เช่นนี้ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ถูกผู้ตายกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จำเลยที่ 1 จึงวิ่งไปหยิบหอกจากในห้องเรือนซึ่งอยู่ห่างราว 1 วามาแทงผู้ตายและมีจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นบุตรเขยของจำเลยที่ 1 เอามีดตั้งสู้มาช่วยฟันผู้ตายด้วยเป็นการเข้าทำร้ายผู้ตายในขณะนั้นจนผู้ตายขาดใจตาย เนื่องจากเกิดบันดาลโทสะขึ้นมานั่นเอง”

กรณีตามคำพิพากษา ผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิดมีฐานะเป็นญาติทางสังคมที่เกิดขึ้นจากการสมรส ญาติทางสังคมก็ยังคงมีความไว้นื้อเชื่อใจกันมากกว่าบุคคลโดยทั่วไป มิฉะนั้นคงไม่เกิดการสมรสอันนำมาสู่ความเป็นญาติระหว่างกัน ด้วยเหตุนี้ความสัมพันธ์ในฐานะญาติทางสังคมจึงเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดประการหนึ่งด้วย

ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการที่บุคคลมีความสัมพันธ์พิเศษระหว่างกันได้แก่

1. การอาศัยอยู่ร่วมกัน

ปัจจัยด้านการอาศัยอยู่ร่วมกันหรือบ้านเดียวกัน ในทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาเห็นว่าการอาศัยอยู่ร่วมกันเป็นปัจจัยที่สำคัญที่ทำให้เกิดความสัมพันธ์แบบปฐมภูมิซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ใกล้ชิดกันมากที่สุด เพราะบุคคลจะสามารถติดต่อสื่อสารกันหรือมีกิจกรรมร่วมกันอยู่เสมอในระยะเวลาอันนาน¹⁰⁸ หากบุคคลไม่มีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกันก็ไม่สามารถอาศัยอยู่ร่วมกันได้ ประมวลกฎหมายหมายอาญาก็คำนึงถึงปัจจัยด้านการอาศัยอยู่ร่วมกันเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติเรื่องการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ระหว่างญาติในมาตรา 71 ที่มีที่มาจากกรณีที่ญาติอาศัยอยู่ร่วมกันจนทรัพย์ปนกันไม่สามารถแยกออกได้ชัดเจน¹⁰⁹ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 819/2476 ซึ่งจำเลยทั้งสองได้อาศัยอยู่บ้านเดียวกันกับบิดาที่ถูกผู้เสียหายทำร้าย หรือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 241/2478 วินิจฉัยว่า “ผู้ตายบังอาจถอดคอและจับนมบุตรจำเลย ทั้งทำลายทรัพย์ของจำเลยเสียหาย เป็นธรรมดาอยู่เองที่จำเลยจะต้องโกรธจึงหยิบปืนลงเรือนไปสัก 30 เส้นก็พบผู้ตายและยิงผู้ตายในเวลาต่อเนื่องกันดังนี้ ท่านว่าจำเลยกระทำโดยบันดาลโทสะ” หรือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5/2500 ซึ่งผู้กระทำความผิดกับอนุภรรยาได้อยู่อาศัยหลับนอนด้วยกันเป็นระยะเวลายาวนาน

2. ปัจจัยด้านการมีหน้าที่ทางศีลธรรมจรรยาต่อกัน หรือการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน

ปัจจัยนี้เป็นปัจจัยที่คำนึงถึงการมีหน้าที่ทางศีลธรรมจรรยาต่อกันระหว่างผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิด กล่าวคือ โดยปกติแล้ว ผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำมิได้มีหน้าที่ทางกฎหมายต่อกัน แต่ในความเป็นจริงบุคคลทั้งสองได้มีหน้าที่ทางศีลธรรมจรรยาต่อกัน เช่น การอุปการะเลี้ยงดู อันแสดงให้เห็นถึงความใกล้ชิดระหว่างผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิดนั่นเอง สอดคล้องกับแนวความคิดทางสังคมวิทยาและมานุษยวิทยาที่เห็นว่า การปฏิสัมพันธ์ติดต่อกันจะทำให้มนุษย์เกิดความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด¹¹⁰

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2373/2544 วินิจฉัยว่า "ข้อเท็จจริงเบื้องต้นรับฟังเป็นยุติว่าตามวันเวลาและสถานที่ตามที่โจทก์ฟ้อง จำเลยได้ใช้อาวุธปืนสั้นยิงนายทวี นานซ้า ผู้เสียหายหลายนัดจนผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส ปัญหาตามฎีกาของจำเลยมีว่า จำเลยกระทำผิดตามฟ้องหรือไม่ ปัญหาวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยข้อแรกมีว่า จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้เสียหายโดยมีเจตนาฆ่าโดยกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เห็นว่าการกระทำการใดเพื่อป้องกัน

¹⁰⁸ ทัศนีย์ ทองสว่าง, สังคมวิทยา (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โอเดียนสโตร์, 2549), หน้า 29

¹⁰⁹ วิจิตร ลุตตานนท์, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 120.

¹¹⁰ ทัศนีย์ ทองสว่าง, สังคมวิทยา, หน้า 2

สิทธิของตน ที่จะอ้างว่าเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย สิทธินั้นต้องเป็นสิทธิอันบุคคลที่มีอยู่ โดยกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ด้วย ข้อเท็จจริงฟังเป็นยุดิวานางสมนึกเป็นภริยาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของจำเลย จำเลยฎีกาว่า จำเลยยังผู้เสียหายเพราะได้ยินนางสมนึกร้องให้ช่วยเนื่องจากถูกปล้ำ แต่เมื่อพิจารณาคำเบิกความของนางสมนึกในชั้นพิจารณากลับได้ความว่า จำเลยหาว่านางสมนึกมิชู้จะยิงให้ตาย และตามคำให้การในชั้นสอบสวนของนางสมนึกตามเอกสารหมาย จ.11 ซึ่งนางสมนึกให้การในวันเกิดเหตุขึ้นเองก็ได้ความว่าขณะนางสมนึกนอนอยู่กับผู้เสียหายในห้อง จำเลยเข้ามาในห้องและยิงผู้เสียหายไม่ได้ความว่านางสมนึกร้องให้ผู้ใดช่วยแต่อย่างใด ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่ามีภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายต่อนางสมนึกที่จำเลยจะอ้างว่าป้องกันสิทธิโดยชอบดั่งที่จำเลยฎีกา จำเลยใช้อาวุธยิงผู้เสียหายถึง 3 นัดตามพฤติการณ์ฟังได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย ฎีกาข้อนี้ของจำเลยฟังไม่ขึ้น แต่จากข้อเท็จจริงแห่งคดีแม้จำเลยและนางสมนึกจะมีได้เป็นสามีภรรยาตามกฎหมาย แต่จำเลยก็ได้อุปการะเลี้ยงดูนางสมนึกเยี่ยงภรรยาโดยได้เปิดร้านค้าและห้องพักที่เกิดเหตุให้นางสมนึกช่วยดูแลกิจการร้านค้าซึ่งผู้เสียหายก็เบิกความรับรู้ถึงความสัมพันธ์ของจำเลยและนางสมนึกว่าเป็นคู่รักกัน แต่ผู้เสียหายก็ยังไปยุ่งเกี่ยวโดยลักลอบหลบซ่อนร่วมประเวณีกับนางสมนึก การที่จำเลยยิงผู้เสียหายในขณะดังกล่าวจึงเป็นการบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม”

อนึ่ง ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 ซึ่งวินิจฉัยทำนองว่าเพื่อนสนิทมิใช่ความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยเพียงความสัมพันธ์ฉันเพื่อนสนิทมิใช่ความสัมพันธ์ใกล้ชิด เพราะเมื่อพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงและจิตใจของผู้กระทำความผิดเห็นว่า บางกรณีความสัมพันธ์ฉันเพื่อนอาจมีความใกล้ชิดสนิทสนมมากกว่าผู้ที่เป็ญาติกับผู้กระทำความผิดเสียอีก ดังนั้นควรพิจารณาได้เช่นเดียวกันว่า ความสัมพันธ์ลักษณะเพื่อนนี้เป็นความสัมพันธ์พิเศษประเภทหนึ่งซึ่งอาจทำให้บุคคลบันดาลโทสะเมื่อเพื่อนถูกข่มเหงได้ แต่เมื่อพิจารณาจากการกระทำที่เป็นการข่มเหงพบว่า เป็นการข่มเหงภรรยาของเพื่อนซึ่งถือว่าไม่มีส่วนได้เสียกับผลประโยชน์ของผู้กระทำความผิด จึงไม่สมควรที่ผู้กระทำความผิดจะบันดาลโทสะ

ปัจจัยเหล่านี้เป็นปัจจัยที่แม้ว่าศาลจะไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่า บุคคลผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิดมีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกัน แต่ก็เป็ปัจจัยที่ปรากฏให้เห็นได้อย่างชัดเจนในข้อเท็จจริงตามคำพิพากษา นอกจากความเป็นญาติแต่เพียงอย่างเดียวที่ศาลนำมาคำนึงถึง จึงสมควรนำมาวิเคราะห์ดั่งที่ได้อธิบายไปข้างต้น และเมื่อพิจารณาต่อไปจะพบว่า ทั้งความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมาย ความสัมพันธ์ตามสาโลหิต หรือความสัมพันธ์พิเศษมีส่วนเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ได้เสียระหว่างบุคคล

กล่าวคือ อาจมีส่วนได้เสียผลประโยชน์กันตามกฎหมาย หรือตามสายเลือด หรือตามความสัมพันธ์พิเศษ หากบุคคลเหล่านี้ถูกข่มเหงทำร้าย เช่น อาจสูญเสียการอุปการะเลี้ยงดูตามกฎหมาย หรืออำนาจปกครองบุตร หรือกระทบกระเทือนถึงชีวิตความเป็นอยู่อันเป็นปกติสุข ดังนั้นการพิจารณาถึงการข่มเหงบุคคลอื่นนอกเหนือจากตัวผู้กระทำความผิดจึงควรพิจารณาว่า ผู้ถูกข่มเหงนั้นมีส่วนได้เสียที่กระทบกระเทือนถึงตัวผู้กระทำความผิดอันอาจจะบันดาลโทสะเพราะเหตุนั้นได้หรือไม่

3.4 ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่ศาลตีความขยายความให้ครอบคลุมถึงผู้ที่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกับผู้ที่ถูกข่มเหงโดยตรงให้สามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

ประการแรก บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญายังขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล การกระทำที่เป็นการข่มเหงผู้ใกล้ชิด และการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง อาจทำให้เกิดการวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่สนับสนุนให้บุคคลกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ เนื่องจากการตีความได้วางข้อจำกัดไว้อย่างชัดเจนนั้นหมายความว่า กฎหมายได้สร้างข้อจำกัดที่ทำให้การลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะมีขอบเขต มิใช่ลดโทษให้กับผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะทุกกรณี มนุษย์ควรจะรักษาความยับยั้งชั่งใจในการกระทำความผิดอาญาในระดับหนึ่ง มิฉะนั้นสังคมจะเกิดความวุ่นวายและการขาดความชัดเจนของกฎหมายอาจทำให้ศาลวินิจฉัยโดยเห็นใจผู้กระทำความผิดมากเกินไปจนเกิดกระแสต่อต้านจากสังคมได้

ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ การที่กฎหมายมิได้กำหนดถึงการข่มเหงผู้ใกล้ชิดไว้อย่างชัดเจนทำให้เกิดความสงสัยได้ว่า การข่มเหงผู้ใกล้ชิดครอบคลุมการกระทำได้หลากหลาย ทั้งการกระทำความผิดต่อบุคคลก็สามารถทำได้กว้างขวางเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น มีผู้มาทำลายทรัพย์สินของผู้ถูกข่มเหง แต่ผู้ถูกข่มเหงหนึ่งเฉยเพราะอดทนได้ แต่ผู้กระทำความผิดกลับบันดาลโทสะแล้วไปกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหง เช่นนี้ยังมีเหตุผลโทสะเพราะบันดาลโทสะให้กับผู้กระทำความผิดหรือไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 8944/2553 วินิจฉัยว่า การข่มเหงผู้ใกล้ชิดรวมถึงการข่มเหงเกียรติยศและศักดิ์ศรีของผู้ถูกข่มเหงด้วย การที่ผู้เสียหายกระทำชู้กับพี่สะใภ้ของจำเลยจึงเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแก่จำเลยด้วย

จากตัวอย่างคำพิพากษาข้างต้น มีข้อน่าพิจารณาว่า การกระทำชู้กับสามีหรือภรรยาของผู้อื่นควรเป็นเรื่องส่วนตัวของคุณสมรสนั้นๆหรือไม่ ดังที่กฎหมายตราสามดวงมองว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องส่วนตัวของสามี บรรดาญาติของสามีไม่สามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้

ประการที่สอง การวินิจฉัยของศาลที่ยึดหลักความเป็นญาติแต่เพียงอย่างเดียว ไม่ว่าจะป็นญาติตามกฎหมาย ญาติตามสาโลหิต หรือญาติทางสังคม โดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงอื่นๆ อาจทำให้วินิจฉัยไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงซึ่งบุคคลแม้จะเป็นญาติกันก็ตาม แต่ก็มิได้มีความเกี่ยวข้องกันหรือมีเรื่องทะเลาะเบาะแว้งกัน ดังนี้ถ้าวินิจฉัยว่าเป็นผู้ใกล้ชิดกันโดยอาศัยหลักความเป็นญาติแต่เพียงอย่างเดียวอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายได้ เพราะผู้เสียหายไม่ได้ข่มเหงอย่างร้ายแรงแก่ผู้กระทำความผิด เนื่องจากผู้ที่ถูกข่มเหงมิได้มีความใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดตามพยานหลักฐานการข่มเหงนั้นเป็นการข่มเหงถึงตัวผู้กระทำความผิดในเวลาเดียวกันนั่นเอง

จากปัญหาเหล่านี้จึงควรศึกษาแนวความคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับการอ้างเหตุบันดาลโทสะของกฎหมายต่างประเทศต่อไปเพื่อหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว



บทที่ 4

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงตามกฎหมายต่างประเทศ

ในบทที่ 2 และ 3 ผู้เขียนได้อธิบายถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคม รวมถึงมิติทางกฎหมายอาญา แนวความคิดและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย พบว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงมีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องตามสภาพสังคม ผสมผสานกับแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกา อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงมีได้มีแต่เฉพาะกฎหมายไทยเท่านั้น ในต่างประเทศเองก็มีการกระทำความผิดในกรณีดังกล่าวเช่นเดียวกัน ในบทนี้จึงเป็นการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดตามกฎหมายต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมาย Common Law อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ กับประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law อันได้แก่ ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส เพื่อศึกษาในประเด็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ และประเด็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิด อันมีรายละเอียดดังนี้

4.1 ประเทศในระบบกฎหมาย Common Law

4.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งเป็นระบบที่กฎหมายมีที่มาจากกฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ (Statute) และจากแนวคำพิพากษาของศาล (Common Law) นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกามีระบอบการปกครองในลักษณะสหพันธรัฐ ซึ่งประกอบด้วยมลรัฐต่างๆ และแต่ละมลรัฐต่างมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง มีกฎหมายเป็นของตนเอง ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีความหลากหลายทั้งทางด้านคำพิพากษาของศาล และกฎหมายแตกต่างกันตามแต่ละมลรัฐ ดังนั้นนักนิติศาสตร์จึงพยายามที่จะสร้างกฎหมายกลางที่เป็นพื้นฐานให้มลรัฐต่างๆ นำไปเป็นรูปแบบในการบัญญัติกฎหมายขึ้นที่เรียกว่า Model Law หรือกฎหมายต้นแบบ ส่งผลให้กฎหมายที่แต่ละมลรัฐบัญญัติมีความใกล้เคียงกันมากขึ้นจากการอาศัยกฎหมายต้นแบบนี้มาบัญญัติกฎหมายของมลรัฐตนเอง ในทางกฎหมายอาญานั้นมี Model Penal Code เป็นกฎหมายต้นแบบ ด้วยเหตุนี้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจึงประกอบไปด้วยหลัก The Doctrine of Provocation ซึ่งเป็นหลักกฎหมายจากบรรทัดฐานคำพิพากษา กับ

Model Penal Code ควบคู่กันไป¹ ดังนั้นการศึกษาการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงจึงศึกษาจากหลัก The Doctrine of Provocation ประกอบกับ Model Penal Code เพื่อช่วยให้พิจารณาภาพรวมของเรื่องนี้ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ดียิ่งขึ้น อันมีรายละเอียดตามลำดับดังนี้

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอาญา Anglo-Saxon จากประเทศอังกฤษ ในคริสต์ศตวรรษที่ 16 ที่มีแนวความคิดว่า ผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะมีความแตกต่างกับผู้ที่มีเจตนาโดยไตร่ตรองซึ่งมีโทษประหารชีวิต และในช่วงกลางคริสต์ศตวรรษที่ 17 ได้พัฒนาหลักกฎหมายจากคำพิพากษา (Common Law) ว่าบันดาลโทสะ (The Doctrine of Provocation) จะต้องเกิดขึ้นจากการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม (Adequate Provocation)² สถานะของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ (Heat-of-Passion Voluntary Manslaughter) จึงเป็นการกระทำความผิดที่อยู่ระหว่าง การฆาตกรรมซึ่งเป็นกระทำที่ร้ายแรง กับการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยชอบด้วยกฎหมาย (Justifiable) หรือมีเหตุอันควรยกเว้นโทษ (Excusable)³ เนื่องจากนักนิติศาสตร์เห็นว่าการกระทำความผิดประเภทนี้เป็นความผิดซึ่งผู้กระทำมิได้มีเจตนาชั่วร้าย (Malice Aforethought)⁴ แต่เป็นเรื่องที่กระทำผิดขึ้นในทันที เพราะถูกผู้เสียหายข่มเหงจนไม่สามารถอดทนได้ หรือไม่สามารถใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้เทียบเท่ากับสภาวะปกติ (Loss of Self-Control)⁵ กฎหมายไม่ได้ละเลยธรรมชาติของมนุษย์ซึ่งย่อมมีความโกรธเมื่อถูกข่มเหง เพียงแต่ต้องการให้บุคคลควบคุมการกระทำของตนเองในระดับที่เหมาะสมเท่านั้น⁶ อย่างไรก็ตาม แม้ผู้กระทำจะกระทำผิดไปโดยปราศจากเจตนาที่ชั่วร้าย แต่การกระทำดังกล่าวยังคงเป็นความผิด มิใช่การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงสมควรได้รับการลงโทษ แต่เนื่องจากข้อจำกัดของกฎหมายซึ่งกำหนด

¹ Paul H. Robinson, "Abnormal Mental State Mitigations of Murder: The Us Perspective," in *Loss of Control and Diminished Responsibility: Domestic, Comparative and International Perspectives*, eds. Alan Reed and Michael Bohlander (Wey Court East, Surrey: Ashgate Publishing, Ltd, 2013), p. 292; Mark A. Zoeller, Rainer Fornoff, and Claudia Gries, *Strafrecht Besonderer Teil II: Delikte Gegen Rechtsgüter Der Person Und Der Allgemeinheit* (Berlin: BWV Verlag, 2008).

² Stephanie M. Wildman and Dolores A. Donovan, "Is the Reasonable Man Obsolete?: A Critical Perspective on Self-Defense and Provocation," *Loyola of Los Angeles Law Review* 14, 1980-1981 (1980): 446.

³ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 818.

⁴ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 53.

⁵ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 820.

⁶ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 52.

โทษในความผิดฐานฆาตกรรมเป็นประหารชีวิตสถานเดียว อันเป็นโทษที่ไม่เหมาะสม ทำให้ต้องมีการผ่อนปรนลดโทษให้กับผู้ที่กระทำความผิดเพราะบันดาลโทสะด้วยการลดโทษหรือลดฐานความผิด⁷ และด้วยสาเหตุเดียวกันนี้จึงไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การลดโทษให้กับการกระทำความผิดฐานอื่นๆ โดยบันดาลโทสะ เพราะความผิดฐานอื่นนั้นกำหนดช่วงโทษที่จะลงไว้แล้ว ดังนั้นจึงไม่มีความผิดฐาน Voluntary Theft หรือ Voluntary Mayhem⁸

เหตุผลและความจำเป็นดังกล่าวทำให้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งชั้นความผิดต่อชีวิตของผู้อื่นออกเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดฐานฆาตกรรมอันเป็นความผิดที่ต้องการเจตนาชั่วร้าย (Murder) ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (Manslaughter) และความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (Negligent Homicide) ซึ่งเป็นความผิดในบางมลรัฐและไม่ถูกจัดอยู่ในประเภท Manslaughter⁹ สำหรับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนั้นถูกจัดอยู่ในประเภทความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยสมัครใจ (Voluntary Manslaughter) ซึ่งเป็นความผิดประเภทหนึ่งของ Manslaughter เพราะแม้จะมีผลทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย แต่ด้วยมีเหตุอื่นซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดสมควรได้รับการลดโทษ ดังนั้นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจึงไม่ถูกจัดอยู่ในความผิดฐานฆาตกรรมซึ่งมีโทษหนัก

ตามหลัก The Doctrine of Provocation ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลดโทษจากความผิดฐานฆาตกรรมเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา (Voluntary Manslaughter) เพราะผู้กระทำความผิดมีเหตุบันดาลโทสะอันมีองค์ประกอบต่อไปนี้¹⁰

- (1) จะต้องมีการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งทำให้เกิดความโกรธได้ (Reasonable Provocation)
 - (2) การฆ่าจะต้องเกิดขึ้นในขณะที่บันดาลโทสะ (Heat of Passion)
 - (3) ผู้กระทำไม่สามารถไตร่ตรองสงบสติอารมณ์ได้เช่นเดียวกับวิญญูชน (Reasonable Opportunity to Cool Off)
 - (4) ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการข่มเหงอย่างร้ายแรง บันดาลโทสะและการกระทำความผิด
- ประการแรก การข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม (Reasonable Provocation) หมายความว่า การข่มเหงนั้นจะต้องเป็นการข่มเหงที่สามารถทำให้วิญญูชน (Reasonable Man) ไม่สามารถอดทนสงบสติอารมณ์ได้ (Loss of Normal Self-Control) และสามารถกระทำความผิดได้

⁷ Lawrence, C. W. and M. W. Lawrence, *A Treatise on the Law of Crimes* : (Clark & Marshall), p. 621.

⁸ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 832.

⁹ *ibid.*

¹⁰ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 54.

เพราะเหตุนี้¹¹ จากแนวคำพิพากษาของศาลพบว่า การช่มเหงอย่างร้ายแรงอาจเป็นการทำร้ายร่างกายที่รุนแรงหรือพยายามทำร้ายร่างกาย¹² เช่นเดียวกับกับการวิวาทต่อสู้ (Mutual Combat)¹³ ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างสมัครใจและในระหว่างต่อสู้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเกิดพลังมืออีกฝ่ายหนึ่ง การจับกุมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Illegal Arrest) ซึ่งผู้กระทำความผิดเชื่ออย่างสุจริตใจว่าเป็นการจับกุมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย¹⁴ และการทำชู้ (Adultery) โดยต้องเป็นการทำชู้ระหว่างผู้ซึ่งเป็นสามีภรรยา ไม่รวมถึงความสัมพันธ์อื่นนอกเหนือจากการสมรส เช่น คู่หมั้น คู่รัก หรือคู่สมรสซึ่งหย่า หรือร้างกันไปแล้วเป็นเวลานาน¹⁵ เหล่านี้ล้วนเป็นการช่มเหงที่ร้ายแรง สำหรับการบุกรุกนั้น โดยทั่วไป การบุกรุกแต่เพียงอย่างเดียวไม่เป็นการช่มเหงอย่างร้ายแรง เว้นแต่การช่มเหงนั้นจะเป็นการบุกรุกและเกี่ยวข้องกับการทำอันตรายบุคคลในเคหสถานนั้น¹⁶

สำหรับคำพูด (Words) โดยหลักคำพูด เช่น คำทำร้าย คำเยาะเย้ยหรือยั่วยุ คำด่าแต่เพียงอย่างเดียวไม่เป็นการช่มเหงที่ร้ายแรง¹⁷ อย่างไรก็ตามปัจจุบันมีแนวโน้มซึ่งพิจารณาถึงความร้ายแรงของคำพูดนั้นมากขึ้น หากว่าถ้อยคำที่กล่าวออกมานั้นเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงบางประการซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถสังเกตได้ หรือเป็นการบอกเล่าข้อเท็จจริง หรือเป็นถ้อยคำประกอบพฤติการณ์อื่น เช่น คำสารภาพของภรรยาว่าได้กระทำชู้ ย่อมทำให้สามีบันดาลโทสะได้¹⁸ คำบอกกล่าวว่าคุณทำร้าย¹⁹

ประเด็นเรื่องผู้ใกล้ชิดถูกช่มเหง (Injuries to Third Persons) เป็นส่วนหนึ่งของการช่มเหงอย่างร้ายแรง แนวความคิดเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวมีว่า วิญญาณสามารถบันดาลโทสะได้เพราะผู้ใกล้ชิดถูกช่มเหงเช่นเดียวกับที่ตนเป็นผู้ถูกช่มเหงเสียเอง²⁰ อย่างไรก็ตาม หลักวินิจจัยนี้จะต้องนำไปใช้กับผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเท่านั้น (Close Relatives) ไม่นำไปใช้กับผู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์หรือมีความสัมพันธ์ห่างเหิน กระนั้นจากการที่ประเด็นเรื่องความร้ายแรงของการช่มเหงเป็นประเด็นที่คณะลูกขุนจะเป็นผู้วินิจฉัย จึงมีผลต่อมาถึงประเด็นเรื่องความใกล้ชิดที่คณะลูกขุนจะเป็นผู้วินิจฉัยในประเด็นนี้ด้วยเช่นกัน ทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความใกล้ชิดเกิดความไม่แน่นอน

¹¹ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 820.

¹² *Sikes v. Commonwealth*, 304 Ky.429,200 S.W.2d 956 (1947)

¹³ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 822.

¹⁴ *John Bad Elk v. United States*, 177 U.S.529, 20 S.Ct. 729, 44 L.Ed. 874 (1900)

¹⁵ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 823.

¹⁶ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 64.

¹⁷ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 824.

¹⁸ *Haley v. State*, 123 Miss.87,85 So.129 (1920)

¹⁹ *Commonwealth v. Berry*, 461 Pa. 233, 336 A.2d 262 (1975)

²⁰ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 826.

อนึ่ง หลักที่ใช้วินิจฉัยถึงความร้ายแรงของการข่มเหงคือ หลักภววิสัย (Objective Test) คือ การวินิจฉัยพฤติการณ์การข่มเหงโดยเปรียบเทียบจากความรู้สึกของวิญญูชนหรือบุคคลสมมติซึ่งมีการควบคุมตนเองในระดับปานกลาง (Normal Self-Control) ดังนั้นจึงไม่นำลักษณะของผู้กระทำความผิดอันได้แก่ เพศ อายุ เชื้อชาติ ศาสนา ความเจ็บป่วยทางจิตใจ หรือลักษณะพิเศษทางร่างกายของผู้กระทำความผิดมาวินิจฉัย แม้ว่าลักษณะเหล่านี้จะมีผลทำให้การควบคุมตนเองของผู้กระทำความผิดด้อยลงกว่าบุคคลทั่วไป เช่น การได้รับบาดเจ็บทางสมองจากอุบัติเหตุ²¹ภาวะ sunstroke²² ความไร้สรรรพภาพทางเพศ²³ ดังนั้นความใกล้ชิดระหว่างบุคคลจึงต้องพิจารณาภายใต้หลักภววิสัยเช่นเดียวกัน

ประการที่สอง การฆ่าจะต้องเกิดขึ้นขณะบันดาลโทสะ (Heat of Passion) มีความหมายว่าการกระทำความผิดจะต้องเกิดขึ้นในขณะที่ผู้กระทำความผิดยังมีโทสะรุนแรงอยู่ หลักเกณฑ์ข้อนี้ต้องอาศัยหลัก อัตวิสัย (Subjective Test)²⁴ มาวินิจฉัย กล่าวคือ จะต้องวินิจฉัยว่า ผู้กระทำความผิดได้กระทำในขณะบันดาลโทสะอย่างแท้จริงหรือไม่ หรือในขณะที่ผู้กระทำความผิดได้ลงมือเป็นช่วงขณะที่อารมณ์ได้มีอำนาจเหนือการใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำนั่นเอง ดังนั้น การวินิจฉัยในประเด็นนี้จึงไม่คำนึงว่า วิญญูชนจะสามารถระงับอารมณ์ได้แล้วหรือไม่ หากในข้อเท็จจริงเดียวกันวิญญูชนยังไม่สามารถระงับสติอารมณ์ได้ แต่ผู้กระทำความผิดมีพฤติการณ์ที่พิจารณาได้ว่าสามารถใช้สติไตร่ตรองการกระทำของตนได้แล้ว ความผิดที่กระทำลงนั้นก็มิใช่เป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนั่นเอง

ประการที่สาม ระยะเวลาที่ควรสงบสติอารมณ์ (Reasonable Time to Cooling) หมายความว่า ในข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกันวิญญูชนสามารถระงับสติอารมณ์ได้ ผู้กระทำความผิดควรจะระงับสติอารมณ์ได้เช่นเดียวกัน การวินิจฉัยประเด็นนี้ต้องอาศัยหลัก Objective Test²⁵ พิจารณาเป็นรายกรณีไป เช่นเดียวกับการวินิจฉัยความร้ายแรงของการข่มเหง ทำให้การวินิจฉัยในประเด็นนี้จะไม่คำนึงถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดในขณะนั้นว่ายังมีโทสะรุนแรงอยู่หรือไม่ เพราะเมื่อวิญญูชนสามารถระงับสติอารมณ์ได้ ผู้กระทำความผิดต้องระงับสติอารมณ์ได้เช่นเดียวกัน กระนั้นการพิจารณาระยะเวลาที่ควรสงบสติอารมณ์ต้องพิจารณาจากการข่มเหงในขั้นที่สุด หรือเรียกว่า “ฟางเส้นสุดท้าย (The Last Straw)”²⁶ นั่นเอง เพราะบางกรณีอาจเป็นการข่มเหงต่อเนื่อง

²¹ *State v. Nevares*, 36 N.M.41, 7 P.2d (1932)

²² *People v. Golsh*, 63 Cal.App. 609 (1923)

²³ *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, (1954) 2All E.R. 801 (H.L.)

²⁴ Perkins, R. M., *Criminal Law*, p. 66.

²⁵ *ibid.*, 67.

²⁶ *ibid.*

เป็นระยะเวลายาวนานซึ่งเป็นการสะสมเหตุแห่งการช่มเหงอันอาจก่อให้เกิดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะสะสมได้ จึงต้องพิจารณาระยะเวลาดังกล่าวจากการช่มเหงครั้งสุดท้าย

ประการสุดท้าย ความสัมพันธ์ระหว่างการช่มเหงอย่างร้ายแรง การบันดาลโทสะ และการกระทำความผิดต้องสอดคล้องต่อเนื่อง หรือเป็นสาเหตุสืบเนื่องกันต่อมา หากผู้กระทำความผิดมีเจตนาฆ่าผู้เสียหายแต่แรก แม้จะมีการช่มเหงจากผู้เสียหายก็ไม่ถือว่า การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ²⁷ นอกจากนี้ การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจะต้องกระทำต่อผู้ช่มเหงเท่านั้น อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการช่มเหงนั่นเอง ตามลำดับชั้นของเหตุการณ์ หากผู้กระทำไปลงมือกับผู้ที่มีได้เป็นผู้ช่มเหงจะถือว่าเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะมิได้²⁸ อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้กำหนดว่าการกระทำความผิดจะต้องได้สัดส่วนกับการช่มเหง (Proportionality) ไว้เป็นเงื่อนไขประการหนึ่งสำหรับการลดโทษตามแบบอย่างกฎหมายของประเทศอังกฤษ²⁹ ดังนั้น จึงมีต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนระหว่างการกระทำความผิดกับการช่มเหงในฐานะที่เป็นเงื่อนไข อาจเป็นเพียงข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาของคณะลูกขุนเท่านั้น

นอกจากหลักกฎหมายจาก Common Law แล้วตาม Model Penal Code § 210.3³⁰ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลดโทษความผิดฐานฆาตกรรมเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา อยู่ในเรื่องการฆ่าผู้อื่นซึ่งเกิดจาก “ความปั่นป่วนทางอารมณ์ (Emotional Disturbance)”³¹ อันมีองค์ประกอบเพียงสองประการ ประการแรก การฆ่าผู้อื่นจะต้องเกิดจากอิทธิพลของความปั่นป่วนทางอารมณ์หรือจิตใจอย่างรุนแรง หมายความว่าผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำความผิดไปภายใต้ความปั่นป่วนในจิตใจอย่างแท้จริง หากสถานการณ์หรือพฤติกรรมที่เกิดขึ้นบุคคลทั่วไปสามารถเกิดความปั่นป่วนทางอารมณ์จนไม่สามารถควบคุมการใช้สติของตน แต่ผู้กระทำความผิดสามารถควบคุมการใช้สติเหตุผลของตนเองได้ดีกว่าบุคคลทั่วไปและไปกระทำความผิดขึ้น

²⁷ *ibid.*, 69.

²⁸ *Commonwealth v. Acevedo*, 446 Mass. 435, 845 N.E.2d 274 (2006).

²⁹ Joshua Dressler, "Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale," *Journal of Criminal Law and Criminology* 73, 2 (1982): 430.

³⁰ **Section 210.3. Manslaughter.**

(1) Criminal homicide constitutes manslaughter when:

(a) it is committed recklessly; or

(b) a homicide which would otherwise be murder is committed under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse. The reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be.

(2) Manslaughter is a felony of the second degree.

³¹ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 820.

การกระทำความผิดนั้นจะไม่ได้รับการลดโทษเพราะเหตุความปั่นป่วนทางอารมณ์ ประการที่สอง ความปั่นป่วนทางอารมณ์ดังกล่าวต้องเกิดขึ้นจากเหตุหรือข้ออ้างที่สมเหตุสมผล³² หากพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นบุคคลทั่วไปถือว่ามีเหตุอันสมควรซึ่งจะเกิดความปั่นป่วนทางอารมณ์ แต่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดไปเพราะสาเหตุความปั่นป่วนทางอารมณ์ การกระทำความผิดนั้นจะได้รับการลดโทษเช่นเดียวกัน เหตุอันสมควรนั้นได้รวมการข่มเหงอย่างร้ายแรงอันเป็นเหตุให้บุคคลบันดาลโทสะซึ่งเป็นความปั่นป่วนทางอารมณ์ประการหนึ่งด้วยนั่นเอง

มาตรฐานการพิสูจน์ถึงข้ออ้างซึ่งสมเหตุสมผลอันเป็นสาเหตุให้เกิดความปั่นป่วนทางอารมณ์นั้นเป็นหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลัก Objective Test³³ สำหรับการพิสูจน์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ กล่าวคือ ในบางกรณีหลัก Objective Test ซึ่งพิจารณาจากวิญญูชน (Reasonable Man) อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิดได้ เนื่องจากมิได้พิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดอันอาจมีผลต่อระดับการควบคุมตนเองที่แตกต่างกับบุคคลทั่วไป เช่น มีความบกพร่องทางร่างกายหรือด้านการควบคุมสติอารมณ์ เชื่อชาติ ศาสนา วัฒนธรรม ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการลดโทษหากได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจากการถูกข่มเหงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว ดังนั้น Model Penal Code § 210.3 จึงได้สร้างมาตรฐานการพิสูจน์ขึ้นโดยกำหนดให้คณะลูกขุนพิจารณาจากมุมมองของผู้กระทำความผิดในสถานะและสถานการณ์เดียวกัน ดังนั้นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเพศ พฤติกรรมทางเพศ เชื่อชาติ ศาสนา หรือแม้แต่การตั้งครุภหรือความบกพร่องทางร่างกาย ต้องนำมาพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการเกิดความปั่นป่วนทางอารมณ์หรือบันดาลโทสะนั่นเอง³⁴

หลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตาม Model Penal Code § 210.3 จึงกว้างขวางกว่าหลัก The Doctrine of Provocation ตาม Common Law เนื่องจากเป็นการเน้นไปสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด ทั้งยังไม่มีระยะเวลาที่ควรสงบสติอารมณ์ได้เพียงแต่ให้ความสำคัญกับสถานะที่ขณะกระทำความผิดว่าจะต้องกระทำไปภายใต้อิทธิพลของความปั่นป่วนทางอารมณ์เท่านั้น นอกจากนี้ยังปราศจากข้อจำกัดทางด้านการกระทำที่เป็นการข่มเหง กล่าวคือ ตามกฎหมายนี้ไม่ได้ให้ความสำคัญกับประเภทของการข่มเหง ดังนั้นจึงอาจเป็นการข่มเหงประเภทใดก็ได้ แม้แต่เพียงคำพูด เพียงแต่การข่มเหงนั้นๆจะต้องเพียงพอให้ผู้กระทำความผิดเกิดความปั่นป่วนทางอารมณ์อย่างรุนแรงเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายนี้มิได้ต้องการพฤติการณ์ที่เป็นการข่มเหงเท่านั้น แต่ต้องการ

³² Robinson, P. H., "Abnormal Mental State Mitigations of Murder: The Us Perspective," in Loss of Control and Diminished Responsibility: Domestic, Comparative and International Perspectives, p. 294.

³³ ibid.

³⁴ Dressler, J., "Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale," Journal of Criminal Law and Criminology: 431.

เพียงพฤติกรรมหรือสาเหตุใดๆก็ตามซึ่งอาจมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดมีสภาพการตัดสินใจที่ไม่ปกติ ดังนั้น การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจึงอาจกระทำกับผู้ที่มีได้ข่มเหงผู้กระทำความผิดเลยก็ได้ ซึ่งแตกต่างกับหลัก The Doctrine of Provocation ที่กำหนดว่าจะต้องเป็นการกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงเท่านั้น³⁵

2. การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิด

การข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด (Injuries to Close Relatives) ตามหลัก The Doctrine of Provocation เป็นส่วนหนึ่งของการข่มเหงอย่างร้ายแรง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นประเภทหนึ่งของการข่มเหงอย่างร้ายแรง (Adequate Provocation) นั่นเอง ดังนั้น ต้องพิจารณาความใกล้ชิดตามหลักภววิสัย (Objective Test) หรือพิจารณาความใกล้ชิดจากมุมมองของวิญญูชน ซึ่งมีการควบคุมตนเองในระดับปานกลาง เพื่อเป็นพื้นฐานในการพิจารณาถึงความร้ายแรงของการข่มเหงในลำดับถัดไป ด้วยเหตุนี้ความสัมพันธ์บางลักษณะแม้ผู้กระทำความผิดจะรู้สึกว่ามีใจความใกล้เคียงกับผู้ถูกข่มเหง จนอาจบันดาลโทสะอย่างแท้จริงและกระทำความผิดได้ แต่หากความสัมพันธ์นั้นๆ วิญญูชนไม่ให้ความสำคัญว่าเป็นความใกล้ชิด การกระทำความผิดดังกล่าวก็ถือมิได้ว่าเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง

ในคดี *Commonwealth v. Paese*, 220 Pa. 371, 69 A.891 (1908) เป็นเรื่องซึ่งจำเลยกับเพื่อนของจำเลยได้โต้เถียงกับผู้เสียหายเกี่ยวกับเรื่องคว้นของรถจักรยานยนต์ การต่อสู้ทะเลาะวิวาทได้เกิดขึ้นระหว่างเพื่อนของจำเลยกับผู้เสียหาย จำเลยเห็นดังนั้นจึงทุบตีผู้เสียหายอย่างรุนแรงและเดินไปหยิบอาวุธปืนมายิงผู้เสียหายห้านัด จนผู้เสียหายถึงแก่ความตาย จำเลยอ้างว่ากระทำความผิดไปเพราะบันดาลโทสะเนื่องจากเพื่อนของตนถูกผู้เสียหายข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยการใช้กำลังทำร้ายร่างกาย อย่างไรก็ตามศาลวินิจฉัยว่า การข่มเหงผู้ใกล้ชิดต้องเป็นการทำร้ายร่างกายหรือข่มขู่ว่าจะใช้กำลังทำร้ายคู่สมรส บุตร หรือบริวารอันได้แก่คนรับใช้ซึ่งขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ประเภทนั้นๆ โดยความใกล้ชิดนั้นจะถือเสมือนว่าผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลผู้ถูกทำร้ายเสียเอง แต่ความสัมพันธ์ในลักษณะเพื่อนไม่ถือว่าใกล้ชิดเพียงพอในมุมมองของวิญญูชนว่า หากมีการข่มเหงเพื่อนแล้วจะเป็นการยั่วโทสะผู้กระทำความผิดเสมือนเป็นผู้ถูกทำร้ายเสียเอง ดังนั้นความสัมพันธ์ใกล้ชิดจึงได้แก่ความสัมพันธ์ระหว่าง บิดา มารดา คู่สมรส บุตร และคนรับใช้นั่นเองซึ่ง *Commonwealth v. Russogulo*, 263 Pa. 187, 106 A. 180 (1919) ก็ได้วินิจฉัยไว้ทำนองเดียวกัน

จากตัวอย่างคำพิพากษาดังกล่าว พิจารณาได้ว่า ตามหลัก The Doctrine of Provocation ความใกล้ชิดจะให้ความสำคัญไปที่บุคคลในครอบครัว หรือบริวารของครอบครัว อันเป็นการพิจารณา

³⁵ Robinson, P. H., "Abnormal Mental State Mitigations of Murder: The Us Perspective," in Loss of Control and Diminished Responsibility: Domestic, Comparative and International Perspectives, p. 294.

ตามความเป็นจริง ดังนั้นการที่บุตรสาวถูกข่มขืนกระทำชำเรา บิดาสามารถกระทำความผิดโดย บันดาลโทษสะได้ ดังเช่นคดี *State v. Grugin*, 147 Mo. 39, 47 S.W. 1058 (1898) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การที่จำเลยซึ่งเป็นบิดาทราบว่าคุณข่มขืนกระทำชำเราลูกสาวคนเล็กที่ยังไม่ได้สมรส จึงถามลูกเขย ว่าทำไมถึงทำเช่นนั้นและได้รับคำตอบที่ท้าทายจากลูกเขย จำเลยจึงฆ่าลูกเขยตาย เป็นกรณีที่ถูกข่ม เหนงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งลดโทษเป็น Voluntary Manslaughter ได้

กรณีบุตรชายเห็นมารดาของตนกำลังถูกผู้เสียหายทำร้ายก็เช่นเดียวกัน เช่นคดี *Commonwealth v. Berry*, 461 Pa. 233 (1975) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วย เหตุอันไม่เป็นธรรมตามกฎหมายนั้นรวมถึงการข่มเหงต่อผู้อื่นซึ่งมีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับจำเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มารดากับบุตรซึ่งบุคคลโดยทั่วไปมองว่าเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิด แม้ว่าคดีนี้บุตร จะมีได้เห็นผู้เสียหายขณะกำลังทำร้ายมารดาของตน แต่การที่ผู้เสียหายนั่งคร่อมอยู่บนตัวมารดาย่อมอาจ ทำให้จำเลยเข้าใจได้ว่า ในชั่วขณะถัดไปผู้เสียหายอาจใช้กำลังทำร้ายมารดาของจำเลยได้

อย่างไรก็ตามกรณีน้ำหรืออา กับหลานแม้จะมีสาโลหิตเดียวกัน แต่ศาลสหรัฐอเมริกาเคย วินิจฉัยว่าบุคคลดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด หรือเป็นญาติสนิทกัน ดังในคดี *Commonwealth v. Jackson* 467 Pa. 183 (1976) ซึ่งศาลเห็นว่าน้ำ กับหลานเป็นญาติกันจริง แต่ ก็ไม่เป็นญาติที่สนิทใกล้ชิดเพียงพอที่จะป้องกันแทนกันได้ จึงนำพิจารณาได้ว่าขอบเขตของความเป็น ญาติคงจำกัดอยู่เฉพาะบุคคลในครอบครัวเดียวกันนั่นเอง

กรณีสามีกับภรรยา หากเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมถือว่าเป็นความสัมพันธ์ ใกล้ชิดได้ดังคดี *State v. Flory*, 40 Wyo. 184, 276 P. 458 (1929) แต่หากเป็นคู่หมั้น คู่รัก หรือคู่สมรส ซึ่งหย่า หรือร้างกันไปแล้วเป็นเวลานาน อาจไม่ถือเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิด³⁶ ด้วยเหตุนี้คู่รักซึ่งมิได้ สมรสแม้จะอยู่ร่วมครัวเรือนเดียวกันก็ไม่เป็นความใกล้ชิดนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาที่กฎหมาย Model Penal Code § 210.3 ได้บังคับใช้ควบคู่กับหลัก The Doctrine of Provocation ทำให้มีแนวโน้มว่า ในอนาคต คณะลูกขุนอาจพิจารณาความใกล้ชิด จากมุมมองของผู้กระทำความผิดซึ่งอาจมีผลขยายกว้างไปถึงบุคคลอื่นนอกจากบุคคลในครอบครัว ได้³⁷ โดยอาศัยปัจจัยการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ใกล้ชิด นอกจากนี้ หลังจากที่ศาลสหรัฐได้ตัดสินยอมรับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในคดี *Obergefell et al. v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015) ทำให้มีแนวโน้มว่า หากมีการข่มเหงคู่สมรสของผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลรักร่วมเพศ ผู้กระทำความผิดมีโอกาที่จะได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทษสะ เช่นเดียวกัน เพราะผู้รักร่วมเพศต่างก็เป็นบุคคลใกล้ชิดของกันและกันนั่นเอง

³⁶ LaFave, W. R., *Criminal Law*, p. 823.

³⁷ *ibid.*, 826.

4.1.2 ประเทศอังกฤษ

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

ประเทศอังกฤษถือได้ว่าเป็นต้นกำเนิดของหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ จากการศึกษาเชิงประวัติศาสตร์พบว่า ช่วงราวคริสต์ศตวรรษที่ 13 พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดร้ายแรงได้ทุกฐานความผิดซึ่งตามกฎหมายของ Anglo-Saxon นั้นการฆ่าผู้อื่นมีโทษสถานหนักคือประหารชีวิต³⁸ และยังมีแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาร้ายแรงจะประกอบด้วยเจตนาชั่วร้าย (*militia praecogitata; Malice Aforethought*)³⁹ โดยเฉพาะการฆ่าผู้อื่น ไม่ว่าจะการฆ่านั้นจะเป็นการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อนหรือเป็นการฆ่าโดยบันดาลโทสะ อย่างไรก็ตาม หากผู้กระทำความผิดประสงค์จะหลีกเลี่ยงโทษประหารชีวิตจะต้องได้รับการอภัยโทษจากพระมหากษัตริย์ (Pardons of Grace)⁴⁰ ซึ่งจะต้องมีสิ่งตอบแทนการอภัยโทษนั้น เช่น เป็นแรงงานทหาร หรือ ทรัพย์สินเงินทอง รวมถึงผลประโยชน์ทางการเมือง หรือต้องได้รับข้อยกเว้นเป็นกรณีเฉพาะ (Benefit of Clergy)⁴¹ นอกจากนี้ในสมัยนั้นยังปรากฏหลักกฎหมายเกี่ยวกับเหตุยกเว้นความผิด (Justifiable) และเหตุยกเว้นโทษ (Excusable) สำหรับความผิดฐานฆ่าคนตาย กล่าวคือ เหตุยกเว้นความผิดจะเป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดไม่มีเจตนาฆ่าคนตาย กล่าวคือ เหตุที่ผู้กระทำความผิดฆ่าเพื่อต่อสู้การจับกุมที่มีขอบด้วยกฎหมายเพื่อหลบหนีจากโจรผู้ร้ายหรือเป็นการฆ่าในสงคราม หรือตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ ในขณะที่เหตุยกเว้นโทษจะเป็นเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีความผิดตามกฎหมายอันได้แก่การทำให้ผู้อื่นตายเพราะอุบัติเหตุ (*per infortunium*) หรือการฆ่าซึ่งเกิดขึ้นในขณะที่ป้องกันตนเอง (*se defendendo*)⁴²

กระบวนการพิจารณาความในสมัยนั้นเป็นระบบลูกขุนซึ่งจะมาจากการคัดเลือกบุคคลในพื้นที่ที่เกิดการกระทำความผิด เพราะแนวคิดในสมัยนั้นคาดหมายว่าคณะลูกขุนจะทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด นอกจากนั้นคณะลูกขุนยังมีหน้าที่คัดเลือก นำเสนอและชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐาน⁴³ ทำให้ในบางกรณีที่ปรากฏว่าเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนั้นถึงแม้ว่าจะยังไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ยกเว้นโทษหรือลดโทษ แต่คณะลูกขุนจะนำเสนอข้อเท็จจริงว่าการ

³⁸ Horder, J., *Provocation and Responsibility*, p. 6.

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ *ibid.*

⁴¹ *ibid.*

⁴² *ibid.*

⁴³ *ibid.*, 7.

กระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้นเป็นกรณีการป้องกันตัวหรือเป็นอุบัติเหตุซึ่งจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการยกเว้นโทษนั่นเอง⁴⁴

กระทั่งในราวคริสต์ศตวรรษที่ 16 เกิดแนวความคิดที่มองว่า โทษประหารชีวิตไม่เหมาะสม และเป็นโทษที่รุนแรงเกินความผิดฐานฆ่าผู้อื่นที่กระทำลงโดยปราศจากการวางแผนหรือความผิดที่ไตร่ตรองไว้ก่อนอันแสดงถึงเจตนาที่ชั่วร้าย ดังนั้นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ (Heat-of-Passion) จึงถูกสร้างขึ้นจากผู้พิพากษา เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของกฎหมาย⁴⁵ โดยปรากฏเป็นคดีแรกในคดี *Salisbury's Case* ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าการกระทำความผิดที่ปราศจากการวางแผนล่วงหน้าเป็นเพียงการทำให้ผู้อื่นตายโดยเจตนา (Manslaughter) มิใช่การฆาตกรรม (Murder) จึงมีโทษเพียงจำคุกหรือโทษปรับ นอกจากนี้ในปลายยุคสมัยนั้นยังมีแนวความคิดว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเป็นความผิดที่มีความอันตรายน้อยกว่าการกระทำความผิดโดยเจตนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดฐานฆาตกรรม และหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวนี้ถูกสร้างขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์ซึ่งย่อมจะขาดสติเมื่อถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง (Concession to Human Infirmity)⁴⁶

ต่อมาราวคริสต์ศตวรรษที่ 17 มีการพัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์ประเภทของการข่มเหงว่าการข่มเหงประเภทใดที่จะเป็นการข่มเหงซึ่งร้ายแรง Lord Holt C.J. ได้วินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับประเภทของการข่มเหงซึ่งอาจทำให้บุคคลบันดาลโทสะไว้ในคดี *R. v. Mawgridge*⁴⁷ โดยปกติการทำร้ายร่างกายผู้กระทำความผิดเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงอยู่ในตัว แต่นอกจากนั้นศาลเห็นว่า การข่มเหงอย่างร้ายแรงยังรวมถึงการใช้คำพูดประกอบการใช้กำลัง หรือ การพบเห็นเหตุการณ์ที่เพื่อนหรือผู้ใกล้ชิดถูกทำร้ายร่างกาย หรือการพบเห็นเหตุการณ์ซึ่งเป็นการพราศสิทธิเสรีภาพหรือการจับกุมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และพบเห็นการกระทำชั่วระหว่างผู้เสียหายกับคู่สามีภรรยาของผู้กระทำความผิด ส่งผลให้การข่มเหงบางประเภทถูกพิจารณาว่าเป็นการข่มเหงที่ไม่ร้ายแรง เช่น การใช้คำพูดเยาะเย้ยดูถูก⁴⁸ หรือการทำร้ายร่างกายเพียงเล็กน้อย⁴⁹

⁴⁴ *ibid.*, 11.

⁴⁵ Dressler, J., "Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale," *Journal of Criminal Law and Criminology*: 423.

⁴⁶ Horder, J., *Provocation and Responsibility*, p. 20.

⁴⁷ *R v Mawgridge*, Kelying, 119, 84 Eng. Rep. R. (1707) p.130-137

⁴⁸ Dressler, J., "Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale," *Journal of Criminal Law and Criminology*: 428.

⁴⁹ *ibid.*

นอกจากนี้ ยังปรากฏเงื่อนไขอีกประการหนึ่งซึ่งตาม Common Law ได้พัฒนาขึ้นคือ หลักความได้สัดส่วนระหว่างการช่มเหงกับการกระทำความผิด (Proportionality)⁵⁰ กล่าวคือ หากผู้กระทำความผิดได้กระทำไปเกินสัดส่วนกับการช่มเหงที่ผู้เสียหายได้ก่อขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเกินสมควรแก่เหตุ ผู้กระทำความผิดจะมีได้รับการลดโทษ เนื่องจากความผิดที่ทาลงไปเกินสัดส่วนนั้นพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำลงไปเพียงเพราะต้องการแก้แค้นมากกว่าโทสะ โดยความได้สัดส่วนนั้นเป็นความได้สัดส่วนซึ่งพิจารณาจากมุมมองของวิญญูชนจึงเรียกหลักเกณฑ์ข้อนี้ว่า Reasonable Relationship Rule⁵¹

ช่วงราวคริสต์ศตวรรษที่ 19 มีการแนวความคิดเกี่ยวกับวิญญูชน (Reasonable Man Test)⁵² มาพิจารณาในกรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะว่า การช่มเหงนั้นจะต้องร้ายแรงเพียงพอที่จะทำให้บุคคลทั่วไปหรือวิญญูชนบันดาลโทสะได้และกระทำความผิดเช่นนั้น โดยการพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลทั่วไปนี้จะพิจารณาถึงบุคคลทั่วไปที่มีการควบคุมสติอารมณ์ของตนเองในระดับปานกลาง จึงไม่พิจารณาถึงสภาวะทางจิตหรือความเจ็บป่วยทางจิตใจ⁵³ เพศ อายุ เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว⁵⁴ หรือวัฒนธรรมของผู้กระทำความผิด ดังนั้น แม้ปัจจัยดังกล่าวจะส่งผลโดยตรงกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ เช่น การขว้างรองเท้าหนึ่งหมูใส่ชาวมุสลิมถือเป็นการช่มเหงชาวมุสลิมอย่างร้ายแรง แต่อาจไม่รุนแรงในมุมมองของวิญญูชน หากผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นชาวมุสลิมไปกระทำความผิดเพราะเหตุดังกล่าวก็จะได้ไม่ได้รับการลดโทษนั่นเอง⁵⁵

สาเหตุสำคัญซึ่งทำให้ศาลนำหลักเกี่ยวกับวิญญูชนมาพิจารณาการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามหลัก The Doctrine of Provocation นั้นคือ เพื่อจำกัดการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะมิให้ถูกนำมาใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตีศีรษะแล้วกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะในขณะที่มีนเมา เพราะความมีนเมาจะทำให้บุคคลมีระดับการควบคุมสติสัมปชัญญะลดลง และเกิดโทสะได้ง่ายกว่าบุคคลทั่วไป⁵⁶ รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีระดับการควบคุมตนเองต่ำกว่าบุคคลทั่วไป หรือเป็นคนโง่งง่ายกว่าปกติตนเอง⁵⁷ เพราะหากบุคคลทั่วไปกระทำความผิดด้วยเหตุช่มเหงเดียวกันไม่ได้รับการลดโทษ ทว่าบุคคลซึ่งตีศีรษะมีนเมาหรือเป็นคนโง่งกลับได้รับการ

⁵⁰ Ashworth, A. J., "The Doctrine of Provocation," *The Cambridge Law Journal*: 302.

⁵¹ *ibid.*

⁵² *ibid.*, 298.

⁵³ *R v Lesbini* [1914] 3 K.B. 116

⁵⁴ Ashworth, A. J., "The Doctrine of Provocation," *The Cambridge Law Journal*: 299.

⁵⁵ *ibid.*, 300.

⁵⁶ Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (London: Stevens and Sons, 1978), p. 484.

⁵⁷ *ibid.*

ลตโทษเพราะบันดาลโทสะ ทั้งที่เหตุบันดาลโทสะนั้นเป็นเพราะผู้กระทำความผิดเป็นสาเหตุด้วยส่วนหนึ่ง การลตโทษให้กับบุคคลเหล่านี้ย่อมจะไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายและบุคคลทั่วไป

กระทั่งมีการประกาศใช้กฎหมาย The Homicide Act 1957 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะขึ้นใน section 3 อันมีรายละเอียดดังนี้

The Homicide Act section 3 กำหนดว่า “มาตรา 3 ในกรณีที่มีข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการฆาตกรรมซึ่งมีพยานหลักฐานปรากฏแก่คณะลูกขุนให้สามารถค้นพบได้ว่าผู้ถูกกล่าวหาถูกข่มเหงให้โกรธ (ไม่ว่าจะโดยการกระทำหรือโดยคำพูดหรือทั้งสองประการ) จนทำให้สูญเสียการควบคุมตนเอง (Loss of Self-Control) ประเด็นปัญหาว่าการข่มเหงนั้นร้ายแรงเพียงพอที่จะทำให้วิญญูชน (Reasonable Man) กระทำความผิดดังที่ผู้ถูกกล่าวหากระทำหรือไม่นั้น เป็นหน้าที่ซึ่งคณะลูกขุนจะเป็นผู้ตัดสิน และในการตัดสินปัญหานั้น คณะลูกขุนจะต้องพิจารณาถึงทุก ๆ สิ่งทั้งที่เป็นการกระทำรวมทั้งคำพูดซึ่งในมุมมองของคณะลูกขุนนั้นอาจส่งผลกับวิญญูชนได้”⁵⁸

จากบทบัญญัติดังกล่าวพบว่า กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลตโทษสำหรับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเพราะเหตุบันดาลโทสะไว้อันมีองค์ประกอบสองประการ กล่าวคือ ประการแรกต้องปรากฏว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดบันดาลโดยโทสะ (Loss of Self-Control) เพราะถูกข่มเหงประการที่สอง การข่มเหงที่เกิดขึ้นนั้นร้ายแรงเพียงพอที่จะทำให้วิญญูชนบันดาลโทสะและกระทำความผิดดังเช่นผู้กระทำความผิดได้ลงมือหรือไม่⁵⁹

องค์ประกอบประการแรกเป็นองค์ประกอบทางอัตวิสัย (Subjective Requirement) คือผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง และการข่มเหงนั้นเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทสะ หรือสูญเสียการควบคุมตนเอง การข่มเหงอาจเกิดขึ้นจากบุคคลอื่นนอกจากผู้เสียหายก็ได้ และอาจเป็นการข่มเหงต่อบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้กระทำความผิดก็ได้ เพียงแต่การข่มเหงนั้นจะต้องเป็นการกระทำของมนุษย์มิใช่จากเหตุการณ์ธรรมชาติ หรืออุบัติเหตุ การข่มเหงดังกล่าวอาจเป็นการกระทำหรือการใช้คำพูดเยาะเย้ยแต่เพียงอย่างเดียว⁶⁰ เงื่อนไขข้อนี้เป็นการมุ่งพิจารณาว่ามีการข่มเหงเกิดขึ้นอย่างแท้จริง มิใช่ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะเพราะเหตุการณ์ทั่วไปหรือขัดใจและไปกระทำ

⁵⁸ 3 Provocation

Where on a charge of murder there is evidence on which the jury can find that the person charged was provoked (whether by things done or by things said or by both together) to lose his self-control, the question whether the provocation was enough to make a reasonable man do as he did shall be left to be determined by the jury; and in determining that question the jury shall take into account everything both done and said according to the effect which in their opinion, it would have on a reasonable man.

⁵⁹ Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, p. 264.

⁶⁰ Williams, G., *Textbook of Criminal Law*, p. 486.

ความผิดกับผู้อื่น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามี การข่มเหงเกิดขึ้นจากผู้อื่น แม้ว่าผู้กระทำจะมีส่วนผิดด้วย ในเหตุแห่งการข่มเหงนั้น (Self-Induced Provocation)⁶¹ ผู้กระทำอาจได้รับการลดโทษเพราะการ กระทำ ความผิดโดยบันดาลโทสะ

ประเด็นเรื่องการข่มเหงเป็นเหตุให้ผู้กระทำบันดาลโทสะหมายความว่า ผู้กระทำ ความผิด จะต้องกระทำความผิดในขณะที่บันดาลโทสะอย่างแท้จริง หรือในขณะที่โทสะยังรุนแรงไม่สามารถใช้สติ ควบคุมไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้นั้นเอง เงื่อนไขข้อนี้เป็น การพิจารณาที่ตัวผู้กระทำความผิด ตามบทบัญญัติที่ได้กำหนดว่าจะต้องกระทำความผิดทันทีที่ถูกข่มเหง เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขว่าต้อง กระทำความผิดขณะบันดาลโทสะ และไม่มีโอกาสใช้สติไตร่ตรองการกระทำของตนเองเท่านั้น⁶² ประเด็นเรื่องระยะเวลาที่ผู้กระทำความผิดควรสงบสติอารมณ์ได้นั้นเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาจาก ข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี หลักสำคัญในการพิจารณาคือ ระยะเวลาที่ผู้กระทำความผิดถูกข่มเหง หรือ ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการข่มเหงจะต้องไม่ห่างกับระยะเวลาที่กระทำความผิดเกินไปนัก⁶³ หรือมี พฤติการณ์ที่พิจารณาได้ว่าผู้กระทำความผิดสามารถสงบสติอารมณ์ได้แล้ว และการกระทำความผิดที่ เกิดขึ้นเป็นการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อน หรือเป็นการกระทำด้วยประสัจจะแก้แค้นผู้ข่ม เหวง นอกจากนั้นในกรณีที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการข่มเหงที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นการสะสมเหตุแห่ง การข่มเหง หรือบันดาลโทสะสะสม ระยะเวลาที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถไตร่ตรองการกระทำของ ตนเองได้ควรพิจารณาจากการข่มเหงขั้นที่สุด ทั้งนี้แม้ว่าการข่มเหงนั้นจะเป็นการข่มเหงแม้เพียง เล็กน้อย แต่ตลอดระยะเวลาที่ผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงและอดทนอดกลั้นถือได้ว่าผู้กระทำความผิด สะสมเหตุแห่งการถูกข่มเหงและได้บันดาลโทสะในการข่มเหงครั้งสุดท้ายนั่นเอง⁶⁴

องค์ประกอบประการที่สองเป็นองค์ประกอบด้านภววิสัย (Objective Test) หมายความว่า การข่มเหงนั้นต้องร้ายแรงเพียงพอที่วิญญูชนจะบันดาลโทสะและกระทำความผิดเช่นเดียวกัน⁶⁵ ตาม บทบัญญัติของกฎหมายมิได้จำกัดว่าการกระทำอย่างไรเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง กฎหมายเพียงแต่ กำหนดให้คณะลูกขุนมีหน้าที่พิจารณาถึงความร้ายแรงของการข่มเหง ดังนั้นการพิจารณาความ ร้ายแรงของการข่มเหงอาจพิจารณาถึงการกระทำของผู้เสียหายว่าเป็นการข่มเหงร้ายแรงหรือไม่ ระดับการควบคุมตนเองของผู้กระทำความผิดเหมาะสมหรือไม่ และการข่มเหงนั้นร้ายแรงเพียง พอที่จะทำให้วิญญูชนกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันหรือไม่⁶⁶ ลักษณะของวิญญูชนที่สมมติขึ้นจะ

⁶¹ *R v Johnson* (1989) 89 Cr App R 148

⁶² Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, p. 265.

⁶³ *ibid.*

⁶⁴ *ibid.*

⁶⁵ *ibid.*, 266.

⁶⁶ *ibid.*, 267.

คล้ายความเคร่งครัดกว่าวิญญูชนตามหลัก The Doctrine of Provocation กล่าวคือ มีแนวความคิดที่จะพิจารณาบุคลิกลักษณะของวิญญูชนโดยคำนึงถึงบุคลิกลักษณะที่มีความถาวรติดตัวผู้กระทำความผิด (Permanent Characteristics) เช่น เชื้อชาติ อายุ⁶⁷ เพศ ถิ่นกำเนิด ในขณะที่อีกแนวความคิดหนึ่งเห็นว่าควรคำนึงถึงบุคลิกลักษณะของผู้กระทำความผิดเฉพาะที่เกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับการช่มเหง⁶⁸ กระนั้นแนวความคิดทั้งสองแนวแสดงให้เห็นได้ว่า ขอบเขตของแนวคิดเกี่ยวกับวิญญูชน (Reasonable Man) ได้ขยายออกไปพิจารณาถึงตัวบุคคลผู้กระทำความผิดมากขึ้นกว่าบุคคลสมมติตาม Common Law จากประเด็นเรื่องขอบเขตของวิญญูชนที่ขยายความมากขึ้นได้ส่งผลลำดับต่อมาถึงการวินิจฉัยความร้ายแรงของการช่มเหง กล่าวคือ ตามบทบัญญัติ The Homicide Act ได้กำหนดให้คณะลูกขุนต้องพิจารณาถึงการกระทำ และคำพูดของผู้เสียหาย ดังนั้นการช่มเหงอย่างร้ายแรงจึงอาจเป็นการกระทำใดก็ได้ เช่น คำพูดเยาะเย้ยดูถูก หรือแม้กระทั่งการที่เด็กทารกร้องไห้อย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน⁶⁹ หรือการช่มเหงต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน อันเป็นการสะสมเหตุแห่งการช่มเหง แม้การช่มเหงในขั้นที่สุดจะเป็นการช่มเหงเพียงเล็กน้อย แต่จากการช่มเหงตลอดระยะเวลาทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถอดทนอดกลั้นต่อไปได้ หรือ บันดาลโทสะสะสม (Cumulative Provocation)⁷⁰

ประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอย่างแท้จริง และการช่มเหงนั้นเป็นการช่มเหงอย่างร้ายแรงอยู่ที่อัยการหรือฝ่ายโจทก์⁷¹ หากอัยการไม่สามารถพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยได้ว่า จำเลยมิได้กระทำความผิดในขณะที่สูญเสียการควบคุมตนเอง หรือ การช่มเหงที่เกิดขึ้นนั้นมีใช่การช่มเหงที่ร้ายแรง จำเลยความผิดจะได้รับประโยชน์จากข้อต่อสู้ว่า จำเลยกระทำความผิดในขณะที่บันดาลโทสะ และจะได้รับการลดโทษเป็นการกระทำความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา

อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้บทบัญญัติ The Homicide Act ก่อให้เกิดปัญหาด้านความไม่เท่าเทียมกันทางเพศ กล่าวคือ เพศหญิงที่ถูกช่มเหงโดยสามีมักไม่ประสบความสำเร็จในการพิสูจน์ความร้ายแรงของการ ช่มเหง รวมถึงมีปัญหาเกี่ยวกับการพิสูจน์การบันดาลโทสะในกรณีที่มีการช่มเหงเพียงเล็กน้อย แต่กระทำอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนาน นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับความหมายของการสูญเสียการควบคุมตนเอง (Loss of Self-Control) และมาตรฐานการพิสูจน์โดยใช้หลัก

⁶⁷ *DPP v Camplin* [1978] AC 705

⁶⁸ Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, p. 268.

⁶⁹ *R v Doughty* (1986) 83 Cr App R 319

⁷⁰ *R v Ahluwalia* (1993) 96 Cr App R 133

⁷¹ Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, p. 264.

วิญญูชน (Objective Test) ซึ่งถูกตีความวินิจฉัยหลากหลายแตกต่างกันไป⁷² ประเทศอังกฤษจึงได้ออกกฎหมาย The Coroner and Justice Act 2009 อันเป็นการยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา (Voluntary Manslaughter) และกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอ้างเหตุบันดาลโทสะไว้ในเรื่องข้อต่อสู้เพื่อลดโทษ อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 54 “ข้อต่อสู้เพื่อลดโทษในคดีฆาตกรรม: การสูญเสียการควบคุมตนเอง (loss of control)⁷³

(1) ผู้ใดฆ่าหรือมีส่วนร่วมในการฆ่าผู้อื่น ผู้นั้นจะไม่ถูกจับกุมในคดีฆาตกรรมหากว่า

(a) การกระทำของผู้นั้นหรือการละเว้นการกระทำของผู้นั้นในการฆ่าหรือมีส่วนร่วมในการฆ่าเป็นผลมาจากการสูญเสียการควบคุมตนเอง

⁷² Law Commission, "Partial Defences to Murder Final Report,"(2004), pp. 33-36.

⁷³ **54 Partial defence to murder: loss of control**

(1) Where a person (“D”) kills or is a party to the killing of another (“V”), D is not to be convicted of murder if—

(a) D's acts and omissions in doing or being a party to the killing resulted from D's loss of self-control,

(b) the loss of self-control had a qualifying trigger, and

(c) a person of D's sex and age, with a normal degree of tolerance and self-restraint and in the circumstances of D, might have reacted in the same or in a similar way to D.

(2) For the purposes of subsection (1)(a), it does not matter whether or not the loss of control was sudden.

(3) In subsection (1)(c) the reference to “the circumstances of D” is a reference to all of D's circumstances other than those whose only relevance to D's conduct is that they bear on D's general capacity for tolerance or self-restraint.

(4) Subsection (1) does not apply if, in doing or being a party to the killing, D acted in a considered desire for revenge.

(5) On a charge of murder, if sufficient evidence is adduced to raise an issue with respect to the defence under subsection (1), the jury must assume that the defence is satisfied unless the prosecution proves beyond reasonable doubt that it is not.

(6) For the purposes of subsection (5), sufficient evidence is adduced to raise an issue with respect to the defence if evidence is adduced on which, in the opinion of the trial judge, a jury, properly directed, could reasonably conclude that the defence might apply.

(7) A person who, but for this section, would be liable to be convicted of murder is liable instead to be convicted of manslaughter.

(8) The fact that one party to a killing is by virtue of this section not liable to be convicted of murder does not affect the question whether the killing amounted to murder in the case of any other party to it.

(b) การสูญเสียการควบคุมตนเองมีสาเหตุตามที่กฎหมายกำหนด (Qualifying Trigger) และ

(c) บุคคลที่มีเพศ อายุเช่นเดียวกับกับผู้กระทำความผิด และความอดทนอดกลั้นและความยับยั้งชั่งใจในระดับปกติในสถานการณ์เดียวกันอาจจะกระทำความผิดเช่นเดียวกัน

(2) สำหรับประเด็นในข้อ (1)(a) นั้น การสูญเสียการควบคุมตนเองไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นอย่างฉับพลัน

(3) ประเด็นข้อ (1)(c) คำว่า “สถานการณ์ของผู้กระทำความผิด” หมายความว่า สถานการณ์ทั้งหมดของผู้กระทำความผิดนอกเหนือจากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด อันอาจส่งผลต่อระดับความอดทนอดกลั้นของผู้กระทำความผิด

(4) ข้อต่อสู้นี้จะมิใช่บังคับกับกรณีของผู้กระทำความผิด หรือมีส่วนร่วมกับการกระทำความผิดด้วยความปรารถนาจะแก้แค้น

(5) ในคดีฆาตกรรม หากมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะปรากฏว่า การฆ่าผู้อื่นนั้นเกิดขึ้นจากการสูญเสียการควบคุมตนเอง คณะลูกขุนต้องสันนิษฐานว่าข้อต่อสู้เพราะสูญเสียการควบคุมตนเองเป็นประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิด อัยการมีภาระการพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยว่าผู้กระทำความผิดมิได้สูญเสียการควบคุมตนเอง

(6) เพื่อให้บรรลุลจุดประสงค์ของ (5) พยานหลักฐานที่จะก่อให้เกิดประเด็นข้อต่อสู้เรื่องการสูญเสียการควบคุมตนเองต้องเป็นพยานหลักฐานที่ศาลเห็นว่า เหมาะสมที่คณะลูกขุนจะพิจารณาและสามารถวินิจฉัยให้เป็นประโยชน์กับผู้กระทำความผิดได้

(7) ผู้ใดซึ่งกล่าวอ้างข้อต่อสู้ตามบทบัญญัติมาตรานี้จะถูกรับวินิจฉัยว่ามีความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (Manslaughter) แทนความผิดฐานฆาตกรรม (Murder)

(8) ในกรณีที่มีผู้ร่วมกระทำความผิด ข้อต่อสู้เพราะเหตุสูญเสียการควบคุมตนเองเป็นเหตุเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดแต่ละราย ไม่ส่งผลไปยังผู้ร่วมกระทำความผิดรายอื่น

นอกจากนั้นบทบัญญัติในมาตรา 55 ของกฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดถึงสาเหตุที่ทำให้บุคคลสูญเสียการควบคุมตนเอง (Qualifying trigger) ไว้ซึ่งเป็นการจำกัดขอบเขตของการช่มเหงให้แคบลงกว่าการช่มเหงตาม The Homicide Act อันมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 55 “ความหมายของ “สาเหตุที่กำหนด”⁷⁴

⁷⁴ 55 Meaning of “qualifying trigger”

(1) This section applies for the purposes of section 54.

(2) A loss of self-control had a qualifying trigger if subsection (3), (4) or (5) applies.

(3) This subsection applies if D's loss of self-control was attributable to D's fear of serious violence from V against D or another identified person.

- (1) บทบัญญัติมาตรานี้จะบังคับใช้เพื่อบรรลุลักษณะประสงคของมาตรา 54
- (2) การสูญเสียการควบคุมตนเองจะมีสาเหตุที่กำหนดเมื่อปรับใช้ (3) (4) (5)
- (3) อนุมาตรานี้จะปรับใช้ หากว่าผู้กระทำความผิดสูญเสียการควบคุมตนเองอันเนื่องมาจากความกลัวว่าจะถูกผู้เสียหายทำอันตรายอย่างสาหัสแก่ตนเองหรือผู้อื่นซึ่งระบุตัวได้
- (4) อนุมาตรานี้จะปรับใช้ หากการสูญเสียการควบคุมตนเองของผู้กระทำความผิดเป็นผลมาจากการกระทำหรือคำพูดซึ่ง-
- (a) ก่อให้เกิดสภาวะซึ่งผู้กระทำความผิดโกรธเกรี้ยวเศร้าโศกเสียใจอย่างที่สุด และ
 - (b) เป็นสาเหตุให้ผู้กระทำความผิดเชื่ออย่างมีเหตุผลอันสมควรว่าตนถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง
- (5) อนุมาตรานี้จะปรับใช้เมื่อผู้กระทำความผิดสูญเสียการควบคุมตนเองอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่ผสมผสานกันระหว่าง (3) กับ (4)
- (6) ในการพิจารณาว่าการสูญเสียการควบคุมตนเองนั้นมีสาเหตุที่กฎหมายกำหนดหรือไม่นั้น
- (a) ความกลัวของผู้กระทำความผิดที่มีต่อการทำอันตรายสาหัสจะไม่ถูกพิจารณาหากว่า อันตรายสาหัสนั้นมีสาเหตุมาจากผู้กระทำความผิดยั่วให้มีการกระทำหรือคำพูดด้วยจุดประสงค์ที่จะใช้ประโยชน์จากข้อต่อสู้ตามมาตรา นี้เพื่อใช้ความรุนแรง
 - (b) ความเชื่อว่าถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงจากการกระทำหรือคำพูดนั้นจะมีขอบหากว่าผู้กระทำความผิดเป็นฝ่ายยั่วให้เกิดการกระทำหรือคำพูดเช่นนั้นด้วยจุดประสงค์ที่จะใช้ประโยชน์จากข้อต่อสู้ตามมาตรา นี้เพื่อใช้ความรุนแรง

(4)This subsection applies if D's loss of self-control was attributable to a thing or things done or said (or both) which—

- (a) constituted circumstances of an extremely grave character, and
- (b) caused D to have a justifiable sense of being seriously wronged.

(5)This subsection applies if D's loss of self-control was attributable to a combination of the matters mentioned in subsections (3) and (4).

(6)In determining whether a loss of self-control had a qualifying trigger—

- (a) D's fear of serious violence is to be disregarded to the extent that it was caused by a thing which D incited to be done or said for the purpose of providing an excuse to use violence;
- (b) a sense of being seriously wronged by a thing done or said is not justifiable if D incited the thing to be done or said for the purpose of providing an excuse to use

violence;

- (c) the fact that a thing done or said constituted sexual infidelity is to be disregarded.

(7)In this section references to “D” and “V” are to be construed in accordance with section 54.

(c) ข้อเท็จจริงว่าการกระทำหรือคำพูดเกี่ยวกับการนอกใจจะไม่ถูกพิจารณาว่าเป็นสาเหตุทำให้เสียการควบคุมตนเอง

(7) บุคคลตามมาตรา 54

บทบัญญัติตาม The Coroner and Justice Act 2009 ข้างต้นได้ยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการฆ่าผู้อื่นโดยบันดาลโทสะตาม common Law และ The Homicide Justice Act⁷⁵ และได้กำหนดให้ข้อต่อสู้เพราะเหตุบันดาลโทสะเป็นข้อต่อสู้เพราะสูญเสียการควบคุมตนเองซึ่งข้อต่อนี้จะต้องปรากฏพยานหลักฐานเพียงพอให้ศาลหรือคณะลูกขุนเชื่อได้ว่า ผู้กระทำความผิดมีการสูญเสียการควบคุมตนเอง ประกอบกับการสูญเสียการควบคุมดังกล่าวนั้นมีสาเหตุตามที่กฎหมายกำหนด

ข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่งคือ ข้อต่อสู้เพราะเหตุสูญเสียการควบคุมจะไม่ถูกนำมาใช้หากว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะแก้แค้นผู้ช่มเหง แม้ว่าในขณะที่กระทำความผิดนั้น ผู้กระทำจะสูญเสียการควบคุมตนเองอย่างแท้จริง แต่หากการสูญเสียการควบคุมดังกล่าวมีสาเหตุมาจากพฤติการณ์ที่ผู้กระทำความผิดมีส่วนทำให้เกิดขึ้น (Self-Induced Provocation) เพื่อที่ใช้ข้อต่อสู้ตามกฎหมายเพื่อแก้แค้น อันถือได้ว่าเป็นการไตร่ตรอง หรือวางแผนใช้ประโยชน์ตามกฎหมาย⁷⁶การกระทำความผิดในกรณีเช่นนี้จะไม่ได้รับการลดโทษ เพราะกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนใน มาตรา 54(4) และ 55(6)(a) ซึ่งต่างกับหลักกฎหมายตาม common law และ The Homicide Justice Act ที่กำหนดกลไกทางกฎหมายเพื่อแยกการฆ่าซึ่งผู้กระทำความผิดมีเจตนาแก้แค้น คือ การฆ่าตามกฎหมายทั้งสองนี้จะต้องฆ่าในทันทีทันใดที่ถูกช่มเหง⁷⁷อันเป็นการอาศัยระยะเวลาแบ่งแยกการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะกับการกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเพราะต้องการแก้แค้น เพราะการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนั้นผู้กระทำความผิดจะไม่มีเวลาสงบสติอารมณ์ไตร่ตรองการกระทำของตนเองนั่นเอง

เงื่อนไขประการแรกที่ต้องพิจารณาคือ การฆ่านั้นเป็นผลมาจากการสูญเสียการควบคุมตนเองของผู้กระทำความผิด (Loss of Control) เงื่อนไขข้อนี้เป็นการพิจารณาเชิงอัตวิสัยว่าผู้กระทำความผิดจะต้องสูญเสียการควบคุมตนเองอย่างแท้จริง⁷⁸ ดังนั้น หากผู้กระทำความผิดเป็นผู้ซึ่งมีความอดทนอดกลั้นสูงกว่าบุคคลทั่วไป และกระทำความผิดโดยเจตนาเพื่อแก้แค้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงซึ่งบุคคลทั่วไปมีโอกาสสูญเสียการควบคุมตนเอง ผู้กระทำความผิดจะไม่สามารถลดโทษ นอกจากนี้กฎหมายกำหนดให้คณะลูกขุนพิจารณาถึงสถานการณ์ทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง พฤติการณ์ที่เป็นการช่มเหง

⁷⁵ The Coroner and Justice Act 2009 Section 56

⁷⁶ David Ormerod and Karl Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, ed. 13 (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 510.

⁷⁷ *ibid.*

⁷⁸ *ibid.*, 512.

ความรู้สึกของวิญญูชนและความรู้สึกของผู้กระทำความผิด และระยะเวลาระหว่างพฤติกรรมที่เป็น การข่มเหงกับการกระทำความผิด⁷⁹ แม้ว่าจะมีได้เคร่งครัดว่าจะต้องเกิดการกระทำความผิดในทันทีที่ถูกข่มเหงก็ตาม แต่ระยะเวลาดังกล่าวยังคงเป็นปัจจัยสำคัญสำหรับการพิจารณาแยกระหว่างการ กระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนกับการกระทำความผิดเพราะสูญเสียการควบคุมตนเอง นอกจากนี้คณะลูกขุนยังต้องพิจารณาถึงเพศ อายุ ความอดทนอดกลั้นและความยับยั้งชั่งใจในระดับ ทั้งหมดมาพิจารณาด้วยว่าในสถานการณ์เดียวกันนั้นบุคคลทั่วไปจะกระทำความผิดในลักษณะเดียวกัน กับผู้กระทำความผิดหรือไม่ อันเป็นเงื่อนไขในเชิงทวิสัยประกอบกันด้วย

เงื่อนไขอีกประการหนึ่งซึ่งกฎหมายกำหนดไว้คือ การสูญเสียการควบคุมนั้นจะต้อง ประกอบด้วยเหตุตามที่กฎหมายกำหนด (Qualifying Trigger)⁸⁰ ซึ่งประกอบไปด้วยเหตุที่ผู้กระทำความผิดกลัวว่าจะถูกผู้เสียหายทำอันตรายสาหัสแก่ตนเองหรือผู้อื่น (Fear of Serious Violence) และเหตุที่ผู้กระทำความผิดโกรธเกรี้ยวเศร้าโศกเสียใจอย่างรุนแรงและเชื่ออย่างมีเหตุผลอันสมควรว่า ตนถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง เท่านั้น

สำหรับเหตุเกี่ยวกับความกลัวการทำอันตรายสาหัสนั้นมีพื้นฐานมาจากแนวความคิดเรื่องข้อ ต่อสู้เพื่อลดโทษซึ่งผู้เสียหายมีส่วนผิด (Partial Defence) เพื่อยืนยันว่าเหตุที่กฎหมายจำเป็นต้องลด โทษให้กับผู้กระทำความผิดนั้นเป็นเพราะผู้เสียหายมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำให้ผู้กระทำความผิดสูญเสีย การควบคุมตนเอง⁸¹และการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ⁸² นอกจากนี้ยังคำนึงถึงแนวคิดที่ต้องการแก้ไข ข้อบกพร่องของกฎหมายเดิมซึ่งผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิงโดยมากจะไม่สามารถพิสูจน์ถึงการกระทำ ความผิดในขณะที่บันดาลโทสะได้ในกรณีที่บันดาลโทสะสะสม⁸³

ดังนั้น กฎหมาย The Coroner and Justice Act 2009 จึงได้กำหนดให้เหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดสูญเสียการควบคุมรวมถึงการสะสมเหตุแห่งการข่มเหงหรือบันดาลโทสะสะสมเอาไว้ด้วย เนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดว่าการกระทำความผิดจะต้องเกิดขึ้นในขณะที่ถูกข่มเหง ดังนั้นผู้กระทำความผิดจึงอาจจะอดทนอดกลั้น และมากระทำความผิดในภายหลังขณะที่สูญเสียการควบคุมตนเอง ได้⁸⁴ นอกจากนี้ยังรวมถึงการกระทำความผิดเพราะกลัวการทำอันตรายสาหัส แม้ว่าการทำอันตราย นั้นจะยังไม่เกิดขึ้น⁸⁵ อันเป็นเรื่องของความคาดหมายการทำอันตรายสาหัสที่จะเกิดขึ้นในอนาคตซึ่ง

⁷⁹ *ibid.*

⁸⁰ *ibid.*, 513.

⁸¹ *ibid.*, 515.

⁸² Richard Card, *Card, Cross & Jones: Criminal Law*, 20 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 261.

⁸³ *ibid.*

⁸⁴ Ormerod, D. and K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*.

⁸⁵ *ibid.*, 515.

โดยมากเป็นเรื่องการใช้ความรุนแรงในครอบครัว และแม้ว่าการกระทำความผิดนั้นจะเกินสัดส่วนของความรุนแรงที่เกิดขึ้นในขณะนั้น (Excessive Force) แต่หากการกระทำความผิดเกิดขึ้นจากความกลัวอย่างแท้จริง ผู้กระทำความผิดจะได้รับการลดโทษ ความกลัวดังกล่าวยังรวมถึงความกลัวการทำอันตรายสาหัสแก่บุคคลอื่นด้วยอันเนื่องมาจากอิทธิพลแนวความคิดเกี่ยวกับการป้องกันตนเองหรือป้องกันผู้อื่นนั่นเอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้สร้างข้อจำกัดไว้ด้วยว่า การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจะต้องกระทำต่อผู้ที่ทำอันตรายสาหัสเท่านั้น หากเป็นการกระทำความผิดต่อบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้ข่มเหงผู้กระทำความผิดจะไม่ได้รับการลดโทษเพราะเหตุนี้

เหตุที่กฎหมายกำหนดอีกเหตุหนึ่งนั้นคือ เหตุซึ่งการกระทำหรือคำพูดก่อให้เกิดความโกรธเกรี้ยวเศร้าโศกเสียใจอย่างรุนแรง (Circumstances of an Extremely Grave Character) สาเหตุข้อนี้คือการนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามกำหนดเดิมคือ หลักจาก common law และ The Homicide Justice Act มาบัญญัติไว้นั่นเอง⁸⁶ ข้อพิจารณาประการแรกคือเหตุที่ก่อให้เกิดความโกรธเกรี้ยวเศร้าโศกดังกล่าวจะต้องเกิดจากการกระทำของมนุษย์ ไม่ใช่เหตุการณ์หรือภัยพิบัติทางธรรมชาติ การกระทำดังกล่าวต้องสามารถชี้ชัดได้ว่าเป็นการกระทำหรือคำพูดอย่างใด มิใช่ผู้กระทำความผิดจะกล่าวอ้างการกระทำหรือคำพูดของบุคคลอื่นอย่างเลื่อนลอยได้⁸⁷ กระนั้นกฎหมายมิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นการกระทำหรือคำพูดของผู้เสียหาย ดังนั้นบุคคลที่กระทำหรือพูดอันเป็นการข่มเหงจึงอาจเป็นบุคคลอื่นนอกจากผู้เสียหายได้ เช่น ผู้กระทำความผิดไปไต่ยนบพสนทนาระหว่างผู้เสียหายกับบุคคลอื่นว่าบุคคลอื่นนั้นได้ทำร้ายลูกของผู้กระทำความผิด⁸⁸ ผู้กระทำความผิดจึงสูญเสียการควบคุมตนเองและกระทำความผิดต่อผู้เสียหายซึ่งรับฟังพสนทนานั้นอยู่ได้ ยิ่งไปกว่านั้น แม้เป็นการกระทำหรือคำพูดซึ่งชอบด้วยกฎหมายก็อาจทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความรู้สึกโกรธเกรี้ยวเศร้าโศกเสียใจอย่างรุนแรงได้ หากว่าผู้กระทำความผิดมีความเข้าใจอย่างสมเหตุสมผลไปว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการข่มเหงตนอย่างร้ายแรง⁸⁹

ความโกรธเกรี้ยวเศร้าโศกเสียใจยังต้องประกอบด้วยพฤติการณ์ซึ่งผู้กระทำความผิดเชื่ออย่างมีเหตุผลอันสมควรว่าตนถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง (Justifiable Sense of Being Seriously Wronged) กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องเชื่ออย่างมีเหตุผลอันสมควรว่า ตนเป็นฝ่ายถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง มีความยุติธรรมเกิดขึ้นกับตน⁹⁰ เช่น การดูถูกเยาะเย้ยอย่างร้ายแรง ถูกดูหมิ่นใส่ความ

⁸⁶ Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, 7 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2013), p. 253.

⁸⁷ Ormerod, D. and K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, p. 515.

⁸⁸ *ibid.*, 518.

⁸⁹ *ibid.*, 519.

⁹⁰ Ashworth, A. and J. Horder, *Principles of Criminal Law*, p. 257.

อย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นเงื่อนไขเชิงภววิสัยที่ต้องพิจารณาจากมุมมองของวิญญูชน อย่างไรก็ตามการพิจารณาถึงเงื่อนไขดังกล่าวยังคงเป็นปัญหาว่าจะใช้หลักวิญญูชนโดยแท้ หรือจะใช้หลักวิญญูชนที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิดอันได้แก่ เพศ อายุ สภาวะของผู้กระทำความผิดและพฤติการณ์ต่างๆดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 54 (1)(c)⁹¹

สำหรับการกระทำหรือคำพูดเกี่ยวกับการนอกใจนั้น (Sexual Infidelity) ตามกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นมิให้ถือเป็นเหตุที่ทำให้สูญเสียการควบคุมตนเอง ตามมาตรา 55 (6)(c) อย่างไรก็ตามในคดี *R v Clinton* [2012] EWCA Crim 2 ซึ่งเป็นคดีที่ศาลวินิจฉัยว่า แม้เหตุแห่งการนอกใจจะถูกห้ามมิให้กล่าวอ้างว่าเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดสูญเสียการควบคุมตนเอง แต่สถานการณ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายขณะนั้นยังสามารถเป็นสาเหตุตามที่กฎหมายกำหนดได้ (Qualifying Trigger) ในคดีดังกล่าว ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นสามีอ้างว่าผู้เสียหายซึ่งเป็นภรรยาได้บอกกล่าวว่าเธอมีความสัมพันธ์ชู้สาวกับผู้อื่นอีกถึงห้าคน ทั้งหัวเราะทำทนายผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเว็บไซต์ที่ผู้กระทำความผิดศึกษาเพื่อฆ่าตัวตาย และได้กล่าวอีกว่าเธอไม่ต้องการดูแลลูกของเธอและผู้กระทำความผิด ศาลจึงวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ดังกล่าวนี้เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดเกิดความโกรธแค้นชั่วครู่โศกเสียใจอย่างรุนแรงจากการกระทำหรือคำพูด อันเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดเชื่อว่าตนถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 55(4)

2. การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิด

ประเทศอังกฤษมีแนวความคิดเกี่ยวกับการข่มเหงผู้ใกล้ชิดมาตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 17 โดยศาลสมัยนั้นเห็นว่า การข่มเหงผู้ใกล้ชิดเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงประเภทหนึ่ง เพราะการข่มเหงประเภทนี้ผู้ข่มเหงได้กระทำความผิดกฎหมายอยู่ในตัว⁹² ตราบเท่าที่มีการศึกษาค้นคว้าคดีแรกที่ปรากฏว่ามี การข่มเหงผู้ใกล้ชิดและผู้กระทำความผิดได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะคือคดี *R v Salisbury* (1553) Plowd. Comm. 100 คดีนี้เป็นเรื่องที่มีผู้กระทำความผิดหลายรายในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น โดยแต่ละรายนั้นมีเจตนาที่แตกต่างกัน ข้อเท็จจริงเป็นเองที่ Salisbury และพวกได้ทะเลาะต่อสู้กับผู้เสียหายซึ่งเป็นคนรับใช้ของอีกฝ่ายหนึ่ง และได้ฆ่าผู้เสียหาย ศาลวินิจฉัยว่า Salisbury กับพวกมีเจตนาชั่วร้าย (Malice) ในขณะที่ผู้กระทำความผิดอีกรายหนึ่งซึ่งเป็นคนรับใช้ของ Salisbury นั้น มาพบเห็นเหตุการณ์การทะเลาะกันระหว่างเจ้านายของตนกับผู้เสียหายในภายหลัง มิได้อยู่ร่วมเหตุการณ์การทะเลาะวิวาทกันตั้งแต่ต้น ศาลวินิจฉัยว่า ผู้กระทำความผิดนั้นไม่มีเจตนาชั่วร้าย แต่ได้กระทำความผิดฐาน Manslaughter ซึ่งพิจารณาได้ว่า ผู้กระทำความผิดนั้นถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงเพราะเจ้านายของตนถูกทำร้ายในการข่มเหงต่อสู้นั้น

⁹¹ Card, R., *Card, Cross & Jones: Criminal Law*, p. 263.

⁹² Ashworth, A. J., "The Doctrine of Provocation," *The Cambridge Law Journal*: 293.

ในปี 1612 Great Marlow⁹³ ในคดีนี้เป็นเรื่องที่ว่าผู้กระทำความผิดกับเพื่อนของตนไปเล่นโบว์ลิงด้วยกัน มีการทะเลาะกันระหว่างเพื่อนของผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดพบเห็นเหตุการณ์ดังนั้นจึงใช้ลูกโบว์ลิงทุบผู้เสียหายจนถึงแก่ความตาย ศาลวินิจฉัยว่าผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา (Manslaughter) เนื่องจากเอกสารเกี่ยวกับคดีดังกล่าวมีได้กล่าวถึงรายละเอียดของคดีว่า เพื่อนของผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงด้วยการกระทำอย่างใด จึงไม่อาจทราบได้แน่ชัดว่า ตามข้อเท็จจริงในคดีนั้น ผู้เสียหายใช้กำลังข่มเหงหรือเพียงแต่ใช้คำพูดขู่ข่มเพื่อนของผู้กระทำความผิด แต่ Jeremy Horder มีความเห็นว่า การที่ศาลในคดีนี้ใช้คำว่า “แก้แค้น (Revenge)” ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่า เพื่อนของผู้กระทำความผิดถูกผู้เสียหายใช้กำลังประทุษร้ายจนได้รับบาดเจ็บ⁹⁴ อันเป็นพฤติการณ์ที่ปรากฏต่อหน้าผู้กระทำความผิดในขณะนั้นซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดต้องแก้แค้นผู้เสียหายนั่นเอง

คดีที่เกิดขึ้นอีกคดีหนึ่งคือ คดี *John Royley' Case* (1612) Cro.Jac.296. คดีดังกล่าวปรากฏข้อเท็จจริงว่า บุตรชายของผู้กระทำความผิดได้ถูกเด็กผู้ชายคนหนึ่งทำร้ายจนเลือดกำเดาไหล และได้มาบอกเล่าเรื่องราวการถูกทำร้ายให้ผู้กระทำความผิดรับทราบ ทันใดนั้นเองผู้กระทำความผิดได้ไปที่สนามเด็กเล่นที่เกิดเหตุซึ่งอยู่ห่างออกไปเป็นระยะทางหนึ่งไมล์ และได้ใช้ไม้กระบองตีไปที่เด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บและถึงแก่ความตายในเวลาต่อมา ศาลวินิจฉัยว่า ผู้กระทำความผิดมิได้มีเจตนากระทำความผิดมาตั้งแต่ต้น แต่เหตุเกิดขึ้นเนื่องจากการบอกเล่าเรื่องราวของบุตรชายซึ่งถูกทำร้าย อันเป็นเหตุที่เกิดขึ้นปัจจุบันทันด่วน การที่ผู้กระทำความผิดได้มองเห็นหรือรับทราบเรื่องราวที่บุตรชายถูกทำร้ายร่างกายย่อมเป็นการถูกขู่ข่มให้บันดาลโทสะได้ แม้ว่าระยะทางระหว่างบ้านกับสนามเด็กเล่นที่เกิดเหตุจะห่างกันถึงหนึ่งไมล์ แต่ก็มีได้มีผลต่อการระงับโทสะของผู้กระทำความผิดในขณะนั้น ดังนั้นผู้กระทำความผิดจึงกระทำความผิดในขณะที่บันดาลโทสะ นอกจากนี้ ศาลยังวินิจฉัยอีกว่า การที่บุคคลหนึ่งได้ยินหรือรับทราบเรื่องราวว่าพี่น้อง หรือญาติหรือเพื่อน หรือแม้กระทั่งคนรับใช้ เข้าต่อสู้ และบุคคลดังกล่าวได้เดินทางไปยังสถานที่เกิดเหตุ นั้น แม้ว่าระยะทางจะห่างเป็นไมล์หรือมากกว่านั้นก็ตาม และพบผู้ที่กำลังต่อสู้กับญาติหรือบริวารของตน จากนั้นได้ทำร้ายหรือฆ่าผู้ที่กำลังต่อสู้ตนเอง จะไม่มีความผิดฐานฆาตกรรมแต่จะมีความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา หรือเป็นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนั่นเอง

ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ ศาลประเทศอังกฤษน่าจะให้ความสำคัญกับปัจจัยการอยู่อาศัยร่วมกันระหว่างบุคคล และการทำกิจกรรมร่วมกันมาเป็นเกณฑ์วินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิด เพราะ

⁹³ Horder, J., *Provocation and Responsibility*, p. 31.

⁹⁴ *ibid.*, 32.

ในสมัยนั้นนายจ้างกับลูกจ้างมักอาศัยอยู่ร่วมบริเวณเดียวกัน ทำให้บุคคลเหล่านี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันอันเป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามความเป็นจริง

ปัจจุบันหลังจากมีการประกาศใช้กฎหมาย The Coroner and Justice Act 2009 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเหตุที่ทำให้บุคคลสูญเสียการควบคุมตนเองประการหนึ่ง กล่าวคือเหตุเกี่ยวกับการที่ผู้กระทำความผิดมีความกลัวว่าผู้เสียหายจะใช้กำลังทำอันตรายสาหัสแก่ผู้อื่น โดยผู้อื่นดังกล่าวนี้กฎหมายมิได้จำกัดว่าเป็นบุคคลใด ดังนั้น การข่มเหงจึงอาจไม่จำกัดอยู่เพียงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดก็ได้ อาจเป็นการข่มเหงกับบุคคลผู้ไม่รู้จักกับผู้กระทำความผิดเป็นการส่วนตัวก็ได้⁹⁵ ในขณะที่เดียวกันหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตาม common law และ The Homicide Act 1957 ยังคงปรับใช้ได้ภายใต้เหตุที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับเหตุที่บุคคลโกรธเกรี้ยวหรือเศร้าโศกเสียใจอย่างรุนแรง (Extremely Grave Character) ดังนั้นการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงยังคงปรากฏอยู่ในกฎหมาย The Coroner Justice Act 2009

4.2 ประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law

4.2.1 ประเทศเยอรมนี

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ

ประเทศเยอรมนีมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อชีวิตของผู้อื่นออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือการฆาตกรรม (Mord) ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนา (Totschlag) และความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย⁹⁶ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจะเกี่ยวข้องกับความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยเจตนาซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 212 ประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch; StGB) อันมีรายละเอียดดังนี้

“มาตรา 212 (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยประการอื่นนอกจากกรณีการฆาตกรรมตาม มาตรา 211 ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่า 5 ปี

(2) ในการฆ่าที่เป็นการทารุณโหดร้าย ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต”⁹⁷

⁹⁵ Card, R., *Card, Cross & Jones: Criminal Law*, p. 261.

⁹⁶ Thomas Weigend, "Germany," in *The Handbook of Comparative Criminal Law*, eds. Kevin Jon Heller and Markus D. Dubber (Stanford, Calif: Stanford Law Books, 2011), p. 277.

⁹⁷ § 212 Totschlag

การฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 212 หากได้กระทำไปโดยบันดาลโทสะ (Minder schwere Fall des Totschlags) จะได้รับการลดอัตราส่วนโทษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 213 นอกจากนี้เฉพาะกรณีการฆ่าตามมาตรา 212 เท่านั้นที่จะได้รับการลดโทษ หากเป็นการฆ่าผู้อื่นซึ่งประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 211 หรือมาตราอื่นๆ จะมีได้รับการลดโทษ แม้ว่าตามความเป็นจริงนั้น ผู้กระทำความผิดจะกระทำไปเพราะบันดาลโทสะอย่างแท้จริงก็ตาม⁹⁸ รายละเอียดเกี่ยวกับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะดังนี้

“มาตรา 213 ผู้ใดกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยบันดาลโทสะเนื่องจากตนเองหรือญาติใกล้ชิดถูกปฏิบัติที่มีชอก หรือจากการดูหมิ่นที่ร้ายแรงจากผู้ถูกฆ่า โดยมีใช้ความผิดของตนเอง และกระทำผิดในทันใด หรือมีเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 10 ปี”⁹⁹

มาตรา 213 ได้กำหนดเงื่อนไขการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะประการหนึ่งคือ ผู้กระทำความผิด และผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดจะต้องไม่มีส่วนในการทำให้การชกชกเกิดขึ้น หรือมีส่วนผิดในการชกชกอย่างร้ายแรงนั้น การชกชกอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้นจะต้องเกิดจากการกระทำของผู้เสียหายโดยแท้เท่านั้น¹⁰⁰ เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์จากข้อต่อสู้ทางกฎหมาย นอกจากนั้นโทษของผู้กระทำความผิดจะต้องเกิดขึ้นอย่างมีเหตุผลอันสมควรกับการชกชกด้วย¹⁰¹ กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดจะต้องระงับสติอารมณ์ในระดับหนึ่ง มิใช่โกรธและฆ่าผู้ชกชกจากการชกชกเพียงเล็กน้อย นอกจากนี้ผู้กระทำความผิดจะต้องลงมือกระทำในขณะที่บันดาลโทสะอยู่ แต่ไม่จำเป็นว่าจะต้องกระทำในเวลาที่ถูกชกชก อาจเป็นระยะเวลาต่อเนื่องในภายหลังซึ่งเป็นระยะเวลาซึ่งผู้กระทำความผิดไม่อาจกลับฟื้นคืนสติหรือใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้¹⁰²

เงื่อนไขอีกประการหนึ่งคือ การชกชกอย่างร้ายแรง ในมาตรา 213 นั้นได้กำหนดการกระทำซึ่งถือเป็นการชกชกอย่างร้ายแรงไว้ได้แก่ การทำทารุณ (Mißhandlung) และการดูหมิ่นอย่าง

(1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

⁹⁸ Weigend, T., "Germany," in *The Handbook of Comparative Criminal Law*, p. 277.

⁹⁹ § 213 Minder schwerer Fall des Totschlags

War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

¹⁰⁰ Mark A. Zoeller, Rainer Fornoff, and C. Gries, *Strafrecht Besonderer Teil II: Delikte Gegen Rechtsgüter Der Person Und Der Allgemeinheit*, p. 40.

¹⁰¹ *ibid.*

¹⁰² *ibid.*, 41.

ร้ายแรง (schwere Beleidigung)¹⁰³ การทำทารุณนั้น คือ การกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น (Körperverletzung) รวมถึงการทำอันตรายทางกายภาพ (körperlich) หรือเป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้อื่น (Gesundheit)¹⁰⁴ อย่างไรก็ตามกฎหมายมิได้กำหนดว่า การข่มเหงทางกายภาพนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลคือความเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ดังนั้น การกระทำที่มีความมุ่งหมายจะทำอันตรายทางกายภาพ แม้ผลของการกระทำนั้นจะไม่เกิดขึ้นก็เพียงพอที่จะพิจารณาได้ว่าเป็นการข่มเหงอันร้ายแรง สำหรับการดูหมิ่นอย่างร้ายแรงนั้น ได้แก่ คำพูด แม้แต่เพียงคำพูดเพียงอย่างเดียวก็ถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงได้¹⁰⁵ หรือการกระทำอื่นที่ถือเป็นการลดเกียรติยศศักดิ์ศรี¹⁰⁶ หรือการทำลายชื่อเสียง เช่น การกระทำชู้ การไม่เคารพต่อความเป็นเจ้าของบ้าน¹⁰⁷ การทำให้บุคคลรู้สึกด้อยคุณค่า¹⁰⁸ อย่างไรก็ตาม ความร้ายแรงของการข่มเหงนั้นอาจเกิดกรณีความสำคัญผิดได้ กล่าวคือ ในความเป็นจริงการข่มเหงที่เกิดขึ้นเป็นการข่มเหงที่ไม่ร้ายแรง แต่ผู้กระทำความผิดสำคัญผิดอย่างมีเหตุผลอันสมควรว่าการข่มเหงนั้นเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงได้และการสำคัญผิดนั้นมีได้เกิดขึ้นจากความผิดของผู้กระทำความผิดเอง กรณีการสำคัญผิดเช่นนี้ถือว่าเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงอันทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะได้เช่นเดียวกัน เพราะขณะที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะสำคัญผิดนั้น ผู้กระทำความผิดมิอาจใช้สติสัมปชัญญะไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้¹⁰⁹

การพิจารณาถึงความร้ายแรงของการข่มเหงนั้นจะอาศัยหลักภววิสัย (Objektive) มาวินิจฉัยว่าในมุมมองของวิญญูชนการข่มเหงนั้นร้ายแรงหรือไม่ กล่าวคือ การข่มเหงนั้นจะร้ายแรงเพียงพอให้วิญญูชนกระทำความผิดเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ จะไม่พิจารณาจากมุมมองของผู้กระทำความผิด เพราะกฎหมายเกี่ยวกับการฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 212 นั้นมุ่งคุ้มครองชีวิตของบุคคลซึ่งถือว่ามีค่าสำคัญมากกว่าการลดโทษเพราะบันดาลโทสะ¹¹⁰ ดังนั้นเหตุลดโทษเพราะบันดาลโทสะตามมาตรา 213 จึงต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และพิสูจน์ความร้ายแรงของการข่มเหงด้วยมาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับของสังคม นั่นคือ การพิจารณาจากมุมมองของวิญญูชนนั่นเอง

¹⁰³ ibid., 40.

¹⁰⁴ ibid.

¹⁰⁵ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 2 ed. (New York: Oxford University Press, 2000), p. 322.

¹⁰⁶ Mark A. Zoeller, Rainer Fornoff, and C. Gries, *Strafrecht Besonderer Teil II: Delikte Gegen Rechtsgüter Der Person Und Der Allgemeinheit*, p. 40.

¹⁰⁷ เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก, "การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดชอบทางอาญา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศไทย อังกฤษ เยอรมันและไทย" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544), หน้า 55.

¹⁰⁸ BGH NSTZ 1996 33

¹⁰⁹ Fletcher, G. P., *Rethinking Criminal Law*, p. 323.

¹¹⁰ BGH NSTZ 2015 298

2. การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิด

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีได้กำหนดการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเนื่องจากผู้ใกล้ชิด (Angehöriger) ถูกข่มเหงไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 213 โดยกำหนดให้ ผู้กระทำความผิดสามารถบันดาลโทษได้หากผู้ใกล้ชิดของตนถูกกระทำทารุณ (Mißhandlung) หรือถูกดูหมิ่นอย่างร้ายแรง (schwere Beleidigung) เสมือนว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ถูกข่มเหงเสียเอง ในประเด็นเรื่องคำนิยามของผู้ใกล้ชิดนั้น กฎหมายได้กำหนดคำนิยามของผู้ใกล้ชิดไว้ในมาตรา 11 (1) ไว้ดังนี้

“ผู้ใกล้ชิดหมายความว่าบุคคลในประเภทต่างๆดังนี้

- (a) ผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือผู้ที่มีความสัมพันธ์จากการสมรส คู่สมรส คู่สมรสเพศเดียวกัน (Lebenspartner) หรือคู่หมั้นตามกฎหมาย Lebenspartnerschaftsgesetzes (the Civil Partnership Act) พี่น้อง คู่สมรสหรือคู่สมรสเพศเดียวกันของพี่น้อง แม้ว่าความสัมพันธ์นั้นๆในความเป็นจริงสิ้นสุดลง หรือความสัมพันธ์ทางสายเลือดได้ยุติลง
- (b) ผู้รับบุตรบุญธรรม และบุตรบุญธรรม”¹¹¹

จากการพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับคำนิยามของผู้ใกล้ชิดพบว่า กฎหมายของประเทศเยอรมนีให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ตามกฎหมาย โดยเฉพาะการสมรส และการรับบุตรบุญธรรม ทั้งได้กำหนดความสัมพันธ์ต่างๆไว้สอดคล้องกับสภาพสังคม เช่น การอยู่ร่วมกันของบุคคลรักร่วมเพศ และยังให้ความสำคัญตามสาโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา ดังนั้นจึงรวมถึงบิดา มารดา และบุตรด้วย อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นจริงว่าบุคคลเหล่านั้นจะยังคงมีความใกล้ชิดกันอยู่หรือไม่ トラบไตที่ยังดำรงสถานะความสัมพันธ์ตามกฎหมาย トラบนั้นยังถือว่าบุคคลนั้นๆมีความใกล้ชิดกัน นอกจากนี้ยังพบว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะเพื่อนมีได้อยู่ในความหมายของผู้ใกล้ชิด ดังนั้นเพื่อนแม้จะสนิทกันเพียงใดจะไม่ใช่ความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี จึง

¹¹¹ § 11 Personen- und Sachbegriffe

(1) Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. Angehöriger:

wer zu den folgenden Personen gehört:

a) Verwandte und Verschwägte gerader Linie, der Ehegatte, der

Lebenspartner, der Verlobte, auch im Sinne des

Lebenspartnerschaftsgesetzes, Geschwister, Ehegatten oder

Lebenspartner der Geschwister, Geschwister der Ehegatten oder

Lebenspartner, und zwar auch dann, wenn die Ehe oder die

Lebenspartnerschaft, welche die Beziehung begründet hat, nicht mehr

besteht oder wenn die Verwandtschaft oder Schwägerschaft erloschen

ist,

b) Pflegeeltern und Pflegekinder;

กล่าวได้ว่า ความสัมพันธ์ใกล้ชิดได้แก่ความสัมพันธ์ในลักษณะครอบครัว และเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย

การกระทำที่เป็นการข่มเหงผู้ใกล้ชิดอันอาจทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษได้แก่การทำทารุณหรือทำร้ายร่างกายอย่างร้ายแรง และการดูหมิ่นอย่างร้ายแรง เช่น การทำชู้กับคู่สมรสหรือคู่รักร่วมเพศของพี่น้อง (เทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกา 8944/2553 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การที่ผู้เสียหายทำชู้กับภรรยาของพี่ชายจำเลยเป็นการกระทำที่หมิ่นเกียรติยศศักดิ์ศรีของพี่ชายจำเลย ย่อมทำให้จำเลยเกิดโทษจนไม่อาจยับยั้งได้) การทำร้ายร่างกายบุตรบุญธรรม การไม่เคารพความเป็นเจ้าของบ้านของผู้ใกล้ชิด

สำหรับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงนั้น กฎหมายกำหนดเพียงความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 212 เท่านั้น หากผู้กระทำความผิดไปฆ่าผู้อื่นโดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 211 หรือการฆ่าเพราะผู้ถูกฆ่าร้องขอ ตามมาตรา 216 หรือไปกระทำความผิดฐานอื่นๆ เช่น ลักทรัพย์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศ จะไม่ได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทษตามมาตรา 213 นี้เพราะมาตราดังกล่าวกำหนดไว้ชัดเจนว่าจะลดโทษให้เฉพาะกรณีการฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 212¹¹²

นอกจากนี้การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงยังสามารถเกิดขึ้นได้เพราะเหตุสำคัญผิด เช่น ผู้กระทำความผิดสำคัญผิดว่าผู้ใกล้ชิดของตนถูกผู้เสียหายข่มเหงอย่างร้ายแรง แต่ในความเป็นจริงการข่มเหงเช่นนั้นมิได้เกิดขึ้น ดังนี้ผู้กระทำความผิดยังสามารถได้รับการลดโทษได้ เพราะหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีให้ความสำคัญกับการที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้นั้นเอง¹¹³

4.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ

นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่า สาเหตุที่ต้องลดโทษให้กับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษนั้นสามารถพิจารณาได้จาก ทั้งด้านผู้กระทำความผิด (Point de vue Subjective) และด้านการกระทำความผิด (Point de vue Objectif)¹¹⁴ กล่าวคือ ในด้านผู้กระทำความผิดนั้นพิจารณาได้ว่า การข่มเหงอย่างร้ายแรงจะทำให้ผู้กระทำความผิดขาดสติและลดศักยภาพการใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำของตนเอง (Judgment) นอกจากนี้ บุคคลที่ฆ่าผู้อื่นในขณะที่ถูกครอบงำด้วยความโกรธเคือง (Irritation) นั้นเป็นภัยกับสังคมน้อยกว่าบุคคลที่ฆ่าผู้อื่นอย่างเลือดเย็นในขณะที่ยังมี

¹¹² Weigend, T., "Germany," in *The Handbook of Comparative Criminal Law*, p. 277.

¹¹³ Fletcher, G. P., *Rethinking Criminal Law*, p. 323.

¹¹⁴ Bouzat, P. and J. Pinatel, *Traite De Droit Penal Et De Criminologie Tome Iii Criminology*, p. 638.

ศักยภาพในการไตร่ตรองถูกผิด (Judgment) ในด้านการกระทำความผิดนั้นพิจารณาได้ว่า การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของผู้เสียหายด้วยส่วนหนึ่ง เพราะหากปราศจากการข่มเหงจากผู้เสียหาย การกระทำความผิดคงไม่เกิดขึ้น ดังนั้นจึงต้องหักล้างความผิด (Réciprocité des torts) ที่ผู้เสียหายได้ข่มเหงกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น แนวความคิดทั้งสองนี้จะปรับใช้คู่กันในการพิจารณาการกระทำความผิดโดยบันดลโทษ¹¹⁵ เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมที่สุด

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปี 1810 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการลดโทษเพราะเหตุที่ผู้กระทำความผิดบันดลโทษไว้ในมาตรา 321 อันมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 321 “การฆ่าผู้อื่น รวมไปถึงการทำร้ายร่างกายใดๆสามารถได้รับการลดหย่อนโทษหากเกิดจากการข่มเหงอย่างร้ายแรงจากผู้อื่น”¹¹⁶

จากบทบัญญัติดังกล่าวพิจารณาได้ว่า การกระทำความผิดที่สามารถได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดลโทษได้นั้นถูกจำกัดอยู่เพียงความผิดฐานฆ่าผู้อื่น และความผิดฐานทำร้ายร่างกาย อย่างไรก็ตามการฆาตกรรมหรือการฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน (La préméditation)¹¹⁷ จะไม่ได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดลโทษ เนื่องจากการไตร่ตรองไว้ก่อนนั้นแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมิได้บันดลโทษแม้จะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง แต่ได้กระทำความผิดไปโดยมีสติสัมปชัญญะครบถ้วนและไตร่ตรองการกระทำของตนดีแล้ว อย่างไรก็ตามศาลฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่า การกระทำความผิดโดยไตร่ตรองไว้ก่อนเป็นประเภทหนึ่งของการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เมื่อการฆ่าผู้อื่นได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดลโทษได้ การฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนก็สามารถได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดลโทษได้ หากปรากฏว่ามีการข่มเหงอย่างร้ายแรง¹¹⁸ กระนั้นหากเป็นการฆ่าทารกเพราะเหตุบันดลโทษจะไม่ได้รับการลดโทษ¹¹⁹

การกระทำที่เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงต้องเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงในมุมมองของวิญญูชน โดยเปรียบเทียบถึงอายุ ความอ่อนแอ หรือฐานะทางสังคมที่คล้ายคลึงกันกับผู้กระทำความผิด¹²⁰ กฎหมายจึงกำหนดถึงการข่มเหงอย่างร้ายแรงไว้อันได้แก่ การทำร้ายผู้อื่นให้ได้รับอันตรายสาหัส¹²¹

¹¹⁵ ibid.

¹¹⁶ 321. Murder, as well as wounds and blows, are excusable, if they have been provoked by blows, or grievous personal violence.

¹¹⁷ Bouzat, P. and J. Pinatel, *Traite De Droit Penal Et De Criminologie Tome Iii Criminology*, p. 639.

¹¹⁸ Crim. 6 août 1898, D. (P.), 99.1.95; Crim. 12 juill. 1907, D.(P.), 1909.1.279.

¹¹⁹ Bouzat, P. and J. Pinatel, *Traite De Droit Penal Et De Criminologie Tome Iii Criminology*, p. 639.

¹²⁰ Adolphe Chauveau and Faustin Hélie, *Théorie Du Code Pénal* Iv, 4 ed. (Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1862), p. 131.

¹²¹ Bouzat, P. and J. Pinatel, *Traite De Droit Penal Et De Criminologie Tome Iii Criminology*.

การกระทำซึ่งกฎหมายได้บัญญัติถึงกรณีนี้ไว้เป็นการเฉพาะ การถูกล่วงละเมิดทางเพศ¹²² รวมถึงการบุกรุกเคหสถานในเวลากลางวัน (หากเป็นยามวิกาลจะเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย)¹²³ แต่การดูหมิ่นและหมิ่นประมาทเพียงอย่างเดียวไม่ถือว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง เว้นแต่มีพฤติการณ์ประกอบว่า ผู้ข่มเหงจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือมีการใช้อาวุธประกอบการข่มเหงด้วยวาจา สำหรับการทำให้ร้ายสัว์เลี้ยงหรือการทำลายทรัพย์สินไม่ถือว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง¹²⁴ นอกจากนี้การข่มเหงอย่างร้ายแรงดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำจากผู้เสียหายด้วย¹²⁵ ตามหลักการลบล้างความผิดนั้นเอง จากกรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงที่มีอย่างจำกัดที่มุ่งเน้นไปที่การใช้ความรุนแรง (Violence)¹²⁶ ดังนั้นจึงพิจารณาได้ว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นบังคับใช้อย่างจำกัดกรณีหรือมีฐานะเป็นข้อยกเว้นนั่นเอง

สิ่งที่สามารถสนับสนุนว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเป็นหลักกฎหมายที่ต้องบังคับใช้อย่างจำกัดคือ การที่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์การลดโทษเพราะกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ โดยมาตรา 323 กำหนดว่า การฆ่าบุพการี (Parricide) แม้ผู้กระทำความผิดจะบันดาลโทสะเพียงใด ก็มิอาจได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะ¹²⁷ รวมถึงกรณีการฆ่าสามีหรือภรรยาจะไม่สามารถได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะเช่นเดียวกัน ตามมาตรา 324 วรรคแรก

สาเหตุที่กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้ดังกล่าวเพราะกฎหมายต้องการสนับสนุนความมั่นคงของสถาบันครอบครัว บุตรพึงอดทนอดกลั้นเมื่อถูกบิดามารดาอบรมสั่งสอน¹²⁸ แม้บิดามารดาจะเป็นฝ่ายผิดก็ตาม รวมถึงกรณีของสามีภรรยาต้องอุปถัมภ์ค้ำชูซึ่งกันและกัน และอดทนอดกลั้นไม่ทำร้ายกันเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามในกรณีสามีกับภรณานั้น กฎหมายยังคำนึงถึงปัญหาการนอกใจระหว่างคู่สมรสซึ่งเป็นการข่มเหงศักดิ์ศรีของผู้กระทำความผิดอย่างร้ายแรง (Outrage à l'honneur) อย่างร้ายแรงที่ไม่ว่าจะอดทนอดกลั้นได้ จึงได้บัญญัติกรณีสามีฆ่าภรรยาเพราะเหตุที่กระทำขู่ รวมถึงการฆ่าผู้ที่เป็นชู้กับภรรยาของตนด้วย แต่จะต้องเป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นขณะพบเห็นการ

¹²² 325. The crime of castration, if it has been immediately provoked by a violent outrage to chastity, shall be considered as an excusable murder or wound.

¹²³ 322. The crimes and delicts, mentioned in the preceding are likewise excusable, if they have been committed in repelling, by day-time, the scaling or breaking open of the inclosures, walls, or entries of a hose, or inhabited apartment, or of the appurtenances thereof.

If the fact has happened in the night, this case is governed by article 329.

¹²⁴ Bouzat, P. and J. Pinatel, *Traite De Droit Penal Et De Criminologie Tome Iii Criminology*.

¹²⁵ Fletcher, G. P., *Rethinking Criminal Law*, p. 323.

¹²⁶ *ibid.*, 322.

¹²⁷ Bouzat, P. and J. Pinatel, *Traite De Droit Penal Et De Criminologie Tome Iii Criminology*, p. 639.

¹²⁸ G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press, 2000), p. 324.

กระทำชู้ในบ้านของตนด้วยจึงจะได้รับการลดโทษไว้ในมาตรา 324 วรรคสอง ข้อสังเกตประการหนึ่งคือกฎหมายบัญญัติถึงกรณีสามีฆ่าภรรยาและชายชู้เท่านั้น ไม่บัญญัติถึงกรณีภรรยาฆ่าสามีและหญิงชู้ทำให้ภรรยาซึ่งฆ่าสามีเพราะเหตุที่สามีทำชู้ไม่ได้รับการลดโทษซึ่งไม่เป็นธรรมต่อฝ่ายหญิงและมีลักษณะเป็นการกีดกันทางเพศ

ผลจากการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะคือการลดโทษจากความผิดที่มีโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 5 ปี และหากความผิดนั้นมีโทษจำคุกไม่ถึงตลอดชีวิต จะลดโทษเหลือจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 2 ปีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 326

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปี 1810 ได้ถูกยกเลิกและมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับใหม่ขึ้นในปี 1994 ซึ่งกฎหมายฉบับใหม่นี้ได้ยกเลิกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามมาตรา 321 ถึง 326 ไปแล้ว¹²⁹ ปัจจุบันคำว่า “Provocation” มีความหมายเกี่ยวกับการยั่วยุหรือล่อให้ผู้อื่นกระทำความผิดซึ่งผู้ที่ยั่วยุหรือล่อลวงให้ผู้อื่นกระทำความผิดจะมีความผิดตามกฎหมาย เว้นแต่เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่เพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในคดีเกี่ยวกับยาเสพติดหรือการกระทำความผิดทางอาญา¹³⁰ กระนั้น แม้จะไม่ปรากฏเหตุผลโทษเพราะผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน แต่ศาลจะพิจารณาถึงปัจจัยเกี่ยวกับการข่มเหงของผู้เสียหายมาเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาพิพากษาลงโทษแก่จำเลย

2. การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิด

การข่มเหงอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาตรา 321 คือการข่มเหงที่ใช้ความรุนแรงหรือทำร้ายร่างกายซึ่งต้องกระทำต่อตัวบุคคล กฎหมายมิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นการข่มเหงแก่เฉพาะตัวบุคคลผู้กระทำความผิดเท่านั้น ขณะเดียวกันก็ได้มีบทบัญญัติกำหนดว่าจะมีการข่มเหงบุคคลอื่นได้หรือไม่ดังที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี ดังนั้นจึงมีแนวความคิดว่า การใช้ความรุนแรงหรือทำร้ายร่างกายอาจเป็นการทำต่อบุคคลอื่นซึ่งมีความผูกพันกับผู้กระทำความผิดได้¹³¹ เพราะเมื่อพิจารณามุมมองของผู้กระทำความผิดพบว่า การทำร้ายผู้ที่ใกล้ชิดจะทำให้ผู้กระทำความผิดโกรธและไม่สามารถใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้เต็มศักยภาพตามปกติ เนื่องมาจากธรรมชาติของมนุษย์จะรักและห่วงใยผู้ที่ใกล้ชิดกับตน ทั้งมนุษย์ยังเป็นสิ่งมีชีวิตที่รักเกียรติยศศักดิ์ศรี การทำร้ายผู้ที่ตนรักจะทำให้มนุษย์รู้สึกโกรธไม่น้อยไปกว่าทำต่อ

¹²⁹ Catherine Elliott, *French Criminal Law* (Uffculme, Cullompton, Devon, UK ; Portland, Or.: Willan Pub., 2001), p. 156.

¹³⁰ Yves Mayaud, *Code Penal / Annotations De Jurisprudence Et Bibliographie Par Yves Mayaud Avec Le Concours De Alexandra Jzequel & Carole Gayet*, 109 ed. (Paris: Dalloz, 2012), p. 209.

¹³¹ Chauveau, A. and F. Hélie, *Théorie Du Code Pénal* lv, p. 129.

ตนเอง¹³² และการได้พบเห็นหรือทราบเรื่องราวที่ผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงเสมือนเป็นการข่มเหงถึงศักดิ์ศรีของผู้กระทำความผิดในเวลาเดียวกันด้วย เพราะหากผู้กระทำความผิดทราบเรื่องราวการข่มเหงแล้วไม่ดำเนินการใดๆ ก็จะถูกครหาว่าเป็นคนขลาดนั่นเอง¹³³ และเมื่อพิจารณาในมุมมองการกระทำความผิดพบว่า การที่ผู้เสียหายใช้กำลังข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดย่อมแสดงว่า ผู้เสียหายมีส่วนผิดในความผิดที่เกิดขึ้นด้วยเช่นกัน เพราะหากผู้เสียหายไม่ไปข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด การกระทำความผิดคงไม่เกิดขึ้น จึงต้องหักล้างความผิดระหว่างพฤติการณ์ที่ผู้เสียหายไปข่มเหงผู้อื่น กับความผิดที่เกิดขึ้น

ผู้ที่ใกล้ชิดที่ถูกข่มเหงอันอาจถือว่าเป็นการข่มเหงถึงตัวผู้กระทำความผิดได้แก่ บิดา มารดา บุตร คู่สมรส รวมถึงเพื่อน หรือบุคคลใดก็ได้ที่ผู้กระทำความผิดได้พึ่งพาอาศัย¹³⁴ ความสำคัญของการพิจารณาอยู่ที่ผู้กระทำความผิดว่าจะสามารถบันดาลโทษเพราะบุคคลดังกล่าวถูกทำร้ายได้หรือไม่ ตามแนวความคิดซึ่งพิจารณาจากมุมมองของผู้กระทำความผิด อันเป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามความเป็นจริงและคำนึงถึงธรรมชาติของมนุษย์ อย่างไรก็ตามกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเท่าใดนัก แต่เน้นให้ความสำคัญกับการกระทำซึ่งเป็นการข่มเหง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำร้ายร่างกายผู้อื่นให้ได้รับอันตราย หากเป็นการข่มเหงผู้ใกล้ชิดแต่เพียงเล็กน้อยผู้กระทำความผิดจำต้องอดทน แม้ว่าตามความเป็นจริงผู้กระทำความผิดจะเกิดโทสะเพียงใดก็ตาม

นอกจากนี้กรณีที่ถูกข่มเหงผู้ใกล้ชิดเป็นบิดาหรือมารดาของผู้กระทำความผิดเสียเอง ตัวอย่างเช่น บิดาของผู้กระทำความผิดไปทำร้ายร่างกายคู่สมรสของผู้กระทำความผิด เช่นนี้แม้ผู้กระทำความผิดจะเกิดโทสะมากมายเพียงใด และฆ่าหรือทำร้ายร่างกายบิดาของตน (parricide) การกระทำความผิดที่เกิดขึ้นจะไม่ได้รับการลดโทษ เนื่องจากกฎหมายกำหนดข้อยกเว้นมิให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะกรณีที่เกิดจากการกระทำความผิดต่อบุพการี อันเป็นการรักษาความมั่นคงของสถาบันครอบครัวและความกตัญญู¹³⁵

กรณีที่ควรพิจารณาอีกกรณีหนึ่งคือ การทำชู้ระหว่างคู่สมรส กฎหมายกำหนดให้เฉพาะสามีที่พบเห็นการทำชู้ระหว่างภรรยาของตนกับบุคคลอื่นในเคหสถานของตนเท่านั้นที่สามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ และจะได้รับการลดโทษ ดังนั้นญาติหรือเพื่อนของสามีที่พบเห็นการทำชู้ดังกล่าว แม้จะโกรธแค้นแทนสามีเพียงใด และไปฆ่าหรือทำร้ายฝ่ายหญิงหรือชายชู้ ย่อมจะไม่ได้รับการลดโทษ เพราะกรณีดังกล่าวกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นเรื่องส่วนตัวของผู้ที่เป็นสามีโดยเฉพาะ

¹³² *ibid.*, 130.

¹³³ *ibid.*

¹³⁴ *ibid.*

¹³⁵ Fletcher, G. P., *Rethinking Criminal Law*, p. 234.

(เทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8944/2553 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าผู้เสียหายล่วงเกินทางประเวณีแก่พี่สะใภ้ของจำเลย ย่อมเป็นการหมิ่นเกียรติยศและศักดิ์ศรีของพี่ชายจำเลย จำเลยย่อมเกิดโทสะขึ้นจนไม่อาจยับยั้งได้) ในทางตรงข้ามหากภรรยาไปพบเห็นสามีทำชู้กับบุคคลอื่นในเคหสถานของตน แม้ภรรยาจะโกรธแค้นเพียงใด ก็ไม่สามารถกระทำความผิดและจะได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะได้ เพราะกฎหมายกำหนดให้เป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของสามีเท่านั้นที่จะได้รับการลดโทษ ด้วยเหตุนี้ญาติหรือเพื่อนของภรรยาก็มีอาจกระทำความผิดและได้รับการลดโทษได้เช่นเดียวกัน

ความผิดที่สามารถกระทำลงโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงได้แก่การฆ่าผู้อื่น การทำร้ายร่างกายสาหัส และรวมถึงการตัดอวัยวะเพศ ดังนั้นความผิดฐานอื่น เช่น ทำให้เสียทรัพย์ หรือความผิดเกี่ยวกับเพศ แม้ผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดไปเพราะบันดาลโทสะโดยแท้ จะไม่ได้รับการลดโทษเพราะกฎหมายได้กำหนดกรณีการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะไว้เป็นกรณีเฉพาะสำหรับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นหรือทำร้ายร่างกายผู้อื่นอย่างสาหัสเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันได้ยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะ ดังนั้นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดจึงถูกยกเลิกไปด้วยโดยปริยาย เหตุที่ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะเป็นเพียงข้อเท็จจริงประกอบการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษเท่านั้น ดังนั้นหลักในการวินิจฉัยการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงจึงไม่มีความชัดเจนแน่นอนอนตายเป็นอดีต แต่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีนั่นเอง

นอกจากนี้ การที่ประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันของบุคคลรักร่วมเพศ Pacte Civil de Solidarité (PACS) ทำให้การข่มเหงผู้ใกล้ชิดอาจรวมถึงบุคคลรักร่วมเพศด้วย และรวมถึงบุคคลที่ตัดสินใจอยู่ร่วมกันโดยไม่ได้สมรสตามกฎหมาย

4.3 บทวิเคราะห์

จากการศึกษาหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ และการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี และฝรั่งเศสพบว่า แต่ละประเทศต่างมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะ หรือน้อยที่สุดคือมีแนวคิดเกี่ยวกับการนำข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะมาพิจารณาเพื่อลดโทษ กรณีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดก็เช่นเดียวกัน ทุกประเทศที่ศึกษาต่างก็ยอมรับแนวความคิดว่าการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะสามารถเกิดขึ้นได้เมื่อผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดถูกข่มเหง ปัญหาที่พิจารณาจึงมีต่อไปว่า ผู้ใกล้ชิดตามกฎหมายของประเทศต่าง ๆ นั้นมีความหมายถึงบุคคลใดบ้าง และการกระทำที่เป็นการข่มเหงผู้ใกล้ชิดอันอาจทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะได้แก่การกระทำใดบ้างซึ่งผู้เขียนพบว่า

ประเทศในระบบ Common Law อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศอังกฤษให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามความเป็นจริง โดยอาศัยปัจจัยทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมมาช่วยวินิจฉัย เช่น ปัจจัยด้านการอยู่ร่วมกัน การทำกิจกรรมหรือมีปฏิสัมพันธ์ร่วมกัน ระยะเวลาของความสัมพันธ์ที่ยาวนาน หรือการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอยู่ร่วมกันของบุคคลรักร่วมเพศ หรือการอยู่ร่วมบริเวณบ้านเดียวกันของนายจ้างกับลูกจ้าง รวมถึงการทิ้งร้างของคู่สมรสอาจแสดงถึงความสัมพันธ์ที่สิ้นสุดลง สำหรับการข่มเหงผู้ใกล้ชิดนั้นกลุ่มประเทศในระบบนี้จะให้ความสำคัญกับการทำร้ายร่างกายหรือทำอันตรายต่อชีวิตของผู้ใกล้ชิดเท่านั้น กล่าวคือมุ่งพิจารณาถึงการทำอันตรายทางกายภาพ (Physical)

ประเทศในระบบ Civil Law อันได้แก่ ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศสมีความแตกต่างกันด้านกลไกการกำหนดบุคคลผู้มีความใกล้ชิด ในประเทศเยอรมนีให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมาย และได้กำหนดตัวบุคคลผู้ใกล้ชิดซึ่งอาจถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงได้ไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสนั้นมิได้กำหนดไว้โดยตรงแต่ให้ศาลใช้ดุลพินิจพิจารณาตามความเป็นจริงซึ่งมีความคล้ายคลึงกับประเทศไทย สำหรับประเด็นเรื่องการกระทำอันเป็นการข่มเหงนั้น ประเทศเยอรมนีค่อนข้างเปิดกว้างให้การกระทำหลากหลายไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังทำร้าย หรือการดูหมิ่นอย่างร้ายแรงซึ่งครอบคลุมการกระทำที่หลากหลายอันส่งผลเป็นการลดคุณค่าเกียรติยศศักดิ์ศรีของผู้ที่ถูกข่มเหง ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับการใช้ความรุนแรงต่อร่างกายแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง

ประเทศ	ผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด	การข่มเหง	การกระทำความผิด
สหรัฐอเมริกา	พิจารณาตามความเป็นจริงโดยคณะลูกขุน อันได้แก่บิดา มารดา บุตร คู่สมรส โดยชอบด้วยกฎหมาย บุคคลรักร่วมเพศ พี่น้อง แต่ไม่รวมถึงเพื่อน	การทำร้ายร่างกาย หรือชีวิต หรือมีพฤติการณ์ข่มขู่ว่า ในทันใดนั้นจะใช้กำลังทำร้ายร่างกายหรือชีวิต รวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศ	การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย
อังกฤษ	พิจารณาตามความเป็นจริง ได้แก่ บิดา มารดา บุตร เพื่อน คู่สมรส และ บุคคลรักร่วมเพศ	การทำร้ายร่างกาย หรือชีวิต หรือมีพฤติการณ์ข่มขู่ว่า ในทันใดนั้นจะใช้	การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย

		กำลังทำร้าย ร่างกายหรือชีวิต รวมถึงการล่วง ละเมิดทางเพศ	
เยอรมนี	พิจารณาจากความ สัมพันธ์ตามกฎหมาย เช่น บิดา มารดา บุตร พี่น้อง คู่สมรสของพี่น้อง คู่รัก ร่วมเพศและคู่รักร่วมเพศ ของพี่น้อง ผู้รับบุตรบุญ ธรรมและบุตรบุญธรรม	การทำทารุณหรือ ทำร้ายร่างกายให้ ได้รับอันตราย สาหัส และการดู หมิ่นอย่างร้ายแรง	การฆ่าผู้อื่น
ฝรั่งเศส	พิจารณาตามความเป็น จริง อันได้แก่ บิดา มารดา บุตร คู่สมรส เพื่อน และ อาจรวมถึงคู่สมรสเพศ เดียวกัน	ไม่ปรากฏอย่าง ชัดเจน ขึ้นอยู่กับ ข้อเท็จจริงในแต่ละ คดี	ไม่ปรากฏอย่างชัดเจน
ไทย	พิจารณาตามความเป็น จริง อันได้แก่ บิดา มารดา ภรรยาโดยชอบและโดยมิ ชอบด้วยกฎหมาย บุตร พี่ น้อง พ่อตา ลูกเขย น้ำ หลาน ทั้งนี้ไม่รวมเพื่อน และบุคคลรักร่วมเพศ	ครอบคลุมการ กระทำหลากหลาย ตามข้อเท็จจริงใน แต่ละคดี	ครอบคลุมการกระทำ ความผิดที่หลากหลาย เช่น ฆ่าผู้อื่น ทำร้าย ร่างกาย ความผิด เกี่ยวกับเพศ ความผิด เกี่ยวกับเสรีภาพ

ข้อสังเกตประการหนึ่งคือกลุ่มประเทศที่ศึกษานั้นจะกำหนดเหตุผลโทษเพราะผู้กระทำความผิดบันดาลโทษไว้เฉพาะฐานความผิด คือ ความผิดเกี่ยวกับการฆ่าผู้อื่น หรือทำร้ายผู้อื่นจนได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น ต่างกับประเทศไทยที่กำหนดไว้เป็นบททั่วไปสามารถลดโทษเพราะผู้กระทำความผิดบันดาลโทษได้ทุกฐานความผิด ในบทต่อไปผู้เขียนจะได้วิเคราะห์เปรียบเทียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงในประเทศไทยกับต่างประเทศ เพื่อใช้เป็นพื้นฐานการนำแนวทางที่เหมาะสมมาใช้ในการพิจารณาการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเพราะเหตุดังกล่าว

บทที่ 5

วิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมกับการพิจารณาการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ เมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบถึงการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหงในบทที่แล้วทำให้เราทราบว่า แต่ละประเทศต่างมีกลไกการกำหนดความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่แตกต่างกันออกไปตามสภาพสังคมและวัฒนธรรม สำหรับประเทศไทยเองประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้อย่างกว้าง เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายมีเจตนาธรรมที่จะให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยถึงความร้ายแรงของการข่มเหง อย่างไรก็ตามการที่ศาลไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่ชัดเจนในการวินิจฉัยอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งของคำพิพากษา ความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย และผู้กระทำความผิดในแต่ละคดีได้ เพราะจะทำให้ผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอย่างแท้จริงไม่ได้รับการลดโทษ เพราะไม่ได้เป็นญาติหรือมีความสัมพันธ์ตามกฎหมาย หรือทำให้ผู้ที่มีได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้รับการลดโทษเพียงเพราะมีคุณสมบัติความเป็นญาติตามกฎหมาย แต่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดในทางข้อเท็จจริง ในบทนี้จะได้อธิบายถึงความเหมาะสมของแนวทางการพิจารณาความสัมพันธ์ใกล้ชิดกรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง

5.1 ความสอดคล้องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลระหว่างมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยา สังคมกับมิติทางกฎหมายอาญา

จากการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมพบว่า ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบใด มนุษย์จะมีความสัมพันธ์ในรูปแบบหนึ่งเสมอที่ความสัมพันธ์นั้นจะมีความพิเศษมากกว่าความสัมพันธ์ในรูปแบบอื่น หรือกล่าวได้ว่า มนุษย์จะต้องมีความสัมพันธ์หนึ่งซึ่งตนให้ความสำคัญเป็นพิเศษ ความสัมพันธ์นั้นคือความใกล้ชิดนั่นเอง ในมิติทางกฎหมายก็เช่นเดียวกัน ถึงแม้ว่ากฎหมายจะมีได้กำหนดถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดไว้เป็นการเฉพาะหรือมีค่านิยมทางกฎหมาย แต่จากบทบัญญัติของกฎหมายหลายๆมาตราและแนวคำพิพากษาศาลฎีกากรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงทำให้พิจารณาได้ว่า ในมิติทางกฎหมายเองจะมีกลุ่มบุคคลหนึ่งซึ่งถือได้ว่ามีความสำคัญกับการดำรงชีวิตของมนุษย์ นั่นคือ บุคคลในครอบครัวเดียวกัน หรือมีความสัมพันธ์ตามสายโลหิตเดียวกัน สอดคล้องกับมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคม ซึ่งถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัวเป็นความสัมพันธ์ซึ่งใกล้ชิดที่สุดของมนุษย์

นอกจากนี้ในมิติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมมีปัจจัยที่ทำให้มนุษย์มีความใกล้ชิดกันได้แก่ การอยู่ร่วมบริเวณเดียวกัน ระยะเวลาความสัมพันธ์ที่ยาวนาน ความลึกซึ้งของปฏิสัมพันธ์ระหว่างกัน การเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ซึ่งกันและกัน ความคล้ายคลึงกันระหว่างบุคคล สอดคล้องกับมิติทางกฎหมายอาญาซึ่งปัจจัยเหล่านี้เป็นปัจจัยที่ผู้ร่างกฎหมายและศาลฎีกาเห็นว่ามีสำคัญ เช่น การอยู่ร่วมกันเป็นปัจจัยสำคัญสำหรับการลดโทษความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินการกระทำความผิดระหว่างญาติ เพราะการอยู่ร่วมกันทำให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินสามารถเกิดขึ้นได้ง่ายเนื่องจากทรัพย์สินอาจปะปนกัน หรือหยิบฉวยได้ง่าย หรือเป็นปัจจัยสำคัญสำหรับการคุ้มครองอำนาจความปกครองในความผิดฐานพรากผู้เยาว์หรือพรากเด็กซึ่งบิดามารดา หรือผู้ปกครอง หรือผู้ดูแลจะต้องดูแลเด็กหรือผู้เยาว์ตามความเป็นจริงด้วย ความคล้ายคลึงกันระหว่างบุคคลเป็นอีกปัจจัยหนึ่งซึ่งมีความสำคัญ โดยเฉพาะความคล้ายคลึงทางสาโลหิตเดียวกันนั่นเอง กฎหมายอาญาให้ความสำคัญกับปัจจัยดังกล่าวมาก ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญา เช่น การฆ่าผู้บุพการีหรือแม้กระทั่งเหตุลดโทษเพราะบันดาลโทสะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงซึ่งผู้ที่ใกล้ชิดที่สุดก็คือผู้ที่สืบสาโลหิตเดียวกัน อันได้แก่ผู้บุพการี และผู้สืบสันดานนั่นเอง และคำพิพากษาศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยวางแนวบรรทัดฐานยอมรับการข่มเหงผู้สืบสาโลหิตเดียวกันให้เป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด การช่วยเหลือซึ่งกันและกันเป็นอีกปัจจัยหนึ่งซึ่งกฎหมายได้ให้ความสำคัญ ในเรื่องบทบัญญัติเกี่ยวกับการช่วยเหลือผู้ใกล้ชิดด้วยการทำลายพยานหลักฐาน ช่วยเหลือหนีจากการถูกจับกุมหรือถูกคุมขัง ตามมาตรา 184 198 192 และ 193 พิจารณาได้ว่ากฎหมายเห็นความสำคัญกับการที่ผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดจะช่วยเหลือผู้กระทำความผิด แม้ว่าการช่วยเหลือดังกล่าวอาจทำให้ตนต้องได้รับโทษทางอาญา แต่ผู้ใกล้ชิดก็เต็มใจช่วยเหลือ เพราะเป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่จะช่วยเหลือผู้ที่ใกล้ชิดกับตน เมื่อบุคคลเหล่านั้นได้รับความเดือดร้อน

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาความสอดคล้องระหว่างมิติทางสังคมวิทยา และจิตวิทยาสังคม กับมิติทางกฎหมายอาญา เห็นว่า ผู้ที่ถือว่าเป็นผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดนั้นต้องพิจารณาจากมุมมองเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือพิจารณาจากเรื่องที่เกี่ยวข้อง เพื่อค้นหาว่าผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียระหว่างบุคคลนั้นเป็นประเด็นใด เช่น หากเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ผู้ใกล้ชิดคือบุคคลในครอบครัว หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางทรัพย์สิน ผู้ใกล้ชิดคือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นนั่นเอง หากเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับอำนาจปกครองผู้เยาว์ ผู้ใกล้ชิดคือผู้ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจปกครองผู้เยาว์นั้นๆ

5.2 ความสัมพันธ์อันใกล้ชิดตามเกณฑ์อัตวิสัย (Subjective)

การพิจารณาความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามเกณฑ์อัตวิสัยคือการพิจารณาจากมุมมองของผู้กระทำความผิดแต่เพียงอย่างเดียวซึ่งขึ้นอยู่กับว่าผู้กระทำความผิดมีความรักใคร่ชอบพอกับบุคคลใดเป็น

พิเศษ แนวความคิดนี้จะทำให้การพิจารณาสอดคล้องกับสภาพความรู้สึกของผู้กระทำความผิดว่า บุคคลใดเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดอย่างแท้จริง กระนั้น การพิจารณาตามแนวทางนี้แต่เพียงอย่างเดียวอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายได้ เพราะขึ้นอยู่กับผู้กระทำความผิด และผู้เสียหายไม่อาจทราบได้ว่าผู้ใดเป็นผู้ที่มีความสำคัญกับผู้กระทำความผิด อาจก่อให้เกิดการลดโทษให้กับผู้กระทำความผิดโดยปราศจากขอบเขตอันชัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิด และให้บุคคลควบคุมการกระทำของตนเองในระดับที่เหมาะสม ดังนั้นจึงไม่มีประเทศใดที่วินิจฉัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดของผู้กระทำความผิดโดยอาศัยเกณฑ์อัตวิสัยแต่เพียงอย่างเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนีที่มีแนวความคิดว่า กฎหมายมุ่งคุ้มครองชีวิตของบุคคลซึ่งมีความสำคัญมากกว่าการกระทำความผิดโดยปราศจากเจตนาที่จะกระทำความผิดมาก่อนของผู้กระทำความผิดหรือเป็นเรื่องที่ควรเห็นใจผู้กระทำความผิด สำหรับประเทศไทยเองแม้จะมีแนวความคิดว่า เรื่องการวินิจฉัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดเป็นเรื่องระหว่างผู้กระทำความผิดกับศาลที่จะต้องวินิจฉัย แต่ในการวินิจฉัยคดีตามคำพิพากษาที่ปรากฏนั้นมิได้วินิจฉัยโดยอาศัยเกณฑ์อัตวิสัยแต่เพียงอย่างเดียว ต้องอาศัยหลักเกณฑ์อื่นๆประกอบด้วย

5.3 ความสัมพันธ์อันใกล้ชิดตามเกณฑ์ภาววิสัย (Objective)

การวินิจฉัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามหลักภาววิสัยคือการวินิจฉัยโดยเปรียบเทียบกับมุมมองของวิญญูชนว่า ความสัมพันธ์นั้นๆเป็นความสัมพันธ์อันใกล้ชิดหรือไม่ หากวิญญูชนหรือคนทั่วไปไม่เห็นว่าคุณสมบัติใดเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีความรู้สึกว่าคุณสมบัตินั้นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด ศาลจะถือว่าเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่ใกล้ชิดนั่นเอง หลักเกณฑ์ข้อนี้แม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดอยู่บ้าง แต่จะเป็นการกำหนดขอบเขตของความสัมพันธ์ และทำให้ผู้เสียหายสามารถคาดหมายหรือรับทราบความสัมพันธ์นั้นๆได้โดยพิจารณาจากมุมมองของวิญญูชนเช่นเดียวกัน ทั้งสังคมยังสามารถทำความเข้าใจได้ว่าคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยออกมาเช่นนั้นเพราะเหตุใด ก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพของคำพิพากษา อย่างไรก็ตามกลไกการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามหลักเกณฑ์ภาววิสัยยังแบ่งออกได้เป็น การพิจารณาความสัมพันธ์ตามสถานะทางกฎหมาย กับการพิจารณาจากข้อเท็จจริง ดังนี้

5.3.1 การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามสถานะทางกฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายเป็นสิ่งที่มีความเป็นภาววิสัยที่บุคคลทั่วไปต้องทราบกฎหมาย ดังนั้น การวินิจฉัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามสถานะของกฎหมายจะลักษณะจะมีความเป็นภาววิสัยมากที่สุด ผู้เสียหายสามารถทราบได้ว่า การกระทำของตนเป็นการข่มเหงบุคคลใดได้บ้าง ณ ขณะที่ข่มเหงผู้กระทำความผิดเองก็สามารถทราบได้ว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงที่เกิดขึ้นสามารถได้รับการลดโทษหรือไม่ ศาลก็สามารถวินิจฉัยได้ทันทีโดยไม่ต้องอาศัยแนวคำ

พิพากษาศาลฎีกาในคดีก่อนๆมาเป็นหลักในการวินิจฉัย สังคมสามารถทำความเข้าใจและยอมรับคำพิพากษาว่าวินิจฉัยไปตามกฎหมาย หากกฎหมายกำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลได้สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมเพียงใด การวินิจฉัยความสัมพันธ์ตามกฎหมายก็จะสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงและสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดเพียงนั้น

ประเทศเยอรมนีเป็นตัวอย่างของประเทศซึ่งได้กำหนดการช่มเหงผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดไว้ อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ กำหนดคำนิยามของผู้ใกล้ชิดไว้ในมาตรา 11(1) และกำหนดว่าการช่มเหงอย่างร้ายแรงสามารถกระทำกับผู้ที่ใกล้ชิดได้ดังที่ปรากฏในมาตรา 213 ดังนั้นความสัมพันธ์อื่นๆซึ่งมิได้ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะมีความรู้สึกผูกพันเพียงใดก็มีอาจกล่าวอ้างได้ว่าความสัมพันธ์นั้นๆ เป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิด เช่น ความสัมพันธ์อย่างเพื่อน ครูกับลูกศิษย์ นายจ้างกับลูกจ้าง เพื่อนร่วมงาน หากบุคคลเหล่านี้ถูกช่มเหงอย่างร้ายแรงผู้กระทำความผิดจะอ้างว่ากระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะบุคคลเหล่านี้ถูกช่มเหงมิได้ เพราะกฎหมายมิได้ยอมรับความสัมพันธ์เหล่านี้ว่าเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดอันอาจทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะได้เมื่อบุคคลเหล่านั้นถูกช่มเหง

อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยความสัมพันธ์ตามกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้กระทำความผิดได้ เพราะกฎหมายจะมีแน่นอนความตายตัว ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่สังคมมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา หากมีกฎหมายยอมรับความสัมพันธ์ในรูปแบบอื่นๆในอนาคตจะต้องมาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาด้วย และกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแต่ละครั้งต้องอาศัยระยะเวลาที่ยาวนาน ดังนั้นการกำหนดความสัมพันธ์ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายอาจไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมซึ่งเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา

5.3.2 การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามสภาพความเป็นจริง

การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลโดยอาศัยปัจจัยพิจารณาตามสภาพความเป็นจริงนั้นเป็นการวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ทวิวิสัยประการหนึ่ง แต่การกำหนดความสัมพันธ์จากปัจจัยทางข้อเท็จจริงจะมีความยืดหยุ่นกว่าการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลไว้อย่างตายตัวดังเช่นกำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย เพราะหากสกัดปัจจัยการวินิจฉัยความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงออกมาได้มากเพียงใด สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมเพียงใด จะทำให้การวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดสอดคล้องกับสภาพการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะยิ่งขึ้น และมีความเป็นทวิวิสัยด้วยในขณะเดียวกันนั่นเอง

ประเทศในระบบ Common Law อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ มีกลไกการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลโดยอาศัยคณะลูกขุน โดยมีแนวความคิดว่า คณะลูกขุนซึ่งเป็นบุคคลในสังคมย่อมจะเป็นมาตรฐานการพิสูจน์ถึงมุมมองของวิญญูชนได้อย่างดีที่สุด และใน

ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยขยายความสัมพันธ์พันที่ใกล้ชิดออกไปมากยิ่งขึ้น ในอดีตความสัมพันธ์ใกล้ชิดรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างด้วย เพราะลูกจ้างเป็นบริวารของนายจ้าง มีแนวโน้มว่าลูกจ้างจะอาศัยอยู่ในบริเวณบ้านของนายจ้างนั่นเอง แต่จากสภาพสังคมในปัจจุบันผู้เขียนมีความเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างไม่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิด เป็นเพียงความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน เว้นแต่ว่าจะมีข้อเท็จจริงอื่นซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีความผูกพันกันในลักษณะอื่นนอกเหนือไปจากความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น

ประเทศในระบบ Civil Law อันได้แก่ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทยมีกลไกการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลโดยอาศัยการวินิจฉัยตีความโดยผู้พิพากษาซึ่งจะวินิจฉัยโดยอาศัยปัจจัยทางข้อเท็จจริง อย่างไรก็ตามศาลของทั้งสองประเทศได้มีแนวความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่แตกต่างกันไปตามสภาพสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ จากการศึกษาพบว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ถือว่าเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดโดยบันดัลโทสะตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้แก่ บิดา มารดา บุตร คู่สมรส เพื่อน และมีแนวโน้มรวมถึงคู่สมรสเพศเดียวกัน ในขณะที่ประเทศไทยพบว่า บิดา มารดา ภรรยาโดยชอบและโดยมิชอบด้วยกฎหมาย บุตร พี่น้อง พ่อตา ลูกเขย น้า หลาน ผู้ซึ่งบุคคลเหล่านี้มีลักษณะเป็นครอบครัวเดียวกันกับผู้กระทำความผิดนั่นเอง ดังนั้นจึงไม่รวมถึงบิดา มารดา ภรรยาโดยชอบและโดยมิชอบด้วยกฎหมาย บุตร พี่น้อง พ่อตา ลูกเขย น้า หลาน ทั้งนี้ไม่รวมเพื่อน และบุคคลรักร่วมเพศซึ่งยังไม่มีกฎหมายรองรับความสัมพันธ์

กระนั้นแม้ขอบเขตของความสัมพันธ์อันใกล้ชิดจะแตกต่างกันตามสภาพสังคมและวัฒนธรรม แต่ผู้เขียนพบข้อสังเกตว่า ในบรรดาความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่หลากหลายดังกล่าว ยังมีปัจจัยเกี่ยวกับการวินิจฉัยความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงที่สอดคล้องกันในความสัมพันธ์รูปแบบต่างๆ ดังนี้

1. ความสัมพันธ์ตามสาโลหิต

ปัจจัยเรื่องความสัมพันธ์ตามสาโลหิตถือได้ว่าเป็นปัจจัยทางข้อเท็จจริงที่สำคัญที่สุดสำหรับการวิเคราะห์ความสัมพันธ์อันใกล้ชิด เพราะความสัมพันธ์ตามสาโลหิตเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดและผูกพันจนถึงวาระสุดท้ายของชีวิต ไม่ว่าประเทศใดต่างก็ยอมรับความสัมพันธ์ประเภทนี้ว่าเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิดทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นตัววิธีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย หรือด้วยคำพิพากษาของศาล ความสัมพันธ์ตามสาโลหิตอาจเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์โดยตรงขึ้นไป คือ บุพการีหรือลงมา คือผู้สืบสันดาน บุคคลเหล่านี้เป็นผู้ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาว่าเป็นผู้ใกล้ชิดหรือมีกฎหมายยอมรับว่าเป็นผู้ใกล้ชิด ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาว่า การข่มเหงอย่างร้ายแรงต่อบุตรถือเป็นเหตุข่มเหงอย่างร้ายแรงต่อบิดา ในคดี *State v. Grugin*, 147 Mo. 39, 47 S.W. 1058 (1898) และในคดี *People v. Rice*, 351 Ill. 604, 184 N.E. 894 (1993) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าการทำร้ายร่างกายบุตรของ

ผู้กระทำความผิดหรือข่มขืนกระทำชำเราบุตรสาวของผู้กระทำความผิด เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง แก่ผู้กระทำความผิดในเวลาเดียวกัน หรือ กรณีการข่มเหงมารดาและพี่น้องถือเป็นเหตุข่มเหงบุตรหรือ พี่น้องอย่างร้ายแรงได้ เช่นคดี *State v. Jones*, 299 N.C. 103, 261 S.E2d 1 (1980) และศาลยัง วินิจฉัยอีกว่า กรณีเพื่อนซึ่งผู้กระทำความผิดและผู้ถูกข่มเหง แม้จะมีความสนิทสนมกันเพียงใด แต่ เมื่อมีผู้ใช้ที่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะญาติหรือร่วมสาโลหิต ก็มีโอกาสถือได้ว่าการข่มเหงเพื่อนถือเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงเพียงพอที่วิญญูชนจะกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ ดังในคดี *Commonwealth v. Berry*, 461 Pa. 233 (1975)

ประเทศอังกฤษก็เช่นเดียวกันได้มีคำพิพากษาซึ่งวางบรรทัดฐานว่า การข่มเหงถึงบุคคลใน ครอบครัวถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมซึ่งผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะ เพราะเหตุดังกล่าวสมควรได้รับการลดโทษในคดี *R. v. Mawgridge*, Kelying, 119, 84 Eng. Rep. R. (1707) ว่า การข่มเหงด้วยการทำร้ายบิดา มารดา สมาชิกในครอบครัวของผู้กระทำความผิดถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงประเภทหนึ่ง (Adequate Provocation) ซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำความผิด บันดาลโทสะได้ นอกจากนี้คดี *John Royley' Case* (1612) Cro.Jac.296 ในคดีนั้นแม้ว่าบิดาจะ ไม่ได้พบเห็นเหตุการณ์การทำร้ายร่างกายบุตรชายด้วยตนเอง แต่จากพฤติการณ์ที่บุตรชายได้รับ บาดเจ็บ และประกอบคำบอกกล่าวของบุตรชายก็เพียงพอที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบิดา บันดาลโทสะได้

ประเทศเยอรมนีมีกฎหมายที่คำนึงถึงความสัมพันธ์ทางสาโลหิต โดยได้กำหนดให้ ความสัมพันธ์ทางสาโลหิตเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติเกี่ยวกับนิยามของความสัมพันธ์ใกล้ชิด ครอบครัวทั้งผู้ที่สืบสาโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา รวมถึงพี่น้องที่ร่วมสาโลหิตเดียวกัน และได้ กำหนดให้การข่มเหงบุคคลดังกล่าวด้วยการทำให้เกิดอันตรายอย่างสาหัสหรือดูหมิ่นอย่างร้ายแรง ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประเทศเยอรมนีเองก็ให้ความสำคัญกับปัจจัยทางข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ ตามสาโลหิตด้วยเช่นกัน

กฎหมายประเทศฝรั่งเศสกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้ อย่างกว้าง โดยถือเป็นเรื่องหนึ่งประกอบการใช้ดุลพินิจของศาลเพื่อลดโทษให้กับผู้กระทำความผิด ดังนั้นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างบุคคลจึงไม่มีความชัดเจนแน่นอน แต่อย่างน้อยที่สุดประเทศฝรั่งเศสก็ยอมรับแนวความคิดว่า การข่มเหงผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่มีความผูกพันกันทางสาโลหิต เช่น บิดา มารดา บุตร พี่น้อง สามารถเป็น เหตุข่มเหงอย่างร้ายแรงเสมือนข่มเหงถึงตัวบุคคลผู้กระทำความผิดได้

ในขณะที่ประเทศไทยนั้นศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า การข่มเหงผู้บุพการีหรือ ผู้สืบสันดาน เป็นเหตุข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมต่อตัวผู้กระทำความผิดได้ ดังเช่นคำ พิพากษาศาลฎีกา 518/2500 และ 241/2478 แม้ว่าคำพิพากษาดังกล่าว ศาลจะมีได้วินิจฉัยว่าผู้

บุพการีหรือผู้สืบสันดานนั้น ต้องเป็นความสัมพันธ์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่จากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ประสงค์ลโทษให้กับผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทษ โดยพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำความผิดขณะลงมือว่า กระทำไปเพราะบันดาลโทษอย่างแท้จริง ดังนั้นความสัมพันธ์ดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องเป็นความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้ เพราะผู้บุพการีหรือผู้สืบสันดานแม้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หากบุคคลเหล่านั้นถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง ผู้กระทำความผิดก็สามารถบันดาลโทษได้เช่นเดียวกันกับการข่มเหงผู้ที่มีความสัมพันธ์กันโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้การที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกา 739/2482 ว่าน่าของจำเลยถูกทำร้าย จำเลยสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทษได้ แสดงให้เห็นได้ว่า กรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษนั้น ศาลพิจารณาถึงความสัมพันธ์ตามสาโลหิตเป็นสิ่งสำคัญ โดยยึดถือว่าจะต้องเป็นความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากมติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมพบว่า ความสัมพันธ์จากการสืบสาโลหิตเดียวกันนั้นสอดคล้องกับแนวความคิดว่า ปัจจัยหนึ่งซึ่งส่งเสริมให้บุคคลมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดคือ ความคล้ายคลึงกันของบุคคล เพราะความเป็นญาติสืบสาโลหิตเดียวกันเป็นลักษณะที่คล้ายคลึงหรือมีส่วนร่วมกันประเภทหนึ่งของบุคคลนั่นเอง กระนั้น นอกจากความเป็นญาติสืบสาโลหิตเดียวกันแล้ว ความคล้ายคลึงหรือลักษณะที่มีร่วมกันของบุคคลอาจเป็นลักษณะอื่นๆได้ เช่น พันธุกรรม เชื้อชาติ ศาสนา การศึกษา อย่างไรก็ตาม ในมติทางกฎหมายนั้นยังมีได้คำนึงถึงลักษณะอื่นที่มีร่วมกันของบุคคลนอกเหนือจากความเป็นญาติสืบสาโลหิตเดียวกัน อาจเป็นเพราะลักษณะดังกล่าวนี้พิสูจน์ถึงความใกล้ชิดระหว่างบุคคลได้ยากกว่าการพิสูจน์ความเป็นญาติสืบสาโลหิตเดียวกัน

2. ความสัมพันธ์พิเศษ

2.1 การอยู่ร่วมกัน

การอยู่ร่วมกันเป็นปัจจัยที่สำคัญสำหรับการสร้างความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดในมติทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคม เพราะจะสร้างโอกาสให้บุคคลได้มีปฏิสัมพันธ์ร่วมกัน ได้แลกเปลี่ยนเรียนรู้ปรับตัวเข้าหากันและกัน ในมติการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเนื่องจากผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงก็คำนึงถึงปัจจัยข้อนี้ด้วยเช่นเดียวกัน ตามข้อเท็จจริงจากแนวคำพิพากษาพบว่าผู้กระทำความผิดส่วนมากจะอาศัยอยู่ร่วมกันกับผู้ถูกข่มเหง คดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ จะพบปัจจัยว่าผู้กระทำความผิดและผู้ถูกข่มเหงอาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน ความผิดที่เกิดขึ้นส่วนมากจะเป็นเรื่องความรุนแรงภายในครอบครัว เช่นคดี *State v. Jones*, 299 N.C 103,261 S.E2d 1 (1980) ในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ คดี *John Royley' Case* (1612) Cro.Jac.296 ซึ่งบิดาได้อาศัยอยู่บ้านเดียวกันกับบุตรนั่นเอง

ประเทศเยอรมนีกับประเทศฝรั่งเศสไม่ปรากฏชัดเจนว่า ปัจจัยเรื่องการอยู่ร่วมกันจะมีผลต่อการพิจารณาของศาลหรือไม่ แต่จากการพิจารณาจากบทบัญญัติของประเทศเยอรมนีที่กำหนดไว้ชัดเจนผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาการข่มเหงบุคคลตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้เพียงพอสำหรับการวินิจฉัยการข่มเหงอย่างร้ายแรงแล้ว ไม่ว่าผู้ใกล้ชิดจะอาศัยอยู่บ้านเดียวกันกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม เพราะเพียงมีคุณสมบัติเป็นผู้ใกล้ชิดตามกฎหมายและมีการข่มเหงอย่างร้ายแรงตามที่กฎหมายกำหนดก็เพียงพอที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับการลดโทษเพราะกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะแล้ว

สำหรับประเทศไทย แม้ว่าศาลจะมีได้วินิจฉัยถึงปัจจัยการอยู่ร่วมกันไว้โดยตรง แต่จากคำพิพากษาศาลฎีกา 2792/2515 (ประชุมใหญ่) ซึ่งวินิจฉัยว่า จำเลยกับภรรยาอยู่กินกันโดยมิได้จดทะเบียนสมรส ผู้เสียหายมาทำชู้กับภรรยาของจำเลย จำเลยสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้ และสมควรได้รับการลดโทษ และคำพิพากษาศาลฎีกา 1446/2498 ซึ่งวินิจฉัยว่า พ่อตายถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง บุตรชายซึ่งอยู่เรือนเดียวกันนั้นสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้ แสดงให้เห็นได้ว่าศาลให้ความสำคัญกับการอยู่อาศัยร่วมบริเวณเดียวกันนั่นเอง เพราะเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า พ่อตา กับบุตรชายมิได้มีความสัมพันธ์ทางสาโลหิตแก่กัน ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างกันนั้นเป็นเพียงความสัมพันธ์ตามจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นจากการสมรสระหว่างภรรยาซึ่งเป็นบุตรสาวของผู้ถูกข่มเหงกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้นปัจจัยหนึ่งที่นำพิจารณาว่าศาลฎีกาให้ความสำคัญคือการอาศัยอยู่ร่วมครัวเรือนเดียวกันนั่นเอง

2.2 การทำกิจกรรมร่วมกัน

ปัจจัยด้านการทำกิจกรรมร่วมกันเป็นปัจจัยซึ่งพิจารณาได้ยากในความเป็นจริง เพราะบุคคลย่อมทำกิจกรรมด้วยกันแตกต่างกันไป ปัจจัยข้อนี้จึงเป็นเพียงแนวความคิดทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมซึ่งมีความเป็นอุดมคติ และเกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีน้อยมาก อย่างไรก็ตามศาลในประเทศอังกฤษเคยพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นที่ Great Marlow ในปี 1612 ว่า ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้เมื่อเพื่อนของตนถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง ในคดีดังกล่าวผู้กระทำความผิดกับเพื่อนของตนกำลังเล่นกีฬาโบว์ลิ่งด้วยกันอยู่ และมีเหตุทะเลาะวิวาทเกิดขึ้นระหว่างเพื่อนของผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดจึงได้ใช้ลูกโบว์ลิ่งฟาดไปที่ผู้เสียหายจนถึงแก่ความตาย ข้อสังเกตประการหนึ่งที่นำพิจารณาคือ ในคดีดังกล่าวไม่พบปัจจัยว่า ผู้กระทำความผิดกับเพื่อนมีสาโลหิตเดียวกัน หรืออาศัยอยู่ด้วยกัน สิ่งที่ยังชี้ว่า ผู้กระทำความผิดกับเพื่อนมีความใกล้ชิดกันจึงมีเพียงการเล่นกีฬาด้วยกันเท่านั้น จึงเป็นข้อสังเกตว่า การทำกิจกรรมร่วมกันระหว่างผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดอาจเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งศาลพิจารณาถึงความใกล้ชิด

อย่างไรก็ตาม คดีในลักษณะเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกา ในคดี *Commonwealth v. Berry*, 461 Pa. 233 (1975) ซึ่งผู้กระทำความผิด เพื่อนของผู้กระทำความผิด และผู้เสียหายต่างเป็น

ขับรถจักรยานยนต์ และได้โต้เถียงกันเรื่องควันท่อไอเสีย และเกิดการวิวาทขึ้นระหว่างเพื่อนของผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย ผู้กระทำความผิดจึงฆ่าผู้เสียหาย ศาลพิจารณว่าผู้กระทำความผิดไม่อาจกล่าวอ้างว่าตนถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงเพราะเพื่อนของตนถูกข่มเหงได้ ข้อสังเกตประการหนึ่งคือในเรื่องนี้ผู้กระทำความผิด กับเพื่อนต่างก็ทำกิจกรรมด้วยกันคือการขับขี่รถจักรยานยนต์ท่องเที่ยวไปด้วยกัน แต่ศาลสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับปัจจัยการทำกิจกรรมร่วมกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับเพื่อน

สำหรับประเทศไทยนั้นปัจจัยเรื่องการทำกิจกรรมร่วมกันอาจไม่ปรากฏให้เห็นอย่างเด่นชัดนัก ศาลวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกข่มเหงเป็นผู้มีความสัมพันธ์กันตามสาโลหิต หรืออยู่ร่วมกันก็เพียงพอที่จะกล่าวว่าเป็นผู้ใกล้ชิดกันแล้ว นอกจากนั้นคำพิพากษาศาลฎีกา 863/2502 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ผู้ตายไปพบนางเกษภรรยานายสุวรรณจำเลยอยู่บ้านคนเดียวก็คุกคามกริ้วกราดเป็นทำนองข่มเหงว่าจะฆ่าจะฆ่าเรา ครั้นนางเกษร้องเอ็ดอึ้งขึ้น ผู้ตายเป็นพระภิกษุจึงต้องรีบลงจากเรือนไป แต่พอตีจำเลยทั้งสองกลับมาได้ยินเสียงร้องและเมื่อทราบเรื่องเลยออกติดตามทันที จำเลยตามไปห่างเรือน 6-7 เส้น ก็ทันและทำร้ายผู้ตายนอนตายอยู่บนถนน ถือว่าการกระทำของนายสุวรรณจำเลยเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะ โดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม และกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้นแล้ว ส่วนนายสอจำเลยกับนายสุวรรณจำเลยเป็นเพียงเพื่อนสนิทกัน การที่นางเกษภรรยา นายสุวรรณจำเลยถูกข่มเหงรังแก ย่อมเป็นการข่มเหงนายสุวรรณจำเลยด้วย เป็นเหตุผลเกี่ยวกับตัวบุคคลหาใช่ลักษณะคดีไม่ แม้จำเลยทั้งสองจะทำผิดร่วมกัน ก็จะปรับบทลงโทษนายสอจำเลยตาม มาตรา 72 คือ เหตุลดโทษเพราะบันดาลโทสะด้วยหาได้ไม่ ข้อสังเกตประการหนึ่งคือ ในคดีดังกล่าวศาลพิจารณาว่า แม้จำเลยกับเพื่อนจะสนิทสนมกันเพียงใดก็ไม่ถือว่าจำเลยกับเพื่อนเป็นผู้ใกล้ชิดกัน จึงน่าจะพิจารณาต่อไปว่า ศาลฎีกาไม่คำนึงถึงปัจจัยการทำกิจกรรมร่วมกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกข่มเหง ไม่ว่าจะการทำกิจกรรมร่วมกันนั้นจะสามารถแสดงออกถึงความใกล้ชิดระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกข่มเหงเพียงใดก็ตาม

กล่าวโดยสรุป ปัจจัยที่พิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามข้อเท็จจริงที่ศาลฎีกาคำนึงถึงในกรณีที่มีการข่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด คือปัจจัยที่พิจารณาเกี่ยวกับความผูกพันตามสาโลหิต และปัจจัยเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกัน ทำให้ได้แนวทางการพิจารณาถึงความหมายของผู้ใกล้ชิดที่อาจถูกข่มเหงได้ว่า เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์อย่างครอบครัวกับผู้กระทำความผิด หรืออาจอาศัยอยู่ร่วมกันกับผู้กระทำความผิดนั่นเอง

5.4 การกระทำอันเป็นการข่มเหงผู้ใกล้ชิด

หลังจากพิจารณาแนวทางการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิด ประเด็นหนึ่งซึ่งน่าพิจารณาต่อไปคือ การกระทำอันเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงแก่ผู้ใกล้ชิดว่าได้แก่การกระทำใดบ้าง ในประเด็นนี้แต่ละประเทศมีขอบเขตการกระทำที่เป็นการข่มเหงแตกต่างกันไป ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่า การข่มเหงผู้ใกล้ชิดจะต้องเป็นการใช้กำลังทำร้าย หรือในทันใดนั้นจะใช้กำลังทำร้ายผู้ใกล้ชิด หรือการล่วงละเมิดทางเพศ และการทำชู้ จึงจะเป็นการข่มเหงที่ร้ายแรงเพียงพอให้บุคคลกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเมื่อผู้ใกล้ชิดกับตนถูกข่มเหง สำหรับการข่มเหงด้วยวาจาแต่เพียงอย่างเดียวนั้นไม่ถือว่าเป็นการข่มเหงแก่ผู้ใกล้ชิดอย่างร้ายแรง เว้นแต่จะมีพฤติการณ์ว่าในขณะที่เดียวกันนั้นเองผู้เสียหายพร้อมที่จะใช้กำลังทำร้ายผู้ใกล้ชิด ส่วนการบุกรุกเคหสถาน และการทำลายทรัพย์สิน หรือลักทรัพย์ไม่ถือว่าเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง

ประเทศเยอรมนีและประเทศไทยนั้นมีการกำหนดการกระทำที่เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงแก่ผู้ใกล้ชิดแตกต่างกัน กล่าวคือ การข่มเหงของทั้งสองประเทศนี้มีขอบเขตที่กว้างขวางกว่า การข่มเหงอย่างร้ายแรงสามารถเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ก็ได้ อาจเป็นการทำอันตรายต่อชีวิต การทำชู้ การล่วงละเมิดทางเพศ การดูหมิ่นเกียรติยศศักดิ์ศรีของผู้ใกล้ชิดอย่างร้ายแรงโดยเฉพาะการทำชู้กับคู่สมรสของผู้ใกล้ชิด การดูหมิ่นอย่างร้ายแรง แม้แต่การข่มเหงโดยวาจาแต่เพียงอย่างเดียวซึ่งมีพฤติการณ์พิเศษให้เห็นถึงความร้ายแรงของถ้อยคำหรือการด่าทอที่เพียงพอที่จะเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง นอกจากนี้ การบุกรุกเคหสถาน การทำลายทรัพย์สิน การลักทรัพย์ รวมถึงการกระทำความผิดตามกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อาจถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงได้ และรวมถึงการกระทำที่ส่งผลให้เกิดการสะสมเหตุแห่งการข่มเหงหรือบันดาลโทษสะสม เช่น การข่มเหงทีละเล็กละน้อยต่อผู้ใกล้ชิดอย่างต่อเนื่อง และผู้กระทำความผิดได้ทราบถึงการข่มเหงเช่นนั้นตลอดเวลา จนไม่สามารถอดทนอดกลั้นได้ในการข่มเหงครั้งที่สุด

สำหรับการข่มเหงที่เกิดขึ้นเนื่องจากผู้กระทำความผิดมีส่วนผิดหรือมีส่วนช่วยผู้เสียหายทำการข่มเหงตนเอง (Self-Induced Provocation) นั้นทุกประเทศต่างเห็นพ้องต้องกันว่า ถือว่าผู้กระทำความผิดมิได้กระทำโดยบันดาลโทษ เพราะการกระทำที่เกิดขึ้นนั้นมีลักษณะของการไตร่ตรองไว้ก่อนเพื่อที่จะใช้ประโยชน์เกี่ยวกับข้อต่อสู้ทางกฎหมายเอื้อประโยชน์ในการกระทำความผิด หรือมีลักษณะเป็นการแก้แค้นผู้เสียหายนั่นเอง ดังนั้น กรณีที่ผู้กระทำความผิดไปช่วยผู้เสียหายมาข่มเหงผู้ใกล้ชิดของตน เพื่อที่ตนจะได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทษแก่ผู้เสียหายนั้นจึงไม่ได้รับการลดโทษคู่กัน

จึงพิจารณาได้ว่า การกระทำที่มีลักษณะเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงของประเทศเยอรมนี และประเทศไทยมีความกว้างขวางกว่า หลักเกณฑ์การกระทำผิดโดยบันดัลโทสะในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส ทั้งนี้เนื่องจาก การกระทำผิดโดยบันดัลโทสะในประเทศเหล่านั้นนั้นกำหนดไว้เฉพาะกรณีการฆ่าผู้อื่น หรือ การทำให้เกิดอันตรายสาหัสซึ่งเป็นฐานความผิดที่มีความร้ายแรงมาก ดังนั้นการกระทำที่เป็นการข่มเหงจึงต้องร้ายแรงเพียงพอและได้สัดส่วนกับการกระทำผิดนั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่า การข่มเหงผู้ใกล้ชิดอันอาจเป็นการข่มเหงผู้กระทำความผิดในเวลาเดียวกันนั้น ต้องพิจารณาจากผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียซึ่งผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วม เช่น หากผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับเรื่องความมั่นคงของสถาบันครอบครัวหรือการดำรงชีวิตเป็นปกติสุขของครอบครัว การทำร้ายบุคคลในครอบครัว การทำลายทรัพย์สินของบุคคลในครอบครัวถือเป็นการข่มเหงผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด เพราะผู้กระทำความผิดได้รับผลกระทบจากการข่มเหงนั้น ไม่ว่าจะต้องดูแลรักษาคนในครอบครัวที่บาดเจ็บ หรือซ่อมแซมปรับปรุงทรัพย์สินของครอบครัวซึ่งถูกทำให้เสียหายหรือถูกทำลายจากผู้ข่มเหง ผู้กระทำความผิดย่อมบันดัลโทสะได้ หากเป็นเรื่องระหว่างสามีภรรยา ผู้ใกล้ชิดก็คือสามีภรณานั่นเองเพราะมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับความเป็นสามีภรรยา เว้นแต่ การข่มเหงที่เกิดขึ้นนั้นจะกระทบกระเทือนถึงการที่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวข้องกับผู้เป็นสามีภรณานั้น เช่น ได้รับการกระทบกระเทือนถึงชื่อเสียงเกียรติยศหรือถูกครหานินทาจากการที่สามีภรรยาผู้เป็นญาติตามประเพณี เช่น พี่สะใภ้ น้องสะใภ้ พี่เขย น้องเขย มีความประพฤติเสื่อมเสียเช่นมีชู้ แต่หากไม่เกี่ยวข้องหรือไม่มีส่วนได้เสียจากการข่มเหงนั้น ควรพิจารณาว่าผู้นั้นไม่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดในเรื่องนั้นๆ

5.5 การพิสูจน์ความร้ายแรงของการข่มเหง

แนวความคิดเกี่ยวกับการพิสูจน์ความร้ายแรงของการข่มเหงมีสองแนวความคิด คือ ความร้ายแรงตามหลักอัตวิสัย (Subjective) และ ความร้ายแรงตามหลักภววิสัย (Objective) ซึ่งแต่ละประเทศต่างยอมรับแนวความคิดทั้งสองหลักนี้และนำมาวินิจฉัยถึงการข่มเหง เพียงแต่นำมาวินิจฉัยในขั้นตอนที่แตกต่างกันเท่านั้น

หลักภววิสัยคือหลักที่ใช้พิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำอันเป็นการข่มเหงนั้นว่าร้ายแรงเพียงพอหรือไม่ในมุมมองของวิญญูชน หากการข่มเหงนั้นไม่ร้ายแรง แต่ผู้กระทำความผิดบันดัลโทสะและไปกระทำความผิดจะกล่าวอ้างว่าตนกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะมิได้ เพราะกฎหมายไม่สนับสนุนให้บุคคลกระทำความผิดทางอาญา หลักนี้จึงเสมือนเป็นการบังคับให้บุคคลระงับสติอารมณ์ควบคุมการกระทำของตนเอง มิฉะนั้นจะเกิดการกระทำความผิดขึ้นอย่างแพร่หลาย เพราะทุกคนสามารถกระทำความผิดได้ทันทีเมื่อตนบันดัลโทสะ และยังจะได้รับการลดโทษ สังคมย่อมเกิด

ความวุ่นวาย หลักทฤษฎีนี้ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี และฝรั่งเศสใช้เป็นหลักในการพิจารณาว่าการช่มเหงที่เกิดขึ้นนั้นร้ายแรงหรือไม่อันเป็นการพิจารณาในขั้นแรกเริ่ม หากการช่มเหงนั้นไม่ร้ายแรง องค์ประกอบอื่นๆของหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาอีกต่อไป เพราะถือว่าผู้กระทำความผิดไม่มีเหตุอันสมควรที่จะบันดัลโทสะเสียแล้ว

หลักอรรถวิสัยคือการพิจารณาความร้ายแรงของการช่มเหงตามมุมมองของผู้กระทำความผิด หากผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าการช่มเหงใดร้ายแรงจนตนเองบันดัลโทสะนั้นคือการช่มเหงที่ร้ายแรง หลักอรรถวิสัยนี้ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี ฝรั่งเศส และประเทศไทยถือเป็นหลักที่ใช้วินิจฉัยหลังจากขั้นตอนที่พิจารณาว่าการช่มเหงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการช่มเหงที่ร้ายแรงตามกฎหมายแล้ว เพื่อเป็นการพิจารณาว่า ในขณะที่ลงมือกระทำผิดนั้นผู้กระทำผิดบันดัลโทสะอย่างแท้จริงหรือไม่ เพราะแม้จะมีการช่มเหงอย่างร้ายแรง แต่ผู้กระทำผิดอาจมิได้บันดัลโทสะก็ได้ อาจเพราะผู้กระทำผิดมีความอดทนอดกลั้นสูงกว่าบุคคลทั่วไปนั่นเอง

หลักทฤษฎีนี้ยังใช้เป็นหลักในการพิจารณาอีกขั้นตอนหนึ่งของการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะ กล่าวคือ จะเป็นหลักที่ใช้พิจารณาว่า เมื่อมีการช่มเหงอย่างร้ายแรงเกิดขึ้น และผู้กระทำผิดบันดัลโทสะอย่างแท้จริงแล้วนั้น มีระยะเวลาที่ผู้กระทำผิดอาจระงับสติอารมณ์ของตนเองได้หรือไม่ การพิจารณาในขั้นตอนนี้จะต้องพิจารณาโดยอาศัยเทียบเคียงกับวิญญูชนเช่นเดียวกัน หากวิญญูชนทั่วไปสามารถระงับสติอารมณ์ได้ แต่ผู้กระทำผิดไม่สามารถระงับสติอารมณ์เนื่องด้วยเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการควบคุมอารมณ์ตนเองด้อยกว่าบุคคลทั่วไป ดังนั้นผู้กระทำผิดก็อาจได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดัลโทสะ

เหตุที่ต้องกล่าวถึงมาตรฐานการพิสูจน์ถึงความร้ายแรงของการช่มเหงเนื่องจากว่า การช่มเหงผู้ใกล้ชิดนั้นเป็นประเภทหนึ่งของการช่มเหงอย่างร้ายแรงแก่ผู้กระทำผิด เสมือนว่าผู้กระทำผิดเป็นผู้ถูกช่มเหงในขณะเดียวกันนั่นเอง ดังนั้นการช่มเหงผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำผิดจึงต้องอยู่ภายใต้หลักทฤษฎีด้วยนั่นเอง ส่งผลต่อมาว่า การพิจารณาถึงความร้ายแรงของการช่มเหงผู้ใกล้ชิดจึงต้องพิจารณาในมุมมองของวิญญูชนด้วยว่า วิญญูชนมองว่าการช่มเหงผู้ใกล้ชิดนั้นร้ายแรงหรือไม่ บุคคลดังกล่าวถือเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำผิดในมุมมองของวิญญูชนด้วยหรือไม่นั่นเอง ดังได้กล่าวไปข้างต้นแล้วว่า ประเทศเยอรมนีได้กำหนดการช่มเหงผู้ใกล้ชิดไว้ในบทบัญญัติอย่างชัดเจน ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษมีคณะลูกขุนพิจารณาถึงปัจจัยทางข้อเท็จจริงสำหรับประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศสนั้นศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักดังกล่าว แต่แตกต่างกันที่ระบบวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเป็นระบบกล่าวหา โดยคู่ความต้องเป็นฝ่ายยื่นพยานหลักฐานเพื่อหักล้างกัน ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นระบบวิธีพิจารณาความอาญาอย่างไต่สวนซึ่งบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมจะช่วยกันค้นหาและพิสูจน์การกระทำผิด

แม้กระนั้น หลักทฤษฎีนี้ได้มีความสมบูรณ์แบบในตัวเอง กล่าวคือ หลักดังกล่าวเป็นการพิจารณาในมุมมองของวิญญูชนซึ่งมีระดับการควบคุมตนเองอยู่ในระดับปกติหรือบุคคลทั่วไป ดังนั้น การพิจารณาตามหลักนี้จึงมิได้คำนึงถึงคุณลักษณะของผู้กระทำความผิดที่อาจส่งผลกระทบต่อระดับการควบคุมตนเองที่แตกต่างไปกับบุคคลทั่วไป และอาจส่งผลให้เกิดการกระทำความผิดได้ง่ายกว่าบุคคลทั่วไป เช่น เพศ อายุ เชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ ความเจ็บป่วยทางสมอง ภาวะมีนเมาหรือสารเสพติด คุณลักษณะเหล่านี้ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษต้องปรับปรุงกฎหมายของตนให้รองรับมาตรฐานการพิสูจน์ถึงความร้ายแรงของการข่มเหง ในขณะที่ประเทศที่ใช้วิธีพิจารณาระบบไต่สวนมิได้มีการแก้ไข

ประเทศไทยยังคงใช้หลักพิจารณาอย่างทฤษฎีและไม่มีมีการแก้ไขแต่อย่างใด เพียงแต่มีแนวความคิดของนักนิติศาสตร์เท่านั้นว่า ควรเปรียบเทียบการสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบกับผู้กระทำความผิดควรคำนึงถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพร่างกาย เพศ อายุ เชื้อชาติ ศาสนา เผ่าพันธุ์ สภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด ความรู้สึก การศึกษาอบรม ประสบการณ์ การดำรงชีพ และพฤติการณ์พิเศษในขณะกระทำความผิด สภาพร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายด้วย ตลอดจนระยะเวลาที่ควรระงับโทษของตนได้แล้ว โดยต้องดูสภาพต่างๆไปประกอบกับระยะเวลา¹

เมื่อเป็นเช่นนี้ หากอาศัยหลักของทฤษฎีศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์มาวินิจฉัยจึงอาจต้องคำนึงด้วยว่าผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ อาจมีมุมมองว่าเพื่อนเป็นบุคคลใกล้ชิดกับตนก็ได้ เพราะเด็กหรือผู้เยาว์อาจมีระดับการควบคุมตนเองหรือการพิจารณาต่ำกว่าวิญญูชนได้ หรือกรณีของผู้ที่เติบโตมาในโรงเรียนประจำหรือวัด มีประสบการณ์อยู่กับโรงเรียนประจำหรือวัด อาจมีประสบการณ์ว่าครูหรือที่ดูแลตนเองอาจเป็นผู้ใกล้ชิดกับตนก็ได้ หรือบุคคลที่รกร่วมเพศอาจมองว่าผู้ที่เป็นคู่รักของตนอาจเป็นผู้ใกล้ชิดกับตนก็ได้ บุคคลต่างๆเหล่านี้ยังเป็นสิ่งที่กฎหมายไทยหรือแนวคำพิพากษาศาลไทยยังมีได้วินิจฉัยถึง

5.6 การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง

ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี และประเทศฝรั่งเศสกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงนั้นกระทำได้เฉพาะความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเท่านั้น หรือทำให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัสตามที่กำหนดเพิ่มเติมตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส หากเป็นการกระทำความผิดฐานอื่นจะไม่ได้รับการลดโทษเพราะการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ

ในขณะที่ประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษไว้ในบททั่วไปซึ่งบังคับใช้ได้กับทุกฐานความผิด ผู้กระทำความผิดจึงอาจกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์โดยบันดาลโทษ หรือหมิ่นประมาทโดยบันดาลโทษ หรือกระทำ

¹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 963.

ความผิดต่อเสรีภาพโดยบันดัลโทสะได้ เพียงแต่การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำความผิดโดยเจตนา และมีเจตนาพิเศษคือ เพราะถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม สำหรับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายกับการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะนั้น นักนิติศาสตร์มีแนวความคิดเห็นแตกต่างกันเป็นสองแนว แนวทางหนึ่งเห็นว่า เมื่อเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วจะไม่สามารถเป็นการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะได้ เนื่องจากเจตนาพิเศษที่แตกต่างกันนั่นเอง กล่าวคือ การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษคือ เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย แตกต่างกับการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะซึ่งมีเจตนาพิเศษคือถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมดังได้กล่าวไปข้างต้น ดังนั้น แนวความคิดนี้จึงเห็นว่า เมื่อเป็นการกระทำอย่างหนึ่งแล้วจะไม่ใช่เป็นการกระทำอีกอย่างหนึ่ง ในขณะที่นักนิติศาสตร์อีกแนวหนึ่งเห็นว่า การกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะกับการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถเกิดขึ้นในขณะเดียวกันได้ เพียงแต่ต้องแยกอย่างชัดเจนว่าการกระทำนั้นเกิดขึ้นเพราะเจตนาพิเศษใด แต่ความผิดบางฐานซึ่งมีเจตนาพิเศษอื่นหรือมีลักษณะการกระทำที่ต้องอาศัยการไตร่ตรอง เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ซึ่งต้องการเจตนาพิเศษคือโดยทุจริต หรือความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งต้องไตร่ตรองหาความผู้อื่น ความผิดเหล่านี้โดยสภาพไม่สามารถเกิดขึ้นในขณะที่บันดัลโทสะได้นั้นเอง²

นอกจากนี้ การกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงสามารถกระทำความผิดร่วมกันในลักษณะเป็นตัวการได้ เช่น บิดาถูกข่มเหงอย่างร้ายแรง บุตรซึ่งเห็นเหตุการณ์ที่บิดาของตนถูกข่มเหง บุคคลทั้งสองสามารถกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะร่วมกันเพราะถูกผู้เสียหายข่มเหงในลักษณะเป็นตัวการได้ โดยบิดาบันดัลโทสะเพราะตนถูกข่มเหง ในขณะที่บุตรบันดัลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดของตนคือบิดาถูกข่มเหง หรือผู้ที่บันดัลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดกับตนถูกข่มเหงสามารถกระทำความผิดร่วมกับผู้อื่นซึ่งมิได้บันดัลโทสะได้ เพียงแต่ผลของการกระทำความผิดจะแตกต่างกันตามเหตุส่วนตัวของผู้กระทำความผิดแต่ละคน

5.7 วิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดปัจจัยทางข้อเท็จจริงเป็นแนวทางการวินิจฉัยการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะของผู้ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดคำว่า “ผู้ใกล้ชิด” ไว้โดยเฉพาะถ้อยคำดังกล่าว จึงมิได้เป็นถ้อยคำในกฎหมาย แต่เป็นเพียงการตีความของศาลและนักนิติศาสตร์ ทำให้อาจเกิดข้อโต้แย้งว่า การข่มเหงผู้ใกล้ชิดมิอาจมิได้ตามประมวลกฎหมายอาญา ดังเช่นที่จำเลยในคำพิพากษาศาลฎีกา 739/2482 ยืนฎีกาโต้แย้งว่า บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา หมายความว่าเฉพาะถึงการข่มเหงโดยตรงกับผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่หมายรวมถึงผู้อื่น แต่ศาลและนักนิติศาสตร์เห็นว่า

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 994.

การช่มเหงตามกฎหมายนั้นรวมถึงการช่มเหงแก่ผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดด้วย ดังนั้นเมื่อ บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยยังไม่ชัดเจนว่า คุณลักษณะของบุคคลอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด ประกอบกับการวินิจฉัยของศาลแต่เพียงอย่างเดียวอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายได้ว่า เหตุใดความสัมพันธ์นั้นๆ จึงเป็น หรือไม่เป็น ผู้ใกล้ชิด เช่นกรณีของเพื่อน กับพี่น้อง ในข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายกันว่ามี การล่วงเกินทางเพศ หรือการร่วมประเวณีกันระหว่างคู่สมรสของผู้ถูกช่มเหง คดีหนึ่งศาลวินิจฉัยว่าการช่มเหงศักดิ์ศรีของพี่น้องถือเป็นการช่มเหงอย่างร้ายแรง ในขณะที่อีกคดีหนึ่งการช่มเหงศักดิ์ศรีของเพื่อนไม่อาจเป็นการช่มเหงที่ร้ายแรง ทั้งที่กฎหมายมิได้กำหนดว่า ความสัมพันธ์ใกล้ชิดนั้นจะรวมหรือไม่รวมเพื่อนของผู้กระทำความผิดมาพิจารณาด้วยหรือไม่

ดังนั้นจึงควรกำหนดปัจจัยที่ศาลจะใช้พิจารณาข้อเท็จจริงว่า ควรเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสาโลหิต หรือเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในครัวเรือนเดียวกัน เพื่อให้ครอบคลุมบุคคลที่มีความสัมพันธ์ที่หลากหลายมากขึ้นและเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ไม่ควรจำกัดแต่เฉพาะความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นเพราะจะเป็นการไม่เป็นธรรมกับผู้กระทำความผิดซึ่งบันดาลโทษอย่างแท้จริง และกระทำความผิด อันเป็นบุคคลที่กฎหมายมุ่งจะลดโทษให้ แต่ไม่ได้รับการลดโทษเพียงเพราะความสัมพันธ์นั้นเป็นความสัมพันธ์ที่มีชอบด้วยกฎหมาย

ประการต่อมา ควรพิจารณากำหนดปัจจัยที่ใช้พิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดโดยพิจารณาเปรียบเทียบถึง เพศ อายุ เชื้อชาติ ภาวะของผู้กระทำความผิดในขณะนั้น รวมถึงความเจ็บป่วยทางร่างกายหรือจิตใจมาประกอบการพิจารณาด้วย เพราะผู้กระทำความผิดที่มีคุณลักษณะแตกต่างกัน อาจมีความรู้สึกถึงความใกล้ชิดที่แตกต่างกับวิญญูชนได้ การพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงคุณลักษณะดังกล่าวอาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับการลดโทษเช่นเดียวกัน

ประการสุดท้าย ควรพิจารณาถึงปัจจัยเกี่ยวกับลักษณะของการช่มเหง และการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นว่ามีส่วนเกี่ยวข้องหรือกระทบกระเทือนถึงผู้กระทำความผิดหรือไม่ เนื่องจาก บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญามิได้กำหนดว่าการกระทำอย่างไรเป็นการช่มเหงแก่ผู้ใกล้ชิดบ้าง และเมื่อมีการช่มเหงผู้ใกล้ชิดแล้วการกระทำความผิดที่กระทำลงอาจเป็นการกระทำใดได้บ้าง การช่มเหงบางเรื่องอาจเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้เสียหาย เช่น การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ หรือการช่มเหงเกี่ยวกับความเป็นสามีภรรยาซึ่งผู้ที่ถูกช่มเหงโดยตรงอาจไม่โกรธแค้นบันดาลโทษ แต่ผู้ใกล้ชิดกลับบันดาลโทษต่างๆที่ควรเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้ถูกช่มเหง ในประเด็นดังกล่าวนี้ประมวลกฎหมายอาญามิได้กำหนดกรณีการช่มเหงไว้ อย่างชัดเจนว่าได้แก่การกระทำใดบ้าง และปล่อยให้เป็นการใช้ดุลพินิจของศาลซึ่งศาลอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาให้การช่มเหงบางประการซึ่งมีลักษณะเป็นส่วนตัวของผู้ถูกช่มเหงเป็นเหตุลดโทษให้การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษของผู้ใกล้ชิดได้ อันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายได้

ดังนั้นจึงควรพิจารณาการข่มขู่เหล่านั้นว่ามีลักษณะเป็นการข่มขู่ในเรื่องส่วนตัวหรือไม่ประกอบด้วย เช่น การทำชู้กับคู่สมรสของผู้ใกล้ชิดควรเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้ใกล้ชิดหรือไม่ หรือจะอาศัยแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาที่ถือว่า การข่มขู่เช่นนี้นับเป็นการข่มขู่เกียรติยศศักดิ์ศรีของผู้ใกล้ชิดอย่างร้ายแรงอันบุคคลสามารถกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้ หรือกรณีการขโมยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใกล้ชิดเพื่อไปทำการสวมรอย (Identity Theft) หรือกรณีการเข้าถึงข้อมูลของผู้ใกล้ชิดที่มีมาตรการป้องกันโดยมิชอบ เหล่านี้เป็นการข่มขู่แก่ผู้ใกล้ชิด แต่จะเป็นการข่มขู่ถึงตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่ หรือเป็นการข่มขู่เฉพาะตัวผู้ถูกข่มขู่ เช่นนี้ศาลควรพิจารณาด้วยว่า การข่มขู่ในลักษณะเช่นนี้จะทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะแทนผู้ใกล้ชิดซึ่งถูกข่มขู่ได้หรือไม่

ในประเด็นการกระทำอันเป็นการข่มขู่ เนื่องจากในประเทศอื่นเช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี มีแนวทางที่ชัดเจนว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะถูกจำกัดเฉพาะความผิดต่อชีวิตของผู้อื่น หรือการทำอันตรายสาหัส ดังนั้นการกระทำที่ถูกพิจารณาว่าเป็นการข่มขู่อย่างร้ายแรงแก่ผู้ใกล้ชิดจึงถูกจำกัดไว้เช่นกันว่า ต้องเป็นการทำร้ายร่างกาย หรือการทำอันตรายต่อชีวิต รวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศ และการดูหมิ่นอย่างร้ายแรงจึงจะมีส่วนกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายอาญามีได้จำกัดว่าการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะต้องเป็นการกระทำความผิดฐานใด ดังนั้นการกระทำที่เป็นข่มขู่จึงกว้างขวางหลากหลาย สมควรที่ศาลจะพิจารณาว่าการข่มขู่เหล่านั้นได้มีส่วนกับการกระทำความผิดหรือไม่ โดยเฉพาะกรณีการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอันเนื่องมาจากผู้ใกล้ชิดถูกข่มขู่

ประเด็นเรื่องกลไกที่เหมาะสมกับประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law ดังนั้นกลไกตามประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายอย่าง Common Law อันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ แม้ว่าภาระการพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดมิได้กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะจะตกอยู่กับฝ่ายโจทก์ แต่จากการที่ประเทศเหล่านี้มีระบบลูกขุนพิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดและการข่มขู่อย่างร้ายแรง ทำให้การพิจารณาถึงการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะมีความสอดคล้องกับมุมมองของวิญญูชนมากขึ้น เพราะคณะลูกขุนนั้นก็คือตัวแทนของวิญญูชนในสังคมนั่นเอง กระนั้นกลไกในลักษณะนี้อาจไม่เหมาะสมกับประเทศไทยซึ่งมิได้มีระบบลูกขุนมาพิจารณาถึงการข่มขู่อย่างร้ายแรง ระบบวิธีพิจารณาความอาญาของไทยมีเพียงการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาเท่านั้นว่าการข่มขู่ร้ายแรงเพียงพอที่จะบันดาลโทสะหรือไม่ บุคคลที่ถูกข่มขู่เหล่านั้นเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดอย่างแท้จริงหรือไม่ และโดยทางปฏิบัติแล้วการวินิจฉัยคดีจะอาศัยแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีก่อนเป็นหลักซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีที่แตกต่างกัน รวมถึงไม่สอดคล้องกับสภาพสังคม และวัฒนธรรมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา สำหรับกลไกการกำหนดถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดและการกระทำอันเป็นการข่มขู่อย่างชัดเจนในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาดังประเทศเยอรมนีเห็นว่า แนวทางดังกล่าวแม้จะก่อให้เกิด

ความชัดเจนในประเด็นผู้ใกล้ชิด และประเด็นการกระทำอันเป็นการข่มเหง แต่การกำหนดไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาอาจก่อให้เกิดความกระด้าง ไม่ยืดหยุ่นสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งสภาพสังคมและวัฒนธรรมยังเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา กระบวนการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาแต่ละครั้งทำได้ยากและสิ้นเปลืองงบประมาณ ดังนั้นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประเด็นเรื่องขอบเขตของผู้ใกล้ชิด และการกระทำอันเป็นการข่มเหงไว้อย่างชัดเจนอาจไม่เหมาะสม ด้วยเหตุนี้จึงสมควรที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับปัจจัยการวินิจฉัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดโดยอิงจากปัจจัยทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมซึ่งมีความสอดคล้องกับปัจจัยที่ผู้ร่างกฎหมายคำนึงถึงในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับความรับผิดชอบทางอาญา

ประเด็นเรื่องตัวบุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด ข้อพิจารณาประการแรกคือ ผู้ที่จะถือว่าเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นตัวบุคคล มิใช่สัตว์ สิ่งของ สถาบัน หรือความเชื่อ แต่จะต้องเป็นตัวบุคคลธรรมดาจึงจะสอดคล้องกับธรรมชาติของมนุษย์ซึ่งเป็นสัตว์สังคมและมีความรักพวกพ้อง มีความปรารถนาความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด ข้อพิจารณาประการต่อมาคือ ตัวบุคคลนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์บางประการกับตัวผู้กระทำความผิด มิฉะนั้นจะถือว่าถูกข่มเหงมิได้ จะเป็นการกระทำความผิดโดยมิได้บันดาลโทษ ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องพิจารณาภายใต้สภาพสังคมและวัฒนธรรม รวมถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องมีส่วนได้เสียของผู้กระทำความผิด เช่น เดิมวัฒนธรรมไทยยังมีได้ยอมรับการสมรสของบุคคลรักร่วมเพศ ดังนั้นในมุมมองของวิญญูชน ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลรักร่วมเพศจึงมิใช่ความสัมพันธ์ใกล้ชิดในยุคสมัยนั้น ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างศิษย์กับอาจารย์หรือผู้ดูแล เช่น พระที่ดูแลปกครองลูกศิษย์วัด เป็นความสัมพันธ์ซึ่งสังคมไทยได้ยอมรับ จนกระทั่งยุคสังคมและวัฒนธรรมได้เปลี่ยนแปลงไป แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนได้แพร่หลายมากขึ้น มนุษย์มีสิทธิเสรีภาพในการเลือกคู่ครอง คู่รักร่วมเพศสามารถครองคู่กันได้หรือเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันได้ รวมถึงการอุ้มบุญซึ่งเป็นการตั้งครรภ์โดยให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้ที่มีสามารถมีบุตรได้ เพียงแต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย กล่าวคือ หญิงซึ่งตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเป็นญาติสืบสาโลหิตโดยตรงของสามีหรือภรรยา เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาทางสุขภาพของมนุษย์ส่วนบุคคลซึ่งไม่สามารถมีบุตรได้ตามวิธีการทางธรรมชาติ โดยพิจารณาได้จากคำสั่งศาลเยาวชนและครอบครัวกลางที่ พ.716/2559 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า “ผู้ที่รักร่วมเพศนั้นสามารถเป็นผู้ร้องใช้อำนาจปกครองบุตรได้ เพราะผู้รักร่วมเพศนั้นเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูเด็กด้วยความรักและเอาใจใส่ และถึงแม้ผู้ร้องเป็นคนที่รักร่วมเพศ แต่ความเป็นคนรักร่วมเพศมิใช่อุปสรรคที่จะทำให้ผู้ร้อง ไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูเด็กให้ได้รับความสุขและความอบอุ่นเท่ากับเด็กอื่นๆ” ดังนั้นพิจารณาได้ว่า แนวความคิดของศาลนั้นได้ยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลรักร่วมเพศมากขึ้น จึงอาจกล่าวได้ว่า บุคคลรักร่วมเพศเองก็เป็นผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเช่นเดียวกันไม่ต่างกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา

ความสัมพันธ์ตามสาโลहितเป็นความสัมพันธ์หนึ่งซึ่งควรพิจารณา เนื่องจากบุคคลผู้เป็นญาติสืบสาโลहितมีหลากหลาย บุคคลอาจมีความใกล้ชิดสนิทสนมกับญาติพี่น้องแต่ละคนแตกต่างกัน ความสัมพันธ์ตามสาโลहितจึงเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งซึ่งช่วยพิจารณาถึงความใกล้ชิดเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นข้อจำกัดว่าต้องถือเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิด เพราะในสภาพความเป็นจริงนั้นผู้ที่เป็ญาติสาโลहितอาจมีความขัดแย้งกันเองก็เป็นได้ เช่นนี้ความสัมพันธ์ลักษณะดังกล่าวจึงมิใช่ความใกล้ชิด ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้จะเป็นญาติสาโลहितเดียวกัน แต่การพิจารณาถึงกรณีการช่มเหงผู้ใกล้ชิดจะต้องพิจารณาด้วยว่า การช่มเหงที่เกิดขึ้นนั้นส่งผลกระทบต่อประโยชน์หรือส่วนได้เสียของผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นญาติสาโลहितเดียวกันอันมีเหตุให้บันดลโทษหรือไม่ว่าจะเป็นผลกระทบต่อทางด้านความรู้สึก หรือผลกระทบต่อด้านชื่อเสียงเกียรติยศของวงศ์ตระกูล หรือผลกระทบต่อด้านทรัพย์สิน หรือสิทธิทางกฎหมาย เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างพ่อเลี้ยง กับลูกเลี้ยงหรือบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรมก็เป็นอีกหนึ่งความสัมพันธ์ที่ควรพิจารณา ผู้เขียนเห็นว่า ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรือไม่ต้องพิจารณาจากผลกระทบต่อส่วนได้เสียที่ผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกช่มเหงมีร่วมกัน กล่าวคือ หากพ่อเลี้ยงหรือลูกเลี้ยงถูกช่มเหง และผู้กระทำความผิดได้รับผลกระทบเนื่องจากต้องขาดใ้การอุปการะเลี้ยงดู หรือต้องดูแลรักษาบุคคลดังกล่าว ถือว่าบุคคลเช่นนี้มีความใกล้ชิดกัน แต่หากไม่ได้รับผลกระทบกระเทือนหรือมีส่วนได้เสีย เพราะในความเป็นจริงบุคคลดังกล่าวมีความขัดแย้งกัน หรือมีประเด็นพิพาทระหว่างกัน ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเป็นเพียงความสัมพันธ์ตามสถานะทางกฎหมาย เช่นนี้ถือว่า บุคคลดังกล่าวไม่มีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกัน

ความสัมพันธ์ระหว่างคนรัก (แฟน) หรือคู่หมั้น รวมถึงอนุภรรยา พิจารณาได้ว่า เมื่อมองจากมุมมองสถานะทางกฎหมาย บุคคลดังกล่าวมิได้มีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดสนิทสนมกัน แต่เป็นความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงหรือความสัมพันธ์พิเศษ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาจากส่วนได้เสียหรือผลกระทบจากการช่มเหงว่าบุคคลนั้นได้รับผลกระทบจากการที่แฟนตนเองถูกช่มเหงในเรื่องนั้นหรือไม่ หากไม่ได้รับผลกระทบหรือเป็นแต่เพียงคู่รักแต่ที่แสดงออก ถือว่าไม่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน

ความสัมพันธ์ระหว่างเพื่อนสนิทพิจารณาได้ว่าเป็นความสัมพันธ์ตามความเป็นจริง เมื่อเพื่อนสนิทถูกช่มเหงอย่างร้ายแรงก็ย่อมเป็นเหตุให้บุคคลบันดลโทษได้ แม้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 จะวินิจฉัยว่า จำเลยเป็นเพียงเพื่อนสนิท ไม่อาจบันดลโทษได้เมื่อภรรยาของเพื่อนถูกช่มเหงอย่างร้ายแรง แต่คำพิพากษาดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยโดยอาศัยคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ซึ่งเป็นสามีภรรยา กัน อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า จำเลยในคดีนั้นมิได้รับผลกระทบจากการช่มเหงหญิงผู้เป็นภรรยาของเพื่อน ศาลจึงวินิจฉัยว่าจำเลยมีอาจกระทำความผิดโดยบันดลโทษได้นั้นเอง หากเป็นกรณีที่เพื่อนสนิทถูกช่มเหงด้วยการทำร้ายร่างกาย เช่นนี้อาจเป็นเหตุช่มเหงอย่างร้ายแรงหรือมีผลกระทบต่อตัวผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเพื่อนสนิทกับผู้ถูกช่มเหงได้นั้นเอง

กรณีหุ้นส่วนทางธุรกิจพิจารณาได้ว่า หากการช่มเหงที่เกิดขึ้นนั้นมีผลกระทบกับการดำเนินธุรกิจหรือกิจการ เช่น การใส่ร้ายหุ้นส่วนทางธุรกิจ หรือทำร้ายร่างกายจนหุ้นส่วนบาดเจ็บไม่สามารถจัดการกิจการได้ เช่นนี้พิจารณาว่า เป็นการช่มเหงอย่างร้ายแรงที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของผู้กระทำซึ่งเป็นหุ้นส่วนด้วย จึงควรพิจารณาว่าผู้เป็นหุ้นส่วนสามารถเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกันได้ตามความสัมพันธ์พิเศษ

กรณีครูหรือพระ หรือผู้รับดูแลปกครองผู้อื่นไม่ว่าตามสัญญาหรือตามความผูกพัน พิจารณาได้ว่า หากมีการช่มเหงทำร้ายผู้ที่อยู่ในความดูแล หรือทำร้ายผู้ดูแล บุคคลในความสัมพันธ์ดังกล่าวสามารถเป็นผู้กระทำความผิดโดยบันดาลโทษเนื่องจากผู้ใกล้ชิดถูกช่มเหง เพราะผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียจากการต้องรับผิดชอบดูแลได้รับการกระทบกระเทือนหรือต้องเสียหายจากการช่มเหงนั้น รวมถึงกรณีผู้ดูแลเป็นฝ่ายถูกทำร้าย ผลประโยชน์ของผู้ถูกดูแลจะได้รับการกระทบกระเทือนจากการขาดไร้การดูแลปกครอง จึงพิจารณาได้ว่า บุคคลเหล่านี้เป็นผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันในกรณีข้างต้น

กระทั่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเองยังได้คำนึงถึงปัจจัยการอยู่ร่วมกันของคุณบุคคลดังกล่าว ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเหล่านี้จึงเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด นอกจากปัจจัยทางด้านสังคมและวัฒนธรรมแล้ว ปัจจัยอื่นที่ควรคำนึงถึงเพื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดคือ การอยู่ร่วมบริเวณเดียวกัน ระยะเวลาของการปฏิสัมพันธ์ต้องยาวนาน การปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันต้องมีความเข้มข้นลึกซึ้ง การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และความเหมือนหรือความคล้ายคลึงกันของคุณบุคคล โดยเฉพาะความเป็นญาติสืบสาโลหิต รวมถึงผลกระทบหรือส่วนได้เสียที่บุคคลมีต่อกันซึ่งต้องพิจารณาในมุมมองของวิญญูชนในฐานะอย่างเดียวกันประกอบด้วยว่า วิญญูชนมองว่าการช่มเหงนั้นกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์หรือมีส่วนได้หรือเสียจากการช่มเหงบุคคลนั้นๆหรือไม่

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ที่ตั้งไว้ว่า “การชมเชยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมอันทำให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทษอาจเป็นการชมเชยต่อบุคคลผู้มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดได้ บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายอาญาได้แก่ บิดา มารดา สามีภริยาหรือบุตรของผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตามศาลฎีกาได้วินิจฉัยขยายความไปถึงการชมเชยบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดด้วย การวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนถึงหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถูกชมเชยกับผู้กระทำความผิด และการชมเชยบุคคลดังกล่าวอันเป็นการชมเชยถึงผู้กระทำความผิด ส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนในการใช้ดุลพินิจของศาล นำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมกับผู้เสียหายและผู้กระทำความผิด ดังนั้นการกำหนดถึงปัจจัยในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล และการกระทำอันมีลักษณะเป็นการชมเชยถึงตัวผู้กระทำความผิดให้เป็นแนวทางประกอบการใช้ดุลพินิจของศาลไว้อย่างชัดเจน จะช่วยให้การใช้ดุลพินิจของศาลมีความเป็นเอกภาพและอำนวยความสะดวกให้แก่ทั้งผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายในแต่ละคดีมากยิ่งขึ้น” เมื่อได้ศึกษาวิจัยแล้วพบว่า สมมติฐานที่ตั้งไว้เป็นสิ่งที่ถูกต้อง เพราะมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่เป็นสัตว์สังคม จึงต้องมีความสัมพันธ์กับผู้อื่น และความสัมพันธ์ใกล้ชิดนี้เป็นความปรารถนาขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งของมนุษย์ ดังนั้นการชมเชยอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมกับผู้ใกล้ชิดจึงเป็นการชมเชยอย่างร้ายถึงตัวผู้กระทำความผิดอันเป็นเหตุให้บันดาลโทษได้ด้วย กฎหมายจึงลดโทษให้การกระทำความผิดโดยบันดาลโทษเพราะเหตุที่ผู้ใกล้ชิดถูกชมเชยด้วยความเห็นใจ อย่างไรก็ตามการเห็นใจดังกล่าวต้องมีขอบเขต การที่ศาลวินิจฉัยโดยไม่มีความชัดเจนถึงหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ใช้พิจารณาถึงความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างบุคคล จะก่อให้เกิดมิฉะนั้นจะเป็นการไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย สังคมและผู้กระทำความผิด ดังจะได้สรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ไขดังนี้

6.1 บทสรุป

แนวคิดทางสังคมวิทยาและจิตวิทยาสังคมสอดคล้องต้องกันว่า มนุษย์ต้องการความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลโดยเฉพาะความสัมพันธ์ใกล้ชิด เพราะมนุษย์เป็นสัตว์สังคม นอกจากนี้ปัจจัยที่ส่งเสริมให้บุคคลมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดได้แก่ การดำรงชีวิตหรืออยู่อาศัยร่วมบริเวณเดียวกัน ระยะเวลาของการปฏิสัมพันธ์ต้องยาวนาน การปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันต้องมีความเข้มข้นลึกซึ้ง การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และความเหมือนหรือความคล้ายคลึงกันของบุคคล โดยเฉพาะความเป็นญาติสืบสาโลหิตเดียวกัน ผู้ที่ถือว่าเป็นผู้ใกล้ชิดอาจเป็นบุคคลใดก็ได้ที่มีอิทธิพลต่อความคิดและการกระทำระหว่างกัน

ทางกฎหมายอาญาเองก็คำนึงถึงธรรมชาติดังกล่าวของมนุษย์ โดยได้ยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลว่าเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางอาญาของบุคคลในระดับที่ต่างกัน บางกรณีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเกี่ยวข้องกับเหตุยกเว้นความผิด บางกรณีเกี่ยวข้องกับเหตุยกเว้นโทษ บางกรณีเกี่ยวข้องกับเหตุลดโทษ บางกรณีเป็นองค์ประกอบความรับผิดทางอาญา นอกจากนี้ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลยังเกี่ยวข้องกับกรณีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายในคดีอาญา หรือมาตรการคุ้มครองพยานในคดีอาญา ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในนิติกฎหมายอาญาอาจเป็นความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงหรือความสัมพันธ์โดยอาศัยสถานะทางกฎหมายแล้วแต่เจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรานั้นๆ

การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะก็เช่นเดียวกัน กฎหมายได้ยอมรับว่า การช่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมสามารถกระทำกับผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดได้ และส่งผลให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะได้เสมือนกับตนเป็นผู้ถูกช่มเหงเสียเอง นักนิติศาสตร์เห็นว่า การช่มเหงในลักษณะดังกล่าวทำให้บุคคลรู้สึกถึงความยุติธรรมซึ่งเกิดขึ้นกับตนและโกรธแค้นจนไม่สามารถใช้เหตุผลไตร่ตรองการกระทำของตนเองได้ เป็นภาวะซึ่งอารมณ์เข้ามามีอำนาจเหนือการใช้เหตุผล และหากตนไม่กระทำความผิดจะถูกครหาว่าเป็นผู้ชลาดกลัว ไม่กล้าหาญพอที่จะโต้ตอบเพื่อเรียกความเป็นธรรมให้แก่คนที่ตนรัก อันเป็นเรื่องที่กระทบถึงศักดิ์ศรีของตัวผู้กระทำความผิดเสมือนเป็นผู้ถูกช่มเหงในขณะเดียวกัน บางแนวความคิดเห็นว่า การช่มเหงผู้ใกล้ชิดเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายเป็นฝ่ายก่อเหตุขึ้นก่อน หากไม่มีการช่มเหงเช่นนี้ การกระทำความผิดคงไม่เกิดขึ้น และกฎหมายมิได้คาดหวังว่าบุคคลจะต้องอดทนอดกลั้นเสมือนผู้ปราศจากกิเลส ตัณหา กฎหมายเพียงแต่ต้องการให้บุคคลควบคุมสติอารมณ์ในระดับที่เหมาะสมเท่านั้น กรณีการช่มเหงเช่นนี้จะไปยั่วให้บุคคลเกิดโทสะจนไม่สามารถควบคุมการกระทำของตนเองได้เช่นเดียวกันกับที่ผู้กระทำความผิดถูกช่มเหงโดยตรง กฎหมายจึงเห็นใจผู้กระทำความผิดและลดโทษให้ นอกจากนี้นักนิติศาสตร์ยังมีความเห็นว่า เหตุผลหนึ่งที่เหมาะสมจะลดโทษให้กับผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้เสียหายเองก็มีส่วนผิดในความผิดที่เกิดขึ้น เพราะไปช่มเหงทำร้ายผู้ใกล้ชิดของผู้อื่นก่อน จึงต้องหักล้างกับความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลง และผู้กระทำความผิดในกรณีนี้มีใช้บุคคลที่เป็นอันตรายต่อสังคมมากนัก เพราะเป็นการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นโดยมิได้ไตร่ตรองไว้ก่อน จึงไม่น่าที่ผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดซ้ำอันอาจเป็นอันตรายต่อสังคม

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายไทยมีพัฒนาการจากกฎหมายตราสามดวง โดยเฉพาะกฎหมายลักษณะผิดเมียบทที่ 9 ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษสำหรับสามีที่ฆ่าหรือทำร้ายชายที่กระทำชู้กับภรรยาของตน โดยบันดาลโทสะกับ หรือฆ่าหรือทำร้ายภรรยาของตนที่กระทำชู้ขึ้น และเหตุบันดาลโทสะดังกล่าวเป็นเหตุเฉพาะตัวของผู้เป็นสามี ผู้ใกล้ชิดของสามีไม่อาจกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะต่อชายผู้ทำชู้กับภรณานั้นหรือตัวภรรยาได้ เพราะแนวคิดสมัยนั้นถือ

ว่าหญิงเสมือนเป็นทรัพย์สินของชายผู้เป็นสามีนั้น นอกจากพัฒนาการตามกฎหมายตราสามดวงแล้วยังมีพัฒนาการมาจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อันมีพื้นฐานมาจากประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ด้วยความจำเป็นในสมัยนั้นซึ่งต้องเร่งพัฒนากฎหมายให้ทัดเทียมนานาอารยประเทศ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นกฎหมายที่บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะไว้อย่างกว้างขวาง และศาลได้วินิจฉัยยอมรับแนวคิดว่าการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะสามารถเกิดขึ้นได้เมื่อผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดถูกข่มเหง เพราะกฎหมายให้ความเห็นใจ เนื่องจากผู้กระทำความผิดมิได้เป็นคนชั่วร้ายมากนัก และบุคคลย่อมมีความรักให้กับผู้ที่เป็ญาติของตนอันเป็นธรรมชาติของมนุษย์

ประมวลกฎหมายอาญาเองได้ยอมรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาพัฒนาปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมยิ่งขึ้น ผู้ร่างกฎหมายให้อำนาจการใช้ดุลพินิจแก่ศาลอย่างกว้างขวางในการวินิจฉัยลงโทษ เพราะมีแนวความคิดที่เชื่อมั่นในสถาบันศาลยุติธรรม หากศาลวินิจฉัยว่า การกระทำใดเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง การกระทำนั้นย่อมเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงตามกฎหมาย ทำให้บรรทัดฐานและแนวความคิดเกี่ยวกับการข่มเหงผู้ใกล้ชิดเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมาย ทำให้บรรทัดฐานและแนวความคิดเกี่ยวกับการข่มเหงผู้ใกล้ชิดเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ถูกยอมรับและนำมาวินิจฉัยภายใต้หลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะของกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์การกระทำความผิดได้ถูกบัญญัติไว้อย่างกว้างขวาง เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจได้อย่างเต็มที่ว่าการกระทำใดเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรง อันส่งผลในลำดับต่อมาถึงกรณีที่ผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดเป็นผู้ถูกข่มเหง เพราะกฎหมายมิได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ถึงกรณีดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน ศาลจึงต้องอาศัยแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีก่อนๆเป็นหลักในการวินิจฉัย ประกอบกับการวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดี แม้เจตนารมณ์ของกฎหมายจะเป็นสิ่งที่เหมาะสมและเอื้ออำนวยให้ศาลวินิจฉัยได้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง บางคดีศาลวินิจฉัยโดยมุ่งถึงความสัมพันธ์ฉันญาติซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ตามกฎหมาย บางคดีศาลวินิจฉัยโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ตามความเป็นจริง การวินิจฉัยโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ฉันญาติเพียงอย่างเดียวเป็นการวินิจฉัยโดยคำนึงถึงความเป็นภววิสัยของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล อันสอดคล้องกับปรัชญาของการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะซึ่งต้องการความเป็นภววิสัยของการข่มเหงว่ามีความร้ายแรงเพียงพอในมุมมองของวิญญูชน แต่อาจเกิดความไม่สอดคล้องกับสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดและสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ความสัมพันธ์ของผู้รักร่วมเพศ คู่หมั้น คนรัก บุตรบุญธรรม หุ้นส่วนทางธุรกิจ ครูอาจารย์ ลูกศิษย์ บุคคลเหล่านี้จะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดหรือไม่ กฎหมายยังไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจน รวมถึงยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา คำพิพากษาศาลฎีกาที่พอเทียบเคียงหลักเกณฑ์ได้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2502 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ผู้กระทำความผิดมีอาจกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะได้เพียงเพราะเพื่อนสนิทของตน

ถูกข่มเหง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในมุมมองของศาลนั้นเห็นว่า ความสัมพันธ์ในลักษณะเพื่อนไม่เป็น ความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดเพียงพอให้บุคคลกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะนั่นเอง ความสัมพันธ์ใกล้ชิด ในมุมมองของศาลจึงมีแนวโน้มที่จะเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะของความเป็นญาติกันเท่านั้น ดังนั้น บุคคลอื่นนอกเหนือจากญาติ เช่น คู่หมั้น คู่รักร่วมเพศ หรือคนรัก จึงอาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นผู้ที่มีความใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดนั่นเอง การวินิจฉัยในลักษณะนี้อาจไม่สอดคล้องกับสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิดซึ่งอาจรู้สึกว่าเป็นบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้ที่มีความสัมพันธ์เป็นญาติเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับ ตนได้เช่นเดียวกัน และหากบุคคลใกล้ชิดนั้นถูกข่มเหงก็ควรเป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดบันดาลโทสะ ได้ หากความสัมพันธ์ใกล้ชิดจำกัดอยู่เพียงแต่ญาติของผู้กระทำความผิดย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้กระทำความผิดนั่นเอง

ขณะเดียวกัน แนวคำพิพากษาบางส่วนซึ่งวินิจฉัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดตามความเป็นจริง เป็นการวินิจฉัยในเชิงอัตวิสัยซึ่งต้องพิจารณาจากมุมมองของผู้กระทำความผิดประกอบกับข้อเท็จจริงว่า ผู้ใดเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิด เช่น ศาลวินิจฉัยว่า ภรรยาโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นสามี เพราะได้อยู่กินด้วยกัน ดังนี้เมื่อมองตามสถานะทางกฎหมายจะเห็นว่า บุคคลทั้งสองนั้นมิได้มีความสัมพันธ์ฉันทญาติหรือเป็นสามีภรรยาแต่อย่างใด เพราะมิได้ผูกพันกันตามสถานะทางกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาในมุมมองของความเป็นจริงพบว่า บุคคลทั้งสองมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันอย่างยิ่ง เพราะได้เป็นสามีภรรยาตามประเพณีนั่นเอง หรือแม้กระทั่งภรณาน้อยก็อาจพิจารณาได้ว่ายังเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้ถือความเป็นสามีนั่นเอง เพราะมีพฤติการณ์ที่แสดงออกได้ว่า หญิงผู้นั้นเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ลึกซึ้งกับชายผู้ถือความเป็นสามี หรือในกรณีบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมายกับบุตรโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาจากสถานะทางกฎหมายบุคคลทั้งสองนี้มิได้มีความสัมพันธ์ใดๆต่อกัน เพราะตามกฎหมายแล้วถือว่าคุณทั้งสองนี้มิได้มีความเกี่ยวข้องเป็นบิดากับบุตรกันตามกฎหมาย หากบิดาหรือบุตรโดยมิชอบด้วยกฎหมายของผู้กระทำความผิดถูกข่มเหง ผู้กระทำความผิดย่อมบันดาลโทสะได้ เพราะธรรมชาติของมนุษย์ในขณะที่บันดาลโทสะนั้นมิได้มีสิ่งใดเป็นการห้ามว่า หากมิได้เป็นความสัมพันธ์โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว มนุษย์ต้องห้ามมิโทษ การวินิจฉัยโดยคำนึงถึงแต่ความเป็นภริยาหรือสถานะทางกฎหมายจึงอาจไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะอย่างแท้จริงที่จะมิได้รับการลดโทษเพราะผู้ที่ใกล้ชิดกับตนซึ่งเป็นความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงถูกข่มเหง ทำให้ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการลดโทษให้กับผู้ที่บันดาลโทสะเพราะเป็นเรื่องที่น่าเห็นใจ และมีได้เป็นผู้ก่อเหตุขึ้นก่อน ดังนั้นผู้ที่กระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะบุคคลเหล่านี้ถูกข่มเหงจึงได้รับการลดโทษจากศาลด้วย เพราะศาลได้วินิจฉัยจากมุมมองความรู้สึกของผู้กระทำความผิดว่าบุคคลใด เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดนั่นเอง

กรณีนี้ การวินิจฉัยจากมุมมองของผู้กระทำความผิดหรือวินิจฉัยเชิงอัตวิสัยนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้เสียหาย และสังคม เพราะเมื่อพิจารณาจากมุมมองของผู้เสียหาย ผู้เสียหายนั้นไม่มีทางเลือกเลยว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับผู้ใด การกระทำของตนที่ตั้งใจมุ่งเป้าบุคคลหนึ่ง แต่เป็นการมุ่งเป้าไปถึงบุคคลอื่นด้วยในเวลาเดียวกันนั้น ตนไม่มีทางเลือกเลยว่าจะเป็นการมุ่งเป้าไปถึงผู้ใดบ้าง แต่กลับมีบุคคลอื่นนอกเหนือจากบุคคลที่ผู้เสียหายประสงค์จะมุ่งเป้ามากระทำความผิดกับตน ข้ายังได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดาลโทสะด้วยเหตุความสัมพันธ์ใกล้ชิดซึ่งตนไม่อาจรับรู้ได้ หรือหากรับรู้ได้ ผู้เสียหายอาจไม่มุ่งเป้า ในทางสังคมก็เช่นเดียวกัน กฎหมายอาญามีเจตนารมณ์ที่จะปกป้องสังคมจากผู้ที่เป็นอันตราย รวมถึงคนในสังคมมีหน้าที่ที่จะต้องระงับการกระทำของตนเองมิให้กระทำความผิดโดยง่าย กฎหมายเพียงแต่ลดโทษให้การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะเป็นสิ่งที่สุดจะอดทนอดกลั้นได้ในฐานะที่เป็นปุถุชนซึ่งย่อมมีโทสะอันเป็นเรื่องตามธรรมชาติ ดังนั้นบุคคลในสังคมจึงมีหน้าที่เช่นเดียวกันที่จะต้องระงับการกระทำของตนเองให้อยู่ภายใต้ระดับการควบคุมตนเองที่เหมาะสม หากมีบุคคลใดในสังคมละเมิดหน้าที่ที่ต้องระงับการกระทำของตนเองดังกล่าว บุคคลนั้นสมควรจะได้รับการลดโทษจึงจะเป็นธรรมต่อบุคคลอื่นในสังคมที่ปฏิบัติหน้าที่ของตน การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกมุ่งเป้าก็เช่นเดียวกัน สังคมและกฎหมายต่างต้องการให้ การกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นเพราะบันดาลโทสะเนื่องจากผู้ใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดอย่างแท้จริงเป็นผู้ถูกมุ่งเป้า และนำไปสู่การกระทำความผิด ความสัมพันธ์ใกล้ชิดนั้นควรเป็นความสัมพันธ์ซึ่งเป็นที่ยอมรับของสังคม ดังนั้น การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกมุ่งเป้าจึงควรมีความเป็นภววิสัยควบคู่ไปกับอัตวิสัย หากแต่ปัจจุบันหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติของกฎหมาย และแนวคำพิพากษาของศาลยังไม่มีชัดเจนว่าจะพิจารณาอย่างไร การวินิจฉัยโดยอาศัยแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาอาจไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

สำหรับการศึกษาเปรียบเทียบประเด็นเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกมุ่งเป้ากับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายอย่าง Common Law ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษพบว่า ทั้งสองประเทศยอมรับแนวความคิดว่า การมุ่งเป้าผู้ใกล้ชิดเป็นการมุ่งเป้าอย่างร้ายแรงประเภทหนึ่ง เนื่องจากการมุ่งเป้าประเภทนี้มีองค์ประกอบของการกระทำความผิดตามกฎหมาย คือการทำร้ายร่างกาย หรือทำอันตรายต่อชีวิตของผู้อื่น ดังนั้นการกระทำที่เป็นการมุ่งเป้าผู้ใกล้ชิดจึงจำกัดเฉพาะการทำร้ายร่างกายหรือการทำอันตรายต่อชีวิตเท่านั้น สำหรับผู้ใกล้ชิดนั้น ในประเทศทั้งสองนี้อาศัยกลไกการยึดถือแนวคำพิพากษาของศาล และการพิจารณาคดีจากคณะลูกขุน ซึ่งเป็นตัวแทนของบุคคลในสังคมพิจารณาว่าความสัมพันธ์ใดเป็นความสัมพันธ์ใกล้ชิด อันจะทำให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง และเท่าที่ผู้เขียนได้ศึกษาพบว่า ผู้ใกล้ชิดอาจเป็นได้ตั้งแต่เพื่อนบุคคลในครอบครัว ญาติ รวมถึงผู้รักร่วมเพศ และยังมีแนวโน้มที่จะขยายความไปถึงบุคคลอื่น เพราะคณะลูกขุนอาจพิจารณาความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงไปถึงบุคคลใดก็ได้ กลไกในลักษณะนี้เป็นการ

ผสมผสานระหว่างเกณฑ์ซึ่งมีความเป็นภววิสัยและอัตวิสัยซึ่งเป็นอุดมคติของการพิจารณาความร้ายแรงของการข่มเหง หากแต่ยังไม่เหมาะสมกับประเทศไทยที่มีได้ใช้ระบบวิธีพิจารณาโดยมีคณะลูกขุน

สำหรับประเทศในระบบซีวิลลอว์อันได้แก่ ประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศสนั้น มีกลไกการพิจารณา การกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะเพราะผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงแตกต่างกันไป ในประเทศเยอรมนีมีการกำหนดบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำที่เป็นการข่มเหงคือการทำทารุณกรรม และการดูหมิ่นอย่างร้ายแรง แก่ผู้ซึ่งกฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด กลไกลักษณะนี้แสดงออกถึงความเป็นภววิสัยอย่างชัดเจน เพราะได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว บุคคลจะอ้างว่าไม่ทราบกฎหมายไม่ได้ อย่างไรก็ตามกลไกลักษณะนี้อาจไม่มีความเหมาะสมเพราะมีความตายตัว และกระบวนการแก้ไขกฎหมายแต่ละครั้งทำได้ค่อนข้างลำบาก ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสนั้นแต่เดิมมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะ และได้กำหนดไว้ค่อนข้างจำกัดให้การข่มเหงผู้ใกล้ชิดจำกัดอยู่เพียงการทำร้ายร่างกาย และแม้กฎหมายจะมิได้ระบุถึงการข่มเหงผู้ใกล้ชิดไว้อย่างชัดเจน แต่ได้มีแนวความคิดว่าผู้ใกล้ชิดนั้นได้แก่ บุคคลในครอบครัว เพื่อน และคนรักนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันกฎหมายฝรั่งเศสได้ยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการลดโทษเพราะเหตุบันดัลโทสะ หากมีข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงจนกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะนั้น ย่อมเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาจากข้อเท็จจริง และกำหนดอัตราโทษในแต่ละคดี ดังนั้นเกณฑ์การพิจารณาของประเทศฝรั่งเศสนั้นจึงมีลักษณะที่เป็นอัตวิสัยอยู่มาก และอาจก่อให้เกิดปัญหาดังที่ได้กล่าวสรุปไปข้างต้น

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหงตามกฎหมายไทยและประเทศต่างๆ แล้วพบว่า หลักเกณฑ์ของประเทศไทยมีความกว้างขวางมาก เพราะบังคับใช้ได้ถูกฐานความผิด และครอบคลุมการกระทำที่เป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงได้หลากหลาย ในขณะที่ประเทศอื่น ๆ นั้นจะจำกัดเฉพาะความผิดต่อชีวิตหรือร่างกายเท่านั้นที่จะได้รับการลดโทษเพราะเหตุบันดัลโทสะ ทั้งยังจำกัดการกระทำที่เป็นการข่มเหงเอาไว้เพียงการทำร้ายร่างกายหรือทำอันตรายต่อชีวิตของผู้ใกล้ชิด ในขณะที่ประเทศไทยนั้น ศาลฎีกาในคำพิพากษาที่ 8944/2553 ได้เคยวินิจฉัยว่ารวมถึงการข่มเหงต่อเกียรติยศศักดิ์ศรีของผู้ใกล้ชิดด้วยซึ่งครอบคลุมการกระทำที่กว้างขวางมาก ผู้เขียนจึงเห็นว่า หลักเกณฑ์การกระทำความผิดโดยบันดัลโทสะของผู้ใกล้ชิดตามกฎหมายไทยควรจะจำกัดให้แคบลงโดยอาศัยปัจจัยทางข้อเท็จจริงในการพิจารณา อันได้แก่ ปัจจัยที่ส่งเสริมให้บุคคลมีความใกล้ชิดกันตามมิติทางสังคมวิทยา และจิตวิทยาสังคม เช่น การดำรงชีวิตหรืออยู่อาศัยร่วมบริเวณเดียวกัน ระยะเวลาของการปฏิสัมพันธ์ต้องยาวนาน การปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันต้องมีความเข้มข้นลึกซึ้ง การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และความเหมือนหรือความคล้ายคลึง

กันของบุคคล โดยเฉพาะความเป็นญาติสืบสาโลहित รวมถึงให้ศาลคำนึงถึงลักษณะของการข่มเหงนั้น ด้วยว่าเป็นการข่มเหงที่มีลักษณะเป็นการส่วนตัวหรือไม่

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากบทสรุปข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า การกระทำความผิดโดยบันดาลโทสะเมื่อผู้ใกล้ชิดถูกข่มเหง ยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณา จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับปัจจัยในการพิจารณา ข้อเท็จจริงให้สอดคล้องกับมิติทางสังคมวิทยา และจิตวิทยาสังคมอันแสดงถึงลักษณะความเป็นภววิสัย เพราะบุคคลในสังคมย่อมรับรู้ถึงสภาพความเป็นจริงเหล่านี้ได้ และสังคมก็สามารถยอมรับ ความสัมพันธ์นั้นได้ โดยผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางการวินิจฉัยความสัมพันธ์ใกล้ชิดไว้สองแนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก กำหนดแนวทางการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 คำว่า “การข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม” โดยให้คำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการข่มเหงผู้อื่นว่า ก่อให้เกิดผลเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงถึงตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่ เพราะแม้เป็นผู้ใกล้ชิดกัน การข่มเหงดังกล่าวอาจเป็นการข่มเหงกันเป็นการส่วนตัวได้ เพื่อเป็นแนวทางประกอบการใช้ดุลพินิจของศาล และคำนึงถึงปัจจัยทางข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล อาทิ การดำรงชีวิตหรืออยู่อาศัยร่วมบริเวณเดียวกัน ระยะเวลาของการปฏิสัมพันธ์ต้องยาวนาน การปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันต้องมีความเข้มข้นลึกซึ้ง การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และความเหมือนหรือความคล้ายคลึงกันของบุคคล โดยเฉพาะความเป็นญาติสืบสาโลहित ปัจจัยดังกล่าวเป็น ปัจจัยที่สามารถแยกพิจารณากันได้ ยิ่งความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงสอดคล้องกับปัจจัยเหล่านี้มากเท่าใด แสดงว่าความสัมพันธ์นั้นเป็นความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดเพียงนั้น

แนวทางที่สอง ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อเป็นการกำหนดถึงการข่มเหงผู้ใกล้ชิดที่สามารถเป็นเหตุ บันดาลโทสะได้ และเพื่อเพิ่มหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความสัมพันธ์ใกล้ชิด ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 โดยเพิ่มเติมข้อความในวรรคสองดังนี้

“มาตรา 72 ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น เพียงใดก็ได้

การพิจารณาถึงการข่มเหงอย่างร้ายแรงให้ศาลคำนึงถึงการดำรงชีวิตหรืออยู่อาศัยด้วยกัน ระยะเวลาของความสัมพันธ์ การอุปถัมภ์คำชู้ตามหน้าที่ศีลธรรมจรรยา รวมถึงลักษณะของบุคคลที่มีร่วมกันและผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการข่มเหงที่เกิดขึ้นตามพฤติการณ์”

นอกจากนี้ การศึกษาค้นคว้าเพื่อเรียบเรียงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้อาศัยความรู้ใหม่ที่เป็นประโยชน์ กล่าวคือ

แนวความคิดและขอบเขตของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง ตลอดจนขอบเขตการกระทำอันเป็นการข่มเหงที่สามารถบันดลโทษได้ตามประมวลกฎหมายอาญาและแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกากว่า เป็น ความสัมพันธ์ในลักษณะญาติ ไม่ว่าจะ เป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย หรือตามความเป็นจริง

เปรียบเทียบกฎหมายไทยเกี่ยวกับแนวความคิด ขอบเขต หลักเกณฑ์ของผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง และขอบเขตการกระทำอันเป็นการข่มเหงที่สามารถบันดลโทษได้กับกฎหมายของต่างประเทศพบว่า กฎหมายไทยมีขอบเขตที่กว้างขวางและครอบคลุมการกระทำที่เป็น การข่มเหงอย่างหลากหลาย โดยเฉพาะการข่มเหงถึงเกียรติยศศักดิ์ศรีของผู้ใกล้ชิด

แนวทางการกำหนดขอบเขตหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถูกข่มเหง และขอบเขตการกระทำอันเป็นการข่มเหงที่สามารถบันดลโทษได้ว่า ควรกำหนดปัจจัยเพื่อช่วยพิจารณาถึงความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริง อันได้แก่ การดำรงชีวิตหรืออยู่อาศัยร่วมบริเวณเดียวกัน ระยะเวลาของการปฏิสัมพันธ์ต้องยาวนาน การปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันต้องมีความเข้มข้นลึกซึ้ง การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และความเหมือนหรือความคล้ายคลึงกันของบุคคล โดยเฉพาะความเป็นญาติสืบสาโลหิต

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- เพ็ญจันทร์ แจ่มมาก. การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดทางอาญา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมันและไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2544.
- แจ่มมาก, E. การกระทำโดยบันดาลโทสะกับความรับผิดทางอาญา ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เยอรมันและไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. 2544.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักในกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2539.
- โรแบร์ต แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. ร. แลงการ์ด กับไทยศึกษา : รวบรวมความแปล และบทความศึกษาผลงาน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : ศูนย์ข้อมูลเพื่อการค้นคว้าวิจัยฝรั่งเศส-ไทยศึกษา, 2548.
- คนพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.
- คัมภีร์ แก้วเจริญ. ฎีกาวิเคราะห์:บันดาลโทสะ:เหตุผลโทษตาม ป. อาญา. วารสารอัยการ 15, 22 (มีนาคม 2522).
- จรัญ ภักดีธนากุล. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.
- จิตติ ดิงศักดิ์ทิพย์. กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548.
- จุลสิงห์ วสันตสิงห์. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 (มาตรา 1 - มาตรา 119) พร้อมตัวอย่างคำถาม - คำตอบ จนถึงปี พ.ศ. 2552. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553.
- ฉันทชาย โรจนสรโรช. การศึกษาทฤษฎีกฎหมายอาญาใหม่ในร่างพระราชกำหนดลักษณะประทุษร้ายแก่ร่างกายแลชีวิตมนุษย์ รัตนโกสินทร์ ศก 118. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2516.
- ณรงค์ เล็งประชา. มนุษย์กับสังคม. กรุงเทพมหานคร: บริษัท โอ.เอส.พรีนติ้งเฮ้าส์ จำกัด, 2551.
- ทรงยศ ลังการพิณธุ์. บันดาลโทสะด้วยเหตุที่สะสมมา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2549.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์นิติธรรม, 2540.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.
- ทัศนีย์ ทองสว่าง. สังคมวิทยา. กรุงเทพมหานคร: บริษัท โอเดียนสโตร์ จำกัด, 2549.
- ธานีศ เกศวพิทักษ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 ภาค 1-2 (มาตรา 1-156). พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรีนติ้ง, 2555.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปุลณวีร์ ประจวบลาภ. การอ้างจารีตประเพณีและวัฒนธรรมกับความรับผิดทางอาญา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2555.

พระครูสังฆรักษ์ประพนธ์ จิตตมโล (กลัวย่อม). ศึกษาเปรียบเทียบความโกรธและวิธีระงับความโกรธในพระพุทธศาสนาเถรวาทกับ คริสตศาสนา. วิทยานิพนธ์พุทธศาสตรมหาบัณฑิต, คณะพุทธศาสตร์ สาขาวิชาศาสนาเปรียบเทียบ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. 2556.

พระอินทรปริชา. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1-2. พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิทยมิตรธรรมานุกร, 2468.

พิณทิพย์ สีลาเกรียงศักดิ์. การกระทำผิดโดยบันดาลโทสะที่เกิดขึ้นในขณะที่เดียวกับการกระทำโดยเบื้องต้นและการกระทำโดยไตร่ตรองไว้ก่อน. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2544.

พิริณัย ไชยแสงสุขกุล และอำนวย พรหมอนันต์. กฎหมายแห่งราชอาณาจักรสยาม : ศึกษาเปรียบเทียบโครงการสร้างระบบกฎหมาย และเนื้อหาบทบัญญัติ ของอาณาจักรสยามและอาณาจักรเขตกัมพูชา. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สยามพาณิชย์ จำกัด, 2537.

มูล นิธิ ศี ก ข า และ แพ ร์ พ ร ะ พุ ท ศ า ส น า . ลักษณะของโทสะ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา : <http://buddhiststudy.tripod.com/ch6.htm> [เข้าถึงเมื่อ 26 ธันวาคม 2556]

ยืนหยัด ใจสมุทร. เอกสารการสอนชุดวิชา 41231 กฎหมายอาญา 1 : ภาคบทบัญญัติทั่วไป. นนทบุรี: ฝ่ายการพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2530.

วิจิตร ลulitanนท์. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2505.

ศิริชัย วัฒนโยธิน. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8944/2553. ใน วิชิตชลชัย, พ. (บรรณาธิการ), คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2553 เล่มที่ 11 บริการสำนักงานศาลยุติธรรม บริการสวัสดิการศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร บริษัท ชวนพิมพ์ 50 จำกัด, 2554.

ศิริรัตน์ แอดสกุล. ความรู้เบื้องต้นทางสังคมวิทยา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. รายงานผลการศึกษาระดับสมบูรณั โครงการศึกษาเพื่อพัฒนามาตรการ พิเศษในการคุ้มครองพยานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ.2546 ปีงบประมาณ 2551. นนทบุรี: กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, 2551.

สุทธิ นิชโรจน์. การกระทำผิดโดยบันดาลโทสะ. ตุลพาท 5, 22 (กันยายน-ตุลาคม 2518).

สุปัน พูลพัฒน์. คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2520.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

———. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

อุททิศ แสนโกศิก. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525.

ภาษาอังกฤษ

A.Wills, T., L.Weiss, R., and R.Patterson, G. A Behavioral Analysis of the Determinants of Marittal Satisfaction. Journal of Consulting and Clinical Psychology 42, 6 (1974): 9.

Aristotle. Nicomachean Ethics. Translated by Sarah Broadie and Christopher Rowe. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Arthur Aron, and Aron, E. N. Self and Self-Expansion in Relationships. In Edited by Garth J. O. Fletcher and Fitness, J., Knowledge Structures in Close Relationships: A Social Psychological Approach. New York Psychology Press, 1996.

Arthur Aron, Elaine N. Aron, and Danny Smollan. Inclusion of Other in the Self Scale and the Structure of Interpersonal Closeness. Journal of Personality and Social Psychology 63, 4 (1992): 16.

Ashworth, A. Principles of Criminal Law. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Ashworth, A., and Horder, J. Principles of Criminal Law. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Ashworth, A. J. The Doctrine of Provocation. The Cambridge Law Journal 35, 2 November (1976): 28.

Austin, J. L. A Plea for Excuses. Proceedings of the Aristotelian Society 57 (1956).

- Bentham, J. Theory of Legislation. Translated by Dumont, E. London: Trübner & CO. , 1864.
- Berschied, E., and Regan, P. C. The Psychology of Interpersonal Relationships. New Jersey: Pearson Prentice Hall,, 2005.
- Bouzat, P., and Pinatel, J. Traite De Droit Penal Et De Criminologie Tome Iii Criminology. 3 ed. Paris: Librairie Dalloz, 1975.
- Broom, L., and Selznick, P. Sociology : A Text with Adapted Readings. New York Harper & Row, 1973.
- Card, R. Card, Cross & Jones: Criminal Law. 20 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Chauveau, A., and Hélie, F. Théorie Du Code Pénal. 4 ed. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1862.
- Commisson, L. "Partial Defences to Murder Final Report." 2004.
- Cooley, C. H. Social Organization: a Study of the Larger Mind. Introd. By Philip Rieff. New York: Schocken Books 1962.
- Davis, K. Human Society. New York: The Macmillan Company, 1949.
- Dressler, J. Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale. Journal of Criminal Law and Criminology 73, 2 (1982): 50.
- Elliott, C. French Criminal Law. Uffculme, Cullompton, Devon, UK ; Portland, Or.: Willan Pub., 2001.
- Fletcher, G. P. Rethinking Criminal Law. Oxford University Press, 2000.
- Fletcher, G. P. Rethinking Criminal Law. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2000.
- Horder, J. Provocation and Responsibility. New York: Oxford Universtiy Press, 1992.
- Horton, P. B., and Hunt, C. L. Sociology. New York McGraw-Hill, 1984.
- Hume, D. A Treatise on Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects: and Dialogues Concerning Natural Religion. London: Longmans, Green and Company,, 1874.
- International, P. F. Restorative Justice Briefing Paper. Washington,DC: Centre for justice&Reconciliation, 2008.
- Jowett, B. The Politics of Aristotle. Oxford: Clarendon Press, 1985.
- Kieffer, C. New Depths in Intimacy. In Edited by Roger W. Libby, R. N. W., Marriage and Alternatives: Exploring Intimate Relationships. Glenview,IL: Scott, Foresman, 1977.
- LaFave, W. R. Criminal Law. 5 ed. St. Paul, Minn.: West/Thomson, 2010.
- Lawrence, C. W., and Lawrence, M. W. A Treatise on the Law of Crimes : (Clark & Marshall). 6 ed. Chicago Callaghan, 1958.
- Mark A. Zoeller, Rainer Fornoff, and Gries, C. Strafrecht Besonderer Teil Ii: Delikte Gegen Rechtsgüter Der Person Und Der Allgemeinheit. Berlin: BWV Verlag, 2008.
- Maslow, A. H. Motivation and Personality. 3 ed. Cambridge: Harper & Row, 1987.
- Mayaud, Y. Code Penal / Annotations De Jurisprudence Et Bibliographie Par Yves Mayaud Avec Le Concours De Alexandra Jzequel & Carole Gayet. 109 ed. Paris: Dalloz, 2012.
- Ormerod, D., and Laird, K. Smith and Hogan's Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Perkins, R. M. Criminal Law. 2 ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1969.
- Radzinowicz, L. A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750. New York: The Macmillan Company, 1948.
- Reis, H. T., and Shaver, P. Intimacy as an Interpersonal Process. In Edited by Duck, S. W., Handbook of Personal Relationship. 1998.

- Robinson, P. H. Abnormal Mental State Mitigations of Murder: The Us Perspective. In Edited by Alan Reed and Bohlander, M., Loss of Control and Diminished Responsibility: Domestic, Comparative and International Perspectives. Wey Court East, Surrey: Ashgate Publishing, Ltd, 2013.
- Sahlins, M. D. Stone Age Economics. New York: Aldine de Gruyter Publisher, 1974.
- Ten, C. L. Crime, Guilt, and Punishment: A Philosophical Introduction. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Thomas, W. L. V., and Anderson, R. J. Sociology : The Study of Human Relationships. New York Harcourt, Brace, Jovanovich, , 1972.
- Weigend, T. Germany. In Edited by Kevin Jon Heller and Dubber, M. D., The Handbook of Comparative Criminal Law. Stanford, Calif: Stanford Law Books, 2011.
- Wildman, S. M., and Donovan, D. A. Is the Reasonable Man Obsolete?: A Critical Perspective on Self-Defense and Provocation. Loyola of Los Angeles Law Review 14, 1980-1981 (1980): 35.
- Williams, G. Textbook of Criminal Law. London: Stevens and Sons, 1978.





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายจิรภัทร ผลากรกุล เกิดเมื่อวันศุกร์ที่ 26 มกราคม พุทธศักราช 2533 ที่จังหวัด กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นประถมศึกษาจากโรงเรียนพระยาประเสริฐสุนทราศรัย (กระจ่าง สิงหเสนี) ชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนบดินทร์เดชา (สิงห์ สิงหเสนี) และปริญญาตรีจาก คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีพุทธศักราช 2555 และผ่านการสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 65 ในปีเดียวกัน ปัจจุบันกำลัง ศึกษาอยู่ในชั้นปริญญาโทมหาบัณฑิต หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย

