

บทที่ 2

ความหมายโดยทั่วไปของการกระทำโดยพลาดกับการวินิจฉัยปัญหา ความรับผิดในการกระทำโดยพลาดของต่างประเทศ

ความหมายโดยทั่วไปของการกระทำโดยพลาด (ABERRATIO ICTUS)

การกระทำโดยพลาดหรือการกระทำผิดตัวโดยพลาด หมายถึง การที่ผู้กระทำความผิดตั้งใจกระทำให้เกิดผลแก่บุคคลหนึ่ง แต่เมื่อทำไปแล้วผลกลับไปเกิดแก่อีกบุคคลหนึ่ง ทั้งนี้โดยผู้กระทำได้มุ่งกระทำแก่ตัวผู้ที่ตนต้องการกระทำต่อแล้ว แต่แทนที่ผลจะเกิดแก่ผู้นั้น กลับพลาดไปเกิดแก่อีกผู้หนึ่ง¹ ซึ่งการกระทำโดยพลาดนี้ไม่มีความสำคัญผิดในตัวผู้กระทำร้าย แต่ผลของการกระทำไม่เกิดขึ้นตามที่ประสงค์เพียงเท่าที่เกี่ยวกับตัวผู้ถูกกระทำร้าย หากพลาดไปถูกผู้อื่นที่ตนมิได้ประสงค์จะทำร้าย และมีได้เล็งเห็นผลว่าจะเกิดแก่ผู้ที่ได้รับผลร้ายนั้น² สรุปโดยเนื้อหาแล้ว การกระทำโดยพลาดก็คือ การกระทำที่ไม่เกิดผลต่อวัตถุที่ผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อแต่เกิดผลต่อวัตถุอื่นที่มีองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา เช่นเดียวกับที่ผู้กระทำมีเจตนากระทำต่อ³

การวินิจฉัยปัญหาความรับผิดในการกระทำโดยพลาดของประเทศไทยในระบบประมวลกฎหมาย

1. โครงสร้างของความผิดอาญา

เกี่ยวกับโครงสร้างของความผิดอาญานี้ เป็นเรื่องของขั้นตอนในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาซึ่งตามหลักนิติศาสตร์ในภาคพื้นยุโรป จะพิจารณาจากตัวผู้กระทำและการ

¹ อุทิศ แสนโกติก, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร: กรมอัยการ, 2525), หน้า 90.

² จิตติ ดิงศภิษฐ์, กฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษา กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 212.

³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 917/2530, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม), หน้า 121.

กระทำของผู้นั้น โดยในเบื้องต้นจะพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นเข้าองค์ประกอบ (Tatbestandsmassigkeit) หรือไม่และเมื่อการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบแล้ว จึงจะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งในส่วนที่สองนี้เป็นการพิจารณาในส่วนที่เรียกว่า 'ความผิดกฎหมาย' (Rechtswidrigkeit) ถ้าหากข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นเข้าองค์ประกอบและผิดกฎหมายแล้ว จึงมาพิจารณาถึงตัวบุคคลนั้นว่า บุคคลนั้นได้กระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่ หรือสิ่งที่บุคคลนั้นกระทำไปเป็นสิ่งที่สังคมควรจะตำหนิได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งเป็นการพิจารณาในส่วน 'ความชั่ว' (Schuld) เพราะฉะนั้น แนวความคิดทางอาญาในปัจจุบันจึงได้แยกโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็น 3 ส่วน⁴ คือ ส่วนขององค์ประกอบ ส่วนของความผิดและส่วนของความชั่ว

ก. ส่วนขององค์ประกอบ เป็นลักษณะทางรูปแบบของความผิดอาญาซึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในความผิดแต่ละฐาน ซึ่งการพิจารณาในส่วนองค์ประกอบนี้เป็นการพิจารณาในเบื้องต้นโดยยังไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วองค์ประกอบของความผิดอาญาแบ่งออกเป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน

1. องค์ประกอบภายนอก ซึ่งจะประกอบด้วยผู้กระทำ, การกระทำ, กรรมของการกระทำ, ผลของการกระทำ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ตลอดจนข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำนั้น

1.1 ผู้กระทำ ในส่วนเกี่ยวกับตัวผู้กระทำนี้ กฎหมายอาจจำกัดถึงคุณสมบัติของผู้กระทำ เช่น ความเป็นเจ้าพนักงานหรือไม่จำกัดคุณสมบัติของผู้กระทำก็ได้ ซึ่งโดยทั่วไปกฎหมายจะใช้คำว่า 'ผู้ใด'

⁴คณิต ฒ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2533), หน้า 181.

1.2 การกระทำ ได้แก่ การกระทำต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในฐานความผิดต่าง ๆ ซึ่งการกระทำนี้อาจเป็นการเคลื่อนไหวร่างกาย หรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายก็ได้ * แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปโดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ในบังคับของจิตใจ

1.3 ผลของการกระทำ ความผิดอาญาที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย อาจจะเป็นความผิดที่ต้องการผล (delits materials) เช่น ความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา ตามมาตรา 288 ความตาย คือ ผลของการกระทำ (การฆ่า) หรือ การที่ทรัพย์ถูกทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ เป็นผลของการกระทำให้เสียหาย ทรัพย์ ตามมาตรา 358 เป็นต้น ส่วนความผิดบางฐานอาจเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล (delits formels) เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จ ตามมาตรา 137 หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 326 เป็นต้น

* การไม่เคลื่อนไหวร่างกายที่ถือเป็นการกระทำสามารถแยกได้เป็น การละเว้นกระทำ (direct omissions) และการงดเว้นกระทำ (indirect omission) โดยการละเว้นกระทำจะเป็นกรณีของความผิดที่รัฐบัญญัติขึ้น (positive law) โดยบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของบุคคลต้องกระทำในพฤติการณ์ใดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะทั้งนี้โดยมีจุดประสงค์เพื่อป้องกันผลประโยชน์ของสาธารณชนหรือเพื่อให้การบริหารงานของรัฐบาลเป็นไปโดยเรียบร้อย ซึ่งโดยมากมักจะเป็นความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ

ส่วนการงดเว้นกระทำ จะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดโดยงดเว้นนี้ จะต้องเป็นผู้ที่เป็นประกันในการไม่ให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนานั้นขึ้น ซึ่งการเป็นประกันนั้นอาจเกิดขึ้นในกรณีดังต่อไปนี้

1. การเป็นประกันโดยบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องสามีภรรยา ครอบครัว อำนาจปกครอง บิดามารดา เป็นต้น

2. การเป็นประกันอาจเกิดจากการยอมรับเป็นประกันในทางข้อเท็จจริง ซึ่งอาจเป็นการยอมรับเอาซึ่งหน้าที่ในทางสัญญา หรือเป็นการยอมรับในทางความเป็นจริงก็ได้เช่น การเป็นนายแพทย์เวร การสมัครใจเข้าช่วยเหลือเป็นธุระให้ผู้อื่นเช่น การนำคนข้ามถนน การนำคนเมามาส่งบ้าน เป็นต้น

3. การเป็นประกันจากการกระทำอื่น ๆ ที่อันตราย กล่าวคือ ผู้ใดโดยการกระทำของตนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อผลที่ความผิดฐานนั้นต้องการ ผู้นั้นมีหน้าที่ต้องป้องกันมิให้ผลนั้นเกิดขึ้น

4. การเป็นประกันอาจเกิดขึ้นได้โดยความสัมพันธ์อันเป็นที่ไว้วางใจกันเป็นพิเศษได้ เช่น การร่วมผจญภัยด้วยกัน และกรณีมีหน้าที่ต้องเปิดเผยในขอบเขตของความเกี่ยวพันในทางธุรกิจที่ใกล้ชิด เช่น ธุรกิจการธนาคาร เป็นต้น

1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล* ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาสำหรับความผิด อาญาที่ต้องการผลกล่าวคือบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาสำหรับผลของการกระทำที่ตนเป็นผู้ก่อขึ้นเท่านั้น หรือผลที่เกิดขึ้นนั้นต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำของเขาตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

1.5 ข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการกระทำนั้น ซึ่งอาจเป็นเรื่องเหตุกรรจ์ในบางฐานความผิด เช่น ในเวลากลางคืน การกระทำโดยมีอาวุธ การกระทำในเคหะสถาน การกระทำต่อบุพการี การกระทำต่อเจ้าพนักงาน เป็นต้น

2. องค์ประกอบภายใน ประกอบด้วยเจตนา ประมาท และองค์ประกอบภายในอื่น เช่น มูลเหตุชักจูงใจ เป็นต้น⁵

*มีผู้แบ่งโครงสร้างส่วนองค์ประกอบออกเป็น 4 ส่วน คือ การกระทำ การกระทำครบองค์ประกอบภายนอก การกระทำครบองค์ประกอบภายใน มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยพิจารณาหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนี้ จะกระทำเมื่อการกระทำของผู้กระทำครบองค์ประกอบภายในมาแล้ว กล่าวคือ มีเจตนาหรือประมาท เว้นแต่กรณีความผิดโดยเด็ดขาด (strict liability) หากปรากฏว่าผู้กระทำไม่เจตนาหรือไม่ประมาท และกรณีก็ไม่ใช่เรื่องความรับผิดชอบโดยเด็ดขาดแล้วก็ไม่ต้องพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกระทำและผลเลย เพราะไม่มีประโยชน์อันใดที่จะต้องมาพิจารณาในเรื่องนี้ ในเมื่อผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบเพราะขาดเจตนา หรือไม่ประมาทมาตั้งแต่ต้นเสียแล้ว ดูเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 199.

⁵คณิต ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 181.

2.1) เจตนา* ซึ่งส่วนประกอบของเจตนาอันมีอยู่ 2 ส่วน คือ ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และส่วนประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำนั้น ส่วนแรกนั้นอาจเรียกสั้นๆ ว่า 'ส่วนรู้' และส่วนหลังอาจเรียกสั้น ๆ ว่า 'ส่วนต้องการ'⁶

ก. ส่วนรู้ของเจตนา ในเรื่องการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดในเรื่องเจตนา นั้น มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการรู้ข้อเท็จจริงในของเขตเพียงใดที่จะถือได้ว่ากระทำโดยเจตนาแล้ว ซึ่งนักกฎหมายไว้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า การรู้ข้อเท็จจริงนั้นผู้กระทำเพียงแต่รู้ในส่วนข้อเท็จจริงโดยทั่ว ๆ ไป เท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดที่เฉพาะเจาะจงลงไปหรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การรู้นั้นไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดตามความเป็นจริง ที่เรียกว่า actual knowledge แต่ก็ไม่ใช่เพียงแต่รู้ในสิ่งที่คาดว่าจะเป็นไปได้ (potential) เท่านั้น ดังนั้นขอบเขตของการรู้จึงควรอยู่ระหว่าง actual knowledge และ potential knowledge ก็เพียงพอแล้วเช่น ในความผิดต่อชีวิตผู้กระทำจึงเพียงแต่รู้ว่ากรรมของการกระทำเป็นมนุษย์ก็เพียงพอต่อขอบเขตของการรู้แล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้เฉพาะเจาะจงลงไปว่า มนุษย์นั้นเป็น นาย ก. หรือ นาย ข. หรือในความผิดฐานลักทรัพย์ เพียงแต่ผู้กระทำว่าสิ่งที่เอาไปนั้นไม่ใช่ของตนแต่เป็นของผู้อื่น หรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ในรายละเอียดว่า สิ่งนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของ นาย ก. หรือ นาย ข. และไม่จำเป็นต้องรู้ว่าสิ่งนั้นเป็นทรัพย์ในความหมายของกฎหมายหรือไม่

* แนวความคิดที่ถือว่าตำแหน่งของเจตนาอยู่ในโครงสร้างส่วนขององค์ประกอบนี้เป็นแนวความคิดของนักวิชาการเยอรมันที่ถือตามทฤษฎี Finalitaet ซึ่งตามทฤษฎีนี้ถือว่าการกระทำความผิดอาญาในทุกกรณี นอกจากผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สำนึกแล้ว ผู้กระทำยังมีเจตน์จำนง (Will) ที่จะให้เกิดผลจากการกระทำนั้นด้วย เพราะฉะนั้น ตามแนวความคิดนี้ จึงถือว่าสิ่งที่จะถูกลงโทษได้นั้น มิใช่เพียงแต่ลงโทษการก่อให้เกิดอันตรายในสิ่งที่กฎหมายห้ามเท่านั้น แต่เป็นเรื่องของการลงโทษเจตนาที่ก่อให้เกิดอันตรายนั้นมากกว่า Professor Hans Welzel นักกฎหมายเยอรมันเรียกแนวความคิดเช่นนี้ว่า Finale Handlungslehre แต่มีข้อโต้แย้งจากนักวิชาการอีกสำนักหนึ่ง ซึ่งมีความคิดตามทฤษฎี Kausalitaet ที่ถือว่าการกระทำความผิดอาญานั้น การกระทำกับจุดหมายในผลของการกระทำสามารถแยกกันได้โดยถือเป็นคนละส่วนกัน เพราะฉะนั้นตามทฤษฎีนี้จึงถือว่า เจตน์จำนง (Will) ที่จะให้เกิดผลหรือไม่เป็นเรื่องของความชั่ว (Schuld) ไม่รวมอยู่ในส่วนขององค์ประกอบ รายละเอียดโปรดดู แสง บุญเฉลิมวิภาส, 'ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา,' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 14-16.

⁶ คณิศ ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 203.

เกี่ยวกับการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนี้ หากผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงมาแต่แรกเพียงแต่มารู้ในภายหลัง ย่อมถือไม่ได้ว่าอยู่ในความหมายของการรู้ในที่นี้สำหรับการรู้ข้อเท็จจริงภายหลังที่ผู้กระทำได้กระทำการไปแล้วนี้ เรียกว่า *dolus subsequences* ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของเจตนาทางอาญา ดังนั้น การรู้ข้อเท็จจริงที่จะถือเป็นเจตนาได้ ต้องเป็นการรู้ในขณะกระทำ⁷

อนึ่ง ข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำจะต้องรู้นี้ หมายถึง ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดเท่านั้น ยังมีข้อเท็จจริงอื่นซึ่งมิใช่องค์ประกอบของความผิดซึ่งเรียกว่า 'เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย' ซึ่งผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ เนื่องจากเป็นเพียงเงื่อนไขในการลงโทษเท่านั้น โดยลักษณะของเงื่อนไขการลงโทษนี้ มีลักษณะเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางเนื้อหา⁸

ข. ส่วนต้องการของเจตนา อันได้แก่ ส่วนประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลซึ่งในทางตำราและคำพิพากษาของศาลเยอรมันแยกเจตนาออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1. เจตนาประสงค์ต่อผลหรือเจตนาโดยตรง (*dolus directus* หรือ *der direkte vorsatz*) หมายถึง ความประสงค์ที่จะให้ผลเกิดขึ้นตามที่ตั้งใจนั้นโดยตรง กล่าวคือ ผู้กระทำได้กระทำโดยมุ่งหมายในขณะกระทำที่จะให้ความผิดเกิดขึ้น ซึ่งความมุ่งหมายที่จะให้ความผิดเกิดขึ้นนี้อาจเป็นการมุ่งหมายโดยเจาะจง หรือ อาจมุ่งหมายที่จะให้ความผิดเกิดขึ้นทั่ว ๆ ไป โดยไม่เจาะจงด้วยบุคคลก็ได้ เช่น การยิงปืนเข้าไปในกลุ่มคนที่กำลังประชุมกันอยู่ โดยมุ่งหมายให้คนใดคนหนึ่งถึงแก่ความตาย จะได้เกิดชุลมุนวุ่นวายขึ้น ก็ถือว่าเป็นการฆ่าโดยเจตนาในกรณีนี้แล้ว⁹

เจตนาประสงค์ต่อผลนี้ ในทางตำราแยกออกเป็น 2 ระดับ¹⁰ คือ

1.1 เจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง (*unmittelbarer vorsatz dolus* หรือ *directus ersten grades*) เป็นกรณีที่ผู้กระทำตั้งใจกระทำการอันเป็นความผิดทางอาญา โดยมีเป้าหมายที่ต้องการจะให้บรรลุ แต่

⁷ แสงว บุญเฉลิมวิภาส, 'ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา,' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 19-20.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21-22.

⁹ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร : บริษัท โอเดียนสโตร์, 2494), หน้า 345.

¹⁰ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 'เจตนาย่อมเล็งเห็นผลในกฎหมายอาญาเยอรมัน,' วารสารนิติศาสตร์ 18 ฉบับที่ 2 (2531) : 65.

จะบรรลุผลนั้นอย่างแน่นอนหรือเพียงอาจจะบรรลุผลนั้นได้ หรือบรรลุผลในทันทีทันใด หรือเป็นการกระทำเพียงขั้นตอนหนึ่งก่อนก็ได้ การกระทำอย่างหนึ่งเพื่อเป็นทางผ่านไปสู่อีกเป้าหมายหนึ่งถือว่าเป็นความประสงค์โดยตรงเช่นกัน เช่นผู้ขนส่งทรัพย์ที่ได้จากการลักทรัพย์แม้เพียงต้องการได้ค่าจ้างศาลฎีกาเยอรมัน (Bundesgerichtshof) วินิจฉัยว่าเป็นกระทำที่มีเจตนา¹¹

1.2 เจตนาประสงค์ต่อผลโดยอ้อม (mittelbarer vorsatz หรือ dolus directus zweiten grades) เป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนากระทำอย่างหนึ่ง แต่การกระทำทำให้เกิดผลดังเจตนา นั้น จำเป็นจะต้องเกิดผลข้างเคียงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในสภาพความนึกคิดของผู้กระทำที่ตั้งใจกระทำให้บรรลุเป้าหมายนั้น ผู้กระทำย่อมนึกคิดได้ว่าจะเกิดผลอื่นที่หลีกเลี่ยงไม่ได้จากการกระทำให้เป็นไปตามเป้าหมายของตน ถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผลข้างเคียงนั้นอย่างจำเป็น (als notwendig erkannte gewolt) กล่าวโดยสรุป ผู้ใดทราบดีว่า การกระทำของตนจะเกิดผลข้างเคียงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้แต่ยังกระทำการนั้นโดยนิตินัย ถือว่าประสงค์ต่อผลข้างเคียงดังกล่าวด้วย เช่น เจตนาวางเพลิงเผาบ้านที่อยู่อาศัยย่อมหมายถึง เจตนาทำให้เสียชีวิต (เฟอร์นิเจอร์ ฯลฯ) ในบ้านหรือเจตนาฆ่าผู้ที่อยู่อาศัยอยู่ในบ้านนั้นด้วย¹²

2. เจตนาเล็งเห็นผล หรือเจตนาโดยอ้อม (der bedingte Vorsatz, dolus eventualis) ซึ่งอย่างไรเป็นการเล็งเห็นผลนั้น ในทางตำราอาจประมวลความเห็นได้เป็น 3 ทฤษฎี¹³ คือ

2.1 ทฤษฎีความน่าจะเป็นไปได้ (Wahrscheinlichkeits theorie) ซึ่งจะพิจารณาจากระดับของโอกาสที่จะเกิดผลอันเป็นความผิดอาญาตามความนึกคิดของผู้กระทำเป็นหลักในการวินิจฉัย โดยไม่พิจารณาถึงความประสงค์ของตัวผู้กระทำ โดยพิจารณาขณะที่ผู้กระทำเริ่มกระทำความผิด ผู้กระทำคาดการณ์ดังกล่าวแล้วยังกระทำการดังกล่าวอีก

2.2 ทฤษฎีความยินยอม (Einwilligungs theorie) ซึ่งพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ว่าผู้กระทำยอมรับผลของการกระทำความผิดอาญาของตนที่อาจเกิดขึ้นได้ เขาได้ขังใจเห็นด้วยและตัดสินใจกระทำการไป ซึ่งศาลฎีกาเยอรมันวินิจฉัยว่าการยอมรับผลของการกระทำก็เพียงพอแล้วแม้จะไม่หวังว่าผล

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

¹³ เรื่องเดียวกัน.

จะเกิดขึ้นหรือไม่ คำสอนในทางตำราคงจำกัดขอบเขตทฤษฎีนี้ว่า ถ้าโอกาสที่จะเกิดผลนั้นมีน้อยมากก็ไม่เป็นเจตนาย่อมเล็งเห็นผล

2.3 ทฤษฎีความไม่สนใจใต้อผลที่เกิดขึ้น (frivole gleichgultigkeit) แนวคิดของทฤษฎีนี้พิจารณาจากความไม่รับผิดชอบของผู้กระทำเป็นสำคัญ แม้ผู้กระทำจะคาดได้ว่าผลของการกระทำของตนที่เป็นความผิดอาจเกิดขึ้นได้ ผู้กระทำก็ไม่สนใจใต้อผลที่เกิดขึ้น ไม่ได้หวังผลหรือประสงค์ต่อผลนั้น ไม่ได้ขังใจก่อนกระทำการ และไม่สนใจต่อผลที่เกิดขึ้น

2.2) ประมาท ตำรากฎหมายเยอรมันได้แยกเรื่องการกระทำโดยประมาท ออกเป็น 2 ประเภท คือ การกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว (Bewusste Fahrlaessigkeit) อย่างหนึ่งและการกระทำโดยประมาทโดยไม่รู้ตัว (Unbewusste Fahrlaessigkeit) อีกอย่างหนึ่ง การกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว เป็นกรณีที่ผู้กระทำแลเห็นล่วงหน้าแล้วว่าผลอาจจะเกิดขึ้นได้แต่มั่นใจว่าอย่างไรผลก็คงไม่เกิดขึ้น ส่วนการกระทำโดยประมาทโดยไม่รู้ตัวนั้นเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่อาจแลเห็นผลมาก่อนเลย¹⁴

2.3) องค์ประกอบภายในอื่น เช่น มูลเหตุชกุงใจ ซึ่งในบางกรณีกฎหมายจะกำหนดว่าผู้กระทำจะมีความผิดตามกฎหมายก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยมีมูลเหตุชกุงใจด้วยนอกเหนือจากต้องมีเจตนาตามธรรมดาแล้ว เป็นต้นว่า การลักทรัพย์ ช่างอิงกระทำด้วยมูลเหตุชกุงใจโดยทุจริต เป็นต้น นอกจากนี้บางกรณีกฎหมายยังกำหนดถึงองค์ประกอบภายในที่นอกเหนือจากเจตนาและมูลเหตุชกุงใจ เช่น การไตร่ตรองไว้ก่อนอีกด้วย ซึ่งผู้กระทำจะต้องกระทำความผิดด้วยองค์ประกอบภายในดังกล่าวจึงจะเป็นความผิด

ข. ส่วนของความผิด เป็นส่วนประกอบในทางเนื้อหาของความผิดอาญา ซึ่งจะเป็นการพิจารณาถึงสิ่งที่กฎหมายเห็นว่าไม่สมควรเกี่ยวกับการกระทำและในส่วนนี้จะเป็นส่วนที่พิจารณา ต่อมาหลังจากพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าเข้าองค์ประกอบแล้ว โดยจะพิจารณาว่าการกระทำที่เข้าองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วนั้น เมื่อมองโดยระบบกฎหมายทั้งหมดแล้วยังถือว่าผิดกฎหมายหรือไม่กล่าวคือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ ถ้ามีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้

¹⁴ หยุด แสงอุทัย, 'เจตนาในส่วนที่อาจจะแลเห็นผลแห่งการที่กระทำนั้นได้,' บทบัญญัติ 13 (2484) : 323.

แล้วการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิด (nicht rechtswidrig) ซึ่งอาจแบ่งประเภทของเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้¹⁵

1. สิทธิที่จะต้องป้องกันต่อการละเมิดบางอย่าง เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมาจากเหตุผลที่ว่า 'ความถูกต้องไม่จำเป็นต้องอ่อนข้อให้กับความไม่ถูกต้อง' (Recht braucht Unrecht nicht auszuweichen)

2. การล่วงละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายอย่างหนึ่งเพื่อรักษาไว้ซึ่งคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าซึ่งมาจากหลักซึ่งนำหน้าระหว่างคุณธรรมทางกฎหมาย* กล่าวคือ ตามหลักนี้ถือว่า การที่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำการใดอันเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมายที่ด้อยกว่าเพื่อรักษาคุณธรรมทางกฎหมายที่สูงกว่านั้นผู้กระทำไม่มีความผิด¹⁶ เช่น กรณีการทำแท้งเพราะมีเหตุอันเกิดจากความจำเป็นเนื่องจากสุขภาพของหญิงตามมาตรา 305 (1) แพทย์สามารถกระทำได้โดยไม่มีความผิดเพราะถือว่า ชีวิตมนุษย์ (หญิงมีครรภ์) เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เหนือกว่าชีวิตของทารกในครรภ์นั่นเอง

3. การสละคุณธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายบัญญัติคุ้มครองผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล (Individualrechtsgut) และบุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้นได้สละการคุ้มครองนั้นเสีย (renouncedits)

¹⁵ กมลชัย รัตนสการวงศ์, 'ความยินยอมในกฎหมายอาญา,' (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 5.

* คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) คือ สภาวะที่พึงปรารถนาในทางสังคมที่กฎหมายต้องการจะประกันจากการล่วงละเมิด ดู คณิต ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญา : หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 2, หน้า 271.

¹⁶คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 5. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 83.

protection) เช่น การให้ความยินยอมต่อการกระทำของบุคคลอื่น *

4. การใช้สิทธิหรือกระทำการตามหน้าที่กฎหมาย

ค. ส่วนของความชั่ว (Schuld) เป็นส่วนประกอบทางเนื้อหาของความผิดอาญาที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำความผิดว่าบุคคลนั้นได้กระทำ ไปโดยรู้ผิดชอบหรือไม่เพียงใด หรือการที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิดไป สังคมสามารถตำหนิเขาได้หรือไม่ ซึ่งการพิจารณาความชั่วเป็นการพิจารณาในขั้นตอนที่ 3 กล่าวคือ พิจารณาหลังจากที่พิจารณาว่าการกระทำของเขานั้นเข้าองค์ประกอบและผิดกฎหมายมาแล้ว ซึ่งอาจแบ่งเรื่องความชั่วได้เป็น 3 ประเภท คือ ¹⁷

1. เรื่องของความรู้ผิดชอบ ซึ่งความบกพร่องของบุคคลในเรื่องของความรู้ผิดชอบนี้ อาจเกิดขึ้นจาก

1.1 อายุของผู้กระทำความผิด ซึ่งอายุของผู้กระทำนั้น นับเป็นเหตุหนึ่งที่จะนำมาพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่เพียงใด

1.2 จิตของผู้กระทำความผิดบุคคลอาจจะกระทำความผิดไปโดยที่ปราศจากความชั่วทางจิต อันเป็นอีกเหตุหนึ่งที่กฎหมายจะยกเว้นโทษให้นอกจากเรื่องอายุ เช่น กรณีของบุคคลที่เป็นโรคจิตจิตบกพร่อง หรือจิตฟั่นเฟือน และกระทำความผิดไปในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ หรือกรณีของความมึนเมา เป็นต้น

* ความยินยอมนี้อาจแบ่งเป็นความยินยอมซึ่งอยู่ในโครงสร้างของความผิดอาญาข้อแรก (Tatbestand) เช่น กรณีที่กฎหมายบัญญัติเรื่องความยินยอมของผู้เสียหายไว้อย่างชัดเจนว่า แม้ผู้เสียหายให้ความยินยอมการกระทำก็ยังคงเป็นความผิด และบัญญัติไว้อีกว่าถ้ากระทำโดยผู้เสียหายไม่ยินยอมโทษจะหนักขึ้น หรือโดยสภาพของความผิดจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อผู้เสียหายไม่ยินยอมและความยินยอมซึ่งอยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาข้อสอง (Rechtswidrigkeit) ซึ่งความยินยอมในที่นี้หมายถึงเฉพาะความยินยอมซึ่งอยู่ในโครงสร้างความผิดอาญาข้อสองหรือส่วนของความผิดเท่านั้น เพราะหากเป็นความยินยอมซึ่งอยู่ในส่วนโครงสร้างความผิดอาญาข้อแรกหรือส่วนขององค์ประกอบ หากผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมแล้ว ความผิดก็ไม่เกิดขึ้นเลยเนื่องจากไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดตามโครงสร้างความผิดอาญาในส่วนขององค์ประกอบ ดู กมลชัย รัตนสกาววงศ์, "ความยินยอมในกฎหมายอาญา, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 11-12.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

สำหรับระดับของความชั่วในเรื่องความผิดชอบนี้ อาจแบ่งได้เป็น 3 ชั้น คือ ไม่มีความชั่วเลย อาจมีความชั่วได้ และมีความชั่วบริบูรณ์

2. เหตุที่กฎหมายให้อภัย ในบางกรณีกฎหมายให้อภัยสำหรับการกระทำ แม้ผู้กระทำจะเป็นผู้ที่มีความผิดชอบก็ตาม เพราะถือว่าโดยสภาพทางจิตแล้วบุคคลนั้นไม่มีความชั่ว ซึ่งการให้อภัยในกรณีนี้ อาจเป็นการให้อภัยโดยเด็ดขาด เช่น การกระทำผิดด้วยความจำเป็น ถ้าการกระทำนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุ กฎหมายก็จะยกเว้นโทษให้เลย หรืออาจเป็นการให้อภัยบางส่วนก็ได้ โดยให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาลงโทษ เช่น กรณีของการป้องกันเกินสมควรแก่เหตุ หรือการกระทำนั้นเกินกว่ากรณีแห่งความ จำเป็นเหล่านี้ เป็นต้น¹⁸

3. เหตุความไม่รู้ข้อผิดถูก อันได้แก่ กรณีที่ผู้กระทำตกอยู่ในสภาพที่ไม่อาจรู้ข้อผิดถูกในการกระทำนั้นได้เช่น การกระทำตามคำสั่งของเจ้านักงานซึ่งแม้ว่าคำสั่งนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าผู้กระทำมีหน้าที่หรือเชื่อโดยสุจริตว่ามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับโทษ เพราะถือว่าบุคคลนั้นไม่มีความชั่วหรือในกรณีที่สภาพและพฤติการณ์ทำให้ผู้กระทำผิดไม่รู้ว่ามิกฎหมายบัญญัติไว้ว่า การกระทำนั้นเป็นความผิดเหล่านี้ เป็นต้น¹⁹

2. การกระทำโดยพลาดกับโครงสร้างความรับผิดชอบในทางอาญา

การกระทำโดยพลาดเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณากันในขอบเขตขององค์ประกอบความผิด คือ การ พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างเจตนา (องค์ประกอบภายใน) และผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยเจตนา (องค์ประกอบภายนอก)²⁰ กล่าวคือ การกระทำโดยพลาดเป็นปัญหาหนึ่งของเรื่องเจตนา ซึ่งเจตนาที่มีส่วนประกอบอยู่ 2 ส่วน คือ

¹⁸ แสง บุญเฉลิมวิภาส, 'โครงสร้างความผิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย,' วารสารนิติศาสตร์ 14 (ธันวาคม 2527) : 7.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

²⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 917/2530 (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม), หน้า 119.

- ส่วนรู้ กล่าวคือ การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เช่น เจตนาฆ่าในส่วนรู้ก็คือ การรู้ว่าสิ่งที่ตนจะทำให้ตายนั้นเป็นมนุษย์ และ

- ส่วนต้องการ กล่าวคือ การต้องการให้เกิดผลขึ้น ซึ่งผลนั้นอาจเป็นผลที่ผู้กระทำประสงค์ให้เกิดขึ้นหรือผู้กระทำยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น เช่น เจตนาฆ่า ในส่วนต้องการคือ ต้องการให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย

ในการกระทำโดยพลาดนั้นผู้กระทำรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเพียงแต่ผลของการกระทำได้เกิดแก่วัตถุแห่งการกระทำอีกอันหนึ่งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา เช่นเดียวกับวัตถุที่ผู้กระทำต้องการให้เกิดผลจากการกระทำนั้น เช่น

นาง ก. ต้องการฆ่า นาย ข. สามีตน ซึ่งเป็นทหารประจำการอยู่ชายแดน จึงได้เอายาพิษใส่ในขวดร้อนดีแล้วส่งขวดร้อนดีขวดนั้นไปให้สามี ครั้นเมื่อ นาย ข. ได้รับแล้ว ก็ได้นำขวดร้อนดีขวดนั้นไปเก็บไว้ในที่พักโดยยังไม่ได้ดื่มเพราะยังไม่อยากดื่มบังเอิญ นาย ค. เพื่อนทหารซึ่งพักอยู่ด้วยกันเห็นเข้าจึงได้ขอดื่ม ซึ่ง นาย ข. ก็อนุญาต นาย ค. จึงได้ดื่มขวดร้อนดีขวดนั้นเข้าไปจำนวนหนึ่ง หลังจากนั้นไม่นาน นาย ค. ก็ถึงแก่ความตายเนื่องจากยาพิษในขวดนั้น²¹

ตามตัวอย่างเป็นกรณีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ซึ่งเห็นได้ว่าเจตนาฆ่าของ นาง ก. ในส่วนรู้ นั้น นาง ก. รู้ดีว่าผู้ที่ตนจะฆ่าเป็นมนุษย์ กล่าวคือ นาง ก. รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นแต่ผลของการกระทำที่ นาง ก. ประสงค์ (ความตาย) นั้น มิได้เกิดแก่วัตถุที่ นาง ก. ประสงค์ (นาย ข.) แต่ไปเกิดกับอีกวัตถุหนึ่ง (นาย ค.) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น อันเป็นความผิดประเภทเดียวกับที่ผู้กระทำ (นาง ก.) ต้องการกล่าวคือ นาย ค. ก็เป็นมนุษย์เช่นเดียวกันกับ นาย ข.

ดังนี้ จึงเห็นได้ว่า ในกรณีของการกระทำโดยพลาด ซึ่งเป็นเรื่องของเจตนา นั้น มิได้เป็นปัญหาในส่วนรู้ของเจตนาแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้กระทำรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดดีหากแต่เป็นปัญหาในส่วนต้องการของเจตนา กล่าวคือผลของการกระทำที่ผู้กระทำต้องการ

²¹ คณิต ฐ นคร, "ปัญหาการกระทำโดยพลาด," วารสารอัยการ 4 (กรกฎาคม 2524) : 48-49.

ได้เกิดขึ้นจริงแต่เกิดกับวัตถุที่ผู้กระทำมิได้ต้องการ แม้วัตถุนั้นจะเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาชนิดเดียวกับที่ผู้กระทำต้องการก็ตาม เช่น ตามตัวอย่างข้างต้นความตาย มิได้เกิดกับ นาย ข. ซึ่งนาง ก. ต้องการจะฆ่า หากแต่ได้เกิดขึ้นกับ นาย ค. ซึ่ง นาง ก. มิได้ต้องการฆ่าแต่อย่างใด

3.แนวคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดของประเทศต่าง ๆ ในระบบประมวลกฎหมาย

เนื่องจากผู้เขียนพบว่าประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ประมวลกฎหมายบางประเทศก็ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการกระทำโดยพลาด บางประเทศก็มีบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอแยกพิจารณาถึงแนวคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดโดยแบ่งเป็น ประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการกระทำโดยพลาด และประเทศที่มีบทบัญญัติในเรื่องการกระทำโดยพลาด ดังนี้

3.1 ประเทศที่ไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการกระทำโดยพลาด

ก. ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

1. การจัดหมวดหมู่ทางวิชาการ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่ได้บัญญัติเรื่องการกระทำโดยพลาดไว้ แต่ในทางตำราและแนวคำพิพากษาของศาลได้จัดการกระทำโดยพลาดไว้ในเรื่องของการกระทำที่เบี่ยงเบนหรือหักเหไปจากเจตนาเฉพาะเจาะจงของผู้กระทำ (die Abirrungsfalle) ซึ่งประกอบไปด้วย 3 เรื่องใหญ่ ๆ ด้วยกันคือ ²²

1. aberratio ictus หรือการกระทำโดยพลาด

2. dolus generalis คือ การที่ผู้กระทำเชื่อว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดสำเร็จตามที่ตนประสงค์แล้ว แต่ความจริงแล้วความผิดดังกล่าวสำเร็จเมื่อมีการกระทำอื่น ๆ ของตนในภายหลัง เนื่องจากผู้กระทำได้กระทำการปกปิดความผิดของตน ตัวอย่างเช่น ก. โยน ข. ซึ่ง ก. เชื่อว่าตนได้ฆ่า ข. ตายแล้วลงในแม่น้ำ เพื่อจะปกปิดการกระทำความผิดของตน และ ข. เพิ่งจะตายเนื่องจากสาเหตุหลังนี้

²² กมลชัย รัตนสกาววงศ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 917/2530, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม) หน้า 120-122

ปัญหามีว่า (ก) มีการกระทำทั้งสองอย่างเกิดขึ้นด้วยเจตนาทั้ง 2 ประการ กล่าวคือเจตนากระทำ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นแต่เป็นเพียงพยายามประการหนึ่ง และประการที่ 2 อาจเป็นความผิดอาญาได้เพียงการฆ่าคนโดยประมาทเท่านั้น หรือ (ข) เป็นการกระทำความผิดอย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยการกระทำในตอนหลังนี้รวมอยู่ในเจตนาฆ่าด้วย เพราะการกระทำครั้งหลังไม่ใช่การกระทำที่อิสระจากการกระทำทั้งหมด ดังนั้น การกระทำทั้งหมดจึงเป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ยกเว้นแต่ว่าเจตนาที่จะกำจัดผู้เสียหายเกิดขึ้นหลังความตายของผู้เสียหายสามารถหลีกเลี่ยงได้ จึงเป็นความผิดฐานพยายามฆ่า และฆ่าคนตายโดยประมาทในลักษณะหลายกรรม (Realkonkurrenz) ความเห็นทางตำราและคำพิพากษาของศาล (ศาลสูงสุดทางอาญาก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง (RG.67, 258) และศาลสูงสุดของสหพันธ์รัฐในปัจจุบัน (BGH 7, 329, 14, 193) ถือตามความเห็น (ข)

3. error in persona vel objecto คือ การสำคัญผิดในตัวบุคคลหรือวัตถุที่กระทำต่อ

ดังได้กล่าวแล้วว่า เจตนา อาจแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนรู้และส่วนต้องการ ซึ่งส่วนรู้ของเจตนาหรือการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น ผู้กระทำเพียงแต่รู้ในส่วนข้อเท็จจริงโดยทั่ว ๆ ไป ก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงในรายละเอียดที่เฉพาะเจาะจงลงไป เช่น ในความผิดต่อชีวิตผู้กระทำเพียงแต่รู้ว่ากรรมของการกระทำคือ ชีวิตของมนุษย์ผู้อื่น ก็เพียงพอต่อขอบเขตของการรู้แล้ว ไม่จำเป็นต้องรู้ถึงขนาดว่ามนุษย์ผู้นั้น คือ นาย ก. หรือ นาย ข. ดังนั้นในเรื่องการสำคัญผิดในตัวบุคคล อันเป็นกรณีที่ผู้กระทำเจตนากระทำต่อวัตถุแห่งการกระทำอันหนึ่งแต่ได้ไปกระทำต่อวัตถุอีกอันหนึ่งโดยสำคัญผิดไป หรือเข้าใจว่าวัตถุอันนั้นคือวัตถุที่ตนต้องการจะกระทำต่อเช่น นาย ก. ต้องการฆ่าตาย ข. จึงได้ใช้ปืนยิงไปที่นาย ค. ซึ่งตนคิดว่าคือ นาย ข. นั้น ในการพิจารณาว่าตามตัวอย่างดังกล่าว นาย ก. มีเจตนาฆ่า นาย ค. หรือไม่นั้น เห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาในส่วนรู้ของเจตนา ซึ่งกรณีนี้ นาย ก. รู้ว่ากรรมของการกระทำคือชีวิตของมนุษย์ผู้อื่นแล้ว จึงถือได้ว่า นาย ก. มีเจตนาฆ่า นาย ค. แล้ว

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในส่วนต้องการของเจตนาในเรื่องความสำคัญผิดนี้ แม้นาย ก. จะมิได้ต้องการให้ นาย ค. ถึงแก่ความตายจริง ๆ แต่ก็ต้องถือว่าการที่ นาย ก. ใช้ปืนยิงไปที่ นาย ค. โดยคิดว่าเป็น นาย ข. นั้น นาย ก. ย่อมต้องการให้มนุษย์ผู้ซึ่งตนกำลังใช้ปืนยิงไปนั้นถึงแก่ความตายแล้ว จึงเห็นได้ว่า ปัญหาในเรื่องความสำคัญผิดในตัวบุคคลหรือวัตถุที่กระทำต่อนี้เป็นปัญหาในเรื่องส่วนรู้ของเจตนา มิใช่ส่วนต้องการของเจตนาแต่อย่างใด ต่างจากเรื่องการทำโดยพลาดซึ่งการที่ผลไปเกิดแก่วัตถุแห่งการกระทำอีกอันหนึ่งนั้น ผู้กระทำมิได้ต้องการเลย กล่าวคือ ผู้กระทำอาจจะไม่ทราบถึงการปรากฏอยู่ของวัตถุอันนั้น ๆ เลยก็ได้ แต่การกระทำโดยสำคัญผิดนี้ ผู้กระทำได้กระทำต่อวัตถุอันนั้นโดยตรง

2. แนวความคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาด

สำหรับแนวความคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ความเห็น

- ความเห็นแรก เห็นว่าเมื่อผลที่ผู้กระทำประสงค์ไม่ได้เกิดขึ้นกับวัตถุที่ผู้กระทำต้องการแต่แรก (Zielobjekt) จึงเป็นกรณีของเรื่องการพยายามกระทำความผิด (Versuch) ส่วนกรณีที่เกิดขึ้นกับวัตถุที่ผู้กระทำมิได้ประสงค์แต่แรก (Zweitobjekt) ก็เป็นเรื่องต้องพิจารณาในเรื่องประมาทหรือ หากผู้กระทำคิดว่า การที่ตนมุ่งกระทำนั้นอาจพลาดได้ และยอมรับถึงผลที่อาจเป็นการทำอันตรายต่อวัตถุที่ตนมิได้ต้องการ ให้ผลเกิดขึ้นกับวัตถุนั้น ก็เป็นเรื่องของเจตนาเล็งเห็นผล²³ เช่นผู้ก่อการร้าย ก. ต้องการลอบฆ่านักการเมือง ข. แต่ได้ยิงพลาดไปถูกผู้รักษาความปลอดภัย ค. ซึ่งยืนอยู่ข้าง ๆ เป็นผลให้ ค. ถึงแก่ความตาย ซึ่ง ก. ก็ยอมรับถึงผลที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าวในขณะที่ทำการยิง ดังนั้น ก็เป็นเจตนาเล็งเห็นผล ซึ่งถือเป็นกรรมเดียว²⁴

- ความเห็นที่สอง เห็นว่า การที่ผลของการกระทำไปเกิดกับอีกวัตถุที่ผู้กระทำมิได้ต้องการนั้น ถ้าผลของการกระทำเบี่ยงเบนหรือแตกต่างไปจากเจตนาเดิม แต่ยังคงอยู่ในขอบเขตของทฤษฎีผลธรรมดาหรือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เหมาะสม (adaquaten Kausalitat) และผลที่เกิดขึ้นมีองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาอย่างเดียวกับผลที่ผู้กระทำประสงค์ยอมถือว่าเป็นความผิดโดยเจตนา

ในกรณีที่ผลของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นมีองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา ต่างจากผลที่ผู้กระทำประสงค์ การกระทำนั้นย่อมเป็นความผิดฐานพยายามสำหรับความผิดที่ผู้กระทำต้องการ และการกระทำความผิดโดยประมาทสำหรับความผิดที่กระทำพลาดไปในลักษณะเป็นกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท²⁵

²³Johannes Wessels, Strafrecht Allgemeiner Teil. 15. Auflage, (Duncker & Humblot, Berlin, 1988), P. 71.

²⁴ Ibid.

²⁵Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht. 10. Auflage, (Berlin, 1967), P. 70.

หลักอันเดียวกันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่เหมาะสมนำไปใช้ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำโดยพลาดที่เกี่ยวกับโครงสร้างความผิดอาญา เรื่องเหตุที่ผู้กระทำมี อำนาจกระทำได้ (Rechtfertigungsgrund) ด้วยเช่น ก. และ ข. จะยังทำร้าย ค. ค.จึงป้องกันตัวโดยยิงไปที่ ก. แต่กระสุนไม่ถูก ก. กลับพลาดไปถูก ข. ดังนั้นการแตกต่างนี้มีใช้สาระสำคัญ ผลที่เกิดขึ้นย่อมมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับที่ผู้กระทำต้องการ การกระทำของ ค. จึงถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปกล่าวคือ ข. เป็นบุคคลที่สามซึ่งมิได้ร่วมรู้เห็นในการกระทำของ ก. หรือมิได้เป็นผู้ก่อภัยต่อ ค. ดังนี้ หากผลเกิดขึ้นแก่ ข. ดังนี้จะไม่เหมือนกับกรณีแรก กล่าวคือ ความผิดของ ค. ต่อ ข. ต้องพิจารณาในเรื่องประมาท²⁶

จะเห็นได้ว่าความเห็นแรก มองเจตนาในส่วนต้องการของผู้กระทำเป็นการต้องการที่เจาะจงต่อวัตถุที่ผู้กระทำต้องการจะกระทำต่อ กล่าวคือ ผู้กระทำมิได้ต้องการให้ผลเกิดแก่วัตถุใด ๆ ก็ได้ ที่มีองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาเช่นเดียวกัน ส่วนความเห็นที่สองเห็นว่าเจตนากระทำความผิดเป็นนามธรรม (abstrakt) ที่มุ่งต่อลักษณะของวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่ง (eine bestimmte Objektsart)

ซึ่งเกี่ยวกับความเห็นที่สองนี้ ผู้มีความเห็นตามความเห็นแรกตำหนิว่า ความเห็นที่สองนั้นมองข้ามไปว่าในกรณีการกระทำโดยพลาดนี้ เจตนาของผู้กระทำมุ่งที่ผู้ถูกกระทำโดยเจาะจงตัวเท่านั้น ฉะนั้นจะเอาความต้องการทั่วไปที่จะข้ามมนุษย์ผู้ใดผู้หนึ่งมาเป็นข้อวินิจฉัยทดแทนเจตนาที่ขาดไปนั้นย่อมไม่ได้ เพราะผู้กระทำหาได้มีความต้องการดังกล่าวนี้ไม่²⁷

สำหรับความเห็นของนักกฎหมายอาญาเยอรมันส่วนมาก (Backmann, Baumam, Blei, Dreher, Jescjeck, Lackner, Maurach, Schmidhauser, Schonke-Schrocker Stratenwerth, Wessels) และคำพิพากษาของศาล RGST 58, s. 28 : OLG Neustadt NJW 1964, P.311) ถือตามความเห็นแรก²⁸

ข. ประเทศนอร์เวย์

²⁶ Ibid., P. 71.

²⁷Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (Band Frankfurt am Main, 1975), P. 115.

²⁸กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 917/2530 (กรุงเทพมหานคร : สำนัก งานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม), หน้า 123.

ประมวลกฎหมายอาญาของนอร์เวย์มิได้บัญญัติในเรื่องการกระทำโดยพลาดไว้แต่อย่างใด แต่ในทางตำราหรือแนวความคิดโดยทั่วไปได้พิจารณาความรับผิดในการกระทำโดยพลาด (aberratio ictus or 'erroneus hit') ดังนี้คือ²⁹

ก. ส่งกล่องช็อกโกแลตใส่ยาพิษให้ศัตรูคือ ข. แต่ ข. ส่งช็อกโกแลตดังกล่าวให้ลูกกิน และลูกของ ข. ถึงแก่ความตาย เนื่องจาก ก. มิได้เจตนาฆ่าลูกของ ข. ดังนั้น ก.จึงไม่อาจถูกลงโทษในความผิดฐานฆ่าลูกของ ข. แต่ ก. ต้องถูกลงโทษฐานพยายามฆ่า ข. เท่านั้น ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการพิจารณาเจตนาในส่วนต้องการของผู้กระทำเป็นการต้องการที่เจาะจงต่อตัววัตถุที่ผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อ

แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาในเรื่องการกระทำโดยพลาดนี้ มิได้มีความสำคัญในทางปฏิบัติเท่าใดนักเนื่องจาก ประมวลกฎหมายอาญาของนอร์เวย์ มาตรา 51 วรรค 2 อนุญาตให้ลงโทษผู้กระทำได้เช่นเดียวกับการกระทำความสำเร็จ กล่าวคือ ในมาตรา 51 แห่งประมวลกฎหมายอาญานอร์เวย์ อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษ การพยายามกระทำความสำเร็จได้บัญญัติว่า

'ให้ลงโทษการพยายามกระทำความสำเร็จเบาว่าความสำเร็จ โดยอาจลดโทษลงน้อยกว่าอัตราโทษขั้นต่ำในความสำเร็จ หรือลงโทษประเภทที่เบากว่าก็ได้

อัตราโทษขั้นสูงสุดสำหรับความสำเร็จ สามารถบังคับใช้กับการพยายามกระทำความสำเร็จ ถ้าหากการพยายามกระทำความสำเร็จนั้นได้ก่อให้เกิดผลซึ่งสามารถลงโทษเช่นนั้นได้ หากผลนั้นได้เกิดขึ้นโดยเจตนา'

(The attempt is subject to milder punishment than the completed felony ; the punishment may be reduced to less than the minimum provided for such an offense or to a milder type of punishment.

The maximum punishment provided for a completed felony may be applied if the attempt had led to such a result as would justify that punishment if it had been purposely achieved)³⁰

²⁹Johannes Andenaes, The General Part of The Criminal Law of Norway (London : Sweet and Maxwell , 1965), p. 200.

³⁰Harald Schyoldager & Chief of Division Fuin Backer, The American Series of Foreign Penal Code :The Norwegian Penal Code Article 51 (London : Sweet & Maxwell , 1961), p. 30.

ซึ่งตามมาตรา 51 วรรค 2 นี้ ก็ได้แก่กรณีของการกระทำโดยพลาดนั่นเอง เช่น ก.วางแผนฆ่าเพื่อนคือ ข. โดยการวางระเบิด ปรากฏว่าโดยความบังเอิญการวางระเบิดดังกล่าวได้เป็นผลให้ลูกของ ข. ถึงแก่ความตาย ดังนี้ ศาลย่อมสามารถลงโทษ ก. ได้ในอัตราโทษขั้นสูงสุดสำหรับความผิดสำเร็จ (ฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา) ตามบทบัญญัติในวรรค 2 ของมาตรา 51 นี้ อย่างไรก็ตามในกรณีนี้ ศาลก็ยังคงมีอำนาจลดโทษตามบทบัญญัติในวรรค 1 อยู่นั่นเอง³¹

โดยสรุปแล้วในการกระทำโดยพลาดนี้ ตามแนวคิดของกฎหมายนอเวย์ไม่ถือว่าผู้กระทำต้องรับผิดโดยเจตนาต่อผลที่เกิดขึ้นโดยพลาดไป แต่ก็ได้ให้ดุลพินิจศาลในการลงโทษผู้กระทำในการกระทำโดยพลาดได้เช่นเดียวกับการกระทำความสำเร็จ โดยได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในวรรค 2 ของมาตรา 51 อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษการพยายามกระทำความสำเร็จดังกล่าวแล้วข้างต้น

ค. ประเทศฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส มิได้มีบทบัญญัติในเรื่องการกระทำโดยพลาดแต่อย่างใด ซึ่งก่อนที่จะกล่าวถึงแนวความคิดในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องการกระทำโดยพลาด ผู้เขียนขอกล่าวถึงโครงสร้างความรับผิดอาญาของฝรั่งเศสก่อน

ความผิดตามกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส ถือว่าต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ³² คือ

1. องค์ประกอบทางกฎหมาย (element legal) ซึ่งหมายความว่า การกระทำนั้นจะเป็นความผิดและจะลงโทษได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้
2. องค์ประกอบทางการกระทำ (element materiel) หมายถึง กิริยาอาการของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอก ซึ่งกระทำให้เกิดเป็นความผิดขึ้น หรือการละเว้นไม่กระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องกระทำ

³¹ Johannes Andenaes, *The General Part Of The Criminal Law of Norway*, p.296

³² โกลเมน ภัทรภริมย์, 'คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส', เอกสารประกอบการบรรยายชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2524, หน้า 1-2.

3. องค์ประกอบทางจิตใจ (element moral) ³³ หมายถึง ความประสงค์ของผู้กระทำความผิดซึ่ง อยู่ภายในจิตใจ และแสดงออกมาโดยการกระทำ กล่าวคือ การกระทำใด ๆ ของบุคคลย่อมมีมูลรากฐาน มาจากจิตใจก่อน เมื่อจิตใจประสงค์จะกระทำการใด ๆ แล้วจึงบังคับร่างกายให้เคลื่อนไหวกระทำการ นั้น ๆ ซึ่งการกระทำความผิดก็ย่อมมีมูลฐานมาจากจิตใจเช่นเดียวกัน ซึ่งลักษณะและลำดับขั้นขององค์ ประกอบนี้จะแตกต่างกันไปตามแต่กรณี เช่น ความผิดบางอย่างต้องเป็นการกระทำโดยเจตนา บางอย่าง ก็เพียงแต่กระทำโดยประมาท หรือไม่ระมัดระวัง ไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่กำหนดไว้ และความผิดบาง อย่างที่เป็นความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ กฎหมายสันนิษฐานเจตนาของผู้กระทำซึ่งเป็นเพียงการละเลยไม่ ปฏิบัติ เพื่อไม่ต้องให้ผู้กล่าวหาฟ้องร้องพิสูจน์เจตนาก็มี

เนื่องจากปัญหาในเรื่องการกระทำโดยพลาดเป็นปัญหาหนึ่งในเรื่องเจตนา ผู้เขียนจะขอกล่าว ถึงองค์ประกอบทางจิตใจเฉพาะแต่แนวความคิดในเรื่องเจตนาเท่านั้น

กฎหมายฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะในเรื่องเจตนาอย่างในมาตรา 59 แห่งประมวล กฎหมายอาญาของไทย แต่ก็เป็นที่ยอมรับและถือเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของความผิดว่าโดยหลักแล้ว การกระทำจะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อกระทำโดยเจตนา ซึ่งมีผู้ให้ความหมายของเจตนาแตกต่างกันเป็น 2 ความเห็น คือ ³⁴

³³นักนิติศาสตร์บางกลุ่มเห็นว่าไม่มีประโยชน์อันใดที่จะไปพิจารณาถึงองค์ประกอบทางจิตใจ ให้ยุ่งยากและถือว่าการกระทำความผิดจะต้องมีเจตนา โดยเห็นว่าเจตนา (dol general) นั้น อันที่จริงก็มีใช้อยู่หรือในนอกจากว่าการกระทำนั้นไม่มีความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง ไม่มีความวิกลจริต หรือถูกบังคับ หรืออึกฉุนหนึ่งก็คือ ไม่มีเหตุที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นเอง และควรกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายไว้ว่า เมื่อ กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าจะต้องมีเจตนาเฉพาะเจาะจงอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นพิเศษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้กระทำรู้ตัวดีว่าเขาได้กระทำอะไรไป และประสงค์ที่จะกระทำการอันเป็นความผิดนั้น ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสในบางกรณีก็แสดงแนวโน้มไปในทางที่ถือว่ามีข้อสันนิษฐานเจตนาไว้เหมือนกัน โทเมเน ภัททริกรมย์, 'คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส', หน้า 39-40.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22-23.

- นักอาชญาวิทยาคลาสสิก (la notion classique) เห็นว่าเจตนาในการกระทำผิดนั้นอยู่ที่ความรู้สำนึกในตัวผู้กระทำว่า เขากระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นความปรารถนาที่จะกระทำการที่รู้ว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายห้ามไม่ให้ทำ หรือละเว้นไม่กระทำการที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำและโดยที่มีหลักกฎหมายอยู่ว่า บุคคลจะอ้างว่าไม่รู้กฎหมายไม่ได้ (nemo censetur jurare legem) การวินิจฉัยว่า ผู้กระทำมีเจตนาหรือไม่ จึงไม่ต้องมีการพิสูจน์ว่าผู้กระทำรู้กฎหมายเพียงแต่มีความประสงค์กระทำการที่กฎหมายห้ามก็พอแล้วและตามแนวความคิดนี้เจตนาเป็นความประสงค์อันเป็นนามธรรม (abstraite) เท่านั้น โดยแยกเจตนาจากเหตุจริงใจออกจากกัน โดยถือว่าเจตนาก็คือความประสงค์โดยรู้สึกในการกระทำอันเป็นความผิด แต่เหตุจริงใจนั้นเป็นประโยชน์ (interet) หรือ อารมณ์ (sentiment) ความรู้สึกที่ก่อให้เกิดการกระทำนั้น เจตนาในการกระทำผิดจะเป็นอย่างเดียวกันเสมอ คือ ความประสงค์ที่กระทำ แต่เหตุจริงใจนั้นย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามตัวบุคคลและสภาพเหตุการณ์แวดล้อม

- แนวความคิดอีกทางหนึ่ง (la notion realiste) เห็นว่า เจตนาอันไม่ใช่ความประสงค์อันเป็นนามธรรมเท่านั้น (abstraite) แต่ต้องเป็นความประสงค์ที่เจาะจงแน่นอน (determince) อันเกิดขึ้นจากสาเหตุหรือ มูลเหตุจริงใจอย่างใดอย่างหนึ่ง (motif ou mobile) จึงต้องพิจารณาไปถึงสาเหตุนั้น ๆ ด้วยว่าเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมหรือไม่ และจะลงโทษการกระทำต่อเมื่อได้กระทำโดยวัตถุประสงค์ที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมเท่านั้น

กฎหมายอาญาฝรั่งเศสมีแนวความคิดแบบคลาสสิก กล่าวคือ โดยหลักแล้วจะพิจารณาเฉพาะแต่เจตนาโดยไม่คำนึงถึงเหตุจริงใจ นอกจากบางกรณีเท่านั้นที่จะพิจารณาถึงเหตุจริงใจด้วย เช่น กรณีที่เหตุจริงใจเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับผิด เช่น กระทำเพื่อป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือกระทำโดยจำเป็น เป็นต้นหรือกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติเอาเหตุจริงใจเข้าไว้เป็นองค์ประกอบความผิดด้วย

สำหรับในเรื่องการกระทำโดยพลาด (aberratio ictus) เช่น ตั้งใจยิง ก. แต่ยิงไม่แม่นยำพลาดไปถูก ข. ศาลฝรั่งเศสถือว่า มีความผิดฆ่า ข. ตายโดยเจตนา และถ้ามีเหตุที่ทำให้โทษหนักขึ้น เช่น ไตร่ตรองไว้ก่อนก็ถือว่าฆ่า ข. โดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามที่ตั้งใจจะกระทำต่อ ก. ถ้าหากฆ่ายิง ก. โดยเป็นการป้องกัน แต่พลาดไปถูก ข. ก็ยังคงถือว่าเป็นการกระทำโดยป้องกันอยู่ (crim. 18 fev. 1992)³⁵ อันเห็นได้ว่าศาลมองเจตนากระทำความผิดอย่างเป็นนามธรรม มิได้เจาะจงต่อวัตถุที่ผู้กระทำเจตนาจะกระทำ

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

ต่อ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดในการให้ความหมายของเจตนาของนักอาชญาวิทยาคลาสสิกที่ถือว่าผู้กระทำมีเจตนาเมื่อมีความประสงค์กระทำการที่กฎหมายห้ามอันเป็นความประสงค์ที่เป็นนามธรรม (abstraite) นอกจากนี้ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสในบางกรณีก็มีแนวโน้มไปในทางที่ถือว่า มีข้อสันนิษฐานของเจตนา ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น

อนึ่ง ตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส การพยายามกระทำความผิดมิใช่ เช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ³⁶ ดังนั้น แนวคิดในการพิจารณาปัญหาการกระทำโดยพลาดจึงไม่ก่อให้เกิดผลต่อการลงโทษผู้กระทำ เนื่องจากในการกระทำโดยพลาดอยู่กระทำย่อมจะต้องมีความผิดฐานพยายามต่อผู้ที่ดินเจตนาจะกระทำต่อในทุกกรณีอยู่แล้ว

ง. ประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นมิได้บัญญัติเรื่องการกระทำโดยพลาดไว้แต่อย่างใด แต่ตามแนวคิดฉัยของศาลไม่ถือว่า ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเจตนาต่อผู้ได้รับผลโดยพลาดไป เช่น ในกรณี ที่ ก. เจตนาฆ่า ข. แต่พลาดไปถูก ค. ซึ่งนอนอยู่เคียงเคียงกับ ข. บาดเจ็บ จะถือว่า ก. ผิดฐานพยายามฆ่า ค. ก็ต่อเมื่อ ก. มีเจตนากระทำต่อ ค. ด้วย หรือ ก. สำคัญผิดว่า ค. คือ ข. มิฉะนั้นแล้วย่อมถือว่าการที่ผลพลาดไปเกิดแก่ ค. เป็นไปโดยอุบัติเหตุ³⁷

3.2 ประเทศซึ่งมีบทบัญญัติในเรื่องการกระทำโดยพลาด

ก. ประเทศอิตาลี

³⁶ โกเมน ภัทรภิรมย์, 'คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส', เอกสารประกอบการบรรยายชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2524, หน้า 21

³⁷ William J. Sebald, The Criminal Code of Japan (London : Butterworth, 1936), p. 21

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอิตาลีได้มีบทบัญญัติในเรื่องการกระทำโดยพลาด โดย บัญญัติรวมไว้ในเรื่องการทำความผิดหลายอย่าง (Multiple Offenses) อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับการลงโทษ ความผิดหลายบทหลายกระทง ซึ่งเรื่องการกระทำโดยพลาดนี้ บัญญัติไว้ในมาตรา 82 ซึ่งมีใจความดังนี้ คือ 38

'เมื่อผลร้ายของการกระทำเกิดแก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่งซึ่งมิใช่บุคคลซึ่งผู้กระทำประสงค์จะให้ได้ รับผลร้ายจากการกระทำ ไม่ว่าจะเป็เพราะความผิดพลาดจากการกระทำของผู้กระทำหรือโดยเหตุผล อื่นใดก็ตาม ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบเหมือนหนึ่งว่าได้กระทำต่อบุคคลซึ่งผู้กระทำประสงค์จะทำร้ายนั้น เว้น แต่ในกรณีที่จะเป็นเหตุให้ต้องรับผิดชอบหนักขึ้น หรือเป็นเหตุให้ต้องรับผิดชอบน้อยลง ตามมาตรา 60'

(When, through an error in use of the means of executing an offense, or for any other reason, an injury is caused to a person other than the one against whom injury was directed, the offender shall be liable as if he had committed the offense by harming the person whom he desired to injure, except as provided in Article 60 with regard to aggravating and extenuating circumstances.)

สำหรับมาตรา 60 ของประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีเป็นเรื่องความสำคัญผิดในตัวบุคคล (Error as to the victim) ซึ่งมีใจความดังนี้ คือ 39

ในกรณีของความสำคัญผิดในตัวบุคคล เหตุซึ่งทำให้ต้องรับผิดชอบหนักขึ้น อันเกี่ยวกับฐานะหรือ คุณลักษณะของผู้เสียหาย หรือความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำต้องไม่นำมาใช้บังคับเป็นโทษ แก่ผู้กระทำ ในทางตรงกันข้ามหากเหตุดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบน้อยลงก็สามารถนำเหตุ ดังกล่าวมาพิจารณาเพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำได้

บทบัญญัติในมาตรานี้ ไม่ใช่บังคับกับเหตุซึ่งเกี่ยวกับอายุ หรือสภาพทางร่างกายหรือจิตใจ หรือคุณลักษณะ ของผู้เสียหายอย่างอื่น

38 Edward M Wise & Allian Maittin The American Series of Foreign Penal Code : The Italian Penal Code Article 82 (London : Sweet and Maxwell, 1978), pp. 30-31.

39 Ibid, Article 60, P. 21.

(In case of error as to the victim of an offense, aggravating circumstances which relate to the condition or characteristics of the victim or his relationship to the offender, shall not be counted against the actor.

Erroneously supposed extenuating circumstances which concern the aforesaid condition, characteristics or relationship shall, on the contrary, be considered in his favor.

The provisions of this Article shall not apply with respect to circumstances which relate to the age or other physical or mental conditions or characteristics of the victim)

นอกจากนี้ในมาตรา 82 ยังได้บัญญัติถึงกรณีที่บุคคลซึ่งผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อก็ได้รับผลร้ายจากการกระทำด้วยโดยบัญญัติไว้ในวรรคสอง ซึ่งมีใจความดังนี้คือ

เมื่อใดก็ตาม บุคคลซึ่งผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อ ก็ได้รับผลร้ายด้วยเช่นกัน ดังนี้ ผู้กระทำต้องรับโทษสำหรับความผิดที่เป็นบทหนักที่สุด โดยเพิ่มโทษอีกครั้งหนึ่ง

(Whenever, in addition to another person, the one against whom the injury was directed is also injured, the offender shall be subject to the punishment prescribed for the most serious offense, increased by up to one-half.)

ซึ่งการที่มาตรา 82 วรรคแรก บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับผิดต่อผู้ได้รับผลโดยพลาดไปเสมือนหนึ่งว่าได้กระทำต่อบุคคลซึ่งผู้กระทำประสงค์จะกระทำต่อ ย่อมมีผลเท่ากับว่า ผู้กระทำต้องรับผิดโดยเจตนาต่อผู้ได้รับผลโดยพลาดไป อันเป็นการพิจารณาเจตนากระทำผิดอย่างเป็นนามธรรม ทำนองเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั่นเอง สำหรับในกรณีมีเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น เนื่องจากฐานะหรือคุณลักษณะของผู้เสียหาย หรือ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายกับผู้กระทำ กฎหมายอิตาลีก็นำเหตุดังกล่าวมาใช้บังคับเป็นโทษแก่ผู้กระทำ แต่ใช้เพื่อเป็นคุณได้ ซึ่งคล้ายกับข้อความในมาตรา 60 ตอนท้ายแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

ข. ประเทศโคลัมเบีย

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศโคลัมเบียได้บัญญัติเรื่องการกระทำโดยพลาดไว้ใน มาตรา 14 ซึ่งมีใจความดังนี้ คือ 40

เมื่อความผิดอาญาได้ถูกกระทำขึ้นโดยสำคัญผิดหรือโดยเหตุบังเอิญต่อบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคล ซึ่งผู้กระทำเจตนาจะให้ได้รับผลร้าย พฤติการณ์อื่นเกี่ยวกับคุณลักษณะของบุคคลซึ่งได้รับผลร้ายต้องไม่นำมา พิจารณาในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้กระทำ หากแต่ใช้พฤติการณ์ซึ่งเป็นแบบเดียวกัน ถ้า ความผิดอาญาได้เกิดขึ้นกับบุคคลซึ่งผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อในการพิจารณาความผิดของผู้กระทำ

(When a crime is committed by mistake or accident against a person other than the intended victim, circumstances derived from the character of the person aggrieved or harmed shall not be taken into consideration, but only those which would have been pertinent if the crime had been committed against the person intended.)

ตามมาตรา 14 ดังกล่าว บัญญัติรวมถึงการกระทำโดยสำคัญผิด และการกระทำโดยพลาด ว่า ในการพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำ ให้ใช้พฤติการณ์เช่นเดียวกับกรณีถ้าหากความผิดได้เกิดขึ้นกับ บุคคลซึ่งผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อ ซึ่งแม้จะมีได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าให้ถือว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำ ต่อผู้ได้รับผลโดยพลาดไป แต่ยอมเป็นที่เข้าใจได้ว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์เช่นนั้น หรือ พิจารณาเจตนา กระทำความผิดของผู้กระทำอย่างเป็นทางการเป็นนามธรรมนั่นเอง

ค. ประเทศตุรกี

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศตุรกีได้บัญญัติเรื่องการกระทำโดยพลาดไว้ในมาตรา 52 ซึ่งมีข้อความดังนี้ คือ 41

⁴⁰Phanor Eder, The American Series of Foreign Penal Code : The Columbian Penal Code . Article 14 (London : Sweet & Maxwell, 1967), p. 19.

⁴¹Nevzat Gurelli . The American Series of Foreign Penal Code : The Turkish Criminal Code . Article 52 (London : Sweet & Maxwell, 1976), p. 29.

ถ้าบุคคลใดกระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ (felony) ต่อบุคคลอื่นซึ่งมิใช่บุคคลซึ่งผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อ ไม่ว่าจะเป็เพราะความสำคัญผิดหรือความผิดพลาด เหตุซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบหนักขึ้นอันเกี่ยวกับฐานะของผู้ได้รับผลร้ายจากการกระทำต้องไม่นำมาใช้บังคับกับผู้กระทำ กรณีดังกล่าวให้พิจารณาความรับผิดของผู้กระทำเสมือนหนึ่งว่า ความผิดอุกฉกรรจ์ดังกล่าวได้ถูกกระทำต่อบุคคลซึ่งผู้กระทำเจตนากระทำต่อแต่เหตุบรรเทาโทษ (mitigation) ต่าง ๆ ซึ่งใช้กับความผิดอุกฉกรรจ์ ต้องนำมาพิจารณาเพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำ

(If a person commits a felony against a person other than he intended, as a result of a mistake or defect, the matters of aggravation arising from the status of the injured party shall not be inputed to the perpetrator. Such cases may be dealt with as if the felony had been committed against the person intended, but the perpetrator shall benefit from any matter of mitigation applicable to the felony.)

จากบทบัญญัติในมาตรา 52 ดังกล่าว ซึ่งให้พิจารณาความรับผิดของผู้กระทำเสมือนหนึ่งว่าความผิดได้ถูกกระทำต่อบุคคลซึ่งผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อนี้ ย่อมมีผลเท่ากับว่าผู้กระทำต้องรับผิดชอบโดยเจตนาต่อผู้ได้รับผลร้ายโดยพลาดไป อันเป็นการพิจารณาเจตนากระทำความผิดอย่างเป็นทางการนามธรรมนั่นเอง

จากการศึกษาถึงแนวคิดในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องการกระทำโดยพลาดของประเทศต่าง ๆ ซึ่งอยู่ในระบบประมวลกฎหมาย ผู้เขียนพบว่า ประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่จะมีได้บัญญัติถึงแนวคิดในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องการกระทำโดยพลาดไว้ในประมวลกฎหมายแต่อย่างใด โดยจะปล่อยให้เป็นที่ของศาลในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องนี้⁴²

⁴²สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ‘รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, ครั้งที่ 105/43, วันศุกร์ที่ 12 กรกฎาคม 2483, หน้า 5.

การวินิจฉัยปัญหาความรับผิดในการกระทำโดยพลาดของประเทศในระบบคอมมอนลอว์

1. โครงสร้างความรับผิดอาญาตามระบบคอมมอนลอว์

การวินิจฉัยความรับผิดของบุคคลในทางคอมมอนลอว์นี้ ได้มีภาษิตที่ถือเป็นหลักมาตั้งแต่สมัยกลางว่า 'actus non facit reum nisi mens sit rea' ที่ถือว่าการกระทำจะไม่ใช่ความผิดถ้าผู้กระทำไม่มีเจตนาร้ายซึ่งหลักดังกล่าวนี้เกิดจากแนวความคิดทางศาสนาในสมัยกลาง ซึ่งเน้นสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำผิดเป็นอย่างมาก แต่ต่อมาความคิดดังกล่าวได้ค่อยๆ ผ่อนคลายไปเมื่อสภาพสังคมได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงไป โดยหลักกฎหมายอาญาได้ค่อย ๆ ถูกแยกออกจากอิทธิพลทางศาสนา โดยได้มีการนำเอามาตรฐานทางภาวะวิสัย (re-adapt the objective standard) มาประกอบเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งในการวินิจฉัยความรับผิดของบุคคล เท่า ๆ กับการเน้นในส่วนของจิตใจ จนบางครั้งในความผิดบางประเภท เช่น ความผิดประเภท strict liability จะพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงเรื่องจิตใจก็มี ซึ่งเหตุผลสนับสนุนความคิดที่ว่า การพิจารณาความรับผิดของบุคคลในปัจจุบันควรพิจารณาทางด้านภาวะวิสัยมากขึ้น ก็เนื่องจากปัจจุบันสังคมเจริญขึ้น สภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป จึงมีความจำเป็นต้องออกกฎหมายเทคนิค (Technique law) หรือที่ทางทฤษฎีกฎหมายอาญา เรียกว่า Mala prohibita คือเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติห้ามอันมิได้เกิดจากความผิดถูกทางศีลธรรมหรือจารีตประเพณี แต่เป็นเรื่องที่กำหนดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะที่ผู้บัญญัติกฎหมายคำนึงถึง จึงเห็นได้ว่าแนวโน้มของกฎหมายคอมมอนลอว์ในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยความรับผิดของบุคคลโดยเห็นว่า สิ่งที่จะเป็นความผิดอาญาคือ สิ่งที่ทำให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่น คือ นอกจากจะดูการกระทำแล้ว ยังดูต่อไปว่า ผลนั้นเป็นอันตรายต่อผู้อื่นหรือไม่ ถ้าเป็นอันตรายก็ลงโทษ

อย่างไรก็ตาม โดยหลักแล้ว การพิจารณาถึงความรับผิดทางอาญา จะพิจารณาทั้งในส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (objective) และอัตตวิสัย (subjective) โดยถือหลักว่า การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้ จะต้องประกอบด้วย การกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย หรือการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกนั้นผิดกฎหมาย (actus reus) และจะต้องมีส่วนของจิตใจที่จะถูกดำเนินได้ ซึ่งการพิจารณานี้เป็นไปตามหลักที่ว่า actus non facit reum nisi mens sit rea (the act does not constitute guilt unless the mind be guilty) ซึ่งหมายความว่า การกระทำไม่ก่อให้เกิดเป็นความผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นมีเจตนากระทำความผิด เพราะฉะนั้นการพิจารณา ความรับผิดของบุคคลในปัจจุบัน จึงเริ่มพิจารณาจากส่วน actus reus ก่อน เมื่อได้ความว่าส่วนการกระทำภายนอกนั้นเป็นการผิดกฎหมายแล้ว จึงไปพิจารณาส่วนภายใน (mental element) ซึ่งส่วนภายในซึ่งเป็นสภาวะทางจิตใจนี้อาจเป็นเรื่องของเจตนาในการกระทำความผิด (intention) ประมาทโดยรู้ตัว (reckless) ประมาท (negligence) หรือความพลั้งเผลอของจิตใจที่ไม่อาจ

ตำหนิได้ (blameless inadvertent) 43

ก. ความหมายของ actus reus

actus คือ act ซึ่งหมายถึงการกระทำ ส่วน reus คือ wrong หมายถึง ความผิดซึ่งอาจกล่าวได้ว่า actus reus คือ การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม ซึ่งส่วนของ actus reus นี้จะหมายความถึงส่วนที่เป็นองค์ประกอบของความผิดทั้งหมด ยกเว้นส่วนของสภาวะทางจิตใจของจำเลย หรือผู้กระทำผิด อันมีผลให้ส่วนของ actus reus นี้ มิใช่จะหมายถึงการกระทำ (act) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงสถานการณ์บางอย่างซึ่งถือเป็นความผิดอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นได้ แม้ไม่มีการกระทำก็ตาม (stateofaffairs) และอาจหมายถึงการกระทำโดยงดเว้น (amission) ด้วยนอกจากนี้ในส่วนของ actus reus นี้ ยังประกอบด้วยผลของการกระทำ (consequences) และพฤติการณ์ต่าง ๆ (circumstances) ซึ่งกำหนดอยู่ในคำจำกัดความของความผิดอาญาฐานต่าง ๆ ดังนั้น จึงสามารถทราบถึงส่วนของ actus reus ได้จากการพิจารณาฐานความผิดในแต่ละความผิดโดยในกรณีความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ (common law crimes) ก็พิจารณาได้จากคำวินิจฉัยของศาล และความผิดที่รัฐบัญญัติขึ้น (statutory crimes) ก็พิจารณาได้จากถ้อยคำของบทบัญญัติซึ่งแปลความหมายโดยศาล 44

นอกจากนี้ Williams⁴⁵ ยังได้อธิบายว่า ในส่วน actus reus หรือองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายนี้ ยังรวมถึงการไม่มีอยู่ของเหตุซึ่งเป็นข้อแก้ตัวของจำเลย (defences) ต่าง ๆ ด้วย เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ความยินยอมของผู้เสียหาย หรือความจำเป็น (duress) เป็นต้น โดยได้ยกตัวอย่างว่า ข้อเท็จจริงที่จำเลยมิได้กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ถือเป็นส่วนของ actus reus ในความผิดฐานฆ่าคนตาย หรือข้อเท็จจริงซึ่งผู้เสียหายไม่ยินยอมถือเป็นส่วนของ actus reus ในความผิดฐานข่มขืน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในส่วนนี้ D.J.Lanham เห็นว่าองค์ประกอบของความผิดอาญาประกอบด้วย 3 ส่วน โดยแยกออกเป็น ส่วน actus reus ส่วนของ mens rea และ

⁴³แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 'ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา,' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 34-37.

⁴⁴J.C.Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 7 ed (London : Butterworths, 1992), pp. 30-31.

⁴⁵Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (London : Stevens and Sons, 1978), p. 39.

องค์ประกอบในทางปฏิเสธ (negative element) หรือการไม่มีอยู่ของเหตุซึ่งเป็นการแก้ตัวของจำเลย โดยชอบด้วยกฎหมาย (valid defences)

ดังนั้น ในกรณีที่เพชรฆาตประหารชีวิตนักโทษตามหน้าที่ หรือจำเลยกระทำโดยป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็จะไม่เป็นความผิดอาญา โดยถ้าถือตามเหตุผลของ Williams ก็เพราะว่าขาดส่วนของ actus reus แต่ถ้าถือตามแนวคิดของ Lanham ก็ถือว่าแม้ว่าส่วนของ actus reus และ mens rea (เจตนาฆ่ามนุษย์) จะมีอยู่ครบบริบูรณ์ แต่ก็ไม่มีผิดอาญาเพราะมีเหตุซึ่งเป็นข้อแก้ตัวของจำเลยได้โดยชอบด้วยกฎหมาย⁴⁶

ข้อที่จะพิจารณาในส่วนของ actus reus นี้ก็คือว่า เมื่อมีการกระทำหรืองดเว้นกระทำคือส่วน actus แล้ว จะต้องดูว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ คือ ดูในส่วน reus ด้วย จึงจะสมบูรณ์ในความหมายของการกระทำที่กฎหมายห้าม เพราะลำพังแต่มีการกระทำแต่หากกระทำนั้นในความเป็นจริงแล้ว ไม่ผิดกฎหมายหรือไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ก็ไม่สามารถลงโทษบุคคลนั้นได้ เพราะถือว่าเป็นการขาดองค์ประกอบของความผิด โดยไม่ต้องไปพิจารณาในส่วนของจิตใจผู้กระทำ เช่น ในความผิดฐานลักทรัพย์ แม้ผู้กระทำคิดว่าตนกำลังเอาทรัพย์ของผู้อื่นไป แต่ความจริงปรากฏว่า ทรัพย์นั้นมิได้มีผู้ใดเป็นเจ้าของ ดังนี้ จำเลยก็ได้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์แต่อย่างใด เนื่องจากขาดส่วนประกอบของความผิดอาญาในส่วนของ actus reus⁴⁷

ข. ความหมายของ mens rea

mens rea ถือเป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำผิดที่จะนำมาพิจารณาประกอบกับ actus reus เพื่อดูว่าจะลงโทษบุคคลนั้นได้หรือไม่เพียงใด โดย actus reus และ mens rea นั้นจะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันด้วยจึงจะมีความผิด สมมติว่าเราได้ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยอุบัติเหตุ แต่เราก็ตีใจที่ผู้อื่นถึงแก่ความตายเพราะเราต้องการให้เขาตายอยู่แล้ว ดังนี้ เราก็คงไม่ได้ชื่อว่ากระทำให้เขาตายโดยเจตนาอันจะเป็นความผิด เพราะความตั้งใจในผลที่เกิดขึ้นไม่เหมือนกับเจตนากระทำให้เกิดผลนั้นขึ้น หรือในกรณีที่เรา

⁴⁶ J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 7ed p. 33.

⁴⁷ Ibid.

กำลังเดินทางไปหานาย ก. ดังนี้ แม้นาย ก. จะตาย เราก็ไม่มีความผิดฐานฆ่านาย ก. ตายโดยเจตนาแต่อย่างใด 48

สำหรับความหมายของ mens rea อาจกล่าวโดยทั่วไปได้ว่า mens rea นั้นหมายถึง ภาวะที่แท้จริงของจิตใจ อันเกี่ยวกับจิตใจที่ชั่วร้าย (evil mind) หรือความประสงค์ร้าย (evil will) 49

นอกจากนี้ Kenny 50 ได้อธิบายว่า mens rea คือ ความตั้งใจในสิ่งที่รู้ว่าผิดกฎหมาย ศาสตราจารย์ Stallybrass 51 อธิบายว่า mens rea เป็นเรื่องเกี่ยวกับความนำตำหนิต่างศีลธรรม (moral blame) ซึ่งหมายถึงความรู้สึกว่าทำผิด

ผู้พิพากษา Devlin ได้อธิบายว่า mens rea ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ คือ ความประสงค์จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และความรู้ถึงข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมอันเป็นความผิดอาญา

แต่ในปัจจุบันนี้นักวิชาการทั้งหลายหลีกเลี่ยงที่จะจำกัดความหมายของ mens rea อันเนื่องมาจากความผิดอาญาในสมัยใหม่ได้เกิดขึ้นมาก โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับกฎหมายเทคนิคอันมิใช่เรื่องเกี่ยวกับความผิดทางศีลธรรมซึ่งก่อให้เกิดความสงสัยเกี่ยวกับความหมายของ mens rea ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้อธิบายเรื่อง mens rea ในทางคอมมอนลอว์ว่า ควรจะใช้คำว่า mentes reae มากกว่า เพราะเห็นว่าส่วนของ mens rea นี้ เป็นเรื่องขององค์ประกอบภายใน ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละฐานความผิด จึงไม่สามารถอธิบายความหมายของ mens rea ให้สามารถปรับใช้กับความผิดทุก ๆ ฐานความผิดได้ 52

48 Ibid, p.76.

49 Jerome Hall, General Principles of Criminal Law, 2 ed. (New York : The Bobbs-Merrill Company Inc, 1960), pp. 70-71.

50 Kenny 's Outline of Criminal Law 17 ed by Cecil Turner, p. 39

51 Stallybrass, The Modern Approach to Criminal Law 406 (Radzinowicz and Turner, ed., 1945) quoted in Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, 2 ed, p. 71.

52 Jerome Hall, General Principle of Criminal Law, 2ed, pp. 74-75.

อย่างไรก็ตาม ในการอธิบายถึงโครงสร้างความผิดทางอาญาของทางคอมมอนลอว์ ก็มักจะแยกออกเป็นส่วนของ actus reus และส่วนของ mens rea* ซึ่งในส่วนของ mens rea นี้ โดยทั่วไปจะพิจารณาถึงส่วนขององค์ประกอบภายในต่าง ๆ อันได้แก่ เจตนา (intention) ประมาทโดยจงใจ (reckless) ประมาท (negligence) และความพลั้งเผลอของจิตใจที่ไม่อาจตำหนิได้ (blameless inadvertence)⁵³ ดังจะได้พิจารณาดังรายละเอียดต่อไปนี้

1. เจตนา (intention) สำหรับความหมายของเจตนาในทางคอมมอนลอว์นี้ ได้มีนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ คือ J.C.Smith ⁵⁴ ได้รวบรวมความเห็นของนักนิติศาสตร์เกี่ยวกับความหมายของเจตนาไว้ 4 ความเห็น คือ

- ความเห็นของ Dr. Glanville Williams เห็นว่าความหมายของเจตนา หมายถึงการที่มีความประสงค์ในสิ่งนั้น หรือคาดหมายได้อย่างแน่นอนว่าผลจะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น (when either it is desired or it is foreseen as certain to result from one's act)

- ความเห็นของ Austin ซึ่งเห็นว่า เจตนา หมายถึงการที่มีความประสงค์ในสิ่งนั้น หรืออาจจะคาดหมายได้ถึงผลที่จะเกิดจากการกระทำนั้น (when it is desired or it is foreseen as a probable result of one's act)

- ความเห็นของ Dr. J.W.C. Turner เห็นว่าความหมายของเจตนาได้นั้นก็ต่อเมื่อสิ่งนั้นคือ สิ่งทีประสงค์ (only when it is desired)

*การแยกโครงสร้างความผิดอาญาออกเป็นส่วน actus reus และ mens rea นี้มีผู้เห็นว่าควรใช้คำว่า fault แทนส่วนของ mens rea เนื่องจากจะรวมถึงองค์ประกอบซึ่งไม่ถือเป็นเรื่องของจิตใจชั่วร้ายด้วย ดู Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Criminal Law, 2 ed. (St. Paul, Minnesota : West Publishing Co., 1986), p. 212.

⁵³ J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal Law, 7 ed, p.53. นอกจากนี้ส่วนขององค์ประกอบภายในอาจแยกออกเป็น Intention, Knowledge, Recklessness และ Negligence รายละเอียดดู American Law Institute, Model Penal Code (official draft, 1962), Section 2.02 (2).

⁵⁴ J.C. Smith, "Intention In Criminal Law", Current Legal Problems (1974) : 108-111 อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส, "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 48-49.

- ความเห็นของนักกฎหมายอัฟริกา ซึ่งมีความเห็นที่กว้างมาก โดยถือว่าเจตนาหมายถึง การที่มีความประสงค์ในสิ่งนั้น หรือเพียงแค่ว่าคาดว่าจะเป็นไปได้ที่จะเกิดผลจากการกระทำนั้น (when it is desired or it is foreseen as a possible consequence of one's act)

ซึ่งจากความหมายของเจตนาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ทุกความเห็นพ้องต้องกันว่า เจตนาหมายถึง ความประสงค์ในสิ่งนั้น ซึ่งตรงกับความเข้าใจของประชาชนโดยทั่วไปต่อความหมายของเจตนา อย่างไรก็ตาม ศาลและนักกฎหมายมีความเห็นว่า คำว่า เจตนา ควรมีความหมายกว้างกว่านี้ ซึ่งจากคดีต่าง ๆ ก็มีได้ตัดสินตรงกันแน่นอนว่า เจตนาหมายถึงความถึงอะไร ดังเช่นในคดี Hyam v. Director of Public Prosecutions ศาลมีความเห็นว่า ผู้กระทำผิดมีเจตนาถ้าเขารู้ว่ามีความเป็นไปได้สูงที่จะเกิดผลจากการกระทำของเขา (it he know that it was highly probable result of his act) แม้ว่าเขาจะไม่ได้ประสงค์ต่อผลนั้นก็ตาม แต่ในคดี Moloney ศาลมีความเห็นว่า ผู้กระทำมีเจตนาที่ต่อเมื่อเขาประสงค์ต่อผลนั้น และศาลหรือลูกขุนอาจลงความเห็นว่าเขาเจตนาได้แม้ว่าเขาจะไม่ประสงค์ต่อผล ถ้าหากผลนั้นมีความแน่นอนอย่างยิ่งที่จะเกิดจากการกระทำของเขา และผู้กระทำทราบถึงความแน่นอนดังกล่าว (when the result is virtually certain consequence of the act, and the actor knows that it is a virtually certain consequence) 55

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่า ความหมายของเจตนาซึ่งพิจารณาจากโอกาสอันอาจจะเกิดผลว่า จะต้องแน่นอน (certain) นั้น ไม่มีผู้ใดสามารถทราบได้ถึงความแน่นอนดังกล่าว แต่บุคคลย่อมทราบได้ว่า ในกรณีที่เขาต้องการผลอย่างหนึ่ง ซึ่งผลนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีผลอีกอย่างหนึ่งเกิดขึ้นมาก่อน หรือเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันนั้น ซึ่งในกรณีนี้ย่อมเป็นการยุติธรรมที่ จะกล่าวว่า ผู้กระทำประสงค์ต่อผลอีกอย่างนั้นด้วย เช่น ก. ต้องการทำร้าย ข. แต่ปรากฏว่า ข. ยืนอยู่ในบ้านซึ่งมองเห็นผ่านกระจกบานซึ่งปิดอยู่ ดังนี้ หาก ก. ขวางกั้นหินเพื่อให้ถูก ข. ย่อมเป็นไปได้ว่า กระจกบานต้องแตกก่อน ดังนี้ ต้องถือว่า ก. เจตนาทำให้กระจกหน้าต่างแตกด้วยซึ่งความหมายของเจตนาควรขยายความออกจากสิ่งที่ประสงค์โดยรวมถึงกรณีดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น ไม่ควรขยายความออกไปมากกว่านี้ 56

55 J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 7 ed, pp. 53-54.

56 Ibid., pp. 55-57.

2. ประมาทโดยรู้ตัว (reckless) เป็นสภาวะทางจิตอย่างหนึ่งที่ผู้กระทำไม่เพียงแต่ขาดความระมัดระวังเท่านั้น แต่ได้กระทำไปโดยเจตนาไม่เอาใจใส่ต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น กล่าวคือ ได้กระทำโดยรู้สึกอยู่แล้วว่าเป็นการเสี่ยงที่จะเกิดภัย แต่ยังชินทำลง ซึ่งการกระทำในการที่จะเสี่ยงจะเกิดภัยนี้ จะถือว่า ผู้กระทำกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัวก็ต่อเมื่อการเสี่ยงภัยนั้นต้องเป็นการเสี่ยงที่ไม่สมควร (unjustifiable risk) หากเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเหตุผลสมควรในการเสี่ยงกระทำเช่นนั้น เช่น ในกรณีของนายแพทย์ที่ต้องเสี่ยงทำการผ่าตัดเพื่อช่วยเหลือคนไข้ ดังนี้ นายแพทย์ก็มีได้ชื่อว่ากระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว⁵⁷

ในการที่จะถือว่าผู้กระทำ กระทำความผิดโดยประมาทโดยรู้ตัวซึ่งผู้กระทำได้กระทำลงในการเสี่ยงที่ไม่สมควรนี้ ตามกฎหมายอังกฤษมีข้อพิจารณาเป็น 2 แนวความคิด อันได้แก่

2.1 Caldwell/Lawrence recklessness ซึ่งตามแนวความคิดนี้จะถือว่า ผู้กระทำกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัวได้ ถ้าหากว่าเขาทราบถึงความเสี่ยงที่ไม่สมควรดังกล่าว แล้วยังกระทำการอีก หรือในกรณีที่เป็นความเสี่ยงอย่างเห็นได้ชัด (obvious risk) แต่ผู้กระทำกลับมิได้คำนึงถึงความเป็นไปได้ของความเสียหายดังกล่าวเลย ซึ่งหากพิสูจน์ได้ถึงกรณีใดกรณีหนึ่งใน 2 กรณีข้างต้น ก็ถือได้ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว

2.2 Cunningham recklessness ตามแนวความคิดนี้จะถือว่าผู้กระทำกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัวได้ ก็ต่อเมื่อผู้กระทำทราบถึงความเสี่ยงที่ไม่สมควรดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นความเห็นที่แคบกว่า Caldwell/Lawrence reckless⁵⁸

จากลักษณะของประมาทโดยรู้ตัวนี้จะเห็นได้ว่ามีความหมายใกล้เคียงกับความหมายของเจตนาในกรณีที่ผู้กระทำคาดหมายได้ว่าผลจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนจากการกระทำของเขา แม้เขาจะไม่ประสงค์ต่อผลนั้นก็ตาม แต่มีผู้พยายามแยกให้เห็นถึงความแตกต่างดังนี้คือ ถ้าหากความผิดที่เกิดขึ้นได้เกิดขึ้นโดยผู้กระทำทราบได้อย่างแน่นอนว่า ผลจะเกิดขึ้นจากการกระทำของเขาก็ถือว่าผู้กระทำเจตนา (... knows that his conduct is substantially certain to cause the result) แต่ถ้าผู้กระทำเพียง

⁵⁷ Ibid., p. 60.

⁵⁸ Ibid.

แต่คาดว่าผลอาจเป็นไปได้ก็เป็นประมาทโดยรู้ตัว (... aware that his conduct might cause the result, though it is not substantially certain to happen) ⁵⁹

3. ประมาท (Negligence) การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของความระมัดระวังซึ่งผู้กระทำพึงจะระมัดระวังซึ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นกฎหมายต้องการมาตรฐานความระมัดระวังดังกล่าว อันเป็นการใช้มาตรฐานทางภาวะวิสัย (objective standard) พิจารณาว่า ถู้อได้หรือไม่ว่าในกรณีดังกล่าวผู้กระทำได้กระทำการโดยประมาท โดยทั่วไปแล้วการกระทำโดยประมาท ก็ได้แก่การที่ผู้กระทำได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งผู้กระทำควรจะตระหนักถึงหรือทราบ และปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังดังกล่าว ⁶⁰

ในการพิจารณาในทางภาวะวิสัยนี้ศาลจะพิจารณาโดยสมมติบุคคลขึ้นมาเป็นมาตรฐาน เรียกว่า Reasonable man และพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าวควรจะใช้ความระมัดระวังเพียงใดในพฤติการณ์นั้น ๆ มิใช่พิจารณาโอกาสความเป็นไปได้ของการเกิดผล เนื่องจากการกระทำโดยประมาทเป็นการกระทำโดยเสี่ยงต่ออันตราย ซึ่งสังคมไม่อาจยอมรับ ดังนั้น แม้โอกาสเกิดอันตรายจะสูง แต่ถ้าหากเป็นการสมควรก็ไม่ถือว่าผู้กระทำได้ทำโดยประมาท เช่น แพทย์ทำการผ่าตัดเพื่อรักษาคนไข้ แม้จะเสี่ยงต่อการเสียชีวิตสูง ก็ไม่ถือว่าเพียงความเสียดังกล่าวก็ถือว่าแพทย์ประมาทตรงกันข้าม ในกรณีของนายจ้างได้ประกอบกิจการซึ่งก่อให้เกิดความเสี่ยงต่ออันตรายแก่ชีวิตของลูกจ้าง แม้จะเพียงเล็กน้อย หากแต่ทำโดยเพียงเพราะหวังเพิ่มผลกำไร ก็อาจถือว่าประมาทแล้ว ⁶¹ อาจกล่าวได้ว่าการกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว (reckless) ก็คือ การกระทำโดยประมาทประเภทหนึ่ง กล่าวคือ การกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัวนี้ผู้กระทำได้ทราบถึงความเป็นไปได้ของผลที่จะเกิด และกระทำลงในความเสี่ยงที่ไม่สมควรซึ่งอาจเรียกว่า advertent negligence ⁶²

⁵⁹ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Criminal Law, 2 ed (St. Paul Minnesota : West Publishing Co., 1986), pp. 239-240.

⁶⁰ Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, p. 43.

⁶¹ Ibid., p. 44.

⁶² Ibid., p. 45.

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากพิจารณาความหมายของประมาทโดยรู้ตัว (reckless) ตามแนวคิด Cunningham reckless ก็จะสามารถแยกความแตกต่างของการกระทำโดยประมาทกับประมาทโดยรู้ตัวได้ชัดเจน กล่าวคือ หากผู้กระทำได้กระทำการเสี่ยงโดยไม่สมควรโดยไม่ทราบถึงความเสียดังกล่าวก็เป็นการประมาท(negligence) แต่ถ้าผู้กระทำทราบถึงความเสียดังกล่าวแล้วยังขึ้นกระทำลงก็เป็นกรณีประมาทโดยรู้ตัว(reckless)ในทางตรงกันข้าม หากพิจารณาความหมายของประมาทโดยรู้ตัวแบบ Caldwell recklessness ความหมายของกรณีประมาทกับประมาทโดยรู้ตัวอาจซ้อนกันอยู่⁶³

4. การกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (blameless inadvertent) เป็นสภาวะทางจิตใจอีกแบบหนึ่ง ซึ่งเป็นเรื่องความพลั้งเผลอของบุคคลซึ่งอาจเกิดขึ้นได้กับวิญญูชนทุกคน อันเป็นสิ่งที่มิอาจตำหนิได้ เช่น การตบผู้อื่นเพียงเบา ๆ แต่บุคคลนั้นได้ถึงแก่ความตาย ด้วยเหตุที่ผิดปกติไปจากคนธรรมดา กล่าวคือ ผู้นั้นมีกระโหลกบางมากจึงตาย ดังนี้ ผู้กระทำย่อมไม่ต้องรับผิดชอบ

เมื่อพิจารณาถึงส่วนขององค์ประกอบภายใน (mentalelement) ทั้ง 4 ประการดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า สภาวะทางจิตใจของผู้กระทำในเรื่องของเจตนา (intention) และการประมาทโดยรู้ตัว (recklessness) นั้นเป็นเรื่องของจิตใจของผู้กระทำซึ่งผู้กระทำย่อมมีความรู้สึกที่ตนกำลังกระทำในสิ่งที่ผิด (guilty mind) ดังนั้นในทางคอมมอนลอว์ (common law) จึงถือว่าสภาวะทางจิตใจสองลักษณะนี้เป็นส่วนที่มี mens rea⁶⁴ ส่วนการกระทำโดยประมาทนั้น เป็นเพียงการแสดงให้เห็นถึงการขาดการเอาใจใส่เท่านั้น ไม่เกี่ยวกับความชั่วร้ายของจิตใจในกรณีนี้ แต่การที่กฎหมายลงโทษก็เพื่อให้บุคคลได้ใช้ความระวังยิ่งขึ้นเท่านั้น⁶⁵ สำหรับการกระทำโดยพลั้งเผลออันเป็นเรื่องที่ไม่อาจตำหนิได้ (blameless inadvertent) นั้น เห็นได้ชัดว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาชั่วร้าย หรือ mens rea แต่อย่างใด

⁶³ J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 7 ed, p. 69.

⁶⁴ แสงว บัญเฉลิมวิภาส, "ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา", หน้า 51.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

2. การกระทำโดยพลาดกับโครงสร้างความผิดอาญาในระบบคอมมอนลอว์

เนื่องจากโดยทั่วไปการพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์ จะแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน คือ ส่วน actus reus (หรือการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกนั้นผิดกฎหมายหรือไม่) และส่วนของ mens rea (หรือส่วนของจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำ) ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าปัญหาการกำหนดความรับผิดของผู้กระทำในการกระทำโดยพลาดนั้น ย่อมจะอยู่ในส่วนโครงสร้างส่วน mens rea กล่าวคือ เป็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดหลักเจตนาร้าย (principle of mens res) ว่าในกรณีการกระทำโดยพลาด เช่น ก. เจตนาจะฆ่า ข. ได้ใช้ปืนยิงไปที่ ข. แต่กระสุนพลาดไปถูก ค. ตายนี้ ก. จะต้องมีความผิดฐานฆ่า ค. โดยเฉพาะ จึงจะมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาหรือเพียงแต่ก. มีเจตนาฆ่ามนุษย์ผู้หนึ่งผู้ใดก็ได้ หากผลคือ ความตายได้เกิดขึ้นไม่ว่าจะเกิดขึ้นกับมนุษย์ใดก็ถือว่า ก. มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาแล้ว ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้ไม่สามารถหาคำตอบได้โดยการพิจารณาจากหลักทั่วไปของเจตนาร้าย (general principle of mens rea) แต่ย่อมขึ้นอยู่กับความเห็นของบุคคลในการกำหนดหลักเจตนาร้ายว่าควรจะเป็นไปเช่นไรในกรณีของการกระทำโดยพลาด⁶⁶ เช่น

Glanville Williams⁶⁷ มีความเห็นว่า การที่กล่าวว่า mens rea ในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา (murder) นั้นได้แก่ เจตนาฆ่ามนุษย์โดยไม่จำเป็นต้องเจาะจงว่าเป็นมนุษย์ผู้ใดกล่าวคือเมื่อผู้กระทำได้เจตนาฆ่ามนุษย์ และได้กระทำการฆ่ามนุษย์แล้วจริงๆก็มีความผิดสำเร็จแล้วนั้น ฟังดูมีเหตุผลก็เพียงเพราะส่วนของเจตนาที่แท้จริงได้ถูกละทิ้งไป กล่าวคือ ถึงแม้ผลในแง่ของการฆ่ามนุษย์นั้นจะถือได้ว่าผู้กระทำ ประสงค์ แต่ผู้กระทำก็ได้เจตนาฆ่ามนุษย์ซึ่งได้ถูกฆ่าลงตามความเป็นจริงแต่อย่างใด นอกจากนี้เวลาจำเลยถูกฟ้อง จำเลยก็ได้ถูกฟ้องสำหรับการฆ่ามนุษย์ในลักษณะนามธรรม แต่จำเลยยังถูกฟ้องว่าฆ่า นาย ค. โดยเฉพาะ ดังนั้น จำเลยจึงต้องมี mens rea ในการกระทำต่อ นาย ค. โดยเฉพาะเจาะจง แต่ Smith และ Hogan⁶⁸ มีความเห็นว่า ที่กล่าวว่าผู้กระทำมิได้เจตนาต่อบุคคลซึ่งได้รับผลร้ายโดยเจาะจงนั้นเป็นเรื่องซึ่งมิได้มีผลสำคัญแต่อย่างใด ความสำคัญอยู่ที่ว่าผลซึ่งแตกต่างไป

⁶⁶A.J.Ashworth, "Transferred malice and punishment for unforeseen consequences," in *Reshaping the Criminal Law* ed P.R. Glazebrook (London : Stevens & Sons, 1978), p.91.

⁶⁷Glanville Williams, *Criminal Law : The General Part* 2ed (London : Stevens and Sons, 1961), p. 135.

⁶⁸ J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 7 ed, p.76.

จากเจตนาของผู้กระทำนั้น มีผลทำให้องค์ประกอบภายนอกของความผิด(actus reus)เปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ ซึ่งในกรณีตามตัวอย่าง องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ก็คือ การฆ่ามนุษย์ไม่ว่าจะเป็นมนุษย์ผู้ใดก็ไม่สำคัญ

อย่างไรก็ตาม ได้มีผู้อธิบายว่า ปัญหาในเรื่องการกระทำโดยพลาดนี้ น่าจะพิจารณาโดยถือเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) ⁶⁹ ว่าผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นโดยพลาดไปหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยเนื่องจากปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นการพิจารณาในส่วนของ actus reus แต่ในเรื่องการกระทำโดยพลาดนี้พิจารณาถึงส่วนของจิตใจหรือเจตนาของผู้กระทำดังกล่าวแล้วข้างต้น อันเป็นเรื่องของ mens rea ดังนั้นความเห็นดังกล่าวจึงไม่น่าจะถูกต้อง

3. แนวความคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดของประเทศต่าง ๆ ในระบบคอมมอนลอว์

ก. ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากผู้เขียนพบว่าทั้งสองประเทศมีแนวความคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดที่เหมือนกัน ดังนั้น ในการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ของแนวความคิด ตลอดจนเหตุผลและคำวินิจฉัยของศาลผู้เขียนจึงขอล่ารวมกันไป

1. การจัดหมวดหมู่ทางวิชาการ ในทางตำรามักจะอธิบายเรื่องการกระทำโดยพลาดโดยรวมอยู่ในเรื่องความแตกต่างของผลของการกระทำที่ผู้กระทำต้องการและผลที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งแยกออกเป็น 4 กรณี คือ⁷⁰

⁶⁹ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Criminal Law, 7 ed, p.221. นอกจากนี้ใน Model Penal Code ยังได้บัญญัติถึงแนวคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดไว้ในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลด้วยเช่นกัน ดู American Law Institute, Model Penal Code (official draft, 1962) Section 2.03.

⁷⁰ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Criminal Law, 2 ed, pp.220-222.

1.1 ผลซึ่งเกิดโดยวิธีการซึ่งผู้กระทำมิได้ตั้งใจ (unintended manner, unintended mode) เป็นกรณีที่ผลของการกระทำเป็นผลที่ผู้กระทำประสงค์จะให้เกิดขึ้น แต่ได้เกิดขึ้นจริงโดยวิธีการซึ่งผิดไปจากที่ผู้กระทำตั้งใจ เช่น ผู้กระทำตั้งใจฆ่า ก. โดยยิงที่หัวแต่ไปถูกหัวใจตาย หรือตั้งใจวางยาพิษ ก. แต่ ก. ตายเพราะยาพิษติดคอตาย ซึ่งในการพิจารณาความผิดของผู้กระทำในกรณีนี้ต้องพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation)

1.2 ผลที่เกิดขึ้นต่างจากประเภทของความผิดที่ผู้กระทำต้องการ (unintended type of harm) เป็นกรณีที่ผู้กระทำเจตนากระทำผิดอาญาประเภทหนึ่ง แต่กลับก่อให้เกิดผลเป็นความผิดอาญาคนละอย่างกับที่ผู้กระทำต้องการ เช่น ก. เจตนาฆ่า ข. จึงยิงไปที่ ข. แต่ไปถูกกระบอกแตกเสียหาย ดังนี้ การพิจารณาความรับผิดของ ก. ก็ต้องพิจารณาจากเจตนาของ ก. ว่าสัมพันธ์กับองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้นหรือไม่ ตามหลักโครงสร้างความผิดอาญาโดยทั่วไป (coincidence of actus reus and mens rea)

1.3 ผลที่เกิดขึ้นแตกต่างในระดับของอันตราย (unintended degree of harm) เช่น ก. เจตนาทำร้าย ข. แต่ปรากฏว่า ข. ได้ถึงแก่ความตาย หรือในทางกลับกัน ก. เจตนาฆ่า ข. แต่ปรากฏว่า ข. เพียงแต่ได้รับอันตรายเล็กน้อย ซึ่งการพิจารณาความรับผิดของ ก. ในกรณีนี้ก็พิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดอาญาโดยทั่วไป เช่นเดียวกับกรณีของ 1.2 กล่าวคือ พิจารณาความผิดของผู้กระทำว่าผู้กระทำมีองค์ประกอบภายในในการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดประเภทใดก็เป็นไปตามนั้น

1.4 ผลของการกระทำเกิดขึ้นแก่วัตถุของการกระทำที่ผู้กระทำมิได้ต้องการ (unintended victim) ซึ่งเป็นเรื่องผลของการกระทำอันเป็นผลประเภทเดียวกับที่ผู้กระทำต้องการ (เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาที่ผู้กระทำต้องการ) ได้เกิดแก่อีกวัตถุหนึ่งซึ่งผู้กระทำมิได้ต้องการ อันเป็นเรื่องของการกระทำโดยพลาด ซึ่งจะได้พิจารณาโดยละเอียดต่อไป นอกจากนี้ ในทางตำราจะกล่าวถึงอีกเรื่องหนึ่งซึ่งมีความใกล้เคียงกับเรื่องการกระทำโดยพลาด อันได้แก่ เรื่องการสำคัญผิดในตัวบุคคล หรือวัตถุที่จะกระทำต่อ (mistake as to victim) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อวัตถุแห่งการกระทำอันหนึ่ง แต่ได้กระทำต่อวัตถุแห่งการกระทำอีกอันหนึ่ง โดยสำคัญผิดว่าวัตถุอันนั้นคือวัตถุที่ผู้กระทำต้องการทำต่อ เช่น ก. เจตนาฆ่า ข. เห็น ค. เดินมาเข้าใจว่า คือ ข. จึงใช้ปืนยิง ค. ตาย ซึ่งเรื่องนี้ต่างจากเรื่องการกระทำโดยพลาด โดยหากพิจารณาทางข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่า ในเรื่องสำคัญผิดนี้ ผู้กระทำได้กระทำต่อวัตถุซึ่งปรากฏอยู่ต่อหน้าผู้กระทำโดยตรงนั้น (the person in front of him) หรือผู้กระทำทราบดีถึงการกระทำต่อวัตถุอันนั้น เพียงแต่ผู้กระทำกระทำไปโดยเข้าใจผิดคิดว่าเป็นอีกวัตถุหนึ่ง แต่ในการกระทำโดยพลาด การที่ผลไปเกิดแก่ผู้ได้รับผลร้ายนั้นผู้กระทำมิได้ทราบถึงการปรากฏอยู่ของ

วัตถุอันเลย กล่าวคือ ผู้กระทำได้เจตนากระทำต่อวัตถุอันหนึ่งที่ปรากฏอยู่ แต่ผลได้ไปเกิดแก่อีกวัตถุหนึ่ง 71

ซึ่งในการพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำกรณีสำคัญผิดนี้ ก็ถือว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำต่อวัตถุที่ปรากฏอยู่ต่อหน้าผู้กระทำนั้นผู้กระทำจะอ้างว่าตนมิได้เจตนากระทำมิได้เนื่องจากความสำคัญผิดดังกล่าวไม่มีผลอย่างใดตามกฎหมาย กล่าวคือ แม้ว่าข้อเท็จจริงจะเป็นไปตามที่ผู้กระทำต้องการความผิดก็ย่อมจะต้องเกิดขึ้นอยู่ตนเอง แต่อย่างไรก็ตาม ความสำคัญผิดในตัวบุคคล หากมีผลเป็นการทำให้ผู้กระทำปราศจาก mens rea ผู้กระทำก็ย่อมอ้างได้ เช่น เจ้าของบ้านยิงคนดูแลบ้านโดยนึกว่าเป็นโจรมาปล้นบ้าน⁷² บางครั้งในทางตำราเรียกความสำคัญผิดในวัตถุแห่งการกระทำว่า immaterial mistake

อนึ่ง ในการวินิจฉัยความรับผิดในกรณีสำคัญผิดนี้ ได้มีผู้อธิบายเหตุผลที่ถือว่าผู้กระทำต้องรับผิดโดยเจตนาโดยเทียบเคียง เหตุผลเช่นเดียวกับการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาด กล่าวคือ ถือว่าเมื่อผู้กระทำมีเจตนาร้าย (mens rea) ที่จะกระทำความผิดใดขึ้นแล้ว และได้กระทำหรือก่อให้เกิดองค์ประกอบความผิด (actus reus) ของความผิดนั้นขึ้นมาจริง ๆ เขาก็ต้องมีความผิด แม้ว่าผลของการกระทำอาจพิจารณาในบางแง่มุมว่าเป็นเรื่องที่มีได้ต้องการก็ตาม เช่น ก. เจตนาฆ่า ข. แต่ในความมืดได้ยิง ค. โดยนึกว่าเป็น ข. เขาก็ต้องมีความผิดฐานฆ่า ค. ตายโดยเจตนา หรือ ก. เจตนาฆ่า ข. ได้ยิงไปที่ ข. แต่กระสุนพลาดไปถูก ค. ซึ่งยืนอยู่แถวนั้น แต่ ก. ไม่รู้ โดยเหตุผลเช่นเดียวกัน ก. ย่อมมีความผิดฐานฆ่า ค. ตายโดยเจตนา (Yet, once again, D, with the mens rea of a particular crime, has caused the actus reus of the same crime : and, once again, he is guilty of murder) ซึ่งการใช้หลักวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวในกรณีหลังนี้ เป็นที่รู้จักกันในนามของหลักเจตนาโอน (The doctrine of "Transferred Malice")⁷³ นอกจากนี้ในคดี State v. Cates ยังได้ตัดสินโดยใช้หลักเจตนาโอนทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องสำคัญผิด

71 J.H. Pain, "Aberratio Ictus : A Comedy of Error - and Deflection," The South African Law Journal 95 (1978) : 501.

72 Glanville Williams, Criminal Law : The General Part, 2 ed, p. 138.

73 J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal Law, 7 ed, p.74.

ซึ่งความจริงในกรณีสำคัญผิดเห็นได้ชัดเจนว่า ผู้กระทำมีเจตนาต่อผู้ที่ตนได้กระทำต่อตามความจริงนั้น โดยไม่ต้องอ้างหลักเจตนาโอนแต่อย่างใด⁷⁴

2. แนวความคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาด ในการกระทำโดยพลาด เช่น ก. เจตนาฆ่า ข. ใช้ปืนยิงไปที่ ข. แต่กระสุนพลาดไปถูก ค. ตายนี้ การพิจารณาความรับผิดทางอาญาของ ก. อาจพิจารณาได้ 2 ทางคือ

ก. ถือว่าในกรณีตามตัวอย่างดังกล่าว ก. มีความผิดสำเร็จฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา

ข. แยกพิจารณาความรับผิดของ ก. ต่อ ข. และ ก. ต่อ ค. กล่าวคือ ตามตัวอย่างความรับผิดของ ก. ต่อ ข. ก็พิจารณาในเรื่องของการพยายามกระทำความผิด ส่วนความรับผิดของ ก. ต่อ ค. ก็ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในอื่น เช่น ประมาทโดยรู้ตัว หรือประมาทว่ากาที่ ก. ยิงพลาดไปถูก ค. นั้น เกิดจากองค์ประกอบภายในประเภทใด

สำหรับแนวความคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดนี้ ศาลอังกฤษและสหรัฐอเมริกา มีความเห็นว่าผู้กระทำต้องมีความรับผิดโดยถือว่าเป็นความผิดสำเร็จตามที่ผู้กระทำเจตนา ดังเช่น⁷⁵

ในคดี Saunders and Archer (1576) จำเลยเจตนาฆ่าภรรยา โดยได้รับคำแนะนำจากเพื่อนว่า ให้นำแอปเปิ้ลใส่ยาพิษให้ภรรยากิน ปรากฏว่าภรรยาของจำเลยได้ส่งผลแอปเปิ้ลดังกล่าวแบ่งให้ลูกของจำเลยกิน ลูกของจำเลยจึงถึงแก่ความตาย ดังนี้ ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา

ในคดี Gore (1611) จำเลยต้องการฆ่าสามีซึ่งกำลังป่วยอยู่ จึงเอายาพิษผสมลงในยาที่ปรุงโดยเภสัชกร ซึ่งเตรียมไว้ให้สามีรับประทานเมื่อสามีจำเลยทานยาดังกล่าวปรากฏว่ายิงป่วยหนัก พ่อของสามีจำเลยจึงสงสัยในยาดังกล่าว และได้นำยาไปถามเภสัชกร ปรากฏว่าเภสัชกรได้ลองชิมยาดังกล่าว และได้ถึงแก่ความตายนี้ ศาลลงโทษจำเลยฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา

⁷⁴ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Criminal Law , 2 ed,p. 221.

⁷⁵Glanville Williams, Criminal Law : The General Part, 2 ed, pp. 126-127.

ในคดี Latimer (1886) จำเลยทะเลาะกับชายคนหนึ่ง จึงได้เอาเข็มขัดฟาดไปที่ชายคนนั้น ปรากฏว่า เข็มขัดได้ไปถูกหญิงอีกคนหนึ่งซึ่งยืนคุยอยู่กับชายผู้นั้น ดังนี้ ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายหญิงผู้นั้น

อย่างไรก็ตามแม้ว่าในกรณีของการกระทำโดยพลาด ศาลจะเห็นต้องตรงกันว่าจำเลยต้องมีความผิดสำเร็จตามที่เจตนา แต่การให้เหตุผลอธิบายความเห็นดังกล่าวทั้งของศาล และในทางตำราอาจสรุปแยกได้เป็น 2 เหตุผลซึ่งต่างกันคือ⁷⁶

2.1 การอธิบายเหตุผลโดยหลักเจตนาโอน (transferred malice หรือ transferred intent) การอธิบายโดย หลักเจตนาโอนนี้ จะตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า เจตนาในการทำความผิดจะต้องพิจารณาในลักษณะเฉพาะเจาะจงลงในวัตถุแห่งการกระทำ เช่น สมมติว่า นาย ก. เจตนาฆ่า นาย ข. โดยใช้ปืนยิงไปที่นาย ข. แต่พลาดไปถูกนาย ค. ตาย ดังนี้ การที่นาย ก. จะมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา นั้น นาย ก. จะต้องมีความเจตนาฆ่าผู้ที่ตายคือ นาย ค. เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีการกระทำโดยพลาดดังตัวอย่างนี้ ตามหลักเจตนาโอนถือว่านาย ก. มีความผิดฐานฆ่า นาย ค. ตายโดยเจตนาแล้ว โดยอธิบายว่า ในกรณีนี้กฎหมายถือว่าเจตนาฆ่าของนาย ก. ที่มีโดยเจาะจงต่อ นาย ข. ได้โอนมายังนาย ค. แล้ว อันมีผลเท่ากับว่า นาย ก. มีเจตนาฆ่าของนาย ค. โดยเจาะจงแล้ว หรือดังที่ Lord Hale กล่าวว่า

"If A by malice aforethought strikes at B and missing him strikes C. where of he dies, tho he never bore any malice to C. yet it is muder, and the law transferred the malice to the party slain"⁷⁷

ซึ่งการให้เหตุผลอธิบายโดยหลักเจตนาโอนเช่นนี้น่าจะมีผลมาจากรูปแบบของการฟ้องคดีซึ่งวัตถุแห่งการกระทำจะถูกกล่าวถึงในคำฟ้อง เช่น ฟ้องว่านาย ก. ฆ่า นาย ค. ตายโดยเจตนา ดังนั้นจึงทำให้คิดว่าจำเลยจะต้องมีเจตนาฆ่าต่อ นาย ค. โดยเจาะจง มิใช่เจตนาฆ่ามนุษย์ผู้ใดก็ได้ จึงต้องอธิบายความผิดของจำเลยในกรณีนี้โดยอาศัยหลักเจตนาโอน กล่าวคือ ถือว่าเจตนาโดยเจาะจงของ นาย ก. ที่ จะฆ่า นาย ข. ได้โอนมายังนาย ค. แล้ว

⁷⁶ I.H.E. Patient, "Transferred Malice - A Misleading Misnomer," Journal of Criminal Law 54 (February 1990) : 124.

⁷⁷ I. Hale P.C. 466 quoted in Rollin M. Perkins and Ronald N. Boyce, Criminal Law , 3 ed (New York : Foundation Press, 1982), p. 922.

การอธิบายเหตุผลในการกระทำโดยพลาดโดยอ้างหลักเจตนาโอนนี้ มักจะถูกอ้างในคดีต่าง ๆ เสมอ⁷⁸ อันเนื่องมาจากทำให้ลูกขุนสามารถสรุปผลทางกฎหมายในกรณีการกระทำโดยพลาด กล่าวคือ ถือว่าจำเลยมีความผิดสำเร็จตามเจตนาได้อย่างง่ายดาย⁷⁹

2.2 การอธิบายเหตุผลโดยปรับใช้หลักทั่วไปของโครงสร้างความผิดอาญา การอธิบายโดยวิธีนี้ต่างจากหลักเจตนาโอนคือมองเจตนาอย่างเป็นนามธรรมมิได้จำกัดจำเพาะเจาะจงลงในวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ กล่าวคือ เป็นการพิจารณาองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญา (actus reus) ของแต่ละความผิดที่กำหนดไว้เช่นใด เช่น ในความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ส่วนของ actus reus ได้แก่ การฆ่ามนุษย์ ดังนั้น เมื่อ ผู้กระทำได้มีเจตนาฆ่ามนุษย์ (mens rea) แล้ว และตามความเป็นจริงมนุษย์ ผู้อื่นก็ได้ถึงแก่ความตายจริง ๆ ดังนั้น ผู้กระทำย่อมต้องมีความผิดสำเร็จ ส่วนมนุษย์อื่นที่ตายลงนั้นไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ไม่สำคัญเนื่องจากมิได้เป็นผลให้องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด ดังนั้นในกรณีการกระทำโดยพลาดนี้โครงสร้างความผิดอาญามีขึ้นโดยสมบูรณ์แล้วผู้กระทำจึงมีความผิดสำเร็จตามที่เจตนา⁸⁰ และนอกจากนี้ผู้ที่อธิบายผลทางกฎหมายของกรณีการกระทำโดยพลาดโดยอาศัยหลักโครงสร้างความรับผิดอาญานี้ยังมีความเห็นว่า การที่ถือว่าผู้กระทำมีความผิดสำเร็จในการกระทำโดยพลาดโดยอ้างหลักเจตนาโอนนั้น เป็นการอธิบายซึ่งไม่สมเหตุผล⁸¹ หรือเห็นการให้เหตุผลในการกระทำโดยพลาดโดยอ้างหลักเจตนาโอน (transferred intent) นี้เป็นสิ่งที่สมมติขึ้นโดยแท้จริง (pure fiction) เนื่องจาก ผู้กระทำมิได้มีเจตนากระทำต่อผู้ได้รับผลร้ายแต่อย่างใด ซึ่งในการที่จะถือว่าผู้กระทำมีความผิดสำเร็จตามเจตนาที่ไม่จำเป็นต้องถือว่าผู้กระทำเจตนาต่อผู้ได้รับผลร้าย⁸² เพียงแต่พิจารณาเจตนาผู้กระทำอย่างเป็นนามธรรม หรือพิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำการอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดนั้น ๆ หรือไม่ก็เพียงพอแล้ว

⁷⁸ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, *Criminal Law*, 2 ed,p. 221.

⁷⁹ Rollin M. Perkins and Ronald N. Boyce, *Criminal Law*, 3 ed, p. 926.

⁸⁰ Ibid., p. 923.

⁸¹ Ibid., p. 924.

⁸² Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, *Criminal Law*, 2 ed,p. 284.

ในคดี R.v. Latimer ซึ่งมักจะถูกอ้างเพื่อสนับสนุนหลักเจตนาโอนนั้น ความจริงแล้วก็ได้ตัดสินโดยใช้หลักของ actus reus และ mens rea อันเป็นหลักทั่วไปในการพิจารณาความผิดอาญา กล่าวคือในคดี ดังกล่าว จำเลยใช้เข็มขัดฟาด นาย ก. แต่พลาดไปถูกหน้า นาง ข. จึงถูกฟ้องตาม Section 20 of The Offences Against The Person Act 1861 ซึ่งจำเลย ต่อบุ้ว่าตนมิได้เจตนาทำร้ายนาย ข. ศาลได้ตัดสินว่าจำเลยมีความผิด เนื่องจาก actus reus ของบทบัญญัตินี้ ได้แก่ การทำร้ายร่างกายผู้อื่น (infliction of grievous bodily harm upon any other person) และในกรณีนี้ที่จำเลยก็ได้มีเจตนาร้ายดังกล่าวแล้ว ซึ่งมีได้อ้างถึงการโอนเจตนาแต่อย่างใด⁸³

ในคดี State v. Gardner (1964) ก. ยิง ข. โดยเจตนาฆ่าแต่พลาดไปถูก ค. ตาย มีปัญหาต้องพิจารณาว่ากฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ว่า เจตนาของ ก. ต้องเป็นเจตนาฆ่า ค.ศาลตัดสินว่าไม่จำเป็นและกล่าวว่า "เราสันนิษฐานว่าผู้ร่างกฎหมาย และศาลส่วนใหญ่ย่อมมีความเห็นว่าผู้กระทำมิได้มีความชั่วร้ายน้อยลงแต่อย่างใดเลยในกรณีที่ความตายเกิดขึ้นกับอีกบุคคลหนึ่งซึ่งตนไม่ได้ตั้งใจ"⁸⁴ ซึ่งเห็นได้ว่าศาลก็อธิบายเหตุผลโดยมิได้อ้างหลักเจตนาโอนแต่อย่างใด

โดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่าแนวความคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดของอังกฤษและ สหรัฐอเมริกาจะถือว่า ผู้กระทำจะมีความผิดสำเร็จตามที่ผู้กระทำเจตนากระทำ แม้ผลสำเร็จจะเกิดแก่วัตถุแห่งการกระทำซึ่งผู้กระทำมิได้ประสงค์ก็ตาม แต่การอธิบายผลทางกฎหมายดังกล่าวอาจมีความแตกต่างกันในแต่ละคดีดังได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งการให้เหตุผลโดยอาศัยหลักทั่วไปของโครงสร้างความผิดอาญาโดยมอง mens rea อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเหมาะสมกว่าการกล่าวถึงการโอนเจตนา (transferred intent) จากผู้ที่ผู้กระทำประสงค์จะทำร้ายไปยังผู้ได้รับผลร้ายจากการกระทำ

⁸³ I.H.E. Patient, "Transferred Malice-A Misleading Minomer," Journal of Criminal Law 54 (February 1990) : 116.

⁸⁴ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, Criminal Law, 2 ed,p. 284.

3. หลักเกณฑ์สำคัญในการที่จะถือว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นความผิดสำเร็จในการกระทำโดยพลาด

3.1 ผลที่เกิดโดยพลาดไปต้องเกิดแก่วัตถุซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด เช่นเดียวกับความผิดที่ผู้กระทำเจตนากระทำ

เนื่องจากตามโครงสร้างความผิดอาญาของคอมมอนลอว์ จะต้องประกอบด้วยส่วน actus reus และ mens rea ซึ่งเพียงแต่ผู้กระทำได้กระทำการอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ผู้กระทำย่อมยังไม่มีผิดอาญา จะต้องปรากฏด้วยว่าผู้กระทำได้กระทำการนั้นโดยมี mens rea ในการกระทำผิดนั้น เช่น ผู้กระทำได้ทำลายทรัพย์สินของผู้อื่น โดยคิดว่าเป็นของตนเอง ดังนี้ ผู้กระทำย่อมไม่มีผิดอาญา เพราะปราศจากเจตนาร้าย (mens rea) ดังนั้น ในกรณีการกระทำโดยพลาดก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ผลที่พลาดไปเกิดแก่อีกบุคคลหนึ่งนั้น ต้องก่อให้เกิดองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาอย่างเดียวกับที่ผู้กระทำเจตนากระทำ ผู้กระทำจึงจะมีความผิดสำเร็จ อันสอดคล้องกับการวินิจฉัยความผิดอาญาตามโครงสร้างความผิดอาญา และแม้แต่ผู้อธิบายกรณีการกระทำโดยพลาดโดยอ้างหลักเจตนาโอน (transferred intent) ก็จะมีอธิบายว่าเจตนาร้ายจะโอนไปยังผู้ได้รับผลร้ายในกรณีเฉพาะความผิดที่เกิดขึ้น เหมือนกับความผิดที่ผู้กระทำเจตนากระทำเท่านั้น (malice is transferred only within the limit of the same crime)⁸⁵ เช่น ความตายของ นาย ก. ย่อมเท่ากับความตายของ นาย ข. กล่าวคือ เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเช่นเดียวกัน

ในคดี R.v. Pembliton จำเลยกับพวกได้ออกจากร้านขายสุราและได้ทะเลาะกันกับผู้อื่นบริเวณถนน จำเลยได้แยกออกจากกลุ่มและได้หนีบก้อนหินขว้างไปยังพวกที่ตนทะเลาะด้วย แต่ปรากฏว่าก้อนหินได้ไปถูกกระจกร้านขายสุราแตก จำเลยจึงถูกฟ้องฐานทำให้เสียหาย ตาม Malicious Damage Act 1861 ซึ่งศาลตัดสินว่าจำเลยไม่มีผิดฐานทำให้เสียหาย เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีปรากฏแก่ลูกขุนว่า จำเลยเจตนาทำร้ายคนมิได้เจตนาทำให้เสียหายแต่อย่างใด ในคดีนี้เห็นได้ว่าศาลก็ได้ตัดสินโดยอ้างหลักเจตนาโอน แต่น่าจะเป็นการใช้หลักทั่วไปในเรื่องโครงสร้างความผิดอาญา ตามหัวข้อ 2.2 ข้างต้น กล่าวคือ ส่วน actus reus ของความผิดทำให้เสียหาย ได้แก่ การทำลายทรัพย์สินของผู้อื่น ซึ่งส่วน

⁸⁵ Glanville Williams, *Criminal Law : The General Part*, 2 ed,p. 128.

ของ mens rea ของความผิดก็ได้แก่ เจตนา หรือประมาทโดยจงใจในการทำให้เสียหายของผู้อื่น ซึ่งในคดีนี้จำเลยมิได้มีเจตนาดังกล่าว จึงไม่อาจมีความผิดได้⁸⁶

ในคดี R. v. Faulkner (1877) จำเลยเจตนาจะขโมยเหล้ารัมในเรือ ซึ่งบรรจุอยู่ในถังไม้ได้ห้องเรือ เมื่อจำเลยได้เจาะถังไม้แล้วก็ได้จุดไม้ขีดไฟเพื่อให้มองเห็นเพื่อจะต่อสายยาง ปรากฏว่า เหล้ารัมได้ติดไฟขึ้นอันเป็นผลให้เรือถูกไฟไหม้ จำเลยจึงถูกฟ้องข้อหาวางเพลิงเผาเรือ (maliciously setting fire to a ship) ศาลได้ชี้ให้เห็นว่าถ้าหากพิจารณาได้ว่าจำเลยประมาทโดยรู้ตัวในการทำให้เกิดไฟไหม้ จำเลยก็จะต้องรับผิด แต่เนื่องจากคดีถูกพิจารณาโดยโจทก์อ้างหลักเจตนาโอน ดังนั้น จำเลยในคดีนี้จึงไม่อาจถูกลงโทษได้⁸⁷

หรือในคดี Rex v. Kelly ศาลวินิจฉัยว่า การที่จำเลยเจตนาใช้ปืนยิงคน แต่ไปถูกม้าตาย นั้นไม่อาจถูกลงโทษฐานทำให้เสียหายได้⁸⁸

สำหรับการพิจารณาว่าผลที่พลาดไปนั้นเกิดขึ้นกับวัตถุอื่นเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด อาญาที่ผู้กระทำตั้งใจทำหรือไม่นั้น ย่อมจะต้องพิจารณาจากคำจำกัดความของความผิดฐานต่าง ๆ ซึ่งโดยทั่วไปหากเป็นบทบัญญัติคนละมาตราแล้วก็อาจจะสันนิษฐานได้ว่า เป็นความผิดคนละชนิดกัน แต่แม้ว่าจะบัญญัติความผิดอาญาไว้ในมาตราเดียวกันของกฎหมาย ก็อาจเป็นไปได้ที่จะเป็นความผิดคนละชนิดกันทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับความบทบัญญัติดังกล่าว⁸⁹ เคยมีคดีหนึ่งซึ่งตัดสินไว้อันเป็นปัญหาในเรื่องนี้ คือ

คดี Mcbridge v. Turnock (1964)⁹⁰ จำเลยได้ทะเลาะกับชายผู้หนึ่ง และได้ทำร้ายร่างกายชายผู้นั้น ปรากฏว่า พลาดไปถูกเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติกรตามหน้าที่อยู่ใกล้ ๆ กันนั้น จำเลยถูกฟ้อง

⁸⁶ I.H.E. Patient, "Transferred Malice - A Misleading Misnomer," Journal of Criminal Law 54 (February 1990) : 118.

⁸⁷ Rollin M. Perkins and Ronald N. Boyce, Criminal Law. 3 ed, pp. 923-924.

⁸⁸ Ibid., p. 924.

⁸⁹ Glanville Williams, Criminal Law : The General Part, 2 ed,p. 131.

⁹⁰ Criminal Law Review, pp. 456-457.

ข้อหาทำร้ายเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติกรตามหน้าที่ ตาม Prevention of Crime Act 1871 S.12 (assaulting the constable in the execution of his duty) ศาลชั้นต้นตัดสินว่า จำเลยมิได้เจตนาทำร้ายเจ้าพนักงาน จึงยกฟ้อง โจทก์ได้อุทธรณ์ ซึ่งศาลสูง (High court of Justice : Queen's Bench Division Court) ตัดสินว่า จำเลยมีความผิดตามฟ้อง

ในคดีนี้ได้มีความเห็นว่า การที่ศาลตัดสินเช่นนี้ก็เนื่องมาจากคำตัดสินของศาลในคดี Forbes (1835) ซึ่งตัดสินว่าความผิดฐานทำร้ายเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติกรตามหน้าที่นี้ ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ว่าผู้ถูกทำร้ายเป็นเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติกรตามหน้าที่ อันมีผลให้องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ เหมือนกับความผิดฐานทำร้ายร่างกายธรรมดา ผู้กระทำจึงมีความผิดได้ในกรณีที่เกิดการกระทำโดยพลาดแก่บุคคลธรรมดาขึ้นซึ่งคำตัดสินของศาลในคดี Mcbridge v. Turnock นี้ Williams⁹¹ เห็นว่า ขัดกับหลักเกณฑ์ในเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดในการกระทำโดยพลาด เนื่องจากในกรณีนี้วัตถุแห่งการกระทำผิดเป็นองค์ประกอบภายนอกความผิดคนละความผิดกันดังนั้นเจตนาทำร้ายคนธรรมดา ย่อมต่างจากเจตนาทำร้ายเจ้าพนักงานอันมีผลให้ในความผิดฐานทำร้ายเจ้าพนักงาน แม้จะมีส่วนของ actus reus แต่ก็ปราศจากส่วนของ mens rea จำเลยจึงไม่ควรจะต้องรับผิด

นอกจากนี้ ยังเคยมีคดีซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับ ผู้กระทำเจตนาฆ่าตัวตาย แต่ปรากฏว่าไม่ตาย แต่กลับเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ซึ่งแต่เดิมตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าผู้กระทำมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา (murder)⁹² ต่อมาในคดี Burgess (1862) ศาลตัดสินว่าความผิดฐานพยายามฆ่าตัวตาย(attempted suicide) ต่างจากความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น (attempted murder) ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดสมัยใหม่โดย Perkins ก็ได้อธิบายว่า ความผิดฐานฆ่าตัวตาย ไม่ควรถือเป็นประเภทหนึ่งของความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย(homicide)เพราะปัญหาในการทำลายตนเอง (self-destruction) ย่อมแตกต่างจากการฆ่าผู้อื่น (the killing of another) ⁹³

⁹¹ Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, 2 ed (London : Stevens and Sons, 1983), p. 200.

⁹² Glanville Williams, Criminal Law : The General Part , 2 ed, p. 126.

⁹³ Ibid., p. 393.

ดังนั้น จึงมีผู้อธิบายว่า ในกรณีที่ผู้พยายามฆ่าตัวตาย แล้วตนเองไม่ตาย แต่เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายนี้ เนื่องจากความผิดฐานฆ่าตัวตาย ต่างจากความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ดังนั้นเจตนาจึงไม่อาจโอนได้ในกรณีนี้⁹⁴ ซึ่งเป็นการอธิบายโดยอาศัยหลักเจตนาโอน (transferred malice) แต่หากพิจารณาหลักโครงสร้างความผิดอาญาก็อาจอธิบายได้ว่าในกรณีดังกล่าว องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานฆ่าผู้อื่น วัตถุประสงค์แห่งการกระทำย่อมได้แก่มนุษย์ผู้อื่น ดังนั้น เมื่อผู้กระทำเจตนาฆ่าตนเองมิใช่ฆ่ามนุษย์ผู้อื่น ในกรณีนี้ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดเนื่องจากขาดองค์ประกอบในส่วนของ mens rea สำหรับความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา⁹⁵ ในปัจจุบันตามกฎหมาย Suicide Act 1961 การฆ่าตัวตายไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใด)

กล่าวโดยสรุป หลักเกณฑ์ในการกระทำโดยพลาดที่ว่า ผลที่พลาดไปนี้ต้องเกิดขึ้นกับวัตถุอื่นอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาที่ผู้กระทำต้องการ จึงจะถือว่าผู้กระทำมีความผิดสำเร็จ นี่ก็เป็นเรื่องซึ่งพิจารณาจากหลักทั่วไปของโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ซึ่งถือว่าจะต้องประกอบด้วยทั้งส่วน actus reus และ mens rea (actus reus and mens rea of the offence must coincide) นั่นเอง ซึ่งเห็นได้ว่า แม้การอธิบายความรับผิดในการกระทำโดยพลาดโดยอาศัยหลักเจตนาโอน ก็ยังต้องจำกัดว่าเจตนาไม่สามารโอนได้ในความผิดซึ่งต่างกัน อันอยู่ภายใต้หลักของโครงสร้างความผิดอาญา ดังนั้น การอธิบายถึงความรับผิดในการกระทำโดยพลาดโดยพิจารณาถึงโครงสร้างความผิดอาญาดังกล่าวในหัวข้อ 2.2 จึงน่าจะเหมาะสมกว่าการอ้างหลักเจตนาโอน

อนึ่ง ในการกระทำโดยพลาดซึ่งเป็นเรื่องที่เกิดกับวัตถุแห่งการกระทำอีกอันหนึ่งซึ่งผู้กระทำมิได้ต้องการนั้น "วัตถุแห่งการกระทำ" อาจจะเป็นบุคคล หรือทรัพย์ก็ได้ เช่น ก. ขวางกั้นหินไปยังทรัพย์ของ ข. แต่ไปถูกทรัพย์ของ ค. หรือ ก. วางเพลิงเผาบ้าน ข. แต่ลมพัดทำให้ไหม้บ้านของ ค.

⁹⁴ Ibid., P.132.

⁹⁵ I.H.E.Patient, "Transferred Malice - A Misleading Misnomer," Journal of Criminal Law 54 (Febreary 1990) : 123.

*Draft Criminal Code Clause 28 : Transferred Fault and defences. (1) ใช้คำว่า "...person or thing capable of being the victim or subject - matter of the offence..." Law Com. No 143, Codification of the Criminal Law อ้างถึงใน D.W. Elliott and Michael J. Allen, Elliott and Wood's Casebook on Criminal Law. 5 ed (London : Sweet & Maxwell, 1989), pp. 187-188.

ดังนั้นก็ถือเป็นเรื่องการกระทำโดยพลาด⁹⁶ และหลักเกณฑ์ที่ว่าวัตถุซึ่งได้รับผลจากการกระทำจะต้องเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดการใช้ในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ด้วยเช่นกัน เช่น ในคดี R.v. Faulkner (1877) จำเลยเจตนาลักทรัพย์ มิได้เจตนาทำให้เสียทรัพย์ (เรือ) จึงไม่มีความผิดแต่อย่างใด

3.2 ผลซึ่งเกิดโดยพลาดไปแก่ผู้ได้รับผลร้ายต้องมีผลซึ่งเกิดจากเจตนาของผู้กระทำโดยตรง

Williams⁹⁷ อธิบายว่าหลักเจตนาโอน (transferred malice) จะใช้ในกรณีผลร้ายจากการกระทำของผู้กระทำได้เกิดขึ้นกับบุคคลอื่นซึ่งผู้กระทำมิได้ต้องการโดยอุบัติเหตุหรือโดยบังเอิญดังนั้น ในกรณีซึ่งผลเกิดขึ้นโดยพลาดไปนั้นเกิดจากเจตนาของผู้กระทำย่อมเป็นเรื่องพิจารณาความรับผิดชอบของผู้กระทำโดยทั่วไปมิใช่กรณีการกระทำโดยพลาดแต่อย่างใด ดังเช่น

ในคดี State v. Cogswell (1959) จำเลยใช้ปืนยิงภรรยาของตน ในขณะที่ลูกสาวของตนยืนอยู่ข้างหลังภรรยา ปรากฏว่า กระสุนปืนทะลุผ่านตัวภรรยาจำเลยไปถูกลูกสาวดังนี้ ศาลถือว่าจำเลยมีเจตนากระทำต่อลูกสาวด้วยโดยตรง มิใช่การกระทำโดยพลาด ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่ผลที่เกิดโดยพลาดไปด้วยมิใช่เกิดจากเจตนาของผู้กระทำโดยตรง⁹⁸

ในคดี People v. Czahara (1988) จำเลยใช้ปืนยิงโดยเจตนาฆ่าคนรักเก่าของตนซึ่งนั่งมาในรถพร้อมกับคนรักหนุ่มคนใหม่ของเธอ โดยยิงหลายนัดไปยังรถซึ่งทั้งสองนั่งอยู่ด้วยกัน ทำให้บุคคลทั้งสองได้รับอันตรายสาหัส ซึ่งในคดีนี้ศาลชั้นต้น (the trial court) ได้ให้ลูกขุนพิจารณาโดยหลักเจตนาโอน และศาลสูงเห็นว่าไม่ถูกต้อง เนื่องจากเห็นว่าในกรณีนี้เจตนาฆ่าของจำเลยมีต่อบุคคลทั้งสองโดยแยกต่างหากจากกันไม่ใช่เรื่องเจตนาโอนแต่อย่างใด⁹⁹

⁹⁶ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, *Criminal Law*, 2 ed, p. 283.

⁹⁷ Glanville Williams, *Criminal Law : The General Part*, 2 ed, p. 126.

⁹⁸ A.J. Ashworth, "Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences," in *Reshaping the Criminal Law* ed. P.R. Glazebrooke, p. 843.

⁹⁹ American Jurisprudence : cumulative supplement, Vol 40,2 ed, *Highway Street and Bridge* (New York : Lawyer Cooperative Publishing, 1995), p. 34.

นอกจากนี้ ในคดี Saunders and Archer¹⁰⁰ ซึ่งมีข้อเท็จจริง ก. แนะนำ ข. ให้ฆ่าภรรยาของ ข. โดยเอาแอปเปิ้ลผสมยาพิษให้กิน ซึ่ง ก. ก็ได้ทำตาม แต่ปรากฏว่าภรรยาของ ข. ได้กินแอปเปิ้ลบางส่วน และได้ส่งส่วนที่เหลือให้ลูกกิน ซึ่ง ข. อยู่ในขณะที่ภรรยาส่งแอปเปิ้ลให้ลูก แต่ไม่กล้าห้ามลูกเนื่องจากกลัวภรรยาทราบว่าตนกำลังจะฆ่าภรรยา ดังนี้ ศาลได้ตัดสินว่า ข. มีความผิดฐานฆ่าลูกตายโดยเจตนา แต่ ก. ไม่ต้องรับผิดเนื่องจากถือว่า ข. ได้เจตนาไม่กระทำตามแผนที่ ก. บอก หรือเจตนาเปลี่ยนวัตถุประสงค์ของการกระทำ ก. จึงไม่ต้องรับผิด เนื่องจากไม่ถือว่าเป็นผู้ร่วมกระทำผิด (accessory) ซึ่งแม้ในคดีนี้มักจะถูกอ้างในทางตำราเพื่ออธิบายเป็นตัวอย่างในเรื่องการกระทำโดยพลาดแต่ J.C. Smith¹⁰¹ มีความเห็นว่า การที่ ข. ผิดฐานฆ่าลูกตายโดยเจตนา มิได้วินิจฉัยโดยหลักเจตนาโอนแต่อย่างใด กล่าวคือ มิใช่เป็นเรื่องการกระทำโดยพลาด เนื่องจากในกรณีนี้การกระทำของ ข. ถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยงดเว้น (failure to act) เป็นเหตุให้ลูกของตนตายโดยถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยเจตนาของ ข. โดยตรง ไม่เกี่ยวกับเจตนาฆ่าภรรยาของ ข. แต่อย่างใด แต่ถ้าหากข้อเท็จจริงในคดีเปลี่ยนไป กล่าวคือ ข. ไม่อยู่ในขณะที่ภรรยาส่งแอปเปิ้ลให้ลูกกิน จึงจะถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยพลาด

4. เหตุผลที่ถือว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นความผิดสำเร็จในการกระทำโดยพลาด และข้อโต้แย้งเหตุผล

ดังได้กล่าวแล้วว่า ในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาด อาจพิจารณาถึงความผิดของผู้กระทำได้ 2 แนวทาง คือ ถือว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นความผิดสำเร็จตามเจตนา หรือถือว่าผู้กระทำผิดฐานพยายามต่อผู้ที่ตนเจตนาจะกระทำต่อ และประมาทโดยรู้ตัวหรือประมาทในการก่อให้เกิดผลต่อผู้ได้รับผลร้าย ซึ่งศาลทางคอมมอนลอว์ และนักวิชาการส่วนใหญ่ถือว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นความผิดสำเร็จตามเจตนา โดยเหตุผลของฝ่ายซึ่งสนับสนุนและโต้แย้งแนวคิดดังกล่าวอาจแยกพิจารณาได้เป็น 4 ประเด็นคือ

ก. เหตุผลทางตรรกวิทยา ซึ่งเป็นการโต้แย้งกันว่าในการกระทำโดยพลาด การที่ผลไปเกิดแก่อีกวัตถุหนึ่งนั้นจะเรียกได้ว่า ผู้กระทำเจตนาได้หรือไม่

¹⁰⁰Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2 ed, p. 126.

¹⁰¹ J.C. Smith, 'Case and Comment,' *Criminal Law Review* (1983) : 106 และดู J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 7 ed, p. 142.

- ฝ่ายสนับสนุน ฝ่ายนี้จะพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งการกระทำในความผิดอาญาอย่างเป็นนามธรรม เช่น ในความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา วัตถุประสงค์แห่งการกระทำก็คือ ชีวิตมนุษย์ผู้อื่น ดังนั้น เมื่อผู้กระทำมีเจตนาฆ่าผู้อื่นและตามความเป็นจริงก็มีมนุษย์ผู้อื่นถึงแก่ความตายแล้ว ก็ถือว่าผู้กระทำมีความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการพิจารณาเจตนาของผู้กระทำในลักษณะเป็นนามธรรม โดยถือว่าการกระทำโดยพลาดนี้ผู้กระทำได้กระทำความผิดสำเร็จตามวัตถุประสงค์พื้นฐาน (basic objective) แล้วกล่าวคือ การกระทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ส่วนผู้ซึ่งถึงแก่ความตายจะเป็นผู้ใดถือว่าไม่สำคัญ ความสำคัญย่อมอยู่ที่ว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นมีผลทำให้องค์ประกอบภายนอก (actus reus) ของความผิดเปลี่ยนไปจากที่ผู้กระทำต้องการหรือไม่เท่านั้น¹⁰²

นอกจากนี้ ฝ่ายสนับสนุน ยังได้อ้างหลักการพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำโดยเทียบกับเรื่องความสำคัญผิด (mistaken identity) โดยได้สมมติว่า ก. ถูกจ้างให้ฆ่าชายคนหนึ่งโดยบอกลักษณะสำคัญว่าเขาจะใส่เสื้อสีดำตลอด ปรากฏว่าได้มีผู้ชายใส่เสื้อสีดำ 2 คน คือ ข. และ ค. เดินมา ก. จึงได้เลือกแทงชายคนหนึ่ง คือ ข. แต่แทงพลาดไปถูก ค. ตาย ซึ่งความจริงแล้ว ค. ก็คือ ผู้ซึ่ง ก. ถูกจ้างให้มาฆ่าจริง ๆ หรือหากการแทงของ ก. ไม่พลาด คือ แทงถูก ข. ตาย ซึ่งเป็นการสำคัญผิดคิดว่า ข. คือ คนที่ ก. ถูกจ้างให้มาฆ่า ดังนี้เห็นว่า ก. ย่อมต้องผิดฐานฆ่า ข. ตายโดยเจตนาแม้ ข. จะมีผู้ที่ตนถูกจ้างให้มาฆ่าก็ตาม ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ในกรณีแรก ก. ก็ควรต้องรับผิดฐานฆ่า ค. ตาย โดยเจตนา เพราะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของเขาที่แท้จริง กล่าวคือ ค. คือ คนซึ่งตนถูกจ้างให้มาฆ่าและเมื่อควรถือว่า ก. มีความผิดในกรณีแรกแล้ว หากข้อเท็จจริง เป็นเรื่อง ก. ได้เลือกแทง ค. แต่กลับไปถูก ข. ดังนี้ ก็ควรจะต้องรับผิดฐานฆ่า ข. โดยเจตนาด้วยเช่นกัน¹⁰³

- ฝ่ายโต้แย้ง เห็นว่าการที่กล่าวว่าผู้กระทำมีเจตนาฆ่า และได้ทำการฆ่าอย่างเป็นนามธรรมนี้ เป็นการมองข้ามส่วนของเจตนาที่แท้จริงไป กล่าวคือ แม้ว่าการกระทำคือการฆ่ามนุษย์ผู้อื่นจะอยู่ภายใต้เจตนาของผู้กระทำ แต่การฆ่ามนุษย์ผู้ซึ่งได้รับผลร้ายตามความจริงนั้นผู้กระทำมิได้ต้องการ¹⁰⁴

¹⁰² J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 7 ed, p. 76.

¹⁰³ Clifford Hall, "A Defence of The Doctrine of Transferred Malice : Its Place in The Nigerian Criminal Code," *International and Comparative Law Quarterly* 34 (October 1985) : 807.

¹⁰⁴ Glanville Williams, *Criminal Law : The General Part*, 2ed, p. 135.

ซึ่งความเห็นของฝ่ายนี้เห็นได้ว่าสอดคล้องกับความคิดเห็นของคนทั่วไป กล่าวคือ สมมติว่า ก. เจตนาฆ่า ข. แต่ได้ยิงพลาดไปถูก ค. ตาย คนทั่วไปย่อมมิอาจกล่าวว่า ก.เจตนาฆ่า ค. นอกจากนี้ย่อมไม่มีใครที่จะเห็นว่า ความต้องการพื้นฐาน (basic objective) ของ ก. ได้สำเร็จแล้ว เมื่อ ค. ตายลง แม้ความจริง ข. ซึ่ง ก. ต้องการฆ่าจะยังไม่ตายก็ตาม

นอกจากนี้ สำหรับเรื่องสำคัญผิดนั้น ฝ่ายนี้เห็นว่า ผู้กระทำย่อมต้องมีความรับผิดชอบเพราะเป็นกรณีซึ่งผู้กระทำเจตนากระทำต่อวัตถุแห่งการกระทำนั้นโดยตรง เพียงแต่สำคัญผิดคิดว่าเป็นอีกวัตถุหนึ่งเท่านั้น แต่การกระทำโดยพลาดเป็นกรณีที่เกิดขึ้นแก่วัตถุอีกอันหนึ่งซึ่งผู้กระทำมิได้เจตนากระทำต่อแต่อย่างใดเลย และนอกจากนี้ยังอาจกล่าวได้ว่า ในกรณีการกระทำโดยพลาด แม้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบโดยเจตนาต่อบุคคลซึ่งได้รับผลร้ายก็ยังคงรับผิดชอบฐานพยายามต่อผู้ที่ตนตั้งใจทำต่ออยู่ดี แต่ในเรื่องสำคัญผิดหากมิให้ถือว่าผู้กระทำต้องรับผิดชอบแล้วก็จะไม่มีโทษใดที่จะลงแก่ผู้กระทำเลย¹⁰⁵

ข. เหตุผลทางด้านการลงโทษผู้กระทำ เนื่องจากในกรณีการกระทำโดยพลาดทุกกรณีศาลย่อมสามารถลงโทษผู้กระทำได้ในความผิดฐานพยายามต่อผู้เสียหายที่ผู้กระทำเจตนากระทำต่อแต่ศาลกลับลงโทษผู้กระทำในความผิดสำเร็จตามเจตนา ดังนั้น เหตุผลในประเด็นนี้จึงเป็นการพิจารณาถึงการลงโทษการพยายามกระทำผิดกับ การกระทำผิดสำเร็จซึ่งศาลจะลงโทษการพยายามน้อยกว่าความผิดสำเร็จทั้งๆที่ตาม Criminal Law Act 1981 S.4 ศาลสามารถลงโทษการพยายามกระทำผิดได้เท่ากับความผิดสำเร็จ¹⁰⁶ ซึ่งเหตุผลที่ศาลลงโทษการพยายามน้อยกว่าความผิดสำเร็จอาจมีเหตุผลจาก

1. การลงโทษจะได้ผลดีที่สุดเมื่อผู้กระทำผิดมีความรู้สึกว่าเขาควรได้รับโทษนั้น ซึ่งผู้กระทำผิดสำเร็จมักจะมีความรู้สึกผิดและยอมรับโทษสำหรับการกระทำของเขานั้นในทางตรงกันข้ามหากเขามีได้ก่อนอันตรายเป็นจริงแต่กลับได้รับโทษเท่ากับผู้ทำผิดสำเร็จเขาย่อมรู้สึกที่ไม่ยุติธรรมและในสังคมประชาธิปไตยกฎหมาย ควรคำนึงถึงความคิดของคนส่วนใหญ่ซึ่งเกี่ยวกับการลงโทษนี้ คนส่วนใหญ่ย่อมมีความคิดว่าโทษควรสมดุลงกับอันตรายเป็นจริง (กล่าวคือความรู้สึกโกรธเคืองต่อ

¹⁰⁵A.J.Ashworth, 'Transferred Malice and Punish for Unforeseen Consequence,' in Reshaping The Criminal Law, ed P.R. Glazebrooke, p. 91.

¹⁰⁶ Glanville Williams, Textbook of Criminal Law, 2 ed, p.404.

การกระทำผิดย่อมมีมากเมื่อผลของความผิดได้เกิดขึ้นจริง) ดังนั้น หากกำหนดโทษพยายามเท่ากับความผิดสำเร็จ เขาย่อมรู้สึกว่ารุนแรงเกินไป อันอาจทำให้ขาดความศรัทธาและเคารพกฎหมายได้¹⁰⁷

2. หากลงโทษการพยายามเท่ากับความผิดสำเร็จ คณะลูกขุนอาจไม่เต็มใจที่จะตัดสินว่าจำเลยมีความผิดในกรณีซึ่งมิได้ก่อให้เกิดผลของการกระทำ (ซึ่งนำมาซึ่งความรู้สึกโกรธเคืองต่อการกระทำของจำเลย) แม้ว่าผู้กระทำจะมีความผิดฐานพยายามแล้ว แต่ถ้าหากลงโทษพยายามน้อยกว่าความผิดสำเร็จ ก็อาจทำให้ปัญหาดังกล่าวหมดไป¹⁰⁸

3. พิจารณาวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทน ซึ่งถือว่าการแก้แค้นตอบแทนต้องได้สัดส่วนกับความรุนแรงของผล หรืออันตรายซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำของจำเลยอันทำให้เป็นรูปแบบของการตอบแทนหรือชดเชยด้านอารมณ์ของผู้ถูกกระทำในความผิดอาญาและประชาชนในสังคม¹⁰⁹

4. การลงโทษเพื่อตำหนิผู้กระทำ เป็นการมองการลงโทษในฐานะเป็นสัญลักษณ์แสดงว่าการกระทำซึ่งถูกลงโทษนั้นขัดแย้งต่อบรรทัดฐานของสังคม (conflict with social norm) การลงโทษจึงมีหน้าที่ในการกำหนดและรักษาไว้ซึ่งระบบคุณค่าทางสังคม (society's value system) ดังนั้น เมื่อการกระทำได้ก่อให้เกิดผลขึ้นคนทั่วไปจะรู้สึกว่าการละเมิดต่อบรรทัดฐานทางสังคมอย่างชัดเจน การกระทำดังกล่าวจึงควรถูกโต้ตอบจากสังคมรุนแรงกว่าการกระทำซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดผลขึ้นแต่อย่างใด¹¹⁰

- ฝ่ายสนับสนุน จากเหตุผลซึ่งควรลงโทษการกระทำความผิดสำเร็จมากกว่าการพยายามกระทำผิดดังกล่าวฝ่ายนี้จึงพิจารณาว่าในการกระทำโดยพลาด ผลของการกระทำได้เกิดขึ้นจริง ดังนั้น จึงควรลงโทษผู้กระทำอย่างความผิดสำเร็จ

¹⁰⁷ Ibid., p. 405.

¹⁰⁸ David J. Karp, "Causation in The Model Penal Code," *Columbia Law Review* 78 (October-1978) : 1255.

¹⁰⁹ Ibid., P. 1257.

¹¹⁰ Ibid., pp. 1258 - 1259.

- ฝ่ายโต้แย้ง เห็นว่าในกรณีการกระทำโดยพลาด ซึ่งผลของการกระทำได้เกิดขึ้นแก่วัตถุอีกอันหนึ่งซึ่งผู้กระทำมิได้ต้องการนี้ ไม่แน่ว่าความรู้สึกโกรธเคืองของคนทั่วไปต่อผู้กระทำจะเพิ่มขึ้นจากความโกรธเคืองต่อการพยายามกระทำผิดจริง ๆ แล้วความโกรธเคืองของประชาชนน่าจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกที่ว่าจำเลยควรมีความรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้นต่อผู้ได้รับผลร้ายหรือไม่ ดังนั้น หากผลเกิดแก่ผู้ได้รับผลร้ายโดยบังเอิญความรู้สึกโกรธเคืองของประชาชนอาจจะไม่เพิ่มขึ้นก็ได้¹¹¹ อีกทั้งยังเห็นว่าการลงโทษผู้กระทำเพื่อให้ได้สัดส่วนกับความรุนแรงของความผิด (severity of offense) ในการกระทำโดยพลาดนี้ ควรจะต้องพิจารณาความรับผิดชอบของผู้กระทำโดยไม่ว่าว่าการกระทำของผู้กระทำ ความผิดสำเร็จตามเจตนา แต่ควรพิจารณาในเรื่องพยายามกระทำผิดต่อผู้ที่ตั้งใจทำต่อ และพิจารณาว่าผู้กระทำประมาทโดยรู้ตัว หรือประมาทในการก่อให้เกิดผลโดยพลาดไปนั้นหรือไม่ซึ่งเมื่อพิจารณาทฤษฎีการลงโทษโดยทั่วไปแล้วผู้ซึ่งพยายามกระทำผิดต่อบุคคลหนึ่ง และยังได้ประมาทโดยรู้ตัวหรือประมาทต่ออีกบุคคลหนึ่งด้วยย่อมสมควรถูกลงโทษรุนแรงกว่าผู้มิได้มีความประมาทต่อผู้ได้รับผลร้าย ดังนั้น การพิจารณาความรับผิดชอบในการกระทำโดยพลาดโดยถือว่าผู้กระทำเจตนาต่อผู้ได้รับผลร้ายย่อมมิได้พิจารณาเลยว่า ผู้ได้รับผลร้ายได้รับผลโดยความน่าตำหนิของผู้กระทำหรือไม่¹¹²

ค. เหตุผลทางด้านความเหมาะสม

- ฝ่ายสนับสนุน เห็นว่า ถึงแม้จะพิจารณาลงโทษการพยายามกระทำผิดเท่ากับความผิดสำเร็จก็ตามแต่ก็เหมาะสมที่จะลงโทษผู้กระทำโดยถือว่าความผิดสำเร็จในการกระทำโดยพลาด เนื่องจากผู้กระทำได้ก่อให้เกิดความผิดอาญาเช่นเดียวกับที่ผู้กระทำต้องการแล้ว หรือเขาได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมอย่างเดียวกับที่เขาตั้งใจ ดังนั้นข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงควรถูกบันทึกไว้

- ฝ่ายโต้แย้ง เห็นว่า เหตุผลดังกล่าวเป็นการพิจารณาแค่ผลของการกระทำ ซึ่งเป็นเรื่องของโอกาสหรือความบังเอิญเท่านั้น แต่กฎหมายอาญาควรพิจารณาทางอัตวิสัย ดังนั้นการตราหน้าโดยกฎหมาย (legal label) ต่อความผิดของผู้กระทำ ควรจะสะท้อนถึงเจตนาของผู้กระทำ มิใช่ผลของการกระทำซึ่งเกิดขึ้นโดยบังเอิญ¹¹³

¹¹¹ Ibid., 1271.

¹¹² Ibid., 1269.

¹¹³A.J. Ashworth, 'Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequence,' in *Reshaping The Criminal Law*, ed. P.R. Glazebrooke, P. 89.

ง. เหตุผลทางด้านพยานหลักฐาน

- ฝ่ายสนับสนุน ในการกระทำโดยพลาดหากไม่ถือว่าผู้กระทำได้เจตนาต่อผู้ได้รับผลร้าย ในการ พิจารณาความรับผิดของจำเลยต่อผู้ได้รับผลร้าย โจทก์ย่อมต้องมีหน้าที่หรือภาระในการพิสูจน์ว่า จำเลยได้ประมาทโดยรู้ตัวหรือประมาทต่อการก่อให้เกิดผลนั้นหรือไม่ นอกจากนี้แม้พิสูจน์ได้จำเลยก็อาจจะไม่ต้องรับผิดในกรณีที่มีความผิดดังกล่าวองค์ประกอบภายในไม่รวมถึงประมาทโดยรู้ตัว หรือประมาทธรรมดา

- ฝ่ายโต้แย้ง เห็นว่าภาระการพิสูจน์ดังกล่าวเป็นเรื่องซึ่งเป็นธรรมดา ในระบบกฎหมายซึ่งเน้น การพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำโดยพิจารณาด้านอัตตวิสัย

เมื่อได้พิจารณาเหตุผลของทั้งสองฝ่ายต่อการวินิจฉัยการกระทำโดยพลาด แล้วจะเห็นได้ว่าใน ด้านตรรกวิทยานั้น ย่อมขึ้นกับความคิดเห็นในการกำหนดหลักเจตนาร้าย ว่าควรมองเจตนาร้ายอย่างไร เป็นนามธรรม หรือเจาะจงในวัตถุซึ่งได้รับผลจากการกระทำ ซึ่งไม่อาจหาคำตอบได้โดยพิจารณาเหตุผล โดยอาศัยหลักทั่วไปในเรื่องเจตนาร้ายแต่ย่อมขึ้นอยู่กับเราจะกำหนดหลักเจตนาร้ายอย่างไรในการกระทำโดยพลาดนี้ 114

5. ขอบเขตของหลักเจตนาโอน

Williams¹¹⁵เห็นว่าหลักเจตนาโอนควรใช้ในกรณีซึ่งให้ผลสอดคล้องกับความคิดเห็นของคนทั่วไปเกี่ยวกับความยุติธรรม (conform to the plain man's view of justice) กล่าวคือ ควรใช้ในกรณีที่การ พลาดของผู้กระทำเกิดขึ้นเนื่องจากความประมาทของผู้กระทำต่อบุคคลซึ่งได้รับผลร้ายเท่านั้น เช่น ถ้า ก. ยิง ข.โดย เจตนาฆ่า ข. แต่กระสุนพลาดไปถูก ค. ซึ่งยืนแอบอยู่หลังม่านโดย ก. ไม่รู้เลย ดังนี้ การลงโทษ ก. ฐานเจตนาฆ่า ค. ย่อมเป็นการไม่ยุติธรรม หรือถ้า ก. เจตนาฆ่า ข. ซึ่งป่วยอยู่จึงได้เอายาพิษให้ พยาบาลของ ข. โดยลอกว่าเป็นยาบำรุง ปรากฏว่า ข. ไม่กิน พยาบาลจึงได้เอาขวดยานั้นทิ้งถังขยะ

114 Ibid., P. 91.

115Glanville Williams, Criminal Law : The General Part, 2 ed, pp. 133-134.

ปรากฏว่า ค. ซึ่งเป็นคนทำความสะอาดนี้ถือว่าเป็นขวดเหล้าจึงได้กินยาพิษดังกล่าวเข้าไป และถึงแก่ความตาย ดังนี้ ก. ไม่น่าจะต้องรับผิดชอบในความตายของ ค. เนื่องจากกรณีดังกล่าวย่อมไม่สามารถคาดได้ว่าผลจะเกิดขึ้น ดังนั้น ในการพิจารณาว่าเจตนาจะโอนได้หรือไม่ จึงต้องพิจารณาว่าการที่ผลเกิดขึ้นโดยพลาดนั้น สามารถคาดเห็นได้หรือไม่ (whether the hurt to the victim should have been foreseen)

หรือในอีกทางหนึ่ง อาจกล่าวได้ว่าเจตนาไม่สามารถโอนได้ ถ้าหากผลที่เกิดขึ้นไม่สัมพันธ์กับการกระทำตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation)

อย่างไรก็ตาม ในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดของศาล มิได้ถือตามแนวคิดของ Williams แต่อย่างใด เช่น

ในคดี Latimer(1886) ซึ่งเป็นเรื่อง ก. ใช้เข็มขัดฟาดทำร้าย ข. แต่พลาดไปถูกค. และศาลก็ได้ตัดสินว่า จำเลยมีความผิดฐานทำร้าย ค. โดยเจตนา แม้ลูกขุนจะเห็นว่า การพลาดไปถูก ค. นี้มิใช่ผลซึ่ง ก. สามารถคาดเห็นได้ก็ตาม หรือ

ในคดี Gore (1611) ซึ่งเป็นเรื่องที่ ก. ต้องการฆ่า ข. สามซึ่งป่วยอยู่ จึงได้เอายาพิษผสมยาซึ่งปรุงโดยเภสัชกร ค. ปรากฏว่า ข. ได้กินยาและป่วยหนักขึ้น พ่อของ ข. จึงนำยาดังกล่าวไปถาม ค. ปรากฏว่า ค. ได้ลองชิมยาดังกล่าวและถึงแก่ความตาย ซึ่งศาลก็ได้ลงโทษ ก. ฐานฆ่า ค. ตายโดยเจตนา ซึ่งเห็นได้ว่า ในคดีนี้ ก. ย่อมไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าผลจะเกิดโดยพลาดแก่ ค. แต่ก็ยังคงต้องรับผิดชอบ

และ Williams ¹¹⁶ ยังเห็นว่าหลักเจตนาโอนไม่สามารถใช้ได้ในกรณีซึ่งผลซึ่งเกิดโดยพลาดไปมิใช่ผลทางกายภาพของการกระทำ (non-physical) ซึ่งในเรื่องนี้ เคยมีคดีของอเมริกา คือ คดี EX parte Heigho (1910) ¹¹⁷ ซึ่งตัดสินต่างจากความเห็นของWilliams กล่าวคือในคดีนี้ ก. ทำร้าย ข. โดยไม่เจตนาฆ่า ค. แมื่อยายของ ข. ซึ่งเป็นโรคหัวใจ เห็นการทำร้ายก็ตกใจกลัวว่า ก. จะฆ่า ข. เลยเป็นลมตาย ศาลตัดสินว่า ก. มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา

¹¹⁶ Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2 ed, p. 181.

¹¹⁷ Rollin M. Perkins and Ronald N. Boyce, *Case and Materials on Criminal Law and Procedure*. 5 ed (New York : The Foundation Press, 1977), p. 367.

นอกจากนี้ Smith และ Hogan¹¹⁸ ได้โต้แย้งแนวคิดในการจำกัดขอบเขตของหลักเจตนาโอน ของ Williams นี้ โดยทั้งสองมีความเห็นว่าความคิดของ Williams ไม่เป็นเหตุเป็นผล เนื่องจากทำให้การ พิจารณาถึงความผิดอาญาซึ่งต้องการเจตนาร้าย ต้องขึ้นอยู่กับความประมาทหรือไม่ประมาทของผู้ กระทำ

สำหรับในปัญหาที่ว่าควรจำกัดขอบเขตของหลักเจตนาโอนหรือไม่นี้ Lafave¹¹⁹ มีความเห็น ว่า ย่อมขึ้นอยู่กับแนวคิดในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดกล่าวคือหากพิจารณาเจตนาอย่าง เป็นนามธรรมมิได้จำกัดเจาะจงในวัตถุประสงค์แห่งการกระทำแล้วข้อจำกัดขอบเขตของหลักเจตนาโอนก็ไม่ควรมี อยู่

6. การพิจารณาปัญหาบางประการซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำโดยพลาด

เนื่องจากปัญหาการกระทำโดยพลาดในระบบคอมมอนลอว์เป็นปัญหาเกี่ยวกับกำหนดความ หมายของ mens rea ว่า ในกรณีที่ผลของการกระทำเกิดขึ้นกับวัตถุประสงค์แห่งการกระทำอื่นซึ่งผู้กระทำมิได้ ต้องการนี้ จะถือได้ว่าผู้กระทำมีความผิดโดยเจตนาหรือไม่ ซึ่งระบบคอมมอนลอว์ถือว่าผู้กระทำมีความ ผิดโดยเจตนาโดยพิจารณา mens rea อย่างเป็นทางการไม่เจาะจงลงในวัตถุประสงค์แห่งการกระทำโดยเฉพาะ ดังนั้น แนวคิดดังกล่าวจึงมีผลต่อการพิจารณาปัญหาความรับผิดของผู้กระทำในเรื่องบางประการซึ่ง เกี่ยวข้องกับการกระทำโดยพลาด ผู้เขียนจะได้แสดงถึงแนวคิดในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวของระบบ คอมมอนลอว์ ว่าเป็นไปอย่างไร

ก. กรณีที่ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากเหตุประกอบเจตนา

ในคดี Droste v. The Queen (1984) จำเลยวางแผนฆ่าภรรยาโดยวางเพลิงเผารถซึ่งภรรยานั่งอยู่ ปรากฏว่า เมื่อรถไฟลุกขึ้นภรรยาของจำเลยหนีออกมาได้ แต่ลูกของจำเลยซึ่งนั่งอยู่หลังรถโดยจำเลยไม่ ทราบ ได้ถูกไฟคลอกตาย จำเลยถูกฟ้องว่าฆ่าลูกตายโดยเจตนา โดยไตร่ตรองไว้ก่อน ซึ่งเป็นความผิด บททศกรรจ์ของความผิดฐานฆ่าคนตายธรรมดา จำเลยให้การต่อสู้คดีว่าจำเลยมิได้วางแผนฆ่าลูกจึงไม่

¹¹⁸ J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, 7 ed, pp. 75-76.

¹¹⁹ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, *Criminal Law*, 2ed, P. 285.

ควรต้องรับผิด ซึ่งศาลตัดสินว่า จำเลยมีความผิดตามฟ้อง ซึ่งปัญหาในกรณีนี้มีใช่เป็นกรณีที่ผู้กระทำก่อให้เกิดผลต่อวัตถุแห่งการกระทำอื่น อันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดอาญาต่างจากที่ผู้กระทำการต้องการแต่อย่างใด เหตุซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นนี้เป็นไปตามเจตนาร้ายของผู้กระทำเอง กล่าวคือ ผู้กระทำเจตนาร้ายคือเจตนาฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนผู้กระทำจึงต้องรับโทษหนักขึ้นตามหลักทั่วไปนั่นเอง¹²⁰

จะเห็นได้ว่า ในกรณีดังกล่าวนี้ศาลถือว่าผู้กระทำย่อมต้องมีความรับผิดตามเจตนาของตนหรือรับผิดเสมือนหนึ่งว่าการกระทำของตนเกิดผลต่อวัตถุซึ่งผู้กระทำการนั้นเอง¹²¹

ข. กรณีที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีข้อแก้ตัวตามกฎหมาย แม้ผลจะเกิดโดยพลาดไปผู้กระทำก็ยังคงได้ประโยชน์จากข้อแก้ตัวดังกล่าว

เนื่องจากการวินิจฉัยปัญหาความรับผิดในการกระทำโดยพลาดยังคงอยู่ภายใต้หลักวินิจฉัยโครงสร้างความผิดอาญา อันมีผลให้ความรับผิดของผู้กระทำเป็นไปตามเจตนาร้ายของผู้กระทำ (mens rea) เสมือนว่าผลร้ายแห่งการกระทำได้เกิดแก่วัตถุที่ผู้กระทำการต้องการ ดังนั้น หากผู้กระทำได้กระทำการลงไปโดยมีเหตุอันเป็นข้ออ้างได้ตามกฎหมายต่อผู้ซึ่งผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อผู้กระทำก็ย่อมได้ประโยชน์จากเหตุอันด้วย¹²² เช่นสมมติว่า ก. ยิง ข. โดยป้องกันตัวโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่พลาดไปถูก ค. ตาย ดังนี้ถือว่าการกระทำของ ก. ต่อ ข. นั้นเขามีได้เจตนากระทำการซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ดังนั้น แม้การยิงของเขาจะเป็นเหตุให้ ค. ถึงแก่ความตาย ซึ่งในส่วนี้ถือได้ว่าการกระทำซึ่ง

¹²⁰Alan D. Gold, Notes and Comments, *Criminal Law Quarterly* 26 (1983 - 1984): 402-404.

¹²¹ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, *Criminal Law*, 2ed, p. 283.

¹²²Glanville Williams, *Criminal Law : The General Part*, 2 ed, p. 132. นอกจากนี้ใน Draft Criminal Code Clause 28 : Transferred fault and defence (2) ได้บัญญัติว่า

Any defence on which a person might have relied on a charge of an offence in relation to a person or thing within his contemplation is open to him on a charge of the same offence in relation to a person or thing not within his contemplation

Law Com. No 143, Codification of the criminal law, quoted in, D.W. Elliott and Michael J. Allen, *Elliott and Wood's Casebook on Criminal Law*, ed, P. 188.

ปรากฏออกมาภายนอกผิดกฎหมายแล้ว (actus reus) แต่ ก. ก็ไม่มีความผิดแต่อย่างใดเนื่องจากเขามิ
ได้มีเจตนาร้าย (mens rea) ¹²³

หรือในคดี Gross (1913)¹²⁴ จำเลยถูกข่มเหงหรือทำให้โกรธโดยสามี จำเลยจึงเจตนายิงเพื่อฆ่า
สามี แต่ปรากฏว่า พลลาดไปถูกบุคคลอื่นตาย ดังนี้ ศาลตัดสินว่า 'ถ้าจำเลยยิงถูกสามีตายจะผิดเพียง
manslaughter * แล้ว แม้ผลพลาดไปถูกบุคคลอื่นจำเลยก็ยังคงผิดเพียง manslaughter เช่นเดียวกัน'
กล่าวคือ จำเลยได้ประโยชน์จากเหตุบันดาลโทสะด้วยเช่นกัน

อนึ่ง ในการกระทำโดยพลาดซึ่งผู้กระทำสามารถอ้างเหตุอันเป็นคุณแก่ผู้กระทำได้ แม้ผลจะเกิด
โดยพลาดไปนี้ ในการพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำกับบุคคลซึ่งได้รับผลร้ายยังจะต้องพิจารณาด้วย
ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทหรือไม่ หากประมาทต้องรับผิด เช่น

ในคดี Henwood v. People (1913) จำเลยยิงนาย ก. อันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย
แต่พลาดไปถูกนาย ข. ตาย ซึ่งจำเลยไม่ต้องรับผิดฐานฆ่านาย ข. ตายโดยเจตนา แต่ข้อเท็จจริงปรากฏ
ว่าในการที่กระสุนปืนพลาดไปถูกนาย ข. นั้นเกิดจากความประมาทของจำเลย ดังนี้ ศาลตัดสินว่าจำเลย
ต้องรับผิดฐานทำให้นาย ข. ตายโดยประมาท ¹²⁵

ค. หลักเจตนาโอนกับผู้ร่วมกระทำผิด(secondary party, or accessory) **

¹²³ J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*. 7 ed, p. 75.

¹²⁴ Ibid, p. 354.

* ความผิด manslaughter ในกรณีนี้หมายถึง ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดย
เจตนาแต่มีเหตุอื่นมาประกอบที่ทำให้สมควรลงโทษผู้กระทำผิดน้อยลง ในกรณีนี้ได้แก่เหตุบันดาลโทสะ
รายละเอียดดู ปัญจมา นรัตถรักษา, 'ความผิดในการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย,' (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 4-5.

¹²⁵ Wayne R. Lafave and Austin W. Scott, *Criminal Law*. P. 285.

** ผู้ร่วมกระทำผิดในที่นี้ หมายถึง ผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย
แต่เนื่องจากในระบบคอมมอนลอว์ลงโทษผู้ร่วมกระทำผิดเท่ากับผู้กระทำความผิด จึงมิได้มีการแบ่ง
ประเภทของผู้ร่วมกระทำผิดเป็นผู้ใช้ และผู้สนับสนุนชัดเจนดังเช่นของประเทศไทย รายละเอียดดู พนม
พลพุทธรักษ์, 'ผู้กระทำผิด - ผู้ร่วมกระทำผิด', (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 29-30.)

ในกรณีที่ผู้ลงมือกระทำคามผิดได้ลงมือกระทำคามผิดต่อบุคคลซึ่งผู้ร่วมกระทำผิดต้องการ แต่ผลของการกระทำพลาดไปเกิดแก่บุคคลอื่นนี้ มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าเมื่อถือว่า ผู้ลงมือกระทำผิด ต้องรับผิดโดยเจตนาในผลโดยพลาดไปนั้นแล้ว ผู้ร่วมกระทำผิดจะต้องรับผิดในผลโดยพลาดไปดังกล่าว นั้นด้วยหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ David Lanham¹²⁶ ได้สรุปแนวคิดในการพิจารณาความรับผิดในผลโดยพลาด ไปของผู้ร่วมกระทำผิดโดยแยกออกเป็น 4 ทฤษฎี คือ

1) ทฤษฎีผลโดยตรง (direct consequence theory) ตามทฤษฎีนี้ผู้ร่วมกระทำผิดจะต้องรับผิดในผลโดยตรง ซึ่งเกิดขึ้นจากการพยายามกระทำคามผิดตามที่ตนต้องการ ดังนั้นในกรณีที่ผู้ลงมือกระทำคามผิดได้กระทำโดยพลาด หากพิจารณาตามทฤษฎีนี้แล้วผู้ร่วมกระทำผิดย่อมจะต้องรับผิดในผลโดยพลาดไปนั้นด้วยเสมอ เนื่องจากเป็นผลโดยตรงจากการที่ผู้ลงมือกระทำผิดได้พยายามกระทำต่อบุคคลที่ผู้ร่วมกระทำผิดต้องการซึ่งLanham เห็นว่าทฤษฎีนี้เหมาะสมในการวินิจฉัยปัญหาความรับผิดของผู้ร่วมกระทำคามผิดมากที่สุด¹²⁷

2) ทฤษฎีผลซึ่งอาจเป็นไปได้ (probable consequence theory) ตามทฤษฎีนี้ ผู้ร่วมกระทำผิดจะต้องรับผิดในผลซึ่งตนควรทราบว่าจะเกิดขึ้นได้จากการกระทำคามผิดตามที่ตนต้องการ ดังนั้นในกรณีที่ผู้ลงมือกระทำคามผิดได้กระทำโดยพลาด หากพิจารณาตามทฤษฎีนี้แล้ว ผู้ร่วมกระทำผิดจะต้องรับผิดในผลโดยพลาดไป ก็ต่อเมื่อตนควรทราบได้ว่าผลเช่นนั้นอาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำคามผิดตามที่ตนต้องการ ซึ่งต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป

3) ทฤษฎีความประมาทโดยรู้ตัว (recklessness theory) ตามทฤษฎีนี้ผู้ร่วมกระทำคามผิดจะต้องรับผิด หากว่าตนได้คาดเห็นจริงถึงความเป็นไปได้ของผลอันอาจจะเกิดขึ้นได้จากการกระทำตามที่ตกลงกันนั้น ซึ่งทฤษฎีนี้ต่างจากทฤษฎีผลซึ่งอาจเป็นไปได้ คือ ทฤษฎีนี้ ผู้ร่วมกระทำผิดต้องคาดเห็นจริงว่าผลนั้นอาจเกิดขึ้นได้ มิใช่เพียงแต่ควรทราบว่าจะเกิดขึ้นได้ ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ลงมือกระทำคามผิดได้กระทำโดยพลาด

¹²⁶ David Lanham, "Accomplice and Transferred Malice", *The Law Quarterly Review* 96 (January 1980) : 110-117.

¹²⁷ *Ibid*, pp. 124-125

หากพิจารณาตามทฤษฎีนี้แล้ว ผู้ร่วมกระทำผิดจะต้องรับผิดชอบในผลโดยพลาดไป ก็ต่อเมื่อตนได้คาดเห็น
จริงว่าผลโดยพลาดไปนั้นอาจเกิดขึ้นได้

4) ทฤษฎีการให้อำนาจโดยชัดแจ้ง (express authority theory) ตามทฤษฎีนี้ ผู้ร่วมกระทำผิดจะ
ต้องร่วมรับผิดชอบเฉพาะในผลซึ่งตนต้องการเท่านั้น ดังนั้นในกรณีผู้ลงมือกระทำความผิดได้กระทำโดย
พลาด หากพิจารณาตามทฤษฎีนี้แล้ว ผู้ร่วมกระทำยอมไม่ต้องรับผิดชอบในผลโดยพลาดไปแต่อย่างใด
เนื่องจากผล ดังกล่าวมิใช่ผลซึ่งตนต้องการ

อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับกันว่า หลักเจตนาโอนใช้กับผู้ร่วมกระทำผิดด้วย หรือเจตนาร้ายถูก
โอนสำหรับผู้ร่วมกระทำผิดได้เช่นเดียวกับผู้กระทำผิดนั่นเอง¹²⁸ กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ลงมือกระทำ
ความผิดได้กระทำโดยพลาดนี้ ผู้ร่วมกระทำผิดต้องรับผิดชอบโดยเจตนาในผลที่เกิดโดยพลาดไปนั้นด้วย *

ในคดี Saunders and Archer (1575)¹²⁹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงคือ ก. แนะนำ ข. ให้ฆ่าภรรยาของ ข.
คือ ค. โดยให้กินแอปเปิ้ลผสมยาพิษ ข.ได้ส่งแอปเปิ้ลให้ ค.แต่ปรากฏว่า ค. ได้ส่งแอปเปิ้ลให้ลูกกิน และ
ลูกของ ค. ได้ถึงแก่ความตาย ซึ่งในขณะที่ลูกกินแอปเปิ้ล ข. ก็อยู่ในเหตุการณ์แต่ไม่กล้าห้าม ดังนี้ ศาล
ตัดสินว่า ข. มีความผิดฐานฆ่าลูกตายโดยเจตนา ส่วน ก. ไม่มีความผิด เนื่องจาก ข.จงใจปล่อยให้วัตถุ
แห่งการกระทำเปลี่ยนไปจากที่ ก. ได้แนะนำ ซึ่งคำตัดสินของศาลนี้ Williams ไม่เห็นด้วย กล่าวคือ

¹²⁸ Glanville Williams, Criminal Law : The General Part, 7 ed, p. 403 and J.c. Smith and Brian
Hogan, Criminal Law, 7 ed, p.142

* สำหรับในเรื่องผู้ลงมือกระทำความผิดได้กระทำความผิดโดยพลาดไปนี้ ในการพิจารณาความ
รับผิดชอบของผู้ใช้และผู้สนับสนุนตามกฎหมายไทยต้องพิจารณามาตรา 87 แห่งประมวลกฎหมายอาญา
ซึ่งถือกันว่า ผู้ใช้และผู้สนับสนุนต้องรับผิดชอบในผลโดยพลาดไปดังกล่าวด้วย เพราะถือว่า ผู้กระทำ
กระทำลงในขอบเขตที่ใช้หรือเจตนาของผู้สนับสนุนแล้ว รายละเอียดดู จิตติ ดิงศภิทัย, คำอธิบาย
ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ
บัณฑิตยสภา, 2536), หน้า 422-425

¹²⁹ Glanville Williams, Criminal Law : The General Part, 2 ed, p. 403

Williams เห็นว่าการที่ ข.ไม่ห้ามลูก เนื่องจากกลัวว่าภรรยาจะทราบว่าคุณกำลังเจตนาฆ่าภรรยา ไม่น่าจะถือว่า ข.จงใจเปลี่ยนตัววัตถุแห่งการกระทำจากที่ ก. ได้แนะนำ ก. จึงควรต้องรับผิดชอบในความตายของลูกของ ค. ด้วย 130

ในกรณีดังกล่าว เนื่องจากศาลตัดสินว่า ก. ไม่ผิดโดยถือว่า ข. จงใจปล่อยให้วัตถุแห่งการกระทำ เปลี่ยนไปจากที่ ก. ต้องการนี้ Smith 131 จึงเห็นว่าความตายของลูกซึ่งเกิดจากการที่ ข. งดเว้นไม่ห้ามลูก เป็นผลอันเกิดจากเจตนาของ ข. โดยตรง จึงมิใช่กรณีการกระทำโดยพลาด แต่ Williams 132 เห็นว่า การที่ ก. ไม่มีความผิดนี้ เป็นการที่ศาลวินิจฉัยโดยอาศัยหลักในเรื่องขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ร่วมกระทำผิด จึงไม่มีผลกระทบต่อกรณีการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำผิดตามหลักเจตนาโอนแต่อย่างใด ซึ่งในปัญหานี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าในการที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำของผู้กระทำผิดจะเป็นการกระทำโดยพลาดหรือไม่ย่อมต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังได้กล่าวแล้วในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาด ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ร่วมกระทำผิดไม่ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากผู้ลงมือกระทำผิดเจตนาเปลี่ยนตัววัตถุแห่งการกระทำนี้ ถ้าหากเป็นกรณีที่ผู้ลงมือกระทำผิดได้เจตนากระทำต่อผู้ได้รับผลร้ายโดยตรงแล้ว การกระทำของเขานั้นก็ย่อมจะมีใช้การกระทำโดยพลาด เนื่องจากการกระทำโดยพลาดผู้กระทำต้องมีได้มีเจตนากระทำต่อผู้ได้รับผลโดยพลาดไป

ง. กรณีวัตถุซึ่งผู้กระทำเจตนาจะกระทำต่อได้รับผลสมเจตนา และกรณีผู้ได้รับผลโดยพลาดไปได้รับผลไม่สมเจตนาผู้กระทำ

1) กรณีวัตถุซึ่งผู้กระทำเจตนากระทำต่อได้รับผลสมเจตนา เช่นก. เจตนาฆ่า ข.ได้ใช้ปืนยิง ข. ซึ่ง กระสุนปืนถูก ข. ตายลง และกระสุนปืนยังได้พลาดไปถูก ค. ตายด้วย ดังนี้ มีความเห็นไม่ลงรอยกันว่าหลักเจตนาโอนจะใช้เพื่อถือว่า ก. มีความผิดฐานฆ่า ค. ตายโดยเจตนาด้วยหรือไม่ ซึ่ง Williams 133 เห็นว่า ก. มีความผิดฐานฆ่า ค. ตายโดยหลักเจตนาโอนด้วยไม่ว่า ข. จะตายสมเจตนาของ ก. หรือไม่

130 Ibid

131 J.C. Smith , 'Case and Comment', Criminal Law Review (February 1983) : 106

132 Glanville Williams, Textbook of Criminal Law , 2 ed, p. 255

133 Glanville Williams, Criminal Law : The General Part, 2 ed, p. 26.

แต่มีคดีซึ่งศาลตัดสินต่างจากความเห็นของ Williams กล่าวคือ ในคดี *People v. Birreuta* (1984, 5 th Dist) ซึ่งเป็นเรื่อง ก. เจตนาฆ่า ข. และพลาดไปถูกภรรยาของตนคือ ค. ซึ่งทั้ง ข. และค. ได้ถึงแก่ความตาย ดังนี้ ศาลตัดสินว่า "หน้าที่ของหลักเจตนาโอน ก็เพื่อลงโทษผู้กระทำผิดให้สาสมในกรณีที่เขาเจตนากระทำต่อบุคคลหนึ่งแต่ผลไม่เกิดแก่บุคคลซึ่งเขาตั้งใจทำต่อนั้น แต่กลับพลาดไปเกิดแก่อีกบุคคลหนึ่งซึ่งเขามีได้ต้องการ ดังนั้น ในกรณีที่ผลเกิดแก่บุคคลซึ่งเขาเจตนากระทำต่อแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นต้องใช้หลักเจตนาโอนดังกล่าว เขาก็ย่อมสามารถถูกฟ้องตามเจตนาของเขาต่อบุคคลซึ่งเขาเจตนากระทำต่อได้โดยตรงอยู่แล้ว" ¹³⁴ นอกจากนี้ ยังมีผู้เห็นว่า เจตนาร้ายของผู้กระทำ (*mens rea*) ไม่สามารถโอนและไม่โอนทั้งสองอย่างในการกระทำเดียวกันอันทำให้ผู้กระทำมีความผิด 2 ความผิด โดยได้ยกตัวอย่างจากข้อเท็จจริงในคดี *State v. Cogswell* ซึ่งเป็นกรณี ก. เจตนาฆ่า ข. ซึ่งเป็นภรรยา จึงได้ใช้ปืนยิงข. กระสุนได้ทะลุผ่านตัวข. ไปถูก ค. ซึ่งเป็นบุตรและได้ยืนอยู่ข้างหลังถึงแก่ความตายด้วย ดังนี้ หากคดีนี้ศาลไม่พิจารณาว่า ก. เจตนาต่อ ค. โดยตรงแล้ว ก. ก็ไม่มีความผิด แม้จะอ้างหลักเจตนาโอนต่อบุตรของตน เพราะเมื่อ ก. ผิดฐานฆ่า ข. ตายโดยเจตนาแล้ว ก็ย่อมไม่มีเจตนาที่จะโอนไปอีกแต่อย่างใด ¹³⁵

จากความเห็นซึ่งแตกต่างในปัญหาดังกล่าวนี้ Ashworth¹³⁶ เห็นว่าเป็นเรื่องไม่สำคัญ เนื่องจากผู้กระทำย่อมไม่ถูกลงโทษ 2 ครั้งในการกระทำเดียวกัน นอกจากนี้การลงโทษผู้กระทำ ในกรณีความผิดเกิดจากการกระทำกรรมเดียว โดยหลักแล้ว ศาลก็จะให้เริ่มนับโทษในแต่ละกระทงพร้อมกันไป

2) กรณีผู้รับผลโดยพลาดไปได้รับผลไม่สมเจตนาผู้กระทำ เช่น ก. เจตนาฆ่า ข. ใช้ปืนยิงไปที่ ข. แต่กระสุนไม่ถูก ข. แต่พลาดไปถูก ค. บาดเจ็บ ดังนี้ ในทางคอมมอนลอว์เห็นว่า ก. มีความผิดฐาน

¹³⁴ American Jurisprudence : Cumulative Supplement, 2ed, Vol 40, Hihgways, Streets and Bridge. p. 34.

¹³⁵ Ritz, "Felony Murder, Transferred Intent, and The Palgraf Doctrine in The Criminal Law," Wash & Lee Law Review 16 (1959) : 169, 176 quoted in A.J. Ashworth, "Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences," in Reshaping The CriminalLaw ed P.R. Glazebrooke, p. 84.

¹³⁶ A.J. Ashworth, "Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences," in Reshaping The Criminal Law. ed P.R. Glazebrooke, p. 84.

พยายามฆ่า ข. มิใช่พยายามฆ่า ค. ดังนั้นถ้าหาก ก. ถูกฟ้องว่าพยายามฆ่า ค. แต่ได้ความว่าพยายามฆ่า ข. ดังนี้ ศาลย่อมลงโทษ ก. ไม่ได้ หรืออาจกล่าวได้ว่าในกฎหมายอาญาไม่มีการโอนเจตนาในกรณีพยายามกระทำความผิดนี้¹³⁷ โดยอ้างเหตุผลว่า หลักเจตนาโอนจะใช้เพื่อลงโทษผู้กระทำให้สาสมในกรณีผลแห่งการกระทำเกิดขึ้นกับอีกบุคคลหนึ่งโดยไม่เกิดกับผู้กระทำความผิดกรณีนี้เมื่อผลตามเจตนาที่มีได้เกิดกับผู้ได้รับผลร้าย (ความตาย) จึงไม่สามารถใช้หลักเจตนาโอนได้¹³⁸

สำหรับในปัญหานี้ Williams ได้กล่าวว่า เป็นปัญหาทางทฤษฎี เพราะในทางปฏิบัติผู้กระทำความผิดต้องถูกฟ้องฐานพยายามต่อบุคคลซึ่งผู้กระทำความตั้งใจกระทำต่อ¹³⁹ โดยมีได้อธิบายเหตุผลแต่อย่างใดซึ่ง Ashworth¹⁴⁰ เห็นว่า เมื่อกรณีนี้ผู้กระทำความผิดต้องถูกฟ้องฐานพยายามกระทำความผิดต่อ ข. เหตุใดเพียงเพราะเรื่องของความบังเอิญ หากกรณีกระสุนถูก ค. ถึงแก่ความตาย ก. จึงต้องถูกฟ้องฐานฆ่า ค. ตายโดยเจตนา แทนที่จะถูกฟ้องฐานพยายามฆ่า ข. เช่นเดิม

จ. กรณีผู้กระทำได้กระทำความผิดโดยประมาทโดยรู้ตัว (reckless) หรือประมาท (negligence) แล้วผลเกิดขึ้นแก่อีกวัตถุหนึ่งซึ่งมีได้อยู่ในความเสี่ยงที่จะได้รับภัย

มีปัญหาว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบต่อผลที่เกิดขึ้นนั้นหรือไม่ ซึ่งแยกพิจารณาได้คือ

1) กรณีประมาทโดยรู้ตัว (reckless) เนื่องจากในทางคอมมอนลอว์ได้ถือว่า mens rea ครอบคลุมภาวะทางจิตใจในกรณี reckless ด้วย เมื่อการกระทำโดยพลาดเป็นการพิจารณาหลัก mens rea อย่างเป็นทางการไม่จำเป็นต้องเจาะจงเฉพาะในวัตถุใดวัตถุหนึ่ง เช่น กรณีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดย

¹³⁷ Rollin M. Perkin and Ronald N. Boyce, Criminal Law, 3 ed.p. 925.

¹³⁸ American Jurisprudence : Cumulative Supplement, 2ed vol 40, Highways, Street and Bridge. p. 34.

¹³⁹ A.J. Ashworth, 'Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences', in Reshaping The Criminal Law, ed P.R.Glazebrooke, p. 86.

¹⁴⁰ Ibid.

เจตนา เมื่อผู้กระทำมีเจตนาฆ่ามนุษย์ผู้อื่นก็ถือว่ามี mens rea แล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้อื่นนั้นคือนาย ก. หรือ นาย ข. จึงมีปัญหาว่า ในกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำโดยประมาทโดยรู้ตัวต่อนาย ก. แล้วผลไปเกิดแก่นายข. ดังนั้นจะพิจารณาความประมาทโดยรู้ตัวในลักษณะนามธรรมเช่นเดียวกับเจตนาได้หรือไม่

ในทางคำพิพากษาของศาลผู้เขียนไม่พบว่ามีความคิดที่ศาลตัดสินในประเด็นดังกล่าวนี้ แต่ในทางตำรามีความเห็นไปในทางที่ว่าผู้กระทำต้องรับผิดชอบโดยประมาทโดยรู้ตัวผู้ได้รับผลโดยพลาดไป แต่ผู้ให้ความเห็นมักจะไม่นิ่งนอนใจเช่น

Williams¹⁴¹ อธิบายว่า คำว่า เจตนาร้าย (malice) ย่อมรวมถึงเจตนา และประมาทโดยรู้ตัว แต่ไม่มีเหตุผลว่าทำไมประมาทโดยรู้ตัวไม่สามารถโอนได้ดีเช่นเดียวกับเจตนา และยกตัวอย่างว่า ก. ยิงปืนไปในทิศทางที่ ข. ยืนอยู่โดยมิได้ต้องการให้ถูกข. แต่รู้ว่าอาจจะถูก ข. ก็ได้ ปรากฏว่ากระสุนปืนไม่ถูก ข. แต่ไปถูก ค. ซึ่ง ก. มิได้ทราบเลยว่าอาจโดน ค. ได้ ดังนี้ ดูเหมือนว่า ก. อาจมีความผิดฐานทำร้าย ค. โดยประมาทโดยรู้ตัว

ใน Halsbury's Laws of England ¹⁴² ได้อธิบายในเรื่องนี้ว่า 'สันนิษฐานได้ว่าหลักเจตนาโอนสามารถใช้ในกรณีที่จำเลยกระทำโดยประมาทโดยรู้ตัว อันทำให้เขามีความผิดอาญาในกรณีที่เขาคาดเห็นอันตรายต่อ ก. แต่ผลอันตรายกลับไปเกิดกับ ข.'

2) กรณีผู้กระทำประมาท (negligence) ในการพิจารณาว่าผู้กระทำประมาทหรือไม่ในทางคอมมอนลอว์เป็นที่ยอมรับกันชัดเจนว่าจะต้องพิจารณาการกระทำของจำเลยต่อบุคคลซึ่งได้รับผลร้ายจากการกระทำว่าจำเลยประมาทต่อผู้นั้นหรือไม่หรือจำเลยควรคาดเห็นได้หรือไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะได้รับผลจากการกระทำของจำเลย ดังนั้น ประมาทจึงโอนไม่ได้เหมือนเจตนา เช่น ก. เป็นนักเคมีได้ทดลองผสมยาพิษอันตรายขึ้นมา และได้บรรจุลงในขวดแล้วเก็บใส่ไว้ในลิ้นชักโต๊ะ ซึ่ง ข. ซึ่งเป็นสามีของ ก. ก็มีกุญแจไข ปรากฏว่าได้มีขโมย คือ ค. มางัดลิ้นชักและได้กินยาพิษดังกล่าวตาย ดังนี้ แม้นหาก ข. กินยาพิษตาย ก. จะได้ชื่อว่าประมาทเป็นเหตุให้คนตายก็ตาม แต่ในกรณีนี้ ก. มิได้ประมาทต่อ ค. แต่

¹⁴¹ Glanville Williams, *Criminal Law : The General Part*. 2 ed, p. 126.

¹⁴² *Halsbury's Law of England*, 4 ed vol 11(1) (London : Butterworths, 1990), p. 24.

อย่างไรก็ดี จึงไม่ต้องรับผิดในความตายของ ค. ¹⁴³

อย่างไรก็ตาม ใน Model Penal Code ¹⁴⁴ ถือว่าทั้งในกรณีที่ผู้กระทำได้ประมาทโดยรู้ตัวหรือประมาทในการสร้างความเสี่ยงต่อการเกิดภัยต่อวัตถุแห่งการกระทำอันหนึ่ง แต่ผลอันเป็นอันตรายได้เกิดขึ้นกับอีกวัตถุหนึ่งซึ่งมิได้อยู่ในความเสี่ยงต่อภัยที่ผู้กระทำได้รู้ถึงหรือควรรู้ถึง ผู้กระทำก็ต้องมีความผิดในการก่อให้เกิดผลนั้นโดยประมาทโดยรู้ตัวหรือประมาทอยู่นั่นเอง

ข. ประเทศไนจีเรีย

ประมวลกฎหมายอาญาไนจีเรีย มาตรา 24 บัญญัติว่า 'ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ว่าด้วยการกระทำหรือละเว้นกระทำโดยประมาท บุคคลไม่ต้องรับผิดในทางอาญาสำหรับการกระทำหรือละเว้นกระทำซึ่งเกิดขึ้นโดยไม่อยู่ในบังคับของจิตใจของเขา หรือสำหรับเหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุ' (Subject to the express provisions of this code relating to negligence acts and omissions, a person is not criminally responsible for an act or omission, which occurs independently of the exercise of his will or for an event which occurs by accident)

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันว่า หลักเจตนาโอน (doctrine of transferred malice) ไม่สามารถใช้ได้ตามกฎหมายของไนจีเรีย กล่าวคือ สมมุติว่า ก. เจตนาทำร้าย ข. แต่พลาดไปถูก ค. ดังนี้ ก. ต้องถูกลงโทษฐานพยายามทำร้ายร่างกาย ข. ส่วนความรับผิดของ ก. ต่อ ค. อาจพิจารณาว่า ก. ประมาทหรือไม่ ยกเว้นมีบทบัญญัติของกฎหมายแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 316 (1) และ (2) บัญญัติไว้ชัดเจนว่า บุคคลจะต้องรับผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา (murder) หากเขาทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายไม่ว่าเขาเจตนาฆ่าหรือทำอันตรายสาหัสแก่ผู้นั้น หรือแก่บุคคลอื่น (A man is guilty of murder if he causes death, whether he intended to kill or cause some grievous harm to that particular person or some other person)¹⁴⁵

¹⁴³Glanville Williams, *Criminal Law ; The General part*. pp. 110-112.

¹⁴⁴ *Model Penal Code*. Proposed Official Draft, 1962 section 2.03 (3) (a).

¹⁴⁵ Cyprian O. Okonkwo and Michael E. Naish, *Criminal Law in Nigeria* 2 ed. (London : Sweet & Maxwell, 1980), P. 52-53.

ซึ่งเหตุที่ถือว่าบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ไม่สามารถใช้หลักเจตนาโอนของคอมมอนลอว์ได้ก็เนื่องจากถือว่าการที่ผลพลาตไปเกิดกับอีกบุคคลหนึ่งนั้น เป็นเหตุการณ์ซึ่งเกิดโดยอุบัติเหตุ (event which occurs by accident) นั้นเอง¹⁴⁶

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่า¹⁴⁷ บทบัญญัติในมาตรา 24 ดังกล่าว มิได้มีผลให้ศาลไนจีเรียไม่สามารถใช้หลักเจตนาโอนแก่คดีแต่อย่างใด เพราะเห็นว่า ผลที่เกิดโดยพลาตไปในการกระทำโดยพลาตนี้ไม่ถือว่าเป็นเหตุการณ์อันเกิดโดยอุบัติเหตุตามมาตรา 24 กล่าวคือ ในกรณีการกระทำโดยพลาตนี้ให้พิจารณาว่าผู้กระทำได้เจตนาก่อให้เกิดผลประเภทที่เกิดขึ้นนั้นหรือไม่ ถ้าใช่ย่อมไม่ถือว่าผลดังกล่าวเกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุ¹⁴⁸ และเนื่องจากมาตรา 24 นี้ยังคงต้องได้รับการวินิจฉัยโดยศาลไนจีเรีย ดังนั้น ศาลย่อมมีอิสระที่จะยอมรับหรือปฏิเสธหลักเจตนาโอนก็ได้¹⁴⁹

ค. ประเทศออสเตรเลีย (รัฐ Queensland และ Western Australia)

ตามมาตรา 23 แห่ง Queensland Code และ Western Australia Code บัญญัติว่า 'บุคคลไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาสำหรับการกระทำหรืองดเว้นกระทำซึ่งเกิดขึ้นโดยไม่อยู่ในบังคับของจิตใจของเขาหรือสำหรับเหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุ'

จากบทบัญญัติดังกล่าว ศาลสูงแห่งออสเตรเลียได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องการกระทำโดยพลาตไว้ในคดี Timbu Kolian v. The Queen ดังนี้คือ ในคดีดังกล่าว จำเลยได้ทะเลาะกับภรรยาและได้ทำร้ายภรรยา แต่พลาตไปถูกบุตรทารกซึ่งภรรยาอุ้มอยู่ถึงแก่ความตายโดยจำเลยไม่ทราบว่าภรรยาของตนอุ้มบุตรทารกอยู่ในขณะนั้น เนื่องจากอยู่ในความมืด ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าความตายของบุตรจำเลยเกิดขึ้น

¹⁴⁶ Ibid., pp. 82-83.

¹⁴⁷ Clifford Hall, 'A Defence of The Doctrine of Transferred Malice : Its place in The Nigerian Criminal Code,' *International and Comparative Law Quarterly* 34 (October 1985) : 805.

¹⁴⁸ Ibid., P. 817.

¹⁴⁹ Ibid., P. 805.

โดยอุบัติเหตุ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบ 150

จึงเห็นได้ว่าในการกระทำโดยพลาด ศาลสูงของออสเตรเลีย ไม่ถือว่าผู้กระทำมีความรับผิดชอบโดยเจตนาต่อผู้ได้รับผลโดยพลาดไปแต่อย่างใด แต่ถือว่าผลดังกล่าวเกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุ ซึ่งผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบ

ง. ประเทศแอฟริกาใต้

ในการวินิจฉัยปัญหาการกระทำโดยพลาดของประเทศแอฟริกาใต้ ไม่ใช้หลักเจตนาโอนแต่อย่างใด เช่น ในคดี S.v. Nkombani (1963) ก. และ ข. ได้ร่วมกันปล้นโดยมีอาวุธปืน และได้เกิดการต่อสู้กันขึ้นในการปล้นโดย ก. ได้ใช้ปืนยิงไปที่ ค. ผู้เสียหาย แต่กระสุนพลาดไปถูก ข. ตาย ดังนี้ ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า ก. มีความผิดฐานฆ่า ข. ตายโดยประมาทโดยจงใจ (recklessness) 151

ก่อนหน้าคดีนี้ ได้มีคดีต่าง ๆ ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำโดยพลาด และศาลอุทธรณ์ ก็ได้ตัดสินว่าจำเลย มีความผิดต่อผู้ได้รับผลโดยพลาดไป เช่น ในคดี R.v. Longone (1938 A.D. 532) ก. ตกลงกับ ข. ที่จะฆ่าภรรยาของ ข. คือ ค. จึงได้ให้ยาพิษ ข. ไป ข. ได้นำยาพิษดังกล่าวผสมน้ำไว้ในบ้านหลังหนึ่งซึ่งคิดว่าตนกับภรรยาจะเข้าไปนอน ปรากฏว่า ภายหลัง ข. ถูกแจ้งให้อยู่อีกบ้านหนึ่ง ข. จึงได้วางยาพิษในบ้านหลังใหม่ด้วยปรากฏว่า ง. ได้เข้าไปอยู่ในบ้านหลังแรกโดย ข. ก็ทราบดีว่า ง. จะเข้าไปอยู่บ้านหลังแรกนั้นได้กินยาพิษและถึงแก่ความตาย ดังนี้ ศาลสูงแห่งโรดีเซียใต้ (High Court of Southern Rhodesia) ตัดสินว่า ข. ผิดฐานฆ่า ง. ตายโดยเจตนา ส่วน ก. ไม่เป็นผู้ร่วมกระทำผิด เนื่องจากไม่สามารถคาดเห็นได้ว่า ง. จะตายจากการกระทำของ ข. ซึ่งก็มีข้อเถียงกันว่าคดีดังกล่าวศาลตัดสินโดยมองเจตนาฆ่าอย่าง เป็นนามธรรมโดยพิจารณาตามแบบกฎหมายอังกฤษ หรือถือว่า ก. เจตนาเล็งเห็นผลในการฆ่า ง. 152

150 David Lanham, "Accomplice and Transferred Malice," The Law Quarterly Review 96 (January 1980) : 115.

151 A.J. Ashworth, "Transferred Malice and Punishment for Unforeseen Consequences," in Reshaping The Criminal Law ed P.R. Glazebrooke, pp. 85-86.

152 J.H. Pain, "Aberratio Ictus : A Comedy of Errors - And Deflection," The South African Law Journal 95 (1978) : 493 - 494.

นอกจากนี้ ในคดี R.v. Xulu (1943 A.D.616) ก. เจตนาฆ่าภรรยาคือ ข. ได้เอายาพิษใส่ในแก้วนม ซึ่งนึกว่าเป็นของ ข. แต่ปรากฏว่าเป็นของลูกคือ ค. และ ง. เป็นผลให้ลูกดื่มจนมดงกล้าวและถึงแก่ความตายศาลตัดสินว่า ก. มีความผิดฐานฆ่าลูกตายโดยเจตนาหรือในคดี R.v. Kuzwayo (1949 (3) SA 761 (AD)) ก. เจตนาฆ่า ข. ใช้ปืนยิง ข. แต่พลาดไปถูก ค. ตาย ศาลตัดสินว่า ก. มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา 153

อย่างไรก็ตาม เมื่อคำตัดสินของศาลในคดี S.v. Nkombani (1963) ได้ตัดสินในกรณีการกระทำโดยพลาดโดยพิจารณาว่า จำเลยประมาทโดยจงใจต่อผู้ได้รับผลร้าย ก็อาจถือได้ว่าศาลได้กลับแนวคำวินิจฉัยในคดีก่อนหน้านั้นแล้ว เนื่องจากในการกระทำโดยพลาดหากพิจารณาตามหลักคอมมอนลอว์แล้ว เห็นได้ว่าจำเลยย่อมจะมีความผิดโดยเจตนาต่อผู้ได้รับผลร้าย 154

จะเห็นได้ว่า กรณีการกระทำโดยพลาด ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวแล้วว่าสามารถพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำได้ 2 ทาง อันขึ้นอยู่กับ การพิจารณาความหมายของเจตนา ดังนั้นย่อมเป็นเรื่องธรรมดาที่จะเกิดข้อถกเถียงในการพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำ ดังเช่นที่ปรากฏในประเทศแอฟริกา และไนจีเรีย ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลตลอดจนนักกฎหมายที่จะพิจารณาต่อไป

153 Ibid., pp. 494-495.

154 Ibid., pp. 499-500.