ฎีกาตัดสินเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1855/2547

พนักงานอัยการประจำศาลจังหวัดภูเขียว

โจทก์

นายฆนีกร ทองดี

จำเลย

ป.อ. มาตรา 56, มาตรา 371

พ.ร.บ.อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490 มาตรา 7, มาตรา 8 ทวิ, มาตรา 72, มาตรา 72 ทวิ

อาวุธปืนของกลางเป็นอาวุธปืนไม่มีเครื่องหมายทะเบียน และมีอานุภาพร้ายแรง จำเลยมีและพาอาวุธปืนของกลางติดตัวเข้าไปบริเวณชุมนุมชนซึ่งจัดให้มีงานนมัสการการรื่นเริงและการแสดงมหรสพโดยเปิดเผย แม้ไม่มีกระสุนปืนแต่ก็ทำให้เป็นที่หวาดกลัวของสุจริตชน ตามพฤติการณ์เป็นเรื่องร้ายแรง จำเลยอายุ 20 ปี อยู่ในวัยที่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีพอสมควรแล้ว จึงไม่มีเหตุที่จะรอการลงโทษให้

โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490 มาตรา 7, 8 ทวิ, 72, 72 ทวิ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 32, 91, 371 ริบอาวุธปืนของกลาง

จำเลยให้การรับสารภาพ

ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490 มาตรา 7, 8 ทวิ วรรคสอง, 72 วรรคหนึ่ง, 72 ทวิ วรรคสอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 371 การกระทำของจำเลยเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91 ฐานมีอาวุธปืน จำคุก 1 ปี ฐานพาอาวุธปืนเป็นการกระทำกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ ซึ่งเป็นกฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 จำคุก 1 ปี รวมจำคุก 2 ปี จำเลยให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุก 1 ปี ริบของกลาง

จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์ภาค 3 พิพากษายืน

จำเลยฎีกาโดยผู้พิพากษาซึ่งลงชื่อในคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 3 อนุญาตให้ฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "ที่จำเลยฎีกาขอให้ลดโทษและรอการลงโทษจำคุกนั้น เห็นว่า อาวุธปืนของกลางเป็นอาวุธปืนไม่มีเครื่องหมายทะเบียน และมีอานุภาพร้ายแรง จำเลยมีและพาอาวุธปืนของกลางติดตัวเข้าไปบริเวณชุมนุมชนซึ่งจัดให้มีงานนมัสการพระแท่นบัลลังก์ การรื่นเริงและการแสดงมหรสพโดยเปิดเผย แม้ไม่มีกระสุนปืนแต่ก็ทำให้เป็นที่หวาดกลัวของสุจริตชน ตามพฤติการณ์เป็นเรื่องร้ายแรง จำเลยอายุ 20 ปีอยู่ในวัยที่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีพอสมควรแล้ว ดังนั้น ที่ศาลล่างทั้งสองใช้ดุลพินิจวางโทษจำคุกจำเลยกระทงละ 1 ปี โดยไม่ลดมาตราส่วนโทษให้รวมจำคุก 2 ปี และลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุก 1 ปี โดยไม่รอการลงโทษให้นั้น

เหมาะสมแก่รูปคดีแล้ว ไม่มีเหตุที่ศาลฎีกาจะเปลี่ยนแปลงแก้ไข ฎีกาของจำเลยฟังไม่ขึ้น"

พิพากษายืน

(ปราโมทย์ พิพัทธ์ปราโมทย์-ธีระวัฒน์ ภัทรานวัช-รุ่งโรจน์ รื่นเริงวงศ์)

แหล่งที่มา สำนักวิชาการ

แผนก

หมายเลขคดีแดงศาลชั้นต้น หมายเหตุ

ปัญหาว่า "อาวุธ" ตามมาตรา 371 ประมวลกฎหมายอาญา ในกรณีที่เป็นอาวุธปืนต้องเป็นอาวุธปืนที่สามารถใช้ยิงได้หรือไม่นั้น มีความเห็นแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ในขณะที่ ศ. จิตติ ติงศภัทิย์ มีความเห็นว่า อาวุธปืนที่ใช้ยิงไม่ได้ ไม่เป็นอาวุธในความหมายของมาตราดังกล่าว (โปรดดู หมายเหตุ ฎ. 1903/2520) ในประเด็นดังกล่าวศาลฎีกาได้วางแนวบรรทัดฐานมาตลอดว่า อาวุธปืนที่ใช้ยิงไม่ได้ก็เป็นอาวุธตามนัยของมาตรา 371 ประมวลกฎหมายอาญา (ฎ. 1903/2520 ; 1459/2523) คำพิพากษาศาลฎีกาที่หมายเหตุนี้ ก็ยืนยันหลักตามแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยไว้แต่เดิม ปัญหาว่าความเห็นของฝ่ายใดเป็นความเห็นที่ถูกต้องนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเราจะต้องมาทำความเข้าใจกันว่า ความผิดตามมาตรา 371 ประมวลกฎหมายอาญาเป็นความผิดอาญาที่มีแนวความคิดพื้นฐานอะไรอยู่เบื้องหลัง ในทางตำรากฎหมายอาญาเยอรมัน เราอาจแบ่งประเภทของความผิดอาญาออกได้เป็นหลายรูปแบบด้วยกัน ซึ่ง

รูปแบบหนึ่งของการแบ่งประเภทความผิดอาญา คือ การแบ่งความผิดอาญาเป็นความผิดอาญาที่เป็นการทำร้าย และความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย (Verletzungs- und Gefaehrdungsdelikte) จุดแบ่งระหว่างความผิดอาญาที่เป็นการทำร้ายและความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย อยู่ตรงที่ว่ากรรมของการกระทำของแต่ละองค์ประกอบความผิด (das Handlungsobjekt des Tatbestandes) นั้น ได้รับความเสียหายหรือเป็นแต่เพียงน่าจะได้รับอันตรายเท่านั้น ในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการทำร้าย จะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อกรรมของการกระทำได้รับความเสียหายอย่างแท้จริง เช่น ในความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่นต้องมีความตายเกิดขึ้น ในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ทรัพย์ต้องถูกทำให้เสียหาย เป็นต้น ในทางตรงกันข้าม ในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภท กล่าวคือ ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอย ๆ (abstrakte Gefaehrdungsdelikte) และความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ (konkrete Gefaehrdungsdelikte) ในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตราย การที่กรรมของการกระทำเป็นแต่เพียงน่าจะได้รับอันตราย ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว (vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1997, บทที่ 10, หัวข้อ 122) อย่างไรก็ตาม ระดับของความน่าจะเป็นอันตรายจะแตกต่างกันไปแล้วแต่ว่าจะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอย ๆ หรือความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ ในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ จะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อมีความน่าจะเป็นอันตรายเกิดขึ้นอย่างแท้จริงต่อกรรมของการกระทำ การที่ผลไม่เกิดขึ้นนั้นเป็นแต่เพียงความบังเอิญเท่านั้น เช่น ในความผิดฐานทอดทิ้งเด็กตามมาตรา 221 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งตามความเห็นฝ่ายข้างมากแล้วจะต้องมีความน่าจะเป็นอันตรายต่อชีวิตของเด็กเกิดขึ้น ในทางตรงกันข้าม ในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอย ๆ นั้น การจะเป็นความผิดสำเร็จไม่จำต้องมีความน่าจะเป็นอันตรายเกิด

ขึ้นอย่างแท้จริงอย่างในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ แต่พิจารณาจากการกระทำว่าครบองค์ประกอบความผิดหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดดังกล่าวถือว่าเป็นอันตรายแล้ว เช่น ในความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ตามมาตรา 306 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 10, หัวข้อ 123) 1. ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ ความผิดอาญาในกลุ่มนี้เรียกร้องว่า ในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นได้มีความน่าจะเป็นอันตรายเกิดขึ้นอย่างแท้จริง (eine wirkliche Gefahr) ต่อกรรมของการกระทำที่ได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติในมาตราหนึ่งมาตราใด เช่น ตามมาตรา 315 C ที่นอกจากลักษณะของการขับขี่ยานพาหนะที่เป็นอันตรายตามที่ระบุไว้แล้ว ยังจะต้องก่อให้เกิดผลที่น่าจะเป็นอันตรายต่อชีวิตร่างกายของบุคคลอื่นหรือต่อทรัพย์ของบุคคลอื่นที่มีมูลค่าที่สำคัญด้วย ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ว่าไปแล้ว ก็คือความผิดที่ต้องมีผลของการกระทำเกิดขึ้น (Erfolgsdelikt) ด้วยเหตุนี้ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในกรณีของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล จึงเป็นไปในทำนองเดียวกับความผิดที่ต้องมีผลของการกระทำเกิดขึ้น กล่าวคือ ผลของความน่าจะเป็นอันตรายที่ประจักษ์นั้นจะต้องเป็นผลที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อความน่าจะเป็นอันตรายที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เกิดขึ้น และเป็นผลที่มีความเหมาะสมที่จะเกิดขึ้นจากการก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ไม่ได้รับอนุญาต เพียงแต่ว่าผลของการกระทำในความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ต่างจากผลของการกระทำในความผิดอาญาที่เป็นการทำร้าย ตรงที่ผลของการกระทำในความผิดอาญาที่เป็นการทำร้าย คือ ผลของความเสียหายต่อกรรมของการกระทำตามที่ระบุไว้ในแต่ละฐานความผิด ในขณะที่ผลของการกระทำในความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ คือ ผลของความน่าจะเป็นอันตรายต่อกรรมของการกระทำตามที่ระบุไว้ในแต่ละฐานความผิด หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยผลของความน่าจะเป็นอันตรายอย่างประจักษ์นั้นจะใช้หลักข้อสันนิษฐานในภายหลังทางภาวะวิสัย (eine objektiv-nachtraegliche

Prognose) (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 11, หัวข้อ 121) กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะต้องใช้บรรทัดฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเดียวกับผู้กระทำว่าก่อนที่จะกระทำความผิด (vor der Tat) นั้น เห็นว่าผลของความน่าจะเป็นอันตรายจะเกิดขึ้นหรือไม่ รวมทั้งในกรณีที่หากผู้กระทำจะรู้อะไรเพิ่มเติมเป็นพิเศษแล้ว ผู้พิพากษาก็ต้องวินิจฉัยถึงความน่าจะเป็นอันตรายโดยวางอยู่บนพื้นฐานของความรู้ดังกล่าวด้วย (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 11, หัวข้อ 35) ปัญหาว่า ผลของความน่าจะเป็นอันตรายอย่างประจักษ์ มีลักษณะอย่างไรนั้น ความเห็นของศาลแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน (BGH) เห็นว่า ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป อย่างไรก็ตาม Roxin ได้สังเคราะห์ความเห็นของศาลแห่งสหพันธรัฐเยอรมันแล้ววางหลักเกณฑ์ว่า ผลของความน่าจะเป็นอันตรายที่ประจักษ์นั้นจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ 1) ต้องมีกรรมของการกระทำ (ein Tatobjekt) ซึ่งอยู่ในวิสัยที่จะเกิดอันตรายขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังต่อไปนี้ ไม่ถือว่ามีกรรมของการกระทำ เช่น ในกรณีที่บุคคลใดก็ตามได้ขับรถยนต์แซงทางโค้งโดยประมาท ซึ่งจะเป็นผลให้ต้องชนกับรถยนต์ที่สวนมาอย่างแน่นอน แต่โดยบังเอิญที่ไม่มีรถยนต์แล่นสวนมา ในกรณีดังกล่าวแม้ว่าผู้กระทำจะกระทำโดยประมาทแต่ก็ขาดความเป็นอันตรายที่เห็นประจักษ์ 2) การกระทำของผู้กระทำจะต้องก่อให้เกิดอันตรายที่ใกล้ชิดต่อการเกิดขึ้นของผลที่เป็นการทำร้ายต่อกรรมของการกระทำ ปัญหาว่า จะใช้หลักเกณฑ์อะไรมากำหนดนั้น แต่เดิมศาลแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน (BGHSt 8, 31; 13, 70 โดยเดินตามแนวของคำพิพากษาของศาลแห่งอาณาจักรไรซ์) วางหลักว่าการเกิดขึ้นของความเสียหายจะต้องมีความเป็นไปได้ที่มากกว่าการที่ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น แต่ก็ไม่ใช่เรื่องที่จะเอาหลักเกณฑ์ในการคำนวณเป็นเปอร์เซ็นต์มาใช้ เช่น ถ้ามีความเป็นไปได้ที่ความเสียหายจะเกิดขึ้น 51% แล้ว ถือว่าการกระทำของผู้กระทำได้ก่อให้เกิดอันตรายที่เห็นประจักษ์ต่อกรรมของการกระทำแล้ว เป็นต้น ในทางตรงกันข้าม ศาลแห่งสหพันธรัฐเยอรมันวางหลักว่า ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปว่า อันตรายใกล้จะเกิดขึ้นแก่กรรม

ของการกระทำหรือไม่ (BGHSt 18, 272f.; 19, 268f,; 22, 344ff.; 26, 179) (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 11, หัวข้อ 122) หลักเกณฑ์ของศาลแห่งสหพันธรัฐเยอรมันที่ว่า อันตรายใกล้จะเกิดขึ้น (die naheliegende Gefahr) หรือความเป็นไปได้อย่างมากที่จะมีการทำร้ายต่อวัตถุที่ถูกกระทำ (die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung) นั้น Roxin เห็นว่า ยังเป็นหลักเกณฑ์ที่ขาดบรรทัดฐานในทางภาวะวิสัย เพราะปล่อยให้ขึ้นอยู่กับประสบการณ์ชีวิตของผู้พิพากษาแต่เพียงอย่างเดียว ในทางตำราจึงมีความพยายามที่จะวางหลักเกณฑ์ดังกล่าว เช่น Horn ได้สร้างทฤษฎีผลของความน่าจะเป็นอันตรายในทางวิทยาศาสตร์ธรรมชาติขึ้น (naturwissenschaftliche Gefahrerfolgstheorie) โดยทฤษฎีดังกล่าววางหลักว่า อันตรายที่เห็นประจักษ์ที่เกิดขึ้น เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งคดีตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (nach bekannten kausalen Gesetzmaes - sigkeiten) แล้วจะต้องเป็นผลในทางวิทยาศาสตร์ธรรมชาติแล้ว ก็ไม่อาจอธิบายได้ (เช่น ความมหัศจรรย์ เป็นต้น) อย่างไรก็ตาม Roxin เห็นว่า ทฤษฎีของ Horn จะเป็นผลให้ข้อความคิดของอันตรายที่เห็นประจักษ์นั้นถูกจำกัดให้แคบลง เพราะถ้าได้มีการทดลองอย่างเพียงพอแล้วแทบจะทุกสิ่ง สามารถที่จะอธิบายในทางวิทยาศาสตร์ธรรมชาติได้ (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 11, หัวข้อ 124) Roxin เห็นว่า ทฤษฎีผลของความน่าจะเป็นอันตรายในทางบรรทัดฐาน (die normative Gefahrerfolgstheorie) เป็นทฤษฎีที่ถูกต้อง ทฤษฎีดังกล่าววางหลักเหมือนกับทฤษฎีของ Horn ตรงที่ถือว่า อันตรายที่เห็นประจักษ์เกิดขึ้น ในกรณีที่ผลที่เป็นการทำร้าย (der Verletzungserfolg) ที่ไม่เกิดขึ้นนั้นเป็นแต่เพียงผลที่เกิดขึ้นจากความบังเอิญ แต่ทฤษฎีผลของความน่าจะเป็นอันตรายในทางบรรทัดฐาน เห็นต่างจากทฤษฎีของ Horn ในประเด็นที่ความบังเอิญดังกล่าวไม่ใช่เป็นผลมาจากเหตุผลในทางวิทยาศาสตร์ธรรมชาติที่ไม่อาจอธิบายได้ หากแต่อธิบายว่าความบังเอิญดังกล่าวเป็นสิ่งที่บุคคลไม่อาจที่จะคาดคิดได้ว่าจะเกิดขึ้น (als einen Umstand, auf dessen

Eintritt man nicht vertrauen kann) ด้วยเหตุนี้ ผู้กระทำจึงยังคงต้องรับผิดหากว่าการที่ผลของอันตรายที่เห็นประจักษ์ไม่เกิดขึ้นเพราะผู้ที่น่าจะได้รับอันตรายนั้นมีความสามารถพิเศษที่จะหลบหลีกอันตรายได้ เช่น ในกรณีตามตัวอย่างข้างต้น หากคนที่ขับรถสวนมาเป็นนักแข่งรถที่มีความสามารถพิเศษที่จะหลบหลีกรถได้ดี เป็นต้น (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 11, หัวข้อ 125) 2. ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอย ๆ ความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอย ๆ เป็นความผิดที่การกระทำที่เป็นองค์ประกอบความผิดนั้นจะมีลักษณะที่เป็นอันตรายโดยทั่ว ๆ ไป โดยไม่จำเป็นต้องมีผลของความน่าจะเป็นอันตรายเกิดขึ้นอย่างในกรณีของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ เพราะว่าทางฝ่ายนิติบัญญัติเล็งเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีความเป็นอันตรายโดยทั่ว ๆ ไปอยู่แล้ว จึงได้บัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด (vgl. Roxin, อ้างแล้ว, บทที่ 11, หัวข้อ 127) (รายละเอียดของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอย ๆ และความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ ผู้สนใจ โปรดดู สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์ ผลของการกระทำในทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีผลที่เป็นการก่ออันตราย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536) คำตอบของปัญหาที่ว่า อาวุธ ตามนัยของมาตรา 371 ประมวลกฎหมายอาญา หากเป็นอาวุธปืน ต้องสามารถใช้ยิงได้หรือไม่ จึงอยู่ตรงที่ว่า ความผิดตามมาตรา 371 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอย ๆ หรือความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ จากการวิเคราะห์หลักในเรื่องดังกล่าวตามกฎหมายอาญาเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่า ศ. จิตติ ติงศภัทิย์ เห็นว่า ความผิดตามมาตรา 371 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ เพราะ ศ. จิตติ ติงศภัทิย์ เห็นว่า อาวุธปืนต้องสามารถใช้ยิงได้ การที่อาวุธปืนไม่สามารถใช้ยิงได้ จึงเท่ากับว่าอาวุธปืนไม่น่าที่จะก่อให้เกิดผลที่เป็นอันตรายได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นการขาดผลของความน่าจะเป็นอันตรายที่ประจักษ์ ในทาง

ตรงกันข้าม ศาลฎีกาเห็นว่าความผิดตามมาตรา 371 ประมวลกฎหมายอาญาเป็นความผิดที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอย ๆ เพราะพิจารณาแต่เพียงว่าการกระทำของจำเลยครบตามองค์ประกอบความผิดหรือไม่เท่านั้น โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าผลที่น่าจะเป็นอันตรายนั้นจะเกิดขึ้นได้หรือไม่ ซึ่ง ศ.ดร.คณิต ณ นคร ก็เห็นไปในทำนองดังกล่าว แม้จะไม่ได้อธิบายชัดว่า ความผิดตามมาตรา 371 ประมวลกฎหมายอาญาเป็นความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างลอย ๆ ก็ตาม โดยอธิบายแต่เพียงว่า ความผิดฐานดังกล่าวเป็น "ความผิดที่เป็นการก่ออันตราย" (โปรดดู คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8, 2544, น. 106 - 107) ผู้เขียนเห็นว่าความเห็นของศาลฎีกาและความเห็นของ ศ.ดร.คณิต ณ นคร เป็นความเห็นที่ถูกต้อง เพราะถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 371 ประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ได้บัญญัติไว้ในลักษณะของความผิดอาญาที่เป็นการก่ออันตรายอย่างประจักษ์ ที่จะต้องมีองค์ประกอบในส่วนของผลของความน่าจะเป็นอันตรายอย่างในกรณีของมาตรา 220 วรรคหนึ่ง ("...จนน่าจะเป็นอันตราย..."), 221 ("...จนน่าจะเป็นอันตราย...") ประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์