

การพยายามกระทำความผิด : ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่าง  
การลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด

ร้อยตำรวจเอกฤทธิรงค์ เขมะวงนิช

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2549

ISBN 974-671-391-4

**CRIMINAL ATTEMPTS : A STUDY ON THE DISTINCTION  
BETWEEN COMMENCEMENT AND PREPARATION**

**Pol.Capt.RIDTIRUJ KAMAWANICH**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements**

**for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Graduate School, Dhurakij Pundit University**

**2006**

**ISBN 974-671-391-4**

## กิตติกรรมประกาศ

ในการค้นคว้าวิจัยเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เป็นอย่างสูง ที่ได้สละเวลามาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้ผู้เขียน ทั้งยังอนุเคราะห์ ช่วยเหลือให้คำแนะนำผู้เขียนในการค้นคว้า จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นอย่างดียิ่ง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่าน ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณา สละเวลาอันมีค่ามาเป็นประธานกรรมการ ตลอดจนให้คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ สำเร็จลงได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.พีรพันธุ์ พาลุสุข ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ท่านรองศาสตราจารย์.ดร.อุดม รัฐอมฤต และท่านรองศาสตราจารย์ ดร.อุทัย อาทิวะ เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลาเป็นกรรมการ แนะนำ ช่วยให้แนวคิดแก่ผู้เขียน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จตามความมุ่งหมาย

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ของผู้เขียนที่ได้ให้กำลังใจผู้เขียน ในการศึกษาจนประสบความสำเร็จ

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับความ บกพร่องไว้แต่ผู้เดียว หวังว่าผู้อ่านคงได้ความรู้เพิ่มขึ้นไม่มากนักน้อย

ร้อยตำรวจเอกฤทธิรงค์ เขมะวนิช

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ท
สารบัญภาพ.....	ฒ
<b>บทที่</b>	
<b>1. บทนำ</b> .....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	7
1.4 วิธีดำเนินการวิจัย.....	8
1.5 ขอบเขตการวิจัย.....	8
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ .....	9
<b>2. แนวคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำคามผิดทางอาญา</b> .....	10
2.1 องค์ประกอบความรับผิดชอบทางอาญา.....	10
2.1.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective) .....	11
2.1.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective) .....	14
2.1.3 ขั้นตอนการกระทำคามผิดทางอาญา .....	16
2.2 ลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำคามผิดทางอาญา.....	21
2.2.1 ความหมาย.....	21
2.2.2 หลักเกณฑ์ของการพยายามกระทำคามผิดทางอาญา.....	22
2.2.2.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective) .....	22
2.2.2.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective) .....	24
2.2.3 แนวคิดการบัญญัติให้การพยายามเป็นความผิดทางอาญา.....	25
2.2.4 ประเภทของการพยายามกระทำคามผิดทางอาญา.....	27

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.4.1 การพยายามกระทำคามผิด (attempts).....	27
2.2.4.2 การพยายามกระทำคามผิดที่เป็นไปไม่ได้ (Impossibility) attempts).....	28
2.2.5 ความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายาม.....	28
2.3 แนวคิดการกำหนดสัดส่วนระหว่างสภาวะทางจิตใจกับการกระทำในความ รับผิดของการพยายามกระทำคามผิด.....	34
2.3.1 ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory).....	34
2.3.1.1 เกณฑ์ความรับผิดตามแบบอัตตะวิสัย.....	34
ก. เกณฑ์ความรับผิดแบบ “การเลือก” (Choice).....	34
ข. เกณฑ์ความรับผิดแบบ “ลักษณะเฉพาะ” (Character)	35
2.3.1.2 บทบัญญัติการพยายามกระทำผิดตามแบบอัตตะวิสัย.....	36
2.3.1.3 การกำหนดโทษตามแบบอัตตะวิสัย.....	36
2.3.2 ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory).....	39
2.3.2.1 เกณฑ์ความรับผิดตามแบบภาวะวิสัย.....	40
ก. เกณฑ์การรับผิดในสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงของการ กระทำ.....	40
ข. เกณฑ์การการรับผิดอาญาแบบวิญญูชน.....	40
2.3.2.2 บทบัญญัติการพยายามกระทำผิดตามแบบภาวะวิสัย.....	41
2.3.2.3 การกำหนดโทษตามแบบภาวะวิสัย.....	41
2.4 แนวคิดและความเป็นมาในการลงโทษการพยายามกระทำคามผิดทางอาญา..	42
2.4.1 ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law.....	42
2.4.2 ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law.....	47
3. ความหมายและหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำคามผิดกับการ เตรียมกระทำคามผิดในต่างประเทศ.....	53
3.1 ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law.....	54

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.1.1 ประเทศอังกฤษ .....	54
3.1.1.1 ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory).....	54
ก. ข้อดี.....	56
ข. ข้อเสีย.....	56
ค. ข้อพิจารณาในทฤษฎีการกระทำแรก.....	57
3.1.1.2 ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory).....	58
ก. การเพิ่มข้อพิจารณาเรื่องการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด (immediately connected) โดยผู้พิพากษา Park B.....	59
ข. การให้ความหมายของ Lord Diplock .....	60
ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้ .... (possible intervention).....	62
ง. ข้อดีข้อเสีย.....	64
3.1.1.3 ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) .....	67
ก. กรณีของ Stephen.....	69
ข. ข้อเพิ่มเติมเรื่อง โอกาสที่เป็นไปได้ในการล้มเลิกความ ตั้งใจ.....	71
3.1.1.4 ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory).....	73
3.1.1.5 ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) .....	75
ก. การให้ความหมายการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการ เตรียมตามพระราชบัญญัติ.....	77
ข. การให้ความหมายตามความเห็นของ Antony Duff.....	81
ค. การให้ความหมายตามความเห็นของ Michael j. Allen	84

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	85
3.1.2.1 ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial steps acts theory).....	86
ก. ข้อคัดค้านในทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ...	96
3.1.2.2 ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory).....	97
ก. ข้อคัดค้านในทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ.....	99
3.2 ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law.....	103
3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส.....	103
3.2.2 ประเทศเยอรมนี.....	108
<b>4. ความหมายและลักษณะการแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำ ความผิดกับการเตรียมการทำความผิดในประเทศไทย.....</b>	<b>120</b>
4.1 บทบัญญัติของกฎหมาย .....	120
4.2 ความเห็นในทางตำรา.....	126
4.2.1 ฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory).....	126
4.2.1.1 แนวทางการอธิบายของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์.....	127
4.2.1.2 แนวทางการอธิบายของรองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์.....	129
4.2.2 ฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory).....	131
4.2.3 แนวความเห็นอื่น.....	136
4.2.3.1 แนวทางการอธิบายตามทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ.....	137
4.2.3.2 แนวทางการอธิบายโดยใช้การกระทำเป็นเกณฑ์.....	137

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2.3.3 แนวทางที่เห็นว่าไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวสำหรับเรื่องนี้....	138
4.3 เกณฑ์การวินิจฉัยของศาลฎีกา.....	139
4.3.1 แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 ถือการใกล้ชิดต่อผลสำเร็จเป็นเกณฑ์ในการตัดสินซึ่งการใกล้ชิดต่อต้องถึงขนาดใกล้ชิดต่อลักษณะของการกระทำหรือเป็นส่วนหนึ่งในองค์ประกอบความผิด หรือเหตุฉกรรจ์.....	141
4.3.2 แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 2 ถือรวมเอาการกระทำขั้นสุดท้ายของผู้กระทำเป็นการใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดด้วยแม้จะไม่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จจริง ๆ.....	158
4.3.2.1 กรณีนำมาใช้อธิบายเกี่ยวกับกรณีการฆ่าหรือทำร้ายโดยใช้บุคคลหรือสัตว์เป็นเครื่องมือ .....	158
4.3.2.2 กรณีการนำเหตุผลของการกระทำในขั้นสุดท้ายมาขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปใช้กับความผิดฐานอื่น ๆ.....	159
4.3.3 แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 3 แนวคำพิพากษาที่เป็นการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าแนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 และกลุ่มที่ 2.....	162
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	165
บรรณานุกรม.....	175
ภาคผนวก.....	182
ประวัติผู้เขียน .....	199



## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 ข้อแตกต่างระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory) กับทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory).....	96

DPU

## สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
2.1 แสดงขั้นตอนการกระทำความผิดทางอาญา.....	17
2.2 แสดงความหมายของการพยายามกระทำ ความผิดทางอาญา.....	22
3.1 แสดงลักษณะและตำแหน่งของการกระทำแรก (first acts) และการกระทำสุดท้าย (last acts).....	53

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การพยายามกระทำความคิด : ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิด
ชื่อผู้เขียน	ร้อยตำรวจเอกฤทธิรุจ เขมระวนิช
อาจารย์ที่ปรึกษา	รศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2548

### บทคัดย่อ

เนื่องด้วย ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 บัญญัติไว้แต่เพียงว่าการพยายามกระทำความคิดหมายถึงการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความคิดแต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปโดยตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ส่วนการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความคิดนั้นมีความหมาย หรือลักษณะอย่างไร ไม่มีการกำหนดหรืออธิบายไว้อย่างชัดเจน แต่จะปล่อยให้เป็นที่หน้าของศาลและนักวิชาการเป็นผู้สร้างแนวคิด กำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาใช้และอธิบายกันเอง

ทางวิชาการ ได้ให้ความหมายของการลงมือกระทำความคิดปรากฏตามขั้นตอนการเกิดความคิดทางอาญาว่าหมายถึง การกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมมาแล้วแต่ยังไม่เกิดเป็นความคิดสำเร็จ ซึ่งระดับของการกระทำเช่นนี้จะมีลักษณะเป็นช่วงของการกระทำที่มีขอบเขตกว้างแคบต่างกัน เริ่มตั้งแต่มีกระทำที่ผ่านพ้นการเตรียมกระทำความคิดมาเล็กน้อย มีการกระทำแรก (first acts) เรื่อยไปจนกระทั่งมีการกระทำเข้าใกล้กับการเกิดความคิดสำเร็จ มีการกระทำขั้นสุดท้าย (last acts) ก่อนเกิดเป็นความคิดสำเร็จเลยทีเดียว การกำหนดตำแหน่งของการกระทำดังกล่าว จึงเป็นการให้ความหมายของการลงมือกระทำความคิด ซึ่งการกำหนดความหมายของการลงมือกระทำความคิดนั้นเป็นการกำหนดกรอบเริ่มต้นของความคิดฐานพยายาม และเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดด้วย ซึ่งการกำหนดตำแหน่งของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิดดังกล่าว เป็นปัญหาหนึ่งที่มีการถกเถียงกันอย่างมาก

ทางปฏิบัติ แนวคำพิพากษาของศาลไทยส่วนใหญ่ถือระดับการใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความคิดเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยก และให้ความหมายถึงลักษณะของการลงมือที่จะเป็นการพยายามกระทำความคิดดังกล่าว โดยถือว่าการใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความคิดต้องถึงขนาดใกล้ชิดกับองค์ประกอบของความคิดหรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำในองค์ประกอบความคิดฐานนั้น ๆ

หรือเหตุการณ์ที่เทียบได้กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ของต่างประเทศในแนวทางที่มุ่งตีความทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในความหมายแคบ ทำให้การวินิจฉัยลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดแคบลงไปมากในบางฐานความผิด เช่น ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานฆ่าคนโดยใช้ปืนยิง เป็นต้น ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนและบางกรณีขัดต่อความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไปได้ ทั้งยังปรากฏแนวคำพิพากษาส่วนน้อยที่พิจารณาเห็นแตกต่างออกไป กล่าวโดยสรุปแล้วเกี่ยวกับเรื่องนี้แนวทางปฏิบัติของไทยยังไม่แน่นอนว่าอิงอยู่กับแนวคิดตามทฤษฎีใด แต่ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจไปตามควรแก่กรณี (case by case)

ปัจจุบัน ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law และ Common Law เห็นพ้องต้องกันว่าควรมีการกำหนดกรอบที่สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไป (general) ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมาย (theory) มาใช้กับเรื่องนี้ เพื่อนำไปใช้และอธิบายได้กับข้อเท็จจริงในทุก ๆ กรณี และควรมีการขยายขอบเขตของกฎหมายพยายามกระทำความผิดออกไปให้คุ้มครองสังคมมากขึ้น ในประเทศอังกฤษปัจจุบันเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ถูกกำหนดโดยพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (Criminal Attempts Acts 1981) ซึ่งให้ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดว่าหมายถึง การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำความผิด (more than merely preparatory) ที่มีความหมายเป็นกลางระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) และทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) อันเป็นการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าเดิมโดยมุ่งแนวทางทางด้านอัตตะวิสัย (subjective) ของตัวผู้กระทำมากขึ้น ปรับเอนเข้ามาคล้ายกันกับประเทศในส่วน Civil Law ที่ยึดแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory) มาเป็นมาตรฐานในการอธิบายอยู่แล้ว ซึ่งการอธิบายถึงความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดจะมีขอบเขตกว้างกว่า Common Law เดิมอยู่แล้ว ในประเทศฝรั่งเศสใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ซึ่งมีแนวคิดเน้นไปในทางอัตตะวิสัย ในประเทศเยอรมนีใช้ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ซึ่งขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าประเทศอังกฤษมาก

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการให้ความหมายและกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ในลักษณะที่เป็นการวางกรอบมาตรฐานโดยทั่ว ๆ ไป ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมาย ที่มีการอธิบายหลักการและเหตุผลในการนำมาใช้อย่างชัดเจน และทฤษฎีที่นำมาใช้ควรขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดเข้าไปคุ้มครองสังคมมากขึ้น เช่นเดียวกันกับนานาประเทศในปัจจุบัน

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการใช้ระดับของการใกล้ชิดมาอธิบายความหมายของการลงมือกระทำความคิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการตระเตรียมกระทำความคิด โดยความหมายลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิดควร หมายถึง การกระทำที่เป็น การกระทำผิดโดยตรงต่อเนื่องมุ่งไปสู่การก่อให้เกิดความผิด ส่วนจะใกล้ชิดกับอะไร หรือใช้อะไรเป็นจุดวัด ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการใช้ผลสำเร็จของความผิดตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) มาเป็นจุดวัด แต่เห็นด้วยกับการนำหลักการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมตามกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) มาเป็นจุดวัด ซึ่งจะทำให้การวินิจฉัยผันแปรไปตามชนิดและฐานความผิด เช่นนี้จะเป็นการแก้ปัญหาในการวินิจฉัยความผิดต่าง ๆ ให้แน่นอนชัดเจนขึ้นได้ เช่น ในกรณีที่ความผิดฐานฆ่าคนโดยใช้ปืนยิงก็ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเล็ง การข่มขืนกระทำชำเราก็ก็น่าไม่ต้องถึงขั้นใช้วิธีข่มขืนหรือข่มขืนที่ร้ายแรง หรือระดับการคุ้มครองบุคคลต้องมากกว่าการคุ้มครองทรัพย์สิน เพราะระดับคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมีความรุนแรงมากน้อยต่างกัน

Thesis Title	Criminal Attempts : A Study on the distinction between commencement and preparation
Author	Pol.capt.Ridtiruj Kamawanich
Thesis Advisor	Dr.Surasak Lidasitwatanakul
Department	Law
Academic Year	2005

### ABSTRACT

Sine Criminal Law in Thailand has no clearly explanation of concepts and no criterion of separation between commencement and preparation, it allowed the jurists as in many countries to create many theory concepts for their own doing justice. In section 80 of Thailand criminal law, it provided only that attempts mean commencement and commencement mean acts to commit an offence which are incomplete, or are complete but unsuccessful. It does not explain how the characters of the conducts are. The meanings of committing crime in the criminal law is the acts that passed the steps of preparation but were not the complete offences. The degree of the conducts is difference in boundary from beyond mere preparation to proximity to the completion of a crime. The limit of the scope of such conducts is a problem to be argued.

In Thailand, courts provide and give the meanings the concepts, but they have not clearly said which criterion or theory they adopt for useful guidance. An approach will specify facts of the conducts, then provide discretion to decide to each case as they think fit. Another approach will use criterion of proximity or remote to the completion of a crime to be standard to judge, which similar to the proximity acts theory in other countries.

In study, we can see that courts accept the proximity acts theory to adopt for useful guidance on this issue. However, the character of the criterion, and theory explanation still has the character of applying discretion for facts in any particular case (case by case) and give the strictly meanings by holding the proximate act to complete of a crime must be the step of the conduct that is part of fault elements, which cause the uncertainty, and in gone case it is contrary to the public feelings.

The objective of this thesis is to study how the characteristics of the concepts and the criterion providing of the separation between commencement and preparation in Thailand should be by studying research documents, information from textbooks, thesis articles, justice case study, and law comments on this issue.

From the study, we found that the separation of commencement and preparation in many countries has the characteristic of limit of the criterion for general use in the form of many law theories. Nowadays, there will be approach to expand the boundary of attempts to highly protect society. Traditional common law countries have the viewpoint to emphasize more subjective, now they expand the boundary to be criterion which has the viewpoint to emphasize more in subjective, as in England right now there is criterion on the Criminal Attempts Acts 1981. In America, there is criterion on the substantial step acts theory. To the civil law countries, even though France use same criterion on the proximity acts theory, it has the viewpoint that emphasize subjective of the agent, that is not only based on criterion of the conducts which is proximate in fault element of the agent, but also consider the intent of the agent together with the behavior. In Germany, they use dangerous possibility acts theory, which criterion of the conduct that affects morals in the law to be judged.

The suggestion of this is that there should be the criterion limit to be used as forming general standard. In the form of theory to clearly explain principles and reasons to be used, and the theory should expand the boundary of commencement attempts to highly protect society as in many countries nowadays. For myself, I think that the criterion of the substantial step acts theory has too wide boundary. To give the meanings of the traditional criterion to discretion in particular facts is uncertain and too narrow. The criterion that should be used to separate still is the criterion of proximity or remote to the complete crime, but the meanings of proximity should not be limited only on the conduct element. The discretion standard should include the proximity to the complete crime, risks, danger to cause harm to victim and society, violence of that offence, the behavior of continuous conducts and the purpose of the conducts of the agent, evidence which is to expand the boundary of commencement attempts more on subjective, on the basic purpose of providing offence to prevent harm before it happened (nip violence in the bud), which similar to the criterion of the proximity acts theory in France, uses dangerous proximity acts theory in America, and dangerous possibility acts theory in Germany.

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ในการวินิจฉัยความผิดทางอาญานั้น การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดของบุคคล จะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ นักนิติศาสตร์ได้แบ่งกระบวนการวินิจฉัยออกเป็น 6 ขั้นตอนด้วยกัน<sup>1</sup> เริ่มต้นด้วยการมีความคิดที่จะกระทำให้เกิดอันตรายอันต้องห้ามตามกฎหมาย (conception) สองการไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำความผิด (deliberation) สามการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด (resolution) สี่การเตรียมการที่จะกระทำความผิด (preparation) ห้าการลงมือกระทำความผิด (commencement) และสุดท้ายคือขั้นเกิดผลของการกระทำนั้น (consummation) โดยอาจสำเร็จหรือไม่สำเร็จผลตามความมุ่งหมายที่ต้องการกระทำนั้น โดยปกติกฎหมายอาญาจะไม่เอาผิดในขั้นตอนที่หนึ่งถึงที่สามตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาที่เอาผิดกับบุคคลต่อเมื่อมีการกระทำ (acts) และไม่ลงโทษในขั้นตอนการเตรียมแม้มีการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกแล้ว เพราะเป็นการกระทำที่ห่างไกลกับความผิดสำเร็จอย่างมางยังถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำที่สิ้นสะเทือนความรู้สึกในความถูกต้องของสาธารณชน<sup>2</sup> และยังไม่เป็นการแสดงออกที่น่าเชื่อถือได้อย่างเพียงพอถึงจิตใจที่จะเป็นอาชญากรอย่างแน่นอน<sup>3</sup> เว้นแต่ในการสมคบ หรือเตรียมกระทำความผิดบางฐานที่กฎหมายต้องการเอาโทษกับบุคคลโดยเหตุผลพิเศษ เพราะเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงพอที่กฎหมายจะถือเป็นความผิดเทียบเท่ากับความสำเร็จ หรือเป็นเพราะความยากในการพิสูจน์การกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำความผิดกับการพยายามกระทำความผิดในความผิดอาญาบางฐาน ปกติกฎหมายอาญาจะเริ่มเอาผิดกับบุคคลในขั้นการลงมือกระทำความผิดไป

---

<sup>1</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 287. และ หุศุด แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127* (พิมพ์ครั้งที่ 6). หน้า 187. และ Jerome Hall. (1996). *General Principles Of Criminal law*. p. 576.

<sup>2</sup> คณิต ณ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 272.

<sup>3</sup> Andenaes. *The General Part of the Criminal Law of Norway*. p. 288. อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8). หน้า 492.



จนถึงขั้นการเกิดผลสำเร็จของการกระทำนั้น ความผิดในขั้นเกิดผลสำเร็จของการกระทำ เรียกว่า ความผิดสำเร็จหรือความผิดในเนื้อหาของความผิด (substantive offences) ส่วนความผิดในขั้นการลงมือกระทำความผิดแต่ยังไม่ถึงขั้นการเกิดผลสำเร็จของการกระทำนั้นเรียกว่า การพยายามกระทำความผิด (attempts) การกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดทางอาญาแม้เป็นการกระทำที่ยังไม่ก่อให้เกิดผลเป็นความเสียหายทางกายภาพขึ้นก็ตาม มีแนวคิดมาจากหลักในเรื่อง ความรับผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา (Inchoate Offences) ในภยันตรายประเภทภยันตรายทุติยภูมิ (secondary harm) ที่ว่าการพยายามกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายที่จะก่อให้เกิดอันตราย ความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือต่อสังคมได้ เห็นควรที่จะต้องยับยั้งไว้ก่อนที่ความผิดจะเกิด โดยการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา

ความรับผิดทางอาญาไม่ได้อยู่ที่การกระทำเพียงอย่างเดียว พื้นฐานความรับผิดทางอาญาอยู่ที่องค์ประกอบทางการกระทำ (acts) และองค์ประกอบทางจิตใจ (mind) พื้นฐานความรับผิดของการพยายามกระทำความผิดก็อยู่ที่การกระทำ (acts) และจิตใจ (mind) เช่นเดียวกัน ความผิดสำเร็จเกิดเมื่อมีการกระทำจนถึงขั้นเกิดผลสำเร็จตามองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ ผลสำเร็จของการกระทำความผิดจึงเป็นจุดแบ่งแยกระหว่างความผิดสำเร็จกับการพยายามกระทำความผิด ส่วนการพยายามกระทำความผิดเกิดเมื่อมีการกระทำถึงขั้นที่กฎหมายพยายามต้องการ การกระทำที่กฎหมายพยายามต้องการ คือ การกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จ การให้ความหมายถึงการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จจึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดนั่นเอง การกระทำความผิดทางอาญาเป็นขั้นตอนที่ผู้กระทำแปรสภาวะทางจิตใจของตน (mind) แสดงออกมาเป็นการกระทำ (acts) อันมีลักษณะเป็นช่วงของการกระทำ เริ่มตั้งแต่มีการแสดงการกระทำแรกออกมา (first acts) ไปจนถึงมีการกระทำสุดท้าย (last acts) ก่อนเกิดเป็นความผิดสำเร็จเลยทีเดียว ปัญหาก็คือ จะกำหนดให้การกระทำ ณ ตำแหน่งไหนเป็นจุดเริ่มต้นของการพยายามกระทำความผิดหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นจุดเริ่มต้นของขั้นการลงมือกระทำความผิด อันเป็นปัญหาหนึ่งที่มีการถกเถียงกันอย่างมากในกฎหมายพยายาม ด้วยเหตุที่ในบทบัญญัติกฎหมายอาญาของนานาประเทศรวมถึงประเทศไทยไม่ได้กำหนดคำนิยาม หรืออธิบายความหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน แต่จะปล่อยให้เป็นที่ของนักนิติศาสตร์เป็นผู้สร้างพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ขึ้นมาอธิบายกันเอง ซึ่งเป็นเรื่องที่วิทยานิพนธ์นี้ต้องการจะศึกษา

การศึกษาเรื่องนี้มีความสำคัญ คือ เป็นการกำหนดจุดเริ่มต้นในการเอาผิดและนำบุคคลให้เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด ตลอดจนมีความเกี่ยวพันถึงการ

วิเคราะห์ปัญหาทางอาญาในเรื่องอื่น ๆ เช่น การป้องกัน จำเป็น ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน หรือการเข้าระงับเหตุและการเข้าทำการจับกุมผู้กระทำผิดของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น อันเป็นการศึกษาถึงการกำหนดสัดส่วนระหว่างสภาวะทางจิตใจที่แสดงออกมามีภายนอกเป็นการกระทำเพียงใดจึงจะมีอันตรายเพียงพอที่สมควรจะให้ความรับผิดชอบในการพยายามกระทำความผิดทางอาญา ซึ่งมีพื้นฐานมาแนวทางการกำหนดสัดส่วนสภาวะทางการกระทำและจิตใจในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal liability of attempts) 2 ทฤษฎี คือ<sup>4</sup>

1. ทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าทฤษฎีเหตุผล แนวคิดตามทฤษฎีนี้คือสภาวะทางจิตใจ คือ ถ้อยเจตนาและความเชื่อของผู้กระทำผิดเป็นหลักในการวินิจฉัย การกระทำที่แสดงออกมามีภายนอกนั้นเป็นเพียงหลักฐานของเจตนา และ

2. ทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าทฤษฎีการกระทำ แนวคิดตามทฤษฎีนี้คือสภาวะทางการกระทำที่แสดงออกมาให้เห็นต่อโลกภายนอกของผู้กระทำ (over acts) เป็นหลักในการวินิจฉัย โดยเห็นว่าเจตนาและความเชื่อของตัวผู้กระทำอาจไม่มีความสัมพันธ์กันทั้งหมดกับความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลนั้น เกณฑ์ความรับผิดชอบในการพยายามกระทำความผิดของบุคคลควรขึ้นอยู่กับลักษณะที่แท้จริงในการกระทำของผู้กระทำที่แสดงออกสู่โลกภายนอกเท่านั้น

ซึ่งหากเห็นด้วยกับทฤษฎีอัตตะวิสัยขอบเขตของการลงมือในการพยายามกระทำความผิดจะกว้างครอบคลุมไปถึงใกล้ชิดกับการเตรียมกระทำความผิด หากเห็นด้วยกับทฤษฎีภาวะวิสัยขอบเขตของลงมือในการพยายามกระทำความผิดจะแคบและจะเข้าใกล้กับการเกิดความผิดสำเร็จอย่างมาก และจะไม่ยอมรับในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ (Impossible attempts)

เดิม เห็นว่าเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายในการกำหนดสัดส่วนสภาวะทางจิตใจกับสภาวะทางการกระทำออกมาเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอน เพราะในแต่ละความผิดจะมีลักษณะ ชนิด และประเภทความรุนแรงแตกต่างกันไป จึงไม่เห็นด้วยกับการให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิด หรือการสร้างหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดในลักษณะที่เป็นการทั่วไปมาใช้ เดิมการให้ความหมายและการแบ่งแยกนั้นเห็นว่าควรขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี (case by case)

<sup>4</sup> A. P. Simester and A.T.H. Smith. (1996). **Harm and Culpability**. pp. 19 – 45. and Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 145 - 233.

ต่อมา เห็นพ้องต้องกันว่าควรมีการอธิบายความหมาย กำหนดกรอบและสร้างหลักเกณฑ์ที่เป็นกรทั่วไป (general) ขึ้นมาใช้ในการอธิบาย และแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดในรูปของทฤษฎีกฎหมาย เพื่อให้เกิดความยุติธรรม และแน่นอนในการใช้กฎหมาย

ปัจจุบันนักนิติศาสตร์ประเทศต่าง ๆ เห็นพ้องด้วยกับแนวคิดที่สอง ได้นำแนวคิดตามทฤษฎีอรรถะวิสัยและทฤษฎีภาวะวิสัยมาสร้างเป็นทฤษฎีกฎหมายขึ้นเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดความหมายและลักษณะของการลงมือกระทำความผิดตามที่กฎหมายพยายามต้องการ และเพื่อนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด ซึ่งได้แก่ ทฤษฎีการกระทำขั้นแรก (First acts theory), ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory), ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory), ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ, ทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal acts theory) ของประเทศเนเธอร์แลนด์, ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory), ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ตามข้อสันนิษฐานในบทบัญญัติการพยายามกระทำความผิด Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา และทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของประเทศเยอรมนี เป็นต้น ซึ่งจะมีขอบเขตและระดับของการกำหนดตำแหน่งลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดกว้างแคบแตกต่างกันออกไป

ในประเทศไทยไม่มีการบัญญัติให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความผิดหรือกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน

ทางปฏิบัติ ถูกกำหนดและตีความโดยทางศาล แนวการวินิจฉัยของศาลไม่ได้กล่าวโดยชัดแจ้งว่าได้สร้าง หรือรับเอาแนวคิดทฤษฎีใดมาเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด หรืออธิบายถึงความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิด แต่จากการใช้ถ้อยคำ “การใกล้ชิดหรือห่างไกลกับความผิดสำเร็จ” มาเป็นเหตุผลในการตัดสินตามแนวคำพิพากษาส่วนใหญ่ เชื่อว่าศาลไทยได้ใช้เกณฑ์การใกล้ชิดหรือห่างไกลกับความผิดสำเร็จมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสิน แต่ในการให้ความหมายของการใกล้ชิดหรือห่างไกลนั้น ไม่แน่ชัดว่าได้รับเอาแนวคิดทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางของประเทศอังกฤษหรือฝรั่งเศสมาอธิบาย แนวทางการให้ความหมายของการใกล้ชิดต่อผลของศาลไทยต้องถึงขั้นใกล้ชิดกับลักษณะของการกระทำอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ หรือ

เป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในความผิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุการณ์ ส่วนการกระทำใดจะเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดถึงขนาดดังกล่าวจะใช้ดุลยพินิจตัดสินไปตามควรแก่กรณี (case by case)<sup>5</sup> แนวคำพิพากษาส่วนน้อยขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไป กลุ่มหนึ่ง ผูกโยงเอาความหมายของการกระทำในขั้นตอนสุดท้าย (last acts) เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของความหมาย ส่วนอีกกลุ่มหนึ่ง ในระยะหลังในความผิดที่มีความรุนแรงหรือความผิดในเชิงนโยบายของรัฐบาลได้ขยายขอบเขตความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปให้กว้างมากขึ้นกว่าแนวทางตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล หรือการกระทำในขั้นตอนสุดท้ายเดิม ๆ อีก เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ, ความผิดเกี่ยวกับการค้าหญิงและเด็ก และความผิดตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 เป็นต้น ซึ่งถ้าหากเทียบกับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีที่ใช้อยู่ในต่างประเทศแล้ว อาจเป็นลักษณะที่เข้ากับคำอธิบายในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) หรือทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal acts theory)<sup>6</sup> มากกว่า ซึ่งแนวทางในการวินิจฉัยและการให้เหตุผลยังมีความเคลือบคลุมอยู่

ทางดํารํา ถือว่าคำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491 ของศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี<sup>7</sup> เป็นคำพิพากษาบวรตฐานที่แสดงให้เห็นว่าศาลใช้เกณฑ์ความใกล้ชิดหรือห่างไกลกับความผิดสำเร็จมาเป็นแนวทางในการอธิบายความหมายของการลงมือกระทำความผิด และเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดอันเป็นแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ซึ่งมีใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และแพร่หลายไปยังนานาประเทศ<sup>8</sup> และนักนิติศาสตร์ของไทยส่วนใหญ่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้ แต่ยังมีปัญหาทางปฏิบัติในการนำมาปรับใช้ที่ศาลไทยยังคงติดขัดอยู่กับนิติวิธีแบบ Common Law เดิม คือ จะใช้ดุลยพินิจพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป โดยไม่มีการวางกรอบขอบเขตของการกระทำที่ใกล้ชิดหรือห่างไกลนั้นให้เป็นไปในรูปแบบการอธิบายเชิงทฤษฎีกฎหมายตามอย่างนานาประเทศในปัจจุบัน และแนวคำพิพากษาดลอดมาถือว่ากรกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลต้อง

<sup>5</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2544). หลักกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 57.

<sup>6</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2543,26 ธันวาคม). กฎหมายอาญาชั้นสูง. เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายอาญาชั้นสูง. หน้า 3.

<sup>7</sup> “คำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491.” หนังสือคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2491, ตอน 2, เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1386 - 1390.

<sup>8</sup> เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 505. และ เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์. (2547). คำบรรยายกฎหมายอาญา มาตรา 59–106. หน้า 263.

เป็นการกระทำที่ถึงขั้นเป็นส่วนหนึ่งในองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุการณ์ ซึ่งจะตีความที่แคบและเคร่งครัดมากในบางฐานความผิด เช่น ในความผิดฐานพยายามฆ่าคนโดยใช้ปืนยิง และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จในความผิดฐานนี้จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่เข้าไปเป็นส่วนหนึ่งการกระทำอันขององค์ประกอบความผิดแล้ว คือ เป็นการกระทำถึงขั้นยกปืนขึ้นเล็งไปยังผู้เสียหาย หรือใช้วัตถุพิษหรือยาพิษที่พร้อมที่จะฆ่าเราแล้ว แต่ในบางฐานความผิด เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถาน ศาลมิได้ถือเคร่งครัดนักเพียงคนร้ายยังคุดบ้านเข้าไปยังไม่ทันได้เห็นทรัพย์ที่จะลัก ศาลก็ถือว่าเป็นการพยายามลักทรัพย์ในเคหสถาน หรือความผิดฐานชิงทรัพย์เมื่อมีการประทุษร้ายหรือขู่เจิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายแม้ยังไม่ได้แตะต้องตัวทรัพย์ก็ถือว่าเป็นการพยายามชิงทรัพย์แล้ว เป็นต้น ซึ่งมีนักวิชาการบางท่านไม่เห็นด้วยและให้ข้อคิดว่าการตีความเช่นนี้เป็นการตีความเพื่อคุ้มครองทรัพย์มากกว่าคุ้มครองบุคคลหรือไม่ ด้วยความเคลือบคลุมไม่แน่นอนและขาดการให้เหตุผลที่เหมาะสมดังกล่าวทำให้บางคำพิพากษานั้นขัดต่อความรู้สึกของคนโดยทั่วไป และทำให้การกระทำบางการกระทำที่คนทั่วไปเห็นว่าเป็นอันตรายน่าจะเป็นการพยายามกระทำความผิดแต่อาจไม่เป็นการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายได้

มีนักนิติศาสตร์ของไทยส่วนน้อยไม่เห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีนี้ และเห็นว่าประเทศไทยได้รับอิทธิพลในการบัญญัติกฎหมายมาจากประมวลกฎหมายเยอรมนี แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่เหมาะสมแล้วน่าจะตรงกับแนวคิดตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของเยอรมนีมากกว่า<sup>9</sup> นอกจากนั้นยังมีความเห็นอื่น ๆ อีกที่แตกต่างออกไป เช่น แนวคิดยอมรับตามทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) รวมถึงแนวคิดที่เห็นว่าไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นการทั่วไปมาใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ เป็นต้น

จากแนวความคิด และแนวทางการปฏิบัติที่ยังไม่ชัดเจน ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องนี้ลงไปในรายละเอียด เริ่มตั้งแต่ศึกษาถึงพื้นฐานของความผิดในทางอาญา แนวคิดการบัญญัติให้การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดในทางอาญา (Inchoate offence) แนวคิดการกำหนดสัดส่วนสถานะทางการกระทำกับจิตใจในพื้นฐานความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal attempts of liability) ตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory) และทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory) ตลอดจนศึกษาถึงความเป็นมาในการให้ความหมายลักษณะ

<sup>9</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2544). หลักกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. หน้า 58.

<sup>10</sup> กมลชัย รัตนสากาวงศ์. (2538). สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท. หน้า 85.

ของการลงมือกระทำความคิด และการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ในต่างประเทศ นำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกรณีศึกษาในทางทฤษฎี และแนวทางในการปฏิบัติของประเทศไทย เพื่อต้องการหาคำตอบที่เหมาะสมเกี่ยวกับการให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความคิด อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดตามกฎหมายของประเทศไทยต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจะหาคำตอบเกี่ยวกับการให้ความหมายการลงมือกระทำความคิด และการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดตามกฎหมายของประเทศไทยว่าควรมีลักษณะ และมีแนวทางการอธิบายเป็นอย่างไร โดยจะทำการศึกษาถึง

1. แนวคิดพื้นฐานและเหตุผลเบื้องหลังต่าง ๆ เกี่ยวกับการพยายามกระทำความคิดทางอาญา
2. ความเป็นมา และเหตุผลในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความคิด อันเป็นกรอบในการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิด
3. หลักเกณฑ์ และทฤษฎีในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดในต่างประเทศ
4. ความเป็นมา การให้ความหมาย และปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดตามกฎหมายไทย
5. วิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางการให้ความหมาย และปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้ และหาเหตุผลมาอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

## 1.3 สมมติฐานของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีสมมติฐานมาจากความไม่ชัดเจนในการให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความคิด และการตีความในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดของไทยในทางปฏิบัติ ซึ่งมีลักษณะเคร่งครัดและไม่แน่นอน

ประกอบกับนานาประเทศในปัจจุบันมีแนวคิดเป็นไปในแนวทางเดียวกันที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ไปในลักษณะที่เป็นการทั่วไป เพื่อนำไปใช้กับข้อเท็จจริงทุกเรื่องในรูปแบบของทฤษฎีกฎหมาย และทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้มีแนวโน้มที่จะขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปเข้าป้องกันผู้บริสุทธิ์และคุ้มครองสังคมมากขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการอธิบายความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความผิด และกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดให้ชัดเจนมากขึ้น ในลักษณะที่สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไปในรูปแบบของทฤษฎีกฎหมายที่มีเหตุผลรองรับและอธิบายได้ และทฤษฎีกฎหมายที่นำมาใช้ควรขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดเข้าไปป้องกันผู้บริสุทธิ์และคุ้มครองสังคมมากกว่าในปัจจุบันเช่นเดียวกับนานาประเทศ ตรงตามปรัชญาของการบัญญัติกฎหมายพยายามกระทำความผิดที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายขึ้นก่อนที่มันจะเกิด ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวในบทต่อ ๆ ไป

#### 1.4 วิธีดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้จะทำการศึกษาในรูปแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งจะทำการศึกษาข้อมูลต่าง ๆ จากเอกสาร หนังสือ บทความ ตำรา ทฤษฎี และคำพิพากษาของศาลทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยจะนำมาศึกษาแบบวิเคราะห์หาเหตุผลในเชิงเปรียบเทียบกัน

#### 1.5 ขอบเขตการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงแนวคิดเบื้องหลัง ทฤษฎีต่าง ๆ และความเป็นมาเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดในกฎหมายอาญา โดยจะเน้นศึกษาถึงการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิดอันเป็นที่มาของการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดที่ปรากฏอยู่ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ โดยจะเริ่มทำการศึกษาดังแต่พื้นฐานของความผิดในทางอาญา แนวคิดการบัญญัติให้การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดในทางอาญา (Inchoate offence) แนวคิดการกำหนดสัดส่วนสถานะทางการกระทำกับจิตใจในพื้นฐานความรับผิดทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal attempts of liability) ตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory) และทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory) ความเป็นมาในการให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความผิด และการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดในประเทศไทย และต่างประเทศตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน เพื่อนำไปสู่การอธิบายปัญหาเกี่ยวกับการให้

ความหมายการลงมือกระทำความคิด และการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดที่ควรจะเป็นในประเทศไทยต่อไป

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำให้ผู้อ่านได้ทราบถึงแนวคิดพื้นฐาน และเหตุผลเบื้องหลังเกี่ยวกับการบัญญัติให้การพยายามกระทำความคิดเป็นความคิดในทางอาญา
2. จะทำให้ทราบถึงความจำเป็นในการให้ความหมายลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความคิด และหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดที่มีใช้อยู่ในต่างประเทศ
3. จะทำให้ทราบถึงความเป็นมา และแนวทางการให้ความหมาย และปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดในประเทศไทย
4. จะทำให้ผู้อ่านทราบถึงแนวทางการให้ความหมายการลงมือกระทำความคิด และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดที่ผู้เขียนเห็นว่าเหมาะสม เพื่อเป็นข้อมูลให้เกิดการศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับปัญหาเรื่องนี้ในด้านอื่น ๆ ต่อไป



## บทที่ 2

### แนวคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดประเภทหนึ่งในกฎหมายอาญา เป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ยังไม่เกิดผลเป็นความผิดสำเร็จ ปัญหาที่สำคัญอย่างหนึ่งที่มีการถกเถียงกันอย่างมาก คือ การกำหนดขนาดของกษัตริย์ที่น้อยที่สุดที่จะถือเป็นหลักฐานพอเพียงว่าการกระทำนั้นเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดทางอาญาหรือไม่<sup>11</sup> การหาคำตอบในปัญหานี้จำเป็นต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิด ดังต่อไปนี้

#### 2.1 องค์ประกอบความรับผิดทางอาญา

องค์ประกอบความรับผิดทางอาญาหรือพื้นฐานความรับผิดทางอาญาตั้งอยู่บนสภาวะทางการกระทำ (acts) และสภาวะทางจิตใจ (mind) ของผู้กระทำผิด ตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาที่ไม่ลงโทษความคิดของบุคคลที่ยังไม่ได้แสดงออกมาเป็นการกระทำ (voluntas reputabitur pro facto) กฎหมายอาญาจะลงโทษเฉพาะการกระทำหรือไม่กระทำของบุคคลที่เป็นการยืนยันเจตจำนงของบุคคลนั้นออกมาให้เห็นภายนอกแล้วเท่านั้น เรื่องภายในจิตใจมนุษย์ ความคิดการตัดสินใจที่จะกระทำผิด การไตร่ตรองทบทวน หรือการตกลงใจที่จะกระทำความผิดกฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษ<sup>12</sup> แม้ผู้นั้นจะมีจิตใจชั่วร้าย แต่เมื่อมีการกระทำหรือไม่กระทำตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว องค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำผิดหรือสภาวะทางจิตใจจะเป็นหลักฐานหรือเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของความรับผิดในทางอาญา<sup>13</sup> ตามแนวคิดเกี่ยวกับต้นเหตุแห่งการ

<sup>11</sup> Jerome Hall. (1996). *general principles of criminal law*. p. 576.

<sup>12</sup> คณิต ฌ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 272.

<sup>13</sup> เสนาะ เอกพจน์. (2501). “พยายามฆ่าคนตายตามกฎหมายไทยและอังกฤษ.” *ตุลพาหะ*, ปีที่ 5, เล่มที่ 11, หน้า 176 - 177. ดูเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดทางอาญาใน *จิตติ ดิงศภัทย์*. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 31. *คณิต ฌ นคร*. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 68. และ *เกียรติขจร วัฒนสวัสดิ์*. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 58.

กระทำความผิดทางอาญาที่ถือว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย ผู้กระทำผิดมีอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดก็ได้ตามชอบใจ แต่ผู้กระทำผิดนั้นได้เลือกเอาข้างการกระทำความผิด (free will) ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของผู้กระทำผิดจึงมีเหตุผลเชื่อมโยงกับสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย<sup>14</sup>

### 2.1.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective)

การกระทำ (acts) หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำ ซึ่งเป็นสถานะที่แสดงออกมาถึงการประสานกันของสภาวะทางจิตใจและสภาวะทางกายภาพ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายนั้นเกิดมาจากการคิด ไตร่ตรอง ตกลงใจที่จะกระทำ ถ้าขาดสภาวะทางจิตใจดังกล่าวถือว่าไม่มีการกระทำขึ้นเลย เช่น การละเมอ การถูกสะกดจิต เป็นต้น

ไม่ใช่ทุกการกระทำ (acts) ที่แสดงออกมาโดยรู้สำนึกจะมีความรับผิดชอบในทางอาญา เกณฑ์ความรับผิดชอบในทางอาญาตั้งอยู่บนการกระทำโดยจงใจ<sup>15</sup>

ลักษณะของการกระทำแบ่งออกได้เป็นการกระทำพื้นฐาน (basic action) และการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำพื้นฐาน (non basic action) การกระทำพื้นฐาน (basic action) หมายถึง การกระทำที่เป็นการเคลื่อนไหวของร่างกายในทางธรรมชาติ เป็นการอธิบายความหมายของการกระทำในทางวิทยาศาสตร์ที่ว่ากระทำเพียงเป็นปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ ส่วนการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำพื้นฐาน (non basic action) เป็นการกระทำที่ซับซ้อนกว่าซึ่งอธิบายโดยใช้ปรากฏการณ์ในทางสังคมมาอธิบาย เช่น นาย A ขยับแขนขวาก่อนหันไปที่หน้าคางของ B แดกทำให้ไหล่เจ็บและทำให้กระจกของ B แดกเสียหาย การกระทำที่เป็น basic action คือ การขยับแขน การขวาก่อนหัน หากมองแต่เพียง basic action ย่อย ๆ แต่ละการกระทำจะไม่เป็นความผิด แต่ถ้ามองภาพรวมการกระทำทั้งหมดตั้งแต่การที่นาย A ขยับแขนไปจนถึงการที่กระจกหน้าคางแตก จะเป็นการประกอบกันของ basic action ย่อย ๆ เป็นลำดับต่อเนื่องกันรวมขึ้นเป็นเหตุการณ์ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบประกอบด้วยองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (mind) อันเป็นความหมายของการกระทำตามที่กฎหมายอาญาต้องการ

#### 2.1.1.1 ประเภทของการกระทำทางอาญา

การกระทำในทางอาญาแบ่งออกได้เป็น การกระทำอันแท้จริง คือ การเคลื่อนไหวร่างกายอย่างใดอย่างหนึ่ง และการไม่กระทำ คือ การไม่เคลื่อนไหวร่างกายประเภทที่กฎหมาย

<sup>14</sup> หยุด แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 3.

<sup>15</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 240 - 241.

บัญญัติให้เป็นการกระทำอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งการไม่เคลื่อนไหวร่างกายแบ่งออกได้เป็น การงดเว้นการกระทำ และการละเว้นไม่กระทำอีกอย่างหนึ่งซึ่งมีความรับผิดชอบแตกต่างกันออกไป

ก. การแบ่งแยกประเภทของความผิดในแง่ของการกระทำ<sup>16</sup> ประเภทความผิดทางอาญาที่แบ่งแยกในแง่ของการกระทำสามารถแบ่งออกได้เป็น

1) ความผิดโดยการกระทำกับความผิดโดยการงดเว้นและความผิดโดยการละเว้น ความผิดโดยการกระทำเป็นความผิดที่เกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำผิด เป็นความผิดที่กระทำอยู่โดยปกติ เช่น ลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ความผิดโดยการกระทำนั้นยังรวมถึงการงดเว้น คือ การไม่กระทำการอย่างใดที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดในกฎหมายอาญาถือว่าเป็นความผิดเท่ากับการกระทำ ตำรากฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับว่าบุคคลกระทำผิดโดยการงดเว้นได้ แต่ตำรากฎหมายเยอรมัน สวิส ออสเตรีย และเชกโกสโลวาเกียและประเทศไทย<sup>17</sup> ยอมรับว่าบุคคลอาจกระทำความผิดโดยการงดเว้นได้ถ้าบุคคลนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลของการงดเว้นนั้น<sup>18</sup> ส่วนความผิดโดยการละเว้นการกระทำเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่าการไม่กระทำในพฤติการณ์อย่างใดเป็นความผิด หรือการละเว้นกระทำในกรณีใดเป็นความผิด ได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้วในหัวข้อ 2.2.5 ซึ่งเป็นความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายามได้

2) ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏกับความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏ หมายถึง ความผิดที่ผลของการกระทำเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของความผิด ถ้ามีการกระทำแต่ไม่เกิดผลสุดท้ายหรือผลตามที่กฎหมายนั้นบัญญัติไว้ความผิดก็ยังไม่เกิดขึ้นสำเร็จจะเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด โดยถือเอาผลสุดท้ายของการกระทำหรือผลตามเนื้อหาของความผิดตามกฎหมายเป็นตัวแบ่งแยกระหว่างความผิดสำเร็จกับความผิดฐานพยายาม เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ผลสำเร็จของความผิดนี้คือความตายของผู้ถูกกระทำ ถ้าไม่ตายก็ถือว่าเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด ส่วนความผิดที่ไม่ต้องการผลนั้น หมายถึง ความผิดที่ผู้กระทำเพียงกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว โดยปกติความผิดที่ไม่ต้องการผลอันเป็นผลสุดท้ายของการกระทำ (resultat) ไม่สามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้เพราะไม่มีช่วงของการกระทำระหว่างการเตรียมกับการลงมือกระทำความผิดและความผิดสำเร็จ เมื่อมีการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วจะเป็นความผิดในทันที แต่ในความผิดที่ไม่ต้องการผลอันเป็นผลที่เป็นความประสงค์ใกล้ชิด (butimmediat) นั้นสามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้ เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จ ผลของการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ คือ เข้า

<sup>16</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 12 - 26.

<sup>17</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย.

<sup>18</sup> หยุค แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 41.

พนักงานทราบข้อความที่เจ้านั้นแล้วหากเจ้าพนักงานยังไม่ทราบข้อความที่แจ้ง ไม่ว่าจะไม่เข้าใจข้อความ หรือจดหมายหายกลางทางก็เป็นการพยายามกระทำความผิดได้ หรือความผิดฐานฉ้อโกง เมื่อได้ทรัพย์ไปโดยหลงเชื่อก็เป็นความผิดสำเร็จ ถ้าหลงเชื่อแต่ยังไม่ได้ทรัพย์ไปก็เป็นการพยายามกระทำความผิดได้ เป็นต้น การแบ่งแยกประเภทความผิดเช่นนี้มีประโยชน์ในการวินิจฉัยการแบ่งแยกระหว่างความผิดสำเร็จกับความผิดฐานพยายาม

### 3) ความผิดธรรมดากับความผิดซับซ้อน

ความผิดธรรมดา หมายถึง ความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเดียวหรือกรรมเดียว เป็นความผิดที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในขณะเดียวกับที่ได้กระทำการ เช่น ทำร้ายร่างกายเขาโดยตีไป 1 ที เป็นความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเดียวเกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในขณะเดียวกับการกระทำนั่นเอง

ความผิดซับซ้อน คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำหลายอันหรือหลายกรรมซึ่งมีลักษณะต่างกันออกไป แบ่งออกเป็น

1. ความผิดต่อเนื่อง เป็นความผิดที่มีทั้งการกระทำและเจตนาประกอบกันอยู่ตลอดเวลาที่การกระทำนั้นยังคงมีปรากฏอยู่ ส่วนความผิดธรรมดาที่เกิดจากการกระทำครั้งเดียวแต่มีผลปรากฏต่อมาการกระทำและเจตนาเกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วในขณะที่กระทำผิดสำเร็จ เพียงแต่ผลเท่านั้นที่ปรากฏอยู่โดยไม่มีการกระทำหรือเจตนาติดต่อกันอยู่อีก เช่น เป็นอั้งยี่ มาตรา 209 มีเงินตราปลอม มาตรา 244 เครื่องมือทำเงินตราปลอม มาตรา 246 ความผิดฐานพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร มาตรา 282-284 เป็นต้น การแบ่งแยกประเภทความผิดต่อเนื่องมีประโยชน์ในการวินิจฉัยเรื่องอายุความ

2. ความผิดที่ยืดออกไป โดยปกติเป็นความผิดธรรมดาซึ่งไม่ต่อเนื่องแต่ผู้กระทำได้ยึดการกระทำออกไปชั่วระยะเวลาหนึ่งทำให้เสมือนเป็นความผิดต่อเนื่อง ได้แก่ ความผิดที่มีการกระทำหลายกรรมโดยผู้กระทำผิดคนเดียวกันในความผิดฐานเดียวกันโดยจุดประสงค์เดียวกัน ต่างคราวกัน เช่น คนใช้ขโมยเงินของนายจ้างจากที่เก็บอันเดียวกันหรือหลายอันวันละเล็กละน้อย หรือคราวเดียวกัน เช่น ขโมยขึ้นบ้านขนของมาในคราวนั้นที่ละชิ้นส่งให้พรรคพวกข้างนอก แม้จะเป็นการขนของหลายคราวแต่เป็นการลักทรัพย์ครั้งเดียวเป็นกรรมเดียว หรือความผิดที่กระทำซ้ำ ๆ กัน โดยจุดประสงค์เดียวกันแม้ต่างเวลาสถานที่หรือผู้เสียหายต่างกัน เช่น เข้าลักทรัพย์ในห้องสองห้องของคนสองคนในเวลาเดียวกัน เป็นต้น

3. ความผิดเป็นปกติธุระ ได้แก่ ความผิดที่ต้องมีการกระทำซ้ำ ๆ กัน ซึ่งแต่ละการกระทำยังไม่เป็นความผิดโดยลำพัง ต่อเมื่อทำซ้ำ ๆ กันจึงจะเป็นความผิดเกิดขึ้น เช่น ให้ที่พำนักซ่อนเร้นแก่ผู้ร้ายเป็นปกติธุระตามมาตรา 214 ดำรงชีพอยู่โดยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี

มาตรา 286 เป็นต้น ซึ่งเป็นความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้โดยสภาพได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้วในหัวข้อ 2.3.4.1 จ.

4. ความผิดที่มีช่วงเวลาวางแผนการกระทำความผิด หรือความผิดที่มีขั้นการเตรียมเพื่อที่จะกระทำความผิดในขั้นต่อไป

ความผิดที่มีการวางแผนในการกระทำความผิด ความผิดนี้เป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดไตร่ตรอง ทบทวน ตกลงใจในการกระทำความผิด แต่ไม่ได้แปรสภาพทางจิตใจมาเป็นการกระทำความผิดตามวัตถุประสงค์ในขณะนั้นเลย จะมีการวางแผนในการประกอบกรกระทำผิด โดยอาจมีขั้นการเตรียมการใด ๆ เพื่อให้พร้อมที่จะลงมือกระทำความผิดได้สำเร็จในขั้นต่อไป หรืออาจเป็นการเตรียมเพื่อกระทำความผิดฐานหนึ่ง โดยกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในตัวเองอีกฐานหนึ่งก็ได้ ซึ่งความผิดประเภทนี้อาจจะมีช่วงระยะเวลาระหว่างการเตรียมและการลงมือกระทำความผิด และจะเป็นปัญหาในการพิเคราะห์เรื่องการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดเช่นกัน

จ. การแบ่งแยกประเภทของความผิดตามความร้ายแรงของความผิด ในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสแบ่งแยกประเภทของความผิดในแง่ความร้ายแรงออกเป็น 3 ประเภท คือ<sup>19</sup>

1. ความผิดชั้นอุกฤษโทษ (felony)
2. ความผิดชั้นมัธยมโทษ (misdemeanour)
3. และความผิดลหุโทษ (petty offences)

การพยายามกระทำความผิดที่จะต้องรับโทษในต่างประเทศมิได้เฉพาะในความผิดชั้นอุกฤษโทษ (felony) และความผิดชั้นมัธยมโทษ (misdemeanour) เท่านั้น ส่วนความผิดลหุโทษจะไม่เอาโทษในชั้นพยายาม เช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 105<sup>20</sup>

### 2.1.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective)

ถือกันว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำความผิดมีจิตใจชั่วร้าย ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดก็ได้ตามชอบใจ แต่ผู้กระทำความผิดนั้นได้เลือกเอาข้างกระทำ

<sup>19</sup> ฌูว์ลิตี ดีมาก. (2546). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด. หน้า 60.

<sup>20</sup> แนวทางของประเทศไทยการแบ่งแยกประเภทความผิดที่ร้ายแรงกับความผิดธรรมดาซึ่งคงมีปัญหาในทางวิชาการอยู่ว่าควรจะใช้เกณฑ์กำหนดโทษเพียงใด คงมีกำหนดไว้ในระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยแนวปฏิบัติในการออกหมายจับและหมายค้นในคดีอาญา พ.ศ.2545 ลง 3 ตุลาคม พ.ศ.2545 ข้อ 10.1 ที่กำหนดว่าในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการบัญญัติให้ความหมายความผิดอาญาร้ายแรงตามที่กฎหมายบัญญัติควรถือแนวปฏิบัติในการใช้ดุลยพินิจของศาลว่าหมายถึงความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี

ความคิด<sup>21</sup> พื้นฐานความรับผิดชอบทางอาญาจึงมิได้อยู่ที่การกระทำแต่เพียงอย่างเดียวแต่ประกอบไปด้วยการกระทำที่มีจิตใจชั่วร้าย

Husak อธิบายพื้นฐานของความรับผิดชอบทางอาญาไม่ใช่ด้วยหลักการกระทำเพียงอย่างเดียว ด้วยเหตุที่ว่าหลายกรณีที่กฎหมายอาญากำหนดให้มีความรับผิดชอบในการขาดการกระทำ ซึ่งอาจอธิบายได้ว่าการกระทำประกอบไปด้วยเหตุการณ์หรือสถานการณ์ของเรื่องที่คุณคนนั้นจะต้องรับผิดชอบ Husak จึงอธิบายพื้นฐานของความรับผิดชอบในทางอาญาบน “หลักการควบคุม” (control principle) อันหมายถึง บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อเขามีการควบคุมเหนือสถานการณ์ (status) ของเรื่องที่เกิดขึ้นมิใช่เพียงเหนือการกระทำของเขาที่มีการควบคุม และในบางครั้งก็ยุติธรรมเมื่อเขามีการควบคุมเหนือสิ่งที่เขาจะสูญเสียการควบคุม หลักการนี้สามารถอธิบายได้ว่าทำไมความรับผิดชอบสำหรับพฤติกรรมไม่เจตนาจึงเป็นการไม่ยุติธรรมเพราะผู้กระทำนั้นขาดการควบคุมเหนือการกระทำดังกล่าว และอธิบายได้ว่าทำไมจึงมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการไม่กระทำ (งดเว้น, ละเว้น) และการกระทำโดยประมาทได้<sup>22</sup>

การอธิบายการไม่กระทำที่จะเป็นความผิดทางอาญาอธิบายบนพื้นฐานของหลักการควบคุม คือ การไม่กระทำที่จะเป็นความผิดทางอาญานั้นเป็นการไม่เคลื่อนไหวโดยการตั้งใจ แม้จะไม่มี basic action แต่ก็มีเหตุการณ์อันเป็นลำดับต่อเนื่องในสถานะที่ผู้กระทำต้องการควบคุมให้เกิดขึ้นภายใต้การเคลื่อนไหวทางจิตใจ (mind) ของผู้กระทำที่มุ่งไปสู่ผลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดจึงควรที่จะต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญาด้วยเช่นกัน

### 2.1.2.1 ประเภทขององค์ประกอบทางจิตใจทางอาญา

สถานะทางจิตใจหรือองค์ประกอบทางจิตใจที่เป็นองค์ประกอบภายในของความผิดทางอาญาสามารถแบ่งออกได้เป็น

1. เจตนา หมายถึง ผู้กระทำรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำนั้น<sup>23</sup>

2. ประมาท หมายถึง ผู้กระทำไม่ได้เจตนาแต่ปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่<sup>24</sup>

<sup>21</sup> หยุต แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 3.

<sup>22</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 243.

<sup>23</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 2.

<sup>24</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4.

3. ไม่เจตนาและไม่ประมาท หมายถึง การที่ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ประมาทแต่ด้วยเหตุผลในทางกฎหมายอาญาบางประการ เช่น ความยากในการพิสูจน์เจตนาในการกระทำ ความผิดบางอย่างจำเป็นต้องบังคับให้บุคคลมีความรับผิดชอบในทางอาญาโดยเด็ดขาดโดยไม่ต้องมีทั้งเจตนาและไม่ประมาท เป็นต้น<sup>25</sup>

### 2.1.3 ขั้นตอนการกระทำความผิดทางอาญา

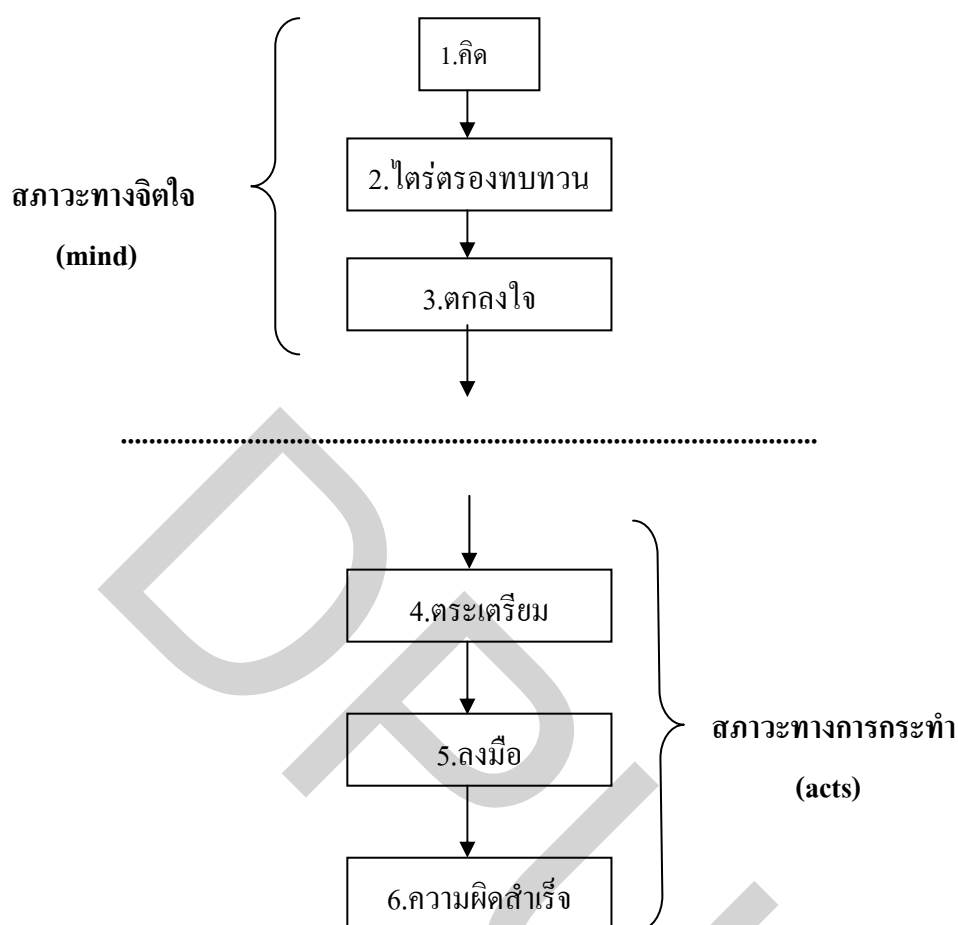
การกระทำทั้งหลายที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญานั้นจะบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จขึ้นเมื่อใดนั้นสามารถทราบได้โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์แห่งความผิดนั้นไว้ เมื่อบุคคลกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดครบถ้วนถือว่าความผิดได้เกิดขึ้นสำเร็จ ซึ่งการกระทำหรือไม่กระทำการใดของบุคคลจะสำเร็จเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ย่อมมีเหตุการณ์เป็นไปตามลำดับ ดังนี้คือ<sup>26</sup>

1. เริ่มต้นด้วยการมีความคิดที่จะกระทำให้เกิดอันตรายอันต้องห้ามตามกฎหมาย (conception)
2. การไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำความผิด (deliberation)
3. การตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด (resolution)
4. การเตรียมการที่จะกระทำความผิดนั้น (preparation)
5. การลงมือ (commencement) และ
6. ขั้นของการเกิดผลของการกระทำ (consummation, success) โดยมีหรืออาจไม่มีความสำเร็จตามความมุ่งหมายที่ต้องการกระทำ

กระบวนการเกิดความคิดทางอาญาจะเริ่มจากสภาวะทางด้านจิตใจของผู้กระทำ เริ่มต้นด้วยมีการคิดที่จะกระทำให้เกิดอันตรายอันต้องห้ามตามกฎหมาย มีการไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำตามที่คิดนั้น มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด จากนั้นผู้กระทำผิดจะเปลี่ยนสภาวะทางด้านจิตใจของตนแสดงออกมาสู่โลกภายนอกทางการกระทำ เริ่มต้นด้วยการเตรียมการที่จะกระทำความผิด ต่อด้วยการลงมือกระทำความผิด และลำดับสุดท้ายจะเป็นขั้นของการเกิดผลของการกระทำความผิดนั้น โดยมีหรืออาจไม่มีความสำเร็จของผลตามความมุ่งหมายที่ต้องการกระทำดังกล่าว

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 1 และ จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 268.

<sup>26</sup> แหล่งเดิม. หน้า 278. และ หยุต แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 187. และ Jerome Hall. (1996). *general principles of criminal law*. p. 576.



ภาพที่ 2.1 แสดงขั้นตอนการกระทำความผิทางอาญา

โดยทั่วไปกฎหมายอาญาจะไม่เอาผิในขั้นตอนการคิด การไตร่ตรองทบทวนที่จะกระทำความผิ หรือการตกงใจที่จะกระทำผิกฎหมายตามที่คิด จะลงโทษเฉพาะการยื่นยันเจตจำนงของบุคคลออกมาให้เห็นภายนอกแล้วเท่านั้น โดยลักษณะของการกระทำหรือการไม่กระทำสภาวะภายในจิตใจมนุษย์ เช่น ความคิดการตัดสินใจที่จะกระทำผิ การไตร่ตรองทบทวน หรือการตกงใจที่จะกระทำความผิกฎหมายจะไม่ลงโทษ<sup>27</sup> แม้ผู้นั้นจะมีจิตใจชั่วร้ายเหตุผลเพราะ

<sup>27</sup> คณิต ฌ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272.



1. ความคิดของบุคคลพิสูจน์ยากถ้าไม่มีการแสดงออกมาภายนอก ความคิดที่เกิดขึ้นผ่านไปผ่านมาในสมองไม่ใช่เรื่องที่จะควบคุมกันได้ และไม่ใช่เป็นเรื่องที่จะพิสูจน์กันง่าย ๆ เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการล่วงรู้กันได้โดยการเปิดเผยความในใจด้วยวาจาของผู้มีความคิดนั่นเอง<sup>28</sup>

2. เป็นการยากที่จะแยกว่าความคิดของบุคคลนั้นเป็นความคิดที่เพื่อฝัน หรือเป็นความคิดที่จะกระทำอย่างนั้นอย่างแน่นอน ซึ่งในช่วงระยะเวลาระหว่างที่มีการคิดจนถึงการตกลงใจและลงมือกระทำผิดในระบะเวลานั้นอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงความคิดและเลิกล้มที่จะกระทำความคิดเสียได้

3. กฎหมายอาญาไม่ควรจะมีความหมายกว้างจนครอบคลุมไปถึงผู้ที่เพียงแต่คิด แต่ไม่เคยปล่อยให้ความคิดมีผลถึงขนาดเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย<sup>29</sup>

4. การคิดร้ายย่อมไม่อยู่ในอำนาจของบุคคลที่จะป้องกันมิให้เกิดขึ้นได้ เช่นเดียวกับ การที่มีใต้อยู่ในอำนาจของบุคคลที่จะป้องกันมิให้พฤติกรรมภายนอกออกมาชวนให้บุคคลเกิดความคิดร้าย อนึ่งเมื่อได้มีการคิดร้ายแล้วผู้คิดร้ายจะกลับความคิดร้ายนั้นเสียเมื่อใดก็ได้ และแม้จะยังคิดร้ายอยู่ ผู้คิดร้ายอาจยับยั้งไม่ลงมือกระทำตามที่คิดร้ายนั้นก็ได้ เพราะเหตุเหล่านี้แต่เพียง ความคิดร้ายของบุคคลหาเป็นผลให้เกิดอันตรายแก่หมุ่ชนไม่ กฎหมายจึงไม่เหลือวแลถึงความคิดร้ายของบุคคลและไม่รับเอามาบัญญัติเป็นความผิด<sup>30</sup>

5. แม้จะได้มีการตกลงใจที่จะกระทำความคิดตามความคิดร้ายนั้นแล้วก็ตาม ก็ยังอยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลผู้คิดร้ายและตกลงใจที่จะยับยั้งไม่ลงมือกระทำตามที่คิดร้ายนั้นเสียก็ได้ และแต่เพียงการตกลงใจของบุคคลที่จะกระทำการอันใดอันหนึ่งแม้การกระทำนั้นจะเป็นกรรมชั่ว ก็ยังหาได้ก่อให้เกิดอันตรายประการใดแก่หมุ่ชนไม่ กฎหมายจึงยังไม่เอื้อมือเข้าไปเกี่ยวข้องและไม่รับเอามาบัญญัติเป็นความผิดเช่นเดียวกับการคิดร้าย<sup>31</sup>

แต่เมื่อมีการกระทำหรือไม่กระทำตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว สถานะทางด้านจิตใจดังกล่าวจะเป็นหลักฐานหรือองค์ประกอบส่วนหนึ่งของความผิดทางอาญา<sup>32</sup> ตาม

<sup>28</sup> วิจิตร ลุติตานนท์. (2507). กฎหมายอาญา ภาค 1. คำสอนชั้นปริญญาตรีคณะนิติศาสตร์ชั้นปีที่ 4 กฎหมายอาญาภาค 1,มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 97.

<sup>29</sup> Smith & Hogan. *Criminal Law*. p. 142. อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 92.

<sup>30</sup> อรรถการีย์นัพนธ์,พระยา. (2512). “ความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา.” *บทบัญญัติ,เล่มที่ 26, ตอน 1-2*. หน้า 101.

<sup>31</sup> แหล่งเดิม. หน้า 102.

<sup>32</sup> เสนาะ เอกพจน์. (2501). เล่มเดิม. หน้า 176-177.

แนวคิดเกี่ยวกับต้นเหตุแห่งการกระทำความผิดทางอาญาที่ถือว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำความผิดใจชั่วร้ายผู้กระทำความผิดมีอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดก็ได้ตามชอบใจ แต่ผู้นั้นได้เลือกเอาข้างการกระทำความผิด (free will) ความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลจึงมีเหตุผลเชื่อมโยงกับสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย<sup>33</sup> ซึ่งกฎหมายอาญาเรียกว่าเป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด

ต่อมาถัดจากลำดับชั้นความคิด การไตร่ตรองทบทวนและการตกลงใจในการกระทำความผิด ผู้กระทำอาจกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดต่อไปอีกเพื่อให้พร้อมที่จะลงมือกระทำความผิดให้สำเร็จในขั้นต่อไป ในขั้นนี้เรียกว่าเป็นการเตรียมกระทำความผิดซึ่งโดยปกติยังไม่ถือว่าเป็นการเริ่มต้นความผิดอาญา แม้ว่าจะเป็นการแสดงออกซึ่งการกระทำแล้ว เหตุผลเพราะ

1. การเตรียมกระทำความผิดยังห่างไกลกับความผิดสำเร็จอย่างมาก กรณีจึงยังถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำที่สิ้นสะเทือนความรู้สึกในความถูกต้องของสาธารณชน<sup>34</sup> และยังไม่เป็นการแสดงออกที่น่าเชื่อถือได้อย่างเพียงพอถึงจิตใจที่จะเป็นอาชญากร อย่างแน่นอน<sup>35</sup> และ

2. ยังเป็นกิจการที่ห่างเหินต่ออันตรายแก่หมู่ชน กับทั้งผู้เตรียมยังมีโอกาสที่จะกลับใจไม่กระทำการตามที่เตรียมนั้นต่อไปได้<sup>36</sup>

เว้นแต่ในการสมคบ หรือเตรียมกระทำความผิดบางฐานที่กฎหมายต้องการเอาโทษกับบุคคลโดยเหตุผลพิเศษ เพราะ

1. เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงพอที่กฎหมายจะถือเป็นความผิดเทียบเท่ากับความผิดสำเร็จ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 107 การสมคบ เตรียมหรือพยายามปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ ,มาตรา 108 การสมคบ เตรียมหรือพยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ ,มาตรา 109 การสมคบ เตรียมหรือพยายามปลงพระชนม์พระราชินีหรือรัชทายาทหรือฆ่าผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ,มาตรา 110 การสมคบ เตรียมหรือพยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระราชินีหรือรัชทายาท หรือต่อร่างกายหรือเสรีภาพของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เป็นต้น

<sup>33</sup> หยุค แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 3.

<sup>34</sup> คณิต ฒ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272.

<sup>35</sup> Andenaes. *The General Part of the Criminal Law of Norway*. p. 288. อ้างถึงใน เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 492.

<sup>36</sup> อรรถการีย์นพนธ์,พระยา. (2512). เล่มเดิม. หน้า 102.

2. หรือเป็นเพราะความยากในการพิสูจน์การกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำ ความผิดกับการพยายามกระทำ ความผิดในความผิดอาญาบางฐาน เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 การเตรียมวางเพลิงที่บัญญัติให้มีความผิดเท่ากับการพยายามวางเพลิง เป็นต้น<sup>37</sup>

จนกระทั่งเมื่อลำดับเหตุการณ์ในการกระทำผิดผ่านมาถึงขั้นการลงมือกระทำ ความผิดจึงเริ่มเอาผิดแก่บุคคลในทางอาญา หากเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำ ความผิดแล้วแต่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จ เรียกว่า เป็นการพยายามกระทำ ความผิด (criminal attempts) ความผิดนี้มีนักวิชาการเรียกชื่ออย่างอื่นอีกว่าเป็น ความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิด (inchoate offences), ความผิดในขั้นแรก (precursor offences), ความผิดทุติยภูมิ (secondary offences), ความผิดที่เป็นมาตรการป้องกัน (preventive offences) หรือ ความผิดที่ไม่สำเร็จ (nonconsummate offences) ซึ่งจะมืองค์ประกอบ และโครงสร้างความรับผิดชอบแตกต่างไปจากความผิดในส่วนเนื้อหาของความผิด (substantive offences) ในกฎหมายอาญาโดยทั่วไป<sup>38</sup> โดยมีการให้เหตุผลในการ กำหนดให้การพยายามกระทำเป็นความผิดในทางอาญาไว้หลาย ๆ ประการด้วยกันคือ

1. ถือว่าการพยายามกระทำ ความผิดเป็นการกระทำที่สิ้นสะท้อนความรู้สึกในความ ถูกต้องของสาธารณชนแล้ว

2. เพราะถือว่าการพยายามกระทำ ความผิดเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่ง ที่มุ่งกระทำต่อหรือเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย

3. เพราะว่าการพยายามกระทำ ความผิดเป็นการกระทำของผู้มีอันตราย คือ เป็นการ กระทำของผู้มีเจตจำนงในการประกอบอาชญากรรม<sup>39</sup>

4. เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นความใกล้ชิดและเสี่ยงต่อความเสียหายอันจะเกิดขึ้น เนื่องจากความผิดที่อาจสำเร็จลงเป็นอันมาก ซึ่งจะกระทบกระเทือนถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะ คุ้มครอง<sup>40</sup>

5. เพื่อเป็นการจำกัดความรุนแรงก่อนที่มันจะเริ่มขึ้น (Nip violence in the bud and do that without hindrance from existing law)<sup>41</sup> หรือเพื่อเป็นการป้องกันขัดขวางการกระทำที่เป็น

<sup>37</sup> จิตติ ติงสภักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 287.

<sup>38</sup> แหล่งเดิม. หน้า 278.

<sup>39</sup> คณิต ฒ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272 – 273.

<sup>40</sup> คณิต ฒ นคร. (2523). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ, ฉบับที่ 25. หน้า 55 – 61.

<sup>41</sup> เป็นคำกล่าวของศาลอาญากลางอังกฤษในกรุงลอนดอน (the court of star chamber) ในศตวรรษที่ 16. as cited in. Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p. 565.

อันตรายโดยทำให้การกระทำนั้นจบลงก่อนที่มันจะเกิดขึ้น (nip the practice in the bud)<sup>42</sup>

5. เพื่อเป็นการยืนยันอำนาจรัฐในการรักษาระเบียบของสังคม<sup>43</sup> และในขณะเดียวกัน เพื่อเป็นการยับยั้งไม่ให้บุคคลกระทำความผิด<sup>44</sup> และ

6. เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้อื่นกระทำการอย่างนั้นต่อไปอีก<sup>45</sup>

และลำดับต่อไปถ้าหากมีผลของการกระทำสมตามความมุ่งหมายที่กฎหมายบัญญัติตาม ความผิดฐานนั้น ๆ แล้ว ก็จะเป็นขั้นการเกิดความผิดสำเร็จ ซึ่งจะเป็นความผิดที่บัญญัติอยู่ในส่วน เนื้อหาความผิด (substantive offence) ได้แก่ ความผิดในภาค 2 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

## 2.2 ลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

### 2.2.1 ความหมาย

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดซึ่งอยู่ระหว่างขั้นตอนการเตรียมกระทำ ความผิดกับการเกิดความผิดสำเร็จ

การเตรียมกระทำความผิด หมายถึง การกระทำการใด ๆ อันจะช่วยเหลือหรือให้ ความสะดวกแก่การลงมือกระทำความผิด<sup>46</sup> หรือการที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปเพื่อให้พร้อมที่จะลง มือกระทำความผิดได้สำเร็จในขั้นต่อไป<sup>47</sup>

ความผิดสำเร็จ หมายถึง การที่ผู้กระทำได้กระทำการตามเจตนาจนเกิดผลครบถ้วน ตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นองค์ความผิดไว้แล้ว

ส่วนการพยายามกระทำความผิด หมายถึง การกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมการ กระทำผิดมาแล้วจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จตามเจตนาครบถ้วน

<sup>42</sup> เป็นคำกล่าวของ Francis Bacon อธิบดีกรมอัยการของอังกฤษในปี ค.ศ.1615 as cited in. Jerome Hall. (1996). **general principles of criminal law.** p. 568.

<sup>43</sup> เป็นคำกล่าวใน Paul K. Ryu. (1951). **Contemporary Problems of Criminal Attempts.** 32 N.Y.U.L. Rev. pp. 1170 – 1172. อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). **หลักกฎหมายอาญา.** หน้า 100.

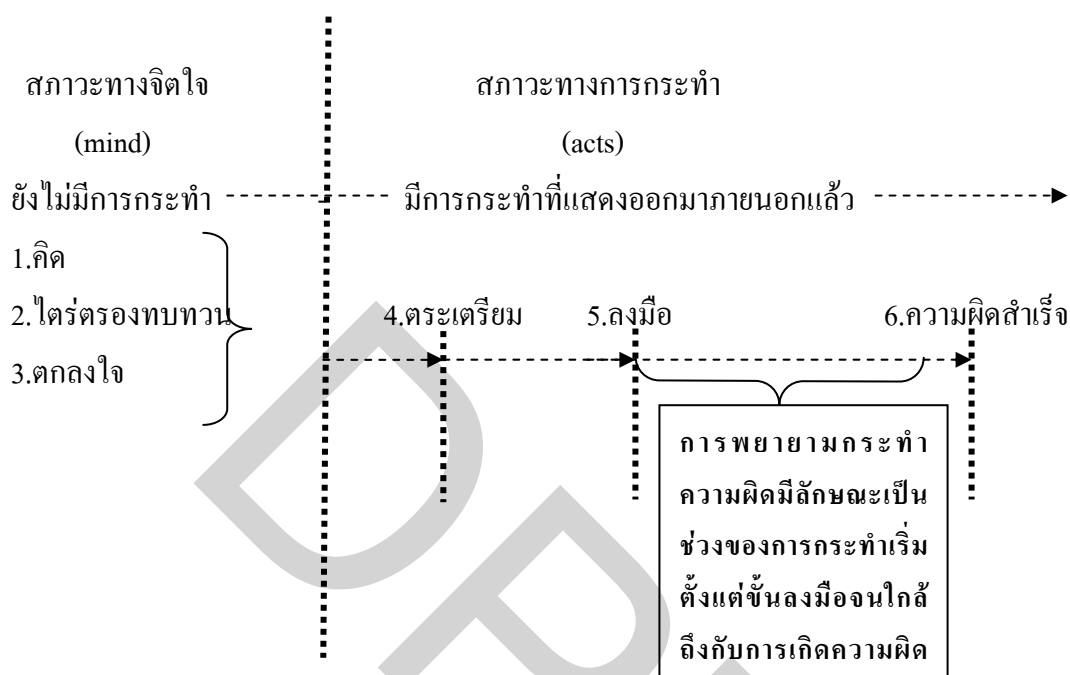
<sup>44</sup> wayne R. La Fave and Austin W. Scott. (1986). **Handbook on Criminal Law.** p. 498. อ้างถึง ใน แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). **หลักกฎหมายอาญา.** หน้า 100.

<sup>45</sup> “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/101/2483. (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483). รายงานการประชุม คณะกรรมการกฤษฎีกา ตอน 8, เล่มที่ 2, ครั้งที่ 120/101/2483. หน้า 7.

<sup>46</sup> หยุด แสงอุทัย. (2548). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127.** หน้า 187.

<sup>47</sup> จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1.** หน้า 287.

ตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นองค์ความผิดไว้ ซึ่งต้องพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่เจตนากระทำเป็นกรณี ๆ ไป<sup>48</sup>



ภาพที่ 2.2 แสดงความหมายของการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

### 2.2.2 หลักเกณฑ์ของการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

กรณีจะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดได้จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้<sup>49</sup>

#### 2.2.2.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective)

ก. ต้องมีผู้กระทำความผิด หมายถึง บุคคลธรรมดา

ข. ต้องมีการกระทำความผิด หมายถึง มีการกระทำหรือไม่กระทำที่เป็นเหตุการณ้อยู่ภายใต้บังคับจิตใจ แยกออกได้เป็น 3 ส่วน<sup>50</sup>

<sup>48</sup> แหล่งเดิม. หน้า 317.

<sup>49</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 358 - 359. และดู คณิต ฌ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 276.

<sup>50</sup> จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 112 - 119.

1) อิริยาบถ (origin ,movement) ได้แก่ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายโดยรู้สำนึกซึ่งหมายถึงการเคลื่อนไหวร่างกายโดยจิตใจบังคับเพื่อให้บรรลุผลตามเจตนา

2) พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ (circumstances) ในการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถเดียวกันย่อมมีผลต่างกันแล้วแต่พฤติการณ์ประกอบ เช่น การกำมือ งอแขน กระดิกนิ้ว จะเป็นการยิงปืนต่อเมื่อมีพฤติการณ์ที่มีปืนที่ยิงได้อยู่ในมือ และจะเป็นการฆ่าคนต่อเมื่อมีพฤติการณ์เพิ่มเติมคือมีคนอยู่ในวิถีกระสุน พฤติการณ์ใดจะมีความสำคัญในกฎหมายหรือไม่ ย่อมแล้วแต่บทบัญญัติของกฎหมายในกรณีนั้น ๆ พฤติการณ์ประกอบการเคลื่อนไหวอิริยาบถมิใช่ผลของการกระทำ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 53 วรรค 3 ซึ่งผู้กระทำได้รู้มิฉะนั้นก็ถือว่าไม่มีเจตนา และองค์ประกอบเหล่านี้มิใช่ผลของการกระทำ เพราะถ้าขาดองค์ประกอบที่เป็นข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ ความผิดจะไม่เกิดขึ้นเลยแม้ในชั้นพยายามก็ไม่เป็นความผิด จะเป็นพยายามได้ก็เมื่อการกระทำประกอบด้วยพฤติการณ์ดังที่บัญญัติไว้แต่กระทำไม่สำเร็จ

3) ผลจากอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบนั้น (circumstances) การกระทำความผิดย่อมสำเร็จลงเมื่อมีผลเกิดขึ้นจากการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถประกอบนั้น ผลแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

ผลที่เป็นความประสงค์ใกล้ชิด (butimmediat) ซึ่งรวมอยู่ในการกระทำนั้นเอง หรือผลสุดท้าย (resultat) ซึ่งเกิดขึ้นต่างหากจากอิริยาบถนั้นอีกส่วนหนึ่ง ผลประเภทแรกนี้คือการกระทำที่สำเร็จอยู่ในตัว คือเพียงแต่ทำสำเร็จลงเมื่อใดก็เป็นผลของการกระทำเมื่อนั้น ไม่ต้องมีอะไรเกิดขึ้นจากการกระทำเสร็จสิ้นลงนั้นอีก เช่น การแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน<sup>51</sup> เมื่อได้แสดงข้อความเท็จให้เจ้าพนักงานทราบเมื่อใด ก็ถือว่าการกระทำเกิดผลครบองค์ความผิดเมื่อนั้น เป็นต้น หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลนั่นเอง และ

ผลประเภทที่สอง คือ ผลสุดท้ายหรือผลที่กฎหมายบัญญัติ (resultant) เป็นหลักเกณฑ์องค์ความผิดที่ต้องเกิดขึ้นจากการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถนั้น เป็นผลที่จะต้องพิจารณาว่าเมื่อใดจึงจะถือได้ว่าผลอันหนึ่งเกิดจากการกระทำอันหนึ่ง เช่น การฆ่าคนหรือความผิดฐานฆ่าคนย่อมหมายถึงการกระทำให้คนตาย เป็นต้น ความผิดประเภทนี้มีการแยกการกระทำและผลของการกระทำออกจากกันจึงมีปัญหาคือพิจารณาในทางวิชาการต่อเนื่องด้วยถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

<sup>51</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137.

ค. การกระทำหรือไม่กระทำนั้นเลขกระบวนการกระทำความคิดทางอาญาในชั้นเตรียมไปจนถึงขั้นลงมือกระทำความคิดแล้ว การกระทำของผู้กระทำความคิดที่ผลักดันเจตนาของผู้กระทำออกมาจนถึงระดับที่กฎหมายพยายามต้องการในการลงโทษบุคคลนั้น หมายถึง การกระทำจนถึงขั้นการลงมือกระทำความคิดเป็นต้นไป การพยายามกระทำความคิดจึงเริ่มเมื่อมีการกระทำอันเป็นการลงมือกระทำความคิดเกิดขึ้นเป็นต้นไป

ง. การกระทำหรือไม่กระทำนั้นยังไม่เป็นความคิดสำเร็จ คือ ผู้กระทำได้กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล และ

จ. ประกอบกับองค์ประกอบความคิดในส่วนเนื้อหาของความคิดที่ผู้กระทำพยายามกระทำความคิดในฐานะความคิดนั้น ๆ

### 2.2.2.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective)

ต้องมีเจตนา คือ ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความคิดในความคิดฐานนั้น ๆ โดยมีการตัดสินใจโดยปราศจากเงื่อนไข คือ การตัดสินใจเด็ดขาดที่จะกระทำความคิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งไม่ขึ้นอยู่กับความคิดทบทวนอะไรอีก กล่าวคือในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นแผนการกระทำความคิดปรากฏขึ้นแน่ชัดแล้ว สืบเนื่องจากแนวคิดพื้นฐานในเรื่องความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความคิด (criminal liability attempts) ที่ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความคิดจะผูกโยงสัมพันธ์อยู่กับระดับความเข้มข้นของความเสี่ยงในเจตนาของผู้กระทำผิดตามแนวคิดภัยอันตรายทุติยภูมิ (secondary harm)

แม้ว่าองค์ประกอบภายในเรื่องเจตนาจะเป็นองค์ประกอบสำคัญในความคิดฐานพยายามซึ่งหากไม่มีเจตนาที่ไม่สามารถลงโทษได้ แต่เฉพาะเจตนาเท่านั้นยังไม่เพียงพอจะเป็นความคิดฐานพยายามได้ ความคิดฐานพยายามยังต้องการหลักฐานของเจตนาในการพิจารณาโทษผู้ที่พยายามกระทำความคิด คือ การกระทำของผู้กระทำความคิดที่ผลักดันเจตนาของผู้กระทำออกมาจนถึงระดับที่กฎหมายพยายามต้องการในการลงโทษบุคคลนั้น (ขั้นการลงมือพยายามกระทำความคิด)<sup>52</sup> ในส่วนการวินิจฉัยว่าผู้กระทำจะพยายามกระทำความคิดฐานใดนั้น ต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความคิดในส่วนที่เป็นเนื้อหาของความคิดในฐานะใดเสียก่อน เพราะการพยายามกระทำความคิดเป็นความคิดที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น เจตนา นั้นนอกจากเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลแล้ว ยังรวมถึงเจตนาเล็งเห็นผลด้วย

<sup>52</sup> Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 33.

### 2.2.3 แนวคิดการบัญญัติให้การพยายามเป็นความผิดทางอาญา<sup>53</sup>

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา (inchoate offence) ชนิดหนึ่ง มีองค์ประกอบ เนื้อหาความผิดและอัตราโทษแตกต่างไปจากความผิดในส่วนเนื้อหาของความผิด (substantive offence) หรือความผิดในภาคความผิดโดยทั่วไป แนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติการพยายามกระทำความผิดมีที่มาจากแนวคิดในเรื่องการบัญญัติความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา

เมื่อพิจารณาจากความผิดต่าง ๆ ในทางอาญาแล้วจะสามารถมองเห็นได้ว่าความผิดทั้งหลายนั้นจะประกอบไปด้วยสาเหตุของการก่อให้เกิดอันตราย (harm) หรือผูกมัดอยู่กับความเสียหายทางกายภาพ (physical injury) อย่างไรก็ดี การจะกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดทางอาญา การกระทำหรือไม่กระทำการนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับอันตรายหรือความเสียหายทางกายภาพอย่างใดอย่างหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ภัยอันตรายหรือความเสียหายในความผิดนี้คือผลของการบาดเจ็บหรือการก่อให้เกิดอันตรายต่อกายอันเป็นข้อเท็จจริงที่มีมูลเหตุมาจากการทำร้าย หรือกรณีความผิดลักษณะอื่น ๆ นั้น ข้อเท็จจริงหรือมูลเหตุแห่งภัยอันตรายนั้นอาจประกอบไปด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพจิตใจ หรือรายละเอียดเกี่ยวกับตัวเหยื่ออื่น ๆ เช่น ความกลัว ความเสี่ยงที่จะเกิดภัยอันตรายความเสียหายนั้น เป็นต้น

ถ้าหากดูในตัวเนื้อหาของภัยอันตราย (harm) สามารถแบ่งแยกลักษณะของภัยอันตรายออกได้เป็น 2 ประเภท คือ “ภัยอันตรายปฐมภูมิ” (primary harm) และ “ภัยอันตรายทุติยภูมิ” (secondary harm)

ภัยอันตรายปฐมภูมิ (primary harm) หรือภัยอันตรายในเนื้อหาของความผิดหรือผลสำเร็จของความผิด หมายถึง ความเสียหายทางกายภาพจากการกระทำความผิดฐานนั้น ๆ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ภัยอันตรายปฐมภูมิของความผิดฐานนี้คือการได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย , ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ภัยอันตรายปฐมภูมิของความผิดฐานนี้คือความตายของบุคคล เป็นต้น การกระทำที่เป็นภัยอันตรายประเภทนี้จะถูกบัญญัติให้เป็นความผิดที่เรียกว่า ความผิดในส่วนของเนื้อหาของความผิด (substantive offence) ซึ่งต้องการผลสำเร็จของการกระทำความผิดหรือลักษณะของการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผลสำเร็จของความผิดนั้น ๆ เป็นองค์ประกอบของความผิด

ภัยอันตรายทุติยภูมิ (Secondary harm) หากพิจารณาถึงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิ (Primary harm) ของความผิดนั้นจะประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงทางการกระทำ

<sup>53</sup> Ibid. pp. 128 – 143.



หรือ สถานการณ์ของภัยนั้น รวมถึงจิตสำนึกของบุคคลที่พยายามจะกระทำให้เกิดความเสียหาย และประกอบไปด้วยภายใต้สภาพจิตใจของเหยื่อในความเสี่ยงที่อาจจะเกิดความเสียหาย เช่น ความตกใจ หรือความกลัว ในการเริ่มต้นลงมือกระทำความผิดของผู้กระทำผิดนั้นผู้เสียหายย่อมเผชิญกับภัยโดยปราศจากการได้รับความคุ้มครองหรือความปลอดภัยในตัวเอง ความคาดหมาย ความกลัวว่าจะมีภัยอันตรายหรือความเสียหาย ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายนั้นเป็นภัยอันตรายชนิดหนึ่งรวมเรียกว่าอันตรายอุบัติเหตุ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีข้อเท็จจริงในความเสียหายทางกายภาพเกิดขึ้นจริง ๆ

เห็นได้ว่าการนิยามความหมายของความผิดทางอาญานั้น การกระทำหรือไม่กระทำ การใจจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้น การกระทำหรือไม่กระทำการนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่ง ความผิดทางอาญาที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิ คือ ความผิดในส่วนเนื้อหาความผิดนั่นเอง ได้แก่ ความผิดภาค 2 ประมวลกฎหมายอาญา ส่วนความผิดทางอาญาที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายทุติยภูมิ คือ ความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา (Inchoate Offence) ได้แก่ ความผิดฐานสมคบ (conspiracy) ความผิดฐานยุยงส่งเสริม (incitement) ความผิดฐานประมาท (negligent) ความผิดฐานละเลย (reckless) และ ความผิดฐานพยายาม (attempts) เป็นต้น ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

### 2.2.3.1 ประเภทของความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา

ความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ความผิดที่มีความเชื่อมโยงกับเจตนา หมายถึง ความผิดที่ผู้กระทำมีเจตนาจะก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือความเสียหาย ได้แก่ ความผิดฐานพยายาม,ความผิดฐานสมคบ และ ความผิดฐานยุยงส่งเสริม

2. ความผิดที่ไม่มีความเชื่อมโยงกับเจตนา หมายถึง ความผิดที่ผู้กระทำไม่มีเจตนาในการก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือความเสียหายโดย ได้แก่ ความผิดฐานประมาท ,ความผิดฐานละเลย

ความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดนี้อาจจะมีได้ทำให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิแต่มีส่วนก่อให้เกิดภัยที่อาจทำให้เกิดอันตรายในเบื้องต้น หรือก่อให้เกิดความเสี่ยง (risk) ที่จะทำให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิต่อมาได้ กฎหมายจึงกำหนดให้การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงเหล่านี้เป็นความผิดทางอาญา แต่ความผิดดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะเจาะจงของความผิด ทั้งชนิด รายละเอียดของการกระทำแตกต่างกันไปจากเนื้อแท้ของความผิดในภาคความผิด จึงกำหนดความผิดจำพวกนี้ให้เป็นฐานความผิดขึ้นมาอีกต่างหากจากความผิดหลัก มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง ส่วนที่แยกออกเป็นความผิดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกับเจตนา และความผิดที่เป็นการก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือความเสียหายโดยไม่จำเป็นต้องมีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกับเจตนา เหตุผลเพราะรายละเอียดใน

ตัวความผิดของแต่ละประเภทมีระดับของความเล็งและศีลธรรมในตัวผู้กระทำความผิดแตกต่างกัน ในการกระทำที่เป็นการเริ่มต้นความผิดที่ประกอบด้วยเจตนาในระดับทางศีลธรรมของผู้กระทำจะต่ำสามารถจะก่อให้เกิดความเสียหายและมีความเสี่ยงภัยสูงกว่าการกระทำที่เป็นการเริ่มต้นความผิดที่ไม่มีเจตนา จากความแตกต่างดังกล่าวจึงเห็นว่าความผิดทั้งสองส่วนควรมีขอบเขตของการกระทำรายละเอียดของโครงสร้างความรับผิดชอบ และโทษที่จะได้รับแตกต่างกันไป ทำให้มีการบัญญัติแยกฐานความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดดังกล่าวต่างหากออกจากกัน

การพยายามกระทำความผิด เป็นความผิดหนึ่งในความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญาที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับเจตนา

## 2.2.4 ประเภทของการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

การพยายามกระทำความผิดแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

**2.2.4.1 การพยายามกระทำความผิด (Attempts)** ประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 หมายถึง การพยายามกระทำความผิดซึ่งผู้กระทำมีเจตนาและได้ลงมือกระทำความผิดไปแล้วแต่ไม่สามารถบรรลุผลเป็นความผิดได้โดยความบังเอิญ ซึ่งแบ่งแยกย่อยออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด (Attempts) เป็นกรณีที่ผู้กระทำผิดเห็นว่าตนยังไม่ได้กระทำการทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อที่จะไม่ให้เกิดผล หรือผู้กระทำไม่สามารถกระทำจนครบถ้วนตามที่ผู้กระทำประสงค์จะทำ เช่น ในการพยายามฆ่าคนผู้กระทำยกปืนเล็งไปยังผู้ที่ตนต้องการฆ่าแต่ยังไม่ทันได้ลั่นไกก็ถูกขัดขวางเสียก่อน จึงกระทำไปไม่ตลอดโดยยังไม่ทันได้ลั่นไกตามที่ตนตั้งใจจะทำ เป็นต้น

ข. การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว (failure to commit an offence) เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการทุกอย่างจนหมดสิ้นแล้วเพียงพอที่จะให้ผลเกิดได้แล้ว ผลที่จะเกิดขึ้นต่อจากนั้นเป็นเรื่องปัจจัยของการเกิดผลหรือเป็นเรื่องการกระทำของบุคคลที่สาม เช่น ในการพยายามฆ่าคนตามตัวอย่างที่แล้วเมื่อผู้กระทำได้ลั่นไกปืนเป็นการกระทำไปตลอดทุกอย่างที่ตั้งใจทำแล้ว แต่กระสุนปืนไม่ถูกผู้ที่ตนต้องการฆ่า หรือถูกแต่ไม่ใช่ที่สำคัญจึงไม่ตาย หรือเพราะความสามารถของแพทย์รักษาได้ทันท่วงทีจึงไม่ตาย หรือกรณีการใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด (innocent agent) เป็นต้น<sup>54</sup> ความจำเป็นในการต้องระบุว่ากรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอดหรือเป็นการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไป

<sup>54</sup> จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 318.

ตลอดแล้วก็คือเมื่อต้องพิจารณาในเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด<sup>55</sup> และโดยส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นในการพิเคราะห์ในเรื่องการให้ความหมายของการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดด้วย ซึ่งจะกล่าวถึงในหัวข้อต่อ ๆ ไป

#### 2.2.4.2 การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ (Impossibility Attempts)<sup>56</sup>

ประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 หมายถึง การพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำไม่สามารถกระทำให้สำเร็จได้ ซึ่งผู้กระทำแม้จะมีเจตนาและได้ลงมือกระทำความผิดไปแล้วแต่ถึงอย่างไร ๆ ผลก็ไม่เกิด แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ<sup>57</sup>

ก. การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยแห่งการกระทำ คือ วิธีทางนั้นไม่ทำให้ผลเกิดขึ้นได้ เช่น นั่งเทียนเพื่อจะ使人ตาย หรือใช้ปืนที่กระสุนไม่มีดินปืนยิงผู้อื่น การกระทำเช่นนี้จะกระทำอย่างไรก็ไม่สามารถกระทำให้คนตายได้ เป็นต้น

ข. การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เพราะวัตถุที่กระทำต่อ คือ วัตถุที่กระทำนั้นไม่ทำให้เกิดผลขึ้นได้ เช่น ยิงต่อไม้โดยที่เข้าใจว่าเป็นคู่อริของตน ซึ่งจะยิงเท่าไรคู่อริของตนก็ไม่ตาย หรือยิงศพ<sup>58</sup> เป็นต้น

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ต้องการจะศึกษาถึงการให้ความหมายถึงลักษณะของการลงมือกระทำความผิด และหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกกระหว่างการพยายามกระทำความผิดออกจากการเตรียมกระทำความผิด ซึ่งเน้นพิเคราะห์ถึงการพยายามกระทำความผิดธรรมดา (attempts) เท่านั้น

#### 2.2.5 ความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายาม

การกระทำที่จะเป็นพยายามกระทำความผิดจะเริ่มขึ้นตั้งแต่ขั้นการลงมือกระทำความผิดเรื่อยไปจนใกล้จะเกิดเป็นความผิดสำเร็จซึ่งมีลักษณะเป็นช่วงของการกระทำ แต่มิใช่ทุกการลงมือกระทำความผิดจะมีความผิดฐานพยายามได้ ความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้ ได้แก่<sup>59</sup>

<sup>55</sup> คณิต ฌ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 288.

<sup>56</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. (2525). *การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้* อย่างแน่แท้.

<sup>57</sup> หยุด แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127*. หน้า 188.

<sup>58</sup> ธีรัฐชาติ คีมาก. (2546). *การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด*. หน้า 16.

<sup>59</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2545). “ความผิดที่ไม่มีพยายาม.” *หนังสือรพี* 45. หน้า 147 – 150. และ Michael J. Allen. (2003). *Textbook on Criminal Law*. p. 273.

1. ความผิดที่เกิดขึ้นโดยการละเว้นการกระทำ ความผิดในลักษณะนี้ไม่มีช่วงของการกระทำระหว่างการแสดงเจตนาออกมาเป็นการกระทำกับการเกิดความผิดสำเร็จ ความผิดประเภทนี้เมื่อมีการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วจะเป็นความผิดสำเร็จในทันที ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานละเว้นตามมาตรา 374 ,ความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียกเก็บหรือละเว้นไม่เรียกเก็บภาษีอากรโดยทุจริตตามมาตรา 154 ,ความผิดฐานเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตรวจสอบบัญชีแนะนำ หรือกระทำการอย่างใดอันเป็นผลให้การเสียภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมต้องเสียหรือเสียน้อยกว่าที่จะต้องเสียตามมาตรา 156 ,ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามมาตรา 157 ,ความผิดฐานเจ้าพนักงานละเว้นไม่จดข้อความซึ่งตนมีหน้าที่ต้องรับจดหรือจดเปลี่ยนแปลงข้อความตามมาตรา 162(3) ,ความผิดฐานขัดขืนคำสั่งบังคับตามกฎหมายของเจ้าพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวนซึ่งให้มาเพื่อให้ถือปฏิบัติตามมาตรา 168 ,ความผิดฐานขัดขืนคำสั่งบังคับตามกฎหมายของพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวนซึ่งให้ส่งทรัพย์สินหรือเอกสารใดตามมาตรา 169 ,ความผิดฐานขัดขืนหมายหรือคำสั่งของศาลตามมาตรา 170 ,ความผิดฐานขัดขืนคำสั่งของศาลให้สาบาน ปฏิญาณ ให้ถือคำหรือเบิกความตามมาตรา 171 ,ความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานให้เลิกมั่วสุมตามมาตรา 216 เป็นต้น

2. ความผิดที่มีองค์ประกอบเป็นการกระทำด้วยประการใด ๆ ไม่จำกัด ซึ่งกระทำเพื่อเจตนาพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือความผิดที่ประกอบด้วยเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจ เพราะความผิดเหล่านี้ไม่ต้องการผลต่างหากเกิดขึ้นจากการกระทำความสำเร็จของความผิดอยู่ที่การกระทำไม่ว่าจะกระทำในรูปใดประกอบกับเจตนาพิเศษ ฉะนั้นเมื่อได้เริ่มลงมือกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดแล้วด้วยเจตนาพิเศษก็เป็นความผิดสำเร็จตั้งแต่เริ่มลงมือแล้วจึงไม่มีความผิดฐานพยายามอยู่ในตัวเอง ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานกระทำการใด ๆ เพื่อให้งานเสียหายตามมาตรา 166 ,เจ้าพนักงานเรียกเก็บหรือไม่เรียกเก็บภาษีอากรโดยทุจริตตามมาตรา 154 ,เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตรวจสอบบัญชีปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามมาตรา 156 ,ความผิดตามมาตรา 228 กระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้เกิดอุทกภัยก็เช่นเดียวกัน เป็นต้น

แต่บทบัญญัติที่ว่ากระทำด้วยประการใด ๆ นั้น ถ้ามีการกระทำโดยจำกัดหรือมีผลกำหนดไว้ในตัว(ผลสุดท้ายหรือผลที่กฎหมายบัญญัติ) ก็สามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้ เช่น มาตรา 118 กระทำต่อธงเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ การที่จะกระทำต่อธงแต่ยังไม่สำเร็จอาจมิได้ เป็นการพยายามได้ ,การพยายามกระทำด้วยประการใด ๆ แก่วัตถุทางศาสนาอันเป็นการเหยียดหยามศาสนาตามมาตรา 206 เช่นเดียวกับกับการกระทำด้วยประการใด ๆ ตามมาตรา 226 การกระทำด้วยประการใด ๆ แก่โรงเรียน อุ้งเรือน ที่จอจรดหรือเรือสาธารณะ หรือสิ่งที่ทำไว้เพื่อป้องกันอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่น ,มาตรา 229

กระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้เกิดอุทกภัยหรือเพื่อให้เกิดขัดข้องแก่การใช้น้ำซึ่งเป็นสาธารณูปโภคน่าจะเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น ,มาตรา 231 กระทำด้วยประการใดให้ประชากร ทุ่น สัญญา หรือสิ่งอื่นใดอยู่ในลักษณะน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตราย , มาตรา 232 กระทำด้วยประการใด ๆ ให้นานพาหนะตามประเภทที่กฎหมายกำหนดอยู่ในลักษณะอันน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่บุคคล ,มาตรา 234 กระทำด้วยประการใด ๆ แก่สิ่งที่ใช้ในการผลิตไฟฟ้าหรือในการส่งน้ำ จนเป็นเหตุให้ประชาชนขาดความสะดวกหรือน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ประชาชน ,มาตรา 235 กระทำด้วยประการใดให้การสื่อสารสาธารณะทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์หรือทางวิทยุขัดข้อง หรือความผิดตามมาตรา 230 ซึ่งบัญญัติว่า “น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่การเดินรถไฟ” ก็มีการพยายามกระทำความผิดได้ เช่น การที่จำเลยลงมือถอดเอาเหล็กที่ต่อเชื่อมระหว่างรางรถไฟ แต่ถอดไม่สำเร็จ หรือการกำลังเอาเสาต้นใหญ่มาวางขวางบนรางรถไฟแต่ถูกขัดขวางเสียก่อนเป็นการพยายามกระทำความผิด<sup>60</sup> หรือความผิดตามมาตรา 188 ฐานทำลายเอกสาร ถ้าจำเลยเจือมือทำท่าจะฉีก นั้นล้วนเป็นความผิดที่มีการพยายามได้ทั้งสิ้น ถ้าลักษณะของการที่เจตนากระทำหากสำเร็จจะมีสภาพน่าจะเป็นอันตรายดังที่กฎหมายระบุไว้

3. ความผิดที่แม้กระทำสำเร็จแล้วยังไม่เป็นความผิดโดยเด็ดขาดจนกว่าจะผ่านพ้นเวลาหรือพฤติกรรมอื่นอีกกระยะหนึ่ง ไม่มีการพยายามกระทำความผิดเพราะแม้จะกระทำสำเร็จเป็นความผิดแล้วก็ยังต้องอาศัยพฤติกรรมอื่นเป็นองค์ประกอบจึงเป็นความผิดหรือไม่ผิดเด็ดขาดแล้วแต่พฤติกรรมประกอบเช่นนั้น ซึ่งทำให้การกระทำเป็นได้แต่ความผิดสำเร็จ หรือมิฉะนั้นก็ไม่เป็นความผิดไม่มีโทษไปเลยเท่านั้น ไม่มีพยายาม ตัวอย่างเช่น เบิกความเท็จตามมาตรา 177 ,178 ความผิดสำเร็จแล้วแต่ยังไม่เด็ดขาด ถ้าหากกระทำความผิดแล้วลูกแก่โทษกลับแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงานก่อนจบคำเบิกความหรือการแปล ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 182 เช่นเดียวกับความผิดในมาตรา 292 กระทำด้วยการปฏิบัติอันทารุณแก่บุคคลที่ต้องพึ่งตน ,มาตรา 293 ช่วยหรือยุยงเด็กอายุยังไม่เกินสิบหกปีหรือผู้ที่ไม่เข้าใจสภาพการกระทำให้ฆ่าตนเอง ,มาตรา 294 และ 299 เข้าร่วมในการหลุมุนต่อสู้ นอกจากนี้ก็เช่นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ.2534 มาตรา 4 วรรค 2 ซึ่งเป็นความผิดก็ต่อเมื่อธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน เป็นต้น

4. ความผิดฐานขังขอก ตามมาตรา 352 และมาตรา 354 เป็นความผิดสำเร็จเมื่อเบียดบังเอาทรัพย์สินเป็นของตน ทรัพย์สินอยู่ในครอบครองของผู้ขังขอกแล้วหรือเก็บของได้แล้วถ้ามีเจตนาทุจริตเมื่อใดการเบียดบังเอาเป็นของตนก็เป็นไปในตัวเอง ไม่มีพยายาม กิริยาที่แสดงออกมา

<sup>60</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 303/2513. สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2549,จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ภายนอกเป็นแต่ข้อเท็จจริงที่แสดงเจตนาให้เห็นเท่านั้น ตัวอย่างเช่น เอาของที่ครอบครองไปบอกขายแม้จะขายไม่ได้ก็เป็นความผิดฐานยักยอกสำเร็จแล้ว ถ้าขายของไม่ได้จึงคืนของให้เจ้าของไปก็เป็นแต่การบรรเทาผลร้ายที่เกิดจากความผิดสำเร็จเช่นเดียวกับคืนของที่ลักมาแล้วนั่นเอง ไม่มีพยายามครอบครองหรือพยายามเก็บได้ซึ่งเป็นแต่พฤติการณ์ประกอบความผิด แต่ความผิดตามมาตรา 353 ผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของผู้อื่นกระทำผิดหน้าที่โดยทุจริต อาจมีพยายามกระทำผิดหน้าที่หรือกระทำหน้าที่แต่ไม่บรรลุผลคือความเสียหายที่ระบุไว้ได้เช่นเดียวกับความผิดมาตรา 147 เจ้าพนักงานยักยอกทรัพย์ ซึ่งอาจมีพยายามได้ ในกรณียอมให้ผู้อื่นเอาทรัพย์นั้นเสีย เป็นต้น

5. ความผิดที่เกิดจากการกระทำซ้ำ ๆ กัน ตัวอย่างเช่น ความผิดตามมาตรา 241 ประพฤติตนเป็นปกติธุระจัดหาที่พำนักให้ผู้ร้าย มาตรา 286 (1) อยู่ร่วมกับหญิงนครโสเภณีเป็นอาชญากร ถ้ายังไม่เป็นปกติธุระหรือเป็นอาชญากรก็ไม่เป็นความผิดเลย ถ้าเป็นปกติธุระหรือเป็นอาชญากรก็เป็นความผิดสำเร็จ ไม่มีพยายาม

6. ความผิดที่เป็นผลกรรมจรรยา และเหตุกรรมจรรยา ผลกรรมจรรยาเป็นส่วนผลที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตาม มาตรา 63 ซึ่งบัญญัติไว้ว่าต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้ ไม่ใช่ผลที่ผู้กระทำเจตนา หมายถึง ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นก็เมื่อผลได้เกิดขึ้นแล้วถ้าผู้กระทำประสงค์จะให้เกิดผลแต่ผลนั้นไม่เกิด ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานพยายามในมาตราที่โทษหนักขึ้นเพราะกฎหมายคำนึงถึงแต่ผลที่ต้องเกิดขึ้นแล้ว ไม่ได้คำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำในส่วนผลที่บัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้นนั้น ตัวอย่างเช่น ก ทำร้ายร่างกาย ข โดยประสงค์จะทำให้ตาบอด แต่อันตรายที่ ข. ได้รับไม่ถึงตาบอด ก. มีความผิดเพียงฐานทำร้ายร่างกายธรรมดาเท่านั้นไม่ใช่พยายามทำร้ายร่างกายถึงสาหัส ถ้า ก ทำร้าย ข แต่ทำร้ายไม่ถูกแม้จะมีเจตนาทำให้ตาบอด ก. ก็มีความผิดเพียงฐานพยายามทำร้ายร่างกายธรรมดาซึ่งเป็นความผิดที่ต้องมีเจตนาโดยประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลตามมาตรา 59

นอกจากที่เป็นผลอันทำให้ความผิดหนักขึ้นตามมาตรา 63 อาจมีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้นจากพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบการกระทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 62 วรรคท้าย หรือที่เรียกว่าเหตุกรรมจรรยา เหตุกรรมจรรยา คือข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ข้อเท็จจริงเหล่านี้จะต้องมีอยู่และผู้กระทำต้องรู้แล้วมิฉะนั้นก็ขาดองค์ประกอบไป ตัวอย่างเช่น พยายามลักทรัพย์ในเคหสถานต้องมีสถานที่ที่เป็นเคหสถานอยู่แล้ว และการกระทำของผู้นั้นต้องเจตนาเข้าไปในเคหสถานจึงจะเป็นความผิดในเหตุกรรมจรรยาแม้ยังไม่ทันได้เข้าไปก็เป็นความผิดได้ตามเจตนาในเหตุกรรมจรรยา ส่วนเหตุกรรมจรรยาที่เป็นเหตุในส่วนกิริยาหรือการกระทำ เช่น เข้าทางช่องทางที่พรรคพวกเปิดไว้ให้ถ้าเจตนาใช้ทางนั้น แต่ถ้ายังไม่ทันได้ใช้ก็เป็นพยายามในเหตุกรรมจรรยา

ได้ เช่น ถ้า ก. กำลังปีนหน้าต่างจะเข้าไปลักทรัพย์แต่เข้าไปไม่ได้เป็นพยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335 (4) แต่ถ้า ก. ปีนหน้าต่างแต่เข้าไปไม่ได้ ก. จึงเลิกปีนหน้าต่างแล้วแอบเข้าไปทางประตูและลักทรัพย์ การพยายามจะกลายเป็นการลักทรัพย์โดยไม่มีเหตุฉกรรจ์ ถ้าไม่แน่ใจว่าเจตนากระทำการที่เป็นเหตุฉกรรจ์เพียงแต่คาดคะเนเอาที่ย่อมไม่มีความผิดฐานพยายามในเหตุฉกรรจ์นั้นอยู่เอง เช่น แย่งทรัพย์แต่ไม่แน่ใจว่าจะพาหนีไปต่อหน้าเพราะผู้กระทำมิของพระพุทธรูปมีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ไม่ใช่พยายามวิ่งราวทรัพย์ แต่ตามมาตรา 336 ไม่ต้องพาหนีไปต่อหน้าดังมาตรา 297 ในกฎหมายลักษณะอาญาเดิม เจตนาชิงทรัพย์แต่กระทำการลักทรัพย์สำเร็จโดยไม่ต้องใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่ไม่เป็นชิงทรัพย์หรือพยายามชิงทรัพย์เพราะความสำเร็จของการกระทำอยู่ที่การลักทรัพย์ถ้าลักทรัพย์สำเร็จโดยไม่มีการขู่ก็ไม่มีการชิงทรัพย์จะกลายเป็นพยายามชิงทรัพย์โดยการลักทรัพย์สำเร็จแล้วไม่ได้ จะมีการพยายามชิงทรัพย์ได้ก็เมื่อการลักทรัพย์ยังไม่สำเร็จเท่านั้น การใช้ปืนยิงพยายามปล้นทรัพย์ตามมาตรา 340 วรรค 4 มีได้ แต่ปล้นทรัพย์โดยพยายามใช้ปืนยิงไม่มี พยายามปล้นทรัพย์โดยพยายามใช้ปืนยิงก็ไม่มี เช่น ใช้ปืนยิงขู่จะเอาทรัพย์แต่กระสุนไม่ลั่นยังไม่มีการใช้ปืนยิงเป็นพยายามปล้นทรัพย์โดยเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 340 วรรค 2 มีอาวุธปืนไปด้วยในการปล้นทรัพย์ และเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 340 ตรี มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดในการปล้นทรัพย์ แต่ยังไม่เป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 340 วรรค 4 ปล้นทรัพย์โดยแสดงความทารุณ ใช้ปืนยิง ใช้วัตถุระเบิด หรือกระทำทรมาณ เป็นต้น

7. ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนให้กระทำความผิด ตามมาตรา 83 มาตรา 84 ,85 และ มาตรา 86 การพยายามกระทำความผิดจะมีได้ก็เฉพาะต่อการกระทำความผิดเท่านั้น กล่าวคือ จะมีได้ก็เฉพาะต่อเนื้อหาของความผิด เนื้อหาของความผิด ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย การกระทำความผิดคือการใช้ปืนยิงผู้เสียหาย ความผิดฐานทำร้ายร่างกายการกระทำความผิดคือการทำร้ายผู้เสียหาย เป็นต้น การใช้ให้กระทำความผิด การสนับสนุนให้กระทำความผิด มิใช่ตัวเนื้อหาของความผิดนั้นเองเพราะผู้ใช้ผู้สนับสนุนมิได้เป็นผู้ลงมือกระทำความผิด เพียงแต่ใช้หรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิดเท่านั้น เราถือว่าตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน เป็นประเภทของการกระทำผิดที่ร่วมกันกระทำ ความผิดประเภทนี้แบ่งผู้กระทำออกเป็นสองประเภท คือ ผู้ร่วมกระทำ คือ ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน กับผู้ลงมือกระทำ คือ ผู้ที่ลงมือกระทำความผิดจริง ๆ ผู้ร่วมกระทำจะถือเอาการกระทำของผู้ลงมือเป็นการกระทำของตนเอง เมื่อผู้ลงมือยังไม่ได้ลงมือกระทำถึงขั้นการกระทำที่จะเป็นความผิด ผู้ร่วมกระทำผิดก็ยังไม่มีความผิด ด้วยเหตุนี้จึงไม่สามารถมีการพยายามใช้ หรือการพยายามสนับสนุน แต่ความผิดฐานใช้ให้กระทำความผิดฐานพยายาม หรือสนับสนุนความผิดฐานพยายามสามารถมีได้เพราะมีการลงมือกระทำในเนื้อหาของความผิดแล้ว ตัวการก็เช่นเดียวกัน

อีกเหตุผลหนึ่งก็คือ บทบัญญัติการลงโทษความผิดฐานพยายามอยู่ในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 17 ให้นำบทบัญญัติในภาค 1 ไปใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้นจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ฉะนั้นการกระทำผิดตามพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ ตามปกติก็มีความผิดฐานพยายามได้ แต่การใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 และมาตรา 85 หรือการสนับสนุนให้กระทำความผิดตามมาตรา 86 นั้น ไม่สามารถมีการพยายามได้ เหตุผลเพราะเป็นบทบัญญัติในภาค 1 ด้วยกัน บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำที่มีได้สำเร็จด้วยมือผู้กระทำเองด้วยกันจึงย่อมเป็นความผิดต่อเมื่อการกระทำต้องด้วยบทบัญญัตินั้น ๆ โดยบริบูรณ์แล้ว เช่น ได้ใช้ ได้สนับสนุนหรือได้พยายามกระทำความผิดครบถ้วนแล้ว ถ้าได้ใช้แล้วแต่ผู้ถูกใช้ไม่กระทำตามที่ใช้ก็รับโทษหนึ่งในสาม หากการใช้ยังไม่สำเร็จ เช่น จดหมายที่ไปยังไม่ถึงผู้ที่จะถูกใช้เช่นนี้จะนำหลักเรื่องพยายามกระทำการเหล่านั้นมาใช้ให้เป็นความผิดซ้อนขึ้นไปอีกชั้นหนึ่งไม่ได้ ฉะนั้นการพยายามจะใช้ พยายามสนับสนุนย่อมมิไม่ได้คงมิได้แต่ใช้หรือสนับสนุนในการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น การพยายามซ่อนพยายามในความผิดที่ต้องรับโทษคือความผิดสำเร็จ เช่น มาตรา 132 (พยายามฆ่าราชวงศ์หรือผู้แทนรัฐต่างประเทศ) ก็มิไม่ได้เช่นเดียวกัน ส่วนการเตรียมบางอย่างที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดขึ้นในภาค 2 ก็ต้องถือเป็นบทบัญญัติโดยเฉพาะซึ่งยกเว้นบทบัญญัติที่ให้ลงโทษต่อเมื่อการกระทำเข้าขั้นพยายามกระทำความผิด การกระทำเหล่านี้จะเป็นความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการเตรียมขึ้นแล้วจะมีความผิดในขั้นพยายามเตรียมอีกชั้นหนึ่งไม่ได้ แต่ตามกฎหมายอังกฤษการพยายามใช้ให้กระทำความผิดมิได้เสมือนหนึ่งว่าการใช้ให้กระทำความผิดเป็นความผิดฐานหนึ่งในตัวเอง<sup>61</sup>

8. ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนารวมทั้งประมาท ตามมาตรา 59 ความผิดประเภทนี้ไม่มีพยายามกระทำความผิด เพราะความผิดฐานพยายามเกี่ยวพันอยู่กับเจตนาของผู้กระทำความผิด ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนาจึงมีการพยายามกระทำผิดไม่ได้ ยกเว้น ความผิดลหุโทษบางมาตราที่ต้องกระทำโดยเจตนาแต่กฎหมายไม่ลงโทษเพราะถือเป็นกรณีเล็ก ๆ น้อย ๆ ไม่ควรลงโทษ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 104

9. ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนาในผลสุดท้ายที่เกิดขึ้น เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่มีเจตนาตามมาตรา 290 จะมีการพยายามกระทำผิดมิได้ เพราะพยายามเป็นเรื่องของการกระทำโดยเจตนา เช่น ถ้ำ ก. ชก ข. ล้มลงศีรษะฟาดพื้นถนนถึงแก่ความตาย ก. ผิดฐานทำให้ ข. ตายโดยไม่

<sup>61</sup> R.v. Ransford (1874). Williams .no.197. p. 645. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศักดิ์ย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 355.



เจตนาตามมาตรา 290 หาก ก. ชก ข. ล้มลงศีรษะฟาดพื้นถนนหมดสติแต่ไม่ตาย ก. ผิดฐานทำร้ายร่างกาย ข. ตามมาตรา 295(หรือมาตรา 297) เท่านั้น จะถือว่า ก. ผิดฐานพยายามทำให้ ข. ตายโดยไม่เจตนาตามมาตรา 290 ,80 ไม่ได้

## 2.3 แนวคิดการกำหนดสัดส่วนระหว่างสถานะจิตใจกับการกระทำในความรับผิดทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal liability of Attempts)

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดทางอาญาลักษณะหนึ่ง พื้นฐานความรับผิดของการพยายามกระทำความผิดตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกระทำ (acts) และจิตใจ (mind) ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาเช่นกัน การพยายามกระทำความผิดเป็นการแปรสภาพสถานะทางจิตใจออกมาเป็นการกระทำที่ถึงขั้นกฎหมายพยายามบัญญัติให้เป็นความผิด สัดส่วนระหว่างสถานะทางจิตใจและสถานะทางการกระทำเพียงใดที่กฎหมายถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดนั้น มีพื้นฐานมาจากแนวคิดการกำหนดสัดส่วนระหว่างสถานะทางจิตใจกับการกระทำในความรับผิดทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal liability of Attempts) 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) และทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) มีรายละเอียดดังนี้

### 2.3.1 ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory)

ทฤษฎีอัตตะวิสัยเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าทฤษฎีเหตุผล แนวคิดความรับผิดทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้มุ่งให้ความสำคัญกับสัดส่วนด้านสถานะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ โดยมองจากพฤติกรรมของบุคคลผ่านเจตนาและความเชื่อของผู้กระทำที่แสดงออกมาให้เห็นปรากฏทางการกระทำ หรือแสดงออกมาให้เห็นทางอุปนิสัยเฉพาะตัวของผู้กระทำ ยึดถือมาตรฐานของการตัดสินใจของผู้กระทำบนความมีสติและความรู้สึกของตนเองเป็นหลัก

เกี่ยวกับสถานะทางจิตใจของผู้กระทำในความรับผิดทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของพวกอัตตะวิสัย (subjectivism) นี้มีความเห็นแตกต่างกันออกเป็น 2 แนว

#### 2.3.1.1 เกณฑ์ความรับผิดของการพยายามกระทำความผิดตามแบบอัตตะวิสัย

ก. เกณฑ์ความรับผิดอาญาแบบการเลือก (choice) นักทฤษฎีอัตตะวิสัยแบบการเลือกยืนยันว่าสามารถสันนิษฐานอย่างถูกต้องว่าผู้กระทำเป็นผู้ผิดต่อเมื่อ การกระทำที่ผิดเหล่านั้นเขาเป็นผู้เลือกที่จะกระทำ การกระทำใด ๆ ในสิ่งที่ถือว่าเขาต้องรับผิดชอบอยู่ที่การเลือกของเขา การเลือก (choice) หมายถึง ความมุ่งหมายของเจตนาและความเชื่อของเขา เจตนา คือ ผู้กระทำเลือกที่จะ

กระทำตามเจตนาที่เขาจะกระทำหรือที่เขาเชื่อว่าตัวเองกำลังกระทำ ฉะนั้นความรับผิดชอบของเขาคควรตั้งอยู่บนเจตนาหรือสิ่งที่เขาเชื่อว่าตัวเองกำลังจะกระทำนั่นเอง

Ashworth ได้นิยามแนวความคิดอัตตะวิสัยในแบบตัวเลือกไว้ว่าควรถือว่าผู้กระทำทั้งหลายจะต้องรับผิดชอบทางอาญาสำหรับสิ่งที่พวกเขาเจตนากระทำไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นหรือไม่ได้เกิดขึ้น และเขาต้องถูกพิพากษาบนพื้นฐานของสิ่งที่พวกเขาเชื่อว่าพวกเขากำลังกระทำไม่ใช่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ซึ่งเขายังไม่รู้ในขณะนั้น Ashworth ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบสำหรับเจตนาและความเชื่อของพวกเขามากกว่าจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของพวกเขา คำอธิบายนี้หมายถึงควรที่จะพิสูจน์การกระทำสำหรับสิ่งที่ถือว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในความหมายของสิ่งที่พวกเขาเจตนากระทำหรือเชื่อว่าพวกเขากำลังกระทำ ผู้กระทำต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของพวกเขาอย่างที่เขาได้เลือกไว้เท่านั้น

กรณีสถานการณ์ที่ผู้กระทำผิดเชื่อว่าจะเป็นเช่นนั้น ไม่ว่าจะการกระทำจะสำเร็จหรือล้มเหลวเกณฑ์ความรับผิดชอบอัตตะวิสัยจะเหมือนกันคือรับโทษเท่ากัน พวกอัตตะวิสัย อธิบายว่าการที่เขาเจตนากระทำอาชญากรรมนั้นและได้กระทำในสิ่งที่เขาเชื่อว่าจะเป็นหรืออาจจะเป็นการก่ออาชญากรรมนั้น เขาเลือกที่จะกระทำอาชญากรรมหนึ่งเท่าที่เขาสามารถกระทำได้ แน่ใจว่าเจตนาของเขาเป็นไปอย่างเต็มใจไม่มากนักน้อย ความเชื่อของเขาเป็นความมั่นใจหรือเหตุในการกระทำของเขาไม่มากนักน้อย ผลของการพยายามกระทำความผิดที่ประสบความสำเร็จอาจเป็นความเต็มใจ ไม่มั่นใจ หรือไม่มีความสามารถกระทำ หรือความพยายามที่ไม่ประสบความสำเร็จอาจเป็นการกระทำที่เป็นไปอย่างเต็มใจ มั่นใจ และมีความสามารถกระทำ ข้อเท็จจริงเล็ก ๆ น้อย ๆ ของความล้มเหลวในการกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่ไม่สัมพันธ์กันในลักษณะเฉพาะของผู้กระทำ ดังนั้นจึงไม่ควรส่งผลกระทบต่อคำพิพากษาลงโทษตัวผู้กระทำ คือ ไม่ว่าจะการพยายามกระทำผิดจะสำเร็จหรือไม่โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำควรมีระดับเท่ากัน ข้อสรุปดังกล่าวข้างต้นเป็นแนวคิดของพวกอัตตะวิสัยที่เชื่อว่าการพิพากษาลงโทษควรจะขึ้นอยู่กับความเป็นผู้ผิดทางอาญา ข้อเท็จจริงเล็กน้อยของความล้มเหลวไม่สามารถลดความเป็นผู้ผิดของผู้กระทำได้ การพิจารณาตัดสินความผิดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในการเลือกของเขาที่จะกระทำอาชญากรรม โดยมุ่งไปที่ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นของการพิพากษาลงโทษในการลดอาชญากรรม

กล่าวโดยสรุป แนวความคิดอัตตะวิสัยแบบทางเลือกได้แสดงเจตนาโดยนัยว่าข้อเท็จจริงเล็กน้อยของความสำเร็จหรือล้มเหลวนี้ไม่ควรจะส่งผลกระทบต่อคำพิพากษาลงโทษ

ข. เกณฑ์ความรับผิดชอบลักษณะเฉพาะหรือลักษณะนิสัย (character) นักทฤษฎีอัตตะวิสัยแบบลักษณะเฉพาะหรือลักษณะนิสัยเห็นว่าเราควรอ้างหลักการรับผิดชอบทางอาญาโดยใช้ลักษณะเฉพาะหรือพฤติกรรมนิสัยของตัวเองที่แสดงให้เห็นการกระทำของผู้กระทำ อัน

ประกอบด้วยความมุ่งหมาย กิริยาท่าทาง หรือเจตนา อันเป็นส่วนประกอบของลักษณะความประพฤตินี้สัมพันธ์กันในทางกฎหมาย แต่เกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาแบบลักษณะเฉพาะหรือแบบลักษณะนิสัยนี้ไม่เป็นที่นิยมในการนำมาอธิบายความรับผิดชอบในทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด

### 2.3.1.2 บทบัญญัติของการพยายามกระทำความผิดตามแบบอัตระวิสัย

กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดในแบบทฤษฎีอัตระวิสัยจะเคร่งครัดในเรื่องเจตนาและความเชื่อของผู้กระทำ โดยไม่คำนึงถึงว่าจะก่อให้เกิดผลเสียหายขึ้นหรือไม่ กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดในแบบอัตระวิสัยจะคำนึงเฉพาะสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ ซึ่งแนวคิดนี้เป็นปอเกิดของบทบัญญัติกฎหมายพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน (Impossible attempts)

2.3.1.3 การกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแบบอัตระวิสัย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. การกำหนดโทษแบบทฤษฎีอัตระวิสัยที่เคร่งครัด เกณฑ์การกำหนดโทษ และระดับการลงโทษของการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของพวกอัตระวิสัยที่เคร่งครัดนั้น มีความเห็นว่าเกณฑ์การลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จนั้นไม่ควรลงโทษให้รุนแรงน้อยกว่าการพยายามกระทำความผิดที่เป็นความผิดสำเร็จ การลงโทษตามแนวคิดอัตระวิสัยที่เคร่งครัดเห็นว่าข้อเท็จจริงของการกระทำที่ไม่สำเร็จนั้นขึ้นอยู่กับ “ความบังเอิญ” (Chance) หรือ “โชค” (Luck) ของการกระทำ ซึ่งมีความไม่แน่นอน ฉะนั้นโทษและการกำหนดโทษของการพยายามกระทำความผิดนั้นไม่ควรแปรเปลี่ยนไปตามความบังเอิญหรือโชค การกำหนดโทษและการลงโทษความผิดพยายามนั้นควรขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำเท่านั้นไม่นำผลสำเร็จหรือไม่สำเร็จของการกระทำมาพิจารณาซึ่งไม่แน่นอน ดังนั้นเกณฑ์การรับผิดชอบทางอาญาของพวกอัตระวิสัยที่เคร่งครัดการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จจะถูกลงโทษเทียบเท่ากับความผิดสำเร็จเลยทีเดียว โดยไม่คำนึงถึงผลที่เกิดหรือไม่เกิดขึ้นของการพยายามกระทำความผิด<sup>62</sup>

<sup>62</sup> ในเรื่องนี้มีผู้เห็นว่าหลักกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดของไทยนั้นยึดถือตามแนวคิดอัตระวิสัย คือ พิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ แต่บทกำหนดโทษของ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 พิจารณาถึงความเสียหายเป็นสำคัญ ควรแก้บทบัญญัติของกฎหมายให้ผู้พยายามกระทำความผิดระวางโทษเท่ากับความผิดสำเร็จแต่ศาลอาจใช้ดุลยพินิจลดโทษให้ตามที่เห็นควรได้โดยพิจารณาถึงเจตนาและความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการพยายามกระทำความผิดนั้น อ้างถึงใน อัสนี ทุมมะวัฒน์. (2545). การลงโทษการพยายามกระทำความผิด (The Penalty for Attempts). หน้า 3.

ต่อมาภายหลัง ในผู้ที่มีแนวคิดแบบอัตตะวิสัยมักจะมีข้อถกเถียงกันเกิดขึ้น บ่อย ๆ ในข้อที่ว่าข้อเท็จจริงเล็กน้อยของการพยายามกระทำผิดที่ไม่เกิดผลสำเร็จนั้นควรจะเปลี่ยนแปลงผลของโทษหรือการกำหนดโทษทางอาญากับตัวผู้พยายามกระทำผิดด้วยหรือไม่ การพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จควรจะถูกลงโทษอย่างรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามกระทำผิดที่สำเร็จหรือความผิดสำเร็จทุกกรณีไปหรือไม่ อันก่อให้เกิดแนวคิดของพวกอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัดขึ้น ดังนี้

ข. การกำหนดโทษแบบอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัด การกำหนดโทษและระดับการลงโทษการพยายามกระทำผิดของพวกอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัด มีความเห็นทำนองเดียวกันกับแนวคิดตามแบบทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) ในข้อที่ว่าการพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จไม่ควรรับโทษเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามที่เป็นความผิดสำเร็จ แต่มีความแตกต่างในแนวคิดปลีกย่อยบางส่วน คือ แนวคิดตามแบบอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัดแบ่งแยกการพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จออกเป็นสองประเภท คือ

1) การพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ หมายถึง การพยายามกระทำผิดที่ผู้กระทำการทำตามเจตนาการเลือกของเขาในการนำไปสู่การกระทำผิดอาญาออกมาทั้งหมดแล้ว<sup>63</sup> ตามแนวคิดของพวกอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัดนี้เกี่ยวกับเกณฑ์การลงโทษการพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์นี้ มีความเห็นเป็นเช่นเดียวกันกับแนวความคิดของพวกอัตตะวิสัยที่เคร่งครัด คือ เห็นว่าการพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ควรถูกลงโทษอย่างเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามที่เป็นความผิดสำเร็จ กล่าวคือการพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์นั้นในส่วนของตัวผู้กระทำความผิดได้ลงมือกระทำการทุกอย่างไปทั้งหมดเท่าที่เขาสามารถกระทำอาชญากรรมนั้นได้แล้ว ตัวอย่างเช่น เขายิงปืนหรือวางระเบิดโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะฆ่าคน เขาได้กระทำการพฤติกรรมที่แสดงออกมาว่าเขาเจตนากระทำผิดของเขาออกมาทั้งหมดแล้วคือการยิง หรือการวางระเบิด เพียงแต่ในส่วนที่เหลือของการเกิดผลสำเร็จในความคิดนั้นขึ้นอยู่กับความบังเอิญ (chance) หรือโชค (luck) ของสถานการณ์ในการก่อให้เกิดความผิดสำเร็จเท่านั้น เกณฑ์ความรับผิดชอบเกี่ยวกับระดับการโทษของตัวผู้กระทำความผิดจึงควรไม่แตกต่างกัน

2) การพยายามกระทำผิดไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ หมายถึง การพยายามกระทำผิดที่ผู้กระทำการทำตามการเลือกของเขาแล้วแต่ยังไม่ถึงขั้นตอนสุดท้ายของเขาในการ

<sup>63</sup> การพยายามกระทำผิดประเภทนี้เทียบกันได้กับการพยายามกระทำผิดที่กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล

นำไปสู่การกระทำความคิดทางอาญานั้น<sup>64</sup> แนวความคิดของพวกอัสตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัดเกี่ยวกับเกณฑ์การลงโทษการพยายามกระทำความคิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์นั้นมีความเห็นแตกต่างกับพวกอัสตะวิสัยที่เคร่งครัด คือ เห็นว่าการพยายามกระทำความคิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ไม่ควรถูกลงโทษอย่างเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามที่เป็นผลสำเร็จ ความแตกต่างระหว่างความคิดสำเร็จกับความล้มเหลวในความคิดควรมีผลในระดับการลงโทษผู้กระทำในระดับหนึ่ง

เกณฑ์การกำหนดโทษตามแนวคิดอัสตะวิสัยแบบนี้เหมือนกับเกณฑ์การกำหนดโทษตามแนวคิดภาวะวิสัยที่มองว่าการพยายามกระทำความคิดดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดผลตามที่เจตนาไว้หรือไม่ ถ้าเกิดผลสำเร็จตามเจตนาที่รับโทษระดับหนึ่งถ้าไม่สำเร็จตามเจตนาที่รับโทษอีกระดับหนึ่ง โดยให้เหตุผลว่า เมื่อผู้กระทำหยุดการกระทำหรือถูกหยุดการกระทำไว้ก่อนที่เขาจะกระทำไปทั้งหมดที่มีที่ถือว่าเป็นการกระทำความคิดทางอาญานั้นเขาไม่ได้ดำเนินการตามทางเลือกของเขาไปจนถึงขั้นตอนสุดท้ายที่นำไปสู่การกระทำความคิดทางอาญานั้น โดยการหยุดการกระทำของเขาโดยสมัครใจจากการพยายามนั้นสามารถกล่าวได้ว่าเขาเลือกที่จะไม่กระทำความคิดอาญานั้น แต่แม้ว่าการกระทำความคิดที่ไม่สำเร็จนั้นเกิดจากการเข้าแทรกแซงจากภายนอกก็ตาม ผู้กระทำนั้นก็ไม่ได้กระทำมากเท่ากับบุคคลที่พยายามกระทำความคิดที่สำเร็จที่สมบูรณ์หรือการพยายามกระทำความคิดที่เกิดผลเป็นความคิดสำเร็จ ด้วยเหตุผลดังกล่าวการพยายามที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ควรจะถูกลงโทษรุนแรงน้อยกว่าพวกที่กระทำการพยายามที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ หรือความคิดสำเร็จไม่ว่าจะเป็นด้วยเหตุผลอะไรก็ตามที่พวกเขากระทำไม่สมบูรณ์

การพยายามกระทำความคิดที่ไม่เกิดผลเป็นความคิดสำเร็จอาจจะเป็นเรื่อง “โชค” (luck) บุคคลอาจพยายามกระทำความคิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์หรือพยายามกระทำความคิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์นั้นอาจจะเกี่ยวกับโชคที่ว่าผู้กระทำความคิดอยู่ในเหตุการณ์ที่มีโอกาสในการวางแผนหรือโอกาสที่จะดำเนินการตามเจตนาที่ก่ออาชญากรรมจนเกิดเป็นความคิดสำเร็จได้หรือไม่

แต่โชคตามสถานการณ์ประเภทนี้ไม่ใช่ประเภทที่แนวคิดอัสตะวิสัยแบบทางเลือกคิดพวกอัสตะวิสัยแบบทางเลือกนั้นคิดว่าโชคโอกาสในการกระทำความคิดแบบนี้ไม่ควรสัมพันธ์กับความรับผิดชอบในทางอาญาของการพยายามกระทำความคิด ผู้กระทำควรรับผิดชอบในการกระทำที่ตัวเองเลือกอย่างแท้จริงการที่ตัวผู้กระทำไปอยู่สถานการณ์หรือเหตุการณ์ใด ๆ ก็ตาม ระดับของโอกาสในการดำเนินการเจตนาในการก่ออาชญากรรมหรือโชคของตัวผู้กระทำประเภทนี้ไม่ควรเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในทางอาญา โอกาสดังกล่าวเป็นโชคที่ปรากฏออกมาภายหลัง โชคในทางการวางแผน

<sup>64</sup> การพยายามกระทำความคิดประเภทนี้เทียบกับได้กับการพยายามกระทำความคิดที่กระทำไปไม่ตลอด

และการดำเนินการตามการกระทำของบุคคลลักษณะนี้เป็น โชคที่เกิดขึ้นภายหลังตัวเลือกที่แท้จริงของผู้กระทำและไม่ได้ทำให้ลักษณะทางศีลธรรมของตัวเลือกที่แท้จริงของผู้กระทำแตกต่างออกไปแต่อย่างใด

หลักเกณฑ์ทั้งหลายของพวกอรรถะวิสัยในหลาย ๆ เนื้อหาบางความคิดมุ่งแสดงให้เห็นถึงบทบาทหน้าที่ในส่วนของการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญา (exculpatory) ด้วย เมื่อผู้กระทำได้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ ความคิดเห็นในแนวนี้เห็นว่ากรณีที่บุคคลผู้กระทำไม่นึกถึงว่าการกระทำนั้นของเขาอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นไม่ควรถูกพิพากษาลงโทษฐานทำความเสียหายทางอาญา ถึงแม้ว่าการกระทำของเขาที่จริงแล้วทำให้เกิดความเสียหายหรือความเสียหายอย่างเห็นได้ชัดเพราะเขาไม่ได้เสี่ยงทำความเสียหายดังกล่าวให้เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น กรณีที่เขาเชื่อโดยแท้จริงว่าผู้หญิงคนที่เขากระทำชำเรานั้นยินยอมต่อเขาในการกระทำนั้น เขาไม่ควรถูกลงโทษในข้อหาข่มขืนถึงแม้ความเชื่อของเขานั้นเป็นการผิดพลาดและไม่มีเหตุผล เพราะเขาไม่ได้เลือกที่จะเสี่ยงกระทำชำเราผู้หญิงโดยไม่ยินยอม เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในกฎหมายพยายามนั้นหลักเกณฑ์ของพวกอรรถะวิสัยแท้ ๆ ไม่ได้แสดงให้เห็นหน้าที่ในแบบการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญา (exculpatory) แต่จะแสดงให้เห็นในหน้าที่ในแบบกำหนดให้รับผิดชอบ (inculpatory) มากกว่า เช่น อิทธิพลแนวคิดของทฤษฎีอรรถะวิสัยในเรื่อง “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้” (Impossible Attempts) แต่ได้มีการนำแนวคิดพวกอรรถะวิสัยมาใช้ในการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาเช่นกัน เช่น เรื่องสำคัญผิด หรือได้นำแนวคิดพวกอรรถะวิสัยแบบยอมรับการลดหย่อนการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จไปใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาด้วย ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการขยายแนวความคิดกฎหมายพยายามตามแบบอรรถะวิสัยออกไปไกลเกินกว่าขีดจำกัดที่มีอยู่เข้าไปในส่วนแนวคิดภาวะวิสัยด้วย

### 2.3.2 ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory)

ทฤษฎีภาวะวิสัยนั้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้กระทำ โดยมองว่าพฤติกรรมของผู้กระทำสิ่งที่เป็นข้อเท็จจริงที่มีอิทธิพลเหนือ หรือเชื่อมต่อกับโลกภายนอก

ทฤษฎีภาวะวิสัย หมายถึง แนวคิดที่ถือว่าความเป็นจริงทั้งหมดเป็นไปตามวัตถุประสงค์ และเป็นอยู่ภายนอกจิตใจ และถือว่าความเป็นจริงได้มาจากการสังเกตวัตถุหรือเหตุการณ์ เน้นวัตถุมากกว่าที่จะเป็นความรู้สึกนึกคิด เฟงเล็งสิ่งที่แสดงหรือสิ่งที่พุดถึงหรือวัตถุภายนอกมากกว่าสภาวะทางจิตใจ

นักทฤษฎีอรรถะวิสัยอธิบายเกี่ยวกับการกระทำทั้งหลายที่ถือเป็นข้อสันนิษฐานของตัวผู้กระทำสำหรับความรับผิดชอบของเขาโดยมุ่งถึงเจตนาภายใน (mind) ของตัวผู้กระทำ ตรงกันข้ามกับนักทฤษฎีภาวะวิสัยได้แย้งว่าไม่สามารถให้คำนิยามถึงสภาพภายในของตัวผู้กระทำในรูปแบบ

อรรถะวิสัยได้ โดยเห็นว่าการอธิบายลักษณะของการพยายามกระทำความผิดไม่ว่าจะอธิบายในรูปแบบของอรรถะวิสัยแบบใด ๆ ก็ตาม ก็ต้องอธิบายในรูปแบบของภาวะวิสัยบางส่วนด้วยเช่นกัน

### 2.3.2.1 เกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัย

นักทฤษฎีภาวะวิสัยเห็นว่าการอธิบายเรื่องสภาพจิตใจของผู้กระทำในการรับผิดชอบอาญาของการพยายามกระทำความผิดของพวกเขาอรรถะวิสัยเคลือบคลุมเกินไปที่จะเป็นประโยชน์ในการพิจารณา แนวคิดภาวะวิสัยไม่ถือว่าความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดควรขึ้นอยู่กับเกณฑ์เรื่องเจตนาและความเชื่ออย่างแท้จริงของผู้กระทำ เจตนาและความเชื่ออย่างแท้จริงของผู้กระทำนั้นไม่สัมพันธ์กันทั้งหมดกับความรับผิดชอบของพวกเขา นักทฤษฎีภาวะวิสัยปฏิเสธมุมมองของพวกเขาอรรถะวิสัยในเรื่องที่ถือเอาสภาพทางจิตใจของตัวผู้กระทำเป็นส่วนสำคัญทั้งหมดสำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดของตัวผู้กระทำ

เกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัยแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ

ก. เกณฑ์ความรับผิดชอบในสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงของการกระทำ เกณฑ์ความรับผิดชอบตามแนวคิดภาวะวิสัยแบบนี้เห็นว่า ความรับผิดชอบในทางอาญานั้นควรจะประกอบด้วยสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงของการกระทำ หรือความเป็นเหตุเป็นผลอย่างแท้จริงของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ในข้อเท็จจริงที่ว่าตัวผู้กระทำเจตนาจะให้ถูกผู้เสียหาย หรือตัวผู้กระทำเชื่อว่าะยังถูกผู้เสียหายนั้น ข้อที่จะต้องพิจารณาในความรับผิดชอบของตัวผู้กระทำในเกณฑ์ความรับผิดชอบแบบนี้คือ ในการยิงของผู้ยิงนั้นเข้าเป้าคือยิงถูกผู้เสียหายหรือพลาดเป้ายิงไม่ถูกผู้เสียหาย หรือตัวอย่างเช่นในข้อเท็จจริงที่ว่าผู้หญิงคนที่ถูกผู้กระทำข่มขืนกระทำชำเรานั้นยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ ถ้าพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นภายนอกของผู้หญิงแสดงให้เห็นได้ว่าเธอยินยอมต่อการกระทำชำเราของเธอ ข้อเท็จจริงที่จะต้องนำมาพิจารณาคือเธอนั้นยินยอมให้กระทำชำเราไม่ว่าในสภาพจิตใจของเธอจะยินยอมอย่างแท้จริงหรือไม่ก็ตาม

ข. เกณฑ์พิจารณาความรับผิดชอบแบบวิญญูชน เกณฑ์พิจารณาความรับผิดชอบประเภทที่สองนี้มองว่าความรับผิดชอบของบุคคลคนหนึ่งประกอบด้วยมุมมองของบุคคลที่มีเหตุผลคนหนึ่ง (บุคคลาธิฐาน)ว่าจะเชื่อหรือสำนึกในข้อเท็จจริงที่ว่าสิ่งที่ผู้กระทำนั้นถือว่าเป็นเช่นเขากระทำนั้นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงว่ามีต้นไม้ต้นหนึ่งอยู่ บุคคลที่มีเหตุผลคนไหน ๆ ก็จะเห็นทันทีว่าเป็นต้นไม้ต้นหนึ่ง หรือวิถีทางที่บุคคลที่มีเหตุผลคนไหนก็จะเห็นทันทีว่าผู้กระทำคาดหวังที่จะได้รับเป้าหมายหรือมีวัตถุประสงค์ทางอาชญากรรมอย่างไร หรือที่ว่าการกระทำของผู้กระทำจะทำให้เกิดอันตรายอย่างเห็นได้ชัดซึ่งบุคคลที่มีเหตุผลคนไหน ๆ ก็จะสำนึกได้ เป็นต้น

### 2.3.2.2 บทบัญญัติของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัย

บทบัญญัติของการพยายามกระทำความผิดตามแบบของทฤษฎีภาวะวิสัยนั้นจะมีมุมมองเคร่งครัดไปในส่วนการกระทำของผู้กระทำที่แสดงออกมาภายนอก และความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเห็นว่าการกระทำของผู้กระทำไม่มีส่วนสัมพันธ์กันกับเจตนาของตัวผู้กระทำในทุก ๆ กรณี กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดในแบบภาวะวิสัยจะคำนึงเฉพาะการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกของผู้กระทำเป็นสำคัญ ส่วนจิตใจเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งเท่านั้น บทบัญญัติของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัยไม่เห็นด้วยกับประเภทการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ (Impossible attempts)

### 2.3.2.3 การกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัย

การกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัยนั้น มีความเห็นว่าการกำหนดโทษและการลงโทษความผิดฐานพยายามนั้นไม่ควรขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำเท่านั้น และในการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จไม่ควรรับโทษเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการกระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งเหมือนกับแนวความคิดของพวก อัจตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัด เกี่ยวกับเกณฑ์การลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ คือ เห็นว่าความแตกต่างระหว่างความผิดสำเร็จกับความล้มเหลวในความผิดควรมีผลในระดับการลงโทษ การพยายามกระทำความผิดไม่ควรถูกลงโทษอย่างเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามที่เกิดผลเป็นความผิดสำเร็จ

ความเห็นที่แตกต่างกันระหว่างแนวคิดตามทฤษฎีทั้งสองนี้มีอิทธิพลถึงการบัญญัติโครงสร้างของกฎหมายพยายามกระทำความผิดในปัจจุบัน เช่น การยอมรับประเภทการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ (impossible attempts) หรือแนวคิดที่ไม่ควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับความผิดสำเร็จ เป็นต้น ซึ่งสุดท้ายแล้วจะมีความเห็นโน้มเอียงไปกับเหตุผลการชักนำของทฤษฎีใด บางคราวแนวคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดต่างกันไปในการทำงานเดียวกันหรือไม่ได้แตกต่างกันในผลลัพธ์ ที่ว่าการพยายามนั้นควรมีการปฏิบัติในทางกฎหมายเข้มงวดน้อยกว่าการความผิดสำเร็จ (แนวคิดภาวะวิสัยและแนวคิดอัจตะวิสัยเรื่องการพยายามที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์) และบ่อยครั้งการตัดสินความผิดฐานพยายามนั้นมีการประนีประนอมกันระหว่างภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติโดยมีความเกี่ยวข้องกับทฤษฎีการข่มขู่ที่ว่า การบัญญัติกฎหมายพยายามขึ้นมานั้นแนวคิดเพื่อเพิ่มความเล็งและอันตรายให้อาชญากรในการประกอบอาชญากรรม การลงโทษเล็กน้อยในการพยายามกระทำความผิดเป็นการป้องปรามอาชญากรและบุคคลอื่นในสังคม มิให้มีการกระทำเช่นเดียวกันกับอาชญากร เป็นเหตุผลที่สมควรในการลงโทษหากเทียบภัยอันตรายและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของอาชญากรหากกระทำไปจนเกิดผลสำเร็จ



## 2.4 แนวคิดและความเป็นมาในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

### 2.4.1 ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law

ในประเทศอังกฤษยุคต้น การพยายามกระทำความผิดเป็นสิ่งที่ไม่ได้ถูกกล่าวถึงและไม่ได้ได้รับความสนใจในกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอังกฤษในยุคต้นยืนยันหลักการทั่วไปที่ว่า การพยายามนั้นไม่เป็นอันตรายและไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ในยุคต้นของอังกฤษจึงไม่ลงโทษกรณีบุคคลที่พยายามกระทำอันตรายแก่บุคคลอื่นแต่ไม่ประสบความสำเร็จ มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยโดยเจาะจงในเรื่องนี้จำนวนน้อยมาก เท่าที่ค้นพบจะปรากฏอยู่ในคำกล่าวสั้น ๆ ในการศึกษาของมหาวิทยาลัยเกี่ยวกับวิชาเอกทางกฎหมายอาญาในเรื่องการกระทำผิดอาญาที่เกี่ยวกับศีลธรรม ในคำกล่าวของ Bracton ที่ว่า “..ทำนองเดียวกัน ถ้าหากบุคคลหนึ่งใช้กำลังบีบบดลูกผู้หญิงโดยจุดมุ่งหมายให้เกิดการคลอดโดยการทำแท้ง เขามีความรับผิดชอบตามกฎหมาย”<sup>65</sup> คำกล่าวของ Bracton เป็นคำกล่าวจำนวนน้อยที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับถึงหลักการที่ว่า การพยายามกระทำความผิดเป็นสาเหตุที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร โดยไม่ต้องมีความเกี่ยวพันถึงผลในความเสียหายจากการกระทำนั้น ถึงแม้ว่ากฎหมายอังกฤษในช่วงแรก ๆ จะไม่มี กฎเกณฑ์ในเชิงกำหนดการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิด แต่ก็มีกำหนดวิธีอื่น ๆ ในการยับยั้งการกระทำที่เป็นอาชญากรรม เช่น มีกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลจรจัด (The Vagrancy Laws) มีกฎหมายที่กำหนดความผิดและการจัดการอย่างกว้างขวางกับบุคคลบางประเภท ได้แก่ ความผิดฐานออกมาเดินเตร็ดเตร่ยามค่ำคืน, ความผิดอาญาเกี่ยวกับคนอันธพาล คนเร่ร่อน หรือคนที่ไม่มีอาชีพ, กฎหมายเกี่ยวกับการมั่วสุม, กฎหมายเกี่ยวกับการก่อจลาจล เป็นต้น กฎหมายว่าด้วยการมั่วสุม (rout) หมายถึง การที่บุคคลสามคนหรือมากกว่าเข้าร่วมมั่วสุมเพื่อจุดมุ่งหมายที่ผิดกฎหมาย ไม่ว่าพวกเขาจะปฏิบัติตามจุดมุ่งหมายที่เจตนาไว้หรือไม่ และมันจะเป็นความผิดเกี่ยวกับการจลาจล (riot) เมื่อพวกเขากระทำการตามความมุ่งหมายของเขาสำเร็จสมบูรณ์ ซึ่งมันเป็นการเอาใจใส่ถึงความปลอดภัยของสังคมแม้ว่าผู้กระทำความผิดเพียงแต่พบปะกันและแยกจากกันไปในสถานการณ์ดังกล่าวด้วยความยินยอมของตัวเองหรือไม่ก็ตาม กฎหมายอังกฤษสมัยแรก ๆ ยังเอาใจใส่ถึงการปฏิบัติต่อความประพฤติที่ไม่ชอบบางความประพฤติเสียแต่เนิ่น ๆ เช่น การไปไหนมาไหนพร้อมอาวุธ, การนำปืนพกที่บรรจุแล้วติดตัว, การมีปืนหรือหน้าไม้ไว้ในบ้าน, การดักข่ม, การชักดาบฟันแทงผู้อื่น, การใช้เวทมนตร์ทำร้ายผู้อื่น ถึงแม้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะไม่ได้รับผลความเสียหายใด ๆ แต่กฎหมายที่สำคัญและแสดงให้เห็นถึงรากฐานของกฎหมายพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษก็คือ กฎหมายเกี่ยวกับการกบฏ ได้แก่ The statute of 25 Edward III ค.ศ.1352 และ The statute of 21 Richard II

<sup>65</sup> Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p. 560.

ค.ศ.1397 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นอาชญากรรมและมีความผิดในกฎหมายในเรื่องความผิดฐานกบฏ แต่กฎหมายนี้ก็เป็กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองกษัตริย์และราชวงศ์เท่านั้นไม่ได้คุ้มครองรวมไปถึงประชาชนโดยทั่วไปด้วย

จนกระทั่งถึงกลางศตวรรษที่ 16 กฎหมายในเรื่องการพยายามกระทำความผิดได้รับการยอมรับอย่างไม่เป็นที่สงสัยในประเทศอังกฤษ และได้รับการพัฒนาขึ้นในรายละเอียดโดยการตัดสินคดีของศาลอาญากลางอังกฤษในกรุงลอนดอน (the court of star chamber) แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ของศาลอาญากลางอังกฤษไม่ได้เรียกร้องถึงการประดิษฐ์สร้างสรรค์ชนิดของการควบคุมทางกฎหมายประเภทใหม่ขึ้นมา ศาลอาญากลางของอังกฤษเพียงแต่ต้องการรับรองว่าประชาชนโดยทั่วไปสมควรจะได้รับการคุ้มครองเหมือนกับการปกป้องคุ้มครองกษัตริย์ (ในความผิดฐานพยายามกบฏ) มานับศตวรรษ ในการจัดการเกี่ยวกับสถานการณ์ของความประพฤติที่แสดงออกถึงขั้นตอนของการกระทำที่ประกอบด้วยเจตนาในการประกอบอาชญากรรม เช่น การคุกคามขู่เข็ญ, การขู่เข็ญด้วยถ้อยคำที่มีแนวโน้มจะใช้กำลังรุนแรง เป็นต้น อันเป็นการกระทำที่กำลังจะเริ่มขึ้นของความผิดและถือว่ามีโทษตามกฎหมาย โดยมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญคือ “การจำกัดความรุนแรงก่อนที่มันจะเริ่มขึ้น” (Nip violence in the bud and do that without hindrance from existing law)<sup>66</sup> ยังมีอีกหลาย ๆ กรณีในทำนองเดียวกันที่ศาลอาญากลางได้กล่าวถึง เช่น การดักข่มด้วยเจตนาที่จะทำร้าย ทุบตี หรือฆาตกรรม หรือการกระทำในลักษณะอื่น ๆ ทำนองเดียวกันก็เป็นความผิดเช่นกัน ต่อมาคำตัดสินของศาลอาญากลางมีการขยายการคุ้มครองออกไปเกินกว่าความประพฤติที่เป็นการกระทำในระยะเริ่มต้น ความประพฤติที่ไม่ดีในกรณีที่ยังคงไม่ถึงกับเป็นการคุกคาม ขู่โจม หรือทำร้ายร่างกาย เช่น กรณีจำเลยเพียงแต่วางมือบนกริช (dagger) ของเขา การกระทำเช่นนั้นของเขาถูกตัดสินว่ามีความผิดในศาลอาญากลางของอังกฤษ คดี Grosvenour v. Leveson ค.ศ.1537<sup>67</sup>, ข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้อื่น ๆ เช่น ในการชกถามที่อยู่ของ Mr.Richard Alkyn ของจำเลยบางคน การถามอย่างนั้นจำเลยอาจจะไม่มีวัตถุประสงค์ในการสังหารเขาแต่อย่างน้อยที่สุดต้องมีเจตนาทำร้ายเขา, การผ่านไปในส่วนสาธารณะหรือสถานที่อื่น ๆ จำนวนหลาย ๆ ครั้ง พร้อมด้วยคันธนูและลูกธนู และอาวุธผิดกฎหมายอื่น ๆ แสดงให้เห็นถึงเจตนาในการนำพานั้นด้วยวัตถุประสงค์ที่ไม่ดี, การพยายามอุตสาหะในการวางยาพิษเพื่อฆ่าผู้อื่น เป็นความผิดและถูกลงโทษในศาลนี้แม้ว่าไม่เคยกลายเป็นความผิดสำเร็จเลยก็ตาม ในคดีเหล่านี้จะเหมือนกันในส่วนที่เกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นพฤติกรรมอันใกล้ไปสู่การคุกคามเป็นการแสดงถึงการพยายามที่ไม่

<sup>66</sup> Jerome Hall. (1996). **General Principles of Criminal Law.** p. 565.

<sup>67</sup> Loc.cit. p. 565.

ได้ผลด้วยการเข้าแทรกแซงในเวลาที่เหมาะสม ในการพิจารณาถึงรายงานการตัดสินคดีต่าง ๆ ของศาลอาญากลางของอังกฤษ (the court of star chamber) โดยเฉพาะในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทำร้ายร่างกาย (assault) การจลาจล (riot) การพยายามฆ่า (attempts to kill) และชนิดของการฝ่าฝืนความสงบประเภทต่าง ๆ จำนวนทั้งหมดของการก่อความวุ่นวายและความร้ายแรงมีสิ่งหนึ่งที่แอบแฝงอยู่ในคำตัดสินดังกล่าวที่เห็นก็คือ การยอมรับถึงความสำคัญของลักษณะการกระทำภายนอกที่มีความเกี่ยวพันกับอันตรายที่ซึ่งควรจะหยุดไว้ เป็นการพยายามของศาลอาญากลางอังกฤษที่พยายามแสดงออกถึงการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดออกมาตามโอกาสเป็นครั้งเป็นคราว ด้วยถ้อยคำซ้ำ ๆ กัน

ถัดมาจากนั้นได้มีการกล่าวถึงสถานการณ์ที่นำไปสู่การนิยามทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายพยายามกระทำความผิดมากขึ้นคือ การดำเนินคดีการควลงันในศาลอาญากลางของอังกฤษ (The court star chamber) ในปี ค.ศ.1615 โดยการฟ้องร้องของ Francis Bacon อธิบดีกรมอัยการของอังกฤษ Bacon ซึ่งได้บรรยายถึงเรื่องการป้องกันขัดขวางการกระทำที่เป็นอันตราย (ความชั่วร้าย) ในการควลงัน และแนะนำว่าวิธีที่รอบคอบที่สุดในการขัดขวางก็คือ การทำให้การดำเนินการนั้นจบลงก่อนที่มันจะเริ่มขึ้น (nip the practice in the bud) โดยการลงโทษการกระทำทั้งหมดที่เป็นการตระเตรียมการ โดยเขากล่าวว่า “...สำหรับขอบอำนาจของศาลนี้ ผมถือว่าเป็นมูลฐานที่เชื่อถือได้ที่ว่า ที่ไหนก็ตามที่ความผิดอย่างหนึ่งหรือที่เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ ถึงแม้ว่ายังไม่ได้กระทำมัน (ความผิดนั้น) ลงไป การร่วมคบคิดหรือการปฏิบัติที่โน้มเอียงไปสู่ความผิดนั้นย่อมมีโทษอย่างเดียวกับความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) เช่น การกระทำการวางยาพิษแม้ว่ายังไม่เกิดผลขึ้น ,การดักข่มฆ่าผู้อื่นแม้ยังไม่มี การฆ่าผู้นั้น และในกรณีอื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน ควรมีการตัดสินลงโทษในศาลนี้ ไม่เพียงแค่นั้นในการเริ่มต้นและการเตรียมการกระทำความผิดในระดับด้อยกว่าที่ไม่ใช่ความผิดอุกฉกรรจ์ เช่น การตัดสินบนและการเตรียมพยานที่ไม่ใช่ประจักษ์พยานหรือไม่เคยเห็นเหตุการณ์มาให้การ ก็สมควรถูกดำเนินเช่นเดียวกันในศาลนี้...”<sup>68</sup>

เกือบจะสองศตวรรษที่ศาลอาญากลางของอังกฤษ (The court star chamber) รับเอาการวิเคราะห์เกี่ยวกับแนวความคิดการพยายามกระทำความผิดของ Bacon มาใช้เกือบจะคำต่อคำแต่ยังไม่เห็นมีการให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิด หรือกำหนด สร้างหลักเกณฑ์ ทฤษฎีเกี่ยวกับการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการตระเตรียมขึ้นมาใช้แต่อย่างใด แต่กระนั้นคำตัดสินของศาลอาญากลางก็มีอิทธิพลต่อการดำเนินคดีในศาลคอมมอนลอว์ (Common Law Court) อันนำมาสู่การสร้างหลักหรือทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ในภายหลัง

<sup>68</sup> Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal*. p. 568.

ต่อมาในยุค Common Law<sup>69</sup> ถึงแม้คำตัดสินของศาลอาญากลาง (The court star chamber) ยังคงมีอิทธิพลต่อศาลคอมมอนลอว์ (common law court) อยู่ในเวลาต่อมา แต่ภายหลังจากเวลาหลายปีผ่านไปก็ได้ถูกทดแทนและลบทิ้งไปโดยหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดที่ถูกสร้างขึ้นในศาลคอมมอนลอว์เอง<sup>70</sup> กล่าวกันว่าความเห็นของผู้พิพากษาในศาลคอมมอนลอว์โดย Lord Mansfield ในคดี Scofield ค.ศ.1784<sup>71</sup> เป็นต้นกำเนิดของทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดในประเทศอังกฤษ (แต่คำกล่าวเช่นนั้นก็ยังเป็นที่สงสัยอยู่)

ในคดี Scofield Mr.Scofield ครอบครองบ้านหลังหนึ่งในฐานะผู้เช่าและถูกฟ้องเพราะจุดเทียนไขและมีไม้จีดไฟในบ้านนั้นด้วยเจตนาวางเพลิงบ้านหลังนั้น แต่ยังไม่มีการเผา ถูกกล่าวหาว่าเป็นการพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์ ในคดีนี้ทนายความของ Mr.Scofield ขอมรับว่าถ้าจุดมุ่งหมายนั้นถูกดำเนินการให้เป็นผลสำเร็จก็จะเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรงอย่างหนึ่ง (misdemeanor) เขาขอมรับอีกด้วยการพยายามกระทำความผิดออกจากรั้วเป็นอาชญากรรม แต่เขายืนยันว่าการกระทำของ Scofield เป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) จึงไม่ใช่อาชญากรรมซึ่งจำเลยไม่ควรถูกลงโทษ โดยอ้างตามคดี Pedley ค.ศ.1782 ที่กล่าวว่า การพยายามกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) ไม่ใช่ความผิด การวางเพลิงเผาบ้านตัวเองไม่ใช่ความผิดออกจากรั้ว แต่ Lord Mansfield ได้อ้างถึงความผิดในชั้นรองลงไป เช่น การพยายามคิดสินบน , การขนส่งสินค้าขนแกะออกนอกประเทศอันเป็นความผิดโดยพระราชบัญญัติที่เป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) , การเก็บรักษาดินปืน , การก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้อื่น และการกระทำที่โง่เขลา โดยตรงไปสู่การฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นมีความผิดฐานพยายามและถูกลงโทษได้ Lord Mansfield ยืนยันว่าความผิดในชั้นรองลงไปสามารถเป็นความผิดฐานพยายามได้

<sup>69</sup> ในศตวรรษที่ 11 ถึง 15 เมื่อพวกนอร์มันเข้ามาครอบครองอังกฤษแล้ว กษัตริย์นอร์มันได้เข้ามามีบทบาทในกระบวนการยุติธรรมแทนที่ศาลท้องถิ่นโดยการจัดตั้งศาลหลวง (Royal Courts) ขึ้นเพื่อรวบรวมอำนาจจากขุนนาง จนกระทั่งปลายสมัยกลางศาลหลวงมีอำนาจครอบคลุมทั่วราชอาณาจักร วิธีการพิจารณาของศาลหลวงเป็นการใช้เหตุผลไปพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทแล้ววางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดจากการพิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ของข้อเท็จจริงนั้น (ratio decidendi) หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากประเพณีท้องถิ่นแบบเดิม การใช้วิธีนี้เรียกว่าเป็นการวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยศาล ในคดีก่อนมาใช้ในการตัดสินในคดีที่มีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันในภายหลัง เรียกว่า หลักคอมมอนลอว์ (common law). อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตลอร์ดและคอมมอนลอว์*. หน้า 59 – 61.

<sup>70</sup> Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p. 570.

<sup>71</sup> Ibid. p. 571.

ซึ่งเป็นการตัดสินที่ขัดกับคำตัดสินในคดีก่อน ๆ แต่ข้อคิดเห็นของ Lord Mansfield นี้ยังไม่น่าที่จะถูกกล่าวได้ว่าเป็นการวางข้อกำหนด ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดขึ้น<sup>72</sup>

จวบจนกระทั่งศตวรรษที่ 18 จึงได้มีพยายามจะค้นหาหลักเกณฑ์ และทฤษฎีที่อธิบายเป็นการทั่วไปมาอธิบาย ให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกลักษณะของการลงมือกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดและที่ไม่ใช่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด (ตระเตรียม) แต่ความคิดนี้ก่อให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างพวกที่เห็นว่าควรจะมีทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่ใช้ได้อย่างเหมาะสมเป็นการทั่วไปในกฎหมายพยายามกระทำความผิด เช่น Gordon และพวกที่มีความเห็นตามแนวคิด Common Law เดิม ที่เห็นว่ามันเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายในการค้นหาบทพิสูจน์ หรือทฤษฎีที่เป็นบทบัญญัติทั่วไปมาใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้

Gordon ให้ความเห็นในกฎหมายพยายามกระทำความผิดของสกอตแลนด์เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า<sup>73</sup>

“...มันเป็นการเคลือบคลุมมากที่ขอมให้ศาลนำเหตุผลเฉพาะตัวบุคคลคนไปใช้ในการตัดสินในแต่ละคดี สิ่งนั้นเป็นการเสนอความประทับใจในหลักฐานและการมุ่งหาเหตุผลของการให้ความยุติธรรมในแต่ละคดี หากลูกขุนคิดว่าจำเลยควรจะถูกลงโทษสำหรับการกระทำที่เขาได้กระทำไป พวกลูกขุนก็จะอธิบายลักษณะพฤติกรรมสิ่งที่จำเลยกระทำไปนั้นว่าเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด ไม่อย่างนั้นหากลูกขุนคิดว่าจำเลยไม่สมควรถูกลงโทษก็จะอธิบายลักษณะการกระทำนั้นว่าเป็นการตระเตรียมการ...”

Gordon เห็นว่า ควรจะมีทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่สามารถใช้ได้เหมาะสมเป็นการทั่วไปในกฎหมายพยายาม นักนิติศาสตร์พวกที่เห็นด้วยว่าควรจะมีบทบัญญัติโดยทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องนี้ ให้เหตุผลในการวางข้อกำหนดบรรทัดฐานที่แน่นอนสำหรับพื้นฐานของพฤติกรรมในการลงมือพยายามกระทำความผิดที่เป็นบทบัญญัติโดยทั่วไปนั้นว่า จะมีผลให้จำกัดดุลยพินิจของศาลในการตัดสินคดี และก่อให้เกิดความแน่นอนในการแปลความหมายที่ถูกต้องตรงกันในการใช้กฎหมายซึ่งเป็นแนวคิดตามแบบอย่างกฎหมายพยายามกระทำความผิดในปัจจุบัน อันเป็นแนวคิดที่

<sup>72</sup> ในสมัยนั้นมีข้อโต้แย้งกันอยู่ในศาลคอมมอนลอว์ว่าการพยายามกระทำความผิดจะมีเฉพาะความผิดอาญาที่ร้ายแรงเท่านั้นหรือไม่ การพยายามกระทำความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) ไม้มีความผิดฐานพยายาม แต่ความเห็นของ Lord Mansfield เป็นความเห็นที่วางหลักว่าความผิดฐานพยายามสามารถมีได้ในความผิดทุกประเภท as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 33.

<sup>73</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 33.

ต่างออกไปจากแนวทางปฏิบัติบนพื้นฐานของระบบ Common Law ในสมัยนั้น ที่ยึดถือรูปแบบแนวคิดมุ่งพิจารณาเหตุผลเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง (case by case)

ส่วนผู้ที่ยึดถือตามแนวคิด Common Law เดิม เห็นว่าเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายในการค้นหาทฤษฎี และบทพิสูจน์ที่เป็นบทบัญญัติโดยทั่วไปสำหรับเรื่องนี้ และเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะสามารถหาหลักทั่วไปสำหรับขอบเขตของความคิด เพราะประเภทของความคิดทั้งหลายนั้นมีรูปแบบลักษณะพฤติกรรมของการกระทำที่หลากหลายแตกต่างกันไป<sup>74</sup>

#### 2.4.2 ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law

ในสมัยกรีก Plato นักปราชญ์ชาวกรีก ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า “ใครคนหนึ่งที่มีความมุ่งหมายและเจตนาจะฆ่าผู้อื่น โดยผู้นั้นไม่ได้เป็นศัตรู กฎหมายไม่ได้ยินยอมให้ทำการเช่นฆ่าผู้นั้น ถ้าเขาได้ทำอันตรายแก่ผู้นั้นแต่ไม่สามารถฆ่าเขาได้.. น่าจะถือว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นการฆ่าและเป็น การกระทำการพยายามฆ่า.. หากแต่อาศัยความเกี่ยวพันกับ โชคและเหตุการณ์ในอนาคตทำให้ไม่สำเร็จ ด้วยความกรุณาของพระเจ้าเป็นเจ้า และด้วยความขอบุณของพระเจ้าเป็นเจ้าที่มอบให้หาก ผู้กระทำความตั้งใจขัดขวางการกระทำของเขาไม่ให้สำเร็จ ประกอบกับการชดใช้ค่าเสียหายสำหรับอันตรายจากการล่วงละเมิดนั้น ควรจะยกโทษตายและเนรเทศออกไป”<sup>75</sup>

ในสมัยโรมัน มีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในระดับต่ำ และลงโทษ บางครั้งบางครั้งตามโอกาส โดยถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความชั่วร้ายและเป็นอาชญากรรม โดยเน้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับเจตนามากกว่าข้อเท็จจริงของความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้กระนั้นมันก็ยังเป็นการไม่เด่นชัดว่าพวกเขาลงโทษการพยายามกระทำความผิดสมส่วนพอเพียงกับเจตนาของการประกอบอาชญากรรมหรือไม่ จากบันทึกกฎหมายที่ไม่ปะติดปะต่อกันในสมัยกลาง ได้แสดงให้เห็นถึงสภาพความแตกต่างระหว่างความห่างไกลและความใกล้ชิดของการกระทำผิด โดยให้ถือเป็นช่องว่างสำหรับการให้โอกาสในการสำนึกผิด เนื่องด้วยเหตุนี้จึงมีความเข้มงวดน้อยในการกำหนดโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิด บันทึกดังกล่าวยังได้แสดงให้เห็นถึงปัญหาในการแยกแยะในเรื่องกฎหมายพยายามอีกปัญหาหนึ่งก็คือข้อเรียกร้องในการวิเคราะห์คาดการณ์ถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด เป็นผลที่ตามมาเมื่อเริ่มกฎหมายยุคใหม่ในศตวรรษที่ 16 ได้มีข้อกำหนดในเรื่องกฎหมายพยายามปรากฏอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาที่สำคัญ ๆ ของบางรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา และในประเทศฝรั่งเศส เช่น The Carolina in 1532 และ The Ordonnance de Blois in 1579 เป็นต้น ต่อมาในปัจจุบัน<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Ibid. p. 34.

<sup>75</sup> Jerome Hall. (1996). **General Principles of Criminal Law.** p. 558.

<sup>76</sup> Ibid. p. 559.

การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับความผิดสำเร็จคือการกระทำ ประกอบกับผลสำเร็จของความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ เนื่องจากองค์ประกอบของความผิดสำเร็จ นั้นผูกพันอยู่กับผลสำเร็จของการกระทำ การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเกิด ความผิดสำเร็จนั้นจึงดูได้จากความสำเร็จในผลของการกระทำตามองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ ซึ่งเป็นนามธรรมที่ออกมาให้เห็นได้ชัดมากกว่าในการแบ่งแยกระหว่างขั้นตอนการเตรียม กระทำความผิดกับการลงมือพยายามกระทำความผิดที่วิทยานิพนธ์นี้ต้องการศึกษา การแบ่งแยก ระหว่างขั้นตอนการเตรียมกระทำความผิดกับขั้นตอนการลงมือพยายามกระทำความผิดนั้น ขึ้นอยู่กับการกำหนดขนาดของการกระทำที่จะถือเป็นหลักฐานพอเพียงว่าเป็นภัยอันตรายที่ควร จะกำหนดให้เป็นการพยายามกระทำความผิด หรือเรียกว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายพยายามต้องการ (criminal attempts acts requirement)

การกระทำที่กฎหมายพยายามต้องหมายมีลักษณะอย่างไร การกระทำที่กฎหมาย พยายามต้องการ เป็นกระทำจนถึงขั้นการลงมือกระทำผิดแล้วเรื่อยไปแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิด สำเร็จ ซึ่งเป็นการกระทำตั้งแต่ผ่านขั้นตอนการเตรียมกระทำความผิดเรื่อยมาจนถึงขั้นการเกิด ความผิดสำเร็จเลยทีเดียว แล้วลักษณะของการกระทำจนถึงขั้นการลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ยังไม่ เกิดเป็นความผิดสำเร็จมีลักษณะเป็นอย่างไร ด้วยเหตุที่บทบัญญัติกฎหมายอาญาของประเทศ ไทยและนานาประเทศไม่ได้อธิบายความหมายลักษณะของการกระทำที่ถึงขั้นการลงมือกระทำ ความผิดแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จนั้นเป็นอย่างไรไว้โดยชัดเจนในกฎหมาย<sup>77</sup> แต่จะปล่อยให้ นักนิติศาสตร์เป็นผู้สร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาอธิบายกันเองทำให้ประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาหนึ่งในการ ศึกษากฎหมายพยายามที่มีการถกเถียงกันอย่างมาก

การให้ความหมายลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดนั้นเป็นการกำหนด ขอบเขตของกฎหมายพยายามและเป็นการกำหนดจุดแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิด กับการเตรียมกระทำความผิด มีความสำคัญคือ เป็นการกำหนดจุดเริ่มต้นของการเอาผิดกับ บุคคลและการเริ่มต้นการเอาบุคคลเข้ามาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งหากกำหนดขนาด ของการลงมือกระทำความผิดในการพยายามกระทำความผิดแคบเกินไปอาจทำให้การกระทำบาง การกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมหลุดพ้นจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งส่งผล กระทบต่อความสงบสุขและประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรมในสังคมโดยรวม ส่งผลให้

<sup>77</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือการกระทำ ไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับความผิดนั้น”

สาธารณชนที่บริสุทธิ์ที่ควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐขาดความปลอดภัย หรือถ้าหากกำหนดขนาดของการลงมือกระทำความคิดในการพยายามกระทำความคิดกว้างเกินไปอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ อีกทั้งความคิดฐานพยายามเป็นความคิดที่อยู่ในบทบัญญัติทั่วไป มีความเกี่ยวพันไปถึงการวินิจฉัยความคิดในภาคความคิดต่าง ๆ ด้วย เช่น

1. ในการวิเคราะห์ถึงการกระทำผิดในภาคความคิด ถ้ายังไม่มีการกระทำถึงขั้นลงมือกระทำความคิด ถือว่ายังไม่มีการกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของการกระทำความคิดฐานนั้น ๆ ถือว่ายังไม่มีความคิดตามกฎหมาย เพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความคิด เช่น ปัญหาในการตัดสินใจในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความคิดฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ หรือความคิดฐานฆ่าคนโดยใช้ปืนยิง เป็นต้น

2. ในการวิเคราะห์บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการป้องกัน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ซึ่งการจะเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 ต้องเป็นการป้องกันภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย จุดใดที่เราจะถือว่าเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย หลัก ต้องเป็นการกระทำถึงขั้นลงมือ<sup>78</sup> ถ้าการกระทำยังไม่ถึงขั้นลงมือตามแนวทางปฏิบัติของศาล เช่น การชักปืนออกมาจากเอวเพื่อจะยิงแต่ยิงไม่ได้เล็งซึ่งถือว่ายังไม่ถึงขั้นเป็นความคิดตามกฎหมาย จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำที่เป็นภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 2285/2528<sup>79</sup> เคยวินิจฉัยว่ากรณีมีข้อเท็จจริงว่าผู้ตายมาพูดขอแบ่งวัวจากจำเลย จำเลยไม่ยอมแบ่งและชวนให้ไปตกลงกันที่บ้านผู้ใหญ่บ้านหรือที่บ้านกำนันแต่ผู้ตายไม่ยอมไปกลับชักปืนออกมาจากเอว จำเลยยอมเข้าใจว่าผู้ตายจะใช้ปืนนั้นยิงจำเลยอันเป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง การที่จำเลยยิงผู้ตายไป 1 นัด และผู้ตายถึงแก่ความตาย เป็นการป้องกันสิทธิของตนพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยไม่มีความผิด ในกรณีนี้ศาลเห็นว่าการชักปืนออกมาจากเอวแม้ยังไม่ถึงขั้นเล็งยิงถือว่ามีภัยอันตรายแก่ตัวผู้ถูกกระทำแล้ว ในเรื่องป้องกันถือว่าเป็นภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้ แต่ทำไมในเรื่องพยายามกระทำความคิดยังไม่ถือว่าเป็นภัยอันตรายอันใกล้จะเกิดผลสำเร็จของความคิดนั้น

3. ในการวิเคราะห์ถึงเรื่องตัวการประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 ,ผู้ใช้ มาตรา 84 และผู้สนับสนุน มาตรา 86 ซึ่งเป็นความคิดที่มีผู้ร่วมกันกระทำความคิดด้วยกันหลายคน การวิเคราะห์การกระทำความคิดกรณีเช่นนี้แบ่งการวิเคราะห์ผู้กระทำออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ผู้ร่วมกระทำ

<sup>78</sup> เกียรติขจร วัฒนสวัสดิ์. (2547). คำบรรยายวิชากฎหมายอาญา มาตรา 59-106. หน้า 251 – 276.

<sup>79</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2285/2528. สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>



ความผิด หมายถึง ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน กับผู้ลงมือ หมายถึง ผู้ที่ลงมือกระทำความผิดใน ความผิดฐานนั้นจริง ๆ ซึ่งความผิดของผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งเป็นตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนนั้นจะ อ้างอิงอยู่กับการกระทำความผิดของผู้ลงมือ ถ้าผู้ลงมือยังไม่ได้กระทำการถึงขั้นเป็นความผิด (ลงมือ) พยายามกระทำความผิด ผู้เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนก็ยังไม่มีความผิดตามกฎหมาย ยกเว้นมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษดังเช่นกรณีผู้ใช้ มาตรา 84 วรรค 2 เป็นต้น

การค้นหาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นการหาจุดสมดุลระหว่างสิ่งสองสิ่งระหว่าง ความสงบสุขและประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรมของสังคมโดยรวม (interests of the community) กับสิทธิเสรีภาพของประชาชน (individual freedom) ซึ่งมีความเป็นพลวัตสัมพันธ์ กับมุมมองการให้ความหมายของความยุติธรรม (criminal justice perspective) ในแต่ละสังคม แบ่ง ออกได้เป็น 6 มุมมอง คือ<sup>80</sup>

1. มุมมองในการควบคุมอาชญากรรม (Crime control perspective) แนวคิดนี้มองว่า อาชญากรเป็นผู้ขายโอกาสงใจกระทำผิดเพื่อประโยชน์ของตน การกำหนดนโยบายทางอาญาต้อง เน้นที่การควบคุมตัวผู้กระทำผิดและปกป้องสังคม เรียกร้องให้มีบทลงโทษหนักเพื่อสามารถข่มขู่ ผู้กระทำผิดมิให้กระทำผิดอีก จำกัดตัวผู้กระทำผิดออกจากสังคม ยอมรับโทษประหารชีวิต และ ส่งเสริมประสิทธิภาพของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

2. มุมมองทางสังคม (Rehabilitation perspective) แนวคิดนี้มองว่าระบบกฎหมายเป็น เครื่องมือการบำบัดดูแลประชาชนที่ไม่สามารถดูแลตัวเองได้ มองอาชญากรเป็นผลมาจากสังคมที่ ขัดแย้งไม่เท่าเทียม สังคมเป็นตัวก่อให้เกิดอาชญากรรมขึ้น ควรเพิ่มโอกาสทางสังคมให้กับบุคคล การลงโทษจำคุกไม่มีผลเป็นการปราบปรามมิให้ผู้กระทำผิดกระทำผิดซ้ำอีก

3. มุมมองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process perspective) แนวคิดนี้มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลจำกัดอำนาจรัฐต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นใหญ่

4. มุมมองในการแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำผิด (Nonintervention perspective) เป็น มุมมองที่มุ่งนำตัวผู้กระทำผิดกลับคืนเข้าสู่สังคม โดยเชื่อว่าองค์กรในกระบวนการยุติธรรมควร จำกัดบทบาทในการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับบุคคลในสังคม เพราะเห็นว่าภารกิจในกระบวนการ ยุติธรรมเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับบุคคลในสังคมไม่ว่าองค์กรใดจะก่อให้เกิดผลกระทบกับตัวบุคคลนั้น ในทางลบ เน้นการรื้อฟื้นความเป็นมนุษย์ให้น้อยที่สุด

<sup>80</sup> ชาญชวรัตน์ ไชยานุกิจ. (22 มิถุนายน 2544). การบริหารงานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.

5. มุมมองด้านความยุติธรรม (Justice perspective) มีแนวคิดที่ว่าภายใต้กฎหมายเดียวกัน ควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน เห็นว่าควรลดการใช้ดุลพินิจในกระบวนการยุติธรรม

6. มุมมองความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative justice perspective) มีแนวคิดที่ว่า จุดประสงค์ที่แท้จริงของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือการเสริมสร้างสันติสุขไม่ใช่การลงโทษ เห็นว่าการที่รัฐเพิ่มโทษเอาคนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นการกระตุ้นอาชญากรรมมากกว่าการป้องกันอาชญากรรม ควรให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรม การระงับข้อขัดแย้งควรเกิดขึ้นในสังคมมากกว่าในเรือนจำ

การให้ความหมายลักษณะของการลงมือพยายามกระทำ ความผิดตามที่กฎหมายพยายามต้องการจึงแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับมุมมองความยุติธรรมทางอาญาของแต่ละสังคม และการเห็นด้วยกับแนวคิดความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำ ความผิดที่กล่าวมาแล้วในทฤษฎีใด หากมีแนวคิดไปในทางทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) ระดับของการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำ ความผิดตามทฤษฎีนั้นจะแคบเพราะตำแหน่งของการลงมือกระทำ ความผิดจะเข้าไปใกล้กับขั้นการเกิดความผิดสำเร็จ หรือถ้าหากมีแนวโน้มไปในทางทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) ระดับของการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำ ความผิดจะกว้าง เพราะตำแหน่งของการลงมือกระทำ ความผิดจะเริ่มตั้งแต่เพียงมีการกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมไปแล้วเท่านั้นเลยทีเดียว

แนวคิดของประเทศ Common Law เดิมเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะสามารถกำหนดขอบเขต หลักเกณฑ์ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายในการให้ความหมายถึงลักษณะของการลงมือกระทำ ความผิด และกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกกระหว่างการลงมือพยายามกระทำ ความผิดกับการเตรียมกระทำ ความผิดขึ้นได้ เพราะในแต่ละความผิดจะมีชนิดของความผิด ประเภท และองค์ประกอบแตกต่างกัน การวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำ ความผิดควรขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจไปตามกรณี (case by case) ส่วนในปัจจุบัน ทั้งประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และ Civil law เห็นพ้องไปในแนวทางเดียวกันว่าควรมีการให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำ ความผิด และกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกกระหว่างการลงมือพยายามกระทำ ความผิดกับการเตรียมกระทำ ความผิดที่สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไปในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายขึ้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและแน่นอนในการใช้กฎหมาย<sup>81</sup>

ปัจจุบัน นักนิติศาสตร์ทั้งฝ่าย Common Law หรือ Civil Law ได้นำแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) และทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) ตามมุมมองของตนมาสร้าง

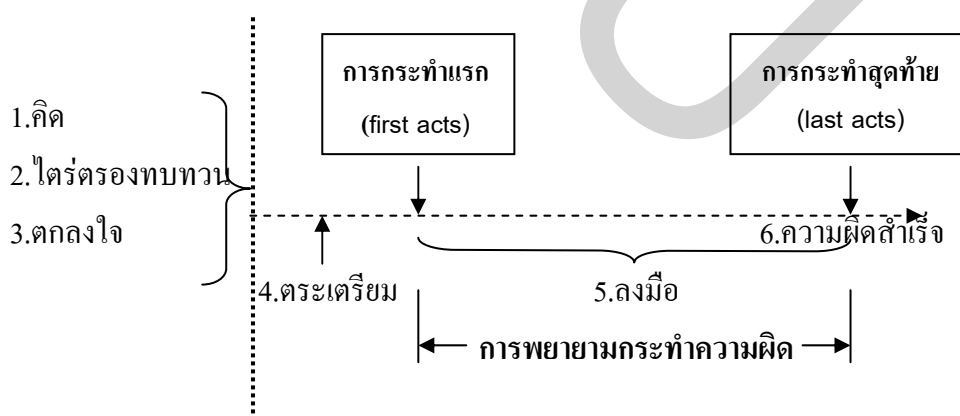
<sup>81</sup> Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 33.

เป็นทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ในการให้ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดตามที่กฎหมายพยายามต้องการ อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด ซึ่งได้แก่ ทฤษฎีการกระทำขั้นแรก (First act theory), ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last act theory), ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory), ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Act 1981) ของประเทศอังกฤษ, ทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal acts theory) ของประเทศเนเธอร์แลนด์, ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory), ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial Step Theory) ในข้อสันนิษฐานในบทบัญญัติการพยายามกระทำความผิดในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของประเทศเยอรมัน เป็นต้น ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

### บทที่ 3

#### ความหมาย และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิด กับการเตรียมกระทำความผิดในต่างประเทศ<sup>82</sup>

ความเหมาะสมของลักษณะพฤติกรรมภายนอกที่แสดงออกมา (acts) อย่างไรที่สื่อให้เห็นเจตนาจนถึงขั้นควรกำหนดให้เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดนั้นควรมีลักษณะอย่างไร ที่พอจะแยกแยะการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดออกจากการกระทำที่ไม่สมควรเป็นการพยายามกระทำความผิด (เตรียม) ในต่างประเทศได้มีการพัฒนาสร้างทฤษฎีต่าง ๆ ขึ้นมาเป็นหลักเกณฑ์ในการอธิบาย ในจำนวนทฤษฎีที่เป็นไปได้ในการอธิบายทั้งหลายนั้นทั้งหมดนำไปสู่ข้อโต้แย้งคัดค้านกันของสองแนวความเห็นคือ บ้างปรารถนาเพียง “การกระทำแรก” (first acts) ที่เรียกร่องเพียงบางการกระทำที่นำไปสู่การแสดงถึงการปรากฏของเจตนาประกอบอาชญากรรมเท่านั้น หรือบ้างปรารถนา “การกระทำขั้นสุดท้าย” (last acts)



ภาพที่ 3.1 แสดงลักษณะและตำแหน่งของการกระทำแรก (first acts) และการกระทำสุดท้าย (last acts)

<sup>82</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 33 – 72.

ที่เรียกร้องว่า ตัวผู้กระทำความผิดต้องมีการกระทำสำเร็จในที่สุดท้ายสำหรับการกระทำของเขาในการประกอบอาชญากรรมนั้นแล้ว ซึ่งพอจะแบ่งแยกอธิบายทฤษฎีต่าง ๆ ออกได้เป็นดังนี้

### 3.1 ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law

#### 3.1.1 ประเทศอังกฤษ

##### 3.1.1.1 ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory)

จากแนวโน้มนำในคำแนะนำของ Lord Mansfield ในคดี Scofield ค.ศ.1784 และคำพิพากษาคดีอื่น ๆ ต่อมาใน คดี Higgins ค.ศ.1801 คดี Chapman ค.ศ.1849 และคดี Ransford ค.ศ. 1874 ได้ก่อตั้งทฤษฎีการกระทำแรก (First act theory) ขึ้น และถือว่าเป็นการวินิจฉัยที่ก่อให้เกิดทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายพยายามกระทำความผิดสมัยใหม่ขึ้นมาในประเทศอังกฤษ<sup>83</sup>

เนื้อหาหลักดังกล่าวได้เสนอถึงทฤษฎีการกระทำแรกที่ว่า การลงมือพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำในการส่งเสริมผลักดันเจตนากระทำความผิดอาญาให้คืบหน้า ทรบเท่าที่ปราศจากการกระทำในการเปิดเผยเจตนาออกมากฎหมายจะไม่ลงโทษ แต่ในทันทีทันใดที่ได้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้ว กฎหมายจะพิจารณาตัดสินไม่เพียงแต่การกระทำที่กระทำไปแล้ว แต่พิจารณาถึงเจตนาที่กระทำลงไปด้วย และหากว่ามันเป็นเจตนาที่มุ่งร้ายและผิดกฎหมาย ถึงแม้ว่าการกระทำในตัวของมันเองจะไม่ผิด แต่มีเจตนากระทำที่เป็นการคิดอาญาจะทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นอาชญากรรมและต้องถูกลงโทษ

เหตุผล 2 ประการในทฤษฎีการกระทำแรกที่อาจจะมองเห็นถึงการวินิจฉัยที่กำหนดขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดเช่นนั้น คือ

1. เจตนาเป็นความคิด การกระทำเป็นแค่หลักฐานของเจตนาที่เป็นความคิดนั้น
2. แม้แต่การกระทำขั้นแรกในการดำเนินการกระทำความผิดอาญาก็เป็นการก่อให้เกิดอคติและก่อให้เกิดความเสียหายต่อชุมชนได้ (เป็นคำกล่าวในคดี Higgins ค.ศ.1801)

และด้วยเหตุนี้การกระทำแรกสมควรที่จะกำหนดให้เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดทางอาญา หลักการนี้ไม่ได้ต้องการขยายหรือเพิ่มขอบเขตของกฎหมายพยายามกระทำความผิดในการลงโทษจำเลย ในคดีเหล่านี้ผู้กระทำความผิดทั้งหมดมีแนวโน้มถึงการกระทำในอนาคตที่เป็นการคืบหน้าต่อไปกว่าการกระทำแรก คดี Scofield ค.ศ.1784<sup>84</sup> Mr. Scofield ได้วางสิ่งของและ

<sup>83</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 35.

<sup>84</sup> Scofield (1784) Cald 397,703 (Lord Mansfield). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996).

จุดเทียบไขไว้ด้วยเจตนาที่ต้องการเผาบ้านของเขา, คดี Higgins ค.ศ.1801<sup>85</sup> Mr. Higgins ได้ใช้ให้คนรับใช้ทำการลักทรัพย์ (เขาถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานพยายามขู่งส่งเสริมในความผิดฐานลักทรัพย์), ในคดี Ransford ค.ศ.1874<sup>86</sup> Mr.Ransford ได้เขียนจดหมายถึงเด็กผู้ชายชื่อเชียวให้เขามาพบโดยมีเจตนาที่จะกระทำชำเราเด็ก (เขาถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานขู่งส่งเสริมให้กระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ) แต่ในยุคต่อมา ศาลได้แสดงให้เห็นถึงความโน้มเอียงที่จะไม่รับเอาทฤษฎีการกระทำขั้นแรกนี้มาใช้

ในบางคำตัดสินของสหรัฐอเมริกา ดูเหมือนจะรับเอาทฤษฎีการกระทำแรกมาใช้แต่ไม่ได้ให้ความสนับสนุนจริงจัง เช่น ในคดี Stokes ค.ศ.1908<sup>87</sup> ศาลถือว่าเมื่อไรก็ตามที่มีการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงเจตนามุ่งหมายของบุคคลที่จะกระทำความผิดอาญา การกระทำแม้เพียงเล็กน้อยที่กระทำไปเพื่อดำเนินตามเจตนาต่อไปจะเป็นการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามในการประยุกต์ใช้ความคิดเห็นเหล่านี้ศาลได้แยกการลงมือพยายามกระทำความผิดออกจากการเตรียมการกระทำความผิดในบางคดีให้ไกลเกินไปกว่าการกระทำแรกด้วย เช่น ในคดี Griffin ค.ศ.1858<sup>88</sup> การกระทำของจำเลยที่ได้ดำเนินการไปไกลเกินกว่าการกระทำขั้นแรกในการดำเนินการตามเจตนามุ่งหมายต่อไปที่จะให้มาสามีของกลุ่มนอนของตน กรณีที่เธอจ้างมือปืนคนหนึ่ง พามือปืนไปยังที่คอยดักรอสามีในทางที่สามีจะมา และให้ปืนที่มีกระสุนเต็มแก่มือปืน เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด เป็นต้น

ในคดี Robles ค.ศ.1960<sup>89</sup> ศาลสหรัฐอเมริกาถือว่าการเขียนจดหมายจากแคลิฟอร์เนียถึงโรงงานผลิตเฮโรอีนใน Mexico ถ้ามามีเฮโรอีนจำหน่ายใหม่ ถือเป็นการใช้จดหมายในการติดต่อให้เกิดความสะดวกในการพยายามกระทำความผิดอาญาฐานนำเฮโรอีนเข้ามาในรัฐ California

มีข้อโต้แย้งสำหรับการกระทำในการลงมือพยายามกระทำความผิดในทฤษฎีการกระทำแรก คือ การกระทำที่เป็นการดำเนินการเพื่อความคืบหน้าไปสู่ความผิดนั้นจะถือกฎเกณฑ์อย่างไรว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำแรกที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามความหมายทฤษฎีการกระทำแรก เช่น ในการถือเอาการส่งจดหมายของ Mr.Robles เป็นการกระทำแรกในการ

<sup>85</sup> Higgins (1801) 2 East 5, 21. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 35.

<sup>86</sup> Ransford (1874) 13 Cox CC9. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). **Criminal Attempts**. p. 35.

<sup>87</sup> Stokes (1908) 46 So 627, Mississippi. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 36.

<sup>88</sup> Griffin (1858) 26 Ga 493 , Georgia. as cited in. Ibid. p. 36.

<sup>89</sup> Robles (1960) 185 F Supp 82 ,84 as cited in. Ibid. p. 36.

ดำเนินการตามแผนที่จะนำเอาเฮโรอีนเข้าประเทศ การกระทำเช่นนั้นก็อาจไม่ใช่การกระทำแรกในการดำเนินการตามแผนของเขาในการกระทำความคิดเช่นนั้น การกระทำแรกในการกระทำตามแผนของเขานั้นอาจจะเป็นการค้นหาที่อยู่ของโรงงานนั้นหรือการถือปากกาเพื่อเขียนจดหมายนั้นก็

### ก. ข้อดีของทฤษฎีการกระทำแรก

ทฤษฎีนี้มีสิ่งที่น่าสนใจอยู่ 2 ข้อ คือ

1) ดูเหมือนเป็นบทพิสูจน์ที่ตรงไปตรงมา ในการตัดสินของศาลต้องการพิจารณาเพียงว่าจำเลยได้กระทำการกระทำบางอย่างในการดำเนินการที่ส่งเสริมการก้าวไปสู่จุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขาหรือไม่

2) สามารถทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาแทรกแซงได้แต่เนิ่น ๆ เมื่อผู้ต้องสงสัยเริ่มมีแนวโน้มในการก่ออาชญากรรม โดยไม่ต้องรอนจนกระทั่งเขากระทำการเข้าใกล้การกระทำความคิดอาญา การปฏิบัติเช่นนี้เป็นการเพิ่มการป้องกันอาชญากรรมของตำรวจได้อย่างได้ผล

ลักษณะของการกระทำที่ทฤษฎีการกระทำแรกต้องการก็คือ ต้องการการกระทำใดการกระทำหนึ่งเพียงบางการกระทำที่เป็นดำเนินการส่งเสริมความคืบหน้าไปสู่ความคิด การกระทำเพียงแค่นี้ก็ถือเป็นหลักฐานเพียงพอต่อความคงอยู่และความแน่วแน่ของเจตนาแล้ว และควรจะเป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด

### ข. ข้อเสียของทฤษฎีการกระทำแรก

1) ข้อเสียของทฤษฎีการกระทำแรกที่เห็นได้ชัด คือ ทฤษฎีนี้กว้างมากเกินไป ตัวอย่างเช่นกรณีที่ตัดสินลงโทษ Mr. Ransford (ในคดีพยายามยุยงส่งเสริมให้กระทำชำเราผิดธรรมชาติ) และ Mr. Robles (ในคดีพยายามกระทำความคิดฐานนำเฮโรอีนเข้ามาในรัฐ California) พื้นที่ที่พวกเขาหยิบปากกาขึ้นมาเขียนจดหมายเท่านั้น

2) ตามทฤษฎีนี้รับเอาการรับสารภาพของจำเลยมาเป็นเจตนากระทำความคิดทางอาญาของจำเลยอีกส่วนหนึ่งด้วย

3) การพิสูจน์การลงมือพยายามกระทำความคิดตามทฤษฎีนี้กว้างมากถึงขนาดที่วกกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำผิดจะทำให้เกิดสมดุลที่ผิดระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและการปกป้องผลประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของชุมชน ข้อพิสูจน์ในทฤษฎีนี้มีความใส่ใจต่อการตรวจพบและจับกุมเหล่าอาชญากรเป้าหมายแต่เนิ่น ๆ แต่ด้วยความคำนึงถึงสมดุลต่อการเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคล ก่อให้เกิดข้อคำนึงในการพิจารณาและข้อเรียกร้องให้เกิดการคุ้มครองในการป้องกันอาชญากรรมตามทฤษฎีการกระทำแรก (first act theory) ให้แคบขึ้น

ค. ข้อพิจารณาในการเรียกร้องให้เกิดการคุ้มครองป้องกันอาชญากรรมในทฤษฎีการกระทำขั้นแรกให้แคบขึ้น 3 ประการ<sup>90</sup>

1) ถึงแม้ว่าเราจะมองไม่เห็นถึงคุณค่าในสิทธิของอาชญากร ในจุดมุ่งหมายของอาชญากรที่จะดำเนินการกระทำทางอาชญากรรมไปให้ไกลเกินกว่าการกระทำแรกก็ตาม แต่การขยายกว้างของการลงมือพยายามกระทำตามทฤษฎีการกระทำแรกนั้นจะก่อให้เกิดการตัดสินใจลงโทษคนหลายคนที่จะเตือนจะยกเลิกการกระทำโดยสมัครใจก่อนที่จะเข้าใกล้ความสำเร็จ อาจจะมีในบางกรณีที่แสดงให้เห็นว่าการมีกฎหมายที่เข้มงวดนี้ถูกต้อง แต่นี่ควรจะเป็นเรื่องของ การกำหนดให้เป็นข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่มีสถานการณ์รุนแรงเป็นพิเศษไม่ใช่เป็นบททั่วไปในกฎหมายพยายามกระทำความผิด ตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืนในประเทศอังกฤษตามพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำที่เป็นอาชญากรรม ค.ศ.1953 (Prevention of Crime Act 1953) หรือในเรื่องการครอบครองหรือเป็นเจ้าของสิ่งของที่มีเจตนาใช้ในการทำลายทรัพย์สินผู้อื่นตามพระราชบัญญัติความเสียหายจากการประกอบอาชญากรรม ค.ศ.1971 (Criminal Damage Act 1971)<sup>91</sup> เป็นต้น

2) กฎหมายพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีดังกล่าวจะนำไปสู่การบุกรุก และการกดขี่ข่มเหงของเจ้าหน้าที่ตำรวจสืบสวนในการค้นหาพยานหลักฐานที่ต้องการจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้น และยังสนับสนุนให้เชื่อมั่นอย่างมากกับการยอมรับสารภาพของผู้ต้องหาในกรณีที่ไม่มีความหลักฐานข้อสรุปอื่น ๆ ของความผิดว่าผู้ต้องหา มีความผิด ด้วยอันตรายทั้งหมดข้างต้นที่ก่อให้เกิดการใช้กฎหมายในทางที่ผิดจะก่อให้เกิดความล้มเหลวในกระบวนการยุติธรรม

3) ระบบกฎหมาย (ที่แตกต่างจากระบบบังคับควบคุมความประพฤติ เช่น กฎหมายในระบบเผด็จการ ,กฎหมายศาสนา ) ต้องปฏิบัติต่อประชาชนเหมือนเป็นผู้กระทำการปกครองตนเอง เพราะฉะนั้นควรจะปล่อยให้ประชาชนมีอิสระเท่าที่จะเป็นไปได้ในการตัดสินใจต่อการกระทำของพวกเขาเอง แม้ควรจะยอมให้ออกสาอาชญากรเป้าหมายซึ่งเป็นประชาชนคนหนึ่งในสังคมนั้นสามารถตัดสินใจด้วยตัวเองที่จะละทิ้งการดำเนินการกระทำความผิดทางอาญาของเขา (locus poenitentiae) ก็ตาม บางคนที่วางแผนและเริ่มกระทำตามเจตนาต่ออาชญากรรมและเป็นการกระทำที่น่าตำหนิแต่ก่อนที่เขาถูกนำตัวเข้ามาอยู่ภายใต้สภาพบังคับของกฎหมายเขาควรจะได้ออกสาเสียใจและกลับใจในการกระทำอาชญากรรมดังกล่าว รวมถึงให้เขามีโอกาสในการยืนยันที่จะกระทำการตามความต้องการของกฎหมายโดยสมัครใจเสียก่อน

<sup>90</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 37.

<sup>91</sup> Ibid.. p. 37.



### 3.1.1.2 ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory)<sup>92</sup>

จากการไม่เห็นด้วยกับข้อบกพร่องของทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ที่อาจจะก่อให้เกิดการตัดสินลงโทษคนหลายคนที่จะเจตนาจะยกเลิกการกระทำโดยสมัครใจก่อนที่จะเข้าใกล้ความสำเร็จ และการที่อาจนำไปสู่การบุกรุก และการกดขี่ข่มเหงของเจ้าหน้าที่ตำรวจ สืบสวนในการค้นหาพยานหลักฐาน รวมถึงข้อคำนึงในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เสมือนเป็นผู้กระทำการปกครองตนเอง โดยแสดงออกมาให้เห็นเป็นข้อพิจารณาในการเรียกร้องให้เกิดการคุ้มครองการป้องกันอาชญากรรมตามทฤษฎีการกระทำแรกให้แคบขึ้นนั้น นำไปสู่การนำเสนอทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ขึ้น ซึ่งใจความสำคัญของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย คือ การให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจ (locus poenitentiae) ละทิ้งการกระทำตามเจตนาของเขาโดยสมัครใจ จนกว่าเขาจะได้ลงมือกระทำการใด ๆ ไปจนหมดสิ้นแล้วในพฤติการณ์ที่เขาสามารถจะกระทำได้ในกรอบอาชญากรรมนั้น

กล่าวกันว่าอังกฤษเริ่มมีการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา Parke B ในคดี Eagleton ค.ศ.1855<sup>93</sup> คดีนี้จำเลยได้อ้างเท็จหลอกลวงว่าได้บรรจุขนมปังขายให้ผู้ซื้อตามจำนวนน้ำหนักที่แน่นอน และได้รับสินเชื่อ (Credit) จากผู้ซื้อว่าจะจ่ายเงินตามจำนวนภายหลัง แต่การหลอกลวงของเขาถูกจับได้ก่อนที่เขาจะได้รับการชำระเงินจากผู้ซื้อ ศาลอุทธรณ์ (Appeal Court) ถือว่าเขามีความผิดข้อหาพยายามได้เงินมาด้วยการหลอกลวง การกระทำของจำเลยเหลือเพียงแต่การได้รับเงิน การติดต่อกับผู้เสียหายของจำเลยถือเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยแล้ว การกระทำเหล่านั้นไม่ได้ห่างไกลจากการกระทำความผิดและการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยตรงที่นำไปสู่การกระทำความผิด ศาลอุทธรณ์ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด ในคดีนี้นั้นขั้นตอนต่อไปใด ๆ ในส่วนของจำเลยไม่มีความจำเป็นในการที่จะได้รับชำระหนี้ที่เกิดจากการหลอกลวงนั้นแล้ว แม้ว่าจะมีการให้เครดิตแก่กัน ซึ่งแม้การกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยนั้นไม่ได้ใกล้กับการชำระหนี้เงินเลยก็ตาม ในคดีนี้นั้นการกระทำต่อ ๆ มาขึ้นอยู่กับตัวของผู้เสียหายเองในการดำเนินการไปสู่การจ่ายเงิน (ถือได้ว่าเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยแล้ว ไม่มีการกระทำของจำเลยใด ๆ ที่เกี่ยวข้องในการตัดสินใจของจำเลยอีกแล้ว) ด้วยเหตุนี้สามารถที่จะถือได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด

Holmes J ได้ให้ข้อชวนคิดเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำขั้นสุดท้ายไว้ว่า “...เพียงแต่การกระทำสุดท้าย (last acts) นั้นสามารถบรรยายลักษณะของการกระทำ ในการลงมือพยายาม

<sup>92</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 37 – 42.

<sup>93</sup> Eagleton (1855) 6 Cox cc 559. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 37.

กระทำผิดได้หรือไม่ ด้วยคำเหตุคำพูดที่ว่า การกระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นการกระทำที่สุดท้ายที่จะสามารถทำให้ความคิดเป็นผลสำเร็จ บางคนถือเอากรณีเพียงแต่การลี้ภัยที่มีกระสุนเป็นการกระทำสุดท้ายในการเจตนาฆ่าเหยื่อ แม้ว่าเขายังไม่ได้กระทำการในขั้นสุดท้ายจริง ๆ คือ การเหนี่ยวไกปืนก็ตาม...”<sup>94</sup>

ก. การเพิ่มข้อพิจารณาในเรื่อง “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด” (immediately connected) เข้าไปในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย โดยผู้พิพากษา Park B

ต่อมาในคดี Roberts 1855 ผู้พิพากษา Parke B ได้เพิ่มเหตุผลในเรื่อง “การกระทำที่ห่างไกล” (remote) กับ “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด” (immediately connected) เขาไปเป็นข้อพิจารณาเพิ่มเติมในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แต่เขายังยืนยันว่ามีเจตนาที่จะเสนอการยกเลิกข้อเสนอทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินคดี Roberts นี้แต่อย่างไร

คดี Roberts ค.ศ.1855<sup>95</sup> (ความผิดฐานพยายามปลอมเหรียญกษาปณ์) Park B กล่าวไว้ว่า “...บางคนก็เอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มีเครื่องมือจำเป็นอื่นในการทำเหรียญปลอม มีความผิดฐานพยายามปลอมแปลงเหรียญกษาปณ์ สำหรับการกระทำของเขานั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดเข้าใกล้โดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรมแล้ว ด้วยเหตุที่การปลอมเหรียญเป็นความประสงค์อย่างเดียวกันที่ ทำให้เขาจัดหาแม่พิมพ์โลหะมา...”

Antony Duff<sup>96</sup> ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีนี้ไว้ว่าทำไม Parke B เรียกเรื่องการกระทำในตัวเองขั้นสุดท้ายของผู้กระทำผิดในคดี Eagleton บางทีเพราะว่าในคดี Eagleton ความสมบูรณ์ของความคิดนั้นต้องอาศัยการกระทำในอนาคตโดยคนอื่น แต่ในคดี Roberts ความสมบูรณ์ในการกระทำความคิดนั้นอาศัยเพียงการกระทำขั้นสุดท้ายของตัวผู้กระทำความผิดเองเท่านั้น

เห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงในคำตัดสินของ Parke B ระหว่างคดี Eagleton (พยายามได้เงินมาโดยหลอกลวง) กับคดี Roberts (พยายามปลอมเหรียญกษาปณ์) ซึ่งผสมผสานความห่างไกล (remote) และการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด (immediately connected) เข้ามาเป็นข้อตัดสินด้วย นอกเหนือจากการกระทำสุดท้ายของตัวผู้กระทำผิดเอง ในคดี Eagleton ก็คือการได้แม่พิมพ์โลหะมาอาจจะยังไม่ใช่การกระทำขั้นสุดท้ายในการปลอมแต่มันอาจจะใกล้ชิดกับการกระทำผิดสำเร็จแล้ว

<sup>94</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 37.

<sup>95</sup> Roberts (1855) Dears 539. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 38.

<sup>96</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 38.

ต่อมาจากการศึกษาของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) เห็นว่า การตัดสินในคดี Robinson ก็ได้อาศัยทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินด้วยเหมือนกัน ในคดี Robinson ค.ศ.1915<sup>97</sup> (ความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวง) คนชายฉกรรจ์คนหนึ่งแกล้งทำการปล้นร้านตัวเองโดยมีเจตนาที่จะโกงการประกันภัยของเขา เขาโทรศัพท์แจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจแล้วแต่ถูกจับได้ก่อนที่เขาจะติดต่อกับบริษัทประกัน ศาลตัดสินว่าเขามีความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวง แต่ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้กลับคำตัดสินกำหนดว่าการกระทำของเขาเป็นแค่การเตรียมเพื่อการลงมือพยายามกระทำความผิด และไม่ใช่วินิจฉัยที่เกี่ยวพันใกล้ชิดกับการกระทำความผิดสำเร็จ อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ยังได้ให้ความเห็นไว้อีกว่าเขาอาจจะมีความผิดได้ถ้ามีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมขึ้นว่าเขาได้ติดต่อกับบริษัทผู้รับประกันภัยเรียกร้องเอาเงินประกันภายหลังจากที่ได้หลอกลวง

หลังจากคดี Robinson นี้แล้วไม่ได้มีการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินเกี่ยวกับความผิดฐานพยายามโดยอาศัยแต่เพียงการกระทำสุดท้ายของผู้กระทำผิดเพียงอย่างเดียว การวินิจฉัยการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อมานั้นจะต้องอาศัยการกระทำต่อไปที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ (immediately connected) เข้ามาเป็นข้อตัดสินเพิ่มเข้ามาด้วย โดยแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ว่าจะไม่ใช่ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแต่เพียงอย่างเดียวมาเป็นข้อวินิจฉัยในการตัดสินเรื่องการลงมือพยายามกระทำผิดอีก

#### ข. ความหมายของการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts) ในความหมายของ Lord Diplock

การกระทำขั้นสุดท้าย หมายถึง “การตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยว” เปรียบเสมือน “การข้ามแม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ” (Rubicon-crossing)”

ผู้พิพากษา Lord Diplock ได้นำทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายมาใช้ตัดสินเช่นกันใน คดี Storehouse 1978 และได้อธิบายความหมายของการกระทำขั้นสุดท้ายให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ในคดี Storehouse ค.ศ.1978<sup>98</sup> Mr. Storehouse โกหกว่าตัวเองเสียชีวิต เพื่อให้ภรรยาของเขาที่ไม่รู้เรื่อง (innocent agent) ไปเรียกร้องรับเงินประกันชีวิตของเขา ศาลสูง (House of Lords) ถือว่าการกระทำเช่นนี้เป็น การพยายามได้ทรัพย์สินมาโดยการหลอกลวง (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักทรัพย์

<sup>97</sup> Robinson (1915) 2 KB 342, Law Com. 102, para. 2.24. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 38.

<sup>98</sup> Storehouse(1978) 84 Cr. App. R. 270. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 39.

ค.ศ.1968 (Theft Act 1968) ของอังกฤษ มาตรา 15(2) นั้น การได้มาซึ่งทรัพย์สินรวมถึงการให้อำนาจการทำให้ผู้อื่นสามารถได้ไปซึ่งทรัพย์สินด้วย)

Lord Diplock ได้โต้แย้งความต้องการของ Parke B สำหรับข้อพิจารณาในเรื่อง “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด” (immediately connected) และเห็นว่า “...การกระทำขั้นตอนสุดท้าย (last acts) นั้นควรหมายถึง” การที่ผู้กระทำนั้นได้ข้ามเส้นแบ่งระหว่างความลังเลและความตกลงใจของเขา โดยในการกระทำของเขาอย่างนั้นได้แสดงให้เห็นถึงการไม่เปลี่ยนแปลงในการเจตนาที่จะมุ่งไปสู่การกระทำความผิดสำเร็จ เว้นแต่ถูกขัดขวางหรือป้องกันจากการกระทำของเขาเช่นนั้น โดยไม่ได้ตั้งใจ.เปรียบเสมือนกับการข้ามแม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ (Rubicon-crossing)...”<sup>100</sup> (การตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยวของอาชญากร) การกระทำของ Mr. Stonehouse เป็นไปตามข้อกำหนดนี้ เมื่อเขาได้กระทำไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของเขาเพื่อให้ภรรยาได้รับเงินประกัน เป็นการกล่าวได้ว่าการกระทำขั้นสุดท้าย (last acts) ของ Mr. Stonehouse คือ การที่ Mr. Stonehouse ได้ตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยวข้ามเส้นแบ่งของความลังเล (Rubicon-crossing) แล้ว เมื่อเขามีการกระทำทางกายโดยการโกหกภรรยาของเขาแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการกระทำไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของเขาในการประกอบอาชญากรรมนั้นแล้ว โดยไม่มีการขัดขวางป้องกันการกระทำความผิดนั้นจากตัวเขาเอง ถือว่าการกระทำของเขาเช่นนั้นเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายตามทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแล้ว

ในข้อนี้เราสามารถกล่าวได้ว่าการกระทำขั้นสุดท้ายของ Lord Diplock คือ การตกลงใจที่เด็ดเดี่ยวของผู้กระทำความผิด ซึ่งเปรียบเสมือนกับการข้ามแม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ (Rubicon-crossing) เพียงเมื่อเขาได้กระทำไปทั้งหมดที่เกี่ยวกับการประกอบอาชญากรรมของเขาภายในกำลังความสามารถ โดยปราศจากการป้องกันขัดขวางจากเขาในการกระทำนั้น

อย่างไรก็ตามเราสามารถบอกความหมายของการตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยว (Rubicon-crossing) ได้กว้างกว่านี้ ตัวอย่างเช่น ทำไมเราไม่อาจจะกล่าวได้ว่า จำเลยในคดี Boyle ค.ศ.1987<sup>101</sup> มีการตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยวและมีความผิดข้อหาพยายามย่องเบา(ลักทรัพย์) เมื่อพวกเขาเริ่มลงมือเข้าประตูบ้านที่พวกเขาเจตนาเข้าลักทรัพย์ หรือในคดี Mr.White 1910 ว่า Mr. White เขาตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยว เมื่อเขายื่นแก้วน้ำมะนาวที่ผสมไซยาไนด์ขนาดไม่ถึงตายให้แม่ของเขาดื่ม โดยครั้งนี้เป็น

<sup>99</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 39.

<sup>100</sup> แม่น้ำรูบิคอน (rubicon river) เป็นแม่น้ำในนิยายหมายถึง แม่น้ำแห่งความตายที่คนตายข้ามไปแล้วไม่สามารถข้ามกลับมาได้อีก

<sup>101</sup> Boyle (1987) 84 Cr. APP. R. 270. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 39.

เจตนาผสมให้ดื่มเป็นครั้งแรกในจำนวนหลาย ๆ ครั้งต่อไป จนสามารถฆ่าเธอได้ในที่สุด<sup>102</sup> จำเลยเหล่านี้ไม่ได้กระทำการกระทำไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของพวกเขาที่จะประกอบอาชญากรรมแล้วหรือ ในกรณี Mr. White ยังต้องมีชายในค้ที่จะใส่ต่อ ๆ ไปอีกเพื่อวางยา กรณี Mr. Boyles ยังต้องเข้าไปในบ้านอีก ถึงกระนั้นอย่างน้อย เราอาจกล่าวได้ว่าในการทำของเขาเหล่านั้น เป็นการข้ามแม่น้ำรูบิคอนและเผาเรือแล้ว (Rubicon-crossing) การกระทำของพวกเขาเองที่ถือว่าการกระทำที่ข้ามแม่น้ำรูบิคอน คือ เขาได้ตกลงใจอย่างเด็ดขาดสุดท้ายในการดำเนินการกระทำความผิดของเขา และเป็นการกระทำที่เปรียบเสมือนเผาเรือ คือ ไม่สามารถเอากลับคืนหรือแทรกแซงขัดขวางป้องกันในการกระทำความผิดของเขาได้อีกแล้ว

อย่างไรก็ตามเราสามารถตัดสินใจได้ว่า การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด (immediately connected) หรือ เป็นการกระทำที่ตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยว (Rubicon-crossing) ถ้าเรานับรวมการกระทำของ Mr. White หรือของ Mr. Boyles เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด โดยดูว่าการกระทำของเขาทั้งหลายนั้นไม่สามารถกลับใจเอาคืนเข้าแทรกแซงแก้ไขได้อีกแล้ว (Rubicon-crossing) สิ่งนี้แม้ว่าจะไม่ได้ช่วยในการตัดสินใจ อย่างไรก็ตามก็ควรนับรวมเข้าไว้เป็นข้อพิจารณาด้วย

**ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้” (possible intervention) ในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย<sup>103</sup>**

Gordon พบว่าการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในกฎหมายของสกอตแลนด์ได้มีการเพิ่มข้อพิจารณาการให้โอกาสในการเข้าแทรกแซงการกระทำของอาญากร (possible intervention) หรือข้อพิจารณาในการให้โอกาสผู้กระทำผิดจะสามารถหยุดยั้งการกระทำความผิดของเขาได้เข้าไปในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย ซึ่งจะตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดต่อเมื่อเขาไม่ปรารถนาที่จะเข้าแทรกแซงก้าวก่ายป้องกันขัดขวางในการดำเนินการกระทำความผิดของเขาอีกแล้ว ข้อพิจารณานี้ได้ถูกกล่าวขึ้นในการตัดสินในคดี Tannabill and Nielson 1943 และ คดี Morton v Henderson 1956<sup>104</sup> โดยคำกล่าวที่ว่า “...การพยายามกระทำความผิดต้องการการกระทำที่แสดงออกมาให้เห็นชัด (Over Act) โดยจำเลยไม่สามารถเรียกเอาผลที่เกิดตามมากลับคืนได้ซึ่งเป็นการกระทำที่นำไปสู่การประกอบอาชญากรรม...” เช่น การแนะนำชักชวนผู้อื่นให้ยอมเส่นอรายงาน

<sup>102</sup> White (1910) 2 KB 124. as cited in, Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 39.

<sup>103</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 39 - 40.

<sup>104</sup> Tannabill and Nielson (1943) JC 150,153. and Morton v Henderson (1956) JC 55,58. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 40.

เท็จด้วยเจตนาหลอกลวง ไม่เป็นการพยายามหลอกลวง, บุคคลที่ส่งยาทำให้แท้งให้ผู้อื่นวางยาไม่มีความผิดข้อหาพยายามทำแท้ง การดำเนินการของเขาเหล่านั้นยังมีช่องว่างมากมายให้ย้อนกลับยกเลิกไม่ให้ความผิดสำเร็จในสิ่งที่เขาได้กระทำไปแล้วได้ เมื่อเขาสามารถเขียนบอกคนคนนั้นไม่ให้วางยา (คดี Baxter 1908)<sup>105</sup> แม้ว่าการกระทำของผู้กระทำเหล่านี้แต่ละคนได้กระทำสำเร็จในขั้นสุดท้ายแล้ว (มีการยืนยันอย่างแข็งขันในการกระทำ) และการกระทำของเขาเหล่านั้นต่างก็เป็นการกระทำโดยตรงนำไปสู่การประกอบอาชญากรรมแล้ว แต่เขาก็ยังคงสามารถเข้าแทรกแซงป้องกันการกระทำผิดเช่นนั้นของเขาได้

แต่อย่างไรก็ตามก็มีบางคดี เช่น คดี Ramage ค.ศ.1825 ,คดี Tumbleson ค.ศ.1863, คดี Semple ค.ศ.1937 ,คดี Angus ค.ศ.1935 และคดี Dalton ค.ศ.1951<sup>106</sup> ที่ยึดถือเพียงการกระทำในขั้นสุดท้ายเพียงพอสำหรับความผิดฐานพยายามแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีเหล่านั้นได้ปฏิเสธการใช้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการแทรกแซงที่เป็นไปได้ (possible intervention) โดยกล่าวว่าข้อพิจารณานี้จะทำให้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแคบเข้าอย่างมา

ข้อพิจารณาการเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้ (possible intervention) ดูเหมือนจะคล้ายกับข้อเรียกร้องของใจความสำคัญของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในเรื่องที่เกี่ยวกับการเคารพถึงเจตนาของอาชญากรในการให้โอกาสอาชญากรมีโอกาสตัดสินใจ (locus poenitentiae) การยอมรับและเฝ้าคอยอาชญากรให้มีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ จนกระทั่งเขาได้กระทำการกระทำบางอย่างที่เอากลับคืนมาไม่ได้ (irrevocable act) คือ มีลักษณะของ “การกระทำที่เอากลับคืนมาไม่ได้” (irrevocable act) ไปแล้ว ไม่มีโอกาสละทิ้งแผนการอีกแล้ว เช่น Mr.Eagleton สามารถตรวจแก้เนื้อหาให้ถูกต้องก่อนที่จะจะได้รับเงิน, Mr.Storehouse สามารถเปิดเผยตัวเองก่อนที่จะกรรขายของเขาจะได้รับเงินประกัน, บางคนที่วางยาพิษในกาน้ำชาซึ่งหวังให้เหยื่อเป้าหมายดื่มเขาสามารถเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันไม่ให้เหยื่อดื่มชานั้นได้ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามก็สามารถโต้แย้งในข้อพิจารณานี้ได้ว่ากรณีที่บางคนได้กระทำการกระทำในขั้นสุดท้ายแน่นอนไปทุกอย่างเท่าที่เขาารู้แล้วเกินกว่าจุดที่เขาจะเข้าแทรกแซงได้แล้ว แต่เรายังไม่แน่ใจเหมือนกันว่าเขายังคงสามารถเข้าแทรกแซงการกระทำดังกล่าวได้หรือไม่เมื่อเขาปฏิเสธว่าไม่ใช่โอกาสสุดท้ายที่เขาจะละทิ้งแผนการของเขา มันเป็นเรื่องภายในจิตใจของเขาเองที่ว่าเขาจะเข้าแทรกแซงหรือไม่เมื่อใดซึ่งเป็นสิ่งที่ยากจะชี้ให้ชัดเจนออกมา

<sup>105</sup> Baxter (1908) 16 SLT 475,477. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 40.

<sup>106</sup> Ramage (1825) Hume i 28 ,Tumbleson (1863) 4 Irv 426 , Semple (1937) JC 41 ,Angus (1935) JC 1 and Dalton (1951) JC 76. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 39.

ไม่ใช่ว่าความเห็นเรื่อง “การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้” (possible intervention) จะแปลความหมายอธิบายแสดงเป็นนัยถึงเรื่อง “การกระทำที่เอากลับคืนมาไม่ได้” (irrevocable act) เสมอไป เช่น ในคดี Mckenzie 1988<sup>107</sup> กรณีที่เหล่าจำเลยโดยการหลอกลวงได้ชักชวนเหล่าทนายความก่อให้เกิดการฟ้องร้องโดยไม่มีมูลต่อต้านบริษัทแห่งหนึ่งด้วยเจตนาที่จะได้เงินจากบริษัทนั้น ศาลถือว่ากรณีนี้เป็นการพยายามฉ้อโกง ด้วยเหตุที่กระทำในการชักชวนพวกทนายความให้เริ่มการฟ้องร้องนั้น พวกจำเลยได้ทำการกระทำซึ่งแสดงเจตนาออกมาให้เห็นชัดแล้ว (overt act) และการแนะนำชักชวนทำให้เหล่าทนายความเชื่อของจำเลยนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สามารถเรียกกลับคืนมาได้และนำไปสู่การกระทำความผิด ถึงแม้ว่าจำเลยจะสามารถละทิ้งการกระทำความผิดนั้น แต่พวกเขาไม่สามารถเรียกกลับคืน (recalled) หรือลบล้างออกไป (expunged) หรือทำให้ปราศจากมลทิน (blotted out) ในการกระทำนั้นของเขาได้แล้ว

การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้ (possible intervention) ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย หรือเกี่ยวข้องกับข้อพิจารณาการกระทำที่เอากลับคืนมาไม่ได้ (irrevocable act) จำเลยแต่อย่างใด เพราะเหล่าจำเลยยังคงถือเอาการกระทำเหล่านั้นโดยตลอด และไม่มีใครปล่อยให้เกิดความเป็นไปได้ที่จะเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันการเกิดผลของความผิดนั้น

ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นการยึดถืออย่างเคร่งครัดในแนวคิดเรื่อง “การให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจ” (locus poenitentiae) หมายถึง การให้อาชญากรมีโอกาสละทิ้งถอนคืนการกระทำตามเจตนาของเขาโดยสมัครใจ แนวคิดเช่นนี้เป็นการหลบเลี่ยงความรับผิดชอบในทางอาญา ส่วนหนึ่งดูเหมือนว่าไม่เห็นด้วยกับส่วนดีของทฤษฎีการกระทำแรก แต่ทฤษฎีนี้ก็ยังคงมีความไม่แน่นอนอยู่เหมือนกัน

#### ง. ข้อดี ข้อเสียของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย

1) ข้อดี ของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย คือ การรับความคิดเรื่อง “การให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ” (locus poenitentiae) อย่างจริงจัง เป็นการเคารพในการตัดสินใจของบุคคลในการให้อาชญากรในทุกโอกาสที่จะเพิกถอนการกระทำของเขาโดยสมัครใจเพื่อหลีกเลี่ยงการรับผิดชอบในทางอาญา

2) ข้อเสีย ของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายที่เห็นได้ชัด คือ มันแคบเกินไป อาจทำให้การพยายามขโมย หรือการพยายามข่มขืนกระทำชำเราเกือบจะเป็นไปไม่ได้ หากว่ามีข้อเท็จจริงที่ว่าผมถือเอาทรัพย์สินของผู้อื่นผมมีความผิดข้อหาลักทรัพย์ หากว่าถ้าผมไม่ได้ถือเอาทรัพย์สินผู้อื่น

<sup>107</sup> Mckenzie (1988) SLT 478. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 40.

จริง ๆ ถือว่าผมไม่ได้กระทำการกระทำขั้นสุดท้าย ดังนั้นจึงอาจไม่มีแม้แต่การกระทำการพยายาม ลักทรัพย์ ชายคนหนึ่งที่สำเร็จความใคร่โดยไม่มีคามยินยอมถือว่ากระทำการข่มขืนกระทำชำเรา แต่การที่ชายคนหนึ่งที่กระทำชำเราอยู่แต่ยังไม่สมบูรณ์ถือว่าไม่ได้กระทำการกระทำขั้นสุดท้าย ดังนั้นจึงยังไม่ถูกตัดสินลงโทษข้อหาพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ทฤษฎีนี้จะปล่อยตัวคนที่ประสงค์จะเป็นฆาตกรที่ถูกจับได้ขณะนี้อยู่ในโกปิ่น หรือคนที่ประสงค์จะลอบวางเพลิงและถูกจับได้ขณะถือไม้ขีดจุดไฟแล้วพ้นผิดไป

ความหมายโดยนัยเหล่านั้นแสดงให้เห็นถึงการไม่ยอมรับในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แม้อาจเห็นว่าทฤษฎีนี้จะไม่ทำให้ตำรวจสืบโอกาสเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันอาชญากรรม ก่อนที่จะเข้าใกล้ความผิดสำเร็จ ในเหตุผลที่ว่าไม่สามารถให้ความวางใจตำรวจได้ในกฎหมาย พยายามกระทำความผิดก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามไม่มีข้อสงสัยเลยว่าเป็นการลดประสิทธิภาพ บังคับของกฎหมายเมื่ออาชญากรเป้าหมายจะรู้ว่าพวกเขาสามารถกระทำการเข้าใกล้ความผิดสำเร็จ แค่นั้น โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญา มันจะเป็นการบังคับให้ตำรวจต้องเลือกระหว่างการเข้าแทรกแซง แต่เนิ่น ๆ เพื่อเข้าป้องกันอาชญากรรม และการรอจนกระทั่งอาชญากรเป้าหมายได้ทำการกระทำถึงขั้นตอนสุดท้ายที่จะทำให้แน่ใจถึงการตัดสินว่าจะมีความผิดและลงโทษอาชญากรนั้นได้ อันแสดงให้เห็นถึงการขาดไปถึงการรับรองในการป้องกันการก่อให้เกิดการกระทำความผิดว่าใครจะเป็นผู้เข้าทำการแทรกแซงขัดขวางการกระทำขั้นสุดท้ายของอาชญากรและควรจะทำเช่นนั้นเมื่อใด ในระบบกฎหมายที่ซึ่งตัดสินและลงโทษฆาตกรหรือคนที่ข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จ ควรจะตัดสินและลงโทษคนที่ประสงค์จะเป็นฆาตกรที่ถูกจับได้ขณะนี้อยู่ในโกปิ่นด้วยเหมือนกัน หรือคนที่ประสงค์จะข่มขืนกระทำชำเราที่ถูกจับได้ขณะกำลังจะชำเราเหยื่อ (กำลังจะชื้อ่วัยวะเพศลวงล้าเหยื่อ) ของเขาด้วยเหมือนกัน

เราจะไม่ใช่สิ่งที่เป็นอยู่อื่น ๆ บางส่วนที่เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งตัวผู้กระทำสามารถถูกลงโทษในมาตรฐานผิดอื่นในการกระทำเดียวกันนั้น เช่น ในกรณีที่มีผู้ข่มขืนเจตนากระทำชำเราเหยื่อเป้าหมายแต่ได้ทำร้ายร่างกายเหยื่ออย่างหยาบโลนด้วย เราจะละทิ้งการกระทำที่เป็นเจตนาในการพยายามกระทำชำเราซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หรือเจตนาหลักของเขา โดยการที่ไปพิจารณาเพียงความผิดในการกระทำเดียวกันคือการทำร้ายร่างกายอย่างหยาบโลนของเขาเท่านั้นหรือ ในการตัดสินลงโทษผู้กระทำควรจะต้องให้เห็นถึงลักษณะที่ไม่ถูกต้องในความประพฤตินั้นของเขาอย่างชัดเจนมากขึ้นว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดอย่างสมบูรณ์ สำหรับเรื่องการปล่อยให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ (locus poenitentiae) ปัญหาที่มีเช่นกันที่ว่าเราสามารถกำหนดขอบเขตขนาดที่เหมาะสมในเรื่องนี้ที่ยอมรับให้จำเลยมีโอกาสรละทิ้งโดยความสมัครใจ (voluntary abandonment) ได้อย่างไร



ในเรื่องนี้ในกฎหมายประเทศต่าง ๆ ก็มีการกำหนดเป็นข้อกฎหมายออกมาต่างหาก เป็นส่วนหนึ่งอยู่ในโครงสร้างส่วนของการการละเว้นโทษ หรือการลดโทษ เป็นต้น<sup>108</sup>

กล่าวโดยสรุปแล้ว ข้อเสนอที่แสดงออกมาให้เห็นตามทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) และ ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ได้แสดงให้เห็นถึงบรรทัดฐานการระบุลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแบบหนึ่ง แต่ขอบเขตของทฤษฎีทั้งคู่นั้นไม่กว้างเกินไป ก็แคบเกินไป ทฤษฎีการกระทำแรกครอบคลุมพฤติกรรมที่ไม่ควรจะเป็นอาชญากรรม ส่วนทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายก็ปฏิเสธการกระทำบางการกระทำที่ควรจะเป็นอาชญากรรม เรายอมรับกันแล้วว่าการลงมือพยายามกระทำความผิดต้องมีการแสดงการกระทำออกมาภายนอกแล้วแต่ปัญหาสำคัญก็คือเราจะกำหนดองค์ประกอบด้านการกระทำของกฎหมายพยายามอย่างไร เราควรจะยึดถือการกระทำแรก (first acts) หรือการกระทำสุดท้าย (last acts) เป็นลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดทางอาญา หรือเราควรจะขยายขอบเขตลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดจากการกระทำแรกไปถึงการกระทำขั้นสุดท้ายแค่ไหนเพียงใดจึงจะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการป้องกันการกระทำที่ควรเป็นอาชญากรรมกับการกระทำที่ไม่ควรเป็นอาชญากรรม

ในการหาข้อยุติในประเด็นนี้ก่อนคำถามสำคัญเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายพยายามว่า ทำไมกฎหมายต้องลงโทษคนที่พยายามกระทำความผิด และทำไมกฎหมายต้องการองค์ประกอบด้านการกระทำในการพยายามกระทำความผิดเช่นนั้น

คำตอบที่ให้ข้อคิดในคำถามแรก คือ เราตัดสินลงโทษคนที่พยายามกระทำความผิดเพื่อที่จะจับกุมผู้ที่เป็นอันตรายไว้แต่เนิ่น ๆ หรือเพื่อขัดขวางและลงโทษการกระทำที่เป็นอันตราย (เราลงโทษบุคคลนั้นหรือเราลงโทษการกระทำของบุคคลนั้น)

คำตอบที่ให้ข้อคิดในคำถามที่สอง คือ องค์ประกอบด้านการกระทำมีบทบาทเป็นพยานหลักฐานในชั้นต้นที่แสดงถึงเจตนาประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่จริงที่กฎหมายให้ความเอาใจใส่และเป็นส่วนประกอบของความผิดที่กฎหมายมุ่งหมายจะลงโทษใช่ไหม หรือองค์ประกอบด้านการกระทำมันเป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่งเกี่ยวกับความผิดในหลาย ๆ องค์ประกอบที่กฎหมายมุ่งหมายที่จะลงโทษ

แต่ประเด็นสำคัญมากกว่าก็คือเรื่องเกี่ยวกับการจะกำหนดหลักเกณฑ์ของการลงมือกระทำความผิดตามที่กฎหมายพยายามต้องการนั้นให้มีลักษณะเป็นอย่างไร เพื่อที่จะเกิดความชัดเจน แน่นอน ถูกต้องตรงกันและสามารถใช้ประโยชน์ได้ ถึงแม้ว่าทั้งทฤษฎีการกระทำแรก

<sup>108</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82.

และทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายไม่ได้รับการสนับสนุนมากนัก แต่ทฤษฎีทั้งสองก็ได้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดที่สำคัญของการกำหนดลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความคิด ทฤษฎีการกระทำแรกแสดงให้เห็นถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของตัวอาชญากรที่กระทำให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่น เห็นว่าเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ และถือว่าความต้องการในการประกอบอาชญากรรมนั้นเป็นหลักฐานสำคัญความมุ่งหมายอย่างแรกของทฤษฎีการกระทำแรกก็คือการกระทำของผู้กระทำจัดเป็นหลักฐานของเจตนาในการก่ออาชญากรรมมีมุมมองไปในทางด้านอิตตะวิสัยมากกว่าภาวะวิสัย ตรงกันข้ามกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายที่มุ่งปฏิบัติต่ออาชญากรรมโดยสมบูรณ์และเห็นว่ารูปแบบของการกระทำผิดทางอาญาในการตัดสินลงโทษฐานพยายามกระทำผิดต่อเมื่อการกระทำของผู้กระทำได้เข้าใกล้การกระทำโดยสมบูรณ์ (ความคิดสำเร็จ) แล้ว ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายต้องการหลักฐานทางการกระทำเป็นองค์ประกอบของความผิดมากกว่าที่จะเป็นรูปแบบหลักฐานของเจตนา ถือว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นส่วนประกอบในการกระทำทั้งหลายที่เข้าใกล้อาชญากรรมโดยสมบูรณ์ (ความคิดสำเร็จ) ที่ผู้กระทำเจตนากระทำมีมุมมองไปในทางด้านภาวะวิสัยมากกว่าอิตตะวิสัย

อย่างไรก็ตาม ถ้าเราปฏิเสธหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำขั้นแรกและทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแล้ว อะไรเป็นทางเลือกอื่นในการระบุประเภทของลักษณะการลงมือกระทำซึ่งต้องการในองค์ประกอบทางการกระทำของกฎหมายพยายามได้อีก

### 3.1.1.3 ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory)<sup>109</sup>

ทฤษฎีที่ใช้กันบ่อยก็คือ “ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” (The Proximity acts theory) ผู้พิพากษา Park B เป็นผู้เริ่มการกล่าวถึงคำว่า “การกระทำที่ไม่ได้ห่างไกลจากการกระทำความคิด” (remote) และการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดกับการกระทำความคิด” (immediately connected) อันเป็นการกระทำโดยตรงที่นำไปสู่การกระทำความคิดและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรม

เป็นคำกล่าวในการวินิจฉัยที่แทรกอยู่ในแนวคิดของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินคดี Eagleton ค.ศ.1855 ที่ว่าการที่จำเลยได้อ้างเท็จหลอกลวงว่าได้บรรจุขนมปังขายให้ผู้ซื้อตามจำนวนน้ำหนักที่แน่นอน และได้รับสินเชื่อ (Credit) จากผู้ซื้อว่าจ่ายเงินตามจำนวนภายหลังแต่การ หลอกลวงของเขาถูกจับได้ก่อนที่เขาจะได้รับการชำระเงินจากผู้ซื้อ ศาลอุทธรณ์ (Appeal Court) ถือว่าเขามีความผิดขอหาพยายามได้เงินมาด้วยการหลอกลวง การกระทำของจำเลยเหลือ

<sup>109</sup> R v. Button (1900) 2 QB 597, C.C.R. as cited in. A.P.Dobson. (1981). **Case and Statutes on Criminal Law** (2 nd ed.) p. 65.

เพียงแต่การได้รับเงิน การติดต่อกับผู้เสียหายของจำเลยถือว่าเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยแล้ว การกระทำเหล่านั้นไม่ได้ห่างไกลจากการกระทำความคิดอันเป็นการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยตรงที่นำไปสู่การกระทำความคิด เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด และในคดี Roberts ค.ศ.1855 ที่กล่าวว่าคนที่เอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มีการขึ้นรูปเป็นรูปร่างอื่นในการทำเหรียญปลอมการกระทำของเขานั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดเข้าใกล้โดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรมแล้ว เขามีความผิดฐานพยายามปลอมเหรียญกษาปณ์ แต่ยังไม่ได้แยกออกมาวินิจฉัยเป็นแนวคิดใหม่ต่างหากจากทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายอย่างชัดเจน

ต่อมาแนวคิดการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลนี้ได้รับการยืนยันและให้สัตยาบันในการตัดสินคดี R. v. Button ค.ศ.1900<sup>110</sup> Mr. Button ถูกลงโทษฐานพยายามให้ได้มาซึ่งเงิน(รางวัลในการแข่งขัน)โดยการหลอกลวง Mr. Button เป็นนักวิ่งที่เก่งและเข้ารายงานตัวโดยใช้ชื่อปลอมชื่อ Sims และโกหกว่าไม่เคยชนะในการแข่งขันใด ๆ มาก่อนเลย ในการกระทำของเขาเช่นนี้ทำให้เขาได้รับประโยชน์ในการได้รับการต่อให้ในการแข่งขันและเขาได้รับชัยชนะ แต่ถูกตรวจพบก่อนที่จะไปรับรางวัล ศาลถือว่าการกระทำของเขาไม่ได้ไกลเกินไปจากความคิดสำเร็จในข้อหาได้เงินมาด้วยการหลอกลวง เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด

และในคดี R v. Robinson ค.ศ.1915<sup>111</sup> Mr. Robison เป็นพ่อค้าเพชร (jeweler) เขาวางแผนเปิดประตูร้านของเขาทิ้งไว้และกุเรื่องไปแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจว่าถูกปล้น ภายหลังเขายอมรับว่าเขาเจตนาที่จะหลอกลวงบริษัทประกันภัยเพื่อจะเอาเงินตามกรมธรรม์ จึงถูกจับได้ก่อนจะติดต่อกับบริษัทประกันภัย ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวงแต่ศาลอุทธรณ์ถือว่าเป็นเพียงการเตรียมและไม่ใช้กรรมที่เกี่ยวข้องกับความคิดสำเร็จ

แต่กระนั้น อย่างน้อยด้วยเหตุผลหนึ่งหรือมากกว่า เราสามารถวินิจฉัยในทางตรงกันข้ามกันได้ในแต่ละคดีได้ ที่ว่าการกระทำของ Mr. Button จะใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จเพียงเมื่อเขาดำเนินการในขั้นตอนการรับรางวัล และการกระทำเช่นนั้นของ Mr. Robinson เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดแล้วก็ได้<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 42.

<sup>111</sup> R v. Robinson (1915) 2 K.B. 342, C.C.A. as cited in. A.P.Dobson. (1981). **Case and Statutes on Criminal Law**. p. 65.

<sup>112</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 43.

ข้อเสนอของ “การกระทำที่ใกล้ชิด” (proximity) หรือ “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด” (immediately connected) อาจจะเป็นข้อเสนอที่แน่ชัดที่ได้รับการกำหนดถือให้เป็นข้ออ้างอิงสำหรับศาลในการตัดสินว่าจำเลยคนนี้สมควรถูกลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามศาลจะกล่าวถึงลักษณะข้อเท็จจริงภายนอกมากกว่าการที่จะกำหนดเกณฑ์การตัดสินที่เป็นมาตรฐานเฉพาะ แม้การพยายามกระทำความผิดมักจะถูกกล่าวบ่อยครั้งว่าต้องการกระทำบางการกระทำที่เกินกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียม (mere preparation) ซึ่งเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ อย่างไรก็ตามยังไม่มีการอธิบายโดยชัดเจนเกี่ยวกับข้อคิดเห็นในเรื่องความใกล้ชิด (proximity) คำอธิบายที่ใช้อยู่ไม่มากไปกว่าในการกล่าวว่าเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด (immediately connected) กับความผิดสำเร็จ

อย่างไรก็ตามเราสามารถกำหนดคำนิยามวินิจฉัยออกมาได้หรือไม่ว่าการกระทำที่ใกล้ชิด หรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดนั้นมีความหมายเป็นอย่างไร

#### ก. เกณฑ์ของ Stephen (Setphen’s Digest of the Criminal Law 1950)<sup>113</sup>

เกณฑ์ของ Stephen เป็นหนึ่งหลักเกณฑ์ที่น่าเสนอ โดย Mr.Stephen เพื่อให้ความหมายลักษณะของ “การกระทำที่ใกล้ชิด” (proximity) ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) จากการศึกษาคำกล่าวเกี่ยวกับการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่ปรากฏอยู่ในคดีต่าง ๆ เช่น ในคดี Broun ค.ศ.1883 ,คดี Hope v Brown ค.ศ.1954 และคดี Davey v Lee ค.ศ.1968 ที่กล่าวว่า “...การพยายามกระทำความผิดทางอาญาต้องการการกระทำที่กระทำไปด้วยเจตนาก่ออาชญากรรม และประกอบไปด้วยส่วนของการกระทำที่ก่อให้เกิดข้อเท็จจริงซึ่งเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายไม่มีการหยุดชะงักนำไปสู่การกระทำความผิดสำเร็จ...”<sup>114</sup>

เมื่อผมไปซื้อเครื่องมือเครื่องในซึ่งจะใช้ในการปล้นทรัพย์ ผมได้เริ่มกระทำการดำเนินการด้วยเจตนาจะประกอบอาชญากรรมนั้นให้สำเร็จ การกระทำของผมเป็นส่วนหนึ่งในหลาย ๆ ส่วนที่ดำเนินการต่อเนื่องกันไปจนเกิดเป็นความผิดสำเร็จ แม้ว่าการกระทำของผมนั้นไม่ได้เป็นส่วนที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นอาชญากรรม มันเป็นเพียงการกระทำการเตรียมไว้ล่วงหน้าเท่านั้น Stephen วิเคราะห์ว่า ส่วนของการกระทำเช่นนั้นไม่ได้เป็นความหมายของการเริ่มลงมือกระทำความผิด แต่มันก็จะต้องขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละคดีด้วยเช่นกัน คำกล่าวนี้สนับสนุนส่วนของการกระทำที่เปิดเผยออกแสดงมาภายนอกอันเป็นส่วนของการกระทำที่เริ่มต้นติดต่อกันไป

<sup>113</sup> Setphen’s Digest of the Criminal Law. (1950). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 43 – 44.

<sup>114</sup> Broun (1883) 10 QBD 381,382 ,Hope v Brown (1954) 1 WLR 250,253. and Davey v Lee (1968) 1 QB 366, 370. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 43.

มากกว่าการกระทำขั้นแรก อันเป็นการกระทำที่สมบูรณ์ประกอบด้วยเจตนากระทำ ความผิด ซึ่งมันหมายถึงจุดเริ่มต้นของการพยายามกระทำ ความผิดอย่างไม่ต้องสงสัย

เกณฑ์ของ Stephen นี้เรียกร้องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของการกระทำที่ประกอบกันขึ้นเป็นลำดับต่อเนื่องกันไปใน การดำเนินการกระทำ ความผิด ดูเหมือนกับเป็นการมองที่แตกต่างออกไปของศาลจากคดี Robinson ที่ว่าการกู้เรื่องแจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจว่ามีการปล้นในร้านตัวเองเพื่อจะโกงบริษัทประกันภัยแต่ถูกจับได้ก่อนติดต่อกับบริษัทประกันภัยเป็นการเตรียมการหลอกลวง หรือในคดี Eagleton การหลอกลวงว่าได้บรรจุขนมปังขายให้ตามจำนวนน้ำหนักที่แน่นอนและได้ให้สินเชื่อ (Credit) จ่ายเงินตามจำนวนภายหลัง แต่การหลอกลวงของเขาถูกจับได้ก่อนที่เขาจะได้รับการชำระเงินเป็นพยายามกระทำ ความผิด ในคดี Eagleton ยังต้องการกระทำบางอย่างที่มีลักษณะ เกี่ยวพันใกล้ชิด (immediately connected) คือ มันต้องเป็นการกระทำในขั้นตอนของการดำเนินการกระทำ ความผิดสำเร็จมากกว่าแค่เป็นการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียมกระทำ ความผิดเท่านั้น และสามารถพูดด้วยอีกก็ได้ว่าการเจตนาในการประกอบอาชญากรรมนั้นต้องเป็นการกระทำที่มุ่งมั่นที่ไม่สามารถกลับใจแก้ไขได้ (crossed the Rubicon and burnt his boats) เมื่อนั้นจึงเป็นข้อเท็จจริงที่ถือว่าเป็นการเริ่มต้นลงมือกระทำ ความผิด

กล่าวโดยสรุปแล้วการให้ความหมายของ “การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” (proximity acts) ตามเกณฑ์ของ Stephen เรียกร้องเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในการกระทำที่ประกอบกันเป็นลำดับต่อเนื่องกันไปซึ่งเป็นการประกอบกันเป็นการกระทำ ความผิด และให้ความหมายของการลงมือพยายามกระทำ ความผิดว่า เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอันเป็นการกระทำไปด้วยเจตนาก่ออาชญากรรมและประกอบไปด้วยส่วนของการกระทำที่ซึ่งก่อให้เกิดข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายไม่มีการหยุดชะงักไปสู่การกระทำ ความผิดสำเร็จ และการเจตนาในการประกอบอาชญากรรมนั้นต้องเป็นการกระทำที่มุ่งมั่นที่ไม่สามารถกลับใจแก้ไขได้ (crossed the Rubicon and burnt his boats)

และจากการศึกษาของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) เห็นว่าเกณฑ์ของ Stephen เป็นการยอมรับในการแปลความหมายของการวัดระดับความกว้างแคบของการลงมือพยายามกระทำ ความผิดตามทฤษฎีการกระทำแรก และเป็นการเพิ่มเติมขยายลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำ ความผิดในการกระทำขั้นสุดทำออกไปกว่าคำกล่าวของผู้พิพากษา Parke B ในคดี Eagleton แต่อย่างไรก็ตามการแปลความตามเกณฑ์ของ Stephen นั้นโดยรวมแล้วก็คล้ายกับคำอธิบายของทฤษฎีทั้งสองนั่นเอง<sup>115</sup>

<sup>115</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 43.

Stephen คิดว่าทฤษฎีตามเกณฑ์ของเขาคัดสินลงโทษในคดี Roberts ในการจัดหาแม่พิมพ์เพื่อทำเหรียญปลอมเป็นการกระทำซึ่งได้วางแผนส่วนของการกระทำไว้แล้วที่จะประกอบเป็นการกระทำอาชญากรรมข้อหาปลอมแปลง ถ้าไม่ถูกขัดขวางเสียก่อน (Roberts 1855) และลงโทษพยายามกระทำความผิดในคดี Robinson อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ (court of Appeal) คิดว่าการกระทำของ Mr. Robinson ที่ถูกรับขึ้นและแจ้งต่อตำรวจเป็นแค่การเตรียมการสำหรับการกระทำความผิดในข้อหาพยายามได้เงินจากบริษัทประกันโดยการหลอกลวงเท่านั้น

เกณฑ์ของ Stephen นี้ได้รับการประยุกต์นำมาใช้ในศาลในประเทศแคนาดา (Canada court) เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในคดี Duffy ค.ศ.1931, คดี Deusch ค.ศ.1987 และคดี Henderson ค.ศ. 1948 เป็นต้น<sup>116</sup> และเทียบได้กับกับกฎหมายของสกอตแลนด์ (Scotland) ในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการเตรียมการซึ่งเกือบเป็นการพยายาม และการลงมือกระทำความผิดซึ่งเป็นการพยายาม ในคดี Cameron and Cameron ค.ศ.1911 ของสกอตแลนด์<sup>117</sup> และในอเมริกาในหลาย ๆ คดี<sup>118</sup>

#### ข. ข้อพิจารณาเพิ่มเติมเรื่อง “โอกาสที่เป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจ” (Probable Desistance) ของ Lord Diplock

การที่ให้อาชญากรมีโอกาสล้มเลิกความตั้งใจในการกระทำความผิด เป็นข้อพิจารณาที่เพิ่มเติมเข้ามาในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอีกส่วนหนึ่ง เป็นการเรียกร้องการกระทำซึ่งพิสูจน์ให้เห็นได้ชัดเจนว่าผู้กระทำจะลงมือกระทำอาชญากรรมอย่างแน่นอน ยกเว้นว่ามีบุคคลอื่นเข้าแทรกแซงหรือมีเหตุที่ไม่พึงประสงค์อื่น ๆ เข้าแทรก หรือการกระทำที่จะเป็นผลปรากฏให้เห็นในเหตุการณ์ธรรมดาปกติ ถ้าไม่มีสาเหตุอื่นไม่พึงประสงค์มาขัดขวางไว้ในการกระทำของตัวอาชญากรรมเอง

ข้อสังเกตของ Lord Diplock ที่ว่า การกระทำของจำเลยต้องชี้ให้เห็นเจตนาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้แน่นอนที่จะดำเนินการกระทำความผิดโดยสมบูรณ์ต่อไป ยกเว้นแต่ว่าจะถูกขัดขวางโดยจงใจไม่ให้กระทำดังนั้น อย่างไรก็ดีตามแนวความเห็นตามเกณฑ์ของ Stephen ไม่เป็น

<sup>116</sup> Duffy (1931) 57 CCC 186, 187-8 ,คดี Deusch (1987) 30 DLR 4<sup>th</sup> 435,448,454. and Henderson (1948) 91 CCC 97,104-5. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 44.

<sup>117</sup> Cameron and Cameron (1911) JC 110, 114. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 44.

<sup>118</sup> E.g. Miller (1935) 42 P 2d 308. California ,E.g. Bereman (1954) 276 p 2d 364. Kansas ,Goddard (1968) 447 P 2d 180. Washington ,Bell (1968) 163 SE 2d 323. Georgia and Staples (1970) 85 Cal Rptr 589. California. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 44.

แบบนี้ ขณะที่ข้อพิจารณาในโอกาสที่น่าจะเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจจะตัดสินลงโทษ เฉพาะคนที่ลงมือกระทำความผิดอย่างแน่นอน หรือมีความเป็นไปได้ในการกระทำความผิด สำเร็จถ้าเขาไม่ถูกขัดขวางไม่ให้กระทำการนั้นจากเหตุที่ไม่พึงประสงค์บางอย่าง เกณฑ์ของ Stephen จะตัดสินลงโทษใครบางคนถ้าการกระทำของเขาได้ถูกวางแผนส่วนในหลายๆ ส่วนไว้แล้ว ซึ่งประกอบเป็นการกระทำอาชญากรรมอย่างแท้จริงถ้าไม่ถูกขัดขวางโดยการตัดสินใจโดยสมัครใจของผู้กระทำความผิดที่จะไม่กระทำความผิดให้สมบูรณ์ หรือไม่ก็โดยสาเหตุอื่นๆ บางอย่าง จุดนี้ของข้อพิจารณาในโอกาสที่เป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจของ Lord Diplock จะตัดสินลงโทษ เฉพาะผู้กระทำที่เจตนาอย่างแน่นอนที่จะก่ออาชญากรรม และจะปล่อยตัวคนที่อาจจะยกเลิกโดยสมัครใจให้พ้นผิดไป ถ้าเขาไม่ถูกจับกุมหรือไม่ก็ถูกขัดขวางอย่างไม่พึงประสงค์เสียก่อน เหตุผล เพราะคนที่มีความเจตนาอย่างแน่นอนเท่านั้นที่แสดงให้เห็นถึงประเภทของอันตรายซึ่งกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดเป็นห่วงกังวล

ปัญหาก็คือ จะประยุกต์ใช้ข้อพิจารณาดังกล่าวอย่างไรถ้าไม่มีข้อจำกัดในประเภทของ หลักฐานที่ฝ่ายอัยการสามารถอ้างแสดงให้เห็นว่าจำเลยจะไม่ยกเลิกโดยสมัครใจ ตัวอย่างเช่น ถ้า อัยการสามารถอ้างหลักฐานได้ว่า บางคนมีความผิดฐานพยายามปล้นนั้น เป็นพวกปล้นระดับมือ อาชีพแล้วการกระทำเบื้องต้นนั้นก็สามารประกอบเป็นการลงมือพยายามก่ออาชญากรรม อย่างไร ก็ตามสิ่งที่จะต้องการก็คือ การกระทำของจำเลยที่จะแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่จำเป็นที่ยืนยงในความ พยายามก่ออาชญากรรม แต่เราจะประยุกต์ใช้ความต้องการดังกล่าวอย่างไร ถ้าชายคนหนึ่งถูก ฟ้องร้องข้อหาพยายามใช้เครื่องมือด้วยเจตนาจัดการทำแท้ง เขาควรจะถูกตัดสินลงโทษ ถ้าเขาไป ไกลถึงขนาดเตรียมเครื่องมือของเขา และบอกให้ผู้หญิงคนนั้น (ที่จริงเป็นตำรวจหญิงที่ไม่ได้ฟ้อง) ถอดเสื้อผ้า หรือไปไกลถึงขนาดรับเงินค่าทำแท้ง ตรวจเช็คหัวใจของเธอ และวางถาดเครื่องมือของ เขา หรือไปไกลถึงขนาดจับขาเธอ และเช็คบริเวณอวัยวะเพศของเธอด้วยเครื่องมือชิ้นหนึ่ง

ถ้าเราจะตัดสินใจรับเอาข้อพิจารณานี้ในการตัดสิน เราต้องกล่าวให้ได้ว่าการกระทำ ของตัวผู้กระทำนั้นต้องพิสูจน์ให้เห็นอธิบายให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเขาจะกระทำความผิดโดย ปราศจากการแสดงออกในการล้มเลิกขัดขวางการกระทำความผิด เรามีมุมมองที่แก้ไม่ตกในความ คลุมเครือของข้อพิจารณานี้ หากเรากล่าวว่าพฤติกรรมการล้มเลิกขัดขวางของตัวผู้กระทำต้องผ่าน ระดับจุดไหนที่บุคคลส่วนใหญ่เห็น ที่บุคคลส่วนใหญ่ถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นเจตนาของเขา เป็นความคิดที่ดีในเรื่องพฤติกรรมและในเรื่องการล้มเลิกขัดขวางการกระทำผิด แต่เราต้องถาม ก่อนว่าจะสามารถระบุจุดล้มเลิกขัดขวางการกระทำผิดนั้นได้อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการให้ บุคคลส่วนใหญ่ที่ไม่เคยวางแผนเจตนาข่มขืนหรือฆ่าผู้อื่นมาตัดสิน ซึ่งถ้าเขาเจตนาจะวางแผน

ดังกล่าว บุคคลเช่นนั้นส่วนมากน่าจะยกเลิกได้เกือบจะทันที หรือซึ่งอาจจะมีคามผิดบางอย่างที่คนทั่วไปไม่หยุดเลย

### 3.1.1.4 ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตราย (Dangerous proximity acts theory) ของ Holmes<sup>119</sup>

“จุดใกล้อันตราย” ของ Holmes ใน “ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตราย” (Dangerous proximity acts theory) ของ Holmes Holmes เห็นว่าเป้าหมายของกฎหมายไม่ใช่เพื่อลงโทษการกระทำที่ผิดบาป แต่เพื่อเป็นการแน่ใจที่จะป้องกันผลภายนอกที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำที่กระทำไปแล้วที่เหมาะสมเข้าใกล้การดำเนินการให้บรรลุผลสำเร็จในอนาคต นั่นคือสิ่งที่กฎหมายต้องการจะประกาศให้ทราบ ซึ่งเป็นคำกล่าวในคดี Kennedy ค.ศ.1897<sup>120</sup> ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่จำเป็นที่ผู้กระทำได้กระทำการไปจนถึงการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ต้องมีการใกล้ชิดกับอันตรายที่จะเกิดขึ้นของความผิดสำเร็จ (dangerous proximity to success) ซึ่งมีส่วนผันแปรไปตามสถานการณ์ที่ครอบคลุมถึงการใกล้ชิดกับอันตรายนั้น ๆ, ความใหญ่โตของภัยอันตราย และระดับความรู้สึกลงการหวาดกลัว รวมถึงโอกาสที่ผู้กระทำจะเปลี่ยนความตั้งใจของตัวเอง

ถ้าหากกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำผิดมีเป้าหมายในการสร้างความเชื่อมั่นในการป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นภายนอก (ซึ่งข้อสันนิษฐานเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดสำเร็จ) ทำไมขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำผิดจึงแคบมากเช่นนั้น จะไม่เป็นการกระทำทำให้เกิดการยับยั้งผลดังกล่าวไม่ให้ออกมาสู่ภายนอกได้มากกว่าหรือถ้าเข้าไปคุกคามขู่ขวัญลงโทษผู้กระทำเหล่านั้นเมื่อพวกเขากระทำการเข้าไปสู่จุดใกล้อันตรายที่จะเป็นความผิดสำเร็จ แนวคิดของ Holmes อาจมีส่วนต้องการปล่อยให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการเท่าที่พอจะเป็นไปได้ เขาได้ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดในพื้นที่ของความรับผิดชอบของการพยายามกระทำผิดในการให้โอกาสอาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการบนแนวคิดในเนื้อหาของเจตนา ซึ่งได้อธิบายบนเงื่อนไขธรรมชาติและความเป็นไปได้ของพฤติกรรมของตัวผู้กระทำเอง มากกว่าบนข้อเท็จจริงตามเจตนาของตัวผู้กระทำ แนวคิดของ Holmes เห็นด้วยกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ลักษณะของการลงมือกระทำจะกว้างกว่าการกระทำขั้นสุดท้าย โดยต้องอาศัยพยานหลักฐานที่แสดงถึงวัตถุประสงค์ (เจตนา) ในการกระทำของเขา การกระทำที่ทำได้แล้วของเขามีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตราย ความเป็นไปได้ในการดำเนินการให้ไปสู่ความผิดสำเร็จของเขามาเป็นข้อพิจารณาด้วย

<sup>119</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 46 – 48.

<sup>120</sup> Kennedy (1897) 48 NE 770, Massachusetts. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996).



เช่นนี้ ผู้กระทำคนหนึ่งจะกลายเป็นผู้มีแนวโน้มกระทำผิดกฎหมายเพียงเมื่อพฤติกรรมของเขาเข้าใกล้กับความเป็นอันตราย ความอันตรายนั้นเกิดจากผลกระทบของตัวการกระทำของเขาเอง หรือไม่ก็จากความน่าจะเป็นที่ว่าถ้าไม่ถูกขัดขวางเขาจะดำเนินการก่ออาชญากรรมได้สำเร็จสมบูรณ์ อย่างไรก็ตามนี้ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับอันตรายแท้จริงใด ๆ ที่เป็นการกระทำอาชญากรรมโดยสมบูรณ์ การยิงพลาดเป้าหมายไม่สามารถยิงถูกเหยื่อแต่มันก็สามารถบัญญัติให้เป็นการพยายามฆาตกรรม สิ่งที่สำคัญก็คือ เรามุ่งไปสู่ความเป็นอันตรายที่ปรากฏมองเห็นในอนาคตของการกระทำหนึ่ง มากกว่าที่จะเป็นความอันตรายอย่างแท้จริงของการกระทำ

เหตุผลสำหรับการลงโทษการกระทำทั้งหมดซึ่งเป็นอันตราย ที่ปรากฏให้เห็น ก็คือ

1. การยับยั้งการกระทำที่เป็นอันตรายอย่างแท้จริงให้ได้ผลมากขึ้น

2. อีกเหตุผลหนึ่งคือ การกระทำซึ่งเป็นอันตรายที่ปรากฏขึ้น ทำให้เกิดความหวาดหวั่นหวาดกลัวต่อผู้อื่นและสังคม

ดังนั้น Holmes คิดว่าคนผิดคนหนึ่งที่ว่าวิ่งไล่ตามผู้หญิงผิวขาวคนหนึ่ง แต่เลี้ยวไล่ห่างจากเธอมากกว่า 10 หลา สามารถมีความผิดข้อหาพยายามข่มขืนได้เพราะ เขาดำเนินการตามจุดประสงค์ที่จะข่มขืนเธอไปไกลถึงการกระทำที่ทำให้เธอหวาดหวั่น และทำให้จำเป็นต้องหนีแตกตื่น

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตรายของ Holmes นั้นเกี่ยวพันใกล้ชิดกับข้อพิจารณาในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอื่น ๆ ที่กล่าวถึงข้างต้น ถึงแม้ว่า บางครั้ง Holmes ดูเหมือนต้องการการกระทำบางอย่างที่เข้าใกล้กับการกระทำขั้นสุดท้าย เขาคิดว่าทฤษฎีของเขาจะตัดสินลงโทษในคดี Roberts เมื่อแทนพิมพ์ที่เขาจัดหามาไม่สามารถนำมาใช้ในการกระทำที่บริสุทธิ์อื่น

ทั้งหมดนี้เรียกร่องการกระทำที่เหมาะสมถึงความใกล้ชิดต่อความสำเร็จอันเป็นการอธิบายถึงแนวคิดทั้งหลายที่เหมาะสมสำหรับการอธิบายระดับความใกล้ชิดในวิธีการต่าง ๆ ถ้าเราถามว่าทำไมกฎหมายควรยอมรับรูปแบบของทฤษฎีนี้ คำตอบที่ถูกต้องอาจเป็นว่า มันทำให้เกิดความสมดุลที่ถูกต้องระหว่างสิทธิส่วนบุคคล (individual freedom) และผลประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของสังคม สำหรับประเด็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยเป็นการปกป้องบุคคลจากการรบกวนมากเกินไปของพวกตำรวจและปล่อยให้อาชญากรเป้าหมายขยายโอกาสตัดสินในละทิ้งแผนการ และเป็นการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของชุมชน โดยการยอมให้มีการจับกุมและลงโทษคนที่ประสงค์จะเป็นอาชญากรก่อนที่พวกเขาจะไปไกลถึงการกระทำขั้นสุดท้าย ความคิดเกี่ยวกับความสมดุลแม้ว่าเป็นความคิดที่ไม่ชัดเจนเคลือบคลุมในการเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างสองสิ่ง ซึ่งมันยังคงไม่มีความชัดเจนว่าจุดของความสมดุลเป็นอย่างไร

สุดท้ายเรายังคงต้องถามอีกด้วยว่า ทฤษฎีนี้มีความแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นแนวทางให้ศาลใช้ในการพิจารณาคดีแล้วหรือไม่เช่นเดียวกับทฤษฎีอื่น ๆ ทฤษฎีของ Holmes จะตัดสินลงโทษในคดี Roberts การที่จำเลยเอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มีเครื่องมือจำเป็นอื่นในการทำเหรียญปลอม ศาลพิจารณาคดีส่วนกลาง (Federal Court) ของอเมริกาประยุกต์ใช้ทฤษฎีของ Holmes ในคดี Gregg ค.ศ.1940<sup>121</sup> ชายคนหนึ่งเริ่มขับรถที่เต็มไปด้วยสุราจากเมือง Alton รัฐอิลลินอยส์ (250 ไมล์จากชายแดนรัฐแคนซัส) ไปรัฐแคนซัส ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานพยายามนำเข้าสู่รัฐแคนซัส (Kansas) อย่างไรก็ตาม Holmes คิดว่าทฤษฎีนี้จะปล่อยตัวคนที่พยายามลอบวางเพลิงกรณีบุคคลนั้นขับรถเข้าไปในเขต 1/4 ไมล์ (quarter) ของบ้านที่เขาเจตนาจะจุดไฟ ณ. ที่นั้นเขามีความพร้อมที่จะตั้งวัตถุและจุดไฟได้แต่เขาได้ล้มเลิกความตั้งใจเสียก่อนจะถึงตัวบ้าน ในคดี Peaslee<sup>122</sup> Holmes ยังเห็นนอกเหนือไปกว่านั้นอีกว่าแม้เขาจะถูกจับกุมเสียก่อนที่จะเปลี่ยนความคิดก็ตามการกระทำของเขาก็ยังไม่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด<sup>123</sup> และทฤษฎีของเขาได้ถูกประยุกต์ใช้ปล่อยตัวจำเลยที่พยายามลื้อที่รอเหยื่ออย่างอดทนที่บ้านของเหยื่อในเย็นวันหนึ่ง และละทิ้งแผนการเพื่อพยายามปล้นอีกครั้งต่อเมื่อพวกเขาจับได้ว่าโทรศัพท์ของพวกเขาถูกดักฟัง ในคดี Volpe ค.ศ.1953<sup>124</sup>

อย่างไรก็ตาม Mr. Roberts และคนนำเข้าสู่สุราต่างก็มีเวลามากมายที่จะเปลี่ยนใจ และละทิ้งแผนการ ดังนั้นเราไม่สามารถปฏิเสธอย่างมีเหตุผลได้ว่าพวกเขายังคงไกลจากอันตรายที่จะกระทำความผิดสำเร็จ อีกทางหนึ่งเราไม่สามารถกล่าวอย่างมีเหตุผลได้ว่าพวกเขาปล้นอยู่ใกล้จุดอันตรายถึงแม้ว่าอันตรายนั้นแค่ปรากฏให้เห็นขณะที่พวกเขา รอเหยื่อ หรือที่ว่าคนลอบวางเพลิงนั้นเข้าใกล้จุดใกล้อันตรายทันทีที่เขาเข้าใกล้บ้านในระยะเอื้อมถึงง่าย

### 3.1.1.5 ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Gregg (1940) 113 F 2d 687. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 48.

<sup>122</sup> Peaslee 59 NE 55 (1901). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 48.

<sup>123</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 48.

<sup>124</sup> Volpe (1953) 122 NYS 2d 342, New York. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 48.

<sup>125</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 57 - 60.

ในปี ค.ศ.1980 คณะกรรมาธิการกฎหมาย (The Law Commission) ของอังกฤษ ได้อภิปรายถึงทฤษฎีพยายามกระทำความผิดที่เป็นที่นิยม คือ ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) และมีความเห็นว่าเป็นทฤษฎีที่สามารถใช้งานได้ดีพอสมควรแม้ว่าจะไม่ค่อยเป็นการแน่ชัด การอภิปรายของคณะกรรมาธิการนี้มีส่วนช่วยให้เกิดการเปลี่ยนแปลง และก่อให้เกิดการขยายขอบเขตที่กว้างขึ้นและพอจะรับได้ในผลลัพธ์ถึงลักษณะที่ถูกต้องเหมาะสมของลักษณะของการกระทำในกฎหมายพยายามกระทำความผิดควรจะเป็นอย่างไร และเป็นการหลีกเลี่ยงการเข้าใจผิดถึงเงื่อนไข “ลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิด” (proximate) หรือ “ห่างไกล” (remote) ต่อผล และเรียกร้องให้เกิดการแทนที่โดยให้ความหมายของการลงมือกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดไว้ว่าหมายถึง “การกระทำที่มากกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียมกระทำความผิด” (more than an act of mere preparation) ความเห็นนี้ได้รับการสนับสนุนและนำมาสู่การบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดโดยสถานิติบัญญัติในปีต่อมา โดยมีจุดประสงค์เพื่อกำหนดขอบเขตความหมายของการลงมือกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษให้ชัดเจนขึ้น ซึ่งปรากฏรายละเอียดอยู่ในมาตรา 1(1) ของพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (The Criminal Attempts Act 1981)

พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981<sup>126</sup>

มาตรา 1 “บัญญัติไว้ว่า :

(1) เงื่อนไข, มาตรานี้ใช้บังคับกับบุคคลที่กระทำความผิดโดยเจตนา บุคคลที่ซึ่งทำการกระทำที่มากกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียมกระทำความผิด เขามีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด

(2) บุคคลหนึ่งอาจจะมีผิดฐานพยายามกระทำความผิดที่กล่าวถึงมาก่อนมาตรา ก่อนนี้ มาตรานี้ใช้บังคับแม้ว่าข้อเท็จจริงเช่นนั้นการกระทำความผิดจะเป็นไปไม่ได้

(3) อย่างไรก็ตามในกรณีที่

a) นอกจากอนุมาตรานี้ ไม่ถือเอาเจตนาของบุคคลรวมเป็นเจตนาในการกระทำความผิด ; แต่

b) หากว่าข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นเขาเชื่อเช่นนั้น ให้ถือเอาเจตนาของเขาเหนือกว่าเจตนาในอนุมาตรา (1) ,เขาจะถือว่ามีเจตนากระทำความผิด

<sup>126</sup> The Criminal Attempts Act 1981 section 1 provides. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 1 - 2.

(1) มาตรฐานนี้ใช้กับความผิดใด ๆ ที่หากว่าเป็นความผิดสำเร็จ สามารถฟ้องร้องได้ใน English และ Wales เช่น ความผิดที่ฟ้องร้องได้มี....

โดยมาตรา 4 การพยายามกระทำความผิดสามารถจะ (มีข้อคัดค้านของเสียงข้างน้อย) ลงโทษอย่างเคร่งครัดโดยสัมพันธ์กับความผิดที่เป็นเนื้อหาของความผิด”

พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดได้กำหนดเงื่อนไขของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด คือ การกระทำที่มากกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียม (more than merely preparatory act) แต่มันกลายเป็นคำถามในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคณะลูกขุนว่าอย่างไร เป็นการกระทำที่มากกว่าการเตรียม ผู้พิพากษาจะสามารถชี้แนะแนวทางในการสร้างรูปแบบที่ชัดเจนในการพิจารณาว่าจำเลยมีความผิด ดังนี้จึงเป็นหน้าที่ของศาลต้องอธิบายอย่างละเอียดถึงขั้นตอนแบบแผนระดับที่ปรากฏออกมาภายนอกของกฎหมายเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดให้ลูกขุนทราบ

ก. การให้ความหมาย “การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม” (more than merely preparatory act) ในมาตรา 1 (1) ของพระราชบัญญัติฯ ตามแนวทางของศาลอังกฤษ<sup>127</sup>

แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่มากกว่าเพียงการเตรียมกระทำความผิด (more than merely preparatory act) ของพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดอาจจะดูเหมือนกับไม่มีการเพิ่มเติมรายละเอียดมากไปกว่าทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial step acts theory) แม้ว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่มีการบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (The Criminal Attempts Act 1981) เป็นต้นมา การบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการลบล้างกฎหมายพยายามกระทำความผิดในสมัย Common Law ไปแล้ว ซึ่งศาลไม่ควรอ้างอิงหรือแปลความอธิบายความหมายลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามอย่างในคดีก่อน ๆ ในสมัย Common law อีกต่อไป ผลของข้อเสนอในการอภิปรายกฎหมายพยายามกระทำความผิดของคณะกรรมการการกฎหมาย (The Law Commission) ที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (The Criminal Attempts Acts 1981) นั้น ยืนยันในการช่วยเหลือพวกเราในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและก่อให้เกิดการยืดหยุ่นขึ้นภายในทฤษฎีการลงมือพยายามกระทำความผิดที่ไม่เป็นประโยชน์และคลุมเครืออื่น ๆ

ภายหลังการบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ของอังกฤษก็ได้ให้สัตยาบัน และแปลความหมายของถ้อยคำ more than merely

<sup>127</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 58.

preparatory act ในมาตรา 1 (1) ตามพระราชบัญญัติครั้งแรกในการตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี Widdowson ในปี ค.ศ.1985

ในคดี Widdowson ค.ศ.1985 จำเลยต้องการได้รถแวนมาโดยการเช่าซื้อ แต่เขาไม่มีเครดิตพอที่จะเช่าซื้อ และจากการตรวจพบจำเลยทำให้เครดิตของเขาผ่าน โดยการให้ชื่อบุคคลอื่น เขาถูกลงโทษฐานพยายามได้มาซึ่งประโยชน์ในบริการการเช่าซื้อรถแวนโดยการหลอกลวงในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์เห็นว่าถ้าหากบริษัทไฟแนนซ์เห็นว่าเครดิตที่จำเลยแสดงนั้นผ่าน จำเลยก็ยังคงต้องกระทำสัญญาตามรูปแบบธรรมเนียมการติดต่อบริษัทในการเช่าซื้ออยู่ ศาลอุทธรณ์ได้เพิกถอนคำพิพากษาศาลชั้นต้นไม่ลงโทษจำเลย โดยอ้างอิงแนวทฤษฎีใน Common Law เดิม โดยพิจารณาว่าจำเลยยังไม่ได้กระทำในสิ่งที่จำเป็นในการที่จะได้รับผลในการกระทำผิดในการได้มาซึ่งการบริการโดยการหลอกลวง การกระทำของเขาไม่ได้เกี่ยวพันใกล้ชิด (immediately) เพียงแค่นี้ยังห่างไกลที่จะยืนยันถึงความใกล้ชิดกับการกระทำความผิดที่จะเป็นการลงมือพยายามได้ และใช้ถ้อยคำของ Lord Diplock ในคดี DPP v. Stonehouse ค.ศ.1978 ที่ว่าเขายังไม่ข้ามแม่น้ำรูบิคอนและเผาเรือ (crossed the Rubicon and burned his boats) การกระทำของเขานั้นยังไม่ถึงขอบเขตในตำแหน่งที่ยืนยันโดยแน่ชัดถึงการจะกระทำความผิดโดยแน่นอน และยังสามารถถอนคืนกลับใจแก้ไขการกระทำความผิดได้<sup>128</sup>

ซึ่ง Michael J. Allen เห็นว่า ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดของ Lord Diplock ที่ศาลอ้างนี้ เป็นการอ้างถึงทฤษฎีที่เป็นข้อคำนึงของคณะกรรมการกฎหมายที่มีความปรารถนาจะให้ขยายขอบเขตของการตีความตามแนวทฤษฎีดังกล่าวให้กว้างออกไป

และต่อ ๆ มา ในคดี Boyle and Boyle ค.ศ.1987<sup>129</sup> คดี Boyle and Boyle ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษฐานพยายามขโมย ซึ่งเขาถูกพบเห็น โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจขณะที่ยืนอยู่ใกล้ ๆ ประตูซึ่งล็อกกุญแจและบานพับประตูอันหนึ่งของประตูแตกออกเสียหาย ศาลอุทธรณ์ยืนยันลงโทษจำเลยในความผิดฐานพยายามขโมยตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ใส่ใจในการกระทำต่อสิ่งของของเขาเพียงเท่านั้นเพียงพอที่ยืนยันถึงการจะกระทำความผิดของเขา และอีกประการหนึ่ง การที่เขาอยู่เหนือประตูทางเข้าทรัพย์สินอันเป็นขั้นตอนการที่จะบุกรุกล่วงล้ำเข้าไปข้างใน การกระทำเหล่านั้นพอเพียงที่จะยืนยันถึงเจตนาในการจะขโมยของเขาแล้ว โดยศาลได้อ้างอิงทฤษฎีใน Common Law ตามเกณฑ์ของ Stephen ที่ว่า การลงมือพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่

<sup>128</sup> Widdowson (1985) 82 Cr App R 314. as cited in. Michael J. Allen. (2003). **Textbook on Criminal Law** (7 th.ed.). p. 280.

<sup>129</sup> Boyle and Boyle (1987) 84 Cr App R 270 as cited in. Michael J. Allen. (2003). **Textbook on Criminal Law**. p. 280.

สมบูรณ์ประกอบด้วยเจตนาในการกระทำความผิด และผ่านระดับขั้นตอนในการกระทำที่ซึ่งแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าถ้าหากไม่มีการขัดขวางจะเกิดเป็นความผิดขึ้นแน่นอน แต่การใช้ทฤษฎีนี้ยังคลุมเครืออยู่มากในการนำมาแปลความหมายของการเตรียมกระทำความผิด และความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิด

ในคดี R v. Gullefer ค.ศ.1990<sup>130</sup> ผู้อุทธรณ์ อุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นที่ตัดสินว่ามีความผิดฐานพยายามขโมยและตัดสินลงโทษจำคุกเป็นระยะเวลา 6 เดือน ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้อุทธรณ์นำสุนัขของเขาไปวิ่งแข่งขันทูทกรเฮนด (Greyhound) ที่สนามแข่งขันทูทกรเฮนด ระหว่างการแข่งขันรอบสุดท้าย เขาโกงการแข่งขัน ทำให้สุนัขของเขาอยู่ในการแข่งขันโดยการปีนไปที่ริ้วบนทางเดินหน้าลู่วิ่งสุนัขของเขา โบกแขนของเขาไปมาเพื่อพยายามเบี่ยงเบนความสนใจสุนัขของเขา การกระทำของเขาเป็นผลให้ผู้จัดการแข่งขันเห็นว่าไม่เป็นธรรมและตัดสินใจประกาศยกเลิกการแข่งขัน และในการประกาศเช่นนั้นโดยระเบียบของเจ้ามือรับแทงจำเป็นต้องจ่ายเงินเดิมพันจากการเล่นพนันทั้งหมดที่เขาเดิมพันคืนให้แก่เขา แทนที่จะต้องจ่ายให้กับผู้ชนะในการเล่นพนัน ภายหลังเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจสอบสวนเขา เขากล่าวว่าเหตุผลที่เขากระทำบางส่วนเพราะเขาแพ้พนันครั้งใหญ่และเมื่อปีที่แล้ว จากการที่เจ้าหน้าที่ของสนามแข่งขันทูทกรเฮนดไปที่ริ้วทำให้สุนัขไขว่เขวเป็นเหตุผลทำให้เขาสูญเสียเงินพนัน เขายอมรับว่าเขาพยายามหยุดการแข่งขันนี้เพราะเขากลัวจะสูญเสียเงินเดิมพัน เขาหวังว่าการทำให้สุนัขของเขาไขว่เขวนั้นผู้จัดการแข่งขันจะประกาศยกเลิกการแข่งขันและด้วยเหตุนี้เขาจะได้รับเงินเดิมพันคืนจากเจ้ามือรับแทง

คดีนี้ท่านผู้พิพากษาได้อ้างมาตรา 1 (1) และมาตรา 4 (3) ของพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดมาตัดสิน และกล่าวว่าเรื่องยากที่ศาลจะสรุปพยานหลักฐานให้ลูกขุนตัดสินว่าแค่ไหนการกระทำของผู้อุทธรณ์ถึงไปถึงขอบเขตของการกระทำที่มากกว่าการเตรียม พร้อมทั้งเป็นการเริ่มต้นการดำเนินการกระทำความผิด (embarked upon) ถ้าเขาไม่ถอนคืนในการกระทำนั้น

หน้าที่หนึ่งของศาลคือการประยุกต์ใช้ถ้อยคำที่บัญญัติในพระราชบัญญัติกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดี การกระทำของผู้อุทธรณ์ยังอยู่ในขั้นตอนการเตรียมหรือเป็นการเริ่มต้นดำเนินการเข้าไปสู่การกระทำการขโมยในตัวเองแล้วหรือไม่ มันอาจเป็นการขโมยทรัพย์สินเมื่อเขากระโดดลงบนลู่วิ่ง การกระโดดลงบนลู่วิ่งของเขาเป็นการพยายามขโมยเงินเดิมพันจากเจ้ามือรับแทงไขว่ใหม่ ความเห็นของผู้พิพากษาเห็นว่ามันไม่เป็นการดำเนินการถึงขั้นการดำเนินการขโมยเมื่อ

<sup>130</sup> Gullefer (1987) Crim LR 195 (reported also at (1990) 1 WLR 1603). as cited in. Michael Molan. (2001). *Sourcebook on Criminal Law* (2 nd ed.). p. 476.

เขากระทำการกระโดดลงบนลู่วิ่งในความพยายามที่จะรบกวนสุนัข ที่ซึ่งในการหันเหมันนั้นเขาหวังว่าจะเป็นผลให้เกิดการยกเลิกการแข่งขันและจะได้กลับไปเอาเงินจากเจ้ามือ ในความเห็นของผู้พิพากษาเห็นว่าเห็นว่าพยานหลักฐานแค่นี้ไม่เพียงพอสำหรับการกล่าวโทษเขา เมื่อเขากระโดดลงไปในลู่วิ่งถึงจะเป็นการกระทำที่พ้นจากการเตรียมแล้ว

และดูเหมือนว่าพระราชบัญญัติฯ จะใช้ถ้อยในการชี้้นำให้ใช้แนวทางที่เป็นกลาง แต่ไม่ได้กำหนดว่าเป็นไปตามทฤษฎีของ Eagleton (ตามทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย) หรือของ Lord Diplock (ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล) เป็นการแก้ไขการไปถึงตำแหน่งของการกระทำที่เป็นไปได้ในการยกเลิกการกระทำความคิดของ Lord Diplock และช่วยแนะนำถ้อยคำที่แน่นอนที่เป็นการกระทำที่เป็นไปได้ในตำแหน่งในขั้นตอนการเริ่มการกระทำความคิดของ Stephen (ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล) คือ มันเริ่มต้นเมื่อเป็นการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม (merely preparatory) และให้ความหมายของการกระทำที่มากกว่าการเตรียมว่าเป็นการกระทำที่เริ่มต้นดำเนินการกระทำความคิด (embarked upon) ส่วนการกระทำที่เริ่มต้นดำเนินการกระทำความคิดนั้นเริ่มเมื่อไหร่ นั่น สุดแล้วแต่ข้อเท็จจริงในวิธีการกระทำความคิดนั้น ๆ

ในคดี Jones ก.ศ.1990<sup>131</sup> Mr.Jones อุทธรณ์การลงโทษฐานพยายามฆ่าเพื่อนชายของคนรักเก่าของเขาต่อศาลอุทธรณ์ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ Mr. Jones ได้กระทำการซื้อปืนยี่ห้อให้มึขนาดเล็กลงนำปืนซ่อนไว้ในตัวเขาแล้วกระโดดเข้าไปในรถด้านหลังที่นั่งที่เพื่อนชายของคนรักเก่าของเขา นั่งอยู่ที่คนขับ จอดอยู่ที่โรงเรียนลูกสาวของเขา จากนั้นเขาเล็งปืนไปที่เพื่อนชายของคนรักเก่าของเขา แล้วพูดว่า “...คุณก็ไม่ได้ไปเหมือนกัน...” เพื่อนชายของคนรักเก่าของเขาได้แย่งปืนจาก Mr.Jones มาได้ แล้ว Mr.Jones ได้ลงจากรถหลบหนีไป ข้อเท็จจริงมันยังไม่เป็นการยืนยันอย่างแน่ชัดว่านิ้วมือของ Mr.Jones อยู่ในไกปืนหรือไม่ เมื่อเขาเล็งปืนไปที่เพื่อนชายของคนรักของเขา ศาลอุทธรณ์พิจารณาคำร้องของ Mr.Jones

Taylor LJ กล่าวเห็นด้วยกับการแนะนำของ Lord Chief (ผู้พิพากษา) ที่ต้องมองที่ความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำในมาตรา 1 (1) ปัญหาของผู้พิพากษาคือ การแนะนำต่อลูกขุนถึงของความหมายที่ชัดเจนตามความหมายธรรมดาของถ้อยคำตามพระราชบัญญัตินั้น กรณีนี้การกระทำของผู้อุทธรณ์เป็นการกระทำที่มีความชัดเจน ในการที่เขาไปซื้อปืน ย่อขนาดปืนให้เล็กลงบรรจุกระสุนในปืน นำปืนไปซ่อนไว้ในตัว และไปที่โรงเรียน ถ้ามีเพียงการกระทำเท่านั้นผู้พิพากษาเห็นว่า เป็นเพียงขั้นตอนของการเตรียม แต่ในการที่เข้ากระโดดเข้าไปในในรถเอาปืนที่มี

<sup>131</sup> Jones (1990) 1 WLR 1057. as cited in. Michael J. Allen. (2003). **Textbook on Criminal Law.** pp. 280 – 281.

กระสุนเต็มออกมาถึงไปที่เหยื่อด้วยเจตนาฆ่าเขา ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอในการตัดสินว่าการกระทำของเขาเหล่านั้นเป็นการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียมแล้ว

คดี Jones นี้ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยในการแปลถ้อยคำผูกขึ้นตามมาตรา 1 (1) ในพระราชบัญญัติ โดยอ้างอิงทฤษฎีที่ขัดแย้งกันที่มีอยู่ก่อนใน Common Law Taylor LJ stated ได้แก้ไขให้ถูกต้องในการแปลความหมาย โดยพิจารณาเพียงความหมายตามธรรมดาในถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ไม่กลับไปใช้แนวทฤษฎีตาม Common Law เดิม และเขาพยายามสืบหาทฤษฎีที่เหมาะสมและตัดทฤษฎีที่ไม่เหมาะสมออก เข้าอ้างและเห็นด้วยกับการวินิจฉัยในคดี Gullefer ในการหาแนวทางที่เป็นกลางในการให้ความหมายการกระทำที่เป็นการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม (merely preparatory) ที่ว่าเป็นการกระทำที่เริ่มต้นดำเนินการกระทำ ความผิด (embarked upon)

ในคดี Carmppbell ค.ศ.1991<sup>132</sup> Mr.Campbell หลบซ่อนอยู่ใกล้ที่ทำการไปรษณีย์ด้วยปืนปลอมในกระเป๋าเสื้อของเขาและถูกจับกุมขณะที่เขาเดินจะเข้าไปในที่ทำการไปรษณีย์บริเวณข้างนอกเกือบถึงประตูที่ทำการไปรษณีย์ โดยมีเจตนาจะเข้าไปชิงทรัพย์ ศาลวินิจฉัยว่าเขาจะมีความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์ต่อเมื่อเขาเข้าพ้นประตูที่ทำการไปรษณีย์ไปก่อน

ในคดี Geddes ค.ศ.1996<sup>133</sup> ศาลอุทธรณ์เพิกถอนคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ลงโทษจำเลยในฐานะพยายามลักพาตัว (kidnapping) ข้อเท็จจริงจำเลยมีเครื่องมือในกระเป๋าหลังที่สะพายอยู่ประกอบไปด้วย มีดทำครัว เข็มและเทปกาว และเขาไปในห้องน้ำเด็กผู้ชายในโรงเรียน ศาลอุทธรณ์เห็นว่าไม่มีความสงสัยในเจตนาของจำเลย แต่การกระทำของเขายังไม่คืบหน้าไปเพียงพอที่จะสมควรให้มีผลในทางกฎหมายถึงขั้นมากกว่าการเตรียม จำเลยยังไม่มีมีความผิดฐานพยายามลักพาตัว (แต่ตามความเห็นของ Professor J.C.Smith เห็นว่าลักษณะของการกระทำในคดี Geddes นี้อาจมีความผิดตามพระราชบัญญัติการลักทรัพย์ (Theft Acts 1968 มาตรา 25) ได้ถ้าหากเป็นการเข้าไปขโมยทรัพย์สิน)

ข. การให้ความหมายการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม ตามความเห็นของ **Antony Duff**<sup>134</sup>

<sup>132</sup> Carmppbell (1991) 93 Cr. App. R. 350,354 (Watkins LJ). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 59.

<sup>133</sup> Geddes (1996) Crim LR 894. as cited in. Michael J. Allen. (2003). **Textbook on Criminal Law**. pp. 281 – 282.

<sup>134</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 58.



Antony Duff (R.A.Duff) นักวิชาการและอาจารย์ทางกฎหมายของมหาวิทยาลัย Oxford ในประเทศอังกฤษ เห็นว่าในการตัดสินศาลของอังกฤษแม้เป็นการนำข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติมาใช้อ้างอิงในการตัดสิน แต่การแปลความหมายของการลงมือพยายามกระทำ ความผิดนั้นกลับเป็นการอ้างอิงตามคดีที่ถูกตัดสินอยู่ก่อนการใช้พระราชบัญญัติ แม้ตามพระราชบัญญัติได้ตัดสินและกำหนดแล้วว่าควรจะใช้ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติโดยปราศจากการอ้างอิงเช่นนั้น เป็นหน้าที่ของศาลในการใช้และการอธิบายถึงถ้อยคำในข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติในการตัดสินข้อเท็จจริงตามคดีต่าง ๆ ซึ่งถ้อยคำที่บรรจุอยู่ในพระราชบัญญัตินั้น เป็นการแน่ชัดในตัวของมันเองอยู่แล้ว ดังนั้นศาลควรจะมีเป็นอันดับแรกตีความหมายธรรมดาในถ้อยคำที่กำหนดอยู่ในพระราชบัญญัตินั้นมากกว่าการที่จะพยายามแปลความหมายโดยอ้างอิงคดีที่ขัดแย้งกันใน Common Law เดิม

Antony Duff ได้แปลความหมายของการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียมไว้ว่าเป็นการเริ่มดำเนินการทำความผิด (embarked on) หรือการเข้าไปอยู่ในขบวนการทำความผิดในตัวของมันเอง (is in the process of committing the offence itself) โดยอธิบายว่าแท้จริงแล้วพระราชบัญญัตินี้มุ่งไปสู่แนวทางปฏิบัติที่เป็นกลางระหว่างการจำกัดให้แคบลงของการกระทำขั้นสุดท้ายของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในคดี Engleton และการขยายกว้างออกในความไม่แน่นอนในของทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Stephen

แต่ทว่าอย่างไรที่ถือว่าเป็นการเริ่มดำเนินการหรือเป็นการกระทำที่เข้าไปสู่กระบวนการทำความผิดในตัวเอง R.A. Duff ได้อธิบายเป็นตัวอย่างไว้ว่า เมื่อพิจารณาถึงคดี Gullefer ค.ศ. 1990 การกระทำของ Mr. Gullefer กับสุนัขของเขาที่ทำให้สุนัขของเขาแพ้ในการแข่งขัน Mr. Gullefer ได้ปีนไปยังทางเดินและพยายามรบกวนสุนัขที่กำลังจะกระโดดออกแข่งขัน การแสดงออกชัดเจนถึงการกระทำเช่นนั้นของเขาไม่มีผลทางกฎหมายทำให้เขาสามารถเรียกเงินจากเจ้ามือรับแทงได้ เขาไม่มีความผิดฐานใช้กลอุบายในการพยายามขโมยเงินเพราะการกระทำของเขาขึ้นอยู่กับระยะเตรียมการ และยังคงไม่ใช่เป็นการเริ่มดำเนินการขโมยในตัวของมันเอง ในคดี Jones ค.ศ.1990<sup>135</sup> การที่ Mr.Jones ได้เข้าไปในรถที่มีอดีตคนรักของเขากับแฟนใหม่ของคนรักของเขาพร้อมด้วยปืนที่มีกระสุนและอาวุธอื่น ๆ แต่แฟนใหม่ของอดีตคนรักของเขากับอดีตคนรักของเขาได้ขัดขวางโดยแย่งเอาอาวุธปืนโยนออกมาทางหน้าต่างเสียก่อน Mr.Jones จึงหลบหนีไป การกระทำของ Mr.Jones เช่นนี้ถือว่ามากกว่าการกระทำเตรียมทำความผิดเฉย ๆ ในการ

<sup>135</sup> Jones (1990) 1 WLR 1057,1060-1 (Lord Taylor). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996).

มาตรการ เมื่อเขาเข้าไปในรถและเล็งปืนไปที่เหยื่อด้วยเจตนาฆ่าเขา อย่างไรก็ตามการกระทำก่อนนั้นจะถือว่าเป็นเพียงการเตรียมกระทำความผิดเท่านั้น ในคดี Campbell ค.ศ.1991 การที่ Mr. Campbell หลบซ่อนอยู่ในใกล้ที่ทำการไปรษณีย์ด้วยปืนปลอมในกระเป๋าเสื้อของเขาและถูกจับกุมข้างนอกเกือบจะมาถึงประตูที่ทำการไปรษณีย์ ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามเขายังคงมีเจตนาชิงทรัพย์ แต่ศาลแปลความหมายว่าเขาจะมีความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์เมื่อเขาเข้าพื้นที่ทำการไปรษณีย์ไปก่อน (ซึ่งที่จริงแล้ว Antony Duff เห็นว่าการกระทำของเขาอยู่ในจุดที่เป็นการชี้บอกว่ามากกว่าการเตรียมกระทำความผิดเฉย ๆ แล้วการกระทำของเขาควรเป็นความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์แล้ว) ในคดี Rowley ค.ศ.1991<sup>136</sup> การที่ Mr.Rowley ทิ้งบันทึกลงไว้ในสถานที่สาธารณะเพื่อเชิญเด็กผู้ชายให้มาพบเขา ด้วยเหตุที่ตัวบันทึกลงที่ให้นั้นไม่ป็นสิ่งชี้บอกลงถึงเจตนาของเขาในการกระตุ้นยุ้งเด็กผู้ชายให้มากระทำการอนาจาร (gross indecency) กับเขา การกระทำทั้งหลายของเขาโดยส่วนใหญ่เป็นการเตรียมสำหรับการพยายามกระทำความผิด เขายังไม่มีความผิดฐานพยายามยุ้งส่งเสริมให้มากระทำการอนาจาร แต่อย่างไรก็ตามในคดี Griffin ค.ศ.1993 ตามพระราชบัญญัติลักพา ค.ศ.1984 (Child Abduction Act 1984)<sup>137</sup> Mrs.Griffin เริ่มต้นกระทำความผิดฐานลักพาเมื่อมีการซื้อตัวของหล่อนและเด็กในการออกนอกรัฐ การที่หล่อนไปที่โรงเรียนถามหาเด็กและพูดคุยกับหมอพื้นของเด็กยังไม่เป็นการพยายาม

เทียบกับ The Model Penal Code (ค.ศ.1962) ของประเทศอเมริกาที่ถืออย่างชัดเจนในทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ซึ่งการกระทำในบางคดีอาจจะไม่ใช่การกระทำที่มากกว่าการเตรียม (more than merely preparatory) อย่างพระราชบัญญัติพยายามกระทำความผิด 1981 ของอังกฤษ ในคดี Gullefer ไม่ได้ได้อยู่ภายใต้ตัวอย่างใด ๆ ใน Model Penal Code เพียงแต่สิ่งที่เหลือไว้จากการกระทำของเขา(อันเป็นแผนการต่อเนื่องในการกระทำของเขา) ในการเรียกร้อยเงินรางวัล ศาลอาจจะมองว่าการกระทำเช่นนี้ของเขาเป็นการดำเนินการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญที่ทำให้เกิดความผิดนี้ขึ้น ในคดี Campbell และคดี Jones ทั้ง Mr.Campbell และ Mr.Jones ก่อนที่เขาจะเข้าไปในที่ทำการไปรษณีย์หรือในรถ มันป็นขั้นตอนที่สำคัญแล้วในการดำเนินการกระทำความผิดมันเป็นการใกล้เคียงกับตัวอย่างการกระทำใน Model Penal Code section 5.01 (2) (f) Mr.Campbell จ้องมองสำรวจสถานที่สำหรับการกระทำผิด (section 5.01 (2) (c) ). ในคดี Rowley สันนิษฐานได้ว่า Mr.Rowley “มีความมุ่งหมายในการ

<sup>136</sup> Rowley (1991) 4 All ER 649,654 (Lord Taylor). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 59.

<sup>137</sup> Griffin (1993) Crim. LR 515. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 59.

ล่อลวง” โดยเจตนาให้เหยื่อมาในสถานที่ที่จะประกอบอาชญากรรม (section 5.01(2) (b)) ดังนั้นในการแปลความพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 ของอังกฤษ (The Criminal Attempt Acts 1981) โดยศาล เป็นการแปลความที่แคบกว่า Model Penal Code ของอเมริกาโดยไม่ต้องสงสัย ซึ่งเป็นจุดประสงค์เช่นเดียวกันกับความมุ่งหมายของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) อย่างไรก็ตามคล้ายกับการตีความแคบกว่าความมุ่งหวังของคณะกรรมการด้วยในบางกรณี เช่น ในคดี Robinson ค.ศ.1915 แน่นอนยังคงไม่ลงโทษความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวงสำหรับการแก่งแย่งที่มีการปล้นร้านของตัวเองเพื่อเอาประกันแต่ถูกจับเสียก่อนที่จะติดต่อกับบริษัทประกัน

**ก. การให้ความหมายการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม ตามความเห็นของ Michael j. Allen<sup>138</sup>**

Michael j. Allen ได้อธิบายความหมายของการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม (more than merely preparatory act) ตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 ของอังกฤษ ไว้ว่าหมายถึงการกระทำที่เข้าไปอยู่ในการดำเนินการกระทำความผิดของเขา (on the job) ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกันกับการเริ่มดำเนินการ (embarked on) ของ R.A.Duff นั่นเอง

ตัวอย่างที่ช่วยแสดงให้เห็นถึงการกำหนดตำแหน่งของการเริ่มดำเนินการเช่นนั้น กรณีเช่น D ตัดสินใจจะฆ่า V และเขาแสดงให้เห็นเจตนาในการจะดำเนินการกระทำนั้นให้บรรลุผลสำเร็จ

1. เขาใช้เวลาหลายวันในการสังเกตการเคลื่อนไหวของ V อยู่ในขั้นตอนการเลือกสถานที่ที่เหมาะสม

2. เขาซื้อปืนและกระสุน

3. เขาไปและพักอยู่ในป่าในหลาย ๆ โอกาส เพื่อดำเนินการต่อเป้าหมาย

4. ในวันที่กระทำความผิดเขาบรรจุกระสุนปืน

5. เขาขับรถไปยังสถานที่เกิดเหตุด้วยแผนการที่จะฆ่า และซ่อนตัวอยู่ในพุ่มไม้รอการมาถึง ของ V

6. เขาเฝ้าคอยดูที่ถนนถึงการมาของ V

7. เขาเห็น V แล้วหยิบปืนขึ้นมาเล็ง

8. เขาเอานิ้วมือเข้าไปในไกปืน

9. เขาใช้นิ้วบีบไกปืนและยิงปืน

<sup>138</sup> Michael J. Allen. (2003). *Textbook on Criminal Law*. p. 279.

ตำแหน่งที่ 9 นี้เป็นตำแหน่งสุดท้ายในการกระทำของ D ในระดับที่จะนำไปสู่การกระทำความคิดฐานฆ่า ถ้าเจ้าหน้าที่ตำรวจเฝ้าคอยสังเกต D ตำรวจจะสามารถเข้าไปแทรกแซงขัดขวางการกระทำของ D ได้ในจุดไหนที่จะสามารถป้องกันขัดขวางการฆ่า และยืนยันอย่างแน่นอนว่า D จะถูกลงโทษในความคิดฐานพยายามฆ่า ลำดับการกระทำในตำแหน่งตั้งแต่ 1-8 เป็นการกระทำทั้งหมดที่เป็นการเตรียมไปสู่การกระทำสุดท้ายตำแหน่งที่ 9 บางตำแหน่งเป็นการดำเนินการที่มากกว่าการเตรียมตามข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความคิดแล้วในการดำเนินการบางขั้นตอนหลังจากการกระทำในตำแหน่งที่ 4 และก่อนตำแหน่งที่ 9 เมื่อเขาได้แสดงให้เห็นได้ว่าเข้าไปอยู่ในการดำเนินการกระทำความคิด (on the job) หรือ การกระทำเช่นนั้นเป็นการเริ่มดำเนินการกระทำความคิดอย่างเต็มที่ (embarked on the crime proper)

กล่าวโดยสรุปแล้ว พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความคิด ค.ศ.1981 ได้ยกเลิกบทบัญญัติหรือทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความคิดในอดีตในระบบ Common Law และได้บัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้ความหมายของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิดไว้ให้ชัดเจนใน มาตรา 1 (1) ซึ่งหมายถึง การกระทำที่มากกว่าเพียงการเตรียมกระทำความคิด (more than merely preparatory act) ซึ่งจุดประสงค์ของพระราชบัญญัติต้องการช่วยเหลือและให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับทฤษฎีการพยายามกระทำผิดต่าง ๆ ให้เกิดการยืดหยุ่นขึ้นระหว่างทฤษฎีการกระทำสุดท้าย (Last acts theory) กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) เป็นการบัญญัติถ้อยคำที่เป็นการแน่ชัดในตัวของมันเองอยู่แล้ว และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องแปลความหมายของถ้อยคำให้เป็นไปตามจุดประสงค์ แต่การแปลความหมายยังคงเป็นปัญหา ศาลของอังกฤษยังคงมีลักษณะที่จะแปลความหมายรักษาและเชื่อมต่อกับระบบ Common Law เดิมก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความคิดอยู่

### 3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

เดิมในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) และ “ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย” (Dangerous proximity acts theory) มาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด แต่ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลและทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายยังมีข้อบกพร่อง และมีการตีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละมลรัฐ ต่อมาสถาบันกฎหมายของอเมริกา (The American Law Institute) จึงได้พัฒนาหลักกฎหมายที่จะมาอธิบายให้มีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้นกว่าทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่ให้เหตุผลในการอธิบายลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความคิดอยู่บนความหมายว่าอย่างไรเป็นการกระทำของจำเลยที่เข้ามาสู่การใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ หรือ ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายที่เรียกร้องการกระทำที่เป็นการใกล้ชิดที่มีส่วนผันแปรไปตาม

ระดับของความอันตรายในความผิดฐานนั้น ๆ มาเป็นการใช้หลักเกณฑ์ตาม “ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ” (The Substantial step acts theory)

### 3.1.2.1 ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) ตามข้อกำหนดใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>139</sup>

ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The substantial step acts theory) เป็นทฤษฎีที่กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน ที่มีมุมมองแตกต่างออกไปจากทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการลงโทษการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดเพื่อเป็นการลงโทษยับยั้งการกระทำที่เป็นอันตราย

เป็นการพิจารณาถึงการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) อันเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำให้สิ่งใดลงไปแล้วบ้าง (what the actor has already done) ซึ่งตรงกันข้ามกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ที่การกระทำขั้นสุดท้ายนั้นพิจารณาว่ายังมีสิ่งใด ๆ อีกหรือไม่ที่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำ (what remains to be done) เพื่อให้ความผิดเกิดขึ้น หากปรากฏว่ายังมีสิ่งอื่น ๆ ที่จะต้องกระทำอีก เช่น จะต้องนำอาหารผสมยาพิษนั้นไปวางบนโต๊ะกินข้าวของผู้เสียหายเสียก่อน ตราบใดที่ยังไม่ได้วางก็ยังไม่เป็นพยายามฆ่าแต่เมื่อนำไปวางแล้วก็เป็นการพยายามฆ่าทันทีโดยไม่คำนึงว่าผู้เสียหายจะมากินอาหารบนโต๊ะนั้นเมื่อใด ทั้งนี้เพราะเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของผู้กระทำแล้ว เนื่องจากผู้กระทำไม่จำเป็นต้องกระทำให้สิ่งอื่นใดอีกแล้วเพื่อให้ความผิดเกิดขึ้น เพียงแต่รอให้ถึงเวลาที่ผู้เสียหายจะมากินอาหารเท่านั้น ซึ่งการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลหรือเป็นการกระทำในขั้นตอนสุดท้ายดังกล่าวแต่อย่างใด

ด้วยเหตุว่าในปัจจุบัน บุคคลหนึ่งสามารถเป็นอันตราย และอาจจะเป็นต้นเหตุก่อให้เกิดภัยความเสียหายทางอาชญากรรมได้ในหลาย ๆ วิธี เขาอาจจะเป็นผู้ที่มีสภาพจิตไม่ปกติและไม่อาจรับผิดชอบทางอาญา เขาอาจไม่ระมัดระวังหรือประมาท แต่ถึงกระนั้น Model Penal Code ได้รวมเอาความผิดสำเร็จหลายชนิด ที่ซึ่งอาจจะเป็นการกระทำโดยประมาท (negligent) หรือละเลย (reckless) เข้าไว้ใน การพยายามกระทำความผิดด้วย การลงโทษความผิดชนิดพิเศษเรื่องความประมาทที่เป็นอันตรายจะเป็นการขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาออกไปเกินควร ซึ่งทำให้การ

<sup>139</sup> Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 53 – 57.

กระทำโดยละเลย หรือการกระทำโดยประมาททุกประเภทเป็นอาชญากรรม หากว่าการกระทำเหล่านั้นก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นอันตราย (harm) ซึ่งเป็นอันตรายที่กฎหมายพยายามให้ความสนใจและเป็นกังวล คือ ภัยอันตรายที่สามารถสันนิษฐานอย่างแน่นอนได้ว่าเป็นประเภทที่คุกคามและเป็นอันตรายซึ่งในเนื้อแท้ของการกระทำมีวัตถุประสงค์ในการประกอบอาชญากรรมอย่างแน่นอน

สถาบันกฎหมายของอเมริกา (The American Law Institute) ได้นำทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญมากำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำ ความผิด โดยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1962 (Model Penal Code ,official draft,1962)<sup>140</sup> มาตรา 5.01 (คือประมวลปี พ.ศ.2505) เพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่าง ๆ นำไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาภายในของแต่ละมลรัฐที่แตกต่างกันอยู่ เพื่อให้เป็นรูปแบบไปในแนวทางเดียวกัน โดยบัญญัติว่าเมื่อผู้กระทำได้กระทำการถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้วถือว่ามีกรลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว แต่ทฤษฎีนี้จะใช้ได้ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอื่น ๆ ประกอบให้เห็นอย่างชัดเจน โดยกำหนดคำนิยามของการพยายามกระทำความผิดไว้ใน มาตรา 5.01 (1) และกำหนดตัวอย่างของการกระทำที่เป็นการกระทำ การในขั้นตอนที่สำคัญไว้ในมาตรา 5.01 (2) (a)-(g)

Model Penal Code มาตรา 5.01

(1) ภายใต้งื่อนไขดังนี้: บุคคลหนึ่งจะมีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด, หากว่า ได้กระทำการลักษณะที่เป็นการนำคำหนี ในการดำเนินการประกอบอาชญากรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้:

- a) เข้าพัวพันหรือเข้าร่วมโดยเจตนา ซึ่งเป็นการกระทำที่จะประกอบอาชญากรรม หากว่าประกอบไปด้วยสถานการณ์เช่นที่เขาเชื่อว่าเป็นเช่นนั้น หรือ
- b) เมื่อเขามีจุดประสงค์เฉพาะในผลในการประกอบอาชญากรรม การกระทำหรือไม่กระทำการสิ่งใดด้วยจุดประสงค์ที่จะก่อให้เกิดหรือด้วยความเชื่อที่ว่า จะก่อให้เกิดผลเช่นนั้น โดยปราศจากเหตุการณ์ในอนาคตตามที่เขาคิดเช่นนั้น หรือ

<sup>140</sup> Model Penal Code คือ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งสถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Law Institute) ได้ร่างขึ้นเพื่อเป็นแบบอย่างให้รัฐต่าง ๆ ในสหรัฐใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาของตนให้เหมือนกันทั่วประเทศ

c) เจตนากระทำหรืองดเว้นการกระทำสิ่งใดซึ่งภายใต้สถานการณ์เช่นเขาเชื่อว่าเป็น คือการกระทำหรือไม่กระทำซึ่งเป็นองค์ประกอบขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) ในการกระทำที่ถูกลงโทษไว้แล้วที่สุดของเขาในการประกอบอาชญากรรม

(2) พฤติกรรมที่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนสำคัญตามอนุมาตรา 1c

- a) การคัดกรอ การตามหาตัว หรือการติดตามหาตัวผู้เสียหาย
- b) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความคิด
- c) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความคิด
- d) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยาพาหนะ หรือสถานที่ซึ่งมีรั้วรอบขอบชิดโดยมุ่งหวังที่จะกระทำความคิดในสถานที่นั้น ๆ
- e) การครอบครองวัตถุใด ๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความคิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครองไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น
- f) การครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งใด ๆ เพื่อใช้ในการกระทำความคิดยังสถานที่หรือใกล้กับสถานที่ซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นสถานที่ในการกระทำความคิด ในเมื่อการครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งนั้น ๆ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สภาพการณ์เช่นนั้น
- g) การใช้ บังคับ หรือจ้างวาน ให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ (Innocent agent) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความคิด<sup>141</sup>

<sup>141</sup> Model Penal Code 1962 section 5.01

(1) provides that : A person is guilty of an attempt to commit a crime if, acting with the kind of culpability otherwise required for commission of the crime, he:

a) purposely engages in conduct which would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be; or

b) when causing a particular result is an element of the crime, does or omits to do anything with the purpose of causing or with the belief that it will cause such result, without further conduct on his part; or

c) purposely does or omits to do anything which, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime.

(2) Conduct Which May Be Held Substantial Step Under Subsection (1)(c). Conduct shall not be held to constitute a substantial step under subsection (1)(c) of this section unless it is strongly corroborative of

ใน Model Penal Code มาตรา 5.01 (a) – (b) การลงมือพยายามกระทำความผิดครอบคลุมถึงทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (last act theory) ที่ซึ่งจะเป็นไปตามสถานการณ์ที่ตัวผู้กระทำเชื่อว่าการกระทำของเขาประกอบขึ้นเป็นการกระทำอาชญากรรม หรือที่ซึ่งเป็นเจตนา หรือคาดหวัง ถึงผลในการประกอบอาชญากรรมของตัวผู้กระทำผิด

ส่วนคำจำกัดความของ Model Penal Code 5.01 (1) (c) ถอยออกห่างจากเรื่องการกระทำขั้นสุดท้าย (last act) มาตรา 5.01 (1) (c) คนที่กระทำการกระทำที่ประกอบด้วยความนำตำหนิหรือสมควรถูกลงโทษ หรืออีกนัยหนึ่งคือต้องการการกระทำที่เป็นอาชญากร จะถือว่าเป็นพยายามกระทำความผิดหากเขากระทำโดยเจตนา (หรือละเว้น) ถ้าเขากระทำสิ่งใด ๆ นั้นภายใต้สถานการณ์ที่เขาเชื่อว่ามันเป็นการกระทำ (หรือละเว้นการกระทำ) ที่เป็นขั้นตอนสำคัญในวิธีการกระทำซึ่งจะสามารถบรรลุถึงจุดประสงค์ในการประกอบอาชญากรรมของเขา

ใน Model Penal Code มาตรา 5.01(2) ได้รับเอาแนวความคิดในเรื่องการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) และแสดงอย่างเด่นชัดมาก กล่าวว่า เพียงพฤติกรรมการกระทำที่ยืนยันอย่างมั่นคงถึงจุดมุ่งหมายของผู้ประกอบอาชญากรรม สามารถกำหนดเป็นการกระทำ

---

the actor's criminal purpose. Without negating [sic] the sufficiency of other conduct the following, if strongly corroborative of the actor's criminal purpose, shall not be held insufficient as a matter of law:

- a) lying in wait, searching for or following the contemplated victim of the crime
- b) enticing or seeking to entice the contemplated victim of the crime to go to the place contemplated for its commission
- c) reconnoitering the place contemplated for the commission of the crime
- d) unlawful entry of a structure, vehicle or enclosure in which it is contemplated that the crime will be committed
- e) possession of materials to be employed in the commission of the crime, which are specially designed for such unlawful use or which can serve no lawful purpose of the actor under the circumstances
- f) possession, collection or fabrication of materials to be employed in the commission of the crime, at or near the place contemplated for its commission, where such possession, collection or fabrication serves no lawful purpose of the actor under the circumstances
- g) soliciting an innocent agent to engage in conduct constituting an element of the crime.

In this test the court looks at the overt acts that the defendant has committed and determines their relative importance in the chain of causation of the crime. Those acts which are "remote preparatory acts not reasonably in the chain of causation do not make out a case of attempt. Retrieved April 12,2005. from <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/resource.htm>



ในขั้นตอนที่สำคัญเพื่อลงโทษพยายามได้ ข้อกำหนดนี้บัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งสนองความต้องการที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) ขณะที่หลีกเลี่ยงความเคร่งครัดที่ยอมรับไม่ได้ของทฤษฎีนี้ การกระทำของจำเลยไม่จำเป็นต้องฟังพยานหลักฐานอื่นสำหรับเจตนาของเขา ข้อกำหนดนี้ต้องการเพียงความไม่คลุมเครือที่แสดงออกมาให้เห็นประจักษ์ถึงความมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขาเท่านั้น ข้อกำหนดนี้ต้องการเพียงข้อพิจารณาในรูปแบบของสถานการณ์ทั้งหมดบวกกับพยานหลักฐานที่เป็นเครื่องแสดงถึงข้อพิสูจน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวกับจุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขา ซึ่งเป็นหลักอย่างเดียวกันของการแสดงออกของตัวผู้กระทำ

ผู้ร่าง Model Penal Code มิได้อธิบายโดยตรงไว้ว่าการกระทำอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) เพียงแต่ให้ตัวอย่างไว้ในตอนท้ายของ (2) เป็นแนวทางกว้าง ๆ ไว้ว่าการกระทำดังต่อไปนี้หากมีพยานอื่นอย่างแน่นหนาประกอบด้วยอันแสดงให้เห็นเจตนาของผู้กระทำแล้วอาจถือได้ว่าเป็นการเพียงพอที่จะเสนอให้ลูกขุนพิจารณาได้ว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นถึงระดับที่เป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) แล้วหรือไม่ ตัวอย่างที่ Model Penal Code ให้ไว้เป็นตัวอย่าง 7 แนวทาง คือ

- a) การดังรอ การตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหาย

ผู้ร่าง Model Penal Code ได้ให้เหตุผลว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่ามีภัยอันตรายอย่างเพียงพอ (sufficient dangerousness) ถึงระดับที่ควรจะเป็นการลงมือกระทำผิดอันสามารถรับผิดขึ้นพยายามได้แล้ว ซึ่งหากมีการยึดถือตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” แล้วการกระทำดังกล่าวยังไม่เป็นการลงมือกระทำผิดความผิดจนถึงขั้นพยายามได้ เพราะอย่างน้อยที่สุดผู้เสียหายน่าจะต้องมาปรากฏตัวยังสถานที่ซึ่งผู้กระทำกำลังตั้งครออยู่เสียก่อน

- b) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำผิด

ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแสดงออกถึงความมุ่งหมายอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดและล่อให้เห็นอย่างชัดเจนถึงภัยอันตรายของตัวผู้กระทำการนั้น

- c) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำผิด

ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดเพราะเป็นการตรวจสอบว่าจะมีอุปสรรคใด ๆ หรือไม่ในการที่จะกระทำความผิดและเป็นการกำหนดถึงวิธีการที่จะทำให้การกระทำความผิดเป็นไปได้อย่างราบรื่นมากที่สุด

d) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยาพาหนะ หรือสถานที่ซึ่งมีรั้วรอบขอบชิด โดยมุ่งหวังที่จะกระทำความผิดในสถานที่นั้น ๆ

ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำความผิดดังกล่าวแม้ว่าจะคลุมเครือตามทฤษฎีความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) ก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นแน่ชัดว่าผู้ที่เข้าไปนั้นมีเจตนาอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดแล้ว เช่น เปิดประตูเข้าไปในรถของผู้คนที่จอดอยู่แม้ว่าจะยังมีทันได้แตะต้องของมีค่าใด ๆ ในรถคันนั้นก็ตาม

e) การครอบครองวัตถุใด ๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับใช้ในการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครองไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น

f) การครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งใด ๆ เพื่อใช้ในการกระทำความผิดยังสถานที่หรือใกล้กับสถานที่ซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นสถานที่ในการกระทำความผิด ในเมื่อการครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งนั้น ๆ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สภาพการณ์เช่นนั้น

g) การใช้ บังคับ หรืออ้าง วาน ให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ (Innocent agent) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิด

การกระทำความผิดดังกล่าวนี้หากพิจารณาตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลก็ถือเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกันเพราะ ผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (last acts) ในการกระทำความผิดแล้ว ได้มีการยกตัวอย่างกรณีมีการหลอกให้ฝากองฟางโดยผู้ถูกหลอกหลงเชื่อว่างองฟางเป็นของผู้หลอก เมื่อหลอกกันเสร็จเรียบร้อยแม้ผู้ถูกหลอกจะยังไม่ทันได้จุดไฟฝากองฟางผู้หลอกก็มีความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์แล้ว

ทฤษฎีการกระทำขั้นตอนที่สำคัญใน Model Penal Code ดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาในเรื่องพยายามกระทำความผิดของมลรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาหลายแห่งด้วยกัน เช่น จอร์เจีย ,มินิโซต้า และอิลลินอยส์ เป็นต้น อย่างไรก็ตามมลรัฐเหล่านี้ได้บัญญัติหลักกว้าง ๆ ได้เท่านั้นมีได้ลงรายละเอียดเป็นข้อ ๆ ดังเช่นของ Model Penal Code เช่นกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ มาตรา 5/8-4 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องพยายามกระทำความผิดไว้ดังนี้

“หากบุคคลมีเจตนากระทำความผิด เขาได้พยายามกระทำความผิดเมื่อเขาได้กระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) ของการกระทำความผิดนั้น”

หลังจากกฎหมายอาญา มาตรา 5/8-4 ในเรื่องพยายามกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้นได้ประกาศใช้บังคับแล้วมีคดีที่น่าสนใจในมลรัฐอิลลินอยส์ คดีหนึ่ง ได้แก่

คดี *People v. Paluch*<sup>142</sup> ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการลงมือพยายามกระทำความผิดโดยตรง ข้อเท็จจริงมีดังนี้ จำเลยถูกฟ้องในความผิดฐานพยายามกระทำการตัดผม โดยไม่มีใบอนุญาตให้เป็นช่างตัดผม ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด โดยลงโทษปรับเป็นเงิน 25 เหรียญสหรัฐ จำเลยอุทธรณ์ว่าการกระทำของตนยังไม่เป็นการลงมือกระทำผิดฐานพยายาม คดีนี้เกิดเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ.1965 โดยเจ้าหน้าที่คนหนึ่งของสหภาพแรงงานช่างตัดผมได้ไปที่ร้านตัดผมแห่งหนึ่งขณะนั้นเป็นเวลาเก้าโมงเช้าซึ่งร้านยังไม่เปิดทำการ เจ้าหน้าที่ได้เห็นจำเลยเปิดประตูข้างหลังร้านและเข้ามาในร้านหลังจากนั้นเจ้าหน้าที่ผู้นี้ได้เดินไปที่หน้าร้านตรงประตูด้านหน้าและถามจำเลยว่าร้านเปิดแล้วหรือยัง จำเลยได้เปิดประตูด้านหน้า และเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้านจากนั้นจำเลยได้เดินไปที่เก้าอี้ตัดผมและสวมใส่เสื้อกันเปื้อนของช่างตัดผมและเชิญให้เจ้าหน้าที่มานั่งที่เก้าอี้ตัดผม จำเลยมีอุปกรณ์ตัดผมของตนเองอันประกอบด้วย กรรไกรตัดผม มีดโกนและหวี ในตอนนั้นเองเจ้าหน้าที่จึงได้แสดงบัตรประจำตัวให้จำเลยได้ดูและขอคูใบอนุญาตตัดผมจากจำเลย จำเลยได้ทำซ้ำไปที่ใบอนุญาตใบหนึ่งถึงสองครั้งด้วยกันซึ่งไม่ใช่ใบอนุญาตของจำเลย ในขณะนั้นไม่มีคนอื่นใดอยู่ในร้านอีกเลย ต่อมาเจ้าหน้าที่ได้ถามว่าจำเลยทำงานอยู่ในร้านนั้นหรือไม่ จำเลยตอบว่าทำงานอยู่และจำเลยยอมรับว่าไม่มีใบอนุญาต

ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอิลลินอยส์พิพากษาขึ้นตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้วเพราะเป็นการกระทำในขั้นตอนสำคัญของการกระทำความผิดฐานตัดผมโดยไม่มีอนุญาตเนื่องจากจำเลยผู้ซึ่งยอมรับว่าทำงานอยู่ในร้านนั้นเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่อยู่ในร้านขณะนั้น จำเลยมีกุญแจและใช้กุญแจนั้นเปิดประตูร้าน จำเลยมีอุปกรณ์ในการตัดผม จำเลยมีใบอนุญาตปลอมติดอยู่ข้างฝาใกล้ ๆ กับเก้าอี้ตัดผม จำเลยเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้าน จำเลยได้สวมใส่เสื้อกันเปื้อนของช่างตัดผมแล้วและได้เชิญให้เจ้าหน้าที่ไปนั่งที่เก้าอี้ตัดผม เหตุที่จำเลยไม่ได้ทำการตัดผมก็เพราะเจ้าหน้าที่ได้แสดงบัตรประจำตัวให้จำเลยดูและเจ้าหน้าที่ไม่ได้เข้าไปนั่งบนเก้าอี้ตัดผมที่นั่น ข้อเท็จจริงต่าง ๆ เหล่านี้เป็นเพียงพอแล้วที่จะชี้ให้เห็นว่าจำเลยได้ลงมือพยายามกระทำความผิดตามที่ถูกฟ้องแล้ว

แต่ผู้พิพากษาท่านหนึ่งมีความเห็นแย้ง โดยเห็นว่าการกระทำของจำเลยยังไม่ใช่การกระทำในขั้นตอนที่สำคัญของการกระทำความผิด เพราะจำเลยน่าจะต้องการทำการมากกว่านี้ กล่าวคือ หากเจ้าหน้าที่ได้นั่งบนเก้าอี้ตัดผมตามคำเชิญของจำเลยแล้ว และจำเลยได้ใส่ผ้าคลุม

<sup>142</sup> *People v. Paluch* 78 Ill.Appzd 356, 222 N.E. 2d 508. อ้างถึงใน เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์. (2539,1 มีนาคม). “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกันหลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ.” *บทบัญญัติ, เล่ม 52, ตอน 1*. หน้า 13.

กันเปื้อนให้แก่เจ้าหน้าที่ซึ่งจะถือได้ว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญของการกระทำความผิด แม้ว่าจำเลยจะยังไม่ได้ตัดผมเจ้าหน้าที่สักเส้นหนึ่งก็ตาม

แนวความคิดเรื่องการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญนี้เป็นที่ยอมรับกันในศาลสหรัฐด้วย นอกจากศาลของมลรัฐแล้ว เช่น ในคดี United States V. Mandujano ซึ่งจำเลยถูกศาลชั้นต้นสหรัฐ (U.S. district court) พิพากษาว่ามีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีน โดยให้จำคุก 15 ปี และศาลอุทธรณ์พิพากษาขึ้น

คดี United States V. Mandujano<sup>143</sup> ข้อเท็จจริงมีดังนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจหน่วยปราบปรามยาเสพติดคนหนึ่งได้รับข้อมูลว่าจำเลยขายยาเสพติดอยู่ในบาร์แห่งหนึ่ง เจ้าหน้าที่จึงปลอมตัวเป็นนักค้ายาเสพติดและเข้าไปในบาร์แห่งนั้นพร้อมกับสายลับของตำรวจคนหนึ่ง เมื่อเข้าไปข้างในบาร์แล้ว สายลับได้แนะนำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจรู้จักกับจำเลย หลังจากสนทนากันในเรื่องทั่ว ๆ ไปอยู่ครู่หนึ่ง จำเลยได้ถามสายลับว่าเจ้าหน้าที่ต้องการจะได้ของอะไรบางอย่างอยู่ใช่หรือไม่ เจ้าหน้าที่ตอบว่าใช่ จำเลยจึงถามเจ้าหน้าที่มีบทบาทเกี่ยวข้องกับยาเสพติดอย่างไรบ้าง เจ้าหน้าที่ได้ตอบคำถามแก่จำเลยและได้บอกจำเลยว่าตนกำลังมองหาเฮโรอีนตัวอย่างสักหนึ่งออนซ์ เพื่อจะได้ตรวจสอบคุณภาพของเฮโรอีนนั้น จำเลยตอบว่าตนมีเฮโรอีนเม็ทซิกันสีน้ำตาลราคาออนซ์ละ 650 เหรียญสหรัฐ ถ้าเจ้าหน้าที่ต้องการคงจะต้องรอจนกระทั่งถึงตอนบ่ายจนกว่าคนส่งของมาส่งของให้ตามปกติ เจ้าหน้าที่ตอบว่าตนมาจากต่างเมืองและไม่อยากรอนาน จำเลยจึงเสนอขึ้นมาว่าจะติดต่อกับคนส่งของจากแหล่งอื่นให้ และจำเลยได้โทรศัพท์สี่ครั้งติดต่อกับบุคคลภายนอก แต่การติดต่อไม่เป็นผล จำเลยได้บอกกับเจ้าหน้าที่ว่าตนโชคไม่ดีที่ติดต่อกับใครไม่ได้เลย เจ้าหน้าที่ได้บอกแก่จำเลยว่าไม่สามารถรอต่อไปได้อีกแล้ว หลังจากนั้น จำเลยจึงได้บอกแก่เจ้าหน้าที่ว่าตนมีผู้ใกล้ชิดคนหนึ่งซึ่งเก็บยาเสพติดไว้ที่บ้าน แต่ถ้าจำเลยไปพบผู้ใกล้ชิดนี้จำเลยต้องมีเงินติดตัวไปด้วย จำเลยได้ให้ความมั่นใจแก่เจ้าหน้าที่ว่าตนจะไม่นำเงินหลบหนีไป โดยบอกแก่เจ้าหน้าที่ว่า “คุณอยู่ในสถานที่ทำธุรกิจของผม และภรรยาผมก็อยู่ที่นี่ด้วย คุณสามารถนั่งรออยู่กับภรรยาผมได้ ผมจะไม่ทำให้ภรรยาของผมต้องเดือดร้อนเพียงเพราะเงินแค่ 650 เหรียญสหรัฐเท่านั้นหรอก” เมื่อฟังดังนั้นเจ้าหน้าที่จึงนับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐส่งให้จำเลย จากนั้นจำเลยได้ออกจากบาร์เหล่านั้นไปในเวลาประมาณบ่ายสามโมงครึ่ง ในเวลาหนึ่งชั่วโมงต่อมาจำเลยได้กลับมาและบอกกับเจ้าหน้าที่ว่าตนไม่สามารถตามหาผู้ใกล้ชิดได้ จำเลยได้คืนเงินทั้งหมดให้แก่เจ้าหน้าที่ และบอกเจ้าหน้าที่ว่าสามารถรอจนกว่าคนส่งของตามปกติจะมาถึงก็ได้ แต่เจ้าหน้าที่ได้ออกจากบาร์เหล่านั้นไป แต่ได้ขอโทรศัพท์

<sup>143</sup> United States V. Mandujano 499 F.2d 370 Z5th Cir. 1974. อ้างถึงใน เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. แหล่งเดิม. หน้า 13.

และติดต่อกลับมาในตอนหกโมงเย็นครั้งหนึ่งและในตอนหกโมงครึ่งอีกครั้งหนึ่ง ในการติดต่อกับสองครั้งนั้น เจ้าหน้าที่ไม่มีโอกาสพูดคุยกับจำเลยเพราะผู้รับโทรศัพท์แจ้งว่าจำเลยไม่อยู่ เจ้าหน้าที่ไม่ได้กลับไปยังบาร์เหล่านั้นเพื่อติดต่อกับจำเลยอีก เพราะเกรงว่าจะไม่ปลอดภัย

จำเลยต่อสู้ว่า การกระทำของตนยังไม่ถึงขั้นลงมือพยายามจำหน่ายเฮโรอีน อย่างมากที่สุดคงเป็นเพียงพยายามให้ได้มาซึ่งเฮโรอีนแต่ไม่ใช่พยายามจำหน่ายเฮโรอีน เพราะยอมเป็นไปไม่ได้ที่บุคคลใดจะมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีนซึ่งตนไม่ได้ครอบครองหรือควบคุมเฮโรอีนนั้น การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการเตรียมจำหน่ายเฮโรอีน ไม่ใช่การลงมือพยายามกระทำความผิด

ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐพิพากษาขึ้นตามคำวินิจฉัยของลูกขุนในศาลชั้นต้น ซึ่งวินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานพยายามกระทำความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่า การที่จำเลยเรียกร้องและรับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐ จากเจ้าหน้าที่โดยอ้างว่าเพื่อจะไปซื้อเฮโรอีนจากผู้ใกล้ชิดมาให้ การกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญในการจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีน ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวเพิ่มเติมด้วยว่า “จริงอยู่หากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า ผู้ใกล้ชิดของจำเลยนั้นมีตัวตนอยู่จริง และผู้ใกล้ชิดนั้นมีเฮโรอีนเพื่อขายจริง ๆ ก็ย่อมจะช่วยให้คดีของโจทก์มีน้ำหนักแน่นแฟ้น มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ดังกล่าวไม่มีความจำเป็น เพราะการกระทำของจำเลยเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดแล้วตั้งแต่เรียกร้องเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐจากเจ้าหน้าที่ เนื่องจากเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญแล้วในการกระทำความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีน”

ตามข้อกำหนดของ Model Penal Code สามารถตัดสินลงโทษเหล่าจำเลยจำนวนหนึ่งที่ศาลหลายแห่งได้ตัดสินปล่อยตัวให้พ้นผิดไป หรือไม่เห็นด้วยให้เป็นความผิดฐานพยายาม โดยเฉพาะคดีที่อยู่ภายใต้ตัวอย่างใดตัวอย่างหนึ่งของ Model Penal Code โดยตรง เช่น ในคดี Henderson<sup>144</sup> พวกจำเลยได้สำรวจธนาคารที่เขาจะปล้นและอยู่ใกล้ธนาคารแห่งนั้นพร้อมด้วยอาวุธที่จะใช้ในการกระทำอาชญากรรมนี้ (ตัวอย่างใน มาตรา 5.01 (2) (c), (e)) ในคดี Dupuy, Wright และคดี Goddard<sup>145</sup> จำเลยมีเครื่องมือติดตัวเพื่อใช้ก่ออาชญากรรมนั้น ที่สถานที่ที่จะลงมือกระทำ

<sup>144</sup> Henderson (1948) 91 CCC 97 ; at n.77. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

<sup>145</sup> Dupuy (1959) 325 SW 2d 238 ,Wright (1968) 444 P 2d 676. and Goddard (1968) 447 P 2d 180. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

ความผิด (มาตรา 5.01 (2) (f)) ในคดี Barker และคดี Moore<sup>146</sup> จำเลยแต่ละคนได้พยายามล่อลวงเหยื่อเป้าหมายไปยังสถานที่ที่พิจารณาไว้ลงมือกระทำความผิดนั้น (มาตรา 5.01 (2)(b)) ในคดี Campbell & Bradley และ Ward<sup>147</sup> พวกเขาได้เข้าไปในยานพาหนะคันหนึ่งอย่างผิดกฎหมายเพื่อจะทำการปล้น (มาตรา 5.01 (2) (d)) ในคดี Peaslee<sup>148</sup> จำเลยได้สะสมวัตถุที่จะใช้ลงมือกระทำความผิดที่ยังสถานที่ที่เขาจะประกอบอาชญากรรม (มาตรา 5.01 (2) (f)) ในคดี Volpe<sup>149</sup> เหล่าจำเลยได้ข่มขู่หรือเหยื่อเป้าหมาย (มาตรา 5.01 (2)(a)) เป็นต้น

เห็นได้ว่านักนิติศาสตร์และศาลอเมริกันได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ขึ้นมาในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องการลงมือพยายามกระทำความผิดแทนหลักเกณฑ์เดิมๆ ที่เคยใช้อยู่ เช่น ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล หรือทฤษฎีความไม่คลุมเครือ คนที่จะลอบวางเพลิงที่กำลังสูบไปป์ก็สามารถถูกตัดสินลงโทษถ้ามีหลักฐานแต่อย่างแสดงเจตนาในการกระทำความผิดนั้น (เช่นการข่มขู่ก่อนหน้านั้นหรือการรับสารภาพภายหลัง) แสดงให้เห็นว่าไม่มีจิตใจที่เขามีข้างกองข้าวโพดนั้นเป็นประโยชน์ในจุดมุ่งหมายอย่างไม่ถูกกฎหมายของเขาในการจะใช้ลงมือประกอบอาชญากรรมนั้นของเขา ในคดี Roberts จำเลยที่มีแม่พิมพ์ทำเหรียญกษาปณ์ปลอมในความครอบครองที่จะใช้ในการกระทำความผิดนั้นที่ได้รับการออกแบบเป็นพิเศษสำหรับการใช้อย่างผิดกฎหมายดังกล่าว ควรเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด Model Penal Code ยังคงสามารถตัดสินลงโทษในคดี Oviedo โดยไม่ต้องอาศัยบทพิสูจน์ขั้นตอนหลักฐานตามหลักฐานอย่างเพียงพอว่า Mr.Oviede เชื่อว่าเขาจำหน่ายเฮโรอีน การกระทำของเขาจะเป็นความผิดอาชญากรรมจำหน่ายเฮโรอีนในสถานการณ์ที่เขาเชื่อว่าเป็น เป็นต้น

Model Penal Code ได้ขยายขอบเขตของกฎหมายพยายามกระทำความผิดเกินขอบเขตที่ทฤษฎีจุดเข้าใกล้แบบดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ และทำให้เกิดผลอย่างชัดเจนในคดีเหล่านี้ซึ่งอยู่ภายใต้คำอธิบายที่เป็นตัวอย่าง แต่มีข้อแย้งว่าบทพิสูจน์ขั้นตอนหลักฐานที่ได้รับการตัดสินจากข้อเท็จจริงดังกล่าวควรมีเฉพาะจากคำอธิบายที่เป็นตัวอย่างนั้นเท่านั้น มิฉะนั้นจะเป็นการไม่

<sup>146</sup> Barker (1924) NZLR 865. and Moore (1936) NZLR 979. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

<sup>147</sup> Campbell & Bradley. And Ward (1955) NZLR 471. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

<sup>148</sup> Peaslee (1901) 59 NE 55. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

<sup>149</sup> Volpe (1953) 122 NYS 2d 342. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

แน่นอนและเป็นปัญหาต่อความหมายโดยนัยที่แตกต่างกันเหมือนบทพิสูจน์ตามทฤษฎีที่พิเคราะห์จากจุดเข้าใกล้กับสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ผ่านมา

อย่างไรก็ตาม นี่ไม่ได้หมายความว่าเราควรลงโทษการเจตนาต่ออาชญากรรมเล็ก ๆ น้อย ๆ หรือรับเอาทฤษฎีการกระทำในขั้นแรก (First act theory) มาใช้สำหรับการพยายามกระทำความผิด ความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดควรวางอยู่บนพื้นฐานการกระทำภายใต้อำนาจของจิตใจหรือการงดเว้นการกระทำบางอย่าง และต้องการการกระทำบางสิ่งมากกว่าการกระทำในขั้นแรก (first act) ที่จะพิสูจน์เจตนาหรือความมุ่งหมายในการกระทำความผิดอาญา ซึ่งความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดควรขึ้นอยู่กับจุดประสงค์นี้

**ตารางที่ 3.1** ข้อแตกต่างระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายกับทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ<sup>150</sup>

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย	ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ
<p>-ความผิดฐานพยายามประกอบด้วย</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. เจตนากระทำผิดอาญา</li> <li>2. พฤติการณ์ประกอบการกระทำที่มุ่งกระทำผิด หรือการลงมือกระทำผิด</li> <li>3. ความผิดไม่สำเร็จ</li> </ol> <p>การพยายามกระทำผิด เป็นการกระทำการใดๆ ที่มุ่งผลโดยตรงสู่ความผิด หลังจากกระทำการเตรียมกระทำผิด</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. การทำทุกสิ่ง ด้วยความมุ่งหมายก่อให้เกิดผลเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นพื้นฐานของความผิดอาญา</li> <li>2. มีความเชื่อว่าการกระทำนั้นจะทำให้เกิดผลปราศจากการกระทำอื่นอีก</li> </ol>

### ก. ข้อคัดค้านของทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ

การขยายกว้างของขอบเขตของทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) นำไปสู่ข้อพิจารณา 2 ประการ ซึ่งทำให้คณะกรรมการกฤษฎีกาของอังกฤษปฏิเสธไม่ยอมรับหลักการของทฤษฎีนี้ คือ

<sup>150</sup> Professor Brickey. (2002). Criminal Law Common Law / Model Penal Code Comparisons.

1) ทฤษฎีนี้จะจับกุมความผิดประเภทกระทำในขั้นเตรียมการเข้าไปด้วย เช่น การเดินสำรวจ หรือการเตรียมวัตถุสำหรับใช้ในการประกอบอาชญากรรม ซึ่งอยู่นอกเหนือในความหมายของกฎหมายพยายามออกไป

2) ความกว้างและความเคลือบคลุมของทฤษฎีนี้จะมีส่วนพาดพิงเป็นอันตรายร้ายแรงถึงสิทธิส่วนบุคคล และมีความเป็นไปได้ของการจะเกิดการกดขี่ประชาชนจากผู้มีอำนาจหน้าที่

3) ตามตัวอย่างของ Model Penal Code นั้น เป็นการกระทำที่เกินความจำเป็น โดยตัวอย่างเหล่านี้ทำให้เกิดระดับอย่างไม่แน่นอนในการพิจารณาสำหรับศาลหลายแห่งที่ไม่มีประสบการณ์ในการเข้าใจถึงตัวอย่างที่อธิบายไว้นั้น

นอกจากนี้ยังมีทฤษฎีอื่น ๆ อีกที่ถูกคิดค้นขึ้นแต่ไม่ได้รับความนิยมนัก

### 3.1.2.2 ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory)<sup>151</sup>

ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) หรือหลักความไม่คลุมเครือ (Unequivocal Rule) เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้อยู่ในประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand Crime Act 1908) ช่วงหนึ่ง เป็นทฤษฎีที่นำเสนอ ให้ความเห็นโดยผู้พิพากษา Salmond J ในการตัดสินคดี Barker ค.ศ.1924<sup>152</sup> จำเลยได้เชิญเด็กผู้ชายคนหนึ่งมาพบจำเลย โดยจำเลยมีเจตนาเพื่อจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กผู้ชาย จำเลยถูกจับขณะที่เดินออกมาจากเด็กผู้ชาย และยังรับสารภาพว่ามีเจตนาจะมีสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กผู้ชาย ศาลอุทธรณ์ (The Appeal Court) ได้ยืนยันการตัดสินลงโทษจำเลยว่ามีความผิดฐานพยายามกระทำอนาจาร (attempted indecent assault) และพยายามร่วมประเวณีกับเด็กผู้ชาย (attempted buggery) การกระทำของเขาไม่ใช่การเตรียมการเล็กน้อยสำหรับการกระทำผิดเหล่านั้น หรือห่างไกลเกินไปจากการกระทำผิดเหล่านั้น ผู้พิพากษาสองท่านไม่ได้อ้างอิงพาดพิงถึงความไม่คลุมเครือ แต่ Salmond J ได้ให้ความเห็นในการกระทำตามที่กล่าว นั้นตามข้อบัญญัติของกฎหมายพยายามกระทำผิดว่า “...การจะเป็นการพยายามกระทำผิดได้นั้นการกระทำนั้น ในตัวมันเองต้องเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอสำหรับเจตนาในการกระทำความคิดทางอาญานั้นด้วยในการกระทำซึ่งได้กระทำไปแล้ว การพยายามกระทำความผิดอาญาเป็นการกระทำซึ่งได้แสดงให้เห็นเจตนาในการประกอบอาชญากรรมที่เกิดขึ้นก่อนการดำเนินการต่อไป ซึ่งกรณีนี้ต้องเป็นหนึ่งใน Res ipsa loquitur<sup>153</sup> ในทางตรงกันข้ามถ้าการกระทำหนึ่งซึ่งธรรมดาในตัวเอง

<sup>151</sup> Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 48 – 53.

<sup>152</sup> Barker (1924). as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 48 – 53.

<sup>153</sup> Res ipsa loquitur เป็นสุภาษิตละติน แปลว่า จงปล่อยให้ความจริงพูดออกมา หมายความว่า การใช้หลักตามความเป็นจริงหรือหลักธรรมดาในการพิสูจน์ คือ บุคคลที่กระทำไปตามธรรมดาไม่จำเป็นต้องพิสูจน์



และที่ปรากฏก่อนการดำเนินการกระทำต่อไปนั้น ไม่มีความผิดจะไม่ถือว่าเป็นการพยายามกระทำ ความผิดทางอาญา และไม่ใช้การกระทำที่จะนำไปสู่การพิจารณาถึงขอบเขตของการลงมือพยายาม กระทำ ความผิดทางอาญา โดยจะไม่นำเอาพยานหลักฐานจากแหล่งอื่นเข้ามาเพื่อพิสูจน์ว่าเป็น จุดประสงค์ของการกระทำที่มุ่งไปสู่การกระทำความผิดทางอาญา หรือเป็นหลักฐานของการกระทำ ความผิดทางอาญาที่ได้กระทำไปแล้วได้...”

ข้อกำหนดเช่นนี้ เรียกร้องการคุ้มครองปัจเจกชนอย่างเหมาะสมที่เกี่ยวข้องจากอันตราย ในการรับสารภาพเหนือพยานหลักฐานที่เขาอาจจะถูกลงโทษสำหรับการกระทำ ที่ซึ่งในตัวเอง และลักษณะท่าทางที่ปรากฏขึ้น ไม่มีความผิด คำรับสารภาพของจำเลยสัมพันธ์กับพยานหลักฐานใน ฐานะที่เป็นสิ่งที่จำเป็นของเจตนาในการกระทำผิดทางอาญา แต่ไม่ใช่ต่อคำถามก่อนหน้านี้ที่ว่า การ กระทำของเขาอย่างไรประกอบขึ้นเป็นการพยายามกระทำผิดหรือไม่ พยานหลักฐานทั้งหมดที่ เกี่ยวกับเจตนากระทำความผิดทางอาญามีความสัมพันธ์กับคำถามที่นำเสนอในข้อที่ว่า ธรรมชาติ และสถานการณ์ของการกระทำอันไหน ในส่วนไหนที่เขาใช้ความพยายามในการทำให้สำเร็จตาม จุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขา อย่างไรก็ตามเขาจะถูกลงโทษอย่างยุติธรรมเมื่อ การกระทำของเขาเองเป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขาอย่าง ผู้ใหญ่ที่มีอายุพอ (วิญญูชน) ที่จะพิจารณาตัดสินเรื่องราวด้วยความรู้ของเขาเองว่ามีความเลวทราม มีความชั่วในการร่วมประเวณีกับชายด้วยกันเอง

ดังนั้นในการดำเนินคดีใด ๆ สำหรับการพยายามกระทำความผิดผู้พิพากษาต้องตัดสิน ชี้ขาดก่อนว่า การกระทำที่จำเลยถูกกล่าวหาว่าทำนั้นเขาใช้ความพยายามที่จะทำให้บรรลุจุดมุ่งหมายการ กระทำผิดทางอาญาตามข้อกล่าวหาหรือไม่ มีความไม่คลุมเครือที่ปรากฏชัดเจนในเจตนาประกอบ อาชญากรรมของเขาหรือไม่ ตามความรู้ความคิดปกติธรรมดาของบุคคลที่เป็นวิญญูชน หากว่าการ กระทำเหล่านั้นใช่ ลูกขุนต้องตัดสินชี้ขาดก่อนว่าการกระทำอันไหนที่ทำไปแล้วและการกระทำอัน ไหนที่ดำรงอยู่ในปัจจุบันที่เป็นสิ่งที่ขาดเสียไม่ได้ในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขา เฉพาะ ขึ้นตอนที่สองนี้เท่านั้นที่เป็นพยานหลักฐานอีกอันหนึ่งในเจตนาของเขา เช่น การรับสารภาพใน ภายหลังของเขาที่มีความสัมพันธ์กัน แต่ถึงกระนั้นถ้ายังมีการกระทำอย่างเคลือบคลุมที่ไม่อาจ พิสูจน์ลงความเห็นได้ถึงเจตนากระทำความผิดทางอาญาของเขา ก็ยังคงสามารถปล่อยตัวจำเลยคน หนึ่งที่กระทำอย่างไม่เคลือบคลุมให้พ้นผิดไปได้ ฐานที่ไม่ได้พิสูจน์ถึงเจตนาประกอบอาชญากรรมนั้น

---

บุคคลที่ได้เพียงหลักธรรมชาติต้องเป็นผู้พิสูจน์ อ้างถึงใน วิษณุ เกรืองาม. (2544). *วิชาทฤษฎีและหลักกฎหมาย เอกชน*. คำบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ของเขาให้ชัดเจนถึงที่สุดได้ Reed ACJ ได้อ้างเหตุผลสนับสนุนเช่นนี้ในคดี Moore [ค.ศ.1936]<sup>154</sup> ถ้าชายคนหนึ่งพยายามติดสินบนเด็กผู้หญิงคนหนึ่งให้เข้าไปในกระท่อมของเขา ซึ่งเป็นที่เปลี่ยว เป็นข้อวินิจฉัยที่มีเหตุผลได้ว่าเขามีจุดมุ่งหมายเพื่อกระทำผิดทางอาญา และเพียงแต่การแสดงออก เพียงเท่านั้นของเขา หากว่าแปลโครงสร้างการกระทำของเขาออกมาผิดพลาด เขาอาจหลีกเลี่ยงการ ถูกลงโทษได้ ในกรณีที่หากว่าเขาเป็นบุคคลที่มีเกียรติ มีชื่อเสียง มีหน้ามีตา เป็นผู้ได้รับการเชื่อถือ ในสังคม นั่นคือการกระทำของเขาเป็นไปตามทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) นั่นไม่ได้เป็นการรับประกันการถูกตัดสินลงโทษ ในเมื่อเขาอาจยังคงทำให้เกิดข้อ สงสัยอย่างมีเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันใดในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขา แม้ว่า การกระทำของเขาที่แสดงให้เห็นปรากฏชัดอย่างไม่คลุมเครือ

Salmond สามารถตอบข้อคัดค้านของ Gordon เช่นนั้นในกรณี การผสมสารหนูใน อาหาร Salmond คิดว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ถ้าวัตถุประสงค์นั้นเป็นการวางยาฆ่าพวก หนู แต่จะเป็นการลงมือพยายามฆาตกรรมถ้าวัตถุประสงค์เป็นการฆ่าคน Salmond ให้ความเห็นว่า เราสามารถแน่ใจในเนื้อหาของกรกระทำที่แสดงออกชัดเจนไม่น่าสงสัยไม่เคลือบคลุมถึงเจตนาฆ่า คนได้ ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้วางยาพิษได้ผสมยาพิษในจานอาหารของคน ขณะที่ Gordon แย้งว่าหลักฐาน ต่อไปอาจแสดงให้เห็นเจตนาอื่นเพื่อวางยาฆ่าหนูมากกว่า

นักนิติศาสตร์ที่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้เห็นว่า ทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal acts theory) ต้องการเพียงทำให้เกิดมูลคดีขึ้นต้นในการฟ้องร้องต่อการกระทำของ จำเลยที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ก่อให้เกิดข้อสันนิษฐานเรื่องเจตนา โดยการพิสูจน์ความผิดจะขึ้นอยู่กับ พยานหลักฐานที่บริสุทธิ์ เป็นอิสระไม่อยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

### ก. ข้อคัดค้านสำหรับทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ

ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือคงใช้อยู่มาในประเทศนิวซีแลนด์ได้ระยะหนึ่ง ถึงแม้ว่า จะเป็นทฤษฎีที่อิสระ ก็ได้เพิ่มบทหลักเกณฑ์สำหรับความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด (proximity) เข้าไปด้วย ทฤษฎีนี้ถูกละทิ้งอย่างเป็นทางการในปี ค.ศ.1961 (Crime Act 1961 New Zealand) ข้อคัดค้านอย่าง เห็นได้ชัดจากทฤษฎีนี้ก็คือ ต้องการการอ้างเหตุผลอันถูกต้องที่เป็นการอนุมานลงความเห็นอย่าง สมเหตุสมผลถึงพฤติกรรมการกระทำของจำเลยเพียงเท่านั้น มากกว่าจะเป็นการพิสูจน์ลง ความเห็นได้ถึงเจตนาของเขา มันเป็นการจำกัดเกินไป สิ่งที่เป็นข้อเท็จจริงโดยเฉพาะเจาะจงถึง

<sup>154</sup> Moore (1936) NZLR 979 . as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**.

การกระทำของเขาควรต้องแสดงให้เห็นอย่างไม่เคลือบคลุมปรากฏชัดถึงเจตนาที่จะกระทำอาชญากรรมอย่างแน่นอนของเขาด้วยตามข้อกล่าวหาหากการพยายามกระทำความผิด

ศาลตัดสินในสมัยต่อมาในคดี Campbell Bradley v Ward<sup>155</sup> โดยอ้างเหตุผลสนับสนุนว่า คนที่พึงรถคันหนึ่งโดยเจตนา ตามที่เขาได้รับสารภาพภายหลังว่าต้องการขโมยแบตเตอรี่ ไม่สามารถถูกตัดสินลงโทษฐานพยายามขโมยแบตเตอรี่ เพราะว่าการกระทำของเขานั้นไม่ได้แสดงให้เห็นอย่างปรากฏชัด ไม่คลุมเครือว่าเขามีเจตนาขโมยแบตเตอรี่เป็นพิเศษ เราอาจกลับล้างข้อคัดค้านนี้โดยการกำหนดความต้องการเพียงพฤติกรรมบางอย่างของเขาที่แสดงประจักษ์ถึงความไม่คลุมเครือในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขา และยินยอมให้นำพยานหลักฐานอื่นมาพิจารณาตัดสินว่าจำเลยเจตนากระทำอาชญากรรม แต่การแก้ไขในรายละเอียดดังกล่าวก็เป็นข้อพิสูจน์ที่ดีขึ้นเพียงเล็กน้อย

ในบางครั้งทฤษฎีนี้ดูจะกว้างเกินไป ตัวอย่างเช่น ในการกระทำการลักลอบซื้ออาวุธปืน กระบอหนึ่งจากอาชญากรคนหนึ่ง อาจแสดงให้เห็นถึงความไม่เคลือบคลุมถึงจุดประสงค์ในการประกอบอาชญากรรมบางอย่าง แต่จริง ๆ มันควรจะกำหนดให้เป็นการพยายามปล้นทรัพย์หรือไม่ หากว่าพยานหลักฐานอื่นแสดงให้เห็นถึงเจตนาของเขาที่ปล้นทรัพย์ ในตัวอย่างที่กล่าวมาดูจะกว้างเกินไปหรือไม่ แต่ในคำอธิบายตัวอย่างอื่นอาจจะดูแคบเกินไป เช่นกรณี คดี Jones and Brooks [ค.ศ.1968]<sup>156</sup> คดีนี้ Jones มีปากเสียงกับชวานาคคนหนึ่งและได้ขู่ว่าจะเผาข้าวโพดของเขา ภายหลัง Jones ถูกจับขณะคุกเข้าข้าง ๆ กองข้าวโพดกองหนึ่งและกำลังจุดไม้ขีด เขารับสารภาพภายหลังว่าเจตนาจุดไปที่กองข้าวโพดนั้น แต่ถ้าเขากำลังถือไปป์ (pipe) อันหนึ่งขณะที่เขาจุดไม้ขีด ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือของ Salmond จะปล่อยตัวเขาพ้นผิดข้อหาพยายามวางเพลิงไป ก็คือการกระทำจุดไม้ขีดไฟขณะที่เขาถือไปป์ก่อให้เกิดความสงสัยว่าเขาเจตนาจุดไฟเผาข้าวโพดหรือเจตนาจะสูบไปป์ ไม่สามารถอ้างถึงการชุกจรโศกในตอนแรก และการรับสารภาพในภายหลังของเขา ในชั้นนี้พยานหลักฐานที่ปรากฏอยู่ในขณะกระทำความผิดเท่านั้นที่จะนำมาแปลความหมายเจตนาในการกระทำของเขา

อะไรเป็นสิ่งกระตุ้นให้มีการจำกัดเคร่งครัดในทฤษฎีดังกล่าว อะไรคืออันตรายซึ่ง Salmond วิตกกังวลที่จะปกป้องคุ้มครอง เขาเห็นว่าพฤติกรรมกระทำอันไม่คลุมเครือเท่านั้นเป็นการกำหนดให้ความคุ้มครองปลอดภัยแก่จำเลยสำหรับการพิสูจน์ของความมั่นคงของการ

<sup>155</sup> Campbell Bradley v Ward. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 50.

<sup>156</sup> Jones v Brooks (1968) 52 Cr. App. R. 614, 616 – 17. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 51.

เจตนาก่ออาชญากรรมอย่างแน่นแฟ้นที่กฎหมายพยายามกระทำความผิดต้องการ นี่คือวิธีที่ศาลของสหพันธรัฐ (Federal Court) ได้อธิบายไว้ในคดี Oviedo<sup>157</sup> ในคดี Oviedo จำเลยยินยอมที่จะขายเฮโรอินให้บางคนที่ยังไม่จริง ๆ แล้วคนคนนั้นเป็นเจ้าของที่ตำรวจนอกเครื่องแบบ อย่างไรก็ตามสิ่งที่เขาจะจำหน่าย (ที่มีซ่อนไว้ในบ้านของเขา) ไม่ใช่เฮโรอิน ความเห็นของศาลแสดงให้เห็นด้วยว่ามีพยานหลักฐานที่แน่นหนาพอในคดีนี้ว่าเขาเชื่อว่าสิ่งนั้นมันเป็นเฮโรอิน และข้อเท็จจริงเขามีเจตนาจำหน่ายเฮโรอิน แต่การตัดสินใจโทษเขาข้อหาพยายามจำหน่ายเฮโรอินถูกลบลงไป เพราะเรื่องราวที่มีมาแต่ก่อนจะเป็นตัวกำหนดชักรายโดยธรรมชาติ นั้น นำไปสู่การเลี่ยงการลงโทษบุคคลที่พัวพันอยู่ในการกระทำที่บริสุทธิ์ เหนือการพิสูจน์อนุมานคาดคะเนผ่านทางพื้นฐานในเรื่ององค์ประกอบด้านเจตนา ประกอบกับรูปแบบคำให้การคำเบิกความที่เชื่อถือไม่ได้ และพฤติกรรมทางอาชญากรรมที่ผ่านมา การกระทำที่แสดงออกภายนอกของเขาเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมในนิสัยที่เป็นอาชญากรรมของเขา โดยไม่มีการวางใจในพยานหลักฐานทางอ้อมเกี่ยวกับเจตนา แต่ข้อเท็จจริงสิ่งที่จำหน่ายนั้นไม่ใช่เฮโรอิน พฤติกรรมการกระทำของ Mr.Oviedo เป็นการแสดงให้เห็นความไม่แน่นอนความยากลำบากในการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องพฤติกรรมที่ไม่เป็นอาชญากรรม (ซึ่งเกี่ยวข้องกับการพิจารณาในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ Impossibility Attempts)

นี่ดูเหมือนเป็นการแปลความหมายที่แปลกประหลาดของทฤษฎีนี้ ที่ซึ่งศาลเรียกร้องให้นำมาประยุกต์ใช้นั้น การกระทำที่แสดงออกภายนอก (objective acts) ของจำเลย เป็นพยานหลักฐานผูกมัดการเลี่ยงการก่ออาชญากรรม และยืนยันส่งเสริมสนับสนุนองค์ประกอบด้านเจตนา สำหรับทฤษฎีที่มีจุดประสงค์อ่อนแอกว่าทฤษฎีที่ไม่คลุมเครืออย่างเคร่งครัดและยอมรับหลักฐานโดยทางอ้อมในเรื่องเจตนาประกอบอาชญากรรม ตัว Salmond เองอาจตัดสินใจโทษในคดี Oviedo (คดีจำหน่ายสิ่งอื่นโดยเชื่อว่าเป็นเฮโรอิน) ควรจะพิจารณาตัดสินการกระทำของจำเลยโดยอ้างอิงถึงข้อเท็จจริงที่เขาเชื่อว่าเป็นเฮโรอิน (ดังเช่น การใส่น้ำตาลในน้ำชาของเหยื่อเป้าหมายคนหนึ่งด้วยความเชื่อว่ามันเป็นสารหนู ถือเป็นการพยายามฆาตกรรม) ตามหลักฐานที่ได้รับนั้น Mr.Oviedo เชื่อว่าของสิ่งนั้นเป็นเฮโรอิน ดังนั้นการกระทำของเขาในการจำหน่ายมันแสดงให้เห็นโดยปรากฏชัดถึงความไม่เคลือบคลุมถึงเจตนาจำหน่ายเฮโรอิน อย่างไรก็ตามศาลในคดี Oviedo มีความมั่นคงกว่า Salmond ที่ว่า ถ้าเราไม่อาจใช้พยานหลักฐานที่เป็นอิสระหรือที่เป็นกลางของการเจตนาก่ออาชญากรรม เป็นเหตุทำให้การก่ออาชญากรรมอย่างไม่น่าสงสัยเป็นการ

<sup>157</sup> Oviedo (1976) 525 F (2 nd ed.), 881. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 51.

กระทำที่บริสุทธิ์อย่างที่เห็นในคดี Oviedo (คือ Salmond ไม่ยอมรับให้อาพฤติกรรมกระทำของ Mr.Oviedo ที่เป็นพฤติกรรมที่บริสุทธิ์ไม่ผิดกฎหมายมาเป็นพยานหลักฐานในการลงโทษเขาในทางอาญา) ทำไมเรายอมให้ใช้พยานหลักฐานที่เป็นอิสระหรือเป็นกลางดังกล่าวเกี่ยวกับความเชื่อของเขาสำหรับวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน ดังเช่น การพยายามฆาตกรรมโดยการใส่น้ำตาลในน้ำชาของเหยื่อด้วยความเชื่อว่ามันเป็นสารหนู มาเป็นเหตุผลในการลงโทษทางอาญา (ความพยายามที่เป็นไปไม่ได้เพราะสิ่งที่ใช้กระทำหรือวัตถุประสงค์ที่กระทำต่อ)

ถึงกระนั้น ความห่วงใยความวิตกกังวลถึงการปกป้องปัจเจกชนจากการตัดสินลงโทษที่เชื่อถือไม่ได้จากพยานหลักฐานที่บริสุทธิ์ ไม่ได้ดูเหมือนจะเป็นเหตุผลอันสมควรถึงข้อจำกัดความเคร่งครัดของข้อพิสูจน์ในทฤษฎีความไม่คลุมเครือ ซึ่งค่อนข้างจะอ่อนแอกว่าข้อเรียกร้องสำหรับพฤติกรรมที่เป็นเครื่องสนับสนุนอย่างแน่นหนาถึงวัตถุประสงค์ทางอาชญากรรมของผู้กระทำ ในทางกลับกัน การปกป้องคุ้มครองปัจเจกชนจากการตัดสินลงโทษที่เชื่อถือไม่ได้ที่วางอยู่บนพื้นฐานการรับสารภาพของจำเลย เราไม่ต้องการรับเอาคำรับสารภาพของจำเลยทุกอย่างอีกส่วนหนึ่งต่างหากเราต้องการเพียงแต่เรียกร้องถึงคำรับสารภาพใด ๆ นั้นเป็นคำรับสารภาพที่ได้รับการยืนยันสนับสนุนโดยพยานหลักฐานที่เป็นกลาง อิสระและบริสุทธิ์

Salmond ยังได้แนะแนวทางเลือก สำหรับทฤษฎีที่ไม่เคลือบคลุม ในการรับเอาองค์ประกอบต่าง ๆ ที่สมบูรณ์กว่าบทบาทเกี่ยวกับการเรียกร้องความไม่คลุมเครือจากเรื่องพยานหลักฐานที่บริสุทธิ์ คือ จนกระทั่งตัวผู้กระทำเองนั้นได้ลงมือกระทำด้วยเจตนากระทำอาชญากรรมของเขา มีการแสดงออกอย่างปรากฏชัดและเปิดเผยโดยการกระทำของเขา (ไม่มีการเคลือบคลุมในการกระทำของเขา) คือถือว่าเขายังไม่ได้ผ่านไปไกลเกินกว่าขั้นเตรียมการอย่างบริสุทธิ์ไปสู่ขอบเขตการพยายามกระทำผิดอาญา และเขายังมีโอกาสเพื่อตัวเองที่จะตัดสินใจละทิ้งแผนการ เราอาจกล่าวได้ว่าเมื่อถึงเวลานั้น (เวลาที่เขาไม่มีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ) เท่านั้นที่ถือว่าตัวเขาได้กระทำการดำเนินการก่ออาชญากรรมอย่างแน่นอนและเป็นอาชญากรคนหนึ่ง อย่างไรก็ตามนี่เป็นการไม่น่าเชื่อถือ เมื่อไม่มีความเกี่ยวพันจำเป็นระหว่างความแน่นอนของเจตนาก่ออาชญากรรมและความแน่นอนของการกระทำ (เช่นที่ว่า คนที่จะลอบวางเพลิงกำลังสูบไปป์ อาจจะถือว่าเขากระทำการอย่างแน่วแน่เหมือนกับคนที่ไม่ได้สูบแต่จุดไม้ขีดไฟ แม้การกระทำของคนที่ไม่ได้สูบไปป์แต่ได้จุดไม้ขีดไฟกลับมองว่าเป็นไปอย่างแน่วแน่ไม่เคลือบคลุมเหมาะสม)

Flecher<sup>158</sup> ได้ให้ข้อคิดบางอย่าง เช่น ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือนั้นเห็นความสำคัญตามรัฐธรรมนูญมากกว่าที่จะเป็นความสำคัญทางพยานหลักฐาน รัฐเสรีนิยมหนึ่งควร

<sup>158</sup> Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 52.

วางเงื่อนไข จำกัดสภาพ สภาวะการรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งการกระทำของผู้กระทำความผิดแสดงให้เห็นถึงอันตรายหรือแสดงให้เห็นถึงการรบกวนสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากหลักฐานภายนอกของเจตนาของเขา สิ่งนี้เท่านั้นสามารถให้การประกันต่อรัฐที่ต้องการยื่นเข้าไปในขอบเขตอิสรภาพของประชาชนไปถึงความคิด เจตนาและอารมณ์ความรู้สึก สำหรับตอนนี้ เราต้องการความคิดเห็นธรรมดาที่ว่ามันจะเป็นเรื่องแปลกถ้าแม้แต่รัฐเสรีนิยมรัฐหนึ่งไม่สามารถตัดสินลงโทษคนที่เขาเข้าข้อหาพยายามวางเพลิงซึ่งเจตนาก่ออาชญากรรมของเขาเป็นหลักฐานภายนอกมากพอ แต่เขาฉลาดพอที่จะคาบไปป์ไว้ขณะจุดไม้ขีดไฟ ด้วยเจตนาจะเผาองข้าวโพด

### 3.2 ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law<sup>159</sup>

#### 3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส<sup>160</sup>

ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสปัจจุบันได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1952 มาตรา 121-4 และมาตรา 121-5

มาตรา 121-4 บุคคลผู้ซึ่งกระทำความผิดดังต่อไปนี้เป็นผู้กระทำความผิด

1) กระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็นความผิด

2) พยายามกระทำความผิดชั้นอุกฉุกโทษ (felony) หรือพยายามกระทำความผิดชั้นมัธยมโทษ (misdemeanour) ที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้เป็นความผิด<sup>161,162</sup>

<sup>159</sup> ระบบ Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่เรียกว่า “ระบบประมวลกฎหมาย” เป็นระบบกฎหมายที่บัญญัติกฎหมายไว้เป็นหลักเกณฑ์โดยทั่วไปเพื่อให้หนักกฎหมายนำไปปรับใช้ในแต่ละเรื่อง แตกต่างจากระบบ Common Law ซึ่งเรียกว่า “ระบบจารีตประเพณี” เป็นระบบกฎหมายที่ใช้หลักเกณฑ์ในแต่ละเรื่องนำมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ในคดีโดยทั่วไป แต่ว่าในปัจจุบันระบบกฎหมายทั้งสองมีแนวโน้มที่จะเอนเอียงเข้าหากัน

<sup>160</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1**. หน้า 290 – 296. และ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2532,4 ธันวาคม). “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายฝรั่งเศส.” **วารสารนิติศาสตร์,ปีที่ 19,เล่มที่ 4**. หน้า 50 – 56.

<sup>161</sup> France Penal Code 1952

article 121-4 The perpetrator of an offence is the person who :

1) commits the criminally prohibited act;

2) attempts to commit a felony or, in the cases provided for by Statute, a misdemeanour

article 121-5 An attempt is committed where, being demonstrated by a beginning of execution, it was suspended or failed to achieve the desired effect solely through circumstances independent of the perpetrator's will. Retrieved February 21 2005, from <http://wings.buffalo.edu/law/law/bclc/resource.htm>

มาตรา 121-5 การกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิด คือ การกระทำที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำที่ใกล้จะเกิดความผิดสำเร็จ แต่หากการกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำไม่บรรลุผล ด้วยความปรารถนาของตัวผู้กระทำเอง โดยตรงที่มุ่งประสงค์จะก่อให้เกิดผลในความผิดนั้น

แนวคิดที่ว่าเมื่อใดการกระทำจะผ่านพ้นการเตรียมล่วงเลยเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดในประเทศฝรั่งเศสนั้นถือตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory)

เดิมทีนั้น ถือหลักเพียงว่าการเตรียมเป็นความพยายามที่ยังห่างไกลต่อผล คือ ความผิดที่ประสงค์จะทำ (conatus remotus) การพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ใกล้ต่อผล (conatus proximus) ความคิดเห็นนี้ถูกดำเนินไว้ยังเป็นที่ยอมรับอยู่มากกว่าแต่ไหนใกล้ ไหนไกล

ต่อมา ได้คิดหลักที่จะแยกการเตรียมออกจากการลงมือพยายามกระทำความผิดเพิ่มเติมโดยพิจารณาจากการกระทำ (objective) ความคิดเห็นฝ่ายนี้เห็นว่า การกระทำจะเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดก็ต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งความสัมพันธ์นั้นจะต้องกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั้นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดนั้น โดยเป็นองค์ความผิดองค์หนึ่งที่เดียว เช่น ยื่นมือไปยังทรัพย์ที่ต้องการจะลัก ซึ่งเป็นการกระทำส่วนหนึ่งของการเอาทรัพย์ไป หรือกล่าวเท็จซึ่งเป็นการหลอกลวงในความผิดฐานฉ้อโกง หรือมิฉะนั้นต้องเป็นองค์ประกอบให้ความผิดมีโทษหนักขึ้น เช่น การเข้าไปในเคหสถานเพื่อลักทรัพย์ (มาตรา 335 (4)) เพียงเข้าไปในเคหสถานก็เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถานแล้วแม้ยังไม่ได้แตะต้องทรัพย์เพราะการเข้าไปในเคหสถานเป็นองค์ประกอบที่ต้องให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้น ความเห็นของฝ่ายนี้มีประโยชน์ที่ทำให้การวินิจฉัยการลงมือพยายามกระทำความผิดมีหลักแน่ชัดขึ้น แต่มีข้อบกพร่องที่ทำให้หลักการลงมือกระทำในการพยายามกระทำความผิดแคบลงมาก จนอาจทำให้การกระทำที่ยังไม่เข้าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่ก็ใกล้ต่อผลสำเร็จจนน่าจะเป็นอันตรายแก่ชุมชนอย่างยิ่งอยู่แล้วไม่อยู่ในข่ายที่จะลงโทษผู้กระทำในฐานพยายามได้ เช่น กรณีคนร้ายถูกจับขณะที่ยื่นมือเข้าไปใกล้ทรัพย์เพื่อจะหยิบทรัพย์แต่ยังไม่ทัน

<sup>162</sup> กฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งความร้ายแรงของความผิดออกเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดชั้นอุกฤษโทษ ความผิดชั้นมัธยมโทษ และความผิดหลุโทษ

ถูกต้องตัวทรัพย์ยังไม่เป็นการลงมือกระทำความคิดฐานลักทรัพย์ หรือการจับตัวทรัพย์ที่บรรจทรัพย์ อาจจะไม่มีความลักทรัพย์เสมอไป

เมื่อหลักวินิจัยโดยอาศัยการกระทำแต่อย่างเดียวในฝ่ายแรกไม่เป็นการเพียงพอ จึงมีความเห็นผ่อนคลายเป็นหลักแรกลงโดยอาศัยพิจารณาจากเจตนาผู้กระทำประกอบด้วย (subjective) ฝ่ายนี้เห็นว่าการลงมือพยายามกระทำความคิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความคิด ซึ่งเจตนาจะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ ความคิดเห็นของฝ่ายหลังนี้ค่อนข้างกว้างและนำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาอยู่บ้าง แต่มีข้อดี คือ สามารถลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นโดยเจตนาชั่วร้ายแต่ยังไม่ถึงขั้นเข้าองค์ประกอบความคิดได้ ศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายนี้ คือไม่ได้ถือว่าการลงมือพยายามกระทำความคิดจะต้องถึงขั้นเป็นการกระทำในองค์ประกอบของความคิดหรือในองค์ประกอบที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่การกระทำนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความคิด ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าการกระทำทุกอย่างที่จะนำไปสู่การกระทำความคิดถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะกระทำความคิดแล้วย่อมเป็นการเริ่มลงมือพยายามกระทำความคิด โดยหลักวินิจัย เช่นนี้ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่ากรณีต่อไปนี้เป็นกรณเริ่มลงมือกระทำความคิดแล้ว เช่น การเข้าไปในบ้านผู้อื่นเวลากลางคืนโดยไม่ใส่รองเท้าโดยเจตนาลักทรัพย์ , การแอบอยู่ทางเดินในอาคารพร้อมด้วยอาวุธและเครื่องมือ , การเข้าไปในรถยนต์ที่กำลังจอดอยู่โดยเจตนาที่จะครอบครองและเอาไปใช้โดยเจ้าของมิได้อนุญาต , การที่แพทย์ตกลงรับทำแท้งหญิงมีครรภ์และกำหนดราคาค่าจ้างกันแล้ว และได้ไปที่อยู่ของหญิงพร้อมด้วยเครื่องมือในการทำแท้ง แต่การที่บุคคลหนึ่งให้คำแนะนำแก่อีกบุคคลหนึ่งและให้เงินไปเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำฆาตกรรมยังไม่เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด เพราะยังไม่เป็นการกระทำที่มุ่งโดยตรงและใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ เป็นต้น

ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสนั้นการกระทำอย่างเดียวกันเป็นการลงมือพยายามกระทำความคิดหรือเป็นการเตรียมกระทำความคิดก็ได้ แล้วแต่ลักษณะของความคิดซึ่งผู้กระทำตั้งใจจะทำ เช่น การปีนป่ายกำแพงเข้าไปในเคหสถาน หรือการแอบซุ่มคอยโอกาสในเคหสถานเพื่อลักทรัพย์ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะลักทรัพย์ก็เป็นพยายามลักทรัพย์ได้ แต่ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาอย่างอื่นเช่นเพื่อที่จะฆ่าคนก็ไม่จำเป็นจะต้องวินิจฉัยเสมอไปว่าเป็นการพยายามฆ่าคนแล้ว เพราะการกระทำดังกล่าวข้างอาจไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับการฆ่าคนได้ เพราะระหว่างการปีนป่ายข้ามรั้วเข้าไป กับการฆ่าคนนั้นในมอญในด้านจิตใจของผู้กระทำแล้วยังมีช่วงโอกาสพอที่จะมีการเปลี่ยนความคิดความตั้งใจได้ และควรยกประโยชน์แห่งความสงสัยในเรื่องเจตนาให้แก่ผู้กระทำ



มีการอธิบายลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลไว้ต่าง ๆ กัน ได้แก่

Bouzat กล่าวว่า<sup>163</sup> การกระทำในขั้นเตรียมยังไม่แน่ชัดว่าผู้กระทำเจตนากระทำผิดฐานใด การลงมือกระทำความผิดเป็นการแสดงเจตนาให้เห็นแต่อย่างเดียวว่าจะกระทำผิดฐานนั้น ซึ่งปรากฏจากการกระทำซึ่งไม่ใช่พฤติการณ์ของบุคคลผู้สุจริต ความเห็นนี้ถือหลักการกระทำผิดปกติแสดงเจตนาอันถือได้ว่าเข้าขั้นพยายาม

การเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำความผิด (le commencement d' execution du crime)<sup>164</sup> ต่างกับการเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั่นเอง (le commencement du crime) การลงมือได้แก่กิริยาที่นำไปสู่การกระทำความผิดตามเจตนาของผู้กระทำ อันจะทำให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นสำเร็จโดยตรงและใกล้ชิดซึ่งอาจถือได้ว่าผู้กระทำได้อยู่ในระยะเวลาที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดที่เขามุ่งจะกระทำนั้น การกระทำที่ถือว่าผู้กระทำอยู่ในระยะที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดก็คือ ผู้กระทำได้เสี่ยงกระทำลงไปแล้วถึงขั้นที่ความผิดอาจเกิดขึ้นได้สำเร็จโดยผู้กระทำได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับเสียแล้ว<sup>165</sup>

Saleilles กล่าวว่า<sup>166</sup> ความผิดในขั้นการพยายามกระทำความผิดเกิดขึ้นเมื่อการกระทำได้แสดงให้เห็นเจตนากระทำความผิดที่ไม่อาจเลิกเสียได้ และยังห่างต่อผล คือ ความผิดสำเร็จเพียงเล็กน้อย ซึ่งถ้าปล่อยให้ไปไปตามทางของมันก็เกือบเป็นที่แน่นอนว่าจะบรรลุผลสำเร็จนั้นได้

Garraud กล่าวว่า<sup>167</sup> การวินิจฉัยความผิดในขั้นพยายามต้องพิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดฐานใดเสียก่อน การเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำผิดเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะที่ได้กระทำการอันจะนำไปสู่ความผิดที่ประสงค์จะกระทำโดยตรงและใกล้ชิดจนถือได้ว่าเขากำลังกระทำความผิดนั้นอยู่แล้ว (en action du crime) และเห็นว่าการกระทำอันหนึ่งจะเข้าขั้นพยายามหรือยังยอมต้องแล้วแต่ความผิดที่เจตนากระทำ เช่น การลอบเข้าไปในบ้านอาจเป็นพยายามลักทรัพย์ถ้าเข้าไปด้วยเจตนาลัก แต่ยังไม่เป็นพยายามฆ่าคนถ้าเข้าไปด้วยเจตนาฆ่าคน เพราะยังห่างไกลต่อผล แต่

<sup>163</sup> Bouzat (no.106 p.212). อ้างถึงใน จิตติ ดิงศัททีย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 293.

<sup>164</sup> Vidal (no.97 p.150). แหล่งเดิม. หน้า 294.

<sup>165</sup> ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศัททีย์ เห็นว่า ความเห็นที่ว่านี้ก็ยังไม่พ้นหลักที่ว่ากระทำนั้นใกล้ชิดต่อผล ทั้งที่ว่าได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับนั้นก็อาจเกินเลยไปเพราะการกระทำที่ผู้กระทำยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอด คือ ยังไม่ปิดทางที่จะถอยหลังกลับก็เป็นการกระทำที่เข้าขั้นพยายามแล้ว หากผู้กระทำยังเสี่ยงเอง กฎหมายก็ยังไม่ยกเว้นโทษฐานพยายามให้ตามมาตรา 82. แหล่งเดิม. หน้า 294.

<sup>166</sup> De Vabres (no.227 p.140). แหล่งเดิม. หน้า 294.

<sup>167</sup> Garraud (no.232 p.494). แหล่งเดิม. หน้า 294

ถ้าเข้าไปในบ้านเข้าด้วยเจตนาฆ่าโดยถือมีดอยู่ในมือที่หาตัวผู้ที่ต้องการจะฆ่าก็อาจถือได้ว่าเข้าขั้นพยายามฆ่าได้

นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสได้แยกขั้นตอนการเกิดความคิดฐานพยายามไว้ 3 ขั้นตอนด้วยกัน คือ

1. ขั้นเตรียม เป็นการกระทำระยะแรกเพื่อให้พร้อมที่จะเริ่มต้นลงมือกระทำความคิดเป็นการกระทำระยะหนึ่งซึ่งจะมีการลงมือกระทำเป็นอีกระยะหนึ่ง คนละตอนกับการเริ่มต้นแห่งการลงมืออันเป็นระยะที่ 2 ได้แก่ การซื้อยาพิษมาและส่งยาพิษให้คนใช้ของผู้ที่ตนต้องการฆ่าเพื่อผสมอาหารให้นายกิน จนคนใช้ใส่ยาพิษลงในอาหารก่อนเอาไปให้นายกิน หรือนั่งช่อมคอยดักรอผู้ที่ผ่านมาทางนั้น ยังเป็นแต่ขั้นเตรียมเป็นการกระทำหนึ่งซึ่งจะมีการลงมือกระทำเป็นอีกระยะหนึ่ง

2. ขั้นการเริ่มต้นแห่งการลงมือ (commencement d' execution) เป็นการกระทำอีกระยะหนึ่งหรืออีกตอนหนึ่งต่างหากจากกันกับการกระทำในระยะแรก คือเตรียม ได้แก่ คนใช้เริ่มเอาอาหารที่ใส่ยาพิษแล้วไปยื่นหรือไปวางให้นายกิน หรือพอเห็นผู้ที่ตนคอยฆ่าเดินผ่านมาก็ยกปืนขึ้นเพื่อจะยิง

3. ขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความคิดนั้นเอง (commentcement cu crime) เป็นการกระทำในขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความคิดนั้นเองคือระยะที่ 3 นี้ถ้าไม่สำเร็จย่อมเป็นความคิดฐานพยายามโดยไม่มีข้อสงสัย ได้แก่ ผู้ที่ถูกวางยาพิษเริ่มกินอาหารนั้นหรือผู้ที่ช่อมอยู่ได้ยิงไปยังผู้ที่เดินผ่านมานั้นแล้ว อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดคือการฆ่าตนเอง หรือในการลักทรัพย์ก็ได้แก่การเอื้อมมือไปหยิบทรัพย์ที่จะลักนั้นเอง

ส่วนการวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะเป็นการพยายามกระทำความคิดหรือไม่

1. ต้องวินิจฉัยถึงเจตนาของผู้กระทำเสียก่อนว่า เจตนากระทำความคิดฐานใด เพราะการกระทำอันหนึ่งอาจเข้าขั้นพยายามในความคิดฐานหนึ่งแต่ยังไม่เข้าขั้นพยายามในความคิดอีกฐานหนึ่งได้ โดยอาจวินิจฉัยจากพฤติการณ์อื่นประกอบการกระทำของผู้กระทำด้วยก็ได้ ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยจากการกระทำของเขาเท่านั้น

2. วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเข้าขั้นใดในกระบวนการเกิดความคิดฐานพยายามดังกล่าว คือ ขั้นเตรียม, ขั้นการเริ่มต้นแห่งการลงมือ (commencement d' execution) และขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความคิดนั้นเอง (commentcement cu crime) การเตรียมเป็นการกระทำระยะแรกเพื่อให้พร้อมที่จะเริ่มต้นลงมือ กระทำความคิดเป็นการกระทำระยะหนึ่งซึ่งจะมีการลงมือกระทำเป็นอีกระยะหนึ่ง คนละตอนกับการเริ่มต้นแห่งการลงมืออันเป็นระยะที่ 2 ซึ่งเป็นการกระทำอีกระยะหรืออีกตอนหนึ่งต่างหากจากกันกับการกระทำในระยะแรกคือเตรียม ส่วนการเริ่มต้นแห่งความคิด

นั่นเองอันเป็นระยะที่ 3 การกระทำในขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั่นเองคือระยะที่ 3 นี้ถ้าไม่สำเร็จย่อมเป็นความผิดฐานพยายามโดยไม่มีข้อสงสัย แต่ที่จะเป็นการพยายามกระทำผิดก็ไม่จำเป็นต้องกระทำถึงระยะที่ 3 เพียงกระทำถึงขั้นเริ่มต้นลงมือกระทำคือระยะที่ 2 ก็เป็นพยายามกระทำผิดแล้ว

ส่วนอย่างไรจะถือว่าเป็นการกระทำเข้าขั้นเริ่มต้นแห่งการลงมือหรือขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั้น ต้องเป็นการกระทำที่ผิดปกติจากบุคคลผู้สุจริตซึ่งได้แสดงให้เห็นเจตนากระทำผิดซึ่งถ้าปล่อยให้กระทำต่อไปก็จะสำเร็จเป็นความผิดขึ้นได้ ซึ่งประกอบไปด้วยกิจที่นำไปสู่การกระทำผิดตามเจตนาของผู้กระทำ อันจะทำให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นสำเร็จโดยตรงและใกล้ชิดซึ่งอาจถือได้ว่าผู้กระทำได้อยู่ในระยะที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดที่เขามุ่งจะกระทำนั้นถึงขั้นที่ความผิดอาจเกิดขึ้นสำเร็จโดยผู้กระทำได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับเสียแล้ว

### 3.2.2 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับการพยายามกระทำผิดทางอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี (German Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB) ) มาตรา 22 และมาตรา 23<sup>168</sup>

มาตรา 22 คำนิยาม

ผู้ใดมีการตกลงใจและเข้าใจในการกระทำของเขา นำมาซึ่งขั้นตอนโดยตรงต่อเนื่องกันนำไปสู่ความปรารถนาในการประกอบการกระทำผิด ผู้นั้นมีความผิดฐานพยายามกระทำผิด

มาตรา 23 การลงโทษการพยายามกระทำผิด

<sup>168</sup> Germany Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB)

section 22 Definition of Terms

Whoever, in accordance with his understanding of the act, takes an immediate step towards the realization of the elements of the offense, attempts to commit a crime

section 23 Punishability for an Attempt

(1) An attempt to commit a serious criminal offense is always punishable, while an attempt to commit a less serious criminal offense is only punishable if expressly provided by law.

(2) An attempt may be punished more leniently than the completed act (Section 49a subsection (1)).

(3) If the perpetrator, due to a gross lack of understanding, fails to recognize that the attempt could not possibly lead to completion due to the nature of the object on which of the means with which it was to be committed, the court may withhold punishment or in its own discretion mitigate the punishment (section 49 subsection (2)). Retrieved April 20, 2005, from <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>

(1) การพยายามกระทำความผิดในความผิดอาญาที่สำคัญต้องถูกลงโทษ ขณะที่การพยายามกระทำความผิดเล็กน้อยอาจถูกลงโทษได้ ถ้ามีการบัญญัติโทษไว้เป็นพิเศษโดยกฎหมาย

(2) การพยายามกระทำความผิดสามารถจะลงโทษให้น้อยกว่าการกระทำที่สมบูรณ์ (มาตรา 49 a อนุ (1))

(3) หากว่าผู้กระทำความผิด มีความบกพร่องขาดไปซึ่งความเข้าใจ ขาดไปซึ่งการรู้ถึงการพยายามที่เป็นไปไม่ได้ นั้นถึงความถูกต้องของธรรมชาติของวัตถุหรือความหมายของการกระทำ ศาลอาจจะไม่ลงโทษหรือแล้วแต่ดุลยพินิจของศาลในการลงโทษ (มาตรา 49 อนุ 2)

การให้ความหมายของการกระทำที่เป็นกรเริ่มต้นความผิดฐานพยายามนักนิติศาสตร์เยอรมนีไม่ถือตามทฤษฎีความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) แต่อธิบายการลงมือพยายามกระทำความผิดว่าต้องมีเจตนากระทำความผิดพร้อมด้วยการกระทำซึ่งเป็นการเริ่มต้นแห่งความผิดนั้นแล้ว ปัญหาที่ว่าเมื่อใดผู้กระทำได้เริ่มต้นกระทำความผิดก็ถือตามความเห็นธรรมดาว่าการกระทำเท่าที่ได้กระทำลงนั้นเป็นการเริ่มต้นแห่งการกระทำความผิดหรือยัง<sup>169</sup> การวินิจฉัยเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดของเยอรมนีมีแนวคิดพื้นฐานมาจากทฤษฎีความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิด 2 ทฤษฎีเช่นกัน คือ<sup>170</sup>

1. ทฤษฎีที่พิจารณาการกระทำจากภายนอก “ทฤษฎีภาวะวิสัย” (Die objektive theorie) ทฤษฎีนี้ยึดถือว่าอันตรายของเจตนากระทำความผิดนั้นจะต้องมีการแสดงออกมาอย่างเป็นรูปธรรมมาอย่างเป็นรูปธรรม ทฤษฎีภาวะวิสัย แบ่งออกเป็น

1.1 ทฤษฎีภาวะวิสัยในอดีต Feuerbach และ Mittermaier แยกการพยายามกระทำความผิดออกเป็นกรพยายามกระทำความผิดโดยสมบูรณ์และโดยสัมพัทธ์ (absolut untauglicher und relativ untauglicher Versuch) เฉพาะการพยายามกระทำความผิดโดยสัมพัทธ์เท่านั้นที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษ ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาย้อนไปถึงข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัยก่อนการกระทำความผิด (ex post)

1.2 ทฤษฎีภาวะวิสัยในปัจจุบัน หรือเรียกว่า “Gefährlichkeitstheorie” v. Liszt และ v.Hippel เห็นว่าการพยายามกระทำความผิดนี้เป็นอันตรายเมื่อวิญญูชนในขณะกระทำการนั้น คาดหมายได้ว่าการพยายามกระทำความผิดนั้นจะเป็นความผิดสำเร็จที่เป็นไปได้ โดยพิจารณาผลกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้น (ex ante) โดยไม่ได้แยกว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดโดยสมบูรณ์หรือสัมพัทธ์

<sup>169</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 297.

<sup>170</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2538). สัมมนากฎหมายอาญา (ชั้นปริญญาโท). หน้า 85 – 91.

2. ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Die subjektive theorie) ทฤษฎีนี้ถือว่าเจตนาที่แสดงออกภายนอกจะเป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยและระเบียบของบ้านเมืองหรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญ อันตรายดังกล่าวเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดอาญาและได้มีการเริ่มกระทำการแล้ว ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะแบ่งแยกว่าการพยายามกระทำผิดนี้ในทางภาวะวิสัยจะเป็นอันตรายหรือไม่

ทฤษฎีภาวะวิสัยเป็นผลมาจากคำสอนเรื่องสาเหตุของการพยายามกระทำผิดทำนองเดียวกับกรณีความผิดสำเร็จที่ละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง (eine kausale Rechtsgutsverletzung) ความผิดฐานพยายามกระทำผิดก็เป็นอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองเช่นกัน (eine kausale Rechtsgutsgefährdung) โดยเน้นความสำคัญที่การละเมิดกฎหมาย โดยการแสดงเจตนาออกทางภาวะวิสัย (ausserlich objektiv) ในขณะที่ทฤษฎีอัตตะวิสัยเน้นความสำคัญของระเบียบแบบแผนทางกฎหมายในการอยู่ร่วมกันในสังคมด้านจิตใจของประชาชน ดังนั้นระเบียบแบบแผนทางกฎหมายจึงถูกละเมิดโดยเจตนากระทำผิด เมื่อมีการกระทำตามเจตนาดังกล่าวเกิดขึ้นและการกระทำที่มีศักยภาพให้เกิดความผิดสำเร็จนั้นเป็นการกระทำผิดทางอาญา ในที่นี้หมายถึงการกระทำที่พ้นขั้นตอนของการเตรียมกระทำผิดแล้ว ทฤษฎีในเรื่องการพยายามกระทำผิดและการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เหมือนกัน ต่างกันตรงระดับของความร้ายแรง การพยายามที่มีศักยภาพใกล้ความผิดสำเร็จมากเท่าใด ความร้ายแรงของการกระทำผิดทางอาญาก็ยิ่งมีมากขึ้นเท่านั้น ศาลเยอรมันนิยามทฤษฎีหลังนี้ (ทฤษฎีอัตตะวิสัย) ส่วนนักนิติศาสตร์มีความเห็นเอนเอียงไปทางทฤษฎีแรก (ทฤษฎีภาวะวิสัย) แต่การวินิจฉัยว่า การกระทำผิดเริ่มต้นหรือยังมักจะขยายกว้างออกไปกว่าเดิม<sup>171</sup> อาจเป็นเพราะแนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำผิดเปลี่ยนไป

จากเดิมนักนิติศาสตร์เห็นว่าเพราะ เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มุ่งกระทำต่อหรือเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ ยึดถือตามทฤษฎีภาวะวิสัย (objektive theorie) เป็นเกณฑ์ จึงปฏิเสธการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เพราะถือว่าไม่เป็นอันตรายใด ๆ ต่อวัตถุหรือสิ่งที่มุ่งหมายกระทำต่อหรือไม่เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายแต่อย่างใด ต่อมานักนิติศาสตร์ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้และเห็นว่า การต้องมีการลงโทษการพยายามกระทำผิดเพราะการพยายามกระทำผิดเป็นการกระทำของผู้มีอันตราย กล่าวคือเป็นการกระทำของบุคคลที่มีเจตจำนงในการประกอบอาชญากรรมและถือว่าการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญและการพยายามกระทำผิดที่

<sup>171</sup> จิตติ ดิงส์กีทซ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 297 – 298.

เป็นไปได้โดยแน่แท้ผู้กระทำความผิดมีเจตจำนงเหมือนกัน โดยหันมายึดถือตามทฤษฎีอัตตะ  
 วัติย (subjective theorie) แทน ในปัจจุบันกฎหมายอาญาของประเทศต่าง ๆ ไม่ได้ยึดถือทฤษฎี  
 ภาวะวิสัยหรือทฤษฎีอัตตะวัติย แต่ได้ยึดถือทั้งสองทฤษฎี (objektive-subjektive theorie) หรือเรียก  
 อีกอย่างหนึ่งว่า “ทฤษฎีการเกิดความรู้สึก” (Eindruckstheorie) โดยมีเหตุผลสำคัญในการลงโทษ  
 การพยายามกระทำความผิดคือ การพยายามกระทำความผิดได้ก่อให้เกิดความรู้สึกที่ไม่ดีขึ้น การ  
 ลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้พิจารณาทั้งที่ตัวของ “ผู้กระทำ” กล่าวคือพิจารณา  
 เจตจำนงของผู้กระทำ และที่ตัวของ “การกระทำ” กล่าวคือ พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่เป็น  
 อันตรายหรือไม่ และเห็นว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิดมิใช่เพียงเพราะเจตจำนงของ  
 ผู้กระทำที่มุ่งให้การกระทำของตนเป็นความคิดสำเร็จ แต่เพราะการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็น  
 อันตรายด้วย และการลงมือพยายามกระทำความผิดเริ่มเมื่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้  
 เกิดขึ้นแล้วโดยตรงจากการกระทำนั้น<sup>172</sup>

ประเทศเยอรมนีใช้เกณฑ์การพยายามกระทำความผิดเริ่มต้นเมื่อมีอันตรายต่อคุณธรรม  
 ทางกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้วโดยตรงจากการกระทำนั้น ตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการ  
 กระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory)<sup>173</sup>

ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นมีสาระสำคัญ มีใจความสำคัญคือ การ  
 กระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นภัยอันตรายโดยตรงต่อ  
 ผลประโยชน์ซึ่งกฎหมายให้การคุ้มครอง หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่านิติสมบัติ หรือคุณธรรมทาง  
 กฎหมาย (Rechtsgut or directly dangerous to interests protected under the law) ของความผิดฐาน  
 นั้น ๆ<sup>174</sup> ทฤษฎีนี้ถือว่าการกระทำที่จะเป็นการลงมือเข้าขั้นพยายามได้หรือไม่ไม่ต้องพิจารณาถึง  
 การใกล้ชิดต่ออันตรายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวง และระดับความรู้สึกหวาดกลัว  
 ในภัยอันตรายนั้นในความรู้สึกของชุมชนด้วยซึ่งจะมีระดับกว้างแคบผันแปรไปตามแต่ความรุนแรง  
 และเหตุผลในความคิดฐานนั้น ๆ

คุณธรรมในทางกฎหมายนั้น หมายถึง คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นพื้นฐานในทาง  
 ความคิดในความคิดฐานนั้น ๆ ซึ่งมาจาก “ปทัสถาน” (norm) ต่าง ๆ ของสังคม ตัวอย่างเช่น  
 คุณธรรมทางกฎหมายของความคิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 คือ ชีวิต  
 ของผู้นั้น เป็นต้น<sup>175</sup>

<sup>172</sup> คณิต ฌ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272 – 277.

<sup>173</sup> เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 504.

<sup>174</sup> คณิต ฌ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 92 – 95.

<sup>175</sup> แหล่งเดิม. หน้า 94.

ในการวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นก่อนอื่นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นเจตนากระทำความผิดฐานใด และความผิดฐานนั้นสิ่งทีกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายอย่างไร คุณธรรมทางกฎหมายนั้นมีขอบเขตมีความอันตรายเพียงใด จากนั้นจึงตีความว่าการกระทำของผู้กระทำตามความผิดนั้นถึงขั้นที่กระทบถึงคุณธรรมตามความผิดฐานนั้น ๆ แล้วหรือไม่ จึงจะเป็นการพยายามกระทำความผิด

โดยสรุปแล้ว ทฤษฎีที่สร้างขึ้นเพื่อมาอธิบายลักษณะของการลงมือกระทำความผิดและกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด ตามที่กฎหมายพยายามต้องการในประเทศต่าง ๆ นั้น จะมีระดับกว้างแคบ ข้อดีข้อเสียแตกต่างกันออกไป ดังต่อไปนี้

1. ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ตามคำแนะนำของผู้พิพากษา Lord Mansfield ถือว่าการลงมือพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำออกมาในการส่งเสริมผลักดันเจตนาในการกระทำความผิดทางอาญาออกมาให้คืบหน้า トラบเท่าที่ปราศจากการกระทำในการเปิดเผยเจตนาออกมา กฎหมายจะไม่ลงโทษ แต่ในทันทีทันใดที่ได้กระทำการกระทำใดการกระทำหนึ่งไปแล้วกฎหมายจะไม่พิจารณาตัดสินแต่เพียงการกระทำที่ทำได้แต่จะพิจารณาถึงเจตนาที่กระทำลงไปด้วย และ หากว่ามีเจตนามุ่งร้ายและผิดกฎหมายถึงแม้ว่าการกระทำที่แสดงออกมาในตัวมันเองจะไม่ผิดแต่มีเจตนากระทำการที่เป็นความผิดจะทำให้การกระทำนั้นเป็นการประกอบอาชญากรรมและควรถูกลงโทษ โดยถือหลักว่าเจตนาเป็นความผิด การกระทำเป็นแค่หลักฐานของเจตนาที่เป็นความผิดนั้นเท่านั้น

มีข้อดีคือ เป็นบทพิสูจน์ที่ตรงไปตรงมา ในการตัดสินของศาลต้องการพิจารณาเพียงว่า จำเลยได้กระทำการกระทำบางอย่างในการดำเนินการที่ส่งเสริมการก้าวไปสู่จุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขาหรือไม่ สามารถให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาแทรกแซงได้แต่เนิ่น ๆ เมื่อผู้สงสัยเริ่มมีแนวโน้มในการก่ออาชญากรรม อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรมของตำรวจได้อย่างได้ผล มีข้อเสียก็คือ ขอบเขตของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้มันกว้างมากเกินไป อาจทำให้เกิดความสมดุลที่ผิดระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและการปกป้องผลประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของชุมชน และจากข้อพิจารณาในความสมดุลถึงสิทธิส่วนบุคคลกับการคุ้มครองป้องกันอาชญากรรมของชุมชนก่อให้เกิดทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ขึ้นในเวลาต่อมา

2. ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ได้ถูกเสนอโดยผู้พิพากษา Parke B มีใจความสำคัญคือการให้โอกาสอาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งการกระทำตาม

เจตนาของเขาโดยสมัครใจ (locus poenitentiae) เสียก่อน จนกว่าเขาจะได้ลงมือกระทำการใด ๆ ไป จนหมดสิ้นแล้วในพฤติการณ์ที่เขาสามารถจะกระทำได้ในการประกอบอาชญากรรมนั้นจึงจะถือ เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด

และผู้พิพากษา Lord Diplock ได้อธิบายความหมายของการกระทำขั้นสุดท้าย ตาม ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายไว้ว่าหมายถึง “การตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยว” เปรียบเสมือน “การข้าม แม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ” (rubicon - crossing) ซึ่งหมายถึง การที่ผู้หนึ่งได้ข้ามเส้นแบ่งระหว่าง ความลังเลและการตกลงใจของเขาโดยในการกระทำของเขาแสดงให้เห็นถึงการไม่เปลี่ยนแปลงใน เจตนาที่จะมุ่งไปสู่การกระทำความผิด เว้นแต่จะถูกขัดขวางหรือป้องกันจากการกระทำของเขา เช่นนั้นโดยไม่ได้ตั้งใจ

ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายมีข้อดีคือ การรับเอาความคิดเรื่องการให้โอกาสอาชญากร เป้าหมายมีโอการตัดสินใจละทิ้งแผนการ (locus poenitentiae) เป็นการเคารพในการตัดสินใจของ บุคคลเพื่อหลีกเลี่ยงในการรับผิดทางอาญา ส่วนข้อเสียก็คือ มันแคบเกินไป ทฤษฎีการกระทำขั้น สุดท้ายมุ่งปฏิบัติต่ออาชญากรรมโดยสมบูรณ์และจะลงโทษการกระทำต่อเมื่อการกระทำนั้นได้เข้า ใกล้เคียงสำเร็จหรือความผิดสำเร็จแล้ว ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายต้องการหลักฐานทางการกระทำ เป็นองค์ประกอบของความผิดมากกว่าที่จะเป็นรูปแบบหลักฐานของเจตนา โดยถือว่าการกระทำ ของผู้กระทำเป็นส่วนประกอบในการกระทำทั้งหลายที่เข้าใกล้ผลสำเร็จของการประกอบ อาชญากรรมโดยสมบูรณ์ ซึ่งอาจทำให้การกระทำบางการกระทำที่ควรจะเป็นอาชญากรรมและถูก ลงโทษพ้นผิดไป ต่อมาได้มีการเพิ่มข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “การกระทำที่ห่างไกล” (remote) “การ กระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิด” (immediately connected) และข้อพิจารณา “การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้” (possible intervention) เข้ามาเป็นข้อพิจารณาเพิ่มเติมในการวินิจฉัยการกระทำที่มีลักษณะเป็นการ ลงมือพยายามกระทำความผิด อันเป็นต้นกำเนิดของการพัฒนาการมาเป็นทฤษฎีการกระทำที่ ใกล้เคียงต่อผล (The Proximity acts theory)

3. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้เคียงต่อผล (The Proximity acts theory) แบ่งออกเป็นทฤษฎี การกระทำที่ใกล้เคียงต่อผลตามแนวทางของประเทศอังกฤษ เป็นทฤษฎีที่พัฒนามาจากทฤษฎีการ กระทำขั้นสุดท้ายจากคำกล่าวของผู้พิพากษา Parke B ในข้อพิจารณาการกระทำที่ห่างไกล (remote) กับการกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิด (immediately connected) หมายถึงการลงมือพยายามกระทำ ความผิดจะต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิดโดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการ ประกอบอาชญากรรม

Stephen นักวิชาการทางกฎหมายได้ให้ความหมายของการกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิดไว้ ว่า หมายถึง ส่วนของการกระทำที่ซึ่งก่อให้เกิดข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะ



ไม่ขาดสายไม่มีการหยุดชะงักนำไปสู่การกระทำที่เป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการกระทำที่เริ่มต้นติดต่อกันไปมากกว่าการกระทำแรกอันเป็นการกระทำที่สมบูรณ์ประกอบด้วยเจตนาในการกระทำผิด และขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละคดีด้วย ซึ่งในประเทศไทยไม่ค่อยให้ความสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการต่อเนื่องไปสู่การกระทำผิดนี้ในการพิจารณา

ต่อมา Lord Diplock ได้ให้ข้อพิจารณาเพิ่มเติมเรื่อง “โอกาสที่น่าจะเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจ” (probable desistance) เข้าไปเป็นข้อพิจารณาในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอีกประการหนึ่ง โดยเห็นว่า การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลนอกจากเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายนำไปสู่การกระทำความผิดแล้วต้องประกอบไปด้วยลักษณะการกระทำที่ชี้ให้เห็นเจตนาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้แน่นอนในการดำเนินการประกอบอาชญากรรมของผู้กระทำ ยกเว้นว่าจะถูกขัดขวางโดยจงใจไม่ให้กระทำได้ดังนั้นด้วย คือ การคำนึงถึงโอกาสความเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจในการกระทำความผิดของผู้กระทำด้วยการเพิ่มเติมเรื่องโอกาสที่น่าจะเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจของ Lord Diplock เข้าไปในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลทำให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้แคบลงอย่างมาก และอีกแนวทางหนึ่งคือ

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส มีแนวคิดแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายหนึ่ง ใช้หลักเกณฑ์การแบ่งแยกการพยายามกระทำผิดกับการเตรียมโดยถือการกระทำเป็นหลัก (objective) เห็นว่าการกระทำจะเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำผิดก็ต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งความสัมพันธ์นั้นจะต้องกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั่นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดนั้น โดยเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น หรือต้องเป็นองค์ประกอบให้ความผิดมีโทษหนักขึ้น ฝ่ายที่สองฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก (subjective) ฝ่ายนี้เห็นว่าการลงมือพยายามกระทำผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ความคิดเห็นของฝ่ายหลังกว้างกว่าฝ่ายแรกและศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับฝ่ายหลังนี้

4. ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ เนื่องจากความไม่แน่นอนของการตัดสินของศาลตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล สถานติบัญญัติของอังกฤษจึงได้แก้ปัญหานี้โดยการกำหนดความหมายและขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำผิดไว้เป็นมาตรฐานใน มาตรา 1 (1) ของพระราชบัญญัติให้หมายถึง “การกระทำที่มากกว่าการเตรียมเท่านั้น” (more than an act of mere preparation)

ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการเข้าใจผิดถึงลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิด (proximate) หรือ ห่างไกล (remote) ต่อผลแบบเดิม และเรียกร่องให้แทนที่โดยการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเพียงการดำเนินการโดยตรงไปสู่การกระทำความคิดและมากกว่าการเตรียมเท่านั้น ซึ่งหมายถึงการเข้าไปสู่กระบวนการเริ่มต้น (embarked on) ของความคิดฐานนั้น ๆ นั่นเองซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลก็ได้ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่มีขอบเขตกว้างขึ้นและผ่อนคลายกว่าทฤษฎีที่ใช้อยู่เดิม แต่ก็ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการตีความที่ศาลของอังกฤษยังคงติดขัดอยู่กับคำพิพากษาในแนวทางตามระบบ Common Law เดิมอยู่

5. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory) ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกากระยะหนึ่ง เสนอโดย Holmes เป็นทฤษฎีที่พัฒนามาจากทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล เน้นการพิจารณาไปที่ “จุดใกล้อันตราย” ของการกระทำซึ่งเห็นว่าเป้าหมายของกฎหมายพยายามมิใช่เพื่อลงโทษการกระทำที่ผิดบาป แต่เพื่อเป็นการแน่ใจในการป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นจากอาชญากรรมนั้นต่างหาก อันเป็นแนวคิดที่ตรงกับแนวคิดปรัชญาพื้นฐานของการบัญญัติความผิดฐานพยายาม การลงมือพยายามกระทำความผิดจึงไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดกับอันตรายของความผิดสำเร็จ ที่จะมีส่วนผันแปรไปตามสถานการณ์ที่ประกอบไปด้วยความใกล้ชิดอันตราย ความใหญ่โตของภัยอันตราย ระดับความรู้สึกหัวนกลัว รวมถึงโดยการที่ผู้กระทำจะเปลี่ยนความตั้งใจ คล้ายกับทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของเยอรมนี

6. ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) เป็นทฤษฎีที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code 1962) ของอเมริกา มาตรา 5.01 ใจความสำคัญ คือ เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้วถือว่ามีกรลงมือกระทำผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อพยานหลักฐานอื่น ๆ ประกอบด้วย แตกต่างจากทฤษฎีการกระทำในขั้นสุดท้าย (Last acts theory) และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) คือ ทฤษฎีการกระทำการในขั้นตอนสำคัญเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำสิ่งใดลงไปแล้วบ้าง (what the actor has already done) ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำในขั้นสุดท้ายหรือการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ตรงกันข้ามกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายที่ว่า การกระทำขั้นสุดท้ายต้องพิจารณาว่ายังมีสิ่งใด ๆ อีกหรือไม่ที่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อให้ความคิดเกิดขึ้น (what remains to be done) หากยังมีสิ่งอื่นใดที่ยังต้องกระทำอีกก็ยังไม่เป็นความผิด และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่พิจารณาถึงการให้โอกาสการกลับใจของผู้กระทำที่ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการกระทำความผิดแล้วจึงจะมีความผิด ซึ่งแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ เป็นการขยายขอบเขตของการลงมือ

พยายามกระทำความผิดออกไปอย่างมาก มากกว่าทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลทฤษฎีการกระทำในขั้นสุดท้ายและข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษ

มีข้อดีคือ สามารถลงโทษเหล่าจำเลยจำนวนหนึ่งที่ศาลหลายแห่งได้ตัดสินปล่อยตัวให้พ้นผิดไปหรือไม่เห็นด้วยให้เป็นความผิดฐานพยายาม เป็นการสามารถป้องกันความเสียหายและจับกุมผู้ที่กระทำความผิดได้แต่เนิ่น ๆ ข้อเสียคือ ทฤษฎีนี้จะจับกุมผู้กระทำความผิดในขั้นเตรียมเข้าไปด้วยซึ่งอยู่นอกเหนือความหมายของกฎหมายพยายาม ความกว้างและเคลือบคลุมของทฤษฎีนี้จะมีส่วนพาดพิงเป็นอันตรายร้ายแรงถึงสิทธิส่วนบุคคลและมีความเป็นไปได้ของการจะเกิดการกดขี่ประชาชนจากผู้มีอำนาจหน้าที่ ตามตัวอย่างของ Model Penal Code เป็นการกระทำที่เกินความจำเป็นทำให้เกิดระดับอย่างไม่แน่นอนในการพิจารณาสำหรับศาลหลายแห่งที่ไม่มีประสบการณ์ในการเข้าใจถึงตัวอย่างที่อธิบายไว้นั้น

7. ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (Unequivocal acts theory) เป็นทฤษฎีที่เคยใช้อยู่ในประเทศนิวซีแลนด์ระยะหนึ่งแต่ไม่ได้รับความนิยม ใจความสำคัญคือ หากการกระทำนั้นในตัวเองเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอสำหรับเจตนาในการกระทำความผิดอาญาซึ่งเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาชัดเจนในการก่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นในตัวเองก็เป็นการพยายามกระทำความผิด เป็นการมองเฉพาะในตัวของการกระทำนั้นขณะนั้นเท่านั้นว่าเป็นการกระทำความผิดหรือไม่ จะไม่นำพยานหลักฐานอื่นก่อนหลังมาประกอบการพิจารณา เช่น ไม่นำพฤติกรรมก่อนการกระทำหรือการรับสารภาพของผู้กระทำความผิดเข้ามาพิจารณาด้วย มีข้อเสียคือ จะเป็นการจำกัดให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดแคบเกินไปในบางกรณี และในบางกรณีก็สามารถตีความให้กว้างเกินไปได้

8. ทฤษฎีการกระทำที่เป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) เป็นทฤษฎีที่ใช้ในประเทศเยอรมนี มีใจความสำคัญ คือ การกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่มีกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut or directly dangerous to interests protected under the law) โดยการพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นกระทบหรือเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนั้น ๆ แล้วหรือไม่ ประกอบกับคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย ซึ่งใจความสำคัญในตัวทฤษฎีมีความคล้ายคลึงเทียบได้กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ระยะหนึ่ง มีข้อดี คือ เป็นแนวคิดที่ตรงไปตรงมา ศาลสามารถมีดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางเพื่อคุ้มครองสังคมจากตัวผู้กระทำความผิด มีเหตุผลในการอธิบายรองรับได้อย่างเหมาะสม และสามารถทราบถึงเหตุผลและระดับแนวคิดในการตัดสินของผู้พิพากษาได้อย่าง

แน่ชัด ข้อเสีย คือ ขอบเขตของการใช้ดุลยพินิจจะกว้างมาก หากนำมาปรับใช้ต้องมีกระบวนการในการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของศาลให้เป็นรูปธรรมและชัดเจนมากกว่าในปัจจุบัน

จากที่ได้กล่าวมาสามารถวิเคราะห์แบ่งแยกทฤษฎีต่าง ๆ ข้างต้นออกได้เป็น 2 จำพวกใหญ่ ๆ คือ

1. จำพวกทฤษฎีจุดเข้าใกล้ หมายถึง ทฤษฎีที่ใช้ระดับความใกล้ชิดหรือห่างใกล้กับสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เช่น ความสำเร็จของความผิด องค์ประกอบของความผิดหรือความเป็นอันตรายของการกระทำนั้นเป็นจุดวัด ทฤษฎีเหล่านี้จะเน้นมองการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกของผู้กระทำในลักษณะภาวะวิสัย ส่วนการตัดสินว่าแกล้งหรือใกล้จะใช้เกณฑ์บุคคลาธิฐาน (ภาวะวิสัย) ของตัวผู้ตัดสินเป็นตัวชี้วัดในประเทศ Common Law ได้แก่กฎหมาย ในประเทศ Civil Law คือ ศาลได้แก่ ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory) และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) เป็นต้น

2. จำพวกทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำ หมายถึง ทฤษฎีที่ใช้ระดับความเป็นอันตรายของการกระทำเป็นตัวชี้วัด ทฤษฎีเหล่านี้เน้นมองลักษณะของการกระทำที่แสดงออกมาของผู้กระทำในลักษณะภาวะวิสัยเช่นกัน แต่จุดวัดถึงความเป็นอันตรายจะขยายครอบคลุมกว้างเข้าไปในด้านอัตตะวิสัยของผู้กระทำมากกว่าโดยให้ดุลยพินิจแก่ผู้ตัดสินเน้นไปในทางคุ้มครองป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น ทฤษฎีจำพวกนี้ได้แก่ ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) ของสหรัฐอเมริกา และทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของประเทศเยอรมนี เป็นต้น

ปัจจุบันรูปแบบทฤษฎีกฎหมายที่ใช้อธิบายความหมายของการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด อันเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมที่ยังคงนิยมเป็นหลักใช้อยู่มี

1. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส ฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก (subjective) ซึ่งเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่ชัดที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ

2. หลักเกณฑ์ตามข้อกำหนดตามมาตรา 1 (1) ตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ ที่กำหนดกรอบและให้

ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดว่า หมายถึง “การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม” (more than an act of mere preparation) คือ การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยตรงไปสู่การกระทำความผิดและมากกว่าการเตรียมเท่านั้น ซึ่งนักวิชาการเห็นว่าคือการเริ่มต้นกระทำความผิด หรือเข้าไปสู่กระบวนการดำเนินการกระทำความผิดในตัวเอง (embarked on) ของความผิดฐานนั้น ๆ ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลแบบเดิมก็ได้ อันเป็นลักษณะที่มีขอบเขตกว้างขึ้นและผ่อนคลายกว่าทฤษฎีที่ใช้อยู่เดิม ลักษณะการกระทำก็คล้ายกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางอัตตะวิสัยของฝรั่งเศสนั่นเอง แต่ก็ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการตีความที่ศาลของอังกฤษยังคงติดอยู่กับทฤษฎีใน Common Law เดิม และแนวคำพิพากษาในแนวทางตามระบบ Common Law เดิมอยู่

3. ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) ตามที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code 1962 section 5.01) ของอเมริกา ที่มีความสำคัญ คือ เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้ว ถือว่ามีการลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อพยานหลักฐานอื่น ๆ ประกอบด้วย และให้ตัวอย่างของการกระทำในขั้นตอนสำคัญไว้ด้วย เช่น การดักบรอ ,การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ จะใช้ในการกระทำความผิด หรือการตรวจตราสถานที่ที่จะกระทำความผิด เป็นต้น ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างมากคล้ายกับทฤษฎีการกระทำแรก (First act theory) ของอังกฤษในยุคต้น ๆ

4. ทฤษฎีการกระทำที่เป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ในประเทศเยอรมนี มีความสำคัญ คือ การกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่มีกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมาย โดยพิจารณาการกระทำของผู้กระทำนั้นใกล้ชิดต่ออันตรายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนั้น ๆ หรือไม่ ประกอบกับคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย ซึ่งคล้ายกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายที่เคยใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกากระยะหนึ่ง

จะเห็นได้ว่าปัจจุบันในทุก ๆ ประเทศเห็นด้วยกับการขยายขอบเขตของการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปให้คุ้มครองสังคมมากขึ้น ประเทศอังกฤษปัจจุบันไม่ได้ใช้เพียงทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลมาเป็นหลักในการอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ใช้ข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (Criminal Attempts Acts 1981) ตามมาตรา 1 (1) ที่ว่า การพยายามกระทำความผิดหมายถึงการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการกระทำที่

เป็นการเตรียมกระทำความผิด (more than an act mere preparation) ซึ่งมีความหมายเป็นกลาง ๆ ระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลและทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย อันเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าเดิมโดยมุ่งแนวทางทางด้านอัตตะวิสัยของผู้กระทำมากขึ้น ปรับเอนเข้ามามากล้ายกับประเทศใน ส่วน Civil Law ที่ยึดแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัยเป็นมาตรฐานซึ่งการอธิบายถึงระดับของการลงมือพยายามกระทำความผิดที่มีขอบเขตกว้างกว่า Common Law เดิมอยู่แล้ว ได้แก่ประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ที่มีแนวคิดเน้นไปในทางอัตตะวิสัย ส่วนประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ที่ความกว้างแคบของการลงมือพยายามกระทำความผิดขึ้นอยู่กับการกระทำนั้นกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความคิดฐานนั้นหรือไม่ ที่สามารถให้ศาลใช้ดุลยพินิจคุ้มครองบุคคลในสังคมได้อย่างกว้างขวาง ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 5.01 ประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของอเมริกา (Model Penal Code) ซึ่งขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าประเทศอังกฤษมาก

ซึ่งการที่ประเทศใดจะเห็นด้วยและนำทฤษฎีใดไปปรับใช้ขึ้นอยู่กับความเห็นด้วยกับแนวคิดในการกำหนดสัดส่วนระหว่างสภาวะทางจิตใจกับการกระทำในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดตามมุมมองใดระหว่างมุมมองด้านอัตตะวิสัยกับภาวะวิสัย และขึ้นอยู่กับมุมมองการให้ความหมายความยุติธรรมทางอาญาของประเทศนั้น ๆ ว่าในช่วงนั้นสังคมเห็นด้วยกับมุมมองทางด้านใดระหว่างการให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนหรือการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมและการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน

## บทที่ 4

### ความหมาย และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำ ความผิด กับการเตรียมกระทำ ความผิดในประเทศไทย

การศึกษาเกี่ยวกับการให้ความหมายการลงมือกระทำ ความผิด และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำ ความผิดกับการเตรียมกระทำ ความผิดของประเทศไทยสามารถแบ่งศึกษาทำความเข้าใจออกได้เป็น 3 มุมมองด้วยกันคือ

#### 4.1 บทบัญญัติของกฎหมาย

แนวคิดการลงโทษบุคคลที่พยายามกระทำ ความผิดในประเทศไทยนั้นไม่ได้เป็นเรื่องใหม่ เดิมประเทศไทยมีแนวคิดในการลงโทษบุคคลที่พยายามกระทำ ความผิด และมีการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้ใช้แล้วเช่นกัน ศึกษาได้จากกฎหมายตราสามดวงในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น<sup>176</sup> กฎหมายในยุคนั้นจะมีลักษณะเป็นการเฉพาะกรณี ในส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับการพยายามกระทำ ความผิดก็เช่นเดียวกัน<sup>177</sup> อันมีลักษณะปรับใช้เฉพาะกรณี และให้ดุลพินิจอิสระแก่ผู้พิพากษา

<sup>176</sup> ร. แลงกาตี. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. หน้า 19–30.

<sup>177</sup> ตัวอย่างเช่นที่บัญญัติใน กฎหมายลักษณะโจร มาตรา 65 ผู้ใดลอบฟันแทงพุ่งชดท่านแลยังหมีทัน ทำแก่ท่าน ๆ จับได้ ให้เอามันผู้ลอบทำแก่ท่านนั้นมาจำนองแน่น เอาขึ้นหาช่างประจารปลงลงทวนด้วยลวดหนั่ง 30 ที ถ้าตีฟันแทงบาศเจบ ให้ตัดนิ้วมือเสีย ถ้าตีฟันแทงถึงขาหักให้ตัดนิ้วทั้งนิ้ว ดิน , มือ } เสียจงสิ้นนิ้ว ถ้าถึงตาย ให้ฆ่าผู้ร้ายนั้นเสีย

มาตรา 89 ผู้ใดเอาหอกคาบแหลนหลาว สรรพสิ่งใดแต่เรือนแทงท่าน ผู้แต่เรือนนั้นมีบรรดาศักดิ์ และแลไม่ต้องคนในเรือน ให้ใส่ศาสตรึงเหล็กไว้เจ็ดวัน แล้วให้ไหม 220000 ถ้าแลต้องคนในเรือนบาดเจ็บให้ทวนด้วยลวดหนั่ง 15 ที แล้วส่งสัจ ไปยังแพ่ง ให้ไหมโดยบาดเจ็บนั้น

มาตรา 90 ถ้าจะทำร้ายแก่เจ้าบ้านเจ้าเรือนแลชดทั้งให้เจ้าบ้านเจ้าเรือนรู้ศึกออกมา แลมีทันทำร้ายแก่เจ้าบ้านเจ้าเรือน แลเจ้าบ้านเจ้าเรือนจับได้ ท่านว่าให้ทวนด้วยลวดหนั่ง 25 , 30 } ที ถ้าทำร้ายแก่เจ้าบ้านเจ้าเรือนบาดเจ็บ ท่านว่าให้ตัดนิ้วมือเสียแล้วให้ไหมโดยบาดเจ็บนั้น ถ้าแลถึงตาย ท่านว่าให้ฆ่าผู้ร้ายนั้นเสีย เป็นต้น อ้างถึงใน ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่น. (ร.ศ.120). กฎหมาย เล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาและ ทนายความ. หน้า 399–410.

พิจารณาไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไม่มีการกำหนดและอธิบายออกมาในรูปแบบของทฤษฎีกฎหมายแต่อย่างใด

ภายหลังมีการปฏิวัติกฎหมายให้เป็นแบบอย่างประเทศตะวันตกในช่วงสมัยรัชกาลที่ 4 (พ.ศ.2394-2411) จนถึงสมัยรัชกาลที่ 5 (พ.ศ.2411-2453) ด้วยเหตุผลทางการเมือง<sup>178</sup> ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ออกมาใช้ในวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ.2451 (ค.ศ.1908)<sup>179</sup> ในการร่างกฎหมายลักษณะอาญานี้ ผู้ยกร่างได้อ้างอิงถึงประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส ค.ศ.1810 (ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบางประการโดยกฎหมายต่าง ๆ ในชั้นหลัง) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ.1870 พร้อมทั้งความเห็นทางกฎหมายที่มีต่อประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวซึ่งมีอยู่อย่างมากมาย แต่เนื่องจากผู้ยกร่างมีวัตถุประสงค์ที่จะหาวิธีการง่ายที่สุดและให้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่สุด ผู้ยกร่างจึงได้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาที่ทันสมัยที่สุดต่าง ๆ เป็นหลักอ้างอิงด้วย ซึ่งบัญญัติขึ้นโดยใช้ข้อมูลที่ทำขึ้นจากนักนิติศาสตร์ในฝรั่งเศสและเยอรมันซึ่งมีอยู่จำนวนมาก ประมวลกฎหมายอาญาที่นำมาอ้างอิง ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาฮังการีว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษและมีชยมโทษ ค.ศ.1878 ประมวลกฎหมายอาญาของ เนเธอร์แลนด์ ค.ศ.1881 ประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี ค.ศ.1880 ประมวลกฎหมายอาญาของอียิปต์สำหรับศาลที่พิจารณาคดีสำหรับคนพื้นเมือง ค.ศ.1904 ประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย ค.ศ.1860 ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ค.ศ.1903 และ ค.ศ.1907 แต่อย่างไรก็ตามผู้ยกร่างมิได้ผูกพันที่จะใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะเลย แม้ว่าจะได้มีการเอาแบบอย่างจากประมวลกฎหมายอาญา อิตาลี (ประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1880) และประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ (ประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ.1881) เป็นอย่างมากก็ตาม

ในส่วนเกี่ยวกับเรื่องการพยายามกระทำความผิดผู้ยกร่างไม่ได้รับเอาระบบการพยายามกระทำความผิดตามอย่างประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีที่แยกออกเป็นความผิดที่ลงมือกระทำแล้วแต่

<sup>178</sup> ร. แลงกาต์. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. หน้า 1.

<sup>179</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับ การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 33 – 38. ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2539). อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย. หน้า 26 – 86. และ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2542). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History). หน้า 115 – 256.



กระทำไปไม่ตลอด และความผิดที่ลงมือกระทำไปโดยตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลสำเร็จ<sup>180</sup> ทั้งนี้ เพราะเกรงว่าผู้พิพากษาศยามจะประสบความลำบากในการแยกความแตกต่างของกรณีทั้งสอง ประมวลกฎหมายอาญาสยามจึงเลือกที่จะเอาแบบอย่างจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา เนเธอร์แลนด์ (มาตรา 45) มากกว่า แต่ได้ปฏิเสธที่จะรับเอาระบบของฝรั่งเศสที่ถือว่าการพยายาม กระทำความผิดมิโทษอย่างเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ<sup>181</sup> ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าในทางปฏิบัติ แล้วความผิดที่ไม่สำเร็จย่อมจะไม่ได้รับโทษเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ และประมวลกฎหมาย อาญายอมรับตามหลักดังกล่าวโดยลดโทษให้หนึ่งในสามสำหรับการพยายามกระทำความผิด ส่วน การพยายามกระทำความผิดฐานลหุโทษนั้นไม่มีโทษ

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานพยายามไว้ใน มาตรา 60 ,61 และมาตรา 62 รายละเอียดดังนี้<sup>182</sup>

มาตรา 60 ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด แต่หากมีเหตุอันพ้นวิสัยของมันจะป้องกัน ได้ มาขัดขวางมิให้กระทำลงได้ไซ้ ท่านว่ามันควรรับอาชญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับ ความผิดนั้นแบ่งเป็นสามส่วน ให้ลงอาชญาแต่สองส่วน

มาตรา 61 ผู้ใดพยายามกระทำความผิด แต่ยับยั้งเสียด้วยใจตนเองไม่ได้กระทำความผิด นั้นลงไปให้ตลอดตามความมุ่งหมาย ท่านว่าควรเอาโทษแก่มันแต่เพียงความผิดที่มันได้กระทำลง ไปแล้ว และ

มาตรา 62 ผู้ใดจะพยายามกระทำความผิดฐานลหุโทษ ท่านว่าอย่าให้ลงอาชญาแก่มัน เลย

กฎหมายลักษณะอาญาใช้มาจนถึง 31 ธันวาคม พ.ศ.2499 ได้มีการแก้ไขปรับปรุง กฎหมายอาญาขึ้นใหม่ตราเป็น ประมวลกฎหมายอาญาประกาศใช้วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 (ค.ศ. 1957) และบังคับใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน บทบัญญัติส่วนใหญ่มีลักษณะเทียบเคียงได้กับกฎหมาย ลักษณะอาญา เพียงเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่บางประการให้ทันสมัยขึ้นเท่านั้น แนวคิดหลัก ๆ ยังคง

<sup>180</sup> ปัจจุบันกฎหมายพยายามกระทำความผิดของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ได้ แยกออกเป็นความผิดที่ลงมือกระทำแล้วแต่กระทำไปไม่ตลอด และความผิดที่ลงมือกระทำไปโดยตลอดแล้วแต่ ไม่บรรลุผลสำเร็จแล้ว

<sup>181</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วิวัฒนกุล. (2546). *บันทึกของนายออร์ซ ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่าง กฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127.* หน้า 76 – 77.

<sup>182</sup> บริรักษ์นิติเกษตร,พระ (หรั่ง นิมิหุด). (2478). *กฎหมายลักษณะอาญาเก่าใหม่ทั้งหมด.* หน้า 43 – 44.

เหมือนกันกับกฎหมายลักษณะอาญา แต่ในส่วนกฎหมายเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดมีแนวความคิดที่แตกต่างออกไป

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดฐานพยายามไว้ใน มาตรา 80 ,81,82 และ มาตรา 105 ดังนี้

มาตรา 80 ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

มาตรา 81 ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด แต่ให้ลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้น

ถ้าการกระทำดังกล่าวในวรรคแรกได้กระทำไปโดยความเชื่ออย่างมงาย ศาลจะไม่ต้องลงโทษก็ได้

มาตรา 82 ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิด นั้น ๆ และ

มาตรา 105 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

ในกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดประมวลกฎหมายอาญามีแนวคิดเปลี่ยนแปลงจากหลักการตามกฎหมายลักษณะอาญาเดิม ดังนี้<sup>183</sup>

1. เห็นว่ากฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 60 ไม่เหมาะสมแก่สมัย เพราะไม่ได้คำนึงถึงการแบ่งแยกที่ศาลได้ปฏิบัติ ซึ่งที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศในปัจจุบัน ที่ได้แยกการพยายามกระทำความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ

การพยายาม “attempt” (หรือการกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด) กับ

การกระทำไม่สำเร็จ “failure to commit an offence” (หรือการกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล)

<sup>183</sup> “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/101/2483.” (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483). หน้า 1 – 11.

ผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาขอรับหลักการนี้ ตามของนาย อาร์ . กียอง (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) ที่แบ่งแยกประเภทของการพยายามออกเป็นสองประเภทดังกล่าว แต่เห็นควรกำหนดโทษประเภทการพยายามทั้งสองประเภทให้เท่ากันโดยลดโทษให้ 1 ใน 3 เพราะเห็นว่าการไม่ลดโทษจะเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดให้สำเร็จ (ความเห็นของนาย อาร์ . กียอง เห็นว่าการพยายามประเภทที่ 1 กฎหมายต่างประเทศลดโทษให้เพราะการพยายามประเภทที่ 1 ไม่ได้พูดถึงผลของการกระทำผิดเลยเพราะยังไม่ได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จะให้ความคิดนั้นสำเร็จ แต่การพยายามกระทำความผิดประเภทที่ 2 ผู้กระทำได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จะให้ความคิดนั้นสำเร็จแล้ว เว้นแต่ผู้กระทำจะได้ป้องกันไม่ให้ผลแห่งการกระทำเกิดขึ้น<sup>184</sup>) แสดงให้เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาขอรับแยกการพยายามกระทำความผิดออกเป็น 2 กรณี คือ การพยายาม หรือการกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด กับการกระทำไม่สำเร็จ หรือการกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล แต่เห็นว่าควรมีโทษเท่ากัน คือ ลงสองในสามส่วนของความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 80<sup>185</sup>

2. ขอรับแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) เกี่ยวกับการพยายามที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ (Impossible Attempts) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 81

แนวคิดที่ยังคงเหมือนเดิมคือ การลดโทษให้กับผู้พยายามกระทำความผิดแต่ยังเสี่ยงเองหรือกลับใจแก้ไขไม่ให้ความคิดนั้นสำเร็จ ตามที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 61 และที่นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 และการไม่ลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดลหุโทษ ตามที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 62 และนำมาบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 105

ส่วนในการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิด และหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดนั้น ตามความเห็นของผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญา มีความเห็นดังต่อไปนี้<sup>186</sup>

<sup>184</sup> เป็นแนวทางการกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของนักทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective) ที่เคร่งครัด

<sup>185</sup> เป็นแนวทางการกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของนักทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjectivist) ที่ไม่เคร่งครัด

<sup>186</sup> “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/101/2483.” (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483). หน้า 4.

1. พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) เห็นว่า การใช้คำว่าพยายามแบบเดิมเห็นว่าไม่เหมาะสม ควรใช้คำว่า “ลงมือ” แสดงให้เห็นว่าพ้นจากการเตรียมไปแล้ว ส่วนจะมีความหมายเพียงใดควรเป็นหน้าที่ของตำรากฎหมาย

2. พระยาเลขาภิบาลธรรมวิทักษ์ (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) เห็นว่า การพยายามจะต้องใกล้ชิดกับเหตุหรือเหตุหรือเหตุต้องเป็นขั้นที่จะสำเร็จความผิด และ

3. คำกล่าวของหม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) ที่แสดงความคิดเห็นในการพิจารณาร่างหมวดที่ 6 ตัวการและผู้สมรู้ พาดพิงมาถึงเรื่องการลงมือกระทำความผิด ว่า “คำว่า ลงมือ ไปอยู่ในมาตรา 60 ตรงกับคำว่า beginning”<sup>187</sup>

และในแนวทางของฝ่ายนิติบัญญัติยังได้กำหนดให้การสมคบ หรือเตรียมบางฐานความผิดมีความผิดเทียบเท่าความผิดฐานพยายาม หรือความผิดสำเร็จด้วย ได้แก่

1. ในการสมคบ หรือเตรียมกระทำความผิดบางฐานที่กฎหมายต้องการเอาโทษกับบุคคลโดยเหตุผลพิเศษ เหตุผลเพราะ เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงพอที่กฎหมายจะถือเป็นการสมคบเทียบเท่ากับความสำเร็จ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 107 การสมคบเตรียมหรือพยายามปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ ,มาตรา 108 พยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ ,มาตรา 109 พยายามปลงพระชนม์พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ,มาตรา 110 พยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ,มาตรา 128 เตรียมหรือพยายามกระทำความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร ,มาตรา 130 พยายามทำร้ายร่างกายเสรีภาพต่อราชาธิบดี ราชาินี ประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ หรือกรณีที่กฎหมายให้ถือว่าการเตรียมเป็นความผิด เช่น มาตรา 107 เตรียมเพื่อปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ ,มาตรา 108 เตรียมประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ ,มาตรา 109 เตรียมเพื่อปลงพระชนม์พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เป็นต้น

2. หรือการกำหนดให้การเตรียมกระทำความผิดบางฐานมีความผิดเทียบเท่ากับการพยายามกระทำความผิด เหตุผลเพราะ มีความยากในการพิสูจน์การกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำความผิดกับการพยายามกระทำความผิดในความผิดอาญานั้น ๆ<sup>188</sup> เช่น ความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์ มาตรา 217,218 ความผิดสำเร็จโรงเรือนจะต้องติดไฟลุกไหม้ขึ้นด้วยแต่กรณีพยายามยังมีปัญหาในการพิจารณาว่าเช่นใดจึงจะใกล้ชิดถึงขั้นใกล้เกิดผลสำเร็จขึ้นได้ แต่

<sup>187</sup> “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 122/109/2483.” (วันศุกร์ที่ 13 กันยายน 2483). รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา ตอน 9,ครั้งที่ 122/109/2483. หน้า 6.

<sup>188</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 287.

ปัจจุบันได้มีการบัญญัติกฎหมายให้การเตรียมวางเพลิงระวางโทษเช่นเดียวกับพยายาม มาตรา 219 ปัจจุบันจึงไม่มีปัญหาพิจารณาในความผิดฐานนี้

**กล่าวโดยสรุปแล้ว** ในกฎหมายลักษณะอาญาตามมาตรา 60 บัญญัติเพียงให้การพยายามเป็นความผิด ไม่มีการกำหนดคำนิยาม หรืออธิบายความหมายของการพยายามกระทำความผิดไว้แต่อย่างใด ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 80 ได้ให้ความหมายของการพยายามกระทำความผิดไว้ว่าเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดและแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ออกเป็นสองประเภท คือ การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด และการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล แต่ก็ไม่ได้ให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิดที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดไว้เช่นเดียวกัน จากการศึกษารายงานการประชุมของกรรมการผู้ร่างกฎหมายทราบว่าลักษณะของการลงมือกระทำความผิดที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิด คือ การกระทำที่พ้นจากการเตรียมแล้ว แต่จะพ้นจากการกระทำที่เป็นการเตรียมในระดับใด หรือมีความหมายในรายละเอียดอย่างไร เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายกล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องการปล่อยให้เป็นที่ของนักนิติศาสตร์เป็นผู้สร้างแนวคิด ทฤษฎี และกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาใช้อธิบายกันเอง ซึ่งเหมือน ๆ กันกับนานาประเทศดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 และยังมีบัญญัติแก้ปัญหสำหรับความผิดอาญาบางฐานที่เห็นว่าเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงหรือความผิดที่มีความยากในการพิสูจน์ระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดโดยให้ความผิดฐานเตรียมบางฐานรับโทษเท่ากับความผิดฐานพยายาม หรือความผิดฐานสมคบ เตรียม พยายามบางฐานมีความผิดเท่ากับความผิดสำเร็จเลย

## 4.2 ความเห็นในทางตำรา

นักนิติศาสตร์ไทยเห็นว่าการกระทำที่กฎหมายพยายามต้องการ อันจะเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดนั้นอยู่ที่การให้ความหมายถ้อยคำที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 คือ การให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิด ส่วนการลงมือกระทำความผิดในลักษณะที่กฎหมายพยายามของไทยต้องการมีลักษณะอย่างไร นักวิชาการของไทยได้มีความเห็นแบ่งออกเป็นหลายฝ่าย ดังต่อไปนี้

### 4.2.1 ฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity act theory)

นักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่เห็นว่าประเทศไทยได้ใช้หลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity act theory) มาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ ในกลุ่มนี้ยังมีการอธิบายแตกต่างกันไปอีกหลายแนวด้วยกัน ได้แก่

**4.2.1.1 แนวทางการอธิบายของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์<sup>189</sup>** ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงของไทยคนหนึ่ง ได้ให้ความหมายการลงมือกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ไว้ว่าตรงกันกับแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ที่ใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึงการเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำผิด คือ ต้องเป็นการกระทำที่ผิดปกติกจากบุคคลผู้สุจริต ซึ่งแสดงให้เห็นเจตนาในการกระทำผิด และถ้าปล่อยให้กระทำต่อไปก็จะสำเร็จเป็นความผิดขึ้นได้ หรือมีความหมายตรงกันกับแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ของประเทศอังกฤษที่หมายถึงการกระทำที่นำไปสู่การกระทำผิดสำเร็จ คือ การลงมือพยายามกระทำผิดนั้น ต้องเป็นการกระทำที่นำไปสู่ความผิดสำเร็จโดยแท้จริง (เหมือนกับการให้ความหมายการใกล้ชิดต่อผลตามเกณฑ์ของ Stephen ในหัวข้อที่ 3.1.1.3 ก.) หรือมีความหมายตรงกันกับการเริ่มต้นกระทำผิดตามแนวคิดของนักวิชาการเยอรมันที่มีเห็นด้วยกับทฤษฎีภาวะวิสัยนั่นเอง (แตกต่างจากแนวคิดของศาลเยอรมันที่การวินิจฉัยการเริ่มต้นกระทำผิดในกฎหมายเยอรมันจะขยายกว้างออกไปกว่านี้)

โดยเห็นว่าทฤษฎีนี้อาจเคลือบคลุมแต่ไม่ใช่จะเป็นหลักที่ไม่ถูกต้องสามารถใช้ได้ ส่วนการที่จะแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นการ “ใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” กับผลสำเร็จของความผิดนั้นต้องอาศัยตัวอย่างจากคดีที่ศาลวินิจฉัยมาแล้ว ซึ่งพอจะกล่าวไว้เป็นแนวทางได้ดังต่อไปนี้

ก. การกระทำในขั้นเตรียมเป็นการกระทำระยะหนึ่งเพื่อจะลงมือกระทำผิดอีกระยะหนึ่งซึ่งเป็นการกระทำคนละตอนกัน บางรายก็เห็นได้ชัด บางรายก็อาจเห็นไม่ได้ชัดเจน ที่เห็นได้ชัดก็ได้แก่การกระทำที่ผู้กระทำเตรียมเพื่อให้พร้อมที่จะกระทำต่อไปตอนหนึ่งและหยุดพักอยู่เพียงนั้น เพื่อว่าในโอกาสต่อไปก็จะได้เริ่มลงมือกระทำผิดตามที่ได้เตรียมไว้อีกตอนหนึ่ง เช่น ถี้อปืนบรรจุกระสุนไปช่อมอยู่ตอนหนึ่งคอยว่าเมื่อใดผู้ที่ตนต้องการผ่านมาก็จะลงมือฆ่าอีกตอนหนึ่ง เป็นต้น

ข. การกระทำซึ่งผู้กระทำตั้งใจจะกระทำติดต่อกันไปจนสำเร็จ จะเป็นการเริ่มลงมือกระทำผิดเข้าขั้นพยายามก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นใกล้ต่อผลที่จะเกิดเป็นความผิดขึ้น เช่น การไล่ทำร้ายร่างกาย เพียงแต่มีการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาแล้วเท่านั้นยังไม่พอถือเป็นการลงมือพยายามกระทำผิด การลงโทษโดยอาศัยพฤติการณ์เพียงเท่าที่แสดงเจตนานี้อาจเป็นการไกลเกินสมควรไป

<sup>189</sup> จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 290 – 317.

ค. การกระทำบางกรณีซึ่งผู้กระทำได้ตั้งต้นเพื่อกระทำให้ตลอดจนเกิดผลสำเร็จเป็นความผิด แม้มีการพักเป็นตอน ๆ ในระหว่างนั้น ซึ่งคุณล้ายจะเป็นการทำให้เป็นระยะ ๆ ในชั้นเตรียมดังกล่าวมาในข้อ ก ก็ตาม เมื่อการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่ผู้กระทำลงมือเพื่อกระทำติดต่อกันไปจนสำเร็จและใกล้ชิดต่อผลแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ใช่เพียงแค่การเตรียม แต่เข้าขั้นการลงมือพยายามกระทำความคิดแล้ว<sup>190</sup> เช่น การถือปืนไปชุมนุมคอยอยู่เพื่อยิงผู้ที่ตนประสงค์จะฆ่าซึ่งไม่รู้ว่าจะผ่านมาเมื่อใดเป็นแค่การรอคอยโอกาสอยู่ในชั้นเตรียม แต่ถ้ารู้ว่าคนที่ตนต้องการฆ่านั้นผ่านมาเมื่อใดและเข้าชุมนุมอยู่ในที่ที่เหมาะสมที่จะยิงได้โดยผู้้นั้นกำลังใกล้เข้ามาแม้จะยังไม่อยู่ในระยะยิงก็ถือว่าผู้้นั้นลงมือกระทำการพยายามฆ่าคนแล้ว ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำก็เป็นแต่ชุมนุมคอยโอกาสที่จะยิงได้เช่นเดียวกัน

ในต่างประเทศเช่นในคดี Stokes v.State ค.ศ.1908<sup>191</sup> ตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวเป็นพยายามฆ่า โดยปรากฏเพียงว่าจำเลยเข้าใจว่าผู้ที่ตนต้องการฆ่าใกล้จะผ่านมาดังที่จำเลยเข้าใจแตกต่างจากแนวความเห็นของศาลไทยที่การพยายามฆ่าโดยใช้ปืนยิง ลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิดต้องถึงขั้นยกปืนขึ้นเล็งเสียก่อน

และการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะทำติดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผลซึ่งเป็นการลงมือกระทำความคิดเข้าขั้นพยายามนั้น ไม่จำเป็นต้องถึงกับเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายก่อนที่จะเกิดผลเป็นความผิดสำเร็จขึ้น เช่น การที่ ก. ตั้งใจฆ่า ข. โดยวางยาพิษชนิดที่ต้องการให้ ข. กินเป็นคราว ๆ จนกว่าปริมาณยาพิษที่ ข. กินเข้าไปจะรวมกันถึงขนาดที่จะทำให้ ข. ตาย เมื่อ ก. ได้เริ่มวางยาให้ ข. กินจำนวนแรกก็ได้ชื่อว่าได้ลงมือกระทำเข้าขั้นพยายามฆ่าคนแล้ว<sup>192</sup>

อนึ่งระยะทางหรือระยะเวลาระหว่างการกระทำกับผลที่จะเกิดขึ้นก็ไม่ใช่ข้อสำคัญที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใกล้ชิดต่อผลเข้าขั้นพยายามหรือยัง ถ้าเป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะทำติดต่อกันเพื่อให้เกิดผลสำเร็จเป็นความผิดก็เข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความคิดแล้ว เช่น ก. ส่งยาพิษให้ ข. ในวันนี้เพื่อผสมยาให้ ค. กินในวันรุ่งขึ้น โดยหลอกให้ ข. เข้าใจว่าเป็นยารักษาโรคที่ ข. มี

<sup>190</sup> แนวความเห็นตามตัวอย่างนี้เหมือนกับคำอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามเกณฑ์ของ Stephen หัวข้อที่ 3.1.1.3 ก ในบทที่ 3

<sup>191</sup> Stokes v. State (1908) *Perdins Crim. Law* p.559. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 303.

<sup>192</sup> R.v.White (1910) *Williams no.201* p.625. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 304.

หน้าที่ต้องจัดให้ ค. กิน แม้ ค. จะต้องกินยานั้นต่อเมื่อถึงวันรุ่งขึ้น ก็ได้ชื่อว่า ก. ลงมือกระทำ ความผิดเข้าขั้นพยายามแล้ว<sup>193</sup>

ข้อนี้อาจต่างกับกรณีที่ ก. เองจะวางยาพิษให้ ค. กิน เพราะเป็นการที่ ก. จะลงมือทำที่ ต่อเมื่อถึงวันรุ่งขึ้นที่ ก. จะส่งยาพิษให้ ค. กิน แต่การหลอกใช้ ข. เป็นการลงมือกระทำติดต่อ ตลอดไปจนเป็นผลสำเร็จแล้ว หรือ ก. ผสมยาพิษในอาหารที่ ข. จะมากินเองเมื่อถึงเวลา การผสม ยาพิษลงในอาหารที่ ข. จะมากินเองเมื่อถึงเวลา ได้ชื่อว่า ก. พยายามฆ่าคนแล้ว หรือการวางเชื้อเพลิง ไว้ในที่ ๆ ผู้เสียหายจะมาก่อไฟขึ้นเองเป็นการพยายามวางเพลิงแล้ว การวางกับดักไว้เพื่อผู้เสียหาย จะเข้ามาสู่อันตรายนั้นเองเป็นการพยายามทำร้าย การทำให้ผู้เสียหายหลงเข้ามาสู่กับดักที่ผู้กระทำ ล่อไว้ หรือใช้คนอื่นที่ไม่รู้ถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นเป็นเครื่องมือ ข่มขู่เหมือนผู้กระทำได้กระทำ การนั้นเอง เป็นการพยายามกระทำตั้งแต่ที่ทำอุบายนั้นแล้ว (ตามตัวอย่างหลังนี้ เป็นกรณีที่เทียบได้ กับคำอธิบายในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ในบทที่ 3)

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางการอธิบายการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามทฤษฎีการกระทำที่ ใกล้ชิดต่อผลของท่านศาสตราจารย์จิตติฯ มีความเห็นส่วนใหญ่คล้ายกับแนวทางการอธิบายทฤษฎี การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในฝรั่งเศส และแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตาม แนวทางของ Stephen ซึ่งเห็นแตกต่างจากแนวทางปฏิบัติของศาลในบางกรณีซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

**4.2.1.2 แนวทางการอธิบายของรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์<sup>194</sup>** นัก นิติศาสตร์และอาจารย์ประจำมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เห็นว่าการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามตาม ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) หมายถึง

**ก. การที่ผู้กระทำได้กระทำการกระทำ “ขั้นสุดท้าย” ซึ่งจำต้องกระทำเพื่อให้ความผิด สำเร็จ ตัวอย่างเช่น**

1. ก. ต้องการฆ่า ข. โดยการใช้ปืนยิง หาก ก. ได้ลั่นไกปืนก็ถือว่าเป็นการลงมือฆ่าแล้ว เพราะถือว่าการลั่น ไกปืนเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายซึ่ง ก. จำเป็นต้องกระทำเพื่อให้การฆ่าได้เกิดขึ้น

2. ก. ต้องการฆ่า ข. โดยการให้ ข. กินยาพิษ ซึ่งต้องกินขนาด 4 กรัม จึงตาย ก. เอายา พิษ 4 กรัม ผสมในขวดน้ำที่ ข. จะต้องกินเป็นประจำทุกวัน การกระทำของ ก. ถือว่าเป็นการลงมือ ฆ่า ข. เพราะเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายที่ ก. จำเป็นต้องทำ

<sup>193</sup> แห่ลงเดิม. หน้า 304.

<sup>194</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 352.



การกระทำขั้นสุดท้ายจริง ๆ ในที่นี้คือการที่ ข. มากินน้ำในขวดนั้นด้วยตนเอง แต่สำหรับ ก. นั้น ก. ได้ทำทุกอย่างที่ตนจำต้องทำเพื่อให้ ข. ตายเพราะกินยาพิษแล้ว เป็นการมองการกระทำในด้านตัวผู้กระทำเท่านั้น

3. การใช้บุคคลหรือสัตว์เป็นเครื่องมือ (Innocent agent) ให้กระทำความผิดนั้นเพียงแต่หลอกใช้ก็เป็นการลงมือแล้ว ตัวอย่างเช่น ก. เป็นคนง่อยเดินไปมาไม่ได้ ก. ต้องการขโมยสายสร้อยของ ข. ก. จึงหลอก ค. ว่าสายสร้อยของ ข. เป็นของ ก. และบอกให้ ค. ช่วยหยิบสายสร้อยเส้นนั้นส่งให้แก่ ก. ด้วย ค. หลงเชื่อตามที่ ก. ขอร้อง ก่อนที่ ค. จะหยิบสายสร้อยส่งให้แก่ ก. ถือว่าการกระทำของ ก. เพียงเท่าที่หลอก ค. นั้นเป็นการลงมือกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ของ ข. แล้วกรณีนี้ถือว่า ค. เป็น Innocent Agent

หรือ ก. ต้องการฆ่า ข. ให้ตายโดยการให้ยาพิษแก่ ข. กิน ก. จึงหลอก ค. ซึ่งมีหน้าที่เฝ้ารักษาโรคให้ ข. กินว่าสิ่งที่อยู่ในขวดที่ ก. ส่งให้ ค. นั้นเป็นยารักษาโรคซึ่งความจริงคือยาพิษโดย ก. รู้ว่า ค. จะเอายาให้ ข. กินในวันรุ่งขึ้น เช่นนี้ถือว่า ก. ลงมือฆ่า ข. แล้วเพราะ ก. ได้กระทำการขั้นสุดท้ายซึ่งตนจำต้องกระทำเพื่อความผิดเกิดขึ้นแล้ว (แม้ว่าความจริงการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นหน้าที่ของ ค. แต่ก็ไม่เกี่ยวกับ ก. เพราะ ก. ไม่มีอะไรที่จะต้องทำอีกต่อไปแล้ว)

ข. ยกเว้นบางกรณี แม้ว่ามีใช้การกระทำ “ขั้นสุดท้าย” จริง ๆ ในแง่ของผู้กระทำก็อาจถือว่าการลงมือกระทำความผิดได้ หากเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำติดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผล ตัวอย่างเช่น

1. ก. ตั้งใจฆ่า ข. โดยวางยาพิษที่ต้องให้ ข. กินเป็นคราว ๆ จนกว่าปริมาณยาพิษที่ ข. กินเข้าไปจะรวมตัวกันถึงขนาดที่จะทำให้ ข. ตาย เมื่อ ก. ได้เริ่มวางยาพิษให้ ข. กิน จำนวนแรกก็ถือว่า ก. ลงมือกระทำความผิดแล้ว

2. ก. ต้องการฆ่า ข. ก. จ้องปืนเล็งไปที่ ข. ถือว่า ก. ลงมือฆ่า ข. แล้วแม้ว่า ก. จะยังมีทันลั่นไกปืนยิง ข. ก็ตาม

3. การที่จำเลยกับพวกประสงค์จะพาผู้เสียหายออกไปจากประเทศเพื่อการรับจ้างให้เขาทำเมฆกรรมแต่จำเลยถูกจับกุมเสียก่อนที่ท่าอากาศยานกรุงเทพฯ ในขณะที่กำลังเขาแถวรอรับบัตรเลขที่นั่งในเครื่องบินสำหรับจำเลยและผู้เสียหาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการพาผู้เสียหายออกไปจากประเทศไทยเพื่อการรับจ้างให้เขา

ทำเมฆกรรม เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้น ถือว่าเป็นการกระทำขั้นต้น  
เตรียมเข้าสู่การลงมือกระทำผิดแล้ว<sup>195</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางการให้ความหมายการใกล้ชิดต่อผลตามทฤษฎีการกระทำที่  
ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ของรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจรฯ หลักอิงอยู่กับการ  
กระทำในขั้นตอนสุดท้าย เทียบได้กับทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสุดท้าย (Last acts theory) ในบท  
ที่ 3 ส่วนในบางกรณีแม้ไม่ใช่การกระทำในขั้นตอนสุดท้ายก็อาจเป็นการพยายามกระทำผิด  
ได้ถ้าเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำติดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผล  
(เหมือนกับคำอธิบายการใกล้ชิดต่อผลของศาสตราจารย์จิติ ดิงศัททริย์ ในหัวข้อ 4.2.1.1 และ  
แนวทางการอธิบายกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Stephen ในบทที่ 3) แต่ตามเจตนารมณ์เห็นว่า  
ต้องการนำมาใช้ในบางกรณีในเชิงที่เป็นบทยกเว้นเท่านั้น มีปัญหาว่ากรณีใดจะใช้หลักทั่วไปหรือ  
กรณีใดจะใช้บทยกเว้น

#### 4.2.2 ฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility act theory)<sup>196</sup>

นักนิติศาสตร์ของไทยส่วนน้อยเห็นด้วยกับทฤษฎีนี้ ผู้ที่เห็นด้วยและนำทฤษฎีนี้อธิบาย  
มีหลายท่านด้วยกัน ได้แก่ ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร<sup>197</sup>, รองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒน  
นกุล<sup>198</sup> และรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสากววงศ์<sup>199</sup> เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำผิดตามแนวทางของ  
ทฤษฎีนี้เมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามถึงที่กฎหมายประสงค์  
จะคุ้มครองในความผิดฐานนั้น ๆ หรือที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut or directly  
dangerous to interests protected under the law) หรือ “นิติสมบัติ” โดยการพิจารณาจะคำนึงถึงความ  
ใกล้ชิดของอันตราย การที่จะก่อความเสียหาย และความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึก  
ของชุมชนประกอบด้วย ซึ่งกว้างหรือแคบจะขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิดฐานนั้น ๆ โดย

<sup>195</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>  
และ อ้างถึงใน หนังสือรวมคำพิพากษาฎีกา เล่มที่ 3 พ.ศ.2533. สำนักงานส่งเสริมตุลาการศาลยุติธรรม. หน้า  
188.

<sup>196</sup> คณิต ณ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272.

<sup>197</sup> แหล่งเดิม. หน้า 92 – 95.

<sup>198</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2543). “วิชากฎหมายอาญาชั้นสูง.” คำบรรยาย ครั้งที่ 6 ปีการศึกษา  
2543. นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

<sup>199</sup> กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2538). สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท. หน้า 81 – 91.

คุณธรรมทางกฎหมายจะเป็นตัวแปรในการวินิจฉัย ซึ่งจะมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละฐานความผิด เหมือนกับคำอธิบายตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility acts theory) ในบทที่ 3

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัยฯ ได้ให้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดของไทยไว้อีกด้วยว่า<sup>200</sup> บทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดในหมวดที่ 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 23 และมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (STGB) ดังนี้จึงควรศึกษาถึงทฤษฎีกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังของการพยายามกระทำความผิดของเยอรมัน โดยย่อเพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิด

กล่าวโดยรวมแล้วแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในส่วนนี้เห็นว่า กฎหมายว่าด้วยเรื่องการพยายามกระทำความผิดของไทยมีพื้นฐานมาจากแนวคิดของกฎหมายอาญาเยอรมัน จึงควรให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความผิด และกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดไปในการทำงานเดียวกับประเทศเยอรมันนี้ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั่นเอง

แนวคิดเช่นนี้ได้แสดงออกมาให้เห็นในทางปฏิบัติ กรณีพนักงานอัยการใช้ดุลยพินิจสั่งฟ้องผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติเลือกตั้งบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 ตามคำพิพากษาคดีอาญาที่ 7562/2540 และบทวิจารณ์คำพิพากษาดังกล่าวของท่านศาสตราจารย์คณิต ณ นคร ในฐานะอัยการสูงสุดในขณะนั้นผู้สั่งฟ้องคดี ดังต่อไปนี้

#### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540<sup>201</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540 วินิจฉัยว่าตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35 บัญญัติว่า “เมื่อมีการประกาศพระราชกฤษฎีกาให้เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเขตเลือกตั้งใดจนถึงวันเลือกตั้ง ห้ามมิให้ผู้สมัครหรือผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่นหรือให้งดเว้นมิให้ลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครด้วยวิธีการดังนี้ (1) จัดทำ ให้ หรือสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด...” จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจะเห็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย ได้ว่า ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ว่าในเขตเลือกตั้งใด กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะห้ามมิให้ผู้สมัครหรือผู้ใดที่มีผู้สมัครกระทำการอย่างหนึ่ง

<sup>200</sup> แหล่งเดิม. หน้า 85.

<sup>201</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา 7562/2540. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

อย่างไร เพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่นด้วยวิธีการ จัดทำ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด ดังนั้น ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวด้วยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ย่อมเป็นการ กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35(1) สำเร็จ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ขณะที่จำเลยทั้งสองถูกจับและเจ้าพนักงานตำรวจยึดของกลาง ทั้งหมดได้ จำเลยทั้งสองได้จัดทำธนบัตรของกลางทั้ง 11,400,000 บาท ไว้ พร้อมทั้งจะนำไปแจกจ่าย หรือให้แก่ผู้เลือกตั้งตามบัญชีรายชื่อในเขตอำเภอลำปลายมาศและอำเภอเมืองบุรีรัมย์แล้ว ด้วยการ นำธนบัตรชนิดราคา 100 บาท กับชนิดราคา 20 บาท ที่มีตราয়รูปยันต์ประทับตรงบริเวณลายน้ำ พระบรมฉายาลักษณ์มาเย็บติดกันเป็นชุดชุดละ 120 บาท และมีครวมกันมัดละ 100 ชุด ใส่ ถุงพลาสติกบรรจุในกล่องกระดาษและถุงทะเลไว้พร้อมดังนั้น โดยลักษณะของการกระทำดังกล่าว ถือว่าจำเลยทั้งสองจัดทำธนบัตรของกลางซึ่งเป็นทรัพย์สินเพื่อจะจูงใจให้บรรดาผู้เลือกตั้งในเขต เลือกตั้งที่ 1 และเขตเลือกตั้งที่ 2 ลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครหมายเลข 4,5 และ 6 ในเขต เลือกตั้งที่ 1 และหมายเลข 10 ในเขตเลือกตั้งที่ 2 จังหวัดบุรีรัมย์แล้ว แม้จำเลยทั้งสองจะยังไม่ได้ แจกจ่ายธนบัตรนั้นแก่บรรดาผู้เลือกตั้งทั้งหลาย จำเลยทั้งสองก็กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติ การเลือกตั้งฯ มาตรา 35(1) สำเร็จแล้ว

แต่ปรากฏว่าโจทก์มิได้บรรยายฟ้องเอาผิดแก่การจัดทำธนบัตรของกลางของจำเลยทั้งสอง ซึ่งถือว่าเป็นความผิดสำเร็จมาด้วย โจทก์คงบรรยายฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองแต่เพียงว่า จำเลยทั้งสองมีเจตนาพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเขตเลือกตั้งที่ 1 และเขตเลือกตั้งที่ 2 จังหวัดบุรีรัมย์ เพื่อจะจูงใจให้บรรดาผู้เลือกตั้งทั้งสองเขตดังกล่าวลงคะแนน เลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครในเขตเลือกตั้งที่ 1 หมายเลข 4 ,5 และ 6 กับเขตเลือกตั้งที่ 2 หมายเลข 10 สถานเดียวเท่านั้น เมื่อโจทก์ประสงค์จะให้ลงโทษจำเลยทั้งสองเพียงพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้ เลือกตั้งสถานเดียว ก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นเพียงขั้นเตรียมการให้ ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งอันไม่เป็นความผิดต่อพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35(1) ดังที่จำเลยทั้งสองฎีกาหรือไม่ เห็นว่า เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์ขณะที่จำเลย ทั้งสองถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับพร้อมของกลาง คงเหลือเวลาอีกเพียง 3 วัน ก็จะถึงกำหนดวัน เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นับว่าเป็นระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับวันเลือกตั้งมากแล้ว ประกอบกับ ลักษณะธนบัตรของกลางที่จำเลยทั้งสองจัดทำขึ้นเป็นชุดพร้อมที่จะนำไปแจกจ่ายหรือให้แก่บรรดา ผู้เลือกตั้งดังกล่าวได้ตามบัญชีรายชื่อหัวคะแนนแต่ละหมู่บ้าน บัญชีรายชื่อแกนนำบัญชีรายชื่อ ผู้รับผิดชอบแต่ละตำบลในอำเภอลำปลายมาศ บัญชีรายชื่อผู้เลือกตั้ง (ส.ส.13) ของอำเภอเมือง บุรีรัมย์ ตารางแสดงจำนวนหมู่บ้าน ตลอดจนข้อมูลหน่วยเลือกตั้งตำบลต่าง ๆ ในอำเภอลำปลาย

มากที่สุดที่จำเลยทั้งสองรวบรวมไว้แล้ว แสดงว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาจะให้ทรัพย์สินว่าจำเลยเพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัคร และจำเลยทั้งสองก็ได้จัดหาทรัพย์สิน คือธนบัตรชนิดราคา 100 บาท และชนิดราคา 20 บาท รวมทั้งของกลางต่าง ๆ ดังกล่าว แล้วจำเลยทั้งสองได้ลงมือดำเนินการตามเจตนาข้างต้น โดยนำธนบัตรมาเย็บติดกันเป็นชุดมัดรวมกัน มัดละ 100 ชุด บรรจุในกล่องกระดาษและถุงทะเลเสร็จพร้อมที่จะนำไปให้แก่บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งได้ทันที การกระทำของจำเลยทั้งสองถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ล่วงไปถึงขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการนำธนบัตรของกลางไปแจกจ่ายหรือให้แก่บรรดาผู้เลือกตั้ง เพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครที่จำเลยทั้งสองให้การสนับสนุน เป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความสำเร็จที่จะเกิดขึ้นจึงต้องถือว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองพ้นขั้นเตรียมการเข้าสู่การลงมือกระทำความผิดแล้ว หากแต่ไม่สำเร็จเพราะเจ้าพนักงานตำรวจจับจำเลยทั้งสองได้เสียก่อน มิฉะนั้นแล้วจำเลยทั้งสองก็จะกระทำความผิดต่อไปได้สำเร็จ การที่จำเลยทั้งสองถูกจับเสียก่อนในขณะที่ลงมือกระทำความผิดแล้วเช่นนี้ ย่อมมีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งเพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครดังที่โจทก์ฟ้องแล้ว และธนบัตรของกลางกับของกลางอื่นถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้ริบได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 (1)

(หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา<sup>202</sup> ตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35 การจัดทำ ให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด เพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่นก็เป็นความผิด คดีนี้ศาลฎีกามองว่าจำเลยได้จัดทำทรัพย์สินคือนำธนบัตรมาเย็บติดกันเป็นชุด และมีมูลเหตุจงใจเพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่นจึงเป็นความผิดสำเร็จ ไม่เป็นการพยายามกระทำความผิดในส่วนนี้ ดังนั้น แม้ยังไม่มีการแจกจ่ายธนบัตรที่จัดทำไว้ ก็เป็นความผิดสำเร็จ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดสำเร็จแล้วแต่โจทก์ฟ้องของให้ลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด ศาลจึงพิพากษาลงโทษได้เพียงฐานพยายามกระทำความผิดเท่าที่ขอมา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192)

ความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกานี้แบ่งวิเคราะห์ออกได้สองประเด็น หนึ่งศาลเห็นว่าเป็นการ “จัดทำ” อันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่เมื่อการฟ้องของพนักงานอัยการฟ้องให้ลงโทษเพียงฐานพยายามกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 192

<sup>202</sup> ความเห็นของท่านอาจารย์ไพโรจน์ วายูภาพ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540. อ้างถึงในหนังสือรวมคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2540. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1997 – 1998.

ห้ามศาลพิพากษาเกินฟ้องจึงต้องลงโทษฐานพยายาม อีกประเด็นหนึ่งศาลวิเคราะห์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการ “ให้” ในองค์ประกอบของความผิดฐานนี้หรือไม่ ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการให้และเป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้นถือว่าพ้นชั้นเตรียมการเข้าสู่การลงมือกระทำความผิดแล้ว มีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งเพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครแล้ว

**บทวิจารณ์ของศาสตราจารย์คณิต ณ นคร ในฐานะในฐานะพนักงานอัยการผู้สั่งฟ้องคดี<sup>203</sup>**

คดีนี้ถึงความสงสัยว่าการฟ้องของพนักงานอัยการน่าจะมีความบกพร่องอยู่ที่ได้ตั้งฟ้องและฟ้องผู้ถูกกล่าวหาเพียงแค่พยายามกระทำความผิดทั้ง ๆ ที่การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นความผิดสำเร็จ ศาสตราจารย์ ดร.คณิตฯ จึงได้เขียนบทความชี้แจงและได้แสดงความเห็นการแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมในแนวทางทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายไว้โดยชัดเจนในบทความด้วย สรุปได้โดยย่อ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.คณิตฯ เห็นว่าฟ้องของอัยการในคดีนี้มีได้บกพร่อง โดยวิเคราะห์ว่า “...การที่กฎหมายบัญญัติความผิดนี้ไว้ก็เพื่อให้การเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยได้เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม ฉะนั้น สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานนี้คือความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้ง การกระทำใด ๆ อันเป็นการกระทำต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้งย่อมเป็นความผิด หากการกระทำนั้นบรรลุผลก็เป็นความผิดสำเร็จตามกฎหมาย หากได้ลงมือกระทำก็เป็นพยายามกระทำความผิดตามกฎหมาย ดังนั้นข้อพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการลงมือกระทำ จึงต้องพิจารณาจากสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือที่เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย (legal interest หรือ rechtsgut) ว่าได้ถูกระทบจากการกระทำนั้นหรือไม่ และข้อพิจารณาที่ว่า การลงมือกระทำการจะต้องใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จนั้นก็จำต้องอาศัยข้อพิจารณาว่าการกระทำได้กระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเช่นกัน หากว่าจะพิจารณาจากช่วงเวลาหรือวิธีการของการกระทำเท่านั้นไม่...” และเห็นว่า

1. การกระทำของผู้ต้องหาไม่เป็นการกระทำตามมาตรา 35 (2) (3) (4) (5) และไม่เป็น การกระทำที่เป็นการ “จัดทำ” ตามมาตรา 35 (1) ด้วยว่าพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มิได้บัญญัติความหมายของคำว่า “จัดทำ” ไว้จึงต้องพิจารณาความหมายที่เป็นสามัญธรรมดาซึ่งหมายความว่า ดำเนินการตกแต่ง ประกอบ ผลิต สร้าง หรือก่อ

<sup>203</sup> คณิต ณ นคร. (2546,1 มีนาคม). “บทความการดำเนินคดีของพนักงานอัยการและคำพิพากษาของศาลในคดีซื้อเสียงที่จังหวัดบุรีรัมย์.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,ปีที่ 33,เล่มที่ 1. หน้า 2.

สิ่งใด ๆ โดยเป็นการกระทำต่อสิ่งใด ๆ ที่มีอยู่ให้เป็นของใหม่ขึ้น เปลี่ยนรูปไป หรือเพิ่มค่าขึ้น การจัดทำทรัพย์สินตามความหมายนี้จึงเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินที่ไม่อาจหยิบยื่น ส่งมอบให้แก่กันได้ อย่างสิ้นเชิงของทั่วไป เพราะหากทรัพย์สินนั้นสามารถหยิบยื่น ส่งมอบให้แก่กันได้ อย่างสิ้นเชิงของทั่วไปแล้ว กรณีก็จะเข้าลักษณะ “ให้” ที่ได้บัญญัติแยกการกระทำไว้เป็นอีกกรณีหนึ่ง จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น การกระทำของผู้ต้องหาทั้งสองจึงมิใช่เป็นการจัดทำทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินให้แก่ผู้ใดตามความหมายในพระราชบัญญัตินี้

2. เห็นว่าวิธีการให้ตามพระราชบัญญัตินี้ บัญญัติไว้ถึง 3 ประการด้วยกัน คือ “ให้เสนอให้ และสัญญาว่าจะให้” แสดงว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดทั้ง 3 ประการนี้เป็นการกระทำที่กระทบต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้งอันเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแล้ว แม้เพียงแต่เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้โดยที่ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้นั้นผู้กระทำเองอาจจะยังไม่มีอยู่เลย หรือยังไม่ได้จัดหาเตรียมไว้ ทั้งผู้หนึ่งผู้ใดยังไม่ได้รับเลย ก็เป็นความผิดสำเร็จตามมาตรา 35 (1) นี้ได้ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้งแล้ว การกระทำของผู้ต้องหาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับวันลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง แม้ผู้ต้องหาทั้งสองจะยังไม่ให้เงินดังกล่าวแก่ผู้ใด การกระทำดังกล่าวก็เป็นการลงมือกระทำความผิดฐานให้ทรัพย์สินฯ แล้ว เพราะการกระทำทั้งปวงประกอบระยะเวลาดังกล่าวเป็นอันตราโดยตรงและใกล้ชิดกระทบต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้ง หากใช่เป็นการเตรียมการซึ่งไม่เป็นความผิดไม่ ผู้ต้องหาทั้งสองเพียงแต่แจกจ่ายเงินสดและแผ่นโฆษณาหาเสียงภาพผู้สมัครเลือกตั้งให้กับ ผู้หนึ่งผู้ใด โดยจะดำเนินการด้วยตนเองหรือโดยบุคคลอื่นก็เป็นความผิดสำเร็จทันทีจึงเห็นว่า ผู้ต้องหาทั้งสองมีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดฯ ตามมาตรา 35 (1) แล้ว การสั่งฟ้องของพนักงานอัยการถูกต้องแล้ว

ศาสตราจารย์ ดร.คณิตฯ ยังให้ข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจว่าในข้อพิจารณาที่ว่า การลงมือกระทำการจะต้องใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จนั้นก็จำต้องอาศัยข้อพิจารณาว่าการกระทำได้กระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเช่นกัน หากว่าจะพิจารณาจากช่วงเวลาหรือวิธีการของการกระทำเท่านั้นไม่

#### 4.2.3 แนวความเห็นอื่น ๆ

#### 4.2.3.1 แนวทางการอธิบายตามทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial Step acts Theory)<sup>204</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์ ได้นำแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code, (official Draft, 1962) sec. 501) ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาอธิบายซึ่งมีรายละเอียดและใจความสำคัญเหมือนกับทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) ในบทที่ 3 แต่ไม่ได้กล่าวให้การสนับสนุนหรือเห็นควรนำมาใช้แต่อย่างใด เห็นว่าเพียงนำมาเผยแพร่เพื่อประโยชน์ในการศึกษาเท่านั้น

#### 4.2.3.2 แนวทางการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิดโดยใช้ลักษณะของการกระทำเป็นเกณฑ์

การให้ความหมายการลงมือกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ตามแนวทางการอธิบายนี้ อันเป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำที่กฎหมายพยายามต้องการ และเป็น การกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมตามแนวทางนี้มุ่งมองถึงลักษณะของการกระทำของผู้กระทำความผิดเป็นเกณฑ์ มีผู้อธิบายไว้หลาย ๆ ท่านด้วยกัน ได้แก่

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย<sup>205</sup>, ศาสตราจารย์พระวรภักดิ์ พิบูลย์<sup>206</sup> และรองศาสตราจารย์ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ<sup>207</sup> นักนิติศาสตร์และนักวิชาการผู้มีชื่อเสียงของประเทศไทย ซึ่งเห็นว่าการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมในกฎหมายอาญาอธิบายโดยการแยกลักษณะของการกระทำออกกรรมเดียวและหลายกรรม คือ

1. ถ้าเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยกรรม ๆ เดียว เช่น การยิง การฟัน การแทง การกระทำใดในทางธรรมชาติที่เป็นอันเดียวกับการกระทำความผิด เช่น ในการยิงถ้าผู้กระทำความผิด

<sup>204</sup> เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์. (2539, มีนาคม). “แนวความคิดเรื่อง การลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญอเมริกัน หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ.” *บทบัญญัติ นิตยสารของเนติบัณฑิตยสภา*, เล่ม 52, ตอน 1. หน้า 21 – 27.

<sup>205</sup> หยุด แสงอุทัย. (2537). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 86 – 87.

<sup>206</sup> วรภักดิ์พิบูลย์, พระ. (2514) *คำอธิบายกฎหมายอาญา 1*. หน้า 229.

<sup>207</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2544). *หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 55. และ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2529). “วิชา น.316 สัมมนากฎหมายอาญา.” *เอกสารเผยแพร่ของคณะกรรมการบริการทางวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. หน้า 81 – 84.



จึงจะยิ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำซึ่งในทางธรรมชาติเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำความผิด เพราะการยิงจะต้องประกอบไปด้วยการขึ้นนกปืนและจึงจะยิง จึงถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด หรือเช่นในการฟันถ้าผู้กระทำเจือดาบขึ้นจะฟันก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำซึ่งในทางธรรมชาติซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำความผิด เพราะในการฟันจะต้องเจือเสี้ยก่อน จึงถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด เช่นเดียวกันในการแทงการหยิบมีดพุ่งเข้าไปที่ตัวผู้ถูกทำร้ายเป็นการกระทำซึ่งในทางธรรมชาติเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับการแทง จึงถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด

2. ถ้าเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยหลายกรรม ผู้กระทำได้กระทำความผิดกรรมหนึ่งลงไป หรือกระทำความผิดอันเป็นการกระทำในทางธรรมชาติกับกรรมใดกรรมหนึ่งดังกล่าว ก็ถือได้ว่าได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์ตามมาตรา 339 ต้องประกอบด้วย (1) ลักทรัพย์ และ (2) ใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เจิญว่าในทันใดนั้นจะใช้กำลังประทุษร้าย ฉะนั้นถ้าปรากฏว่าผู้กระทำการ ขู่เจิญว่าในทันใดนั้นจะใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว แม้จะไม่ทันได้ลักทรัพย์ก็ถือว่าได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่นเดียวกันกับความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถานประกอบด้วย (1) ลักทรัพย์ (2) โดยเข้าไปในเคหสถาน ฉะนั้นถ้าปรากฏว่าผู้กระทำเข้าไปในเคหสถานแม้จะยังไม่ได้ลักทรัพย์ ก็ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว

ข้อสังเกต แนวทางการอธิบายตามแนวคิดนี้ เทียบกับแนวทางการอธิบายตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่ให้ความหมายของการลงมือว่าต้องเป็นการกระทำที่ถึงขนาดเป็นการกระทำในส่วนหนึ่งส่วนใดขององค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ นั้นเอง

**4.2.3.3 แนวความเห็นที่ว่าไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวสำหรับการวินิจฉัยในเรื่องนี้** เป็นความเห็นของพระยาอรรถการีย์นิพนธ์<sup>208</sup>

โดยเห็นว่าเป็นปัญหาอันยุ่งยากในการหาจุดที่จะแยกการเตรียมและการลงมือพยายามกระทำความผิดออกจากกัน ไม่เป็นการง่ายนักที่จะวินิจฉัยว่าในกรณีอย่างไรที่จะถือว่าเป็นการพ้นจากการเตรียมและเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว การจะวางหลักลงไปให้ตายตัวว่าเมื่อไรจึงจะถือได้ว่าเป็นการลงมือพยายามกระทำนับว่าเป็นพันวิสัย เพราะกรณีเกิดขึ้นย่อมจะแตกต่างกันไม่เหมือนกัน<sup>209</sup> แต่อาจให้หลักพอจะจับเป็นแนวทางในการปรับใช้ตามควรแก่

<sup>208</sup> อรรถการีย์นิพนธ์, พระยา. “ความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา.” *บทบัญญัติ, เล่มที่ 26, ตอน 1-2*. หน้า 103-106.

<sup>209</sup> เป็นแนวคิดตามแบบอย่างผู้พิพากษาของอังกฤษตาม Common Law เดิม ที่ไม่เห็นด้วยในการหากรอบที่เป็นบัญญัติที่ใช่ได้เป็นการทั่วไปมาปรับใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้

กรณี ซึ่งเหมือนกับแนวทางการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิดโดยใช้ลักษณะของการกระทำเป็นเกณฑ์ ตามหัวข้อ 4.2.3.2 นั้นเอง

#### 4.3 เกณฑ์การวินิจฉัยของศาลฎีกา

ทางปฏิบัติศาลจะเป็นผู้ตีความและปรับใช้กฎหมายโดยแสดงออกมาให้เห็นทางคำพิพากษาต่าง ๆ เกี่ยวกับเรื่องนี้มีคำอธิบายโดยชัดเจนว่าได้ใช้แนวคิด หรือรับเอาหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีใดมาเป็นเหตุผลในการตัดสิน

แต่จากการใช้ถ้อยคำที่เป็นเหตุผลของการตัดสินตามแนวคำพิพากษาฎีกาตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน ดังต่อไปนี้ ที่กล่าวว่า การกระทำที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดต้องเป็น “เป็นการใกล้เคียงเหตุและอาจจะเกิดผลตามความมุ่งหมายขึ้นได้โดยทันที” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 161/2460<sup>210</sup>, “ความพยายามถึงใกล้ต่อผลที่จะได้ตามความมุ่งหมายของจำเลยแล้ว” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 50/2464<sup>211</sup>, “ต้องสืบให้เห็นด้วยว่าจำเลยได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งลงเป็นลำดับจนใกล้ชิดกับเหตุแห่งการกระทำผิดแล้ว” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 331/2465<sup>212</sup>, “ยังไม่ใกล้ชิดกับเหตุพอ” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 464/2467<sup>213</sup>, “ยังห่างกับเหตุ” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 323/2470<sup>214</sup>, “ยังไกลกับเหตุ” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 495/2470<sup>215</sup>, “เหตุอันใกล้ชิดอันก่อให้เกิดเป็นไฟขึ้นนั้นยังไม่มี” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 557/2474<sup>216</sup>, “การกระทำของจำเลยเข้าขั้นสำคัญที่ติดต่อกับใกล้ชิดต่อการกระทำผิดโดยบริบูรณ์” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 204/2475<sup>217</sup>, “ยังไม่ถึงขีดที่สามารถจะทำการร้ายได้” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 724/2475<sup>218</sup>, “เป็นการกระทำที่ใกล้ต่อผลสำเร็จแล้วหากแต่ถูกจับเสียก่อน” ตามคำ

<sup>210</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 161/2460. อ้างถึงใน พันตำรวจตรีหลวง โชติชนาภิบาลกับพวก. (2477). รวมฎีกากฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 พ.ศ.2460-พ.ศ.2476. หน้า 120.

<sup>211</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 50/2464. หน้า 222.

<sup>212</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 331/2465. หน้า 223.

<sup>213</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 464/2467. หน้า 224.

<sup>214</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 323/2470. หน้า 227.

<sup>215</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 495/2470. หน้า 228.

<sup>216</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 557/2474. หน้า 233.

<sup>217</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 204/2475. หน้า 235.

<sup>218</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2475. หน้าเดิม.

พิพากษาฎีกาที่ 756-757/2478<sup>219</sup> , “ถือว่าเป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความสำเร็จยังไม่ได้” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2482<sup>220</sup> , “เป็นเหตุใกล้ชิดต่ออันตราย” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 446/2486<sup>221</sup> , “ยังไม่พอจะฟังได้ว่าเป็นการเอาไปอันเป็นองค์ความผิดฐานลักทรัพย์และยังไม่เข้าขั้นใกล้ชิดถึงจิตพยายามลักทรัพย์นั้นด้วย” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 188/2489<sup>222</sup> , “ได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้ว “ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491<sup>223</sup> , “การกระทำของจำเลยหุดหืดที่จะยิงผู้เสียหายให้ตายได้ทีเดียว “ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1485/2493<sup>224</sup> , “เมื่อใดการกระทำจะพ้นขั้นเตรียมเข้าสู่ขั้นพยายามกระทำความผิดแล้วหรือไม่ย่อมจะต้องพิเคราะห์ดูว่า ขณะถูกจับนั้นการกระทำอยู่ในลักษณะที่ใกล้ชิดความผิดจนจะสำเร็จลงแล้วหรือยัง” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2006/2497<sup>225</sup> , “ถือว่ารูปคดียังห่างไกลกับความผิดสำเร็จ” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1750/2499<sup>226</sup> , “ใกล้ชิดต่อผลแห่งการทำให้ร้ายถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 276/2515<sup>227</sup> , “หากถือว่ามีเจตนากระทำผิดก็ห่างไกลต่อความผิดสำเร็จไม่ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2363/2517<sup>228</sup> , “ยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายได้” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529<sup>229</sup> และ 4599/2530<sup>230</sup> และคำกล่าวที่ว่า “การกระทำของจำเลยเป็นขั้นตอนสุดท้ายและใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้นพ้นขั้นเตรียมการแล้ว” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533<sup>231</sup> เป็นต้น

<sup>219</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 756 - 757/2478. อ้างถึงใน พ้นคำรวจโทหลวงโซติชนาภิบาล. (2480). รวมฎีกากฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2477-2480 เรียงมาตรา. หน้า 42.

<sup>220</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2482. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>221</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 446/2486. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>222</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 188/2489. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>223</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491. อ้างถึงใน หนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2491 ตอน 2. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1386 – 1390. และ สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>224</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1485/2493. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>225</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2006/2497. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>226</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1750/2499. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>227</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 276/2515. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>228</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2363/2517. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>229</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>230</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4599/2530. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>231</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

ซึ่งใช้ระดับของการ “ใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” กับความสำเร็จมาอธิบาย และใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกชั้นการเตรียมกระทำความคิดกับการลงมือพยายามกระทำความคิด ซึ่งสามารถเทียบได้กับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory)<sup>232, 233</sup> แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลได้รับเอาแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางของประเทศอังกฤษหรือฝรั่งเศสมาอธิบาย ทั้งยังมีแนวคำพิพากษาส่วนน้อยในระยะหลังมีแนวโน้มแตกต่างออกไปโดยการตีความจะเคร่งครัดน้อยกว่าเดิม ในลักษณะพยายามจะขยายขอบเขตการพยายามกระทำความคิดให้เข้าคุ้มครองสังคมมากขึ้น โดยเฉพาะในความคิดที่มีความรุนแรง หรือที่เป็นนโยบายของรัฐ เช่น ความคิดที่เกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ ความคิดที่เกี่ยวกับการค้าหญิงและเด็ก และความคิดเกี่ยวกับการเลือกตั้ง เป็นต้น ซึ่งหากวิเคราะห์เทียบกับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ในบทที่ 3 แล้ว อาจไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์การใกล้ชิดหรือห่างไกลกับผลสำเร็จตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินแต่อย่างใด

ทางปฏิบัติตามแนวคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับเรื่องนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่มดังต่อไปนี้

**4.3.1 แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 ใช้หลักเกณฑ์การ “ใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” ต่อผลสำเร็จของความคิดเป็นเกณฑ์** โดยให้ความหมายการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอันจะเป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบความคิดในฐาน นั้น ๆ หรือเป็นลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบความคิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุจรรจ์

แนวคำพิพากษากลุ่มนี้เป็นแนวคำพิพากษาส่วนใหญ่ซึ่งใช้เกณฑ์ “การใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” กับความสำเร็จมาเป็นเกณฑ์ในการให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความคิด และเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิด โดยถือว่าการใกล้ชิดต่อผลอันจะเป็นการลงมือพยายามกระทำความคิดได้นั้นต้อง

<sup>232</sup> รอง จช.ดร.เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่าเป็นการรับอิทธิพลมาจากแนวคิดทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตามแนวทางของประเทศอังกฤษ ด้วยคำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491 ซึ่งถือกันว่าเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานในเรื่องนี้เป็นคำพิพากษาที่วินิจฉัยโดยท่านศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศร ซึ่งจบมาจากเนติบัณฑิตประเทศอังกฤษ อ้างถึงใน เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์. (2547). “รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 57 พ.ศ.2547.” คำบรรยายสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาครั้งที่ 14, เล่ม 16. หน้า 263.

<sup>233</sup> ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิย์ เห็นว่าเปรียบเทียบได้กับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศสหรือตามทฤษฎีความเป็นภยันตรายของการกระทำนั้นของประเทศเยอรมันนี นั่นเอง อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 298 – 299.

เป็นการกระทำที่ถึงขั้นใกล้ชิดกับลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ หรือเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในความผิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุฉกรรจ์ ซึ่งการกระทำใดจะถึงขั้นใกล้ชิดกับลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ หรือเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในความผิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุฉกรรจ์ การวินิจฉัยจะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลไปตามควรแก่กรณี (case by case) ตัวอย่างเช่น

#### 4.3.1.1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม

ตัวอย่างเช่น ผู้คุมปล่อยให้นักโทษปิ่นรู๊วเพื่อหนีแต่มีคนเห็นและร้องห้ามเสียก่อนจึงหลบหนีไม่ได้ และลงจากรู๊วกลับไปเป็นความผิดฐานพยายามปล่อยนักโทษหลบหนี มาตรา 168,60 (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 191) คำพิพากษาฎีกาที่ 444/2470<sup>234</sup>

#### 4.3.1.2 ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้ภัยอันตรายต่อประชาชน

ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ เดิมถือความผิดสำเร็จคือทรัพย์ต้องติดไฟลุกไหม้ด้วย แต่การพยายามกระทำความผิดยังมีปัญหาในการพิจารณาว่าขั้นใดจึงจะใกล้ชิดถึงขั้นใกล้เกิดผลสำเร็จขึ้นได้ ภายหลังมีการบัญญัติให้การเตรียมวางเพลิงระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามตามมาตรา 219 ปัญหาการวินิจฉัยในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามวางเพลิงกับการเตรียมวางเพลิงจึงหมดไป<sup>235</sup>

#### 4.3.1.3 ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง

การพยายามกระทำความผิดฐานปลอมเงินตราตามมาตรา 240 ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 267/2483<sup>236</sup> การที่เจ้าพนักงานจับโลหะสีขาวรูปกลมขนาดสตางค์ 10 รวม 1,400 อัน พร้อมด้วยเครื่องมืออย่างอื่น ๆ อีก แต่โลหะดังกล่าวยังไม่มีการเป็นสตางค์ เป็นการพยายามปลอมสตางค์อันแท้จริงของรัฐบาลแล้ว กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 203-208,60 (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 240), คำพิพากษาฎีกาที่ 211/2459 ทำเงินเหรียญและสตางค์ปลอมสำเร็จเป็นรูปแล้วแม้มิได้จำหน่ายเป็นความผิดสำเร็จ แต่กรณี การเอาเงินเข้ามาหลอมเพื่อทำเงินตราปลอมทำอยู่ 2 วัน เงินนั้นก็ยังเป็นเงินที่อยู่จึงยังไม่ได้ใส่แม่พิมพ์ทำเงินตราปลอม การกระทำเท่านั้นเป็นแต่ทำเงินแท่งเพื่อให้เป็นเงินดีก่อนแล้วจึงจะเอาเงินดีที่คาดว่าจะทำได้ทำเงินตราปลอมอีกขั้นหนึ่ง ไม่ใช่เอาเงินแก้ทำเป็นเงินตราปลอมทีเดียว ยังไม่เป็นความผิดฐานพยายามปลอมเงินตรา (แต่อาจผิดตาม มาตรา 246 การ

<sup>234</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 444/2470. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>235</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 66-67/2471 ,557/2474 ,204/2475 ,446/2486 ,717/2492 ,2829/2532. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>236</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 267/2483. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ทำเครื่องมือหรือวัตถุสำหรับปลอมเงินตรา หรือมีเครื่องมือหรือวัตถุเช่นว่านั้นเพื่อใช้ในการปลอมหรือแปลง

ในอังกฤษ คดี Roberts ค.ศ.1855<sup>237</sup> การเอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มีการทำเหรียญปลอม มีความผิดฐานพยายามปลอมแปลงเหรียญกษาปณ์เป็นการกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิดเข้าใกล้โดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรมแล้ว ด้วยการที่การปลอมเหรียญกษาปณ์เป็นความประสงค์อย่างเดียวกันที่เขาคิดหาแม่พิมพ์โลหะมา

พยายามปลอมเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 273 จำเลยรับจ้างพิมพ์เครื่องหมายการค้าขายด้วยหลอดตราสมอของบริษัทเล็ก ซึ่งบริษัทเองโกสสยามเป็นเอเย่นแต่ผู้เดียวในประเทศไทย และได้จดทะเบียนการค้าแล้วในประเทศไทยให้แก่บุคคลผู้จำเลยรู้อยู่แล้วว่าไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายและจำเลยรู้อยู่แล้วแต่แรกว่าเป็นบริษัทเองโกสสยามเป็นเจ้าของเครื่องหมาย จำเลยได้ทำแทนพิมพ์อันเป็นเครื่องมือสำหรับปลอมตราเครื่องหมายไว้พร้อมบริบูรณ์ ทั้งมีกระดาษรูปด้วยแต่ยังไม่ทันพิมพ์เครื่องหมายก็ถูกจับ เป็นการพยายามปลอมเครื่องหมายการค้าเพราะเป็นการกระทำที่ใกล้ต่อผลสำเร็จแล้วแต่ถูกจับเสียก่อน คำพิพากษาฎีกาที่ 756-757/2478<sup>238</sup>

#### 4.3.1.4 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

แนวการตัดสินของศาลในความผิดสำเร็จฐานข่มขืนกระทำชำเรา อยู่ที่ว่าของลับของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสของหญิงแล้วหรือยัง ถ้าของลับของชายเข้าไปในช่องลับของหญิงถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแม้ไม่ปรากฏมือสุจิออกมาหรือมือสุจิออกมาสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ก็ตาม<sup>239</sup> ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509<sup>240</sup> “การที่จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยเข้าไปในช่องลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลี ถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ” ซึ่งคำพิพากษาอื่นก็วินิจฉัยต่อมาในทำนองเดียวกัน

<sup>237</sup> Roberts (1855) Dears 539. as cited in Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 38.

<sup>238</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 756-757/2478. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>239</sup> เป็นการให้เหตุผลตามคำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491 ที่กล่าวว่า “...การกระทำของจำเลยจะเป็นการสำเร็จหรือพยายามกระทำชำเรา ความสำคัญในข้อนี้อยู่ที่ว่าขอบลับของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสของหญิงแล้วหรือยัง...”. อ้างถึงใน คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491. หนังสือรวมคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2491. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1053.

<sup>240</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1133/2509. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ส่วนการพยายามกระทำความผิดศาลจะตีความเคร่งครัดต้องถึงขั้นที่ชายเอาของลับ (อวัยวะเพศชาย) จรดอยู่ปากช่องคลอดพยายามสอดใส่หรือพร้อมที่จะสอดใส่สำเร็จได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 188/2484<sup>241</sup> ชายอุคปากหญิงขึ้นक्रमแก้ผ้าของตัวเองและของหญิงจะเอาของลับใส่ของหญิงหากหญิงผลักใส่ไม่ยอมจนมีคนมาพบจึงหนีไปถือได้ว่าพยายามข่มขืนกระทำชำเรา , 874/2491<sup>242</sup> ขอบลับผู้ชายถูกลอยแต่ที่ปากช่องคลอดด้านนอกยังไม่ทันเข้าไปภายใน , 1706/2498<sup>243</sup> พยายามชำเราเด็กหญิงอายุ 4 ปี แต่ไม่สำเร็จของลับล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดไม่ได้ เป็นพยายาม , 1218/2530<sup>244</sup> ชวนผู้เสียหายอายุ 4 ปีเศษ ไปดูการ์ตูนที่บ้านจำเลยแล้วพาไปนอนบนกระดาน ถอดผู้เสียหายและจำเลยออกแล้วใช้อวัยวะเพศดันไปตรงอวัยวะเพศของผู้เสียหายเพียงครั้งเดียว บริเวณอวัยวะเพศไม่มีบาดแผลไม่ได้ทำต่อทั้ง ๆ มีโอกาส แม้ผู้เสียหายไม่มีช่องคลอด ผิดปกติแต่กำเนิดก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยหยุดกระทำต่อเพราะได้เห็น เป็นพยายามกระทำความผิดที่เป็นการยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด เป็นต้น คำพิพากษาอื่นนอกจากนี้ที่วินิจฉัยไปทำนองเดียวกัน<sup>245</sup> ยกเว้นคำพิพากษาส่วนน้อยดังต่อไปนี้ที่วินิจฉัยแตกต่างออกไป อาจยังไม่ต้องถึงขั้นเอาของลับชายจรดเตรียมสอดใส่ของลับของหญิงก็เป็นพยายามได้ ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 1330/2499<sup>246</sup> การที่ชายเตะขาหญิงล้มแล้วตบตะขิงผมขึ้นक्रमนอนทับแล้วปลดกระดุมกางเกงและเลิกผ้าถุงหญิงขึ้นไปถึงโคนขา หญิงเอามือกดผ้าถุงปิดของลับและยื่นอกชายไว้ร้องไห้คนช่วย ชายอุคปากบีบคอจับนมและจูบแก้มหญิงจนมีคนวิ่งมาร้องถามจึงผละหนีไป ย่อมเห็นได้ว่ามีเจตนาจะข่มขืน เป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว เป็นต้น

แต่ถ้ายังไม่ถึงขั้นดังที่กล่าวมาถือว่าเป็นกรณีที่ไม่วินิจฉัยที่จะกระทำชำเรา จะมีความผิดเพียงอนาจาร หรือบางกรณีจะตีความว่ากรณีดังกล่าวจำเลยไม่ได้เจตนาจะกระทำชำเราแต่มีเจตนาเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1685/2516<sup>247</sup> การที่จำเลยเข้ามากอดผู้เสียหายพูดขอกระทำชำเราเอามือปิดปากและกดผู้เสียหายบนพื้นเรือน เอาหัวเข้ากอดต้นขาไว้ก้มลงกัณฑ์แก้มแล้วถลกผ้าชั้นขึ้นจากด้านล่าง ผู้เสียหายดิ้นอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งหนีไป วินิจฉัย

<sup>241</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 188/2484. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>242</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>243</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1706/2498. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>244</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1218/2530. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>245</sup> ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 777/2469, 588/2485, 2009/2494, 85/2504, 677/2518, 698/2519, 348/2521, 2804/2528, 210/2529, 4094/2529, 4180/2532 และ 5881/2533. หาได้จากแหล่งเดิม

<sup>246</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1330/2499. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>247</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1685/2516. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ว่าไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายได้คงเป็นความผิดฐานอนาจารเท่านั้น หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529<sup>248</sup> การที่จำเลยได้ร่วมกันถอดปล้ำและบีบคอโจทก์ร่วมจนหายใจไม่ออกและหมดสติไป หลังจากนั้นได้ถอดเสื้อและกางเกงของตนออกกองเหลือแต่กางเกงใน พร้อมกับเลิกเสื้อชั้นนอกของโจทก์ร่วมขึ้นและดึงเสื้อชั้นในลงมองเห็นนมข้างซ้ายกับรูคางเกงของโจทก์ร่วมไปสุดง่ามขามองเห็นกางเกงในทั้งตัว และขณะที่จำเลยที่ 1 กำลังจับนมโจทก์ร่วมโดยนั่งคร่อมโจทก์ร่วมตรงบริเวณท้องน้อยก็พอดีมีคนมาจึงหลบหนีไป ดังนี้ ลักษณะการกระทำของจำเลยทั้งสองยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราโจทก์ร่วมได้ ยังไม่มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แม้จำเลยทั้งสองให้การรับสารภาพถึงโทษไม่ได้ คงมีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเท่านั้น เป็นต้น คำพิพากษาอื่นนอกจากนี้ที่วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน<sup>249</sup>

#### 4.3.1.5 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย

ก. ความผิดฐานการพยายามฆ่าโดยใช้ปืนยิง แนวทางการปฏิบัติของศาลในความผิดฐานนี้คือ “การเล็งปืน” เป็นจุดแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมโดยถือลักษณะของการกระทำ คือ การเล็งปืนเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดหรือเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของความผิดฐานนี้อันเป็นจุดใกล้ชิดในการเกิดความผิดสำเร็จ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 635/2486<sup>250</sup> ใช้อาวุธปืนจ้องยิงตำรวจหากแต่ปืนมีปลอกกระสุนคาถ้ำลืออยู่ แม้จะปรากฏว่าปืนจะยิงได้เมื่อเอาปลอกกระสุนออกแล้วก็นับว่าเป็นเหตุพินวิสัยมาขัดขวางมิให้ความผิดสำเร็จเป็นพยายามฆ่า, คำพิพากษาฎีกาที่ 147/2504<sup>251</sup> จำเลยยกปืนที่พร้อมจะยิงได้จ้องไปทางเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งกำลังถอดปล้ำจับกุมพวกจำเลยโดยเจตนาจะยิง แม้ยังมี탄ขึ้นนกปืน เป็นพยายามฆ่า เป็นต้น คำพิพากษาอื่นที่วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน<sup>252</sup> มีบางคำพิพากษาส่วนน้อยที่ตัดสินแตกต่างออกไป ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 161/2460 จำเลยถือปืนบรรจุกระสุนเข้าไปในบ้านผู้เสียหายมือหนึ่งถือด้ามปืนมือหนึ่งถือกระบอกปืนจ้องไปทางเรือนเพื่อยิงผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายรู้ตัวลงจากเรือนมาแอบเสายอยู่ จำเลยเข้ามาหาผู้เสียหาย 2 ศอก ก็ถูกจับ ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการแน่นอน โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหายจริง และการจ้องปืนไปยังเรือนผู้เสียหายซึ่งรู้อยู่แล้วว่าผู้เสียหายอยู่ที่นั่นและเวลานั้นผู้เสียหายอยู่ห่างจำเลยเพียง 2 ศอก เท่านั้น

<sup>248</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>249</sup> ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 2878/2522, 4599/2530. หาได้จากแหล่งเดิม.

<sup>250</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 635/2486. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>251</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 147/2504. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>252</sup> ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 1485/2493, 956/2498, 556/2502, 1766/2509, 7562/2540. หาได้จากแหล่ง



โดยตั้งใจว่าเห็นผู้เสียหายแล้วจะใช้อาวุธปืนยิงในชั้นต้นเป็นการใกล้ชิดกับเหตุและอาจเกิดผลตามความมุ่งหมายขึ้นได้โดยทันที มาตรฐานพยายามฆ่าผู้เสียหายโดยความพยายามตามความหมายแล้วเปรียบเทียบกับคำพิพากษาฎีกาที่ 464/2467<sup>253</sup> จำเลยมีอาวุธปืน 1 กระบอก สมคบกับพวกอีกคนหนึ่งไปยิงนายเกลี้ยง พอมาถึงบ้านนายเกลี้ยงจำเลยกับพวกที่ขวนขวายหาช่องทางจะยิงนายเกลี้ยง เพราะขณะนั้นนายเกลี้ยงกำลังกินข้าวอยู่ในครัว ครัวมีฝาที่ปิดด้วยไม้จะยิงได้เมื่อปากกระบอกปืนลอคตามช่อง เวลานั้นจำเลยมองไม่เห็นตัวนายเกลี้ยงจึงไม่ได้ประทับปืนยิง และไม่ได้ความว่าเป็นนั้นบรรจกระสุนแล้ว บังเอิญมีคนมาพบก็เลยหนีไป กิริยาเพียงเท่านี้ยังไม่ใกล้ชิดกับเหตุพอที่จะว่าเป็นกิริยาพยายามฆ่าคนตามกฎหมายแล้ว เป็นต้น

กรณีไม่ถึงขั้นเล็งปืนยังไม่ถือเป็นการลงมือพยายามฆ่า แม้บางกรณีเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องหากปล่อยให้กระทำต่อไปหรือไม่มีการขัดขวางจะเป็นการฆ่าผู้อื่นอย่างแน่นอนก็ไม่เป็นพยายามถ้ายังไม่ถึงขั้นพร้อมที่จะยิง คือ การเล็งปืน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1647/2512<sup>254</sup> จำเลยไม่พอใจผู้เสียหายและพูดว่าเดี๋ยวยิง ผู้เสียหายทำให้ยิงจึงควักปืนออกมาปากกระบอกฟุ้งขึ้นจากเอวยังไม่ทันหันหันมาทางผู้เสียหายก็ถูกผู้เสียหายแย่งไป การที่จำเลยชักปืนออกมาเป็นเพียงเตรียมการยังไม่ถึงขั้นลงมือ ไม่เป็นการพยายามกระทำความผิด , คำพิพากษาฎีกาที่ 1120/2517<sup>255</sup> ตำรวจเข้าจับกุมจำเลย จำเลยชักปืนออกจากเอวแล้วกระชากลูกเลื่อนเพื่อให้กระสุนเข้าลำกล้องก็ถูกเข้าแย่งปืนได้ ยังไม่ถือว่าได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว เพราะกระสุนยังไม่เข้าลำกล้องมิได้จึงปืนเล็งไปทางตำรวจนี้ยังมีได้ตะอยู่ที่โกปีน แสดงว่ายังไม่อยู่ในสภาพพร้อมที่จะยิงยังไม่ผิดฐานพยายามฆ่า คำพิพากษาอื่นที่วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน และบางกรณีศาลจะตีความถึงเจตนาของผู้กระทำผิดว่าเป็นเพียงการขู่ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 6010/2530<sup>256</sup> ยกอาวุธปืนแก้ปยาวซึ่งปกติเป็นอาวุธร้ายแรงจ้องเล็งไปยังผู้เสียหายที่อยู่ห่างเพียง 7 – 8 เมตร หากมีเจตนายิงผู้เสียหายแล้วคงจะใช้ปืนยิงได้โดยง่ายเพราะผู้เสียหายวิ่งหลบหนีอยู่บริเวณนั้น ไม่ปรากฏว่าได้จางนหรือนิ้วอยู่ในโกร่งโกปีนพร้อมจะยิงได้ พร้อมผู้เสียหายไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกับจำเลยมาก่อน พฤติการณ์แสดงว่าชักปืนออกมาเพื่อขู่ผู้เสียหาย<sup>257</sup>

<sup>253</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 464/2467. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>254</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1647/2512. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>255</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1120/2517. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>256</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 6010/2530. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>257</sup> ดูเพิ่มเติมคำพิพากษาฎีกาที่ 1127/2499, 1283/2514 และ 132/2515 ซึ่งวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน. หาได้จากแหล่งเดิม.

ในต่างประเทศ คดี Stokes v. State (1908) Perkins Crim. Law p.559 ตัดสินว่า การถือปืนไปช่มคอยอยู่เพื่อยิงผู้ที่ตนประสงค์จะฆ่า โดยรู้ว่าคนที่ตนต้องการฆ่านั้นผ่านมาเมื่อใดและเข้าช่มอยู่ในที่ที่เหมาะสมที่จะยิงได้โดยผู้้นกำลังใกล้เข้ามาแม้จะยังไม่อยู่ในระยะยิงก็ถือว่าผู้้นลงมือกระทำการพยายามฆ่าคนแล้ว ตัดสินว่าเป็นการพยายามฆ่า<sup>258</sup>

**ข. ความผิดฐานพยายามฆ่าหรือทำร้ายในลักษณะไล่ติดตาม** แนวการวินิจฉัยของศาลกรณีนี้ กรณีใช้อาวุธมีดทำร้ายต้องมีพฤติกรรมชักมีดออกมาถึงขั้นไล่ฟัน หรือเงื้อจะแทงในระยะกระชั้นชิดที่จะสามารถทำร้ายผู้เสียหายได้แล้ว แต่ระยะใดเป็นระยะไล่ชิดยังไม่มีความแน่นอนขึ้นอยู่กับดุลยพินิจไปตามกรณี ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2475<sup>259</sup> ชักมีดช่วยไล่เงื้อแทงผู้เสียหาย ๆ วิ่งหนีไป 2 วาเศษมีผู้เข้ามาห้ามขณะนั้นจำเลยอยู่ห่าง 3 สอก ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยยังไม่ถึงขีดที่สามารถทำร้ายผู้เสียหายได้ เพราะอยู่ห่างกัน 3 สอก และมีผู้ห้ามก็หยุด , คำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2482<sup>260</sup> ถือมีดเข้าไปทำร้ายเขา เข้าไปได้ระยะใกล้สุด 2 วา ถือว่าเป็นการกระทำไล่ชิดต่อความสำเร็จยังไม่ได้<sup>261</sup> , คำพิพากษาฎีกาที่ 276/2515<sup>262</sup> ถือมีพร้ายาวประมาณ 2 สอก ในท่าเงื้อจะฟันวิ่งไล่ตามหลังผู้เสียหาย 10 วา และห่างกัน 2 วา เป็นพยายามทำร้าย เป็นต้น

**ค. ความผิดฐานพยายามฆ่าหรือทำร้าย กรณีอื่น** ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 596/2486<sup>263</sup> ชักมีดออกมาทั้งฝักยังไม่เข้าขั้นพยายาม<sup>264</sup> , กรณีขับฝ่าด่านตรวจหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจโบกให้หยุดแล้วขับรถเข้าพุ่งชนเพื่อหลบหนีถือเป็นการพยายามฆ่า ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2526<sup>265</sup> ขับรถยนต์บรรทุกทุกสูงเกินกำหนดพอถึงจุดตรวจมีแผงกั้นเครื่องหมายหยุดเจ้าหน้าที่ตำรวจเป่านกหวีดให้หยุด จำเลยไม่หยุดกลับเร่งเครื่องยนต์หลักเครื่องหมายจราจรพุ่งเข้า

<sup>258</sup> คดี Stokes v. State (1908) Perkins Crim. Law p.559. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536).

คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 303.

<sup>259</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2475. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>260</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2482. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>261</sup> ความจริงไม่น่าจะเป็นไกลต่อผล เพราะถือว่าเข้าขั้นเริ่มต้นแห่งการลงมือเพื่อทำร้ายร่างกายแล้ว.

อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 309.

<sup>262</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 276/2515. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>263</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 596/2486. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>264</sup> กรณีนี้ก็ควรจะไล่ชิดต่อผลเข้าขั้นพยายามแล้ว. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 309.

<sup>265</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2526. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

ใส่เจ้าพนักงานตำรวจที่ยืนอยู่ข้าง ๆ แต่เจ้าพนักงานตำรวจโคดหลบเสียทัน เป็นการเล็งเห็นผลว่า อาจมีผู้ถึงแก่ความตายได้เป็นพยายามฆ่า เป็นต้น

#### 4.3.1.6 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

การพยายามทำให้หญิงแท้งลูกในประเทศไทยมีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ มาตรา 304<sup>266</sup>

#### 4.3.1.7 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

##### ก. การพยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์

ความผิดสำเร็จฐานลักทรัพย์ คือ การเข้าครอบครองเอาทรัพย์แล้วพาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่ไป ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2510<sup>267</sup> ร่วมกันลักรถยนต์จี้ปคนหนึ่งทำหน้าที่ขับรถกำลังต่อสายไฟให้รถยนต์ติด อีกสองคนช่วยกันเข็นรถเพื่อให้รถยนต์ติด รถเคลื่อนที่ไป 3 เมตร แต่รถยนต์ไม่ติดเป็นความผิดสำเร็จ เป็นต้น แนวคำพิพากษาอื่นที่วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน

ส่วนการพยายามลักทรัพย์ธรรมดา มาตรา 334 ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้กับการสามารถเอาทรัพย์ และการพาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่ไป หรือเป็นการกระทำส่วนหนึ่งในองค์ประกอบกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2463<sup>268</sup> เอาเรือเข้าไปในโป๊ะของเจ้าทุกข์แล้วเอาอวนลงล้อมจะจับปลาในโป๊ะ เจ้าทุกข์ไปพบจึงไม่ทันจับปลา ผิดฐานพยายามลักทรัพย์ ,696-697/2473<sup>269</sup> จำเลย 3 คน พาคนมาที่แหล่งกระบือของเจ้าทรัพย์ผู้ก่อ คนหนึ่งตัดเชือกพรวนแล้วทั้ง 3 พยายามจะเอากระบือไปแต่กระบือไม่เดิน ,1645/2479<sup>270</sup> กระชากสร้อยคอเจ้าทรัพย์เวลาที่ผลออกออกเป็นสองท่อน ๆ หนึ่งตกลงพื้น ท่อนหนึ่งติดอยู่กับเสื้อของเจ้าทรัพย์ ผิดฐานพยายามลักทรัพย์มิใช่ฉ้อฉล ,188/2489<sup>271</sup> ตั้งใจลักจึงเอาตราแสดงกรรมสิทธิ์ของจำเลยติดบนไม้ของผู้อื่นเพื่อแสดงว่าเป็นไม้ของจำเลยจะได้นำไปเป็นประโยชน์ของตน ศาลชั้นต้นเห็นว่ายังมีไม้เอาไปและไม้เหล่านั้นยังไม่ได้เคลื่อนที่ยังไม่มีมูลความผิด ศาลอุทธรณ์เห็นว่าเพียงแค่ประทับตรา

<sup>266</sup> ในศาลฝรั่งเศสตัดสินว่า ทำความสะอาดเครื่องมือและหุบมือด้วยวาสนลินเพื่อทำแท้ง เป็นพยายามทำให้แท้งลูก คดี Merle v. Vitu no.370 p.359 note 13. อ้างถึงใน จิตติ ดิง ศภทิพย์. (2536). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1**. หน้า 302.

<sup>267</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2510. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>268</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2463. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>269</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 696-697/2473. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>270</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1645/2479. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>271</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 188/2489. อ้างถึงใน **หนังสือรวมคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2489**. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 142. และสืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

ลงบนท่อนไม้เท่านั้นเพียงถือได้ว่าจำเลยแสดงเจตนาลักเท่านั้นยังไม่พอฟังได้ว่าเป็นการเอาไปอันเป็นองค์ความผิดฐานลักทรัพย์และยังไม่เข้าขั้นใกล้ชิดถึงจิตพยายามลักทรัพย์ ศาลฎีกา.การที่จำเลยเอาตราแสดงกรรมสิทธิ์ติลงไปบนท่อนไม้เพื่อเอากรรมสิทธิ์นั้น เมื่อประกอบกับข้อเท็จจริงซึ่งจะได้ความต่อไปในชั้นพิจารณาอาจเป็นเหตุให้เห็นว่าเป็นการลักทรัพย์ได้ สมควรรับฟ้องไว้พิจารณา,2976/2531<sup>272</sup> และ 2417/2533<sup>273</sup> ใช้กฎหมายคือคอรถจักรยานยนต์แล้วนำหัวเทียนต่อเพื่อให้กระแสไฟฟ้าผ่านได้ตลอดพร้อมที่จะสตาร์ทเครื่อง มีผู้มาพบเสียก่อนเป็นพยายามลักทรัพย์,121/2537<sup>274</sup> นั่งคร่อมรถจักรยานยนต์ยังไม่ทันเอารถออกเป็นพยายามกระทำไปไม่ตลอด เป็นต้น

กรณีการลักทรัพย์ที่ติดหรือประกอบอยู่กับแม่ทรัพย์ ซึ่งต้องทำให้ทรัพย์นั้นหลุดออกจากแม่ทรัพย์เสียก่อนจึงจะลักได้ การทำให้ทรัพย์นั้นหลุดจากแม่ทรัพย์แต่ยังไม่เข้าครอบครองเอาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่เป็นเพียงพยายามลักทรัพย์ เช่น เพียงแต่ทำให้ผลไม้หลุดออกจากต้น สอยมะม่วงหรือตัดขนุนหล่นจากต้น หรือขูดอนมันหรือต้นหอมให้หลุดจากพื้นดินเพื่อจะลักทรัพย์นั้น ยังไม่เป็นการเอาทรัพย์นั้นไปคงเป็นความผิดเพียงฐานพยายาม ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 268-269/2461 ขึ้นไปบนต้นมะพร้าว ฟันมะพร้าวหล่นพอเจ้าทรัพย์มาเห็นก็ลงจากต้นมะพร้าวหนีไปไม่ได้เอามะพร้าวไปด้วย,2111/2492<sup>275</sup> สายพานที่จำเลยลักและกำลังม้วนอยู่นั้น เพียงแต่หลุดจากมู่เล่ออันบนและอันล่าง ที่สายพานเชื่อมกันอยู่ แต่สายพานยังคงพาดอยู่กับเพลาและสลักต่อสายพานถูกชักออกแล้ว ม้วนสายพานได้ 1 ใน 10 ของความยาว และคงอยู่ข้างมู่เล่่นั้นเอง ดังนั้นการลักทรัพย์ยังไม่สำเร็จ เป็นต้น แนวคำพิพากษาอื่นวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน

กรณีพยายามลักทรัพย์ในเหตุฉกรรจ์ มาตรา 335 ได้แก่ การลักทรัพย์ตามมาตรา 335 เช่น ลักทรัพย์ในเคหสถาน หรือการชิงทรัพย์ ตามมาตรา 339 หรือการปล้นทรัพย์ ตามมาตรา 340 เพียงกระทำการการกระทำที่บัญญัติไว้ในองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ คือ การเข้าไปในเคหสถาน หรือการกระทำการขู่เข็ญว่าจะประทุษร้ายหรือจะใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ ก็เพียงพอจะเป็นความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์แล้วไม่จำเป็นต้องเห็นหรือถูกต้องตัวทรัพย์หรือมอบทรัพย์ให้แต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น

การพยายามลักทรัพย์ในเคหสถาน เพียงแต่กระทำการจะเข้าไปหรือเข้าไปในเคหสถานแล้วยังไม่เห็นหรือแตะต้องตัวทรัพย์ที่ลักก็เป็นความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ในเคหสถานแล้ว เช่น

<sup>272</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2976/2531. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จากแหล่งเดิม.

<sup>273</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2417/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>274</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 121/2537. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จากแหล่งเดิม.

<sup>275</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2111/2492. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จากแหล่งเดิม.

คำพิพากษาฎีกาที่ 504/2467 เจาะประตู ,94/2469 บุกรุกขึ้นไปบนเรือนของเจ้าทุกข์ในเวลากลางคืน เพื่อลักทรัพย์ กำลังขีดไม้ขีดไฟส่องหาของแต่ยังไม่ทันจับต้องสิ่งของ ,495/2470 ยืนจับเสาเหล็กข้าง เรือเจ้าทรัพย์ทำเหยียบแคมบนอกเรือทำหนึ่ง แต่อีกทำหนึ่งคงยังอยู่ในเรือพอดีพวกเจ้าทรัพย์ตื่นร้อง อะอะขึ้น ,722/2473 พยายามเจาะฝาเพื่อลักทรัพย์ ,925/2474 เพียงเข้าไปในห้อง ,925/2474 ไข กุญแจห้องเข้าไปเพื่อลักทรัพย์แล้วถูกจับได้แม้ห้องนั้นไม่มีทรัพย์สิน ,88/2478 ปีนเสาห้องขึ้นไป ตัดจากที่เป็นกันสาดออก 2 ดับ ซึ่งที่ตัดออกนี้ตรงกับหน้าต่างห้องที่จะเข้าไปลักทรัพย์พอดีตำรวจ มา ,903/2480 ดำรวจตรวจท้องที่ไปพบจำเลยยืนอยู่ริมรั้วหน้าบ้าน ไคเรือนของเจ้าทรัพย์และได้ยิน เสียงดังแก็กที่ประตูเรือน จึงร้องถามหรือใคร จำเลยจึงหนีไปทางหน้าบ้านเจ้าทรัพย์ และยังมีอีก 3 คนลงจากบัน ไคเรือนที่มีมือมีส่วนและไฟฟ้าเดินทางถืออยู่ ปรากฏว่าทรัพย์ยังไม่มีหายและประตูยังไม่มียรอยเจาะ ศาลอุทธรณ์ยกฟ้องอ้างว่าการกระทำของจำเลยยังไม่ถึงขั้นพยายามเพราะยังมีได้ลงมือ เจาะและมิได้ความว่ามีทรัพย์นอกเรือนซึ่งอาจลักได้ แต่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยลงโทษ ,152/2481 เอา ไม้ทำบัน ไคพาดหน้าต่างข้างนอกแล้วปีนขึ้นไปทำหน้าที่ต่างเอาส่วนเริ่มเจาะเพื่อจะถอดกลอน ,438/2481 สมคบกันไปเจาะและขุดพระเจดีย์เพื่อจะเอาทรัพย์แต่เจ้าพนักงานจับได้เสียก่อนต้องมีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์โดยมิต้องนำสืบว่าในพระเจดีย์มีทรัพย์ซ่อนฝังอยู่จริง ,453/2481 ลง มือเจาะประตูบ้านเขาเป็นรูเพื่อจะลักทรัพย์แต่ถูกจับได้เสียก่อน ,246/2482 เอาพะองพาดกับรั้วติด กับฝากห้องแล้วปีนขึ้นไปอยู่บนหลังคากันสาดกำลังเหนี่ยวจะขึ้นระเบียงเรือนตรงห้องไว้ทรัพย์เพื่อ ทำการลักทรัพย์เผชิญเจ้าหน้าที่ตำรวจมาพบจึงหนีไป ,425/2482 ใช้บิดหล่าเจาะประตูห้อง ,300/2485 เปิดคอกเพื่อจะลักกระบือ ,1889/2494 ใช้เครื่องมือตัดลวดร้อยโซ่ล่ามเรือเขาขาดโดยมิ เจตนาจะลักเรือ ,690/2498<sup>276</sup> ลักลอบจับประตูจนแตก หมายเหตุท้ายฎีกา “...สำหรับปัญหาข้อ กฎหมาย จำเลยลักลอบจับประตูห้องของเขาในยามวิกาลจนประตูแตก เป็นการลงมือกระทำเพื่อ ประกอบการลักทรัพย์แล้วโดยไม่มีข้อสงสัย หากยังถอดสลักประตูไม่ได้เท่านั้นก็ถูกจับเสียก่อนซึ่งเป็นเหตุสุดวิสัยของจำเลยหาใช่เป็นแต่เพียงขึ้นเตรียมการดังที่จำเลยฎีกาไม่ จำเลยมีความผิด พยายามลักทรัพย์มาตรา 295,60 ซอบแล้ว...” ,1108/2499<sup>277</sup> ใช้เครื่องมือจับประตูบ้าน หมายเหตุ ท้ายคำพิพากษาฎีกา “ จำเลยฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายว่า การกระทำของจำเลยยังไม่ครบ องค์ประกอบความผิดฐานพยายามลักทรัพย์เพราะทรัพย์ของเจ้าทรัพย์ยังไม่ได้เขยื้อนจากที่นั้น เห็น ว่า เหตุที่ทรัพย์ของเจ้าทรัพย์ยังมิได้เขยื้อนจากที่ก็เพราะมีเหตุอันพ้นวิสัยของจำเลยที่จะป้องกัน

<sup>276</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 690/2478. อ้างถึงใน หนังสือรวมคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2498. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 592. และสืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>277</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1108/2499. อ้างถึงใน หนังสือรวมคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2499. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 983.

ได้มาขัดขวางมิให้กระทำลงสำเร็จโดยมีตำรวจมาพบ จำเลยจึงมีทัศนคติพยายามลักทรัพย์” ,854/2507 บุกรุกไปบนชั้นบนของสถานทูตเคนมาร์คเข้าไปในห้องรับแขกซึ่งมีทรัพย์ตามที่โจทก์กล่าวในฟ้องอยู่และเลยเข้าไปในห้องนั่งเล่นอันเป็นเคหสถานในเวลาทีปลดคนเพื่อจะลักทรัพย์แต่ภริยาได้เห็นเสียก่อนจึงเอาทรัพย์ไปไม่ได้ เช่นนี้แม้จำเลยจะยังไม่ทันแตะต้องทรัพย์ ,41/2510 งดแฉะประตูหน้าร้านของผู้เสียหายแล้วในร้านนั้นมีของมีค่าเก็บไว้เป็นจำนวนมากตำรวจมาเห็นเสียก่อน ,1310/2513 ผู้เสียหายสวมสร้อยคอทองคำนอนหลับอยู่ในห้องกับเด็กหญิง ส. จำเลยมีเจตนาลักสร้อยคอของผู้เสียหาย จึงเข้าไปในห้องนั้น แต่ห้องมีดจำเลยมองไม่เห็น จึงใช้มือค้ำที่คอเด็กหญิง ส. โดยคิดว่าเป็นคอของผู้เสียหาย เด็กหญิง ส. ตื่นขึ้น จำเลยจึงหนีไปเป็นความผิดฐานบุกรุกและพยายามลักทรัพย์ ,2074/2514 เข้าไปในห้องรับแขกเพื่อลักทรัพย์ ตัดสายโทรศัพท์ยกเอาเครื่องโทรศัพท์ที่ตั้งอยู่บนโต๊ะเคลื่อนจากที่เดิมมาที่กลางห้อง เผอิญผู้เสียหายมาพบเข้าจึงวางไว้ที่พื้นห้อง เป็นการลักทรัพย์สำเร็จมิใช่พยายาม ,162/2522 บุกรุกเข้าไปในบริเวณบ้านอันเป็นเคหสถานและฆ่าสุกรของโจทก์นั้น เป็นการกระทำที่ประสงค์ต่อผลในการลักสุกรหรือฆ่าสุกร เป็นพยายามลักทรัพย์ ,3288/2533 จะลักไก่ของผู้เสียหายซึ่งถูกขังไว้ในคอกในบริเวณบ้านที่สามารถจะเปิดจับเอาไปได้โดยง่าย จำเลยไปอยู่ห่างจากคอกประมาณ 1 เมตร เป็นการลงมือลักทรัพย์เป็นต้น<sup>278</sup>

ข. การพยายามกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์ กรณีพยายามชิงทรัพย์ มาตรา 339 เพียงกระทำการขู่เข็ญหรือจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือใช้ประทุษร้ายเพื่อให้ได้ทรัพย์มาแม้ยังไม่ถูกต้องตัวทรัพย์ก็เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้วเช่นกัน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 418/2472 มาเรียกผู้เสียหายไปพูดนอกบ้านพูดว่ามากับคนป่าจะต้องการเงินเรือนละ 10 บาท จะให้หรือไม่ ขณะนั้นผู้เสียหายเห็นทางป่ามีไฟฉายฉายตรงมาที่พูดกัน แล้วจำเลยก็พูดต่อไปว่าไม่ให้จะปล้น ผู้เสียหายกลัวผลัดว่าจะเข้าไปในบ้านประเดี๋ยวก่อน พอตีผู้ใหญ่นบ้านกับพวกมาผิดฐานพยายามชิงทรัพย์ ,207/2477 มีปืนและไม้ตะบองเข้าขู่เข็ญเจ้าทรัพย์ให้ส่งเงินให้โดยยกปืนขึ้นจ่อจะยิงเจ้าทรัพย์ ๆ บอกว่าไม่มีเงิน จำเลยก็ไม่เชื่อเข้าคั่นที่ตัวเจ้าทรัพย์แต่ไม่ได้อะไร แล้วปล่อยตัวเจ้าทรัพย์ไป เป็นพยายามชิงทรัพย์แม้ทรัพย์ที่พยายามจะชิงนั้นไม่มีอยู่ ,321/2482 ไปขอเงินเจ้าทุกข์ ๆ ไม่ให้ก็เข้าทำร้าย ,1140/2482 ขู่เข็ญเอาเงินจากเจ้าทรัพย์ ๆ ให้เงินไปเพื่อจะจับจำเลยมีผิดเพียงฐานพยายามชิงทรัพย์ ,1239/2482 จำเลยขู่ให้เจ้าทรัพย์สัญญาส่งทรัพย์ให้แก่ตน แล้วรุ่งขึ้นจำเลยมา

<sup>278</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 504/2467, 94/2469, 495/2470, 722/2473, 925/2474, 925/2474, 2478, 903/2480, 152/2481, 438/2481, 453/2481, 246/2482, 425/2482, 1889/2494, 854/2507, 41/2510, 1310/2513, 2074/2514, 162/2522, 3288/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ขอรับเงิน ,1/2483 เข้าไปในห้องแล้วพุดขู่จะเอาทรัพย์สินและว่าถ้าไม่ให้จะทำร้าย ,172/2491 จำเลยชักปืนขู่จะยิงจะทำร้ายบังคับให้เขาเอาเงินให้แม้จะยังไม่ได้เงินแม้จะปรากฏภายหลังว่าทรัพย์สินไม่มีอยู่ ,236/2491 ถอนคืนหอมเกลือในสวนยังไม่ทันเอาไปเจ้าทรัพย์มาพบก็หนีไปแล้วทำร้ายเจ้าทรัพย์ขณะไล่จับกุม ,1056/2513 กระจกสร้อยซึ่งสวมอยู่ที่คอของผู้เสียหาย สร้อยคอขาดคอกอยู่ในเสื้อของผู้เสียหาย จึงเอาสร้อยนั้นไปไม่ได้ ,2822/2517 เข้าบีบบังคับผู้เสียหายทางด้านหลัง แล้วกระจกสร้อยคอห้อยพระเครื่องที่สวมอยู่ที่คอจนสร้อยขาดจากกัน ในทันใดผู้เสียหายได้ใช้มือกุมสร้อยคอที่หลุดจากคอแต่ยังอยู่ที่บริเวณหน้าอกไว้ได้ทันแย่งเอาไปไม่ได้ ,911/2518 หลอกหลวงพาผู้เสียหายไปเพื่อลักทรัพย์หรือชิงทรัพย์ เมื่อพาไปถึงที่เกิดเหตุให้ผู้เสียหายนั่งรออยู่ก่อน ยังมีทันได้กระทำการอันใดที่จะถือได้ว่าลงมือลักทรัพย์ก็มีตำรวจมาค้นและจับจำเลยไปเสียก่อน ,393/2520 กระจกสร้อยคอขาดหลุดจากคอผู้เสียหาย ผู้เสียหายได้ใช้มือจับยึดสร้อยคอของตนไว้ก่อนจึงแย่งเอาไปไม่ได้ เป็นความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์ เป็นต้น<sup>279</sup>

**ค. การพยายามกระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์** กรณีเป็นการพยายามปล้นทรัพย์ มาตรา 340 การวินิจฉัยทำนองเดียวกันกับชิงทรัพย์เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2492 มีศาสตราจารย์ไปเรียกผู้เสียหายให้เปิดประตูเพื่อทำการชิงทรัพย์ ผู้เสียหายรู้ทันไม่ยอมเปิด ,1465/2519 จำเลยกับพวกอีก 2 คนใช้เส้นลวดกลมขนาด 1 หุน จำนวน 3 เส้น ยาวเส้นละ 16 เมตร ทำเป็นเกลียวเส้นเดียว จึงกั้นสะพานบนถนน โดยใช้เส้นลวดผูกติดกับราวสะพานทั้งสองข้างเป็นแนวเฉียง คักรัดที่ผ่านมามาจนเพื่อเอาทรัพย์สิน ผู้เสียหายซึ่งมีเงินติดตัวมาด้วยกับพวกขับรถยนต์ผ่านมา และเห็นเส้นลวดดังกล่าวจึงหยุดรถได้ทันในระยะห่างราว 3 วา เป็นการพยายามปล้นทรัพย์ ,3982/2532 จำเลยกับพวก ถือมีคปลายแหลมเข้ามาในบ้านผู้เสียหายพร้อมด้วยจำเลยที่ 4 กับพวก จำเลยที่ 1 จับแขนผู้เสียหายและถามถึงที่ซ่อนทรัพย์ แม้จำเลยมิได้แตะต้องตัวทรัพย์สินของผู้เสียหายที่ตั้งใจจะเอาไปและทรัพย์สินยังไม่ได้ถูกเคลื่อนย้าย เป็นพยายามปล้นทรัพย์แล้ว เป็นต้น<sup>280</sup>

**ง. ความผิดฐานฉ้อโกง** ความผิดฐานฉ้อโกง มาตรา 341 ความผิดสำเร็จฐานนี้ คือ การกระทำการหลอกหลวงหรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งโดยทุจริตและต้องได้ไปซึ่งทรัพย์สินหรือทำให้ผู้ถูกหลอกหลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ แต่ถ้าหลอกแล้วยังไม่มอบหรือยังไม่ได้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดข้างต้นเป็นเพียงความผิดฐานพยายาม ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1125/2527 จำเลยนำความเท็จมาอวดว่าจำเลยกับพวกสามารถติดต่อบริษัทสุรา

<sup>279</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 418/2472,207/2477,321/2482,1140/2482,1239/2482,1/2483,172/2491,236/2491 ,1056/2513 ,2822/2517,911/2518,393/2520. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จากแหล่งเดิม.

<sup>280</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2492,1465/2519,3982/2532. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จาก

มหาราชฎีร์ จำกัด ให้แต่งตั้งผู้เสียหายเป็นตัวแทนจำหน่ายสุราแม่โจงซึ่งไม่เป็นความจริง โดยมีเจตนาทุจริตที่จะหลอกเอาทรัพย์สินจากผู้เสียหาย แม้ผู้เสียหายยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้จำเลยก็เป็นพยายามล่อโจง เป็นต้น กรณีไม่เป็นพยายาม เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2473 ทำบิลปลอมว่าเจ้าหน้าที่มาเก็บเงินแล้วทำฎีกาเบิกเงินให้หัวหน้าตรวจ หัวหน้าตรวจพบก่อนจึงยังไม่ได้ส่งไปเบิกยังคง เป็นแต่เตรียมล่อโจง เป็นต้น<sup>281</sup> แนวคำพิพากษาอื่นวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน<sup>282</sup>

#### จ. ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ มาตรา 358

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1905/2528<sup>283</sup> จำเลยเข้าโยกราวบันไดบ้านผู้เสียหาย เป็นการพยายามทำให้เสียทรัพย์ มาตรา 358 แล้ว

#### ฉ. ความผิดฐานบุกรุก มาตรา 362

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 738/2515<sup>284</sup> จำเลยมีอาวุธปืนติดตัวจะยิงผู้เสียหายซึ่งหนีจำเลยไปอยู่บนบ้าน แต่พอจำเลยจะขึ้นบันไดเรือนผู้เสียหายซึ่งติดอยู่ทางเดิน ก็มีคนเข้ากอดจำเลยไว้ก่อนจึงขึ้นไปไม่ได้ แสดงว่ามีเจตนาบุกรุกเข้าไปในบ้านผู้เสียหายแต่กระทำไปไม่ตลอด เป็นความผิดฐานพยายามบุกรุกโดยมีอาวุธติดตัว เป็นต้น

แนวทางการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิด โดยใช้หลักเกณฑ์การใกล้ชิดหรือห่างไกลต่อความผิดสำเร็จเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดตามแนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 นี้ เทียบได้กับแนวทางการอธิบายของนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The proximity acts theory) ของฝรั่งเศสฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) หรือทฤษฎีการกระทำเป็นหลัก ที่เห็นว่าการกระทำจะเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดก็ต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งความสัมพันธ์นั้นจะต้องกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั้นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็ต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดนั้น โดยเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น หรือต้องเป็นองค์ประกอบให้ความผิดมีโทษหนักขึ้น ซึ่งทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสไม่เห็นด้วย ศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับฝ่ายที่สอง คือ ฝ่ายที่ถือตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) หรือฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก ซึ่งเห็นว่าการลงมือพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการ

<sup>281</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1125/2527,874/2473. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จากแหล่งเดิม.

<sup>282</sup> ดูเพิ่มเติมคำพิพากษาฎีกาที่ 901/2476,549/2504,2922/2524,2218/2533,3286/2536. หาได้จากแหล่งเดิม.

<sup>283</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1905/2528. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2536,จากแหล่งเดิม.

<sup>284</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 738/2515. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จาก <http://www.supremecourt.or.th>.



กระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่ชัดที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ความคิดเห็นของฝ่ายหลังนี้ค่อนข้างกว้างกว่าความเห็นในฝ่ายแรก (ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.2.1 ในบทที่ 3) และเหมือนกับแนวทางให้ความหมายลักษณะของการให้ความหมายการพยายามกระทำความผิดในประเทศอังกฤษก่อนบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (The Criminal Attempts Acts 1981) ตามแนวทางทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Lord Diplock ที่มุ่งตีความทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในความหมายแคบ โดยมุ่งถึงการให้โอกาสให้ผู้กระทำความผิดตัดสินใจในการล้มเลิกการกระทำความผิดเป็นสำคัญ ในข้อพิจารณาที่ว่าต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าผู้กระทำจะกระทำความผิดโดยปราศจากการแสดงออกในการล้มเลิกการกระทำผิดของเขาอย่างแน่นอน (ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.1.1.3 ข.)

การให้ความหมายลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดซึ่งใช้ลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จต้องถึงขนาดใกล้ชิดกับองค์ประกอบของความผิด หรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำในองค์ประกอบความผิด หรือไม่ต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่เป็นเหตุ ผลกรรจ์ของความผิดฐานนั้น ๆ มีข้อบกพร่องที่ทำให้หลักการลงมือกระทำในชั้นพยายามแคบลงมากในบางฐานความผิด เช่น ความผิดฐานฆ่าโดยใช้ปืนยิง หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น จนอาจทำให้การกระทำที่ยังไม่เข้าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ก็ใกล้ต่อผลสำเร็จ จนน่าจะเป็นอันตรายแก่ชุมชนอย่างยิ่งอยู่แล้วไม่อยู่ในข่ายที่จะลงโทษผู้กระทำในฐานพยายามได้<sup>285</sup> และทำให้การลงมือพยายามกระทำความผิดขยายกว้างออกไปในบางฐานความผิดใน กรณีความผิดที่มีเหตุกรรจ์ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถาน เพียงแต่กระทำการเข้าใกล้หรือกระทำการในส่วนของการกระทำในองค์ประกอบที่เป็นเหตุกรรจ์ก็เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว เป็นต้น

การลงมือพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แนวทางของศาลถือว่าต้องเป็นการกระทำที่จะถึงขนาดใกล้กับองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือถึงขั้นที่จะเอาอวัยวะเพศชายจ่ออยู่บริเวณอวัยวะเพศหญิงพร้อมที่จะกระทำชำเราแล้ว และบางกรณีต้องประกอบไปด้วยพฤติการณ์ที่อยู่ในวิสัยที่สามารถจะกระทำชำเราได้ด้วย หรือมิฉะนั้นศาลจะตีความในเรื่องเจตนาของจำเลยว่ามีเจตนาเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น ส่วนในความผิดฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ หรือปล้นทรัพย์ นั้นการกระทำที่จะใกล้กับองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ ถ้าเป็น

<sup>285</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2532, ธันวาคม). “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 19, เล่มที่ 4. หน้า 50 – 56. และ ฌ็องดูตี ดีมาท. (2546). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด. หน้า 61 – 62.

กรณีการลักทรัพย์ธรรมดาตามมาตรา 334 การพยายามลักทรัพย์ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้กับการสามารถเอาทรัพย์ และการพาทรัพย์นั้นเคลื่อนไป ส่วนการกระทำความผิดสำเร็จหมายถึงการเข้าลักษณะของการเอาทรัพย์ คือ การเข้าครอบครองทรัพย์ และประกอบกับการดำเนินการพาทรัพย์นั้นไป คือ การเอาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่แล้ว<sup>286</sup> แต่ถ้าเป็นกรณีการลักทรัพย์ในเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 335 ซึ่งทรัพย์ มาตรา 339 และปล้นทรัพย์ ตามมาตรา 340 การลงมือพยายามกระทำความผิดนั้นเพียงกระทำการถึงขั้นเข้าองค์ประกอบในเหตุฉกรรจ์ เช่น การเข้าไปในเคหสถาน หรือขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายหรือจะใช้กำลังประทุษร้าย ก็เพียงพอจะเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้วไม่จำเป็นต้องเข้าใกล้กับการเอาทรัพย์ เห็นทรัพย์หรือพาทรัพย์นั้นไปเหมือนการลักทรัพย์ธรรมดา

รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ เห็นว่า<sup>287</sup> ศาลตีความให้ความหมายพฤติการณ์ที่ใกล้ชิดต่อผลในความผิดฐานนี้เคร่งครัดเกินไปทำให้ไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับความผิดได้ กรณีเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1685/2516<sup>288</sup> จำเลยซึ่งนุ่งผ้าขาวม้าอยู่ตัวเดียวกระทำการถึงขั้นกดหญิงผู้เสียหายนอนลงที่พื้นขึ้นคร่อม และถลกผ้าขึ้นแล้วด้วยเจตนาจะกระทำชำเรา ศาลก็ยังเห็นว่าไม่ถึงขั้นพยายาม ทั้ง ๆ ที่มีการข่มขืนใจหญิงแล้วเพียงแต่ยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเราได้เท่านั้นการเคร่งครัดดังกล่าวอาจทำให้ไม่ทันการที่จะหยุดยั้งการกระทำความผิดหากพิจารณาตามหลักทฤษฎีโดยพิจารณาว่าองค์ประกอบของความผิดฐานนี้มีใช่เพียงการกระทำชำเราหากแต่ประกอบกับการข่มขืนใจด้วย ดังนั้นเมื่อได้มีการประทุษร้ายด้วยเจตนาที่จะชำเราซึ่งถือเป็นการกระทำส่วนหนึ่งในองค์ประกอบของความผิดฐานนี้แล้ว การกระทำของจำเลยตามคำพิพากษาดังกล่าวน่าจะเข้าลักษณะข่มขืนใจเพื่อจะกระทำชำเราอันเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว เปรียบกับการลักทรัพย์ในเคหสถานเพียงแต่เข้าไปในเคหสถานด้วยเจตนาลักทรัพย์แม้ยังไม่เข้าใกล้ทรัพย์ที่จะลักก็เป็นการลงมือพยายามลักทรัพย์ในเคหสถานแล้ว หรือการใช้กำลังประทุษร้ายข่มขืนใจเพื่อเอาทรัพย์แม้ยังมิได้ทรัพย์ไปก็เป็นความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์แล้วหรือแม้แต่เพียงงัดแฉะประตูหน้าร้านของผู้เสียหายด้วยเจตนาลักทรัพย์ก็เป็นความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ได้แล้ว เป็นต้น

<sup>286</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2543). ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. หน้า 388 – 394.

<sup>287</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2547). กฎหมายอาญาหลักและปัญหา. หน้า 168 – 169. และ นริศราแดง ใฝ่. (2540). การลงมือกระทำความผิด : ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา.

<sup>288</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1685/2516. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

นางสาวนันทมน คงเจริญ และนายสมชาย ปรีชาศิลป์กุล นักนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มีความเห็นว่า<sup>289</sup> ในประมวลกฎหมายอาญามีได้นิยามความหมายของการชำเราเอาไว้แต่ศาลได้ให้ความหมายของการกระทำชำเราเอาไว้ในการตัดสินคดีว่า คือ การร่วมเพศระหว่างชายหญิงโดยอวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงเข้าไปในช่องคลอดของหญิงแม้จะเพียงเล็กน้อยก็ตาม และไม่ว่าฝ่ายชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็ตาม ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ให้ความหมายนี้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 857/2536, 752/2540 เป็นต้น<sup>290</sup> ซึ่งความหมายในการชำเราในลักษณะนี้เป็นเรื่องของเครื่องเพศกับเครื่องเพศ ซึ่งแนวความคิดนี้ยังคงดำรงอยู่มาจนกระทั่งปัจจุบันยังไม่มี ความเปลี่ยนแปลง นิยามความหมายในลักษณะเชิงกายภาพอย่างคับแคบเช่นนี้ทำให้การบังคับร่วมเพศในหลายรูปแบบไม่เป็นความผิดในความหมายนี้ ดังเช่น การร่วมเพศทางทวารหนัก คำพิพากษาฎีกาที่ 509/2529<sup>291</sup> มีความผิดเพียงฐานอนาจารซึ่งบทลงโทษเบากว่าความผิดฐานข่มขืน หรือการบังคับให้สำเร็จความใคร่ทางปากโดยหญิงก็จะไม่ได้เข้าอยู่ในความหมายของการกระทำชำเราเลย ทางพิจารณาจากแง่มุมของผู้ถูกระทำไม่ว่าจะเป็นการเอาอวัยวะเพศสอดใส่หรือใช้สิ่งของสอดใส่แล้วแต่สร้าง ความบอบช้ำให้กับผู้เสียหายไม่แตกต่างกัน แต่สำหรับผู้กระทำแล้วกลับได้รับโทษน้อยลงถ้าไม่ได้เป็นการล้วงล้าอวัยวะเพศหญิงด้วยเครื่องเพศตน ได้มีการเรียกร้องให้เกิดการแก้ไข กำหนดคำนิยามของการร่วมประเวณีหรือการกระทำชำเราให้มีความหมายที่กว้างขึ้นและครอบคลุม ประสพการณ์การถูกทารุณกรรมทางเพศที่มากขึ้นกว่าเดิม ด้วยการกำหนดให้การร่วมประเวณี หมายถึง การสอดใส่หรือการกระทำใดที่เกี่ยวข้องกับการสอดใส่ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของผู้กระทำผิด ไม่ว่าเป็นนิ้ว อวัยวะเพศ หรือการใช้วัตถุใด ๆ ใส่เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของผู้เสียหาย รวมถึงการใช้สัตว์ข่มขืนผู้เสียหายด้วย อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอนี้ยังคงไม่มีความ คืบหน้ามากที่ควร การกระทำชำเราในทางกฎหมายจึงยังคงเป็นเรื่องของเครื่องเพศกับเครื่องเพศ เช่นเดิม แทนที่จะเป็นเรื่องของความรุนแรงทางเพศในทางกายภาพระหว่างชายหญิง

กรณีการฆ่าโดยใช้ปืนยิง แนวทางการปฏิบัติของศาลในความคิดฐานนี้ถือการเล็งเป็น เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดอันเป็นจุดเริ่มต้นของการลงมือพยายามกระทำความผิดในการฆ่าโดยใช้ปืนยิง ศาลใช้เหตุผลในเรื่องการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการฆ่าในลักษณะของพฤติกรรมในการใช้อาวุธ ปืนยิงมาอธิบาย โดยให้ความหมายพฤติกรรมความใกล้ชิดต่อผลในกรณีฆ่าคนโดยใช้ปืนยิงว่าต้อง

<sup>289</sup> นันทมน คงเจริญ, สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. (2546). “การข่มขืนโดยกระบวนกรายุติธรรม.” วารสาร นิติสังคมศาสตร์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ปีที่ 1, ฉบับที่ 1. หน้า 60 – 61.

<sup>290</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 857/2536 และ 752/2540. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>291</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 509/2529. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

มีการกระทำที่เป็นการเล็งปิ่นจึงจะถือว่าเป็นจุดที่ใกล้ชิดในการฆ่า และในบางกรณีก็เอาพฤติกรรมของผู้กระทำผิดมาเป็นข้อพิจารณาในเรื่องเจตนาของผู้กระทำด้วยแม้จะมีการจ้องปิ่นเล็งไปยังผู้เสียหายแล้วก็อาจจะเป็นเพียงการชู่ก็ได้หากมีพฤติกรรมอื่น ๆ ส่อไปในทางที่ผู้กระทำไม่มีเจตนายิงปิ่น

รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ มีความเห็นกรณีนี้ว่า<sup>292</sup> การชกปิ่นขึ้นมาจ้องอาจเห็นว่าเป็นการลงมือแล้ว<sup>293</sup> หรืออาจจะยังไม่แน่ชัดว่าจะใช้ยิง<sup>294</sup> หรืออาจเพียงชู่เท่านั้นก็ได้<sup>295</sup> ดังนี้ถ้ามีปิ่นรับข้างได้สำรวจบ้านของผู้ที่จะฆ่าจนกระทั่งไปดักชู่มรออยู่ที่บ้านจนเวลาที่ผู้นั้นกลับมาจากบ้าน แม้มีปิ่นจะชกปิ่นและเดินไปที่รถแล้วไม่ทันยกปิ่นขึ้นจ้องตำรวจจับได้ ก็ยังไม่สามารถลงโทษได้ เพราะยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำ อันที่จริงการลงมือควรถือการกระทำที่จะนำไปสู่ความสำเร็จโดยไม่มีการหยุดยั้งในระหว่างนั้น เช่น มีปิ่นรับข้างที่ถือปิ่นเดินเข้าไปหาเหยื่อแม้ยังไม่ทันจ้องปิ่นยิงก็ตีต้องถือว่าเป็นการลงมือแล้ว มิฉะนั้นแม้ผู้กระทำถูกจับได้ ก็ลงโทษไม่ได้ โอกาสจะป้องกันความเสียหายก็จะแคบลง

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทริย์เห็นว่า<sup>296</sup> หากเป็นการกระทำซึ่งผู้กระทำได้ตั้งต้นเพื่อกระทำให้ตลอดจนเกิดผลสำเร็จเป็นความผิดแม้มีการพักเป็นตอน ๆ ในระหว่างนั้นซึ่งคู่คล้ายจะเป็นการทำเป็นระยะ ๆ ในชั้นเตรียม แต่เมื่อการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่ผู้กระทำลงมือเพื่อกระทำติดต่อกันไปจนสำเร็จและใกล้ชิดต่อผลแล้วไม่จำเป็นต้องถึงขั้นยกปิ่นขึ้นเล็ง เช่นกรณี การถือปิ่นไปชู่มรออยู่เพื่อยิงผู้ที่ตนประสงค์จะฆ่าซึ่งไม่รู้ว่าจะผ่านมาเมื่อใดเป็นการรอคอยโอกาสอยู่ในชั้นเตรียม แต่ถ้ารู้ว่าคนที่ตนต้องการฆ่านั้นผ่านมาเมื่อใดและเข้าชู่มรออยู่ในที่ที่เหมาะสมที่จะยิงได้โดยผู้นั้นกำลังใกล้เข้ามาแม้จะยังไม่อยู่ในระยะยิงก็ถือว่าผู้นั้นลงมือกระทำการพยายามฆ่าคนแล้ว ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำก็เป็นแต่ชู่มรอโอกาสที่จะยิงได้เช่นเดียวกัน กรณีนี้ไม่ใช่แต่เป็นเพียงการเตรียม แต่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ได้ตั้งต้นกระทำให้ตลอดไปจนเกิดผลสำเร็จและใกล้ชิดต่อผลแล้ว ควรเป็นความผิดฐานพยายาม ศาสตราจารย์จิติฯ เห็นว่า ศาลไทยตีความเคร่งครัดมากในการวินิจฉัยการเริ่มลงมือพยายามฆ่าคนโดยใช้ปิ่นยิง การเริ่มลงมือคือการเริ่มทำการที่จะนำไปสู่ผลสำเร็จโดยไม่มีการหยุดยั้งในระหว่างนั้น ไม่มีการพักเป็นตอน ๆ ซึ่งน่าจะได้แก่เริ่ม

<sup>292</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2544). หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 57 – 58.

<sup>293</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 147/2504. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>294</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1746/2518. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>295</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1389/2529. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>296</sup> จิติ ดิงศภัทริย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 303.

จับปืนเพื่อชักออกมาแล้วก็ยังได้ติดต่อกันไป ไม่ต้องชักออกมาข้างนอกเสียก่อนจึงจ้องยิง การรูดถึงจ้องปืนจึงจะเป็นการพยายามแล้ว ก็เห็นจะไม่ทันจับหรือแย่งปืนไปได้ก่อนที่จะลั่นไก<sup>297,298</sup> เป็นต้น ซึ่งการตีความของศาลดังที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นอาจเข้าใจได้ว่าเป็นการตีความเพื่อคุ้มครองทรัพย์มากกว่าคุ้มครองบุคคลหรือไม่<sup>299</sup>

#### 4.3.2 แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 2 ถือรวมเอาการกระทำขั้นสุดท้ายของผู้กระทำเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดด้วย แม้ไม่ได้ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดจริง ๆ ก็ตาม

แนวทางการอธิบายของศาลกลุ่มที่ 2 นี้ ยังอิงอยู่กับการใช้เกณฑ์ “การใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” กับความสำเร็จเป็นเหตุผลในการอธิบาย โดยถือรวมเอาการกระทำในขั้นตอนสุดท้ายมาเป็นการลงมือพยายามกระทำ ความผิดในความหมายที่เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดด้วย แม้ยังไม่ถึงขั้นใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดฐานนั้นหรือเป็นการกระทำที่ถึงขั้นใกล้ชิดกับลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ หรือเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในความผิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุกรรจ์ก็ตาม อันเป็นการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำ ความผิดออกไปกว่าเดิม เทียบได้กับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ของประเทศอังกฤษ (ในบทที่ 3) และตรงกันกับคำอธิบายของท่านศาสตราจารย์เกียรติคุณ วังจันสวัสดิ์ (ในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.2.1.2)

##### 4.3.2.1 เดิม ศาลนำเหตุผลดังกล่าวข้างต้นมาอธิบายเกี่ยวกับกรณีการฆ่าหรือทำร้ายโดยใช้บุคคลหรือสัตว์เป็นเครื่องมือ (innocent agents) เท่านั้น

กรณีการพยายามฆ่าหรือทำร้ายโดยใช้บุคคลหรือสัตว์เป็นเครื่องมือ นั้น เพียงแต่ใช้สัตว์หรือหลอกบุคคลที่ตนใช้เป็นเครื่องมือก็ถือว่าเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายซึ่งจำต้องกระทำเพื่อให้ความสำเร็จก็ถือว่าเป็นการลงมือกระทำ ความผิดอันเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าหรือทำร้ายแล้ว แม้ว่าระยะเวลาที่จะเกิดผลนั้นจะยังไม่แน่นอนว่าจะนานเท่าใดก็ตาม หรือแม้ยังไม่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดก็ตาม ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1076/2456 จำเลยเอน้ำกรดกำมะถันซึ่งมีพิษร้ายใส่ในครกน้ำพริกซึ่งจะใส่แกงต้มให้ผู้เสียหายกิน แต่คนครัวของผู้เสียหายสังเกตเห็นผิดปกติจึงตรวจทราบก่อน กรดกำมะถันจำนวนน้อยไม่พอทำอันตรายแก่ชีวิตได้ วินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานพยายามทำร้าย

<sup>297</sup> หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 147/2504 อ้างถึงใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 147/2504. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549 จาก <http://www.supremecourt.or.th>.

<sup>298</sup> เทียบได้กับความหมายการใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Shephen หรือแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของฝรั่งเศสฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีอัตรวิสัย ในบทที่ 3

<sup>299</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2544). หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 58.

ร่างกาย และคำพิพากษาฎีกาที่ 2804/2519 จำเลยเจตนาฆ่าผู้เสียหายโดยใช้ยาเบื่อหนู การที่จำเลยอาชญาเบื่อหนูใส่ในโถงน้ำดื่มของผู้เสียหาย ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว เข้าขั้นพยายามแล้ว เมื่อผู้เสียหายไม่ดื่ม จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศัทธี<sup>300</sup> เห็นว่า คดีเหล่านี้การกระทำเพียงเท่านี้แสดงว่าเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว ส่วนเป็นพยายามกระทำความผิดในความผิดฐานใดย่อมแล้วแต่เจตนา ถ้าพิสูจน์เจตนาฆ่าคนได้ก็ต้องเป็นความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา เหตุที่ย่าพิชน้อยเป็นการไม่สำเร็จโดยบังเอิญ ถ้าจำเลยจะทำแกงใส่ยาพิษให้ผู้เสียหายกินเองการเอายาพิษปนกับเครื่องแกงใส่ครกตำอาจเป็นแต่ขั้นเตรียม เพราะยังต้องนำแกงไปวางให้ผู้เสียหายกินอีกตอนหนึ่ง แต่กรณีที่จำเลยลอบใส่ยาพิษในครกดังนี้เป็นกรกลอกใช้คนครัวเป็นเครื่องมือเป็นการลงมือกระทำให้เป็นผลสำเร็จตลอดไปแล้ว แนวความเห็นของศาลยังคงถือตามแนวทางนี้ตลอดมา

#### 4.3.2.2 ภายหลังศาลใช้เหตุผลของการกระทำในขั้นสุดท้ายขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปใช้กับความผิดฐานอื่น ๆ ด้วย

ศาลนำเหตุผลนี้มาใช้โดยเฉพาะในความคิดที่มีความรุนแรงกระทบกระเทือนต่อสังคม เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือความผิดฐานค้าหญิงและเด็ก เป็นต้น โดยรวมถือว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลประการหนึ่งเพื่อเป็นเหตุผลในการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปคุ้มครองสังคมมากขึ้น ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 810/2522 จำเลยที่ 1 มีเฮโรอีนไว้ในความครอบครองเพื่อขาย จำหน่ายจ่ายแจก และถูกเจ้าพนักงานจับได้ที่ท่าอากาศยานกรุงเทพพร้อมเฮโรอีนของกลาง ขณะที่กำลังจะเดินทางกลับประเทศญี่ปุ่นโดยเครื่องบิน โดยกำลังติดต่อตรวจสอบตัวเครื่องบินกับเจ้าหน้าที่สายการบินอยู่ ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 พยายามนำเฮโรอีนของกลางดังกล่าวออกนอกราชอาณาจักร เพื่อขายจำหน่ายหรือจ่ายแจก และการกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบทเพราะเป็นเฮโรอีนจำนวนเดียวกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1006/2523 จำเลยรอเวลาที่จะออกเดินทางไปกับสายการบินพร้อมเฮโรอีนของกลาง ณ ท่าอากาศยานกรุงเทพฯ ก่อนกำหนดเที่ยวบินที่จะออกนอกราชอาณาจักรประมาณ 1 ชั่วโมง แต่ถูกเจ้าพนักงานตรวจค้นจับกุมขณะอยู่ในพิธีการทางศุลกากรและตรวจคนเข้าเมือง ยังไม่ทันได้ขึ้นเครื่องบิน เป็นความผิดฐานพยายามส่งเฮโรอีนหรือฝิ่นออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย

<sup>300</sup> จิติ ดิงศัทธี. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 305.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1691/2526 หลังจากผ่านการตรวจค้นหาวัตถุระเบิดและอาวุธปืนของเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยประจำท่าอากาศยานกรุงเทพ อันเป็นการตรวจขั้นต้นสุดท้ายก่อนที่จะขึ้นเครื่องบิน เจ้าหน้าที่ศุลกากรตรวจค้นพบเฮโรอีนของกลางบรรจุถุงพลาสติก 1 ถุง ซ่อนอยู่ในร่องเท้าของจำเลย เป็นความผิดฐานพยายามส่งเฮโรอีนหรือฝิ่นออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1550/2527 จำเลยมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย และพยายามส่งออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่ายซึ่งเฮโรอีนจำนวนเดียวกัน จำเลยถูกจับพร้อมเฮโรอีนของกลางขณะจะขึ้นเครื่องบินไป ต่างประเทศถือว่าจำเลยมีเจตนาประสงค์ต่อผลประการเดียว ที่จะนำเฮโรอีนดังกล่าวออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย แม้โจทก์จะบรรยายฟ้องแยกการกระทำของจำเลยเป็นสองตอนและ จำเลยให้การรับสารภาพก็ยอมเป็นการกระทำความผิดเป็น ความผิดต่อกฎหมายหลายบท

คำพิพากษาฎีกาที่ 1881/2528 จำเลยมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย และพยายามส่งออก นอก ราชอาณาจักรเพื่อจำหน่ายซึ่งเฮโรอีนจำนวนเดียวกัน โดยเอาเฮโรอีน ของกลางบรรจุในกระป๋องสเปรย์ 2 กระป๋องใส่ไว้ใน กระเป๋าเดินทาง และในกระเป๋าเครื่องสำอางและถูกเจ้าพนักงาน จับได้ที่สนามบิน ในขณะที่จำเลยเตรียมตัวจะขึ้นเครื่องบิน ไปต่างประเทศ การกระทำของจำเลย จึงเป็นความผิดกรรมเดียว ผิดต่อกฎหมายหลายบท นอกจากเฮโรอีนจำนวนข้างต้น เจ้าพนักงานยังพบเฮโรอีนอีกจำนวนหนึ่ง ในกระป๋องสเปรย์ซึ่งบรรจุอยู่ในกระเป๋าเสื้อซึ่ง จำเลยฝากไว้กับ เจ้าหน้าที่โรงแรมก่อนที่จำเลยจะเดินทางมา ยังสนามบิน ซึ่งเฮโรอีนจำนวนนี้ ก็เป็นจำนวนเดียวกับที่ จำเลยมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายและถูกจับได้ ที่สนามบิน ตามที่โจทก์ฟ้อง นั้นเอง เป็นแต่เพียงจำเลยแยกเอาบางส่วนติดตัวไปส่วนที่เหลือฝากไว้ที่โรงแรมมิได้นำติดตัวไป เท่านั้น จึงไม่ทำให้การกระทำของจำเลยเป็นความผิดอีก กรรมหนึ่งต่างหาก คงเป็นความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมาย หลายบท

คำพิพากษาฎีกาที่ 217/2530 จำเลยซุกซ่อนเฮโรอีนไว้ในขนมปัง แล้วนำไปมอบให้สืบเวร เพื่อมอบให้แก่ จ.ซึ่งถูกควบคุมอยู่ที่ห้องควบคุม สืบเวรได้ตรวจค้นขนมปังพบเฮโรอีนของกลางเสียก่อนยังไม่ทันได้ส่งมอบขนมปังนั้นให้แก่ จ.ดังนี้จำเลยมีเฮโรอีนของกลางไว้ในความครอบครองเพื่อจำหน่าย โดยมุ่งประสงค์จะให้แก่ จ. เป็นข้อสำคัญ และเฮโรอีนของกลางมีจำนวนเดียว มิใช่มีเฮโรอีนของกลางไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายขาดตอนจากการพยายามจำหน่ายจึงเป็นการกระทำความผิดเดียว เป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท

คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533 จำเลยกับพวกประสงค์จะพาผู้เสียหายออกไปจากประเทศไทยเพื่อการรับจ้างให้เขาทำเมถุนกรรม แต่จำเลยถูกจับกุมเสียก่อนที่ท่าอากาศยานกรุงเทพฯ ในขณะที่จำเลยกำลังเข้าแถวขอรับบัตรเลขที่นั่งเครื่องบินสำหรับจำเลยและผู้เสียหาย การกระทำ

ของจำเลยกับพวกดังกล่าวจึงเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการพาผู้เสียหายทั้งสองออกไปจากประเทศไทย เพื่อการรับจ้างให้เขาทำเมณกรรม เป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้น ถือว่าพ้นชั้นเตรียมการเข้าสู่การลงมือกระทำความผิด เป็นต้น<sup>301</sup>

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภักย์ ให้ข้อสังเกตว่า<sup>302</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533 นั้นศาลฎีกาพิพากษายืนตามศาลล่างซึ่งตัดสินว่าจำเลยมีความผิดตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการค้าหญิงและเด็กหญิง พ.ศ.2471 มาตรา 4 ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใด...พาหญิง ออกไปจากประเทศสยามเพื่อการรับจ้างให้เขาทำเมณกรรมมีความผิด...” ศาลฎีกากล่าวว่าการกระทำของจำเลยเป็น “ขั้นตอนสุดท้าย” ของการดำเนิน การพาผู้เสียหายออกไปจากประเทศไทย แต่อันที่จริงน่าจะถือว่าเป็น “ส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำผิดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผล” มากกว่า เพราะขั้นสุดท้ายจริง ๆ น่าจะได้แก่การนั่งอยู่บนเครื่องบิน การเดินไปขึ้นเครื่องบินแล้วออกไป อย่างไรก็ตามหากนับเหตุการณ์ย้อนหลังจากการนั่งบนเครื่องบินการเดินไปขึ้นเครื่องบิน การนั่งรอเรียกตัวขึ้นเครื่องบิน การเข้าไปยืนรอตรวจหนังสือเดินทาง การยื่นเข้าแถวรอรับบัตรเลขที่นั่งเครื่องบินล้วนเป็นส่วนหนึ่งของการที่จะนำหญิงออกไปนอกราชอาณาจักรทั้งนั้น จึงถือว่าใกล้ชิดต่อผล เป็นการกระทำในชั้นลงมือพยายามแล้ว อย่างไรก็ตามการลงจากรถยนต์ที่มีผู้ขับมาส่งพร้อมกับหัวกระเป๋าเดินทาง และเดินอยู่บริเวณอาคารท่าอากาศยาน แต่ยังไม่ทันยื่นเข้าแถวรอรับบัตรเลขที่นั่ง ไม่น่าจะถือเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด คงเป็นเพียงการกระทำในชั้นเตรียมเท่านั้น การกระทำที่จะถือว่าเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ชัดเจนพอสมควรโดยไม่คลุมเครือว่าผู้กระทำมุ่งหวังหรือเจตนาอย่างไร การยื่นเข้าแถวรอรับบัตรเลขที่นั่งนั้นค่อนข้างชัดเจนพอสมควรแล้วว่าเจตนาจะพาหญิงออกไปนอกราชอาณาจักร

แนวคำพิพากษาข้างต้นเมื่อเปรียบเทียบกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ในบทที่ 3 แล้ว การกระทำบางการกระทำอาจยังไม่ถึงขั้นการกระทำขั้นสุดท้ายจริง ๆ แต่อย่างไร ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการผ่อนคลายการตีความที่เคร่งครัดตามหลักเดิมโดยขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปให้รวมถึงการกระทำขั้นสุดท้ายด้วยในบางกรณี ผู้เขียนเห็นว่าการให้เหตุผลเช่นนี้อาจเป็นการใช้มาตรฐาน 2 มาตรฐาน เข้ามาอธิบาย ซึ่งถ้าผู้ตัดสินเห็นว่าควรขยายการพยายามกระทำความผิดออกไปในกรณีใดจะตีความไปในแนวทางของการกระทำขั้น

<sup>301</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 810/2522, 1006/2523, 1691/2526, 1550/2527, 1881/2528, 217/2530, 1154/2533.

สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>302</sup> หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533. อ้างถึงใน คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>



สุดท้าย แต่ถ้าเห็นว่าเป็นการขยายการพยายามกระทำความผิดออกไปก็จะตีความให้แคบลงไปตามหลักเกณฑ์เดิม

#### 4.3.3 แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 3 แนวคำพิพากษาที่ขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว่าหลักเกณฑ์ตามแนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 และกลุ่มที่ 2

แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 3 นี้ดูเหมือนเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว่าหลักเกณฑ์ตามแนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 และกลุ่มที่ 2 เดิม ซึ่งถ้าเทียบกับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิดของต่างประเทศในบทที่ 3 อาจเข้าลักษณะตามทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal acts theory), ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial steps acts theory) หรือ ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) มากกว่าทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1866/2519 เจ้าพนักงานสืบทราบว่ามีเจตนาที่จะลักขโมยและสงยาเสพติดให้โทษออกนอกราชอาณาจักร โดยทางเครื่องบินมาหลายครั้งแล้ว วันเกิดเหตุได้รับแจ้งจากสายลับว่า จำเลยกับพวกจะส่งไปอีก จึงพากันไปซุ่มดักรออยู่ในบริเวณที่จอดรถชั้นล่างของห้องโดยสารขาออกของทางอากาศยานดอนเมืองที่จำเลยเคย นำรถมาจอด เมื่อจำเลยขับรถถึงมาจอด ณ ที่นั้น เจ้าพนักงานจึงตรวจค้น พบเฮโรอีน 32 ถุง ฝิ่นสุก 15 ห่อ รวม 30 กว่ากิโลกรัม มีราคาถึง 520,000 บาทเศษ การจับกุมครั้งนี้มิได้กระทำโดยบังเอิญ ปริมาณของของกลางตลอดจนสถานที่ที่นำมาบ่งชี้ว่าจำเลยกับพวกมีเจตนาส่งออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ตามพฤติการณ์ก็น่าเชื่อถือว่ามีเจตนาส่งออกนอกราชอาณาจักรได้แล้ว เพียงแต่รอนำของกลางนี้ขึ้นไปขึ้นที่ห้องผู้โดยสารขาออกชั้นบนเพื่อส่งออกทางเครื่องบินเท่านั้น การกระทำของจำเลยกับพวกเข้าขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ไม่บรรลุผลเพราะเจ้าพนักงานจับกุมเสียก่อน จึงมีความผิดฐานพยายามส่งเฮโรอีนและฝิ่นออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย (วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ทั้ง 2 วรรค ประชุมใหญ่ครั้งที่ 13-15/2519)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2860/2522 การที่จำเลยร่วมกันมีกัญชาไว้ในครอบครองโดยมิได้รับอนุญาต และนำกัญชาดังกล่าวเข้าไปในบริเวณท่าอากาศยานดอนเมือง อันเป็นด่านนำสินค้าออกนอกราชอาณาจักร โดยไม่ผ่านด่านศุลกากรดอนเมืองตามกฎหมาย เพื่อส่งออกไปนอกราชอาณาจักร โดยเครื่องบินแต่กัญชาถูกเจ้าพนักงานตรวจพบเสียก่อนและยึดไว้ ย่อมเป็นความผิดฐานมีกัญชาโดยไม่ได้รับอนุญาตกระทางหนึ่ง ฐานพยายามส่งกัญชาออกไปนอกราชอาณาจักรกระทางหนึ่ง (อ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 448/2513)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3240/2522 จำเลยที่ 3 เป็นผู้ชักชวนจำเลยที่ 1 ที่ 2 ให้ไปต่างประเทศ โดยจัดหาค่าใช้จ่าย ค่าพาหนะตลอดจนกระเป๋าสื่อผ้าให้ ทั้งยังเป็นผู้บรรจุเสื้อผ้าให้แก่จำเลยที่ 1 ที่ 2 เองที่บ้านพักของจำเลยที่ 3 โดยจำเลยที่ 3 รู้ดีว่าภายในกระเป๋ามีเฮโรอีนบรรจุอยู่ กระเป๋าสื่อผ้าและเฮโรอีนของกลางนั้นบุคคลอื่นเป็นผู้จัดหามาให้อีกทอดหนึ่ง ขณะที่จำเลยที่ 1 ที่ 2 นำกระเป๋าสื่อผ้าบรรจุเฮโรอีนของกลางที่จำเลยที่ 3 จัดให้ไปยังท่าอากาศยานกรุงเทพ เพื่อจะโดยสารเครื่องบินไปต่างประเทศ ได้ถูกจับกุมพร้อมของกลาง โดยจำเลยที่ 3 มิได้ไปด้วยครั้งนี้ ถือไม่ได้ว่าจำเลยที่ 3 ร่วมกับจำเลยที่ 1 ที่ 2 พยายามนำเฮโรอีนของกลางออกไปนอกประเทศเพื่อจำหน่าย ถือได้เพียงว่าจำเลยที่ 3 เป็นผู้สนับสนุนการกระทำของจำเลยที่ 1 ที่ 2

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540 (คดีชื่อเสียงเลือกตั้งที่จังหวัดบุรีรัมย์) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าการที่จำเลยทั้งสองได้จัดทำธนบัตรของกลางทั้ง 11,400,000 บาท ไว้ พร้อมทั้งจะนำไปแจกจ่ายหรือให้แก่ผู้เลือกตั้งตามบัญชีรายชื่อในเขตอำเภอลำปลายมาศและอำเภอเมืองบุรีรัมย์แล้ว ด้วยการนำธนบัตรชนิดราคา 100 บาท กับชนิดราคา 20 บาท ที่มีตราয়รูปยันต์ประทับตรงบริเวณลายน้ำพระบรมฉายาลักษณ์มาเย็บติดกันเป็นชุดชุดละ 120 บาท และมีครวมกันมัดละ 100 ชุด ใส่ถุงพลาสติกบรรจุในกล่องกระดาษและถุงทะเลไว้พร้อมดั่งนั้น โดยลักษณะของการกระทำดังกล่าวถือว่าจำเลยทั้งสองจัดทำธนบัตรของกลางซึ่งเป็นทรัพย์สินเพื่อจะจูงใจให้บรรดาผู้เลือกตั้งในเขตเลือกตั้งที่ 1 และเขตเลือกตั้งที่ 2 ลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครหมายเลข 4,5 และ 6 ในเขตเลือกตั้งที่ 1 และหมายเลข 10 ในเขตเลือกตั้งที่ 2 จังหวัดบุรีรัมย์แล้ว แม้จำเลยทั้งสองจะยังไม่ได้แจกจ่ายธนบัตรนั้นแก่บรรดาผู้เลือกตั้งทั้งหลาย จำเลยทั้งสองก็กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติการเลือกตั้งฯ มาตรา 35(1) สำเร็จแล้ว แต่ปรากฏว่าโจทก์มิได้บรรยายฟ้องเอาผิดแก่การจัดทำธนบัตรของกลางของจำเลยทั้งสองซึ่งถือว่าเป็นความผิดสำเร็จมาด้วย โจทก์คงบรรยายฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองแต่เพียงว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเขตเลือกตั้งที่ 1 และเขตเลือกตั้งที่ 2 จังหวัดบุรีรัมย์ เพื่อจะจูงใจให้บรรดาผู้เลือกตั้งทั้งสองเขตดังกล่าวลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครในเขตเลือกตั้งที่ 1 หมายเลข 4 ,5 และ 6 กับเขตเลือกตั้งที่ 2 หมายเลข 10 สถานที่เดียวกันนั้น ก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นเพียงขั้นเตรียมการให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งอันไม่เป็นการผิดต่อพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35(1) ดังที่จำเลยทั้งสองฎีกาหรือไม่

ศาลเห็นว่า เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์ขณะที่จำเลยทั้งสองถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับพร้อมของกลาง คงเหลือเวลาอีกเพียง 3 วัน ก็จะถึงกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นับว่าเป็นระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับวันเลือกตั้งมากแล้ว ประกอบกับลักษณะธนบัตรของกลางที่จำเลยทั้งสองจัดทำขึ้นเป็นชุดพร้อมที่จะนำไปแจกจ่ายหรือให้แก่บรรดาผู้เลือกตั้งดังกล่าวได้ตามบัญชีรายชื่อ

หัวคะแนนแต่ละหมู่บ้าน บัญชีรายชื่อแกนนำบัญชีรายชื่อผู้รับผิดชอบแต่ละตำบลในอำเภอลำปลายมาศ บัญชีรายชื่อผู้เลือกตั้ง (ส.ส.13) ของอำเภอเมืองบุรีรัมย์ ตารางแสดงจำนวนหมู่บ้าน ตลอดจนข้อมูลหน่วยเลือกตั้งตำบลต่าง ๆ ในอำเภอลำปลายมาศที่จำเลยทั้งสองรวบรวมไว้แล้ว แสดงว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาจะให้ทรัพย์สินว่าจำเลยเพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัคร และจำเลยทั้งสองก็ได้จัดหาทรัพย์สิน คือธนบัตรชนิดราคา 100 บาท และชนิดราคา 20 บาท รวมทั้งของกลางต่าง ๆ ดังกล่าว แล้วจำเลยทั้งสองได้ลงมือดำเนินการตามเจตนาข้างต้นโดยนำธนบัตรมาเย็บติดกันเป็นชุดมัดรวมกัน มัดละ 100 ชุด บรรจุในกล่องกระดาษและถุงทะเลเสร็จพร้อมที่จะนำไปให้แก่บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งได้ทันที การกระทำของจำเลยทั้งสองถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ล่วงไปถึงขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการนำธนบัตรของกลางไปแจกจ่ายหรือให้แก่บรรดาผู้เลือกตั้ง เพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครที่จำเลยทั้งสองให้การสนับสนุน เป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้นจึงต้องถือว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองพ้นขั้นเตรียมการเข้าสู่การลงมือกระทำความผิดแล้ว ย่อมมีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งเพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครดังที่โจทก์ฟ้องแล้ว และธนบัตรของกลางกับของกลางอื่นถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้ริบได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 (1) เป็นต้น<sup>303</sup>

<sup>303</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1866/2519,2860/2522,448/2513,3240/2522,7562/2540. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กล่าวโดยสรุปแล้ว กระบวนการเกิดความผิดทางอาญามีอยู่ 6 ขั้นตอน เริ่มตั้งแต่ขั้นมีความคิดที่จะกระทำความผิด (conception) ขั้นการไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำความผิด (deliberation) ขั้นการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด (resolution) ขั้นการเตรียมการที่จะกระทำความผิด (preparation) ขั้นการลงมือกระทำความผิด (commencement) และสุดท้ายคือขั้นของการเกิดผลของการกระทำอันนั้น หรือขั้นความผิดสำเร็จ (consummation) การพยายามกระทำความผิดนั้นหมายถึง การกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมมาแล้วจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแต่ยังไม่ถึงขั้นเกิดเป็นความผิดสำเร็จ

กล่าวอีกนัยหนึ่ง การพยายามกระทำความผิดนั้นจะเกิดขึ้นได้ตั้งแต่ขั้นผ่านขั้นตอนการเตรียมกระทำความผิดมาเล็กน้อยไปจนถึงขั้นสามารถใกล้เคียงกับการเกิดความผิดสำเร็จ และเห็นได้ว่าการกระทำในการเตรียมไปจนถึงการลงมือกระทำความผิดและไปจนถึงเป็นการพยายามกระทำความผิดนั้นมีลักษณะเป็นช่วงของการกระทำ ทำให้เห็นว่าจุดแบ่งแยกระหว่างการเตรียมกระทำความผิดกับการลงมือพยายามกระทำความผิดจะมีระดับกว้างแคบแตกต่างกันออกไปเริ่มตั้งแต่ผ่านขั้นตอนการเตรียมมาเล็กน้อยไปจนถึงใกล้จะเกิดความผิดสำเร็จ ขึ้นอยู่กับมุมมองของผู้แบ่งแยกว่าจะให้อยู่ในจุดใด และขึ้นอยู่กับว่าจะเห็นด้วยกับแนวคิดตามทฤษฎีใด ระหว่างทฤษฎีที่ถือการกระทำเป็นใหญ่ ภาวะวิสัย (Objective theory) หรือทฤษฎีที่ถือจิตใจเป็นใหญ่ อัตตะวิสัย (Subjective theory) ผู้ที่ถือตามทฤษฎีภาวะวิสัยการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิด หรือการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมจะแคบ โดยเห็นว่าจะต้องเป็นการกระทำที่แสดงออกอย่างชัดเจนใกล้ที่จะเกิดเป็นความผิดสำเร็จแล้วจึงจะเป็นการพยายามกระทำความผิด ส่วนผู้ที่ถือตามทฤษฎีอัตตะวิสัยการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิด หรือการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมจะกว้าง โดยยึดถือเจตนาของผู้กระทำเป็นใหญ่จะต้องการเพียงการกระทำที่ผ่านขั้นตอนของการเตรียมมาเพียงเล็กน้อยเพื่อเป็นการยืนยันเจตนาของผู้กระทำก็เป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว

เดิมใน Common Law การให้ความหมาย และแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดจะเป็นการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงในแต่กรณี (case by case) โดยเห็นว่าเป็นสิ่งที่อยู่เหนือความคาดหมายในการหาหลักเกณฑ์ที่เป็นการทั่วไปมาใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้ เพราะความคิดในแต่ละฐานมีลักษณะ ประเภท และความรุนแรงแตกต่างกันออกไป แตกต่างจากแนวคิดของ Civil Law ที่จะอธิบายใช้กฎหมายในเรื่องนี้ โดยสร้างกรอบเหตุผลที่เป็นหลักการโดยทั่วไปเพื่อนำไปใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง แต่ในปัจจุบันในเรื่องนี้ทั้ง Civil Law และ Common Law มีความเห็นพ้องไปในทำนองเดียวกัน คือ ต้องการที่จะหากรอบเหตุผลที่เป็นหลักการโดยทั่วไปเพื่อนำมาใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันในการอธิบายลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความคิด อันเป็นการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานทั่วไปในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิด ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมาย ซึ่งหลักเกณฑ์ และทฤษฎีกฎหมายที่ยังเป็นหลักใช้อยู่ในปัจจุบันมี

1. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศสฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก (subjective) ซึ่งเห็นว่าการพยายามกระทำความคิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความคิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงต่อเนื่องและใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ<sup>304</sup>

2. หลักเกณฑ์ตามข้อกำหนดตามมาตรา 1 (1) ตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความคิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ ที่กำหนดกรอบและให้ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความคิดว่า หมายถึง “การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม” (more than an act of mere preparation) คือ การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยตรงไปสู่การกระทำความคิดและมากกว่าการเตรียมเท่านั้น ซึ่งนักวิชาการเห็นว่าเป็นการเริ่มต้นกระทำผิด หรือเข้าไปสู่กระบวนการดำเนินการกระทำความคิดในตัวเอง (embarked on) ของความคิดฐานนั้น ๆ ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลแบบเดิมก็ได้ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่มีขอบเขตกว้างขึ้นและผ่อนคลายกว่าทฤษฎีที่ใช้อยู่เดิม ลักษณะการกระทำก็คล้ายกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางอรรถวิสัยของฝรั่งเศสนั่นเอง

3. ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ตามที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code 1962 section 5.01) ของอเมริกา ที่มีใจความสำคัญ คือ เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้วถือว่า

<sup>304</sup> ซึ่งไม่ต้องถึงกับขั้นเป็นการกระทำในองค์ประกอบความคิดหรือในองค์ประกอบที่ต้องรับโทษหนักขึ้นแต่การกระทำนั้นต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ

การลงมือกระทำผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อพยานหลักฐานอื่น ๆ ประกอบด้วย และให้ตัวอย่างของการกระทำในขั้นตอนสำคัญไว้ด้วย เช่น การดักบรอ, การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ที่จะใช้ในการกระทำผิด หรือการตรวจตราสถานที่ที่จะกระทำความผิด เป็นต้น ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างมาก คล้ายกับทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ของอังกฤษในยุคต้น ๆ และ

4. หลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่เป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ในประเทศเยอรมนี ใจความสำคัญ คือ การกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงความเป็นอันตรายหรือการคุกคามถึงที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย โดยพิจารณาการกระทำของผู้กระทำนั้นใกล้เคียงต่ออันตรายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนั้น ๆ แล้วหรือไม่ ประกอบกับคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวต่อภัยอันตรายในความรู้สึกของชุมชนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย ซึ่งคล้ายกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้เคียงต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory) ที่เคยใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกากระยะหนึ่ง

ซึ่งประเทศใดเห็นด้วยและนำทฤษฎีใดไปปรับใช้ขึ้นอยู่กับแนวคิดในมุมมองความยุติธรรมทางอาญา นโยบายทางอาญา และแนวคิดการกำหนดสัดส่วนระหว่างสภาวะทางจิตใจกับการกระทำในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal liability Attempts) ของประเทศนั้น ๆ ว่าเห็นด้วยไปกับแนวคิดใดระหว่างแนวคิดอัตตะวิสัยและภาวะวิสัย และขึ้นอยู่กับแนวทางในช่วงเวลานั้นด้วยว่าสังคมเห็นด้วยกับการให้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน หรือการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมและประโยชน์ของสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน

ปัจจุบันในประเทศต่าง ๆ ได้พยายามขยายขอบเขตความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดในกฎหมายพยายามออกไปในทางคุ้มครองป้องกันสังคมจากการกระทำความผิดมากขึ้น เห็นได้ชัดจากประเทศอังกฤษซึ่งเดิมใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้เคียงต่อผล (The Proximity act theory) ที่เคร่งครัดมาก ต่อมาสภานิติบัญญัติของประเทศอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (Criminal Attempts Acts 1981) โดยให้ความหมายผ่อนคลายขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดในอังกฤษให้กว้างขึ้นกว่าทฤษฎีที่ใช้อยู่ในศาล Common Law เดิม ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาแนวคิดในการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดที่รับมาจากประเทศอังกฤษเดิมมาเป็นทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ซึ่งเป็นทางที่ขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดกว้างขึ้นอย่างมากกว่าประเทศอังกฤษเสียอีกในเวลาต่อมา ดังปรากฏในข้อกำหนดตามประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของสหรัฐอเมริกา (Model Penal Code) มาตรา 5.01 ส่วนใน

ประเทศ Civil Law ในประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศสก็มีแนวทางการวินิจฉัยตามแนวคิดทางด้าน  
อรรถวิสัยเน้นมุมมองไปที่ตัวผู้กระทำความผิดมากกว่าลักษณะของการกระทำและมุ่งเน้นคุ้มครอง  
ผู้บริสุทธิ์และสังคมออกจากอาชญากรรมอยู่แล้ว

ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้กำหนดให้ความหมายลักษณะ  
ของการลงมือพยายามกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน ในตัวบทบัญญัติของกฎหมายประมวล  
กฎหมายอาญา มาตรา 80 ให้ความหมายของการพยายามกระทำความผิดไว้แต่เพียงว่าเป็นการ  
กระทำในขั้นตอนการลงมือกระทำความผิด ส่วนการลงมือกระทำความผิดจะมีลักษณะ ความหมาย  
อย่างไร ตามความเห็นของพระยาอรรถกรวิชัยนิพนธ์ กรรมการร่างกฎหมายได้ให้ความเห็นไว้ใน  
รายงานการประชุมว่าหมายถึง การกระทำที่พ้นจากการเตรียมไปแล้ว ส่วนการกระทำที่พ้นขั้น  
เตรียมไปแล้วจะมีความหมายอย่างไรท่านเห็นว่าควรเป็นหน้าที่ของตำรากฎหมายเป็นผู้อธิบาย  
กล่าวโดยสรุปแล้วตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายนั้นปล่อยให้เป็นที่ของศาลและนักวิชาการ  
เป็นผู้กำหนดความหมายและสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ขึ้นมาอธิบายกันเอง ด้วยเหตุผลอะไร  
ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาในการกำหนดกรอบลักษณะของการกระทำที่จะเป็นการลง  
มือกระทำความผิด อันจะเป็นการหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับ  
การเตรียมนั้น เป็นเรื่องที่มีมิติเกี่ยวข้องกับหลายปัจจัย ได้แก่ สภาพสังคม วัฒนธรรม แนวคิด  
ทางกฎหมาย มุมมองในความยุติธรรมในทางอาญา และนโยบายทางอาญาของประเทศนั้น ๆ ใน  
แต่ละช่วงเวลา เป็นต้น ซึ่งปัจจัยเหล่านี้มีความเป็นพลวัตเปลี่ยนแปลงไปได้เมื่อสังคมและแนวคิด  
ของบุคคลในสังคมเปลี่ยนแปลงไป ตัวอย่างเช่น ในประเทศอังกฤษแต่เดิมไม่ยอมรับให้การ  
พยายามกระทำความผิดเป็นความผิดตามกฎหมายเพราะเหตุที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น  
ต่อมายอมรับให้บุคคลที่พยายามกระทำความผิดแต่ยังไม่เกิดความเสียหายขึ้นเป็นความผิดตาม  
กฎหมายได้ก็คือ ยอมรับหลักการของกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิด และให้ศาลเป็น  
ผู้ใช้ดุลยพินิจตัดสินเป็นไปตามนิวัติวิธีของ Common Law ที่ให้ศาลเป็นผู้วิเคราะห์ไปตามข้อเท็จจริง  
เฉพาะเรื่อง (case by case) เพื่อนำมาสร้างหลักทั่วไป ต่อมาใน Common Law เองได้พยายามสร้าง  
ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุผลในการอธิบาย และเป็นหลักเกณฑ์ในการตัดสิน  
เกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยการสร้างทฤษฎีเกี่ยวกับการให้ความหมายและการแบ่งแยกระหว่างการลงมือ  
พยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดต่าง ๆ ขึ้นมา ได้แก่ ทฤษฎีการกระทำแรก  
(First acts theory) ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) หรือทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิด  
ต่อผล (The Proximity acts theory) เป็นต้น อันเป็นการยอมรับหลักการใช้กฎหมายในรูปแบบ  
หลักการทั่วไปนำไปสู่ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องอย่าง Civil Law (ดูแนวคิดและความเป็นมาในการ  
ลงโทษการพยายามกระทำความผิดทางอาญา ในหัวข้อ 2.4) แต่ในแต่ละทฤษฎีที่มีการสร้างขึ้นมา

อธิบายนั้นอาจแตกต่างกันไป จะมีความกว้างแคบหรือเคร่งครัดผ่อนคลาขขึ้นอยู่กับช่วงเวลานั้น ประเทศนั้น ๆ มีแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ไปในทางใด ด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดมิได้มุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยเหตุที่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแล้วอย่างความผิดสำเร็จ ความมุ่งหมายหลักของการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดขึ้นมาเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยมุ่งถึงการยับยั้งที่ตัวผู้กระทำความผิดนั้นเสียก่อนที่จะก่อความเสียหายขึ้น มุมมองในการป้องกันยับยั้งตัวผู้กระทำนั้นจึงอาจเปลี่ยนแปลงไปได้เมื่อสภาพสังคม แนวคิดต่าง ๆ ของบุคคลในสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป แตกต่างไปจากความคิดในส่วนความผิดสำเร็จที่สามารถมีรูปธรรมที่เป็นมาตรฐานชัดเจนในการวัด คือ การก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นตามที่กำหนดไว้ในองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ มาเป็นตัววัด เป็นต้น

ในทางปฏิบัติแนวคำพิพากษาของศาลไทยส่วนใหญ่ถือระดับ “การใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” ต่อผลสำเร็จของความผิดเป็นเกณฑ์ในการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิด และให้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียม ซึ่งเทียบได้กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) โดยถือว่าการใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดต้องถึงขนาดใกล้ชิดกับองค์ประกอบของความผิดหรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำในองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ หรือเป็นองค์ประกอบในส่วนของเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานนั้น ๆ อันเป็นแนวทางที่เทียบได้กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของทางนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory) (แตกต่างกับทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสไม่เห็นด้วย ศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับฝ่ายที่สอง คือ ฝ่ายที่ถือตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory) หรือฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก ซึ่งเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่ชัดที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ) และเหมือนกับแนวทางให้ความหมายลักษณะของการให้ความหมายการพยายามกระทำความผิดในประเทศอังกฤษก่อนบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (The Criminal Attempts Acts 1981) ตามแนวทางทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Lord Diplock ที่มุ่งตีความทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในความหมายแคบ โดยมุ่งถึงการให้โอกาสให้ผู้กระทำความผิดตัดสินใจในการล้มเลิกการกระทำความผิดเป็นสำคัญ ในข้อพิจารณาที่ว่าต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำจะกระทำความผิดได้กระทำความผิดโดยปราศจากการแสดงออกในการล้มเลิกความตั้งใจการกระทำผิดของเขาอย่างแน่นอน ซึ่งทำให้การพิจารณาแคบลงไปมากในบางฐานความผิด เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานฆ่าคนโดยใช้ปืนยิง เป็นต้น ทั้งยังปรากฏแนวคำ



พิพากษาส่วนน้อยที่พิจารณาเห็นแตกต่างออกไปในแนวทางที่จะพยายามขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปแตกต่างจากแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล โดยผ่อนคลายเพิ่มเอาการกระทำในขั้นตอนสุดท้ายในบางฐานความผิดมาถือว่าเป็นการใกล้ชิดต่อความสำเร็จของความผิดด้วย เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือฐานค้าหญิงและเด็ก เป็นต้น และในบางคำพิพากษามีการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปมากกว่าการกระทำขั้นสุดท้ายเสียอีกแต่ในการให้เหตุผลยังคงอิงอยู่กับการใกล้ชิดหรือห่างไกลกับความผิดสำเร็จอยู่ กล่าวโดยสรุปแล้วแนวทางปฏิบัติของศาลนั้นไม่ได้อิงอยู่กับแนวคิดตามทฤษฎีใดเป็นหลัก การตัดสินใจขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลไปตามกรณี (case by case) ว่าควรใช้เหตุผลแนวทางใดมาตัดสิน

ในทางวิชาการ นักวิชาการของไทยส่วนใหญ่เห็นด้วยกับแนวทางตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ในแนวทางที่ผ่อนคลายกว่าแนวคิดของศาล เทียบได้กับแนวทางการอธิบายตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของศาลฝรั่งเศสที่ถือตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory) หรือฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก ซึ่งเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ซึ่งเหมือนกันกับแนวทางการอธิบายตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของอังกฤษตามแนวทางของ Stephen ซึ่งต้องประกอบไปด้วยการกระทำที่เป็นลำดับต่อเนื่องกันอันประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงของการกระทำที่ต่อเนื่องกันไปไม่ขาดสายมุ่งไปสู่การกระทำความผิดสำเร็จหากไม่มีการขัดขวางเสียก่อน (ดูหัวข้อ 4.2.1) และยังมีนักวิชาการของไทยส่วนน้อยไม่เห็นด้วยกับการใช้ระดับการใกล้ชิดหรือห่างไกลต่อความสำเร็จ<sup>305</sup> ดังกล่าวมาเป็นมาตรฐานในการตัดสินเกี่ยวกับเรื่องนี้ นักวิชาการฝ่ายนี้เห็นด้วยกับทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ซึ่งใช้การเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง<sup>306</sup> มาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วยเห็นว่าบทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดของไทยได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี ความเหมาะสมจึงควรอธิบายและให้ความหมาย ไปตามตามแนวทางของประเทศเยอรมนี (ดูหัวข้อ 4.2.2) และยังมีนักวิชาการส่วนน้อยอื่น ๆ เห็นไปในแนวทางแตกต่างออกไปอีก เช่น การนำเอาทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) ของประเทศสหรัฐอเมริกาอธิบาย เป็นต้น และยังมีพวกที่เห็นว่าไม่สามารถกำหนด

<sup>305</sup> ทฤษฎีจุดเข้าใกล้

<sup>306</sup> ทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำ

หลักเกณฑ์ที่เป็นกรทั่วไปที่นำมาอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ เนื่องด้วยในแต่ละความผิด มีประเภท ชนิด และความร้ายแรงของการกระทำความผิดที่แตกต่างกันออกไปเห็นว่าการพิจารณาเรื่องนี้จึงควรขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลไปตามควรแก่กรณี (ดูหัวข้อ 4.2.3.3) เป็นต้น สรุปแล้วแนวทางการให้ความหมายในเรื่องนี้ทางวิชาการของไทยยังมีความเห็นแตกต่างกันออกไปในหลายแนว ทั้งความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่ยังมีความเห็นแตกต่างกันกับแนวทางปฏิบัติของศาลในบางกรณี

จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับเรื่องนี้มีการใช้หลาย ๆ มาตรฐาน ในการอธิบาย โดยใช้รวม ๆ ไป ระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในลักษณะที่เคร่งครัด<sup>307</sup> กับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ในระยะหลังได้มีการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปนอกเหนือจากทฤษฎีทั้งสองอีกในบางกรณี ซึ่งนิติวิธีในการอธิบายมีลักษณะเป็นการใช้กฎหมายไปตามแบบนิติวิธีของ common law คือ ไม่มีการอธิบายในรูปแบบทฤษฎีกฎหมาย แต่จะเดินตามแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานที่มีอยู่ก่อนแล้ว ทำให้เกิดปัญหาในการตีความบางกรณีที่ข้อเท็จจริงคล้ายกันอาจมีความเห็นแตกต่างกันได้ และในบางความผิดมีการตีความที่แคบไป ก่อให้เกิดขัดต่อความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไป

ปัจจุบันในทุก ๆ ประเทศทั้งในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law และแม้ในประเทศ Common Law เอง ก็เห็นพ้องต้องกันว่าควรมีการกำหนดกรอบที่สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไปในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายเพื่อนำไปใช้และอธิบายได้กับข้อเท็จจริงในทุก ๆ กรณีเกี่ยวกับเรื่องนี้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 และยังเห็นด้วยว่าควรมีการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปให้คุ้มครองสังคมมากขึ้น ในประเทศอังกฤษปัจจุบันไม่ได้ใช้เพียงทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) มาเป็นหลักในการอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ได้ใช้ข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (Criminal Attempts Acts 1981) มาตรา 1 (1) ที่ว่า การพยายามกระทำความผิดหมายถึง “การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำความผิด” (more than an act mere preparation) ซึ่งมีความหมายเป็นกลาง ๆ ระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลและทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย อันเป็นการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าเดิมโดยมุ่งแนวทางทางด้านอัตตะวิสัยของผู้กระทำมากขึ้น ปรับเอนเข้ามาคล้ายกันกับประเทศในส่วน Civil Law ที่ยึดแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัยเป็นมาตรฐานซึ่งการอธิบายถึงระดับของการพยายามกระทำความผิดมีขอบเขตกว้างกว่า Common Law เดิม อยู่แล้ว ประเทศฝรั่งเศสใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ซึ่งมีแนวคิดเน้นไปในทางอัตตะวิสัย ประเทศเยอรมนีใช้ทฤษฎีความเป็นภัยอันตราย

<sup>307</sup> ตาม common law เดิม หรือของประเทศฝรั่งเศสฝ่ายภาวะวิสัย

ของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ซึ่งความกว้างแคบของการพยายามกระทำ ความผิดขึ้นอยู่กับกระทำนั้นกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานนั้นหรือไม่ ที่สามารถให้ศาลใช้ดุลยพินิจคุ้มครองบุคคลในสังคมได้อย่าง กว้างขวาง ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 5.01 ประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของอเมริกา (Model Penal Code) ซึ่งขยายขอบเขตของการพยายามกระทำ ความผิดออกไปกว้างกว่าประเทศอังกฤษมาก ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรผ่อนคลายความเคร่งครัดและขยายขอบเขตของการพยายามกระทำ ความผิดออกไปให้กว้างมากขึ้น แต่จะขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำ ความผิดโดยใช้ หลักเกณฑ์ตามทฤษฎีใดมาเป็นเหตุผลรองรับในการอธิบายนั้นเป็นปัญหาอีกส่วนหนึ่ง

ส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่าทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) นั้นมีมุมมองไปในทางป้องกันคุ้มครองผู้บริโภคและสังคมออกจากอาชญากรรมโดยมอง ไปยังการกระทำของผู้กระทำที่แสดงออกให้เห็นถึงการที่จะก่ออาชญากรรมอย่างชัดเจนแม้ยังไม่ใช่ การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลหรือเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายคล้ายกับทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำ ความผิดออกไปกว้างมาก เกินไปยังไม่เหมาะสมกับประเทศไทย ส่วนข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำ ความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่บัญญัติ ออกมาเพื่อผ่อนคลายหลักเกณฑ์การตีความทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอย่างเคร่งครัดของศาล อังกฤษ ซึ่งทางปฏิบัติยังคงขัดแย้งกันอยู่ระหว่างนักวิชาการที่เห็นว่าการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียง การเตรียมควรหมายถึงการเริ่มต้นเข้าไปสู่กระทำการ ในการกระทำ ความผิด (embarked on) แต่ในทางศาลยังคงมีปัญหาในการอธิบายที่ยังยึดติดอยู่กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) เดิม และแนวคำพิพากษาเดิม ๆ ใน Common Law อยู่

ประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย พื้นฐานในการบัญญัติกฎหมาย มาจากแนวคิดของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่ ในส่วนทฤษฎีการกระทำที่ ใกล้ชิดต่อผลของฝรั่งเศสนั้นจุดที่เป็นหลักในการวินิจฉัยต้องประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงของการ กระทำที่เป็นการประกอบขึ้นของขั้นตอนการกระทำที่เป็นการกระทำโดยตรงต่อเนื่องกันมุ่งไปสู่ การก่อให้เกิดความผิด และต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จ ส่วนทฤษฎีความเป็น อันตรายของการกระทำตามกฎหมายของเยอรมันนั้น จุดที่เป็นหลักในการวินิจฉัย คือ ความเป็น อันตรายของการกระทำ ความเป็นอันตรายของการกระทำวัดจากการก่อให้เกิดอันตรายต่อ คุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายต้องการที่จะป้องกันคุ้มครองในความผิดฐานนั้น ๆ

หรือก็คือการกระทำที่เข้าไปใกล้ความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานนั้น ๆ ซึ่งจะปล่อยเป็นดุลยพินิจของศาลเป็นผู้วินิจฉัย

ผู้เขียนเห็นว่าควรจะใช้แนวคิดตามทฤษฎีใดต้องประกอบไปด้วย หนึ่ง แนวคิดพื้นฐานหรือวัตถุประสงค์ในการบัญญัติความผิดฐานพยายามในทางอาญาขึ้น ที่เห็นว่าการกระทำที่แม้ยังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพขึ้นก็ตามก็อาจเป็นอันตรายที่เป็นความผิดทางอาญาได้หรือที่เรียกว่าอันตรายหุติยภูมิ และแนวคิดที่ว่าต้องการบัญญัติการพยายามกระทำความผิดขึ้นมาเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นก่อนที่มันจะเกิด (Nip violence in the bud) ซึ่งถ้าเรากำหนดตำแหน่งการเริ่มต้นของการพยายามกระทำความผิดโดยไม่สามารถป้องกันมิให้เกิดความเสียหายก่อนที่มันจะเกิดได้ก็ไม่มีประโยชน์อันใดเลย สอง การกำหนดตำแหน่งของจุดแบ่งในการเริ่มต้นความผิดฐานพยายามออกจากขั้นการเตรียมนั้น ไม่ว่าจะตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตามแบบอย่างประเทศอังกฤษหรือฝรั่งเศส หรือทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของประเทศเยอรมนีก็ตาม มองในภาพรวมแล้วก็ใช้เกณฑ์การใกล้ชิดหรือห่างไกลเป็นตัววัดเช่นเดียวกัน แต่ที่ต่างกัน คือ ใช้อะไรเป็นหลักวัดความใกล้ไกล วัดระดับความใกล้ชิดหรือห่างไกลกับอะไร ความหมายก็คือจะเอาอะไรเป็นหลักในการวัดจะวัดให้ใกล้หรือไกลกับอะไร

ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) และตามแนวทางการอธิบายของข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษ (The Criminal Attempts Acts 1981) อันดับแรก จะกำหนดกรอบลักษณะของการกระทำไว้ว่าต้องเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด (ในฝรั่งเศสใช้คำว่ากระทำที่ผิดปกติไปจากบุคคลผู้สุจริต) ซึ่งเป็นการกระทำใด ๆ ที่ดำเนินการโดยตรงไปสู่การกระทำความผิดซึ่งหากปล่อยให้กระทำต่อไปจะเกิดเป็นความผิดสำเร็จขึ้นได้ อันดับที่สอง หลักที่นำมาวัดคือผลสำเร็จของการกระทำในความผิดฐานนั้นที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละฐานความผิด เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น การกระทำที่ดำเนินการโดยตรงมุ่งต่อการกระทำผิดนั้นต้องใกล้กับผลของการฆ่า คือ ความตาย ซึ่งมีความเห็นแตกต่างกัน ศาลไทยค่านึงเฉพาะการกระทำนั้นใกล้ชิดกับผลสำเร็จของความผิดคือ การฆ่า แล้วหรือไม่โดยไม่นำลักษณะของการกระทำที่เป็นการต่อเนื่องข้างต้นมาค่านึงถึง ทำให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดจะแคบ ส่วนของศาลฝรั่งเศสและข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดของอังกฤษจะตีความกว้างกว่าโดยดูประกอบกับลักษณะของการกระทำที่เป็นการต่อเนื่องข้างต้นด้วย ทำให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดจะกว้างกว่าศาลไทย

ส่วนทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ผู้เขียนเห็นว่าใช้เกณฑ์ใกล้ชิดหรือห่างไกลเช่นกัน แต่ไม่ได้ใช้เกณฑ์การใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดเหมือนอย่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) แต่ใกล้ชิดหรือห่างไกลกับคุณธรรมทางกฎหมายหรือผลประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองในความผิดฐานนั้น ๆ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักที่เราจะนำมาวัดระหว่างผลสำเร็จของความผิดกับคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานต่าง ๆ คุณธรรมในทางกฎหมายจะเป็นหลักที่มีความแน่นอน เห็นได้ชัดเจนมากกว่า ผู้เขียนเห็นด้วยกับการใช้คุณธรรมในทางกฎหมายมาเป็นตัววัดในการกำหนดหลักในการวัดถึงความใกล้ชิดหรือห่างไกล อันเป็นตัวกำหนดตำแหน่งของการลงมือพยายามกระทำ ความผิด ปัญหาต่อมาคือหากใช้เพียงคุณธรรมในทางกฎหมายมาเป็นตัววัดความเสี่ยงในการเกิดความผิดแต่อย่างเดียวในประเทศไทยอาจจะมีปัญหาเช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษได้ คือ ปล่อยช่องว่างให้มีการใช้ดุลยพินิจของศาลกว้างมากเกินไป ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดกรอบลักษณะของการกระทำที่จะเป็นการพยายามกระทำ ความผิดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายส่วนหนึ่ง ก็คือต้องมีการบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายว่า ลักษณะของการพยายามกระทำ ความผิดต้องเป็นลักษณะของการกระทำที่ดำเนินการโดยตรงมุ่งไปสู่การกระทำ ความผิด<sup>308</sup> อันเป็นการกำหนดกรอบการวินิจฉัยให้ศาลและแก้ปัญหาคำวินิจฉัยที่เคร่งครัดส่วนหนึ่ง ส่วนทฤษฎีที่นำมาเป็นหลักในการอธิบายลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำ ความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำ ความผิดกับการเตรียมกระทำ ความผิดนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับหลักการกระทำที่กระทบกับคุณธรรมตามกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) มาเป็นหลักในการวินิจฉัยซึ่งจะผันแปรไปตามชนิดและฐานความผิด ซึ่งการบัญญัติกรอบลักษณะของการกระทำดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายประกอบกับแนวทางการใช้ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นมาเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำ ความผิดกับการเตรียมเช่นนี้จะทำให้การวินิจฉัยเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำ ความผิดมีหลักแน่นอนขึ้น และเป็นไปอย่างมีเหตุผล ตัวอย่างเช่น กรณีที่ความผิดฐานฆ่าคนโดยใช้ปืนยิงก็ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นการเล็ง การข่มขืนกระทำชำเราก็ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นใช้อวัยวะเพศชายจ่อที่อวัยวะเพศหญิง หรือ ระดับการคุ้มครองบุคคลต้องมากกว่าการคุ้มครองทรัพย์สินเพราะระดับคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมีความรุนแรงมากน้อยต่างกัน เป็นต้น

<sup>308</sup> ดูประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ.1952 มาตรา 121-5 ในบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.2.1. หน้า 104. และประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันนี (STGB) มาตรา 22 ในบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.2.2. หน้า 108.

DRU  
บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2538). **สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท**. คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). **ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตล่อว์และคอมมอนล่อว์**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 8)**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- คณิต ฌ นคร. (2543). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2540). **ประมวลกฎหมายอาญาหลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ (พิมพ์ครั้งที่ 6)**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- \_\_\_\_\_. (2543). **กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 7)**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิตติ ดิงศักดิ์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 9)**. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- \_\_\_\_\_. (2539). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 (พิมพ์ครั้งที่ 5)**. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- โชติชนาภิบาล,หลวง กัปปวก. (2477). **รวมฎีกากฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 พ.ศ.2460-2476**. กรุงเทพฯ : ม.ป.ศ.
- \_\_\_\_\_. (2481). **รวมฎีกากฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2477-2480**. กรุงเทพฯ.
- ประเสริฐมนูกิจ,หลวง (ประเสริฐ ศิริสัมพันธ์). (2475). **คำอธิบายกฎหมายอาญาของอังกฤษ**. กรุงเทพฯ : อารณีสภาคาร ถนนวรจักร.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. (2544). **หลักและกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 4)**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- \_\_\_\_\_. (2540). **กฎหมายอาญาหลักและปัญหา (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- \_\_\_\_\_ (2543). **ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- บริรักษ์นิติเกษตร,พระ (หรั่ง นิมิหุด). (2478). **กฎหมายลักษณะอาญาเก่าใหม่ทั้งหมด**. กรุงเทพฯ : หนังสืออ้างอิง หอสมุดปรีดี พนมยงค์.
- ราชบุรีดิเรกฤทธิ์,พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่น. (ร.ศ.120). **กฎหมาย เล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาและ ทนายความ** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กองทัพอากาศ.
- ร. แลงการ์ด. (2526). **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1**. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด (ท.ว.พ.).
- วรภักดีพิบูลย์,พระ. (2514). **คำอธิบายกฎหมายอาญา 1**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วัชรินทร์.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). **บันทึกของนายออร์ซ ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). **หลักกฎหมายอาญา**. กรุงเทพฯ : บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด.
- หยุด แสงอุทัย. (2537). **กฎหมายอาญา ภาค 1** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- \_\_\_\_\_ (2548). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127** (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

#### บทความ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2539,มีนาคม). “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำผิดตามกฎหมายอเมริกัน : หลักการกระทำขั้นต้นตอนสำคัญ.” **บทบัญญัตินิติศาสตร์ของเนติบัณฑิตยสภา, เล่ม 52, ตอน 1**. หน้า 21 – 27.
- \_\_\_\_\_ (2545). “ความผิดที่ไม่มีพยายาม.” **หนังสือที่ 45 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา**. หน้า 147 – 150.
- คณิต ฅ นคร. (2546,มีนาคม). “การดำเนินคดีของพนักงานอัยการและคำพิพากษาของศาลในคดีซื้อเสียงที่จังหวัดบุรีรัมย์.” **วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 33, เล่มที่ 1**. หน้า 1 – 18.
- \_\_\_\_\_ (2535). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” **วารสารอัยการ, ฉบับที่ 25**.



ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2526). “พยายาม(ข่มขืน) กระทำชำเรา : คำพิพากษาศาลฎีกา v.s. หลักกฎหมาย.” วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,ฉบับที่ 1,ปีที่ 13. หน้า 165 – 172.

\_\_\_\_\_. (2525) “ลักษณะแห่งการกระทำในกฎหมายอาญา.” วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,ปีที่ 12,ฉบับที่ 3. หน้า 166 – 189.

มานิตย์ สุชาพร. (2529). “พยายามโทรมหึงมีได้หรือไม่.” บทบัญญัตินิตยสารของเนติบัณฑิตยสภา,เล่มที่ 42,ตอน 3. หน้า 1 – 8.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2532,ธันวาคม). “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,ปีที่ 19,เล่มที่ 4.

เสนาะ เอกพจน์. (2501). “พยายามฆ่าคนตายตามกฎหมายไทยและอังกฤษ.” ดุลพาหะ,ปีที่ 5,เล่มที่ 11. หน้า 708 – 723.

อรรถการีย์นิพนธ์,พระยา. (2512). “ความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา.” บทบัญญัตินิตยสารของเนติบัณฑิตยสภา,เล่ม 26,ตอน 1 – 2. หน้า 93 – 106.

#### เอกสารอื่น ๆ

เกียรติจักร วัจนสวัสดิ์. (2547). “คำบรรยายวิชากฎหมายอาญา มาตรา 59–106 ครั้งที่ 15.” รวมคำบรรยายภาค 1,สมัยที่ 57,เล่มที่ 16. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 251 – 276.

\_\_\_\_\_. “คำบรรยายวิชากฎหมายอาญา.” เอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพฯ : ห้องสมุดจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2519.

ชาญเชาว์ ไชยานุกิจ. (2544,22 มิถุนายน). “คำบรรยายวิชาการบริหารงานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.” เอกสารประกอบการสอน,ภาค 1/2544. กรุงเทพฯ : บัณฑิตวิทยาลัยมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2529). “เอกสารสำหรับการศึกษา วิชา น.316 สัมมนากฎหมายอาญา.” เอกสารประกอบการสอน,คณะกรรมการทางวิชาการคณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ทวี กสิยพงศ์. (2527). “คำบรรยายวิชากฎหมายอาญา.” รวมคำบรรยาย ภาค 1/2527. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

คณะกรรมการกฤษฎีกา. (2483,6 กันยายน). “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา.” รายงานการประชุมครั้งที่ 120/101/2483. กรุงเทพฯ : คณะกรรมการกฤษฎีกา

\_\_\_\_\_.(2483,10 กันยายน). “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา.” รายงานการประชุมครั้งที่ 121/104/2483. กรุงเทพฯ : คณะกรรมการกฤษฎีกา.

\_\_\_\_\_.(2483,13 กันยายน). “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา.” รายงานการประชุมครั้งที่ 122/109/2483. กรุงเทพฯ : คณะกรรมการกฤษฎีกา.

วิจิตร ลุตติวานนท์. (2507). “กฎหมายอาญา ภาค 1.” คำสอนชั้นปริญญาตรีคณะนิติศาสตร์, ชั้นปีที่ 4. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วิษณุ เครืองาม.(2544). “คำบรรยายวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายเอกชน.” เอกสารประกอบการเรียนนิติศาสตร์มหาบัณฑิต,บัณฑิตวิทยาลัย. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2543). “คำบรรยายวิชากฎหมายอาญาชั้นสูง.” เอกสารประกอบการเรียน,ครั้งที่ 6 ปีการศึกษา 2543,นิติศาสตร์มหาบัณฑิต. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

### วิทยานิพนธ์

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2524). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

นริศราแดงไฝ. (2540). การลงมือกระทำความผิด : ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ณัฐวดี ดีมาก. (2546). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต. สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

อัสนี ภูมมะวัน. (2545). การลงโทษการพยายามกระทำความผิด. สารนิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต. สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

### สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

คำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี (German Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB) ). สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>

เปรียบเทียบข้อแตกต่างระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายและทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ. อ้างถึงใน Bricdey, Professor. (Spring, 2002). Criminal Law Common Law / Model Penal Code Comparisons. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://law.wustl.edu/Organizations/SBA/Outlines>

ประมวลกฎหมายอาญา (Model Penal Code 1962). ของประเทศสหรัฐอเมริกา. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/resource.htm>.

### ภาษาต่างประเทศ

#### BOOKS

Antony Duff (R. A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. New York : Oxford University Press. ISBN 0-19-826268-X.

A.P.Dobson. (1981). **Case and Statutes on Criminal Law** (2 nd ed.). London : Sweet & Maxwell Press. ISBN 0-421-24810-6.

A.P. Simester and A.T.H. Smith. (1996). **Harm and Culpability**. New York : Oxford University Press. ISBN 0-19-826057-1.

Glanville Williams. (1961). **Criminal Law The General Part** (2 nd ed.). London : Stevens & Sons Limited.

Jerome Hall. (1996). **General Principles of Criminal Law** (2 nd ed.). Indianapolis New York. The Bobbs-Merrill company A Subsidiary of Howard W. Sams & Co .INC Publishers.

Michael J. Allen. (2003). **Textbook on Criminal Law** (7 th ed.). New York : Oxford University press.

Michael Molan. (2001). **Sourcebook on Criminal Law** (2 nd.ed.). London : Cavendish  
Publishing limited.

D  
P  
U

กรม  
การ  
การ  
การ

ภาคผนวก

## ภาคผนวก

## คณะกรรมการกฤษฎีกา

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 120/101/2483

วันศุกร์ ที่ 6 กันยายน 2483

-----

ผู้ที่มาประชุม คือ

(1) นาย อาร์ . กียอง	กรรมการ
(2) หลวงจำรูญเนติศาสตร์	กรรมการ
(3) หลวงประสาทศุภินิติ	กรรมการ
(4) พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์	กรรมการ
(5) พระยาเลขวิชิตธรรมวิทักษ์	กรรมการ
(6) หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ	กรรมการ
(7) พระยารรดกรมมุนต์ดี	กรรมการ
(8) พระยารรดการิย์นิพนธ์	กรรมการ
นายเสริม วินิจฉัยกุล	ผู้ช่วยกรรมการร่างกฎหมาย
นายสายหยุด แสงอุทัย	ผู้จดยรายงาน
นายนาวาเอก หลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น.	ติตราชการที่อื่น
นาย ของ บรูเนย์	ลาราชการ
นายเดือน บุญนาค	ติตราชการที่อื่น

เปิดประชุมเวลา 10.00 น.

โดยที่นาวาเอก หลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น. ประธานอนุกรรมการ ติตราชการที่อื่น ที่ประชุมจึงลงมติให้พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ นั่งเป็นประธาน

ประธานฯ กล่าวเปิดประชุม และขอให้ที่ประชุมพิจารณาหมวดที่ 5 ต่อไป  
ผู้จดยรายงานอ่านชื่อ หมวดที่ 5 การพยายามกระทำความผิด เสนอที่ประชุม  
ที่ประชุมให้ผ่านไป

ผู้จดยรายงาน อ่านร่างมาตรา 60 ของเลขานุการ เสนอที่ประชุม ซึ่งมีความว่า “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด แต่กระทำการไปไม่ได้ เพราะมีเหตุนอกเหนืออำนาจตนมาขัดขวาง หรือ

ได้กระทำการไปแล้ว ผลที่น่าจะบังเกิดขึ้นมิได้เกิดขึ้นตามความมุ่งหมาย ผู้นั้นพึงรับอาญาสองในสามส่วนของอาญาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

นาย อาร์ . กียอง ในวาระที่ 1 เราได้พูดคุยกันถึงเรื่องนี้ยืดยาวว่า มาตราเหล่านี้ไม่เหมาะสม เพราะไม่ได้คำนึงถึงการแบ่งแยกที่ศาลได้ปฏิบัติ และที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศปัจจุบัน ซึ่งได้แยกออก การพยายาม (attempt) และการกระทำไม่สำเร็จ (failure to commit an offence) กรณีทั้งสองกรณีนี้จะพบได้จากประมวลกฎหมายอาญาสวีต กรณีทั้งสองนี้มีลักษณะร่วมกันอยู่ คือ ผลยังไม่ได้เกิดขึ้นซึ่งก็เป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งจะต้องดูต่อไปว่าเป็นการพยายามหรือการกระทำไม่สำเร็จ ร่างที่ข้าพเจ้าเสนอได้เดินตามประมวลกฎหมายอาญาสวีต ความแตกต่างกันมีอยู่ดังนี้ ในเรื่องพยายามนั้นผู้นั้นลงมือแล้วแต่ยังไม่สำเร็จ แต่ที่ไม่สำเร็จนั้นเพราะยังไม่ได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จำเป็นสำหรับการที่จะทำให้เกิดความผิดสำเร็จ ส่วนในเรื่องการกระทำความผิดไม่สำเร็จนั้น ผู้กระทำได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จำเป็นสำหรับการที่จะทำให้เกิดความผิดสำเร็จแล้ว แต่ความผิดสำเร็จไม่ การกระทำความผิดไม่สำเร็จนี้ผู้กระทำควรรับโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ ต่างกับการพยายามซึ่งผู้กระทำควรได้รับโทษน้อยกว่า นอกจากนี้ก็มีเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำเชื่อว่าตนพยายามกระทำความผิด แต่ความจริงความผิดนั้นจะเป็นไปไม่ได้เลย เช่น ริดลูกหญิงที่ไม่มีครรภ์ เป็นต้น

ร่างที่นาย อาร์ . กียอง เสนอ มีข้อความดังนี้

**มาตรา ก.** ผู้ใดกระทำการอันเป็นการเฉพาะเพื่อและมุ่งตรงต่อการกระทำความผิด ถ้ากระทำการไปไม่ได้ตลอด ผู้นั้นเป็นผู้พยายามกระทำความผิด

ถ้าการกระทำไปไม่ได้ตลอดนั้น เนื่องมาจากสาเหตุอันอยู่นอกเหนืออำนาจตน ผู้นั้นพึงรับอาญาซึ่งกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ลดลงหนึ่งในสาม เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ถ้าการกระทำไปไม่ได้ตลอดนั้น เนื่องมาจากการยับยั้งเสียดด้วยใจตนเอง ไม่กระทำการอันมุ่งตรงต่อการกระทำความผิดต่อไป ผู้นั้นมีความผิดเพียงเท่าที่ได้กระทำไปเมื่อการที่ได้กระทำไปแล้วนั้นก็เป็นความผิด

ถ้าผู้นั้นด้วยความสมัครใจของตนเองเข้าป้องกันมิให้เกิดเป็นความผิดขึ้นได้ ผู้นั้นพึงรับอาญาซึ่งกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลดลงกึ่งหนึ่ง เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

มาตรา ข. ผู้ใดกระทำการอันเป็นการเฉพาะเพื่อและมุ่งตรงต่อการกระทำ ความผิด แต่พลาดไม่ได้รับผลแห่งการกระทำผิดนั้น มีความผิดต่อระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ

มาตรา ค. ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด โดยใช้วิธีหรือในพฤติการณ์อันพัน วิตยที่ความผิดนั้นจะสำเร็จขึ้นได้ มีความผิดต่อระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ลดลงกึ่งหนึ่ง

ประธานฯ เราควรพิจารณาว่ามาตรา 60 ตามที่ใช้อยู่นี้บกพร่องอย่างไรถ้า บกพร่องก็พิจารณาร่างของนาย อาร์ . กียอง และพิจารณาว่าควรแบ่งแยกออกไปอย่างที่นาย อาร์ . กียอง เสนอหรือไม่

พระยาอรรถการีย์ฯ ควรพิจารณาร่างของนาย อาร์ . กียอง เพราะตัวบทเดิมที่ ขึ้นต้นด้วย “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด” ไม่ดี หลักของนาย อาร์ . กียอง จะทำให้การวินิจฉัย คดีง่ายขึ้น ส่วนร่างมาตรา ค. นั้นเป็นเรื่องใหม่ เราควรพิจารณาว่าจะควรรับหลักการนี้หรือไม่ ความผิดที่เป็นไปไม่ได้นี้กฎหมายปัจจุบันไม่ถือว่าเป็นความผิดเลย

ประธานฯ เราจะแบ่งออกเป็นสามอย่างดังที่นาย อาร์ . กียอง ร่าง หรือจะเอาอย่าง เดิม มีข้อข้องใจอยู่ตามที่นายเดือนฯ เสนอ รู้สึกว่าตามที่ปฏิบัติมา กรณีที่มีคนมายึดขัดขวาง หรือ กระทำลงไปแล้วแต่ผลไม่เกิดขึ้น เราถือว่าเป็นเรื่องนอกเหนืออำนาจผู้กระทำ เช่น จะยิงผู้อื่นให้ตาย แต่ไม่สำเร็จอาจเป็นเพราะยิงไม่แม่นหรือปืนไม่ดี หรือไปสะดุดหกล้มเสีย ซึ่งเป็นเหตุนอกเหนือ อำนาจทั้งนั้น ตามกฎหมายที่ใช้อยู่นี้ก็รู้สึกว่าจะพอไปได้

พระยาอรรถการีย์ฯ ร่างของนาย อาร์ . กียอง แยกแยะไว้ดี ส่วนหลักการใหม่ ๆ นั้นเราควรพิจารณาว่าจะเอาหรือไม่

หลวงประสพฯ ข้าพเจ้ามีความเห็นคล้าย ๆ กับพระยาอรรถการีย์ฯ คือสำหรับ บทบัญญัติเดิมเราแปลมาอย่างขอไปที การทำลงไปแล้วผลไม่เกิดก็เป็นพยายาม ถ้าเขียนแยก ออกเป็นมาตรา ก. และ ข. จะดี แต่ในมาตรา ข. หรือมาตรา ค. จะควรเอาโทษเต็มหรือเอาโทษกึ่ง หนึ่งนั้นเป็นหลักการซึ่งข้าพเจ้าไม่เห็นด้วย ควรวางไว้สองอย่าง คือ พยายามซึ่งผู้กระทำถูกขัดขวาง เสีย และการกระทำไปตลอดแล้วแต่ผลไม่บังเกิดขึ้น

หลวงจำรูญฯ ต้องตกลงกันก่อนว่าจะเอาตามหลักการของนาย อาร์ . กียอง หรือ ของนายเดือนฯ

หลวงประสพฯ ต้องตกลงกันก่อนว่า ถ้าทำผิดตลอดไปแล้วแต่ผลไม่เกิดขึ้นจะ เอาโทษเต็มหรือไม่ การทำตลอดไปแล้วเราเรียกว่าพยายามเหมือนกัน



พระยารรณการีย์ฯ เป็น “พยายาม” ตามบทวิเคราะห์ ซึ่งเราได้บัญญัติขึ้น ฉะนั้น คำในมาตรา 60 เดิมที่ใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด” จึงไม่ดี

พระยารรณกรมฯ ที่จริงกฎหมายเดิมเราไม่ได้เรียกชื่อว่า พยายาม เขาบัญญัติให้เอาโทษต่างหาก

ประธานฯ เป็นอันว่ามีความเห็นตรงกัน คือ มาตรานี้ต้องแยกออกไป ซึ่งแปลว่า ไม่เอาตามร่างของนายเคื่อนฯ ฉะนั้นควรพิจารณาร่างมาตรา ก. ของนาย อาร์. กียอง ต่อไป

หลวงจำรุงฯ คำว่า appropriate จะแปลว่าอย่างไร

ม.จ.สกลฯ แปลว่า “เหมาะ”

พระยารรณการีย์ฯ เราอาจเลี่ยงใช้คำนี้ได้โดยใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดแต่ทำไม่ตลอด”

หลวงประสาทฯ อ่านประมวลกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ ที่เกี่ยวกับพยายามเสนอที่ประชุม

ประธานฯ อาจบัญญัติอย่างกฎหมายจีนก็ได้ (ประธานฯ อ่านกฎหมายจีนเสนอที่ประชุม)

หลวงจำรุงฯ บัญญัติอย่างกฎหมายฟิลิปปินส์ได้จะดี

หลวงประสาทฯ ควรใช้คำว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอด ผู้นั้นเป็นผู้พยายามกระทำความผิด”

พระยารรณการีย์ฯ ส่วนคำว่า “ลงมือ” จะมีความหมายเพียงใดควรเป็นหน้าที่ของตำรากฎหมาย

พระยาเลขาวิชฯ เกรงว่าที่ใช้คำนั้น ๆ จะไกลไปหน่อย การพยายามจะต้องใกล้ชิดกับเหตุหรือเหตุหวัด ต้องเป็นขั้นที่จะสำเร็จเป็นความผิด ควรใช้คำว่า “เจตนาจะกระทำความผิดและได้กระทำความผิดไม่สำเร็จ เพราะเหตุนอกอำนาจ” คือต้องเป็นการเริ่มกระทำใกล้ชิดกับเหตุแล้ว

ประธานฯ “เริ่ม” หรือ “ไม่เริ่ม” ก็เป็นเรื่อง “ลงมือ” นั่นเอง

หลวงจำรุงฯ อย่างกฎหมายฟิลิปปินส์ เช่น ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำ ก. ข. และ ค. ถ้ากระทำเพียง ก. ข. ยังไม่ได้ทำ ค. ก็เป็นเรื่องพยายามซึ่งตรงกับมาตรา ก. ของนาย อาร์. กียอง ส่วนเรื่องของมาตรา ข. ของนาย อาร์. กียอง นั้น ผู้กระทำได้กระทำ ก. ข. และ ค. แล้วแต่ผลไม่เกิดขึ้น เช่น ยิงปืน ถ้ายังไม่ได้เป็นพยายามเข้ามาตรา ก. ถ้ายิงไปแล้วแต่ไม่ถูกเข้ามาตรา ข.

ประธานฯ ถ้ายกปืนจะยิงคน แต่ปืนไม่มีลูกจะเข้าข้อไหน

นาย อาร์. กียองฯ เป็นปัญหายุ่งยาก

พระยาอรรณกรม ฯ อย่างเช่นตั้งใจจะซื้อเหล่าเถื่อน แต่ไปซื้อได้ขวดที่เขาเอาแต่น้ำใส่ไว้จะมีพื้นฐานพยายามหรือไม่

พระยาอรรณกรีย์ ฯ อย่างล้วงกระเป๋าแต่กระเป๋านั้นไม่มีสตางค์เป็นพยายาม

หลวงจำรุณ ฯ จิตเส้นยากหรือเกิน เช่น ฆ่าคนที่ตายแล้ว กับล้วงกระเป๋าไม่มีสตางค์เป็นเรื่องอย่างเดียวกัน

พระยาอรรณกรีย์ ฯ การฆ่าคนตายแล้ว คนนั้นฆ่าไม่ได้เลย แต่การไม่มีสตางค์ในกระเป๋านั้นเป็นการบังเอิญ โดยปกติกระเป๋าอาจมีสตางค์ได้

หลวงจำรุณ ฯ ถ้าพิสูจน์ว่ากระเป๋านั้นไม่เคยใส่สตางค์ไว้เลยก็อาจถือว่าเป็นความผิดที่เป็นไปไม่ได้เหมือนกัน

ประธาน ฯ จะต้องตกลงเรื่องโทษก่อน จึงจะพิจารณาว่าจะเอามาตรา ก. และมาตรา ข. รวมกันได้หรือไม่

หลวงจำรุณ ฯ ขอให้เขียนบทวิเคราะห์ลงไว้ก่อน แล้วดูว่าจะควรเอาอย่างไร และลองแปลกฎหมายฟิลิปปินส์ที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ดู

หลวงประสาท ฯ ขอให้พิจารณาเสียก่อนว่า มาตรา ข. จะควรเอาโทษเต็มหรือไม่ ถ้าเอาโทษเท่ากับมาตรา ก. แล้วก็อาจรวมกันได้โดยใช้คำว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่เกิดผลตามความมุ่งหมาย ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

ประธาน ฯ เราอาจบัญญัติรวมกันไป และตอนหลังแยกลงโทษได้

ม.จ.สกล ฯ ทรงแปลกฎหมายฟิลิปปินส์เกี่ยวกับพยายามเป็นภาษาไทยเสนอที่ประชุม

ประธาน ฯ ในกรณีที่ทำไปเสร็จแล้วและผลยังไม่เกิดขึ้นเราจะไม่เรียกว่า “พยายาม” หรือ

พระยาอรรณกรีย์ ฯ ถ้าตกลงกันว่านอกจากความผิดที่เป็นไปไม่ได้ซึ่งควรจะพิจารณาภายหลัง เราจะเอาโทษเท่ากันแล้ว เราเขียนเท่านี้ก็พอ

“ก. ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่ไม่ได้เกิดผลครบถ้วนตามเจตนา ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

“ข. ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับอาญาสำหรับความผิดนั้นสองในสามส่วน”

“ค. ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียได้ด้วยใจตนเอง ผู้นั้นต้องรับอาญาเพียงเท่าที่ได้กระทำไปแล้ว หากการกระทำไปแล้วนั้นกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด”

ประธาน ฯ ถ้าเกิดผลแตกต่างกับเจตนาจะถือว่าเป็นพยายามไม่ได้เช่นนั้นหรือ เช่น จะยิง ก. ไปถูก ข. ที่ใช้คำว่า “บังเกิดผลครบถ้วนตามเจตนา” ไม่ได้

พระยาอรรถการีย์ ฯ ตามตัวอย่างนั้นเป็นเรื่องพลังพลาตซึ่งมีบัญญัติอยู่ส่วนหนึ่งแล้ว

ม.จ.สกล ฯ ที่ใช้คำว่า “ครบถ้วนตามเจตนา” แรงเกินไป ควรใช้คำว่า “สมกับเจตนา” จะดีกว่า

พระยาอรรถการีย์ ฯ ถ้าเช่นนั้นใช้คำว่า “ไม่บังเกิดผลตามเจตนา” เอาคำว่า “ครบถ้วน” ออก

พระยาเลขาวิช ฯ ที่เอาเจตนาเป็นหลักจะไม่เหมาะ เพราะ “พยายาม” ถือเอาการกระทำเป็นเกณฑ์ ไม่ได้ถือเอาว่าสมเจตนาหรือไม่

หลวงประสาธ ฯ เราเห็นเรื่องแล้วคือ การกระทำไปไม่ตลอดอย่างหนึ่ง และการกระทำไปตลอดแล้วไม่เกิดผลอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งในความคิดสมัยใหม่เขาแยกออกจากกัน เราควรเอาและที่ข้าพเจ้าร่างมาแล้วที่ประชุมจะเห็นเป็นอย่างไร

พระยาอรรถการีย์ ฯ ร่างของหลวงประสาธ ฯ สองประโยคคือ “ผู้ใดลงมือกระทำ ความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บังเกิดผล ฯลฯ” รวมอยู่ในร่างของข้าพเจ้าประโยคเดียว คือ “ผู้ใดลงมือกระทำ ความผิด แต่ไม่บังเกิดผล”

หลวงประสาธ ฯ แต่เราควรแยกบัญญัติไว้

ประธาน ฯ ที่หลวงประสาธ ฯ ใช้คำว่า “ความมุ่งหมาย” นั้น อย่างทราบว่า “ความมุ่งหมาย” ต่างกับ “เจตนา” อย่างไร

หลวงประสาธ ฯ ความมุ่งหมายจะต้องมีทั้งสองอย่าง คือ เจตนาอย่างหนึ่งกับการประสงค์ต่อผลอีกอย่างหนึ่ง

พระยาอรรถการีย์ ฯ ข้าพเจ้าเห็นด้วยว่าคำว่า “มุ่งหมาย” ดี แต่จะควรเขียนไว้ให้ชัดเจนอย่างหลวงประสาธ ฯ เสนอ หรือไม่

ม.จ.สกล ฯ ใช้คำว่า “มุ่งหมาย” ดี เจตนาอยู่ที่เราเอง วัตถุประสงค์อยู่ห่างออกไป แต่ความมุ่งหมายอยู่ระหว่างกลาง เช่น จะยิงเป้า การยิงปืนเป็นเจตนา เป้าเป็นวัตถุประสงค์ ส่วนการยิงให้ถูกเป้าเป็นความมุ่งหมาย

พระยาเลขาวิช ฯ ข้าพเจ้าเห็นว่า การพยายามไม่เกี่ยวกับเจตนา ต้องเอาระดับแห่งความสำเร็จเป็นเกณฑ์ เจตนาอันมีประกอบอยู่ในคำว่า พยายาม แต่การพยายามจะต้องใกล้ชิดกับความสำเร็จของความผิด

พระยาอรรณกรม ฯ ถ้าจะดูแต่การกระทำอย่างเดียว การยิงคนอายุมีเจตนาทำร้ายร่างกายก็ได้ เจตนาฆ่าคนตายก็ได้ ต้องเอาความมุ่งหมายที่จะกระทำเป็นเกณฑ์

หลวงประสาธ ฯ หลักที่ว่าใช้ปืนยิง ถือเทียบขนาดว่าเป็นพยายามฆ่าคนตายนั้น เป็นหลักที่ผิด (หลวงประสาธ ฯ อ่านร่างที่ยกขึ้นใหม่เสนอที่ประชุมอีกครั้ง)

นาย อาร์ . กियอง ฯ ถ้าท่านยกมาตรา ก. มารวมกับมาตรา ข. จะต้องมีโทษเท่ากัน

หลวงจำรุณ ฯ ต้องดูด้วยว่าจะเอาข้อยังมารวมไว้หรือไม่ เพราะถ้าจะรวมไว้บทวิเคราะห์นั้นก็ใช้ได้

พระยาลัดพลี ฯ ต้องเอามาบัญญัติรวมไว้

นาย อาร์ . กियอง ฯ ในร่างมาตรา ก. ไม่ได้พูดถึงผลเลย เพราะผลแห่งการกระทำมีความสำคัญอยู่เฉพาะในมาตรา ข. ในกฎหมายต่างประเทศการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา ก. กฎหมายลดโทษให้ ส่วนการกระทำความผิดยังไม่สำเร็จ (failure to commit an offence) ตามมาตรา ข. นั้น ลงโทษเต็ม เพราะได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จะให้ความผิดนั้นสำเร็จแล้ว เว้นแต่ผู้กระทำจะได้ป้องกันไม่ให้ผลแห่งการกระทำเกิดขึ้น

ประธาน ฯ ปัญหานี้เป็นปัญหาสำคัญที่จะต้องพิจารณา

หลวงจำรุณ ฯ ที่กฎหมายต่างประเทศไม่ลดโทษให้ เพราะบุคคลนั้นได้กระทำความผิดแล้ว การลงโทษผู้กระทำผิดไม่ใช่เพราะผู้นั้นฆ่าคนตาย แต่เป็นเพราะจะป้องกันไม่ให้ผู้อื่นกระทำการอย่างนั้นต่อไปอีกด้วย

ประธาน ฯ เราจะยอมรับหลักของนาย อาร์ . กियอง หรือไม่

ม.จ.สกล ฯ ความเห็นของนาย อาร์ . กियอง ถูกต้องแล้ว เพราะเมื่อกระทำทุกสิ่งทุกอย่างแล้วก็ควรลงโทษเต็ม เช่น ในเรื่องฆ่าคนตาย การลงโทษผู้กระทำผิดไม่ให้ทำให้ผู้ตายฟื้นมาได้ การที่ลงโทษผู้กระทำก็เพราะเหตุไม่ให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น และโดยเหตุนี้ผู้ถูกยิงจะถึงแก่ความตายหรือไม่ จึงไม่ควรถือว่าเป็นข้อสำคัญ

หลวงจำรุณ ฯ กฎหมายต่างประเทศก็ได้ถือหลักที่ว่า การที่ลงโทษเพื่อป้องกันไม่ให้คนอื่นกระทำความผิดขึ้นอีก

พระยาอรรณกริษฐ์ ฯ หลักของการลงโทษมีหลายอย่าง นอกจากจะป้องกันไม่ให้ความผิดเกิดขึ้นอีกแล้ว ยังมีหลักให้ชดเชยกับความผิดที่เกิดขึ้นแล้วด้วย ข้าพเจ้าเห็นว่าควรมีโทษเท่ากัน และไม่ควรถกบัญญัติเป็นสองมาตรา

ประธาน ฯ การไม่ลดโทษจะเป็นการยอมให้กระทำความผิดสำเร็จ เช่น ยิงไปแล้วแต่ยังไม่ถูก ถ้าผู้กระทำทราบว่า จะยิงถูกหรือไม่ถูกโทษก็เท่ากันจะไม่กลับใจ คงยิงต่อไปจนผู้ถูกยิงตาย คิดว่าควรเอาร่างของพระยาอรรณกริษฐ์ ฯ ดีกว่า

หลวงประสาธ ๑ ร่างของพระยาอรรณการีย์ ๑ ซัดอยู่หน่อย เพราะตอนต้นเราใช้คำว่า “ลงมือ” ซึ่งแสดงว่าผลยังไม่บรรลุ แต่ถ้าใช้คำว่า “ลงมือ” แล้วก็ต้องอธิบายต่อไปว่ากระทำไปตลอดหรือไม่ตลอดจะเป็นอย่างไร เพราะฉะนั้นจึงอยากใส่ไปทั้งสองกรณี การเรียนกฎหมายก็จะสะดวกเข้า

ประธาน ๑ เอาตามร่างของพระยาอรรณการีย์ ๑ แต่เอาคำว่า “ลงมือ” ออกเสียจะได้หรือไม่

พระยาอรรณการีย์ ๑ คำว่า “ลงมือ” ดิจะได้แสดงให้เห็นว่าพ้นจากการเตรียมไปแล้ว

หลวงประสาธ ๑ ถ้าจะเอาคำว่า “ลงมือ” ไว้ก็ควรแยกออกไป

พระยาอรรณการีย์ ๑ ถ้าผลแตกต่างกันก็ควรแยก แต่นี่ผลแตกต่างกันไม่มี

หลวงประสาธ ๑ แต่ข้อเท็จจริงเป็นคนละเรื่อง

พระยาอรรณการีย์ ๑ ใช้คำว่า “ลงมือแล้ว” จะได้หรือไม่ จะได้แสดงว่ากระทำไปแล้วส่วนใดส่วนหนึ่ง

พระยาเลขาวิช ๑ ที่หาคำใหม่มาก็ไม่ดี ควรใช้คำเก่า

ประธาน ๑ คำเก่าเอาคำว่า “พยายาม” ขึ้นหน้าไม่เหมาะ

พระยาอรรณการีย์ ๑ ใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดโดยลงมือแล้ว แต่ไม่บรรลุผล” จะได้หรือไม่

พระยาเลขาวิช ๑ ควรใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดไม่สำเร็จเพราะเหตุนอกอำนาจ”

หลวงประสาธ ๑ ข้าพเจ้าขอยืนยันให้บัญญัติว่า ได้กระทำไม่ตลอดและได้กระทำตลอดแล้ว

พระยาอรรณการีย์ ๑ การไม่บรรลุผลนั้นมีโทษสองอย่างนั้นเท่านั้นหรือ ถ้ามีอย่างอื่นอีกอันตราจะมาก

หลวงประสาธ ๑ มีได้สองอย่างเท่านั้น คือ กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่ผลไม่เกิดขึ้น

ม.จ.สกล ๑ รักจะให้บัญญัติอย่างหลวงประสาธ ๑

พระยาอรรณการีย์ ๑ จะใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดโดยได้ลงมือกระทำการส่วนใดส่วนหนึ่ง” จะได้หรือไม่

ประธาน ๑ “ลงมือ” ก็เป็นเรื่องกระทำการส่วนใดส่วนหนึ่งนั่นเอง

พระยาอรรณการีย์ ๑ การกระทำไปไม่ตลอดจะบรรลุผลไม่ได้หรือ

ประธาน ฯ บรรลุผลไม่ได้

พระยารรณการีย์ ฯ อย่างตักขาคคน ๆ หนึ่ง พอตัดไปได้ชนิดเดียวตำรวก็จับ ต่อมา แพทย์ต้องตัดขานั้นออก

หลวงประสาธ ฯ นั้นเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

พระยารรณการีย์ ฯ ข้าพเจ้าไม่ขัดข้องในการที่จะแยกบัญญัติไว้ แต่มีข้อสงสัย สองประการ คือ การที่ผลไม่เกิดขึ้นนั้นมีเพียงในสองกรณี คือการกระทำไม่ตลอดและการกระทำ ตลอดไปเท่านั้นหรือ และนอกจากนั้นอาจเป็นไปได้หรือไม่ที่กระทำไปไม่ตลอดแต่ผลก็เกิดขึ้น

หลวงจำรุณ ฯ ตัวอย่างที่พระยารรณการีย์ ฯ สงสัยบางทีจะเป็นอย่างนี้ คนจะเผา บ้านผู้อื่น เอาผ้าหุบน้ำมันกำชไปใส่ไว้แล้ว แต่ลืมเอาไม้ขีดไฟมา จึงกลับไปเอาไม้ขีดไฟ ในระหว่าง นี้มีคนทิ้งก้นบุหรี่มาถูกผ้าที่ชุบน้ำมันกำชไฟเลยไหม้บ้าน

พระยารรณการีย์ ฯ คำว่า “บรรลุผล” จะต้องเข้าใจว่า บรรลุผลโดยการกระทำ ของผู้นั้นเอง

ที่ประชุมตกลงยอมรับร่างของหลวงประสาธ ฯ ตามที่แก้ไขใหม่ ซึ่งมีความว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่ไม่บรรลุผลตาม ความมุ่งหมาย ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

ประธาน ฯ ควรพิจารณาว่าจะรวมมาตรา ค. กับมาตรา ก. และ ข. หรือไม่

หลวงจำรุณ ฯ ไม่น่าจะเอามารวม

ที่ประชุมเห็นว่าควรรวมมาตรา ก. และ ข. เท่านั้น ไม่ต้องรวมมาตรา ค. ด้วย

ประธาน ฯ ในเรื่องโทษสำหรับพยายามจะบัญญัติอย่างไร

หลวงประสาธ ฯ อาจบัญญัติความต่อไปได้ ใช้คำว่า “และพึงรับอาญาสองในสาม ส่วน ฯลฯ”

พระยารรณการีย์ ฯ ควรร่างเป็นวรรคใหม่ดีกว่า และข้าพเจ้าได้ร่างไว้แล้วดังนี้ “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับอาญาสำหรับความผิดนั้นสองในสามส่วน”

ที่ประชุมตกลงรับร่างของพระยารรณการีย์ ฯ

พระยารรณการีย์ ฯ จะยกวรรคนี้เป็นอีกมาตราหนึ่งหรือไม่

หลวงประสาธ ฯ ที่บัญญัติบทวิเคราะห้เฉย ๆ เป็นมาตรา เราไม่เคยทำ

หลวงจำรุณ ฯ เคยมีในเรื่องเจตนา

หลวงประสาธ ฯ ข้าพเจ้าอยากให้รวมเรื่องยับยั้งเป็นมาตราเดียวกันทีเดียว

หลวงจำรุณ ฯ ถ้ามาตรายาวนักอย่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะยัง เข้าใจยากขึ้น

นาย อาร์ . กียอง ฯ ในการที่เราลงโทษการพยายามและการทำความผิดไม่สำเร็จ (failure to commit an offence) ให้เท่ากันนั้น ควรระลึกว่าเราได้ใช้คำว่า “พยายาม” มานานแล้ว กฎหมายต่างประเทศได้แยกออกไปเป็นสองกรณีก็เพราะต้องการจะลงโทษแตกต่างกันที่ได้ตกลงไปแล้ว แสดงว่า เราทราบว่ามีกรณีสองประการ แต่เราเห็นว่าควรมีโทษเท่ากัน

ประธาน ฯ เราเห็นว่าควรลดโทษให้

หลวงจำรูญ ฯ ควรใช้คำตามมาตรา 58 คือ ใช้คำว่า “สองในสามส่วนของอาญา ฯลฯ”

หลวงประสพ ฯ ถ้าเช่นนั้น ก็ใช้คำให้เหมือนกัน โดยใช้คำว่า “ให้ลงอาญาแก่ผู้นั้นสองในสามส่วนของอาญา”

พระยาอรรถการีย์ ฯ ถ้อยคำตอนที่ว่า “ให้ลงอาญา” นั้นไม่จำเป็นต้องเหมือนกันทีเดียว

ที่ประชุมให้ใช้คำว่า “ผู้นั้นต้องรับอาญาสองในสามส่วนของอาญาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

พระยาอรรถการีย์ ฯ ส่วนความต่อมานั้น ข้าพเจ้าได้ร่างไว้ดังนี้ “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียได้ด้วยใจตนเอง ผู้นั้นต้องรับอาญาเพียงเท่าที่ได้กระทำไปแล้ว หากการกระทำไปแล้วนั้นกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด”

หลวงประสพ ฯ ต้องแยกออกเป็นสองกรณีอย่างร่างของนาย อาร์ . กียอง

พระยาอรรถการีย์ ฯ ถ้าทำไปตลอดแม้ยังเสียก็ไม่เป็นพยายาม

หลวงประสพ ฯ จะถือเช่นนั้นไม่ได้ ต้องถือว่าเป็นพยายาม เช่น ยิงปืนไปแต่ไม่เกิดผล จะยับยั้งภายหลังไม่ได้

พระยาอรรถการีย์ ฯ ข้าพเจ้าเห็นด้วย

พระยาเลขาวิช ฯ ถ้าตั้งใจยิงจนตาย ยิงผิดไปแล้วยับยั้งเสียไม่ยิงต่อไปจนตายเป็นเรื่องยับยั้ง

พระยาอรรถการีย์ ฯ แต่ผู้ที่ยิงนั้นต้องลงโทษเท่าที่กระทำไปแล้ว คือพยายามฆ่าคนตาย ในวาระที่ 1 ข้าพเจ้าได้มีความเห็นอย่างพระยาเลขาวิช ฯ เหมือนกัน แต่ที่ประชุมไม่เห็นพ้องด้วย

พระยาเลขาวิช ฯ เห็นว่าที่ยังคนคิดแล้วยับยั้งเสียไม่ยิงต่อไป แม้ยังยิงต่อไปได้ ผู้กระทำไม่มีโทษฐานพยายามฆ่าคนตาย

หลวงประสพ ฯ จะใช้คำนี้จะได้หรือไม่ “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดเพราะกระทำไปไม่ตลอด เนื่องมาจากการยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง ผู้นั้นมีผิดเพียงเท่าที่กระทำไป”

พระยาอรรณกรมฯ ควรมีคำว่า “ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นความผิด” ข้างท้ายด้วย  
พระยาอรรณกรีย์ฯ ควรใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียได้  
ไม่กระทำให้ตลอดไป ผู้นั้นต้องรับอาญาเพียงเท่าที่กระทำไปแล้ว เมื่อการที่กระทำไปแล้วนั้น  
กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด”

ม.จ.สกลฯ ต้องมีคำว่า “เอง” ด้วย

พระยาอรรณกรีย์ฯ ถ้าเช่นนั้นใช้คำเก่าว่า “ยับยั้งเสียได้ด้วยใจตนเอง”

ม.จ.สกลฯ ใช้คำว่า “ยับยั้งเสียเอง” ก็พอ

หลวงประสาธน์ฯ เห็นตำราจมา จึงหยุดการกระทำเสียก็เป็นการยับยั้งเสียเอง  
เหมือนกัน คำว่า “ยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง” ดีกว่า

ม.จ.สกลฯ คำว่า spontaneously แปลว่า “โดยลำพังตนเอง”

ที่ประชุมตกลงรับร่างของพระยาอรรณกรีย์ฯ แต่ให้แก้คำว่า “ยับยั้งเสียได้” เป็น  
“ยับยั้งโดยลำพังตนเอง”

ประธานฯ สำหรับร่างของนายอาร์. ก๊วยอง วรรค 4 ควรเลื่อนไปพิจารณาคราว  
หน้า เพราะมีเรื่องที่จะพูดกันมาก

ที่ประชุม ตกลงให้นัดประชุมคราวหน้าวันอังคารที่ 10 กันยายน 2483 เวลา  
10.00 น.

ปิดประชุมเวลา 12.15 น.

สายหยุด แสงอุทัย

ผู้จกรายงาน

เสริญ พิมพ์.

สายหยุด ทาน.



## มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 120/101/2483

วันศุกร์ ที่ 6 กันยายน 2483

ประเด็นพิจารณามติหมวดที่ 5 การพยายามกระทำความผิดร่างมาตรา 60 ของเลขานุการ และร่างมาตราก. และ ข. ของนาย อาร์ . กียอง

(1) นาย อาร์ . กียอง เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ควรจะแยกการพยายามและการกระทำความผิดไม่สำเร็จให้ออกจากกัน โดยถือว่า ในการ “พยายาม” ผู้กระทำยังไม่ได้กระทำทุกสิ่งทุกอย่างอันจำเป็นสำหรับความผิดเพราะมีเหตุมาขัดขวางเสีย การพยายามนี้ควรมีโทษน้อย ซึ่งเป็นกรณีในมาตรา ก. ส่วนการกระทำความผิดไม่สำเร็จได้แก่ผู้กระทำได้กระทำทุกสิ่งทุกอย่างอันจำเป็นสำหรับความผิดที่สำเร็จแล้ว แต่ผลไม่เกิดขึ้นตามที่มุ่งหมายไว้ ซึ่งผู้กระทำควรรับโทษเหมือนการกระทำความผิดสำเร็จ (ซึ่งเป็นกรณีในมาตรา ข.)

(2) หลวงประสาท ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ควรแยกออกเป็นสองกรณี อย่างนาย อาร์ . กียอง เสนอ แต่ไม่เห็นด้วยในการที่จะเอาโทษเต็มขอให้พิจารณาก่อนว่าการกระทำร่างมาตรา ข. จะควรเอาโทษเต็มหรือไม่ ถ้าเห็นควรลงโทษเท่ากับมาตรา ก.

(ที่ประชุมให้พิจารณา (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12) (13) (14) (15) และ (16) รวมกันไป

ที่ประชุมเห็นว่า ปัญหาที่ว่า จะควรแยกกรณีพยายามกระทำความผิดและกรณีกระทำความผิดไม่สำเร็จไว้เป็นสองมาตราหรือไม่ นั้น ย่อมแล้วแต่ว่ากรณีทั้งสองนี้จะควรมีโทษเท่ากันหรือไม่ ซึ่งในที่ประชุมเห็นว่าควรมีโทษเท่ากัน มิฉะนั้นจะเป็นการให้ผู้กระทำการไม่สำเร็จให้กระทำความผิดจนสำเร็จ เพราะผลที่ได้รับเท่ากัน ที่ประชุมจึงเห็นว่าควรรวมบัญญัติเป็นมาตราเดียวกัน อนึ่งในที่ประชุมเห็นต่อไปว่า แม้โทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดและการกระทำความผิดไม่สำเร็จจะเท่ากันก็ดี แต่ควรแยกออกเป็นสองกรณี ที่ประชุมจึงลงมติรับร่างของหลวงประสาท ฯ ซึ่งมีความดังนี้ “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอด...

ก็อาจบัญญัติรวมกันได้ โดยใช้คำว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่เกิดผลตามความมุ่งหมายนั้น ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

(3) พระยาเลขาวิช ๗ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ถ้าจะบัญญัติอย่างหลวงประสาธ ๗ จะไปไกล จะเป็นการพยายามจะต้องมีผลใกล้เคียงกับเหตุ ควรใช้คำว่า “เจตนาจะกระทำความผิด และได้กระทำความผิดไม่สำเร็จ เพราะเหตุนอกอำนาจ”

(4) พระยาอรรถการีย์ ๗ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ฯลฯ” ไม่ดี แต่ถ้าเห็นว่ามาตรา ก. และมาตรา ข. ควรมีโทษเท่ากันแล้ว ก็อาจบัญญัติรวมกันได้ได้ดังนี้ “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่ไม่ได้เกิดผลครบถ้วนตามเจตนา ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด” ไม่ควรแยกบัญญัติเป็นสองกรณีเพราะผลเท่ากัน

(5) ม.จ.สกล ๗ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า คำว่า “สมกับเจตนา”

(6) พระยาเลขาวิช ๗ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ที่ถือเอาเจตนาเป็นหลักไม่เหมาะเพราะ “พยายาม” ถือเอาการกระทำเป็นเกณฑ์ ไม่ได้ถือเอาว่าสมเจตนาหรือไม่

(7) พระยาอรรถกรม ๗ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ถ้าแต่การกระทำอย่างเดียว การยิงคนอาจมีเจตนาทำร้ายร่างกายก็ได้ ฆ่าคนตายก็ได้ ต้องเอาความมุ่งหมายที่จะกระทำเป็นเกณฑ์

...หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลตามความมุ่งหมาย ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

(8) นาย อาร์. กียอง เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ถ้ามาตรา ก. และมาตรา ข. มารวมกันจะต้องให้มีโทษเท่ากัน แต่กฎหมายต่างประเทศได้แยกมาตรา ก. และ ข. ให้ออกจากกัน เพราะประสงค์จะลงโทษต่างกัน มาตรา ข. ควรลงโทษเต็มเพราะผู้กระทำได้กระทำทุกสิ่งทุกอย่างอันจำเป็นที่จะให้ความผิดสำเร็จแล้ว เว้นแต่จะปรากฏว่าผู้กระทำได้จัดการภายหลังไม่ให้ความผิดเกิดขึ้นได้ ถ้าจะลงโทษเท่ากันก็ควรระลึกว่าเราได้ใช้คำว่า “พยายาม” มานานแล้ว การที่แยกออกเป็นสองกรณีคงได้ประโยชน์แต่เพียงว่าได้ทราบแล้วว่ามีความผิดแตกต่างกัน แต่เห็นว่าควรลงโทษเท่ากัน

(9) หลวงจำรุง ๑ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ที่กฎหมายต่างประเทศไม่ลดโทษให้ เพราะผู้นั้นได้กระทำความผิดเสียแล้ว การลงโทษเป็นการป้องกันมิให้ผู้นั้นมากระทำความผิดเช่นนั้นอีก

(10) ม.จ. สกล ๑ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า การลงโทษผู้กระทำก็เพื่อไม่ให้ผู้นั้นกระทำเช่นนั้น ในการฆ่าคนตาย ผู้ถูกกระทำจะถึงแก่ความตายหรือไม่ ๑ เป็นข้อสำคัญ

(11) พระยาอรรถการีย์ ๑ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า การลงโทษมีความมุ่งหมายหลายอย่าง นอกจากป้องกันมิให้ความผิดเกิดขึ้นอีก ยังประสงค์จะชดเชยการกระทำผิดที่กระทำไปแล้วด้วย

(12) พระยาลัดพลี ๑ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ถ้าไม่ลดโทษการกระทำผิด...

ไม่สำเร็จ จะเป็นการยุให้กระทำความผิดจนสำเร็จ เช่น ถ้ายังคนไปแล้วแต่ไม่ถูก เมื่อผู้กระทำทราบว่าโทษเท่ากับฆ่าคนตายก็จะไม่กลับใจ คงยังต่อไปจนกว่าจะถูก

(13) หลวงประสาธ ๑ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า เมื่อใช้คำว่า “ลงมือ” ก็ต้องอธิบายต่อไปว่ากระทำไปตลอดหรือไม่ตลอดจะเป็นอย่างไร

(14) พระยาอรรถการีย์ ๑ (ในที่ประชุม) ว่าไม่ขัดข้องที่จะแยกบัญญัติเป็นกรณีสองกรณี แต่มีข้อสงสัยสองประการ คือ การที่ผลไม่เกิดมีเพียงสองกรณี คือ กระทำไม่ตลอด และกระทำตลอดไปเท่านั้นหรือ และนอกจากนั้นอาจเป็นไปได้หรือไม่ที่กระทำไปไม่ตลอดแต่ผลเกิดขึ้น

(15) หลวงประสาธ ๑ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า กรณีที่ผลไม่เกิดขึ้นมีเพียงสองกรณี คือ กระทำไม่ตลอดไปและกระทำตลอดไปเท่านั้น

(16) พระยาอรรถกรม ๑ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า คำว่า “บรรลุผล” ต้องเข้าใจว่าหมายถึงโดยการกระทำของผู้นั่นเอง

(17) หลวงประสาธ ๑ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ความต่อไปควรใช้คำว่า “ฯลฯ” และถึงรับอาญาสองในสามส่วนฯลฯ”

(18) พระยาอรรถการีย์ ๑ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ควรร่างเป็นวรรคใหม่ดีกว่าโดยใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับอาญาสำหรับความผิดนั้นสองในสามส่วน”

(19) หลวงจรัญญู ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ควรใช้คำตามมาตรา 54 โดยใช้คำว่า “สองในสามส่วนของอาณาเขตฯ”

(20) หลวงประสาท ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า วรรคต่อมาควรใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด เพราะกระทำไปไม่ตลอดเนื่องมาจากการยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง ผู้นั้นมีผิดเพียงเท่าที่กระทำไป”

(21) พระยาอรรถกรม ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ควรมีคำว่า “ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นความผิด” ด้วย

(22) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ควรใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดหากยับยั้งเสียได้ไม่กระทำให้ตลอดไป ผู้นั้นต้องรับอาญาเพียงเท่าที่กระทำไปแล้ว เมื่อการที่กระทำไปแล้วนั้นกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด”

(23) ม.จ.สกลฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า คำว่า spontaneously แปลว่า “โดยลำพังตนเอง

ที่ประชุมให้พิจารณา (20) (21) (22) และ (23) รวมกันไป)

ที่ประชุมตกลงรับร่างของพระยาอรรถการีย์ฯ แต่ให้แก้คำว่า “ยับยั้งเสียได้” เป็น “ยับยั้งโดยลำพังตนเอง”

เสรีฐ พิมพ์.  
สายหยุด ทาน.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ร้อยตำรวจเอกฤทธิรงค์ เขมระวนิช

ประวัติการศึกษา

ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง  
พ.ศ.2534อบรมหลักสูตรนายตำรวจสัญญาบัตร (ก.อ.ต. 3) พ.ศ.  
2538อบรมหลักสูตรสืบสวนคดีอาญา สถาบันพัฒนา  
ข้าราชการตำรวจ รุ่นที่ 71 พ.ศ.2544อบรมหลักสูตรสารวัตร สถาบันพัฒนาข้าราชการ  
ตำรวจ รุ่นที่ 66 พ.ศ.2546

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ปัจจุบันรับราชการตำรวจ ประจำกองกำกับการสืบสวน  
สอบสวนตำรวจนครบาล 7 กองบังคับการตำรวจนคร  
บาล 7 กองบัญชาการตำรวจนครบาล สำนักงานตำรวจ  
แห่งชาติ