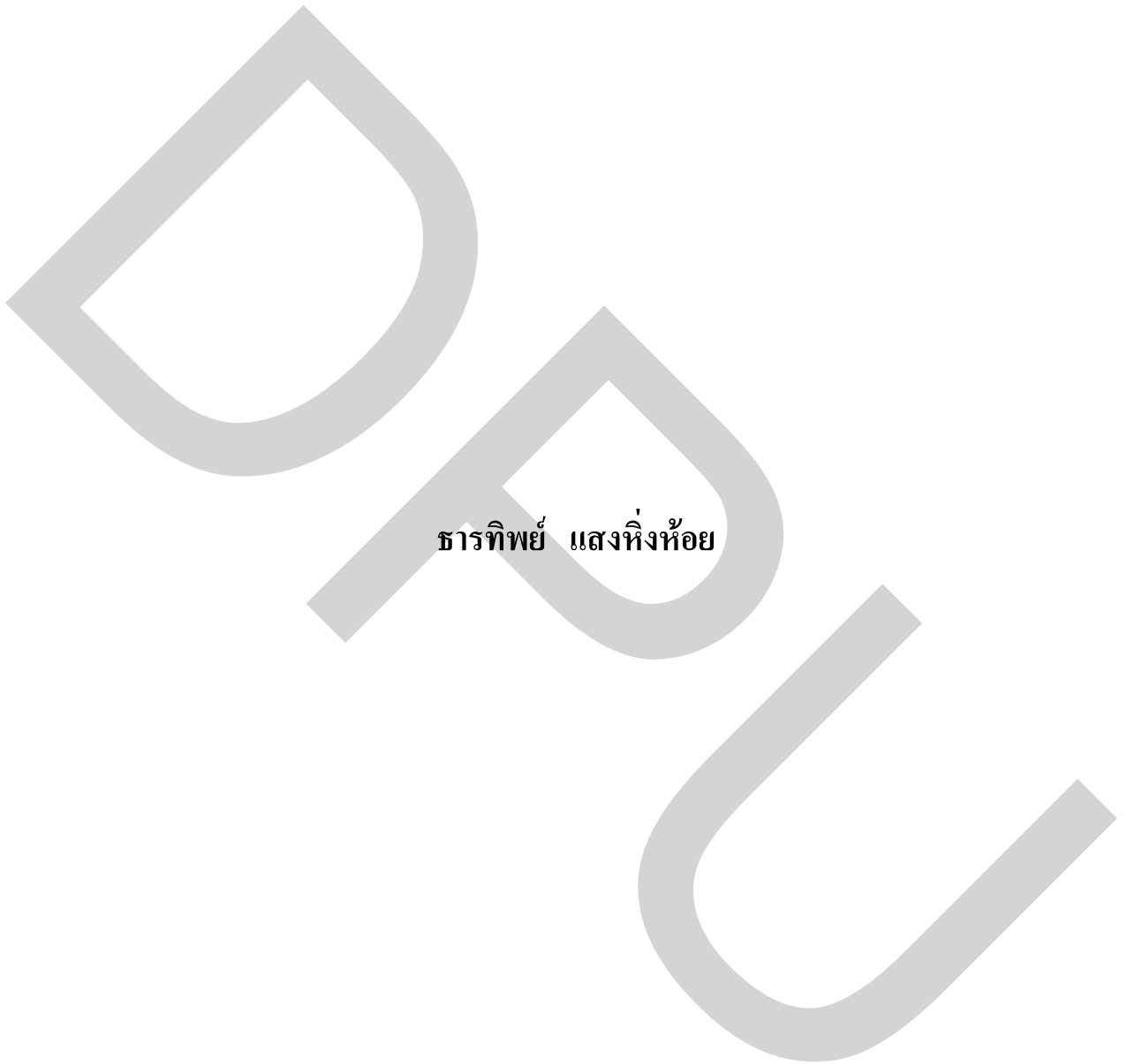


ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด



ธารทิพย์ แสงหิ่งห้อย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2552

The Retreat from Attempt for Wrong doing



TARNTHIP SEANGHINGHOY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2009

กิตติกรรมประกาศ

ในการค้นคว้าวิจัยเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้รับความอนุเคราะห์ ความช่วยเหลือ ความเมตตากรุณา การให้กำลังใจจากทุกท่านในลักษณะของการให้คำแนะนำ คำปรึกษา ในด้านของเอกสารทางวิชาการ การให้ยืมตำรา การแปลเอกสาร การตรวจพิสูจน์อักษร การพิมพ์ ตลอดจนการให้บริการของห้องสมุด ซึ่งเป็นส่วนประกอบอันสำคัญยิ่งที่ผลักดันให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมความตั้งใจของผู้เขียน

อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็คงไม่อาจสมบูรณ์ได้ หากขาดเสียซึ่งความกรุณาจาก ท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ ดร.อุทัย อาทิวะ กรรมการ และอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และรองศาสตราจารย์ ดร. อุคม รัฐอมฤต กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.อุทัย อาทิวะ ที่สละเวลาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และควบคุมการทำวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียน ทั้งยังให้ความอนุเคราะห์ ช่วยเหลือ ให้คำแนะนำผู้เขียน ในด้านการศึกษาค้นคว้า การแก้ไขเค้าโครง การให้คำแนะนำในการเขียน การให้ยืมตำรา การตรวจและปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นอย่างดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณา สละเวลาอันมีค่ามาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อีกทั้งท่านเป็นผู้ประสิทธิ์ประสาทความรู้ในทางกฎหมายอาญา โดยท่านได้วางรากฐานการเรียนรู้ตั้งแต่ผู้เขียนได้เริ่มเรียนวิชาหลักและ ทฤษฎีในกฎหมายอาญา ซึ่งทำให้ผู้เขียน ได้คิดเป็น จนเกิดเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขึ้น ตลอดจนท่าน ได้ให้คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ การให้ยืมตำรา จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.อุคม รัฐอมฤต เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลาเป็นกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์พร้อมทั้งการให้คำแนะนำในการจัดทำรูปเล่มวิทยานิพนธ์ แนวความคิด รวมถึงการให้ ความสำคัญกับการอ้างอิงเอกสาร จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จตามความมุ่งหมาย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์สัตตยะพล สัจจเดชะ ที่ได้ให้ความเมตตา และเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนตลอดมา

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณแม่พรเพ็ญ และคุณพ่อนิคม แสงหิ่งห้อย ที่ได้เป็นกำลังใจให้ผู้เขียน พร้อมทั้งเป็นผู้ส่งเสริม ให้การอุปการะ และอบรมให้ผู้เขียนเป็นผู้ใฝ่ใน การศึกษาทางด้านกฎหมาย จนทำให้ผู้เขียนประสบความสำเร็จในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณปฎิภาณ เพชรพูล คุณมารุต แสงหิ่งห้อย และคุณศุภิรา มาซง ที่มีส่วนช่วยในด้านการแปลเอกสารต่างประเทศ และช่วยเป็นกำลังใจทั้งตอนสอบเข้าโครงวิทยานิพนธ์ และการวิทยานิพนธ์

อนึ่งหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่า และมีประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมดให้กับบิดามารดา คณาจารย์ ตลอดจนผู้มีพระคุณทั้งหลายที่มีส่วนสนับสนุนและเสริมสร้างความรู้อันเป็นรากฐานที่สำคัญที่สุดสำหรับชีวิตของผู้เขียน หากมีข้อบกพร่องหรือไม่สมบูรณ์ประการใดอันเกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

ธารทิพย์ แสงหิ่งห้อย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
2. แนวความคิด ความหมาย และวิวัฒนาการเกี่ยวกับการถอนตัว	
จากการพยายามกระทำความผิดกับการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญา.....	9
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาของไทย.....	9
2.2 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทย.....	28
2.2.1 องค์ประกอบของการพยายามกระทำความผิด.....	29
2.2.2 ความหมายของการลงมือกระทำความผิด.....	30
2.2.3 ลักษณะของการพยายามกระทำความผิด.....	33
2.2.4 เหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด.....	35
2.2.5 ข้อยกเว้นของการลงโทษการพยายามกระทำความผิด.....	37
2.3 ความหมายของการถอนตัวจากการกระทำความผิด.....	38
2.3.1 การถอนตัวจากการกระทำความผิดที่สำเร็จแล้ว.....	38
2.3.2 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด.....	39
2.4 เหตุผลของการไม่ลงโทษการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด.....	39
2.4.1 ทฤษฎีนโยบายทางอาญา (Kriminalpolitische Theorie).....	40
2.4.2 ทฤษฎีอภัยโทษ (Gnadentheorie).....	40
2.4.3 ทฤษฎีวัตถุประสงค์ของการลงโทษ (Strafzweck Theorie).....	40

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3. การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด	
ในกฎหมายต่างประเทศ.....	42
3.1 โครงสร้างความผิดอาญาในระบบกฎหมาย	
คอมมอนลอว์ (Common Law).....	43
3.1.1 ส่วน Actus reus หรือ Criminal act.....	43
3.1.2 ส่วน Mens rea หรือ criminal intent.....	44
3.1.3 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษ	
ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law).....	45
3.2 ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law).....	45
3.2.1 โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศเยอรมัน.....	46
3.2.2 กรณีผู้กระทำความผิดหลายคนตามกฎหมายเยอรมัน.....	53
3.2.3 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายเยอรมัน.....	54
3.2.4 ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณี	
การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด.....	54
4. ขอบเขตของการยกเว้นโทษจากการพยายาม	
กระทำความผิดตามกฎหมายไทย.....	59
4.1 วิวัฒนาการและความเป็นมาของการถอนตัว	
จากการพยายามกระทำความผิด.....	59
4.1.1 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด	
ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127.....	59
4.1.2 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด	
ตามประมวลกฎหมายอาญา.....	60
4.2 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดกับ	
การวินิจฉัยบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 89.....	68
4.2.1 กรณีผู้กระทำความผิดยังไม่กระทำให้ตลอด.....	68
4.2.2 กรณีผู้กระทำความผิดกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล.....	71
4.3 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด	
เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา.....	72

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.4 วินิจฉัยประเด็นปัญหาการถอนตัวจากการ พยายามกระทำความผิดในกรณีการยิง.....	76
4.5 หลักเกณฑ์การวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับ การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด.....	78
4.6 คุณลักษณะในการลงโทษของศาลไทยกับการถอนตัว จากการพยายามกระทำความผิด.....	84
4.7 การนำหลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 มาปรับใช้ กับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด.....	86
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	88
5.1 บทสรุป.....	88
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	90
บรรณานุกรม.....	93
ภาคผนวก.....	98
ประวัติผู้เขียน.....	152

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด
ชื่อผู้เขียน	ธารทิพย์ แสงหิ่งห้อย
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ ดร. อุทัยอาทิเวช
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2551

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดในเรื่องขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด โดยเริ่มพิจารณาจากองค์ประกอบของการพยายามกระทำความผิด ซึ่งได้แก่ 1) การตัดสินใจเด็ดขาดปราศจากเงื่อนไข 2) การกระทำอันเป็นการลงมือกระทำความผิด และ 3) การกระทำนั้นยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ ทั้งนี้การพยายามกระทำความผิดนั้นจะต้องมีผู้ใช้กระทำเพียงเจตนาในทางอาญาอย่างเดียวเท่านั้น หากจะต้องมีการกระทำแสดงออกมา (Act and Movement) ด้วย ซึ่งการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกนี้คือส่วนหนึ่งขององค์ประกอบนั่นเอง ดังนั้นการจะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดหรือไม่นั้นก็ต้องรอพิจารณาถึงขั้นที่ผู้กระทำได้กระทำขั้นสุดท้ายเพื่อให้บรรลุผลแห่งความผิด หรือการกระทำนั้นยังไม่ทันจะได้คุกคามถึงที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเลย ซึ่งเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นย่อมต้องมีการลงโทษ ดังนั้นความสมควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดได้มีการอธิบายทางทฤษฎี ดังนี้ 1) ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objektiv Theorie) 2) ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjektiv Theorie) 3) ทฤษฎีภาวะวิสัยและอัตตะวิสัย (Objektiv – Suubjektiv Theorie)

การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด (Rücktritt vom Versuch) เป็นเรื่องที่อยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาหลังจากที่ได้ยืนยันแล้วว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และเป็นการกระทำที่มีความชั่ว ซึ่งเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเพียงขั้นการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามบทบัญญัติของมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ 1) กรณีที่ผู้กระทำได้ยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด 2) กรณีผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล ทั้งนี้การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น ไม่ว่าจะเป็กรณีหนึ่งกรณีใดข้างต้น โดยหลักแล้วผู้กระทำจะต้องถอนตัวโดยความสมัครใจของตนเอง จึงจะได้รับการยกเว้นโทษตามบทบัญญัติของมาตรา 82 แต่อย่างไรก็ดีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็กรณีผู้กระทำยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด

หรือกรณีผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ต่างก็เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาทั้งสิ้น

การยกเว้นโทษสำหรับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น กฎหมายยกเว้นโทษให้เฉพาะสำหรับการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น ส่วนการกระทำใดกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น หรือเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด” ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 82 ตอนท้าย

ประเด็นปัญหาที่จะต้องทำการศึกษามีว่า หากผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานฆ่า แต่ได้มีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด แต่ผู้กระทำยังคงได้รับบาดเจ็บอยู่ ดังนี้มีทฤษฎีที่สามารถอธิบายถึงความรับผิดชอบของผู้กระทำ 2 ทฤษฎี คือ 1) ทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory) เห็นว่า เจตนาฆ่ากับเจตนาทำร้ายร่างกายเป็นเจตนาชนิดเดียวกัน 2) ทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา (Different Theory) เห็นว่า เจตนาฆ่ากับเจตนาทำร้ายร่างกายเป็นเจตนาคนละชนิดกัน อันจะส่งผลต่อการพิจารณาโทษที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบต่อไป

Thesis Title	The retreat from attempt for wrong-doing
Author	Tarnthip Seanghinghoy
Thesis Advisor	Dr. Uthai Arthitvech
Department	Law
Academic Year	2008

ABSTRACT

This thesis has an objective to study the concepts concerning the extent of pardon in the case of retreat from attempt for wrong-doing, by considering the components of attempt for wrong-doing which are 1) unconditionally strong decision 2) the action of wrong-doing and 3) that action is not yet a successful wrong-doing. And that attempt for wrong-doing must not be just having criminal intention, but there must be act and movement too, in which the act or movement is a part of the components. Therefore, to see whether that act or movement is an attempt for wrong-doing or not we will have to consider the final action that the doer has taken to achieve the results of wrong-doing or such action has not yet threatened what the laws want to protect at all, which, when there was a wrong-doing there must be punishment. Therefore, the attempt for wrong-doing is punishable or not has been explained by the following theories 1) Objective Theory 2) Subjective Theory and 3) Objective-Subjective Theory.

The retreat from attempt for wrong doing (Rücktritt vom Versuch) is the matter in the steps of consideration after having confirmed that such action was an action having all the components defined by laws as illegal and it was an action that is evil, which is an action having all the components defined by laws as only an attempt for wrong-doing. The retreat from attempt for wrong-doing according to Section 82 of the Criminal Act, is divided into two cases i.e., 1) case in which the doer has restrained himself from action 2) case in which the doer has changed his mind and made a correction not to let that action achieve result. In this, the retreat from attempt for wrong-doing in either cases, in principle the doer must retreat by his own decision so as to deserve the pardon according to Section 82. Nevertheless, the retreat from attempt for wrong-doing is a cause for individual pardon outside of criminal offense structure.

The pardon for the retreat from attempt for wrong-doing is available by law only for the attempt for wrong-doing, as for any action defined by law as wrong-doing the doer must be

punished for that wrong-doing, or may be called “the extent of pardon in the case of retreat from attempt for wrong-doing” as defined in the last part of Section 82. The issues to be studied further is that if the doer had an intention to kill but had restrained or changed his mind by himself, but the results of action is still an offense of bodily injury according to Section 295 or serious bodily injury according to Section 297 whichever applies, in which there are two theories explaining the above action namely 1) Theory of Unity of Intention (United Theory) sees that the intention to kill and the intention to hurt is the same type of intention 2) Theory of Difference of Intention (Different Theory) sees that the intention to kill and the intention to hurt is different type of intention which will affect the punishment that the doer will have to receive further on.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญา ก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย¹ อันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาและเป็นหลักรัฐธรรมนูญ หลักนี้เรียกในทางหลักวิชาการว่าหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum crimen, nulla poena sine lege) ผลก็คือ เมื่อรัฐประสงค์จะให้การกระทำอันใดเป็นความผิดอาญา ก็จำต้องบัญญัติไว้เป็นกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง

ซึ่งโดยทั่วไปแล้วกฎหมายไม่ลงโทษผู้ที่คิดและตกลงใจที่จะกระทำความผิด เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ในจิตใจของผู้นั้น แม้ผู้นั้นจะมีจิตใจชั่วร้าย แต่หากยังไม่มีกระทำความผิดใดๆ ออกมาแล้ว กฎหมายก็ยังไม่ลงโทษ

ส่วนการเตรียมกระทำความผิดนั้น ถือได้ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งการกระทำแล้ว แต่โดยหลักกฎหมายก็ยังไม่ลงโทษเว้นแต่การเตรียมนั้นเป็นความผิดในตัวเอง เช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน เป็นต้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายจะลงโทษก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเลยขั้นเตรียมเข้าขั้นลงมือกระทำความผิด ซึ่งถือได้ว่าเป็นการพยายามกระทำความผิด การกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดทางอาญานั้น แม้เป็นการกระทำที่ยังไม่ก่อให้เกิดผลเป็นความเสียหายทางกายภาพขึ้นก็ตาม แต่การพยายามกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นหรือต่อสังคมได้ เห็นควรที่จะต้องยับยั้งไว้ก่อนที่ความผิดจะเกิดโดยการกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา

การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เป็นเรื่องที่อยู่ในขั้นตอนของการพิจารณา หลังจากที่ได้ยื่นยันแล้วว่า กรณีนั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเพียงชั้นพยายามกระทำความผิด เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และเป็นกระทำที่มีความชั่ว²

การพยายามกระทำความผิดนี้ เป็นลักษณะที่ผู้มีเจตนาทางอาญาได้กระทำการให้ปรากฏเจตนาอันเป็นภัยออกมาแล้ว แต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล หรือไม่อาจสำเร็จลงได้ไม่ว่าด้วยเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อก็ตาม

ดังนั้นการพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดในตัวของมันเองที่ไม่ต้องการผลสำเร็จ จึงจะเห็นได้จากการกระทำความผิดนั้นประกอบด้วยเจตนาจะกระทำความผิดอันเป็นส่วนของจิตใจ และส่วนการกระทำที่ได้แสดงออกถึงเจตนาอันนั้น และการกระทำนี้เองจะต้องถึงขั้นที่ออกมาให้ปรากฏชัดว่าเขาเจตนาจะกระทำความผิดฐานใด

ฉะนั้น การพยายามกระทำความผิด จึงเป็นการพยายามกระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งการพยายามกระทำความผิดล่อยๆ ไม่สามารถเกิดขึ้นได้

การพยายามกระทำความผิดแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

1. การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญ ตามมาตรา 80
2. การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ตามมาตรา 81 วรรคแรก
3. การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปโดยจงใจ ตามมาตรา 81 วรรคท้าย

ซึ่งการพยายามกระทำความผิดทุกกรณี มีความจำเป็นในการต้องระบุว่ากรณีใดกรณีหนึ่งนั้น เป็น “การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด” หรือเป็น “การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว” ก็คือเมื่อในกรณีนั้นมีเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นไม่อาจบรรลุผลเพราะผู้กระทำเอง ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 ส่วนต้น

มาตรา 82 ส่วนต้นบัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น..”

หลักเกณฑ์เบื้องต้นในเรื่องของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด จึงต้องแบ่งแยกระหว่าง “การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด” กรณีหนึ่งกับ “การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว” อีกกรณีหนึ่งเสียก่อน

² คณิต ณ นคร ก (2547). กฎหมายอาญากฎทั่วไป. หน้า 317 และแสวง บุญเฉลิมวิภาส ก (2546).

ดังนั้น ลักษณะการไม่บรรลุผลเพราะผู้กระทำเอง ตามมาตรา 82 มี 2 ประการ คือ

(1) ผู้กระทำได้กระทำไปไม่ตลอดเพราะผู้กระทำยับยั้งเสียเอง

(2) ผู้กระทำได้กระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล เพราะผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล

การกระทำที่ไม่บรรลุผลนั้น ผู้กระทำต้องยับยั้งหรือกลับใจแก้ไขโดยสมัครใจ หมายความว่า ผู้กระทำได้ยับยั้งหรือกลับใจ ทั้งๆที่เขาตระหนักดีว่าหากกระทำต่อไปก็จะบรรลุผล หากผู้กระทำได้ยับยั้งหรือกลับใจก็จะเป็นเหตุให้การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 82

ซึ่งการกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล นักกฎหมายอาญาผู้ทรงคุณวุฒิ ล้วนเห็นว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

แต่ในเรื่องการยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอดนั้น มีแนวความเห็น 2 ความเห็น ซึ่งยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ คือ

ความเห็นแรก เห็นว่าการยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอดนั้น หากใช้เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว แต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำความคิดยังไม่ได้กระทำการให้ตลอด จึงเป็นเหตุในลักษณะคดี ที่มีผลให้ผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคนได้รับการยกเว้นโทษไปด้วย

ความเห็นที่สอง เห็นว่าการยับยั้งไม่กระทำการให้ตลอดนั้น เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หากใช้เป็นเหตุในลักษณะคดีไม่

ดังนั้นจึงเป็นปัญหาที่จำต้องทำการศึกษาว่า แนวความคิดเห็นทั้งสองนั้นแตกต่างกัน เนื่องจากข้อสันนิษฐานใดในทางกฎหมาย หรือแนวความคิดเห็นที่แตกต่างกันนี้จะเกิดขึ้น เนื่องจากโครงสร้างความผิดอาญาที่ได้อธิบายแตกต่างกัน

การยกเว้นโทษสำหรับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้นกฎหมายยกเว้นโทษให้เฉพาะสำหรับการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น ส่วนการกระทำใดกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น หรือเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด” ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 82 ส่วนท้าย

มาตรา 82 ส่วนท้ายบัญญัติว่า “..แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ”

พิจารณาได้ว่าผลของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด มีดังนี้

1. ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น ซึ่งการกระทำนั้นต้องเข้าขั้นการลงมือ อันเป็นความผิดฐานพยายามแล้ว

2. แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น เนื่องจากการยับยั้งหรือกลับใจแก้ไขนั้น ลบล้างเฉพาะโทษในความผิดฐานพยายาม ส่วนความผิดอื่นๆ ที่กระทำไปจนสำเร็จแล้วนั้น การยับยั้งหรือกลับใจไม่มีผลลบล้างให้

ประเด็นปัญหาที่จะต้องทำการศึกษาต่อไปมีว่า หากการใดที่ได้กระทำไปแล้วนั้น ต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติว่าเป็นความผิด ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษสำหรับการกระทำ ความผิดของตนเพียงส่วนเท่าใด เนื่องจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา กับความเห็นในทางวิชาการ ยังคงเป็นปัญหาที่ขัดแย้งกันอยู่ เช่น

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 357/2532³

“จำเลยใช้อาวุธยิงผู้เสียหายโดยมีเจตนาฆ่า เป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 297 อีกบทหนึ่ง” และ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7792/2540⁴

“เมื่อจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย และมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหายแล้ว การกระทำอันเดียวกันนี้ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้เสียหายอีกบทหนึ่ง คงเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าเท่านั้น”

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ตามนัยแห่งคำพิพากษาของศาลฎีกาทั้งสองฉบับข้าง เท่ากับศาลฎีกาเห็นว่า เจตนาฆ่ากับเจตนาทำร้ายนั้นเป็นคนละอย่างที่แตกต่างกัน และเมื่อกรณีเป็นเช่นนี้ก็เท่ากับว่าความผิดตามมาตรา 288, 80 กับความผิดตามมาตรา 297 ไม่อาจเป็นการกระทำความผิดเดียว ผิดกฎหมายหลายบทได้ ที่จะถือว่าความผิดฐานพยายามฆ่า “ได้กลิ่น” ความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายไปแล้ว

แต่ข้อสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิต สมัยที่ 33 ปีการศึกษา 2523 ได้อธิบายการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดไว้ว่า “การที่นาง ข. เอายาพิษซึ่งเตรียมหามาไว้ก่อนแล้วปกลงในน้ำนมให้บุตรดื่มโดยเจตนาฆ่าให้ตาย แต่บุตรไม่ตายนั้น การกระทำของนาง ข. เป็นการพยายามกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4), 80 และการที่นาง ข. เห็นบุตรดื่มยาพิษเข้าไปได้หน่อยหนึ่งแล้วเกิดความสงสาร จึงหยุดการให้ยาพิษนั้นเป็นการยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด การนำบุตรส่งโรงพยาบาลเป็นการกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล นาง ข. จึงไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดฐานนี้

³ สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

⁴ แหล่งเดิม.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าตามนัยของคำตอบการสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิตนั้น พิจารณาไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 82 ตอนท้าย กล่าวคือ “ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น” เท่ากับเห็นว่า เจตนาฆ่ากับเจตนาทำร้ายนั้นเป็นเจตนาชนิดเดียวกัน

จากกรณีดังกล่าวข้างต้น จึงมีประเด็นปัญหาว่า ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานฆ่า แต่ได้ยับยั้งหรือกลับใจเสียเองแต่ผลของการกระทำก็ยังเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 หรือทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 แล้วแต่กรณี ซึ่งมีทฤษฎีแบ่งแยกความเห็นออกเป็น 2 ทฤษฎี ดังนี้

(1) ทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory)

(2) ทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา (Different Theory)

ยกตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น หากการฆ่าคนโดยใช้อาวุธปืนเลื่อนเมื่อยิงไปแล้วต่อมาผู้กระทำกลับใจช่วยชีวิตให้รอด แต่ผู้เสียหายบาดเจ็บพิการผู้กระทำต้องถูกลงโทษ ตามมาตรา 297 หรือไม่

1. วินิจฉัยประเด็นปัญหาตามทฤษฎีเอกภาพของเจตนา หรือทฤษฎีรวม (United Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่า ผู้กระทำมีความผิดฐานพยายามฆ่า ตามมาตรา 288 ประกอบกับมาตรา 80 เนื่องจากเจตนากระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นนั้น มีเจตนากระทำความผิดความผิดฐานทำร้ายร่างกายอยู่ในตัว

2. วินิจฉัยประเด็นปัญหาตามทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา หรือทฤษฎีแยก (Different Theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่า ผู้กระทำมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 297 เนื่องจากเจตนากระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น กับเจตนากระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นคนละเรื่อง จำต้องพิจารณาต่างกันในแต่ละฐานความผิด

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น คล้ายกับว่าศาลฎีกาได้ยึดถือทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา (Different Theory) เพื่อใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ในทาง

⁵ คำถามพร้อมธงคำตอบ ข้อสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิต ภาค 1 ตั้งแต่ปีการศึกษา 2520 – 2545. หน้า

ดังนั้นจึงเป็นประเด็นปัญหาที่จะต้องทำการวินิจฉัยต่อไปว่า ทฤษฎีใดเป็นทฤษฎีที่มีความเหมาะสมต่อการวินิจฉัยคดีของศาล ในกรณีที่ผู้กระทำได้ออนตัวจากการพยายามกระทำความผิดอันต้องตามบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 82 ตอนต้น หรือในกรณีที่การที่ผู้กระทำได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิดแล้ว ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 82 ตอนท้าย หากเป็นกรณีที่เป็นความผิดต่อชีวิตหรือความผิดต่อร่างกายแล้ว บางกรณีอาจจำเป็นต้องพิจารณาควบคู่ไปกับบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 90 และ 91 กล่าวคือ การกระทำนั้นอาจเป็นไปในลักษณะกรรมเดียวหรืออาจเป็นไปในลักษณะเป็นการกระทำที่ต่างกรรมต่างวาระกันได้ และเมื่อการกระทำของผู้กระทำเป็นกรรมเดียวหรือเป็นการกระทำที่ต่างกรรมต่างวาระ กรณีก็จะปัญหาในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการลงโทษ ซึ่งจะต้องมีการนำบทบัญญัติ ในเรื่องการใช้ดุลยพินิจของศาลในการลงโทษ ตามมาตรา 192 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาวินิจฉัยประกอบต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวความคิด ความหมาย และวิวัฒนาการของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

1.2.2 เพื่อศึกษาว่าการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็กรณีการยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล ต่างก็เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาของไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาแนวทางขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

1.2.4 เพื่อศึกษาว่าหากการที่ผู้กระทำได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นแล้ว จะต้องนำทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory) หรือทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา (Different Theory) มาปรับใช้แก่รูปคดี

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

มุ่งศึกษาถึงแนวคิดเบื้องหลัง ทฤษฎีต่างๆ และความเป็นมาเกี่ยวกับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด โดยจะเริ่มศึกษาตั้งแต่โครงสร้างความผิดอาญา องค์ประกอบของการพยายามกระทำความผิด ความเป็นมาในการให้ความหมายเกี่ยวกับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดในประเทศไทยและต่างประเทศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อนำไปสู่การอธิบาย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

โดยศึกษาว่าการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามมาตรา 82 เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด ซึ่งมีผลทำให้ผู้ที่ยับยั้งไม่กระทำให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผลเท่านั้นที่ได้รับการยกเว้นโทษ ตามมาตรา 82 ซึ่งเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา

โดยจำเป็นต้องพิจารณาถึงการพยายามกระทำความผิดเสียก่อน ซึ่งการพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นลอยๆ ไม่ได้ หากแต่ต้องเป็นเรื่องการพยายามกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งเท่านั้น เช่น ความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ซึ่งแม้ผู้กระทำความผิดจะได้ถอนตัวจากการกระทำความผิดแล้วแต่การกระทำดังกล่าวต้องตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าเป็นความผิดแล้ว ผู้นั้นก็ควรรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ โดยจะถือว่าความผิดฐานฆ่าและความผิดฐานทำร้ายร่างกายเป็นเจตนาอย่างเดียวกันตามทฤษฎีเอกภาพของเจตนา กล่าวคือเป็นไปในลักษณะกรรมเดียว หรือเป็นเจตนาคนละอย่างที่แตกต่างกันตามทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา กล่าวคือเป็นไปในลักษณะการกระทำต่างกรรมต่างวาระ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาจะทำในรูปแบบการวิจัยเอกสาร โดยใช้วิธีการศึกษาข้อมูลจากเอกสาร หนังสือ บทความ ตำบลดทฤษฎี และคำพิพากษาทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อรวบรวมข้อมูลให้เป็นระบบและนำมาวิเคราะห์หาเหตุผลในเชิงเปรียบเทียบกัน ทำความเข้าใจเพื่อหาข้อสรุปต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงความหมายของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ว่ามีความหมายเหมือนกับบทบัญญัติในมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

1.6.2 ทำให้ทราบถึงความเข้าใจในเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นกรณีการยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกรณีการกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล ต่างก็เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาของไทย

1.6.3 ทำให้ทราบถึงขอบเขตของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดว่า หากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งอยู่ในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิดแล้ว ผู้กระทำได้ยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น

1.6.4 ทำให้ทราบว่าเมื่อการที่ผู้กระทำได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น โดยนำทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory) มาปรับใช้แก่รูปคดี

บทที่ 2

แนวความคิด ความหมาย และวิวัฒนาการเกี่ยวกับการถอนตัวจากการพยายาม กระทำความผิดกับการวินิจฉัยความรับผิดในทางอาญา

“การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด” (Rücktritt vom Versuch) มิได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา แต่ได้ถูกอธิบายไว้ในกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมัน ซึ่งประเทศเยอรมันนี้เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่นเดียวกับประเทศไทย กล่าวคือประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ต่างยึดถือประมวลกฎหมายเป็นหลักในการวินิจฉัยคดี อีกทั้งแนวความคิดเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด (Rücktritt vom Versuch) นั้น ได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการยกเว้นโทษให้แก่ผู้ที่พยายามกระทำความผิดแต่ได้มีการยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล เช่นเดียวกันกับบทบัญญัติในมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ดังนั้นการศึกษาถึงแนวความคิด ความหมาย และวิวัฒนาการเกี่ยวกับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด รวมถึงคำพิพากษาของศาลฎีกา ตามมาตรา 82 ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงใช้คำว่า “การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด”

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดในทางอาญาของไทย

หลักพื้นฐานของกฎหมายอาญาในการกำหนดความรับผิดในทางอาญา มาจากหลักสุภาษิตกฎหมายอาญาที่ว่า “Nullum crimen, nulla poena sine lege” แม้จะเป็นภาษาละตินแต่ก็ไม่ได้มีต้นกำเนิดมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้ว่า “ไม่มีความผิดไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย”¹ กล่าวคือ การกระทำใดจะเป็นความผิด และต้องรับโทษในทางอาญานั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติและกำหนดโทษไว้ หลักนี้เป็นที่ยอมรับของประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) รวมทั้งประเทศไทยด้วย ดังที่ปรากฏในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

จะเห็นได้ว่าในทางตำราของไทย ได้มีการอธิบายถึงเรื่อง “เหตุยกเว้นโทษ” ที่แตกต่างกัน เนื่องจากนักกฎหมายของไทยได้สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศ โดยแบ่งเป็น 2 กลุ่ม คือกลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และกลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศในภาคพื้นยุโรป ซึ่งใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

¹ กมลชัย รัตนสวางศ์ ก (2523). ความยินยอมในกฎหมายอาญา. หน้า18

ในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งของบุคคลนั้นมีเหตุยกเว้นโทษหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบเป็นความผิด ซึ่งบุคคลนั้นสมควรจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา เพียงแต่กฎหมายมีเหตุผลที่ไม่ควรลงโทษ จึงมีเหตุยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด

ซึ่งความรับผิดชอบในทางอาญาจากโครงสร้างความผิดอาญา นักกฎหมายไทยได้มีแนวคิดในการอธิบาย ดังต่อไปนี้

2.1.1 อธิบายโดยแนวทางทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส

1) ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์²

เมื่อการกระทำอันใดอันหนึ่ง จะพึงถือได้ว่าเป็นความผิด และถูกลงโทษจำต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) ข้อสาระทางกฎหมาย

การกระทำใดจะเป็นความผิดอาญาได้นั้น จะต้องมียกกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ดังภาษิตลาตินที่ว่า Nullum crimen sine lege ส่วนโทษที่จะลงก็จะต้อง เป็นโทษ ซึ่งได้มีบทบัญญัติของกฎหมายไว้โดยแจ้งชัดสำหรับใช้ลงแก่ความผิดนั้นๆ ดังภาษิตลาตินที่ว่า Nullum poena sine lege ซึ่งไม่ว่าในประเทศใดๆ หลักเกณฑ์นี้ย่อมเป็นหลักสำคัญในกฎหมายอาญา เนื่องจากเรื่องความผิดและโทษนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ ซึ่งถือเสมือนเป็นหลักประกันอันสำคัญแก่เสรีภาพของประชาชน โดยเทียบเคียงได้กับมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย

(2) ข้อสาระทางการกระทำ

ได้แก่ ความจำเป็นต้องมีปรากฏการณ์ภายนอก หมายความว่า ความผิดทางอาญามีได้เกิดขึ้นจากการมีความคิด คือ มีการเคลื่อนไหวทางภายในเท่านั้น แต่สภาพของความคิด เพื่อที่จะให้มีความผิดเกิดขึ้น จำเป็นต้องมีการกระทำนั้น และในบางกรณีความผิดในทางอาญา ไม่จำเป็นต้องเกิดจากการเคลื่อนไหวในทางร่างกายเสมอไป เพราะความผิดอาญาอาจเกิดขึ้น ได้โดยการงดเว้นการที่จักต้องกระทำก็ได้

² วิจิตร ลุติตานนท์ ก (2507). คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ ปีที่ 4 กฎหมายอาญา (ภาค1). หน้า 79-152.

(3) ข้อสาระทางเจตนา

หมายความว่า การกระทำที่จะประกอบเป็นความผิดนั้น ต้องมีเจตนาเป็นสำคัญด้วย กล่าวคือ ข้อสาระทางเจตนาเป็นสิ่งที่จำเป็นขององค์ความผิด อีกทั้งยังจะช่วยให้งบเกิดแนวความคิดในการแบ่งแยกความผิด เพื่อประโยชน์แก่การศึกษาทฤษฎีในเรื่องการพยายามกระทำความผิดด้วย

ข้อสาระทางเจตนา ประกอบด้วย

- ความผิดที่กระทำโดยเจตนา หมายความว่า ได้กระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำและในขณะที่ผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมถึงเห็นผลของการกระทำนั้น
- ความผิดที่กระทำโดยประมาท หมายความว่า มิได้กระทำโดยเจตนาแต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลเช่นนั้น จักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังได้ แต่หาใช้ให้เพียงพอไม่

เมื่อการกระทำใดการกระทำหนึ่ง ครบข้อสาระในโครงสร้างความผิดอาญาทั้ง 3 ประการ คือ ข้อสาระทางกฎหมาย ข้อสาระทางกรกระทำ และข้อสาระทางเจตนาแล้ว ลำดับต่อมาต้องพิจารณาถึง “ความรับผิดชอบในทางอาญา” เพื่อที่จะบอกได้ว่าการกระทำที่ครบโครงสร้างความผิดอาญาของบุคคลนั้นจะเป็นความผิดกฎหมาย ซึ่งจะทำให้บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบในทางอาญา หรือจะถูกลงโทษในทางอาญาหรือไม่

“ความรับผิดชอบในทางอาญา” สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. เหตุที่เกี่ยวกับธรรมชาติทางร่างกาย ซึ่งได้แก่กรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้ คือ

- เด็ก
- ความอ่อนอายุ
- ความไม่สามารถรู้ผิดชอบ
- ความมีนเมา
- ความเป็นญาติ

ข. เหตุเกี่ยวกับความรู้สึกลงใจ ซึ่งได้แก่กรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้ คือ

- การกระทำโดยเจตนา
- การกระทำโดยประมาท
- การกระทำโดยพลาด
- การกระทำโดยสำคัญผิด
- บันดาลโทษ

ค. เหตุเกี่ยวกับเหตุผลทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่กรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คือ

- ความไม่รู้กฎหมาย
- การกระทำด้วยความจำเป็น
- การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย
- การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน
- เหตุบรรเทาโทษ

2) ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์³

การกระทำความผิดอาญา ต้องประกอบพร้อมด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1. ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิด 2. ต้องมีการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น และ 3. การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยสภาพทางจิตใจ ซึ่งตามปกติก็ได้แก่เจตนากระทำ เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะ ดังจะแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) สาระสำคัญทางกฎหมาย

กล่าวคือ การกำหนดความผิดอาญานั้น ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง⁴ ทั้งการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด และทั้งโทษที่จะพึงมีสำหรับการกระทำผิดต่อกฎหมายนั้น เหตุนี้การตีความในกฎหมายที่บัญญัติความผิดและโทษในทางอาญานั้น ตามปกติจะต้องตีความโดยเคร่งครัด นอกจากนี้การบังคับใช้กฎหมายอาญายังมีขอบเขตจำกัดเกี่ยวกับเวลาและพื้นที่อีกด้วย

(2) สาระสำคัญทางการกระทำ

กล่าวคือ การกระทำของบุคคลจะเป็นความผิดดังที่กฎหมายบัญญัติไว้ ก็ต่อเมื่อมีการแสดงออกมาภายนอก จึงจะมีผลอันอาจกระทบกระเทือนความสงบเรียบร้อยของชุมชน เพียงแต่คิดอยู่ในใจจะชั่วร้ายเพียงใดก็ไม่อาจเป็นความผิดก็ได้ จนกว่าจะมีการกระทำเกิดขึ้นตามที่คิดนั้น

ตามหลักธรรมศาสตร์นักนิติศาสตร์อธิบายว่า การกระทำเป็นเหตุการณ์อันอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจมนุษย์ คือเป็นเหตุการณ์ที่ปรากฏออกมาภายนอกโดยจิตใจบังคับ ซึ่งการกระทำนี้ให้รวมถึงการให้เกิดผลขึ้น โดยคนเว้นไม่กระทำเพื่อให้เกิดผลนั้น

³ จิตติ ดิงศภัทย์. (2546). *กฎหมายอาญาภาค 1*. หน้า 32 – 296.

⁴ หลัก ไม่มีความคิด และไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen , nulla poena , sine lege) ซึ่งในปัจจุบันมีความเห็นว่า หลักเพียงเท่านี้ยังขาดอยู่ เพราะไม่คลุมถึงวิธีพิจารณาความอาญา คือ องค์การที่จะตัดสินความผิดอาญาได้ ต้องมีกฎหมายกำหนดและต้องดำเนินการพิจารณาตามวิธีที่กฎหมายบัญญัติไว้ หลักนี้จึงควรเป็น Nullum crimen, nulla poena, nullum iudicium sine lege. Merle & Vitu.(1967) *Traité de droit criminal*. no. 94 p. 104.

ดังนั้น ความผิดโดยการกระทำจึงแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

- การกระทำ ซึ่งเป็นการกระทำแท้ ๆ
- การไม่กระทำ ได้แก่ การละเว้นการกระทำ กับการงดเว้นการกระทำ

(3) สาระสำคัญทางจิตใจ

โดยทั่วไปแล้วจะถือว่าบุคคลกระทำความผิดได้ก็ต่อเมื่อเขาได้กระทำโดยเจตนา ซึ่งเจตนาถือว่าเป็นสาระสำคัญ ที่จะต้องมีในความผิดอาญาทั่วไป ตามมาตรา 59 กฎหมายจึงไม่ต้องการบัญญัติซึ่งในกรณีมีความผิดฐานต่อไปอีกว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนา⁶ เว้นแต่บางกรณีที่อาจถือว่าเป็นความผิดเพราะกระทำโดยประมาท หรือมีเหตุผลพิเศษที่กฎหมายบัญญัติให้ลงโทษทั้ๆ ที่กระทำโดยไม่มีเจตนาก็ตาม

เมื่อพิจารณาถึงข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ ที่ทำให้การกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นความผิดในทางอาญาแล้ว จำต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าการกระทำดังกล่าวมี “เหตุยกเว้นความรับผิด” อีกหรือไม่

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ท่านได้กล่าวถึง “เหตุยกเว้นความรับผิด” ไว้ 3 ประการ⁶ กล่าวคือเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดหรืออำนาจกระทำได้ (Justification) ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้การกระทำชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือการกระทำนั้นๆ ไม่เป็นความผิดอาญาเลย ได้แก่

ก. เหตุยกเว้นความรับผิด ได้แก่

- การกระทำโดยป้องกัน
- ความยินยอมของผู้เสียหาย
- การล่อให้กระทำความผิด

ข. เหตุยกเว้นโทษ คือ การกระทำของบุคคลนั้นผิดกฎหมาย เพียงแต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นทั้งหมด ได้แก่

- วิกลจริต

⁵ โปรดดูคำพิพากษาฎีกา 873/2504 การฟ้องความผิดฐานรับของโจรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357 ไม่จำเป็นต้องบรรยายว่า รับไว้โดยรู้ว่าเป็นของร้ายอย่างไรในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 321 ฉะนั้นเมื่อโจทก์บรรยายเพียงว่าจำเลยบังอาจรับทรัพย์ของผู้เสียหายซึ่งถูกลักไปนั้นไว้จากคนร้ายผู้ได้ทรัพย์นั้นมาในการทำความผิดฐานลักทรัพย์ ดังนี้ ก็ครบองค์ความผิดและชอบด้วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (5) แล้ว เพราะการทำความผิดฐานนี้ต้องประกอบด้วยเจตนาตามมาตรา 59 อยู่แล้ว สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

⁶ จิตติ ติงศภัทย์. (2546). เล่มเดิม. หน้า 709 – 1000.

- ความมีน้มา
- ความจำเป็น
- คำสั่งของเจ้าพนักงาน

ค. เหตุลดหย่อนความรับผิด คือ การกระทำของบุคคลนั้นผิดกฎหมาย เพียงแต่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นแต่บางส่วนเท่านั้น ได้แก่

- ความสัมพันธ์ทางสมรสหรือญาติ
- บันดาลโทษ
- อายุน้อย
- เหตุบรรเทาโทษ

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นทำให้ความรับผิดในทางอาญาอาจไม่เกิดขึ้นหรือมีเหตุยกเว้น หรือลดหย่อนโทษได้ โดยกฎหมายถือว่าการกระทำไม่เป็นความผิดหรือเป็นความผิด แต่ได้รับการยกเว้นโทษหรือลดโทษโดยเหตุผลต่างๆ กัน เพราะการกระทำอย่างเดียวกันผู้กระทำอาจกระทำโดยเหตุผลและพฤติการณ์ไม่เหมือนกันก็ได้ ความรับผิดของผู้กระทำจึงอาจแตกต่างกันไปได้ตามเหตุแห่งการกระทำนั้น

2.1.2 อธิบายโดยแนวทางทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน

1) ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร⁷

ท่านได้นำแนวความคิดตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันมาอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของไทย กล่าวคือการกระทำที่เป็น “ความผิดอาญา” ต้องประกอบด้วยสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ คือ การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมายและความชั่ว (Schuld) อย่างครบถ้วนเสมอ หากขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดแล้ว การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความผิดอาญา และข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ ของความผิดอาญานี้ เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างเรียงลำดับ ซึ่งข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันทุกๆ ฐานความผิดอาญานี้ ประกอบขึ้นเป็น “โครงสร้างความผิดอาญา”

ฉะนั้นหากวินิจฉัยแล้วว่า การกระทำใดไม่เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว กรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงความผิดกฎหมายและความชั่วแต่อย่างใด หรือถ้าการกระทำใดเป็นการกระทำที่มีการครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ แต่การกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่มีความผิด กรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงเรื่องความชั่ว แต่อย่างใดเพราะซึ่งถ้าขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดไปแม้เพียงข้อสาระสำคัญประการเดียว การกระทำนั้น

⁷ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 91-94.

ดังนั้น โครงสร้างความคิดอาญา แยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) องค์ประกอบของความผิด

หมายถึง สิ่งที่เป็นส่วนภายนอก และสิ่งที่เป็นส่วนภายในของความผิดฐานใด ฐานหนึ่ง ฉะนั้นองค์ประกอบความผิดสามารถแยกออกได้ ดังนี้

ก. องค์ประกอบภายนอก

“องค์ประกอบภายนอก” คือ สิ่งที่เป็นส่วนภายนอกที่ประกอบอยู่ในความรับ ผิดฐานใดฐานหนึ่ง เป็นสิ่งที่ไม่ใช่ส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิด ซึ่งประกอบด้วย

- ผู้กระทำ
- การกระทำ
- กรรมของการกระทำ
- ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล
- องค์ประกอบภายนอกอื่น ความผิดบางฐานอาจะมี “สิ่งที่เป็นส่วนพิเศษอื่น”

เช่น เวลากลางคืนในความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 335(1)

นอกจากนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ก็เป็นสิ่งที่อยู่ในส่วนของ องค์ประกอบภายนอกด้วย

ข. องค์ประกอบภายใน

“องค์ประกอบภายใน” หมายถึงสิ่งที่เป็นส่วนภายในตัวผู้กระทำความผิด หรือเป็นสิ่งที่เป็นส่วนจิตใจที่ประกอบอยู่ในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วย

- เจตนา
- ประมาท
- องค์ประกอบภายในอื่นๆ เช่น มูลเหตุจูงใจ เป็นต้น

(2) ความผิดกฎหมาย

การที่จะยืนยันว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” (rechtswidrig) ได้ ในเบื้องต้นต้องยืนยันก่อนว่าการกระทำนั้นเป็น “การกระทำที่ครบองค์ ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว และเมื่อได้ยืนยันดังกล่าวมาแล้ว ก็จะต้องยืนยันต่อไปอีกว่าใน กรณีนั้นเป็นกรณีที่ไม่มี “เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้” (Rechtfertigung sgrund) ในการ กระทำนั้น เพราะเนื่องจากการกระทำที่ “ผิดปทัสถาน” (normwidrig) ก็มีได้เป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” (rechtswidrig) เสมอไป เพราะในบางกรณีในการกระทำนั้นอาจมีเหตุที่กฎหมาย

เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ได้แก่

- การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย
- ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย
- เหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายแพ่ง
- ความยินยอมของผู้เสียหาย
- ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้
- การใช้อำนาจรัฐ

(3) ความชั่ว

“ความชั่ว” หมายความว่า การดำเนินได้ของการกำหนดเจตจำนง (Schuld ist Vorwerfbarkeit der Willenbildung)

กฎหมายอาญากำหนดการพิจารณา “ความสามารถในการทำชั่ว” (Schuldfähigkeit) ไว้ 2 สถานการณ์ คือ

- กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาถึงความเจริญวัยของบุคคล หรือโดยพิจารณาที่อายุ และ

- กำหนดความสามารถในการกระทำชั่ว โดยพิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิต ซึ่งในการพิจารณาภาวะแห่งจิตของผู้กระทำความผิด กฎหมายอาญากระทำโดยวิธีผสมผสานของ สภาวะสองประการเข้าด้วยกัน คือ สภาวะในทางชีวภาพ (biologisch หรือ biological) และ สภาวะในทางจิตภาพ (psychologisch หรือ psychological) โดยที่สภาวะในทางจิตภาพอย่างเดียว ไม่ทำให้ขาดความสามารถในการทำชั่ว⁸

การพิจารณาถึงความชั่วของผู้กระทำความผิดนี้ เป็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้กระทำสำหรับการกระทำของเขา ทั้งนี้เพราะว่าโทษมิใช่ทดแทนความชั่ว แต่ ทดแทนการกระทำที่เป็นความผิด อย่างไรก็ตามการลงโทษก็ต้องอยู่ในขอบเขตของความ รับผิดชอบส่วนตัวของผู้กระทำนั้น ทั้งนี้ความรับผิดชอบส่วนตัวของผู้กระทำอาจมีอยู่อย่างเต็มที่ หรือบกพร่องได้ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพส่วนตัวของผู้กระทำนั่นเอง หรือสภาพแวดล้อมภายนอกที่ เกี่ยวข้องกับผู้กระทำนั้น

⁸ คำพิพากษาฎีกา 2402/2522 หลุยงิงชายเพราะมีอารมณ์รุนแรงถูกชายค่าเกิดโทสะจนขาดความ ยั้งคิด ใช้ปืนซึ่งศึกษาวิธีใช้ทดลองยิงในวันนั้นยิงชาย ไม่เป็นเหตุที่จะอ้างมาตรา 65. สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

เหตุต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความชั่ว ได้แก่

- ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความบกพร่องทางจิตใจ ตามมาตรา 65
 - ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความไม่รู้เพียงสา ตามมาตรา 73, 74
 - การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67
 - การกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70
 - การป้องกันเกินเหตุ ตามมาตรา 69 ที่เกิดจากความตื่นเต้น ตกใจ หรือกลัว
- กรณีเหล่านี้มีผลว่าผู้กระทำนั้น ไม่ต้องรับโทษ

แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีเหตุต่างๆ ที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา อันมีผลเกี่ยวข้องกับตัวบุคคลผู้กระทำความผิด ได้แก่

ก. เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

ข. เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ได้แก่

1. เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีผลทำให้ห้ามลงโทษผู้กระทำความผิด และข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์นั้น ต้องมีอยู่แล้วในเวลากระทำความผิด เช่น ความเป็นสามีภริยา ตามมาตรา 71 วรรค 1 เป็นต้น

2. เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว คือ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด และเป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีผลย้อนหลังไปเป็นการยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดนั้น เช่น การยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด และการกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล ตามมาตรา 82

2) ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย

เดิมท่านได้นำเสนอการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา โดยการนำทฤษฎี Kausalitat ในกฎหมายอาญาเยอรมันมาอธิบาย ซึ่งตามกฎหมายของภาคพื้นยุโรปจำเป็นต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์⁹ ต่อไปนี้

- (1) การกระทำของผู้นั้นตามที่ปรากฏภายนอก เข้าเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดหรือไม่
- (2) การกระทำนั้นเป็นการผิดต่อกฎหมายหรือไม่
- (3) ผู้กระทำความชั่วร้ายหรือไม่
- (4) เงื่อนไขแห่งการลงโทษครบถ้วนหรือไม่

⁹ หยุด แสงอุทัย ก (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา. หน้า 14 – 29 และหยุด แสงอุทัย ข (2483). “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา.” บทบัญญัติ, ปีที่ 12. หน้า 212-213.

(5) มีเหตุมีกฎหมายยกเว้นโทษเป็นส่วนตัวผู้กระทำผิดหรือไม่

(6) เงื่อนไขแห่งการฟ้องร้องครบถ้วนหรือไม่

ซึ่งปัญหาเหล่านี้จะต้องพิจารณาเรียงกันเป็นลำดับไป ถ้าปรากฏว่าขาดหลักเกณฑ์ที่จะทำให้จำเลยรับโทษในลำดับใดลำดับหนึ่ง ก็ไม่จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงเกณฑ์ต่อไปในลำดับต่อจากนั้นอีก

ต่อมาเมื่อประเทศไทยใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ท่านได้อธิบายในการวินิจฉัยความผิดอาญา โดยถือแบบประมวลกฎหมายอาญาเป็นหลัก ดังนี้

การกระทำใดเป็นความผิดอาญาหรือไม่ จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้¹⁰

(1) จะต้องมีการกระทำตามความหมายของกฎหมาย โดยต้องแยกพิจารณาตามประเภทความผิด คือ

ก. ความผิดที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลกระทำ

ข. ความผิดที่กฎหมายบังคับให้บุคคลกระทำ

(2) ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า การกระทำจะเป็นความผิดสำเร็จต้องเกิดผลจากการกระทำนั้นๆ ก็ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

(3) การกระทำนั้นเท่าที่แสดงออกภายนอก มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

(4) ผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท

เมื่อปรากฏว่าบุคคลได้กระทำการอันประมวลกฎหมายอาญาหรือพระราชบัญญัติได้บัญญัติเป็นความผิดแล้ว ยังถือไม่ได้ว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดเสมอไป เพราะอาจมีกฎหมายอื่นให้อำนาจกระทำได้ดังจะได้อธิบายดังนี้

1. กฎหมายลายลักษณ์อักษร แยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. ประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติเหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ดังต่อไปนี้

- การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68
- การกระทำของนายแพทย์ให้หญิงแท้งลูก ตามมาตรา 105
- การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความใด โดยสุจริตเพื่อประโยชน์

หรือในกรณีที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (1) (2) (3) และ (4) แห่งมาตรา 329

- การแสดงความคิดเห็น หรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล โดยคู่ความหรือทนายความของคู่ความ เพื่อประโยชน์แก่คดีของตนตามมาตรา 331

¹⁰ หยุด แสงอุทัย (ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ). (2547). **กฎหมายอาญาภาค 1**. หน้า 47-72.

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำมีอำนาจทำได้ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาใช้คำว่า “ไม่มีความคิด” เพื่อแสดงว่าไม่มีความผิดอาญาเกิดขึ้นเลย

ข. กฎหมายอื่นนอกจากประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
- พระราชบัญญัติอื่นๆ

2. กฎหมายจารีตประเพณี เช่น การชกมวยหรือการเล่นกีฬาที่ถูกกติกากฎ, แพทย์ที่ตัดแขนคนไข้เพื่อการรักษาโดยที่คนไข้ยินยอม

ต่อมาจึงจะมาพิจารณาในเรื่อง “เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ” หมายความว่า การกระทำนั้นผิดกฎหมายอยู่เป็นแต่กฎหมายเห็นใจผู้กระทำจึงยกโทษให้ ซึ่งเหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ¹¹ มีดังนี้

ก. เหตุยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ ได้แก่

- การกระทำผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67
- การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งเป็นคำสั่งที่มีชอบด้วย

กฎหมายตามมาตรา 70

ข. เหตุเกี่ยวกับความไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ได้แก่

- กรณีเด็กกระทำความผิด
- กรณีบุคคลที่กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน

- กรณีบุคคลที่กระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เนื่องจากความมึนเมา เสพย์สุรา หรือสิ่งเมาอย่างอื่น

ค. เหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษอย่างอื่น ได้แก่

- เหตุที่เกี่ยวกับความเป็นสามีภริยา และความเป็นญาติ
- เหตุที่เกี่ยวกับการบันดาลโทสะ
- เหตุบรรเทาโทษ

¹¹ แหล่งเดิม. หน้า 140 - 175

3) รองศาสตราจารย์ แสวง บุญเฉลิมวิภาส¹²

ท่านได้อธิบายว่า โครงสร้างของความผิดอาญาอันเป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบัน ประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) องค์ประกอบ (Tatbestandsmäßigkeit or fulfillment of the statutory elements of a crime) ซึ่งเป็นการพิจารณาถึง

ก. องค์ประกอบภายนอก ได้แก่

- ผู้กระทำ
- การกระทำ
- กรรมของการกระทำ
- ผลของการกระทำ
- ข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น

ข. องค์ประกอบภายใน ได้แก่

- เจตนา
- ประมาท
- มูลเหตุชกใจ (เฉพาะในบางฐานความผิด)

(2) ความผิด (Rechtswidrigkeit or unlawfulness of the act)

การพิจารณาเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ตามโครงสร้างข้อสองนี้ เป็นการพิจารณาจากเหตุที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างๆ ไม่จำกัดเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญานอกจากนี้เหตุที่จะทำให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายยังอาจจะพิจารณาจากเรื่องของจารีตประเพณีและความยินยอมของผู้ที่เกี่ยวข้อง จึงจะแยกพิจารณา ได้ดังนี้

ก. จารีตประเพณี ซึ่งแม้ว่าจารีตประเพณีจะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตามแต่ก็สามารถอ้างได้โดยไม่ขัดกับหลัก “ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย” เพราะเป็นการอ้างจารีตประเพณีเพื่อเป็นคุณกับผู้กระทำความผิด

ข. หลักความยินยอม

ค. บทบัญญัติของกฎหมาย ได้แก่

- ประมวลกฎหมายอาญา

1. หลักป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

2. หลักชั่งน้ำหนักประโยชน์ หรือหลักชั่งน้ำหนักคุณธรรมทาง

กฎหมาย ตามมาตรา 305(1)

¹² แสวง บุญเฉลิมวิภาส ข (2551). หลักกฎหมายอาญา. หน้า 43-46.

3. การแสดงความคิดเห็นหรือข้อความโดยสุจริต ตามมาตรา 329

- กฎหมายอื่นๆ

1. รัฐธรรมนูญ
2. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
3. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
4. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
5. พระราชบัญญัติอื่นๆ

(3) ความชั่ว (Schuld or guilt or culpability)

ซึ่งท่านอธิบายว่า ความชั่วของผู้กระทำผิดเป็นพื้นฐานของการลงโทษ (nulla poena, sine culpa) ซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพส่วนตัวของผู้กระทำหรือสภาพแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำนั้น หากพิจารณาแล้วปรากฏว่าผู้กระทำไม่มีความชั่ว กฎหมายจะยกเว้นโทษให้ สำหรับการพิจารณาว่าผู้กระทำมีความชั่วหรือไม่ เพื่อนำมาเป็นพื้นฐานของการลงโทษนั้น อาจพิจารณาจากกรณี ดังต่อไปนี้

- ก. อายุของผู้กระทำผิด
- ข. จิตของผู้กระทำผิด
- ค. ความไม่รู้ข้อถูกผิด
- ง. เหตุที่ไม่อาจดำเนินได้อย่างอื่น เช่น การกระทำผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา

67

นอกจากเหตุยกเว้นโทษด้วยเหตุผลที่ว่าผู้กระทำปราศจากความชั่วแล้ว ในทางกฎหมายอาญายังมีเหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษด้วยเหตุผลอื่นด้วย ทั้งๆ ที่การกระทำนั้นครบโครงสร้างทั้งสามส่วนแล้ว โดยที่เหตุยกโทษ เหตุลดโทษ และเหตุบรรเทาโทษ ต่างก็เป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือโครงสร้างความผิดอาญาซึ่ง¹³ได้แก่

1. เหตุที่เกี่ยวกับความเป็นสามีภริยาและความเป็นญาติ ตามมาตรา 71
2. เหตุเกี่ยวกับการบันดาลโทสะ
3. เหตุบรรเทาโทษอาจแยกได้เป็นเหตุที่มีอยู่ก่อนการกระทำผิด และหลังจาก

กระทำผิด

ก. เหตุก่อนกระทำผิด ได้แก่

- เป็นผู้โศกเขลาเบาปัญญา หมายความว่า ผู้กระทำมีความด้อยทางปัญญา จึงกระทำความผิดไปโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 113-117.

- ตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส
 - มีคุณงามความดีมาก่อน
- ข. เหตุหลังการกระทำผิด
- ผู้กระทำความผิดรู้สึกถึงความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น
 - ลุแก่โทษ
 - ให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา
 - เหตุอื่นๆ ที่ศาลเห็นว่ามີลักษณะทำนองเดียวกัน
- ซึ่งการอธิบายโครงสร้างความผิดอาญาของท่านรองศาสตราจารย์ แสวง บุญเฉลิมวิภาส นั้นเป็นการอธิบายเช่นเดียวกันกับการอธิบายของท่าน ศาสตราจารย์ ดร. คณิศ ฌ นคร

2.1.3 แนวความคิดที่นำเอาเหตุยกเว้นโทษรวมไว้ในโครงสร้างความผิดอาญา

1) รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์¹⁴

ท่านได้อธิบายว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อมีการกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ดังจะแยกพิจารณาได้ดังนี้

โครงสร้างข้อ 1. การกระทำที่ครบ “องค์ประกอบ” ที่กฎหมายบัญญัติ หมายความว่า

(1) มีการกระทำ ซึ่งได้แก่ การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สึก กล่าวคืออยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ

(2) การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายนอก” ของความผิดในเรื่องนั้นๆ แบ่งได้เป็น 3 ส่วน คือ ผู้กระทำ การกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำ

(3) การกระทำนั้นครบ “องค์ประกอบภายใน” ของความผิดในเรื่องนั้นๆ ซึ่งองค์ประกอบภายใน เป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้หรือสัมผัสได้ เพราะเป็นสิ่งที่อยู่ในจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งสิ่งที่จะต้องพิจารณา ได้แก่

ก. เจตนา

ข. ประมาท

ค. กรณีไม่เจตนาและไม่ประมาท หรือความผิดโดยเด็ดขาด (Strict liability) ซึ่งจำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัด

¹⁴ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 63-69.

(4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำตามหลักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

โครงสร้างข้อ 2. การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด

กล่าวคือ หากเป็นการกระทำที่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา เมื่อกฎหมายยกเว้นความผิดมีผลทำให้ผู้กระทำ “ไม่มีความผิด” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือทำให้ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ ซึ่งกรณีที่มีกฎหมายยกเว้นความผิดหลายกรณี ดังนี้

(1) กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายอาญา เช่น

- การกระทำโดยป้องกัน ตามมาตรา 68
- การทำแท้งกรณีพิเศษ ตามมาตรา 305
- การแสดงความคิดเห็น หรือข้อความใดโดยสุจริต ตามมาตรา 329 หรือการแสดงความคิดเห็นหรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลโดยคู่ความ หรือทนายความของคู่ความ ตามมาตรา 331

(2) กฎหมายยกเว้นความผิดที่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักเรื่องความยินยอม จารีตประเพณี

(3) กฎหมายยกเว้นความผิดในรัฐธรรมนูญ

(4) กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น การจัดการงานนอกสั่ง ตามมาตรา 395 , มาตรา 397 ไม่เป็นความผิดฐานทำให้เสียหายหรือบุกรุก

(5) กฎหมายยกเว้นความผิดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การที่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจจับบุคคลผู้มีเหตุอันควรสงสัยว่าได้กระทำความผิดมาแล้วและจะหลบหนี ตามมาตรา 78(3)

โครงสร้างข้อ 3 การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

เป็นการพิจารณาจาก “ผล” ของบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าในกรณีใดกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้น ผู้กระทำไม่ต้องถูกลงโทษแล้วถือว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษ โดยได้แบ่งเหตุที่ผู้กระทำได้รับยกเว้นโทษไว้ ดังนี้

(1) เหตุยกเว้นโทษอื่นๆ ตามประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่¹⁵

ก. การกระทำความผิดโดยจำเป็น ตามมาตรา 67

¹⁵ คำว่า “เหตุอันควรยกเว้นโทษ” เป็นคำที่ใช้ในมาตรา 89 นอกจากนั้นให้ดูมาตรา 62 ซึ่งใช้คำว่า “ข้อเท็จจริงใดถ้ามีอยู่จริงจะทำให้ ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ” ประมวลกฎหมายวิธีอาญา มาตรา 185 ใช้คำว่า “มีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรต้องรับโทษ” อ้างถึงใน เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, 2551: หน้า 67)

ข. การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 7 และไม่เกิน 14 ปี ตามมาตรา 3 และ 74

ค. การกระทำความผิดของคนวิกลจริต ตามมาตรา 65

ง. การกระทำความผิดของผู้มีินเมา ตามมาตรา 66

จ. การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70

ฉ. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินในบางความผิดระหว่างสามีภริยา ตามมาตรา 71 วรรคแรก

ช. การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามมาตรา 82

ซ. การพยายามทำแท้ง ตามมาตรา 301 และ 302 วรรคแรก (ดูมาตรา 304)

ฌ. การพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ตามมาตรา 105

(2) เหตุยกโทษกรณีพิเศษ กรณีผู้ถูกล่อให้กระทำความผิดโดยเจ้าพนักงาน หรือตัวแทน

เมื่อการกระทำใดการกระทำหนึ่ง เป็นการกระทำที่ครบโครงสร้างความผิดอาญา บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา อย่างไรก็ตามหากมีเหตุบางประการที่กฎหมายบัญญัติไว้ศาลอาจใช้ดุลยพินิจลดโทษ หรืออีกนัยหนึ่ง คือ “ลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้” โดยที่ “เหตุลดโทษ” นี้เป็นส่วนที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา

ซึ่งเหตุลดโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ได้แก่

ก. ความไม่รู้กฎหมาย ตามมาตรา 64

ข. คนวิกลจริตซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ตามมาตรา 65 วรรคสอง

ค. คนมีินเมาซึ่งยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้าง หรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ตามมาตรา 66

ง. ป้องกัน จำเป็นเกินขอบเขต ตามมาตรา 69

จ. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางมาตราระหว่างญาติสนิท ตามมาตรา 71 วรรคสอง

ฉ. ผู้กระทำอายุกว่า 14 ปี แต่ไม่เกิน 17 ปี ตามมาตรา 75 หรือเกิน 17 ปี แต่ไม่เกิน 20 ปี ตามมาตรา 76

ช. เหตุบรรเทาโทษ ตามมาตรา 78

ซ. บันดาลโทษระ ตามมาตรา 72

2) รองศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ¹⁶

ท่านได้อธิบายว่า ลำดับขั้นตอนในการพิจารณาความผิดอาญาของบุคคลนั้นมีหลักเกณฑ์อยู่ 3 ประการ คือ (1) องค์ประกอบ (2) อำนาจกระทำ และ (3) เหตุยกเว้นโทษ โดยจะแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) **องค์ประกอบ** ซึ่งแบ่งออกเป็นองค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน คือ

ก. การกระทำ โดยที่การกระทำตามกฎหมายจะต้องเป็นการเคลื่อนไหวร่างกาย ภายใต้อำนาจบังคับและควบคุมได้ นอกจากนี้ยังรวมถึงการงดเว้นการจักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลด้วย

ข. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยเป็นการพิจารณาในกรณีของความผิดที่ต้องการผลจากการกระทำนั้น

ค. เข้าองค์ประกอบภายนอกของความผิด

ง. เจตนาหรือประมาท การที่พิจารณาการกระทำก่อนการพิจารณาเจตนา นั้นเป็นการพิจารณาในแง่ภาวะวิสัย (objective)

ซึ่งในข้อ 1.1 , 1.2 และ 1.3 เป็นส่วนที่อยู่ในองค์ประกอบภายนอก ข้อ 1.4 เป็นส่วนที่อยู่ในองค์ประกอบภายใน

(2) อำนาจกระทำ

เป็นการพิจารณาว่า ผู้กระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดนั้น มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากผู้กระทำนั้นได้กระทำไปโดยมีอำนาจหรือมีสิทธิตามกฎหมายผู้นั้นก็ไม่ต้องรับผิด เช่น กรณีการป้องกันตามมาตรา 68 กรณีราษฎรจับกุมผู้กระทำความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ ซึ่งกำลังจะหลบหนีตามประมวลวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 79

(3) เหตุยกเว้นโทษ

เป็นกรณีที่แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะได้กระทำลงโดยไม่มีอำนาจตามกฎหมายก็ตาม หากแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ ซึ่งหมายความว่า การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่แต่ไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย โดยจะแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. เหตุยกเว้นโทษสำหรับการกระทำ คือ

- การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67
- การกระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 70

¹⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก (2549). กฎหมายอาญา หลักและปัญหา. หน้า 8-11.

ข. เหตุเกี่ยวกับความสามารถในการกระทำความผิด

- การกระทำของเด็ก
- การกระทำของคนวิกลจริต
- การกระทำเพราะความมีเมมา

ค. เหตุเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด

- เหตุเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางสมรส หรือ ความเป็นญาติ
- เหตุเกี่ยวกับการบันดาลโทสะ
- เหตุบรรเทาโทษอื่นๆ

3) รองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล¹⁷

ท่านได้อธิบายว่าการกระทำของผู้ใด จะเป็นความผิดอาญาและผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่นั้น จำต้องวินิจฉัยจากหลักเกณฑ์ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) การกระทำของผู้นั้นครบองค์ประกอบของความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งจะต้องพิจารณาจาก

ก. องค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำความผิด การกระทำความผิด หรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ และผลของการกระทำ

ข. องค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนาธรรมดา เจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุจูงใจ

(2) เหตุยกเว้นความผิด (Justification)

การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดแล้วอาจไม่เป็นความผิดอาญาก็ได้ หากกรณีดังกล่าวมีเหตุยกเว้นความผิด ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

ก. การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68

ข. การกระทำโดยจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 305(1)

ค. การกระทำที่กฎหมายต่างๆ อนุญาตให้กระทำได้ ได้แก่

- ตามประมวลกฎหมายอาญา เช่น

1. เหตุต่างๆ ที่เป็นเหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 327

2. เหตุยกเว้นความผิดฐานหมิ่นประมาท กรณีคู่ความหรือทนายความของ

คู่ความแสดงความคิดเห็น หรือข้อความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลเพื่อประโยชน์แก่คดีของตน ตามมาตรา 331

¹⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ก (2539). คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 11-16.

- ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

1. ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิทำโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ตามมาตรา 1567(2) ซึ่งผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

2. การอนุญาตให้เจ้าของที่ดินตัดรากไม้ ซึ่งรูกล้ำเข้ามาจากที่ดินติดต่อและ เอาไว้เสียดำเนินมาตรา 1347 เจ้าของที่ดินย่อมไม่มีความผิดฐานทำให้เสียหาย

- ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา เช่น เจ้าพนักงานจับ ผู้ต้องสงสัยว่าได้กระทำความผิด และจะหลบหนีได้ตามมาตรา 78 (3) โดยเจ้าพนักงานไม่มีความผิดฐาน หน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

ง. ความยินยอมของผู้เสียหาย จะเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ก็ต่อเมื่อเข้า หลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

- มีการยินยอมก่อนกระทำและยังคงมีอยู่จนกระทำการ
- ความยินยอมจะต้องได้มาโดยบริสุทธิ์
- ความยินยอมนั้นจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรม อันดีของ

ประชาชน

(3) เหตุยกเว้นโทษ (Excuse)

ท่านได้อธิบายว่า การกระทำบางอย่างแม้จะไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด แต่ กฎหมายก็อาจไม่ลงโทษผู้กระทำก็ได้ในบางกรณี แม้การกระทำนั้นจะเป็นความผิดกฎหมายก็ตาม ซึ่งกรณีเหตุยกเว้นโทษ ได้แก่

ก. เหตุยกเว้นโทษเพราะผู้กระทำความผิดไม่มีความรู้สึกผิดชอบ ได้แก่

- การกระทำของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี
- การกระทำของคนวิกลจริต
- การกระทำของผู้มีนเมา

ข. เหตุยกเว้นโทษ เพราะการกระทำนั้นมีเหตุไม่ควรลงโทษ ได้แก่

- การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น
- การกระทำความผิดตามคำสั่งที่มีชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน
- การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์บางฐานระหว่างสามภริยา

ดังนั้นเมื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบในทางอาญาจากโครงสร้างความรับผิดชอบข้างต้นจะเห็น ได้ว่า เหตุยกเว้นโทษจะอยู่ในตำแหน่งที่แตกต่างกันของโครงสร้างความผิดอาญา อันเนื่องมาจากการ อธิบายที่แตกต่างกันไปของนักกฎหมายไทย ดังจะแยกพิจารณาได้ 2 ความเห็นดังต่อไปนี้

ความเห็นประการที่ 1 เห็นว่าเหตุยกเว้นโทษเป็นส่วนที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญาผู้ที่อธิบายความเห็นนี้ได้แก่ ท่านศาสตราจารย์วิจิตร ลุฑิตานนท์, ท่านศาสตราจารย์

ความเห็นประการที่ 2 เห็นว่าเหตุยกเว้นโทษเป็นส่วนที่อยู่ในโครงสร้าง ความผิดอาญา ผู้ที่อธิบายความเห็นนี้ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย, รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์, รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, รองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เป็นต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ความเห็นของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับเรื่อง “การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามบทบัญญัติในมาตรา 82 ไม่ว่าจะเป็นครณีที่ผู้กระทำยังมิได้กระทำให้ไปให้ตลอด หรือกรณีที่ผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล” ซึ่งเป็นเหตุยกเว้นโทษนั้นมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้เนื่องมาจากการอธิบายที่แตกต่างกันในเรื่องของ “โครงสร้าง ความผิดอาญา” แม้ผลในทางกฎหมายในเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิดจะไม่แตกต่างกันก็ตาม กล่าวคือผู้กระทำไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น เพราะเหตุที่ตนได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดแล้ว

2.2 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทย

แนวความคิดทั่วไปตามกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา ในเรื่องการพยายามกระทำความผิดนั้นไม่ใช่เป็นสิ่งแปลกใหม่ที่กฎหมายไทยจะไม่รู้จักเสียเลย เนื่องจากเดิมแนวความคิดนี้ได้รับการบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปในกฎหมายไทย โดยส่วนใหญ่แล้วมักเป็นบทบัญญัติสำหรับใช้เฉพาะกรณีเท่านั้น ดังเช่น กฎหมายลักษณะวิวาท มาตรา 31 บัญญัติว่า “ถ้ามันพยายามที่จะตีท่าน ท่านให้ลงโทษปรับมันแต่เพียงกึ่งหนึ่งของความผิดที่มันจะต้องได้รับ ถ้ามันทำสำเร็จลง” เป็นการกระทำความผิดที่ได้รับโทษน้อยกว่ากรณีที่มีความผิดนั้นสำเร็จ¹⁸

ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้เข้าสู่ระบบกฎหมายแบบรัฐสมัย โดยได้มีการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยที่ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2451

¹⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (ผู้แปลและเรียบเรียง). “บันทึกของนายฮอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127”. วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 18, ฉบับที่ 2. หน้า 1-38.

ซึ่งแต่เดิมความพยายามกระทำความผิด ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 60 และมาตรา 61 นั้นยังมีได้มีการแยกพิจารณาการพยายามกระทำความผิด กล่าวคือ มิได้แยกออกเป็นความผิดที่ลงมือกระทำแล้วแต่กระทำไปไม่ตลอด (délit tenté) และความผิดที่ลงมือกระทำไปโดยตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลสำเร็จ (délit manqué) ทั้งนี้เนื่องจากเกรงว่าผู้พิพากษาจะประสบความลำบากในการแยกความแตกต่างของกรณีทั้งสอง²¹

ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2500 ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ ซึ่งเป็นการปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญาเดิมให้เหมาะสมกับกาลสมัยโดยบัญญัติการกระทำความผิดไว้ในหมวด 5 ของมาตรา 80 มาตรา 81 และมาตรา 82

2.2.1 องค์ประกอบของการพยายามกระทำความผิด

“การพยายามกระทำความผิด” เป็นเรื่องหนึ่งของความผิดที่มีลักษณะเป็นการเริ่มต้นกระทำความผิด (Inchoate crime)²² ต้องพิจารณาจากเจตนาเป็นหลัก กล่าวคือ การพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยองค์ประกอบของความผิดในทางภายในเสมอ ดังนั้นการพยายามกระทำความผิดในความผิดที่กระทำโดยประมาทจึงไม่อาจมีได้

จากบทบัญญัติของมาตรา 80²³ สามารถพิจารณาองค์ประกอบของการพยายามกระทำความผิด²⁴ ได้ดังนี้

¹⁹ หุุด แสงอุทัย ก (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. หน้า 13.

²⁰ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 60 บัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด แต่หากมีเหตุอันพ้นวิสัยของมันจะป้องกันได้มาขัดขวางมิให้กระทำลงได้ไซ้ ท่านว่ามันควรรับอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นแบ่งเป็นสามส่วน ให้ลงอาญาแต่สองส่วน”

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 61 บัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด แต่ยับยั้งเสียด้วยใจตนเองมิให้กระทำความผิดนั้นลงไปให้ตลอดตามความมุ่งหมาย ท่านว่าควรเอาโทษแก่มันแต่เพียงความผิดที่มันได้กระทำลงไปแล้ว”

²¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (ผู้แปลและเรียบเรียง). หน้าเดิม.

²² Williams, G.L. (1961). *Criminal Law : the General Part* (2nd. ed). no.193. p. 609; and see also M.P.C. (1962). *Model Penal Code. Official Draft*. art. 5. (อ้างอิงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก, 2549:162).

²³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 บัญญัติว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้น ไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

1) ผู้กระทำตัดสินใจเด็ดขาดปราศจากเงื่อนไข และการตัดสินใจดังกล่าวเป็นอย่างเดียวกัน องค์ประกอบภายในของความผิดสำเร็จ

2) ผู้กระทำได้กระทำการถึงขั้นลงมือ การลงมือจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งที่จะชี้ว่า การกระทำนั้นเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว เนื่องจากความพยายามกระทำความผิดเริ่มเมื่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้วโดยตรงจากการกระทำนั้น การกระทำก่อนหน้านั้นยังถือว่ากรณียังอยู่ในขั้นตอนเตรียมเท่านั้น

3) การกระทำนั้นยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งองค์ประกอบข้อนี้เป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธของการพยายามกระทำความผิด กล่าวคือ การกระทำที่เป็นความผิดสำเร็จกับเจตจำนงหรือความประสงค์ของผู้กระทำอาจไม่เป็นอย่างเดียวกัน

2.2.2 ความหมายของการลงมือกระทำความผิด

การพยายามกระทำความผิดนั้นจะต้องมิใช่ผู้กระทำเพียงเจตนาในทางอาญาอย่างเดียวเท่านั้น หากจะต้องมีการกระทำแสดงออกมา (Act and Movement) ด้วย ซึ่งการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกนี้คือส่วนหนึ่งขององค์ประกอบนั่นเอง ดังนั้นการจะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดหรือไม่ก็ต้องรอพิจารณาถึงขั้นที่ผู้กระทำกระทำขั้นสุดท้ายเพื่อให้บรรลุผลแห่งความผิดหรือการกระทำนั้นยังไม่ทันจะได้คุกคามสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเลย²⁵ ซึ่งการกระทำอันเป็น “การลงมือกระทำความผิด” นั้นมีความเห็น 2 ประการ ดังนี้

2.2.2.1 ความเห็นของศาล ตามแนววินิจฉัยของศาลมักจะพิจารณาการเตรียมการกับการพยายามตามดุลยพินิจเป็นกรณีๆ ไป โดยยึดหลักความใกล้เคียงกับความผิดสำเร็จโดยไม่อาจแบ่งแยกไว้อย่างชัดเจน ในแต่ละคดีศาลมักใช้คำว่า “ได้มีการกระทำโดยมุ่งต่อความผิด” หรือ “ใกล้ความสำเร็จเป็นความผิด”²⁶ เป็นต้น

ดังนั้น “การลงมือ” แบ่งพิจารณาตามแนวความคิดได้ดังนี้²⁷

1) หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) หลักนี้ถือว่าการกระทำใดที่เห็นว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ต่อการก่อให้เกิดความผิดสำเร็จได้อย่างแน่ชัด จึงควรลงโทษ เช่น หากได้มีการผสมยาพิษลงในแก้วน้ำดื่มเพื่อให้ผู้ที่ต้องการจะฆ่าดื่ม เป็นการใกล้ชิดต่อผลแล้ว ซึ่งหลักนี้

²⁴ คณิต ฅ นคร ข (2546). ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. หน้า 274-275 และดูแสง บุญเฉลิมวิภาส ก เล่มเดิม. หน้า 104-105.

²⁵ โกเมศ ขวัญเมือง. (2550). กฎหมายอาญาชั้นสูง. หน้า 103.

²⁶ แหล่งเดิม. หน้า 104.

²⁷ Glanville Williams. Op.Cit. p.104.

2) หลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) หลักนี้ถือว่าการกระทำนั้นๆ จะต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำมุ่งหมายจะกระทำความผิดฐานใด คือการกระทำนั้นบ่งถึงความเป็นจริงได้ในตัวของมันเอง (res ipsa loquitur) หมายถึงว่าแม้จำเลยจะรับสารภาพว่าตนมีเจตนาจะกระทำความผิดฐานใด แต่การกระทำของจำเลยอาจยังคลุมเครืออยู่ว่าจะกระทำความผิดจริงหรือไม่ จะถือว่าจำเลยพยายามกระทำความผิดฐานนั้นๆ ยังไม่ได้ หลักนี้จึงต้องมีการกระทำ ซึ่งเรียกว่าอยู่ในขั้นตอนเกือบจะสุดท้ายจริงๆ จนปราศจากข้อสงสัยจึงจะถือว่าเป็นการลงมือแล้ว ซึ่งหากนำหลักนี้มาใช้แล้วจะทำให้การพยายามกระทำความผิดแคบลงไปมาก เช่น การปีนเข้าไปในบ้านคน ถ้าฟังการกระทำเพียงเท่านี้ไม่อาจรู้ว่าผู้กระทำจะเข้าไปกระทำความผิดฐานใด จะเข้าไปปล้นทรัพย์หรือฆ่าคน หรือกระทำความผิดอื่นในบ้านนั้น กฎหมายจึงยังลงโทษผู้กระทำไม่ได้ เพราะการกระทำดังกล่าวยังเคลือบคลุมอยู่

3) หลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility Rule) การที่จะถือเป็นการพยายามได้ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้น ได้แสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งทีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองโดยคำนึงถึงความใกล้ชิดของอันตราย หรือการที่จะก่อความเสียหายและความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนนั้นๆ เช่น การผลักผู้หญิงล้มลงเพื่อกระทำชำเราเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว เพราะทำให้หญิงรู้สึกหวาดกลัวว่าจะถูกกระทำความผิดเช่นนั้น

4) หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ (The Substantial Step Rule) ซึ่งวางหลักไว้ว่าเมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนสำคัญเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้ว ถือว่ามีการพยายามกระทำความผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอื่นๆ ประกอบให้เห็นอย่างชัดเจนและยังได้กำหนดตัวอย่างว่าอย่างไรเป็นขั้นตอนที่สำคัญไว้ด้วย เช่น การไปดักรอผู้เสียหาย หรือการรอให้เขาไปยังที่ที่จะก่อการกระทำความผิด หรือการครอบครองวัตถุที่จะใช้ในการกระทำความผิด

28

เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลไทยแล้ว²⁹ ถือว่าการที่ได้กระทำลงไปแล้วใกล้เคียงกับการกระทำความผิดสำเร็จก็ถือว่าเป็นการลงมือแล้ว กล่าวคือ จะเป็นการกระทำ

²⁸ Ibid. p 105.

²⁹ ศาลไทยตีความคำว่า “ลงมือ” ตามมาตรา 80 ว่า จะต้องเป็นการกระทำที่ “ได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้ว” (คำพิพากษาฎีกาที่ 1203 / 2491 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยขนย้ายข้าวออกนอกเขตจังหวัดสมุทรสาครอันเป็นเขตกักกันข้าวขอให้ลงโทษ ตามพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว แต่โจทก์สืบพยานได้ความว่าขณะจำเลยถูกจับนั้นจำเลยยังมีทันได้นำข้าวออกนอกเขตจังหวัดสมุทรสาคร ดังนี้ เมื่อ

ความเห็นของศาลฎีกา มีข้อดี คือมีความยืดหยุ่นดี ศาลมีโอกาสใช้ดุลยพินิจเป็นเรื่องราว ว่าการกระทำนั้นใกล้เคียงหรือไกลจากการกระทำความผิดสำเร็จ แต่ก็มีข้อเสีย คือขาดความแน่นอน เนื่องจากการกระทำอันเดียวกันบุคคลต่างๆ อาจมีความเห็นที่แตกต่างกัน

2.2.2.2 ความเห็นในทางทฤษฎี ได้พิจารณาโดยแยกว่าการกระทำนั้นประกอบด้วยกรรมกรรมเดียว หรือประกอบด้วยกรรมหลายกรรม มีดังนี้

1) ถ้าการกระทำนั้นประกอบด้วยกรรมกรรมเดียวกัน กล่าวคือ การกระทำใดซึ่งในทางธรรมชาติเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำความผิด ก็เพียงพอแล้วที่จะถือว่าเป็นการลงมือเพราะอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้วโดยตรงจากการกระทำนั้น

2) ถ้าการกระทำความผิดประกอบด้วยหลายกรรม ถ้าผู้กระทำได้กระทำความผิดกรรมหนึ่งลงไป หรือกระทำความผิดใดอันเป็นการกระทำในทางธรรมชาติกับกรรมใดกรรมหนึ่งดังกล่าวก็ถือว่า ลงมือกระทำความผิดแล้ว

2.2.3 ลักษณะของการพยายามกระทำความผิด

การพยายามกระทำความผิดเป็นเรื่องของการกระทำที่ไม่บรรลุผล กล่าวคือ ผลไม่เกิดสมเจตนาของผู้กระทำ³¹ ดังนั้น การพยายามกระทำความผิดจึงแบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

1) การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญ ตามมาตรา 80³²

กรณีที่ 1 ความพยายามกระทำความผิดที่ไม่บรรลุผลเพราะผู้กระทำกระทำไปไม่ตลอด หมายถึงผู้กระทำได้มีการลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ผู้กระทำกระทำไปไม่ได้ครบถ้วน

³⁰ จิตติ ดิงศรัทีย. เล่มเดิม. หน้า 342 – 343.

³¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 170.

³² โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 1623 / 2527 “จำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหายแต่กระสุนด้านไม่ระเบิด ซึ่งอาจเป็นเพราะกระสุนเสื่อมคุณภาพหรือเป็นเหตุบังเอิญ หากเป็นการแน่แท้ว่าจะไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายไม่ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

กรณีที่ 2 การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล หมายถึงผู้กระทำได้ลงมือกระทำทุกอย่างที่เขาเชื่อว่าจะเป็นเหตุให้เกิดผลเป็นความผิดสำเร็จได้แล้ว แต่ไม่บรรลุผลตามที่เขาเจตนา ไม่ว่าจะเป็เพราะเหตุแห่งวัตถุที่เขามุ่งกระทำต่อ หรือเพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำความผิด

2) การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ตามมาตรา 81 วรรค 1

การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เป็นการกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นความผิดสำเร็จได้เลย ซึ่งเมื่อครั้งยังใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ถือว่าการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ นั้นไม่เป็นความผิด และผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเลย เพราะถือว่าอย่างไรๆ การกระทำความผิดนั้นก็ไม้อาจสำเร็จลงได้ แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันถือว่า ในความพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้นี้ ผู้กระทำได้มีเจตนากระทำความผิดและได้แสดงความชั่วน้อออกมา โดยลงมือกระทำไปแล้ว และผู้กระทำเองก็ไมรู้ถึงเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่สามารถเป็นไปได้อย่างแน่แท้³⁴

คำว่า “กระทำการโดยมุ่งต่อผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด” ก็คือการกระทำที่มุ่งต่อผลให้เป็นความผิดสำเร็จ ฉะนั้นแม้กฎหมายจะบัญญัติว่า “ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด” ก็ตาม แต่กรณีจะเป็นการพยายามกระทำความผิดซึ่งเป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ตามมาตรา 81 ได้จะต้องผ่านหลักเกณฑ์อย่างเดียวกับการพยายามกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์ทั่วไปตามมาตรา 80 นั่นเอง³⁵

กรณีที่ 1 การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ คือกรณีเมื่อพิจารณา “วัตถุหรือสิ่ง” (Object) ที่ใช้ในการกระทำ แล้วความผิดสำเร็จย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย³⁶

³³ Tuner, J.W.C. (1934). *Attempts to commit Crime*. 5 Camb. L.J. 230, pp. 238-239 อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 170.

³⁴ หยุด แสงอุทัย (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ บรรณาธิการ). เล่มเดิม. หน้า 86-87.

³⁵ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 399.

³⁶ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 314.

กรณีที่ 2 การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ คือ กรณีที่เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งเรื่องจากลักษณะของ “การกระทำ” (Handlung) แล้วความผิดสำเร็จไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย³⁷

3) การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปโดยงมงาย ตามมาตรา 81 วรรค 2

กรณีการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปโดยงมงายนั้นเป็นเรื่องความงมงายซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ตามมาตรา 81 วรรค 1 ดังนั้นจึงต้องจำกัดด้วยเหตุ 2 ประการเช่นเดียวกัน คือ กระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะความงมงายด้วยเหตุแห่งปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิด หรือเพราะความงมงายด้วยเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ซึ่งกฎหมายให้ถือเป็นการพยายามกระทำความผิด แต่ถ้าเป็นการกระทำด้วยความงมงายที่ส่งผลเป็นความผิดได้คงไม่ใช่เรื่องตามมาตรา 81 เช่น หญิงเอาลูกวางบนแผ่นเหล็กเตาไฟ ด้วยความเชื่ออย่างสุจริตโดยคิดว่าจะทำให้ลูกที่ผิดปกติของตนกลับดีขึ้นได้ย่อมเป็นความผิดและสมควรถูกลงโทษ³⁸

เนื่องจากความงมงายก่อให้เกิดผลในทางจิตใจอย่างร้ายแรงต่อผู้ที่มีความเชื่อถืออยู่ การที่กฎหมายอาญาได้เข้ามาเกี่ยวข้อง ด้วยเหตุที่ว่าบุคคลที่มีจิตคิดอาฆาตทำร้ายผู้อื่นก็มีจิตใจเช่นเดียวกันกับอาชญากรโดยทั่วไป³⁹ เนื่องจากการกระทำด้วยความงมงายได้แสดงออกถึงเจตนาอันชั่วร้ายของผู้กระทำแล้ว จะต่างกันที่ตรงวิธีการที่จะให้เกิดผลเท่านั้น

ซึ่งหากปล่อยให้เขาทำต่อไปเรื่อยๆ ไม่มีการปรามไว้เสียก่อน เมื่อรู้ว่าวิธีอันงมงายนี้ใช้ไม่เป็นผล เขาอาจหาวิธีที่ร้ายแรงกว่าหรือมีประสิทธิภาพมากขึ้นเพื่อให้บรรลุเจตนาของเขาได้⁴⁰

³⁷ แหล่งเดิม.

³⁸ William, G.L. (1949). *Homicide and the Supernatural*, 65 L.Q.Rev.491 (อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก, 2547:176).

³⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ข (2547). “กฎหมายอาญากับความงมงาย(บทความพิเศษ)”. วารสารอัยการ, ปีที่ 7, ฉบับที่ 43 หน้า 9-22.

⁴⁰ Ryu, P.K. (1957). *Contemporary Problems of Criminal Attempts*. (อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก, 2547:176).

2.2.4 เหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นย่อมต้องมีการลงโทษ และโดยทั่วไปแล้วการพิจารณาธรรมชาติของความผิดอาญา (nature of crime) ย่อมจะไม่แตกต่างกันมากนักไม่ว่าในระบบกฎหมายใด แต่อาจจะมีการบัญญัติรายละเอียดไว้ต่างกันตามที่ปรากฏในกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งในองค์ประกอบสำคัญ ๆ แล้วคงจะต้องมีลักษณะทั่วไปตามสากล⁴¹

การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญ ตามมาตรา 80 ผู้กระทำได้ระวางโทษสองในสามส่วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น และการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ตามมาตรา 81 นั้น ผู้กระทำได้ระวางโทษไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้น ความสมควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดได้มีการอธิบายทางทฤษฎี ดังนี้

1) ทฤษฎีภาวะวิสัย (objektiv Theorie)

ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย (Objektiv Theorie)⁴² ความคิดในการพิจารณาการกระทำและผล โดยหลักในทางภาวะวิสัย Richard Honig ได้เป็นผู้ริเริ่มขึ้นในปี ค.ศ. 1930 จุดเริ่มต้นของ Richard Honig ในเรื่องความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัยนั้นเกิดขึ้นจากปัญหาที่ไม่ลงรอยกันระหว่างทฤษฎีเงื่อนไขที่ถือว่าเหตุทุกเหตุมีค่าเท่ากับทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมที่ถือเอาเฉพาะเหตุที่เหมาะสมเท่านั้น แต่ Honig ได้เบนปัญหาไปอีกทางหนึ่งโดยเห็นว่า “ในทางกฎหมายนั้นไม่ใช่เรื่องของการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเพียงอย่างเดียว แต่ปัญหาที่ต้องพิจารณาอีกว่าผลนั้นเป็นผลที่ผู้กระทำได้รับผิดชอบหรือไม่” แนวความคิดของทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย จึงเป็นอย่างเดียวกันกับแนวความคิดของทฤษฎีเหตุที่สำคัญ

ตามทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย ถือหลักว่า “ผลของการกระทำจะเป็นผลที่ผู้กระทำได้รับผิดชอบก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดอันตรายและเกิดผลที่กฎหมายไม่พึงประสงค์ขึ้นและอันตรายได้เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

การที่ต้องลงโทษการกระทำที่เป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญ เนื่องจากการกระทำนั้นเป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มุ่งกระทำต่อที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง⁴³ ทฤษฎีนี้ถือเอาการกระทำและความเสียหายเป็นใหญ่ โดยพิจารณาว่าสังคมได้ปั่นป่วนและเสียหายเพียงใด และการลงโทษก็ควรที่จะลงให้เหมาะสมกับความเสียหายนั้น ซึ่งเป็นหลักนิยมของสำนัก Neo-classique⁴⁴ ดังนั้น

⁴¹ แสง บุญเฉลิมวิภาส ค (2529). “กฎหมายลักษณะอาญา : ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย”. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 2 หน้า 106-124.

⁴² George P. Fletcher. (อ้างถึงใน ญัตติ คดีมาก, 2546:24).

⁴³ กมลชัย รัตนสากววงศ์ ข (2538). สัมมนากฎหมายอาญา (ชั้นปริญญาโท). หน้า 87.

⁴⁴ วิจิตร ลุตติตานนท์ ข (2500). คำอธิบายกฎหมายอาญา. หน้า 284.

ฉะนั้น ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objektiv Theorie) เป็นทฤษฎีที่อธิบายเหตุผลในการลงโทษการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิด เฉพาะการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญ ตามมาตรา 80 เท่านั้น

2) ทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjektiv Theorie)

การที่สมควรต้องมีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดก็เพราะว่า การพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำของผู้ที่มีอันตราย กล่าวคือ เป็นการกระทำของบุคคลที่มีเจตจำนงในการประกอบอาชญากรรม ซึ่งเมื่อมีการกระทำตามเจตนา และการกระทำดังกล่าวอาจมีศักยภาพให้เกิดความผิดสำเร็จนั้นเป็นการกระทำความผิดอาญา ซึ่งในที่นี่จะหมายถึงการกระทำที่พ้นขั้นตอนของการเตรียมเพื่อกระทำความผิดแล้ว⁴⁶ ซึ่งทฤษฎีนี้ถือเจตนาอันชั่วร้ายนั้นเป็นใหญ่ โดยพิจารณาว่า การกระทำที่แสดงออกมาภายนอกนั้นเป็นแต่เพียงการแสดงซึ่งเจตนา ความเสียหายหรือความป่วนป่วนมิเท่าใดไม่เป็นข้อสำคัญ เมื่อมีการกระทำอันแสดงเจตนาอันชั่วร้ายของผู้กระทำแล้วจำต้องลงโทษ แม้ผู้กระทำจะไม่ได้กระทำความผิดสมความมุ่งหมายก็ตาม ทฤษฎีนี้เป็นหลักนิยมของสำนัก Positiviste⁴⁷

ศาลเยอรมัน (Reichsgericht และ Bundesgerichtshof) ถือว่าการพยายามกระทำความผิด คือ การแสดงเจตนาที่จะกระทำความผิดออกมาภายนอก⁴⁸

ศาลฎีกาฝรั่งเศส ได้วินิจฉัยว่า “การกระทำทุกอย่างที่จะนำไปสู่การกระทำความผิด ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะกระทำความผิดแล้วย่อมเป็นการเริ่มลงมือกระทำ”⁴⁹

ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว แนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายนี้พิจารณาว่า การกระทำของผู้กระทำนั้น หากเกิดขึ้นเพื่อตนเอง (to be his own) ให้ถือว่าผู้กระทำ

⁴⁵ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 304.

⁴⁶ กมลชัย รัตนสกาวงษ์ ฌ หน้าเดิม.

⁴⁷ วิจิตร ลุติตานนท์ ฌ เล่มเดิม. หน้า 284 – 285.

⁴⁸ แหล่งเดิม.

⁴⁹ Crim. Ler mai 1879 (อ้างถึงใน โทเมน ภัทรภิรมย์, 2524:20).

ด้วยเหตุนี้ ทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjektiv Theorie) จึงเป็นทฤษฎีที่สามารถอธิบายได้ ทั้งทฤษฎีของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญ ตามมาตรา 80 และการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ตามมาตรา 81 เนื่องจากผู้กระทำความผิดจำแนกเหมือนกัน

3) ทฤษฎีภาวะวิสัยและอัตตะวิสัย (Objektiv-Subjektiv Theorie)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าพื้นฐานของการพยายามกระทำความผิดจำเป็นต้องพิจารณาเจตจำนงของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ แต่การสมควรลงโทษหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงอันตรายของการกระทำความผิดควบคู่กันไปด้วย ซึ่งเรียกว่า ทฤษฎีภาวะวิสัยประกอบด้วยทฤษฎีอัตตะวิสัยสองอย่างประกอบกัน การวินิจฉัยในทางกฎหมายจึงมองว่า Subjektiv เป็นอย่างไร และ Objektiv เป็นอย่างไร

2.2.5 ข้อยกเว้นของการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

1) ผู้กระทำความผิดพยายามกระทำความผิดบางฐานความผิดที่มีโทษเท่ากับความผิดสำเร็จ เช่น ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ ตามมาตรา 107, ความผิดต่อสัมพันธไมตรีต่อต่างประเทศ ตามมาตรา 203 เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากความผิดดังกล่าวมีลักษณะรุนแรง กฎหมายจึงบัญญัติเพื่อลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดเท่ากับการกระทำความผิดสำเร็จ

2) การพยายามกระทำความผิดที่ไม่มีโทษ ได้แก่

(1) การพยายามกระทำความผิดลหุโทษ⁵¹

(2) การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 301 หรือมาตรา 302⁵²

(3) การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด⁵³

2.3 ความหมายของการถอนตัวจากการกระทำความผิด

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยมิได้บัญญัตินิยามของคำว่า “การถอนตัว” ไว้ เนื่องจากคำดังกล่าว ยังมีได้แพร่หลายอยู่ในประเทศไทย ซึ่งการถอนตัวนั้น ก็ยังแบ่งได้อีกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ “การถอนตัวจากการกระทำความผิดที่สำเร็จแล้ว “และ” การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด” ดังจะพิจารณาได้ดังนี้

⁵⁰ George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p. 655 (อ้างถึงใน ธรรมนูญ คีมาค, 2546:26).

⁵¹ โปรดดู ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 105.

⁵² โปรดดู ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 304.

⁵³ โปรดดู ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 82.

2.3.1 การถอนตัวจากการกระทำผิดที่สำเร็จแล้ว

ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมาย หากผู้กระทำความผิด ได้ลงมือกระทำความผิดใน บทหนึ่งบทใดที่กฎหมายบัญญัติ และเกิดผลของการกระทำนั้นขึ้นแล้ว แม้ผู้กระทำความผิดจะ ล่ามึนคิดขึ้นมาภายหลัง เช่น นาย ก. ต้องกรขโมยแหวนเพชรของ นาง ข. โดยได้หยิบแหวนเพชร ดังกล่าวใส่กระเป๋าไปจนถึงประตูหน้าบ้าน แต่ต่อมา นาย ก. รู้สึกผิดจึงนำแหวนเพชรดังกล่าวไป คืนไว้ที่เดิม ถือได้ว่าการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ได้สำเร็จลงแล้ว แม้ต่อมา นาย ก. จะได้ถอน ตัวโดยการกลับใจนำแหวนเพชรไปคืน นาย ก. ก็ย่อมต้องรับผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายตาม มาตรา 334 อยู่ดี กล่าวคือการกระทำจะเป็นความผิดอาญา ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เมื่อการกระทำแม้จะทำไปจนตลอด และเกิดผลขึ้นตามที่ตั้งใจกระทำ การกระทำและผลนั้นก็ไม่เป็นความผิด การพยายามกระทำความผิดก็มีไม่ได้ด้วยตนเอง

การถอนตัวจากการกระทำผิดที่สำเร็จแล้ว เช่น

1) การลู่แก่โทษกรณีฟ้องเท็จตามมาตรา 176

มาตรา 176 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 175 แล้วลู่แก่โทษต่อศาล และ ขอลถอนฟ้องหรือแก้ฟ้องก่อนมีคำพิพากษาให้ศาลลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือศาลจะ ไม่ลงโทษเลยก็ได้”

โดยที่การถอนฟ้องหรือแก้ฟ้องนี้ จะกระทำระหว่างไต่สวนมูลฟ้องก่อนศาลประทับ ฟ้องก็ได้⁵⁴

2) การลู่แก่โทษกรณีเบิกความหรือแจ้งความเท็จตามมาตรา 182

มาตรา 182 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 177 หรือมาตรา 178 แล้ว ลู่แก่โทษ และกลับแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงานก่อนจบคำเบิกความหรือการแปล ผู้นั้น ไม่ต้องรับโทษ”

3) การลู่แก่โทษที่กฎหมายลดโทษ ตามมาตรา 183

มาตรา 183 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 177 มาตรา 184 หรือมาตรา 180 แล้วลู่แก่โทษ และกลับแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงานก่อนมีคำพิพากษา และก่อนตน ถูกฟ้องในความผิดที่ได้กระทำ ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น เพียงใดก็ได้”

⁵⁴ โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 5/2508 จำเลยฟ้องโจทก์เป็นคดีอาญาหาว่าโจทก์ปลอมและใช้เอกสาร สัญญาขู่ขอให้ลงโทษนั้นแม้จำเลยจะถอนฟ้องคดีอาญาเสียระหว่างไต่สวนมูลฟ้องก่อนศาลตั้งประทับฟ้องก็ได้ หากข้อเท็จจริงฟังได้ว่าฟ้องที่จำเลยกล่าวหาโจทก์เป็นฟ้องเท็จแล้วจำเลยก็ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมาย อาญามาตรา 175,176. สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

ซึ่งกรณีตามมาตรา 176 มาตรา 182 และมาตรา 183 ต่างก็เป็นเหตุยกเว้นโทษ เฉพาะตัวประเภทเหตุยกโทษให้เฉพาะตัว⁵⁵

2.3.2 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดในทางวิชาการของไทย ก็คือบทบัญญัติของ มาตรา 82 ซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาได้ 2 กรณี ดังนี้ “การยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด “และ” การกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล” ดังที่มาตรา 82 บัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ” ซึ่งจะได้ทำการศึกษาถึงกรณีต่อไป เมื่อได้มีการพิจารณาถึง

2.4 เหตุผลของการไม่ลงโทษการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

เนื่องจาก “การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด” เป็นเรื่องที่อยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาหลังจากที่ได้ยืนยันแล้วว่ากรณีนั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และเป็นการกระทำที่มีความชั่ว และการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินี้เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเพียงขั้นตอนพยายามกระทำความผิด ทั้งนี้เพราะว่าการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเป็นเรื่องนอกโครงสร้างของความผิดอาญา

โดยทั่วไปแล้วบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาและโทษ เพราะว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาแล้ว “ความสมควรลงโทษ” (Strafwürdigkeit) สำหรับการกระทำนั้นย่อมมีอยู่ในตัวเองของการกระทำนั้น

เหตุผลที่กฎหมายยกเว้นโทษให้กับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เนื่องจากกฎหมายเห็นว่า การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเป็นข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดชอบที่จะมีผลทำให้ “ความสมควรลงโทษ” เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ดีที่ไม่สมควรจะลงโทษอีกต่อไป โดยกฎหมายจะบัญญัติยกเว้นโทษไว้ เพราะในทางกฎหมายอาญามีหลักเพียงว่า “ไม่มีการลงโทษ โดยไม่มีความชั่ว” (nulla poena sine culpa) เท่านั้น แต่ไม่มีหลักที่กลับกัน ฉะนั้นการกระทำใดที่เป็นการกระทำที่มีความชั่วจึงอาจไม่มีการลงโทษ สำหรับการกระทำนั้นได้ ซึ่งปรากฏคำอธิบายทางทฤษฎี ดังนี้

⁵⁵ คณิต ณ นคร ค (2545). กฎหมายอาญาภาคความผิด. หน้า 669 - 674 .

2.4.1 ทฤษฎีนโยบายในทางอาญา (Kriminalpolitische Theorie)⁵⁶

ทฤษฎีนี้ถือว่าการขกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น เป็นนโยบายทางอาญาของรัฐที่จะจูงใจบุคคลให้ยกเลิกการกระทำใดการกระทำหนึ่งของตน ก่อนที่การกระทำนั้นจะเป็นความผิดสำเร็จ และในขณะเดียวกันก็เพื่อจูงใจบุคคลให้แก้ไขป้องกันการเกิดผลจากการกระทำของตน โดยมีการไม่ลงโทษเป็นสิ่งตอบแทน ทฤษฎีนี้ดำเนินตามความคิดของ “ทฤษฎีสะพานทอง” (Theorie von der goldenen Brücke) ซึ่งเป็นทฤษฎีของ Alselm von Fevrbach⁵⁷

2.4.2 ทฤษฎีอภัยโทษ (Gnadentheorie)⁵⁸

ทฤษฎีนี้ถือว่าการไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิด ในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เพราะกฎหมายประสงค์ที่จะให้อภัยแก่ผู้กระทำความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดแสดงให้เห็นด้วยการถอนตัวแล้วว่า ในอนาคตคงจะไม่ได้พบเห็นการกระทำที่เลวร้ายใดๆ จากเขาอีก ซึ่งการยับยั้งหรือกลับใจของเขาในภายหลังนี้ มีน้ำหนักมากพอที่จะกล่าวได้ว่าเหนือกว่าการกระทำของเขาที่ได้กระทำไปแล้ว เพราะฉะนั้นการไม่ลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงมีลักษณะเป็นการให้รางวัล

2.4.3 ทฤษฎีวัตถุประสงค์ของการลงโทษ (Strafzweck Theorie)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษ เป็นวิธีการตอบโต้ของชุมชนต่อผู้ละเมิดกฎระเบียบของชุมชนนั้นๆ ซึ่งมีหลักการใหญ่อยู่ 2 ประการ คือ

1) การแก้แค้น การลงโทษก็เพื่อทดแทนให้สาสมกับความผิด (retribution) โดยถือว่าเป็นการชดเชยความผิดที่ได้กระทำลงอย่างหนึ่ง⁵⁹ ซึ่งรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการแทนให้อย่างเหมาะสมกับความผิด

2) การแก้ไข การลงโทษเพื่อแก้ไขมิให้กระทำความผิด มีด้วยกัน 2 ประการ คือ

⁵⁶ Vgl. Hans – Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, S. 485; Hans – Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band¹, s. 184 (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร. ก, 2547:221).

⁵⁷ Alselm von Fevrbach (ค.ศ.1775 – 1833) เป็นนักกฎหมายอาญาเยอรมันที่มีชื่อเสียงมาก เป็นผู้วางหลัก nulla poena sine lege. (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ง, 2529:142 – 149).

⁵⁸ vgl. Hans – Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, S. 485 ; Hans – Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band¹, s. 184. (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร. ก, 2547:221).

⁵⁹ Herbert Packer. (1978). *The Limits of The Criminal Sanction*. p.37.

ประการแรก คือ เพื่อเป็นการป้องกันทั่วไป (General prevention) กล่าวคือ การลงโทษผู้กระทำความผิดย่อมจะข่มขู่มิให้บุคคลทั่วไปเอาเป็นเยี่ยงอย่าง อันเป็นการยับยั้งให้บุคคลที่คิดจะกระทำความผิดล้มเลิกความตั้งใจเสีย

ประการที่สอง เพื่อเป็นการป้องกันเฉพาะ (deterrence) โดยลงโทษผู้กระทำความผิดให้หวาดกลัวโทษ และกลับตนเป็นคนดีต่อไป

ทฤษฎีนี้ถือว่าการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เพราะว่าวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ตกไปแล้ว กล่าวคือ ผู้ที่ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด โดยการที่ตนได้ยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือได้กลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผลแล้วแต่กรณีนั้น ผู้กระทำได้แสดงให้เห็นจากการกระทำของเขาแล้วว่าเจตจำนงของเขาในการที่จะกระทำความผิดอาญานั้นไม่มีความหนักแน่นพอ ฉะนั้นไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ให้มีผลเป็นการป้องกันบุคคลทั่วไป ไม่ให้กระทำความผิดอย่างเดียวกันซ้ำอีก (Spezialprävention) การลงโทษผู้กระทำเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องเลย และทั้งความยุติธรรมก็มิได้เรียกร้องให้ลงโทษเขาในกรณีนี้ด้วย

บทที่ 3

การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดในกฎหมายต่างประเทศ

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าสิ่งจำเป็นในการเรียนรู้กฎหมาย มิได้อยู่ที่การศึกษา กฎเกณฑ์ข้อกำหนดของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในแต่ละประเทศเท่านั้น ส่วนที่สำคัญสำหรับการศึกษามากกว่านั้นก็คือการเรียนรู้ถึงโครงสร้าง (Structure), การแยกประเภท (Categories), และวิธีการ (Methods) อันเป็นรากฐานของกฎหมายแต่ละระบบ¹

ซึ่งแม้ว่าประเทศไทยจะได้รับเอาระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์มาใช้เป็นเวลาช้านาน แต่ก็ยังมีปัญหาที่เกิดขึ้นเสมอเกี่ยวกับความเข้าใจในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ทั้งในส่วนที่เป็นเนื้อหาของกฎหมาย (Legal contents) และนิติวิธี (Juristic method)²

เพราะเนื่องจากวิชานิติศาสตร์เป็น “ศาสตร์ในทางปทัสถาน” (Norwissenschaft) จึงไม่อาจทำการศึกษาวิจัยโดยใช้การสังเกตและการทดลองดังเช่นวิชาวิทยาศาสตร์ เหตุนี้จึงเป็นภารกิจของวิชานิติศาสตร์ที่จะกำหนดเรื่อง “โครงสร้างความคิดอาญา” (Verbrechensaufbau หรือ Structure of crime)³ แต่ด้วยเหตุความเข้าใจที่แตกต่างกันระหว่างผู้ที่สำเร็จการศึกษาระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) กับผู้ที่สำเร็จการศึกษาระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับโครงสร้างความคิดอาญา จึงทำให้มีการวิเคราะห์ปัญหา และข้อวินิจฉัยทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปด้วย

ปัจจุบันมีระบบกฎหมายที่สำคัญอยู่สองระบบ คือระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ทั้งสองระบบก็มีหลักเกณฑ์ในเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาที่ส่งผลต่อกฎหมายไทย และกลายมาเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาในปัจจุบัน⁴

¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ ก (2546). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. หน้า 16–17.

² แสวง บุญเฉลิมวิภาส ง (2524). ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. หน้า 1

³ คณิต ฌ นกร ก เล่มเดิม. หน้า 86.

⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ข (2547). ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา. หน้า 17.

3.1 โครงสร้างความผิดอาญาในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

การวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้วางหลักเกณฑ์อยู่บนพื้นฐานของสุภาษิตลาตินที่ว่า “Actus non facit reum, nisi mens sit rea” อันเป็นหลักเกี่ยวกับความผิดอาญา ซึ่งหมายความว่า “การกระทำไม่ทำให้ (ผู้กระทำของการกระทำนั้น) เป็นความผิด หากไม่มีจิตใจที่ชั่วร้าย กล่าวคือ จิตใจที่เป็นอาชญากรรม เจตนาและการกระทำทั้งสองอย่างนี้ต้องประกอบกันจึงจะทำให้เป็นความผิดอาญา (An act does not make [the does of it] guilty, unless the mind be guilty; that is, unless the intention be criminal. The intent and the act must both coucur to constitute the crime.)⁵

ซึ่งความผิดอาญาตามระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) สามารถแยกองค์ประกอบได้ 2 ส่วน คือ ส่วนขององค์ประกอบทางด้านความผิด (Actus reus) และส่วนขององค์ประกอบทางด้านจิตใจ (Mensrea)⁶ โดยไม่ได้แยกเหตุยกเว้นความผิด (Justification) เหตุยกเว้นโทษ (excuse) และเหตุบรรเทาโทษ (Mitigation) ออกจากกันอย่างชัดเจน

ดังนั้น การวินิจฉัยความผิดอาญาของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงประกอบด้วยส่วนสำคัญ 2 ส่วน ดังต่อไปนี้

3.1.1 ส่วน Actus reus หรือ criminal act

ซึ่งในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบในทางภาวะวิสัย (Objective element)⁷ โดย Actus reus หมายถึง การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายห้าม ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน คือ⁸

- 1) Actus หมายถึง การกระทำ (Act)
- 2) Reus หมายถึง ข้อห้ามที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิด

ฉะนั้น ในการวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เมื่อพิจารณาว่ามีกระทำ คือส่วน Actus แล้วจะต้องดูว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายด้วยหรือไม่ หากผิดกฎหมายก็ถือว่าการกระทำนั้นมี reus แล้ว

⁵ see BLACK'S LAW DICTIONARY.

⁶ Smith, J.C and Hogan. Brain, Criminal Law. 6 ed. (London : Butterworths. 1988). P. 32. (อ้างถึงใน รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล, 2543:8).

⁷ สมศักดิ์ ตันตนา. (2530). ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดทางอาญาไทย. หน้า 3

⁸ รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล. (2543). อิทธิพลทางกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาไทย. หน้า 8 – 10.

ดังนั้น Actus reus จึงเป็นการวินิจฉัยการกระทำตามองค์ประกอบภายนอกของความผิด ที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งจะพิจารณาถึงผู้กระทำ การกระทำ กรรมของการกระทำ ความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผล ตามองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนั้นๆ

3.1.2 ส่วน Mens rea หรือ criminal intent

ซึ่งในส่วนนี้ถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบในทางอัตตะวิสัย (Subjective element)⁹ โดยเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง Mens rea นั้นถือเป็นภาวะจิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำ

กล่าวคือ Mens rea ตามความหมายของถ้อยคำ หมายถึง เจตนาร้าย (Guilty mind) นั้น ถือเป็นสิ่งที่บ่งบอกถึงสถานะที่แท้จริงของจิตใจเกี่ยวกับความประสงค์ร้าย (Evil will) หรือ จิตใจที่ชั่วร้าย (Evil mind) ที่น่าตำหนิได้ของผู้กระทำความผิด

โดยการพิจารณา Mens rea ซึ่งถือว่าเป็นส่วนจิตใจของผู้กระทำความผิดนั้นจำเป็นต้องนำมา พิจารณาประกอบกับ Actus reus เพื่อที่จะลงโทษบุคคลนั้นได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งการจะลงโทษ บุคคลใดได้ต้องปรากฏว่า Actus reus และ Mens rea จะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันด้วย¹⁰

เพราะฉะนั้น ในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของบุคคลจึงต้องพิจารณาส่วนที่เป็นภาวะ วิสัย (Objective) ควบคู่กับส่วนที่เป็นอัตตะวิสัย (Subjective) ซึ่งหากขาดอย่างหนึ่งอย่างใด ก็จะไม่ถือว่าเป็นความผิด (no liability where actus and mens rea do not coincide)¹¹

ในส่วนที่เกี่ยวกับจิตใจนี้ อาจแตกต่างกันไปแต่ละกรณี ซึ่งอาจจะเป็นเรื่องของเจตนา (intention) ประมาทโดยรู้ตัว (reckless) ประมาท (negligence) หรือความพลั้งเผลอที่ไม่อาจตำหนิ ได้ (Blameless inadvertent) และโดยปกติแล้วถือว่า เจตนาร้ายหรือ Mens rea จะมีอยู่ในกรณีของ เจตนา (intention) และประมาทโดยรู้ตัว (reckless) เท่านั้น¹²

พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็น “ความรับผิดชอบในผล” (Enfolgshaftung)¹³ โดยจะพิจารณาได้ในกรณีการยิงศพ แม้ผู้กระทำจะมี Mens rea แต่ในส่วนของการกระทำ Actus reus ยังไม่สมบูรณ์ เพราะผลคือความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้ จึง

⁹ สมศักดิ์ ตันตนา. หน้าเดิม.

¹⁰ Hall, Jerome. (1960). **General Principles of Criminal Law**. (2nd ed.). Indianapolis : Bobbs-Merrill, p. 189. (อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส ง, 2524:46).

¹¹ Charles W.Luther. (1974). **Survey of Criminal Law**. (2nd ed.). p. 86.

¹² J.C. Smith and Brian Hogan, (1978). **Criminal Law**. (4nd ed.). p. 47. (อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส จ, 2527).

¹³ vgl. Hans – Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, S.262 f. (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก, 2547:88).

3.1.3 เหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)

แม้ว่ากฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) จะมีได้แยกความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างเหตุยกเว้นความผิด (justification) และเหตุยกเว้นโทษ (excuse) ไว้อย่างชัดเจนในหลักการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญา ดังเช่น กฎหมายของระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) แต่ก็ได้มีการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างเหตุยกเว้นความผิดและเหตุยกเว้นโทษในการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับการฆ่า การทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายบางการกระทำเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมาย บางการกระทำเป็นเพียงเหตุยกเว้นโทษ และเหตุทั้งสองประการดังกล่าวถือเป็น defence โดยการทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายที่ได้กระทำไปโดยถูกกฎหมายจัดเป็น justificatory defence ส่วนการกระทำที่มีเพียงเหตุยกเว้นโทษจัดเป็น excusatory defence ดังนี้คือ

1) justificatory defence เช่น

(1) การป้องกัน (self-defence และ prevention of crime)

2) excusatory defence เช่น

(1) ความอ่อนอายุ (infancy)

(2) การถูกบังคับทั้งโดยการกระทำหรือโดยสถานการณ์ (duress by threat and circumstances)

(3) ความมึนเมา (intoxication)

(4) ความสำคัญผิด (mistake)

(5) วิกลจริต (insanity)

(6) เหตุหย่อนความรับผิดชอบ (diminished responsibility)

(7) ปราศจากความรู้สำนึก (automatism)

3.2 โครงสร้างความผิดอาญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

นักกฎหมายในประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) ถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดอันดับแรกของกฎหมาย ทั้งนี้ด้วยความเชื่อว่าตัวบทกฎหมายนั้นเป็นตัวแทนของเหตุผลในตัวเอง

การใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) จึงเป็นการใช้กฎหมายตามตัวบทกฎหมายซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลในการ “ตีความ” และมีบทบาทในการสร้างเสริมกฎเกณฑ์ในการใช้กฎหมายแก่กรณีทั้งปวง

ดังนั้น ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) จึงถือว่าคำพิพากษาของศาลมีความสำคัญในฐานะเป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายในกรณีรูปธรรม แต่คำพิพากษาไม่ใช่เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ ทั้งไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย และจะขัดหรือก้ำก๋วขบเซตของบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้¹⁴

ซึ่งการวินิจฉัยความผิดอาญาตามระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) จะศึกษาเฉพาะกรณีประเทศเยอรมันเท่านั้น ดังต่อไปนี้

3.2.1 โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศเยอรมัน

การพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาของบุคคลตามหลักนิติศาสตร์ในภาคพื้นยุโรป จะพิจารณาตัวผู้กระทำและการกระทำของบุคคลนั้น เนื่องจากพื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้นเป็น “ความรับผิดชอบในการกระทำ” (Handlungshaftung)¹⁵ ดังนั้น “ความผิดอาญา” (Verbrechen หรือ crime) ซึ่งเป็นวัตถุของการศึกษาวิจัยในเรื่องโครงสร้างของความผิดอาญานี้จึงมิใช่ “ฐานความผิด” แต่เป็น “การกระทำที่เป็นความผิดอาญา”¹⁶

แนวความคิดความรับผิดชอบอาญาในระยะแรก จะต้องพิจารณาจากตัวผู้กระทำและการกระทำของบุคคลนั้น โดยจะต้องพิจารณาว่าสิ่งที่บุคคลนั้นกระทำไปเป็นความผิดกฎหมายหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาในด้านภาวะวิสัย (objektive) และถ้าหากข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นเป็นเรื่องผิดกฎหมายแล้ว จึงจะไปพิจารณาทางด้านอัตตะวิสัย (subjektive) ว่าบุคคลนั้นกระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่ และเจตนาหรือประมาทหรือไม่อย่างไร ซึ่งเรียกกันว่า “ความชั่ว” (Schuld)

เพราะฉะนั้น โครงสร้างความผิดอาญาของประเทศเยอรมันในระยะแรก แยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน¹⁷

1) ส่วนภาวะวิสัย (objektiv) ได้แก่ โครงสร้างในส่วนองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmässigkeit) และส่วนของความผิด (Rechtswidrigkeit)

2) ส่วนอัตตะวิสัย (subjektive) ได้แก่ ส่วนของความชั่ว (Schuld)

¹⁴ David, Major Legal Systems in the World Today, p.105,106. (อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, ข, 2537:61).

¹⁵ vgl.Hans – Herinich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil,S.262 f. (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก, 2547:88).

¹⁶ คณิต ฅ นคร ข เล่มเดิม. หน้า 291.

¹⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส ง เล่มเดิม. หน้า 4.

ในเวลาต่อมานักกฎหมายเยอรมันพบว่า การกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไม่ได้เป็นการกระทำที่ “ผิดกฎหมาย” (rechtswidrig) ในตัวเองแต่หากการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ จะเป็นข้อบ่งชี้ถึง “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit)¹⁸

เนื่องจากบางกรณีเป็นการกระทำที่ผู้กระทำนั้นมิอำนาจกระทำได้ เช่น การกระทำอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำนั้นย่อมไม่ผิดกฎหมาย และเมื่อกรณีเป็นการกระทำที่ไม่ผิดกฎหมายแล้ว ก็ย่อมจะมีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้น

ดังนั้นแนวความคิดในระยะหลังจึงถือว่า ส่วนขององค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติและส่วนความผิดเป็นส่วนที่แยกจากกันได้ เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น โดยถือว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นเพียงเหตุหนึ่งที่แสดงว่าการกระทำนั้นจะผิดได้เท่านั้นเอง¹⁹

โดยในเบื้องต้นจะพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลนั้นเข้าองค์ประกอบ (Tatbestandmässigkeit) หรือไม่ และเมื่อการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบแล้ว จึงจะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ ซึ่งในส่วนที่สองนี้เป็นการพิจารณาในส่วนที่เรียกว่า “ความผิดกฎหมาย” (Rechtswidrigkeit) ถ้าหากข้อเท็จจริงได้ความว่าการกระทำของบุคคลนั้นเข้าองค์ประกอบและผิดกฎหมายแล้ว จึงมาพิจารณาถึงตัวบุคคลนั้นว่าได้กระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่ หรือสิ่งที่บุคคลนั้นกระทำไป เป็นสิ่งที่สังคมควรจะตำหนิได้หรือไม่อย่างไร ซึ่งเป็นการพิจารณาในส่วน “ความชั่ว” (Schuld)²⁰ ซึ่งถ้าหากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นครบโครงสร้างทั้ง 3 ประการแล้ว ก็ถือว่าการกระทำของบุคคลนั้นมีความผิดและต้องถูกลงโทษ แต่ถ้าพบว่าการกระทำของบุคคลนั้นขาดข้อสาระสำคัญประการใดประการหนึ่งดังกล่าวมาแล้วข้างต้น การกระทำของผู้นั้นก็จะเป็นความผิดอาญา

ซึ่งข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของความผิดอาญานี้เกี่ยวข้องกันอย่างเรียงลำดับ กล่าวคือ หากการกระทำไม่ต้องด้วยองค์ประกอบแล้วซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญประการที่หนึ่งแล้ว กรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญประการที่สองและข้อสาระสำคัญประการที่สาม และในทำนองเดียวกันหากการกระทำต้องด้วยองค์ประกอบ แต่การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด กรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงความชั่ว²¹

ด้วยเหตุนี้ในการวินิจฉัยการกระทำใดว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่นั้น จำต้องวินิจฉัยตามโครงสร้างความผิดอาญาโดยแยกออกเป็น 3 ส่วน ดังนี้

¹⁸ คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 179.

¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 5.

²⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส จ เล่มเดิม. หน้า 2.

²¹ คณิต ฅ นคร ง เล่มเดิม. หน้า 142-149.

(1) องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandmässigkeit)

องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบของความผิดอาญาประการหนึ่ง²² โดยกำหนดถึงองค์ประกอบภายนอก ได้แก่ ผู้กระทำการกระทำ กรรมของการกระทำ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล²³ และองค์ประกอบภายใน ได้แก่ เจตนา²⁴ มูลเหตุจูงใจ หรือประมาท ซึ่งการวินิจฉัยในส่วนองค์ประกอบนี้เป็นเพียงการพิจารณาในเบื้องต้นเท่านั้น เพราะเป็นการพิจารณาเพียงว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในอันแสดงว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดสำเร็จหรือไม่เท่านั้น โดยยังมีได้วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นจะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ทั้งนี้เพราะโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาในส่วนองค์ประกอบความผิดและส่วนของความผิดกฎหมายนั้นแยกต่างหากจากกัน เพียงแต่มีความสัมพันธ์กันเท่านั้น²⁵ เนื่องจากบางครั้งแม้ว่าการกระทำนั้นจะเข้าองค์ประกอบ แต่หากมีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นก็ย่อมไม่เป็นความผิด

(2) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit)

ความผิดกฎหมายเป็นข้อสาระสำคัญของโครงสร้างความผิดอาญาในทางเนื้อหา โดยเป็นส่วนพิจารณา ต่อมาหลังจากที่พิจารณาแล้วว่า การกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วมีเหตุทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กรณีใดที่การกระทำเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น การกระทำอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำนั้นย่อมไม่ “ผิดกฎหมาย” (rechtswidrig)²⁶ ซึ่งเป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัย (Objective)

²² คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 93.

²³ แหล่งเดิม. หน้า 131 และ แสง บุญเฉลิมวิภาส ข เล่มเดิม. หน้า 47.

²⁴ เป็นแนวคิดตามทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finale Handlungsleture) ที่ถือว่า เจตนาอยู่ในโครงสร้างส่วนองค์ประกอบความคิด

ซึ่งในสมัยที่ประเทศไทยยังคงใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ท่านได้นำเอาแนวคิดทฤษฎี Kausalitat ของประเทศเยอรมันมาอธิบายในการวินิจฉัยความผิดในอาญา โดยเจตนาจะอยู่ในส่วน “ความชั่ว”

ซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญประการที่ 3 ของโครงสร้างความผิดอาญา (โปรดดู หยุด แสงอุทัย คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127).

²⁵ คุชฎี หัสติละเมียร. (2531). ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดชอบทางอาญาตามมาตรา 64 แห่งประมวลกฎหมายอาญา. หน้า 17.

²⁶ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจักต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายผู้นั้น ไม่มีความผิด”

(3) ความชั่ว (Schuld)

ความชั่วเป็นข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาเช่นเดียวกับความผิดกฎหมาย ซึ่งความชั่วนั้นจะพิจารณาว่า ผู้กระทำได้กระทำโดยรู้ผิดชอบหรือไม่ หรือการกระทำของผู้นั้นเป็นการกระทำที่สังคมควรตำหนิได้หรือไม่ หากการกระทำของผู้กระทำไม่อาจถูกตำหนิได้เพราะผู้กระทำไม่รู้ผิดชอบหรือการกระทำของเขาเป็นสิ่งที่ไม่อาจตำหนิได้ บุคคลนั้นไม่ต้องรับโทษเพราะไม่มีความชั่วเพราะถือว่าความชั่วของผู้กระทำผิดเป็นพื้นฐานของการลงโทษ (nulla poena, sine culpa) “ความชั่ว” ในทางกฎหมายอาญา หมายถึง การตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง (Schuld ist Vorwerfbarkeit der Willenbildung)²⁷ ซึ่งเป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงในทางอัตตะวิสัย (subjective)

เหตุที่ทำให้ผู้กระทำไม่นำตำหนิอันเนื่องมาจากความไม่รู้ผิดชอบ ได้แก่ อายุของผู้กระทำ สภาพจิตของผู้กระทำ และกรณีที่ตามสภาพและพฤติการณ์ที่ทำให้ผู้กระทำผิดไม่รู้ว่ากระทำของตนเป็นความผิดต่อกฎหมายหรือไม่รู้ว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติห้าม

แม้จะเป็นที่ยอมรับกันตามทฤษฎีกฎหมายอาญาเยอรมันว่าโครงสร้างความผิดอาญาประกอบด้วยข้อสาระสำคัญ 3 ประการคือ องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว แต่นักกฎหมายอาญาเยอรมันก็ยังมี การตั้งคำถามกันว่าส่วนที่ว่าด้วย “องค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” (Tatbestandmässigkeit) นั้นเป็นส่วนภาวะวิสัยแท้ๆ หรือว่ามีส่วนอัตตะวิสัยอยู่ด้วย หรือส่วนที่เป็นอัตตะวิสัยทั้งหมดจะอยู่ในส่วนของ “ความชั่ว” (Schuld) จากข้อถกเถียงดังกล่าวจึงทำให้เกิดทฤษฎีการกระทำ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ทฤษฎี

ก. ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (Kausale Handlungslehre)

ตาม “ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล” ถือว่า การกระทำของมนุษย์คือการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ ดังนั้นการกระทำของมนุษย์จึงเป็นเพียงเหตุการณ์ของการเกิดผล²⁸ ซึ่งการกระทำกับจุดหมายในผลของการกระทำนั้น สามารถแยกกันได้โดยถือเป็นคนละส่วนกัน

จากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยปราศจากส่วนที่เป็นอัตตะวิสัย เจตจำนงที่จะให้เกิดผลและบังคับการเคลื่อนไหวร่างกายไม่เป็นส่วนประกอบของการกระทำ²⁹

²⁷ vgl. Hans – Heinrich Jescheck. *Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil*, S.393; Hans Welzel. *Das Deutsche Strafrecht*. S. 139. (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ก, 2547:221).

²⁸ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 96.

²⁹ แหล่งเดิม.

ิดนี้ จึงพิจารณาเฉพาะการกระทำภายนอกและผลที่เกิดขึ้นเท่านั้น³⁰ โดยทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลนั้นเป็นทฤษฎีการกระทำของ “ฝ่ายผลกำหนด” (Kausalitat)

ด้วยเหตุนี้โครงสร้างความผิดอาญาของฝ่ายผลกำหนด ในข้อสาระสำคัญประการแรก คือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” นั้นจึงมีเพียงส่วนที่เป็นภาวะวิสัยหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ องค์ประกอบนั้นมีเพียงการครอบงำประกอบภายนอกเท่านั้น ซึ่งส่วนประกอบที่เป็นส่วนในทางอัตตะวิสัยไม่ว่าจะเป็นเจตนา ประมาท มูลเหตุจูงใจหรือส่วนประกอบภายนอกที่ดี เป็นส่วนที่รวมอยู่ในข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญาประการที่ 3 คือ “ความชั่ว” เนื่องจากฝ่ายผลกำหนดเห็นว่า องค์ประกอบภายในเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินได้ของการกระทำ

ข. ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre)

ตาม “ทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ” ถือว่า การกระทำของมนุษย์ก็คือการแสดงออกของการกระทำที่มีความมุ่งหมายกำกับ (Menschliche Handlung ist Ausübung der Zweckmassigkeit)³¹

ดังนั้น จากคำอธิบายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำของมนุษย์เป็นเหตุการณ์ที่เกิดจากกำหนดความมุ่งหมายโดยมีเจตจำนงกำกับ มิใช่เหตุการณ์ที่เป็นผลจากการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกเฉยๆ

โดยถือว่านอกจากผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สำนึกแล้ว ผู้กระทำยังมีเจตจำนง (will) ที่จะให้เกิดผลจากการกระทำนั้นด้วย เพราะฉะนั้นตามแนวคิดนี้จึงถือว่าสิ่งที่จะถูกลงโทษได้นั้นมิใช่เพียงแต่ลงโทษการก่อให้เกิดภัยอันตรายในสิ่งที่กฎหมายห้ามเท่านั้น แต่เป็นเรื่องของการ

³⁰ George P.Fletcher, Comparative Criminal theory, 2ed (1974) p. 57. (อ้างถึงใน แสง นุญเฉลิม วิชาสง, (2524:14-15).

³¹ Vgl.Ham Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, s.; derselber, Des Devtsche Strafrecht 11 Auflage, 969 s.33. (อ้างถึงใน คณิต ฌ นคร ข, 2546:302).

ที่ตกลงใจไว้แล้ว โดยทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ เป็นทฤษฎีการกระทำของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” (Finalität) จึงไม่เกี่ยวกับเรื่องของความชั่ว (Schuld) ซึ่งเป็นเรื่องของความรู้ผิดชอบ

ในปัจจุบันทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (Finale Handlungslehre) เป็นทฤษฎีการกระทำที่ได้รับการยอมรับว่าถูกต้อง

กล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับทฤษฎีการกระทำตามกฎหมายเยอรมันก็คือ ทั้งทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผล (kausale Handlungslehre) และทฤษฎีความมุ่งหมายของการกระทำ (finale Handlungslehre) นั้นเห็นว่าโครงสร้างความผิดอาญาต่างก็ประกอบด้วย ข้อสาระสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ ครอบคลุมประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ความผิดกฎหมาย และความชั่ว

แม้การกระทำใดการกระทำหนึ่งจะครบถ้วนด้วยข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการ และสมควรลงโทษแล้ว แต่ในการกระทำนั้นอาจมีข้อเท็จจริงบางอย่างที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับตัวผู้กระทำที่กฎหมายเห็นว่า ย่อมไม่เป็นการสมควรที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดเลยทีเดียว หรือสมควรลงโทษให้ผู้กระทำความผิด กฎหมายจึงได้บัญญัติ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” สำหรับผู้กระทำความผิดไว้ อีกทั้งยังมีบทบัญญัติว่าด้วย “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” (Objektive Strafbarkeitsbedingung) อีกเรื่องหนึ่งด้วย อันจะมีผลต่อผู้กระทำผิด และผู้ร่วมกระทำผิด ดังจะแยกพิจารณาให้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1) เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

กรณีเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” คือข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา และข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดโดยตรง เป็นการเฉพาะตัว³³

ดังนั้น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ตามหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว (persönlicher Strafausschliessungsgrund)³⁴

³² Geroge P. Fletcher, Comparative Criminal theory, 56 (...condemnation should not issue merely form a finding that a prohibited from of harm occurred...but rather the intentional infliction of that harm.) อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส ง, 2524:15).

³³ vgl.Hans - Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, S 499. (อ้างถึงใน คณิต ณ นคร ก, 2547:102).

เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วก่อนการกระทำความผิด ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายห้ามลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิด บทบัญญัติเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว ได้แก่

ก. เหตุห้ามลงโทษกรณีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าครอบครัวเป็นสถาบันทางสังคมที่สำคัญสถาบันหนึ่ง การลงโทษในความผิดบางฐานจึงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิด แต่อาจก่อให้เกิดผลร้ายและความแตกร้างของสถาบันครอบครัว ซึ่งการลงโทษนั้นจะทำให้สถาบันครอบครัวขาดความเป็นเอกภาพ

ข. ความผิดต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ความผิดต่อสิทธิครอบครอง และสิทธิเข้าบ้าน ซึ่งกรรมสิทธิ์ที่ดี ทรัพย์สินที่ดี หรือการครอบครอง ต่างเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลโดยแท้

ค. เอกสิทธิ์ของสมาชิกรัฐและบุคคลอื่น

(2) เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว (personlicher Strafausschliessungsgrund)³⁵

เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด โดยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนี้มีผลทำให้ “ความสมควรลงโทษ” (Strafwurdigkeit) เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นที่ไม่สมควรจะลงโทษผู้กระทำความผิดต่อไป บทบัญญัติเหตุยกโทษให้เฉพาะตัว ได้แก่

ก. กรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เหตุที่กฎหมายยกโทษ ได้แก่ ผู้กระทำความผิดและโดยการทำดีของผู้กระทำความผิดตามข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัตินี้ทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นเป็นอันตกไป

2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

“เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” คือ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญา แต่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่อยู่ในข้อสาระสำคัญทั้ง 3 ประการของความผิดอาญา³⁶ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่บัญญัติขึ้นเป็นข้อจำกัดในการลงโทษ และ

³⁴ vgl.Hans - Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, S 499. (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก, 2547:104).

³⁵ vgl.etwa Hans - Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, S 499. (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก, 2547:104).

³⁶ Vgl.Hans - Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, S 499. (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก, 2547:110).

2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ ซึ่งบัญญัติขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะเป็นเหตุเพิ่มโทษสำหรับความผิดนั้น

3.2.2 กรณีผู้กระทำความผิดหลายคน ตามกฎหมายเยอรมัน

ในกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้มีการยอมรับหลักการเกี่ยวกับการแยกผู้กระทำความผิดและผู้ร่วมกระทำความผิดไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งมีการแบ่งแยกผู้ร่วมกระทำความผิดออกเป็นผู้ใช้ผู้สนับสนุน และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด และผู้ร่วมกระทำความผิดก็แตกต่างกัน โดยมีบทบัญญัติกำหนดการลดหย่อนโทษไว้ชัดแจ้ง ฉะนั้นในระบบนี้การพิจารณาว่าใครเป็นผู้กระทำความผิดใครเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด จึงมีความสำคัญมาก³⁷

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้นิยามคำว่าผู้กระทำความผิด (Tatershaft) ไว้มีความหมายว่า ผู้กระทำความผิดคือ ผู้กระทำความผิดอาญาด้วยตนเองหรือโดยผ่านผู้อื่น³⁸

นอกจากนี้กฎหมายอาญาเยอรมัน ได้แบ่งแยกรูปแบบในการกระทำความผิดออกเป็น 3 แบบ และรูปแบบการร่วมกระทำความผิดออกเป็น 2 รูปแบบ³⁹

3.2.2.1 ผู้กระทำความผิด มี 3 รูปแบบ ดังนี้

- 1) “ผู้กระทำความผิดโดยตรง” หมายถึง ผู้ที่ลงมือกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดด้วยตนเอง
- 2) “ผู้กระทำความผิดโดยผ่านผู้อื่น” หมายถึง การกระทำความผิดโดยใช้ผู้อื่นเป็นเครื่องมือกระทำการตามที่ตนต้องการ
- 3) “ผู้กระทำความผิดร่วม” หมายถึง ผู้ที่กระทำผิดร่วมกับผู้อื่น โดยรวมตัวกันกระทำผิดอย่างร่วมกันเป็นเจ้าของความผิด

3.2.2.2 ผู้ร่วมกระทำผิด มี 2 รูปแบบ ดังนี้

- 1) “ผู้ใช้” หมายถึง ผู้ตั้งใจก่อเจตนาให้ผู้อื่นกระทำผิดโดยเจตนา
- 2) “ผู้สนับสนุน” หมายถึง ผู้ที่ตั้งใจให้ความช่วยเหลือแก่ผู้อื่นในการกระทำผิดกฎหมายที่ต้องการเจตนา

³⁷ พนม พลพุทธรักษ์. (2531). ผู้กระทำความผิด – ผู้ร่วมกระทำความผิด. หน้า 31.

³⁸ STGB Section 25 (1). (อ้างถึงใน พนม พลพุทธรักษ์, 2531:8).

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 50.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” นั้นเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้กระทำความผิด ซึ่งใช้ได้กับผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น แต่ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” เป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิด จึงใช้ได้กับผู้กระทำความผิดทุกคน

3.2.3 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายเยอรมัน

การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้นเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” เนื่องจากตามกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้วางหลักไว้ว่าแม้การกระทำใดการกระทำหนึ่งของบุคคลจะครบโครงสร้างความผิดอาญา กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และผู้กระทำมีความชั่ว ก็มีได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องถูกลงโทษเสมอไป เพราะกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้บัญญัติเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวไว้อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา ดังนั้นการพิจารณาถึงเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงเป็นการพิจารณาหลังจากที่การกระทำของบุคคลนั้นครบโครงสร้างความผิดอาญาแล้ว แม้กฎหมายอาญามีหลัก “ไม่มีการลงโทษโดยปราศจากความชั่ว” (*nulla poena sine culpa*) เท่านั้น แต่ไม่มีหลักกลับกันที่ว่า “เมื่อมีความชั่วแล้วต้องมีการลงโทษ” เสมอไป ฉะนั้นการกระทำใดการกระทำหนึ่งแม้มีความชั่วก็อาจจะไม่มีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นก็ได้⁴⁰

ดังนั้นการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด จึงเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด โดยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนี้มีผลทำให้ “ความสมควรลงโทษ” (*Strafwürdigkeit*) เปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นที่ไม่สมควรลงโทษผู้กระทำความผิดต่อไป เหตุที่กฎหมายยกโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดก็เนื่องจากการทำดีของผู้กระทำผิดตามข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัตินี้ทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษนั้นเป็นอันตกไป⁴¹

3.2.4 ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

⁴⁰ Vgl. Hans - Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, S 498 อ้างใน คณิต ฌ นคร ก (2547). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 101.

⁴¹ คณิต ฌ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 103.

ประเทศเยอรมัน ได้บัญญัติให้ยกเว้นโทษฐานพยายามกระทำความผิด ถ้าผู้กระทำความผิดนั้นสมัครใจและเต็มใจอย่างแท้จริงที่จะป้องกันมิให้ความผิดนั้นสำเร็จ⁴² เนื่องจากเห็นว่าการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเป็นเรื่องที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่เป็นองค์ประกอบของการพยายามกระทำความผิดไม่แน่วแน่นั้นคง โดยที่การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เช่นนี้ก็มิได้เป็นการปฏิเสธเจตนาเดิม หากแต่เป็นการยืนยันว่าเดิมเคยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานนั้นๆ⁴³

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด มีเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดเท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบฐานพยายาม หากผู้กระทำได้มีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด โดยการยับยั้งกลับใจ ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบไม่ว่าผู้ชักจูงใจให้ผู้นั้นหยุดกระทำจะเป็นผู้เสียหาย หรือผู้ร่วมกระทำความผิดก็ตาม แต่การยับยั้งกลับใจจะต้องไม่ได้เกิดจากความกลัวว่าจะถูกจับหรือถูกลงโทษ⁴⁴

ในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดที่มีผู้ร่วมกระทำความผิด โดยที่กฎหมายอาญาเยอรมัน ได้มีการแยกผู้กระทำความผิด และผู้ร่วมกระทำความผิดไว้โดยชัดเจนแล้วข้างต้น การที่บุคคลใดจะถูกลงโทษหรือไม่ จำต้องพิจารณาว่าบุคคลนั้นมีเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวหรือไม่ ซึ่งถ้าปรากฏว่าบุคคลนั้นมีเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวก็ไม่สามารถที่จะลงโทษได้ แต่สำหรับผู้ร่วมกระทำความผิดอื่นคงต้องรับโทษสำหรับการกระทำนั้น ดังนี้เมื่อการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหลังจากการกระทำความผิดอันมีผลทำให้ความสมควรลงโทษผู้กระทำความผิดตกไป จึงมีผลเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น ผู้ร่วมกระทำความผิดจะไม่ได้รับผลดีด้วย⁴⁵

กรณีที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดไปแล้วแต่ได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดโดยกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นของตนบรรลุผล หากการกระทำดังกล่าวครบโครงสร้างความผิดอาญา (เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นความผิดกฎหมาย และผู้กระทำมีความชั่ว) อันเป็นความผิดแล้ว ผู้นั้นก็ต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดของตน แต่หากเป็นการกระทำความผิดต่อชีวิต หรือต่อเนื้อตัวร่างกาย แนวความคิดทางอาญาในตำราของประเทศเยอรมันก็มีความเห็นแตกต่างกันออกไป

กล่าวคือ การเริ่มพิจารณาความผิดฐานใดฐานหนึ่งนั้น จะต้องเริ่มพิจารณาเจตนาประกอบกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (Rechtsgut) เสียก่อน ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นกฎหมาย

⁴² Mathias Remann and Joachim Zekoll, (2005). **Introduction to German Law**, (second edition,) (Netherland' Kluwer Law International). p. 403

⁴³ J. Meiland. (1970). Nature of Intention. (อ้างถึงใน Paul R. Hoerber 1986:399-400).

⁴⁴ George P.Fletcher. (1978). **Rethinking Criminal Law**. p. 192

⁴⁵ ชานนท์ ศรีสาตร์. (2545). **เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา**. หน้า 17-18.

สนับสนุนว่าผู้ประสังข์ต่อชีวิตของผู้เสียหาย (dolus directus) หรือยอมเล็งเห็นผลว่าการกระทำของตนจะละเมิดต่อชีวิตของผู้เสียหายได้ แต่คนไม่ไยดีต่อผลที่จะเกิดขึ้น (dolus eventualis)⁴⁷ ส่วนเครื่องมือเครื่องใช้หรืออาวุธที่ใช้ในการกระทำความผิดนั้น มีความสำคัญรองลงมา จะสังเกตได้ว่าหากผู้กระทำมีเจตนาฆ่า แต่อาวุธไม่ร้ายแรงเพียงพอที่จะทำร้ายชีวิตของผู้เสียหายได้ ผู้ประสังข์มีความผิดฐานพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เพราะวัตถุที่ใช้ในการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 23(3) ซึ่งศาลมีดุลยพินิจลดโทษให้ได้ตามมาตรา 49 วรรคแรก

ดังนั้น เจตนาฆ่าและเจตนาทำร้ายร่างกายจึงมีความสัมพันธ์กันมาก ในทางตำราของประเทศเยอรมันมีความเห็นในเรื่องนี้ออกเป็น 3 ฝ่าย⁴⁸ คือ

ความเห็นแรก (Lange, Welzel) เห็นว่าเจตนาฆ่าย่อมไม่เป็นหรือปฏิเสธเจตนาทำร้ายร่างกาย เพราะเจตนาฆ่ามุ่งต่อการทำลายชีวิตของบุคคล ส่วนเจตนาทำร้ายร่างกายยังคงรักษาไว้ซึ่งชีวิตของบุคคลอยู่

โดยที่ความเห็นแรกนี้เทียบเคียงได้กับทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา (Different Theory) ซึ่งทฤษฎีนี้เห็นว่า เจตนาทำร้ายกับเจตนาฆ่าเป็นเจตนาคนละชนิดกัน ความผิดฐานฆ่ากับความผิดฐานทำร้ายร่างกายจึงเป็นความผิดที่แตกต่างกัน ศาลไม่สามารถพิพากษาลงโทษให้ผู้กระทำรับผิดฐานทำร้ายร่างกายได้ ในกรณีผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำความผิดฐานฆ่า นั้นบรรลุลผล โดยลงโทษได้เพียงฐานพยายามฆ่า⁴⁹

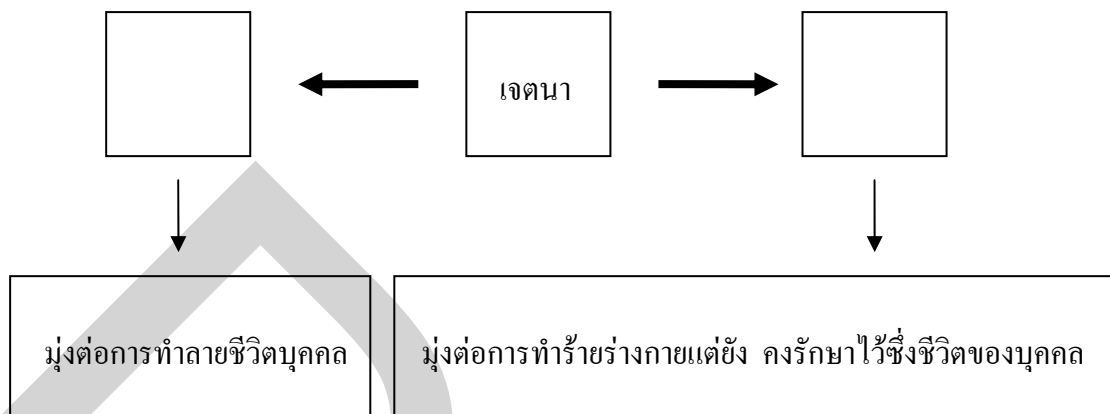
แสดงโดยรูปภาพได้ดังนี้

⁴⁶ Harro Otto. (1976). *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*. P. 60-85.

⁴⁷ Vgl. Hans - Heinrich Jescheck. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, S. 221-222.

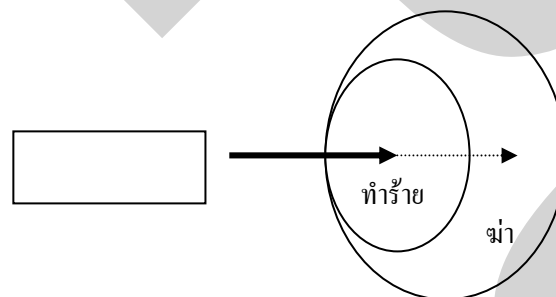
⁴⁸ Vgl. Harro Otto. (1998) *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*. S. 85.

⁴⁹ คณิต ฅ นคร จ (2547). *คำบรรยายวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายอาญา* คณะนิติศาสตร์ สาขา กระบวนการยุติธรรมทางอาญา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.



ความเห็นที่สอง (Frank) เจตนาในระดับยอมเล็งเห็นผล อาจเป็นเจตนาฆ่าและเจตนาทำร้ายร่างกายในขณะเดียวกัน ในลักษณะกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท เพราะเจตนาที่ต่างยอมเล็งเห็นผลทั้งสองความผิด

แสดงโดยรูปภาพได้ดังนี้

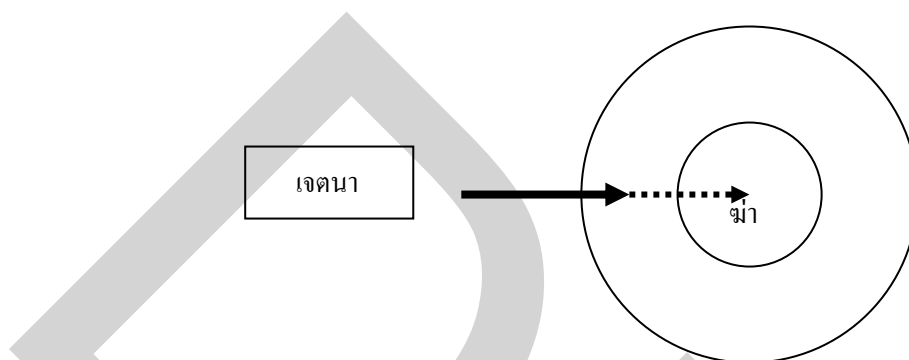


ความเห็นที่สาม (Jakobs, Krey, Hirsch, Maurach) เจตนาฆ่ารวมเจตนาทำร้ายร่างกายไว้ด้วยในตัว เพราะการฆ่าย่อมผ่านขั้นตอนของการทำร้ายร่างกายก่อนความผิดฐานฆ่าผู้อื่นจึงรวมความผิดฐานทำร้ายร่างกายไว้ในตัวเอง

โดยที่ความเห็นที่สามนี้เทียบเคียงได้กับทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory) ทฤษฎีนี้เห็นว่า เจตนาทำร้ายกับเจตนาฆ่าเป็นเจตนาชนิดเดียวกัน ความผิดฐานฆ่ากับความผิดฐานทำร้ายร่างกายจึงเป็นความผิดที่ครอบกันอยู่ ศาลสามารถพิพากษาลงโทษผู้กระทำความร้ายร่างกายได้ ในกรณีผู้กระทำมีเจตนาฆ่า แต่กลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำความผิดฐานฆ่านั้น บรรลุผล⁵⁰

⁵⁰ แหล่งเดิม.

แสดงโดยรูปภาพได้ดังนี้



ดังนั้น การที่ผู้กระทำถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นกรณียับยั้งเสียเองไม่กระทำให้ตลอด หรือกรณีกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล แนวคำพิพากษาศาลสูงสุดทางอาญาของประเทศเยอรมัน (Bundesgerichtshof) ได้วินิจฉัยโดยถือเอาความเห็นที่สามนี้โดยพิพากษาว่า ผู้กระทำคงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย⁵¹

คำพิพากษาศาลสูงสุดทางอาญาของประเทศเยอรมัน⁵² (LG münchen I Verurteilt Ü-Bahn-Schübser Wecen)

จำเลยในคดีนี้เป็นผู้ชายได้ผลักผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กผู้หญิงตกลงไปในรางรถไฟใต้ดินซึ่งจำเลยและผู้เสียหายต่างไม่เคยรู้จักกันมาก่อน จำเลยถูกตั้งข้อหาว่าพยายามฆ่าผู้เสียหาย จำเลยให้การในชั้นศาลว่าตนแกล้งผลักเด็กเล่นๆ โดยคิดว่าการผลักนั้นจะไม่ทำให้เด็กถึงแก่ความตาย ศาลเยอรมันพิพากษาว่า คดีนี้การกระทำของจำเลยทำให้เกิดอันตรายแก่กาย เนื่องจากการกระทำของจำเลยเป็นการผลกอย่างรุนแรง ทำให้ผู้เสียหายตกใจและตกลงไปในรางรถไฟ แต่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บเพียงรอยฟกช้ำ จำเลยจึงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ลงโทษจำคุก 2 ปี 9 เดือน⁵³

⁵¹ BGHST 16, S. 122; 21, S. 225.

⁵² Retrieved January 21,2009, from

www.Blog.Beck.De

⁵³ เทียบเคียงได้กับคำพิพากษาศาลสวิสเซอร์แลนด์ ที่พิพากษาว่า “จำเลยซึ่งเป็นสามีผู้เสียหายได้ใช้ปืนยิงผู้เสียหายจากด้านหลัง แต่ต่อมาจำเลยได้นำผู้เสียหายส่งโรงพยาบาล จึงทำให้ผู้เสียหายไม่ถึงแก่ความตายเนื่องได้รับการรักษาจากแพทย์ทัน ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำความผิดโดยมีเจตนาฆ่า เมื่อความตายไม่เกิด จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย แต่คณะลูกขุนมีความเห็นว่าจำเลยมีเพียงเจตนาทำร้ายร่างกายโดยไม่มีเจตนาฆ่า คดีนี้จึงตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ลงโทษจำคุกจำเลย 22 เดือน”



บทที่ 4

ขอบเขตของการยกเว้นโทษจากการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายไทย

การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด (Rücktritt vom Versuch) เป็นเรื่องที่อยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาหลังจากที่ได้ยื่นยันแล้วว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และเป็นการกระทำที่มีความชั่ว ซึ่งเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเพียงขั้นการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น อีกทั้งการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด (Rücktritt vom Versuch) เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญา ซึ่งผู้กระทำไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น เนื่องจากผู้กระทำได้ยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล ตามบทบัญญัติของมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

อีกทั้งขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น จะขึ้นอยู่กับทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา (Different Theory) หรือทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory) ซึ่งจะทำให้การพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

4.1 วิวัฒนาการและความเป็นมาของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

4.1.1 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

เมื่อสมัยที่ประเทศไทยยังคงใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อยู่นั้น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดได้ถูกบัญญัติไว้ใน หมวดที่ 5 ว่าด้วยพยายามกระทำความผิด มาตรา 61 “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดแต่ยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง ไม่ได้กระทำความผิดนั้นลงไปให้ตลอดความมุ่งหมาย ท่านว่าควรเอาโทษแก่มันแต่เพียงความผิดที่มันได้กระทำลงไปแล้ว”

กล่าวคือ ความในมาตรา 61 เป็นกรณีของการพยายามกระทำความผิด ที่ผู้กระทำไม่กระทำความผิดซึ่งได้ลงมือแล้วต่อไปจนสำเร็จ เพราะผู้กระทำได้ยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง โดยกรณีที่ถือได้ว่าผู้กระทำยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง ก็ต่อเมื่อตามความรู้สึกของผู้กระทำเขาสมควรจะกระทำความผิดได้จนเป็นผลสำเร็จตามความมุ่งหมาย แต่เขากลับใจไม่กระทำต่อไป แม้ฐานะที่เป็นจริงเขาจะไม่สามารถทำสำเร็จได้ก็ไม่สำคัญ อนึ่งการยับยั้งด้วยใจตนเองนี้ รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำ

ฉะนั้นผลของการยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง ก็คือ ผู้ที่ยับยั้งไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำความผิดตามที่มุ่งหมายไว้ ซึ่งในกรณีที่ความผิดดังกล่าวมีผู้กระทำความผิดหลายคน การยับยั้งเป็นผลดีเฉพาะตัวแก่ผู้ซึ่งทำการยับยั้งเองเท่านั้น

ซึ่งถ้ามีเหตุพ้นวิสัยมาขัดขวางเสียก่อนที่จะทำการยับยั้ง การพยายามกระทำความผิดนั้นก็มีโทษ แต่ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดสำเร็จในฐานความผิดอื่น ผู้กระทำก็มีความผิดเท่าที่กระทำลงไปแล้วนั้น

4.1.2 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา

แต่ต่อมาเมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนมาใช้กฎหมายอาญาระดับปัจจุบัน การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดได้ถูกบัญญัติไว้ในหมวด 5 ว่าด้วยการพยายามกระทำความผิด มาตรา 82 “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุลผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ”

ดังนั้น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด มีหลักเกณฑ์ที่ต้องพิจารณา² ดังนี้

1) ผู้กระทำจะต้องลงมือกระทำความผิดแล้ว

กล่าวคือ ผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดและการกระทำนั้นเข้าขั้นการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ไปแล้ว จนกระทั่งถึงเวลาก่อนที่การกระทำนั้นจะเป็นความผิดสำเร็จ หากการกระทำยังอยู่ในขั้นเตรียมก็แสดงว่ายังไม่เป็นความผิด การยับยั้งหรือกลับใจไม่กระทำต่อไปจึงไม่ใช่เรื่องของมาตรา 82

2) ความผิดที่กระทำยังไม่สำเร็จผลตามที่ผู้กระทำเจตนา

กล่าวคือ หากการกระทำนั้นเข้าขั้นความผิดสำเร็จผลตามที่ผู้กระทำเจตนาแล้ว การยับยั้งหรือกลับใจก็ไม่อาจมีได้³ แต่ถ้าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายมาแล้ว การกระทำดังกล่าวก็ยังคงเป็นความผิดกฎหมายอยู่ต่อไป และผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษในทางอาญาสำหรับความผิดที่เกิดขึ้นแล้วนั้น ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายอาญายกเว้นโทษ โดยไม่เอาผิดฐานพยายาม

¹ หยุค แสงอุทัย ก เล่มเดิม. หน้า 195.

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 408.

³ De Vabres Traité. *Elémentaire de droit criminel et de législation pénale compare.* no. 230 p. 141. (อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์, 2546:375).

3) การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด แยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีดังนี้

(1) กรณีกระทำไปไม่ตลอดเพราะผู้กระทำยับยั้งเสียเอง

การยับยั้ง หมายถึง การสมัครใจยุติการกระทำของตนเองเมื่อตนเองได้กระทำถึงขั้นลงมือแล้ว จนกระทั่งก่อนความผิดจะสำเร็จลง⁴

กรณีที่ผู้กระทำกระทำไปไม่ตลอด เพราะยับยั้งเสียเองนั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเห็นว่า ตนยังไม่ได้กระทำการทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อที่จะไม่ให้เกิดผล ผู้กระทำความผิดจึงได้หยุดยับยั้งที่จะกระทำต่อไป⁵ กล่าวคือ การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดในกรณีที่กระทำไปไม่ตลอดเพราะผู้กระทำยับยั้งเสียเอง ความสำคัญอยู่ที่ว่าจะต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำ คือ ถ้าผู้กระทำรู้สึกว่าเขาจะกระทำไปให้ตลอดก็ทำได้หากแต่เขาไม่กระทำเอง แม้ตามข้อเท็จจริงถึงเขาจะกระทำต่อไปเขาก็ไม่สามารถทำให้ตลอดได้⁶ ซึ่งเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำยับยั้งเสียเองจะเป็นเหตุใดไม่สำคัญ แต่จะต้องเป็นไปโดยความสมัครใจของผู้กระทำเอง

(2) กรณีกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล เพราะผู้กระทำกลับใจแก้ไข

กรณีที่ผู้กระทำได้กระทำไปตลอดแล้ว แต่กลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผลนั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำเห็นว่า ตนได้กระทำการทุกอย่างจนหมดสิ้นแล้ว เพียงพอที่จะให้ผลเกิดได้แล้ว ผลที่จะเกิดขึ้นต่อจากนั้นไปเป็นเรื่องบังเอิญของการเกิดผล หรือเป็นเรื่องการกระทำของบุคคลที่สามผู้กระทำจึงได้กระทำการป้องกันผลมิให้เกิดขึ้น⁷ กล่าวคือ การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดในกรณีที่กระทำไปตลอดแล้ว แต่ไม่บรรลุผลเพราะผู้กระทำกลับใจแก้ไขนั้น จำต้องพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำเช่นเดียวกับกรณีที่กระทำไปไม่ตลอดเพราะผู้กระทำยับยั้งเสียเอง ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำทุกสิ่งทุกอย่าง ซึ่งเขาเชื่อว่าจำเป็นสำหรับการกระทำความผิดสำเร็จ แต่เขาได้กลับใจโดยความสมัครใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล⁸ ซึ่งถ้าแม้ผู้กระทำไม่แก้ไข การกระทำนั้นก็บรรลุผลเป็นความผิด

⁴ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 179.

⁵ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 319.

⁶ หยุด แสงอุทัย(ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ). (2547). กฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 94 - 95

⁷ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 320.

⁸ หยุด แสงอุทัย (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ). เล่มเดิม. หน้า 90.

4) การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดต้องเป็นไปโดยสมัครใจ⁹

ซึ่งจุดมุ่งหมายของการบัญญัติ เรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ไม่ว่าจะ
จะเป็นกรณีผู้กระทำยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้น
บรรลุผล โดยหลักแล้วผู้กระทำจะต้องกระทำไปด้วยความสมัครใจของตนเอง

หมายความว่า จะต้องเป็นการที่ผู้กระทำได้ยั้งหรือกลับใจแก้ไขโดยสมัครใจของ
ตัวเอง โดยไม่มีความกดดันจากภายนอก ไม่ว่าจะจะเป็นความกดดันทางร่างกายหรือจิตใจ อันทำให้
การยั้งยั้งมิได้เป็นไปโดยใจสมัคร¹⁰ กล่าวคือ ผู้กระทำการยั้งยั้งหรือกลับใจต้องถือเอาความสมัคร
ใจเป็นสำคัญ¹¹ ทั้งนี้ ที่เขาตระหนักดีว่าหากกระทำต่อไปก็จะบรรลุผล¹² ซึ่งมีได้ถูกขัดขวางโดย
พฤติการณ์ที่นอกเหนือจิตใจของเขา หรืออาจกล่าวได้โดยง่าย ๆ ว่า การยั้งยั้งเองหรือการป้องกันมิ
ให้ความผิดบรรลุผลโดยผู้กระทำ ซึ่งเป็นผลให้โทษระงับลงนั้น จะต้องมิได้เนื่องมาจากปัจจัยซึ่ง
เพิ่มโอกาสที่จะถูกพบเห็น หรือถูกจับกุม หรือทำให้ผู้กระทำคิดว่าจะทำให้การบรรลุผลนั้นยากขึ้น

ในการที่จะอธิบายว่า กรณีใดเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดสมัครใจถอนตัวจากการ
พยายามกระทำความผิดหรือไม่ Reinhard Frank นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมัน ได้ใช้หลักที่เรียกว่า
“สูตรของ แฟรง (Frank [Frank - Formular]) ” ไว้ดังนี้¹³

(1) ถ้าผู้กระทำความผิดกล่าวกับตนเองได้ว่า “ข้าพเจ้าไม่ประสงค์จะทำแม้ทั้งที่
ข้าพเจ้าสามารถจะทำได้” อาจเนื่องมาจากตัวผู้กระทำต้องการเปลี่ยนใจเอง อาจจะมาจกสงสาร
ผู้ถูกกระทำ หรือจากการสำนึกผิดก็ตาม ความสงสาร หรือการสำนึกผิดนี้ เรียกว่า “ปัจจัยภายใน”
กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการถอนตัวโดยสมัครใจ และ

⁹ คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา
ครั้งที่ 120/100/2483 วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483 หน้า 11

หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ เห็นว่า “ต้องมีคำว่าเองด้วย”

พระยาอรุณการีย์นิพนธ์ เห็นว่า “ต้องยั้งยั้งเสียได้ด้วยใจตนเอง”

หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ เห็นว่า “คำว่า spontaneously แปลว่า โดยลำพังตนเอง”

¹⁰ De Vabres Traité. *Elémentaire de droit criminel et de législation pénale compare.* no. 231
p. 142. (อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัณฑ์, 2546:377).

¹¹ Clark, William Lawrence & Marshall, William L. *A Treatise on the Law of Crimes.* 7 ed.
Callaghan & company, pp. 257 -258. (อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ ก, 2549:181).

¹² Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway. p. 300. (อ้างถึงใน เกียรติจักร
วิจิระสวัสดิ์, 2551:414).

¹³ Manual of German Law. H.M.'s Stationary Office 1952. no. 38 p. 85. (อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัณฑ์,
2546:377). และ vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 197 ; Hans – Heinrich Jescheck, Lehrbuch des
Strafrechts : Allgemeiner Teil, S. 491. (อ้างถึงใน คณิต ฒ นคร ก, 2547:321).

(2) ถ้าผู้กระทำความผิดกล่าวกับตนเองได้ว่า “ข้าพเจ้าไม่สามารถจะทำได้ แม้ทั้งที่ข้าพเจ้าประสงค์จะทำก็ตาม” เช่น กรณีที่ผู้กระทำความผิดวางระเบิดไว้ใต้ตึกศูนย์การค้า เป็นการกระทำที่ได้กระทำไปตลอดแล้วเพียงแต่รอให้เกิดผล ต่อมาได้ฟังประกาศจากวิทยุว่ารัฐบาลได้เพิ่มโทษผู้วางระเบิดเป็นโทษประหารชีวิต ผู้กระทำนั้นจึงกลับมาปลดชนวน ดังนั้นกรณีวางระเบิดแล้วต่อมาปลดชนวนเพราะกลัวโทษไม่เป็นการสมครใจ เพราะความกลัวโทษถือเป็นปัจจัยภายนอก กรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่การถอนตัวที่เป็นไปโดยความสมัครใจ

ทั้งนี้การยับยั้งเสียเอง หรือการกลับใจแก้ไขมิให้ความผิดบรรลุผลโดยผู้กระทำ ซึ่งเป็นผลให้โทษระงับลงนั้น จะต้องมิได้เนื่องมาจากปัจจัยซึ่งเพิ่มโอกาสที่จะถูกพบเห็น หรือถูกจับกุม หรือทำให้ผู้กระทำคิดว่า หรือทำให้การบรรลุผลนั้นยากขึ้น แต่จะต้องเกิดจากปัจจัยภายใน (Free Will) โดยอิสระของผู้กระทำความผิด เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์จากการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาข้างต้นแล้ว ก็จะวินิจฉัยหลักเกณฑ์ ตามมาตรา 82 ได้ดังนี้

1) กรณีที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิด

กฎหมายได้บัญญัติไว้ในกรณีที่ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดไว้ว่า การกระทำที่เข้าขั้นพยายามกระทำความผิดแล้ว ก่อนที่จะเป็นความผิดสำเร็จควรเปิดโอกาสให้ผู้กระทำยับยั้งเสียได้ โดยถือว่าเป็นการป้องกันหรือบรรเทาผลร้ายลงได้ทางหนึ่ง กฎหมายจึงให้โอกาสผู้กระทำกลับใจโดยไม่ลงโทษฐานพยายาม ผู้กระทำจะได้ไม่คิดว่าไหนๆ ก็จะต้องรับโทษอันทำให้เกิดผลร้ายแรงมากขึ้น กฎหมายยอมยกเว้นไม่เอาโทษในฐานพยายามทั้งที่การกระทำนั้นเข้าขั้นพยายามแล้วคงเอาโทษในฐานความผิดที่การกระทำเช่นนี้ เป็นความผิดสำเร็จในตัวเองขึ้นแล้วเท่าที่กระทำไป หรือในบางตำราอาจเรียกว่า การพยายามกระทำความผิดที่ไม่บรรลุผลเพราะผู้กระทำเอง ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในมาตรา 82¹⁴ อันจะมีหลักเกณฑ์แห่งการพิจารณา ดังนี้ คือ

(1) การยับยั้งเองไม่กระทำไปให้ตลอด

เดิมประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้บัญญัติเรื่องการยับยั้งเองไม่กระทำไปให้ตลอด ไว้ในมาตรา 61 “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด แต่ยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง ไม่ได้กระทำความผิดนั้นลงไปให้ตลอดตามความมุ่งหมาย ท่านว่าควรเอาโทษแก่มันเพียงความผิดที่มันได้กระทำลงไปแล้ว”

จากบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้น กล่าวคือ การพยายามกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิดจนสำเร็จ เนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่กระทำความผิด

¹⁴ จิตติ ดิงศกัณฑ์. เล่มเดิม. หน้า 374.

อนึ่ง การยับยั้งเสียดด้วยใจตนเองนี้ รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำไปตลอดแล้ว คือกระทำทุกสิ่งทุกอย่างที่จำเป็นสำหรับการกระทำความคิดแล้ว แต่กลับใจเข้าขัดขวางจนผลไม่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวแตกต่างจากบทบัญญัติในมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพราะมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้จำแนกการถอนตัวจากการพยายามกระทำผิดไว้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การยับยั้งเองไม่กระทำไปให้ตลอด และกรณีที่สอง การกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล

การยับยั้งจะต้องกระทำระหว่างที่การกระทำเข้าขั้นพยายามตามมาตรา 80 ไปแล้วจนกระทั่งถึงเวลาก่อนที่การกระทำเป็นความสำเร็จ กล่าวคือ ถ้าการกระทำยังไม่เข้าขั้นพยายาม เป็นแต่อยู่ในขั้นเตรียม แม้ผู้กระทำจะไม่ยับยั้งเสียดเอง โดยไม่ต้องนำมาตรา 82 มาใช้ เพราะผู้กระทำไม่ต้องรับโทษฐานพยายามอยู่แล้ว และถ้าการกระทำเข้าขั้นความสำเร็จ การยับยั้งก็ไม่อาจมีได้¹⁵ โดยการยับยั้งเสียดเองไม่กระทำไปให้ตลอดนี้ ผู้กระทำต้องรู้สึกรู้ว่าเขาจะกระทำไปให้ตลอดก็สามารถทำได้ แต่เขาไม่กระทำเอง แม้ตามข้อเท็จจริง ถึงเขาจะกระทำต่อไปเขาก็จะไม่สามารถทำไปให้ตลอดได้¹⁶

(2) การกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล

การพยายามกระทำความคิดที่กระทำไปตลอดแล้ว แต่ผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำทุกสิ่งทุกอย่างซึ่งเขาเชื่อว่าจำเป็นสำหรับความสำเร็จ แต่เขาได้กลับใจโดยความสมัครใจเข้าแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล¹⁷ กล่าวคือการกระทำที่เป็นการกลับใจแก้ไข ต้องเป็นการกระทำโดยตั้งใจ และเป็นเหตุให้การกระทำผิดไม่บรรลุผล ซึ่งถ้าแม้ผู้กระทำไม่แก้ไข การกระทำก็จะบรรลุผลเป็นความสำเร็จ ซึ่งก็จำเป็นต้องพิจารณาในแง่จิตใจของผู้กระทำเช่นเดียวกัน

ในกรณีของการกลับใจที่กฎหมายบัญญัติเพื่อยกเว้นโทษให้ นั้น จะต้องอยู่ในขั้นตอนของการพยายามกระทำความคิด เมื่อผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล

¹⁵ De Vabres Traité. *Elémentaire de droit criminel et de législation pénale compare.* no. 230 p. 141. (อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, 2546:138).

¹⁶ หยุด แสงอุทัย (2547). *กฎหมายอาญาภาค 1.* หน้า 94-95.

¹⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 181.

ดังนั้น เหตุที่จะทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นกรณีการยับยั้งเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือการกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้น บรรลุผล ต่างก็ต้องถือเอาจากการที่ผู้กระทำได้ยับยั้งหรือกลับใจแก้ไขเองโดยสมัครใจ¹⁸

2) ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

มาตรา 82 ส่วนท้าย บัญญัติว่า “แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมาย ที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้นๆ”

กล่าวคือ การยกเว้นโทษสำหรับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น กฎหมายยกเว้นโทษให้เฉพาะสำหรับการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น ส่วนการกระทำใด กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น

เนื่องจากการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษมิได้เฉพาะกรณีการยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือการกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผลเท่านั้น¹⁹

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญายกเว้นโทษ โดยไม่เอาผิดฐานพยายามกระทำความผิดซึ่งผู้กระทำได้มีเจตนาที่จะกระทำเท่านั้น แต่ถ้าการกระทำใดซึ่งเป็นความผิดกฎหมายมาแล้ว ก็ยังคงเป็นความผิดต่อกฎหมายอยู่ต่อไป และผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษในทางอาญาสำหรับความผิดที่เกิดขึ้นแล้วนั้น หรือถ้าการกระทำไม่มีความผิดฐานใดฐานหนึ่งเลย ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษ²⁰

¹⁸ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.6.2 ว่าด้วยเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ข้อ(ง) หน้า 45.

¹⁹ โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5098/2542 จำเลยกระทำความผิดไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล การไม่แพ่งต่อให้ตายจึงไม่ใช่การยับยั้งเสียเอง สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

²⁰ จิตติ ดิงศกัณฑ์. เล่มเดิม. หน้า 384.

ตัวอย่าง เช่น

- ยกปิ่นขึ้นเล็งจะยิงแล้วขยับยิงเสียไม่กระทำไปให้ตลอด ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษฐานพยายามฆ่าคนตาย แต่อาจมีความผิดฐานมีหรือพกปืนโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือพกอาวุธปืนโดยไม่มีเหตุอันควร ตามมาตรา 371 หรือทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว ตามมาตรา 392

- กรณีถ้ายิงผู้เสียหายแล้ว กลับใจแก้ไขไม่ให้ตายโดยการพาเขาส่งโรงพยาบาล ผู้กระทำก็อาจมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295, 296

- การพยายามฆ่าผู้อื่นด้วยการวางยาพิษแล้วผู้กระทำขยับยิงเองไม่กระทำไปให้ตลอด ผู้กระทำก็อาจมีความผิด ตามมาตรา 236

- การพยายามกระทำความผิดฐานปล้น หากผู้กระทำขยับยิงเองไม่กระทำไปให้ตลอด ผู้กระทำก็อาจมีความผิดฐานเป็นช่องโจร ตามมาตรา 210 หรือในกรณีที่มีการขู่เชิญบังคับ ผู้กระทำอาจมีความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 309 เป็นต้น

ซึ่งหากพิจารณาตัวอย่างข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า การอธิบายเรื่องขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ในทางวิชาการของไทยเป็นการอธิบายโดยเอากรรมสองกรรมไปปะปนกันกับความผิดอันเดียว ดังคำกล่าวของนาย ยอง บรูเนย์²¹

ในกรณีปัญหาที่ว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานฆ่า แต่ต่อมาได้มีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดแล้ว ขอบเขตของการยกเว้นโทษควรที่จะเป็นเช่นไร เพราะบทบัญญัติในมาตรา 82 มิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่า จะยกเว้นโทษให้เฉพาะกรณีการกระทำที่เป็นกรรมเดียว หรือกรณีที่เป็นกรกระทำหลายกรรมต่างกัน

ตัวอย่าง : การฆ่าคนโดยใช้อาวุธปืนเถื่อนยิง ต่อมาผู้กระทำได้กลับใจช่วยชีวิตผู้เสียหายให้รอด แต่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บหรือพิการ

กรณีที่ 1 กรณีที่ถือว่าเป็นการกระทำหลายกรรมต่างกัน

กล่าวคือ การที่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะฆ่าคนโดยใช้อาวุธปืนเถื่อน กับการมีหรือใช้อาวุธปืนเถื่อนนั้น เป็นการกระทำต่างกรรมกัน เช่นนี้ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษในการพยายามกระทำความผิดฐานฆ่า แต่ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานมีหรือพกปืนโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือพกอาวุธปืนโดยไม่มีเหตุอันควร ตามมาตรา 371 หรือทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว ตามมาตรา 392 แล้วแต่กรณี

²¹ คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 17/53/2482 วันอังคารที่ 11 กรกฎาคม 2482 หน้า 8

กรณีที่ 2 กรณีที่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นกรรมเดียว

กล่าวคือ เป็นการพิจารณาการลงมือกระทำความคิดฐานฆ่าเท่านั้น โดยเมื่อได้มีการศึกษาแนวความคิดของนักกฎหมายชาวเยอรมัน ในบทที่ 3 ประกอบบทบัญญัติของมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญาดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สามารถอธิบายขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความคิดได้ ดังนี้

(1) ทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory)

ทฤษฎีนี้มีความเห็นว่า เจตนาฆ่ากับเจตนาทำร้ายเป็นเจตนาชนิดเดียวกัน เพราะการฆ่าย่อมผ่านขั้นตอนของการทำร้ายร่างกายก่อน ความคิดฐานฆ่าผู้อื่นจึงรวมความคิดฐานทำร้ายร่างกายไว้ในตัวเอง²² จากตัวอย่างข้างต้นวินิจฉัยประกอบกับทฤษฎีเอกภาพของเจตนา ได้ดังนี้

การฆ่าคนโดยใช้อาวุธปืนยิงไป แต่ต่อมาผู้กระทำได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความคิดโดยการกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล โดยการช่วยชีวิตผู้เสียหายให้รอด เมื่อความตายไม่ได้เกิดขึ้นผู้กระทำมีความคิดฐานพยายามฆ่า ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 แต่ได้รับการยกเว้นโทษในความคิดฐานพยายามฆ่าเพราะผู้กระทำได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความคิด แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปมีผลทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่กาย หรือได้รับอันตรายสาหัส อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความคิดผู้กระทำจึงต้องรับโทษฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 หรือทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 แล้วแต่กรณี

(2) ทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา (Different Theory)

ทฤษฎีนี้มีความเห็นว่า เจตนาฆ่ากับเจตนาทำร้ายเป็นเจตนาคนละชนิดกัน เพราะเจตนาฆ่ามุ่งต่อการทำลายชีวิตของบุคคล ส่วนเจตนาทำร้ายร่างกายยังคงรักษาไว้ซึ่งชีวิตของบุคคลอยู่ จากตัวอย่างข้างต้นวินิจฉัยประกอบทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา ได้ดังนี้

การฆ่าคนโดยใช้อาวุธปืนยิงไป แต่ต่อมาผู้กระทำได้กลับใจเข้าช่วยชีวิตผู้เสียหายให้รอด ผู้กระทำมีความคิดฐานพยายามฆ่า ตามมาตรา 288 ประกอบกับมาตรา 80 แต่ได้รับการยกเว้นโทษในความคิดฐานพยายามฆ่าเพราะผู้กระทำได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความคิด ทั้งนี้ผู้กระทำย่อมไม่มีความคิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 หรือทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัส ตามมาตรา 297 เพราะผู้กระทำมีเพียงเจตนาฆ่าหาได้มีเจตนาทำร้ายร่างกาย

²² คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญครั้งที่ 17/53/2482 วันอังคารที่ 11 กรกฎาคม 2482 หน้า 7.

นายของ บรูเนย์ ได้กล่าวว่า “ตามกฎหมายอิตาลี การกระทำนั้นเองจะต้องประกอบเป็นความคิดในตัวของมันเอง”

4.2 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดกับการวินิจฉัยบทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 89

มาตรา 89 บัญญัติว่า “ถ้ามีเหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษ ลดโทษหรือเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดคนใด จะนำเหตุนั้นไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นด้วยไม่ได้ แต่ถ้าเหตุอันควรยกเว้นโทษ ลดโทษหรือเพิ่มโทษเป็นเหตุในลักษณะคดี จึงให้ใช้แก่ผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดนั้นด้วยกันทุกคน”

4.2.1 กรณีผู้กระทำยั้งไม่กระทำไปให้ตลอด

1) กรณีผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียว

จากบทบัญญัติในมาตรา 82 ที่บัญญัติว่า ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยั้งยังเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขให้การกระทำนั้นบรรลุลผล ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดการกระทำนั้น

ด้วยเหตุนี้ ถ้าหากการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น มีผู้กระทำผิดเพียงคนเดียว กรณีดังกล่าวก็จะไม่มีปัญหาให้จำต้องวินิจฉัยต่อไป เนื่องจากไม่ว่าการกระทำของผู้นั้นจะต้องด้วยกรณีที่กระทำไปไม่ตลอดเพราะผู้กระทำยั้งยังเสียเอง หรือ กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุล เพราะผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุลผล กรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษ เนื่องจากมีกฎหมายบัญญัติเหตุยกเว้นโทษไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาถึง เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หรือเหตุในลักษณะคดี ตามมาตรา 89 แต่อย่างใด

2) กรณีผู้กระทำความผิดหลายคน

การจะพิจารณาว่า เหตุใดเป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว (เหตุส่วนตัว)” หรือเหตุใดเป็น “เหตุในลักษณะคดี” ก็ต่อเมื่อในคดีนั้นหรือในความผิดนั้น มีผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันหลายคนไม่ว่าจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนก็ตาม

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงรูปแบบการร่วมกระทำความผิดไว้ในหมวด 6 ว่าด้วยตัวการและผู้สนับสนุน โดยยึดถือหลักการแยกแยะผู้กระทำความผิด²³ ดังนี้

(1) ผู้กระทำความผิดมีรูปแบบเดียว คือ ตัวการหรือผู้กระทำความผิดร่วมกัน ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 83 ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้น โดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยเป็นตัวการ

²³ พนม พลพุทธรักรักษ์. เล่มเดิม. หน้า 73.

(2) ผู้ร่วมกระทำผิด มี 2 รูปแบบ คือ

ก. ผู้ใช้ หมายถึง ผู้ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดตามมาตรา 84

ข. ผู้สนับสนุน หมายถึง ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกต่อการกระทำความผิดของผู้อื่นตามมาตรา 86

ในกรณีที่มีบุคคลหลายคนร่วมกระทำความผิดในความผิดฐานใดฐานหนึ่ง และมาตรา 89 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติถึงเหตุที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำความผิด ปัญหาเกิดว่าเหตุที่เกิดขึ้นนั้นไม่ว่าจะเป็นเหตุยกเว้นโทษ ลดโทษ หรือเพิ่มโทษ ย่อมมีผลถึงผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยหรือไม่ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาไทยได้แยกเหตุที่มีผลถึงผู้กระทำความผิด หรือผู้ร่วมกระทำความผิดว่าเหตุดังกล่าวที่เกิดขึ้นเป็นเหตุส่วนตัว หรือ เหตุในลักษณะคดี ไว้ในมาตรา 89

“เหตุส่วนตัว” คือ เหตุที่มีผลเฉพาะตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งเกิดจากคุณสมบัติเฉพาะตัวอันเป็นคุณเป็นโทษ แก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่มีผลถึงผู้ร่วมกระทำความผิดอื่นใด

“เหตุในลักษณะคดี” คือ เหตุที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือ พฤติกรรมการกระทำความผิด ซึ่งเมื่อเกิดเหตุนี้ขึ้นแล้วก็จะจะมีผลแก่ผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคน

ในเรื่องของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ในกรณีผู้กระทำยับยั้งเสียเอง ไม่กระทำไปให้ตลอดนั้น ความเห็นในทางวิชาการยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ ว่ากรณีดังกล่าวเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว (เหตุส่วนตัว) หรือเหตุในลักษณะคดี

ซึ่งถ้าหากการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดมีผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียว ก็จะไม่มีปัญหาใด ๆ ให้พิจารณาว่าเป็น เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หรือ เหตุในลักษณะคดี แต่ถ้าหากการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดมีผู้กระทำความผิดหลายคน นักกฎหมายไทยมีความเห็นเป็น 2 ความเห็น ดังต่อไปนี้

ความเห็นแรก เห็นว่าการยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอดนั้น หากใช่เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว แต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิด ไม่ได้กระทำการให้ตลอด จึงเป็น “เหตุในลักษณะคดี” ที่มีผลทำให้ผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคนได้รับการยกเว้นโทษไปด้วย ซึ่งสำหรับเหตุผลที่สนับสนุนความเห็นดังกล่าวที่พอจะรวบรวมได้มี ดังนี้

1. ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้อธิบายว่า การกระทำความผิดแต่ยับยั้งเสียเอง ผู้กระทำไม่มีโทษตามมาตรา 82 ส่วนผู้สนับสนุนก็พลอยไม่มีโทษไปด้วยเพราะเป็นเหตุในลักษณะคดี²⁴

²⁴ หยุต แสงอุทัย (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ บรรณาธิการ). เล่มเดิม. หน้า 122 (ซึ่งเดิมที่ประเทศไทยยังคงใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุต ได้อธิบายว่า การยับยั้งด้วยใจตนเอง ไม่กระทำ

2. ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า ผลของการยับยั้งอาจเกี่ยวเนื่องไปถึงผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดที่มีการยับยั้งนั้นได้ด้วย ในเบื้องต้นต้องถือว่าในส่วนของการยับยั้งไม่กระทำให้ตลอด เป็นเหตุในลักษณะคดีตามมาตรา 89 ซึ่งนำไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดที่ยับยั้งนั้นด้วยกันทุกคน²⁵

3. รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายว่า การยับยั้งในการลงมือกระทำความผิด ตามมาตรา 82 เป็นเหตุยกเว้นโทษซึ่งเป็นเหตุในลักษณะคดี²⁶

4. รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ได้อธิบายว่า การพยายามกระทำความผิดแต่ยับยั้งเสียเอง ไม่กระทำให้ตลอดตามมาตรา 82 เป็นเหตุในลักษณะคดีอันควรยกเว้นโทษ ซึ่งมีผลต่อทุกคนที่ร่วมกระทำความผิด²⁷

5. นายพิพัฒน์ จักรางกูร ได้อธิบายว่า เหตุในลักษณะคดีอันเป็นเหตุยกเว้นโทษ เช่น การกระทำความผิดหรือกลับใจ แก้ไขตามมาตรา 82²⁸

6. ศาสตราจารย์วิจิตร ลูติดานนท์ ได้อธิบายว่า การยับยั้งเสียเองไม่กระทำให้ตลอดนั้นกฎหมายบัญญัติไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดนั้นตามมาตรา 82 ฉะนั้นหากในการพยายามกระทำความผิดนี้ ได้มีบุคคลหลายคนสมคบกัน หากกรณีมีผู้กระทำคนใดคนหนึ่งได้ยับยั้งเสียเอง ไม่กระทำให้ตลอดนั้น เป็นเหตุลักษณะคดีใช้แก่ทุกคน²⁹

ความเห็นที่สอง เห็นว่าการยับยั้งไม่กระทำทำให้ตลอดนั้นเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ซึ่งไม่สามารถนำเหตุดังกล่าวนี้ไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นได้ เหตุผลที่สนับสนุนความเห็นนี้ที่พอจะรวบรวมได้มี ดังนี้

1. ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายว่า บทบัญญัติในมาตรา 82 นั้น มีอยู่สองเหตุ คือ การยับยั้งเสียเอง ไม่กระทำไปให้ตลอด และการกลับใจไม่ให้เกิดการกระทำบรรลุผล ซึ่งต่างเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว³⁰

²⁵ จิติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 384 – 385.

²⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 507.

²⁷ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 339.

²⁸ พิพัฒน์ จักรางกูร. (2527). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 525.

²⁹ วิจิตร ลูติดานนท์ ก เล่มเดิม. หน้า 162.

³⁰ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 105

2. รองศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส ได้อธิบายว่า การยกเว้นโทษเนื่องจากผู้กระทำผิดถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 82 นี้ เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ซึ่งเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว³¹

3. รองศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล ได้อธิบายว่า เหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษ เช่น บทบัญญัติในมาตรา 82³²

แต่การกระทำของผู้ที่ไม่ยับยั้งยอมเป็นการกระทำความผิดต่อจากการยับยั้งของบุคคลอื่นอีกส่วนหนึ่ง ผู้ที่ยับยั้งแม้จะไม่ใช่ตัวการร่วมด้วยต่อไปจนเกิดความผิดสำเร็จ เพราะตัวการคนอื่นกระทำต่อไป ก็อาจต้องมีความผิดในฐานะเป็นผู้สนับสนุน แล้วแต่การกระทำที่ได้กระทำไปจนถึงขณะที่ยับยั้งด้วยบทบัญญัติความผิดในฐานะสนับสนุนเพียงใดหรือไม่³³

4.2.2 กรณีผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล

การพยายามกระทำความผิดแต่ผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผลตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 61 นั้น มิได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งอย่างที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 แต่การยับยั้งเสียด้วยใจตนเองนี้รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำไปตลอดแล้ว คือกระทำทุกสิ่งทุกอย่างที่จำเป็นสำหรับการกระทำความผิดแล้ว แต่กลับใจเข้าขัดขวางจนผลไม่เกิดขึ้นด้วย³⁴

การกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 นั้นเป็นเหตุส่วนตัวที่ใช้กับผู้ที่กลับใจแก้ไขเป็นคนๆ ไป ส่วน ผู้ใช้ หรือ ผู้สนับสนุนที่กลับใจเข้าขัดขวางการกระทำไม่ให้กระทำได้ตลอด หรือแก้ไขไม่ให้บรรลุผล ตามมาตรา 88 บัญญัติให้ผู้ซึ่งรับผิด ตามมาตรา 84 วรรค 2 หรือมาตรา 85 วรรคแรก ส่วนผู้สนับสนุนไม่ต้องรับโทษในฐานะสนับสนุนการพยายามกระทำความผิดของผู้ลงมือพยายามกระทำความผิด

ดังนั้นในกรณีของผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ไม่ว่าจะเป็กรณีที่มีผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียว หรือกรณีมีผู้กระทำความผิดหลายคน นักกฎหมายต่างมีความเห็นตรงกันว่า การกลับใจแก้ไขนั้นก็เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว ซึ่งเป็นผลดีเฉพาะตัวผู้กลับใจแก้ไขเท่านั้น อันเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวที่เป็นคุณสมบัติเป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิดเท่านั้น ไม่มีผลถึงผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่น กล่าวคือกฎหมายจะยกเว้นโทษให้เฉพาะบุคคลที่กลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผลในกรณีที่มีการร่วมกันพยายามกระทำความผิด ความเห็นมีดังนี้

³¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส ข เล่มเดิม. หน้า 109

³² ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล. (2523). “เหตุส่วนตัวและเหตุในลักษณะคดี”. *บทบัญญัติ, เล่มที่ 37, ตอนที่ 4*. หน้า 533 – 562.

³³ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 385-386 หัวข้อ 140.

³⁴ หยุด แสงอุทัย ค เล่มเดิม. หน้า 195.

1) ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายว่า เหตุส่วนตัว หมายถึง ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเป็นส่วนตัวแต่ละคน อันมีผลเป็นการยกเว้น ลด หรือเพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดแต่ละคนนั้น เช่น เหตุที่ผู้กระทำความผิดบางคนกลับใจแก้ไขมิให้การกระทำบรรลุผล ตามมาตรา 82³⁵

2) ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายว่า การกลับใจไม่ให้การกระทำบรรลุผล เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว³⁶

3) รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ได้อธิบายว่า เหตุส่วนตัวอันควรยกเว้นโทษ เช่น การพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำกลับใจแก้ไขมิให้การกระทำนั้นบรรลุผล ตามมาตรา 82 ผู้ใดกลับใจผู้นั้นก็ได้รับยกเว้นโทษ³⁷

4.3 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่อยู่นอกโครงสร้าง ความผิดอาญา

จากที่ได้มีการกล่าวถึงรายละเอียดไว้แล้วข้างต้น ในเรื่องของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ไม่ว่าจะป็นกรณีผู้กระทำยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกรณีผู้กระทำกลับใจแก้ไขมิให้การกระทำนั้นบรรลุผลก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขมิให้การกระทำนั้นบรรลุผลผู้นั้น ไม่ต้องรับโทษจากการพยายามกระทำความผิด แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ”

ดังนั้น ลักษณะการไม่บรรลุผลเพราะผู้กระทำเอง ตามมาตรา 82 มี 2 ประการ คือ

- 1) ผู้กระทำได้กระทำไปไม่ตลอดเพราะผู้กระทำยับยั้งเสียเอง
- 2) ผู้กระทำได้กระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลเพราะผู้กระทำกลับใจแก้ไขมิให้การกระทำนั้นบรรลุผล

ซึ่งการกลับใจแก้ไขมิให้การกระทำนั้นบรรลุผล นักกฎหมายอาญาผู้ทรงคุณวุฒิ ล้วนเห็นว่าเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

แต่ในเรื่องการยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอดนั้น มีแนวความเห็น 2 ความเห็น ดังนี้

³⁵ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 534.

³⁶ คณิต ฒ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 105.

³⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 338.

ความเห็นแรก เห็นว่าการยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอดนั้น หาใช่เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว แต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดยังไม่ได้กระทำการให้ตลอด จึงเป็นเหตุในลักษณะคดี ที่มีผลให้ผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคนได้รับการยกเว้นโทษไปด้วย ซึ่งเหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดนี้ได้แก่

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ท่านให้เหตุผลว่า “การกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุลผลเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเป็นส่วนตัว”³⁸

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ท่านให้เหตุผลว่า “การยับยั้งเสียเองมิใช่เหตุที่อาศัยคุณสมบัติส่วนตัวของผู้กระทำแต่เป็นเหตุที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นเอง”³⁹

รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ท่านให้เหตุผลว่า “การกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุลผลเป็นเหตุเฉพาะตัวผู้กระทำความผิด ส่วนการยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอดเป็นเหตุที่เกี่ยวข้องกับความผิด”⁴⁰

รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ท่านให้เหตุผลว่า “การยับยั้งเสียเองนี้เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดยังไม่ได้กระทำการให้ตลอด จึงเป็นเหตุในลักษณะคดี”⁴¹ เป็นต้น

ความเห็นที่สอง เห็นว่าการยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอดนั้น เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว หาใช่เป็นเหตุในลักษณะคดีไม่ ซึ่งเหตุผลที่สนับสนุนแนวความคิดนี้ได้แก่

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ท่านให้เหตุผลว่า “ทั้งเหตุยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอดและเหตุกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุลผลต่างเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”⁴²

แต่หากพิจารณาถึงบทความของ รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ เรื่อง ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา : เรื่องที่ 3 เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว (ผนวก 4 น. 163) ว่า

“...กรณีที่มีผู้ร่วมกระทำความผิดหลายคน และการที่ผู้กระทำกระทำไปไม่ตลอด เพราะ ผู้กระทำยับยั้งเสียเองทำให้การกระทำนั้นยุติลง ผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคนจึงได้รับผลดีทั้งหมด เพราะไม่มีผู้ใดได้กระทำต่อไปให้ตลอด เปรียบเหมือนกับคนที่พากันลงเรือ (ลงมือ) เพื่อข้ามฝั่งแต่ยังไม่ทันถึงอีกฝั่ง นายท้ายเรือคนเดียวที่หันหัวเรือกลับหรือหยุดเรือเสียก่อนจะถึงฝั่ง (คือไม่กระทำไปให้ตลอด) ทุกคนที่อยู่ในเรือจึงถูกบังคับให้กลับไม่มีใครได้ถึงฝั่ง การยับยั้งเสียเอง จึงเป็นเหตุในลักษณะคดีมีผลต่อทุกคน..”

³⁸ จิตติ ดิงศภัทย์. เล่มเดิม. หน้า 490.

³⁹ หยุด แสงอุทัย (ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ บรรณาธิการ). เล่มเดิม. หน้า 162 - 163

⁴⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 507.

⁴¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก เล่มเดิม. หน้า 182.

⁴² คณิต ฒ นคร ง เล่มเดิม. หน้า 142 - 149.

ด้วยความเคารพต่อแนวความเห็นทั้งสอง ประกอบกับบทความข้างต้น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามมาตรา 82 ไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำได้กระทำให้ไม่ตลอด เพราะผู้กระทำยับยั้งเสียเอง หรือผู้กระทำได้กระทำให้ตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลเพราะผู้กระทำกลับใจแก้ไข ไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ซึ่งถ้าหากเป็นกรณีมีผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียว ก็ไม่มีปัญหาใดๆ ให้พิจารณาว่าเป็นเหตุส่วนตัวหรือเหตุลักษณะคดี แต่ถ้าหากกรณีมีผู้ร่วมกระทำความผิดหลายคน เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจะไม่สามารถนำไปใช้กับผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นได้ ซึ่งจะทำให้ผลของการพิจารณาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 89 เปลี่ยนแปลงไป

การยับยั้งไม่กระทำให้ตลอด หรือการกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ต่างก็ต้องถือเอาความสมัครใจโดยอิสระเป็นสำคัญ⁴³ คือผู้กระทำจะต้องรู้สึกรู้ว่าเขาสามารถกระทำให้ไปได้ตลอดหรือปล่อยให้การกระทำนั้นบรรลุผลก็สามารถทำได้ หากแต่เขาไม่ปล่อยให้เป็นอย่างนั้น จึงได้ยับยั้งเสียเอง หรือแก้ไขมิให้การกระทำของเขาบรรลุผล

ซึ่งหากพิจารณาถึงตัวอย่างจากบทความข้างต้น มีเพียงนายท้ายคนเดียวที่สมัครใจจะยับยั้งไม่กระทำให้ไปให้ตลอด โดยการหันหัวเรือหรือหยุดเรือเสียก่อนจะถึงฝั่ง ทุกคนที่อยู่ในเรือจึงถูกบังคับให้กลับ หาใช่เป็นความสมัครใจโดยอิสระของทุกคนในเรือไม่

ดังนั้น การยับยั้งไม่กระทำให้ไปให้ตลอด หรือการกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผลต่างก็เป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” ซึ่งเป็นเหตุส่วนตัวทั้งสิ้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วว่า การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดทั้งสองกรณี เป็น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” เป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา แต่มีความเกี่ยวข้องกับโครงสร้างของความผิดอาญา ซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดเป็นการเฉพาะตัว โดยจัดว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นบทบัญญัติในกฎหมายอาญา

เพราะตามปกติ เมื่อการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาแล้ว “ความสมควรลงโทษ” (Strafwurdigkeit) สำหรับการกระทำนั้นย่อมมีอยู่ในตัวเองในการกระทำนั้น⁴⁴

ดังนั้นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของโครงสร้างของความผิดอาญา กล่าวคือ ไม่กระทบกระเทือนต่อ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” ซึ่งเมื่อความ

⁴³ Clark, William Lawrence & Marshall, William L. (1967). *A Treatise on The Law of Crime*, (7ed). Callaghan & company. pp. 257-258. (อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก, 2547:181).

⁴⁴ คณิต ณ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 101. และ คณิต ณ นคร ง เล่มเดิม. หน้า 147 – 149.

ฉะนั้น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” จึงหมายความว่าถึง ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างของความผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว⁴⁵

การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 82 เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพราะกฎหมายเห็นว่า ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิด และเป็นข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่มีผลย้อนหลังไปเป็นการยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำ

ความผิดนั้น ชอบที่จะมีผลทำให้ “ความสมควรลงโทษ” เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่ดีที่ไม่สมควรจะลงโทษอีกต่อไป เนื่องจากกฎหมายเห็นว่า การทำดีของผู้กระทำความผิด จึงควรที่จะยกโทษให้ผู้กระทำความผิด และการทำดีของผู้กระทำความผิดตามข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัตินี้ ทำให้วัตถุประสงค์ของการลงโทษเป็นอันตกไป ซึ่งกฎหมายถือว่ามิใช่เหตุผลพิเศษที่ไม่ควรลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น อันเป็นการลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่สังคม

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวในกรณีที่ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งเกิดขึ้นภายหลังการกระทำความผิดทางตำราเรียกว่า เหตุยกเว้นโทษให้เฉพาะตัว (personlicher strafaufhebungsgrund)⁴⁶

สำหรับการยกโทษ หรือ absolution นี้ หมายความว่า การกระทำนั้นยังเป็นความผิดอยู่ และผู้กระทำยังมีความสามารถรู้ผิดชอบได้ทุกประการ ซึ่งโดยปกติแล้วเขาจะต้องได้รับโทษ ดังนั้นการยกโทษนี้จึงไม่ได้เป็นการลบล้างความผิด หรือลบล้างในส่วนความรู้สึกลบผิดชอบของผู้กระทำผิดเลย (elle ne supprime ni l'infraction ni la culpabilité)⁴⁷

เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้กระทำความผิด จึงใช้ได้กับผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น⁴⁸ หรือที่นักกฎหมายของไทยเราส่วนใหญ่เรียกว่า “เหตุยกเว้นโทษที่เป็นเหตุส่วนตัว” หรือบางทีเรียกสั้นๆ ว่า “เหตุส่วนตัว” ซึ่งไม่สามารถนำไปใช้แก่ผู้กระทำความผิดคนอื่นในการกระทำความผิดนั้นได้⁴⁹

⁴⁵ vgl. Hans Heinrich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts : All gemeiner, s. 499. (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก, 2547:102). และ คณิต ฅ นคร ง, 2529:142 -149).

⁴⁶ Vgl. etwa Hans-Heinrich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts : All gemeiner Teil, s. 498. (อ้างถึงใน คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 104.

⁴⁷ Supra, n 577. (อ้างถึงใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ค (2535). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ”. วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 22, ฉบับที่ 1. หน้า 76 – 84.

⁴⁸ คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 111.

⁴⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 89.

ซึ่งการยกเว้นโทษสำหรับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้นกฎหมายยกเว้นโทษให้เฉพาะสำหรับการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น ส่วนการกระทำใดกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับการกระทำความผิดนั้น หรือเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่า “ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด” ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 82 ส่วนท้าย

4.4 วินิจฉัยประเด็นปัญหาการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดในกรณีการยิง

ในตอนตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ได้มีการพิจารณากันในเรื่องการยิงผิด แต่ต่อมาได้มีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตัวอย่างเช่น กรณีเอาปืนยิง ค. แต่ยิงผิดไม่ถูก ค. หรือถูกที่ขาของ ค. ซึ่งจะยิงต่อไปก็ได้ แต่สงสารขึ้นมาแล้วไม่ยิงต่อ กรณีเช่นนี้สมควรได้รับโทษฐานพยายามฆ่าหรือไม่

ซึ่งคณะกรรมการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มีความเห็นออกเป็น 2 ความเห็น ดังนี้

ความเห็นที่ 1 เห็นว่ากรณีดังกล่าวสมควรลงโทษฐานพยายามฆ่า ผู้ที่มีความเห็นในกรณีนี้ได้แก่

พระมนูเวทย์วิมลนาท เห็นว่า “สมควรลงโทษ”⁵⁰

หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า “ควรลงโทษเพราะทำไปแล้ว ไม่ว่าจะเป็กรณียิงถูกที่ขาหรือยิงผิดก็ตาม”⁵¹

นายนาวาเอกหลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น. ประธานในที่ประชุมเห็นว่า “เมื่อมีเจตนาจะฆ่าคนเอาปืนยิง พอยิงผิดแล้วเอาปืนเก็บใส่กระเป๋าดังนี้ ถ้าไม่เอาผิดจะไปกันใหญ่ กรณีที่ชักปืนขึ้นจะยิงแต่ยังไม่ทันยิง เพราะมีคนมาจับปืนยิงไม่ได้ยังเอาผิดฐานพยายาม”⁵²

ความเห็นที่ 2 เห็นว่ากรณีดังกล่าวผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษในความผิดฐานพยายามฆ่า แต่ต้องรับโทษฐานทำร้ายร่างกาย ผู้ที่มีความเห็นในกรณีนี้ได้แก่

พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ เห็นว่า ตามมาตรานี้จะต้องถือว่าเป็นความผิดฐานพยายามต้องลงโทษ แต่เรื่องนี้เห็นว่าไม่สมควรลงโทษ ซึ่งในกรณีถ้าผู้กระทำตั้งใจจะฆ่าคนโดยเอาปืนยิง

⁵⁰ คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 17/53/2482 วันอังคารที่ 11 กรกฎาคม 2482 หน้า 6.

⁵¹ แหล่งเดิม.

⁵² คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 17/53/2482 วันอังคารที่ 11 กรกฎาคม 2482 หน้า 7.

จากความเห็นทั้งสองข้างต้น ที่ประชุมเห็นว่า ตัวอย่างข้างต้นเป็นเรื่องที่กระทำลงไปแล้ว เป็นแต่ผลไม่ได้เกิดขึ้นสมดังที่ตั้งใจ จึงต้องถือว่าเป็นพยายามกระทำความผิดแล้ว เพราะการยิงผิดจะต้องถือว่าเป็นเหตุพ้นวิสัยมาขัดขวางมิให้กระทำผิดสำเร็จ มาตรา 61 จะใช้เฉพาะเมื่อยับยั้งเสียด้วยใจตนเองก่อนหน้ามีเหตุพ้นวิสัยมาขัดขวาง แต่การกระทำที่แล้มาได้เป็นความผิดฐานอื่น เช่น บุกรุกหรือมีอาวุธ โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น⁵⁴

ดังนี้ จากแนวความเห็นของคณะกรรมการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาข้างต้น มีข้อที่ควรต้องพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาการยิง คือ

1) กรณีผู้กระทำความผิดเจตนาฆ่า จึงเอาปืนยิงที่ผู้เสียหาย แต่พลาดไม่ถูกผู้เสียหาย ต่อมาผู้กระทำไม่ยิงต่อไป เพราะสงสารผู้เสียหาย ดังนี้พิจารณาได้ว่า เมื่อผู้กระทำได้ยิงผู้เสียหาย การยิงถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่เมื่อผู้เสียหายไม่ถึงแก่ความตาย การกระทำความผิดจึงเป็นการกระทำที่ไม่บรรลุผล กล่าวคือความตายไม่ได้เกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่า ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80

ประเด็นต่อมาที่จะต้องพิจารณามีว่า กรณีที่ผู้กระทำไม่ยิงต่อไปนั้นเกิดมาจากความสงสารผู้เสียหาย ถือว่าผู้กระทำได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดโดยสมัครใจ ผู้กระทำย่อมได้รับการยกเว้นโทษในการพยายามกระทำความผิดฐานฆ่า ตามบทบัญญัติในมาตรา 82

2) กรณีผู้กระทำความผิดเจตนาฆ่า จึงเอาปืนยิงไปที่ผู้เสียหาย แต่ถูกที่ขาของผู้เสียหาย ต่อมาผู้กระทำไม่ยิงต่อไป เพราะสงสารผู้เสียหาย ดังนี้พิจารณาได้ว่า เมื่อผู้กระทำได้ยิงผู้เสียหาย การยิงถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่เมื่อผู้เสียหายไม่ถึงแก่ความตาย การกระทำความผิดจึงเป็นการกระทำที่ไม่บรรลุผล กล่าวคือความตายไม่ได้เกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่า ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80

แต่การที่ได้ยิงออกไปนั้น ทำให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บที่ขา อันเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ ผู้กระทำความผิดจึงต้องรับโทษฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295

ดังนั้น ไม่ว่าจะกรณีของการยิงพลาดไม่ถูกผู้เสียหาย หรือถูกที่ขาของผู้เสียหาย แม้ผู้กระทำจะมีเจตนาฆ่าก็ตาม แต่การกระทำความผิดกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่บรรลุผล ผู้กระทำความผิดจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่า เมื่อการกระทำความผิดกล่าวยังคงอยู่ในขั้นตอนของการพยายาม ผู้กระทำก็ยังคง

⁵³ แหล่งเดิม.

⁵⁴ มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจร่างพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา การประชุมครั้งที่ 17/53/2482 วันที่ 11 กรกฎาคม 2482

4.5 หลักเกณฑ์และบทวิเคราะห์การวินิจฉัยของศาลฎีกาเกี่ยวกับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเพราะผู้กระทำยับยั้งเสียเอง ไม่กระทำให้ไปให้ตลอด หรือกระทำให้ไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลเพราะผู้กระทำกลับใจแก้ไข ตามมาตรา 82 ศาลฎีกาเห็นว่าหลักสำคัญอยู่ที่ว่าผู้กระทำได้ยับยั้งหรือกลับใจแก้ไข “ด้วยความสมัครใจ”

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เป็นกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 230/2502⁵⁵

จำเลยชู้เอาเงิน เจ้าทรัพย์ทักษ์ขึ้น จำเลยจึงว่าเจ้าทรัพย์เป็นพวกเดียวกันให้หยุดปล้น ดังนี้เป็นการยับยั้งเองไม่ต้องรับโทษฐานพยายามปล้น คดีนี้ศาลอุทธรณ์เห็นว่าเป็นการยับยั้ง ตามมาตรา 82 โจทก์จึงฎีกาว่า

จำเลยมิได้ยับยั้งด้วยความคิดที่สุจริตแห่งจิตของตนโดยแท้ แต่ที่ไม่กระทำให้ต่อไปเพราะกลัวความผิดเนื่องจากนายรอด รู้จักนายพันธ์จำเลย และทักษ์นายพันธ์จำเลยขึ้น อันเป็นอุปสรรคขัดขวางไม่ให้กระทำให้ต่อไป จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายาม

ศาลฎีกาได้ประชุมปรึกษาคดีแล้ว ข้อเท็จจริงฟังได้ดังที่กล่าวมาข้างต้น การกระทำของจำเลยดังกล่าวมาแล้วจึงเป็นการพยายามปล้นทรัพย์ตามกฎหมาย แต่การที่พวกจำเลยมิได้กระทำให้จนบรรลุผลสำเร็จ เพราะเห็นว่าผู้เสียหายเป็นพวกเดียวกันจึงหยุดการกระทำเสียนั้นเป็นการยับยั้งเสียเอง หาใช่เพราะมีอุปสรรคอื่นขัดขวางไม่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 บัญญัติว่า “จำเลยยังไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น ดังนั้นที่ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้ยกฟ้องโจทก์จึงถูกต้องแล้ว

⁵⁵ สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

เจตนาเป็นองค์ประกอบภายในอันเป็นสิ่งที่พิจารณาได้ยาก ดังนั้นการจะพิจารณาว่าผู้กระทำประสงค์สิ่งใด จึงต้องพิจารณาประกอบกับการกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอก เช่นเดียวกับการพิจารณาเรื่องของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด โดยความสมัครใจของผู้กระทำความผิด ตามหลักของ Frank – Formular ที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าอาจจะเป็นเพราะศาลฎีกาถือหลักว่า คดีอาญานั้นต้องสันนิษฐานในทางที่เป็นผลดีแก่จำเลยก็เป็นได้

บทวิเคราะห์

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จากการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น จะต้องเป็นการถอนตัวโดยสมัครใจ แต่จากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาข้างต้นจะเห็นว่าผู้เสียหายร้องทุกข์ขึ้น จำเลยเห็นว่าผู้เสียหายเป็นพวกเดียวกันกับจำเลยจึงได้หยุดปล้น เพราะกลัวความผิด ดังนั้นการกลัวความผิดจึงเป็นเพียงปัจจัยภายนอก การกระทำดังกล่าวของจำเลยจึงหาใช่เป็นการถอนตัวโดยสมัครใจไม่ จำเลยย่อมควรต้องรับโทษฐานพยายามปล้นอยู่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 508/2529⁵⁶

จำเลยทำทนาย ธ. ให้มาสู้กันและวิ่งไล่แทงจนถึงบ้าน ธ. จึงหยุดไล่ ต่อมาจำเลยถือปืนยาว เมื่อใกล้ถึงตัว ธ. ก็จ้องปืนมายัง ธ. โดยนิ้วมือสอดเข้าไปในโกร่งโกป็น ธ.วิ่งหนี จำเลยไม่ได้วิ่งตาม โดยกลับใจเอาปืนมาจ้อง ว. แทน ทั้งที่มีโอกาสจะยิง ธ. ได้ จึงเป็นการยับยั้งเสียไม่กระทำการให้ตลอด เมื่อจำเลยจ้องปืนไปทาง ว. ว. พูดว่าไม่เกี่ยว และหลบเข้าไปทางหลังบ้าน จำเลยก็เดินไปอีกทางหนึ่ง โดยไม่ตามเข้าไปยิง ว. ทั้งที่มีโอกาสจะยิงได้ จึงเป็นการยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด จำเลยจึงไม่ต้องรับโทษในความผิดฐานพยายามฆ่า ธ. และ ว.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1218/2530⁵⁷

จำเลยชวนผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุ 4 ปี ไปดูการ์ตูนที่บ้านจำเลยแล้วพาไปนอนบนกระดานถอดกางเกงผู้เสียหายและจำเลยออก แล้วจำเลยใช้อวัยวะเพศคันไปตรงอวัยวะเพศของผู้เสียหายเพียงครั้งเดียว บริเวณอวัยวะเพศของผู้เสียหายไม่มีบาดแผล จำเลยไม่ได้กระทำซ้ำต่อไปเพื่อให้สำเร็จความใคร่ต่างๆ ที่จำเลยมีโอกาที่จะกระทำได้ นับได้ว่าเป็นการยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก ประกอบด้วยมาตรา 80, 82

แม้ผู้เสียหายไม่มีช่องคลอด ผิดปกติแต่กำเนิดอันเป็นเหตุประกอบให้เห็นว่า โดยสภาพวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ทำให้การกระทำของจำเลยไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ก็ตาม ก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยหยุดการกระทำต่อผู้เสียหายเพราะได้เห็นหรือทราบข้อเท็จจริงอันนี้ เมื่อจำเลยยับยั้งเสียเองได้ จำเลยก็ไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น คงมีความผิดเท่าที่ต่อตามกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด คือกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279

⁵⁶ สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

⁵⁷ สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลเห็นว่า มิได้เข้ากรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เช่น

คำพิพากษาศาลที่ 1243/2456⁵⁸

ยิงไปด้วยปืนพก 1 นัด แต่ไม่ถูกก็ไม่ยิงต่อไป ทั้งๆ ที่มีลูกกระสุนปืนบรรจุอยู่ในปืนอีก ไม่ใช่การยับยั้งเสียเองหรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล เนื่องจากการที่ไม่ยิงอีกเป็นการกระทำหลังจากที่ได้กระทำไปตลอดแล้ว แต่ไม่บรรลุผลต่างหาก ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานพยายามฆ่าโดยเจตนา การที่ไม่ยิงต่อไปเป็นเพียงเหตุบรรเทาโทษ ศาลลดโทษให้ได้

บทวิเคราะห์

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลข้างต้น การที่ผู้กระทำความผิดไม่ยิงต่อไปแม้จะเป็นการกระทำหลังจากที่ได้กระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้กระทำความผิดมีความผิดฐานพยายามฆ่า ดังนั้นเมื่อการกระทำดังกล่าวยังคงอยู่ในขั้นของการพยายาม ผู้กระทำความผิดยังสามารถที่จะถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดได้อยู่ หากการไม่ยิงต่อไปนั้นเกิดจากความสมัครใจของผู้กระทำความผิดแล้ว ทั้งๆ ที่มีลูกกระสุนปืนบรรจุอยู่ ผู้กระทำความผิดได้รับการยกเว้นโทษในความผิดฐานพยายามฆ่า ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 และมาตรา 82

คำพิพากษาศาลที่ 566/2532⁵⁹

การที่จำเลยมาพูดขอซื้อหูหิ้วจากผู้เสียหาย ขณะที่ผู้เสียหายเอื้อมมือจะหยิบหูหิ้วในตู้จำเลยได้เข้าประชิดตัว และชักปืนลูกซองสั้นที่มีกระสุนปืนบรรจุอยู่ออกมาจ่อที่หน้าอกผู้เสียหาย พฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหายและได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่เนื่องจากผู้เสียหายได้ปิดป้องเสียทัน และแย่งปืนจากจำเลยได้ จำเลยจึงมิได้ลั่นไกปืน กรณีมิใช่เป็นเรื่องที่จำเลยยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด แต่เป็นเรื่องกระทำไปไม่ตลอดตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่า ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบมาตรา 80.

บทวิเคราะห์

การที่จำเลยมิได้ลั่นไกหาใช่ความสมัครใจของจำเลยเองไม่ เพียงแต่ผู้เสียหายได้ปิดป้องและเข้าแย่งปืนจากจำเลย อันเป็นเหตุที่เกิดจากปัจจัยภายนอกที่มีผลทำให้การกระทำของจำเลยนั้นไม่บรรลุผล

⁵⁸ สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

⁵⁹ สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5881/2533⁶⁰

จำเลยกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายไปไม่ตลอดเพราะผู้เสียหายยังเล็ก อวัยวะเพศของจำเลยไม่สามารถเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายได้ จำเลยไม่ได้ยับยั้งไม่กระทำการให้ตลอดเสียเองกรณีไม่เข้าข้อยกเว้นเหตุไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดดังกล่าว ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7792/2540⁶¹

การที่จำเลยใช้อาวุธปืนซึ่งเป็นอาวุธร้ายแรงจ้องยิงผู้เสียหายแม้เพียงนัดเดียว จำเลยย่อมเล็งเห็นผล หรือคาดหมายได้ว่ากระสุนปืนที่จำเลยยิงอาจถูกผู้เสียหายถึงแก่ความตายได้หากถูกอวัยวะสำคัญ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย จำเลยลงมือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำไม่บรรลุผล เนื่องจากกระสุนปืนไม่ถูกอวัยวะสำคัญของผู้เสียหาย จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย แม้จะได้รับความต่อมาว่าจำเลยไม่ยิงผู้เสียหายทั้งๆ ที่อาวุธปืนของจำเลยยังมีกระสุนปืนอีก 5 นัดก็ตาม แต่เหตุที่จำเลยไม่ยิงผู้เสียหายนั้นก็เพราะผู้เสียหายร้องห้ามว่าอย่ายิง ประกอบกับระหว่างนั้นมีคนเดินผ่านมา จำเลยจึงยับยั้งไม่ยิงผู้เสียหาย พฤติการณ์ดังกล่าวจึงไม่เป็นเหตุผลที่แสดงว่าจำเลยมิได้มีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย คงมีเจตนาเพียงทำร้ายร่างกายผู้เสียหายแต่อย่างใด และเมื่อจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหายและมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหายแล้ว การกระทำอันเดียวกันนี้จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้เสียหายอีกบทหนึ่ง คงเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าเท่านั้น

บทวิเคราะห์

การที่จำเลยไม่ยิงผู้เสียหายซ้ำ ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของผู้เสียหายแต่เกิดจากการที่ผู้เสียหายร้องห้ามว่าอย่ายิงประกอบกับมีคนเดินผ่านมา ซึ่งล้วนแต่เป็นเหตุที่เกิดจากปัจจัยภายนอก ดังนั้นจำเลยจึงไม่ได้รับการยกเว้นโทษในความผิดฐานพยายามฆ่าแต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3688/2541⁶²

จำเลยใช้มีดยาวทั้งด้ามรวม 8 นิ้วแทงผู้เสียหายหลายครั้ง โดยเฉพาะบาดแผลที่ท้องซึ่งเป็นอวัยวะสำคัญ เป็นเหตุให้กระเพาะอาหารและตับฉีกขาด จำเลยย่อมเล็งเห็นผลแห่งการกระทำว่าจะเป็นเหตุให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตายได้ ถือได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย ทั้งจำเลยได้กระทำความผิด

⁶⁰ สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

⁶¹ สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

⁶² สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

<http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp>

บทวิเคราะห์

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีนี้โดยดูจากการกระทำของจำเลย ประกอบกับ บาดแผลของผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายไม่ถึงแก่ความตาย การกระทำของจำเลยจึงไม่บรรลุผล จำเลยกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 ต่อมาเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเหตุที่การกระทำของจำเลยไม่บรรลุผล ก็เนื่องมาจากจำเลยไม่แทงผู้เสียหายซ้ำอีก และช่วยพาผู้เสียหายลงจากตึกที่เกิดเหตุไปรักษาพยาบาล ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาข้างต้น หากพิจารณาความมุ่งหมายของบทบัญญัติ มาตรา 82 จะเห็นได้ว่า การที่จำเลยได้พาผู้เสียหายลงจากตึกที่เกิดเหตุไปรักษาพยาบาล การกระทำความผิดของจำเลย ถือได้ว่าเป็นการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด โดยกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำของตน นั้นบรรลุผล ดังนั้นจำเลยจึงควรได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติของมาตรา 82 โดยได้รับการยกเว้น โทษในความผิดฐานพยายามฆ่า แต่การที่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บต้องเข้ารับรักษาตัวอยู่ใน โรงพยาบาล การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด จำเลยจึงต้องรับ โทษในการกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 หรือ มาตรา 297 แล้วแต่กรณี⁶³

คำพิพากษาฎีกาที่ 5089/2542⁶⁴

จำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย และได้ลงมือกระทำความผิดไปตลอดครบองค์ประกอบของความผิดฐานพยายามฆ่าแล้วแต่ผู้เสียหายไม่ตายสมดังเจตนา จึงเป็นกรณีที่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบด้วยมาตรา 80 แล้ว ส่วนการที่จำเลยทิ้งมีดได้แล้วไปสวมกอดผู้เสียหายเพราะความรักผู้เสียหายและรักลูก มิใช่เป็นกรณียับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้หลุดไป ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82

ข้อสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิต สมัยที่ 33 ปีการศึกษา 2523

การที่นาง ข. เอายาพิษซึ่งเตรียมหามาไว้ก่อนแล้วปกลงในน้ำนมให้บุตรดื่ม โดยเจตนา ฆ่าให้ตาย แต่บุตรไม่ตายนั้น การกระทำของนาง ข. เป็นการพยายามกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น

⁶³ ตราบใดที่การกระทำยังไม่บรรลุผล กล่าวคือ ยังไม่เป็นการสำเร็จ การกระทำนั้นก็ยังคงอยู่ใน ขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิดอยู่ ผู้กระทำสามารถถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดได้ โดยจะ ได้รับการยกเว้นโทษเป็นการตอบแทน

⁶⁴ สืบค้นเมื่อ 12 มีนาคม 2552, จาก

ตามแนวข้อสอบนี้พิจารณาได้ว่า การที่นาง ข. เอายาพิษซึ่งเตรียมหามาไว้ก่อนแล้วปลงลงในน้ำนมให้บุตรดื่ม โดยเจตนาฆ่าให้ตาย ถือว่านาง ข. ได้ตัดสินใจที่จะกระทำความผิดเด็ดขาดปราศจากเงื่อนไขโดยนาง ข. ได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่เมื่อบุตรไม่ตาย การกระทำของนาง ข. จึงยังไม่เป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน แต่เป็นการพยายามกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามมาตรา 289 (4) ประกอบกับมาตรา 80 แต่นาง ข. ไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดแม้การกระทำของนาง ข. จะครบโครงสร้างความผิดอาญา เนื่องจากการที่นาง ข. เกิดความสงสาร และหยุดการให้ยาพิษนั้นพร้อมกับนำบุตรส่งโรงพยาบาล เป็นการกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำของตนนั้นบรรลุผล จึงเป็นกรณีที่นาง ข. ได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามมาตรา 82 แม้การกระทำของนาง ข. จะเป็นความผิดตามมาตรา 289 (4) ประกอบกับมาตรา 80 ก็ตามแต่นาง ข. ก็ได้รับการยกเว้นโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน

แม้นาง ข. จะมีได้มีเจตนาประเภทประสงค์ต่อผลที่จะทำร้ายร่างกายบุตร แต่นาง ข. ก็มีเจตนาประเภทเล็งเห็นผลที่จะทำร้ายร่างกายบุตร กล่าวคือ นาง ข. ได้กระทำไปโดยรู้ว่าบุตรเป็นมนุษย์และต้องการทำร้ายร่างกายบุตร โดยเมื่อบุตรได้ดื่มนมผสมยาพิษเข้าไปแล้วจะทำให้บุตรเสียชีวิตสภาพอนามัย เมื่อการกระทำของนาง ข. เป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด นาง ข. ไม่มีอำนาจกระทำได้จึงเป็นความผิดกฎหมาย และนาง ข. มีความชั่ว นาง ข. จึงต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด

แนวทางการวินิจฉัยแนวข้อสอบนี้จึงมีว่า เจตนาฆ่ากับเจตนาทำร้ายร่างกายเป็นเจตนาชนิดเดียวกัน กล่าวคือ นาง ข. รู้ว่าบุตรเป็นมนุษย์ และนาง ข. ต้องการที่จะกระทำให้บุตรถึงแก่ความตาย อีกทั้งนาง ข. ยังเจตนาเล็งเห็นผลต้องการทำร้ายบุตรอีกด้วย เมื่อการพยายามกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน ตามมาตรา 288 กฎหมายยกเว้นโทษให้เนื่องจากนาง ข. ได้กลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการฆ่านั้นบรรลุผล นาง ข. จึงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295

Frank กล่าวว่า เจตนาในระดับย่อมถึงเห็นผลอาจเป็นเจตนาฆ่าและเจตนาทำร้ายร่างกายในขณะเดียวกัน ในลักษณะกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท เพราะเจตนาที่ต่างย่อมถึงเห็นผลทั้งสองความผิด

Jakobs, Krey, Hirsch, และ Maurach กล่าวว่าเจตนาฆ่ารวมเจตนาทำร้ายร่างกายไว้ด้วยในตัว เพราะการฆ่าย่อมผ่านขั้นตอนของการทำร้ายร่างกายก่อนความผิดฐานฆ่าผู้อื่นจึงรวมความผิดฐานทำร้ายร่างกายไว้ในตัวเอง

4.6 ดุลยพินิจในการกำหนดโทษของศาลไทยกับการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับดุลยพินิจในการที่ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดไว้⁶⁵ ดังนั้นดุลยพินิจจึงไม่ใช่สิ่งอำเภोज กล่าวคือไม่ใช่เรื่องในทางอัตวิสัย (subjektiv หรือ subjective) แต่เป็นเรื่องในทางภาวะวิสัย (objektiv หรือ objective)

ดังนั้นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดโทษของศาลจะต้องประกอบไปด้วยหลักวิชาการ ซึ่งต้องไม่ใช่กำหนดเองได้ตามใจชอบ⁶⁶

ในการที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งนั้น ศาลมีหน้าที่ในเบื้องต้น 2 ประการคือ⁶⁷

1. หน้าที่ในการพิจารณาซึ่งนำนักพยานหลักฐาน และ
2. หน้าที่ในการพิจารณาปรับบทสำหรับการกระทำของจำเลย

และเมื่อศาลได้ทำหน้าที่จนผ่านขั้นตอนการปรับบทแล้ว ศาลก็ยังมีหน้าที่ที่สำคัญที่จะต้องกระทำต่อไปอีกหน้าที่หนึ่ง คือ หน้าที่ในการใช้ “ดุลยพินิจในการกำหนดโทษ”

การที่ศาลจะพิจารณาลงโทษการพยายามกระทำความผิดใดนั้น จะต้องวินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใดประกอบกับตัวบทกฎหมาย เนื่องจากศาลจะลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เมื่อพิจารณาโครงสร้างความผิดอาญาก็จะทำให้ทราบได้ว่า การกระทำ

⁶⁵ หยุต แสงอุทัย (ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ). เล่มเดิม. หน้า 208.

⁶⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1304/2500 “การที่จะยึดถือเอาอัตรากำหนดที่คิดกันขึ้นแล้วอ้างว่าเป็นมาตรฐานโดยไม่คำนึงถึงพฤติการณ์ประกอบการกระทำความผิดตามหลักวิชาธรรมศาสตร์นั้น อาจก่อให้เกิดการอยุติธรรมได้ง่าย และเมื่อปรากฏว่าศาลที่สูงกว่าไม่เห็นด้วยในดุลยพินิจในการพิพากษาคดีเช่นเดียวกันนั้นแล้ว ศาลชั้นต้นก็ชอบที่จะเป็นข้อควรคำนึงในการที่จะอำนวยความยุติธรรมต่อไป”

⁶⁷ คณิต ฅ นคร ก เล่มเดิม. หน้า 424.

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้ว การที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง ในกรณีที่ผู้กระทำได้มีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น ไม่ใช่การใช้ดุลยพินิจของศาลที่จะกำหนดว่าผู้กระทำความผิดคนหนึ่งคนใดได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดหรือไม่ แต่การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานซึ่งเป็นข้อเท็จจริงประกอบกับการวินิจฉัยไปตามตัวบทกฎหมาย แต่หากเมื่อการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่แสดงให้เห็นว่าความสมควรลงโทษสำหรับการกระทำนั้นได้ตกไปภายหลัง กล่าวคือกรณีที่ผู้กระทำความผิดอาญาในชั้นพยายามกระทำความผิดได้ยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ตามมาตรา 82 แล้ว รัฐชอบที่จะยกเว้นโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการตอบแทน แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้ว ต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษ ดังนี้ศาลจะใช้ดุลยพินิจได้แต่เฉพาะกรณีที่จะกำหนดโทษ ซึ่งการลงโทษต้องให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็น คนๆ ไป อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงมูลเหตุชกูงใจ (motive) ให้กระทำผิด ประวัติ และฐานะส่วนตัวของผู้กระทำความผิดด้วย⁶⁸

อย่างไรก็ดีการที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง จำต้องพิจารณาประกอบกับทฤษฎี 2 ทฤษฎี ดังนี้

1) ทฤษฎีเด็ดขาด (absolute theory) ซึ่งถือว่าการลงโทษเป็นการตอบแทนการกระทำ ความผิด ตามทฤษฎีเด็ดขาดนี้ การลงโทษจะหนักหรือเบาขึ้นอยู่กับความชั่วของผู้กระทำ ซึ่งปรากฏในการกระทำความผิดนั้นๆ หรือจะกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ การลงโทษเป็นการใช้บาปที่ผู้กระทำได้กระทำลงไป

2) ทฤษฎีสัมพัทธ์ (relative theory) ถือว่าการลงโทษต้องให้ถูกต้องตามจุดประสงค์ของการลงโทษ กล่าวคือ

⁶⁸ หยุด แสงอุทัย (ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ). เล่มเดิม. หน้า 212.

(1) ให้มีผลเป็นการป้องกันบุคคลทั่วๆ ไปไม่ให้กระทำความผิดอย่างเดียวกันอีก (general prevention) หรือ

(2) ให้มีผลเป็นการป้องกันผู้กระทำความผิดนั้นเองมิให้กระทำความผิดซ้ำอีก (special prevention) ซึ่งต้องมีการแยกผู้กระทำความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทที่ 1 ได้แก่ผู้กระทำความผิดโดยโอกาส กล่าวคือได้กระทำความผิดเพราะสิ่งรบเร้าภายนอก ผู้กระทำความผิดโดยโอกาสนี้ถ้าลงโทษให้หวาดกลัวก็กลับตนเป็นคนดีได้

ประเภทที่ 2 ได้แก่ผู้กระทำความผิดเสมอๆ ซึ่งยังแยกออกได้เป็น 2 จำพวก คือ จำพวกหนึ่งสามารถกลับตัวได้ก็ต้องลงโทษในทางที่จะให้กลับตนเป็นพลเมืองดี อีกจำพวกหนึ่งไม่สามารถกลับตัวได้ ก็ได้แต่แยกบุคคลนั้นไปจากสังคม เช่น จำคุกเป็นระยะเวลานาน ซึ่งเป็นหลักประกันว่าในระหว่างนั้นจะไม่รบกวนสังคมโดยการกระทำความผิดขึ้นอีก

อีกทั้งการกำหนดโทษอาจจะต้องคำนึงถึงความพอใจของผู้ถูกประทุษร้าย และครอบครัวของเขาด้วย แต่ทั้งนี้ต้องไม่กำหนดให้หนักเกินกว่าความชั่วของผู้กระทำความผิด

4.7 การนำหลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัย มาปรับใช้กับกรณีการถอนตัวจากการพยายาม

กระทำความผิด

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

ในการพิพากษาลงโทษในทุกกรณีในเบื้องต้นศาลต้องมีความแน่ใจในข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการกระทำและโทษ ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าข้อเท็จจริงใดไม่อาจพิสูจน์หรือคลี่คลายได้ จะต้องวินิจฉัยให้เป็นคุณแก่จำเลยเสมอ (in dubio pro reo)⁶⁹

บางกรณีที่ศาลเห็นว่า แม้จำเลยมิได้กระทำความผิดตามที่ฟ้องแต่จำเลยได้กระทำความผิดฐานอื่นอย่างแน่นอนในกรณีเช่นนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการยกฟ้องที่ไม่อาจอ้างความเป็นธรรมได้สนิทนัก จึงอนุญาตให้ศาลเลือกพิพากษาลงโทษได้ภายใต้เงื่อนไขว่า ศาลจะต้องเลือกเอาฐานความผิดที่ดูง่ายกว่าเป็นเกณฑ์⁷⁰

ดังนั้นการเลือกลงโทษ (Wahlfeststellung) เป็นข้อยกเว้นของหลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัย (in dubio pro reo) ที่อาศัยเหตุผลทางด้านนโยบายทางอาญา และการเลือกลงโทษ

⁶⁹ รวบรวมบทความทางวิชาการ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร. หน้า 291-300.

⁷⁰ แหล่งเดิม.

หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัยใช้กับความสงสัยในข้อเท็จจริงเท่านั้น เนื่องจากข้อกฎหมายศาลจะสงสัยไม่ได้และศาลจะต้องชี้ขาด ซึ่งหากบุคคลได้กระทำผิดโดยปราศจากข้อสงสัยก็ไม่ใช่ปัญหาของการกระทำและโทษ ที่จะเกิดปัญหาให้ศาลวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงไม่ได้

ซึ่งในเรื่องของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็กรณียับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุลผล ศาลจะนำหลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยเข้ามาประกอบการวินิจฉัยคดีได้ต่อเมื่อในกรณีมีผู้กระทำความผิดหลายคน กล่าวคือแม้จะมีแค่ผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียวที่มีเจตนาที่จะถอนตัวจากการพยายามกระทำ แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่นไม่มีเจตนาที่จะถอนตัว และการกระทำดังกล่าวเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายฐานใดฐานหนึ่งแล้ว ถือได้ว่าการพยายามกระทำความผิดได้เกิดขึ้นแล้วแต่เหตุที่ศาลมิได้ลงโทษหาใช่เพราะเหตุลักษณะคดีไม่ แต่เนื่องจากเจตนาของผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของ โครงสร้างของความผิดอาญาของเยอรมัน ในส่วนขององค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ กับ *Mens rea* หรือ *guilty mind* ที่เป็นองค์ประกอบภายในของระบบคอมมอนลอว์⁷² นั้น เป็นสิ่งที่ยากแท้หยั่งถึง การจะกล่าวได้ว่าผู้ใดกระทำความผิดจะต้องพิจารณาจากการกระทำเป็นสำคัญ กล่าวคือกรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา ฉะนั้น จึงนำ “หลักยกประโยชน์แห่งความสงสัย” (*in dubio pro reo*) มาใช้กับกรณีผู้ร่วมกระทำความผิด และยับยั้งไม่ให้กระทำไปตลอด ซึ่งทำให้ผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคนได้รับประโยชน์แห่งความสงสัย และไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น

⁷¹ Vgl. Hans – Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (Allgemeiner Teil) a.a.o, 102.

⁷² G. Williams, Textbook of Criminal Law, p. 145. (อ้างถึงใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2542). “ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา: เรื่องที่ 1 โครงสร้างความผิดอาญาและข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับ *Mens Rea* (ภาคผนวก หน้า 143).” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29, ฉบับที่ 4.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาเรื่องขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น จะเห็นได้ว่าจำเป็นจะต้องพิจารณาความรับผิดชอบจากโครงสร้างความคิดในทางอาญาเสียก่อน เนื่องจากบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ซึ่งหลักนี้เรียกในทางวิชาการว่าหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum crimen, nulla poena sine lege)

กล่าวคือ การพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดเพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้สำหรับผู้ที่ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญาจะเห็นได้ว่ากฎหมายยึดถือทฤษฎีอัตวิสัย (subjektiv Theory) โดยกฎหมายมุ่งประสงค์จะลงโทษจิตใจอันชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ หากแต่บุคคลนั้นได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเสีย กฎหมายก็จะยกโทษให้กับบุคคลนั้น

แต่จะเห็นได้ว่า การอธิบายโครงสร้างความคิดอาญาที่แตกต่างกันของนักกฎหมายไทยนั้นทำให้การวินิจฉัยเหตุยกเว้นโทษแตกต่างกันไปด้วย โดยส่งผลให้ตำแหน่งของเหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญาแตกต่างกันไป ซึ่งมีทั้งที่อยู่ในโครงสร้างความคิดอาญา และนอกโครงสร้างความคิดอาญา แต่เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) การอธิบายโครงสร้างความคิดอาญา จึงควรวินิจฉัยตามอย่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) รวมทั้งพื้นฐานของความรับผิดชอบในทางอาญาก็ต้องเป็นการพิจารณาจาก “ความรับผิดชอบในทางกระทำ” เป็นสำคัญ

การพิจารณาเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด จึงต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และผู้กระทำมีความชั่ว เพียงแต่กฎหมายยกเว้นโทษให้ในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

ดังนั้นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวจึงไม่กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของโครงสร้างความคิดอาญา กล่าวคือ ไม่กระทบกระเทือนต่อ “การ

ฉะนั้น “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว” จึงหมายความว่า ข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้าง ความผิดอาญา และเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิดโดยตรงเป็นการเฉพาะตัว จึงใช้ได้กับผู้กระทำความผิดคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเท่านั้น หรือที่นักกฎหมายของไทยเราส่วนใหญ่เรียกว่า “เหตุยกเว้นโทษที่เป็นเหตุส่วนตัว” หรือบางที่เรียกสั้นๆ ว่า “เหตุส่วนตัว” ซึ่งไม่สามารถนำไปใช้แก่ผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่นได้

ในกรณีของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดยังเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกรณีที่ผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ต่างก็เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว เนื่องจากการยับยั้งไม่กระทำให้ตลอด หรือการกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ต่างก็ต้องถือเอาความสมัครใจโดยอิสระของผู้กระทำเป็นสำคัญ กล่าวคือผู้กระทำจะต้องรู้สึกว่าเขาสามารถกระทำไปให้ตลอดแล้ว หรือปล่อยให้การกระทำนั้นบรรลุผลก็สามารถทำได้ หากแต่เขาไม่ปล่อยให้เป็นอย่างนั้น จึงได้ยับยั้งเสียเองหรือแก้ไขมิให้การกระทำของเขาบรรลุผล

ดังนั้น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดยังเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกรณีที่ผู้กระทำกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ต่างเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวที่อยู่นอกโครงสร้างความผิดอาญาของไทย

การยกเว้นโทษไว้ในกรณีที่ผู้กระทำได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดนั้น เป็นการพิจารณาโดยจะต้องคำนึงถึงนโยบายทางอาญา (criminal policy) และการดำเนินการตามสมมติฐาน โดยการขยายความในการที่จะอนุญาตให้ผู้กระทำความผิด ได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติในมาตรา 82 เพื่อชักจูงให้ผู้กระทำละเว้นกระทำการต่อผู้เสียหาย เพื่อที่จะทำให้ผู้เสียหายปลอดภัย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวยังไม่บรรลุผล เพราะผู้กระทำได้ยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผลก็ตาม เช่นนี้การที่ผู้กระทำได้พยายามกระทำความผิดฐานฆ่า แต่ต่อมาผู้กระทำได้ยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล เมื่อความตายยังไม่เกิดขึ้นสมดังเจตนาของผู้กระทำจึงอยู่ในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด ผู้กระทำสมควรที่จะได้รับการยกเว้นโทษในการพยายามกระทำความผิดฐานฆ่า แต่จะต้องได้รับโทษฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 หรือทำร้ายร่างกายสาหัส ตามมาตรา 297 แล้วแต่กรณี จากการที่ตนได้กระทำลงไปซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

ส่วนในกรณีถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิดผู้หนึ่ง จะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ ซึ่งในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาฆ่าผู้อื่นแต่ผู้ถูกกระทำไม่ถึงแก่ความตาย เนื่องจากผู้กระทำได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดโดยการกลับใจแก้ไข ไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ตามมาตรา 82 เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทยประกอบกับแนวคิดของนักกฎหมายชาวเยอรมันนั้นควรจะเป็นไปตามหลักทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory) หรือแนวความคิดของนักกฎหมายชาวเยอรมัน คือ Frank, Jakobs, Krey, Hirsch, และ Maurach ด้วยเหตุผลที่ว่าผู้ใดมีเจตนากระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ผู้นั้นจำเป็นต้องประสังข์ต่อผลแล้วว่า การกระทำความผิดกล่าวของตนอาจทำให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย แต่หากกรณีความตายมิได้เกิดขึ้นผู้กระทำก็ต้องถึงเห็นผลแล้วว่าผู้ถูกกระทำจะต้องบาดเจ็บเป็นแน่แท้ เจตนาฆ่าจึงครอบคลุมเจตนาทำร้ายร่างกายอยู่ในตัว ดังนั้นผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 หรือ มาตรา 297 แล้วแต่กรณี

ดังนั้นในคำพยานฎีกาที่ 357/2532

“จำเลยใช้อาวุธยิงผู้เสียหาย โดยมีเจตนาฆ่า เป็นเหตุให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 297 อีกบทหนึ่ง” และ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7792/2540

“เมื่อจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย และมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหายแล้ว การกระทำอันเดียวกันนี้ จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้เสียหายอีกบทหนึ่ง คงเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าเท่านั้น”

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายอีกบทหนึ่ง คงเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าเท่านั้น”

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาทั้งสองฉบับข้างต้น

ดังนั้นตามฎีกาทั้งสองข้างต้น อาจจะถูกกล่าวได้ว่า “เมื่อลงโทษจำเลยฐานพยายามฆ่าแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องลงโทษฐานทำร้ายร่างกายอีกบทหนึ่ง เนื่องจากเจตนาฆ่าได้ครอบคลุมเจตนาทำร้ายร่างกาย อยู่ในตัว ซึ่งเป็นกรรมเดียวคิดกำหนดโทษหลายบท ศาลจึงต้องลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด ซึ่งเป็นบทหนักตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90

5.2 ข้อเสนอแนะ

บทบัญญัติของมาตรา 82 ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเอง ไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไข ไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติว่าเป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ”

เมื่อได้มีการศึกษาเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แล้ว การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ถูกกระทำโดยผู้กระทำได้ด้วยตัวเองไม่กระทำไปให้ตลอด หรือผู้กระทำได้กลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผลแล้วแต่กรณี ต่างเป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว เนื่องจากการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดจะต้องกระทำโดยความสมัครใจของผู้กระทำความผิดตามที่ได้อธิบายมาแล้วในบทข้างต้น ประกอบกับ ความเห็นของหม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ ได้กล่าวว่า คำว่า spontaneously แปลว่า “โดยลำพังตนเอง” ซึ่งที่ประชุมก็ได้เห็นชอบด้วย⁷² ด้วยเหตุนี้เฉพาะผู้ที่ได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเท่านั้นที่จะได้รับประโยชน์จากการที่กฎหมายได้ยกเว้นโทษให้ ดังนั้นกรณีที่ถูกกระทำโดยผู้กระทำได้ด้วยตัวเองไม่กระทำไปให้ตลอดจึงหาเป็นเหตุลบล้างคดีไม่ได้

ในส่วนขอขบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ตามมาตรา 82 ตอนท้าย ที่บัญญัติว่า “การที่ได้กระทำไปแล้วนั้น” แม้ในทางวิชาการ หรือ คณะกรรมการ รวมทั้งศาลฎีกา ก็ยังไม่เป็นการแน่ชัดว่าเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิดนั้นจะเป็นการยกเว้นโทษการกระทำที่เป็นกรรมเดียว⁷³ หรือเป็นการเอากรรม 2 กรรม⁷⁴ ไปปะปนกันกับความผิดอันเดียวกัน แต่เมื่อพิจารณาแล้วผู้เขียนเห็นว่า “การที่ได้กระทำไปแล้วนั้น” ควรจะเป็นการพิจารณาจากการกระทำที่เป็นกรรมเดียวกันกับการพยายามกระทำความผิดที่กฎหมายได้ยกเว้นโทษให้ เนื่องจากว่าการกระทำกรรมอื่นของผู้กระทำย่อมเป็นความผิดในฐานะใดฐานหนึ่งตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ ซึ่งมีผลทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษสำหรับความผิดฐานนั้นอยู่แล้ว

ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่า ความมุ่งหมายของมาตรา 82 ที่บัญญัติว่า “..การที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติว่าเป็นความผิด..” จึงน่าจะอยู่ที่การกระทำเป็นเกณฑ์ กล่าวคือแม้ผู้กระทำจะมีเจตนาฆ่า แต่ต่อมาได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด แม้ต่อมาผู้เสียหายยังคงได้รับบาดเจ็บจากการกระทำของผู้กระทำ ผู้กระทำก็ต้องรับโทษฐานทำร้ายร่างกาย

⁷² คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/100/2483

⁷³ เช่น ก. ต้องการฆ่า ข. จึงยิงไปที่ ข. หนึ่งนัดลูกกระสุนไม่ทำให้ ข. ถึงแก่ความตาย ก. เกิดสงสารจึงนำมาตัว ข. ส่งโรงพยาบาล แม้ ข. มิได้ถึงแก่ความตาย แต่ ข. ได้รับอันตรายแก่กาย ดังนี้เป็นการกระทำกรรมเดียว

⁷⁴ เช่น ก. ต้องการจะฆ่า ข. จึงนำปืนที่ตนพกติดตัวมาและแอบซ่อนเข้าไปในบ้าน ขึ้นนกกปืนแล้วเล็งไปที่ ข. แต่ต่อมาเกิดสงสาร ข. จึงเก็บปืนแล้วเดินออกจากบ้านมา ดังนี้ ความผิดฐานพยายามฆ่ากับความผิดฐานบุกรุกเป็นการกระทำหลายกรรมต่างกัน

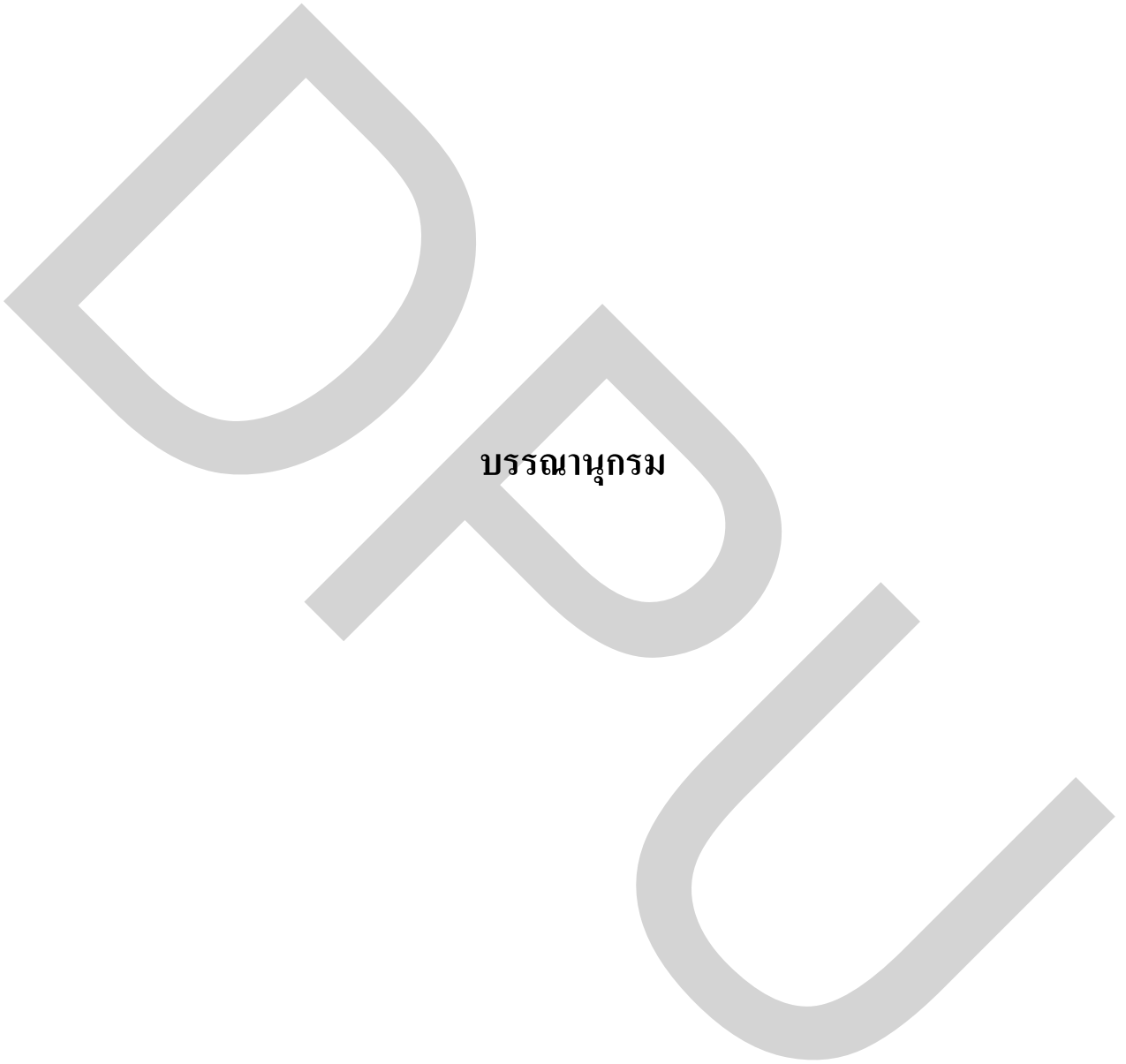
อีกทั้งหากพิจารณาตามตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 82 แล้ว เป็นกรณีขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด เป็นการยกเว้นโทษในกรณีความผิดที่เป็นกรรมเดียวแล้ว ก็ยังคงต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าการยกเว้นโทษในกรณีความผิดฐานพยายามฆ่ากับความผิดฐานทำร้าย จะสมควรนำทฤษฎีใดระหว่าง ทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา (Diferent Theory) กับทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory) มาเป็นหลักเกณฑ์ในการศึกษากฎหมายและวินิจฉัยคดี

ดังนั้น จึงควรที่จะวินิจฉัยถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดประกอบการกระทำของผู้นั้นเป็นหลัก

แต่หากต้องการความชัดเจนในการวินิจฉัย บทบัญญัติของมาตรา 82 โดยไม่จำเป็นต้องมีข้อถกเถียง ผู้เขียนขอเสนอให้แก้บทบัญญัตินี้เสียใหม่ให้เป็นอย่างนี้

“ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเอง ไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล เฉพาะผู้ที่ไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้ำการที่ได้กระทำไปแล้ว ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะประกอบเป็นความผิดในตัวของมันเองหรือไม่ก็ตามหากต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติว่าเป็นความผิด ผู้นั้นจะต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ”

ความเห็นในการอธิบายเหตุยกเว้นโทษที่แตกต่างกัน มิได้ทำให้เกิดผลเสียแก่การถกเถียงทางวิชาการแต่อย่างใด แต่ในทางตรงกันข้ามกลับเป็นเหตุให้มีการพิจารณาวิชาการทางกฎหมายอาญาที่ออกเงยต่อไป ซึ่งทำให้ผู้ที่ศึกษากฎหมายต้องขบคิดว่าตนเห็นด้วยกับความเห็นโดยรวมถึงเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด แม้ประเทศไทยจะมีได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทฤษฎีเอกภาพของเจตนา (United Theory) และทฤษฎีความแตกต่างของเจตนา (Diferent Theory) เอาไว้ แต่เราก็สามารถนำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้กับกฎหมายอาญาของไทยเพื่อให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุดได้ในสังคม



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2538). **สัมมนากฎหมายอาญา (ชั้นปริญญาโท)**. กรุงเทพฯ:นิติธรรม.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). **ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบชีวิตล่อว์และคอมมอนล่อว์**.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2551). **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 10**. กรุงเทพฯ:พล
สยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย).
- โกเมน ภัทรภิรมย์. (2524). **กฎหมายอาญาเปรียบเทียบ: อาชญวิทยา** กรุงเทพฯ:คณะนิติศาสตร์
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- โกเมศ ขวัญเมือง. (2550). **กฎหมายอาญาชั้นสูง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ณ นคร. (2546). **ประมวลกฎหมายอาญา หลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ** พิมพ์ครั้งที่ 7.
กรุงเทพฯ วิญญูชน.
- _____. (2547). **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2549). **กฎหมายอาญาภาคความผิด** พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2540). **รวมบทความทางวิชาการ ผลึกความคิด ๖๐ ปี คณิต ณ นคร จัดพิมพ์ขึ้นเนื่องใน
โอกาสใกล้จะเกษียณอายุราชการ ตำแหน่งอัยการสูงสุด**. กรุงเทพฯ:สถาบันกฎหมาย
อาญา สำนักงานอัยการสูงสุด.
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2546). **กฎหมายอาญาภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 10**. กรุงเทพฯ:สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2549). **กฎหมายอาญา หลักและปัญหา** พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ:
นิติธรรม.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. (2527). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1**. กรุงเทพฯ:นิติบรรณการ.
- วิจิตร ลูกลิตานนท์. (2507). **คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ ชั้นปีที่ 4 กฎหมายอาญา (ภาค 1)**
พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิจิตร ลูกลิตานนท์. (2500). **คำอธิบายกฎหมายอาญา**. กรุงเทพฯ:บรรณาการ.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2539). **คำอธิบายเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา**. กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

_____. (2547). **ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา**. กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2551). **หลักกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ 5**. กรุงเทพฯ : วิทยุชน.

หยุด แสงอุทัย (ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ). (2547). **กฎหมายอาญาภาค 1 พิมพ์ครั้งที่ 19**. กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หยุด แสงอุทัย. (2538). **กฎหมายอาญาภาค 2-3 พิมพ์ครั้งที่ 7**. กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

คำถามพร้อมขงคำตอบข้อสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิต ภาค 1 ตั้งแต่ปีการศึกษา 2520-2545. กรุงเทพฯ:เนติบัณฑิตยสภา.

บทความ

กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2537, มกราคม-กุมภาพันธ์). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซี วิสทอว์และคอมมอนลอว์”. **จุลพาห เล่ม 1, ปีที่ 41**.

คณิต ณ นคร. (2529). “เหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว”. **วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 16, ฉบับที่ 2**.

ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2527). “กฎหมายอาญากับความมรรยา (บทความพิเศษ)”. **วารสารอัยการ, ปีที่ 7, ฉบับที่ 43**.

ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2542). “ข้อคิดทางอาญาที่น่าพิจารณา”. **วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 29, ฉบับที่ 4**.

ประสิทธิ์ ไชวโกล. (2532). “เหตุส่วนตัวและเหตุในลักษณะคดี”. **บทบัณฑิตย์, เล่มที่ 37, ตอนที่ 4**

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2535). “ข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับเหตุยกเว้นโทษ”. **วารสาร นิติศาสตร์, ปีที่ 22, ฉบับที่ 1**.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (ผู้แปลและเรียบเรียง). (2531) “บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะ อาญา ร.ศ. 127”. **วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 18, ฉบับที่ 2**.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (ช.ค. 2527). “โครงสร้างความคิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย”. **วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 14, ฉบับที่ 4**.

_____. (2529). “กฎหมายลักษณะอาญา : ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย”. วารสาร
นิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 2.

วิทยานิพนธ์

กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2533). ความยินยอมในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท
คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ชานนท์ ศรีศาสตร์. (2545). เหตุยกเว้นโทษในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท
สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ณัฐภูมิ ดีมาก. (2546). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ กับการขาด
องค์ประกอบความผิด. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขาวิชานิติศาสตร์.
กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ศุภฤกษ์ หัสละเมียร. (2531). ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดในทางอาญาตามมาตรา 64 แห่ง
ประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทคณะนิติศาสตร์.
กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พนม พลพุทธิรักษ์. (2541). ผู้กระทำความผิด – ผู้ร่วมกระทำความผิด. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทคณะ
นิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล. (2543). อิทธิพลทางกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทาง
อาญาไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทคณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.

สมศักดิ์ ตันฑาเลขา. (2530). ความไม่รู้กฎหมายกับความรับผิดทางอาญา. วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทคณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท
คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

คำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย. สืบค้นเมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2552, จาก

<http://www.supremecourt.or.th>

คำพิพากษาศาลสูงสุดของประเทศเยอรมัน. สืบค้นเมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2552, จาก

<http://www.Blog.Beck.De/2009/01/21>

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Charles W.Luther. (1974). **Survey of Criminal Law** (2nd ed.). California : Central Press.
- Clark, William Lawrence & Marshall, William L. (1967). **A Treatise on The Law of Crimes**. 7 ed. Callaghan & Company.
- Fletcher, George P. (1978). **Rethinking Criminal Law** (2nd ed.). Boston : Little & Brown.
- Han Welzel. (1969). **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Auflage.
- Hans – Heinrich Jescheck. (1968). **Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil**. 4. Auflage.
- Hans – Joachim Rudolphi. (1975). **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**. Berlin: Allgemeiner Teil.
- Harro Otto. (1976). **Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre**. Berlin:Auflage.
- _____. (1998). **Grundkurs Strafrecht : Die einzelnen Delikte**. Berlin:Auflage.
- Packer, Herbert.L. (1978). **The Limits of the Criminal Sanction**. California:Stanford University Press.
- Mathias Remann and Joachim Zekoll. (2005). **Introduction to German Law**. second edition. Netherland:Kluwer Law International.
- Ryu, P.K. (1957). **Contemporary Problems of Criminal Attempts**. New York:Rev.
- Williams, Glanville. (1961). **Criminal Law : The General Part (2nd ed.)**. London:Steven & Sons

ARTICLE

- Paul R. Hoerber, (MARCH, 1986). “Abandonment Defense to Criminal Attempt and Other Problem of Temporal Individuation”. **74 California:Law Review**.



ภาคผนวก



ภาคผนวก ก

คณะกรรมการกฤษฎีกา

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 17/53/2482

วันอังคาร ที่ 11 กรกฎาคม 2482

ผู้ที่มาประชุม คือ

(1) นายนาวเอกหลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น.	ประธานกรรมการ
(2) นาย อาร์. กियोง	กรรมการ
(3) นาย ยอง บรูเนย์	กรรมการ
(4) พระมนูเวทย์วิมลนาท	กรรมการ
(5) หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช	กรรมการ
(6) พระยาอรรถการีย์นิพนธ์	กรรมการ
(7) นาย เตือน บุนนาค	กรรมการ และเลขานุการ
นายสายหยุด แสงอุทัย	ผู้จดรายงาน
พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์	ลา
หม่อมเจ้าสกลวรรณการ วรวรรณ	ลา

เปิดประชุมเวลา 10.00 น.

หลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ นั่งเป็นประธาน

ประธานฯ กล่าวเปิดประชุม และขอให้เลขานุการอ่านมาตรา 60 เสนอที่ประชุม

พระยาอรรถการีย์ฯ — มีปัญหาถามมาว่าการพยายามคืออะไรและมีปัญหาเกี่ยวกับการพยายามในความผิดที่เป็นไปไม่ได้ เช่น เข้าใจว่าตอไม้หรือศพเป็นคนที่ยังมีชีวิตอยู่ และยิงออกไป เป็นต้น ซึ่งในเรื่องนี้ยังขาดอยู่ไม่มีในมาตรานี้ แต่เรื่องนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักวิชา จะบัญญัติให้ชัดว่าการพยายามคืออะไร ความผิดที่เป็นไปไม่ได้คืออะไรจะลำบาก อาจทำให้ล้วงกระเป๋าก็ไม่พบสตางค์ไม่เป็นผิดไปก็ได้ ควรให้ผ่านไปได้

ประธานฯ — ล้วงกระเป๋าก็ไม่พบสตางค์เป็นผิด แต่ยิงศพเข้าใจว่ามีชีวิต ไม่เป็นผิด

-นาย-

นายอาร์ . กียอง เสนอหนังสือเลขธิการคณะรัฐมนตรีถึงเลขธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ฎ.9527/2481 เรื่องแก้กฎหมายลักษณะอาญา ต่อประธาน

ประธานฯ — หนังสือเลขธิการคณะรัฐมนตรีแจ้งมติคณะรัฐมนตรีว่า คณะรัฐมนตรีเห็นว่าความผิดในเรื่องพยายามฆ่าคนนั้น ควรแก้ไขโทษให้หนักขึ้นโดยให้ถือว่ามีความผิดเท่ากับฆ่าคนตายอย่างกฎหมายฝรั่งเศส และให้พยายามยกร่างเสนอมานำเสนอสภาผู้แทนราษฎรในสมัยประชุมคราวหน้า คือ เดือนมิถุนายน พ.ศ. 2482 แต่ถ้าไม่ทันก็ให้เสนอมานำเฉพาะเรื่องนี้ก่อน

ประธานฯ — มติของคณะรัฐมนตรีจะให้ออกกฎหมายพิเศษนั้น เราอาจเรียนปฏิบัติได้ว่าไม่สมควรที่ต้องรอไว้ก็เพราะจะต้องรอพิจารณาพร้อมกับประมวลกฎหมายอาญา แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีเห็นว่าควรจะบัญญัติเป็นกฎหมายพิเศษ ก็อาจให้ที่ปรึกษาในการร่างกฎหมายยกขึ้นได้ แต่หนังสือนั้นก็ว่าโทษฆ่าคนตายทั่ว ๆ ไป ถ้าจะบัญญัติไว้เฉพาะความผิดในทางการเมืองก็พอจะไปได้

นายบรรณีย์ฯ — กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติโทษเท่ากับเฉพาะความผิดที่เป็น crime และเฉพาะ misdemeanour บางความผิดเท่านั้น

นายอาร์ . กียอง — กฎหมายฝรั่งเศส แบ่งออกเป็นความผิดที่ร้ายแรงและไม่ร้ายแรง ความผิดที่ร้ายแรงได้แก่ฆาตกรรม ความผิดฐานประทุษร้ายต่อความปลอดภัยแห่งรัฐ ส่วนความผิดที่ไม่ร้ายแรงนั้นการพยายามจะเป็นความผิดต่อเมื่อกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะส่วนกฎหมายอิตาลีนั้นไม่แบ่งแยกความผิดแต่ได้กำหนดอัตราโทษลงไว้ กฎหมายไทยนั้นเหมือนกฎหมายสวีเดน จีน ญี่ปุ่น คือให้ศาลมีอำนาจลดโทษได้

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — ความผิดบางอย่าง เพียงที่มีการเตรียมเรารู้ว่าเป็นความผิดแล้ว

ประธานฯ — มีตัวอย่างในกฎหมายของเรา เช่น มาตรา 102

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — ถ้าจะเติมให้ได้ก็ควรเติมในมาตรานั้น ๆ

นายอาร์ . กียอง — สำหรับมาตรา 60 นี้ ควรเติมคำว่า unless otherwise provided

ประธานฯ — ข้อหากอยู่ที่กฎหมายของเราไม่ได้แบ่งแยกความผิดออกเป็น crime หรือไม่ใช่ crime และกฎหมายเราไม่แยกว่าความผิดอะไรเป็นการเมือง และไม่ใช้ วิธีที่ดีที่สุดก็คือบัญญัติอย่างเดียวกับมาตรา 97 และ 102 เป็น

หน้าที่ของเลขานุการที่จะชี้แจงเสนอกณะรัฐมนตรีว่าที่ประชุมนี้ตกลงรับหลักการ แต่จะแยกออกเป็นความผิดอย่างกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ จะบัญญัติได้ก็ต้องบัญญัติเช่นเดียวกับมาตรา 102 ถึงแม้พยายามก็ให้ถือว่าได้ทำความผิดที่เดียวกับลงโทษเต็ม ส่วนมาตรา 60 ก็ใช้คำว่า นอกจากกฎหมายจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

นาย อาร์ . กียอง — ที่ประชุมควรพิจารณาด้วยว่ามาตรา 60 นี้จะให้อยู่ในดุลยพินิจของศาลในการลงโทษหรือจะกำหนดอัตราลงโทษให้เป็นพิเศษ

ประธาน — ที่นาย อาร์ . กียอง กล่าวเช่นนั้นหมายความว่าเห็นด้วยกับที่ได้กล่าวมาแล้ว ส่วนข้อเสนอของนายอาร์ . กียอง ที่ว่าจะให้อยู่ในดุลยพินิจของศาลที่จะลงโทษลงทำได้นั้น เห็นว่าเมื่อเป็นปัญหาในทางนโยบายเช่นนี้แล้วถ้าจะแก้ตามข้อเสนอของนาย อาร์ . กียอง ก็จะขัดกับนโยบายนั้น ฉะนั้นการลงโทษใน 3 ส่วน สำหรับพยายามกระทำความผิดต้องเอาไว้ เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติให้ลงโทษเป็นอย่างอื่น คือให้ลงโทษหนักกว่า 1 ใน 3

พระยาอรรถการีย์ฯ — กฎหมายอาจกำหนดโทษเบากว่าก็ได้

พระมนูเวทย์ — เช่นพยายามกระทำความผิดฐานลหุโทษ กฎหมายไม่เอาโทษเป็นต้น

ประธานฯ — เรามีมาตรา 102 อยู่แล้ว แต่ไม่มีคำว่า unless otherwise provided แต่เห็นว่าถ้าใส่คำนี้ไปจะดีกว่า

นายบรรณีย์ฯ — บทวิเคราะห์เรื่องพยายามในมาตรานี้ยังไม่ดี เพราะยากที่จะแยกออกว่าทำผิดอย่างไรเป็นพยายาม ทำผิดอย่างไรเป็นการเตรียมการผู้กฎหมายอิตาลีไม่ได้ (นายบรรณีย์ฯ – อ่านประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีมาตรา 56 เสนอที่ประชุม)

พระยาอรรถการีย์ฯ — นั้นเป็นแต่คำอธิบายคำว่า “พยายาม” แต่เป็นการยากที่จะบัญญัติถึงเรื่องนี้

นาย อาร์ . กียอง — สำหรับกฎหมายไทย พยายามกระทำความผิดมีบัญญัติอยู่ในมาตรา 60 และ 61 ตามมาตรา 60 มีเหตุมาขัดขวาง แต่ตามมาตรา 61 เป็นเรื่องยับยั้งใจตนเองแต่กฎหมายไทยไม่ได้อธิบายว่าพยายามคืออะไร

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — แต่ศาลเข้าใจได้อยู่แล้ว

ประธานฯ — พระยาอรรถการีย์ฯ เคยเสนอถึงความผิดที่เป็นไปไม่ได้

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — เรื่องเช่นนี้เขียนอย่างไรก็ไม่เต็มที่ เป็นเรื่องข้อเท็จจริงมากกว่าข้อ
กฎหมาย

พระมนูเวทย์ฯ — มีคำพิพากษาฎีกาหลายเรื่องตัดสินไว้แล้วใช้เป็นบรรทัดฐาน ซึ่งยังดีกว่า
ที่จะเขียนเรื่องพยายาม คือ ต้องตัดสินเป็นคดี ๆ ไป

พระยาอรรถการีย์ฯ — ยากที่จะบัญญัติว่าเมื่อไรจะถือว่าเป็นลงมือ เมื่อไรจะถือว่าเป็นแต่
ตระเตรียม

ประธานฯ — จะเป็นพยายามต่อเมื่อผ่านขั้นตระเตรียมมาแล้ว

นาย อาร์ . กियอง — จะต้องได้เริ่มลงมือกระทำการแล้ว (นาย อาร์ . กियอง อ่านประมวล
กฎหมายฉู้ปุ่น มาตรา 43 เสนอที่ประชุม) ข้าพเจ้าไม่ชอบคำว่า proportion ที่ใช้ในกฎหมายฉู้ปุ่น

พระมนูเวทย์ฯ — ตามกฎหมายไทยจะเป็นพยายามก็ต่อเมื่อการตระเตรียมนั้นใกล้ชิดกับ
การกระทำผิดอย่างมากที่สุด

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — จะวางหลักตายตัวไปไม่ได้จะต้องวินิจฉัยตามสภาพของกรณีเป็นกรณีไป

พระมนูเวทย์ฯ — ในกฎหมายฝรั่งเศสมีบทวิเคราะห์คำว่าพยายามหรือไม่

นายบรูเนย์ฯ — ไม่มี

นาย อาร์ . กियอง — เป็นเรื่องการสอนกฎหมาย

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — กฎหมายใช้คำว่า “อาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้” แต่ศาลกำหนดโทษ
จากโทษที่ศาลลง ไม่ทราบแน่ชัดว่าความจริงจะเป็นอย่างไร ตัวบทภาษาอังกฤษใช้คำว่า Punishment
provided for such offence ไม่แน่ว่าจะ by law or by the court

นาย อาร์ . กियอง — ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (provided by law)

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — แต่ศาลไม่ทำเช่นนั้น

ประธานฯ — ถ้าเป็นอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ การลดโทษนี้จะควรเป็นขั้นต่ำหรือ
ขั้นสูง

นายบรูเนย์ฯ — ลดโทษลงทั้งขั้นต่ำและขั้นสูง

พระมนูเวทย์ฯ — ควรจะใช้หลักอย่างเดียวกันกับมาตรา 59

ประธานฯ — ตามกฎหมายอาญามีสองทาง คือ ถือเอากำหนดโทษ

ที่ศาลลงหรือกำหนดโทษที่ศาลกำหนดไว้ ทางปฏิบัติทำอย่างไร

พระมนูเวทย์ฯ — ถือเอากำหนดโทษที่ศาลลง และที่ประชุมได้ตกลงมาแล้วว่าในการพิจารณามาตรา 59 ว่าจะถือนำกำหนดโทษที่ศาลลง

พระยาอรรถการีย์ — ผลนั้นเท่ากัน แต่ถ้าถือนำกำหนดโทษที่ศาลลงแล้วสะดวกแก่ศาลแต่ที่จริงจะลดเสียก่อนก็ได้ แต่ถ้าจะแก้เช่นนั้น จะไม่แลเห็นได้ชัดว่าศาลลดให้

ประธานฯ — ความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปีถึง 6 ปี ถ้าลดตามโทษที่กฎหมายกำหนดไว้เป็น 2 ปี ถึง 4 ปี แต่ถ้าคิดลดจากโทษที่ศาลลงจะเป็นอย่างไร

พระยาอรรถการีย์ฯ — ศาลจะต้องกำหนดโทษลงไปก่อน เช่น 6 ปี ลด 1 ใน 3 เป็น 4 ปี แต่ถ้าคิดลด 1 ใน 3 ตามกำหนดโทษที่ศาลลง จะไม่แน่นอน แต่ถ้าลด 1 ใน 3 ที่กฎหมายกำหนดไว้จะแน่นอนกว่า

พระมนูเวทย์ฯ — ศาลคิดเลขในตัว แล้วลงโทษ 2 ใน 3 ที่ศาลลง

พระยาอรรถการีย์ — ตามหลักลด 1 ใน 3 ของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ถูกต้องกว่า

ประธานฯ — รับรองส่วนมาตรา 59 ก็ต้องแก้ตามไปด้วย

ที่ประชุมลงมติให้คิดลดโทษจากโทษที่ศาลกำหนดไว้ และให้แก้มาตรา 59 ให้เป็นไปตามมตินี้ด้วย

พระมนูเวทย์ฯ — จะตัดคำว่า “กฎหมาย” ออกเสียจะได้หรือไม่ เหลือแต่คำว่า “ควรรับอาญาตามที่กำหนดไว้”

ประธานฯ — ถึงเอาไว้ก็ไม่เสียหายอย่างไร

นาย อาร์ . กियอง — กฎหมายญี่ปุ่นใช้คำว่า begin to commit a crime

ประธาน — เป็นแต่คำอธิบาย

นาย อาร์ . กियอง — ร่างกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่ใช่คำว่า ลงมือ แต่ได้ใช้คำว่า กระทำการใด ๆ ซึ่งมุ่งหมายจะทำผิดโดยตรง

ประธานฯ — เป็นแต่บทวิเคราะห์

นาย อาร์ . กियอง — ไม่ใช่บทวิเคราะห์ แต่เป็นบทบัญญัติอันหนึ่ง คือ

จะต้องกระทำความผิด ๆ ซึ่งเป็นการกระทำเพื่อมุ่งหมายจะให้เกิดความผิด

นายบรรณีย์ฯ — ตามร่างกฎหมายฝรั่งเศส คนพกอาวุธปืนไว้ในกระเป๋าขึ้นกระโดดไปหาคนที่ตนประสงค์จะยิง เป็นพยายามกระทำความผิด เพราะเข้าไปในบ้านซึ่งตนไม่เกี่ยวข้อง

พระยาอรรถการีย์ฯ — ในเรื่องยิง จะต้องง้างไกปืนเสียก่อนจึงถือว่าเป็นพยายาม

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — มิฉะนั้นการซื้อปืนจะต้องถือว่าเป็นการพยายามฆ่าคนตาย

นาย อารี. กियอง — ร่างกฎหมายฝรั่งเศสได้มีข้อความเช่นนั้นก็โดยคำร้องขอของสันนิบาตชาติ เพื่อป้องกันการค้าทาส เพราะในเรื่องการค้าทาสนี้ผู้ค้ามักจะซื้อตัวเรือและตัดเสื้อผ้าให้สตรีก่อน แต่การทำเช่นนี้เป็นแต่เพียงเตรียมการ ไม่ใช่พยายาม เพื่อให้การกระทำเช่นนี้ไม่มีโทษ จึงได้ร่างขึ้นตามที่กล่าวแล้ว

พระมนูเวทย์ฯ — มีกฎหมายพิเศษในเรื่องนี้

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — ถ้าเขียนไว้เช่นนั้นจะปะปนกันใหญ่ และคำว่า “ป้องกัน” ที่ใช้ในมาตรา 60 ไม่ดี กลัวจะปะปนกับคำว่า “จัดวาง”

ที่ประชุมตกลงให้ใช้คำว่า “จัดวาง” และให้เลขานุการปรับปรุงถ้อยคำให้ดีขึ้น

นายเดือนฯ — อ่านมาตรา 61 เสนอที่ประชุม

พระยาอรรถการีย์ฯ — คำว่า “ท่านว่าควรเอาโทษแก่มันแต่เพียงความผิดที่มันได้กระทำให้ลงไปแล้ว” ทำให้เกิดความยุ่งยาก เอาปืนยิง ค. แต่ผิด จะยิง ค. ต่อไปก็ได้ แต่สงสารขึ้นมาแล้วไม่ยิง ตามมาตรานี้จะต้องถือว่าเป็นความผิดฐานพยายาม ต้องลงโทษ แต่เรื่องนี้เห็นว่าไม่ควรลงโทษ

พระมนูเวทย์ฯ — ข้าพเจ้าเห็นสมควรว่าลงโทษ

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — ควรลงโทษเพราะทำไปแล้ว

พระยาอรรถการีย์ฯ — ถ้าตั้งใจจะฆ่าคน เอาปืนยิง ลูกปืนถูกที่ขาแต่ไม่ยิงต่อไป ควรเอาผิดฐานยิงขา แต่ถ้ายิงแล้วไม่ยิงต่อไปไม่ควรเอาโทษ

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — ถ้ายิงถูกที่ขา ควรเอาโทษฐานพยายามฆ่าคนตาย

พระยาอรรถการีย์ฯ — ยิงถูกที่ขา แล้วหยุดยิงเอง ควรเอาโทษฐานทำร้ายร่างกาย จะเป็นพยายามต่อเมื่อมีคนมาจับตัวเสีย ยิงต่อไปไม่ได้

-ประธาน-

ประธานฯ — มีเจตนาจะฆ่าคน เอาปืนยิง พอยิงผิดแล้วเอาปืนเก็บใส่กระเป๋าตั้งนี้ ถ้าไม่เอาผิดจะไปกันใหญ่

พระยาอรรณการีย์ฯ — ไม่อย่างนั้นมาตรา 61 จะไม่มีประโยชน์อย่างใด เช่น ยิงคน ยิงผิดไปแล้วไม่ยิงต่อไป ไม่ควรเอาผิดฐานพยายามฆ่าคนต่างกับยิงต่อไปไม่ได้เพราะคนมาจับมือเสีย กรณีสองกรณีนี้ควรจะไม่เหมือนกัน

ประธานฯ — ชักปืนขึ้นจะยิง แต่ยังไม่ทันยิง เพราะมีคนมาจับปืน ยิงไม่ได้ ยังเอาผิดฐานพยายาม

พระยาอรรณการีย์ฯ — เป็นพยายามเพราะมีใจร้าย

ประธานฯ — แต่เมื่อยิงออกไปแล้ว แม้อยิงผิด ผู้ยิงก็มีใจร้ายเหมือนกัน และจะต้องถือว่าเป็นความผิดที่รุนแรงกว่าด้วยซ้ำ คือร้ายแรงกว่าชักปืนจะยิงเขาแล้วตำรวจมาจับ เมื่อยิงไปแล้วก็กระทำให้เสียเส้นประสาท

พระยาอรรณการีย์ฯ — อยากทราบว่ามาตรา 61 มีประโยชน์อย่างใด

พระมนูเวทย์ฯ — มีประโยชน์ดังนี้ จะยิง ก. มีคนมาจับปืนเป็นพยายามแต่จะยิง ก. แล้วเกิดสงสารขึ้นมา เอาปืนใส่กระเป๋าเสียเช่นนี้ไม่มีโทษ

พระยาอรรณการีย์ฯ — กรณีที่ว่ายังไม่เป็นพยายาม

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — เป็นพยายามแล้ว เอาไม่จี๊ดจะจุดเชื้อเพลิง แต่ไม่จุด ผู้กระทำไม่มีความผิด

พระยาอรรณการีย์ฯ — ที่กฎหมายใช้คำว่า “ท่านว่าควรเอาโทษแก่มันแต่เพียงความผิดที่มันกระทำลงไปแล้ว” หมายความว่าอย่างไร ความผิดที่กระทำลงไปแล้วมีอย่างไร

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — มีเช่นความผิดฐานบุกรุก

พระมนูเวทย์ฯ — อาจมีความผิดนอกจากพยายาม

ประธานฯ — เช่นความคิดผิดฐานบุกรุก มีปืนไม่ได้รับใบอนุญาต

พระยาอรรณการีย์ฯ — ความผิดกะทงอื่นไม่ต้องพูดกัน พูดแต่เฉพาะยิง

(นายบรรณีย์ฯ อ่านประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี มาตรา 56 เสนอที่ประชุม)

นายบรรณีย์ฯ — ตามกฎหมายอิตาลี การกระทำนั้นเองจะต้องประกอบเป็นความผิดในตัวของมันเอง

-พระยา-

พระยาอรรณการิย์ฯ — มาตรา 61 มีประโยชน์อย่างไร

นายบรูเนย์ฯ — มีประโยชน์ คือ ถ้าการกระทำนั้นเองเป็นผิดตามกฎหมายอื่น ก็ต้องถือว่า
ได้ทำผิดตามนั้น

พระยาอรรณการิย์ฯ — ที่กฎหมายไม่เอาโทษนั้น คือ ความผิดฐานพยายาม ไม่ใช่ความผิด
กะทงอื่นที่เขาทำไปแล้ว เช่น ยิงขาดไม่ยิงต่อไป ไม่เอาโทษฐานพยายามฆ่าคนตาย เป็นผิดฐาน
ทำร้ายร่างกาย

ประธานฯ — ยิงคนไปถูกที่ขา ต้องถือว่าพยายามฆ่าคนตาย

ม.ร.ว. เสนีย์ — หลักร่างกัน คือ ลงมือกระทำ แต่มีเหตุพ้นวิสัยมาขัดขวางเป็นพยายามแต่
เหตุพ้นวิสัยนั้นอาจเป็นการยับยั้งใจตนเองก็ได้ กฎหมายไม่เอาผิดฐานพยายาม ถือว่าเป็นข้อยกเว้น

นาย อาร์ . กิยอง — จะเอาผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นความผิดอย่างอื่น เช่น จะฆ่าคนแต่
ไม่ฆ่า แต่การกระทำนั้นได้เป็นความผิดอย่างอื่นด้วย

พระยาอรรณการิย์ฯ — ถ้าฟังประตูไปยิงคนตาย เป็นความผิด 2 กรณี แต่มาตรา 61 ไม่
เกี่ยวข้องกับการฟังประตูแต่อย่างใด

นายบรูเนย์ฯ — ที่ถือเช่นนั้นเป็นการเอากรรม 2 กรรมไปปะปนกันกับความผิดอันเดียว

นายเดือนฯ — ถ้ายิงไปแล้วไม่เข้ายับยั้ง เพราะได้ยิงออกไปเสียแล้ว แต่ถ้าชักปืนออกมา
แต่ยังไม่ยิงจะเป็นการยับยั้ง

ประธานฯ — ถ้ายิงออกไปแล้ว จะถือว่ามีกรยับยั้งไม่ได้

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — กฎหมายไทยบัญญัติว่า ถ้ามีเหตุพ้นวิสัยมาขัดขวางไม่ให้ทำผิดสำเร็จ ให้
ถือว่าเป็นพยายาม แต่การยับยั้งด้วยในตนเองนั้นเป็นเหตุพ้นวิสัยเหมือนกัน แต่กฎหมายยกเว้นคง
เอาโทษต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นความผิด

ประธานฯ — มาตรา 60 เป็นกัษภายนอก แต่มาตรา 61 เป็นกัษภายใน เว้นแต่การกระทำ
เป็นความผิดอยู่แล้ว เราก็ถือว่าเขามีความผิดฐานนั้นเช่น ความผิดฐานบุกรุก

พระยาอรรณการิย์ฯ — เหนี่ยวนกปืนเป็นความผิดแล้วหรือยัง

ประธานฯ — เป็นพยายามกระทำความผิด

พระยาอรรณการิย์ฯ — ถ้าตำรวจจับได้ขณะเหนี่ยวนกปืนเป็นพยายามฆ่าคนตาย

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — ประโยชน์ในตอนนี้ คือ การพยายามนั้นกฎหมายไม่เอาโทษ
 พระยารรณการีย์ฯ — จะต้องถือว่ายังผิดแล้วไม่ยิ่งต่อไปเป็นการยังยิ่งเหมือนกัน
 นายเดือนฯ — ทำลงไปแล้วจะยับยั้งไม่ได้
 พระยารรณการีย์ฯ — ทำไม่ยิ่งผิดจึงไม่เอาโทษ
 ประธานฯ — ควรยกเอาทางปฏิบัติของศาลขึ้นพิจารณาว่าเอาโทษการกระทำนั้น ๆ หรือไม่
 พระมนูเวทย์ฯ — มีข้อที่ควรคิดอย่างพระยารรณการีย์ฯ เหมือนกัน
 ประธานฯ — เราจะต้องตกลงว่าจะเอาผิดหรือไม่ และข้าพเจ้าเห็นว่าจะต้องวินิจฉัยเป็น
 ตอนๆ ไปว่าตอนนั้นควรเอาผิดหรือไม่
 พระมนูเวทย์ฯ — ดูตามตัวบท ง่ายไปนั้นจะต้องถือว่าเป็นพยายามกระทำความผิด แต่ว่าผู้
 นั้นยังยิ่งเสีย ดูตามตัวบทอาจเข้าใจผิดได้ จึงควรบัญญัติในทางปฏิเสธโดยใช้คำว่า “ไม่ควรเอาโทษ
 ฐานนั้น”
 ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — ถ้าจะแก้ แก้ตามกฎหมายอิตาเลติคกว่า
 ประธานฯ — ควรใช้คำว่า “ท่านว่าควรเอาโทษแก่มันแต่เพียงความผิดอย่างอื่น”
 พระยารรณการีย์ฯ — กรณีทั้งสองกรณีควรจะต่างกัน คือ ยิ่งถูกขานแล้วไม่ยิ่งต่อไป และ
 ยิ่งผิดไปนัดหนึ่ง และจะยิ่งต่อไปไม่ได้โดยมีเหตุมาขัดขวาง
 ประธานฯ — จำเลยอาจให้การว่ายับยั้ง และเมื่อยิ่งไปแล้ว ใครจะรู้ได้ว่าผู้ถูกยิงตายหรือไม่
 นายเดือนฯ — พยายามยิ่งยั้งไม่ได้กระทำความผิด แต่ที่พระยารรณการีย์ฯ กล่าวเป็น
 เรื่องทำผิดแล้ว แต่พลาดไป
 พระมนูเวทย์ฯ — เป็นเรื่องยับยั้งในตอนที่สอง ตอนแรกเป็นพยายามตามมาตรา 60 แล้ว
 ส่วนจะยิ่งนัดที่สองเข้ามาตรา 61
 พระยารรณการีย์ฯ — จะต้องแยกออกเป็นตอน ๆ คือ คิดร้ายเตรียมและกระทำ ส่วน
 กระทำยังแบ่งออกเป็นสองตอน คือ พยายามและทำความผิดสำเร็จ トラบใดที่ผลยังไม่เกิดขึ้นจะถือ
 ว่าความผิดสำเร็จไม่ได้ ยังกู้ขึ้นพยายาม และยิ่งยับยั้งได้

-ประธาน-

ประธานฯ — ถ้าเถียงข้อกฎหมายจะเถียงกันโดยไม่มีที่สุด ควรดูความจริงคือ ยิงคนไปนัดหนึ่งแต่ไม่ถูก พระยาอรรณการีย์ฯ จะเอาโทษหรือไม่

พระยาอรรณการีย์ฯ — เอาโทษฐานพกอาวุธ ยิงปืนในหมู่บ้าน

ประธานฯ — เเถียงกันนิดเดียว คือ ยิงปืนไม่ถูกหรือถูกที่ขา พระยาอรรณการีย์ฯ ยังถือว่าเป็นพยายามอยู่ แต่เราได้พูดกันมาแล้วว่าเป็นนโยบายของรัฐบาลที่จะให้ถือการพยายามฆ่าคนตายมีโทษเท่ากับฆ่าคนตาย การยิงกันด้วยปืนพกจะผิดพลาดมากกว่าร้อยละห้าสิบ ถ้ากฎหมายบัญญัติว่ายิงพลาดนัดหนึ่ง แล้วยับยั้งได้ไม่เป็นผิด จะยิงคนเป็นการทดลองฝีมือกันเรื่อยไป คือยิงแต่นัดเดียว ใครจะพิสูจน์ได้ว่าเขายับยั้งหรือไม่

พระยาอรรณการีย์ฯ — ถ้าเอาข้อเท็จจริงมาปะปนก็พิจารณาลำบาก

ประธานฯ — เป็นแต่ยกทางปฏิบัติให้เห็นว่าจะพิสูจน์อย่างไร แต่ในทางกฎหมาย แม้ยิงออกไปแล้วยับยั้ง ไม่ยิงนัดที่สองก็ต้องถือว่าเป็นผิดฐานพยายาม

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — เท่ากับผู้ทำคิดว่าจะไม่ทำผิดอีก

ประธานฯ — ถ้าตกลงให้เป็นความผิดแล้ว พระยาอรรณการีย์ฯ เสนอว่าจะตัดมาตรา 61 ออกจะได้หรือไม่

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — จะตัดออกไม่ได้

ประธานฯ — ถ้าตัดออกแล้ว ข้อความนั้นก็จะต้องไปปรากฏในมาตรา 60 แต่ถ้าจะเอาไปเขียนในมาตรา 60 จะเป็นหลักสองหลักปะปนกันอยู่ในมาตราเดียวไม่สมความประสงค์ของพระยาอรรณการีย์ฯ อยู่นั่นเอง เพราะเมื่อจำเป็นต้องเขียนก็ปรากฏข้อความอันนี้อยู่และจะอยู่ในมาตราไหนก็ไม่สำคัญ ในเวลานี้ไม่ควรพูดถึงตัวบท ควรพูดว่าจะเอาอย่างไร

พระยาอรรณการีย์ฯ — ถ้าจะเอาไว้ก็ควรแยกเป็นสองมาตรา

ประธานฯ — ถ้าเช่นนั้นก็เป็นปัญหาเรื่องมาตรา 61 นั่นเอง

พระยาอรรณการีย์ฯ — ควรใช้คำว่า ควรลงโทษแก่มันเฉพาะผลแห่งการกระทำที่มันได้ทำไปแล้ว คือดูถึงผล

ประธานฯ — ถ้าเช่นนั้น ยิงคนไปแล้วนัดหนึ่ง ถูกคนก็มีผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ม.ร.ว. เสนีย์ฯ — เกี่ยวกับปัญหาที่ว่า ยับยั้งเมื่อได้ทำลงไปแล้วไม่ได้

-ประธาน-

ประธาน ฯ — ถ้าเป็นอย่างพระยาอรรณการีย์ ฯ ว่ายิ่งคิดจะไม่ใช่พยายามกระทำความผิด เพราะผลที่ยังไม่มีอะไร

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — จะเขียนอย่างกฎหมายอิตาลีจะเป็นอย่างไร

ประธาน ฯ — จะเติมคำว่า “อย่างอื่น” ลงไปหลังความผิด จะได้หรือไม่

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — จะเป็นว่ายิ่งแล้วผิดไม่มีโทษไป

พระมนูเวทย์ ฯ — ควรบัญญัติไว้กว้าง ๆ ดีกว่า

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — จะเติมก็ยุ่ง จะตัดออกก็ยุ่ง ควรเอาไว้อย่างเก่าและเรื่องยุ่ง ๆ ก็เป็นเรื่อง คาบเส้นซึ่งควรปล่อยในศาลวินิจฉัยเป็นกรณี ๆ ไปดีกว่า

ที่ประชุมตกลงให้เป็นไปตามตัวบทเดิม ให้เลขานุการปรับปรุงถ้อยคำ

นายเดือน ฯ อ่านมาตรา 62 เสนอที่ประชุม

นายเดือน ฯ — ในเรื่องนี้ที่จริงไม่ผิด แต่กฎหมายใช้คำว่า “อย่าให้ลงอาญา”

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ถ้าใช้คำว่า “ไม่ผิด” จะเป็นการสนับสนุนให้ลงทำความผิด แม้ในเรื่อง ป้องกันก็ใช้คำว่าไม่ลงอาญา

นาย เดือน ฯ อ่านมาตรา 63 เสนอที่ประชุม พร้อมด้วยข้อเสนอของศาลชัยภูมิที่เสนอว่า ควรแก้ไขฉบับภาษาไทยให้สอดคล้องกับภาษาอังกฤษ ข้อเสนอของศาลลำพูนที่เสนอว่า ควรแก้ไขถ้อยคำ ทำนองฉบับเทียบของกรมหลวงราชบุรี และข้อเสนอของกรมอัยการที่เสนอว่า ควรแก้ไขถ้อยคำ

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — เท่าที่ศาลใช้มาตรานี้มาเป็นการพันเฟือ สองคนไปด้วยกัน คนหนึ่งไปยิง คนตาย เอาผิดฐานเป็นตัวการด้วยกัน ร่างเดิมมาจากกฎหมายฝรั่งเศส จะต้องทำด้วยกัน คือ คนหนึ่งงัดหีบ อีกคนหนึ่งหยิบเอาทรัพย์ และคำพิพากษาศาลฎีกา เมื่อครั้งนายปาคูช้อยู่ ไปด้วยกันถือว่าเป็นผู้สมรู้เท่านั้น พอนายปาคูชู่ไปต่างประเทศคำพิพากษาก็เปลี่ยนไปหาหลักอังกฤษ หลักกฎหมายอังกฤษนั้นแบ่งออกไปดังนี้ ความผิด felony นั้น ผู้ไปด้วยถือว่าเป็น principal in second degree เพราะเป็นความผิดร้ายแรง เช่น กบฏ ไปด้วยกันก็เอาผิด แต่ผู้พิพากษาของเรา ไม่ได้ตรองถึงข้อนี้ คนบางคนต้องถูกจำคุกตลอดชีวิตโดยไม่ได้ทำอะไรเลย

พระยาอรรณการีย์ ฯ — จะต้องดูว่าความผิดนั้น ๆ จำเลยได้กระทำอะไรลงไปบ้าง

-ประธาน-

ประธาน ฯ — สองคนร่วมใจกันจะลักทรัพย์ คนหนึ่งปีนหน้าต่าง อีกคนหนึ่งคอยรับของที่โยนจากหน้าต่าง ควรเป็นตำรวจด้วยกัน

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — คนที่คอยรับของควรเป็นสมรู้ เว้นแต่จะถือว่าทรัพย์ที่โอนลงมาจากหน้าต่างยังไม่ขาดปกครองของเจ้าของ

ประธาน ฯ — จะถือว่าสมรู้ได้อย่างไร ไปด้วยกันคบคิดกันลักทรัพย์มาแต่ต้น

พระยารรณการีย์ ฯ — หลักของตัวการคือ (1) ต้องร่วมใจกัน และ (2) ต้องทำอะไรอันหนึ่งซึ่งเป็นเนื้อของความผิด สมรู้นั้นไม่ได้ร่วมใจกระทำแต่ได้ช่วยเหลือให้การกระทำสำเร็จ ลักทรัพย์คนหนึ่งปีนหน้าต่าง และอีกคนหนึ่งให้ยืมบันไดมา ถ้าผู้ให้ยืมบันไดไม่ได้ร่วมใจในการลักทรัพย์ไม่ได้หวังผลสำเร็จ จะถือว่าเป็นตัวการไม่ได้ ถ้าผู้ให้ยืมบันได มายึดบันไดให้ จะต้องถือว่ามีกรร่วมใจแล้ว

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ถ้าผู้ให้ยืมบันไดมายืนอยู่นอกบ้านที่ลักทรัพย์จะว่าอย่างไร

พระยารรณการีย์ ฯ — ต้องพิจารณากรรมด้วย

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — เห็นด้วยกับหลักของพระยารรณการีย์ ฯ

ประธาน ฯ — เราควรเขียนมาตรา 63 เสียใหม่

นายเดือน ฯ — ตามกฎหมายต่างประเทศ ดูตามตัวผู้กระทำผิด คือถ้ากระทำผิดมาแล้วไม่กระทำเอง จะเอาประโยชน์แห่งการเป็นผู้สมรู้ไม่ได้ ถ้ามีการร่วมใจก็ถือว่าเป็นตัวการได้

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ไปไกลเกินไป ถ้าไม่กระทำก็ไม่ผิด ไม่ควรเอาความประพฤตินาปะปนกับความผิดอาญา

พระมนูเวทย์ ฯ — ศาลฎีกาถือว่าการไปเป็นเพื่อนทำให้ใจป้ำ

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ถ้าถือว่าผู้ไปด้วยกระทำความผิดในฐานะเป็นตัวการเสียหาย ผู้สมรู้จะกระทำความผิดก็จะมี

ประธาน ฯ — เราจะแก้อย่างฉบับเทียบของกรมหลวงราชบุรีจะได้หรือไม่

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ผู้ของกรมอัยการไม่ได้ และขอเสนอแก้จั่วหน้า เป็นบุคคลผู้มีส่วนกระทำความผิด

-ประธาน-

ประธาน ฯ — ควรใช้คำว่า ตัวการและผู้สมรู้

พระยารรณการีย์ ฯ — ถ้าเช่นนั้นมาตรา 68 ควรยกไปบัญญัติไว้ในหมวดที่ 4

นาย อาร์ . กียอง — ตามกฎหมายคอนติเนนท์ ตัวการคือผู้ที่แบ่งกันกระทำความผิด ผู้สมรู้เป็นแต่ให้ความช่วยเหลือ

ที่ประชุมตกลงให้เลขานุการไปยกร่างขึ้นตามหลักการของพระยารรณการีย์ ฯ ส่วนเจ้าหน้าที่หมวดให้ใช้คำว่า ตัวการและผู้สมรู้

นายเดือน ฯ อ่านมาตรา 64 เสนอที่ประชุม

ประธาน ฯ — ควรพิจารณาว่า หลักการเป็นอย่างไร เห็นจะถูกต้องแล้ว

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ไม่ของคำว่าใช้ภาษาอังกฤษใช้คำว่า คำว่า “ใช้” เป็นคำหนักเกินไป จะใช้คำว่า ยุยงส่งเสริม จะได้หรือไม่ ไม่ต้องใช้คำว่า “ใช้” ก็ได้

พระมนูเวทย์ ฯ — ใช้คำว่า “ผู้ใดให้ผู้อื่นกระทำความผิด” ตัดคำว่า “ใช้” ออก

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ควรแปลตามภาษาอังกฤษ

ประธาน ฯ — ฉบับเทียบของกรมหลวงราชบุรีก็ได้ตัดคำว่า “ใช้” ออก

พระมนูเวทย์ ฯ — ตัดคำว่า “ใช้” ออก เสียก็ได้ความ อย่างอื่นเป็นแต่ให้ตัวอย่าง

ประธาน ฯ — ฉบับเทียบของกรมหลวงราชบุรีมีคำว่า “ล่อใจ” ด้วย

พระยารรณการีย์ ฯ — ควรดูมาตรา 174 , 175 ซึ่งเป็นเรื่องใช้แล้วเขายังไม่ได้กระทำความผิด ฉะนั้นมาตรา 64 จะต้องปรากฏว่ามีความผิดแล้ว

พระมนูเวทย์ ฯ — ถ้อยคำชัดเจนอยู่แล้ว ใช้คำว่า “ให้ผู้อื่นกระทำความผิด” ส่วนมาตรา 174 ใช้คำว่า “เพื่อให้กระทำความผิด”

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ควรใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำให้ผู้อื่นกระทำความผิด” เดิมคำว่า “กระทำ” ส่วนคำว่า “ด้วยอุบายอย่างไร ๆ” นั้นอาจทำให้บุคคลเข้าใจผิดได้ บางคนว่าถ้าใช้เฉย ๆ ไม่มีอุบายไม่เป็นผิด

พระมนูเวทย์ ฯ — จะตัดคำว่า “ด้วยอุบายอย่างไร ๆ” ออกเสียก็ได้

-พระยา-

พระยารรณการีย์ ๑ — อาจแก้เป็นว่า ผู้ใดใช้ ยุงส่งเสริม จ้าง วาน บังคับ ชูเชิญ หรือ ประการอื่น ๆ ให้ผู้อื่นกระทำความผิด

ที่ประชุมตกลงให้เลขานุการร่างเสนอที่ประชุม

นายเดือน ๑ อ่านมาตรา 65 พร้อมด้วยข้อเสนอของศาลแขวงพระนครเหนือที่เสนอว่า ควร แก้ให้เหมือนมาตรา 60 เป็นว่าแบ่งเป็นสามส่วนให้ลงแต่สองส่วน

ม.ร.ว. เสนีย์ ๑ รับรอง

พระยารรณการีย์ ๑ — จะต้องมีการว่า เว้นแต่กฎหมายจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นด้วย เพราะสมรู้ในความผิดฐานลหุโทษ กฎหมายไม่เอาโทษ

ที่ประชุมเห็นชอบด้วยกับข้อเสนอของศาลแขวงพระนครเหนือ และข้อเสนอของพระยารรณการีย์ ๑

นายเดือน ๑ อ่านมาตรา 66 พร้อมด้วยข้อเสนอของศาลสงขลาที่เสนอว่า ควรบัญญัติให้ผู้ โฆษณาและผู้พิมพ์รับผิดเป็นตัวการ และตัดวรรค 2 ออก ข้อเสนอของศาลลำพูนที่เสนอว่า ควรแก้ ให้มีความหมายเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติการพิมพ์ และข้อเสนอของศาลแขวงพระนครเหนือ ที่แสดงว่า ควรแก้ไขถ้อยคำให้กลมกลืนกับพระราชบัญญัติการพิมพ์

นาย อาร์ . กियอง — เวลานี้คณะกรรมการกฤษฎีกากำลังพิจารณาพระราชบัญญัติการพิมพ์ อยู่ ตามกฎหมายต่างประเทศมีกฎหมายการพิมพ์เป็นพิเศษ แต่ตามร่างพระราชบัญญัติการพิมพ์ ปัญหาที่ว่าเป็นตัวการหรือสมรู้ ต้องดูกฎหมายลักษณะอาญาประกอบ

พระยารรณการีย์ ๑ — มาตรา 67 ไม่มีในพระราชบัญญัติการพิมพ์มีแต่มาตรา 66

ประธาน ๑ — กฎหมายต่างประเทศไม่ได้บัญญัติเรื่องเช่นนี้ไว้ในกฎหมายอาญา

ม.ร.ว. เสนีย์ ๑ — นาย อาร์ . กियอง กล่าวว่าเมื่อร่างพระราชบัญญัติการพิมพ์ ผู้ร่างได้คิดว่า มีมาตราเหล่านี้ในกฎหมายลักษณะอาญาแล้ว

พระยารรณการีย์ ๑ — พระราชบัญญัติการพิมพ์มีเรื่องตัวการ และผู้สมรู้ยังขาดอยู่แต่ มาตรา 67 ภาค 1 แห่งกฎหมายลักษณะอาญานี้ให้ใช้ทั่วไปในสรรพคดี แต่เมื่อมีพระราชบัญญัติการพิมพ์บัญญัติไว้เป็นพิเศษแล้ว ก็ไม่ต้องใช้กฎหมายอาญา

-เพราะ-

เพราะฉะนั้นมาตรา 66 จึงใช้ไม่ได้ เหตุผลที่ควรยกไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการพิมพ์ก็คือ กฎหมายอาญาเป็นหลัก ไม่ควรแก้บ่อย ๆ และเป็นเรื่อง que ควรอยู่ในกฎหมายพิเศษ

ประธาน ฯ — ถ้าบัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา ต่อไปยกเลิกพระราชบัญญัติการพิมพ์เสียแล้ว จะดูไม่งาม

ที่ประชุมตกลงตัดออก และมอบให้เลขานุการนำไปใส่ไว้ในร่างพระราชบัญญัติการพิมพ์ นายเดือน อ่านมาตรา 68 เสนอที่ประชุม

ประธาน ฯ — พระยารรณการีย์ ฯ เสนอว่า ถ้าแก้จัวหน้าหมวดเป็น ตัวการ และผู้สมรู้ ควรจะยกมาตรานี้ไปบัญญัติไว้ในหมวดที่ 4

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — มาตรานี้เป็นเรื่องตัวการผู้สมรู้

พระยารรณการีย์ ฯ — ไม่ใช่เรื่องตัวการและผู้สมรู้โดยตรง เป็นเรื่องลักษณะส่วนตัว

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — เหตุที่จะแยกออกเป็นลักษณะส่วนตัวและลักษณะคดีจะมีขึ้นได้ต่อเมื่อบุคคลหลายคนกระทำความผิด จึงไม่ควรยกไปบัญญัติที่อื่น

พระยารรณการีย์ ฯ — เป็นเรื่องเพิ่มอาญาและลดอาญา ใช่หรือไม่

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ถ้ายกไปบัญญัติที่อื่นจะเข้าใจผิดไปว่าหลายคดี

ประธาน ฯ — ครั้งแรกข้าพเจ้าก็คิดว่าสมควรไปบัญญัติไว้ที่อื่นเหมือนกัน โดยไม่ได้คิดว่า เป็นเรื่องตัวการหรือสมรู้ แต่เมื่อมาฟังดูเป็นเรื่องตัวการ และสมรู้ก็ควรอยู่ที่นี้

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ — ไม่ควรจะยกไปอยู่หมวดที่ 4 เพราะในหมวดที่ 4 ยังไม่ได้พูดถึงว่า ตัวการหรือผู้สมรู้คืออะไรเลย วรรคสุดท้ายที่ใช้คำว่า “ท่านจึงว่าควรยกเหตุนี้ขึ้นใช้แก่ผู้กระทำในคดีอันเดียวกันได้ทุกคน” เป็น “ฯลฯควรใช้แก่ตัวการและผู้สมรู้ในคดีเดียวกันได้ทุกคน”

ที่ประชุมตกลงให้บัญญัติไว้ตามเดิม และให้แก้ถ้อยคำดัง ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ เสนอ

นายเดือน ฯ — อ่านมาตรา 69 เสนอที่ประชุม

ประธาน ฯ — เป็นหลักการ ควรพิจารณาว่าจะเอาไว้หรือไม่

ที่ประชุมตกลงให้บัญญัติไว้ตามเดิม และให้เลขานุการไปแก้ไขถ้อยคำ

หมดเวลาประชุม ที่ประชุมนัดพิจารณาราวหน้าวันเสาร์ที่ 15 เดือนนี้ เวลา 10.00 น ปิด
ประชุมเวลา 12.30

สายหยุด แสงอุทัย
ผู้จครายงาน

สิทธิ์ ผู้พิมพ์
สายหยุด ทาน

ภาคผนวก ข

มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจร่างพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

การประชุมครั้งที่ 17/53/2482

วันที่ 11 กรกฎาคม 2482

ประเด็นที่พิจารณามาตรา 60

(1) นาย อาร์ . กียอง เสนอหนังสือของเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ ฎ.9527/2481 แจ้งมติของคณะรัฐมนตรีว่า ความผิดในเรื่องการพยายามฆ่าคนนั้น ควรแก้ไขโทษให้หนักขึ้น โดยให้ถือว่ามีความผิดเท่ากับฆ่าคนตายอย่างกฎหมายฝรั่งเศส.

(2) นาย อาร์ . กียอง เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า “เว้นแต่กฎหมายจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ลงในมาตรา 60 ด้วย

(3) นาย อาร์ . กียอง เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าควรให้ศาลมีดุลยพินิจลดโทษได้โดยไม่จำกัด

มติ

ที่ประชุมเห็นว่าไม่ควรจะวางหลักทั่ว ๆ ไปว่าการพยายามกระทำความผิดให้มีโทษเท่ากับทำความผิดสำเร็จ แม้ในเรื่องพยายามฆ่าคนเช่นเดียวกัน ควรจะบัญญัติเป็นข้อยกเว้นเฉพาะการพยายามฆ่าคนที่เกี่ยวเนื่องกับทางการเมือง เช่น พยายามฆ่ารัฐบุรุษ ฯลฯ ซึ่งในเรื่องนี้ก็ได้มีตัวอย่างอยู่แล้ว ในกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 97 และ 102 ควรจะเดินตามตัวอย่างนั้น ไม่ควรจะไปปลดล้างหลักเกณฑ์ที่ว่า การพยายามควรมีโทษน้อยกว่าทำความผิดสำเร็จการจะยกร่างขึ้นอย่างกฎหมายฝรั่งเศสไม่อาจทำได้ เพราะกฎหมายไทยไม่มีการแบ่งความผิดออกเป็นความผิดร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงอย่างฝรั่งเศส ให้เลขานุการยกร่างขึ้นเป็นความผิดพิเศษ และที่ประชุมจะได้พิจารณาเมื่อถึงคราวพิจารณาตราที่ทำร่างขึ้นนั้น.

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย.

ที่ประชุมเห็นว่า ที่กำหนดให้ลดได้เพียง 2 ใน 3 นั้นคืออยู่แล้ว เพราะควรจำกัดดุลยพินิจของศาลอยู่บ้าง การที่จะให้ศาลลดโทษได้ โดยไม่จำกัดนั้น จะขัดกับนโยบายของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมาแล้วข้างบนนี้

(4) นายบุญชัยฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าบทวิเคราะห์คำว่า “พยายาม” ในมาตรานี้ไม่ดี ยากที่แยกออกว่า เมื่อใดเป็นแต่เพียงเตรียมการ เมื่อใดเป็นการลงมือกระทำ

(5) ม.ร.ว. เสนีย์ฯ เสนอว่าคำว่า “ป้องกัน” ที่ใช้ในมาตรานี้ไม่ดี จะทำให้ปะปนกับ “ป้องกัน” ตามมาตรา 50

(6) ม.ร.ว. เสนีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่ากฎหมายใช้คำว่า “อาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้” แต่ในทางปฏิบัติศาลคิดลดจากโทษที่ศาลลงแก่จำเลย

มาตรา 59

หลวงธำรงฯเสนอ(ในที่ประชุม)ให้แก้มาตรา 59 เรื่องลดโทษตามอย่างมาตรา 60

มาตรา 61

พระยาอรรถการีย์ฯเสนอ(ในที่ประชุม) ว่า คำว่า “ท่านว่าควรเอาโทษแก่มัน แต่เพียงความผิดที่มันได้กระทำลงไปแล้ว” ทำให้เกิดความยุ่งยาก เช่น เอาปืนยิงคนหนึ่ง แต่ยิงผิดเกิดสงสารขึ้นมาไม่ยิงต่อไป ตามมาตรานี้จะถือว่าเป็นพยายามฆ่าคนและเอาโทษ แต่ที่จริงไม่ควรเอาโทษ

ที่ประชุมเห็นว่ายากที่จะให้บทวิเคราะห์ได้ การขีดขึ้นระหว่างการเตรียมและลงมือกระทำความผิดนั้น ควรเป็นเรื่องของคำรากฎหมาย และเวลานี้ศาลก็ได้ตัดสินถูกต้องแล้ว

ที่ประชุมลงมติให้ใช้คำว่า “ขัดขวาง” แทนคำว่า “ป้องกัน”

ที่ประชุมเห็นว่า ที่ถูกควรจะให้ศาลคิดลดจากโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ แล้ววางโทษภายในอัตราโทษที่คิดลดแล้วนั้น

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย เป็นอันลงมติของที่ประชุมครั้งที่ 16,51/2482 ซึ่งกำหนดให้คิดลดจากโทษที่ศาลลง

ที่ประชุมเห็นว่า ถ้อยคำที่ใช้อยู่ได้ความดีอยู่แล้ว ตามตัวอย่างที่พระยาอรรถการีย์ฯเสนอนั้น เป็นเรื่องกระทำลงไปแล้ว เป็นแต่ผลไม่ได้เกิดขึ้นสมดังที่ตั้งใจ จึงต้องถือว่าเป็นพยายามกระทำความผิดแล้ว เพราะการยิงผิดจะต้องถือว่าเป็นเหตุพ้นวิสัยมาขัดขวางมิให้กระทำผิดสำเร็จมาตรา 61 จะใช้เฉพาะเมื่อยับยั้งเสียด้วยใจตนเองก่อนหน้ามีเหตุพ้นวิสัยมาขัดขวาง แต่การกระทำที่แล้วมาได้เป็นความผิดฐานอื่น เช่น บุกรุกหรือมีอาวุธ โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นต้น

หมวดที่ 6 จั่วน้ำหมวด

มาตรา 63

(1) ศาลชัยภูมิเสนอว่า ควรแก้ไขฉบับภาษาไทยให้ชัดเจนฉบับภาษาอังกฤษ

(2) ศาลลำพูนเสนอว่า ควรแก้ทำนองฉบับเทียบของกรมหลวงราชบุรี

(3) กรมอัยการเสนอว่า ควรแก้ไขถ้อยคำ

(4) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรมีหลักสองหลัก คือ (1) ต้องร่วมใจกันและ (2) ต้องทำอะไรลงไปซึ่งเป็นเนื้อหาของความผิด จึงควรถือว่าเป็นตัวการ

(5) ม.ร.ว.เสนีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่า มาตรานี้ ที่ศาลไช้อยู่เวลานี้ยังไม่ถูกต้อง คนสองคนไปด้วยกัน คนหนึ่งทำผิดก็ถือว่าอีกคนหนึ่งเป็นตัวการด้วย ควรจะให้เป็นตัวการต่อเมื่อได้กระทำผิดอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย

มาตรา 62

นายเดือนฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าในเรื่องนี้ที่จริงไม่ผิด แต่กฎหมายใช้คำว่าลงอาญา

มาตรา 64

ม.ร.ว.เสนีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าคำว่า “ไช้” เป็นคำแรงเกินไป ควรตัดออกและควรตัดคำว่า “ด้วยอุบายอย่างไร ๆ” ออกเสียด้วย

ที่ประชุมลงมติให้แก้เป็นตัวการและผู้สมรู้ (ที่ประชุมให้พิจารณาข้อ (1) (2) (3) (4) และ (5) รวมกันไป)

ที่ประชุมเห็นว่า จะเป็นตัวการได้ก็ต้องเข้าเกณฑ์ 2 ประการ คือ(1) ร่วมใจกันและ (2) ต้องทำอะไรลงไปซึ่งเป็นเนื้อหาของความผิด ให้เลขาธิการไปยกร่างมาเสนอที่ประชุมตามร่างที่กรมอัยการเสนอ

ที่ประชุมเห็นว่า กฎหมายลักษณะอาญาได้ใช้คำว่า ลงอาญา ทั้งนั้น เช่นในเรื่องป้องกัน เป็นต้น ถ้าใช้คำว่า ไม่ผิด อาจเป็น

การสนับสนุนให้บุคคลกระทำความผิด

ที่ประชุมให้ตัดคำทั้งสองออก ส่วนถ้อยคำที่จะใช้นั้น ให้เลขาธิการยกร่างขึ้นเสนอที่ประชุม

มาตรา 65

(1) ศาลแขวงพระนครเหนือเสนอว่า ควรแก้ไขเหมือนมาตรา 60 เป็นว่าแบ่งเป็นสาม ส่วนให้ลงแต่สองส่วน

(2) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าจะต้องเติมคำว่า “เว้นแต่กฎหมายจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ด้วย

มาตรา 66 , 67

(1) ศาลสงขลาเสนอสำหรับมาตรา 66 ว่าควรบัญญัติให้ผู้โฆษณาและผู้พิมพ์รับผิดชอบ ตัวการ และตัดวรรค 2 ออก

(2) ศาลลำพูนเสนอว่า ควรแก้ไขไปให้มีความหมายเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติ การพิมพ์

(3) ศาลแขวงพระนครเหนือเสนอว่า ควรแก้ถ้อยคำให้กลมกลืนกับพระราชบัญญัติ การพิมพ์

(4) หลวงธำรงฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่า ควรตัดออก และนำไปบัญญัติไว้ในพระราช บัญญัติการพิมพ์

มาตรา 68

พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรจะยกมาตรานี้ไปบัญญัติไว้ในหมวดที่ 4 เพราะเป็นเรื่องการลดหย่อนผ่อนโทษ

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย

(ที่ประชุมให้พิจารณาข้อ (1) (2) (3) และ (4) รวมกันไป)

ที่ประชุมให้ตัดออก และให้ เลขานุการ ไปใส่ไว้ในร่างพระราชบัญญัติการ พิมพ์ ซึ่งกำลังพิจารณาอยู่ที่คณะกรรมการ กฤษฎีกาเวลานี้ ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องพิเศษและ ถ้าจะใส่ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว หากจะมีการยกเลิกพระราชบัญญัติการพิมพ์ ก็จะทำให้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญาดู ไม่งาม

ที่ประชุมให้คงบัญญัติไว้ดังเดิม เพราะจะมีส่วนลักษณะคดีและลักษณะ ส่วนตัว ก็เมื่อมีบุคคลหลายคน กระทำ ความผิดด้วยกัน ซึ่งเป็นเรื่องตัวการ และผู้ สมรู้ จึงเป็นการเหมาะสมที่จะให้อยู่ในหมวด ตัวการผู้สมรู้มากกว่า และนอกจากนี้ หมวดที่ 4 ก็อยู่หน้าหมวดนี้ ในหมวดที่ 4 จึงยังไม่ ทราบว่าตัวการหรือผู้สมรู้คืออะไร จึงไม่เป็นการสมควรที่จะยกไปไว้ในหมวดที่ 4

มาตรา 69

ที่ประชุมลงมติให้คงไว้ตามเดิม ให้
เลขานุการไปแก้ไขถ้อยคำ

การประชุมคราวหน้าวันที่ 15 กรกฎาคม 2482 เวลา 10.00 น.

สิทธิ์ พิมพ์
สายหยุด ทาน

ภาคผนวก ก

คณะกรรมการกฤษฎีกา

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 120/100/2483

วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483

ผู้ที่มาประชุม คือ

(1) นายอาร์ . กียอง	กรรมการ
(2) หลวงจำรุงนิติศาสตร์	กรรมการ
(3) หลวงประสาทศุภนิติ	กรรมการ
(4) พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์	กรรมการ
(5) พระยาเลขวิชชธรรมวิทักษ์	กรรมการ
(6) หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ	กรรมการ
(7) พระยาอรรถกรมมุนต์ดี	กรรมการ
(8) พระยาอรรถการีย์นิพนธ์	กรรมการ
นายเสริมวินิจัยกุล	ผู้ช่วยกรรมการร่างกฎหมาย
นายสายหยุด แสงอุทัย	ผู้จดยางาน
นายนาวาเอก หลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น.	ติตราชการที่อื่น
นาย ของ บรูเนย์	ลาราชการ
นาย เดือน บุนนาค	ติตราชการที่อื่น

เปิดประชุมเวลา 10.00 น.

โดยที่นายนาวาเอก หลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น. ประธานอนุกรรมการ ติตราชการที่อื่น
ที่ประชุมจึงลงมติให้พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ นั่งเป็นประธาน

ประธานฯ กล่าวเปิดประชุม และขอให้ที่ประชุมพิจารณาหมวดที่ 5 ต่อไป

ผู้จดยางานอ่านชื่อ หมวดที่ 5 การพยายามกระทำความผิด เสนอที่ประชุม ที่ประชุม
ให้ผ่านไป

ผู้จดยางาน อ่านร่างมาตรา 60 ของเลขานุการ เสนอที่ประชุมซึ่งมีความว่า “ผู้ใด
พยายามจะกระทำความผิด แต่กระทำการไม่ได้ เพราะมีเหตุนอกเหนืออำนาจตนมาขัดขวาง

หรือได้ทำการไปแล้ว ผลที่น่าจะบังเกิดขึ้นมิได้เกิดขึ้นตามความมุ่งหมาย ผู้นั้นพึงรับอาญาสองในสามส่วนของอาญาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

— นายอาร์ . กียอง —

๒

นายอาร์ . กียอง — ในวาระที่ 1 เราได้พูดกันถึงเรื่องนี้ยึดถือว่า มาตราเหล่านี้ไม่เหมาะสม เพราะไม่ได้คำนึงถึงการแบ่งแยกที่ศาลได้ปฏิบัติ และที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศปัจจุบัน ซึ่งได้แยกออก การพยายาม(attempt) และการกระทำไม่สำเร็จ(failure to commit an offence) กรณีทั้งสองกรณีนี้จะพบได้จากประมวลกฎหมายอาญาสวิส กรณีทั้งสองนี้มีลักษณะร่วมกันอยู่ คือ ผลยังไม่ได้เกิดขึ้นเป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งจะต้องดูต่อไปว่าเป็นการพยายามหรือการกระทำไม่สำเร็จ ร่างที่ข้าพเจ้าเสนอได้เดินตามประมวลกฎหมายอาญาสวิสความแตกต่างกันมีอยู่ดังนี้ ในเรื่องพยายามผู้หนึ่งลงมือแล้วแต่ยังไม่สำเร็จ แต่ที่ไม่สำเร็จเพราะยังไม่ได้กระทำการ ทุกสิ่งทุกอย่างที่จำเป็นสำหรับการที่จะทำให้ความผิดสำเร็จ ส่วนในเรื่องการกระทำผิดไม่สำเร็จนั้น ผู้กระทำการได้กระทำทุกสิ่งทุกอย่างที่จำเป็นสำหรับการที่จะทำให้ความผิดสำเร็จแล้ว แต่ความผิดหาสำเร็จไม่ การกระทำผิดไม่สำเร็จนี้ ผู้กระทำควรได้รับโทษเช่นเดียวกับการกระทำผิดสำเร็จ ต่างกับการพยายามซึ่งผู้กระทำควรได้รับโทษน้อยกว่านอกจากนี้ก็มีเรื่องการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้ ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้กระทำเชื่อว่าตนพยายามกระทำผิด แต่ตาม — จริตความผิดนั้นจะเป็นไปไม่ได้เลย เช่น ริดลูกหญิงที่ไม่มีครรภ์ เป็นต้น

ร่างที่นายอาร์ . กียอง เสนอ มีข้อความดังนี้

มาตรา ก. ผู้ใดกระทำการอันเป็นการเฉพาะเพื่อและมุ่งตรงต่อการกระทำผิด ถ้าการกระทำไปไม่ได้ตลอด ผู้นั้นเป็นผู้พยายามจะกระทำผิด

ถ้าการกระทำไปไม่ได้ตลอดนั้น เนื่องมาจากเหตุอันอยู่นอกเหนืออำนาจตนผู้นั้นพึงรับอาญาซึ่งกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ลดลงหนึ่งในสาม เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ถ้าการกระทำไปไม่ได้ตลอดนั้น เนื่องมาจากการยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง ไม่กระทำการอันมุ่งตรงต่อการกระทำผิดต่อไป ผู้นั้นมีความผิดเพียงเท่าที่ได้กระทำไปเมื่อการที่ได้กระทำไปแล้วนั้นก็เป็นความผิด

ถ้าผู้หนึ่งด้วยความสมัครใจของตนเองเข้าป้องกันมิให้เกิดเป็นความผิดขึ้นได้ ผู้หนึ่งพึงรับ
อาญาซึ่งกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลดลงกึ่งหนึ่ง เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

มาตรา ข. ผู้ใดกระทำการอันเป็นการเฉพาะเพื่อและมุ่งตรงต่อการกระทำความผิด
แต่พลาดไม่ได้รับผลแห่งการกระทำความผิดนั้น มีความผิดต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับ
ความผิดนั้นๆ

— มาตรา ค. —

๓.

มาตรา ค. ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด โดยใช้วิธีหรือในพฤติการณ์อันพ้นวิสัยที่
ความผิดนั้นจะสำเร็จขึ้นได้ มีความผิดต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิด
นั้น ๆ ลดลงกึ่งหนึ่ง

ประธานฯ — เราควรพิจารณาว่ามาตรา 60 ตามที่ใช้อยู่นี้บกพร่องอย่างไรถ้าบกพร่องก็
พิจารณาดู — ร่างของนาย อาร์ . กียอง และพิจารณาว่าควรแบ่งแยกออกไปอย่างที่นาย อาร์. กียอง
เสนอหรือไม่

พระยาอรรถการีย์ฯ — ควรพิจารณาร่างของนาย อาร์ . กียอง เพราะตัวบทเดิมที่ขึ้นต้น
ด้วย “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด” ไม่ดี หลักของนาย อาร์ . กียอง จะทำให้การวินิจฉัยคดีง่ายขึ้น
ส่วนร่างมาตรา ค. นั้นเป็นเรื่องใหม่ เราควรพิจารณาว่าจะควรรับหลักการนี้หรือไม่ความผิดที่
เป็นไปไม่ได้นี้ กฎหมายปัจจุบันไม่ถือว่าเป็นความผิดเลย

ประธานฯ — เราจะแบ่งออกเป็นสามอย่างดังที่นาย อาร์ . กียอง ร่าง หรือจะเอาอย่าง
เดิมมีข้อข้องใจอยู่ตามที่นายเดียนฯ เสนอ รู้สึกว่าตามที่ปฏิบัติมา กรณีที่มีคนมาขึ้นขัดขวางหรือการ
กระทำลงไปแล้ว แต่ผลไม่เกิดขึ้น เราถือว่าเป็นเรื่องนอกเหนืออำนาจผู้กระทำ เช่น จะยิงผู้อื่นให้
ตาย แต่ไม่สำเร็จอาจเป็นเพราะยังไม่แม่นยำหรือปืนไม่ดี หรือไปสะดุดหกล้มเสียซึ่งเป็นเหตุ
นอกเหนืออำนาจทั้งนั้น ตามที่กฎหมายที่ใช้อยู่ก็รู้สึกว่าคุณไปได้

พระยาอรรถการีย์ — ร่างของนาย อาร์ . กียอง แยกแยะไว้ดี ส่วนหลักการใหม่ ๆ นั้นเรา
ควรพิจารณาว่าจะเอาหรือไม่

หลวงประสาธฯ — ข้าพเจ้ามีความเห็นคล้าย ๆ กับพระยาอรรถการีย์ คือสำหรับบัญญัติ
เดิม เราแปลมาอย่างขอไปที การทำลงไปแล้วผลไม่เกิดก็เป็นพยายาม ถ้าเขียนแยกออกเป็นมาตรา
ก. และ ข. จะดี แต่ในมาตรา ข. หรือมาตรา ค. จะควรเอาโทษเต็มหรือเอาโทษกึ่งหนึ่งนั้น เป็น

หลวงจํารูญ — ต้องตกลงกันก่อนว่าจะเอาตามหลักการของนาย อาร์ . กียอง หรือของนายเดือนๆ

หลวงประสาธ — ต้องตกลงกันก่อนว่า ถ้าทำผิดตลอดไปแล้วแต่ผลไม่เกิดขึ้นจะเอาโทษหรือไม่ กระทบตลอดไปแล้วเราเรียกว่าพยายามเหมือนกัน

พระยาอรรถการีย์ฯ — เป็น “พยายาม” ตามบทวิเคราะห์ ซึ่งเราได้บัญญัติขึ้น ฉะนั้นคำในมาตรา 60 เดิมที่ใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด” จึงไม่ดี

พระยาอรรถกรมฯ — ที่จริงกฎหมายเราไม่ได้เรียกชื่อว่า พยายาม เขาบัญญัติให้เอาโทษต่างหาก

— ประธานฯ —

๔

ประธานฯ — เป็นอันว่ามีความเห็นตรงกัน คือ มาตรานี้ต้องแยกออกไปซึ่งแปลว่าไม่เอาตามร่างของนายเดือนๆ ฉะนั้นควรพิจารณาร่างมาตรา ก. ของนาย อาร์ . กียอง ต่อไปหลวงจํารูญ — คำว่า appropriate จะแปลว่าอย่างไร

ม.จ. สกลฯ — แปลว่า “เหมาะ”

พระยาอรรถการีย์ฯ — เราอาจเลี่ยงใช้คำนี้ได้โดยใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดแต่ทำไม่ตลอด”

หลวงประสาธฯ — อ่านประมวลกฎหมายอาญาฟิลิปปินส์ ที่เกี่ยวกับพยายามเสนอที่ประชุม

ประธานฯ — อาจบัญญัติอย่างกฎหมายจีนได้ (ประธานฯ อ่านกฎหมายจีนเสนอที่ประชุม)

หลวงจรูญ — บัญญัติอย่างกฎหมายฟิลิปปินส์ได้จะดี

หลวงประสาธฯ — ควรใช้คำว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด ผู้นั้นเป็นผู้พยายามกระทำความผิด”

พระยาอรรถการีย์ฯ — ส่วนคำว่า “ลงมือ” จะมีความหมายเพียงใดควรเป็นหน้าที่ของตำรากฎหมาย

พระยาเลขาภิบาลฯ — เกรงว่าที่ใช้คำนั้น ๆ จะไกลไปหน่อย การพยายามจะต้องใกล้ชิดกับเหตุหรือเหตุหวิด ต้องเป็นขั้นที่จะสำเร็จความผิด ควรใช้คำว่า “เจตนาจะกระทำความผิดและได้กระทำความผิดไม่สำเร็จ เพราะเหตุนอกอำนาจ” คือ ต้องเป็นการเริ่มกระทำใกล้ชิดกับเหตุแล้ว

ประธานฯ — “เริ่ม” หรือ “ไม่เริ่ม” ก็เป็นเรื่อง “ลงมือ” นั่นเอง

หลวงจรูญฯ — อย่างกฎหมายฟิลิปปินส์ ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำ ก. ข. และ ค. ถ้า กระทำเพียง ก. ข. ยังไม่ได้ทำ ค. ก็เป็นเรื่องพยายามซึ่งเป็นแล้วแต่ผลไม่เกิดขึ้น เช่น ยิงปืน ถ้ายิงไม่ได้เป็นพยายาม เข้ามาตรา ก. ถ้ายิงไปแล้วแต่ไม่ถูกเข้ามาตรา ข.

ประธานฯ — ถ้ายกปืนจะยิงคน แต่ปืนไม่มีลูกจะเข้าข้อไหน

นายอาร์ . กียอง — เป็นปัญหายุ่งยาก

พระยาอรรถกรกรวิชัยฯ — อย่างเช่นตั้งใจจะซื้อเหล้าเถื่อน แต่ไปซื้อได้ขวดที่เขาเอาแต่น้ำใส่ไว้จะมีผิดฐานพยายามหรือไม่

— พระยาอรรถกรกรวิชัยฯ —

๕

พระยาอรรถกรกรวิชัยฯ — อย่างล้วงกระเป๋า แต่กระเป๋านั้นไม่มีสตางค์เป็นพยายาม

หลวงจรูญฯ — ชิดเส้นยากเหลือเกิน เช่น ชำคนที่ตายแล้ว กับล้วงกระเป๋าไม่มีสตางค์

พระยาอรรถกรกรวิชัยฯ — การชำคนตายแล้ว คนนั้นชำไม่ได้เลย แต่การไม่มีสตางค์ในกระเป๋านั้นเป็นการบังเอิญ โดยปกติกระเป๋าอาจมีสตางค์ได้

หลวงจรูญฯ — ถ้าพิสูจน์ว่ากระเป๋านั้นไม่เคยใส่สตางค์ไว้เลยก็ถือว่าเป็นที่เป็นไปได้เหมือนกัน

ประธานฯ — จะต้องตกลงกันเรื่องโทษก่อน จึงจะพิจารณาว่าจะเอามาตรา ก. และมาตรา ข. รวมกันได้หรือไม่

หลวงจรูญฯ — ขอให้เขียนวิเคราะห์ลงไว้ก่อน แล้วดูว่าจะควรเอาอย่างไร และลองแปลกฎหมายฟิลิปปินส์ที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ดู

หลวงประสาธน์ฯ — ขอให้พิจารณาเสียก่อนว่า มาตรา ข. จะควรเอาโทษเต็มหรือไม่ ถ้าเอาโทษเท่ากับมาตรา ก. แล้วก็อาจรวมกันได้ โดยใช้คำว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอดแล้ว แต่ไม่เกิดผลตามความมุ่งหมาย ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

ประธานฯ — เราอาจบัญญัติรวมกันไป และตอนหลังแยกลงโทษได้

ม.จ. สกลฯ — ทรงแปลกฎหมายฟิลิปปินส์เกี่ยวกับพยายามเป็นภาษาไทยเสนอที่ประชุม

ประธานฯ — ในกรณีที่ทำไม่เสร็จแล้ว และผลยังไม่เกิดขึ้นเราจะไม่เรียกว่า “พยายาม” หรือ

พระยาอรรถการีย์ฯ — ถ้าตกลงกันว่านอกจากความผิดที่เป็นไปไม่ได้ ซึ่งควรจะพิจารณาภายหลัง เราจะเอาโทษเท่ากันแล้ว เราเขียนเท่านี้ก็พอ

“ ก. ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่ไม่ได้เกิดผลครบถ้วนตามเจตนา ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

“ ข. ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับอาญาสำหรับความผิดนั้นสองในสามส่วน

“ ค. ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียได้ด้วยตนเอง ผู้นั้นต้องรับอาญาเพียงเท่าที่ได้กระทำไปแล้ว หากการกระทำไปแล้วนั้นกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด”

— ประธานฯ —

๖.

ประธานฯ — ถ้าเกิดผลแตกต่างกับเจตนาจะถือว่าเป็นพยายามไม่ได้เช่นนั้นหรือ เช่น จะยิงถูก ก. ไปถูก ข. ที่ใช้คำว่า “บังเกิดครบถ้วนตามเจตนา” ไม่ดี

พระยาอรรถการีย์ฯ — ตามตัวอย่างนั้นเป็นเรื่องปลั่งพลาดซึ่งมีบทบัญญัติอยู่ส่วนหนึ่งแล้ว

ม.จ.สกลฯ — ที่ใช้คำว่า “ครบถ้วนตามเจตนา” แรงเกินไป ควรใช้คำว่า “สมกับเจตนา” จะดีกว่า

พระยาอรรถการีย์ฯ — ที่เอาเจตนาเป็นหลักจะไม่เหมาะ เพราะ “พยายาม” ถือเอาการกระทำเป็นเกณฑ์ ไม่ได้ถือว่าเอาสมเจตนาหรือไม่

หลวงประสาธน์ — เราเห็นเรื่องแล้ว คือการกระทำไปไม่ตลอดอย่างหนึ่ง และการกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่เกิดผลอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งในความคิดสมัยใหม่เขาแยกออกจากกัน เราควรเอา และที่ข้าพเจ้าร่างมาแล้วที่ประชุมจะเห็นเป็นอย่างไร

พระยาอรรถการีย์ฯ — ร่างของหลวงประสาธน์ฯ สองประโยค คือ “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บังเกิดผล ฯลฯ” รวมอยู่ในร่างของข้าพเจ้าประโยคเดียว คือ “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่ไม่บังเกิดผล”

หลวงประสาทย — แต่เราควรจะแยกบัญญัติไว้

ประธานฯ — ที่หลวงประสาทย ใช้คำว่า “ความมุ่งหมาย” นั้น อยากทราบว่า “ความมุ่งหมาย” ต่างกับ “เจตนา” อย่างไร

หลวงประสาทย — ความมุ่งหมายต้องมีสองอย่าง คือ เจตนาอย่างหนึ่งกับการประสงค์ต่อผลอีกอย่างหนึ่ง

พระยาอรรถการีย์ฯ — ข้าพเจ้าเห็นด้วยว่าคำว่า “มุ่งหมาย” ดี แต่จะควรเขียนไว้ให้ชัดเจนอย่างหลวงประสาทย เสนอ หรือไม่

ม.จ. สกลฯ — ใช้คำว่า “มุ่งหมาย” ดี เจตนาอยู่ที่เราเอง วัตถุประสงค์อยู่ห่างออกไป แต่ความมุ่งหมายจะอยู่ระหว่างกลาง เช่น จะยิงเป้า การยิงปืนเป็นเจตนา เป้าเป็นวัตถุประสงค์ ส่วนการยิงให้ถูกเป้าเป็นความมุ่งหมาย

พระยาเลขาณิศฯ — ข้าพเจ้าเห็นว่าการพยายามไม่เกี่ยวกับเจตนา ต้องเอาระดับแห่งความสำเร็จเป็นเกณฑ์ เจตนาอันมีประกอบอยู่ในคำว่า พยายาม แต่การพยายามจะต้องใกล้ชิดกับความสำเร็จของความผิด

— พระยาอรรถกรมฯ —

๗.

พระยาอรรถกรมฯ — ถ้าจะเอาแต่การกระทำอย่างเดียว การยิงคนอาจมีเจตนาทำร้ายร่างกายก็ได้ เจตนาฆ่าคนตายก็ได้ ต้องเอาความมุ่งหมายที่จะกระทำเป็นเกณฑ์

หลวงประสาทย — หลักที่ว่าใช้ปืนยิง ถือว่าเป็นการพยายามฆ่าคนตายนั้น เป็นหลักที่ผิด (หลวงประสาทย อ่านร่างกฎหมายที่ยกขึ้นมาใหม่เสนอที่ประชุมอีกครั้ง)

นาย อาร์ . กियอง — ถ้าท่านยกมาตรา ก. มารวมกับมาตรา ข. ก็จะต้องมีโทษเท่ากัน

หลวงจำรูญฯ — ต้องดูด้วยว่าจะเอาข้อยังมารวมไว้หรือไม่ เพราะถ้าจะรวมไว้บทวิเคราะห์นั้นก็ใช้ได้

พระยาลัดพลีฯ — ต้องเอามาบัญญัติรวมไว้

นาย อาร์ . กियอง — ในร่างมาตรา ก. ไม่ได้พูดถึงผลเลย เพราะผลแห่งการกระทำมีความสำคัญอยู่เฉพาะในมาตรา ข. ในกฎหมายต่างประเทศการพยายามกระทำความผิดมาตรา ก. กฎหมายลดโทษให้ ส่วนการกระทำความผิดยังไม่สำเร็จ (failure to commit an offence) ตามมาตรา ข. นั้นลงโทษเต็ม เพราะได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จะให้ความผิดนั้นสำเร็จแล้ว เว้นแต่ผู้กระทำจะได้ป้องกัน ไม่ให้ผลแห่งการกระทำเกิดขึ้น

ประธานฯ — ปัญหานี้เป็นปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณา

หลวงจ่าบุญฯ — ที่กฎหมายต่างประเทศไม่ลดโทษให้ เพราะบุคคลนั้นได้กระทำความผิดแล้ว การลงโทษผู้กระทำความผิดไม่ใช่เพราะผู้นั้นฆ่าคนตาย แต่เป็นเพราะจะป้องกันไม่ให้ผู้อื่นกระทำการอย่างนั้นต่อไปอีก

ประธานฯ — เราจะยอมรับหลักของนาย อาร์ . กียอง หรือไม่

ม.จ. สกลฯ — ความเห็นของนาย อาร์ . กียอง ถูกต้องแล้ว เพราะเมื่อกระทำทุกสิ่งทุกอย่างแล้วก็ควรลงโทษเต็มที่ เช่น ในเรื่องฆ่าคนตาย การลงโทษผู้กระทำความผิดไม่ได้ทำให้ผู้ตายฟื้นมาได้ การที่ลงโทษผู้กระทำก็เพราะเหตุไม่ให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น และโดยเหตุนี้ผู้ถูกยิงจะถึงแก่ความตายหรือไม่ จึงไม่ควรถือว่าเป็นข้อสำคัญ

หลวงจ่าบุญฯ — กฎหมายต่างประเทศได้ถือหลักที่ว่า การลงโทษเพื่อป้องกันไม่ให้กระทำความผิดขึ้นอีก

พระยาอรรถการีย์ฯ — หลักของการลงโทษมีหลายอย่าง นอกจากจะป้องกันไม่ให้ความผิดเกิดขึ้นอีกแล้ว ยังมีหลักให้ชดเชยกับความผิดที่เกิดขึ้นแล้วด้วย ข้าพเจ้าเห็นว่าควรมีโทษเท่ากัน และไม่ควรแยกบัญญัติเป็นสองมาตรา

— ประธานฯ —

๘.

ประธานฯ — การไม่ลดโทษจะเป็นการช่วยให้กระทำความผิดสำเร็จ เช่น ยิงไปแล้วแต่ยิงไม่ถูก ถ้าผู้กระทำทราบว่า จะยิงถูกหรือไม่ถูก โทษก็เท่ากันจะไม่กลับใจ คงยิงต่อไปจนผู้ถูกยิงตาย คิดว่าควรเอาร่างของพระยาอรรถการีย์ฯ ดีกว่า

หลวงประสาทฯ — ร่างของพระยาอรรถการีย์ฯ ชัคออยู่หน่อย เพราะตอนนั้นเราใช้คำว่า “ลงมือ” ซึ่งแสดงว่ายังไม่บรรลุผล แต่ถ้าใช้คำว่า “ลงมือ” แล้วก็ต้องหมายต่อไปว่า กระทำไปตลอดหรือไม่ตลอด เพราะฉะนั้นจึงอยากไต่ไปทั้งสองกรณี การเรียนกฎหมายก็จะสะดวกเข้า

ประธานฯ — เอาตามร่างของพระยาอรรถการีย์ฯ แต่เอาคำว่า “ลงมือ” ออกเสียได้หรือไม่

พระยาอรรถการีย์ฯ — คำว่า “ลงมือ” ดีจะได้แสดงให้เห็นว่าพ้นจากการเตรียมไปแล้ว

หลวงประสาทฯ — ถ้าจะเอาคำว่า “ลงมือ” ไว้ก็ควรแยกออกไป

พระยาอรรถการีย์ฯ — ถ้าผลแตกต่างกันก็ควรแยก แต่นี่ผลแตกต่างกันไม่มี

หลวงประสาทย — แต่ข้อเท็จจริงเป็นคนละเรื่อง

พระยาอรรณกรมฯ — ใช้คำว่า “ลงมือแล้ว” จะได้หรือไม่ จะได้แสดงว่ากระทำไปแล้ว
ส่วนใดส่วนหนึ่ง

พระยาเลขวิชัยฯ — ที่หาคำใหม่มาไม่ดี ควรใช้คำเก่า

ประธานฯ — คำเก่า เอาคำว่า “พยายาม” ขึ้นหน้าไม่เหมาะ

พระยาอรรณกรมฯ — ใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดลงมือแล้ว แต่ไม่บรรลุผล” จะได้
หรือไม่

พระยาเลขวิชัยฯ — ควรใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดไม่สำเร็จ เพราะเหตุนอกอำนาจ”

หลวงประสาทย — ข้าพเจ้าขอยืนยันให้บัญญัติว่า ได้กระทำไม่ตลอดและได้กระทำ
ตลอดแล้ว

พระยาอรรณกรารีย์ — การไม่บรรลุผลนั้นมีโทษสองอย่างนั้นเท่านั้นหรือ ถ้ามีอย่างอื่น
อีกอันตราจะมาก

หลวงประสาทย — มีได้สองอย่างเท่านั้น คือ กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำตลอดไป
แล้ว แต่ผลไม่เกิดขึ้น

— ม.จ. สกตฯ —

๕.

ม.จ. สกตฯ — รักจะให้บัญญัติอย่างหลวงประสาทย

พระยาอรรณกรารีย์ — จะใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำความผิดโดยได้ลงมือกระทำการส่วนใดส่วน
หนึ่ง” จะได้หรือไม่

ประธานฯ — “ลงมือ” ก็เป็นเรื่องกระทำการส่วนใดส่วนหนึ่งนั่นเอง

พระยาอรรณกรารีย์ — การกระทำไปไม่ตลอดจะบรรลุผลไม่ได้หรือ

ประธานฯ — บรรลุผลไม่ได้

พระยาอรรณกรารีย์ — อย่างตัดขาคน ๆ หนึ่ง พอตัดไปได้ทีเดียว ตำรวจก็จับ ต่อมาแพทย์ก็
ต้องตัดขานั้นออก

หลวงประสาทย — นั่นเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

พระยาอรรณกรารีย์ฯ — ข้าพเจ้าไม่ขัดข้องในการที่จะแยกบัญญัติไว้ แต่มีข้อสงสัยสอง
ประการ คือการที่ผลไม่เกิดขึ้นนั้นมีเพียงในสองกรณี คือการกระทำไม่ตลอดและการกระทำ
ตลอดไปเท่านั้นหรือ และนอกจากนั้นอาจเป็นไปได้หรือไม่ ที่กระทำไปไม่ตลอดแต่ผลก็เกิดขึ้น

หลวงจ่ารัฐฯ — ตัวอย่างที่พระยาอรรถการีย์สงสัยบางทีจะเป็นอย่างนี้ คนจะเผาบ้านผู้อื่น เอาผ้าชุบน้ำมันก๊าดไปใส่ไว้แล้ว แต่ลืมเอาไม้ขีดไฟมา จึงกลับไปเอาไม้ขีดไฟ ในระหว่างนี้มีคนทิ้ง ก้นบุหรี่มาถูกผ้าที่ชุบน้ำมันก๊าด ไฟเลยไหม้บ้าน

พระยาอรรถกรมฯ — คำว่า “บรรลุผล” จะต้องเข้าใจว่า บรรลุผลโดยการกระทำของผู้
นั่นเอง

ที่ประชุมตกลงยอมรับร่างของหลวงประสาทฯ ตามที่แก้ไขใหม่ ซึ่งมีความว่า “ผู้ใดลง
มือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่ไม่บรรลุผลตามความ
มุ่งหมาย ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

ประธานฯ — ควรพิจารณาว่าจะรวมมาตรา ก. กับมาตรา ก. และมาตรา ข. หรือไม่

หลวงจ่ารัฐฯ — ไม่น่าจะเอามารวม

ที่ประชุมเห็นว่าควรรวมมาตรา ก. และ ข. เท่านั้น ไม่ต้องรวมมาตรา ก. ด้วย

ประธานฯ — ในเรื่องโทษสำหรับ พยายามจะบัญญัติอย่างไร

หลวงประสาทฯ — อาจบัญญัติความต่อไปได้ใช้คำว่า “และพึงรับอาญาสองในสาม
ส่วน ฯลฯ”

พระยาอรรถการีย์ฯ — ควรร่างเป็นวรรคใหม่ดีกว่า และข้าพเจ้าได้ร่างไว้แล้วดังนี้ “ผู้ใด
พยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับอาญาสำหรับความผิดนั้นสองในสามส่วน”

— ที่ประชุม —

๑๐.

ที่ประชุมตกลงรับร่างของพระยาอรรถการีย์ฯ

พระยาอรรถการีย์ — จะยกมาตรานี้เป็นอีกมาตราหนึ่งหรือไม่

หลวงประสาทฯ — ที่บัญญัติบทวิเคราะหฺ์เฉย ๆ เป็นมาตรา เราไม่เคยทำ

หลวงจ่ารัฐฯ — เคยมีในเรื่องเจตนา

หลวงประสาทฯ — ข้าพเจ้าอยากให้รวมเรื่องยับยั้งเป็นมาตราเดียวกันทีเดียว

หลวงจ่ารัฐฯ — ถ้ามาตรายาวนักอย่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะยิ่ง
เข้าใจยากขึ้น

นาย อาร์ . กียอง — ในกรณีที่เราลงโทษการพยายามและการทำความผิดไม่สำเร็จ
(failure to commit an offence) ให้เท่ากันนั้น ควรระลึกว่าเราได้ใช้คำว่า “พยายาม” มานานแล้ว

ประธานฯ — เราเห็นว่าควรลดโทษให้

หลวงจำรูญฯ — ควรจะใช้คำมาตรา 58 คือ ใช้คำว่า “สองในสามส่วนของอาญา ฯลฯ

หลวงประสาทฯ — ถ้าเช่นนั้น ก็ใช้คำเหมือนกัน โดยใช้คำว่า “ให้ลงอาญาแก่ผู้นั้นสองในสามส่วนของอาญา”

พระยาวรรดการีย์ฯ — ถ้อยคำตอนที่ว่า “ให้ลงอาญา” นั้นไม่จำเป็นต้องเหมือนกันทีเดียว

ที่ประชุมให้ใช้คำว่า “ผู้นั้นต้องรับอาญาสองในสามส่วนของอาญาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

พระยาวรรดการีย์ฯ — ส่วนความต่อมานั้น ข้าพเจ้าได้ร่างไว้ดังนี้ “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียได้ด้วยใจตนเอง ผู้นั้นต้องรับอาญาเพียงเท่าที่ได้กระทำไปแล้ว หากการกระทำไปแล้วนั้นกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด”

หลวงประสาทฯ — ต้องแยกออกเป็นสองกรณีอย่างร่างของนาย อาร์ . กิจอง

พระยาวรรดการีย์ฯ — ถ้าทำตลอดแม้ยับยั้งเสียก็ไม่เป็นพยายาม

หลวงประสาทฯ — จะถือเช่นนั้นไม่ได้ ต้องถือว่าพยายาม เช่น ยิงปืนไปแต่ไม่เกิดผลจะยับยั้งภายหลังไม่ได้

พระยาวรรดการีย์ฯ — ข้าพเจ้าเห็นด้วย

— พระยาเลวณิชาฯ —

๑๑.

พระยาเลวณิชาฯ — ถ้าตั้งใจยิงจนตาย ยิงผิดไปแล้วนั้นยับยั้งเสียไม่ยิงต่อไปจนตาย เป็นเรื่องยับยั้ง

พระยาวรรดการีย์ฯ — แต่ผู้ที่ยิงนั้นต้องลงโทษเท่าที่กระทำไปแล้ว คือพยายามฆ่าคนตาย ในวาระที่ 1 ข้าพเจ้าได้มีความเห็นอย่างพระยาเลวณิชาฯ เหมือนกัน แต่ที่ประชุมไม่เห็นพ้องด้วย

พระยาเลวณิชาฯ — เห็นว่ากรณีที่ยิงคนผิดแล้วยับยั้งเสียไม่ยิงต่อไป แม้ยังยิงต่อไป ผู้กระทำไม่มีโทษฐานพยายามฆ่าคนตาย

หลวงประสาทฯ — จะใช้คำดังนี้ได้หรือไม่ “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด เพราะกระทำไปไม่ตลอด เนื่องมาจากการยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง ผู้นั้นมีผิดเพียงเท่าที่ “กระทำไป”

พระยาวรรดการีย์ฯ — ควรมีคำว่า “ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นความผิด” อ้างท้ายด้วย

พระยาอรรถการีย์ฯ — ควรใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียได้ ไม่กระทำให้ตลอดไป ผู้นั้นต้องรับอาญาเพียงเท่าที่ได้กระทำให้ไปแล้ว เมื่อการที่กระทำให้แล้วนั้น กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด”

ม.จ. สกลฯ — ต้องมีคำว่า “เอง” ด้วย

พระยาอรรถการีย์ฯ — ถ้าเช่นนั้นใช้คำเก่าว่า “ยับยั้งเสียได้ด้วยใจตนเอง”

ม.จ. สกลฯ — ใช้คำว่า “ยับยั้งเสียเอง” ก็พอ

หลวงประสาธน์ — เห็นตำราจะมา จึงหยุดการกระทำเสียก็เป็นการยับยั้งเสียเองเหมือนกัน คำว่า “ยับยั้งเสียด้วยใจตนเอง” ดีกว่า

ม.จ. สกลฯ — คำว่า sportsneously แปลว่า “โดยลำพังตนเอง”

ที่ประชุมตกลงรับร่างของพระยาอรรถการีย์ฯ แต่ให้แก้คำว่า “ยับยั้งเสียได้” เป็น “ยับยั้งโดยลำพังตนเอง”

ประธานฯ — สำหรับร่างของ นาย อาร์ . กियอง วรรค 4 ควรเลื่อนไปพิจารณาราวหน้า เพราะมีเรื่องที่จะพูดกันมาก

ที่ประชุม ตกลงให้นัดประชุมคราวหน้าวันอังคารที่ 10 กันยายน 2483 เวลา 10.00 น.

ปิดประชุมเวลา 12.15 น.

สายหยุด แสงอุทัย

ผู้จดรายงาน

เสริญ พิมพ์

สายหยุด ทาน

ภาคผนวก ง

มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจร่างพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 120/101/2483

วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483

ประเด็นที่พิจารณามติ

หมวดที่ 5 การพยายามกระทำความผิด
ร่างมาตรา 60 ของเลขานุการ และร่างมาตรา ก.
และ ข. ของนาย อาร์ กียอง

(1) นาย อาร์. กียอง เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ควรจะแยกการพยายามและการกระทำความผิดไม่สำเร็จออกจากกันโดยถือว่าการ “พยายาม” ผู้กระทำให้ยังไม่ได้กระทำทุกสิ่งทุกอย่างอันจำเป็นสำหรับความผิด เพราะมีเหตุมาขัดขวางเสีย การพยายามนี้ควรมีโทษน้อย ซึ่งเป็นกรณีในมาตรา ก. ส่วนการกระทำความผิดไม่สำเร็จได้แก่ผู้กระทำได้กระทำทุกสิ่งทุกอย่างอันจำเป็นสำหรับความผิดที่สำเร็จแล้ว แต่ผลไม่เกิดขึ้นตามที่มุ่งหมายไว้ ซึ่งผู้กระทำควรรับโทษเหมือนกระทำความผิดสำเร็จ (ซึ่งเป็นกรณีในมาตรา ข.)

(2) หลวงประสาธ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ควรแยกออกเป็นสองกรณี อย่าง นาย อาร์. กียอง เสนอ แต่ไม่เห็นด้วยในการที่จะเอาโทษเต็มขอให้พิจารณาก่อน — ว่าการกระทำตามร่างมาตรา ข. จะควรเอาโทษเต็มหรือไม่ _____ ถ้าเห็นว่าควรลงโทษเท่ากับมาตรา ก. ก็อาจบัญญัติรวมกันได้ โดยใช้คำว่า “ผู้ใดลงมือกระทำ

(ที่ประชุมให้พิจารณา (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12) (13) (14) (15) และ (16) รวมกันไป)

ที่ประชุมเห็นว่า ปัญหาที่ว่า จะควรแยกกรณีพยายามกระทำความผิดและกรณีกระทำความผิดไม่สำเร็จไว้เป็นสองมาตราหรือไม่นั้น ย่อมแล้วแต่ว่ากรณีทั้งสองนี้จะควรมีโทษเท่ากัน มิฉะนั้นจะเป็นการให้ผู้กระทำการไม่สำเร็จให้กระทำความผิดสำเร็จ เพราะผลที่ได้รับเท่ากัน ที่ประชุมจึงเห็นว่าควรรวมบัญญัติเป็นมาตราเดียวกัน อนึ่งที่ประชุมเห็นต่อไปว่าแม้โทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดและการกระทำความผิดไม่สำเร็จจะเท่ากันก็ดีแต่ควรแยกออกเป็นสองกรณี ที่ประชุมจึงลงมติรับร่างของหลวงประสาธฯ ซึ่งมีความดังนี้ “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลตามความมุ่งหมาย ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

(3) พระยาเลขวินิจฉัยฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าถ้าจะบัญญัติอย่างหลวงประสาธน์ฯ จะไปไกล จะเป็นการพยายามจะต้องมีผลใกล้เคียงกับเหตุ ควรใช้คำว่า “เจตนากระทำความผิด และได้กระทำความผิดไม่สำเร็จเพราะเหตุนอกอำนาจ

(4) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าตัวบทที่ใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ฯลฯ” ไม่ดี แต่ถ้าเห็นว่ามาตรา ก. และมาตรา ข. ควรมีโทษเท่ากันแล้ว ก็อาจบัญญัติรวมกันไปได้ดังนี้ “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่ไม่ได้เกิดผลครบถ้วนตามเจตนา ผู้ นั้นพยายามกระทำความผิด”

(5) ม.จ.สกลฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าคำว่า “ครบถ้วนตามเจตนา” แรงเกินไป ควรใช้คำว่า “สมกับเจตนา”

(6) พระยาเลขวินิจฉัยฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าที่ถือเอาเจตนาเป็นหลักไม่เหมาะสม เพราะ “พยายาม” ถือเอาการกระทำเป็นเกณฑ์ ไม่ได้ถือเอาว่าสมเจตนาหรือไม่

(7) พระยาอรรถกรมฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าถ้าดูแต่การกระทำอย่างเดียว การยิงคนอาจมีเจตนาทำร้ายร่างกายก็ได้ ฆ่าคนตายก็ได้ ต้องเอาความมุ่งหมายที่จะกระทำเป็นเกณฑ์

(8) นาย อาร์. กียอง เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าถ้ามาตรา ก. และมาตรา ข. มารวมกันจะต้องให้มีโทษเท่ากัน แต่กฎหมาย

(9) หลวงจรัญฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าที่กฎหมายต่างประเทศไม่ลงโทษให้ เพราะผู้นั้นได้กระทำความผิดเสียแล้ว การลงโทษเป็นการป้องกันมิให้ผู้อื่นมากระทำความผิดเช่นนั้นอีก

(10) ม.จ.สกลฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าการลงโทษผู้กระทำก็เพื่อไม่ให้ผู้อื่นกระทำเช่นนั้น ในการฆ่าคนตายผู้กระทำจะถึงแก่ความตายหรือไม่ ไม่เป็นข้อสำคัญ

(11) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า การลงโทษมีความมุ่งหมายหลายอย่างนอกจากป้องกันมิให้ความผิดเกิดขึ้นอีกยังประสงค์จะชดเชยการกระทำผิดที่กระทำไปแล้วด้วย

(12) พระยาลัดพลีฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าถ้าไม่ลดโทษการกระทำผิดไม่

สำเร็จ จะเป็นการยุให้กระทำความผิดจนสำเร็จ เช่นถ้ายิงคนไปแล้วแต่ไม่ถูก เมื่อผู้กระทำทราบ ว่าโทษเท่ากับฆ่าคนตายก็จะไม่กลับใจ คงยิ่งต่อไปจนกว่าจะถูก

(13) หลวงประสาทย เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าเมื่อใช้คำว่า “ลงมือ” ก็ต้องอธิบายต่อไปว่ากระทำไปตลอดหรือไม่ตลอดจะเป็นอย่างไร

(14) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าไม่ขัดข้อง ที่จะแยกบัญญัติเป็นกรณีสองกรณี แต่มีข้อสงสัยสองประการ คือ การที่ผลไม่เกิดมีเพียงสองกรณี คือ กระทำไม่ตลอด และกระทำตลอดไปเท่านั้น หรือ และนอกจากนั้นอาจเป็นไปได้หรือไม่ที่กระทำไปไม่ตลอดแต่ผลเกิดขึ้น

(15) หลวงประสาทย เสนอ (ในที่ประชุม) ว่ากรณีที่เกิดผลไม่เกิดขึ้นมีเพียงสองกรณี คือ กระทำไม่ตลอดไป และกระทำตลอดไปเท่านั้น

(16) พระยาอรรถกรมฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าคำว่า “บรรลุผล” ต้องเข้าใจว่าหมายถึงโดยการกระทำของผู้นั่นเอง

(17) หลวงประสาทย เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าความต่อไปควรใช้คำว่า “ฯลฯ และพึงรับอาญาสองในสามส่วน ฯลฯ” (ที่ประชุมให้พิจารณา (20) (21) (22) และ (23) รวมกันไป)

(18) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าควรร่างเป็นวรรคใหม่ดีกว่า โดยใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับอาญาสำหรับความผิดนั้นสองในสามส่วน” (ที่ประชุมตกลงรับร่างของพระยาอรรถการีย์ฯ แต่ให้แก้คำว่า “ยับยั้งเสียได้” เป็น “ยับยั้งโดยลำพังตนเอง”)

(19) หลวงจำรูญฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าควรใช้คำตามมาตรา 54 โดยใช้คำว่า “สองในสามส่วนของอาญา”

(20) หลวงประสาทย เสนอ (ในที่ประชุม) วรรคต่อมาควรใช้คำว่า “ผู้ใดพยายาม (ที่ประชุมให้พิจารณา (17) (18) และ (19))

(21) พระยาอรรณกรมฯเสนอ(ในที่ประชุม) ว่า ควรมีคำว่า “ถ้าหากการกระทำนั้น เป็นความผิด” ด้วย

(22) พระยาอรรณกริย์ฯเสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดหากยับยั้งเสียได้ไม่กระทำให้ตลอดไป ผู้นั้นต้องรับอาญาเพียงเท่าที่กระทำไปแล้ว เมื่อการที่กระทำไปแล้วนั้นกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด”

(23) ม.จ.สกลฯ (เสนอในที่ประชุมว่าคำว่า spontaneously แปลว่า “โดยลำพังตนเอง”

ที่ประชุมให้บัญญัติเป็นอีกรวรรคหนึ่ง ใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับอาญาสองในสามส่วนของอาญาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

นัดประชุมคราวหน้าวันอังคารที่ 10 กันยายน 2483 เวลา 10.00 น.

เสริญ พิมพ์
สายหยุด ทาน

ภาคผนวก จ

คณะกรรมการกฤษฎีกา

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 121/104/2483

วันอังคาร ที่ 10 กันยายน 2483

ผู้ที่มาประชุม คือ

(1) นายอาร์. กียอง	กรรมการ
(2) หลวงจำรูญเนติศาสตร์	กรรมการ
(3) หลวงประสาทศุภินิติ	กรรมการ
(4) พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์	กรรมการ
(5) พระยาเลขวงนิชธรรมวิทักษ์	กรรมการ
(6) หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ	กรรมการ
(7) พระยาอรรถกรมมุนต์ดี	กรรมการ
(8) พระยาอรรถการีย์นิพนธ์	กรรมการ
(9) นายเดือน บุนนาค	กรรมการและเลขานุการ
นายเสริม วินิจฉัยกุล	ผู้ช่วยกรรมการร่างกฎหมาย
นายสายหยุด แสงอุทัย	ผู้จัดรายงาน
นายนาวาเอก หลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น.	ติตราชการที่อื่น
นาย ยอง บรูเนย์	ลาราชการ

เปิดประชุมเวลา 10.00 นาฬิกา

โดยที่นายนาวาเอก หลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น. ประธานอนุกรรมการฯ ติตราชการที่อื่น ที่ประชุมจึงลงมติให้พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ นั่งเป็นประธานแทน

ประธานฯ กล่าวเปิดประชุมและขอให้ที่ประชุมรับรองรายงานการประชุมและมติของที่ประชุมเป็นครั้งที่ 118/92/2483 และครั้งที่ 119/96/2483 ที่ประชุมได้รับรองรายงานการประชุมและมติของที่ประชุมทั้งสองคราวนั้น

ประธานฯ — ขอให้ที่ประชุมพิจารณาร่างมาตรา ก. วรรคท้าย ของนาย อาร์. กียอง ซึ่งมีความว่า “ถ้าผู้นั้นด้วยความสมัครใจของตนเองเข้าป้องกันมิให้เกิดเป็นความผิดขึ้นได้ ผู้นั้นพึงรับอาญาซึ่งกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลดลงกึ่งหนึ่ง เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

-นาย อาร์ . กียอง-

๒.

นาย อาร์ . กียอง — ร่างมาตรา ก. วรรคท้ายนี้ไม่เหมือนกับมาตรา 61 คือเป็นการที่ผู้กระทำได้พยายามป้องกันไม่ให้เกิดผลขึ้น เป็นการกระทำลงไป เพื่อป้องกันผลของการกระทำที่กระทำลงไปแล้วไม่ให้เกิดขึ้น ร่างมาตรา ก. วรรคท้ายนี้อามาจากกฎหมายวิธี

ประธานฯ — ตัวอย่างเช่นวางยาพิษไปเสร็จแล้ว ภายหลังเอามือปิดเสีย

พระยาอรรถกรม ฯ — รู้สึกว่าตามมาตรา 61 นี้ ยิ่งเขาหนึ่งที แล้วภายหลังยับยั้งเสียก็มีผิดฐานพยายาม แต่ถ้าจะระเบิดบ้าน จุดชนวนลูกระเบิดไปครั้งหนึ่งแล้ว แต่ตัดเสีย กลับจะยกโทษให้การยับยั้งควรได้รับผลดีมากกว่า

หลวงประสาธน์ฯ — มาตรา ก. วรรคท้ายหมายถึงกระทำการที่จะให้ความผิดเกิดขึ้นเสร็จแล้ว รู้สึกตัวว่าไม่ควรทำก็แก้ไขเสีย เช่นจุดชนวนระเบิด รู้สึกขึ้นมาก็ดับไม่ใช่เป็นการยับยั้ง

นายเดือนฯ — การยับยั้งต้องการกระทำยังไม่ครบถ้วน

ประธานฯ — ถ้าผลยังไม่เกิดขึ้น การกระทำนั้นก็เข้าวรรคหลังที่เราเขียนใหม่

พระยาอรรถการีย์ฯ — เข้าตามร่างที่เขียนใหม่แล้ว

หลวงประสาธน์ฯ — ที่เขียนใหม่เฉพาะการพยายามที่กระทำ “ไม่ตลอดไป”

ม.จ.สกลฯ — วรรคท้ายเป็นอีกกรรมหนึ่งต่างหาก

พระยาอรรถการีย์ ฯ — ตัวอย่างเรื่องชนวนยังติดไฟอยู่ เป็นเรื่องยังกระทำไปไม่ตลอด

ประธานฯ — ผู้จุดเขาอาจยังควบคุมอยู่ก็ได้

หลวงจำรูญ ฯ — ควรขยายมาตรา 61 ให้เข้าหาเรื่องนี้

พระยาอรรถกรม ฯ — เข้าปธานี้ตามมาตรา 59 อยู่แล้ว

หลวงจำรูญฯ — อยากให้บัญญัติว่าทำผิดแค่ไหน ให้เอาผิดแค่นั้น

พระยาอรรถกรม ฯ — อาจเติมร่างที่ตกลงไว้เดิมด้วยคำว่า “หรือกลับใจเข้าป้องกันมิให้เกิดความผิด”

ม.จ.สกลฯ — ตามร่างของนาย อาร์ . กียอง ภาษาอังกฤษจึงต้อง (1) ด้วยความสมัครใจ (2) เข้ากระทำการป้องกันผลและ (3) ได้ทำงานสำเร็จ

พระยาอรรถการีย์ ฯ — ขณะที่ลงมือกระทำเป็น “ความผิด” แล้วจะใช้คำว่า “มิให้เกิดความผิด” ไม่ได้

-พระยาเลวณิชา-

๓.

พระยาเลวณิชา — เห็นว่าเป็นปัญหาข้อเท็จจริงว่าเป็นการยับยั้งหรือไม่

นาย อาร์ . กียอง — อาร่างมาตรา 61 ให้รวมถึงกรณีป้องกันไม่ให้ผลเกิดขึ้นด้วยก็ได้ แต่เราต้องพิจารณาก่อนว่าจะเอาผิด เพียงเท่าที่กระทำไปแล้วอย่างเรื่องยับยั้งหรือจะลงโทษถึงหนึ่งตามที่ข้าพเจ้าร่างมา ถ้าเอาผิดอย่างยับยั้งก็บัญญัติรวมกันไปได้

หลวงประสาธน์ — อาจเติมคำว่า “หรือสมัครใจเข้าป้องกันมิให้บรรลุผลตามความมุ่งหมาย”

พระยาอรรถกรม — อย่างผลักคนตกรน้ำเพื่อฆ่าเขา แล้วไปช่วยขึ้นมา

หลวงประสาธน์ — ถ้าเขาผิดเท่าที่กระทำไปแล้ว คือ ฐานพยายามฆ่า ก็ไม่ต้องบัญญัติไว้เลย มาตรา 61 หมายความว่า ถ้าได้กระทำไปแล้ว กฎหมายไม่บัญญัติว่าเป็นความผิดเลยก็ไม่เป็นความผิด เช่นบรรจกระสุนปืนไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ถ้าเอาปืนไม่จดทะเบียนมาเพื่อจะใช้ยิงก็มีผิดฐานนั้น

พระยาอรรถการีย์ — มาตรา 61 ลงโทษเท่าที่กระทำความสำเร็จ แต่ถ้าเอาโทษฐานพยายามมาตรา 61 ก็ไม่มีประโยชน์เลย อย่างยิงเขาที่หนึ่งแล้วไม่ยิงต่อไปก็ควรยกเว้นโทษเลย

หลวงประสาธน์ — แต่การกระทำนั้น เข้าพยายามฆ่าคนตายแล้ว

พระยาอรรถการีย์ — ถ้าเข้าใจเช่นนั้นมาตรา 61 มีประโยชน์อย่างไร

หลวงประสาธน์ — อย่างเจ็อมัดขึ้นพันเป็นพยายามทำร้ายร่างกายเหมือนกันแต่ถ้ายับยั้งเสียเองไม่พันลงก็ไม่โทษ

พระยาเลวณิชา — อย่างโจรสั่งให้ลูกน้อง 20 คนเข้าแถวเพื่อให้อีกคนหนึ่งให้ตาย ลูกน้องยิงไปนัดหนึ่งผิด ผู้สั่งกลับใจให้หยุดยิงเสีย ไม่ควรเอาโทษผู้สั่งเลย

หลวงประสาธน์ — ต้องเอาโทษ เพราะแม้บุคคลคนเดียวทำก็พยายามแล้ว

ประธาน — การพยายามแล้วยับยั้งเสีย กับกระทำไปแล้วภายหลังป้องกันไม่ให้ผลเกิดขึ้นอย่างไรจะรุนแรงกว่ากัน

พระยาอรรถการีย์ — คนที่กระทำการป้องกันควรได้รับความกรุณามากกว่าแต่ควรลดโทษเท่ากัน

หลวงประสาธน์ — จะฆ่าคนโดยผลักให้ตกรน้ำ ผลักตกรน้ำไปแล้วกระโดดไปช่วยขึ้นมาเป็นเรื่องป้องกันไม่ให้ผลเกิด ควรลงโทษเพียงเท่าที่กระทำมาแล้ว คือ เอาผิดฐานทำร้ายร่างกาย

ประธาน — จะเกินไป อย่างลักทรัพย์เขามาแล้วเอามาคืนเจ้าของ มีต้องปล่อยตัวผู้นั้นหรือ

๔.

พระยาเลวณิชา — เรื่องลัทธิพิศมิตนั้นสำเร็จแล้ว

ประธาน ฯ — ที่ตั้งปัญหานี้ขึ้นก็คือ ถ้าความผิดไม่เหมือนกันแล้วก็ไม่ควรบัญญัติรวมกัน เพราะความผิดอันหนึ่งเป็นเรื่องกระทำเสร็จไปแล้ว

พระยารรณการีย์ ฯ — กรณีที่สำเร็จแล้วไม่ต้องพูดถึงเพราะไม่ใช่พยายาม

ประธาน ฯ — ผลักคนตกน้ำแล้วจึงไปงมขึ้นมา ไม่ถือว่ากระทำเสร็จแล้วหรือ

พระยารรณการีย์ ฯ — ผู้ที่ถูกผลักยังไม่ถึงแก่ความตาย

หลวงประสาธน์ ฯ — จะเอาผิดเท่ากับขบขั้วหรือไม่ นั่น มีทั้งเหตุผลสนับสนุนและค้านตามกฎหมายคอนติเนนท์ก็เอาโทษเต็ม

พระยารรณการีย์ ฯ — ต้องตั้งประเด็นก่อนว่า การพยายามแล้วขบขั้วเสียกับกระทำไปแล้วภายหลังแก้ไขเสียไม่ควรเอาโทษ เว้นแต่การกระทำนั้นจะประกอบเป็นความผิดอื่น

หลวงประสาธน์ ฯ — ควรเป็นอย่างนั้น

พระยารรณการีย์ ฯ — ถ้าเอาอย่างนั้นก็ร้ายง่าย

ประธาน ฯ — ถ้าเช่นนั้นก็พอแก้ไขได้

พระยาเลวณิชา — อยากให้บัญญัติรวมกันเสียโดยใช้คำว่า “ขบขั้วไม่ให้บังเกิดผล”

พระยารรณการีย์ ฯ — ควรเติมคำต่อไปนี้ “หรือกลับใจเข้าป้องกันตนไม่บรรลุผลที่ได้มุ่งหมายไว้” คือเพียงกลับใจเข้าป้องกันยังไม่พอ ต้องบรรลุผลด้วย

หลวงประสาธน์ ฯ — ที่ใช้คำว่า “จนไม่บรรลุผลที่ได้มุ่งหมาย” นั้น แรงเกินไป เพราะถ้าใช้คำว่า “ที่ได้มุ่งหมายไว้” จะเผาบ้านให้หมดทั้งหลังไฟไหม้บ้านไปเพียงครั้งหนึ่งแล้วดับเสีย เกรงจะเข้าค้ำ

พระยารรณการีย์ ฯ — ต้องไปดูว่าความผิดที่กระทำนั้นสำเร็จเมื่อไร

หลวงจรรณการีย์ ฯ — เผาไฟไปครึ่งบ้าน ความผิดฐานวางเพลิงสำเร็จแล้ว

พระยารรณการีย์ ฯ — ถ้าบ้านไหม้ปัญหาเรื่องพยายามจะไม่มี เพราะเราได้ขึ้นต้นด้วย “ผู้ใดพยายามกระทำผิด”

หลวงประสาธน์ ฯ — เข้าใจเช่นนั้นเหมือนกัน และเกรงว่าคนอื่นจะไม่เข้าใจอย่างนั้น เพราะคำว่า “ที่ได้มุ่งหมายไว้” แรงเกินไป

๕.

พระยาเลขาณิษา — ควรใช้คำว่า “บรรลุลผลความผิด”

พระยาอรรถการีย์ฯ — ไม่ดี เพราะพยายามก็เป็นความผิดเหมือนกัน

ประธานฯ — ควรใช้คำว่า “บรรลุลเป็นความผิดที่มุ่งหมายไว้”

ม.จ.สกลฯ — ที่ใช้คำว่าบรรลุลผลเป็นความผิดนั้น” ดีแต่จะใช้คำว่า “หรือจนไม่เกิดผลแห่งความผิด” หรือ “จนความผิดนั้นไม่เกิดผล” ก็ได้

ที่ประชุมตกลงให้ใช้คำว่า “หรือกลับใจเข้าป้องกันจนความผิดนั้นไม่เกิดผล” ฉะนั้นวรรคสามของร่างมาตรา 60 เมื่อเติมความข้อนี้นี้คงมีความดังนี้ “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียโดยลำพังตนเอง ไม่กระทำความผิดให้ตลอดไป หรือกลับใจเข้าป้องกันจนความผิดนั้นไม่เกิดผล ผู้นั้นต้องรับอาญาเพียงเท่าที่กระทำไปแล้ว เมื่อการที่กระทำไปแล้วนั้นกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด

พระยาอรรถการีย์ฯ — ความตอนท้ายควรใช้คำว่า “ผู้นั้นไม่ต้องนับอาญาเว้นแต่การที่กระทำไปแล้วนั้นจะต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด”

หลวงจ่ารัฐฯ — ควรใช้คำว่า “เป็นความผิดต่างหาก”

พระยาอรรถการีย์ฯ — ไม่ต้องมีคำนั้นก็เข้าใจได้

ที่ประชุมเห็นชอบด้วยกับร่างของพระยาอรรถการีย์ฯ ตามที่แก้ไขใหม่

หลวงจ่ารัฐฯ — ที่เขียนมานี้ไม่คลุมถึงมาตรา ก. วรรคท้าย

ม.จ.สกลฯ — คลุมถึง

หลวงจ่ารัฐฯ — ควรมีคำว่า “ผู้นั้นไม่ต้องรับอาญาฐานพยายามกระทำความผิดนั้น”

พระยาอรรถการีย์ฯ — จะชัดเจนไป และเกรงจะไม่กินกับคำต่อมาซึ่งใช้คำว่า “เว้นแต่”

หลวงประสาทฯ — อาจแก้คำว่า “นอกจาก” หมายความว่าจะต้องเอาความเดิมกลับมาพูดอีก

พระยาอรรถกรมฯ — อาจใช้คำว่า “แต่ไม่ยกเว้นการกระทำผิดฐานอื่น ๆ ละ”

พระยาอรรถการีย์ฯ — ยังรักความเดิมอยู่

นายเดือน — อาจใช้คำว่า “แต่ถ้าการที่กระทำไปแล้วนั้นต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด ผู้นั้นพึงรับอาญาสำหรับความผิดนั้น ๆ”

ที่ประชุมให้ใช้คำตั้งหลวงจ่ารัฐฯ และนายเดือนฯ เสนอ

-ประธาน-

๖.

ประธาน ฯ — ขอให้พิจารณาร่างมาตรา ค. ของนาย อาร์ . กियอง ซึ่งมีความว่า “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิดโดยใช้วิธีหรือในพฤติการณ์อันพ้นวิสัยที่ความผิดนั้นจะสำเร็จขึ้นได้ มีความผิดต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ลดลงกึ่งหนึ่ง

นาย อาร์ . กियอง — ที่ใช้คำว่า “ในพฤติการณ์อันพ้นวิสัย” นั้นไม่ดี ควรร่างอย่างกฎหมายสวีตซึ่งใช้คำว่า “กระทำต่อวัตถุประสงค์ซึ่งการกระทำนั้นไม่สามารถเป็นไปได้อย่างเด็ดขาด”

พระยาอรรถการีย์ ฯ — เป็นปัญหาในทางนโยบายว่าจะเอาโทษหรือไม่กฎหมายบางประเทศไม่เอาโทษ

หลวงจำรูญฯ — เราแยกการเป็นไปได้ กับคำว่า การอาจไม่เป็นไปได้ให้ออกจากกันไม่ได้

หลวงประสาธฯ — ควรตัดร่างมาตรานี้ออกเสียทีเดียว ปล่อยในศาลวินิจฉัย

พระยาอรรถการีย์ ฯ — ข้าพเจ้าเห็นว่าไม่ควรเอาโทษ แต่ข้อนี้แล้วแต่ที่ประชุมจะพิจารณาเพราะความจริงนั้นมีใจร้ายแล้ว

ม.จ.สกลฯ — ถ้าเจ้าของทรัพย์ไม่มีสตางค์ในกระเป๋า เจ้าของทรัพย์รู้แต่ผู้มาล้วงกระเป๋าไม่รู้แต่ควรจะเอาโทษ

ประธาน ฯ — อย่างจะฆ่า ข. เอาปืนยิงไป ปรากฏว่า ข.ออกจากบ้านไปแล้ว 1 ชั่วโมง ไม่ใช่พยายาม แต่จะควรเอาโทษหรือไม่

หลวงจำรูญฯ — เช่นจะยิงผู้พิพากษาไปที่เตียงนอน เผอิญวันนั้นผู้นั้นนอนคิดไป ชั่วโมงหนึ่งจะเอาโทษได้หรือไม่

พระยาอรรถการีย์ ฯ — เป็นพยายาม แต่ถ้าผู้พิพากษาเผอิญตายไปเสียก่อน 1 ชั่วโมง ไม่ใช่พยายาม แต่ควรจะเอาโทษหรือไม่

หลวงจำรูญฯ — ถ้าจะบัญญัติเรื่องนี้ไว้ก็ควรเขียนให้ชัด

พระยาอรรถการีย์ ฯ — จะเขียนหรือไม่เขียนอยู่ในนโยบายว่าจะเอาผิดหรือไม่

ม.จ. สกลฯ — ข้าพเจ้าเห็นว่าควรเอาโทษการกระทำเช่นนี้เพราะกฎหมายเขียนไว้เพื่อป้องกันไม่ให้คนกระทำความผิดอาญา

พระยาอรรถการีย์ ฯ — ถ้าเป็นพยายามก็เป็นความผิดอยู่แล้ว คงเหลือแต่การฆ่าศพว่าจะเอาผิดหรือไม่

-ประธาน-

๗.

ประธานฯ — ถ้ายิ่งเขาปรากฏว่าเขาสิ้นใจเสียแล้ว เลยถูกยิงตายก็จะต้องพิจารณาก่อนว่าใกล้ชิดกับเหตุหรือไม่

พระยาอรรถการีย์ฯ — ต้องพิจารณาว่า ถ้าความผิดไม่สามารถเกิดขึ้นได้ทีเดียวไม่เอาผิดส่วนล้างกระเป่าที่ไม่มีสตาจันนั้น สตาจันอาจมีอยู่ในกระเป่าหรือไม่ก็ได้ควรเอาผิด

พระยาเลขาภิบาลฯ — ควรเอาโทษ 1 ใน 3

หลวงจำรูญฯ — การกระทำเช่นนั้นควรเอาโทษทีเดียว เพราะมีเจตนาร้ายแล้ว

หลวงประสาธฯ — ข้าพเจ้าเห็นว่าไม่ควรเอาโทษ

นาย อาร์ . กियอง — กฎหมายสวิสกำหนดว่าศาลจะลดโทษเท่าใด ๆ ก็ได้แต่ที่เราไม่ได้ให้อำนาจศาลเช่นนั้น

หลวงจำรูญฯ — เราได้ให้อำนาจศาลเช่นนั้นไว้เหมือนกัน เช่นเรื่องยั่วโทษ

ที่ประชุมฝ่ายข้างมากเห็นว่า การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ควรมีโทษ

ประธานฯ — เมื่อเอาโทษแล้วจะเขียนอย่างไร

หลวงประสาธฯ — ขอให้เหตุผลที่เห็นว่าไม่ควรเอาโทษ ดังนี้ที่เอาโทษเต็มในเรื่องกระทำผิดครบถ้วนแล้วแต่เกิดผลตามมาตรา ข. นั้น เพราะเราไม่ยอมรับหลักกฎหมายในทาง subjective มาตรา ค. นี้เห็นหลักอันเดียวกับมาตรา ข. เมื่อยังไม่ได้แก้ ก็เป็นหลักทาง subjective คูเจตนาและการกระทำของผู้กระทำฝ่ายเดียว ถ้าเรารับตามมาตรา ค. ก็เป็นว่าเรารับครึ่งไม่รับครึ่งและมาตรา ค. พุทธถึงวิธีที่พ้นวิสัยหรือพฤติกรรมที่พ้นวิสัยด้วย แต่ในประเทศไทยมีวิธีที่พ้นวิสัยมาก การพยายามทำร้ายเขาด้วยเวทย์มนต์คาถา ถ้าจะลงโทษก็เป็นที่สงสารคนโง่

ประธานฯ — ในเรื่องนั้นกฎหมายไม่รับรอง

ม.จ.สกลฯ — อย่างเป่ามนต์ คิด ฌ ควรลงโทษทีเดียว

พระยาเลขาภิบาลฯ — แล้วแต่ศาลจะวินิจฉัย

หลวงประสาธฯ — ถ้าเอาโทษการพยายามที่เป็นไปไม่ได้ การกระทำเช่นนั้นต้องเอาโทษหมดเพราะอยู่ในข้อบังคับเดียวกัน เกรงจะมีคดีขึ้นศาลมาก

หลวงจำรูญฯ — ถ้าเอาโทษแล้วภายหลังก็คงไม่มีคนกระทำเช่นนั้น

พระยาอรรถการีย์ฯ — ฝ่ายที่เห็นว่าควรเอาโทษควรเขียนกฎหมายไม่ให้คลุมถึงกรณีทำนองนี้

ประธานฯ — ต้องเอาเฉพาะที่เป็นไปได้

-หลวงประสาทย-

๘.

หลวงประสาทย — ถ้าเอาเฉพาะที่จะเป็นไปได้อันถึงโทษได้อยู่แล้วในมาตรา ก. และ ข.
 พระยารรณการีย์ ๑ — อย่างนั่งเทียนจะเอาผิดหรือไม่
 หลวงจรัญ ๑ — ที่เอาโทษนั้นดีแล้ว ส่วนจะเอาโทษอย่างไรเราจะพูดทีหลัง กฎหมาย
 สวัสดิ์ให้ศาลลงโทษได้ไม่จำกัด การกระทำเช่นนั้นศาลอาจลงโทษปรับสัก 25 บาท

ประธาน ๑ — จะลงโทษเท่าใด

หลวงจรัญ ๑ — ควรให้ศาลลงโทษเท่าใด ๆ ก็ได้

พระยารรณการณ ๑ — ถ้าบัญญัติเช่นนั้นศาลอาจลงโทษเต็มก็ได้

นาย อาร์ . กียอง — ควรกำหนดโทษอย่างสูงไว้

หลวงจรัญ ๑ — ควรลงโทษให้ถึงหนึ่ง

ที่ประชุมตกลงให้ศาลลงโทษได้ไม่เกินถึงหนึ่ง

พระยารรณการีย์ ๑ — ควรใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งตรงก่อผลสำเร็จอันใดซึ่ง
 กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นแม้ จะได้กระทำตลอดไปโดยปกติก็ไม่สามารถ
 เกิดผลขึ้นได้ตามความมุ่งหมาย ผู้นั้นจะต้องรับอาญาไม่เกินถึงหนึ่งของอาญาซึ่งกฎหมายกำหนด
 ไว้สำหรับความผิดนั้น”

ม.ว.สกล ๑ — ถ้อยคำที่นาย อาร์ . กียอง ร่างมานั้นพอใจหรือไม่

พระยารรณการีย์ ๑ — ร่างของนาย อาร์ . กียอง ใช้คำว่า “พยายามกระทำความผิด”
 ซึ่งกรณีนี้ไม่ใช่พยายาม การกระทำความผิดนั้นเป็นไปไม่ได้เลย

ม.จ.สกล ๑ — เป็นพยายาม

พระยารรณการีย์ ๑ — สิ่งที่ไม่สามารถเป็นไปได้อัน เราไม่ได้บัญญัติว่าเป็นความผิดที่ใช้
 คำว่า “โดยปกติ” นั้น เช่นฆ่าศพโดยปกติไม่มีทางฆ่าได้

หลวงจรัญ ๑ — โดยปกติคนมีชีวิตอยู่

ม.จ.สกล ๑ — แปลว่า ร่างของนาย อาร์ . กียอง ที่ยกขึ้นใหม่เสนอที่ประชุมมีความว่า
 “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดโดยใช้วิธีหรือกระทำต่อวัตถุอันมีสภาพเป็นลักษณะซึ่งการบรรลุผล
 แห่งความผิดนั้นเป็นการพ้นวิสัยอย่างแน่แท้ ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนด
 ไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ไม่เกินกว่าถึงหนึ่ง”

นาย อาร์ . กียอง — ข้าพเจ้าอยากให้อ่านตามกฎหมายสวัสดิ์ คือ using means or
 against a thing, the nature is such that it is absolutely impossible etc.

ประธาน ๑ — ต้องถือว่ากรณีเช่นนี้เป็นเรื่องพยายาม

-พระยาอรรถการีย์-

ธ.

พระยาอรรถการีย์ ฯ — การกระทำจะเป็นความผิดหรือไม่ต้องดูภาค 2 ของการฆ่าศพ ภาค 2 ไม่ได้บัญญัติว่าเป็นความผิด เพราะเราจะเอาผิดเราจึงต้องเขียนขึ้นใหม่ แต่ไม่ใช่เรื่องพยายาม

หลวงจำรูญ ฯ — จะเป็นการพยายามหรือไม่ก็แล้วแต่ เราบัญญัติว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิดก็แล้วกัน

ประธาน ฯ — อาศัยหลักพยายามเดิม คือ ดูว่ามีเจตนากระทำผิดอย่างไร

พระยาอรรถการีย์ ฯ — แต่ในเรื่องพยายามของเรา เราไปขึ้นต้นว่า “ผู้ใดลงมือกระทำ ความผิด” ซึ่งต้องเข้าใจว่าเป็นความผิดตามภาค 2 แต่การฆ่าศพไม่เป็นความผิดตามภาค 2 ใดๆ

พระยาอรรถกรม ฯ — ถ้าอย่างนั้นจะเอาเจตนาอะไร จะผิดหลักกฎหมายอาญาใหญ่จะว่าเจตนาถึงศพก็ไม่ได้

พระยาเลขาภิบาล ฯ — ควรใช้คำว่า “ผู้ใดเจตนาจะกระทำผิด แต่ได้กระทำโดยวิธี หรือในพฤติกรรมการอันพ้นวิสัยซึ่งความผิดนั้นจะสำเร็จได้”

ม.จ.สกล ฯ — ควรใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำผิด แต่ใช้วิธีหรือกระทำต่อวัตถุ ซึ่งไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับความผิดนั้นไม่เกินกว่าถึงหนึ่ง”

พระยาอรรถการีย์ ฯ — สำหรับ “วิธี” ไม่ควรเอา หลวงประสาธ ฯ ว่าอาจมีการเสกมนต์ให้คนตาย

หลวงประสาธ ฯ — แต่ถ้าจะเอาการพยายามที่เป็นไปไม่ได้เป็นความผิดก็ต้องเอาให้ตลอด

พระยาอรรถการีย์ ฯ — ล้วงกระเป๋าไม่พบสตางค์ ผู้กระทำได้ใช้วิธีถูกต้องแล้วแต่กระทำต่อวัตถุอะไร เพราะวัตถุไม่มีอยู่เลย

พระยาเลขาภิบาล ฯ — ที่จริงความผิดนั้นเรากลือเจตนาเป็นใหญ่

นายอาร์ . กियอง — เราต้องระวังถ้อยคำ กฎหมายสวิสใช้คำว่า nature of object ส่วนกฎหมายอิตาลีใช้คำว่า non-existence of object ถ้าคนล้วงกระเป๋าไม่พบสตางค์ตามกฎหมายอิตาลีก็ไม่มีผิด ซึ่งเราไม่เห็นด้วย

ประธาน ฯ — ถ้าเราแก้ร่างของ ม.จ. สกล ฯ โดยแก้คำว่า “พยายาม” เป็น “เจตนา” โดยใช้คำว่า “ผู้ใดเจตนาจะกระทำผิดแต่ได้ใช้วิธีหรือกระทำต่อวัตถุซึ่งไม่สามารถจะบรรลุผลอย่างแน่แท้ ฯลฯ” จะได้หรือไม่

-หลวงประสาธ ๑-

๑๐.

หลวงประสาธ ๑ — ที่ใช้คำว่า “เจตนาจะกระทำความผิด” จะแปลไปได้หรือว่าเป็นการ “ลงมือ” แล้ว

ม.จ. สกล ๑ — “เจตนา” ไม่มีผิดทางกฎหมายอาญาต้องกระทำการลงไปร่างของข้าพเจ้าจึงใช้คำว่า “พยายาม”

พระยาอรรถการีย์ ๑ — อาจใช้คำว่า “และได้กระทำโดยใช้วิธี ฯลฯ”

หลวงประสาธ ๑ — ถ้าใช้คำว่า “ลงมือ” เฉย ๆ ก็พอ “เจตนา” เข้าใจอยู่ในตัวแล้ว

พระยาอรรถการีย์ ๑ — จะใช้คำว่า “และได้ลงมือกระทำโดยใช้วิธีหรือกระทำต่อ ฯลฯ” ได้

ที่ประชุมเห็นว่าในชั้นนี้ควรใช้คำว่า “พยายาม” ไว้ก่อน เพื่อว่าถ้าผู้กระทำยับยั้งหรือป้องกันผลที่เกิดขึ้นจะได้รับประโยชน์เช่นเดียวกับพยายามอื่น ๆ จึงรับร่างของ ม.จ.สกลฯ แต่เปิดโอกาสให้พระยาอรรถการีย์ ๑ ได้แย้งได้ในการประชุมคราวหน้า

พระยาอรรถการีย์ ๑ — ถ้าแก้ความในมาตรา ก. เสียหน่อย ข้าพเจ้าก็เห็นด้วย

นาย อาร์ . กียอง — กฎหมายสวิสยอมรับว่าการกระทำเช่นนี้เป็นพยายาม

หมดเวลาประชุม นัดประชุมคราวหน้าวันศุกร์ ที่ 13 กันยายน 2483 เวลา 10.00 น.

ปิดประชุมเวลา 12.00 น.

สายหยุด แสงอุทัย

ผู้จกรายงาน

เสริญ พิมพ์

สายหยุด ทาน

ภาคผนวก ฉ

มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจร่างพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 121/108/2483

วันอังคารที่ 10 กันยายน 2483

ประเด็นที่พิจารณาร่างมาตรา ก. วรรคท้ายของนาย อาร์ . กียอง

(1) นาย อาร์ . กียอง เสนอ (ในที่ประชุมว่า มาตรา ก. วรรคท้ายไม่เหมือนกับมาตรา 61 เพราะผู้กระทำลงไปเพื่อป้องกันผลของการกระทำที่กระทำลงไปแล้ว

(2) พระยาลัดพลีฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่า ถ้าผลยังไม่เกิดขึ้นก็เข้าวรรคหลังที่ได้ร่างขึ้นใหม่แล้ว

(3) หลวงประสาทฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าที่ได้ร่างมาแล้วเฉพาะการพยายามที่กระทำ “ไม่ตลอดไป”

(4) หลวงจรัญฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าอยากขยายมาตรา 61 ให้รวมถึงกรณีนี้ด้วยคือทำผิดไปแล้วแค่ไหนให้เอาผิดแค่นั้น

(5) พระยาอรรถกรมฯ เสนอที่ประชุมว่าอาจแก้ร่างที่ได้ตกลงไปแล้วโดยเพิ่มคำว่า “หรือกลับใจเข้าป้องกันมิให้เกิดความผิด”

(6) นาย อาร์ . กียอง เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าถ้าเห็นว่าควรมีโทษเท่ากันก็อาจบัญญัติรวมกันไปกับร่างวรรคหลังที่ตกลงมาแล้วได้

(7) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ(ในที่

มติ

(ที่ประชุมให้พิจารณา ข้อ (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) (8) (9) และ (10) รวมกันไป)

ที่ประชุมเห็นว่าการกระทำความผิดตลอดแล้วแต่ผลยังไม่เกิดขึ้น และผู้กระทำได้ป้องกันมิให้ผลเกิดขึ้นควรมีโทษเพียงเท่าที่กระทำไปแล้ว ถ้าการกระทำไปแล้วนั้นต้องตามกฎหมายที่บัญญัติว่าเป็นความผิด ฉะนั้นจึงรวมกับร่างวรรคหลังที่ตกลงไปแล้วได้โดยเพิ่มคำว่า “หรือกลับใจเข้าป้องกันจนความผิดนั้นไม่เกิดผล”

ประชุม) ว่าการยับยั้งเสีย กับการกระทำไป แล้ว ภายหลังแก้ไขเสียไม่ให้เกิดขึ้นไม่ควร เอาโทษเว้นแต่การกระทำนั้นจะประกอบเป็น ความผิดอื่น

(8) หลวงประสาทย เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าถ้าใช้คำว่า “ที่ได้มุ่งหมายไว้” จะแรงเกินไป

(9) พระยาเลขาภิบาล เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรบัญญัติรวมกันไปเสียโดยใช้ คำว่า “ยับยั้งไม่ให้เกิดผล” หรือถ้าจะร่าง อย่างพระยาอรรถการีย์ฯ เสนอก็ควรใช้คำว่า “บรรลุลผลความผิด”

(10) ม.จ.สกลฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่า ควรใช้คำว่า “จนความผิดนั้นไม่เกิดผล”

(11) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าความตอนท้ายควรแก้ไขใหม่ ใช้ คำว่า “ผู้นั้นไม่ต้องรับอาญาเว้นแต่การที่กระทำ ไปแล้วนั้นกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด”

(12) หลวงจรัญฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรใช้คำว่า “ผู้นั้นไม่ต้องรับอาญาฐาน พยายามกระทำความผิดนั้น”

(13) พระยาอรรถกรมฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรใช้คำว่า “แต่ไม่ยกเว้นการ กระทำผิดฐานอื่น ฯลฯ”

(14) นายเดือนฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่า ควรใช้คำว่า “แต่ถ้าการที่กระทำไปแล้วนั้น ต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ว่า เป็น ความผิด ผู้นั้นพึงรับอาญาสำหรับความผิด นั้น” ต่อจากข้อเสนอของหลวงจรัญฯ ได้

ที่ประชุมให้พิจารณา (11) (12) (13) และ (14) รวมกัน ไป

ที่ประชุมให้ใช้คำอย่างข้อเสนอ หมายเลขที่ (10) และ (14) ฉะนั้นวรรคสาม ของร่างมาตรา 60 เมื่อแก้ไขแล้วคงมีถ้อยคำดังนี้ “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสีย โดยลำพังตนเอง ไม่กระทำความผิดให้ ตลอดไป หรือกลับใจเข้าป้องกันจนความผิด นั้นไม่เกิดผล ผู้นั้นไม่ต้องรับอาญาฐาน พยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ กระทำแล้วนั้น ต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติ ไว้ว่าเป็นความผิด ผู้นั้นพึงรับอาญาสำหรับ ความผิดนั้น”

ร่างมาตรา ค. ของนายอาร์ . กियों

(1) นายอาร์ . กियों เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าคำว่า “ในพฤติการณ์อันพันวิสัย” ควรแก้เป็น “กระทำต่อวัตถุซึ่งการกระทำนั้นไม่สามารถเป็นไปได้อย่างเด็ดขาด”

(2) หลวงประสาทฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรตัดร่างมาตรานี้ออกเสียทีเดียวปล่อยให้ศาลวินิจฉัย

(3) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม)ว่าจะบัญญัติหรือไม่ยอมแล้วแต่เราเห็นว่าควรลงโทษหรือไม่ เห็นว่าถ้าความผิดไม่สามารถเกิดขึ้นได้ทีเดียวไม่ควรเอาโทษ ถ้าสามารถจะเกิดขึ้นได้ เช่น ล้วงกระเป๋าไม่มีสตางค์ควรเอาโทษ

(4) หลวงประสาทฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าเราไม่ถือหลักทาง subjective มาแล้วในตอนต้นควรไม่ถือให้ตลอดไป และในประเทศไทยวิธีที่พันวิสัยมีมาก เช่น พยายามทำร้ายทางเวทย์มนต์คาถา เป็นต้น ถ้าบัญญัติเอาโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ จะมีคดีขึ้นศาลมาก

(5) นายอาร์ . กियों เสนอ(ในที่ประชุม) ว่ากฎหมายสวิสบัญญัติให้ลงโทษเท่าใดก็ได้ แต่กฎหมายไทยไม่มีการให้อำนาจศาลเช่นนั้น

(6) หลวงจรัญฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าเราได้ตกลงมาแล้วในเองอื่น ๆ ให้ศาลลดโทษได้ไม่จำกัด ในกรณีนี้ควรให้ศาลลดโทษลงเท่าใด ๆ ก็ได้

(7) พระยาอรรถกรมฯ เสนอ (ในที่

(ที่ประชุมให้พิจารณา (1) (2) (3) และ (4) รวมกันไป)

ที่ประชุมเห็นว่า การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้นั้น ควรมีโทษ เพราะผู้กระทำได้มีเจตนาร้ายลงมือกระทำการอันใดอันหนึ่งซึ่งเป็นการผิดแล้ว

ที่ประชุมพิจารณา (5) (6) (7) และ (8) รวมกันไป

ที่ประชุมเห็นว่า การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ควรเอาโทษและควรเอาโทษน้อยกว่าการพยายามตามมาตรา ก. จึงลงมติให้ศาลลงโทษได้ไม่เกินครึ่งหนึ่งของความผิดที่ผู้กระทำเจตนาจะกระทำลงไป

ประชุม) ว่า ถ้าบัญญัติอย่างหลวงจำรูปฯ เสนอ ศาลอาจลงโทษเต็มก็ได้

(8) นายอาร์. กียอง เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรกำหนดโทษขั้นสูงที่ศาลจะลงได้ไว้

(9) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งตรงต่อผลสำเร็จอันใด ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นแม้จะได้กระทำตลอดไปโดยปกติก็ไม่สามารถเกิดผลขึ้นได้ตามความมุ่งหมายผู้นั้นจะต้องรับอาญาไม่เกิดกึ่งหนึ่งของอาญา ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

(10) นายอาร์. กียอง เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าควรใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดโดยกระทำต่อวัตถุอันมีสภาพเป็นลักษณะซึ่งการบรรลุแห่งความผิดนั้น เป็นการพ้นวิสัยโดยแน่แท้ ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่ง”

(11) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าไม่ใช่เรื่องพยายาม เพราะการพยายามจะต้องมีความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญาภาค 2 การฆ่าศพกฎหมายลักษณะอาญาภาค 2 ไม่ได้บัญญัติว่าเป็นความผิด แต่เราจะเอาผิดจึงต้องเขียนขึ้นใหม่ จะใช้คำว่า “พยายาม” ไม่ได้ และในเรื่องพยายามนั้น เราก็ใช้คำว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด” นอกจากนี้การพยายามกระทำ

(ที่ประชุมให้พิจารณา (9) (10) (11)

(12) (13) (14) (15) (16) (17) (18) และ (19) รวมกันไป)

ที่ประชุมเห็นว่าปัญหามีว่าจะควรบัญญัติเป็นความผิดต่างหากที่เดียวโดยไม่เกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดหรือจะบัญญัติว่าเป็นพยายาม ซึ่งที่ประชุมเห็นว่าควรบัญญัติว่าเป็นพยายามเพื่อจำเลยจะได้รับประโยชน์จากการยับยั้งหรือแก้ไขผลร้ายมิให้เกิดขึ้นที่บัญญัติไว้ในเรื่องพยายาม แต่เปิดโอกาสให้พระยาอรรถการีย์ฯ โต้แย้งได้ในการประชุมคราวหน้า ส่วนถ้อยคำดังที่ ม.จ. สกลฯ ทรงเสนอดังข้อเสนอมายเลข (14)

ความคิดโดยใช้วิธีอันพันวิสัยไม่ควรรลงโทษทีเดียวให้

(12) พระยาลัดพลีฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าจะต้องใช้หลักพยายามเต็ม คือควรมีเจตนาจะกระทำความคิดอย่างไร

(13) พระยาเลขาภิบาลฯ เสนอ(ในที่ประชุม)ว่าควรใช้คำว่า “ผู้ใดเจตนากระทำความคิดแต่ได้กระทำโดยวิธีหรือพฤติการณ์อันพันวิสัยซึ่งความคิดนั้นจะสำเร็จได้”

(14) ม.จ.สกลฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าควรใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความคิด แต่ใช้วิธีหรือการกระทำต่อวัตถุซึ่งไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ผู้ผู้นั้นมีความผิดต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความคิดนั้นไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่ง”

(15) พระยาลัดพลีฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าถ้าแก้ร่างของ ม.จ.สกลฯ โดยแก้คำว่า “พยายาม” เป็น “เจตนา” จะได้หรือไม่

(16) หลวงประสาทยฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าที่ใช้คำว่า “เจตนาจะกระทำความคิด” จะแปลไปได้หรือว่า ลงมือแล้ว

(17) ม.จ. สกลฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าในกฎหมายอาญา จะเอาผิดกับเจตนาไม่ได้ต้องกระทำการลงไปจึงเอาผิดได้

(18) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าอาจใช้คำว่า “ผู้ใดเจตนากระทำความคิดและได้กระทำ”

(19) หลวงประสาทยฯ เสนอ(ในที่ประชุม) ว่าคำว่า “กระทำ” อาจเข้าใจว่าเป็นการเตรียมการก็ได้

นัดประชุมคราวหน้าวันศุกร์ที่ 13 กันยายน 2483 เวลา 10.00 น.

เสริญ พิมพ์
สายหยุด ทาน

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ธารทิพย์ แสงหิ่งห้อย

ประวัติการศึกษา

ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ประกาศนียบัตรทนายความ รุ่นที่ 21 พ.ศ. 2547

ตำแหน่งและสถานที่ทำงาน

ทนายความ สำนักงานสหัชชวาล