




การพยายามกระทำคามผิดที่เป็นอย่างไปไม่ได้โดยแน่แท้
กับการขาดองค์ประกอบความผิด

ณัฐวุฒิ ตีมาก

	พ 345.02 ม361ก
34A0160168	
Title: การพยายามกระทำคามผิดที่เป็นอย่างไปไม่ได้	
หอสมุดและศูนย์สนเทศ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์	

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ.2546

ISBN 974-9554-41-8

An attempt to commit impossibility offence
and the lack of constituent of the offence

Nattavut Demak

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

Department of Laws Graduate School Dhurakijpundit University

2003

ISBN 974-9554-41-8

เลขที่.....	0160168
วันลงทะเบียน.....	23.08.2546
เลขเรียก.....	345.02 คท 3610 [2546]



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

ชื่อวิทยานิพนธ์ การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด

เสนอโดย นายณัฐวุฒิ ดีมาก

สาขาวิชา นิติศาสตร์ (กฎหมายอาญา)

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

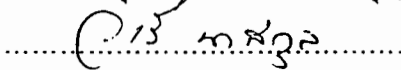
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

 ประธานกรรมการ

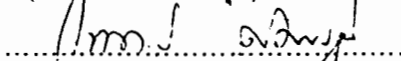
(ศ.ดร.คุณิต อนุคร)

 กรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์


(รศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล)

 กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

(ศ.ดร.วารี นาสกุล)


 กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

(รศ.ไพฑูริย์ คงสมบูรณ์)

 กรรมการผู้แทนทบวงมหาวิทยาลัย

(ศ.(พิเศษ) จรรย์ ภักดีธนากุล)

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

 คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

ดร.พีรพันธุ์ พาลุสุข

วันที่ 9 เดือน กรกฎาคม พ.ศ. 2546

กิตติกรรมประกาศ

ในการค้นคว้าวิจัยเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาผู้ควบคุมการทำวิทยานิพนธ์ และได้ให้ความช่วยเหลืออนุเคราะห์ผู้เขียนทั้งในด้านการศึกษาแนะแนวทางการศึกษาค้นคว้า ตลอดจนให้คำแนะนำ เป็นอย่างดียิ่ง นอกจากนี้ยังได้ให้ความกรุณาตรวจทานแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฉ นกร เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าเป็นประธานกรรมการ ตลอดจนให้คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลงด้วยดีได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ศาสตราจารย์ ดร. วารี นาสกุล และท่านอาจารย์รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ และท่าน ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จรัญ ภักดีชนากุล เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลาเป็นกรรมการและที่ได้ให้ความอนุเคราะห์และช่วยเหลือ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ อีกทั้งยังให้การสนับสนุนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จตามความมุ่งหมาย

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณบิดา มารดาของผู้เขียน ที่ให้กำลังใจกับผู้เขียน ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

การเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากพบว่ามีข้อบกพร่องในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขออ้อมรับความบกพร่องดังกล่าวไว้แต่เพียงผู้เดียว

ณัฐวุฒิ ดีมาก

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๙
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	9
1.3 สมมุติฐาน.....	9
1.4 วิธีการศึกษา.....	10
1.5 ขอบเขตของการศึกษา.....	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	11
บทที่ 2 แนวความคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้...	12
2.1 ความหมาย.....	12
2.2 ประเภทของการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้.....	13
2.2.1 การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อกฎหมาย.....	14
2.2.2 การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อเท็จจริง.....	17
2.3 ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา.....	19
2.3.1 ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory).....	23
2.3.2 ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective Theory).....	25
2.4 การลงมือกระทำความผิด.....	26
2.4.1 ทฤษฎีหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule).....	37
2.4.2 ทฤษฎีหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule).....	39
2.4.3 ทฤษฎีหลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility Rule)...	42
2.4.4 ทฤษฎีหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step Rule).....	42

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ในกฎหมายต่างประเทศ.....	54
3.1 ระบบประมวลกฎหมาย.....	54
3.1.1 ระบบกฎหมายเยอรมัน.....	54
3.1.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	57
3.2 ระบบกฎหมายจารีตประเพณี.....	68
บทที่ 4 การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ในกฎหมายไทย.....	78
4.1 บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา.....	78
4.1.1 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับมาตรา 81.....	79
4.1.2 ประเภทของการพยายามกระทำความผิด.....	82
4.1.3 ประเภทของการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ตามมาตรา 81... ..	85
4.2 การขาดองค์ประกอบความผิด และความเห็นทางตำรากฎหมาย.....	89
4.3 คำพิพากษาและแนวปฏิบัติ.....	98
4.4 บทวิเคราะห์.....	101
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	104
5.1 บทสรุป.....	104
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	107
บรรณานุกรม.....	109
ภาคผนวก.....	115
ประวัติการศึกษา.....	128

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบ ความผิด
ชื่อนักศึกษา	นายณัฐภูมิ ตีมาก
อาจารย์ที่ปรึกษา	รศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2546

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ได้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชี้ให้เห็นปัญหาและวางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด เนื่องจากมีข้อถกเถียงและความเห็นที่แตกต่างกันมานานแล้ว ว่ากรณีใดเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้และกรณีใดเป็นการขาดองค์ประกอบความผิด ซึ่งเรื่องดังกล่าวนี้หากมีความคิดเห็นที่ไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ก็จะส่งผลในการพิจารณาพิพากษา คือ จะให้ลงโทษตามมาตรา 81 หรือจะไม่ลงโทษเนื่องจากขาดองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญา

การศึกษาปัญหาดังกล่าวใช้วิธีการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร ข้อมูลต่าง ๆ ได้รวบรวมมาจากตำรา บทความ วิทยานิพนธ์ คำพิพากษา และความเห็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว โดยยึดหลักนิติวิธี (Juristic method) ของระบบประมวลกฎหมาย เพื่อให้เกิดประโยชน์สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทย

จากการศึกษาพบว่าในการวินิจฉัยปัญหาตามหัวข้อ หากมีการยึดหลักองค์ประกอบว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดได้จะต้องครบองค์ประกอบความผิดแต่เพียงอย่างเดียว นั้น ก็จะทำให้ไม่ได้ตัวผู้มีจิตใจชั่วร้ายที่มุ่งจะกระทำความผิดมาลงโทษเพียงเพราะเหตุวัตถุที่ผู้กระทำมุ่งหมายกระทำต่อนั้นทำให้การกระทำความผิดไม่สามารถสำเร็จได้อย่างแน่แท้ ซึ่งผู้กระทำมิได้รู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น จึงมีการบัญญัติมาตรา 81 เพื่อลงโทษผู้มีจิตใจชั่วร้ายในกรณีดังกล่าว ถึงแม้การกระทำนั้นจะไม่ครบองค์ประกอบความผิด ก็ให้ลงโทษได้

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้จึงมีข้อเสนอแนะว่า มาตรา 81 ของประมวลกฎหมายอาญา มีวัตถุประสงค์ลงโทษผู้กระทำที่มุ่งต่อผลร้ายในการกระทำ ซึ่งเป็นบทบัญญัติตามแบบกฎหมายของเยอรมัน ก็ควรนำโครงสร้างการวินิจฉัยความรับผิดตามหลักกฎหมายอาญาของเยอรมันมาประยุกต์ใช้ในระบบกฎหมายอาญาของไทยด้วย มิใช่ให้นำเฉพาะบทบัญญัติกฎหมายของเยอรมันมาเท่านั้น การนำโครงสร้างการวินิจฉัยความรับผิดตามหลักกฎหมายของระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้ดังเช่นในปัจจุบัน ส่งผลให้ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำที่มีจิตใจชั่วร้ายได้ เพราะการกระทำของเขาเป็นการขาดองค์ประกอบความผิด จึงไม่อาจลงโทษได้ตาม มาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญา

Thesis title An attempt to commit impossibility offence and the lack of constituent of the offence
Name Nattavut Demak
Thesis Advisor Associate Professor Dr.Surasak Likasitwatanaku|
Department Law
Academic Year 2003

Abstract

The objective of this thesis is to point out the problem and set forth the standard for convictions over the issues of **“The offence of the impossibility of attempt”** and **“The lack of the constituent for the offence.”** For a long time, there have been different points of view and arguments on whether an action is considered on **“The offence of the impossibility of attempt”** or **“The lack of the constituent for the offence;”** and whether convictions can be affected when considering either of the possibilities, i.e. either to be charged as guilty with the punishment, based on Section 81 of the Thai penal code, or to be found not guilty due to the lack of the constituent for offence in accordance with Section 2 of the Thai penal code.

This study has been conducted using the documentary research method. The information was gathered from text books, articles, theses, convictions and lawyers’ comments relating to the said issue. This study has adopted the juristic method of the Civil Law in order to conform with the Thai legal system.

The findings of this research show that wicked men who intend to commit wrongdoing are not found guilty due to some specific factual barrier, of which they have no knowledge of, which prevents consummation of the offence. This is based on the principle that any action can only be found guilty if the constituents for the offence are

fully consummated. Therefore, Section 81 was promulgated in order to punish the wrongdoer in such a case. Section 81 says that punishment is not prohibited even though the constituents for the offence are incomplete.

This thesis suggests, given that Section 81 of the Thai penal code already follows the German penal code, in that it objectively aims to punish wrongdoers with evil intent, that the ruling concept within the German Criminal Law should be adopted and applied to the Thai Criminal Law as well. Since adapting the ruling structure of Common Law has resulted in it being impossible to punish evil minded wrongdoers because their actions lacked the constituents for the offence as stated in accordance with Section 2 of the Thai penal code.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การจะศึกษาในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบในกฎหมายไทยนั้น หากจะศึกษาในเรื่องดังกล่าวโดยละเอียด ก็มีความจำเป็นต้องเริ่มศึกษาตั้งแต่บทบัญญัติที่มีอยู่คือบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา การขาดองค์ประกอบความผิดรวมถึงความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ความเห็นทางวิชาการที่ปรากฏทั้งในบทความทางวิชาการและตำรากฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกาและแนวปฏิบัติ

ความเป็นมาของมาตรา 81 นี้เกิดขึ้นจากการที่ได้มีนักกฎหมายกล่าวถึงวัตถุประสงค์ในการบัญญัติมาตรา 81 ไว้ว่า เนื่องจากในระหว่างการร่างประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบันได้มีการตรวจสอบระบบของกฎหมายต่างประเทศในขณะนั้น เพื่อประกอบการพิจารณาในการแก้ไขข้อขัดข้องในเรื่องของการพยายามกระทำความผิดก็ได้พบว่าประมวลกฎหมายอาญาของโปแลนด์และประมวลกฎหมายอาญาของ สวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งเป็นกฎหมายใหม่ในขณะนั้น ได้มีบทบัญญัติแก้ไขข้อขัดข้องในเรื่องการพยายามกระทำความผิด

นายอาร์ กียอง ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายซึ่งเป็นที่ปรึกษากฎหมายของกระทรวงยุติธรรมและเป็นอนุกรรมการอยู่ด้วย ได้เสนอให้เขียนกฎหมายตามแบบของกฎหมายต่างประเทศทั้งสอง ซึ่งแยกเอาเรื่องของการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุได้อย่างแน่แท้ไปบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษต่างหากเพื่อแก้ปัญหาในเรื่องของการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุได้อย่างแน่แท้เพราะปัจจัยที่ใช้ในการกระทำหรือเพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ แม้การกระทำเช่นนั้นจะไม่เป็นความผิดเลยก็ตาม เช่น ยิงคนที่ตายไปโดยเข้าใจว่ามีชีวิตอยู่ด้วยเจตนาที่จะฆ่า ก็จะไม่ให้โทษด้วย โดยให้ถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการพยายามกระทำความผิด

บทบัญญัติที่จะร่างขึ้นใหม่นี้ส่วนหนึ่งจึงเป็นเรื่องที่ยอมรับเอาหลักในเรื่องเจตนาร้ายมาใช้ เพราะการที่บุคคลพยายามโดยมุ่งต่อผลซึ่งเป็นความผิดแต่ไม่สามารถเป็นไปได้อย่างแน่แท้ นั้น เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าควรจะลงโทษ เพราะผู้กระทำมีเจตนาชั่วร้าย และที่ลงโทษไปก็เพราะเขาได้กระทำการอันเป็นการรบกวนความสงบเรียบร้อย ที่ประชุมอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

จึงได้กำหนดมาตรา 81 ขึ้นมาเป็นพิเศษต่างหากโดยยึดถือแบบอย่างประมวลกฎหมายอาญาโปแลนด์ มาตรา 23 อนุมาตรา 3¹

จากที่กล่าวมานี้เป็นเหตุผลของการบัญญัติมาตรา 81 ขึ้นมาเป็นพิเศษต่างหาก โดยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 81 วรรคแรกบัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด แต่ให้ลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้น”

เมื่อได้บัญญัติมาตรา 81 ขึ้นมา ดังนี้ในการพิจารณาใช้บทบัญญัติเรื่องพยายามกระทำความผิด ทำให้เกิดความสับสนในการใช้กฎหมายอยู่มากว่าเรื่องใด สมควรจะปรับด้วยมาตรา 80 และเรื่องใดสมควรจะปรับด้วยมาตรา 81 สำหรับความสับสนในการใช้บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ มีท่านผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมายอาญาหลายท่านได้ให้หลักวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวไว้ 3 หลัก คือ

1. ความเห็นฝ่ายที่¹ ให้ข้อเสนอแนะว่าถ้าเหตุขัดขวางมิให้การกระทำนั้นบรรลุผลเกิดภายหลังที่ลงมือกระทำ ต้องปรับด้วยมาตรา 80 เช่นกำลังเล็งปืนไปที่ผู้เสียหายอยู่พอดีก็มีผู้มาบดปิ่นไปเสีย หรือยิงแล้วกระสุนด้าน เป็นต้น ตรงข้าม ถ้าเหตุขัดขวางมิให้การกระทำนั้นบรรลุผลเกิดก่อนที่ลงมือกระทำ ต้องปรับด้วยมาตรา 81 เช่น ใช้ปืนที่ 2 มิได้บรรจุกระสุนยิง ก็ต้องปรับด้วยมาตรา 81 หรือล้วงกระเป๋าผู้อื่นโดยไม่มีเงินอยู่ในกระเป๋า ก็ต้องปรับใช้มาตรา 81

¹ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ “พยายามกระทำความผิดซึ่งเป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้”, นิติศาสตร์ปริทัศน์ ชมรม นิติศาสตร์ พ.ศ.2516.

² โปรดดู หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2537) หน้า 125,126; หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2515) หน้า 435 และดู สัญชัย สัจจวานิช, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ.2525), หน้า 9

นอกจากนี้ให้ดู คำถามข้อเขียนและธงคำตอบของอนุกรรมการทดสอบความรู้ในวิชากฎหมายในการทดสอบความรู้ในวิชากฎหมายแก่ผู้สมัครเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา วันที่ 30 กรกฎาคม 2529 วิชากฎหมายอาญา

การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81 ตามความเห็นนี้จึงเป็นเช่นเดียวกับมาตรา 80 กล่าวคือข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดจะต้องมีอยู่ครบถ้วนเสียก่อน หากความจริงปรากฏว่าขาดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดไปแล้ว ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานพยายามไม่ว่าจะเป็นพยายามตามมาตรา 80 หรือมาตรา 81 ก็ตาม

2. ความเห็นฝ่ายที่ 2³ มีความเห็นว่า มาตรา 81 เนื้อความมิได้ขึ้นต้นเช่นเดียวกับมาตรา 80 ที่ว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด” แต่ใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด” จึงเห็นว่าเรื่องนี้มิได้อยู่ภายใต้หลักทั่วไปของการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ที่ว่าจะต้องมีองค์ประกอบอยู่ครบถ้วนบริบูรณ์เสียก่อนและจะสังเกตได้จากความในตอนที่ท้ายของมาตรา 81 ที่ว่า “ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด” ซึ่งแสดงว่าไม่ใช่การพยายามกระทำความผิดโดยหลักทั่วไปตามมาตรา 80

ฝ่ายนี้มีความเห็นต่อไปอีกว่าการเอาเป็นยิงคนที่ตายแล้วด้วยเจตนาที่จะฆ่าเพราะเข้าใจว่ามีชีวิตอยู่นั้นไม่ใช่การลงมือกระทำความผิด เพราะเป็นการขาดองค์ประกอบของความผิด จึงเป็นการพยายามกระทำความผิดตามหลักทั่วไปไม่ได้ แต่ถึงอย่างไรผู้กระทำก็ต้องมีความผิดตามมาตรา 81 เพราะกฎหมายบัญญัติว่า “ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

กรณีนี้ที่องค์ประกอบของความผิดมีครบถ้วนแต่การกระทำไม่บรรลุผลเพราะปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ เช่น ใช้ปืนที่ตนไม่รู้ว่ามีลูก ยิงผู้เสียหายโดยมีเจตนาฆ่านั้น ฝ่ายนี้มีความเห็นว่าแม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ก็ตาม แต่เมื่อมีมาตรา 81 บัญญัติไว้แล้วก็ถือว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดตามมาตรา 81 และไม่ต้องรับผิดฐานพยายามตามมาตรา 80 อีกต่อไป

³ โปรดดู สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้, พิมพ์ในหนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ (กรุงเทพมหานคร, พ.ศ.2526) ; ดู สง่า ลีนะสมิต, กฎหมายอาญา 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พ.ศ.2523), หน้า 169; และบันทึกท้ายฎีกาที่ 783/2513 หน้า 1124; ทวี กสิยพงศ์, คำบรรยายอาญาปี 27, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ.2527), หน้า 275,278; พัทธมน จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, พ.ศ.2527), หน้า 425,426

ดูข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ พ.ศ.2531 สอบวันที่ 15 พฤษภาคม 2531 วิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอาญา ข้อ 2

หลักนี้ให้ข้อเสนอแนะว่าการที่จะถือว่าเรื่องใดต้องตามมาตรา 80 หรือมาตรา 81 ต้องดูผลแห่งการกระทำผิดว่าอาจเปลี่ยนแปลงไปได้หรือไม่ ถ้าเปลี่ยนแปลงได้ก็เป็นกรณีที่ต้องปรับด้วยมาตรา 80 ถ้าเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ก็เป็นกรณีที่จะต้องปรับด้วยมาตรา 81 และหลักสำคัญมีว่าในการที่จะวินิจฉัยผลแห่งการกระทำผิดว่าอาจเปลี่ยนแปลงไปได้หรือไม่นี้ ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำประกอบด้วยปัจจัยที่เป็นการกระทำและวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ

ตัวอย่างเช่น จำเลยเอาระเบิดมือขว้างผู้เสียหาย แต่จำเลยไม่ได้ถอดสลักนิรภัยออก ดังนั้นระเบิดอาจจะระเบิดหรือไม่ระเบิดก็ได้ กรณีต้องตามมาตรา 80 ในทำนองเดียวกัน เอายาพิษปนอาหารให้ผู้เสียหายกิน ถ้าหากปนมากผู้เสียหายอาจตายได้ หรือแม้ปนไม่มากแต่บังเอิญผู้เสียหายป่วยหนักและมีโรคแทรกอยู่แล้วจึงตาย ดังนี้เห็นว่าผลแห่งการกระทำผิดอาจเปลี่ยนแปลงได้ จำเลยมีความผิดตามมาตรา 80 ตรงกันข้ามถ้าจำเลยเอาปืนไม่มีกระสุนยิงผู้เสียหาย ดังนี้จะเห็นว่าถึงอย่างไรก็ยิงไม่ได้ อยู่นั่นเอง ผู้เสียหายไม่มีทางได้รับอันตรายเลย กรณีต้องปรับด้วยมาตรา 81 และผลแห่งการกระทำไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้เลย หรือถ้าจำเลยประสงค์จะยิงนายแดง และยิงไปที่ร่างของนายแดง ขณะนั้นนายแดงตายไปแล้ว จำเลยต้องรับผิดตามมาตรา 81 เพราะกฎหมายมุ่งจะลงโทษผู้มีเจตนาทำร้ายและมีการกระทำอันถือได้ว่าเป็นความผิดแล้วเช่นเดียวกับเรื่องที่ว่าจำเลยยิงตอไม้โดยสำคัญผิดว่าเป็นบุคคล จำเลยต้องรับผิดตามมาตรา 81 ฉะนั้น การยิงศพจำเลยก็ควรต้องรับผิดตามมาตรา 81 ฉะนั้น

3. ความเห็นฝ่ายที่ 3⁴ ได้กล่าวว่าความผิดฐานพยายามอันเกิดจากการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลนั้น มี 3 ประการด้วยกัน คือ

ก. ความผิดที่ไม่สำเร็จโดยข้อกฎหมาย (Legal Impossibility)

ซึ่งหมายความว่ากรณีที่มีการกระทำขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไปบางองค์ประกอบ เช่น การยิงศพที่ไม่เป็นการฆ่าคนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เพราะผู้ที่ถูกยิงเป็นศพเสียก่อนแล้ว ผู้นั้นก็ไม่ได้มีชีวิตอยู่ในขณะถูกยิง หรือการทำให้แท้งลูก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 หญิงไม่ได้ตั้งครรภ์ การทำให้แท้งลูกก็ไม่ได้ หรือ การลักทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ถ้าทรัพย์ที่เอาไปเป็นทรัพย์ของผู้เอาไปเอง การลักทรัพย์ก็ย่อมมีไม่ได้ ผลคือเมื่อการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดสำเร็จได้เพราะขาดองค์ประกอบความผิดเสียแล้ว แม้จะได้

⁴ โปรดดู จิตติ ติงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ. 2506), หน้า 276-287

กระทำไปโดยตลอดและเกิดผลขึ้นตามที่ตั้งใจกระทำ การกระทำและผลนั้นก็ไม่ใช่ความผิด การพยายามกระทำความผิดก็มีไม่ได้ด้วยเอง

ข. ความผิดที่ไม่สำเร็จโดยเหตุปัจจัยหรือวัตถุโดยไม่เด็ดขาด

เรื่องนี้ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ ได้อธิบายว่า

1. ในส่วนที่เกี่ยวกับปัจจัยนั้น หมายความว่าถึงวิธีการอาจเกิดผลสำเร็จได้แต่ผู้กระทำไม่รู้จักใช้วิธีการนั้นโดยถูกต้องหรือมีเหตุอื่นมาขัดขวาง เช่นยิงไม่ถูกเพราะขาดความแม่นยำ ผู้เสียหายหลบได้ทัน หรือใช้เครื่องมือจัดหีบไม่เป็นจึงเปิดไม่ออก

2. ในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุ หมายความว่าถึงวัตถุที่เป็นองค์ประกอบความผิดนั้นมืออยู่แต่ไม่อยู่ในที่ที่ผู้กระทำเข้าใจ เช่น ยิงเข้าไปในห้องคนที่ต้องการจะฆ่าเคยอยู่ แต่บังเอิญขณะยิงคนนั้นไปอยู่ที่อื่นเสีย หรือต้องการจะลักทรัพย์ในหีบที่เคยเก็บทรัพย์ แต่หีบในขณะนั้นไม่มีทรัพย์ เป็นต้น

ค. ความผิดไม่สำเร็จโดยเหตุปัจจัยหรือวัตถุโดยเด็ดขาด

ในความเห็นของ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์ เห็นว่า

1. ในเรื่องปัจจัยนั้น หมายความว่าถึงวิธีการที่กระทำไม่มีทางจะสำเร็จได้เลย เช่น ยิงคนด้วยปืนที่ไม่บรรจุกระสุน หรือจะฆ่าคนโดยวางยาพิษแต่สิ่งที่ผสมไม่มีพิษ

2. ในเรื่องวัตถุ หมายความว่าถึง วัตถุที่เป็นองค์ประกอบความผิดไม่มีอยู่เลย หรือมีวัตถุแต่วัตถุนั้นไม่มีคุณสมบัติที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดนั้นได้ เช่น ยิงตอไม้โดยเข้าใจว่าเป็นคนที่ผู้กระทำประสงค์จะฆ่า ดังนั้นตัวบุคคลที่ผู้กระทำประสงค์จะฆ่านั้นมีอยู่ องค์ประกอบความผิดนั้นครบสมบูรณ์แต่วัตถุที่ยังเป็นตอไม้ จึงไม่บรรลุผลได้อย่างแน่แท้

กฎหมายของประเทศไทยสมัยที่ยังใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ แต่เมื่อได้ประกาศใช้กฎหมายอาญฉบับปัจจุบันแล้วได้มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวในมาตรา 81 และเมื่อได้ใช้ในทางปฏิบัติแล้ว ปรากฏว่ามีความเห็นซึ่งแตกต่างกันโดยแบ่งเป็น 2 ฝ่าย คือ

1. ฝ่ายซึ่งยึดถือหลักภาวะวิสัย (objective) มองว่าองค์ประกอบภายนอกเป็นเรื่องสำคัญ ถ้าหากการกระทำนั้นองค์ประกอบไม่ครบเสียแล้ว ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานพยายามในมาตรา 80 หรือมาตรา 81 เลย ซึ่งเป็นความผิดที่เข้าใจผิด⁵ (Wahndelikt) ที่เป็นกรณีการขาดองค์ประกอบ⁶

⁵ ความผิดที่เข้าใจผิด คือการที่ผู้กระทำสำคัญผิดว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่กฎหมายอาญาห้ามทำ ดู คณิต ณ นคร,กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,พ.ศ.2543), หน้า 284

ในเรื่องของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบนี้ เมื่อได้กล่าวถึงการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 81 ก็พบว่าบทบัญญัติในมาตรานี้มีถ้อยคำที่สื่อความหมายแตกต่างจากการพยายามกระทำความผิดธรรมดาในมาตรา 80 โดยมาตรา 81 นี้ใช้คำว่า "ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผล" ซึ่งก็คือแม้ว่าจะมิได้ลงมือกระทำตามความหมายของมาตรา 80 แต่กฎหมายก็ยังคงจะลงโทษเนื่องจากต้องการลงโทษการกระทำในด้านอัตตะวิสัย (Subjective) คือลงโทษในส่วนของจิตใจที่ชั่วร้าย (Criminal mind) ของผู้กระทำที่มุ่งกระทำในสิ่งที่จะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมาย

สรุปคือ ฝ่ายแรกเห็นว่าองค์ประกอบภายนอกเป็นหลักพิจารณาที่สำคัญ ถ้าการกระทำนั้น องค์ประกอบภายนอกไม่ครบเสียแล้วผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานพยายาม ตามมาตรา 80 หรือมาตรา 81 เลย ซึ่งเป็นความผิดที่เข้าใจผิดที่เป็นการขาดองค์ประกอบ

2. ฝ่ายที่ซึ่งเป็นฝ่ายที่ยึดถือหลักอัตตะวิสัย (Subjective) มองว่าความผิดฐานพยายามที่เกิดจากการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้มี 2 กรณีคือ

2.1 ความผิดที่ไม่สำเร็จโดยข้อกฎหมาย (legal impossibility) หมายความว่าถึงกรณีที่มีการกระทำขาดองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัตินั้นเป็นความผิดบางอย่าง เช่นกรณียิงศพที่ไม่เป็นการฆ่าคนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 เพราะผู้ที่ถูกยิงได้ตายไปก่อนแล้ว ผู้ยิงจึงไม่มีชีวิตอยู่ในขณะถูกยิง ผลจากกรณียิงศพนี้ เมื่อการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดสำเร็จได้ เพราะขาดองค์ประกอบความผิด แม้จะทำไปโดยตลอดและเกิดผลตามที่ตั้งใจ การกระทำและผลนั้นก็ไม่ใช่ความผิดแล้ว การพยายามกระทำความผิดก็ไม่ได้มีอยู่ด้วยตนเอง

2.2 ความผิดที่ไม่สำเร็จโดยปัจจัยหรือวัตถุโดยไม่เด็ดขาด แบ่งเป็น 2 กรณีคือ

ก. ในส่วนของปัจจัยนั้น หมายความว่าถึงวิธีการที่ใช้ในการกระทำอาจเกิดผลสำเร็จได้ แต่ผู้กระทำไม่รู้จักใช้วิธีการให้ถูกต้อง หรือมีเหตุอื่นมาขัดขวาง เช่นยิงผู้อื่นไม่ถูกเพราะขาดความแม่นยำ เป็นต้น

⁶ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck Sehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, P.482 อ้างใน คณิต ฒ นคร กฎหมายอาญากฎทั่วไป , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,พ.ศ.2543), หน้า 284

ข. ในส่วนของวัตถุประสงค์มุ่งหมายกระทำต่อ คือวัตถุประสงค์ประกอบความผิดนั้น มีอยู่ แต่ไม่อยู่ในที่ที่ผู้กระทำเข้าใจ เช่นยิงเข้าไปในห้องที่ตนต้องการฆ่าเคยอยู่ แต่บังเอิญขณะนั้น บุคคลดังกล่าวไม่อยู่ในห้อง

ความเห็นฝ่ายนี้เห็นว่า ถ้าจำเลยยิงนายแดงแต่นายแดงได้ตายไปก่อนแล้ว ตามหลัก วิญญัตินี้ จำเลยไม่มีความผิดเลย เพราะกรณียิงศพไม่เป็นการกระทำผิด ซึ่งแตกต่างจากความเห็น ของฝ่ายแรก คือจำเลยต้องมีความผิดตามมาตรา 81 เพราะกฎหมายมุ่งประสงค์จะลงโทษผู้มีเจตนาร้าย และมีการกระทำอันเป็นความผิด แต่การกระทำไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้เพราะเหตุแห่งวัตถุประสงค์ มุ่งหมายกระทำต่อนั้นไม่เป็นบุคคลตามกฎหมายอีกต่อไปแล้ว

ถ้าจำเลยยิงศพนายแดง โดยเข้าใจว่าเป็นนายเขียว กรณีนี้เหมือนกับกรณีจำเลยยิงตอไม้ โดยเข้าใจว่าเป็นบุคคลตามหลักวิญญัตินี้ของฝ่ายแรก แต่หลักวิญญัตินี้ของฝ่ายนี้จำเลยมีความผิดตาม มาตรา 81

สรุปความเห็นของฝ่ายนี้ คือแม้จะไม่ครบองค์ประกอบ แต่ผู้กระทำนั้นจะมีความผิดตาม มาตรา 81 ได้ หากผู้กระทำได้มุ่งต่อผลร้ายที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด

จากความเห็นของทั้งสองฝ่ายปรากฏว่าเหตุผลทั้งสองฝ่ายต่างน่าเชื่อถือ แต่การที่จะปรับใช้ กับกฎหมายของไทยนั้นต้องยึดหลักตีความโดยเคร่งครัด เพราะมาตรา 81 ต้องการลงโทษผู้กระทำความ ผิดที่กระทำโดยมุ่งต่อผลร้าย ซึ่งมาตรา 81 นี้ แม้จะไม่ครบองค์ประกอบความผิดกฎหมายก็ให้ลงโทษได้ ในส่วนของภาคจิตใจที่มุ่งต่อผลร้าย

แต่ในทางปฏิบัติคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินในกรณีนี้โดยตรงยังไม่มี มีเพียงแต่คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่า "ม.ถูกยิงแล้วตายทันที จำเลยพิน ม. เมื่อ ม.ตายแล้ว ไม่มีความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295"⁷

นอกจากในทางปฏิบัติจะมีปัญหาในส่วนของแนวการตัดสินที่แตกต่างกันแล้ว ในด้านของ การศึกษาก็มีปัญหาว่าแท้จริงแล้วควรจะวินิจฉัยให้เป็นไปในแนวใด ดังเช่นธงคำตอบข้อสอบความรู้ใน วิชากฎหมายของผู้สมัครเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ข้อสอบในการ สอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ และข้อสอบเนติบัณฑิตย์ โดยแสดงถึงแนวความคิดที่ไม่ ตรงกัน คือ

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 668,669/2521, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 435

1. ข้อสอบความรู้ในวิชากฎหมายของผู้สมัครเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่ง ผู้ช่วยผู้พิพากษาในวิชากฎหมายอาญาซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าหญิงมิได้ตั้งครรภ์ แต่ลำคัมผิดว่าตั้งครรภ์ จึงไปทำแท้ง ในข้อเท็จจริงนี้มีธงคำตอบคือ หญิงไม่มีความผิดตามมาตรา 301 แม้พยายามตามมาตรา 81 ก็ไม่ผิด เพราะการที่จะเป็นพยายามกระทำผิดได้นั้นจะต้องมีองค์ประกอบพื้นฐานของความผิดฐานนั้นครบทุกประการแล้ว

2. ข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ พ.ศ.2531 สอบวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ.2531 วิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอาญา ข้อ 2 ซึ่งให้ธงคำตอบว่า หญิงซึ่งทำแท้งโดยเข้าใจผิดไปว่าตนเองตั้งครรภ์ มีความผิดตามมาตรา 301,81 แต่ได้รับการยกเว้นโทษตามมาตรา 304

3. ข้อสอบเนติบัณฑิตย์ สมัยที่ 31 ปีการศึกษา 2521 กฎหมายอาญาข้อ 2 ถามว่า นายจิต ต้องการฆ่า นายใจ จึงให้นายจงไปซื้อยาพิษ จะเอามาปนอาหารให้นายใจกิน จะได้ตาย นายจงก็ไปซื้อยาพิษมาแล้ว เกิดความสงสารนายใจ จึงเปลี่ยนเอาแป้งนมผงไปให้นายจิตแทน นายจิตเข้าใจว่าเป็นยาพิษ จึงปนอาหารให้นายใจกิน นายใจกินแล้วไม่ตาย ดังนั้นนายจิตมีความผิดฐานใดหรือไม่จริงคำตอบคือ การที่นายจิตต้องการฆ่านายใจโดยเอายาพิษให้กินนั้น สามารถทำให้นายใจถึงแก่ความตายได้ แต่นายจงได้เปลี่ยนเอาแป้งนมผงไปให้นายจิตแทน นายใจกินไม่ตาย กรณีต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 โดยถือว่านายจิตมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่ไม่สามารถบรรลุได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำผิด นายจิตมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 283,81

จากปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้ทั้งในด้านกรวินิจฉัยของศาลและปัญหาในทางการศึกษา ทำให้คำพิพากษาโดยตรงที่ชี้ชัดว่าควรเป็นไปในแนวใดจึงยังไม่ปรากฏ อีกทั้งด้านการศึกษายังไม่มีหลักในการถ่ายทอดที่ชัดเจนว่าจะเป็นไปในแนวใด เพียงแต่เมื่อมีการกล่าวถึงมาตรา 81 มักจะอธิบายว่าปัจจุบันตามกฎหมายไทยยังมีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากยังปล่อยให้เรื่องดังกล่าว ซึ่งแม้แต่ผู้ใช้กฎหมายยังไม่มีความเข้าใจชัดเจนแน่นอนในทฤษฎีพื้นฐาน ความเป็นมาและเจตจำนงที่แท้จริงในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแล้ว ก็จะทำให้ปัญหาดังกล่าวไม่เป็นที่ยุติและยังเป็นปัญหาที่ยังคงมีแนววินิจฉัยเป็นสองฝ่ายอยู่ต่อไป

ในเรื่องการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ กับการขาดองค์ประกอบนี้ได้มีวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว คือวิทยานิพนธ์ของ รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ เรื่องการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยสุโขทัย

นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2524 แต่อาจมีบางกรณีที่ไม่เห็นด้วย เช่น ในเรื่องของ ความมั่งงาย

1.2 วัดดูประสงคของการศึกษา

การทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ เพื่อที่จะชี้ให้เห็นว่า แท้จริงแล้วเรื่องของการพยายามกระทำความผิด ที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ และในกรณีจะเป็นการขาดองค์ประกอบ นั้น เรื่องใดมีทฤษฎีและหลักว่าอย่างไร ในการวินิจฉัยเพื่อคลี่คลายปัญหาข้อถกเถียงในทางวิชาการและปัญหาในทางปฏิบัติที่มักจะไม่วินิจฉัย เป็นแนวเดียวกันโดยมีวัตถุประสงค์ของการศึกษา คือ

1. ต้องการอธิบายให้เห็นถึงหลักพื้นฐานที่จะนำไปประกอบการวิเคราะห์ เพื่อให้เกิดความ เข้าใจในแนวเดียวกันในเรื่องดังกล่าว
2. ต้องการนำเสนอแนวคิดและหลักปฏิบัติ รวมถึงหลักทฤษฎีที่ใช้กันในต่างประเทศ ทั้งใน ระบบจารีตประเพณี และ ระบบประมวลกฎหมาย แล้วนำมาเปรียบเทียบกับของไทย
3. วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นและข้อถกเถียงในทางตำราและแนวปฏิบัติ
4. วิเคราะห์เจตนารมณ์ที่แท้จริงและการตีความของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 ว่าแท้จริงแล้ว มาตรานี้ต้องการเอาผิดเมื่อใด เพื่อนำไปสู่การปรับใช้ที่ถูกต้อง
5. อธิบายให้เกิดความเข้าใจในเรื่ององค์ประกอบความผิดทางอาญา ซึ่งเป็นหลักพื้นฐาน ของความเข้าใจในเรื่องอื่นๆต่อไป
6. วิเคราะห์แนวปฏิบัติของศาลในเรื่องดังกล่าวว่าปัจจุบันศาลไทยวินิจฉัยไปในทางใด และมีความถูกต้องน่าเชื่อถือรวมถึงสอดคล้องกับทฤษฎีทางกฎหมายเพียงใด

1.3 สมมุติฐาน

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้สมมุติฐานมาจากการปรับใช้กฎหมายมาตรา 81 มีการตีความหมาย ของมาตรานี้แตกต่างกันเป็น 2 ฝ่าย ทำให้เกิดแนววินิจฉัยที่มักขัดแย้งกันเสมอ โดยเหตุผลที่สนับสนุน ความเห็น ทั้ง 2 ฝ่าย ต่างก็เป็นเหตุผลที่น่าเชื่อถือ แต่เนื่องจากระบบกฎหมายของไทยนั้นเป็นแบบ ประมวลกฎหมาย การตีความกฎหมายจึงต้องตีความตามเจตนารมณ์และเนื้อหาของกฎหมายโดย เคร่งครัด ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าความเห็นในฝ่ายที่ยึดถือความมุ่งต่อผลร้ายในการกระทำของผู้กระทำคือ ความเห็นในฝ่ายอัตตะวิสัย (subjective) น่าจะสอดคล้องกับกฎหมายไทยในเรื่องดังกล่าวมากที่สุด โดย รายละเอียดจะกล่าวในบทต่อ ๆ ไป

1.4 วิธีการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าปัญหานี้ใช้วิธีการศึกษาโดยวิธีวิจัยเอกสารโดยมีขั้นตอนในการศึกษาดังนี้

1. รวบรวมข้อมูลของทฤษฎีที่ใช้ทั่วไปในกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นพื้นฐานเพื่อนำเข้าสู่ปัญหา โดยรวบรวมจากหนังสือ บทความ วิทยานิพนธ์และความคิดเห็นทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว ทั้งในระบบจารีตประเพณี และ ระบบประมวลกฎหมาย
2. ข้อมูลตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันของกฎหมายอาญา ซึ่งเกี่ยวข้องกับกรณีที่น่ามาศึกษา ว่ามีความแตกต่างและมีการพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวอย่างไร ซึ่งจะได้เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กับประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปัจจุบัน
3. ศึกษาหลักทฤษฎีของกฎหมายอาญาของต่างประเทศทั้งในระบบจารีตประเพณี และ ระบบประมวลกฎหมาย โดยศึกษาจากตำราต่างประเทศของกฎหมายทั้งสองระบบ รวมถึงศึกษาความเห็นทางวิชาการและเนื้อหาทางทฤษฎีในเรื่องดังกล่าว
4. ศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาและแนวปฏิบัติที่ยึดเป็นหลักปฏิบัติในเรื่องดังกล่าว
5. จัดระบบแนวคิดของต่างประเทศมาเทียบเคียงกับทฤษฎีและหลักปฏิบัติของไทย

1.5 ขอบเขตของการศึกษา

ขอบเขตของการศึกษาค้นคว้านี้คือต้องการให้เกิดความชัดเจนในเรื่องการพยายามกระทำ ความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด ว่าเรื่องใดจะเป็นเรื่องการกระทำ ความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแท้ หรือขาดองค์ประกอบความผิด โดยศึกษาเริ่มตั้งแต่ความรู้พื้นฐานของ ทฤษฎีกฎหมายอาญาจนนำไปสู่การอธิบายในปัญหาดังกล่าว

เพื่อให้เกิดความเข้าใจจึงได้อธิบายรวมถึงในเรื่องการพยายามกระทำ ความผิดธรรมดาใน มาตรา 80 ด้วย และจะได้อธิบายโดยละเอียดในเรื่องการพยายามกระทำ ความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดย แน่แท้ ในเรื่องของทฤษฎีต่างๆ ที่ใช้กันทั้งในประเทศและต่างประเทศ อีกทั้งยังอธิบายให้เข้าใจหลัก พื้นฐานขององค์ประกอบของความผิดทางอาญาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการแยกแยะในเรื่องทั้งสอง เรื่องดังกล่าว

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ประโยชน์ที่จะได้รับจากการศึกษาวิทยานิพนธ์นี้ คือ

1. ได้ทราบหลักพื้นฐานของกฎหมายอาญา ในเรื่องดังกล่าวทั้งที่ใช้ในประเทศไทยและที่ใช้ในต่างประเทศ
2. เพื่อคลี่คลายปัญหาข้อถกเถียงที่มีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องนี้ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ยังไม่มี คำวินิจฉัยที่แน่ชัดปรากฏออกมา
3. เกิดประโยชน์แก่การศึกษา สำหรับผู้ที่ต้องการศึกษาโดยละเอียด ซึ่งได้ทำการเปรียบเทียบกฎหมายกับนานาประเทศในเรื่องดังกล่าว
4. ก่อให้เกิดประโยชน์ในการตีความกฎหมายให้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ที่แท้จริง

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ ในส่วนของความหมายและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้ คือ

2.1 ความหมาย

ความหมายของการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ คือความผิดที่ผู้กระทำไม่อาจกระทำให้สำเร็จได้ ซึ่งผู้กระทำแม้จะได้มีเจตนาและลงมือกระทำไปแล้ว แต่ถึงจะทำอย่างไรก็ไม่สามารถบรรลุผลเป็นความผิดได้อย่างแน่แท้ โดยจะเห็นได้ว่าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ได้บัญญัติเกณฑ์เกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดไว้ และกำหนดโทษสองในสามของความผิดสำเร็จ ในขณะที่เดียวกันก็มีบทบัญญัติใน มาตรา 81 กำหนดหลักเกณฑ์และบทลงโทษเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้โดยการพยายามกระทำความผิดทั้ง 2 ประเภท มีองค์ประกอบที่เหมือนกันเพียงแต่การไม่ประสบความสำเร็จเท่านั้นที่แตกต่างกัน คือ ในขณะที่มาตรา 80 ความผิดสำเร็จไม่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ แต่มาตรา 81 ความผิดสำเร็จไม่เกิดขึ้นโดยแน่แท้เท่านั้น⁸

มาตรา 81 วรรคแรกมีเนื้อหา คือ “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำไม่สามารถบรรลุได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด แต่ให้ลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น “

การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้⁹ คือการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดที่แม้จะเข้าลักษณะการขาดองค์ประกอบของความผิดแล้วก็ตาม เพราะการพยายามกระทำความผิดทุกชนิด ถ้าจะพิจารณาอีกแง่หนึ่งก็ได้แก่การกระทำที่ถึงขั้นลงมือแล้ว แต่ไม่ครบองค์ประกอบความผิด (ในส่วนของผล) จึงไม่เป็นความผิดสำเร็จตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นเอง แต่กฎหมายก็บัญญัติให้การกระทำที่ถึงขั้นนั้นเป็นความผิดฐานพยายาม ดังนั้นเมื่อพิจารณาตามมาตรา 81 แล้วจะ

⁸ คณิต ณ นคร,กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, อ่างแล้ว , หน้า 273

เห็นได้ว่าแม้การบรรลุผลนั้นจะเป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ การพยายามกระทำความผิดก็มีได้ เพียงแต่ผู้กระทำมุ่งโดยตรงเพื่อให้เกิดผลเป็นความผิดและได้กระทำถึงขั้นลงมือแล้ว การพิจารณาว่าจะเป็นการพยายามหรือไม่ ต้องมองในแง่จิตใจ (subjective) เป็นสำคัญ โดยจะต้องมีการกระทำที่แสดงออกให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดและเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นบุคคลสมควรจะถูกลงโทษหากเขาว่าการกระทำของเขามีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแต่ไม่รู้ว่าการกระทำของเขานั้นไม่อาจบรรลุผลได้¹⁰

ในมาตรานี้มีข้อควรสังเกตคือ คำว่า "กระทำการโดยมุ่งต่อผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด" ก็คือ การกระทำที่มุ่งต่อผลให้เป็นความผิดสำเร็จ ดังนั้นแม้กฎหมายจะใช้คำว่า "ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด" แต่ความจริงก็เป็นการพยายามกระทำความผิดตามหลักเกณฑ์ทั่วไปนั่นเอง¹¹

2.2 ประเภทของการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้

การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ แบ่งออกเป็นการไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ 2 กรณี คือ

- (1) การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อกฎหมาย
- (2) การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อเท็จจริง

⁹ เทียบ Dennis Ian, The Criminal Attempts Act. 1981, Crim.L.Rev. 5, 6 (1982) "Section 1(2) goes on to deal with impossibility. A person may be guilty of attempting to commit an offence to which this section applies even though the facts are such that the commission of the offence is impossible" อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2540) หน้า 393

¹⁰ Bassiouni, M.C, Substantive Criminal law. 1978, p.21: อ้างใน มีพาศน์ โปตระนันท์, "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้และการขาดองค์ประกอบ", ดุลพาห ปีที่ 14 เล่ม 6 (พ.ศ. 2510), หน้า 2,8

¹¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2544), หน้า 319

2.2.1 การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อกฎหมาย

การไม่บรรลุผลโดยข้อกฎหมายคือการที่ผู้กระทำการไม่สำเร็จเพราะสิ่งที่กระทำไปนั้นไม่ครบองค์ประกอบความผิดเช่นการทำให้แท้งลูกตามมาตรา 301 ต้องมีหญิง และหญิงต้องมีครรภ์ เพราะถ้าไม่มีครรภ์ก็ไม่มีลูกที่จะทำให้แท้ง เมื่อการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดสำเร็จได้เพราะขาดองค์ประกอบความผิดเสียทีเดียวเช่นนี้ ความผิดนั้นมิขึ้นไม่ได้เลยฉนั้นใดการพยายามกระทำในสิ่งที่ไม่เป็นความผิดก็มิไม่ได้ฉนั้น¹² นอกจากนี้การขาดองค์ประกอบของความผิดก็เท่ากับกฎหมายมิได้บัญญัติไว้เป็นความผิดจะนำมาลงโทษไม่ได้ ซึ่งจะขัดกับหลัก Nullum Crimen, nulla poena sine lege คือหลักที่ว่า ไม่มีความผิดไม่มีกฎหมาย ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ตามมาตรา 2

การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อกฎหมายนี้แยกได้เป็น 2 กรณีคือ

1. เป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเลย
2. เป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิด

(1) เป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเลย

ในกรณีนี้คือไม่มีกฎหมายบอกว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด หรืออาจเป็นความผิดในประเทศอื่น แต่สำหรับในประเทศนั้น ๆ การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดเลย ซึ่งในประเทศไทยนี้ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคแรก ได้กำหนดว่า “บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมาย ที่ใช้ในขณะที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” ซึ่งจะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายของเรานั้น การจะลงโทษผู้ใดนั้นสิ่งที่สำคัญคือ ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ด้วย ต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะกระทำความผิดนั้น และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ในกรณีที่กฎหมายประเทศหนึ่งบอกว่าเป็นความผิด แต่อีกประเทศหนึ่งบอกว่าเป็นความผิด เช่น ความผิดเกี่ยวกับการเป็นชู้ คือการที่ชายหรือหญิงแต่งงานแล้วไปมีความสัมพันธ์กับหญิงหรือชายอื่น ที่มีใช้ภริยาหรือสามีของตน เป็นความผิดตามกฎหมายบางประเทศ แต่กฎหมายไทยไม่มี

¹² จิตติ ดิงศกทีย, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2529), หน้า 339

บัญญัติไว้เป็นความผิดอาญา หากบุคคลในประเทศดังกล่าวมาประเทศไทยและมีความสัมพันธ์กับหญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยเข้าใจว่าเขากำลังกระทำความผิดกฎหมายไทยด้วยนั้น การกระทำความผิดดังกล่าวของเขาไม่เป็นความผิด เพราะจะลงโทษบุคคลที่เขาเชื่อว่าเขากระทำความผิดทั้ง ๆ ที่สิ่งนั้นมีได้มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไม่ได้ จึงจะมีการพยายามกระทำความผิดไม่ได้

ในกรณีตัวอย่างข้างต้นนี้ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร มีความเห็นว่าเป็นกรณีที่เป็นความผิดที่เข้าใจผิด (Wahndelikt) คือ "การที่ผู้กระทำความผิดคิดว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่กฎหมายอาญาห้ามทำ การกระทำในกรณีดังกล่าวนี้พิจารณาเป็นกรณีเป็นการพยายามกระทำความผิด แต่แท้จริงมิใช่การพยายามกระทำความผิด กรณีจึงเป็นการกระทำที่ไม่มีโทษทางอาญา" เช่น นายหนึ่งสอบเข้ารับราชการเป็นพนักงานอัยการได้และได้รับการเรียกให้เข้าทำงานในระหว่างการดำเนินการบรรจุและแต่งตั้งตามขั้นตอน ต่อมามีการตรวจพบว่า นายหนึ่งขาดคุณสมบัติที่จะได้รับการบรรจุและแต่งตั้งทางราชการจึงแจ้งให้นายหนึ่งทราบและนายหนึ่งยอมออกไปแต่โดยดี อย่างไรก็ตามในระหว่างที่เข้าทำงานในเวลาอันสั้นนั้น นายหนึ่งได้รับสินบน ดังนี้มีปัญหาว่านายหนึ่งกระทำความผิดตามมาตรา 201 หรือไม่ ที่นายหนึ่งเข้าใจว่าตนเป็นพนักงานอัยการแล้ว

การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ดังกล่าวนี้ ตามปกติกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเราก็ไม่ได้กล่าวถึงการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ที่กล่าวถึงนี้¹³

ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดในทางอาญากรณีเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดดังกล่าวนี้ นักนิติศาสตร์ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือฝ่ายหนึ่งเห็นว่าความรับผิดในทางอาญาสำหรับการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ในกรณีนี้เหมือนกับความรับผิดในทางอาญากรณีเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำหรือเพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากรณีนี้เป็นเรื่องของ "ความผิดที่เข้าใจผิด" (Wahndelikt) ที่เป็นกรณีขาดองค์ประกอบ¹⁴

¹³ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, อ่างแล้ว, หน้า 284.

¹⁴ vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, P.482 อ้างใน คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, อ่างแล้ว, หน้า 284.

(2) เป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิด

การกระทำในกรณีนี้ก็ คือ การกระทำที่ยังไม่ครบองค์ประกอบความผิดจึงทำให้การกระทำนั้นไม่สามารถปรากฏเป็นผลสำเร็จและเป็นความผิดได้ แต่กฎหมายก็ยังเอาโทษผู้นั้นในฐานะพยายามกระทำความผิดได้ เช่น เจตนาจะยิงผู้อื่นให้ตาย แต่บังเอิญเขาหลบทัน ดังนี้ ผู้กระทำนั้นได้กระทำไปยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ เพราะมิได้มีผู้ใดถูกฆ่า แต่กฎหมายก็ยังต้องการลงโทษในส่วนของจิตใจผู้กระทำที่ต้องการฆ่าผู้อื่น ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 80 การกระทำที่ขาดองค์ประกอบของเขานี้ จึงเป็นความผิดฐานพยายามตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในมาตรา 81 ก็เช่นกัน หากผู้กระทำเจตนาที่จะฆ่าผู้อื่น คือ ต้องการให้ผลคือความตายของผู้อื่นเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของเขา แต่เขาได้เข้าใจผิดว่าเขาได้ยิงไปที่คน แต่ความจริงแล้วเขายิงตอไม้หรือศพ ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายต้องการลงโทษในส่วนของจิตใจ ที่จะมุ่งต่อผลร้ายที่จะเกิดขึ้น โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 81 ซึ่งมีถ้อยคำว่า "กระทำการโดยมุ่งต่อผล ซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด...." จึงเห็นได้ว่ากฎหมายมาตรานี้ต้องการลงโทษผู้กระทำที่มุ่งต่อผลร้ายที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ดังนั้น หาก ก. เจตนาฆ่า ข. แต่ยิงไปที่ศพหรือตอไม้เป็นการกระทำที่ ก. มุ่งต่อผลร้ายที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดก็คือ ก. มุ่งที่จะให้ ข. ตาย ซึ่งกฎหมายก็ได้บัญญัติความผิดฐานฆ่าผู้อื่นไว้แล้ว ถึงแม้ว่า ข. จะมีได้อยู่ตรงนั้น หรือ ข. ตายไปแล้วก็ตาม เมื่อเป็นเช่นนี้เห็นได้ว่ามีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดคือความผิดฐานฆ่าผู้อื่นและผู้กระทำนั้น ก็ได้กระทำโดยมุ่งต่อผลในความผิดฐานนี้ แต่ไม่บรรลุผลโดยแน่แท้เพราะวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ คือคนที่จะถูกยิงนั้นตายไปก่อนแล้วหรือกลายเป็นตอไม้

ข้อสังเกตเกี่ยวกับมาตรา 81 คือ ในข้อความที่กล่าวว่า "ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด" แสดงว่าจริง ๆ แล้วการกระทำนี้เป็นการขาดองค์ประกอบความผิด ไม่อาจเป็นความผิดสำเร็จได้ แต่กฎหมายต้องการที่จะลงโทษผู้มีเจตนามุ่งต่อผลร้าย จึงให้ถือว่าเป็นความผิดและต้องรับโทษตามมาตรา 81

การขาดองค์ประกอบความผิดนี้จะต้องเป็นการขาดองค์ประกอบในขณะที่เริ่มลงมือกระทำความผิด เช่น คนที่จะถูกฆ่าตายเสียก่อนลงมือยิง ถ้าคนที่จะถูกฆ่าตายหลังจากที่ได้มีการพยายามฆ่าแล้วแต่ตายเพราะเหตุอื่น ดังนี้ไม่เป็นการขาดองค์ประกอบความผิด คงเป็นเพียงการพยายามที่ไม่เกิดผลโดยทั่วไปนั่นเอง เช่นเดียวกันกับการชูเอาทรัพย์แล้ว แต่ผู้ถูกชูไม่กลัวแต่ยอมให้ทรัพย์ไปเพื่อจับกุมหรือพยายามปลอมเงินตรา แต่รัฐบาลได้เลิกใช้เงินชนิดนั้นก่อนการเริ่มปลอมเงินนั้นแล้ว เป็นต้น

2.2.2 การไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อเท็จจริง

จะต้องมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดครบถ้วนหากแต่เหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อทำให้การกระทำนั้นไม่สามารถสำเร็จได้อย่างแน่แท้ ซึ่งในการไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้โดยข้อเท็จจริงแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

1. เพราะปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำผิด
2. เพราะวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อ

(1) เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำผิด

คำว่า "ปัจจัย" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึงเหตุอันเป็นทางให้เกิดผล ดังนั้นเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำจึงหมายถึงวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการกระทำหรือวิธีการในการใช้วัตถุ เช่น ใช้ปืนที่ไม่มีลูกยิงไปที่บุคคลด้วยเจตนาฆ่า ใช้ปืนที่มีลูกยิงไปยังบุคคลที่อยู่ในระยะพ้นวิถึกระสุนของปืนนั้นด้วยเจตนาฆ่า เอน้ำที่คิดว่าเป็นยาพิษให้ผู้อื่นดื่มด้วยเจตนาฆ่า ในกรณีเช่นนี้เกิดจากวัตถุประสงค์ที่ใช้ในการกระทำที่ทำให้การกระทำไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้กรณีที่พิจารณาวัตถุ (Objective) ที่ใช้ในการกระทำแล้วความผิดนั้นไม่อาจสำเร็จได้เลย ในเรื่องของปัจจัยนี้ก็หมายถึงวิธีการหรือเครื่องมือเครื่องใช้ในการกระทำความผิดมีความบกพร่องจึงไม่อาจใช้เครื่องมือที่นั้นปฏิบัติการให้สำเร็จดังใจประสงค์ได้ เช่น

- (ก) ต้องการฆ่าผู้อื่นแต่ใช้ปืนไม่มีกระสุนไปยิงเขา¹⁵
- (ข) ใช้ปืนที่เสียแล้วไปยิงเพื่อฆ่าผู้อื่น¹⁶
- (ค) วางยาพิษผู้อื่น แต่แท้จริงแล้วมิใช่ยาพิษ แต่เป็นเพียงแป้ง
- (ง) วางยาพิษผู้อื่น แต่ยาพิษมีจำนวนน้อย จึงไม่อาจทำให้ตายได้
- (จ) จำเลยพยายามเปิดตู้เซฟโดยใช้สิ่งที่จำเลยคิดว่าเป็นกรดกัดเหล็ก แต่ความจริง

ไม่ใช่

¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1837/2531, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1119, คำพิพากษาฎีกาที่ 1188/2536, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 77

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 980/2502, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1291, คำพิพากษาฎีกาที่ 989/2529, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1124

(ด) ระเบิดขวดที่ไม่สามารถทำให้ผู้ถูกสะกิดระเบิดตายได้ เพราะวัตถุระเบิดนั้นมีกำลังอ่อน¹⁷

(ข) ต้องการฆ่าผู้อื่นแต่อาวุธปืนที่ใช้ไม่สามารถทำให้ผู้ถูกยิงตายได้¹⁸

(2) เพราะวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ

กรณีนี้พิจารณาจากข้อเท็จจริงแห่งเรื่องจากลักษณะของการกระทำแล้วความผิดสำเร็จไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย กล่าวคือ ไม่มีข้อบกพร่องในส่วนของปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ คือใช้ปืนมีลูกกระสุนจริง ใช้ยาพิษจริง แต่วัตถุที่มุ่งจะกระทำต่อนั้นไม่อาจบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้อย่างแน่แท้ เช่น ยิงปืนไปที่แต่เนื่องจากวัตถุที่มุ่งกระทำทั่วไปกระทำต่อนั้น มีผู้อื่นจึงไม่อาจบรรลุผลแห่งความผิดแห่งความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยอย่างแน่แท้ จึงเป็นเพียงพยายามตามมาตรา 81 เท่านั้น

ตัวอย่างของวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อผิดไปจากที่ตั้งใจทำให้เป็นเพียงพยายามที่ไม่สามารถบรรลุได้โดยแน่แท้ เช่น

(ก) ต้องการฆ่าผู้อื่นและได้ใช้ปืนยิงไปที่ตอไม้โดยเข้าใจว่าเป็นมนุษย์และเป็นบุคคลที่ประสงค์จะฆ่า

(ข) ต้องการฆ่าผู้อื่น และได้ใช้ปืนยิงศพ โดยเข้าใจว่าผู้อื่นนั้นยังมีชีวิตอยู่

(ค) ต้องการขโมยเงินของผู้อื่นจึงได้ล้วงกระเป๋าของผู้อื่นแต่ในกระเป๋านั้นไม่มีเงินเลย

(ง) ต้องการทำแท้งให้หญิง โดยใช้ยาขับ แต่หญิงมิได้ตั้งครรภ์

ในการไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ตามมาตรา 81 นี้ มีขอบเขตเฉพาะการกระทำที่ไม่อาจบรรลุผลเพราะเหตุแห่งวัตถุหรือปัจจัยเท่านั้น แต่ถ้าเป็นเพราะเหตุอื่นก็จะเป็นการขาดองค์ประกอบความผิดโดยแท้ ซึ่งไม่อาจเป็นความผิดได้ เช่น

(ก) ว. ชื้อสิ่งทีเข้าใจว่าเป็นฝิ่นใส่ไหซ่อนฝังดินในสวน แต่สิ่งนั้นความจริงเป็นยางไม้ไม่มีฝิ่นปนอยู่เลย ว. ไม่มีความผิดฐานพยายามมีฝิ่น¹⁹

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 1720/2513, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 2213

¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 107/2510, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 66 , คำพิพากษาฎีกาที่ 1361/2514, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 2062 , คำพิพากษาฎีกาที่ 2400/2529, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1292, คำพิพากษาฎีกาที่ 1560/2529, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 762

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 34/129, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 171

(ข) พ. ชื่อสลากกินรวบจากเจ้าพนักงาน โดยไม่รู้ว่าผู้ขายเป็นเจ้าพนักงาน ตัดสินว่าเจ้าพนักงานไม่มีเจตนาจะเล่นการพนันกับจำเลย การพนันสลากกินรวบต้องมีผู้เล่นสองฝ่ายจำเลยเล่นการพนันแต่ฝ่ายเดียวไม่ได้ แม้ชั้นพยายามก็ไม่ผิด²⁰

(ค) สัญญามีว่าผู้เสียหายจะจ่ายเงินสมนาคุณแก่จำเลย เมื่อผู้เสียหายได้ทำสัญญาเป็นตัวแทนให้กับบริษัท บ.แล้ว เป็นการจ่ายเงินตามสัญญาต่างตอบแทน แม้ผู้เสียหายสัญญาจะจ่ายเงินสมนาคุณเพราะหลงเชื่อคำหลอกลวงว่าบริษัทจะตั้งตัวแทนใหม่ ก็มีใช้จำเลยได้ทรัพย์ไปเพราะจำเลยกล่าวคำเท็จ แต่ได้ทรัพย์ไปเพราะหลงเชื่อในสัญญาเป็นตัวแทนบริษัท ถ้าไม่เป็นตัวแทนก็ไม่ต้องจ่ายเงิน ไม่เป็นพยายามฉ้อโกง²¹

การลงโทษผู้กระทำตามมาตรา 81 นี้ เนื่องจากผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิด ซึ่งมีความร้ายแรงเท่า ๆ กับผู้พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 แต่ว่าโอกาสที่จะเกิดความเสียหายตามที่ผู้กระทำต้องการไม่มี เพราะผู้กระทำมุ่งแต่จะให้เกิดผลอันเป็นความผิด โดยไม่รู้ว่าการกระทำนั้นไม่อาจเกิดผลได้อย่างแน่แท้ แต่ถ้าผู้กระทำรู้ถึงเหตุที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นไปไม่ได้ก็เท่ากับผู้กระทำมิได้มีเจตนากระทำความผิดก็ไม่อาจเป็นพยายามได้²² แต่โดยการกระทำในตัวของมันเองไม่ก่อให้เกิดอันตรายแต่อย่างใด ดังนั้นจึงควรลดโทษลงบ้าง ก็คือให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการกำหนดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

2.3 ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา

ทฤษฎีของการกำหนดความผิดนี้ มีข้อยกเว้นเนื่องจากความเชื่อดั้งเดิมที่มักมองว่าจะลงโทษก็ต้องลงโทษผู้ที่ได้กระทำความผิดปรากฏออกมาในทางภาวะวิสัยแต่ในหลายๆประเทศไม่ยอมรับทฤษฎีของการลงมือกระทำความผิดดังที่จะกล่าวต่อไป แต่เขาใช้ทฤษฎีการกระทำเป็น Objective และ Subjective ซึ่งเขาบอกว่าการพยายามกระทำความผิดนั้นพื้นฐานอยู่ที่การกระทำแต่การลงโทษ

²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 629/2500, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, น.687

²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 2922/2524, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, น.982

²² Strahorn Jr., The Effect of Impossibility on Criminal Attempts, 78v. of Pa.L. Rev. 962, 966 - 967 (1930) อ้างใน ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ.2545) หน้า 176 และดู หยุต แสงอุทัย, "การคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำความผิดตามร่างประมวลกฎหมายอาญาระบบใหม่", นิติสาร ปีที่ 18 เล่ม 2 (พ.ศ.2490) หน้า 9, 24-25

ให้ดูที่เจตจำนง ซึ่งเรียกว่าทฤษฎีภาวะวิสัยประกอบกับทฤษฎีอัตตะวิสัยสองอย่างประกอบกัน การวินิจฉัยในทางกฎหมายจึงมองว่า Subjective เป็นอย่างไร และ Objective เป็นอย่างไร

ในกฎหมายอาญามีทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา (Pattern of criminality) 2 ทฤษฎี คือ²³

1. ความรับผิดชอบที่พิจารณาจากการกระทำภายนอก (The pattern of manifest criminality)
2. ความรับผิดชอบโดยพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำผิด (The pattern of subjective criminality)

ความรับผิดชอบทางอาญาที่พิจารณาจากการกระทำภายนอก (The pattern of manifest criminality) เป็นรูปแบบดั้งเดิมในการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งหมายความว่า การกระทำผิดอาญาพิจารณาจากการกระทำที่แสดงออกมาจนเห็นได้ในขณะนั้น โดยให้คนทั่ว ๆ ไปที่ไม่ทราบเจตนาภายในของผู้กระทำ พิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ซึ่งความผิดอาญาที่พิจารณานั้นจะร้ายแรงมากหรือน้อยเพียงใดจะขึ้นอยู่กับประสบการณ์ของผู้พิจารณาแต่ละบุคคลที่พิจารณา

จากรูปแบบความรับผิดชอบที่พิจารณาจากการกระทำภายนอก ทำให้เกิดแนวคิดที่มีลักษณะสำคัญ

2 แนวคิด คือ

1. แนวคิดที่หนึ่ง มีความเห็นว่าอาชญากรรม (crime) จะก่อรูปขึ้นในลักษณะที่เป็นผลเนื่องมาจากประสบการณ์ของสังคม (Product of community experience) มากกว่าที่จะเกิดจากการกำหนดขึ้นโดยการออกกฎหมาย (Act of legislative will) หรือเกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาจะมีพื้นฐานจากประสบการณ์ร่วมกันในสังคม (Social experience)

2. แนวคิดที่สองมีความเห็นว่า ในการพิจารณาความรับผิดชอบในทางอาญา เจตนาของผู้กระทำความผิดเป็นเรื่องลำดับรอง เจตนาจะพิจารณาจากการกระทำที่แสดงออกมาภายนอก เจตนาจะปรากฏเมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นเท่านั้น ไม่มีความคิดอิสระอยู่ภายใน ต่างหากจากการกระทำที่แสดงออกมา

ตามรูปแบบความรับผิดชอบที่พิจารณาจากการกระทำภายนอก (The pattern of manifest criminality) นี้ รัฐจะเข้าดำเนินคดีกับบุคคลได้ต่อเมื่อการกระทำของเขาที่แสดงออกมานั้น (Objectively) ทำให้เห็นได้ว่าเป็นอันตรายต่อสังคม²⁴

²³ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, (Boston: Little Brown and Company, 1978)

pp.115-122

²⁴ Ibid, pp.115-118

ส่วนความรับผิดชอบทางอาญาโดยพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำความผิด (The pattern of subjective criminality) มีลักษณะแตกต่างไปจากการพิจารณาจากการกระทำภายนอก กล่าวคือ เห็นว่าลักษณะสำคัญของการกระทำความผิดทางอาญาคือเจตนาที่ละเมิดต่อกฎหมายที่บัญญัติเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคม แนวคิดนี้จะแยกเจตนาจากการกระทำภายนอก เจตนาเกิดจากจิตสำนึกภายใน (Event of consciousness) ที่ผู้มีความรู้รู้อยู่เองเท่านั้น เจตนาและการกระทำไม่ใช่สิ่งที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (monistic) แต่สามารถแยกออกจากกันได้ (dualistic) โดยการกระทำเป็นสิ่งที่แสดงออกมาภายนอก (Realm of the body) แต่เจตนาเป็นสภาพจิตใจที่อยู่ภายใน (oxalm of the mind)

ในแนวคิดนี้เห็นว่ากฎหมายอาญาควรเริ่มต้นการพิจารณาว่ามีผลประโยชน์อะไรบ้างที่ควรได้รับการคุ้มครอง ต่อมาก็ห้ามการกระทำที่เป็นการคุกคามผลประโยชน์นั้น บางครั้งคนเราก็ตั้งใจที่จะคุกคามผลประโยชน์นั้น หรือบางกรณีก็ทำให้ผลประโยชน์ตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะเป็นอันตราย ฉะนั้นวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาก็คือการป้องกันไม่ให้บุคคลมีพฤติกรรมที่จะเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ที่ควรได้รับการคุ้มครอง ซึ่งทางที่จะยับยั้งพฤติกรรมเช่นนี้ได้ก็คือ การลงโทษบุคคลที่มีเจตนาละเมิดผลประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองนั่นเอง²⁵

จากทัศนะความรับผิดชอบอาญาที่แตกต่างกันทำให้องค์ประกอบความผิดแต่ละส่วนมีลักษณะและความหมายแตกต่างกันตามการตีความ ก็แล้วแต่ว่าจะตีความตามแบบความรับผิดชอบที่พิจารณาการกระทำภายนอก (manifest criminality) หรือแบบความรับผิดชอบที่พิจารณาจากจิตใจ (subjective criminality) เช่นในแบบที่คำนึงถึงการกระทำภายนอก (The pattern of manifest criminality) องค์ประกอบของการกระทำ (act) จะพิจารณาจากการกระทำที่แสดงให้เห็นลักษณะความผิด (Criminal plan) เจตนา (intent) จะพิจารณาตามพื้นฐานความผิดในสิ่งที่ปรากฏให้เห็นจริงๆ การกระทำโดยเจตนา (union of act and intent) จะมีลักษณะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และอันตรายที่จะเกิดแก่สังคม (a danger to the community) จะพิจารณาจากผลที่เกิดจากการกระทำนั้น

ส่วนในแบบที่คำนึงถึงจิตใจ (The pattern of subjective criminality) องค์ประกอบทางการกระทำ (act) จะหมายถึงการกระทำที่แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำตกลงใจที่จะกระทำความผิด เจตนา (intent) จะเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำผิด (Subject's consciousness) ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะละเมิดสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองการกระทำโดยเจตนา (union of act and intent) สามารถ

²⁵ Ibid, pp.118-119

แยกการกระทำและเจตนาออกจากกันได้ในขณะที่กระทำผิดนั้น และอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่สังคม (a danger to the community) คือเจตนาที่จะละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์ในสังคม²⁶ เป็นต้น

ปัจจุบันความรับผิดทางอาญามีทั้งลักษณะที่ดูการกระทำภายนอก (objective) และจิตใจภายใน (subjective) ในความรับผิดบางลักษณะ การพิจารณาความรับผิดแต่ละกรณีจะไม่มีผลแตกต่างกัน เช่น ในกรณีที่การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครองอย่างเห็นได้ชัด และในขณะเดียวกันก็แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะละเมิดในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองด้วย แต่ความรับผิดบางกรณี ถ้าพิจารณาไปในทางใดทางหนึ่งแล้ว จะเห็นได้ว่ามักจะไม่เป็นไปตามแนวคิดในการรับผิด คือเมื่อดูในส่วนของการกระทำภายนอก (objective) แล้วจะเห็นว่าไม่เกิดอันตรายที่ปรากฏต่อสังคมที่เห็นว่าควรจะต้องรับผิดเช่นการเตรียมการหรือการพยายามกระทำความผิด²⁷ เป็นต้น และในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาในแง่ของจิตใจ (Subjective) การกระทำบางอย่างก็ไม่ต้องรับผิด เพราะไม่มีเจตนาที่จะละเมิดในสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง เช่น การกระทำโดยประมาท ความรับผิดโดยไม่มีเจตนา หรือความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) เป็นต้น ดังนั้นระบบกฎหมายอาญาในปัจจุบันจึงมีความรับผิดทั้งแบบที่เป็นอิทธิพลของความรับผิดจากการกระทำภายนอก (The pattern of manifest criminality) และแบบที่เป็นอิทธิพลของความรับผิดจากจิตใจของผู้กระทำผิด (The pattern of subjective criminality) อยู่ร่วมกัน

หากได้พิจารณาความรับผิดทางอาญาทั้ง 2 แบบ ที่มีอิทธิพลต่อการศึกษาความกฎหมายอาญา จะพบว่าแนวคิดในทางรับผิดแต่ละแบบจะมีทัศนคติในการตีความกฎหมายอาญาแตกต่างกันคือ ในการตีความว่าการกระทำใดจะผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ ในแบบที่คำนึงถึงการกระทำภายนอก (objective) จะให้ความสำคัญต่อองค์ประกอบภายนอก (objective element) มากกว่าองค์ประกอบภายใน (subjective element) โดยมุ่งคุ้มครองอันตรายที่เกิดขึ้นในสังคม ส่วนแบบที่คำนึงถึงจิตใจ (subjective) จะให้ความสำคัญกับองค์ประกอบภายใน (subjective element) มากกว่าองค์ประกอบภายนอก (objective element) โดยมุ่งที่จะลงโทษโดยพิจารณาจากเจตนาที่ละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมาย

²⁶ Ibid, pp.119-121

²⁷ โทแมน ภทธรภิรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, ระเบียบคำบรรยายกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ.2524, หน้า 18 และ จิตติ ดิงศภิทัย, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, ตอน 1 พิมพ์ครั้งที่ 7 ตอน 2 พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, พ.ศ.2525), หน้า 348 - 349

ประสงค์จะคุ้มครองเป็นสำคัญ ซึ่งเรียกแนวคิดที่ให้ความสำคัญแก่องค์ประกอบภายนอกมากกว่าว่า "objectivist" และเรียกแนวคิดที่ให้ความสำคัญแก่องค์ประกอบทางจิตใจมากกว่าว่า "subjectivist"²⁸

ในส่วนของกรพยายามกระทำคามผิดนั้น จะเห็นได้ว่าในเรื่องแรกเป็นการพยายามกระทำคามผิดที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น การพยายามกระทำคามผิดโดยประมาทไม่มี เพราะการพยายามกระทำคามผิดนั้นมีส่วนภายในอยู่แล้ว ซึ่งมีทฤษฎีที่ใช้กันสองทฤษฎีคือ ทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลซึ่งไม่คำนึงถึงสวนจิตใจ แต่ทฤษฎีความมุ่งหมายในการกระทำนั้นเห็นว่าการกระทำในสวนของมนุษย์มีทั้งการกระทำของ Objective และ Subjective ประกอบกัน

การพยายามกระทำคามผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้เป็นการชี้ให้เห็นว่าทฤษฎีการกระทำก่อให้เกิดผลที่มองการกระทำประกอบภายนอกนั้นจะใช้ทุกกรณีไม่ได้ เพราะการพยายามกระทำคามผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้เป็นเรื่องภายใน ซึ่งเรื่องภายในในที่นี้ก็คือ การกระทำคามผิดที่เป็นพยายามได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำคามผิดที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น แต่ก่อนที่คนจะลงมือกระทำคามผิดได้ก็ต้องผ่านขั้นตอนในการกระทำของมนุษย์ประการหนึ่ง คือ ต้องมีการตัดสินใจในการที่จะกระทำคามผิด คือเป็นเงื่อนไขที่มาก่อน ซึ่งเป็นความผิดที่มุ่งหมายจะกระทำ การใด ซึ่งอยู่ในสวนของ Subjective และแนวความคิดในเรื่องนี้ได้มีการแบ่งเป็น 2 ฝ่าย คือฝ่ายที่ยึดในหลัก Subjective และฝ่ายที่ยึดในหลัก Objective ซึ่งในแต่ละฝ่ายก็ยึดถือทฤษฎีในการวินิจฉัยที่แตกต่างกันอยู่ 2 ทฤษฎี คือ

1. ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory)
2. ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory)

2.3.1 ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าการกระทำที่จะเป็นการเริ่มต้นหรือลงมือกระทำคามผิด หรือพยายามได้ต้องเป็นการกระทำที่นำไปสู่ความสำเร็จได้ เพียงมีเจตนาร้ายเท่านั้น แต่ไม่มีการกระทำที่จะเกิดผลเป็นความผิด ย่อมจะเป็นการกระทำที่นำมาเป็นเหตุลงโทษผู้กระทำไม่ได้ เพราะไม่มีผลร้ายเกิดขึ้น โดย

²⁸ George P.Fletcher, Rethinking Criminal Law, (Boston : Little Brown and Company, 1978),

ทฤษฎีนี้ถือว่าผลของการกระทำจะเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่อนอันตรายเป็นการเกิดผลที่กฎหมายไม่พึงประสงค์ขึ้นและอันตรายนั้นก่อให้เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น²⁹

ตามความคิดเห็นของนักกฎหมายฝ่ายนี้ให้ความสำคัญของผลที่เกิดจากการกระทำเป็นหลัก เช่นการลงมือกระทำความผิดต้องเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดที่จะกระทำนั่นเอง อาจเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของความผิด หรือเป็นเหตุที่ทำให้ความผิดเพิ่มขึ้น เช่น การเอามือจับทรัพย์เป็นการลงมือ ลักทรัพย์เพราะการจับทรัพย์เป็นการกระทำเพื่อเอาทรัพย์นั้นไป อันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานลักทรัพย์ หรือการเข้าไปในเคหสถานเพื่อจะลักทรัพย์เป็นการลงมือลักทรัพย์แล้ว และการเข้าไปในเคหสถานเพื่อจะลักทรัพย์ก็เป็นเหตุที่ทำให้โทษฐานลักทรัพย์หนักขึ้น

ศาลฎีกาฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่าการที่บุคคลหนึ่งให้คำแนะนำแก่อีกบุคคลหนึ่งและให้เงินเพื่อให้บุคคลนั้นทำการฆาตกรรม ยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิด เพราะการลงมือกระทำความผิดจะเกิดขึ้นต่อเมื่อการกระทำนั้นมีผลโดยตรงและใกล้ชิดกับความสำเร็จ³⁰

ทฤษฎีภาวะวิสัยนี้เป็นหลักที่ถือเอาการกระทำและความเสียหายเป็นใหญ่ นั่น โดยพิจารณาว่าสังคมได้บั่นป่วนและเสียหายเพียงใด และการลงโทษก็ให้ลงโดยเหมาะสมกับความเสียหายนั้น ซึ่งอันนี้เป็นหลักนิยมของ นิโคลาสลิก

ทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย³¹ ความคิดในการพิจารณาการกระทำและผล โดยหลักในทางภาวะวิสัยนั้น Richard Honig ได้เป็นผู้ริเริ่มขึ้นในปี ค.ศ. 1930 จุดเริ่มต้นของ Richard Honig ในเรื่องความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัยนั้นเกิดขึ้นจากปัญหาที่ไม่ลงรอยกันระหว่างทฤษฎีเงื่อนไขที่ถือว่าเหตุทุกเหตุมีค่าเท่ากัน กับทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมที่ถือเอาเฉพาะเหตุที่เหมาะสมเท่านั้น แต่ Honig ได้เบนปัญหาไปอีกทางหนึ่งโดยเห็นว่า "ในทางกฎหมายนั้นมิใช่เรื่องของการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเพียงอย่างเดียวแต่ปัญหาที่จะต้องพิจารณามีต่อไปอีกว่าผลนั้นเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบหรือไม่" แนวความคิดของทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย จึงเป็นอย่างเดียวกันกับแนวความคิดของทฤษฎีเหตุที่สำคัญ

²⁹ คณิต ณ นคร, ประมวลกฎหมายอาญาและหลักพื้นฐานการเข้าใจ, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ.2538), หน้า 201.

³⁰ Crim. 25 Oct. 1962, อ้างใน โกเมน ภัทรภิรมย์, กฎหมายอาญาเปรียบเทียบ : อาชญาวិทยา, โรเนียวคำบรรยายกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ.2524, หน้า 20.

³¹ George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.655.

ตามทฤษฎีความรับผิดชอบในทางภาวะวิสัย ถือหลักว่า “ผลของการกระทำจะเป็นผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นก่อนอันตรายต่อการเกิดผลที่กฎหมายไม่พึงประสงค์ขึ้นและอันตรายได้เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น”

ในทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective) นี้ ถ้านำมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่นกรณียิงศพ ดังที่กล่าวมาแล้วพวกที่ยึดหลักภาวะวิสัยก็จะบอกว่าไม่มีความผิดตามมาตรา 81 เพราะว่าศพนั้นมิใช่ “ผู้อื่น” การกระทำนั้นจึงเป็นการกระทำที่ไม่เกิดผลเป็นความผิดได้

2.3.2 ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory)

ตามความคิดของนักกฎหมายฝ่ายนี้ให้ความสำคัญกับเจตนาของผู้กระทำ เช่น ในการเริ่มลงมือกระทำความผิดซึ่งเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งในการพยายามกระทำความผิดนั้น ฝ่ายที่ถือทฤษฎีนี้เห็นว่าการลงมือกระทำความผิดเกิดขึ้นได้เมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาที่แท้จริงในการจะกระทำความผิดซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อมีการกระทำที่มีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ

ในการพยายามกระทำความผิดก็เช่นกัน ถ้าแสดงให้เห็นถึงเจตนาชั่วร้ายและมีลักษณะที่เป็นภัยต่อสังคมของผู้กระทำความผิดเท่าๆกับการกระทำความผิดสำเร็จแล้วก็ต้องลงโทษการพยายามกระทำความผิดนี้เช่นเดียวกันกับการกระทำความผิดสำเร็จ

ตามแนววินิจฉัยของศาลฎีกาฝรั่งเศสมีความเห็นโน้มเอียงไปในฝ่ายนี้ ดังที่ได้วินิจฉัยว่า “การกระทำทุกอย่างที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะกระทำความผิดแล้วย่อมเป็นการเริ่มลงมือกระทำ” โดยหลักวินิจฉัยเช่นนี้ ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่ากรณีต่อไปนี้เป็น การเริ่มลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่น การเข้าไปในบ้านผู้อื่นในเวลากลางคืนโดยไม่ได้ใส่รองเท้าเป็นการแสดงถึงเจตนาที่จะลักทรัพย์³² เป็นต้น

ดังนั้นเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้นแล้วแนวความคิดของนักกฎหมายฝ่ายนี้พิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นเกิดขึ้นเพื่อตนเอง (to be his own) หรือเป็นการกระทำเพื่อบุคคลอื่น (act of

³² Crim. 1^{er} mai 1879 อ้างใน โทแมน ภัทรภิมย์, กฎหมายอาญาเปรียบเทียบ : อาชญาวិทยา, อ้างแล้ว, หน้า20

another) ถ้าการกระทำเกิดขึ้นตามนัยแรกแล้วให้ถือว่าผู้กระทำเป็นตัวการผู้กระทำความผิด แต่หากการกระทำเกิดขึ้นตามนัยหลังแล้วให้ถือว่าผู้กระทำเป็นเครื่องมือหรือผู้ช่วยกระทำความผิด³³

ฝ่ายที่มีความคิดเห็นทางจิตใจเป็นใหญ่ โดยถือว่า ถ้าผู้กระทำมีเจตนาร้ายแล้วการกระทำจะสำเร็จผลได้หรือไม่ก็ต้องลงโทษเพราะผู้กระทำมีเจตนาร้ายเท่าๆกัน³⁴

หลักของทฤษฎีอัตตะวิสัยนี้เป็นหลักที่ถือเจตนาเป็นใหญ่ และเป็นหลักที่นิยมของสำนัก Pasitiviste และสำนักนี้ถือว่าการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกนั้นเป็นแต่เพียงการแสดงออกซึ่งเจตนา ความเสียหายหรือความปับปวนมีเท่าใดไม่เป็นข้อสำคัญ เมื่อมีการกระทำอันเป็นการแสดงเจตนาอันชั่วร้ายของผู้กระทำแล้ว จะต้องลงโทษ แม้ผู้กระทำจะมีได้กระทำผิดสมความมุ่งหมาย ถ้าหากทำได้ สมความมุ่งหมายก็ยังมีโทษหนักขึ้น³⁵

ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective) นี้ถ้านำมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่นกรณียิงศพ ดังที่กล่าวมาแล้ว พวกที่ยึดหลักอัตตะวิสัยก็จะบอกว่าการกระทำนี้เป็นความผิดตามมาตรา 288 แต่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ แม้จะไม่เป็นการฆ่าผู้อื่น แต่กฎหมายก็ยังต้องการลงโทษในภาคจิตใจที่มุ่งต่อผลร้าย จึงให้ลงโทษฐานพยายามฆ่าผู้อื่นแต่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ ตามมาตรา 81

2.4 การลงมือกระทำความผิด

กฎหมายกำหนดแบบแห่งการกระทำเอาไว้ว่าอย่างไรควรกระทำ อย่างไรไม่ควรกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกลงโทษ การกระทำย่อมเป็นหลักฐานของบุคคลที่แสดงออกมาว่าเขาต้องการอะไร³⁶ หากไม่มีการกระทำของบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยแล้ว สิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก็จะเป็นเพียงเหตุการณ์ธรรมดา ไม่ใช่เรื่องที่กฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้อง นอกจากนี้การกำหนดลักษณะแห่งการกระทำยังจำเป็นที่จะต้องมิเพราะ

³³ George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law, p.655.

³⁴ Vidal n ° .101 , 102 pp.157 , 160 อ้างใน จิตติ ดิงศภัทย์ , กฎหมายอาญามาตรา 2 , พิมพ์ครั้งที่ 8 , (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พ.ศ.2529), หน้า 386.

³⁵ วิจิตร ลุลิตานนท์, คำอธิบายกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บรรณการ, พ.ศ.2507), หน้า 284-285

³⁶ Samuel I. Shuman, Act and Omission in Criminal Law, Towards a Nonsubjective Theory, 17 J.L. Ed.16,38 (1964)

1. กฎหมายไม่อาจลงโทษความผิดที่เกิดในใจของบุคคลได้หากแต่ประสงค์ที่จะป้องกันผลกระทบกระเทือนต่อความสงบส่วนรวมที่เกิดขึ้นมาในทางภาวะวิสัย (Objective) ซึ่งปรากฏให้เห็นลำพังความคิดหรือจินตนาการของบุคคลจึงไม่อาจก่อความไม่สงบต่อส่วนรวมได้

2. กฎหมายต้องการลงโทษการกระทำภายนอกที่มาจากความชั่วร้ายของจิตใจ ดังนั้นเมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นแล้วย่อมเป็นหนทางที่จะแสดงให้ปรากฏต่อไปว่าการกระทำนั้นเกิดจากความสมัครใจหรือไม่ทำให้สามารถพิจารณาโทษที่เหมาะสมได้

3. ขณะนี้ยังไม่มีวิธีพิจารณาความใดๆที่จะหยั่งทราบถึงจิตใจของบุคคลนอกจากจะพิจารณาการกระทำที่แสดงออกมามาก่อน ดังนั้นกฎหมายจึงไม่สามารถลงโทษในสิ่งที่ยังไม่อาจทราบแน่ชัดได้ กฎหมายคงลงโทษได้เฉพาะสิ่งที่นำมาพิสูจน์ให้เห็นประจักษ์ได้เท่านั้น³⁷

การกระทำอย่างไรที่กฎหมายถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด ในขั้นแรกต้องพิจารณาถึงเจตนาทางอาญา (the criminal intent) ที่ผู้กระทำประสงค์จะกระทำความผิด ซึ่งจะขึ้นกับข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป และการกระทำ (the act) ก็คือการเคลื่อนไหวทางกายภาพของผู้กระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่จะให้ผลแห่งการกระทำความผิดสำเร็จตามที่ได้ตั้งใจไว้ ดังนั้น การลงมือกระทำความผิดจะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำตั้งใจที่จะกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดโดยประสงค์ให้ผลแห่งการกระทำความผิดเกิดขึ้น ถ้าเป็นการกระทำโดยประมาท กฎหมายจะถือเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติกำหนดให้การกระทำโดยประมาทเป็นความผิด การที่กฎหมายบัญญัติให้การลงมือกระทำความผิดเป็นความผิดและกำหนดบทลงโทษ ก็เนื่องจากกฎหมายอาญาต้องการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก เพราะการที่ชาติบ้านเมืองจะพัฒนาไปได้ด้วยดีนั้นขึ้นอยู่กับความสงบสุขและความปลอดภัยของบุคคลในสังคมเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามเพื่อมิให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดได้รับผลร้ายจากการถูกลงโทษจนกว่าจะมีพยานหลักฐานยืนยันว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำความผิด ดังนั้น ในการพิจารณาเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษสำหรับการลงมือหรือการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา จึงต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นที่กฎหมายประสงค์จะปกป้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย และความจำเป็นที่จะปกป้อง

³⁷ See, W.H. Hitchler, "The Physical Element of Crime", Dick. L.Rev. 95, 98 (1963)

คุ้มครองความเป็นอิสระของผู้กระทำความผิด การที่จะพิจารณาเพื่อให้เกิดความบริสุทธิ์ยุติธรรมในเรื่องดังกล่าว จึงเป็นปัญหาสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณากฎเดียวกันต่อไป³⁸

แต่เดิมมีแนวความคิดว่าการที่จะกำหนดให้มีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดเป็นการสมควรหรือไม่ ซึ่งก็มีทั้งฝ่ายเห็นควรให้มีการลงโทษในเรื่องการพยายามกระทำความผิด และฝ่ายที่เห็นควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดเฉพาะการกระทำความผิดพิเศษบางฐานเท่านั้นแต่ในปัจจุบันกฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดให้มีบทลงโทษสำหรับการลงมือกระทำความผิดหรือการพยายามกระทำความผิดไว้เป็นส่วนใหญ่ อาจเป็นเพราะความเห็นในเรื่องการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายของผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์ที่มีความสำคัญมากในกฎหมายอาญา

การพิจารณาความหมายของการกระทำจึงต้องคำนึงถึงกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้

- (1) การเคลื่อนไหวร่างกาย
- (2) สภาพแวดล้อม และ
- (3) ผลของการกระทำ

- (1) การเคลื่อนไหวร่างกาย

อวัยวะในร่างกายของคนแบ่งหน้าที่ได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่อยู่ภายใต้การบังคับ กับส่วนที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับ การเคลื่อนไหวของร่างกายมีบางส่วนอยู่ภายใต้จิตใจบังคับโดยสามารถบังคับให้เคลื่อนไหวไปในทิศทางใดก็ได้ เช่น แขนขา เป็นต้น บางส่วนก็อยู่นอกการควบคุมของจิตใจ เช่น หัวใจ การไหลเวียนของโลหิต เป็นต้น การเคลื่อนไหวของหัวใจ หรือระบบการไหลเวียนของเลือดไม่เป็นการกระทำ³⁹

การที่บุคคลถูกชักนำโดยแรงจูงใจ กำลังบังคับ หรือสภาพการต่างๆทำให้จิตใจถูกกดดันให้บังคับการเคลื่อนไหวอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่ให้ทำการเคลื่อนไหวดังกล่าว ไม่ใช่การกระทำภายใต้จิตใจบังคับ

³⁸ Atsushi Yamaguchi, Basic Problems in Japanese Criminal Law, 1988, pp. 82-83.

(Mimeographed.)

³⁹ W.H.Hitchler, "The Physical Element of Crime", Dick L.Rev. 95,99 (1934)

(2) สภาพแวดล้อม

สภาพแวดล้อม (circumstances) หรือพฤติการณ์ประกอบการกระทำนี้ จะมีส่วนทำให้เกิดความรับผิด หรือไม่ต้องรับผิดในทางอาญาที่แตกต่างกันออกไปได้⁴⁰ การเคลื่อนไหวดังกล่าว ทำให้เกิดเหตุการณ์อย่างหนึ่งขึ้นหากมีแนวโน้มที่จะกระทบกระเทือนต่อผู้อื่นหรือก่อความเสียหายขึ้นแล้วย่อมจะต้องนำมาพิจารณา การกระทำอาจกำหนดได้จากสภาพแวดล้อม เช่น ก.วางยาพิษ ข. ความรับผิดของ ก.มิใช่อยู่เพียงการผสมยาพิษให้ ข.ดื่ม แต่อยู่ที่ความเสียหายที่เกิดจากการที่พิษนั้นได้ก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกายของผู้ที่เป็น เป้าหมายจนเกิดความตายหรือบาดเจ็บ จึงเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำของ ก. ตลอดจนกระทบกระเทือนความสงบสุขที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง

นอกจากนี้แล้วกฎหมายยังนำเอาพฤติการณ์หรือสภาพแวดล้อมต่างๆหรือลักษณะของการกระทำมากำหนดเป็นความผิดบางฐานต่างหากด้วย โดยอาจไม่เกี่ยวกับการกระทำโดยตรงนัก เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ในเวลากลางคืน ได้เอาเวลาเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยทำให้ต้องรับผิดหนักขึ้น เป็นต้น

(3) ผลของการกระทำ

ในเรื่องผลของการกระทำ (consequences) ไม่ใช่การพิจารณาเรื่องความผิดที่ต้องการผล หรือไม่ต้องการผล แต่ต้องพิจารณาความหมายของการกระทำที่ต้องมีผลของการกระทำนั้น ๆ เสมอ ผลในที่นี้จึงแยกได้เป็น

- (ก) ผลอันเกิดจากการกระทำทันที
- (ข) ผลที่ผู้กระทำประสงค์
- (ค) ผลสุดท้ายของการกระทำ
- (ง) ผลที่สัมพันธ์กับการกระทำ และ
- (จ) ผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

(ก) ผลอันเกิดจากการกระทำทันที คือผลของการเคลื่อนไหวภายใต้จิตใจบังคับนั่นเอง เมื่อนำมาพิจารณาแล้วผลนี้จะเกิดขึ้นเป็นลำดับไป กล่าวคือ การยกมือมีผลทำให้มือถูกยกขึ้น การเอื้อมมือไปจับปืน ผลคือทำให้ปืนอยู่ในมือ การยกปืนขึ้นเล็งทำให้มีผลคือ ปืนอยู่ในลักษณะและทิศทางที่ต้องการ การกระดิกนิ้วมือ ทำให้ผลเกิด คือ นิ้วเหยียดไปปืนทำให้ปืนทำงาน ก่อให้เกิดผลคือลูกกระสุนไปถูกร่างกายของคน ทำให้เขาตายหรือบาดเจ็บ เมื่อพิจารณาเป็นขั้นตอนดังนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าผลที่ถือ

⁴⁰ See J.C.Smith, "Element of Chance in Criminal Liability", Crim.L.Rev. 63,71-72 (1971)

เป็นส่วนของการกระทำนี้อาจเป็นคนละอันกับผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดก็ได้ กฎหมายอาจกำหนดขั้นตอนใดของผลนี้เป็นความผิดก็ได้ เช่น เพียงแต่จับปิ่นแล้วชักออกจากเอวยังไม่ทันได้เส็งยิง จึงยังไม่ถึงขั้นที่เป็นความผิด⁴¹ หรือกระทำถึงขั้นกระชากลูกเลื่อนยังไม่พร้อมยิง⁴² ก็ยังไม่เป็นความผิด แต่ถ้าถึงขั้นกระชากลูกเลื่อนปิ่นคาร์บิน กระสุนเข้ารังเพลิงพร้อมจะยิงได้ จ้องเล็งไปยังผู้เสียหายแล้ว⁴³ หรือยิงไปแล้วแต่กระสุนปิ่นไม่ลั่น⁴⁴ เป็นการเคลื่อนไหวที่กฎหมายเห็นว่าถึงขั้นเป็นความผิดแล้ว ในขณะที่เดียวกันความผิดบางอย่างที่กฎหมายไม่ต้องการผล เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จไม่ว่าจะมีผลทำให้เจ้าพนักงานเชื่อหรือไม่ก็เป็นความผิดแล้ว ก็ยังคงต้องมีผลของการกระทำอยู่ดี ผลของการกระทำในที่นี้คือ การที่ได้แจ้งออกไป และการที่เจ้าพนักงานรับทราบข้อความที่แจ้งนั่นเอง

(ข) ผลที่ผู้กระทำประสงค์ คือผลที่มุ่งหมายเอาไว้ ผลนี้อาจเป็นผลเดียวกันกับการเคลื่อนไหว เช่น ได้ยกปิ่นขึ้นตามประสงค์ ได้เหนียวไกปืน ด้วยประสงค์ให้ปิ่นลั่นออกไป หรืออาจเป็นผลที่คาดหวังว่าจะให้ลูกกระสุนไปถูกคนที่เป่าอยู่ หรือประสงค์จะให้เกิดผล คือการบาดเจ็บ หรือตาย ของผู้อื่น ซึ่งอาจสมตามความต้องการหรือไม่ก็ได้ ผลของการกระทำนี้อาจเป็นผลที่พอจะแยกออกจากการกระทำในตอนแรกก็ได้ เช่น การแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานมีผลคือ ได้แจ้ง และเจ้าพนักงานรับทราบแล้ว ส่วนจะก่อความเสียหายอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่นั้น เป็นผลต่างหากจากการแจ้งความ

(ค) ผลสุดท้ายของการกระทำ คือผลที่เกิดในที่สุดอาจแยกจากการกระทำไม่ได้ เช่น เอาไม้ไปตีผู้อื่นศีรษะแตก หรืออาจแยกได้ เช่น เอาสิ่งใด ๆ กีดขวางทางรถไฟ จนน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่การเดินรถไฟ ผลสุดท้ายในกรณีนี้ก็ คือความเสียหายที่น่าจะเกิดขึ้นจากผลของการกีดขวางนั้น ๆ เพราะผลเสียหายอาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ทั้ง ๆ ที่มีการกีดขวางแล้ว ทำนองเดียวกับการแจ้งความเท็จ ผลสุดท้ายนี้อาจเป็นผลที่ผู้กระทำประสงค์จะให้เกิดตาม (2) หรือผู้กระทำอาจไม่ประสงค์ให้เกิดเช่นประสงค์เพียงจะทำร้าย แต่ผลสุดท้ายเขาถึงตาย ดังนี้ก็เป็นได้ อนึ่ง ในเรื่องผลสุดท้ายนี้จะต้องเข้าใจว่ามีใช่เป็นผลสุดท้ายที่สุดของการกระทำนั้นจริง ๆ เพราะได้กล่าวแล้วว่า การกระทำเป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1786 - 1787/2518, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 2456.

⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1120/2517, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า .676.

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1746/2518, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 2434, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1765/2521, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 957.

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2036/2519, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1060.

ที่ไม่มีเริ่มต้นและสิ้นสุด ผลสุดท้ายนี้จึงหมายถึงผลสุดท้ายเท่าที่จะสัมพันธ์ใกล้ชิดโดยตรงกับการกระทำนั้น ๆ อันเป็นที่สุด

(ง) ผลที่สัมพันธ์กับการกระทำ ผลที่สัมพันธ์กับการกระทำนี้จะต้องแยกกับเรื่องความรับผิดชอบในผลนั้น กล่าวคือ ในขั้นแรกจะต้องพิจารณาเห็นว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นมีบุคคลใดเข้าไปเกี่ยวข้องในส่วนใดบ้าง และก่อให้เกิดผลอย่างไร เมื่อเห็นว่าบุคคลนั้นได้ก่อให้เกิดผลโดยตรงขึ้นแล้วจึงมาพิจารณาในขั้นต่อไปว่าบุคคลนั้นมีเจตนาหรือประมาทหรือมีเหตุให้ต้องรับผิดชอบในกฎหมายเพียงใด⁴⁵ ผลที่สัมพันธ์กับการกระทำนี้จะต้องเป็นผลตามปกติที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของผู้นั้นโดยตรงเพื่อเป็นข้อยุติในการนำผลของเหตุการณ์ธรรมชาติมาทำให้บุคคลต้องรับผิดชอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้⁴⁶

(จ) ผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด กฎหมายอาจจะบัญญัติให้ผลของการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดก็ได้ ดังที่ได้กล่าวแล้วว่ากระบวนการของการเคลื่อนไหวซึ่งก็มีผลเกิดขึ้นจากการเคลื่อนไหวเป็นลำดับมา จะมีตอนหนึ่งตอนใดที่กฎหมายนำมาบัญญัติเป็นความผิด เช่น กระบวนการหยิบปืนขึ้นยิงคนอื่นตาย การเคลื่อนไหวดำเนินไปจนถึงขั้นยกปืนขึ้นจ้องจะยิง เริ่มเป็นความผิดแล้วตลอดไปจนถึงขั้นเกิดผลเป็นอันตรายถึงชีวิต หรือไม่อาจเกิดผลใด ๆ เลย เช่น ยิงไม่ถูกหรือปืนไม่ลั่นก็ผิดแล้ว นอกจากนี้อาจมีผลที่กฎหมายต้องการในลักษณะอื่น เช่น การทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บ หรือคนชรา เพียงแต่มีผลเป็นการทอดทิ้งก็ผิดแล้ว⁴⁷ และถ้าเกิดผลต่อเนื่องมา คือทำให้ผู้ถูกทอดทิ้งถึงแก่ความตาย หรือได้รับอันตรายสาหัส กฎหมายก็บัญญัติถึงผลต่างหากไว้อีก เป็นต้น อย่างไรก็ตามผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดนี้จะต้องเป็นผลธรรมดาที่เกิดจากการกระทำของบุคคลไม่ว่าจะอาศัยการกระทำโดยตรงหรืออาศัยผลของธรรมชาติ หรือโดยการสร้างเงื่อนไขต่าง ๆ ให้เกิดขึ้นก็ตาม

⁴⁵ ดู จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, อ่างแล้ว หน้า 128-129.

⁴⁶ รายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์และผล ให้ดู โกเมน ภัทรภิรมย์, "ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลแห่งการกระทำ" บทบัญญัติ เล่มที่ 30, พ.ศ.2516 หน้า 103, และ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, อ่างแล้ว หน้า102-117.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 และมาตรา 307

การกระทำผิดทางอาญา หลักเกณฑ์ประการแรกของความรับผิดในทางอาญาของบุคคล คือ "การกระทำ" หากบุคคลไม่มีการกระทำก็ไม่ต้องรับผิดในทางอาญา การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก ภายใต้บังคับของจิตใจ สามารถแบ่งการกระทำ ออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

- ก. การกระทำโดยเคลื่อนไหวร่างกาย
- ข. การกระทำโดยไม่เคลื่อนไหวร่างกาย เรียกว่าการกระทำโดยงดเว้นหรือละเว้น
- ค. การกระทำโดยประมาท

ในการกระทำความผิดฐานใด ๆ ก็ตามผู้กระทำจะต้องผ่านขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้

1. การคิด (จะทำหรือไม่) ซึ่งกฎหมายไม่เอาผิด
2. การตกลงใจกระทำผิด กฎหมายไม่เอาผิด แต่ถ้าตกลงกัน 2 คนขึ้นไป มีความผิดฐานสมคบ
3. ตระเตรียมการกระทำผิด กฎหมายถือว่ายังไม่ลงมือจึงไม่เอาผิด แต่ถ้าเป็นเรื่องที่สำคัญ เช่น วางเพลิง หรือลอบปลงพระชนม์ กฎหมายจะเอาผิดในขั้นเตรียมการ
4. การลงมือกระทำผิด กฎหมายถือเป็นความผิดและต้องการลงโทษ

ในทางอาญาโดยปกติจะลงโทษผู้กระทำผิดเมื่อผู้นั้นได้กระทำจนถึงขั้นลงมือ ยกเว้นความผิดพิเศษบางประเภทที่กฎหมายบัญญัติให้ลงโทษแม้เป็นการกระทำขั้นเตรียม เหตุผลที่กฎหมายไม่ลงโทษขั้นตอนการกระทำผิดในขั้นตกลงใจที่จะกระทำผิด มีเหตุผลดังนี้

1. ความคิดของบุคคลพิสูจน์ยาก ถ้าไม่มีการแสดงออกมาภายนอก
2. เป็นการยากที่จะแยกว่าความคิดของบุคคลนั้นเป็นความคิดที่เพ้อฝัน หรือเป็นความคิดที่จะกระทำอย่างนั้นอย่างนี้แน่นอน
3. กฎหมายอาญาไม่ควรจะมีความหมายกว้างจนครอบคลุมถึงผู้ที่เพียงแต่คิด แต่ไม่เคยปล่อยให้ความคิดมีผลถึงขนาดเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย⁴⁸

⁴⁸ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 7.(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,พ.ศ. 2544) หน้า 370.

แต่ระดับการกระทำในชั้นลงมือกระทำตั้งแต่เตรียมกระทำไปจนถึงพยายามกระทำ ความผิด ยังมีช่วงที่เป็นช่องว่างระหว่างการกระทำของกระทำทั้งสองอย่าง ที่เป็นการกระทำที่ยังไม่ถือ เป็นความผิดทางอาญากับที่ถือว่าการกระทำผิดทางอาญาแล้ว ข้อสังเกตคือว่าจะถือมาตรฐาน หลักเกณฑ์อย่างไรที่จะมากำหนดว่าระดับขั้นอย่างไรจึงจะถือว่าการลงมือกระทำ ในแนวความคิด ของนักกฎหมายยังมีความเห็นแตกต่างกัน ซึ่งพยายามพัฒนาแนวคิดทฤษฎีในการวินิจฉัยอธิบายความ หมายระดับขั้นของการกระทำถึงชั้นลงมือ มีความเห็นเป็นไปตามลำดับ

ความคิดเดิมนั้นถือหลักเพียงว่า การเตรียมเป็นการกระทำที่ยังห่างไกลต่อผล คือ ความ ผิดที่ประสงค์จะกระทำ (conatus remotus) ส่วนการพยายามกระทำความผิดเป็นการลงมือกระทำ ความผิดที่ใกล้ชิดต่อผล (conatus proximus)⁴⁹

นักนิติศาสตร์ได้คิดหลักที่จะแยกการเตรียมออกจากการลงมือกระทำความผิด โดย พิจารณาจากการกระทำ (objective) ความคิดเห็นฝ่ายนี้เห็นว่า การกระทำจะเข้าชั้นลงมือกระทำความผิด ก็ต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งความ สัมพันธ์นั้นจะต้องกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั่นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็ต้องเป็นส่วน หนึ่งของการกระทำซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดนั้นโดยเป็นองค์ความผิดองค์หนึ่งทีเดียว เช่น ยื่นมือไปยังทรัพย์ที่ต้องการจะลัก ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการเอาทรัพย์ไป หรือกล่าวเท็จซึ่งเป็นการ หลอกลวงในความผิดฐานฉ้อโกง หรือมิฉะนั้นก็ต้องเป็นองค์ประกอบให้ความผิดมีโทษหนักขึ้น เช่น ปีน เข้าทางช่องที่ตัดไว้เพื่อเข้าไปลักทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่าการกระทำที่แสดงออกมาแล้วนั้นชี้ให้ เห็นเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานนั้นเป็นเอกเทศโดยเฉพาะแล้ว (univogue) การที่จะทราบได้ว่า เจตนาของผู้กระทำมืออย่างไรต้องดูจากการกระทำที่แสดงออกแล้วเท่านั้น จะดูจากพฤติการณ์อื่นนอก เหนือจากตัวการกระทำนั้นเองไม่ได้ ส่วนการกระทำก่อนเข้าชั้นที่กล่าวนี้ ยังแสดงให้เห็นได้ชัดว่า ผู้กระทำเจตนากระทำความผิดฐานใดในระหว่างความผิดหลายฐานที่อาจเป็นผลสำเร็จขั้นต่อไปจากการ กระทำที่แสดงออกมานั้นได้เท่า ๆ กัน (equivogue) ความคิดเห็นฝ่ายนี้มีประโยชน์ที่ทำให้วินิจฉัยการ กระทำในชั้นลงมือที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดคือพยายามกระทำผิดได้โดยมีหลักแน่ชัดขึ้น แต่มีข้อ บกพร่องที่ทำให้หลักการกระทำในชั้นพยายามจำกัดแคบลงมากจนอาจทำให้การกระทำที่ยังไม่เข้าองค์ ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่ก็ใกล้ต่อผลสำเร็จจนน่าจะเป็นอันตรายแก่ชุมชนอย่างยิ่งอยู่แล้วไม่อยู่

⁴⁹ ความคิดเห็นนี้ยังถูกตำหนิว่าเป็นที่เคลือบคลุมอยู่มากกว่าแคเโนไกล์ แคเโนไกล์ Bouzat no.206 p.211; Garraud no.231 p.487. อ้างใน จิตติ ดิงศภักดิ์,คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 339

ในชายที่จะลงโทษผู้กระทำได้ และการกระทำเช่น การจัดตั้งนิรภัยที่บรรจทรัพย์⁵⁰ ก็คาดว่าจะแสดงเจตนา ลักทรัพย์เสมอไป อาจเป็นการจัดเพื่อได้ล่วงรู้ความลับที่บรรจุไว้ในตู้นั้นก็ได

โดยความคิดแรกนี้ ในการพิสูจน์เจตนาของผู้กระทำความผิดในชั้นลงมือกระทำผิดนั้น เห็นว่าต้องพิสูจน์จากการกระทำที่อ้างว่าเป็นความผิดนั้นเองเท่านั้น จะนำพฤติการณ์อื่นนอกเหนือการ กระทำ เช่น คำรับสารภาพของผู้กระทำมาเป็นหลักฐานไม่ได้ เพราะคำรับสารภาพนั้นเกิดขึ้นภายหลัง คนละส่วนกันกับการกระทำจะเข้าชั้นลงมือกระทำผิดอันกฎหมายบัญญัติให้รับผิดทางอาญาในฐานะ พยายามได้นั้น ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นเจตนาของผู้กระทำอยู่ในตัว แต่ความเห็นส่วนมาก เห็นว่าการพิสูจน์เจตนาย่อมกระทำได้ตามหลักกฎหมายลักษณะพยายามทั่วไปนั่นเอง จึงอาจรับฟังคำรับ ของผู้กระทำหรือพฤติการณ์อย่างอื่นของเขา เช่น การกระทำในครั้งก่อนๆ เป็นต้น เป็นหลักฐานได้เช่น เดียวกัน

การวินิจฉัยเจตนาในการลงมือกระทำความผิดที่จำกัดเฉพาะแต่การกระทำเท่านั้น มีผู้ เห็นว่าแคบไป แต่อย่างไรก็ดีถ้าได้กระทำถึงขั้นที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดนั้นแล้วก็ต้อง เข้าชั้นลงมือกระทำความผิดอันเข้าชั้นต้องรับผิดทางอาญาแล้วโดยไม่มีข้อสงสัย

เมื่อหลักวินิจฉัยโดยอาศัยการกระทำแต่อย่างเดียวในแนวคิดแรกไม่เป็นการเพียงพอ จึงมี ความเห็นผ่อนคลายหลักในแนวคิดแรกลงโดยอาศัยการพิจารณาเจตนาของผู้กระทำประกอบด้วย การ พิจารณาเจตนาที่ไม่จำกัดเฉพาะแต่การกระทำนั้นแต่พิจารณาพฤติการณ์อื่นประกอบด้วย เช่น ในรูป คำบอกกล่าวหรือคำรับต่อผู้อื่นเพียงเท่านั้นยังไม่มีผลเป็นความผิดแต่อย่างใดแต่อาจเป็นพยานหลักฐาน อันหนึ่งในการพิสูจน์เจตนาได้ ถ้ามีการกระทำต่อไปจนถึงขั้นที่มีความผิดทางอาญาเกิดขึ้นในชั้นสมคบ ตระเตรียม พยายาม หรือความผิดสำเร็จตามเจตนา นั้น เจตนาของผู้กระทำความผิดในชั้นลงมือกระทำ ผิดที่กฎหมายบัญญัติให้รับผิดได้นั้นไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเฉพาะจากการกระทำที่อ้างว่าเป็นการ พยายามกระทำความผิดเท่านั้น ตามสภาพของเจตนาย่อมวินิจฉัยได้จากพฤติการณ์อื่นประกอบด้วย ได้ ความเห็นฝ่ายนี้มีผู้อธิบายไว้ต่างกัน

Bouzat⁵¹ กล่าวว่า การกระทำในชั้นตระเตรียมยังไม่แน่ชัดว่าผู้กระทำเจตนากระทำผิดฐานใด การลงมือกระทำความผิดเป็นการแสดงเจตนาให้เห็นแต่อย่างเดียวว่าจะกระทำผิดฐานนั้นซึ่งปรากฏ

⁵⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 (3)

⁵¹ Bouzat (n°.106 p.212), อ้างใน จิตติ ดิงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, อ้างแล้ว, หน้า 293.

จากการกระทำซึ่งไม่ใช่พฤติกรรมของบุคคลผู้สุจริต ความเห็นนี้ถือหลักการกระทำผิดปกติแสดงเจตนา อันถือได้ว่าเข้าขั้นที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดแล้ว

Vidal⁵² การเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำผิด (le commencement d' execution du crime) ต่างกับการเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั่นเอง (le commencement du crime) การลงมือ ได้แก่ กิริยาที่นำไปสู่การกระทำผิดตามเจตนาของผู้กระทำอันจะทำให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นสำเร็จโดยตรง และใกล้ชิดซึ่งอาจถือได้ว่าผู้กระทำได้อยู่ในระยะเวลาที่กำลังจะกระทำการอันเป็นความผิดที่เขามุ่งจะกระทำ นั้น การกระทำที่ถือว่าผู้กระทำอยู่ในระยะที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดก็คือ ผู้กระทำได้เสี่ยงกระทำ ลงไปแล้วถึงขั้นที่ความผิดอาจเกิดขึ้นได้สำเร็จ ผู้กระทำได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับเสียแล้ว ความเห็นที่ วนนี้ก็ยังไม่พ้นหลักที่ว่าการกระทำนั้นใกล้ชิดต่อผลทั้งที่ว่าได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับนั้นก็อาจเกินเลย ไปเพราะการกระทำที่ผู้กระทำยังไม่ได้กระทำไปให้ตลอด คือยังไม่ปิดทางที่จะถอยหลังกลับก็เป็น การกระทำที่เข้าขั้นลงมือกระทำผิดอันกฎหมายลงโทษฐานพยายามแล้ว

de Vabres⁵³ อ้างคำของ Saleilles ว่าความผิดในขั้นลงมือกระทำผิดเกิดขึ้นเมื่อการ กระทำได้แสดงให้เห็นเจตนากระทำผิดที่ไม่อาจเลิกเสียได้ และยังห่างไกลต่อผล คือความผิดสำเร็จ เพียงเล็กน้อยซึ่งถ้าปล่อยให้ไปตามทางของมันก็เกือบเป็นที่แน่นอนว่าจะบรรลุผลสำเร็จนั้นได้ ควร สังเกตว่าความเห็นนี้ยังไม่ทิ้งหลักการกระทำต้องใกล้ชิดต่อผล คือความผิดสำเร็จอยู่นั่นเอง

Garraud⁵⁴ กล่าวว่าการวินิจฉัยความผิดในขั้นลงมืออันกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดฐาน พยายาม ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดฐานใดเสียก่อน การเริ่มต้นแห่งการลงมือ กระทำผิดเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะที่ได้กระทำการอันจะนำไปสู่ความผิดที่ประสงค์จะกระทำโดยตรงและ ใกล้ชิดจนถือได้ว่าเขากำลังจะกระทำผิดนั้นอยู่แล้ว (en action du crime) Garraud เห็นว่าการ กระทำอันหนึ่งจะเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำผิดหรือยังย่อมต้องแล้วแต่ความผิดที่เจตนากระทำ เช่นการลอบเข้าไปในบ้านอาจเป็นพยายามลักทรัพย์ถ้าเข้าไปด้วยเจตนาลักแต่ยังไม่เป็นพยายามฆ่าคน

⁵² Vidal (n°.97 p.150) ,อ้างใน จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1,อ้างแล้ว, หน้า 293.

⁵³ De Vabres (n°. 227 p.140) อ้างใน จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2536) หน้า 293.

⁵⁴ Garraud (n°. .232 p.494) อ้างใน จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1,พิมพ์ ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2536) หน้า 293.

ถ้าเข้าไปด้วยเจตนาฆ่าคนเพราะยังห่างไกลต่อผล แต่ถ้าเข้าไปในบ้านเขาด้วยเจตนาฆ่าโดยถือมีดอยู่ในมือเที่ยวหาตัวผู้ที่ต้องการจะฆ่าก็อาจใกล้พอที่จะเข้าขั้นลงมือกระทำผิดฐานพยายามฆ่าได้ ความเห็นนี้ยังไม่ทิ้งหลักใกล้ชิดต่อผลเช่นเดียวกัน

การวินิจฉัยเรื่องการพยายามจะต้องดูเจตนาและการลงมือ จะเป็นความผิดได้ต่อเมื่อถึงขั้นที่ชี้ให้เห็นถึงเจตนาอย่างปราศจากข้อสงสัยแล้ว

การลงมือนี้เป็นองค์ประกอบของการพยายามกระทำผิดซึ่งหมายถึงเมื่อผู้กระทำมีเจตนาจะกระทำผิดแล้ว และได้กระทำการบางอย่างเพื่อมุ่งถึงผลสำเร็จแต่หากยังห่างไกลอยู่ หรือเป็นเพียงการเตรียมการเท่านั้น ยังไม่เป็นการลงมือ เช่น ก. จะฆ่า ข. แม้จะนำสิบได้ว่า ก. มีเจตนาฆ่า ข. ได้ซื้อปืนบรรจุกระสุนและเดินทางไปถึงบ้าน ข. แล้วก็ตาม ยังไม่อาจบอกได้ว่าเขาจะกระทำอย่างที่เจตนาจริง ๆ ก. อาจเลิกความตั้งใจเสียเมื่อใดก็ได้ การพบ ก. มีปืนพร้อมกระสุนอยู่หน้าบ้าน ข. ยังไม่เพียงพอที่จะชี้ให้เห็นว่า ก. กำลังจะฆ่า ข. นั้นเอง หรือเมื่อตรวจพบ ก. ขณะกำลังปืนเข้าบ้าน ซึ่งมองภายนอกอาจสันนิษฐานเบื้องต้นได้ว่า ก. จะเข้าไปลักทรัพย์ แต่เมื่อสอบถามดูแล้วอาจปรากฏว่า ก. ลืมกุญแจบ้านไว้จึงปืนเข้าทางหน้าต่าง⁵⁵ ดังนี้ การวินิจฉัยในเรื่องการพยายามจึงต้องดูเจตนาและการลงมือจะเป็นความผิดได้ก็ต่อเมื่อถึงขั้นที่ชี้ให้เห็นถึงเจตนาอย่างปราศจากข้อสงสัยแล้ว จึงต้องพิจารณาว่าแค่ไหน เพียงใดการกระทำถึงขั้นลงมือแล้ว การวินิจฉัยแยกการเตรียมออกจากการลงมือนั้นจะต้องพิจารณาจากการกระทำภายนอก (objective) กล่าวคือ การกระทำถึงขั้นที่มีความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่ผู้กระทำประสงค์ ซึ่งในเรื่องนี้จะต้องวินิจฉัยจากพฤติการณ์แวดล้อมกรณีด้วย⁵⁶

ในการลงมือกระทำนี้ได้มีทฤษฎีต่าง ๆ ดังนี้

- (ก) ทฤษฎีหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule)
- (ข) ทฤษฎีหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule)
- (ค) ทฤษฎีหลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility Rule)
- (ง) ทฤษฎีหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step Rule)

⁵⁵ Kenny, Criminal Law, no 63, p.105

⁵⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "การพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้", (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2524), หน้า 18-20.

2.4.1 ทฤษฎีหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule)

ทฤษฎีนี้ได้อธิบายว่าการกระทำที่แสดงออกมามีภายนอกนั้นเห็นว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการก่อให้เกิดความผิดสำเร็จได้อย่างแน่ชัดจึงควรลงโทษ เหตุผลในการลงโทษเพราะแม้ว่าผลจะยังไม่เกิดขึ้นเลยก็ตาม แต่ก็ไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดภัยอันตรายที่แท้จริงก่อน ถ้ามีพยานหลักฐานที่เชื่อได้ว่าการกระทำนั้นพร้อมจะเกิดผลสำเร็จก็ลงโทษได้ เช่น หากได้ผสมยาพิษลงในแก้วน้ำเพื่อให้คนที่ตนต้องการฆ่าดื่มก็เป็นการใกล้ชิดต่อผลแล้ว⁵⁷ เช่นเดียวกันกับการวางยาพิษที่ละน้อยให้ค่อย ๆ ตาย เป็นการใกล้ชิดต่อผลตั้งแต่เริ่มวางยาพิษจำนวนแรกแล้ว⁵⁸ ซึ่งหลักนี้มีการใช้อย่างแพร่หลายในการตัดสินคดีของศาล แต่เมื่อมีข้อโต้แย้งว่าหาความแน่นอนไม่ได้ว่าแค่ไหน เพียงใด จึงจะถือว่าใกล้ชิดต่อผลแล้ว

หลักนี้ถือว่า หากผู้กระทำได้กระทำ "การกระทำขั้นสุดท้าย" ซึ่งต้องกระทำเพื่อความผิดสำเร็จ ถือว่าการกระทำนั้นใกล้ชิดต่อผล เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว เมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายซึ่งผู้กระทำต้องกระทำเพื่อให้เกิดผล ก็ถือว่าการลงมือ แม้ว่าจะระยะเวลาว่าที่จะเกิดผลนั้นยังไม่แน่นอนว่าจะนานเท่าใดก็ตาม

ตัวอย่าง

(1) ก. ต้องการฆ่า ข. โดยใช้ปืนยิง หาก ก. ได้ลั่นไกปืน ก็ถือว่าการลงมือฆ่าแล้ว เพราะเป็นการกระทำ "ขั้นสุดท้าย" ซึ่ง ก. จำเป็นต้องกระทำเพื่อให้การฆ่า ข. ได้เกิดขึ้น

(2) ก. ต้องการฆ่า ข. โดยการให้ ข. กินยาพิษซึ่งต้องกินขนาด 4 แกรมจึงจะตาย ก. เอายาพิษ 4 แกรมผสมในขวดน้ำที่ ข. จะต้องกินน้ำนั้นเป็นประจำทุกวัน การกระทำของ ก. ถือว่าการลงมือฆ่า ข. เพราะเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายที่ ก. จำเป็นต้องทำ (การกระทำขั้นสุดท้ายจริง ๆ ในที่นี้คือการที่ ข. มากินน้ำในขวดนั้นด้วยตนเอง แต่สำหรับ ก. นั้น ได้ทำทุกอย่างที่ตนจำต้องทำเพื่อให้ ข. ตายเพราะการกินยาพิษนั้นแล้ว)

(3) ก. เป็นคนง่อยเดินไปมาไม่ได้ ก. ต้องการขโมยสายสร้อยของ ข. ก. จึงหลอก ค. ว่าสายสร้อยของ ข. เป็นของ ก. และบอกให้ ค. ช่วยหยิบสายสร้อยเส้นนั้นส่งให้แก่ ก. ด้วย ค. หลงเชื่อตามที่

⁵⁷ การกระทำขั้นสุดท้ายที่ถือว่าการลงมือกระทำความผิด ต้องมีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ก็คือผู้กระทำได้กระทำนั้นลงไปแล้วก็ไม่ต้องกระทำอะไรอีกเพื่อให้เกิดผลขึ้น แต่ถ้ายังไม่ถึงการกระทำขั้นสุดท้ายก็ยังไม่ถือว่าการลงมือ เช่น ก. วางยาพิษ ข. หาก ก. ใส่ยาพิษไว้ในแก้วน้ำและเก็บไว้ในตู้ของห้องตนเอง ก็ยังไม่ถือว่าการกระทำขั้นสุดท้ายจนกว่าจะกระทำถึงขั้นที่ ก. ยกแก้วน้ำไปให้ ข. กินโดยการนำไปวางไว้ที่ ข. กินเป็นประจำ

⁵⁸ Williams, Criminal Law : The General Part, no 201, p.625

ก.ขอร้อง ก่อนที่ ค.จะหยิบสายสร้อยส่งให้แก่ ก. ถือว่าการกระทำของ ก. เพียงเท่าที่หลอก ค.นั้น เป็นการลงมือกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ของ ข.แล้ว กรณีนี้ถือว่า ค.เป็น Innocent Agent

(4) ก. ต้องการฆ่า ข.ให้ตายโดยการให้ยาพิษแก่ ข.กิน ก.จึงหลอก ค.ซึ่งมีหน้าที่เอายารักษาโรคให้ ข.กิน ว่าสิ่งที่อยู่ในขวดที่ ก.ส่งให้ ค.นั้น เป็นยารักษาโรค ซึ่งความจริงคือยาพิษโดย ก.รู้ว่า ค.จะเอายาให้ ข.กินในวันรุ่งขึ้น เช่นนี้ถือว่า ก.ลงมือฆ่า ข.แล้วเพราะ ก.ได้กระทำการ "ขั้นสุดท้าย" ซึ่งตนจำต้องกระทำเพื่อให้ความผิดเกิดขึ้นแล้ว (แม้ว่าความจริงการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นหน้าที่ของ ค.แต่ไม่เกี่ยวกับ ก.เพราะ ก.ไม่มีหน้าที่อะไรที่จะต้องทำอีกแล้ว) ด้วยเหตุนี้จึงน่าจะเป็นหลักได้ว่าการใช้ Innocent Agent ให้กระทำความผิดนั้น เพียงแต่หลอกใช้ก็เป็นการลงมือแล้ว⁵⁹

ศาลฎีกาของไทยเรียกทฤษฎีนี้ว่า "การกระทำที่ใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์"⁶⁰ ซึ่งมีตัวอย่างในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 265/2534 จำเลยกับพวกถูกตำรวจจับพร้อมรถยนต์ของกลาง และถูกตั้งข้อหาว่าพยายามนำรถออกนอกราชอาณาจักร ศาลฎีกาพิเคราะห์ว่าในขณะที่จำเลยกำลังขับรถนั้นและตำรวจจับได้ น้ำในแม่น้ำโขงขึ้น รถไม่สามารถขนส่งข้ามไปได้ ศาลฎีกาถือว่าการกระทำนี้ยังไม่ใกล้ชิด อันพึงเห็นได้ประจักษ์ แต่เป็นเพียงเตรียมการ ดังนั้นกรณีนี้แสดงให้เห็นว่าศาลไทยยังลังเลในการพิจารณาว่าใกล้ชิดกับผลหรือไม่

ในหลักความใกล้ชิดต่อผลนี้ จะต้องเป็นการกระทำโดยไม่อาจเลิกเสียได้ อันเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย (last act) เพื่อให้เกิดผลแม้ว่าระยะเวลาที่จะเกิดผลจะกินเวลานานหรือเกิดผลไม่แน่นอนก็ตาม ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว⁶¹ ตัวอย่างเช่น ก. ต้องการฆ่า ข. จึงใช้ปืนดักขุมยิง ข. การกระทำที่จะถือว่าใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่เป็นการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นต้องถึงขั้นที่ ก. ลั่นไกยิง การกระทำเพียงการนำปืนมาที่เกิดเหตุ หรือรอคอย ข. อยู่ในที่เกิดเหตุ หรือแม้แต่การยกปืนขึ้นมาแต่ยังมีได้จ้องแล้วเล็ง ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย ยังไม่ถือว่าเป็นความผิด

⁵⁹ Ibid, pp.623-624,616: ดู Williams, Textbook of Criminal Law,op.cit. pp.384,387

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2491, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 286

⁶¹ เกียรติขจร วุฒิสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2540) หน้า 371

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3854/2525 ล. นำเห็ดหอม 2 ถุงมาวาง ณ ที่พักพนักงานตรวจรถ แม้จะตั้งใจนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยหนีภาษี ก.ก็ยังมีโอกาสเปลี่ยนใจหรือนำไปเสียภาษีได้ ยังไม่มีความผิดแม้ในชั้นพยายามหนีภาษีตามพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ.2469 มาตรา 27⁶²

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2143/2536 จำเลยเอายาเบื่อหนูใส่โถงน้ำดื่มของผู้เสียหายโดยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายทราบเสียก่อนจึงไม่ดื่มน้ำดังกล่าว จำเลยมีความผิดฐานพยายามฆ่าตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288 ประกอบกับมาตรา 80 และมีความผิดฐานปลอมปนเครื่องอุปโภคบริโภคตามมาตรา 236 ด้วย ให้ลงโทษตามมาตรา 288 , 80 อันเป็นบทหนักตามมาตรา 90⁶³

2.4.2 ทฤษฎีหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule)⁶⁴

หลักนี้ถือว่าจะเป็นการลงมือกระทำความผิดได้ก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นปรากฏอย่างแจ่มชัด โดยปราศจากข้อสงสัยว่าผู้กระทำนั้นมุ่งหมายจะกระทำความผิดฐานใด⁶⁵ โดยการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นปรากฏในตัวของมันเอง (res ipsa loquitur) คือเจตนาของผู้กระทำว่าเขามุ่งหมายจะกระทำความผิดฐานใด และมุ่งให้เกิดผลอย่างใด ถึงแม้จะไม่มีคำรับสารภาพว่าตนมีเจตนากระทำความผิดฐานใด ก็สามารถแสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายของผู้กระทำได้โดยปราศจากข้อสงสัยด้วยตัวของมันเองและไม่มี ความคลุมเครือว่าจำเลยจะกระทำการนั้นหรือไม่⁶⁶ หลักนี้จึงต้องมีการกระทำซึ่งเรียกว่าอยู่ในขั้นตอนเกือบจะสุดท้ายจริง ๆ จนปราศจากข้อสงสัย จึงจะถือว่าเป็นการลงมือแล้ว

⁶² คำพิพากษานี้ยึดหลักเรื่องการพยายามกระทำความผิดผู้กระทำต้องกระทำถึงขั้นสุดท้ายที่ใกล้ชิดต่อผล โดยไม่อาจยกเลิกการกระทำของตนเสียได้ กรณีนี้ผู้กระทำมีโอกาสกลับใจหรือนำไปเสียภาษีได้จึงยังไม่แน่ชัดว่ามีกร หลีกเลี่ยงภาษีหรือไม่ ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย ไม่เป็นพยายามกระทำความผิด

⁶³ ในคำพิพากษานี้จำเลยน่าจะมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 289 (4) ประกอบกับมาตรา 80 แต่กรณีนี้โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษเพียงมาตรา 288 ประกอบกับมาตรา 80 จึงลงโทษตามมาตรา 289(4) ประกอบกับมาตรา 80 ซึ่งเกินคำฟ้องตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 192 ไม่ได้

⁶⁴ La Fave, Criminal Law, op.cit. p.435

⁶⁵ Williams, Criminal Law : The General Part, op.cit. no 201, p.629

⁶⁶ ดูคดี Campbell and Bradley v. Ward, N.Z.L.R. 471 (1955); Smith and Hogan, Criminal Law, p.169 "...การที่จำเลยเข้าไปในรถของผู้เสียหาย...(แล้วกลับออกมาโดยยังไม่ทันได้ทำอะไร จำเลยกับพรรคพวกจึงขับ รถหนีและถูกตำรวจจับได้และรับสารภาพว่าตั้งใจจะเข้าไปลักแบตเตอร์รี่รถยนต์)...การกระทำดังกล่าวยังไม่อาจชี้ได้ว่า จำเลยจะเข้าไปด้วยเจตนาใด..." และดูคดี The King v. Barker, N.Z.L.R. 865,875-876:1924; Hall, Criminal Law, pp.580-581" An acts...which is in itself and on the face of it innocent, is not a criminal attempt....)

หลักความไม่คลุมเครือนี้ อาจปรากฏชัดแจ้งถึงความมุ่งหมายของจำเลยก่อนถึงการกระทำขั้นสุดท้ายก็ได้ เปรียบเทียบหลักการนี้ให้เข้าใจง่าย ๆ ได้ เช่น หากนาย ก. อยู่ในบ้านของตนแล้วบ้านไฟไหม้ แน่แน่นอนที่ นาย ก. ต้องวิ่งหนีออกมาโดยปราศจากข้อสงสัยว่า ก. จะอยู่ในบ้านนั้นต่อไปหรือไม่ จึงต้องถือว่าเหตุการณ์จะต้องเกิดขึ้นอย่างนั้นโดยไม่คลุมเครือหากนำหลักนี้มาใช้จะทำให้การพยายามกระทำความผิดแคบลงไปมาก⁶⁷ เช่นการปีนเข้าไปในบ้านผู้อื่น ซึ่งถ้าฟังการกระทำเพียงเท่านี้ก็ไม่อาจชี้ชัดไปได้ว่าผู้กระทำมีความมุ่งหมายอย่างไร อาจเข้าไปลักทรัพย์หรือเข้าไปฆ่าคน หรือเข้าไปกระทำความผิดอย่างอื่นในบ้านนั้นการกระทำดังกล่าวจึงคลุมเครืออยู่ กฎหมายจึงลงโทษผู้กระทำนั้นยังไม่ได้⁶⁸ หรือการลักทรัพย์โดยการใช้แรงงัดตู้เซฟ ต้องถือว่ามีมือลักทรัพย์แล้วเพราะไม่มีความคลุมเครือว่าผู้กระทำจะลักทรัพย์ในตู้เซฟหรือไม่

การพยายามกระทำความผิดในทางอาญานั้นจะต้องแสดงให้เห็นได้ในตัว ถึงเจตนาในทางอาญานั้นๆ โดยไม่ต้องอาศัยคำรับสารภาพ หากการกระทำนั้นไม่แสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญาในตัวเองแล้ว ก็ไม่มีพยานหลักฐานอื่นใดที่จะสามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดทางอาญา การกระทำที่แสดงออกในตัวเองว่าจำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดทางอาญาอันถือเป็นการลงมือกระทำความผิดได้แล้วนั้นก็เพราะการกระทำดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความรู้สึกหวาดกลัวยับยั้งชั่งใจของการกระทำดังกล่าวในจิตใจของประชาชนในสังคมนั้นแล้ว⁶⁹

หลักนี้ได้เปรียบเปรยดังตัวอย่างไว้ว่าเหมือนกับการดูภาพยนตร์ซึ่งแสดงออกให้เห็นการกระทำต่างๆ ของจำเลยโดยภาพยนตร์นั้นไม่ได้บรรยายให้ผู้รู้ว่าจำเลยมีเจตนากระทำความผิดฐานใดๆ และอยู่ๆ การฉายภาพยนตร์นั้นก็หยุดกลางคัน และผู้ดูก็ถูกถามว่าการกระทำของจำเลยที่ได้ดูมาแล้วนั้นแสดงว่าจำเลยมุ่งหมายกระทำสิ่งใด หากมีคำตอบที่มีเหตุผลอยู่เพียงคำตอบเดียวก็ถือได้ว่าจำเลยได้กระทำเข้าขั้นลงมือแล้ว หากมีมากกว่าหนึ่งคำตอบก็ถือว่าการกระทำของจำเลยยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าเข้าขั้นลงมือ

⁶⁷ อรรถกถารีย์นิพนธ์ , ความรับผิดชอบบุคคลในคดีอาญา , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง , พ.ศ.2486) หน้า 20

⁶⁸ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ , กฎหมายอาญาหลักและปัญหา , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม พ.ศ.2545) หน้า 130.

⁶⁹ George Fletcher, Rethinking Criminal Law, op.cit. pp 141-146, อ้างใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2544) หน้า 476

ศาลนิวซีแลนด์ได้ใช้หลักความไม่คลุมเคลือในการวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิด โดยถือว่าการกระทำจะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้ต่อเมื่อการกระทำนั้นในตัวของมันเองสามารถแสดงให้เห็นอย่างปราศจากความสงสัยตามสมควรว่าผู้กระทำมุ่งหมายต่อผลในขั้นตอนสุดท้ายอย่างไร

มีตัวอย่างในคดีของศาลนิวซีแลนด์เรื่องหนึ่ง⁷⁰ ซึ่งศาลถือว่าจากพยานหลักฐานที่ปรากฏ (มิได้คำนึงถึงคำรับสารภาพของจำเลย เพราะหลักนี้ไม่พิจารณาคำรับสารภาพของจำเลยเพื่อช่วยพิสูจน์เจตนา) ไม่เพียงพอที่จะฟังว่าเป็นการพยายามลักทรัพย์ ข้อเท็จจริงคือ รถที่จำเลยทั้งสองและคนอื่น ๆ นั่งมาได้หยุดและเพื่อนของจำเลยได้เดินออกจากรถไป และเข้าไปในรถอีกคันหนึ่งซึ่งจอดอยู่ เมื่อเจ้าของรถคันที่จอดอยู่นั้นเดินเข้ามา เพื่อนของจำเลยได้ออกมาจากรถและกลับมายังจำเลย โดยที่มิได้หยิบสิ่งใดออกไปจากรถ คันนั้นหรือกระทำการใด ๆ ต่อรถคันนั้นเลย จำเลยได้ขับรถหนีไปแต่ต่อมาถูกจับได้ และรับสารภาพว่าทั้งหมดร่วมกันขโมยแบตเตอรี่และวิทยุจากรถคันที่จอดนั้น ศาลถือว่าจำเลยยังมีได้พยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์เพราะการกระทำของเพื่อนจำเลยในการขึ้นไปบนรถคันนั้นยังคลุมเครืออยู่มาก

หลักดังกล่าวนี้หากใช้อย่างเคร่งครัดแล้วอาจมีผลเสียคือการกระทำบางอย่างแม้จะเป็นการกระทำครั้งสุดท้าย ก็อาจจะยังไม่ถือว่าเป็นการลงมือก็ได้หากการกระทำนั้นยังคลุมเคลือไม่แน่ชัดลงไปว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดทางอาญา⁷¹

ตัวอย่างเช่น ก.เดินไปที่กองฟางและเอาปืนใส่ไปในกล่องยาสำหรับสูบและจุดไม้ขีดไฟ การที่ ก.จุดไฟนี้ยังเป็นการคลุมเครืออยู่มากกว่า ก.จุดไฟเพราะอยากสูบบุหรี่เท่านั้นหรือกล่องยานั้นอาจเป็นเพียงเครื่องมือบังหน้า แต่ความจริง ก.อาจมีแนวโน้มที่จะจุดไฟเผากองฟางก็ได้ การกระทำของ ก.เพียงเท่านั้นยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิด จะลงโทษ ก.ยังไม่ได้ แม้ต่อมาภายหลัง ก.จะรับสารภาพว่าตนมีเจตนาวางเพลิงก็ตามเพราะหลักนี้ไม่ยอมรับฟังคำรับสารภาพของจำเลยในการพิสูจน์เจตนา

ตามตัวอย่างนี้หากปรากฏว่าต่อมา ก.ถูกจับและรับสารภาพว่าตนมีเจตนาวางเพลิงก็น่าจะถือว่า ก.ลงมือวางเพลิงได้แล้ว เพราะเมื่อพิจารณาตามหลัก "ความใกล้ชิดต่อผล" จะเห็นได้ว่าการกระทำของ ก.ที่จุดไม้ขีดไฟนั้นเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าอยู่ในขั้นตอนเกือบจะสุดท้ายจริง ๆ แล้ว (การกระทำขั้นสุดท้ายจริง ๆ คือ การเอาไฟที่จุดแล้วทิ้งไปในกองฟาง) จึงน่าจะถือว่าเป็นการลงมือได้แล้ว

⁷⁰ คดี Campbell & Bradley v. Wara (1955) N.a.L.R.471

⁷¹ La Fave, Criminal Law, op.cit. p.436 ;Williams, Criminal Law : The General Part, op.cit. p.630

2.4.3 ทฤษฎีหลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility Rule)

การพยายามกระทำความผิดถึงขั้นลงมือ จะถือว่าพยายามกระทำความผิดนั้น ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นได้ชี้ให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือแสดงให้เห็นถึงการคุกคามในสิ่งที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครอง ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงความใกล้ชิดต่ออันตราย หากก่อให้เกิดความเสียหาย หรือกระทบต่อความรู้สึกของชุมชนนั้นในการหวาดกลัวภัยอันตรายนั้น⁷² ก็ถือว่าได้กระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่น การจุดผู้หญิงเข้าข้างทาง หรือผลักผู้หญิงล้มลงเพื่อกระทำชำเรา ก็เป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว⁷³ เพราะทำให้ผู้หญิงรู้สึกหวาดกลัวว่าจะถูกกระทำความผิดนั้น

สำหรับหลักวินิจฉัยของศาลเยอรมันนั้นได้ใช้หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (The Criterion of Danger Rule) มาอธิบายการพยายามกระทำความผิด ก็คือการกระทำจะเป็นการพยายามกระทำความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นภัยอันตรายโดยตรงต่อผลประโยชน์ต่างๆ ซึ่งกฎหมายให้การรับรองและคุ้มครอง (Directly dangerous to interests protected under the law)⁷⁴

2.4.4 ทฤษฎีหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step Rule)

ทฤษฎีหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญนี้มีจุดกำเนิดจากการที่นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกันได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ที่จะอธิบายความหมายของการพยายามกระทำความผิด ทั้งนี้ โดย "สถาบันกฎหมายอเมริกัน" (The American Law Institute) ได้จัดทำประมวลกฎหมายอาญาขึ้นมาเพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่างๆนำไปเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาของแต่ละแห่ง ซึ่งเรียกกันว่า Model Penal Code ซึ่งได้ทำเสร็จในปี ค.ศ.1962

⁷² George Fletcher , Rethinking Criminal Law , op.cit. p.141, อ้างใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ , กฎหมายอาญาหลักและปัญหา , อ้างแล้ว, หน้า 131.

⁷³ Ingram V.Commonweslth, 192 Va. 794 , 66 S.E. 2 d. 846 (1951)

⁷⁴ ดู The American Law Institute,Model Penal Code,Proposed official Draft, (Philadelphia,1962),p81 อ้างใน, เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอเมริกัน : หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ" นิตยสารของเนติบัณฑิตยสภา, บทบัณฑิตย, เล่มที่ 52 ตอน1, มีนาคม (พ.ศ.2539),หน้า 22

เนื้อหาของทฤษฎีหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญมาจาก Model Penal Code⁷⁵ ของสหรัฐอเมริกา มาตรา 5.01 ซึ่งได้ให้คำจำกัดความของการพยายามกระทำความผิดไว้ว่า คือการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial Step) ของการกระทำความผิดนั้น⁷⁶ กล่าวคือในกรณีที่บุคคลมีเจตนากระทำความผิดแล้ว หากได้กระทำไปถึงขั้นตอนที่สำคัญก็ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว⁷⁷

"การกระทำขั้นตอนที่สำคัญ" เป็นการพิจารณาว่า ผู้กระทำได้กระทำให้สิ่งใดลงไปบ้างแล้ว (What the actor has already done) ซึ่งตรงข้ามกับ "การกระทำขั้นสุดท้าย" ตามหลักความใกล้ชิดต่อผล เพราะ "การกระทำขั้นสุดท้าย" นั้น จะต้องพิจารณาว่ายังมีสิ่งอื่น ๆ อีกหรือไม่ที่จำต้องกระทำ (What remains to be done) เพื่อให้ความผิดเกิดขึ้น หากปรากฏว่ายังมีสิ่งอื่น ๆ ที่จะต้องกระทำ เช่น ต้องนำอาหารผสมยาพิษนั้นไปวางบนโต๊ะกินข้าวของผู้เสียหายก่อน ครอบงำที่ยังไม่ได้วางก็ยังไม่เป็นการพยายามฆ่า แต่เมื่อนำไปวางแล้วก็เป็นการพยายามฆ่าทันที โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้เสียหายจะมากินอาหารบนโต๊ะนั้นเมื่อใด เพราะการกระทำนั้นเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของผู้กระทำแล้ว เนื่องจากผู้กระทำไม่จำเป็นต้องกระทำให้สิ่งอื่นใดอีกแล้วเพื่อให้ความผิดเกิดขึ้น เพียงแต่รอให้ถึงเวลาที่ผู้เสียหายจะมากินอาหารเท่านั้น

ในทฤษฎีหลักการกระทำขั้นตอนนี้ยังได้มีการแบ่งความเห็นเรื่องการลงมือออกเป็นความเห็นทางทฤษฎีและความเห็นของศาล⁷⁸ กล่าวคือ

(1) ความเห็นในทางทฤษฎี ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องการลงมือเพื่อให้มีแนวโน้มจ้อยไปในทางเดียวกัน โดยได้แยกพิจารณาว่าการกระทำผิดนั้น ประกอบด้วยกรรมเดียวหรือหลายกรรม

ถ้าการกระทำความผิดประกอบด้วยกรรมเดียว เช่น การยิง การฟัน การแทง ได้แก่ การกระทำทางธรรมชาติที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำความผิด เช่น การยิง ถ้าผู้กระทำขั้นนั้นกป็นจ้อง

⁷⁵ Model Penal Code คือ ประมวลกฎหมายอาญาแบบฉบับซึ่งสถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Law Institute) ได้ร่างขึ้นเพื่อเป็นแบบอย่างในรัฐต่าง ๆ ในสหรัฐใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาของตน

⁷⁶ ดู The American Law Institute, Model Penal Code, Proposed official Draft, (Philadelphia, 1962), p 81 อ้างใน, เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, "แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอเมริกัน : หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ" นิตยสารของเนติบัณฑิตยสภา, บทบัณฑิตย, เล่มที่ 52 ตอน 1, มีนาคม (พ.ศ. 2539), หน้า 22

⁷⁷ ชัยวัฒน์ ศิริวัฒนกุล, คำอธิบายกฎหมายอาญา 1, โรงเรียนนายร้อยตำรวจ, ระเบียบคำบรรยาย, พ.ศ. 2527, หน้า 484

⁷⁸ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญภาค 1, อ้างแล้ว, หน้า 393-394

จะยิ่ง ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำซึ่งในทางธรรมชาติเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำความผิด เพราะการ
 ยิงจะต้องประกอบด้วย การขึ้นนกและจ้องยิง⁷⁹

ถ้าการกระทำความผิดประกอบด้วยกรรมหลายกรรม ถ้าผู้กระทำได้กระทำความผิดกรรม
 หนึ่งลงไปหรือกระทำความผิดอันเป็นการกระทำในทางธรรมชาติกับกรรมใดกรรมหนึ่งดังกล่าว ก็ถือได้ว่า
 ลงมือกระทำผิดแล้ว เช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์ ตามมาตรา 339 ต้องประกอบด้วย ลักทรัพย์ และ
 ใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าในทันใดนั้นจะใช้กำลังประทุษร้าย เมื่อได้ใช้กำลังประทุษร้ายแล้วแม้จะ
 ไม่ทันได้ทรัพย์ก็ถือได้ว่าลงมือกระทำผิดแล้ว เช่นเดียวกับความผิดฐานลักทรัพย์ในเคสสถานต้อง
 ประกอบด้วย ลักทรัพย์โดยเข้าไปในเคสสถาน ฉะนั้นถ้าปรากฏว่าผู้กระทำเข้าไปในเคสสถานแม้จะยังไม่
 ทันได้ลักทรัพย์ก็ถือได้ว่าเป็นการลงมือกระทำผิดแล้วเช่นกัน และหากพิสูจนเจตนาของผู้กระทำได้แน่
 ชัดว่าจะเข้าไปลักทรัพย์แม้พบผู้กระทำขณะป็นร้วบ้านเข้าไป ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเป็นส่วนหนึ่งของ
 การเข้าไปในเคสสถานเพื่อลักทรัพย์ ก็เป็นการลงมือในความผิดนี้แล้ว

(2) ความเห็นของศาล ถือว่าการที่ได้กระทำลงไปแล้วใกล้เคียงกับการกระทำผิด
 สำเร็จ ก็ถือได้ว่าเป็นการลงมือแล้ว⁸⁰ จึงอาจไม่มีความแน่นอนต้องอาศัยคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นเรื่อง ๆ ไป แต่
 หลักในเรื่องความห่างไกลหรือใกล้เคียงกับความผิดสำเร็จนี้ยังคงเป็นที่ยอมรับอยู่⁸¹ เพราะไม่อาจกล่าวได้
 ว่าเป็นหลักที่ใช้ไม่ได้

จากความเห็นของทั้งทางทฤษฎีและทางศาลฎีกานี้ บางกรณีอาจมีผลตรงกัน เช่น ในเรื่อง
 ของการยิง หรือฟัน หรือการเข้าไปลักทรัพย์ในเคสสถาน แต่ในบางครั้งอาจไม่เหมือนกันได้ เช่น จำเลย
 กดผู้เสียหายนอนลงพื้นแล้วขึ้นคร่อม.....และถลกผ้าขึ้นขึ้น ผู้เสียหายตื่นอย่างแรงจนหลุด แล้วลงเรือน
 ไป ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าลักษณะการกระทำของจำเลยดังกล่าวยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำซ้ำเรา

⁷⁹ Ryu, supra note 7, p.1193, อ้างใน ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา,
 พิมพ์ครั้งที่ 5, อ้างแล้ว, หน้า 161

⁸⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2491, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1386 วินิจฉัย
 ว่าผู้กระทำได้กระทำจนใกล้เคียงกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้ว ก็ได้ชื่อว่าจำเลยได้ลงมือกระทำผิดนั้นแล้ว,
 ดูคดีข้อเสีย 11.5 ล้าน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540 ล.9, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม,
 หน้า 228

⁸¹ จิตติ ตังศภัทย์,คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หัวข้อ 126

ผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงยังไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา⁸² ซึ่งหากพิจารณาตามหลักทฤษฎีแล้ว โดยพิจารณาว่าความผิดฐานนี้มีใช้เพียงกระทำชำเรา หากแต่ประกอบกับการข่มขืนใจด้วย ดังนั้น เมื่อได้มีการประทุษร้ายด้วยเจตนาที่จะชำเรา ซึ่งถือเป็นการกระทำส่วนหนึ่งในความผิดฐานเดียวกันแล้วก็ย่อมเป็นการลงมือแล้ว ในกรณีนี้คล้ายกับการลักทรัพย์ในเคสสถานเพียงแต่เข้าไปในเคสสถานด้วยเจตนาลักทรัพย์ แม้ยังไม่ได้เข้าไปใกล้ทรัพย์ที่จะลักก็เป็นการลงมือลักทรัพย์ในเคสสถานแล้ว⁸³ หรือใช้กำลังประทุษร้ายข่มขืนใจเพื่อเอาทรัพย์แล้ว แม้ยังไม่ได้ทรัพย์ก็เป็นพยายามชิงทรัพย์ได้⁸⁴ หรือแม้แต่เพียงงัดแงะประตูหน้าร้านของผู้เสียหายด้วยเจตนาลักทรัพย์เท่านั้น ก็เป็นพยายามลักทรัพย์ได้แล้ว⁸⁵

ใน Model Penal Code นั้นมิได้อธิบายไว้โดยตรงว่า การกระทำอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ โดยเพียงแต่บัญญัติไว้ในตอนท้ายเป็นแนวอย่างกว้างๆว่า การกระทำดังต่อไปนี้หากมีพยานอื่นอย่างแน่นหนาประกอบด้วย ซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำได้แล้ว ก็อาจถือได้ว่าเป็นการเพียงพอที่จะเสนอให้ลูกขุนพิจารณาได้ว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นถึงระดับที่เป็น "การกระทำขั้นตอนที่สำคัญ" แล้วหรือไม่

การที่จะวินิจฉัยได้ว่าได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญต้องมีพยานหลักฐานอื่นๆแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนมาสนับสนุนประกอบด้วย โดยในมาตรา 5.01 (2) ได้ยกตัวอย่างการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญหากมีพยานหลักฐานอื่น ๆ เช่น คำรับสารภาพของจำเลย พยานวัตถุ ประจักษ์พยาน มาสนับสนุนประกอบด้วย ซึ่งใน Model Penal Code ได้ให้แนวทางในการพิจารณาไว้ 7 ประการ คือ⁸⁶

⁸² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2516, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1293 ประกอบหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว

⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 854/2507, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1459

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1885/2522, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1560

⁸⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 41/2510, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 23

⁸⁶ ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, "แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน : หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ", บทบัณฑิตย, เล่มที่ 52 ตอน 1, มีนาคม (พ.ศ. 2539), หน้า 23

(1) การดักรอ การตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหาย

ในกรณีนี้ผู้ร่าง Model Penal Code ได้ให้เหตุผลว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่ามีภัยอันตรายอย่างเพียงพอ (Sufficient dangerousness) ถึงระดับที่ควรจะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้แล้ว ซึ่งหากมีการยึดถือตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” แล้ว การกระทำดังกล่าวยังไม่เป็นการพยายามกระทำความผิด เพราะอย่างน้อยผู้เสียหายก็น่าจะต้องมาปรากฏตัวในสถานที่ซึ่งผู้กระทำกำลังดักรออยู่เสียก่อน

(2) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งใช้ในการกระทำความผิด

ในกรณีนี้ผู้ร่าง Model Penal Code ได้มีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด และแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนถึงภัยอันตรายของตัวผู้กระทำการนั้น

(3) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งใช้ในการกระทำความผิด

ในกรณีนี้ผู้ร่าง Model Penal Code ได้มีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดเพราะเป็นการตรวจสอบว่าจะมีอุปสรรคใด ๆ หรือไม่ในการที่จะกระทำความผิดและเป็นการกำหนดถึงวิธีการที่จะทำให้การกระทำความผิดเป็นไปได้อย่างไม่มีอุปสรรคใด ๆ มากที่สุด

(4) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยานพาหนะ หรือสถานที่ซึ่งมีรั้วรอบขอบชิดโดยมุ่งหวังที่จะกระทำความผิดในสถานที่นั้น

ในกรณีนี้ผู้ร่าง Model Penal Code ได้มีความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวแม้ว่าอาจดูคลุมเครือตาม “หลักไม่คลุมเครือ” ก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่าผู้ที่เข้าไปในนั้นมีเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดแล้วเช่นเปิดประตูเข้าไปในรถของผู้คนที่จอดอยู่แม้ว่าจะยังมีได้ทันแต่จะต้องของมีค่าใด ๆ ในรถคันนั้นก็ตาม

(5) การครอบครองวัตถุใด ๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับใช้ในการกระทำความผิดกฎหมาย หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครองไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น

(6) การครอบครอง การรวบรวม หรือปลอมแปลงสิ่งใด ๆ เพื่อใช้ในการกระทำความผิดยังสถานที่ หรือใกล้กับสถานที่ซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นสถานที่ในการกระทำความผิด ในเมื่อการครอบครอง การรวบรวมหรือปลอมแปลงสิ่งนั้น ๆ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น

(7) การใช้ บังคับ หรือจ้วงวานให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ (Innocent agent) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิด

ในการกระทำดังที่ได้กล่าวมานี้ หากจะพิจารณาตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” ก็จะได้ถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดได้เช่นเดียวกัน เพราะผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (The last act) ในการกระทำความผิดแล้ว ซึ่งได้มีการยกตัวอย่างกรณีที่มีการหลอกให้ฝากองฟางโดยผู้หลอกหลงเชื่อว่าองฟางเป็นของผู้ถูกลอก เมื่อหลอกได้แล้วแม้ผู้ถูกลอกยังไม่ทันได้จุดไฟฝากองฟาง ผู้หลอกก็มีความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์แล้ว⁸⁷

“หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ” ของ Model Penal Code ดังกล่าวนี้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาในเรื่องการพยายามกระทำความผิดของมลรัฐต่างๆในสหรัฐอเมริกาหลายแห่ง เช่น จอร์เจีย มินิโซตา และอินเดียนา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มลรัฐดังกล่าวมาได้บัญญัติหลักกว้าง ๆ ไว้เท่านั้น โดยมีได้มีรายละเอียดเป็นข้อ ๆ ดังเช่นของ Model Penal Code

กฎหมายอาญาของมลรัฐอินเดียนา มาตรา 5/8-4 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการพยายามกระทำความผิดไว้ดังนี้

“หากบุคคลมีเจตนากระทำความผิด เขาได้พยายามกระทำความผิดเมื่อเขาได้กระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (A Substantial Step) ของการกระทำความผิดนั้น”

หลังจากกฎหมายอาญา มาตรา 5/8-4 ในเรื่องพยายามกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้น ได้ประกาศใช้บังคับแล้ว ได้มีคดีที่น่าพิจารณาในมลรัฐอินเดียนา คดีหนึ่งชื่อ

คดี People v. Paluch⁸⁸ ซึ่งเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องพยายามกระทำความผิดโดยตรงข้อเท็จจริงมีดังนี้ จำเลยถูกฟ้องในความผิดฐาน “พยายามกระทำการตัดผมโดยไม่มีใบอนุญาตให้ช่างตัดผม” ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดโดยลงโทษให้ปรับเป็นเงิน 25 เหรียญสหรัฐ จำเลยอุทธรณ์ว่าการกระทำของตนยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิดฐานพยายาม คดีนี้เกิดเมื่อวันที่ ค.ศ. 1965 โดยเจ้าหน้าที่คนหนึ่งของสหภาพแรงงานช่างตัดผมได้ไปที่ร้านตัดผมแห่งหนึ่ง ขณะนั้นเป็นเวลาเก้าโมง

⁸⁷ ดู The American Law Institute, Model Penal Code, Comments of the drafts No. 10 Section 5.01 (Philadelphia, 1960) pp 26-62 อ้างใน นิตยสารของเนติบัณฑิตยสภา, บทบัณฑิตย, เล่มที่ 52 ตอน 1, มีนาคม (พ.ศ. 2539), หน้า 24

⁸⁸ 78/11. Appzd 356, 222 N.E. 2d 508.

เข้าซึ่งร้านยังไม่เปิดทำการ เจ้าหน้าที่ได้เห็นจำเลยเปิดประตูข้างหลังร้านและเข้ามาในร้าน หลังจากนั้น เจ้าหน้าที่ผู้นี้ได้เดินไปที่หน้าร้านตรงประตูด้านหน้าและถามจำเลยว่าร้านเปิดแล้วหรือยัง จำเลยได้เปิดประตูด้านหน้า และเชื้อเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้าน จากนั้นจำเลยได้เดินไปที่เก้าอี้ตัดผมและสวมใส่เสื้อกันเปื้อน เชิญให้เจ้าหน้าที่มานั่งที่เก้าอี้ตัดผม จำเลยมีอุปกรณ์ตัดผมของตนเอง อันประกอบด้วย กรรไกรตัดผม มีดโกน และหวี ในตอนนั้นเองเจ้าหน้าที่จึงได้แสดงบัตรให้จำเลยได้ดู และขอใบอนุญาตตัดผมจากจำเลย จำเลยได้ทำท่าซีไปทีใบอนุญาตใบหนึ่งถึงสองครั้งด้วยกันซึ่งไม่ใช่ใบอนุญาตของจำเลย ในขณะนั้นไม่มีคนอื่นใดอยู่ในร้านอีกเลย ต่อมาเจ้าหน้าที่ได้ถามว่าจำเลยทำงานอยู่ในร้านนั้นหรือไม่ จำเลยตอบว่าทำงานอยู่และจำเลยยอมรับว่าไม่มีใบอนุญาต

ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอินเดียนาพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้วเพราะเป็นการกระทำ "ขั้นตอนที่สำคัญ" ของการกระทำความผิดฐานตัดผมโดยไม่มีใบอนุญาต เนื่องจากจำเลยผู้ซึ่งยอมรับว่าทำงานอยู่ในร้านนั้นเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่อยู่ในร้านขณะนั้น จำเลยมีกุญแจและใช้กุญแจนั้นเปิดประตูร้าน จำเลยมีอุปกรณ์ในการตัดผม จำเลยมีใบอนุญาตปลอมติดอยู่ข้างฝาใกล้ ๆ กับเก้าอี้ตัดผม จำเลยเชื้อเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้าน จำเลยได้สวมใส่เสื้อกันเปื้อนของช่างตัดผมแล้วและได้เชิญให้เจ้าหน้าที่ไปนั่งที่เก้าอี้ตัดผม เหตุที่จำเลยไม่ได้ทำการตัดผมก็เพราะเจ้าหน้าที่ได้แสดงบัตรประจำตัวให้จำเลยดู และเจ้าหน้าที่ไม่ได้เข้าไปนั่งบนเก้าอี้ตัดผมนั้นเท่านั้น ข้อเท็จจริงต่าง ๆ เหล่านี้เป็นการเพียงพอแล้วที่จะชี้ให้เห็นว่าจำเลยได้พยายามกระทำความผิดตามที่ถูกฟ้องแล้ว

แต่ผู้พิพากษาท่านหนึ่งมีความเห็นแย้ง โดยเห็นว่าการกระทำของจำเลยยังไม่ใช่การกระทำ "ขั้นตอนที่สำคัญ" ของการกระทำความผิด เพราะจำเลยน่าจะจะต้องกระทำการมากไปกว่านี้ กล่าวคือ หากเจ้าหน้าที่ได้นั่งลงบนเก้าอี้ตัดผมตามคำเชิญของจำเลยแล้ว และจำเลยได้ใส่ผ้าคลุมกันเปื้อนให้แก่เจ้าหน้าที่ซึ่งจะถือได้ว่าเป็นการกระทำ "ขั้นตอนที่สำคัญ" ของการกระทำความผิด แม้ว่าจำเลยจะยังไม่ได้อัดผมเจ้าหน้าที่สักเส้นหนึ่งก็ตาม

แนวความคิดเรื่องการกระทำ "ขั้นตอนที่สำคัญ" นี้ ได้เป็นที่ยอมรับกันใน "ศาลสหรัฐ" ด้วย นอกจากศาลของมลรัฐแล้ว เช่น ในคดี United States V. Mandjano (499 F.2d 370) Z5th Cir.1974) คดีนี้จำเลยถูกศาลชั้นต้นสหรัฐ (U.S. district court) พิพากษาว่ามีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีนโดยให้จำคุก 15 ปี ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐพิพากษายืน

ข้อเท็จจริงมีดังนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจหน่วยปราบปรามยาเสพติดนายหนึ่งได้รับข้อมูลมาว่า จำเลยขายยาเสพติดอยู่ในบาร์แห่งหนึ่ง เจ้าหน้าที่จึงปลอมตัวเป็นนักค้ายาเสพติดและเข้าไปในบาร์

แห่งนั้นพร้อมกับสายลับของตำรวจคนหนึ่ง เมื่อเข้าไปข้างในบาร์แล้ว สายลับได้แนะนำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจรู้จักกับจำเลย

หลังจากสนทนากันในเรื่องทั่ว ๆ ไปอยู่ครู่หนึ่งจำเลยได้ถามสายลับว่าเจ้าหน้าที่ต้องการจะได้ของอะไรบางอย่างอยู่ใช่หรือไม่ เจ้าหน้าที่ตอบว่าใช่ จำเลยจึงถามเจ้าหน้าที่มีบทบาทเกี่ยวข้องกับยาเสพติดอย่างไรบ้าง เจ้าหน้าที่ได้ตอบคำถามแก่จำเลย และได้บอกจำเลยว่าตนกำลังมองหาเฮโรอีนตัวอย่างสักหนึ่งออนซ์เพื่อจะได้ตรวจสอบคุณภาพของเฮโรอีนนั้น จำเลยตอบว่าตนมีเฮโรอีนเม็กซิกันสีน้ำตาลราคาออนซ์ละ 650 เหรียญสหรัฐ ถ้าเจ้าหน้าที่ต้องการคงจะต้องรอจนกระทั่งถึงตอนบ่ายจนกว่าคนส่งของมาส่งของให้ตามปกติ เจ้าหน้าที่ตอบว่าตนมาจากต่างเมืองและไม่อยากรอนาน จำเลยจึงเสนอขึ้นมาว่าจะติดต่อของจากแหล่งอื่นให้ และจำเลยได้โทรศัพท์สี่ครั้งติดต่อกับบุคคลภายนอก แต่การติดต่อไม่เป็นผล จำเลยได้บอกกับเจ้าหน้าที่ว่าตนโชคไม่ดีที่ติดต่อผู้ใดไม่ได้เลย เจ้าหน้าที่ได้บอกแก่จำเลยว่าไม่สามารถรอต่อไปได้อีกแล้ว

หลังจากนั้น จำเลยจึงได้บอกแก่เจ้าหน้าที่ว่าตนมีผู้ใกล้ชิดคนหนึ่งซึ่งเก็บยาเสพติดไว้ที่บ้าน แต่ถ้าจำเลยไปพบผู้ใกล้ชิดนี้จำเลยต้องมีเงินติดตัวไปด้วย จำเลยได้ให้ความมั่นใจแก่เจ้าหน้าที่ว่าตนจะไม่นำเงินหลบหนีไป โดยบอกแก่เจ้าหน้าที่ว่า "คุณอยู่ในสถานที่ทำธุรกิจของผม และภรรยาผมก็อยู่ที่นี้ด้วย คุณสามารถนั่งรออยู่กับภรรยาผมได้ ผมจะไม่ทำให้ภรรยาของผมต้องเดือดร้อนเพียงเพราะเงินแค่ 650 เหรียญสหรัฐเท่านั้นหรอก" เมื่อฟังดังนั้นเจ้าหน้าที่จึงนับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐส่งให้จำเลย จากนั้นจำเลยได้ออกจากบาร์เหล่านั้นไปในเวลาประมาณบ่ายสามโมงครึ่ง

ในเวลาหนึ่งชั่วโมงต่อมาจำเลยได้กลับมาและบอกกับเจ้าหน้าที่ว่าตนไม่สามารถตามหาผู้ใกล้ชิดได้ จำเลยได้คืนเงินทั้งหมดให้แก่เจ้าหน้าที่ และบอกเจ้าหน้าที่ว่าสามารถรอจนกว่าคนส่งของตามปกติจะมาถึงก็ได้ แต่เจ้าหน้าที่ได้ออกจากบาร์เหล่านั้นไป แต่ได้ขอโทรศัพท์ติดต่อกลับมาในตอนหกโมงเย็นครึ่งหนึ่งและในตอนหกโมงครึ่งอีกครั้งหนึ่ง ในการติดต่อทั้งสองครั้งนั้น เจ้าหน้าที่ไม่มีโอกาสพูดคุยกับจำเลยเพราะผู้รับโทรศัพท์แจ้งว่าจำเลยไม่อยู่ เจ้าหน้าที่ไม่ได้กลับไปยังบาร์เหล่านั้นเพื่อติดต่อกับจำเลยอีก เพราะเกรงว่าจะไม่ปลอดภัย

จำเลยต่อสู้ว่า การกระทำของตนยังไม่ถึงขั้นพยายามจำหน่ายเฮโรอีน อย่างมากที่สุดคงเป็นเพียงพยายามให้ได้มาซึ่งเฮโรอีนแต่ไม่ใช่พยายามจำหน่ายเฮโรอีน เพราะยอมเป็นไปไม่ได้ที่บุคคลใดจะมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีนซึ่งตนไม่ได้ครอบครองหรือควบคุมเฮโรอีนนั้น การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการตระเตรียมจำหน่ายเฮโรอีน ไม่ใช่พยายามกระทำความผิด

ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐพิพากษายืนตามคำวินิจฉัยของลูกขุนในศาลชั้นต้น ซึ่งวินิจฉัยว่า จำเลยพยายามกระทำความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่า การที่จำเลยเรียกห้อง และรับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐ จากเจ้าหน้าที่โดยอ้างว่าเพื่อจะไปซื้อเฮโรอีนจากผู้ใกล้ชิดมาให้ การกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำ "ขั้นตอนที่สำคัญ" ในการจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีน ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวเพิ่มเติมด้วยว่า จริงอยู่หากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า ผู้ใกล้ชิดของจำเลยนั้นมีตัวตนอยู่จริง และผู้ใกล้ชิดนั้นมีเฮโรอีนเพื่อขายจริง ๆ ก็ย่อมจะช่วยให้คดีของโจทก์มีน้ำหนักแน่นแฟ้นมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ดังกล่าวไม่มีความจำเป็น เพราะการกระทำของจำเลยเข้าขั้นพยายามแล้วตั้งแต่ "เรียกร่องเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐ" จากเจ้าหน้าที่ เนื่องจากเป็นการกระทำ "ขั้นตอนที่สำคัญ" แล้วในการกระทำความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีน

เห็นได้ว่านักนิติศาสตร์และศาลอเมริกันได้พยายามสร้างหลักใหม่ขึ้นมาในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องการพยายามกระทำความผิดแทนหลักเดิม ๆ ที่เคยใช้อยู่ เช่น หลัก "ความใกล้ชิดต่อผล" หรือหลัก "ความไม่คลุมเครือ" เป็นต้น

ส่วนในความเห็นในเรื่องของการลงมือกระทำความผิดในความเห็นของฝ่ายอัตตะวิสัย (Subjective) และฝ่ายภาวะวิสัย (objective) มีดังนี้คือ

การลงมือกระทำความผิด ฝ่ายภาวะวิสัย (objective) เห็นว่าการกระทำจะเป็นการลงมือเข้าขั้นพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั่นเอง หรืออีกนัยหนึ่งคือต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิด โดยเป็นองค์ความผิดองค์หนึ่งที่เดียว⁸⁹ ส่วนฝ่ายอัตตะวิสัย (Subjective) เห็นว่าการลงมือกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด ขอบเขตของการลงมือไม่อาจกำหนดตายตัวลงไปได้⁹⁰

จะเห็นได้ว่า ฝ่ายภาวะวิสัย (objective) ขอบเขตของการลงมือจะมีลักษณะที่แคบ (Minimalist approach) และค่อนข้างแน่นอน ส่วนฝ่ายอัตตะวิสัย (Subjective) ขอบเขตของการลงมือ

⁸⁹ จิตติ ดิงศภักดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, อ่างแล้ว, หน้า 309 และ โกเมน ภัทรภิรมย์, คำอธิบายกฎหมายอาญาฝรั่งเศส, อ่างแล้ว, หน้า 19

⁹⁰ โกเมน ภัทรภิรมย์, กฎหมายอาญาฝรั่งเศส, อ่างแล้ว, หน้า 20

จะมีลักษณะที่กว้างกว่า (Maximalist approach) แต่ไม่แน่นอน⁹¹ ในการกระทำหนึ่ง ๆ การลงมือกระทำ ความผิดจึงแตกต่างกันระหว่าง objective และ subjective

เมื่อพิจารณาถึงความหมายของผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำแล้ว สามารถแบ่งประเภทของผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำได้ 2 ประเภทคือ

1. ผลที่เกิดขึ้นโดยความสำเร็จของการกระทำนั้น
2. ผลประเภทที่จะต้องมีส่วนเกิดขึ้นจากการเคลื่อนไหวของอริยาบทนั้น

องค์ประกอบของการก่อให้เกิดผลจากการกระทำ ผลที่เกิดขึ้นมาจากการกระทำ จะทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษในทางอาญาหรือไม่ จะต้องพิจารณาองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) ต้องมีการกระทำ
- (2) การกระทำนั้นต้องดำเนินไปจนบรรลุถึงขั้นสุดท้ายของการกระทำ
- (3) มีกฎหมายบัญญัติว่าผลเป็นองค์ประกอบความผิด

(1) ต้องมีการกระทำ

หมายความว่า การกระทำที่เกิดขึ้นนั้นประกอบด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ของการเคลื่อนไหว ซึ่งได้แก่ อริยาบท (origin, movement) พฤติการณ์ประกอบอริยาบท (circumstance) ผลจากอริยาบท และพฤติการณ์ประกอบนั้น (consequences) เพราะฉะนั้นเพียงแต่มีอริยาบทเคลื่อนไหว หรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย (การงดเว้นในกรณีซึ่งมีหน้าที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผล ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย) ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า การเคลื่อนไหว หรือไม่เคลื่อนไหวมีความหมายอย่างไร ในทางกฎหมายหรือไม่ เช่น การกำมือ งอแขน และกระดิกนิ้ว เพียงการกระทำเหล่านี้หาได้มีความหมาย ในทางกฎหมายไม่ นอกจากจะต้องประกอบด้วยพฤติการณ์แวดล้อมบางอย่าง เช่น การกระดิกนิ้วเกิดขึ้นในขณะที่มีปืนบรรจุกระสุนอยู่ในมือ และมีเป้าหมายซึ่งเป็นบุคคลอยู่ในวิถีกระสุน โดยผู้กระทำรู้สึกตัว เล็งเห็นผล หรือประสงค์ต่อผล ถ้ามีผลเกิดขึ้นในพฤติการณ์เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำซึ่งต้องรับโทษในทางกฎหมาย

⁹¹ George P.Fletcher, Rethinking Criminal Law, op.cit. pp.138-139

(2) การกระทำนั้นต้องดำเนินไปจนบรรลุถึงขั้นสุดท้ายของการกระทำ

หมายความว่า เมื่อมีการกระทำอันเป็นไปได้ทั้งการเคลื่อนไหว และการไม่เคลื่อนไหวเกิดขึ้นแล้ว การกระทำนั้นต้องดำเนินต่อเนื่องไปจนบรรลุถึงขั้นสุดท้ายของการกระทำนั้น ซึ่งเรียกกันว่า “ผล” ด้วย แต่ถ้ามีการกระทำเกิดขึ้นแล้วผู้กระทำกลับกระทำไปไม่ตลอด เช่น ก. ยกปืนขึ้นจะยิง ข. แต่ถูก ค. เพื่อนของ ข. เข้าปล้ำแย่งปืนไปได้ หรือตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุถึงผล เช่น ก. ต้องการจะฆ่า ข. ก. ใช้ปืนยิงแต่กระสุนปืนกลับไม่ถูก ข. หรือ การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ หรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ เช่น ก. ต้องการจะฆ่า ข. แต่ ก. กลับใช้ปืนซึ่งมิได้บรรจุลูกปืนไปยิง ข. กรณีดังกล่าวจะกลายเป็นเรื่องของการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 หรือ มาตรา 81 ไป

การพยายามกระทำความผิด โดยสภาพแล้วการพยายามเป็นการเริ่มต้นลงมือกระทำความผิด (Le commencement d' execution du crime) ซึ่งเป็นกรณีที่ต่างกับการเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั่นเอง (Le commencement du crime)⁹² การลงมือได้แก่กริยาที่นำไปสู่การกระทำความผิดตามเจตนาของผู้กระทำ อันจะทำให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นสำเร็จโดยตรงและใกล้ชิด ซึ่งอาจถือได้ว่าผู้กระทำได้อยู่ในระยะเวลาที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดที่เขามุ่งกระทำนั้น

การกระทำที่ถือว่าผู้กระทำอยู่ในระยะที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดก็คือ ผู้กระทำได้เสี่ยงกระทำลงไปแล้ว ถึงขั้นที่ความผิดอาจเกิดขึ้นได้เป็นผลสำเร็จ โดยผู้กระทำได้ปิดหนทางที่จะล้มเลิกการกระทำนั้นเสีย เพราะฉะนั้นเมื่อมีการกระทำเกิดขึ้น และการกระทำนั้นได้ดำเนินไปจนถึงจุดที่ไม่สามารถบรรลุผล หรือไม่สามารถเกิดผลขึ้นได้อย่างแน่แท้ ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษจากการกระทำของตนอยู่ด้วย แม้จะไม่ต้องรับโทษเต็มเหมือนกับกรณีที่เกิดผลขึ้นจากการกระทำของตนก็ตาม

ความผิดที่กฎหมายไม่คำนึงถึงผล ได้กล่าวมาแล้วถึงความหมายของผลและความสำคัญของผลต่อความรับผิดในทางอาญา แต่โดยลักษณะของความผิดบางประเภทในประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ความสำคัญของการกระทำที่เกิดขึ้นมากกว่าผลซึ่งเป็นขั้นสุดท้ายของการกระทำ ตัวอย่าง เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 กฎหมายถือว่าการกระทำเป็นความผิดเมื่อมีการนำเอาข้อความเท็จมาแจ้งต่อเจ้าพนักงาน ส่วนหลังจากการแจ้งแล้วเจ้าพนักงานจะเชื่อหรือไม่เชื่ออันถือว่าเป็นผลของการกระทำนั้นไม่เป็นข้อสำคัญของความผิดประเภทนี้

⁹² จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, อ่างแล้ว, น.120-121.

เพราะฉะนั้น เมื่อมีการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน กฎหมายก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จโดยไม่ต้องพิจารณาดูว่า เจ้าพนักงานจะเชื่อตามนั้นหรือไม่ เพราะฉะนั้นถ้ามีการแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงานที่ หูหนวก หรือแจ้งความเท็จเป็นภาษาต่างประเทศซึ่งเจ้าพนักงานไม่เข้าใจภาษานั้น ก็ยังคงถือว่าได้มีการ แจ้งความเท็จออกจากปากของผู้กระทำความผิดไปแล้ว ส่วนผลของการแจ้งความเท็จจะมีต่อเจ้า พนักงานมากน้อยเพียงใดนั้น ไม่ถือเป็นสาระสำคัญที่จะมาตัดสินว่าจะต้องรับผิดเพราะการเกิดผลหรือไม่เกิดผลแต่อย่างใด

(3) มีกฎหมายบัญญัติว่าผลเป็นองค์ประกอบความผิด

หมายความว่า แม้จะได้มีการกระทำ (รวมไปถึงการงดเว้นการกระทำ) เกิดขึ้นแล้ว และการ กระทำดังกล่าวได้ดำเนินไปจนบรรลุถึงขั้นสุดท้ายของการกระทำนั้นก็ตาม แต่ก็ไม่เป็นการแน่นอนว่าจะ ต้องรับผิดในทางอาญาจนกว่าจะปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติว่าผลเป็นองค์ประกอบของความผิด เพราะฉะนั้นเพียงแต่มีการกระทำแต่การกระทำนั้นยังไม่เกิดผลตามที่กฎหมายระบุไว้ ความผิดก็ยังไม่ เกิดขึ้นเป็นความผิดสำเร็จครบองค์ เช่น การฉ้อโกงจะต้องได้ทรัพย์ไปจากการหลอกลวงจึงเป็นความผิด สำเร็จ⁹³ หรือ ปรารถนา ต้องมีการยอมตามที่ถูกข่มขืนใจ⁹⁴ เป็นต้น

⁹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341

⁹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 337

บทที่ 3

การพยายามกระทำคามผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ในกฎหมายต่างประเทศ

เรื่องการพยายามกระทำคามผิดนี้ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย และประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีต่างยอมรับกันว่าเป็นการกระทำที่สมควรลงโทษ แต่เมื่อมีการกล่าวถึงเรื่องของการพยายามกระทำคามผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กฎหมายแต่ละประเทศในทางปฏิบัติกลับเห็นไม่ตรงกัน เพราะการพยายามกระทำคามผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบของต่างประเทศนี้ ก็มีแนวความคิดและหลักวินิจจัยที่แตกต่างกัน เนื่องจากในแต่ละประเทศก็มีนิติวิธี (Juristic method) ที่แตกต่างกัน การศึกษาในเรื่องดังกล่าวจึงจำเป็นต้องศึกษาโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายแต่ละระบบ ทั้งในระบบจารีตประเพณี และระบบประมวลกฎหมาย ในระบบประมวลกฎหมาย จะได้ศึกษากรณีของประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส ส่วนระบบจารีตประเพณี จะได้ศึกษากรณีของประเทศอังกฤษขึ้นมาอธิบายถึงแนวความคิดและหลักวินิจจัยซึ่งจะนำมาอธิบายดังต่อไปนี้

3.1 ระบบประมวลกฎหมาย

ในระบบประมวลกฎหมายนี้จะได้ยกเอาระบบกฎหมายของประเทศที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาของกฎหมายในระบบนี้ได้แก่

- (1) ระบบกฎหมายเยอรมัน
- (2) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

3.1.1 ระบบกฎหมายเยอรมัน

เมื่อแรกนั้นนักนิติศาสตร์เห็นว่าจำเป็นต้องลงโทษการพยายามกระทำคามผิดเพราะเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มีมุ่งหมายกระทำต่อ หรือเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ สมัยแรกนั้นนักนิติศาสตร์ให้เหตุผลจากความเป็นภาวะวิสัย (Objektive) ของการพยายามกระทำคามผิดหรือยึดถือ "ทฤษฎีภาวะวิสัย" (Objektive Theorie) เป็นเกณฑ์

ตาม “ทฤษฎีภาวะวิสัย” (objektive Theorie) จะปฏิเสธ “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้” เพราะถือว่าการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้นั้นเป็นการพยายามที่ไม่เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายใด ๆ ต่อวัตถุหรือสิ่งที่มีมุ่งหมายกระทำต่อ หรือไม่เป็นการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายแต่อย่างใด

ดังนั้นการยอมรับว่า “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้” ก็เป็นการพยายามกระทำความผิดอย่างหนึ่ง การยึดถือ “ทฤษฎีภาวะวิสัย” จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องนัก นักนิติศาสตร์จึงได้เลิกยึดถือและทำให้ “ทฤษฎีภาวะวิสัย” กลายเป็นทฤษฎีเก่าไป

แต่อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมา นักนิติศาสตร์เห็นสอดคล้องกันว่ากรณีที่สมควรต้องลงโทษการพยายามกระทำความผิดด้วยเพราะการพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำของผู้ที่มีอันตรายกล่าวคือเป็นการกระทำของบุคคลที่มีเจตจำนงในการประกอบอาชญากรรมและเห็นว่าทั้งในกรณีของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญ และการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ผู้กระทำความผิดต่างมีเจตจำนงที่เหมือนกัน นักนิติศาสตร์จึงเปลี่ยนมาให้เหตุผลในทางอัตตะวิสัย (subjektiv) เป็นเกณฑ์ กล่าวคือเปลี่ยนมายึดถือทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjektive Theorie) แทน⁹⁵

ตามกฎหมายเยอรมันนี้มีหลักในพิจารณาการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ โดยจะแบ่งข้อที่น่าสนใจได้ 2 ประการ คือ

(ก) การลงมือกระทำความผิด

(ข) การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้

(ก) การลงมือกระทำความผิด

นักนิติศาสตร์เยอรมันได้แยกการเตรียมออกจากการพยายามโดยไม่ถือหลักใกล้ชิดต่อผล แต่อธิบายการลงมือพยายามกระทำความผิดว่าต้องมีเจตนากระทำความผิดพร้อมด้วยการกระทำซึ่งเป็นการเริ่มต้นแห่งความผิดนั้นแล้ว ปัญหาที่ว่าเมื่อใดผู้กระทำได้เริ่มต้นกระทำความผิดก็ถือตามความเห็นธรรมดาว่า การกระทำเท่าที่ได้กระทำลงนั้นเป็นการเริ่มต้นแห่งการกระทำความผิดหรือยัง การวินิจฉัยความเห็นธรรมดาที่ว่านี้มีอยู่ 2 ทฤษฎี

⁹⁵ vgl. Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, S. 462 : Diethelm Kienapfel, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 100, อ้างใน คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, อ้างแล้ว, หน้า 273

1. พิจารณาการกระทำจากภายนอก (objective) คือคนทั่วไปมีความเห็นว่าการกระทำเช่นนั้นเข้าขั้นเริ่มกระทำความผิดหรือยัง เพียงแต่แบบบ้านได้ไปยังสถานที่ที่จะป็นเข้าป้ลัทธิพิพ้เป็นแต่ชั้นเตรียม ถ้าได้เริ่มป็นบ้านได้ก็เข้าขั้นพยายามทันที ในความผิดฐานฆ่าคนถ้าได้ไปยังที่ ๆ จะทำการฆ่ายังเป็นแค่เตรียม ต่อเมื่อชักอาวุธ เช่น ปืนที่บรรจุกระสุนเพื่อจะยิงก็เป็นการลงมือขั้นพยายาม

2. พิจารณาจิตใจของผู้กระทำ (subjective) คือ พิจารณาการกระทำนั้นว่าผู้กระทำคิดว่าตนได้เริ่มกระทำความผิดหรือยัง ซึ่งกว้างกว่าทฤษฎีแรก เช่น การที่คนร้ายล่อสุนัขที่เฝ้าบ้านไปที่อื่นเสียเพื่อจะเข้าป้ลัทธิพิพ้เป็นการเริ่มต้นกระทำ เป็นการลงมือกระทำความผิดพยายามลักทรัพย์แล้ว ศาลเยอรมันนิยมทฤษฎีหลังนี้ ส่วนนักนิติศาสตร์มีความเห็นเอียงไปในทฤษฎีแรก

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบลายลักษณ์อักษร(Civil Law) นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันได้ใช้หลัก “ความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น” (The Criterion of Danger Rule) อธิบายการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด กล่าวคือ การกระทำจะเป็นการกระทำถึงขั้นลงมือที่จะต้องมีความรับผิดชอบอาญานั้นต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นภัยอันตรายโดยตรงต่อผลประโยชน์ต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายให้การรับรองและคุ้มครอง (Directly dangerous to interests protected under the law)

(ข) การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้

ในระบบกฎหมายเยอรมันนี้มีแนวความคิดตามทฤษฎีทางจิตใจ หรือที่เรียกว่าความชั่วร้าย (Schuld) ซึ่งขยายความรับผิดชอบออกไปไกล แม้ฆ่าคนที่ตายเป็นศพแล้ว หรือทำแท้งโดยเข้าใจว่าตนมีครรภ์ ก็เป็นการพยายามกระทำความผิดได้⁹⁶

ความเห็นขัดแย้งในอดีตที่เกี่ยวกับการพยายามกระทำผิด ซึ่งเป็นไปไม่ได้ในปัจจุบันได้ยุติลงแล้ว ในทางปฏิบัติทฤษฎีที่ยอมรับนำมาใช้โดย Rechtswidrigkeit เช่น ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory) จะเป็นที่นิยมนำมาใช้มากกว่าทฤษฎีภาวะวิสัย ซึ่งเป็นที่ใช้กันในหมู่นักวิชาการ ทฤษฎีอัตตะวิสัยจะถือว่า การพยายามกระทำผิดด้วยวิธีการไม่เหมาะสม หรือด้วยวัตถุที่ไม่เหมาะสมจะต้องถูกลงโทษ ถ้าผู้กระทำเห็นว่าวิธีการหรือวัตถุนั้นเหมาะสม โดยไม่คำนึงถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นจริง หรือไม่เกิดขึ้นจริง อันเป็นผลจากการพยายามกระทำผิดนั้น ในทางตรงข้าม การตัดสินใจทางตุลาการจะไม่ลงโทษผู้พยายามกระทำผิดด้วยความเชื่อทางไสยศาสตร์ เช่น การสวดเวทมนต์ให้บุคคลถึงแก่ความตาย (praying a person to death)

⁹⁶ Neumann, K, Manual of German Law,II (London : Her Majesty 's Stationery office,1952) p. 85

3.1.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁹⁷

การกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดนั้น ถ้าพิจารณาตามลำดับความผิดที่เกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าเริ่มต้นขึ้นด้วยความคิดที่จะกระทำการตามที่ตกลงใจหรือตัดสินใจที่จะกระทำการเตรียมการลงมือกระทำ จนกระทั่งการกระทำสำเร็จเป็นความผิด จะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดนั้น มีลำดับมาหลายขั้นตอนด้วยกัน จึงมีปัญหว่ากฎหมายอาญา ซึ่งลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องรอกจนกว่าการกระทำผิดสำเร็จจึงจะลงโทษผู้กระทำได้หรือว่าลงโทษได้ตั้งแต่ยังอยู่ในขั้นตอนที่ยังไม่ถึงความผิดสำเร็จ ถ้าหากจับผู้กระทำได้ และนับตั้งแต่นั้นขั้นตอนใดจึงจะลงโทษผู้กระทำได้ ปัญหานี้ก็คือปัญหาในเรื่องการลงโทษการพยายามกระทำความผิด⁹⁸

นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสได้ตั้งทฤษฎีโดยแยกการกระทำที่ไม่สามารถสำเร็จผลออกเป็น ไม่สำเร็จโดยเด็ดขาดคือโดยแน่แท้ และไม่เด็ดขาดคือโดยบังเอิญ ซึ่งทั้งสองกรณีนี้จะเกี่ยวข้องกับวัตถุหรือปัจจัยที่ใช้ในการกระทำก็เป็นบังเอิญ ความไม่สำเร็จโดยเด็ดขาดเกี่ยวกับวัตถุหมายถึงความถึงวัตถุที่เป็นองค์ความผิดไม่มีอยู่เลย หรือมีวัตถุแต่วัตถุนั้นไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นวัตถุแห่งการกระทำผิดนั้นได้ เช่น คนที่ผู้กระทำได้ต้องการจะฆ่าได้ตายเสียก่อนแล้ว หญิงที่จะทำให้แท้งลูกไม่มีครรภ์ เด็กที่ถูกกระทำมีอายุมากกว่ากฎหมายบัญญัติ ส่วนที่ไม่สำเร็จโดยไม่เด็ดขาดเกี่ยวกับวัตถุหมายถึงความรวมถึงวัตถุที่เป็นองค์ประกอบนั้นมีอยู่ แต่ไม่อยู่ในที่ที่ผู้กระทำเข้าใจ เช่นยิงเข้าไปในห้องคนซึ่งต้องการฆ่าที่นอนอยู่เป็นประจำ ส่วนความผิดไม่สำเร็จโดยเด็ดขาดเกี่ยวกับปัจจัยคือวิธีการที่กระทำไม่มีทางสำเร็จเลย เช่นยิงคนโดยไม่มีกระสุน เป็นต้น

แนวความคิดของนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสเห็นว่า ต้องวินิจฉัยเจตนาของผู้กระทำเสียก่อนว่าเจตนากระทำความผิดฐานใด เพราะการกระทำอันหนึ่งอาจเข้าชั้นลงมือพยายามกระทำความผิดอีกฐานหนึ่งก็ได้ การวินิจฉัยเจตนานี้อาจวินิจฉัยจากพฤติการณ์อื่นประกอบการกระทำของผู้กระทำด้วยก็ได้ ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยจากการกระทำของเขาเท่านั้น ส่วนการกระทำที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำเข้าชั้นลงมือกระทำความผิดขึ้นพยายามในฐานความผิดที่เจตนากระทำหรืออย่างนั้น นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสแยกการ

⁹⁷ โปรตดู สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส", วารสารนิติศาสตร์, ป19 ล 4 (ธ.ค 2532) หน้า 50 - 56

⁹⁸ โกเมน ภัทรภิรมย์, กฎหมายอาญาฝรั่งเศส, อ่างแล้ว, หน้า18.

กระทำออกเป็น 3 ชั้น คือ ชั้นเตรียม ชั้นการเริ่มต้นแห่งการลงมือ (commencement d' execution) และชั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั่นเอง (commencement du crime)

1. ชั้นเตรียม การเตรียมเป็นการกระทำระยะแรกเพื่อให้พร้อมที่จะเริ่มลงมือกระทำ ความผิด เช่นซื้อยาพิษมาและส่งยาพิษให้คนใช้ของผู้ที่ตนต้องการฆ่าเพื่อผสมอาหารให้นายกิน จนคนใช้ใส่ยาพิษลงในอาหารก่อนเอาไปให้นายกิน หรือนั่งช่อมคอยดักริงผู้ที่จะผ่านไปมาทางนั้น ยังเป็นแค่ ชั้นเตรียม เป็นการกระทำระยะหนึ่งซึ่งจะมีการลงมือกระทำเป็นอีกระยะหนึ่ง คนละตอนกับการเริ่มต้นแห่งการลงมือ อันเป็นชั้นที่สอง

2. ชั้นการเริ่มต้นแห่งการลงมือ ซึ่งได้แก่คนใช้เริ่มเอาอาหารที่ใส่ยาพิษไปแล้วยื่นหรือวางให้นายกิน หรือพอเห็นผู้ที่ตนคอยฆ่าเดินผ่านมาก็กบปิ่นขึ้นเพื่อจะยิง ซึ่งเป็นการกระทำอีกระยะหรืออีกตอนหนึ่ง ต่างหากจากกันกับการกระทำในระยะแรก คือเตรียม

3. ชั้นการเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั่นเอง ได้แก่ผู้ถูกวางยาพิษเริ่มกินอาหารนั้น หรือผู้ที่ช่อมอยู่ได้ยิงไปยังผู้ที่เดินผ่านมานั้นแล้ว อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดคือการฆ่าตนเอง หรือในการลักทรัพย์ก็ได้แก่การเอื้อมมือไปหยิบทรัพย์ที่จะลักนั่นเอง

การกระทำในชั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั้นคือระยะที่ 3 นี้เอง ถ้าไม่สำเร็จย่อมเป็นการลงมือที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดในฐานะพยายามแล้วโดยไม่มีข้อสงสัย แต่ที่จะเป็นการลงมืออันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดในฐานะพยายามไม่จำเป็นต้องกระทำถึงเพียงนั้น ถ้าหากได้กระทำถึงชั้นเริ่มต้นลงมือกระทำ คือระยะที่ 2 ก็เป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเอาผิดในฐานะพยายามแล้ว

ส่วนอย่างไรจะถือว่าการกระทำเข้าชั้นเริ่มต้นแห่งการลงมือ หรือชั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั่นเอง นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสอธิบายว่า ต้องเป็นการกระทำที่ผิดปกติจากบุคคลผู้สุจริตซึ่งแสดงให้เห็นเจตนากระทำผิด ซึ่งถ้าปล่อยให้กระทำต่อไปก็จะสำเร็จเป็นความผิดขึ้นได้ ก็คือหลักใกล้ต่อผลสำเร็จเป็นความผิดขึ้นนั่นเอง

การพยายามกระทำผิดตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสนี้อาจเกิดขึ้นได้จากเหตุ 2 กรณี คือ⁹⁹

- (1) เมื่อผู้กระทำได้ลงมือกระทำแล้ว แต่กระทำไปไม่ตลอด
- (2) เมื่อผู้กระทำได้ลงมือกระทำ และได้กระทำไปโดยตลอดแล้ว

⁹⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "การพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส", อ้างแล้ว, หน้า 50

ในเรื่องนี้ได้มีความเห็นที่แตกต่างกัน 2 ทาง ในเรื่องที่ว่าจะต้องพิจารณาว่าเมื่อมีการลงมือกระทำการแล้ว แต่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จจะสมควรให้มีการลงโทษผู้กระทำหรือไม่ซึ่งความเห็นทั้งสองทางมีดังนี้ คือ

- (1) แนวความคิดที่จะพิจารณาจากการกระทำเป็นหลัก (la conception objective)
- (2) แนวความคิดที่จะพิจารณาจากตัวผู้กระทำผิดเป็นหลัก (la conception subjective)

1. แนวความคิดที่จะพิจารณาจากการกระทำเป็นหลัก (la conception objective)

แนวความคิดของฝ่ายนี้ได้รับอิทธิพลบางส่วนจากนักกฎหมายเยอรมัน¹⁰⁰ โดยมีความเห็นว่าการที่กฎหมายลงโทษผู้ใด ก็เพราะผู้นั้นก่อความวุ่นวายขึ้นในสังคม การที่จะลงโทษทางอาญาแก่ผู้ใดจึงต้องดูว่าการกระทำของผู้นั้นได้ก่อความวุ่นวายขึ้นหรือไม่ แนวความคิดนี้จึงถือเอาผลของการกระทำมาเป็นเงื่อนไขในการลงโทษ เมื่อเป็นเพียงพยายามกระทำความผิด จึงไม่ควรลงโทษการกระทำนั้น

2. แนวความคิดที่จะพิจารณาจากตัวผู้กระทำผิดเป็นหลัก (la conception subjective)

ฝ่ายนี้เห็นว่า การลงโทษทางอาญาควรลงโทษตั้งแต่ผู้นั้นได้แสดงเจตนาออกมา โดยการกระทำภายนอก โดยไม่ต้องดูว่าผลจะสำเร็จตามที่ผู้นั้นต้องการหรือไม่ ดังนั้นฝ่ายนี้จึงเห็นว่าการพยายามกระทำความผิด ผู้กระทำควรได้รับโทษเพราะถือว่าการพยายามกระทำความผิดได้แสดงให้เห็นเจตนาชั่วร้ายและลักษณะที่เป็นภัยต่อสังคมเท่าๆกับการกระทำความผิดสำเร็จแล้ว การที่จะถือตามความเห็นของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยเคร่งครัดย่อมมีผลเสีย เพราะฝ่ายแรกไม่ลงโทษการกระทำความผิดที่ไม่บังเกิดผลเสียเลย แม้ว่าการที่ผลไม่บังเกิดนั้นจะเนื่องมาจากเหตุการณ์ภายนอกตัวผู้กระทำก็ตาม แต่ฝ่ายหลังก็ลงโทษการพยายามกระทำความผิดทุกอย่างโดยไม่เลือก และลงโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ กฎหมายฝรั่งเศสจึงเลือกใช้วิธีผสมระหว่างความคิดสองฝ่ายนี้

ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1810 มิได้มีการบัญญัติในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เหมือนกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย จึงได้มีข้อถกเถียงในเรื่องดังกล่าว ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีการยกตัวอย่างพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น การต้องการฆ่าผู้อื่นแต่ผู้อื่นตายไปก่อนแล้ว หรือในเรื่องของการทำแท้งคนที่ไม่มีครรภ์ เป็นต้น

¹⁰⁰ Merle et VITU, Traité de droit criminel, Paris, Cujas, 5^e édition, 1984, p 459

อ้างใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส", อ้างแล้ว, หน้า 51

ในเรื่องของการต้องการฆ่าผู้อื่นแต่ผู้อื่นตายไปเสียก่อนแล้ว ศาลสูงในฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาในปี 1986 เกี่ยวกับเรื่องนี้ ซึ่งผลของคำพิพากษาในคดีนี้ทำให้เกิดข้อถกเถียงว่า ในกรณีเช่นนี้จะลงโทษผู้กระทำได้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นของบางฝ่ายเห็นว่า การกระทำในกรณีนี้เป็นการกระทำไม่ครบองค์ประกอบความผิด จึงเป็นความผิดที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้อย่างแน่แท้ (Infraction impossible) แต่ก็มีบางฝ่าย มีความเห็นว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว แม้จะไม่อาจสำเร็จได้โดยแน่แท้ก็ตาม (tentative impossible)

ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1810¹⁰¹ ได้มีบทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดไว้ในมาตรา 2 และมาตรา 3 ซึ่งมีเนื้อความดังนี้คือ

มาตรา 2 “ การพยายามกระทำความผิดชั้นอุกฤษโทษ (crime) ซึ่งได้แสดงออกโดยการเริ่มลงมือกระทำความผิดหากการนั้นกระทำไปไม่ตลอดหรือไม่อาจเกิดผลโดยเหตุต่าง ๆ ซึ่งอยู่นอกเหนือความตั้งใจของผู้กระทำให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดชั้นอุกฤษโทษ ”

มาตรา 3 “ การพยายามกระทำความผิดชั้นมัธยมโทษ (delit) จะถือว่าเป็นการกระทำความผิดชั้นมัธยมโทษเฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเท่านั้น

หลักที่เกี่ยวกับการลงโทษ¹⁰² ให้ลงโทษเท่ากันเช่นความผิดสำเร็จตามมาตรา 2 และการพยายามกระทำความผิดชั้นมัธยมโทษ โดยปกติกฎหมายจะไม่ลงโทษ เว้นแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดเฉพาะกรณี เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 401 ข้อโกง มาตรา 405 แต่ในกรณีที่เป็นการลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด¹⁰³

¹⁰¹ ในปัจจุบันได้มีการยกเลิกประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ.1810 และประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ ค.ศ.1952 แต่หลักการที่กล่าวนี้ยังคงบัญญัติไว้ในมาตรา 121-4 และ 121-5 ซึ่งเป็นหลักการเดิม

¹⁰² หลักในการแบ่งประเภทความผิดทางอาญาฝรั่งเศสจะแบ่งความร้ายแรงของการกระทำความผิดเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษ ความผิดอาญาชั้นมัธยมโทษและความผิดอาญาชั้นลหุโทษ

¹⁰³ Merle et Vitu , อ้างแล้ว n 471 และ Stefani , Levasseur et Bouloc, Droit Pénal General, Précis Dalloz , Paris Dalloz 12° edition , 1984 n 209 . อ้างใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส” , อ้างแล้ว, หน้า 53

สาระสำคัญในการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 2 นี้ มี 2 ประการ คือการเริ่มลงมือกระทำความผิด และการขาดการยับยั้งโดยสมัครใจ ส่วนสาระสำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ การที่ความผิดนั้นอาจเป็นผลสำเร็จได้ ยังเป็นที่โต้แย้งกันอยู่

การที่จะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิด ตามบทบัญญัติในมาตรา 2 นี้ ต้องมีส่วนประกอบที่สำคัญดังนี้

(1) ได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว

ตามลำดับขั้นตอนในการกระทำความผิดนั้น เพียงแต่คิดหรือตัดสินใจที่จะกระทำความผิด โดยยังไม่มีกรกระทำนั้นยังไม่เป็นความผิด และแม้จะไปถึงขั้นเตรียมก็ยังไม่เป็นความผิด (เว้นแต่การกระทำในการเตรียมนั้นจะเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในตัวเอง หรือการเตรียมนั้นเป็นการสนับสนุนการที่ผู้อื่นกระทำความผิด) แต่ถ้าถึงขั้นเริ่มลงมือกระทำแล้ว จึงจะถือว่าเป็นความผิด

การที่แยกขั้นตอนของการกระทำว่า การกระทำเพียงใดยังอยู่ในขั้นเตรียมและเพียงใดจึงจะถือว่าได้ลงมือกระทำแล้ว ทำได้ค่อนข้างยาก เดิมเคยถือกันว่าการเตรียมเป็นการกระทำที่ยังห่างไกลต่อผล ส่วนการลงมือเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ซึ่งเป็นหลักที่กว้างและเลื่อนลอยมาก ในปัจจุบันนักนิติศาสตร์ มีแนวความคิดเป็น 2 ฝ่ายคือ

ฝ่ายที่ถือการกระทำเป็นหลัก (Objective) มีความเห็นว่าการลงมือกระทำความผิดต้องเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดที่จะกระทำนั้นเอง อาจจะเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของความผิด หรือเป็นเหตุที่ทำให้ความผิดหนักขึ้นก็ได้ เช่น การเอามือจับทรัพย์ที่จะลัก เป็นการลงมือลักทรัพย์ เพราะการจับทรัพย์เป็นการกระทำเพื่อเอาทรัพย์นั้นไป อันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานลักทรัพย์ หรือการเข้าไปในเคหสถานเพื่อจะลักทรัพย์ เป็นการลงมือ เพราะการเข้าไปในเคหสถานเพื่อจะลักทรัพย์เป็นเหตุที่จะทำให้โทษลักทรัพย์หนักขึ้น ความคิดเห็นของฝ่ายนี้นำมาใช้วินิจฉัยการกระทำในชั้นพยายามได้ชัดเจนแน่นอนดี แต่ก็ทำให้การกระทำในชั้นพยายามแคบลงไปมาก จนไม่อาจลงโทษการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาชั่วร้ายของผู้กระทำแต่ยังไม่เข้าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่น คนร้ายที่ถูกจับขณะที่ยื่นมือเข้าไปใกล้ทรัพย์เพื่อจะหยิบแต่ยังไม่ทันถูกต้องตัวทรัพย์ ถ้าพิจารณาตามหลักนี้ก็ยังไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานลักทรัพย์ ยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิด

ฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก (Subjective) เห็นว่าการลงมือกระทำความผิดจะเกิดขึ้น เมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรง และใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ความคิดของฝ่ายหลังนี้ค่อนข้างกว้าง

และนำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาให้yakอยู่บ้าง แต่ก็มีส่วนดีที่สามารถลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้น โดยเจตนาชั่วร้าย แต่ยังไม่ถึงขั้นเข้าองค์ประกอบความผิดได้

ตามแนววินิจฉัยของศาลฎีกาฝรั่งเศสมีแนวทางไปในความเห็นฝ่ายหลังนี้ (Subject) คือ ศาลฝรั่งเศสไม่ถือว่าการกระทำจะต้องถึงขั้นเป็นองค์ประกอบความผิด หรือเหตุที่ทำให้โทษหนักขึ้นจึงจะเป็นการพยายามกระทำความผิด แต่การกระทำนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิด ศาลฎีกาฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่า "การกระทำทุกอย่างที่จะนำไปสู่การกระทำความผิด ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะกระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นการเริ่มลงมือกระทำ" (Crim. 3 dec. 1927, Crim.19 NOV. 1943, Crim 25 June 1959) โดยหลักวินิจฉัยเช่นนี้ ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า กรณีต่อไปนี้เป็นกรณียกมือกระทำความผิดแล้ว เช่น การเข้าไปในบ้านผู้อื่นเวลากลางคืนโดยไม่ใส่รองเท้าโดยเจตนาจะลักทรัพย์ การแอบอยู่ทางเดินในอาคารพร้อมด้วยอาวุธและเครื่องมือ ณ บริเวณซึ่งพนักงานเก็บเงินจะต้องผ่านการเข้าไปในรถยนต์ที่กำลังจอดอยู่โดยเจตนาที่จะครอบครองและเอาไปใช้โดยเจ้าของมิได้อนุญาต การที่แพทย์ซึ่งได้ตกลงรับทำแท้งหญิงมีครรภ์ และได้กำหนดราคาค่าจ้างกันไว้แล้ว ได้ไปที่อยู่ของหญิงพร้อมด้วยเครื่องมือในการทำแท้ง

แต่ในทางตรงกันข้าม ศาลฎีกาฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยว่า การที่บุคคลหนึ่งให้คำแนะนำแก่อีกบุคคลหนึ่ง และให้เงินเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำความผิดกรรม ยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิด เพราะการลงมือกระทำความผิดจะเกิดขึ้นต่อเมื่อการกระทำนั้นจะต้องมีผลโดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ

ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสนั้น การกระทำอย่างเดียวกันเป็นการลงมือกระทำความผิดหรืออาจเป็นเพียงการเตรียมก็ได้ แล้วแต่ลักษณะของความผิดซึ่งผู้กระทำตั้งใจจะกระทำ เป็นต้นว่า การปืนปายังจัดงะเข้าไปในเคสสถาน หรือการแอบซุ่มคอยหาโอกาส ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะลักทรัพย์ ย่อมวินิจฉัยได้ว่าเป็นการพยายามลักทรัพย์ แต่การกระทำเช่นที่กล่าวแล้วนี้ ถ้าได้กระทำโดยเจตนาอย่างอื่น เช่น เพื่อที่จะฆ่าคน ก็ไม่จำเป็นจะต้องวินิจฉัยเสมอไปว่าเป็นการพยายามฆ่าคนแล้ว เพราะการกระทำดังกล่าวกับการฆ่าคนยังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่าการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับการฆ่าคน เพราะระหว่างการปืนปายังเข้าไปกับการฆ่าคนนั้น ในทางจิตใจแล้ว ยังมีช่วงโอกาสพอที่จะมีการเปลี่ยนความคิดความตั้งใจได้ และควรยกประโยชน์แห่งความสงสัยในเรื่องเจตนาให้แก่ผู้กระทำ

(2) ความไม่สำเร็จของการกระทำนั้นจะต้องอยู่นอกเหนือความตั้งใจของผู้กระทำ

ความไม่สำเร็จของการกระทำอาจเกิดจากการกระทำที่ทำไปไม่ตลอด หรือทำไปตลอดแล้วไม่บรรลุผลก็ได้

แนวความคิดในการลงโทษการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลโดยแน่แท้มี 3 ทฤษฎีคือ¹⁰⁴

1. ทฤษฎีที่พิจารณาจากการกระทำเป็นหลัก (la theorie objective)

ทฤษฎีนี้มองว่าการจะลงโทษการพยายามกระทำผิดหรือไม่ ก็ต้องดูว่าผู้กระทำนั้นได้ก่อให้เกิดผลกระทบกับสังคมหรือไม่ ซึ่งถือเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งในการลงโทษทางอาญาซึ่งเมื่อผลไม่เกิดขึ้นจึงไม่ควรลงโทษด้วย และทฤษฎีนี้จึงเห็นว่าเมื่อการกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ก็จะมีกรกระทำหรือการลงมือกระทำที่จะถือเป็นการพยายามไม่ได้ เพราะผู้กระทำไม่สามารถลงมือกระทำในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้

2. ทฤษฎีที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำเป็นหลัก (la theorie subjective)

ทฤษฎีนี้เห็นว่าผู้กระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้แม้ยังไม่ก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม แต่การกระทำที่แสดงออกมานั้นได้แสดงให้เห็นว่าเขามีเจตนาที่จะทำการใดที่สังคมรู้สึกว่าเป็นอันตราย และหากพิจารณาในทางอาชญาวิทยาแล้วผู้กระทำนี้มีได้แตกต่างจากผู้ลงมือกระทำผิดแต่ทำไปไม่ตลอด ซึ่งต้องลงโทษตามมาตรา 2 แม้การกระทำนั้นไม่สามารถสำเร็จได้เลยก็ตาม ผู้กระทำก็ควรจะต้องได้รับโทษ

3. ทฤษฎีผสม (la theorie mixte)

นักกฎหมายบางฝ่ายเห็นว่า ไม่ควรยึดเอาทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเป็นหลักอย่างเดียวจึงได้เสนอให้มีการแบ่งแยกความไม่สามารถบรรลุผลออกเป็น 2 ชนิด คือความไม่สามารถบรรลุผลได้โดยเด็ดขาดกับความไม่สามารถบรรลุผลได้โดยไม่เด็ดขาด

ความไม่สามารถบรรลุผลได้โดยเด็ดขาด อาจเกิดจากไม่มีวัตถุแห่งการกระทำต่อ ซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดอยู่เลย ซึ่งในกรณีนี้เห็นว่าโดยหลักของธรรมชาติแล้วความผิดนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแน่แท้ จึงไม่ควรลงโทษการกระทำนั้น

ความไม่สามารถบรรลุผลได้โดยไม่เด็ดขาด อาจเกิดจากสภาพของการกระทำ ทำให้การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้เนื่องจากมีเหตุบังเอิญการกระทำนั้นจึงไม่สำเร็จ ซึ่งกรณีนี้เห็นว่าเป็นการกระทำที่คล้ายกับการกระทำไปแล้วแต่ไม่สำเร็จ และผู้กระทำไม่ควรได้รับโทษฐานพยายาม

¹⁰⁴ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "การพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส", อ้างแล้ว, หน้า 53

แต่ถึงอย่างไรการแบ่งเป็น 2 ประการดังกล่าวข้างต้นนี้ก็ทำให้ไม่สามารถเห็นความแตกต่างอย่างชัดเจนของเรื่องดังกล่าวเพราะความสามารถบรรลุผลมีระดับแตกต่างกัน เนื่องจากผลของมันคือการไม่บรรลุผลนั่นเอง จึงมีนักกฎหมายที่แบ่งความสามารถบรรลุผลกว้างขึ้นไปอีกสองประการคือ

- (1) ความไม่สามารถบรรลุผลโดยข้อกฎหมาย
- (2) ความไม่สามารถบรรลุผลโดยข้อเท็จจริง

1. ความไม่สามารถบรรลุผลโดยข้อกฎหมายคือ การกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ นั้น เป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิด เช่น การต้องการฆ่าผู้อื่นแต่ผู้นั้นตายไปก่อนแล้ว ในกรณีนี้ความผิดอาญาจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ จึงเป็นความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ซึ่งผลก็คือ ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำได้เลย เพราะการกระทำนั้นขาดองค์ประกอบความผิด

2. ความไม่สามารถบรรลุผลโดยข้อเท็จจริงคือ กรณีที่การไม่บรรลุผลนั้นเกิดขึ้นโดยบังเอิญ หรือมีเหตุอื่นที่ทำให้การกระทำนั้นไม่อาจสำเร็จได้ ซึ่งอยู่นอกเหนือเจตนาของผู้กระทำ และการกระทำที่ไม่บรรลุผลนี้จะลงโทษผู้กระทำผิดฐานพยายามได้ จึงเห็นได้ว่าการแบ่งแยกเช่นนี้ มิได้คำนึงถึงเจตนาหรือลักษณะการกระทำที่อาจเป็นอันตรายของผู้กระทำเลย

การกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้เลย (La possibilité de résultat) เช่น เขาป็นยิงคนที่ตายแล้วหรือเขาป็นที่ไม่ได้บรรจุกระสุนยิงคน หรือจะฆ่าคนโดยวางยาพิษ แต่สิ่งที่ใช้เพื่อฆ่านั้นไม่มีพิษ การทำแท้งหญิงที่ไม่ได้ตั้งครรภหรือทำแท้งหญิงมีครรภด้วยสารที่ไม่สามารถทำให้แท้งลูกได้เหล่านี้จะถือว่าเป็นความผิดที่การพยายามกระทำมีโทษหรือไม่มี นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสมีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ทฤษฎี คือ

- (1) ฝ่ายที่ถือการกระทำเป็นใหญ่ (objective)
- (2) ฝ่ายที่ถือจิตใจเป็นใหญ่ (subjective)

1. ฝ่ายที่ถือการกระทำเป็นใหญ่ (objective) เห็นว่าการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ ไม่เป็นการพยายามกระทำความผิด เพราะการกระทำนั้นไม่ได้รับกวนความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือแม้จะรบกวนก็ยังไม่เท่ากับการกระทำที่กระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล อีกประการหนึ่งเมื่อการกระทำนั้นเป็นไปไม่ได้แล้ว การลงมือกระทำหรือพยายามก็ไม่ได้อยู่เอง จึงไม่ควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้

2. ฝ่ายที่ถือจิตใจเป็นใหญ่ (subjective) เห็นว่าจะถือเอาเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญ เมื่อการกระทำนั้นได้แสดงออกมาให้เห็นเจตนาร้ายและสภาพที่เป็นภัยต่อสังคมของผู้กระทำแล้ว การกระทำจะสำเร็จได้หรือไม่ ก็ต้องลงโทษ เพราะผู้กระทำมีเจตนาร้ายเท่าๆกัน

ในระหว่างทฤษฎีแรกซึ่งไม่ลงโทษการกระทำที่ไม่อาจเป็นความผิดสำเร็จได้เลย กับทฤษฎีหลังซึ่งลงโทษการกระทำที่ไม่อาจเป็นความผิดสำเร็จได้ทุกกรณี ก็ได้มีทฤษฎีซึ่งประนีประนอมระหว่างสองทฤษฎีนี้ โดยแบ่งแยกการไม่สามารถบรรลุผลออกเป็นการไม่สามารถบรรลุผลโดยเด็ดขาด (impossibilite absolue) ซึ่งไม่มีโทษ กับความไม่สามารถบรรลุผลโดยบังเอิญ (impossibilite relative) ซึ่งจะต้องรับโทษ

(1) ความไม่สามารถบรรลุผลโดยเด็ดขาด

ความไม่สามารถบรรลุผลโดยเด็ดขาด อาจจะเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อคือเมื่อวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นไม่มีอยู่เลย เช่น คนที่ผู้กระทำตั้งใจจะฆ่ามันตายเสียก่อนแล้ว หญิงที่จะทำแท้งไม่ได้ตั้งครรภ์ หรืออาจเนื่องมาจากปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ เช่น ใช้ปืนที่ไม่ได้บรรจุกระสุนยิงคน ใช้วัตถุที่ไม่มีพิษใส่อาหารเพื่อจะฆ่าคนกิน เป็นต้น

(2) ความไม่สามารถบรรลุผลโดยบังเอิญ

ความไม่สามารถบรรลุผลโดยบังเอิญ อาจเนื่องจากวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อคือวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อนั้นมีอยู่ แต่ไม่อยู่ในที่ที่ผู้กระทำเข้าใจว่าอยู่ เช่น ยิงปืนไปตรงที่ที่ผู้ที่ตนประสงค์จะฆ่าเคยนอน แต่บังเอิญขณะนั้นผู้จะถูกฆ่าไม่ได้นอนอยู่ ณ ที่นั้น หรือตั้งใจจะลักทรัพย์ที่เจ้าของเคยใส่ไว้ในกระเป๋า แต่เมื่อล้วงลงไปแล้วทรัพย์ไม่ได้อยู่ในกระเป๋านั้น และอาจเนื่องจากปัจจัยที่ใช้กระทำผิดคือ ปัจจัยเป็นสิ่งที่อาจทำให้ผลสำเร็จได้ แต่ผู้กระทำใช้ไม่เป็นหรือไม่ชำนาญ หรือมีเหตุบังเอิญมาขัดขวาง เช่น ยิงปืนไม่ถูกคนที่ตั้งใจจะฆ่าเพราะยิงไม่แม่น ใช้เครื่องมือจัดแงะไม่เป็นจึงไม่สามารถเปิดที่เก็บทรัพย์ได้ เป็นต้น

ในอดีตนั้นศาลฝรั่งเศสได้ยึดหลักทฤษฎีที่พิจารณาจากการกระทำ (objective) เป็นหลักในการตัดสินคดีที่เป็นกรณีการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ แต่ปัจจุบันศาลได้ยึดเอาหลักพิจารณาจากตัวผู้กระทำเป็นหลัก (Subjective) โดยจะเห็นจากคำพิพากษาของศาลสูงฝรั่งเศส ในคดีที่ชื่อว่า แปรเดอโร (L' affaire Perdereau)¹⁰⁵ ซึ่งข้อเท็จจริงคือ ผู้ตายได้ถูกรุมทำร้าย เมื่อพิสูจน์ทางนิติเวชก็พบว่า นาย G เป็นผู้ใช้ท่อนเหล็กฟาดอย่างเต็มที่ที่คอของผู้ตาย ทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย และวันต่อมาจำเลยได้ทราบข่าวและเชื่อว่าผู้ตายยังคงมีชีวิตอยู่ จึงได้ใช้ขวดฟาดที่กะโหลกศีรษะหลายครั้ง และให้เชือกรัดคอผู้ตาย นาย G ถูกพิพากษาในศาลล่างว่ามีความผิดฐานฆ่าคนตายโดย

¹⁰⁵ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส", อ้างแล้ว, หน้า 56

เจตนา จำเลยต่อสู้ว่าการกระทำของจำเลยขาดองค์ประกอบความผิด แล้วเมื่อคดีขึ้นศาลสูงของฝรั่งเศส ศาลได้ถือเอาทฤษฎีที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำเป็นหลักโดยตัดสินว่า ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า จำเลยเชื่อว่า ผู้ตายยังมีชีวิตอยู่และได้กระทำโดยมีเจตนาที่จะให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย ดังนั้นเมื่อพิจารณาใน ข้อกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำ ความผิดแล้ว แม้การที่ผู้ถูกกระทำจะถึงแก่ความตายไปก่อนแล้ว ก็ตามก็ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกเหนือเจตนาของจำเลย และการที่จำเลยได้กระทำการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายนั้นถือได้ว่าได้มีการเริ่มต้นลงมือกระทำตามความหมายของ มาตรา 2 แล้วศาลสูงของฝรั่งเศสจึงพิพากษาว่าจำเลยสามารถกระทำ ความผิดฐานพยายามฆ่าคนโดยเจตนาได้

ในคำพิพากษานี้มีฝ่ายที่เห็นด้วยก็คือฝ่ายที่ยึดทฤษฎีที่พิจารณาจากตัวผู้กระทำผิดเป็นหลัก (théorie subjective) และฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยก็คือฝ่ายที่ยึดทฤษฎีพิจารณาจากการกระทำเป็นหลัก (théorie objective) โดยฝ่ายที่เห็นด้วยก็เสนอให้เลิกใช้คำว่า "ความผิดอาญาที่เป็นไปไม่ได้" (infraction impossible) ซึ่งแสดงว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการขาดองค์ประกอบและให้ใช้คำว่า "การพยายามกระทำ ความผิดอาญาที่เป็นไปไม่ได้" แทน

กรณียิงศพ มิใช่การขาดองค์ประกอบความผิดของกฎหมายฝรั่งเศส โดยศาลฎีกาฝรั่งเศส ลงโทษผู้ที่มีเจตนาฆ่าคน แต่ไปกระทำต่อศพโดยที่ตนไม่รู้ว่าเขาตายแล้ว ในฐานะพยายามฆ่าคน¹⁰⁶ และ ลงโทษฐานพยายามทำแท้งหญิงที่เข้าใจผิดว่าตนเองตั้งครรภ์¹⁰⁷ หรือใช้วัสดุที่ไม่สามารถทำแท้งได้อย่าง แน่แท้¹⁰⁸ นอกจากนี้แล้วกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ก็ยังบัญญัติชัดเจนให้ลงโทษการกระทำดังกล่าว¹⁰⁹ เพราะเขาต้องการลงโทษผู้ที่มีเจตนาชั่วร้าย และเห็นว่าแม้เป็นความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลสำเร็จได้ แต่ย่อมมีความพยายามกระทำ ความผิดนั้นได้เสมอ

¹⁰⁶ L'affaire Perdereau, Crim.16 janvier 1986 D. 1986,265,R.S.C.1986 P.839 obs A. Vitu,et p.849 obs.G.Levasseur อ้างใน สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, "การพยายามกระทำ ความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตาม กฎหมายอาญาฝรั่งเศส", อ้างแล้ว, หน้า 56

¹⁰⁷ Crim.12 mai 1935,S.1935,I,319;Crim.8 juillet 1943,S.1944,I,37 อ้างใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, อ้างแล้ว, หน้า 163

¹⁰⁸ L'affaire Fleury,Crim.14 juin 1961.B.C.no.299;Crim.23 juillet 1969,D.1970,361 อ้างใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, อ้างแล้ว, หน้า 163

¹⁰⁹ L'avortement sur une femme supposée enceinte ดู L'article 317 du code penal อ้างใน ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, อ้างแล้ว, หน้า 163

สรุปในส่วนของกรพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ของระบบประมวลกฎหมาย ก็คือ ในเรื่องนี้หากมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับวัตถุที่กระทำต่อมีอาจบรรลุเป็นความผิดได้ เช่นกรณียิงศพโดยที่ผู้กระทำเข้าใจว่ากำลังยิงคนที่ยังมีชีวิตอยู่ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงเช่นนี้หากพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดชอบอาญาในระบบประมวลกฎหมายนั้นเห็นว่า แม้ข้อเท็จจริงที่เกิดจะไม่ครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดก็ตาม แต่หากได้ความว่าผู้กระทำได้กระทำโดยจิตใจคิดว่าตนกำลังทำสิ่งที่ขัดต่อกฎหมาย และในความเป็นจริงก็มีบทบัญญัติเช่นนั้นก็เป็นเรื่องที่เหมาะสมจะถูกลงโทษเพราะถือว่าข้อเท็จจริงนั้นครบในส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายในแม้ว่าสิ่งที่บุคคลนั้นจะกระทำต่อไม่อาจทำให้สำเร็จผลตามความประสงค์ของเขาได้

ในปัญหานี้ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือกรณียิงศพ คือ ถ้าผู้กระทำเข้าใจว่าสิ่งที่ตนกำลังกระทำต่อเป็นมนุษย์ และประสงค์จะให้ผู้นั้นตาย ก็ถือว่าส่วนองค์ประกอบภายในนั้นครบถ้วน ที่จะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดได้แล้ว โดยถือว่าในกรณีนี้บุคคลนั้นได้ลงมือกระทำในสิ่งที่ใกล้จะเป็นสิ่งกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองคือชีวิตมนุษย์แล้ว ดังนั้นในระบบประมวลกฎหมาย จึงไม่เห็นว่าการกระทำในกรณีดังกล่าว จะเป็นการขาดองค์ประกอบความผิดในประเทศเยอรมันถือว่าแม้ฆ่าคนที่ตายเป็นศพแล้ว ก็เป็นการพยายามกระทำความผิดได้

แต่ในกฎหมายฝรั่งเศส¹¹⁰ การยิงศพโดยเข้าใจว่าเป็นคน ผู้กระทำจะมีความผิดในส่วนของกรพยายามหรือไม่นั้น นักนิติศาสตร์มีความเห็นเป็น 2 ทฤษฎีที่สำคัญ คือ

1. ฝ่ายที่ถือการกระทำเป็นใหญ่ (Objective) เห็นว่าการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ไม่เป็นการพยายามกระทำความผิด เพราะการกระทำนั้นมิได้รบกวนความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือแม้จะรบกวนก็ยังไม่เท่ากับการกระทำที่กระทำไปตลอดแล้ว แต่ไม่บรรลุผล อีกประการหนึ่งเมื่อการกระทำนั้นเป็นไปไม่ได้แล้ว การลงมือทำหรือพยายามก็มีไม่ได้ในตัวของการกระทำนั่นเอง จึงไม่ควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้

2. ฝ่ายที่ถือจิตใจเป็นใหญ่ (Subjective) เห็นว่าต้องถือเอาเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญ เมื่อการกระทำนั้นแสดงออกมาให้เห็นเจตนาร้ายและสภาพที่เป็นภัยต่อสังคมของผู้กระทำแล้ว การกระทำจะสำเร็จได้หรือไม่ก็ต้องลงโทษเพราะผู้กระทำมีเจตนาร้ายเท่า ๆ กัน

ส่วนแนววินิจฉัยของศาลฝรั่งเศสยึดถือตามทฤษฎี objective แต่ในปัจจุบันมีแนวโน้มไปในทางทฤษฎี subjective โดยผู้พิพากษาลงโทษฐานพยายามลักทรัพย์แก่ผู้ที่เข้าไปในรถยนต์ของผู้อื่น

¹¹⁰ โกเมน ภัทรภิรมย์, กฎหมายอาญาฝรั่งเศส, อ่างแล้ว, หน้า 20 - 21

เพื่อที่จะลักเอาสิ่งของ แต่ไม่มีสิ่งของที่จะลักอยู่ในรถนั้น (Crim. 23 Juil. 1969) ลงโทษฐานพยายามทำ
 แท่งแก่สามีภรรยาซึ่งพยายามทำแท่งคนไข้โดยใช้สารที่ไม่อาจทำให้แท่งได้ (โอเดอโคโลนจ์และน้ำส้ม)
 (Crim. 9 Nov.1928) และลงโทษฐานพยายามทำแท่งแก่หญิงซึ่งมิได้ตั้งครรภ์ และพยายามทำแท่งด้วย
 ตนเอง ¹¹¹

3.2 ระบบกฎหมายจารีตประเพณี

โครงสร้างความรับผิดในทางอาญาตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี แยกออกเป็น 2 ส่วน
 ดังนี้ คือ

1. actus reus หมายถึง การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายห้าม ทั้งนี้เพราะ
 actus คือ act ซึ่งหมายถึง การกระทำ และ reus คือ wrong ซึ่งหมายถึง ความผิด actus reus เป็นการ
 พิจารณาส่วนที่เป็นภาวะวิสัย (objective) ในการวินิจฉัยความรับผิดในทางอาญาของบุคคล ซึ่งเป็นขั้น
 ตอนแรกก่อนพิจารณาทางด้านสภาวะจิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำ กล่าวคือ ในการวินิจฉัยตามโครง
 สร้างความรับผิดในทางอาญาตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้น จะเริ่มจากการพิจารณาว่า พฤติ
 การณ์ที่ผู้กระทำแสดงออกมาภายนอกเป็นการกระทำตามส่วน actus แล้วหรือยัง ถ้ามีการกระทำแล้วจะ
 ต้องดูว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ ดูในส่วนที่เป็น reus ด้วย จึงจะสมบูรณ์ในความ
 หมายถึงการกระทำที่กฎหมายห้าม ซึ่งเท่ากับครบในส่วนประกอบของ actus reus ต่อจากนั้นจึงจะ
 พิจารณาในโครงสร้างส่วนสภาวะจิตใจที่เรียกว่า mens rea ต่อไป

2. mens rea ถือเป็นสภาวะที่แท้จริงของจิตใจที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดซึ่งเป็นการ
 พิจารณาในส่วนที่เป็นอัตตะวิสัย (subjective) คือ เกี่ยวกับตัวผู้กระทำผิดโดยตรง mens rea เป็นสภาวะ
 จิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำซึ่งต้องนำมาพิจารณาประกอบกับส่วน actus reus เพื่อดูว่าจะลงโทษ
 บุคคลนั้นหรือไม่เพียงใด การจะลงโทษบุคคลใดได้ต้องปรากฏว่า actus reus และ mens rea จะต้อง
 เกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน ¹¹² ส่วนของสภาวะจิตใจอาจแตกต่างกันไปตามแต่กรณี กล่าวคือ อาจเป็นเรื่อง
 ของเจตนา (intention) ประมาทโดยรู้ตัว (reckless) ประมาท (negligence) หรือความพลั้งเผลอที่ไม่

¹¹¹ โกลแมน ภัทรภิมรณ, กฎหมายอาญาฝรั่งเศส, อ่างแล้ว, หน้า 23.

¹¹² J.C. Smith. "The Guilty Mind in the Criminal Law." Law Quarterly Review 76 (1960) : 91.

"No liability where actus reus and mens rea do not coincide."

อาจตำหนิได้ (blameless inadvertent) แต่โดยปกติถือว่า mens rea จะมีอยู่ในกรณีของเจตนาและประมาทโดยรู้ตัว เท่านั้น ทั้งนี้เพราะสภาวะจิตใจทั้งสองเป็นความรู้สึกที่ผู้กระทำทราบได้ว่าตนกำลังทำในสิ่งที่มีความผิด

สำหรับระบบกฎหมายจารีตประเพณีนี้ประเทศที่เป็นหลักใหญ่ของระบบกฎหมายจารีตประเพณีคือประเทศอังกฤษ จึงได้หยิบยกกรณีของประเทศอังกฤษมากล่าวดังต่อไปนี้

กรณีของการกระทำผิดที่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จ หากข้อเท็จจริงได้ความว่าวัตถุที่กระทำต่อนั้นมีอาจที่จะบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้โดยแน่แท้ เช่น กรณียิงศพโดยที่ผู้กระทำเข้าใจว่ากำลังยิงคนที่มีชีวิตอยู่ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้ กฎหมายอังกฤษถือเป็นเรื่องที่ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานฆ่าคนตายโดยถือว่าข้อเท็จจริงเช่นนี้ไม่ครบในโครงสร้างในส่วน Actus reus แม้จะมีการกระทำ (Act) แต่เมื่อการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมาย เพราะบุคคลนั้นเป็นศพไปแล้ว ก็ไม่ต้องไปพิจารณาในส่วนของจิตใจแม้ตามความเป็นจริงแล้ว ผู้กระทำจะกระทำโดยที่จิตคิดที่กำลังทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายก็ตาม กล่าวคือกฎหมายอังกฤษถือหลักว่าเมื่อการกระทำและผลนั้นไม่เป็นความผิดแล้ว การพยายามกระทำผิดก็มีไม่ได้ในตัวของการกระทำนั่นเอง¹¹³

ตำรากฎหมายอังกฤษอธิบายว่า การลงมือขึ้นพยายามกระทำผิดอันกฎหมายบัญญัติต้องรับผิดทางอาญา ต้องเป็นการกระทำที่นำไปสู่ความผิดสำเร็จโดยแท้จริง แต่ก็มีคำอธิบายว่าต้องใกล้ชิดต่อผลสำเร็จเป็นความผิดเช่นเดียวกัน การกระทำที่นำไปสู่ความผิดสำเร็จก็ทำนองเดียวกับการเริ่มต้นของการลงมือกระทำผิดนั่นเอง

ลักษณะสำคัญของการพยายามคือ ผู้พยายามได้พยายามทำให้การกระทำนั้นเกิดผลสำเร็จแห่งการกระทำตามวัตถุประสงค์ เราไม่อาจรู้ถึงความพยายามของผู้กระทำหากไม่มีวัตถุประสงค์สิ่งใดเกิดขึ้นเลย ประการที่สองแนวคิดของความพยายามจะเกี่ยวข้องกับความล้มเหลว หรือถ้าไม่ล้มเหลวก็เป็นความไม่สมบูรณ์บางประการ โดยทั่วไปแล้วข้อกล่าวหาว่าพยายามกระทำผิดจะนำมาใช้เมื่อผู้ถูกกล่าวหาไม่ประสบความสำเร็จหรือเชื่อว่าไม่ประสบความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของผู้กระทำ หากการกระทำผิดของเขาประสบผลสำเร็จ เขาจะถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด จึงกล่าวกันว่าความพยายามเกี่ยวข้องกับความล้มเหลว แต่ก็ไม่จำเป็นต้องมีความเกี่ยวข้องกันเสมอไป และถ้าหากมีการ

¹¹³ รัตน์ชัย อนุตรพงษ์สกุล, "อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาของไทย" วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2543, หน้า 30.

กล่าวหาจำเลยซึ่งได้กระทำความผิดสำเร็จก็จะมีไม่มีการกล่าวหาว่าจำเลยพยายามกระทำความผิดนี้เป็นหลักตรรกอย่างหนึ่ง

ในเมื่อคนปกติจะไม่พยายามกระทำความผิดที่เขารู้ว่าเป็นไปไม่ได้ ผลที่ตามมาคือในทุกๆ คดีที่มีความพยายามกระทำความผิดซึ่งเป็นไปไม่ได้ จำเลยจะต้องรับผิดชอบภายใต้ความผิดในการกระทำที่เขาได้กระทำไป กรณีดังกล่าวอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ตามชนิดของความผิดที่จำเลยได้กระทำไปแล้ว ดังนี้คือ

1. เมื่อจำเลยกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา

กรณีดังกล่าวคือ ผู้กระทำไม่ได้กระทำความผิดในข้อเท็จจริงใด แต่เขาเชื่อว่าวัตถุประสงค์ของเขาเป็นการกระทำความผิดอาญา แต่ความจริงแล้วการกระทำนั้นวัตถุประสงค์เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ การกระทำนั้นก็ไม่อาจเป็นการกระทำความผิดอาญาได้ ตัวอย่างเช่น

D อยู่ในเขตอำนาจศาลที่กฎหมายกำหนดว่าชายใดไม่ว่าอายุเท่าไรก็ตาม หากมีความสัมพันธ์แบบไฮโมเซ็กซ์วลเป็นการกระทำผิดกฎหมาย ต่อมามีการอนุญาตให้ผู้ชายที่บรรลุนิติภาวะแล้ว มีความสัมพันธ์แบบไฮโมเซ็กซ์วลในทีร์โหลฐานได้ D (อายุ 21 ปี) ไม่รู้ว่ากฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว ได้มีความสัมพันธ์แบบไฮโมเซ็กซ์วลในทีร์โหลฐาน D เชื่อว่าเขาได้กระทำความผิดอาญา ในที่นี้ความผิดของ D สำเร็จแล้ว แต่ในทางกฎหมายไม่ถือว่า D ได้กระทำความผิด เพราะการกระทำของ D ไม่เป็นความผิดต่อกฎหมาย

A มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุ 17 ปี โดย A เชื่อว่า กฎหมายอาญาห้ามชายมีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 18 ปี A เข้าใจผิดในอายุที่กฎหมายกำหนด คือ 16 ปี การกระทำความผิดที่สำเร็จมิใช่การกระทำความผิดอาญา¹¹⁴

B เชื่อว่า การล่าและยิงกระต่ายในเดือน พ.ค. เป็นการกระทำความผิด B ได้ยิงกระต่ายตัวหนึ่งในวันที่ 1 พ.ค. โดยที่ความจริงแล้วกฎหมายอนุญาตให้ยิงกระต่ายในเดือน พ.ค. ได้ ดังนั้น การกระทำของเขาจึงไม่มีความผิด

จากตัวอย่างข้างต้นนี้ ศาสตราจารย์ Brett ได้มีความเห็นโต้แย้งว่า "จำเลยได้แสดงให้เห็นว่าเขากระทำการเตรียมเพื่อการกระทำความผิดที่ทำหายต่อกฎหมาย เขาควรรับผิดชอบต่อการกระทำนั้น" จึงเห็นได้ว่าศาสตราจารย์ท่านนี้มีความคิดเห็นว่าการกระทำผิดกับผู้กระทำการดังกล่าวเพราะผู้กระทำนั้นได้มีจิตใจที่คิดมุ่งต่อผลร้ายในการกระทำ โดยผู้กระทำนั้นรู้ว่าการกระทำเป็นความผิดและ

¹¹⁴ Glanville Williams, *Criminal Law*, Sixth Edition, London: Stevens & Sons Limited, 1982, P.312

เป็นการทำทนายกฎหมาย ท่านจึงเห็นว่ากฎหมายควรลงโทษในการกระทำของผู้กระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้

2. เมื่อจำเลยเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงและเชื่อว่าการกระทำของเขาเป็นการกระทำ ความผิดอาญา ซึ่งที่จริงแล้วมิใช่การกระทำ ความผิดอาญา

ตัวอย่างที่เหมือนกันของเรื่องก็ตั้งขึ้นโดย Bramwell B ในหนังสือชื่อ Colling ปี 1864 คือ C ตั้งใจจะขโมยร่ม แต่ปรากฏว่าร่มคันดังกล่าวเป็นของเขาเอง ซึ่งลืมไว้เมื่อ 6 เดือนที่แล้วในคลับแห่งนั้น เขารู้เมื่อกลับถึงบ้านและเห็นเครื่องหมายซึ่งทำเป็นชื่อของเขาไว้ จึงเป็นเรื่องที่ C มีเจตนาขโมยร่ม แต่กลายเป็นว่าเขาไม่ได้ทำผิดอะไร เพราะเป็นร่มของเขาเอง หรือตัวอย่างอื่น เช่น

D มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงคนหนึ่ง โดยเชื่อว่าเธอมีอายุ 13 ปี ซึ่งเป็นเจตนากระทำผิด อาญา แต่ข้อเท็จจริงกลับกลายเป็นว่าเด็กหญิงนั้นอายุ 18 ปี D จึงไม่มีความผิดอาญา หรือ D เข้าพิธี สมรสโดยรู้ว่าภรรยาของเขายังมีชีวิตอยู่ เพราะ D ตั้งใจจะทำการสมรสซ้อน แต่ปรากฏว่า 5 นาทีก่อนพิธี สมรสจะเริ่ม ภรรยาของ D ถูกรถชนและตาย พิธีสมรสของ D จึงถูกต้องตามกฎหมาย

ตามตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่า

(ก) บุคคลดังกล่าวมีเจตนามุ่งร้าย กระทำความผิดต่างชนิดกัน เช่น การเอาร่มซึ่งเป็นของ ผู้อื่นไป การมีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปี การสมรสกับหญิงอื่นระหว่างที่คู่สมรสของตน ยังมีชีวิตอยู่

(ข) ในทางศีลธรรมแล้วผู้กระทำการมีความผิดเช่นบุคคลที่กระทำความผิดสำเร็จ

(ค) บุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลอันตรายเช่นเดียวกับบุคคลผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวซึ่ง มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้

แต่ในทางตรงกันข้าม ผู้กระทำความผิดในกรณีข้างต้น ได้กระทำการจนสำเร็จตาม เจตนากรรมของเขาแต่กลับกลายเป็นว่ามีใช้การประกอบอาชญากรรม และการกระทำดังกล่าวมิได้ ล้มเหลวหรือเป็นขั้นตอนไปสู่การประกอบอาชญากรรม จำเลยที่ขโมยร่มได้ตัดสินใจขโมยหรือทำการ สมรสซ้อนแล้วพบว่าคู่สมรสได้ตายไปก่อนการสมรส ชายคนนั้นคงไม่ผิดหวังที่พบว่าการสมรสครั้งหลัง ของเขาถูกต้องตามกฎหมาย เพราะขณะทำการสมรสครั้งที่สองเขาคิดว่าได้กระทำความผิด

เพราะเหตุที่จำเลยทำความผิดสำเร็จ และมีใช้เป็นการประกอบอาชญากรรมและไม่ต้อง รับผิดจึงมีข้อวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก ในเมื่อการกระทำสำเร็จผลและเขามีใช้อาชญากร จำเลยจึง ไม่ต้องรับผิดเพราะเจตนาประกอบอาชญากรรม Fletcher ได้โต้แย้งและนำเสนอแบบทดสอบมูลเหตุ จูงใจว่า

1. ประการแรก แบบทดสอบมีแนวคิดเช่นเดียวกับแนวคิดกฎหมายแองโกลอเมริกันที่ตัดสินคดีตามแนวคิดก่อนๆ

2. ประการที่สอง บทวิเคราะห์ในเรื่องความพยายามมีพื้นฐานมาจากการใช้คำปกติพื้นฐานทั่วไปในเรื่องความพยายาม โดยให้ผู้ที่พยายามมีความรับผิดชอบจากการกระทำของเขา ซึ่งเป็นแนวคิดที่แยกออกมาจากเจตนาของผู้กระทำผิด

3. หากวัตถุประสงค์ของจำเลยประสบผลสำเร็จจะเป็นการกระทำความผิดอาญาและเพราะเขาเข้าใจผิดในข้อเท็จจริง โดยเขาเข้าใจว่าสิ่งนั้นเป็นไปได้ ซึ่งที่จริงมันเป็นไปได้โดยแน่แท้

นี่คือกรณีที่การกระทำล้มเหลว ซึ่งหากจำเลยประสบผลสำเร็จเขาจะกลายเป็นผู้กระทำผิดอาญา เนื่องจากคำตัดสินของ House of Lords ในคดี Haughton V. Smith กลุ่มที่สามจะต้องแบ่งออกเป็น 2 กรณี แม้ว่าจะมีความเห็นที่ไม่มีแตกต่างทางเหตุผลใน 2 กรณี ดังกล่าว

กรณีที่ 1 เป็นกรณีที่จำเลยใช้วิธีการเพียงเล็กน้อยไม่เพียงพอที่จะให้การกระทำของเขาบรรลุเป็นความผิดสำเร็จได้

ด้วยเจตนาฆ่าเขาใช้ยาพิษ เพียง 1 หยด (หรือใช้สิ่งที่เขาคิดว่าเป็นยาพิษ) ซึ่งยาพิษหนึ่งหยดไม่อาจฆ่าใครให้ตายได้ หรือจำเลยตั้งใจขโมยของจึงใช้เหล็กงัดตู้เซฟให้เปิดออกมาโดยวัตถุดังกล่าวไม่เคยใช้เปิดตู้เซฟมาก่อนเลย จะเห็นว่าจำเลยในคดีเหล่านี้ตั้งใจจะประกอบอาชญากรรม หรือขโมยทรัพย์สิน วัตถุประสงค์ของการกระทำผิดอาญา

กรณีที่ 2 กรณีต่างๆ ซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้วเป็นไปได้ที่จำเลยจะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ในการกระทำผิด

ในกรณีนี้จะเป็นข้อเท็จจริงซึ่งจะไม่เกิดขึ้น หรือขาดองค์ประกอบสำคัญในการกระทำผิด ตัวอย่างเช่นจำเลยตั้งใจจะขโมยเงินจึงเอามือล้วงกระเป๋าผู้อื่นเพื่อหากระเป๋าซึ่งไม่มีเงินอยู่ในกระเป๋าเลย ดังนั้นวัตถุประสงค์ของจำเลยเป็นองค์ประกอบของการขโมยแต่จำเลยไม่อาจบรรลุผลสำเร็จได้ เช่นจำเลยมีเจตนาฆ่าจึงสาดกระสุนไปที่เตียงของ P แต่ปรากฏว่าเป็นเตียงว่างเปล่า ผลจะไม่แตกต่างถ้าหาก P นอนอยู่ใต้เตียง เนื่องจากรู้ตัวล่วงหน้า หรือ P อยู่ชั้นล่าง และกำลังทำโกโก้ร้อน หรือ P นอนหลับห่างจากที่เกิดเหตุ 50 ไมล์ในความผิดกลุ่มเดียวกัน

กรณีที่ชายคนหนึ่งมีเจตนาฆ่าบุคคลซึ่งตายไปแล้วโดยชายคนนั้นมีเจตนาฆ่า และไม่บรรลุวัตถุประสงค์นั้น มีคดีของอเมริกันที่คล้ายกับเรื่องดังกล่าวคือ Guffy ซึ่งจำเลยยิงไปยังสิ่งที่เขาคิดว่าเป็นกวางแต่ที่จริงสิ่งที่ยิงยังเป็นสัตว์ที่ตายไปแล้ว ดังนั้น การกระทำของจำเลยซึ่งเป็นการพยายามล่าสัตว์

นอกฤดูล่าสัตว์ก็ตกไป แต่ถ้าหากเขากำลังล่าสัตว์เพื่อไปทำอาหารเย็นหรือเพื่อขาย วัตถุประสงค์ของเขาในการล่าสัตว์ก็ตกไป

ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวคล้ายกับคดี *People v Siu* (คดีที่เป็นความผิดต่อแผ่นดิน *People* จะมีอัยการเป็นผู้ฟ้องคดีแทน) เป็นกรณีที่ D เจรจาต่อรองเพื่อจะมีเฮโรอีนไว้ในครอบครองและตำรวจได้ส่งมอบห่อซึ่งมีแป้งฝุ่นบรรจุอยู่ให้ D การกระทำดังกล่าวจะทำให้วัตถุประสงค์แห่งการประกอบอาชญากรรมไม่บรรลุผล *Siu* ไม่ได้เฮโรอีนที่ต้องการ ตัวอย่างของเรื่องรุ่มอีกอย่าง คือ เมื่อจำเลยเห็น P ดาราคนดัง วางร่มไว้ในที่วางร่มในสโมสร และจำเลยอยากได้ข้าวของที่เป็นของ P เพราะชอบ P จำเลยจึงตัดสินใจขโมยร่มของ P เมื่อมีโอกาส โดยจำเลยได้หยิบเอาร่มซึ่งเข้าใจว่าเป็นของ P ออกมาจากที่วางร่ม แต่ปรากฏว่า ร่มของ P ได้ถูกเคลื่อนย้ายออกมาก่อนแล้ว และเมื่อจำเลยกลับถึงบ้านก็พบว่าร่มคันดังกล่าวเป็นร่มของเขาเองซึ่งได้หายไปก่อนหน้านี้ จะเห็นว่าจำเลยไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของเขา ถ้าหากการกระทำของเขาสำเร็จ จำเลยก็จะมี ความผิดฐานขโมย

หากพิจารณาหลักจากคดี *Haughton V. Smith*¹¹⁵ จะเห็นว่า กรณีกลุ่ม 3 (a) จึงจะถือว่าเป็นการกระทำ ความผิดฐานพยายาม ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี คดีที่อยู่ในกลุ่มที่ 1,2 และ 3 (b) มิใช่การกระทำ ความผิด ศาลของอังกฤษตัดสินว่า หลักการเดียวกันนำไปปรับใช้กับหลักสคบกันร่วมกระทำ ความผิด ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีในคดี *DPP V Nock* (1978) 2 All ER 654 และศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเหมาะสมต่อความผิดฐานยุ้งให้กระทำผิดใน คดี *Fitzmaurice* (1983) 1 All ER 189 จึงปรากฏว่า หลักกฎหมายจากคดี *Haughton V. Smith* ยังคงใช้ได้ ในปัจจุบัน มีกฎหมาย พ.ร.บ.ความพยายามทางอาญาออกมาเมื่อ ปี 1981 ใช้กับความผิดฐานพยายามกระทำ ความผิด ซึ่งมีการตีความในคดี *Shivpuri* ที่จะได้กล่าวต่อไป และกฎหมายการสมคบกันกระทำ ความผิดซึ่ง บางครั้งนำหลักกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำ ความผิดมาปรับใช้

ผู้อุทธรณ์ในคดีนี้ถูกจับโดยเจ้าหน้าที่ศุลกากร ขณะที่มีการเป่าเดินทางอยู่ในครอบครอง เขายอมรับว่า เขารู้ว่ามียาต้องห้ามบรรจุอยู่ในกระเป๋าเดินทางใบดังกล่าว จากการวิเคราะห์พบว่าวัตถุที่อยู่ในกระเป๋าเดินทางมิใช่ยาต้องห้าม แต่เป็นสารที่สกัดจากพืชที่มีลักษณะคล้ายสะบ้า ผู้อุทธรณ์ถูกพิพากษาว่ามีความผิดตาม พ.ร.บ.ความพยายามทางอาญา 1981 มาตรา 1 (1) ฐานพยายามกระทำ ความผิดโดยรู้ว่าการกระทำ ความผิดในการจัดการนำเข้าและเก็บยาต้องห้ามและขัดต่อ พ.ร.บ.ศุลกากร และ ภาษีศุลกากร 1979 มาตรา 170 (1) (b) ผู้อุทธรณ์ อุทธรณ์ว่าเนื่องจากสารที่บรรจุในกระเป๋ามีใช่ยา

¹¹⁵ J.C.Smith Brian, Hogan, Criminal Law, Sixth Edition, London: Butterworth & Co, 1988, P.304

ต้องห้าม เขามีได้กระทำความผิดแต่อย่างใด นอกจากเตรียมการอันเป็นองค์ประกอบแห่งความผิดตาม พ.ร.บ.ความพยายามทางอาญา 1981 ศาลอุทธรณ์ยกอุทธรณ์ของผู้อุทธรณ์¹¹⁶

ผู้อุทธรณ์มีความผิดโดยได้พยายามกระทำความผิด 2 ประเภท แต่คดีนี้จะสอดคล้องกับ คำพิพากษาในคดี Anderton v Ryan หรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาว่า ผู้อุทธรณ์ในคดี Anderton มีความผิดฐานพยายามรับของโจร โดยเธอซื้อเครื่องอัดวีดีโอ ทั้ง ๆ ที่รู้ว่า สินค้าดังกล่าวเป็นของที่ขโมยมาขาย

คำตัดสินคดี Anderton v Ryan เป็นประเด็นที่ไม่มีเจตนากระทำความผิด ซึ่งจะตรงข้ามกับการกระทำที่มีความผิด โดยจำเลยต้องรับผิดสำหรับการพยายามกระทำความผิดแม้ว่าเขาไม่มีเจตนาก็ตาม แต่เนื่องจากจำเลยมีความเชื่อที่ผิดในข้อเท็จจริง ซึ่งถ้าข้อเท็จจริงนั้นกลับกลายเป็นความจริง จำเลยจะต้องรับผิด เพราะเป็นการกระทำความผิดทางอาญา

ในกรณีคดี Anderton v Ryan ศาลพิจารณาเห็นว่าการซื้อเครื่องอัดวีดีโอเพปเป็นการซื้อขายทั่วไปจากคดีต่าง ๆ ที่กล่าวมาแต่แรก เช่นกรณีชายขโมยรถ โดยเข้าใจว่าเป็นรถของผู้อื่น และมีเจตนาขโมย กลับกลายเป็นว่ารถคันดังกล่าวเป็นของเขาเอง หรือการที่ชายมีเพศสัมพันธ์กับหญิงอายุมากกว่า 16 ปี แต่เขาเข้าใจว่าหญิงนั้นอายุต่ำกว่า 16 ปี จากลักษณะต่างๆ ในคดีที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นว่าไม่มีเพียงจิตใจหรือเจตนากระทำความผิด แต่การกระทำของจำเลยไม่มีความผิดแต่อย่างใด¹¹⁷

จากนั้นก็เปรียบเทียบอีกคดีให้เห็นคือ การที่ชายคนหนึ่งพยายามล้วงกระเป๋า แต่ปรากฏว่าไม่มีเงินในกระเป๋า 2 All ER 355 at 367,(1985) AC 560 at 583):

การเอามือล้วงกระเป๋าผู้อื่นเป็นการกระทำความผิด เพราะมีเจตนาลักทรัพย์และการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับความพยายามทำความผิดซึ่งเป็นไปไม่ได้ เพราะไม่มีอะไรอยู่ในกระเป๋ที่ตั้งใจจะลักทรัพย์นั้น ผู้กระทำจึงมีความผิดตามอนุมาตรา 2 แห่ง พ.ร.บ. ปี 1981 โดยหากเรากลัวว่าจะตัดสินคดีผิดพลาดก็ให้เอาสถานการณ์ดังกล่าวมาใช้กับบุคคลทั่วไป โดยมองการกระทำดังกล่าวแล้ว เห็นว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาในการพิจารณา นอกจากนี้ในรายงานคณะกรรมการกฎหมายอาญาได้รายงานถึงเรื่องความพยายามและความเป็นไปไม่ได้ ซึ่งมีความสัมพันธ์กับความพยายาม การสมคบกันกระทำความผิดและการยุยงให้กระทำความผิด ปี 1981 รายงานได้กล่าวว่า

¹¹⁶ คดี R v Shivpuri (1986) 2 All ER 334 House of Lords (รายชื่อผู้พิพากษา) Lord Hailshaw LC Lords Elwyn-Jones, Scarman, Bridge and Mackay)

¹¹⁷ J.C.Smith Brian, Hogan, Criminal Law, Sixth Edition, London: Butterworth & Co, 1988, P.305

หากเป็นการถูกต้องในหลักการที่ความพยายามกระทำความผิดจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน เราจะต้องพิจารณาว่า การเปลี่ยนแปลงในกฎหมายของเราจะครอบคลุมถึงคดีทั่วไปและคดีที่มีข้อยกเว้น ซึ่งอัยการจะเชื่อว่าในทางทฤษฎียอมเกิดขึ้นได้ ตัวอย่างในที่นี้คือการที่บุคคลถูกเสนอขายสินค้าในราคาต่ำมากๆ จนเขาเชื่อว่า สินค้าดังกล่าวถูกขโมยมาขาย ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้ว สินค้าดังกล่าวมิได้ถูกขโมยมา ถ้าหากเขาซื้อสินค้าดังกล่าวบนหลักการที่เราได้พูดกันมาแล้ว ผู้ซื้อจะต้องรับผิดชอบพยายามรับซื้อของโจร ซึ่งเป็นเรื่องในทางทฤษฎีว่าเขามีความผิดทางกฎหมายอาญา

อัยการในคดี *Anderton v Ryan* สรุปสมมุติฐานของคณะกรรมการกฎหมายผิด ในกรณีคดีผิดธรรมดาและคดีที่มีข้อยกเว้นไม่ถูกต้อง แต่ผลของคำตัดสินของคดีนี้ก็มีผลดีต่อกฎอื่นๆ โดยเฉพาะคดีที่ชายหนุ่มมีเพศสัมพันธ์กับหญิงที่อายุเกิน 16 ปี โดยเข้าใจว่าหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 16 ปี

อย่างไรก็ตาม อาจมีความแตกต่างระหว่างการกระทำที่มีเจตนาบริสุทธิ์กับการกระทำมิใช่เหตุผลสำคัญในคดี *Anderton v Ryan* การตัดสินคดีจะต้องแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างดังกล่าว เว้นแต่จะมีเหตุอื่นใดมาสนับสนุนให้เห็นถึงความแตกต่างกัน โดยในกรณีนี้ศาลได้พิจารณาว่า "ข้าพเจ้าพอใจกับแนวคิดเรื่องเจตนาสุจริต ซึ่งจะเชื่อมโยงกับกฎหมายความพยายามในทางอาญา เหตุผลในเรื่องนี้คือ ความพยายามที่จะกระทำความผิดจะต้องเป็นการกระทำที่มีขั้นตอนมากกว่าการเตรียมการกระทำความผิด แล้วทำการนั้นไม่สำเร็จ จึงไม่มีการกระทำความผิดในมุมมองของกฎหมายอาญาจะเรียกว่า เป็นผู้บริสุทธิ์ในทางกฎหมายอาญา"

แต่ในทางละเมิดแล้วผลจะต่างกับการที่นายเอ เอามีมือล้วงกระเป๋า นายบี ไม่ว่าจะมืออะไรในกระเป๋าหรือไม่ก็ตาม ถือว่า นายเอ สามารถลักขโมยของในกระเป๋านั้นได้ หากนายเอ ตั้งใจขโมย นายเอ ก็มีความผิดฐานพยายาม หากนายเอมิได้หยิบอะไรออกมาจากกระเป๋า นายเอก็เป็นผู้บริสุทธิ์ อีกตัวอย่างคือ นายเอ ใช้มีดแทงไปยังพูกที่นอนของนายเอ ถ้านายเอ เชื่อว่า ภายใต้พูกนั้นมี นายบี ศัตรูของนายเอนอนอยู่ นายเอก็มีความผิดฐานพยายามฆ่า นายบี ถ้าพูกนอนนั้นไม่มีใครนอนอยู่ นายเอก็ไม่มีความผิด ในกรณีนี้ศาลได้พิจารณาว่า "ข้อพิจารณาเหล่านี้ทำให้ข้าพเจ้าได้ข้อสรุปในคดี *Anderton v Ryan* ว่า ความแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดและการเป็นผู้บริสุทธิ์ พิจารณาที่วัตถุประสงค์และสภาพของจิตใจที่ไม่มีอิทธิพลใดมาครอบงำ"

ข้อแตกต่างอีกอย่างหนึ่งที่ได้จากคดี *Anderton v Ryan* คือ เจตนาหลักของจำเลย ซึ่งจะทำให้เห็นชัดว่าจำเลยบริสุทธิ์หรือมีเจตนาร้ายจากคดี *Anderton v Ryan* เจตนาหลักของผู้อุทธรณ์คือ ต้องการซื้อเครื่องอัดวิดีโอเทปราคาถูก ความเชื่อของผู้ซื้อที่คิดว่าสินค้านั้นถูกขโมยมาเป็นเพียงเหตุบังเอิญเท่านั้นซึ่งคดีที่อุทธรณ์มานี้ผู้อุทธรณ์มีเจตนาหลักคือการรับและจำหน่ายเฮโรอีนซึ่งลักลอบนำเข้ามาในประเทศ

อย่างไรก็ตาม เราจะใช้แบบทดสอบอะไรที่ลูกขุนจะนำมาพิจารณาว่า เกณฑ์อย่างไรจึงเป็นเจตนาหลักของจำเลย และมีความแตกต่างจากความเชื่อที่ผิดๆ ของจำเลย สิ่งอื่นที่ตรงกันก็คือ เกณฑ์ที่ใช้กำหนดความแตกต่างดังกล่าว นำมาใช้ในการตัดสินว่า จำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ในคดี *Anderton v Ryan* เครื่องอัดวิดีโอเทปเพียงเล็กน้อยเท่านั้น แต่การให้เหตุผลดังกล่าวจะเป็นไปตามมาตรา 1(3) แห่งพ.ร.บ.ความพยายามทางอาญา ปี 1981 เมื่อพิจารณาจากทฤษฎีที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว เจตนาของผู้อุทธรณ์มิได้ต้องการกระทำความผิดมาแต่แรก เธอเพียงต้องการซื้อสินค้าราคาถูก เจตนาหลักของผู้อุทธรณ์คือการซื้อเครื่องอัดวิดีโอเพราะราคาถูกเท่านั้น แต่การรับรู้ว่าสินค้านั้นถูกขโมยมาเป็นเพียงเหตุบังเอิญ ดังนั้นข้าพเจ้า (ผู้พิพากษา) จึงเห็นว่า ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีเจตนาหลัก

ลอร์ด แม็คคีย์ เห็นด้วยกับการยกอุทธรณ์ที่เสนอโดย ลอร์ดบริจด์แต่เห็นด้วยกับ ลอร์ดเฮลแชมในประเด็นจุดเกี่ยวข้องกับเล็กน้อย ที่ ลอร์ดเฮลแชม กล่าวถึง¹¹⁸

กฎหมายอังกฤษบางฉบับ เช่น *The offences against the person act 1961* ได้บัญญัติถึงความผิดฐานทำแท้งไว้ว่าในกรณีที่หญิงทำต่อตนเอง โดยกฎหมายใช้คำว่า "หญิงมีครรภ์" เพราะฉะนั้น การที่หญิง ทำให้ตนเองแท้งลูกโดยเข้าใจว่าตนตั้งครรภ์ แต่แท้จริงแล้วตนไม่มีครรภ์ หรือลูกในครรภ์ตายเสียก่อนแล้ว ความผิดฐานพยายามทำแท้งจึงไม่เกิด¹¹⁹

¹¹⁸ คดีนี้ ผู้อุทธรณ์ ยังอุทธรณ์ในประเด็นที่ผู้พิพากษาชี้แนะลูกขุนในการบอกลูกขุนว่า เป็นเรื่องผิดวิสัยที่ผู้อุทธรณ์ไม่รู้ว่าสินค้าต้องห้ามนั้นคืออะไร ซึ่งศาลก็ได้ยกฟ้องในประเด็นนี้ ในเรื่องนี้สิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณา คือเจตนากระทำความผิดโดยผู้อุทธรณ์ รู้ว่าสิ่งของที่บรรจุอยู่ในกระเป๋าเดินทางเป็นของต้องห้าม (เฮโรอีน)

¹¹⁹ แลวง บุญเฉลิมวิภาส, "โครงสร้างความรับผิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย", วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4 ปีที่ 4, ธันวาคม พ.ศ.2527, หน้า 13

ประเทศอังกฤษจะพิจารณาการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำคามผิดนั้นโดยใช้หลัก "ความใกล้เคียงต่อผล" (the proximity Rule) ซึ่งหมายความว่าหากผู้กระทำได้ กระทำการขั้นสุดท้าย" (the last act) ซึ่งเขาประสงค์ที่จะกระทำเพื่อจะให้ความผิดเกิดขึ้นแล้ว การกระทำของเขาถือได้ว่า "ใกล้เคียง" ต่อความผิดนั้น อันถือได้ว่าเป็นการลงมือกระทำอันถึงขั้นต้องมีความผิดทางอาญาแล้ว

ในเรื่องของการกระทำคามผิดที่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จ และข้อเท็จจริงได้ความว่าวัตถุที่กระทำต่ออันนั้น มีอาจบรรลุผลสำเร็จได้ เช่น กรณียิงศพ โดยที่ผู้กระทำเข้าใจว่ากำลังยิงคนที่ยังมีชีวิตอยู่ การวินิจฉัย เช่นนี้กฎหมายอังกฤษถือเป็นเรื่องที่ขาดองค์ประกอบของความผิดฐานฆ่าคนตาย โดยถือว่าข้อเท็จจริงเช่นนี้ไม่ครบโครงสร้างในส่วน Actus Reus แม้จะมีการกระทำ (Act) แต่เมื่อการกระทำนั้น เป็นเรื่องที่ไม่ผิดกฎหมาย เพราะบุคคลนั้นเป็นศพไปแล้ว ก็ไม่ต้องไปพิจารณาในส่วนจิตใจ แม้ตามความเป็นจริงแล้ว ผู้กระทำจะกระทำโดยที่จิตคิดที่กำลังทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายก็ตาม เช่นเดียวกันกับกรณีที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยเข้าใจว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์ แต่จริงๆ แล้วหญิงนั้นมิได้ตั้งครรภ์ ถือว่าเป็นเรื่องขาดองค์ประกอบความผิดเช่นกัน¹²⁰

¹²⁰ คดี Vparker, 2Met (mass) 263 และคดี Sv cooper, 22N.j.l.52 อ้างถึงใน W.H.Hitchler, Criminal Attempts,43 Dick L.Rew.211,219 (1939) แต่แนวคิดในกฎหมายระบบจารีตประเพณีระยะหลังเห็นว่า กรณีดังกล่าว น่าจะถือเป็นเรื่อง Impossible attempt เพราะถือว่าเป็นสิ่งที่อาจจะเกิดอันตรายแก่สังคมได้ ดู John W. Curran, Criminal and Non – Criminal Attempts, 19 Geo.L.J185, 186-187 (1931)

บทที่ 4

การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ในกฎหมายไทย

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบในกฎหมายไทย ซึ่งจะได้อธิบายในรายละเอียดของเรื่องดังกล่าว โดยจะศึกษาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติที่ประกอบความผิด ความเห็นทางตำรา คำพิพากษากฎีกา และแนวปฏิบัติ ซึ่งจะกล่าวดังนี้คือ

4.1 บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา

ในสมัยที่ยังใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 อยู่นั้น การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ นั้นยังมีได้บัญญัติไว้ เช่น ประมวลกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งในสมัยที่ยังใช้ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 อยู่ ได้เคยมีตัวอย่างในคำพิพากษากฎีกาที่ 34/129 ซึ่งมีข้อเท็จจริงคือ การซ่อนสิ่งเข้าใจว่าเป็นฝิ่นเถื่อน แต่ความจริงเป็นยางไม้ มิใช่ฝิ่นเถื่อน ไม่มีโทษฐานพยายามมีฝิ่นเถื่อน

การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เมื่อครั้งยังใช้กฎหมายลักษณะอาญาไม่ถือว่าเป็นความผิดอาญาและผู้กระทำไม่ต้องรับโทษเลย จึงเห็นได้ว่าขณะนั้นไม่มีบทบัญญัติที่จะลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ ในหลายประเทศได้มีบทบัญญัติลงโทษ เพราะถือว่าผู้พยายามกระทำความผิดดังกล่าวนั้นมีความตั้งใจชั่วร้าย หรือมีเจตนาร้ายแล้ว จึงสมควรลงโทษ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้บันทึกเรื่องการร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันก่อนประกาศใช้ว่าร่างประมวลกฎหมายอาญามีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ โดยให้ถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดซึ่งตามกฎหมายลักษณะอาญามีได้มีบทบัญญัติถึงกรณีเช่นนี้ เช่นผู้ใดยิงคนซึ่งตนเข้าใจว่ามีชีวิตอยู่ แต่ความจริงขณะที่ยิงผู้นั้นตายไปก่อนแล้วผู้ใดลักทรัพย์ซึ่งตนเชื่อว่าเป็นของผู้อื่น แต่ความจริงทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ของตนเอง ผู้ใดประสงค์จะให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอม แต่หญิงนั้นไม่มีบุตรอยู่ในครรภ์เลย หรือหญิงนั้นมีบุตรอยู่ในครรภ์ แต่ผู้

กระทำใช้ยาซึ่งไม่มีคุณภาพที่จะทำให้หญิงนั้นแท้งลูกได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวมานี้ผู้นั้นย่อมมีความผิดฐานพยายามฆ่าคน พยายามลักทรัพย์ และพยายามทำให้แท้งลูก แล้วแต่กรณี¹²¹

หากพิจารณาจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ประเทศไทยยังไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เหมือนมาตรา 81 ในประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน แต่มีเพียงการพยายามกระทำความผิดธรรมดาตามมาตรา 60 ซึ่งบัญญัติว่า

"ผู้ใดพยายามจะทำความผิด แต่หากมีเหตุอันพ้นวิสัยของมันจะป้องกันได้ มาขัดขวางมิให้กระทำลงได้ไซ้ร้ ท่านว่ามันควรรับอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นแบ่งเป็นสามส่วนให้ลงอาญาแต่สองส่วน"

เมื่อต่อมาได้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันก็ได้มีมาตรา 81 เพิ่มขึ้นมา ทำให้มีปัญหาทั้งในการตีความ และความเห็นที่ไม่ตรงกันมาเป็นเวลานาน อีกทั้งในทางปฏิบัติก็ยังมีคำพิพากษาที่เกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรง ซึ่งเมื่อมีการศึกษาในเรื่องนี้ก็มักจะประกอบควบคู่ไปกับการเห็นที่แตกต่างกันเป็นสองฝ่ายโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ซึ่งมักจะเกิดกับกรณีปัญหาต่างๆ ตัวอย่างเช่น

- (ก) ชาวต้องการฆ่าแดง จึงไปยิงศพแดงโดยไม่รู้ว่าเป็นแดงตายแล้ว
- (ข) ชาวขโมยแหวนเพชรแดง ซึ่งแท้จริงเป็นของชาวเอง
- (ค) ชาวข่มขืนนางสาวแดง ซึ่งความจริงมิใช่แดง แต่เป็นภรรยาของชาวเอง
- (ง) ชาวนึกว่าตนตั้งครรรักจึงทำแท้งโดยใช้ยาขับ

4.1.1 ข้อถกเถียงเกี่ยวกับมาตรา 81

จากกรณีดังกล่าวนี้ได้มีข้อถกเถียง ซึ่งมีความเห็นแตกต่างกันออกไปว่าเมื่อขาดองค์ประกอบความผิดแล้วจะเข้าเป็นกรณีการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามบทบัญญัติมาตรา 81 หรือไม่ หรือควรจะลงโทษผู้กระทำโดยพิจารณาจากเจตนาที่ประสงค์กระทำละเมิด โดยจะมีความเห็นแตกต่างกันออกเป็นสองฝ่ายคือ

¹²¹ หยุด แสงอุทัย,กฎหมายอาญามาตรา 1,อ้างแล้ว ,หน้า 92

(1) ฝ่ายแรก¹²² มองว่าองค์ประกอบภายนอกเป็นเรื่องสำคัญ ถ้าหากการกระทำนั้นองค์ประกอบไม่ครบเสียแล้ว ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบพยายามในมาตรา 80 หรือมาตรา 81 เลย ซึ่งเป็นความผิดที่เข้าใจผิด (Wahndelikt)¹²³ ที่เป็นกรณีการขาดองค์ประกอบ¹²⁴ ความเห็นในฝ่ายแรกนี้จึงเห็นว่าการกระทำในตัวอย่างที่กล่าวมาไม่เป็นความผิดตามมาตรา 81 คือ

ข้อ ก. ขาดองค์ประกอบภายนอกคือ “ผู้อื่น” จึงไม่ผิดตามมาตรา 288 และมาตรา 81

ข้อ ข. ขาดองค์ประกอบภายนอกคือ “ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของร่วมอยู่ด้วย” จึงไม่ผิดตามมาตรา 344 และมาตรา 81

ข้อ ค. ขาดองค์ประกอบภายนอกคือ “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” จึงไม่ผิดตามมาตรา 276 และ มาตรา 81

ข้อ ง. ขาดองค์ประกอบภายนอกคือ “ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก” เนื่องจากขามีได้ตั้งครรภ์ จึงไม่ผิดตามมาตรา 301 และมาตรา 81

(2) ความเห็นฝ่ายที่สอง มองว่าแม้จะไม่ครบองค์ประกอบ แต่ผู้กระทำนั้นจะมีความผิดตามมาตรา 81 ได้หากผู้กระทำได้มุ่งต่อผลร้ายที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดซึ่งในความเห็นฝ่ายนี้เห็นว่าถ้าจะดูว่ากรณีใดจะเข้ามาตรา 80 หรือมาตรา 81 จะต้องดูที่ผลของการกระทำ ความผิดว่าจะเปลี่ยนแปลงได้หรือไม่ ถ้าเป็นผลที่เปลี่ยนแปลงได้ ก็ต้องใช้มาตรา 80 แต่ถ้าผลนั้นเปลี่ยนแปลงไม่ได้ก็ต้องใช้มาตรา 81¹²⁵

เหตุผลของความเห็นฝ่ายที่สองนี้เห็นว่า มาตรา 81 นั้นมีบทบัญญัติที่ใช้ข้อความที่แตกต่างจากมาตรา 80 โดยมาตรา 80 ใช้คำว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิด” ส่วนมาตรา 81 ใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด” จึงเห็นได้ว่าในมาตรา 80 เป็นการพยายามกระทำความผิดที่องค์ประกอบต้องครบเสียก่อน และในตอนท้ายของมาตรา 81 ที่ว่า “ให้ถือว่าผู้

¹²² โปรดดู หยุต แสงอุทัย กฎหมายอาญาภาค 1, อ่างแล้ว หน้า 125, 126; โปรดดู จิตติ ดิงศภัทย์ กฎหมายอาญาภาค 2, อ่างแล้ว หน้า 353, 354

¹²³ ความผิดที่เข้าใจผิด คือการที่ผู้กระทำสำคัญผิดว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่กฎหมายอาญาห้ามทำ ดู คณิต ณ นคร กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, อ่างแล้ว, หน้า 284

¹²⁴ Vgl. Hans-Heinrich Jescheck Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, P. 482, อ่างใน คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, อ่างแล้ว, หน้า 284

¹²⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, พ.ศ. 2543), หน้า 156

นั้นพยายามกระทำความผิด" ซึ่งแสดงว่าจริงๆแล้วมิใช่การพยายามกระทำความผิดเหมือนกรณีมาตรา 80 แต่กฎหมายให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิด โดยใช้คำว่า "ให้ถือว่า"

ในฝ่ายนี้จึงเห็นว่าการที่ชาวเขาไปยิงศพแดง โดยเข้าใจว่าแดงยังมีชีวิตอยู่ ตามตัวอย่างในข้อ ก. นั้น เป็นการขาดองค์ประกอบความผิด จึงจะถือเป็นการพยายามตามหลักทั่วไปไม่ได้ แต่ผู้กระทำก็ต้องมีความผิดตามมาตรา 81 เพราะในมาตรานี้บัญญัติว่า "ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด"¹²⁶

จากความเห็นทั้งสองฝ่ายนี้ ความเห็นฝ่ายแรกไม่น่าจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการร่างมาตรา 81 เพราะหากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดเสียแล้ว มาตรา 81 นี้ก็คงไม่มีประโยชน์ เนื่องจากการกระทำนั้นก็จะเข้าความผิดฐานอื่นไป เช่น จากตัวอย่างในข้อ ก. หากแดงไม่เป็นศพไปก่อนที่นายขาว จะไปยิง แต่แดงมีชีวิตรอดอยู่และขาวได้ฆ่าแดงสำเร็จตามจุดมุ่งหมาย ก็จะเป็นความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288 ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ความเห็นฝ่ายที่สอง น่าจะถูกต้องกว่า เพราะมีความเห็นที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในมาตรา 81 ที่ต้องการจะลงโทษผู้ที่มีเจตนาร้าย ซึ่งแม้จะไม่ครบองค์ประกอบทั้งการ "ฆ่า" และ "ผู้อื่น" แต่กฎหมายก็ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด ซึ่งความเห็นในฝ่ายที่สองน่าจะถูกต้องกว่า

แต่ในทางปฏิบัติคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้โดยตรงยังไม่มี มีเพียงแต่ฎีกาที่ตัดสินว่า "ม. ถูกยิงแล้วตายทันที จำเลยพ้น ม. เมื่อ ม. ตายแล้ว ไม่มีความผิดตาม ป.อ. มาตรา 295"¹²⁷ ซึ่งจะเห็นได้ว่า คำพิพากษานี้ตัดสินโดยมองในประเด็นในเรื่องขององค์ประกอบความผิด เมื่อไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าผู้อื่นแล้ว จึงตัดสินให้ไม่มีความผิดตามมาตรา 295

ความมุ่งหมายตามมาตรา 81 ก็เพื่อจะลงโทษการพยายามกระทำความผิดซึ่งไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ไม่ว่าจะเป็นอย่างใด

(ก) บังคับซึ่งใช้ในการกระทำ เช่นยิงปืนที่ไม่มีลูกกระสุน

(ข) วัตถุประสงค์มุ่งหมายกระทำต่อ เช่นต้องการยิงเขา แต่เขามีได้อยู่ที่ๆประสงค์จะยิงเขาเลย

ทั้งนี้เพราะผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาเห็นว่า ผู้ที่เจตนากระทำความผิดอาญา แม้การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้แต่ก็ได้แสดงเจตนากระทำความผิดอาญาออกมาโดยการกระทำแล้ว ซึ่งการกระทำนั้นก็สมควรที่จะได้รับโทษไปบ้าง อย่างไรก็ตามก็ดีโทษที่จะลงนี้สมควรให้ศาลมี

¹²⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, อ่างแล้ว, หน้า 495

¹²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 668, 669/2521, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 435

ดุลยพินิจกำหนดให้น้อยเท่าใดก็ได้ แต่ศาลจะกำหนดโทษเกินกว่ากึ่งหนึ่งของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นไม่ได้¹²⁸

จากที่กล่าวมานี้จะได้กล่าวต่อไปถึงแนวความคิดและแนวปฏิบัติ ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ รวมถึงทฤษฎีต่างๆที่เกี่ยวข้องกับกรณีปัญหาในบทต่อ ๆ ไปโดยละเอียด

กฎหมายอาญาในระยะแรกมักจะกำหนดโทษของการกระทำความผิดตามความร้ายแรงแห่งผลที่เกิดขึ้นจากกระทำนั้น ๆ แต่ในปัจจุบันกฎหมายอาญาไม่ถือเอาผลเพียงแต่สำเร็จเท่านั้นมาเป็นหลักในการลงโทษอย่างแต่ก่อน ดังจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการกระทำความผิดที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดไม่ว่าการกระทำนั้นจะบรรลุผลเป็นความสำเร็จหรือไม่สามารถบรรลุผลได้ ผู้กระทำก็จะต้องรับผิดทั้ง ๆ ที่มิได้มีผลอันเป็นความเสียหายเกิดขึ้น เพราะการกระทำนั้นๆได้แสดงให้เห็นเจตนาชั่วร้ายอันเป็นภัยต่อสังคมของผู้กระทำผิด กฎหมายจึงลงโทษโดยพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ กฎหมายมิได้ยึดถือเอาผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำเป็นหลักในการลงโทษในความผิดประเภทที่ได้กระทำโดยเจตนา

เมื่อการกระทำยังไม่เกิดผลตามที่กฎหมายระบุไว้ ความผิดก็ยังไม่เกิดขึ้นเป็นความสำเร็จครบองค์ อาจเป็นได้ก็แต่เพียงการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความตายของผู้ถูกฆ่าถือว่าเป็นองค์ประกอบความผิดอยู่ด้วย ถ้ามีการกระทำแต่ไม่เกิดผลถึงตาย หรือมีความตายเกิดขึ้น แต่มิได้เกิดขึ้นเพราะเป็นผลแห่งการกระทำ หากเป็นผลมาจากเหตุอื่น การกระทำนั้นจะเป็นไปอย่างมากก็แต่เพียงการพยายามฆ่าเท่านั้น หรือตัวอย่างในเรื่องข้อโกง ก็จะต้องได้ทรัพย์ไป อันเป็นผลมาจากการหลอกลวงจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ หรือกรรโชกก็ต้องมีการยอมตามที่ถูกข่มขืนใจ เป็นต้น

การพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มีอยู่ 3 ประเภท คือ

4.1.2 ประเภทของการพยายามกระทำความผิด

1. การพยายามกระทำความผิดโดยแท้ ตามมาตรา 80 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีโทษสองในสามของความผิดสำเร็จ โดยกฎหมายลดมาตราส่วนโทษ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2499)
2. การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ ตามมาตรา 81 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งลงโทษได้ไม่เกินกึ่งหนึ่งของความผิดสำเร็จ

¹²⁸ หยุต แสงอุทัย,คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาฎีกา,พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2537) หน้า 448

3. การพยายามกระทำความคิดที่ผู้กระทำได้ยับยั้งหรือกลับใจไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุถึงผลตามมาตรา 82 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งไม่ต้องรับโทษ

เพราะฉะนั้น โดยส่วนใหญ่แล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลมักจะเป็นเรื่องความคิดเกี่ยวกับชีวิตร่างกาย เมื่อเข้าข่ายความรับผิดชอบทางอาญาและปรากฏผลให้เห็นได้ ฉะนั้นการพยายามกระทำความคิดย่อมสามารถเกี่ยวข้องกับความคิดดังกล่าว และถือว่ามีส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลได้ แต่ก็เป็นส่วนน้อย ทั้งนี้ในเรื่องของการพยายามกระทำความคิดแม้ยังไม่ถึงขั้นความคิดสำเร็จ กฎหมายก็ลงโทษได้โดยพิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอก ซึ่งความพยายามปรากฏให้เห็นด้วยการกระทำได้ แต่กฎหมายก็ลงโทษเพราะอาศัยองค์ประกอบภายในด้วย เหตุผลก็คือคำนึงถึงเจตนาชั่วร้ายอันเป็นเรื่องจิตใจของผู้กระทำด้วย

ความคิดทางอาญาที่นำเอาผลมาพิจารณา ถ้าไม่เป็นผลแล้วก็คือว่าขาดองค์ประกอบความคิด ได้แก่ความคิดที่กระทำโดยเจตนาเฉพาะบางฐาน ซึ่งจะเป็นความคิดสำเร็จ¹²⁹ ได้ต่อเมื่อการกระทำผิดนั้นก่อให้เกิดผลดังที่ผู้กระทำประสงค์ ถ้าทำไปแล้วไม่เกิดผลตามที่ผู้กระทำประสงค์ ผู้กระทำก็มีโทษเพียงฐานพยายามกระทำผิดซึ่งเบากว่าโทษสำหรับการกระทำผิดสำเร็จ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 นอกจากจะต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเจตนาจะฆ่าเขาแล้ว ยังต้องปรากฏว่าการกระทำนั้นทำให้เกิดผลตามที่เจตนา คือมีการตายด้วย จึงจะมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา มิฉะนั้นคงมีผิดเพียงฐานฆ่าคนตายโดยไม่เจตนา เช่น ก. ใช้ปืนยิง ข. ให้ตาย และ ข. ก็ถูกกระสุนปืนตายตามที่ ก. ตั้งใจ ก. ก็มีผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา แต่ถ้า ข. เป็นแต่ถูกกระสุนปืนบาดเจ็บไม่ถึงตายหรือไม่ถูกกระสุนปืนจึงไม่ตายดังที่ ก. ประสงค์ ก. ก็ไม่มีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ทั้งนี้เพราะความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนาถือเอาการตายเป็นองค์ประกอบความคิดดังที่กล่าวแล้ว

สำหรับความผิดประเภทนี้มีหลักในการพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลดังนี้ คือ ต้องดูว่าถ้าไม่มีการกระทำเช่นนั้น ผลจะเกิดขึ้นหรือไม่ เช่นตามตัวอย่างข้างต้น ก็ต้องดูว่าถ้า ก. ไม่ยิง ข. จะตายหรือไม่ หากเห็นว่าถ้า ก. ไม่ยิง ข. ก็จะไม่ตาย ก็ต้องถือว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการยิงของ ก. กับการตายของ ข. กล่าวโดยสรุปก็คือ ก. ต้องรับผิดชอบในการตายของ ข. ทั้งนี้ไม่ว่า ข. จะเป็น

¹²⁹ อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525) หน้า 60-61.

ลมซ็อกตายเพราะตกใจหรือเพราะถูกกระสุนปืนตายก็ตาม แต่ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นอยู่ว่าถ้าหากมีเหตุใหม่ซึ่งไม่อาจคาดหมายได้เข้ามาแทรก อาจจะต้องถือว่าทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลขาดกันไป โดยถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลของเหตุใหม่ ไม่ใช่ผลของการกระทำเช่นตามตัวอย่างข้างต้น ถ้า ก. ยิงถูก ข. แล้ว แต่ไม่ถูกที่สำคัญ ข. จึงเดินทางไปรักษาตัวที่โรงพยาบาล ระหว่างทางถูกรถยนต์ชนตาย ก. ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในผลการตายของ ข. เพราะการที่รถยนต์ชนเป็นเหตุใหม่ซึ่ง ก. ไม่อาจคาดหมายได้เข้ามาแทรก ก. จึงมีผิดเพียงฐานพยายามฆ่าคนตายโดยเจตนาเท่านั้น

การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 เป็นเรื่องที่คุณคนได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่เหตุมาขัดขวางไม่ให้บรรลุผลหรือไม่ครบตามเจตนา แต่การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81 เป็นกรณีที่บุคคลได้กระทำไปโดยตั้งใจจะกระทำความผิดและได้กระทำการนั้นไปแล้ว แต่ไม่เกิดผลอย่างแน่แท้ด้วยเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำผิด หรือวัตถุที่ผู้กระทำความมุ่งหมายจะทำต่อ ที่ทำให้ไม่สามารถก่อให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นได้ในกรณีเช่นนี้ประมวลกฎหมายอาญาให้ถือว่าเป็น "พยายามกระทำความผิด" เหมือนกัน ซึ่งที่จริงแล้วมาตรา 81 มิใช่เรื่องพยายามกระทำความผิดแต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นพยายามกระทำความผิด คือเป็นเพียง "ให้ถือว่า" เท่านั้น¹³⁰ และมีโทษต่างกับกับพยายามกระทำความผิดโดยแท้ คือโทษตามมาตรา 80 ลงโทษ 2 ใน 3 แต่มาตรา 81 ลงโทษไม่เกินครึ่งหนึ่ง

ข้อแตกต่างระหว่างการไม่บรรลุผลตามมาตรา 80 กับการไม่บรรลุผลโดยแน่แท้ตามมาตรา 81 อยู่ตรงที่การไม่บรรลุผลตามมาตรา 80 ต้องเกิดขึ้นโดยบังเอิญซึ่งอาจเกิดจากเหตุหรือปัจจัยใด ๆ ก็ได้ที่ใช้ในการกระทำหรืออาจเกิดจากวัตถุที่มุ่งหมายจะทำต่อ หรืออาจเกิดจากเหตุอื่น ๆ ก็ได้ ส่วนการไม่บรรลุผลโดยแน่แท้ตามมาตรา 81 ต้องเป็นการไม่บรรลุผลโดยเด็ดขาดและต้องเป็นเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นจากปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ¹³¹ หรือเกิดจากวัตถุที่มุ่งหมายจะทำต่อ¹³² เท่านั้น

จุดที่น่าสังเกตในความแตกต่างกัน ระหว่างมาตรา 80 กับมาตรา 81 คือ การใช้ถ้อยคำในมาตรา 80 ได้เน้นที่ " ความผิด " ชัดเจนว่า " ผู้ใดลงมือกระทำความผิด"¹³³ ในขณะที่มาตรา 81

¹³⁰ พัทธนะ จักรวรรุ , คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,พ.ศ.2527) หน้า 399

¹³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 980/2502, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1291, คำพิพากษาฎีกาที่ 3543/2526 , สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 2708

¹³² คำพิพากษาฎีกาที่ 549/2504, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1294

¹³³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ , ตรรกวิทยาในประมวลกฎหมายอาญา , อ่างแล้ว, หน้า 80

บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผล ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด " การกระทำตามความหมายที่กฎหมายบัญญัตินี้มีใช่เป็นการกระทำความผิดเลยเสียทีเดียวเพราะผลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดนั้นไม่สามารถบรรลุได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำประการหนึ่ง และเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ อีกประการหนึ่ง

4.1.3 ประเภทของการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ตาม มาตรา 81

การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

1. การไม่บรรลุผลโดยบังเอิญ
2. การไม่บรรลุผลโดยแน่แท้

(1) การไม่บรรลุผลโดยบังเอิญ

การไม่บรรลุผลโดยบังเอิญ คือปัจจัยที่ใช้ในการกระทำหรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อนั้นมีอยู่ แต่มิได้อยู่ในที่ที่เข้าใจ เช่น ใช้ปืนยิงไปที่ผู้เสียหายนอนอยู่เป็นประจำแต่บังเอิญขณะยิง ผู้เสียหายได้ลุกไปที่อื่น¹³⁴ หรือขว้างระเบิดใส่ผู้เสียหายโดยตั้งใจจะฆ่า แต่ลูกระเบิดไม่ระเบิดเนื่องจากยังไม่ถอดสลัก¹³⁵ หรือใช้ปืนยิงไปที่ผู้เสียหายแต่บังเอิญกระสุนด้าน¹³⁶ เป็นต้น ซึ่งการไม่บรรลุผลโดยบังเอิญดังกล่าวมานี้เป็นการไม่บรรลุผลตามมาตรา 80 ผู้กระทำต้องรับโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

(2) การไม่บรรลุผลโดยแน่แท้

การไม่บรรลุผลโดยแน่แท้ คือการกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้โดยเด็ดขาดเนื่องจากปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ หรือวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อนั้นไม่มีอยู่เลย หรือมีปัจจัยที่ใช้ในการกระทำหรือมีวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ แต่ไม่มีคุณสมบัติที่จะเป็นปัจจัยที่ใช้ในการกระทำหรือเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิด จึงเป็นเหตุให้ถึงอย่างไรการกระทำนั้นก็ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เช่น ใช้ปืนที่

¹³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1446/2513, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1914, คำพิพากษาฎีกาที่ 1623/2527, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 2585

¹³⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1440/2530, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1219

¹³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 771/2513, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1116, คำพิพากษาฎีกาที่ 783/2513, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1274, คำพิพากษาฎีกาที่ 1683/2527, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1704

ไม่มีกระสุนยิงคนโดยเข้าใจผิดว่ามีกระสุน¹³⁷ หรือใช้ปืนที่มีกำลังน้อยมากยิงผู้อื่นจึงไม่สามารถบรรลุผลได้¹³⁸ หรืออาวุธปืนที่ใช้ยิงนั้นทำขึ้นเองไม่มีคุณภาพที่จะยิงผู้อื่นให้ตายได้¹³⁹ หรือใช้ปืนแก๊ปที่ไม่มีแก๊ปยิงผู้อื่น¹⁴⁰ หรือกระสุนปืนที่ใช้ยิงเป็นกระสุนปืนที่ไม่มีเม็ดกระสุนปืนบรรจุไว้¹⁴¹ เป็นต้น ซึ่งในการไม่บรรลุผลโดยแน่แท้หรือโดยเด็ดขาดเหล่านี้เป็นการไม่บรรลุผลตามมาตรา 81 ต้องระวางโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 81 มีหลัก ดังนี้

- (1) ผู้กระทำได้ต้องมีเจตนากระทำความผิด
- (2) ผู้กระทำได้กระทำให้บรรลุผลตามเจตนาอันเป็นการกระทำที่เลยชั้นเตรียมกล่าวคือถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว
- (3) ผู้กระทำได้ทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล
- (4) การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำ หรือเพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ

การพยายามกระทำความผิดโดยไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ตามมาตรา 81 นั้นในทบทวนคดีได้ใช้คำว่า "กระทำความผิด" และพฤติการณ์ที่เป็นการกระทำตามมาตรา 81 นั้นโดยสภาพแล้วก็ไม่ใช่การกระทำความผิด ซึ่งการกระทำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 81 จึงไม่มีทางที่จะครอบงำประกอบความผิดไปได้เลย ตัวอย่างเช่น

ก. ต้องการฆ่า ข. ก. เอาปืนของเล่นไปยิง ข. โดยต้องการให้ ข. ตาย การตายของ ข. ตามความประสงค์ของ ก. นั้น กฎหมายบัญญัติว่า ก. จะมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่ในความจริงแล้ว ข. ไม่มีทางตายได้จากการกระทำของ ก. เพราะปืนของเล่นนั้นไม่อาจทำให้ ข. ตายได้ จึงเห็นได้ว่าการกระทำของ ก. นั้นยังไม่ครอบงำประกอบความผิดฐานฆ่าคน

¹³⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 980/2502 , สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1082

¹³⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 107/2510 , สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 66

¹³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1361/2514 , สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 2062, คำพิพากษาฎีกาที่ 281/2517, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 772 , คำพิพากษาฎีกาที่ 1480/22520, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1093

¹⁴⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 589/2529, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 871

¹⁴¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 118/2536 , สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 77

ชาวต้องการฆ่าเขี้ยว จึงเอาปืนมายิงเขี้ยว แต่เขี้ยวหัวใจวายตายก่อนที่จะถูกยิงไปแล้ว ความตายของเขี้ยวในกรณีเช่นนี้ แม้จะเป็นความต้องการของชาว แต่ความตายนี้ก็ไม่อาจเกิดจากการกระทำของชาวได้อย่างแน่แท้เพราะเขี้ยวได้ตายก่อนที่ชาวจะยิงแล้วคือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ เป็นเหตุให้การกระทำของชาวไม่บรรลุผลได้อย่างแน่แท้ การกระทำของชาวในกรณีนี้ ก็ไม่ครบองค์ประกอบความผิด เป็นต้น

เจตนาของกฎหมายในเรื่องนี้มีบางท่านเห็นว่าการตีความตามมาตรา 81 น่าจะต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ควรพิจารณาเฉพาะถ้อยคำตามตัวอักษรเท่านั้น การกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบความผิดในภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญาไม่ควรเป็นความผิดเลยทีเดียว

ในมาตรา 81 นี้ น่าจะมีความหมายเนื่องจากว่าผู้กระทำไม่ครบองค์ประกอบความผิดนั้นมิเจตนากระทำความผิดแล้ว และตั้งใจพร้อมกับลงมือกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งลงไปแล้วซึ่งในความคิดของผู้กระทำนั้นก็รู้ว่าเป็นความผิด แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ดังนั้นสภาพจิตใจผู้กระทำการเช่นนี้จึงไม่ต่างกับผู้กระทำความผิดเลยด้วยเหตุนี้ มาตรา 81 จึงให้ถือว่าเป็นพยายามกระทำความผิดโดยมองจากสภาพของผู้กระทำนั่นเอง (Subjective theory)¹⁴²

กฎหมายอาญา ร.ศ. 127 ไม่มีบทบัญญัติ ทำนองมาตรา 81 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่มีบทบัญญัติเรื่องการพยายามธรรมดาตามมาตรา 60 ซึ่งมีเนื้อความว่า " ผู้ใดพยายามกระทำความผิด แต่หากมีเหตุอันพ้นวิสัยของมันจะป้องกันได้มาขัดขวางมิให้กระทำลงได้ไซ้ ท่านว่ามันควรรับอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น แบ่งเป็นสามส่วนให้ลงอาญาแต่สองส่วน " ส่วนกรณีของโทษที่จะปรับใช้แก่มาตรา 81 คือสมมุติว่าความผิดสำเร็จฐานฆ่าคนมีโทษอย่างสูงถึงประหารชีวิต ศาลจะลงโทษจำคุกเพียง 10 ปี 1 ปี หรือ 1 เดือนก็ได้ ซึ่งไม่เกินกึ่งหนึ่ง กฎหมายไม่ได้บังคับว่าต้องลงโทษกึ่งหนึ่ง การลงโทษไม่เกิน กึ่งหนึ่งนั้น จะน้อยกว่ากึ่งหนึ่งเท่าใดก็ได้ แม้จะลงโทษต่ำกว่ากึ่งหนึ่งของโทษขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ แต่ต่อมาได้มีบทบัญญัติในเรื่องการพยายามกระทำความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาโดยแยกออกจากกัน คือการพยายามกระทำความผิดธรรมดากรณีหนึ่ง และการพยายามกระทำความผิดซึ่งไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้กรณีหนึ่ง

¹⁴² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ , กฎหมายอาญาหลักและปัญหา , ช้างแล้ว, หน้า 117-133

โทษที่จะลงตามมาตรา 81 นั้น ร่างประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้ลงโทษได้ไม่เกินกึ่งหนึ่ง ซึ่งน้อยกว่าการพยายามกระทำความผิดธรรมดา ซึ่งลงสองในสามส่วน ทั้งนี้คงเป็นเพราะคำนึงถึงผลแห่งการกระทำว่าไม่ร้ายแรงเท่ากับการพยายามกระทำความผิดโดยปกติในเรื่องพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้¹⁴³ แสดงให้เห็นถึงจุดประสงค์ที่ต้องการพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำความผิดมากกว่ากรณีอื่น ๆ หากเราจะมองแต่เฉพาะการกระทำที่เกิดขึ้นจะเห็นว่าผลร้ายไม่มีทางที่จะเกิดขึ้นได้เลย แต่โดยการกระทำนั้นก็ได้แสดงถึงจิตใจอันชั่วร้ายออกมาโดยการกระทำของตนแล้ว ผู้ที่มีเจตนาจะฆ่าผู้อื่นเห็นต่อไม่เข้าใจว่าเป็นผู้ที่ตนต้องการจะฆ่า จึงยิงไปที่ต่อไม้ ซึ่งได้กระทำการทุกอย่างที่ผู้นั้นเชื่อว่าเขาเองต้องทำเพื่อให้ผู้ที่เขาจะฆ่าถึงแก่ความตาย ถ้าจะมองในแง่ของจิตใจแล้วผู้นั้นเป็นบุคคลที่เป็นภัยอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองและควรที่จะต้องได้รับโทษ

ส่วนในเรื่องความมกมาย เช่นการใช้เวทย์มนต์คาถานี้ แม้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นอันตรายที่ไม่มีตัวตน แต่ในความจริงการกระทำเช่นนั้นอาจจะเป็นอันตรายเช่นเดียวกับการกระทำอื่นๆ ซึ่งในฝ่ายที่ยึดถือในเรื่องของจิตใจเป็นใหญ่ (Subjectivist) จัดไว้ว่าเป็นการพยายามและแน่นอนว่าผู้กระทำที่ใช้เวทย์มนต์ในการที่จะฆ่าผู้อื่นย่อมเป็นอันตรายเนื่องจากเขาอาจพัฒนาโดยใช้วิธีการที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นในการที่จะให้บรรลุผลสำเร็จ¹⁴³

เรื่องของการพยายามกระทำความผิดที่ได้กระทำไปโดยมีความเชื่ออย่างมกมายนี้ เป็นข้อน่าสังเกตว่าในประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น ยังมีความต้องการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องของความมกมายนี้ เป็นบทบัญญัติที่เกิดขึ้นจากความเชื่อที่สืบทอดกันมาแต่โบราณ ซึ่งหากจะพิจารณาในแง่ของความเป็นเหตุเป็นผลแล้ว บทบัญญัตินี้ น่าจะถูกยกเลิกไปได้แล้ว เนื่องจากการกระทำนั้นไม่อาจเป็นการกระทำที่ส่งผลเสียใดๆเลย และความเชื่อดังกล่าว ยิ่งสังคมพัฒนามากขึ้นเท่าใด ความเชื่อนี้ก็จะยิ่งลดน้อยลงจนหมดไปจากสังคมของเรา¹⁴⁴ ในวิทยานิพนธ์นี้ จึงไม่ขอกล่าวถึงบทบัญญัติในมาตรา 81 วรรคสอง

¹⁴³ Ryu, Contemporary Problems of Criminal Attempts, Reprinted from 32 N.Y.U.L.R (1970), p.1189.

¹⁴⁴ ในทางปฏิบัติของมาตรา 81 วรรคสอง นี้พนักงานอัยการก็ชอบที่จะสั่งไม่ฟ้อง เพราะกรณีดังกล่าวไม่มีประโยชน์ต่อสาธารณะ ในการลงโทษผู้กระทำแต่อย่างใด ดู คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, ช่างแล้ว, หน้า 274

4.2 การขาดองค์ประกอบความผิดและความเห็นทางตำรากฎหมาย

กฎหมายอาญาคือกฎหมายที่เป็นบทบังคับเพื่อควบคุมความประพฤติของบุคคลและเพื่อความสงบสุขของคนในสังคม ทั้งในลักษณะที่ห้ามกระทำการและให้กระทำการ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษ จากลักษณะดังกล่าวของกฎหมายอาญาจึงทำให้กฎหมายอาญาแตกต่างจากกฎหมายอื่นตรงที่เป็นกฎหมายที่ให้สิทธิ์แก่บุคคล¹⁴⁵ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นการกระทำใดที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะเอาผิดแก่ผู้กระทำหากมีการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวจึงต้องบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งตามหลักสากลที่ว่า "ไม่มีความผิด ไม่มีโทษหากไม่มีกฎหมาย"¹⁴⁶ ที่คอยคุ้มครองและประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิด โดยได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2541 ในมาตรา 32¹⁴⁷

โดยทั่วไปแล้วบุคคลต้องรับผิดชอบเมื่อกระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามหรือกฎระเบียบ เว้นแต่ในบางกรณีการไม่กระทำการใดในสวนที่กฎ ข้อบังคับ บัญญัติว่าต้องกระทำก็อาจจะถือว่าเป็นความผิดได้ สำหรับในความผิดอาญามีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ กล่าวคือความรับผิดของบุคคลในทางอาญาโดยหลักแล้วจะเห็นได้จากมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า

"บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

¹⁴⁵ สุกัญญา เจริญวัฒน์สุข, บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2542 หน้า 49

¹⁴⁶ หลักไม่มีความผิด ไม่โทษ หากไม่มีกฎหมาย หรือภาษาลาตินที่เรียกว่า "Nullum crimen nulla poena sine lege" ภาษาอังกฤษเรียกว่า "No crime no punishment without law" เป็นหลักที่เกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยมีวัตถุประสงค์ให้กฎหมายมีความแน่นอน เพื่อป้องกันการใช้อำนาจเผด็จการเกินขอบเขตของผู้ปกครองและการใช้อำนาจตามอำเภอใจของตุลาการ, ดู Stanislaw Pormorski, American the principle Nullum Common Law and Crimen Sine lege (Warszawa : Pwn-Polish Scientific Publisher, 1975), pp.10-11

¹⁴⁷ มาตรา 42 "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญาเว้นแต่จะได้ทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่จะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่จะทำความผิดมิได้

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลังการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด และถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง"

จากบทบัญญัติในมาตรา 2 วรรคแรก จะเห็นถึงหลักที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า "ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย" ซึ่งก่อให้เกิดผลดังต่อไปนี้

(1) ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งการกระทำที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิด และโทษที่จะพึงมี แยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. กฎหมายดังกล่าวนี้ต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรต่างจากกฎหมายแพ่ง¹⁴⁸

ข. กฎหมายดังกล่าวนอกจากจะบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิดแล้วยังต้องกำหนดโทษไว้ด้วย ถ้าเพียงบัญญัติว่าเป็นความผิดแต่ไม่ได้กำหนดโทษไว้แล้ว บุคคลผู้กระทำก็ไม่ต้องรับโทษในทางอาญา และถ้าโทษที่กำหนดไว้นั้นมีกฎหมายยกเลิกก็เท่ากับไม่มีการกำหนดโทษไว้ จึงลงโทษไม่ได้

ค. โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

(2) ต้องตีความโดยเคร่งครัด คือ จากบทบัญญัติในมาตรา 2 เกิดหลักการตีความในทางอาญาว่าจะต้องมีการตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ตีความตามที่กฎหมายในทางอาญาบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วจะลงโทษไม่ได้แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า จะต้องตีความตามตัวอักษรแต่อย่างเดียว แต่จะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ขึ้นมา อนึ่ง การตีความตามกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดจะขยายออกไปไม่ได้นอกจากจะเป็นคุณแก่จำเลย

ตามบทบัญญัติในมาตรา 2 บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ การกระทำดังกล่าวนี้จะต้องกระทำโดยรู้สำนึกตามมาตรา 59 วรรคแรก ถ้าไม่รู้สำนึกหรือควบคุมตัวเองไม่ได้ ก็จะไม่ใช่การกระทำ เช่น การละเมอ การถูกบังคับ การเป็นลมบ้าหมู หรือตกจากที่สูงโดยอุบัติเหตุ เป็นต้น

¹⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4

การพยายามกระทำความผิดได้มีหลักในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80 ว่า "ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด"

การพยายามกระทำความผิดจะแยกองค์ประกอบได้ คือ¹⁴⁹

(1) การตัดสินใจเด็ดขาดปราศจากเงื่อนไขที่จะกระทำความผิดอาญา ซึ่งการตัดสินใจนี้เป็นกรณีเดียวกับองค์ประกอบภายในของความผิดสำเร็จ หมายความว่า การตัดสินใจนั้นไม่ขึ้นอยู่กับ การคิดทบทวนอะไรอีก กล่าวคือแผนการกระทำความผิดปรากฏแน่ชัดแล้ว เช่น ก. และ ข. ได้ทำการชิงทรัพย์กระเป๋าเงินมาได้ ค. สันนิษฐานเอาว่าในกระเป๋านั้นคงมีเงินมากจึงได้แสดงความจำนงที่จะได้รับ ส่วนแบ่งด้วย แต่ปรากฏว่าในกระเป๋านั้นไม่มีเงินอยู่เลย ดังนั้นต้องถือว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการรับของโจร ค. ได้ตัดสินใจเด็ดขาดปราศจากเงื่อนไขแล้ว

(2) การกระทำที่เป็นการลงมือ คือการพยายามกระทำความผิดที่เริ่มเมื่อมีการ "ลงมือกระทำความผิด" ก่อนหน้านั้นยังถือว่ากรณียังอยู่ในขั้นเตรียมเท่านั้น

การพยายามกระทำความผิดเริ่มเมื่อมีการกระทำที่ตามความนึกคิดของผู้กระทำนั้นว่าด้วยการที่เขาได้กระทำลงไปนั้น การกระทำของเขาเป็นการเริ่มต้นโดยตรงที่จะนำไปสู่ความสำเร็จ กล่าวคือเริ่มเมื่อมีอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้วโดยตรงจากการกระทำนั้น เช่นเมื่อ ก. หยิบปืนขึ้นมาจากกระเป๋าเสื้อจะยิง ข. เพียงเท่านั้นก็เพียงพอแล้วที่จะถือว่าเป็นการลงมือ และเป็นการพยายามกระทำความผิด¹⁵⁰

ในส่วนของมาตรา 81 นี้ค่อนข้างที่จะทำให้ผู้ศึกษาในเรื่องนี้เกิดความสับสน ซึ่งจะได้ยกตัวอย่างเพื่อนำมาศึกษาคือ

(1) ก. ต้องการขโมยแหวนของ ข. ด้วยความมืดและความรีบร้อน ก. จึงหยิบแหวนของตนเองไปจํานำ โดยเข้าใจผิดว่าแหวนนั้นเป็นของ ข.

(2) ก. ต้องการฆ่า ข. จึงยิงไปที่ศพ ข. โดยเข้าใจผิดว่าศพที่ตนยิงนั้น เป็น ข. ซึ่งยังมีชีวิตอยู่

¹⁴⁹ คณิต ฅ นคร,กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 7,(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2543),หน้า 32

¹⁵⁰ แต่ความเห็นของศาลฎีกาการลงมือจะต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ดังนั้นตามตัวอย่างนี้ ก.จะต้องขึ้นนบกปืนแล้วจึงจะยิง จึงจะถือได้ว่าเป็นการพยายามกระทำความผิด, ดู หยุต แสงอุทัย,กฎหมายอาญา ภาค 1, อ่างแล้ว หน้า 113

(3) ก. ต้องการข่มขืนนางสาว ข. ด้วยความมืดและความรีบร้อน ก. ได้ข่มขืนนาง ค. ซึ่งเป็นภรรยาของตนเอง โดยเข้าใจผิดว่าเป็นนางสาว ข.

(4) นาง ข. เข้าใจผิดว่าตนตั้งครรภ์จึงไปทำแท้ง

(5) ก. ต้องการฆ่า ข. ก. สำคัญผิดว่าจอมปลวกเป็น ข. จึงยิงไปที่จอมปลวก ก. จะยิงเท่าใด ข. ก็ไม่ตายเพราะวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อนั้นไม่ใช่คน แต่เป็นการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ¹⁵¹

(6) ดำยิงขาวด้วยปืนแต่ปืนนั้นมิได้บรรจุกระสุน โดยดำเข้าใจว่ามีกระสุน แม้ดำจะยิงขาวเท่าใดขาวก็ไม่มีทางได้รับอันตรายใด ๆ เลย ดำมีความผิดฐานพยายามฆ่าคน แต่การกระทำของดำไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำคือปืนไม่มีลูก¹⁵²

จากตัวอย่างนี้ได้มีความเห็นที่แตกต่างกันโดยแบ่งเป็น 2 ฝ่ายคือ

1. ฝ่ายแรก เห็นว่าการกระทำดังกล่าวนี้ไม่ใช่การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81 ซึ่งเหตุผลที่บอกว่าไม่มีความผิดเพราะเป็นกรณีที่ขาดองค์ประกอบความผิด คือในตัวอย่างที่ 2 นั้นไม่มี "ผู้อื่น" อันเป็นองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าคนตายตามมาตรา 288 เพราะผู้ถูกยิงได้ตายไปก่อนแล้วก่อนที่จะถูกยิง เมื่อไม่มี "ผู้อื่น" แล้ว จะมีการฆ่าคนได้อย่างไร ซึ่งเหตุผลก็คือการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามมาตรา 81 ต้องเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดครบถ้วน หากแต่ด้วยเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ หรือด้วยวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ทำให้การกระทำนั้นไม่สามารถสำเร็จได้อย่างแน่แท้ เช่น ถ้ามี "ผู้อื่น" อยู่ แม้จะไม่ได้อยู่ที่ไหนกระทำความผิดก็เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าคนได้ แต่ถ้าหากไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดเลยก็ไม่ควรถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิด ดังเช่นในตัวอย่างที่ 2 ซึ่งไม่อาจมีความผิดเกิดขึ้นได้ ดังนั้นการพยายามกระทำความผิดก็มีขึ้นไม่ได้โดยดี เป็นกรณีที่ความผิดเป็นไปไม่ได้โดยข้อกฎหมาย เพราะการกระทำจะเป็นความผิดอาญาได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้¹⁵³ เมื่อการกระทำนั้นแม้จะกระทำ

¹⁵¹ กรณีที่กล่าวมานี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ถือว่าเป็นกรณี "ขาดองค์ประกอบ" ดู หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, อ่างแล้ว, หน้า 125, 126; ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศกัทธิย์ ก็ใช้คำว่า "การขาดองค์ประกอบความผิด" เช่นกัน ดู จิตติ ติงศกัทธิย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, อ่างแล้ว, หน้า 353, 354

¹⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 980/2502 ตัดสินว่าการที่จำเลยลั่นไกยิงผู้เสียหายแล้วกระสุนไม่ระเบิดออกเพราะด้านนั้น เป็นความผิดฐานพยายามตามธรรมดาตามมาตรา 80 และที่จำเลยจะผิดตามมาตรา 81 ถ้าจำเลยลั่นไกแล้วปืนนั้นไม่มีลูกกระสุนอยู่

¹⁵³ ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2

ไปโดยตลอดแล้ว และเกิดผลขึ้นตามที่ตนตั้งใจกระทำ เช่น ลูกปืนไปถูกศพตามที่ต้องการ การกระทำ และผลนั้นก็ไม่ใช่ความผิดเสียแล้ว การพยายามกระทำความผิดก็ไม่อาจมีได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้เป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่ากำลังกระทำในสิ่งที่ไม่เป็นความผิด¹⁵⁴

นักนิติศาสตร์ที่เห็นว่าการขาดองค์ประกอบเป็นความผิดฐานพยายามก็มีมานานแล้วในคดีที่มีความเห็นว่าเป็นความผิดในกฎหมายอเมริกันตัดสินว่าการให้ยาเพื่อให้หญิงแท้งลูก ความจริงนั้นหญิงมิได้ตั้งครรภ์แต่ผู้กระทำเข้าใจว่าหญิงตั้งครรภ์ เป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก¹⁵⁵ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการขาดองค์ประกอบความผิด เพราะจะเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้จะต้องมีองค์ประกอบว่าหญิงนั้นต้องตั้งครรภ์เสียก่อน

ในความเห็นฝ่ายแรกนี้ เห็นว่าการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 81 เป็นกรณีเช่นเดียวกับมาตรา 80 คือข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดจะต้องมีครบเสียก่อน หากปรากฏว่าความผิดนั้น ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกขาดไปเสียแล้ว ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดฐานพยายาม ทั้งในมาตรา 80 และมาตรา 81 ซึ่งในความเห็นฝ่ายแรกนี้ก็จะเห็นว่า การกระทำในข้อ 1-4 ตามตัวอย่างที่กล่าวมานี้จึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 288 และ 81 มาตรา 334 และ 81 มาตรา 276 และ 81 มาตรา 301 และ 81 เลย เนื่องจากฝ่ายนี้จะไม่พิจารณาถึงว่าผู้กระทำมีเจตนาชั่วร้ายหรือไม่ และไม่พิจารณาไปถึงว่าผู้กระทำจะเข้าใจไปว่าการกระทำของตนครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ครบถ้วนหรือไม่¹⁵⁶

ฝ่ายที่เห็นว่าการกระทำตามมาตรา 288 ต้องมีชีวิตอยู่ก่อนถูกฆ่า ถ้าคนที่จะถูกฆ่าตายเสียก่อนถูกฆ่า การฆ่าคนก็มีไม่ได้ แม้ว่าวัตถุประสงค์ในเรื่องพยายาม จะลงโทษบุคคลที่มีเจตนาชั่วร้ายก็ตาม

¹⁵⁴ 1 Bishop's Criminal Law (7 th Ed), section 742, อ้างใน, มีพาศน์ ไปตระนันท์, "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้และขาดองค์ประกอบ ", วารสารนิติศาสตร์, ป.14 ล 6 (พ.ศ.2510) หน้า 2

¹⁵⁵ มีพาศน์ ไปตระนันท์, "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้และขาดองค์ประกอบ", อ้างแล้ว, หน้า 5

¹⁵⁶ ดู หยุต แสงอุทัย,กฎหมายอาญาภาค 1,อ้างแล้ว, หน้า 125,126; หยุต แสงอุทัย กฎหมายอาญาภาค 2-3, อ้างแล้ว, หน้า 435; จิตติ ดิงศภักดิ์, กฎหมายอาญาภาค 1,อ้างแล้ว,หน้า 356,357; และดู สัจจวานิช, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง, (กรุงเทพมหานคร,สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,2525), หน้า 9

แต่มิใช่อาศัยเพียงความตั้งใจเรื่องเจตนาที่จะกระทำเท่านั้น เพราะเราจะลงโทษบุคคลด้วยเหตุที่เขามีเพียงเจตนาชั่วร้ายอย่างเดียวไม่ได้ แต่จะต้องประกอบด้วยพฤติการณ์ที่อาจเป็นอันตรายด้วย¹⁵⁷

ความเห็นของฝ่ายแรกนี้เชื่อว่า มาตรา 81 มิได้บัญญัติขึ้นเพื่อปรับใช้กับกรณีที่การกระทำนั้นขาดองค์ประกอบความผิด แต่มาตรา 81 นี้ได้บัญญัติขึ้นเพื่อเพิ่มเติมบทบัญญัติเก่า เพื่อจะลงโทษการกระทำซึ่งขณะใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มิได้มีบทบัญญัติดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 ศาลฎีกาจึงไม่ลงโทษ เช่นการใช้ปืนกำลังอ่อนยิงระยะไกล ศาลฎีกาไม่ลงโทษฐานพยายามฆ่า¹⁵⁸ แต่เมื่อมีบทบัญญัติในมาตรา 81 แล้ว ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ศาลฎีกาสามารถลงโทษฐานพยายามฆ่าได้¹⁵⁹

ในความเห็นฝ่ายนี้ยังปรากฏในธงคำตอบของข้อสอบความรู้ในวิชากฎหมายของผู้สมัครเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาในวิชากฎหมายอาญา¹⁶⁰ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าหญิงมิได้ตั้งครรภ์ แต่สำคัญผิดว่าตั้งครรภ์จึงไปทำแท้ง ในข้อเท็จจริงนี้มีธงคำตอบคือ หญิงไม่มีความผิดตามมาตรา 301 แม้พยายามตามมาตรา 81 ก็ไม่ผิด เพราะที่จะเป็นการพยายามกระทำผิดได้นั้นจะต้องมีองค์ประกอบพื้นฐานของความผิดฐานนั้นครบทุกประการแล้ว

2. ฝ่ายที่สอง เห็นว่าการขาดองค์ประกอบความผิดเป็นความผิดฐานพยายามตาม มาตรา 81 ได้ เพราะถือว่าผู้กระทำได้มุ่งต่อผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว แม้จะเป็นการไม่บรรลุผลได้อย่างแน่แท้ก็ตาม ก็สมควรลงโทษผู้กระทำที่มีเจตนาจะกระทำผิดประกอบกับมาตรา 81 อีกทั้งฝ่ายนี้เห็นว่า มาตรา 81 ก็มีได้บัญญัติเช่นเดียวกันกับมาตรา 80 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใดลงมือกระทำผิด...." ก็แสดงอยู่ในตัวว่าอาจไม่ใช่กรณีพยายามกระทำผิดตามมาตรา 80 แต่ใน มาตรา 81 ได้ใช้คำว่า "ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด" จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความครบถ้วนขององค์ประกอบความผิดตามหลักทั่วไปของการพยายามกระทำผิดตาม มาตรา 80 อีกทั้งยังมีข้อสังเกตของข้อความในตอนท้ายของมาตรา 81 ว่า "ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำผิด" ซึ่งแสดงว่ามีใช้การพยายามกระทำผิดตามหลักทั่วไปตามมาตรา 80

¹⁵⁷ Jerome Hall, General Principles of Criminal Law, 2nd edition. New York : Bobbs Merrill ,1960

¹⁵⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 127/2496, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 82

¹⁵⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1480/2520, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 152

¹⁶⁰ คำถามข้อเขียนและธงคำตอบของอนุกรรมการทดสอบความรู้ในวิชากฎหมายแก่ผู้สมัครเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา วันที่ 30 กรกฎาคม 2529 วิชากฎหมายอาญา

ในกรณีที่มีการเอาปืนยิงคนที่ตายแล้วด้วยเจตนาที่จะฆ่า เพราะเข้าใจว่าสิ่งที่ตนยิงไปนั้น เป็นคนที่ตนต้องการจะฆ่า ฝ่ายนี้มีความเห็นว่ามีใช้การลงมือกระทำความผิด เพราะเป็นการขาดองค์ ประกอบความผิด จึงเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ตามหลักทั่วไปแต่ถึงอย่างไรผู้กระทำ ก็ต้องมีความผิดตามมาตรา 81 เพราะกฎหมายบัญญัติว่า "ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด"¹⁶¹

ดังนั้นฝ่ายนี้จึงเห็นว่าในกรณีที่จำเลยเจตนาฆ่า นาย ก. จำเลยเห็นนาย ก.นอนอยู่ จำเลย ใช้ปืนยิงไปที่นาย ก. ความจริงปรากฏว่านาย ก.หัวใจวายตายไปเสียก่อนที่จำเลยใช้ปืนยิง 2 นาทีแล้ว ดังนั้นจะอ้างว่าจำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดหาได้ไม่ ต้องถือว่าจำเลยเจตนากระทำความผิดฐาน พยายามฆ่าคนตามมาตรา 288,81 เพราะจำเลยได้กระทำการโดยมุ่งต่อผลในการฆ่าคนตามมาตรา 288,81 แต่การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ กล่าวคือ คนที่ถูกจำเลยยิงนั้นเกิดหัวใจวายเป็นศพมาก่อนแล้วนั่นเอง กรณีนี้ต้องปรับด้วยมาตรา 81 ซึ่งศาลลงโทษได้ไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษฐานฆ่าคนที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

ในกรณีที่ยิงคนที่ตายแล้วโดยสำคัญผิดว่าคนยังไม่ตาย หรือพยายามทำให้หญิงที่มีครรภ์ แท้งลูกโดยสำคัญผิดว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์ไม่เป็นความผิดฐานพยายามเพราะขาดองค์ประกอบความผิด ฐานฆ่าคนหรือทำให้แท้งลูกซึ่งเป็นความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยข้อกฎหมาย เพราะการกระทำที่ไม่มี กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด และในการฆ่าคนซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในมาตรา 288 จะ ต้องมีองค์ประกอบ คือ "ผู้ใด" "ฆ่า" "ผู้อื่น" "โดยเจตนา" จึงจะเป็นความผิด ดังนั้นเมื่อผู้ที่ถูกฆ่าได้ ตายไปเสียก่อนแล้ว ก็ไม่ครบองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 288 จึงเป็นความผิดตามมาตรา 288 ไม่ได้ เพราะไม่มี "ผู้อื่น"

แต่ถึงอย่างไร มาตรา 288 เป็นมาตราที่อยู่ในภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น แม้การกระทำจะไม่ครบองค์ประกอบตามมาตรา 288 แต่ถ้ามีบทบัญญัติมาตราใดในภาค 1 ของ ประมวลกฎหมายอาญามาประกอบ ให้ถือว่าเป็นความผิดและลงโทษได้ เช่น ก. จะยิง ข. โดย ต้องการฆ่า แต่ลูกปืนพลาดไปไม่ถูก ข. ก. ก็มีความผิดต้องรับโทษ 2 ใน 3 ของโทษฐานฆ่าคนตาย ตามมาตรา 288 ได้ ทั้ง ๆ ที่การกระทำของ ก. ไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 288 คือ ขาดองค์ประกอบเพราะไม่มีการ "ฆ่า" ที่ ก. มีความผิดด้วยระวางโทษ 2 ใน 3 ก็เพราะมีมาตรา 80 ซึ่งอยู่ในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งถ้าหากไม่มี

¹⁶¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, อ้างแล้ว, หน้า 494.

กฎหมายมาตรานี้แล้ว ก. จะไม่มีความผิดเลยเพราะการกระทำของ ก. ขาดองค์ประกอบความผิดตาม มาตรา 288

แต่ถ้าหาก ข. ได้ตายไปก่อนแล้ว ไม่ว่าจะถูกปืนจะถูกศพของเขาหรือไม่ การกระทำของ ก. ก็เป็นการกระทำที่ขาดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 288 คือไม่มีทั้ง “ฆ่า” และไม่มีทั้ง “ผู้อื่น” เช่นนี้จะเป็นความผิดและลงโทษได้โดยอาศัยมาตรา 288 มาตราเดียวกันไม่ได้เช่นกัน แต่ถ้ามีบทบัญญัติในกฎหมายประกอบให้ลงโทษได้ ก็ยอมลงโทษได้โดยไม่มีปัญหา เพราะการบัญญัติกฎหมายให้ลงโทษในกรณีเช่นนี้ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ หลักการบัญญัติกฎหมาย หรือแม้แต่ศีลธรรม แต่อย่างใด เพราะคงไม่เป็นที่โต้แย้งว่า ก. ไม่ใช่คนซึ่งที่ได้กระทำความชั่วแล้วสมควรที่จะได้รับโทษเพื่อ ให้เช็ดหลาบ เพราะถ้า ข. มิได้บังเอิญตายก่อนแล้ว ถ้าถูกกระสุนตาย ก. ก็คือผู้ร้ายฆ่าคนธรรมดา ๆ นี้เอง ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าเรามีกฎหมายมาตราใดที่จะมาประกอบลงโทษ ก. กับมาตรา 288 หรือไม่ ซึ่ง ในกรณีนี้ก็ต้องนำมาตรา 81 มาประกอบกันนั่นเอง¹⁶²

เมื่อพิจารณากรณีดังกล่าวโดยนำมาตรา 81 มาประกอบกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ และโทษที่จะ นำมาปรับใช้จะเป็นดังนี้ คือ

การที่ ก. ยิงศพ ข. โดยเข้าใจว่า ข. ยังมีชีวิตอยู่ นี้ คือการที่ ก. กระทำการ คือยิงปืนไป ที่ ศพ ข.¹⁶³ โดยมุ่งต่อผลอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดคือการที่ ข. จะถูกถูกปืน ก. ตาย โดย ก. เจตนา และมุ่งที่จะให้ ข. ถูกถูกปืนตายจึงได้มุ่งจะให้ถูกปืนไปถูกศพของ ข. ถ้า ก. มุ่งให้ถูกปืนถูกศพ ของ ข. ก. ย่อมไม่มีความผิด เพราะไม่ได้ “กระทำการโดยมุ่งต่อผลอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด” เพราะไม่มีกฎหมายเอาโทษแก่ผู้ยิงศพ

การที่ ข. (ที่ยังมีชีวิตอยู่) ถูกถูกปืนตายเป็นความผิดตามมาตรา 288 ซึ่งเป็นผลที่ ก. มุ่ง อยู่ภายในจิตใจของ ก. ผลนี้ต้องพิจารณาในแง่จิตใจของ ก. (Subjective) จะพิจารณาในแง่ผลที่เกิดขึ้น จริง ๆ คือ การที่ถูกปืนไปถูก ข. ซึ่งตายอยู่ก่อนแล้วนั้น อาจจะขัดกับทั้งถ้อยคำและความมุ่งหมายของ กฎหมายที่ต้องการลงโทษบุคคลที่มีความชั่วและได้แสดงความชั่วออกเป็นกรกระทำแล้ว การที่คนจะมุ่ง ต่อผลอะไรนั้น ก็ยอมแสดงอยู่แล้วว่าต้องพิจารณาในแง่ของตัวผู้ “มุ่ง” ว่าจิตใจของเขามุ่งต่อผลอะไร

¹⁶² มีพาศน์ โปตระนันท์, “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้และขาดองค์ประกอบ”, อ้างแล้ว, หน้า 8.

¹⁶³ การที่ ก. จะกระทำการได้อย่างไร เป็นเรื่องที่ต้องดูการกระทำภายนอกของ ก. (Subjective)

จึงเห็นได้ว่าการที่ลูกปืนถูก ข. ซึ่งตายอยู่ก่อนแล้วนั้น หาใช่ผลซึ่ง ก. " มุ่ง " อยู่ในใจขณะยิงไป ผลที่ ก. มุ่งอยู่ในขณะยิงคือการที่ ข. ซึ่งยังมีชีวิตอยู่จะถูกยิงตายโดย ก.เจตนา ดังนั้น ก. จึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าคนตายตามมาตรา 288 ประกอบกับมาตรา 81 เป็นการกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้โดยเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ คือการที่ ข. ตายไปก่อนนั่นเอง

ในความเห็นฝ่ายที่สองนี้ มีรองคำตอบที่สนับสนุนความเห็นของฝ่ายนี้ ได้แก่

(1) ข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ พ.ศ.2531

(2) ข้อสอบเนติบัณฑิตย์ สมัยที่ 31

1. ข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการ พ.ศ.2531 สอบวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ.2531 วิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอาญา ข้อ 2 ซึ่งให้ธงคำตอบว่า หญิงซึ่งทำแท้งโดยเข้าใจผิดไปว่าตนเองตั้งครรภ์ มีความผิดตามมาตรา 301,81 แต่ได้รับการยกเว้นโทษ ตามมาตรา 304

2. ข้อสอบเนติบัณฑิตย์ สมัยที่ 31 ปีการศึกษา 2521 อาญาข้อ 2 ถามว่า นายจิตต้องการฆ่า นายใจ จึงให้นายจงไปซื้อยาพิษ จะเอามาปนอาหารให้นายใจกิน จะได้ตาย นายจงก็ไปซื้อยาพิษมาแล้ว เกิดความสงสารนายใจ จึงเปลี่ยนเอาแป้งนมผงไปให้นายจิตแทน นายจิตเข้าใจว่าเป็นยาพิษ จึงปนอาหารให้ นายใจกิน นายใจกินแล้วไม่ตาย ดังนั้นนายจิตมีความผิดฐานใดหรือไม่ ธงคำตอบคือ การที่นายจิตต้องการฆ่า นายใจโดยเอายาพิษให้กินนั้น สามารถทำให้นายใจถึงแก่ความตายได้ แต่นายจงได้เปลี่ยนเอาแป้งนมผงไปให้นายจิตแทน นายใจกินไม่ตาย กรณีต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 โดยถือว่านายจิตมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่ไม่สามารถบรรลุได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำผิด นายจิตมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288,81

โดยสรุปแล้วในกรณีที่ต้องสรุปประกอบความผิดมีครบถ้วน แต่การกระทำไม่สามารถบรรลุผลเพราะปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ เช่น ใช้ปืนที่ตนมิได้รู้ว่าปืนนั้นมิได้บรรจุกระสุน ยิงผู้อื่นโดยมีเจตนาฆ่าตามที่ได้ยกกรณีตัวอย่าง ตามข้อ (6) ฝ่ายที่สองก็มีความเห็นว่า แม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นการพยายามกระทำผิดตามมาตรา 80 ก็ตาม แต่เมื่อมีบทบัญญัติในมาตรา 81 แล้ว ก็ให้ถือว่าผู้กระทำ

จะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 81 และไม่ต้องรับผิดชอบพยายาม ตามมาตรา 80 เลย¹⁶⁴ ตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้ว

4.3 คำพิพากษา และแนวปฏิบัติ

ในเรื่องดังกล่าวนี้มีแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องและเป็นปัญหาที่น่าสนใจ ดังจะกล่าวต่อไปนี้คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2254/2516 จำเลยใช้อาวุธปืนลูกซองที่มีแรงดันกระสุนอ่อน ยิงผู้เสียหายในระยะใกล้โดยมีเจตนาฆ่า กระสุนปืนถูกผู้เสียหาย เป็นบาดแผลเล็ก ๆ เพียงได้ผิวหนัง แสดงว่าอาวุธปืนอันเป็นปัจจัยที่จำเลยใช้ในการกระทำความผิดไม่สามารถทำให้ผู้เสียหายตายได้อย่างแน่แท้ จำเลยมีความผิดตามมาตรา 288 , 81

คำพิพากษาฎีกาข้างต้นนี้การใช้ปืนยิงแม่แรงดันกระสุนอ่อน ก็มีเจตนาฆ่าคน จึงเป็นพยายามฆ่าคน แต่ปืนที่ใช้ยิงไม่สามารถทำให้ตายได้โดยแน่แท้ จึงเป็นกรณีตามมาตรา 81

ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นการพิจารณาที่สอดคล้องกับหลักความเห็นของฝ่ายอัครตติวิสัย (subjective) เพราะเป็นการพิจารณาจากการกระทำที่มุ่งต่อผลร้าย โดยต้องการให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 980/2502 กรณีจะปรับด้วยมาตรา 81 นั้นเกี่ยวกับปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิดไม่สามารถจะทำให้บรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เช่น ใช้ปืนที่มีได้บรรจุกระสุนยิงคนโดยเข้าใจผิดว่ามีกระสุนบรรจุอยู่ ซึ่งถึงอย่างไรก็ยอมจะทำให้ผู้ถูกยิงได้รับอันตรายจากการยิงไม่ได้เลย ดังนั้นจึงจะถือได้ว่าเป็นกรณีไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ แต่สำหรับคดีนี้มีข้อเช่นนั้น กล่าวคือจำเลยใช้ปืนที่มีกระสุนบรรจุอยู่ถึง 7 นัด ยิงใจทกร่วม กระสุนนัดแรกด้านไม่ระเบิดออก ซึ่งอาจเป็นเพราะ

¹⁶⁴ ความเห็นที่สองนี้ให้ดู รองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงหะพันธุ์, การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้, พิมพ์ในหนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงหะพันธุ์(กรุงเทพมหานคร พ.ศ.2526) ; ดูสง่า ลีนะสมิต, กฎหมายอาญา 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง,พ.ศ.2523), หน้า 169 ; และบันทึกท้ายฎีกาที่ 783/2513 หน้า 1124; ทวี กสิยพงศ์, คำบรรยายอาญาปี 27, (กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา,พ.ศ.2527), หน้า 275-278; พัทธมน จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 ,อ้างแล้ว, หน้า 425-436 : ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาหลักและปัญหา, อ้างแล้ว, หน้า 139

กระสุนเสื่อมคุณภาพ หรือเพราะเหตุบังเอิญอย่างใดก็ได้ไม่ปรากฏ มิฉะนั้นแล้วกระสุนก็ต้องระเบิดออก และอาจเกิดอันตรายแก่ใจทักร่วมได้ มิใช่เป็นการแน่แท้ว่าจะสามารถทำให้ผู้ถูกยิงได้รับอันตรายจากการยิงของจำเลยเช่นนั้น กรณีนี้จึงต้องปรับด้วย มาตรา 80 มิใช่มาตรา 81 และหากนายชอภกับนายทองใบ ไม่เข้าขัดขวางจำเลยได้ทันที่ที่เช่นนี้ จำเลยอาจยิงใจทักร่วมด้วยกระสุนที่ยังเหลือบรรจุอยู่นั้นต่อไปอีกได้ ซึ่งยังเห็นชัดว่าไม่ใช่กรณีที่ปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิดที่ไม่สามารถจะทำให้บรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามความหมายในมาตรา 81

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1720/2513 จำเลยขว้างระเบิดขวดเทากล่องไม้ขีดไปยังกลุ่มคนที่กำลังชกต่อยวิวาทกับพวกของจำเลยโดยเจตนาฆ่า เป็นเหตุให้ผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้รับบาดเจ็บเพราะถูกสะเก็ดระเบิด เมื่อปรากฏว่าระเบิดขวดที่จำเลยขว้างไปนั้นไม่อาจทำให้ผู้ถูกสะเก็ดระเบิดถึงแก่ความตายได้ เพราะวัตถุระเบิดนั้นมีกำลังอ่อน ดังนั้นต้องถือว่ากรกระทำของจำเลยไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำความผิดตามมาตรา 81

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2844/2535 รถจักรยานยนต์ของผู้เสียหายถูกคนร้ายลักไป ต่อมาในคืนเกิดเหตุ เจ้าพนักงานตำรวจยึดรถจักรยานยนต์ไว้เป็นของกลาง เนื่องจากคนร้ายขับไปชนคนได้รับบาดเจ็บ การที่รถจักรยานยนต์ได้เข้ามาอยู่ในความยึดถือของเจ้าพนักงานตามอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ในคดี ที่เกิดขึ้นภายหลัง โดยมีได้เข้ามาอยู่ในความครอบครองของผู้เสียหายและมีได้เข้ามาอยู่ในความยึดถือของเจ้าพนักงานตำรวจในคดีที่มีการลักรถจักรยานยนต์ ยังถือไม่ได้ว่าขณะที่เจ้าพนักงานตำรวจยึดรถจักรยานยนต์ไว้นั้นรถจักรยานยนต์พ้นสภาพจากทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด เพราะเจ้าพนักงานตำรวจที่ยึดไว้ไม่รู้ว่า เป็นทรัพย์สินที่ถูกลักมา การที่จำเลยติดต่อ ช ผู้รับฝากรถจักรยานยนต์ไว้ในคืนเกิดเหตุ ให้นำเงินไปได้ในวันรุ่งขึ้น เป็นการช่วยจำหน่ายรถจักรยานยนต์ ซึ่งในขณะนั้นยังเป็นทรัพย์สินที่อยู่ในสภาพที่ถูกลักมา แต่การช่วยจำหน่ายของจำเลยไม่สามารถที่จะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะรถจักรยานยนต์ยังอยู่ในความยึดถือของ เจ้าพนักงานตำรวจที่ยึดไว้ในคดีอื่น จำเลยไม่อาจช่วยให้มีการไถ่ถอนตามที่ได้เจตนาจะให้เกิดผลได้เลย จึงเป็นความผิดฐานพยายามรับของโจรที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357 วรรคแรก ประกอบกับมาตรา 81

คำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นมีข้อหาพิจารณาดังต่อไปนี้ คือ

(1) ข้อเท็จจริงในคำพิพากษาเรื่องนี้ ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้เพราะ "วัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ"

(2) รถจักรยานยนต์ของกลางยังไม่พ้นสภาพเป็น " ของโจร " เนื่องจากยังไม่ได้กลับมาอยู่ในความครอบครองของผู้เสียหาย และยังไม่ได้เข้ามาอยู่ในความครอบครองของเจ้าพนักงานตำรวจผู้มี

อำนาจหน้าที่ในคดีลักทรัพย์รถจักรยานยนต์ ด้วยเหตุนี้ กรณีจึงไม่ใช่เรื่องการ "ขาดองค์ประกอบภายนอก" ของความผิดเพราะ "วัตถุแห่งการกระทำ" ยังมีสภาพเป็น "ของโจร" อยู่

(3) หากรถจักรยานยนต์พ้นสภาพการเป็น "ของโจร" ไปแล้ว เช่นผู้เสียหายได้เข้ามาครอบครองแล้วหรือเจ้าพนักงานตำรวจผู้มีอำนาจในคดีที่มีการลักทรัพย์รถจักรยานยนต์ได้ยึดรถนั้นเป็นของกลางในคดีลักทรัพย์ รถนั้นก็สิ้นสภาพการเป็น"ของโจร" ถือเป็น การ "ขาดองค์ประกอบภายนอก" ในความผิดฐานรับของโจรไปทันที (เปรียบเทียบได้กับกรณีที่นายแดงเอาแหวนของตนเองไปขายโดยเข้าใจว่าเป็นแหวนของนายดำ) หากจำเลยยังช่วยจำหน่ายต่อไป ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ "ขาดองค์ประกอบภายนอก"¹⁶⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 980/2502¹⁶⁶ ใช้ปืนที่มีได้มีกระสุนบรรจุอยู่เลยยิงคนโดยเข้าใจผิดคิดว่ามีกระสุนอยู่พร้อมแล้วซึ่งถึงอย่างไรก็ยอมจะทำให้ผู้ถูกยิงได้รับอันตรายจากการยิงมิได้เลย ดังนี้จึงจะถือว่าเป็นกรณีที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้¹⁶⁷

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 107/2510,4933/2537¹⁶⁸ จำเลยใช้ปืนยิงผู้เสียหายในระยะใกล้เพียงวาเดียว บาดแผลเป็นวงกลมเส้นผ่าศูนย์กลางประมาณ 1 เซนติเมตร บริเวณรอบๆแผลเป็นรอยบวม บาดแผลไม่ลึก เนื่องจากติดกับกระดูกหน้าแข้ง และที่หน้าแข้งที่ตรงกับแผลได้บุ่มเข้าไปเพียงเล็กน้อย บาดแผลนี้รักษาอยู่ 4 วันก็กลับบ้านได้ แสดงว่าบาดแผลมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งเห็นว่าปืนที่จำเลยใช้ยิงมีกำลังน้อยมาก ดังนั้นความผิดของจำเลยจึงต้องปรับด้วยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 81 โดยถือว่าจำเลยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแต่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำผิด จำเลยย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288,81

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2400/2529¹⁶⁹ จำเลยยิงผู้เสียหายในระยะห่าง 1-2 เมตรถูกที่ราวนมซ้าย รอบบาดแผลมีรอยถลอกเล็กๆ หลายแผล รักษาภายใน 14 วัน ไม่พบโลหะในร่างกายผู้เสียหาย สันนิษฐานว่ากระสุนปืนทำขึ้นเอง ความเร็วต่ำไม่อาจทำอันตรายถึงแก่ความตายได้ ดังนี้ การกระทำของ

¹⁶⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, อ่างแล้ว, หน้า 490-491

¹⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 980/2502, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1291

¹⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1837/2531, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1119

¹⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 107/2510,4933/2537, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1717

¹⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2400/2529, สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 1272

จำเลยไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะปัจจัยที่ใช้ในการกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 81

คำพิพากษาฎีกาที่ 1560/2529¹⁷⁰ จำเลยใช้ปืนยิง ร. ในระยะใกล้เพียง 1 วา กระสุนปืนถูก ร. ฝังลึกใต้ผิวหนัง รักษา 10 วันก็หาย และกระสุนปืนพลาดไปถูก ข. ผิวหนังฉีกขาดตื่น รักษา 5 วันก็หาย ไม่ได้ความจากแพทย์ว่าถ้ารักษาไม่ทันอาจถึงแก่ความตายได้ แสดงว่าอาวุธปืนที่จำเลยใช้ยังไม่อาจทำให้ผู้ถูกยิงตายได้ ถือว่าจำเลยมุ่งประสงค์ต่อผลจะฆ่า แต่เป็นอันเป็นปัจจัยในการที่จำเลยใช้ยังไม่บรรลุผลอย่างแน่แท้ จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบด้วยมาตรา 81¹⁷¹

คำพิพากษาฎีกาที่ 1188/2536 จำเลยใช้อาวุธปืนยิงผู้เสียหาย 1 นัด ขณะจำเลยอยู่ห่างจากผู้เสียหายประมาณ 1 เมตร มีเพียงเขม่าดินปืนไปกระทบที่คางกับคอของผู้เสียหายเกิดบาดแผลมีเลือดซึมเล็กน้อย รักษาบาดแผลเพียง 7 วันก็หาย กระสุนปืนที่จำเลยใช้ยังเป็นกระสุนปืนที่ไม่มีเม็ด กระสุนปืนบรรจุไว้ด้วย แสดงว่าปืนดังกล่าวไม่อาจทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตายได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 288,81 วรรคแรก

4.4 บทวิเคราะห์

จะเห็นได้ว่าในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ นี้ เนื่องจากในแต่ละประเทศก็มีที่มาและนิติวิธี (Juristic method) ในการบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันจึงทำให้บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมีความแตกต่างกันไปด้วย บางประเทศอาจเห็นว่าการกระทำดังกล่าวควรลงโทษ แต่บางประเทศเห็นว่าจะไม่ควรลงโทษ

นอกจากบทบัญญัติที่แตกต่างกันแล้ว ในการเปรียบเทียบบทบัญญัติของกฎหมาย บางประเทศอาจมีบทบัญญัติที่คล้ายกันแต่ในทางปฏิบัติเมื่อปรับใช้แล้วกลับมีแนววินิจฉัยที่แตกต่างกันโดย

¹⁷⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1560/2529 , สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, หน้า 762

¹⁷¹ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ มีความเห็นว่าการใช้ปืนกำลังอ่อนโดยยังไม่รู้ว่ากำลังอ่อน แม้ยิงไม่ถูกผู้เสียหาย ก็เป็นพยายามฆ่าตามมาตรา 288,81 เช่นกัน หากผู้ยิงรู้อยู่แล้วว่าปืนกำลังอ่อนยังใช้ปืนยิง ถือว่าผู้ยิงไม่มีเจตนาฆ่า แต่มีเจตนาทำร้าย หากผู้ถูกทำร้ายตายและความตายนั้นสัมพันธ์กับการทำร้ายร่างกาย เช่น รักษาบาดแผลไม่ดี แผลจึงเน่าเป็นพิษจนตายเช่นนี้ ผู้ยิงผิดตามมาตรา 290 ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์,คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1,อ้างแล้ว,หน้า 289-290

สิ้นเชิง เช่นบทบัญญัติของประเทศเยอรมนี กับบทบัญญัติของประเทศไทยดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 และบทที่ 4

การพยายามกระทำความผิดโดยทั่วไปนั้น เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นการกระทำที่สมควรลงโทษ แม้การกระทำนั้นจะไม่อาจเกิดผลสำเร็จได้ แต่เมื่อมีการกล่าวถึงการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้แล้ว กลับมีความเห็นที่ไม่ตรงกันเพราะแต่ละประเทศแต่ละระบบกฎหมายก็ต่างมีโครงสร้างความรับผิดที่แตกต่างกันจึงทำให้แนวคิดในเรื่องดังกล่าวนี้มีความเห็นที่ไม่ตรงกัน เช่น ในเยอรมนีจะพิจารณาถึงองค์ประกอบ (Tatbestandsmäßigkeit) ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) และความชั่ว (Schuld)¹⁷² เป็นส่วนประกอบในการพิจารณาเป็นสำคัญ แต่ในระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะพิจารณาถึงส่วนของ actus reus และ mens rea คือการพิจารณาถึงการกระทำที่ผิดกฎหมายและสภาวะจิตใจที่น่าตำหนิของผู้กระทำ

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าในกฎหมายเยอรมันจะลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เพราะผู้กระทำมีจิตใจที่ชั่วร้าย (Subjective Theory) ส่วนในฝรั่งเศสนั้นมิได้มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรง แต่ในทางปฏิบัติศาลก็ลงโทษในเรื่องดังกล่าว¹⁷³ แต่ในอังกฤษ กลับเห็นว่าเป็นการขาดองค์ประกอบความผิดเพราะไม่มีความครบถ้วนในส่วนหนึ่งของโครงสร้างความรับผิด¹⁷⁴

ในส่วนของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น มาตรา 81 ได้บัญญัติขึ้นมาโดยมีความคล้ายกันกับบทบัญญัติของกฎหมายเยอรมัน แต่ในการปรับใช้ของกฎหมายไทยนั้น กลับมิได้ใช้โครงสร้างเดียวกันกับกฎหมายเยอรมัน ในการพิจารณาสภาวะจิตใจของผู้กระทำว่าผู้กระทำมีเจตนาที่ชั่วร้ายมากน้อยเพียงใด แต่ศาลไทยกลับใช้โครงสร้างในการพิจารณาเป็นแบบเดียวกันกับระบบกฎหมายจารีตประเพณี คือจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นขาดองค์ประกอบความผิดไปแล้วหรือไม่ เมื่อขาดองค์ประกอบความผิดไปแล้วก็จะไม่พิจารณาในส่วนของจิตใจที่ชั่วร้ายของผู้กระทำ (Subjective Theory) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของการร่างมาตรา 81 ซึ่งเห็นได้จากที่นาย อาร์ กียอง ได้บันทึกไว้¹⁷⁵ และไม่สอดคล้องกันกับกฎหมายของไทยที่เป็นกฎหมายระบบประมวลกฎหมาย

¹⁷² คณิต ณ นคร,กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, อ่างแล้ว, หน้า 150

¹⁷³ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3

¹⁷⁴ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3

¹⁷⁵ โปรดดูรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจวิเคราะห้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่

จากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในมาตรา 81 นั้น การปรับใช้ยังคงเห็นว่าเป็นเรื่องที่ขาดองค์ประกอบความผิด ดังเช่นปัจจุบันได้มีการแสดงความคิดเห็นดังที่กล่าวมาในบทก่อนหน้านี้อแล้ว ก็คงไม่มีประโยชน์ที่จะบัญญัติขึ้นมา หากมีการตีความแบบเดิมอยู่ว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิดและไม่ลงโทษผู้กระทำ

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหากนำบทบัญญัติของกฎหมายระบบประมวลกฎหมาย คือของ ประเทศญี่ปุ่นซึ่งนำหลักกฎหมายเยอรมันมาใช้ โดยนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยแล้ว ก็ควรที่จะนำโครงสร้างในการพิจารณาความรับผิดของผู้กระทำในหลักของกฎหมายเยอรมันมาใช้ด้วย เพราะมาตรา 81 มีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษผู้กระทำที่มุ่งต่อผลร้ายในการกระทำ หรือที่กฎหมายเยอรมันเรียกว่าการกระทำที่ผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้ายมุ่งต่อผลของการกระทำ (Subjective Theory) ของเขามาพิจารณา มิใช่ นำบทบัญญัติของกฎหมายแบบประมวลกฎหมายมาใช้ แต่ในทางปฏิบัติกลับใช้โครงสร้างในการพิจารณาของระบบกฎหมายจารีตประเพณีมาปรับใช้ดังเช่นในปัจจุบัน ส่งผลให้ไม่สามารถนำผู้กระทำที่มีความชั่วร้ายที่แท้จริงมาลงโทษได้เพราะการกระทำของเขาเป็นการขาดองค์ประกอบความผิด จึงไม่อาจลงโทษได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในสมัยที่ยังใช้กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นยังมีได้มีบทบัญญัติโดยตรงที่กล่าวถึงการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ แต่เมื่อมีการแก้ไขปรับปรุงให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ก็ได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้อยู่ในบทบัญญัติมาตรา 81 อย่างชัดเจน

ในทางปฏิบัติเมื่อนำบทบัญญัติมาตรา 81 มาปรับใช้แล้วมักเกิดปัญหาคือมีความเห็นไม่ตรงกันว่ากรณีใดเป็นการขาดองค์ประกอบ เช่นในกรณีของการยิงศพได้มีข้อถกเถียง โดยมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรกเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นการขาดองค์ประกอบความผิดเพราะศพนั้นมิได้มีสภาพเป็นบุคคลจึงมิใช่เป็นการฆ่าผู้อื่น ดังนั้นจะลงโทษผู้กระทำนั้นมิได้ ตามหลักในบทบัญญัติของ มาตรา 2

แต่ความเห็นอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีความเห็นแตกต่างกันโดยเห็นว่าควรจะต้องลงโทษผู้ที่ได้กระทำการดังเช่นว่านั้นเพราะผู้กระทำได้มีเจตนาที่มุ่งจะให้เกิดผลร้ายจากการกระทำที่เขาได้กระทำไป โดยฝ่ายนี้ได้ให้ความสำคัญกับการพิจารณาในส่วนของจิตใจของผู้กระทำ โดยพิจารณาจากทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective Theory) และจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นเป็นการลงมือกระทำความผิดหรือไม่ ซึ่งพิจารณาโดยใช้ทฤษฎีหลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) ทฤษฎีหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) ทฤษฎีหลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility Rule) และทฤษฎีหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step Rule) เพื่อพิจารณาประกอบกันว่าการกระทำนั้นได้ผ่านขั้นลงมือแล้วหรือไม่¹⁷⁶ แล้วจึงจะพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นมุ่งกระทำเพื่อให้เกิดผลร้ายหรือไม่

¹⁷⁶ รายละเอียดโปรดดูในบทที่ 2

ในทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory) เห็นว่าการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้ โดยแน่แท้ไม่ใช่เป็นการพยายามกระทำผิดอันจะต้องรับโทษ เพราะการกระทำนั้นไม่ได้ก่ออันตราย ต่อสิ่งที่กฎหมายต้องการจะคุ้มครอง ไม่ได้รบกวนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือแม้จะรบกวนก็ยิ่ง น้อยกว่าการกระทำที่ทำได้ไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล อีกประการหนึ่งเมื่อการกระทำนั้นเป็นไปไม่ได้แล้ว การลงมือกระทำหรือการพยายามก็มิได้อยู่เอง จึงไม่สมควรลงโทษการพยายามกระทำผิดที่เป็น ไปไม่ได้โดยแน่แท้

ส่วนทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective Theory) เห็นว่าต้องถือเจตนาของผู้กระทำเป็นสำคัญ เมื่อการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นเจตนาที่จะละเมิดในสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองและการกระทำนั้น อยู่ในสภาพที่เป็นอันตรายต่อสังคมแล้วการกระทำจะสำเร็จได้หรือไม่ก็ควรต้องรับโทษเพราะผู้กระทำก็มี เจตนาละเมิดกฎหมายเหมือนกัน

ในส่วนของต่างประเทศนั้นมีหลักโดยสรุปคือ ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเห็นว่า แม้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจะไม่ครบในส่วนขององค์ประกอบภายนอกของความผิดก็ตาม แต่ถ้าหากได้ความ ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยจิตใจคิดว่าตนกำลังกระทำการสิ่งซึ่งขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย และในความเป็น จริง ก็มีบทบัญญัติฐานความผิดในเรื่องนั้น ๆ แล้ว ก็เป็นเรื่องที่สมควรจะถูกลงโทษเพราะถือว่าข้อเท็จ จริงนั้นครบในส่วนที่เป็นองค์ประกอบภายใน แม้ว่าสิ่งที่บุคคลนั้นกระทำต่อไม่อาจเป็นผลสำเร็จได้ตาม ความมุ่งหมายของเขา เช่นในกรณียิงศพ ถ้าผู้กระทำเข้าใจว่าสิ่งที่ตนกำลังจะกระทำต่อเป็นมนุษย์และ ประสงค์จะยิงให้ตาย ก็ถือว่าส่วนขององค์ประกอบภายในสมบูรณ์ที่จะถือว่าเป็นการพยายามกระทำ ความผิดได้แล้ว โดยถือว่าในกรณีนี้บุคคลนั้นได้ลงมือกระทำในสิ่งที่ใกล้จะเป็นอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมาย ประสงค์จะคุ้มครอง คือชีวิตมนุษย์แล้วฉะนั้นในประเทศที่ใช้กฎหมายแบบประมวลกฎหมายจึงไม่เห็นว่าการกระทำในกรณีดังกล่าวจะเป็นการขาดองค์ประกอบความผิด

ในทางปฏิบัติเดิมศาลฝรั่งเศสเคยยึดถือตามทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory) แต่ ปัจจุบันมีแนวโน้มไปในทางอัตตะวิสัย (Subjective) โดยลงโทษฐานพยายามลักทรัพย์แก่ผู้ที่เข้าไปใน รถยนต์ของผู้อื่นเพื่อจะลักเอาสิ่งของแต่ไม่มีสิ่งของที่ลักอยู่ในรถนั้น ลงโทษฐานพยายามทำแท้งแก่ สามีภรรยาซึ่งพยายามทำแท้งคนใช้โดยใช้สารที่ไม่อาจทำแท้งได้ และลงโทษฐานพยายามทำแท้งแก่ หญิงซึ่งมิได้ตั้งครรภ์ที่พยายามทำแท้งด้วยตนเอง

ในเยอรมัน ทางปฏิบัติศาลก็ยอมรับทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective Theory) มากกว่า เช่น การลงโทษฐานพยายามฆ่า ในกรณีที่เจตนาฆ่าคนที่เป็นศพไปแล้ว และลงโทษการพยายามทำแท้งในกรณีที่ทำแท้งแก่หญิงที่มีได้ตั้งครรภ์ แต่ไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิดด้วยความมงมาย (Superstitious) เช่นการเสกเป่าให้บุคคลตาย จะเห็นว่าความเป็นอัตตะวิสัย (Subjective) กับความเป็นภาวะวิสัย (Objective) ที่แตกต่างกัน จึงมีผลทำให้การตีความในเรื่องของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้แตกต่างกันไปด้วย

ส่วนในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบจารีตประเพณี เรื่องของการกระทำความผิดที่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จและข้อเท็จจริงได้ความว่าวัตถุที่กระทำต่ออัน มีอาจบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จได้ เช่นกรณียิงศพโดยที่ผู้กระทำเข้าใจว่ากำลังยิงคนที่ยังมีชีวิตอยู่ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงเช่นนี้ ในระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี ถือเป็นเรื่องที่ขาดองค์ประกอบความผิดฐานฆ่าคนตาย โดยถือว่าข้อเท็จจริงเช่นนี้ไม่ครบในโครงสร้างของส่วน Actus Reus แม้จะมีการกระทำ (Act) แต่เมื่อการกระทำนั้นเป็นเรื่องที่ไม่ผิดกฎหมายเพราะบุคคลนั้นเป็นศพไปแล้ว ก็ไม่ต้องไปพิจารณาในส่วนของจิตใจ แม้ตามความเป็นจริงแล้วผู้กระทำจะกระทำโดยที่จิตคิดที่กำลังทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายก็ตาม เช่นเดียวกันกับกรณีที่ทำให้หญิงแท้งลูกโดยเข้าใจว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์แต่ความจริงหญิงนั้นไม่ได้ตั้งครรภ์ ถือว่าเป็นเรื่องการขาดองค์ประกอบเช่นกัน

หากจะพิจารณาถึงบทบัญญัติในมาตรา 81 แล้ว จะพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้เกิดขึ้นด้วย พื้นฐานของระบบประมวลกฎหมายโดยแท้ ซึ่งหากจะพิจารณาแล้วก็จะเห็นว่ามีความสอดคล้องกับเยอรมัน คือในส่วนของความมีเจตนาชั่วร้ายของผู้กระทำที่ได้กระทำไปเพื่อมุ่งให้เกิดผลร้าย ดังนั้นจึงควรที่จะลงโทษผู้กระทำที่ต้องการให้ผลร้ายเกิดขึ้น ซึ่งเยอรมันมีความเชื่อในเรื่องความรับผิดชอบในการกระทำ ซึ่งต่างจากระบบจารีตประเพณี ที่เชื่อในเรื่องของความรับผิดชอบในผลของการกระทำ แต่ในทางปฏิบัติแล้วพบว่า ศาลมีความเชื่อ ที่เอนเอียงไปในทางความเห็นฝ่ายแรก เช่น ม.ถูกยิงแล้วตายทันที จำเลยฟัน ม.เมื่อตายแล้ว ศาลพิจารณาว่าเป็นการขาดองค์ประกอบความผิด จากกรณีดังกล่าวนี้แนววินิจฉัยของศาลไม่น่าจะถูกต้อง เพราะถ้าหากจะมองทางภาวะวิสัย (Subjective) เพียงอย่างเดียว คือมองการกระทำและผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำก็อาจถูกต้อง แต่ในเรื่องนี้ หากมองทางภาวะวิสัยแต่เพียงอย่างเดียว การที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดที่มีจิตใจชั่วร้ายมาลงโทษ ย่อมไม่ก่อให้เกิดความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายในมาตรา 81 เพราะอย่างเช่นในกรณีที่ยิงศพ ผู้กระทำนั้นมีความต้องการฆ่าผู้อื่นโดยเต็มเปี่ยมไปด้วยความคิดร้ายที่จะฆ่าผู้ที่ตนต้องการกระทำนั้น และเขาก็รู้ด้วยว่าการกระทำของเขา หากได้กระทำแล้วผู้ถูกกระทำจะได้รับผลร้ายตามที่ตนต้องการ โดยความเป็นจริงแล้วผู้ที่

เขาต้องการกระทำนั้นได้ตายไปก่อนแล้วโดยที่เขาไม่รู้ การที่กฎหมายในมาตรา 81 นี้ก่อกำเนิดขึ้นก็ด้วยความประสงค์ที่ต้องการจะลงโทษผู้กระทำในภาคจิตใจ ดังนั้นในเรื่องนี้จะต้องดูประกอบกัน ทั้งทฤษฎีภาวะวิสัย (Subjective Theory) และ ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective Theory) ในการกระทำของผู้กระทำ ซึ่งในความเห็นฝ่ายที่สองนี้น่าจะถูกต้องและยึดเป็นหลักในการพิจารณาในข้อเท็จจริงดังกล่าวมากกว่าความเห็นของฝ่ายแรก

5.2 ข้อเสนอแนะ

เจตนารมณ์ที่แท้จริงในการบัญญัติมาตรา 81 นี้ขึ้นมาก็เพื่อต้องการจะลงโทษผู้ที่มีเจตนาชั่วร้ายโดยต้องพิจารณาในส่วนของจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ โดยใช้ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective Theory) มาประกอบการพิจารณาเพราะการพยายามกระทำความผิดนั้น ถ้าผู้กระทำแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่ชั่วร้ายและเป็นภัยต่อสังคมของผู้กระทำเท่าๆกับการกระทำความผิดสำเร็จแล้ว ก็ต้องลงโทษการพยายามกระทำความผิดในกรณีนี้เช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ

ส่วนในข้อพิจารณาที่มักมีความเห็นที่ไม่ตรงกันเกี่ยวกับ มาตรา 81 ว่ากรณีใดเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้หรือการขาดองค์ประกอบหรือไม่ นั้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีตามมาตรานี้หากจะพิจารณาว่าถ้าการกระทำของผู้กระทำนั้นขาดองค์ประกอบก็จะต้องพิจารณาต่อไปถึงการพยายามกระทำความผิด ไม่น่าจะสอดคล้องกันกับเจตนารมณ์ในการบัญญัติมาตรา 81 ดังเช่นเมื่อมีการประชุมแก้ไขร่างกฎหมายอาญา ซึ่งนาย อาร์ กียอง ได้เสนอแนะว่า มาตรานี้มีความพิเศษที่ต้องการลงโทษผู้กระทำที่ "มุ่งต่อผลร้าย" เป็นสำคัญ¹⁷⁷

ในการไม่บรรลุผลได้โดยแน่แท้ตามมาตรา 81 นั้น แบ่งเป็น

1. การกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ด้วยปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ และ
2. การกระทำที่ไม่สามารถบรรลุผลได้ด้วยวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อ

สำหรับการไม่บรรลุผลด้วยเหตุปัจจัย จะไม่มีปัญหาในเรื่องข้อถกเถียงหากแต่เมื่อพิจารณาในส่วนของวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อ แล้ว จะพบกรณีปัญหา เช่น กรณีของการยิงศพ ซึ่งได้มีคำอธิบายแตกต่างกันเป็นสองฝ่ายว่าควรจะเป็นการขาดองค์ประกอบ หรือควรเป็นกรณีที่ต้องลงโทษตามมาตรา

¹⁷⁷ รายละเอียดโปรดดู รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจวิเคราะห์ แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 124/122/2483 ในภาคผนวก

81¹⁷⁸ ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าความเห็นฝ่ายที่เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้โดยแน่แท้ น่าจะเป็นแนวคิดที่ถูกต้องและสอดคล้องกันกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงในการบัญญัติ มาตรา 81 เพราะถ้ายึดหลักของฝ่ายแรกว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบของความผิดแล้ว มาตรา 81 ก็คงจะไม่มีประโยชน์อันใดเลย

ข้อถกเถียงดังกล่าวข้างต้น ปัจจุบันนี้ยังไม่เป็นที่ยุติว่าจะยึดถือฝ่ายใด อีกทั้งคำพิพากษาโดยตรงเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวก็ยังมี ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากนำหลักพิจารณาที่ได้เสนอแนะ มาประกอบการพิจารณาก็จะเกิดประโยชน์สอดคล้องกันกับเจตนารมณ์และสอดคล้องกับโครงสร้างของกฎหมายมากที่สุด

เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยนั้นมีการบัญญัติกฎหมายโดยหลักพื้นฐานของระบบประมวลกฎหมาย การตีความและการเสนอความคิดเห็นทางกฎหมายจึงควรใช้หลักของระบบประมวลกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติกลับนำหลักของระบบจารีตประเพณีมาใช้ ซึ่งอาจเกิดความสับสนในการศึกษาและเกิดปัญหาในการปรับใช้กับข้อเท็จจริง

¹⁷⁸ รายละเอียดโปรดดูในบทที่ 4

บรรณานุกรม

D
P
U

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา
กฎหมายอาญาของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนัก
พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540
- _____ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543
- _____ ประมวลกฎหมายอาญาหลักกฎหมายและพื้นฐานการเข้าใจ. พิมพ์ครั้งที่ 6.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.
- _____ กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1 พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : กรุงสยาม
การพิมพ์, 2525.
- _____ คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2529.
- _____ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2529.
- ชัยวัฒน์ ศิริวัฒน์กุล. คำอธิบายกฎหมายอาญา 1. โรงเรียนนายร้อยตำรวจ. โรเนียวคำบรรยาย, 2527
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาหลักและปัญหา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.
- _____ ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 8. สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
นิติบรรณการ, 2527.

- _____ คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญาภาค 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
นิติบรรณการ, 2534.
- วิจิตร ลุจิตานนท์. คำอธิบายกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2507
- สง่า ลีนะสมิต. กฎหมายอาญาภาค 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523.
- สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้. พิมพ์ใน
หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์
กรุงเทพมหานคร, 2526.
- สัญญาชัย สัจจวานิช, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย
ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง. กรุงเทพมหานคร :
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2525.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. หลักกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 1. โครงการตำราและเอกสารประกอบการ
สอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 16 ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- _____ คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาฎีกา. พิมพ์ครั้งที่ 2.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537.
- หลวงประเสริฐมุนิกิจ. คำอธิบายกฎหมายหลักและอาญาของอังกฤษภาค 1. 2475.
- อรรถการีย์นิพนธ์ พระยา. ความรับผิดของบุคคลในคดีอาญา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2486
- อุททิศ แสนโกศิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, กรุงเทพมหานคร : ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ
กองวิชาการ กรมอัยการ, 2525.

วิทยานิพนธ์

- ณรงค์ ใจหาญ. "ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้มีอำนาจทำได้". วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้". วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- รัตนชัย อนุตรพงษ์สกุล. "อิทธิพลของกฎหมายตะวันตกที่มีผลต่อการวินิจฉัยความผิดทางอาญาของไทย" วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- สุกัญญา เจริญวัฒน์สุข. "บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติ". วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542
- แสงว นุญเฉลิมวิภาส. "ปัญหาเจตนาในทางกฎหมายอาญา". วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- อดุลย์ อุดมผล. "ปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการตีความกฎหมายอาญา". วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530

วารสาร

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. "แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอเมริกัน : หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ", บทบัณฑิตย, เล่มที่ 52 ตอน 1, 2539.
- โกเมน ภัทรภิรมย์. "ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลแห่งการกระทำ" บทบัณฑิตย เล่มที่ 30, 2516.
- คณิต ณ นคร. "คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา". วารสารอัยการ. ป.3 ฉ.1, 2523.
- คัมภีร์ แก้วเจริญ. "ฎีกาวิเคราะห์: การพยายามที่ไม่บรรลุอย่างแน่แท้". วารสารอัยการ ป.1 ฉ.11, 2511.
- ไพศาล รวงฆางกูร. "ข้อสังเกตมาตรา 81 แห่งประมวลกฎหมายอาญา". ดุลพาท. ป.14 ฉ.12, 2510.
- มีพาศน์ ไปตระนันท์. "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้และการขาดองค์ประกอบ". ดุลพาท. ป.14 ล.6, 2510.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "ตรรกวิทยาในประมวลกฎหมายอาญา". วารสารนิติศาสตร์. ป. 18 ฉ. 2, 2531.

สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์. "พยายามกระทำความผิดซึ่งเป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้". *นิติศาสตร์ปริทัศน์* ชมรม
นิติศาสตร์, 2516.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. "การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญา
ฝรั่งเศส". *วารสารนิติศาสตร์*. ป19 ล 4 ,ธ.ค 2532.

แสง บุญเฉลิมวิภาส. "โครงสร้างความรับผิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย". *วารสาร
นิติศาสตร์*. ฉบับที่ 4 ปีที่ 4, ธันวาคม 2527.

หยุด แสงอุทัย. การคำนึงถึงจิตใจของผู้กระทำความผิดตามร่างประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่,
นิติสาส์น. ปีที่ 18 เล่ม 2 ,2490.

เอกสารทางกฎหมายอื่นๆ

โกเมน ภัทรภิรมย์. *กฎหมายอาญาเปรียบเทียบ : อาชญาวิทยา*. โรเนียวคำบรรยายกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.

_____. *กฎหมายอาญาฝรั่งเศส*. โรเนียวคำบรรยายกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2524.

ทวี กลียพงษ์. *คำบรรยายอาญาปี 27*. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตย
สภา, 2527.

ภาษาต่างประเทศ

- Alan Reed and Peter Seago. *Criminal law*. London : Sweet & Maxwell,1999.
- Arnold H.Loewy. *Criminal law*. St Paul [MA] : West,1984.
- Bassiouni, M.C.*Substantive Criminal law*,Dordrecht : Martinus Nifhoff,1978
- Beale,J.H. *Criminal Attempts*.16 Harv.L.Rev.491,1903.
- Clark and Marshall.*Law of Crimes*,6 th ed,Chicago : Callaghen,1967
- Curzon. *Criminal law*. Suffolk : Macdonald&Evans,1984.
- Dennis,Ian.*The Criminal Attempts Act 1981*.Crim.L.Rev.5,1982.
- Dobson. *Criminal law*. London : Sweet & Maxwell,1981.
- George P. Fletcher, *Rethinking of Criminal Law*, Boston:Little Brown and Company,1978.
- Vgl. Hans Welzel. *Das neue Bild des Strafrechts systems*, 4. Auflage Gottingen,1961.
- Glanville Williams. *Criminal Law*, Second Edition. London:Stevens & Sons Limited,1961.
- Glanville Williams. *Criminal Law*, Six Edition. London:Stevens & Sons Limited,1988.
- Hall,J. *Criminal Attempts-A study of foundations of Criminal Liability*.49 Yale L.J.789,1940.
- Hall,J. *General Principles of Criminal Law*, 2nd edition. New York : Bobbs Merrill ,1960.
- Hitchler,W.H. *Criminal Attempts*.43 Dick L. Rev.211,1939.
- Holmes,O.W.*The Common Law*,Boston : Little Brown,1963.
- Hughes,G.*One Further Footnote on Attempting the Impossible*.42 N.Y.U.L. Rev.1005,1967.
- J.C. Smith."The Guilty Mind in the Criminal Law." *Law Quarterly Review* 76 ,1960.
- J.C.Smith, *Element of Chance in Criminal Liability*, *Crim.L.Rev.* 63,1971.
- Joel Samaha, *Criminal law* . Second Edition. St. Paul : West Publishing, 1987.
- John c. Klotter. *Criminal law* , Anderson Publishing company, 1983.
- John C. Smith Brian hogan. *Criminal law case and materials*. London: Butterworths,1993.
- Kenny, C.S. *Outline of Criminal Law*,Cambridge : Cambridge University Press,1981.
- La Fave and Scott. *Handbook on Criminal Law*. St. Paul, Minn : West Pub.Co,1972.
- Merle et VITU, *Traite de droit criminel* , Paris , Cujas , 5^e edition ,1984.
- Michael Jefferson. *Criminal law*. London : pitman Publising,1997.

- Miller, J. *Handbook of Criminal Law*. St. Paul, Minn : West Pub.Co,1973.
- M.P.C. *Model Penal Code*.official Draft,1962.
- Norman Baird. *Criminal law* London:Cavendish Publishing, 1995.
- Oehler, D. *Attempted Crimes*. 24 Am.J.Com.Law 694,1976.
- Paul Ryu,"Discussion of Structure and Theory". *The American Jurnal of Comparative Law*,
Vol.24,1976.
- Peter Seago. *Criminal law*. Fourth edition : Sweet & Maxwell,1994.
- Richard Card. *Criminal law*. London : Butterworths,1995.
- Ryu,P.K. *Contemporary Problems of Criminal Attempts*.32N.Y.U.L.Rev.1170,1957.
- Sayre, Sir Francis B. *Criminal Attempts*.41 Harv.L.Rev. 821,1928.
- Skilton,R.H. *The Requisite Act in a Criminal Attempts*. 3 U. of Pitt. L. Rev 308,1973.
- Smith and Brian Hogan. *Criminal law*. Fourth edition : London: Butterworths,1978.
- Stanislaw Pormorski,*American the principle Nullum Common Law and Crimen Sine lege*.
Warszawa : Polish Scientific Publisher,1975.
- Stefani,Levasseur et Bouloc, *Droit Pénal General*, precis Dalloz, Paris Dalloz 12^e edition,1984.
- Strahorn Jr.. *The Effect of Impossibility on Criminal Attempts*, 78v. of Pa.L, 1930.
- Stuart,D. *The Actus Reus in Attempts*. *Crim. L.Rev*.505,1970.
- Thomas J. Gardner. *Criminal law*. St. Paul [MA] : West,1985.
- Vgl. Hans-Heinrich Jescheck *Sehrbuch des Ltrafrechts, Allgemeiner Teil*
- Wayne R.Lafave. *Modern Criminal law* ; West Publishing, 1977.
- Williams, Geanville *Criminal Law : The General Part*, London : Stevens.no 201, 1961.

ภาคผนวก

DRPU

คณะกรรมการกฤษฎีกา
 รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจวิเคราะห์แก้ไขประมวลกฎหมายอาญา
 ครั้งที่ 124/122/2483
 วันอังคารที่ 24 กันยายน 2483

.....

ผู้ที่มาประชุม คือ

(1) หลวงชำนาญนิติเกษตร	แทนประธานอนุกรรมการฯ
(2) นาย อาร์ , กียอง	กรรมการ
(3) หลวงจำรูญนิติศาสตร์	กรรมการ
(4) หลวงประสาทศุภนิติ	กรรมการ
(5) พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์	กรรมการ
(6) พระยาเลขาวิชธรรมวิทักษ์	กรรมการ
(7) หม่อมเจ้าสกลวรรณากร วรวรรณ	กรรมการ
(8) พระยาอรรถกรมมนต์ดี	กรรมการ
(9) พระยาอรรถการีย์นิพนธ์	กรรมการ
(10) นายเดือน บุนนาค	กรรมการและเลขานุการ
นายสายหยุด แสงอุทัย	ผู้จัดรายงาน
นาย ยอง บรูเนย์	ลาราชการ
นายเสริม วินิจฉัยกุล	ติตราชการที่อื่น

เปิดประชุมเวลา 10.00 น.

หลวงชำนาญนิติเกษตร แทนประธานอนุกรรมการฯ นั่งเป็นประธาน
 ประธาน ฯ กล่าวเปิดประชุม และขอให้ที่ประชุมรับรองรายงานการประชุมและมติของที่
 ประชุม ครั้งที่ 112/109/2485 ที่ประชุมให้ลงมติรับรองรายงานการประชุมและมติของที่ประชุมดังกล่าว
 แล้ว

ประธาน - ขอให้ที่ประชุมพิจารณาร่างมาตรา 60 ซึ่งเลขานุการได้ยกร่างขึ้นใหม่เสนอที่ประชุม ซึ่งมีความว่า "ผู้ใดลงมือกระทำความผิด แต่กระทำการไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่ไม่บรรลุผลตามความมุ่งหมาย ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด"

"ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับอาญาสองในสามส่วนของอาญาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น"

"ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียโดยลำพังตนเอง ไม่กระทำให้ตลอดไปหรือกลับใจเข้าป้องกันจนความผิดนั้นไม่เกิดผล ผู้นั้นไม่ต้องรับอาญา สำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติว่าเป็นความผิด ผู้นั้นพึงรับอาญาสำหรับความผิดนั้น"

พระยาอรรถการีย์ฯ - ตามที่มอบให้นายเดื่อนฯ ไปร่างนั้นจะเพาะมาตรา 60 ทวิ. และมาตรา 64 ทวิ. คือมาตรา 64 นั้นเอง

นายเดื่อนฯ - ข้าพเจ้าตั้งใจจะเสนอให้อามาตรา 64 มารวมกับมาตรา 64 ทวิ.

พระยาลัดพลีฯ - คือ เอา 2 มาตรามารวมกันเป็นมาตรา 64

พระยาอรรถการีย์ฯ - ร่างนี้ฟังได้รับเมื่อสักครู่นี้เอง จะควรรอไว้พิจารณาคราวหน้าหรือไม่

หลวงประสาธน์ฯ - เรายังไม่ได้พิจารณามาตรา ค. ซึ่งเป็นมาตรา 60 ทวิ เห็นควรพิจารณาเสียในขณะที่ความจำยังสดอยู่

ประธานฯ - ขอให้พิจารณามาตรา 60

นายเดื่อนฯ - ข้าพเจ้าได้ร่างตามที่ตกลง

ม.จ.สกลฯ - ขอให้แก้คำว่า "พึงรับอาญา" เป็น "ต้องรับอาญา" ที่ประชุมเห็นชอบด้วย

ประธานฯ - ขอให้พิจารณามาตรา 60 ทวิ. ต่อไป

นายเดื่อนฯ - ร่างมาตรา 60 ทวิ. เดิมได้เขียนตามร่างของนาย อาร์, กียอง แต่ที่ประชุมมาติดอยู่ที่คำว่า "พยายาม" และเห็นว่ามาตรา 23 ข้อ 2 ของประมวลกฎหมายอาญาไปแลนดัดดีจึงได้ลงมติให้ร่างใหม่ ข้าพเจ้าจึงได้ร่างเสนอมาดังต่อไปนี้ "มาตรา 60 ทวิ แม้ในกรณีและผู้กระทำจะไม่รู้ว่าผลของการกระทำนั้นไม่สามารถจะบรรลุถึงได้เนื่องจากสิ่งที่กระทำนั้นขาดลักษณะ (คุณภาพ) อันจะเป็นสิ่งที่กระทำให้เกิดเป็นความผิดดังที่มุ่งหมายไว้ก็ดี หรือเนื่องจากวิธี (เครื่องมือ) ที่ใช้ในการกระทำนั้นเป็นวิธี (เครื่องมือ) อันมีลักษณะไม่สามารถจะก่อให้เกิดผลตามที่ยมุ่งหมายไว้แต่ประการใดก็ดี ผู้นั้นก็เป็นผู้พยายามกระทำความผิด แต่ให้รับอาญาทั้งหนึ่งของอาญาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น"

หลวงจำรูญฯ – ร่างของนาย อาร์ . กียอง ที่ใช้คำว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดแต่ใช้วิธีหรือกระทำต่อวัตถุซึ่งไม่สามารถจะบรรลุผลอย่างแน่แท้” ดี ควรใช้คำต่อมาว่า “ผู้นั้นเป็นผู้พยายามมีความผิด ฯลฯ”

พระยาอรรถการีย์ – ข้าพเจ้ารักที่จะใช้คำดังนี้ “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลสำเร็จอันใดซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุต่อผลได้ตามความมุ่งหมายอย่างแน่แท้ ให้ถือว่า ผู้นั้นพยายามกระทำความผิดต้องรับอาญาไม่เกินกึ่งหนึ่งของอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

พระยาลัดพลีฯ – อาจไม่ใช่เรื่องวิธีกับวัตถุก็ได้

ประธานฯ – อาจมีอย่างอื่นอีก

พระยาอรรถกรมฯ – แต่กฎหมายต่างประเทศเขาเอาจะเพาะวิธี และวัตถุเท่านั้น

ม.จ.สกลฯ – คำว่า impossible ต้องแปลว่าพ้นวิสัย หรือ “ไม่มีวิสัยจะเป็นไปได้” ใช้คำว่า “ไม่สามารถ” ไม่ได้ เพราะคำว่า “ไม่สามารถ” ตรงกับ “incapable” ทั้งนี้เพราะคำว่า “สามารถ” เกี่ยวกับบุคคล

หลวงจำรูญฯ – คำว่า force majeure ต่างกับคำว่า impossible

ม.จ.สกลฯ – ควรใช้คำว่า “ไม่มีวิสัยจะบรรลุผลได้”

ประธานฯ – คำว่า “พ้นวิสัย” ดีอยู่แล้ว

พระยาอรรถกรมฯ – คำว่า “ไม่มีวิสัยจะเป็นไปได้” ดี

ประธานฯ – ถ้าใช้คำว่า “ไม่มีวิสัย” จะไม่มีความหมาย

พระยาลัดพลีฯ – “พ้นวิสัย” ดีกว่า

ม.จ.สกลฯ – อาจใช้คำว่า “ไม่มีลักษณะที่จะเป็นไปได้”

พระยาลัดพลีฯ – “ขาดองค์คุณที่จะเป็นไปได้” เช่นยิงปืนขาดลูก

พระยาอรรถการีย์ – เกรงว่าจะได้แก่การกระทำ ไม่กินถึงวัตถุที่ถูกกระทำ

ประธานฯ – คำว่า “พ้นวิสัย” กว้างกว่า

นายเด็อน – ร่างมาตรา 60 ทวิ เมื่อแก้แล้วคงมีคำว่า “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งตรงต่อผลสำเร็จอันใดซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่การนั้นเป็นการพ้นวิสัยที่จะบรรลุผลตามความมุ่งหมาย ฯลฯ”

ม.จ.สกลฯ – อาจใช้คำว่า “แต่การนั้นไม่มีวิสัยเลย” (absolutely)

พระยาอรรถการีย์ – ถ้ามีคำว่า “พ้นวิสัย” ไม่ต้องมีคำว่า “อย่างแน่นอน”

ประธานฯ – กฎหมายถ้าร่างสั้นๆได้จะดีกว่า

พระยาอรรถการีย์ – ควรใช้คำว่า “แต่การนั้นพันวิสัยที่จะบรรลุผลตามความมุ่งหมายได้ ให้ถือว่า ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด ต้องรับอาญา ฯลฯ”

พระยาลัดพลีฯ – ยิงปืนไม่มีลูกจะเข้ามาตรา 60 ทวิ. หรือมาตรา 60

หลวงประสาทย – เขียนอย่างนั้นไม่ใช่ impossible เป็น improbable เช่นบีบคอเขาไม่ทราบว่าคุณถูกบีบคอแข็งแรงกว่ามากเป็นต้น

ม.จ.สกลฯ – เพื่อป้องกันปัญหานี้ จึงมีคำว่า “แน่แท้”

พระยาอรรถกรมฯ – เพราะเหตุนี้ประมวลกฎหมายอาญาสวีต และ โปแลนด์ จึงได้พูดถึง “วิธี” กับ “วัตถุ” เท่านั้น

หลวงประสาทย – อาจเกี่ยวกับกำลังกาย ฉะนั้นเขาจึงบัญญัติว่า เขาจะเพาะวิธีกับวัตถุ

นายเดื่อน – ยิงปืนที่ไม่ใส่ลูกเข้ามาตรา 60 ทวิ

หลวงประสาทย – โดยปกติกรณีอย่างนี้ไม่เกิดขึ้น

พระยาอรรถกรมฯ – ปืนเคยใส่ลูก แต่มีคนแอบเอาออกเสียจะว่าอย่างไร

นาย อาร์, กียอง – จ้องปืนยิงแต่ไม่มีลูก เป็นความผิดที่เป็นไปไม่ได้ เพราะผู้นั้นได้ทำทุกอย่างแล้ว แต่ที่ลงโทษก็เพราะมีเจตนาทำผิด

หลวงประสาทย – ข้าพเจ้าคิดว่าไม่จำเป็นต้องมีมาตรา 60 ทวิ เสียเลยทีเดียว

หลวงจำริญฯ – ยิงปืนไม่มีลูกจะไม่เข้าทั้ง “วิธี” และ “วัตถุ”

ม.จ.สกลฯ – คำว่า “พันวิสัย” เป็นคำฝรั่ง คำไทยคือ “เหลือวิสัย”

หลวงประสาทย – “เหลือวิสัย” หมายความว่า พยายามเต็มที่แล้ว การกระทำนั้นอาจเป็นไปได้ แต่ทำไม่ได้เพราะมีเหตุชนิดเดียว

พระยาลัดพลีฯ – “เหลือวิสัย” เป็นเรื่องจะเพาะคน

ประธานฯ – “เหลือวิสัย” สำหรับคนนี้อาจไม่เหลือวิสัยคนอื่น

ม.จ.สกลฯ – คำว่า “พันวิสัย” ก็อย่างเดียวกัน ตามที่ร่างมาแล้วยังไม่มีการใช้ คำว่า “เป็นการเหลือวิสัย” หรือ “ไม่มีวิสัยที่จะเป็นไปได้เลย”

หลวงจำริญฯ – Impossible มีหลายอย่าง เช่น คนชื้อปืนออโตเมติกมา ไม่เคยยิงปืน – ปืนออโตเมติก คนไม่เคยยิง ในระยะ 5 เส้นยิงไม่ถูก ควรใช้คำว่า “วิธี” และ “วัตถุ” ด้วย

ประธานฯ – ควรพิจารณาเสียหน่อยว่าจะเอาแคบหรือกว้าง

พระยาอรรถกรมฯ – กฎหมายสวีตและกฎหมายโปแลนด์ ใช้คำว่า “วิธี” และ “วัตถุ”

พระยาอรรถการีย์ – ควรใช้คำว่า “แต่ด้วยวิธีนั้นก็ดี หรือด้วยลักษณะของสิ่งที่ถูกกระทำนั้นก็ดี”

หลวงจ่ารัฐฯ – ถ้าเช่นนั้น เอาคำตามร่างของนาย อาร์. กียอง เดิม คือ ใช้คำว่า “แต่ใช้วิธีหรือกระทำต่อวัตถุ ซึ่งไม่สามารถจะบรรลุผลอย่างแน่แท้”

ประธานฯ - เป็นอันว่าเราเห็นว่าควรบัญญัติแคบ

หลวงจ่ารัฐฯ – ควรเป็นเช่นนั้น

พระยาลัดพลีฯ - ถ้าไม่ใช้คำว่า “วิธี” และ “วัตถุ” อย่างยิ่งป็นไม่มีลูกจะเป็นปัญหาว่าเข้ามาตรา 60 หรือ 60 ทวิ แต่คำว่า “วัตถุ” นั้นจะเข้าใจว่าไม่กินถึงคน

ม.จ. สกลฯ – ทำไมจึงเข้าใจเช่นนั้น “วัตถุ” เป็น object ส่วนผู้กระทำเป็น subject วัตถุตรงกับ object นั้นเอง

พระยาอรรถการีย์ฯ – คำว่า “สิ่ง” กว้างกว่า “วัตถุ”

ม.จ. สกลฯ – “สิ่ง” เป็น “คน” ได้หรือไม่

หลวงจ่ารัฐฯ – ในที่นี้หมายถึงด้วย

ม.จ. สกลฯ – ถ้า “สิ่ง” เป็น “คน” ได้ “วัตถุ” ก็เป็น “คน” ได้

นายเดือนฯ – ร่างมาตรา 60 ทวิ เมื่อแก้แล้วควรมีคำว่า “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งตรงต่อผลสำเร็จอันใดซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ด้วยวิธีกระทำนั้นก็ดี หรือลักษณะของสิ่งที่ถูกกระทำนั้นก็ดีเป็นการพันวิสัยอย่างแน่แท้ที่จะบรรลุผลตามความมุ่งหมายได้ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด ฯลฯ”

ม.จ. สกลฯ – ถ้า “สิ่ง” เป็น “คน” ได้ก็ไม่ขัดข้อง แต่เห็นว่าคำว่า “วัตถุ” ดีกว่า “สิ่ง”

พระยาอรรถกรมฯ – ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 98 ใช้คำว่า “วัตถุ”

ม.จ. สกลฯ – อย่างลืมน่า ในประวัติศาสตร์ของไทย คนเป็นทรัพย์มานานตั้งล้าน ๗ปี เพิ่งมาไม่ใช่ทรัพย์เมื่อร้อยๆปีนี่เอง ในภาษาไทย “สิ่ง” จะเป็นคนไม่ได้เป็นอันขาด

พระยาอรรถกรมฯ – ถ้าใช้คำว่า “วัตถุ” อาจหมายความว่า “สิ่ง” ที่ไม่มีตัวตนก็ได้

พระยาลัดพลีฯ – อย่างเห็นงาก็เอาป็นยิ่งเลย

ม.จ. สกลฯ – วัตถุอาจไม่มีรูปร่างได้ เช่น ใช้คำว่า “วัตถุที่ประสงค์” คือความรัก ซึ่งเป็นสิ่งไม่มีรูปร่าง object หมายถึง “เป้า”

หลวงจ่ารัฐฯ – ใช้คำว่า “วัตถุซึ่งถูกกระทำ” ซึ่งแสดงว่าเป็น object

พระยาเลขาวิชฯ – คำว่า “วัตถุ” ดี

นายเดือนฯ – ทีมหาวิทยาลัยก็ใช้คำว่า “วัตถุแห่งความผิด”

พระยาลัดพลีฯ – ข้าคนเพื่อเอาทรัพย์ อะไรเป็นวัตถุแห่งความผิด

ม.จ.สกลฯ – การฆ่าคนเป็นมรรคไปสู่ผล คือการได้ทรัพย์

หลวงจำรูญฯ – ถ้าเช่นนั้นควรใช้คำว่า “บุคคลและสิ่ง” เสียทีเดียว แต่ถ้าคิดว่าไม่หมายถึงบุคคลที่มีชีวิตอยู่ จะใช้คำว่า “สิ่ง” แต่คำเดียวก็ได้

หลวงประสาทยุทธ – ถ้าเห็นเงาคนในกระจกเข้าใจว่าคน ก็เป็นผิดตามมาตรา 60 ทวิ ที่ถูกควรเป็นผิดตามมาตรา 60 ควรตัดออกเสียดีกว่าเพราะยุ่งยาก

พระยาอรรถการีย์ฯ – เห็นด้วยที่จะเอามาตรานี้ ออก แต่เมื่อตกลงเอาไว้ ข้าพเจ้าจึงได้ร่างเสนอ

พระยาลัดพลีฯ – การที่เอามาตรา 60 ทวิไว้อีกอย่างหนึ่ง คือ โทษไม่เหมือนกันเพราะกำหนดโทษเบากว่า

พระยาอรรถกรมฯ – การที่ผลเกิดไม่ได้ เป็นเพราะกรรมบรรดาล

ม.จ.สกลฯ - เป็นความโง่เขลาของผู้กระทำ

หลวงประสาทยุทธ – แต่ถ้าใช้คำว่า “วัตถุที่กระทำต่อในกรณีซึ่งกระจกก็เป็นกระจกที่ประชุมให้ใช้คำว่า “วัตถุ”

พระยาลัดพลีฯ – การวางยาพิษ แทนที่จะใช้सानหนู เอาแบ่งให้กินจะว่าอย่างไร

พระยาอรรถกรมฯ – เข้าคำว่า “วิธี”

ม.จ.สกลฯ – ถ้าอยากให้กว้างก็ใช้คำว่า “ปัจจัย” แทนคำว่า “วิธี” คำว่า “ปัจจัย” นี้ได้ใช้ในกฎหมายหลายฉบับแล้ว

หลวงประสาทยุทธ – คำว่า “ปัจจัย” ดี

พระยาอรรถการีย์ฯ – ถ้าเราเอาคำว่า “ปัจจัย” มาแล้วไม่มีปัญหาที่ใช้ได้ ควรใช้คำว่า “ปัจจัยแห่งความผิด”

ที่ประชุมตกลงให้ใช้คำว่า “ ฯลฯ แต่ด้วยปัจจัยแห่งการกระทำนั้นก็ดี หรือวัตถุที่ถูกกระทำนั้น ก็ดี”

หลวงประสาทยุทธ – ควรใช้คำว่า “ด้วยลักษณะของวัตถุที่มุ่งกระทำ”

พระยาอรรถการีย์ฯ – ถ้ายังคน เห็นว่าอยู่ตรงนี้ก็ยังไม่ดี แต่เผชิญเขาลุกขึ้นเสียจึงไม่ถูก ผิดมาตรา 60 แต่ถ้าเห็นเงาในกระจกการกระทำผิดไม่สามารถจะเกิดขึ้นได้เลย

นายอาร์. กียอง – ผู้ร่างกฎหมายสวีตให้ศาลลงโทษน้อยเท่าใด าก็ได้ คือ อาจลงโทษปรับ 1 บาทได้ เพราะเป็นการลงโทษการมีเจตนาร้าย

หลวงจํารูญฯ – ยิงกระจกก็เหมือนกับยิงเตี๋ยที่ไม่มีคนนอน

หลวงประสาทย – ยิงเงาในกระจก เป็น improbable เข้ามาตรา 60 ไม่ใช่ impossible

นายอาร์. กียอง – ยิงเงาในกระจกเป็นความผิดที่เป็นไปไม่ได้

ม.จ.สกลฯ – อย่าเอาคำว่า object ไปปนกับเจตนา

หลวงประสาทย – เราได้โต้เถียงกันว่าจะหมายถึง “วัตถุที่กระทำต่อ” หรือ “วัตถุที่มุ่งกระทำ”

พระยาอรรถกรมฯ – คนเราที่จะมุ่งกระทำต่อวัตถุที่เป็นไปไม่ได้ก็มี

นายเดือนฯ – ใช้คำว่า “มุ่ง” ดี

หลวงจํารูญฯ – object of the crime คือคน ส่วน object of the doing คือกระจก

ม.จ.สกลฯ - object of the crime ที่เป็นไปไม่ได้ก็ไม่มี crime

นาย อาร์. กียอง - ตามกฎหมายโปแลนด์ และกฎหมายสวีต หมายถึง object of the doing

หลวงประสาทย – ที่ถูกคือ object of the intention

พระยาอรรถกรมฯ – จะเสนอให้ใช้คำว่าอย่างไร

ม.จ.สกลฯ – จะต้องพูดทำไม่ว่า object ของอะไร

หลวงจํารูญฯ – ถ้ายิงกระจกจะให้เข้ามาตรา 60 ทวิ ก็ต้องบัญญัติคำว่าวัตถุในมาตรานี้ให้ หมายถึง object of the doing

ประธานฯ – เป็นเรื่องใกล้หรือไกลกว่าเหตุ

พระยาอรรถกรมฯ – ถ้าใช้คำว่า “วัตถุที่กระทำต่อ” เป็นกลางๆ จะได้หรือไม่

นาย อาร์. กียอง – หมายถึง object contemplated

หลวงประสาทย - หมายถึง object contemplated ,not actually done.

พระยาอรรถกรมฯ – นี้จะแทงคน ไม่ใช่แทงศพ

ม.จ.สกลฯ – ตามกฎหมายโปแลนด์หมายถึงของที่ถูกกระทำไม่เหมือนกับตัวจริง

หลวงประสาทย – เกรงจะไปไกลเกินไป สมมติว่า ไม่มีมาตรา 60 ทวิ การยิงเงาในกระจกจะเอาโทษไม่ได้

พระยาอรรถกรมฯ – ไม่เอา

หลวงประสาทย – ข้าพเจ้าเห็นว่าควรเอาโทษตามมาตรา 60

พระยาอรรดกรมฯ - เห็นรว้งไป แต่ไม่มีคนนั่ง คิดว่ามีคนนั่งจึงยิงไป จะเอาโทษหรือไม่
หลวงประสาทย - ควรเอาโทษ

พระยาอรรดการีย์ฯ - ถ้าคนเคยนั่งรถนั้นเสมอๆก็ควรเอาโทษ

นายเดือน - เป็นอันว่าใช้คำว่า "วัตถุที่กระทำต่อ"

ประธานฯ - ให้ศาลตีความเอา

ม.จ.สกลฯ - เราไปพูดปะปนเรื่องวัตถุกับเจตนา

หลวงประสาทย - เกรงว่าถ้าเขียนเช่นนั้นความผิดเรื่องพยายามจะไม่มี จะกลายเป็นความผิดที่เป็นไปไม่ได้เสียหมด

ที่ประชุมตกลงให้ใช้คำในมาตรา 90 ทวิว่า "ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งตรงต่อผลสำเร็จอันใด ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด แต่ด้วยปัจจัยแห่งการกระทำนั้นก็ดี หรือลักษณะของวัตถุที่กระทำต่อก็คดี เป็นการพ้นวิสัยอย่างแน่แท้ที่จะบรรลุผลตามความมุ่งหมายได้ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิดต้องได้รับอาญาไม่เกินกึ่งหนึ่งของอาญาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น" ส่วนตัวอย่างที่ยกขึ้นนั้นในเรื่องยิงปืนไม่มีลูก ที่ประชุมเห็นว่าเข้ามาตรา 60 ไม่ใช่มาตรา 60 ทวิ เพราะวิธีที่กระทำเป็นไปไม่ได้เป็นแต่การกระทำนั้นไม่บริบูรณ์เท่านั้น

หลวงจรัญฯ - กำหนดโทษควรปล่อยให้อยู่ในดุลยพินิจของศาล

หลวงประสาทย - ตัวอย่างเรื่องยิงงาในกระจอกอยากลงโทษ 2 ใน 3

นายอาร์. กียอง - ในเรื่องนี้เดิมมีทางเลือกอยู่สองทาง คือลงโทษหรือไม่ลงโทษ แต่กฎหมายสวีสบัญญัติว่าให้ศาลลงโทษเท่าใดก็ได้

หลวงประสาทย - ควรให้ศาลลงโทษได้ 2 ใน 3 เพื่อเป็นการตัดปัญหาว่าความผิดใดเป็น possible หรือ impossible

พระยาลัดพลีฯ - ถ้าเช่นนั้นการมีมาตรา 60 ทวิ อีกมาตราหนึ่งก็เกินไป

นายเดือนฯ - ไม่เกิน และกำหนดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งก็ดี

ที่ประชุมเห็นว่า ควรให้ศาลลงโทษได้ไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่ง

หลวงจรัญฯ - ขอพูดถึงมาตรา 63 สักหน่อย มาตรา 63 เป็นเรื่องตัวการ ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษมี 2 อย่างคือ principal in the first degree ซึ่งได้แก่ผู้สมคบและลงมือกระทำ และ principal in the second degree ซึ่งได้แก่ผู้ที่ไม่ได้ลงมือแต่สมคบและไปอยู่ในที่ใกล้พอจะช่วยเหลือได้ กำหนดโทษตัวการทั้งสองชนิดนี้เท่ากันเราจะเอา principal in the second degreeหรือไม่

พระยาอรรดการีย์ฯ - เราได้แก่เป็นว่า "คนที่สมควรร่วมมือ" แล้ว

หลวงจำรูญฯ - ก.ข.สมคบกันไปลักทรัพย์ ข.ยืนอยู่ไม่ได้เข้าไป แต่ ก.เรียกเมื่อใด ข.ก็ไปช่วย
ซึ่งไม่เข้ามาตรา 63 ปัญหามีว่า จะให้ ข.เป็นตัวการด้วยหรือไม่

พระยาอรรถการีย์ฯ - การลักทรัพย์มีกิจการหลายอย่าง ต้องมีคนดูต้นทาง คนที่ทำแต่ละ
อย่างก็เป็นตัวการด้วยกัน

หลวงจำรูญฯ - ลักทรัพย์ พอทรัพย์เคลื่อนที่ความผิดก็สำเร็จเสียแล้ว คนที่อยู่ข้างล่างไม่ได้
กระทำอะไรเลย

พระยาลัดพลีฯ - ก.ข.ค.สมคบกันไปยิง ก.ชี้ตัวให้ ข.ค.ยิง ก.จะไม่เป็นตัวการด้วยหรือ

หลวงจำรูญฯ - เห็นว่า ก.ควรเป็นตัวการด้วย แต่ตามถ้อยคำที่ตกลงกันไปแล้ว ก.อาจจะไม่
พอที่จะถือว่าเป็นตัวการ

หลวงประสาทยฯ - เราได้เปลี่ยนคำว่า "ลงมือ" เป็น "ร่วมมือ" แล้ว

พระยาอรรถการีย์ฯ - อย่างลักทรัพย์สิ่งหนึ่ง จะยกคนเดียวก็ไหว แต่ถ้ายกกันสองคนก็เป็น
ตัวการด้วยกัน

หลวงประสาทยฯ - อ่านรายงานการประชุมเกี่ยวกับเรื่องนี้และชี้แจงว่า ได้เปลี่ยนถ้อยคำแล้ว

ม.จ.สกลฯ - ข้อที่ติดใจก็คือคำว่า "ส่วนใดส่วนหนึ่ง"

หลวงประสาทยฯ - ที่เอาคำว่า "ส่วนใดส่วนหนึ่ง" ไว้ ก็เพื่อจะให้กว้าง

พระยาเลขวินิจฉัยฯ - ไม่อย่างนั้นจะสงสัยว่า ต้องกระทำให้เหมือนกันจึงจะเป็นตัวการ

พระยาอรรถการีย์ฯ - ขอเสนอสักหน่อย คือจะมีภาษาที่ใช้ดีกว่านี้หรือไม่ ความที่แก้ไขได้
คล้ายๆกับมีบุคคลใหม่มาสมคบร่วมมือ

ประธานฯ - คล้ายๆกับพูดถึงบุคคลอีกนายหนึ่ง

หลวงประสาทยฯ - ถ้าเช่นนั้นควรใช้คำว่า "เมื่อปรากฏว่าความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำ
ของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ฯลฯ"

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย

หมดเวลาประชุม นัดประชุมคราวหน้าวันศุกร์ ที่ 27 กันยายน 2483 เวลา 10.00 น.

ปิดประชุมเวลา 12.00 น.

สายหยุด แสงอุทัย

ผู้จดรายงาน

มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 124/122/2483

วันอังคาร ที่ 24 กันยายน 2483

ประเด็นที่พิจารณา

มติ

ร่างมาตรา 60 ของเลขานุการ

ม.จ.สกลฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
คำว่า "พึงรับอาญา" ควรแก้เป็น "ต้องรับอาญา"

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย

ร่างมาตรา 60 ทวิ ของเลขานุการ

(1) หลวงจํารูญฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
ร่างที่นายอาร์.กียอง ที่ใช้คำว่า "ผู้ใดพยายาม
กระทำความผิด แต่ใช้วิธีหรือกระทำต่อวัตถุซึ่งไม่
สามารถจะบรรลุอย่างแน่แท้" ดี ควรใช้คำต่อมาว่า
"ผู้นั้นเป็นผู้พยายามมีความผิด ฯลฯ"

(ที่ประชุมให้พิจารณา (1) (2) (3) (4) (5) และ (6)
รวมกันไป)

(2) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอในที่ประชุมว่า
ควรใช้คำว่า "ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งตรงต่อผล
สำเร็จอันใด ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด
แต่การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้ตามความ
มุ่งหมายอย่างแน่แท้ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำ
ความผิดต้องรับอาญาไม่เกินกึ่งหนึ่งของอาญาที่
กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น"

ที่ประชุมเห็นว่าควรมีมาตรานี้ เพราะควร
ลงโทษเจตนาร้ายของบุคคล และกำหนดโทษก็
แตกต่างกัน มาตรา 60 อยู่แล้ว ส่วนถ้อยคำนั้น
ที่ประชุมเห็นว่าความตอนต้นของร่างพระยา
อรรถการีย์ฯ ดีแล้ว แต่ควรจะพูดถึง "วิธีกระทำ
ความผิด" และ "วัตถุแห่งความผิด" ด้วย มิฉะนั้น
จะกว้างเกินไป

(3) พระยาลัดพลีฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่าการ
พยายามที่เป็นไปไม่ได้ อาจไม่ใช่เรื่องวิธีกับวัตถุก็ได้

(4) พระยาอรรถกรมฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
กฎหมายต่างประเทศบัญญัติเฉพาะ "วิธี" กับ

"วัตถุ" เท่านั้น

(5) ม.จ.สกลฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า คำว่า "impossible ต้องแปลว่า "เหลือวิสัย" หรือ "ไม่มีวิสัยจะเป็นไปได้" จะแปลว่า "ไม่สามารถ" ไม่ได้ เพราะคำว่า "สามารถ" เกี่ยวกับตัวบุคคล คำว่า "ไม่สามารถ" ตรงกับ incapable

(6) หลวงประสาทรณเสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ถ้าร่างอย่างพระยาอรรถการีย์ฯจะไม่ใช่เรื่อง impossible จะเป็น improbable เช่น คนบีบคอ เขาโดยไม่ทราบว่ามีคนบีบคอแข็งแรงกว่าตนมาก ก็เข้าร่างนั้นเหมือนกัน โดยเหตุนี้กฎหมายต่างประเทศจึงบัญญัติเฉพาะ "วิธี" และ "วัตถุ" เท่านั้น แต่ถ้าบัญญัติไว้ การเห็นเงาของคนในกระจกเงา เขาป็นยิงไป เข้ามาตรา 60 ทวิ ที่ถูกควรเข้ามาตรา 60 เห็นว่าตัดมาตรา 60 ทวิ ออกเสียเลยดีกว่า

(7) พระยาอรรถการีย์ฯเสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ถ้าจะบัญญัติถึง "วิธี" และ "วัตถุ" ด้วย ก็ควรใช้ คำว่า "แต่ด้วยวิธีนั้นก็ดีหรือด้วยลักษณะของสิ่งที่ ถูกกระทำก็ดี"

(8) หลวงจรัญฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ควรใช้คำอย่างร่างของนายอาร์.กียอง ใช้คำว่า "แต่ใช้วิธีหรือกระทำต่อวัตถุ ซึ่งไม่สามารถจะบรรลุ ผลอย่างแน่แท้"

(9) พระยาลัดพลีฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ถ้าใช้คำว่า "วัตถุ" เกรงจะไม่กินถึงบุคคลด้วย

(10) พระยาอรรถการีย์ฯเสนอ (ในที่ประชุม) ว่า คำว่า "สิ่ง" กว้างกว่า "วัตถุ"

(ในที่ประชุมให้พิจารณา (7) (8) (9) (10) (11) (12)

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

ที่ประชุมเห็นว่า ในหลักการหมายถึง กรณีที่ วิธีกระทำความผิดและวัตถุที่กระทำต่อไม่สามารถ ทำให้ความผิดเกิดขึ้นได้ ส่วนถ้อยคำนั้นให้ใช้คำว่า "แต่ด้วยปัจจัยแห่งการกระทำนั้นก็ดี หรือลักษณะ ของวัตถุที่กระทำต่อกดี" ฉะนั้นร่างมาตรา 60 ทวิ เมื่อแก้แล้วมีข้อความดังนี้ "ผู้ใดกระทำการโดยมุ่ง ตรงต่อผลสำเร็จอันใดซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าเป็น ความผิด แต่ด้วยปัจจัยแห่งการกระทำนั้นก็ดี หรือ ลักษณะของวัตถุที่กระทำต่อกดี เป็นการพ้นวิสัย อย่างแน่แท้ที่จะบรรลุผลตามความมุ่งหมายได้ ให้ ถือว่า ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด ต้องรับอาญา

(11) ม.จ. สกลฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
คำว่า "สิ่ง" ไม่หมายความถึงคนด้วย

ไม่เกินกึ่งหนึ่งของอาญาที่กฎหมายกำหนดไว้
สำหรับความผิดนั้น"

(12) พระยาอรรถกรมฯ เสนอ (ในที่ประชุม)
ว่า ถ้าใช้คำว่า "วัตถุ" จะหมายถึงสิ่งที่ไม่มีตัวตน
ด้วย

(13) หลวงจรัญญูฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
ควรใช้คำว่า "บุคคลและสิ่ง" เสียทีเดียวเพื่อจะได้
ตัดข้อโต้แย้ง

(14) ม.จ. สกลฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
ควรใช้คำว่า "ปัจจัย" เพราะกว้างกว่า

(15) หลวงประสาทรฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
ควรใช้คำว่า "ด้วยลักษณะของวัตถุที่มุ่งกระทำ

(16) พระยาอรรถกรมฯ เสนอ (ในที่ประชุม)
ว่า จะใช้คำว่า "วัตถุที่มุ่งกระทำ" ไม่ได้ เพราะมุ่ง
กระทำต่อคนไม่ใช่กระทำต่อศพ

(17) นายอาร์. กियอง เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
ตามกฎหมายโปแลนด์และกฎหมายสวิส หมายถึง
วัตถุที่กระทำต่อ

(18) ม.จ. สกลฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
ตามกฎหมายโปแลนด์หมายถึง ของที่ถูกกระทำนั้น
ไม่เหมือนตัวจริง

(19) หลวงประสาทรฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า
ควรให้ศาลลงโทษ 2 ใน 3 เพื่อเป็นการตัดปัญหา
การตัดปัญหาว่า ความผิดใดเป็น impossible
หรือไม่

ร่างมาตรา 63

(1) หลวงจํารูญฯเสนอ (ในที่ประชุม) ว่า กฎหมายอังกฤษแบ่งตัวการออกเป็น 2 อย่าง คือ principal in the first degree ซึ่งได้แก่ ผู้สมทบกับ ผู้ลงมือกระทำ และ principal in the second degree ซึ่งได้แก่ ผู้ไม่ได้ลงมือแต่สมคบและไปอยู่ในที่ ๆ ใกล้พอจะช่วยเหลือได้ กำหนดโทษตัวการ ทั้งสองอย่างนี้เท่ากัน เราจะควรบัญญัติถึง principal in the second degree หรือไม่

(2) พระยาอรรถการีย์ฯ เสนอ (ในที่ประชุม) ว่า ความในร่างมาตรา 63 ที่แก้ไขไว้ คล้าย ๆ กับมี บุคคลใหม่มาสมคบร่วมมือด้วย

ที่ประชุมเห็นว่า ร่างมาตรา 63 ใช้คำว่า "สมคบกัน ร่วมมือ - ในการกระทำผิดนั้น แม้แต่ส่วนใดส่วนหนึ่ง" ซึ่งกินความถึงการกระทำของ principal in the second degree ของกฎหมายอังกฤษอยู่แล้ว จึงต้องบัญญัติไว้

ที่ประชุมให้ใช้คำตอนต้นแห่งมาตรา 63 ดังนี้ "เมื่อปรากฏว่าความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ฯลฯ"

นัดประชุมคราวหน้าวันอังคาร ที่ 27 กันยายน 2483 เวลา 10.00 น.

ประวัติการศึกษา

ชื่อ นายณัฐวุฒิ ตีมาก

วัน เดือน ปี เกิด วันที่ 30 กันยายน 2522

การศึกษา

- ระดับประถมศึกษา - โรงเรียนสาธิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ฝ่ายประถม) พ.ศ.2528-2533
- ระดับมัธยมศึกษา - โรงเรียนสาธิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ฝ่ายมัธยม) พ.ศ.2534-2539
- ระดับปริญญาตรี - มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต พ.ศ. 2539- 2542
- ระดับปริญญาโท - มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต พ.ศ. 2543-2545