การกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจร

อธิวัฒณ์ เจริญศรีวงษ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2564

STIPULATION OF THE TERMS OF PUNISHMENT FOR THE OFFENSE OF CRIMINAL ASSOCIATION

ATHIWAT CHAROENSRIWONG

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2021

ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจร

เสนอโดย นายอธิวัฒณ์ เจริญศรีวงษ์

สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนยุติธรรมทางอาญา

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล)

.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

(รองศาสตราจารย์อัจฉรียา ชูตินันทน์)

.....กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ รับรองแล้ว

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื่อสกุล)

วันที่ ..... เดือน ..... พ.ศ. .....

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจร
ชื่อผู้เขียน	อธิวัฒณ์ เจริญศรีวงษ์
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ ดร. จิรวุฒิ ลิปิพันธ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2563

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ เพื่อศึกษาให้ทราบถึงปัญหา ขอบเขตความรับผิดตลอดจนเงื่อนไขการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญา เพื่อหาแนวทางในการพัฒนา ปรับปรุง เงื่อนไขการลงโทษและองค์ประกอบของความผิดให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดและความร้ายแรงของการกระทำ โดยศึกษาถึงหลักการ แนวคิด ทฤษฎีและวิวัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในประเทศไทย และศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมคบกันกระทำความผิดหรือความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) ในต่างประเทศ

โดยที่ความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210 บัญญัติว่า ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ได้บัญญัติไว้ในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขการลงโทษของความผิดฐานนี้ ครอบคลุมบางฐานความผิดที่มิได้มีความเป็นอาชญากรรมมาก หรือความผิดอาญาร้ายแรง อันจะเกิดผลกระทบต่อสังคมหรือประชาชนโดยส่วนรวมเพียงเล็กน้อย เช่น ความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา ซึ่งเมื่อได้มีการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดแล้ว ความผิดก็สำเร็จทันที แม้จะยังไม่ได้กระทำตามที่สมคบกันหรือความเสียหายยังมิได้เกิดขึ้นก็ตาม ดังนั้น การลงโทษทางอาญาขั้นสมคบ อาจก่อให้เกิดการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดและความร้ายแรงของการกระทำ และอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ

ของประชาชนเกินสมควรได้ อีกทั้ง ยังอาจส่งผลให้ขัดต่อเจตจำนงของกฎหมายหรือ "คุณธรรมทางกฎหมาย" (Rechtsgut/legal interest) ของความผิด กล่าวคือ ความสงบสุขของประชาชน

และนอกจากนี้ ความผิดฐานเป็นซ่องโจรมีข้อจำกัดในการบังคับใช้อยู่มาก ทั้งในเรื่องของจำนวนผู้กระทำความผิด ทำให้ในทางปฏิบัติแล้วอาจจะกล่าวได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะนำไปใช้เป็นมาตรการในการปราบปรามผู้ต้องสงสัยเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเท่านั้น และไม่ค่อยเกิดผลสำเร็จในผลแห่งคดี ทั้ง ๆ ที่ความผิดฐานเป็นซ่องโจร เป็นกฎหมายที่น่าจะนำมาใช้ในการแก้ปัญหาอาชญากรรมได้

วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ ผู้เขียนได้เสนอแนวทางในการแก้ปัญหา โดยให้มีการกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษและองค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจรขึ้นใหม่ โดยศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) เช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมว่า ความผิดฐานเป็นซ่องโจร คือ การสมคบโดยตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยฐานความผิดที่ตกลงกันไปกระทำอันจะเป็นซ่องโจรนั้น จะถูกจำกัดไว้เพียงเฉพาะความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมมากหรือความผิดอาญาร้ายแรงเท่านั้น เพื่อลดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและให้สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความสงบสุขของประชาชนมากยิ่งขึ้น ไม่ให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกพิพากษาจำคุกเพราะความผิดอาญาเล็กน้อย อีกทั้ง เสนอแนวทางแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องของ การถอนตัวออกจากการกระทำความผิดและผู้ช่วยเหลือสนับสนุนแก่ซ่องโจร เพื่อช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบังคับใช้กฎหมาย และมีความทันสมัยเข้ากับสภาพของสังคมในปัจจุบันมากยิ่งขึ้น

Thesis Title	Stipulation of the Terms of Punishment for the Offense of Criminal Association
Author	Athiwat Charoensriwong
Thesis Advisor	Dr. Jirawut Lipipun
Department	Law
Academic Year	2020

ABSTRACT

This thesis aims to study the problem, the scope of liability, as well as the punishment conditions for the offense of criminal association under the Criminal Code, to find ways to develop, improve the punishment conditions and the composition of the offense to be proportionate to the offense and the seriousness of the action, by studying the principles, concepts, theories, and evolution related to conspiracy offenses in Thailand, and comparing laws related to conspiracy offenses or offense of conspiracy of other countries.

Whereas the offense of criminal association under the Penal Code Section 210 states that "Any person who conspires 5 or more people to commit any offense as provided in Part 2 of the Criminal Code, and that offense carries a high jail term of one year or more, that person commits an offense of criminal association." It can be seen that the punishment conditions for this offense cover some of the crimes that are not very crimes, or the crimes that have little effect on society or the people such as an offense of abusing religion, which, when there is a conspiracy to commit an offense, the offense is immediately completed as a substantive offense, even though the conspiracy has not yet been committed or the damage has not yet occurred. Therefore, criminal punishment at the stage of a conspiracy may entail punishment that is disproportionate to the offense and seriousness of

the offense and may unreasonably affect the rights and liberties of the people. It may also result in contravention of the will of the law or the legal interest (Rechtsgut) of an offense, i.e., the peace of the people.

In addition, the offenses of criminal association are very limited in their enforcement, both in terms of the number of offenders, so in practice it could be said that government officials will only use them as a countermeasure against suspects in order to prevent any wrongdoing and rarely succeed in the outcome of the case. In spite of the fact that the offense of criminal association is a law that is likely to be used to solve crimes.

This thesis has proposed a solution by setting the conditions for the punishment and the composition of the offense of criminal association to be re-established by studying the principles of foreign law in both the Common Law System such as the United Kingdom and the United States and the Civil Law System such as the Federal Republic of Germany and the Republic of France as a guideline for amending that the offense of criminal association means a conspiracy where two or more people are agreed upon. The offenses that were agreed upon to be counted as the offense of criminal association would be limited to the felony or the serious offense to reduce the problem of law enforcement and more in line with the legal interest aimed at protecting the peace of the people and to prevent offenders from being sentenced to imprisonment for minor crimes. In addition, additional solutions have been proposed in the matter of withdrawal from the offense and helpers and supporters of the offense to help increase the efficiency and effectiveness of law enforcement and to be more up-to-date with the current state of society.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงด้วยความกรุณาของอาจารย์ ดร. จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ และอาจารย์ รองศาสตราจารย์ อัจฉรียา ชูตินันทน์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม โดยเสียสละเวลาให้คำปรึกษา คำแนะนำ รวมทั้งในการตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ด้วยความเอาใจใส่อย่างดียิ่ง จนทำให้ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เป็นผลสำเร็จสมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านทั้งสองเป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อ ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล ซึ่งได้กรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และรองศาสตราจารย์ ปกป้อง ศรีสนิท ซึ่งได้กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ ซึ่งได้เสียสละเวลาอันมีค่าให้คำปรึกษา คำแนะนำ รวมทั้งในการตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ อย่างละเอียดถี่ถ้วน ตลอดจนชี้แนะทางที่มีประโยชน์และแนวทางแก้ไขปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์และครบถ้วนมากยิ่งขึ้น และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคณาจารย์ รวมทั้ง เจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตทุกท่าน ผู้ประสิทธิประสาทวิชากฎหมายแก่ผู้เขียน มา ณ โอกาสนี้

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา (คุณพ่อสัญญา เจริญศรีวงษ์) และมารดา (คุณแม่อุบล เจริญศรีวงษ์) ผู้เป็นที่รัก ซึ่งเป็นผู้มีพระคุณอย่างหาที่สุดมิได้ที่คอยอุปการะผู้เขียนตลอดมาตลอดจนพี่ชายอิศนันท์ และพี่สาวอรุณรัตน์ ที่คอยช่วยเหลือและให้คำแนะนำ ทั้งด้านการเรียนและภาษาต่างประเทศแก่ผู้เขียนเป็นอย่างดี รวมทั้งขอขอบคุณน้องทรายประภัสสรา และเพื่อนมายปรกชล ที่คอยให้ความรักและสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด ตลอดจนเพื่อน ๆ ที่รักยิ่งของผู้เขียน ซึ่งไม่อาจกล่าวไว้ ณ ที่นี้ได้ทั้งหมด

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ๆ ผู้เขียนขออภัย ณ โอกาสนี้ และขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

อธิวัฒณ์ เจริญศรีวงษ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ฆ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ช
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
2. หลักการ แนวคิด ทฤษฎีและวิวัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในประเทศไทย	8
2.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา	8
2.2 หลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายอาญา	11
2.3 การกำหนดความผิดทางอาญา	15
2.4 หลักการ แนวคิด และทฤษฎีในการกำหนดโทษทางอาญา	24
2.5 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ	30
2.6 วิวัฒนาการของความผิดสมคบในประเทศไทย	36
2.7 สถานการณ์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาฐานเป็นซ่องโจร	48
3. กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด	56
3.1 ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายอังกฤษ	56
3.2 ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา	64
3.3 ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายเยอรมนี	83

บทที่ **หน้า**

3.4 ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายฝรั่งเศส..... 87
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในประเทศไทย และต่างประเทศ..... 93
4.1 วิเคราะห์ปัญหา ขอบเขตความรับผิด และเงื่อนไขการในลงโทษของ ความผิดฐานเป็นซ่องโจรในประเทศไทย..... 93
4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานเป็นซ่องโจรในประเทศไทยและ ความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในต่างประเทศ..... 107
4.3 เหตุผลความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษและ องค์ประกอบของ ความผิดฐานเป็นซ่องโจร ให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด และความร้ายแรงของการกระทำ..... 113
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... 120
5.1 บทสรุป..... 120
5.2 ข้อเสนอแนะ..... 124
บรรณานุกรม..... 130
ประวัติผู้เขียน..... 136

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

"อาชญากรรม" (Crime) โดยทั่วไปเป็นที่รู้จักกันดีว่า หมายถึง การกระทำที่ผิดกฎหมาย ก่อให้เกิดความสูญเสียทั้งชีวิตและทรัพย์สิน เป็นเรื่องที่ร้ายแรงและเป็นสิ่งที่ทุกคนไม่ต้องการเข้าไปเกี่ยวข้อง อาชญากรรมเป็นปรากฏการณ์ของสังคมและเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์สำหรับสังคมที่เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานและไม่เคยจางหายไปจากสังคม แม้ในประเทศที่ได้ชื่อว่ามีอาชญากรรมน้อยที่สุดก็ยังปรากฏให้เห็นว่ามีอาชญากรรม[1] อาชญากรรมจึงมีบทบาทสำคัญกับสังคม กล่าวคือ อาชญากรรมถือเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่สามารถชี้ให้เห็นถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชนในสังคมนั้น ๆ เพราะเมื่อสังคมมีอาชญากรรมก็จำเป็นต้องมีอาชญากร หากสังคมใดที่มีอัตราการก่ออาชญากรรมที่สูง ย่อมเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมได้[2]

อาชญากรรมที่กระทำลงโดยสมาคมอาชญากรรมหรือการรวมตัวของอาชญากร เป็นปัญหาร้ายแรงอันจะสามารถส่งผลกระทบต่อทั้งทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคม ค่านิยม และวัฒนธรรมฯ หรืออาจจะกล่าวได้ว่า เป็นการทำลายต่อความสงบสุขของประชาชนโดยตรง ในอดีตที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีการรวมตัวของอาชญากรที่สมคบกันกระทำความผิด เป็นสมาคมอาชญากรรมมาเป็นเวลาช้านาน นับตั้งแต่เมื่อได้มีจัดตั้งสมาคมลับอั้งยี่ขึ้นในประเทศไทย ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น โดยมีหลักฐานที่ยืนยันความมีอยู่จริงของสมาคมอาชญากรรมนั้น คือ การกำหนดความผิดฐานเป็นอั้งยี่

---

[1] ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น.17.

[2] อัจฉรียา ชูตินันทน์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 37.

มาตรา 209 และความผิดฐานเป็นซ่องโจร มาตรา 210 ตามประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีหลักการคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้ตั้งแต่ พระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127[3]

อาชญากรรมเป็นปัญหาของสังคมที่ต้องมีการแก้ไขและป้องกัน ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาในฐานะกฎหมายที่มีภารกิจในการคุ้มครองสังคม จึงได้มีการบัญญัติให้การกระทำที่มีลักษณะเป็นสมาคมอาชญากรรมหรือการรวมตัวของอาชญากร ที่แสดงออกมาภายนอก "ก่อน" ความผิดสำเร็จเป็นการกระทำที่ต้องลงโทษ เพื่อสร้างฐานอำนาจให้แก่เจ้าพนักงานในการดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดและเป็นการระงับยับยั้ง ปราบปรามไม่ให้การกระทำดังกล่าวนั้นได้ดำเนินไปโดยตลอดจนกระทั่งเป็นความผิดสำเร็จอันจะก่อให้เกิดความไม่สงบสุขของประชาชนในอนาคต หรืออธิบายอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการบัญญัติเพื่อเป็นการ "ตัดไฟแต่ต้นลม"[4] นั้นเอง

ความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210[5] เป็นการรวมตัวของอาชญากรที่หลวมกว่าความผิดฐานเป็นอั้งยี่[6] และเป็นความผิดที่นำหลักความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) มาบังคับใช้ ซึ่งความผิดฐานสมคบแม้เป็นมาตรการในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมที่ดี แต่อย่างไรก็ดีอาจเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้[7] จึงทำให้ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ ไม่ถูกนำไปบังคับใช้อย่างกว้างขวาง และหากนำไปบังคับใช้ก็มีปัญหาใน

---

[3] ปาณิศา พัวเวส, “อิทธิพลระหว่างประเทศที่มีต่อกฎหมายอาญาของไทย : ศึกษากรณีองค์กรอาชญากรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), น.27.

[4] คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญชน, 2559), น.572.

[5] มาตรา 210 "ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าเป็นการสมคบเพื่อกระทำความผิด ที่มีระวางโทษถึงประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท"

[6] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 572.

[7] *เพิ่งอ้าง*, น.576.

การบังคับใช้อยู่มาก อีกทั้ง ยังถูกวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนอยู่เสมอ ทั้ง ๆ ที่เป็นกฎหมายที่น่าจะนำมาใช้ในการแก้ปัญหาอาชญากรรมได้ โดยมีประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ จะต้องเป็นการสมคบเพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดเฉพาะในส่วนที่เป็นความผิดในภาคที่ 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและความผิดนั้น ต้องมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป แต่เมื่อพิจารณาความผิดที่มีการกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว มีความผิดมากมายหลายฐานความผิด ที่มิใช่ความผิดอาญาที่มีความร้ายแรง อาทิเช่น มาตรา 206[8] ในเรื่องของกระทำการเหยียดหยามศาสนา จะเห็นได้ว่าความผิดในมาตราดังกล่าว มิได้มีลักษณะเข้าข่ายของความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมมาก และมีโอกาสเกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินในวงกว้างค่อนข้างต่ำ หรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าความผิดนั้นมิได้กระทบต่อความสงบสุขของประชาชน แต่อย่างไรก็ดีความผิดตามมาตรา 206 นี้มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี จึงทำให้อยู่ในบังคับอยู่ในบังคับของการสมคบกันกระทำความผิดอันจะเป็นซ่องโจรตามความในมาตรา 210

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความผิดฐานเป็นซ่องโจร ที่เป็นกรณีที่กฎหมายยกเอาการกระทำก่อนการพยายามขึ้นเป็นความผิด กล่าวคือ เมื่อได้มีการสมคบกันกระทำความผิดตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ความผิดนั้น ก็จะเป็นความผิดสำเร็จทันที แม้ความผิดที่ได้ตกลงกันจะไปกระทำนั้น ยังไม่ได้กระทำไปโดยตลอดจนความผิดสำเร็จ หรือความเสียหายยังมิได้เกิดขึ้นก็ตาม อีกทั้งกฎหมายยังได้บัญญัติให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญาสำหรับกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) อีกในมาตรา 213[9] ทำให้มีหลายกรณีที่ผู้กระทำผิดมิได้กระทำโดยมีจากเจตนาที่ชั่วร้ายในการกระทำนั้น ๆ แต่ผู้กระทำก็อาจต้อง

---

[8] มาตรา 206 “ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ แก่วัตถุหรือสถานอันเป็นที่เคารพในทางศาสนาของหมู่ชนใดอันเป็นการเหยียดหยามศาสนานั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

[9] มาตรา 213 "ถ้าสมาชิกอั้งยี่หรือพรรคพวกซ่องโจรคนหนึ่งคนใดได้กระทำความผิดตามความมุ่งหมายของอั้งยี่หรือซ่องโจรนั้น สมาชิกอั้งยี่หรือพรรคพวกซ่องโจรที่อยู่ด้วยในขณะกระทำความผิด หรืออยู่ด้วยในที่ประชุมแต่ไม่ได้คัดค้านในการตกลงให้กระทำความผิดนั้น และบรรดาหัวหน้า ผู้จัดการ หรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในอั้งยี่หรือซ่องโจรนั้น ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นทุกคน"

รับผิดทางอาญา อันเป็นการใช้กฎหมายอาญาที่ไม่เหมาะสมและทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นภัยคุกคามอย่างแท้จริง จึงทำให้อาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรได้ และอาจทำให้ขัดต่อเจตจำนงของกฎหมายหรือ "คุณธรรมทางกฎหมาย" (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ กล่าวคือ ความสงบสุขของประชาชน[10] นั้นเอง

นอกจากนี้ ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ มีข้อจำกัดในการบังคับใช้อยู่มากทำให้ยากที่จะเข้าองค์ประกอบความผิด อาทิเช่น ในประเด็นที่ต้องมีผู้สมคบตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ซึ่งทำให้ในทางปฏิบัติแล้วอาจจะกล่าวได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะนำไปใช้เป็นมาตรการในการปราบปรามผู้ต้องสงสัยเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเท่านั้น และไม่ค่อยเกิดผลสำเร็จในผลแห่งคดี กล่าวคือ การบังคับใช้มักเป็นเพียงการถูกพ่วงไปในการฟ้องร้อง ซึ่งลักษณะดังกล่าวส่วนใหญ่เกิดขึ้นในขั้นตอนของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานสอบสวน เช่น พนักงานสอบสวนไม่อาจสืบหาพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนคำฟ้องของตนให้ครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติเพื่อใช้บังคับแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ จึงได้นำบทบัญญัติความผิดฐานเป็นซ่องโจรมาบังคับใช้ ดังนั้นการที่รัฐใช้กฎหมายที่มีโทษทางอาญาเป็นเครื่องมือเพื่อควบคุมความประพฤติของบุคคลหรือรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมโดยไม่จำเป็นหรือขาดความเที่ยงธรรม เช่น พนักงานตำรวจมุ่งเน้นที่บังคับใช้กฎหมายโดยมิได้คำนึงถึงศีลธรรมอันดี ก็อาจจะเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐประพฤติมิชอบหรือแสวงหาประโยชน์จากกฎหมายเหล่านี้ได้

ด้วยสาเหตุดังกล่าวข้างต้น การศึกษาเปรียบเทียบถึงความผิดฐานเป็นซ่องโจรกับหลักความผิดฐานสมคบในต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ ประกอบกับ หลักการ แนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรม การตีความกฎหมายอาญาและการกำหนดโทษในทางอาญา จึงมีความจำเป็นต่อการแสวงหาเงื่อนไขในการลงโทษและองค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจรที่เหมาะสม เพื่อให้ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนั้นเป็นเครื่องมือในการป้องกันและปราบปรามการก่ออาชญากรรมที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล อีกทั้ง

---

[10] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 576.

สามารถใช้บังคับครอบคลุมถึงการก่ออาชญากรรม ที่มีลักษณะการกระทำความผิดที่ซับซ้อน และสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดผู้อยู่เบื้องหลังหรือปกปิดวิธีดำเนินการมาลงโทษได้ เพื่อให้สอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายและสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง จะทำให้ลดปัญหาในการบังคับใช้และสามารถปรับใช้กฎหมายได้ถูกต้องตามสมควรแก่กรณี ผู้เขียนจึงเห็นควรศึกษาและวิเคราะห์วิทยานิพนธ์นี้อย่างยิ่ง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงหลักการ แนวคิด ทฤษฎีและวิวัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในประเทศไทย

2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหา ขอบเขตความรับผิด ตลอดจนเงื่อนไขการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจรที่ไม่ครอบคลุมถึงเฉพาะความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมมากหรืออาชญากรรมที่มีความร้ายแรง ซึ่งส่งผลให้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ และสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองได้อย่างแท้จริง

3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมาย บทบัญญัติความรับผิดและโทษในความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมคบกันกระทำความผิดในต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการพัฒนา ปรับปรุง เงื่อนไขการลงโทษและองค์ประกอบความผิดของบทบัญญัติฐานเป็นซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญาให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดและความร้ายแรงของการกระทำ

1.3 สมมุติฐานการศึกษา

ในปัจจุบัน ปัญหาอาชญากรรมที่กระทำลงโดยสมาคมอาชญากรรมหรือการรวมตัวของอาชญากร ยังคงมีอยู่มากและเป็นปัญหาที่ร้ายแรงอันจะส่งผลกระทบต่อทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคม ค่านิยม วัฒนธรรมฯ หรืออาจจะกล่าวได้ว่า เป็นการทำลายความสงบสุขของประชาชน และ

แม้ความผิดฐานซ่องโจรจะมีการบังคับใช้อยู่บ่อยครั้ง แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอาจมิได้บรรลุวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างแท้จริง กล่าวคือ คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานดังกล่าว ได้แก่ มุ่งคุ้มครองความสงบสุขของประชาชน ความผิดฐานเป็นซ่องโจรจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับภัยซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมหรือประชาชนโดยส่วนรวม ผลประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือความมั่นคงของรัฐ ดังนั้นความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ควรครอบคลุมถึงเฉพาะความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมมาก หรือมีความร้ายแรงและก่อให้เกิดความสูญเสียทั้งชีวิตและทรัพย์สินในวงกว้าง หากแต่เมื่อพิจารณาความผิดฐานเป็นซ่องโจรแล้ว ความผิดฐานเป็นซ่องโจรมีข้อจำกัดในการบังคับใช้อยู่มาก ทั้งในเรื่องของจำนวนผู้กระทำความผิดหรือความผิดที่สมคบอันจะเป็นซ่องโจรต้องเป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ในภาคที่ 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปเท่านั้น ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายอาจไม่ครอบคลุมเฉพาะการกระทำความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมมากอาทิเช่น มาตรา 206 เป็นต้น จึงอาจมิได้บรรลุเจตนารมณ์ในการดูแลความสงบสุขของประชาชนของความผิดฐานเป็นซ่องโจรที่แท้จริงได้

ดังนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210 ความผิดฐานเป็นซ่องโจร สมควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยและเป็นปัจจุบัน โดยการกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษและองค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจร ให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดและความร้ายแรงของการกระทำ และครอบคลุมถึงเฉพาะลักษณะการกระทำความผิดของความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมมาก เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานดังกล่าว อีกทั้งยังสามารถลดปัญหาในการดำเนินคดีอาญาอีกในทางหนึ่งด้วย

1.4 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งเน้นศึกษาถึงวิวัฒนาการของความผิดอาญาฐานเป็นซ่องโจรในประเทศไทย ตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วย อั้งยี่ ร.ศ.116 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญา และหลักการ แนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรม การตีความกฎหมาย

อาญาและการกำหนดโทษในทางอาญา ตลอดจนวัตถุประสงค์ของการลงโทษ และศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในต่างประเทศ

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้ เป็นการศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาค้นคว้าวิเคราะห์ข้อมูลเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ เช่น ตัวบทกฎหมาย ตำรากฎหมาย หนังสือ วารสาร วิทยานิพนธ์ บทความและเอกสารอื่น ๆ ตลอดจนใช้ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต (Internet) ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ในการสืบค้นข้อมูลในส่วนที่เกี่ยวข้องในเรื่องความผิดฐานเป็นซ่องโจร

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบถึงหลักการ แนวคิด ทฤษฎีและวิวัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในประเทศไทย

2. เพื่อทราบถึงปัญหา ขอบเขตความรับผิด ตลอดจนเงื่อนไขการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจร ที่ไม่ครอบคลุมถึงเฉพาะความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมมากหรืออาชญากรรมที่มีความร้ายแรง ซึ่งส่งผลให้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ และสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองได้อย่างแท้จริง

3. เพื่อทราบถึงหลักกฎหมาย บทบัญญัติความรับผิดและโทษในความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามกฎหมายอาญาของประเทศไทยและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสมคบกันกระทำความผิดในต่างประเทศ

4. เพื่อทราบถึง แนวทางในการพัฒนา ปรับปรุง เงื่อนไขการลงโทษและองค์ประกอบความผิดของบทบัญญัติฐานเป็นซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญาให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดและความร้ายแรงของการกระทำ

บทที่ 2
หลักการ แนวคิด ทฤษฎีและวิวัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในประเทศไทย

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงหลักการ แนวคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในประเทศไทย โดยจะได้กล่าวถึง วิวัฒนาการของความผิดฐานสมคบในประเทศไทย ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยเฉพาะความผิดฐานเป็นซ่องโจร ซึ่งเป็นความผิดฐานสมคบฐานหนึ่ง โดยจะกล่าวไปถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 และประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน รวมถึงปัญหาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว ตลอดจนศึกษาถึง หลักการ แนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมและการกำหนดความผิดและโทษในทางอาญา ปรากฏรายละเอียด ดังนี้

2.1 หลักประกันในกฎหมายอาญา

หลักประกันในกฎหมายอาญาเกิดขึ้นครั้งแรกโดย Anselm von Feuerbach เป็นผู้วางหลักไว้ในหนังสือกฎหมายอาญาของเขา เมื่อปี ค.ศ. 1801 โดยวางหลักไว้ 3 ประการ ดังต่อไปนี้[11]

(1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย (nulla poena sine lege)

(2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับการมีอยู่ของการกระทำ (nulla poena sine crimine)

(3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine poena legali)

---

[11] คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญชน, 2560), น.65.

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” สำหรับประเทศไทยเรานั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” และยังมีการบัญญัติหลักประกันนี้ลงไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้หลักประกันในกฎหมายอาญา จึงเป็นหลักรัฐธรรมนูญ

หลักประกันในกฎหมายอาญา จึงครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ คือ[12]

(1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

(2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล

(3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

(4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

2.1.1 การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา (Gewohnheits rechtsverbot) หมายถึงจะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดยกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้ (nulla poena sine lege scripta) โดยเหตุผลของการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญานั้น เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณี (Gewohnheitsrechte) เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน กฎหมายจารีตประเพณีจึงมิได้เกิดจากการบัญญัติแต่เกิดจากการปฏิบัติ[13] ซึ่งหากใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญาแล้ว อาจขัดต่อแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตยที่มองว่า บทบัญญัติของกฎหมายอาญาที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดต้องออกมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชน[14] นั้นเอง

---

[12] *เพิ่งอ้าง*, น. 66-67.

[13] *เพิ่งอ้าง*, น. 67-68.

[14] ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 23.

2.1.2 การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogieverbot) ในกฎหมายอาญา เนื้อหาของหลักประกันในข้อนี้เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด กล่าวคือ ตามมาตรา 2 นั้น ห้ามใช้กฎหมายอาญาที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว รวมตลอดถึงการห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งในการเพิ่มโทษด้วย (nulla poena sine lege stricta) ซึ่งหมายความต่อไปว่า หากในกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณีนั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้นเสมอ

ข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุดและมีเหตุผลเช่นเดียวกับข้อเรียกร้องการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา กล่าวคือ การที่จะลงโทษทางอาญาสำหรับการกระทำใดกระทำหนึ่งนั้น ชอบที่จะให้เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ หากยอมให้มีการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้แล้ว ผลก็จะกลายเป็นว่า การลงโทษการกระทำใดการกระทำหนึ่งหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้สึกในเรื่องผิดถูกของบุคคลจนเกินขอบเขต ซึ่งในเรื่องความรู้สึกอันเป็นเรื่องในทางอัตตะวิสัย (subjektiv/subjective) นั้น ในทางกฎหมายแล้วเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาและเป็นสิ่งที่ต้องหลีกเลี่ยง เหตุผลประการหลังนี้จึงเป็นเหตุผลในทางนโยบายทางอาญา

การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา หมายความถึง การห้ามใช้กฎหมายอาญาที่เกิดเลยขอบเขตของบทบัญญัติที่พึงหาได้จากการตีความกฎหมาย[15]

2.1.3 กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (Bestimmtheitsgrundsatz) ซึ่งเนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญาประการที่สามนี้ เป็นข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นการเรียกร้องว่าการบัญญัติความผิดอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (nullum crimen sine lege certa)

การที่จำต้องเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอน หรือเรียกร้องให้ยึดหลักความชัดเจนแน่นอนนั้น ก็เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับ

---

[15] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 68-69.

ประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุด เท่าที่จะสามารถจะทำได้ตามกล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้น จะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำกำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องมือป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกตน[16]

2.1.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (Rückwirkungsverbot) ไปใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่กฎหมายมีผลบังคับใช้[17] โดยถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคหนึ่งที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ขณะกระทำผิด” แสดงให้เห็นชัดถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา ซึ่ง “การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง” (nullum crimen sine lege praevia) หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึงหลักนิติรัฐในกฎหมายอาญาที่ก้าวไกลกว่าหลักนิติรัฐในกฎหมายลักษณะอื่น ๆ ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 29 วรรคหนึ่ง จำกัดตัวเองเฉพาะในส่วนกฎหมายอาญาเท่านั้น

การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลงและขณะกระทำนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาด[18]

2.2 หลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายอาญา

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) กล่าวคือ กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาจะเป็นรูปแบบประมวลกฎหมาย ดังนั้นการถือความศักดิ์สิทธิ์ของตัวอักษรเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างมาก ผู้บังคับใช้กฎหมายต้องปรับใช้กฎหมายด้วยความระมัดระวัง โดยต้องถือตามข้อความที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตามการที่จะบัญญัติให้ละเอียดและ

---

[16] *เพิ่งอ้าง*, น.72-73.

[17] ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.132.

[18] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.74-75.

ชัดเจนแน่นอนลงไปในทุกกรณีย่อมเป็นไปไม่ได้ ฉะนั้นจึงต้องมีการตีความเพื่อหาความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัตินั้น

การตีความกฎหมาย (Interpretation of Law) หมายถึง การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน กำกวม หรืออาจแปลได้หลายทาง เพื่อทราบว่าถ้อยคำในกฎหมายนั้น มีความหมายว่าอย่างไร[19] การตีความจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและสำคัญสำหรับผู้ใช้กฎหมายทุกคนในอันที่จะสามารถทำให้ใช้และเข้าใจกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

โดยทั่วไปแล้วการตีความกฎหมายอาญาทำเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่น กล่าวคือ ตีความตามตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เนื่องจากกฎหมายอาญากำหนดโทษแก่บุคคล จึงมีข้อจำกัดทำให้ต้องตีความปรับกับข้อเท็จจริงที่ต่างกันไป ในความเป็นจริงที่ผู้บัญญัติกฎหมายไม่อาจบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีเนื่องจากไม่อาจเล็งเห็นถึงข้อเท็จจริงในคดีพิพาทที่เกิดขึ้นได้ จึงเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายที่จะต้องตีความ[20] แต่อย่างไรก็ตามการตีความกฎหมายอาญาต้องเป็นไปตามหลักการสำคัญในการตีความที่ว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” กล่าวคือ[21] เมื่อรัฐได้ออกบทบัญญัติที่แจ้งชัดระบุว่าการกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใด เป็นความผิดทางอาญาแล้ว ก็ถือว่าเฉพาะกรณีนั้น ๆ เท่านั้น ที่เป็นความผิดจะไปรวมถึงกรณีอื่น ๆ ด้วยไม่ได้

ดังนั้นหลักการตีความโดยเคร่งครัดนี้ หมายความว่า[22] การตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความโดยเคร่งครัด โดยจะอาศัยเทียบ (Analogy) บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จารีตประเพณี

---

[19] หยุด แสงอุทัย, <u>ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป</u>, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 110.

[20] ลัฏฐิวัน คงจันทร์, “ความผิดฐานรับของโจร : ศึกษาทรัพย์อันได้มาโดยการกระทำความผิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), น. 25.

[21] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, <u>คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1</u>, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม พริ้นติ้ง, 2551), น. 24.

[22] *เพิ่งอ้าง*, น. 24-31.

และหลักกฎหมายทั่วไป มาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้ ทั้งนี้หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันบ้างแต่สามารถแบ่งออกได้ 4 ประการหลัก ๆ ดังนี้[23]

2.2.1 การตีความตามตัวอักษร

จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและหลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับหลักประกันในทางกฎหมายอาญา ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนและแน่นอนว่า บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญา ก็ต่อเมื่อกระทำตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น จุดเริ่มของการตีความกฎหมายจึงอยู่ที่ถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย

การตีความตามตัวอักษร หมายถึง การตีความเพื่อหาความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไป ความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล ดังนั้น ผู้ตีความกฎหมายจึงต้องพิจารณาด้วยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มีเจตนารมณ์หรือมุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายนั้นมีความหมายเป็นพิเศษอย่างใดหรือไม่ ทั้งนี้ การดูความหมายพิเศษของถ้อยคำในกฎหมาย ก็คือ การพิจารณาจากคำนิยามของตัวบทกฎหมาย[24]

ดังนั้นการตีความตามตัวอักษรมีจุดประสงค์เพื่อจะได้ทราบความมุ่งหมาย วัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ โดยการตีความต้องพิจารณาจากความหมายที่รวมกันในเรื่องนั้น มิใช่ถ้อยคำใดถ้อยคำหนึ่งเพียงคำเดียว และพิจารณาควบคู่เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายไม่ใช่ถือหลักใดก่อน หลักใดหลัง กล่าวคือ จะใช้ตัวอักษรเกินกว่าเจตนารมณ์ไม่ได้ และจะใช้เจตนารมณ์เกินตัวอักษรก็ไม่ได้เช่นกัน

2.2.2 การตีความในทางสังคม (Sociological Interpretation)

การตีความในทางสังคม เป็นการตีความเพื่อค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมายโดยคำนึงถึงความนึกคิดของสังคมนั้น ๆ การตีความถ้อยคำเดียวกันอาจยืดหยุ่นเปลี่ยนแปลงได้ ตัวอย่างเช่น คำว่า

---

[23] ทวินันท์ อุดมธรรม, “การบัญญัติความผิดและการใช้การตีความ : ศึกษาลักษณะการกระทำทารุณกรรมสัตว์ตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 67-69.

[24] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 83-84.

“อนาจาร” ในกฎหมายอาญาแต่ละประเทศ ย่อมมีความหมายที่แตกต่างกัน ในบางประเทศมองว่าภาพยนตร์ที่มีภาพเปลือยเป็นงานศิลปะ และไม่ผิดกฎหมาย แต่ในบางประเทศอาจมองว่าเป็นสิ่งอนาจารและลามก ซึ่งความนึกคิดสิ่งเหล่านี้สะท้อนได้จากขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ ดังนั้นการตีความถ้อยคำต้องคำนึงถึงบริบททางสังคมในแต่ละพื้นที่ด้วย

2.2.3 การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย (Historical Interpretation)

ในการค้นหาเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น อาจมีความจำเป็นที่จะต้องค้นหาและเข้าใจประวัติศาสตร์ความเป็นมาของตัวบทกฎหมายในเรื่องนั้นด้วย การพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภา นอกจากนี้เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย ก็เป็นข้อมูลหนึ่งที่สามารถหยั่งทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ ด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายมิได้เป็นสิ่งที่บัญญัติขึ้นเพื่อเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น กฎหมายเป็นผลมาจากวิวัฒนาการในอดีต และได้มีการแก้ไขปรับปรุงมาเรื่อย ๆ

2.2.4 การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

ในการตีความหมายจากความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย เกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่ากฎเกณฑ์ทั้งปวงย่อมมีจุดประสงค์หรือกลไกอย่างเฉพาะเรื่อง ซึ่งในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) มีทฤษฎีที่ใช้กันแพร่หลายอยู่ 2 ทฤษฎี คือ

(1) ทฤษฎี Subjective Theory ทฤษฎีนี้เห็นว่า การตีความกฎหมายจะต้องค้นหาวัตถุประสงค์ของผู้บัญญัติกฎหมายในการบัญญัติกฎหมายนั้น ๆ ขึ้นมา โดยพิเคราะห์ว่าผู้ร่างบัญญัติกฎหมายดังกล่าวด้วยวัตถุประสงค์อะไร เพื่อที่จะตีความถ้อยคำในบทบัญญัติให้สอดคล้องตามวัตถุประสงค์นั้น ๆ

(2) ทฤษฎี Objective Theory ทฤษฎีนี้ถือว่า การตีความต้องมุ่งค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นเอง ในฐานะที่เป็นอิสระต่างหากจากความมุ่งหมายของผู้บัญญัติกฎหมาย โดยเห็นว่า เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายแล้ว กฎหมายนั้นย่อมหลุดพ้นจากกระบวนการนิติบัญญัติ และมีความหมายเป็นเอกเทศขึ้นมาต่างหาก การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ในการตีความตามวิธีนี้

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความเป็นอย่างดี ซึ่งนอกจากจะต้องค้นหาคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว อาจจำเป็นต้องคำนึงถึง “คุณค่า” (Wert) ของการกระทำด้วย[25]

2.3 การกำหนดความผิดทางอาญา

กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นความผิดและกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายอาญา คือ กฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด หรือบังคับให้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต้องรับโทษ[26] ดังนั้น ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบประมวลกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ในทางนิติบัญญัติ และตุลาการ การลงโทษผู้กระทำผิดอาญาจากการกระทำความผิดอาญาต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักสากลที่ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” (No Punishment without law/ ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย) ตัวอย่างปรากฏใน บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The Basic Law of the Federal Republic of Germany/ Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland) มาตรา 103 (2) และประมวลกฎหมายกฎหมายอาญาเยอรมนี (German Criminal Code/ Strafgesetzbuch) มาตรา 1 ซึ่งวางหลักว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญา ต่อเมื่อกระทำการ อันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและบัญญัติโทษไว้สำหรับความผิดนั้น[27]” หลักดังกล่าวนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่ง

---

[25] *เพิ่งอ้าง*, น. 77.

[26] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น. 1.

[27] Art. 103 (2) GG และ § 1 StGB (Keine Strafe ohne Gesetz) An act can be punished only if it was a punishable offense by law before the act was committed. [Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.]

ราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 และบทบัญญัติมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย การลงโทษแก่ผู้กระทำผิด จักต้องเป็นโทษ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น[28]

การศึกษามาตรการบังคับทางอาญาที่อยู่บนฐานของหลักนิติธรรม จำเป็นต้องทำความเข้าใจมิติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ มิติทางนิติบัญญัติ มิติของการใช้อำนาจตุลาการ มิติของการบังคับโทษ และมิติของการบริหารกระบวนการยุติธรรม เพื่อนักกฎหมายจะได้เห็นภาพรวมทั้งหมด

โดยทั่วไปแล้วฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจกำหนด “ความผิดอาญา” ว่าการกระทำลักษณะใดเป็นความผิดอาญาบ้างและมีมาตรการบังคับอย่างไร ประกาศบังคับใช้กับประชาชนในรัฐนั้น ๆ โดยเนื้อหาของกฎหมายจะกำหนดกรอบหรือขอบเขตของการลงโทษ เนื้อหาในส่วนบัญญัติส่วนใหญ่จะถูกกำหนดโดยผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติซึ่งเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจรัฐ

การออกแบบกฎหมาย (Law Design) หรือการจัดรูปแบบกฎหมาย (Form of Law) ต้องออกแบบให้นำไปสู่การนำไปใช้เพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา ที่ต้องการคุ้มครองสังคมและการส่งเสริมการมีชีวิตที่ดีงามของคนในสังคม ต้องให้ความสำคัญกับระบบ (system) ของกระบวนการทางกฎหมายที่ต้องสอดคล้องกับนิติวิธี ตลอดทั้งทฤษฎีทางกฎหมาย และสภาพสังคมนั้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพของการนำไปใช้ได้จริงในสังคม มีผลต่อพฤติกรรมของคนในสังคม โดยเฉพาะกลุ่มเป้าหมาย เมื่อใช้กฎหมายแล้ว จะก่อให้เกิดปฏิกิริยาทางสังคมที่สำคัญอย่างไร บทบาทของภาคนิติบัญญัติสามารถออกแบบกฎหมายหรือแก้ไขกฎหมาย เพื่อให้ได้กฎหมายที่เหมาะสมกับสังคมนั้น ๆ นำไปสู่การจัดการในเชิงการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมที่ดีให้กับคนที่กระทำผิดในสังคม

กล่าวอีกนัยหนึ่ง มิติทางนิติบัญญัตินั้นต้องทำงานโดยคำนึงถึงพฤติกรรมของคนในสังคมนั้น ๆ บริบทของสังคม การออกแบบกฎหมาย โดยจะต้องดูตัวชี้วัดจากความสัมพันธ์ของกฎหมายกับพฤติกรรมของคนในสังคม หรือความสัมพันธ์ของหลักวิชาทางกฎหมายกับข้อมูลที่ได้เชิงประจักษ์ในสังคมนั้น ๆ

---

[28] มาตรา 29 “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลา ที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ใน กฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้..”

การกำหนด “ความผิดอาญา” มีความสำคัญมาก เพราะมีผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ การกำหนดความผิดอาญาจึงต้องใช้เฉพาะกับการกระทำที่เป็นอาชญากรรมเท่านั้น และ “เท่าที่จำเป็น” กล่าวคือ ถ้ากำหนดความผิดอาญาเกินความจำเป็น ก็จะมีผลกระทบต่อปัจเจกบุคคล หลักนิติธรรม[29] ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กระบวนการยุติธรรม สังคม ซึ่งจะก่อผลกระทบเสียหายมาก

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือสาธารณรัฐฝรั่งเศส นอกจากจะมีการจำแนกความผิดอาญาตามลำดับความหนักเบาของความผิดแล้ว ความผิดบางอย่างไม่ได้เป็นความผิดอาญาที่แท้จริง ก็จะถูกแยกออกจากความผิดอาญา กำหนดเป็นความผิดในลักษณะใหม่ เช่น การละเมิดสาธารณะ (Public Tort) ความผิดในทางปกครอง (Administrative Misdemeanors) เป็นต้น

มิติทางนิติบัญญัติจึงมี “หลักการลดทอนการใช้มาตรการทางอาญา” (Decriminalization) เป็นหลักการที่ใช้ลดการนำเอามาตรการทางอาญามาใช้ในเรื่องที่ไม่จำเป็นหรือการลดทอนความเป็นอาชญากรรมลงในการกระทำที่ถูกบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาไว้ที่เกินสมควร (Over criminalization) โดยใช้มาตรการอื่น ๆ แทนในการระงับคดีนอกระบบยุติธรรมตามปกติ เช่น มาตรการทางปกครอง มาตรการโทษปรับทางปกครองมาแทนมาตรการบังคับทางอาญา[30]

ในเรื่องของภาพรวมของการใช้มาตรการบังคับทางอาญานั้น ประเทศไทยยังมีนโยบายมุ่งเน้นการลงโทษจำคุกอยู่ สังเกตได้จากในประมวลกฎหมายอาญากว่าร้อยละ 90 ของการกระทำผิดต่าง ๆ มาตรการบังคับที่กำหนดไว้คือ ต้องระวางโทษจำคุกเป็นหลัก บทบัญญัติทางกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจลงโทษชนิดอื่น ๆ แทนได้มีน้อยมาก ที่บัญญัติไว้บางเรื่องก็มีอุปสรรคในการบังคับใช้ ในกระบวนการยุติธรรมเมื่อเริ่มคดี จุดจบสุดท้ายปลายทางของผู้กระทำผิดอาญาก็คือ โทษ

---

[29] คณะกรรมการนิติศาสตร์สากล, “สิทธิมนุษยชนกับหลักนิติธรรม ในความหลากหลายทางวัฒนธรรม,” เอกสารเผยแพร่ การสัมมนา ณ โรงแรมดุสิตธานี เมื่อวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2554, น.4.

[30] จิรวุฒิ ลิปิพันธ์, “การลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติด,” (วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2562), น. 13-15.

จำคุก ต้องไปสู่เรือนจำเป็นส่วนใหญ่ กรณีการบัญญัติความผิดทางอาญาและมาตรการบังคับจึงเป็นปัจจัยสำคัญอันหนึ่งของสาเหตุในการเกิดภาวะผู้ต้องขังล้นเรือนจำ (Over Crowding) ในประเทศไทย[31]

ในประเทศญี่ปุ่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหราชอาณาจักร ต่างพยายามเลี่ยงหรือลดการใช้โทษจำคุก เพราะมีผลเสียมากกว่าผลดีต่อตัวผู้กระทำความผิด และรัฐต้องรับภาระค่าใช้จ่ายสูง กอปรกับยังให้ผลร้ายต่อสังคมมากถ้าไม่สามารถแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้

กล่าวโดยสรุป มิติทางนิติบัญญัติในการกำหนดความผิดอาญาและการใช้มาตรการบังคับเป็นจุดเริ่มต้นของการกำหนดความผิดในทางอาญา อันมีผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของคนในสังคม และความสงบเรียบร้อยของสังคม จะต้องกำหนดภายใต้กรอบของหลักนิติธรรม หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น การฝ่าฝืนหลักข้อใดข้อหนึ่งย่อมขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญและก่อผลเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร[32]

แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา

2.3.1 หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญา

เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Hebert L. Packer) ในหนังสือเรื่อง The limits of the Criminal Sanction[33] ได้ให้หลักการไว้ 6 ประการ ในการพิจารณาว่าการกระทำนั้นควรเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ดังนี้[34]

(1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

---

[31] ธานี วรภัทร์, วิกฤตราชทัณฑ์วิกฤตกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554).

[32] จิรวุฒิ ลิปิพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น. 16.

[33] Herbert L. Packer, The Limits of the Criminal Saction, (California : Standford University Press, 1986), p.296 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม พริ้นติ้ง, 2551), น. 4.

[34] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.4-7.

(2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ

(3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือการถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาจะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

(4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

(5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

จะเห็นได้ว่า สำหรับความผิดอาญาที่ร้ายแรงต่าง ๆ เช่น การฆ่าคนตาย ชิงทรัพย์ ได้ผ่านหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ประการของแพ็กเกอร์ทั้งสิ้น แต่สำหรับการกระทำที่ผิดศีลธรรมแท้ ๆ หรือเรียกว่า Moral Offenses เช่น การทำชู้ ร่วมเพศวิตถาร โสเภณี การทำแท้งโดยมีเงื่อนไข นั้นน่าจะต้องพิเคราะห์ว่าได้ผ่านหลักเกณฑ์ดังกล่าวทุกข้อหรือไม่ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้ จะช่วยแก้ปัญหาการเกิด กฎหมายอาญาเฟ้อ (Over criminalization) ขึ้นได้ เพราะหากรัฐมุ่งแต่จะควบคุมความประพฤติของสมาชิกในสังคมโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือโดยไม่พิจารณาถึงประสิทธิภาพและความสามารถของกลไกของรัฐที่จะใช้บังคับกฎหมายอาญาแล้ว กฎหมายจะไร้ความหมาย ขาดความศักดิ์สิทธิ์ และเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีโอกาสแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองจากกฎหมายเหล่านี้ หรือหากมีการใช้บังคับกฎหมายซึ่งมิได้ มีการใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ผู้ถูกใช้บังคับก็จะเกิดปฏิกิริยาเพราะถือว่าถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับใช้กฎหมายและประชาชนเสื่อมเสียไป[35]

2.3.2 แนวคิด ทฤษฎีทางอาชญากรรม

"อาชญากรรม" (Crime) โดยทั่วไปเป็นที่รู้จักกันดีว่า หมายถึง การกระทำที่ผิดกฎหมาย ก่อให้เกิดความสูญเสียทั้งชีวิตและทรัพย์สิน เป็นเรื่องที่ร้ายแรงและเป็นสิ่งที่ทุกคนไม่ต้องการเข้าไป

---

[35] *เพิ่งอ้าง*, น.7.

เกี่ยวข้อง โดย ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria) ได้กล่าวว่า “ขนาดของอาชญากรรม คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม” (The true measure of crimes is… the harm done to society) ดังนั้น หากอาชญากรสร้างความเสียหายมาก ก็ควรจะถูกลงโทษหนักตรงกันข้ามหากอาชญากรสร้างความเสียหายไม่มาก ก็ควรลงโทษเบา ซึ่งหากยึดตามทฤษฎีดังกล่าว ก็จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (principle of proportionality)[36] แต่อย่างไรก็ตาม โดยแท้จริงแล้วในการให้คำจำกัดความของอาชญากรรมนั้น จะไม่มีความหมายแน่นอนตายตัว เนื่องจากการให้ความหมายนั้นขึ้นอยู่กับผู้ให้ความหมายเป็นผู้เกี่ยวข้องกับแนวความคิดของศาสตร์แขนงใด[37] รวมถึงในแต่ละสังคมจะมีค่านิยมในการจัดจำแนกระดับความรุนแรงที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมที่แตกต่างกันออกไป อาทิเช่น กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษ เกิดจากวัฒนธรรม จารีตประเพณี และคำพิพากษาของศาล เป็นต้น

คำว่า "อาชญากรรม" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 หมายถึง การกระทำความผิดทางอาญา ซึ่งในภาษาอังกฤษใช้คำว่า Crime โดยมีรากศัพท์มาจากภาษาละตินที่แปลว่า การกล่าวหาหรือการกระทำความผิดโดยบุคคลหนึ่งต่อบุคคลอื่น

เซลลิน (Sellin)[38] กล่าวว่า "อาชญากรรม" คือ การกระทำของบุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในกลุ่มชนหนึ่ง อันมวลสมาชิกอื่นของกลุ่มชนชั้นนั้นเห็นว่าเป็นอันตราย และฝ่ายืนกฎที่กลุ่มชนยอมรับจำต้องรวมกำลังเข้าระงับหรือเพิกถอนสิทธิของบุคคลที่ฝ่าฝืนนั้นเสีย

ซัทเธอร์แลนด์[39] (Sutherland) กล่าวว่า พฤติกรรมใดเป็นอาชญากรรมหรือไม่ควรเอาความเสียหายทางสังคมเป็นเกณฑ์ในการตัดสินแทนที่ใช้เกณฑ์กฎหมายดังที่เขาได้กล่าวว่า "การกระทำผิดกฎหมายจะเป็นอาชญากรรมมิใช้ว่าจะต้องรับโทษ แต่ควรเป็นพฤติกรรมนั้นจะถูกลงโทษมากกว่า"

เจเรมี เบนธัม[40] (Jeremy Bentham) กล่าว อาชญากรรม (Crime) เป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา โดยมีกฎหมายห้ามไว้ซึ่งเป็นผลร้ายมากกว่าผลดี

---

[36] ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 62-63.

[37] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 34.

[38] นวลจันทร์ ทัศนชัยกุล, อาชญากรรม (การป้องกัน : การควบคุม), (กรุงเทพมหานคร : คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตร์, 2540), น. 35.

[39] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 35.

ความเห็นของ รองศาสตราจารย์อัจฉรียา ชูตินันทน์[41] เห็นว่า อาชญากรรมนั้น ควรเป็นการกระทำความเป็นอาญาที่มีความเป็นอาชญากรรมมาก กล่าวคือ การกระทำที่จะเรียกว่าเป็น "อาชญากรรม" นั้น ต้องเป็นความผิดอาญาที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนาและการกระทำความผิดนั้นต้องมีลักษณะร้ายแรงเป็นอันตรายต่อสังคมส่วนรวม

ความเห็นของ ศาสตราจารย์นวลจันทร์ ทัศนชัยกุล[42] เห็นว่า ในแนวคิดปัจจุบันอาชญากรรมควรมีองค์ประกอบที่แยกได้เป็นข้อ ๆ ดังนี้

(1) มีการกระทำความผิดโดยเจตนา

(2) ความผิดนั้นมีลักษณะร้ายแรง มีอันตรายต่อสังคมโดยทั่วไปเป็นที่ยอมรับของสังคมและกฎหมายต้องเข้ามาดำเนินการกับการกระทำอันนั้นด้วย

(3) การกระทำที่เป็นอาชญากรรมย่อมได้รับโทษจากสมาชิกของสังคม และกฎหมายบ้านเมืองอย่างเป็นทางการมีวิธีการขั้นตอนการปฏิบัติดำเนินคดี

อาชญากรรมตามความหมายของกฎหมาย[43] หมายถึง ความประพฤติที่กฎหมายอาญาห้ามและมีบทกำหนดโทษไว้ ดังนั้น เมื่อเกิดอาชญากรรมหรือมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นจะต้องมีการจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ที่ทำหน้าที่รักษากฎหมาย โดยจะดำเนินการผ่านขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมต่าง ๆ จนกระทั่งศาลมีคำพิพากษาตัดสินลงโทษ ดังความในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ที่บัญญัติว่า "บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย"

---

[40] *เพิ่งอ้าง*.

[41] *เพิ่งอ้าง*, น.40.

[42] นวลจันทร์ ทัศนชัยกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 37*, น. 35-36.

[43] สหวัฒน์ ธนาจุฬาวงษ์, “การกำหนดโทษในคดียาเสพติด : ศึกษาความผิดฐานผลิต,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2559), น. 7.

อาชญากรรมตามความหมายทางสังคม[44] อาชญากรรมเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์สำหรับสังคม แต่อาชญากรรมก็มีบทบาทกับสังคม กล่าวคือ เป็นเครื่องกำหนดชนชั้นของสังคมและเมื่อสังคมมีอาชญากรรมก็จำเป็นต้องมีอาชญากร คือ ผู้กระกอบอาชญากรรม และผลของการมีอาชญากรจึงก่อให้เกิดสถาบันต่าง ๆ ทางสังคมขึ้น เพราะอาชญากรมิใช่เป็นแต่ผู้ประกอบอาชญากรรมเท่านั้น แต่เป็นผู้สร้างให้มีกฎหมายอาญา และกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

นักอาชญาวิทยาที่ใช้แนวทางการศึกษาแบบสังคมวิทยานั้น จะให้ความสนใจในการศึกษาสาเหตุของอาชญากรรมและพฤติกรรมของอาชญากรรม นอกจากนั้นยังให้ความสนใจต่อการให้ความหมายของอาชญากรรมตามนัยทางสังคม ได้แก่[45]

ทอร์สเตน เซลสิน (Thorsten sellin) ได้ให้ความหมายของอาชญากรรมว่าเป็นพฤติกรรมที่ละเมิดบรรทัดฐานความประพฤติ มิใช่ละเมิดกฎหมาย บรรทัดฐานความประพฤตินี้จะพบได้ในทุกสังคมอย่างเป็นสากล ซึ่งไม่เป็นบรรทัดฐานที่สร้างขึ้นมาเพื่อกลุ่มหรือสังคมใดสังคมหนึ่ง และไม่อยู่ในขอบเขตทางการเมือง และไม่จำเป็นต้องปรากฏอยู่ในกฎหมาย

วิลเลม อาเดรยน บอนเกอร์ (Willem Adriaan Bonger) ได้ให้ความหมายของอาชญากรรมว่า อาชญากรรมเป็นพฤติกรรมต่อต้านสังคม อาชญากรรมเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในกลุ่มของบุคคลที่รวมกันเป็นสังคม และเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคนโดยส่วนรวม หรือผู้มีอำนาจในสังคม อันเป็นผลให้ผู้ประกอบอาชญากรรมต้องถูกลงโทษโดยกลุ่ม หรือโดยเครื่องมือลงทัณฑ์ซึ่งมีความรุนแรงมากกว่ามาตราการณ์ทางศีลธรรม

อาชญากรรมตามความหมายทางศาสนา[46] ศาสนาทุกศาสนาย่อมที่จะจุดมุ่งหมายเดียวกันในการสอนให้คนทุกคนทำแต่กรรมดี และเว้นการกระทำในสิ่งที่ผิด เพื่อให้คนอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุข และจากความเชื่อในคำสอนของศาสนานี้ก็จะเป็นผลให้ผู้คนรู้จักความรับผิดชอบในพฤติกรรมของตนเอง รู้ว่าอะไรควรทำ อะไรไม่ควรทำ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอาชญากรรมกับศาสนามีความเกี่ยวพันธ์กัน

---

[44] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 41.

[45] ประธาน วัฒนวาณิชย์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2546), น. 9.

[46] *เพิ่งอ้าง*, น. 13-14.

อย่างใกล้ชิด ในสังคมดั้งเดิมซึ่งไม่มีกฎหมายให้คนในสังคมประพฤติตาม ศาสนาทุกศาสนาจะอบรมสั่งสอนให้คนในศาสนามีความละอายใจ และเกรงกลัวต่อบาป กลัวต่อการทำชั่ว สอนให้คนมีเมตตากรุณา มีจริยธรรม ศีลธรรม ไม่คิดที่จะเบียดเบียนผู้อื่น ซึ่งจะเห็นได้ชัดในหลักคำสอนของพุทธศาสนา อันได้แก่ ศีล 5 จะเห็นได้จากการประกอบอาชญากรรมมักจะเกิดจากการกระทำผิดศีลห้าข้อใดข้อหนึ่ง อาทิเช่น การลักทรัพย์ การปล้นทรัพย์ การฆ่าคนตาย เป็นต้น ซึ่งการประกอบอาชญากรรมดังกล่าวล้วนเกิดจากการผิดศีล 5 ทั้งสิ้น จึงจัดได้ว่าเป็นข้อห้ามของทางพุทธศาสนา ในการที่จะระงับ การกระที่สร้างความเดือดร้อนให้แก่ตนเองและผู้อื่นซึ่งก็หมายถึง การระงับอาชญากรรมนั้นเอง

จึงสรุปได้ว่า[47] การกระทำความผิดที่เป็นการละเมิดกฎหมายอาญาโดยทั่ว ๆ ไป และขัดต่อศีลธรรมของสังคมนั้น เรียกว่า "อาชญากรรม" แต่ไม่หมายความรวมถึง ความผิดลหุโทษ และไม่รวมถึงความผิดของเด็กและเยาวชนที่ถือว่าเป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบน (Delinquency) เท่านั้น เนื่องจากการที่ผู้กระทำความผิดเล็กน้อยต้องตกเป็นอาชญากร อาจเกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมขึ้นได้ ประกอบความรู้สึกของผู้กระทำผิดที่ต้องตกเป็นอาชญากรย่อมนำมาซึ่งรอยมลทินแก่ตนเอง ซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียอื่น ๆ ติดตามมาภายหลัง อย่างไรก็ดีอาชญากรรมในอดีตอาจจะไม่เป็นอาชญากรรมในปัจจุบัน หรืออาชญากรรมในประเทศหนึ่ง อาจจะไม่เป็นอาชญากรรมในอีกประเทศหนึ่งก็ได้ ทั้งนี้จะต้องนำลักษณะบรรทัดฐานของอาชญากรรม (Crime Norms)[48] หรือการกระทำที่กฎหมายอาญาบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ซึ่งปรากฏอยู่ในขณะนั้นมาเป็นเครื่องวินิจฉัยว่าเป็นเกณฑ์ปกติของความประพฤติที่สังคมยอมรับได้หรือไม่ ซึ่งเกณฑ์ปกติของความประพฤตินี้ย่อมสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามความเจริญเติบโตของสังคมและค่านิยมในทางสังคมซึ่งชนชั้นปกครองยอมรับ ดังนั้น บรรทัดฐานของอาชญากรรมจึงไม่มีกรอบที่คงที่ตลอดไป[49]

---

[47] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 55-56.

[48] Norms คือ บรรทัดฐานที่สังคมกำหนดกฎเกณฑ์ให้สมาชิกในสังคมปฏิบัติตาม

[49] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 56.

2.4 หลักการ แนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดโทษทางอาญา

2.4.1 หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย[50] ถือว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา ในภาษาละตินเรียกหลักประกันในกฎหมายอาญาว่า "nullum crimen, nulla poena sine lege" ซึ่งหลักกฎหมายอาญา (Maxim) นี้ถือว่าเป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ซึ่งแต่เดิมหลักนี้พัฒนามาจากแนวคิดทางการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจรัฐ หลักประกันในกฎหมายอาญานี้ได้รับการพัฒนาหลังจาก "หลักนิติรัฐ" ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมนี ซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งหลักนิติรัฐในการปกครองประเทศถือกฎหมายเป็นใหญ่ ต่อมานักกฎหมายอาญาเยอรมัน คือ Anselm von Feuerbach จึงได้กำหนดเรื่อง "หลักประกันในกฎหมายอาญา" โดยอธิบายถึงเนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญาว่ามีหลักสำคัญ 3 ประการ ดังนี้ ประการแรก การลงโทษต้องมีกฎหมาย ประการที่สอง การลงโทษต้องขึ้นกับการมีอยู่ของการกระทำ และประการที่สาม โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ดังนั้น "หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย" จึงเป็นหลักประกันที่สำคัญในกฎหมายอาญาของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ที่ยืนยันว่า รัฐจะลงโทษบุคคลโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะกระทำความผิดนั้นไม่ได้

ในส่วนกฎหมายภายในประเทศไทยหลักการนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 ความสำคัญของหลักการนี้สอดคล้องกับหลักเสรีนิยมประชาธิปไตย กล่าวคือ หากไม่มีกฎหมายห้ามไว้ รัฐจะลงโทษผู้กระทำการใดที่แปลกใหม่ไม่ได้[51]

---

[50] *เพิ่งอ้าง*, น. 217.

[51] ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.62-63.

2.4.2 หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด

แนวคิดเรื่องหลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด[52] มีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการดังนี้

(1) ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่า การพิจารณาบทลงโทษผู้กระทำความผิดควรจะได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรม กล่าวคือ การกำหนดบทลงโทษนั้นต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะของความผิด (Equal punishment for the same crime) คือ การลงโทษต้องไม่มากจนมีลักษณะโหดร้ายทารุณหรือไม่น้อยเกินไปจนทำให้ผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ผลประโยชน์จากการกระทำความผิดหรือประกอบอาชญากรรมนั้น ทฤษฎีนี้ถือว่ามนุษย์ทุกคนมีเจตจำนงอิสระ (Free Will) และมนุษย์มีอิสระในการเลือกกระทำสิ่งใด ๆ ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์[53] เช่นเดียวกันกับการประกอบอาชญากรรม เมื่อมนุษย์เห็นว่าการกระทำความผิดนั้นทำให้เกิดความพอใจและตัดสินใจเลือกกระทำความผิดนั้น มนุษย์ย่อมต้องยอมรับผลร้ายที่จะต้องเกิดขึ้นด้วย

ดังนั้น ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ (Free Will Theory) จึงเป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดสนับสนุนหลักการกำหนดโทษทางอาญาที่ต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วน คือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดหรือกับความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

(2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Theory)

ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Theory)เป็นแนวคิดจริยธรรมทางสังคมของนักปรัชญาชาวอังกฤษ คือ เจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เป็นทั้งนักกฎหมายและนักปฏิรูปสังคมคนสำคัญที่ได้รับการยกย่องในฐานะเป็นผู้ก่อตั้งทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Theory) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่า การออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติโดยคำนึงมวลความสุขของคนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นสำคัญ คือ ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐ อย่างไรก็ดี ทฤษฎีนี้เชื่อ

---

[52] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 218-221.

[53] Jesse Omoregie, Freewill: The Degree of Freedom Within, (Author-House UK, 2015), p. 3-21 อ้างถึงใน อัจฉรียา ชูตินันทน์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 219.

ว่า มีกฎธรรมชาติ 2 ประการ ประการหนึ่งคือ ความพึงพอใจ (Pleasure) และอีกประการหนึ่งคือ ความเจ็บปวด (Pain) กฎธรรมชาตินี้จะเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์เสมอ[54] ดังนั้น ก่อนที่มนุษย์จะตัดสินใจทำสิ่งใดก็ต้องนำกฎธรรมชาติ 2 ประการ มาชั่งน้ำหนักก่อนเสมอ สำหรับการประกอบอาชญากรรมก็เช่นเดียวกัน หากบุคคลนั้นชั่งน้ำหนักแล้ว ผลของการกระทำความผิดที่จะได้รับจะทำให้บุคคลนั้นเกิดความพึงพอใจมากกว่าการถูกลงโทษ บุคคลนั้นก็เลือกที่จะกระทำความผิดหรือประกอบอาชญากรรมนั้น ทฤษฎีนี้จึงยึดถือ "ความสุขของคนในสังคม" เป็นเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินว่าอะไรถูกต้องเหมาะสม เพราะความถูกต้องเหมาะสมของการกระทำมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความสุขของคนส่วนใหญ่

ดังนั้น ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Theory) จึงนำเรื่องความสุขหรือความพึงพอใจ (Pleasure) และความทุกข์หรือความเจ็บปวด (Pain) มาใช้เป็นเกณฑ์ในการออกกฎหมายของรัฐว่าจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน และเป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดสนับสนุนหลักการกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะความผิดหรือความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

(3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) เป็นแนวคิดของซีซาร์ เบ็ดคาเรีย (Cesare Beccaria) และเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) เป็นผู้คิดค้นทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ในศตวรรษที่ 18 โดยทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการ ประการแรก เพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำและประการที่สอง เพื่อข่มขู่ไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่าง ในการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วน มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรมโดยการลงโทษถือว่าเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็นเพื่อข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิดให้ผู้อื่นเกิดความกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่างและเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษในปัจจุบัน

---

[54] Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Moral and Legislation, (Oxford : Clarendon Press, 1907), p. 1-3. อ้างถึงใน อัจฉรียา ชูตินันทน์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 220.

ดังนั้น ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory) ก็เป็นอีกทฤษฎีหนึ่งที่มีแนวคิดสนับสนุนหลักการกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะของความผิดหรือความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

2.4.3 หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด

หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด[55] (Individualization of Punishment) มีแนวคิดว่าการลงโทษต้องให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ไม่ใช่ลงโทษโดยทัดเทียมกันตามลักษณะของการกระทำความผิดนั้น เนื่องจากหลักการลงโทษนี้ ต้องพิจารณาถึงความเป็นจริงที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีความสามารถรู้ผิดชอบไม่เท่าเทียมกัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่ว ๆ ไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้ทัดเทียมกับบุคคลอื่นอาทิเช่น เด็ก เยาวชน คนวิกลจริต เป็นต้น บุคคลเหล่านี้จึงควรได้รับการลดโทษหรือยกเว้นโทษ จะเห็นได้ว่าแนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง[56] แนวคิดเรื่องหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการดังนี้[57]

(1) แนวคิดเจตจำนงประสงค์ (Determinism)

แนวคิดเจตจำนงประสงค์ เป็นแนวคิดนิตินิยมและมักจะถูกนำมาเปรียบเทียบว่าเป็นแนวคิดที่ตรงกันข้ามกับแนวคิดเจตจำนงอิสระ (Free Wil) ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่า การกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดโดยใช้เกณฑ์เดียวกันโดยไม่มีข้อยกเว้นไม่มีความเหมาะสมและเป็นธรรม เนื่องจากมนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของสิ่งแวดล้อมภายนอกจึงทำให้มนุษย์ขาดเจตจำนงอิสระ ในการตัดสินใจเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้อย่างเสรี มนุษย์จึงไม่ควรรับผิดชอบในการกระทำของตนเองทั้งหมด สังคมและสิ่งแวดล้อมซึ่งมีส่วนให้บุคคลนั้นกระทำความผิดจึงต้องเข้ามามีส่วนรับผิดชอบแก้ไขด้วยจะเห็นได้ว่า แนวคิดเจตจำนงประสงค์ให้ความสำคัญกับปัจจัยภายนอกที่เป็นส่วนสำคัญใน

---

[55] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 221.

[56] Richard Langdon Franklin, Freewill and Determinism: A Study of Rival Conceptions of Man, (Routedge & K. Paul, 2018), p. 12-55. อ้างถึงใน อัจฉรียา ชูตินันทน์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 222.

[57] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 222-223.

การผลักดันให้มนุษย์ต้องตัดสินใจกระทำความผิด ดังนั้น ในการกำหนดโทษของบุคคล สังคมและสิ่งแวดล้อมจึงต้องมีส่วนรับผิดชอบด้วย

(2) ทฤษฎีความชั่ว (nulla poena sine culpa)

ทฤษฎีความชั่วเป็นทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดหลักกฎหมายอาญา ที่เรียกว่า "หลักไม่มีโทษโดยไม่มีความชั่ว" หลักกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้ในภาษาละตินเรียกว่า "nulla poena sine culpa"และเป็นหลักกฎหมายอาญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศออสเตรีย โดยหลักกฎหมายอาญานี้ถือว่า "ความชั่ว" เป็นพื้นฐานในการลงโทษ อนึ่ง ศาสตราจารย์ดร. หยุด แสงอุทัย ถือว่าเป็นนักนิติศาสตร์ไทยคนแรกที่กล่าวถึงเรื่องความชั่วในกฎหมายอาญาว่า เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษทำให้การกระทำไม่เป็นการชั่วร้ายนั้นเพราะว่า ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดลงโดยถูกบังคับขู่เข็ญ หรือได้กระทำโดยความจำเป็น หรือได้กระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงานโดยเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ดี "หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว" ประมวลกฎหมายของไทยแม้จะไม่ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่ว ซึ่งพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทยเรา คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 56 บัญญัติว่า "ถ้าเด็กอายุไม่ถึงเจ็ดขวบกระทำความผิด ท่านว่ามันยังมิรู้ผิดและชอบอย่าให้ลงอาญาแก่มันเลย" สำหรับ "ความไม่รู้ผิดและชอบ" ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันได้กล่าวถึงไว้เช่นเดียวกันโดยเรียกว่า" ความผิดชอบ" ซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญของ "ความชั่ว" หรือ "ความชั่วร้าย" อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรา ปัจจุบันแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของความชั่วดังปรากฏในมาตรา 73 และมาตรา 74 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาที่อายุขณะกระทำความผิดตามกฎหมาย เพราะเป็นเด็กหรือเยาวชน และบทบัญญัติมาตรา 65 ยังเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความสามารถในการทำชั่วโดยพิจารณาที่ความสมบูรณ์ของจิตใจในขณะกระทำความผิดด้วย โดยกฎหมายจะไม่ลงโทษผู้วิกลจริตเพราะเป็นบุคคลที่ปราศจากความชั่ว และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 75 มาตรา 76 และมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา แสดงให้เห็นข้อจำกัดของความรู้ผิดชอบของผู้กระทำความผิดในขณะ

กระทำเนื่องจากเป็นผู้เยาว์อายุยังน้อยยังไม่เป็นผู้ใหญ่หรือคนวิกลจริตที่ไม่มีความสมบูรณ์ทางจิตใจแต่ก็ยังรู้ผิดชอบอยู่บ้าง กฎหมายจึงลดโทษให้เพราะในการลงโทษบุคคลจะเกินกว่าความรู้ผิดชอบของบุคคลนั้นไม่ได้

ดังนั้น ทฤษฎีความชั่วจึงมีหลักการและแนวคิดในการนำความรู้สึกผิดชอบของผู้กระทำในขณะกระทำความผิดมาพิจารณาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of Punishment)[58]

2.4.4 หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด

หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด[59] (Individualization) คือ จะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาถึงความจริงที่ว่า มนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรได้รับการลงโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวความคิดนี้จะมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง หาได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่นไม่ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีและกลับคืนสู่สังคมได้[60] เพราะการลงโทษโดยการทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้นในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตัวดีขึ้นได้ การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดมีแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำผิดนั้น ย่อมมาจากบุคลิกลักษณะอุปนิสัยของผู้กระทำความผิด และพฤติการณ์ภายนอก อาทิเช่น สิ่งแวดล้อมรอบตัวผู้กระทำความผิดซึ่งอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคล การที่จะกระทำความผิด ฉะนั้นบุคคลจึงต้องปรับบุคลิกลักษณะของตนให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมอยู่เสมอ เพราะบุคลิกลักษณะกับสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันอยู่ตลอดเวลา แต่บุคคลแต่ละคนย่อมไม่สามารถปรับตนให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมหรือสภาวการณ์ต่าง ๆ ได้เหมือนกัน เพราะบุคคลแต่ละ

---

[58] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 224-225.

[59] *เพิ่งอ้าง*, น.234-235.

[60] Raymond Saleilles, The Individualization of Punishment, 1968, p. 177-179. อ้างถึงใน อัจฉรียา ชูตินันทน์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 234

คนต่างมีบุคลิกลักษณะหรือส่วนที่ประกอบเข้าเป็นบุคลิกลักษณะที่แตกต่างกันไป ดังนั้น แบบแห่งการประพฤติของบุคคลย่อมมีลักษณะแตกต่างกันไปด้วยซึ่งอาจเป็นไปในทิศทางที่เข้ากับสังคมหรืออาจเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม นักจิตวิทยาจึงเชื่อว่า ลักษณะของความประพฤติอันเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมมีปรากฏอยู่ในตัวบุคคลทุกคนซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนมีความเอนเอียงไปในทางประกอบอาชญากรรมด้วยกันทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี สิ่งแวดล้อมก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคลในการกระทำความผิด โดยสิ่งแวดล้อมจะเป็นตัวกระตุ้นการตัดสินใจของบุคคลให้กระทำความผิด ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีความคิดที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ก็ตาม โดยหลักความเป็นจริงแล้วมนุษย์ก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและต้องปฏิบัติตัวให้ถูกต้องตามกฎหมายแต่ในการตัดสินใจของบุคคลเพื่อกระทำการใดนั้นก็ย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง อาทิเช่น สังคม เศรษฐกิจ จิตวิทยา วิทยาศาสตร์ เป็นต้น และบุคคลจะตัดสินใจอย่างไรก็ย่อมขึ้นอยู่กับพื้นฐานทางจิตใจของแต่ละบุคคลซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละบุคคล โดยสิ่งแวดล้อมเป็นปัจจัยหนึ่งที่มากระตุ้นให้คนกระทำความผิด ดังนั้น การกระทำความผิดของบุคคลจึงมีสิ่งแวดล้อมเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น บุคคลที่พักอาศัยอยู่ในชุมชนแออัดมักพบเห็นการกระทำความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์อยู่เป็นประจำจนเกิดความเคยชิน ทำให้เกิดการเลียนแบบอาชญากรขึ้นโดยได้ลงมือกระทำความผิดเช่นนั้นบ้าง เป็นต้น ประกอบกับอิสระและเสรีภาพเป็นสิ่งที่สำคัญและมีอยู่ในการกระทำของบุคคล ฉะนั้น บุคคลจะกระทำความผิดหรือไม่จึงขึ้นอยู่กับการเลือกตัดสินใจของตนเองเป็นสำคัญ

2.5 วัตถุประสงค์ของการลงโทษ

การลงโทษ (Punitive)[61] หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ที่ต้องรับโทษ ซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงโทษนั้น เป็นเสมือนเครื่องมือของการตัดสินของสาธารณะซึ่งประกอบด้วยประเด็นสำคัญ คือ การลงโทษ ได้แก่วิธีการที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดหรือการทรมานซึ่งเป็นผลจากการตัดสินโดยค่านิยมบางอย่างของสังคม นอกจากนี้มี

[61] อัจฉรียา ชูตินันทน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 216.

นักวิชาการหลายท่านเสนอความคิดว่า การลงโทษเป็นการกระทำตามสัญชาตญาณการแก้แค้น โดยเป็นกระบวนการที่ยุ่งยากซับซ้อน อาชญากรรมบางประเภทและกระทำบางชนิดถูกมองว่าผิด และทำให้สังคมเสียสมดุล ทำให้เสียผลประโยชน์ของบุคคลหรือสมาชิก ปฏิกิริยาการลงโทษต่าง ๆ จึงเป็นส่วนในการทำลายความสมดุลที่เกิดขึ้น ดังนั้นการลงโทษอาจเป็นเพียงหนึ่งในปฏิกิริยาต่าง ๆ อย่างต่อการฝืนกฎหมาย

ในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น นักทัณฑวิทยาได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษผู้กระทำความผิดว่ามี 5 ประการดังนี้ คือ[62]

2.5.1 เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retribution)

การแก้แค้นทดแทน เป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษดั้งเดิมที่เกิดขึ้นในสมัยที่ยังไม่มีระบบรัฐทันสมัย กล่าวคือ ในสมัยโบราณ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผู้เสียหายหรือญาติของผู้เสียหายมักจะใช้วิธีแก้แค้นเพื่อตอบแทนกับฝ่ายตรงข้ามโดยถือหลักว่า เมื่อบุคคลใดกระทำความผิด หรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนย่อมต้องได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้นอย่างสาสมโดยใช้หลัก "ตาต่อตา ฟันต่อฟัน" หรืออาจเรียกว่า "an eye for an eye, a tooth for a tooth" ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีนี้เป็นการแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำความผิดโดยไม่มีข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์แน่นอน ขึ้นอยู่กับความพอใจเมื่อมีการกระทำผิดเกิดขึ้น ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือญาติพี่น้องของเหยื่อจะใช้วิธีการตอบแทนโดยการแก้แค้น ซึ่งปรากฏว่าการลงโทษนั้นค่อนข้างรุนแรงและเกินขอบเขต มีความทารุณโหดร้ายปราศจากมนุษยธรรม แต่โดยแท้จริงแล้วกฎเกณฑ์นี้เป็นที่มาของแหล่งความได้สัดส่วน (proportionality principle) ที่ยังปรากฏอยู่ในหลักปัจจุบัน และทำให้การแก้แค้นไม่เกินไปกว่าความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ[63]

ต่อมา เมื่อมนุษย์ได้รู้จักการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มชุมชน หรือสังคมย่อย ๆ จึงได้มีการมอบอำนาจในการลงโทษให้แก่ผู้นำหรือหัวหน้ากลุ่มและในเวลาต่อมาเมื่อมนุษย์มีความเจริญทาง

---

[62] *เพิ่งอ้าง*, น. 225-231.

[63] ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 189.

วัฒนธรรมและสติปัญญา จึงเกิดระเบียบแบบแผนรวมทั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ และกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่สมาชิกของสังคม

อนึ่ง ในปัจจุบัน การลงโทษโดยถือหลักการแก้แค้นตอบแทนได้วิวัฒนาการไปตามแนวความคิดทางอาชญาวิทยาสมัยใหม่ คือ หลีกเลี่ยงเลิกใช้วิธีการทารุณทรมานร่างกาย จึงใช้โทษจำคุกแทนมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะความหนักเบาแห่งการกระทำผิด แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าสังคมปัจจุบันยังคงมีแรงกระตุ้นเตือนในการแก้แค้นผู้กระทำความผิด ซึ่งการมีบทลงโทษต่าง ๆ เป็นการเปิดโอกาสให้แก่ชุมชนได้แก้แค้นผู้กระทำความผิดโดยผ่านทางกฎหมาย กฎหมายจึงเปรียบเสมือนเครื่องมือเพื่อการลงโทษแทน หรืออาจจะกล่าวได้ว่า “การแก้แค้นที่ยอมรับได้ คือ การแก้แค้นในกระบวนการยุติธรรม”[64]

2.5.2 เพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด (deterrence)

การข่มขู่ ยับยั้ง เป็นวัตถุประสงค์การลงโทษเพื่อสร้างประโยชน์แก่สังคม[65] กล่าวคือ ในการลงโทษผู้กระทำความผิด มีวัตถุประสงค์ที่น่าจะเห็นได้ชัด คือเพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของผู้นั้น และเพื่อให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งวัตถุประสงค์นี้เรียกว่า "การยับยั้งโดยทั่ว ๆ ไป" (general deterrence) อาทิ การนำโทษประหารชีวิตมาใช้นั้น เชื่อว่า วิธีประหารชีวิตเป็นการยับยั้งผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม โดย เซอร์เจมส์ สตีเฟ่น กล่าวไว้ว่า ไม่มีบทลงโทษอื่นใดที่จะมีผลยับยั้งบุคคลมิให้กระทำความผิดทางอาญาเท่ากับโทษประหารชีวิต นอกจากนี้ยังมีวิธีการลงโทษประเภทต่าง ๆ อีก อาทิเช่น การใช้ชื่อ การเฆี่ยน การจำคุก การให้นักโทษทำงานหนัก เป็นต้น การลงโทษด้วยวิธีการต่าง ๆ เหล่านี้ เกี่ยวเนื่องกับหลักธรรมชาติที่ว่า มนุษย์ปรารถนาที่จะได้รับความสุขสบายและหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมาน ฉะนั้น การลงโทษจึงก่อให้เกิดการยับยั้งอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า "การยับยั้งเป็นพิเศษ" (Special deterrence) โดยเป็นการลงโทษเพื่อให้เป็นบทเรียนให้ผู้กระทำผิดรู้สำนึกผิดและเข็ดหลาบไม่คิดกระทำผิดอีกในอนาคต ซึ่งการยับยั้งเป็นพิเศษนี้

---

[64] *เพิ่งอ้าง*, น. 190.

[65] *เพิ่งอ้าง*.

(Special deterrence) เพ่งเล็งเฉพาะตัวผู้กระทำผิดเพื่อให้เกิดความกลัวต่อโทษและไม่กล้ากระทำความผิดอีกในอนาคต

วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ได้มีผู้โต้แย้งว่าการลงโทษไม่เป็นการยับยั้งมนุษย์จากการประกอบอาชญากรรมเสมอไป โดยให้เหตุผลว่า "ถ้ามนุษย์มีอิสระในการที่จะตัดสินใจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวไม่เป็นผลมาจากประสบการณ์ของตนเองแล้ว การลงโทษจะไม่สามารถยับยั้งการประกอบอาชญากรรมได้เลย ในกรณีนี้การลงโทษเป็นแต่เพียงข้อกำหนดไว้อย่างเข้มงวดเท่านั้นเอง" เหตุผลดังกล่าวนี้ อาจจะได้รับการสนับสนุนจากความจริงที่ว่า ปัจจุบันอาชญากรรมยังเกิดขึ้นทุกหัวระแหงและทวีความรุนแรงขึ้นทุกขณะ ดูเสมือนว่าเหล่าอาชญากรมิได้เกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์แต่ประการใด

2.5.3 เพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม (Removal from Society)

กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของการลงโทษโดยวิธีประหารชีวิต จำคุกกักขัง ถือเป็นการตัดบุคคลผู้กระทำผิดออกจากสังคม โดยเฉพาะการลงโทษประหารชีวิต ถือเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอย่างถาวร ส่วนการลงโทษจำคุก กักขัง เป็นการตัดผู้กระทำผิดออกจากสังคมเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้สมาชิกในสังคมปลอดจากอาชญากรรม

อาจจะกล่าวโดยสรุปได้ว่า การลงโทษโดยการตัดผู้กระทำผิดออกไปนั้นก็เพราะ โดยปกติคนทั่ว ๆ ไปจะไม่คบค้าสมาคมกับผู้กระทำความผิดโดยถือว่าผู้กระทำผิดเป็นภัยต่อสังคมและเพื่อเป็นการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรม จึงจำเป็นต้องกำหนดโทษทางอาญาดังกล่าวไว้ด้วย

2.5.4 เพื่อเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction)

กล่าวคือ การลงโทษสมัยโบราณมุ่งแก้แค้น และทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหลาบจำ ดังนั้น วิธีการลงโทษจึงโหดร้ายทารุณ แต่ในปัจจุบัน มนุษย์เห็นความมีคุณค่าของการอยู่ร่วมกันและการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันมากขึ้น โดยคำนึงถึงหลักศีลธรรมและหลักมนุษยธรรมมากยิ่งขึ้น และเป็นที่เห็นพ้องต้องกันได้ว่า การลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีได้ แต่กลับเป็นการเสริมสร้างสันดานหยาบกระด้างยิ่งขึ้น หรือเพิ่มความ

เหี้ยมโหดทารุณกักขพะแก่ผู้กระทำความผิดให้เพิ่มมากยิ่งขึ้นไปอีก ซึ่งเห็นว่าไม่เป็นผลดีต่อคนในชุมชน หรือสังคมแม้แต่น้อย และไม่อาจเป็นหลักประกันว่าจะไม่มีการกระทำความผิดซ้ำเกิดขึ้นอีก

ดังนั้น การแก้ไขผู้กระทำความผิด (Rehabilitation and Correction)[66] จึงเป็นการห้ามปรามมิให้เกิดการประกอบอาชญากรรมจึงเป็นงานที่รัฐบาลจะต้องกระทำเพื่อแก้ไขพื้นฟูหรือเยียวยารักษาผู้กระทำความผิดเปลี่ยนให้เขาเคารพกฎหมายให้ได้

อย่างไรก็ดี ในการใช้โทษจำคุกควบคุมผู้ต้องขัง หรือนักโทษไว้ในเรือนจำนั้น ย่อมเป็นที่คาดได้อยู่แล้วว่า สักวันหนึ่งบุคคลเหล่านั้นก็จะได้รับการปลดปล่อยให้กลับเข้าสู่สังคมอีก จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าถ้าจะให้ผู้กระทำผิดกลับตนเป็นพลเมืองดีของสังคมต่อไป จำเป็นจะต้องใช้วิธีการทั้งพระเดชพระคุณ กล่าวคือ จะลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวย่อมไม่ได้ จะต้องมีวิธีปลอบประโลม หรือหาวิธีการต่าง ๆ เพื่อแก้ไขให้นักโทษกลับตนเป็นพลเมืองดีต่อไปด้วย

ดังนั้น แนวปรัชญาดังกล่าวจึงก่อให้เกิดวิธีการปฏิบัติในรูปแบบต่าง ๆ แก่ผู้ต้องขังหรือนักโทษในเรือนจำที่ต้องจำคุกอยู่ อาทิเช่น การฝึกวิชาชีพ ให้การศึกษา และให้การบำบัดทางการแพทย์และจิตวิทยาโดยกระทำควบคู่กับการลงโทษ ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขพื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีโดยเกิดความสำนึกผิด และพร้อมที่จะกลับไปอยู่ในสังคมและประกอบอาชีพเลี้ยงตนเองได้เมื่อพ้นโทษ

2.5.5 เพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime)

กล่าวคือ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชน หรือสังคมนั้นปลอดจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขพื้นฟูในระหว่างต้องโทษพร้อมทั้งให้การศึกษาฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษแล้วจะได้กลับตนและประกอบอาชีพในทางสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันมิให้อาชญากรรมเกิดขึ้นอีก

---

[66] Harry E. Allen and Others, Crime and Punishment, 1981, p. 376. อ้างถึงใน อัจฉรียา ชูตินันทน์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 229.

มาร์ค แอนเซล (Marc Ancel) เป็นนักอาชญาวิทยาที่มีชื่อเสียงของประเทศฝรั่งเศสได้ให้คำนิยามของ "การป้องกันสังคม" ว่าหมายถึงการปกป้องคุ้มครองสังคมที่เพียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยจำเป็นยิ่งต่อการรณรงค์กับอาชญากรรมโดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรม อย่างไรก็ดีนโยบายในการรักษาความสงบสุขและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมสามารถแบ่งเป็นขั้นตอนดังนี้ คือ

(1) วางแผนในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม

(ก) เร่งรัดเจ้าหน้าที่ป้องกันและปราบปรามโจรผู้ร้าย

(ข) ขอความร่วมมือจากราษฎรอาสาสมัคร

(ค) ควบคุมการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรม

(ง) สอดส่องดูแลการปฏิบัติงานพร้อมทั้งความประพฤติ

(จ) จัดวางสายงานการให้ข่าวกรองที่เชื่อถือได้

(ฉ) ให้มีการประเมินผล

(2) ให้การศึกษาแก่ประชาชนในเรื่องการป้องกันทรัพย์สินและความปลอดภัย

(3) จริยธรรมของผู้ปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรม

(4) การประสานงานของสถาบันที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม

จะเห็นได้ว่า สังคมจะปลอดจากอาชญากรรมได้นั้น จำเป็นต้องกระทำร่วมกันหลายฝ่ายเพื่อให้อาชญากรรมนั้นลดลง ซึ่งแนวทางการป้องกันสังคมจำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดเพื่อให้ผู้กระทำกลับตนเป็นคนดี นอกจากนี้ จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมโดยวางแนวทางปฏิบัติที่จำเป็นจะต้องกระทำ วางระบบการควบคุมการลงโทษ การกำหนดโทษ หรือวางเงื่อนไข ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันสังคม

2.6 วิวัฒนาการของความผิดสมคบในประเทศไทย

หลักกฎหมายความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) เป็นรูปแบบหนึ่งของความผิดที่เรียกว่า ความผิดที่มีลักษณะเริ่มต้น (Inchoate Crime) ซึ่งคำว่า Inchoate แสดงให้เห็นว่า การกระทำความผิดประเภทนี้ เป็นความผิดที่มีลักษณะที่ยังไม่สมบูรณ์ มิได้ก่อให้เกิดภยันตรายกระทบโดยตรงต่อผู้เสียหาย เป็นเพียงบางส่วนหรือบางขั้นตอนในการกระทำ[67] ลักษณะของความผิดฐานสมคบนี้ จึงเป็นความผิดที่ยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด เพียงแต่บุคคลตกลงกันกระทำความผิด ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้วโดยความผิดฐานสมคบได้มีการนำไปใช้บังคับครั้งแรกในประเทศอังกฤษ แต่ในช่วงแรกมิได้บัญญัติความผิดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลในประเทศอังกฤษได้วางหลักความผิดฐานสมคบและพิพากษาต่อ ๆ กันมา โดยอาศัยแนวทางตามคำพิพากษาในคดีก่อนที่เรียกว่า หลัก Precedent จึงถือว่าความผิดฐานสมคบนี้ เป็นหลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีหรือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ซึ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ความผิดฐานสมคบ มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ เป็นหลักความรับผิดอาญาของบุคคลที่ใช้บังคับกับความผิดอาญาในทุกฐานความผิด โดยมีกลุ่มประเทศที่มีใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษและสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ต่อมา ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายประมวล หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) ได้นำความผิดฐานสมคบไปใช้ด้วย แต่ก็มีความแตกต่างกันอยู่บ้าง เพราะความผิดฐานสมคบระบบกฎหมายซีวิลลอว์ มิใช่เป็นเป็นการนำไปใช้แบบหลักความรับผิดอาญาของบุคคลแบบหลักทั่วไปเช่นเดียวกับในประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และฝรั่งเศส รวมถึงประเทศไทยเอง ได้บัญญัติความผิดฐานสมคบเป็นข้อยกเว้นที่ใช้บังคับเฉพาะกับความผิดฐานใดฐานหนึ่งเท่านั้น[68] แต่อย่างไรก็ตามในบางประเทศก็มีการตรากฎหมายบัญญัติ

---

[67] สิทธิชัย เกลี้ยงเกลา, “การยับยั้งกลับใจจากการพยายามกระทำความผิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.7-8.

[68] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, “วิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดฐานสมคบ : ศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 1.

หลักความผิดฐานสมคบใกล้เคียงกับหลักกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ด้วยกล่าวคือ เป็นหลักความรับผิดอาญาของบุคคลแบบหลักทั่วไปด้วย

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เนื่องจากระบบกฎหมายไทย เป็นระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมายหรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ไม่ใช่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ดังนั้นประเทศไทยแม้จะได้มีการนำหลักความผิดฐานสมคบมาใช้บังคับ ทั้งในกฎหมายอาญาและกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานสมคบในประเทศไทย ส่วนใหญ่แล้วไม่ใช่หลักความรับผิดอาญาของบุคคลแบบหลักทั่วไป แต่เป็นข้อยกเว้นที่ใช้บังคับเฉพาะกับความผิดฐานใดฐานหนึ่งเท่านั้น[69]

การศึกษาถึงวิวัฒนาการของความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในประเทศไทย จากหลักฐานที่ปรากฏพบ คำว่า "สมคบ" นั้น ได้มีปรากฏอยู่ในกฎหมายตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง แต่คำดังกล่าวบัญญัติขึ้นเพื่อ เป็นการบังคับใช้ในความหมายธรรมดาทั่วไปเท่านั้น ดังนั้นลักษณะการสมคบกันกระทำความผิดของประเทศไทย ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย[70] กฎหมายไทยจึงได้จัดอยู่ในกลุ่มประเทศสกุลกฎหมายโรมาโน-เยอรมันนิค (Romano Germanic) ซึ่งประเทศไทยได้รับแนวคิดด้านกฎหมายมาจากประเทศเยอรมนี โดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้มีการกำหนดบทนิยามของการ "สมคบ" ไว้ใน มาตรา 6(8)[71] ซึ่งหมายความว่า "สมรู้ด้วยกัน" กล่าวคือ การตกลงกันระหว่างบุคคล โดยมีลักษณะเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง แต่เป็นสัญญาที่มีความประสงค์ที่ผิดกฎหมาย โดยผู้ที่จะมาทำการสมคบกันนั้นต้องมีสองฝ่าย ๆ ละอย่างน้อยหนึ่งคน ซึ่งบุคคลเหล่านี้ได้ทำ

---

[69] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, “การนำหลักสมคบกันกระทำความผิดมาใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตในระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 68.

[70] แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น. 217.

[71] มาตรา 6(8) “ถ้าบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป สมรู้ด้วยกันเพื่อจะกระทำความผิด ท่านว่าคนเหล่านั้นสมคบกัน”

การตกลงเป็นพวกเดียวกัน โดยตั้งใจที่จะกระทำความผิดร่วมกัน และจะเป็นเจ้าของการกระทำนั้นด้วยกันทุกคน[72]

แต่คำนิยามดังกล่าว มิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของบุคคล เป็นเพียงการให้ความหมายของการกระทำอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จึงทำให้ลักษณะของความผิดเกี่ยวกับการสมคบ คงมีเฉพาะบางฐานความผิดที่กฎหมายประสงค์จะลงโทษ ซึ่งในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นี้ บัญญัติไว้เฉพาะบางมาตรา เช่น มาตรา 97, 102, 105, 111 และ 178 ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ. 2500 ได้มีการตราประมวลกฎหมายอาญาใช้บังคับแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127[73] มีการเปลี่ยนแปลงการบัญญัติหลักความผิดฐานสมคบไปบ้าง โดยประมวลกฎหมายอาญาได้ตัดบทนิยามเกี่ยวกับการสมคบกันตามกฎหมายลักษณะอาญาออกไป แล้วนำไปบัญญัติไว้เฉพาะการกระทำเกี่ยวกับการสมคบตามมาตรา 114, 135/2 และ 210 ซึ่งเป็นการใช้หลักความผิดฐานสมคบบางฐานความผิดเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา และมีเพียงความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 เท่านั้น ที่มีขอบเขตการใช้บังคับกับการตกลงกันกระทำความผิดหลายลักษณะ แต่ก็ยังคงมีข้อจำกัดในการบังคับใช้อยู่ เช่น การที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดจะต้องมีผู้สมคบตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป

ดังนั้น ในบทนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึง วิวัฒนาการของความผิดฐานเป็นซ่องโจรในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน (มาตรา 210) ซึ่งเป็นการใช้หลักความผิดฐานสมคบบางฐานความผิดทำนองเดียวกับความผิดฐานเป็นซ่องโจรผู้ร้ายตามมาตรา 178 ของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 โดยมาตรา 210 ดังกล่าว มีวิวัฒนาการทางกฎหมายจากหลักการทางกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติเอาไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

ดังนั้นเพื่อให้ทราบถึงความเป็นมาของความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน จะขอทำการศึกษาความผิดฐานดังกล่าว โดยแบ่งออกเป็น 2 ช่วงเวลา

---

[72] อำมาตย์โท พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช), คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1, (พระนคร : โสภณพิพรรฒธนากร, 2468), น.34.

[73] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 68.

(1) ช่วงเวลาก่อนบังคับใช้ประมวลกฎหมาย

(2) ช่วงเวลาหลังบังคับใช้ประมวลกฎมาย

2.6.1 ช่วงเวลาก่อนบังคับใช้ประมวลกฎหมาย

แนวความของความผิดฐานเป็นซ่องโจรก่อนบังคับใช้ประมวลกฎหมาย หมายถึง ก่อนที่ประเทศไทยจะมีการบัญญัติกฎหมายออกมาในรูปแบบประมวลกฎหมาย ดังนั้นในการศึกษานี้จะขอศึกษาถึง พระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 ซึ่งหลักการกฎหมายดังกล่าว ได้สืบทอดมาเป็นความผิดฐานเป็นซ่องโจร ในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน

(ก) ประวัติความเป็นมาของสมาคมลับอั้งยี่ในประเทศไทย

ประวัติศาสตร์ของประเทศไทยและจีน ชาวจีนเป็นกลุ่มเชื้อชาติที่มีความใกล้ชิดกับสังคมไทยนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ต่างได้มีการติดต่อสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดมาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านการค้า[74] ดังเห็นได้จากร่องรอยของสังคมไทยในอดีต และนอกจากจะมีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยทั่วไปแล้ว ยังมีลักษณะพิเศษจากการที่ชาวจีนได้อพยพมาตั้งรกรากอาศัยอยู่เป็นการถาวร ซึ่งจากกรณีดังกล่าว ได้ส่งผลกระทบต่อชีวิตประจำวันและสภาวการณ์ของสังคมไทยในด้านต่าง ๆ ในเวลาต่อมา[75]

ตั้งแต่สมัยกรุงธนบุรีชาวจีนจำนวนมากอพยพเข้ามาในประเทศไทย ซึ่งบทบาทสำคัญของชาวจีนในช่วงระยะเวลาดังกล่าว คือในทางด้านเศรษฐกิจและเข้ามาตั้งถิ่นฐานอยู่กันมากที่บริเวณลุ่มแม่น้ำเจ้าพระยา[76] ยังมิได้มีการรวมตัวจัดตั้งเป็นสมาคมลับอั้งยี่แต่อย่างใด แต่จากการที่ชาวจีนได้อพยพมาตั้งหลักแหล่งในประเทศไทย จึงได้มีลักษณะสภาพเป็นชนกลุ่มน้อยในประเทศในไทย และเนื่องการเป็นชนกลุ่มน้อย ประกอบกับหลักดั้งเดิมของการรวมกลุ่มของชาวจีนนั้น เกิดจากความผูกพันใน

---

[74] ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล, “สมาคมลับอั้งยี่ในประเทศไทย พ.ศ. 2367 - 2453,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524) น. 29.

[75] สุรจิต พัฒนสาร, “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอั้งยี่ : ซ่องโจรในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), น. 11.

[76] ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 73*, น. 31.

ค่านิยมของการระบบยึดถือ เครือญาติและระบบถือคล้ายเป็นเครือญาติเดียวกัน ซึ่งเมื่ออยู่ในภาวะที่ต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกัน การรวมตัวเป็นสมาคมลับ "อั้งยี่" ก็ได้ถูกนำมาใช้[77]

ในช่วงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ประเทศไทยปรากฏสมาคมลับของชาวจีนที่เรียกว่า "อั้งยี่" โดยคำว่าอั้งยี่ แปลว่า หนังสือแดง การที่ชาวจีนได้รวมกลุ่มกันตั้งเป็นสมาคมลับอั้งยี่นี้ ได้นำแบบอย่างและวิธีการมาจากรูปแบบของสมาคมลับ "เทียนตี้หวย" (ซึ่งแปลว่า ฟ้า ดิน มนุษย์) หรือเรียกกันโดยย่ออีกอย่างหนึ่งตามภาษาจีนฮกเกี้ยนว่า "ซาฮะ" (องค์สาม) โดยเริ่มได้รับการกล่างถึงในเอกสารทางการของประเทศไทยเป็นครั้งแรกในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว (พ.ศ. 2367 - พ.ศ. 2394)[78] โดยเดิมรัฐบาลไทยได้เรียกสมาคมลับว่า "ตั้วเฮีย" จนเมื่อถึงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 จึงได้เปลี่ยนมาเรียกว่า "อั้งยี่"[79]

สำหรับปัจจัยสำคัญที่เป็นสาเหตุของของการเกิดอั้งยี่ในประเทศไทยนั้นกล่าวโดยสรุปทั้งหมดได้ 3 ประการ กล่าวคือ

ประการที่ 1 คือ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ ทรงอธิบายไว้ว่าชาวจีนที่อพยพเข้ามาทำมาหากินในประเทศไทยเวลานั้นจึงได้นำฝิ่นเข้ามาในประเทศไทยด้วย แล้วพาให้คนไทยสูบฝิ่นมากขึ้นพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 3 จึงดำรัสสั่งให้มีการตรวจจับฝิ่นอย่างเข้มงวด เป็นเหตุให้ฝิ่นก็ยิ่งหายาก จึงมีการลักลอบซื้อขายฝิ่นและส่งผลให้ฝิ่นมีราคาสูง การลักลอบค้าฝิ่นตามหัวเมืองชายทะเล ส่งผลให้มีการตั้งสมาคมลับ หรือ "ตั้วเฮีย" เพื่อการค้าฝิ่นขึ้น

ประการที่ 2 ปัญหาความเดือดร้อนของชาวจีนจากการถูกกดขี่ข่มเหง กล่าวคือ ชาวจีนที่อพยพเข้ามาในประเทศไทยในเวลานั้น ส่วนมากมีฐานะยากจนและมิได้เข้ามาอยู่ในระบบไพร่หรือระบบการดูแลของทางรัฐบาลไทยเท่าที่ควร จึงไม่มีมูลนายที่จะคอยให้การคุ้มครองช่วยเหลือในยามเดือดร้อน ดังนั้นเมื่อถูกจีนเจ้าภาษีหรือคนในท้องที่กดขี่ข่มเหง จึงต้องรวมกลุ่มกันเป็นสมาคมเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์และปกป้องภัยให้แก่กลุ่ม

---

[77] สุรจิต พัฒนสาร, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 74*, น. 12.

[78] ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 73*, น. 33.

[79] สมเด็จกรมพระยาดำรงราชานุภาพ, นิทานโบราณคดี, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, 2545), น. 221-222.

ประการที่ 3 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ประเทศไทยได้มีการติดต่อค้าขายกับประเทศจักรวรรดินิยมตะวันตกมากขึ้น เกิดความต้องการแรงงานคนเป็นจำนวนมาก จึงเป็นช่องทางให้ชาวจีนที่มั่งคั่งคิดหาประโยชน์ด้วยการเป็นเถ้าแก่รับชาวจีนที่อพยพเข้ามาใหม่เข้ามาทำงาน เกิดการแก่งแย่งแข่งขันเกลี้ยกล่อมชาวจีนที่เข้ามาใหม่ ตลอดจนมีการแย่งชิงกันหางานให้คนจีนที่ตนรับเข้ามาทำงาน จึงได้มีการตั้งเป็นสมาคมลับอั้งยี่ด้วย

เมื่อเริ่มมีการเกิดสมาคมลับอั้งยี่ขึ้นในประเทศไทยดังที่ได้กล่าวมาแล้ว สมาคับอั้งยี่ได้มีการพัฒนาเป็นสมาคมที่ใหญ่ขึ้นและแพร่หลายมากขึ้น จนเกิดการเปลี่ยนรูปแบบการดำเนินการ เช่น กลายเป็นกลุ่มเพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้มีอำนาจหรือกลุ่มอิทธิพลหรือเป็นกลุ่มที่มุ่งให้สมาชิกกระทำการอันผิดกฎหมาย เช่น ข่มขู่รีดไถจากชาวบ้าน เป็นต้น ทำให้เกิดความเดือดร้อนและความสงบสุขของสังคม และจากความเดือดร้อนวุ่นวายที่เกิดขึ้น ไม่เพียงแต่เป็นผลกระทบมาจากการดำเนินกิจกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของสมาคมลับอั้งยี่เหล่านี้เท่านั้น แต่ยังเกิดจากความขัดแย้งระหว่างสมาคมลับอั้งยี่ด้วย เพราะมีบางสมาคมก่อตั้งขึ้นเนื่องจากเกิดความเดือดร้อนจากการกระทำของสมาคมลับอั้งยี่ก่อน ๆ จึงเกิดการรวมตัวกันเพื่อมุ่งที่จะต่อต้านพวกอั้งยี่โดยตรง

ปัญหาความไม่สงบจากการดำเนินกิจกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของสมาคมลับอั้งยี่และความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างสมาคมลับอั้งยี่ด้วยกัน ทำให้รัฐบาลต้องเริ่มดำเนินการหามาตรการและวางแนวนโยบายในการปราบปรามและควบคุมสมาคมลับอั้งยี่เหล่านี้ เช่น การตั้งนายอำเภอจีน และศาลจีนในหัวเมืองที่มีชาวจีนเข้าไปตั้งหลักแหล่งอยู่กันมาก หรือเกิดวิธีการเลี้ยงอั้งยี่ ทั้งนี้ เพื่อให้ชาวจีนซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยที่อพยพมาอยู่ในประเทศไทย ไม่ได้ถูกข่มเหงจากคนในท้องที่หรือขุนนางในท้องถิ่น และให้ชาวจีนเกิดความรู้สึกว่าได้รับการปกป้องคุ้มครองจากรัฐอย่างเพียงพอ โดยไม่จำเป็นต้องรวมกลุ่มกันตั้งสมาคมลับอั้งยี่หรือไม่จำเป็นต้องพึ่งพาพวกอั้งยี่อีก[80]

แต่อย่างไรก็ตามวิธีการดังกล่าวเหล่านี้ไม่สามารถใช้ได้ผลอย่างจริงจัง สมาคมลับอั้งยี่ยังคงก่อความวุ่นวาย ทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวและความเกิดความไม่สงบสุขในสังคมไทยอยู่เสมอ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2432 ได้เกิดมีการกำเริบของสมาคมลับอั้งยี่ในกรุงเทพฯ ครั้งใหญ่ ทำให้มีคน

---

[80] ปาณิศา พัวเวส, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 30.

บาดเจ็บล้มตายกันจำนวนมาก จนทางการต้องนำกำลังทหารทั้งจากกองทัพบก กองทัพเรือมาปราบปราม[81] จากการที่มาตรการของรัฐโดยวิธีการเลี้ยงอังยี่ไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ รัฐบาลจึงได้ตัดสินใจจะกลับมาใช้วิธีการห้ามตั้ง สมาคมลับอั้งยี่ มีการห้ามมิให้ชาวจีนจัดตั้งรวมกลุ่มกันเป็นสมาคมลับและสอดส่องดูแลสมาคมลับต่าง ๆ อย่างเข้มงวด ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเหตุให้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 ขึ้นเพื่อควบคุมการรวมกลุ่มหรือการตั้งสมาคม ทำให้สมาคมลับอั้งยี่เริ่มเสื่อมลง และได้หมดอำนาจและบทบาทไปในตอนต้นพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 6 ในที่สุด

(ข) แนวความคิดของพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116

สาเหตุถึงการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116[82] นั้นได้มีการกล่าวถึงในพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าว ว่า "ทุกวันนี้มีคนชักชวนตั้งซ่องเป็นหมู่เรียกว่าอั้งยี่ หรือมีชื่อเรียกอย่างอื่นบ้าง แล้วเกิดเหตุทะเลาะวิวาททำให้เกิดการบาดเจ็บล้มตายเป็นอันตรายและเป็นที่หวาดกลัวของประชาชนชน และเมื่อมี ผู้ฟ้องร้อง ผู้กระทำผิดดังกล่าว ก็มีจะมีผู้มาปกป้อง มิให้สามารถนำผู้กระทำผิดได้โดยง่าย ดังนั้นเพื่อมิให้เกิดการเหตุการณ์ทุจริตดังกล่าวขึ้นอีก จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้" จะเห็นได้ว่าสมาคบลับอั้งยี่นั้น ไม่เพียงแต่จะทำให้ประชาชนหวาดกลัวและก่อความไม่สงบสุขในสังคม แต่ได้พัฒนาเป็นกลุ่มอิทธิพลหรือกลุ่มที่คอยรักษาผลประโยชน์ของผู้มีอำนาจ ซึ่งทำให้เกิดเหตุการณ์ทุจริตในระบบราชการ อีกด้วย โดยพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

(1) การกระทำอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 ได้แก่

มาตรา 9 การชุมนุมกันตั้งแต่ 5 คน ขึ้นไป ถือเป็นการชุมนุมที่ผิดกฎหมายในกรณีดังต่อไปนี้

ข้อ 1 เมื่อคนที่ชุมนุม เป็นพวกในหมู่ซ่องที่ตั้งขึ้นโดยผิดกฎหมาย

---

[81] สมเด็จกรมพระยาดำรงราชานุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น. 241-242.

[82] ขุนหลวงพระไกรสี (เปล่ง), กฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติและประกาศซึ่งตั้งขึ้นในรัชกาลของพระบาทสมเด็จ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ผู้ทรงพระคุณธรรมอันประเสริฐ เล่ม 6, (พระนคร : โรงพิมพ์วิชาการ, 2442), น. 348-355.

ข้อ 2 เมื่อความมุ่งหมายของคนที่ชุมนุมกันนั้น เป็นประการหนึ่งประการใดใน3ประการนี้ คือ

ประการที่ 1 เพื่อขัดขวางต่อสู้การทั้งปวงที่ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่กระทำตามกฎหมาย

ประการที่ 2 เพื่อกระทำการทุจริตต่าง ๆ ให้เป็นการเดือดร้อนแก่ราษฎร หรือจะกระทำร้ายอื่น ๆ ซึ่งเป็นข้อละเมิด ที่มีโทษตามกฎหมาย

ประการที่ 3 เพื่อจะทำการใช้อำนาจกดขี่ด้วยกำลังให้คนอื่นเกรงกลัว เกรงแล้วข่มขืนให้คนนั้น ๆ ทำการสิ่งใดซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับให้ทำ หรือข่มขืนคนนั้น ๆ ไม่ให้ทำการสิ่งใดซึ่งกฎหมายอนุญาตให้ทำ

(2) ข้อสันนิษฐานการเป็นหมู่หรือสมาคมผิดกฎหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 ได้แก่

มาตรา 7 หมู่ซ่องใดที่ไม่ได้จัดทะเบียน หรือจัดไว้แล้วภายหลังถูกถอดถอนจากทะเบียนต้องนับว่าเป็นพวกซึ่งตั้งอยู่โดยผิดกฎหมาย

มาตรา 8 ถ้าหมู่ซ่องใดไม่ได้มาขอจดทะเบียนภายใน 1 เดือน นับวันประกาศพระราชบัญญัตินี้ ต้องถือว่าหมู่ซ่องนั้นได้ตั้งอยู่โดยผิดกฎหมาย

มาตรา 10 ถ้าพบธง หรือเครื่องหมายอื่น ๆ หรือ สรรพหนังสือต่าง ๆ ของหมู่ซ่องใด ๆ อยู่กับผู้ใด ก็ต้องถือว่าผู้นั้นเป็นพวกหมู่ซ่องนั้น ๆ จนกว่าจะพิสูจน์ว่าตนไม่ใช่พวกในหมู่ซ่องนั้น ๆ

(3) ความรับผิดตามกฎหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 ได้แก่

มาตรา 13 หากผู้ใดซึ่งเป็นสมาชิกหรือทำการเหมือนเป็นคนอยู่ในพวกของหมู่ซ่องซึ่งได้ตั้งขึ้นโดยผิดกฎหมาย หรือได้ชุมนุมหรือ เกี่ยวข้องกับหมู่ซ่องดังกล่าว หรือออกเงินเรี่ยไรให้หมู่ซ่องหรือช่วยอุดหนุนอย่างอื่น หรือโดยชักชวนขู่เข็ญให้คนเข้าเป็นหมู่ในซ่อง ต้องรับผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้

มาตรา 15 ถ้าผู้ใดในพวกที่เข้าชุมนุมอันผิดกฎหมาย กระทำการใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดกฎหมาย เพื่อให้สำเร็จประโยชน์ของหมู่ซ่อง หรือผู้ใดในพวกที่เข้าชุมนุมรู้ว่า การที่ทำลงนั้นเพื่อให้สำเร็จประโยชน์ดังกล่าว ต้องถือว่าบรรดาบุคคลที่เข้าร่วมชุมนุมนั้นผิดกฎหมายทุกคน

มาตรา 16 บรรดาทรัพย์สินต่าง ๆ ซึ่งมีเหตุเชื่อว่าเป็นของหมู่ซ่อง หรือซึ่งเกี่ยวข้องในทางใดทางหนึ่งกับหมู่ซ่องนั้น เมื่อจับคือค้นได้ ณ ที่ใด ๆ ให้ริบเป็นของแผ่นดินทั้งสิ้น

2.6.2 ช่วงเวลาหลังบังคับใช้ประมวลกฎหมาย

เดิมกฎหมายอาญาของไทยมิได้จัดทำในรูปแบบประมวลกฎหมาย แต่มีลักษณะเป็นกฎหมายแต่ละฉบับ เช่น กฎหมายลักษณะโจร ลักษณะอาญาราษฎร์ พระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ เป็นต้น ทำให้เกิดปัญหาอุปสรรคในการบังคับใช้อย่างมากและเมื่อสภาพสังคมได้มีการเจริญก้าวหน้าอย่างต่อเนื่องประกอบกับมีแนวคิดสมัยใหม่ที่มีอิทธิพลมากขึ้นในประเทศไทย จึงได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอาญาขึ้น เรียกว่า "กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127" ซึ่งถือได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่ฉบับแรกของไทย ที่จัดทำขึ้นตามแบบอย่างของประเทศในภาคพื้นยุโรป[83] โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งกระจัดกระจายอยู่ตามกฎหมายต่าง ๆ และเป็นโอกาสที่ได้ตรวจบทกฎหมายที่มีอยู่ รวมทั้งนำเอาหลักกฎหมายใหม่ ๆ รวมเข้าไว้เป็นหมวดหมู่ในประมวลกฎหมายเล่มเดียว กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นั้นไม่เพียงมีความทันสมัยอย่างมากในอดีต หากแต่ยังคงมีอิทธิพลทางความคิดต่อการปรับใช้ การตีความกฎหมาย ตลอดจนการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาไทย

ทั้งนี้ สาเหตุถึงการบัญญัติความผิดฐานเป็นซ่องโจรผู้ร้ายนั้น อาจจะกล่าวได้ว่าในช่วงก่อนระยะเวลาที่ได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ไม่มีการกำหนดขอบเขตของการเป็นซ่องโจรไว้เป็นอย่างที่แน่นอน หากแต่เป็นการที่บุคคลรวมกันหมู่ เป็นพวก เพื่อความมุ่งหมายที่จะกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตเป็นหลักเกณฑ์การเป็นซ่องโจรไว้ ทั้งในด้านจำนวนบุคคล และวัตถุประสงค์ในการกระทำไว้ เพื่อความแน่นอนในการบังคับใช้ โดยเฉพาะความผิดที่มีลักษณะเป็นการร้ายแรง และโทษหนักเท่านั้น[84] โดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้บัญญัติความผิดฐานเป็นซ่องโจรผู้ร้ายไว้ใน มาตรา 178[85] ในส่วนที่ 5 ว่าด้วยความผิดที่กระทำให้เกิดภยันตราย

---

[83] แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 69*, น. 217.

[84] ปาณิศา พัวเวส, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 70.

[85] มาตรา 178 "ถ้าบุคคลตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปสมคลกันเพื่อจะกระทำความผิดอย่างใดใดที่ว่าไว้ตั้งแต่ส่วนที่ 2 จนถึงส่วนที่ 9 ในภาค 2 แห่งกฎหมายนี้ แลเป็นความผิดอันต้องด้วยลักษณะโทษจำคุกเกินกว่าปีหนึ่งขึ้นไปไซร้ ท่าน

แก่บุคคลและทรัพย์ หมวดที่ 2 ความผิดฐานสมคบกันเป็นอั้งยี่และเป็นซ่องโจรผู้ร้าย ซึ่งเป็นบทบัญญัติหนึ่งที่รัฐได้คงหลักการและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116

หลักเกณฑ์ของความผิดฐานซ่องโจรผู้ร้ายตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มีดังนี้[86]

(1) "สมคบ" หมายถึงว่าบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ตกลงกันจะกระทำความผิด

(2) จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ ก็ต่อเมื่อมีบุคคลตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ซึ่งหมายความถึงบุคคลทั้ง 5 นั้นสามารถทำความผิดตามที่ตกลงกันนั้นได้ ดังนั้น ถ้ามีเด็กอายุไม่เกิน 7 ขวบคนหนึ่งและผู้ใหญ่อีก 4 ไม่ผิดความผิดตามมาตรานี้

(3) ถ้าสมคบกันกระทำความผิดอื่น นอกจากที่กำหนดไว้ในส่วนที่ 2 ถึงส่วนที่ 9 ในกฎหมายลักษณะอาญานี้ ผู้สบคบไม่มีความผิด ทั้งนี้ ความผิดนั้นต้องมีโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

(4) วรรคสอง รับโทษหนักขึ้น เมื่อผู้สมคบได้ตระเตรียมเพื่อปล้นทรัพย์

ความผิดฐานเป็นซ่องโจรผู้ร้ายนี้ ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นี้แม้จะเป็นบทบัญญัติหนึ่งที่รัฐได้คงหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 แต่อย่างไรก็ตาม ก็ได้มีการวางหลักเกณฑ์ทั้งด้านการกระทำและความรับผิดแตกต่างไปจาก พระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 ซึ่งสรุปได้ดังต่อไปนี้

(ก) ด้านการกระทำอันเป็นความผิด

ความผิดฐานเป็นซ่องโจรผู้ร้ายตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่รัดกุมและมีขอบเขตจำกัดกว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 เช่น การเข้าร่วมกันของบุคคล ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้กำหนดขอบเขตการเข้าร่วมไว้ว่าต้องมีลักษณะเป็นการ

ว่ามันมคบกันเป็นซ่องโจรผู้ร้าย มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี แลปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท อีกโสกหนึ่งด้วยกันทุกคน

ถ้าแลมันผู้สมคบกันเช่นว่านี้ ได้ตระเตรียมเพื่อนจะทำการปล้นด้วยไซร้ ท่านว่ามันน้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทอีกโสดหนึ่งด้วยกันทุกคน"

[86] หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายอาญาลักษณะอาญา ร.ศ.127, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น. 307-309.

"สมคบ" และได้กำหนดความผิดไว้เฉพาะความผิดตั้งแต่ส่วนที่ 2 จนถึงส่วนที่ 9 ในภาค 2 ของกฎหมายลักษณะอาญา ทั้งนี้เนื่องจากรัฐต้องการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว เฉพาะในกรณีความผิดที่ร้ายร้ายแรงละมีโทษหนักเท่านั้น ซึ่งต่างกับพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 กล่าวคือ บทบัญญัติของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย อั้งยี่ ร.ศ.116 ที่ได้บัญญัติความผิดเพียงแต่มีการชุมนุมกันประกอบกับเงื่อนไข เช่น เป็นพวกหมู่ซ่องที่ผิดกฎหมาย ก็เป็นความผิดแล้ว

นอกจากนี้ การกระทำที่จะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 ก็ไม่ได้จำกัดขอบเขตในฐานความผิดและอัตราโทษชั้นสูงใด ๆ เลย เนื่องจากองค์กรที่บังใช้กฎหมาย ทั้งกระบวนการยุติธรรมยังไม่ทันสมัย ประกอบกับรัฐในขณะนั้นได้มุ่งต่อผลในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว เพื่อระงับและควบคุมการตั้งหมู่หรือซ่องขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

(ข) ด้านความรับผิด

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 181[87] ก็ยังคงหลักเกณฑ์ความรับผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 ไว้ กล่าวคือ นอกจากบุคคลที่มีพฤติการณ์การกระทำที่เป็นความผิดซ่องโจรผู้ร้าย จะต้องรับผิดเป็นการเฉพาะตัวแล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติให้ต้องรับผิดจากการกระทำของบุคคลอื่นด้วยเช่น บุคคลที่เป็นผู้ร่วมวางแผนกระทำความผิดแต่มิได้อยู่ในเหตุการณ์ที่กระทำและมิได้เป็นผู้ลงมือกระทำความผิด จักต้องรับผิดร่วมกับผู้กระทำด้วยทั้งนี้เป็นการขัดขวางมิให้มีการรวมตัวกันของบุคคลเพื่อกระทำความผิด และ เป็นการป้องปรามการเข้าสนับสนุนต่อพรรคพวกซ่องโจรผู้ร้ายไว้ก่อนที่จะได้มีการกระทำความผิดขึ้นอีกทางหนึ่ง

(ค) ด้านบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐาน

---

[87] มาตรา 181 "ถ้าหากว่าอั้งยี่พวกใด แม้แต่คนเดียวได้กระทำความผิดที่เป็นความมุ่งหมายของอั้งยี่จำพวกนั้นก็ดี บุคคลที่ได้สมคบเข้าซ่องโจรผู้ร้ายแม้แต่คนเดียว ไปกระทำความผิดที่เป็นความประสงค์ของซ่องโจรผู้ร้ายจำพวกนั้นก็ดี ท่านว่ามันผู้พรรคพวกที่ไปด้วยก็ตามหรือที่ได้ประชุมลงเนื้อเห็นด้วยในการที่จะไปกระทำนั้นก็ตาม ตลอดจนบรรดาหัวหน้า ผู้จัดการ แลผู้มีตำแหน่งในอั้งยี่ แลในซ่องโจรผู้ร้ายจำพวกนั้น ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดอันนั้นด้วยกันทุกคน"

ในส่วนของกฎหมายในลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้มีจำนวนน้อยกว่าว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 กล่าวคือ ข้อสันนิษฐานในส่วนการกระทำ มาตรา 179[88] การประชุมร่วมกับอั้งยี่ซ่องโจร และข้อสันนิษฐานในส่วนความรับผิดก็มีใน มาตรา 180[89] การอุดหนุนอั้งยี่ ซ่องโจรและมาตรา 181 การร่วมรับผิดของซ่องโจรผู้ร้ายทั้งนี้ อาจเนื่องจากวิทยาการในด้านต่าง ๆ เช่น การตำรวจหรือ การศาลได้เจริญขึ้นกว่าเดิมมากแล้ว จึงทำให้ความจำเป็นในการที่จะต้องบัญญัติกฎหมายไว้ในรูปข้อสันนิษฐานกว้าง ๆ ไว้ลดน้องลง

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลายาวนานถึง 48 ปี จนถึง พ.ศ.2500 ก็ได้ยกเลิกไป และได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันและใช้บังคับมาตั้งแต่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 เมื่อได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันแทนกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 หลักกฎหมายความผิดฐานสมคบก็ยังคงไม่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของบุคคลเช่นเดิม คงมีการเปลี่ยนแปลงการบัญญัติหลักความผิดฐานสมคบไปบ้าง โดยในประมวลกฎหมายอาญา ได้ตัดบทนิยามเกี่ยวกับการสมคบตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ออกไป แล้วนำไปบัญญัติไว้เฉพาะบางฐานความผิดในภาค 2 ได้แก่ มาตรา 114, 120, 135/2 และ 210 ทั้งนี้ คำว่า "สมคบ" เป็นการกระทำอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐาน

---

[88] มาตรา 179 "ถ้าผู้ใดไปประชุมกับพวกอั้งยี่ก็ดี หรือไปประชุมกับพวกที่สมคบกันเป็นซ่องโจรผู้ร้ายด้วยท่านให้ถือว่ามันเป็นอั้งยี่แลพวกซ่องโจรผู้ร้ายด้วย เว้นไว้แต่มันจะสามารถพิสูจน์ตัวให้เห็นจริงว่า เมื่อไปนั้นมันมิได้รู้ว่าเป็นการประชุมอั้งยี่หรือซ่องโจรผู้ร้าย แลมิได้รู้ว่าเป็นการประชุมอั้งยี่หรือซ่องโจรผู้ร้าย พิสูจน์ได้เช่นนั้น ท่านจึงมิให้เอาโทษแก่มัน"

[89] มาตรา 180 ผู้ใดกระทำการอุดหนุนแก่พวกอั้งยี่ก็ดี แก่พวกที่สมคบกันเป็นช่องโจรผู้ร้ายก็ดี ด้วยประการหนึ่งประการใด ดังกล่าวต่อไปในมาตรานี้คือ

(1) ช่วยหาที่สำนัก และที่ประชุมให้ก็ดี

(2) ช่วยชักชวนคนให้เป็นสมาชิก หรือเป็นพรรคพวกก็ดี

(3) ให้เงิน หรือช่วยอุปการะ ด้วยประการอย่างอื่นก็ดี

(4) ช่วยจำหน่วยทรัพย์ที่พวกซ่องโจรผู้ร้ายได้มาโดยได้กระทำความผิดก็ดี

ท่านว่ามันเป็นผู้กระทำการดังกล่าวนี้มีความผิด ต้องระวางโทษฐานเป็นอั้งยี่ หรือเป็นพวกซ่องที่สมคบกันเป็นโจรผู้ร้ายนั้น

ดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงการกระทำที่ยังไม่ก่อให้เกิดความผิดใด ๆ สำเร็จขึ้นจริง[90] นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญาได้นำความผิดฐานเป็นซ่องโจรผู้ร้ายมาบัญญัติไว้ใน ภาค 2 ลักษณะ 5 ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชนมาตรา 210 ความผิดฐานเป็นซ่องโจรโดยบทบัญญัติดังกล่าวยังคงหลักการเดิมที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงบทบัญญัติดังกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

2.7 สถานะการณ์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาฐานเป็นซ่องโจร

ความผิดฐานเป็นซ่องโจร จากที่ได้กล่าวมาแล้ว ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาภาคที่ 2 ลักษณะ 5 ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของมาตรา 210 ดังนี้

มาตรา 210 "ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าเป็นการสมคบเพื่อกระทำความผิด ที่มีระวางโทษถึงประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท"

2.7.1 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานเป็นซ่องโจร

บทบัญญัติกฎหมายอาญามีคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/legal interest) หรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นพื้นฐานทางความคิดของบทบัญญัติความผิดฐานต่าง ๆ ซึ่งจะแตกต่างกันออกไปในแต่ละฐานความผิด ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนหรือไม่ก็ตาม[91] อาจจะกล่าวได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหมายถึง สิ่งที่กฎหมายไม่ประสงค์ให้บุคคลใดล่วงละเมิด หากมีการฝ่าฝืน ต้องมีการลงโทษ ซึ่ง

---

[90] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 70.

[91] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 129-130.

คุณธรรมทางกฎหมายสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่[92] คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล (Individual rechtsgut) เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองในเรื่องเกี่ยวกับบุคคล เช่น ชีวิต เสรีภาพต่าง ๆ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เกียรติยศ ชื่อเสียง เป็นต้น และคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universal rechtsgut) เช่น ความปลอดภัยของการจราจร ความปลอดภัยของสาธารณะชน ความมั่นคงของประเทศ เป็นต้น

อาชญากรรมเป็นปัญหาสังคมที่ต้องแก้ไขและป้องกัน โดยการคุ้มครองสังคมเป็นภารกิจของกฎหมายอาญาประการหนึ่ง กฎหมายอาญาจึงต้องเป็นไปเพื่อสกัดกั้นการกระทำที่จะเป็นการทำลายความสงบสุขของประชาชน ด้วยการบัญญัติให้การกระทำที่มีลักษณะเป็นการรวมตัวของอาชญากรเป็นการกระทำที่ต้องลงโทษ และเนื่องจากการที่รัฐเห็นว่า การสมคบกันของบุคคลหลายคนเพื่อกระทำความผิด ย่อมนำมาซึ่งความยุ่งยากและอาจเป็นการร้ายแรงใหญ่โตในภายหลัง นอกจากนี้การสมคบดังกล่าว ก็เป็นมูลฐานที่จะก่อให้เกิดการกระทำความผิดตามที่สมคบกันนั้น หรือความผิดอื่น ๆ ได้ต่อไป ฉะนั้นการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับซ่องโจร ที่เป็นความผิดสำเร็จฐานหนึ่งไว้ก่อนในเบื้องต้นก็เพื่อเป็นการตัดไฟแต่ต้นลม[93] คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ จึงมีความประสงค์ที่จะคุ้มครองการกระทำความผิดต่าง ๆ ที่จะกระทบต่อบุคคลโดยส่วนรวมในสังคม จึงทำให้ความผิดดังกล่าวมีฐานะเป็นความผิดต่อบุคคลโดยส่วนรวมหรืออาญาแผ่นดิน โดยที่การกระทำความผิดนี้ รัฐไม่มีนโยบายให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิในการเป็นเงื่อนไขให้อำนาจในการดำเนินคดี ดังนี้ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานเป็นซ่องโจร คือ ความสงบสุขของประชาชน[94]

2.7.2 องค์ประกอบความผิดฐานเป็นซ่องโจร

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานเป็นซ่องโจรต้องครบองค์ประกอบความผิดฐานเป็นซ่องโจร โดยแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน ได้แก่ องค์ประกอบภายนอก และองค์ประกอบภายใน หาก

---

[92] *เพิ่งอ้าง*, น.133-134.

[93] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 572.

[94] *เพิ่งอ้าง*, น. 576.

การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด แต่ผู้กระทำมิได้มีเจตนากระทำความผิด ก็เป็นเรื่องที่ขาดองค์ประกอบภายใน การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดฐานเป็นซ่องโจร หากครบองค์ประกอบภายในของความผิด คือ ผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิด แต่หากการสมคบกันกระทำความผิดนั้นไม่ถึง 5 คน ก็เป็นเรื่องขาดองค์ประกอบภายนอก การสมคบกันกระทำไม่เป็นความผิดฐานเป็นซ่องโจร ในบทนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงความผิดฐานเป็นซ่องโจรโดยสังเขป และจะวิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

(ก) องค์ประกอบภายนอก

สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นอย่างแรกในการพิจารณาว่าการกระทำเป็นความผิดฐานเป็นซ่องโจรหรือไม่ คือ การกระทำนั้นต้องครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานเป็นซ่องโจร ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานเป็นซ่องโจรได้ 2 ส่วน ได้แก่ ผู้กระทำ และการกระทำ

(1) ผู้กระทำ

ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าเป็นใคร ซึ่งอาจจะเป็นเด็กก็ได้ แต่ต้องเป็นผู้ที่สามารถตกลงกับเขาได้[95] กล่าวคือ เป็นผู้ที่มีอายุและสติสัมปชัญญะพอที่จะตกลงกระทำความผิดได้ ดังนั้นจึงไม่หมายความรวมถึง เด็กไม่รู้เดียงสา หรือบุคคลที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือนจนไม่สามารถรู้ผิดชอบได้[96]

(2) การกระทำ

การกระทำ คือ การสมคบกันตั้งแต่ 5 คน ขึ้นไป

สมคบ หมายถึง กรณีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงกันอย่างชัดเจนแล้วว่าจะกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใด[97] เช่น ชาย 6 คน ยืนจับกลุ่มอยู่หน้ารถยนต์คันหนึ่งในเวลาตี 5 ปรึกษากันจะงัดประตูรถ เอาวิทยุและของมีค่าในรถ ทั้ง 6 มีความผิดฐานเป็นซ่องโจร (คำพิพากษาฎีกาที่ 1341/2561)

---

[95] *เพิ่งอ้าง*, น. 577.

[96] หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 109.

[97] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4*, น. 577.

“สมคบ” จึงต่างกับ “คบคิด” เพราะคบคิด คือ การร่วมคิดกับคนอื่น ไม่ถึงกับต้องตกลงกัน[98] ดังนั้น สมคบ คือ การแสดงออกซึ่งความตกลงจะกระทำความผิดร่วมกัน เช่น ประชุมหารือวางแผนที่จะกระทำผิด ไม่ใช่เพียงแต่มาประชุมหารือกันโดยไม่ได้ตกลงอะไรเลย หรือตกลงกันไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2829/2526) เพราะการประชุมหารือร่วมกันและตกลงกันว่าจะกระทำความผิดอะไร เป็นข้อสาระสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรหรือไม่

ความผิดฐานเป็นซ่องโจรเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลของการกระทำความผิดขึ้น กฎหมายจะถือว่าเป็นความผิดสำเร็จทันทีที่ได้มีการสมคบกันกระทำความผิดตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป แม้ความผิดที่ได้ตกลงกันจะไปกระทำนั้น ยังไม่ได้กระทำไปโดยตลอดจนความผิดสำเร็จ หรือความเสียหายยังมิได้เกิดขึ้นก็ตาม และเมื่อผู้สมคบกันกระทำความผิดได้ลงมือกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งในภาคที่ 2 และมีโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ถือว่า เป็นความผิดอีกฐานหนึ่งแยกออกจากความผิดที่สมคบกันเป็นซ่องโจร[99]

(ข) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานเป็นซ่องโจรมี 2 ประการ ดังนี้

(1) เจตนา

ผู้กระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรต้องมีเจตนาธรรมดา ขณะกระทำความผิดที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด กล่าวคือ “เจตนาสมคบกัน” ซึ่งหมายถึง การที่ผู้กระทำรู้จำนวนคน และผู้กระทำต้องการสมคบหรือตกลงกันที่จะกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดที่ได้ตกลงกันแล้วนั้น[100]

(2) มูลเหตุชักจูงใจ

---

[98] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557), น. 12.

[99] ศิริเมขล์ พงษ์ไพจิตรม, “การนำหลักสมคบกันกระทำความผิดมาใช้ในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม : ศึกษาเฉพาะกรณีการแสวงหารายได้และผลประโยชน์จากการค้าประเวณี,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), น. 103.

[100] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.577.

มูลเหตุชักจูงใจ คือ “เพื่อกระทำความผิด” ซึ่งหมายถึง เพื่อกระทำความผิดตามที่ได้ตกลงกันแล้วนั้น[101]

สำหรับ ข้อที่ว่า "ความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งหนึ่งปีขึ้นไป" นั้น ข้อดังกล่าวเป็นข้อที่มีปัญหาอยู่บ้าง กล่าวคือ ถือว่าเป็นองค์ประกอบภายนอกที่ผู้กระทำผิดจะต้องรู้หรือไม่

ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นว่าข้อดังกล่าวนั้น เป็นองค์ประกอบภายนอกที่ผู้กระทำผิดจะต้องรู้จึงจะลงโทษได้ตามมาตรา 59 วรรคสาม[102] ส่วนศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์[103] และศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่าเป็นเจตนาพิเศษ และอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าโดย ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้อธิบายข้อดังกล่าวไว้ว่า ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด แต่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (objektive Bedingung der Strafbarkeit) ฉะนั้น ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น[104] ก็มีความผิดฐานเป็นซ่องโจร

กรณีในวรรคสองเป็นเหตุฉกรรจ์ ซึ่งตามมาตรา 62 วรรคท้ายบัญญัติไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด บุคคลนั้นจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น” ดังนั้นผู้กระทำความผิดจะรับผิดตามวรรคสอง จะต้องรู้ว่าสมคบกันไปกระทำความผิดอะไร เช่น รู้ว่าสมคบกันไปฆ่าคนตาย แต่ไม่จำต้องรู้ว่าการฆ่าคนตายมีอัตราโทษถึงประหารชีวิต[105] และความเห็นศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้อธิบายบทบัญญัติในส่วนนี้ไว้ว่า ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด แต่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น[106] เช่นกัน

---

[101] *เพิ่งอ้าง*.

[102] มาตรา 59 วรรคสาม “...ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้...”

[103] จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2548), น. 1533.

[104] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 577.

[105] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97*, น. 14.

[106] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 578.

2.7.3 ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานเป็นซ่องโจร

ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้เป็นความผิดที่ไม่ถูกนำไปบังคับใช้อย่างกว้างขวาง หากนำไปบังคับใช้ก็จะมักมีปัญหาในการบังคับใช้อยู่บ่อยครั้งและมีข้อจำกัดอยู่มาก เนื่องจากความผิดฐานดังกล่าวเป็นความผิดที่มีมาแต่โบราณ ย่อมไม่สอดคล้องกับสังคมในปัจจุบันที่รูปแบบของการกระทำความผิดได้มีการเปลี่ยนแปลงหรือซับซ้อนมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวส่วนใหญ่จะปรากฏอยู่ในขั้นตอนของพนักงานตำรวจเท่านั้น มากกว่าที่จะหวังผลในทางคดี เช่น ในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานตำรวจมักจะใช้ความผิดดังกล่าว เพื่อเป็นข้อหาในการจับกุมหรือควบคุมตัวบุคคล แม้ว่าข้อเท็จจริงบุคคลผู้ถูกจับนั้น จะไม่มีการกระทำที่จะครบองค์ประกอบของความผิดที่กฎหมายบัญญัติก็ตาม[107] จึงเห็นสมควรปรับปรุงกฎหมายในเรื่องดังกล่าวให้มีเนื้อหาเป็นสากลมากยิ่งขึ้นเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายให้ดียิ่งขึ้น ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานเป็นซ่องโจรโดยสังเขป และจะวิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ มีดังนี้

(1) ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้เป็นกรณีที่กฎหมายยกเอาการกระทำก่อนการพยายามขึ้นเป็นความผิด เมื่อได้มีการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดแล้ว ความผิดนั้นก็จะเป็นความผิดสำเร็จทันที ซึ่งการสมคบนั้นเป็นขั้นตอนการกระทำที่ขาดความชัดเจนอย่างมาก และจากการขาดความชัดเจนของการกระทำดังกล่าว การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องนี้ หากการบังคับใช้โดยขาดความเที่ยงธรรม เช่น พนักงานตำรวจมุ่งเน้นที่บังคับใช้กฎหมายโดยมิได้คำนึงถึงศีลธรรมอันดี จึงอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ โดยเฉพาะในเรื่องของเงื่อนไขในการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจร ซึ่งครอบคลุมถึงบางฐานความผิดที่มิใช่ความผิดอาญาที่มีความร้ายแรง หรืออาจจะกล่าวได้ว่า เป็นความผิดที่ไม่มีความเป็นอาชญากรรมมาก และมิได้มีลักษณะร้ายแรงเป็นอันตรายต่อสังคมส่วนรวมอยู่หลายฐานความผิดด้วนกัน อาทิเช่น มาตรา 206 ในเรื่องของกระทำการเหยียดหยามศาสนา ส่งผลให้อาจเกิดการลงโทษไม่ได้สัดส่วนเหมาะสมกับการกระทำความผิดและผู้กระทำความผิดได้

---

[107] สุรจิต พัฒนสาร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 74*, น. 142.

(2) ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ มีข้อจำกัดในการบังคับใช้เพราะยากที่จะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานเป็นซ่องโจร ในประเด็นที่ต้องมีผู้สมคบตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ซึ่งทำให้ในทางปฏิบัติแล้วการฟ้องคดีฐานเป็นซ่องโจรกลับมิได้กระทำกันอย่างกว้างขวาง เพียงแต่เจ้าพนักงานจะนำไปใช้เป็นมาตรการในการปราบปรามผู้ต้องสงสัยเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเท่านั้น

(3) กฎหมายในประเทศไทยนั้น มิได้มีการบัญญัติในเรื่องของการถอนตัวจากการสมคบกันกระทำความผิดไว้ และการยับยั้งกลับใจในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 82[108] นั้น ไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ได้ เพราะเหตุที่ว่าการยับยั้งหรือกลับใจเป็นการลงมือกระทำความผิดในขั้นที่ผู้กระทำต้องลงมือกระทำความผิดแล้ว (กระทำถึงขั้นพยายามกระทำความผิดแล้ว) ดังนั้นในความผิดฐานเป็นซ่องโจร ซึ่งโดยสภาพของความผิดเป็นความผิดสำเร็จที่ไม่ต้องการผล แต่การพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อการกระทำนั้นยังไม่เป็นผลสำเร็จเท่านั้น ส่วนในด้านการสมคบซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้จิตใจที่บุคคลหนึ่งแสดงออกมา จึงไม่อาจแยกการกระทำใดอันจะใกล้ชิดต่อผลก่อนความผิดสำเร็จได้ จึงไม่อาจมีการพยายามกระทำความผิดได้ หากยังไม่กระทำถึงขั้นพยายามกระทำความผิด ย่อมไม่อาจมีกรณียับยั้งกลับใจได้เลย

(4) เนื่องจากอาชญากรรมในลักษณะเป็นแก๊งหรือองค์กรอาชญากรรม ในปัจจุบันการรวมกลุ่มของบุคคลเพื่อกระทำความผิด ไม่ได้มีการจัดตั้งเป็นองค์กรที่ถาวรหรือเปิดเผยตัวเองอย่างชัดเจนเฉกเช่นในอดีต (สมาคมลับอั้งยี่) แต่จะดำเนินการในลักษณะเป็นการรวมกลุ่มกันชั่วคราว ปกปิดการคงอยู่ และวางแผนรูปแบบในการกระทำที่สลับซับซ้อน เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกดำเนินคดีหรือเพื่อประกอบอาชญากรรมอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น พฤติการณ์ดังกล่าว ย่อมเป็นการยากยิ่งที่บุคคลภายนอกจะสามารถล่วงรู้ถึงพฤติการณ์ดังกล่าว ซึ่งนับว่าเป็นปัญหาอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งโดยเฉพาะเจ้าหนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายชั้นต้น เช่น เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุม เป็นต้น ดังนั้นมาตรา 212[109] จึงนับเป็นปัญหาหนึ่งที่สำคัญและส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐได้ และ

---

[108] มาตรา 82 "ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ"

[109] มาตรา 212 “ผู้ใด

ส่งผลให้ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างแท้จริง และยิ่งไปกว่านั้น เมื่อมีการพิสูจน์ความผิด การพิจารณาของศาลก็มักจะถูกยกฟ้อง ทั้งนี้ เนื่องจากขาดพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดในการกระทำนั่นเอง การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเช่นนี้ จึงเป็นการลงโทษเฉพาะตัวบุคคล ไม่มีการพิสูจน์ความผิดที่โยงใยกันของกลุ่มขบวนการได้

---

(1) จัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่อั้งยี่หรือซ่องโจร

(2) ชักชวนบุคคลให้เข้าเป็นสมาชิกอั้งยี่หรือพรรคพวกซ่องโจร

(3) อุปการะอั้งยี่หรือซ่องโจรโดยให้ทรัพย์หรือโดยประการอื่น หรือ

(4) ช่วยจำหน่ายทรัพย์ที่อั้งยี่หรือซ่องโจรได้มาโดยการกระทำความผิด

ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่หรือซ่องโจร แล้วแต่กรณี”

บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด

ในบทนี้จะกล่าวแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องของความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดตามกฎหมายต่างประเทศ โดยจะได้กล่าวถึงความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ได้แก่ ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา และจะได้กล่าวถึงความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดของประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งประกอบด้วยกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1 ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายอังกฤษ

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) เป็นหลักกฎหมายหนึ่งที่มีรากฐานมาจากประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ ได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อบังคับใช้ครั้งแรกในประเทศอังกฤษ ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 13 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเอาหลักกฎหมายดังกล่าว ไปใช้ในการปรับปรุงแก้ไขกระบวนวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศอังกฤษ ในช่วงเวลานั้นให้เกิดความถูกต้อง[109] และได้มีวิวัฒนาการกลายมาเป็นหลักความรับผิดทางอาญาของบุคคลแบบทั่วไปในเวลาต่อมา

Osborn's Concise Law Dictionary ได้ให้คำจำกัดความของการสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) เอาไว้ดังนี้[110]

---

[109] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 8.

[110] John Burk, Osborn's Concise Law Dictionary, (London: Sweet & Maxwell. 1976), p. 89. อ้างถึงใน ณัฏฐพล เมืองขวา, “การนำหลักสมคบกันกระทำความผิดมาใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามความผิดกลุ่มสถาบัน

"การสมคบกันกระทำความผิด เป็นความตกลงกัน (Agreement) ของบุคคลตั้งแต่สองคนหรือมากกว่านั้น เพื่อกระทำการอันมิไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Act) ไม่ว่าโดยลักษณะของการกระทำจะเป็นความผิดอาญา การละเมิด (Tort) หรือเพื่อกระทำการอันชอบด้วยกฎหมายแต่ใช้วิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful mean) ไม่ว่าจะได้มีการกระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม"

3.1.1 ขอบเขตของความผิดฐานสมคบ

เดิมความผิดฐานสมคบในประเทศอังกฤษเป็นกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ซึ่งความหมายดั้งเดิมเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไป หมายถึง การตกลงกัน (Agreement) เพื่อกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Act) หรือกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Means) ไม่ว่าจะได้มีการกระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม[111] จึงเป็นความสำเร็จทันทีตั้งแต่ได้มีการตกลงหรือมีการกำหนดแผนการร่วมกันระหว่างผู้กระทำผิด โดยไม่ต้องคำนึงว่ามีการกระทำตามที่ได้ตกลงกันตามแผนการหรือไม่ ซึ่งความตกลงกันอาจกระทำในรูปของวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือเพียงแต่เข้าใจกันโดยปริยายระหว่างผู้กระทำความผิดก็ได้[112] แต่อย่างไรก็ตาม ความหมายดั้งเดิมดังกล่าว นิยามความผิดฐานสมคบไว้อย่างหลวม ๆ โดยเฉพาะคำว่า "ไม่ชอบด้วยกฎหมาย" (Unlawful Act) เนื่องจากคำนี้มีขอบเขตที่กว้าง เพราะหมายความรวมถึงการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญาและไม่เป็นความผิดทางอาญา กล่าวคือ มีความรับผิดทางแพ่งหรือการทำละเมิด (Tort) และยังหมายความรวมถึงการกระทำที่ไม่เหมาะสมที่ศาลเห็นว่าควรรับผิดฐานสมคบอีกด้วย เมื่อเกิดความไม่ชัดเจนขึ้นจึงมีการถกเถียงและวิจารณ์ความผิดฐานสมคบกันอย่างกว้างขวาง จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1977 ได้มีการตรากฎหมายบัญญัติความผิดฐานสมคบขึ้น โดยบัญญัติความผิดฐานนี้ไว้ใน มาตรา 1 แห่ง Criminal Law

---

การเงิน : ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับธนาคารพาณิชย์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 16.

[111] J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal law, 7th ed. (London: Butterworth, 1992), p.269. อ้างถึงในพรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, "การนำหลักสมคบกันกระทำความผิดมาใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตในระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 44.

[112] ณัฏฐพล เมืองขวา, "การนำหลักสมคบกันกระทำความผิดมาใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามความผิดกลุ่มสถาบันการเงิน : ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับธนาคารพาณิชย์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น. 44.

Act 1977 โดยมีบทบัญญัติยกเลิกความผิดฐานสมคบแบบคอมมอนลอว์ไว้ตามมาตรา 5 แต่อย่างไรก็ตามในมาตรา 5 แห่งกฎหมายดังกล่าวยังคงได้บัญญัติรับรองให้ความผิดฐานสมคบแบบคอมมอนลอว์บางลักษณะไว้โดยไม่ถูกยกเลิก ซึ่งต่อมาได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 1981 โดยกฎหมาย Criminal Attempts Act 1981 โดยบัญญัติรับรองให้ความผิดฐานสมคบแบบคอมมอนลอว์ไม่ถูกยกเลิกเช่นเดียวกัน และใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน[113] จึงทำให้ประเทศอังกฤษได้มีการแบ่งการสมคบกันกระทำความผิดออกเป็น 2 รูปแบบ คือ

ก. การสมคบกันกระทำความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์

ข. การสมคบกันกระทำความผิดที่ได้บัญญัติขึ้นโดยพระราชบัญญัติ

(ก) การสมคบกันกระทำความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์

ก่อนที่จะมีการตรากฎหมาย Criminal Law Act 1977 ออกบังคับใช้นั้น การสมคบกันกระทำความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์ หากบุคคลใดสมคบกันโดยตกลงที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งใน 5 ลักษณะดังต่อไปนี้ ถือว่าผู้นั้นมีความผิดฐานสมคบ ได้แก่[114]

(1) การกระทำความผิดอาญา

(2) ขัดขวางกระบวนการพิจารณาคดีของศาล (pervert the course of justice) ซึ่งไม่เป็นการกระทำผิดอาญาตามข้อ (1)

(3) การทำละเมิด

(4) หลอกลวงผู้อื่น (to defraud)

(5) กระทำการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (to corrupt public morals) กับการล่วงละเมิดแบบแผนตามประพฤติและการปฏิบัติที่ดีของสาธารณชน (to outrage public decency)

ในเวลาต่อมา ความผิดฐานสมคบแบบคอมมอนลอว์ ได้ถูกยกเลิกไปโดยบทบัญญัติมาตรา 5 (1) แห่ง Criminal Law Act 1977 แต่อย่างไรก็ตามดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น มาตรา 5 (1)

---

[113] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 45.

[114] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 29-30.

มิได้ยกเลิกความผิดฐานสมคบแบบคอมมอนลอว์ ทั้งหมดแต่ยังคงการสมคบกันตามมาตรา 5 (2) และ (3) ให้เป็นความผิดฐานสมคบแบบคอมมอนลอว์ อยู่ ได้แก่[115]

(1) การสมคบกันหลอกลวงผู้อื่น (Conspiracy to Defraud)

(2) การสมคบกันกระทำการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (Conspiracy to corrupt public morals) กับการสมคบกันล่วงละเมิดแบบแผนความประพฤติและการปฏิบัติที่ดีของสาธารณชน (Conspiracy to outrage public decency)

(ข) การสมคบกันกระทำความผิดที่ได้บัญญัติขึ้นโดยพระราชบัญญัติ

ลักษณะของความผิดฐานสมคบที่ได้บัญญัติขึ้นโดยพระราชบัญญัติ (Statutory Conspiracy) ซึ่งหมายถึง การตกลงกระทำความผิดอาญาใด ๆ ที่สามารถลงโทษได้ภายในเขตอำนาจของศาลประเทศอังกฤษ รวมถึงความผิดที่เป็นความผิดเล็กน้อย (Summary Offences) ด้วย[116]

กฎหมาย Criminal Law Act 1977 (ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Criminal Attempts Act 1981) มาตรา 1(1) บัญญัติวางหลักความผิดฐานสมคบไว้ดังนี้

มาตรา 1[117] "ความผิดฐานสมคบ

---

[115] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 29-30.

[116] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 45.

[117] Section 1 The offence of conspiracy

(1) Subject to the following provisions of this Part of this Act, if a person agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued which, if the agreement is carried out in accordance with their intentions, either—

(a) will necessarily amount to or involve the commission of any offence or offences by one or more of the parties to the agreement, or

(b) would do so but for the existence of facts which render the commission of the offence or any of the offences impossible,

he is guilty of conspiracy to commit the offence or offences in question.

ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ ผู้ใดตกลงกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือหลายคน ถ้าการตกลงกันเกิดขึ้นด้วยความตั้งใจของบุคคลที่ทำความตกลงกันเหล่านั้น ให้การกระทำตามที่ตกลงเกิดขึ้นโดย

(1) การกระทำนั้นเป็นสิ่งจำเป็นที่ทำให้เกิดการกระทำความผิด หรือเป็นเงื่อนไขของการกระทำความผิดโดยการกระทำของผู้ที่ร่วมตกลงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือ

(2) จะกระทำการตามที่ตกลงกัน เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำนั้น ทำให้ความผิดตามที่ตกลงกันเป็นไปไม่ได้

ผู้นั้นมีความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน"

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 1(1) มีหลักกฎหมายที่มีความคล้ายคลึงเช่นเดียวกับหลักในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติใน Criminal Law Act 1997 ก็มีส่วนที่แตกต่างไปจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อยู่บ้าง กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของการสบคบกันตามบทบัญญัติมาตรา 1(1) ต้องมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญาเท่านั้น โดยไม่จำต้องคำนึงว่าจะมีการกระทำตามที่ได้ตกลงกันเกิดเป็นผลสำเร็จหรือไม่ นอกจากนี้วัตถุประสงค์ในการสมคบกันกระทำความผิดของประเทศอังกฤษถือ เป็นความผิดสำเร็จทันทีนับแต่ที่ได้มีการตกลงกัน กล่าวคือ ตามบทบัญญัติกฎหมายใหม่ไม่ต้องการผลสำเร็จของความผิดตามที่ตกลงกัน[118] ซึ่งสาระสำคัญของการสมคบกันกระทำความผิด มิได้อยู่ที่การกระทำหรือการพยายามกระทำหรือการก่อวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิด หากอยู่ที่การกำหนดแผนการหรือความตกลงกันระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และการกระทำที่ปรากฏขึ้นสามารถแสดงได้ว่ามีการกระทำร่วมกันโดยได้รับความยินยอมพร้อมใจในวัตถุประสงค์เดียวกัน

3.1.2 องค์ประกอบความรับผิดฐานสมคบ

องค์ประกอบความรับผิดฐานสมคบในกฎหมาย Criminal Law Act 1977 สามารถแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ[119]

---

[118] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 46-47.

[119] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 33-40.

ก. เป็นองค์ประกอบภายนอกของการกระทำที่เป็นความผิดอาญา (Actus Reus) และ

ข. เป็นองค์ประกอบภายในจิตใจหรือเจตนาร้าย (Men Rea)

(ก) องค์ประกอบภายนอก (Actus Reus)

องค์ประกอบภายนอก คือ การตกลงกัน (Agreement) ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อเป็นองค์ประกอบด้านการกระทำของความผิดฐานสมคบ โดยที่กฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษบุคคลเพียงบุคคลนั้นมีเจตนาที่จะกระทำความผิด หากไม่มีการกระทำใดปรากฏออกมา การตกลงกันจึงเป็นองค์ประกอบในลักษณะของการกระทำที่แสดงออกถึงเจตนาที่เกิดขึ้นในใจ อาจแสดงออกมาในลักษณะของการเคลื่อนไหวร่างกาย ถ้อยคำ วาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแสดงสัญญาณอื่น ที่เพียงแต่เข้าใจกันโดยปริยายระหว่างผู้กระทำความผิดก็ได้ ซึ่งอาจเป็นความลับหรือไม่ก็ได้ และการติดต่อกันอาจเป็นการติดต่อโดยตรงหรือผ่านบุคคลที่สามก็ได้[120]

กฎหมายประเทศอังกฤษวางหลักความรับผิดฐานสมคบไว้ว่า "เมื่อผู้สมคบกันมีการตกลงกันที่จะกระทำความผิดแล้ว" ไม่จำเป็นต้องมีการกระทำที่เป็นความผิดหลัก (Substantive Offences) เกิดขึ้นตามที่ได้ตกลงกันก่อน เช่นนี้ผู้สมคบกันก็มีความผิดฐานสมคบทันทีที่มีการตกลงกัน แม้ว่าการสมคบกันนั้นจะอยู่ห่างไกลจากการเกิดผลสำเร็จตามความผิดหลักก็ตาม เนื่องจากการตกลงกันเป็นความผิดอาญาในตัวเองอยู่แล้ว[121]อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการตกลงกันครั้งแรกแล้ว หากผู้ร่วมสมคบคนหนึ่งคนใด ไม่ยกเลิกการตกลงนั้น การตกลงกันก็ยังคงมีอยู่เรื่อยไปและความผิดฐานสมคบก็เป็นความผิดต่อเนื่องกันไปด้วย

หลักกฎหมายความผิดฐานสมคบจะต้องมีผู้ร่วมตกลงกันกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป (Two or more persons) โดยที่ผู้ที่ร่วมตกลงกันนั้น ไม่จำเป็นต้องรู้ว่ามีใครบ้างที่เข้าร่วมด้วย เพียงแค่ทราบว่าผู้ที่ร่วมด้วยมีจำนวนตั้งแต่สองขึ้นไป ก็เพียงพอแล้ว พนักงานอัยการก็สามารถจะฟ้องผู้กระทำความผิดฐานสมคบได้ กรณีดังกล่าวนี้หมายความว่า แม้ไม่ได้ฟ้องผู้สมคบคนอื่นเข้ามาในคดี ก็สามารถลงโทษจำเลยฐานสมคบกันกระทำความผิดได้นั่นเอง

---

[120] *เพิ่งอ้าง*, น. 33-34.

[121] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 48.

(ข) องค์ประกอบภายใน Mens Rea

เป็นองค์ประกอบที่อยู่ภายใต้จิตใตของผู้ที่ร่วมสมคบกัน คือ เจตนาร้ายหรือเป็นเจตนาที่ตกลงกันเพื่อกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกฎหมาย Criminal Law Act 1977 ได้วางหลักองค์ประกอบในส่วนจิตใจไว้ดังนี้[122]

(1) ผู้สมคบมีเจตนาที่จะกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน (Intention to carry out the agreement) หรือมีการแสดงเจตนาที่จะกลายเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่จะก่อให้เกิดความผิดสำเร็จ

(2) ผู้สมคบกันทุกคนจะต้องมีเจตนาหรือรู้ (Intend or Know) การกระทำที่จะก่อให้เกิดเป็นความผิดขึ้น จึงจะมีความผิดฐานสมคบ การที่บุคคลใดมีเจตนาไปช่วยผู้ร่วมสมคบคนอื่นในการกระทำความผิดที่เขาเหล่านั้นสมคบ แม้ว่าบุคคลนั้นจะมีการกระทำเพื่อให้เกิดความผิดเกิดขึ้น แต่หากผู้ร่วมสมคบไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงที่มีการช่วยเหลือนั้น ผู้ที่เข้าช่วยไม่มีความผิดฐานสมคบ เว้นเสียแต่ว่ามีผู้สมคบคนหนึ่ง ๆ ทำการตกลงกับผู้ที่เข้ามาช่วยกระทำความผิด

และในกฎหมาย Criminal Law Act 1977 ได้กำหนดให้การตกลงกันกระทำความผิดอาญาเป็นความผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ซึ่งผู้ที่สมคบกันทุกคนจะต้องรู้และความผิดที่เกิดขึ้นจะต้องเกิดจากเจตนา เพราะหากเป็นความผิดที่เกิดขึ้นจากการประมาทเลินเล่อหรือความผิดที่ไม่ต้องการเจตนาย่อมไม่อาจที่จะเป็นความรับผิดฐานสมคบได้ เนื่องจากผู้สมคบจะต้องมีเจตนาหรือรู้ข้อเท็จจริงของการกระทำที่เป็นความผิดอาญา จึงจะมีการตกลงกระทำความผิดได้ แสดงว่าหากความผิดตามที่ตกลงไม่ต้องการเจตนาก็ไม่เกิดการตกลงขึ้นได้[123]

3.1.3 ข้อต่อสู้ที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดฐานสมคบ (Defence)

(1) ข้อต่อสู้เรื่องอำนาจศาล (Jurisdiction) ว่าศาลมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับความผิดฐานสมคบหรือไม่ ซึ่งเป็นข้อต่อสู้ที่ไม่ได้พิจารณาเนื้อหาของการกระทำความผิดว่ามีการกระทำความผิดจริงหรือไม่แต่อย่างใด เพียงแต่เป็นการนำปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลมาเป็นข้อต่อสู้ในการพิจารณาคดีเท่านั้น

---

[122] *เพิ่งอ้าง*, น. 50.

[123] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 39-40.

(2) สำหรับข้อต่อสู้ที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดฐานสมคบเป็นเรื่องที่เมื่อมีข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นให้การกระทำสมคบกันไม่เป็นความผิด ซึ่งในประเทศอังกฤษมีบัญญัติไว้ได้แก่ การกระทำความผิดตามที่ตกลงกันไว้นั้นเป็นไปไม่ได้ (Impossibility) ตามมาตรา 1(1)b แห่ง Criminal Law Act 1977 (ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Criminal Attempts Act 1981) ที่วางหลักว่า “เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำนั้น ทำให้ความผิดตามที่ตกลงกันเป็นไปไม่ได้ บุคคลนั้นไม่มีความผิดฐานสมคบ และข้อเท็จจริงที่ทำให้การกระทำความผิดเป็นไปไม่ได้ จะต้องเป็นไปไม่ได้อย่างแท้จริงที่กฎหมายรับรองไว้ด้วย” กล่าวคือ ผู้สมคบกันจะต้องมีเจตนาหรือรู้ว่าข้อเท็จจริงตามที่ตกลงกันนั้น ไม่ก่อให้เกิดการกระทำความผิดใด ๆ ขึ้น

(3) ข้อยกเว้นเรื่องความสามารถของบุคคลในมาตรา 2 แห่ง Criminal Law Act 1977 บัญญัติยกเว้นบุคคลบางประเภทที่ไม่ต้องรับผิดฐานสมคบไว้ แม้ว่าบุคคลเหล่านั้นจะร่วมตกลงกับบุคคลอื่น คือ กระทำความผิดซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

(ก) ตามมาตรา 2(1) บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดฐานสมคบที่เป็นเหยื่อหรือผู้เสียหายของการกระทำความผิดที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ไม่ต้องรับผิดฐานสมคบ

(ข) นอกจากนี้กรณีที่ผู้สมคบตกลงกระทำความผิดกับบุคคลอื่นบางประเภท ไม่ต้องรับผิดฐานสมคบซึ่งบุคคลลักษณะดังกล่าว กฎหมายของประเทศอังกฤษบัญญัติไว้ดังนี้

ประเภทแรก คู่สมรส ความผิดฐานสมคบทั้งที่บัญญัติไว้ใน Criminal Law Act 1977 และที่เป็นแบบคอมมอนลอว์ วางหลักว่าสามีภริยาสมคบกันกระทำความผิดไม่ถือว่าคู่สมรสนั้นกระทำความผิดฐานสมคบ เพราะกฎหมายอังกฤษและกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ถือว่า สามีภรรยาเป็นบุคคลคนเดียวกันและมีเจตนาเป็นอย่างเดียวกัน

ประเภทที่สอง เด็กอายุต่ำกว่ากฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดทางอาญา ในกฎหมายอังกฤษการกระทำความผิดของเด็กอายุต่ำกว่าสิบปี กำหนดให้ไม่ต้องรับผิดทางอาญา

ประเภทที่สาม เหยื่อของการกระทำความผิด การสมคบกับเหยื่อของการกระทำความผิดที่กฎหมายประสงค์คุ้มครอง (Intended victim of offence) ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานสมคบ ซึ่งเป็นหลัก

เดียวกันกับการกระทำความผิดฐานสมคบของเหยื่อยที่จะกระทำความผิดในความผิดที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตนตามมาตรา 2(1) แห่ง Criminal Law Act 1977 ดังกล่าวข้างต้น

(4) การล่อให้กระทำความผิด นอกจากข้อต่อสู้ตามที่กฎหมายบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ผู้สมคบอาจยกเรื่องที่ตนถูกล่อให้กระทำความผิดเป็นข้อต่อสู้ได้ เนื่องจากการล่อให้กระทำความผิด (Entrapment) เพื่อเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดโดยเจ้าพนักงานของรัฐเข้ามาตกลงกับผู้กระทำความผิด ต้องถือว่าไม่มีการตกลงกันจึงไม่มีการกระทำความผิดฐานสมคบเกิดขึ้น[124]

3.2 ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

American Jurisprudence ได้ให้คำจัดความของการสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) ไว้ดังนี้

"การสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) คือ การตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำอาชญากรรม (Criminal Act) หรือเพื่อกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Act) หรือเพื่อการอันชอบด้วยกฎหมายโดยวิธีการอันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยการกระทำอาชญากรรม"[125]

3.2.1 ขอบเขตของความผิดฐานสมคบ

ในประเทศสหรัฐอเมริกาการพิจารณาการใดจะเป็นความผิดฐานสมคบหรือไม่ จะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการดังนี้[126]

(1) การตกลงกัน (Agreement) ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป

(2) เจตนาที่จะกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful Act) หรือกระทำการที่ชอบด้วยกฎหมายแต่โดยวิธีการที่ไม่ชอบ (Unlawful Means)

---

[124] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 51-52.

[125] ณัฏฐพล เมืองขวา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 112*, น. 18.

[126] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 53.

จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานสมคบในประเทศสหรัฐอเมริกามีความหมายในทำนองเดียวกันกับความหมายที่ใช้บังคับในประเทศอังกฤษ ซึ่งหมายถึง การคบคิดกัน (Combination) เพื่อกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Unlawful purpose) และการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายนี้จะต้องเป็นการตกลงกันเพื่อกระทำความผิดทางอาญาด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ถ้าวัตถุประสงค์ของการตกลงกัน (The object of the agreement) และวิธีการกระทำเป็นอันชอบด้วยกฎหมาย การสมคบกันนั้นไม่ถือว่าเป็นความผิด เนื่องจากการสมคบกันกระทำความผิด เป็นความผิดเป็นความผิดที่มีลักษณะแห่งการเริ่มต้นความผิด (Inchoate Crime) ก่อนที่จะนำไปสู่ความผิดอื่นต่อไป กล่าวคือ การตกลงกันที่จะกระทำความผิด ถือว่ามีความผิดฐานสมคบ และเมื่อได้กระทำความผิดตามวัตถุประสงค์การตกลงกันนั้น ก็ถือว่ามีความผิดอีกฐานหนึ่ง แยกต่างหากจากความผิดฐานสมคบ แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดฐานสมคบถือเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง (Misdemeanor) แม้ว่าวัตถุประสงค์ของการสมคบกันนั้น จะเป็นความผิดอาญาที่ร้ายแรง (Felony) ก็ตาม[127]

แต่เดิมประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหายแบบคอมมอนลอว์ แต่ต่อมาเมื่อได้มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ความผิดฐานสมคบในแบบคอมมอนลอว์ จึงไม่นำมาใช้บังคับอีกต่อไป โดยปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการสมคบกันกระทำความผิดเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรฐานหรือที่เรียกว่า "Model Penal Code" และกฎหมายอาญา United States Code Annotated (USCA) ซึ่งกฎหมายทั้งสองลักษณะได้วางหลักการสมคบกันกระทำความผิด เพื่อกำหนดขอบเขตของกากระทำที่ถือว่าเป็นความผิดให้ชัดเจน และเพื่อให้ในแต่ละมลรัฐนำหลักกฎหมายนี้ไปเป็นแบบอย่างในการบัญญัติให้เป็นไปในทำนองเดียวกัน ดังนี้

(ก) การสมคบกันกระทำความิดตามหลักกฎหมายใน Model Penal Code

ประมวลกฎหมายอาญามาตรฐาน (Model Penal Code) ได้บัญญัติหลักกฎหมายการเกี่ยวกับการสมคบกันกระทำความผิดในมาตรา 5.03 ว่า

---

[127] ณัฏฐพล เมืองขวา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 112*, น. 18.

มาตรา 5.03[128] การกระทำความผิดฐานสมคบ

(1) ความหมายของการกระทำความผิดฐานสมคบ "บุคคลจะต้องรับผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดกับบุคคลอื่นตั้งแต่สองคนขึ้นไป เมื่อผู้นั้นมีเจตจำนงที่จะส่งเสริมหรืออำนวยความสะดวกในการกระทำความผิด โดย

(ก) ตกลงกันกับบุคคลเหล่านั้นว่า คนหนึ่งคนใดหรือหลายคนที่ตกลงกันนั้นจะกระทำการใด ๆ อันเป็นการก่อให้เกิดความผิดขึ้น หรือจะพยายามหรือยุยงให้มีการกระทำความผิดเช่นว่านั้น หรือ

(ข) ตกลงกันกับบุคคลเหล่านั้นว่าจะช่วยในการวางแผนหรือการกระทำความผิดหรือพยายามยุยงให้มีการกระทำความผิดเช่นว่านั้น."

(ข) การสมคบกันกระทำความผิดตามหลักกฎหมาย 18 USCA

กฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา 18 USCA ได้บัญญัติเกี่ยวกับการสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) ไว้ในมาตรา 371 ว่า[129]

"ถ้าบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป สมคบกันเพื่อกระทำความผิดต่อกฎหมายสหรัฐอเมริกาหรือตัวแทนของบุคคลใด ในลักษณะใด หรือเพื่อวัตถุประสงค์ใด และคนหนึ่งคนใดได้กระทำการใด ๆ ตาม

---

[128] Section 5.03 CRIMINAL CONSPIRACY

(1) Definition of Conspiracy. A person is guilty of conspiracy with another person or persons to commit a crime if with the purpose of promoting or facilitating its commission he:

(a) agrees with such other person or persons that they or one or more of them will engage in conduct that constitutes such crime or an attempt or solicitation to commit such crime; or

(b) agrees to aid such other person or persons in the planning or commission of such crime or of an attempt or solicitation to commit such crime.

[129] Section 371

If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor.

ความมุ่งหมาย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสมคบ แต่ละคนจะถูกปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าวัตถุประสงค์ของการสมคบนั้นเพื่อกระทำความผิดลหุโทษ ผู้สมคบกันนั้นจะต้องรับโทษจำคุกไม่เกินอัตราโทษขั้นสูงที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น"

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ทั้งประมวลกฎหมายอาญามาตรฐาน (Model Penal Code) และกฎหมายอาญา United States Code Annotated เป็นกฎหมายที่ได้วางหลักการสมคบกันกระทำความผิดเพื่อให้แต่ละมลรัฐนำไปเป็นแบบอย่างในการบัญญัติ ในที่นี้ ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งเป็นรัฐหนึ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ได้นำหลักการสมคบกันกระทำความผิดจากกฎหมายทั้งสองลักษณะโดยบัญญัติลงใน ประมวลกฎหมายอาญาแคลิฟอร์เนีย มาตรา 182[130] ซึ่งบัญญัติว่า.

---

[130] Section 182 PC

(a) If two or more persons conspire:

(1) To commit any crime.

(2) Falsely and maliciously to indict another for any crime, or to procure another to be charged or arrested for any crime.

(3) Falsely to move or maintain any suit, action, or proceeding.

(4) To cheat and defraud any person of any property, by any means which are in themselves criminal, or to obtain money or property by false pretenses or by false promises with fraudulent intent not to perform those promises.

(5) To commit any act injurious to the public health, to public morals, or to pervert or obstruct justice, or the due administration of the laws.

(6) To commit any crime against the person of the President or Vice President of the United States, the Governor of any state or territory, any United States justice or judge, or the secretary of any of the executive departments of the United States.

They are punishable as follows:..

(b) Upon a trial for conspiracy, in a case where an overt act is necessary to constitute the offense, the defendant cannot be convicted unless one or more overt acts are expressly alleged in the indictment or information, nor unless one of the acts alleged is proved; but other overt acts not alleged may be given in evidence.

(ก) หากบุคคลสองคนขึ้นไปสมคบกัน :

(1) กระทำความผิดอาญาใด ๆ

(2) กล่าวโทษผู้อื่นในข้อหากระทำความผิดอาญาใด ๆ โดยไม่สุจริตหรือมีเจตนาร้าย หรือก่อให้ผู้อื่นถูกตั้งข้อหาหรือจับกุมในข้อหากระทำความผิดอาญาใด ๆ

(3) ดำเนินการหรือคงไว้ซึ่งการดำเนินคดี การกระทำ หรือการดำเนินการใด ๆ โดยไม่สุจริต

(4) ทุจริตและฉ้อโกงทรัพย์สินใด ๆ ของบุคคลใด ๆ ไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ ที่เข้าข่ายความผิดทางอาญาหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินหรือทรัพย์สินโดยการแสร้งทำโดยไม่สุจริตหรือโดยสัญญาเท็จโดยมีเจตนาฉ้อฉลที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาเหล่านั้น

(5) กระทำการใด ๆ ที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัย ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อบิดเบือนหรือขัดขวางกระบวนการยุติธรรมหรือการบริหารกฎหมายตามสมควร

(6) ในการกระทำความผิดอาญาใด ๆ ต่อประธานาธิบดีหรือรองประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกา ผู้ว่าการรัฐหรือผู้ว่าการเขตแดนใด ๆ ตุลาการหรือผู้พิพากษาของสหรัฐอเมริกาหรือเลขานุการของหน่วยงานบริหารใด ๆ ของสหรัฐอเมริกา

มีบทลงโทษดังต่อไปนี้...

(ข) ในการพิจารณาคดีในความผิดฐานสมคบคิดนั้น ในกรณีที่ความผิดนั้นจำเป็นต้องมีการกระทำโดยชัดแจ้ง จำเลยมิอาจถูกตัดสินลงโทษได้เว้นแต่จะมีการกล่าวหาถึงการกระทำโดยชัดแจ้งดังกล่าวอย่างน้อยหนึ่งการกระทำไว้อย่างชัดเจนในคำฟ้องหรือในข้อมูล หรือเว้นแต่การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่ถูกกล่าวหานั้นจะได้รับการพิสูจน์แล้ว แต่การกระทำโดยชัดแจ้งอื่น ๆ ที่ไม่ถูกกล่าวหาอาจถูกนำมาใช้เป็นหลักฐานได้

นอกจากความผิดของหลักกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้ว พบว่ายังได้มีการนำเอาความผิดฐานสมคบไปใช้กับการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมอีกด้วย อยู่ในกฎหมายที่เรียกว่า RICO หรือ Racketeer influenced and Corrupt Organizations Act. 1970 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีแนวความคิดว่ากิจกรรมต่าง ๆ ของสมาชิกในองค์กรอาชญากรรม ไม่ว่าจะกระทำด้วยเรื่องใด ๆ ให้ถือว่ามี

วัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน คือ เพื่อความเจริญก้าวหน้าขององค์กรอาชญากรรมทั้งสิ้น (to promote the furtherance of the enterprise)

การกระทำความผิดฐานสมคบตามกฎหมาย RICO นี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อบุคคลผู้นั้นตกลงที่จะกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ตามมาตรา 1962[131] ที่บัญญัติว่า

"(a) เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ผู้ใดรับรายได้นั้นโดยตรง หรือโดยอ้อมจากการกระทำมิจฉาชีพ หรือเป็นการเรียกเก็บหนี้ซึ่งบุคคลเช่นว่านั้นมีส่วนร่วมเป็นตัวการตามมาตรา 2 บทที่ 18 ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา และนำรายได้นั้นไปลงทุนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อให้

---

[131] Section 1962 Prohibited activities

(a) It shall be unlawful for any person who has received any income derived, directly or indirectly, from a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt in which such person has participated as a principal within the meaning of section 2, title 18, United States Code, to use or invest, directly or indirectly, any part of such income, or the proceeds of such income, in acquisition of any interest in, or the establishment or operation of, any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce. A purchase of securities on the open market for purposes of investment, and without the intention of controlling or participating in the control of the issuer, or of assisting another to do so, shall not be unlawful under this subsection if the securities of the issuer held by the purchaser, the members of his immediate family, and his or their accomplices in any pattern or racketeering activity or the collection of an unlawful debt after such purchase do not amount in the aggregate to one percent of the outstanding securities of any one class, and do not confer, either in law or in fact, the power to elect one or more directors of the issuer.

(b) It shall be unlawful for any person through a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt to acquire or maintain, directly or indirectly, any interest in or control of any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce.

(c) It shall be unlawful for any person employed by or associated with any enterprise engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce, to conduct or participate, directly or indirectly, in the conduct of such enterprises affairs through a pattern of racketeering activity or collection of unlawful debt.

(d) It shall be unlawful for any person to conspire to violate any of the provisions of subsection (a), (b), or (c) of this section.

เกิดประโยชน์ หรือก่อตั้ง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมในธุรกิจ ที่มีผลกระทบต่อการค้าภายใน หรือการค้าระหว่างประเทศ

(b) เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่บุคคลใดเข้าถือเอากิจการ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐ โดยใช้กิจกรรมมิจฉาชีพ

(c) เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่บุคคลใดถูกจ้าง หรือเข้าในธุรกิจ ซึ่งมีผลกระทบต่อการค้าภายในประเทศหรือต่างประเทศ โดยมีส่วนร่วมหรือกระทำการโดยตรงหรือโดยอ้อม ในกิจการธุรกิจดังกล่าว เพื่อการประกอบกิจกรรมมิจฉาชีพ หรือเพื่อการกู้ยืมเงินที่มิชอบด้วยกฎหมาย

(d) เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่บุคคลใดสมคบกันเพื่อกระทำการตามความในอนุมาตรา (a) (b) หรือ (c) ของมาตรานี้"

ลักษณะความผิดฐานสมคบตามมาตรา 1962 (d) มีความแตกต่างจากหลักกฎหมายอาญาตาม Model Penal Code เพราะมีหลักเกี่ยวกับการสมคบกันประกอบการ (Enterprise Conspiracies) ผู้ซึ่งสมคบตกลงจะเข้าร่วมประกอบการใน "แบบแผนของการประกอบมิจฉาชีพ" ซึ่งเป็นการกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในอนุมาตราต่าง ๆ ที่กำหนดว่าเป็นความผิดตาม RICO ก็ถือว่าเป็นความผิดฐานสมคบแล้ว และหลักการสมคบตาม RICO ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์การกระทำที่เปิดเผยออกมา (Overt Act) เหมือนดั่งความผิดสมคบตามหลักกฎหมายอาญา[132]

3.2.2 องค์ประกอบความรับผิดฐานสมคบ

องค์ประกอบของความรับผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วย

ก. องค์ประกอบภายนอกด้านการกระทำ (Actus Reus)

ข. องค์ประกอบภายใน (Mens Rea)

(ก) องค์ประกอบภายนอก (Actus Reus)

องค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิดฐานสมคบ คือ การตกลงกัน (Agreement) ซึ่งแต่เดิมนักวิชาการบางท่านเห็นว่า ความผิดฐานสมคบเป็นการลงโทษบุคคลที่เจตนา แต่ความเห็น

---

[132] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 55-56.

ดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับ เนื่องจากเมื่อคนสองคนมาตกลงที่จะกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การตกลงกันเลยขั้นตอนในส่วนที่เป็นเจตนาภายในและเป็นการแสดงออกของจิตใจที่เป็นความลับอยู่ภายในให้ปรากฏออกมาแล้ว ดังนั้นการตกลงกันจึงมีลักษณะที่เป็นสาระสำคัญ (Gist, Essence) ของความรับผิดฐานสมคบ แต่ในการตกลงกันโดยในตัวของมันเอง ไม่ใช่การกระทำที่เป็นความผิดฐานสมคบ เนื่องจากการตกลงกันเป็นผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการที่มีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป มาร่วมคบคิดกัน (Resulting Combination) ส่วนความผิดฐานสมคบเป็นผลลัพธ์ของ "การตกลงกัน" ที่บุคคลที่มาสมคบกันมีความเห็นตรงกัน (Meeting of Minds) ที่จะกระการอันมิชอบด้วยกฎหมาย[133]

ซึ่งปัจจุบันเป็นหน้าที่ของโจทก์ ที่จะต้องพิสูจน์ถึงการตกลงกระทำความผิด เพื่อชี้ให้ศาลเห็นว่าได้มีการสมคบกันกระทำความผิดหรือแสดงได้ว่าเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ร่วมกัน โดยนำเอาการกระทำที่ปรากฏขึ้นในภายหลังมาสนับสนุนข้อกล่าวหาของตน เพื่ออธิบายว่าการกระทำเกิดขึ้นมาจากการตกลงร่วมกัน ดังนั้นในการพิสูจน์การตกลงกระทำการอันมีวัตถุประสงค์ที่มิชอบด้วยกฎหมาย ผู้สมคบต้องมีความเข้าใจระหว่างผู้สมคบคนอื่นในเรื่องที่จะกระทำด้วย การที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป กระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายอยู่ในกิจการเดียวกัน โดยที่รู้ว่ามีอีกคนหนึ่งได้ร่วมทำงานนั้นอยู่ด้วย แม้ว่าจะยังมิได้มีการตกลงกันถึงวิธีการที่จะทำให้เป็นความผิดสำเร็จตามวัตถุประสงค์ที่มิชอบด้วยกฎหมายก็ตาม พอที่จะอนุโลมได้ว่ามีการตกลงกันระหว่างบุคคลแล้ว และไม่จำเป็นที่ผู้สมคบทุกคนจะต้องอยู่ร่วมในทุกขั้นตอนของการตกลง หรือไม่จำเป็นจะต้องมีการแสดงเจตนาเห็นพ้องต้องกันในขณะนั้นต่อหน้าผู้สมคบคนอื่น ๆ แต่อย่างใด

การตกลงจะต้องเป็นการตกลงที่จะกระทำความผิดกันอย่างจริงจัง หากเป็นเพียงแค่การแสดงความคิดเห็นหรือยังอยู่ในระหว่างการถกเถียงกัน เช่นนี้ไม่อาจจะถือได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการตกลงกัน หรือส่วนของการรู้ (Knowledge) การนิ่งเฉย (Acquiescence) หรือการยินยอมในการกระทำ (Approval of the Act) โดยที่ยังมิได้ให้ความร่วมมือหรือยังมิได้มีการตกลงที่จะร่วมมือไม่อาจถือได้ว่าเป็นการตกลง รวมทั้งการตกลงอาจเกิดขึ้นได้ แม้บุคคลที่เข้ามาทำการตกลงจะไม่เคยทราบถึงแผนงานของแต่ละคนอย่างละเอียดมาก่อน หรือไม่จำเคยรู้จักกันมาก่อนก็ตาม

---

[133] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 52.

อาจกล่าวได้ว่าการตกลงกันโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นเนื้อหาสาระสำคัญของการสมคบกันกระทำความผิด การกระทำความผิดอาจเป็นขั้นตอนที่ใช้ระยะเวลามากหรือน้อยก็ได้ ดังนั้น หากมีการเจรจาต่อรอง (Negotiation) ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อเป็นการชักจูงวางแผนแนวทางที่จะกระทำความผิดแล้ว แต่บุคคลที่เจรจาต่อรองด้วยนั้นมิได้มีการตกลงกันที่จะกระทำความผิดใดอย่างจริงจัง ไม่ถือว่าการเจรจาต่อรองดังกล่าวเป็นความผิดฐานสมคบ และการตกลงกันนอกจากจะเป็นการเข้ามามีความสัมพันธ์กันแล้ว ผู้ที่เข้ามาทำความตกลงกันจะต้องรู้ด้วยว่ามีบุคคลอื่นเข้าร่วมกับตน ดังนั้นการตกลงกันจึงประกอบไปด้วย

(1) จะต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมตกลงกันอย่างจริงจัง

(2) มีเจตนาที่จะกระทำความผิดตามที่ได้ตกลง

(3) ผู้ที่ร่วมทำการตกลงทุกคนจะต้องรู้ด้วยว่ามีผู้อื่นได้ร่วมตกลงด้วยกันกับตน แต่ไม่จำเป็นที่จะต้องรู้ว่า บุคคลที่เข้าร่วมกับตนนั้นเป็นใคร

ในกรณีการสมคบกันกระทำความผิด ที่มีวัตถุประสงค์อันมิชอบด้วยกฎหมายหลายเรื่อง (Multiple Unlawful Purpose) เป็นกรณีที่มีการวางแผนโดยต้องการที่จะกระทำความผิดหลายครั้ง หากความผิดทั้งหมดเกิดขึ้นจากการที่ได้มีการกำหนดแผนการหรือเกิดขึ้นจากการที่ได้มีการตกลงเพียงครั้งเดียว ถือได้ว่าการสมคบกันกระทำความผิดหลายครั้ง เป็นการสมคบกันกระทำความผิดแค่ครั้งเดียว (Single Conspiracy)[134]

(ข) องค์ประกอบภายใน Mens Rea

องค์ประกอบภายในของความรับผิดฐานสมคบ จะต้องประกอบไปด้วยเจตนาพิเศษ (Specific Intent) คือการที่มีเจตนาในการคบคิดกับบุคคลอื่น และเจตนาประสงค์ที่จะให้มีการกระทำความผิดขึ้นเกิด ซึ่งคำว่า เจตนาพิเศษ มีความหมายครอบคลุมกว่าเจตนาที่ไม่ชอบมาก เนื่องจากเป็น

---

[134] ปรางทิพย์ โพธิ์แก้ววรางกูล, “การนำเอามาตรการสมคบกันกระทำความผิดมาบังคับใช้กับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น. 154-155.

เจตนาที่มุ่งถึงคุณลักษณะเฉพาะของความผิดนั้น ๆ ที่ผู้กระทำต้องการที่จะให้เกิดขึ้น ดังนั้นเจตนาพิเศษของความผิดฐานสมคบประกอบไปด้วยเจตนาสองส่วน คือ[135]

เจตนาส่วนแรก คือ การตกลงกัน (Intent to Agree)

เจตนาในส่วนที่สอง คือ เจตนาที่ต้องการให้ความผิดตามที่ตกลงกันเกิดขึ้น (Intent to Achieve The Object of Agreement)

เจตนาในส่วนแรก (Intent to Agree) มีลักษณะเป็นการตกลงกันอย่างปกติธรรมดา (Without Moral Content) ซึ่งเจตนาตกลงกัน หมายถึง การมีเจตนาที่จะร่วมกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น โดยวัตถุประสงค์ที่เป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม และการมีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันนั้น ไม่อาจเป็นสิ่งที่การันตีได้ว่าจะมีเจตนาร่วมกัน ดังนั้นหากไม่มีเจตนาที่จะทำให้สำเร็จด้วยกันแล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่ามีการตกลงกันเกิดขึ้น

ส่วนเจตนาในส่วนที่สอง เป็นเจตนาที่ต้องการให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น (Intent to Achieve The Object of Agreement) หมายถึง ผู้ที่ทำการสมคบกัน เจตนาที่จะให้ความผิดตามที่ตกลงกันเกิดขึ้นหรือเจตนาที่จะกระทำความผิดร่วมกัน อาจเป็นเพียงเจตนาร่วมกันเฉพาะการกระทำ โดยที่ไม่จำเป็นจะต้องมีเจตนาร่วมกันในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์อันมิชอบด้วยกฎหมายก็ได้ หรืออาจจะมีเจตนาร่วมกันเฉพาะในส่วนของวัตถุประสงค์อันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องถึงขั้นตกลงกันก็ได้ ซึ่งกรณีเจตนาส่วนที่สองมีประเด็นที่สำคัญคือ หากความผิดที่ได้มีการตกลงกัน เป็นความผิดในตัวเอง (Mala In Se) ผู้ที่สมคบกันทุกคนจะต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงที่ทำให้เป็นความผิดด้วย แต่หากความผิดที่ตกลงกันเป็นความผิดที่กฎหมายได้บัญญัติห้ามเอาไว้ (Mala In Prohibita) ผู้ที่สมคบกันทุกคนจะต้องรู้ว่าการกระทำดังกล่าว เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายด้วย

ดังนั้นเจตนาทั้งสอง จึงเป็นสาระสำคัญขององค์ประกอบภายในความรับผิดฐานสมคบ เพราะไม่ใช่เพียงแค่มีเจตนาที่จะตกลงกันเท่านั้น แต่จะต้องมีเจตนาที่จะทำการใด ๆ ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความผิดที่ได้ตกลงกันด้วย ที่สำคัญจะต้องเป็นเจตนาที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของผู้ที่สมคบกันทุกคน

---

[135] *เพิ่งอ้าง*, น. 155-157.

เมื่อความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด เป็นความผิดที่ต้องการเจตนาในการกระทำความผิด แสดงว่าในความผิดบางลักษณะจึงไม่อาจมีความรับผิดฐานสมคบได้ เนื่องจากความผิดเหล่านั้น เป็นความผิดที่ไม่ต้องการเจตนา เช่น ความผิดที่เกิดขึ้นจากการประมาทเลินเล่อ (Recklessness) หรือความรับผิดเด็ดขาด (Liability Without Fault)

ในการพิสูจน์เจตนาที่จะกระทำความผิดกรณีที่ผู้สคบกันหลายคน การพิสูจน์นั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่า ผู้ที่ร่วมสมคบกันทุกคนมีเจตนาที่จะให้มีการกระทำความผิดตามที่ตกลงเกิดขึ้น เนื่องจากความผิดฐานสมคบเป็นความผิดสำเร็จทันที ตั้งแต่มีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงที่จะกระทำความผิดร่วมกัน จึงมิใช่เพียงแค่เข้ามาร่วมตกลงกระทำเท่านั้น หากผู้ร่วมตกลงคนใดมิได้มีเจตนาที่จะให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นตามที่ตกลงแล้ว ไม่ต้องรับผิดฐานสมคบ เพราะถือว่าเป็นเจตนาเดียวกันทั้งหมดของผู้ที่ร่วมสมคบ หรืออาจเรียกได้ว่าเป็น "มูลเหตุจูงใจโดยมิชอบ" (Corrupt Motive) ของการสมคบกัน ซึ่งจะต้องมีการพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ที่สมคบกันเหล่านั้น ได้รู้ถึงวัตถุประสงค์ของการตกลงกันนั้นว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่มิชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

3.2.3 ขอบเขตของการตกลงกัน (Agreement)

การอธิบายการตกลงกัน (Agreement) เป็นเรื่องยุ่งยากว่า ผู้สมคบกันกระทำความผิดฐานสมคบแล้วหรือไม่ ทำให้การวินิจฉัยการตกลงกันในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องสร้างรูปแบบของการพิจารณาว่าผู้สมคบกันมีการตกลงกันหรือไม่ และสร้างหลักการกระทำอย่างเปิดเผย (Over Act) ว่าผู้สมคบนั้นมีการตกลงกันหรือยังขึ้น เพื่ออธิบายการตกลงกันตามหลักกฎหมายความผิดฐานสมคบให้ชัดเจน ซึ่งหลักดังกล่าวอธิบายดังนี้[136]

(1) รูปแบบของการตกลงกันกระทำความผิดฐานสมคบ ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางรูปแบบของการตกกันพอสรุปได้เป็น 2 รูปแบบ คือ รูปแบบของการตกลงกันในลักษณะห่วงโซ่ (Chain Conspiracy) และรูปแบบของการตกลงกันในลักษณะวงล้อ (Wheel Conspiracy)

1.1 รูปแบบของการตกลงกันในลักษณะห่วงโซ่ (Chain Conspiracy)

---

[136] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 60-62.

รูปแบบของการตกลงกันในลักษณะห่วงโซ่ (Chain Conspiracy) คือ การตกลงกันที่มีความสัมพันธ์และเกี่ยวข้องกันระหว่างผู้มคบกันกระทำความผิดจะต้องเป็นการติดต่อหลายอย่างเกี่ยวพันกัน โดยมีลักษณะความสัมพันธ์เหมือนกับลูกโซ่ที่มีการเชื่อมโยงติดต่อกันระหว่างสายโซ่เส้นเดียวกัน ในการติดต่อนี้ผู้สมคบกันกระทำความผิดจะต้องได้รู้ถึงการตกลงร่วมกันในการกระทำความผิด และเมื่อมีการติดต่อกัน ผู้ที่ร่วมสมคบกระทำความผิดในแต่ละส่วนจะต้องได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากการตกลงกัน จึงจะถือได้ว่าบุคคลทุกคนที่ได้เข้าร่วมตกลงกันเป็นสมาชิก และมีความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในรูปแบบของทฤษฎีลูกโซ่

ตัวอย่างเช่น คดีที่ฟ้องความผิดฐานสมคบกันเกี่ยวกับยาเสพติด โดยฟ้องผู้ลักลอบนำเข้าพ่อค้าคนกลาง ผู้จำหน่ายรายย่อย ว่าสมคบกันลักลอบนำยาเสพติดเข้ามาและจำหน่ายยาเสพติด ศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษ ชั้นอุทธรณ์จำเลยแย้งว่ามิได้มีการสมคบกันของบุคคลทั้งสามกลุ่ม แต่เป็นการสมคบกัน 2 ส่วนต่างหากจากกัน คือ ระหว่างผู้ลักลอบนำเข้ากับพ่อค้าคนกลางส่วนหนึ่ง และระหว่างพ่อค้าคนกลางกับผู้จำหน่ายรายย่อยอีกส่วนหนึ่ง ศาลอุทธรณ์ไม่รับฟ้องข้อโต้แย้งดังกล่าว และพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่าเป็นการสมคบกลุ่มเดียวกัน (Single Conspiracy) ทั้งนี้ เพราะ ผู้ลักลอบนำเข้ารู้อยู่ว่าพ่อค้าคนกลางจะต้องขายให้กับผู้จำหน่ายรายย่อย และผู้จำหน่ายรายย่อยจะต้องซื้อยาเสพติดนี้มากจากผู้ลักลอบนำเข้าไม่รายใดก็รายหนึ่ง เพราะฉะนั้นอาจกล่าวได้ว่า ผู้ร่วมกันสมคบที่ปลายหนึ่งของห่วงโซ่รู้อยู่ว่าเป็นธุรกิจที่ผิดกฎหมาย จึงไม่หยุดอยู่ที่ผู้ซื้อเท่านั้น และผู้ที่อยู่อีกปลายหนึ่งของห่วงโซ่ก็รู้ว่ามันไม่ได้เริ่มจากผู้ขาย

1.2 รูปแบบของการตกลงกันในลักษณะวงล้อ (Wheel Conspiracy)

คือ รูปแบบของการตกลงกันโดยมีบุคคล หรือกลุ่มบุคคลเป็นศูนย์กลางในการติดต่อโดยเปรียบได้กับดุมล้อ (Hub) เป็นผู้ควบคุม และการสั่งการในการกระทำความผิด ที่มีบุคคลหลายคนที่เป็นศูนย์กลาง โดยผู้ที่กระทำความผิดเปรียบกับเป็นซี่ล้อ (Spokes) และเมื่อได้มีการลากเส้นแล้ว ซี่ล้อแต่ละอันจะไม่ติดกันเลย แต่จะติดกับดุ้มล้อที่เป็นศูนย์กลาง เนื่องจากผู้กระทำความผิดเหล่านี้ ได้ทำการติดต่อโดยผ่านตัวกลาง ลักษณะของการติดต่อเช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำหลายความผิดแยกจากกันต่างหาก

โดยถือว่าผู้ที่เป็นกลางคอยติดต่อกับผู้กระทำความผิดเป็นผู้ร่วมกันกระทำความผิดในแต่ละความผิด และผู้ที่กระทำความผิดถือว่าเป็นผู้สมคบกระทำความผิดกับผู้ที่ทำหน้าที่เป็นคนกลาง

ในการฟ้องผู้สมคบกันกระทำความผิดจะต้องพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างดุมล้อ โดยจะต้องพิสูจน์ถึงเส้นขอบล้อ (Rim) ของล้อรถได้จึงจะถือได้ว่าล้อดังกล่าว มีลักษณะที่สมบูรณ์ จึงสามารถฟ้องร้องและดำเนินคดีเอากับผู้ที่สมคบกันกระทำความผิดได้ทั้งหมด แต่ถ้าไม่สามารถพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ของเส้นขอบล้อรถได้ก็เปรียบเสมือนกับวงล้อที่ไม่มีขอบเขตดังนั้น จึงไม่สามรถที่จะฟ้องร้องและดำเนินคดีฐานสมคบกันกระทำความผิดได้ เช่น นาย ก. ทำตัวเป็นนายหน้ารับว่าจะติดต่อเงินกู้ดอกเบี้ยตามกฎหมายเรื่องการอาคารสงเคราะห์ (National Housing Act) โดยวิธีการที่ผิดกฎหมายให้กับคน 8 คน ซึ่งบุคคลดังกล่าวไม่ได้รู้จักกันมาก่อนเลย มีความสัมพันธ์เพียงเป็นลูกค้าของนาย ก. เหมือนกันเท่านั้น แต่อัยการเห็นว่าลักษณะน่าจะเป็นการสมคบกันแล้ว จึงฟ้องนาย ก. และลูกค้าอีก 8 คน ดังกล่าวในความผิดฐานสมคบ ดังนี้ศาลตัดสินว่ายังไม่สามารถสร้าง Single Conspiracy จากข้อเท็จจริงนี้ได้ เพราะยังไม่สามารถพิสูจน์ความสัมพันธ์ของคนทั้ง 8 คนได้ จึงเปรียบเสมือนว่า ไม่สามารถโยงขอบล้อให้ครบเป็นวงล้อที่สมบูรณ์ได้ ดังนั้น จึงฟ้องฐานสมคบไม่ได้

(2) หลักการกระทำอย่างเปิดเผย (Overt Act) หลักการกระทำอย่างเปิดเผยมีบัญญัติไว้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับความผิดฐานกบฏ (Treason) ซึ่งการบัญญัติหลักการกระทำอย่างเปิดเผยในรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นว่า หลักดังกล่าวใช้กับความผิดที่สำคัญซึ่งต้องมีการพิสูจน์อย่างชัดแจ้ง ซึ่งแต่เดิมในประเทศสหรัฐอเมริกาที่วางหลักความผิดกฎหมายสมคบแบบคอมมอนลอว์ ไม่ต้องมีการพิสูจน์การกระทำอย่างเปิดเผย แต่ต่อมาหลักดังกล่าวนี้บัญญัติไว้ใน Model Penal Code และ 18 USCA มาตรา 371 ดังนี้

ใน Model Penal Code วางหลักว่า บุคคลจะไม่ถูกตัดสินว่าการกระทำความผิดฐานสมคบถ้าไม่ปรากฏในข้อกล่าวหาและการพิสูจน์ว่ามีการกระทำอย่างเปิดเผยของบุคคลนั้น หรือบุคคลที่เข้าร่วมสมคบกัน เว้นแต่เป็นการกระทำความผิดอาญาขั้นร้ายแรง

และใน 18 USCA มาตรา 371 วางหลักว่า การพิสูจน์ความผิดฐานสมคบในกฎหมายรัฐบาลจะต้องพิสูจน์ว่ามีการตกลงกันที่จะกระทำความผิด และผู้สมคบคนใดคนหนึ่งมีการกระทำอย่างเปิดเผยที่จะกระทำการตามความตกลงนั้น

หลักการกระทำอย่างเปิดเผย กำหนดให้ต้องมีการพิสูจน์เกี่ยวกับการตกลงให้ชัดเจนขึ้นเพื่อแสดงให้เห็นถึงความผิดที่สมคบกันตกลงกระทำ และมีพยานหลักฐานเพียงพอว่าได้มีการสมคบกันกระทำความผิดนั้นจริง เพราะการกระทำความผิดฐานสมคบถือเป็นความผิดทันทีที่มีการตกลงกัน ไม่จำเป็นต้องมีการกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน และมีลักษณะของความผิดจะต้องมีการกระทำที่ปรากฏตามมาจากการตกลงด้วย จากเหตุผลดังกล่าวนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเห็นว่า หลักการกระทำอย่างเปิดเผยเป็นเพียงพยานหลักฐานอย่างหนึ่งของการกระทำความผิดเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นกฎทั่วไป[137]

3.2.4 ข้อต่อสู้ที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดฐานสมคบ (Defence)

(1) ข้อต่อสู้เรื่องอำนาจศาล (Jurisdiction) เป็นข้อต่อสู้ที่มิได้พิจารณาเนื้อหาของการกระทำความผิดแต่อย่างใด โดยเป็นการหยิบเอาปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีมาเป็นข้อต่อสู้เท่านั้น

(2) กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความประสงค์ที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดตามที่ตกลงกันขึ้นจริง จึงได้มีการกำหนดหลักความรับผิดฐานสมคบขึ้นเพื่อเป็นการตัดไฟตั้งแต่ต้นลม โดยกำหนดให้การกระทำความผิดฐานสมคบถือเป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการตกลงกัน หมายความว่าผู้ที่สมคบกันมีเจตนาที่จะตกลงและต้องการให้เกิดผลขึ้นตามที่ตกลง อีกทั้งผู้สมคบไม่อาจที่จะยกข้อต่อสู้ที่ทำให้ไม่ต้องรับผิดฐานสมคบขึ้นมาอ้างเพื่อมิให้ตนต้องรับผิดได้ ดังนั้นการสมคบกันกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ (Impossibility) จึงไม่อาจนำมาเป็นข้อแก้ตัวได้ ต่างกับความรับผิดฐานพยายาม (Attempts) ที่สามารถอ้างการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้มาเป็นข้อต่อสู้ได้

---

[137] พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 68*, น. 62-63.

(3) กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าการที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ร่วมตกลงกัน (Agreement) และมีเจตนาที่จะกระทำความผิดตามที่ตกลง เป็นความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด แต่มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่บุคคลบางประเภทไม่ต้องรับผิดฐานสมคบ ได้แก่

3.1 กรณีของคู่สมรส เดิมในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าการตกลงกระทำความผิดของคู่สมรส ไม่อาจกระทำความผิดฐานสมคบได้ เพราะสามีและภรรยาเป็นบุคคลเดียวกันและศาลในประเทศอังกฤษก็แปลไปไกลถึงว่า กรณีที่ภรรยากระทำความผิดร่วมกับสามีก็จะไม่มีความผิด เพราะเห็นว่า การกระทำของภรรยาอยู่ใต้อาณัติของสามี เหตุของการวางหลักดังกล่าว คงเพื่อคงความสัมพันธ์ของสถาบันครอบครัวไว้ แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ถือหลักตามระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์เช่นนั้น สามีและภรรยาถือว่ามีฐานะเป็นบุคคลแยกอิสระต่อกันและสามารถสมคบกันกระทำความผิดระหว่างสามีและภรรยาได้โดยไม่ต้องไปตกลงกับบุคคลที่สาม

3.2 การกระทำความผิดของบริษัท (Corporation) ที่อาจต้องรับผิดฐานสมคบเมื่อตัวแทนหรือพนักงานของบริษัทไปกระทำการหลอกลวงหรือแสดงข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จต่อรัฐบาลสหรัฐ (Federal Government) และมีกรณีที่บริษัทสมคบกับพนักงานหรือตัวแทนกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งพนักงานหรือตัวแทนกระทำการไปตามหน้าที่ของตนในบริษัทนั้น บริษัทก็ต้องรับผิดฐานสมคบกับพนักงานหรือตัวแทนของตนเช่นเดียวกัน

3.3 การสมคบกันกระทำความผิดของบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เป็นองค์ประกอบของความผิดในความผิดที่ต้องมีผู้ร่วมกระทำความผิด และบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในสหรัฐอเมริกาบุคคลสามารถถูกลงโทษฐานกระทำความผิดฐานสมคบได้ แม้ว่าผู้ที่ร่วมสมคบกับบุคคลนั้นไม่อาจถูกฟ้องในความผิดฐานสมคบหรือความผิดหลักตามที่ตกลงกัน (Substantive Offences) ยกเว้นบุคคลที่ร่วมสมคบนั้น ไม่มีความสามารถที่จะกระทำผิดอาญาได้ตามกฎหมาย (Legal Capacity) และนอกจากนี้บุคคลอาจถูกลงโทษ แม้ว่าตนจะไม่ถูกฟ้องในความผิดตามที่ตกลงกันก็ตาม โดยหลักดังกล่าวนี้ บุคคลที่เป็นองค์ประกอบของความผิดในความผิดที่ต้องมีผู้ร่วมกระทำความผิด (Accomplice) อาจสมคบกับผู้อื่นกระทำความผิดฐานสมคบได้ เช่น ชายโสดอาจสมคบกับชายคนที่สมรสแล้วกระทำความผิดฐานคบชู้ หรือผู้ให้สินบนสมคบกับเจ้าหน้าที่ผู้รับสินบนกระทำความผิดฐาน

รับสินบนได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่าความผิดฐานสมคบนั้น เป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการตกลงกัน และความผิดฐานสมคบแยกต่างหากได้จากความผิดหลักที่ตกลงกันจึงจะควรพิจารณาที่ความผิดฐานสมคบเป็นหลัก แต่เรื่องนี้มีข้อยกเว้นอยู่ในกรณีที่บุคคลที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองสมคบกันกระทำความผิดที่ตนได้รับการคุ้มครอง กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ถือบุคคลดังกล่าวว่ามีความผิดฐานสมคบ ยกตัวอย่างในคดี Gebardi V, United States ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ชายและหญิงถูกฟ้องว่าสมคบกันพาหญิงนั้นข้ามพรมแดนจากรัฐหนึ่งไปยังอีกรัฐหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ขัดต่อศีลธรรมและขัดต่อกฎหมายที่เรียกว่า Mann Act โดยหญิงนั้นยินยอม ศาลสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า หญิงไม่มีความผิดฐานสมคบ เพราะกฎหมายดังกล่าวบัญญัติขึ้นคุ้มครองหญิง การที่หญิงยินยอมที่จะกระทำความผิดไม่สมควรที่จะลงโทษหญิงนั้น[138]

(4) ในกรณีการปลอมตัว (Feigned Accomplice) เพื่อช่วยเหลือในการปฏิบัติราชการของเจ้าหนักงานซึ่งมีหน้าที่ ผู้ที่สมคบกับเจ้าหน้าที่และทำการปลอมตัวจะไม่ถูกฟ้องในข้อหาสมคบกันกระทำความผิด เนื่องจากการสมคบกันกระทำความผิด จะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ คือ เจตนาร้าย (Mens Rea) ด้วย แต่การปลอมตัวในลักษณะนี้เป็นการปลอมตัวเพื่อช่วยเหลือเจ้าพนักงานในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งศาลบางแห่งในประเทศสหรัฐอเมริกามีความเห็นว่าการปลอมตัวดังกล่าว ไม่ถือเป็นการสมคบกันกระทำความผิดเนื่องจากไม่มีเจตนาที่จะสมคบกันเพื่อนกระทำความผิดให้ตลอด

ภายหลังต่อมาจึงมีการคิดค้น "ทฤษฎีฝ่ายเดียว" (A Unilateral Theory) ขึ้น เพื่อนำไปใช้เกี่ยวกับความรับผิดของผู้สมคบ โดยในกฎหมาย Model Penal Code ได้มีการแก้ไขถ้อยคำที่เกี่ยวกับ "การตกลงกันกระทำความผิด" ขึ้นใหม่ เพื่อให้สามารถทำความเข้าใจได้ง่ายขึ้น โดยเปลี่ยนถ้อยคำจากการตกลงกัน "ระหว่าง" (Between) ผู้สมคบกันกระทำความผิด มาเป็นการตกลงกัน "โดย" (by) ผู้สมคบกันกระทำความผิด ดังนั้นกรณีที่จำเลยเพียงคนเดียว อาจจะถูกพิพากษาว่ามีความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดกับบุคคลอื่น ซึ่งบุคคลอื่นนั้นได้รับการพิจารณาว่าไม่มีความผิดหรือบุคคลอื่นนั้นเป็นเจ้าพนักงานที่ปลอมตัวเข้าร่วมสมคบ นั้นได้[139]

---

[138] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 55.

[139] ปรางทิพย์ โพธิ์แก้ววรางกูล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 134*, น. 160-163.

3.2.5 ลักษณะพิเศษของความผิดฐานสมคบในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

จากการศึกษาถึงความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าเป็นความผิดที่มุ่งลงโทษบุคคลที่ตกลงกันกระทำความผิด ซึ่งการตกลงกัน (Agreement) เป็นการกระทำที่แสดงออกถึงเจตนาของผู้สมคบ (Conspirators) และการตกลงกันกระทำความผิดถือเป็นขั้นตอนที่กฎหมายจะต้องเข้าไปแทรกแซง ห้ามมิให้มีการตกลงกันเพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดสำเร็จเกิดขึ้น เท่ากับเป็นการลดความเสี่ยงที่จะเกิดการกระทำความผิดที่เป็นภยันตรายต่อสังคมให้เกิดขึ้นจริง ลักษณะพิเศษของความผิดฐานสมคบประกอบด้วย

(1) ความรับผิดที่ไม่เกลื่อนกลืนกัน (No Merger)

เนื่องจากความผิดฐานสมคบเป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการตกลงกัน ดังนั้น หากผู้สมคบไปกระทำความผิดตามที่สมคบกัน ก็ต้องรับผิดในความผิดที่ได้กระทำ และรับผิดฐานสมคบกัน แยกเป็นแต่ละกระทงความผิด ซึ่งหลักความผิดฐานสมคบนี้จะแตกต่างกับการพยายามกระทำความผิด (Attempt) เพราะการพยายามกระทำความผิดมีขั้นตอนที่ต่อเนื่องในขั้นลงมือกระทำความผิด และขั้นที่เป็นความผิดสำเร็จ หากลงมือแล้วเกิดผลสำเร็จ การกระทำก็เกลื่อนกลืนกันไป เช่น ยกปืนขึ้นจ้องเล็งโดยมีเจตนาฆ่า หากยิงไปแล้วเหยื่อถึงแก่ความตายผู้กระทำผิดย่อมรับผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา แต่ความผิดฐานสมคบไม่ต้องการผลของการกระทำความผิดตามที่ตกลงกันก็เป็นความผิดสำเร็จ จึงไม่มีการกระทำที่ต่อเนื่องเกลื่อนกลืนกัน แต่อย่างไรก็ตามในประเทศสหรัฐอเมริกา มีบางมลรัฐมีบทบัญญัติกฎหมายอาญาห้ามการลงโทษบุคคลทั้งการกระทำความผิดฐานสมคบและการกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน แต่ใน Model Penal Code ได้วางหลักเกี่ยวกับการเกลื่อนกลืนกันในทางประนีประนอม โดยหากการสมคบกันกระทำความผิดมีวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียว เช่น A และ B ตกลงจะชิงทรัพย์ C การลงโทษ A และ B จะมีเพียงการกระทำความผดฐานสมคบหรือกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์เท่านั้น จะไม่ลงโทษทั้งสองกระทง แต่หากการสมคบนั้นมีวัตถุประสงค์ที่จะกระความผิดหลายลักษณะหรือหลายความผิด เช่น A และ B ตกลงกันที่จะชิงทรัพย์ C, D และ E โดยแยกการกระทำต่างหากจากกัน ลงโทษความผิดฐานสมคบและลงโทษความผิดหลักตามที่ตกลงก็สามารถกระทำได้

นอกจากหลักความผิดไม่เกลื่อนกลืนกันแล้ว กรณีหากผู้ร่วมสมคบ (Co-conspirator) คนใดคนหนึ่งไปกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน ผู้สบคบ (Conspirator) นั้นก็ต้องรับผิดด้วย แม้ว่าตนจะไม่ได้ไปกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกามีคดีที่ตัดสินไว้ คือ Pinkerton V. United States คดีนี้ศาลวางหลักว่า การเข้าร่วมในแผนการของการกระทำความผิดยังไม่เพียงพอ จำเลยจะต้องตกลงที่จะเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิด และต้องรับผิดเมื่อผู้ร่วมสมคบไปกระทำความผิดตามที่ตกลงกันนั้น เพราะจำเลยคาดเห็นผลของการตกลงและยอมรับผลเมื่อความผิดตามที่ตกลงได้มีการกระทำขึ้นจริง แต่การรับผิดดังกล่าวจะต้องมีขอบเขตที่ผู้สมคบจะต้องคาดเห็นได้ว่า ความผิดที่ผู้ร่วมสมคบกระทำอยู่ในขอบเขตที่ตกลงกัน

(2) การถอนตัวออกจากการกระทำความผิด (Withdrawal)

การถอนออกจากการกระทำความผิด หมายถึง การที่ผู้ร่วมสมคบล้มเลิกความสัมพันธ์ของเขาที่มีต่อผู้ร่วมสมคบคนอื่นด้วยความสมัครใจ แต่ความรับผิดฐานสมคบเป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการตกลงกัน ทำให้การถอนตัวออกจากการกระทำความผิดมีปัญหาในการพิจารณา ประการแรก การถอนตัวจากการกระทำความผิดฐานสมคบมีได้หรือไม่ และประการที่สอง การถอนตัวหลังจากที่สมคบกันแล้วจะเป็นอย่างไร

สำหรับปัญหาประการแรก การถอนตัวจากการกระทำความผิดฐานสมคบ มีประเด็นพิจารณาในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่การวินิจฉัยความผิดฐานสมคบต้องการการกระทำที่เปิดเผยออกมา (Overt Act) ซึ่งหากมีการถอนตัวก่อนที่จะกระทำการ การกระทำดังกล่าวก็ไม่อาจลงโทษบุคคลนั้นได้ และภาระการพิสูจน์ก็เป็นของผู้ที่ถอนตัวนั้นว่าตนเองถอนตัวด้วยความสมัครใจ นอกจากนี้ ใน Model Penal Code มาตรา 5.03 (6) ก็วางหลักว่า ผู้กระทำความผิดยกข้อต่อสู้ในเรื่องที่ตนได้เข้าขัดขวางมิให้มีการกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน ซึ่งต้องแสดงให้เห็นว่าเขาสละความตั้งใจที่จะกระทำความผิดนั้นด้วยความสมัครใจ เพื่อให้ตนไม่ต้องรับโทษได้

ในประเด็นที่สอง การถอนตัวของผู้สมคบสามารถแสดงเจตนาของตนต่อผู้ร่วมสมคบคนอื่นว่าตนเองไม่ประสงค์กระทำความผิดตามที่ตกลงกัน หรือการแจ้งข้อเท็จจริงต่อเจ้าพนักงาน

ลักษณะดังกล่าวก็ถือว่า มีการถอนตัวแล้ว และผู้ที่ถอนตัวก็ไม่ต้องรับผิด หากมีผู้ร่วมสมคบคนอื่นไปกระทำความผิดตามที่ตกลงกันไว้แต่เดิม

(3) การดำเนินคดีความผิดฐานสมคบ

ในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดฐานสมคบมีประเด็นที่สมควรพิจารณา ดังนี้

3.1 การฟ้องคดี

ในประเทศอังกฤษการฟ้องคดีความผิดฐานสมคบจะต้องทำเป็นคำฟ้องคดีประเภทคดีอาญาอุกฉกรรจ์ (indictment) และในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา การพิจารณาคดีจะกระทำโดยคณะลูกขุน

และโดยที่การกระทำความผิดฐานสมคบมีผู้ร่วมกระทำความผิดตั้งแต่สองคนขึ้นไป ดังนั้นโดยหลักการพิจารณาคดีของผู้ร่วมสมคบก็จะต้องกระทำพร้อมกัน จึงจะเกิดความเป็นธรรม แต่ในทางปฏิบัติจะมีความยุ่งยากหากมีผู้ร่วมสมคบเป็นจำนวนมาก เพราะนอกจากจะใช้เวลาดำเนินคดีนานแล้ว การพิสูจน์และนำเสนอพยานหลักฐานก็ก่อความยุ่งยากในการตัดสินแก่คณะลูกขุนอีกด้วย สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติรับรองว่า จำเลยในคดีที่มีการฟ้องความผิดฐานสมคบดังกล่าว มีสิทธิที่จะขอให้มีการพิจารณาคดีแยกกันได้

3.2 การพิสูจน์พยานหลักฐาน

เนื่องจากลักษณะการกระทำความผิดฐานสมคบมีการปิดบังซ่อนเร้น หรือปกปิดวิธีการดำเนินการ ทำให้การหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์การกระทำความผิดเป็นไปได้ยาก พยานหลักฐานที่จำเป็นในการพิสูจน์ความผิดได้แก่

การรับฟังพยานบอกเล่า (hearsay) เรื่องนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลในคดีอาญาอาจจะปฏิเสธไม่รับฟังพยานบอกเล่า เนื่องจากพยานดังกล่าวไม่ได้มาสาบานตนและถูกคู่ความอีกฝ่ายตรวจสอบด้วยการถามค้าน แต่หลักไม่รับฟังพยานชนิดนี้ มีข้อยกเว้นในการพิสูจน์ความผิดฐานสมคบเนื่องจากการรับฟังพยานที่เป็นผู้ร่วมสมคบกันกระทำความผิด (Co-conspirator) สามารถกระทำได้เพราะมีหลักกว่าผู้ร่วมกันสมคบกันแต่ละคนต่างก็เป็นตัวแทนของผู้สมคบทั้งหมด

นอกจากการรับฟังพยานบอกเล่าดังดล่าวแล้ว มีปัญหาคำรับสารภาพของผู้ร่วมสมคบกันจะรับฟังได้หรือไม่ ในประเทศอังกฤษคำรับสารภาพของจำเลยคนหนึ่งย่อมมีผลเฉพาะจำเลยคนที่รับสารภาพเท่านั้น และไม่อาจใช้เป็นหลักฐานยันจำเลยคนอื่น แต่แม้ว่าจะมีการรับสารภาพแล้วก็ตาม หากข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า การสมคบของผู้ร่วมสมคบกันนั้น มีข้อเท็จจริงเดียวกัน เมื่อมีการยกฟ้องคนหนึ่ง ก็ไม่อาจลงโทษอีกคนหนึ่งได้ และหากคดีนั้นมีเหตุสงสัยคนใดคนหนึ่งก็จะต้องยกฟ้องทั้งสองคนไป

การรับฟังพยานหลักฐานแวดล้อมกรณี (Circumstantial evidence) ในการตัดสินคดีเกี่ยวกับความผิดฐานสมคบจะใช้พยานหลักฐานแวดล้อมกรณีเป็นจำนวนมาก และพยานหลักฐานบางชิ้นอาจจะห่างไกลจากการกระทำความผิดฐานสมคบ แต่ศาลก็ให้นำมาสืบได้ เพราะจากลักษณะการกระทำความผิดซึ่งมีการปิดบังซ่อนเร้นนี้เอง ที่จำเป็นจะต้องให้มีการสืบพยานเกี่ยวกับการวางแผนการของผู้ที่มาสมคบกัน และการที่ผู้ร่วมสมคบเข้าไปตกลงในแผนการดังกล่าวนั้นอย่างไร ซึ่งโดยสรุปศาลที่พิจารณาคดีความผิดฐานสมคบจะต้องรับฟังพยานหลักฐานอย่างกว้างขวาง และมีข้อจำกัดในการรับฟังให้น้อยที่สุด

3.3 ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายเยอรมนี

จากที่ได้กล่าวมาแล้ว หลักกฎหมายความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) เป็นหลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ แต่อย่างไรก็ตามมิใช่ประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เท่านั้น ที่นำหลักกฎหมายความผิดฐานสมคบมาบังคับใช้ จากการศึกษาถึงความผิดฐานสมคบ ทั้งในประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส พบว่าประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ก็ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานสมคบเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายความผิดฐานสมคบในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์กับซีวิลลอว์ นั้น มีการบังคับใช้แตกต่างกันอยู่บ้าง ประเทศกลุ่มกฎหมายในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์พิจารณาเห็นว่า หลักความผิดฐานสมคบ สามารถนำไปใช้บังคับกับความผิดทางอาญาบางอย่างได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยระยะเริ่มแรกมีการนำหลักกฎหมายนี้ไปใช้เป็นเครื่องมือในทางการเมืองกับความผิดที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐและความผิดเกี่ยวกับ

ภยันตรายต่อความสงบสุขของสังคม โดยมีวัตถุประสงค์เชิงป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดดังกล่าวขึ้นจริง และระยะต่อมาได้มีการบัญญัติหลักความผิดฐานสมคบไปใช้บังคับกับการกระทำความผิดซึ่งเป็นองค์กรอาชญากรรมอีกด้วย โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะนำผู้กระทำความผิดซึ่งปกปิดวิธีการดำเนินการของตนไปสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อลงโทษ และในบางประเทศก็มีการตรากฎหมายบัญญัติหลักความผิดฐานสมคบใกล้เคียงกับหลักกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ด้วย[140] แต่อย่างไรก็ตามจึงสรุปได้ว่าหลักความผิดฐานสมคบในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้นำไปใช้กับการกระทำความผิดเฉพาะเรื่อง โดยถือหลักความผิดฐานสมคบเป็นข้อยกเว้นไม่เป็นหลักความรับทางอาญาของบุคคลโดยทั่วไป (rule)[141]

กฎหมายอาญาเยอรมันนั้นมีบทบัญญัติความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดที่เป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้น (Inchoate Crimes) อยู่หลายลักษณะ ในที่นี้ ผู้เขียนขอยก บทบัญญัติในเรื่องของ การพยายามเข้าร่วมในการกระทำความผิด (Versuch der Beteiligung/Attempted participation) ซึ่งมีการบัญญัติถึงการสมคบกันกระทำความผิดอยู่ และเป็นการหลักความผิดฐานสมคบใกล้เคียงกับหลักกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ด้วย กล่าวคือ เป็นหลักความรับผิดอาญาของบุคคลแบบหลักทั่วไปด้วย โดยมีรายละเอียดดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้มีการกำหนดความผิดที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ การพยายามเข้าไปมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดไว้ใน มาตรา 30[142] ซึ่งบัญญัติว่า

(1) ผู้ใดพยายามที่จะชักจูงผู้อื่นให้กระทำความผิดทางอาญาร้ายแรง หรือชักจูงใครก็ตามให้กระทำความผิดอาญาร้ายแรง จะต้องระวางโทษเท่ากับการพยายามกระทำความผิดเช่นว่านั้น แต่ทั้งนี้การลงโทษจะต้องถูกลดลงตามมาตรา 49 (1) ที่ให้นามาตรา 23 (3) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

---

[140] Wienczyslaw J. Wagner, *supra note*, p. 138.

[141] ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 67*, น. 17.

[142] Section 30 Attempted participation

(1) Whoever attempts to induce or incite another to commit a serious criminal offence incurs a penalty under the terms of the provisions governing attempted serious criminal offences. The penalty must, however, be mitigated pursuant to section 49 (1). Section 23 (3) applies accordingly.

(2) Whoever declares their willingness or accepts the offer of another or agrees with another to commit or incite to the commission of a serious criminal offence incurs the same penalty.

(2) ผู้ใดประกาศเจตจำนงของตน สนองรับคำเสนอ หรือตกลงกับผู้อื่น ว่าจะกระทำหรือชักจูงให้ผู้อื่นกระทำความผิดอาญาร้ายแรง ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ใน (1)

จากบทบัญญัติข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่า การพยายามเข้าร่วมกระทำความผิด อันจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 30 สามารถกระทำได้หลากหลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการพยายามชักจูงให้ผู้อื่นกระทำความผิด การสมคบกันกระทำความผิด หรือจะประกาศว่าตนจะกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 30 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันนี้ แม้จะเป็นบททั่วไป แต่ก็ยังมีข้อจำกัดในการปรับใช้ไว้ กล่าวคือ เฉพาะความผิดอาญาร้ายแรง (Verbrechen/felony) เท่านั้น[143] ซึ่งความผิดอาญาร้ายแรงดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 12[144] ตามประมวลกฎหมายนี้ซึ่งหมายถึงเฉพาะความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปเพียงเท่านั้น[145] ซึ่งเป็นวิธีการบัญญัติกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่นำเอาหลักกฎหมายแบบคอมมอนลอว์มาใช้บังคับที่จะกำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจนมีผลทำให้ความผิดฐานนี้เป็นหลักกฎหมายเฉพาะที่มีวัตถุประสงค์พิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง

การสมคบกันกระทำความผิด (Verschwörung) จึงเป็นการกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับการสนองรับการชักจูง (Annahme des Erbietens/acceptance of the offering) หรือ การตกลงกันระหว่างบุคคล (Verabredung/ agreement) ที่จะไปกระทำความผิดอาญาร้ายแรง[146] กล่าวคือ มีความ

---

[143] Kai Hamdorf, "The cocept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law," 5 Journal of International Criminal Justice 208, p. 213, (2007). อ้างถึงใน ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ, "ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสากระทำความผิด," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 48, น. 669-670 (2562).

[144] Section 12 Serious and less serious criminal offences

(1) Serious criminal offences (Verbrechen) are unlawful acts which are punishable by a minimum term of imprisonment of one year.

[145] ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ, "ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสากระทำความผิด," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 48, น. 669-670 (2562).

[146] Richard J. Hoskins, "A Comparative Analysis of the Crime of Conspiracy in Germany, France and the United States," 6 New York University Journal of International Law and Politic, p. 245-255 (1973). อ้างถึงใน ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ, "รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสากระทำความผิด," (มหาวิทยาลัยธรรมาศาสตร์, 2562), น. 23.

เข้าใจร่วมกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปที่จะไปกระทำความผิดอาญาในอนาคตอันใกล้ แตกต่างจาก “การเข้าเป็นสมาชิกกลุ่ม (Verbindung/combination)” ที่เป็นการรวมตัวกันของกลุ่มบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์อันมิชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใด ที่ใช้ระยะเวลาดำเนินการเป็นเวลานานและอยู่ห่างไกลจากความเสียหายยิ่งกว่า[147]

แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญาและการกำหนดชั้นโทษ

กฎหมายเยอรมันเดิม (ก่อนปี ค.ศ.1975) ได้แบ่งระดับความร้ายแรงของความผิดออกเป็น 3 ระดับ โดยพิจารณาจากผู้กระทำความผิดว่าเป็น “อาชญากรใหญ่” หรือ “อาชญากรเล็ก” เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส แต่ต่อมาตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1975 ประเทศเยอรมนีได้มีการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาครั้งใหญ่ และแยกความผิดลหุโทษออกมาต่างหากโดยตราเป็น“พระราชบัญญัติว่าด้วยการละเมิดต่อระเบียบ” ไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้เนื่องจากมีข้อพิจารณาว่า การที่จะเป็นความผิดทางอาญาได้ ควรจะมีการกระทำที่เป็นการละเมิดในทางศีลธรรมด้วย ซึ่งความผิดลหุโทษนั้น ยังขาดการกระทำในลักษณะดังกล่าว ดังนั้น ความผิดอาญาของประเทศเยอรมัน จึงเหลือเพียง 2 ประเภท คือ

(1) ความผิดอาญาร้ายแรง เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป และ

(2) ความผิดอาญาธรรมดา เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกต่ำกว่า 1 ปี

ส่วนวิธีพิจารณาคดีนั้นจะไม่แยกชัดเจนเหมือนเช่นประเทศฝรั่งเศส โดยไม่ว่าเป็นความผิดอาญาร้ายแรง หรือความผิดอาญาธรรมดา กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องทุกคดี ยกเว้นความผิดอาญา บางประเภทที่เป็นความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ และมีเฉพาะโทษปรับเท่านั้นจึงจะใช้วิธีพิจารณาคดีที่กำหนด ไว้โดยเฉพาะ

---

[147] Wienczyslaw J. Wagner, “Conspiracy in Civil Law Countries,” 42 Journal of Criminal Law and Criminology, p. 171, 177 (1951).

3.4 ความผิดฐานสมคบตามกฎหมายฝรั่งเศส

กฎหมายฝรั่งเศสมีบทบัญญัติความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดที่เป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้น (Inchoate Crimes) อยู่หลายลักษณะ ในที่นี้ ผู้เขียนข้อยกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา หรือ Penal Code มาตรา 450-1 ความผิดฐานมีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรม ดังนี้

มาตรา 450-1 “สมาคมอาชญากรรมประกอบด้วยกลุ่มใด ๆ ที่จัดตั้งขึ้นหรือการสมคบกันที่จัดตั้งขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อเตรียมการ เพื่อการกระทำอันมีนัยสำคัญอย่างหนึ่งหรือมากกว่าที่เป็นการกระทำความผิดอาญาโทษรุนแรงฐานหนึ่งหรือมากกว่า หรือเป็นการกระทำความผิดอาญาโทษชั้นกลางที่มีโทษจำคุกอย่างน้อย 5 ปี

ในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวเป็นการกระทำผิดอาญาโทษรุนแรง หรือเป็นการกระทำความผิดอาญาโทษชั้นกลางที่มีโทษจำคุกถึงสิบปี ผู้มีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรมนั้นต้องระวางโทษจำคุกสิบปีและปรับ 150,000 ยูโร

ในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดอาญาโทษชั้นกลางที่มีโทษจำคุกอย่างน้อยห้าปี ผู้มีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรมนั้นต้องระวางโทษจำคุกห้าปีและปรับ 75,000 ยูโร”[148]

3.4.1 องค์ประกอบความผิดฐานมีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรม

ในการวินิจฉัยการกระทำใดเป็นกระทำผิดทางอาญา มาตรา 450-1 นั้น ในทางตำราได้จำแนกออกเป็น 2 องค์ประกอบ ได้แก่ องค์ประกอบทางการกระทำ และองค์ประกอบทางจิตใจ หากการกระทำครบองค์ประกอบทางการกระทำแต่ขาดองค์ประกอบทางจิตใจ การกระทำนั้นย่อมไม่เป็น

---

[148] ARTICLE 450-1

A criminal association consists of any group formed or any conspiracy established with a view to the preparation, marked by one or more material actions, of one or more felonies, or of one or more misdemeanours punished by at least five years' imprisonment.

Where the offences contemplated are felonies or misdemeanours punished by ten years' imprisonment, the participation in a criminal association is punished by ten years' imprisonment and a fine of €150,000.

Where the offences contemplated are misdemeanours punished by at least five years' imprisonment, the participation in a criminal association is punished by five years' imprisonment and a fine of €75,000.

ความผิด ดังนั้นการพิจารณาการกระทำใดเป็นการกระทำผิดทางอาญามาตรา 450-1 จะต้องพิจารณาควบคู่กันเสมอ

(1) องค์ประกอบภายนอก หรือองค์ประกอบทางการกระทำ

องค์ประกอบภายนอกหรือองค์ประกอบทางการกระทำ (l'élément matériel) ความผิดมาตรา 450-1 ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการดังนี้

(ก) "กลุ่มที่จัดตั้งขึ้น" หรือ "การสมคบกันที่จัดตั้งขึ้น"

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า "กลุ่มที่จัดตั้งขึ้น" หรือ "การสมคบกันที่จัดตั้งขึ้น" แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่ทราบดีว่าการมีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรมเป็นความผิดที่จะต้องมีองค์ประกอบของความผิดที่มีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยจำนวนบุคคลไม่ใช่สาระสำคัญ เพราะบางคนผู้มีส่วนร่วม อาจไม่รับการระบุ ส่วนข้อแตกต่างระหว่างสองคำนี้ มีข้อสังเกตว่า "การสมคบกันที่จัดตั้งขึ้น" มีความหมายแฝงมากกว่าและชี้ให้เห็นว่า ไม่จำเป็นว่าต้องเป็นสมาชิกของกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นเท่านั้น ในขณะคำว่า "กลุ่มที่จัดตั้งขึ้น" จะค่อนข้างมีโครงสร้างในแง่ของการเตรียมการกระทำความผิดอาญาโทษรุนแรงฐานหนึ่งหรือมากกว่า หรือเป็นการกระทำความผิดอาญาโทษชั้นกลางที่มีโทษจำคุกอย่างน้อย 5 ปี

(ข) มีจุดมุ่งหมายเพื่อเตรียมการการกระทำความผิดอาญาโทษรุนแรงฐานหนึ่งหรือมากกว่า หรือเป็นการกระทำความผิดอาญาโทษชั้นกลางที่มีโทษจำคุกอย่างน้อย 5 ปี

ข้อกำหนดเดียวที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่าคือ ความร้ายแรงของความผิด กล่าวคือ มีจุดมุ่งหมายเพื่อเตรียมการกระทำความผิดอาญาโทษรุนแรง (crimes) ซึ่งจะมีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป หรือเป็นการกระทำความผิดอาญาโทษชั้นกลาง (délits) ที่มีโทษจำคุกอย่างน้อย 5 ปี ซึ่งจะมีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี[149] จากข้อกำหนดนี้ จะเห็นได้ว่าความผิดนี้เกี่ยวข้องเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งเป็นวิธีการบัญญัติกฎหมายแบบซีวิลลอว์ที่นำเอาหลักกฎหมายแบบคอมมอนลอว์มาใช้บังคับที่จะกำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจน มีผลทำให้ความผิดฐานนี้เป็น

[149] ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 194.

หลักกฎหมายเฉพาะที่มีวัตถุประสงค์พิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งทำให้สอดคล้องกับบทลงโทษความผิดฐานนี้

(ค) เพื่อกระทำการอันมีนัยสำคัญอย่างหนึ่งหรือมากกว่า

เพื่อกระทำการอันมีนัยสำคัญอย่างหนึ่งหรือมากกว่า ไม่สำคัญว่าการตกลงที่จะกระทำร่วมกันจะยังคงเป็นความลับหรือจะเปิดเผยต่อสาธารณะ แต่สิ่งที่จำเป็นที่ต้องเห็นโดยชัดแจ้ง คือ การเตรียมการในความเป็นจริง สมาชิกของกลุ่มที่จัดตั้งขึ้นหรือการสมคบกันที่จัดตั้งขึ้นมาร่วมกันเพื่อเตรียมการกระทำความผิด การเตรียมการนี้จึงต้องเป็นการเตรียมการ นอกจากนั้นไม่สำคัญว่าจะเป็นความผิดที่สมาชิกของสมาคมอาชญากรรมมีแนวโน้มที่จะเป็นความผิดสำเร็จหรือไม่ แต่สิ่งที่จะทำให้สามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพจากคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องนี้ คือ หลังจากที่ได้ศึกษาการมีอยู่จริงขององค์ประกอบทางการกระทำเหล่านี้แล้ว ควรพิจารณาองค์ประกอบทางจิตใจต่อไป เพื่อพิจารณาให้เข้าลักษณะของความผิดของการมีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรม

(2) องค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจ (l'élément moral)

องค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจ (l'élément moral) อาจจะกล่าวได้ว่า คือ องค์ประกอบโดยเจตนา ในกฎหมายฝรั่งเศสถือว่า การรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด (conscience) หมายถึงผู้กระทำได้เข้าใจถูกต้องถึงองค์ประกอบภายนอกและผู้กระทำรู้ว่ากฎหมายห้ามการกระทำดังกล่าว[150] ดังนั้นเช่นเดียวกับการก่ออาชญากรรมใด ๆ การมีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรม ก็จำเป็นต้องมีเจตนา โดย ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 121-3 ได้วางหลักการกระการกระทำความผิดอาญาทั้งหมดต้องกระทำโดยเจตนา หรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ผู้กระทำความผิดต้องได้รับรู้ และตระหนักว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย

[150] *เพิ่งอ้าง*, น. 147.

3.4.2 บทลงโทษ

ในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวเป็นการกระทำผิดอาญาร้ายแรง หรือเป็นการกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรงที่มีโทษจำคุกถึงสิบปี ผู้มีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรมนั้นต้องระวางโทษจำคุกสิบปีและปรับ 150,000 ยูโร

ในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดอาญาไม่ร้ายแรงที่มีโทษจำคุกอย่างน้อยห้าปี ผู้มีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรมนั้นต้องระวางโทษจำคุกห้าปีและปรับ 75,000 ยูโร”

นอกจากนี้ การช่วยเหลือและสนับสนุน มีผลบังคับใช้ภายในกรอบของการกระทำผิดกฎหมายของการมีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรมที่สอดคล้องกับบทบัญญัติของมาตรา 121-7 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ผู้สมรู้ร่วมคิด คือ บุคคลที่อำนวยความสะดวกให้กับการเตรียมการหรือการสั่งการโดยการช่วยเหลือหรือสนับสนุนโดยรู้ถึงการกระทำความผิดนั้น นอกจากนี้บุคคลใดก็ตามที่ได้มีการให้ของขวัญ ให้สัญญา ข่มขู่ สั่ง หรือใช้อำนาจในทางที่ผิด โดยกระตุ้นให้มีการกระทำความผิดหรือให้คำแนะนำในการกระทำความผิด ก็ถือเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดเช่นกัน[151] และ มาตรา 121-6[152] ซึ่ง ระบุว่าผู้สมรู้ร่วมคิดในการกระทำความผิดมีโทษในฐานะผู้กระทำความผิด เช่นกัน ดังนั้นจึงสามารถลงโทษผู้สมรู้ร่วมคิดในการกระทำความผิดในความผิดของการส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรมได้เช่นกัน เช่นการที่ ผู้สมรู้ร่วมคิดที่จัดหาวิธีการให้อาชญากร, อนุญาตให้กลุ่มอาชญากรเกิดขึ้น และขยายหรือสนับสนุนการติดต่อระหว่างสมาชิก เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามการพยายามเข้ามีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรมดังกล่าวนั้น ไม่เป็นความผิด

---

[151] ARTICLE 121-7

The accomplice to a felony or a misdemeanour is the person who knowingly, by aiding and abetting, facilitates its preparation or commission.

Any person who, by means of a gift, promise, threat, order, or an abuse of authority or powers, provokes the commission of an offence or gives instructions to commit it, is also an accomplice.

[152] ARTICLE 121-6

The accomplice to the offence, in the meaning of article 121-7, is punishable as a perpetrator

3.4.3 ข้อยกเว้นและเหตุลดโทษ

ตามมาตรา 450-2[153] ระบุว่า บุคคลใดก็ตามที่เข้าร่วมในกลุ่มหรือการสมคบกันที่บัญญัติไว้ในมาตรา 450-1 จะได้รับการยกเว้นจากการลงโทษ หากว่าก่อนที่จะมีการฟ้องร้องใด ๆ เขาได้เปิดเผยการมีอยู่ของกลุ่มหรือการสมคบกันแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและช่วยให้สามารถระบุตัวผู้เข้าร่วมคนอื่น ๆ ได้ จึงถือว่าตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ผู้กระทำความผิดสามรถถอนตัวออกจากการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามจะต้องสามารถช่วยให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจรู้ตัวผู้ร่วมกระทำความผิดคนอื่น ๆ ด้วย

3.4.4 แนวความคิดในการกำหนดความผิดอาญาและการกำหนดชั้นโทษ

ประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดในการแบ่งความร้ายแรงของความผิดโดยได้พิจารณาจากผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญว่าเป็น “อาชญากรใหญ่” หรือ “อาชญากรเล็ก” โดยได้มีการแบ่งแยกวิธีพิจารณาคดีและการลงโทษอย่างชัดเจน ซึ่งสามารถแบ่งความร้ายแรงของความผิดออกเป็น 3 ประเภทคือ[154]

(1) ความผิดลหุโทษ

ความผิดลหุโทษ (Contravention) เป็นความผิดที่เป็นการกระทำโดยฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานหรือขัดต่อระเบียบ หรือคำสั่งต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งถือว่าไม่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น ความผิดประเภทนี้จึงไม่มีโทษจำคุก แต่มีเพียงโทษปรับเท่านั้น โดยความผิดลหุโทษนี้กำหนดให้ใช้วิธีพิจารณาคดีที่รวบรัด โดยอัยการจะส่งฟ้องต่อศาลพิเศษที่เรียกว่า “ศาลลหุโทษ” ซึ่งมีฐานะเป็นศาลแขวงโดยไม่ต้องไต่สวนมูลฟ้อง

---

[153] ARTICLE 450-2

Any person who has participated in the group or the conspiracy defined by article 450-1 is exempted from punishment if, before any prosecution is instituted, he discloses the existence of the group or conspiracy to the competent authorities and enables the other participants to be identified.

[154] ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 193-197.

(2) ความผิดโทษชั้นกลาง

ความผิดโทษชั้นกลางหรือความผิดที่กระทำโดยอาชญากรเล็ก (Délit) เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และเป็นความผิดส่วนใหญ่ในฝรั่งเศส ซึ่งมาตรการในการลงโทษในความผิดประเภทนี้นั้น เนื่องจากผู้กระทำความผิดเป็นอาชญากรเล็กในความผิดที่ถือว่าไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมมากเท่าใดนัก เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ หรือทำร้ายร่างกายทั่ว ๆ ไป ดังนั้น โทษจำคุกจึงมีระยะเวลาไม่นานมากหรือใช้มาตรการอื่นแทนการลงโทษจำคุก เช่น การคุมประพฤติการทำงานบริการสังคม หรือการชดใช้เยียวยาให้แก่ผู้เสียหาย เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้ผู้กระทำความผิดซึ่งสามารถปรับตัวเป็นคนดีได้มีโอกาสในการแก้ไขปรับปรุงความประพฤติของตน ส่วนวิธีพิจารณาคดีนั้นจะเป็นกระบวนพิจารณาโดยทั่ว ๆ ไปโดยศาลที่เป็นผู้พิพากษาอาชีพเท่านั้น

(3) ความผิดโทษรุนแรง

ความผิดโทษรุนแรงหรือความผิดที่กระทำโดยอาชญากรใหญ่ (Crime) เป็นความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปี ขึ้นไป โดยความผิดประเภทนี้ถือเป็นความผิดที่กระทบกระเทือนต่อ ความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของสังคมอย่างรุนแรง เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดฐานปล้นทรัพย์ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ หรือความผิดฐานก่อการร้าย เป็นต้น ดังนั้น มาตรการในการลงโทษในความผิดประเภทนี้จึงต้องจำคุกนาน หรือจำคุกตลอดชีวิตและใช้วิธีการลงโทษจำคุกเป็นหลัก ทั้งนี้เพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งมิให้มีการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นอีก และเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมด้วย ส่วนวิธีพิจารณาคดีนั้นได้กำหนดให้ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องทุกคดีและต้องขึ้นศาลที่ประกอบด้วยคณะลูกขุนและผู้พิพากษาอาชีพ เพื่อเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีทั้งนี้เพื่อต้องการให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อยของคนในสังคมนั้นเอง[155]

---

[155] ณรงค์ ใจหาญและคณะ, การจัดกลุ่มความผิดและโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น. 9.

บทที่ 4
วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในประเทศไทยและต่างประเทศ

หลังจากการศึกษาความผิดฐานสมคบตามกฎหมายไทย และความผิดฐานสมคบตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) เห็นว่าบทบัญญัติความผิดฐานสมคบตามกฎหมายของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ดังนี้ ผู้เขียนจึงได้นำแนวคิดเกี่ยวกับความผิดฐานสมคบ ทั้งจากกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ มาพิจารณาเปรียบเทียบประกอบกับ หลักการ แนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรม การตีความกฎหมายอาญาและการกำหนดโทษในทางอาญา เพื่อค้นหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษและองค์ประกอบของ "ความผิดฐานเป็นซ่องโจร" ซึ่งเป็นกฎหมายอาญาไทยที่นำหลักความผิดฐานสมคบมาใช้และเป็นกฎหมายที่น่าจะนำมาใช้ในการแก้ปัญหาอาชญากรรมได้ ดังจะได้นำเสนอดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ปัญหา ขอบเขตความรับผิด และเงื่อนไขการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจรในประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวมาแล้ว "อาชญากรรม" เป็นการกระทำที่เป็นปัญหาสำคัญที่จะกระทบต่อความสงบสุขของประชาชน ทั้งในระดับสังคม และระดับประเทศ ดังนั้น อาชญากรรมเป็นปัญหาทางสังคมต้องป้องกันและแก้ไข[156] ประเทศไทยจึงได้มีการนำหลักความผิดฐานสมคบมาใช้บังคับ ทั้งในกฎหมายอาญาและกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติมาตราการปราบปรามผู้กระทำความผิด

[156] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 572.

เกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 เป็นต้น ในบทนี้ผู้เขียนจะขอกล่าวเฉพาะบทบัญญัติความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นวัตถุประสงค์ของการศึกษาในครั้งนี้ ปรากฏรายละเอียดดังนี้

ความผิดฐานเป็นซ่องโจร เป็นบทบัญญัติตามกฎหมายไทยที่ได้นำหลักความผิดฐานสมคบมาบังคับใช้ และเป็นบทบัญญัติที่มีขอบเขตการใช้บังคับกับการตกลงกันกระทำความผิดหลายลักษณะ ผู้เขียนเห็นว่า การคุ้มครองสังคมเป็นภารกิจของกฎหมายอาญาหนึ่ง และการรวมตัวของอาชญากรเพื่อประกอบอาชญากรรม เป็นภัยที่กระทบต่อความสงบสุขของประชาชนที่มีความร้ายแรง ดังนั้นก็บัญญัติความผิดฐานเป็นซ่องโจร ถือว่าเป็นนโยบายทางอาญาที่มีเหตุผลอยู่[157] เพราะถือว่าเป็นเครื่องมือของรัฐที่ใช้ในการตอบโต้อาชญากรรม เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อความสงบสุขของประชาชนได้ แต่อย่างไรก็ตามจากที่ได้กล่าวมาแล้ว แม้ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ เป็นมาตรการในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมที่ดี มีการนำไปใช้อย่างแพร่หลาย และบังคับใช้ได้ผลในระดับหนึ่ง แต่ในปัจจุบันไม่สามารถนำมาใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมที่มีลักษณะการดำเนินการที่มีความซับซ้อนได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร อีกทั้งยังถูกวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนอยู่เสมอ เนื่องจากการสมคบเป็นขั้นตอนการกระทำที่ยังขาดความชัดเจนอย่างมาก หากการบังคับใช้โดยขาดความเที่ยงธรรม มิได้คำนึงถึงศีลธรรมอันดี จึงอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้[158]

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในบทที่ 2 ความผิดฐานเป็นซ่องโจร คือ การสมคบระหว่างบุคคลตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ที่เป็นผู้ที่มีอายุและสติสัมปชัญญะพอที่จะตกลงกระทำความผิดได้[159] และการสมคบ คือ การแสดงออกซึ่งความตกลงจะกระทำความผิดร่วมกัน[160] ซึ่งการประชุมหารือวางแผนร่วมกันและตกลงกันว่าจะกระทำความผิดอะไร เป็นข้อสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรหรือไม่[161] เมื่อได้มีการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดแล้วความผิดก็สำเร็จทันที[162]

---

[157] *เพิ่งอ้าง*, น. 572.

[158] *เพิ่งอ้าง*.

[159] หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 95*, น. 109.

[160] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97*, น. 11-12.

[161] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 577.

แม้ความผิดที่มุ่งหมายจะยังไม่ได้กระทำการตามที่ตกลงกัน และไม่ว่าจะได้กระทำในฐานะของตัวการหรือไม่[163] หรือล้มเลิกไม่กระทำการตามที่สมคบกันก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ[164] ตามมาตรา 210 นี้ทันที ทั้งนี้ ความผิดที่สมคบกันเพื่อกระทำ ต้องเป็นความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น และความผิดนั้นต้องมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป[165]

ส่วนในเรื่องของข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย ของความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ มีเพียงมาตราเดียวเท่านั้น ได้แก่ มาตรา 211[166] โดยกฎหมายถือเอาพฤติการณ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่มีลักษณะที่ได้กำหนดไว้เป็นความผิดอันจะต้องรับโทษ กล่าวคือ การที่บุคคลประชุมในที่ประชุมซ่องโจร โดยเจตนาประชุมในที่ประชุมซ่องโจร[167] หรืออาจจะกล่าวได้ว่าผู้ใดประชุมในที่ประชุมซ่องโจร โดยรู้ว่าเป็นการประชุม ให้สันนิษฐานว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร ส่วนคำว่า "เว้นแต่ผู้นั้นจะแสดงได้ว่าตนได้ประชุมโดยไม่รู้ว่าเป็นการประชุมของซ่องโจร" นั้น กล่าวคือ ถ้าหากผู้ประชุมพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้ว่าเป็นการประชุมของซ่องโจรแล้ว ก็ไม่มีความผิด อีกทั้งนอกจากเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับส่วนรู้ของเจตนาแล้ว ยังเป็นการกำหนดหน้าที่ให้บุคคลซึ่งเดิมไม่รู้ว่าเป็นการประชุมของซ่องโจร แต่ต่อมาเมื่อประชุมเสร็จแล้ว ก็ต้องรีบผละจากที่ประชุมเสีย[168] อีกด้วย กฎหมายมาตรา 211ดังกล่าวนี้ มีผลในเรื่องของการเปลี่ยนแปลงหน้าที่นำสืบ กล่าวคือ ทำให้กลับหน้าที่

---

[162] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญชน, 2561), น. 129.

[163] คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญชน, 2561), น. 330.

[164] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97*, น. 14.

[165] *เพิ่งอ้าง*.

[166] มาตรา 211 “ผู้ใดประชุมในที่ประชุมอั้งยี่หรือซ่องโจร ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่หรือซ่องโจร เว้นแต่ผู้นั้นจะแสดงได้ว่า ได้ประชุมโดยไม่รู้ว่าเป็นการประชุมของอั้งยี่หรือซ่อมโจร”

[167] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 578.

[168] *เพิ่งอ้าง*, น. 579.

นำสืบให้ตกอยู่แก่จำเลย[169] โจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่าจำเลยมีส่วนร่วมในการประชุมซ่องโจรก็เป็นที่เพียงพอ กล่าวคือ โจทก์เพียงแต่พิสูจน์ให้ได้ตามเงื่อนไขที่จะเข้าข้อสันนิษฐาน

อีกทั้ง กฎหมายนี้ยังเอาผิดกับผู้เจตนาให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนแก่ซ่องโจรด้วย โดยในมาตรา 212[170] ได้บัญญัติให้ การจัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่ซ่องโจร การชักชวนให้บุคคลเข้าเป็นพรรคพวกซ่องโจร การอุปการะซ่องโจรโดยให้ทรัพย์หรือโดยประการอื่นใด หรือการช่วยจำหน่ายทรัพย์ที่ซ่องโจรได้มาโดยการกระทำความผิด จะต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ กฎหมายมีความมุ่งหมายที่จะขัดขวางมิให้มีการรวมตัวกันของบุคคลเพื่อกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรขึ้น และมิให้ดำเนินการต่อไปได้โดยสะดวก

และนอกจากบุคคลผู้ที่กระทำความผิดจะต้องรับผิดฐานเป็นซ่องโจรเป็นการเฉพาะตามมาตรา 210 แล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญา สำหรับกระทำของบุคคลอื่นอีก (Vicarious Liability) ในมาตรา 213[171] ซึ่งความผิดในลักษณะนี้มีความแตกต่างจากความรับผิดทางอาญาโดยทั่วไป คือ บุคคลจะต้องรับผิดแม้ตนมิได้เป็นผู้กระทำหรือละเว้นกระทำ แต่ต้องรับผลแห่งการกระทำของบุคคลอื่นซึ่งได้ก่อให้เกิดผลร้ายขึ้น และความรับผิดชอบดังกล่าวนี้ถือเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษในทางภาวะวิสัย เช่น คนอื่นเขากระทำความผิดฐานฆ่าคนตาย แม้บุคคลดังกล่าวจะไม่ได้ร่วมมือเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนด้วยก็ตาม แต่บุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรานี้ก็มีโทษฐานฆ่าคน

---

[169] หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 95*, น. 211.

[170] มาตรา 212 “ผู้ใด

(1) จัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่อั้งยี่หรือซ่องโจร

(2) ชักชวนบุคคลให้เข้าเป็นสมาชิกอั้งยี่หรือพรรคพวกซ่องโจร

(3) อุปการะอั้งยี่หรือซ่องโจรโดยให้ทรัพย์หรือโดยประการอื่น หรือ

(4) ช่วยจำหน่ายทรัพย์ที่อั้งยี่หรือซ่องโจรได้มาโดยการกระทำความผิด

ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่หรือซ่องโจร แล้วแต่กรณี”

[171] มาตรา 213 "ถ้าสมาชิกอั้งยี่หรือพรรคพวกซ่องโจรคนหนึ่งคนใดได้กระทำความผิดตามความมุ่งหมายของอั้งยี่หรือ ซ่องโจรนั้น สมาชิกอั้งยี่หรือพรรคพวกซ่องโจรที่อยู่ด้วยในขณะกระทำความผิด หรืออยู่ด้วยในที่ประชุมแต่ไม่ได้คัดค้านในการตกลงให้กระทำความผิดนั้น และบรรดาหัวหน้า ผู้จัดการ หรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในอั้งยี่หรือซ่องโจรนั้น ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นทุกคน"

ตายเหมือนกัน[172] ทั้งนี้หากไม่มีมาตรา 213 นี้แล้ว เมื่อได้มีการกระทำความผิดขึ้นตามที่ซ่องโจรได้สมคบกัน จะไม่สามารถสาวถึงผู้มีส่วนร่วมในการกระทำการนั้นได้ทุกคน อาจเพราะเป็นเพียงบุคคลผู้อยู่เบื้องหลังหรือวางแผน เท่านั้น แต่จะสามารถลงโทษบุคคลดังกล่าวได้เพียงความผิดฐานเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือ ผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดในมาตรา 83-86 แล้วแต่กรณี ซึ่งก็เป็นการยากที่จะเข้าองค์ประกอบของความผิดนั้นได้ แต่อย่างไรก็ตามจะเข้ากรณีตามมาตรา 213 นี้ได้ ผู้กระทำต้องเป็นพรรคพวกซ่องโจรเสียก่อน ซึ่งหมายถึง จะต้องมีการกระทำความผิดตาม มาตรา 210 และมาตรา 211 ฐานเป็นซ่องโจร (ไม่รวมถึงผู้กระทำความผิดตามมาตรา 212 แต่อย่างใด)

ด้วยเหตุนี้ มาตรา 213 จึงไม่อาจนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 212 ได้ ดังนั้น ผู้ที่จัดให้ใช้บ้านของตนเป็นที่ประชุมซ่องโจร แต่ไม่ได้เข้าประชุมด้วย จึงไม่ใช่พรรคพวกซ่องโจร หากพรรคพวกซ่องโจรคนใดไปกระทำความผิด ผู้จัดหาที่ประชุมให้ก็ไม่ต้องรับผิดในความผิดที่พรรคพวกซ่องโจรได้กระทำไปนั้น[173]

ข้อพิจารณาจากแนวคิดทางตำราวิชาการนิติศาสตร์และคำพิพากษาศาลฎีกา

4.1.1 ความผิดฐานเป็นซ่องโจรเป็นกรณีที่กฎหมายยกเอาการกระทำก่อนการพยายามขึ้นเป็นความผิด

กรณีกฎหมายยกเอาการกระทำก่อนการพยายามขึ้นเป็นความผิด[174] กล่าวคือ เมื่อได้มีการสมคบกันตั้งแต่ 5 คน ขึ้นไปนั้น

แม้จะยังมิได้มีการกระทำการตามที่ได้สมคบกันก็ตาม

แม้ความผิดที่ได้ตกลงจะไปกระทำนั้น ยังไม่ได้กระทำไปโดยตลอดจนความผิดสำเร็จ

แม้ความเสียหายยังมิได้เกิดขึ้นก็ตาม

แม้ว่าจะได้กระทำในฐานะของตัวการหรือไม่

แม้ล้มเลิกไม่กระทำการจากการที่ได้สมคบนั้นก็ตาม

---

[172] หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น. 112

[173] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97*, น. 18.

[174] คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 566.

ก็ถือเป็นความผิดสำเร็จฐานเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 ทันที

เช่น การที่ ก. กับพวกรวม 5 คน สมคบกันจะไปล้วงกระเป๋า เป็นการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น ก. จึงมีความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 อันเป็นความผิดสำเร็จตั้งแต่มีการสมคบกันเพื่อกระทำการลักทรัพย์ แม้จะยังมิได้มีการล้วงกระเป๋าตามที่มุ่งหมายจะทำก็ตาม

ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1341/2521[175] "คน 6 คนปรึกษากันจะใช้ไขควงงัดประตูรถยนต์เพื่อลักวิทยุติดรถยนต์เก๋งที่จอดอยู่ข้างถนน ตำรวจเข้าจับ เป็นเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210"

จากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ผู้กระทำความผิดทั้ง 6 คนยังมิได้ลงมือกระทำความผิดตามที่ได้สบคบและความเสียหายยังมิได้เกิดขึ้นแต่อย่างใด เพียงแต่ได้ปรึกษากันจะงัดรถยนต์เก๋งที่จอดอยู่ข้างถนน เพื่อจะลักเอาวิทยุ ก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จฐานเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 ทันที

---

[175] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1341/2521ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210, 42 จำคุก 2 ปี ริบของกลาง ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับ ให้ยกฟ้องโจทก์ฎีกา ศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า "โจทก์มีร้อยตำรวจเอกเกรียงศักดิ์คมจักรพันธ์ และจ่าสิบตำรวจขจร เพชรชุมชน เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับกุมตัวจำเลยมาเบิกความว่า วันเกิดเหตุเวลา 5 นาฬิกา มีชาย 6 คนยืนจับกลุ่มกันอยู่ที่หน้ารถยนต์เก๋งในตรอกซึ่งแยกจากตรอกพุทธโอสถ สงสัยว่าจะเป็นคนร้าย จ่าสิบตำรวจขจรจึงแอบเข้าไป ได้ยินคนร้ายปรึกษากันจะงัดเอาวิทยุรถยนต์ เจ้าพนักงานตำรวจจึงเข้าจับกุม แต่จับจำเลยได้คนเดียวพร้อมไขควงยาวคืบเศษ 1 อัน เป็นของกลาง เห็นว่าพยานโจทก์ดังกล่าวเบิกความสอดคล้องกัน เชื่อว่าจ่าสิบตำรวจขจรซึ่งแต่งตัวนอกเครื่องแบบได้แอบเข้าไปจนใกล้ โดยจำเลยกับพวกไม่ทันรู้ตัวและรู้เห็นว่าจำเลยกับพวกอีก 5 คนปรึกษากันจะงัดประตูรถยนต์เก๋งที่จอดอยู่ข้างถนน เพื่อจะลักเอาวิทยุติดรถยนต์ ไขควงยาวคืบเศษของกลางที่ค้นได้ที่ตัวจำเลยเป็นเครื่องมือเครื่องใช้งัดและทำอันตรายประตูรถยนต์ได้ เป็นวัตถุพยานประกอบให้รับฟังได้ว่าจำเลยเป็นคนร้ายแน่นอนที่ตำรวจจับพวกของจำเลยไม่ได้เลยนั้นไม่เป็นการพิรุธ เพราะไปด้วยกัน 3 คนเท่านั้น พอร้อยตำรวจเอกเกรียงศักดิ์และสิบตำรวจเอกวิโรจน์วิ่งกรูเข้าไป พวกของจำเลยก็หลบหนีไปหมด จึงจับไม่ทัน คงมีจ่าสิบตำรวจขจรซึ่งอยู่ใกล้คนร้ายจับจำเลยไว้ได้คนเดียว" พิพากษากลับ บังคับตามศาลชั้นต้น

แต่อย่างไรก็ตามการที่เจ้าพนักงานตำรวจจึงเข้าจับกุม แต่จับจำเลยได้คนเดียวพร้อมไขควงยาวคืบเศษ 1 อัน เป็นของกลาง ดังนั้น มีข้อสังเกตุว่า ผู้ร่วมกันกระทำความผิดไม่จำต้องรู้จักกับผู้ร่วมกระทำคนอื่น ๆ โดยผู้ร่วมกระทำความผิดทั้งหลาย อาจดำเนินการภายใต้คำสั่งของบุคคลเพียงคนเดียว จึงสรุปว่า การเป็นซ่องโจรไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการติดต่อระหว่างผู้ร่วมกันทำความผิดด้วยกัน เพราะเนื่องจากมีความมุ่งหมายเดียวกันอยู่แล้ว และแม้แต่บุคคลเพียงคนเดียว ก็อาจถูกฟ้องในความผิดฐานนี้ได้ เช่น กรณีจับผู้ร่วมสมคบคนอื่นไม่ได้ หรือไม่ทราบว่าเป็นบุคคล หรือได้ตายไปแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า หลักดังกล่าวนี้นำไปใช้กับการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมที่สมาชิกหรือผู้มีตำแหน่งในองค์กรนั้น ต่างรู้ว่ามีบุคคลอื่นร่วมในองค์กรอาชญากรรม โดยมีวัตถุประสงค์ร่วมกันที่จะเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำความผิดขององค์กร แม้บุคคลแต่ละคนนั้นไม่รู้จักกัน แต่เนื่องจากมีความมุ่งหมายเดียวกันอยู่แล้ว ก็ถือว่ามีการตกลงกันแล้ว

4.1.2 การสมคบ คือ การแสดงออกซึ่งความตกลงจะกระทำความผิดร่วมกัน

การสมคบ คือ การการแสดงออกซึ่งความตกลงจะกระทำความผิดร่วมกัน[176] เช่น ประชุมหารือร่วมกันและตกลงกันว่าที่จะกระทำความผิด เพราะ “การสมคบ” ถือว่าเป็นข้อสาระสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรหรือไม่ ไม่ใช่เพียงแต่มาประชุมหารือกันโดยไม่ได้ตกลงอะไรเลย หรือตกลงกันไม่ได้ อีกทั้ง "การสมคบ" นี้เป็นส่วนที่ทำให้การเป็นซ่องโจรแตกต่างจากการเป็นอั้งยี่ เนื่องจากการเป็นอั้งยี่จะผิดเมื่อเข้าเป็นสมาชิก แต่การเป็นซ่องโจรผิดเมื่อ "สมคบ" และไม่จำเป็นต้องตั้งขึ้นเป็นอย่างถาวรอย่างการเป็นอั้งยี่[177]

ตัวอย่างกรณีที่ถือว่าเป็นการสมคบกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2429/2528 [178] จำเลยที่ 5 กับพวกรวม 10 คนจับกลุ่มกันวางแผนเพื่อจะใช้ตลับยาหม่องครอบเหรียญพนันบนรถยนต์โดยสารประจำทางโดยจำเลย ที่ 1 จะเป็นคนใช้ตลับยาหม่องครอบเหรียญ แล้วให้จำเลย อื่นเป็นหน้าม้าแทงจำเลยที่ 1 แจกเงินให้จำเลยอื่น ทุกคนเพื่อนำไป

---

[176] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 97*, น. 11-12.

[177] หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น. 112.

[178] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2429/2528

แทงใครได้เสียเท่าใดให้จำไว้ เมื่อเลิก เล่นแล้วจะคืนให้หมดจำเลยอื่นขึ้นไปบน รถยนต์โดยสารประจำทางส่วนจำเลยที่ 5 รออยู่ที่สถานีขนส่ง และจะขับรถมารับจำเลยอื่นระหว่างทางหลังจากเล่นการพนันเสร็จแล้ว เมื่อรถยนต์โดยสารออกจากสถานีขนส่ง จำเลยที่ 1 กับพวกลงมือเล่นการพนันทายเหรียญแล้วชักชวนให้ผู้โดยสารมาแทงอันเป็นการสมคบกันเพื่อหลอกลวงเอาทรัพย์สินของผู้ ที่โดยสารไปกับรถยนต์โดยสาร โดยทุจริตอันเป็นความผิดฐานฉ้อโกง ดังนี้ แม้จำเลยที่ 5 จะไม่ได้ขึ้นไปบนรถยนต์โดยสารพร้อมกับจำเลยอื่น แต่ก็รออยู่ที่สถานีขนส่งและจะขับรถตาม มารับจำเลยอื่นเมื่อเลิกเล่นกันแล้วอันเป็นการแสดงถึง การแบ่งหน้าที่กันทำ โดยจำเลยที่ 5 ได้เข้าร่วมปรึกษา วางแผนกับจำเลยอื่นแล้วการกระทำของจำเลยที่ 5 จึงเป็น ความผิดฐานเป็นซ่องโจร

จากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้ผู้กระทำสมคบกันกระทำความผิด จะไม่ได้อยู่ในพื้นที่ก่อการกระทำความผิด แต่มีพฤติการณ์ที่แสดงถึงการแบ่งหน้าที่กันทำ โดยได้เข้าร่วมปรึกษา วางแผนกับผู้กระทำความผิดอื่น ๆ ก็มีความผิดฐานเป็นซ่องโจรด้วย เพราะ“การสมคบ” ถือว่าเป็นข้อสาระสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรหรือไม่

ตัวอย่างกรณีที่ไม่ถือว่าเป็นการสมคบกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2829/2526 [179] ความผิดฐานเป็นซ่องโจรจะต้องมีการสมคบกันตั้งแต่ 5 คนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้การสมคบกันจะต้องมีการแสดงออกซึ่งความตกลงในการที่จะกระทำผิดร่วมกัน มิใช่เพียงแต่มาประชุมหารือกันโดยมิได้ตกลงอะไรกันเลยหรือตกลงกันไม่ได้

คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยทั้งห้ามีความผิดฐานเป็นซ่องโจรตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210 ประกอบมาตรา 83 ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้ว่าให้ยกฟ้องจำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 โจทก์ฎีกา คงมีปัญหาตามฎีกาของโจทก์ว่า จำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 ได้ร่วมกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่า โจทก์คงมีร้อยตำรวจเอกวรรณชัย เพียงผู้เดียวเบิกความว่า ได้ยินเสียงพวกชายวัยรุ่นพูดปรึกษากันว่าจะไปปล้นรถน้ำตาล แล้วก็มีเสียงพูดว่าให้ไปรวมกันที่มหาชัย แต่จำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 จะอยู่ในกลุ่มชายวัยรุ่นนั้นด้วยหรือไม่ และได้ตกลงว่าจะร่วมกระทำความผิดด้วยหรือไม่ โจทก์ไม่มี

[179] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2829/2526

พยานรู้เห็นยืนยัน คงมีแต่คำซัดทอดของจำเลยที่ 1 ซึ่งไม่มีน้ำหนัก ที่ร้อยตำรวจเอกวรรณชัย กับพวกจับจำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 ได้ขณะที่พากันไปที่บ้านของจำเลยที่ 5 นั้น ข้อเท็จจริงก็ไม่ปรากฏว่าได้มีการประชุมหารือวางแผนการเกี่ยวกับการที่จะร่วมกันกระทำความผิดแต่อย่างใด ศาลฎีกาจึงเห็นว่าพยานโจทก์ยังไม่พอฟังลงโทษจำเลยที่ 2 ที่ 3 และที่ 4 พิพากษายืน

จากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การสมคบกันจะต้องมีการแสดงออกถึงความตกลงในการที่จะกระทำผิดร่วมกันอย่างชัดแจ้งแล้วว่า จะกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง หากแต่เป็นเพียงมาประชุมหารือกัน โดยข้อเท็จจริงไม่ได้ความว่าได้มีการประชุมหารือวางแผนการเกี่ยวกับการที่จะร่วมกันกระทำความผิดแต่อย่างใด หรือได้ร่วมกันประชุมกันที่ไหน เมื่อไหร่และได้ตกลงกันว่าจะกระทำความผิดอย่างไร จะถือว่ามีความผิดฐานเป็นซ่องโจรไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4050/2534[180]) เพราะความผิดฐานเป็นซ่องโจรนั้น การประชุมหารือร่วมกันและตกลงกันว่าจะกระทำความผิดอะไร ถือเป็นข้อสาระสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรหรือไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3201/2527[181])

---

[180] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4050/2534 "ความผิดฐานเป็นซ่องโจรจะต้องมีบุคคลตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปคบคิดประชุมหารือร่วมกัน และตกลงกันที่จะกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญา และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ทั้งนี้โดยการประชุมหารือร่วมกันและตกลงกันว่าจะกระทำความผิดอะไรเป็นข้อสาระสำคัญของความผิดฐานเป็นซ่องโจร ได้ความเพียงว่าจำเลยกับพวกร่วมกันฉ้อโกงทรัพย์ผู้เสียหาย โดยใช้เล่ห์เพทุบายในการเล่นการพนันเป็นเหตุให้ผู้เสียหายเป็นฝ่ายเล่นแพ้และเสียทรัพย์พนัน แต่ไม่ได้ความว่าจำเลยกับพวกได้คบคิดร่วมประชุมปรึกษาหารือกันที่ไหนเมื่อใด และได้ตกลงกันจะกระทำความผิดอย่างใดหรือไม่ จึงจะลงโทษจำเลยฐานเป็นซ่องโจรมิได้."

[181] คำพิพากษาศาลฎีกา 3201/2527 “ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์นำสืบปรากฏตามคำเบิกความของจ่าสิบตำรวจวัฒนาแต่เพียงว่า มีกลุ่มคนร้ายวัยรุ่นจะเข้ามาชิงปล้นทรัพย์รถจักรยานยนต์ในเขตเทศบาลเมืองกำแพงเพรชเท่านั้น โจทก์ไม่มีพยานยืนยันได้ว่า จำเลยทั้งสามกับพวกได้คบคิดร่วมการประชุมปรึกษาหารือกันที่ไหน เมื่อใด และได้ตกลงกันจะกระทำความผิดอย่างใดหรือไม่ พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมาจึงไม่มีน้ำหนักให้ฟังได้ว่าจำเลยทั้งสามได้ร่วมกับพวกกระทำการเป็นซ่องโจรแต่อย่างใด จึงลงโทษจำเลยทั้งสามฐานนี้ไม่ได้”

4.1.3 การสมคบหรือการแสดงออกซึ่งความตกลงจะกระทำความผิดร่วมกันนั้น ต้องเป็นความตกลงจะกระทำความผิดร่วมกันในระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4986/2533[182] ความผิดฐานซ่องโจรตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210 นั้น ผู้กระทำจะต้องสมคบกันเพื่อกระทำความผิด กล่าวคือ จะต้องมีการร่วมคบคิดหรือประชุมปรึกษาหารือกันเพื่อกระทำความผิด หรือการแสดงออกซึ่งความตกลงจะทำความผิดร่วมกัน ซึ่งมีสภาพเป็นการกระทำระหว่างผู้ร่วมกระทำผิดด้วยกัน จำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 และที่ 5 เพียงแต่ร่วมกันเจรจากับเจ้าพนักงานตำรวจที่ไปล่อ ซื้อเสนอขายรถจักรยานยนต์ที่ถูกลักมาให้แก่เจ้าพนักงานตำรวจดังกล่าวเท่านั้น จึงเป็นลักษณะที่เป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอก เมื่อข้อเท็จจริงในคดีไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 และที่ 5 ได้มีการคบคิดกันว่าจะกระทำความผิดร่วมกันรับของโจรตามที่โจทก์ฟ้อง จึงยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 ที่ 2 ที่ 3 และที่ 5 กระทำความผิดฐานร่วมกันเป็นซ่องโจรและเป็นเหตุในลักษณะคดี ศาลฎีกาจึงพิพากษาให้มีผลไปถึงจำเลยที่ 4 ซึ่งมิได้ฎีกาขึ้นมาด้วย

คำพิพากษาฎีกานี้ ได้อธิบายคำว่า “สมคบ” ตามมาตรา 210 ผู้กระทำจะต้องสมคบกันเพื่อกระทำผิด กล่าวคือ จะต้องมีการร่วมคบคิดกัน หรือแสดงออกซึ่งความตกลงจะกระทำความผิด ร่วมกันประชุมหรือหารือ วางแผนที่จะกระทำความผิด ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 212 ที่บัญญัติให้เอาความผิดแก่ผู้ที่จัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่ซ่องโจร ซึ่งเป็นข้อสนับสนุนให้เห็นถึงองค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจรให้เห็นเด่นชัดว่าจะต้องมีการคบคิด ประชุม ปรึกษาหารือกันเพื่อกระทำความผิด ซึ่งมีสภาพเป็นการกระทำระหว่างผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน

4.1.4 ความผิดที่สมคบกันเพื่อกระทำนั้น ต้องเป็นความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น และต้องมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

ความผิดที่สมคบกันเพื่อกระทำนั้น ต้องเป็นความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น (มาตรา 107 - มาตรา 366/4) และต้องมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป (แตกต่างกับการเป็นอั้งยี่ ตามมาตรา 209 ที่อาจเป็นความผิดตามกฎหมายอื่น เช่น พ.ร.บ.จราจรทางบกฯ)

---

[182] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4986/2533

เช่น การที่นายเดชกับพวก 10 คน ที่เข้าเป็นสมาชิกของชมรมสิงห์กรังปีนนั้น เป็นสมาชิกของคณะบุคคลที่ปกปิดวิธีดำเนินการ และมีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย คือการชุมนุมขับรถยนต์แข่งกันในท้องถนนหลวงในเวลาวิกาลอันเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะฝ่าฝืนพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ.2522 นายเดชกับพวกมีความผิดฐานเป็นอั้งยี่ ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 209 ไม่เป็นความผิดฐานซ่องโจรตามมาตรา 210 เพราะไม่ใช่การสมคบกันเพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้อง

คำพิพากษาฎีกาที่ 3279/2554[183] จำเลยกับพวกมิได้มีเจตนาที่จะประกอบกิจการบริษัท อ. ในอาคารที่เกิดเหตุอย่างแท้จริง การนำชื่อของบริษัทที่เป็นสำนักงานทนายความไปติดตั้งไว้ที่อาคารด้านหน้าโดยต่อมามีการเช่าอาคารส่วนกลางและด้านหลังเพื่อเล่นการพนันไพ่บาการาจึงมีเหตุผลที่เชื่อได้ว่าเป็นเพียงการบังหน้าเพื่อให้เจ้าพนักงานตำรวจเกรงกลัวแลไม่กล้าเข้าไปค้นพฤติการณ์ในการกระทำของจำเลยกับพวกจึงเป็นการรวมกลุ่มกันเพื่อจัดให้มีการเล่นการพนันไพ่บาการาในอาคารที่เกิดเหตุโดยนำชื่อบริษัทซึ่งเป็นสำนักงานทนายความและชมรมมาบังหน้าเพื่อจัดให้มีการเล่นการพนันมาแต่ต้นย่อมเรียกได้ว่าจำเลยกับพวกเป็นสมาชิกของคณะบุคคลซึ่งปกปิดวิธีดำเนินการและมีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการกระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่

จากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาดังกล่าว จำเลยกับพวกมีจำนวนมากกว่า 5 คน จึงเห็นได้ว่า แม้จำเลยกับพวกจะมีจำนวนคนมากกว่า 5 คนขึ้นไป และมีการสมคบกันเพื่อกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ผิดฐานเป็นซ่องโจร เพราะการสมคบกันกระทำความผิดนั้นไม่ใช่เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ได้บัญญัติไว้ในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นเอง

---

[183] คำพิพากษาฎีกาที่ 3279/2554

4.1.5 ความผิดฐานเป็นซ่องโจรไม่เกลื่อนกลืนกัน

ความผิดฐานเป็นซ่องโจรไม่เกลื่อนกลืนกัน (No merger) หมายถึง เมื่อมีการสมคบกันกระทำความผิดอันเป็นความผิดฐานเป็นซ่องโจรแล้ว ต่อมาได้มีการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกัน หรือความผิดหลัก (Substantive Offences) การกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกันจะถือว่าเป็นความผิดอีกฐานหนึ่ง เพราะการสมคบกันกระทำความผิดอันจะเป็นซ่องโจรนั้น ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จทันทีเมื่อได้สมคบกันดังที่ได้อธิบายไปแล้วในข้อที่ 1 ดังนั้นการสมคบกันกระทำความผิดกับการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกัน เป็นการกระทำหลายกรรมต่างกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 91[184]

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 116/2471 ผู้เป็นซ่องโจรสมคบกันจะทำการปล้นแต่มีคนหนึ่งใช้ปืนยิงเขาจำเลยมิได้ลงมือด้วยมีผิดแต่ฐานซ่องโจรกระทงเดียว

จากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาดังกล่าวได้ความว่า จำเลยกับพวก 6 - 7 คนตั้งซ่องโจรเพื่อกระทำการปล้นทรัพย์ แต่มีผู้มาพบปะ พวกของจำเลยคนหนึ่งจึงใช้ปืนยิงผู้นี้บาดเจ็บแล้ว พากันหนีไป โจทก์จึงฟ้องขอให้ลงโทษจำเลย 2 กระทง คือ ฐานเป็นซ่องโจร และฐานพยายามฆ่าคนตาย

ศาลฎีกาในคดีนี้ตัดสินว่า จำเลยมีความผิดฐานเป็นซ่องโจรกระทงเดียว เพราะได้ความว่าจำเลยประสงค์จะทำการแค่ปล้นทรัพย์ ไม่ได้มีความประสงค์จะยิงผู้มาพบปะด้วย ความผิดของจำเลยจึงไม่เข้าบทมาตรา 181 (มาตรา 181 ปัจจุบัน มาตรา 213)

---

[184] มาตรา 91 "เมื่อปรากฏว่าผู้ใดได้กระทำการอันเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ศาลลงโทษผู้นั้นทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป แต่ไม่ว่าจะมีการเพิ่มโทษ ลดโทษ หรือลดมาตราส่วนโทษด้วยหรือไม่ก็ตาม เมื่อรวมโทษทุกกระทงแล้ว โทษจำคุกทั้งสิ้นต้องไม่เกินกำหนดดังต่อไปนี้

(1) สิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทงที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสามปี

(2) ยี่สิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทงที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีแต่ไม่เกินสิบปี

(3) ห้าสิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทงที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบปีขึ้นไป เว้นแต่กรณีที่ศาลลงโทษจำคุกตลอดชีวิต"

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า มาตรา 213 จะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อพรรคพวกซ่องโจรคนหนึ่งคนใดได้กระทำความผิดตามความมุ่งหมายของซ่องโจรนั้น ดังนั้น หากเป็นความผิดนอกความมุ่งหมาย ก็ไม่นำมาตรา 213 มาใช้ เช่น พรรคพวกซ่องโจรกำลังประชุมวางแผนจะไปลักรถยนต์เพื่อส่งขายต่างประเทศ มีบุคคลภายนอกมารู้เห็นการประชุมนั้น นายเขียวพรรคพวกซ่องโจรคนหนึ่งยิงผู้มารู้เห็นนั้นตาย พรรคพวกซ่องโจรคนอื่นที่อยู่ด้วยขณะนายเขียวยิงแต่มิได้ร่วมในการยิงด้วย ไม่ต้องรับผิดฐานฆ่าคนตายด้วย จะนำมาตรา 213 มาปรับใช้ไม่ได้ เพราะการฆ่าคนตายอยู่นอกความมุ่งหมายของการเป็นซ่องโจร (เพื่อลักทรัพย์)

ถ้ามีการตกลงกันหลายครั้ง และมีการกระทำความผิดตามความมุ่งหมายของการประชุมครั้งหลัง ผู้ที่ไม่ได้ไปประชุมครั้งหลังคงมีความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 เท่านั้น ไม่มีความผิดในการกระทำครั้งหลังตามมาตรา 213 แต่อย่างใด เพราะการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นนั้น เป็นการกระทำความผิดตามความมุ่งหมายของการประชุมครั้งหลัง ไม่ใช่การกระทำความผิดตามความมุ่งหมายของการประชุมในครั้งแรกแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1103-1104/2496)

4.1.6 การพยายามกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร

ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ เมื่อได้มีการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดแล้ว ความผิดก็สำเร็จทันที ดังนั้นความผิดดังกล่าวจึงไม่อาจมีการพยายามกระทำความผิด (มาตรา 80[185]) ได้ กล่าวคือ

จะเห็นได้ว่า กรณีจะเป็นการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายได้ มีหลักเกณฑ์ 3 ประการ

(1) ผู้กระทำจะต้องมีเจตนากระทำความผิด และ

(2) ผู้กระทำต้องกระทำถึงขั้น "ลงมือ" กระทำความผิดแล้ว

(3) ผู้กระทำได้กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล

จากองค์ประกอบข้างต้น จะเห็นได้ว่า กรณีจะเป็นการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมาย ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความผิดก่อน และผู้กระทำต้องกระทำเลยขั้นตระเตรียม ถึงขั้นลง

---

[185] มาตรา 80 "ผู้ใดลงมือกระทำความมผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด"

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น"

มือ โดยศาลฎีกาไทย[186] ถือตาม หลัก “ความใกล้ชิดต่อผล” (The Proximity Rule) ตัวอย่างเช่น หลักความใกล้ชิดต่อผล กรณีตามมาตรา 288[187] “ผล” คือ “ความตาย” ของผู้ถูกกระทำ ถือว่าถ้าผู้กระทำได้กระทำ “ขั้นสุดท้าย” (Last act)[188] ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สำคัญเพื่อให้ความผิดสำเร็จ จึงจะถือว่า "ใกล้ชิดต่อผล" อันถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดตามความหมายของมาตรา 80

ดังนั้นในความผิดฐานเป็นซ่องโจร ซึ่งโดยสภาพของความผิดเป็นความผิดสำเร็จที่ไม่ต้องการผล แต่การพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อการกระทำนั้นยังไม่เป็นผลสำเร็จเท่านั้น ส่วนในด้านการสมคบซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้จิตใตที่บุคคลหนึ่งแสดงออกมา จึงไม่อาจแยกการกระทำใดอันจะใกล้ชิดต่อผลก่อนความผิดสำเร็จได้ จึงไม่อาจมีการพยายามกระทำความผิดได้

ดังนั้น การยับยั้งกลับใจในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 82[189] นั้น ไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ได้ เพราะเหตุที่ว่าการยับยั้งหรือกลับใจเป็นการลงมือกระทำความผิดในขั้นที่ผู้กระทำต้องลงมือกระทำความผิดแล้ว (กระทำถึงขั้นพยายามกระทำความผิดแล้ว) หากยังไม่กระทำถึงขั้นพยายามกระทำความผิด ย่อมไม่อาจมีกรณียับยั้งกลับใจได้เลย

4.1.7 การถอนตัวจากการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร

การถอนตัวจากการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร (Withdrawal) มี 2 กรณีคือ การถอนตัวจากการกระทำความผิดฐานสมคบอันจะเป็นซ่องโจรแล้ว กับการถอนตัวจากการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกันหรือความผิดหลัก (Substantive Offences)

---

[186] คำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491 เป็นบรรทัดฐาน "...การกระทำขั้นสุดท้าย หมายถึง จำเลยไม่ต้องทำอะไรต่อไปอีกแล้วหลังจากการกระทำนั้น ถือว่า ณ วินาทีนั้น จำเลยได้ลงมือถึงขั้นพยายามกระทาความผิดแล้ว..."

[187] มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

[188] “ขั้นสุดท้าย” (Last act) หมายถึง ผู้กระทำไม่ต้องกระทำอะไรต่ออีกแล้ว เพื่อให้เกิดผล (ขั้นสุดท้ายของผู้กระทำ)

[189] มาตรา 82 "ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ"

การถอนตัวจากการกระทำความผิดฐานสมคบอันจะเป็นซ่องโจรแล้ว ไม่อาจมีการถอนตัวจากการกระทำความผิดได้ เนื่องจากการสมคบกันเป็นความผิดสำเร็จทันทีที่มีการตกลงกัน แต่สำหรับการถอนตัวจากการกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกันหรือความผิดหลัก สามารถถอนตัวออกจากการกระทำความผิดได้ เนื่องจากช่วงขณะที่มีการสมคบกันจนถึงขั้นที่ได้มีการกระทำความผิดตามที่สมคบกัน อาจมีระยะเวลา (Duration) มากน้อยแต่ละกรณีต่างกันไป บุคคลผู้ที่ร่วมสมคบกันจึงอาจจะเปลี่ยนใจไม่ตกลงกระทำความผิดต่อไป แต่ในประมวลกฎหมายอาญา ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการถอนตัว กรณีดังกล่าวจึงอาจเป็นเหตุบรรเทาโทษ หากผู้สมคบรู้สึกสำนึกผิดจึงกลับใจและพยายามบรรเทาผลร้ายลงก่อน ที่จะมีการกระทำความผิดตามที่สมคบกันสำเร็จตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78[190] ซึ่งศาลอาจจะลดโทษให้ไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษนั้นก็ได้

4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานเป็นซ่องโจรในประเทศไทยและความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในต่างประเทศ

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย และความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดในต่างประเทศ ทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ดังที่ได้ปรากฏดังนี้

4.2.1 ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา หลักความผิดฐานสมคบมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ เป็นหลักความรับผิดอาญาของบุคคลที่ใช้บังคับกับความผิดอาญาในทุกฐานความผิด

---

[190] มาตรา 78 "เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้โฉดเขลาเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลุแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่ามีลักษณะทำนองเดียวกัน"

และความผิดฐานสมคบผู้สมคบกันกระทำผิดจะต้องประกอบไปด้วยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป โดยการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดฐานสมคบ จะไม่รุนแรงเพราะลักษณะของความผิดฐานสมคบเป็นการป้องกันมิให้การกระทำความผิดอื่นเกิดขึ้นจริง โดยในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอาญาไม่ร้ายแรง (Misdemeanour) แม้ว่าจะตกลงกันเพื่อกระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรง (Felony) ก็ตาม

สำหรับการกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอกในเรื่องของการตกลงกัน เมื่อพิจารณาหลักความผิดฐานสมคบในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ องค์ประกอบภายนอก (Actus Reus) ของความผิดฐานสมคบ คือ "การตกลงกัน" (Agreement) จะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศ ไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า "ตกลงกัน" (Agreement) ไว้ชัดเจน จึงอาจมีความหมายตามธรรมดาที่ใช้ในชีวิตประจำวัน แต่อย่างไรก็ตาม "การตกลงกัน " ในตัวของมันเองก็ไม่เป็นความผิดไม่ใช่ความผิดฐานสมคบ เนื่องจากการตกลงกันเป็นผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการที่มีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป มาร่วมคบคิดกัน (Resulting Combination) ส่วนความผิดฐานสมคบเป็นผลลัพธ์ของ "การตกลงกัน" ที่บุคคลที่มาสมคบกันมีความเห็นตรงกัน (Meeting of Minds) ที่จะกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

ในประเทศอังกฤษ กฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษบุคคลเพียงบุคคลนั้นมีเจตนาที่จะกระทำความผิด หากไม่มีการกระทำใดปรากฏออกมา ซึ่งอาจแสดงออกมาในลักษณะของการเคลื่อนไหวร่างกาย ถ้อยคำ วาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแสดงสัญญาณอื่น ที่เพียงแต่เข้าใจกันโดยปริยายระหว่างผู้กระทำความผิดก็ได้ ซึ่งอาจเป็นความลับหรือไม่ก็ได้ และการติดต่อกันอาจเป็นการติดต่อโดยตรงหรือผ่านบุคคลที่สามก็ได้ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา เรียกลักษณะดังกล่าวว่า การกระทำโดยเปิดเผย (Overt Act) แต่การกระทำโดยเปิดเผย ไม่ใช่การกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด เนื่องจากกฎหมายบางประเภทในประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นความผิดฐานสมคบได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีการพิสูจน์การกระทำที่เปิดเผยออกมา เช่น กฎหมาย RICO (Racketeer influenced and Corrupt Organizations Act. 1970) เป็นต้น

สำหรับในเรื่องขององค์ประกอบภายในของการกระทำความผิดฐานสมคบ หลักกฎหมายประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างอยู่เล็กน้อย กล่าวคือ เจตนาประสงค์ที่จะให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นซึ่งความผิดดังกล่าว หมายถึง ความผิดที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ แต่ในประเทศอังกฤษ การมีเจตนากระทำการบางอย่างได้แก่

(1) การหลอกลวงผู้อื่น (to defraud)

(2) การกระทำการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (to corrupt public morals)

(3) การล่วงละเมิดแบบแผนความประพฤติและการปฏิบัติที่ดีของสาธารณชน (to outrage public decent)

ซึ่งแม้ไม่เป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่หากมีการตกลงที่จะกระทำการดังกล่าวนั้นก็ต้องรับผิดฐานสมคบที่เป็นกฎหมายแบบคอมมอนลอว์

การพิจารณาเจตนาในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Mens Rea) จะต้องแสดงให้เห็นว่า ผู้สมคบเจตนาที่ต้องการให้ความผิดตามที่ตกลงกันเกิดขึ้น (Intent to Achieve The Object of Agreement) แม้ว่าความผิดฐานสมคบจะไม่ต้องการผลสำเร็จของความผิดที่ตกลงกันก็ตาม แต่ก็ต้องแสดงให้เห็นว่าผู้สมคบมีความตั้งใจที่ต้องการให้ความผิดตามที่ตกลงกันนั้นเกิดขึ้น จึงจะรับผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดได้

สำหรับมาตรการเสริมในการใช้บังคับกฎหมายความผิดฐานสมคบ

(1) การกระทำความผิดฐานสมคบไม่เกลื่อนกลืนกัน (No Merger) ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ความผิดฐานสมคบ จะไม่ถูกกลืนเข้าไปในความผิดหลัก เนื่องจากการตกลงกันที่เป็นการสมคบกับการกระทำตามที่สมคบเป็นเรื่องต่างกรรมต่างวาระ

(2) การถอนตัวออกจากการกระทำความผิด (withdrawal) โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ เพราะลักษณะความผิดฐานสมคบ เป็นความผิดสำเร็จทันทีตั้งแต่มีการตกลงกันกระทำความผิด แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกามีบางกรณีที่หากถอนตัวก่อนที่การกระทำที่เปิดเผยออกมา (Over Act) จะปรากฏขึ้น ผู้สมคบกันได้ถอนตัวด้วยใจสมัครก็ไม่ต้องรับผิดฐานสมคบได้ อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้ว การถอนตัวจากการกระทำความผิดมีได้เฉพาะแต่ในเรื่องการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด

ตามที่ตกลงกันเกิดขึ้นเพราะหากมีการตกลงกันแล้ว ผู้ร่วมสมคบคนใดไปกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน ผู้สมคบทั้งหมดก็ต้องรับผิดชอบในความผิดสำเร็จที่ได้กระทำขึ้นตามที่ตกลงกันทุกคน หลักกฎหมายดังกล่าวนี้ใช้บังคับทั้งในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา

(3) ผู้ช่วยเหลือและสนับสนุนแก่งซ่องโจร ทั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา กำหนดไว้ว่าบุคคลนั้นมีความผิดฐานสมคบเช่นเดียวกับผู้สมคบกันกระทำความผิด

4.2.2 ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส

ประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศส หลักความผิดฐานสมคบอาจจะกล่าวได้ว่า เป็นหลักความรับผิดอาญาแบบหลักทั่วไป เพราะมีขอบเขตการบังคับใช้กับความผิดหลายลักษณะ มีขอบเขตในการใช้บังคับที่กว้างขวาง โดยผู้สมคบกันกระทำผิดจะต้องประกอบไปด้วยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เพียงแต่ระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้ มีประเด็นที่แตกต่างกับหลักความผิดฐานสมคบในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในเรื่องของความผิดฐานสมคบจะจำกัดอยู่แต่เฉพาะความผิดอาญาร้ายแรงเท่านั้น กล่าวคือ ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 30 จะต้องเป็นการสมคบกันที่จะไปกระทำความผิดอาญาร้ายแรง (Verbrechen/felony) ซึ่งตามมาตรา 12 หมายถึงความผิดที่มีโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

และในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 450-1 จะต้องเป็นการสมคบกันที่จะไปกระทำความผิดเฉพาะความผิดอาญาโทษรุนแรง (crimes) ซึ่งจะมีโทษจำคุกตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป หรือเป็นการกระทำความผิดอาญาโทษชั้นกลาง (délits) ที่มีโทษจำคุกอย่างน้อย 5 ปี เท่านั้น ทำให้เห็นว่าหลักความผิดฐานสมคบของทั้งสองประเทศนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะป้องกันมิให้เกิดอันตรายแก่ประชาชนและสังคมส่วนรวมขึ้นอย่างแท้จริง อีกทั้งยังแสดงถึงว่าความผิดฐานสมคบนี้ เป็นข้อยกเว้นไว้ใช้บังคับกับบางกรณีและนำไปใช้กับการกระทำความผิดเฉพาะเรื่อง มิใช่หลักความรับผิดอาญาของบุคคลแบบหลักทั่วไปเช่นเดียวกับหลักความผิดฐานสมคบในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถบังคับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

สำหรับการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดฐานสมคบ ประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศสมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในประเทศเยอรมนีความผิดฐานสมคบต้องระวางโทษเท่ากับการพยายามกระทำความผิดเช่นว่านั้น แต่ทั้งนี้จะต้องถูกลดลงตามดุลพินิจของผู้พิพากษา

แต่ในประเทศฝรั่งเศส การลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดฐานสมคบ จะกำหนดอย่างชัดเจน โดยความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานสมคบเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงเท่านั้น กล่าวคือ ในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวเป็นการกระทำผิดอาญาโทษรุนแรง (crimes) หรือเป็นการกระทำความผิดอาญาโทษชั้นกลาง (délits) ที่มีโทษจำคุกถึงสิบปี ผู้มีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรมนั้นต้องระวางโทษจำคุกสิบปีและปรับ 150,000 ยูโร และในกรณีที่พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดอาญาดังกล่าวเป็นการกระทำความผิดอาญาโทษชั้นกลาง (délits) ที่มีโทษจำคุกอย่างน้อยห้าปี ผู้มีส่วนร่วมในสมาคมอาชญากรรมนั้นต้องระวางโทษจำคุกห้าปีและปรับ 75,000 ยูโร

สำหรับในเรื่องของมาตราการเสริมในการใช้บังคับกฎหมายความผิดฐานสมคบ ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มีการบัญญัติมาตราการทั้งในเรื่องของ การถอนตัวออกจาการกระทำความผิดและผู้ช่วยเหลือและสนับสนุนแก่งซ่องโจร โดยในการถอนตัวออกจาการกระทำความผิดนั้น ถือเป็นข้อยกเว้นและเหตุลดโทษตามมาตรา 450-2 ซึ่งก่อนที่จะมีการฟ้องร้องใด ๆ ผู้ร่วมสมคบคนใด สามารถเปิดเผยการมีอยู่ของกลุ่มหรือการสมคบกันแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและสามารถช่วยระบุตัวผู้เข้าร่วมคนอื่น ๆ ได้ บุคคลผู้นั้นจะได้รับการยกเว้นโทษ

และกรณีผู้ช่วยเหลือและสนับสนุนแก่งซ่องโจร ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 121-7 และมาตรา 121-6 ก็กำหนดให้บุคคลเช่นว่านั้นมีโทษเช่นเดียวกับผู้สมคบกันกระทำความผิดเช่นเดียวกับหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์

จากที่ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบหลักความผิดฐานสมคบในแต่ละประเทศข้างต้นจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 210 มีความเหมือนและแตกต่างกัน ผู้เขียนจึงขอสรุปดังนี้ ความผิดฐานเป็นซ่องโจร แม้จะขอบเขตการบังคับใช้กับความผิดหลายลักษณะ แต่ก็ได้จำกัดขอบเขตเพียงความผิดในภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ที่มี

อัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ซึ่งไม่รวมความผิดลหุโทษในภาค 3 และไม่รวมการกระความผิดในกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ โดยเหตุผลที่จำกัดความผิดไว้นั้น ไม่ปรากฏแน่ชัด จึงอาจอนุมานความประสงค์ของกรรมร่างกฎหมายในขณะนั้น ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะป้องกันมิให้เกิดอันตรายแก่ประชาชนและสังคมส่วนรวมขึ้นอย่างแท้จริง และเป็นข้อยกเว้นไว้ใช้บังคับกับบางกรณีและนำไปใช้กับการกระทำความผิดเฉพาะเรื่อง เช่นเดียวกับประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เพียงแต่มีข้อแตกต่างในเรื่องของจำนวนผู้สมคบกันกระทำความผิดที่ตามความผิดฐานเป็นซ่องโจรของประเทศนั้น จะต้องมีผู้สมคบกันตั้งแต่ 5 คน ขึ้นไป

ผู้เขียนเห็นว่า สำหรับความแตกต่างในเรื่องจำนวนผู้ร่วมสมคบกันนี้ ความผิดฐานเป็นซ่องโจรที่กำหนดให้มีจำนวนผู้สมคบจะต้องประกอบด้วยบุคคลจำนวนตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อสกัดกั้นการกระทำที่จะเป็นภัยต่อความสงบสุขของประชาชนที่มีความร้ายแรงอย่างแท้จริง ซึ่งทำให้สอดคล้องกับหลักความผิดฐานสมคบในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ถือว่าจำนวนที่ร่วมตกลงกัน หากมีจำนวนมากโอกาสที่ผู้ร่วมสมคบจะก่อให้เกิดการกระทำความผิดตามที่ตกลงก็จะมีมากตามไปด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในการฟ้องคดีผู้สมคบกันเป็นซ่องโจรไม่จำเป็นต้องระบุผู้ร่วมสมคบคนอื่นหรือเปิดเผยชื่อคนอื่นที่ร่วมกันสมคบทั้งหมด เพียงแต่จะกล่าวอ้างว่าจำเลยสมคบกับพวกรวมกัน 5 คนขึ้นไปกระทำความผิด ก็ยังคงข้อจำกัดการใช้บังคับที่ทำให้ยากที่จะเข้าองค์ประกอบของความผิด กล่าวคือ หากจะทำให้การสมคบดังกล่าวนั้นไม่เป็นความผิด ก็เพียงอย่าสมคบกันถึง 5 คน ก็จะไม่เป็นความผิดฐานเป็นซ่องโจร จึงทำให้การฟ้องคดีฐานเป็นซ่องโจรกลับมิได้กระทำกันอย่างกว้างขวาง มีเพียงแต่เจ้าพนักงานนำไปใช้เป็นมาตรการในการปราบปรามผู้ต้องสงสัยเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเท่านั้น

สำหรับการลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดฐานสมคบ ความผิดฐานเป็นซ่องโจรฐานนี้เป็นความผิดอาญาไม่ร้ายแรง แม้ว่าจะตกลงกันเพื่อกระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงก็ตาม และเป็นกรณีแยกความผิดฐานสมคบออกเป็นความผิดอีกกระทงหนึ่ง ต่างหากจากความผิดหลัก ซึ่งสอดคล้องเช่นเดียวกับหลักความผิดฐานสมคบในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์

จะเห็นได้ว่า โดยเนื้อแท้แล้วหลักความผิดฐานสมคบ ที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นำหลักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มาใช้บังคับนั้น มีข้อแตกต่างกันไม่มากนัก ซึ่งสามารถที่จะนำมาใช้บังคับได้โดยมีข้อจำกัดที่น้อยมาก อาทิเช่น ในเรื่องขององค์ประกอบความผิด ที่ทั้งสองระบบมีความเหมือนกันค่อนข้างมาก กล่าวคือ มีการกระทำ คือ การตกลงกัน และมีเจตนา คือ เพื่อกระทำความผิด

ส่วนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงว่าการกระทำใดเป็นการแสดงให้เห็นว่ามีการตกลง ต้องอาศัยข้อเท็จจริงและวิธีการที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับแนวการวินิจฉัยของศาลในแต่ละประเทศ ซึ่งจากคำพิพากษาฎีกาของประเทศไทย ได้วางหลักว่า การกระทำที่แสดงถึงการตกลงกัน เช่น ประชุมหารือร่วมกันและตกลงกันว่าที่จะกระทำความผิด ไม่ใช่เพียงแต่มาประชุมหารือกันโดยไม่ได้ตกลงอะไรเลย หรือตกลงกันไม่ได้ ซึ่งมีความสอดคล้องกับการวินิจฉัยการตกลงกันตามหลักกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ ที่พิจารณาว่า การตกลงกันเป็นเรื่องปกติธรรมดาในชีวิตประจำวัน การเคลื่อนไหวร่างกาย ถ้อยคำ วาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแสดงสัญญาณอื่น ๆ ที่ปรากฏออกมาจะเป็นข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ว่าผู้สมคบจะมีการตกลงกันหรือไม่ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกลักษณะดังกล่าวว่า การกระทำโดยเปิดเผย (Overt Act)

4.3 เหตุผลความจำเป็นและความเหมาะสมในการกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษและองค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจรให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดและความร้ายแรงของการกระทำ

จากการศึกษาความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 ทั้งหลักการ แนวคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการ ปัญหา ขอบเขตความรับผิด และเงื่อนไขในการลงโทษ ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมโดยการกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษและองค์ประกอบของความผิดฐานดังกล่าว โดยมีเหตุผลดังต่อไปนี้

4.3.1 เงื่อนไขในการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจร

ความผิดฐานเป็นซ่องโจร นอกจากจะเป็นการป้องกันปราบปรามไม่ให้อาชญากรสามารถดำเนินการกระทำความผิดตามที่มุ่งหมายจนกระทั่งความผิดสำเร็จและเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว

รัฐยังคงเห็นว่า การดำเนินการกระทำของบุคคลหลายคนนั้น อาจเป็นการร้ายแรงใหญ่โตในภายหลังมากกว่ากรณีที่มีการดำเนินการโดยบุคคลเพียงคนเดียว เพราะเมื่อมีการร่วมกันดำเนินการหลายคน โอกาสที่การกระทำความผิดจะสำเร็จก็มีมากขึ้น รวมไปถึงการปิดบังการกระทำความผิด ก็มีความง่ายดายยิ่งขึ้น ซึ่งอาจเป็นการยุ่งยากในการดำเนินคดีในภายหลัง ดังนั้น หากรัฐปล่อยให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวล่วงเลยไปจนถึงขั้นตอนการ “พยายาม” หรือ “ลงมือ” ที่มีความใกล้ชิดต่อความเสียหายยิ่งกว่าแล้ว ก็ไม่อาจจะสามารถป้องกันอาชญากรรมได้ทันท่วงทีและเกิดความเสียหายแก่สังคมที่ร้ายแรงกว่าปกติ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการกำหนดความผิดอาญา โดยอธิบายตามแนวคิด ทฤษฎีของเฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Hebert L. Packer) 6 ประการได้แก่

(1) การเป็นซ่องโจรเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่า เป็นการกระทำที่กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น

(2) ถ้าการเป็นซ่องโจรเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการต่าง ๆ

(3) การปราบปรามการเป็นซ่องโจรนั้น ไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป

(4) การบัญญัติความผิดฐานเป็นซ่องโจรแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

(5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการเป็นซ่องโจรจะไม่มีผลทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) ไม่มีมาตรการควบคุมการเป็นซ่องโจร อย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

ด้วยเหตุนี้ การบัญญัติความผิดฐานเป็นซ่องโจรขึ้นก็เพื่อ “ตัดไฟแต่ต้นลม” ซึ่งเป็นนโยบายทางอาญาที่มีเหตุผลอยู่

แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะลงโทษบุคคลในขั้นตอนก่อนการพยายามกระทำความผิด แม้จะเป็นมาตรการในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมที่ดี แต่ในขณะเดียวกันก็อาจเป็นการกระทบต่อ

สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรได้ เนื่องจากหากกำหนดฐานความผิดมากเกินไปจนมีลักษณะเป็นการกระทำที่ถูกบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาไว้เกินสมควร (Over criminalization) อันเป็นการใช้กฎหมายอาญาที่ไม่เหมาะสมและทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นภัยคุกคามอย่างแท้จริง ย่อมทำให้ขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญที่ว่า “รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

จากการศึกษาพบว่า ความผิดฐานเป็นซ่องโจรเป็นความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน จะเห็นได้ว่า คุณธรรมทางกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ คือ ความสงบสุขของประชาชน และเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม (Universal rechtsgut) จึงทำให้ความผิดดังกล่าวมีฐานะเป็นความผิดต่อบุคคลโดยส่วนรวมหรืออาญาแผ่นดิน โดยที่รัฐไม่มีนโยบายให้ผู้เสียหายเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเงื่อนไขในการลงโทษอันจะเป็นซ่องโจร คือ ความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ได้บัญญัติไว้ในภาคที่ 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและความผิดนั้น ต้องมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ดังนั้น ฐานความผิดที่สมคบกันไปกระทำอันจะเป็นซ่องโจร จึงครอบคลุมถึงบางฐานความผิดที่มิใช่ความผิดอาญาที่มีความร้ายแรง หรืออาจจะกล่าวได้ว่าเป็นความผิดที่ไม่มีความเป็นอาชญากรรมมาก และมีโอกาสเกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินในวงกว้างค่อนข้างต่ำหลายฐานความผิดด้วนกัน อาทิเช่น มาตรา 206 ในเรื่องของกระทำการเหยียดหยามศาสนา

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หากบังคับใช้กฎหมายลงโทษบุคคลในขั้นตอนก่อนการพยายามกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำยังมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับความผิดไม่ร้ายแรง กล่าวคือเป็นความผิดที่ไม่ได้มีความโหดเหี้ยม หรือโหดร้ายทารุณไร้มนุษยธรรม ตลอดจนไม่ได้เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคม หรืออาจจะกล่าวได้ว่ามิใช่ความผิดอาญาที่มีความเป็นอาชญากรรมมากที่เกิดจากการกระทำโดยเจตนา และมีลักษณะร้ายแรงเป็นอันตรายต่อสังคมส่วนรวมเป็นการกำหนดความผิดอาญาเกินความจำเป็น (Over criminalization) และไม่ถือเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็นเพื่อข่มขู่ ยับยั้งการกระทำความผิดให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง ที่จะสอดคล้องกับหลักการกำหนดโทษ

ให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด อย่างเห็นได้ชัด ซึ่งจะมีผลกระทบต่อปัจเจกบุคคล หลักนิติธรรม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กระบวนการยุติธรรม สังคม ซึ่งจะก่อผลกระทบเสียหายอย่างมาก อีกทั้งอาจทำให้ขัดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ คือ ความสงบสุขของประชาชนได้ จึงเห็นสมควรบัญญัติแก้ไขในเรื่องดังกล่าวนี้

นอกจากนี้ ในปัญหาข้อที่ว่า "ความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป "ความเห็นทางวิชาการ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นว่า ข้อดังกล่าวเป็นองค์ประกอบภายนอกที่ผู้กระทำผิดจะต้องรู้ข้อเท็จจริงจึงจะลงโทษได้ตามมาตรา 59 วรรคสาม ส่วนศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ และศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่าเป็นเจตนาพิเศษ ความคิดเห็นอีกฝ่ายหนึ่งโดยศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ได้อธิบายข้อดังกล่าวไว้ว่า ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด แต่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (objektive Bedingung der Strafbarkeit) ฉะนั้น ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น ก็มีความผิดฐานเป็นซ่องโจร

ความคิดเห็นของศาล จากการศึกษาเท่าที่ค้นพบ พบว่าประเด็นดังกล่าวในข้อเท็จจริงนั้น ผู้กระทำต้องรู้และทราบโดยมีเจตนาที่เป็นมูลเหตุจูงใจ หรือเรียกว่ามีเจตนาพิเศษ เพื่อกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

ด้วยความเคารพแก่ผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านและความเห็นของศาล ผู้เขียนเห็นว่า แนวคิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ กฎหมายต้องการมุ่งคุ้มครอง "ความสงบสุขของประชาชน" แต่อย่างไรก็ดี การพิสูจน์ข้อเท็จจริงในเรื่องดังกล่าวนั้น เป็นเรื่องยากต่อการพิสูจน์ความผิด จึงเห็นสมควรว่าให้สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้ แม้ผู้กระทำความผิดจะอ้างความไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว หรืออาจจะกล่าวได้ว่าผู้เขียนเห็นด้วยกับกับแนวคิดของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร ว่าข้อดังกล่าวนี้ไม่ใช่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด แต่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ที่ผู้กระทำผิดไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้มีผลใช้บังคับได้ในทางปฏิบัติโดยมีรูปธรรมชัดเจนเพื่อเป็น

กรอบแนวทางการดำเนินคดีต่อ ๆ ไป เช่นเดียวกับหลักคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์

4.3.2 องค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจร

ความผิดฐานเป็นซ่องโจร เป็นความผิดที่นำหลักความผิดฐานสมคบ หรือที่เรียกว่าการสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาบังคับใช้ เพียงความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ มีประเด็นที่แตกต่างกันในเรื่องของจำนวนผู้ที่มาสมคบกันที่ความผิดฐานเป็นซ่องโจรจะต้องมีตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ทำให้เป็นเรื่องยากที่จะเข้าองค์ประกอบของความผิด เนื่องจากในปัจจุบันการกระทำความผิดอาญาหรือการก่ออาชญากรรมในแต่ครั้ง โดยทั่วไปจะมีจำนวนผู้กระทำความผิดไม่มากถึง 5 คน ทำให้การที่จะนำความผิดฐานเป็นซ่องโจรไปใช้บังคับจึงไม่สามารถกระทำได้ หรืออาจจะกล่าวได้ว่า หากไม่อยากให้ไม่เป็นความผิดฐานซ่องโจรนี้ การที่จะตกลงเรื่องใด ๆ เพื่อจะกระทำความผิด ก็อย่าให้มีคนอยู่ถึง 5 คนเท่านั้น ก็จะไม่เป็นความผิดฐานเป็นซ่องโจร ข้อจำกัดดังกล่าว ส่งผลให้ในทางปฏิบัติแล้ว การฟ้องคดีในความผิดฐานเป็นซ่องโจรกลับไม่ถูกนำไปใช้อย่างกว้างขวาง แต่เป็นเพียงกรณีที่เจ้าพนักงานนำไปใช้เป็นมาตรการปราบปรามผู้ต้องสงสัยเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเท่านั้น

ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 521/2539 "จำเลยที่ 12 ให้เงินจำเลยที่11 เพื่อให้นำไปให้จำเลยที่ 7 และที่8เช่าสถานที่และซื้อไม้มาสร้างโรงรถเพื่อถอดแยกชิ้นส่วนรถยนต์โดยไม่ได้ สมคบกันเพื่อลักทรัพย์หรือรับของโจรและเมื่อนับรวมกันแล้วก็มีเพียง 4 คนเท่านั้นส่วนคนร้ายที่ทำการถอดแยกชิ้นส่วนรถยนต์ก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ 12 ได้ร่วมสมคบในการลักทรัพย์ด้วยข้อเท็จจริงจึงไม่พอฟังว่าจำเลยที่ 12สมคบกับคนอื่นตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดฐาน ลักทรัพย์หรือ รับของโจรอันจะเป็นความผิดฐานเป็นซ่องโจร"

ผู้เขียน จึงเห็นสมควรแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) ในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การสมคบกันกระทำความผิด คือ การตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่าง

ใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบังคับใช้ให้มากยิ่งขึ้น อันจะส่งผลให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองความสงบสุขของประชาชนอีกด้วย

นอกจากนี้ความผิดฐานเป็นซ่องโจร การกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด คือ "การสมคบกัน"แต่คำว่า "สมคบ" ไม่ได้สร้างความชัดเจนของการกระทำว่าหมายถึงอะไร แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 213 แล้ว คำว่า ไม่ได้คัดค้านใน "การตกลง" ให้กระทำความผิดนั้น จึงแสดงให้เห็นว่า การสมคบต้องมีการตกลงกัน ดังนั้นความผิดฐานเป็นซ่องโจรจึงมีการกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด คือ "การตกลงกัน" เช่นกัน

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หากมีการบัญญัติแก้ไขในเรื่องดังกล่าวนี้ จะทำให้สอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญาที่ว่ากฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และลดปัญหาในการตีความกฎหมายอาญาได้อีกทางหนึ่งด้วย

4.3.3 การถอนตัวออกจากการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร

ประเทศไทยมิได้มีการวางหลักในเรื่องของการถอนตัวออกจาการกระทำความผิด (withdrawal) ซึ่งโดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ เพราะลักษณะความผิดฐานเป็นซ่องโจร เป็นความผิดสำเร็จทันทีตั้งแต่มีการตกลงกันกระทำความผิด (ความผิดสำเร็จที่ไม่ต้องการผล)

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติหลักการถอนตัวออกจากการกระทำความผิด นั้นเป็นประโยชน์ทั้งในเรื่องของเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดขึ้นจริง และเป็นรางวัลแก่ผู้ที่ไม่ต้องการกระทำความผิดให้เกิดขึ้น หรือมิได้มีความชั่วในการกระทำความผิด กล่าวคือ กระบวนยุติธรรมทางอาญาควรจะให้ผลตอบแทนแก่การกระทำถอนตัวเช่นนั้น โดยหากศาลเห็นว่า พฤติการณ์ดังกล่าวไม่สมควรได้รับโทษ ก็จะพิจารณาเหตุดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการกำหนดโทษ และสามารถใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลยให้ต่ำกว่าโทษจำคุกที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ เพื่อให้โทษนั้นได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of Punishment) มากที่สุด อีกทั้ง ยังสามารถช่วยลดปัญหาการพิสูจน์ความผิด และพิจารณาของศาล ที่มักจะถูกยกฟ้อง เนื่องจากขาดพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดในการกระทำ และสามารถพิสูจน์ความผิดที่โยงใยกันของกลุ่มขบวนการ ที่มีลักษณะปกปิด

การคงอยู่และวางแผนรูปแบบในการกระทำที่สลับซับซ้อนที่หลีกเลี่ยงการถูกดำเนินคดี อีกทางหนึ่งด้วย

4.3.4 ผู้ช่วยเหลือและสนับสนุนความผิดฐานเป็นซ่องโจร

นอกจากความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 แล้ว ประมวลกฎหมายอาญายังคงเอาผิดกับผู้เจตนาให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนแก่ซ่องโจรด้วย โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 212 ซึ่ง รัฐเห็นว่าผู้ช่วยเหลือและสนับสนุน เป็นต้นเหตุของการก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรืออาชญากรรมอื่น ๆ ที่จะติดตามมาอีกมากมาย อันจะส่งผลให้เป็นภัยร้ายแรงต่อความสงบสุขของประชาชนโดยตรง แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 212 ได้บัญญัติถึงเพียง การจัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่ซ่องโจร การชักชวนให้บุคคลเข้าเป็นพรรคพวกซ่องโจร การอุปการะซ่องโจรโดยให้ทรัพย์หรือโดยประการอื่นใด หรือการช่วยจำหน่ายทรัพย์ที่ซ่องโจรได้มาโดยการกระทำความผิด

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า บัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าว จะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบังคับใช้ให้มากยิ่งขึ้น โดยครอบคลุมถึงผู้กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งมิให้มีการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นอีก และเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด และวัตถุประสงค์การลงโทษที่เป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime) อีกด้วย

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในปัจจุบันปัญหาการก่ออาชญากรรม (Crime) นับวันจะยิ่งส่งผลร้ายมากขึ้น กระทบต่อความมั่นคงของประเทศในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง สังคม ค่านิยม วัฒนธรรมฯ โดยสิ่งที่ได้รับผลกระทบมากที่สุด คือ ความสงบสุขของประชาชน อีกทั้งรูปแบบของการก่ออาชญากรรมนับวันยิ่งมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น โดยเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวการณ์ของโลก มีการรวมกลุ่มร่วมกันกระทำผิด ทั้งอย่างชั่วคราวและถาวร ซึ่งมีความซับซ้อนอันเป็นการยากต่อการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด รวมทั้งมีบุคคลหลายฝ่ายที่ให้การสนับสนุนทั้งจากประชาชนและจากเจ้าหน้าที่รัฐ ดังนั้น อาชญากรรมเป็นปัญหาของสังคมที่ต้องมีการแก้ไขและป้องกัน ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาในฐานะกฎหมายที่มีภารกิจในการคุ้มครองสังคมจึงต้องเป็นไปเพื่อสกัดกั้นการกระทำที่จะเป็นการทำลายความสงบสุขของประชาชน ด้วยการบัญญัติให้การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสมคบกันกระทำความผิดที่ยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ต้องลงโทษ ซึ่งเรียกว่า “ความผิดฐานสมคบ” หรือที่เรียกว่า “การสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy)” ทั้งนี้ เพื่อเป็นการ “ตัดไฟแต่ต้นลม” นั้นเอง จึงเป็นนโยบายทางอาญาที่มีเหตุผลอยู่

จากการศึกษาหลักความผิดฐานสมคบในกฎหมายต่างประเทศ โดยความผิดฐานสมคบหรือ การสมคบกันกระทำความผิด (Conspiracy) เป็นหลักกฎหมายที่มีวิวัฒนาการมาเป็นเวลาช้านานจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) โดยบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 13 ที่ประเทศอังกฤษ ซึ่งหลักความผิดฐานสมคบ เป็นรูปแบบ

หนึ่งของความผิดที่เรียกว่า ความผิดที่มีลักษณะเริ่มต้น (Inchoate Crime) จึงมีลักษณะเป็นความผิดที่ยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด เพียงแต่บุคคลตกลงกันกระทำความผิด ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว กล่าวคือ การที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงกันเพื่อกระทำความผิดใด ๆ ย่อมเป็นความผิดแล้ว ทั้งนี้ กฎหมายต้องการสร้างฐานอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถดำเนินคดีกับผู้ที่อาจจะก่อให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขของประชาชน และเพื่อป้องกันยับยั้งมิให้มีการกระทำความผิดตามที่สมคบกันเกิดขึ้น

จากการศึกษาพบว่า ความผิดฐานสมคบมิใช่เพียงแต่ประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จะนำหลักความผิดฐานสมคบไปบังคับใช้ หากแต่ประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) ก็ได้นำความผิดฐานสมคบ ไปบังคับใช้เช่นกัน และจากการศึกษาประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ พบว่าโดยเนื้อแท้แล้วความผิดฐานสมคบ ในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันไม่มากนัก โดยเฉพาะในเรื่องขององค์ประกอบภายนอกของความผิด (Actus Reus) ซึ่งมีความคล้ายคลึงกันมาก แต่ในส่วนใหญ่แล้วความผิดฐานสมคบของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ความผิดฐานสมคบเป็นหลักความรับผิดทางอาญาทั่วไปของบุคคล กล่าวคือ หลักความรับผิดอาญาของบุคคลที่ใช้บังคับกับทุกฐานความผิด แต่ความผิดฐานสมคบของประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จะบัญญัติความผิดฐานสมคบ เป็นข้อยกเว้นที่ใช้บังคับเฉพาะกับความผิดฐานใดฐานหนึ่งเท่านั้น ทำให้ความผิดฐานสมคบนั้นมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายเฉพาะโดยมีวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ เป็นวิธีการบัญญัติกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ที่นำเอาหลักกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ มาบังคับใช้ ที่จะกำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้การนำไปใช้บังคับเกิดผลอย่างจริงจังมากยิ่งขึ้น และระยะต่อมาได้มีการนำหลักความผิดฐานสมคบไปใช้บังคับกับการกระทำความผิดซึ่งเป็นสมาคมอาชญากรรมหรือองค์กรอาชญากรรมอีกด้วย โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะนำผู้กระทำความผิดซึ่งปกปิดวิธีการดำเนินการของตนไปสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อลงโทษ

ความผิดฐานสมคบมิใช่เรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย โดยคำว่า “สมคบ” นั้นประเทศไทยได้มีการบัญญัติโดยปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกใน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย ซึ่งได้มีวิวัฒนาการจนกระทั่งถึงในประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ก็ยังคงความผิดฐานสมคบอยู่ เช่น ความผิดฐานสมคบกันเพื่อเป็นกบฏตามมาตรา 114 ความผิดฐานเป็นซ่องโจร ตามมาตรา 210 เป็นต้น หากแต่ความผิดฐานสมคบในประเทศไทยนั้น มิได้มีการบังคับใช้อย่างจริงจังในช่วงแรก จนกระทั่งประเทศไทยได้ตระหนักถึงความรุนแรงของอาชญากรรมต่าง ๆ มากขึ้น จึงเริ่มนำหลักความผิดฐานสมคบมาบังคับใช้มากขึ้น โดยมีการบัญญัติในกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ อาทิเช่น พระราชบัญญัติมาตรการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 เป็นต้น

ความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่นำหลักความผิดฐานสมคบมาบังคับใช้ โดยมีวิวัฒนาการจากหลักกฎหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ.116 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มาตรา 178 ความผิดฐานเป็นซ่องโจรผู้ร้ายซึ่งความผิดฐานเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 คือ การสมคบระหว่างบุคคลตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป โดยบุคคลผู้สมคบกันจะต้องเป็นผู้ที่มีอายุและสติสัมปชัญญะพอที่จะตกลงกระทำความผิดได้ และการสมคบ หมายถึง การแสดงออกถึงตกลงกันที่จะกระทำความผิดร่วมกัน โดยการประชุมหารือวางแผนร่วมกันและตกลงกันว่าจะกระทำความผิดอะไร เป็นข้อสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรหรือไม่ เมื่อได้มีการสมคบกันเพื่อกระทำความผิดแล้ว จะเป็นความผิดก็สำเร็จทันที แม้ความผิดที่มุ่งหมายจะยังไม่ได้กระทำการตามที่ตกลงกัน และไม่ว่าจะได้กระทำในฐานะของตัวการหรือไม่ หรือล้มเลิกไม่กระทำการตามที่สมคบกันแล้วก็ตาม ทั้งนี้ฐานความผิดที่สมคบกันเพื่อกระทำ ต้องเป็นความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และความผิดนั้นต้องมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป เท่านั้น

จะเห็นได้ว่า ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนั้น นำหลักความผิดฐานสมคบมาบังคับใช้เพียงแต่มีความแตกต่างจากหลักความผิดฐานสมคบในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ บ้างเล็กน้อยในเรื่องของ ขอบเขตการบังคับใช้ที่ความผิดฐานเป็นซ่องโจร จะจำกัดขอบเขตไว้เพียงความผิดใน

ภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป และจำนวนผู้สมคบที่จะต้องมีผู้ร่วมสมคบกันตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป สำหรับสาเหตุที่จำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของหลักเกณฑ์การเป็นซ่องโจรไว้ ทั้งในด้านจำนวนบุคคล และวัตถุประสงค์ในการกระทำไว้ อาจจะกล่าวได้ว่าในช่วงก่อนระยะเวลาที่ได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ไม่มีการกำหนดขอบเขตของการเป็นซ่องโจรไว้เป็นอย่างที่แน่นอน จึงอาจอนุมานได้ว่า การจำกัดขอบเขต ก็เพื่อเป็นการเพิ่มความแน่นอนในการบังคับใช้ โดยเฉพาะความผิดที่มีลักษณะเป็นการร้ายแรง และโทษหนักเท่านั้น

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เพียงสมคบโดยตกลงกันตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ก็จะเป็นความผิดทันที และนอกจากบุคคลผู้ที่กระทำความผิดจะต้องรับผิดฐานเป็นซ่องโจรเป็นการเฉพาะตามมาตรา 210 แล้ว กฎหมายยังได้บัญญัติให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญา สำหรับกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) อีกในมาตรา 213 ซึ่งการเป็นซ่องโจรนี้มีโทษถึงจำคุก อันส่งผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย สิทธิ และเสรีภาพของมนุษย์ ดังนั้น แม้ความผิดฐานนี้จะดูเป็นเครื่องมือของรัฐที่อาจใช้ในการตอบโต้อาชญากรรม และเป็นมาตรการในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมที่ดี แต่ในปัจจุบันความผิดฐานนี้กลับไม่ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลาย และในการบังคับใช้ในแต่ละครั้ง มักถูกวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนอยู่เสมอ อาทิเช่น กรณีนำความผิดดังกล่าวมาใช้ดำเนินคดีทางการเมือง หรือเป็นการดำเนินคดีต่อผู้ที่รวมกลุ่มกันเพื่อเคลื่อนไหวทางการเมือง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วประชาชนมักกล่าวหาว่าเจ้าพนักงานของรัฐนั้นเลือกปฏิบัติหรือเจ้าพนักงานของรัฐที่ประพฤติมิชอบมีการแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง เพราะเมื่อพิจารณาจากเงื่อนไขการลงโทษของความผิดแล้ว กล่าวคือ ทุกความผิดในภาค 2 ในประมวลกฎหมายอาญา ที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ดังนั้น ทำให้มีหลายฐานความผิดด้วยกัน ซึ่งบางฐานความผิดนั้นมิใช่การกระทำที่เป็นอาชญากรรมอย่างร้ายแรงหรือมีความเป็นอาชญากรรมมาก อาทิเช่น มาตรา 206 ในเรื่องของกระทำการเหยียดหยามศาสนา ที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี เป็นต้น จึงอาจทำให้เป็นการกำหนดความผิดอาญาเกินความจำเป็น (Over criminalization) ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักรัฐธรรมนูญที่ว่า “รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” และก่อผล

เสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกิดสมควร โดยในท้ายที่สุดแล้ว จะส่งผลให้ความศักดิ์สิทธิ์กฎหมาย และความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับใช้กฎหมายและประชาชนเสื่อมเสียไป ทั้ง ๆ ที่ความผิดฐานเป็นซ่องโจร เป็นกฎหมายที่น่าจะนำมาใช้ในการแก้ปัญหาอาชญากรรมได้ เพราะความผิดฐานนี้มีประโยชน์อยู่มากในเรื่องของการนำผู้กระทำความผิดในความผิดซึ่งปกปิดวิธีการดำเนินการ ที่โดยปกติแล้วเป็นยากการต่อการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เนื่องจากความผิดฐานนี้เป็นมาตรการทางกฎหมายในเชิงป้องกัน สามารถนำมาบังคับใช้เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ง่ายขึ้น เพียงแค่พิสูจน์ให้เห็นถึงการตกลงกันเท่านั้น ซึ่งจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและประสิทธิผลให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายได้

ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางในการแก้ปัญหา โดยการกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษและองค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจร ตามมาตรา 210 แห่งประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใหม่ เพื่อให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดและความร้ายแรงของการกระทำ

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบ ความผิดฐานเป็นซ่องโจรกับหลักความผิดฐานสมคบในต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ ประกอบกับหลักการ แนวคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรม การตีความกฎหมายอาญาและการกำหนดความรับผิดและโทษในทางอาญา เพื่อให้ความผิดฐานเป็นซ่องโจรนั้นเป็นเครื่องมือในการป้องกันและปราบปรามการก่ออาชญากรรมที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ภายใต้กรอบของหลักนิติธรรม หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยใช้บังคับเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ไม่ใช่เป็นเพียงมาตรการในการปราบปรามผู้ต้องสงสัยเพื่อป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นการฝ่าฝืนหลักรัฐธรรมนูญ และก่อผลเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร อีกทั้ง เพื่อให้สอดคล้องกับสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ กล่าวคือ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ผู้เขียนจึงเห็นสมควรในการแก้ไขข้อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญา โดยการกำหนด

เงื่อนไขในการลงโทษและองค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจร เพื่อให้มีความทันสมัยและเข้ากับสภาพของสังคมในปัจจุบันมากขึ้น โดยผู้เขียนขอเสนอแนวทางเพื่อนำไปพิจารณาเป็นแบบอย่าง ในการกำหนดเงื่อนไขในการลงโทษและองค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจร ดังนี้

5.2.1 เงื่อนไขในการลงโทษของความผิดฐานเป็นซ่องโจร

เหตุผลในการแก้ไขเงื่อนไขในการลงโทษของความผิดเป็นซ่องโจรตามมาตรา 210 ผู้เขียนเห็นว่า การที่จะลงโทษบุคคลในขั้นตอนก่อนการพยายามกระทำความผิด ที่เป็นขั้นตอนก่อนการ “พยายาม” หรือ “ลงมือ” กระทำความผิด ซึ่งมีความห่างต่อความใกล้ชิดต่อผลหรือความเสียหายมาก หากกำหนดฐานความผิดมากเกินไปจนมีลักษณะเป็นการกระทำที่ถูกบัญญัติเป็นความผิดทางอาญาไว้เกินสมควร (Over criminalization) ย่อมเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร อันจะมีผลกระทบต่อปัจเจกบุคคล หลักนิติธรรม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กระบวนการยุติธรรม สังคม ซึ่งจะก่อผลกระทบเสียหายมาก เพราะ “ความผิดอาญา” เป็นความผิดที่มีผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ ความผิดอาญาจึงควรใช้เฉพาะ “เท่าที่จำเป็นเท่านั้น”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ความผิดที่มีโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป มักเป็นความผิดที่ไม่มีความร้ายแรง อาทิเช่น ความผิดฐานเหยียดหยามศาสนา ความผิดฐานปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ความผิดฐานปลอมหนังสือเดินทาง ความผิดฐานนำเข้าหรือส่งออกหนังสือเดินทางปลอม ความผิดฐานลักทรัพย์ที่มีเหตุฉกรรจ์ ความผิดฐานรีดเอาทรัพย์ เป็นต้น ดังนั้น แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะไม่มีการกำหนดความผิดอาญาและการกำหนดชั้นโทษเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ที่จะแบ่งความผิดออกเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดลหุโทษ (Contravention) ความผิดโทษชั้นกลาง (Délit) และความผิดโทษรุนแรง (Crime) หากแต่เมื่อได้พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญาแล้ว จะเห็นได้ว่าความผิดอาญาร้ายแรงที่มีอาชญากรรมมากหรือความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงเป็นอันตรายต่อสังคมส่วนรวมนั้น จะมีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป ดังนั้น เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองความสงบสุขของประชาชน

และเพื่อสกัดกั้นการกระทำที่จะเป็นภัยต่อความสงบสุขของประชาชนที่มีความร้ายแรงอย่างแท้จริง จึงเห็นสมควรกำหนด ดังนี้

จากเดิม มาตรา 210 "...ความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป..."

ผู้เขียนเห็นควรเสนอแก้ไขความว่า มาตรา 210 "...ความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป..."

อีกทั้ง ในปัญหาข้อที่ว่า "ความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป" ซึ่งมีความเห็นทางวิชาการที่แตกต่างกัน โดยเห็นว่า ข้อดังกล่าวเป็นองค์ประกอบภายนอก เป็นเจตนาพิเศษ และเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (objektive Bedingung der Strafbarkeit) ฉะนั้น ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้นก็มีความผิดฐานเป็นซ่องโจร

ผู้เขียนเห็นว่า ควรนำแนวคิดเรื่องเกี่ยวกับ "เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย" (objektive Bedingung der Strafbarkeit) โดยตีความกฎหมายตามคุณธรรมทางกฎหมายของแต่ละฐานความผิดเพื่อให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย มาวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคล ดังนั้น ข้อที่ว่า "ความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป" นี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็น "เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย" ที่ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ข้อเท็จจริงนั้น ทั้งนี้ เพื่อการวินิจฉัยความรับผิดที่สมบูรณ์และชัดเจนมากยิ่งขึ้น ลดความสับสนของผู้บังคับใช้กฎหมาย และสามารถนำไปใช้บังคับได้ในทางปฏิบัติ โดยมีรูปธรรมชัดเจนเพื่อเป็นกรอบแนวทางการดำเนินคดีต่อ ๆ ไป เช่นเดียวกับหลักคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์

5.2.2 องค์ประกอบของความผิดฐานเป็นซ่องโจร

เหตุผลในการแก้ไของค์ประกอบของความผิด เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า สาเหตุหนึ่งที่ทำให้ความผิดฐานเป็นซ่องโจร ในทางปฏิบัติแล้วไม่ได้รับการนำไปใช้อย่างกว้างขวาง อีกทั้งการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวส่วนใหญ่จะปรากฏอยู่ในขั้นตอนของพนักงานตำรวจเท่านั้น มากกว่า

ที่จะหวังผลในทางคดี เพราะเป็นการยากที่จะเข้าองค์ประกอบของความผิด กล่าวคือ กระทำความผิดอาญาโดยทั่วไปแล้ว จะมีจำนวนผู้กระทำความผิดในแต่ละครั้งไม่มากถึง 5 คน หรือบางครั้งอาจจะกล่าวได้ว่า หากไม่อยากมีความผิดฐานเป็นซ่องโจรนี้ จะตกลงเรื่องใด ๆ ก็อย่าให้มีคนถึง 5 คน ก็จะไม่มีความผิดฐานเป็นซ่องโจรแล้ว

อีกทั้ง การกระทำที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด คือ "การสมคบกัน" ซึ่งถือว่าเป็นข้อสาระสำคัญที่จะแสดงให้เห็นว่า มีการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจรหรือไม่ แต่คำว่า "สมคบ" ไม่ได้สร้างความชัดเจนของการกระทำว่าหมายถึงอะไร จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความ

ดังนั้นเมื่อพิจารณาหลักความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) ในต่างประเทศแล้ว ที่กำหนดว่า ความผิดฐานสมคบ คือ การตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง หลักประกันในกฎหมายอาญาที่ว่ากฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และหลักการตีความกฎหมายอาญา จึงเห็นสมควรระบุให้ชัดแจ้งว่า “การสมคบนั้นหมายถึงการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป” ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) และเป็นการง่ายต่อการบังคับใช้ที่จะสามารถหวังผลในทางคดี และลดปัญหาในการตีความกฎหมายอาญาได้อีกทางหนึ่งด้วย จึงเห็นสมควรกำหนดดังนี้

จากเดิม มาตรา 210 “ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2...”

ผู้เขียนเห็นควรเสนอแก้ไขความว่า มาตรา 210 “ผู้ใดสมคบโดยตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2...”

5.2.3 การถอนตัวออกจากการกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร

เหตุผลในการแก้ไข ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติหลักการถอนตัวออกจากการกระทำความผิด นั้นเป็นประโยชน์ทั้งในเรื่องของเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดขึ้นจริง และเป็นรางวัลแก่ผู้ที่ไม่ต้องการกระทำความผิดให้เกิดขึ้น หรือมิได้มีความชั่วในการกระทำความผิด กล่าวคือ กระบวนยุติธรรมทางอาญาควรจะให้ผลตอบแทนแก่การกระทำถอนตัวเช่นนั้น โดยหากศาลเห็นว่า พฤติการณ์ดังกล่าวไม่สมควรได้รับโทษ ก็จะพิจารณาเหตุดังกล่าวเป็นเงื่อนไขใน

การกำหนดโทษ และสามารถใช้ดุลพินิจลงโทษจำเลยให้ต่ำกว่าโทษจำคุกที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ เพื่อให้โทษนั้นได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of Punishment) มากที่สุด อีกทั้ง ยังสามารถช่วยลดปัญหาการพิสูจน์ความผิด และพิจารณาของศาล ที่มักจะถูกยกฟ้อง เนื่องจากขาดพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดในการกระทำ และสามารถพิสูจน์ความผิดที่โยงใยกันของกลุ่มขบวนการ ที่มีลักษณะปกปิดการคงอยู่และวางแผนรูปแบบในการกระทำที่สลับซับซ้อนที่หลีกเลี่ยงการถูกดำเนินคดี อีกทางหนึ่งด้วย ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอแก้ไข โดยกำหนดดังนี้

มาตรา 210 วรรคสาม “ผู้กระทำความผิดตามวรรคแรก หากได้เปิดเผยการมีอยู่ของการสมคบแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและช่วยให้สามารถระบุตัวผู้เข้าร่วมสมคบคนอื่น ๆ ได้ ก่อนศาลชั้นต้นพิพากษา ให้ศาลลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือศาลจะไม่ลงโทษเลยก็ได้”

5.2.4 ผู้ช่วยเหลือและสนับสนุนความผิดฐานเป็นซ่องโจร

เหตุผลในการแก้ไขผู้ช่วยเหลือและสนับสนุนแก่ซ่องโจร ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าว จะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบังคับใช้ให้มากยิ่งขึ้น โดยครอบคลุมถึงผู้กระทำความผิดมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้งมิให้มีการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นอีก และเป็นการตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคมด้วย ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด และวัตถุประสงค์การลงโทษที่เป็นการป้องกันอาชญากรรม (Prevention of Crime) อีกด้วย ผู้เขียนเห็นด้วยกับกฎหมายต่างประเทศ ที่จะกำหนดเพิ่มขอบเขตความรับผิดให้มีความหมายกว้างยิ่งขึ้น เพื่อครอบคลุมทุกการกระทำความผิดที่จะสามารถส่งผลกระทบต่อความสงบสุขของประชาชน ผู้เขียนเห็นควรเสนอแก้ไข โดยเพิ่มอนุมาตราในมาตรา 212 ดังนี้

มาตรา 212 “ผู้ใด...

(5) กระทำการด้วยประการใด ๆ อันเป็นความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก ในการกระทำความผิดแก่อั้งยี่หรือซ่องโจร

(6) ยุยง ชักจูง หรือให้คำแนะนำในการกระทำความผิดแก่อั้งยี่หรือซ่องโจร”

โดยเมื่อนำข้อเสนอทั้งหมดมารวมกัน จะได้แนวทางการร่างบทบัญญัติความผิดฐานเป็นซ่องโจร ดังนี้

มาตรา 210 “ผู้ใดสมคบโดยตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 และความผิดนั้นมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปนั้น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นซ่องโจร ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าเป็นการสมคบเพื่อกระทำความผิด ที่มีระวางโทษถึงประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ผู้กระทำความผิดตามวรรคแรก หากได้เปิดเผยการมีอยู่ของการสมคบแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและช่วยให้สามารถระบุตัวผู้เข้าร่วมสมคบคนอื่น ๆ ได้ ก่อนศาลชั้นต้นพิพากษา ให้ศาลลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้หรือศาลจะไม่ลงโทษเลยก็ได้”

มาตรา 212 “ผู้ใด

(1) จัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่อั้งยี่หรือซ่องโจร

(2) ชักชวนบุคคลให้เข้าเป็นสมาชิกอั้งยี่หรือพรรคพวกซ่องโจร

(3) อุปการะอั้งยี่หรือซ่องโจรโดยให้ทรัพย์หรือโดยประการอื่น หรือ

(4) ช่วยจำหน่ายทรัพย์ที่อั้งยี่หรือซ่องโจรได้มาโดยการกระทำความผิด

(5) กระทำการด้วยประการใด ๆ อันเป็นความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก ในการกระทำความผิดแก่อั้งยี่หรือซ่องโจร

(6) ยุยง ชักจูง หรือให้คำแนะนำในการกระทำความผิดแก่อั้งยี่หรือซ่องโจร

ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่หรือซ่องโจรแล้วแต่กรณี”

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1.พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม พริ้นติ้ง, 2551.

ขุนหลวงพระไกรสี (เปล่ง). กฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติและประกาศซึ่งตั้งขึ้นในรัชกาลของพระบาทสมเด็จ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ผู้ทรงพระคุณธรรมอันประเสริฐ เล่ม 6. พระนคร : โรงพิมพ์วิชาการ, 2442.

คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด.พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป.พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

คณะกรรมการนิติศาสตร์สากล. “สิทธิมนุษยชนกับหลักนิติธรรม ในความหลากหลายทางวัฒนธรรม.” เอกสารเผยแพร่ การสัมมนา ณ โรงแรมดุสิตธานี เมื่อวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2554.

จิตติ ติงศภัทิย์. คำอธิบาย ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2548.

จิรวุฒิ ลิปิพันธ์. “การลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติด.” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2562.

ณรงค์ ใจหาญและคณะ. “การจัดกลุ่มความผิดและโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย.” สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

ณัฏฐพล เมืองขวา. “การนำหลักสมคบกันกระทำความผิดมาใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามความผิดกลุ่มสถาบันการเงิน : ศึกษากรณีความผิดเกี่ยวกับธนาคารพาณิชย์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ. “ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น: ศึกษากรณีการรับอาสากระทำความผิด.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 48. ฉบับที่ 4. (2562).

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

ทวินันท์ อุดมธรรม. “การบัญญัติความผิดและการใช้การตีความ: ศึกษาลักษณะการกระทำทารุณกรรมสัตว์ตามพระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

ธานี วรภัทร์. วิกฤตราชทัณฑ์วิกฤตกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

นวลจันทร์ ทัศนชัยกุล. อาชญากรรม (การป้องกัน : การควบคุม). กรุงเทพมหานคร : คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตร์, 2540

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

ประธาน วัฒนวาณิชย์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอาชญาวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2546

ปกป้อง ศรีสนิท. “การวิเคราะห์โทษทางอาญาด้วยหลักนิติเศรษฐศาสตร์.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 39. ฉบับที่ 3. (2552).

ปรางทิพย์ โพธิ์แก้ววรางกูล. “การนำเอามาตรการสมคบกันกระทำความผิดมาบังคับใช้กับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

ปาณิศา พัวเวส. “อิทธิพลระหว่างประเทศที่มีต่อกฎหมายอาญาของไทย: ศึกษากรณีองค์กรอาชญากรรม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

พรรณิศา ธีระกุลพิศุทธิ์. “การนำหลักสมคบกันกระทำความผิดมาใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตในระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ยุทธนา ไสวสุวรรณวงศ์. “วิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดฐานสมคบ: ศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ลัฏฐิวัน คงจันทร์. “ความผิดฐานรับของโจร: ศึกษาทรัพย์อันได้มาโดยการกระทำความผิด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

ศิริเมขล์ พงษ์ไพจิตรม. “การนำหลักสมคบกันกระทำความผิดมาใช้ในการปราบปรามองค์กรอาชญากรรม : ศึกษาเฉพาะกรณีการแสวงหารายได้และผลประโยชน์จากการค้าประเวณี.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

ศุภรัตน์ เลิศพาณิชย์กุล. “สมาคมลับอั้งยี่ในประเทศไทย พ.ศ. 2367 - 2453.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะอักษรศาตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.

สมเด็จกรมพระยาดำรงราชานุภาพ. นิทานโบราณคดี. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, 2545.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. “หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย.” เอกสารเผยแพร่ การสัมมนา ณ โรงแรม เดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ เมื่อวันที่ 13 กันยายน พ.ศ.2560.

สุภัชลี เทพหัสดิน ณ อยุธยา. “กฎหมายอาญาเฟ้อ.” วารสารสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์. ปีที่ 44. ฉบับที่ 2. (2561).

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

สหวัฒน์ ธนาจุฬาวงษ์. “การกำหนดโทษในคดียาเสพติด: ศึกษาความผิดฐานผลิต.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2559.

สิทธิชัย เกลี้ยงเกลา. “การยับยั้งกลับใจจากการพยายามกระทำความผิด.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

สุรจิต พัฒนสาร. “ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอั้งยี่: ซ่องโจรในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายอาญาลักษณะอาญา ร.ศ.127. พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

อัจฉรียา ชูตินันทน์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา.พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

อำมาตย์โท พระอินทปรีชา (เหยียน เลขะวณิช). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1. พระนคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2468.

อภิวัฒน์ สุดสาว. “การกำหนดโทษอาญาตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.” คมความคิด เข็มทิศรัฐธรรมนูญ. สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2562.

ภาษาต่างประเทศ

Harry E. Allen and Others. Crime and Punishment. (1981).

Herbert L. Packer. The Limits of the Criminal Saction. California: Standford University Press, 1986.

J.C. Smith and Brian Hogan. Criminal law. 7th ed. London: Butterworth, 1992.

Jeremy Bentham. An Introduction to the Principles of Moral and Legislation. Oxford: Clarendon Press, 1907.

Jesse Omoregie. Freewill: The Degree of Freedom Within. Author-House UK, 2015.

John Burk. Osbon's Concise Law Dictionary. London: Sweet & Maxwell, 1976.

Kai Hamdorf. "The cocept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law." 5 Journal of International Criminal Justice 208. (2007).

Raymond Saleilles. The Individualization of Punishment. (1968).

Richard J. Hoskins. "A Comparative Analysis of the Crime of Conspiracy in Germany. France and the United States." 6 New York University Journal of International Law and Politic. (1973).

Richard Langdon Franklin. Freewill and Determinism: A Study of Rival Conceptions of Man. Routedge & K. Paul, (2018).

Wienczyslaw J. Wagner. "Conspiracy in Civil Law Countries." 42 Journal of Criminal Law and Criminology. (1951).

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ–นามสกุล	นายอธิวัฒณ์ เจริญศรีวงษ์
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2558 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
	พ.ศ. 2561 ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 48
	สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ
ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน	นิติกร บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน)

DPU