



การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด

วีรพศุตม์ วรธีรฉัตร

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปีการศึกษา 2566

DEFINING THE DEFINITION OF SERIOUS DRUG LIABILITY

VEEPHASUT VORRATEERACHAT

A Thematic Paper Submitted in Partial Fulfillment of the

Requirements for the Degree of Master of Laws

Department of Law,

Pridi Bhanomyong Faculty of Law

Dhurakij Pundit University

Academic Year 2023



ใบรับรองสารนิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อสารนิพนธ์ การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด
เสนอโดย วีรพศุตม์ วรธีรฉัตร
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉรียา ชูตินันท์
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์แล้ว



..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสินิท)

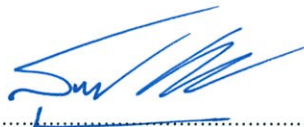


..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์
(รองศาสตราจารย์อัจฉรียา ชูตินันท์)



..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว



..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(อาจารย์ ดร. สุทธิพล ทวีชัยการ)

วันที่ 10 เดือน มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๖๗

หัวข้อสารนิพนธ์	การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด
ชื่อผู้เขียน	วีรพศุทธิ์ วรธีรฉัตร
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2566

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้ มุ่งศึกษาแนวคิดและทฤษฎีการกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด เนื่องด้วยบทนิยามว่าด้วยความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดความผิดไว้ 5 ลักษณะคือ การผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติด อันเป็นลักษณะความผิดที่มีความร้ายแรงและความเสียหายที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ซึ่งเป็นการกำหนดบทนิยามที่กว้างมากจนเกินไป อันส่งผลกระทบต่อความชัดเจนแน่นอน และส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดความรับผิดให้ผู้พยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับ ยาเสพติด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ อันเป็นเรื่องที่ขัดแย้งต่อหลักการลงโทษทางอาญาที่กำหนดให้บุคคลจำต้องรับผิดแต่เฉพาะขอบเขตหรือการกระทำที่ตนได้กระทำโดยเจตนาโดยคำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง และนำมาซึ่งการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้พยายามกระทำความผิด อันอยู่ในฐานะจำเลยในด้านต่าง ๆ ได้แก่ จำเลยถูกลงโทษมากกว่าขอบเขตการกระทำที่ตนควรจะได้รับ และปิดโอกาสที่จำเลย จะได้รับในทางกฎหมายด้านต่าง ๆ เช่น การยกเว้นโทษอันเนื่องมาจากการยับยั้งหรือกลับใจในการกระทำความผิด หรือการได้รับดุลยพินิจในการรอกการลงโทษ ฯลฯ เปรียบเทียบกับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับคดียาเสพติดในต่างประเทศไม่มีบทบัญญัติการลงโทษในลักษณะดังกล่าว ทั้งต่างมีแนวโน้มที่จะนำมาตรการอื่น ๆ แทนการลงโทษทางอาญาเพื่อลดทอนความรุนแรงในคดียาเสพติด เช่น การมองผู้กระทำความผิดเป็นผู้ป่วย หรือการยกเลิกความผิดยาเสพติดในบางประเภท ฯลฯ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงมีจำเป็นอย่างยิ่งที่จักกำหนดความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด แต่เฉพาะลักษณะหรือพฤติการณ์ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่เหมาะสมอย่างแท้จริง กล่าวคือความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ หรือความผิดยาเสพติดที่ร้ายแรงเท่านั้น โดยพิจารณาตามมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (ICCS) โดยผู้เขียนจักเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุง คือ (1) แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายยาเสพติดว่าด้วยบทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดแต่เฉพาะความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครอง ซึ่งประกอบด้วยพฤติการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ เป็นความผิดร้ายแรงเท่านั้น (2) ศึกษาและอภิปรายเน้นย้ำถึงความเข้าใจเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้เป็นไปตามพื้นฐานความรับผิดของบุคคลในทางอาญาและสอดคล้องกับความ

ร้ายแรงของการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สังคม พร้อมด้วยตระหนักไปถึงผลกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่มีผลถึงมาตรการทางอาญาในด้านอื่น ๆ

คำสำคัญ: ความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด, การพยายามกระทำความผิด, กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ

.....
.....

Thematic Paper Title	DEFINING THE DEFINITION OF SERIOUS DRUG LIABILITY
Author	Veephasut Vorraterachat
Thematic Paper Advisor	Associate professor Achariya Chutinun
Program	Master of Laws
Academic Year	2023


ABSTRACT

This article aims to study concepts and theories pertaining to determining the scope of the definition for serious drug-related offenses. It defines five types of offenses: production, import, export, distribution, and possession, with each type varying in seriousness and the level of damage it incurs. This broad definition affects the law by lacking clarity and certainty, thereby impacting the criminal justice process. Specifically, in determining penalties for individuals attempting to commit serious drug-related offenses, the penalty must be equal to that imposed on those who successfully commit the offense. This goes against the principles of criminal punishment, which advocate for holding individuals accountable only for their intentional actions, considering the offender's intentions rather than solely focusing on the actual harm caused. Consequently, it leads to unfair criminal justice proceedings for individuals attempting to commit an offense. This places the defendant in a position where they may face punishment exceeding the scope of their actions or miss several opportunities provided by the law, such as impunity regarding restraint, repentance, or suspended sentencing. In contrast to foreign drug-related offenses, there is no provision for such punishment in the definition of the scope of offenses, and alternative measures can be utilized instead of criminal punishment to reduce drug-related cases. These alternative measures may include treating offenders as patients, considering the revocation of certain drug offenses, etc

For these reasons, accurately defining the scope of serious drug-related offenses is essential. This should entail considering only the nature of the offense or the conditions of the drug offense as truly appropriate. Specifically, offenses that impact public security or the safety of the country, or are deemed serious drug offenses, should be classified according to the International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS). The author suggests guidelines for improvement, including: (1) Amending the provisions of Section 1 of the

Narcotics Code to define a scope of serious drug-related offenses, specifying only the offenses of production, import, export, distribution, and possession as behaviors that affect public security or the safety of the country and are thus considered serious offenses. (2) Studying and discussing the punishment of offenders regarding drug-related offenses, with an emphasis on understanding individual criminal liability and ensuring consistency with the seriousness of the action and the societal harm caused. This should also involve considering the implications of defining criminal penalties that affect measures in other areas.

Keywords: Serious Drug-related Offenses, Attempt to Commit an Offenses, Affecting the Public Security or Safety of the Country


.....

กิตติกรรมประกาศ

ความสำเร็จของสารนิพนธ์ฉบับนี้ เกิดขึ้นด้วยความเมตตากรุณาและเอาใจใส่จากคณาจารย์และบุคคลทั้งหลาย โดยได้รับความกรุณาจากรองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันทน์ ในการสละเวลาให้คำแนะนำ ความรู้ และข้อเสนอแนะ ในฐานะอาจารย์ที่ปรึกษา และมีส่วนสำคัญในการผลักดันให้ข้าพเจ้ามุ่งศึกษาหาข้อมูล ความรู้อันเกี่ยวข้องกับสารนิพนธ์ฉบับนี้อย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ ทั้งยังให้ความเห็นประกอบด้วยข้อความคิดทางวิชาการอันเป็นส่วนสำคัญ พร้อมทั้งการดูแลเอาใจใส่อย่างใกล้ชิด เพื่อให้สารนิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ และปราศจากข้อบกพร่องในด้านต่าง ๆ ขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ที่ท่านได้กรุณารับเป็นประธานในการสอบสารนิพนธ์ฉบับนี้ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันทน์ และดร.จิราวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่ให้ความกรุณาเป็นกรรมการสอบสารนิพนธ์ และให้คำแนะนำในการแก้ไขปรับปรุงสารนิพนธ์เป็นอย่างดี รวมทั้งสละเวลาตรวจสอบเนื้อหาทั้งหมด เพื่อความสมบูรณ์ถูกต้องของสารนิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คุณทงศ์ศักดิ์ ดั่งงสีทอง หัวหน้านิติกร สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดี ยาเสพติด 3 ผู้บังคับบัญชาของผู้เขียน ที่ได้ให้คำแนะนำ และคำปรึกษา บรรดาข้อมูล ความรู้ ข้อสังเกต ในการทำสารนิพนธ์ รวมทั้งบิดา มารดา ที่คอยให้กำลังใจอันเป็นส่วนสำคัญที่ผลักดันการศึกษาให้ผู้เขียนเสมอมา รวมทั้งอาจารย์ และบุคลากรบัณฑิตศึกษาสาขาวิชานิติศาสตร์ รวมทั้งส่วนกลาง ที่คอยอำนวยความสะดวก และให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการค้นคว้าสารนิพนธ์ ตลอดจนเพื่อน ๆ พี่น้องนักศึกษานิติศาสตร์มหาบัณฑิตทุกท่านที่คอยสนับสนุนและเป็นกำลังใจ พร้อมมอบสิ่งดี ๆ ให้กันเสมอมา

อนึ่ง หากสารนิพนธ์ฉบับนี้ก่อให้เกิดความรู้และความเข้าใจ อันนำไปสู่ประโยชน์แก่การศึกษาในระดับต่าง ๆ ผู้เขียนขอขอบพระคุณแด่พระคุณบิดามารดา ครูบาอาจารย์ทุกท่าน ผู้แต่งทุกท่านที่ผู้เขียนได้อ้างอิงถึง หากจักเกิดข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับความบกพร่องแต่เพียงผู้เดียว โดยหวังว่าจักเกิดประโยชน์แต่ผู้อ่านไม่มากนัก

วีรพัศุทธิ์ วรธีรฉัตร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญ.....	ณ
สารบัญตาราง.....	ญ
สารบัญภาพ.....	ฎ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	6
2. แนวความคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดและการลงโทษความผิด.....	7
เกี่ยวกับยาเสพติด	
2.1 ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลตามกฎหมายอาญา.....	7
2.2 ความเป็นมาของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในประเทศไทย.....	18
2.3 แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิด.....	22
2.4 ลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำความผิด.....	36
3. การลงโทษความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายต่างประเทศ.....	46
3.1 ประเทศโปรตุเกส.....	46
3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	53
3.3 มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อ.....	57
ประโยชน์ทางสถิติ (ICCS)	

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์การกำหนดขอบเขตความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด.....	64
4.1 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดความรับผิดกรณีพยายามกระทำความผิด.....	64
เกี่ยวกับยาเสพติด	
4.2 เปรียบเทียบการกำหนดความรับผิดว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด.....	75
ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ	
4.3 เหตุผลความจำเป็นและความเหมาะสมในการแก้ไขบทนิยามความผิดร้ายแรง.....	77
เกี่ยวกับยาเสพติด	
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	78
5.1 บทสรุป.....	78
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	79
บรรณานุกรม.....	81
ประวัติผู้เขียน.....	86

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 หมวดหมู่ในระดับที่ 1 ประเภทของอาชญากรรมตามมาตรฐาน ICCS.....	59
3.2 หมวดหมู่อาชญากรรมเกี่ยวกับยาเสพติดตามมาตรฐาน ICCS.....	60
3.3 นิยามและรายละเอียดในระดับอาชญากรรมยาเสพติดตามมาตรฐาน ICCS.....	61
4.1 เปรียบเทียบความรับผิดชอบคดียาเสพติดระหว่างประเทศไทยและต่างประเทศ.....	75

สารบัญภาพ

ตารางที่	หน้า
2.1 ขั้นตอนการกระทำความผิดทางอาญา.....	15
2.2 ความหมายของการพยายามกระทำความผิด.....	37

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัญหาการแพร่ระบาดของยาเสพติดในปัจจุบัน ถือเป็นปัญหาที่ทั่วโลกต่างประสบพบเจอ โดยปัญหา ยาเสพติดนี้ไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อประเทศจะต้องสูญเสียทรัพยากรมนุษย์ที่มีค่าที่สุดของประเทศไปแล้ว แต่ยังนำมาซึ่งปัญหาอื่น ๆ อีกมากมาย ไม่ว่าจะเป็นส่งผลเสียในด้านสุขภาพกายและจิตใจของผู้ติดยาเสพติด เท่านั้น แต่ยังนำมาซึ่งปัญหาในด้านอาชญากรรมทางสังคม เช่น การลักขโมย หรือปล้นชิงทรัพย์ หรืออาจเป็น อาชญากรรมที่ส่งผลเสียหายในบั้นปลายถึงชีวิตของผู้อื่น ทั้งปัญหายาเสพติดยังก่อผลกระทบต่อเศรษฐกิจของ รัฐอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจากผู้เสพยาเสพติดจะต้องเพิ่มการใช้ยามากยิ่งขึ้นตลอดเวลา นำมาสู่การสูญเสีย เงินทองสำหรับซื้อยามาเสพไม่มีที่สิ้นสุด ร่างกายไม่แข็งแรง และไม่สามารถประกอบอาชีพได้ดังเช่นคนปกติ ทั่วไป ครอบครัวและรัฐต้องสูญเสียแรงงานไป ดังนั้นจึงส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจทั้งของตนเองและครอบครัว และ นำไปสู่สภาพเศรษฐกิจของรัฐในผลบั้นปลาย และด้วยเหตุของปัญหาดังกล่าวผนวกรวมกัน จนนำไปสู่ความเสียหายที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐในที่สุด อีกทั้งในช่วงระยะกว่า 10 ปีที่ผ่านมา ประมาณ 269 ล้าน คนทั่วโลก หรือ 1 ใน 4 ของประชาโลกพันล้านคน มีอัตราการใช้ยาเสพติดเพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 30 และมากกว่า 35.6 ล้านคน ต้องทุกข์ทรมานจากการเสพติด¹ ทั้งปัจจุบันการลำเลียง การค้า การขายยาเสพติดเป็นไปสภาพ เทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ทำให้การแพร่กระจายหรือลำเลียงยาเสพติดเป็นไปโดยง่ายตายมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกจึงได้พยายามร่วมมือกันเพื่อหาทางหยุดยั้งการแพร่ระบาดของยาเสพติด โดย องค์การสหประชาชาติได้กำหนดให้ วันที่ 26 มิถุนายน ของทุกปี เป็นวันต่อต้านยาเสพติดโลก ทั้งในด้าน ภูมิภาคอาเซียนก็ได้มีการลงนามแถลงการณ์ร่วม โดยมีจุดมุ่งหมายให้ภูมิภาคอาเซียนปลอดจากยาเสพติด ภายในปี 2563 (Joint Declaration for A Drug-Free ASEAN) โดยการตกลงให้ประเทศสมาชิกใช้นโยบาย แข็งกร้าวต่อยาเสพติด เช่น การลงโทษอย่างรุนแรงต่อผู้ขาย ปราบปรามผู้ค้ายาเสพติด แต่กลับให้ผลลัพธ์ถึง จำนวนอาชญากรรมคดียาเสพติดที่ตรงกันข้าม ซึ่งทำให้ประเทศไทยเลือกที่ใช้นโยบายทางเลือกในการปรับใช้ กับปัญหายาเสพติด²

จากรายงานยาเสพติดประเภทติดสังเคราะห์ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ : การพัฒนาและความท้าทายล่าสุด ปี 2565 (Synthetic Drugs in East and Southeast Asia: latest developments and challenges 2022) จัดทำโดยสำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่ง

¹ ชีราพร สิงห์หล่อ, 'SDG Updates | ภาพรวมสถานการณ์ยาเสพติดโลกกับผลกระทบต่อ SDGs' (SDG MOVE, 21 มกราคม 2565) <<https://www.sdgmovement.com/2021/05/20/recap-world-drugs-situation-and-implication-on-sdgs/>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.

² 'นโยบายการปราบปรามยาเสพติดในอาเซียน' (ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน, 29 ตุลาคม 2559) <<https://lawforasean.krisdika.go.th/Content/View?id=70&Type=1>> สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2567.

สหประชาชาติ (United Nations Office on Drugs and Crime: UNODC)³ ได้มีข้อบ่งชี้ถึงสถานการณ์การค้ายาเสพติดประเภทสังเคราะห์ที่สำคัญดังนี้

1. ยาบ้าแบบเม็ดที่ยึดได้ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ปี 2564 มีจำนวนมากกว่า 1 พันล้านเม็ด คิดเป็นน้ำหนักรวม 172 ตัน นับเป็นจำนวนสูงสุดเป็นประวัติการณ์
2. ยาบ้าในรูปผลึกใส (crystal methamphetamine) หรือยาไอซ์ ที่ยึดได้ในปี 2564 อยู่ที่เกือบ 79 ตัน ซึ่งต่ำกว่าที่ยึดได้ในปี 2563 จำนวน 82 ตัน
3. ราคาของทั้งยาบ้าแบบเม็ดและยาไอซ์ ยังคงลดลงอย่างต่อเนื่องทั่วเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ตามรายงานของมาเลเซียและไทยต่างมีข้อมูลตรงกันว่าในปี 2564 ราคาค้าส่งและขายปลีกยาบ้าตามท้องถนนลดลงถึงระดับต่ำสุดอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน เนื่องจากอุปทานหรือปริมาณสินค้าในตลาดเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง
4. ลาวกลายเป็นจุดเปลี่ยนถ่ายที่สำคัญสำหรับการค้ายาเสพติดในประเทศไทยและส่วนอื่น ๆ ของตลอดแม่น้ำโขง รวมถึงเอเชียแปซิฟิก ขณะที่มาเลเซียยังเป็นเส้นทางที่สำคัญสำหรับการลำเลียงยาเสพติดไปยังอินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ ญี่ปุ่น ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์

ข้อบ่งชี้ดังกล่าวตอกย้ำถึงปัญหาเสพติด ที่แม้ปัจจุบันจะได้มีการร่วมมือระหว่างชาติมากมายเพื่อลดทอนปัญหาเสพติด หรือในแม้ในประวัติศาสตร์ที่ได้มีการใช้นโยบายทำ ‘สงครามยาเสพติด’ (war on drug) อันกำหนดให้การเสพ ครอบครอง หรือขายยาเสพติดทุกชนิดคืออาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งต้องปราบปรามและมีบทลงโทษหนัก เพื่อสร้างความเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ในทางกลับกันกว่า 50 ปี จากการใช้นโยบายประกาศสงครามยาเสพติด มีบทพิสูจน์เป็นประจักษ์แล้วว่า การดำเนินนโยบายปราบปรามยาเสพติดโดยรัฐบาลทั่วโลกกลับไม่บรรลุประสงค์ในการปราบปรามยาเสพติดได้ ทั้งที่มีการกำหนดงบประมาณกว่า 100 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ในการกำจัดปัญหาเสพติด⁴ ท้ายที่สุดการร่วมมือหรือการใช้วิธีประกาศสงครามกับยาเสพติดนั้น จะนำมาสู่การแก้ไขหรือลดทอนปริมาณ รวมไปถึงความต้องการยาเสพติดที่ลดน้อยลงแต่เพียงอย่างเดียวที่ท้ายที่สุดปัญหาเสพติดก็ยังคงเป็นปัญหาที่จำเป็นต้องได้รับการแก้ไขหรือใช้แนวทางอื่น ๆ เพื่อบูรณาการปัญหาเสพติดอย่างถูกต้อง อันสามารถลดทอนตัวเลขหรือสถิติเกี่ยวกับยาเสพติดอย่างมีนัยยะสำคัญ

เมื่อพิจารณาถึงข้อมูลจากกรมราชทัณฑ์ ณ วันที่ 1 มีนาคม 2566 พบว่ามีจำนวนผู้ต้องขังคดียาเสพติดมากถึง 205,323 ราย คิดเป็น 77.89% ของผู้ต้องขังทั้งประเทศ ในจำนวนนั้นเป็นนักโทษเด็ดขาด

³ อติรุจ ตือระ, ‘รายงานฉบับใหม่ของ UNODC ชี้อาบน้ำในอาเซียนราคาถูกลง เข้าถึงง่ายขึ้น ส่งผลให้การค้าและเสพยาขยายตัวสูงต่อเนื่อง’ (SDG MOVE, 26 กันยายน 2565) <<https://www.sdgmovement.com/2022/06/24/report-unodc-drug-east-southeast-asia-2022/>> สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2566.

⁴ ณรจญา ตัญญาพัฒน์กุล, ‘Decriminalization on Drug สู่นันทมติโลกใหม่ ปฏิรูปนโยบายยาเสพติดให้ตรงจุด’ (The 101. World, 22 มีนาคม 2565) <<https://www.the101.world/drug-decriminalization-policy/>> สืบค้นเมื่อ 20 ธันวาคม 2566.

170,918 ราย เมื่อเปรียบเทียบกับข้อมูลในเดือนสิงหาคม ปี 2551 พบว่าในขณะนั้นมีผู้ต้องขังคดียาเสพติด 100,015 ราย คิดเป็น 54.94% ของผู้ต้องขังทั่วประเทศ ในจำนวนนั้นมีนักโทษเด็ดขาดเพียง 72,963 ราย ซึ่งจะเห็นได้ว่าผ่านมา 10 ปี มีนักโทษคดียาเสพติด เพิ่มขึ้นมากกว่าเท่าตัวในช่วงเวลาดังกล่าว⁵

สิ่งที่ตามมาจากการต้องขังผู้ต้องหาคดียาเสพติดในจำนวนมาก คือ ต้นทุนในการดูแลผู้ต้องขังในเรือนจำ โดยงบประมาณของกรมราชทัณฑ์ ที่ใช้ในการดูแลผู้ต้องขังในปี 2564 อยู่ที่ 14,196 ล้านบาท ในขณะที่เมื่อเทียบกับงบประมาณของ ป.ป.ส. ในปี 2564 อยู่ที่ 3,128 ล้านบาท ซึ่งสะท้อนการจัดสรรงบประมาณที่ไม่เหมาะสม โดยรัฐควรให้ความสำคัญกับการป้องกันและปราบปรามที่จุดกำเนิดของขบวนการยาเสพติด ซึ่งถือเป็นต้นเหตุของปัญหาเสพติด มากกว่าการนำงบประมาณไปลงทุนกับการปราบปรามปัญหาเสพติดที่ปลายเหตุ อันไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาเสพติดอย่างแท้จริง

จากข้อมูลการดำเนินคดีอาญาคดียาเสพติดของประเทศไทย มีแนวโน้มให้เห็นถึงสถานการณ์ยาเสพติดที่รุนแรงมากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้ว่าก่อนที่จะมีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด มีกฎหมายที่บังคับใช้ในการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดเป็นจำนวนมาก ยังไม่รวมถึงการออกกระเปาะยาใน หรือคำสั่งต่าง ๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปราบปรามหรือควบคุมยาเสพติด ทั้งยังมีการตั้งหน่วยงานในภาครัฐหลายหน่วยงาน เช่น ทหาร ตำรวจ หรือฝ่ายปกครองอื่น ๆ เป็นคณะทำงานแก้ไขปัญหาเสพติด ในทางกลับกันเมื่อพิจารณาจากสถิติการดำเนินคดียาเสพติด กลับพบว่าจำนวนผู้ต้องขังคดียาเสพติดในปริมาณที่เพิ่มมากขึ้น สะท้อนว่านโยบายการปราบปรามยาเสพติดของประเทศไทย ที่เน้นมาตรการบังคับโทษและการคุมขัง กลับทำให้สัดส่วนและจำนวนผู้ต้องขัง ผู้ถูกดำเนินคดีมีมากขึ้นจนเกิดภาวะผู้ต้องขังล้นเรือนจำ (mass incarceration) อันเนื่องมาจากแนวความคิดรากฐานของนักกฎหมายไทยที่ไม่ถนัดกฎหมายมหาชน การออกกฎหมายเพียงเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตาม โดยไม่รู้จักสภาพบังคับทางปกครอง รู้จักเพียงโทษทางอาญา เนื่องจากโทษทางอาญาเป็นสภาพบังคับที่มีประสิทธิผลและทำให้คนเกรงกลัว⁶

ภายหลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2564 โดยเหตุผลในการประกาศใช้เพื่อรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวกับยาเสพติดหรือสารเสพติดชนิดต่าง ๆ ที่เดิมได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติแต่ละฉบับต่าง ๆ กันไป ให้รวมไว้ในบทกฎหมายฉบับเดียวกัน อันส่งผลดีต่อการค้นคว้าหรืออ้างอิงกฎหมาย ทั้งเพื่อผลประโยชน์ในการดำเนินการหรือประสานงานระหว่างองค์กรที่เกี่ยวข้อง ยาเสพติดให้ทำงานสอดคล้องตามกฎหมายฉบับเดียวกัน และเปิดช่องให้ศาลมีโอกาสดูแลพิทักษ์ในการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำ โดยพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำ ฐานะของผู้กระทำ และพฤติการณ์

⁵ ชีร์วัฒน์ ชูรัตน์, ‘10 ปี ผู้ต้องขังยาเสพติดพุ่ง 2.3 แสนคน กฎหมายใหม่ช่วยได้หรือไม่?’ (The Active, 2 ธันวาคม 2564) <<https://theactive.net/news/20211202/>> สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.

⁶ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การแก้ปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น ด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น’ (The 101. World, 14 มิถุนายน 2562) <<https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/>> สืบค้นเมื่อ 21 มีนาคม 2567.

อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง⁷ ยิ่งไปกว่านั้นเพื่อแก้ไขกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้มีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน อันจะเห็นได้จากแนวโน้มการกำหนดบทลงโทษทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครอง ให้ลดน้อยหรือเบาลงกว่ากฎหมายฉบับเดิม อาทิเช่น เดิมพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 กำหนดโทษจำคุกกรณีผลิต หรือนำเข้ายาเสพติดให้โทษประเภท 1 ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงห้าล้านบาท เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายยาเสพติดที่ใช้บังคับในปัจจุบันที่กำหนดโทษฐานผลิต หรือนำเข้ายาเสพติดให้โทษประเภท 1 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี และปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือกรณีพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ.2545 ที่กำหนดให้การฟื้นฟูพหุภาคีเข้าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามกฎหมายแล้ว ผู้ติดยาหรือใช้ยาเสพติดต้องเข้ารับการฟื้นฟูอย่างหลีกเลี่ยง อันเป็นการบังคับบำบัดหรือฟื้นฟู แต่กลับกันประมวลกฎหมายยาเสพติดกำหนดให้การบำบัดรักษาผู้ติดยาหรือใช้ยาเสพติดจะมีขึ้นได้ ต้องได้รับความยินยอมสมัครใจเข้ารับการบำบัดของผู้ติดยาเสพติดเป็นสำคัญ อันถือเป็นการแก้ไขบทกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้มีความสากลมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากบทนิยามตามประมวลกฎหมายยาเสพติด กำหนดความผิดร้ายแรงไว้ 5 ลักษณะความผิดคือ การผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติด ซึ่งตามบทบัญญัติ มาตรา 126 กำหนดให้ผู้พยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดทั้งห้าลักษณะ จำต้องรับโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ กล่าวคือการกระทำนั้นยังไม่บรรลุผลหรือกระทำไปโดยไม่ตลอด ซึ่งผู้กระทำจำต้องรับผิดชอบเพียงสองในสามส่วนของกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 แต่ด้วยบทบัญญัติมาตรา 126 นั้นส่งผลให้ ผู้กระทำจำต้องรับผิดชอบในความผิดนั้นเสมือนว่าตนได้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว

การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้พยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดจำต้องรับโทษเสมือนตนได้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว สะท้อนถึงความขัดแย้งต่อหลักการลงโทษทางอาญาที่กำหนดให้บุคคลจำต้องรับผิดชอบแต่เฉพาะขอบเขตหรือการกระทำที่ตนได้กระทำโดยเจตนาแล้วเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดความผิดในลักษณะดังกล่าว เป็นการปิดโอกาสของผู้กระทำความผิดที่จะถอนตัวหรือกลับใจจากการเป็นผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และจำต้องต้องรับผิดชอบทางอาญาแต่สถานเดียว ทั้งยังลดทอนสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของจำเลยในด้านอื่น ๆ แต่ในทางกลับกันการลงโทษอย่างเข้มงวดนี้ ไม่อาจนำมาซึ่งการแก้ไขปัญหายาเสพติดได้ ผู้เขียนจึงเห็นถึงความสำคัญในการศึกษาถึงการกำหนดบทนิยามขอบเขตความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดนี้ เพื่อวิเคราะห์อย่างละเอียดถึงความเหมาะสมในการลงโทษทางอาญาแก่ผู้พยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเพื่อให้สอดคล้องกับการลงโทษบุคคลทางอาญา และให้บทบัญญัติกฎหมายยาเสพติดนิยามถึงความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดอย่างเหมาะสมความเสียหายของการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่กระทบต่อความเสียหายของรัฐ

⁷ ฉัตรสมุน ฤทธิพิชญ์, 'ร่างประมวลกฎหมายยาเสพติดและแนวทางควบคุมสารเสพติด' (กันยายน - ธันวาคม 2559) 3 วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 313, 326.

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล กรณีของการลงมือกระทำ ความผิดตลอดถึงการกระทำความสำเร็จ

1.2.2 เพื่อวิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล กรณีการพยายามกระทำ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งไม่สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษบุคคลในทางอาญา และส่งผลเสียในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อจำเลย

1.2.3 เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดโทษการพยายามกระทำ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ระหว่างประเทศไทยและต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อเสนอแนวทางการกำหนดกฎหมายว่าด้วยการกระทำ ความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ให้สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบของบุคคลตามกฎหมายอาญา โดยพิจารณาถึงความเสียหายหรือผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อรัฐเป็นสำคัญ

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

บทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดกำหนดลักษณะการกระทำไว้ 5 ประการ คือ การผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครอง ซึ่งมาตรา 126 แห่งประมวลกฎหมายยาเสพติดที่กำหนดให้ผู้ พยายามกระทำ ความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด จำต้องรับโทษเสมือนผู้กระทำ ความผิดสำเร็จแล้ว ย่อมเป็น การขัดต่อการลงโทษบุคคลในทางกฎหมายอาญาที่กำหนดให้บุคคลจำต้องรับโทษเพียงขอบเขตการกระทำที่ ตนได้กระทำไปแล้ว และปิดโอกาสของผู้กระทำในการถอนตัวจากการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด และ นำไปสู่การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมแก่จำเลย อย่างไรก็ตามบทนิยาม ความผิดร้ายแรงนี้ มีขอบข่ายฐานความผิดที่กว้างมากจนเกินไป และขาดความชัดเจนแน่นอน ส่งผลให้การ บังคับใช้กฎหมายหรือการกำหนดความรับผิดชอบนี้ ไม่มีความเหมาะสมต่อความร้ายแรงของการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อรัฐ อันเป็นการกำหนดบทลงโทษที่มุ่งแต่จะใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาที่เคร่งครัดมาก จนเกินไป นำมาสู่ปัญหาของผู้ต้องหาคดียาเสพติดที่ล้นเรือนจำ

ดังนั้น บทบัญญัติว่าด้วยการพยายามกระทำ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจึงสมควรได้รับการแก้ไข ดังนี้ (1) แก้บทนิยามศัพท์ว่าด้วยความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดตามมาตรา 1 ให้หมายความแต่เฉพาะ ความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก ฐานจำหน่าย และครอบครองในพฤติการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศเท่านั้น (2) ปรับความเข้าใจเรื่องการลงโทษผู้กระทำ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้เป็นไปตามพื้นฐานความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา สอดคล้องกับความเหมาะสมต่อความร้ายแรงและ ความเสียหายที่เกิดขึ้น

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

สารนิพนธ์เรื่อง “การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด” มีขอบเขตการศึกษาคือการวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด อันนำไปสู่การกำหนดบทลงโทษฐานพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด โดยวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์แนวคิด หรือทฤษฎีในการกำหนดความผิดของบุคคลเกินกว่าขอบเขตการกระทำของตน ซึ่งเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศโปรตุเกสและประเทศสหรัฐอเมริกา

1.4 วิธีการศึกษา

สารนิพนธ์เรื่อง “การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด” ศึกษาโดยใช้รูปแบบการศึกษาค้นคว้าเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากหนังสือ ตำรา บทความทางวิชาการต่าง ๆ คำพิพากษาภาษาไทย รวมไปถึงกฎหมายต่าง ๆ

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1.5.1 ทำให้เข้าใจถึงแนวคิดและหลักความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลในกรณีการพยายามกระทำความผิด

1.5.2 สามารถวิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคล กรณีการพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการลงโทษบุคคลในทางอาญา และเป็นธรรมต่อจำเลยในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งให้ความรับผิดชอบเหมาะสมกับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในแต่ละประเภท

1.5.3 สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักการและแนวคิดพื้นฐานว่าด้วยการลงโทษการพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดระหว่างประเทศไทยและต่างประเทศ

1.5.4 สามารถเสนอแนวทางการกำหนดบทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดให้สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบของบุคคลตามกฎหมายอาญา โดยเหมาะสมกับความร้ายแรงและความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อรัฐ

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิด และการลงโทษเกี่ยวกับยาเสพติด

การพยายามกระทำความผิด จะมีขึ้นได้ในกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการเข้าสู่ขั้นตอนของการ “ลงมือกระทำความผิด” (Commencement) เมื่อเข้าสู่การลงมือกระทำความผิดแล้ว ย่อมถือว่าบุคคลนั้นจำเป็นต้องมีความรับผิดในทางอาญาแล้ว ส่วนการลงมือกระทำนั้นจะบรรลุผลหรือไม่บรรลุผลด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม ก็ย่อมต้องพิจารณาความรับผิดในกรณีนั้น ๆ ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หากการกระทำนั้นกระทำไปแล้วแต่ไม่บรรลุผล หรือลงมือกระทำแล้ว แต่ไม่ได้กระทำไปโดยตลอด ถือได้ว่าการกระทำความผิดนั้นไม่อาจบรรลุผลได้ อันเป็นการกระทำพยายามความผิด โดยจะเห็นได้จากหลักการดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80⁸ ทั้งนี้การพยายามกระทำความผิดนั้นไม่ถูกนำมาใช้ในทุก ๆ ความผิด หากเป็นความผิดลหุโทษ อันมีลักษณะเป็นความผิดที่มีความเสียหายเพียงเล็กน้อย กฎหมายจึงยกเว้นการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในกรณีดังกล่าว⁹ การลงโทษในกรณีของการกระทำความผิดจึงเป็นการกำหนดความรับผิดในทางของบุคคลให้มีความเหมาะสมต่อพฤติการณ์ของการกระทำความผิดเพื่อให้การรับโทษในทางอาญาที่กระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพโดยตรงของปัจเจกชน มีความเป็นธรรมต่อการกระทำของปัจเจกชนมากที่สุด

โดยการจะอธิบายถึงการลงโทษการพยายามกระทำความผิดเป็นการลงโทษเหมาะสมต่อพฤติการณ์การกระทำหรือไม่ จำต้องทำความเข้าใจถึงแนวคิดและหลักการทางกฎหมายอาญาที่สำคัญในเรื่องของการกระทำของบุคคลดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

2.1 ความรับผิดในการกระทำของบุคคลตามกฎหมายอาญา

ความรับผิดทางอาญาต้องมีพื้นฐานที่มาจากกฎหมายที่ถูกกำหนดเป็นระเบียบ หรือบรรทัดฐานของสังคม โดยจะท่อนจากความประพฤติ ศีลธรรม ศาสนาและวัฒนธรรมของมนุษย์ในสังคมนั้น ๆ อันเกิดจากการปฏิบัติที่สืบต่อกันมาของสังคมดังกล่าว โดยมนุษย์สังคมนั้นก็จะมีควารู้สึกหรือเข้าใจได้โดยจิตใจของตนเอง (simple natural reason) ถึงการกระทำต่าง ๆ ที่ควรจะทำหรือไม่ อันว่าการกระทำที่จะถูกกำหนดให้เป็นความผิดในทางอาญาก็จะถูกสะท้อนหรือกลั่นกรองจากสังคมนั้นเองว่าการนั้นควรจะเป็นความผิดในทางอาญาหรือไม่ หรือที่เรียกว่าการเป็นความผิดในตัวเอง (mala in se) อันเป็นหลักการพื้นฐานในการกำหนด

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 บัญญัติว่า ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด.

⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 15, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 406.

ลักษณะของความผิดในทางอาญา เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย หรือความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ฯลฯ ขึ้นอยู่กับแนวความคิดทางประวัติศาสตร์ ปรัชญา เศรษฐกิจ รวมไปถึงนโยบายรัฐ

กล่าวได้ว่าความผิดอาญานั้นมีที่มาจากพื้นฐานจากแนวการปฏิบัติของสังคมนั้น แต่ละสังคมก็ย่อมมีแนวการปฏิบัติที่แตกต่างกัน เช่น ความผิดฐานทำแท้งในบางประเทศกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญากลับกันในบางประเทศก็อนุญาตให้สามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้สังคมก็ย่อมมีความเปลี่ยนแปลงไปกาลและยุคสมัย ในสังคมที่มีความเจริญมากขึ้นและขยายอิทธิพลหรือขอบข่ายของสังคมออกไป จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ความประพฤติมาจัดระเบียบกับสถานการณ์ในลักษณะที่อาจก่อความเสียหายต่อสังคม เรียกว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยเหตุผลเทคนิค (Technical Reason) เพื่อให้รัฐสามารถห้ามการกระทำต่าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมหรือความสงบสุขได้ โดยกำหนดจากการกระทำหรือพฤติกรรมใด ๆ ที่กฎหมายประสงค์จะให้เป็นการผิด (mala prohibita)¹⁰ เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติจราจร ความผิดเกี่ยวกับการพนันขั้นต่อ เป็นต้น

โดยองค์ประกอบความรับผิดทางอาญา มีพื้นฐานการพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาวะของการกระทำ ประกอบกับสภาวะทางจิตใจ อันเนื่องมาจากหลักการลงโทษทางอาญาที่ไม่ลงโทษบุคคลที่ยังไม่ได้มีการแสดงออกซึ่งความคิดเป็นการกระทำ (voluntas reputabitur pro facto) กล่าวคือการจะกำหนดความรับผิดต่อบุคคลใด ๆ ได้ บุคคลนั้นจำเป็นต้องมีการคิดและตกลงใจที่จะกระทำการตามความคิดของตน อันเป็นการยืนยันเจตจำนงของบุคคลนำไปสู่การกระทำในเชิงกายภาพ อนึ่งเจตจำนงหรือองค์ประกอบทางจิตใจนี้จะไม่ถูกนำมาเป็นฐานการลงโทษในทางอาญา ต่อให้บุคคลนั้นจะมีความคิด จิตใจที่ชั่วร้ายเพียงใดหรือนำคำหยาบเพียงใดก็ตาม ก็ไม่อาจถือเป็นความผิดหรือนำมาเป็นมูลเหตุในการลงโทษทางอาญาได้ อย่างไรก็ตามเจตจำนงหรือองค์ประกอบทางจิตใจถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาควบคู่กับการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของบุคคล

2.1.1 องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอก (The external elements) ข้อเท็จจริงในส่วนต่าง ๆ ตามบทบัญญัติของฐานความผิด อันเป็นสิ่งที่อยู่ภายนอกที่มองเห็นหรือสามารถสัมผัสได้ ประกอบไปด้วยการกระทำ (act and omission) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล (causation) และครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด โดยการกระทำเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ การกระทำในความหมายนี้จึงประกอบไปด้วย ความคิดที่จะกระทำ การตกลงใจกระทำตามที่คิดไว้ และกระทำลงไปตามที่ใจตกลง¹¹ ทั้งนี้การไม่ไหวเคลื่อนไหวร่างกายในทางกฎหมายอาญาก็ยังถือเป็นการกระทำได้ในกรณีที่เป็นการไม่เคลื่อนไหวหรือทำการใด ๆ ในกรณีที่ตนมีหน้าที่ที่ต้องกระทำนั้น ๆ กล่าวคือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกก็ย่อมถือเป็นการกระทำ ในอันที่จำต้องรับโทษในทางอาญา

¹⁰ สุนทรื กิ่งกระจ่าง, 'ความรับผิดทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดของบิดามารดาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2549) 9.

¹¹ สหรัฏฐ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษากฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง 2563) 101.

จึงกล่าวได้ว่าการกระทำไม่ว่าจะโดยในลักษณะใด ๆ ก็ตาม หากก่อให้เกิดผลเสียหายต่อบุคคลอื่นไม่ว่าจะตั้งใจหรือไม่ก็ตาม ย่อมนำมาสู่ความรับผิดชอบของบุคคลในทางกฎหมาย หากเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคมโดยรวมด้วยแล้ว ก็ย่อมถือเป็นความผิดอาชญากรรมต่อมนุษย์ โดยอาชญากรรมโดยทั่วไปนั้น ก็สามารถแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ผู้กระทำ การกระทำ และวัตถุแห่งการกระทำ

(1) ผู้กระทำ (Perpetrators) บุคคลทุกคนที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการ หรือให้การสนับสนุน ต่อนโยบายการโจมตีต่อประชาชน โดยไม่จำกัดว่าบุคคลนั้นจะมีสัญชาติใด¹² โดยสามารถแบ่งแยกความรับผิดชอบในทางอาญาในลักษณะของผู้กระทำผิดได้ 2 ประการคือ ประการที่หนึ่ง ความผิดทั่วไป กล่าวคือ ความผิดที่บุคคลทั่วไปสามารถเป็นผู้กระทำผิดได้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในอาญาสารบัญญัติที่กำหนดให้ผู้กระทำผิดคือ “ผู้ใด” โดยไม่จำกัดถึงสถานะหรือความแตกต่างของบุคคล ประการที่สอง ความผิดที่กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำ หมายถึง ความผิดที่กำหนดไว้โดยเฉพาะถึงคุณสมบัติหรือหน้าที่ของบุคคลอันส่งผลถึงความรับผิดชอบในทางอาญาที่แตกต่างกัน เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 202 ที่กำหนดให้ ผู้เป็นตุลาการ พนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน เรียก รับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เป็นความผิด ดังจะเห็นได้ว่าบุคคลธรรมดาหรือทั่วไปย่อมไม่อาจเป็นผู้กระทำผิดในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้โดยสิ้นเชิง¹³

(2) การกระทำ (Act of Crimes) แบ่งออกได้ 2 ลักษณะด้วยกัน ประการที่หนึ่ง การกระทำพื้นฐาน (basic action) การกระทำที่เป็นการเคลื่อนไหวร่างกายโดยธรรมชาติ อันมีลักษณะเป็นการกระทำในทางกายภาพ ที่ทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงโดยตรง เช่นการที่นาย A ทำร้ายร่างกายโดยการต่อยนาย B เช่นนี้นาย B ย่อมได้รับบาดเจ็บจากการกระทำของนาย A โดยตรง อันมีลักษณะเป็นการกระทำโดยพื้นฐาน ประการที่สอง การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำโดยพื้นฐาน (non basic action) เป็นการกระทำที่ไม่ได้ก่อให้เกิดผลลัพธ์โดยตรง แต่ต้องอาศัยการกระทำหลาย ๆ อย่างรวมกัน เป็นผลลัพธ์อย่างใดได้อย่างหนึ่งที่ผู้กระทำประสงค์ อันถือเป็นการกระทำที่มีความซับซ้อนและต้องอาศัยปรากฏการณ์ทางสังคมมาใช้ในการอธิบายการกระทำนั้น ๆ เช่น นาย A ปล่อยสุนัขที่ดุร้ายของตนออกจากบ้าน โดยสุนัขตัวนั้นได้เข้าไปทำร้ายนาย B ทำให้นาย B ได้รับบาดเจ็บสาหัส การกระทำดังกล่าวเป็นการแบ่งการกระทำโดยพื้นฐานออกเป็นหลาย ๆ การกระทำด้วยกัน และส่งผลลัพธ์อย่างหนึ่งอย่างใดในท้ายที่สุด เมื่อพิจารณาถึงการกระทำนั้นสามารถนำไปสู่การแบ่งแยกประเภทของความผิดในแง่ของการกระทำได้ ดังนี้

(2.1) ความผิดโดยการงดเว้นการกระทำ หรือละเว้นการกระทำ ด้วยเหตุที่การไม่กระทำการใด ในกรณีที่บุคคลนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จำต้องกระทำการแล้ว ย่อมถือเป็นการงดเว้นการกระทำที่มี

¹² ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วุฒิ, ‘ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล: ศึกษากรณีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติโดยเปรียบเทียบเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 87.

¹³ โกเมศ ขวัญเมือง, พระครูธรรมธรรฐาพร และพระครูปลัดอุตร ปริบูรณ์ ‘การแบ่งประเภทของความผิดอาญา’ (เมษายน - มิถุนายน 2564) 2 วารสาร มจร สังคมศาสตร์ปริทรรศน์ 397, 403.

ผลเสมือนเป็นการกระทำด้วย¹⁴ อันจะเห็นได้ว่าการกระทำในลักษณะนี้มีความแตกต่างจากการกระทำในรูปแบบทั่วไปโดยสิ้นเชิง เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานลักทรัพย์ เป็นต้น

(2.2) ความผิดที่ต้องปรากฏผลและความผิดที่ไม่ต้องปรากฏผล โดยความผิดที่ต้องมีผลปรากฏ หมายถึง ความผิดที่ต้องการผลของการกระทำเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความผิด หากไม่มีผลของการกระทำนั้น ย่อมไม่อาจเป็นผลให้ความผิดสำเร็จได้ หรือกรณีการทำความผิดแล้วไม่ประสบผลสำเร็จ ก็จะมีลักษณะเป็นความผิดฐาน เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ผลของการกระทำคืออันตรายต่อร่างกาย หากกระทำการแล้วไม่เกิดอันตรายต่อร่างกาย ก็คงเป็นเพียงความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกายเท่านั้น. ในกรณีความผิดที่ไม่ต้องปรากฏผล หมายถึง ความผิดที่องค์ประกอบของความผิดไม่ต้องการผลของการกระทำ กล่าวคือแม้การกระทำนั้นจะไม่ปรากฏผลตามที่ผู้กระทำการต้องการแล้ว แต่หากกระทำการครบองค์ประกอบความผิดแล้ว ก็ย่อมต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญา ส่งผลให้ความผิดในลักษณะนี้ ไม่อาจมีช่วงของการกระทำการเตรียมการกับการลงมือกระทำความผิดหรือการกระทำความผิดสำเร็จได้¹⁵ ส่งผลให้ไม่อาจมีการกระทำความผิดในลักษณะของการพยายามได้

(2.3) ความผิดธรรมดาและความผิดซับซ้อน โดยความผิดธรรมดาหมายความว่าความผิดที่เกิดขึ้นโดยการกระทำคราวเดียวและส่งผลลัพธ์จากการกระทำผิดนั้นเพียงผลเดียวเดียว เช่น ความผิดฐานทำแท้ง ส่งผลถึงการแท้งลูกเพียงคนเดียวเท่านั้น

ในกรณีความผิดซับซ้อนมีลักษณะที่ตรงข้ามกับความผิดธรรมดาโดยสิ้นเชิง ก่อให้เกิดความซับซ้อนของการกระทำ อันเนื่องมาจากการกระทำหลายอันหรือการกระทำหลายกรรม ส่งผลแยกย่อยถึงลักษณะความผิดดังนี้ 1.ความผิดต่อเนื่อง เป็นการกระทำที่เจตนาและการกระทำ ยังมีความสัมพันธ์ต่อกันอยู่ตลอดเวลาต่อเนื่องกันไป จนถึงจุดสิ้นสุดของการกระทำและเจตนา เช่น การกระทำความผิดฐานพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร โดยความผิดนี้ยังคงมีอยู่ต่อเนื่องไป แม้ว่าจะพาหญิงไปในสถานที่หรือจังหวัดต่าง ๆ การกระทำนั้นก็ยังคงต่อเนื่องไป ไม่ได้จบในคราวเดียว トラบเท่าที่ ยังมีเจตนาในการพาหญิงไปอยู่. โดยความผิดในลักษณะดังกล่าว จะมีความสำคัญต่อการวินิจฉัยเรื่องอายุความในการรับผิด 2.ความผิดที่ยืดออกไปเป็นความผิดธรรมดาแต่ผู้กระทำได้ยึดการกระทำออกไปเสมือนเป็นความผิดต่อเนื่อง ได้แก่ ความผิดที่มีผู้กระทำคนเดียวกัน กระทำการในลักษณะความผิดอย่างเดียวกัน โดยมีเจตนาในการกระทำความผิดอย่างเดียวกัน หรือความผิดที่กระทำการซ้ำ ๆ กัน โดยมีเจตนาอย่างเดียวกัน แต่เปลี่ยนแปลงสถานที่หรือผู้เสียหายที่กระทำต่อ 3.ความผิดเป็นปกติธุระ อันเป็นการกระทำความผิดที่ต้องการการกระทำในลักษณะที่เป็นปกติธุระ

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย การกระทำ ให้หมายความรวมถึงการให้เกิดผลอันหนึ่งอันใดขึ้นโดยงดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย.

¹⁵ เอกฤทธิจุจ เขมะวนิช, ‘การพยายามกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา 2549) 12.

เป็นองค์ประกอบความผิด เช่น ความผิดฐานจัดหาที่พำนัก ซ่อนเร้นแก่ผู้ร้ายเป็นปกติธุระ¹⁶ 4. ความผิดที่มีช่วงเวลาวางแผนการกระทำความผิด หรือความผิดที่มีการเตรียมการเพื่อกระทำความผิดในขั้นต่อไป ความผิดกรณีนี้เป็นความผิดที่มีช่วงระยะเวลาระหว่างการเตรียมและการลงมือกระทำความผิด โดยผู้กระทำได้มีการคิด ไตร่ตรอง เตรียม วางแผน ถึงการกระทำความผิด แต่ไม่ได้แปรสภาพจากการกระทำหรือความคิดดังกล่าวเป็นความผิดในขั้นต่อไป

ทั้งนี้ในปัจจุบันการกำหนดให้การกระทำใด ๆ ให้เป็นความรับผิดในทางอาญา ได้มีการกำหนดถึงลักษณะไว้เป็นบทบัญญัติที่ชัดเจน ดังจะเห็นได้จากกฎบัตรนูเรมเบิร์ก ข้อ 7 วรรคหนึ่ง (a) – (k) ที่มีการกำหนดถึงความชัดเจนแห่งลักษณะของการกระทำต่าง ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติให้เป็นความผิดในทางอาญา ดังจะยกตัวอย่างอนุมาตราดังต่อไปนี้

(a) การฆาตกรรม (Murder) กล่าวคือ การยุติชีวิตของบุคคลอื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้การฆาตกรรมเป็นการแสดงออกซึ่งการกระทำใด ๆ โดยประกอบด้วยสภาวะทางจิตใจที่มีความชั่วร้าย หรือความต้องการที่จะนำความตายไปสู่ผู้อื่นอย่างแท้จริง ดังนั้น การกระทำใด ๆ โดยที่ไม่มีความต้องการยุติชีวิตของบุคคลอื่น ก็ไม่อาจถือเป็นการฆาตกรรมได้ เช่น การกระทำโดยประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย หรือการฆ่าผู้ก่อเหตุเพื่อป้องกันอันตรายที่เกิดขึ้นแก่ตน

(b) การกำจัดให้สิ้นซาก (Extermination) ลักษณะการกระทำในกรณีมีความคล้ายคลึงกับการกระทำในลักษณะของการฆาตกรรม แต่เป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อมอันส่งผลถึงการยุติชีวิตหรือนำไปสู่ความตายของบุคคลหรือประชาชนในวงกว้าง ทั้งการฆาตกรรมเป็นการเป็นการกระทำที่เจาะจงถึงชีวิตของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น แต่การกำจัดให้สิ้นซากจะเป็นกรณีที่ไม่ได้เจาะจงถึงชีวิตของบุคคลใดโดยเฉพาะ เพียงแต่กระทำการต่อผู้ที่ตนรู้อยู่แล้วว่ามีสถานะเป็นบุคคลแล้ว เช่น การกราดยิงบุคคลใด ๆ ที่พบเห็น โดยไม่เจาะจงลักษณะหรือความแตกต่างของบุคคล

(e) การคุมขัง หรือการกระทำให้ปราศจากเสรีภาพทางร่างกายอย่างร้ายแรง โดยละเมิดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ (Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law) ลักษณะของการกระทำในข้อนี้เป็นกรณีเป็นการกระทำที่กระทบถึงสิทธิและเสรีภาพในร่างกาย โดยการคุมขัง หรือการกระทำในลักษณะต่าง ๆ อันส่งผลให้บุคคลอื่นนั้นจำต้องบกพร่องหรือขาดหายไปซึ่งสิทธิและเสรีภาพในด้านร่างกายโดยไม่ชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย หรือโดยกระบวนการทางกฎหมายที่ไม่สมบูรณ์

(k) การกระทำที่ไร้มนุษยธรรมอื่น ๆ (Other Inhuman Acts) การบัญญัติการกระทำในลักษณะนี้เป็นการครอบคลุมไปถึงการกระทำอื่น ๆ ที่ไม่เข้าลักษณะตาม (a) – (j) แต่เป็นการกระทำที่มีความโหดร้าย ทารุณ หรือมีความป่าเถื่อนรุนแรง โดยเป็นการบัญญัติในรูปแบบปลายเปิด เพื่อเป็นการอุด

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 214 ผู้ใดประพฤติดนเป็นปกติธุระเป็นผู้จัดหาที่พำนัก ที่ซ่อนเร้นหรือที่ประชุมให้บุคคลซึ่งตนรู้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

ช่องว่างของกฎหมาย เพื่อให้ครอบคลุมไปถึงการกระทำใด ๆ ก็ตามที่รัฐเห็นว่าเป็นการกระทำที่โหดร้ายและสมควรกำหนดเป็นความผิดในทางอาญา

แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ในอันที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ เพื่อให้ครอบคลุมไปถึงการกระทำใด ๆ ที่รัฐนั้นเห็นว่าเป็นการไร้มนุษยธรรมก็ตาม แต่ในทางกลับกันบทบัญญัตินี้ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้ถึงการเปิดโอกาสให้รัฐกำหนดถึงบทบัญญัติต่าง ๆ โดยที่ไม่ได้มีการกำหนดให้ชัดเจน อันอาจเป็นช่องทางให้รัฐนั้นตราขึ้นซึ่งบทบัญญัติโดยไม่มาตรฐานความแน่นอนชัดเจนในเรื่องว่าการกระทำใดควรจะเป็นการกระทำที่ขัดต่อมนุษยธรรม ซึ่งเป็นการขัดต่อ “ความชอบด้วยกฎหมายอาญา (principle of legality) จากปัญหาดังกล่าวจึงนำมาสู่การแก้ไขถึงบทบัญญัติโดยเพิ่มเงื่อนไขสองประการในการกำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิด คือ การกระทำนั้นต้องมีลักษณะที่มีความใกล้เคียงและความรุนแรงที่ใกล้เคียงกับกรณี (a) – (k) เพื่อให้การบัญญัติกฎหมายในกรณีมีความชัดเจน และชอบด้วยกฎหมายอาญามากยิ่งขึ้น

(3) วัตถุประสงค์ของการกระทำ (Object of Crime) หมายความว่า สิ่งที่ถูกกระทำมุ่งหมายจะกระทำต่อ เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา วัตถุประสงค์ของการกระทำ คือ “ผู้อื่น” หรือกรณีความผิดฐานลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ วัตถุประสงค์ของการกระทำคือ “ทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย”¹⁷

2.1.2 องค์ประกอบภายใน

ด้วยส่วนใหญ่แล้วความรับผิดทางอาญาจะเกิดขึ้น จำต้องมีองค์ประกอบทางด้านจิตใจ ประกอบกับการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด จึงจะส่งผลให้บุคคลนั้นมีความรับผิดในทางอาญาอย่างสมบูรณ์ เว้นแต่ในกรณีของความผิดในบางประการ เช่น ความผิดลหุโทษที่กฎหมายกำหนดให้รับผิด แม้ไม่ได้กระทำโดยเจตนา¹⁸ ทั้งนี้การกระทำผิดโดยจิตใจชั่วร้ายนั้น ถือเป็นพื้นฐานของความรับผิดในทางอาญา¹⁹ โดยผู้กระทำความผิดมีอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดตามใจชอบ โดยสภาวะทางจิตใจหรือองค์ประกอบทางจิตใจ สามารถแบ่งแยกได้ 3 ลักษณะ ดังนี้

(1) เจตนา หมายถึง ผู้กระทำรู้สำนึกในการกระทำ โดยผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลการกระทำนั้น

(2) ประมาท หมายถึง เป็นการกระทำที่ผู้กระทำไม่ได้มีเจตนาในการกระทำความผิด แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตาม วิสัยและพฤติการณ์ แต่ผู้กระทำไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอ

¹⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์พลสยาม พริ้นติ้ง 2551) 144.

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 104 การกระทำความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายนี้ แม้กระทำโดยไม่มีเจตนาก็เป็นความผิด เว้นแต่ตามบทบัญญัติความผิดนั้นจะมีความบัญญัติให้เห็นเป็นอย่างอื่น.

¹⁹ เอกฤทธิรงค์ เขมะวนิช (เชิงอรธ 15) 14.

(3) ไม่เจตนาและไม่ประมาท หมายถึง ผู้กระทำไม่ได้เจตนาและไม่ประมาท แต่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในทางอาญา แม้ว่าอาจจะไม่ได้มีเจตนาหรือประมาทก็ตาม เช่น การกระทำชำเราเด็กอายุที่ไม่เกินสิบสามปี กฎหมายห้ามมิให้ผู้กระทำอ้างความไม่รู้อายุของเด็ก เพื่อเป็นข้ออ้างว่าตนมิได้กระทำโดยเจตนาหาได้ไม่²⁰

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์องค์ประกอบภายในจิตใจก็ถือเป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบทางอาญาที่สำคัญของบุคคลเช่นกัน โดยจะแบ่งแยกออกเป็น 2 ประการด้วยกัน ประการที่หนึ่ง การกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด (Actus Reus) โดยการกระทำนั้นจำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยสมัครใจของผู้กระทำ กระทำซึ่งสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด หากการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายหรือไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ก็ย่อมขาดองค์ประกอบในส่วนการกระทำอันเป็นพื้นฐานของความรับผิดชอบทางอาญา ประการที่สอง ความประสงค์ร้ายหรือความชั่ว (Mens Rea) เป็นการพิจารณาในส่วนของจิตใจ อันเป็นการกระทำที่มีความประสงค์ร้ายหรือจิตใจที่ชั่วร้าย โดยความชั่วร้ายนี้ต้องมีในทุกความผิดและบังเกิดพร้อมกันกับการกระทำความผิด

2.1.3 ขั้นตอนการกระทำความผิดอาญา

เมื่อบุคคลได้กระทำความผิดครบตามองค์ประกอบความรับผิดชอบแล้ว ย่อมส่งผลให้การกระทำนั้นบรรลุผลสำเร็จ ทั้งนี้การพิจารณาถึงความสำเร็จของการกระทำนั้น ก็ต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติความผิดที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ต่างกัน เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จ ความผิดสำเร็จเมื่อผู้กระทำได้แจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน กลับกันความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จะเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำประทุษร้ายต่อผู้ถูกกระทำ โดยการกระทำหรือไม่กระทำการจะเป็นความผิดสำเร็จย่อมพิจารณาได้จากลำดับดังต่อไปนี้

(1) การมีความคิดที่จะกระทำให้เกิดอันตรายอันต้องห้ามตามกฎหมาย (conception) การกระทำที่ส่งผลให้บุคคลรับผิดชอบในทางอาญา โดยสภาพนั้นจำเป็นต้องเริ่มจากการคิดที่จะกระทำต้องห้ามตามกฎหมาย อันความคิดนั้นถือเป็นจุดเริ่มต้นในการกระทำของมนุษย์ซึ่งการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น

(2) การไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำความผิด (deliberation) ทั้งเมื่อมีการคิดแล้วยอมนำมาสู่การไตร่ตรองทบทวนถึงความคิดนั้น อันถือเป็นลักษณะของการกระทำของมนุษย์ในการคำนึงถึงความผิดชอบชั่วดีของการกระทำ อันว่าบุคคลที่มีวุฒิภาวะที่แตกต่างกัน ยอมนำมาสู่การไตร่ตรองทบทวนความคิดที่แตกต่างกันไปด้วย เช่น ผู้ที่บรรลุนิติภาวะ ย่อมมีความคิดไตร่ตรองถึงความผิดชอบชั่วดีที่ดียิ่งกว่าบุคคลที่ไม่บรรลุนิติภาวะ อันนำไปสู่ความรับผิดชอบในทางอาญาที่แตกต่างกันไป

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต.

(3) การตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด (resolution) เมื่อได้ไตร่ตรองความคิดตามวุฒิภาวะของบุคคลแล้ว ยอมนำไปสู่การตกลงใจที่จะกระทำการตามความคิด อันขั้นตอนที่ 3 เป็นการยืนยันถึงความคิดของบุคคล ในขั้นตอนสุดท้ายของสภาวะทางจิตใจ ที่นำไปสู่สภาวะของการกระทำในเชิงกายภาพต่อไป

(4) การเตรียมที่จะกระทำผิด (preparation) เป็นขั้นตอนของการเตรียมการเพื่อความสะดวกในการลงมือกระทำผิด โดยการเตรียมการกระทำผิดนี้ยังถือว่าเป็นการกระทำที่ยังห่างไกลจากการกระทำผิด กฎหมายจึงไม่กำหนดให้การเตรียมการจำต้องรับผิดในทางอาญา

(5) การลงมือกระทำผิด (commencement) ถือเป็นขั้นตอนเริ่มต้นของความรับผิดในทางอาญาในทันทีที่ได้มีการลงมือกระทำผิด อันถือว่าได้ว่าการกระทำในขั้นตอนของการลงมือนั้น เป็นการกระทำที่เข้าใกล้ถึงผลของการกระทำอย่างยิ่ง

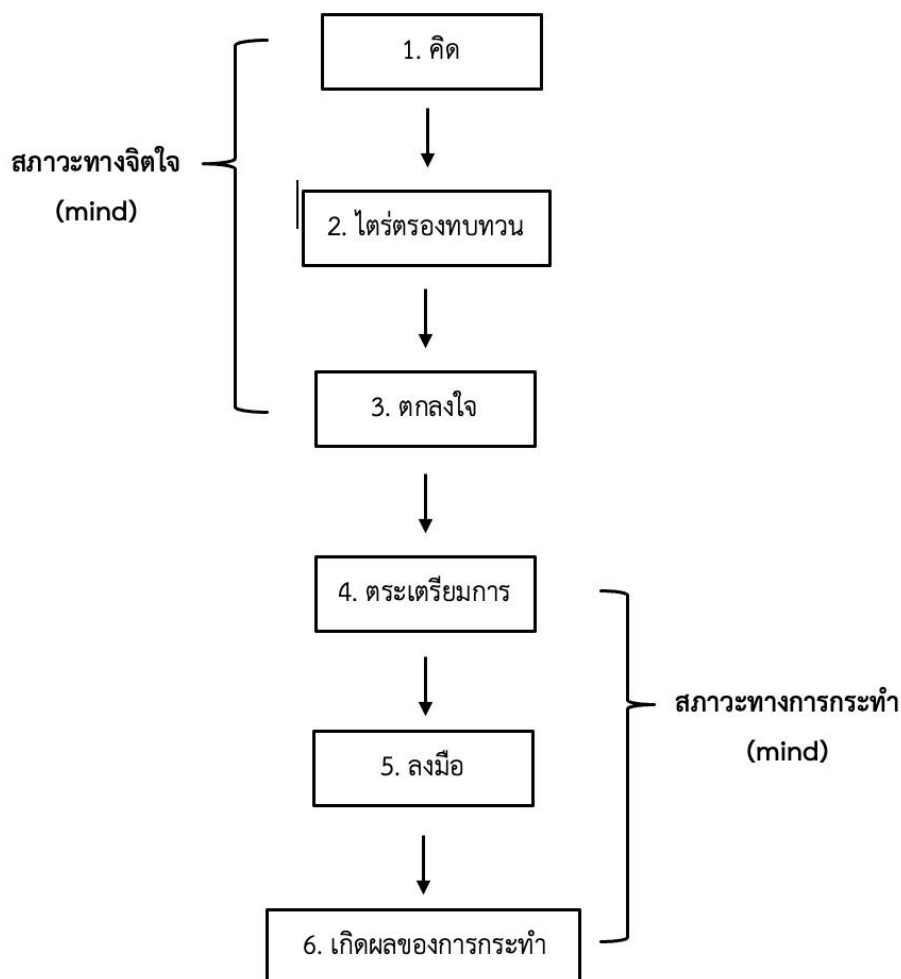
(6) การเกิดผลของการกระทำนั้น (consummation, success) เมื่อเกิดผลของการกระทำแล้ว ถือว่ามีความรับผิดในทางอาญาอย่างบริบูรณ์ ทั้งนี้การกระทำนั้นจะบรรลุผลสำเร็จตามเจตนาหรือไม่ก็ตาม ก็ไม่อาจทำให้การกระทำผิดนั้นเป็นอันสูญเปล่า โดยหากการกระทำนั้นไม่บรรลุผลสำเร็จ หรือลงมือกระทำแล้วแต่กระทำไปโดยไม่ตลอด ก็ย่อมรับผิดในฐานะพยายามกระทำผิด อันยังคงต้องรับโทษในทางอาญา เพียงแต่จักรับผิดเพียงสัดส่วนของความเสียหายหรือการกระทำเท่านั้น

โดยปกติแล้วขั้นตอนที่ 1 - 4 นั้น กฎหมายจะไม่ลงโทษบุคคลในทางอาญาโดยทันที เว้นแต่ในบางฐานหรือประเภทของความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดที่ร้ายแรง อันควรกำหนดในการเตรียมเป็นความผิดอาญา ทั้งเป็นการลดทอนหรือป้องกันความเสียหายที่จะเกิดในอนาคต กฎหมายจึงลงโทษเมื่อผู้กระทำได้กระทำการในขั้นตอนที่ 4 เช่น ความผิดฐานเตรียมวางเพลิงที่กฎหมายให้ลงโทษเสมือนเป็นการพยายามวางเพลิง²¹ ดังจะเห็นได้ว่าการพยายามวางเพลิงโดยสภาพเป็นความผิดที่ยังไม่ล่วงพ้นขั้นตอนที่ 5 แต่จำต้องกำหนดให้การเตรียมนั้นเป็นความผิด เพื่อป้องกันความจากการวางเพลิงเผาทรัพย์ อันเป็นความเสียหายที่อาจกระทบต่อสังคมในวงกว้าง

กล่าวได้ว่าความผิดในฐานอื่น ๆ กฎหมายจะเริ่มเอาผิดตั้งแต่ขั้นตอนที่ 5 เป็นต้นไป เนื่องจากการกระทำที่ล่วงขั้นตอนที่ 5 ไปแล้วนั้น เป็นการยืนยันถึงเจตจำนงของผู้กระทำผิดออกมาเป็นการกระทำในทางกายภาพอันอาจส่งผลเสียหายต่อบุคคลอื่น

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 ผู้ใดวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท.

มาตรา 219 ผู้ใดเตรียมเพื่อกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 217 หรือมาตรา 218 ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามกระทำความผิดนั้น ๆ.



ภาพที่ 2.1 ขั้นตอนการกระทำความผิดทางอาญา

เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ย่อมนำไปสู่การลงโทษในทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายบ้านเมือง เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำและไม่ให้มีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นอีกในสังคม อันนำไปสู่การลงโทษที่มุ่งบังคับกับชีวิตหรือเสรีภาพของบุคคล เช่น ประหารชีวิต จำคุก หรือกักขัง²² ดังนั้นการจะกำหนดบทลงโทษในทางอาญาต้องมาจากการกระทำที่ส่งผลเสียหายต่อสังคมอย่างแท้จริง การลงโทษทางอาญาโดยส่วนใหญ่แล้วจึงเป็นการลงโทษต่อการกระทำที่เกิดผลเสียหายแล้วส่วนใหญ่ การกระทำในขั้นไตร่ตรอง ทบทวนและการตกใจ จะไม่ถูกลงโทษหรือรับผิดในทางอาญาแต่อย่างใด แม้ผู้นั้นจะมีความคิดที่ชั่วร้ายหรือความประสงค์ร้ายเพียงใดก็ตาม ด้วยเหตุผล 2 ประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การพิสูจน์ถึงความคิดหรือความประสงค์ร้าย อันเป็นองค์ประกอบหรือสภาวะภายในจิตใจเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก หากไม่มีการแสดงออกมาเป็นการกระทำในเชิงภาพหรือแสดงออกมาภายนอก อนึ่งการพิสูจน์เพื่อให้รับผิดในทางอาญาก็อ ย่อมยากยิ่ง ทั้งเมื่อพิสูจน์ถึงความคิดได้แล้ว ก็เป็นการ

²² สิริโฉม พรหมโฉม, 'การบังคับโทษปรับทางอาญา' (กันยายน - ตุลาคม 2559) 5 วารสารจตุลนิตี 163, 163.

อนุমানได้ยากถึงความประสงค์ร้าย เนื่องด้วยความคิดนั้นอาจเป็นความคิดที่เพ้อฝัน โดยที่ผู้กระทำไม่ได้ประสงค์ร้ายอย่างแท้จริง

ประการที่สอง ความคิดร้ายหรือความประสงค์ร้ายเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจของบุคคลที่จะป้องกันไม่ให้เกิดขึ้นได้ กล่าวคือ ความคิดร้ายนั้นย่อมเป็นปกติของมนุษย์ที่จะมีความคิดนั้นได้ แต่ความคิดนั้นจะไม่ถือว่าเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่นได้ ดังนั้นกฎหมายอาญาจึงไม่ควรจะมีความหมายกว้างจนครอบคลุมถึงความคิดที่ยังไม่ได้มีการกระทำได้

แม้จะกล่าวได้ว่ากฎหมายจะไม่กำหนดให้ความคิดร้ายหรือความประสงค์ร้าย อันเรื่องขององค์ประกอบภายในหรือสภาวะภายในจิตใจก็ตาม แต่ทั้งนี้การกระทำความผิดที่สำเร็จเป็นความผิดอาญานั้นย่อมเป็นการกระทำที่ผ่านความคิดร้ายหรือประสงค์ร้ายแล้วทั้งสิ้น เว้นแต่กรณีความผิดโดยประมาท ฉะนั้นแล้วความคิดร้ายหรือความประสงค์ร้ายนั้นจึงถูกนำมาพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบความผิด อันถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญต่อความรับผิดชอบในทางอาญาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือความรับผิดชอบของบุคคลมีเหตุผลที่เชื่อมโยงกับสภาวะภายในจิตใจของผู้กระทำความผิด

เมื่อผ่านการคิด ไตร่ตรอง และผู้กระทำตกลงใจที่จะกระทำความผิดแล้ว ย่อมสู่ขั้นตอนในขั้นของการเตรียมการกระทำความผิด โดยทั่วไปแล้วการเตรียมการจะยังไม่ถูกกำหนดเป็นความผิดทางอาญา เว้นแต่ความผิดอาญาในบางเรื่องที่มีการกระทำในขั้นเตรียมเป็นเรื่องของ “นโยบายทางอาญาเฉพาะเรื่อง” ที่มีเฉพาะในความผิดบางฐานเท่านั้น²³ โดยเหตุผลของการไม่ลงโทษบุคคลในขั้นเตรียมการมีเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) การกระทำในที่เป็นการเตรียมการกระทำความผิด เป็นการกระทำที่ทำให้การกระทำที่ทำให้การกระทำความผิดต่อไปมีความเป็นไปได้ มีความสะดวกหรือความมั่นคงแน่นอนขึ้น²⁴ แม้การกระทำในลักษณะของการเตรียมการจะผ่านขั้นตอนของความคิด ไตร่ตรอง และตกลงใจที่จะกระทำการอันเป็นความผิดแล้วก็ตาม แต่ระหว่างขั้นตอนของการเตรียมการและการลงมือการทำความผิดนั้น ยังอยู่ในวิสัยที่ผู้กระทำยับยั้งหรือกลับใจไม่กระทำความผิดเสียได้ ทั้งขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิดนั้น โดยสภาพของการกระทำยังไม่ถึงขั้นลงมือหรือเริ่มต้นกระทำความผิด จึงไม่อาจมีผู้ได้รับความเสียหายหรือประทุษร้ายจากการกระทำนั้นได้โดยตรง ฉะนั้นแล้วการไม่กำหนดให้การเตรียมเป็นกระทำความผิดจึงเป็นการสมควร

(2) การเตรียมการกระทำความผิด ยังคงเป็นการห่างไกลต่อความผิดสำเร็จอย่างมาก ทั้งยังการเตรียมการนั้นยังไม่เป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม

²³ คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 376.

²⁴ เพิ่งอ้าง.

ทั้งนี้แม้เพียงการกระทำในบางลักษณะหรือความผิดในบางฐานเท่านั้น ที่กำหนดให้การกระทำในลักษณะของการสมคบกระทำความผิด เช่น การสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด²⁵ หรือการเตรียมการกระทำความผิดบางฐานที่ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือความเป็นอยู่ของประชาชนจน อันถึงขนาดที่การเตรียมนั้นเป็นการกระทำที่ร้ายแรงอย่างยิ่ง เช่น ความผิดฐานเตรียมหรือพยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์²⁶

เมื่อผู้กระทำได้กระทำการผ่านขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิดแล้ว ความผิดนั้นขั้นตอนต่อไปคือการลงมือกระทำความผิด ดังว่าการลงมือถือเป็นการจุดเริ่มต้นของความรับผิดชอบทางอาญาโดยทันที เนื่องจากขั้นตอนของการลงมือถือเป็นการกระทำที่ใกล้เคียงต่อการกระทำความผิดแล้ว แม้ว่าการกระทำนั้นจะประสบผลสำเร็จตามเจตนาของผู้กระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้หากเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จ เรียกว่า การพยายามกระทำความผิด (criminal attempts) โดยการพยายามกระทำความผิดนี้ จะมีองค์ประกอบความรับผิดชอบในเชิงเนื้อหาการกระทำความผิดอาญา โดยเหตุแห่งการกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดในทางอาญาอันเนื่องเหตุผลดังนี้

1. แม้ว่าการกระทำความผิดจกยังเป็นการกระทำที่ไม่กระทบต่อสังคมหรือบุคคลอื่น ดังเช่นการกระทำความผิดสำเร็จก็ตาม แต่การพยายามนั้นย่อมเป็นการมุ่งหมายที่จะทำอันตรายต่อคุณธรรมกฎหมายแล้ว เพียงการกระทำนั้นไม่ประสบผลสำเร็จเท่านั้นเอง
2. การพยายามนั้นเป็นการกระทำโดยผู้ที่มีความชั่วร้ายหรือประสงค์ร้ายแล้ว อันเป็นผ่านขั้นตอนของสภาวะทางจิตใจ ทั้งยังประกอบกับขั้นตอนสภาวะทางการกระทำแล้ว จึงถือเป็นการกระทำความผิดที่ผู้กระทำได้ดำเนินการทางกายภาพ เพียงแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผลดังความประสงค์ของผู้กระทำ
3. การพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการกระทำความผิดสำเร็จมากที่สุด และมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายและกระทบต่อคุณธรรมหรือสิ่งกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองแล้ว

²⁵ ประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 127 ผู้ใดสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดร้ายแรง เกี่ยวกับยาเสพติด ผู้นั้นสมคบกันกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินห้าแสนบาท

ถ้าได้มีการกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกันตามวรรคหนึ่ง ผู้สมคบกันนั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น.

²⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 108 ผู้ใดกระทำการประทุษร้ายต่อพระองค์ หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

ผู้ใดพยายามกระทำการเช่นนั้น ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน

ถ้าการกระทำนั้นมีลักษณะอันน่าจะเป็นอันตรายแก่พระชนม์ ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต

ผู้ใดกระทำการใดอันเป็นการเตรียมเพื่อประทุษร้ายต่อพระองค์ หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ หรือรู้ว่ามีผู้จะกระทำการประทุษร้ายต่อพระองค์ หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ กระทำการใดอันเป็นการช่วยปกปิดไว้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบหกปีถึงยี่สิบปี.

4. การกำหนดให้การพยายามเป็นความผิดทางอาญาเป็นการป้องกันหรือจำกัดความรุนแรงที่จักต้องเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากกระทำความสำเร็จ

5. เป็นการใช้อำนาจรัฐ เพื่อให้บรรลุถึงหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและระเบียบภายในสังคม ทั้งยังเป็นการป้องกัน ยับยั้งไม่ให้บุคคลกระทำความผิด

2.2 ความเป็นมาของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในประเทศไทย

การให้บัญญัติถึงบทนิยามศัพท์ว่าด้วยการพยายามกระทำความผิด แต่ละประเทศต่างหลีกเลี่ยงถึงการให้คำจำกัดความถึงการพยายามกระทำความผิด ซึ่งเป็นปัญหาต่อประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จำต้องอาศัยบทบัญญัติกฎหมายที่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนเพื่อให้ตุลาการใช้บทบัญญัตินั้น ๆ ในการพิพากษาคดี ในทางกลับกันการวินิจฉัยหรือพิพากษาคดีที่เป็นเรื่องของการพยายามกระทำความผิดนั้น ประเทศซีวิลลอว์ไม่ว่าจะเป็นเยอรมัน หรือฝรั่งเศส กลับในนิติวิธีในแบบระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือกฎหมายจารีตประเพณี เป็นระบบกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา กล่าวคือคำพิพากษาของศาลเป็นที่มาของกฎหมาย²⁷ ซึ่งบทบาทและหน้าที่ของศาลมีความสำคัญอย่างยิ่งในการวางแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาเพื่อให้ศาลในคดีหลังยึดถือเป็นแนวคำพิพากษาเป็นกฎหมายต่อไป

ประเทศไทยก็มีปัญหาในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดเช่นกัน เนื่องจากประเทศไทยได้ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ แต่กลับกันนิติวิธีที่ใช้ในการปฏิบัติกลับไม่มีความสอดคล้องกับนิติวิธีที่ใช้อยู่ ในการกำหนดหรือจำกัดความการพยายามกระทำความผิดใช้นิติวิธีเช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยให้ศาลเป็นผู้วางหลักบทนิยามในเรื่องของการลงมือกระทำความผิด ทั้งการที่หลาย ๆ ประเทศต่างไม่ให้บทนิยามอย่างชัดเจนในเรื่องของการพยายามกระทำความผิด เพราะ ลักษณะของการพยายามกระทำความผิดนั้น เป็นเรื่องของการกระทำความผิดในฐานะหนึ่งฐานใดโดยเฉพาะ

การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 และมาตรา 81 บัญญัติเป็นบททั่วไปในภาคที่ 1 ซึ่งการพิจารณานั้นต้องประกอบการกระทำความผิดหลักในฐานะอื่น ๆ เช่น การพยายามทำร้ายร่างกาย หรือการพยายามลักทรัพย์ เป็นต้น การพยายามกระทำความผิดโดยไม่มีความผิดฐานอื่น ๆ เป็นองค์ประกอบหลักนั้นย่อมไม่มีได้หรือการพยายามกระทำความผิดลอย ๆ ย่อมไม่มี²⁸ การจะบัญญัติจำกัดความหรือบทนิยามของการพยายามกระทำความผิดจึงไม่ใช่เรื่องง่ายตาย ทั้งลักษณะของการกระทำในแต่ละฐานความผิดย่อมมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายที่การกระทำคือการทำร้ายร่างกาย หรือความผิดฐานลักทรัพย์การกระทำคือการเอาไปซึ่งทรัพย์สิน เหล่านี้ ส่งผลให้การพยายามกระทำความผิดในแต่ละฐานก็ย่อมไม่เหมือนกันในเชิงลักษณะของการกระทำ นอกจากนี้การกำหนดถึงการลงมือกระทำความผิดอันเป็นจุดเริ่มต้นของความรับผิดในทางอาญาและเป็นหลักพื้นฐานในการวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิดนั้น ในแต่ละประเทศก็มีการวินิจฉัยในเรื่องของการลงมือกระทำความผิดที่แตกต่างกันไป ต่อมาศาสตราจารย์ประมุข

²⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *สังคมกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2564) 40.

²⁸ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 23) 382.

สุวรรณศร ได้มีการวางแผนคำพิพากษาในเรื่องของการพยายามกระทำความผิดได้ โดยจำกัดความคำว่า “การลงมือ” อันเป็นจุดเริ่มต้นและพื้นฐานสำคัญของการพยายามกระทำความผิด คือ “การกระทำลงจนใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ” อันมีหลักการพื้นฐานจากหลักความใกล้ชิดต่อผลของประเทศอังกฤษ อันถือเป็นหลักของคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยมาจวบจนปัจจุบัน

เมื่อย้อนไปในเริ่มต้นของการร่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 17 ซึ่งการประชุมในสมันนั้นมีความเห็นว่าเป็นการยากที่จะบัญญัติ บทนิยามหรือคำจำกัดความว่าด้วยการพยายามกระทำความผิด โดยหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า “เรื่องเช่นนี้เขียนอย่างไรก็ไม่เต็มที่ เพราะเป็นเรื่องข้อเท็จจริงมากกว่าข้อกฎหมาย” รวมไปถึงถึงพระยาอรรถการีย์นิพนธ์ ซึ่งเป็นกรรมการอีกท่านหนึ่ง ก็ได้กล่าวว่า “ยากที่จะบัญญัติว่าเมื่อไรเป็นการลงมือเมื่อไรจะถือว่าเตรียม” ในท้ายที่สุดแล้วการให้คำพิพากษาศาลฎีกากำหนดบรรทัดฐานหรือกฎเกณฑ์ว่าด้วยการพยายามกระทำความผิด ย่อมเป็นการดีกว่าการเขียนหรือบัญญัติเรื่องของการพยายามกระทำความผิด ส่งผลให้การแบ่งแยกขอบเขตระหว่างการเตรียมการและการลงมือกระทำความผิด เป็นเรื่องของทฤษฎีและตำราทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ยังไม่เป็นที่ยุติทางกฎหมาย และให้ศาลตัดสินก็สมควรแล้ว จึงเป็นที่มาของการวินิจฉัยเรื่องของการลงมือกระทำความผิดจนถึงปัจจุบัน

นอกจากนี้ในอดีตเคยมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 17²⁹ ซึ่งมีการพิจารณาในการเสนอเรื่องการลงโทษความผิดฐานพยายามฆ่าควรมีการแก้ไขโทษให้หนักขึ้น โดยให้มีความรับผิดเช่นเดียวกับการฆ่าคนตายโดยสำเร็จเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งผลจากการประชุมนั้นได้มีมติในวันที่ 11 กรกฎาคม 2482 ในความเห็นว่าการกำหนดความรับผิดในกรณีของการพยายามกระทำความผิดให้มีโทษเท่ากับความสำเร็จนั้นเป็นการรุนแรงเกินไป ไม่ควรมีการวางหลักทั่วไปของการพยายามกระทำความผิดให้เทียบเท่ากับความสำเร็จ แม้ว่า การกระทำความผิดนั้นจะรุนแรงถึงขนาดความผิดของการฆ่าคนตายก็ตาม โดยมีเหตุผลสนับสนุนสองประการคือ ประการแรก เป็นเรื่องของระบบกฎหมาย กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่มีการจำแนกความผิดร้ายแรงและไม่ร้ายแรงอย่างเช่นประเทศฝรั่งเศส โดยความผิดที่ร้ายแรง ได้แก่ การฆาตกรรม ความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ

เหตุผลประการที่สอง คือ เหตุผลในเชิงนโยบาย โดยที่ประชุมเห็นว่าการที่กฎหมายบัญญัติให้การพยายามกระทำความผิดลงโทษเพียงสองในสามนั้นเป็นเรื่องที่สมควรแล้ว ซึ่งแต่เดิมมีแนวคิดที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจลดโทษโดยไม่จำกัดนั้น เป็นการขัดกับนโยบายของคณะรัฐมนตรี ทั้งการกำหนดบทลงโทษการพยายามกระทำความผิดให้มีโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จนั้นจะเป็นการยุ่งให้ผู้กระทำความผิดนั้น กระทำความผิดให้สำเร็จตามเจตนามากกว่าการจะยับยั้งหรือป้องกันการกระทำความผิดให้สำเร็จ เช่น หากจะฆ่าผู้อื่นโดยการยิงให้ตาย ภายหลังกระทำผู้เสียหายยังไม่ถึงแก่ความตาย เช่นนี้หากผู้กระทำเห็นว่าการพยายามกระทำนั้น จะต้องได้รับโทษเช่นเดียวกับกับความผิดสำเร็จแล้ว เช่นนี้การกลับใจ

²⁹ อนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 17/53/2482 (11 กรกฎาคม 2482).

หรือยับยั้ง ป้องกัน กี่ยวข้องไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เหมาะสมและไม่สมประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิดเลย คงยิ่งต่อไปให้ตายเสียก็มีความรับผิดชอบเท่ากัน

จากรายงานการประชุมแก้ไขร่างดังกล่าวนี้ มีข้อสังเกตว่า การพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 (เดิมมาตรา 60) ที่เคยมีการเสนอให้ความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นนั้น ได้รับโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งเหตุผลในการลงโทษในลักษณะดังกล่าวนี้ เป็นการรับเอาทฤษฎีอัตราวิสัย (ผู้เขียนจะอธิบายถึงหลักการอัตราวิสัยในหัวข้อ 2.4.1.2.) โดยแท้ซึ่งมีแนวคิดที่ว่าด้วยการกำหนดโทษของบุคคลโดยพิจารณาจากเจตนาของผู้กระทำความผิดแต่เพียงสถานเดียว โดยไม่คำนึงถึงผลของการกระทำหรือความเป็นอันตรายใด ๆ ซึ่งการประชุมแก้ไขร่างนี้ได้มีการปฏิเสธหลักการลงโทษผู้กระทำความผิดฐานพยายามฆ่าเช่นเดียวกับการกระทำความผิดโดยสำเร็จ แต่มีมติ³⁰ ในการรับซึ่งการกำหนดโทษเพียงสองในสามของโทษที่กำหนดไว้ในความผิดฐานนั้น ๆ ซึ่งเป็นหลักการลงโทษโดยอาศัยทฤษฎีภาวะวิสัย (ผู้เขียนจะอธิบายถึงหลักการภาวะวิสัยในหัวข้อ 2.4.1.1.) ประกอบทฤษฎีอัตราวิสัย เนื่องจากทั้งทฤษฎีอัตราวิสัยและภาวะวิสัยไม่สามารถอธิบายถึงหลักการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตาม มาตรา 80 ได้โดยลำพัง³¹

2.2.1 ความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายไทยถึงเหตุผลในการบัญญัติการพยายามกระทำความผิด

นักกฎหมายไทยได้ให้ความเห็นทางวิชาการ ว่าด้วยอิทธิพลต่อการลงโทษการพยายามกระทำความผิดไว้ โดยแบ่งแยกเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรก เห็นด้วยกับการนำทฤษฎีอัตราวิสัยและภาวะวิสัยมาใช้ควบคู่กัน โดยศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ เห็นว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิดนั้นควรมีการแสดงซึ่งเจตนาชั่วร้ายในการกระทำความผิด ประกอบกับมีการปรากฏซึ่งการกระทำที่เป็นอันตรายเข้าขั้นที่ควรปราบปรามและลงโทษด้วย

โดย ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ก็เห็นด้วยกับการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่อาศัยทั้งทฤษฎีอัตราวิสัยและภาวะวิสัยควบคู่กัน กล่าวคือ การลงโทษควรพิจารณาทั้งจิตใจและการกระทำของผู้กระทำไปพร้อม ๆ กัน ในพื้นฐานความคิดที่ว่า การพิจารณาเจตนาของผู้กระทำความผิดเป็นสิ่งที่สำคัญ แต่การจะลงโทษผู้กระทำหรือไม่ก็ต้องดูอันตรายของการกระทำควบคู่กับเจตนาในการกระทำความผิดด้วย³²

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ยังให้ความเห็นว่า บทบัญญัติว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดของไทยได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากประเทศเยอรมัน จึงควรกำหนดให้มีหลักเกณฑ์

³⁰ อนุกรรมการตรวจร่างพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, มติของที่ประชุมอนุกรรมการตรวจร่างพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 17/53/2482 (11 กรกฎาคม 2482).

³¹ สิตานันท์ กลิ่นกำจรสุข, 'การพยายามกระทำความผิด : ศึกษาในแง่เหตุผลของการลงโทษ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555) 26.

³² คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 23) 385.

การแบ่งแยกการกระทำ ในขั้นตอนของการกระทำในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น³³

ในความเห็นของฝ่ายหลัง มีความเห็นว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิด เป็นการลงโทษที่ขยายขอบเขตของการลงโทษมาจากทฤษฎีอัตตะวิสัย โดยศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ ได้ให้เหตุผลว่ากฎหมายอาญาควรมีการบัญญัติให้โน้มไปถึงการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาพื้นฐานของการลงโทษมาจากองค์ประกอบภายในจิตใจของผู้กระทำความผิด ซึ่งพิจารณาการลงโทษจากเจตนาและลักษณะความร้ายแรงของการกระทำ มากยิ่งกว่าการลงโทษจากความเสียหายที่เพิ่มมากขึ้นหรือความร้ายแรงภายหลังที่ไม่ได้เป็นการสื่อถึงจิตใจชั่วร้ายของผู้กระทำ เช่น การพยายามกระทำความผิด ในเรื่องของการกำหนดความรับผิดชอบและการลงโทษนั้นน่าจะเหมาะสมกับความชั่วร้าย กล่าวคือ การกำหนดโทษของการพยายามกระทำความผิดนั้นไม่ควรแปรเปลี่ยนไปตามความบังเอิญ โชค ที่ส่งผลให้การกระทำไม่ประสบผลสำเร็จ

ในกรณีของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ ตามมาตรา 81 นั้น ได้มีการเสนอร่างในรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 124³⁴ ซึ่งที่ประชุมมีการเห็นพ้องกันถึงการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ นั้น ต้องเป็นผลมาจากความเสียหายในการกระทำนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอน ส่งผลให้การพยายามกระทำความผิดกรณีนี้สามารถเกิดขึ้นได้ 2 รูปแบบ คือ ความเป็นไม่ได้จากวิธี หรือวัตถุของการกระทำ โดยมีแบบอย่างการพยายามกระทำความผิดนี้จากประเทศสวีเดนแลนด์และโปแลนด์ โดยมีเหตุผลจากการลงโทษเนื่องมาจากการพยายามกระทำความผิดในกรณี ผู้กระทำมิได้ดำเนินการกระทำความผิดตามเจตนาของตนโดยเสร็จสมบูรณ์แล้ว แต่ผลของการกระทำนั้นเกิดขึ้นไม่ได้ จึงสมควรลงโทษเพราะ ผู้กระทำมีเจตนาร้ายในการกระทำแล้ว ซึ่งมีเหตุผลในทิศทางเดียวกับทฤษฎีอัตตะวิสัยนั่นเอง

สมัยก่อนที่จะมีการยกร่าง มาตรา 81 นั้น มีความเห็นในทางวิชาการที่แตกต่างกันมากมายหลายฝ่าย ด้วยเหตุที่การพยายามกระทำความผิดนั้นเป็นบทบัญญัติลดโทษผู้กระทำ อันเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่ใช้บังคับกับความผิดในด้านเนื้อหาหรือสาระบัญญัติ ส่งผลให้การพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละกรณีย่อมมีความแตกต่างกันไป โดยมีฝ่ายที่เห็นด้วยกับการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ อันควรกำหนดเป็นบทลงโทษโดยทั่วไป อีกฝ่ายหนึ่งกลับเห็นต่างไปถึงการไม่ลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังต่อไปนี้

(1) ฝ่ายที่มีความเห็นไปในทางระบบเจตนาร้าย

การที่ผลจากการกระทำความผิด ไม่อาจเกิดขึ้นได้ อันส่งผลให้การกระทำความผิดนั้นเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ นั้น มีเหตุมาจากความบังเอิญที่ทำให้ผลจากการกระทำไม่สำเร็จเท่านั้น แต่ผู้กระทำมิด้วยเจตนาชั่วร้ายและได้ดำเนินการกระทำโดยในส่วนของตนเสร็จสิ้นแล้ว เช่นนี้

³³ กมลชัย รัตนสกววงศ์, *สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538) 8-9.

³⁴ อนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 124/122/2483 (24 กันยายน 2483).

ยอมสมควรที่จะลงโทษ เช่น การที่ผู้กระทำประสงค์จะยิงผู้อื่น แต่กลับเข้าใจผิดพลาดยิงต่อไม้ หรือผู้ที่จะยิงนั้นไม่ได้อยู่ในที่เกิดเหตุ หรือประสงค์จะลักทรัพย์ ล้วงกระเป๋าแล้ว แต่กลับไม่มีทรัพย์ที่อยู่ในกระเป๋า เหล่านี้ล้วนเป็นการกระทำที่ไม่ประสพผลสำเร็จ เพราะเหตุบังเอิญทั้งสิ้น จึงควรลงโทษตามบทบัญญัติว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดธรรมดา

(2) ฝ่ายที่ยึดหลักประมวลกฎหมายอย่างเคร่งครัด

โดยฝ่ายนี้มีความเห็นว่า การกระทำที่สมควรจะได้รับการลงโทษนั้น ควรมีพื้นฐานมาจากความเกิดขึ้นได้ของความผิดนั้น หากว่าการกระทำใด ๆ ไม่สามารถที่จะเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอนหรือไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่นอน จะตัดสินว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดไม่ได้เลย เช่น การยิงต่อไม้ หรือการยิงที่นอน โดยที่ไม่มีบุคคลที่ตนประสงค์จะฆ่า ย่อมไม่อาจเป็นความผิดที่เกิดขึ้นได้ เพราะวัตถุแห่งการกระทำหรือบุคคลนั้น ไม่ได้อยู่ ณ ที่นั้น จึงไม่เป็นการกระทำความผิดต่อผู้อื่น ย่อมทำให้การพยายามกระทำความผิดก็ไม่อาจมีได้เช่นกัน การลงโทษนั้นย่อมไม่เป็นธรรม หากจะลงโทษในทางอาญาแก่บุคคลที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำนั้นเป็นความผิด

ทั้งนี้ ฝ่ายที่ยึดหลักประมวลกฎหมายอย่างเคร่งครัดนั้น ยังเห็นด้วยว่าการยิงบุคคลอื่นโดยมีเจตนาฆ่า ทั้งที่ความเป็นจริงปืนนั้นไม่มีลูก การกระทำในลักษณะก็เป็นลักษณะเช่นเดียวกับการแข่ง หรือการใช้คาถาอาคมสาปแช่งนั่นเอง อันการกระทำในลักษณะเช่นนี้ก็ไม่มี ความผิดเช่นกัน เมื่อเป็นการกระทำที่ไม่มี ความผิดแล้ว การลงมือกระทำความผิดหรือเริ่มต้นกระทำความผิดก็ย่อมไม่อาจเป็นความผิดได้

ความเห็นที่แตกต่างกันของทั้งฝ่ายที่เห็นไปในทางเจตนาร้ายและฝ่ายที่ยึดหลักประมวลกฎหมายอย่างเคร่งครัดนั้น เป็นความแตกต่างทางวิชาการในช่วงเวลาก่อนที่จะมีการร่างบทบัญญัติว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ ตามมาตรา 81 ในปัจจุบัน อันการพยายามกระทำความผิดที่ไม่อาจเป็นไปได้นั้นแนวคำพิพากษาในปัจจุบันนั้น การยิงต่อไม้หรือการยิงวัตถุที่เข้าใจว่าเป็นบุคคลอื่นที่ตนประสงค์จะฆ่า นั้น ผู้กระทำมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 81 ส่วนการยิงผู้อื่นที่ผู้กระทำคิดว่ากำลังนอนอยู่ แนวคำพิพากษาของศาลมองว่าเป็นเรื่องของความบังเอิญ อันผู้กระทำความผิดต้องรับผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80³⁵ กลับกัน หากเป็นการยิงโดยไม้ที่ไม่มีกระสุนที่ใช้ในการฆ่ากลับเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้³⁶

2.3 แนวคิดและทฤษฎีการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

2.3.1 แนวคิดว่าด้วยการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

การลงโทษบุคคลกรณีการพยายามกระทำความผิดถือเป็นหลักกฎหมายว่าด้วยการลงโทษทางอาญาที่หลายประเทศต่างกำหนดไว้เช่นเดียวกัน โดยพิจารณาจากธรรมชาติของความผิดอาญา (Nature of Crime)

³⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1446/2513.

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 589/2529.

แต่จะมีความรับผิดชอบหรือโทษในเชิงของรายละเอียดที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ ซึ่งองค์ประกอบสำคัญก็มีลักษณะทั่วไปตามสังคม³⁷ ดังนี้ การพยายามกระทำความผิดก็ยังคงต้องรับผิดชอบในทางอาญาอยู่เช่นเดิม เพียงแต่การกำหนดโทษนั้นจะกำหนดในอัตราส่วนของการกระทำที่แตกต่างจากการกระทำความผิดที่สำเร็จแล้วในเรื่องของการกำหนดอัตราโทษนี้ก็ย่อมมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ อันเนื่องมาจากแนวคิดหลัก 2 แนวคิด โดยมีพื้นฐานของแต่ละแนวความคิดดังต่อไปนี้

(1) ทฤษฎีการลงโทษในภาวะวิสัย (Objective Theory)

ทฤษฎีการลงโทษในภาวะวิสัยให้ความสำคัญถึงการกระทำเป็นสำคัญ โดยการกระทำที่ผ่านองค์ประกอบทางจิตใจแล้วนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อข้อเท็จจริงภายนอก หรือมีอิทธิพลต่อสังคม แนวคิดนี้จึงยึดถือว่าสิ่งที่เกิดในลักษณะของความเป็นจริงหรือภาวะวิสัยนั้นเป็นไปตามความต้องการหรือวัตถุประสงค์ของผู้กระทำและแสดงออกมาภายนอกจิตใจแล้ว ทั้งยังไม่ให้ความสำคัญกับสิ่งที่สามารถจับต้องได้ ในลักษณะของวัตถุมากกว่าสิ่งที่เป็นนามธรรมอย่างความคิด จึงเป็นทฤษฎีที่มุ่งประสงค์ถึงการกระทำที่แสดงในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำ การพูด หรือการงดเว้นการกระทำที่มีผลออกมาสู่ภายนอกหรือส่งผลกระทบต่อสังคมภายนอกมากกว่าการเพ่งเล็งไปถึงความคิดหรือความประสงค์ที่ยังไม่ได้มีการแสดงออกมา อันมีลักษณะเป็นเพียงสภาวะภายในจิตใจ

ทั้งนี้การกระทำความผิดในขั้นตอนต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการคิดและตกลงใจอันเป็นสภาวะภายในจิตใจนี้ หรือขั้นตอนของการเตรียม การลงมือกระทำความผิด หรือการกระทำความผิดที่บรรลุผลสำเร็จแล้ว แต่ละขั้นตอนนั้นย่อมต้องมีการดำเนินการกระทำต่าง ๆ หรือรูปแบบที่ย่อมจะมีความแตกต่างกัน แต่สิ่งที่เหมือนกันคือเจตนาที่จะกระทำความผิด อันถือเป็นเจตนาที่มีอยู่ในทุก ๆ การกระทำ ทั้งนี้เจตนาอันนี้จะไม่ปรากฏออกมาได้อย่างชัดเจน หากว่าผู้กระทำยังไม่ได้มีการลงมือกระทำความผิดแล้ว ดังนั้นหากใช้หลักการกำหนดความผิดโดยอาศัยเจตนาหรืออัตตะวิสัยเพียงสถานเดียวอาจก่อให้เกิดปัญหาถึงการลงโทษผู้กระทำความผิด อีกทั้งโดยพื้นฐานของกฎหมายที่จักไม่ลงโทษบุคคลหรือผู้กระทำความผิดที่ยังไม่ลงมือกระทำความผิด ดังนั้นจึงไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับนามธรรมมาเป็นหลักพื้นฐานในการลงโทษผู้กระทำได้ จึงต้องให้น้ำหนักหรือความสำคัญกับเรื่องที่เป็นรูปธรรมซึ่งสามารถสะท้อนความเป็นจริงได้มากกว่า³⁸

การลงโทษในทางภาวะวิสัยจึงพิจารณาการกำหนดโทษของการพยายามกระทำความผิดจากการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นเป็นหลัก พื้นฐานของการพยายามกระทำความผิดในกรณีนี้จึงพิจารณาไปถึงความเป็นอันตรายของการกระทำเป็นสำคัญ³⁹ โดยการลงโทษจึงต้องกำหนดตามความเป็นอันตรายของการกระทำหรือความเสี่ยงต่อการเกิดผลเป็นเกณฑ์ ซึ่งส่งผลให้ความเป็นอันตรายของการพยายามกระทำความผิดนั้น

³⁷ แสง บุญเฉลิมวิภาส, 'กฎหมายลักษณะอาญา: ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย' (มิถุนายน 2529) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 106, 124.

³⁸ สิตานันท์ กลิ่นกำจรสุข (เชิงอรธ 31) 31.

³⁹ พีรตน์ นนทสวัสดิ์ศรี, 'การพยายามกระทำความผิด : ศึกษากรณีการพยายามทำให้ง่วงตาม มาตรา 304' (2562) 1 วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 130, 133.

ย่อมน้อยกว่าหรือไม่อาจเทียบเท่ากับการกระทำความผิดในกรณีสำเร็จผลไปแล้วได้ อัตราส่วนของโทษในการพยายามกระทำความผิดจึงน้อยกว่าการกระทำความผิดสำเร็จเช่นกัน

ในกรณีของการเตรียมการกระทำความผิด แม้ว่าจะเป็นขั้นตอนที่ได้มีการกระทำออกมาสู่ภายนอกแล้วก็ตาม ทั้งยังอาจส่งผลต่ออันตรายที่จะเกิดมากยิ่งขึ้น แต่ในขั้นตอนของการกระทำเตรียมการนั้นผู้กระทำนั้นยังสามารถที่จะยับยั้งหรือเปลี่ยนใจไม่กระทำในขั้นตอนของการลงมือได้ หากได้มีการยับยั้งนั้นแล้ว ในขั้นตอนของการเตรียมการนั้นก็ไมอาจส่งผลเสียหายหรืออันตรายต่อบุคคลอื่น ๆ ดังนั้นความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายนั้นย่อมหมดไป กฎหมายจึงไม่ลงโทษในขั้นตอนของการเตรียมการ

ในกรณีที่ได้มีการลงมือกระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นการใกล้ชิดต่ออันตรายที่จะเกิดขึ้นกว่าเดิม แม้ว่าอันตรายตามความประสงค์หรือเจตนาของผู้กระทำนั้นจะยังไม่บรรลุผลก็ตาม ซึ่งหากมีการลงมือกระทำนั้นนำไปสู่การบรรลุผลของการกระทำความผิดย่อมเป็นความผิดสำเร็จ และหากการลงมือนั้นไม่บรรลุผลตามเจตนา ก็เป็นการพยายามกระทำความผิด ส่งผลให้อัตราโทษที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดในขั้นตอนของการพยายามกระทำ ย่อมมีความแตกต่างหรือน้อยกว่ากรณีของการกระทำความผิดสำเร็จ กระทั่งในมุมมองของนักกฎหมายที่ยึดถือหลักความรับผิดชอบโดยภาวะวิสัยอย่างเคร่งครัดนี้ถึงขนาดที่หากไม่ผลของการกระทำความผิดไม่บรรลุหรือเกิดขึ้น ความรับผิดชอบในทางอาญาก็ยังไม่เกิดเช่นกัน⁴⁰

การกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาในกรณีของการพยายามกระทำความผิด โดยอาศัยทฤษฎีการลงโทษโดยภาวะวิสัยนี้ นำไปสู่ความชัดเจนถึงการแบ่งแยกการเตรียมการกระทำความผิดและการลงมือกระทำความผิด หากการกระทำนั้นใกล้ชิดหรือก่อให้เกิดความอันตรายต่อกรรมของการกระทำความผิดแล้ว ก็ย่อมเป็นการลงมือกระทำความผิด หากการกระทำนั้นยังไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อกรรมของการกระทำ หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้น การกระทำนั้นก็ยังเป็นเพียงการเตรียมการกระทำความผิด

อย่างไรก็ตาม แม้การอธิบายถึงการพยายามกระทำความผิดโดยใช้ทฤษฎีภาวะวิสัยนี้ จะนำไปสู่การจำแนกการกระทำในขั้นเตรียมการและขั้นลงมือกระทำความผิด โดยพิจารณาถึงความเป็นใกล้ชิดต่อความเป็นอันตรายเป็นหลักสำคัญ ทั้งนี้หากเป็นการกระทำที่โดยลักษณะของการกระทำไม่อาจก่อให้เกิดความอันตรายต่อกรรมของการกระทำได้เลย ไม่ว่าจะด้วยเหตุวัตถุที่ใช้ในการกระทำหรือสิ่งที่มุ่งหมายจะกระทำต่อก็ตาม หรือที่เรียกว่า การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ การใช้หลักการพิจารณาโดยภาวะวิสัยที่คำนึงถึงความเป็นอันตรายของการกระทำเป็นเกณฑ์ ก็ย่อมเป็นช่องว่างของทฤษฎี ในอันที่หากพิจารณาตามทฤษฎีภาวะวิสัยนี้แล้ว จักไม่สามารถลงโทษผู้กระทำได้เลย

(1.1) หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดแบบภาวะวิสัย

การปฏิเสธถึงการกำหนดความรับผิดชอบของบุคคล อันเนื่องมาจากหลักเกณฑ์ด้านอัตตะวิสัย เป็นการคลุมเครือต่อการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญามากจนเกินไป จึงเป็นที่มาสู่การกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดตามภาวะวิสัยได้ 2 ประเภท ด้วยกันคือ

⁴⁰ พีรตน์ นนทสวัสดิ์ศรี, ‘การพยายามกระทำความผิด : ศึกษากรณีการพยายามทำให้แท้งลูกตาม มาตรา 304’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 29.

(1.1.1) ความรับผิดชอบในสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงของการกระทำ เนื่องมาจากความรับผิดชอบในโทษทางอาญา ในฐานะที่เป็นโทษทางกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพโดยตรงของผู้ตัวผู้กระทำนั้น สิ่งที่จะเป็นหลักเกณฑ์ของการลงโทษได้จึงต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงหรือมีความเป็นเหตุเป็นผลที่แท้จริง ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำมีเจตนาที่จะฆ่าผู้อื่นโดยการใช้อาวุธในการกระทำ เช่นนี้ข้อเท็จจริงในเรื่องเกี่ยวกับการยิงนั้นเข้าเป้าหมายหรือผู้เสียหายหรือไม่ หรือการยิงนั้นไม่ถูกเป้าหมายหรือพลาดเป้าหมายหรือไม่ อันว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นและนำมาเป็นหลักของการกำหนดความรับผิดชอบนั้น จำต้องปรากฏขึ้นอย่างชัดเจน หากไม่มีความชัดเจนของข้อเท็จจริงนั้นเพียงพอก็จะนำความไม่ชัดเจนมาเป็นองค์ประกอบของการพิจารณาหาได้ไม่

(1.1.2) ความรับผิดชอบโดยพิจารณาแบบวิญญูชน มีที่มาจากแนวคิดที่ความรับผิดชอบของบุคคลหนึ่งนั้นต้องพิจารณาผ่านมุมมองของผู้ที่มีเหตุผลคนหนึ่งหรือที่เรียกว่า “วิญญูชน” ว่าสิ่งที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปนั้น วิญญูชนนั้นอาจถึงคาดหมายได้หรือไม่ ว่าสิ่งที่เขาพึงจะกระทำเป็นไปตามสำนึกในข้อเท็จจริงของผู้กระทำหรือไม่

(1.2) การกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดแบบภาวะวิสัย

การลงโทษการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิด มีเหตุมาจากการกระทำนั้นเป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มุ่งกระทำต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง⁴¹ ความเสียหายจากการกระทำนั้นจึงเป็นปัจจัยสำคัญต่อการลงโทษ เมื่อการพยายามกระทำความผิดนั้นจะมีความอันตรายไม่เทียบเท่ากับการกระทำความผิดสำเร็จ การกำหนดโทษจึงมีอัตราส่วนที่น้อยกว่าการกระทำความผิดสำเร็จ อันเป็นไปในแนวทางเดียวกับการลงโทษการพยายามกระทำความผิดแบบอัตตะวิสัย ซึ่งไม่เคร่งครัดกับการลงโทษการพยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกรณีการกระทำความผิดสำเร็จ

ดังจะกล่าวได้ว่า การกำหนดโทษในการพยายามกระทำความผิดตามแบบทฤษฎีภาวะวิสัย และทฤษฎีอัตตะวิสัย⁴² ยอมรับเช่นเดียวกันคือการพยายามกระทำความผิดไม่ควรมีการลงโทษที่เคร่งครัดเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ ในปัจจุบันทั้งสองทฤษฎีดังกล่าวนี้ ยังมีการยอมรับถึงการกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาในกรณีของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน ทั้งนี้การพิจารณาถึงความแตกต่างของทั้งสองทฤษฎีนี้ กลับไม่ได้ส่งผลถึงความแตกต่างในเชิงของผลลัพธ์⁴³

(2) ทฤษฎีการลงโทษในอัตตะวิสัย (Subjective Theory)

การลงโทษการพยายามกระทำความผิดโดยอัตตะวิสัยนี้ มีแนวความคิดที่คำนึงความคิดหรือเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญา กล่าวคือผู้กระทำมีเจตจำนงที่จะประกอบอาชญากรรม และการกระทำนั้นอาจมี

⁴¹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์ (เชิงอรรถ 33) 87.

⁴² หมายความว่าถึงทฤษฎีอัตตะวิสัย ที่มีแนวคิดว่าด้วยการกำหนดโทษแบบอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัด มีพื้นฐานแนวความคิดว่า การพยายามกระทำความผิดที่ไม่บรรลุผลสำเร็จ ไม่ควรลงโทษในอัตราโทษเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ.

⁴³ เอกฤทธิ์รุจ ฆะมะวณิช (เชิงอรรถ 15) 41.

ศักยภาพเพียงพอซึ่งนำไปสู่ความผิสำเร็จได้⁴⁴ อย่างไรก็ตามความคิดหรือเจตนา นั้น ต้องมีการแสดงออกมาให้ปรากฏแก่ภายนอกแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงผลแห่งการกระทำว่าจะสำเร็จหรือบรรลุตามเจตนาแต่เดิมของผู้กระทำหรือไม่ พื้นฐานของการลงโทษทางอัตตะวิสัยจึงยึดถือที่ความปรากฏของเจตนาร้ายหรือความประสงค์ที่แสดงออกสู่ภายนอก อันเป็นการละเมิดต่อกฎหมายของผู้กระทำ

เมื่อทฤษฎีอัตตะวิสัยพิจารณาถึงการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือความประสงค์ร้ายของผู้กระทำที่แสดงออกมาภายนอกแล้วนั้น การลงมือกระทำความผิดย่อมถือได้ว่าผู้กระทำได้แสดงออกซึ่งเจตนาที่จะกระทำผิดอาญาแล้ว กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็ขั้นตอนของการลงมือกระทำผิดหรือการที่กระทำความสำเร็จแล้ว ผู้กระทำดำเนินการกระทำในขั้นตอนนั้น ๆ โดยมีเจตนาที่จะกระทำผิดอย่างเดียวกัน จึงส่งผลให้การกำหนดโทษในอัตตะวิสัยกรณีการพยายามกระทำผิดย่อมไม่มีความแตกต่างไปจากการกำหนดโทษในกรณีความผิสำเร็จ แม้ว่าผลของการกระทำจะมีความแตกต่างกันก็ตาม อันเป็นการกำหนดโทษโดยเคร่งครัด ซึ่งในภายหลังทฤษฎีอัตตะวิสัยได้ถูกพัฒนาเพื่อไม่ให้ความรับผิมีความเคร่งครัดมากเกินไป โดยผู้เขียนจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

การพิจารณาทฤษฎีอัตตะวิสัยเช่นนี้ ไม่เพียงแต่ส่งผลให้การพิจารณาถึงความผิฐานพยายามกระทำต้องรับโทษในกรณีความผิสำเร็จเท่านั้น แต่การพิจารณาตามทฤษฎีอัตตะวิสัยยังสามารถอธิบายถึงการลงโทษการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ เนื่องจากการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ ผู้กระทำมีเจตนาหรือความประสงค์ที่จะกระทำผิดอย่างบริบูรณ์ เพียงแต่การกระทำนั้นไม่อาจบรรลุเป็นความผิสำเร็จได้ โดยปัจจัยของวัตถุที่ใช้กับหรือวัตถุที่กระทำต่อก็ตาม กรณีเช่นนี้ย่อมถือได้ว่าผู้กระทำได้แสดงซึ่งเจตนาในการกระทำผิดมาสู่ภายนอกแล้ว แม้ผลสำเร็จของการกระทำนั้นจะไม่อาจเกิดขึ้นได้ก็ตาม

ทั้งนี้ทฤษฎีอัตตะวิสัย แม้จะสามารถอธิบายถึงการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้ได้อย่างแน่แท้ก็ตาม ทั้งนี้ทฤษฎีอัตตะวิสัยไม่สามารถแบ่งแยกหรืออธิบายความแตกต่างระหว่างการเตรียมการกระทำผิดและการลงมือกระทำผิดได้อย่างชัดเจน เหมือนเช่นทฤษฎีภาวะวิสัย อันเนื่องมาจากการเตรียมการและการลงมือกระทำผิดผู้กระทำมีเจตนาและความประสงค์ในการกระทำอย่างเดียวกัน เพียงแต่ขั้นตอนของการกระทำนั้นต่างกัน ฉะนั้นเมื่อมีการแสดงออกซึ่งความเจตนาที่จะกระทำผิด ตามทฤษฎีอัตตะวิสัยก็ย่อมต้องลงโทษผู้กระทำในกรณีการเตรียมการเช่นกัน สะท้อนถึงข้อบกพร่องในการอธิบายถึงการกระทำโดยทฤษฎีอัตตะวิสัยในการลงโทษผู้กระทำผิด

(2.1) หลักเกณฑ์ความรับผิของการพยายามกระทำผิดแบบอัตตะวิสัย

⁴⁴ กมลชัย รัตนสกาวงค์ (เชิงอรรด 33).

ทฤษฎีอัตตะวิสัยเป็นการพิจารณาถึงความผิดโดยพิจารณาด้านสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ ไม่ว่าความเสียหายหรือความป่วนปั่นที่เกิดขึ้นต่อสังคมมีเพียงใด ย่อมไม่ใช่ข้อสำคัญ⁴⁵ ทั้งนี้แนวความคิดของนักทฤษฎีอัตตะวิสัยที่แตกต่างกันแบ่งออกเป็น 2 แนวคิด ดังนี้

(2.1.1) ความรับผิดชอบทางอาญาแบบการเลือก นักทฤษฎีอัตตะวิสัยในกรณีนี้ได้ให้ความหมายของ การเลือก หมายถึง ความมุ่งหมายและความเชื่อของผู้กระทำ เมื่อผู้กระทำสามารถที่จะตัดสินใจเลือกกระทำการหรือไม่กระทำใด ๆ โดยตัวของผู้กระทำเองแล้ว ย่อมส่งผลให้ความรับผิดชอบของผู้กระทำ ย่อมเป็นไปตามการเลือกนั้น กล่าวคือผู้กระทำย่อมเป็นผู้ผิด เมื่อผู้กระทำเลือกที่จะกระทำผิด ทั้งนี้เมื่อการเลือกนั้นเป็นไปตามความมุ่งหมายแล้ว แม้ว่าภายหลังการกระทำจะสำเร็จหรือล้มเหลว ความรับผิดชอบก็ย่อมเหมือนกัน เนื่องจากการกระทำนั้นย่อมเป็นไปด้วยความเต็มใจที่จะกระทำไม่มากก็น้อย ส่งผลให้การพยายามกระทำผิดจะสำเร็จหรือไม่ ความรับผิดชอบหรืออัตราโทษที่จะลงก็ควรจะมีระดับที่เท่าเทียมกัน

(2.1.2) ความรับผิดชอบแบบลักษณะเฉพาะหรือลักษณะนิสัย นักทฤษฎีอัตตะวิสัยในแบบลักษณะเฉพาะ มีพื้นฐานแนวคิดที่ว่าความรับผิดชอบทางอาญา ควรจะมีการอ้างหลักฐานต่าง ๆ ที่สื่อถึงลักษณะเฉพาะตัวหรือพฤติกรรมเฉพาะของผู้กระทำ อันหลักฐานเหล่านี้จะสะท้อนถึงความมุ่งหมาย ความประสงค์ หรือเจตนาของผู้กระทำ เพื่อใช้ในการพิจารณาเจตนาหรือความประสงค์ที่จะมีความสัมพันธ์กับพยานต่าง ๆ เหล่านี้

(2.2) การกำหนดโทษการพยายามกระทำผิดแบบอัตตะวิสัย

ด้วยเหตุที่การกำหนดความรับผิดชอบโดยทฤษฎีอัตตะวิสัยนี้ จะพิจารณาถึงการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือความประสงค์มายังภายนอกเป็นพื้นฐานของความรับผิดชอบ ส่งผลให้ความรับผิดชอบในกรณีของการลงมือกระทำผิด การพยายามกระทำผิด รวมไปถึงกรณีที่ความผิดสำเร็จ เป็นการกระทำที่ครบหลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบตามทฤษฎีอัตตะวิสัยเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ยังมีนักทฤษฎีอัตตะวิสัยที่ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดความรับผิดชอบของผู้พยายามกระทำผิดให้รับโทษเช่นเดียวกับกรณีความผิดสำเร็จ จึงได้มีการแบ่งแยกประเภทของการกำหนดโทษของการพยายามกระทำผิดแบบอัตตะวิสัยออกเป็น 2 แนวคิดด้วยกัน ดังนี้

(2.2.1) การกำหนดโทษตามทฤษฎีอัตตะวิสัยอย่างเคร่งครัด นักทฤษฎีอัตตะวิสัยในกรณีนี้เห็นว่าการกำหนดความรับผิดชอบหรือการกำหนดโทษนั้น ควรมุ่งพิจารณาไปถึงเจตนาหรือความประสงค์ของผู้กระทำที่แสดงออกมาภายนอก ทั้งนี้แม้การกระทำนั้นจะไม่ประสบผลสำเร็จไม่ว่าจะด้วยความบังเอิญ (Chance) หรือ โชค (Luck) อันส่งผลให้การกระทำนั้นไม่บรรลุสำเร็จก็ตาม ซึ่งการลงโทษในกรณีพยายามกระทำผิดนี้ก็ไม่ควรจะอาศัยเหตุของความบังเอิญหรือโชค หรือเหตุประการใด ๆ มาเป็นเหตุที่จะลงโทษผู้กระทำให้น้อยไปกว่ากรณีการกระทำผิดสำเร็จไม่ กล่าวคือ การกำหนดโทษและการลงโทษกรณีพยายามกระทำผิดนั้นควรพิจารณาถึงสภาวะภายในจิตใจของผู้กระทำ ไม่นำความไม่แน่นอนต่าง ๆ ใน

⁴⁵ ธารทิพย์ แสงหิรัญ ‘ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีของการถอนตัวจากการพยายามกระทำผิด’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2552) 36.

การกระทำมาพิจารณาถึงความรับผิดชอบด้วยแต่อย่างไร จึงส่งผลให้การพยายามกระทำผิดจะถูกลงโทษ เช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ โดยไม่คำนึงผลของการกระทำ

ภายหลังข้อถกเถียงว่าด้วยความรับผิดชอบของการพยายามกระทำผิดมีมากขึ้น เนื่องด้วยข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ส่งผลให้การกระทำผิดไม่ประสบผลสำเร็จ ไม่ควรถูกยกเว้นการพิจารณาการลดทอนอัตราโทษหรือความรับผิดชอบของผู้กระทำ อันเป็นผลเสียต่อผู้กระทำผิด ก่อให้เกิดที่มาของแนวคิดว่าการกำหนดโทษตามทฤษฎีอัตราโทษอย่างเคร่งครัด

(2.2.2) แนวคิดว่าการกำหนดโทษตามทฤษฎีอัตราโทษอย่างเคร่งครัด โดยทฤษฎีมีพื้นฐานแนวความคิดที่ได้แย้งว่าการลงโทษหรือกำหนดโทษผู้พยายามกระทำผิดให้รับผิด เช่นเดียวกับการกระทำผิดสำเร็จ เป็นการลงโทษที่รุนแรงเกินไป โดยการกำหนดโทษตามทฤษฎีอัตราโทษอย่างเคร่งครัดนั้นจะมีความเห็นในการกำหนดโทษไปในทิศทางเดียวกับทฤษฎีภาวะวิสัย ทั้งนี้ทฤษฎีอัตราโทษที่ไม่เคร่งครัดนี้ จะแบ่งแยกการพิจารณาจากการพยายามกระทำผิดเป็น 2 ประเภทด้วยกัน⁴⁶ อันนำไปสู่การกำหนดโทษที่แตกต่างกัน ดังนี้

(ก) การพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ หมายความว่า การกระทำที่ผู้กระทำได้ดำเนินการกระทำผิดไปตามความประสงค์หรือเจตนาของผู้กระทำ อันเป็นความผิดอาญาไปโดยตลอดแล้ว โดยแนวความคิดของนักทฤษฎีอัตราโทษที่ไม่เคร่งครัดกรณีนี้ มีความเห็นในการทำงานเดียวกับนักทฤษฎีอัตราโทษที่เคร่งครัด กล่าวคือการพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ การกระทำที่เป็นความผิดอาญาของผู้กระทำนั้น ผู้กระทำได้ดำเนินการในการกระทำนั้นตามความประสงค์หรือเจตนาในการเลือกของผู้กระทำไปโดยครบถ้วนหรือเท่าที่จะสามารถประกอบเป็นอาชญากรรมได้แล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผลสำเร็จ อันเนื่องจากความบังเอิญหรือโชคก็ตาม การลงโทษหรือการกำหนดโทษกรณีพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ก็ไม่ควรมีความแตกต่างไปจากความผิดสำเร็จ ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำได้ลอบวางระเบิด โดยได้ดำเนินการวางระเบิดไปยังจุดต่าง ๆ ดังที่ผู้กระทำต้องการแล้ว ภายหลังชนวนระเบิดกลับไม่ทำงาน ส่งผลให้ระเบิดไม่สามารถระเบิดได้ ดังจะเห็นได้ว่าผู้กระทำได้ดำเนินการลอบวางระเบิดหรือกระทำการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุแก่เจตนาของตนแล้ว แต่ความผิดไม่สำเร็จอันเนื่องมาจากเหตุบังเอิญหรือเหตุใด ๆ ดังนั้นระดับการลงโทษจึงไม่ควรมีความแตกต่างจากกระทำผิดสำเร็จ

(ข) การพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ หมายความว่า การกระทำผิดที่ผู้กระทำได้ดำเนินการไปตามที่ตนตัดสินใจเลือกที่จะกระทำแล้วในบางส่วน แต่ยังไม่ถึงขั้นตอนสุดท้ายของการกระทำผิด อันจะส่งผลให้ความผิดนั้นบรรลุผลสำเร็จ โดยนักทฤษฎีอัตราโทษมีพื้นฐานแนวความคิดมาจากการลงโทษผู้พยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จไม่สมบูรณ์ ไม่ควรมีอัตราโทษหรือการลงโทษเช่นเดียวกับการกระทำผิดสำเร็จหรือการพยายามกระทำผิดที่ประสบผลสำเร็จ ดังจะเห็นได้ว่าแนวความคิดพื้นฐานของการพยายามกระทำผิดที่ไม่สำเร็จไม่สมบูรณ์นี้ จะมีความแตกต่างจากแนวความคิดของนักทฤษฎีอัตราโทษที่เคร่งครัดโดยสิ้นเชิง แต่กลับมีความคล้ายคลึงกับการกำหนดโทษตาม

⁴⁶ เอกฤทธิจ ฆะมะณี (เชิงอรธ 15) 37.

ภาวะวิสัย ที่พิจารณาความรับผิดชอบโดยผลของการกระทำนั้นเป็นไปตามความประสงค์หรือเจตนาของผู้กระทำผิดในชั้นปลายหรือไม่ หากผลนั้นไม่เป็นไปตามเจตนาไม่ว่าจะโดยเหตุที่การกระทำนั้นไม่บรรลุเนื่องจากผู้กระทำละเว้นที่จะกระทำต่อไป หรือไม่บรรลุอันเนื่องมาจากการกระทำของบุคคลภายนอกก็ตามแต่ผู้กระทำก็รับผิดชอบพยายามกระทำความผิดในอัตราส่วนโทษที่น้อยกว่าการกระทำความผิดสำเร็จ

2.3.2 การผสมผสานทฤษฎีลงโทษการพยายามกระทำความผิด

ทั้งสองทฤษฎีที่ได้กล่าวในหัวข้อข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีการลงโทษในทางภาวะวิสัยและทฤษฎีการลงโทษในอัตราวิสัย ต่างเป็นทฤษฎีที่มีพื้นฐานแนวคิดในการอธิบายถึงการลงโทษการพยายามกระทำความผิดทั้งสิ้น แต่ทั้งสองทฤษฎีก็ยังคงมีความไม่สมบูรณ์ในทฤษฎีของตนเอง และยังมีข้อบกพร่องระหว่างสองทฤษฎีที่ทั้งสองทฤษฎีสามารถอธิบายความบกพร่องของแต่ละทฤษฎีได้ กล่าวคือ ทั้งสองทฤษฎีต่างมีความบกพร่องในเชิงของการแปรผกผันกัน ดังนั้นเพื่อให้การอธิบายการพยายามกระทำความผิดมีความสมบูรณ์การอธิบายที่ใช้เพียงทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งไม่อาจนำมาซึ่งความสมบูรณ์ของการอธิบายได้ จึงเป็นที่มาของการอธิบายการทั้งสองทฤษฎีแบบผสมผสานกันเกิดเป็นทฤษฎีใหม่ คือ “ทฤษฎีการเกิดความรู้สึก” และ “ทฤษฎีการผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin” ดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

(1) ทฤษฎีการเกิดความรู้สึก (Die Eindruckstheorie)

โดยทฤษฎีการเกิดความรู้สึกนี้มีพื้นฐานทางแนวความคิดที่ว่า การลงโทษการพยายามกระทำความผิดนี้ มีเหตุผลอันเนื่องมาจากการพยายามกระทำนั้นก่อให้เกิด “การสั่นสะเทือนในระบบกฎหมาย”⁴⁷ (rechtlerschuetternden Eindruck) ที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำความผิด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การพยายามกระทำความผิด แม้ในบางลักษณะของการกระทำจะยังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมเป็นรูปธรรมก็ตาม แต่การพยายามนั้นก็ทำให้ความเชื่อมั่นของประชาชนของคุณค่าในระบบกฎหมายเสียไป และทำให้ศรัทธาของประชาชนที่เชื่อว่าการกฎหมายจะไม่ถูกละเมิดนั้นจำต้องเสียไป ทำให้ความสงบสุขของประชาชนต้องสูญเสียไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อันจะเห็นได้ว่าทฤษฎีการเกิดความรู้สึก อยู่กึ่งกลางระหว่างทฤษฎีภาวะวิสัยและทฤษฎีอัตราวิสัย จึงถูกเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ทฤษฎีภาวะวิสัยและอัตราวิสัย”

การพิจารณาถึง “การกระทำที่เป็นการสั่นสะเทือนในระบบกฎหมาย” จำต้องพิจารณาถึงเจตนาในการกระทำความผิด รวมไปถึงผลจากการกระทำความผิด โดยผลจากการกระทำนั้น หากบรรลุตามความประสงค์หรือเจตนาของผู้กระทำแล้ว จะสะท้อนให้เห็นจากผลนั้นว่าเป็นการสั่นสะเทือนต่อระบบกฎหมายเป็นอย่างมาก ในทางกลับกันหากผลจากการกระทำความผิด หากเกิดขึ้นแล้วจะส่งผลให้การสั่นสะเทือนต่อระบบกฎหมายนั้นลดน้อยลง และหากเป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้แล้วผลนั้นก็ยิ่งลดน้อยลงอีก ส่วนจะยิ่งลดน้อยลงไปยังขึ้นหากเป็นการเตรียมการกระทำความผิด⁴⁸ ข้อดีของทฤษฎีนี้คือสามารถทำให้แยกข้อแตกต่างได้อย่างชัดเจนถึงการลงโทษการกระทำความผิดสำเร็จกับการ

⁴⁷ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ‘ข้อความคิดและเหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายเยอรมัน’ (กันยายน - ธันวาคม 2552) 3 ตุลาคม 203, 214.

⁴⁸ พีรตน์ นนทสวัสดิ์ศรี (เชิงอรรถ 40) 33.

พยายามกระทำความผิดโดยทั่วไป ทั้งยังสามารถอธิบายได้ถึงเหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ กล่าวคือ การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ แม้การกระทำในลักษณะดังกล่าวจะไม่สามารถบรรลุความเสียหายตามเจตนาได้ก็ตาม แต่การพยายามที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ก็นำมาซึ่งความสันสะเทือนต่อระบบกฎหมายแล้ว⁴⁹

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีเกิดความรู้สึกแล้ว การที่กฎหมายไม่ลงโทษผู้กระทำการในขั้นตอนของการเตรียมการกระทำความผิด แม้จะเป็นการกระทำที่มีความประสงค์ร้ายหรือเจตนาร้ายในการกระทำในขั้นตอนนั้นก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาในแง่ความสันสะเทือนต่อสังคมแล้ว ก็จะเห็นได้ว่าสังคมยังสูญเสียไปซึ่งความเชื่อมั่นในระบบสังคมแต่อย่างใด หรือหากเกิดแล้วก็น้อยมากจนการลงโทษทางอาญานั้นไม่มีความจำเป็น

กล่าวโดยสรุปคือ ทฤษฎีเกิดความรู้สึกมีที่มาเริ่มต้นมาจากการที่กฎหมายอาญาแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศเยอรมัน ประเทศอังกฤษ หรือแม้แต่ประเทศไทย ไม่อาจใช้ทฤษฎีภาวะวิสัยและอัตรวิสัยโดยลำพังเพื่อใช้ในการอธิบายถึงการลงโทษการพยายามกระทำความผิดได้ จึงเป็นที่มาของทฤษฎีนี้เพื่อใช้ในการอธิบายการลงโทษการพยายามกระทำความผิด ด้วยการให้เหตุผลในการลงโทษโดยการพิจารณาที่ตัว “ผู้กระทำความผิด” ไปถึง เจตจำนงของผู้กระทำและตัวของการกระทำ กล่าวคือ พิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายหรือไม่ และการพยายามกระทำความผิด ไม่ได้ประกอบเพียงเจตนาจำนงของผู้กระทำการเพื่อให้เกิดความผิดสำเร็จแต่เพียงสถานเดียวไม่ แต่ยังเป็นการสะท้อนไปถึงการกระทำที่เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายด้วย

แม้ทฤษฎีเกิดความรู้สึกจะสามารถอธิบายถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ รวมไปถึงเหตุของการไม่ลงโทษการเตรียมการกระทำความผิดก็ตาม ทั้งนี้ Professor Claus Roxin ยังมีข้อโต้แย้งถึงทฤษฎีดังกล่าวว่ายังคงมีข้อบกพร่องบางประการ คือ การจะพิจารณาและวินิจฉัยว่าการกระทำใดที่ทำให้ระบบกฎหมายเกิดการสันสะเทือน เป็นเรื่องของการวินิจฉัยเชิงคุณค่า ซึ่งเป็นการใช้หลักการวินิจฉัยที่คลุมเครือเกินไป ที่จำต้องได้รับการวินิจฉัยต่อไป จึงเป็นที่มาของการนำเสนอทฤษฎีใหม่ที่ใช้ในการอธิบายเหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิด โดยเรียกทฤษฎีนี้ว่า “ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin”

(2) ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin (Die Vereinigungstheorie)

ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Professor Claus Roxin นี้ มีพื้นฐานแนวคิดทฤษฎีมาจากการลงโทษการพยายามกระทำความผิดมีหลักการในการลงโทษ 2 ประการ⁵⁰ด้วยกัน คือ “ความเป็นภัยอันตรายที่ใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด” อันมีเหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่คล้ายคลึงกับทฤษฎีภาวะวิสัย และอีกหลักการนั้น คือ “การละเมิด” ต่อบรรทัดฐานของกฎหมายที่ได้รับการกระทำความผิดอันเป็นการใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการลงโทษการพยายามกระทำ

⁴⁹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 23) 389.

⁵⁰ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรรถ 47) 207.

ความผิดมีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำโดยเจตนาที่เป็นอันตรายและใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย ในทางกลับกันแม้การกระทำนั้นจะไม่สามารถก่อให้เกิดภัยอันตรายได้โดยสภาพก็ตาม แต่หากเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายและได้รับความกระทบกระเทือนและใกล้ชิดต่อการครบองค์ประกอบความผิด การที่กฎหมายลงโทษการกระทำนั้นจึงเป็นเรื่องสมควรแล้ว

ในเรื่องของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ ย่อมจะเห็นได้ว่าการกระทำนั้นมีความเป็นอันตรายอยู่ด้วย เป็นที่มาของหลัก “ความเป็นอันตรายที่ใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิด” ของ Prof. Roxin เพราะการพิจารณาถึงความเป็นอันตรายของการกระทำความผิดต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์ในขณะที่กระทำการ ไม่ได้พิจารณาไปถึงพฤติการณ์ถึงเกิดขึ้นภายหลังการพยายามกระทำความผิด อันเนื่องจากการพิจารณาพฤติการณ์ภายหลังการพยายามกระทำความผิดนั้นไม่อาจปรากฏซึ่งอันตรายของการพยายามกระทำ อันเป็นการพิจารณาที่ล้นเหลือ ดังนั้นการพิจารณาถึงความเป็นอันตรายของการพยายามกระทำความผิดนั้น จึงพิจารณาในขณะที่กระทำความผิด โดยพิจารณาผ่านมุมมองของบุคคลที่สาม อันเกิดจากการสมมติขึ้น โดยบุคคลที่สามในฐานะวิญญูชนนั้นเป็นบุคคลที่ทราบถึงเป้าหมายของการพยายามกระทำความผิด รวมไปถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ในฐานะเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด หากว่าบุคคลที่สามในฐานะวิญญูชนนั้นเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดยังอยู่ในวิสัยที่จะก่อให้เกิดผลได้ ย่อมถือได้ว่าการพยายามกระทำความผิดนั้นยังคงเป็นการกระทำที่มีความอันตรายอยู่

ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำมีเจตนาที่จะทำร้ายผู้เสียหาย โดยการใช้ระเบิดเป็นอาวุธ ทั้งนี้ผู้กระทำความผิดรู้อยู่แล้วว่าระเบิดนั้นไม่สามารถใช้ทำอันตรายได้เนื่องจากเป็นระเบิดปลอม เช่นนี้การกระทำความผิดย่อมไม่อาจบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ อันเนื่องมาจากปัจจัยที่ใช้ในการกระทำความผิด เมื่อพิจารณาตามหลักความเป็นอันตรายของการกระทำ หากสมมติบุคคลที่สามในฐานะวิญญูชนที่ทราบถึงวัตถุประสงค์ของการกระทำความผิด คือความประสงค์ที่จะทำผู้เสียหายถึงแก่ความตาย รวมไปถึงทราบพฤติการณ์ในการกระทำความผิดอื่น ๆ ในที่นี้คือวัตถุประสงค์คืออาวุธที่ใช้ในการฆ่าผู้อื่นได้ แต่ไม่รู้ว่า เป็นวัตถุระเบิดปลอม เช่นนี้บุคคลที่สามนั้นย่อมเข้าใจและอนุมานได้ถึงการกระทำนั้นที่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายและเป็นความผิดสำเร็จได้ ดังนั้นการกระทำดังกล่าวแม้จะไม่สามารถเกิดความเสียหายได้ แต่ก็ยังคงมีความอันตรายอยู่ในมุมมองของบุคคลที่สาม จึงสมควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดนั้น

แม้การพยายามกระทำความผิด จะเป็นภัยอันตรายต่อกฎหมายและใกล้ชิดต่อองค์ประกอบความผิดแล้วก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดจากการพยายามกระทำความผิดแล้ว จะเห็นได้ถึงความเป็นอันตรายและความเสียหายของการกระทำที่น้อยไปกว่ากรณีความผิดสำเร็จ การได้รับโทษตามกฎหมายนั้นก็ควรจะน้อยกว่ากรณีการกระทำความผิดสำเร็จ⁵¹

อย่างไรก็ตามการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ อาจไม่มีซึ่งความเป็นอันตรายของการกระทำ หากผู้ที่เป็นบุคคลที่สามที่สมมติขึ้นรู้ถึงพฤติการณ์ที่เป็นพิเศษของการกระทำความผิด เทียบเท่ากับผู้กระทำความผิด เช่นนี้อาจทำให้มุมมองว่าด้วยการเกิดขึ้นหรือความเป็นอันตรายของการกระทำ

⁵¹ พีรตน์ นนทสวัสดิ์ศรี (เชิงอรรถ 40) 36.

นั้นมีความเปลี่ยนแปลงไปด้วย กล่าวคือบุคคลที่สามารถประเมินและเห็นว่าการกระทำนั้นไม่อาจก่อให้เกิดผลสำเร็จจากการกระทำคามผิดได้

ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำความผิดมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย โดยการวางยาพิษ ทั้งนี้ยาพิษนั้นไม่อาจก่อให้เกิดอันตรายได้ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่บุคคลทั่วไปทราบได้ แต่ผู้กระทำความผิดกลับเข้าใจว่าเป็นยาพิษ เมื่อพิจารณาถึงความเป็นอันตรายตามพฤติการณ์ดังกล่าว บุคคลที่สามในฐานะของวิญญูชนที่ทราบถึงเป้าหมายของการกระทำความผิด รวมไปถึงพฤติการณ์ที่ว่ายาพิษสามารถใช้ฆ่าคนได้ แต่ยาที่ผู้กระทำใช้นั้นบุคคลทั่วไปทราบดีว่าเป็นยาที่ไม่มีความเป็นอันตราย แต่ความเข้าใจที่ว่ายานั้นเป็นยาอันตรายและสามารถฆ่าคนได้เป็นความเข้าใจโดยผิดพลาดของผู้กระทำเอง ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่แตกต่างไปจากความรู้ของบุคคลทั่วไปที่ย่อมทราบอยู่แล้วว่ายานั้นไม่อาจทำอันตรายได้ เช่นนี้ในมุมมองของบุคคลที่สาม การพยายามกระทำความผิดนั้นย่อมเป็นไปได้ไม่ได้อย่างแน่แท้ ทั้งยังไม่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายได้โดยเด็ดขาด

จากตัวอย่างข้างต้น เมื่อเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่ได้ได้อย่างแน่แท้ ทั้งยังเป็นการกระทำที่ไม่เป็นภัยอันตรายต่อกฎหมาย หากใช้การอธิบายตามทฤษฎีของ Prof.Roxin จะไม่สามารถลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดโดยตัวอย่างดังกล่าวได้ จึงเป็นที่มาของเหตุผลรองในทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin คือ “การละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายซึ่งใกล้ชิดต่อการครอบงำประกอบความผิด” อันเป็นการพิจารณาความรับผิดโดยนำหลักเกณฑ์อัตตะวิสัยมาเป็นพื้นฐานของความรับผิด กล่าวคือ แม้ลักษณะของการพยายามกระทำความผิดนั้นจะไม่ก่อให้เกิดอันตรายได้โดยสภาพของการกระทำความผิด และบุคคลที่สามในฐานะของวิญญูชนก็ทราบโดยทั่วไปว่าการกระทำนั้นจะไม่เป็นอันตรายก็ตาม แต่หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือความประสงค์ที่จะกระทำความผิดอาญาแล้ว การกระทำนั้นย่อมเป็นการละเมิดต่อบรรทัดฐานของกฎหมายที่สมควรถูกลงโทษและรับโทษ

ทฤษฎีผสมผสานตามรูปแบบของ Roxin ยังสามารถนำมาใช้ในการอธิบายซึ่งความแตกต่างของการเตรียมการกระทำความผิดและการลงมือกระทำความผิดได้ อันเนื่องมาจากการเตรียมการกระทำความผิด แม้จะเป็นอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นได้ แต่ผู้กระทำเองก็สามารถเปลี่ยนใจยับยั้งการกระทำนั้น ความเป็นอันตรายนั้นก็ถูกลดลงโดยปริยาย ซึ่งแตกต่างจากการลงมือกระทำความผิดที่ความเป็นอันตรายนั้นเกิดขึ้นแล้ว เมื่อได้มีการลงมือกระทำและจะยังคงมีต่อไปไม่ลดลงอีกแล้ว แม้ว่าผู้กระทำจะไม่ดำเนินการต่อไปจนกระทั่งความผิดสำเร็จ

ทั้งนี้ในความผิดฐานเตรียมการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดนั้น เป็นเรื่องกำหนดความผิดในแง่ของนโยบายทางอาญาของฝ่ายนิติบัญญัติที่เห็นการเตรียมการบางอย่างนั้นมีความเป็นอันตรายเป็นพิเศษ แม้ว่าการกระทำนั้นจะมีความห่างไกลจากการเกิดผลจากกระทำความผิดสำเร็จ⁵² ดังนั้นการลงโทษการเตรียมการกระทำความผิดในกรณีนี้จึงต้องกำหนดการลงโทษไว้ เพื่อป้องกันการบรรลุผลซึ่งการกระทำนั้น

2.3.3 โทษของการพยายามกระทำความผิด

⁵² สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ (เชิงอรธร 47) 210.

โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ได้กำหนดอัตราโทษว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดไว้ โดยผู้กระทำจำต้องรับโทษสองในสามของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ในกรณีการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ นั้นจะกำหนดอัตราโทษไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 โดยผู้กระทำความผิดจำต้องรับโทษไม่เกินครึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ตามกฎหมายไทยนั้นให้อำนาจศาลในการพิจารณาไม่ลงโทษจำเลยก็ได้ ทั้งนี้ความรับผิดตามกฎหมายว่าด้วยเรื่องของการพยายามกระทำความผิดสามารถแบ่งแยกได้ 2 ลักษณะ ดังนี้

(1) การพยายามกระทำความผิดที่ไม่มีโทษ ได้แก่ การพยายามกระทำความผิด แต่ผู้กระทำ ยับยั้งเสียเอง, การพยายามกระทำความผิดลหุโทษ และ การพยายามกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก

(2) การพยายามกระทำความผิดที่มีโทษเท่าความผิดสำเร็จ ได้แก่ การพยายามกระทำความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์, การพยายามกระทำความผิดต่อความมั่นคงของรัฐและสัมพันธ์ไมตรี หรือการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด

2.3.4 ความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายามได้

การพยายามกระทำความผิดจะมีจุดเริ่มต้นมาจากการลงมือกระทำความผิดไปจนถึงการกระทำ ความผิดสำเร็จ อันถือเป็นช่วงระยะเวลาหรือช่วงของการกระทำที่จะสามารถเกิดการพยายามกระทำความผิดได้ ในทางกลับกันความผิดในบางลักษณะที่ไม่มีช่วงระยะเวลาหรือช่วงของการกระทำระหว่างขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิดและการกระทำความสำเร็จ ย่อมส่งผลให้ความผิดในลักษณะดังกล่าวไม่อาจมีการพยายามกระทำความผิดได้ ดังนี้⁵³

(1) ความผิดฐานละเว้นการกระทำ ซึ่งถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการไม่กระทำในทางอาญา กล่าวคือ ไม่กระทำตามหน้าที่ทั่ว ๆ ไปที่กฎหมายกำหนด⁵⁴ โดยสภาพในความผิดฐานละเวนนั้นย่อมไม่มีช่วงระยะเวลาหรือช่วงการกระทำได้ เพียงแต่มีการปรากฏซึ่งเจตนาในการกระทำการที่เป็นละเว้นก็เป็นความผิดสำเร็จโดยทันที กล่าวได้ว่าช่วงของการลงมือกระทำความผิดและความผิดสำเร็จเกิดขึ้นในเวลาหรือโดยการกระทำอย่างเดียวกัน ส่งผลให้การพยายามกระทำความผิดไม่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น ความผิดฐานละเว้นไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิต, ความผิดฐานเจ้าพนักงานละเว้นไม่เก็บภาษีอากร เป็นต้น

(2) ความผิดที่ไม่ต้องการผลจากการกระทำหรือที่เรียกอีกนัยหนึ่งว่าความผิดที่มีเจตนาพิเศษ หรือมูลเหตุจูงใจเป็นองค์ประกอบความผิด อันเนื่องมาจากความผิดประเภทนี้การกระทำผิดนั้นสำเร็จทันทีเมื่อผู้กระทำครอบครององค์ประกอบภายในหรือในส่วนของเจตนาพิเศษ ในทางกลับกันเจตนาพิเศษนั้นสามารถเกิดขึ้นได้โดยทันที โดยไม่มีช่วงของเจตนาที่จะทำให้เจตนาพิเศษเป็นผลสมบูรณ์ ส่งผลให้การพยายามกระทำ

⁵³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 'ความผิดที่ไม่มีพยายาม' ใน ภัทธา อยู่สำราญสุข (บรรณาธิการ) *หนังสือพิมพ์ 45* (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2545) 147.

⁵⁴ ณัฐธิดา ล้อสุวรรณ, 'การกระทำโดยเจตนา: ศึกษากรณีหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษ' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 48.

ความผิดหรือการพยายามก่อเจตนาพิเศษย่อมไม่อาจมีขึ้นได้โดยสภาพของเจตนา เช่น ความผิดฐานกระทำการใด ๆ เพื่อให้เกิดอุทกภัย เป็นต้น

ทั้งนี้แม้ความผิดนั้นจะมีเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจเป็นองค์ประกอบความผิดก็ตาม แต่หากความผิดนั้น มีการจำกัดหรือเจาะจงซึ่งวัตถุของการกระทำหรือกรรมของการกระทำนั้นเอง เช่นนี้ ความผิดนั้นย่อมถือเป็นความผิดที่ต้องการผลสุดท้ายหรือผลที่กฎหมายบัญญัติเป็นผลของการกระทำ อันเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจนั้น อาจนำมาซึ่งความรับผิดชอบในทางอาญาที่หนักขึ้น ซึ่งโดยสภาพของความผิดนั้น ย่อมเป็นความผิดที่มีการพยายามกระทำความผิดได้ เช่น ความผิดฐานกระทำต่อธงเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ หรือความผิดฐานกระทำด้วยประการใด ๆ แก่สิ่งที่ใช้ในการผลิตไฟฟ้าหรือในการส่งน้ำ จนเป็นเหตุให้ประชาชนขาดความสะดวกหรือเกิดความอันตราย เป็นต้น

(3) ความผิดที่ต้องใช้เงื่อนไขหรือเงื่อนไขในการบรรลุซึ่งความผิดเด็ดขาด กล่าวคือ ความผิดที่แม้ผู้กระทำจะดำเนินการกระทำของตนไปเสร็จสิ้นแล้ว แต่ยังไม่ถือเป็นความผิดโดยเด็ดขาดจนกว่าจะผ่านพ้นเวลาหรือพฤติการณ์อย่างใด ๆ จึงจะทำให้เป็นความผิดเด็ดขาดได้ อันเนื่องมาจากความผิดในลักษณะนี้ แม้จะมีการกระทำเป็นความผิดแล้ว ก็ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขหรือเงื่อนไข หรือพฤติการณ์ของความผิด เป็นองค์ประกอบจนกระทั่งบรรลุเป็นความผิดเด็ดขาด เช่น ความผิดฐานเบิกความเท็จ อันจะเห็นได้ว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่ยังไม่เด็ดขาด หากผู้กระทำได้ลุแก่อำนาจความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงาน ย่อมส่งผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ดังจะเห็นได้ว่าความผิดนี้ผู้กระทำความสำเร็จแล้ว ก็ยังคงต้องอาศัยเงื่อนไขหรือเงื่อนไขใด ๆ เพื่อส่งผลให้ความผิดนั้นสำเร็จเด็ดขาด อันส่งผลให้ความผิดในลักษณะนี้ไม่มีการพยายามกระทำผิด

(4) ความผิดฐานยกยอกทรัพย์ เป็นความผิดที่มุ่งจะคุ้มครองกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคล อันเป็นการกระทำต่อสิ่งที่มีค่าต่อเจ้าของ กฎหมายจึงคุ้มครองความเป็นเจ้าของทรัพย์⁵⁵ ลักษณะพื้นฐานของความผิดฐานยกยอกจึงเป็นความผิดสำเร็จหรือครบองค์ประกอบความผิดเมื่อผู้กระทำ ความผิดมีเจตนาเบียดบังทรัพย์ที่เป็นของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปเป็นของผู้กระทำ ดังนั้นเมื่อผู้กระทำเอาทรัพย์ของผู้อื่นมาเป็นของตนจะเป็นความผิดฐานยกยอกโดยทันทีเมื่อผู้กระทำมีเจตนาที่จักเบียดบังทรัพย์เป็นของตนเอง หรือเอาทรัพย์ไว้เมื่อใดก็ตามมีเจตนาเบียดบังโดยทุจริตเมื่อใดก็เป็นยกยอกทันที ดังนั้นโดยสภาพของการกระทำผิดฐานนี้ ที่สำเร็จเมื่อมีเจตนาเบียดบังทรัพย์ การพยายามเบียดบังทรัพย์ จึงไม่อาจมีช่วงเวลาหรือช่วงของการกระทำในขั้นของการลงมือกระทำผิดไปจนถึงความสำเร็จได้ อีกทั้งกิริยาต่าง ๆ ที่แสดงในระหว่างการกระทำผิดก็เป็นเพียงข้อเท็จจริงประกอบหรือแสดงซึ่งเจตนาเบียดบังทรัพย์เท่านั้น เช่น เอาทรัพย์รถของผู้อื่นไปเสนอขาย แม้จะขายไม่ได้แต่ก็เป็นการแสดงซึ่งเจตนาในการเบียดบังทรัพย์แล้ว ย่อมเป็นความผิดฐานยกยอกโดยทันที ภายหลังที่เสนอขายรถแล้วไม่สามารถขายได้ จึงนำรถไปคืนแก่เจ้าของนั้น ก็เป็นข้อเท็จจริงของการบรรเทาเหตุร้ายหรือความเสียหายจากการกระทำผิด

⁵⁵ กิตติกรรม บุญโลง, 'ความผิดฐานยกยอก: ศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกับต่างประเทศ' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2561) 16.

สำเร็จแล้วเท่านั้น ไม่ส่งผลให้การกระทำความผิดฐานยกยกทรัพย์ที่สำเร็จลุล่วงไปแล้ว กลับกลายเป็นการพยายามกระทำความผิดแต่อย่างใดไม่

(5) ความผิดเกี่ยวกับการกระทำซ้ำ ๆ ด้วยเหตุที่ความผิดประเภทนี้มีลักษณะของความผิดเป็นการกระทำซ้ำ ๆ ซึ่งการอันกฎหมายกำหนด โดยการกระทำซ้ำ ๆ หรือการกระทำในหลาย ๆ คราว เป็นพื้นฐานของการกระทำความผิดฐานนี้ ส่งผลให้ความผิดฐานนี้ต้องประกอบด้วยการกระทำอย่างเดิมที่กฎหมายกำหนดไว้ในหลาย ๆ คราว กลับกันสภาพของพยายามกระทำความผิดนั้นจะต้องปรากฏในการกระทำที่เป็นความผิดในคราวเดียวเท่านั้น จึงส่งผลให้การพยายามกระทำความผิดไม่อาจมีได้ในความผิดเกี่ยวกับการกระทำซ้ำ ๆ เช่น ความผิดฐานประทุติตนเป็นปกติธุระจัดหาที่พักให้กับผู้ร้าย หากไม่มีการจัดหาเป็นปกติธุระหรืออาจไม่อาจเป็นความผิดได้เลย และหากจัดการเป็นปกติธุระหรืออาจไม่อาจเป็นความผิดสำเร็จโดยทันที ไม่มีการพยายาม

(6) ความผิดที่เป็นผลจรรยา โดยผลจรรยาหมายถึงผลจากการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้น หากผลดังกล่าวนี้เป็นผลธรรมดาที่เกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้น และไม่จำเป็นต้องเป็นผลที่เกิดขึ้นโดยเจตนาของผู้กระทำ กล่าวคือ แม้ผู้กระทำจะต้องการ หรือไม่ต้องการให้ผลนั้นเกิดขึ้นหรือไม่ก็ตาม หากผลเป็นผลที่กฎหมายกำหนดให้รับโทษหนักขึ้นแล้ว ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบตามบทบัญญัติของผลจรรยา ดังจะเห็นได้ว่าการพยายามกระทำความผิดในบทบัญญัติผลจรรยาที่ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เพราะ กฎหมายค้ำประกันแต่เฉพาะผลที่ได้เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ไม่ได้ค้ำประกันตามเจตนาของผู้กระทำแต่อย่างใดไม่ เช่น การทำร้ายร่างกายผู้อื่น โดยประสงค์จะทำให้แท้งลูก แต่การทำร้ายนั้นไม่มีความรุนแรงเพียงพอที่ทำให้แท้งลูกได้ คงเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นเท่านั้น ไม่มีความผิดในฐานพยายามทำร้ายร่างกายโดยสาหัสไม่ เพียงเพราะผลสาหัสนั้นไม่บรรลุ

ในกรณีของเหตุจรรยา หมายถึง ข้อเท็จจริงของการกระทำความผิด หรือพฤติการณ์ประกอบการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามกฎหมาย ซึ่งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์นี้จำเป็นต้องมีอยู่ในก่อนหรือในขณะที่กระทำความผิดและถือเป็นข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่มีความสำคัญในอันที่ผู้กระทำจำเป็นต้องรู้หรือมีเจตนาที่จะกระทำความผิดหรือกระทำการตามข้อเท็จจริงนั้น ๆ อันจะส่งผลให้ผู้กระทำรับผิดชอบตามเหตุจรรยา หากไม่มีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์นั้นในขณะที่กระทำหรือผู้กระทำไม่รู้หรือไม่อาจคาดหมายได้ก็จะทำให้การกระทำขาดองค์ประกอบความผิดทั้งภายนอกหรือภายใน ดังนั้นเหตุจรรยาจึงถือว่ามี ความแตกต่างจากผลจรรยาอย่างสิ้นเชิงในแง่ของการกระทำหรือเจตนา อันผู้กระทำนั้นจะพยายามกระทำความผิดในความผิดที่เป็นเหตุจรรยาก็ย่อมได้ เช่น การพยายามฆ่าเจ้าพนักงานซึ่งกระทำการตามหน้าที่ เมื่อผู้กระทำรู้ซึ่งบุคคลที่ตนจะฆ่าว่าเป็นเจ้าพนักงาน เช่นนี้ได้กระทำการไปแล้ว ไม่บรรลุผลหรือกระทำไปไม่ตลอด ก็ถือเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าเจ้าพนักงาน

(7) ความผิดฐานเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน อันเนื่องมาจากการพยายามกระทำความผิด จะมีได้เฉพาะความผิดในด้านเนื้อหาของการกระทำความผิดเท่านั้น การเป็นผู้สนับสนุน หรือผู้ใช้ในการกระทำความผิด โดยความรับผิดชอบของแต่ละบุคคลนั้นจะมีมากหรือน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับลักษณะของการเข้ามา

เกี่ยวข้องกับความคิดนั้น⁵⁶ ความคิดเช่นนี้จึงไม่ถือเป็นการกระทำความผิดในด้านเนื้อหาของการกระทำ ความผิดโดยตรง อันเนื่องจากผู้สนับสนุนและผู้ใช้ ไม่ได้มีส่วนกับการกระทำความผิดโดยตรง เพียงเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับในการสนับสนุนหรือการก่อให้เกิดกระทำความผิดเท่านั้น โดยความคิดที่มีตัวการ ผู้ใช้และผู้สนับสนุนด้วยนั้น จะสามารถแบ่งผู้กระทำได้เป็นสองส่วนด้วยกัน คือ ผู้ร่วมกระทำความผิด มีฐานะเป็นตัวการ, ส่วนผู้ใช้ ผู้สนับสนุน รวมไปถึงผู้ลงมือกระทำความผิด จะมีฐานะเป็นเป็นลงมือกระทำความผิดจริง ๆ ผู้ร่วมกระทำจะไม่สามารถถือเอาการกระทำของผู้ลงมือคนอื่น ๆ เป็นการกระทำของตนเองได้ไม่ トラบใดที่ผู้ลงมือกระทำความผิดยังไม่ได้มีการดำเนินการในขั้นของการลงมือกระทำความผิดแล้ว ผู้ร่วมกระทำความผิดในฐานะตัวการก็จะยังไม่มีความคิดแต่อย่างใด ในทางกลับกันเมื่อมีการลงมือกระทำแล้ว ก็เป็นความคิดในฐานะตัวการโดยทันที โดยไม่จำเป็นต้องมีการพยายามเป็นตัวการแต่อย่างใด กรณีจึงไม่สามารถมีการพยายามกระทำใช้หรือพยายามสนับสนุนได้ รวมไปถึงการเป็นตัวการเช่นกัน

(8) ความคิดที่ไม่ต้องการเจตนา รวมไปถึงการประมาท อันเนื่องจากความคิดประเภทนี้ไม่ต้องการเจตนาของผู้กระทำความผิด ในทางกลับกันการพยายามกระทำความผิดจะมีได้ก็ต่อเมื่อปรากฏซึ่งเจตนาของผู้กระทำความผิด การพยายามนั้นจึงไม่อาจมีได้ในความคิดที่ไม่ต้องการเจตนาของผู้กระทำ

(9) ความคิดที่ไม่ต้องมีเจตนาในผลสุดท้ายของการกระทำหรือความคิดที่การกระทำโดยไม่มีเจตนาของผู้กระทำถูกบัญญัติเป็นความผิด เช่น การฆ่าผู้อื่นโดยไม่มีเจตนา เนื่องมาจากการพยายามกระทำความผิดจำต้องปรากฏซึ่งเจตนาของผู้กระทำ ในความคิดที่บัญญัติถึงการไม่เจตนาเป็นความผิดนั้น จึงไม่อาจมีการพยายามกระทำความผิดได้

2.4 ลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำความผิด

การพยายามกระทำความผิดเป็นเรื่องหนึ่งของความผิดที่มีลักษณะเป็นการเริ่มต้นกระทำความผิด (inchoate crime) เช่นเดียวกับการกระทำความผิดฐานอั้งยี่หรือช่องโจร⁵⁷ จึงถือเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็นอันตรายต่อ “คุณธรรมทางกฎหมาย” อันเนื่องมาจากการพยายามนั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครองหรือประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง⁵⁸ อันจะเห็นว่าการกระทำในขั้นตอนเตรียมการกระทำความผิด การพยายามลงมือกระทำความผิด หรือขั้นความผิดสำเร็จแล้วก็ตาม เจตนาในขั้นตอนเหล่านี้มีอย่างเดียวกัน เพียงผ่านกระบวนการหรือขั้นตอนของการลงมือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือใช้หลักเกณฑ์ขั้นตอนการลงมือกระทำความผิด พิจารณาในพื้นฐานด้านภาวะวิสัยที่แตกต่างกัน เหตุของการ

⁵⁶ ฌภัทร ฌฐพรโชดก, ‘ปัญหาการกำหนดโทษให้กับผู้กระทำความผิดร่วมกับผู้บอบบาง’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา 2561) 15.

⁵⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 24, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565) 108.

⁵⁸ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 23) 378.

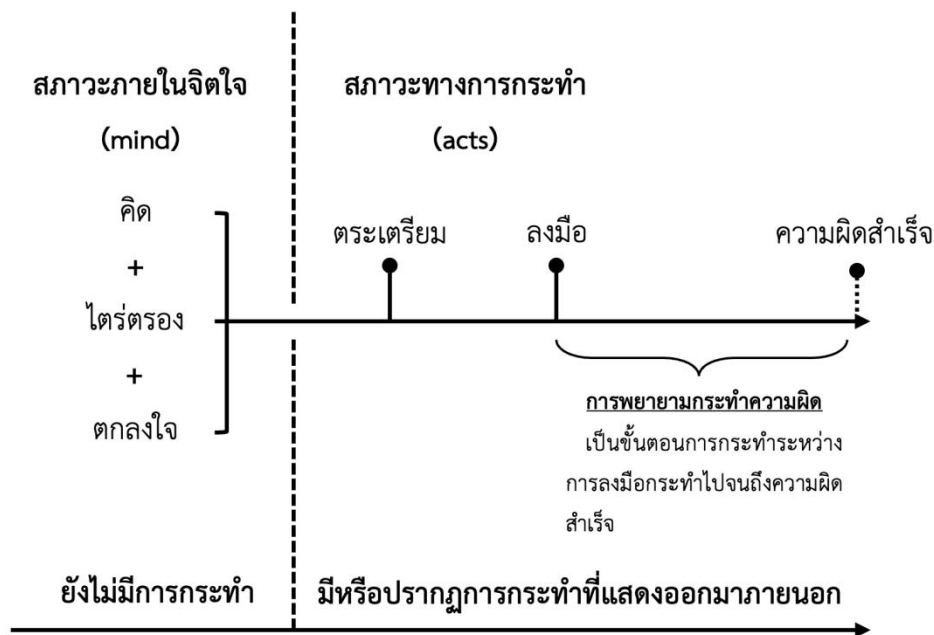
ลงโทษในการพยายามกระทำความผิดนี้ จึงไม่ได้อยู่ที่เจตจำนงของผู้กระทำความผิด แต่คำนึงถึงอันตรายหรือความเสียหายตามกฎหมายอันใกล้จะถึง

การพิจารณาด้านภาวะวิสัยการกระทำดังที่ได้กล่าวมานั้น ยังนำไปสู่การแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดและการเตรียมการกระทำความผิดอย่างชัดเจน ทั้งยังรวมไปถึงการพิจารณาถึงการจำกัดการลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดในกรณีการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ อันกำหนดให้การขาดผลที่ไม่เป็นธรรม นำไปสู่การบรรเทาโทษที่เป็นการบังคับไปในตัว

2.4.1 ความหมายของการพยายามกระทำความผิด

การพยายามกระทำความผิดเป็นขั้นตอนการกระทำระหว่างการเตรียมการกระทำความผิดและการกระทำในกรณีที่มีความผิดสำเร็จแล้ว โดยการเตรียมการคือขั้นตอนการกระทำเพื่อช่วยเหลือหรือเพื่อความสะดวกในการลงมือกระทำความผิด เพื่อให้การกระทำนั้นบรรลุผลสำเร็จต่อไป ส่วนกรณีความผิดสำเร็จคือ การกระทำที่บรรลุผลตามความต้องการหรือเจตนา และครบถ้วนตามองค์ประกอบภายนอกที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว

การพยายามกระทำความผิดจึงเป็นขั้นตอนที่ผ่านการกระทำขั้นเตรียมการ จนล่วงพ้นไปถึงขั้นของการลงมือกระทำความผิดแล้ว เพียงแต่การกระทำนั้นยังไม่บรรลุผลตามเจตนาตัวเอง



ภาพที่ 2.2 ความหมายของการพยายามกระทำความผิด

ดังจะเห็นได้ว่าการพยายามความผิดเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยองค์ประกอบของความผิดในทางภายในเสมอ การพยายามกระทำนั้นจึงมีได้เฉพาะแต่ความผิดที่สามารถกระทำโดยเจตนาเท่านั้น การพยายาม

กระทำความผิดในกรณีประมาทจึงไม่อาจมีได้⁵⁹ โดยก่อนที่บุคคลจะตัดสินใจกระทำความผิดใด ต้องผ่านขั้นตอนการตัดสินใจที่จะกระทำความผิดของบุคคลนั้นอยู่ก่อนแล้ว โดยการตัดสินใจนั้นจำเป็นต้องเป็นการตัดสินใจกระทำความผิดที่ปราศจากเงื่อนไขของผู้กระทำความผิดด้วย

2.4.2 หลักเกณฑ์การพยายามกระทำความผิด

โดยความรับผิดหรือโทษว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 วรรคแรก โดยบัญญัติว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด” กรณีจะถือเป็นการพยายามกระทำความผิด จำต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการดังต่อไปนี้⁶⁰

(1) ผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิด

ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความผิดฐานนั้น ๆ โดยปราศจากเงื่อนไข กล่าวคือ เป็นการตัดสินใจโดยเด็ดขาดที่จะกระทำความผิดอาญาฐานหนึ่งฐานใด โดยผู้กระทำความผิดสามารถตัดสินใจกระทำการได้ โดยไม่คิดทบทวนถึงการกระทำความผิดใด ๆ ดังนั้นการพยายามกระทำความผิดจึงมีได้แต่ความผิดอาญาฐานใด ฐานหนึ่งโดยเฉพาะ การพยายามกระทำความผิดโดยมิได้มุ่งประสงค์ความผิดฐานหนึ่งฐานใดย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย

แม้ว่าการพยายามกระทำความผิด จำต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาอันถือเป็นองค์ประกอบความผิดที่สำคัญก็ตาม แต่โดยสภาพของการพยายามกระทำความผิดนั้น ยังคงต้องการหลักฐานที่พิสูจน์ถึงเจตนาในการลงโทษผู้กระทำความผิดอยู่ อันเนื่องมาจากการพยายามกระทำความผิดมีจุดเริ่มมาจากการเจตนาในการกระทำความผิด และนำไปสู่การลงมือกระทำความผิดต่อไป โดยการพิจารณาความรับผิดในทางอาญาของบุคคลในกรณีที่ลงมือกระทำความผิดแล้วนั้น (การพยายามกระทำความผิด) ก็ยังคงต้องอาศัยพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของบุคคลเพื่อให้รับโทษในทางอาญาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

(2) การลงมือกระทำความผิด

กล่าวได้ว่าความผิดทางอาญาเริ่มต้นจากความคิด นำไปสู่การไตร่ตรองที่จะกระทำ และขั้นตอนสุดท้ายคือการตกลงใจในการกระทำ อันนำมาสู่ขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิด และลำดับสุดท้ายก็จะเป็นขั้นตอนของการเกิดผลจากการกระทำความผิดนั้น⁶¹ การลงมือกระทำความผิดจึงถือเป็นจุดพิจารณาที่สำคัญอันส่งผลถึงความแตกต่างระหว่างการเตรียมการกระทำความผิดและการพยายามกระทำความผิด ทั้งนี้การจะพิจารณาว่ากรณีใดถือเป็นการเตรียมการกระทำความผิดหรือกรณีใดที่ถือเป็นการลงมือกระทำความผิดนั้น โดยจักพิจารณาจากการกระทำนั้นถึงขั้นที่มีความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่

⁵⁹ คณิศ ฌ นคร (เชิงอรรถ 23) 382.

⁶⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (เชิงอรรถ 17) 540.

⁶¹ ชาญชัย วรวิญญูรัตน์, ‘การลงมือกระทำความผิด: ศึกษากรณีฆ่าผู้อื่นโดยใช้อาวุธ’ (วิทยานิพนธ์

ผู้กระทำประสงค์ โดยดูจากพฤติการณ์แวดล้อมแต่ละกรณีต่าง ๆ กันไป โดยแนวคิดที่ว่าด้วยการลงมือกระทำ ความผิดมีหลายแนวความคิดด้วยกันดังนี้

(2.1) หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) พิจารณาถึงความใกล้ชิดของการกระทำอันเป็นที่แน่ชัดว่าการกระทำนั้นใกล้ต่อความสำเร็จแล้ว เช่น เจตนาฆ่าผู้อื่นโดยการผสมยาพิษลงในเครื่องดื่ม เช่นนี้แม้ว่าผู้กระทำเพียงแต่ผสมยาพิษลงไปเครื่องดื่ม โดยที่ผู้ตายยังไม่ได้ดื่มยาพิษโดยทันที กรณีก็ย่อมถือเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จและถือเป็นการลงมือแล้ว ทั้งกรณีที่วางยาพิษเพียงเล็กน้อย โดยผู้ตายยังไม่ถึงแก่ความตายในทันที แต่ผู้กระทำได้วางยาพิษไปเรื่อย ๆ ทีละเล็กละน้อย จนผู้ตายถึงแก่ความตาย เช่นนี้ถือว่าผู้กระทำความผิดลงมือกระทำความผิดตั้งแต่การวางยาพิษในคราวแรก โดยหลักความใกล้ชิดต่อผลถือเป็นหลักการที่มีการใช้ในการพิจารณาคดีของศาลอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้ก็ยังมีข้อถกเถียงถึงหลักการนี้ อันเนื่องจากปัญหาความคลุมเครือของหลักการที่ไม่อาจกำหนดได้อย่างชัดเจนถึงการกระทำเช่นใด ที่ถือเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลแล้ว

(2.2) หลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) เป็นหลักที่ใช้อยู่ในประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand Crime Act 1908) ซึ่งนำเสนอโดยผู้พิพากษา Salmond J ในการตัดสินคดี Barker ค.ศ.1924⁶² โดยหลักนี้มีพื้นฐานจากการทำโดยปราศจากความคลุมเครือของผู้กระทำ กล่าวคือการทำจะถือว่าผู้กระทำพยายามกระทำความผิดฐานใด ๆ นั้น ต้องปรากฏอย่างชัดเจนชัดแจ้งว่าผู้กระทำประสงค์ที่จะกระทำความผิดฐานนั้น ๆ อย่างแท้จริง อันการกระทำย่อมแสดงได้ถึงความแท้จริงในตัวของมันเอง (res ipsa loquitur) ในทางกลับกันแม้ผู้กระทำความผิดจะรับสารภาพถึงการกระทำหรือความประสงค์ที่ตนมุ่งจะกระทำผิดใด ๆ ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงการกระทำแล้วยังคงมีความคลุมเครือว่าจำเลยจะกระทำ ความผิดฐานนั้นจริงหรือไม่ ก็จะอนุมานหรือตัดสินว่าผู้กระทำพยายามกระทำผิดฐานนั้นไม่ได้ พื้นฐานของหลักการดังกล่าวจึงต้องปรากฏลักษณะของการกระทำที่ขั้นตอนสุดท้ายจริง ๆ หรือมีความชัดเจนแท้จริงของการกระทำ อันปราศจากความสงสัย จึงจะถือว่าผู้กระทำลงมือกระทำผิดแล้ว⁶³ จากนิยามของ หลักการนี้จะเห็นได้ว่าการลงมือกระทำผิดนั้นจะปรากฏถึงลักษณะของการกระทำที่มีความชัดเจนอย่างยิ่ง ซึ่งส่งผลให้การกำหนดการกระทำในขั้นตอนของการลงมือกระทำผิดนั้นมีการจำกัดความที่แคบลง ด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

(2.3) หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility Rule) หลักการนี้พิจารณาโดยใช้พื้นฐานคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสำคัญ อันเนื่องมาจากสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้นย่อมมีความชัดเจนแน่นอนในตัว ส่งผลให้การกำหนดถึงการกระทำที่มีความใกล้ชิดต่อการคุกคามหรือก่อภัยอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายเป็นการลงมือกระทำผิดแล้วย่อมมีความชัดเจนขึ้นเช่นกัน เช่น การอุกผู้หญิงเพื่อการข่มขืนหรือกระทำชำเรา เช่นนี้การอุกผู้หญิงย่อมเป็นการทำที่คุกคามต่อคุณธรรม

⁶² Antony Duff, *Criminal Attempts* (Clarendon Press 1996) 48-53.

⁶³ เอกฤทธิรุจ เขมะวนิช (เชิงอรธ 15) 97.

ทางกฎหมายแล้ว ทั้งยังใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของการกระทำความผิด เช่นนี้การหลุดเข้าไปในที่ใด ๆ ก็ย่อมเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว

(2.4) หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Rule) วางหลักให้การกระทำที่จะถือเป็นการลงมือกระทำความผิดคือการกระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาหรือความประสงค์ในการกระทำความผิด ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด ทั้งนี้การจะพิจารณาว่าการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญจะถือได้ว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญอันใกล้ชิดต่อผลนั้น ก็ย่อมต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานอันแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นเป็นขั้นตอนที่สำคัญเพื่อให้การกระทำความผิดนั้นสามารถสำเร็จลุล่วงไปตามเจตนาของผู้กระทำ เช่น การดักข่มทำร้าย⁶⁴ การข่มขู่ถือเป็นขั้นตอนที่สำคัญของการทำร้ายนี้ อันทำให้ผู้กระทำนั้นสามารถบรรลุถึงการทำร้ายผู้อื่นได้ การดักข่มเช่นนี้ย่อมเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว

(3) กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล

การกระทำไปไม่ตลอดหรือการไม่บรรลุผลในการกระทำความผิด หมายถึง การกระทำที่ผลไม่เกิดขึ้นตามเจตนาหรือความประสงค์ของผู้กระทำ ดังนั้นโดยพื้นฐานของการพยายามกระทำความผิดต้องไม่มีความผิดสำเร็จอันถือเป็นองค์ประกอบในทางปฏิเสธของการพยายามกระทำความผิด⁶⁵ การพิจารณาถึงการบรรลุผลของการกระทำไม่เพียงแต่เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาถึงการพยายามความผิดและการกระทำความผิดที่สำเร็จลุล่วงเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการจำแนกประเภทของการพยายามกระทำความผิดซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

2.4.3 ประเภทของการพยายามกระทำความผิด

ดังที่ได้กล่าวว่าการกำหนดบทลงโทษว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดมีที่มาจากหลักเกณฑ์ภาวะวิสัยเป็นสำคัญ ทั้งการพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังนำไปสู่การแบ่งประเภทของการพยายามกระทำความผิดในทางอาญาด้วยเช่นกัน อันนำไปสู่หลักความรับผิดทางอาญาที่สอดคล้องกับการกระทำความผิดในเชิงกายภาพหรือภาวะวิสัยในการกระทำด้วย การพยายามกระทำความผิดจึงแบ่งออกได้ 2 ประเภทด้วยกัน คือ

(1) การพยายามกระทำความผิด (Attempts)

กล่าวคือการพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำมีเจตนาและได้ดำเนินการหรือกระทำตามขั้นตอนที่ตนเจตนาแล้ว แต่ความผิดนั้นไม่เป็นผลสำเร็จ อันเนื่องมาจากความบังเอิญ (Chance) หรือ โชค (Luck)

⁶⁴ หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ ปรากฏชัดในเรื่องของการดักข่มทำร้าย ซึ่งแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยก็มีบรรทัดฐานให้การดักข่มนั้นเป็นการลงมือกระทำความผิด ทั้งอาจเป็นการเพิ่มโทษในความผิดฐานอื่น ๆ ด้วย เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ 1451/2531 “จำเลยที่ 1 ขับรถจักรยานยนต์มาดักข่ม ค.เมื่อส.ขับรถปิคอัพมาถึงที่เกิดเหตุ จำเลยที่ 1 เข้าใจว่าเป็น ค. เพราะไม่รู้จักมาก่อนจึงจ้องปืนเล็งไปยัง ส. โดยมีเจตนาฆ่าโดยไตร่ตรองแต่ ส.โบกมือให้ทราบว่ามีโชค. จำเลยที่ 1 จึงไม่ได้ยิงดังนี้ เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่กระทำไปไม่ตลอด จำเลยที่ 1 จึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289(4), 80 จำเลยที่ 2 ให้รถจักรยานยนต์และปืนแก่จำเลยที่ 1 ไปใช้ยิง ค. ดังนี้จำเลยที่ 2 มีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนจำเลยที่ 1 ในความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน”.

⁶⁵ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 23) 385.

เกิดขึ้นทำให้ความสำเร็จนั้นไม่เป็นไปตามที่ผู้กระทำตั้งใจไว้⁶⁶ ซึ่งความสำเร็จนั้นอาจจะประกอบด้วยปัจจัยที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ได้แก่วัตถุประสงค์ที่ใช้ในการกระทำ หรือปัจจัยที่ใช้ในการกระทำ หรือลักษณะของการกระทำ หรือวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายกระทำต่อ⁶⁷

กฎหมายอาญากำหนดให้บุคคลจำต้องรับผิดชอบในการพยายามกระทำผิด โดยลดทอนในอัตราส่วนของโทษให้สอดคล้องกับการกระทำที่ผู้กระทำได้ลงมือหรือดำเนินการเสร็จสิ้นไปแล้ว แต่การกระทำผิดนั้นไม่บรรลุผล โดยการพยายามกระทำผิดในกรณีนี้สามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1.1) การพยายามกระทำผิดที่กระทำไปไม่ตลอด (Attempts) เป็นการพยายามกระทำผิดที่ลงมือกระทำแล้ว แต่การลงมือกระทำนั้นยังไม่ได้ดำเนินการโดยครบถ้วนตามที่ตนประสงค์จะกระทำ การพยายามกระทำผิดกรณีนี้จึงยังไม่เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกกระทำอันถือเป็นกรณีความผิดสำเร็จ เพียงแต่การลงมือที่มีความใกล้ชิดต่อความสำเร็จของผลแล้ว ขาดเพียงการกระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง อันทำให้การกระทำผิดนั้นบรรลุผลอย่างสมบูรณ์ได้ เช่น การพยายามลักทรัพย์ของผู้อื่น โดยผู้กระทำผิดได้เข้าไปในบ้านผู้อื่นเพื่อที่จะทำการลักทรัพย์แล้ว เหลือเพียงการหยิบทรัพย์ออกจากที่ตั้งอันเป็นการลักทรัพย์โดยสำเร็จ การกระทำของจำเลยถือว่าใกล้ชิดต่อผลที่จะเอาทรัพย์ไปได้แล้ว⁶⁸

(1.2) การพยายามกระทำผิดที่กระทำไปโดยตลอดแล้ว (failure to commit an offence) เป็นการพยายามกระทำผิดที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำและดำเนินการไปจนถึงขั้นตอนสุดท้ายของการกระทำแล้ว เพียงแต่ผลจากการกระทำนั้นไม่บรรลุตามความประสงค์หรือความต้องการของผู้กระทำ ไม่ว่าจะเพราะปัจจัยในการเกิดผล เหตุบังเอิญต่าง หรือแม้แต่ผลจากการกระทำของบุคคลที่สามก็ตาม อันส่งผลให้การกระทำนั้นไม่บรรลุผลสำเร็จ เช่น การพยายามฆ่าผู้อื่น โดยผู้กระทำผิดได้ใช้ปืนเล็งยิงผู้เสียหาย โดยประสงค์จะประทุษร้ายต่อชีวิตของผู้เสียหาย ซึ่งผู้กระทำได้ลั่นไกปืนแล้ว ซึ่งกระสุนปืนถูกบริเวณช่วงท้องของผู้เสียหายซึ่งผู้เสียหายไม่ถึงแก่ความตาย ดังจะเห็นได้ว่าผู้กระทำผิดได้ดำเนินการกระทำผิดของตนโดยลุ่ลงไปแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผลอันเนื่องมาจากปัจจัยต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านสภาพร่างกายของผู้เสียหาย วัตถุประสงค์ที่ใช้ในการกระทำ หรือหากมีบุคคลภายนอก เช่น หมอ หรือพลเมืองดี ช่วยเหลือผู้เสียหายไม่ให้ถึงแก่ความตายได้ทันที่ล่งที่ กรณีความผิดก็ไม่ประสบความสำเร็จอันเนื่องมาจากบุคคลภายนอก เหล่านี้มีลักษณะเป็นการกระทำที่ผู้กระทำลงมือกระทำผิดโดยครบถ้วน แต่ไม่บรรลุผลในการกระทำด้วยเหตุปัจจัยต่าง ๆ อันถือเป็นการพยายามกระทำผิดเช่นเดียวกัน

ผลจากการแบ่งแยกการพยายามกระทำผิดตาม 2 ประสิทธิภาพดังที่ได้กล่าวมานั้นนำไปสู่การพิจารณาถึงการยกเว้นโทษของผู้พยายามกระทำผิดในเรื่องของการถอนจากการกระทำ

⁶⁶ พิชรพงศ์ สอนใจ, 'การพยายามกระทำผิด: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) 30.

⁶⁷ หยุต แสงอุทัย และ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 20, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 91.

⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7508/2562.

ความผิด อันมีลักษณะเป็นบทยกเว้นโทษของผู้พยายามกระทำความผิด อันเนื่องมาจากหลักเกณฑ์ในทางภาวะวิสัยที่เกิดขึ้นหรือเปลี่ยนแปลงโดยตัวของผู้กระทำความผิดเอง

(2) การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ (Impossibility Attempts)

กล่าวคือการพยายามกระทำความผิดที่ตรงข้ามกับการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ เนื่องจากเหตุบังเอิญ หรือโชค แต่กลับเป็นการกระทำที่ไม่อาจสำเร็จได้เลย อันเนื่องปัจจัยในการกระทำและวัตถุที่กระทำต่อ⁶⁹ เช่น การที่บุคคลพยายามฆ่าผู้อื่น โดยการใช้ระเบิดเป็นอาวุธในการประทุร้าย ทั้งนี้ระเบิดดังกล่าวไม่มีการระเบิด อันเนื่องมาจากความเสื่อมคุณภาพของชนวนระเบิด⁷⁰ ดังจะเห็นได้ว่ากระทำความผิดนั้นไม่อาจประสบผลสำเร็จได้ ไม่ใช่เหตุจากการกระทำของผู้กระทำความผิด แต่เนื่องจากปัจจัยภายนอกที่ส่งผลให้การกระทำนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย แม้ผู้กระทำความผิดจะกระทำการตามเจตนาของตนหรือตามความประสงค์ของตนโดยลุ่ว่งไปแล้วก็ตาม โดยสามารถแบ่งการกระทำลักษณะได้ 2 กรณีคือ

(2.1) การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สามารถเป็นไปได้โดยแน่แท้ อันเนื่องมาจากปัจจัยแห่งการกระทำ คือการกล่าวถึงการพยายามกระทำความผิด โดยพิจารณาถึงวัตถุหรือสิ่งที่ใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งวัตถุหรือสิ่งนั้นไม่อาจส่งผลให้การกระทำความผิดนั้นสำเร็จได้เลย เช่น การฆ่าผู้อื่นโดยปืนที่ไม่มีกระสุน หรือเจตนาฆ่าผู้อื่น แต่อาวุธที่ใช้ซึ่งนั้นไม่สามารถทำให้ถึงแก่ความตายได้

(2.2) การพยายามกระทำความผิดที่สามารถเป็นไปได้โดยแน่แท้ อันเนื่องมาจากปัจจัยของวัตถุที่กระทำต่อ เป็นการพยายามกระทำความผิด โดยที่การกระทำหรือลักษณะของการกระทำนั้น ไม่อาจทำให้การกระทำความผิดนั้นสำเร็จได้ เช่น เจตนาฆ่าบุคคลอื่น แต่กระทำการโดยการใช้อาวุธปืนยิงไปที่ตอไม้ โดยที่ผู้กระทำเข้าใจว่าเป็นมนุษย์หรือบุคคลที่ประสงค์จะฆ่า

2.4.4 การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

การถอนตัวจากการกระทำความผิด เป็นเรื่องการลดอัตราส่วนโทษของผู้พยายามกระทำความผิดในขั้นตอนที่เกิดขึ้นหลังจากการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ อันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือเป็นการกระทำที่มีความผิดกฎหมาย และเป็นการกระทำที่มีความชั่ว ทั้งนี้การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดนั้น หมายความผิดองค์ประกอบทางกฎหมายในขั้นของการพยายามกระทำความผิด⁷¹

⁶⁹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 23) 313.

⁷⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2999/2530.

⁷¹ คณิต ฌ นคร (เชิงอรรถ 23) 393.

ดังจะเห็นได้จากกฎหมายอาญาของไทยกำหนดให้การยับยั้งการพยายามกระทำความผิด⁷² นั้น เป็นเหตุยกเว้นโทษสำหรับผู้พยายามกระทำความผิด โดยการยกเว้นโทษหรือการถอนตัวจากการกระทำความผิดนี้เป็นเหตุยกเว้นโทษเฉพาะตัว

การยับยั้ง หมายถึง การสมัครใจยุติการกระทำของตนเอง เมื่อผู้กระทำได้ดำเนินการกระทำไปจนถึงขั้นของการลงมือ จนกระทั่งก่อนความผิดจะสำเร็จ⁷³ ดังนั้นหากยังไม่มี การลงมือกระทำความผิดหรือความผิดที่ไม่มีช่วงเวลาหรือช่วงของการกระทำในระหว่าง การลงมือไปจนถึงความผิดสำเร็จ การยับยั้งก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การเตรียมเครื่องมือที่ใช้ในการลักทรัพย์ไปซุ่มมองบริเวณหรือสถานที่ที่จะลักทรัพย์ แล้วกลับตัดสินใจเลิกเสีย หรือการปีนเข้าไปในเคหสถานของผู้อื่นเพื่อทำการลักทรัพย์ แต่กลับตัดสินใจเลิกเสียแล้วปีนกลับออกมา เช่นนี้การปีนเข้าไปในเคหสถานย่อมเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่กระทำการไปไม่ตลอด

ทั้งนี้การจะพิจารณาการลงมือกระทำความผิดนั้น จำต้องพิจารณาถึงเจตนาในการกระทำความผิดของผู้กระทำเป็นสำคัญด้วย กล่าวคือ ในตัวอย่างของการปีนเข้าเคหสถานเพื่อทำการลักทรัพย์นั้น หากเปลี่ยนเป็นผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะปีนเข้าไปในเคหสถานเพื่อทำการฆ่าผู้อื่นนั้น แล้วกลับปีนกลับเสียโดยไม่ได้เข้าไปพบหรือทำร้ายผู้อื่นเลย เช่นนี้ก็ยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิด แต่อาจจะเป็นบทกฎหมายอื่น เช่น การบุกรุก

(1) เหตุผลของการไม่ลงโทษกรณีมีการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

การไม่ลงโทษการพยายามกระทำความผิด อันเนื่องมาจากเหตุของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด ปรากฏทฤษฎีที่ใช้ในการอธิบายดังต่อไปนี้

(1.1) ทฤษฎีนโยบายทางอาญา (Kriminalpolitische Theorie) หรือที่เรียกว่า ทฤษฎีสะพานทอง (Theorie von der goldenen Brücke) เป็นเรื่องของนโยบายทางอาญาของรัฐเพื่อเป็นการจูงใจให้ผู้กระทำการถึงขั้นของการลงมือกระทำความผิด แต่ความผิดยังไม่ประสบผลสำเร็จ ไม่ว่าจะเป็เพราะผู้กระทำยังไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อให้การกระทำความผิดบรรลุผล หรือแม้แต่กรณีที่ผู้กระทำได้ดำเนินการต่าง ๆ ครบถ้วนแล้ว แต่ความผิดไม่บรรลุผลอันเนื่องมาจากปัจจัยต่าง ๆ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้พยายามกระทำความผิดเหล่านี้ได้ดำเนินการยับยั้งหรือป้องกันไม่ให้เกิดผลจากการกระทำความผิดหรือความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดจากการกระทำความผิด และขณะเดียวกันเมื่อผู้พยายามกระทำความผิดได้ทำการยับยั้งแล้ว กฎหมายก็จะไม่ลงโทษบุคคลนั้นเป็นการตอบแทน⁷⁴

⁷² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้การที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ.

⁷³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2549) 179.

⁷⁴ ธารทิพย์ แสงหึ่งห้อย (เชิงอรธ 45) 40.

ในภายหลังทฤษฎีนโยบายทางอาญาก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก อันเนื่องมาจากการอธิบายแนวคิดทฤษฎีว่าเป็นเรื่องนโยบายของรัฐเป็นคำอธิบายที่กว้างมากเกินไป อันเนื่องมาจากทุก ๆ กฎหมายที่มีการตราขึ้นเพื่อบังคับใช้ภายในรัฐ ก็มักจะเป็นนโยบายในการบริหารงานหรือจัดการนโยบายของรัฐทั้งสิ้น

(1.2) ทฤษฎีอภัยโทษ (Gnadentheorie) หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ทฤษฎีให้รางวัล (Belonugstheorie) โดยทฤษฎีนี้มีพื้นฐานของทฤษฎีมาจากเหตุที่ว่ากฎหมายประสงค์ที่จะให้อภัยผู้กระทำความผิด การที่ผู้พยายามกระทำความผิดได้แสดงให้เห็นแล้ว โดยการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดว่าในอนาคตจะไม่พบเห็นการกระทำเลวร้ายใด ๆ อันเกิดจากตัวของผู้กระทำความผิดอีก กฎหมายจึงประสงค์ที่จะให้อภัยแก่ผู้กระทำความผิด ทั้งกฎหมายยังให้น้ำหนักหรือให้ความสำคัญกับการถอนตัวของผู้กระทำความผิดเหนือไปกว่าการกระทำที่ผู้กระทำความผิดได้ดำเนินการไปแล้ว

(1.3) ทฤษฎีวัตถุประสงค์ของการลงโทษ (Strafzwecktheorie) เป็นทฤษฎีที่มีสาระสำคัญคือ หากผู้กระทำได้ถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด โดยการแสดงออกซึ่งการกระทำที่เห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดไม่มีความหนักแน่นพอที่จะกระทำความผิดอาญาให้สำเร็จได้ โดยถอนตัวจากการกระทำความผิดด้วยตัวของผู้กระทำเอง อันว่าการถอนตัวนั้นส่งผลดีต่อการป้องกันบุคคลทั่วไปหรือป้องกันตัวของผู้กระทำความผิดไม่ให้มีการกระทำความผิดซ้ำอีก การลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดนั้นจึงเป็นการไม่สมควรและไม่เป็นธรรม

(2) การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอดและการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว

การพยายามกระทำความผิด สามารถแบ่งแยกออกได้เป็น “การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด” และ “การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว” การระบุถึงการพยายามกระทำความผิดอย่างใด ๆ เป็น “การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด” หรือ “การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว” เพื่อนำไปสู่การพิจารณาถึงการถอนตัวจากการกระทำความผิด

หากผู้กระทำความผิดเห็นว่าตนยังไม่ได้กระทำการทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อที่จะไม่ให้เกิดผล ผู้กระทำความผิดจึงได้ยับยั้งหรือหยุดยั้งไม่กระทำการนั้น ๆ ต่อไป กรณีเป็นการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด

กลับกันหากผู้กระทำเห็นว่าตนได้ดำเนินการตามเจตนาหรือความประสงค์ในการกระทำการต่าง ๆ จนหมดสิ้น และเป็นการเพียงพอต่อการเกิดขึ้นของผลจากการกระทำความผิด โดยผู้ที่จะเกิดขึ้นนั้นเป็นเรื่องของปัจจัยในการเกิดผลหรือเป็นเรื่องของการกระทำของบุคคลที่สามก็ตาม ผู้กระทำจึงได้ดำเนินการต่าง ๆ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดผลจากการกระทำความผิดเกิดขึ้น การถอนตัวจากการกระทำความผิดในลักษณะนี้จึงเป็นการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว⁷⁵

(3) ความสมัครใจในการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด

การถอนตัวจากการกระทำความผิดนั้น เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายเว้นโทษ อันเนื่องมาจากผู้พยายาม

⁷⁵ คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 23) 396.

กระทำความผิดได้ดำเนินการยับยั้งหรือป้องกันการกระทำที่ตนได้ทำลงไปเพื่อไม่ให้เกิดผล ดังนั้นความสมัครใจในการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดจึงถือข้อพิจารณาทางกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่ง กล่าวคือการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดไม่ว่าจะเป็น การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอดหรือการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว ก็ย่อมต้องเป็นการกระทำโดยสมัครใจ⁷⁶ (Freiwilling) ในการถอนตัวจากผู้กระทำความผิดเอง

หลักการที่ใช้ในการพิจารณาว่าการถอนตัวในลักษณะใดเป็นการถอนตัวโดยสมัครใจหรือไม่นั้น Reinhard Frank ได้ให้หลักไว้ โดยถือเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับมากสมควร แม้จะยังเห็นว่าไม่ใช่หลักที่ดีที่สุดก็ตาม มีหลักการดังนี้

(3.1) ถ้าผู้กระทำความผิดกล่าวกับตนเองได้ว่า “ข้าพเจ้าไม่ประสงค์ที่จะทำ แม้ว่าข้าพเจ้าจะสามารถทำได้” กรณีถือเป็นการถอนตัวโดยสมัครใจ และ

(3.2) ถ้าผู้กระทำความผิดกล่าวกับตนเองได้ว่า “ข้าพเจ้าไม่สามารถจะทำได้ แม้ทั้งที่ข้าพเจ้าประสงค์จะทำก็ตาม” กรณีถือว่าการถอนตัวนั้นเป็นไปโดยไม่สมัครใจ

(4) ขอบเขตของการยกเว้นโทษ

การยกเว้นโทษสำหรับการถอนตัวจากการกระทำความผิด กฎหมายยกเว้นโทษให้เฉพาะการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น ทั้งไม่ว่าจะเป็นการยับยั้งเสียเองหรือการกลับใจแก้ไขไม่ให้บรรลุผล ต่างเป็นเหตุยกเว้นเฉพาะตัว อนึ่งในระหว่างการดำเนินถอนตัวจากการกระทำความผิดนั้น การกระทำของผู้กระทำได้เป็นความผิดฐานใด ก็คงต้องรับผิดหรือรับโทษตามบทกฎหมายที่เป็นความผิดนั้น ๆ⁷⁷

⁷⁶ คณะกรรมการการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา คณะกรรมการการกฤษฎีกา ครั้งที่ 120/100/2483 (6 กันยายน 2483).

พระยาอรุณการีย์นิพนธ์ เห็นว่า “ต้องยับยั้งเสียได้ด้วยใจตนเอง”

หม่อมเจ้าสกลวรรณการ วรวรรณ เห็นว่า “คำว่า spontsneously แปลว่า โดยลำพังตนเอง”

⁷⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 วรรคสอง แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ.

บทที่ 3

การลงโทษความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายต่างประเทศ

กล่าวได้ว่าปัญหาเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น เป็นปัญหาที่หลาย ๆ ประเทศต่างประสบปัญหานี้ อย่างไรก็ตามก็มีหลาย ๆ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแพร่ระบาดของยาเสพติดในระดับสากล เริ่มมีการกำหนดประเภทของผู้กระทำความผิดหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับยาเสพติด ออกเป็น 2 จำพวก คือ ฝ่ายผู้เสพ กับ ฝ่ายผู้ค้า ในเชิงของผู้เสพแนวโน้มของกฎหมายเริ่มมีการผ่อนคลายมาตรการเกี่ยวกับการเสพ โดยมองว่าเป็นเรื่องธรรมชาติที่ผู้เสพจะตกอยู่ในฐานะผู้เสพยาเสพติด และผู้เสพเหล่านั้นเปรียบเสมือนผู้ป่วยที่ต้องได้รับการรักษา อันมิใช่ในฐานะของอาชญากร ในทางกลับกันฝ่ายผู้ค้า กล่าวคือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีการค้ายาเสพติดในลักษณะของกระบวนการหรือองค์กรอาชญากรรม และเป็นผู้แสวงหาผลประโยชน์จากผู้เสพยาเสพติดรายอื่น ๆ ซึ่งปราบปรามผู้ค่านั้นเป็นไปโดยยากยิ่งกว่าการปราบปรามผู้เสพ⁷⁸ การพยายามนำมาซึ่งมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่ไม่ใช่การบังคับโทษอย่างเคร่งครัดเพียงสถานเดียว ที่ถูกนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมต่อสภาพปัญหาของยาเสพติดในยุคปัจจุบัน ซึ่งรูปแบบในการแก้ไขปัญหายาเสพติดเหล่านี้ มักจะนำมาสู่แม่แบบของบทเรียนที่ดีและเป็นแบบอย่างในการแก้ไขปัญหายาเสพติด และมักมีพูดถึงอย่างแพร่หลาย

โดยผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกฎหมาย รูปแบบ วิธีการ รวมไปถึงนโยบายในการจัดการปัญหายาเสพติดใน 2 ประเทศ คือ ประเทศโปรตุเกสและประเทศสหรัฐอเมริกา อันเนื่องมาจากประเทศโปรตุเกสซึ่งได้รับการยอมรับแล้วว่า เป็นประเทศประสบความสำเร็จในการนำนโยบาย “การยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพและใช้มาตรการทางปกครองทดแทน โดยใช้มาตรการทางสาธารณสุข” อันเป็นการแก้ไขปัญหายาเสพติดได้อย่างเป็นรูปธรรม ทั้งนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ยังเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าถึงการยกเลิกยาเสพติดในบางประเภท และมีการอนุโลมให้สามารถนำมาใช้ได้ในการแพทย์ หรือสามารถใช้ในการเสพเพื่อความพักผ่อนหย่อนใจได้ รวมไปถึงการค้าขายอย่างเสรี ภายใต้จำนวนหรือปริมาณที่กฎหมายกำหนด รวมถึงมาตรการการกำหนดความผิดสำหรับความผิดว่าด้วยการค้ายาเสพติดในเชิงอาชญากรรม อันสะท้อนให้เห็นถึงการบังคับใช้กฎหมายรวมถึงบทลงโทษที่จะนำไปสู่การภาพรวมของการแก้ไขปัญหายาเสพติดในประเทศนั้น ๆ

3.1 ประเทศโปรตุเกส

ประเทศโปรตุเกส เป็นประเทศที่เริ่มให้ความสำคัญกับปัญหายาเสพติดนับตั้งแต่ช่วงทศวรรษที่ 1920 และได้มีการปรับกฎหมายที่ใช้บังคับภายในประเทศให้มีความสอดคล้องกับข้อเสนอแนะอนุสัญญาฝิ่นปี ค.ศ.1912 จนกระทั่งในปี 1960 ประเทศได้ตระหนักว่าปัญหายาเสพติดเป็นปัญหาที่บ่อนทำลายสุขภาพของ

⁷⁸ ฉัตรสมุน พดุมภิญญา, ‘การทบทวนและสังเคราะห์องค์ความรู้กฎหมายยาเสพติดเปรียบเทียบ: รูปแบบกฎหมายและแนวทางการควบคุมยาเสพติด’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อแผนงานภาคีวิชาการเสพติด (ภวส.) สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ 2559) 8.

ประชาชน จึงได้กำหนดนโยบายยาเสพติดใหม่ โดยตรากฎหมายฉบับแรกเป็นพระราชกฤษฎีกาเลขที่ 420/70 ซึ่งมีการกำหนดบทลงโทษในความผิดฐานครอบครองยาเสพติด จำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับในจำนวน PTE 5,000 ถึง 50,000 ในกรณีของความผิดฐานค้ายาเสพติดมีโทษจำคุกกว่า 2 - 8 ปี และหากมีการบริโภคยาเสพติดไม่ว่าจะกรณีใดก็ตามและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นอันเป็นเหตุเพราะการบริโภคนั้น ก็ย่อมถูกลงโทษ 6 เดือน ถึง 2 ปี

จวบจนปี ค.ศ.1961 ประเทศโปรตุเกสได้มีการให้สัตยาบันในอนุสัญญายาเสพติดแห่งสหประชาชาติ จนกระทั่งปี ค.ศ.1976 - 1990 อันเป็นที่มาถึงข้อถกเถียงระหว่างกลุ่มที่มีความเห็นว่าการลงโทษในคดียาเสพติดควรมีการกำหนดความผิดและโทษที่รุนแรงมากขึ้น เพื่อเป็นการกำจัด กำราบ หรือปราบปรามยาเสพติดผู้ที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดทุก ๆ กรณี ไม่ว่าจะเป็นผู้ค้ายาเสพติด ผู้จำหน่าย รวมไปถึงผู้เสพยาเสพติดก็ตาม ก็ต้องมีการลงโทษที่เข้มข้นและรุนแรงเพื่อเป็นการกำราบปัญหาเสพติด กับอีกกลุ่มหนึ่งที่มีความเห็นว่าในกรณีของผู้เสพยาเสพติดนั้น สามารถที่จะบำบัดให้ผู้ติดยาเสพติดสามารถเลิกยาเสพติดได้ จนถึงช่วงปลายปี ค.ศ.1990 มีการเสพและบริโภคยาเสพติดในปริมาณที่มากขึ้นในทุก ๆ ปี จนมีจำนวนตัวเลขของผู้เสียชีวิตจากการเสพยาเสพติดในจำนวน 20 - 30 คน และในปีถัดมาก็มีจำนวนตัวเลขที่เพิ่มสูงขึ้นกว่าเท่าตัวของปีก่อน ซึ่งสูงมากถึง 300 - 400 คน

กระทั่งปี ค.ศ.1999 - 2001 โปรตุเกสเป็นประเทศแรกเริ่มที่มีการนำนโยบาย “การยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพและใช้มาตรการทางปกครองทดแทน โดยใช้มาตรการสาธารณสุข” หรือ “decriminalization” มาใช้บังคับอย่างจริงจัง เพราะเห็นว่าการประกาศสงครามกับยาเสพติด อันเป็นแนวคิดแบบอเมริกันที่ริเริ่มในสมัยของริชาร์ด นิกสัน เป็นเรื่องที่ไม่ได้ผลและล้มเหลว จึงก่อเกิดแนวคิดใหม่⁷⁹ โดยการนำหลักการแจกจ่ายยาเสพติดเพื่อการบำบัดรักษาโดยระบบสาธารณสุขที่ไม่เสียค่าใช้จ่าย ซึ่งถือว่าเป็นนโยบายที่ประสบผลสำเร็จอย่างกว้างขวาง อันนำไปสู่การลดทอนอุปทานของกระบวนการค้ายาเสพติด และลดทอนผลกระทบทางกฎหมาย นำไปสู่ภาวะสังคมที่มีแนวทางการดูแลผู้ติดยาเสพติดเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหา แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจสงสัยว่ามีการใช้ยาเสพติด แต่จะเคร่งครัดต่อการดำเนินคดีเพราะถือว่าไม่ใช่คดีสำคัญ⁸⁰ โดยนโยบายการยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพนั้นได้มีข้อกำหนดและแนวทางในการดำเนินนโยบาย 13 ข้อ เพื่อประโยชน์แก่ภาครัฐในการดูแลและจัดการ รวมไปถึงการวางมาตรการในการดำเนินการด้านยาเสพติด ดังนี้

1. การเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศในการใช้ยาเสพติด
2. การวางแนวทางและมาตรการในการป้องกันยาเสพติด
3. รับรองการเข้าถึงการรักษาพยาบาลของผู้ติดยาเสพติด
4. การส่งเสริมการกลับเข้าสู่สังคมของผู้ติดยาเสพติด

⁷⁹ โดมร ศุขปรีชา, ‘เมื่อยาเสพติดไม่ผิดกฎหมาย’ (The MATTER, 11 พฤษภาคม 2561)
<<https://thematter.co/thinkers/drug-liberalization/51030>> สืบค้นเมื่อ 22 พฤศจิกายน 2566.

⁸⁰ จีรวุฒิ ลิปิพันธ์, ธานี วรภัทร์ และประธาน วัฒนวานิชย์, ‘มาตรการลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติดประเภทต่าง ๆ ที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ ในโลก’ (เมษายน - มิถุนายน 2563) 110 วารสารสุทธิปริทัศน์ 201, 206.

5. พัฒนาแนวทางการฟื้นฟูและรักษายาเสพติด
6. ลดจำนวนผู้ต้องขังคดียาเสพติดฐานเสพ
7. พัฒนารูปแบบการรักษาเพื่อเป็นทางเลือกแก่ผู้ต้องขัง
8. พัฒนาการวิจัยและการฝึกอบรม
9. พัฒนารูปแบบการประเมินผล
10. ลดความซับซ้อนขององค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด
11. เสริมสร้างการปราบปรามการค้ายาเสพติด
12. จัดการปัญหาการฟอกเงิน และ
13. ลงทุนในภาคยาเสพติดเป็นสองเท่า

ประเทศโปรตุเกสไม่เพียงแต่มีการวางนโยบายในการดำเนินการด้านยาเสพติดตามหลัก 13 ประการดังที่ได้กล่าวมาเท่านั้น แต่ยังมีตั้ง “คณะกรรมการยับยั้งการใช้สารเสพติดโดยมิชอบ (Commission for the Dissuasion of Drug Abuse : CDTs)” ประกอบด้วยบรรดาผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายการแพทย์และการสาธารณสุข และด้านการบริหารสังคม เพื่อประกอบเป็นองค์ความรู้ในการดำเนินงานด้านยาเสพติดและวางแนวทางต่าง ๆ เพื่อจุดประสงค์ในการแก้ไขปัญหาการใช้สารเสพติด โดยนโยบายในเรื่องของการตั้งคณะกรรมการนี้ได้รับการอนุมัติและผ่านสภาของโปรตุเกสในปี 2000

อันจะกล่าวได้ว่าการยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพและใช้มาตรการทางปกครองทดแทน โดยใช้มาตรการสาธารณสุข (Decriminalization) เป็นกุญแจสำคัญของแนวทางการป้องกันและแก้ไขปัญหาเสพติด โดยการนำมาตรการทางปกครองและสาธารณสุขเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหาเสพติด ซึ่งเป็นประเทศแรกในกลุ่มประเทศยุโรปที่กำหนดการลดทอนความเป็นอาชญากรรม และการลดอันตรายจากการใช้ยาสำหรับการเสพส่วนตัว โดยกำหนดความลดทอนความเป็นอาชญากรรม⁸¹ อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ยังกำหนดให้การเสพยาเสพติดและการครอบครองยาเสพติดโดยไม่ชอบนั้นเป็นความผิดในทางกฎหมายอยู่ เพียงแต่การกำหนดโทษหรือการบังคับโทษนั้นจะมีมาตรการทางเลือกอื่น ๆ ที่ไม่ใช่โทษทางอาญา แต่กลับเป็นมาตรการทางปกครอง รวมไปถึงการบังคับทางอาญาอื่น ๆ นั้นก็คงปรับเปลี่ยนเป็นวิธีการทางปกครอง อาทิ เช่น การเตือน, การกักบริเวณ, การห้ามเข้าหรือออกสถานที่ รวมไปถึงการห้ามพบบุคคลนอกสถานที่ ทั้งนี้โทษทางอาญาจะมีการบังคับใช้เมื่อมีการปรากฏซึ่งพยานหลักฐานว่าผู้เสพนั้นได้มีการครอบครองยาเสพติดในปริมาณมากกว่าที่ใช้ในการเสพเกิน 10 วัน⁸²

⁸¹ เบญชญา ซาดิกานนท์, ‘ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย: ศึกษากรณีคดียาเสพติด’ (มกราคม - มิถุนายน 2562) 1 วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี 83, 92.

⁸² Several options are available to the CDT when ruling on the drug use offence, including warnings, banning from certain places, banning from meeting certain people, obligation of periodic visits to a defined place, removal of professional license or firearms license. Sanctioning by fine, which may vary by drug involved, is an available option (though not for addicts) but it is not the main objective in this phase. Users found in possession of more than 10 daily doses will be prosecuted in court for a

ในเรื่องของกระบวนการแก้ไขปัญหายาเสพติดของประเทศโปรตุเกส จะเริ่มต้นจากการคัดกรองผู้กระทำความผิดตั้งแต่เริ่มต้นของการจับกุม โดยคณะกรรมการยับยั้งการใช้อาวุธจะจับกุมในการกำหนดซึ่งจำนวนหรือปริมาณยาเสพติดที่จะสามารถมีไว้ในครอบครองได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยจะกำหนดจำนวนหรือปริมาณที่มีไว้ในครอบครองเพื่อใช้ในการเสพได้ไม่เกินกว่า 10 วัน สำหรับผู้ที่มีไว้ในครอบครองเกินกว่าจำนวนหรือปริมาณที่กำหนดไว้ นี้ ก็จะมีการกำหนดโทษปรับ โดยยาเสพติดในประเภทเฮโรอีน มอร์ฟีน เมทแอมเฟตามีน เมทาโดน ฟีน จะมีโทษปรับสูงสุดถึง 325 เหยียด ในกรณีของกัญชาที่มีการครอบครองในปริมาณที่เกินกว่ากำหนดก็จะมีโทษปรับสูงสุดถึง 150 เหยียด โดยความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดใช้สารเสพติดนั้น จะไม่มีบทสันนิษฐานเด็ดขาดที่ใช้ในการลงโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ประกอบกับมีการนำมาตรการทางปกครองมาเพื่อช่วยในการจัดการหรือแก้ไขปัญหายาเสพติด เช่น การควบคุมและติดตามพฤติกรรม การรายงานตัวแก่เจ้าหน้าที่ การห้ามออกนอกสถานที่ในเวลาที่กำหนด เป็นต้น

จากรายงานของ Institutoda Drogae da Toxicodependen'cia (2009) พบว่าภายหลังที่ประเทศโปรตุเกสได้มีการปฏิรูปนโยบายปัญหายาเสพติด โดยให้ผู้ติดยาเสพติดเข้ารับการบำบัดรักษาและใช้มาตรการทางปกครองมากกว่าการบังคับใช้มาตรการทางอาญาแล้วนั้น มีผู้เข้ารับการบำบัดรักษามากกว่า 6,000 คน และในปี ค.ศ.2002 ก็มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นกว่า 6,500 คน ที่เข้าสู่กระบวนการบำบัดรักษานี้ ทั้งยังสอดคล้องกับสถิติตัวเลขว่าร้อยละ 59 – 68 ในปี ค.ศ.2008 บ่งบอกถึงจำนวนการระงับคดีชั่วคราวสำหรับการดำเนินคดีผู้ป่วยในคดียาเสพติด อันเป็นผลดีต่อการใช้มาตรการทางเลือกในการแก้ไขปัญหายาเสพติด ทั้งนี้ผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในฐานะของผู้ค้ำนั้นก็ยังคงมีโทษในทางอาญาอยู่เช่นเดิม แต่จะมีการจำแนกหรือแยกแยะผู้ที่มีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดเพื่อใช้ในประโยชน์ส่วนตัว ในจำนวนหรือปริมาณที่คณะกรรมการยับยั้งการใช้อาวุธกำหนดไว้ ในทางกลับกันหากมีการครอบครองเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ก็จะต้องมีการดำเนินคดีภายใน 48 ชั่วโมง เพื่อทำการฟ้องต่อศาลและนำไปสู่การลงโทษในคดีที่มียาเสพติดประเภทต้องห้ามและเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด โดยการใช้อนุญาโทษหรือการลงโทษปรับนั่นเอง

กล่าวโดยสรุปคือประเทศโปรตุเกสมีนโยบายในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อเป็นการยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพและใช้มาตรการทางปกครองทดแทน อันเป็นการแก้ไขปัญหายาเสพติดด้วยการติดยาเสพติดเพื่อให้ผู้ที่ติดยาเสพติดนั้นได้รับการบำบัดและเปิดโอกาสให้ผู้เสพยาเสพติดสามารถกลับคืนสู่สังคมได้⁸³ อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในฐานะความผิดอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการผลิต การจำหน่าย แจกจ่ายซึ่งสารเสพติด ก็ยังคงเป็นความผิดและยังมีบทกำหนดโทษทางอาญาอยู่เช่นเดิม โดยจะบัญญัติไว้ใน Decree-Law no. 15/93 of January 2 Anti-Drug Legislation อันเป็นการควบคุม จัดการ เกี่ยวกับสารเสพติดประเภท

criminal consumption offence. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *Drug policy profiles: Portugal* (pdf, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction 2011) 17.

⁸³ เฟิงอ้าง.

ต่าง ๆ เช่น มอร์ฟีน แอมเฟตามีน แคนนาบิส ฯลฯ ที่จะต้องถูกบังคับตามกฎหมายฉบับนี้ โดยมีการกำหนดโทษจำคุกไว้ดังนี้

ในบทบัญญัติ มาตรา 21 กำหนดให้ผู้ที่กระทำการต่าง ๆ อันมีลักษณะเป็นการสร้างให้มีซึ่งยาเสพติด อาทิเช่น การปลูก การผลิต การคัดแยก การเตรียม การเสนอหรือเสนอขาย การขาย การแจกจ่าย การซื้อ โอน หรือรับตามเงื่อนไขใด ๆ ให้แก่ผู้อื่น ทั้งยังรวมไปถึงการขนส่ง นำเข้า ส่งออก หรือมีพืช สาร หรือสิ่งปรุงแต่งใดๆ ที่ระบุไว้ในตาราง I ถึง III อย่างผิดกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ถึง 12 ปี นอกจากนี้กฎหมายยังได้บัญญัติถึงการลงโทษบุคคลใดก็ตามที่กระทำการถ่ายโอนหรือแนะนำพืช สาร ทั้งยังรวมไปถึงการเตรียมการในการกระทำตามมาตรา 21 วรรคแรก เพื่อนำยาเสพติดนั้น ๆ เข้าสู่ตลาด หรือแม้แต่การชักจูงบุคคลอื่นให้เข้าสู่ หรือนำเข้าสู่ตลาด จำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ถึง 15 ปี

กล่าวได้ว่ากฎหมายของประเทศโปรตุเกสยังคงมีการกฎหมายยังคงลงโทษผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดอย่างเคร่ง ทั้งยังกำหนดความผิดไปถึงการตระเตรียมการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด อันเป็นการตระเตรียมการเพื่อนำเข้าสู่ตลาดการค้ายาเสพติด เพื่อป้องกันการนำยาเสพติดไปแจกจ่ายอันมีลักษณะของการค้า ซึ่งจะเป็นความเสียหายต่อสังคมโดยรวมหรือประชาชนอย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตามในบทบัญญัติ มาตรา 26 เป็นเหตุลดอัตราส่วนโทษให้กับผู้กระทำความผิดตาม มาตรา 21 หากว่าการกระทำความผิดตามมาตรา 21 เป็นการกระทำเพื่อใช้ประโยชน์ในทางส่วนตัวเท่านั้น ซึ่งจะมีอัตราโทษจำคุกที่ลดลงเป็น จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือ หากพืช สารหรือสิ่งปรุงแต่งที่เกี่ยวข้องจัดอยู่ในยาเสพติดประเภท I ถึง III, จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับหนึ่งวันเป็นเวลาไม่เกิน 120 วัน หากสารหรือสิ่งปรุงแต่งที่เกี่ยวข้องจัดอยู่ในยาเสพติดประเภท IV ในทางกลับกันการลดอัตราโทษนั้นจะไม่นำมาใช้บังคับหากว่ายาเสพติดที่ครอบครองนั้น มีปริมาณที่มากกว่าการบริโภคโดยเฉลี่ย 5 วันของแต่ละคน ซึ่งจะส่งผลให้ผู้กระทำความผิดจำต้องรับโทษตามอัตราส่วนโทษที่กำหนดไว้ในมาตรา 21 เดิม

ทั้งนี้ บทบัญญัติ มาตรา 23 ยังกำหนดความผิดไปถึงผู้ที่มีส่วนรวมในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด กล่าวคือ บุคคลใด ๆ ก็ตามที่รู้ว่าสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้นได้มาจากความผิดที่เกี่ยวกับยาเสพติดดังที่ กำหนดไว้ตามบทบัญญัติของมาตรา 21, 22, 24 หรือ 25 ไม่ว่าจะเข้าร่วมกระทำความผิดด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม หากได้กระทำการ

ก. แปลงหรือโอนสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ดังกล่าว หรือช่วยเหลือผู้อื่นในการปลงหรือโอนสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยมีวัตถุประสงค์ในการปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาที่ผิดกฎหมายของสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ดังกล่าว หรือช่วยเหลือบุคคลใดก็ตามที่ มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงผลทางกฎหมายของการกระทำของตน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ถึง 12 ปี

ข. การปกปิดหรือปลอมแปลงลักษณะที่แท้จริง แหล่งที่มา ตำแหน่ง การจำหน่าย การเคลื่อนย้าย สิทธิเกี่ยวกับหรือความเป็นเจ้าของสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ถึง 12 ปี

ค. ได้มา รับประทาน ใช้ ครอบครอง หรือเก็บรักษาสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ถึง 5 ปี

กล่าวคือกฎหมายไม่เพียงแต่ลงโทษผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดโดยตรงเท่านั้น แต่ยังลงโทษไปถึงผู้ที่มีลักษณะเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การแปลงหรือโอนสินค้าที่ได้มาหรือทำมาจากยาเสพติด หรือปกปิดสินค้านั้น ๆ ย่อมจะส่งผลให้ผู้นั้นจำต้องรับโทษทางกฎหมาย แต่โทษนั้นจะไม่เกินไปกว่าโทษของผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดโดยตรง อนึ่งการสนับสนุนการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น แม้จะเป็นการกระทำนอกราชอาณาจักรของประเทศโปรตุเกสก็ตาม แต่ผู้กระทำก็ยังคงต้องรับโทษในโปรตุเกส เสมือนว่าเป็นการกระทำในราชอาณาจักรโปรตุเกส

นอกจากนี้ในบทบัญญัติ มาตรา 24 ยังกำหนดไปถึงบทผลกรรจ์ของการกระทำความผิดตามมาตรา 21, 22 และ 23 โดยกำหนดให้ผู้กระทำการตามบทผลกรรจ์นั้นจะต้องรับโทษเพิ่มขึ้น 1 ใน 4 ซึ่งมีดังนี้

- ก. ยาเสพติดหรือสิ่งปรุงแต่งได้ถูกส่งมอบหรือส่งถึงผู้เยาว์หรือผู้พิการทางสมอง
- ข. มีการแจกจ่ายยาเสพติดหรือสิ่งปรุงแต่งโดยบุคคลจำนวนมาก
- ค. ผู้กระทำความผิดได้รับหรือแสวงหาผลประโยชน์จำนวนมาก
- ง. ผู้กระทำความผิดเป็นข้าราชการที่ได้รับมอบหมายให้ป้องกันหรือลงโทษในความผิดนั้น
- จ. ความผิดได้กระทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ เภสัชกร หรือผู้ประกอบวิชาชีพอื่นเกี่ยวกับสุขภาพ เจ้าหน้าที่ของเรือนจำหรือสถานพินิจ พนักงานไปรษณีย์โทรเลข ผู้ให้บริการโทรศัพท์หรือโทรคมนาคม ครู นักศึกษา สมาชิกของเจ้าหน้าที่ของโรงเรียนหรือสมาชิกของเจ้าหน้าที่ของบริการสังคมหรือของสถาบันทางสังคม

- ฉ. ผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วมในกิจกรรมอาชญากรรมข้ามชาติ
- ช. ผู้กระทำความผิดมีส่วนร่วมในกิจกรรมที่ผิดกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งกิจการนั้นทำให้ผู้กระทำได้รับการอำนวยความสะดวกเนื่องจากการกระทำความผิด

ซ. ความผิดได้กระทำให้สถานบำบัดรักษาผู้เสพยาเสพติด สถานพินิจ สถานบริการสังคม ทัณฑสถาน กองทหาร สถานศึกษา หรือสถานที่อื่นที่เด็กนักเรียนหรือนักศึกษาพักตากอากาศเพื่อการศึกษา สถานกีฬาหรือกิจกรรมทางสังคม รวมไปถึงบริเวณใกล้เคียงสถานที่ดังกล่าว

ณ. ผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์จากความร่วมมือไม่ว่าในแง่ใดของผู้เยาว์หรือผู้พิการทางสมอง แม้โปรตุเกสจะมีบทกฎหมายที่ใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ที่เคร่งครัดและยังมีบทเพิ่มโทษผู้กระทำในหลาย ๆ บทก็ตาม แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้ผู้ยังมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ยาเสพติดตามมาตรา 13 หากบุคคลนั้นมีเอกสารทางการแพทย์ที่เอกสารกล่าวถึงความจำเป็นในการใช้ยาเสพติด อันมีลักษณะในการใช้งานโดยส่วนตัวแล้ว หากจำนวนหรือปริมาณยาเสพติดนั้น อยู่ในจำนวนหรือปริมาณที่ไม่เกินการใช้งานภายใน 30 วัน การครอบครองนั้นก็ไม่ใช่ความผิดต่อกฎหมาย

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดถึงการยกเว้นโทษหากผู้กระทำความผิดได้มีการยับยั้งการกระทำความผิดนั้น โดยมาตรา 31 กล่าวถึงการกระทำความผิดใน 21, 22, 23 และ 28 นั้น หากผู้กระทำความผิดได้

เลิกกระทำความผิดนั้นโดยสมัครใจ หรือลดอันตรายที่เกิดจากการกระทำความผิดลงอย่างมาก หรือได้ป้องกัน หรือใช้ความพยายามอย่างจริงจังเพื่อป้องกันผลที่ตามมาหรือความเสียหายที่กฎหมายหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดขึ้น หรือช่วยให้เจ้าหน้าที่รวบรวมหลักฐานที่ชี้ขาดเกี่ยวกับการระบุตัวตนหรือการจับกุมผู้กระทำความผิดอื่น ๆ อย่างเป็นรูปธรรม การลงโทษอาจได้รับการลดหย่อนเป็นพิเศษ หรือเขาอาจได้รับการยกเว้นจากการลงโทษ

อย่างไรก็ตาม เมื่อกล่าวถึงการพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น บทบัญญัติว่าด้วยการ พยายามนั้นจะไม่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายยาเสพติดโดยเฉพาะ ดังนั้นการบังคับหรือการตีความการพยายาม กระทำความผิด จำต้องพิจารณาจากบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายอาญาของโปรตุเกส⁸⁴ โดยการ พยายามกระทำความผิดนั้นจะถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 22 ถึงมาตรา 24 มีรายละเอียดดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

มาตรา 22 “ความพยายาม

1. ความพยายามจะมีขึ้นได้ เมื่อผู้กระทำได้ดำเนินการเพื่อก่ออาชญากรรมที่เขาได้ตัดสินใจกระทำ การ ซึ่งเขาล้มเหลวในการดำเนินการให้สำเร็จ

2. การดำเนินการ หมายถึง

(ก) การที่ผู้กระทำได้ปฏิบัติตามองค์ประกอบความผิดของอาชญากรรม

(ข) การกระทำที่เหมาะสมในการสร้างความเสียหายโดยทั่วไป หรือ

(ค) การกระทำที่ตามประสบการณ์ทั่วไป เว้นแต่สถานการณ์ที่ไม่คาดคิด อันการกระทำนั้น มีลักษณะที่คาดว่าจะนำมาซึ่งการกระทำที่ระบุไว้ในย่อหน้าก่อนหน้า”

บทบัญญัติมาตรา 22 จะกำหนดถึงลักษณะทั่วไปหรือบทนิยามของการพยายามกระทำความผิด ซึ่ง การพยายามนั้นจะเกิดขึ้นก่อนต่อเมื่อผู้กระทำได้มีการดำเนินการกระทำความผิด ซึ่งการดำเนินการนั้นแบ่งแยก ได้ 3 ประการ คือ 1. การกระทำที่ได้เริ่มต้นการกระทำและเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตาม กฎหมาย 2. การกระทำที่สามารถเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายโดยทั่วไป 3. การกระทำ ตามประสบการณ์โดยทั่วไปหรือตามความคิดของวิญญูชนเห็นว่าการดำเนินการกระทำนั้นสามารถนำมาสู่ การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตาม ก. หรือนำมาสู่ความเสียหายตาม ข. เว้นแต่จะเป็นการกระทำที่ไม่ อาจคาดหมายได้

มาตรา 23 “การลงโทษของความพยายาม⁸⁵

⁸⁴ Énio Ramalho and William Themudo Gilman, *The Portuguese Penal Code, General Part (Articles 1-130)* (Outubro de 2006) 8.

⁸⁵ Article 23 Punishability of attempt

1. Except when there is contrary legislation, attempt is only punishable when the respective consummated crime corresponds to a penalty over three years of imprisonment.

2. Attempt is punishable with the penalty applied (applicable) to the consummated crime, specially mitigated.

3. Attempt is not punishable when the means used by the agent is obviously improper, or when the object essential to the commitment of the crime is not existent.

1. ยกเว้นในกรณีที่มีกฎหมายที่ขัดกัน ความพยายามจะมีโทษก็ต่อเมื่ออาชญากรรมที่บรรลุผลสำเร็จนั้นสอดคล้องกับโทษจำคุกมากกว่าสามปี
2. ความพยายามจะถูกลงโทษด้วยบทลงโทษที่ใช้ (บังคับ) กับอาชญากรรมที่บรรลุผลแล้ว ซึ่งได้รับการลดหย่อนเป็นพิเศษ
3. ความพยายามไม่ถูกลงโทษ เมื่อวิธีการที่ผู้กระทำใช้นั้นไม่เหมาะสมอย่างชัดเจน หรือเมื่อไม่มีวัตถุประสงค์จำเป็นต่อการก่ออาชญากรรม”

กล่าวคือ การลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามบททั่วไปจะไม่ถูกนำมาใช้บังคับ หากมีกฎหมายที่บัญญัติบทลงโทษของการพยายามกระทำความผิดไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้การพยายามกระทำความผิดนั้นจะมีได้แต่เฉพาะความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกที่สูงกว่า 3 ปี ในทางกลับกันหากความผิดใด ๆ ที่มีอัตราโทษจำคุกน้อยกว่า 3 ปีแล้ว ความผิดนั้นจะไม่ถูกบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยการพยายามกระทำความผิด แต่หากเป็นกรณีที่มีอัตราโทษสูงกว่า 3 ปีแล้ว ผู้พยายามกระทำความผิดก็ย่อมต้องรับผิดตามอัตราโทษที่กำหนดไว้มาตรานั้น ๆ แต่จะได้รับการลดหย่อนโทษจำคุกให้น้อยลงกว่าการกระทำความผิดสำเร็จ

มาตรา 24 “การยุติการกระทำ”⁸⁶

1. ความพยายามจะไม่ถูกลงโทษ หากผู้กระทำสมัครใจที่จะหยุดดำเนินการในการดำเนินการตามอาชญากรรม หรือขัดขวางการบรรลุผล
2. เมื่อการบรรลุผลสำเร็จ ถูกขัดขวางโดยการกระทำของผู้ละทิ้งความพยายาม ความพยายามนั้นจะไม่ถูกลงโทษหากเขาได้ใช้ความพยายามอย่างจริงจังเพื่อป้องกันสิ่งหนึ่งสิ่งใดอีกสิ่งหนึ่ง”

มาตรา 24 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการยกเว้นโทษในกรณีที่ผู้กระทำได้ทำการยับยั้งการพยายามกระทำความผิด หรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการป้องกันผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดที่สำเร็จแล้ว

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีจุดเริ่มต้นแนวคิดและมุมมองต่อกฏหมายว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมายซึ่งประชาชนไม่สมควรเสพกฏหมายจึงกำหนดความผิดที่เกี่ยวกับกฏหมายนั้น เป็นความผิดร้ายแรงและมีการห้ามใช้ในปี ค.ศ.1884 ทั้งนี้ในช่วงเวลาดังกล่าวสหรัฐอเมริกาที่ยังเล็งเห็นว่าโคเคนเป็นสิ่งที่ควรกำหนดให้เป็นความผิดกฎหมายและควรมีการห้ามไม่ให้มีจำหน่ายหรือมีการใช้โคเคนในปี ค.ศ.1887 ส่วนสารเสพติดประเภทฝิ่นนั้น ประเทศ

⁸⁶ Article 24 Desistance

1. Attempt ceases to be punishable if the agent voluntarily desists from proceeding in the execution of the crime, or prevents its consummation, or, notwithstanding its consummation, prevents the verification of the result not included in the type of crime.

2. When the consummation or the verification of the result are prevented by an act independent of the desistant’s behaviour, the attempt is not punishable if he has made serious efforts to prevent the one and the other.

สหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมายควบคุมยาเสพติดหรือ The Controlled Substances Act : CSA ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมยาเสพติดที่ออกโดยรัฐบาลกลาง ซึ่งเป็นการควบคุมการผลิต การนำเข้า การครอบครอง รวมไปถึงการใช้และการกระจายตัวของสารบางชนิด โดยรัฐบาลนี้เป็นส่วนหนึ่งของชุด การปฏิรูปการเปิดเสรีนโยบายยาเสพติด การบังคับใช้กฎหมาย และวิธีการที่เป็นระบบในการควบคุมการใช้ยาที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท นอกจากนี้ กฎหมาย CSA นี้ยังทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการสำหรับการประชุมอนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติด⁸⁷ นอกจากนี้ยังมีการออกบทบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปการเปิดนโยบายเสรียาเสพติด (The Single Convention on Narcotic Drugs)

กว่าสามทศวรรษที่ผ่านมา สภาองเกรสสหรัฐฯ มีการบัญญัติกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องของการลงโทษมากขึ้น ในสมัยประธานาธิบดีริชาร์ด นิกสัน⁸⁸ อันส่งผลให้หน่วยงานการบังคับใช้กฎหมาย (the Drug Enforcement Administration) มีความสำคัญมากกว่าหน่วยงานที่เฝ้าระวังรักษาเสพติด โดยมุ่งเน้นที่การเพิ่มการลงโทษสำหรับการค้ายาเสพติดหรือสารเสพติดที่ผิดกฎหมาย อันเป็นการเปลี่ยนนโยบายเข้าสู่การ “ประกาศสงครามกับยาเสพติด” โดยเป็นการนำวิธีการทางอาญาที่เข้มงวดมาใช้เป็นทางออกในการแก้ไขปัญหายาเสพติด ในปี ค.ศ.1980 รัฐบาลสหรัฐฯ ได้เพิ่มความยืดหยุ่นและลดการควบคุมยาเสพติดที่เข้มงวด โดยการออกกฎหมายจำแนกประเภทได้ 5 กลุ่ม ที่มีคุณสมบัติที่แตกต่างกันจำแนกตามหน่วยงานเจ้าของรัฐบาลกลาง กลุ่มบังคับใช้กฎหมายและกลุ่มอาหารและยา

จนกระทั่งในช่วงหลังปี ค.ศ.2012 แม้ว่ารัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาเองยังมีความเข้มแข็งในการปราบปรามการใช้สารเสพติดและการครอบครองสารเสพติดประเภทต่าง ๆ และยังมีกำหนดโครงสร้างในการลงโทษให้การครอบครองสารควบคุมทุกชนิดที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายแม้จะเป็นการใช้งานในด้านส่วนตัวก็ตาม ยังคงเป็นความผิดกฎหมายอยู่และมีบทลงโทษที่ชัดเจนรวมถึงการรักษาโดยใช้เฮโรอีนก็ยังคงเป็นความผิดกฎหมาย คงมีเพียงแต่การยกเว้นการครอบครองกัญชาเท่านั้น อย่างไรก็ตามรัฐบาลในบางมลรัฐแต่เดิมที่เคยมีการปราบปรามการค้ายาเสพติดรวมถึงการเสพยาเสพติดอย่างเคร่งครัดก็ตาม แต่ในช่วงหลังก็ได้มีการปรับเปลี่ยนถึงนโยบายในการจัดการยาเสพติดและแนวทางในการลงโทษ แม้ว่ารัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐในขณะนั้นยังมีการเข้มงวดต่อการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นการลงโทษในทางอาญาก็ตาม โดยในมลรัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่นได้มีการเริ่มต้นโดยการเปิดโอกาสให้ประชาชนในมลรัฐนั้น ๆ ทำประชามติ อันนำมาซึ่งผลประชามติที่กำหนดให้กัญชาสามารถเปิดการค้าเสรีได้ เพียงจำกัดซึ่งการถือครองกัญชาให้ไม่เกิน 28.5 กรัม

ทั้งนี้แม้รัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาจะที่เปิดโอกาสให้แต่ละมลรัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่นในการกำหนดกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมยาเสพติดอย่างอิสระในมลรัฐนั้น ๆ ซึ่งเปิดโอกาสให้มลรัฐที่มองว่ายา

⁸⁷ The Single Convention on Narcotic Drugs (Pub.L. 91-513, 84 Stat. 1236, enacted October 27, 1970, codified at 21 U.S.C. § 801 et. seq.).

⁸⁸ ปราโมทย์ พันธุ์สะอาด, ‘รูปแบบการแก้ไขปัญหายาเสพติดเปรียบเทียบ สู่แนวนโยบายที่ควรจะเป็น’ (พฤษภาคม-สิงหาคม 2561) 2 วารสารธรรมศาสตร์ 1, 8.

เสพติดบางประเภท อาทิเช่น กัญชา สามารถนำมาใช้ได้เพื่อเป็นการพักผ่อนหย่อนใจ หรือเพื่อประโยชน์ในลักษณะอื่น ๆ ทั้งการใช้กฎหมายที่เคร่งครัดมากเกินไปเพื่อลงโทษการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น ไม่ใช่การแก้ปัญหาที่สมควรกับสภาพปัญหาเกี่ยวกับยาเสพติดและไม่ได้ช่วยต่อการลดความรุนแรงเกี่ยวกับยาเสพติดแต่อย่างใด ในทางกลับกันควรให้ความสำคัญถึงการสนับสนุนและบำบัดรักษาผู้เสพยาเสพติดและผ่อนปรนหรือลดการใช้บทลงโทษในทางอาญาอันจะเห็นได้ว่านโยบายนี้มีความแตกต่างจากนโยบายการปราบปรามของรัฐบาลกลางที่มีการปราบปรามการถือครองหรือเสพยาเสพติดอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้ในบางมลรัฐก็ยังคงมีความเห็นในทิศทางเดียวกันกับรัฐบาลกลาง ในอันที่กำหนดให้การครอบครองยาเสพติดทุกชนิดเป็นความผิดต่อกฎหมาย และมองว่าการเสพยาเสพติดนั้นเป็นก่อซึ่งอาชญากรรม

ในปัจจุบันยังมีการร้องเรียนต่อฝ่ายบังคับใช้กฎหมาย เพื่อให้จัดกลุ่มกัญชาใหม่เป็นข้อมูลในการจัดกลุ่มภายใต้กฎหมายกลาง CSA กัญชาควรอยู่ในกลุ่มที่ 1 นั้น กระทรวงยุติธรรมได้พิจารณาเหตุผล 8 ข้อด้วยกันคือ 1. ศักยภาพที่แท้จริงหรือที่เกี่ยวข้องที่จะทำให้เกิดการใช้ยาเสพติดในทางที่ผิด 2. หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แสดงผลข้างเคียงของยา 3. สถานะปัจจุบันเกี่ยวกับความรู้ทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับยาเสพติด 4. ประวัติและรูปแบบการใช้ยาประเภทนั้นในทางที่ผิด 5. ขอบเขต ระยะเวลาและความสำคัญของการใช้ยาในทางที่ผิด 6. ความเสี่ยงต่อการสาธารณสุขหรือไม่ 7. คุณสมบัติของยาที่มีความเป็นไปได้ในการติดยาทางด้านจิตใจและร่างกาย 8. ความจำเป็นต้นตอของสารที่ควบคุมภายใต้ CSA หรือไม่ ผลคือการร้องเรียนเพื่อให้มีการจัดกลุ่มใหม่ได้รับการปฏิเสธกัญชาที่มีความเสี่ยงสูงที่จะถูกนำไปใช้ในทางที่ผิด สำนักงานอาหารและยา (The Food and Drug Administration) จึงยังไม่ได้อนุญาตให้ใช้กัญชาในทางการแพทย์หรือการรักษา

ปัจจุบันนโยบายปราบปรามยาเสพติดของรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา ยังคงมีความเข้มแข็ง แต่ในระดับมลรัฐเริ่มมีการนำนโยบายการลดทอนความผิดคดียาเสพติด (Decriminalization) มาใช้ อันได้แก่ มลรัฐโคโลราโด และวอชิงตัน ได้ลงประชามติให้ประชาชนในมลรัฐสามารถขายหรือเสพกัญชาเพื่อการพักผ่อนหย่อนใจ ทั้งยังเพิ่มระบบจัดเก็บภาษีสินค้ายาเสพติดประเภทกัญชาผ่านระบบการจัดเก็บภาษีในลักษณะเดียวกันกับสินค้าแอลกอฮอล์ทั่วไป

ในเรื่องของการทำให้ยาเสพติดถูกต้องตามกฎหมายยังคงมีข้อโต้แย้ง (Speaking Out Against Drug Legalization) มากมาย ของสำนักงานปราบปรามยาเสพติดของสหรัฐอเมริกา (Drug Enforcement Administration : DEA)⁸⁹ ด้วยเหตุผลที่ว่ายาเสพติดเป็นสิ่งที่อันตรายและยากต่อการควบคุม การป้องกันและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดเป็นปัจจัยสำคัญต่อการแก้ปัญหายาเสพติด, ยังไม่มีข้อพิสูจน์ที่แน่ชัดว่ากัญชาเป็นยารักษา การใช้งบประมาณในการควบคุมเหมาะสมกว่างบประมาณที่สังคมต้องเสียไปจากการติดยาของประชาชน, การทำให้ยาเสพติดเป็นสิ่งถูกกฎหมายมีแต่จะทำให้การใช้ยาเสพติดเพิ่มมากขึ้น อันส่งผลไปถึงการก่ออาชญากรรมในลักษณะอื่น ๆ ฯลฯ

⁸⁹ Drug Enforcement Admin, 'Speaking Out Against Drug Legalization' (Office of Justice Programs, กันยายน 2537) <<https://ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/speaking-out-against-drug-legalization>> สืบค้นเมื่อ 12 ธันวาคม 2566.

อย่างไรก็ตาม การลงโทษทางอาญาคดียาเสพติดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ลดความรุนแรงลงเนื่องจากแนวคิดที่ว่า การบังคับใช้กฎหมายทางอาญาอย่างเข้มงวดหรือการเพิ่มโทษคดียาเสพติด ไม่นำมาซึ่งการแก้ไขปัญหายาเสพติดได้ ส่งผลให้การแก้ไขหรือนโยบายยาเสพติดในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน บางมลรัฐยังคงมีนโยบายว่าผู้เสพยาเสพติดเป็นการก่ออาชญากรรม กลับกันในบางมลรัฐมองว่าผู้เสพเป็นเพียงผู้ป่วย หรือในบางมลรัฐมีนโยบายว่าการเสพยาเสพติดบางประเภทในปริมาณน้อยเป็นสิ่งถูกกฎหมาย ส่งผลให้การตีความกฎหมายของผู้พิพากษามีการเปลี่ยนแปลงไปเช่นกัน โดยคณะทำงานของศาลฎีกามลรัฐ Massachusetts (Special Taskforce of Massachusetts Supreme Judicial Court) มีความเห็นว่า การใช้กฎหมายอย่างเข้มงวดได้ผลเท่าที่ควร แต่ควรส่งเสริมการบำบัดรักษามากกว่าการฟ้องคดี

กฎหมายระดับมลรัฐ⁹⁰

ในกฎหมายระดับมลรัฐ สหรัฐอเมริกามีกลุ่มร่างกฎหมายที่เรียกว่า “National Conference of Commissioners on Uniform State Law” เพื่อสนับสนุนการใช้กฎหมายเหมือนกันทั่วทั้งประเทศ การร่างกฎหมาย The Uniform Controlled Substances Act หลังสุดในปี พ.ศ.2537 กฎหมายกำหนดรายละเอียดกิจกรรมต้องห้าม แต่รายละเอียดเฉพาะเรื่องการปรับและการลงโทษยังคงปล่อยให้เป็นอำนาจของแต่ละมลรัฐ มลรัฐส่วนใหญ่นำเสนอส่วนสำคัญของพระราชบัญญัติมาใช้

ความผิดและโทษคดียาเสพติดแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกันไป เช่น การครอบครองและจำหน่ายโคเคน กัญชา ยาบ้า ยาไอ จะขึ้นอยู่กับปริมาณยาเสพติด กรณีมีกัญชา มลรัฐส่วนใหญ่จะดำเนินการ ไปในแง่ของการมีไว้เพื่อบำบัดรักษา มีเพียง 2 รัฐที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี ส่วนโทษปรับนั้น มีตั้งแต่ 0 ถึง 150,000 เหรียญ การครอบครองกัญชายังคงเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายรัฐบาลกลาง แต่มี 8 มลรัฐ ที่มีกฎหมายเกี่ยวกับกัญชาเพื่อใช้ในการแพทย์ที่มีประสิทธิภาพ ในขณะที่การจับกุมยาเสพติดส่วนใหญ่ จะทำโดยเจ้าหน้าที่ของมลรัฐและท้องถิ่น เนื่องจากรัฐบาลไม่สามารถบังคับให้ตำรวจรัฐและท้องถิ่น บังคับใช้กฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลกลางได้ ผู้ใช้กัญชาในฐานะยามักจะสามารถหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีฟ้องร้องในรัฐเหล่านี้ได้ ในทางกลับกันการบัญญัติกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการลงโทษรุนแรงขึ้นหรือเพื่อข่มขู่ยับยั้งสังคม ไม่อาจนำมาซึ่งการแก้ไขปัญหายาเสพติด เพราะเมื่อโทษสูงขึ้น ทำให้ราคายาเสพติดแพงขึ้นไปด้วย การบัญญัติกฎหมายเพื่อลงโทษผู้เสพเพียงอย่างเดียว ไม่เพียงพอต่อการยับยั้งยาเสพติด ในทางกลับกันการกำหนดวิธีการบำบัดรักษาหรือการหายาทดแทน น่าจะให้ผลดีมากกว่ากฎหมายบังคับ (Donald J. Cantor, 1961:527)

⁹⁰ ฉัตรสมุน พฤตมิถุน (เชิงอรธ 78) 99.

3.3 มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (ICCS)⁹¹

มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (มาตรฐาน ICCS) เป็นการตกลงกันโดยหลักสากล โดยกำหนดการแบ่งแยกประเภทความผิดทางอาญาเป็นแนวคิด นิยาม เพื่อให้สถิติอาชญากรรมมีความสอดคล้องกันและสามารถเปรียบเทียบกันได้ในระดับสากลมากยิ่งขึ้น⁹² และเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการวิเคราะห์ในระดับประเทศ โดยมาตรฐาน ICCS ได้มีการกำหนดกรอบ อันเป็นประโยชน์ต่อการสร้างและเปรียบเทียบข้อมูลในทางสถิติอย่างเป็นระบบ ซึ่งสามารถนำไปใช้ได้กับข้อมูลอาชญากรรมในทุก ๆ รูปแบบ ไม่ว่าจะข้อมูลนั้นจะมีแหล่งที่มาจากหน่วยงานใด ๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (ตำรวจ อัยการ ศาล เรือนจำ) รวมไปถึงข้อมูลที่ได้จากเหยื่ออาชญากรรมด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มาตรฐาน ICCS เปรียบเสมือนภาษากลางในการจัดเก็บสถิติอาชญากรรม ให้เป็นมาตรฐานที่สามารถเปรียบเทียบได้ ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ

โดยในระดับนานาชาติ มาตรฐาน ICCS จะเข้ามามีบทบาทในการเปรียบเทียบข้อมูลอาชญากรรมให้สามารถนำมาวิเคราะห์ได้ดีมากยิ่งขึ้น อันเนื่องมาจากการมีแนวคิด นิยาม และมาตรฐานอย่างเดียวกันนี้ สามารถช่วยให้การเก็บ วิเคราะห์ และเผยแพร่ข้อมูลนี้เป็นไปอย่างมีระบบ และเป็นอย่างเดียวกัน ทั้งยังมีส่วนช่วยในการตอบสนองต่อการวิจัยและวิเคราะห์อาชญากรรมข้ามชาติในเชิงลึกในระดับประเทศ ทั้งยังเป็นต้นแบบต่อการกำหนดโครงสร้างและจัดระเบียบข้อมูลทางสถิติ และนำข้อมูลจากแหล่งที่มาที่แตกต่างกันมาประสานกันให้สอดคล้องกันได้ ทำนองเดียวกันมาตรา ICCS ยังสามารถกำหนดมาตรฐานข้อมูลจากหน่วยงานย่อยภายในประเทศซึ่งมีสถิติ ข้อมูล หรือกรอบทางกฎหมายที่แตกต่างกันได้

มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมย่อมมีความจำเป็นต่อการกำหนดมาตรฐานระเบียบวิธีและทางสถิติ และแก้ไขปัญหาการจัดเก็บข้อมูลหรือสถิติอาชญากรรมที่ไร้ระเบียบ กล่าวคือ สถิติอาชญากรรมที่มีความน่าเชื่อถือ ย่อมจะมีความสำคัญต่อการวัดการเปลี่ยนแปลงของระดับอาชญากรรม รวมไปถึงการติดตามและตรวจสอบ การตอบสนองของรัฐต่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของนโยบาย และการทำความเข้าใจในแง่มุมต่าง ๆ ของอาชญากรรมในบริบทของอาชญากรรมที่แตกต่างกัน แม้ว่าในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะนำมาซึ่งข้อมูลดิบ ต่าง ๆ อยู่แล้ว แต่ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดเก็บ หรือประมวลให้อยู่ในรูปแบบของข้อมูลทางสถิติ เพื่อประโยชน์ต่อการตัดสินใจ การเปรียบเทียบสถิติอาชญากรรมจากช่วงเวลาหรือประเทศที่ต่างกัน หรือกับสถิติอื่น ๆ เพื่อลดทอนอุปสรรคหรือ

⁹¹ United Nations Office on Drug and Crime (UNODC), *International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)* (pdf, United Nations Office on Drug and Crime (UNODC) 2015).

⁹² สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, *มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (คำแปลภาษาไทย)* (สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย 2562) 11.

ปัญหาในการวิเคราะห์เปรียบเทียบ อันเนื่องมาจากขาดแนวคิดที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน และไม่มีกรอบการทำงานทางสถิติที่ตกลงกันในระดับสากลเพื่อทำการเปรียบเทียบดังกล่าวได้⁹³

ตามมาตรฐานของ ICCS อาชญากรรม หมายถึง การฝ่าฝืนหรือการละเมิดขอบเขตข้อจำกัดของพฤติกรรมมนุษย์ซึ่งมีบทลงโทษทางอาญา และความผิดอาญาแต่ละชนิดจะมีผู้กระทำผิด ได้แก่ บุคคล องค์กร หรือหน่วยงาน ซึ่งต้องรับผิดชอบในพฤติกรรมที่เป็นความผิดอาญานั้น ซึ่งอาชญากรรมในแต่ละประเทศนั้นจะมีองค์ประกอบร่วมอยู่บางประการ เช่น “อันตราย” และ “ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบเหล่านี้ไม่อาจนำมาซึ่งนิยามของความผิดที่ชัดเจนและครบถ้วน ส่งผลให้การกำหนดนิยามคำอาชญากรรมให้สอดคล้องและครอบคลุมในระหว่างประเทศจึงเป็นไปได้โดยยาก อีกทั้งปัจจัยว่าด้วยระบบกฎหมายและการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมในแต่ละประเทศย่อมจะมีความแตกต่างกัน

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการจัดทำมาตรฐาน ICCS

การจำแนกความผิดทางอาญาสามารถพิจารณาได้จากมุมมองหรือแง่มุมที่หลากหลาย เช่น ผลกระทบที่เกิดขึ้น วิธีการกระทำ ความผิด ความรุนแรงจากการกระทำ ความผิด เป็นต้น ทั้งนี้มาตรฐานของ ICCS ให้ความสำคัญต่อมุมมองเชิงนโยบายเป็นสำคัญ เนื่องจากการจะจัดทำหมวดหมู่ของความผิดแต่ละประเภทนั้นควรเป็นไปเพื่อความเข้าใจง่ายต่อการพัฒนานโยบายป้องกันอาชญากรรมและระบบยุติธรรมทางอาญา ยกตัวอย่างเช่น ข้อมูลที่จัดระเบียบตามแนวทางของมาตรฐาน ICCS ควรตอบคำถามเรื่องแนวโน้มและการเปรียบเทียบอาชญากรรมเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรืออาชญากรรมทางเพศ จึงนำไปสู่หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดหมวดหมู่ของมาตรฐาน ICCS ดังต่อไปนี้

1. นโยบายด้านที่เกี่ยวกับการกระทำ/เหตุการณ์
2. เป้าหมายของการกระทำ/เหตุการณ์
3. ความรุนแรงของการกระทำ/เหตุการณ์
4. วิธีการกระทำ/ก่อความผิด

จากหลักเกณฑ์นี้ นำมาสู่การจำแนกความผิดอาญาในแต่ละลักษณะ โดยกำหนดระดับเป็นสี่ระดับลดหลั่นกันไป ได้แก่ ระดับที่ 1, 2, 3, และ 4 ตามหมวดหมู่ในระดับที่ 1 จำนวน 11 หมวด ที่ออกแบบให้ครอบคลุมในทุก ๆ ลักษณะเหตุการณ์ โดยระดับความผิดทางอาญาที่ 2, 3, และ 4 จะถูกยุบรวมอยู่ในระดับ

⁹³ ปัจจัยอื่น ๆ ที่มีผลกระทบต่อความสามารถในการเปรียบเทียบสถิติอาชญากรรม ได้แก่ การที่หน่วยงานต่างบันทึกความผิดทางอาญาเพียงบางส่วน ไม่ครบถ้วน ทั้งยังไม่สอดคล้องกัน และการใช้วิธีปฏิบัติที่แตกต่างกันในการนับจำนวนสถิติอาชญากรรม; ดูประกอบ United Nations Economic and Social Council. *Report of the National Institute of Statistics and Geography of Mexico on crime statistics E/CN.3/2012/3* (pdf, United Nations Economic and Social Council 2012).

เดียวกันเพื่อให้ได้ข้อมูลความผิดที่ครอบคลุมในระดับภาพใหญ่ และสามารถจำแนกแบ่งย่อยข้อมูลในระดับต่ำกว่าได้⁹⁴

ตารางที่ 3.1 หมวดหมู่ในระดับที่ 1 ประเภทของอาชญากรรมตามมาตรฐาน ICCS

หมวดหมู่ในระดับที่ 1	
1	การกระทำนำไปสู่การตายหรือมีเจตนาให้คนตาย
2	การกระทำที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือเจตนาให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่น
3	การประทุษร้ายทางเพศ
4	การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินที่มีการใช้ความรุนแรงหรือการข่มขู่
5	การกระทำความผิดต่อทรัพย์สินเท่านั้น
6	การกระทำที่เกี่ยวกับยาควบคุมพิเศษหรือสารออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทประเภทอื่น
7	การกระทำเกี่ยวกับการฉ้อฉล การหลอกลวง หรือการทุจริต
8	การกระทำความผิดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อำนาจอรัฐ และบทบัญญัติแห่งรัฐ
9	การกระทำผิดต่อความปลอดภัยสาธารณะและความมั่นคงของรัฐ
10	การกระทำความผิดต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ
11	การกระทำความผิดทางอาญาในลักษณะอื่นซึ่งไม่ได้จัดประเภทไว้ในเอกสารนี้

ในการใช้มาตรฐาน ICCS จำต้องมีการจัดประเภทอาชญากรรมทางอาญาเข้าหมวดหมู่ใดหมวดหมู่หนึ่งของมาตรฐาน ICCS ตามความเหมาะสม ซึ่งต้องพิจารณาประเภทอาชญากรรมจากความรู้เกี่ยวกับโครงสร้างมาตรฐาน ICCS เพื่อระบุถึงหมวดหมู่ในระดับที่ 1 ให้มีความเกี่ยวข้องกับความผิดนั้น ๆ มากที่สุด โดยในระดับที่ 1 นี้ จะเป็นการนิยามซึ่งการกระทำ ลักษณะ หรือเหตุการณ์อย่างกว้าง ๆ เช่น การกระทำอันนำไปสู่การตายหรือเจตนาทำให้ตายจะถูกจัดหมวดหมู่ระดับที่ 1 ให้อยู่ในส่วน 01⁹⁵ หรือในกรณีกระทำ ความผิดที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินถูกจัดให้อยู่ในส่วน 04 หรือ 05จากนั้นจะมีการจำแนกความผิดเข้าสู่หมวดหมู่ระดับอาชญากรรมในระดับ 2, 3 และ 4 โดยการระบุชื่อความผิดแต่ละประเภทสั้น ๆ ตามตัวบทกฎหมาย⁹⁶ โดยการพิจารณานิยามความผิดแบบค่อยเป็นค่อยไปตามกรอบการทำงานของมาตรฐาน ICCS อย่างรอบคอบตามมาตรฐาน ICCS ได้มีการกำหนดหมวดหมู่อาชญากรรมเกี่ยวกับยาเสพติด ดังนี้

⁹⁴ องค์การสหประชาชาติ. ส่วนงานสถิติ. UN Glossary of Classification Terms. “Group”. ดูได้ที่ http://unstats.un.org/unsd/class/family/glossary_short.asp. เพื่อความชัดเจนและประหยัดเนื้อที่ หมวดหมู่ในระดับที่สูงขึ้นไปซึ่งไม่มีการแบ่งแยกอีกจะไม่ปรากฏซ้ำในระดับที่ต่ำกว่า.

⁹⁵ ยกเว้นอาชญากรรมในลักษณะของอาชญากรรมสงคราม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ หรืออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ซึ่งถูกจัดหมวดหมู่ในระดับที่ 1 ในส่วนที่ 11 ได้แก่ การกระทำที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจสากล.

⁹⁶ อย่างไรก็ตามชื่อความผิดแต่ละประเภทนั้นอาจมีคำนิยามที่แตกต่างกันไป อันเนื่องจากระบบกฎหมายแต่ละประเทศ หรืออาจจะไม่เหมือนกันระหว่างเขตอำนาจทางกฎหมายต่าง ๆ ในประเทศเดียวกันด้วย.

ตารางที่ 3.2 หมวดหมู่อาชญากรรมเกี่ยวกับยาเสพติดตามมาตรฐาน ICCS⁹⁷

ส่วนที่ 06 การกระทำความผิดที่เกี่ยวกับยาควบคุมพิเศษหรือสารออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทประเภทอื่น			
ระดับ 02	ระดับ 03	ระดับ 04	อาชญากรรม
0601			การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้น
	06011		การครอบครอง การซื้อ การใช้ การเพาะปลูก หรือการผลิตยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว
		060111	การครอบครอง การซื้อ หรือการใช้ยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว
		060112	การเพาะปลูกหรือการผลิตยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว
	06012		การลักลอบค้า การเพาะปลูก หรือการผลิตยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้น โดยมิใช่เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว
		060121	การลักลอบค้ายาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยมิใช่เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว
		060122	การผลิตยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยมิใช่เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว
		060123	การเพาะปลูกยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยมิใช่เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว
		060124	การเบี่ยงเบนสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยมิใช่เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว
		060129	การลักลอบค้า การเพาะปลูก หรือการผลิตยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายในลักษณะอื่นโดยมิใช่เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว
	06019		การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายในลักษณะอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้น

ตามมาตรฐาน ICCS มีการกำหนดนิยามและรายละเอียดความผิดในส่วนที่ 06 เกี่ยวด้วยการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับยาควบคุมพิเศษหรือสารออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทประเภทอื่น ดังนี้

⁹⁷ สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (เชิงอรรด 92) 31.

ตารางที่ 3.3 นิยามและรายละเอียดในระดับอาชญากรรมยาเสพติดตามมาตรฐาน ICCS

ระดับอาชญากรรมยาเสพติด			นิยามและรายละเอียดความผิด
ระดับ 02	ระดับ 03	ระดับ 04	
0601			<p>การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับยาควบคุม พิเศษหรือสารตั้งต้น</p> <p>รายละเอียด : การจัดการ การครอบครอง การซื้อ การใช้ การค้า การเพาะปลูกหรือการผลิตยาที่กฎหมายควบคุมหรือสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เสพและไม่ใช้เพื่อใช้เสพ</p>
	06011		<p>การครอบครอง การซื้อ การใช้ การเพาะปลูกหรือการผลิตยาควบคุมพิเศษเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว</p> <p>รายละเอียด : การครอบครอง การซื้อ การใช้ การเพาะปลูกหรือการผลิต</p> <p>ยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว</p>
		060111	<p>การครอบครอง การซื้อหรือการใช้ยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว</p> <p>รายละเอียด : การครอบครอง การซื้อหรือการใช้ยาที่กฎหมายควบคุมโดยมิชอบ ด้วยกฎหมายเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว</p>
		060112	<p>การเพาะปลูกหรือการผลิตยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว</p> <p>รายละเอียด : การเพาะปลูก การผลิต การสกัดหรือการเตรียมยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว</p>
	06012		<p>การลักลอบค้า การเพาะปลูกหรือการผลิตยาควบคุม พิเศษหรือสารตั้งต้นโดยไม่ใช้เพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว</p> <p>รายละเอียด : การเสนอ การเสนอขาย การแจกจ่าย การขาย การจัดส่ง การเป็นนายหน้า ซื้อขาย การส่ง การส่งระหว่างการขนส่ง การขนส่ง การนำเข้า การส่งออกการเพาะปลูก การผลิต การสกัดหรือ การเตรียมยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ใช้เพื่อการใช้ยาหรือสารนั้นตามปกติ และไม่ใช้การครอบครองเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว</p>

ตารางที่ 3.3 ต่อ

ระดับอาชญากรรมยาเสพติด			นิยามและรายละเอียดความผิด
ระดับ 02	ระดับ 03	ระดับ 04	
		060121	<p>การลักลอบค้ายาควบคุมพิเศษโดยมิชอบ ด้วยกฎหมายโดยไม่ใช้เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว⁹⁸</p> <p>รายละเอียด : การเสนอ การเสนอขาย การแจกจ่าย การขาย การจัดส่งการเป็นนายหน้าซื้อขาย การส่ง การส่งในระหว่างการขนส่ง การขนส่ง การนำเข้า หรือการส่งออกยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย</p> <p>โดยไม่ใช้เพื่อการใช้นั้นตามปกติ และไม่ใช้การครอบครองเพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว</p>
		060122	<p>การผลิตยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบ ด้วยกฎหมายโดยไม่ใช้เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว</p> <p>รายละเอียด : การผลิต (manufacture) การสกัด หรือการจัดเตรียมยาที่กฎหมายควบคุมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่เพื่อการใช้นั้นตามปกติ และไม่ใช้การครอบครองเพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว</p>
		060123	<p>การเพาะปลูกยาควบคุมพิเศษโดยมิชอบ ด้วยกฎหมายโดยไม่ใช้เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว</p> <p>รายละเอียด : การเพาะปลูกยาควบคุมพิเศษโดยผิดกฎหมายซึ่งไม่ใช่เพื่อการใช้นั้นตามปกติ และไม่ใช้การครอบครองเพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว</p>
		060124	<p>การเบี่ยงเบนสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายโดยไม่ใช้เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว</p> <p>รายละเอียด : การผลิต การขนส่ง หรือการแจกจ่ายสารตั้งต้นโดยมิชอบ ด้วยกฎหมาย โดยไม่ใช้เพื่อการใช้นั้นตามปกติ และไม่ใช้การครอบครองเพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว</p>

⁹⁸ รวมไปถึงการกระทำในลักษณะ การเจรจาซื้อขายยาเสพติด, การลักลอบค้ายาเสพติด, การชักชวนให้ซื้อขายยาเสพติด, การขายปลีก ยาเสพติดผ่านอินเทอร์เน็ต, การจัดให้มี กำกับดูแล หรือจัดการกิจการจัดจำหน่ายยาเสพติด, การนำเข้าหรือส่งออกของยาเสพติดผิดกฎหมาย, การขาย การเสนอขาย การแจกจ่าย การทำการตลาดการโฆษณายาเสพติดผิดกฎหมายหรือสารตั้งต้น, การอำนวยความสะดวกให้ขบวนการลักลอบค้ายาเสพติด.

ตารางที่ 3.3 ต่อ

ระดับอาชญากรรมยาเสพติด			นิยามและรายละเอียดความผิด
ระดับ 02	ระดับ 03	ระดับ 04	
		060129	<p>การลักลอบค้า การเพาะปลูก หรือการผลิตยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายในลักษณะอื่น โดยมีใจเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว</p> <p>รายละเอียด : การลักลอบค้า การเพาะปลูก หรือการผลิตยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายในลักษณะอื่น โดยมีใจเพื่อใช้เสพเฉพาะส่วนตัว ซึ่งไม่ได้บรรยายหรือจัดประเภทไว้ตาม 060121 - 060124</p>
	06019		<p>การกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายในลักษณะอื่น ซึ่งเกี่ยวข้องกับยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้น</p> <p>รายละเอียด : การจัดการ การครอบครอง หรือการเสพยาควบคุมพิเศษหรือสารตั้งต้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพื่อใช้เสพหรือไม่ใช้เพื่อใช้เสพ ซึ่งไม่ได้บรรยายหรือจัดประเภทไว้ตาม 06011 - 06012</p>

กล่าวได้ว่าตามมาตรฐาน ICCS ได้แบ่งประเภทความร้ายแรงของยาเสพติดในแต่ละลักษณะโดยคำนึงถึงพฤติการณ์หรือจุดมุ่งหมายของการกระทำเป็นสำคัญ จึงนำมาสู่การแบ่งแยกความผิด 3 ลักษณะ คือ การกระทำเพื่อใช้เสพเฉพาะตัว, การกระทำโดยมิใช่เพื่อเสพเฉพาะส่วนตัว และการกระทำโดยมิชอบในลักษณะอื่น ๆ

บทที่ 4

วิเคราะห์การกำหนดขอบเขตความผิด

ร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด

ด้วยเหตุที่บทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดขอบเขตลักษณะความผิดร้ายแรงไว้ 5 ประการ ได้แก่ ความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติด และต้องถูกบังคับตามลงโทษตามกฎหมายหรือมาตรการลงโทษต่าง ๆ ตามประมวลกฎหมายยาเสพติด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการพยายามกระทำความผิด ซึ่งกรณีการพยายามกระทำความผิดตามหลักกฎหมายอาญาโดยทั่วไปนั้น กฎหมายกำหนดให้จำเลยต้องระวางโทษเพียงสองในสามของการกระทำความผิดนั้น เนื่องจากลักษณะของการกระทำ หรือผลของการกระทำความผิด ยังไม่บรรลุผลสำเร็จในอันก่อให้เกิดความเสียหายเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จได้ จึงส่งผลให้สัดส่วนของการลงโทษไม่เท่าเทียมกับการกระทำความผิดสำเร็จ อย่างไรก็ตามการลงโทษผู้กระทำความผิดหรือจำเลยในการพยายามกระทำความผิดในบางประเภท กฎหมายกำหนดให้มีการลงโทษผู้กระทำในขั้นตอนของการกระทำที่ยังไม่บรรลุผลสำเร็จ ซึ่งเป็นเรื่องความผิดที่มีความร้ายแรงต่อรัฐและส่งผลกระทบต่อสังคมในวงกว้าง ในทางกลับกันเมื่อคำนึงถึงบริบทในการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดที่จำต้องรับโทษเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จนั้น กฎหมายกำหนดขอบเขตของความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดในความหมายอย่างกว้างและครอบคลุมเกือบทุก ๆ ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด อันอาจส่งผลเสียต่อการแก้ไขปัญหายาเสพติด ไม่ว่าจะเป็นการเลือกขังขังหรือกลับใจกระทำความผิดเพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมในการลงโทษ จึงต้องศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการลงโทษการพยายามกระทำความผิด ให้ได้สัดส่วนสอดคล้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อรัฐ และเพื่อให้บทกฎหมายการกำหนดบทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดมีความเหมาะสมยิ่งขึ้น

4.1 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดความรับผิดกรณีพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

ด้วยบทบัญญัติขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด มีขอบเขตที่กว้างมากจนเกินไป และขาดความชัดเจนแน่นอน ส่งผลให้การกำหนดความรับผิดกรณีการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดไม่สอดคล้องกับความรับผิดของบุคคลในทางอาญา ทั้งยังส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพื่อความสะดวกในการศึกษาเรื่องของการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ผู้เขียนจะขอแบ่งประเด็นศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการศึกษาและทำความเข้าใจเป็น 3 ประเด็น ดังนี้

4.1.1 การกำหนดความรับผิดฐานพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไม่สอดคล้องทฤษฎีการลงโทษ

ความรับผิดของบุคคลในทางอาญานั้นจักเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อได้มีการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย ทั้งนี้การกระทำนั้นจะเกิดผลสำเร็จตามที่ผู้กระทำประสงค์หรือไม่นั้น ย่อมเป็นเหตุปัจจัยอันนำมาซึ่งหลักเกณฑ์ในการลงโทษหรือความรับผิดทางอาญาของผู้กระทำ ซึ่งการประสพผลสำเร็จของ

การกระทำความผิดนี้ เป็นหลักสำคัญต่อการวินิจฉัยซึ่งขั้นตอนของการกระทำในทางอาญา โดยพิจารณาขั้นของการกระทำและความใกล้เคียงผลของการกระทำ อันนำไปสู่ความรับผิดชอบทางอาญาที่แตกต่างกันไป ส่งผลให้การเตรียมการกระทำความผิดซึ่งเป็นลักษณะของการกระทำที่ห่างไกลจากการกระทำความผิด ไม่มีเหตุที่จำต้องรับผิดชอบในทางอาญา เว้นแต่ความผิดในบางประเภทที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองหรือป้องกันภัยอันตรายในเบื้องต้นก่อนที่จะมีการลงมือกระทำความผิด เพราะหากมีการกระทำความผิดสำเร็จแล้ว ผลของการกระทำนั้นจักก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐในวงกว้าง เช่น ความผิดฐานเตรียมการวางเพลิง ฯลฯ ทั้งนี้หากผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว อันเป็นขั้นของการกระทำที่ล่วงกว่าการเตรียมการขึ้นไป ย่อมเป็นการเริ่มต้นซึ่งความรับผิดชอบในทางอาญา หากเป็นการกระทำความผิดสำเร็จ กล่าวคือสมดังเจตนาของผู้กระทำความผิดและเกิดผลสำเร็จของการกระทำ ผู้กระทำย่อมรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่หากการกระทำนั้นไม่เป็นไปตามเจตนาของผู้กระทำหรือผลของการกระทำไม่ประสบผลสำเร็จแล้ว อันถือเป็นการพยายามกระทำความผิด ก็จักรับโทษหย่อนกว่าการกระทำความผิดสำเร็จ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดความรับผิดชอบภาวะวิสัยหรืออัตรวิสัยก็ตาม

เมื่อก้าวถึงการกำหนดรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะเป็นการผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือการมีไว้ครอบครองซึ่งยาเสพติด กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ ทั้งจะเห็นได้ว่าการพยายามกระทำความผิดนั้นขั้นตอนของการกระทำยังคงระหว่างขั้นตอนที่ 5 ถึงขั้นตอนที่ 6 กล่าวคือเป็นขั้นตอนที่ผู้กระทำลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่การกระทำความผิดนั้นยังไม่เกิดเป็นผลสำเร็จ ไม่ว่าจะเป็นอย่างนี้ เพราะ ผู้กระทำความผิดลงมือกระทำความผิดไปจนเสร็จสิ้นในขั้นตอนการกระทำของตนแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผลตามเจตนาของผู้กระทำความผิด หรือยังลงมือยังไม่ครบขั้นตอนของการกระทำตามที่ตนเจตนาไว้ แต่กลับเลือกที่จะไม่กระทำความผิดต่อไปให้เป็นผลสำเร็จ เหล่านี้ล้วนแต่เป็นผลให้การกระทำความผิดไม่สำเร็จตามเจตนาทั้งสิ้น ทั้งโดยสภาพของการพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น ย่อมมีความเสียหายที่เป็นประจักษ์การกระทำน้อยกว่าการกระทำความผิดสำเร็จเช่นเดียวกันกับความผิดในลักษณะอื่น ๆ ซึ่งผลเสียหายไม่เท่าเทียมกับการกระทำความผิดที่สำเร็จแล้ว โดยผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างในแต่ละประเภทความผิด ดังนี้

(1) การพยายามผลิตยาเสพติด กล่าวคือ การลงผลิตยาเสพติด แต่การผลิตนั้นอยู่ระหว่างการผลิตยาเสพติดของเครื่องจักร และไม่เสร็จสมบูรณ์เป็นยาเสพติด แม้ว่าการกระทำในขั้นตอนดังกล่าวจะเข้าใกล้เคียงชิดต่อความสำเร็จของการกระทำก็ตาม แต่หากการสามารถยับยั้งการกระทำในขั้นตอนของการพยายามผลิตยาเสพติดได้ ย่อมเป็นการลดทอนความเสียหาย หรือความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายในฐานอื่น ๆ เช่นกัน

(2) การพยายามนำเข้า หรือส่งออกยาเสพติด เช่น การนำเข้า หรือส่งออกยาเสพติดโดยผ่านพิธีการศุลกากร หรือช่องทางตรวจคนเข้าเมือง⁹⁹ แต่ถูกยับยั้ง หรือสกัดกั้นจากเจ้าพนักงาน ดังจะเห็นว่าเมื่อ

⁹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1887/2535 ขณะจำเลยเดินเข้าช่องทางเดินเพื่อไปยังเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง เจ้าหน้าที่ตรวจพบเงินสกุลดอลลาร์สหรัฐ, ดอลลาร์ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตให้นำออกนอกราชอาณาจักรที่จำเลย การกระ

การพยายามกระทำความผิดในลักษณะของการนำเข้า หรือส่งออกนั้นถูกยับยั้งเสียก่อน ความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือที่คาดว่าจะเกิดหรือเป็นผลพวงจากความสำเร็จของความผิดนั้นย่อมจะถูกระงับลง

(3) การพยายามจำหน่ายยาเสพติด ไม่ว่าจะความผิดนั้นจะไม่สำเร็จอันเนื่องมาจากการการยับยั้ง โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น การที่ผู้กระทำความผิดเพียงแต่นำยาเสพติดไปยังที่นัดหมายเพื่อส่งมอบ แต่ยังไม่ได้มีการส่งมอบอย่างเสร็จสมบูรณ์¹⁰⁰ หรือแม้แต่กรณีที่มีการจำหน่ายนั้นถูกยับยั้งโดยผู้กระทำความผิดเอง ไม่ว่าจะเป็นการยับยั้งโดยที่ตนสำนึกในการกระทำ หรือจะเป็นการยับยั้งเป็นคราว ๆ เนื่องจากการกระทำในคราวนั้นมีความอันตรายมากเกินควรก็ตาม ยาเสพติดนั้นก็ย่อมถูกแพร่กระจายออกไปในสังคม อันเป็นการยับยั้งการแพร่กระจายยาเสพติดต่อไป ย่อมไม่ทัดเทียมกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกรณีที่ยาเสพติดนั้นถูกจำหน่ายออกไปอย่างเสร็จสมบูรณ์

(4) การพยายามมีไว้ครอบครองซึ่งยาเสพติด จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเมื่อยาเสพติดนั้น ไม่ถูกส่งมอบให้กับผู้จะเข้าครอบครองแล้ว ผลของการใช้ยาเสพติดหรือความเสียหายอื่น ๆ ที่จะเกิดขึ้น ไม่ว่าจะแก่ผู้ครอบครองยาเสพติดเอง หรือบุคคลรอบข้างก็ย่อมไม่มีเช่นกัน

การพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดว่าด้วยการจำหน่ายซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภทที่ 1 หากมีการจำหน่ายยาเสพติดโดยสำเร็จแล้ว จึงกล่าวได้ว่าความเสียหายจากการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดน้อยกว่าการกระทำความผิดสำเร็จโดยสภาพ

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ความรับผิดของการพยายามกระทำความผิดแบบภาวะวิสัย ซึ่งกำหนดให้ผู้กระทำรับผิดเนื่องมาจากความใกล้ชิดต่ออันตรายต่อกรรมของการกระทำความผิด หรือสิ่งกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนั้น โดยสัดส่วนของการลงโทษจะพิจารณาถึงความเสียหายทางภาวะวิสัยที่ผู้กระทำได้ก่อขึ้น หากความเสียหายมากก็ต้องถูกลงโทษหนัก หากความเสียหายน้อยจะถูกลงโทษเบา¹⁰¹ ดังนั้นความเสียหายหรือความอันตรายจากการกระทำเป็นสาระสำคัญของความรับผิดในทางอาญา ดังนั้นหากพิจารณาถึงลักษณะความเสียหายในการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะเป็นลักษณะของการนำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดนั้น ความเสียหายหรือความอันตรายจากการพยายามกระทำความผิดย่อมน้อยกว่าหรือไม่เทียบเท่ากับการกระทำความผิดที่สำเร็จแล้วโดยสภาพ เช่นนี้อัตราส่วนของความรับผิดนั้นก็ย่อมต้องยิ่งหย่อนกว่ากรณีความผิดสำเร็จ การกำหนดโทษของการพยายามกระทำ

ทำของจำเลยเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการเดินทางออกไปจากประเทศไทย และใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จโดยพินัยเตรียมการแล้ว ดังนั้นจำเลยมีเจตนานำเงินตราที่ต้องจำกัด หรือต้องห้ามออกไปนอกประเทศจำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด.

¹⁰⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 847/2548 ขณะถูกจับกุม จำเลยเพียงแต่นำเมทแอมเฟตามีนของกลาง ไปยังสถานที่นัดหมาย เพื่อส่งให้นางบุษบาผู้ซื้อ โดยที่ยังมิได้ส่งมอบแต่อย่างใด การซื้อขายจึงยังไม่เสร็จสมบูรณ์ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐาน พยายามจำหน่ายยาเสพติดให้โทษ.

¹⁰¹ ปกป้อง ศรีสนิท และสุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วิวัฒน์กุล, 'การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดียาเสพติดให้โทษ' (2560) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 903, 914.

ความผิดให้ระวางโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ ย่อมเป็นการขัดต่อหลักทฤษฎีภาวะวิสัยอย่างชัดเจน

การกำหนดความรับผิดของการพยายามกระทำความผิดในแบบอัตรวิสัย เป็นทฤษฎีที่มุ่งถึงเจตนาหรือความประสงค์ร้ายของผู้กระทำเป็นสำคัญ ซึ่งได้แสดงออกมาภายนอกแล้ว อันถือได้ว่าการแสดงออกซึ่งภายนอกเป็นการย้ำซึ่งเจตนาและความประสงค์ของผู้กระทำความผิดแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในขั้นตอนใด ๆ ก็ตาม ส่งผลให้การลงโทษการพยายามกระทำความผิดในทฤษฎีอัตรวิสัย ไม่มีความแตกต่างไปจากกรณีความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการกำหนดความผิดในทางอาญาโดยเคร่งครัด อย่างไรก็ตามในภายหลังได้มีการแบ่งแยกความรับผิดโดยไม่เคร่งครัด โดยผู้เขียนขอกล่าวถึงประเด็นการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ดังนี้

การพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดตามหลักทฤษฎีความรับผิดแบบอัตรวิสัยโดยเคร่งครัด หลักการดังกล่าวมีพื้นฐานการพิจารณาความรับผิดโดยมุ่งเน้นถึงการปรากฏซึ่งเจตนาหรือความมุ่งหมายที่ปรากฏ ดังนั้นหากการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดเมื่อเป็นการกระทำที่ผ่านขั้นตอนของการลงมือกระทำความผิดมาแล้ว แม้การกระทำนั้นจะไม่สำเร็จไม่ว่าจะด้วยเหตุของความบังเอิญหรือโชคก็ตาม แต่ก็ถือว่าการแสดงออกซึ่งเจตนาในการกระทำความผิดอย่างสมบูรณ์แล้ว การระวางโทษให้ผู้พยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด รับโทษเช่นเดียวกันกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ จึงเป็นหลักที่สอดคล้องกับทฤษฎีอัตรวิสัยอย่างเคร่งครัดโดยตรง อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาโทษเช่นนี้ย่อมนำมาสู่ความรับผิดทางอาญาที่มากจนเกินไป ทั้งไม่ได้ก่อให้เกิดผลประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาเสพติดและไม่ส่งผลประโยชน์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และเป็นการกำหนดความรับผิดที่มีความล่าช้า อันจะทำให้รัฐจำเป็นต้องเพิ่มงบประมาณและทรัพยากรเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายอาญามีประสิทธิภาพทัดเทียมกับโทษทางอาญาที่เคร่งครัดมากขึ้น กล่าวคือรัฐต้องมีประสิทธิภาพเพียงพอต่อการบังคับโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำ ซึ่งวิธีการเช่นนี้เป็นการมุ่งลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำซึ่งไม่อาจแก้ไขปัญหาเสพติดอย่างบูรณาการได้

การพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดตามหลักทฤษฎีความรับผิดแบบอัตรวิสัยโดยไม่เคร่งครัด เป็นทฤษฎีที่ได้แยงแนวความคิดความรับผิดแบบอัตรวิสัยโดยเคร่งครัดว่าเป็นการลงโทษที่รุนแรงเกินไป โดยมีพื้นฐานว่าการลงโทษผู้กระทำความผิดควรเหมาะสมกับการกระทำหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งมีลักษณะแนวความคิดไปในทิศทางเดียวกันกับทฤษฎีภาวะวิสัย ทั้งนี้จะมีการแบ่งลักษณะของการพยายามกระทำความผิดเป็น 2 ประเภทคือ การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ แม้จะเป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่บรรลุผลของการกระทำแต่ผู้กระทำก็ได้ลงมือกระทำขั้นตอนของการกระทำความผิดในส่วนของตนอย่างสมบูรณ์ จึงมีความรับผิดเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ อันเป็นความรับผิดลักษณะเดียวกันกับทฤษฎีความรับผิดแบบอัตรวิสัยโดยเคร่งครัด การกำหนดโทษเช่นนี้มีความสอดคล้องกับการลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งไม่มีความเหมาะสมตามเหตุผลนัยเช่นเดียวกับทฤษฎีความรับผิดแบบอัตรวิสัยโดยเคร่งครัด การพยายามกระทำ

ความผิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ คือการพยายามกระทำความผิดที่ขั้นตอนของการกระทำความผิดในส่วนของผู้กระทำความไม่เสร็จสมบูรณ์ จึงส่งผลให้ความรับผิดชอบในกรณีนี้ไม่ทัดเทียมกับความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบที่ส่งผลเช่นเดียวกันกับความรับผิดชอบตามทฤษฎีภาวะวิสัย

4.1.2 การลงโทษการพยายามกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

แม้การกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ไม่ว่าจะเป็นการผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองยาเสพติดนั้น จะเป็นการกระทำความผิดที่ส่งผลกระทบต่อสังคมและรัฐซึ่งเป็นความเสียหายในวงกว้างก็ตาม ทั้งนี้การที่นโยบายทางกฎหมายของรัฐมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยการนำโทษทางอาญามาใช้บังคับอย่างเคร่งครัดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการลงโทษที่ไม่เหมาะสมต่อลักษณะของความผิดว่าด้วยยาเสพติดในบางประเภท ทั้งยังขัดต่อทฤษฎีการกำหนดความรับผิดชอบของบุคคล อันกำหนดความรับผิดชอบนี้ย่อมเป็นการสะท้อนถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญายิ่งกว่าผลดีที่จะได้รับจากการมุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาแต่เพียงสถานเดียว ดังที่ผู้เขียนจะกล่าวต่อไปนี้

(1) เป็นการมุ่งจะลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลยในทางอาญามีวัตถุประสงค์เพียงการข่มขู่ยับยั้ง ซึ่งกระทบสิทธิมนุษยชน

การกำหนดให้ผู้ที่พยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดจำต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จนั้น ถือเป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายบัญญัติบทลงโทษที่หนักขึ้นเพียงจะข่มขู่ยับยั้ง ไม่ให้ผู้อื่นกระทำความผิดในลักษณะใด ๆ ที่เกี่ยวกับยาเสพติดนั้น โดยที่ขั้นตอนของการกระทำและความเสียหายของการพยายามกระทำความผิดนั้นย่อมจะไม่เทียบเท่ากับการกระทำความผิดสำเร็จนั้นอย่างชัดเจน ทั้งยังไม่สามารถก่อให้เกิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษด้านอื่น ๆ กล่าวคือ การลงโทษไม่ได้แก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดฐานนำเข้า ผลิต หรือจำหน่าย ละเลิกจากการกระทำนั้นได้ ทั้งการใช้มาตรการทางอาญาที่เพิ่มขึ้นก็ยังคงเป็นการลดทอนโอกาสของจำเลยในการกลับคืนสู่สังคมโดยปริยาย เมื่อผู้ต้องหาในคดียาเสพติดไม่อาจกลับคืนสู่สังคมได้ จึงเลือกที่จะกระทำความผิดในลักษณะเดิม ๆ อันเป็นเหตุให้ผู้ต้องหาคดียาเสพติดมักจะมีการเข้า – ออกเรือนจำบ่อยครั้งด้วยความผิดในลักษณะเดิมซึ่งแม้การข่มขู่ยับยั้งจะมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างประโยชน์แก่สังคม แต่เปรียบกับผลการบังคับใช้กลับเป็นไปในทิศทางกลับกัน และไม่อาจลดทอนจำนวนผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้ จึงกล่าวได้ว่าการกำหนดบทลงโทษเช่นนี้เป็นการข่มขู่ยับยั้งให้ลงโทษหนักขึ้น ซึ่งนำไปสู่การกระทบต่อสิทธิมนุษยชนมากขึ้นโดยไม่จำเป็น กล่าวได้ว่าลักษณะของการข่มขู่ยับยั้งกับสิทธิมนุษยชนนั้นแปรผกผันกันเสมอ¹⁰²

(2) เป็นการมุ่งจะลงโทษผู้ต้องหาหรือจำเลยในทางอาญามีวัตถุประสงค์เพียงการข่มขู่ยับยั้ง ซึ่งกระทบสิทธิมนุษยชน

กล่าวได้ว่าการถอนตัวจากการกระทำความผิดเป็นการลดอัตราส่วนโทษของการกระทำความผิดโดยตัวของผู้กระทำความผิดเอง โดยเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเลือกที่จะกระทำการอย่างใด ๆ เพื่อเป็นการ

¹⁰² ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563) 204.

ลดทอนความเสียหายที่จะเกิดขึ้น หรือเพื่อป้องกันไม่ให้ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นเลย ทั้งนี้จะเป็นการกระทำที่
เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการลงมือกระทำที่ครบองค์ประกอบของความผิดกฎหมายแล้ว กล่าวคือการผิด
องค์ประกอบทางกฎหมายในขั้นตอนของการพยายามกระทำความผิด

โดยประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการถอนตัวจากการกระทำ
ความผิดไว้ในบทบัญญัติมาตรา 82 ว่า “ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด
หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่
ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ”
อันถือเป็นบัญญัติยกเว้นความผิดของผู้กระทำ ทั้งนี้หากการกระทำใด ๆ ที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำไปแล้วเป็น
ความผิดตามบทบัญญัติใด ๆ ผู้กระทำก็ต้องรับผิดในความผิดฐานนั้น ๆ เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้พยายาม
กระทำความผิดระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว อาจส่งผลให้ผู้ที่ยกเว้นโทษนั้นไม่อาจ
อ้างซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยการยับยั้งกลับใจในการกระทำความผิดเพื่อเป็นเหตุยกเว้นโทษให้แก่ตนได้ แม้ว่าตนจัก
ได้กระทำการตามหลักเกณฑ์การยกเว้นความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายในมาตราดังกล่าวแล้วก็ตาม

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการเปิดโอกาสให้ผู้พยายามกระทำความผิดได้รับผลประโยชน์จากการถอนตัว
จากการกระทำความผิดนั้น ย่อมเป็นผลดีต่อการยับยั้งความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้ดียิ่งกว่าการมุ่งลงโทษ
ผู้กระทำความผิด ไม่เพียงผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นแก่ตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงผลประโยชน์
ที่จะเกิดต่อรัฐเช่นกัน โดยผู้เขียนจะขออธิบายในแง่ทฤษฎีการถอนตัวจากการกระทำความผิด ดังนี้

(2.1) ทฤษฎีนโยบายทางอาญา (Kriminalpolitische Theorie) หรือทฤษฎีสะพานทอง
(Theorie von der goldenen Brücke) กล่าวว่า การถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดเป็นไปเพื่อนโยบาย
ทางอาญาของรัฐในการจูงใจให้ผู้ที่ยกเว้นโทษจากการกระทำความผิดยกเลิกการกระทำใด ๆ การกระทำหนึ่งของ
ตน หากผู้กระทำความผิดเกี่ยวข้องการถอนตัวจากการกระทำความผิด อันกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการยับยั้ง
การกระทำหรือกลับใจไม่ให้เกิดของการกระทำความผิดบรรลุขึ้น เช่นนี้เมื่อความเสียหายตามกฎหมายไม่
เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดแล้ว กฎหมายก็ไม่ควรลงโทษบุคคลนั้นเป็นการตอบแทน

เมื่อความเสียหายที่ควรเกิดขึ้นจากการพยายามกระทำความผิดนั้น ถูกยับยั้งมาจากการ
การกระทำของผู้กระทำเอง ย่อมเห็นได้ว่าความเสียหายดังกล่าวไม่เพียงแต่ลดทอนต่อผู้กระทำความผิดเท่านั้น
แต่ยังเป็นผลดีไปถึงรัฐในอันที่จะยับยั้งความเสียหายจากยาเสพติดนั้นโดยตรง เมื่อความเสียหายไม่เกิดขึ้นจาก
การกระทำนั้น กฎหมายหรือนโยบายทางอาญาก็ไม่สมควรที่จะลงโทษผู้กระทำเป็นการตอบแทน ซึ่งการเปิด
โอกาสให้ผู้กระทำได้ตัดสินใจเลือกที่จะยับยั้งยอมสมควรกว่าการที่กฎหมายมุ่งจะลงโทษทางอาญา อันนำไปสู่
ปัญหาของผู้ต้องหาเหล่านั้นจริง

(2.2) ทฤษฎีอภัยโทษ (Gnadentheorie) หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ทฤษฎีให้รางวัล
(Belonugstheorie) โดยการกระทำที่กฎหมายจะให้ภัยผู้กระทำความผิด ต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้แสดง
ให้เห็นแล้วว่าตนถอนตัวจากการกระทำความผิดให้สำเร็จนั้น และผู้กระทำความผิดแสดงให้เห็นแล้วว่า ใน

อนาคตตนจะไม่กระทำการเลวร้ายใด ๆ อีก ซึ่งเหตุผลเช่นนี้มีน้ำหนักมากพอเหนือกว่าการกระทำที่ตนได้กระทำไปแล้ว¹⁰³

ทฤษฎีอภัยโทษจะให้ผลลัพธ์การถอนตัวจากการกระทำความผิดเช่นเดียวกันกับทฤษฎีนโยบายทางอาญา แต่จะเหตุจากการถอนตัวจากการกระทำความผิดอันเนื่องมาจากผู้กระทำความผิดเองเป็นหลักพื้นฐาน ต่างจากทฤษฎีนโยบายทางอาญาที่จะพิจารณาในมิติของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเป็นสำคัญ ดังนั้นการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ย่อมเห็นได้ชัดแจ้งจากการอยู่แล้วว่าผู้กระทำความผิดจะตัดสินใจเลือกยับยั้งการกระทำความผิดด้วยตนเอง ก็ควรให้ความสำคัญถึงความมุ่งหมายหรือความประสงค์ของผู้กระทำที่จะเลือกไม่ให้ความผิดสำเร็จและสร้างความเสียหายนั้นเกิดขึ้น ทั้งนี้ไม่ว่าผลของการถอนตัวจากการกระทำความผิดจะเกิดขึ้นด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม เช่น การยอมกลับใจจากการกระทำความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติด เนื่องจากยอมจำนนต่ออำนาจของเจ้าหน้าที่ จึงกลับใจเสียก่อนที่จะกระทำความผิดสำเร็จก็ตาม แม้จะกล่าวได้ว่าความประสงค์หรือเจตจำนงของผู้กระทำจะมีมูลเหตุมาจากปัจจัยภายนอก อันส่งผลให้ผู้กระทำต้องยอมกลับใจที่จะกระทำความผิดก็ตาม แต่เมื่อการกลับใจนั้นได้กระทำด้วยความประสงค์ของผู้กระทำแล้ว ก็ควรจะเปิดโอกาสให้ได้รับการยกเว้นความผิดในทางกฎหมาย เช่นเดียวกับความผิดในลักษณะอื่น ๆ

(2.3) ทฤษฎีวิัตถุประสงค์ของการลงโทษ (Strafzwecktheorie) หากผู้กระทำได้ถอนตัวจากการกระทำความผิด ความผิดย่อมไม่สำเร็จตามความประสงค์เดิมที่จะกระทำความผิด ย่อมจะส่งผลให้ความเสียหายไม่อาจเกิดขึ้นจากกระทำเช่นกัน จึงกล่าวได้ว่าการที่ผู้กระทำแม้จะเป็นผู้เริ่มต้นความผิดหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมด้วยตนเองแล้วก็ตาม แต่การถอนตัวจากการกระทำความผิด ไม่ว่าจะเป็นการยับยั้งก่อนที่จะกระทำไปครบตามขั้นตอนของความผิด หรือกลับใจไม่ให้เกิดผลของการกระทำความผิดเกิดขึ้น ย่อมจะเป็นได้ว่าความเสียหายนั้นก็ย่อมไม่เกิดด้วยเหตุจากผู้กระทำความผิดด้วยเช่นกัน ย่อมถือเสมือนได้ว่าผู้กระทำความผิดเป็นผู้ก่อซึ่งอาชญากรรมในทางกลับกันก็เปรียบเสมือนผู้ป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น ๆ ด้วย

จากทฤษฎีดังกล่าวจะให้ความสำคัญไปถึงวัตถุประสงค์ของการลงโทษโดยหากผู้กระทำได้ถอนตัวจากการกระทำความผิด อันเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น การเปิดโอกาสให้ผู้กระทำได้รับการยกเว้นความผิด ย่อมทำให้ผู้กระทำได้รับโอกาสในการกลับตัวเป็นคนดี และกลับคืนสู่สังคมได้ ทั้งยังเป็น การช่วยเหลือผู้กระทำผิดไม่ให้มีปมด้อยจากการได้รับโทษทางอาญา ในทางกลับกันหากกฎหมายมุ่งจะลงโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิดยาเสพติด โดยการไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำได้ยับยั้งหรือกลับใจกระทำความผิดนั้น เป็นการสร้างความรับผิดชอบทางกฎหมายอาญาให้กับผู้กระทำ ซึ่งความรับผิดชอบนั้นย่อมกระทบต่อผู้กระทำความผิดในการกลับคืนสู่สังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทั้งยังนำมาซึ่งปัญหาของการลงโทษทางอาญาเพื่อและนำมาสู่สาเหตุผู้ต้องขังล้นเรือนจำ ทั้งการลงโทษทางอาญาเช่นนั้นไม่ได้สร้างความภูมิใจคุ้มกันต่อการกระทำความผิดของ

¹⁰³ ธารทิพย์ แสงหิ่งห้อย (เชิงอรรถ 45) 40.

ผู้กระทำแต่อย่างใด อันว่าจะกล่าวได้ว่าทฤษฎีวัตถุประสงค์ของการลงโทษนี้จึงมีลักษณะที่สอดคล้องกันกับทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

(3) จำเลยต้องรับความเสียหายจากการดำเนินกระบวนยุติธรรมทางอาญาที่ไม่เป็นธรรม

นอกจากความไม่เป็นธรรมที่จำเลยจักได้รับจากการบัพัญญติกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ดังที่กรณีและผู้เขียนได้กล่าวถึงหัวข้อก่อนหน้า ซึ่งจะเห็นได้ลักษณะของความไม่เป็นธรรมนั้นเป็นสาเหตุจากบัพัญญติทางกฎหมายโดยตรง ทั้งนี้ยังมีผลเสียหายทางอาญาอันเป็นผลพวงจากบทกฎหมายดังกล่าว ที่จำเลยหรือผู้กระทำจำต้องแบกรับอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ดังนี้

(3.1) จำเลยถูกลงโทษทางอาญามากกว่าขอบเขตการกระทำของตน ดังจะกล่าวได้รับความเสียหายในกรณีนี้เป็นผลพวงโดยตรงจากการกำหนดความรับผิดทางอาญาฐานพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดในแง่บัพัญญติทางกฎหมาย กล่าวคือด้วยเหตุการบัพัญญติความรับผิดให้การพยายามกระทำความผิด รับผิดเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จนั้น อันเป็นการมุ่งลงโทษจำเลยในทางอาญาแต่เพียงสถานเดียวนั้นเป็นการขัดต่อหลักความรับผิดของจำเลยดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไปในหัวข้อก่อนหน้า อันจำเลยต้องแบกรับความรับผิดที่เพิ่มขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในทางกลับกันการลงโทษเช่นนั้นก็ได้นำมาซึ่งภูมิคุ้มกันทางสังคมในอันที่จะป้องกันไม่ให้จำเลยกลับมากระทำความผิดซ้ำ ทั้งยังปิดโอกาสของจำเลยในการกลับคืนสู่สังคม

(3.2) ลดทอนโอกาสที่จำเลยจักได้รับดุลยพินิจการรอกการลงโทษ เมื่อกฎหมายกำหนดความรับผิดทางอาญาของจำเลยสูงขึ้นดังประเด็นที่ผู้เขียนได้กล่าวแล้วนั้น ย่อมนำมาซึ่งหลักเกณฑ์การรอกการลงโทษที่เป็นเป็นผลเสียต่อจำเลยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กล่าวคือบัพัญญติกฎหมายว่าด้วยการรอกการลงโทษหรือการรอกการกำหนดโทษถูกบัญญัติไว้ในบัพัญญติมาตรา 56 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยกำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่จะได้รับการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษนั้นต้องเป็นกรณีและผู้กระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปี การกำหนดความรับผิดของผู้พยายามกระทำความผิดนั้นย่อมนำมาซึ่งความรับผิดในทางอาญาที่สูงขึ้น เนื่องด้วยหากเป็นไปตามบัพัญญติว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดโดยทั่วไปแล้ว ย่อมส่งผลให้ผู้กระทำรับผิดเพียงสองในสามของการกระทำความผิดนั้น แต่การระวางโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จนั้น อาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษสูงกว่าห้าปีแล้ว ตามบัพัญญติของกฎหมายว่าด้วยการรอกการลงโทษหรือรอกการกำหนดโทษนั้นก็ย่อมไม่อาจนำมาใช้เพื่อเป็นผลประโยชน์ให้กับจำเลย นำไปสู่การลดทอนการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองดีทั้งเมื่อจำเลยต้องถูกลงโทษจำคุกระยะสั้น ย่อมนำไปสู่การเรียนรู้พฤติกรรมที่เลวร้ายจากผู้ต้องขังคนอื่นในเรือนจำ อันเป็นการเพิ่มคนเลวให้แก่สังคมมากกว่าการเปิดโอกาสให้บุคคลกลับตัวเป็นพลเมืองดี¹⁰⁴ ทั้งยังเป็นนำไปสู่การเพิ่มความแออดของนักโทษในเรือนจำ

¹⁰⁴ สิทธิชัย ไม้แก้ว, ‘การใช้ดุลยพินิจในการรอกการลงโทษ : ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา’

ด้วยเหตุประการที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น การกำหนดความรับผิดชอบให้ผู้พยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ระวังโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็้นั้น จักเป็นการกำหนดความรับผิดชอบที่สูงเกินควรและไม่เป็นธรรมต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแก่จำเลยหรือผู้กระทำความผิด

4.1.3 การกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดกว้างมากเกินไป และขาดความชัดเจนแน่นอน

อันเนื่องจากการกำหนดขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดการกระทำในหาลักษณะ ซึ่งมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง นำไปสู่ความรับผิดทางอาญาที่ขัดต่อทฤษฎีความรับผิดแบบภาวะวิสัย และทฤษฎีอัตราวิสัยไม่เคร่งครัด ทั้งยังเป็นการลดทอนความเป็นธรรมในการต่อสู้คดีของจำเลยหรือผู้กระทำความผิดนั้น ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดความผิดร้ายแรงนั้นควรพิจารณาและกำหนดลักษณะของการกระทำให้มีความชัดเจนแน่นอน¹⁰⁵ ทั้งการลงโทษดังกล่าวเป็นเรื่องของการลงโทษทางอาญา จึงควรกำหนดความผิดร้ายแรงแต่โดยพิจารณาถึงการกระทำที่กระทบต่อความเสียหายในวงกว้าง กล่าวคือนำทฤษฎีอัตราวิสัยมาเป็นเหตุผลรอง และเปิดโอกาสให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดความผิดที่จักสมควรลงโทษ การพยายามกระทำความผิดเป็นสิ่งที่อันตรายพิเศษ แม้ว่าเป็นการห่างไกลต่อการเกิดผล แต่ก็สมควรถูกลงโทษ¹⁰⁶ เช่น การลงโทษผู้เตรียมการกระทำความผิดฐานวางเพลิงให้ระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พยายามกระทำความผิด ซึ่งหากปล่อยให้ผู้เตรียมการกระทำดำเนินขั้นตอนไปจนถึงการลงมือกระทำความผิด ย่อมจะเป็นการละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมาย ที่ใกล้ชิดต่อการครอบงำประกอบความผิด

ดังที่ได้กล่าวว่า ประมวลกฎหมายยาเสพติด กำหนดนิยามของความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดไว้ หมายความว่า ความผิดเกี่ยวกับการผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติด ส่งผลให้ความผิดในประเภทนี้ได้กล่าวมานี้ต้องบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น จำต้องระวังโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการลงโทษในทางทฤษฎีอัตราวิสัย เช่นเดียวกัน ทั้งที่สภาพของการกระทำความผิดนั้นมีการละเมิดต่อบรรทัดฐานที่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการลงโทษในทางทฤษฎีอัตราวิสัยนั้น มีความจำเป็นในการลงโทษเฉพาะแต่ความผิดที่ละเมิดต่อบรรทัดฐานหรือกระทบกระเทือนต่อกฎหมาย กล่าวคือเป็นการกระทำที่หากดำเนินการลงมือถึงขั้นความผิดสำเร็้นั้น ย่อมจะก่อความเสียหาย กระทบประชาชน หรือความสงบสุขในสังคมอย่างร้ายแรง ประกอบกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้นเป็นเรื่องของความผิดอาญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิด (Mala prohibita) ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายไม่อาจใช้มาตรการอื่น ๆ ได้ เพื่อจะบังคับ ป้องกัน ยับยั้งการกระทำความผิดนั้น ได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่าง

¹⁰⁵ ความเห็นของ ดร.ศุภกิจ แย้มประสา จากการประชุมคณะอนุกรรมการดำเนินการศึกษาและปรับปรุงกฎหมายมีว่า การพิจารณาความร้ายแรงของความผิดนอกเหนือจากหลักการทางวิชาการแล้ว ยังต้องคำนึงถึงสำนึกทางศีลธรรมของสมาชิกสังคมในช่วงเวลานั้น ๆ ประกอบด้วย เพราะประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายขึ้นอยู่กับความสอดคล้องของกฎหมายนั้น ๆ กับสำนึกในทางศีลธรรมของบุคคลในสังคม ซึ่งมีความเป็นพลวัตเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา.

¹⁰⁶ พิรตณย์ นนทสวัสดิ์ศรี (เชิงอรรถ 40) 102.

ใดอย่างหนึ่งได้¹⁰⁷ ดังนั้นการกำหนดให้การกระทำในลักษณะใด ๆ เกี่ยวกับยาเสพติดที่จำต้องมีความรับผิดชอบในทางอาชญากรรม ควรพิจารณาถึงความผิดที่ละเมิดต่อบรรทัดฐานหรือกระทบกระเทือนต่อกฎหมายเป็นกรณีไป เพื่อลักษณะของการกระทำมีความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดให้มีความเหมาะสมต่อการลงโทษอย่างแท้จริง ยิ่งด้วยกฎหมายอาญามีโทษหรือสภาพบังคับทางอาญาที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพโดยตรง การที่รัฐจะกำหนดการกระทำใดเป็นความผิดและมีโทษต้องเรื่องที่พิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ¹⁰⁸ ดังที่จะกล่าวต่อไป

ทั้งนี้ การจะกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดประเภทใดที่จักเป็นความผิดที่สมควรจะใช้เหตุผลรองในการลงโทษ กล่าวคือการลงโทษในทางทฤษฎีอาชญากรรม ผู้เขียนจะขออธิบายตามหลักการกำหนดโทษทางอาญาตามบทบัญญัติ มาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยมีความมุ่งหมายเพื่อกำหนดกรอบและหลักการสำคัญที่ว่า การตรากฎหมายไม่ควรมีมากเกินไปกว่าความจำเป็น หากกฎหมายหมกหมิ่นความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต รัฐพึงยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายฉบับนั้นเพื่อไม่ได้เป็นภาระแก่ประชาชน¹⁰⁹ และโทษทางอาญาเป็นเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

การกำหนดโทษทางอาญาจึงต้องเป็นไปอย่างมีเหตุมีผล โดยมีหลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบที่สำคัญคือ ความผิดลักษณะดังกล่าวเป็นความร้ายแรงของการกระทำอันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทำความผิดอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง อันจะนำความรับผิดชอบอาชญากรรมมาใช้ในการลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดให้รับผิดชอบเช่นเดียวกับความผิดสำเริงนั้น ซึ่งผู้เขียนจึงขอจำแนกประเภทความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในประเภทต่าง ๆ โดยสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (ICCS) ดังนี้

มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรมเพื่อประโยชน์ทางสถิติ (ICCS) ได้แบ่งแยกระดับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไว้อย่างชัดเจน โดยจะใช้มาตรฐานที่บ่งชี้ถึงพฤติการณ์ของการกระทำเป็นข้อสำคัญในการแบ่งแยกประเภทความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในชั้นแรกแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ การครอบครอง การซื้อ การใช้ การเพาะปลูก ที่เป็นการใช้เฉพาะส่วนตัว, และการลักลอบค้า การเพาะปลูก หรือการผลิต โดยไม่ใช่เพื่อใช้เฉพาะส่วนตัว

ความผิดลักษณะที่ 1 ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดในลักษณะการครอบครอง การซื้อ การใช้ การเพาะปลูก ที่เป็นการใช้เฉพาะส่วนตัว อันจะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ประการสำคัญของความผิดในส่วนนี้ คือ การก

¹⁰⁷ อภิวัฒน์ สุตสา, 'การกำหนดโทษอาญา ตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย' (มีนาคม - เมษายน 2561) 2 วารสารจลนิตี 113, 127.

¹⁰⁸ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา* (สถาบันพระปกเกล้า 2564) 18.

¹⁰⁹ อัจฉริยา ชูตินันท์, 'หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย' (กรกฎาคม - กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์ 21, 38.

กระทำที่มีเจตนาเพื่อใช้แสพเฉพาะส่วนตัว เมื่อเปรียบเทียบกับบทนิยามความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามประมวลกฎหมายยาเสพติด เทียบเคียงได้ถึงความผิดฐานมีไว้ในครอบครอง เพื่อแสพ ซึ่งโดยลักษณะของการกระทำก่อให้เกิดความเสียหายเฉพาะแต่ผู้แสพเท่านั้น อันเป็นลักษณะของความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่ไม่กระทบต่อความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งเป็นความผิดที่กระทบเพียงแต่บุคคล หรือในหมู่ชุมชนนั้น ๆ ดังนั้นในกรณีมีไว้ในครอบครอง จึงไม่ควรจัดเป็นความผิดร้ายแรงตามประมวลกฎหมายยาเสพติด

ความผิดลักษณะที่ 2 ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดลักษณะการลักลอบค้า การเพาะปลูก หรือการผลิตที่ไม่ใช่เพื่อแสพเฉพาะส่วนตัว ซึ่งความผิดในลักษณะที่ 2 นี้ ประกอบด้วยพฤติการณ์ของการกระทำที่สำคัญสองประการ คือ การกระทำที่นำไปสู่การแพร่กระจายซึ่งยาเสพติด และไม่ใช้การกระทำเพื่อใช้แสพเฉพาะส่วนตัว เทียบได้กับความผิดลักษณะการผลิต นำเข้า ส่งออก และการจำหน่าย ตามประมวลกฎหมายยาเสพติด ทั้งนี้การจะกำหนดให้ความผิดในลักษณะดังกล่าวจำต้องรับผิดในฐานพยายามกระทำความผิด อันเป็นการลงโทษในเชิงเหตุผลรองนั้น ควรใช้แต่เฉพาะความผิดที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความปลอดภัยของประเทศ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ประกอบด้วยพฤติการณ์ที่อาจก่อให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการปกครอง หรือก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประชาชนในวงกว้าง ดังนี้

1. การกระทำเพื่อการค้า
2. การก่อให้เกิดการแพร่กระจายในกลุ่มประชาชน
3. การกระทำโดยหัวหน้า ผู้มีหน้าที่สั่งการ หรือผู้มีหน้าที่จัดการในเครือข่ายอาชญากรรม
4. การทำให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประชาชนทั่วไป

ในกรณีของการครอบครองซึ่งยาเสพติดจำนวนมหาศาล แม้ตามมาตรฐาน ICCS จะไม่ได้กำหนดให้เป็นความผิดร้ายแรงโดยตรงก็ตาม ทั้งนี้การครอบครองยาเสพติดนั้น อาจเป็นพื้นฐานของการกระทำความผิดยาเสพติดในลักษณะอื่น ๆ หรือการกระทำของตัวการ หรือกลุ่มบุคคลอื่น ๆ ได้ดังนั้นหากคำนึงถึงพฤติการณ์ประกอบการกระทำ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากการครอบครองยาเสพติดนั้นประกอบด้วยพฤติการณ์ที่อาจก่อให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการปกครอง หรือก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประชาชนในวงกว้างก็สมควรจัดให้การกระทำในลักษณะเช่นนั้นจัดเป็นความผิดร้ายแรงที่สมควรนำเหตุผลรองมาลงโทษด้วยเช่นกัน

การจำแนกความผิดและบทลงโทษ ในความผิดที่เกี่ยวกับยาเสพติดทั้งสองลักษณะดังกล่าวมีความแตกต่างกันในพื้นฐานของการกระทำ ประเภทของความเสียหาย รวมไปถึงระดับของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมและบุคคลอื่นที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง การกำหนดให้ความผิดทั้งสองลักษณะถูกกำหนดให้เป็นความผิดร้ายแรงภายใต้บทนิยามเดียวกัน เพียงเพื่อการเพิ่มโทษทางอาญาในการลงโทษบุคคลให้หนักขึ้น ย่อมเป็นการไม่สมควร ซึ่งการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นนั้น ไม่สามารถห้ามประชาชนละเมิดกฎหมายได้ แต่การมีกฎหมายที่ชัดเจนจะช่วยประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายได้ดียิ่งกว่า¹¹⁰ ดังนั้นการจำแนกลักษณะความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้มีความรับผิดอย่างชัดเจนจึงเป็นการกำหนดความรับผิดที่เหมาะสมยิ่งกว่า

¹¹⁰ อภิวัฒน์ สุตสา (เชิงอรรถ 107) 122.

4.2 เปรียบเทียบการกำหนดความรับผิดชอบว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

ตารางที่ 4.1 เปรียบเทียบความรับผิดชอบคดียาเสพติดระหว่างประเทศไทยและต่างประเทศ

	ประเทศไทย	ประเทศโปรตุเกส	ประเทศสหรัฐอเมริกา
เจตนารมณ์	<ul style="list-style-type: none"> - จัดทำนโยบายยาเสพติดในการนำไปใช้ทางการแพทย์และเศรษฐกิจ - เน้นการบำบัดรักษา มากกว่าการลงโทษ¹¹¹ - มุ่งเน้นการทำลายเครือข่ายยาเสพติด 	<ul style="list-style-type: none"> - ก่อนปี 2000 ใช้นโยบายการลงโทษอย่างเข้มข้นเพื่อกำราบอาชญากร - หลังปี 2000 นำนโยบายการยกเว้นโทษทางอาญามาใช้มาตรการปกครองแก่ผู้กระทำความผิด 	<ul style="list-style-type: none"> - ช่วงปี 1962 เน้นการควบคุมปราบปราม และใช้บทลงโทษรุนแรง - ช่วงปี 1970 เริ่มใช้มาตรการควบคุมยาเสพติดโดยผ่านคลายลง (decriminalization)
กฎหมายที่ใช้บังคับ	ประมวลกฎหมายยาเสพติด	<ol style="list-style-type: none"> 1. Decree-Law no. 15/1993 of January 2 Anti-Drug Legislation 2. Decree-Law no. 30/2000 of November 29 Decriminalisation 	<ol style="list-style-type: none"> 1. The Federal Controlled Substances Act 1970 2. The Comprehensive Crime Control Act of 1984 3. The Anti-Drug Abuse Act of 1986 4. The Anti-Drug Abuse Amendment Act of 1988

¹¹¹ ‘ประมวลกฎหมายยาเสพติดใหม่: ประชาชนได้อะไร คดียาเสพติดจะลดลงหรือไม่’ (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 4 กรกฎาคม 2566) <<https://www.law.tu.ac.th/tulawinfographic27/>> สืบค้นเมื่อ 20 ธันวาคม 2566.

ตารางที่ 4.1 ต่อ

	ประเทศไทย	ประเทศโปรตุเกส	ประเทศสหรัฐอเมริกา
การบังคับใช้กฎหมายอาญาและการลงโทษ	<p>- การผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองยาเสพติดให้โทษประเภท 1 จำคุกไม่เกิน 5 ปี ปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท</p> <p>- การพยายามกระทำความผิดความผิดร้ายแรง (ผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย ครอบครอง) รับโทษเสมือนความผิดสำเร็จ</p> <p>- มีบทเพิ่มโทษกรณีการกระทำความผิดในลักษณะของการค้า, การแพร่กระจายในกลุ่มประชาชน, การจำหน่ายให้กับบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ฯลฯ</p> <p>- การแก้ไขปัญหายูเอสบีหรือผู้ติดยาเสพติดโดยใช้มาตรการทางสาธารณสุขและสุขภาพ และเปิดโอกาสให้ผู้เสพสมัครใจเข้ารับการรักษาได้โดยไม่ต้องถูกดำเนินคดี</p>	<p>- การปลูก การผลิต การคัดแยก การเตรียม การเสนอหรือเสนอขาย การขาย การแจกจ่าย การซื้อ โอนให้แก่ผู้อื่น ทั้งยังรวมไปถึงการขนส่ง นำเข้า ส่งออก หรือมีพืชสาร หรือสิ่งปรุงแต่งใดๆ ที่ระบุไว้ในตาราง I ถึง III อย่างผิดกฎหมาย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ถึง 12 ปี</p> <p>- เพิ่มโทษ 1 ใน 4 สำหรับการกระทำต่อผู้เยาว์หรือผู้พิการทางสมอง, บุคคลจำนวนมาก, ผู้กระทำความผิดเป็นข้าราชการ, กระทำโดยแพทย์ เภสัชกร, กระทำโดยอาชญากรรมข้ามชาติ, กระทำในสถานบำบัดรักษาผู้เสพยาเสพติด สถานพินิจ สถานบริการสังคม ฯลฯ</p> <p>- ยกเว้นโทษทางอาญาให้กับผู้เสพและใช้มาตรการทางปกครองทดแทน</p>	<p>รัฐบาลกลาง</p> <p>- การจำหน่าย มีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ผลิต นำเข้า และส่งออก ยาเสพติดชนิดรุนแรงและผิดกฎหมาย จำคุกตั้งแต่ 5 ปี จนถึงตลอดชีวิตโดยไม่มีกระบวนการพักโทษ ขึ้นอยู่กับปริมาณยาและจำนวนครั้งที่กระทำความผิด</p> <p>- การมียาเสพติดชนิดไม่รุนแรงไว้ในครอบครอง จำคุก 90 วัน จนถึง 20 ปี ขึ้นอยู่กับปริมาณยาและจำนวนครั้งที่กระทำความผิด</p> <p>ระดับมลรัฐ</p> <p>- แต่ละมลรัฐมีการกำหนดความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดต่างกันไป เช่น การครอบครองและจำหน่ายโคเคน กัญชา ยาบ้า ยาอี ขึ้นอยู่กับปริมาณยาเสพติด</p> <p>- การจำหน่ายโคเคน ยาบ้า ยาอี ในมลรัฐส่วนใหญ่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี จนถึงจำคุกตลอดชีวิต</p>

จากตารางเปรียบเทียบจะเห็นได้ว่าแต่ละประเทศมีนโยบายการควบคุม ปราบปรามยาเสพติดที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นมาตรการลงโทษทางอาญา กำหนดโทษทางอาญา ที่แตกต่างกัน แต่มีแนวคิดทางการลงโทษที่ไปในทิศทางเดียวกัน คือ การลดทอนความรุนแรงด้านยาเสพติด กล่าวคือ ประเทศไทยจะมีมาตรการแก้ไขปัญหาผู้เสพหรือผู้ติดยาเสพติดโดยใช้มาตรการทางสาธารณสุขและสุขภาพ และเปิดโอกาสให้ผู้เสพสมัครใจเข้ารับการรักษาได้โดยไม่ต้องถูกดำเนินคดี รวมไปถึงการลดอัตราโทษทางอาญาในทุก ๆ ฐานความผิด, ประเทศโปรตุเกสถือเป็นประเทศที่ขึ้นชื่อเรื่องการลดความรุนแรงเกี่ยวกับยาเสพติด โดยให้ผู้ติดยาเสพติดเข้ารับการรักษาและใช้มาตรการทางปกครองมากกว่าการบังคับใช้มาตรการทางอาญา และประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะไม่ได้้นำการลดทอนความเสียหายเกี่ยวกับยาเสพติดมาบังคับใช้อย่างจริงจัง แต่ก็เริ่มมีการยกเว้นยาเสพติดในบางมลรัฐ และในหลาย ๆ มลรัฐเริ่มนำนโยบายดังกล่าวมาใช้บังคับ

อย่างไรก็ตามการเพิ่มโทษหรือการกำหนดโทษในแต่ละประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยประเทศไทยจะมีการเพิ่มโทษทางอาญาอันเนื่องมาจากพฤติการณ์ในการกระทำความผิด เช่น การกระทำเพื่อการค้า, การแพร่กระจายในกลุ่มประชาชน หรือการจำหน่ายให้กับบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี, กรณีของประเทศโปรตุเกสก็จะมีบทเพิ่มโทษในพฤติการณ์ที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย เช่น การกระทำต่อผู้เยาว์หรือผู้พิการทางสมอง, บุคคลจำนวนมาก, ผู้กระทำความผิดเป็นข้าราชการ และประเทศสหรัฐอเมริกา ก็จะกำหนดโทษโดยขึ้นอยู่กับปริมาณยาเสพติด แต่ในการลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จมีเพียงประเทศไทยเท่านั้นที่กำหนดบทลงโทษในลักษณะดังกล่าว

4.3 เหตุผลความจำเป็นและความเหมาะสมในการแก้ไขบทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด

เมื่อทราบถึงประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนได้กล่าวในหัวข้อข้างต้นแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อให้ขอบเขตนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด มีความเหมาะสมและชัดเจนมากยิ่งขึ้น จึงมีความจำเป็นอย่างที่สุดที่สมควรจะแก้ไขบทบัญญัติว่าด้วยแก้ไขบทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดเพื่อให้การลงโทษในลักษณะดังกล่าวมีความเหมาะสมกับความรับผิดชอบในทางอาญา และสภาพของความร้ายแรงและความเสียหายในความผิดร้ายแรงแต่ละประเภท ทั้งเพื่อผลประโยชน์ในกระบวนการยุติธรรมของจำเลยหรือผู้กระทำความผิดโดยชอบธรรม และลดทอนปัญหาว่าด้วยการบังคับใช้กฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่เคร่งครัดมากเกินไป อันเป็นสาเหตุของผู้ต้องหาหล้นเรือนจำ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

กว่าช่วงระยะกว่า 10 ปีที่ผ่านมา ประมาณ 269 ล้านคนทั่วโลก หรือ 1 ใน 4 ของประชากรโลก พันล้านคน มีอัตราการใช้จ่ายยาเสพติดเพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 30 และมากกว่า 35.6 ล้านคน ต้องทุกข์ทรมานจากการเสพติด ทั้งปัจจุบันการลำเลียง การค้า การขายยาเสพติดเป็นไปสภาพเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ทำให้การแพร่กระจายหรือลำเลียงยาเสพติดเป็นไปโดยง่ายตายมากยิ่งขึ้นส่งผลให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกจึงได้พยายามร่วมมือกันเพื่อหาทางหยุดยั้งการแพร่ระบาดของยาเสพติด แม้จะมีการ ‘สงครามยาเสพติด’ (war on drug) อันกำหนดให้การเสพ ครอบครอง หรือขายยาเสพติดทุกชนิดคืออาชญากรรมร้ายแรง ซึ่งต้องปราบปรามและมีบทลงโทษหนัก เพื่อสร้างความเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ในทางกลับกันกว่า 50 ปี จากการใช้นโยบายประกาศสงครามยาเสพติด มีบทพิสูจน์เป็นประจักษ์แล้วว่า การดำเนินนโยบายปราบปรามยาเสพติดโดยรัฐบาลทั่วโลกกลับไม่บรรลุประสงค์ในการปราบปรามยาเสพติดได้

กรณีประเทศไทยได้มีการประกาศสงครามกับยาเสพติด อันส่งผลให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณจำนวนมากในการกำจัดปัญหายาเสพติด สิ่งที่ตามมาจากการต้องขังผู้ต้องหาคดียาเสพติดในจำนวนมาก คือ ต้นทุนในการดูแลผู้ต้องขังในเรือนจำ โดยงบประมาณของกรมราชทัณฑ์ ที่ใช้ในการดูแลผู้ต้องขังในปี 2564 อยู่ที่ 14,196 ล้านบาท ในขณะที่เมื่อเทียบกับงบประมาณของ ป.ป.ส. ในปี 2564 อยู่ที่ 3,128 ล้านบาท ซึ่งสะท้อนการจัดสรรงบประมาณที่ไม่เหมาะสม โดยรัฐควรให้ความสำคัญกับการป้องกันและปราบปรามที่จุดกำเนิดของขบวนการยาเสพติด ซึ่งถือเป็นต้นเหตุของปัญหายาเสพติด มากกว่าการนำงบประมาณไปลงทุนกับการปราบปรามปัญหายาเสพติดที่ปลายเหตุ อันไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหายาเสพติดอย่างแท้จริง ภายหลังการประกาศใช้ประมวลกฎหมายยาเสพติด และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2564 อันเปิดช่องให้ศาลมีโอกาสดูแลพิพจน์ในการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำ โดยพิเคราะห์ถึงความร้ายแรงของการกระทำ ฐานะของผู้กระทำ และพฤติการณ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง และยิ่งไปกว่านั้นเพื่อแก้ไขกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้มีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน อันจะเห็นได้จากแนวโน้มการกำหนดบทลงโทษทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครอง ให้ลดน้อยหรือเบาลงกว่ากฎหมายฉบับเดิม

อย่างไรก็ตามบทนิยามว่าด้วยการกำหนดขอบเขตความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และมีไว้ในครอบครองเป็นความผิดร้ายแรงทั้งสิ้น ซึ่งส่งผลให้ผู้ที่ยุติธรรมกระทำความผิดฐานดังกล่าว จำต้องรับโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาผู้กระทำจำต้องรับผิดเพียงสองในสามส่วนของกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด แต่ด้วยบทบัญญัติมาตรา 126 แห่งประมวลกฎหมายยาเสพติด ผู้กระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น จำต้องรับผิดในความผิดนั้นเสมือนว่าตนได้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว ซึ่งส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรม ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง เป็นการกำหนดความผิดที่ขัดต่อหลักทฤษฎีภาวะวิสัยและทฤษฎีอัตตะวิสัยโดยไม่เคร่งครัด กล่าวคือความเสียหายที่เกิดจากการพยายามกระทำความผิดนั้นย่อมน้อยกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีความผิดที่สำเร็จแล้วอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามการกำหนดความผิดที่ผิดดังกล่าวยังสอดคล้องกับทฤษฎีความรับผิดอัตตะวิสัยโดยเคร่งครัดอันคำนึงเจตนาร้ายในการกระทำโดยไม่คำนึงถึงผลหรือความสำเร็จของการกระทำก็ตาม นำมาซึ่งความรับผิดทางอาญาที่มากจนเกินไป ซึ่งรัฐจำเป็นต้องเพิ่มงบประมาณและทรัพยากรเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายอาญามีประสิทธิภาพทัดเทียมกับโทษทางอาญาที่เคร่งครัดมากขึ้น

ประการที่สอง ส่งผลเสียต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เป็นการลงโทษที่กระทบสิทธิมนุษยชนอย่างยิ่ง ซึ่งเป็นการลงโทษที่มุ่งเน้นความรับผิดทางอาญาที่หนักขึ้นเท่านั้น และไม่ก่อให้เกิดวัตถุประสงค์ในการลงโทษอย่างอื่นใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการคืนสู่สังคม หรือการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู กลับกันเป็นมุ่งจะลงโทษในทางอาญาอันเป็นการข่มขู่ ซึ่งการลงโทษในลักษณะดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างใด ๆ ให้กับสังคม นอกเสียเพียงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการพยายามกระทำความผิดแล้ว ทั้งยังปิดโอกาสของจำเลยซึ่งอาจได้รับผลประโยชน์จากการยับยั้ง กลับใจในการกระทำความผิด อันเป็นการลดทอนการยกเว้นโทษหรือประโยชน์ในการยับยั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยผู้กระทำความผิด และประโยชน์แก่รัฐด้วย และเมื่อจำเลยได้รับโทษมากกว่าที่ตนควรจะได้รับก็ย่อมเป็นการลดทอนโอกาสที่จำเลยจักได้รับดุลยพินิจการรอการลงโทษด้วยเช่นกัน

ประการที่สาม บทนิยามความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดที่กำหนดความผิดทั้ง 5 ลักษณะเป็นความผิดร้ายแรงมีขอบข่ายที่กว้างมากจนเกินไปและขาดความชัดเจนแน่นอน นำไปสู่การลงโทษฐานพยายามกระทำความผิดในเชิงอัตตะวิสัยในความผิดทั้งห้าสถาน ซึ่งกฎหมายควรกำหนดความรับผิดดังกล่าวเฉพาะแต่ความผิดที่ละเมิดต่อบรรทัดฐานหรือความสงบสุขของสังคมอย่างร้ายแรงเท่านั้น ได้แก่ความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และความผิดฐานมีไว้ในครอบครอง ในการกระทำซึ่งพฤติการณ์ที่ร้ายแรงหรืออาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ เช่น กระทำโดยหัวหน้า ผู้มีหน้าที่สั่งการ หรือผู้มีหน้าที่จัดการในเครือข่ายอาชญากรรม ซึ่งเป็นลักษณะการกระทำความผิดที่ส่งผลกระทบต่อลักษณะของการกระจายความเสียหายในวงกว้าง หรือระดับมหภาค เพื่อให้การลงโทษมีความเหมาะสมและได้สัดส่วน

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 แก้บทกฎหมายว่าด้วยนิยามศัพท์ในประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 1 ในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ดังนี้

“มาตรา 1 ในประมวลกฎหมายนี้

ความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด หมายความว่า ความผิดเกี่ยวกับการผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย และครอบครอง ซึ่งเป็นการกระทำในลักษณะ

- (1) การกระทำเพื่อการค้า
- (2) การก่อให้เกิดการแพร่กระจายในกลุ่มประชาชน

(3) การกระทำโดยหัวหน้า ผู้มีหน้าที่สั่งการ หรือผู้มีหน้าที่จัดการในเครือข่ายอาชญากรรม

(4) การทำให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประชาชนทั่วไป

และหมายความรวมถึงการสมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือ หรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าวด้วย”

เพื่อให้นิยามขอบเขตความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติดมีความชัดเจนและเหมาะสม และนำไปสู่การลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด เช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดสำเร็จบังคับใช้แต่เฉพาะความผิดร้ายแรงเท่านั้น ทั้งนี้กำหนดความผิดร้ายแรงโดยสภาพให้หมายความถึงความผิดฐานผลิต นำเข้า ส่งออก และครอบครอง ซึ่งประกอบด้วยพฤติการณ์ตาม (1) - (4) เพื่อให้การกำหนดโทษมีความเหมาะสมในลักษณะของการกระทำมากยิ่งขึ้น

5.2.2 ศึกษาและอภิปรายเน้นย้ำถึงความเข้าใจเรื่องการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้เป็นไปตามพื้นฐานความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญาและสอดคล้องกับความร้ายแรงของการกระทำและความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่สังคม พร้อมด้วยตระหนักไปถึงผลกำหนดบทลงโทษทางอาญาที่มีผลถึงมาตรการทางอาญาในด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายราชทัณฑ์ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายอาญาโดยรวมในเรื่องความผิดและโทษมีความมีความเหมาะสม สอดคล้องกับสภาพปัญหาเสพติดที่เกิดขึ้นในสังคมนั้นอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสากวงศ์, *สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2538).*
- กิตติกรณ์ บุญโหล่ง, ‘ความผิดฐานยักยอก: ศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกับต่างประเทศ’ (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2561)
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ‘ความผิดที่ไม่มีพยาน’ ใน ภัทรา อยู่สำราญสุข (บรรณาธิการ) *หนังสือที่ 45*
(สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2545).
- _____, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง 2551).
- โกเมศ ขวัญเมือง, พระครูธรรมธรรฐาพร และพระครูปลัดอดุล ปริบูรณ์ ‘การแบ่งประเภทของความผิด
อาญา’ (เมษายน - มิถุนายน 2564) 2 วารสาร มจร สังคมศาสตร์ปริทรรศน์.
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- จิรวุฒิ ลิปิพันธ์, ธาณี วรภัทร์ และประธาน วัฒนวานิชย์, ‘มาตรการลดความรุนแรงในการบังคับคดียาเสพติด
ประเภทต่าง ๆ ที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ ในโลก’ (เมษายน - มิถุนายน 2563) 110 วารสารสุทธิปริทัศน์.
- ฉัตรสมุน พงศ์ภิญโญ, ‘การทบทวนและสังเคราะห์องค์ความรู้กฎหมายยาเสพติดเปรียบเทียบ: รูปแบบ
กฎหมายและแนวทางการควบคุมยาเสพติด’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อแผนงานภาควิชา
การเสพติด (ภวส.) สำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ 2559).
- ชาญชัย วรรณฤตินะ, ‘การลงมือกระทำความผิด : ศึกษากรณีฆ่าผู้อื่นโดยใช้อาวุธ’ (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2557).
- ฉัตรสมุน พงศ์ภิญโญ, ‘ร่างประมวลกฎหมายยาเสพติดและแนวทางควบคุมสารเสพติด’ (กันยายน - ธันวาคม
2559) 3 วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข.
- ณภัทร ธีรัฐพรโชค, ‘ปัญหาการกำหนดโทษให้กับผู้กระทำความผิดร่วมกับผู้บอบบาง’ (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2561).
- ณรรจญา ตัญญาพัฒน์กุล, ‘Decriminalization on Drug สู่ฉันทมติโลกใหม่ ปฏิรูปนโยบายยาเสพติดให้ตรงจุด’
(The 101. World, 22 มีนาคม 2565) <<https://www.the101.world/drug-decriminalization-policy/>> สืบค้นเมื่อ 20 ธันวาคม 2566.
- ณัฐธิดา ล้อสุวรรณ, ‘การกระทำโดยงดเว้น: ศึกษากรณีหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์พิเศษ’ (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).
- ดิศรณ์ ลิขิตวิฑูวณิ, ‘ความรับผิดชอบอาญาของนิติบุคคล: ศึกษากรณีความผิดฐานอาชญากรรมต่อมวล
มนุษยชาติโดยเปรียบเทียบเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560).
- โตมร ศุขปรีชา, ‘เมื่อยาเสพติดไม่ผิดกฎหมาย’ (The MATTER, 11 พฤษภาคม 2561) <<https://the-matter.co/thinkers/drug-liberalization/51030>> สืบค้นเมื่อ 22 พฤศจิกายน 2566.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญา หลักและปัญหา* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2549).
- _____, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 15, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561).
- _____, *สังคมกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2564).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 24, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565).
- ธารทิพย์ แสงหึ่งห้อย, ‘ขอบเขตของการยกเว้นโทษในกรณีของการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2552).
- ธีราพร สิงห์หล่อ, ‘SDG Updates | ภาพรวมสถานการณ์ยาเสพติดโลกกับผลกระทบต่อ SDGs’ (SDG MOVE, 21 มกราคม 2565) <<https://www.sdgmove.com/2021/05/20/recap-world-drugs-situation-and-implication-on-sdgs/>> สืบค้นเมื่อ 10 ธันวาคม 2566.
- ธีรวัฒน์ ชูรัตน์, ‘10 ปี ผู้ต้องขังยาเสพติดพุ่ง 2.3 แสนคน กฎหมายใหม่ช่วยได้หรือไม่?’ (The Active, 2 ธันวาคม 2564) <<https://theactive.net/news/20211202/>> สืบค้นเมื่อ 11 ธันวาคม 2566.
- ‘นโยบายการปราบปรามยาเสพติดในอาเซียน’ (ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน, 29 ตุลาคม 2559) <<https://lawforasean.krisdika.go.th/Content/View?Id=70&Type=1>> สืบค้นเมื่อ 10 มกราคม 2567.
- เบญชญา ขาดิกานนท์, ‘ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย : ศึกษากรณีคดียาเสพติด’ (มกราคม - มิถุนายน 2562) 1 วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี.
- ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).
- ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การแก้ปัญหากฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น ด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น’ (The 101. World, 14 มิถุนายน 2562) <<https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/>> สืบค้นเมื่อ 21 มีนาคม 2567.
- ปกป้อง ศรีสนิท และสุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, ‘การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษที่ได้สัดส่วนกรณีคดียาเสพติดให้โทษ’ (2560) 4 วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ‘ประมวลกฎหมายยาเสพติดใหม่: ประชาชนได้อะไร คดียาเสพติดจะลดลงหรือไม่’ (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 4 กรกฎาคม 2566) <<https://www.law.tu.ac.th/tulawinfographic27/>> สืบค้นเมื่อ 20 ธันวาคม 2566.
- ปราโมทย์ พันธุ์สะอาด, ‘รูปแบบการแก้ไขปัญหายาเสพติดเปรียบเทียบ สู่แนวนโยบายที่ควรจะเป็น’ (พฤษภาคม- สิงหาคม 2561) 2 วารสารธรรมศาสตร์.
- ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา* (สถาบันพระปกเกล้า 2564).

บรรณานุกรม (ต่อ)

- พัชรพงศ์ สอนใจ, ‘การพยายามกระทำความผิด: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา’ (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556).
- พีรตนย์ นนทสวัสดิ์ศรี, ‘การพยายามกระทำความผิด: ศึกษากรณีการพยายามทำให้แท้งลูกตาม มาตรา 304’
(2562) 1 วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____, ‘การพยายามกระทำความผิด: ศึกษากรณีการพยายามทำให้แท้งลูกตาม มาตรา 304’
(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560).
- สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย, *มาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยการจำแนกประเภทอาชญากรรม
เพื่อประโยชน์ทางสถิติ (คำแปลภาษาไทย)* (สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย 2562).
- สหรัฐ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษากฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักพิมพ์อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์
พับลิชชิ่ง 2563).
- สิตานันท์ กลิ่นกำจรสุข, ‘การพยายามกระทำความผิด : ศึกษาในแง่เหตุผลของการลงโทษ’ (วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555).
- สิทธิชัย ไม้แก้ว, ‘การใช้ดุลยพินิจในการรอกการลงโทษ : ศึกษาปัญหาการให้เหตุผลในคำพิพากษาคดีอาญา’
(วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2557).
- สิริโฉม พรหมโฉม, ‘การบังคับโทษปรับทางอาญา’ (กันยายน - ตุลาคม 2559) 5 วารสารจตุลนิติ.
- สุนทรี กลิ่งกระจ่าง, ‘ความรับผิดทางอาญา : ศึกษาเฉพาะกรณีความรับผิดของบิดามารดาตามพระราชบัญญัติ
คุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2549).
- สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, ‘ข้อความคิดและเหตุผลของการลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมาย
เยอรมัน’ (กันยายน - ธันวาคม 2552) 3 ดุลพาห.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ‘กฎหมายลักษณะอาญา: ประมวลกฎหมายอาญาฉบับแรกของไทย’ (มิถุนายน 2529)
2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 20, สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).
- อดิรุจ ตือระ, ‘รายงานฉบับใหม่ของ UNODC ชี้อาชญาในอาเซียนราคาถูกลง เข้าถึงง่ายขึ้น ส่งผลให้การค้าและ
เสพขยายตัวสูงต่อเนื่อง’ (SDG MOVE, 26 กันยายน 2565)
<<https://www.sdgmovement.com/2022/06/24/report-unodc-drug-east-southeast-asia-2022/>> สืบค้นเมื่อ 15 ธันวาคม 2566.
- อภิวัฒน์ สุดสาว, ‘การกำหนดโทษอาญา ตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย’
(มีนาคม - เมษายน 2561) 2 วารสารจตุลนิติ.

บรรณานุกรม (ต่อ)

อัจฉริยา ชูตินันท์, 'หลักการกำหนดความผิดอาญาและหลักการกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย'

(กรกฎาคม - กันยายน 2564) 3 วารสารสุทธิปริทัศน์.

เอกฤทธิรุจ เขมะวนิช, 'การพยายามกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือ

กระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต 2549).

Antony Duff, *Criminal Attempts* (Clarendon Press 1996).

Drug Enforcement Admin, 'Speaking Out Against Drug Legalization' (Office of Justice

Programs, กันยายน 2537) <<https://ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/speaking-out-against-drug-legalization>> สืบค้นเมื่อ 12 ธันวาคม 2566.

Énio Ramalho and William Themudo Gilman, *The Portuguese Penal Code, General Part*

(*Artices 1-130*) (Outubro de 2006).

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *Drug policy profiles: Portugal* (pdf,

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction 2011).

United Nations Economic and Social Council. *Report of the National Institute of Statistics*

and Geography of Mexico on crime statistics E/CN.3/2012/3 (pdf, United Nations
Economic and Social Council 2012).

United Nations Office on Drug and Crime (UNODC), *International Classification of Crime for*

Statistical Purposes (ICCS) (pdf, United Nations Office on Drug and Crime (UNODC) 2015).

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล วีร์พศุตม์ วรธีรฉัตร

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2562 - ระดับปริญญาตรี นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ประสบการณ์ทำงาน

พ.ศ. 2566 - เจ้าหน้าที่คดีพิเศษ กรมสอบสวนคดีพิเศษ

พ.ศ. 2564 - นิติกร สำนักงานอัยการสูงสุด แผนกคดียาเสพติด 3