

บทที่ 2

หลักเกณฑ์ของการพยายามกระทำความผิดและหลักการแบ่งแยก การเตรียมกระทำความผิดออกจากการลงมือกระทำความผิด ของประเทศไทย

โดยที่การตัดสินข้อเท็จจริงของศาลฎีกาไทยในคดีความผิดเกี่ยวกับความผิดกรณีพยายามฆ่าโดยใช้อาวุธนั้น ศาลฎีกาไทยยังยึดติดอยู่กับการพิจารณาว่าการกระทำนั้นใกล้ชิดต่อผลสำเร็จแล้วหรือไม่ ซึ่งหากเป็นอาวุธปืนก็ต้องพิจารณาถึงขั้นว่าได้มีการยกอาวุธปืนเล็งมายังผู้เสียหายแล้วหรือไม่ หรือถ้าเป็นอาวุธมีดก็จะพิจารณาว่ามีอาวุธมีดจะฟันมายังผู้เสียหายแล้วหรือไม่ หากการกระทำของผู้ต้องหาไม่ถึงขั้นดังกล่าว ศาลจะตีความว่ายังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด และการกระทำนั้นก็อาจเป็นเพียงความผิดฐานพาอาวุธไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยเปิดเผยหรือโดยไม่มีเหตุอันควร¹ ความผิดฐานชักหรือแสดงอาวุธในการวิวาท² หรือเป็นความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญ³ ซึ่งเป็นเพียงความผิดหลุโทษเท่านั้น แต่หากศาลฎีกาได้พิจารณาถึงพฤติการณ์อื่นๆ ประกอบการกระทำของผู้ต้องหาแล้ว หากรับฟังได้ว่าผู้ต้องหาที่มีความผิดฐานพยายามฆ่าแล้ว ผู้ต้องหาอาจถูกพิพากษาลงโทษถึงสองในสาม⁴ ของอัตราโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าถึงยี่สิบปี⁵ ซึ่งจะเห็นได้ว่า

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 371 ผู้ใดพาอาวุธไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยเปิดเผย หรือโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือพาไปในชุมนุมชนที่ได้จัดให้มีขึ้นเพื่อนมัสการ การรื่นเริงหรือการอื่นใด ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งร้อยบาทและให้ศาลมีอำนาจสั่งให้รับอาวุธนั้น

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 379 ผู้ใดชักหรือแสดงอาวุธในการวิวาทต่อสู้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 ผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าถึงยี่สิบปี

อัตราโทษมีความแตกต่างกันอย่างมาก ดังนั้น เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าวเป็นไปได้ โดยถูกต้องและมีความเหมาะสม เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับความปลอดภัยตามที่ควรจะเป็นและเพื่อเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดได้อย่างถูกต้อง จึงเห็นควรศึกษาหลักเกณฑ์ แบ่งแยกในเรื่องดังกล่าวให้เกิดความชัดเจน

ดังที่ได้กล่าวมาตอนต้นแล้วนั้น มีนักกฎหมายได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า “รู้สึกว่าการเคร่งครัดมากในการวินิจฉัยการเริ่มลงมือพยายามฆ่าโดยใช้ปืนยิง การเริ่มลงมือกระทำคือเริ่มทำการที่จะนำไปสู่ผลสำเร็จโดยไม่มีการหยุดยั้งในระหว่างนั้น ไม่มีการพักเป็นตอนๆ ซึ่งน่าจะได้แก่เริ่มจับปืน เมื่อชักออกมาก็ยังได้ติดต่อกันไป ไม่ต้องชักออกมาวางนกลีภัยก่อนจึงจ้องยิง ถ้ารอถึงจ้องยิงจึงจะเป็นการเริ่มพยายามแล้วก็เห็นจะไม่ทันจับหรือแย่งปืนไปได้ก่อนที่จะลั่นไก”⁶ ดังนั้น เพื่อให้การศึกษาในเรื่องการลงมือกระทำความผิดฐานดังกล่าวสามารถกำหนดขอบเขตให้มีความเข้าใจได้อย่างชัดเจน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์การแบ่งแยกการเตรียมการเพื่อกระทำความผิดออกจากการลงมือกระทำความผิด โดยจะศึกษาจากขั้นตอนในการกระทำความผิดอาญาของบุคคลที่เริ่มตั้งแต่การมีเจตนาที่จะกระทำความผิด การเตรียมการเพื่อกระทำความผิด และการลงมือกระทำความผิดเพื่อให้ความผิดสำเร็จตามเจตนาที่ตนได้คิดไว้ โดยจะกล่าวถึงรายละเอียดดังต่อไปนี้

ขั้นตอนในการกระทำความผิดทางอาญา (The step of Criminal Act) ของบุคคลจะเริ่มตั้งแต่การคิด การตกลงใจ การเตรียมการ การลงมือ และการกระทำให้ความผิดสำเร็จสมตามเจตนาของผู้กระทำความผิด ถึงแม้ขั้นตอนในการกระทำความผิดจะเริ่มตั้งแต่มีการคิด การตกลงใจเพื่อกระทำความผิดก็ตาม แต่ขั้นตอนที่กฎหมายประสงค์จะลงโทษบุคคลนั้นจะพิจารณาตั้งแต่เริ่มมีการลงมือกระทำความผิดไปจนกระทั่งผลแห่งความผิดสำเร็จ เว้นแต่มีบทบัญญัติความผิดบางมาตราที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นตั้งแต่มีการคบคิดกันเพื่อกระทำความผิดหรือเพียงเตรียมการ ก็เป็นการกระทำความผิดแล้ว การที่กฎหมายลงโทษการกระทำที่เข้าขั้น “ลงมือ” เป็นต้นไป ก็เนื่องจากเหตุผลที่ว่า การกระทำก่อนถึงขั้น “ลงมือ” ซึ่งเรียกว่า “การเตรียม” นั้น ยังไม่เป็นการแสดงออกอย่างพอเพียงถึงจิตใจของบุคคลที่จะเป็นอาชญากรอย่างแน่นอน⁷

⁶ จิตติ ดิงสภักดิ์ ได้บันทึกไว้ในบันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1786-1787/2517 น. 2458. อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2540). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 379.

⁷ Andenaes. *The General Part of the Criminal Law of Norway*. p. 288. อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2540). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 369.

แต่เดิมมีแนวคิดที่ว่า การที่จะกำหนดให้มีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดเป็นการสมควรหรือไม่ ซึ่งก็มีทั้งฝ่ายเห็นควรให้มีการลงโทษในเรื่องการพยายามกระทำความผิด และฝ่ายที่เห็นควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดเฉพาะการกระทำความผิดพิเศษบางฐานเท่านั้น แต่ในปัจจุบันกฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดให้มีบทลงโทษสำหรับการลงมือกระทำความผิดหรือการพยายามกระทำความผิดไว้เป็นส่วนใหญ่ อาจเป็นเพราะความเห็นในเรื่องการกระทำความผิดอาญานั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสงบสุขของสังคมโดยรวมมาก อย่างไรก็ตาม การจะนำตัวผู้ต้องหามาพิจารณาในกระบวนการยุติธรรมก็มีความสำคัญเช่นเดียวกัน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาและทำความเข้าใจหลักการเรื่องการกระทำความผิด โดยเฉพาะในเรื่องการลงมือกระทำความผิดเป็นสำคัญต่อไป

การกระทำอย่างไรที่กฎหมายถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด ในขั้นแรกต้องพิจารณาถึงเจตนาทางอาญา (The criminal intent) ที่ผู้กระทำประสงค์จะกระทำความผิด ซึ่งข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป และการกระทำ (The act) ก็คือการเคลื่อนไหวทางกายภาพของผู้กระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่จะให้ผลแห่งการกระทำความผิดได้สำเร็จลงตามที่ได้ตั้งใจไว้ ดังนั้น การลงมือกระทำความผิดจะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำตั้งใจที่จะทำการตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดโดยประสงค์ให้ผลแห่งการกระทำความผิดเกิดขึ้น ถ้าเป็นการกระทำโดยประมาท กฎหมายจะถือเป็นความผิดก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติกำหนดให้การกระทำโดยประมาทเป็นความผิด⁸ การที่กฎหมายบัญญัติให้การลงมือกระทำความผิดเป็นความผิดและกำหนดบทลงโทษก็เพราะกฎหมายอาญาดูต้องการคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลซึ่งก็คือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเช่นเดียวกับการรักษาความสงบสุขในสังคมโดยรวม เพราะการที่ชาติบ้านเมืองจะพัฒนาไปได้ด้วยดีนั้นย่อมขึ้นอยู่กับความสงบสุขและความปลอดภัยของบุคคลในสังคมเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ผู้กระทำความผิดได้รับการพิจารณาและรับโทษอย่างเหมาะสมกับการกระทำที่ได้กระทำลงไปแล้ว และเพื่อให้สังคมกลับคืนสู่ความสงบเรียบร้อย ดังนั้นในการพิจารณาเพื่อหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษสำหรับการลงมือหรือการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอาญา จึงต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นที่กฎหมายประสงค์จะปกป้องคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายและความจำเป็นที่จะปกป้องคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้กระทำความผิด

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคแรก บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

การที่จะพิจารณาเพื่อให้เกิดความบริสุทธิ์ยุติธรรมในเรื่องดังกล่าวจึงเป็นปัญหาสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณากันต่อไป⁹

กล่าวโดยสรุปความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลจะเป็นผลมาจากการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำไปโดยเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญาให้สำเร็จและเป็นไปตามที่ผู้กระทำตั้งใจไว้ ซึ่งก็เป็นไปตามเจตนาโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Intent) ที่จะกระทำความผิดอาญานั้นเอง แต่ในเรื่องการลงมือกระทำความผิดหรือการพยายามกระทำความผิดอาจเกิดขึ้นได้ถ้าการดำเนินการดังกล่าวไม่อาจสำเร็จสมตามเจตนาอันเรื่องมาจากมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งมาขัดขวาง และโดยหลักทั่วไปแล้วการลงมือกระทำความผิดอาญาจะมีได้ก็แต่เฉพาะผู้กระทำได้กระทำไปโดยมีเจตนาในการกระทำความผิดเท่านั้น เจตนาในการกระทำความผิดอาญาไม่อาจมีได้ในการกระทำโดยประมาท

2.1 หลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบทางอาญา

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดประเภทหนึ่งในกฎหมายอาญา เป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ยังไม่เกิดผลเป็นความผิดสำเร็จ ปัญหาที่สำคัญอย่างหนึ่งที่มีการถกเถียงกันอย่างมากคือ การกำหนดขนาดของภัยอันตรายที่น้อยที่สุดที่จะถือเป็นหลักฐานพอเพียงว่าการกระทำนั้นเป็นการลงมือกระทำความผิดทางอาญาหรือไม่¹⁰ ซึ่งการหาคำตอบในปัญหานี้จำเป็นต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดดังต่อไปนี้

องค์ประกอบความรับผิดชอบทางอาญาหรือพื้นฐานความรับผิดชอบทางอาญาตั้งอยู่บนสถานะทางการกระทำ (acts) และสถานะทางจิตใจ (mind) ของผู้กระทำผิด ตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาที่ไม่ลงโทษความคิดของบุคคลที่ยังไม่ได้แสดงออกมาเป็นการกระทำ (voluntas reputabitur pro facto) กฎหมายอาญาจะลงโทษเฉพาะการกระทำหรือไม่กระทำของบุคคลที่เป็นการยืนยันเจตจำนงของบุคคลนั้นออกมาให้เห็นภายนอกแล้วเท่านั้น เรื่องภายในจิตใจมนุษย์ ความคิดการตัดสินใจ การไตร่ตรองทบทวน หรือการตกลงใจที่จะกระทำความผิดกฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษ¹¹ แม้ผู้นั้นจะมีจิตใจชั่วร้ายก็ตาม เพราะเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก แต่เมื่อมีการกระทำหรือไม่กระทำตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว องค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำผิดหรือสถานะทาง

⁹ Atsushi Yamaguchi. (1988). *Basic Problem in Japanese Criminal Law*. p. 82-83 (Mimeographed).

¹⁰ Jerome Hall. (1996). *General principles of criminal law*. p. 576.

¹¹ คณิต ฅ นคร. (2543). *กฎหมายอาญากฎทั่วไป*. น. 272.

จิตใจจะเป็นหลักฐานหรือเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของความรับผิดชอบ¹² ตามแนวคิดเกี่ยวกับต้นเหตุแห่งการกระทำ ความผิดทางอาญาที่ถือว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย ผู้กระทำผิดมีอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดก็ได้ตามใจชอบ แต่ผู้กระทำนั้นได้เลือกเอาข้างการกระทำผิด (free will) ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของผู้กระทำจึงมีเหตุผลเชื่อมโยงกับสภาวะจิตใจของผู้กระทำผิดด้วย¹³

2.1.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective)

การกระทำ (acts) หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำ ซึ่งเป็นสภาวะที่แสดงออกถึงการประสานกันของสภาวะทางจิตใจและสภาวะทางกายภาพ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายนั้นเกิดมาจากการคิด ไตร่ตรอง ตกลงใจที่จะกระทำ ถ้าขาดสภาวะทางจิตใจดังกล่าวถือว่าไม่มีการกระทำเกิดขึ้นเลย เช่น การละเมอ การถูกสะกดจิต เป็นต้น

ประเภทความผิดทางอาญาที่แบ่งแยกในแง่ของการกระทำ¹⁴ สามารถแบ่งออกได้ดังนี้

(1) ความผิดโดยการกระทำกับความผิดโดยการงดเว้นและความผิดโดยการละเว้น ความผิดโดยการกระทำเป็นความผิดที่เกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำความผิด เป็นความผิดที่กระทำอยู่โดยปกติ เช่น ลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ความผิดโดยการกระทำนั้นยังรวมถึงการงดเว้น คือการไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด ในกฎหมายอาญาถือว่าเป็นความผิดเท่ากับการกระทำ ตำรากฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับว่าบุคคลกระทำความผิดโดยการงดเว้นได้ แต่ตำรากฎหมายเยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ ออสเตรเลีย เซก โกลส โลวาเกีย และประเทศไทย¹⁵ ยอมรับว่าบุคคลอาจกระทำความผิดโดยการงดเว้นได้ ถ้าบุคคลนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลของการงดเว้นนั้น¹⁶ ส่วนความผิดโดยการละเว้นเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่าการไม่กระทำในพฤติการณ์อย่างใดเป็นความผิด หรือการละเว้นกระทำในกรณีใดเป็นความผิด ซึ่งความผิดประเภทนี้ไม่สามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้

¹² เสนาะ เอกพนธ์. (2501). “พยายามฆ่าคนตายตามกฎหมายไทยและอังกฤษ.” *คุลพหะ*, ปีที่ 5, เล่มที่ 11, น. 176-177. คูเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. น. 68. และเกียรติจจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 58.

¹³ หยุต แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127*. น. 3.

¹⁴ จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 12-26.

¹⁵ *ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59* วรรคท้าย.

¹⁶ หยุต แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127*. น. 41.

เช่น การละเว้นไม่ยอมช่วยชีวิตผู้อื่นที่ตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิต¹⁷ หรือการละเว้นไม่ช่วยเจ้าพนักงานในกรณีเกิดเพลิงไหม้¹⁸

(2) ความคิดที่ต้องมีผลปรากฏกับความคิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ ความคิดที่ต้องมีผลปรากฏ หมายถึง ความคิดที่ผลของการกระทำเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของความคิด ถ้ามีการกระทำแต่ไม่เกิดผลสุดท้ายหรือผลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความคิดก็ยังเป็นเพียงการพยายามกระทำความคิด โดยถือเอาผลสุดท้ายของการกระทำหรือผลตามเนื้อหาของความคิดตามกฎหมายเป็นตัวแบ่งแยกระหว่างความคิดสำเร็จกับการพยายามกระทำความคิด เช่น ความคิดฐานฆ่าคนตายผลสำเร็จของความคิดนี้คือความตายของผู้ถูกกระทำ หากไม่ตายก็เป็นเพียงการพยายามกระทำความคิดเท่านั้น ส่วนความคิดที่ไม่ต้องการผลนั้น หมายถึง ความคิดที่ผู้กระทำเพียงการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความคิดก็ถือว่าเป็นความคิดสำเร็จแล้ว โดยปกติความคิดที่ไม่ต้องการผลอันเป็นผลสุดท้ายของการกระทำ (resultant) ไม่สามารถมีการพยายามกระทำความคิดได้ เพราะไม่มีช่วงของการกระทำระหว่างการเตรียมกับการลงมือกระทำความคิดและความคิดสำเร็จเมื่อมีการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วก็จะเป็ความคิดในทันที แต่ในความคิดที่ไม่ต้องการผลอันเป็นผลที่เป็นความประสงค์ใกล้ชิด (butimmediat) นั้นสามารถมีการพยายามกระทำความคิดได้ เช่น ความคิดฐานแจ้งความเท็จ ผลของการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ คือ เจ้าพนักงานทราบข้อความที่แจ้งนั้นแล้ว หากเจ้าพนักงานยังไม่ทราบข้อความที่แจ้ง ไม่ว่าจะไม่เข้าใจข้อความหรือจดหมายหายระหว่างทาง ก็เป็นการพยายามกระทำความคิดได้ หรือความคิดฐานถือโกง เมื่อได้ทรัพย์สินไปโดยหลอกลวงจนผู้อื่นหลงเชื่อก็เป็นความคิดสำเร็จ ถ้าหลงเชื่อแต่ยังไม่ได้ทรัพย์สินไปก็เป็น การพยายามกระทำความคิด ซึ่งการแบ่งแยกประเภทความคิดเช่นนี้มีประโยชน์ในการวินิจฉัยการแบ่งแยกระหว่างความคิดสำเร็จกับความคิดฐานพยายาม

(3) ความผิดธรรมดากับความผิดซับซ้อน ความผิดธรรมดา หมายถึง ความคิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเดียวหรือกรรมเดียว เป็นความคิดที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในขณะเดียวกับที่ได้กระทำ เช่น ทำร้ายร่างกายโดยใช้ไม้ตีไปที่ศีรษะ 1 ที ความคิดซับซ้อน คือ ความคิดที่เกิดจากการกระทำหลายอันหรือหลายกรรม ซึ่งมีลักษณะต่างกันไป แบ่งออกเป็น

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 374 ผู้ใดเห็นผู้อื่นตกอยู่ในภยันตรายแห่งชีวิต ซึ่งตนอาจช่วยได้โดยไม่ควรกลัวอันตรายแก่ตนเองหรือผู้อื่น แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 383 ผู้ใดเมื่อเกิดเพลิงไหม้หรือสาธารณภัยอื่น และเจ้าพนักงานเรียกให้ช่วยระงับ ถ้าผู้นั้นสามารถช่วยได้แต่ไม่ช่วย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(ก) ความผิดต่อเนื่อง เป็นความผิดที่มีทั้งการกระทำและเจตนาประกอบกันอยู่ตลอดเวลาที่การกระทำนั้นยังคงมีปรากฏอยู่

(ข) ความผิดที่ยืดออกไป โดยปกติเป็นความผิดธรรมดาซึ่งไม่ต่อเนื่อง แต่ผู้กระทำได้ยืดการกระทำออกไปชั่วระยะเวลาหนึ่ง ทำให้เสมือนเป็นความผิดต่อเนื่อง เช่น การกระทำ ความผิดฐานเดียวกันหลายกรรม โดยผู้กระทำผิดคนเดียวกันและต่อผู้ถูกกระทำคนเดียวกัน โดยมีจุดประสงค์เดียวกัน

(ค) ความผิดเป็นปกติธุระ เป็นความผิดที่ต้องมีการกระทำซ้ำๆ กัน ซึ่งแต่ละครั้งนั้นโดยลำพังไม่มีความผิด ต่อเมื่อทำซ้ำๆ กันจึงจะเป็นความผิด

(ง) ความผิดที่มีช่วงเวลาวางแผนในการกระทำความผิด หรือความผิดที่มีขั้นการเตรียมเพื่อที่จะกระทำความผิดในขั้นต่อไป เป็นความผิดที่ผู้กระทำคิดไตร่ตรอง ทบทวน ตกลงใจในการกระทำความผิด แต่ไม่ได้แปรสภาวะจากจิตใจมาเป็นการกระทำความผิดตามวัตถุประสงค์ในขณะนั้นเลย จะมีการวางแผนในการประกอบการกระทำผิด โดยอาจมีขั้นการเตรียมการใดๆ เพื่อให้พร้อมที่จะลงมือกระทำความผิดได้สำเร็จในขั้นต่อไป หรืออาจเป็นการเตรียมเพื่อกระทำความผิดฐานหนึ่ง โดยการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในตัวเองอีกฐานหนึ่งก็ได้ ซึ่งความผิดประเภทนี้อาจจะมีช่วงระยะเวลาระหว่างการเตรียมและการลงมือกระทำความผิด และจะเป็นปัญหาในการพิเคราะห์เรื่องการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด

(4) ความผิดที่มีช่วงเวลาวางแผนการกระทำความผิด หรือความผิดที่มีขั้นการเตรียมเพื่อที่จะกระทำความผิดในขั้นต่อไป ความผิดที่มีการวางแผนในการกระทำความผิด เป็นความผิดที่ผู้กระทำคิด ไตร่ตรอง ทบทวน ตกลงใจในการกระทำความผิด แต่ไม่ได้แปรสภาวะทางจิตใจมาเป็นการกระทำความผิดตามวัตถุประสงค์ในขณะนั้นเลย จะมีการวางแผนในการประกอบการกระทำผิด โดยอาจมีขั้นตอนการเตรียมการใดๆ เพื่อให้พร้อมที่จะลงมือกระทำความผิดได้สำเร็จในขั้นต่อไป หรืออาจเป็นการเตรียมเพื่อกระทำความผิดฐานหนึ่ง โดยกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในตัวเองอีกฐานหนึ่งก็ได้ และจะเป็นปัญหาในการพิเคราะห์เรื่องการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดเช่นกัน

2.1.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective)

เจตนาในการกระทำความผิด (Intention) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความผิดทางอาญาเพราะก่อนที่จะเริ่มกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้กระทำย่อมต้องคิดทบทวนในใจก่อนแล้ว อาจตกลงใจหรือไม่ตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดนั้นหรือไม่ก็ได้ ในขั้นคิดและตกลงใจนี้เป็นเรื่องภายในหรือเป็นเรื่องของจิตใจ ซึ่งในตัวของมันเองแล้วไม่มีความผิด แต่ก็ยังไม่อยู่ห่างไกลจาก

การกระทำความผิดอาญา¹⁹ กล่าวคือถ้าไม่มีการกระทำภายนอกแสดงออกมาแล้วก็จะไม่มีผลอย่างไรในทางกฎหมาย แต่ถ้าการคิดและตกลงใจที่จะกระทำการใดๆ หรือเจตนา²⁰ ได้มีการกระทำออกมาภายนอกด้วยแล้ว เจตนา²¹ นั้นย่อมมีความสำคัญในทางกฎหมาย การแสดงเจตนาให้ปรากฏออกมาภายนอกอาจกระทำโดยการบอกกล่าว ซึ่งก็ยังไม่เป็นผลเป็นความผิด แต่การบอกกล่าวนั้นอาจนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์เจตนาได้ นอกจากนี้เจตนาอาจแสดงออกในรูปการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดด้วยก็ได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 84 และมาตรา 85 แห่งประมวลกฎหมายอาญา²⁰

เจตนาในที่นี้มีใช้แรงจูงใจ (Motive) ของบุคคลในการกระทำความผิดอาญา แต่แรงจูงใจนี้จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญาได้ ในขณะที่เจตนากระทำความผิดอาญาจะนำไปสู่การกระทำความผิดอาญาให้สำเร็จในทันทีทันใด เช่น การที่ นาย ก. ใช้อาวุธทำร้าย นาย ข. โดยมีเจตนาฆ่า ในกรณีนี้มีมูลเหตุจูงใจในการฆ่าอาจเพื่อเป็นการแก้แค้น หรือเพื่อให้ได้ทรัพย์สินมา ซึ่งมีใช้องค์ประกอบสำคัญในทางกฎหมายสำหรับความผิดฐานฆ่าผู้อื่น แต่แรงจูงใจนี้อาจใช้เป็นพยานหลักฐานพิสูจน์ว่าจำเลยมีเจตนาในการกระทำความผิดได้²¹

การที่บุคคลได้คิด ตกลงใจ และได้กระทำการใดๆ อันเป็นความผิดต่อกฎหมายสำเร็จตามเจตนาของตนได้นั้น ถือเป็นกระทำความผิดอาญาแล้ว เจตนาในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดเป็นเจตนาที่ชี้ให้เห็นถึงจุดประสงค์ของผู้กระทำที่มีอยู่ในใจนั้น²² ซึ่งก็คือเจตนาตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นเอง และเจตนา²³ นั้นต้องเป็นเจตนาโดยประสงค์ต่อผลหรือเจตนา²⁴ ย่อมเล็งเห็นผลด้วย นอกจากนี้เจตนาดังกล่าวต้องเป็นเจตนาที่มีอยู่ในขณะกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้สำนึก กล่าวคือ ได้กระทำไปโดยรู้หรือโดยสมัครใจ โดยเจตนาที่จะทำให้การกระทำความผิดเป็นผลสำเร็จตามความประสงค์ที่ผู้กระทำได้คาดการณ์ไว้ล่วงหน้า เช่น ผู้กระทำจะมีความผิดฐานพยายามฆ่าได้ ก็จะต้องได้ความว่าผู้กระทำมีเจตนาฆ่า หรืออาจกระทำไปโดยมีเจตนาพิเศษในการกระทำความผิดอาญา²⁵ ก็ได้ ที่เรียกว่า “เจตนาโดยทุจริต” ซึ่งส่วนมากจะเป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์สิน²³ แต่ถ้าผู้กระทำมีเพียงเจตนาที่จะกระทำความผิดแต่ยังมีได้ดำเนินการใดๆ ให้เป็นไปตามเจตนาที่ตนประสงค์แล้ว กฎหมายก็ไม่อาจลงโทษผู้ที่มีแต่เจตนาในการกระทำความผิดได้ กล่าวคือ กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำไม่ใช่เพียงความคิด

¹⁹ Baker and Dodge. (1980). *Criminal Law, 6th edition*. p. 19.

²⁰ จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 279-281.

²¹ Baker and Dodge, supra note 4. p. 19.

²² Clark and Marshall. (1952). *A Treatise on the Law of Crimes*. p. 172.

²³ Kampee Kaocharern. *Thai Legal Perspectives on Criminal Attempts* (Thesis of Master of Law.

กฎหมายอาญาลงโทษผู้ที่พยายามฆ่าผู้อื่นแต่มีใจผู้ที่ต้องการฆ่าผู้อื่น²⁴ ดังนั้น ตรายใดที่บุคคลมีแต่เจตนาที่จะกระทำความผิดก็ไม่อาจนำตัวบุคคลนั้นมาลงโทษตามกฎหมายได้ เพราะยังไม่รู้ว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดฐานใดแน่ จึงยังไม่มีเจตนาพยายามกระทำความผิด²⁵ แต่ถ้าเจตนาในการกระทำความผิดของบุคคลนั้นได้รับทราบโดยบุคคลอื่นแล้ว ไม่ว่าจะโดยการพุดจาหรือมีการติดต่อกันเพื่อให้กระทำความผิดแล้ว กรณีนี้ก็อาจมีผลให้ผู้กระทำต้องเข้ามารับผิดชอบในผลของการกระทำที่อาจเกิดขึ้นได้²⁶

ถือกันว่าการกระทำผิดเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำผิดมีจิตใจชั่วร้าย ผู้กระทำผิดมีใจเป็นอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดได้ตามชอบใจ แต่ผู้นั้นได้เลือกเอาข้างกระทำความผิด พื้นฐานความรับผิดชอบทางอาญาจึงมีได้อยู่ที่การกระทำแต่เพียงอย่างเดียว แต่ประกอบด้วย การกระทำที่มีจิตใจชั่วร้าย

Husak อธิบายว่า พื้นฐานของความรับผิดชอบทางอาญาไม่ใช่วางอยู่บนหลักการกระทำเพียงอย่างเดียว ด้วยเหตุที่ว่า มีหลายกรณีที่ถูกกฎหมายอาญากำหนดให้มีความรับผิดชอบในการขาดการกระทำ ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า การกระทำประกอบไปด้วยเหตุการณ์หรือสถานการณ์ของเรื่อง ที่บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบ Husak จึงอธิบายพื้นฐานของความรับผิดชอบทางอาญาบน “หลักการควบคุม” (control principle) อันหมายถึง บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อเขามีการควบคุมเหนือสถานการณ์ (status) ของเรื่องที่เกิดขึ้น มิใช่เพียงเหนือการกระทำของเขาที่มีการควบคุม และในบางครั้งก็ยุติธรรมเมื่อเขามีการควบคุมเหนือสิ่งที่เขาจะสูญเสียการควบคุม หลักการนี้สามารถอธิบายได้ว่าทำไมความรับผิดชอบสำหรับพฤติกรรมที่ไม่มีเจตนาจึงเป็นการไม่ยุติธรรมเพราะผู้กระทำนั้นขาดการควบคุมเหนือการกระทำดังกล่าว และอธิบายได้ว่าทำไมจึงมีความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการไม่กระทำ (งดเว้น ละเว้น) และการกระทำโดยประมาทได้²⁷

การอธิบายว่าการไม่กระทำที่จะเป็นความผิดทางอาญา อธิบายบนพื้นฐานของหลักการควบคุม คือ การไม่กระทำที่จะเป็นความผิดทางอาญานั้นเป็นการไม่เคลื่อนไหวโดยการตั้งใจ แม้จะไม่มี การกระทำพื้นฐาน (basic action) แต่ก็มีเหตุการณ์เป็นลำดับต่อเนื่องในสถานะที่ผู้กระทำ

²⁴ คณิศ น นคร. (2539). *กฎหมายอาญาภาคความผิด*. น. 8.

²⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2524). *การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 12.

²⁶ Om PraKash Srivastava. *Principles of Criminal Law with Model Questions and Suggested Readings* (Eastern Book Company). p. 31-32.

²⁷ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 243.

ต้องการควบคุมให้เกิดขึ้นภายใต้การเคลื่อนไหวทางจิตใจ (mind) ของผู้กระทำที่มุ่งไปสู่ผลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดจึงควรที่จะต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญาด้วยเช่นกัน

ประเภทขององค์ประกอบทางจิตใจทางอาญา

สภาวะทางจิตใจหรือองค์ประกอบทางจิตใจที่เป็นองค์ประกอบภายในของความผิดทางอาญา สามารถแบ่งออกได้เป็น

1. เจตนา หมายถึง ผู้กระทำรู้สำนึกในการกระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น²⁸

2. ประมาท หมายถึง ผู้กระทำไม่ได้เจตนา แต่ปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาอาจใช้ให้เพียงพอไม่²⁹

3. ไม่เจตนาและไม่ประมาท หมายถึง การที่ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ประมาท แต่ด้วยเหตุผลในทางกฎหมายอาญาบางประการ เช่น ความยากในการพิสูจน์เจตนาในการกระทำ ความผิดบางอย่างจำเป็นต้องบังคับให้บุคคลมีความรับผิดชอบในทางอาญาโดยเด็ดขาดโดยไม่ต้องมีทั้งเจตนาและประมาท เป็นต้น³⁰

2.1.3 ขั้นตอนการกระทำความผิดอาญา

การกระทำทั้งหลายที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญานั้น จะมีผลเป็นความผิดสำเร็จขึ้นเมื่อใดนั้น สามารถทราบได้โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์แห่งความผิดนั้นไว้ เมื่อบุคคลกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดครบถ้วนถือว่าความผิดได้เกิดขึ้น ซึ่งการกระทำหรือไม่กระทำใดของบุคคลจะสำเร็จเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ย่อมมีเหตุการณ์เป็นไปตามลำดับ ดังนี้คือ³¹

1. การมีความคิดที่จะกระทำให้เกิดอันตรายอันต้องห้ามตามกฎหมาย (conception)
2. การไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำความผิด (deliberation)
3. การตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด (resolution)

²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 59 วรรค 2.

²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 59 วรรค 4.

³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 59 วรรค 1 และ จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 268.

³¹ จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 9). น. 287. และ หยุต แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.128* (พิมพ์ครั้งที่ 6). น. 187. และ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p.576.

4. การเตรียมการที่จะกระทำความผิดนั้น (preparation)

5. การลงมือ (commencement)

6. ชั้นของการเกิดผลของการกระทำ (consummation success) โดยมีหรืออาจไม่มีความสำเร็จตามความมุ่งหมายที่ต้องการกระทำ

กระบวนการเกิดความคิดทางอาญาจะเริ่มจากสถานะทางด้านจิตใจของผู้กระทำ เริ่มต้นด้วยการคิดที่จะกระทำให้เกิดอันตรายอันต้องห้ามตามกฎหมาย มีการไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำตามที่คิดนั้น มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด จากนั้นผู้กระทำผิดจะเปลี่ยนสถานะทางด้านจิตใจของตนแสดงออกมาสู่โลกภายนอกทางการกระทำ เริ่มต้นด้วยการเตรียมการที่จะกระทำความผิด ต่อด้วยการ ลงมือกระทำความผิด และลำดับสุดท้ายจะเป็นชั้นของการเกิดผลของการกระทำ ความผิดนั้น โดยมีหรืออาจไม่มีความสำเร็จของผลตามความมุ่งหมายที่ต้องการกระทำดังกล่าว

โดยทั่วไปกฎหมายอาญาจะไม่เอาผิดในขั้นตอนการคิด การไตร่ตรองทบทวนที่จะกระทำความผิด หรือการตกลงใจที่จะกระทำผิดกฎหมายตามที่คิด จะลงโทษเฉพาะการยื่นยันเจตจำนงของบุคคลออกมาให้เห็นภายนอกแล้วเท่านั้น โดยลักษณะของการกระทำหรือการไม่กระทำ ส่วนสถานะภายในจิตใจมนุษย์นั้นกฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษ³² แม้ผู้นั้นจะมีจิตใจชั่วร้ายเหตุผลเพราะว่า

1. ความคิดของบุคคลพิสูจน์ยากถ้าไม่มีการแสดงออกมาภายนอก ความคิดที่เกิดขึ้นผ่านไปผ่านมาในสมองไม่ใช่เรื่องที่ควบคุมกันได้ และไม่ใช่เป็นเรื่องที่จะพิสูจน์กันง่ายๆ เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการล่วงรู้กันได้โดยการเปิดเผยความในใจด้วยวาจาของผู้มีความคิดนั้นเอง³³

2. เป็นการยากที่จะแยกว่าความคิดของบุคคลนั้นเป็นความคิดที่เพ้อฝันหรือเป็นความคิดที่จะกระทำอย่างนั้นอย่างแน่นอน ซึ่งในช่วงระยะเวลาระหว่างที่มีการคิดจนถึงการตกลงใจและลงมือกระทำผิดในระบอบเวลานั้นอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงความคิดและเลิกล้มที่จะกระทำความผิดเสียได้

3. กฎหมายอาญาไม่ควรจะมีความหมายกว้างจนครอบคลุมไปถึงผู้ที่เพียงแต่คิด แต่ไม่เคยปล่อยให้ความคิดมีผลถึงขนาดเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย³⁴

³² คณิศ ฅ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. น. 272.

³³ วิจิตร ลุฑิตานนท์. (2507). *กฎหมายอาญา ภาค 1. คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะนิติศาสตร์ชั้นปีที่ 4* *กฎหมายอาญา ภาค 1*. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 97.

³⁴ Smith & Hogan. *Criminal Law*. p. 142. อ้างถึงในเกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 92.

4. การคิดร้ายย่อมไม่อยู่ในอำนาจของบุคคลที่จะป้องกันมิให้เกิดขึ้นได้ เช่นเดียวกับกับการที่มีใต้อยู่ในอำนาจของบุคคลที่จะป้องกันมิให้พฤติกรรมภายนอกออกมาจนให้บุคคลเกิดความคิดร้าย อนึ่งเมื่อได้มีการคิดร้ายแล้ว ผู้คิดร้ายจะกลับความคิดร้ายนั้นเสียเมื่อใดก็ได้ และแม้จะยังคิดร้ายอยู่ ผู้คิดร้ายอาจยับยั้งไม่ลงมือกระทำตามที่คิดร้ายนั้นก็ได้ เพราะเหตุเหล่านี้ เพียงความคิดร้ายของบุคคลหาเป็นผลให้เกิดอันตรายแก่หมุ่ชนไม่ กฎหมายจึงไม่เหลียวแลถึงความคิดร้ายของบุคคลและไม่รับเอามาบัญญัติเป็นความผิด³⁵

5. แม้จะได้มีการตกลงใจที่จะกระทำความผิดตามความคิดร้ายนั้นแล้วก็ตาม ก็ยังอยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลผู้คิดร้ายและตกลงใจที่จะยับยั้งไม่ลงมือกระทำตามที่คิดร้ายนั้นเสียก็ได้ และเพียงแต่การตกลงใจของบุคคลที่จะกระทำการอันใดอันหนึ่งแม้การกระทำนั้นจะเป็นกรรมชั่วก็ยังไม่ก่อให้เกิดอันตรายประการใดแก่หมุ่ชนไม่ กฎหมายจึงยังไม่เอื้อมมือเข้าไปเกี่ยวข้องและไม่รับเอามาบัญญัติเป็นความผิดเช่นเดียวกับการคิดร้าย³⁶

แต่เมื่อมีการกระทำหรือไม่กระทำตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว สถานะทางด้านจิตใจดังกล่าวจะเป็นหลักฐานหรือองค์ประกอบส่วนหนึ่งของความผิดทางอาญา ตามแนวคิดเกี่ยวกับต้นเหตุแห่งการกระทำความผิดทางอาญาที่ถือว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำมีจิตใจชั่วร้าย ผู้กระทำผิดมีอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดก็ได้ตามชอบใจ แต่ผู้นั้นได้เลือกเอาข้างการกระทำความผิด (free will) ความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลจึงมีเหตุเชื่อมโยงกับสถานะจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย³⁷ ซึ่งกฎหมายอาญาเรียกว่าเป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด

ลำดับเหตุการณ์ในการกระทำความผิดเมื่อผ่านมาถึงขั้นการลงมือกระทำความผิดจึงเริ่มเอาผิดแก่บุคคลในทางอาญา หากเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จ เรียกว่าเป็นการพยายามกระทำความผิด (criminal attempts) ความผิดนี้มีนักวิชาการเรียกชื่ออย่างอื่นอีกว่าเป็น ความผิดประกอบความผิดฐานอื่นๆ (inchoate offences) ความผิดในขั้นแรก (precursor offences) ความผิดทุติยภูมิ (secondary offences) ความผิดที่เป็นมาตรการป้องกัน (preventive offences) หรือ ความผิดที่ไม่สำเร็จ (nonconsummate offences) ซึ่งจะมีองค์ประกอบ

³⁵ พระยาอรรถการีย์สุนทรพนธ์. (2512). “ความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา.” *บทบัญญัติ*, เล่มที่ 26, ตอน 1-2. น. 101.

³⁶ พระยาอรรถการีย์สุนทรพนธ์พระยา. (2512). “ความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา.” *บทบัญญัติ*, เล่มที่ 26, ตอน 1-2. น. 102.

³⁷ หยุต แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*. น. 3.

และโครงสร้างความรับผิดชอบแตกต่างไปจากความผิดในส่วนเนื้อหาของความผิด (substantive offences) ในกฎหมายอาญาโดยทั่วไป³⁸ โดยมีการให้เหตุผลในการกำหนดให้การพยายามกระทำเป็นความผิดในทางอาญาไว้หลายๆ ประการด้วยกันคือ

1. ถือว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่สัมพันธ์กับความรู้สึกในความถูกต้องของสาธารณชนแล้ว

2. เพราะถือว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มีมูลค่าต่อหรือเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย

3. เพราะว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำของผู้มีอันตราย คือเป็นการกระทำของผู้มีเจตจำนงในการประกอบอาชญากรรม³⁹

4. เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นความใกล้ชิดและเสี่ยงต่อความเสียหายอันจะเกิดขึ้นเนื่องจากความผิดที่อาจสำเร็จลงเป็นอันมาก ซึ่งจะกระทบกระเทือนถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง⁴⁰

5. เพื่อเป็นการจำกัดความรุนแรงก่อนที่มันจะเริ่มขึ้น (Nip violence in the bud and do that without hindrance from existing law)⁴¹ หรือเพื่อเป็นการป้องกันขัดขวางการกระทำที่เป็นอันตราย โดยทำให้การกระทำนั้นจบลงก่อนที่มันจะเกิดขึ้น (nip the practice in the bud)⁴²

6. เพื่อเป็นการยืนยันอำนาจรัฐในการรักษาระเบียบของสังคม⁴³ และในขณะเดียวกันเพื่อเป็นการยับยั้งไม่ให้บุคคลกระทำความผิด⁴⁴ และ

³⁸ จิตติ ดิงสัททีย์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 278.

³⁹ คณิต ณ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. น. 272-273.

⁴⁰ คณิต ณ นคร. (2543). *คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา*. “วารสารอัยการ, ฉบับที่ 25. น. 55-61.

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

⁴² เป็นคำกล่าวของ Francis Bacon อธิบดีกรมอัยการของอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1615 as cited in. Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p. 568.

⁴³ เป็นคำกล่าวใน Paul K. Ryu. (1951). *Contemporary Problems of Criminal Attempts*. 32 N.Y.U.L.Rev. pp. 1170-1172 อ้างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). *หลักกฎหมายอาญา*. น. 100.

⁴⁴ Wayne R. La Fave and Austin W. scott. (1986). *Handbook on Criminal Law*. p. 498. อ้างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). *หลักกฎหมายอาญา*. น. 100.

7. เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้อื่นกระทำการอย่างนั้นต่อไปอีก⁴⁵

2.2 แนวคิดของการพยายามกระทำความผิด

2.2.1 ความหมายและหลักเกณฑ์ของการพยายามกระทำความผิด

ความหมายของการพยายามกระทำความผิด การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดซึ่งอยู่ระหว่างขั้นตอนการเตรียมกระทำความผิดกับการเกิดความสำเร็จ

การเตรียมกระทำความผิด หมายถึง การกระทำการใดๆ อันจะช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่การลงมือกระทำความผิด⁴⁶ หรือการที่ผู้กระทำได้กระทำให้พร้อมที่จะลงมือกระทำความผิดได้สำเร็จในขั้นต่อไป⁴⁷

ความผิดสำเร็จ หมายถึง ความผิดที่ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดได้เกิดขึ้นจริงแล้ว

ดังนั้น การพยายามกระทำความผิด หมายถึง การกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมการกระทำความผิดมาแล้วจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิด แต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จตามเจตนาครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นองค์ความผิดไว้ ซึ่งต้องพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่เจตนากระทำเป็นกรณีๆ ไป⁴⁸

หลักเกณฑ์ของการพยายามกระทำความผิดทางอาญา กรณีจะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดได้จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

องค์ประกอบภายนอก (Objective)

ก. ต้องมีผู้กระทำ หมายถึง บุคคลธรรมดา

ข. ต้องมีการกระทำ หมายถึง มีการกระทำหรือไม่กระทำที่เป็นเหตุการณ้อยู่ภายใต้บังคับจิตใจ แยกออกได้เป็น 3 ส่วน⁴⁹

⁴⁵ “รายงานการประชุมอนุกรรมการการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/101/2483. (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483). รายงานการประชุม คณะกรรมการกฤษฎีกา ตอน 8, เล่มที่ 2, ครั้งที่ 120/101/2483. น. 7.

⁴⁶ หยุต แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. น. 187.

⁴⁷ จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. น. 287.

⁴⁸ แหล่ง. น. 317.

⁴⁹ แหล่งเดิม. น. 112-119.

(1) อิริยาบถ (origin movement) ได้แก่ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายโดยรู้สำนึก ซึ่งหมายถึงการเคลื่อนไหวร่างกายโดยจิตใจบังคับเพื่อให้บรรลุผลตามเจตนา

(2) พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ (circumstances) ในการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหว อิริยาบถเดียวกันย่อมมีผลต่างกันแล้วแต่พฤติการณ์ประกอบ เช่น การกำมือ งอแขน กระดิกนิ้ว จะเป็นการยิงปืนต่อเมื่อมีพฤติการณ์ที่มีปืนที่ยิงได้อยู่ในมือ และจะเป็นการฆ่าคนต่อเมื่อมีพฤติการณ์เพิ่มเติมคือมีคนอยู่ในวิถีกระสุน พฤติการณ์ใดจะมีความสำคัญในกฎหมายหรือไม่ ย่อมแล้วแต่บทบัญญัติของกฎหมายในกรณีนั้นๆ พฤติการณ์ประกอบการเคลื่อนไหวอิริยาบถมิใช่ผลของการกระทำ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 3 ซึ่งผู้กระทำต้องรู้ มิฉะนั้นก็ถือว่าไม่มีเจตนา และองค์ประกอบเหล่านี้มิใช่ผลของการกระทำ เพราะถ้าขาดองค์ประกอบที่เป็นข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ ความผิดจะไม่เกิดขึ้นเลยแม้ในชั้นพยายามก็ไม่เป็นความผิด จะเป็นพยายามได้ก็ต่อเมื่อการกระทำประกอบด้วยพฤติการณ์ดังที่บัญญัติไว้แต่กระทำไม่สำเร็จ

(3) ผลจากอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบนั้น การกระทำความผิดย่อมสำเร็จลงเมื่อมีผลเกิดขึ้นจากการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถประกอบนั้น ผลแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

ผลประเภทแรก คือผลที่เป็นความประสงค์ใกล้ชิด (butimmediat) ผลประเภทแรกนี้คือการกระทำที่สำเร็จอยู่ในตัว คือเพียงแต่ทำสำเร็จลงเมื่อใดก็เป็นผลของการกระทำเมื่อนั้น ไม่ต้องมีอะไรเกิดขึ้นจากการกระทำเสร็จสิ้นลงนั้นอีก เช่น การแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน⁵⁰ เมื่อได้แสดงข้อความเท็จให้เจ้าพนักงานทราบเมื่อใด ก็ถือว่าการกระทำเกิดผลครบองค์ความผิดเมื่อนั้น เป็นต้น หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลนั่นเอง

ผลประเภทที่สอง คือผลสุดท้ายหรือผลที่กฎหมายบัญญัติ (resultant) เป็นหลักเกณฑ์องค์ความผิดที่ต้องเกิดขึ้นจากการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถนั้น เป็นผลที่ต้องพิจารณาว่าเมื่อใดจึงจะถือได้ว่าผลอันหนึ่งเกิดจากการกระทำอันหนึ่ง เช่น การฆ่าคนหรือความผิดฐานฆ่าคน ย่อมหมายถึงการกระทำให้คนตาย เป็นต้น ความผิดประเภทนี้มีการแยกการกระทำและผลของการกระทำออกจากกัน จึงมีปัญหาข้อพิจารณาในทางวิชาการต่อเนื่องด้วยถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

⁵⁰ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 137.

ค. การกระทำหรือไม่กระทำนั้นผ่านกระบวนการกระทำความคิดทางอาญาในขั้นเตรียมไปจนถึงขั้นลงมือกระทำความคิดแล้ว หมายถึง การกระทำของผู้กระทำความคิดที่ผลักดันเจตนาของผู้กระทำออกมาจนถึงระดับที่กฎหมายพยายามต้องการลงโทษบุคคลนั้น การพยายามกระทำความคิดจึงเริ่มเมื่อมีการกระทำอันเป็นการลงมือกระทำความคิดเกิดขึ้นเป็นต้นไป

ง. การกระทำหรือไม่กระทำนั้นยังไม่เป็นความคิดสำเร็จ คือ ผู้กระทำได้กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล

จ. องค์ประกอบความคิดในส่วนเนื้อหาของความคิดที่ผู้กระทำพยายามกระทำความคิดในฐานความคิดนั้นๆ

องค์ประกอบภายใน (Subjective)

การพยายามกระทำความคิดต้องมีเจตนา คือ ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความคิดในฐานความคิดนั้นๆ โดยมีการตัดสินใจโดยปราศจากเงื่อนไข คือ การตัดสินใจเด็ดขาดที่จะกระทำความคิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งโดยไม่ขึ้นอยู่กับความคิดทบทวนอะไรอีก กล่าวคือ ในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น แผนการกระทำความคิดปรากฏขึ้นแน่ชัดแล้ว สืบเนื่องจากแนวคิดพื้นฐานในเรื่องความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความคิด (criminal liability attempts) ที่ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความคิดจะผูกโยงสัมพันธ์อยู่กับระดับความเข้มข้นของความเสียหายในเจตนาของตัวผู้กระทำผิดตามแนวคิดกษัตริย์กฎหมาย (secondary harm)

แม้ว่าองค์ประกอบภายในเรื่องเจตนาจะเป็นองค์ประกอบสำคัญในความคิดฐานพยายาม ซึ่งหากไม่มีเจตนาที่ไม่สามารถลงโทษได้ แต่เฉพาะเจตนาเท่านั้นยังไม่เพียงพอจะเป็นความคิดฐานพยายามได้ ความคิดฐานพยายามยังต้องการหลักฐานของเจตนาในการพิจารณาโทษ ผู้ที่พยายามกระทำความคิด คือ การกระทำของผู้กระทำความคิดที่ผลักดันเจตนาของผู้กระทำออกมาจนถึงระดับที่กฎหมายพยายามต้องการในการลงโทษบุคคลนั้น (ขั้นการลงมือพยายามกระทำความคิด)⁵¹ ในส่วนการวินิจฉัยว่าผู้กระทำจะพยายามกระทำความคิดฐานใดนั้น ต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าผู้กระทำผู้กระทำมีเจตนากระทำความคิดในส่วนที่เป็นเนื้อหาของความคิดในฐานใดเสียก่อน เพราะการพยายามกระทำความคิดเป็นความคิดที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น เจตนา นั้นนอกจากเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลแล้วยังรวมถึงเจตนาเล็งเห็นผลด้วย

⁵¹ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 33.

2.2.2 แนวคิดและความเป็นมาในการบัญญัติให้การพยายามเป็นความผิดทางอาญา⁵²

2.2.2.1 แนวคิดการบัญญัติให้การพยายามเป็นความผิดอาญา

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญาหรือเป็นความผิดประกอบความผิดอื่นๆ (inchoate offence) ชนิดหนึ่ง มีองค์ประกอบ เนื้อหาความผิดและอัตราโทษแตกต่างไปจากความผิดในส่วนเนื้อหาของความผิดหรือความผิดหลัก (substantive offence) หรือความผิดในภาคความผิดโดยทั่วไป แนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติการพยายามกระทำความผิดมีที่มาจากแนวคิดในเรื่องการบัญญัติความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา ซึ่งแนวความคิดในเรื่องการพยายามกระทำความผิดได้แยกออกมาจากความผิดเรื่องความสำเร็จ โดยความแตกต่างขั้นแรกที่เห็นได้ชัดเจนคือเรื่องความเสียหายหรืออันตราย (harm) จากความผิดของการพยายามและความผิดสำเร็จ⁵³

เมื่อพิจารณาความผิดต่างๆ ในทางอาญาแล้วจะสามารถมองเห็นได้ว่าความผิดทั้งหลายนั้นจะประกอบไปด้วยสาเหตุของการก่อให้เกิดอันตราย (harm) หรือผูกมัดอยู่กับความเสียหายทางกายภาพ (physical injury) อย่างไรก็ดี การจะกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดทางอาญา การกระทำหรือไม่กระทำการนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับอันตรายหรือความเสียหายทางกายภาพอย่างใดอย่างหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ฆาตกรรม หรือความเสียหายในความผิดฐานนี้ คือผลของการบาดเจ็บหรือการก่อให้เกิดอันตรายต่อกายอันเป็นข้อเท็จจริงที่มีมูลเหตุมาจากการทำร้าย หรือกรณีความผิดลักษณะอื่นๆ นั้น ข้อเท็จจริงหรือมูลเหตุแห่งอันตรายนั้นอาจประกอบไปด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพจิตใจ หรือรายละเอียดเกี่ยวกับตัวเหยื่ออื่นๆ เช่น ความกลัว ความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายความเสียหายนั้น เป็นต้น

ถ้าหากดูในเนื้อหาของอันตราย สามารถแบ่งแยกลักษณะของอันตรายออกได้เป็น 2 ประเภท คือ “อันตรายขั้นปฐมภูมิ” (primary harm) และ “อันตรายขั้นทุติยภูมิ” (secondary harm)

อันตรายขั้นปฐมภูมิ (primary harm) หรืออันตรายในเนื้อหาของความผิด หรือผลสำเร็จของความผิด หมายถึง ความเสียหายทางกายภาพจากการกระทำความผิดฐานนั้นๆ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ฆาตกรรมปฐมภูมิของความผิดฐานนี้คือการได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ฆาตกรรมปฐมภูมิของความผิดฐานนี้คือความตายของบุคคล เป็นต้น การกระทำที่เป็นอันตรายประเภทนี้จะถูกบัญญัติให้เป็นความผิดที่เรียกว่าความผิดในส่วนเนื้อหาของความผิดหรือความผิดหลัก (substantive offences) ซึ่งต้องการผลสำเร็จของการกระทำความผิดหรือ

⁵² Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 128-143.

⁵³ George Fletcher. (1998). *Basic Concepts of Criminal Law*. p. 171.

ลักษณะของการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผลสำเร็จของความผิดนั้นๆ เป็นองค์ประกอบของความผิด

ภัยอันตรายชั้นทุติยภูมิ (secondary harm) หากพิเคราะห์ดูในความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิของความผิดนั้น จะประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงทางการกระทำ หรือสถานการณ์ของภัยนั้น รวมถึงจิตสำนึกของบุคคลที่พยายามจะกระทำให้เกิดความเสียหาย และประกอบไปด้วยภายใต้สภาพจิตใจของเหยื่อในความเสี่ยงที่อาจจะเกิดความเสียหาย เช่น ความตกใจ หรือความกลัว ในการเริ่มต้นลงมือกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดนั้น ผู้เสียหายย่อมเผชิญกับภัยโดยปราศจากการได้รับความคุ้มครองหรือความปลอดภัยในตัวเอง ความคาดหมาย ความกลัวว่าจะมีภัยอันตรายหรือความเสียหาย ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายนั้นเป็นภัยอันตรายชนิดหนึ่งรวมเรียกว่าภัยอันตรายชั้นทุติยภูมิ ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีข้อเท็จจริงในความเสียหายทางกายภาพเกิดขึ้นจริงๆ

เห็นได้ว่าการนิยามความหมายของความผิดทางอาญานั้น การกระทำหรือไม่กระทำการใดจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้น การกระทำหรือไม่กระทำนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่ง ความผิดทางอาญาที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิ คือความผิดในส่วนเนื้อหาความผิดนั้นเอง ได้แก่ ความผิดภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ส่วนความผิดทุติยภูมิ คือความผิดประกอบความผิดอื่นๆ (Inchoate Offence) ได้แก่ ความผิดฐานสมคบ (conspiracy) ความผิดฐานยุยงส่งเสริม (incitement) ความผิดฐานประมาท (negligent) ความผิดฐานละเลย (reckless) และความผิดฐานพยายาม (attempts) เป็นต้น

ความผิดประกอบความผิดอื่น (Inchoate Offence) แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ความผิดที่มีความเชื่อมโยงกับเจตนา หมายถึง ความผิดที่ผู้กระทำมีเจตนาจะก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือความเสียหาย ได้แก่ ความผิดฐานพยายาม ความผิดฐานสมคบ และความผิดฐานยุยงส่งเสริม

2. ความผิดที่ไม่มีความเชื่อมโยงกับเจตนา หมายถึง ความผิดที่ผู้กระทำไม่มีเจตนาในการก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือความเสียหาย ได้แก่ ความผิดฐานประมาท ความผิดฐานละเลย

ความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดนี้อาจจะมีได้ทำให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิ แต่มีส่วนก่อให้เกิดภัยที่อาจทำให้เกิดอันตรายในเบื้องต้นหรือก่อให้เกิดความเสี่ยง (risk) ที่จะทำให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิต่อมาได้ แต่ความผิดดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะเจาะจงของความผิด อีกทั้งชนิดรายละเอียดของการกระทำก็แตกต่างกันไปจากเนื้อหาของความผิดในภาคความผิด จึงกำหนดความผิดจำพวกนี้ให้พื้นฐานความผิดขึ้นมาอีกต่างหากจากความผิดหลัก มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง ส่วนที่แยกออกเป็นความผิดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกับเจตนาและความผิดที่เป็นการก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือความเสียหายโดยไม่จำเป็นต้องมีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกับเจตนา เหตุผลเพราะ

รายละเอียดในตัวความผิดของแต่ละประเภทมีระดับของความเล็งและศีลธรรมในตัวผู้กระทำ ความผิดแตกต่างกัน ในการกระทำที่เป็นการเริ่มต้นความผิดที่ประกอบด้วยเจตนา ระดับทางศีลธรรมของผู้กระทำจะต่ำ สามารถจะก่อให้เกิดความเสียหายและมีความเสี่ยงภัยสูงกว่าการกระทำที่เป็นเริ่มต้นความผิดที่ไม่มีเจตนา จากความแตกต่างดังกล่าวจึงเห็นว่าความผิดทั้งสองส่วนควรมีขอบเขตของการกระทำรายละเอียดของโครงสร้างความรับผิดชอบและโทษที่จะรับแตกต่างกันไป ทำให้มีการบัญญัติแยกฐานความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดดังกล่าวต่างหากออกจากกัน

2.2.2.2 ความเป็นมาในการบัญญัติให้การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดอาญา

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น ประเทศอังกฤษยุคต้น การพยายามกระทำความผิดเป็นสิ่งที่ไม่ได้ถูกกล่าวถึงและไม่ได้ได้รับความสนใจในกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอังกฤษในยุคต้น ยืนยันหลักการทั่วไปที่ว่า การพยายามนั้นไม่เป็นอันตรายและไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ในยุคต้นของอังกฤษจึงไม่ลงโทษกรณีบุคคลที่พยายามกระทำอันตรายแก่บุคคลอื่นแต่ไม่ประสบความสำเร็จ มีคำพิพากษาที่วินิจฉัยโดยเจาะจงในเรื่องนี้จำนวนน้อยมาก เท่าที่ค้นพบจะปรากฏอยู่ในคำกล่าวสั้นๆ ในการศึกษาของมหาวิทยาลัยเกี่ยวกับวิชาเอกทางกฎหมายอาญาในเรื่องการกระทำผิดอาญาที่เกี่ยวกับศีลธรรม ในคำกล่าวของ Bracton ที่ว่า “..ทำนองเดียวกัน ถ้าหากบุคคลหนึ่งใช้กำลังบีบบดลูกผู้หญิงโดยจุดมุ่งหมายให้เกิดการคลอดโดยการทำแท้ง เขามีความรับผิดชอบตามกฎหมาย..”⁵⁴ คำกล่าวของ Bracton เป็นคำกล่าวจำนวนน้อยที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักการที่ว่า การพยายามกระทำความผิดเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร โดยไม่ต้องมีความเกี่ยวพันถึงผลในความเสียหายจากการกระทำนั้น ถึงแม้ว่ากฎหมายอังกฤษในช่วงแรกๆ จะไม่มีกฎหมายที่ในเชิงกำหนดการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิด แต่ก็มีการกำหนดวิธีอื่นๆ ในการยับยั้งการกระทำที่เป็นอาชญากรรม เช่น มีกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลจรจัด (The Vagrancy Laws) มีกฎหมายที่กำหนดความผิดและการจัดการอย่างกว้างขวางกับบุคคลบางประเภท ได้แก่ ความผิดฐานออกมาเดินเตร็ดเตร่ยามค่ำคืน ความผิดอาญาเกี่ยวกับคนอันธพาล คนเร่ร่อน หรือคนที่ไม่มียาชีพ กฎหมายเกี่ยวกับการมั่วสุม กฎหมายเกี่ยวกับการก่อจลาจล เป็นต้น กฎหมายว่าด้วยการมั่วสุม (riot) หมายถึง การที่บุคคลสามคนหรือมากกว่า เข้าร่วมมั่วสุมเพื่อจุดมุ่งหมายที่ผิดกฎหมาย ไม่ว่าพวกเขาจะปฏิบัติตามจุดมุ่งหมายที่เจตนาไว้หรือไม่ และมันจะเป็นความผิดเกี่ยวกับการจลาจล (riot) เมื่อพวกเขากระทำตามความมุ่งหมายของเขาสำเร็จสมบูรณ์ ซึ่งมันเป็นการเอาใจใส่ถึงความปลอดภัยของสังคม แม้ว่าผู้กระทำผิดเพียงแต่พบปะกันและแยกจากกันไป ในสถานการณ์ดังกล่าวด้วยความยินยอมของตัวเองเขาเองหรือไม่ก็ตาม กฎหมายอังกฤษสมัยแรกๆ ยังเอาใจใส่ถึงการปฏิบัติต่อความ

⁵⁴ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p. 560.

ประพจน์ที่ไม่ชอบบางความประพจน์เสียแต่เนิ่นๆ เช่น การไปไหนมาไหนพร้อมอาวุธ การนำเป็นพวกที่บรรจุกฎกระสุนแล้วติดตัว การมีปืนหรือหน้าไม้ไว้ในบ้าน การดักซุ่ม การชักดาบฟันแทงผู้อื่น การใช้เวทย์มนต์ทำร้ายผู้อื่น ถึงแม้ว่าผู้หนึ่งจะไม่ได้รับผลเสียหายใดๆ ก็ตาม แต่กฎหมายที่สำคัญและแสดงให้เห็นถึงรากฐานของกฎหมายพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษก็คือ กฎหมายเกี่ยวกับการกบฏ ได้แก่ The statute of 25 Edward III ค.ศ. 1352 และ The statute of 21 Richard II ค.ศ. 1397 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นอาชญากรรมและมีความผิดในกฎหมายในเรื่องความผิดฐานกบฏ แต่กฎหมายนี้ก็เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองกษัตริย์และราชวงศ์เท่านั้น ไม่ได้คุ้มครองรวมไปถึงประชาชนโดยทั่วไปด้วย

จนกระทั่งถึงกลางศตวรรษที่ 16 กฎหมายในเรื่องการพยายามกระทำความผิดได้รับการยอมรับอย่างไม่เป็นที่สงสัยในประเทศอังกฤษ และได้รับการพัฒนาขึ้นในรายละเอียดโดยการตัดสินคดีของศาลอาญากลางอังกฤษในกรุงลอนดอน (the court of star chamber) แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ของศาลอาญากลางอังกฤษไม่ได้เรียกร้องถึงการประดิษฐ์สร้างสรรค์ชนิดของการควบคุมทางกฎหมายประเภทใหม่ขึ้นมา ศาลอาญากลางของอังกฤษเพียงแต่ต้องการรับรองว่าประชาชนโดยทั่วไปสมควรจะได้รับการคุ้มครองเหมือนกับการปกป้องคุ้มครองกษัตริย์ (ในความผิดฐานพยายามกบฏ) มานับศตวรรษ ในการจัดการเกี่ยวกับสถานการณ์ของความประพจน์ที่แสดงออกถึงขั้นตอนของการกระทำที่ประกอบด้วยเจตนาในการประกอบอาชญากรรม เช่น การคุกคามขู่เข็ญ การขู่เข็ญด้วยถ้อยคำที่มีแนวโน้มจะใช้กำลังรุนแรง เป็นต้น อันเป็นการกระทำที่กำลังจะเริ่มขึ้นของความผิดและถือว่ามิโทษตามกฎหมาย โดยมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญคือ “การจำกัดความรุนแรงก่อนที่มันจะเริ่มขึ้น” (Nip violence in the bud and do that without hindrance from existing law)⁵⁵ ยังมีอีกหลายๆกรณีในทำนองเดียวกันที่ศาลอาญากลางได้กล่าวถึง เช่น การดักซุ่มด้วยเจตนาที่จะทำร้าย ทุบตี หรือฆาตกรรม หรือการกระทำในลักษณะอื่นๆ ทำนองเดียวกันก็เป็นความผิดเช่นกัน ต่อมาคำตัดสินของศาลอาญากลางมีการขยายการคุ้มครองออกไปเกินกว่าความประพจน์ที่เป็นการกระทำในระยะเริ่มต้น ความประพจน์ที่ไม่ดีในกรณีที่ซึ่งยังคงไม่ถึงกับเป็นการคุกคามขู่โจม หรือทำร้ายร่างกาย เช่น กรณีจำเลยเพียงแต่วางมือบนกริช (dagger) ของเขา การกระทำเช่นนั้นของเขาถูกตัดสินว่ามีความผิดในศาลอาญากลางของอังกฤษ คดี Grosvenour V. Leveson ค.ศ. 1537⁵⁶ ข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้อื่นๆ เช่น ในการซักถามที่อยู่ของ Mr. Richard Alkyn ของจำเลยบางคน การถามอย่างนั้นจำเลยอาจไม่มีวัตถุประสงค์ในการสังหารเขา แต่อย่างน้อยที่สุดต้องมีเจตนาทำร้ายเขา การผ่านไปในวันสาธารณะหรือสถานที่อื่นๆ จำนวนหลายๆ ครั้ง พร้อมด้วยคันธนูและ

⁵⁵ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Law*. p. 565.

⁵⁶ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Law*. p. 565.

ลูกธนู และอาวุธผิดกฎหมายอื่นๆ แสดงให้เห็นถึงเจตนาในการนำพามาขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ที่ไม่ดี การพยายามอุทสาหะในการวางยาพิษเพื่อฆ่าผู้อื่น เป็นความผิดและถูกลงโทษในศาลนี้ แม้ว่าไม่เคยกลายเป็นความผิดสำเร็จเลยก็ตาม ในคดีเหล่านั้นจะเหมือนกันในส่วนที่เกี่ยวกับความประพฤติที่เป็นพฤติกรรมอันโหดไปสู่อการคุกคาม เป็นการแสดงถึงการพยายามที่ไม่ได้ผลด้วยการเข้ามาแทรกแซงในเวลาที่เหมาะสมที่ควร ในการพิจารณาถึงรายงานการตัดสินคดีต่างๆ ของศาลอาญากลางของอังกฤษ (the court of star chamber) โดยเฉพาะในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทำร้ายร่างกาย (assault) การจลาจล (riot) การพยายามฆ่า (attempt to kill) และชนิดของการฝ่าฝืนความสงบประเภทต่างๆ จำนวนทั้งหมดของการก่อความวุ่นวายและความร้ายแรง มีถึงหนึ่งที่แอบแฝงอยู่ในคำตัดสินดังกล่าวที่เห็นก็คือ การยอมรับถึงความสำคัญของลักษณะการกระทำภายนอกที่มีความเกี่ยวพันกับอันตรายที่ซึ่งควรจะหยุดไว้ เป็นการพยายามของศาลอาญากลางอังกฤษที่พยายามแสดงออกถึงการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดออกมาตามโอกาสเป็นครั้งเป็นคราวด้วยถ้อยคำซ้ำๆ กัน

ถัดมาจากนั้นได้มีการกล่าวถึงสถานการณ์ที่นำไปสู่การนิยามทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายพยายามกระทำความผิดมากขึ้นคือ การดำเนินคดีการดวลกันในศาลอาญากลางของอังกฤษ (The court star chamber) ในปี ค.ศ. 1615 โดยการฟ้องร้องของ Francis Bacon อธิบดีกรมอัยการของอังกฤษ Bacon ซึ่งบรรยายถึงเรื่องการป้องกันขัดขวางการกระทำที่เป็นอันตราย (ความชั่วร้าย) ในการดวลกัน และแนะนำว่าวิธีที่รอบคอบที่สุดในการขัดขวางก็คือ การทำให้การดำเนินการนั้นจบลงก่อนที่มันจะเริ่มขึ้น (nip the practice in the bud) โดยการลงโทษการกระทำทั้งหมดที่เป็นการเตรียมการ โดยเขากล่าวว่า “..สำหรับขอบอำนาจของศาลนี้ ผมถือว่าเป็นมูลฐานที่เชื่อถือได้ว่าที่ไหนก็ตามที่ความผิดอย่างหนึ่งหรือที่เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ ถึงแม้ว่ายังมีได้กระทำความผิดนั้น) ลงไป การร่วมคบคิดหรือการปฏิบัติที่โน้มเอียงไปสู่ความผิดนั้นย่อมมีโทษอย่างเดียวกับความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) เช่น การกระทำการวางยาพิษ แม้ว่ายังไม่เกิดผลขึ้น การดักข่มฆ่าผู้อื่น แม้ยังไม่มีการฆ่าผู้นั้น และในกรณีอื่นๆ ในทำนองเดียวกัน ควรมีการตัดสินลงโทษในศาลนี้ ไม่เพียงแค่นั้น ในการเริ่มต้นและการเตรียมการกระทำความผิดในระดับที่ด้อยกว่าที่ไม่ใช่ความผิดอุกฉกรรจ์ เช่น การตัดสินบนและการเตรียมพยานที่ไม่ใช่ประจักษ์พยานหรือไม่เคยเห็นเหตุการณ์มาให้การ ก็สมควรถูกดำเนินเช่นเดียวกันในศาลนี้..”⁵⁷

เกือบจะสองศตวรรษที่ศาลอาญากลางของอังกฤษ (The court star chamber) รับเอาการวิเคราะห์เกี่ยวกับแนวความคิดการพยายามกระทำความผิดของ Bacon มาใช้เกือบจะคำต่อคำ แต่ยังคง

⁵⁷ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Law*. p. 568.

ไม่เห็นมีการให้ความหมายของการลงมือกระทำผิด หรือกำหนด สร้างหลักเกณฑ์ ทฤษฎี เกี่ยวกับการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำผิดกับการเตรียมขึ้นมาใช้แต่ อย่างไม่ใด แต่กระนั้นคำตัดสินของศาลอาญากลางก็มีอิทธิพลต่อการดำเนินคดีในศาลคอมมอนลอว์ (Common Law Court) อันนำมาสู่การสร้างหลักหรือทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ในภายหลัง

ต่อมาในยุค Common Law⁵⁸ ถึงแม้คำตัดสินของศาลอาญากลาง (The court star chamber) ยังคงมีอิทธิพลต่อศาลคอมมอนลอว์ (common law court) อยู่ในเวลาต่อมา แต่ภายหลัง เวลาหลายปีผ่านไปก็ได้ถูกทดแทนและลบล้างไปโดยหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายาม กระทำผิดที่ถูกสร้างขึ้นในศาลคอมมอนลอว์เอง⁵⁹ กล่าวกันว่าความเห็นของผู้พิพากษาศาล คอมมอนลอว์โดย Lord Mansfield ในคดี Mansfield ค.ศ.1784⁶⁰ เป็นต้นกำเนิดของทฤษฎีเกี่ยวกับ การลงมือพยายามกระทำผิดในประเทศอังกฤษ (แต่คำกล่าวเช่นนั้นก็ยังเป็นที่สงสัยอยู่)

ในคดี Scofield Mr.Scofield ครอบครองบ้านหลังหนึ่งในฐานะผู้เช่าและถูกฟ้องเพราะ จุดเทียนไขและมีไม้ขีดไฟในบ้านนั้นด้วยเจตนาวางเพลิงบ้านหลังนั้น แต่ยังไม่มีการเผา ถูกกล่าวหา ว่าเป็นการพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์ ในคดีนี้ทนายความของ Mr.Scofield ยอมรับว่าถ้าจุดมุ่งหมาย นั้นถูกดำเนินการให้เป็นผลสำเร็จจะเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรงอย่างหนึ่ง (misdemeanor) เขา ยอมรับอีกด้วยการพยายามกระทำผิดอุกฉกรรจ์เป็นอาชญากรรม แต่เขายืนยันว่าการกระทำ ของ Scofield เป็นการพยายามกระทำผิดที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) จึงไม่ใช่อาชญากรรมซึ่ง จำเลยไม่ควรถูกลงโทษ โดยอ้างตามคดี Pedley ค.ศ. 1782 ที่กล่าวว่า การพยายามกระทำผิดที่ ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) ไม่ใช่ความผิด การวางเพลิงเผาบ้านตัวเองไม่ใช่ความผิดอุกฉกรรจ์ แต่ Lord Mansfield ได้อ้างถึงความผิดในชั้นรองลงไป เช่น การพยายามติดสินบน การขนส่งสินค้า ขนแกะออกนอกประเทศ อันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติที่เป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง การเก็บ

⁵⁸ ในศตวรรษที่ 11-15 เมื่อพวกนอร์มันเข้ามาครอบครองอังกฤษแล้ว กษัตริย์นอร์มันได้เข้ามามีบทบาท ในกระบวนการยุติธรรมแทนที่ศาลท้องถิ่น โดยการจัดตั้งศาลหลวง (Royal Courts) ขึ้นเพื่อรวบรวมอำนาจจาก ขุนนาง จนกระทั่งปลายสมัยกลาง ศาลหลวงมีอำนาจครอบคลุมทั่วราชอาณาจักร วิธีการพิจารณาของศาลหลวง เป็นการใช้เหตุผล ไปพิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาท แล้ววางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดจากการ พิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ของข้อเท็จจริงนั้น (ratio decidendi) หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ แตกต่างจากประเพณีท้องถิ่นแบบเดิม การใช้วิธีนี้เรียกว่าเป็นการวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยศาล ในคดีก่อนมาใช้ในการตัดสินในคดีที่มีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันในภายหลัง เรียกว่าหลักคอมมอนลอว์ (common law). อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอน ลอว์. น. 59-61.

⁵⁹ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Law*. p. 570.

⁶⁰ Ibid. p. 571.

รักษาคนปิ่น การก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้อื่น และการกระทำที่โหดเหี้ยม โดยตรงไปสู่การฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นมีความผิดฐานพยายามและถูกลงโทษได้ Lord Mansfield ยืนยันว่าความผิดในชั้นรองลงไปสามารถเป็นความผิดฐานพยายามได้ซึ่งเป็นการตัดสินที่ขัดกับการตัดสินในคดีก่อนๆ แต่ข้อคิดเห็นของ Lord Mansfield นี้ยังไม่น่าที่จะถูกกล่าวได้ว่าเป็นการวางข้อกำหนด ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำผิดขึ้น⁶¹

จวบจนกระทั่งศตวรรษที่ 18 จึงได้มีการพยายามจะค้นหาหลักเกณฑ์และทฤษฎีที่อธิบายเป็นการทั่วไปมาอธิบาย ให้ความหมายของการลงมือกระทำผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกลักษณะของการลงมือกระทำผิดที่เป็นการพยายามกระทำผิดและที่ไม่ใช่เป็นการลงมือพยายามกระทำผิด (เตรียม) แต่ความคิดนี้ก่อให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างพวกที่เห็นว่าควรจะมีทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่ใช้ได้อย่างเหมาะสมเป็นการทั่วไปในกฎหมายกระทำผิด เช่น Gordon และพวกที่มีความเห็นตามแนวคิด Common Law เดิม ที่เห็นว่ามันเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายในการค้นหาบทพิสูจน์ หรือทฤษฎีที่เป็นบทบัญญัติทั่วไปมาใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้

Gordon ให้ความเห็นในกฎหมายพยายามกระทำผิดของสกอตแลนด์เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า⁶²

“... มันเป็นการเคลือบคลุมมากที่ยอมให้ศาลนำเหตุผลเฉพาะตัวบุคคลไปใช้ในการตัดสินในแต่ละคดี สิ่งนั้นเป็นการเสนอความประทับใจในหลักฐานและการมุ่งหาเหตุผลของการให้ความยุติธรรมในแต่ละคดี หากลูกขุนคิดว่าจำเลยควรจะถูกลงโทษสำหรับการกระทำที่เขาได้กระทำไป พวกลูกขุนก็จะอธิบายลักษณะพฤติกรรมสิ่งที่จำเลยกระทำไปนั้นว่าเป็นการลงมือพยายามกระทำผิด ไม่อย่างนั้นหากลูกขุนคิดว่าจำเลยไม่สมควรถูกลงโทษก็จะอธิบายลักษณะการกระทำนั้นว่าเป็นการเตรียม...”

Gordon เห็นว่า ควรจะมีทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่สามารถใช้ได้เหมาะสมเป็นการทั่วไปในกฎหมายพยายาม นักนิติศาสตร์พวกที่เห็นด้วยว่าควรจะมีบทบัญญัติโดยทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องนี้ ให้เหตุผลในการวางข้อกำหนดบรรทัดฐานที่แน่นอนสำหรับพื้นฐานของพฤติกรรมในการลงมือพยายามกระทำผิดที่เป็นบทบัญญัติโดยทั่วไปนั้นว่า จะมีผลให้จำกัดดุลยพินิจของศาลในการ

⁶¹ ในสมัยนั้นมีข้อโต้แย้งกันอยู่ในศาลคอมมอนลอว์ว่าการพยายามกระทำผิดจะมีเฉพาะความผิดอาญาที่ร้ายแรงเท่านั้นหรือไม่ การพยายามกระทำผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) ไม่มีความผิดฐานพยายาม แต่ความเห็นของ Lord Mansfield เป็นความเห็นที่วางหลักว่าความผิดฐานพยายามสามารถมีได้ในความผิดทุกประเภท as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 33.

⁶² Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 33.

ตัดสินคดี และก่อให้เกิดความแน่นอนในการแปลความหมายที่ถูกต้องตรงกันในการใช้กฎหมายซึ่งเป็นแนวคิดตามแบบอย่างกฎหมายพยายามกระทำความผิดในปัจจุบัน อันเป็นแนวคิดที่ต่างออกไปจากแนวทางปฏิบัติบนพื้นฐานของระบบ Common Law ในสมัยนั้น ที่ยึดถือรูปแบบแนวคิดมุ่งพิจารณาเหตุผลเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง (case by case)

ส่วนผู้ที่ยึดถือตามแนวคิด Common Law เดิม เห็นว่าเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายในการค้นหาทฤษฎี และบทพิสูจน์ที่เป็นบทบัญญัติโดยทั่วไปสำหรับเรื่องนี้ และเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะสามารถหาหลักทั่วไปสำหรับขอบเขตของความผิด เพราะประเภทของความผิดทั้งหลายนั้นมีรูปแบบลักษณะพฤติกรรมของการกระทำที่หลากหลายแตกต่างกันไป⁶³

สำหรับในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ในสมัยกรีก Plato นักปราชญ์ชาวกรีกได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า “ใครคนหนึ่งที่มีความมุ่งหมายและเจตนาจะฆ่าผู้อื่นโดยผู้หนึ่งไม่ได้เป็นศัตรูกฎหมายไม่ได้ยินยอมให้ทำการเช่นฆ่าผู้หนึ่งถ้าเขาได้ทำอันตรายแก่ผู้หนึ่งแต่ไม่สามารถฆ่าเขาได้ ... น่าจะถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการฆ่าและเป็นการกระทำพยายามฆ่า ... หากแต่อาศัยความเกี่ยวพันกับ โชคและเหตุการณ์ในอนาคตทำให้ไม่สำเร็จ ด้วยความกรุณาของพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้า และด้วยความขอบคุณของพระเจ้าที่มอบให้ หากผู้กระทำตั้งใจขัดขวางการกระทำของเขาไม่ให้เป็นสำเร็จ ประกอบกับการชดใช้ค่าเสียหายสำหรับอันตรายจากการล่วงละเมิดนั้น ควรจะยกโทษตายและเนรเทศออกไป”⁶⁴

ในสมัยโรมัน มีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในระดับต่ำ และลงโทษบางครั้งบางคราวตามโอกาส โดยถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความชั่วร้ายและเป็นอาชญากรรม โดยเน้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับเจตนามากกว่าข้อเท็จจริงของความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้กระนั้นมันก็ยังเป็นการไม่เด่นชัดว่าพวกเขาลงโทษการพยายามกระทำความผิดสมส่วนพอเพียงกับเจตนาของการประกอบอาชญากรรมหรือไม่ จากบันทึกกฎหมายที่ไม่ปะติดปะต่อกันในสมัยกลางได้แสดงให้เห็นถึงสภาพความแตกต่างระหว่างความห่างไกลและความใกล้ชิดของการกระทำผิด โดยให้ถือเป็นช่องว่างสำหรับการให้โอกาสในการสำนึกผิด เนื่องด้วยเหตุนี้จึงมีความเข้มงวดน้อยในการกำหนดโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิด บันทึกดังกล่าวยังได้แสดงให้เห็นถึงปัญหาในการแยกแยะในเรื่องกฎหมายพยายามอีกปัญหาหนึ่งก็คือ ข้อเรียกร้องในการวิเคราะห์คาดการณ์ถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด เป็นผลที่ตามมาเมื่อเริ่มกฎหมายยุคใหม่ในศตวรรษที่ 16 ได้มีข้อกำหนดในเรื่องกฎหมายพยายามปรากฏอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาที่สำคัญ ของบางรัฐในประเทศสหรัฐ

⁶³ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 34.

⁶⁴ Jerome Hall. (1996). *General Principle of Criminal Law*. p. 558.

อเมริกา และในประเทศฝรั่งเศส เช่น The Carolina in 1532 และ The Ordonnance de Blois in 1579 เป็นต้น⁶⁵

การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับความผิดสำเร็จคือที่การกระทำประกอบด้วยผลสำเร็จของความผิดที่กฎหมายบัญญัติ เนื่องจากองค์ประกอบของความผิดสำเร็จนั้นผูกพันอยู่กับผลสำเร็จของการกระทำ การแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดกับการเกิดความคิดสำเร็จนั้นจึงดูได้จากความสำเร็จในผลของการกระทำตามองค์ประกอบความผิดฐานนั้นๆ ซึ่งเป็นรูปธรรมที่ออกมาให้เห็นได้ชัดมากกว่าการแบ่งแยกระหว่างขั้นตอนการเตรียมกระทำความผิดกับการลงมือพยายามกระทำความผิด เพราะการแบ่งแยกระหว่างขั้นตอนการเตรียมกระทำความผิดกับขั้นตอนการลงมือกระทำความผิดนั้นขึ้นอยู่กับข้อกำหนดขนาดของการกระทำที่จะถือเป็นหลักฐานพอเพียงว่าเป็นกษัตริย์ที่ควรจะกำหนดให้เป็นการพยายามกระทำความผิด หรือเรียกว่าเป็นการกระทำที่ถึงขั้นที่กฎหมายต้องการลงโทษ (criminal attempts acts requirement)

การกระทำที่ถึงขั้นที่กฎหมายต้องการลงโทษ (criminal attempts acts requirement) มีลักษณะอย่างไร อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำจนถึงขั้นการลงมือกระทำผิดแล้วเรียบร้อยแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการกระทำตั้งแต่ผ่านขั้นตอนการเตรียม กระทำความผิดเรื่อยมาจนใกล้กับการเกิดความคิดสำเร็จเลยทีเดียว แล้วลักษณะของการกระทำจนถึงขั้นการลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จมีลักษณะอย่างไร ด้วยเหตุที่บทบัญญัติกฎหมายอาญาของประเทศไทยและนานาประเทศ ไม่ได้อธิบายความหมายลักษณะของการกระทำที่ถึงขั้นการลงมือกระทำความผิดแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จนั้นเป็นอย่างไรไว้โดยชัดเจนในกฎหมาย⁶⁶ แต่จะปล่อยให้ให้นักนิติศาสตร์เป็นผู้สร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาอธิบายกันเองทำให้ประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาหนึ่งในการศึกษากฎหมายพยายามที่มีการถกเถียงกันอย่างมาก

การให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิดนั้นเป็นการกำหนดขอบเขตของความผิดฐานพยายามและเป็นการกำหนดจุดแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด มีความสำคัญคือ เป็นการกำหนดจุดเริ่มต้นของการเอาผิดกับบุคคลและการเริ่มต้นในการเอาบุคคลเข้ามาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งหากกำหนดความหมายของการลงมือกระทำความผิดในการพยายามกระทำความผิดแคบเกินไป อาจทำให้การกระทำบางการกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมหลุดพ้นจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งส่งผลกระทบต่อ

⁶⁵ Jerome Hall. (1996). *General Principle of Criminal Law*. p. 559.

⁶⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด”

ต่อความสงบสุขและประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมในสังคมโดยรวม ส่งผลให้สาธารณชนที่บริสุทธิ์ที่ควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐบาลขาดความปลอดภัย หรือถ้าหากกำหนดความหมายของการลงมือกระทำความคิดในการพยายามกระทำความคิดกว้างเกินไป อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ อีกทั้งความคิดฐานพยายามเป็นความคิดที่อยู่ในบทบัญญัติทั่วไป มีความเกี่ยวพันไปถึงการวินิจฉัยความคิดในภาคความคิดต่างๆ ด้วยเช่น

1. ในการวิเคราะห์ถึงการกระทำผิดในภาคความคิด ถ้ายังไม่มี การกระทำถึงขั้นลงมือกระทำความคิด ถือว่ายังไม่มี การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของการกระทำความคิดฐานนั้นๆ ถือว่ายังไม่มี ความคิดตามกฎหมาย เพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความคิด เช่น ปัญหาในการตัดสินในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความคิดฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฆังทรัพย์ ปล้นทรัพย์ หรือ ความคิดฐานฆ่าคน โดยใช้ปืนยิง เป็นต้น

2. ในการวิเคราะห์บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการป้องกัน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ซึ่งการจะเป็นการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 ต้องเป็นการป้องกันภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย⁶⁷ จุดใดที่เราจะถือว่าเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย หลักคือต้องเป็นการกระทำถึงขั้นลงมือ⁶⁸ ถ้าการกระทำยังไม่ถึงขั้นลงมือตามแนวทางปฏิบัติของศาล เช่น การชักปืนออกมาจากเอวเพื่อจะยิงแต่ยิงไม่ได้ซึ่งถือว่ายังไม่ถึงขั้นเป็นความคิดตามกฎหมาย จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำที่เป็นภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2258/2528 เคยวินิจฉัยว่ากรณีมีข้อเท็จจริงว่าผู้ตายมาพูดคุยแบ่งวิวจากจำเลย จำเลยไม่ยอมแบ่งและชวนให้ไปตกลงกันที่บ้านผู้ใหญ่บ้านหรือที่บ้านกำนัน แต่ผู้ตายไม่ยอมไป กลับชักปืนออกมาจากเอว จำเลยยอมเข้าใจว่าผู้ตายจะใช้ปืนนั้นยิงจำเลยอันเป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึงการที่จำเลยยังผู้ตายไป 1 นัด และผู้ตายถึงแก่ความตาย เป็นการป้องกันสิทธิของตนพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยไม่มีความผิด ในกรณีนี้ศาลเห็นว่าการชักปืนออกมาจากเอวแม้ยังไม่ถึงขั้นเล็ง ก็ถือว่ามิใช่ภัยอันตรายต่อตัวผู้ถูกกระทำแล้ว

⁶⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 “ผู้ใดต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหนโทษของผู้อื่น ให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

⁶⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2547). คำอธิบายวิชากฎหมายอาญา มาตรา 59-106. น. 251-276.

ในเรื่องป้องกันถือว่าเป็นภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้ แต่ทำไมในเรื่องพยายามกระทำความผิดไม่ถือว่าเป็นภัยอันตรายอันใกล้จะเกิดผลสำเร็จของความผิดนั้น⁶⁹

การค้นหาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นการหาจุดสมดุลระหว่างสิ่งสองสิ่ง ระหว่างความสงบสุขและประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมของสังคมโดยรวม (interests of the community) กับสิทธิเสรีภาพของประชาชน (individual freedom) ซึ่งมีความเป็นพลวัตสัมพันธ์กับมุมมองการให้ความหมายของความยุติธรรม (criminal justice perspective) ในแต่ละสังคม แบ่งออกได้เป็น 6 มุมมอง คือ⁷⁰

1. มุมมองในการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Perspective) แนวคิดนี้มองว่าอาชญากรเป็นผู้ฉวยโอกาสงจใจกระทำผิดเพื่อประโยชน์ของตน การกำหนดนโยบายทางอาญา ต้องเน้นที่การควบคุมตัวผู้กระทำผิดและปกป้องสังคม เรียกร้องให้มีบทลงโทษหนัก เพื่อสามารถข่มขู่ผู้กระทำผิดมิให้กระทำผิดอีก จำกัดตัวผู้กระทำผิดออกจากสังคม ขอมรับโทษประหารชีวิต และส่งเสริมประสิทธิภาพของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

2. มุมมองทางสังคม (Rehabilitation Perspective) แนวคิดนี้มองว่าระบบกฎหมายเป็นเครื่องมือการบำบัดดูแลประชาชนที่ไม่สามารถดูแลตนเองได้ มองอาชญากรเป็นผลมาจากสังคมที่ขัดแย้งไม่เท่าเทียม สังคมเป็นตัวก่อให้เกิดอาชญากรรมขึ้น ควรเพิ่มโอกาสทางสังคมให้กับบุคคล การลงโทษจำคุกไม่มีผลเป็นการปราบปรามมิให้ผู้กระทำผิดกระทำผิดซ้ำอีก

3. มุมมองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process Perspective) แนวคิดนี้มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคล จำกัดอำนาจรัฐ ถือสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นใหญ่

4. มุมมองในการแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำผิด (Nonintervention Perspective) เป็นมุมมองที่มุ่งนำตัวผู้กระทำผิดกลับคืนเข้าสู่สังคม โดยเชื่อว่าองค์กรในกระบวนการยุติธรรมควรจำกัดบทบาทในการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับบุคคลในสังคม เพราะเห็นว่าการที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรมเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับบุคคลในสังคม ไม่ว่าจะองค์กรใด จะก่อให้เกิดผลกระทบกับตัวบุคคลนั้นในทางลบ เน้นการรื้อฟื้นความเป็นมนุษย์ให้หน่อยที่สุด

5. มุมมองด้านความยุติธรรม (Justice Perspective) มีแนวคิดที่ว่าภายใต้กฎหมายเดียวกัน ควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน เห็นว่าควรลดการใช้ดุลพินิจในกระบวนการยุติธรรม

⁶⁹ ฤทธิรุต เขมะวานิช. (2549). การพยายามกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. น. 40-41.

⁷⁰ ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ. (2544, 22 มิถุนายน). การบริหารงานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. น. 5.

6. มุมมองความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice Perspective) มีแนวคิดที่จุดประสงค์ที่แท้จริงของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คือการเสริมสร้างสันติสุข ไม่ใช่การลงโทษ เห็นว่าการที่รัฐเพิ่มโทษเอาคนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นการกระตุ้นอาชญากรรมมากกว่าการป้องกันอาชญากรรม ควรให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหอาชญากรรม การระงับข้อขัดแย้งควรเกิดขึ้นในสังคมมากกว่าในเรือนจำ

การให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำตามทฤษฎีที่กฎหมายพยายามต้องการจึงแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับมุมมองความยุติธรรมทางอาญาของแต่ละสังคม และการเห็นด้วยกับแนวคิดความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำผิดที่กล่าวมาแล้วในทฤษฎีใด หากมีแนวคิดไปในทางทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) ระดับของการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำผิดตามทฤษฎีนั้นจะแคบ เพราะตำแหน่งของการลงมือกระทำผิดจะเข้าไปใกล้กับขั้นการเกิดความผิดสำเร็จ หรือถ้าหากมีแนวโน้มไปในทางทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) ระดับของการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำผิดจะกว้าง เพราะตำแหน่งของการลงมือกระทำผิดจะเริ่มตั้งแต่เพียงมีการกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมไปแล้วเท่านั้นเลยที่เดียว

แนวคิดของประเทศ Common Law เดิม เห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะสามารถกำหนดขอบเขตหลักเกณฑ์ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายในการให้ความหมายถึงลักษณะของการลงมือกระทำผิด และกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำผิดกับการเตรียมกระทำผิดขึ้นได้ เพราะในแต่ละความผิดจะมีชนิดของความผิด ประเภท และองค์ประกอบแตกต่างกัน การวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำผิดควรขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจไปตามควรแก่กรณี (case by case) ส่วนในปัจจุบัน ทั้งประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และ Civil Law เห็นพ้องไปในแนวทางเดียวกันว่าควรมีการให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำผิด และกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำผิดกับการเตรียมกระทำผิด ที่สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไปในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายขึ้น เพื่อให้เกิดความยุติธรรมและแน่นอนในการใช้กฎหมาย⁷¹

ปัจจุบัน นักนิติศาสตร์ทั้งฝ่าย Common Law และ Civil Law ได้นำแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) และทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) ตามมุมมองของตนมาสร้างเป็นทฤษฎีกฎหมายต่างๆ ในการให้ความหมายของการลงมือพยายามกระทำผิดตามที่กฎหมายต้องการ อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำผิดกับการเตรียมกระทำผิด ซึ่งได้แก่ ทฤษฎีการกระทำขั้นแรก (First Act Theory) ทฤษฎีการ

⁷¹ Antony Duff. (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 33.

กระทำขั้นสุดท้าย (Last Act Theory) ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Act Theory) ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Act 1981) ของประเทศอังกฤษ ทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal Acts Theory) ของประเทศเนเธอร์แลนด์ ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous Proximity Acts Theory) ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial Step Theory) ในข้อสันนิษฐานในบทบัญญัติการพยายามกระทำความผิดในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility Acts Theory) ของประเทศเยอรมัน เป็นต้น ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

2.2.3 เหตุผลในการลงโทษการพยายามกระทำความผิด

มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวความคิดในการกำหนดสัดส่วนระหว่างสภาวะจิตใจกับการกระทำในความรับผิดทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal liability of Attempts)⁷² เพราะการพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดทางอาญาลักษณะหนึ่ง พื้นฐานความรับผิดทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกระทำ (acts) และจิตใจ (mind) ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา การพยายามกระทำความผิดเป็นการแปรสภาพสภาวะทางจิตใจออกมาเป็นการกระทำที่ถึงขั้นตอนการลงมือกระทำความผิดที่กฎหมายพยายามบัญญัติให้เป็นความผิด สัดส่วนระหว่างสภาวะทางจิตใจและสภาวะทางการกระทำเพียงใดที่กฎหมายถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดนั้น มีพื้นฐานมาจากแนวคิดการกำหนดสัดส่วนระหว่างสภาวะทางจิตใจกับการกระทำในความรับผิดทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal liability of Attempts) 2 ทฤษฎีคือ ทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) และทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory)

2.2.3.1 ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective Theory)

ทฤษฎีอัตตะวิสัยเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าทฤษฎีเหตุผล แนวคิดความรับผิดทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้มุ่งให้ความสำคัญกับสัดส่วนด้านสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ โดยมองจากพฤติกรรมของบุคคลผ่านเจตนาและความเชื่อของผู้กระทำที่แสดงออกให้เห็นปรากฏทางการกระทำ หรือแสดงออกให้เห็นทางอุปนิสัยเฉพาะตัวของผู้กระทำ ยึดถือมาตรฐานของการตัดสินใจของผู้กระทำบนความมีสติและความรู้สึกของตนเองเป็นหลัก

⁷² กุทธิรุต เชมะวนิช. (2549). การพยายามกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยก ระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. น. 34-41.

เกี่ยวกับสภาวะทางจิตใจของตัวผู้กระทำในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำตามแนวคิดของพวกอัตตะวิสัย (subjectivism) มีรายละเอียด ดังนี้

(1) เกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำตามแนวคิดแบบอัตตะวิสัย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ

ก. เกณฑ์ความรับผิดชอบอาญาแบบการเลือก (choice) นักทฤษฎีอัตตะวิสัยแบบการเลือก ยืนยันว่าสามารถสันนิษฐานอย่างถูกต้องว่าผู้กระทำเป็นผู้ผิดต่อเมื่อการกระทำที่ผิดเหล่านั้นเขาเป็นผู้เลือกที่จะกระทำ การกระทำใดๆ ในสิ่งที่ถือว่าเขาต้องรับผิดชอบอยู่ที่การเลือกของเขา การเลือกหมายถึงความมุ่งหมายของเจตนาและความเชื่อของเขา เจตนาคือตัวผู้กระทำเลือกที่จะกระทำตามเจตนาที่เขาจะกระทำหรือที่เขาเชื่อว่าตัวเขาเองกำลังกระทำ

Ashworth ใต้นิยามแนวความคิดแบบอัตตะวิสัยในแบบการเลือกไว้ว่าควรถือว่าผู้กระทำทั้งหลายจะต้องรับผิดชอบอาญาสำหรับสิ่งที่พวกเขาเจตนากระทำ ไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นหรือไม่ได้เกิดขึ้น และเขาต้องถูกพิพากษาบนพื้นฐานของสิ่งที่พวกเขาเชื่อว่าพวกเขากำลังกระทำ ไม่ใช่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ซึ่งเขายังไม่รู้ในขณะนั้น Ashworth ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบสำหรับเจตนาและความเชื่อของพวกเขามากกว่าจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของพวกเขา คำอ้างนี้หมายถึงควรที่จะพิสูจน์การกระทำสำหรับสิ่งที่ถือว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในความหมายของสิ่งที่พวกเขาเจตนากระทำหรือเชื่อว่าพวกเขากำลังกระทำ ผู้กระทำต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของพวกเขาอย่างที่เขาเลือกไว้เท่านั้น

กรณีสถานการณ์ที่ผู้กระทำผิดเชื่อว่าจะเป็นเช่นนั้น ไม่ว่าจะการกระทำจะสำเร็จหรือล้มเหลว เกณฑ์ความรับผิดชอบแบบอัตตะวิสัยจะเหมือนกันคือรับโทษเท่ากัน พวกอัตตะวิสัย อธิบายว่าการที่เขาเจตนากระทำอาชญากรรมนั้นและได้กระทำในสิ่งที่เขาเชื่อว่าจะเป็นหรืออาจจะเป็นการก่ออาชญากรรม เขาเลือกที่จะกระทำอาชญากรรมหนึ่งเท่าที่เขาสามารถกระทำได้ แน่แน่นอนว่าเจตนาของเขาเป็นไปอย่างเต็มใจไม่มากก็น้อย ผลของการพยายามกระทำตามแนวคิดที่ประสบความสำเร็จอาจเป็นความเต็มใจ ไม่มั่นใจ หรือไม่มีความสามารถกระทำ หรือความพยายามที่ไม่ประสบความสำเร็จอาจเป็นความเต็มใจ มั่นใจ และมีความสามารถกระทำ ข้อเท็จจริงเล็กๆ น้อยๆ ของความล้มเหลวในการกระทำดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่ไม่สัมพันธ์กันในลักษณะความเฉพาะของตัวผู้กระทำ ดังนั้นจึงไม่ควรส่งผลกระทบต่อคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำ คือ ไม่ว่าจะการพยายามกระทำตามแนวคิดจะสำเร็จหรือไม่ โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำควรมีระดับเท่ากัน ข้อสรุปดังกล่าวข้างต้นเป็นแนวคิดของพวกอัตตะวิสัย ที่เชื่อว่าการพิพากษาลงโทษควรที่จะขึ้นอยู่กับความเป็นผู้ผิดทางอาญา ข้อเท็จจริงเล็กๆ น้อยๆ ของความล้มเหลวไม่สามารถลดความเป็นผู้ผิดของผู้กระทำได้ การพิจารณา

ตัดสินความผิดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในการเลือกของเขาที่จะกระทำอาชญากรรม โดยมุ่งไปที่ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นของการพิพากษาลงโทษในการลดอาชญากรรม

กล่าวโดยสรุป แนวความคิดอัตตะวิสัยแบบทางเลือก ได้แสดงเจตนาโดยนัยว่า ข้อเท็จจริงเล็กๆ น้อยๆ ของความสำเร็จหรือล้มเหลว นั้น ไม่ควรส่งผลกระทบต่อการศึกษาลงโทษ

ข. เกณฑ์ความรับผิดชอบแบบลักษณะเฉพาะหรือลักษณะนิสัย (character) นักทฤษฎีอัตตะวิสัยแบบลักษณะเฉพาะหรือลักษณะนิสัย เห็นว่าเราควรอ้างหลักฐานการรับผิดชอบทางอาญาโดยใช้ลักษณะเฉพาะหรือพฤติกรรมนิสัยของผู้กระทำเองที่แสดงให้เห็นการกระทำของผู้กระทำ อันประกอบด้วยความมุ่งหมาย กิริยาท่าทาง หรือเจตนา อันเป็นส่วนประกอบของลักษณะความประพฤติที่สัมพันธ์กันในทางกฎหมาย แต่เกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาแบบลักษณะเฉพาะหรือแบบลักษณะนิสัยนี้ไม่เป็นที่นิยมในการนำมาอธิบายความรับผิดชอบในทางอาญาของการพยายามกระทำ ความผิด

(2) ทฤษฎีที่กำหนดหลักเกณฑ์การพยายามกระทำ ความผิดตามแนวความคิดอัตตะวิสัยนั้น จะเคร่งครัดในเรื่องเจตนาและความเชื่อของผู้กระทำ โดยไม่คำนึงถึงว่าจะก่อให้เกิดผลเสียหายขึ้นหรือไม่ กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำ ความผิดในแบบอัตตะวิสัยจะคำนึงเฉพาะสถานะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ ซึ่งแนวคิดนี้เป็นบ่อเกิดของบทบัญญัติกฎหมายพยายามกระทำ ความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ (Impossible attempts)

2.2.3.2 ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory)

ทฤษฎีภาวะวิสัยนั้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้กระทำ โดยมองว่าพฤติกรรมของผู้กระทำเป็นสิ่งที่ เป็นข้อเท็จจริงที่มีอิทธิพลเหนือ หรือเชื่อมต่อกับโลกภายนอก

ทฤษฎีภาวะวิสัย หมายถึง แนวคิดที่ถือว่าความเป็นจริงทั้งหมดเป็นไปตามวัตถุประสงค และเป็นอยู่ภายนอกจิตใจ และถือว่าความเป็นจริงได้มาจากการสังเกตวัตถุหรือเหตุการณ์ เน้นวัตถุมากกว่าที่จะเป็นความรู้สึกนึกคิด เฟงเสียงสิ่งที่แสดงหรือสิ่งที่พูดถึงหรือวัตถุภายนอกกายมากกว่าสถานะทางจิตใจ

นักทฤษฎีอัตตะวิสัย อธิบายเกี่ยวกับการกระทำทั้งหลายที่ถือเป็นข้อสันนิษฐานของผู้กระทำสำหรับความรับผิดชอบของเขาโดยมุ่งถึงเจตนาภายใน (mind) ของผู้กระทำ ตรงข้ามกับนักทฤษฎีภาวะวิสัย ที่ได้แย้งว่าไม่สามารถให้คำนิยามถึงสภาพภายในของผู้กระทำในรูปแบบอัตตะวิสัยได้ โดยเห็นว่า การอธิบายลักษณะของการพยายามกระทำ ความผิดไม่ว่าจะอธิบายในรูปแบบของอัตตะวิสัยแบบใดๆ ก็ตาม ก็ต้องอธิบายในรูปแบบของภาวะวิสัยบางส่วนด้วยเช่นกัน

(1) เกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัย

นักทฤษฎีภาวะวิสัย เห็นว่าการอธิบายเรื่องสภาพจิตใจของผู้กระทำในการรับผิดชอบ อาญาของการพยายามกระทำความผิดของพวกเขาจะดีกว่าที่จะเป็นประโยชน์ในการพิจารณา แนวคิดภาวะวิสัยไม่ถือว่าความรับผิดชอบอาญาของการพยายามกระทำความผิดควรขึ้นอยู่กับเกณฑ์เรื่องเจตนาและความเชื่ออย่างแท้จริงของผู้กระทำ เจตนาและความเชื่ออย่างแท้จริงของผู้กระทำนั้น ไม่สัมพันธ์กันทั้งหมดกับความรับผิดชอบของพวกเขา นักทฤษฎีภาวะวิสัยปฏิเสธมุมมองของพวกเขาในสิ่งที่ถือเอาสภาวะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นส่วนสำคัญทั้งหมดสำหรับความรับผิดชอบอาญาของการพยายามกระทำความผิดของผู้กระทำ

เกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ

ก. เกณฑ์ความรับผิดชอบในสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงของการกระทำ เกณฑ์ความรับผิดชอบตามแนวคิดภาวะวิสัยแบบนี้เห็นว่าความรับผิดชอบอาญานั้นควรจะประกอบด้วยสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงของการกระทำ หรือความเป็นเหตุเป็นผลอย่างแท้จริงของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ในข้อเท็จจริงที่ว่าผู้กระทำเจตนาจะให้ถูกผู้เสียหาย หรือผู้กระทำเชื่อว่าจะถูกผู้เสียหายนั้น ข้อที่จะต้องพิจารณาในความรับผิดชอบของผู้กระทำในเกณฑ์ความรับผิดชอบแบบนี้คือ ในการยิงของผู้ยิงนั้นเข้าเป้าคือยิงถูกผู้เสียหายหรือพลาดเป้ายิงไม่ถูกผู้เสียหาย หรือตัวอย่างเช่นในข้อเท็จจริงที่ว่าผู้หญิงคนที่ถูกผู้กระทำข่มขืนกระทำชำเรานั้นยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ ถ้าพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นภายนอกของผู้หญิงแสดงให้เห็นได้ว่าเธอยินยอมต่อการกระทำชำเราของเธอ ข้อเท็จจริงที่จะต้องนำมาพิจารณาคือเธอนั้นยินยอมให้กระทำชำเรา ไม่ว่าในสภาพจิตใจของเธอจะยินยอมอย่างแท้จริงหรือไม่ก็ตาม

ข. เกณฑ์พิจารณาความรับผิดชอบแบบวิญญูชน เกณฑ์พิจารณาความรับผิดชอบประเภทที่สองนี้ มองว่าความผิดของบุคคลคนหนึ่งประกอบด้วยมุมมองของบุคคลที่มีเหตุผลคนหนึ่ง (บุคคลลาธิษฐาน)ว่าจะเชื่อหรือสำนึกในข้อเท็จจริงที่ว่าสิ่งที่ผู้กระทำนั้นถือว่าเป็นเขากระทำนั้นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงว่ามีดินไม่อยู่ต้นหนึ่ง บุคคลที่มีเหตุผลคนไหนๆ ก็ให้เห็นทันทีว่าเป็นดินไม่ต้นหนึ่ง หรือวิถีทางที่บุคคลที่มีเหตุผลคนไหนๆ ก็เห็นทันทีว่าผู้กระทำคาดหวังที่จะได้รับเป้าหมายหรือมีวัตถุประสงค์ทางอาชญากรรมอย่างไร หรือที่ว่ากระทำของผู้กระทำจะทำให้เกิดอันตรายอย่างเห็นได้ชัดซึ่งบุคคลที่มีเหตุผลคนไหนๆ ก็เห็นทันที เป็นต้น

(2) ทฤษฎีที่กำหนดหลักเกณฑ์การพยายามกระทำความผิดตามแนวความคิดภาวะวิสัยนั้น จะมีมุมมองเคร่งครัดไปในส่วนการกระทำของผู้กระทำที่แสดงออกมามากภายนอก และความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเห็นว่าการกระทำของผู้กระทำไม่มีส่วนสัมพันธ์กันกับเจตนาของผู้กระทำ

ในทุกๆ กรณี กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดในแบบภาวะวิสัยจะค้ำนึ่งเฉพาะการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกของผู้กระทำเป็นสำคัญ ส่วนจิตใจเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งเท่านั้น บทบัญญัติของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัยไม่เห็นด้วยกับประเภทการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่แท้ (Impossible attempts)

2.3 หลักการแบ่งแยกการเตรียมกระทำความผิดออกจากการลงมือกระทำความผิดของประเทศไทย

หลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการเตรียมกระทำความผิดและการเริ่มลงมือกระทำความผิดของประเทศไทย สามารถพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ได้ดังนี้

2.3.1 บทบัญญัติของกฎหมาย

แนวคิดในการลงโทษบุคคลที่พยายามกระทำความผิดในประเทศไทยนั้น ไม่ได้เป็นเรื่องใหม่ เดิมประเทศไทยมีแนวคิดในการลงโทษบุคคลที่พยายามกระทำความผิดและมีการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้ใช้แล้วเช่นกัน ศึกษาได้จากกฎหมายตราสามดวงในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น⁷³ กฎหมายในยุคนั้นจะมีลักษณะเป็นการเฉพาะกรณี ในส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดก็เช่นเดียวกัน⁷⁴ อันมีลักษณะปรับใช้เฉพาะกรณี และให้ดุลพินิจอิสระแก่ผู้พิพากษาพิจารณาไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ไม่มีการกำหนดและอธิบายออกมาในรูปแบบของทฤษฎีกฎหมายแต่อย่างใด

⁷³ ร.แสงกาด์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1*. น. 19-30.

⁷⁴ ตัวอย่างเช่นที่บัญญัติในกฎหมายลักษณะโจร มาตรา 65 ผู้ใดลอบฟันแทง ฟุ่ ซัด ท่านแล้งมีหันทำแกท่านๆจับได้ ให้เอามันผู้ลอบทำแกท่านนั้นมาจันองแงง เอาขึ้นหาอย่างประจารปลงลงทวนด้วยลวดหน้ง 30 ที ถ้าตีฟันแทงบาดเจ็บ ให้ตัดนิ้วมือเสีย ถ้าตีฟ้งแทงถึงษาห้ศให้ตัดนิ้วทั้งนิ้วดิน , มือ เสียจงสิ้นนิ้ว ถ้าถึงคายนให้ฆ่าผู้ร้ายนั้นเสีย

มาตรา 89 ผู้ใดเอาหอกดาบแหลนหลาว สรรพสิ่งใดแต่เรือนแทงท่าน ผู้แต่เรือนนั้นมีบรรดาศักดิ์และแลไม่ต้องคนในเรือน ให้ใส่คาคกรเหล็กไว้เจ็ดวัน แล้วให้ไหม 220000 ถ้าแลต้องคนในเรือนบาดเจ็บให้ทวนด้วยลวดหน้ง 15 ที แล้วส่งสัจไปยังแพ่ง ให้ไหมโดยบาดเจ็บนั้น

มาตรา 90 ถ้าจะทำร้ายแก่เจ้าบ้านเจ้าเรือนแลช้ดทึงให้เจ้าบ้านเจ้าเรือนรู้ศีกออกมา แลมีหันทำร้ายแก่เจ้าบ้านเจ้าเรือน แลเจ้าบ้านเจ้าเรือนจับได้ ท่านว่าให้ทวนด้วยลวดหน้ง 25, 30 ที ถ้าทำร้ายแก่เจ้าบ้านเจ้าเรือนบาดเจ็บ ท่านว่าให้ตัดนิ้วมือเสียแล้วให้ไหมผู้บาดเจ็บนั้น ถ้าแลถึงคายน ท่านว่าให้ฆ่าผู้ร้ายนั้นเสีย เป็นต้น. อ้างถึงในราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่น. (ร.ศ. 120). *กฎหมายเล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาและทนายความ*. น. 399-410.

ภายหลังมีการปฏิรูปกฎหมายให้เป็นแบบอย่างประเทศตะวันตกในช่วงสมัยรัชกาลที่ 4 (พ.ศ. 2394-2411) จนถึงสมัยรัชกาลที่ 5 (พ.ศ. 2411-2453) ด้วยเหตุผลทางการเมือง⁷⁵ ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ออกมาใช้ในวันที่ 1 มิถุนายน 2451 (ค.ศ. 1908)⁷⁶ ในการร่างกฎหมายลักษณะอาญานี้ ผู้ยกร่างได้อ้างอิงถึงประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 (ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบางประการโดยกฎหมายต่างๆ ในชั้นหลัง) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1870 พร้อมทั้งความเห็นทางกฎหมายที่มีต่อประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวซึ่งมีอยู่อย่างมากมาย แต่เนื่องจากผู้ยกร่างมีวัตถุประสงค์ที่จะหาวิธีการง่ายที่สุดและให้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่สุด ผู้ยกร่างจึงได้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาที่ทันสมัยที่สุดต่างๆ เป็นหลักอ้างอิงด้วย ซึ่งบัญญัติขึ้น โดยใช้ข้อมูลที่ทำขึ้นจากนักนิติศาสตร์ในฝรั่งเศสและเยอรมันซึ่งมีอยู่จำนวนมาก ประมวลกฎหมายอาญาที่นำมาอ้างอิง ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1881 ประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี ค.ศ. 1880 ประมวลกฎหมายอาญาของอียิปต์ สำหรับศาลที่พิจารณาคดีสำหรับคนพื้นเมือง ค.ศ. 1904 ประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย ค.ศ. 1860 ประมวลกฎหมายอาญาของญี่ปุ่น ค.ศ. 1903 และ ค.ศ. 1907 แต่อย่างไรก็ตามผู้ยกร่างมิได้ผูกพันที่จะใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะเลย แม้ว่าจะได้มีการเอาแบบอย่างจากประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี (ประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1880) และประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ (ประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1881) เป็นอย่างมากก็ตาม

ในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องการพยายามกระทำความผิด ผู้ยกร่างไม่ได้รับเอาระบบการพยายามกระทำความผิดตามอย่างประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ที่แยกออกเป็นความผิดที่ลงมือกระทำแล้วแต่กระทำไปไม่ตลอด และความผิดที่ลงมือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลสำเร็จ⁷⁷ ทั้งนี้เพราะเกรงว่าผู้พิพากษาศยามจะประสบความลำบากในการแยกความแตกต่างของกรณีทั้งสอง ประมวลกฎหมายอาญาสยามจึงเลือกที่จะเอาแบบอย่างจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา

⁷⁵ ร.แสงกาด์. (2526). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1*. น. 1.

⁷⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). บันทึกของนายฮอร์ช ปาดูซ์ (Georges padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. น. 33-38. ชาลูนชัย แสงศักดิ์. (2539). *อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย*. น. 26-86. แสง บุญฉิมวิภาส. (2542). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History)*. น. 115-256.

⁷⁷ ปัจจุบันกฎหมายพยายามกระทำความผิดของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ได้แยกออกเป็นความผิดที่ลงมือกระทำแล้วแต่กระทำไปไม่ตลอด และความผิดที่ลงมือกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลสำเร็จ

เนเธอร์แลนด์ (มาตรา 45) มากกว่า แต่ได้รับการปฏิเสธที่จะรับเอาระบบของฝรั่งเศสที่ถือว่าการพยายามกระทำความผิดมีโทษอย่างเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ⁷⁸ ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าในทางปฏิบัติแล้วความผิดที่ไม่สำเร็จย่อมจะไม่ได้รับโทษเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ และกฎหมายลักษณะอาญายอมรับตามหลักการดังกล่าวโดยลดโทษให้หนึ่งในสามสำหรับการพยายามกระทำความผิด ส่วนการพยายามกระทำความผิดลหุโทษนั้นไม่ต้องรับโทษ

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานพยายามไว้ในมาตรา 60, 61 และมาตรา 62 รายละเอียดดังนี้⁷⁹

มาตรา 60 ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด แต่หากมีเหตุอันพ้นวิสัยของมันจะป้องกันได้มาขัดขวางมิให้กระทำลงได้ไซ้ ท่านว่ามันควรรับอาชญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นแบ่งเป็นสามส่วน ให้ลงอาชญาแต่สองส่วน

มาตรา 61 ผู้ใดพยายามกระทำความผิด แต่ยับยั้งเสียด้วยตนเอง ไม่ได้กระทำความผิดนั้นลงไปให้ตลอดตามความมุ่งหมาย ท่านว่าควรเอาโทษแก่มันเพียงความผิดที่มันได้กระทำลงไปแล้ว

มาตรา 62 ผู้ใดจะพยายามกระทำความผิดฐานลหุโทษ ท่านว่าอย่าให้ลงอาชญาแก่มันเลย

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ใช้มาจนถึงวันที่ 31 มกราคม 2499 จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอาญาขึ้นตราใหม่เป็นประมวลกฎหมายอาญา ประกาศใช้วันที่ 1 มกราคม 2500 และบังคับใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน บทบัญญัติส่วนใหญ่มีลักษณะเทียบเคียงได้กับกฎหมายลักษณะอาญา เพียงเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่บางประการให้ทันสมัยขึ้นเท่านั้น แนวคิดหลักๆ ยังคงเหมือนกันกับกฎหมายลักษณะอาญา แต่ในส่วนกฎหมายเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดมีแนวความคิดที่ต่างออกไป โดยประมวลกฎหมายอาญา ได้บัญญัติความผิดฐานพยายามไว้ในมาตรา 80 81 82 และ 105 ไว้ดังนี้

มาตรา 80 ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

⁷⁸ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). *บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*. น. 76-77.

⁷⁹ บริรักษ์นิติเกษตร, พระ (หรั่ง นิมิหุ). (2478). *กฎหมายลักษณะอาญาเก่าใหม่ทั้งหมด*. น. 43-44.

มาตรา 81 ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด แต่ให้ลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้น

ถ้าการกระทำดังกล่าวในวรรคแรกได้กระทำไปโดยความเชื่ออย่างงมงาย ศาลจะไม่ได้ลงโทษก็ได้

มาตรา 82 ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้เกิดการกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นๆ

มาตรา 105 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

ในกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดในประมวลกฎหมายอาญา มีแนวคิดเปลี่ยนแปลงจากหลักการในกฎหมายลักษณะอาญาเดิม ดังนี้⁸⁰

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

ผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญายอมรับหลักการนี้ ตามแนวทางของนาย อาร์. กียอง (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) ที่แบ่งแยกประเภทของการพยายามออกเป็นสองประเภทดังกล่าว แต่เห็นควรกำหนดโทษประเภทการพยายามทั้งสองประเภทให้เท่ากันโดยลดโทษให้หนึ่งในสาม เพราะเห็นว่าการไม่ลดโทษให้จะเป็นการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดให้สำเร็จ (ความเห็นของนาย อาร์. กียอง เห็นว่าการพยายามประเภทที่ 1 กฎหมายต่างประเทศลดโทษให้เพราะการพยายามนี้ไม่ได้พุดถึงผลของการกระทำผิดเลย เพราะยังไม่ได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จะให้ความผิดนั้นสำเร็จ แต่การพยายามประเภทที่ 2 ผู้กระทำได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จะให้ความผิดนั้นสำเร็จแล้ว เว้นแต่ผู้กระทำจะได้ป้องกันไม่ให้ผลแห่งการกระทำเกิดขึ้น)⁸¹

⁸⁰ “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/101/2483” (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483). น. 1-11.

⁸¹ เป็นแนวทางการกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิด ตามแนวคิดของนักทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective) ที่เคร่งครัด

2. การยอมรับแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวะลี (Subjective Theory) เกี่ยวกับการพยายามที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ (Impossible Attempts) โดยได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 81

แนวคิดที่ยังเหมือนเดิมคือ การลดโทษให้กับผู้พยายามกระทำความผิดแต่ยังเสียเองหรือกลับใจแก้ไขไม่ให้ความผิดนั้นสำเร็จ ตามที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 61 และที่นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 และการไม่ลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดลดโทษ ตามที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 62 และนำมาบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 105

ส่วนในการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิดและหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการเตรียมกระทำความผิดและการลงมือกระทำความผิดนั้น ตามความเห็นของผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญา มีความเห็นดังต่อไปนี้⁸²

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

2. พระยาเลขาภิบาลธรรมวิทักษ์ (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) เห็นว่า การพยายามจะต้องใกล้ชิดกับเหตุหรือเหตุจะต้องเป็นขั้นที่จะสำเร็จความผิด

3. คำกล่าวของหม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) ที่แสดงความเห็นในการพิจารณาร่างหมวดที่ 6 ตัวการและผู้สมรู้ พาดพิงมาถึงเรื่องการลงมือกระทำความผิดว่า คำว่า “ลงมือ” ไปอยู่ในมาตรา 60 ตรงกับคำว่า beginning⁸³

และในแนวทางของฝ่ายนิติบัญญัติยังได้กำหนดให้การสมคบหรือเตรียมบางฐานความผิด มีความผิดเทียบเท่าความผิดฐานพยายามหรือความผิดสำเร็จด้วย ได้แก่

1) ในการสมคบหรือเตรียมกระทำความผิดบางฐานที่กฎหมายต้องการเอาโทษกับบุคคลโดยเหตุผลพิเศษ เหตุผลเพราะเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงพอที่กฎหมายจะถือเป็นความผิดเทียบเท่าความผิดสำเร็จ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 107 การสมคบ เตรียม หรือพยายามปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ มาตรา 108 พยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ มาตรา 109 พยายามปลงพระชนม์พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ มาตรา 110 พยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระราชินี รัชทายาท หรือ

⁸² “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/101/2483” (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483). รายงานการประชุมคณะกรรมาการกฤษฎีกา ตอน 4, ครั้งที่ 120/101/2483. น. 4.

⁸³ “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 122/109/2483” (วันศุกร์ที่ 13 กันยายน 2483). รายงานการประชุมคณะกรรมาการกฤษฎีกา ตอน 9, ครั้งที่ 122/109/2483. น. 6.

ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ มาตรา 128 เตรียมหรือพยายามกระทำความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร มาตรา 130 พยายามทำร้ายร่างกาย เสรีภาพต่อพระราชาธิบดี ราชนิประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ หรือกรณีที่ถูกกฎหมายให้ถือว่าการเตรียมเป็นความผิด เช่น มาตรา 107 เตรียมเพื่อปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ มาตรา 108 เตรียมประทุษร้ายต่อพระองค์ หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ มาตรา 109 เตรียมเพื่อปลงพระชนม์พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เป็นต้น

2) หรือการกำหนดให้การเตรียมกระทำทำความผิดบางฐานมีความผิดเทียบเท่ากับการพยายามกระทำความผิด เหตุผลเพราะมีความยากในการพิสูจน์การกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำทำความผิดกับการพยายามกระทำความผิดในความผิดอาญานั้นๆ⁸⁴ เช่น ความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์ มาตรา 217, 218 ความผิดจะสำเร็จเมื่อโรงเรือนจะต้องติดไฟลุกไหม้ขึ้นด้วย แต่กรณีพยายามยังมีปัญหาในการพิจารณาว่าเช่นใดจึงจะใกล้ชิดถึงขั้นใกล้เกิดผลสำเร็จขึ้นได้ แต่ปัจจุบันได้มีการบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219⁸⁵ ให้การเตรียมวางเพลิงต้องระวางโทษเช่นเดียวกับพยายาม จึงทำให้ไม่มีปัญหาในการพิจารณาความผิดฐานนี้

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 60 บัญญัติเพียงให้การพยายามเป็นความผิด ไม่มีการกำหนดคำนิยาม หรืออธิบายความหมายของการพยายามกระทำความผิดไว้แต่อย่างใด ส่วนในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ได้ให้ความหมายของการพยายามกระทำความผิดไว้ว่าเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด และแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด และการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล แต่ก็มีได้ให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิดที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดไว้เช่นเดียวกัน จากการศึกษารายงานการประชุมของกรรมการร่างกฎหมายทราบว่าลักษณะของการลงมือกระทำความผิดที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิด คือการกระทำที่พ้นขั้นเตรียมไปแล้ว แต่จะพ้นจากการกระทำที่เป็นขั้นเตรียมในระดับใด หรือมีความหมายในรายละเอียดอย่างไร เจตนารมณ์ของ ผู้ร่างกฎหมายกล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องการปล่อยให้หน้าทีของนักนิติศาสตร์เป็นผู้สร้างแนวคิด ทฤษฎี และกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาใช้อธิบายกันเอง

⁸⁴ จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 287.

⁸⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 ผู้ใดเตรียมเพื่อกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 217 หรือมาตรา 218 ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามกระทำความผิดฐานนั้นๆ

2.3.2 ความเห็นในทางตำรา

นักนิติศาสตร์ไทยเห็นว่าการกระทำที่กฎหมายพยายามต้องการ อันจะเป็นเกณฑ์ในการใช้แบ่งแยกกระหว่างการเตรียมกระทำความคิดกับการลงมือกระทำความคิดนั้น อยู่ที่การให้ความหมายถ้อยคำที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 คือ การให้ความหมายของการลงมือกระทำความคิด ส่วนการลงมือกระทำความคิดในลักษณะที่กฎหมายพยายามของไทยต้องการ มีลักษณะอย่างไร นักวิชาการของไทยได้มีความเห็นหลายแนวด้วยกัน ดังนี้

1) แนวทางการอธิบายของศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์⁸⁶ ได้ให้ความหมายการลงมือกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ไว้ตรงกับแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึงการเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำผิดคือต้องเป็นการกระทำที่ผิดปกติกจากบุคคลผู้สุจริต ซึ่งแสดงให้เห็นเจตนาในการกระทำผิด และถ้าปล่อยให้กระทำต่อไปก็จะสำเร็จเป็นความผิดขึ้นได้ หรือมีความหมายตรงกันกับแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของประเทศอังกฤษ ที่หมายถึงการกระทำที่นำไปสู่การกระทำผิดสำเร็จ คือการลงมือพยายามกระทำผิดนั้นต้องเป็นการกระทำที่นำไปสู่ความผิดสำเร็จโดยแท้จริง หรือมีความหมายตรงกันกับการเริ่มต้นกระทำผิดตามแนวคิดของนักวิชาการเยอรมัน ที่เห็นด้วยกับทฤษฎีภาวะวิสัยนั่นเอง (แต่จะแตกต่างจากแนวคิดของศาลเยอรมัน ที่การวินิจฉัยการเริ่มต้นกระทำผิดในกฎหมายเยอรมันจะขยายกว้างออกไปกว่านี้)

โดยเห็นว่าทฤษฎีนี้อาจเคลือบคลุมแต่ไม่ใช่จะเป็นหลักที่ไม่ถูกต้องสามารถใช้ได้ ส่วนการที่จะแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นการใกล้ชิดหรือห่างไกลกับผลสำเร็จของความคิดนั้น ต้องอาศัยตัวอย่างจากคดีที่ศาลได้วินิจฉัยมาแล้ว ซึ่งพอจะกล่าวไว้เป็นแนวทางได้ดังนี้

ก. การกระทำในขั้นเตรียมเป็นการกระทำระยะหนึ่งเพื่อจะลงมือกระทำความคิดอีกระยะหนึ่ง ซึ่งเป็นการกระทำคนละตอนกัน บางรายก็เห็นได้ชัด บางรายก็อาจเห็นไม่ได้ชัดนักที่เห็นได้ชัดก็ได้แก่การกระทำที่ผู้กระทำเตรียมเพื่อให้พร้อมที่จะกระทำต่อไปตอนหนึ่งและหยุดพักอยู่เพียงนั้น เพื่อว่าในโอกาสต่อไปก็จะเริ่มลงมือกระทำผิดตามที่ได้เตรียมไว้อีกตอนหนึ่ง เช่น ถีป็นบรรจุกระสุนไปซุ่มอยู่ตอนหนึ่ง คอยว่าเมื่อใดผู้ที่ตนต้องการผ่านมาก็จะลงมือฆ่าอีกตอนหนึ่ง เป็นต้น

ข. การกระทำซึ่งผู้กระทำตั้งใจจะกระทำติดต่อกันไปจนสำเร็จ จะเป็นการเริ่มลงมือกระทำผิดเข้าขั้นพยายามก็ต่อเมื่อการกระทำนั้น ใกล้ต่อผลที่จะเกิดเป็นความผิดขึ้น เช่น การไล่ทำร้ายร่างกาย เพียงแต่มีการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาแล้วเท่านั้นยังไม่พอถือเป็นการลงมือ

⁸⁶ จิติ ดิงศภัทย์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 290-317.

พยายามกระทำความผิด การลงโทษโดยอาศัยพฤติการณ์เพียงเท่าที่แสดงเจตนานี้อาจเป็นการไกลเกินสมควรไป

ค. การกระทำบางกรณีซึ่งผู้กระทำได้ตั้งต้นเพื่อกระทำให้ตลอดจนเกิดผลสำเร็จเป็นความผิด แม้มีการพักเป็นตอนๆ ในระหว่างนั้น ซึ่งคู่คล้ายจะเป็นการทำให้เป็นระยะๆ ในชั้นเตรียมดังกล่าวมาในข้อ ก. ก็ตาม เมื่อการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่ผู้กระทำลงมือเพื่อกระทำติดต่อกันไปจนสำเร็จและใกล้ชิดต่อผลแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ใช่เพียงแค่การเตรียม แต่เข้าขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่นการถือปืนไปชุ่มคอกอยู่เพื่อยิงผู้ที่ตนประสงค์จะฆ่า ซึ่งไม่รู้ว่าจะผ่านมาเมื่อใด เป็นแค่การรอคอยโอกาสอยู่ในชั้นเตรียม แต่ถ้ารู้ว่าคนที่ตนต้องการฆ่านั้นผ่านมาเมื่อใดและเข้าชุ่มอยู่ในที่เหมาะพร้อมที่จะยิงได้โดยผู้้นกำลังใกล้เข้ามา แม้จะยังไม่อยู่ในระยะยิงก็ถือว่าผู้้นลงมือกระทำการฆ่าคนแล้ว ทั้งๆที่ผู้กระทำก็เป็นแค่ชุ่มคอกโอกาสที่จะยิงเช่นเดียวกัน

2) แนวทางการอธิบายของ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์⁸⁷ เห็นด้วยกับหลักการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล โดยให้ความหมายว่า

ก. การกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำการ “ขั้นสุดท้าย” ซึ่งจำต้องกระทำเพื่อให้ความผิดสำเร็จ

ข. ยกเว้นบางกรณี แม้ว่ามิใช่การกระทำ “ขั้นสุดท้าย” จริงๆ ในแง่ของผู้กระทำ ก็อาจถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดได้ หากเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำติดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผล

3) แนวทางของ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร⁸⁸ และ รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาววงศ์⁸⁹ ซึ่งเห็นด้วยกับทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น กล่าวโดยสรุปว่าการกระทำที่จะเป็นการลงมือกระทำความผิดตามแนวทางของทฤษฎีนี้ เมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่มีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานนั้นๆ หรือที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut or directly dangerous to interests protected under the law) หรือ “นิติสมบัติ” โดยการพิจารณาจะคำนึงถึงความใกล้ชิดของอันตราย การที่จะก่อความเสียหาย และความรู้สึกหวาดกลัวต่อภัยอันตรายในความรู้สึกของชุมชนประกอบด้วย ซึ่งกว้างหรือ

⁸⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 352.

⁸⁸ คณิต ณ นคร. (2546) “การดำเนินคดีของพนักงานอัยการและคำพิพากษาศาลในคดีซื้อเสียงที่จังหวัดบุรีรัมย์.” *วารสารนิติศาสตร์*. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 1-18.

⁸⁹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2538). *สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท*. หน้า 70.

แคบจะขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิดฐานนั้นๆ โดยคุณธรรมทางกฎหมายจะเป็นตัวแปรในการวินิจฉัย ซึ่งจะมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละฐานความผิด

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัยฯ ได้ให้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดของไทยไว้อีกด้วยว่า⁹⁰ บทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดในหมวดที่ 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 23 และมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (STGB) ดังนี้จึงควรศึกษาถึงทฤษฎีกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังของการพยายามกระทำความผิดของเยอรมัน โดยขอเพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิด

แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในส่วนนี้เห็นว่า กฎหมายว่าด้วยเรื่องการพยายามกระทำความผิดของไทยมีพื้นฐานมาจากแนวความคิดของกฎหมายอาญาเยอรมัน จึงควรให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความผิด และกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดไปในการทำงานเดียวกับประเทศเยอรมัน ซึ่งก็เป็นไปตามทฤษฎีความเป็นภยันตรายของการกระทำนั่นเอง

⁹⁰ แหล่งเดิม. น. 85.