

บทที่ 3

ทฤษฎีและหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิด กับการเตรียมกระทำความผิดในต่างประเทศ

ความเหมาะสมของลักษณะพฤติกรรมภายนอกที่แสดงออกมา (acts) อย่างไรที่สื่อให้เห็น เจตนาจนถึงขั้นควรกำหนดให้เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดนั้นควรมีลักษณะอย่างไร ที่พอจะแยกแยะการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดออกจากการกระทำที่ไม่สมควรเป็นการพยายามกระทำความผิด (เตรียม) ในต่างประเทศได้มีการพัฒนาสร้างทฤษฎีต่างๆ ขึ้นมาเป็นหลักเกณฑ์ในการอธิบาย ซึ่งพอจะแบ่งแยกอธิบายทฤษฎีต่างๆเกี่ยวกับการลงมือกระทำความผิด และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด ดังนี้

3.1 ทฤษฎีการแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด

3.1.1 ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory)

จากแนวโน้มในคำแนะนำของ Lord Mansfield ในคดี Scofidle ค.ศ. 1784 และคำพิพากษาคดีอื่นๆ ต่อมาใน คดี Higgims ค.ศ. 1801 คดี Chapman ค.ศ. 1849 และคดี Ransford ค.ศ.1874 ได้ก่อตั้งทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ขึ้น และถือว่าการวินิจฉัยที่ก่อให้เกิดทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายพยายามกระทำความผิดสมัยใหม่ขึ้นมาในประเทศอังกฤษ¹

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการลงมือพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำใดๆที่ได้กระทำให้การส่งเสริมผลักดันเจตนาการกระทำความผิดอาญาให้คืบหน้า ครอบคลุมที่ปราศจากการกระทำในการเปิดเผยเจตนาออกมากฎหมายจะไม่ลงโทษ แต่ในทันทีทันใดที่ได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้ว กฎหมายจะพิจารณาตัดสินไม่เพียงแต่การกระทำที่กระทำไปแล้ว แต่พิจารณาถึงเจตนาที่กระทำลงไปด้วย และหากว่ามันเป็นเจตนาที่มุ่งร้ายและผิดกฎหมาย ถึงแม้ว่าการกระทำในตัวของมันเองจะไม่ผิดแต่มีเจตนากระทำการที่เป็นความผิดอาญาจะทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นอาชญากรรมและต้องถูกลงโทษ

¹ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). Criminal Attempts. p. 35.

เหตุผล 2 ประการในทฤษฎีการกระทำแรกที่จะมองเห็นถึงการวินิจฉัยที่กำหนดขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความคิดเช่นนั้น คือ

1. เจตนาเป็นความคิด การกระทำเป็นแค่หลักฐานของเจตนาที่เป็นความคิดนั้น
2. แม้แต่การกระทำขั้นแรกในการดำเนินการกระทำความคิดอาญาก็เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อชุมชนได้ (เป็นคำกล่าวในคดี Higgins ค.ศ. 1801)

และด้วยเหตุนี้การกระทำแรกสมควรที่จะกำหนดให้เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิดทางอาญา หลักการนี้ไม่ได้ต้องการขยายหรือเพิ่มขอบเขตของกฎหมายพยายามกระทำความคิดในการลงโทษจำเลย ในคดีเหล่านี้ผู้กระทำผิดทั้งหมดมีแนวโน้มถึงการกระทำในอนาคตที่เป็นการสืบหน้าต่อไปกว่าการกระทำแรก คดี Scofield ค.ศ. 1784² Mr.Scofield ได้วางสิ่งของและจุดเทียนไขไว้ด้วยเจตนาที่ต้องการเผาบ้านของเขา คดี Higgins ค.ศ. 1801³ Mr.Higgins ได้ใช้ให้คนรับใช้ทำการลักทรัพย์ (เขาถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานพยายามยุยงส่งเสริมในความผิดฐานลักทรัพย์) ในคดี Ransford ค.ศ. 1874⁴ Mr.Ransford ได้เขียนจดหมายถึงเด็กผู้ชายเชิญให้เข้ามาพบโดยมีเจตนาที่จะกระทำชำเราเด็ก (เขาถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานยุยงส่งเสริมให้การทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ) แต่ในยุคต่อมา ศาลได้แสดงให้เห็นถึงความโน้มเอียงที่จะไม่รับเอาทฤษฎีการกระทำขั้นแรกนี้มาใช้

ในบางคำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกา ดูเหมือนจะรับเอาทฤษฎีการกระทำแรกมาใช้แต่ไม่ได้ให้ความสนับสนุนจริงจัง เช่น ในคดี Stokes ค.ศ. 1908⁵ ศาลถือว่าเมื่อไหร่ก็ตามที่มีการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงเจตนามุ่งหมายของบุคคลที่จะกระทำความคิดอาญา การกระทำแม้เพียงเล็กน้อยที่กระทำไปเพื่อดำเนินตามเจตนาขั้นต่อไปจะเป็นการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด อย่างไรก็ตามในการประยุกต์ใช้ความคิดเห็นเหล่านี้ศาลได้แยกการลงมือพยายามการกระทำความคิดออกจากการเตรียมการกระทำความคิดในบางคดีให้ไกลเกินไปกว่าการกระทำ

² Scofield (1784) Cald 397,703 (Lord Mansfield). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 35

³ Higgin (1801) 2 East 5, 21. As cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 35.

⁴ Ranford (1874) 13 Cox CC9. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 35

⁵ Stokes (1908) 46 So 627, Mississippi. As cited in. Antony duff (R.A.Duff).(1996). *Criminal Attempts*. p. 36.

แรกด้วย เช่น ในคดี Griffin ค.ศ. 1858⁶ การกระทำของจำเลยที่ได้ดำเนินการไปไกลเกินกว่าการกระทำขั้นแรกในการดำเนินการตามเจตนามุ่งหมายต่อไปที่จะให้ฆ่าสามีของคู่นอนของตน กรณีที่เธอจ้างเป็นมือปืนคนหนึ่ง พามือปืนไปยังที่คอยด์กรอสามีในทางที่สามีจะมา และให้ปืนที่มีกระสุนเต็มแก่มือปืน เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด เป็นต้น

ในคดี Robles ค.ศ. 1960⁷ ศาลสหรัฐอเมริกาถือว่าการเขียนจดหมายจากแคลิฟอร์เนียถึงโรงงานผลิตเฮโรอีนใน Mexico ถ้ามามีเฮโรอีนจำหน่ายใหม่ ถือเป็นการใช้จดหมายในการติดต่อให้เกิดความสะดวกในการพยายามกระทำความผิดอาชญาฐานนำเฮโรอีนเข้ามาในรัฐ California

มีข้อโต้แย้งสำหรับการกระทำในการลงมือพยายามกระทำความผิดในทฤษฎีการกระทำแรก คือ การกระทำที่เป็นการดำเนินการเพื่อความคืบหน้าไปสู่ความผิดนั้นจะถือกฎหมายอย่างไรว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำแรกที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามความหมายทฤษฎีการกระทำแรก เช่น การถือเอาการส่งจดหมายของ Mr. Robles เป็นการกระทำแรกในการดำเนินการตามแผนที่จะนำเอาเฮโรอีนเข้าประเทศ การกระทำเช่นนั้นก็อาจไม่ใช่การกระทำแรกในการดำเนินการตามแผนของเขาในการกระทำความผิดเช่นนั้น การกระทำแรกในการกระทำตามแผนของเขานั้นอาจจะเป็นการค้นหาที่อยู่ของโรงงานนั้นหรือการถือปากกาเพื่อเขียนจดหมายนั้นก็ได้อีก

ก. ข้อดีของทฤษฎีการกระทำแรก

ทฤษฎีนี้มีสิ่งที่น่าสนใจอยู่ 2 ข้อ คือ

1) ดูเหมือนเป็นบทพิสูจน์ที่ตรงไปตรงมา ในการตัดสินของศาลต้องการพิจารณาเพียงว่าจำเลยได้กระทำการบางอย่างในการดำเนินการที่ส่งเสริมการก้าวไปสู่จุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขาหรือไม่

2) สามารถทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาแทรกแซงได้แต่เนิ่นๆ เมื่อผู้ต้องสงสัยเริ่มมีแนวโน้มในการก่ออาชญากรรม โดยไม่ต้องรอนจนกระทั่งเขากระทำการเข้าใกล้การกระทำความผิดอาญา การปฏิบัติเช่นนี้เป็นเพิ่มการป้องกันอาชญากรรมของตำรวจอย่างได้อย่างได้ผล

ลักษณะของการกระทำที่ทฤษฎีการกระทำแรกต้องการก็คือ ต้องการการกระทำใดการกระทำหนึ่งเพียงบางการกระทำที่เป็นการดำเนินการส่งเสริมความคืบหน้าไปสู่ความผิด การกระทำเพียงแค่นี้ก็ถือเป็นหลักฐานเพียงพอต่อความคงอยู่และความแน่วแน่ของเจตนาแล้ว และควรเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด

⁶ Griffin (1858) 26 Ga 493, Georgia. As cited in. Ibid. p. 3.

⁷ Robles. (1960). 185 F Supp 82,84 as cited in. Ibid. p. 36.

ข. ข้อเสียของทฤษฎีการกระทำแรก

1) ข้อเสียของทฤษฎีการกระทำแรกที่เราเห็นได้ชัด คือ ทฤษฎีนี้กว้างมากเกินไป ตัวอย่างเช่นกรณีที่ตัดสินลงโทษ Mr.Ransford (ในคดีพยายามยิงสังเริมให้กระทำชำเราผิดธรรมชาติ) และ Mr.Robles (ในคดีพยายามกระทำความผิดฐานนำเฮโรอินเข้ามาในรัฐ (California) ทั้งนี้ที่พวกเขาหยิบปากกาขึ้นมาเขียนจดหมายเท่านั้น ก็อาจถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว

2) ตามทฤษฎีนี้รับเอาการรับสารภาพของจำเลยมาเป็นเจตนาการกระทำความผิดทางอาญาของจำเลยอีกส่วนหนึ่งด้วย

3) การพิสูจน์การลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้กว้างมากถึงขนาดที่ว่า กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำผิดจะทำให้เกิดสมดุลที่ผิดระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและการปกป้องผลประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของชุมชน ข้อพิสูจน์ในทฤษฎีนี้มีความใส่ใจต่อการตรวจพบและจับกุมเหล่าอาชญากรเป้าหมายแต่เนิ่นๆ แต่ด้วยความคำนึงถึงสมดุลต่อการเคารพสิทธิส่วนบุคคล ก่อให้เกิดข้อคำนึงในการพิจารณาและข้อเรียกร้องให้เกิดการคุ้มครองในการป้องกันอาชญากรรมตามทฤษฎีการกระทำแรก (first acts theory) ให้แคบขึ้น

ค. ข้อพิจารณาในการเรียกร้องให้เกิดการคุ้มครองป้องกันอาชญากรรมในทฤษฎีการกระทำขั้นแรกให้แคบขึ้น 3 ประการ⁸

1) ถึงแม้ว่าเราจะมองไม่เห็นถึงคุณค่าในสิทธิของอาชญากร ในจุดมุ่งหมายของอาชญากรที่จะดำเนินการกระทำทางอาชญากรรมไปให้ไกลเกินกว่าการกระทำแรกก็ตาม แต่การขยายกว้างของการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีการกระทำแรกนั้นจะก่อให้เกิดการตัดสินลงโทษบุคคลหลายคนที่จะเจตนาจะยกเลิกการกระทำโดยสมัครใจก่อนที่จะเข้าไปใกล้ความผิดสำเร็จ อาจจะมีในบางกรณีที่แสดงให้เห็นว่าการมีกฎหมายที่เข้มงวดนี้ถูกต้อง แต่ไม่ควรจะเป็นเรื่องของการกำหนดให้เป็นข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่มีสถานการณ์รุนแรงเป็นพิเศษไม่ใช่เป็นบททั่วไป ในกฎหมายพยายามกระทำความผิด ตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืนในประเทศอังกฤษตามพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำที่เป็นอาชญากรรม ค.ศ. 1953 (Prevention of Crime Act 1953) หรือในเรื่องการครอบครองหรือเป็นเจ้าของสิ่งของที่มีเจตนาใช้ในการทำลายทรัพย์สินผู้อื่นตามพระราชบัญญัติความเสียหายจากการประกอบอาชญากรรม ค.ศ. 1971 (Crime Damage Act 1971)⁹ เป็นต้น

2) กฎหมายพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีดังกล่าวจะนำไปสู่การบุกรุก และการกดขี่ข่มเหงของเจ้าหน้าที่ตำรวจสืบสวนในการค้นหาพยานหลักฐานที่ต้องการจากอาชญากรรม

⁸ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 37.

⁹ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 37.

ที่เกิดขึ้น และยังสนับสนุนให้เชื่อมั่นอย่างมากกับการยอมรับสภาพของผู้ต้องหาในกรณีที่ไม่มีหลักฐานข้อสรุปอื่นๆของความผิดว่าผู้ต้องหา มีความผิด ด้วยอันตรายทั้งหมดข้างต้นที่ก่อให้เกิดการใช้กฎหมายในทางที่ผิดจะก่อให้เกิดความล้มเหลวในกระบวนการยุติธรรม

3) ระบบกฎหมาย (ที่แตกต่างจากระบบบังคับควบคุมความประพฤติ เช่น กฎหมายในระบบเผด็จการ, กฎหมายศาสนา) ต้องปฏิบัติต่อประชาชนเหมือนเป็นผู้กระทำการปกครองตนเอง เพราะฉะนั้นควรจะปล่อยให้ประชาชนมีโอกาสที่จะเป็นไปได้ในการตัดสินใจต่อการกระทำของพวกเขาเอง แม้ควรจะยอมให้โอกาสอาชญากรเป้าหมายซึ่งเป็นประชาชนคนหนึ่งในสังคมนั้นสามารถตัดสินใจด้วยตัวเองที่จะละทิ้งการดำเนินการทำความผิดทางอาญาของเขา (locus poenitentiae) ก็ตาม บางคนที่วางแผนและเริ่มกระทำตามเจตนาทำอาชญากรรมและเป็นการกระทำที่น่าตำหนิแต่ก่อนที่เขาถูกนำตัวเข้ามาอยู่ภายใต้สภาพบังคับของกฎหมายเขาควรจะได้อิสระเสียใจและกลับใจในการกระทำอาชญากรรมดังกล่าว รวมถึงให้เขามีโอกาสในการยืนยันที่จะกระทำการตามความต้องการของกฎหมายโดยสมัครใจเสียก่อน

3.1.2 ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory)¹⁰

จากการไม่เห็นด้วยกับข้อบกพร่องของทฤษฎีการกระทำแรก (First act theory) ที่อาจจะก่อให้เกิดการตัดสินใจลงโทษคนหลายคนที่เจตนาจะยกเลิกการกระทำโดยสมัครใจก่อนที่จะเข้าใกล้ความสำเร็จ และการที่อาจจะนำไปสู่การบงกช และการกดขี่ข่มเหงของเจ้าหน้าที่ตำรวจสืบสวนในการค้นหาพยานหลักฐาน รวมถึงข้อคำนึงในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสมือนเป็นผู้กระทำการปกครองตนเอง โดยแสดงออกมาให้เห็นเป็นข้อพิจารณาในการเรียกร้องให้เกิดการคุ้มครองการป้องกันอาชญากรรมตามทฤษฎีการกระทำแรกให้แคบขึ้นนั้น นำไปสู่การนำเสนอทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ขึ้น ซึ่งในความสำเร็จของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย คือ การให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจ (locus poenitentiae) ละทิ้งการกระทำตามเจตนาของเขาโดยสมัครใจ จนกว่าเขาจะได้ลงมือกระทำการใดๆ ไปจนหมดสิ้นแล้วในพฤติการณ์ที่เขาสามารถจะกระทำได้ในการประกอบอาชญากรรมนั้น

กล่าวกันว่าอังกฤษเริ่มมีการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา Parke B ในคดี Eagleton ค.ศ. 1855¹¹ คดีนี้จำเลยได้อ้างเท็จหลอกลวงว่าได้บรรจุขนมปังขายให้ผู้ซื้อตามจำนวนน้ำหนักที่แน่นอนและได้รับสินเชื่อ (Credit) จากผู้ซื้อว่าจะจ่ายเงินตามจำนวนภายหลัง แต่การหลอกลวงของเขาถูกจับได้ก่อนที่เขาจะได้รับการชำระเงินจากผู้ซื้อ ศาล

¹⁰ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 37-42.

¹¹ Eagleton (1855) 6 Cox cc 559. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*.

อุทธรณ์ (Appeal Court) ถือว่าเขามีความผิดข้อหาพยายามได้เงินมาด้วยการหลอกลวง การกระทำของจำเลยเหลือเพียงแต่การได้รับเงิน การติดต่อกับผู้เสียหายของจำเลยถือว่าการกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยแล้ว การกระทำเหล่านั้นไม่ได้ห่างไกลจากการกระทำผิดและการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยตรงที่นำไปสู่การกระทำผิด ศาลอุทธรณ์ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการลงมือพยายามกระทำผิด ในคดีนี้นั้นขั้นตอนต่อไปใดๆ ในส่วนของจำเลยไม่มีความจำเป็นในการที่จะได้รับชำระหนี้ที่เกิดจากการหลอกลวงนั้นแล้ว แม้ว่าจะมีการให้เครดิตแก่กัน ซึ่งแม้การกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยนั้นไม่ได้ใกล้กับการชำระหนี้เงินเลยก็ตาม ในคดีนี้นั้นการกระทำต่อๆ มาขึ้นอยู่กับตัวของผู้เสียหายเองในการดำเนินการไปสู่การจ่ายเงิน (ถือได้ว่าเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยแล้ว ไม่มีการกระทำของจำเลยใดๆ ที่เกี่ยวข้องในการตัดสินใจของจำเลยอีกแล้ว) ด้วยเหตุนี้สามารถที่จะถือได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการลงมือพยายามกระทำผิด

Holmes J ได้ให้ข้อชวณคิดเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำขั้นสุดท้ายไว้ว่า “...เพียงแต่การกระทำสุดท้าย (last acts) นั้นสามารถบรรยายลักษณะของการกระทำ ในการลงมือพยายามกระทำผิดได้หรือไม่ ด้วยเหตุคำพูดที่ว่าการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นการกระทำที่สุดท้ายที่จะสามารถทำให้ความผิดเป็นผลสำเร็จ บางคนถือเอากรณีเพียงแต่การเล็งปืนที่มีกระสุนเป็นการกระทำสุดท้ายในการเจตนาฆ่าเหยื่อ แม้ว่าเขายังไม่ได้กระทำการในขั้นสุดท้ายจริงๆ ก็คือการเหนี่ยวไกปืนก็ตาม...”¹²

ก. การเพิ่มข้อพิจารณาในเรื่อง “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด” (immediately connected) เข้าไปในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายของผู้พิพากษา Parke B

ต่อมาในคดี Roberts 1855 ผู้พิพากษา Parke B ได้เพิ่มเหตุผลในเรื่อง “การกระทำที่ห่างไกล” (remote) กับ “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด” (immediately connected) เข้าไปเป็นข้อพิจารณาเพิ่มเติมในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แต่เขายังยืนยันว่ามีได้มีเจตนาที่จะเสนอการยกเลิกข้อเสนอทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินคดี Roberts นี้แต่อย่างไร

คดี Roberts ค.ศ. 1855¹³ (ความผิดฐานพยายามปลอมเหรียญกษาปณ์) Park B กล่าวไว้ว่า “...บางคนถือเอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มีการขึ้นรูปอื่นในการทำเหรียญปลอม มีความผิดฐานพยายามปลอมแปลงเหรียญกษาปณ์ สำหรับการกระทำของเขานั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดเข้าใกล้โดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรมแล้ว ด้วยเหตุที่การปลอมเหรียญเป็นความประสงค์อย่างเดียวกันเท่านั้น ที่ทำให้เขาจัดหาแม่พิมพ์และโลหะมา...”

¹² Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 37

¹³ Roberts (1855) Dears 539. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 38

Antony Duff¹⁴ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีนี้ไว้ว่าทำไม Parke B เรียกเรื่องการกระทำในตัวเองขั้นสุดท้ายของผู้กระทำผิดในคดี Eagleton บางทีเพราะว่าในคดี Eagleton ความสมบูรณ์ของความคิดนั้นต้องอาศัยการกระทำในอนาคตโดยคนอื่น แต่ในคดี Roberts ความสมบูรณ์ในการกระทำความคิดนั้นอาศัยเพียงการกระทำขั้นสุดท้ายของผู้กระทำผิดเท่านั้นเอง

เห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงในคำตัดสินของ Parke B ระหว่างคดี Eagleton (พยายามได้เงินมาโดยหลอกลวง) กับคดี Roberts (พยายามปลอมเหรียญกษาปณ์) ซึ่งผสมผสานความห่างไกล (remote) และการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด (immediately connected) เข้ามาเป็นข้อตัดสินด้วย นอกเหนือจากการกระทำสุดท้ายของผู้กระทำผิดเอง ในคดี Eagleton ก็คือการได้แม่พิมพ์โลหะมา อาจจะยังไม่ใช่การกระทำขั้นสุดท้ายในการปลอมแต่มันอาจจะใกล้ชิดกับการกระทำผิดสำเร็จแล้ว

ต่อมาจากการศึกษาของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) เห็นว่า การตัดสินในคดี Robinson¹⁵ ก็ได้อาศัยทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินด้วยเหมือนกัน ในคดี Robinson ค.ศ. 1915¹⁶ (ความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวง) คนขายอัญมณีคนหนึ่งกำลังทำการปล้นร้านตัวเองโดยมีเจตนาที่จะ โกงการประกันของเขา เขาโทรศัพท์แจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจแล้วแต่ถูกจับได้ก่อนที่เขาจะติดต่อโดยตรงกับบริษัทประกัน ศาลตัดสินว่าเขามีความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวง แต่ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้กลับคำตัดสิน โดยกำหนดว่าการกระทำของเขาเป็นแค่การเตรียมเพื่อการลงมือพยายามกระทำผิด และไม่ใช่วินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดกับการกระทำผิดสำเร็จ อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ยังได้ให้ความเห็นไว้ดีกว่าเขาอาจจะมีความผิดได้ถ้ามีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมขึ้นว่าเขาได้ติดต่อกับบริษัทผู้รับประกันภัยเรียกร้องเอาเงินประกันภายหลังที่ได้หลอกลวง

หลังจากคดี Robinson นี้แล้วไม่ได้มีการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินเกี่ยวกับความผิดฐานพยายามโดยอาศัยแต่เพียงการกระทำสุดท้ายของผู้กระทำผิดอย่างเดียวเลย การวินิจฉัยการลงมือพยายามกระทำผิดต่อมานั้นจะต้องอาศัยการกระทำต่อไปที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ (immediately connected) เข้ามาเป็นข้อตัดสินเพิ่มเข้ามาด้วยโดยแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ว่าจะไม่ใช่ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแต่เพียงอย่างเดียวมาเป็นข้อวินิจฉัยในการตัดสินเรื่องการลงมือพยายามกระทำผิดอีก

¹⁴ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 37.

¹⁵ Robinson (1915) 2 KB 342, Law Com.102, para. 2.24. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996).

ข. ความหมายของการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts) ในความหมายของ Lord Diplock การกระทำขั้นสุดท้าย หมายถึง “การตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยว” เปรียบเสมือน “การข้ามแม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ” (Rubicon-crossing)”

ผู้พิพากษา Lord Diplock ได้นำทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายมาใช้ตัดสินเช่นกันใน คดี storehouse 1978¹⁷ และได้อธิบายความหมายของการกระทำขั้นสุดท้ายให้ชัดเจนยิ่งขึ้นในคดี storehouse ค.ศ. 1978 Mr.Storehouse โทกว่าว่าเขาเสียชีวิต เพื่อให้ภรรยาของเขาที่ไม่รู้เรื่อง (innocent agent) ไปเรียกร้องรับเงินประกันชีวิตของเขา ศาลสูง (House of Lords) ถือว่าการกระทำ เช่นนี้เป็นการพยายามได้ทรัพย์สินมาโดยการหลอกลวง (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักทรัพย์ ค.ศ. 1968 (Theft Act 1968) ของอังกฤษ มาตรา 15(2) นั้น การได้มาซึ่งทรัพย์สินรวมถึงการให้อำนาจการทำให้ผู้อื่นสามารถได้ไปซึ่งทรัพย์สินด้วย)

Lord Diplock ได้โต้แย้งความต้องการของ Parke B สำหรับข้อพิจารณาในเรื่อง “การกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิด” (immediately connected) และเห็นว่า “...การกระทำขั้นตอนสุดท้าย (last acts) นั้นควรหมายถึง¹⁸ การที่ผู้กระทำนั้นได้ข้ามเส้นแบ่งระหว่างความลังเลและความตกลงใจของเขา โดยในการกระทำของเขาอย่างนั้น ได้แสดงให้เห็นถึงการไม่เปลี่ยนแปลงในเจตนาที่จะมุ่งไปสู่การกระทำความผิดสำเร็จ เว้นแต่ถูกขัดขวางหรือป้องกันจากการกระทำของเขาเช่นนั้นโดยไม่ได้ตั้งใจ เปรียบเสมือนกับ การข้ามแม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ (Rubicon-crossing)...¹⁹ (การตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยวของอาชญากร การกระทำของ Mr.Storehouse เป็นไปตามข้อกำหนดนี้ เมื่อเขาได้กระทำไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของเขาเพื่อให้ภรรยาได้รับเงินประกัน เป็นการกล่าวได้ว่าการกระทำขั้นสุดท้าย (last acts) ของ Mr.Storehouse คือการที่ Mr.Storehouse ได้ตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยวข้ามเส้นแบ่งของความลังเล (Robinson-crossing) แล้วเมื่อเขามีการกระทำทางกายโดยการ โทกภรรยาของเขา แสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการกระทำไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของเขาในการประกอบอาชญากรรมนั้นแล้ว โดยไม่มีการขัดขวางป้องกันการกระทำความผิดนั้นจากตัวเขาเอง ถือว่าการกระทำของเขาเช่นนั้นเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายตามทฤษฎี การกระทำขั้นสุดท้ายแล้ว

¹⁷ Storehouse (1915) 2 KB 342, Law Com. 102, para. 2.24 as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 38.

¹⁸ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 39.

¹⁹ แม่น้ำรูบิคอน (rubicon river) เป็นแม่น้ำในนิยาย หมายถึง แม่น้ำแห่งความตายที่คนตายข้ามไปแล้ว ไม่สามารถข้ามกลับมาได้อีก

อย่างไรก็ตามเราสามารถบอกความหมายของการตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยว (Robicon-crossing) ได้กว้างกว่านี้ ตัวอย่างเช่น ทำไมเราไม่อาจจะกล่าวได้ว่า จำเลยในคดี Boyle ค.ศ. 1987²⁰ มีการตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยวและมีความผิดข้อหาพยายามย่องเบา (ลักทรัพย์) เมื่อพวกเขาเริ่มลงมือเข้าประตูบ้านที่พวกเขาเจตนาเข้าลักทรัพย์ หรือในคดี Mr.White 1910 ว่า Mr.White เขาตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยว เมื่อเขายื่นแก้วน้ำมะนาวที่ผสมไซยาไนด์ขนาดไม่ถึงตายให้แม่ของเขาดื่ม โดยครั้งนี้เป็นเจตนาผสมให้ดื่มเป็นครั้งแรกในจำนวนหลายๆ ครั้งต่อไป จนสามารถฆ่าเธอได้ในที่สุด²¹ จำเลยเหล่านี้ไม่ได้กระทำการกระทำไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของพวกเขาที่จะประกอบอาชญากรรมแล้วหรือ ในกรณี Mr.White ยังต้องมีไซยาไนด์ที่จะใส่ต่อไปอีกเพื่อวางยา กรณี Mr.Boyles ยังต้องเข้าไปในบ้านอีก ถึงกระนั้นอย่างน้อยเราอาจกล่าวได้ว่าในการกระทำของเขาเหล่านั้นเป็นการข้ามแม่น้ำรูบิคอนและเผาเรือแล้ว (Robicon-crossing) การกระทำของพวกเขาเองที่ถือว่าเป็นการกระทำที่ข้ามแม่น้ำรูบิคอน คือ เขาได้ตกลงใจอย่างเด็ดขาดสุดท้ายในการดำเนินการกระทำตามความผิดของเขา และเป็นการกระทำที่เปรียบเสมือนเผาเรือ คือ ไม่สามารถเอากลับคืนหรือแทรกแซงขัดขวางป้องกันการกระทำตามความผิดของเขาได้อีกแล้ว

อย่างไรก็ตามเราสามารถตัดสินใจได้อย่างรวดเร็ว การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด (immediately connected) หรือเป็นการกระทำที่ตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยว (Robicon-crossing) ถ้าเรานับรวมการกระทำของ Mr.White หรือของ Mr.Boyles เป็นการลงมือพยายามกระทำตามความผิด โดยดูที่ถ้าการกระทำของเขาทั้งหลายนั้นไม่สามารถกลับใจเอาคืนแทรกแซงแก้ไขได้อีกแล้ว (Robicon-crossing) สิ่งนี้แม้ว่าจะไม่ได้ช่วยในการตัดสินใจ อย่างไรก็ตามก็ควรนับรวมเข้าไว้เป็นข้อพิจารณาด้วย

ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้” (Possible intervention) ในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย²²

Gordon พบว่าการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในกฎหมายของสกอตแลนด์ได้มีการเพิ่มข้อพิจารณาการให้โอกาสในการเข้าแทรกแซงการกระทำของอาญากร (possible intervention) หรือข้อพิจารณาในการให้โอกาสผู้กระทำผิดจะสามารถหยุดยั้งการกระทำตามความผิดของเขาได้เข้าไปในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย ซึ่งจะตัดสินลงโทษผู้กระทำผิดต่อเมื่อเขาไม่ปรารถนาที่จะเข้าแทรกแซง ก้าวถ่วงป้องกันการขัดขวางในการดำเนินการกระทำตามความผิดของเขาอีกแล้ว ข้อพิจารณานี้

²⁰ Boyle (1987) 84 Cr. APP.R.270. as cited Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 39.

²¹ White (1910) 2 KB 124. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 39

²² Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 39-40

ได้ถูกกล่าวขึ้นในการตัดสินในคดี Tannabill and Nielson 1943 และในคดี Morton v Henderson 1956²³ โดยคำกล่าวที่ว่า “...การพยายามกระทำความผิดต้องการการกระทำที่แสดงออกมาให้เห็นชัด (Over Act) โดยจำเลยไม่สามารถเรียกเอาผลที่เกิดตามมากลับคืนได้ซึ่งเป็นการกระทำที่นำไปสู่การประกอบอาชญากรรม...” เช่น การแนะนำชักชวนผู้อื่นให้ยอมเสนอรายงานเท็จด้วยเจตนาหลอกลวง ไม่เป็นการพยายามหลอกลวง บุคคลที่ส่งยาทำให้แท้งให้ผู้อื่นวางยาไม่มีความผิดขอหาพยายามทำแท้ง การดำเนินการของเขาเหล่านั้นยังมีช่องว่างมากมายให้ย้อนกลับยกเลิกไม่ให้ความผิดสำเร็จในสิ่งที่เขาได้กระทำไปแล้วได้ เมื่อเขาสามารถเขียนบอกคนคนนั้นไม่ให้วางยา (คดี Baxter 1908)²⁴ แม้ว่าการกระทำของผู้กระทำเหล่านี้แต่ละคนได้กระทำสำเร็จในขั้นสุดท้ายแล้ว (มีการยืนยันอย่างแข็งขันในการกระทำ) และการกระทำของเขาเหล่านั้นต่างก็เป็นการกระทำโดยตรงนำไปสู่การประกอบอาชญากรรมแล้ว แต่เขาก็ยังคงสามารถเข้าแทรกแซงป้องกันการกระทำความผิดเช่นนั้นของเขาได้

แต่อย่างไรก็ตามก็มีบางคดี เช่น คดี Ramage ค.ศ. 1825 คดี Tumbleson ค.ศ. 1863 คดี Semple ค.ศ. 1937 คดี Angus ค.ศ. 1935 และคดี Dalton ค.ศ. 1951²⁵ ที่ยึดถือเพียงการกระทำในขั้นสุดท้ายเพียงพอสำหรับความผิดฐานพยายามแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีเหล่านั้นได้ปฏิเสธการใช้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการแทรกแซงที่เป็นไปได้ (possible intervention) โดยกล่าวว่าข้อพิจารณานี้จะทำให้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแคบเข้าอย่างมาก

ข้อพิจารณาการเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้ (possible intervention) ดูเหมือนจะคล้ายกับข้อเรียกร้องของใจความสำคัญของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในเรื่องที่เกี่ยวกับการเคารพถึงเจตนาของอาชญากรในการให้โอกาสอาชญากรมีโอกาสตัดสินใจ (locus poenitentiae) การยอมรับและเฝ้าคอยอาชญากรให้มีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ จนกระทั่งเขาได้กระทำการกระทำบางอย่างที่กลับคืนมาไม่ได้ (irrevocable act) คือ มีลักษณะของ “การกระทำที่เอากลับคืนมาไม่ได้” (irrevocable act) ไปแล้ว ไม่มีโอกาสละทิ้งแผนการอีกแล้ว เช่น Mr. Eagleton สามารถตรวจแก้เนื้อหาให้ถูกต้องก่อนที่เขาจะได้รับเงิน Mr. storehouse สามารถเปิดเผยตัวเองก่อนที่ภรรยาของเขาจะได้รับเงินประกัน บางคนที่วางยาพิษในกาน้ำชาซึ่งหวังให้เหยื่อเป่าหมายดื่มเขาสามารถแทรกแซง

²³ Tannabill and Nielson (1943) JC 150,153. and Morton v Henderson (1956) JC 55,58.as cited in Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 40.

²⁴ Baxter (1908) 16 SLT 475,477. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 40.

²⁵ Ramage (1825) Hume i 28 ,Tumbleson (1836) 4 Irv 426,Semple (1937) JC 41,Angus (1935) JC 1 and Dalton (1951) JC 76. as cited in Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 39.

เพื่อป้องกันไม่ให้เหยื่อตีฆาตกรนั้นได้ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามก็สามารถโต้แย้งในข้อพิพาทนี้ได้ว่า กรณีที่บางคนได้กระทำการกระทำในขั้นสุดท้ายแน่นอนออกไปทุกอย่างเท่าที่เขาู้แล้วเกินกว่าจุดที่เขา จะเข้าแทรกแซงได้แล้ว แต่เราก็กังไม่แน่ใจเหมือนกันว่าเขายังคงสามารถเข้าแทรกแซงการกระทำ ดังกล่าวได้หรือไม่ เมื่อเขาปฏิเสธว่าไม่ใช่โอกาสสุดท้ายที่เขาจะละทิ้งแผนการของเขา มันเป็นเรื่อง ภายในจิตใจของเขาเองที่ว่าเขาจะเข้าแทรกแซงหรือไม่เมื่อใดซึ่งเป็นสิ่งที่ยากจะชี้ชัดออกมา

ไม่ใช่ว่าความเห็นเรื่อง “การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้” (possible intervention) จะแปล ความหมายอธิบายแสดงเป็นนัยถึงเรื่อง “การกระทำที่เอากลับคืนมาไม่ได้” (irrevocable act) เสมอ ไป เช่น ในคดี Mckenzie 1988²⁶ กรณีที่เหล่าจำเลยโดยการหลอกลวงได้ชักชวนเหล่าทนายความ ก่อให้เกิดการฟ้องร้องโดยไม่มีมูลต่อต้านบริษัทแห่งหนึ่งด้วยเจตนาที่จะได้เงินจากบริษัทนั้น ศาล ถือว่ากรณีนี้เป็นการพยายามฉ้อโกง ด้วยเหตุที่กระทำการในการชักชวนพวกทนายความให้เริ่มการ ฟ้องร้องนั้น พวกจำเลยได้กระทำการซึ่งแสดงเจตนาออกมาให้เห็นชัดแล้ว (overt act) และการ แนะนำชักชวนทำให้เหล่าทนายความเชื่อของจำเลยนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สามารถเรียกกลับคืนมา ได้และนำไปสู่การกระทำความผิด ถึงแม้ว่าจำเลยจะสามารถละทิ้งการกระทำความผิดนั้น แต่พวกเขาไม่สามารถเรียกกลับคืน (recalled) หรือลบล้างออกไป (expunged) หรือทำให้ปราศจากมลทิน (blotted out) การกระทำนั้นของเขาได้แล้ว

การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้ (possible intervention) ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำขั้น สุดท้ายหรือเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทการกระทำที่เอากลับคืนมาไม่ได้ (irrevocable act) ของจำเลย แต่อย่างไร เพราะเหล่าจำเลยยังคงถือเอาการกระทำเหล่านั้นโดยตลอดและไม่มีใครปล่อยให้ เกิดความเป็นไปได้ที่จะเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันการเกิดผลของความผิดนั้น

ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นการยึดถืออย่างเคร่งครัดในแนวคิดเรื่อง “การให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจ” (locus poenitentiae) หมายถึง การให้อาชญากรมี โอกาสละทิ้งถอนคืนการกระทำตามเจตนาของเขาโดยสมัครใจ แนวคิดเช่นนี้เป็นการหลบเลี่ยง ความรับผิดชอบในทางอาญา ส่วนหนึ่งดูเหมือนว่าไม่เห็นด้วยกับส่วนดีของทฤษฎีการกระทำแรก แต่ ทฤษฎีนี้ก็ยังคงมีความไม่แน่นอนอยู่เหมือนกัน

ง. ข้อดีข้อเสียของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย

1) ข้อดี ของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย คือ การรับความคิดเรื่อง “การให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจและทิ้งแผนการ (locus poenitentiae) อย่างจริงจัง เป็นการ

²⁶ Mckenzie (1988) SLT 478. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*.

เคารพในการตัดสินใจของบุคคลในการให้โอกาสอาชญากรในทุกโอกาสที่จะเปิดโอกาสการกระทำของเขาโดยสมัครใจเพื่อหลีกเลี่ยงการรับผิดชอบในอาญา

2) ข้อเสีย ของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายที่เห็นได้ชัด คือ มันแคบเกินไปอาจทำให้การพยายามขโมย หรือการพยายามฆ่าโดยใช้อาวุธปืนเกือบจะเป็นไปไม่ได้ หากว่ามีข้อเท็จจริงที่ว่าคนร้ายต้องถือเอาทรัพย์สินของผู้อื่นคนร้ายจึงจะมีความผิดข้อหาลักทรัพย์ หากว่าถ้าคนร้ายไม่ได้ถือเอาทรัพย์สินผู้อื่นจริงๆถือว่าคนร้ายไม่ได้กระทำการขั้นสุดท้าย ดังนั้นจึงอาจไม่มีแม้แต่การพยายามลักทรัพย์ หรือชายคนหนึ่งที่จะลงมือข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายนั้น จะต้องได้ความว่าอวัยวะเพศของชายนั้นจะต้องล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายก่อน หากยังไม่ล่วงล้ำถือว่าไม่ได้กระทำการกระทำขั้นสุดท้าย ดังนั้นจึงยังไม่ถูกตัดสินลงโทษข้อหาพยายามข่มขืนชำเรา ทฤษฎีนี้จะปล่อยตัวคนที่ประสงค์จะเป็นฆาตกรที่ถูกจับได้ขณะนี้อยู่ในโกปิ่น หรือคนที่ประสงค์จะลอบวางเพลิงและถูกจับได้ขณะถือไม้ขีดจุดไฟแล้วพ้นผิดไป

ความหมายโดยนัยเหล่านั้นแสดงให้เห็นถึงการไม่ยอมรับในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แม้อาจเห็นว่าทฤษฎีนี้จะไม่ทำให้ตำรวจสืบโอกาสเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันอาชญากรรมก่อนที่จะเข้าใกล้ความผิดสำเร็จ ในเหตุผลที่ว่าไม่สามารถให้ความหวังใจตำรวจได้ในกฎหมายพยายามกระทำความผิดก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามไม่มีข้อสงสัยเลยว่าเป็นการลดประสิทธิภาพในสภาพบังคับของกฎหมายเมื่ออาชญากรเป้าหมายจะรู้ว่าพวกเขาสามารถกระทำการเข้าใกล้ความผิดสำเร็จแค่ไหนโดยไม่ต้องรับผิดชอบ มันจะเป็นการบังคับให้ตำรวจต้องเลือกระงับการเข้าแทรกแซงแต่เนิ่นๆเพื่อเข้าป้องกันอาชญากรรมและการรอนจนกระทั่งอาชญากรเป้าหมายได้ทำการกระทำถึงขั้นตอนสุดท้ายที่จะทำให้แน่ใจถึงการตัดสินใจว่าจะมีความผิดและลงโทษอาชญากรนั้นได้ อันแสดงให้เห็นถึงการขาดไปถึงการรับรองในการป้องกันการก่อให้เกิดการกระทำความผิดว่าใครจะเป็นผู้เข้าทำการแทรกแซงขัดขวางการกระทำขั้นสุดท้ายของอาชญากรและควรจะทำอะไร เช่นนั้นเมื่อใดในระบบกฎหมายที่ซึ่งตัดสินและลงโทษฆาตกรหรือคนที่ข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จ ควรจะตัดสินและลงโทษคนที่ประสงค์จะเป็นฆาตกรที่ถูกจับได้ขณะนี้อยู่ในโกปิ่นด้วยเหมือนกัน หรือคนที่ประสงค์จะข่มขืนกระทำชำเราที่ถูกจับได้ขณะกำลังจะชำเราเหยื่อ (กำลังจะใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเหยื่อ) ของเขาด้วยเหมือนกัน

เราจะไม่ใช่สิ่งที่เป็นอยู่อื่นๆ บางส่วนที่เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งตัวผู้กระทำสามารถถูกลงโทษในมาตรฐานผิดอื่นในการกระทำเดียวกันนั้น เช่น ในกรณีที่มีผู้ข่มขืนเจตนากระทำชำเราเหยื่อเป้าหมายแต่ได้ทำร้ายร่างกายเหยื่ออย่างหยาบ โลอนด้วย เราจะละทิ้งการกระทำที่เป็นเจตนาในการพยายามกระทำชำเราซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หรือเจตนาหลักของเขา โดยการที่ไปพิจารณาเพียงความผิดในการกระทำเดียวกันคือการทำร้ายร่างกายอย่างหยาบ โลอนของเขาเท่านั้นหรือ ในการ

ตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดจะสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะที่ไม่ถูกต้องในความประพฤติกว่าเขาอย่างชัดเจนมากขึ้นว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดอย่างสมบูรณ์ สำหรับเรื่องการปล่อยให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ (local poenitentiae) ปัญหาก็มีเช่นกันที่ว่าเราสามารถกำหนดขอบเขตขนาดที่เหมาะสมในเรื่องนี้ที่ยอมรับให้จำเลยมีโอกาสละทิ้งโดยความสมัครใจ (voluntary abandonment) ได้อย่างไร โดยในประเด็นนี้กฎหมายประเทศต่างๆ ก็มีการกำหนดเป็นข้อกฎหมายออกมาต่างหากเป็นส่วนหนึ่งอยู่ในโครงสร้างส่วนของการการละเว้นโทษ หรือการลดโทษ เป็นต้น²⁷

กล่าวโดยสรุปแล้ว ข้อเสนอที่แสดงออกมาให้เห็นตามทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) และทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ได้แสดงให้เห็นถึงบรรทัดฐานการระบุลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแบบหนึ่ง แต่ขอบเขตของทฤษฎีทั้งคู่นั้นไม่กว้างเกินไป ก็แคบเกินไป ทฤษฎีการกระทำแรกครอบคลุมพฤติกรรมที่ไม่ควรจะเป็นอาชญากรรม ส่วนทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายก็ปฏิเสธการกระทำบางการกระทำที่ควรจะเป็นอาชญากรรม เรายอมรับกันแล้วว่าการลงมือพยายามกระทำความผิดต้องมีการแสดงการกระทำออกมาภายนอกแล้ว แต่ปัญหาสำคัญก็คือเราจะกำหนดองค์ประกอบด้านการกระทำของกฎหมายพยายามอย่างไร เราควรจะยึดถือการกระทำแรก (first acts) หรือการกระทำสุดท้าย (last acts) เป็นลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดทางอาญา หรือเราควรจะขยายขอบเขตลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดจากการกระทำแรกไปถึงการกระทำขั้นสุดท้ายแค่ไหนเพียงใดจึงจะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการป้องกันการกระทำที่ควรเป็นอาชญากรรมกับการกระทำที่ไม่ควรเป็นอาชญากรรม

ในการหาข้อยุติในประเด็นนี้คำถามสำคัญเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายพยายามว่า ทำไมกฎหมายต้องลงโทษคนที่พยายามกระทำความผิด และทำไมกฎหมายต้องการองค์ประกอบด้านการกระทำในการพยายามกระทำความผิดเช่นนั้น

คำตอบที่ให้ข้อคิดในคำถามแรก คือ เราตัดสินลงโทษคนที่พยายามกระทำความผิดเพื่อที่จะจับกุมผู้ที่เป็นอันตรายไว้แต่เนิ่นๆ หรือเพื่อขัดขวางและลงโทษการกระทำที่เป็นอันตราย (เราลงโทษบุคคลนั้นหรือเราลงโทษการกระทำของบุคคลนั้น)

คำตอบที่ให้ข้อคิดในคำถามที่สอง คือ องค์ประกอบด้านการกระทำมีบทบาทเป็นพยานหลักฐานในชั้นต้นที่แสดงถึงเจตนาประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่จริงที่กฎหมายให้ความเอาใจใส่และเป็นส่วนประกอบของความผิดที่กฎหมายมุ่งหมายจะลงโทษให้ไหม หรือ

²⁷ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 82.

องค์ประกอบด้านการกระทำนั้นเป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่งเกี่ยวกับความผิดในหลายๆ องค์ประกอบที่กฎหมายมุ่งหมายที่จะลงโทษ

แต่ประเด็นสำคัญมากกว่าก็คือเรื่องเกี่ยวกับการจะกำหนดลักษณะของการลงมือกระทำตามความผิดตามที่กฎหมายพยายามต้องการนั้นให้มีลักษณะเป็นอย่างไร เพื่อที่จะเกิดความชัดเจน แน่นนอน ถูกต้องตรงกันและสามารถใช้ประโยชน์ได้ ถึงแม้ว่าทฤษฎีการกระทำแรกและทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายไม่ได้รับการสนับสนุนมากนัก แต่ทฤษฎีทั้งสองก็ได้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดที่สำคัญของการกำหนดลักษณะของการลงมือพยายามกระทำผิด ทฤษฎีการกระทำแรกแสดงให้เห็นถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของตัวอาชญากรที่กระทำให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่น เห็นว่าเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ และถือว่าความต้องการในการประกอบอาชญากรรมนั้นเป็นหลักฐานสำคัญความมุ่งหมายอย่างแรกของทฤษฎีการกระทำแรกก็คือการกระทำของผู้กระทำจัดเป็นหลักฐานของเจตนาในการก่ออาชญากรรมมีมุมมองไปในทางด้านอิตตะวิสัยมากกว่าภาวะวิสัย ตรงกันข้ามกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายที่มุ่งปฏิบัติต่ออาชญากรรมโดยสมบูรณ์และเห็นว่ารูปแบบของการกระทำผิดทางอาญาในการตัดสินลงโทษฐานพยายามกระทำผิดต่อเมื่อการกระทำของผู้กระทำได้เข้าใกล้การกระทำโดยสมบูรณ์ (ความผิดสำเร็จ) แล้วทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายต้องการหลักฐานทางการกระทำเป็นองค์ประกอบของความผิดมากกว่าที่จะเป็นรูปแบบหลักฐานของเจตนา ถือว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นส่วนประกอบในการกระทำทั้งหลายที่เข้าใกล้อาชญากรรมโดยสมบูรณ์ (ความผิดสำเร็จ) ที่ผู้กระทำเจตนากระทำมีมุมมองไปในทางด้านภาวะวิสัยมากกว่าอิตตะวิสัย

3.1.3 ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory)²⁸

ทฤษฎีที่ใช้กันบ่อยก็คือ “ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” (The Proximiy acts theory) ผู้พิพากษา Park B เป็นผู้เริ่มการกล่าวถึงคำว่า “การกระทำที่ไม่ได้ห่างไกลจากการกระทำผิด” (remote) และ “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดกับการกระทำผิด” (immediately connected) อันเป็นการกระทำโดยตรงที่นำไปสู่การกระทำผิดและมุ่งตรงโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรม

เป็นคำกล่าวในการวินิจฉัยที่แทรกอยู่ในแนวคิดของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินคดี Eagleton ค.ศ. 1855 ที่ว่าการที่จำเลยได้อ้างเท็จหลอกลวงว่าได้บรรจุขนมปังขายให้ผู้ซื้อตามจำนวนน้ำหนักที่แน่นอน และได้รับสินเชื่อ (Credit) จากผู้ซื้อว่าจ่ายเงินตามจำนวนภายหลังแต่การหลอกลวงของเขาถูกจับได้ก่อนที่เขาจะได้รับการชำระเงินจากผู้ซื้อ ศาลอุทธรณ์ (Appeal Court) ถือว่าเขามีความผิดขอหาพยายามได้เงินมาด้วยการหลอกลวง การกระทำของจำเลยเหลือ

²⁸ R v.Button (1900) 2 QB 597, C.C.R. as cited in. A.P.Dobson. (1981). *Case and Statutes on Criminal Law* (2 nd ed.). p. 65.

เพียงแต่การได้รับเงิน การติดต่อกับผู้เสียหายของจำเลยถือว่าเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยแล้ว การกระทำเหล่านั้นไม่ได้ห่างไกลจากการกระทำความผิดอันเป็นการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยตรงที่นำไปสู่การกระทำความผิด เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด และในคดี Roberts ค.ศ. 1855 ที่กล่าวว่าคนที่เอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มีการลงมือทำอย่างเป็นทางการกระทำความผิดที่เกี่ยวพันใกล้ชิดเข้าใกล้โดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรมแล้ว เขามีความผิดฐานพยายามปลอมเหรียญกษาปณ์ แต่ยังไม่ได้แยกออกมาวินิจฉัยเป็นแนวคิดใหม่ต่างหากจากทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายอย่างชัดเจน

ต่อมาแนวคิดการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลนี้ได้รับการยืนยันและให้สัตยาบันในการตัดสินคดี R.v. Button ค.ศ. 1900²⁹ Mr.Button ถูกลงโทษฐานพยายามให้ได้มาซึ่งเงิน (รางวัลในการแข่งขัน) โดยการหลอกลวง Mr.Button เป็นนักวิ่งที่เก่งและเข้ารายงานตัวโดยใช้ชื่อปลอมชื่อ Sims และโกหกว่าไม่เคยชนะในการแข่งขันใดๆ มาก่อนเลย ในการกระทำของเขาเช่นนี้ทำให้เขาได้รับประโยชน์ในการได้รับการต่อให้ในการแข่งขันและเขาได้รับชัยชนะ แต่ถูกตรวจพบก่อนที่จะไปรับรางวัล ศาลถือว่าการกระทำของเขาไม่ได้ไกลเกินไปจากความผิดสำเร็จในข้อหาได้เงินมาด้วยการหลอกลวง เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด

และในคดี R. v. Robinson ค.ศ. 1915³⁰ Mr. Robinson เป็นพ่อค้าเพชร (jeweler) เขาวางแผนเปิดประตูร้านของเขาทิ้งไว้และถูกรื้อไปแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจว่าถูกปล้น ภายหลังเขายอมรับว่าเขาเจตนาที่จะหลอกลวงบริษัทประกันภัยเพื่อจะเอาเงินตามกรมธรรม์ จึงถูกจับได้ก่อนจะติดต่อกับบริษัทประกันภัย ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวงแต่ศาลอุทธรณ์ถือว่าเป็นเพียงการเตรียมและไม่ใช้กรณีเกี่ยวพันใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ

แต่กระนั้น อย่างน้อยด้วยเหตุผลหนึ่งหรือมากกว่า เราสามารถวินิจฉัยในทางตรงกันข้ามกันได้ในแต่ละคดีได้ ที่ว่าการกระทำของ Mr. Button จะใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จเพียงเมื่อเขาดำเนินการในขั้นตอนการรับรางวัล และการกระทำเช่นนั้นของ Mr. Robinson เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดแล้วก็ได้³¹

²⁹ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 42

³⁰ R v. Robinson (1915) 2 K.B.342, C.C.A. as cited in. A.P.Dobson. (1981). *Case and Statutes on Criminal Law*. p. 65.

³¹ Antony Duff (R.D.Duff).(1996). *Criminal Attempts*. p. 43.

ข้อเสนอของ “การกระทำที่ใกล้ชิด” (proximity) หรือ “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด” (immediately connected) อาจจะเป็นข้อเสนอที่แน่ชัดที่ได้รับการกำหนดถือให้เป็นข้ออ้างอิงสำหรับศาลในการตัดสินว่าจำเลยคนนี้สมควรถูกลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามศาลจะกล่าวถึงลักษณะข้อเท็จจริงภายนอกมากกว่าการที่จะกำหนดเกณฑ์การตัดสินที่เป็นมาตรฐานเฉพาะ แม้การพยายามกระทำผิดมักจะถูกกล่าวบ่อยครั้งว่าต้องการการกระทำบางการกระทำที่เกินกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียม (mere preparation) ซึ่งเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ อย่างไรก็ตามยังไม่มีคำอธิบายโดยชัดเจนเกี่ยวกับข้อคิดเห็นในเรื่องความใกล้ชิด (proximity) คำอธิบายที่ใช้อธิบายไม่มากไปกว่าในการกล่าวว่าเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด (immediately connected) กับความผิดสำเร็จ

อย่างไรก็ตามเราสามารถกำหนดคำนิยามวินิจฉัยออกมาได้หรือไม่ว่าการกระทำที่ใกล้ชิด หรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดนั้นมีความหมายเป็นอย่างไร

ก. เกณฑ์ของ Stephen (Setphen’s Digest of the Criminal Law 1950)³²

เกณฑ์ของ Stephen เป็นหนึ่งหลักเกณฑ์ที่น่าเสนอโดย Mr. Stephen เพื่อให้ความหมายลักษณะของ “การกระทำที่ใกล้ชิด” (proximity) ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) จากการศึกษาคำกล่าวเกี่ยวกับการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลปรากฏอยู่ในคดีต่างๆ เช่น ในคดี Broun ค.ศ. 1883 คดี Hope v Brown ค.ศ. 1954 และคดี Davey v Lee ค.ศ. 1968 ที่กล่าวว่า “...การพยายามกระทำความผิดทางอาญาต้องการการกระทำที่กระทำไปด้วยเจตนาต่ออาชญากรรมและประกอบไปด้วยส่วนของการกระทำที่ก่อให้เกิดข้อเท็จจริงซึ่งเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายไม่มีการหยุดชะงักนำไปสู่การกระทำความผิดสำเร็จ...”³³

เมื่อผมไปซื้อเครื่องมือเครื่องใช้ ซึ่งจะใช้ในการปล้นทรัพย์ ผมได้เริ่มกระทำการดำเนินการด้วยเจตนาจะประกอบอาชญากรรมนั้นให้สำเร็จ การกระทำของผมเป็นส่วนหนึ่งในหลายๆส่วนที่ดำเนินการต่อเนื่องกันไปจนเกิดเป็นความผิดสำเร็จ แม้ว่าการกระทำของผมนั้นไม่ได้เป็นส่วนที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นอาชญากรรม มันเป็นเพียงการกระทำการเตรียมไว้ล่วงหน้าเท่านั้น Stephen วิเคราะห์ว่า ส่วนของการกระทำเช่นนั้นไม่ได้เป็นความหมายของการเริ่มลงมือกระทำความผิด แต่มันก็ต้องขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละคดีด้วยเช่นกัน คำกล่าวนี้สนับสนุนส่วนของการกระทำที่เปิดเผยแสดงออกมามากกว่าอันเป็นส่วนของการกระทำที่เริ่มต้นติดต่อกันไปมากกว่า

³² Stephen’s Digest of Criminal Law. (1950). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 43-44.

³³ Broun (1883) 10 QBD 381,382, Hope v Brown (1954) 1 WLR 250,253. and Davey v Lee (1968) 1 QB 366,370. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 43

การกระทำขั้นแรก อันเป็นการกระทำที่สมบูรณ์ประกอบด้วยเจตนากระทำ ความผิด ซึ่งมันหมายถึง จุดเริ่มต้นของการพยายามกระทำ ความผิดอย่างไม่ต้องสงสัย

เกณฑ์ของ Stephen นี้เรียกร่องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของการกระทำที่ประกอบกันขึ้นเป็น ลำดับต่อเนื่องกัน ไปในการดำเนินการกระทำ ความผิด ดูเหมือนกับเป็นการมองที่แตกต่างออกไป ของศาลจากคดี Robinson ที่ว่าการกุเรื่องแจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจว่ามีการปล้นในร้านตัวเองเพื่อจะ โกง บริษัทประกันภัยแต่ถูกจับได้ก่อนติดต่อกับบริษัทประกันภัยเป็นการเตรียมการหลอกลวงหรือ ในคดี Eagleton การหลอกลวงว่าได้บรรจุนมปิ้งขายให้ตามจำนวนน้ำหนักที่แน่นอนและได้ให้ สินเชื่อ (credit) จ่ายเงินตามจำนวนภายหลัง แต่การหลอกลวงของเขาถูกจับได้ก่อนที่เขาจะ ได้รับ การชำระเงินเป็นการพยายามกระทำ ความผิด ในคดี Eagleton ยังต้องการกระทำบางอย่างที่มีลักษณะ เกี่ยวพันใกล้ชิด (immediately connected) คือ มันต้องเป็นการกระทำในขั้นตอนของการดำเนินการ กระทำ ความผิดสำเร็จมากกว่าแค่เป็นการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียมกระทำ ความผิดเท่านั้น และสามารถพูดด้วยอีกก็ได้ว่าการมีเจตนาในการประกอบอาชญากรรมนั้นต้องเป็นการกระทำที่ มุ่งมั่นที่ไม่สามารถกลับใจแก้ไขได้ (crossed the Rubicon and burnt his boats) เมื่อนั้นจึงเป็น ข้อเท็จจริงที่ถือว่าการเริ่มต้นลงมือกระทำ ความผิด

กล่าวโดยสรุปแล้วการให้ความหมายของ “การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” (proximity acts) ตามเกณฑ์ของ Stephen เรียกร่องเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในการกระทำที่ประกอบกันเป็นลำดับ ต่อเนื่องกัน ไปซึ่งเป็นการประกอบกันเป็นการกระทำ ความผิด และให้ความหมายของการลงมือ พยายามกระทำ ความผิดว่า เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอันเป็นการกระทำไปด้วยเจตนาต่อ อาชญากรรมและประกอบไปด้วยส่วนของการกระทำที่ซึ่งก่อให้เกิดข้อเท็จจริงที่เป็น การกระทำที่ ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายไม่มีการหยุดชะงักไปสู่การกระทำ ความผิดสำเร็จ และการเจตนาใน การประกอบอาชญากรรมนั้นต้องเป็นการกระทำที่มุ่งมั่นที่ไม่สามารถกลับใจแก้ไขได้ (crossed the Rubicon and burnt his boats)

และการศึกษาของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) เห็นว่าเกณฑ์ของ Stephen เป็นการยอมรับในการแปลความหมายของการวัดระดับความกว้างแคบของการลงมือ พยายามกระทำ ความผิดตามทฤษฎีการกระทำแรก และเป็นการเพิ่มเติมขยายลักษณะการกระทำที่เป็น การลงมือพยายามกระทำ ความผิดในการกระทำขั้นสุดทำให้ออกไปกว่าคำกล่าวของผู้พิพากษา Parke B ในคดี Eagleton แต่อย่างไรก็ตามการแปลความตามเกณฑ์ของ Stephen นั้น โดยรวมแล้วก็คล้ายกับ คำอธิบายของทฤษฎีทั้งสองนั่นเอง³⁴

³⁴ Antony Duff (R.A.Duff), (1996). *Criminal Attempts*. p. 43.

Stephen คิดว่าทฤษฎีตามเกณฑ์ของเขาจะตัดสินลงโทษในคดี Roberts ในการจัดหาแม่พิมพ์เพื่อทำเหรียญปลอมเป็นการกระทำซึ่งได้วางแผนส่วนของการกระทำไว้แล้วที่จะประกอบเป็นการกระทำอาชญากรรมข้อหาปลอมแปลง ถ้าไม่ถูกขัดขวางเสียก่อน (Robert 1855) และลงโทษพยายามกระทำความผิดในคดี Robinson อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ (court of Appeal) คิดว่าการกระทำของ Mr. Robinson ที่ถูกรับขึ้นและแจ้งต่อตำรวจเป็นแค่การเตรียมการสำหรับการกระทำผิดในข้อหาพยายามได้เงินจากบริษัทประกันโดยการหลอกลวงเท่านั้น

เกณฑ์ของ Stephen นี้ได้รับการประยุกต์นำมาใช้ในศาลในประเทศแคนาดา (Canada court) เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในคดี Duffy ค.ศ. 1931 คดี Deusch ค.ศ. 1897 และคดี Henderson ค.ศ. 1948 เป็นต้น³⁵ และได้เทียบกับกฎหมายของสกอตแลนด์ (Scotland) ในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการเตรียมการซึ่งเกือบเป็นการพยายาม และการลงมือกระทำความผิดซึ่งเป็นการพยายามในคดี Cameron and Cameron ค.ศ. 1911 ของสกอตแลนด์³⁶ และในอเมริกาในหลายๆคดี³⁷

ข. ข้อพิจารณาเพิ่มเติมเรื่อง “โอกาสที่เป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจ” (Probable Desistance) ของ Lord Diplock

การที่อาชญากรมีโอกาasl้มเลิกความตั้งใจในการกระทำความผิด เป็นข้อพิจารณาที่เพิ่มเติมเข้ามาในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอีกส่วนหนึ่ง เป็นการเรียกร้องการกระทำซึ่งพิสูจน์ให้เห็นชัดเจนว่าผู้กระทำจะลงมือกระทำความผิดอย่างแน่นอน ยกเว้นว่ามีบุคคลอื่นเข้าแทรกแซงหรือมีเหตุที่ไม่พึงประสงค์อื่นๆเข้าแทรก หรือการกระทำที่จะเป็นผลปรากฏให้เห็นในเหตุการณ์ธรรมดาปกติ ถ้าไม่มีสาเหตุอื่นไม่พึงประสงค์มาขัดขวางไว้ในการกระทำของตัวอาชญากรเอง

ข้อสังเกตของ Lord Diplock ที่ว่า การกระทำของจำเลยต้องชี้ให้เห็นเจตนาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้แน่นอนที่จะดำเนินการกระทำความผิดโดยสมบูรณ์ต่อไป ยกเว้นแต่ว่าจะถูกขัดขวางโดยจงใจไม่ให้กระทำดังนั้น อย่างไรก็ตามแนวความเห็นตามเกณฑ์ของ Stephen ไม่เป็นแบบนี้ ขณะที่ข้อพิจารณาในโอกาสที่น่าจะเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจ จะตัดสินลงโทษ

³⁵ Duffy (1931) 57 CCC 186,187-8, คดี Deusch (1987) 30 DLR 4 th 435,448,454. and Henderson (1984) 91 CCC 97,104-5. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 44

³⁶ Cameron and Cameron (1911) JC 110,114. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 44.

³⁷ E.g. Miller (1935) 42 P 2d 308. California, E.g. Bereman (1954) 276 p 2d 364. Kansas, Goddard (1968) 447 P 2d 180. Washington, Bell (1968) 163 SE 2d 323. Georgia and Staples (1970) 85 Cal Rptr 589. California. as cited in. Antony Duff (R.D.). (1996). *Criminal Attempts*. p.44.

เฉพาะคนที่จะลงมือกระทำความผิดอย่างแน่นอน หรือมีความเป็นไปได้ในการกระทำความผิดสำเร็จถ้าเขาไม่ถูกขัดขวางไม่ให้กระทำการนั้นจากเหตุที่ไม่พึงประสงค์บางอย่าง เกณฑ์ของ Stephen จะตัดสินลงโทษใครบางคนถ้าการกระทำของเขาได้ถูกวางแผนส่วนในหลายๆส่วนไว้แล้ว ซึ่งประกอบเป็นการกระทำอาชญากรรมอย่างแท้จริงถ้าไม่ถูกขัดขวางโดยการตัดสินใจโดยสมัครใจของผู้กระทำความผิดที่จะไม่กระทำความผิดให้สมบูรณ์ หรือไม่ก็โดยสาเหตุอื่นๆ บางอย่าง จุดนี้ของข้อพิจารณาในโอกาสที่เป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจของ Lord Diplock จะตัดสินลงโทษเฉพาะผู้กระทำที่เจตนาอย่างแน่นอนที่จะก่ออาชญากรรมและจะปล่อยตัวคนที่อาจจะยกเลิกโดยสมัครใจให้พ้นผิดไป ถ้าเขาไม่ถูกจับกุมหรือไม่ก็ถูกขัดขวางอย่างไม่พึงประสงค์เสียก่อน เหตุผลเพราะคนที่มีเจตนาก่ออาชญากรรมอย่างแน่นอนเท่านั้นที่แสดงให้เห็นถึงประเภทของอันตรายซึ่งกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดเป็นห่วงกังวล

ปัญหาก็คือ จะประยุกต์ใช้ข้อพิจารณาดังกล่าวอย่างไรถ้าไม่มีข้อจำกัดในประเภทของหลักฐานที่ฝ่ายอัยการสามารถอ้างแสดงให้เห็นว่าจำเลยจะไม่ยกเลิกโดยสมัครใจ ตัวอย่างเช่น ถ้าอัยการสามารถอ้างหลักฐานได้ว่า บางคนมีความผิดฐานพยายามปล้นนั้น เป็นพวกปล้นระดับมืออาชีพแล้วการกระทำเบื้องต้นนั้นก็สามารถประกอบเป็นการลงมือพยายามก่ออาชญากรรม อย่งไรก็ตามสิ่งที่ต้องการคือ การกระทำของจำเลยที่จะแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่ยืนยันในความพยายามก่ออาชญากรรม แต่เราจะประยุกต์ใช้ความต้องการดังกล่าวได้อย่างไร ถ้าผู้ชายคนหนึ่งถูกฟ้องร้องข้อหาพยายามใช้เครื่องมือด้วยเจตนาจัดการทำแท้ง เขาควรจะถูกตัดสินลงโทษ ถ้าเข้าไปใกล้ถึงขนาดเตรียมเครื่องมือของเขา และบอกให้ผู้หญิงคนนั้น (ที่จริงเป็นตำรวจหญิงที่ไม่ได้ท้อง) ถอดเสื้อผ้า หรือไปใกล้ถึงขนาดรับเงินค่าทำแท้ง ตรวจสอบเช็คหัวใจของเธอ และวางถาดเครื่องมือของเขา หรือไปใกล้ถึงขนาดจับขาเธอ และเช็ดบริเวณอวัยวะเพศของเธอด้วยเครื่องมือชิ้นหนึ่ง

ถ้าเราจะตัดสินใจรับเอาข้อพิจารณาในการตัดสิน เราต้องกล่าวให้ได้ว่าการกระทำของตัวผู้กระทำนั้นต้องพิสูจน์ให้เห็นหรืออธิบายให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเขาจะกระทำความผิดโดยปราศจากการแสดงออกในการล้มเลิกขัดขวางการกระทำความผิด เรามีมุมมองที่แก้ไขไม่ตกในความคลุมเครือของข้อพิจารณา หากเรากล่าวว่าพฤติกรรมการล้มเลิกขัดขวางของตัวผู้กระทำต้องผ่านระดับจุดไหนที่บุคคลส่วนใหญ่เห็น ที่บุคคลส่วนใหญ่ถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นเจตนาของเขาเป็นความคิดที่ดีในเรื่องพฤติกรรมและในเรื่องการล้มเลิกขัดขวางการกระทำผิด แต่เราต้องถามก่อนว่าจะสามารถระบุจุดล้มเลิกขัดขวางการกระทำผิดนั้นได้อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการให้บุคคลส่วนใหญ่ที่ไม่เคยวางแผนเจตนาข่มขืนหรือฆ่าผู้อื่นมาตัดสิน ซึ่งถ้าเขาเจตนาจะวางแผนดังกล่าว บุคคลเช่นนั้นส่วนมากน่าจะยกเลิกได้เกือบจะทันที หรือซึ่งอาจจะมีความผิดบางอย่างที่คนทั่วไปไม่หยุดเลย

3.1.4 ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตราย (Dangerous proximity acts theory) ของ Holmes³⁸

“จุดใกล้อันตราย” ของ Holmes ใน “ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตราย” (Dangerous proximity acts theory) ของ Holmes Holmes เห็นว่าเป้าหมายของกฎหมายไม่ใช่เพื่อลงโทษการกระทำที่ผิดบาป แต่เป็นการแน่ใจที่จะป้องกันผลภายนอกที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำที่กระทำไปแล้วที่เหมาะสมเข้าใกล้การดำเนินการให้บรรลุผลสำเร็จในอนาคต นั่นคือสิ่งที่กฎหมายต้องการจะประกาศให้ทราบ ซึ่งเป็นคำกล่าวในคดี Kennedy ค.ศ. 1897³⁹ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่จำเป็นที่ผู้กระทำการกระทำการไปจนถึงการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ต้องมีการใกล้ชิดกับอันตรายที่จะเกิดขึ้นของความผิดสำเร็จ (dangerous proximity to success) ซึ่งมีส่วนผันแปรไปตามสถานการณ์ที่ครอบคลุมถึงการใกล้ชิดกับอันตรายนั้นๆ ความใหญ่ความโตของอันตราย และระดับความรู้สึกลงของการหวาดกลัว รวมถึงโอกาสที่ผู้กระทำจะเปลี่ยนความตั้งใจของตัวเอง

ถ้าหากกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำผิดมีเป้าหมายในการสร้างความเชื่อมั่นในการป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นภายนอก (ซึ่งข้อสันนิษฐานเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดสำเร็จ) ทำไมขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำผิดจึงแคบมากเช่นนั้น จะไม่เป็นการกระทำทำให้เกิดการยับยั้งผลดังกล่าวไม่ให้ออกมาสู่ภายนอกได้มากกว่าหรือถ้าเข้าไปคุกคามขู่ขวัญลงโทษผู้กระทำเหล่านั้นเมื่อพวกเขากระทำการเข้าไปสู่จุดใกล้อันตรายที่จะเป็นความผิดสำเร็จ แนวคิดของ Holmes อาจมีส่วนต้องการปล่อยให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการเท่าที่พอจะเป็นไปได้ เขาได้ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดในพื้นที่ของความรับผิดชอบของการพยายามกระทำผิดในการให้โอกาสอาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการบนแนวคิดในเนื้อหาของเจตนา ซึ่งได้อธิบายบนเงื่อนไขธรรมชาติและความเป็นไปได้ของพฤติกรรมของผู้กระทำเอง มากกว่าบนข้อเท็จจริงตามเจตนารมณ์ของตัวผู้กระทำ แนวคิดของ Holmes เห็นด้วยกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ลักษณะของการลงมือกระทำจะกว้างกว่าการกระทำขั้นสุดท้าย โดยต้องอาศัยพยานหลักฐานที่แสดงถึงวัตถุประสงค์ (เจตนา) ในการกระทำของเขา การกระทำที่ทำได้แล้วของเขาที่มีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตราย ความเป็นไปได้ในการดำเนินการให้ไปสู่ความผิดสำเร็จของเขามาเป็นข้อพิจารณาด้วย

เช่นนี้ ผู้กระทำคนหนึ่งจะกลายเป็นผู้มีแนวโน้มกระทำผิดกฎหมายเพียงเมื่อพฤติกรรมของเขาเข้าใกล้กับความเป็นอันตราย ความอันตรายนั้นเกิดจากผลกระทบของตัวการกระทำของเขาเอง หรือไม่ก็จากความน่าจะเป็นที่ว่าถ้าไม่ถูกขัดขวางเขาจะดำเนินการก่ออาชญากรรมได้สำเร็จ

³⁸ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 46-48.

³⁹ Kennedy. (1897). 48 NE 770, Massachusetts.as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 46.

สมบูรณ์ อย่างไรก็ตามนี่ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับอันตรายแท้จริงใดๆ ที่เป็นการกระทำอาชญากรรม โดยสมบูรณ์ การยิงพลาดเป้าหมายไม่สามารถถึงถูกเหยื่อแต่มันสามารถบัญญัติให้เป็นการพยายาม ฆาตกรรม สิ่งที่สำคัญก็คือ เรามุ่งไปสู่ความเป็นอันตรายที่ปรากฏมองเห็นในอนาคตของการกระทำหนึ่ง มากกว่าที่จะเป็นความอันตรายอย่างแท้จริงของการกระทำ

เหตุผลสำหรับการลงโทษการกระทำทั้งหมดซึ่งเป็นอันตราย ที่ปรากฏให้เห็น ก็คือ

1. การยับยั้งการกระทำที่เป็นอันตรายอย่างแท้จริงให้ได้ผลมากขึ้น
2. อีกเหตุผลหนึ่งคือ การกระทำซึ่งเป็นอันตรายที่ปรากฏขึ้น ทำให้เกิดความหวาดหวั่น

หวาดกลัวต่อผู้อื่นและสังคม

ดังนั้น Holmes คิดว่าคนผิดคนหนึ่งที่ว่าไล่ตามผู้หญิงผิวขาวคนหนึ่ง แต่เลี้ยวไล่ห่างจากเธอมากกว่า 10 หลา สามารถมีความผิดข้อหาพยายามข่มขืนได้เพราะ เขาดำเนินการตาม จุดประสงค์ที่จะข่มขืนเธอ ไปไกลถึงการกระทำที่ทำให้เธอหวาดหวั่น และทำให้จำเป็นต้องหนี แยกตัว

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตรายของ Holmes นั้นเกี่ยวพันใกล้ชิดกับข้อพิจารณาใน ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่กล่าวถึงข้างต้น ถึงแม้ว่าบางครั้ง Holmes ดูเหมือนต้องการการ กระทำบางอย่างที่เข้าใกล้กับการกระทำขั้นสุดท้าย เขาคิดว่าทฤษฎีของเขาจะตัดสินลงโทษในคดี Robert เมื่อแทนพิมพ์ที่เขาจัดหามาไม่สามารถนำมาใช้ในการกระทำที่บริสุทธิ์อื่น

ทั้งหมดนี้เรียกร่องการกระทำที่เหมาะสมถึงความใกล้ชิดต่อความสำเร็จอันเป็นการ อธิบายถึงแนวคิดทั้งหลายที่เหมาะสมสำหรับการอธิบายระดับความใกล้ชิดในวิธีการต่างๆถ้าเรา ถามว่าทำไมกฎหมายควรยอมรับรูปแบบของทฤษฎีนี้ คำตอบที่ถูกต้องอาจเป็นว่า มันทำให้เกิดความ สมดุลที่ถูกต้องระหว่างสิทธิส่วนบุคคล (individual freedom) และผลประโยชน์ในการป้องกัน อาชญากรรมของสังคม สำหรับประเด็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล โดยเป็นการปกป้องบุคคลจาก การรบกวนมากเกินไปของพวกตำรวจและปล่อยให้อาชญากรเป้าหมายขยายโอกาสตัดสินในละทิ้ง แผนการ และเป็นการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของชุมชน โดยการยอม ให้มีการจับกุมและลงโทษคนที่ประสงค์จะเป็นอาชญากรก่อนที่จะพวกเขาจะไปไกลถึงการกระทำขั้น สุดท้าย ความคิดเกี่ยวกับความสมดุลแม้ว่าเป็นความคิดที่ไม่ชัดเจนเคลือบคลุมในการเปรียบเทียบ คุณค่าระหว่างสองสิ่ง ซึ่งมันยังคงไม่มีความชัดเจนว่าจุดของความสมดุลเป็นอย่างไร

สุดท้ายเรายังคงต้องถามอีกด้วยว่า ทฤษฎีนี้มีความแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นแนวทางให้ ศาลใช้ในการพิจารณาคดีแล้วหรือไม่เช่นเดียวกับทฤษฎีอื่นๆ ทฤษฎีของ Holmes จะตัดสินลงโทษ ในคดี Robert การที่จำเลยเอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มีเครื่องมือจำเป็นอย่างอื่น ในการทำเหรียญปลอม ศาลพิจารณาคดีส่วนกลาง (Federal Court) ของอเมริกาประยุกต์ใช้ทฤษฎี

ของ Holmes ในคดี Gregg ค.ศ. 1940⁴⁰ ชายคนหนึ่งเริ่มขับรถที่เต็มไปด้วยสุราจากเมือง Alton รัฐ อิลลินอยส์ (250 ไมล์จากชายแดนรัฐแคนซัส) ไปรัฐแคนซัส ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐาน พยายามนำเข้าสู่รัฐแคนซัส (Kansas) อย่างไรก็ตาม Holmes คิดว่าทฤษฎีนี้จะปล่อยตัวคนที่ พยายามลอบวางเพลิงกรณีบุคคลนั้นขับรถเข้าไปในเขต ¼ ไมล์ (quarter) ของบ้านที่เขาเจตนาจะ จุดไฟ ณ ที่นั้นเขามีความพร้อมที่จะตั้งวัตถุและจุดไฟได้แต่เขาได้ล้มเลิกความตั้งใจเสียก่อนจะถึง ตัวบ้าน ในคดี Peaslee⁴¹ Holmes ยังเห็นนอกเหนือไปกว่านั้นอีกว่าแม้เขาจะถูกจับกุมเสียก่อนที่จะ เปลี่ยนความคิดก็ตามการกระทำของเขาก็ยังไม่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด⁴² และทฤษฎี ของเขาได้ถูกประยุกต์ใช้ปล่อยตัวจำเลยที่พยายามลื้อนที่รอเหยื่ออย่างอดทนที่บ้านของเหยื่อในเย็น วันหนึ่ง และละทิ้งแผนการเพื่อพยายามปล้นอีกครั้งต่อเมื่อพวกเขาจับได้ว่าโทรศัพท์ของพวกเขาถูก ดักฟัง ในคดี Volpe ค.ศ. 1953⁴³

อย่างไรก็ตาม Mr. Roberts และคนนำเข้าสู่สุราต่างก็มีเวลามากมายที่จะเปลี่ยนใจ และละ ทิ้งแผนการ ดังนั้นเราไม่สามารถปฏิเสธอย่างมีเหตุผลได้ว่าพวกเขายังคงไกลจากอันตรายที่จะ กระทำความผิดสำเร็จ อีกทางหนึ่งเราไม่สามารถกล่าวอย่างมีเหตุผลได้ว่าพวกปล้นอยู่ใกล้จุด อันตรายถึงแม้ว่าอันตรายนั้นแค่ปรากฏให้เห็นขณะที่พวกเขาขอเหยื่อ หรือที่ว่าคนลอบวางเพลิงนั้น เข้าใกล้จุดใกล้อันตรายทันทีที่เขาเข้าใกล้บ้านในระยะเอื้อมถึงง่าย

3.1.5 ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) ตามข้อกำหนด ใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁴

ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) เป็นทฤษฎีที่ กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการ แบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมการกระทำความผิดในประเทศ สหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน ที่มีมุมมองแตกต่างออกไปจากทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล และ ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการลงโทษการกระทำที่เป็น การพยายามกระทำความผิดเพื่อเป็นการลบล้างภัยอันตรายแก่บุคคล ไม่ใช่เป็นการยับยั้งการกระทำที่ เป็นอันตราย

⁴⁰ Gregg (1940) 113 F 2d 687.as cited in Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 48.

⁴¹ Peaslee 59 ME 55 (1901).as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 48.

⁴² Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 48.

⁴³ Volpe (1953) 122 NYS 2d 342, New York. As cited in. Antony Duff (R.A. Duff). Z1996) *Criminal Attempts*. p. 48.

⁴⁴ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 53-57.

การพิจารณาถึงการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) เป็นการพิจารณาว่า ผู้กระทำได้กระทำสิ่งใดลงไปแล้วบ้าง (what the actor has already done) ซึ่งตรงกันข้ามกับทฤษฎี การกระทำขั้นสุดท้าย และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ที่การกระทำขั้นสุดท้ายนั้นพิจารณาว่า ยังมีสิ่งใด ๆ อีกหรือไม่ที่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำ (what remains to be done) เพื่อให้ความคิด เกิดขึ้น หากปรากฏว่ายังมีสิ่งอื่น ๆ ที่จะต้องกระทำอีก เช่น จะต้องนำอาหารผสมยาพิษนั้นไปวาง บนโต๊ะกินข้าวของผู้เสียหายเสียก่อน ตราบใดที่ยังไม่ได้วางก็ยังไม่เป็นพยายามฆ่าแต่เมื่อนำไปวาง แล้วก็เป็นพยายามฆ่าทันทีโดยไม่คำนึงถึงว่าผู้เสียหายจะมากินอาหารบนโต๊ะนั้นเมื่อใดทั้งนี้เพราะ เป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของผู้กระทำแล้ว เนื่องจากผู้กระทำไม่จำเป็นต้องกระทำสิ่งอื่นใดอีกแล้ว เพื่อให้ความคิดเกิดขึ้น เพียงแต่รอให้ถึงเวลาที่ผู้เสียหายจะมากินอาหารเท่านั้น ซึ่งการกระทำใน ขั้นตอนที่สำคัญนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลหรือเป็นการกระทำในขั้นตอน สุดท้ายแล้วแต่อย่างใด

ด้วยเหตุว่าในปัจจุบัน บุคคลหนึ่งสามารถเป็นอันตราย และอาจจะเป็นต้นเหตุก่อให้เกิด ภัยความเสียหายทางอาชญากรรมได้ในหลายๆวิธี เขาอาจจะเป็นผู้ที่มีสภาพจิตไม่ปกติและไม่ อาจรับผิดทางอาญา เขาอาจไม่ระมัดระวังหรือประมาท แต่ถึงกระนั้น Model Penal Code ได้รวมเอาความคิดสำเร็จหลายชนิด ที่ซึ่งอาจจะเป็นการกระทำโดยประมาท (negligent) หรือละเลย (reckless) เข้าไว้ในการพยายามกระทำความผิดด้วย การลงโทษความผิดชนิดพิเศษเรื่องความ ประมาทที่เป็นภัยอันตรายจะเป็นการขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาออกไปเกินควร ซึ่งทำให้การ กระทำโดยละเลย หรือการกระทำโดยประมาททุกประเภทเป็นอาชญากรรม หากว่าการกระทำ เหล่านั้นก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นภัยอันตราย (harm) ซึ่งเป็นอันตรายที่กฎหมายพยายามให้ ความสนใจและเป็นกังวล คือ ภัยอันตรายที่สามารถสันนิษฐานอย่างแน่นอนได้ว่าเป็นประเภทที่ คุกคามและเป็นภัยอันตรายซึ่งในเนื้อแท้ของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบอาชญากรรม อย่างแน่นอน

ข้อแตกต่างระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายกับทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ⁴⁵

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย	ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ
<p>ความผิดฐานพยายามประกอบด้วย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. เจตนากระทำผิดอาญา 2. พฤติการณ์ประกอบการกระทำที่มุ่งกระทำผิดหรือการลงมือกระทำผิด 3. ความผิดไม่สำเร็จ <p>การพยายามกระทำความคิดเป็นการกระทำใดๆ ที่มุ่งผลโดยตรงสู่ความคิด หลังจากการกระทำเตรียมการกระทำผิด</p>	<p>ความผิดฐานพยายามประกอบด้วย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. การทำทุกสิ่ง ด้วยความมุ่งหมายก่อให้เกิดผลเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นพื้นฐานของความคิดอาญา 2. มีความเชื่อว่าการกระทำนั้นจะทำให้เกิดผลปราศจากการกระทำอื่นอีก

ก. ข้อคัดค้านของทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ

การขยายกว้างของขอบเขตของทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step act theory) นำไปสู่ข้อพิจารณา 2 ประการ ซึ่งทำให้คณะกรรมการกฎหมายของอังกฤษปฏิเสธไม่ยอมรับหลักการของทฤษฎีนี้ คือ

1) ทฤษฎีนี้จะจับกุมความคิดประเภทกระทำในขั้นเตรียมการเข้าไปด้วย เช่น การเดินสำรวจ หรือการเตรียมวัตถุสำหรับใช้ในการประกอบอาชญากรรม ซึ่งอยู่นอกเหนือในความหมายของกฎหมายพยายามออกไป

2) ความกว้างและความเคลือบคลุมของทฤษฎีนี้จะมีส่วนพาดพิงเป็นอันตรายร้ายแรงถึงสิทธิส่วนบุคคล และมีความเป็นไปได้ของการจะเกิดการขจัดประชาชนจากผู้มีอำนาจหน้าที่

3) ใน Model Penal Code นั้น กำหนดแนวทางการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญไว้ยกตัวอย่างเช่น การดักรอเหยื่อ การล่อให้ผู้เสียหายออกมา การตรวจตราสถานที่ก่อเหตุ เป็นต้น โดยถือว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่เกินความจำเป็น โดยตัวอย่างเหล่านี้ทำให้เกิดระดับอย่างไม่แน่นอนในการพิจารณาสำหรับศาลหลายแห่งที่ไม่มีประสบการณ์ในการเข้าใจถึงพฤติการณ์ตามตัวอย่างที่ได้ยกมานี้

⁴⁵ Professor Brickey. (2002). *Criminal Law Common Law/Model Penal Code Comparisons*.

3.1.6 ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory)⁴⁶

ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) หรือหลักความไม่คลุมเครือ (Unequivocal Rule) เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้อยู่ในประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand Crime Act 1908) ช่วงหนึ่ง เป็นทฤษฎีที่นำเสนอ ให้ความเห็น โดยพิจารณา Salmond J ในการตัดสิน คดี Barker ค.ศ. 1924⁴⁷ จำเลยได้เชิญเด็กผู้ชายคนหนึ่งมาพร้อมกับจำเลย โดยจำเลยมีเจตนาเพื่อจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กผู้ชาย จำเลยถูกจับขณะที่เดินออกมาจากเด็กผู้ชาย และยังมีสารภาพว่ามีเจตนาจะมีสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กผู้ชาย ศาลอุทธรณ์ (The Appeal Court) ได้ยื่นยันการตัดสินลงโทษจำเลยว่ามีความผิดฐานพยายามกระทำอนาจาร (attempted indecent assault) และพยายามร่วมประเวณีกับเด็กผู้ชาย (attempted buggery) การกระทำของเขาไม่ใช่การเตรียมการเล็กน้อยสำหรับการกระทำผิดเหล่านั้น หรือห่างไกลเกินไปจากการกระทำผิดเหล่านั้น ผู้พิพากษาสองท่านได้อ้างพาดพิงถึงความไม่คลุมเครือ แต่ Salmond J ได้ให้ความเห็นในการกระทำตามที่กล่าวนั้นตามข้อบัญญัติของกฎหมายพยายามกระทำผิดว่า “...การจะเป็นการพยายามกระทำผิดได้นั้นการกระทำนั้น ในตัวมันเองต้องเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอสำหรับเจตนาในการกระทำผิดทางอาญานั้นด้วยในการกระทำซึ่งได้กระทำไปแล้ว การพยายามกระทำผิดอาญาเป็นการกระทำซึ่งแสดงให้เห็นเจตนาในการประกอบอาชญากรรมที่เกิดขึ้นก่อนการดำเนินการต่อไป ซึ่งกรณีนี้ต้องเป็นหนึ่งใน Res ipsa loquitur⁴⁸ ในทางตรงกันข้ามถ้าการกระทำหนึ่งซึ่งธรรมดาในตัวเองและที่ปรากฏก่อนการดำเนินการกระทำต่อไปนั้น ไม่มีความผิดจะไม่ถือว่าเป็นการพยายามกระทำผิดอาญา และไม่ใช่อุปการกระทำที่จะนำไปสู่การพิจารณาถึงขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำผิดทางอาญา โดยจะไม่นำเอาพยานหลักฐานจากแหล่งอื่นเข้ามาเพื่อพิสูจน์ว่าเป็นจุดประสงค์ของการกระทำที่มุ่งไปสู่การกระทำผิดทางอาญา หรือเป็นหลักฐานของการกระทำผิดอาญาที่ได้กระทำไปแล้วได้...”

ข้อกำหนดเช่นนี้ เรียกร้องการคุ้มครองปัจเจกชนอย่างเหมาะสมที่เกี่ยวข้องจากอันตรายในการรับสารภาพเหนือพยานหลักฐานที่เขาอาจจะถูกลงโทษสำหรับการกระทำ ที่ซึ่งในตัวมันเองและลักษณะท่าทางที่ปรากฏขึ้น ไม่มีความผิด คำรับสารภาพของจำเลยสัมพันธ์กับพยานหลักฐานใน

⁴⁶ Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 48-53.

⁴⁷ Barker. (1942). as cited in, Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 48-53.

⁴⁸ Res ipsa loquitur เป็นสุภาษิตละติน แปลว่า จดปล่อยให้ความเจริญพุดออกมา หมายถึง การให้หลักตามความเป็นจริงหรือหลักธรรมชาติในการพิสูจน์ คือ บุคคลที่กระทำไปตามธรรมชาติไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ บุคคลที่ได้เพียงหลักธรรมชาติต้องเป็นผู้พิสูจน์ อ้างถึงใน วิษณุ เครืองาม. (2544). *วิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายเอกชน*. คำบรรยายหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ฐานะที่เป็นสิ่งที่จำเป็นของเจตนาในการกระทำผิดทางอาญา แต่ไม่ใช่ต่อคำถามก่อนหน้านี้ที่ว่า การกระทำของเขาอย่างไรหนประกอบขึ้นเป็นการพยายามกระทำผิดหรือไม่ พยานหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับเจตนากระทำผิดทางอาญามีความสัมพันธ์กับคำถามที่นำเสนอในข้อที่ว่า ธรรมชาติและสถานการณ์ของการกระทำอันไหน ในส่วนไหนที่เขาใช้ความพยายามในการทำให้สำเร็จตามจุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขา อย่างไรก็ตามเขาจะถูกลงโทษอย่างยุติธรรมเมื่อการกระทำของเขาเองเป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขาอย่าง ผู้ใหญ่ที่มีอายุพอ (วิญญูชน) ที่จะพิจารณาตัดสินเรื่องราวด้วยความรู้ของเขาเองว่ามีความเลวทรามมีความชั่วในการร่วมประเวณีกับชายด้วยกันเอง

ดังนั้นในการดำเนินคดีใดๆสำหรับการพยายามกระทำผิดผู้พิพากษาต้องตัดสินชี้ขาดก่อนว่า การกระทำที่จำเลยถูกกล่าวหาว่านั้นเขาใช้ความพยายามที่จะทำให้บรรลุจุดมุ่งหมายการกระทำผิดทางอาญาตามข้อกล่าวหาหรือไม่ มีความไม่คลุมเครือที่ปรากฏชัดเจนในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขาหรือไม่ ตามความรู้ความคิดปกติธรรมดาของบุคคลที่เป็นวิญญูชน หากว่าการกระทำเหล่านั้นใช้ ลูกขุนต้องตัดสินชี้ขาดก่อนว่าการกระทำอันไหนที่ทำไปแล้วและการกระทำอันไหนที่ดำรงอยู่ในปัจจุบันที่เป็นสิ่งที่ขาดเสียไม่ได้ในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขา เฉพาะขั้นตอนที่สองนี้เท่านั้นที่เป็นพยานหลักฐานอีกอันหนึ่งในเจตนาของเขา เช่น การรับสารภาพในภายหลังของเขาที่มีความสัมพันธ์กัน แต่ถึงกระนั้นถ้ายังมีการกระทำอย่างเคลือบคลุมที่ไม่อาจพิสูจน์ความเห็นได้ถึงเจตนากระทำผิดทางอาญาของเขา ก็ยังคงสามารถปล่อยตัวจำเลยคนหนึ่งที่กระทำอย่างไม่เคลือบคลุมให้พ้นผิดไปได้ ฐานที่ไม่ได้พิสูจน์ถึงเจตนาประกอบอาชญากรรมนั้นของเขาให้ชัดเจนถึงที่สุดได้ Reed ACJ ได้อ้างเหตุผลสนับสนุนเช่นนี้ในคดี Moore (ค.ศ. 1936)⁴⁹ ถ้าชายคนหนึ่งพยายามตัดสินบนเด็กผู้หญิงคนหนึ่งให้เข้าไปในกระท่อมของเขา ซึ่งเป็นที่เปลี่ยวเป็นข้อวินิจฉัยที่มีเหตุผลได้ว่าเขามีจุดมุ่งหมายเพื่อกระทำผิดทางอาญา และเพียงแต่การแสดงออกเพียงเท่านี้ของเขา หากว่าแปลโครงสร้างการกระทำของเขาออกมาผิดพลาด เขาอาจหลีกเลี่ยงการถูกลงโทษได้ ในกรณีที่หากว่าเขาเป็นบุคคลที่มีเกียรติ มีชื่อเสียง มีหน้ามีตา เป็นผู้ได้รับการเชื่อถือในสังคม นั่นคือการกระทำของเขาเป็นไปตามทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) นั่นไม่ได้เป็นการรับประกันการถูกตัดสินลงโทษ ในเมื่อเขาอาจยังคงทำให้เกิดข้อสงสัยอย่างมีเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันใดในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขา แม้ว่าการกระทำของเขาที่แสดงให้เห็นปรากฏชัดอย่างไม่คลุมเครือ

⁴⁹ Moore. (1936). NZLR 979. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*.

Salmond สามารถตอบข้อคัดค้านของ Gordon เช่นนั้นในกรณี การผสมสารหนูในอาหาร Salmond คิดว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ถ้าวัตถุประสงค์นั้นเป็นการวางยาฆ่าพวกหนู แต่จะเป็นการลงมือพยายามฆาตกรรมถ้าวัตถุประสงค์ในการฆ่าคน Salmond ให้ความเห็นว่าเราสามารถแน่ใจในเนื้อหาของกรกระทำที่แสดงออกชัดเจนไม่น่าสงสัยไม่เคลือบคลุมถึงเจตนาฆ่าคนได้ ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้วางยาพิษได้ผสมยาพิษในจานอาหารของคน ขณะที่ Gordon แย้งว่าหลักฐานต่อไปอาจแสดงให้เห็นเจตนาที่ยืนยันเพื่อวางยาฆ่าหนูมากกว่า

นักนิติศาสตร์ที่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้เห็นว่า ทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal acts theory) ต้องการเพียงทำให้เกิดมูลคดีขึ้นต้นในการฟ้องร้องต่อการกระทำของจำเลยที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ก่อให้เกิดข้อสันนิษฐานเรื่องเจตนา โดยการพิสูจน์ความผิดจะขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานที่บริสุทธิ์เป็นอิสระไม่อยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ก. ข้อคัดค้านสำหรับทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ

ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือคงใช้อยู่ในประเทศนิวซีแลนด์ได้ระยะหนึ่ง ถึงแม้ว่าจะเป็นทฤษฎีที่อิสระ ก็ได้เพิ่มบทหลักเกณฑ์สำหรับความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด (proximity) เข้าไปด้วย ทฤษฎีนี้ถูกละทิ้งอย่างเป็นทางการในปี ค.ศ. 1961 (Crime Act 1961 New Zealand) ข้อคัดค้านอย่างเห็นได้ชัดจากทฤษฎีนี้ก็คือ ต้องการการอ้างเหตุผลอันถูกต้องที่เป็นการอนุมานลงความเห็นอย่างสมเหตุสมผลถึงพฤติกรรมการกระทำของจำเลยเพียงเท่านั้น มากกว่าจะเป็นการพิสูจน์ลงความเห็นในเจตนาของเขา มันเป็นการจำกัดเกินไป สิ่งที่เป็นข้อเท็จจริง โดยเฉพาะเจาะจงถึงการกระทำของเขาควรต้องแสดงให้เห็นอย่างไม่เคลือบคลุมปรากฏชัดเจนที่จะกระทำอาชญากรรมอย่างแน่นอนของเขาด้วยตามข้อกล่าวหาการพยายามกระทำความผิด

ศาลตัดสินในสมัยต่อมาในคดี Campbell Bradley v Ward⁵⁰ โดยอ้างเหตุผลสนับสนุนว่าคนที่พังรถคันหนึ่งโดยเจตนา ตามที่เขาได้รับสารภาพภายหลังว่าต้องการขโมยแบตเตอรี่ ไม่สามารถถูกตัดสินลงโทษฐานพยายามขโมยแบตเตอรี่ เพราะว่าสำหรับการกระทำของเขานั้นไม่ได้แสดงให้เห็นอย่างปรากฏชัดไม่คลุมเครือว่าเขาเจตนาขโมยแบตเตอรี่เป็นพิเศษ เราอาจปลงล้างข้อคัดค้านนี้โดยการกำหนดความต้องการเพียงพฤติกรรมบางอย่างของเขาก่อนที่แสดงประจักษ์ถึงความไม่คลุมเครือในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขา และยินยอมให้นำพยานหลักฐานอื่นมาพิจารณาตัดสินว่าจำเลยเจตนากระทำอาชญากรรม แต่การแก้ไขในรายละเอียดดังกล่าวก็เป็นข้อพิสูจน์ที่ดีขึ้นเพียงเล็กน้อย

⁵⁰ Campbell Bradley v Ward. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*.

ในบางครั้งทฤษฎีนี้จะดูกว้างเกินไป ตัวอย่างเช่น ในการกระทำการลอบซื้ออาวุธปืน กระบอหนึ่งจากอาชญากรคนหนึ่ง อาจแสดงให้เห็นถึงความไม่เคลือบคลุมถึงจุดประสงค์ในการ ประกอบอาชญากรรมบางอย่าง แต่จริงๆ มันควรจะกำหนดให้เป็นการพยายามปล้นทรัพย์หรือไม่ หากว่าพยานหลักฐานอื่นแสดงให้เห็นถึงเจตนาของเขาที่ปล้นทรัพย์ ในตัวอย่างที่กล่าวมาดูจะกว้างเกินไปหรือไม่ แต่ในคำอธิบายตัวอย่างอื่นอาจจะดูแคบเกินไป เช่นกรณี คดี Jones and Brooks (ค.ศ. 1968)⁵¹ คดีนี้ Jones มีปากเสียงกับชวานาคคนหนึ่งและได้ขู่ว่าจะเผาข้าวโพดของเขา ภายหลัง Jones ถูกจับขณะคุกเข่าข้างๆ กองข้าวโพดกองหนึ่งและกำลังจุดไม้ขีด เขารับสารภาพภายหลังว่าเจตนา ไปจุดที่กองข้าวโพดนั้น แต่ถ้าเขากำลังถือไปป์ (pipe) อันหนึ่งขณะที่เขาจุดไม้ขีด ทฤษฎีการกระทำ ที่ไม่คลุมเครือของ Salmond จะปล่อยตัวเขาพ้นผิดข้อหาพยายามวางเพลิงไป ก็คือว่าการกระทำ จุดไม้ขีดไปขณะที่เขาถือไปป์ก่อให้เกิดความสงสัยว่าเขาเจตนาจะจุดไฟเผาข้าวโพดหรือเจตนาจะ สูบไปป์ ไม่สามารถอ้างถึงการงู๊กร โซกในตอนแรก และการรับสารภาพภายหลังของเขา ในชั้นนี้ พยานหลักฐานที่ปรากฏอยู่ในขณะกระทำความผิดเท่านั้นที่จะนำมาแปลความหมายเจตนาในการ กระทำของเขา

อะไรเป็นสิ่งกระตุ้นให้มีการจำกัดเคร่งครัดในทฤษฎีดังกล่าว อะไรคืออันตรายซึ่ง Salmond วิตกกังวลที่จะปกป้องคุ้มครอง เขาเห็นว่าพฤติกรรมกระทำอันไม่คลุมเครือเท่านั้นเป็น การกำหนดให้ความคุ้มครองปลอดภัยแก่จำเลยสำหรับการพิสูจน์ของความมั่นคงของการมีเจตนา ก่ออาชญากรรมอย่างแน่แท้ที่กฎหมายพยายามกระทำความผิดต้องการ นี่คือนิติวิธีที่ศาลของสหพันธ รัฐ (Federal Court) ได้อธิบายไว้ในคดี Oviedo⁵² ในคดี Oviedo จำเลยยินยอมที่จะขายเฮโรอีนให้ บางคนจริงๆ แล้วคนคนนั้นเป็นเจ้าของที่ตำรวจนอกเครื่องแบบ อย่างไรก็ตามสิ่งที่เขาจะจำหน่าย (ที่มีซ่อนไว้ในบ้านของเขา) ไม่ใช่เฮโรอีน ความเห็นของศาลแสดงให้เห็นด้วยว่า มีพยานหลักฐานที่ แน่นหนาพอในคดีนี้ว่าเขาเชื่อว่าสิ่งนั้นมันเป็นเฮโรอีน และข้อเท็จจริงเขามีเจตนาจำหน่ายเฮโรอีน แต่การตัดสินใจโทษข้อหาพยายามจำหน่ายเฮโรอีนถูกลบล้างไป เพราะเรื่องราวที่มีมาแต่ก่อนจะ เป็นตัวกำหนดชัยนตราโดยธรรมชาตินั้น นำไปสู่การเล็งการลงโทษบุคคลที่พัวพันอยู่ในการ กระทำที่บริสุทธิ์ เหนือการพิสูจน์อนุมานคาดคะเนผ่านทางพื้นฐานในเรื่ององค์ประกอบด้านเจตนา ประกอบกับรูปแบบคำให้การเบิกความที่เชื่อถือไม่ได้ และพฤติกรรมทางอาชญากรรมที่ผ่านมา การ กระทำที่แสดงออกมาภายนอกของเขาเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมในนิสัยที่เป็นอาชญากรรมของเขา

⁵¹ Jones v Brooks. (1968). 52 Cr. App. R. 614, 616-17. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 51.

⁵² Oviedo (1976) 525 F (2 nd ed.) 881. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 51.

โดยไม่มี การวางใจในพยานหลักฐานทางอ้อมเกี่ยวกับเจตนา แต่ข้อเท็จจริงสิ่งที่จำหน่ายนั้นไม่ใช่
 เฮโรอีน พฤติกรรมการกระทำของ Mr. Oviedo เป็นการแสดงให้เห็นความไม่แน่นอน ความยาก
 ลำบากในการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องพฤติกรรมที่ไม่เป็นอาชญากรรม (ซึ่งเกี่ยวข้องกับการพิจารณา
 ในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ Impossibility Attempts)

นี่ดูเหมือนเป็นการแปลความหมายที่แปลผลประหลาดของทฤษฎีนี้ ที่ซึ่งศาลเรียกร้องให้
 นำมาประยุกต์ใช้นั้น การกระทำที่แสดงออกภายนอก (objective acts) ของจำเลยเป็นพยานหลักฐาน
 ผู้ก่อกวนการก่ออาชญากรรม และยืนยันส่งเสริมสนับสนุนองค์ประกอบด้านเจตนา สำหรับ
 ทฤษฎีที่มีจุดประสงค์อ่อนแอกว่าทฤษฎีที่ไม่คลุมเครืออย่างเคร่งครัดและยอมรับหลักฐานโดย
 ทางอ้อมในเรื่องเจตนาประกอบอาชญากรรม ตัว Salmond เองอาจตัดสินใจโทษในคดี Oviedo (คดี
 จำหน่ายสิ่งอื่นโดยเชื่อว่าเป็นเฮโรอีน) ควรจะพิจารณาตัดสินการกระทำของจำเลยโดยอ้างถึง
 ข้อเท็จจริงที่ว่าเขาเชื่อว่าเป็นเฮโรอีน (ดังเช่น การใส่น้ำตาลในน้ำชาของเหยื่อเป้าหมาย
 คนหนึ่งด้วยความเชื่อว่ามันเป็นสารหนู ถือเป็น การพยายามฆาตกรรม) ตามหลักฐานที่ได้รับนั้น
 Mr. Oviedo เชื่อว่าเป็นของสิ่งนั้นเป็นเฮโรอีน ดังนั้นการกระทำของเขาในการจำหน่ายมันแสดงให้เห็น
 โดยปรากฏชัดถึงความไม่เคลือบคลุมถึงเจตนาจำหน่ายเฮโรอีน อย่างไรก็ตามศาลในคดี Oviedo มี
 ความมั่นคงกว่า Salmond ที่ว่า ถ้าเราไม่อาจใช้พยานหลักฐานที่เป็นอิสระหรือเป็นกลางของเจตนา
 ก่ออาชญากรรม เป็นเหตุทำให้การก่ออาชญากรรมอย่างไม่น่าสงสัยเป็นการกระทำที่บริสุทธิ์อย่างที่
 เห็นในคดี Oviedo (คือ Salmond ไม่ยอมรับให้เอาพฤติกรรมการกระทำของ Mr. Oviedo ที่เป็น
 พฤติกรรมที่บริสุทธิ์ไม่มีผิดกฎหมายเป็นพยานหลักฐานที่เป็นอิสระหรือเป็นกลางดังกล่าวเกี่ยวกับ
 ความเชื่อของเขาสำหรับวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน ดังเช่น การพยายามฆาตกรรมโดยการใส่น้ำตาล
 ในน้ำชาของเหยื่อด้วยความเชื่อว่ามันเป็นสารหนู มาเป็นเหตุผลในการลงโทษทางอาญา (ความ
 พยายามที่เป็นไปไม่ได้เพราะสิ่งที่ใช้กระทำหรือวัตถุประสงค์ที่กระทำต่อ)

ถึงกระนั้น ความหวังไขความวิตกกังวลถึงการปกป้องปัจเจกชนจากการตัดสินลงโทษที่
 เชื่อถือไม่ได้จากพยานหลักฐานที่บริสุทธิ์ ไม่ได้ดูเหมือนจะเป็นเหตุผลอันสมควรถึงข้อจำกัดความ
 เกร่งครัดของข้อพิสูจน์ในทฤษฎีความไม่คลุมเครือ ซึ่งค่อนข้างจะอ่อนแอกว่าข้อเรียกร้องสำหรับ
 พฤติกรรมที่เป็นเครื่องสนับสนุนอย่างแน่นหนาถึงวัตถุประสงค์ทางอาชญากรรมของผู้กระทำ
 ในทางคล้ายกัน การปกป้องคุ้มครองปัจเจกชนจากการตัดสินลงโทษที่เชื่อถือไม่ได้ที่วางอยู่บน
 พื้นฐานการรับสารภาพของจำเลย เราไม่ต้องการรับเอาคำรับสารภาพของจำเลยทุกอย่างอีกส่วน
 หนึ่งต่างหากเราต้องการเพียงแต่เรียกร้องถึงคำรับสารภาพใด ๆ นั้นเป็นคำรับสารภาพที่ได้รับการ
 ยืนยันสนับสนุนโดยพยานหลักฐานที่เป็นกลางอิสระและบริสุทธิ์

Salmond ยังได้แนะแนวทางเลือก สำหรับทฤษฎีที่ไม่เคลือบคลุม ในการรับเอาองค์ประกอบต่างๆ ที่สมบูรณ์กว่าบทบาทเกี่ยวกับการเรียกร้องความไม่คลุมเครือจากเรื่องพยานหลักฐานที่บริสุทธิ์คือ จนกระทั่งตัวผู้กระทำเองนั้นได้ลงมือกระทำด้วยเจตนากระทำอาชญากรรมของเขา มีการแสดงออกปรากฏอย่างชัดและเปิดเผยโดยการกระทำของเขา (ไม่มีการเคลือบคลุมในการกระทำของเขา) คือถือว่าเขายังไม่ได้ผ่านไปไกลเกินกว่าขั้นเตรียมการอย่างบริสุทธิ์ไปสู่ขอบเขตการพยายามกระทำผิดอาญา และเขายังมีโอกาสเพื่อตัวเองที่จะตัดสินใจละทิ้งแผนการ เราอาจกล่าวได้ว่าเมื่อถึงเวลานั้น (เวลาที่เขาไม่มีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ) เท่านั้นที่ถือว่าตัวเขาได้กระทำการดำเนินการดำเนินการก่ออาชญากรรมอย่างแน่นอนและเป็นอาชญากรคนหนึ่ง อย่างไรก็ตามนี่เป็นการไม่น่าเชื่อถือ เมื่อไม่มีความเกี่ยวพันจำเป็นระหว่างความแน่นอนของเจตนาก่ออาชญากรรมและความแน่นอนของการกระทำ (เช่นที่ว่า คนที่จะลอบวางเพลิงกำลังสูบบุหรี่ไปอาจจะถือว่าเขากระทำการอย่างแน่วแน่เหมือนกับคนที่ไม่ได้สูบบุหรี่แต่จุดไม้ขีดไฟ แม้การกระทำของคนที่ไม่ได้สูบบุหรี่แต่ได้จุดไม้ขีดไฟกลับมองว่าเป็นไปอย่างแน่วแน่ไม่เคลือบคลุมเหมาะสม)

Fletcher⁵³ ได้ให้ข้อคิดบางอย่าง เช่น ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือนั้นเห็นความสำคัญตามรัฐธรรมนูญมากกว่าที่จะเป็นความสำคัญทางพยานหลักฐาน รัฐเสรีนิยมหนึ่งควรวางเงื่อนไขกำจัดสภาพ สภาวะการรับผิดทางอาญา ซึ่งการกระทำของผู้กระทำต้องแสดงให้เห็นถึงอันตรายหรือแสดงให้เห็นถึงการรบกวนสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากหลักฐานภายนอกของเจตนาของเขา สิ่งนี้เท่านั้นสามารถให้การประกันต่อรัฐที่ต้องการยื่นเข้าไปในขอบเขตของอิสรภาพของประชาชนไปถึงความคิด เจตนาและอารมณ์ความรู้สึก สำหรับตอนนี้ เราต้องการความคิดเห็นธรรมดาที่ว่ามันจะเป็นเรื่องแปลกถ้าแม้แต่รัฐเสรีนิยมรัฐหนึ่งไม่สามารถตัดสินใจลงโทษคนที่เขาเข้าข้อหาพยายามวางเพลิงซึ่งเจตนาก่ออาชญากรรมของเขาเป็นหลักฐานภายนอกมากพอ แต่เขาฉลาดพอที่จะคาบไปป์ไว้ขณะจุดไม้ขีดไฟ ด้วยเจตนาจะเผาองข้าวโพด

3.1.7 ทฤษฎีการกระทำที่เป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory หรือ Criterion of Danger Rule)

ทฤษฎีนี้เป็นหลักปฏิบัติตามทฤษฎีของประเทศเยอรมัน ได้มีการวางหลักไว้ว่า การกระทำใดจะเป็นพยายามก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นถึงความคุกคามต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรง (Directly dangerous to protected under the law) โดยคำนึงถึงความใกล้ชิดของอันตราย (nearness of the danger) หรือความเสียหาย (the greatness of the harm) หรือความหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชน (the degree of apprehension felt) นั้น

⁵³ George Fletcher. (1978). *Rethinking Criminal Law*. p. 52.

ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นมีสาระสำคัญ คือ การกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นภัยอันตรายโดยตรงต่อผลประโยชน์ซึ่งกฎหมายให้การคุ้มครอง หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่านิติสมบัติ หรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut or directly dangerous to interests protected under the law) ของความผิดฐานนั้นๆ⁵⁴ ทฤษฎีนี้ถือว่าการกระทำที่จะเป็นการลงมือเข้าขั้นพยายามได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงการใกล้ชิดต่ออันตรายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวง และระดับความรู้สึกหวาดกลัวในภัยอันตรายนั้นในความรู้สึกของชุมชนด้วย⁵⁵ ซึ่งจะมีระดับกว้างแคบผันแปรไปตามความรุนแรงและเหตุผลในความผิดฐานนั้นๆ

คุณธรรมทางกฎหมายนั้น หมายถึง คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นพื้นฐานในทางความคิดในความผิดฐานนั้นๆ ซึ่งมาจาก “ปกติสถาน” (norm) ต่างๆ ของสังคม ตัวอย่างเช่น คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 คือ ชีวิตของผู้นั้นเป็นต้น⁵⁶

ในการวินิจฉัยการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น ก่อนอื่นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นเจตนากระทำความผิดฐานใด และความผิดฐานนั้นสิ่งทีกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายคืออะไร คุณธรรมทางกฎหมายนั้นมีขอบเขตมีความอันตรายเพียงใด จากนั้นจึงตีความว่าการกระทำของผู้กระทำตามความผิดนั้นถึงขั้นที่กระทบถึงคุณธรรมทางกฎหมายตามความผิดฐานนั้นๆ แล้วหรือไม่ จึงจะเป็นการพยายามกระทำความผิด เช่น ในคดีซื้อเสียงที่จังหวัดบุรีรัมย์ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยได้จัดหาเงินสดจำนวนมาก โดยนำมาแยกแยกติดกันเป็นชุดๆ มีเอกสารบัญชีรายชื่อผู้เลือกตั้งและอื่นๆ แม้จำเลยจะยังไม่ให้เงินดังกล่าวแก่ผู้ใด ก็เป็นการลงมือกระทำความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินแล้ว เพราะการกระทำทั้งปวงประกอบระยะเวลาดังกล่าวเป็นภัยอันตรายโดยตรงและใกล้ชิดกระทบต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้ง มิใช่เป็นเพียงการเตรียมการ ซึ่งไม่เป็นความผิด⁵⁷

⁵⁴ คณิต ฌ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. น. 92-95.

⁵⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*. น. 552.

⁵⁶ คณิต ฌ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. น. 94.

⁵⁷ คณิต ฌ นคร. (2540). บนเส้นทางแห่งหลักยุติธรรม, บทความเรื่อง “คดีประวัติศาสตร์ซื้อเสียง 11.4 ล้านบาทที่บุรีรัมย์เป็นการ “ลงมือ” กระทำความผิดแล้วหรือยัง”. หน้า 176-187. และดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3562/2540 อ้างถึงใน รัชฎ เจริญน้ำ. “จัดทำซื้อเสียง 11 ล้าน ลงโทษได้.” *อัยการ*, 21 (2541, มีนาคม). น. 61-79.

3.2 หลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำที่ก่อให้เกิดความผิดกับการเตรียมกระทำ ความผิดในต่างประเทศ

3.2.1 ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law)

3.2.1.1 สหรัฐอเมริกา

เดิมในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) และ “ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย” (Dangerous proximity acts theory) มาเป็น หลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำ ความผิด แต่ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลและทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายยังมีข้อบกพร่อง และมีการตีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละรัฐ ต่อมาสถาบันกฎหมายของอเมริกา (The American Law Institute) จึงได้พัฒนาหลักกฎหมายที่จะมาอธิบายลักษณะของการลงมือพยายามกระทำ ความผิดอยู่บนความหมายว่าอย่างไร เป็นการกระทำของจำเลยที่เข้ามาสู่การใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ หรือทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายที่เรียกรื่องการกระทำที่เป็นการใกล้ชิดที่มีส่วนผันแปรไปตามระดับของความอันตรายในความผิดฐานนั้นๆ มาเป็นการใช้หลักเกณฑ์ตาม “ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ” (The Substantial step theory)

สถาบันกฎหมายของอเมริกา (The American Law Institute) ได้นำทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญมากำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำ ความผิด และเป็น หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำ ความผิดกับการเตรียมกระทำ ความผิด โดยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1962 (Model Penal Code, official draft, 1962) มาตรา 5.01 (คือประมาณปี พ.ศ. 2505) เพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่างๆ นำไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาภายในของแต่ละมลรัฐที่แตกต่างกันอยู่ เพื่อให้เป็นรูปแบบในแนวทางเดียวกัน โดยบัญญัติว่าเมื่อผู้กระทำได้กระทำการถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้วถือว่ามี การลงมือพยายามกระทำ ความผิดแล้ว แต่ทฤษฎีนี้จะใช้ได้ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอื่นๆ ประกอบให้เห็นอย่างชัดเจน โดยกำหนดคำนิยามของการพยายามกระทำ ความผิดไว้ในมาตรา 5.01(1) และกำหนดตัวอย่างของการกระทำที่เป็นการกระทำ การในขั้นตอนที่สำคัญไว้ในมาตรา 5.01(2) (a)-(g)

Model Penal Code มาตรา 5.01

(1) ภายใต้เงื่อนไขดังนี้ บุคคลหนึ่งจะมีความผิดฐานพยายามกระทำ ความผิด หากว่าได้กระทำการลักษณะที่เป็นการนำดำเนินในการดำเนินการประกอบอาชญากรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

a) เข้าพัวพันหรือเข้าร่วมโดยเจตนา ซึ่งเป็นการกระทำที่จะประกอบอาชญากรรม หากว่าประกอบไปด้วยสถานการณ์เช่นที่เขาเชื่อว่าเป็นเช่นนั้น หรือ

b) เมื่อเขามีจุดประสงค์เฉพาะในผลการประกอบอาชญากรรม การกระทำหรือไม่กระทำการสิ่งใดด้วยจุดประสงค์ที่ก่อให้เกิดหรือด้วยความเชื่อที่ว่าจะก่อให้เกิดผลเช่นนั้น โดยปราศจากเหตุการณ์ในอนาคตตามที่เขาคิดเช่นนั้น หรือ

c) เจตนากระทำหรืองดเว้นการกระทำสิ่งใดซึ่งภายใต้สถานการณ์เช่นเขาเชื่อว่าเป็น คือการกระทำหรือไม่กระทำการซึ่งเป็นองค์ประกอบขั้นตอนสำคัญ (substantial step) ในการกระทำที่ถูกวางแผนไว้แล้วที่สุดของเขาในการประกอบอาชญากรรม

(2) พฤติกรรมที่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนสำคัญตามอนุมาตรา 1 c

a) การดักกรอ การตามหาตัว หรือการติดตามหาตัวผู้เสียหาย

b) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด

c) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด

d) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยานพาหนะ หรือสถานที่ซึ่งมีรั้วรอบขอบชิดโดยมุ่งหวังที่จะกระทำความผิดในสถานที่นั้นๆ

e) การครอบครองวัตถุใดๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับใช้ในการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครองไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น

f) การครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งใดๆเพื่อใช้ในการกระทำความผิดยังสถานที่หรือใกล้กับสถานที่ซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นสถานที่ในการกระทำความผิด ในเมื่อการครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งนั้นๆไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สภาพการณ์เช่นนั้น

g) การใช้ บังคับ หรือจ้างวานให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ (Innocent agent) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิด⁵⁸

⁵⁸ Model Penal Code 1962 section 5.01

(1) Provide that : A person is guilty of an attempt to commit a crime if , acting with the kind of culpability otherwise required for commission of the crime , he :

a) purposely engages in conduct which would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be ; or

ใน Model Penal Code มาตรา 5.01 (a)-(b) การลงมือพยายามกระทำความผิดครอบคลุมถึงทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (last act theory) ที่ซึ่งจะนำไปตามสถานการณ์ที่ตัวผู้กระทำเชื่อว่าการกระทำของเขาประกอบขึ้นเป็นการกระทำอาชญากรรม หรือที่ซึ่งเป็นเจตนา หรือคาดหวัง ถึงผลในการประกอบอาชญากรรมของผู้กระทำผิด

ส่วนคำจำกัดความของ Model Penal Code 5.01 (1) (c) ถอยออกห่างจากเรื่องการกระทำขั้นสุดท้าย (last act) มาตรา 5.01 (1) (c) คนที่กระทำการกระทำที่ประกอบด้วยความนำตำหนิหรือสมควรถูกลงโทษ หรืออีกนัยหนึ่งคือต้องการการกระทำที่เป็นอาชญากร จะถือว่าเป็นพยายามกระทำความผิดหากเขากระทำโดยเจตนา (หรือละเว้น) ถ้าเขากระทำสิ่งใดๆนั้นภายใต้

b) when causing a particular result in an element of the crime , does or omits to do anything with the purpose of causing or with the belief that it will cause such result, without further conduct on his part; or

c) purposely does or omits to do anything which, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime.

(2) Conduct Which May Be Held Substantial Step Under Subsection (1)©. Conduct shall not be held to constitute a substantial step under subsection (1)© of this section unless it is strongly corroborative of the actor's criminal purpose. Without negating [sic] the sufficiency of other conduct the following, if strongly corroborative of the actor's criminal purpose, shall not be held insufficient as a matter of law:

a) lying in wait, searching for or following the contemplated victim of the crime

b) enticing or seeking to entice the contemplated victim of the crime to go to the place contemplated for its commission

c) reconnoitering the place contemplated for the commission of the crime

d) unlawful entry of a structure, vehicle or enclosure in which it is contemplated that the crime will be committed

e) possession of materials to be employed in the commission of the crime , which are specially designed for such unlawful use or which can serve no lawful purpose of the actor under the circumstances

f) possession, collection or fabrication of materials to be employed in the commission of the crime , at or near the place contemplated for its commission, where such possession, collection or fabrication serves no lawful purpose of the actor under the circumstances

g) soliciting an innocent agent to engage in conduct constituting an element of the crime.

In this test the court looks at the overt acts that the defendant has committed and determines their relative importance in the chain of causation do not make out a case of attempt. Retrieved April 12, 2005. from [http:// wings.buffalo.edu/law/bclc/resource.htm](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/resource.htm)

สถานการณ์ที่เขาเชื่อมั่นเป็นการกระทำ (หรือละเว้นการกระทำ) ที่เป็นขั้นตอนสำคัญในวิธีการของการกระทำซึ่งจะสามารถบรรลุถึงจุดประสงค์ในการประกอบอาชญากรรมของเขา

ใน Model Penal Code มาตรา 5.01(2) ได้รับความเอาแนวความคิดในเรื่องการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) และแสดงอย่างเด่นชัดมาก กล่าวว่าเป็นเพียงพฤติกรรมการกระทำที่ยืนยันอย่างมั่นคงถึงจุดมุ่งหมายของผู้ประกอบอาชญากรรมสามารถกำหนดเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญเพื่อลงโทษพยายามได้ ข้อกำหนดนี้บัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งสนองความต้องการที่เกี่ยวพันถึงการสนับสนุนทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) ขณะที่หลีกเลี่ยงความเคร่งที่ยอมรับไม่ได้ของทฤษฎีนี้ การกระทำของจำเลยไม่จำเป็นต้องพึ่งพาพยานหลักฐานอื่นสำหรับเจตนาของเขา ข้อกำหนดนี้ ต้องการเพียงความไม่คลุมเครือที่แสดงออกมาให้เห็นประจักษ์ถึงความมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขาเท่านั้น ข้อกำหนดนี้ต้องการเพียงข้อพิจารณาในรูปแบบของสถานการณ์ทั้งหมดบวกกับพยานหลักฐานที่เป็นเครื่องแสดงถึงข้อพิสูจน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวกับจุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขา ซึ่งเป็นหลักอย่างเดียวกันกับการแสดงออกของตัวผู้กระทำ

ผู้ร่าง Model Penal Code มิได้อธิบายโดยตรงไว้ว่าการกระทำอย่างใดจึงถือว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial step) เพียงแต่ให้ตัวอย่างไว้ในตอนท้ายของ (2) เป็นแนวทางกว้างๆ ไว้ว่ากระทำได้ต่อไปนี้หากมีพยานอื่นอย่างแน่นหนาประกอบด้วยพฤติกรรมอันแสดงให้เห็นเจตนาของผู้กระทำแล้วอาจถือได้ว่าเป็นการเพียงพอที่จะเสนอให้ลูกขุนพิจารณาได้ว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นถึงระดับที่เป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) แล้วหรือไม่ ตัวอย่างที่ Model Penal Code ให้ไว้เป็นตัวอย่าง 7 แนวทาง คือ

- a) การดักรอ การตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหาย

ผู้ร่าง Model Penal Code ได้ให้เหตุผลว่าการกระทำได้กล่าวส่อให้เห็นได้ว่ามีภัยอันตรายอย่างเพียงพอ (sufficient dangerousness) ถึงระดับที่ควรจะเป็นการลงมือกระทำผิดอันสามารถรับผิดชอบขั้นพยายามได้แล้ว ซึ่งหากมีการยึดถือตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” แล้วการกระทำได้กล่าวยังไม่เป็นการลงมือกระทำผิดจนถึงขั้นพยายามได้ เพราะอย่างน้อยที่สุดผู้เสียหายน่าจะต้องยอมมาปรากฏตัวยังสถานที่ซึ่งผู้กระทำกำลังดักรอเสียก่อน

- b) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำผิด

ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำได้กล่าวแสดงออกถึงความมุ่งหมายอันแน่วแน่ที่จะทำความผิดและส่อให้เห็นอย่างชัดเจนถึงภัยอันตรายของตัวผู้กระทำการนั้น

- c) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำ

ความผิด

ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดเพราะเป็นการตรวจสอบว่าจะมีอุปสรรคใดๆหรือไม่ในการที่จะกระทำความผิดเป็นการกำหนดถึงวิธีการที่จะทำให้การกระทำความผิดเป็นไปได้โดยราบรื่นมากที่สุด

d) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยานพาหนะ หรือสถานที่ซึ่งมีรั้วรอบขอบชิด โดยมุ่งหวังที่จะกระทำการความผิดในสถานที่นั้นๆ

ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแม้ว่าจะคลุมเครือตามทฤษฎีความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) ก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นแน่ชัดว่าผู้ที่เข้าไปนั้นมีเจตนาอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดแล้ว เช่น เปิดประตูเข้าไปในรถของผู้คนที่จอดอยู่แม้ว่าจะยังมีทันได้และต้องของมีค่าใดๆ ในรถคันนั้นก็ตาม

e) การครอบครองวัตถุใดๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับใช้ในการกระทำความผิดกฎหมาย หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครองไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายได้สภาพการณ์เช่นนั้น

f) การครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมสิ่งใด ๆ เพื่อใช้ในการกระทำความผิดในสถานที่หรือใกล้กับสถานที่ซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นสถานที่ในการกระทำความผิด ในเมื่อการครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งนั้นๆ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สภาพการณ์เช่นนั้น

g) การใช้ บังคับ หรือจ้าง วาน ให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ (Innocent agent) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิด

การกระทำดังกล่าวนี้หากพิจารณาตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลก็ถือเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกันเพราะ ผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (last acts) ในการกระทำความผิดแล้ว ได้มีการยกตัวอย่างกรณีมีการลอบให้เผากองฟางโดยผู้ลอบหลงเชื่อว่ากองฟางเป็นของผู้ลอบ เมื่อลอบกั้นเสร็จเรียบร้อยแม้ผู้ลอบจะยังไม่ทันได้จุดไฟเผากองฟาง ผู้ลอบก็มีความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์แล้ว

ทฤษฎีการกระทำขั้นตอนที่สำคัญใน Model Penal Code ดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาในเรื่องพยายามกระทำความผิดของมลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาหลายแห่งด้วยกัน เช่น จอร์เจีย มิชิแกน และอิลลินอยส์ เป็นต้น อย่างไรก็ตามมลรัฐเหล่านี้ได้บัญญัติหลักกว้างๆ ได้เท่านั้นมิได้ลงรายละเอียดเป็นข้อๆ ดังเช่นของ model Penal Code เช่นกฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ มาตรา 5/8-4 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องพยายามกระทำความผิดไว้ดังนี้

“หากบุคคลมีเจตนากระทำความผิด เขาได้พยายามกระทำความผิดเมื่อเขาได้กระทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) ของการกระทำความผิดนั้น”

หลังจากกฎหมายอาญา มาตรา 5/8-4 ในเรื่องพยายามกระทำความผิดดังกล่าวข้างต้นได้ประกาศใช้บังคับแล้วมีคดีที่น่าสนใจในมลรัฐอิลลินอยส์ คดีหนึ่ง ได้แก่ คดี *People v. Paluch* ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการลงมือพยายามกระทำความผิดโดยตรง ข้อเท็จจริงมีดังนี้ จำเลยถูกฟ้องในความผิดฐานพยายามกระทำการตัดผมโดยไม่มีใบอนุญาตให้เป็นช่างตัดผม ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดโดยลงโทษปรับเป็นเงิน 25 เหรียญสหรัฐ จำเลยอุทธรณ์ว่าการกระทำของตนเองยังไม่เป็นการลงมือทำความผิดฐานพยายาม คดีนี้เกิดเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ. 1965 โดยเจ้าหน้าที่คนหนึ่งของสหภาพแรงงานช่างตัดผมได้ไปที่ร้านตัดผมแห่งหนึ่งขณะนั้นเป็นเวลาเก้าโมงเช้าซึ่งร้านยังไม่เปิดทำการ เจ้าหน้าที่ได้เห็นจำเลยเปิดประตูข้างหลังร้านและเข้ามาในร้านหลังจากนั้นเจ้าหน้าที่ผู้นี้ได้เดินไปที่หน้าร้านตรงประตูด้านหน้าและถามจำเลยว่าร้านเปิดแล้วหรือยัง จำเลยได้เปิดประตูด้านหน้า และเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้านจากนั้นจำเลยได้เดินไปที่เก้าอี้ตัดผมและสวมใส่เสื้อกันเปื้อนของช่างตัดผมและเชิญให้เจ้าหน้าที่มานั่งที่เก้าอี้ตัดผม จำเลยมีอุปกรณ์ตัดผมของตนเองอันประกอบด้วย กรรไกรตัดผม มีดโกนและหวี ในตอนนั้นเองเจ้าหน้าที่จึงได้แสดงบัตรประจำตัวให้จำเลยดูและขอใบอนุญาตตัดผมจากจำเลย จำเลยได้ทำท่าซีไปทีใบอนุญาตใบหนึ่งถึงสองครั้งด้วยกันซึ่งไม่ใช่ใบอนุญาตของจำเลย ในขณะที่นั้นไม่มีคนอื่นใดอยู่ในร้านอีกเลย ต่อมาเจ้าหน้าที่ได้ถามว่าจำเลยทำงานอยู่ในร้านนั้นหรือไม่ จำเลยตอบว่าทำงานอยู่และจำเลยยอมรับว่าไม่มีใบอนุญาต ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอิลลินอยส์ตัดสินยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่ากระทำความผิดของจำเลยเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้วเพราะเป็นการกระทำในขั้นตอนสำคัญของการกระทำความผิดฐานตัดผมโดยไม่มีใบอนุญาตเนื่องจากจำเลยผู้ซึ่งยอมรับว่าทำงานอยู่ในร้านนั้นเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่อยู่ในร้านขณะนั้น จำเลยมีกุญแจและใช้กุญแจนั้นเปิดประตูร้าน จำเลยมีอุปกรณ์ในการตัดผม จำเลยมีใบอนุญาตปลอมติดอยู่ข้างฝาใกล้ๆ กับเก้าอี้ตัดผมจำเลยเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้าน จำเลยได้สวมเสื้อกันเปื้อนของช่างตัดผมแล้วและได้เชิญให้เจ้าหน้าที่ไปนั่งที่เก้าอี้ตัดผม เหตุที่จำเลยไม่ได้ทำการตัดผมก็เพราะเจ้าหน้าที่ได้แสดงบัตรประจำตัวให้จำเลยดูและเจ้าหน้าที่ไม่ได้เข้าไปนั่งบนเก้าอี้ตัดผมนั้นเท่านั้น ข้อเท็จจริงต่างๆ เหล่านี้เป็นเพียงพอที่จะชี้ให้เห็นว่าจำเลยได้ลงมือพยายามกระทำความผิดตามที่ถูกฟ้องแล้ว แต่ผู้พิพากษาท่านหนึ่งมีความเห็นแย้ง โดยเห็นว่ากระทำความผิดของจำเลยยังไม่ใช่การกระทำในขั้นตอนที่สำคัญของการกระทำความผิด เพราะจำเลยน่าจะจะต้องกระทำการไปมากกว่านี้ กล่าวคือหากเจ้าหน้าที่ได้นั่งลงบนเก้าอี้ตัดผมตามคำเชิญของจำเลยแล้ว และจำเลยได้ใส่ผ้าคลุมกันเปื้อน

ให้แก่เจ้าหน้าที่จะถือว่าได้เป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญของการกระทำความผิดแม้ว่าจำเลยจะยังไม่ได้ตัดผมเจ้าหน้าที่สักเส้นหนึ่งก็ตาม

แนวความคิดเรื่องการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญนี้เป็นที่ยอมรับกันในศาลสหรัฐด้วย นอกจากศาลมลรัฐแล้ว เช่น ในคดี United States V. Mandujano ซึ่งจำเลยถูกศาลชั้นต้นสหรัฐ (U.S. district court) พิพากษาว่ามีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีนโดยให้จำคุก 15 ปี และศาลอุทธรณ์พิพากษายืน คดี United States V. Mandujano ข้อเท็จจริงมีดังนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจหน่วยปราบปรามยาเสพติดคนหนึ่งได้รับข้อมูลว่าจำเลยขายยาเสพติดอยู่ในบาร์แห่งหนึ่ง เจ้าหน้าที่จึงปลอมตัวเป็นนักค้ายาเสพติดและเข้าไปในบาร์แห่งนั้นพร้อมกับสายลับของตำรวจคนหนึ่ง เมื่อเข้าไปข้างในบาร์แล้ว สายลับได้แนะนำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจรู้จักกับจำเลย หลังจากสนทนากันในเรื่องต่างๆ ไปอยู่ครู่หนึ่ง จำเลยได้ถามสายลับว่าเจ้าหน้าที่ต้องการจะได้ของอะไรบางอย่างอยู่ใช่หรือไม่ เจ้าหน้าที่ตอบว่าใช่ จำเลยจึงถามเจ้าหน้าที่มีบทบาทเกี่ยวข้องกับยาเสพติดอย่างไรบ้าง เจ้าหน้าที่ได้ตอบคำถามแก่จำเลยและได้บอกเลยว่าตนกำลังมองหาเฮโรอีนตัวอย่างสักหนึ่งออนซ์ เพื่อจะได้ตรวจสอบคุณภาพของเฮโรอีนนั้น จำเลยตอบว่าตนมีเฮโรอีนเม็ทซ์กินสีน้ำตาลราคาออนซ์ละ 650 เหรียญสหรัฐ ถ้าเจ้าหน้าที่ต้องการคงจะต้องรอจนกระทั่งตอนบ่ายกว่าคนส่งของมาส่งของให้ตามปกติ เจ้าหน้าที่ตอบว่าตนเองมาจากต่างเมืองและไม่อยากรอนาน จำเลยจึงเสนอขึ้นมาว่าจะติดต่อของจากแหล่งอื่นให้ และจำเลยได้โทรศัพท์ที่ครั้งติดต่อกับบุคคลภายนอก แต่การติดต่อไม่เป็นผล จำเลยได้บอกกับเจ้าหน้าที่ว่าตนโชคไม่ดีติดต่อกับผู้ใดไม่ได้เลย เจ้าหน้าที่ได้บอกแก่จำเลยว่าไม่สามารถรอต่อไปได้อีกแล้ว หลังจากนั้น จำเลยจึงได้บอกแก่เจ้าหน้าที่ว่าตนมีผู้ใกล้ชิดคนหนึ่ง ซึ่ง เก็บยาเสพติด ไว้ที่บ้าน แต่ถ้าจำเลยไปพบผู้ใกล้ชิดนี้ จำเลยต้องมีเงินติดตัวไปด้วย จำเลยได้ให้ความมั่นใจแก่เจ้าหน้าที่ว่าตนจะไม่นำเงินหลบหนีไป โดยบอกแก่เจ้าหน้าที่ว่า “คุณอยู่ในสถานที่ทำธุรกิจของผม และภรรยาผมก็อยู่ที่นี้ด้วย คุณสามารถนั่งรออยู่กับภรรยาผมได้ ผมจะไม่ทำให้ภรรยาของผมเดือดร้อนเพียงเพราะเงินแค่ 650 เหรียญสหรัฐเท่านั้นหรอก” เมื่อฟังดังนั้นเจ้าหน้าที่จึงนับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐส่งให้จำเลย จากนั้นจำเลยได้ออกจากบาร์เหล่านั้นไปในเวลาประมาณบ่ายสามโมงครึ่ง ในเวลาหนึ่งชั่วโมงต่อมาจำเลยได้กลับมาและบอกกับเจ้าหน้าที่ว่าตนไม่สามารถตามหาผู้ใกล้ชิดได้ จำเลยได้คืนเงินทั้งหมดให้แก่เจ้าหน้าที่และบอกเจ้าหน้าที่ว่าสามารถรอจนกว่าคนส่งของมาตามปกติจะมาถึงก็ได้ แต่เจ้าหน้าที่ได้ออกจากบาร์เหล่านั้นไป แต่ได้ขอโทรศัพท์และติดต่อกลับมาในตอนหกโมงเย็นครึ่งหนึ่งและในตอนหกโมงครึ่งอีกครั้งหนึ่ง ในการติดต่อทั้งสองครั้งนั้น เจ้าหน้าที่ไม่มีโอกาสได้พูดคุยกับจำเลยเพราะผู้รับโทรศัพท์แจ้งว่าจำเลยไม่อยู่ เจ้าหน้าที่ไม่ได้กลับไปยังบาร์เหล่านั้นเพื่อติดต่อกับจำเลยอีก เพราะเกรงว่าจะไม่ปลอดภัย จำเลยต่อสู้ว่า การกระทำของตนยังไม่ถึงขั้นลงมือพยายามจำหน่ายเฮโรอีน อย่างมากที่สุดคงเป็น

เพียงพยายามให้ได้มาซึ่งเฮโรอีนแต่ไม่ใช่พยายามจำหน่ายเฮโรอีน เพราะข้อมเป็นไปไม่ได้ที่บุคคลใดจะมีความจะมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีนซึ่งตนไม่ได้ครอบครองหรือควบคุมเฮโรอีนนั้น การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการเตรียมจำหน่ายเฮโรอีน ไม่ใช่การลงมือพยายามกระทำ ความผิด ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐพิพากษาตามคำวินิจฉัยของลูกขุนในศาลชั้นต้น ซึ่งวินิจฉัยว่าจำเลยผิดฐานพยายามกระทำ ความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่า การที่จำเลยเรียกร้อยและรับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐ จากเจ้าหน้าที่โดยอ้างว่าเพื่อจะไปซื้อเฮโรอีนจากผู้ใกล้ชิดมาให้ การกระทำในขั้นตอนที่สำคัญในการจำหน่ายเฮโรอีนแล้วจำเลยมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีน ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวเพิ่มเติมด้วยว่า “จริงอยู่หากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ใกล้ชิดของจำเลยนั้นมีตัวตนอยู่จริง และผู้ใกล้ชิดนั้นมีเฮโรอีนเพื่อขายจริงๆ ก็ข้อมจะช่วยให้คดีของโจทก์มีน้ำหนักแน่นแฟ้น มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ดังกล่าวไม่มีความจำเป็น เพราะการกระทำของจำเลยเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำ ความผิดแล้วตั้งแต่เรียกร้อยเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐจากเจ้าหน้าที่ เนื่องจากเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญแล้วในการกระทำ ความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีน”

ตามข้อกำหนดของ Model Penal Code สามารถตัดสินลงโทษเหล่าจำเลยจำนวนหนึ่งที่ศาลหลายแห่งได้ตัดสินปล่อยตัวให้พ้นผิดไป หรือไม่เห็นด้วยให้เป็นความผิดฐานพยายาม โดยเฉพาะคดีที่อยู่ภายใต้ตัวอย่างหนึ่งของ Model Penal Code โดยตรง เช่น ในคดี Henderson⁵⁹ พวกเขาได้สำรวจธนาคารที่เขากจะปล้นและอยู่ใกล้ธนาคารแห่งนั้นพร้อมด้วยอาวุธที่จะใช้ในการกระทำอาชญากรรมนี้ (ตัวอย่างในมาตรา 5.01 (2) (c), (e) ในคดี Dupuy, Wright และคดี Goddard⁶⁰ จำเลยมีเครื่องมือติดตัวเพื่อใช้ก่ออาชญากรรมนั้น ที่สถานที่ที่จะลงมือกระทำ ความผิด (มาตรา 5.01 (2) (f) ในคดี Barker และคดี Moore⁶¹ จำเลยแต่ละคนได้พยายามล่อวงเหยื่อเป้าหมายไปยังสถานที่ที่พิจารณาไว้ลงมือกระทำ ความผิดนั้น (มาตรา 5.01 (2)(b) ในคดี Campbell & Bradley และ Ward⁶² พวกเขาได้เข้าไปในยานพาหนะคันหนึ่งอย่างผิดกฎหมายเพื่อจะทำการปล้น (มาตรา 5.01 (2) (d))

⁵⁹ Handerson. (1948). 91 CCC 97; at n. 77. as cited in. Antony Duff (R.A. duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 55.

⁶⁰ Dupuy (1959) 325 SW 2 nd 238 , Wright (1968) 444 P 2 nd 676. And Goddard (1968) 447 P 2d 180. as cited in. Antony Duff (R.A. duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 55.

⁶¹ Barker (1934) NZLR 865. And Moore (1936) NZLR 979. as cited in. Antony Duff (R.A. duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 55.

⁶² Campbell & Bradley. And Ward (1955) NZLR 471. as cited in. Antony Duff (R.A. duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 55.

ในคดี Peaslee⁶³ จำเลยได้สะสมวัตถุที่จะใช้ลงมือการกระทำอาชญากรรมยังสถานที่ที่เขาจะประกอบอาชญากรรม (มาตรา 5.01(2) (f)) ในคดี Volpe⁶⁴ เหล่าจำเลยได้ซุ่มดักรอเหยื่อเป้าหมาย (มาตรา 5.01 (2) (a)) เป็นต้น

เห็นได้ว่านักนิติศาสตร์และศาลอเมริกัน ได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ขึ้นมาในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องการลงมือพยายามกระทำความผิดแทนหลักเกณฑ์เดิมๆ ที่เคยใช้อยู่ เช่น ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล หรือทฤษฎีความไม่คลุมเครือ คนที่จะลอบวางเพลิงที่กำลังสุบไปปี่ก็สามารถตัดสินใจลงโทษได้ ถ้าลงโทษถ้ามีหลักฐานแต่ละอย่างที่แสดงเจตนาในการกระทำความผิดนั้น(เช่นการข่มขู่ก่อนหน้านั้นหรือการรับสารภาพภายหลัง) แสดงให้เห็นว่าไม่จิตใจที่เขามีข้างกองข้าวโพดนั้นเป็นประโยชน์ในจุดมุ่งหมายอย่างไม่ถูกกฎหมายของเขาในการจะใช้ลงมือประกอบอาชญากรรมนั้นของเขา ในคดี Roberts จำเลยที่มีแม่พิมพ์ทำเหรียญกษาปณ์ปลอมในความครอบครองที่จะใช้ในการกระทำความผิดนั้นที่ได้รับการออกแบบเป็นพิเศษสำหรับการใช้อย่างผิดกฎหมายดังกล่าว ควรเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด Model Penal Code ยังคงสามารถตัดสินลงโทษในคดี Oviedo โดยไม่ต้องอาศัยบทพิสูจน์ขั้นตอนหลักฐานอย่างเพียงพอว่า Mr.Oviede จำหน่ายเฮโรอีน การกระทำของเขาจะเป็นความผิดอาญาฐานจำหน่ายเฮโรอีนในสถานการณ์ที่เขาเชื่อว่าเป็น เป็นต้น

3.2.1.2 สหราชอาณาจักร

การกระทำความผิดอาญาในประเทศอังกฤษจะประกอบไปด้วยหลักการกระทำความผิดสองประการคือ เจตนาร้าย (mens rea) และการลงมือกระทำความผิดอาญา (actus reus) ซึ่งถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งในสองประการนี้แล้ว กฎหมายไม่ถือว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น

เจตนาร้าย (mens rea) การพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอังกฤษ ต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้ทำลงไปโดยมีเจตนาร้าย (mens rea) ซึ่งเจตนาร้ายนี้ไม่เพียงเป็นเจตนาโดยเฉพาะเจาะจง (specific intent) แต่รวมถึงสภาวะทางจิตใจ (state of mind) ที่ตระหนกอยู่เสมอว่า ถ้าผู้กระทำยังคงกระทำการใดๆ ต่อไป จะทำให้ผลของการกระทำความผิดสมบูรณ์และผู้กระทำ

⁶³ Peaslee (1901) 59 NE 55.. as cited in. Antony Duff (R.A. duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 55.

⁶⁴ Volpe (1953) 122 NYS 2d 342. as cited in. Antony Duff (R.A. duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 55

ก็ยังคงการทำการดังกล่าวต่อไป หรือในสภาวะจิตใจของผู้กระทำในขณะนั้นรู้ว่าถ้ายังคงดำเนินการต่อไปจะมีผลให้การกระทำมีความผิดสมบูรณ์⁶⁵

เจตนาร้าย (mens rea) สามารถพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยว่าผู้ถูกกล่าวหาจะต้องทราบหรือคาดการณ์ได้อย่างถูกต้องว่าผลของการกระทำของเขาถ้าไม่มีการขัดขวาง โอกาสที่จะประสบความสำเร็จเป็นไปได้สูงหรือมีโอกาที่จะทำการกระทำผิดสมบูรณ์⁶⁶

การลงมือกระทำความผิดอาญา นอกเหนือจากเจตนาในการกระทำความผิดที่ครบองค์ประกอบสำคัญในการพยายามกระทำความผิดแล้ว การกระทำก็เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการพยายามกระทำความผิด แต่การกระทำขนาดใดจะถือเป็นการลงมือกระทำความผิดนั้น กฎหมายจะกำหนดหลักการแบ่งแยกการเตรียมการ เพื่อกระทำความผิดออกจาก การพยายามกระทำความผิด ในทางคอมมอนลอว์ ถือว่าการกระทำที่ใกล้ชิดเพียงพอที่จะประสบผลสำเร็จถือเป็นการพยายามกระทำความผิด ซึ่งต้องเป็นการกระทำที่มากกว่าการเตรียมกระทำความผิด ดังนั้น การที่ผู้ใดได้กระทำการในขั้นตอนสุดท้ายและผู้นั้นทราบว่ากระทำความผิดดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นที่จะประสบผลสำเร็จ ก็ถือว่าผู้นั้นได้ลงมือกระทำความผิดหรือพยายามกระทำความผิดแล้ว

เมื่อพิจารณาการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอังกฤษ โดยเทียบกับแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยแล้ว เห็นได้ว่าการใช้หลักทฤษฎีความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) เช่นเดียวกัน การที่ศาลจะพิจารณาให้การกระทำใดเป็นการลงมือฆ่าผู้อื่นหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป และเมื่อพิจารณาตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกาที่ศาลอังกฤษตัดสินให้การกระทำใดถือเป็นการลงมือกระทำความผิดนั้น เห็นว่าศาลอังกฤษยังคงยึดถือว่าต้องมีการกระทำความผิดซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงเจตนาของผู้กระทำความผิด ซึ่งการใช้หลักทฤษฎีดังกล่าววางแนวคำพิพากษาดังนี้แล้วอาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความปลอดภัยได้ เนื่องจากการที่ผู้กระทำความผิดได้ลงมือกระทำไปแล้วนั้น เห็นได้ชัดว่าผู้เสียหายได้รับภัยอันตรายแล้ว แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวยังไม่ใกล้ชิดเพียงพอที่จะเป็นความผิดสำเร็จได้ ศาลจึงวินิจฉัยให้การกระทำดังกล่าวยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิด ดังนั้น การนำหลักความใกล้ชิดต่อผลมาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยคดีนั้นอาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือไม่ได้รับความปลอดภัยตามที่ควรจะเป็นหรือเหมาะสมได้

⁶⁵ Smith and Hogan. (1993). *Criminal Law: Case and Materials*, 5 th edition. London: Buterworth. p. 360.

⁶⁶ Ibid. p. 360-361.

ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ

ในปี ค.ศ. 1980 คณะกรรมาธิการกฎหมาย (The Law Commission) ของอังกฤษ ได้อภิปรายถึงทฤษฎีการพยายามกระทำความผิดที่เป็นที่นิยม คือ ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) และมีความเห็นว่าเป็นทฤษฎีที่สามารถใช้งานได้ดีพอสมควรแม้ว่าจะไม่ค่อยเป็นการแน่ชัด การอภิปรายของคณะกรรมาธิการนี้มีส่วนช่วยให้เกิดการเปลี่ยนแปลง และก่อให้เกิดการขยายขอบเขตที่กว้างขึ้นและพอจะรับได้ในผลลัพธ์ถึงลักษณะที่ถูกต้องเหมาะสมของลักษณะของการกระทำในกฎหมายพยายามกระทำความผิดควรจะเป็นอย่างไร และเป็นการหลีกเลี่ยงการเข้าใจผิดถึงเงื่อนไข “ลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิด” (proximate) หรือ “ห่างไกล” (remote) ต่อผล และเรียกร้องให้เกิดการแทนที่โดยให้ความหมายของการลงมือกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดไว้ว่าหมายถึง “การกระทำที่มากกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียมการกระทำความผิด” (more than an act mere preparation) ความเห็นนี้ได้รับการสนับสนุนและนำมาสู่การบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด โดยสภานิติบัญญัติในปีต่อมา โดยมีจุดประสงค์เพื่อกำหนดขอบเขตความหมายของการลงมือกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษให้ชัดเจนขึ้น ซึ่งปรากฏรายละเอียดอยู่ในมาตรา 1(1) ของพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ. 1981 (The Criminal Attempts Act 1981)

พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ. 1981 (The Criminal Attempts Act 1981)⁶⁷ มาตรา 1 “บัญญัติไว้ว่า

(1) เงื่อนไข มาตรานี้ใช้บังคับกับบุคคลที่กระทำความผิดโดยเจตนา บุคคลที่ซึ่งกระทำการกระทำที่มากกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียมการกระทำความผิด เขามีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด

(2) บุคคลหนึ่งอาจจะมีผิดฐานพยายามกระทำความผิดที่กล่าวถึงมาก่อนมาตรา ก่อนนี้ มาตรานี้ใช้บังคับแม้ว่าข้อเท็จจริงเช่นนั้นการกระทำความผิดจะเป็นไปไม่ได้

(3) อย่างไรก็ตามในกรณีที่

a) นอกจากอนุมาตรานี้ ไม่ถือเอาเจตนาของบุคคลรวมเป็นเจตนาในการกระทำความผิด แต่

b) หากว่าข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นเขาเชื่อเช่นนั้น ให้ถือเจตนาของเขาเหนือกว่าเจตนาในอนุมาตรา (1) เขาจะถือว่ามีเจตนากระทำความผิด

⁶⁷ The Criminal Attempts Act 1981 section 1 provides, as cited in, Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 1-2.

(1) มาตรฐานนี้ใช้กับความผิดใดๆ ที่หากว่าเป็นความผิดสำเร็จ สามารถฟ้องร้องได้ใน English และ Wales เช่น ความผิดที่ฟ้องร้องได้มี...

โดยมาตรา 4 การพยายามกระทำความผิดสามารถจะ (มีข้อคัดค้านของเสียงข้างน้อย) ลงโทษอย่างเคร่งครัดโดยสัมพันธ์กับความผิดที่เป็นเนื้อหาของความผิด”

พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดได้กำหนดเงื่อนไขของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด คือ การกระทำที่มากกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียม (more than merely preparatory act) แต่มันกลายเป็นคำถามในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคณะลูกขุนว่าอย่างไรเป็นการกระทำที่มากกว่าการเตรียม ผู้พิพากษาจะสามารถชี้แนะแนวทางในการสร้างรูปแบบที่ชัดเจนในการพิจารณาว่าจำเลยมีความผิด ดังนี้จึงเป็นหน้าที่ของศาลต้องอธิบายอย่างละเอียดถึงขั้นตอนแบบแผนระดับที่ปรากฏออกมาภายนอกของกฎหมายเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดให้ลูกขุนทราบ

ก. การให้ความหมาย “การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม” (more than merely preparatory act) ในมาตรา 1(1) ของพระราชบัญญัติฯตามแนวทางของศาลอังกฤษ⁶⁸

แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่มากกว่าเพียงการเตรียมกระทำความผิด (more than merely preparatory act) ของพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดอาจจะดูเหมือนกับไม่มีการเพิ่มเติมรายละเอียดมากไปกว่าทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial step acts theory) แม้ว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่มีการบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ. 1981 (The Criminal Attempts Act 1981) เป็นต้นมา การบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการลบล้างกฎหมายพยายามกระทำความผิดในสมัย Common Law ไปแล้วซึ่งศาลไม่ควรอ้างอิงหรือแปลความอธิบายความหมายลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามอย่างในคดีก่อนๆ ในสมัย Common Law อีกต่อไป ผลของข้อเสนอในการอภิปรายกฎหมายพยายามกระทำความผิดของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) ที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ. 1981 (The Criminal Attempts Acts 1981) นั้น ยืนยันในการช่วยเหลือพวกเราในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและก่อให้เกิดการยึดหยุ่นขึ้นภายในทฤษฎีการลงมือพยายามกระทำความผิดที่ไม่เป็นประโยชน์และคลุมเครืออื่นๆ

ภายหลังการบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ของอังกฤษก็ได้ให้สัตยาบันและแปลความหมายของถ้อยคำ more than merely preparatory act ในมาตรา 1(1) ตามพระราชบัญญัติครั้งแรกในการตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี Widdowson ในปี ค.ศ.1985

⁶⁸ Antiny Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 58.

ในคดี Widdowson ในปี ค.ศ. 1985 จำเลยต้องการได้รถแวนมาโดยการเช่าซื้อ แต่เขาไม่มีเครดิตพอที่จะเช่าซื้อ และจากการตรวจพบจำเลยทำให้เครดิตของเขาผ่าน โดยการใช้จ่ายบุคคลอื่น เขาถูกลงโทษฐานพยายามได้มาซึ่งประโยชน์ในบริการการเช่าซื้อรถแวนโดยการหลอกลวงในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์เห็นว่าถ้าหากบริษัทไฟแนนซ์เห็นว่าเครดิตที่จำเลยแสดงนั้นผ่าน จำเลยก็ยังคงต้องการทำสัญญาตามรูปแบบธรรมเนียมการติดต่อธุรกิจในการเช่าซื้ออยู่ ศาลอุทธรณ์ได้เพิกถอนคำพิพากษาศาลชั้นต้นไม่ลงโทษจำเลย โดยอ้างอิงแนวทฤษฎีใน Common Law เดิม โดยพิจารณาว่าจำเลยยังไม่ได้กระทำในสิ่งที่จำเป็นในการที่จะได้รับผลในการกระทำผิดในการได้มาซึ่งการบริการ โดยหลอกลวง การกระทำของเขาไม่ได้เกี่ยวพันใกล้ชิด (immediately) เพียงแค่นี้ยังห่างไกลที่จะยืนยันถึงความใกล้ชิดกับการกระทำผิดที่จะเป็นการลงมือพยายามได้ และใช้ถ้อยคำของ Lord Diplock ในคดี DPP. v. Stonehouse ค.ศ. 1978 ที่ว่าเขายังไม่ข้ามแม่น้ำรูบิคอนและเผาเรือ (crossed the Rubicon and burned his boats) การกระทำของเขานั้นยังไม่ถึงขอบเขตในตำแหน่งที่ยืนยันโดยแน่ชัดถึงการจะกระทำผิดโดยแน่นอน และยังสามารถถอนคืนกลับใจแก้ไขการกระทำผิดได้⁶⁹

ซึ่ง Michel J. Allen เห็นว่า ความหมายของการพยายามลงมือกระทำผิดของ Lord Diplock ที่ศาลอ้างนี้ เป็นการอ้างถึงทฤษฎีที่เป็นข้อคำนึงของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชาติที่มีความปรารถนาจะให้ขยายขอบเขตของการตีความตามแนวทฤษฎีดังกล่าวให้กว้างออกไป

และต่อๆ มา ในคดี Boyle and Boyle ค.ศ. 1987⁷⁰ คดี Boyle and Boyle ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษฐานพยายามขโมย ซึ่งเขาถูกพบเห็นโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจขณะที่ยืนอยู่ใกล้ๆ ประตูซึ่งล็อกกุญแจและบานประตูอันหนึ่งของประตูแตกออกเสียหาย ศาลอุทธรณ์ยืนยันลงโทษจำเลยในความผิดฐานพยายามขโมยตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ไม่แน่ใจในการกระทำต่อสิ่งของของเขาเพียงพอที่ยืนยันถึงการจะกระทำผิดของเขา และอีกประการหนึ่งการที่เขาอยู่เหนือประตูทางเข้าทรัพย์สินอันเป็นขั้นตอนการที่จะบุกรุกล่วงล้ำเข้าไปข้างใน การกระทำเหล่านั้นพอเพียงที่จะยืนยันถึงเจตนาในการจะขโมยของเขาแล้ว โดยศาลอ้างอิงทฤษฎีใน Common Law ตามเกณฑ์ของ Stephen (ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล) ที่ว่า การลงมือพยายามกระทำผิดเป็นการกระทำที่สมบูรณ์ประกอบด้วยเจตนาในการกระทำผิด และผ่านระดับขั้นตอนในการกระทำที่ซึ่งแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าถ้าหากไม่มีการขัดขวางจะเกิดเป็นความผิดขึ้นแน่นอน แต่

⁶⁹ Widdowson. (1985). 82 Cr App R 314. as cite in. Michael J. Allen. (2003). *Textbook on Criminal Law*. (7 th.ed). p. 280.

⁷⁰ Boyle and Boyle. (1987). 84 Cr App R 270. as cite in. Michael J. Allen. (2003). *Textbook on Criminal Law* (7 th.ed). p. 280.

การใช้ทฤษฎีนี้ยังคลุมเครืออยู่มากในการนำมาแปลความหมายของการเตรียมกระทำความผิด และความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิด

ในคดี R v. Gullefer ค.ศ. 1990⁷¹ ผู้อุทธรณ์ อุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นที่ตัดสินว่า มีความผิดฐานพยายามขโมยและตัดสินลงโทษจำคุกเป็นระยะเวลา 6 เดือน ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้อุทธรณ์นำสุนัขของเขาไปวิ่งแข่งขันสุนัขเกรฮาวด์ (Greyhound) ที่สนามแข่งขัน Romford ระหว่างการแข่งขันรอบสุดท้าย เขาโกงการแข่งขัน ทำให้สุนัขของเขาอมในการแข่งขัน โดยการปีนไปที่รั้วบนทางเดินหน้าลู่วิ่งสุนัขของเขา โบกแขนของเขาไปมาเพื่อพยายามเบี่ยงเบนความสนใจสุนัขของเขา การกระทำของเขาเป็นผลให้ผู้จัดการแข่งขันเห็นว่าไม่เป็นธรรมชาติและตัดสินใจประกาศยกเลิกการแข่งขัน และในการประกาศเช่นนั้น โดยระเบียบของเจ้ามือรับแทงจำเป็นต้องจ่ายเงินเดิมพันจากการเล่นการพนันทั้งหมดที่เขาเดิมพันคืนให้แก่เขา แทนที่จะต้องจ่ายให้กับผู้ชนะในการเล่นพนัน ภายหลังเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจสอบถามเขา เขากล่าวว่าเหตุผลที่เขากระทำบางส่วนเพราะเขาแพ้พนันครั้งใหญ่เมื่อปีที่แล้ว จากการที่เจ้าหน้าที่ของสนามแข่งขันก้มตัวลงไปทักที่รั้วทำให้สุนัขไขว้เขวเป็นเหตุผลทำให้เขาสูญเสียเงินพนัน เขายอมรับว่าเขาพยายามหยุดการแข่งขันนี้เพราะเขากลัวจะสูญเสียเงินเดิมพัน เขาหวังว่าการทำให้สุนัขของเขาไขว้เขวที่นั่นผู้จัดการแข่งขันจะประกาศยกเลิกการแข่งขันและด้วยเหตุนี้เขาจะได้รับเงินเดิมพันคืนจากเจ้ามือรับแทง

คดีนี้ท่านผู้พิพากษาได้อ้างมาตรา 1(1) และมาตรา 4(3) ของพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดมาตัดสินและกล่าวว่าเป็นเรื่องยากที่ศาลจะสรุปพยานหลักฐานให้ลูกขุนตัดสินว่าแค่ไหนการกระทำของผู้อุทธรณ์ถึงไปถึงขอบเขตของการกระทำที่มากกว่าการเตรียม พร้อมทั้งเป็นการเริ่มต้นการดำเนินการกระทำความผิด (embarked upon) ถ้าเขาไม่ถอนคืนในการกระทำนั้น

หน้าที่ประการหนึ่งของศาลคือการประยุกต์ใช้ถ้อยคำที่บัญญัติในพระราชบัญญัติกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดี การกระทำของผู้อุทธรณ์ยังอยู่ในขั้นตอนการเตรียมหรือการเริ่มต้นดำเนินการเข้าไปสู่การกระทำการขโมยในตัวเองแล้วหรือไม่ มันอาจเป็นการขโมยทรัพย์สินเมื่อเขากระโดดลงบนลู่วิ่ง การกระโดดบนลู่วิ่งของเขาเป็นการพยายามขโมยเงินเดิมพันจากเจ้ามือรับแทงใช่ไหม ความเห็นของผู้พิพากษาเห็นว่ามันไม่เป็นการดำเนินการถึงขั้นการดำเนินการขโมยเมื่อเขากระทำการกระโดดลงบนลู่วิ่งในความพยายามที่จะรบกวนสุนัข ที่ซึ่งในการหันเหมันนั้นเขาหวังว่าจะเป็นผลให้เกิดการยกเลิกการแข่งขันและจะได้กลับไปเอาเงินจากเจ้ามือ ในความเห็นของผู้พิพากษาเห็นว่าพยานหลักฐานแค่นี้ไม่เพียงพอสำหรับการกล่าวโทษเขา ว่าเมื่อเขากระโดดลงไปที่บนลู่วิ่งถึงจะเป็นการกระทำที่พ้นจากการเตรียมแล้ว

⁷¹ Gullefer (1987) Crim LR 195 (reported also at (1990) 1 WLR 1603), as cited in. Michael Molan. (2001). *Sourcebook on Criminal Law*. (2 nd.ed.). p. 476.

และดูเหมือนว่าพระราชบัญญัติฯ จะใช้ถ้อยคำในการชี้้นำให้ใช้แนวทางที่เป็นกลาง แต่ไม่ได้กำหนดว่าเป็นไปตามทฤษฎีของ Eagleton (ตามทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย) หรือของ Lord Diplock (ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล) เป็นการแก้ไขการไปถึงตำแหน่งของการกระทำที่เป็นไปได้ในการยกเลิกการกระทำความคิดของ Lord Diplock และช่วยแนะนำถ้อยคำที่แน่นอนที่เป็นการกระทำที่เป็นไปได้ในตำแหน่งในขั้นตอนการเริ่มการกระทำความคิดของ Stephen (ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล) คือ มันเริ่มต้นเมื่อเป็นการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม (merely preparatory) และให้ความหมายของการกระทำที่มากกว่าการเตรียมว่า เป็นการกระทำที่เริ่มต้นดำเนินการกระทำความคิด (embarked upon) ส่วนการกระทำที่เริ่มต้นดำเนินการกระทำความคิดนั้นเริ่มเมื่อไหร่ นั่น สุดแล้วแต่ข้อเท็จจริงในวิธีการกระทำความคิดนั้นๆ

ในคดี Jones ค.ศ. 1990 Mr. Jones⁷² อุทธรณ์การลงโทษฐานพยายามฆ่าเพื่อนชายของ คนรักเก่าของเขาต่อศาลอุทธรณ์ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ Mr. Jones ได้กระทำการซื้อปืนยี่ห้อที่มีขนาดเล็ก ลงนำปืนซ่อนไว้ในตัวเขาแล้วกระโดดเข้าไปในรถด้านหลังที่นั่งเพื่อนชายของคนรักเก่าของเขา นั่งอยู่ที่คนขับ จอดอยู่ที่โรงเรียนลูกสาวของเขา จากนั้นเขาเล็งปืนไปที่เพื่อนชายของคนรักเก่าของเขา แล้วพูดว่า"...คุณก็ไม่ได้ไปเหมือนกัน..." เพื่อนชายของคนรักเก่าของเขาได้แย่งปืนจาก Mr. Jones มาได้แล้ว Mr. Jones ได้ลงจากรถหลบหนีไป ข้อเท็จจริงมันยังไม่เป็นการยืนยันอย่างแน่ชัดว่านิ้วมือของ Mr. Jones อยู่ในไกปืนหรือไม่ เมื่อเขาเล็งปืนไปที่เพื่อนชายของคนรักของเขา ศาลอุทธรณ์ พิจารณาคำร้อง Mr. Jones

Taylor LJ กล่าวเห็นด้วยกับการแนะนำของ Lord Chief (ผู้พิพากษา) ที่ต้องมองที่ ความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำในมาตรา 1(1) ปัญหาของผู้พิพากษาคือ การแนะนำต่อลูกขุนถึง ความหมายที่ชัดเจนตามความหมายธรรมดาของถ้อยคำตามพระราชบัญญัตินั้น กรณีนี้การกระทำ ของผู้อุทธรณ์เป็นการกระทำที่มีความชัดเจน ในการที่เขาไปซื้อปืน ย่อขนาดปืนให้เล็กลงบรรจุ กระสุนในปืน นำปืนไปซ่อนไว้ในตัว และที่โรงเรียน ถ้ามีเพียงการกระทำเท่านี้ผู้พิพากษาเห็นว่า เป็นเพียงขั้นตอนของการเตรียม แต่ในการที่เข้ากระโดดเข้าไปในรถเอาปืนที่มีกระสุนเต็ม ออกมาเล็งไปที่เหยื่อด้วยเจตนาฆ่าเขา ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอในการตัดสินว่าการกระทำ ของเขาเหล่านั้นเป็นการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียมแล้ว

คดี Jones นี้ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยในการแปลถ้อยคำที่ผูกขึ้นตามมาตรา 1(1) ใน พระราชบัญญัติ โดยอ้างอิงทฤษฎีที่ขัดแย้งกันที่มีอยู่ก่อนใน Common Law Taylor LJ stated ได้ แก้ไขให้ถูกต้องในการแปลความหมาย โดยพิจารณาเพียงความหมายตามธรรมดาในถ้อยคำที่

⁷² Jones (1990) 1 WLR 1057. as cited in. Michael j. Allen. (2003). *Textbook on Criminal Law*. p. 280-281.

บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ไม่กลับไปใช้ในทฤษฎีตาม Common Law เดิม และเขาพยายามสืบหา ทฤษฎีที่เหมาะสมและตัดทฤษฎีที่ไม่เหมาะสมออก เขาอ้างและเห็นด้วยกับการวินิจฉัยในคดี Gullefer ในการหาแนวทางที่เป็นกลางในการให้ความหมายการกระทำที่เป็นการกระทำที่มากกว่า เป็นเพียงการเตรียม (merely preparatory) ที่ว่าเป็นการกระทำที่เริ่มต้นดำเนินการกระทำ ความผิด (embarked upon)

ในคดี Carmppbell ค.ศ. 1991⁷³ Mr.Campbell หลบซ่อนอยู่ใกล้ที่ทำการไปรษณีย์ด้วยปืน ปลอมในกระเป๋าเสื้อของเขาและถูกจับกุมขณะที่เขาเดินจะเข้าไปในที่ทำการไปรษณีย์บริเวณข้าง นอกเกือบถึงประตูที่ทำการไปรษณีย์ โดยมีเจตนาจะเข้าไปชิงทรัพย์ ศาลวินิจฉัยว่าเขาจะมีความผิด ฐานพยายามชิงทรัพย์ต่อเมื่อเขาเข้าพื้นที่ประตูที่ทำการไปรษณีย์ไปก่อน

ในคดี Geddes ค.ศ. 1996⁷⁴ ศาลอุทธรณ์เพิกถอนคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ลงโทษ จำเลยในฐานพยายามลักพาตัว (Kidnapping) ข้อเท็จจริงจำเลยมีเครื่องมือในกระเป๋าหลังที่สะพาน อยู่ประกอบไปด้วย มีดทำครัว เชือกและเทปกาว และเข้าไปในห้องน้ำเด็กผู้ชายใน โรงเรียน ศาล อุทธรณ์เห็นว่าไม่มีความสงสัยในเจตนาของจำเลย แต่การกระทำของเขายังไม่คืบหน้าไปเพียงพอที่จะสมควร ให้มีผลในทางกฎหมายถึงขั้นมากกว่าการเตรียม จำเลยยังไม่มี ความผิดฐาน พยายามลักพาตัว (แต่ตามความเห็นของ Professor J.C.Smith เห็นว่าลักษณะของการกระทำในคดี Geddes นี้ อาจมีความผิดตามพระราชบัญญัติการลักทรัพย์ (Theft Acts 1968 มาตรา 25) ได้ถ้าหาก เป็นการเข้าไปขโมยทรัพย์สิน)

จ. การให้ความหมายการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม ตามความเห็นของ Antony Duff⁷⁵

Antony Duff (R.A. Duff) นักวิชาการและอาจารย์ทางกฎหมายของมหาวิทยาลัย Oxford ในประเทศอังกฤษ เห็นว่าในการตัดสินของศาลอังกฤษ แม้เป็นการนำข้อกำหนดตาม พระราชบัญญัติมาใช้อ้างอิงในการตัดสิน แต่การแปลความหมายของการลงมือพยายามกระทำ ความผิดนั้นกลับเป็นการอ้างอิงตามคดีที่ถูกตัดสินอยู่ก่อนการใช้พระราชบัญญัติ แม้ตาม พระราชบัญญัติได้ตัดสินและกำหนดแล้วว่าควรจะใช้ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติโดยปราศจาก การอ้างอิงเช่นนั้น เป็นหน้าที่ของศาลในการใช้และการอธิบายถึงถ้อยคำในข้อกำหนดตาม

⁷³ Campbell (1991) 93 Cr. App. R. 350, 354 (Watkins LJ). as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 59.

⁷⁴ Geddes (1996) Crim LR 894. as cited in. Michael j. Allen. (2003). *Textbook on Criminal Law*. p. 281-282.

⁷⁵ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 58.

พระราชบัญญัติในการตัดสินข้อเท็จจริงตามคดีต่างๆซึ่งถ้อยคำที่ถูกบรรจุอยู่ในพระราชบัญญัตินั้นเป็นการแน่ชัดในตัวของมันเองอยู่แล้ว ดังนั้นศาลควรจะมองเป็นอันดับแรกที่มีความหมายธรรมดาในถ้อยคำที่อยู่ในพระราชบัญญัติมากกว่าการที่จะพยายามแปลความหมายโดยอ้างอิงคดีที่ขัดแย้งกันใน Common Law เดิม

Antony Duff ได้แปลความหมายของการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียมไว้ว่าเป็นการเริ่มต้นการกระทำผิด (embarked on) หรือการเข้าไปอยู่ในขบวนการกระทำผิดในตัวของมันเอง (is in the process of committing the offence itself) โดยอธิบายว่าแท้จริงแล้วพระราชบัญญัตินี้มุ่งไปสู่แนวทางปฏิบัติที่เป็นกลางระหว่างการจำกัดให้แคบลงของการกระทำขั้นสุดท้ายของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในคดี Engleton และการขยายกว้างออกในความไม่แน่นอนในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Stephen

แต่ทว่าอย่างไรที่ถือว่าเป็นการเริ่มดำเนินการหรือเป็นการกระทำที่เข้าไปสู่กระบวนการกระทำผิดในตัวเอง R.A. Duff ได้อธิบายเป็นตัวอย่างเป็นตัวอย่างไว้ว่า เมื่อพิจารณาคดี Gullefer ค.ศ. 1990 การกระทำของ Mr. Gullefer กับสุนัขของเขาที่ทำให้สุนัขของเขาแพ้ในการแข่งขัน Mr. Gullefer ได้ปีนไปยังทางเดินและพยายามรบกวนสุนัขที่กำลังจะกระโดดออกแข่งขัน การแสดงออกชัดเจนถึงการกระทำเช่นนั้นของเขาไม่มีผลทางกฎหมายทำให้เขาสามารถเรียกเงินจากเจ้ามือรับแทงได้ เขาไม่มีความผิดฐานใช้กลอุบายในการพยายามขโมยเงินเพราะการกระทำของเขายังอยู่ในระยะเตรียมการ และยังคงไม่ใช่เป็นการเริ่มดำเนินการขโมยในตัวของมันเอง ในคดี Jones ค.ศ. 1990⁷⁶ การที่ Mr. Jones ได้เข้าไปในรถที่มีอดีตคนรักของเขากับแฟนใหม่ของคนรักของเขาพร้อมด้วยปืนที่มีกระสุนและอาวุธอื่นๆแต่แฟนใหม่ของอดีตคนรักของเขากับอดีตคนรักของเขาได้ขัดขวางโดยแยงเอาอาวุธปืนโยนออกมาทางหน้าต่างเสียก่อน Mr. Jones จึงหลบหนีไป การกระทำของ Mr. Jones เช่นนั้นถือว่ามีมากกว่าการเตรียมกระทำผิดในการฆาตกรรม เมื่อเขาเข้าไปในรถและเล็งปืนไปที่เหยื่อด้วยเจตนาฆ่าเขา อย่างไรก็ตามการกระทำก่อนนั้นจะถือว่าเป็นเพียงการเตรียมกระทำผิดเท่านั้น ในคดี Campbell ค.ศ. 1991 การที่ Mr. Campbell หลบซ่อนอยู่ใกล้ที่ทำการไปรษณีย์ด้วยปืนปลอมในกระเป๋าเสื้อของเขาและถูกจับกุมข้างนอกเกือบจะมาถึงประตูที่ทำการไปรษณีย์ไม่ว่าอย่างไรก็ตามเขายังคงมีเจตนาชิงทรัพย์ แต่ศาลแปลความหมายว่าเขาจะมีความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์เมื่อเขาเข้าพื้นที่ทำการไปรษณีย์ไปก่อน (ซึ่งแท้จริงแล้ว Antony Duff เห็นว่าการกระทำของเขายู่ในจุดที่เป็นการชี้บอกว่ามากกว่าการเตรียมการกระทำผิดแล้ว

⁷⁶ Jones (1990) 1 WLR 1057, 1060-1 (Lord Taylor), as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). Criminal Attempts. p. 59.

การกระทำของเขาควรเป็นความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์แล้ว) ในคดี Rowley ค.ศ. 1991⁷⁷ การที่ Mr. Rowley ทิ้งบันทึกลงไปในสถานที่สาธารณะเชื่อเชิญเด็กผู้ชายให้มาพบเขา ด้วยเหตุที่ตัวบันทึกลงที่ให้นั้นไม่ใช่อุปกรณ์ขโมยของเขาในการกระตุ้มยุงเด็กผู้ชายให้มากระทำการอนาจาร (gross indecency) กับเขา การกระทำทั้งหลายของเขาโดยส่วนใหญ่เป็นการเตรียมสำหรับการพยายามกระทำความผิด เขายังไม่มีความผิดฐานพยายามยุงส่งเสริมให้มากระทำการอนาจาร แต่อย่างไรก็ตามในคดี Griffin ค.ศ. 1993 ตามพระราชบัญญัติลักพา ค.ศ. 1984 (Child Abduction Act 1984) Mrs. Griffin เริ่มต้นกระทำความผิดฐานลักพาเมื่อมีการซื้อตัวของหล่อนและเด็กในการออกนอกรัฐ การที่หล่อนไปที่โรงเรียนถามหาเด็กและพูดคุยกับหมอฟันของเด็กยังไม่เป็นการพยายาม

เทียบกับ The Model Penal Code (ค.ศ. 1962) ของประเทศอเมริกาที่ถืออย่างชัดเจนในทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ(The Substantial step acts theory) ซึ่งการกระทำในบางคดีอาจจะไม่ใช่การกระทำที่มากกว่าการเตรียม (more than merely preparatory) อย่างพระราชบัญญัติพยายามกระทำความผิด 1981 ของอังกฤษ ในคดี Gullefer ไม่ได้ได้อยู่ภายใต้ตัวอย่างใดๆ ใน Model Penal Code เพียงแต่สิ่งที่เหลือไว้จากการกระทำของเขา (อันเป็นแผนการต่อเนื่องในการกระทำของเขา) ในการเรียกรถรางวัล ศาลอาจจะมองว่าการกระทำเช่นนี้ของเขาเป็นการดำเนินการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญที่ทำให้เกิดความผิดนี้ขึ้น ในคดี Campbell และในคดี Jones ทั้ง Mr. Campbell และ Mr. Jones ก่อนที่เขาจะเข้าไปในที่ทำการไปรษณีย์หรือในรถ มันเป็นขั้นตอนที่สำคัญแล้วในการดำเนินการกระทำความผิดมันเป็นการใกล้เคียงกับตัวอย่างการกระทำใน Model Penal Code section 5.01 (2) (f) Mr. Campbell จ้องมองสำรวจสถานที่สำหรับการกระทำผิด (section 5.01 (2) (c)) ในคดี Rowley สันนิษฐานได้ว่า Mr. Rowley “มีความมุ่งหมายในการล่อลวง” โดยเจตนาให้เหยื่อมาในสถานที่ที่จะประกอบอาชญากรรม (section 5.01 (2) (b)) ดังนั้นในการแปลความพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ. 1981 ของอังกฤษ (The Criminal Attempt Acts 1981) โดยศาลเป็นการแปลความที่แคบกว่า Model Penal Code ของอเมริกาโดยไม่ต้องสงสัย ซึ่งเป็นจุดประสงค์เช่นเดียวกันกับความมุ่งหมายของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) อย่างไรก็ตาม ค.ศ. 1915 ที่ยังคงไม่ลงโทษความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวงสำหรับการแก่งแย่งว่ามีกิจการปล้นร้านของตัวเองเพื่อเอาประกันแต่ถูกจับเสียก่อนที่จะติดต่อโดยตรงกับบริษัทประกัน

⁷⁷ Rowley (1991) 4 All ER 649, 654 (Lord Taylor). As cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 59.

ค. การให้ความหมายการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม ตามความเห็นของ Michael j. Allen⁷⁸

Michael j. Allen ได้อธิบายความหมายของการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม (more than merely preparatory act) ตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ. 1981 ของ อังกฤษ ไว้ว่าหมายถึงการกระทำที่เข้าไปอยู่ในการดำเนินการกระทำความผิดของเขา (on the job) ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกันกับการเริ่มดำเนินการ (embarked on) ของ R.A. Duff นั่นเอง

ตัวอย่างที่ช่วยแสดงให้เห็นถึงการกำหนดตำแหน่งของการเริ่มดำเนินการเช่นนั้น กรณี เช่น D จะตัดสินใจฆ่า V และเขาแสดงให้เห็นเจตนาในการจะดำเนินการกระทำนั้นให้บรรลุผล สำเร็จ ดังนี้

1. เขาใช้เวลาหลายวันในการสังเกตการเคลื่อนไหวของ V อยู่ในขั้นตอนการเลือก สถานที่ที่เหมาะสม

2. เขาซื้อปืนและกระสุน

3. เขาไปและพักอยู่ในป่าในหลายๆ โอกาส เพื่อดำเนินการต่อเป้าหมาย

4. ในวันที่กระทำความผิดเขาบรรจุกระสุนปืน

5. เขาขับรถไปยังสถานที่เกิดเหตุด้วยแผนการที่จะฆ่า และซ่อนตัวอยู่ในพุ่มไม้รอการ มาถึงของ V

6. เขาเฝ้าคอยดูที่ถนนถึงการมาของ V

7. เขาเห็น V แล้วหยิบปืนขึ้นมาเล็ง

8. เขาเอานิ้วมือเข้าไปในไกปืน

9. เขาใช้นิ้วบีบไกปืนและยิงปืน

ตำแหน่งที่ 9 นี้เป็นตำแหน่งสุดท้ายในการกระทำของ D ในระดับที่จะนำไปสู่การ กระทำความผิดฐานฆ่า ถ้าเจ้าหน้าที่ตำรวจเฝ้าคอยสังเกต D ตำรวจจะสามารถเข้าไปแทรกแซง ขัดขวางการกระทำของ D ได้ในจุดไหนที่จะสามารถป้องกันขัดขวางการฆ่าและยืนยันอย่าง แน่นอนว่า D จะถูกลงโทษในความผิดฐานพยายามฆ่า ลำดับการกระทำในตำแหน่ง 1-8 เป็นการ กระทำทั้งหมดที่เป็นการเตรียมไปสู่การกระทำสุดท้ายตำแหน่งที่ 9 บางตำแหน่งเป็นการ ดำเนินการที่มากกว่าการเตรียมตามข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด แล้ว ในการดำเนินการบางขั้นตอนหลังจากการกระทำในตำแหน่งที่ 4 และก่อนตำแหน่งที่ 9 เมื่อเขา

⁷⁸ Michael J. Allen. (2003). *Textbook on Criminal Law*. p. 279.

ได้แสดงให้เห็นได้ว่าเข้าไปอยู่ในการดำเนินการกระทำความผิด (on the job) หรือการกระทำ เช่นนั้นเป็นการเริ่มดำเนินการกระทำความผิดอย่างเต็มที่ (embarked on the crime proper)

กล่าวโดยสรุปแล้ว พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ. 1981 ได้ยกเลิก บทบัญญัติหรือทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดในอดีตรบบ Common Law และได้บัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้ความหมายของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดไว้ให้ชัดเจนในมาตรา 1(1) ซึ่งหมายถึง การกระทำที่มากกว่าเพียงการเตรียมกระทำความผิด (more than merely preparatory act) ซึ่งจุดประสงค์ของพระราชบัญญัติต้องการช่วยเหลือและก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับทฤษฎีการพยายามกระทำผิดต่างๆ ให้เกิดการยืดหยุ่นขึ้นระหว่างทฤษฎีการกระทำสุดท้าย (Last acts theory) กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิด ต่อผล (The Proximity acts theory) เป็นการบัญญัติถ้อยคำที่เป็นการแน่ชัดในตัวของมันเองอยู่แล้ว และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องแปลความหมายของถ้อยคำให้เป็นไปตามจุดประสงค์ แต่การแปลความหมายยังคงเป็นปัญหา ศาลของอังกฤษยังมีลักษณะที่จะแปลความหมายรักษาและเชื่อมต่อกับระบบ Common Law เดิมก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดอยู่

3.2.2 ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ (Civil Law)⁷⁹

3.2.2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส⁸⁰

ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสปัจจุบันได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1952 มาตรา 121-4 และมาตรา 121-5 มาตรา 121-4 บุคคลผู้ซึ่งกระทำความผิดดังต่อไปนี้เป็นผู้กระทำความผิด

- 1) กระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็นความผิด

⁷⁹ ระบบ Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่เรียกว่า “ระบบประมวลกฎหมาย” เป็นระบบกฎหมายที่บัญญัติกฎหมายไว้เป็นหลักเกณฑ์โดยทั่วไปเพื่อให้นักกฎหมายนำไปปรับใช้ในแต่ละเรื่อง แตกต่างจากระบบ Common Law ซึ่งเรียกว่า “ระบบจารีตประเพณี” เป็นระบบกฎหมายที่ใช้หลักเกณฑ์ในแต่ละเรื่องนำมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ในคดีโดยทั่วไป แต่ในปัจจุบันระบบกฎหมายทั้งสองมีแนวโน้มที่จะเอนเอียงเข้าหากัน

⁸⁰ จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 290-296. และ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2532, 4 ธันวาคม). “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายฝรั่งเศส.” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 19, เล่มที่ 4. น. 50-56.

2) พยายามกระทำความผิดชั้นอุกฉัยโทษ (felony) หรือพยายามกระทำความผิดชั้นมัธยมโทษ (misdemeanour) ที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้เป็นความผิด^{81,82}

มาตรา 121-5 การกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิด คือ การกระทำที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำที่ใกล้จะเกิดความสำเร็จ แต่หากการกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอดหรือการกระทำได้กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำไม่บรรลุผล ด้วยความปรารถนาของตัวผู้กระทำเองโดยตรงที่มุ่งประสงค์จะก่อให้เกิดผลในความผิดนั้น

แนวคิดที่ว่าเมื่อใดการกระทำจะผ่านพ้นการเตรียมล่วงเลยเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดในประเทศฝรั่งเศสนั้นถือตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory)

เดิมนั้น ถือหลักเพียงว่าการเตรียมเป็นความพยายามที่ยังห่างไกลต่อผล คือความผิดที่ประสงค์จะทำ (conatus remotus) การพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ใกล้ต่อผล (conatus proximus) ความคิดเห็นนี้ถูกตำหนิว่ายังเป็นทีเคลือบคลุมอยู่มากกว่าแค่นั้นใกล้แค่นั้นไกล

ต่อมา ได้คิดหลักที่จะแยกการเตรียมออกจากการลงมือพยายามกระทำความผิดเพิ่มเติมโดยพิจารณาการกระทำ (objective) ความคิดเห็นฝ่ายนี้ เห็นว่าการกระทำจะเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดก็ต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งความสัมพันธ์นั้นจะต้องกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั้นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็ต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดนั้น โดยเป็นองค์ประกอบความผิด องค์หนึ่งที่เดี่ยว เช่น ยื่นมือ ไปยังทรัพย์ที่ต้องการจะลัก ซึ่งเป็นการกระทำส่วนหนึ่งของการเอาทรัพย์ไป หรือกล่าวเท็จซึ่งเป็นการหลอกลวงในความผิดฐานถือโกง หรือมิฉะนั้นต้องเป็นองค์ประกอบให้ความผิดมีโทษหนักขึ้น เช่น การเข้าไปในเคหสถานเพื่อลักทรัพย์ (มาตรา 335 (4)) เพียงเข้าไปในเคหสถานก็เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ใน

⁸¹ French Penal Code of 1992

article 121-4 The perpetrator of an offence is the person who :

1) commits the criminally prohibited act;

2) attempts to commit a felony or, in the cases provided for by Statute, a misdemeanor

Article 121-5 An attempt is committed where, being demonstrated by a beginning of execution, it was suspended or failed to achieve the desired effect solely through circumstances independent of the perpetrator's will. Retrieved February 21 2005, from <http://wings.buffalo.edu/law/bclcr/resource.htm>

⁸² กฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งความร้ายแรงของความผิดออกเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดชั้นอุกฉัยโทษ ความผิดชั้นมัธยมโทษ และความผิดหลุโทษ

เคหสถานแล้วแม้ยังไม่ได้แต่ต้องตัวทรัพย์เพราะการเข้าไปในเคหสถานเป็นองค์ประกอบที่ต้องให้ ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้น ความเห็นของฝ่ายนี้มีประโยชน์ที่ทำให้การวินิจฉัยการลงมือพยายาม กระทำความผิดมีหลักแน่ชัดขึ้น แต่มีข้อบกพร่องที่ทำให้หลักการลงมือกระทำในการพยายาม กระทำความผิดแคบลงมาก จนอาจทำให้การกระทำที่ยังไม่เข้าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่ ก็ใกล้ต่อผลสำเร็จจนน่าจะเป็นอันตรายแก่ชุมชนอย่างยิ่งอยู่แล้วไม่อยู่ในข่ายที่จะลงโทษผู้กระทำใน ฐานพยายามได้ เช่น กรณีคนร้ายถูกจับขณะที่ยื่นมือเข้าไปใกล้ทรัพย์เพื่อจะหยิบทรัพย์แต่ยังไม่ทัน ถูกต้องตัวทรัพย์ยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ หรือการจี้ตัวทรัพย์ที่บรรจทรัพย์ อาจจะไม่มีความผิดลักทรัพย์เสมอไป

เมื่อหลักวินิจฉัยโดยอาศัยหลักการกระทำแต่อย่างเดียวในฝ่ายแรกไม่เป็นการเพียงพอ จึงมีความเห็นผ่อนคลายหลักแรกลงโดยอาศัยพิจารณาจากเจตนาผู้กระทำประกอบด้วย (subjective) ฝ่ายนี้เห็นว่า การลงมือพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาที่ แน่ชัดที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและ ใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ความคิดเห็นของฝ่ายหลังนี้ค่อนข้างกว้างและนำมาใช้เป็นหลักในการ พิจารณาอยู่บ้าง แต่มีข้อดี คือ สามารถลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นโดยเจตนาชั่วร้ายแต่ยังไม่ถึง ขึ้นเข้าองค์ประกอบความผิดได้ ศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายนี้ คือ ไม่ได้ถือว่าการลงมือ พยายามกระทำความผิดจะต้องถึงขั้นเป็นการกระทำในองค์ประกอบของความผิดหรือใน องค์ประกอบที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่การกระทำนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงและ ใกล้ชิดกับความผิด ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าการกระทำทุกอย่างที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดถ้า ได้กระทำด้วยเจตนาที่กระทำความผิดแล้วย่อมเป็นการเริ่มลงมือพยายามกระทำความผิด โดยหลัก วินิจฉัยเช่นนี้ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่ากรณีต่อไปนี้เป็นการเริ่มลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่น การ เข้าไปในบ้านผู้อื่นเวลากลางคืนโดยไม่ใส่รองเท้าโดยเจตนาลักทรัพย์ การแอบอยู่ทางเดินในอาคาร พร้อมด้วยอาวุธและเครื่องมือ การเข้าไปในรถยนต์ที่กำลังจอดอยู่โดยเจตนาที่จะครอบครองและเอา ไปใช้โดยเจ้าของมิได้อนุญาต การที่แพทย์ตกลงรับทำแท้งหญิงมีครรภ์และกำหนดราคาค่าจ้างกัน แล้ว และได้ไปยังที่อยู่ของหญิงพร้อมด้วยเครื่องมือในการทำแท้ง แต่การที่บุคคลหนึ่งให้คำแนะนำ แก่อีกบุคคลหนึ่งและให้เงินไปเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำความผิดกรรมยังไม่เป็นการลงมือพยายาม กระทำความผิด เพราะยังไม่เป็นการกระทำที่มุ่งโดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ เป็นต้น

ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสนั้นการกระทำอย่างเดียวกันเป็นการลงมือพยายาม กระทำความผิดหรือเป็นการเตรียมกระทำความผิดก็ได้ แล้วแต่ลักษณะของความผิดซึ่งผู้กระทำ ตั้งใจจะทำ เช่น การปีนป่ายรั้วเข้าไปในเคหสถาน หรือการแอบซุ่มคอยโอกาสในเคหสถานเพื่อ ลักทรัพย์ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะลักทรัพย์ก็เป็นพยายามลักทรัพย์ได้ แต่ถ้าได้กระทำด้วยเจตนา

อย่างอื่นเช่นเพื่อที่จะฆ่าคนก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเสมอไปว่าเป็นการพยายามฆ่าคนแล้วเพราะการกระทำดังกล่าวอาจยังอาจไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับการฆ่าคนได้ เพราะระหว่างการป็นปายข้ามรั้วเข้าไป ก็กับการฆ่าคนนั้นหากมองในด้านจิตใจของผู้กระทำแล้วยังมีช่วงโอกาสพอที่จะมีการเปลี่ยนความคิดความตั้งใจได้และควรยกประโยชน์แห่งความสงสัยในเรื่องเจตนาให้แก่ผู้กระทำ มีการอธิบายลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลไว้ต่างๆ กัน ได้แก่

Bouzat กล่าวว่า⁸³ การกระทำในขั้นเตรียมยังไม่แน่ชัดว่าผู้กระทำเจตนากระทำผิดฐานใด การลงมือกระทำความคิดเป็นการแสดงเจตนาให้เห็นแต่อย่างเดียวว่าจะกระทำผิดฐานนั้น ซึ่งปรากฏจากการกระทำซึ่งไม่ใช่พฤติการณ์ของบุคคลผู้สุจริต ความเห็นนี้ถือหลักการกระทำผิดปกติแสดงเจตนาอันถือได้ว่าเข้าขั้นพยายาม

การเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำความคิด (le commencement d' execution du crime)⁸⁴ ต่างกับการเริ่มต้นแห่งตัวความคิดนั่นเอง (le commencement du crime) การลงมือได้แก่กิริยาที่นำไปสู่การกระทำความคิดตามเจตนาของผู้กระทำ อันจะทำให้ความคิดนั้นเกิดขึ้นสำเร็จโดยตรงและใกล้ชิดซึ่งอาจถือได้ว่าผู้กระทำได้อยู่ในระยะที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดที่เขามุ่งจะกระทำนั้น การกระทำที่ถือว่าผู้กระทำอยู่ในระยะที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดก็คือ ผู้กระทำได้เสี่ยงกระทำลงไปแล้วถึงขั้นที่ความคิดอาจเกิดขึ้นได้สำเร็จโดยผู้กระทำได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับเสียแล้ว⁸⁵

Saleilles กล่าวว่า⁸⁶ ความผิดในขั้นการพยายามกระทำความคิดเกิดขึ้นเมื่อการกระทำได้แสดงให้เห็นเจตนากระทำความคิดที่ไม่อาจเลิกเสียได้ และยังห่างต่อผล คือ ความผิดสำเร็จเพียงเล็กน้อย ซึ่งถ้าปล่อยให้ไปเป็นไปตามทางของมันก็เกือบเป็นที่แน่นอนว่าจะบรรลุผลสำเร็จนั้นได้

Garraud กล่าวว่า⁸⁷ การวินิจฉัยความผิดในขั้นพยายามต้องพิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความคิดฐานใดเสียก่อน การเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำผิดเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะที่ได้กระทำการอันนำไปสู่ความคิดที่ประสงค์จะกระทำโดยตรงและใกล้ชิดจนถือได้ว่าเขากำลังกระทำความคิด

⁸³ Bouzat (no.106 p.212). อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1*. น. 293.

⁸⁴ Vidal (no.97 p.150). แหล่งเดิม. น. 294.

⁸⁵ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ เห็นว่า ความเห็นที่ว่านี้ก็ยังไม่พ้นหลักที่ว่าการกระทำนั้นใกล้ชิดต่อผล ทั้งที่ว่าได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับนั้นก็อาจเกินเลยไป เพราะการกระทำที่ผู้กระทำยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอดคือยังไม่ปิดทางที่จะถอยหลังกลับก็เป็นการกระทำที่เข้าขั้นพยายามแล้ว หากผู้กระทำยับยั้งเสียเอง กฎหมายก็ยังไม่ยกเว้นโทษฐานพยายามให้ตามมาตรา 82. แหล่งเดิม. น. 294

⁸⁶ De Vabres (no.227 p. 140). แหล่งเดิม. น. 294.

⁸⁷ Garraud (no.232 p. 494). แหล่งเดิม. น. 294.

นั้นอยู่แล้ว (en action du crime) และเห็นว่า การกระทำอันหนึ่งจะเข้าขั้นพยายามหรือยังย่อมต้องแล้วแต่ความคิดที่เจตนากระทำ เช่น การลอบเข้าไปในบ้านอาจเป็นพยายามลักทรัพย์ถ้าเข้าไปด้วยเจตนาลัก แต่ยังไม่เป็นพยายามฆ่าคนถ้าเข้าไปด้วยเจตนาฆ่าคน เพราะยังห่างไกลต่อผล แต่ถ้าเข้าไปในบ้านด้วยเจตนาฆ่าโดยถือมีค้อนอยู่ในมือเพื่อหาตัวผู้ที่ต้องการจะฆ่าก็อาจใกล้พอจะเข้าขั้นพยายามฆ่าได้

นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสได้แยกขั้นตอนการเกิดความผิดฐานพยายามไว้ 3 ขั้นตอน

1. ขั้นเตรียม เป็นการกระทำระยะแรกเพื่อให้พร้อมที่จะเริ่มต้นลงมือกระทำ ความคิดเป็นการกระทำระยะหนึ่งซึ่งจะมีการลงมือกระทำเป็นอีกระยะหนึ่ง คนละตอนกับการเริ่มต้นแห่งการลงมืออันเป็นระยะที่ 2 ได้แก่ การซื้อยาพิษมาและส่งยาพิษให้คนใช้ของผู้ที่ต้องการฆ่าเพื่อผสมอาหารให้นายกิน จนคนใช้ใส่ยาพิษลงในอาหารก่อนเอาไปให้นายกิน หรือนั่งช่อมคอยดักรักผู้ที่จะผ่านมาทางนั้น ยังเป็นแค่ขั้นเตรียมเป็นการกระทำหนึ่งซึ่งจะมีการลงมือกระทำเป็นอีกระยะหนึ่ง

2. ขั้นการเริ่มต้นแห่งการลงมือ (commencement d' execution) เป็นการกระทำอีกระยะหนึ่งหรืออีกตอนหนึ่งต่างหากจากกันกับการกระทำในระยะแรก คือเตรียม ได้แก่ คนใช้เริ่มเอาอาหารที่ใส่ยาพิษแล้วไปยื่นหรือไปวางให้นายกิน หรือพอเห็นผู้ที่ตนคอยฆ่าเดินผ่านมาก็ยกปืนขึ้นเพื่อจะยิง

3. ขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั้นเอง (commencement du crime) เป็นการกระทำในขั้นเริ่มต้นแห่งความผิดนั้นเองคือระยะที่ 3 นี้ถ้าไม่สำเร็จย่อมเป็นความผิดฐานพยายาม โดยไม่มีข้อสงสัย ได้แก่ ผู้ที่ถูกวางยาพิษเริ่มกินอาหารนั้นหรือผู้ที่ช่อมอยู่ได้ยิงไปยังผู้ที่เดินผ่านมานั้นแล้ว อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดคือการฆ่าตนเอง หรือในการลักทรัพย์ก็ได้แก่การเอื้อมมือไปหยิบทรัพย์ที่จะลักนั่นเอง

ส่วนการวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะเป็นการพยายามทำความผิดหรือไม่

1. ต้องวินิจฉัยถึงเจตนาของผู้กระทำเสียก่อนว่า เจตนาทำความผิดฐานใด เพราะการกระทำอันหนึ่งอาจเข้าขั้นพยายามในความผิดฐานหนึ่งแต่ยังไม่เข้าขั้นพยายามในความผิดอีกฐานหนึ่งได้ โดยอาจวินิจฉัยจากพฤติการณ์อื่นประกอบการกระทำของผู้กระทำด้วยก็ได้

2. วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเข้าขั้นใดในกระบวนการเกิดความผิดฐานพยานดังกล่าวคือ ขั้นเตรียม, ขั้นการเริ่มต้นแห่งการลงมือ (commencement d' execution) และขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั้นเอง (commencement du crime) ส่วนอย่างไรจะถือว่าเป็นการกระทำเข้าขั้นเริ่มต้นแห่งการลงมือหรือขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั้น ต้องเป็นการกระทำที่ผิดปกติจากบุคคลผู้สุจริตซึ่งได้แสดงให้เห็นเจตนาทำความผิดซึ่งถ้าปล่อยให้กระทำต่อไปก็จะสำเร็จเป็นความผิดขึ้นได้ ซึ่ง

ประกอบไปด้วยกิริยาที่นำไปสู่การกระทำความผิดตามเจตนาของผู้กระทำ อันจะทำให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นสำเร็จโดยตรงและใกล้ชิดซึ่งอาจถือได้ว่าผู้กระทำได้อยู่ในระยะที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดที่เขามุ่งจะกระทำนั้นถึงขั้นที่ความผิดอาจเกิดขึ้นสำเร็จ โดยผู้กระทำได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับเสียแล้วบัพัญญัติทั่วไปว่าด้วยความผิด ซึ่งคือการกระทำที่ผิดปกติจากบุคคลผู้สุจริต และแสดงให้เห็นเจตนากระทำความผิด ซึ่งถ้าปล่อยให้กระทำต่อไปก็จะสำเร็จเป็นความผิดขึ้นได้ คือใกล้เคียงต่อผลสำเร็จเป็นความผิดขึ้นนั่นเอง ซึ่งเป็นหลักเดียวกันกับที่ศาลฎีกาของไทยใช้พิจารณาวินิจฉัยลงโทษผู้กระทำความผิด

3.2.2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศในเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดทางอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี (German Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB)) มาตรา 22 และมาตรา 23⁸⁸

มาตรา 22 คำนิยาม

ผู้ใดมีการตกลงใจและเข้าใจในการกระทำของเขา นำมาซึ่งขั้นตอนโดยตรงต่อเนื่องกันนำไปสู่ความปรารถนาในการประกอบกระทำความผิด ผู้นั้นมีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด

มาตรา 23 การลงโทษการพยายามกระทำความผิด

(1) การพยายามกระทำความผิดในความผิดอาญาที่สำคัญต้องถูกลงโทษ ขณะที่การพยายามกระทำความผิดเล็กน้อยอาจถูกลงโทษได้ ถ้ามีการบัญญัติโทษไว้เป็นพิเศษโดยกฎหมาย

(2) การพยายามกระทำความผิดสามารถจะลงโทษให้น้อยกว่าการกระทำที่สมบูรณ์ (มาตรา 49 a อนุ (1))

⁸⁸ German Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB)

Section 22 Definition of Terms

Whoever, in accordance with his understanding of the act, takes an immediate step towards the realization of the elements of the offense, attempts to commit a crime

Section 23 Punishability for an Attempt

(1) An attempt to commit a serious criminal offense is always punishable, while an attempt to commit a less serious criminal offense is only punishable if expressly provide by law

(2) An attempt may be punished more leniently than the completed act (Section 49a subsection (1))

(3) If the perpetrator, due to a gross lack of understanding, fails to recognize that the attempt could not possibly lead to completion due to the nature of the object on which of the means with which it was to be committed, the court may withhold punishment or in its own discretion mitigate the punishment (section 49 subsection (2)). Retrieved April 20, 2005. from <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>

(3) หากว่าผู้กระทำความผิด มีความบกพร่องขาดไปซึ่งความเข้าใจ ขาดไปซึ่งการรู้ถึงการพยายามที่เป็นไปไม่ได้ นั้นถึงความถูกต้องของธรรมชาติของวัตถุหรือความหมายของการกระทำศาลอาจจะไม่ลงโทษหรือแล้วแต่ดุลยพินิจของศาลในการลงโทษ (มาตรา 49 อนุ 2)

ประเทศเยอรมนีใช้เกณฑ์การพยายามกระทำความผิดเริ่มต้นเมื่อมีอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้ว โดยตรงจากการกระทำนั้น การพิจารณาว่าการเริ่มลงมือกระทำความผิดเกิดขึ้นเมื่อใดนั้นมีการใช้หลายทฤษฎี แต่นิยมใช้ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory)⁸⁹ การที่ถือเป็นการกระทำความผิดแล้วก็เนื่องมาจากเมื่อการกระทำของบุคคลนั้นเป็นการเริ่มต้นโดยตรงที่จะนำไปสู่ความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการเริ่มต้นกระทำความผิด⁹⁰ และการกระทำดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง กล่าวคือ เป็นอันตรายโดยตรงต่อนิติสมบัติหรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) แล้ว แม้จะยังไม่ปรากฏว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นตามที่ประสงค์ก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าผู้กระทำได้ก่อให้เกิดการเสี่ยงภัยต่อสังคมแล้ว การพยายามกระทำความผิดจึงถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง⁹¹

การให้ความหมายของการกระทำที่เป็นการเริ่มต้นแห่งความผิดฐานพยายาม นักนิติศาสตร์เยอรมนีไม่ถือตามทฤษฎีความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) แต่อธิบายการลงมือพยายามกระทำความผิดว่าต้องมีเจตนากระทำความผิดพร้อมด้วยการกระทำซึ่งเป็นการเริ่มต้นแห่งความผิดนั้นแล้ว ปัญหาที่ว่าเมื่อใดผู้กระทำได้เริ่มต้นกระทำความผิดก็ถือตามความเห็นธรรมดาว่าการกระทำเท่าที่ได้กระทำลงนั้นเป็นการเริ่มต้นแห่งการกระทำความผิดหรือยัง⁹² การวินิจฉัยเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดของเยอรมนีมีแนวคิดพื้นฐานมาจากทฤษฎีความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิด 2 ทฤษฎี คือ⁹³

1. ทฤษฎีที่พิจารณาการกระทำจากภายนอก “ทฤษฎีภาวะวิสัย” (Die objective Theorie)⁹⁴ ทฤษฎีนี้ยึดถือว่าอันตรายของเจตนากระทำความผิดนั้นจะต้องมีการแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรม มีความเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดนี้เป็นอันตรายเมื่อวิญญูชนในขณะกระทำ

⁸⁹ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. น. 504.

⁹⁰ Williams. *Criminal Law : The General Part*, 2 nd , 1961. p. 609.

⁹¹ คณิต ณ นคร. (2540). *บนเส้นทางแห่งหลักนิติธรรม*, “คดีประวัติศาสตร์ชื่อเสียง 11.4 ส่วน ที่บุรีรัมย์เป็นการ “ลงมือ” กระทำความผิดแล้วหรือยัง.” น. 176-187.

⁹² จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 1*. น. 297.

⁹³ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2538). *สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท*. น. 85-91.

⁹⁴ v. Hippel, *Deutsches Strafrecht II*, 1930. p. 425; v. Liszt. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. (1919). p. 200.

การนั้นคาดหมายได้ว่าการพยายามกระทำความผิดนั้นจะเป็นความผิดสำเร็จที่เป็นไปได้ โดยพิจารณาผลกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้น (ex ante)

2. ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Die subjective Theorie) ทฤษฎีนี้ถือว่าเจตนาที่แสดงออกภายนอกจะเป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยและระเบียบของบ้านเมืองหรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญ อันตรายดังกล่าวที่เกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดอาญาและได้มีการเริ่มกระทำการแล้ว ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะแบ่งแยกว่าการพยายามกระทำความผิดนี้ในทางภาวะวิสัยจะเป็นอันตรายหรือไม่⁹⁵

ทฤษฎีภาวะวิสัยเป็นผลมาจากคำสอนเรื่องสาเหตุของการพยายามกระทำความผิดทำนองเดียวกับกรณีความผิดสำเร็จที่ละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง (eine kausale Rechtsgutsverletzung) ความผิดฐานพยายามการกระทำความผิดก็เป็นอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองเช่นกัน (eine kausale Rechtsgutsgefährdung) โดยเน้นความสำคัญที่การละเมิดกฎหมาย โดยการแสดงเจตนาออกทางภาวะวิสัย (ausserlich objektiv) ในขณะที่ทฤษฎีอัตตะวิสัยเน้นความสำคัญของระเบียบแบบแผนทางกฎหมายในการอยู่ร่วมกันในสังคมด้านจิตใจของประชาชน ดังนั้นระเบียบการทางกฎหมายจึงถูกละเมิดโดยเจตนากระทำความผิด เมื่อมีการกระทำตามเจตนา ดังกล่าวเกิดขึ้นและการกระทำที่มีศักยภาพให้เกิดความผิดสำเร็จนั้นเป็นการกระทำความผิดทางอาญา ในที่นี้หมายถึงการกระทำที่พ้นขั้นตอนของการเตรียมกระทำความผิดแล้ว ทฤษฎีในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เหมือนกัน ต่างกันตรงระดับของความร้ายแรง การพยายามที่มีศักยภาพใกล้ความผิดสำเร็จมากเท่าใด ความร้ายแรงของการกระทำความผิดทางอาญาก็ยิ่งมีมากขึ้นเท่านั้น ศาลเยอรมันนิยมทฤษฎีหลังนี้ (ทฤษฎีอัตตะวิสัย) ส่วนนักนิติศาสตร์มีความเห็นเอนเอียงไปทางทฤษฎีแรก (ทฤษฎีภาวะวิสัย) แต่การวินิจฉัยว่า การกระทำความผิดเริ่มต้นหรือยังมักจะขยายกว้างออกไปกว่าเดิม⁹⁶ อาจเป็นแนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดเปลี่ยนไป

จากเดิมนักนิติศาสตร์เห็นว่า เพราะเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มุ่งกระทำต่อหรือเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ ยึดถือตามทฤษฎีภาวะวิสัย (objektive Theorie) เป็นเกณฑ์ จึงปฏิเสธการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เพราะถือว่าไม่เป็นอันตรายใดๆ ต่อวัตถุหรือสิ่งที่มุ่งหมายต่อการกระทำหรือไม่เป็นการกระทำเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายแต่อย่างใด ต่อมานักนิติศาสตร์ไม่เห็นด้วยกับแนวคิด

⁹⁵ RGSSt 1, 349; 58, 303; BGHSt 16, 324, 327.

⁹⁶ จิตติ ดิงสกีทซ์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. น. 297-298.

นี้และเห็นว่า การต้องการมีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดเพราะการพยายามทำความผิดเป็นการกระทำของผู้มีอันตราย กล่าวคือเป็นการกระทำของบุคคลที่มีเจตจำนงในการประกอบอาชญากรรมและถือว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญและการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ผู้กระทำความผิดมีเจตจำนงเหมือนกัน โดยหันมายึดถือตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjektive thorie) แทน ในปัจจุบันนักกฎหมายอาญาของประเทศต่างๆ ไม่ได้ยึดถือทฤษฎีภาวะวิสัยหรืออัตตะวิสัย แต่ได้ยึดถือทั้งสองทฤษฎี (objektive-subjektive theorie) หรือเรียกอีกอย่างว่า “ทฤษฎีการเกิดความรู้สึก” (Eindruckstheorie)⁹⁷ โดยมีเหตุผลสำคัญในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดได้ก่อให้เกิดความรู้สึกที่ไม่ดีขึ้น การลงโทษการพยายามทำความผิดตามทฤษฎีนี้พิจารณาทั้งที่ตัวของ “ผู้กระทำ” กล่าวคือพิจารณาเจตจำนงของผู้กระทำที่เป็นอันตรายหรือไม่ และเห็นว่า การลงโทษการพยายามกระทำความผิดมิใช่เพียงเพราะเจตจำนงของผู้กระทำที่มุ่งให้การกระทำของตนเป็นความผิดสำเร็จ แต่เพราะการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายด้วย และการลงมือพยายามกระทำความผิดเริ่มเมื่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้วโดยตรงจากการกระทำนั้น⁹⁸

⁹⁷ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, 49, II, 3; Wessels/Beulke, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2001, Rn. 594.

⁹⁸ คณิต ฒ นกร. *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. (2543). น. 272-277.