

บทที่ 4

บทวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือกระทำความคิด กับความผิดกรณีสมาผู้อื่นโดยใช้อาวุธ

โดยที่กฎหมายของแต่ละประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่มีพื้นฐานและวิวัฒนาการที่หลากหลายและมีประวัติศาสตร์อันยาวนานจะเป็นพื้นฐานให้ประเทศอื่นๆ ศึกษาเพื่อนำไปสู่การพัฒนาแนวความคิดในการตีความบทบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับในประเทศนั้นๆ ต่อไปได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่นักกฎหมายจะต้องศึกษา วิเคราะห์ถึงแนวความคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความคิดในบทที่ 2 และวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของแต่ละทฤษฎีในเรื่องการลงมือกระทำความคิดดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ตลอดจนนำข้อเท็จจริงมาวิเคราะห์กับทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น เกี่ยวกับการลงมือกระทำความคิดกรณีสมาผู้อื่น โดยใช้อาวุธ เพื่อศึกษาและพัฒนาไปสู่แนวความคิดที่จะเป็นประโยชน์และเป็นการคุ้มครองบุคคลในสังคมได้ดียิ่งขึ้นต่อไป

4.1 วิเคราะห์แนวคิดในเรื่องการป้องกันสังคมให้ปลอดภัยในด้านที่เกี่ยวข้องกับการมาผู้อื่นโดยใช้อาวุธ

เนื่องจากอาวุธปืนถือเป็นอาวุธที่มีอำนาจร้ายแรง สามารถทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิตและร่างกายต่อบุคคลได้โดยง่าย จึงจำเป็นต้องมีมาตรการควบคุมและป้องปรามมิให้บุคคลใช้อาวุธปืนไปกระทำผิดอย่างมีความเข้มงวดในระดับที่มากกว่าปกติ เพื่อให้เป็นไปตามแนวคิดในเรื่องหลักการเรื่องอันตราย (Harm Principle) โดยถือว่าการกระทำบางอย่างของบุคคลควรจะถูกจำกัดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายกับบุคคลอื่น เช่น คำกล่าวของ John Stuart Mill ว่า “จุดมุ่งหมายโดยเฉพาะของการใช้สิทธิโดยชอบธรรมในชุมชนที่มีอารยธรรม คือการป้องกันไม่ให้เป็นอันตรายต่อคนอื่น”¹ เช่นเดียวกับที่ปฏิญญาของฝรั่งเศสเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและพลเรือน 1789 ข้อ 4² ซึ่งระบุไว้ว่าเสรีภาพคือการมีอิสระในการทำทุกอย่างที่ไม่ทำร้ายใคร จึงเป็นสิทธิตามธรรมชาติของ

¹ “Freedom of speech.” *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Retrieved 10 June 2013. From: <http://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/>.

² Declaration of the right of Man and of the Citizen of 1789. Article 4.

แต่ละคนที่มีไม่จำกัด ยกเว้นบุคคลซึ่งสมาชิกคนอื่นๆ ในสังคมให้หลักประกันร่วมกัน เพื่อความสงบสุขโดยข้อกำหนดเหล่านี้สามารถถูกกำหนดได้โดยกฎหมาย

สรุปได้ว่าในการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลในสังคมนั้น สามารถกระทำได้ ตราบใดที่ไม่เป็นการทำให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นในสังคม โดยการกระทำที่เป็นอันตรายดังกล่าวนี้จะเป็นสิ่งที่ต้องห้าม ซึ่งถือเป็นกติกาที่ทุกคนในสังคมยอมรับซึ่งจะถูกระบุบัญญัติไว้ในกฎหมายนั่นเอง และหากผู้ใดที่ละเมิดกฎหมายก็จะมีมาตรการบังคับตามกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับต่อผู้กระทำผิด ซึ่งก็คือโทษตามประมวลกฎหมายอาญา โดย ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน โดยการลงโทษก็เพื่อข่มขู่ยัง มิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น ดังนั้นสิ่งที่ทำได้ก็คือการป้องกันมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นซ้ำอีก ดังเช่นวัตถุประสงค์ของมาตรการบังคับทางอาญา ที่มีวัตถุประสงค์ดังนี้

(1) การป้องกันทั่วไป (general prevention) เป็นวัตถุประสงค์ของการลงโทษประการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายอาญา เป็นการใช้มาตรการเช่น โทษในการข่มขู่บุคคลทั่วไปมิให้กระทำความผิดในทำนองนั้นอีก หรือเพื่อเป็นแบบอย่างในการบังคับจิตใจของบุคคลส่วนรวมที่มีความคิดจะกระทำการเช่นนั้น ให้ยับยั้งการกระทำดังกล่าวเสีย

(2) การป้องกันพิเศษ (special prevention) เป็นวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันผู้กระทำผิดคนเดิม มิให้กระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนั้นซ้ำอีก โดยใช้การลงโทษหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่บุคคล

แต่อย่างไรก็ตามวิธีตามมาตรการบังคับทางอาญาดังกล่าว ก็เป็นเพียงการป้องกันในระดับท้ายๆ ของกระบวนการกระทำความผิดแล้ว และอาจเยียวยาผู้เสียหายได้ในระดับหนึ่งเท่านั้น ซึ่งหนทางที่ดีที่สุดคือจะมีมาตรการอย่างไรที่จะสามารถป้องกันมิให้การกระทำความผิดเกิดขึ้นหรือการลงมือกระทำความผิดนั้นยังอยู่ในระดับที่ห่างไกลต่อความผิดสำเร็จ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในความผิดกรณีฆ่าผู้อื่น โดยใช้อาวุธปืนหรือมีดนั้น จะมีมาตรการอย่างไรที่จะสามารถป้องกันอัตราการสูญเสียชีวิตหรือบาดเจ็บได้มากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เพราะในปัจจุบันนี้ศาลฎีกาของไทยได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานตลอดมาว่าการลงมือกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยใช้อาวุธ เช่น อาวุธปืนนั้น จะต้องกระทำถึงขั้นยกปืนขึ้นเล็งไปยังผู้เสียหายแล้วเท่านั้น จึงจะถือว่าได้ลงมือกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าโดยใช้ปืนยิง แนวทางการปฏิบัติของศาลไทยในความผิดฐานนี้ถือ “การเล็งปืน” เป็นจุดแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียม โดยถือลักษณะของการกระทำ คือ การเล็งปืนเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดหรือเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของความผิดฐานนี้ อันเป็นจุดใกล้ชิดในการเกิดความผิดสำเร็จแต่หากยังไม่ยกปืนขึ้นเล็งผู้กระทำผิดก็มีความผิดเพียงฐานพกพาอาวุธปืนเท่านั้น ซึ่งอัตราโทษของฐานความผิดดังกล่าวนี้แตกต่างกันมาก และหากต้องรอให้ถึงขั้นที่ผู้กระทำผิดยกปืนขึ้นเล็งไปยังผู้เสียหายก่อนจึงจะถือว่าลงมือกระทำผิดแล้วก็ไม่

อาจที่จะป้องกันความสูญเสียต่อชีวิตของผู้เสียหายได้ทันที ซึ่งหน้าที่ของกฎหมายอาญาคือการทำให้สังคมกลับคืนสู่ความสงบเรียบร้อยโดยเร็ว และการทำให้สังคมกลับคืนสู่ความสงบเรียบร้อยได้โดยเร็วนั้นก็คือการวางมาตรฐานการกระทำที่สุ่มเสี่ยงต่อการเกิดความผิดอาญาที่ร้ายแรงบางข้อหา เช่น การฆ่าผู้อื่น ให้ต้องได้รับโทษอย่างเหมาะสมสำหรับการกระทำที่ได้กระทำลงไปแล้ว เพราะจะเป็นการส่งสัญญาณให้สังคมได้รับทราบว่ากระทำนี้จะต้องถูกลงโทษ อันจะเป็นการป้องกันมิให้เกิดเหตุอันตรายขึ้นในสังคม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นเครื่องมือในการระงับเหตุร้ายที่จะเกิดขึ้นและดีกว่าการที่เกิดเหตุร้ายขึ้นแล้วค่อยนำเอากฎหมายอาญามาลงโทษผู้กระทำผิด เพราะนั้นย่อมแสดงให้เห็นว่าได้เกิดการสูญเสียไปแล้ว ซึ่งในการวินิจฉัยหรือการค้นหาคำความจริงในการพิจารณาคดีของศาลนั้น ศาลก็ควรที่จะพิจารณาองค์ประกอบอื่นๆ ประกอบด้วย ไม่ควรวินิจฉัยแต่ว่าผู้กระทำผิดยกปิ่นขึ้นเลี้ยงไปยังผู้เสียหายแล้วหรือไม่เพียงอย่างเดียว เพราะจะทำให้การพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิด ไม่เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำลงไป

4.2 วิเคราะห์แนวคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดกับการฆ่าผู้อื่นโดยใช้อาวุธ

แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดให้การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดในทางอาญา มาจากเรื่องความต้องการจำกัดความรุนแรงหรือป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำความผิด ก่อนที่จะเป็นความผิดสำเร็จ และการกำหนดว่าการกระทำเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้วนั้น จะต้องคำนึงถึงปัจจัยสำคัญ 2 ประการ ระหว่างความปลอดภัยของสังคมกับหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งหากว่ากำหนดขนาดของการลงมือกระทำความผิดแคบเกินไป จะทำให้การพยายามกระทำความผิดเริ่มต้นช้าลงกว่าปกติ มีผลทำให้การกระทำอาชญากรรมบางประการไม่เป็นความผิด และยังส่งผลกระทบต่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยในสังคม และทำให้ประสิทธิภาพในการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมของรัฐด้อยลง แต่หากกำหนดขนาดของการลงมือกระทำความผิดกว้างเกินไป จะทำให้การพยายามกระทำความผิดเริ่มต้นเร็วขึ้น ซึ่งก็จะส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสังคม

การให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิด ขึ้นอยู่กับมุมมองความยุติธรรมทางอาญาของแต่ละสังคม หากมีแนวคิดในการป้องกันสังคม หรือโน้มเอียงไปทางทฤษฎีอัตตะวิสัย ที่มุ่งเน้นสถานะทางด้านจิตใจของผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ ระดับของการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความผิดจะกว้าง แต่หากมีแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล หรือโน้มเอียงไปทางทฤษฎีภาวะวิสัย ที่มุ่งเน้นความสำคัญเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเป็นสำคัญ ระดับของการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความผิดจะแคบ

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และซีวิลลอว์ เห็นพ้องไปในแนวทางเดียวกันว่าควรมีการให้ความหมายลักษณะเฉพาะของการลงมือกระทำความผิด และกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดที่สามารถใช้ได้อย่างเป็นสากล เพื่อให้เกิดความแน่นอนและความยุติธรรมในการใช้กฎหมาย อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่มีค่านิยมหรือให้คำจำกัดความการลงมือกระทำความผิดได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำอย่างไรหรือเพียงใด แม้การพยายามกระทำความผิดจะเป็นเรื่องของกฎหมายอาญาภาคทั่วไปแต่การจะให้คำจำกัดความว่าการลงมือกระทำความผิดหมายถึงอะไรเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือความสามารถของกฎหมายอาญาภาคทั่วไป เพราะการกระทำความผิดแต่ละฐานความผิดในกฎหมายอาญาภาคความผิดมีความแตกต่างกันออกไป และความรุนแรงที่มีผลกระทบต่อผู้เสียหายและสังคมก็ไม่เท่ากัน ในเรื่องการลงมือกระทำความผิดนั้น จะใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นตัวกำหนดในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด ควรพิจารณาถึงข้อหาความผิดด้วย ซึ่งการฆ่าผู้อื่น โดยมีหรือใช้อาวุธนั้น เป็นข้อหาที่ร้ายแรงและกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนในสังคมเป็นอย่างมาก ประกอบกับการลงมือให้เป็นความผิดสำเร็จนั้นสามารถกระทำได้ง่ายและรวดเร็ว จึงควรพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบว่าการกระทำใดจะถือว่าเป็นเข้าขั้นลงมือแล้ว ซึ่งปัจจุบันนี้ศาลฎีกาของประเทศไทยยึดถือหลักความใกล้ชิดต่อผล ก็จะต้องถึงขนาดยกปืนขึ้นเล็งหรือเจ็อมัดขึ้นฟันเสียก่อนจึงจะถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด ซึ่งขอบเขตของการลงมือจนถึงขั้นความผิดสำเร็จจะแคบมาก ดังนั้นในการวินิจฉัยคดีความผิดกรณีนี้จึงไม่ควรจะยึดถือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเพียงทฤษฎีเดียวมาวินิจฉัย แต่ควรพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆประกอบด้วย จะทำให้การวินิจฉัยเป็นไปได้อย่างถูกต้อง และไม่กระทบกระเทือนต่อหลักเกณฑ์การป้องกันสังคมและหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ประกอบกับในเรื่องการลงมือฆ่าผู้อื่น โดยมีหรือใช้อาวุธนั้น หากดูพฤติการณ์แล้วเข้าหลักเกณฑ์เป็นความผิดที่เป็นความผิดซับซ้อน คือมีการวางแผนหรือมีการคิด ไตร่ตรองมาก่อนที่จะมีการฆ่าแล้ว เพียงการกระทำบางประการที่ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นยกปืนขึ้นเล็ง เช่น การดักรอผู้เสียหายโดยมีอาวุธปืนบรรจุในรังเพลิง หรือการชักอาวุธปืนออกมาเมื่อพบเจอผู้เสียหาย ก็ถือได้ว่าเป็นการยื่นยันเจตนาหรือเป็นเครื่องมือที่พิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการลงมือกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว

4.3 วิเคราะห์ข้อดีข้อเสียของทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวกับการลงมือกระทำความผิด

ทฤษฎีที่สร้างขึ้นมาเพื่อมาอธิบายลักษณะของการลงมือกระทำความผิดและกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดออกจากการเตรียมกระทำ

ความคิด ตามที่กฎหมายพยายามต้องการในประเทศต่าง ๆ นั้น จะมีระดับกว้างแคบ ข้อดีข้อเสีย แตกต่างกันไปดังต่อไปนี้³

1. ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ตามคำแนะนำของผู้พิพากษา Lord Mansfield ถือว่าการลงมือกระทำความคิดเป็นการกระทำใดๆ ที่ได้กระทำออกมาในการส่งเสริมผลักดันเจตนาในการกระทำความคิดทางอาญาออกมาให้คืบหน้า トラบเท่าที่ปราศจากการกระทำในการเปิดเผยเจตนาออกมา กฎหมายจะไม่ลงโทษ แต่ในทันทีทันใดที่ได้กระทำการกระทำพิจารณาจึงเจตนาที่กระทำลงไปด้วย และ หากว่ามีเจตนามุ่งร้ายและผิดกฎหมายถึงแม้ว่าการกระทำที่แสดงออกมาในตัวมันเองจะไม่คิดจะทำให้การกระทำนั้นเป็นการประกอบอาชญากรรมและควรถูกลงโทษ โดยถือหลักกว่าเจตนาเป็นความคิด การกระทำเป็นแค่หลักฐานของเจตนาที่เป็นความคิดนั้นเท่านั้น

ทฤษฎีนี้มีข้อดีคือ เป็นทฤษฎีที่ตรงไปตรงมา ในการตัดสินของศาลต้องการพิจารณาเพียงว่าจำเลยได้กระทำการบางอย่างในการดำเนินการที่ส่งเสริมการก้าวไปสู่จุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขาหรือไม่ สามารถให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาดำเนินการได้แต่เนิ่นๆ เมื่อผู้ต้องสงสัยเริ่มมีแนวโน้มในการก่ออาชญากรรม อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรมของตำรวจได้อย่างได้ผล แต่ทฤษฎีนี้ก็ยังมีข้อเสียก็คือ ขอบเขตของการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความคิดตามทฤษฎีนี้กว้างมากเกินไป อาจทำให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและการปกป้องผลประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของชุมชน และจากข้อพิจารณาในความสมดุลถึงสิทธิส่วนบุคคลกับการคุ้มครองป้องกันอาชญากรรมของชุมชนก่อให้เกิดทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ได้ถูกเสนอโดยผู้พิพากษา Parke B มีใจความสำคัญคือการให้โอกาสอาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งการกระทำตามเจตนาของเขาโดยสมัครใจ (locus poenitentiae) เสียก่อน จนกว่าเขาจะได้ออกมือกระทำการใดๆ ไปจนหมดสิ้นไปแล้วในพฤติกรรมที่เขาสามารถจะกระทำการประกอบอาชญากรรมนั้นจึงจะถือเป็นการลงมือกระทำความคิด

และผู้พิพากษา Lord Diplock ความหมายของการกระทำขั้นสุดท้าย ตามทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายไว้ว่าหมายถึง “การตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยว” เปรียบเสมือน “การข้ามแม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ” (rubicon – crossing) ซึ่งหมายถึง การที่ผู้หนึ่งได้ข้ามเส้นแบ่งระหว่างความลังเลและการตกลงใจของเขาโดยในการกระทำของเขาแสดงให้เห็นถึงการไม่เปลี่ยนแปลงในเจตนาที่จะมุ่งสู่การกระทำความคิด เว้นแต่จะถูกขัดขวางหรือปกป้องจากการทำของเขาเช่นนั้น โดยไม่ได้ตั้งใจ

³ อุตริรุต เชมะวนิช. (2549). *การพยายามกระทำความคิด: ศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การแบ่งแยก ระหว่างการลงมือกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิด* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. น. 112-119..

2. ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย มีข้อดีคือ การรับเอาเรื่องอาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจทิ้งแผนการ (locus poenitentiae) เป็นการเคารพในการตัดสินใจของบุคคลเพื่อหลีกเลี่ยงในการรับผิดชอบทางอาญา ส่วนข้อเสียก็คือ เป็นทฤษฎีที่กำหนดขนาดของการลงมือกระทำผิดแคบเกินไป ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายจะลงโทษการกระทำต่อเมื่อการกระทำนั้นได้เข้าใกล้ผลสำเร็จหรือความผิดสำเร็จแล้ว ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายต้องการหลักฐานทางการกระทำเป็นองค์ประกอบของความผิดมากกว่าที่จะเป็นรูปแบบหลักฐานของเจตนา โดยถือว่ากระทำของผู้กระทำเป็นส่วนประกอบในการกระทำทั้งหลายที่เข้าใกล้ผลสำเร็จของการประกอบอาชญากรรมโดยสมบูรณ์ ซึ่งอาจทำให้การกระทำบางการกระทำที่ควรจะเป็นอาชญากรรมและถูกลงโทษพ้นผิดไป ต่อมาได้มีการเพิ่มข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “การกระทำที่ห่างไกล” (remote) “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด” (immediately connected) และข้อพิจารณา “การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้” (possible intervention) เข้ามาเป็นข้อพิจารณาเพิ่มเติมในการวินิจฉัยการกระทำที่มีลักษณะเป็นการลงมือพยายามกระทำผิด อันเป็นต้นกำเนิดของการพัฒนามาเป็นทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory)

3. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) แบ่งออกเป็นทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของประเทศอังกฤษ เป็นทฤษฎีที่พัฒนามาจากทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายจากคำกล่าวของผู้พิพากษา Parke B ในข้อพิจารณาการกระทำที่ห่างไกล (remote) กับกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดโดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการประกอบอาชญากรรม

Stephen นักวิชาการทางกฎหมายได้ให้ความหมายของการกระทำเกี่ยวข้องกันใกล้ชิดไว้ว่า หมายถึง ส่วนของการกระทำที่ซึ่งก่อให้เกิดข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายไม่มีการหยุดชะงักนำไปสู่การกระทำที่เป็นความสำเร็จ ซึ่งเป็นการกระทำที่เริ่มต้นติดต่อกันไปมากกว่าการกระทำแรกอันเป็นการกระทำที่สมบูรณ์ประกอบด้วยเจตนาในการกระทำผิด และขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละคดีด้วย ซึ่งในประเทศไทยไม่ค่อยให้ความสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการต่อไปสู่การกระทำผิดในการพิจารณา

ต่อมา Lord Diplock ได้ให้ข้อพิจารณาเพิ่มเติมเรื่อง “โอกาสที่น่าจะเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจ” (probable desistance) เข้าไปเป็นข้อพิจารณาในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอีกประการหนึ่ง โดยเห็นว่าการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลนอกจากเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายนำไปสู่การกระทำผิดแล้วต้องประกอบไปด้วยลักษณะการกระทำที่ชี้ให้เห็นเจตนาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้แน่นอนในการดำเนินการประกอบอาชญากรรมของผู้กระทำ ยกเว้นว่า จะถูกขัดขวางโดยจงใจไม่ให้กระทำดังนั้นด้วย คือ การคำนึงถึงโอกาสความเป็นไปได้ในการล้มเลิกในความตั้งใจในการทำความผิดของผู้กระทำด้วยการเพิ่มเติม

เรื่องโอกาสที่น่าจะเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจของ Lord Diplock เข้าไปในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลทำให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้ก็แคบลงอย่างมาก และอีกแนวทางหนึ่ง คือ ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส มีแนวความคิดแบ่ง ออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายหนึ่ง ใช้หลักเกณฑ์การแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมโดยถือการกระทำเป็นหลัก (objective) เห็นว่าการกระทำจะเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดก็ต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั้นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดนั้น โดยเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น หรือต้องเป็นองค์ประกอบให้ความผิดมีโทษหนักขึ้น ฝ่ายที่สองถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก (subjective) ฝ่ายนี้เห็นว่าการลงมือพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นเจตนาแน่ชัดที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนาที่น่าจะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิด ความคิดเห็นของฝ่ายหลังกว้างกว่าฝ่ายแรกและศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับฝ่ายหลังนี้

4. ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ เนื่องจากความไม่แน่นอนของการตัดสินของศาลตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล สถานิติบัญญัติของอังกฤษจึงได้แก้ไขปัญหานี้โดยการกำหนดความหมายและขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดไว้เป็นมาตรา 1(1) ของพระราชบัญญัติให้หมายถึง “การกระทำที่มากกว่าการเตรียมเท่านั้น” (more than an act of mere preparation) ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการเข้าใจผิดลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิด (proximate) หรือห่างไกล (remote) ต่อผลแบบเดิม และเรียกร้องให้แทนที่โดยการกระทำการใดๆ ซึ่งเป็นเพียงการดำเนินการโดยตรง ไปสู่การกระทำความผิดและมากกว่าการเตรียมเท่านั้น ซึ่งหมายถึงการเข้าไปสู่การกระทำความผิดและมากกว่าการเตรียมเท่านั้น ซึ่งหมายถึงการเข้าไปสู่กระบวนการเริ่มต้น (embarked on) ความผิดของฐานนั้นๆนั่นเองซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำแต่ก็ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการตีความที่ศาลของอังกฤษยังคงติดขัดอยู่กับคำพิพากษาในแนวทางตามระบบ Common Law เดิมอยู่

5. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory) ใช้ออยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกากระยะหนึ่ง เสนอโดย Holmes เป็นทฤษฎีที่พัฒนามาจากทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล เน้นการพิจารณาไปที่ “จุดใกล้อันตราย” ของการกระทำซึ่งเห็นว่าเป็นเป้าหมายของกฎหมายพยายามมิใช่เพื่อลงโทษการกระทำที่ผิดบาป แต่เพื่อเป็นการเน้นใจในการป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นจากอาชญากรรมนั้นต่างหาก อันเป็นแนวคิดที่ตรงกับแนวคิดปรัชญาพื้นฐานของการบัญญัติ

ความผิดฐานพยายาม การลงมือพยายามกระทำความผิดจึงไม่จำเป็นต้องกระทำการขั้นสุดท้ายแต่ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดกับอันตรายของความผิดสำเร็จ ที่จะมีส่วนผันแปรไปตามสถานการณ์ที่ประกอบไปด้วยความใกล้ชิดอันตราย ความใหญ่โตของภัยอันตราย ระดับความรู้สึกหวั่นกลัว รวมถึงโดยคนที่ผู้กระทำจะเปลี่ยนความตั้งใจ คล้ายกับทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของเยอรมนี

6. ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) เป็นทฤษฎีที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code 1962) ของอเมริกา มาตรา 5.01 ใจความสำคัญ คือ เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้วถือว่ามี การลงมือกระทำผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอื่นๆประกอบด้วย แตกต่างจากทฤษฎีการกระทำในขั้นสุดท้าย (Last acts theory) และทฤษฎีการกระทำใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) คือ ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำสิ่งใดลงไปแล้วบ้าง (What the actor has already done) ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำในขั้นสุดท้ายหรือการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ตรงกันข้ามกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายที่ว่า การกระทำขั้นสุดท้ายต้องพิจารณาว่ายังมีสิ่งใดอีกหรือไม่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อให้ความผิดเกิดขึ้น (what remains to be done) หากยังมีสิ่งอื่นใดที่ยังต้องกระทำอีกก็ยังไม่เป็นความผิด และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่พิจารณาถึงการให้โอกาสการกลับใจของผู้กระทำที่ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการกระทำความผิดแล้วจึงจะมีความผิด ซึ่งแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ เป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปอย่างมาก มากกว่าทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลทฤษฎีการกระทำในขั้นสุดท้าย และข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษ

มีข้อดีคือ สามารถลงโทษเหล่าจำเลยจำนวนหนึ่งที่ศาลหลายแห่งได้ตัดสินปล่อยตัวให้พ้นผิดไปหรือไม่เห็นด้วยให้เป็นความผิดฐานพยายาม เป็นการสามารถป้องกันความเสียหายและจับกุมผู้ที่กระทำความผิดได้แต่เนิ่นๆ ข้อเสีย คือ ทฤษฎีนี้จะจับกุมผู้กระทำความผิดในขั้นเตรียมเข้าไปด้วยซึ่งอยู่นอกเหนือความหมายของกฎหมายพยายาม ความกว้างและเคลือบคลุมของทฤษฎีนี้จะมีส่วนพาดพิงหรือเป็นอันตรายร้ายแรงถึงสิทธิส่วนบุคคลและมีความเป็นไปได้ของการเกิดการกดขี่ประชาชนจากผู้มีอำนาจหน้าที่ ตามตัวอย่างของ Model Penal Code เป็นการกระทำที่เกินความจำเป็นทำให้เกิดระดับความไม่แน่นอนในการพิจารณาสำหรับศาลหลายแห่งที่ไม่มีประสบการณ์

7. ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (Unequivocal acts theory) เป็นทฤษฎีที่เคยใช้อยู่ในประเทศนิวซีแลนด์ระยะหนึ่งแต่ไม่ได้รับความนิยม ใจความสำคัญคือ หากการกระทำนั้นในตัวมัน

เองเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอสำหรับเจตนาในการกระทำความผิดอาญาซึ่งเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาชัดเจนในการก่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นในตัวเองก็เป็นการพยายามกระทำความผิด เป็นการมองเฉพาะในตัวของการกระทำนั้นขณะนั้นเท่านั้นว่าเป็นการกระทำความผิดหรือไม่ จะไม่นำพยานหลักฐานอื่นก่อนหลังมาประกอบการพิจารณา เช่น ไม่นำพฤติกรรมก่อนการกระทำหรือการรับสารภาพของผู้กระทำผิดเข้ามาพิจารณาด้วย มีข้อเสีย คือ จะเป็นการจำกัดให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดแคบเกินไปในบางกรณี และในบางกรณีก็สามารถตีความให้กว้างเกินไปได้

8. ทฤษฎีการกระทำที่เป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) เป็นทฤษฎีที่ใช้อยู่ในประเทศเยอรมนี มีใจความสำคัญ คือ การกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่มีกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองหรือคุ้มครองทางกฎหมาย (Rechtsgut of directly dangerous to interest protected under the law) โดยการพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นกระทบหรือเป็นอันตรายต่อคุ้มครองทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนั้นๆแล้วหรือไม่ ประกอบกับคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย ซึ่งใจความสำคัญในตัวทฤษฎีมีความคล้ายคลึงเทียบกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ระยะหนึ่ง มีข้อดี คือ เป็นแนวคิดที่ตรงไปตรงมา ศาลสามารถมีดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางเพื่อคุ้มครองสังคมจากผู้กระทำความผิด มีเหตุผลในการอธิบายรองรับได้อย่างเหมาะสม และสามารถทราบถึงเหตุผลและระดับแนวคิดในการตัดสินของผู้พิพากษาได้อย่างแน่ชัด ข้อเสีย คือ ขอบเขตของการใช้ดุลยพินิจจะกว้างมาก หากนำมาปรับใช้ต้องมีกระบวนการในการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของศาลให้เป็นรูปธรรมและชัดเจนมากกว่าปัจจุบัน

จากที่ได้กล่าวมาสามารถวิเคราะห์แบ่งแยกทฤษฎีต่างๆข้างต้นออกได้เป็น 2 จำพวกใหญ่ๆ คือ

1. จำพวกทฤษฎีจุดเข้าใกล้ หมายถึง ทฤษฎีที่ใช้ระดับความใกล้ชิดหรือห่างไกลกับสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เช่น ผลสำเร็จของความผิด องค์ประกอบของความผิดหรือความเป็นอันตรายของการกระทำนั้นเป็นจุดวัด ทฤษฎีเหล่านี้จะเน้นมองการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกของผู้กระทำในลักษณะภาวะวิสัย ส่วนทฤษฎีว่าแค่ไหนใกล้หรือไกลจะใช้บุคลาธิษฐาน (ภาวะวิสัย) ของตัวผู้ตัดสินเป็นตัวชี้วัดในประเทศ Common Law ได้แก่ อังกฤษ ในประเทศ Civil Law คือ ศาล ได้แก่ ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory) และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) เป็นต้น

2. จำพวกทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำ หมายถึง ทฤษฎีที่ใช้ระดับความเป็นอันตรายของการกระทำเป็นตัวชี้วัด ทฤษฎีเหล่านี้เน้นมองลักษณะของการกระทำที่แสดงออกมาของผู้กระทำในลักษณะภาวะวิสัยเช่นกัน แต่จุดวัดถึงความเป็นอันตรายจะขยายครอบคลุมกว้างเข้าไปในด้านอัตตะวิสัยของผู้กระทำมากกว่า โดยให้ดุลยพินิจแก่ผู้ตัดสินเน้นไปในทางคุ้มครองป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น ทฤษฎีจำพวกนี้ได้แก่ ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ซึ่งกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) ของสหรัฐอเมริกา และทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของประเทศเยอรมนี เป็นต้น

3. ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) ตามที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code 1962 section 5.01) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีใจความสำคัญ คือ เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้วถือว่ามีกรลงมือกระทำผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอื่นๆ ประกอบด้วย และให้ตัวอย่างของการกระทำในขั้นตอนสำคัญไว้ด้วย เช่น การดักรอ การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ที่จะใช้ในการกระทำความผิด หรือการตรวจตราสถานที่ที่จะกระทำความผิด เป็นต้น ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างมากคล้ายกับทฤษฎีการกระทำแรก (First act theory) ของอังกฤษในยุคต้นๆ

4. ทฤษฎีการกระทำที่เป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ในประเทศเยอรมนี ใจความสำคัญ คือ การกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่มีกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมาย โดยพิจารณาการกระทำของผู้กระทำนั้นใกล้ชิดต่ออันตรายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย โดยพิจารณาการกระทำของผู้กระทำนั้นใกล้ชิดต่ออันตรายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนั้นๆหรือไม่ ประกอบกับคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย ซึ่งคล้ายกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายที่เคยใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริการะยะหนึ่ง

จะเห็นได้ว่าปัจจุบันในทุกๆ ประเทศเห็นด้วยกับการขยายขอบเขตของการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปให้คุ้มครองสังคมมากขึ้น ประเทศอังกฤษในปัจจุบันไม่ได้ใช้เพียงทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลมาเป็นหลักในการอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ใช้ข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (Criminal Attempts Acts 1981) ตาม

มาตรา 1(1) ที่ว่า การพยายามกระทำความผิดหมายถึงการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำความผิด (more than an act mere preparation) ซึ่งมีความหมายเป็นกลางๆ ระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลและทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย อันเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าเดิมโดยมุ่งแนวทางด้านอรรถะวิสัยของผู้กระทำมากขึ้น ปรับเอนเข้ามาคล้ายกับประเทศในส่ว Civil Law ที่ยึดแนวคิดตามทฤษฎีอรรถะวิสัยเป็นมาตรฐานซึ่งการอธิบายถึงระดับของการลงมือพยายามกระทำความผิดที่มีขอบเขตกว้างกว่า Common Law เดิม อยู่แล้วได้แก่ ประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ที่มีแนวคิดเน้นไปทางอรรถะวิสัย ส่วนประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ที่ความกว้างแคบของการลงมือพยายามกระทำความผิดขึ้นอยู่กับกระทำความผิดนั้นกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่ยกกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานนั้นหรือไม่ ที่สามารถให้ศาลใช้ดุลยพินิจคุ้มครองบุคคลในสังคมได้อย่างกว้างขวาง ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 5.01 ประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของอเมริกา (Model Penal Code) ซึ่งขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าประเทศอังกฤษมาก

ซึ่งการที่ประเทศใดจะเห็นด้วยและนำทฤษฎีใดไปปรับใช้ขึ้นอยู่กับความเห็นด้วยกับแนวคิดในการกำหนดสัดส่วนระหว่างสภาวะจิตใจกับการกระทำในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดตามมุมมองใดระหว่างมุมมองด้านอรรถะวิสัยกับภาวะวิสัย และขึ้นอยู่กับมุมมองการให้ความหมายยุติธรรมทางอาญาของประเทศนั้นๆว่าในช่วงนั้นสังคมเห็นด้วยกับมุมมองทางด้านใดระหว่างการให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนหรือการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมและการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน

4.4 วิเคราะห์ข้อเท็จจริงการลงมือฆ่าผู้อื่นโดยใช้อาวุธกับทฤษฎีการกระทำความผิด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 147/2504 จำเลยยกปืนที่พร้อมจะยิงได้จ้องเล็งไปทางเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งกำลังกดปล้ำจับกุมพวกจำเลยโดยเจตนาจะยิง แม้ยังมี탄ขึ้นนกกปืน เป็นพยายามฆ่า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1647/2512 จำเลยไม่พอใจผู้เสียหายและพูดว่าเดี๋ยวยิง ผู้เสียหายทำให้อยิ่ง จำเลยจึงควักปืนออกมาปากกระบอกเพิ่งพ้นจากเอวยังไม่ทันหันหันมาทางผู้เสียหายก็ถูกผู้เสียหายแย่งไป การที่จำเลยชักปืนออกมาเป็นเพียงเตรียมการ ยังไม่ถึงขั้นลงมือ ไม่เป็นการพยายามกระทำความผิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 1120/2517 ตำรวจเข้าจับกุมจำเลย จำเลยชกปืนออกจากเอวแล้ว กระชากลูกเลื่อนเพื่อให้กระสุนเข้าลำกล้องก็ถูกเข้าแย่งปืนได้ ยังไม่ถือว่าได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว เพราะกระสุนยังไม่เข้าลำกล้อง มิได้จ้องปืนเล็งไปทางตำรวจ นิ้วยังมีได้และอยู่ที่โกป็น แสดงว่ายังไม่อยู่ในสภาพพร้อมที่จะยิง ยังไม่ผิดฐานพยายามฆ่า

คำพิพากษาฎีกาที่ 596/2486 วินิจฉัยว่า ชกมีคอกออกมาทั้งฝัก ยังไม่เข้าขั้นพยายาม

ในทางปฏิบัติศาลจะเป็นผู้ตีความและปรับใช้กฎหมายโดยแสดงออกมาทางคำพิพากษาต่างๆ ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนั้น สรุปได้ว่าศาลไทยพิจารณาในประเด็นว่าการกระทำของจำเลยนั้นได้กระทำถึงขั้นยกปืนขึ้นเล็งผู้เสียหายแล้วหรือไม่ ซึ่งหากยังไม่ถึงขั้นยกปืนขึ้นเล็งก็ยังไม่ถือว่าลงมือกระทำความผิด ซึ่งหากจะวิเคราะห์ตามแนวทฤษฎีต่างๆ นั้น อาจวินิจฉัยได้ดังนี้

ทฤษฎีการกระทำแรก ที่ถือเอาการกระทำใดการกระทำหนึ่งบางประการที่เป็นการดำเนินการส่งเสริมความคืบหน้าไปสู่ความผิดสำเร็จ ก็อาจพิพากษาว่าจำเลยได้กระทำการถึงขั้นลงมือฆ่าแล้ว เพราะการกระทำต่างๆ ตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษานั้น ไม่ว่าจะเป็นการควักปืนออกมามือกระชากลูกเลื่อนปืน และการชกดาบออกมานั้น ถือเป็นการกระทำที่จะมุ่งไปสู่ความผิดแล้ว

ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย ที่มีแนวคิดคือการให้จำเลยมีโอกาสตัดสินใจจะทิ้งการกระทำตามเจตนาของเขาโดยสมัครใจจนกว่าเขาจะได้ลงมือกระทำการใดๆ ไปจนหมดสิ้นแล้วในพฤติการณ์ที่เขาสามารถจะกระทำได้ในการประกอบอาชญากรรมนั้น หรือกล่าวว่าเป็นการกระทำที่สุดท้ายที่จะสามารถทำให้เป็นความผิดเป็นผลสำเร็จนั่นเอง ซึ่งจิตใจของจำเลยนั้นเป็นการตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยวและกระทำลงไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของจำเลย ซึ่งหากพิจารณาโดยอาศัยหลักทฤษฎีนี้การกระทำของจำเลยจะต้องดำเนินไปจนถึงขั้นลั่นไกปืนเสียก่อน จึงจะถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด ดังนั้นขั้นตอนการลงมือกระทำความผิดจะแคบมาก ซึ่งอาจส่งผลให้ศาลไม่อาจลงโทษจำเลยได้แม้ว่านิ้วมือของจำเลยจะอยู่ในโกป็นแล้วก็ตาม

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ที่มีแนวคิดว่าการลงมือกระทำความผิดเริ่มเมื่อต้นเมื่อมีการกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิดกับการกระทำความผิด อันเป็นการกระทำโดยตรงที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรม ซึ่งในทางปฏิบัติที่ผ่านมาศาลจะใช้ทฤษฎีนี้มาปรับใช้ในการวินิจฉัย สังเกตได้จากในคำพิพากษา ศาลจะใช้คำต่างๆ ดังนี้ “การกระทำของจำเลยเข้าขั้นสำคัญที่ติดต่อกับใกล้ชิดต่อการกระทำผิดโดยบริบูรณ์” “เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จแล้ว” “เหตุอันใกล้ชิดอันก่อให้เกิดขึ้น” “ยังห่างกับเหตุ” เป็นเหตุใกล้ชิดต่อภัยอันตราย” “ได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นประจักษ์แล้ว” “การกระทำของจำเลยหวนหวัดที่จะยังผู้เสียหายให้ตายได้ทีเดียว” “การกระทำของจำเลยเป็นขั้นตอนสุดท้ายและใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้นพ้นขั้นเตรียมการแล้ว” เป็นต้น แต่การลงมือฆ่าผู้อื่นโดยใช้อาวุธปืนนั้น การกระทำ

ขั้นตอนใดที่จะถือว่าใกล้ชิดต่อผลนั้นตามค่าต่างๆข้างต้นที่ศาลได้กำหนดขึ้นนั้น ศาลไทยได้ตีความว่าการกระทำต้องถึงขั้นลงมือจึงจะถือว่าใกล้ชิดต่อผล และพ้นขั้นเตรียมตั้งแต่ยกปิ่นขึ้นเลี้ยง ซึ่งเห็นว่าขอบเขตขั้นตอนการเตรียมจะกว้างมาก แต่ขอบเขตขั้นตอนการลงมือจะแคบมาก เพราะหลังจากการเลี้ยงแล้วเพียงแต่เหนี่ยวไกปืนก็จะเป็นความผิดสำเร็จทันที

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตราย แนวคิดทฤษฎีนี้มุ่งไปที่ทำให้เกิดความสมดุลที่ถูกต้องระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและผลประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของสังคม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยั้งการกระทำที่เป็นอันตรายที่จะทำให้เกิดความหวาดหวั่นหวาดกลัวต่อผู้อื่น และสังคมอย่างแท้จริงให้ได้ผลมากขึ้น โดยอาจยอมรับว่าการลงมือกระทำความผิดนั้นอาจเริ่มขึ้นก่อนที่การกระทำจะไปไกลถึงการกระทำขั้นสุดท้าย ซึ่งหากนำทฤษฎีนี้มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาของศาลไทยแล้ว การที่เพียงแต่พกพาอาวุธปืนไปเพื่อจะยิงผู้อื่น แม้จะยังมีถึงขั้นยกปิ่นขึ้นเลี้ยง ย่อมเป็นการกระทำที่ส่งผลให้เกิดความรู้สึกหวาดกลัวต่อผู้อื่นและสังคมแล้ว

ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ เป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดพิจารณาถึงการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญลงไปแล้วหรือไม่ โดยไม่คำนึงว่าการกระทำดังกล่าวนั้นจะเป็นการกระทำในขั้นสุดท้ายแล้วหรือไม่ หรือการกระทำนั้น ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จแล้วหรือไม่ ซึ่งขั้นตอนการลงมือจะมีความกว้างและยังมีความเคลือบคลุมอยู่ ซึ่งในกรณีนี้การพิจารณาพิพากษาต้องเพิ่มการตรวจสอบค้นหาความจริงให้มากกว่าเดิม เพื่อให้ความเคลือบคลุมในส่วนของกรกระทำนั้นมีความชัดเจน ซึ่งสอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีอาญาที่จะต้องตรวจสอบค้นหาความจริงในคดี ซึ่งตามข้อเท็จจริงนั้น หากกรณีที่มีการพกพาอาวุธปืนไปและมีการชักปืนออกมาแล้วแต่ยังไม่มีการยกปิ่นขึ้นเลี้ยง แต่หากได้มีการสืบพยานหลักฐานประกอบจนมีความชัดเจนว่าจำเลยมีเจตนาจะฆ่าอย่างแน่นอนและไม่มีเปลี่ยนแปลงหรือยั้ง ศาลก็สามารถพิพากษาได้ว่าการกระทำนั้นถึงขั้นลงมือกระทำแล้ว

ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ ทฤษฎีนี้จะมองเฉพาะในตัวของการกระทำนั้นขณะนั้นเท่านั้นว่าเป็นการกระทำความผิดหรือไม่ การกระทำในขณะนั้นมีความไม่เคลือบคลุมที่ปรากฏชัดเจนในเจตนาประกอบอาชญากรรมหรือไม่ ทำให้ขาดความแน่นอนในการพิจารณาว่าการกระทำอันเดียวกันนั้น บางครั้งเป็นการเตรียม และในบางครั้งเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว ซึ่งตามข้อเท็จจริงการชักปืนออกมาจากเอวแต่ยังไม่ยกปิ่นขึ้นเลี้ยงนั้น ในขณะนั้นมีความชัดเจนพอหรือไม่ว่าจะมีการยกปิ่นขึ้นเลี้ยงและเหนี่ยวไกปืนหรือไม่ หากในขณะนั้นมีความชัดเจนว่าต่อไปจะยกปิ่นขึ้นเลี้ยงและเหนี่ยวไก การที่ชักปืนออกมาจากเอวก็ถือเป็นการลงมือกระทำแล้ว แต่หากในขณะนั้นมีความชัดเจนว่าเพียงแต่ชักออกมาแต่จะไม่ยกปิ่นขึ้นเลี้ยง หรือเป็นการชักออกมาเพียงเพื่อจะข่มขู่เท่านั้น การที่เพียงแต่ชักปืนออกมาก็ยังไม่เป็นการลงมือกระทำความผิด

ทฤษฎีการกระทำที่เป็นอันตรายของการกระทำนั้น ทฤษฎีนี้มีหลักการว่าการกระทำใดจะเป็นพยายามก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นถึงความคุกคามต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรง โดยคำนึงถึงความใกล้ชิดของอันตรายหรือความเสียหาย หรือความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชน ซึ่งหากนำทฤษฎีนี้มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงแล้ว การที่จำเลยพกพาอาวุธปืนออกมานั้น จะเห็นได้ว่าอาวุธปืนหรือมีดเป็นอาวุธที่ร้ายแรง สามารถทำอันตรายต่อชีวิตได้ง่ายที่สุดเมื่อเทียบกับอาวุธชนิดอื่น ย่อมเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรู้สึกหวาดกลัวของบุคคลทั่วไป เมื่อมีพฤติการณ์ชักออกมาจากเอวและมีพยานหลักฐานตามสมควรว่ามีเจตนาจะฆ่าแล้ว เพียงแต่ชักออกมาหรือการพกพาอาวุธปืนก็อาจถือได้ว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว

จากการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงตามแนวทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเริ่มลงมือกระทำความผิดแล้ว จะเห็นว่าไม่อาจยึดถือทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเพียงอย่างเดียวในการพิจารณาวินิจฉัย เพราะแต่ละทฤษฎีก็มีจุดบกพร่องมากน้อยแตกต่างกันออกไป ดังนั้นการที่ศาลไทยวินิจฉัยโดยอาศัยเฉพาะทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอย่างเคร่งครัดเพียงทฤษฎีเดียว ย่อมทำให้การวินิจฉัยอาจคลาดเคลื่อนต่อความจริงและระดับความชั่วร้ายของจำเลยได้