

เนื่องด้วย ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 บัญญัติไว้แต่เพียงว่าการพยายามกระทำความผิดหมายถึงการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปโดยตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ส่วนการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความผิดนั้นมีความหมาย หรือลักษณะอย่างไร ไม่มีการกำหนดหรืออธิบายไว้อย่างชัดเจน แต่จะปล่อยให้เป็นที่ของศาลและนักวิชาการเป็นผู้สร้างแนวคิด กำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาใช้และอธิบายกันเอง

ทางวิชาการ ได้ให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิดปรากฏตามขั้นตอนการเกิดความคิดทางอาญาว่าหมายถึง การกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมมาแล้วแต่ยังไม่เกิดเป็นความคิดสำเร็จ ซึ่งระดับของการกระทำเช่นนี้จะมีลักษณะเป็นช่วงของการกระทำที่มีขอบเขตกว้างแตกต่างกัน เริ่มตั้งแต่มีกระทำที่ผ่านพ้นการเตรียมกระทำความผิดมาเล็กน้อย มีการกระทำแรก (first acts) เรื่อยไปจนกระทั่งมีการกระทำเข้าใกล้กับการเกิดความคิดสำเร็จ มีการกระทำขั้นสุดท้าย (last acts) ก่อนเกิดเป็นความคิดสำเร็จเลขที่เดียว การกำหนดตำแหน่งของการกระทำดังกล่าว จึงเป็นการให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิด ซึ่งการกำหนดความหมายของการลงมือกระทำความผิดนั้นเป็นการกำหนดกรอบเริ่มต้นของความคิดฐานพยายาม และเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดด้วย ซึ่งการกำหนดตำแหน่งของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดดังกล่าว เป็นปัญหาหนึ่งที่มีการถกเถียงกันอย่างมาก

ทางปฏิบัติ แนวคำพิพากษาของศาลไทยส่วนใหญ่ถือระดับการใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความคิดเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยก และให้ความหมายถึงลักษณะของการลงมือที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดดังกล่าว โดยถือว่าการใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความคิดต้องถึงขนาดใกล้ชิดกับองค์ประกอบของความผิดหรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำในองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ

หรือเหตุการณ์ที่เทียบได้กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ของต่างประเทศในแนวทางที่มุ่งตีความทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในความหมายแคบ ทำให้การวินิจฉัยลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดแคบลงไปมากในบางฐานความผิด เช่น ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานฆ่าคนโดยใช้ปืนยิง เป็นต้น ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนและบางกรณีขัดต่อความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไปได้ ทั้งยังปรากฏแนวคำพิพากษาส่วนน้อยที่พิจารณาเห็นแตกต่างออกไป กล่าวโดยสรุปแล้วเกี่ยวกับเรื่องนี้แนวทางปฏิบัติของไทยยังไม่แน่นอนว่าอิงอยู่กับแนวคิดตามทฤษฎีใด แต่ขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจไปตามควรแก่กรณี (case by case)

ปัจจุบัน ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law และ Common Law เห็นพ้องต้องกันว่า ควรมีการกำหนดกรอบที่สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไป (general) ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมาย (theory) มาใช้กับเรื่องนี้ เพื่อนำไปใช้และอธิบายได้กับข้อเท็จจริงในทุก ๆ กรณี และควรมีการขยายขอบเขตของกฎหมายพยายามกระทำความผิดออกไปให้คุ้มครองสังคมมากขึ้น ในประเทศอังกฤษปัจจุบันเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ถูกกำหนดโดยพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (Criminal Attempts Acts 1981) ซึ่งให้ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดว่าหมายถึง การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำความผิด (more than merely preparatory) ที่มีความหมายเป็นกลางระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) และทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) อันเป็นการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าเดิมโดยมุ่งแนวทางทางด้านอัตตะวิสัย (subjective) ของตัวผู้กระทำมากขึ้น ปรับเอนเข้ามาคล้ายกันกับประเทศในส่วน Civil Law ที่ยึดแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory) มาเป็นมาตรฐานในการอธิบายอยู่แล้ว ซึ่งการอธิบายถึงความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดจะมีขอบเขตกว้างกว่า Common Law เดิม อยู่แล้ว ในประเทศฝรั่งเศสใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ซึ่งมีแนวคิดเน้นไปในทางอัตตะวิสัย ในประเทศเยอรมนีใช้ทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ซึ่งขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าประเทศอังกฤษมาก

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการให้ความหมายและกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ในลักษณะที่เป็นการวางกรอบมาตรฐานโดยทั่ว ๆ ไป ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมาย ที่มีการอธิบายหลักการและเหตุผลในการนำมาใช้อย่างชัดเจน และทฤษฎีที่นำมาใช้ควรขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดเข้าไปคุ้มครองสังคมมากขึ้น เช่นเดียวกันกับนานาประเทศในปัจจุบัน

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการใช้ระดับของการใกล้ชิดมาอธิบายความหมายของการลงมือกระทำความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด โดยความหมายลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิดควร หมายถึง การกระทำที่เป็นการกระทำความผิดโดยตรงต่อเนื่องมุ่งไปสู่การก่อให้เกิดความผิด ส่วนจะใกล้ชิดกับอะไร หรือใช้อะไรเป็นจุดวัด ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการใช้ผลสำเร็จของความผิดตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) มาเป็นจุดวัด แต่เห็นด้วยกับการนำหลักการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมตามกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) มาเป็นจุดวัด ซึ่งจะทำการวินิจฉัยผันแปรไปตามชนิดและฐานความผิด เช่นนี้จะเป็นการแก้ปัญหาในการวินิจฉัยความผิดต่าง ๆ ให้แน่นอนชัดเจนขึ้นได้ เช่น ในกรณีที่มีความผิดฐานฆ่าคนโดยใช้ปืนยิงก็ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเล็ง การข่มขืนกระทำชำเราก็ก็น่าไม่ต้องถึงขั้นใช้อวัยวะเพศชายสอดที่อวัยวะเพศหญิง หรือระดับการคุ้มครองบุคคลต้องมากกว่าการคุ้มครองทรัพย์สิน เพราะระดับคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมีความรุนแรงมากน้อยต่างกัน

ABSTRACT

Sine Criminal Law in Thailand has no clearly explanation of concepts and no criterion of separation between commencement and preparation, it allowed the jurists as in many countries to create many theory concepts for their own doing justice. In section 80 of Thailand criminal law, it provided only that attempts mean commencement and commencement mean acts to commit an offence which are incomplete, or are complete but unsuccessful. It does not explain how the characters of the conducts are. The meanings of committing crime in the criminal law is the acts that passed the steps of preparation but were not the complete offences. The degree of the conducts is difference in boundary from beyond mere preparation to proximity to the completion of a crime. The limit of the scope of such conducts is a problem to be argued.

In Thailand, courts provide and give the meanings the concepts, but they have not clearly said which criterion or theory they adopt for useful guidance. An approach will specify facts of the conducts, then provide discretion to decide to each case as they think fit. Another approach will use criterion of proximity or remote to the completion of a crime to be standard to judge, which similar to the proximity acts theory in other countries.

In study, we can see that courts accept the proximity acts theory to adopt for useful guidance on this issue. However, the character of the criterion, and theory explanation still has the character of applying discretion for facts in any particular case (case by case) and give the strictly meanings by holding the proximate act to complete of a crime must be the step of the conduct that is part of fault elements, which cause the uncertainty, and in gone case it is contrary to the public feelings.

The objective of this thesis is to study how the characteristics of the concepts and the criterion providing of the separation between commencement and preparation in Thailand should be by studying research documents, information from textbooks, thesis articles, justice case study, and law comments on this issue.

From the study, we found that the separation of commencement and preparation in many countries has the characteristic of limit of the criterion for general use in the form of many law theories. Nowadays, there will be approach to expand the boundary of attempts to highly protect society. Traditional common law countries have the viewpoint to emphasize more subjective, now they expand the boundary to be criterion which has the viewpoint to emphasize more in subjective, as in England right now there is criterion on the Criminal Attempts Acts 1981. In America, there is criterion on the substantial step acts theory. To the civil law countries, even though France use same criterion on the proximity acts theory, it has the viewpoint that emphasize subjective of the agent, that is not only based on criterion of the conducts which is proximate in fault element of the agent, but also consider the intent of the agent together with the behavior. In Germany, they use dangerous possibility acts theory, which criterion of the conduct that affects morals in the law to be judged.

The suggestion of this is that there should be the criterion limit to be used as forming general standard. In the form of theory to clearly explain principles and reasons to be used, and the theory should expand the boundary of commencement attempts to highly protect society as in many countries nowadays. For myself, I think that the criterion of the substantial step acts theory has too wide boundary. To give the meanings of the traditional criterion to discretion in particular facts is uncertain and too narrow. The criterion that should be used to separate still is the criterion of proximity or remote to the complete crime, but the meanings of proximity should not be limited only on the conduct element. The discretion standard should include the proximity to the complete crime, risks, danger to cause harm to victim and society, violence of that offence, the behavior of continuous conducts and the purpose of the conducts of the agent, evidence which is to expand the boundary of commencement attempts more on subjective, on the basic purpose of providing offence to prevent harm before it happened (nip violence in the bud), which similar to the criterion of the proximity acts theory in France, uses dangerous proximity acts theory in America, and dangerous possibility acts theory in Germany.