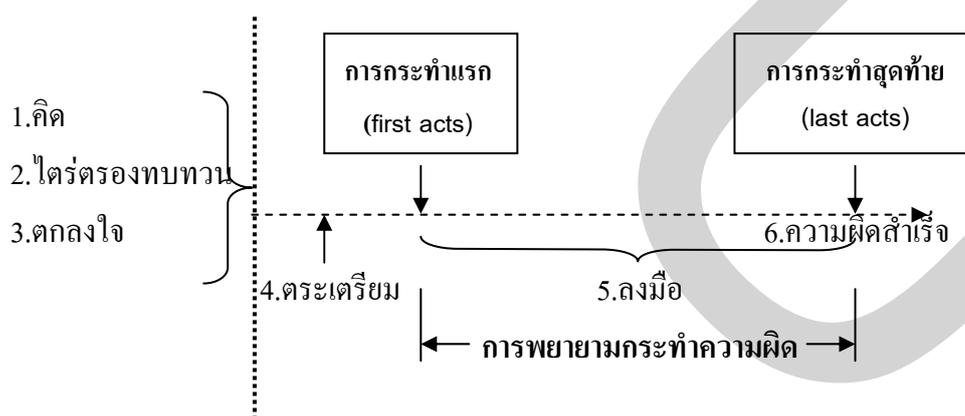


บทที่ 3

ความหมาย และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำความผิด กับการเตรียมกระทำความผิดในต่างประเทศ⁸²

ความเหมาะสมของลักษณะพฤติกรรมภายนอกที่แสดงออกมา (acts) อย่างไรที่สื่อให้เห็นเจตนาจนถึงขั้นควรกำหนดให้เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดนั้นควรมีลักษณะอย่างไร ที่พอจะแยกแยะการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดออกจากการกระทำที่ไม่สมควรเป็นการพยายามกระทำความผิด (เตรียม) ในต่างประเทศได้มีการพัฒนาสร้างทฤษฎีต่าง ๆ ขึ้นมาเป็นหลักเกณฑ์ในการอธิบาย ในจำนวนทฤษฎีที่เป็นไปได้ในการอธิบายทั้งหลายนั้นทั้งหมดนำไปสู่ข้อโต้แย้งคัดค้านกันของสองแนวความเห็นคือ บ้างปรารณาเพียง “การกระทำแรก” (first acts) ที่เรียกร้องเพียงบางการกระทำที่นำไปสู่การแสดงถึงการปรากฏของเจตนาประกอบอาชญากรรมเท่านั้น หรือบ้างปรารณา “การกระทำขั้นสุดท้าย” (last acts)



ภาพที่ 3.1 แสดงลักษณะและตำแหน่งของการกระทำแรก (first acts) และการกระทำสุดท้าย (last acts)

⁸² Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 33 – 72.

ที่เรียกร้องว่า ตัวผู้กระทำต้องมีการกระทำสำเร็จในที่สุดท้ายสำหรับการกระทำของเขาในการประกอบอาชญากรรมนั้นแล้ว ซึ่งพอจะแบ่งแยกอธิบายทฤษฎีต่าง ๆ ออกได้เป็นดังนี้

3.1 ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

3.1.1.1 ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory)

จากแนวโน้มในคำแนะนำของ Lord Mansfield ในคดี Scofield ค.ศ.1784 และคำพิพากษาคดีอื่น ๆ ต่อมาใน คดี Higgins ค.ศ.1801 คดี Chapman ค.ศ.1849 และคดี Ransford ค.ศ. 1874 ได้ก่อตั้งทฤษฎีการกระทำแรก (First act theory) ขึ้น และถือว่าเป็นการวินิจฉัยที่ก่อให้เกิดทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายพยายามกระทำผิดสมัยใหม่ขึ้นมาในประเทศอังกฤษ⁸³

เนื้อหาคดีดังกล่าวได้เสนอถึงทฤษฎีการกระทำแรกที่ว่า การลงมือพยายามกระทำ ความผิดเป็นการกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำในการส่งเสริมผลักดันเจตนาการทำความผิดอาญาให้ คืบหน้า ทรบเท่าที่ปราศจากการกระทำในการเปิดเผยเจตนาออกมากฎหมายจะไม่ลงโทษ แต่ในทันทีทันใดที่ได้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้ว กฎหมายจะพิจารณาตัดสินไม่เพียงแต่การกระทำที่กระทำไปแล้ว แต่พิจารณาถึงเจตนาที่กระทำลงไปด้วย และหากว่ามันเป็นเจตนาที่มุ่งร้าย และผิดกฎหมาย ถึงแม้ว่าการกระทำในตัวของมันเองจะไม่ผิด แต่มีเจตนากระทำที่เป็นความผิดอาญาจะทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นอาชญากรรมและต้องถูกลงโทษ

เหตุผล 2 ประการในทฤษฎีการกระทำแรกที่อาจจะมองเห็นถึงการวินิจฉัยที่กำหนดขอบเขตของการลงมือพยายามทำความผิดเช่นนั้น คือ

1. เจตนาเป็นความผิด การกระทำเป็นแค่หลักฐานของเจตนาที่เป็นความผิดนั้น
2. แม้แต่การกระทำขั้นแรกในการดำเนินการทำความผิดอาญาก็เป็นการก่อให้เกิดอคติและก่อให้เกิดความเสียหายต่อชุมชนได้ (เป็นคำกล่าวในคดี Higgins ค.ศ.1801)

และด้วยเหตุนี้การกระทำแรกสมควรที่จะกำหนดให้เป็นการลงมือพยายามทำความผิดทางอาญา หลักการนี้ไม่ได้ต้องการขยายหรือเพิ่มขอบเขตของกฎหมายพยายามทำความผิดในการลงโทษจำเลย ในคดีเหล่านี้ผู้กระทำผิดทั้งหมดมีแนวโน้มถึงการกระทำในอนาคตที่เป็นการคืบหน้าต่อไปกว่าการกระทำแรก คดี Scofield ค.ศ.1784⁸⁴ Mr. Scofield ได้วางสิ่งของและ

⁸³ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 35.

⁸⁴ Scofield (1784) Cald 397,703 (Lord Mansfield). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996).

จุดเทียบไขไว้ด้วยเจตนาที่ต้องการเผาบ้านของเขา, คดี Higgins ค.ศ.1801⁸⁵ Mr. Higgins ได้ใช้ให้คนรับใช้ทำการลักทรัพย์ (เขาถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานพยายามขย่งส่งเสริมในความผิดฐานลักทรัพย์), ในคดี Ransford ค.ศ.1874⁸⁶ Mr.Ransford ได้เขียนจดหมายถึงเด็กผู้ชายชื่อเชียวให้เขามาพบโดยมีเจตนาที่จะกระทำชำเราเด็ก (เขาถูกกล่าวหาว่ามีความผิดฐานขย่งส่งเสริมให้กระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ) แต่ในยุคต่อมา ศาลได้แสดงให้เห็นถึงความโน้มเอียงที่จะไม่รับเอาทฤษฎีการกระทำขั้นแรกนี้มาใช้

ในบางคำตัดสินของสหรัฐอเมริกา ดูเหมือนจะรับเอาทฤษฎีการกระทำแรกมาใช้แต่ไม่ได้ให้ความสนับสนุนจริงจัง เช่น ในคดี Stokes ค.ศ.1908⁸⁷ ศาลถือว่าเมื่อไรก็ตามที่มีการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงเจตนามุ่งหมายของบุคคลที่จะกระทำความผิดอาญา การกระทำแม้เพียงเล็กน้อยที่กระทำไปเพื่อดำเนินตามเจตนาต่อไปจะเป็นการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตามในการประยุกต์ใช้ความคิดเห็นเหล่านี้ศาลได้แยกการลงมือพยายามกระทำความผิดออกจากการเตรียมการกระทำความผิดในบางคดีให้ไกลเกินไปกว่าการกระทำแรกด้วย เช่น ในคดี Griffin ค.ศ.1858⁸⁸ การกระทำของจำเลยที่ได้ดำเนินการไปไกลเกินกว่าการกระทำขั้นแรกในการดำเนินการตามเจตนามุ่งหมายต่อไปที่จะให้มาสามีมองของคู่นอนของตน กรณีที่เธอจ้างมือปืนคนหนึ่ง พามือปืนไปยังที่คอยดักรอสามีในทางที่สามีจะมา และให้ปืนที่มีกระสุนเต็มแก่มือปืน เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด เป็นต้น

ในคดี Robles ค.ศ.1960⁸⁹ ศาลสหรัฐอเมริกาถือว่าการเขียนจดหมายจากแคลิฟอร์เนียถึงโรงงานผลิตเฮโรอีนใน Mexico ถ้ามามีเฮโรอีนจำหน่ายใหม่ ถือเป็นการใช้จดหมายในการติดต่อให้เกิดความสะดวกในการพยายามกระทำความผิดอาญาฐานนำเฮโรอีนเข้ามาในรัฐ California

มีข้อโต้แย้งสำหรับการกระทำในการลงมือพยายามกระทำความผิดในทฤษฎีการกระทำแรก คือ การกระทำที่เป็นการดำเนินการเพื่อความคืบหน้าไปสู่ความผิดนั้นจะถือกฎเกณฑ์อย่างไรว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำแรกที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามความหมายทฤษฎีการกระทำแรก เช่น ในการถือเอาการส่งจดหมายของ Mr.Robles เป็นการกระทำแรกในการ

⁸⁵ Higgins (1801) 2 East 5, 21. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 35.

⁸⁶ Ransford (1874) 13 Cox CC9. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). **Criminal Attempts**. p. 35.

⁸⁷ Stokes (1908) 46 So 627, Mississippi. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 36.

⁸⁸ Griffin (1858) 26 Ga 493 , Georgia. as cited in. Ibid. p. 36.

⁸⁹ Robles (1960) 185 F Supp 82 ,84 as cited in. Ibid. p. 36.

ดำเนินการตามแผนที่จะนำเอาเฮโรอีนเข้าประเทศ การกระทำเช่นนั้นก็อาจไม่ใช่การกระทำแรกในการดำเนินการตามแผนของเขาในการกระทำความคิดเช่นนั้น การกระทำแรกในการกระทำตามแผนของเขานั้นอาจจะเป็นการค้นหาที่อยู่ของโรงงานนั้นหรือการถือปากกาเพื่อเขียนจดหมายนั้นก็

ก. ข้อดีของทฤษฎีการกระทำแรก

ทฤษฎีนี้มีสิ่งที่น่าสนใจอยู่ 2 ข้อ คือ

1) ดูเหมือนเป็นบทพิสูจน์ที่ตรงไปตรงมา ในการตัดสินของศาลต้องการพิจารณาเพียงว่าจำเลยได้กระทำการกระทำบางอย่างในการดำเนินการที่ส่งเสริมการก้าวไปสู่จุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขาหรือไม่

2) สามารถทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาแทรกแซงได้แต่เนิ่น ๆ เมื่อผู้ต้องสงสัยเริ่มมีแนวโน้มในการก่ออาชญากรรม โดยไม่ต้องรอนจนกระทั่งเขากระทำการเข้าใกล้การกระทำความคิดอาญา การปฏิบัติเช่นนี้เป็นการเพิ่มการป้องกันอาชญากรรมของตำรวจได้อย่างได้ผล

ลักษณะของการกระทำที่ทฤษฎีการกระทำแรกต้องการก็คือ ต้องการการกระทำใดการกระทำหนึ่งเพียงบางการกระทำที่เป็นการดำเนินการส่งเสริมความคืบหน้าไปสู่ความคิด การกระทำเพียงแค่นี้ก็ถือเป็นหลักฐานเพียงพอต่อความคงอยู่และความแน่วแน่ของเจตนาแล้ว และควรจะเป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด

ข. ข้อเสียของทฤษฎีการกระทำแรก

1) ข้อเสียของทฤษฎีการกระทำแรกที่ได้เห็นได้ชัด คือ ทฤษฎีนี้กว้างมากเกินไป ตัวอย่างเช่นกรณีที่ตัดสินลงโทษ Mr. Ransford (ในคดีพยายามยุยงส่งเสริมให้กระทำชำเราผิดธรรมชาติ) และ Mr. Robles (ในคดีพยายามกระทำความคิดฐานนำเฮโรอีนเข้ามาในรัฐ California) ทั้งนี้ที่พวกเขาหยิบปากกาขึ้นมาเขียนจดหมายเท่านั้น

2) ตามทฤษฎีนี้รับเอาการรับสารภาพของจำเลยมาเป็นเจตนากระทำความคิดทางอาญาของจำเลยอีกส่วนหนึ่งด้วย

3) การพิสูจน์การลงมือพยายามกระทำความคิดตามทฤษฎีนี้กว้างมากถึงขนาดที่วากฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำผิดจะทำให้เกิดสมดุลที่ผิดระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและการปกป้องผลประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของชุมชน ข้อพิสูจน์ในทฤษฎีนี้มีความใส่ใจต่อการตรวจพบและจับกุมเหล่าอาชญากรเป้าหมายแต่เนิ่น ๆ แต่ด้วยความคำนึงถึงสมดุลต่อการเคารพต่อสิทธิส่วนบุคคล ก่อให้เกิดข้อคำนึงในการพิจารณาและข้อเรียกร้องให้เกิดการคุ้มครองในการป้องกันอาชญากรรมตามทฤษฎีการกระทำแรก (first act theory) ให้แคบขึ้น

ค. ข้อพิจารณาในการเรียกร้องให้เกิดการคุ้มครองป้องกันอาชญากรรมในทฤษฎีการกระทำขั้นแรกให้แคบขึ้น 3 ประการ⁹⁰

1) ถึงแม้ว่าเราจะมองไม่เห็นถึงคุณค่าในสิทธิของอาชญากร ในจุดมุ่งหมายของอาชญากรที่จะดำเนินการกระทำทางอาชญากรรมไปให้ไกลเกินกว่าการกระทำแรกก็ตาม แต่การขยายกว้างของการลงมือพยายามกระทำตามทฤษฎีการกระทำแรกนั้นจะก่อให้เกิดการตัดสินใจลงโทษคนหลายคนที่จะเตือนจะยกเลิกการกระทำโดยสมัครใจก่อนที่จะเข้าใกล้ความสำเร็จ อาจจะมีในบางกรณีที่แสดงให้เห็นว่าการมีกฎหมายที่เข้มงวดนี้ถูกต้อง แต่นี่ควรจะเป็นเรื่องของ การกำหนดให้เป็นข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่มีสถานการณ์รุนแรงเป็นพิเศษไม่ใช่เป็นบททั่วไปในกฎหมายพยายามกระทำผิด ตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับอาวุธปืนในประเทศอังกฤษตามพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำที่เป็นอาชญากรรม ค.ศ.1953 (Prevention of Crime Act 1953) หรือในเรื่องการครอบครองหรือเป็นเจ้าของสิ่งของที่มีเจตนาใช้ในการทำลายทรัพย์สินผู้อื่นตามพระราชบัญญัติความเสียหายจากการประกอบอาชญากรรม ค.ศ.1971 (Criminal Damage Act 1971)⁹¹ เป็นต้น

2) กฎหมายพยายามกระทำผิดตามทฤษฎีดังกล่าวจะนำไปสู่การบุกรุก และการกดขี่ข่มเหงของเจ้าหน้าที่ตำรวจสืบสวนในการค้นหาพยานหลักฐานที่ต้องการจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้น และยังสนับสนุนให้เชื่อมั่นอย่างมากกับการยอมรับสารภาพของผู้ต้องหาในกรณีที่ไม่มีความหลักฐานข้อสรุปอื่น ๆ ของความผิดว่าผู้ต้องหาที่มีความผิด ด้วยอันตรายทั้งหมดข้างต้นที่ก่อให้เกิดการใช้กฎหมายในทางที่ผิดจะก่อให้เกิดความล้มเหลวในกระบวนการยุติธรรม

3) ระบบกฎหมาย (ที่แตกต่างจากระบบบังคับควบคุมความประพฤติ เช่น กฎหมายในระบบเผด็จการ ,กฎหมายศาสนา) ต้องปฏิบัติต่อประชาชนเหมือนเป็นผู้กระทำการปกครองตนเอง เพราะฉะนั้นควรจะปล่อยให้ประชาชนมีอิสระเท่าที่จะเป็นไปได้ในการตัดสินใจต่อการกระทำของพวกเขาเอง แม้ควรจะยอมให้ออกสาอาชญากรเป้าหมายซึ่งเป็นประชาชนคนหนึ่งในสังคมนั้นสามารถตัดสินใจด้วยตัวเองที่จะละทิ้งการดำเนินการกระทำผิดทางอาญาของเขา (locus poenitentiae) ก็ตาม บางคนที่วางแผนและเริ่มกระทำตามเจตนาต่ออาชญากรรมและเป็นการกระทำที่น่าตำหนิแต่ก่อนที่เขาถูกนำตัวเข้ามาอยู่ภายใต้สภาพบังคับของกฎหมายเขาควรจะได้ออกสาเสียใจและกลับใจในการกระทำอาชญากรรมดังกล่าว รวมถึงให้เขามีโอกาสในการยืนยันที่จะกระทำการตามความต้องการของกฎหมายโดยสมัครใจเสียก่อน

⁹⁰ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 37.

⁹¹ Ibid.. p. 37.

3.1.1.2 ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory)⁹²

จากการไม่เห็นด้วยกับข้อบกพร่องของทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ที่อาจจะก่อให้เกิดการตัดสินลงโทษคนหลายคนที่เจตนาจะยกเลิกการกระทำโดยสมัครใจก่อนที่จะเข้าใกล้ความสำเร็จ และการที่อาจนำไปสู่การบุกรุก และการกดขี่ข่มเหงของเจ้าหน้าที่ตำรวจ สืบสวนในการค้นหาพยานหลักฐาน รวมถึงข้อคำนึงในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เสมือนเป็นผู้กระทำการปกครองตนเอง โดยแสดงออกมาให้เห็นเป็นข้อพิจารณาในการเรียกร้องให้เกิดการคุ้มครองการป้องกันอาชญากรรมตามทฤษฎีการกระทำแรกให้แคบขึ้นนั้น นำไปสู่การนำเสนอทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ขึ้น ซึ่งใจความสำคัญของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย คือ การให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจ (locus poenitentiae) ละทิ้งการกระทำตามเจตนาของเขาโดยสมัครใจ จนกว่าเขาจะได้ลงมือกระทำการใด ๆ ไปจนหมดสิ้นแล้วในพฤติการณ์ที่เขาสามารถจะกระทำได้ในการประกอบอาชญากรรมนั้น

กล่าวกันว่าอังกฤษเริ่มมีการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา Parke B ในคดี Eagleton ค.ศ.1855⁹³ คดีนี้จำเลยได้อ้างเท็จหลอกลวงว่าได้บรรจุขนมปังขายให้ผู้ซื้อตามจำนวนน้ำหนักที่แน่นอน และได้รับสินเชื่อ (Credit) จากผู้ซื้อว่าจะจ่ายเงินตามจำนวนภายหลัง แต่การหลอกลวงของเขาถูกจับได้ก่อนที่เขาจะได้รับการชำระเงินจากผู้ซื้อ ศาลอุทธรณ์ (Appeal Court) ถือว่าเขามีความผิดข้อหาพยายามได้เงินมาด้วยการหลอกลวง การกระทำของจำเลยเหลือเพียงแต่การได้รับเงิน การติดต่อกับผู้เสียหายของจำเลยถือว่าการกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยแล้ว การกระทำเหล่านั้นไม่ได้ห่างไกลจากการกระทำความผิดและการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยตรงที่นำไปสู่การกระทำความผิด ศาลอุทธรณ์ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด ในคดีนี้นั้นขั้นตอนต่อไปใด ๆ ในส่วนของจำเลยไม่มีความจำเป็นในการที่จะได้รับชำระหนี้ที่เกิดจากการหลอกลวงนั้นแล้ว แม้ว่าจะมีการให้เครดิตแก่กัน ซึ่งแม้การกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยนั้นไม่ได้ใกล้กับการชำระหนี้เงินเลยก็ตาม ในคดีนี้นั้นการกระทำต่อ ๆ มาขึ้นอยู่กับตัวของผู้เสียหายเองในการดำเนินการไปสู่การจ่ายเงิน (ถือได้ว่าเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของจำเลยแล้ว ไม่มีการกระทำของจำเลยใด ๆ ที่เกี่ยวข้องในการตัดสินใจของจำเลยอีกแล้ว) ด้วยเหตุนี้สามารถที่จะถือได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด

Holmes J ได้ให้ข้อชวนคิดเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำขั้นสุดท้ายไว้ว่า “...เพียงแต่การกระทำสุดท้าย (last acts) นั้นสามารถบรรยายลักษณะของการกระทำ ในการลงมือพยายาม

⁹² Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 37 – 42.

⁹³ Eagleton (1855) 6 Cox cc 559. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 37.

กระทำผิดได้หรือไม่ ด้วยคำเหตุคำพูดที่ว่ากระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นการกระทำที่สุดท้ายที่จะสามารถทำให้ความผิดเป็นผลสำเร็จ บางคนถือเอากรณีเพียงแต่การลี้ภัยที่มีกระสุนเป็นการกระทำสุดท้ายในการเจตนาฆ่าเหยื่อ แม้ว่าเขายังไม่ได้กระทำการในขั้นสุดท้ายจริง ๆ คือ การเหนี่ยวไกปืนก็ตาม...”⁹⁴

ก. การเพิ่มข้อพิจารณาในเรื่อง “การกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด” (immediately connected) เข้าไปในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย โดยผู้พิพากษา Park B

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

คดี Roberts ค.ศ.1855⁹⁵ (ความผิดฐานพยายามปลอมเหรียญกษาปณ์) Park B กล่าวไว้ว่า “...บางคนถือเอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มีเครื่องมือจำเป็นอื่นในการทำเหรียญปลอม มีความผิดฐานพยายามปลอมแปลงเหรียญกษาปณ์ สำหรับการกระทำของเขานั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดเข้าใกล้โดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรมแล้ว ด้วยเหตุที่การปลอมเหรียญเป็นความประสงค์อย่างเดียวกันเท่านั้น ที่ทำให้เขาจัดหาแม่พิมพ์โลหะมา...”

Antony Duff⁹⁶ ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับคดีนี้ไว้ว่าทำไม Parke B เรียกเรื่องการกระทำในตัวเองขั้นสุดท้ายของผู้กระทำผิดในคดี Eagleton บางทีเพราะว่าในคดี Eagleton ความสมบูรณ์ของความผิดนั้นต้องอาศัยการกระทำในอนาคตโดยคนอื่น แต่ในคดี Roberts ความสมบูรณ์ในการกระทำความผิดนั้นอาศัยเพียงการกระทำขั้นสุดท้ายของตัวผู้กระทำผิดเองเท่านั้น

เห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงในคำตัดสินของ Parke B ระหว่างคดี Eagleton (พยายามได้เงินมาโดยหลอกลวง) กับคดี Roberts (พยายามปลอมเหรียญกษาปณ์) ซึ่งผสมผสานความห่างไกล (remote) และการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด (immediately connected) เข้ามาเป็นข้อตัดสินด้วย นอกเหนือจากการกระทำสุดท้ายของตัวผู้กระทำผิดเอง ในคดี Eagleton คือการได้แม่พิมพ์โลหะมาอาจจะยังไม่ใช่การกระทำขั้นสุดท้ายในการปลอมแต่มันอาจจะใกล้ชิดกับการกระทำผิดสำเร็จแล้ว

⁹⁴ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 37.

⁹⁵ Roberts (1855) Dears 539. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 38.

⁹⁶ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 38.

ต่อมาจากการศึกษาของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) เห็นว่า การตัดสินในคดี Robinson ก็ได้อาศัยทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินด้วยเหมือนกัน ในคดี Robinson ค.ศ.1915⁹⁷ (ความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวง) คนขายอัญมณีคนหนึ่งแก๊งทำการปล้นร้านตัวเองโดยมีเจตนาที่จะโกงการประกันภัยของเขา เขาโทรศัพท์แจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจแล้วแต่ถูกจับได้ก่อนที่เขาจะติดต่อกับบริษัทประกัน ศาลตัดสินว่าเขามีความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวง แต่ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้กลับคำตัดสินกำหนดว่าการกระทำของเขาเป็นแค่การเตรียมเพื่อการลงมือพยายามกระทำความผิด และไม่ใช่วินิจฉัยที่เกี่ยวพันใกล้ชิดกับการกระทำความผิดสำเร็จ อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ยังได้ให้ความเห็นไว้อีกว่าเขาอาจจะมีความผิดได้ถ้ามีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมขึ้นว่าเขาได้ติดต่อกับบริษัทผู้รับประกันภัยเรียกร้องเอาเงินประกันภายหลังที่ได้หลอกลวง

หลังจากคดี Robinson นี้แล้วไม่ได้มีการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในการตัดสินเกี่ยวกับความผิดฐานพยายามโดยอาศัยแต่เพียงการกระทำสุดท้ายของผู้กระทำผิดเพียงอย่างเดียว การวินิจฉัยการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อมานั้นจะต้องอาศัยการกระทำต่อไปที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ (immediately connected) เข้ามาเป็นข้อตัดสินเพิ่มเข้ามาด้วย โดยแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ว่าจะไม่ใช่ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแต่เพียงอย่างเดียวมาเป็นข้อวินิจฉัยในการตัดสินเรื่องการลงมือพยายามกระทำผิดอีก

ข. ความหมายของการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts) ในความหมายของ Lord Diplock

การกระทำขั้นสุดท้าย หมายถึง “การตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยว” เปรียบเสมือน “การข้ามแม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ” (Rubicon-crossing)”

ผู้พิพากษา Lord Diplock ได้นำทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายมาใช้ตัดสินเช่นกันใน คดี Storehouse 1978 และได้อธิบายความหมายของการกระทำขั้นสุดท้ายให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ในคดี Storehouse ค.ศ.1978⁹⁸ Mr. Storehouse โกหกว่าตัวเองเสียชีวิต เพื่อให้ภรรยาของเขาที่ไม่รู้เรื่อง (innocent agent) ไปเรียกร้องรับเงินประกันชีวิตของเขา ศาลสูง (House of Lords) ถือว่าการกระทำเช่นนี้เป็น การพยายามได้ทรัพย์สินมาโดยการหลอกลวง (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการลักทรัพย์

⁹⁷ Robinson (1915) 2 KB 342, Law Com. 102, para. 2.24. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 38.

⁹⁸ Storehouse(1978) 84 Cr. App. R. 270. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 39.

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) นั้นควรหมายถึง” การที่ผู้กระทำนั้นได้ข้ามเส้นแบ่งระหว่างความลังเลและความตกลงใจของเขา โดยในการกระทำของเขานั้นได้แสดงให้เห็นถึงการไม่เปลี่ยนแปลงในการเจตนาที่จะมุ่งไปสู่การกระทำความผิดสำเร็จ เว้นแต่ถูกขัดขวางหรือป้องกันจากการกระทำของเขาเช่นนั้น โดยไม่ได้ตั้งใจ.เปรียบเสมือนกับ การข้ามแม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ (Rubicon-crossing)...”¹⁰⁰ (การตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยวของอาชญากร) การกระทำของ Mr. Stonehouse เป็นไปตามข้อกำหนดนี้ เมื่อเขาได้กระทำไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของเขาเพื่อให้ภรรยาได้รับเงินประกัน เป็นการกล่าวได้ว่าการกระทำขั้นสุดท้าย (last acts) ของ Mr. Stonehouse คือ การที่ Mr. Stonehouse ได้ตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยวข้ามเส้นแบ่งของความลังเล (Rubicon-crossing) แล้ว เมื่อเขามีการกระทำทางกายโดยการโกหกภรรยาของเขาแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นการกระทำไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของเขาในการประกอบอาชญากรรมนั้นแล้ว โดยไม่มีการขัดขวางป้องกันการกระทำความผิดนั้นจากตัวเขาเอง ถือว่าการกระทำของเขาเช่นนั้นเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายตามทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแล้ว

ในข้อนี้เราสามารถกล่าวได้ว่าการกระทำขั้นสุดท้ายของ Lord Diplock คือ การตกลงใจที่เด็ดเดี่ยวของผู้กระทำความผิด ซึ่งเปรียบเสมือนกับการข้ามแม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ (Rubicon-crossing) เพียงเมื่อเขาได้กระทำไปทั้งหมดที่เกี่ยวกับการประกอบอาชญากรรมของเขาภายใต้กำลังความสามารถ โดยปราศจากการป้องกันขัดขวางจากเขาในการกระทำนั้น

อย่างไรก็ตามเราสามารถบอกความหมายของการตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยว (Rubicon-crossing) ได้กว้างกว่านี้ ตัวอย่างเช่น ทำไมเราไม่อาจจะกล่าวได้ว่า จำเลยในคดี Boyle ค.ศ.1987¹⁰¹ มีการตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยวและมีความผิดข้อหาพยายามย่องเบา(ลักทรัพย์) เมื่อพวกเขาเริ่มลงมือเข้าประตูบ้านที่พวกเขาเจตนาเข้าลักทรัพย์ หรือในคดี Mr.White 1910 ว่า Mr. White เขาตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยว เมื่อเขายื่นแก้วน้ำมะนาวที่ผสมไซยาไนด์ขนาดไม่ถึงตายให้แม่ของเขาดื่ม โดยครั้งนี้เป็น

⁹⁹ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 39.

¹⁰⁰ แม่น้ำรูบิคอน (rubicon river) เป็นแม่น้ำในนิยายหมายถึง แม่น้ำแห่งความตายที่คนตายข้ามไปแล้วไม่สามารถข้ามกลับมาได้อีก

¹⁰¹ Boyle (1987) 84 Cr. APP. R. 270. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 39.

เจตนาผสมให้ดื่มเป็นครั้งแรกในจำนวนหลาย ๆ ครั้งต่อไป จนสามารถฆ่าเธอได้ในที่สุด¹⁰² จำเลยเหล่านี้ไม่ได้กระทำการกระทำไปทั้งหมดภายใต้กำลังความสามารถของพวกเขาที่จะประกอบอาชญากรรมแล้วหรือ ในกรณี Mr. White ยังต้องมีชายในค้ที่จะใส่ต่อ ๆ ไปอีกเพื่อวางยา กรณี Mr. Boyles ยังต้องเข้าไปในบ้านอีก ถึงกระนั้นอย่างน้อย เราอาจกล่าวได้ว่าในการทำของเขาเหล่านั้น เป็นการข้ามแม่น้ำรูบิคอนและเผาเรือแล้ว (Rubicon-crossing) การกระทำของพวกเขาเองที่ถือว่าการกระทำที่ข้ามแม่น้ำรูบิคอน คือ เขาได้ตกลงใจอย่างเด็ดขาดสุดท้ายในการดำเนินการกระทำความผิดของเขา และเป็นการกระทำที่เปรียบเสมือนเผาเรือ คือ ไม่สามารถเอากลับคืนหรือแทรกแซงขัดขวางป้องกันในการกระทำความผิดของเขาได้อีกแล้ว

อย่างไรก็ตามเราสามารถตัดสินใจได้ว่า การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิด (immediately connected) หรือ เป็นการกระทำที่ตกลงใจโดยเด็ดเดี่ยว (Rubicon-crossing) ถ้าเรานับรวมการกระทำของ Mr. White หรือของ Mr. Boyles เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด โดยดูว่าการกระทำของเขาทั้งหลายนั้นไม่สามารถกลับใจเอาคืนเข้าแทรกแซงแก้ไขได้อีกแล้ว (Rubicon-crossing) สิ่งนี้แม้ว่าจะไม่ได้ช่วยในการตัดสินใจ อย่างไรก็ตามก็ควรนับรวมเข้าไว้เป็นข้อพิจารณาด้วย

ค. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้” (possible intervention) ในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย¹⁰³

Gordon พบว่าการใช้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในกฎหมายของสกอตแลนด์ได้มีการเพิ่มข้อพิจารณาการให้โอกาสในการเข้าแทรกแซงการกระทำของอาญากร (possible intervention) หรือข้อพิจารณาในการให้โอกาสผู้กระทำผิดจะสามารถหยุดยั้งการกระทำความผิดของเขาได้เข้าไปในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย ซึ่งจะตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดต่อเมื่อเขาไม่ปรารถนาที่จะเข้าแทรกแซงก้าวก่ายป้องกันขัดขวางในการดำเนินการกระทำความผิดของเขาอีกแล้ว ข้อพิจารณานี้ได้ถูกกล่าวขึ้นในการตัดสินในคดี Tannabill and Nielson 1943 และ คดี Morton v Henderson 1956¹⁰⁴ โดยคำกล่าวที่ว่า “...การพยายามกระทำความผิดต้องการการกระทำที่แสดงออกมาให้เห็นชัด (Over Act) โดยจำเลยไม่สามารถเรียกเอาผลที่เกิดตามมากลับคืนได้ซึ่งเป็นการกระทำที่นำไปสู่การประกอบอาชญากรรม...” เช่น การแนะนำชักชวนผู้อื่นให้ยอมเส่นอราชงาน

¹⁰² White (1910) 2 KB 124. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 39.

¹⁰³ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 39 - 40.

¹⁰⁴ 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.

เท็จด้วยเจตนาหลอกลวง ไม่เป็นการพยายามหลอกลวง, บุคคลที่ส่งยาทำให้แท้งให้ผู้อื่นวางยาไม่มีความผิดข้อหาพยายามทำแท้ง การดำเนินการของเขาเหล่านั้นยังมีช่องว่างมากมายให้ย้อนกลับยกเลิกไม่ให้ความผิดสำเร็จในสิ่งที่เขาได้กระทำไปแล้วได้ เมื่อเขาสามารถเขียนบอกคนคนนั้นไม่ให้วางยา (คดี Baxter 1908)¹⁰⁵ แม้ว่าการกระทำของผู้กระทำเหล่านี้แต่ละคนได้กระทำสำเร็จในขั้นสุดท้ายแล้ว (มีการยืนยันอย่างแข็งขันในการกระทำ) และการกระทำของเขาเหล่านั้นต่างก็เป็นการกระทำโดยตรงนำไปสู่การประกอบอาชญากรรมแล้ว แต่เขาก็ยังคงสามารถเข้าแทรกแซงป้องกันการกระทำผิดเช่นนั้นของเขาได้

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.1951¹⁰⁶ ที่ยึดถือเพียงการกระทำในขั้นสุดท้ายเพียงพอสำหรับความผิดฐานพยายามแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีเหล่านั้นได้ปฏิเสธการใช้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการแทรกแซงที่เป็นไปได้ (possible intervention) โดยกล่าวว่าข้อพิจารณานี้จะทำให้ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแคบเข้าอย่างมา

ข้อพิจารณาการเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้ (possible intervention) ดูเหมือนจะคล้ายกับข้อเรียกร้องของใจความสำคัญของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในเรื่องที่เกี่ยวกับการเคารพถึงเจตนาของอาชญากรในการให้โอกาสอาชญากรมีโอกาสตัดสินใจ (locus poenitentiae) การยอมรับและเฝ้าคอยอาชญากรให้มีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ จนกระทั่งเขาได้กระทำการกระทำบางอย่างที่เอากลับคืนมาไม่ได้ (irrevocable act) คือ มีลักษณะของ “การกระทำที่เอากลับคืนมาไม่ได้” (irrevocable act) ไปแล้ว ไม่มีโอกาสละทิ้งแผนการอีกแล้ว เช่น Mr.Eagleton สามารถตรวจแก้เนื้อหาให้ถูกต้องก่อนที่จะจะได้รับเงิน, Mr.Storehouse สามารถเปิดเผยตัวเองก่อนที่จะกรรขายของเขาจะได้รับเงินประกัน, บางคนที่ว่ายาพิษในกาน้ำชาซึ่งหวังให้เหยื่อเป้าหมายดื่มเขาสามารถเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันไม่ให้เหยื่อดื่มชา นั้นได้ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามก็สามารถโต้แย้งในข้อพิจารณานี้ได้ว่ากรณีที่บางคนได้กระทำการกระทำในขั้นสุดท้ายแน่นอนไปทุกอย่างเท่าที่เขาารู้แล้วเกินกว่าจุดที่เขาจะเข้าแทรกแซงได้แล้ว แต่เรายังไม่แน่ใจเหมือนกันว่าเขายังคงสามารถเข้าแทรกแซงการกระทำดังกล่าวได้หรือไม่เมื่อเขาปฏิเสธว่าไม่ใช่โอกาสสุดท้ายที่เขาจะละทิ้งแผนการของเขา มันเป็นเรื่องภายในจิตใจของเขาเองที่ว่าเขาจะเข้าแทรกแซงหรือไม่เมื่อใดซึ่งเป็นสิ่งที่ยากจะชี้ให้ชัดเจนออกมา

¹⁰⁵ Baxter (1908) 16 SLT 475,477. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 40.

¹⁰⁶ Ramage (1825) Hume i 28 ,Tumbleson (1863) 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.

ไม่ใช่ว่าความเห็นเรื่อง “การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้” (possible intervention) จะแปลความหมายอธิบายแสดงเป็นนัยถึงเรื่อง “การกระทำที่เอากลับคืนมาไม่ได้” (irrevocable act) เสมอไป เช่น ในคดี Mckenzie 1988¹⁰⁷ กรณีที่เหล่าจำเลยโดยการหลอกลวงได้ชักชวนเหล่าทนายความก่อให้เกิดการฟ้องร้องโดยไม่มีมูลต่อต้านบริษัทแห่งหนึ่งด้วยเจตนาที่จะได้เงินจากบริษัทนั้น ศาลถือว่ากรณีนี้เป็นการพยายามฉ้อโกง ด้วยเหตุที่กระทำในการชักชวนพวกทนายความให้เริ่มการฟ้องร้องนั้น พวกจำเลยได้ทำการกระทำซึ่งแสดงเจตนาออกมาให้เห็นชัดแล้ว (overt act) และการแนะนำชักชวนทำให้เหล่าทนายความเชื่อของจำเลยนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สามารถเรียกกลับคืนมาได้และนำไปสู่การกระทำความผิด ถึงแม้ว่าจำเลยจะสามารถละทิ้งการกระทำความผิดนั้น แต่พวกเขาไม่สามารถเรียกกลับคืน (recalled) หรือลบล้างออกไป (expunged) หรือทำให้ปราศจากมลทิน (blotted out) ในการกระทำนั้นของเขาได้แล้ว

การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้ (possible intervention) ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย หรือเกี่ยวข้องกับข้อพิจารณาการกระทำที่เอากลับคืนมาไม่ได้ (irrevocable act) จำเลยแต่อย่างใด เพราะเหล่าจำเลยยังคงถือเอาการกระทำเหล่านั้นโดยตลอด และไม่มีใครปล่อยให้เกิดความเป็นไปได้ที่จะเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันการเกิดผลของความผิดนั้น

ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นการยึดถืออย่างเคร่งครัดในแนวคิดเรื่อง “การให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจ” (locus poenitentiae) หมายถึง การให้อาชญากรมีโอกาสละทิ้งถอนคืนการกระทำตามเจตนาของเขาโดยสมัครใจ แนวคิดเช่นนี้เป็นการหลบเลี่ยงความรับผิดชอบในทางอาญา ส่วนหนึ่งดูเหมือนว่าไม่เห็นด้วยกับส่วนดีของทฤษฎีการกระทำแรก แต่ทฤษฎีนี้ก็ยังคงมีความไม่แน่นอนอยู่เหมือนกัน

ง. ข้อดี ข้อเสียของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย

1) ข้อดี ของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย คือ การรับความคิดเรื่อง “การให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ” (locus poenitentiae) อย่างจริงจัง เป็นการเคารพในการตัดสินใจของบุคคลในการให้อาชญากรในทุกโอกาสที่จะเพิกถอนการกระทำของเขาโดยสมัครใจเพื่อหลีกเลี่ยงการรับผิดชอบในทางอาญา

2) ข้อเสีย ของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายที่เห็นได้ชัด คือ มันแคบเกินไป อาจทำให้การพยายามขโมย หรือการพยายามข่มขืนกระทำชำเราเกือบจะเป็นไปไม่ได้ หากว่ามีข้อเท็จจริงที่ว่าผมถือเอาทรัพย์สินของผู้อื่นผมมีความผิดข้อหาลักทรัพย์ หากว่าถ้าผมไม่ได้ถือเอาทรัพย์สินผู้อื่น

¹⁰⁷ Mckenzie (1988) SLT 478. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 40.

จริง ๆ ถือว่าผมไม่ได้กระทำการกระทำขั้นสุดท้าย ดังนั้นจึงอาจไม่มีแม้แต่การกระทำการพยายาม ลักทรัพย์ ชายคนหนึ่งที่สำเร็จความใคร่โดยไม่มีคามยินยอมถือว่าการกระทำชำเรา แต่การที่ชายคนหนึ่งที่กระทำชำเราอยู่แต่ยังไม่สมบูรณ์ถือว่าไม่ได้กระทำการกระทำขั้นสุดท้าย ดังนั้นจึงยังไม่ถูกตัดสินลงโทษข้อหาพยายามชำเรา ทฤษฎีนี้จะปล่อยตัวคนที่ประสงค์จะเป็นฆาตกรที่ถูกจับได้ขณะนี้อยู่ในโกปิ่น หรือคนที่ประสงค์จะลอบวางเพลิงและถูกจับได้ขณะถือไม้ขีดจุดไฟแล้วพันผิไป

ความหมายโดยนัยเหล่านั้นแสดงให้เห็นถึงการไม่ยอมรับในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แม้อาจเห็นว่าทฤษฎีนี้จะไม่ทำให้ตำรวจสืบโอกาสเข้าแทรกแซงเพื่อป้องกันอาชญากรรมก่อนที่จะเข้าใกล้ความผิดสำเร็จ ในเหตุผลที่ว่าไม่สามารถให้ความวางใจตำรวจได้ในกฎหมาย พยายามกระทำความผิดก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามไม่มีข้อสงสัยเลยว่าเป็นการลดประสิทธิภาพ บังคับของกฎหมายเมื่ออาชญากรเป้าหมายจะรู้ว่าพวกเขาสามารถกระทำการเข้าใกล้ความผิดสำเร็จ แค่นั้น โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญา มันจะเป็นการบังคับให้ตำรวจต้องเลือกระหว่างการเข้าแทรกแซง แต่เนิ่น ๆ เพื่อเข้าป้องกันอาชญากรรม และการรอนจนกระทั่งอาชญากรเป้าหมายได้ทำการกระทำถึงขั้นตอนสุดท้ายที่จะทำให้แน่ใจถึงการตัดสินว่าจะมีความผิดและลงโทษอาชญากรนั้นได้ อันแสดงให้เห็นถึงการขาดไปถึงการรับรองในการป้องกันการก่อให้เกิดการกระทำความผิดว่าใครจะเป็นผู้เข้าทำการแทรกแซงขัดขวางการกระทำขั้นสุดท้ายของอาชญากรและควรจะทำเช่นนั้นเมื่อใด ในระบบกฎหมายที่ซึ่งตัดสินและลงโทษฆาตกรหรือคนที่ชำเราสำเร็จ ควรจะตัดสินและลงโทษคนที่ประสงค์จะเป็นฆาตกรที่ถูกจับได้ขณะนี้อยู่ในโกปิ่นด้วยเหมือนกัน หรือคนที่ประสงค์จะชำเราที่ถูจับได้ขณะกำลังจะชำเราเหยื่อ (กำลังจะใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำเหยื่อ) ของเขาด้วยเหมือนกัน

เราจะไม่ใช่สิ่งที่เป็นอยู่อื่น ๆ บางส่วนที่เป็นความผิดทางอาญา ซึ่งตัวผู้กระทำสามารถถูกลงโทษในมาตรฐานผิดอื่นในการกระทำเดียวกันนั้น เช่น ในกรณีที่ผู้ชำเราเจตนาชำเราเหยื่อเป้าหมายแต่ได้ทำร้ายร่างกายเหยื่ออย่างหยาบโหดด้วย เราจะละทิ้งการกระทำที่เป็นเจตนาในการพยายามกระทำชำเราซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หรือเจตนาหลักของเขา โดยการที่ไปพิจารณาเพียงความผิดในการกระทำเดียวกันคือการทำร้ายร่างกายอย่างหยาบโหดของเขาเท่านั้นหรือ ในการตัดสินลงโทษผู้กระทำควรจะต้องสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะที่ไม่ถูกต้องในความประพฤติกของเขาอย่างชัดเจนมากขึ้นว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดอย่างสมบูรณ์ สำหรับเรื่องการปล่อยให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ (locus poenitentiae) ปัญหาที่มีเช่นกันที่ว่าเราสามารถกำหนดขอบเขตขนาดที่เหมาะสมในเรื่องนี้ที่ยอมรับให้จำเลยมีโอกาละทิ้งด้วยความสมัครใจ (voluntary abandonment) ได้อย่างไร

ในเรื่องนี้ในกฎหมายประเทศต่าง ๆ ก็มีการกำหนดเป็นข้อกฎหมายออกมาต่างหาก เป็นส่วนหนึ่งอยู่ในโครงสร้างส่วนของการการละเว้นโทษ หรือการลดโทษ เป็นต้น¹⁰⁸

กล่าวโดยสรุปแล้ว ข้อเสนอที่แสดงออกมาให้เห็นตามทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) และ ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ได้แสดงให้เห็นถึงบรรทัดฐานการระบุลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแบบหนึ่ง แต่ขอบเขตของทฤษฎีทั้งคู่นั้นไม่กว้างเกินไป ก็แคบเกินไป ทฤษฎีการกระทำแรกครอบคลุมพฤติกรรมที่ไม่ควรจะเป็นอาชญากรรม ส่วนทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายก็ปฏิเสธการกระทำบางการกระทำที่ควรจะเป็นอาชญากรรม เรายอมรับกันแล้วว่าการลงมือพยายามกระทำความผิดต้องมีการแสดงการกระทำออกมาภายนอกแล้วแต่ปัญหาสำคัญก็คือเราจะกำหนดองค์ประกอบด้านการกระทำของกฎหมายพยายามอย่างไร เราควรจะยึดถือการกระทำแรก (first acts) หรือการกระทำสุดท้าย (last acts) เป็นลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดทางอาญา หรือเราควรจะขยายขอบเขตลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดจากการกระทำแรกไปถึงการกระทำขั้นสุดท้ายแค่ไหนเพียงใดจึงจะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการป้องกันการกระทำที่ควรเป็นอาชญากรรมกับการกระทำที่ไม่ควรเป็นอาชญากรรม

ในการหาข้อยุติในประเด็นนี้ก่อนคำถามสำคัญเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายพยายามว่า ทำไมกฎหมายต้องลงโทษคนที่พยายามกระทำความผิด และทำไมกฎหมายต้องการองค์ประกอบด้านการกระทำในการพยายามกระทำความผิดเช่นนั้น

คำตอบที่ให้ข้อคิดในคำถามแรก คือ เราตัดสินลงโทษคนที่พยายามกระทำความผิดเพื่อที่จะจับกุมผู้ที่เป็นอันตรายไว้แต่เนิ่น ๆ หรือเพื่อขัดขวางและลงโทษการกระทำที่เป็นอันตราย (เราลงโทษบุคคลนั้นหรือเราลงโทษการกระทำของบุคคลนั้น)

คำตอบที่ให้ข้อคิดในคำถามที่สอง คือ องค์ประกอบด้านการกระทำมีบทบาทเป็นพยานหลักฐานในชั้นต้นที่แสดงถึงเจตนาประกอบอาชญากรรมซึ่งเป็นสิ่งที่มีอยู่จริงที่กฎหมายให้ความเอาใจใส่และเป็นส่วนประกอบของความผิดที่กฎหมายมุ่งหมายจะลงโทษใช้ไหม หรือองค์ประกอบด้านการกระทำมันเป็นเพียงส่วนประกอบหนึ่งเกี่ยวกับความผิดในหลาย ๆ องค์ประกอบที่กฎหมายมุ่งหมายที่จะลงโทษ

แต่ประเด็นสำคัญมากกว่าก็คือเรื่องเกี่ยวกับการจะกำหนดหลักเกณฑ์ของการลงมือกระทำความผิดตามที่กฎหมายพยายามต้องการนั้นให้มีลักษณะเป็นอย่างไร เพื่อที่จะเกิดความชัดเจน แน่นอน ถูกต้องตรงกันและสามารถใช้ประโยชน์ได้ ถึงแม้ว่าทั้งทฤษฎีการกระทำแรก

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82.

และทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายไม่ได้รับการสนับสนุนมากนัก แต่ทฤษฎีทั้งสองก็ได้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดที่สำคัญของการกำหนดลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความคิด ทฤษฎีการกระทำแรกแสดงให้เห็นถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของตัวอาชญากรที่กระทำให้เกิดภัยอันตรายต่อผู้อื่น เห็นว่าเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ และถือว่าความต้องการในการประกอบอาชญากรรมนั้นเป็นหลักฐานสำคัญความมุ่งหมายอย่างแรกของทฤษฎีการกระทำแรกก็คือการกระทำของผู้กระทำจัดเป็นหลักฐานของเจตนาในการก่ออาชญากรรมมีมุมมองไปในทางด้านอัตระวิสัยมากกว่าภาวะวิสัย ตรงกันข้ามกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายที่มุ่งปฏิบัติต่ออาชญากรรมโดยสมบูรณ์และเห็นว่ารูปแบบของการกระทำผิดทางอาญาในการตัดสินลงโทษฐานพยายามกระทำผิดต่อเมื่อการกระทำของผู้กระทำได้เข้าใกล้การกระทำโดยสมบูรณ์ (ความคิดสำเร็จ) แล้ว ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายต้องการหลักฐานทางการกระทำเป็นองค์ประกอบของความผิดมากกว่าที่จะเป็นรูปแบบหลักฐานของเจตนา ถือว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นส่วนประกอบในการกระทำทั้งหลายที่เข้าใกล้อาชญากรรมโดยสมบูรณ์ (ความคิดสำเร็จ) ที่ผู้กระทำเจตนากระทำมีมุมมองไปในทางด้านภาวะวิสัยมากกว่าอัตระวิสัย

อย่างไรก็ตาม ถ้าเราปฏิเสธหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำขั้นแรกและทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายแล้ว อะไรเป็นทางเลือกอื่นในการระบุประเภทของลักษณะการลงมือกระทำซึ่งต้องการในองค์ประกอบทางการกระทำของกฎหมายพยายามได้อีก

3.1.1.3 ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory)¹⁰⁹

ทฤษฎีที่ใช้กันบ่อยก็คือ “ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” (The Proximity acts theory) ผู้พิพากษา Park B เป็นผู้เริ่มการกล่าวถึงคำว่า “การกระทำที่ไม่ได้ห่างไกลจากการกระทำความคิด” (remote) และการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดกับการกระทำความคิด” (immediately connected) อันเป็นการกระทำโดยตรงที่นำไปสู่การกระทำความคิดและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรม

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

¹⁰⁹ 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 การกระทำเหล่านั้นไม่ได้ห่างไกลจากการกระทำความคิดอันเป็นการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยตรงที่นำไปสู่การกระทำความคิด เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด และในคดี Roberts ค.ศ.1855 ที่กล่าวว่าคนที่เอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มียี่ห้อจำเป็นอย่างอื่นในการทำเหรียญปลอมการกระทำของเขานั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกันใกล้ชิดเข้าใกล้โดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรมแล้ว เขามีความผิดฐานพยายามปลอมเหรียญกษาปณ์ แต่ยังไม่ได้แยกออกมาวินิจฉัยเป็นแนวคิดใหม่ต่างหากจากทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายอย่างชัดเจน

ต่อมาแนวคิดการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลนี้ได้รับการยืนยันและให้สัตยาบันในการตัดสินคดี R. v. Button ค.ศ.1900¹¹⁰ Mr. Button ถูกลงโทษฐานพยายามให้ได้มาซึ่งเงิน(รางวัลในการแข่งขัน)โดยการหลอกลวง Mr. Button เป็นนักวิ่งที่เก่งและเข้ารายงานตัวโดยใช้ชื่อปลอมชื่อ Sims และโกหกว่าไม่เคยชนะในการแข่งขันใด ๆ มาก่อนเลย ในการกระทำของเขาเช่นนี้ทำให้เขาได้รับประโยชน์ในการได้รับการต่อให้ในการแข่งขันและเขาได้รับชัยชนะ แต่ถูกตรวจพบก่อนที่จะไปรับรางวัล ศาลถือว่าการกระทำของเขาไม่ได้ไกลเกินไปจากความคิดสำเร็จในข้อหาได้เงินมาด้วยการหลอกลวง เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด

และในคดี R v. Robinson ค.ศ.1915¹¹¹ Mr. Robison เป็นพ่อค้าเพชร (jeweler) เขาวางแผนเปิดประตูร้านของเขาทิ้งไว้และกุเรื่องไปแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ตำรวจว่าถูกปล้น ภายหลังเขายอมรับว่าเขาเจตนาที่จะหลอกลวงบริษัทประกันภัยเพื่อจะเอาเงินตามกรมธรรม์ จึงถูกจับได้ก่อนจะติดต่อกับบริษัทประกันภัย ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวงแต่ศาลอุทธรณ์ถือว่าเป็นเพียงการตระเตรียมและไม่ใช้กรรมที่เกี่ยวข้องกับความคิดสำเร็จ

แต่กระนั้น อย่างน้อยด้วยเหตุผลหนึ่งหรือมากกว่าว่า เราสามารถวินิจฉัยในทางตรงกันข้ามกันได้ในแต่ละคดีได้ ที่ว่าการกระทำของ Mr. Button จะใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จเพียงเมื่อเขาดำเนินการในขั้นตอนการรับรางวัล และการกระทำเช่นนั้นของ Mr. Robinson เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดแล้วก็ได้¹¹²

¹¹⁰ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 42.

¹¹¹ 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.

¹¹² Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 43.

ข้อเสนอของ “การกระทำที่ใกล้ชิด” (proximity) หรือ “การกระทำที่เกี่ยวข้องใกล้ชิด” (immediately connected) อาจจะเป็นข้อเสนอที่แน่ชัดที่ได้รับการกำหนดถือให้เป็นข้ออ้างอิงสำหรับศาลในการตัดสินว่าจำเลยคนนี้สมควรถูกลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ศาลจะกล่าวถึงลักษณะข้อเท็จจริงภายนอกมากกว่าการที่จะกำหนดเกณฑ์การตัดสินที่เป็นมาตรฐานเฉพาะ แม้การพยายามกระทำความผิดมักจะถูกกล่าวบ่อยครั้งว่าต้องการกระทำบางการกระทำที่เกินกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียม (mere preparation) ซึ่งเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ อย่างไรก็ตามยังไม่มีคำอธิบายโดยชัดเจนเกี่ยวกับข้อคิดเห็นในเรื่องความใกล้ชิด (proximity) คำอธิบายที่ใช้อยู่ไม่มากไปกว่าในการกล่าวว่าเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องใกล้ชิด (immediately connected) กับความผิดสำเร็จ

อย่างไรก็ตามเราสามารถกำหนดคำนิยามวินิจฉัยออกมาได้หรือไม่ว่าการกระทำที่ใกล้ชิด หรือการกระทำที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดนั้นมีความหมายเป็นอย่างไร

ก. เกณฑ์ของ Stephen (Setphen’s Digest of the Criminal Law 1950)¹¹³

เกณฑ์ของ Stephen เป็นหนึ่งหลักเกณฑ์ที่น่าเสนอ โดย Mr.Stephen เพื่อให้ความหมายลักษณะของ “การกระทำที่ใกล้ชิด” (proximity) ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) จากการศึกษาคำกล่าวเกี่ยวกับการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่ปรากฏอยู่ในคดีต่าง ๆ เช่น ในคดี Broun ค.ศ.1883 ,คดี Hope v Brown ค.ศ.1954 และคดี Davey v Lee ค.ศ.1968 ที่กล่าวว่า “...การพยายามกระทำความผิดทางอาญาต้องการการกระทำที่กระทำไปด้วยเจตนาก่ออาชญากรรม และประกอบไปด้วยส่วนของการกระทำที่ก่อให้เกิดข้อเท็จจริงซึ่งเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายไม่มีการหยุดชะงักนำไปสู่การกระทำความผิดสำเร็จ...”¹¹⁴

เมื่อผมไปซื้อเครื่องมือเครื่องในซึ่งจะใช้ในการปล้นทรัพย์ ผมได้เริ่มกระทำการดำเนินการด้วยเจตนาจะประกอบอาชญากรรมนั้นให้สำเร็จ การกระทำของผมเป็นส่วนหนึ่งในหลาย ๆ ส่วนที่ดำเนินการต่อเนื่องกันไปจนเกิดเป็นความผิดสำเร็จ แม้ว่าการกระทำของผมนั้นไม่ได้เป็นส่วนที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นอาชญากรรม มันเป็นเพียงการกระทำการเตรียมไว้ล่วงหน้าเท่านั้น Stephen วิเคราะห์ว่า ส่วนของการกระทำเช่นนั้นไม่ได้เป็นความหมายของการเริ่มลงมือกระทำความผิด แต่มันก็จะต้องขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละคดีด้วยเช่นกัน คำกล่าวนี้สนับสนุนส่วนของการกระทำที่เปิดเผยออกแสดงมาภายนอกอันเป็นส่วนของการกระทำที่เริ่มต้นติดต่อกันไป

¹¹³ Setphen’s Digest of the Criminal Law. (1950). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 43 – 44.

¹¹⁴ 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.

มากกว่าการกระทำขั้นแรก อันเป็นการกระทำที่สมบูรณ์ประกอบด้วยเจตนากระทำความคิด ซึ่งมันหมายถึงจุดเริ่มต้นของการพยายามกระทำความคิดอย่างไม่ต้องสงสัย

เกณฑ์ของ Stephen นี้เรียกร้องเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของการกระทำที่ประกอบกันขึ้นเป็นลำดับต่อเนื่องกัน ไปในการดำเนินการกระทำความคิด ดูเหมือนกับเป็นการมองที่แตกต่างออกไปของศาลจากคดี Robinson ที่ว่าการกุเรื่องแจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจว่ามีการปล้นในร้านตัวเองเพื่อจะโกงบริษัทประกันภัยแต่ถูกจับได้ก่อนติดต่อกับบริษัทประกันภัยเป็นการเตรียมการหลอกลวงหรือในคดี Eagleton การหลอกลวงว่าได้บรรจุขนมปังขายให้ตามจำนวนน้ำหนักที่แน่นอนและได้ให้สินเชื่อ (Credit) จ่ายเงินตามจำนวนภายหลัง แต่การหลอกลวงของเขาถูกจับได้ก่อนที่เขาจะได้รับการชำระเงินเป็นพยายามกระทำความคิด ในคดี Eagleton ยังต้องการกระทำบางอย่างที่มีลักษณะ เกี่ยวพันใกล้ชิด (immediately connected) คือ มันต้องเป็นการกระทำในขั้นตอนของการดำเนินการกระทำความคิดสำเร็จมากกว่าแค่เป็นการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียมกระทำความคิดเท่านั้น และสามารถพูดด้วยอีกก็ได้ว่าการเจตนาในการประกอบอาชญากรรมนั้นต้องเป็นการกระทำที่มุ่งมั่นที่ไม่สามารถกลับใจแก้ไขได้ (crossed the Rubicon and burnt his boats) เมื่อนั้นจึงเป็นข้อเท็จจริงที่ถือว่าเป็นการเริ่มต้นลงมือกระทำความคิด

กล่าวโดยสรุปแล้วการให้ความหมายของ “การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” (proximity acts) ตามเกณฑ์ของ Stephen เรียกร้องเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในการกระทำที่ประกอบกันเป็นลำดับต่อเนื่องกัน ไปซึ่งเป็นการประกอบกันเป็นการกระทำความคิด และให้ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความคิดว่า เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอันเป็นการกระทำไปด้วยเจตนาต่ออาชญากรรมและประกอบไปด้วยส่วนของการกระทำที่ซึ่งก่อให้เกิดข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายไม่มีการหยุดชะงักไปสู่การกระทำความคิดสำเร็จ และการเจตนาในการประกอบอาชญากรรมนั้นต้องเป็นการกระทำที่มุ่งมั่นที่ไม่สามารถกลับใจแก้ไขได้ (crossed the Rubicon and burnt his boats)

และจากการศึกษาของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) เห็นว่าเกณฑ์ของ Stephen เป็นการยอมรับในการแปลความหมายของการวัดระดับความกว้างแคบของการลงมือพยายามกระทำผิดตามทฤษฎีการกระทำแรก และเป็นการเพิ่มเติมขยายลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิดในการกระทำขั้นสุดทำออกไปกว่าคำกล่าวของผู้พิพากษา Parke B ในคดี Eagleton แต่อย่างไรก็ตามการแปลความตามเกณฑ์ของ Stephen นั้นโดยรวมแล้วก็คล้ายกับคำอธิบายของทฤษฎีทั้งสองนั่นเอง¹¹⁵

¹¹⁵ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 43.

Stephen คิดว่าทฤษฎีตามเกณฑ์ของเขาคัดสินลงโทษในคดี Roberts ในการจัดหาแม่พิมพ์เพื่อทำเหรียญปลอมเป็นการกระทำซึ่งได้วางแผนส่วนของการกระทำไว้แล้วที่จะประกอบเป็นการกระทำอาชญากรรมข้อหาปลอมแปลง ถ้าไม่ถูกขัดขวางเสียก่อน (Roberts 1855) และลงโทษพยายามกระทำความผิดในคดี Robinson อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ (court of Appeal) คิดว่าการกระทำของ Mr. Robinson ที่ถูกรับขึ้นและแจ้งต่อตำรวจเป็นแค่การเตรียมการสำหรับการกระทำความผิดในข้อหาพยายามได้เงินจากบริษัทประกันโดยการหลอกลวงเท่านั้น

เกณฑ์ของ Stephen นี้ได้รับการประยุกต์นำมาใช้ในศาลในประเทศแคนาดา (Canada court) เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในคดี Duffy ค.ศ.1931, คดี Deusch ค.ศ.1987 และคดี Henderson ค.ศ. 1948 เป็นต้น¹¹⁶ และเทียบได้กับกับกฎหมายของสกอตแลนด์ (Scotland) ในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างการเตรียมการซึ่งเกือบเป็นการพยายาม และการลงมือกระทำความผิดซึ่งเป็นการพยายาม ในคดี Cameron and Cameron ค.ศ.1911 ของสกอตแลนด์¹¹⁷ และในอเมริกาในหลาย ๆ คดี¹¹⁸

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

การที่ให้อาชญากรมีโอกาสล้มเลิกความตั้งใจในการกระทำความผิด เป็นข้อพิจารณาที่เพิ่มเติมเข้ามาในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอีกส่วนหนึ่ง เป็นการเรียกร้องการกระทำซึ่งพิสูจน์ให้เห็นได้ชัดเจนว่าผู้กระทำจะลงมือกระทำอาชญากรรมอย่างแน่นอน ยกเว้นว่ามีบุคคลอื่นเข้าแทรกแซงหรือมีเหตุที่ไม่พึงประสงค์อื่น ๆ เข้าแทรก หรือการกระทำที่จะเป็นผลปรากฏให้เห็นในเหตุการณ์ธรรมดาปกติ ถ้าไม่มีสาเหตุอื่นไม่พึงประสงค์มาขัดขวางไว้ในการกระทำของตัวอาชญากรรมเอง

ข้อสังเกตของ Lord Diplock ที่ว่า การกระทำของจำเลยต้องชี้ให้เห็นเจตนาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้แน่นอนที่จะดำเนินการกระทำความผิดโดยสมบูรณ์ต่อไป ยกเว้นแต่จะถูกขัดขวางโดยจงใจไม่ให้กระทำดั่งนั้น อย่างไรก็ดีตามแนวความเห็นตามเกณฑ์ของ Stephen ไม่เป็น

¹¹⁶ Duffy (1931) 57 CCC 186, 187-8 ,คดี Deusch (1987) 30 DLR 4th 435,448,454. and Henderson (1948) 91 CCC 97,104-5. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 44.

¹¹⁷ Cameron and Cameron (1911) JC 110, 114. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 44.

¹¹⁸ 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.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 44.

แบบนี้ ขณะที่ข้อพิจารณาในโอกาสที่น่าจะเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจจะตัดสินลงโทษ เฉพาะคนที่ลงมือกระทำความผิดอย่างแน่นอน หรือมีความเป็นไปได้ในการกระทำความผิด สำเร็จถ้าเขาไม่ถูกขัดขวางไม่ให้กระทำการนั้นจากเหตุที่ไม่พึงประสงค์บางอย่าง เกณฑ์ของ Stephen จะตัดสินลงโทษใครบางคนถ้าการกระทำของเขาได้ถูกวางแผนส่วนในหลายๆ ส่วนไว้แล้ว ซึ่งประกอบเป็นการกระทำอาชญากรรมอย่างแท้จริงถ้าไม่ถูกขัดขวางโดยการตัดสินใจโดยสมัครใจของผู้กระทำความผิดที่จะไม่กระทำความผิดให้สมบูรณ์ หรือไม่ก็โดยสาเหตุอื่นๆ บางอย่าง จุดนี้ของข้อพิจารณาในโอกาสที่เป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจของ Lord Diplock จะตัดสินลงโทษ เฉพาะผู้กระทำที่เจตนาอย่างแน่นอนที่จะก่ออาชญากรรม และจะปล่อยตัวคนที่อาจจะยกเลิกโดยสมัครใจให้พ้นผิดไป ถ้าเขาไม่ถูกจับกุมหรือไม่ก็ถูกขัดขวางอย่างไม่พึงประสงค์เสียก่อน เหตุผล เพราะคนที่มีความเจตนาก่ออาชญากรรมอย่างแน่นอนเท่านั้นที่แสดงให้เห็นถึงประเภทของอันตรายซึ่ง กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำผิดเป็นห่วงกังวล

ปัญหาก็คือ จะประยุกต์ใช้ข้อพิจารณาดังกล่าวอย่างไรถ้าไม่มีข้อจำกัดในประเภทของ หลักฐานที่ฝ่ายอัยการสามารถอ้างแสดงให้เห็นว่าจำเลยจะไม่ยกเลิกโดยสมัครใจ ตัวอย่างเช่น ถ้า อัยการสามารถอ้างหลักฐานได้ว่า บางคนมีความผิดฐานพยายามปล้นนั้น เป็นพวกปล้นระดับมือ อาชีพแล้วการกระทำเบื้องต้นนั้นก็สามารประกอบเป็นการลงมือพยายามก่ออาชญากรรม อย่งไร ก็ตามสิ่งที่จะต้องการก็คือ การกระทำของจำเลยที่จะแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่จำเป็นที่ยืนยงในความ พยายามก่ออาชญากรรม แต่เราจะประยุกต์ใช้ความต้องการดังกล่าวอย่างไร ถ้าชายคนหนึ่งถูก ฟ้องร้องข้อหาพยายามใช้เครื่องมือด้วยเจตนาจัดการทำแท้ง เขาควรจะถูกตัดสินลงโทษ ถ้าเขาไป ไกลถึงขนาดเตรียมเครื่องมือของเขา และบอกให้ผู้หญิงคนนั้น (ที่จริงเป็นตำรวจหญิงที่ไม่ได้ท้อง) ถอดเสื้อผ้า หรือไปไกลถึงขนาดรับเงินค่าทำแท้ง ตรวจเช็คหัวใจของเธอ และวางถาดเครื่องมือของ เขา หรือไปไกลถึงขนาดจับขาเธอ และเช็คบริเวณอวัยวะเพศของเธอด้วยเครื่องมือชิ้นหนึ่ง

ถ้าเราจะตัดสินใจรับเอาข้อพิจารณานี้ในการตัดสิน เราต้องกล่าวให้ได้ว่าการกระทำ ของตัวผู้กระทำนั้นต้องพิสูจน์ให้เห็นอธิบายให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเขาจะกระทำความผิดโดย ปราศจากการแสดงออกในการล้มเลิกขัดขวางการกระทำความผิด เรามีมุมมองที่แก้ไม่ตกในความ คลุมเครือของข้อพิจารณานี้ หากเรากล่าวว่าพฤติกรรมการล้มเลิกขัดขวางของผู้กระทำต้องผ่าน ระดับจุดไหนที่บุคคลส่วนใหญ่เห็น ที่บุคคลส่วนใหญ่ถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นเจตนาของเขา เป็นความคิดที่ดีในเรื่องพฤติกรรมและในเรื่องการล้มเลิกขัดขวางการกระทำผิด แต่เราต้องถาม ก่อนว่าจะสามารถระบุจุดล้มเลิกขัดขวางการกระทำผิดนั้นได้อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการให้ บุคคลส่วนใหญ่ที่ไม่เคยวางแผนเจตนาข่มขืนหรือฆ่าผู้อื่นมาตัดสิน ซึ่งถ้าเขาเจตนาจะวางแผน

ดังกล่าว บุคคลเช่นนั้นส่วนมากน่าจะยกเลิกได้เกือบจะทันที หรือซึ่งอาจจะมีคามผิดบางอย่างที่คนทั่วไปไม่หยุดเลย

3.1.1.4 ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตราย (Dangerous proximity acts theory) ของ Holmes¹¹⁹

“จุดใกล้อันตราย” ของ Holmes ใน “ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตราย” (Dangerous proximity acts theory) ของ Holmes Holmes เห็นว่าเป้าหมายของกฎหมายไม่ใช่เพื่อลงโทษการกระทำที่ผิดบาป แต่เพื่อเป็นการแน่ใจที่จะป้องกันผลภายนอกที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำที่กระทำไปแล้วที่เหมาะสมเข้าใกล้การดำเนินการให้บรรลุผลสำเร็จในอนาคต นั่นคือสิ่งที่กฎหมายต้องการจะประกาศให้ทราบ ซึ่งเป็นคำกล่าวในคดี Kennedy ค.ศ.1897¹²⁰ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่จำเป็นที่ผู้กระทำได้กระทำการไปจนถึงการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ต้องมีการใกล้ชิดกับอันตรายที่จะเกิดขึ้นของความผิดสำเร็จ (dangerous proximity to success) ซึ่งมีส่วนผันแปรไปตามสถานการณ์ที่ครอบคลุมถึงการใกล้ชิดกับอันตรายนั้น ๆ, ความใหญ่โตของภัยอันตราย และระดับความรู้สึกของการหวาดกลัว รวมถึงโอกาสที่ผู้กระทำจะเปลี่ยนความตั้งใจของตัวเอง

ถ้าหากกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำผิดมีเป้าหมายในการสร้างความเชื่อมั่นในการป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นภายนอก (ซึ่งข้อสันนิษฐานเหล่านั้นมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำ ความผิดสำเร็จ) ทำไมขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำผิดจึงแคบมากเช่นนั้น จะไม่เป็นการกระทำทำให้เกิดการยับยั้งผลดังกล่าวไม่ให้ออกมาสู่ภายนอกได้มากกว่าหรือถ้าเข้าไปคุกคามขู่ขวัญลงโทษผู้กระทำเหล่านั้นเมื่อพวกเขากระทำการเข้าไปสู่จุดใกล้อันตรายที่จะเป็นความผิดสำเร็จ แนวคิดของ Holmes อาจมีส่วนต้องการปล่อยให้อาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการเท่าที่พอจะเป็นไปได้ เขาได้ยื่นข้อเสนอที่ดีที่สุดในพื้นฐานของความรับผิดชอบของการพยายามกระทำผิดในการให้โอกาสอาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการบนแนวคิดในเนื้อหาของเจตนา ซึ่งได้อธิบายบนเงื่อนไขธรรมชาติและความเป็นไปได้ของพฤติกรรมของตัวผู้กระทำเอง มากกว่าบนข้อเท็จจริงตามเจตนารมณ์ของตัวผู้กระทำ แนวคิดของ Holmes เห็นด้วยกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ลักษณะของการลงมือกระทำจะกว้างกว่าการกระทำขั้นสุดท้าย โดยต้องอาศัยพยานหลักฐานที่แสดงถึงวัตถุประสงค์ (เจตนา) ในการกระทำของเขา การกระทำที่ทำได้แล้วของเขามีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดอันตราย ความเป็นไปได้ในการดำเนินการให้ไปสู่ความผิดสำเร็จของเขามาเป็นข้อพิจารณาด้วย

¹¹⁹ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 46 – 48.

¹²⁰ Kennedy (1897) 48 NE 770, Massachusetts. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996).

เช่นนี้ ผู้กระทำคนหนึ่งจะกลายเป็นผู้มีแนวโน้มกระทำผิดกฎหมายเพียงเมื่อพฤติกรรมของเขาเข้าใกล้กับความเป็นอันตราย ความอันตรายนั้นเกิดจากผลกระทบของตัวการกระทำของเขาเอง หรือไม่ก็จากความน่าจะเป็นที่ว่าถ้าไม่ถูกขัดขวางเขาจะดำเนินการก่ออาชญากรรมได้สำเร็จสมบูรณ์ อย่างไรก็ตามนี้ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับอันตรายแท้จริงใด ๆ ที่เป็นการกระทำอาชญากรรมโดยสมบูรณ์ การยิงพลาดเป้าหมายไม่สามารถยิงถูกเหยื่อแต่มันก็สามารถบัญญัติให้เป็นการพยายามฆาตกรรม สิ่งที่สำคัญก็คือ เรามุ่งไปสู่ความเป็นอันตรายที่ปรากฏมองเห็นในอนาคตของการกระทำหนึ่ง มากกว่าที่จะเป็นความอันตรายอย่างแท้จริงของการกระทำ

เหตุผลสำหรับการลงโทษการกระทำทั้งหมดซึ่งเป็นอันตราย ที่ปรากฏให้เห็น ก็คือ

1. การยับยั้งการกระทำที่เป็นอันตรายอย่างแท้จริงให้ได้ผลมากขึ้น
2. อีกเหตุผลหนึ่งคือ การกระทำซึ่งเป็นอันตรายที่ปรากฏขึ้น ทำให้เกิดความหวาดหวั่น

หวาดกลัวต่อผู้อื่นและสังคม

ดังนั้น Holmes คิดว่าคนผิดคนหนึ่งที่ว่าวิ่งไล่ตามผู้หญิงผิวขาวคนหนึ่ง แต่เลี้ยวไล่ห่างจากเธอมากกว่า 10 หลา สามารถมีความผิดข้อหาพยายามข่มขืนได้เพราะ เขาดำเนินการตามจุดประสงค์ที่จะข่มขืนเธอไปไกลถึงการกระทำที่ทำให้เธอหวาดหวั่น และทำให้จำเป็นต้องหนีแตกตื่น

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตรายของ Holmes นั้นเกี่ยวพันใกล้ชิดกับข้อพิจารณาในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอื่น ๆ ที่กล่าวถึงข้างต้น ถึงแม้ว่า บางครั้ง Holmes ดูเหมือนต้องการการกระทำบางอย่างที่เข้าใกล้กับการกระทำขั้นสุดท้าย เขาคิดว่าทฤษฎีของเขาจะตัดสินลงโทษในคดี Roberts เมื่อแทนพิมพ์ที่เขาจัดหามาไม่สามารถนำมาใช้ในการกระทำที่บริสุทธิ์อื่น

ทั้งหมดนี้เรียกร่องการกระทำที่เหมาะสมถึงความใกล้ชิดต่อความสำเร็จอันเป็นการอธิบายถึงแนวคิดทั้งหลายที่เหมาะสมสำหรับการอธิบายระดับความใกล้ชิดในวิธีการต่าง ๆ ถ้าเราถามว่าทำไมกฎหมายควรยอมรับรูปแบบของทฤษฎีนี้ คำตอบที่ถูกต้องอาจเป็นว่า มันทำให้เกิดความสมดุลที่ถูกต้องระหว่างสิทธิส่วนบุคคล (individual freedom) และผลประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของสังคม สำหรับประเด็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยเป็นการปกป้องบุคคลจากการรบกวนมากเกินไปของพวกตำรวจและปล่อยให้อาชญากรเป้าหมายขยายโอกาสตัดสินในละทิ้งแผนการ และเป็นการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของชุมชน โดยการยอมให้มีการจับกุมและลงโทษคนที่ประสงค์จะเป็นอาชญากรก่อนที่พวกเขาจะไปไกลถึงการกระทำขั้นสุดท้าย ความคิดเกี่ยวกับความสมดุลแม้ว่าเป็นความคิดที่ไม่ชัดเจนเคลือบคลุมในการเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างสองสิ่ง ซึ่งมันยังคงไม่มีความชัดเจนว่าจุดของความสมดุลเป็นอย่างไร

สุดท้ายเรายังคงต้องถามอีกด้วยว่า ทฤษฎีนี้มีความแน่นอนเพียงพอที่จะเป็นแนวทางให้ศาลใช้ในการพิจารณาคดีแล้วหรือไม่เช่นเดียวกับทฤษฎีอื่น ๆ ทฤษฎีของ Holmes จะตัดสินลงโทษในคดี Roberts การที่จำเลยเอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มီးเครื่องมือจำเป็นอย่างอื่นในการทำเหรียญปลอม ศาลพิจารณาคดีส่วนกลาง (Federal Court) ของอเมริกาประยุกต์ใช้ทฤษฎีของ Holmes ในคดี Gregg ค.ศ.1940¹²¹ ชายคนหนึ่งเริ่มขับรถที่เต็มไปด้วยสุราจากเมือง Alton รัฐอิลลินอยส์ (250 ไมล์จากชายแดนรัฐแคนซัส) ไปรัฐแคนซัส ศาลตัดสินว่าจำเลยมีความผิดฐานพยายามนำเข้าสู่รัฐแคนซัส (Kansas) อย่างไรก็ตาม Holmes คิดว่าทฤษฎีนี้จะปล่อยตัวคนที่พยายามลอบวางเพลิงกรณีบุคคลนั้นขับรถเข้าไปในเขต 1/4 ไมล์ (quarter) ของบ้านที่เขาเจตนาจะจุดไฟ ณ. ที่นั้นเขามีความพร้อมที่จะตั้งวัตถุและจุดไฟได้แต่เขาได้ล้มเลิกความตั้งใจเสียก่อนจะถึงตัวบ้าน ในคดี Peaslee¹²² Holmes ยังเห็นนอกเหนือไปกว่านั้นอีกว่าแม้เขาจะถูกจับกุมเสียก่อนที่จะเปลี่ยนความคิดก็ตามการกระทำของเขาก็ยังไม่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด¹²³ และทฤษฎีของเขาได้ถูกประยุกต์ใช้ปล่อยตัวจำเลยที่พยายามลื้อที่รอเหยื่ออย่างอดทนที่บ้านของเหยื่อในเย็นวันหนึ่ง และละทิ้งแผนการเพื่อพยายามปล้นอีกครั้งต่อเมื่อพวกเขาจับได้ว่าโทรศัพท์ของพวกเขาถูกดักฟัง ในคดี Volpe ค.ศ.1953¹²⁴

อย่างไรก็ตาม Mr. Roberts และคนนำเข้าสู่สุราต่างก็มีเวลามากมายที่จะเปลี่ยนใจ และละทิ้งแผนการ ดังนั้นเราไม่สามารถปฏิเสธอย่างมีเหตุผลได้ว่าพวกเขายังคงไกลจากอันตรายที่จะกระทำความผิดสำเร็จ อีกทางหนึ่งเราไม่สามารถกล่าวอย่างมีเหตุผลได้ว่าพวกเขาปล้นอยู่ใกล้จุดอันตรายถึงแม้ว่าอันตรายนั้นแค่ปรากฏให้เห็นขณะที่พวกเขา รอเหยื่อ หรือที่ว่าคนลอบวางเพลิงนั้นเข้าใกล้จุดใกล้อันตรายทันทีที่เขาเข้าใกล้บ้านในระยะเอื้อมถึงง่าย

3.1.1.5 ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ¹²⁵

¹²¹ Gregg (1940) 113 F 2d 687. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 48.

¹²² Peaslee 59 NE 55 (1901). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 48.

¹²³ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 48.

¹²⁴ Volpe (1953) 122 NYS 2d 342, New York. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 48.

¹²⁵ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 57 - 60.

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

พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981¹²⁶

มาตรา 1 “บัญญัติไว้ว่า :

(1) เงื่อนไข, มาตรานี้ใช้บังคับกับบุคคลที่กระทำความผิดโดยเจตนา บุคคลที่ซึ่งกระทำการกระทำที่มากกว่าการกระทำที่เป็นเพียงการเตรียมกระทำความผิด เขามีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด

(2) บุคคลหนึ่งอาจจะมีผิดฐานพยายามกระทำความผิดที่กล่าวถึงมาก่อนมาตรา ก่อนนี้ มาตรานี้ใช้บังคับแม้ว่าข้อเท็จจริงเช่นนั้นการกระทำความผิดจะเป็นไปไม่ได้

(3) อย่างไรก็ตามในกรณีนี้

a) นอกจากอนุมาตรานี้ ไม่ถือเอาเจตนาของบุคคลรวมเป็นเจตนาในการกระทำความผิด ; แต่

b) หากว่าข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นเขาเชื่อเช่นนั้น ให้ถือเอาเจตนาของเขาเหนือกว่าเจตนาในอนุมาตรา (1) ,เขาจะถือว่ามีเจตนากระทำความผิด

¹²⁶ The Criminal Attempts Act 1981 section 1 provides. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 1 - 2.

(1) มาตรฐานนี้ใช้กับความผิดใด ๆ ที่หากว่าเป็นความผิดสำเร็จ สามารถฟ้องร้องได้ใน English และ Wales เช่น ความผิดที่ฟ้องร้องได้มี....

โดยมาตรา 4 การพยายามกระทำความผิดสามารถจะ (มีข้อคัดค้านของเสียงข้างน้อย) ลงโทษอย่างเคร่งครัดโดยสัมพันธ์กับความผิดที่เป็นเนื้อหาของความผิด”

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

ก. การให้ความหมาย “การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม” (more than merely preparatory act) ในมาตรา 1 (1) ของพระราชบัญญัติฯ ตามแนวทางของศาลอังกฤษ¹²⁷

แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่มากกว่าเพียงการเตรียมกระทำความผิด (more than merely preparatory act) ของพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดอาจจะดูเหมือนกับไม่มีการเพิ่มเติมรายละเอียดมากไปกว่าทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial step acts theory) แม้ว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่มีการบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (The Criminal Attempts Act 1981) เป็นต้นมา การบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการลบล้างกฎหมายพยายามกระทำความผิดในสมัย Common Law ไปแล้ว ซึ่งศาลไม่ควรอ้างอิงหรือแปลความอธิบายความหมายลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามอย่างในคดีก่อน ๆ ในสมัย Common law อีกต่อไป ผลของข้อเสนอในการอภิปรายกฎหมายพยายามกระทำความผิดของคณะกรรมการการกฎหมาย (The Law Commission) ที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (The Criminal Attempts Acts 1981) นั้น ยืนยันในการช่วยเหลือพวกเราในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและก่อให้เกิดการยืดหยุ่นขึ้นภายในทฤษฎีการลงมือพยายามกระทำความผิดที่ไม่เป็นประโยชน์และคลุมเครืออื่น ๆ

ภายหลังการบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ของอังกฤษก็ได้ให้สัตยาบัน และแปลความหมายของถ้อยคำ more than merely

¹²⁷ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 58.

preparatory act ในมาตรา 1 (1) ตามพระราชบัญญัติครั้งแรกในการตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี Widdowson ในปี ค.ศ.1985

ในคดี Widdowson ค.ศ.1985 จำเลยต้องการได้รถแวนมาโดยการเช่าซื้อ แต่เขาไม่มีเครดิตพอที่จะเช่าซื้อ และจากการตรวจพบจำเลยทำให้เครดิตของเขาผ่าน โดยการให้ชื่อบุคคลอื่น เขาถูกลงโทษฐานพยายามได้มาซึ่งประโยชน์ในบริการการเช่าซื้อรถแวนโดยการหลอกลวงในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์เห็นว่าถ้าหากบริษัทไฟแนนซ์เห็นว่าเครดิตที่จำเลยแสดงนั้นผ่าน จำเลยก็ยังคงต้องกระทำสัญญาตามรูปแบบธรรมเนียมการติดต่อบริษัทในการเช่าซื้ออยู่ ศาลอุทธรณ์ได้เพิกถอนคำพิพากษาศาลชั้นต้นไม่ลงโทษจำเลย โดยอ้างอิงแนวทฤษฎีใน Common Law เดิม โดยพิจารณาว่าจำเลยยังไม่ได้กระทำในสิ่งที่จำเป็นในการที่จะได้รับผลในการกระทำผิดในการได้มาซึ่งการบริการโดยการหลอกลวง การกระทำของเขาไม่ได้เกี่ยวพันใกล้ชิด (immediately) เพียงแค่นี้ยังห่างไกลที่จะยืนยันถึงความใกล้ชิดกับการทำความผิดที่จะเป็นการลงมือพยายามได้ และใช้ถ้อยคำของ Lord Diplock ในคดี DPP v. Stonehouse ค.ศ.1978 ที่ว่าเขายังไม่ข้ามแม่น้ำรูบิคอนและเผาเรือ (crossed the Rubicon and burned his boats) การกระทำของเขานั้นยังไม่ถึงขอบเขตในตำแหน่งที่ยืนยันโดยแน่ชัดถึงการจะทำความผิดโดยแน่นอน และยังสามารถถอนคืนกลับใจแก้ไขการทำความผิดได้¹²⁸

ซึ่ง Michael J. Allen เห็นว่า ความหมายของการลงมือพยายามทำความผิดของ Lord Diplock ที่ศาลอ้างนี้ เป็นการอ้างถึงทฤษฎีที่เป็นข้อคำนึงของคณะกรรมการกฎหมายที่มีความปรารถนาจะให้ขยายขอบเขตของการตีความตามแนวทฤษฎีดังกล่าวให้กว้างออกไป

และต่อ ๆ มา ในคดี Boyle and Boyle ค.ศ.1987¹²⁹ คดี Boyle and Boyle ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษฐานพยายามขโมย ซึ่งเขาถูกพบเห็นโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจขณะที่ยืนอยู่ใกล้ ๆ ประตูซึ่งล็อกกุญแจและบานพับประตูอันหนึ่งของประตูแตกออกเสียหาย ศาลอุทธรณ์ยืนยันลงโทษจำเลยในความผิดฐานพยายามขโมยตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ใส่ใจในการกระทำต่อสิ่งของของเขาเพียงเท่านั้นเพียงพอที่จะยืนยันถึงการจะทำความผิดของเขา และอีกประการหนึ่ง การที่เขาอยู่เหนือประตูทางเข้าทรัพย์สินอันเป็นขั้นตอนการที่จะบุกรุกล่วงล้ำเข้าไปข้างใน การกระทำเหล่านั้นพอเพียงที่จะยืนยันถึงเจตนาในการจะขโมยของเขาแล้ว โดยศาลได้อ้างอิงทฤษฎีใน Common Law ตามเกณฑ์ของ Stephen ที่ว่า การลงมือพยายามทำความผิดเป็นการกระทำที่

¹²⁸ Widdowson (1985) 82 Cr App R 314. as cited in. Michael J. Allen. (2003). **Textbook on Criminal Law** (7 th.ed.). p. 280.

¹²⁹ Boyle and Boyle (1987) 84 Cr App R 270 as cited in. Michael J. Allen. (2003). **Textbook on Criminal Law**. p. 280.

สมบูรณ์ประกอบด้วยเจตนาในการกระทำความผิด และผ่านระดับขั้นตอนในการกระทำที่ซึ่งแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าถ้าหากไม่มีการขัดขวางจะเกิดเป็นความผิดขึ้นแน่นอน แต่การใช้ทฤษฎีนี้ยังคลุมเครืออยู่มากในการนำมาแปลความหมายของการเตรียมกระทำความผิด และความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิด

ในคดี R v. Gullefer ค.ศ.1990¹³⁰ ผู้อุทธรณ์ อุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นที่ตัดสินว่ามีความผิดฐานพยายามขโมยและตัดสินลงโทษจำคุกเป็นระยะเวลา 6 เดือน ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้อุทธรณ์นำสุนัขของเขาไปวิ่งแข่งขันทูทกรเฮนด (Greyhound) ที่สนามแข่งขันทูทกรเฮนด ระหว่างการแข่งขันรอบสุดท้าย เขาโกงการแข่งขัน ทำให้สุนัขของเขาอยู่ในการแข่งขันโดยการปีนไปที่รั้วบนทางเดินหน้าลู่วิ่งสุนัขของเขา โบกแขนของเขาไปมาเพื่อพยายามเบี่ยงเบนความสนใจสุนัขของเขา การกระทำของเขาเป็นผลให้ผู้จัดการแข่งขันเห็นว่าไม่เป็นธรรมและตัดสินใจประกาศยกเลิกการแข่งขัน และในการประกาศเช่นนั้น โดยระเบียบของเจ้ามือรับแทงจำเป็นต้องจ่ายเงินเดิมพันจากการเล่นพนันทั้งหมดที่เขาเดิมพันคืนให้แก่เขา แทนที่จะต้องจ่ายให้กับผู้ชนะในการเล่นพนัน ภายหลังเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจสอบสวนเขา เขากล่าวว่าเหตุผลที่เขากระทำบางส่วนเพราะเขาแพ้พนันครั้งใหญ่และเมื่อปีที่แล้ว จากการที่เจ้าหน้าที่ของสนามแข่งขันทูทกรเฮนดไปที่รั้วทำให้สุนัขไขว่เขวเป็นเหตุผลทำให้เขาสูญเสียเงินเดิมพัน เขายอมรับว่าเขาพยายามหยุดการแข่งขันนี้เพราะเขากลัวจะสูญเสียเงินเดิมพัน เขาหวังว่าการทำให้สุนัขของเขาไขว่เขวนั้นผู้จัดการแข่งขันจะประกาศยกเลิกการแข่งขันและด้วยเหตุนี้เขาจะได้รับเงินเดิมพันคืนจากเจ้ามือรับแทง

คดีนี้ท่านผู้พิพากษาได้อ้างมาตรา 1 (1) และมาตรา 4 (3) ของพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดมาตัดสิน และกล่าวว่าเรื่องยากที่ศาลจะสรุปพยานหลักฐานให้ถูกจนตัดสินว่าแค่ไหนการกระทำของผู้อุทธรณ์ถึงไปถึงขอบเขตของการกระทำที่มากกว่าการเตรียม พร้อมทั้งเป็นการเริ่มต้นการดำเนินการกระทำความผิด (embarked upon) ถ้าเขาไม่ถอนคืนในการกระทำนั้น

หน้าที่หนึ่งของศาลคือการประยุกต์ใช้ถ้อยคำที่บัญญัติในพระราชบัญญัติกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคดี การกระทำของผู้อุทธรณ์ยังอยู่ในขั้นตอนการเตรียมหรือเป็นการเริ่มต้นดำเนินการเข้าไปสู่การกระทำการขโมยในตัวเองแล้วหรือไม่ มันอาจเป็นการขโมยทรัพย์สินเมื่อเขากระโดดลงบนลู่วิ่ง การกระโดดลงบนลู่วิ่งของเขาเป็นการพยายามขโมยเงินเดิมพันจากเจ้ามือรับแทงไขว่ใหม่ ความเห็นของผู้พิพากษาเห็นว่ามันไม่เป็นการดำเนินการถึงขั้นการดำเนินการขโมยเมื่อ

¹³⁰ 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.

เขากระทำการกระโดดลงบนลู่วิ่งในความพยายามที่จะรบกวนสุนัข ที่ซึ่งในการหันเหมันนั้นเขาหวังว่าจะเป็นผลให้เกิดการยกเลิกการแข่งขันและจะได้กลับไปเอาเงินจากเจ้ามือ ในความเห็นของผู้พิพากษาเห็นว่าเห็นว่าพยานหลักฐานแค่นี้ไม่เพียงพอสำหรับการกล่าวโทษเขา เมื่อเขากระโดดลงไปในลู่วิ่งถึงจะเป็นการกระทำที่พ้นจากการเตรียมแล้ว

และดูเหมือนว่าพระราชบัญญัติฯ จะใช้ถ้อยในการชี้้นำให้ใช้แนวทางที่เป็นกลาง แต่ไม่ได้กำหนดว่าเป็นไปตามทฤษฎีของ Eagleton (ตามทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย) หรือของ Lord Diplock (ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล) เป็นการแก้ไขการไปถึงตำแหน่งของการกระทำที่เป็นไปได้ในการยกเลิกการกระทำความคิดของ Lord Diplock และช่วยแนะนำถ้อยคำที่แน่นอนที่เป็นการกระทำที่เป็นไปได้ในตำแหน่งในขั้นตอนการเริ่มการกระทำความคิดของ Stephen (ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล) คือ มันเริ่มต้นเมื่อเป็นการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม (merely preparatory) และให้ความหมายของการกระทำที่มากกว่าการเตรียมว่าเป็นการกระทำที่เริ่มต้นดำเนินการกระทำความคิด (embarked upon) ส่วนการกระทำที่เริ่มต้นดำเนินการกระทำความคิดนั้นเริ่มเมื่อไหร่ นั่น สุดแล้วแต่ข้อเท็จจริงในวิธีการกระทำความคิดนั้น ๆ

ในคดี Jones ก.ศ.1990¹³¹ Mr.Jones อุทธรณ์การลงโทษฐานพยายามฆ่าเพื่อนชายของคนรักเก่าของเขาต่อศาลอุทธรณ์ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ Mr. Jones ได้กระทำการซื้อปืนยี่ห้อให้มึขนาดเล็กลงนำปืนซ่อนไว้ในตัวเขาแล้วกระโดดเข้าไปในรถด้านหลังที่นั่งที่เพื่อนชายของคนรักเก่าของเขา นั่งอยู่ที่คนขับ จอดอยู่ที่โรงเรียนลูกสาวของเขา จากนั้นเขาเล็งปืนไปที่เพื่อนชายของคนรักเก่าของเขา แล้วพูดว่า "...คุณก็ไม่ได้ไปเหมือนกัน..." เพื่อนชายของคนรักเก่าของเขาได้แย่งปืนจาก Mr.Jones มาได้ แล้ว Mr.Jones ได้ลงจากรถหลบหนีไป ข้อเท็จจริงมันยังไม่เป็นการยืนยันอย่างแน่ชัดว่านิ้วมือของ Mr.Jones อยู่ในไกปืนหรือไม่ เมื่อเขาเล็งปืนไปที่เพื่อนชายของคนรักของเขา ศาลอุทธรณ์พิจารณาจากคำร้องของ Mr.Jones

Taylor LJ กล่าวเห็นด้วยกับการแนะนำของ Lord Chief (ผู้พิพากษา) ที่ต้องมองที่ความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำในมาตรา 1 (1) ปัญหาของผู้พิพากษาคือ การแนะนำต่อลูกขุนถึงของความหมายที่ชัดเจนตามความหมายธรรมดาของถ้อยคำตามพระราชบัญญัตินั้น กรณีนี้การกระทำของผู้อุทธรณ์เป็นการกระทำที่มีความชัดเจน ในการที่เขาไปซื้อปืน ย่อขนาดปืนให้เล็กลงบรรจุกระสุนในปืน นำปืนไปซ่อนไว้ในตัว และไปที่โรงเรียน ถ้ามีเพียงการกระทำเท่านี้ผู้พิพากษาเห็นว่า เป็นเพียงขั้นตอนของการเตรียม แต่ในการที่เข้ากระโดดเข้าไปในในรถเอาปืนที่มี

¹³¹ Jones (1990) 1 WLR 1057. as cited in. Michael J. Allen. (2003). **Textbook on Criminal Law.** pp. 280 – 281.

กระสุนเต็มออกมาถึงไปที่เหยื่อด้วยเจตนาฆ่าเขา ถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอในการตัดสินว่าการกระทำของเขาเหล่านั้นเป็นการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียมแล้ว

คดี Jones นี้ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยในการแปลถ้อยคำผูกขึ้นตามมาตรา 1 (1) ในพระราชบัญญัติ โดยอ้างอิงทฤษฎีที่ขัดแย้งกันที่มีอยู่ก่อนใน Common Law Taylor LJ stated ได้แก้ไขให้ถูกต้องในการแปลความหมาย โดยพิจารณาเพียงความหมายตามธรรมดาในถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ไม่กลับไปใช้แนวทฤษฎีตาม Common Law เดิม และเขาพยายามสืบหาทฤษฎีที่เหมาะสมและตัดทฤษฎีที่ไม่เหมาะสมออก เข้าอ้างและเห็นด้วยกับการวินิจฉัยในคดี Gullefer ในการหาแนวทางที่เป็นกลางในการให้ความหมายการกระทำที่เป็นการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม (merely preparatory) ที่ว่าเป็นการกระทำที่เริ่มต้นดำเนินการกระทำ ความผิด (embarked upon)

ในคดี Carmppbell ค.ศ.1991¹³² Mr.Campbell หลบซ่อนอยู่ใกล้ที่ทำการไปรษณีย์ด้วยปืนปลอมในกระเป๋าเสื้อของเขาและถูกจับกุมขณะที่เขาเดินจะเข้าไปในที่ทำการไปรษณีย์บริเวณข้างนอกเกือบถึงประตูที่ทำการไปรษณีย์ โดยมีเจตนาจะเข้าไปชิงทรัพย์ ศาลวินิจฉัยว่าเขาจะมีความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์ต่อเมื่อเขาเข้าพื้นที่ประตูที่ทำการไปรษณีย์ไปก่อน

ในคดี Geddes ค.ศ.1996¹³³ ศาลอุทธรณ์เพิกถอนคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ลงโทษจำเลยในฐานะพยายามลักพาตัว (kidnapping) ข้อเท็จจริงจำเลยมีเครื่องมีในกระเป๋าหลังที่สะพายอยู่ประกอบไปด้วย มีดทำครัว เข็มและเทปกาว และเขาไปในห้องน้ำเด็กผู้ชายในโรงเรียน ศาลอุทธรณ์เห็นว่าไม่มีความสงสัยในเจตนาของจำเลย แต่การกระทำของเขายังไม่คืบหน้าไปเพียงพอที่จะสมควรให้มีผลในทางกฎหมายถึงขั้นมากกว่าการเตรียม จำเลยยังไม่มีมีความผิดฐานพยายามลักพาตัว (แต่ตามความเห็นของ Professor J.C.Smith เห็นว่าลักษณะของการกระทำในคดี Geddes นี้อาจมีความผิดตามพระราชบัญญัติการลักทรัพย์ (Theft Acts 1968 มาตรา 25) ได้ถ้าหากเป็นการเข้าไปขโมยทรัพย์สิน)

ข. การให้ความหมายการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม ตามความเห็นของ **Antony Duff**¹³⁴

¹³² Carmppbell (1991) 93 Cr. App. R. 350,354 (Watkins LJ). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 59.

¹³³ Geddes (1996) Crim LR 894. as cited in. Michael J. Allen. (2003). **Textbook on Criminal Law**. pp. 281 – 282.

¹³⁴ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 58.

Antony Duff (R.A.Duff) นักวิชาการและอาจารย์ทางกฎหมายของมหาวิทยาลัย Oxford ในประเทศอังกฤษ เห็นว่าในการตัดสินศาลของอังกฤษแม้เป็นการนำข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติมาใช้อ้างอิงในการตัดสิน แต่การแปลความหมายของการลงมือพยายามกระทำ ความผิดนั้นกลับเป็นการอ้างอิงตามคดีที่ถูกตัดสินอยู่ก่อนการใช้พระราชบัญญัติ แม้ตามพระราชบัญญัติได้ตัดสินและกำหนดแล้วว่าควรจะใช้ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติโดยปราศจากการอ้างอิงเช่นนั้น เป็นหน้าที่ของศาลในการใช้และการอธิบายถึงถ้อยคำในข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติในการตัดสินข้อเท็จจริงตามคดีต่าง ๆ ซึ่งถ้อยคำที่บรรจุอยู่ในพระราชบัญญัตินั้น เป็นการแน่ชัดในตัวของมันเองอยู่แล้ว ดังนั้นศาลควรจะมีเป็นอันดับแรกตีความหมายธรรมดาในถ้อยคำที่กำหนดอยู่ในพระราชบัญญัตินั้นมากกว่าการที่จะพยายามแปลความหมายโดยอ้างอิงคดีที่ขัดแย้งกันใน Common Law เดิม

Antony Duff ได้แปลความหมายของการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียมไว้ว่าเป็นการเริ่มดำเนินการทำความผิด (embarked on) หรือการเข้าไปอยู่ในขบวนการทำความผิดในตัวของมันเอง (is in the process of committing the offence itself) โดยอธิบายว่าแท้จริงแล้วพระราชบัญญัตินี้มุ่งไปสู่แนวทางปฏิบัติที่เป็นกลางระหว่างการจำกัดให้แคบลงของการกระทำขั้นสุดท้ายของทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายในคดี Engleton และการขยายกว้างออกในความไม่แน่นอนในของทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Stephen

แต่ทว่าอย่างไรที่ถือว่าเป็นการเริ่มดำเนินการหรือเป็นการกระทำที่เข้าไปสู่กระบวนการทำความผิดในตัวเอง R.A. Duff ได้อธิบายเป็นตัวอย่างไว้ว่า เมื่อพิจารณาถึงคดี Gullefer ค.ศ. 1990 การกระทำของ Mr. Gullefer กับสุนัขของเขาที่ทำให้สุนัขของเขาแพ้ในการแข่งขัน Mr. Gullefer ได้ปีนไปยังทางเดินและพยายามรบกวนสุนัขที่กำลังจะกระโดดออกแข่งขัน การแสดงออกชัดเจนถึงการกระทำเช่นนั้นของเขาไม่มีผลทางกฎหมายทำให้เขาสามารถเรียกเงินจากเจ้ามือรับแทงได้ เขาไม่มีความผิดฐานใช้กลอุบายในการพยายามขโมยเงินเพราะการกระทำของเขาขึ้นอยู่กับระยะเตรียมการ และยังคงไม่ใช่เป็นการเริ่มดำเนินการขโมยในตัวของมันเอง ในคดี Jones ค.ศ.1990¹³⁵ การที่ Mr.Jones ได้เข้าไปในรถที่มีอดีตคนรักของเขากับแฟนใหม่ของคนรักของเขาพร้อมด้วยปืนที่มีกระสุนและอาวุธอื่น ๆ แต่แฟนใหม่ของอดีตคนรักของเขากับอดีตคนรักของเขาได้ขัดขวางโดยแย่งเอาอาวุธปืนโยนออกมาทางหน้าต่างเสียก่อน Mr.Jones จึงหลบหนีไป การกระทำของ Mr.Jones เช่นนี้ถือว่ามีมากกว่าการกระทำเตรียมทำความผิดเฉย ๆ ในการ

¹³⁵ Jones (1990) 1 WLR 1057,1060-1 (Lord Taylor). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996).

มาตรการ เมื่อเขาเข้าไปในรถและเล็งปืนไปที่เหยื่อด้วยเจตนาฆ่าเขา อย่างไรก็ตามการกระทำก่อนนั้นจะถือว่าเป็นเพียงการเตรียมกระทำความผิดเท่านั้น ในคดี Campbell ค.ศ.1991 การที่ Mr. Campbell หลบซ่อนอยู่ในใกล้ที่ทำการไปรษณีย์ด้วยปืนปลอมในกระเป๋าเสื้อของเขาและถูกจับกุมข้างนอกเกือบจะมาถึงประตูที่ทำการไปรษณีย์ ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามเขายังคงมีเจตนาชิงทรัพย์ แต่ศาลแปลความหมายว่าเขาจะมีความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์เมื่อเขาเข้าพื้นที่ทำการไปรษณีย์ไปก่อน (ซึ่งที่จริงแล้ว Antony Duff เห็นว่าการกระทำของเขาอยู่ในจุดที่เป็นการชี้บอกว่ามากกว่าการเตรียมกระทำความผิดเฉย ๆ แล้วการกระทำของเขาควรเป็นความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์แล้ว) ในคดี Rowley ค.ศ.1991¹³⁶ การที่ Mr.Rowley ทิ้งบันทึกลงไว้ในสถานที่สาธารณะเพื่อเชิญเด็กผู้ชายให้มาพบเขา ด้วยเหตุที่ตัวบันทึกลงที่ให้นั้นไม่ป็นสิ่งชี้บอกถึงเจตนาของเขาในการกระตุ้นยุยงเด็กผู้ชายให้มากระทำการอนาจาร (gross indecency) กับเขา การกระทำทั้งหลายของเขาโดยส่วนใหญ่เป็นการเตรียมสำหรับการพยายามกระทำความผิด เขายังไม่มีความผิดฐานพยายามยุยงส่งเสริมให้มากระทำการอนาจาร แต่อย่างไรก็ตามในคดี Griffin ค.ศ.1993 ตามพระราชบัญญัติลักพา ค.ศ.1984 (Child Abduction Act 1984)¹³⁷ Mrs.Griffin เริ่มต้นกระทำความผิดฐานลักพาเมื่อมีการซื้อตัวของหล่อนและเด็กในการออกนอกกรรัฐ 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 ไม่ได้ได้อยู่ภายใต้ตัวอย่างใด ๆ ใน Model Penal Code เพียงแต่สิ่งที่เหลือไว้จากการกระทำของเขา(อันเป็นแผนการต่อเนื่องในการกระทำของเขา) ในการเรียกร้อยเงินรางวัล ศาลอาจจะมองว่าการกระทำเช่นนี้ของเขาเป็นการดำเนินการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญที่ทำให้เกิดความผิดนี้ขึ้น ในคดี Campbell และคดี 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 “มีความมุ่งหมายในการ

¹³⁶ Rowley (1991) 4 All ER 649,654 (Lord Taylor). as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 59.

¹³⁷ Griffin (1993) Crim. LR 515. as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 59.

ล่อลวง” โดยเจตนาให้เหยื่อมาในสถานที่ที่จะประกอบอาชญากรรม (section 5.01(2) (b)) ดังนั้นในการแปลความพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 ของอังกฤษ (The Criminal Attempt Acts 1981) โดยศาล เป็นการแปลความที่แคบกว่า Model Penal Code ของอเมริกาโดยไม่ต้องสงสัย ซึ่งเป็นจุดประสงค์เช่นเดียวกันกับความมุ่งหมายของคณะกรรมการกฎหมาย (The Law Commission) อย่างไรก็ตามคู่มือการตีความแคบกว่าความมุ่งหวังของคณะกรรมการด้วยในบางกรณี เช่น ในคดี Robinson ค.ศ.1915 แน่นอนยังคงไม่ลงโทษความผิดฐานพยายามได้เงินมาโดยหลอกลวงสำหรับการแก่งแย่งที่มีการปล้นร้านของตัวเองเพื่อเอาประกันแต่ถูกจับเสียก่อนที่จะติดต่อกับบริษัทประกัน

ก. การให้ความหมายการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม ตามความเห็นของ Michael j. Allen¹³⁸

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

ตัวอย่างที่ช่วยแสดงให้เห็นถึงการกำหนดตำแหน่งของการเริ่มดำเนินการเช่นนั้น กรณีเช่น D ตัดสินใจจะฆ่า V และเขาแสดงให้เห็นเจตนาในการจะดำเนินการกระทำนั้นให้บรรลุผลสำเร็จ

1. เขาใช้เวลาหลายวันในการสังเกตการเคลื่อนไหวของ V อยู่ในขั้นตอนการเลือกสถานที่ที่เหมาะสม
2. เขาซื้อปืนและกระสุน
3. เขาไปและพักอยู่ในป่าในหลาย ๆ โอกาส เพื่อดำเนินการต่อเป้าหมาย
4. ในวันที่กระทำความผิดเขาบรรจุกระสุนปืน
5. เขาขับรถไปยังสถานที่เกิดเหตุด้วยแผนการที่จะฆ่า และซ่อนตัวอยู่ในพุ่มไม้รอการมาถึง ของ V
6. เขาเฝ้าคอยดูที่ถนนถึงการมาของ V
7. เขาเห็น V แล้วหยิบปืนขึ้นมาเล็ง
8. เขาเอานิ้วมือเข้าไปในไกปืน
9. เขาใช้นิ้วบีบไกปืนและยิงปืน

¹³⁸ Michael J. Allen. (2003). *Textbook on Criminal Law*. p. 279.

ตำแหน่งที่ 9 นี้เป็นตำแหน่งสุดท้ายในการกระทำของ D ในระดับที่จะนำไปสู่การกระทำความคิดฐานฆ่า ถ้าเจ้าหน้าที่ตำรวจเฝ้าคอยสังเกต D ตำรวจจะสามารถเข้าไปแทรกแซงขัดขวางการกระทำของ D ได้ในจุดไหนที่จะสามารถป้องกันขัดขวางการฆ่า และยืนยันอย่างแน่นอนว่า D จะถูกลงโทษในความคิดฐานพยายามฆ่า ลำดับการกระทำในตำแหน่งตั้งแต่ 1-8 เป็นการกระทำทั้งหมดที่เป็นการเตรียมไปสู่การกระทำสุดท้ายตำแหน่งที่ 9 บางตำแหน่งเป็นการดำเนินการที่มากกว่าการเตรียมตามข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความคิดแล้วในการดำเนินการบางขั้นตอนหลังจากการกระทำในตำแหน่งที่ 4 และก่อนตำแหน่งที่ 9 เมื่อเขาได้แสดงให้เห็นได้ว่าเข้าไปอยู่ในการดำเนินการกระทำความคิด (on the job) หรือ การกระทำเช่นนั้นเป็นการเริ่มดำเนินการกระทำความคิดอย่างเต็มที่ (embarked on the crime proper)

กล่าวโดยสรุปแล้ว พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความคิด ค.ศ.1981 ได้ยกเลิกบทบัญญัติหรือทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความคิดในอดีตในระบบ Common Law และได้บัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้ความหมายของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิดไว้ให้ชัดเจนใน มาตรา 1 (1) ซึ่งหมายถึง การกระทำที่มากกว่าเพียงการเตรียมกระทำความคิด (more than merely preparatory act) ซึ่งจุดประสงค์ของพระราชบัญญัติต้องการช่วยเหลือและให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับทฤษฎีการพยายามกระทำผิดต่าง ๆ ให้เกิดการยึดหยุ่นขึ้นระหว่างทฤษฎีการกระทำสุดท้าย (Last acts theory) กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) เป็นการบัญญัติถ้อยคำที่เป็นการแน่ชัดในตัวของมันเองอยู่แล้ว และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องแปลความหมายของถ้อยคำให้เป็นไปตามจุดประสงค์ แต่การแปลความหมายยังคงเป็นปัญหา ศาลของอังกฤษยังคงมีลักษณะที่จะแปลความหมายรักษาและเชื่อมต่อกับระบบ Common Law เดิมก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติการพยายามกระทำความคิดอยู่

3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

เดิมในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) และ “ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย” (Dangerous proximity acts theory) มาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด แต่ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลและทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายยังมีข้อบกพร่อง และมีการตีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละมลรัฐ ต่อมาสถาบันกฎหมายของอเมริกา (The American Law Institute) จึงได้พัฒนาหลักกฎหมายที่จะมาอธิบายให้มีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้นกว่าทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่ให้เหตุผลในการอธิบายลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความคิดอยู่บนความหมายว่าอย่างไรเป็นการกระทำของจำเลยที่เข้ามาสู่การใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ หรือ ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดอันตรายที่เรียกร้องการกระทำที่เป็นการใกล้ชิดที่มีส่วนผันแปรไปตาม

ระดับของความอันตรายในความผิดฐานนั้น ๆ มาเป็นการใช้หลักเกณฑ์ตาม “ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ” (The Substantial step acts theory)

3.1.2.1 ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) ตามข้อกำหนดใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา¹³⁹

ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The substantial step acts theory) เป็นทฤษฎีที่กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดในประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน ที่มีมุมมองแตกต่างออกไปจากทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการลงโทษการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดเพื่อเป็นการลงโทษยับยั้งการกระทำที่เป็นอันตราย

เป็นการพิจารณาถึงการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) อันเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำให้สิ่งใดลงไปแล้วบ้าง (what the actor has already done) ซึ่งตรงกันข้ามกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ที่การกระทำขั้นสุดท้ายนั้นพิจารณาว่ายังมีสิ่งใด ๆ อีกหรือไม่ที่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำ (what remains to be done) เพื่อให้ความผิดเกิดขึ้น หากปรากฏว่ายังมีสิ่งอื่น ๆ ที่จะต้องกระทำอีก เช่น จะต้องนำอาหารผสมยาพิษนั้นไปวางบนโต๊ะกินข้าวของผู้เสียหายเสียก่อน ตราบใดที่ยังไม่ได้วางก็ยังไม่เป็นพยายามฆ่าแต่เมื่อนำไปวางแล้วก็เป็นการพยายามฆ่าทันทีโดยไม่คำนึงว่าผู้เสียหายจะมากินอาหารบนโต๊ะนั้นเมื่อใด ทั้งนี้เพราะเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายของผู้กระทำแล้ว เนื่องจากผู้กระทำไม่จำเป็นต้องกระทำให้สิ่งอื่นใดอีกแล้วเพื่อให้ความผิดเกิดขึ้น เพียงแต่รอให้ถึงเวลาที่ผู้เสียหายจะมากินอาหารเท่านั้น ซึ่งการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลหรือเป็นการกระทำในขั้นตอนสุดท้ายดังกล่าวแต่อย่างใด

ด้วยเหตุว่าในปัจจุบัน บุคคลหนึ่งสามารถเป็นอันตราย และอาจจะเป็นต้นเหตุก่อให้เกิดภัยความเสียหายทางอาชญากรรมได้ในหลาย ๆ วิธี เขาอาจจะเป็นบุคคลที่มีสภาพจิตไม่ปกติและไม่อาจรับผิดชอบทางอาญา เขาอาจไม่ระมัดระวังหรือประมาท แต่ถึงกระนั้น Model Penal Code ได้รวมเอาความผิดสำเร็จหลายชนิด ที่ซึ่งอาจจะเป็นกระทำโดยประมาท (negligent) หรือละเลย (reckless) เข้าไว้ใน การพยายามกระทำความผิดด้วย การลงโทษความผิดชนิดพิเศษเรื่องความประมาทที่เป็นอันตรายจะเป็นการขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาออกไปเกินควร ซึ่งทำให้การ

¹³⁹ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 53 – 57.

กระทำโดยละเลย หรือการกระทำโดยประมาททุกประเภทเป็นอาชญากรรม หากว่าการกระทำเหล่านั้นก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นอันตราย (harm) ซึ่งเป็นอันตรายที่กฎหมายพยายามให้ความสนใจและเป็นกังวล คือ ภัยอันตรายที่สามารถสันนิษฐานอย่างแน่นอนได้ว่าเป็นประเภทที่คุกคามและเป็นอันตรายซึ่งในเนื้อแท้ของการกระทำมีวัตถุประสงค์ในการประกอบอาชญากรรมอย่างแน่นอน

สถาบันกฎหมายของอเมริกา (The American Law Institute) ได้นำทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญมากำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำ ความผิด โดยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1962 (Model Penal Code ,official draft,1962)¹⁴⁰ มาตรา 5.01 (คือประมาณปี พ.ศ.2505) เพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่าง ๆ นำไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาภายในของแต่ละมลรัฐที่แตกต่างกันอยู่ เพื่อให้เป็นรูปแบบไปในแนวทางเดียวกัน โดยบัญญัติว่าเมื่อผู้กระทำได้กระทำการถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้วถือว่ามีกรลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว แต่ทฤษฎีนี้จะใช้ได้ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอื่น ๆ ประกอบให้เห็นอย่างชัดเจน โดยกำหนดคำนิยามของการพยายามกระทำความผิดไว้ใน มาตรา 5.01 (1) และกำหนดตัวอย่างของการกระทำที่เป็นการกระทำ การในขั้นตอนที่สำคัญไว้ในมาตรา 5.01 (2) (a)-(g)

Model Penal Code มาตรา 5.01

(1) ภายใต้งื่อนไขดังนี้: บุคคลหนึ่งจะมีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด, หากว่า ได้กระทำการลักษณะที่เป็นการนำคำหนี ในการดำเนินการประกอบอาชญากรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้:

- a) เข้าพัวพันหรือเข้าร่วมโดยเจตนา ซึ่งเป็นการกระทำที่จะประกอบอาชญากรรม หากว่าประกอบไปด้วยสถานการณ์เช่นที่เขาเชื่อว่าเป็นเช่นนั้น หรือ
- b) เมื่อเขามีจุดประสงค์เฉพาะในผลในการประกอบอาชญากรรม การกระทำหรือไม่กระทำการสิ่งใดด้วยจุดประสงค์ที่จะก่อให้เกิดหรือด้วยความเชื่อที่ว่า จะก่อให้เกิดผลเช่นนั้น โดยปราศจากเหตุการณ์ในอนาคตตามที่เขาคิดเช่นนั้น หรือ

¹⁴⁰ Model Penal Code คือ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งสถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Law Institute) ได้ร่างขึ้นเพื่อเป็นแบบอย่างให้รัฐต่าง ๆ ในสหรัฐใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาของตนให้เหมือนกันทั่วประเทศ

c) เจตนากระทำหรืองดเว้นการกระทำสิ่งใดซึ่งภายใต้สถานการณ์เช่นเขาเชื่อว่าเป็น คือการกระทำหรือไม่กระทำซึ่งเป็นองค์ประกอบขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) ในการกระทำที่ถูกลงโทษไว้แล้วที่สุดของเขาในการประกอบอาชญากรรม

(2) พฤติกรรมที่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนสำคัญตามอนุมาตรา 1c

- a) การคัดกรอ การตามหาตัว หรือการติดตามหาตัวผู้เสียหาย
- b) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด
- c) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด
- d) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยาพาหนะ หรือสถานที่ซึ่งมีรั้วรอบขอบชิด โดยมุ่งหวังที่จะกระทำความผิดในสถานที่นั้น ๆ
- e) การครอบครองวัตถุใด ๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับใช้ในการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครองไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น
- f) การครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งใด ๆ เพื่อใช้ในการกระทำความผิดยังสถานที่หรือใกล้กับสถานที่ซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นสถานที่ในการกระทำความผิด ในเมื่อการครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งนั้น ๆ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สภาพการณ์เช่นนั้น
- g) การใช้ บังคับ หรือจ้าง วาน ให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ (Innocent agent) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิด¹⁴¹

¹⁴¹ Model Penal Code 1962 section 5.01

(1) provides 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

b) when causing a particular result is 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)(c). Conduct shall not be held to constitute a substantial step under subsection (1)(c) of this section unless it is strongly corroborative of

ใน Model Penal Code มาตรา 5.01 (a) – (b) การลงมือพยายามกระทำความผิดครอบคลุมถึงทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (last act theory) ที่ซึ่งจะเป็นไปตามสถานการณ์ที่ตัวผู้กระทำเชื่อว่าการกระทำของเขาประกอบขึ้นเป็นการกระทำอาชญากรรม หรือที่ซึ่งเป็นเจตนา หรือคาดหวัง ถึงผลในการประกอบอาชญากรรมของตัวผู้กระทำผิด

ส่วนคำจำกัดความของ Model Penal Code 5.01 (1) (c) ถอยออกห่างจากเรื่องการกระทำขั้นสุดท้าย (last act) มาตรา 5.01 (1) (c) คนที่กระทำการกระทำที่ประกอบด้วยความนำตำหนิหรือสมควรถูกลงโทษ หรืออีกนัยหนึ่งคือต้องการการกระทำที่เป็นอาชญากรรม จะถือว่าเป็นพยายามกระทำความผิดหากเขากระทำโดยเจตนา (หรือละเว้น) ถ้าเขากระทำสิ่งใด ๆ นั้นภายใต้สถานการณ์ที่เขาเชื่อว่ามันเป็นการกระทำ (หรือละเว้นการกระทำ) ที่เป็นขั้นตอนสำคัญในวิธีการกระทำซึ่งจะสามารถบรรลุถึงจุดประสงค์ในการประกอบอาชญากรรมของเขา

ใน Model Penal Code มาตรา 5.01(2) ได้รับเอาแนวความคิดในเรื่องการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) และแสดงอย่างเด่นชัดมาก กล่าวว่า เพียงพฤติกรรมการกระทำที่ยืนยันอย่างมั่นคงถึงจุดมุ่งหมายของผู้ประกอบอาชญากรรม สามารถกำหนดเป็นการกระทำ

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 of the crime. Those acts which are "remote preparatory acts not reasonably 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>

ในขั้นตอนที่สำคัญเพื่อลงโทษพยายามได้ ข้อกำหนดนี้บัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งสนองความต้องการที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) ขณะที่หลีกเลี่ยงความเคร่งครัดที่ยอมรับไม่ได้ของทฤษฎีนี้ การกระทำของจำเลยไม่จำเป็นต้องฟังพยานหลักฐานอื่นสำหรับเจตนาของเขา ข้อกำหนดนี้ต้องการเพียงความไม่คลุมเครือที่แสดงออกมาให้เห็นประจักษ์ถึงความมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขาเท่านั้น ข้อกำหนดนี้ต้องการเพียงข้อพิจารณาในรูปแบบของสถานการณ์ทั้งหมดบวกกับพยานหลักฐานที่เป็นเครื่องแสดงถึงข้อพิสูจน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวกับจุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขา ซึ่งเป็นหลักอย่างเดียวกันของการแสดงออกของผู้กระทำ

ผู้ร่าง Model Penal Code มิได้อธิบายโดยตรงไว้ว่าการกระทำอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) เพียงแต่ให้ตัวอย่างไว้ในตอนท้ายของ (2) เป็นแนวทางกว้าง ๆ ไว้ว่าการกระทำดังต่อไปนี้หากมีพยานอื่นอย่างแน่นหนาประกอบด้วยอันแสดงให้เห็นเจตนาของผู้กระทำแล้วอาจถือได้ว่าเป็นการเพียงพอที่จะเสนอให้ลูกขุนพิจารณาได้ว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นถึงระดับที่เป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (substantial step) แล้วหรือไม่ ตัวอย่างที่ Model Penal Code ให้ไว้เป็นตัวอย่าง 7 แนวทาง คือ

- a) การดังรอ การตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหาย

ผู้ร่าง Model Penal Code ได้ให้เหตุผลว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่ามีภัยอันตรายอย่างเพียงพอ (sufficient dangerousness) ถึงระดับที่ควรจะเป็นการลงมือกระทำผิดอันสามารถรับผิดขึ้นพยายามได้แล้ว ซึ่งหากมีการยึดถือตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” แล้วการกระทำดังกล่าวยังไม่เป็นการลงมือกระทำผิดความผิดจนถึงขั้นพยายามได้ เพราะอย่างน้อยที่สุดผู้เสียหายน่าจะต้องมาปรากฏตัวยังสถานที่ซึ่งผู้กระทำกำลังตั้งครออยู่เสียก่อน

- b) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำผิด

ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแสดงออกถึงความมุ่งหมายอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดและล่อให้เห็นอย่างชัดเจนถึงภัยอันตรายของผู้กระทำการนั้น

- c) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำผิด

ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดเพราะเป็นการตรวจสอบว่าจะมีอุปสรรคใด ๆ หรือไม่ในการที่จะกระทำความผิดและเป็นการกำหนดถึงวิธีการที่จะทำให้การกระทำความผิดเป็นไปได้อย่างราบรื่นมากที่สุด

d) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยานพาหนะ หรือสถานที่ซึ่งมีรั้วรอบขอบชิด โดยมุ่งหวังที่จะกระทำความผิดในสถานที่นั้น ๆ

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

e) การครอบครองวัตถุใด ๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับใช้ในการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครองไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น

f) การครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งใด ๆ เพื่อใช้ในการกระทำความผิดยังสถานที่หรือใกล้กับสถานที่ซึ่งตั้งใจจะใช้เป็นสถานที่ในการกระทำความผิด ในเมื่อการครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งนั้น ๆ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สภาพการณ์เช่นนั้น

g) การใช้ บังคับ หรือจ้างวาน ให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ (Innocent agent) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิด

การกระทำดังกล่าวนี้หากพิจารณาตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลก็ถือเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกันเพราะ ผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (last acts) ในการกระทำความผิดแล้ว ได้มีการยกตัวอย่างกรณีมีการหลอกให้ฝากองฟางโดยผู้ถูกหลอกหลงเชื่อว่างองฟางเป็นของผู้หลอก เมื่อหลอกกันเสร็จเรียบร้อยแม้ผู้ถูกหลอกจะยังไม่ทันได้จุดไฟฝากองฟางผู้หลอกก็มีความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์แล้ว

ทฤษฎีการกระทำขั้นตอนที่สำคัญใน Model Penal Code ดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาในเรื่องพยายามกระทำความผิดของมลรัฐต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาหลายแห่งด้วยกัน เช่น จอร์เจีย, มินิโซต้า และอิลลินอยส์ เป็นต้น อย่างไรก็ตามมลรัฐเหล่านี้ได้บัญญัติหลักกว้าง ๆ ได้เท่านั้นมีได้ลงรายละเอียดเป็นข้อ ๆ 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. Paluch¹⁴² ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการลงมือพยายามกระทำความผิดโดยตรง ข้อเท็จจริงมีดังนี้ จำเลยถูกฟ้องในความผิดฐานพยายามกระทำการตัดผม โดยไม่มีใบอนุญาตให้เป็นช่างตัดผม ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด โดยลงโทษปรับเป็นเงิน 25 เหรียญสหรัฐ จำเลยอุทธรณ์ว่าการกระทำของตนยังไม่เป็นการลงมือกระทำผิดฐานพยายาม คดีนี้เกิดเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ.1965 โดยเจ้าหน้าที่คนหนึ่งของสหภาพแรงงานช่างตัดผมได้ไปที่ร้านตัดผมแห่งหนึ่งขณะนั้นเป็นเวลาเก้าโมงเช้าซึ่งร้านยังไม่เปิดทำการ เจ้าหน้าที่ได้เห็นจำเลยเปิดประตูข้างหลังร้านและเข้ามาในร้านหลังจากนั้นเจ้าหน้าที่ผู้นี้ได้เดินไปที่หน้าร้านตรงประตูด้านหน้าและถามจำเลยว่าร้านเปิดแล้วหรือยัง จำเลยได้เปิดประตูด้านหน้า และเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้านจากนั้นจำเลยได้เดินไปที่เก้าอี้ตัดผมและสวมใส่เสื้อกันเปื้อนของช่างตัดผมและเชิญให้เจ้าหน้าที่มานั่งที่เก้าอี้ตัดผม จำเลยมีอุปกรณ์ตัดผมของตนเองอันประกอบด้วย กรรไกรตัดผม มีดโกนและหวี ในตอนนั้นเองเจ้าหน้าที่จึงได้แสดงบัตรประจำตัวให้จำเลยได้ดูและขอใบอนุญาตตัดผมจากจำเลย จำเลยได้ทำซ้ำไปที่ใบอนุญาตใบหนึ่งถึงสองครั้งด้วยกันซึ่งไม่ใช่ใบอนุญาตของจำเลย ในขณะที่นั้นไม่มีคนอื่นใดอยู่ในร้านอีกเลย ต่อมาเจ้าหน้าที่ได้ถามว่าจำเลยทำงานอยู่ในร้านนั้นหรือไม่ จำเลยตอบว่าทำงานอยู่และจำเลยยอมรับว่าไม่มีใบอนุญาต

ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอิลลินอยส์พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่าการกระทำของจำเลยเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้วเพราะเป็นการกระทำในขั้นตอนสำคัญของการกระทำความผิดฐานตัดผมโดยไม่มีใบอนุญาตเนื่องจากจำเลยผู้ซึ่งยอมรับว่าทำงานอยู่ในร้านนั้นเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่อยู่ในร้านขณะนั้น จำเลยมีกุญแจและใช้กุญแจนั้นเปิดประตูร้าน จำเลยมีอุปกรณ์ในการตัดผม จำเลยมีใบอนุญาตปลอมติดอยู่ข้างฝาใกล้ ๆ กับเก้าอี้ตัดผม จำเลยเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้าน จำเลยได้สวมใส่เสื้อกันเปื้อนของช่างตัดผมแล้วและได้เชิญให้เจ้าหน้าที่ไปนั่งที่เก้าอี้ตัดผม เหตุที่จำเลยไม่ได้ทำการตัดผมก็เพราะเจ้าหน้าที่ได้แสดงบัตรประจำตัวให้จำเลยดูและเจ้าหน้าที่ไม่ได้เข้าไปนั่งบนเก้าอี้ตัดผมนั้นเท่านั้น ข้อเท็จจริงต่าง ๆ เหล่านี้เป็นเพียงพอแล้วที่จะชี้ให้เห็นว่าจำเลยได้ลงมือพยายามกระทำความผิดตามที่ถูกฟ้องแล้ว

แต่ผู้พิพากษาท่านหนึ่งมีความเห็นแย้ง โดยเห็นว่าการกระทำของจำเลยยังไม่ใช่การกระทำในขั้นตอนที่สำคัญของการกระทำความผิด เพราะจำเลยน่าจะต้องการทำการมากไปกว่านี้ กล่าวคือ หากเจ้าหน้าที่ได้นั่งลงบนเก้าอี้ตัดผมตามคำเชิญของจำเลยแล้ว และจำเลยได้ใส่ฝักหลุม

¹⁴² People v. Paluch 78 Ill.Appzd 356, 222 N.E. 2d 508. อ้างถึงใน เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์. (2539,1 มีนาคม). “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกันหลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ.” บทบัญญัติ, เล่ม 52, ตอน 1. หน้า 13.

กันเปื้อนให้แก่เจ้าหน้าที่ซึ่งจะถือได้ว่าเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญของการกระทำความผิด แม้ว่าจำเลยจะยังไม่ได้ตัดผมเจ้าหน้าที่สักเส้นหนึ่งก็ตาม

แนวความคิดเรื่องการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญนี้เป็นที่ยอมรับกันในศาลสหรัฐด้วย นอกจากศาลของมลรัฐแล้ว เช่น ในคดี United States V. Mandujano ซึ่งจำเลยถูกศาลชั้นต้นสหรัฐ (U.S. district court) พิพากษาว่ามีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีน โดยให้จำคุก 15 ปี และศาลอุทธรณ์พิพากษายืน

คดี United States V. Mandujano¹⁴³ ข้อเท็จจริงมีดังนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจหน่วยปราบปรามยาเสพติดคนหนึ่งได้รับข้อมูลว่าจำเลยขายยาเสพติดอยู่ในบาร์แห่งหนึ่ง เจ้าหน้าที่จึงปลอมตัวเป็นนักค้ายาเสพติดและเข้าไปในบาร์แห่งนั้นพร้อมกับสายลับของตำรวจคนหนึ่ง เมื่อเข้าไปข้างในบาร์แล้ว สายลับได้แนะนำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจรู้จักกับจำเลย หลังจากสนทนากันในเรื่องทั่ว ๆ ไปอยู่ครู่หนึ่ง จำเลยได้ถามสายลับว่าเจ้าหน้าที่ต้องการจะได้ของอะไรบางอย่างอยู่ใช่หรือไม่ เจ้าหน้าที่ตอบว่าใช่ จำเลยจึงถามเจ้าหน้าที่มีบทบาทเกี่ยวข้องกับยาเสพติดอย่างไรบ้าง เจ้าหน้าที่ได้ตอบคำถามแก่จำเลยและได้บอกจำเลยว่าตนกำลังมองหาเฮโรอีนตัวอย่างสักหนึ่งออนซ์ เพื่อจะได้ตรวจสอบคุณภาพของเฮโรอีนนั้น จำเลยตอบว่าตนมีเฮโรอีนเม็กซิกันสีน้ำตาลราคาออนซ์ละ 650 เหรียญสหรัฐ ถ้าเจ้าหน้าที่ต้องการคงจะต้องรอจนกระทั่งถึงตอนบ่ายจนกว่าคนส่งของมาส่งของให้ตามปกติ เจ้าหน้าที่ตอบว่าตนมาจากต่างเมืองและไม่อยากรอนาน จำเลยจึงเสนอขึ้นมาว่าจะติดต่อกับคนส่งของให้ และจำเลยได้โทรศัพท์สี่ครั้งติดต่อกับบุคคลภายนอก แต่การติดต่อไม่เป็นผล จำเลยได้บอกกับเจ้าหน้าที่ว่าตนโชคไม่ดีที่ติดต่อกับใครไม่ได้เลย เจ้าหน้าที่ได้บอกแก่จำเลยว่าไม่สามารถรอต่อไปได้อีกแล้ว หลังจากนั้น จำเลยจึงได้บอกแก่เจ้าหน้าที่ว่าตนมีผู้ใกล้ชิดคนหนึ่งซึ่งเก็บยาเสพติดไว้ที่บ้าน แต่ถ้าจำเลยไปพบผู้ใกล้ชิดนี้ จำเลยต้องมีเงินติดตัวไปด้วย จำเลยได้ให้ความมั่นใจแก่เจ้าหน้าที่ว่าตนจะไม่นำเงินหลบหนีไป โดยบอกแก่เจ้าหน้าที่ว่า “คุณอยู่ในสถานที่ทำธุรกิจของผม และภรรยาผมก็อยู่ที่นี่ด้วย คุณสามารถนั่งรออยู่กับภรรยาผมได้ ผมจะไม่ทำให้ภรรยาของผมต้องเดือดร้อนเพียงเพราะเงินแค่ 650 เหรียญสหรัฐเท่านั้นหรอก” เมื่อฟังดังนั้นเจ้าหน้าที่จึงนับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐส่งให้จำเลย จากนั้นจำเลยได้ออกจากบาร์เหล่านั้นไปในเวลาประมาณบ่ายสามโมงครึ่ง ในเวลาหนึ่งชั่วโมงต่อมาจำเลยได้กลับมาและบอกกับเจ้าหน้าที่ว่าตนไม่สามารถตามหาผู้ใกล้ชิดได้ จำเลยได้คืนเงินทั้งหมดให้แก่เจ้าหน้าที่ และบอกเจ้าหน้าที่ว่าสามารถรอจนกว่าคนส่งของตามปกติจะมาถึงก็ได้ แต่เจ้าหน้าที่ได้ออกจากบาร์เหล่านั้นไป แต่ได้ขอโทรศัพท์

¹⁴³ United States V. Mandujano 499 F.2d 370 Z5th Cir. 1974. อ้างถึงใน เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. แหล่งเดิม. หน้า 13.

และติดต่อกลับมาในตอนหกโมงเย็นครั้งหนึ่งและในตอนหกโมงครึ่งอีกครั้งหนึ่ง ในการติดต่อกับสองครั้งนั้น เจ้าหน้าที่ไม่มีโอกาสพูดคุยกับจำเลยเพราะผู้รับโทรศัพท์แจ้งว่าจำเลยไม่อยู่ เจ้าหน้าที่ไม่ได้กลับไปยังบาร์เหล่านั้นเพื่อติดต่อกับจำเลยอีก เพราะเกรงว่าจะไม่ปลอดภัย

จำเลยต่อสู้ว่า การกระทำของตนยังไม่ถึงขั้นลงมือพยายามจำหน่ายเฮโรอีน อย่างมากที่สุดคงเป็นเพียงพยายามให้ได้มาซึ่งเฮโรอีนแต่ไม่ใช่พยายามจำหน่ายเฮโรอีน เพราะยอมเป็นไปไม่ได้ที่บุคคลใดจะมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีนซึ่งตนไม่ได้ครอบครองหรือควบคุมเฮโรอีนนั้น การกระทำของจำเลยเป็นเพียงการเตรียมจำหน่ายเฮโรอีน ไม่ใช่การลงมือพยายามกระทำความผิด

ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐพิพากษาขึ้นตามคำวินิจฉัยของลูกขุนในศาลชั้นต้น ซึ่งวินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานกระทำความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่า การที่จำเลยเรียกร้องและรับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐ จากเจ้าหน้าที่โดยอ้างว่าเพื่อจะไปซื้อเฮโรอีนจากผู้ใกล้ชิดมาให้ การกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญในการจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีน ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวเพิ่มเติมด้วยว่า “จริงอยู่หากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า ผู้ใกล้ชิดของจำเลยนั้นมีตัวตนอยู่จริง และผู้ใกล้ชิดนั้นมีเฮโรอีนเพื่อขายจริง ๆ ก็ย่อมจะช่วยให้คดีของโจทก์มีน้ำหนักแน่นแฟ้น มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ดังกล่าวไม่มีความจำเป็น เพราะการกระทำของจำเลยเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดแล้วตั้งแต่เรียกร้องเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐจากเจ้าหน้าที่ เนื่องจากการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญแล้วในการกระทำความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีน”

ตามข้อกำหนดของ Model Penal Code สามารถตัดสินลงโทษเหล่าจำเลยจำนวนหนึ่งที่ศาลหลายแห่งได้ตัดสินปล่อยตัวให้พ้นผิดไป หรือไม่เห็นด้วยให้เป็นความผิดฐานพยายาม โดยเฉพาะคดีที่อยู่ภายใต้ตัวอย่างใดตัวอย่างหนึ่งของ Model Penal Code โดยตรง เช่น ในคดี Henderson¹⁴⁴ พวกจำเลยได้สำรวจธนาคารที่เขาจะปล้นและอยู่ใกล้ธนาคารแห่งนั้นพร้อมด้วยอาวุธที่จะใช้ในการกระทำอาชญากรรมนี้ (ตัวอย่างใน มาตรา 5.01 (2) (c), (e)) ในคดี Dupuy, Wright และคดี Goddard¹⁴⁵ จำเลยมีเครื่องมือติดตัวเพื่อใช้ก่ออาชญากรรมนั้น ที่สถานที่ที่จะลงมือกระทำ

¹⁴⁴ Henderson (1948) 91 CCC 97 ; at n.77. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

¹⁴⁵ Dupuy (1959) 325 SW 2d 238, Wright (1968) 444 P 2d 676. and Goddard (1968) 447 P 2d 180. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

ความผิด (มาตรา 5.01 (2) (f)) ในคดี Barker และคดี Moore¹⁴⁶ จำเลยแต่ละคนได้พยายามล่อลวงเหยื่อเป้าหมายไปยังสถานที่ที่พิจารณาไว้ลงมือกระทำความผิดนั้น (มาตรา 5.01 (2)(b)) ในคดี Campbell & Bradley และ Ward¹⁴⁷ พวกเขาได้เข้าไปในยานพาหนะคันหนึ่งอย่างผิดกฎหมายเพื่อจะทำการปล้น (มาตรา 5.01 (2) (d)) ในคดี Peaslee¹⁴⁸ จำเลยได้สะสมวัตถุที่จะใช้ลงมือกระทำความผิดที่ยังสถานที่ที่เขาจะประกอบอาชญากรรม (มาตรา 5.01 (2) (f)) ในคดี Volpe¹⁴⁹ เหล่าจำเลยได้ข่มขู่เหยื่อเป้าหมาย (มาตรา 5.01 (2)(a)) เป็นต้น

เห็นได้ว่านักนิติศาสตร์และศาลอเมริกันได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ขึ้นมาในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องการลงมือพยายามกระทำความผิดแทนหลักเกณฑ์เดิมๆ ที่เคยใช้อยู่ เช่น ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล หรือทฤษฎีความไม่คลุมเครือ คนที่จะลอบวางเพลิงที่กำลังสูบบุหรี่ก็สามารถถูกตัดสินลงโทษถ้ามีหลักฐานแต่อย่างแสดงเจตนาในการกระทำความผิดนั้น (เช่นการข่มขู่ก่อนหน้านั้นหรือการรับสารภาพภายหลัง) แสดงให้เห็นว่าไม่มีจิตใจที่เขามีข้างกองข้าวโพดนั้นเป็นประโยชน์ในจุดมุ่งหมายอย่างไม่ถูกกฎหมายของเขาในการจะใช้ลงมือประกอบอาชญากรรมนั้นของเขา ในคดี Roberts จำเลยที่มีแม่พิมพ์ทำเหรียญกษาปณ์ปลอมในความครอบครองที่จะใช้ในการกระทำความผิดนั้นที่ได้รับการออกแบบเป็นพิเศษสำหรับการใช้อย่างผิดกฎหมายดังกล่าว ควรเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด Model Penal Code ยังคงสามารถตัดสินลงโทษในคดี Oviedo โดยไม่ต้องอาศัยบทพิสูจน์ขั้นต้นหลักฐานตามหลักฐานอย่างเพียงพอว่า Mr.Oviedo เชื่อว่าเขาจำหน่ายเฮโรอีน การกระทำของเขาจะเป็นความผิดอาชญากรรมจำหน่ายเฮโรอีนในสถานการณ์ที่เขาเชื่อว่าเป็น เป็นต้น

Model Penal Code ได้ขยายขอบเขตของกฎหมายพยายามกระทำความผิดเกินขอบเขตที่ทฤษฎีจุดเข้าใกล้แบบดั้งเดิมกำหนดเอาไว้ และทำให้เกิดผลอย่างชัดเจนในคดีเหล่านี้ซึ่งอยู่ภายใต้คำอธิบายที่เป็นตัวอย่าง แต่มีข้อแย้งว่าบทพิสูจน์ขั้นต้นหลักฐานที่ได้รับการตัดสินจากข้อเท็จจริงดังกล่าวควรมีเฉพาะจากคำอธิบายที่เป็นตัวอย่างนั้นเท่านั้น มิฉะนั้นจะเป็นการไม่

¹⁴⁶ Barker (1924) NZLR 865. and Moore (1936) NZLR 979. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

¹⁴⁷ Campbell & Bradley. And Ward (1955) NZLR 471. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

¹⁴⁸ Peaslee (1901) 59 NE 55. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

¹⁴⁹ Volpe (1953) 122 NYS 2d 342. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 55.

แน่นอนและเป็นปัญหาต่อความหมายโดยนัยที่แตกต่างกันเหมือนบทพิสูจน์ตามทฤษฎีที่พิเคราะห์จากจุดเข้าใกล้กับสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่ผ่านมา

อย่างไรก็ตาม นี่ไม่ได้หมายความว่าเราควรลงโทษการเจตนาต่ออาชญากรรมเล็ก ๆ น้อย ๆ หรือรับเอาทฤษฎีการกระทำในขั้นแรก (First act theory) มาใช้สำหรับการพยายามกระทำความผิด ความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดควรวางอยู่บนพื้นฐานการกระทำภายใต้อำนาจของจิตใจหรือการงดเว้นการกระทำบางอย่าง และต้องการการกระทำบางสิ่งมากกว่าการกระทำในขั้นแรก (first act) ที่จะพิสูจน์เจตนาหรือความมุ่งหมายในการกระทำความผิดอาญา ซึ่งความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดควรขึ้นอยู่กับจุดประสงค์นี้

ตารางที่ 3.1 ข้อแตกต่างระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายกับทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ¹⁵⁰

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย	ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ
<p>-ความผิดฐานพยายามประกอบด้วย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. เจตนากระทำผิดอาญา 2. พฤติการณ์ประกอบการกระทำที่มุ่งกระทำผิด หรือการลงมือกระทำผิด 3. ความผิดไม่สำเร็จ <p>การพยายามกระทำผิด เป็นการกระทำการใดๆ ที่มุ่งผลโดยตรงสู่ความผิด หลังจากกระทำการเตรียมกระทำผิด</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. การทำทุกสิ่ง ด้วยความมุ่งหมายก่อให้เกิดผลเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นพื้นฐานของความผิดอาญา 2. มีความเชื่อว่าการกระทำนั้นจะทำให้เกิดผลปราศจากการกระทำอื่นอีก

ก. ข้อคัดค้านของทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ

การขยายกว้างของขอบเขตของทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) นำไปสู่ข้อพิจารณา 2 ประการ ซึ่งทำให้คณะกรรมการกฤษฎีกาของอังกฤษปฏิเสธไม่ยอมรับหลักการของทฤษฎีนี้ คือ

¹⁵⁰ Professor Brickey. (2002). Criminal Law Common Law / Model Penal Code Comparisons.

1) ทฤษฎีนี้จะจับกุมความผิดประเภทกระทำในขั้นเตรียมการเข้าไปด้วย เช่น การเดินสำรวจ หรือการเตรียมวัตถุสำหรับใช้ในการประกอบอาชญากรรม ซึ่งอยู่นอกเหนือในความหมายของกฎหมายพยายามออกไป

2) ความกว้างและความเคลือบคลุมของทฤษฎีนี้จะมีส่วนพาดพิงเป็นอันตรายร้ายแรงถึงสิทธิส่วนบุคคล และมีความเป็นไปได้ของการจะเกิดการกดขี่ประชาชนจากผู้มีอำนาจหน้าที่

3) ตามตัวอย่างของ Model Penal Code นั้น เป็นการกระทำที่เกินความจำเป็น โดยตัวอย่างเหล่านี้ทำให้เกิดระดับอย่างไม่แน่นอนในการพิจารณาสำหรับศาลหลายแห่งที่ไม่มีประสบการณ์ในการเข้าใจถึงตัวอย่างที่อธิบายไว้นั้น

นอกจากนี้ยังมีทฤษฎีอื่น ๆ อีกที่ถูกคิดค้นขึ้นแต่ไม่ได้รับความนิยมนัก

3.1.2.2 ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory)¹⁵¹

ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) หรือหลักความไม่คลุมเครือ (Unequivocal Rule) เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้อยู่ในประเทศนิวซีแลนด์ (New Zealand Crime Act 1908) ช่วงหนึ่ง เป็นทฤษฎีที่นำเสนอ ให้ความเห็นโดยผู้พิพากษา Salmond J ในการตัดสินคดี Barker ค.ศ.1924¹⁵² จำเลยได้เชิญเด็กผู้ชายคนหนึ่งมาพบจำเลย โดยจำเลยมีเจตนาเพื่อจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กผู้ชาย จำเลยถูกจับขณะที่เดินออกมากับเด็กผู้ชาย และยังรับสารภาพว่ามีเจตนาจะมีสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กผู้ชาย ศาลอุทธรณ์ (The Appeal Court) ได้ยืนยันการตัดสินลงโทษจำเลยว่ามีความผิดฐานพยายามกระทำอนาจาร (attempted indecent assault) และพยายามร่วมประเวณีกับเด็กผู้ชาย (attempted buggery) การกระทำของเขาไม่ใช่การเตรียมการเล็กน้อยสำหรับการกระทำผิดเหล่านั้น หรือห่างไกลเกินไปจากการกระทำผิดเหล่านั้น ผู้พิพากษาสองท่านไม่ได้อ้างอิงพาดพิงถึงความไม่คลุมเครือ แต่ Salmond J ได้ให้ความเห็นในการกระทำตามที่กล่าวนั้นตามข้อบัญญัติของกฎหมายพยายามกระทำผิดว่า “...การจะเป็นการพยายามกระทำผิดได้นั้นการกระทำนั้น ในตัวมันเองต้องเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอสำหรับเจตนาในการกระทำผิดทางอาญานั้นด้วยในการกระทำซึ่งได้กระทำไปแล้ว การพยายามกระทำความผิดอาญาเป็นการกระทำซึ่งได้แสดงให้เห็นเจตนาในการประกอบอาชญากรรมที่เกิดขึ้นก่อนการดำเนินการต่อไป ซึ่งกรณีนี้ต้องเป็นหนึ่งใน Res ipsa loquitur¹⁵³ ในทางตรงกันข้ามถ้าการกระทำหนึ่งซึ่งธรรมดาในตัวเอง

¹⁵¹ Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 48 – 53.

¹⁵² Barker (1924). as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. pp. 48 – 53.

¹⁵³ Res ipsa loquitur เป็นสุภาษิตละติน แปลว่า จงปล่อยให้ความจริงพูดออกมา หมายความว่า การใช้หลักตามความเป็นจริงหรือหลักธรรมดาในการพิสูจน์ คือ บุคคลที่กระทำไปตามธรรมดาไม่จำเป็นต้องพิสูจน์

และที่ปรากฏก่อนการดำเนินการกระทำต่อไปนั้น ไม่มีความผิดจะไม่ถือว่าเป็นการพยายามกระทำ ความผิดทางอาญา และไม่ใช้การกระทำที่จะนำไปสู่การพิจารณาถึงขอบเขตของการลงมือพยายาม กระทำ ความผิดทางอาญา โดยจะไม่นำเอาพยานหลักฐานจากแหล่งอื่นเข้ามาเพื่อพิสูจน์ว่าเป็น จุดประสงค์ของการกระทำที่มุ่งไปสู่การกระทำความผิดทางอาญา หรือเป็นหลักฐานของการกระทำ ความผิดทางอาญาที่ได้กระทำไปแล้วได้...”

ข้อกำหนดเช่นนี้ เรียกร้องการคุ้มครองปัจเจกชนอย่างเหมาะสมที่เกี่ยวข้องจากอันตราย ในการรับสารภาพเหนือพยานหลักฐานที่เขาอาจจะถูกลงโทษสำหรับการกระทำ ที่ซึ่งในตัวมันเอง และลักษณะท่าทางที่ปรากฏขึ้นไม่มีความผิด คำรับสารภาพของจำเลยสัมพันธ์กับพยานหลักฐานใน ฐานะที่เป็นสิ่งที่จำเป็นของเจตนาในการกระทำผิดทางอาญา แต่ไม่ใช่ต่อคำถามก่อนหน้านี้ที่ว่า การ กระทำของเขาอย่างไรประกอบขึ้นเป็นการพยายามกระทำผิดหรือไม่ พยานหลักฐานทั้งหมดที่ เกี่ยวกับเจตนากระทำความผิดทางอาญามีความสัมพันธ์กับคำถามที่นำเสนอในข้อที่ว่า ธรรมชาติ และสถานการณ์ของการกระทำอันไหน ในส่วนไหนที่เขาใช้ความพยายามในการทำให้สำเร็จตาม จุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขา อย่างไรก็ตามเขาจะถูกลงโทษอย่างยุติธรรมเมื่อ การกระทำของเขาเองเป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขาอย่าง ผู้ใหญ่ที่มีอายุพอ (วิญญูชน) ที่จะพิจารณาตัดสินเรื่องราวด้วยความรู้ของเขาเองว่ามีความเลวทราม มีความชั่วในการร่วมประเวณีกับชายด้วยกันเอง

ดังนั้นในการดำเนินคดีใด ๆ สำหรับการพยายามกระทำความผิดผู้พิพากษาต้องตัดสิน ชี้ขาดก่อนว่า การกระทำที่จำเลยถูกกล่าวหาว่าทำนั้นเขาใช้ความพยายามที่จะทำให้บรรลุจุดมุ่งหมายการ กระทำผิดทางอาญาตามข้อกล่าวหาหรือไม่ มีความไม่คลุมเครือที่ปรากฏชัดเจนในเจตนาประกอบ อาชญากรรมของเขาหรือไม่ ตามความรู้ความคิดปกติธรรมดาของบุคคลที่เป็นวิญญูชน หากว่าการ กระทำเหล่านั้นใช่ ลูกขุนต้องตัดสินชี้ขาดก่อนว่าการกระทำอันไหนที่ทำไปแล้วและการกระทำอัน ไหนที่ดำรงอยู่ในปัจจุบันที่เป็นสิ่งที่ขาดเสียไม่ได้ในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขา เฉพาะ ขึ้นตอนที่สองนี้เท่านั้นที่เป็นพยานหลักฐานอีกอันหนึ่งในเจตนาของเขา เช่น การรับสารภาพใน ภายหลังของเขาที่มีความสัมพันธ์กัน แต่ถึงกระนั้นถ้ายังมีการกระทำอย่างเคลือบคลุมที่ไม่อาจ พิสูจน์ลงความเห็นได้ถึงเจตนากระทำความผิดทางอาญาของเขา ก็ยังคงสามารถปล่อยตัวจำเลยคน หนึ่งที่กระทำอย่างไม่เคลือบคลุมให้พ้นผิดไปได้ ฐานที่ไม่ได้พิสูจน์ถึงเจตนาประกอบอาชญากรรมนั้น

บุคคลที่ได้เพียงหลักธรรมชาติต้องเป็นผู้พิสูจน์ อ้างถึงใน วิษณุ เกรืองาม. (2544). *วิชาทฤษฎีและหลักกฎหมาย เอกชน*. คำบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต,มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ของเขาให้ชัดเจนถึงที่สุดได้ Reed ACJ ได้อ้างเหตุผลสนับสนุนเช่นนี้ในคดี Moore [ค.ศ.1936]¹⁵⁴ ถ้าชายคนหนึ่งพยายามติดสินบนเด็กผู้หญิงคนหนึ่งให้เข้าไปในกระท่อมของเขา ซึ่งเป็นที่เปลี่ยว เป็นข้อวินิจฉัยที่มีเหตุผลได้ว่าเขามีจุดมุ่งหมายเพื่อกระทำผิดทางอาญา และเพียงแต่การแสดงออก เพียงเท่านั้นของเขา หากว่าแปลโครงสร้างการกระทำของเขาออกมาผิดพลาด เขาอาจหลีกเลี่ยงการ ถูกลงโทษได้ ในกรณีที่หากว่าเขาเป็นบุคคลที่มีเกียรติ มีชื่อเสียง มีหน้ามีตา เป็นผู้ได้รับการเชื่อถือ ในสังคม นั่นคือการกระทำของเขาเป็นไปตามทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (The Unequivocal acts theory) นั่นไม่ได้เป็นการรับประกันการถูกตัดสินลงโทษ ในเมื่อเขาอาจยังคงทำให้เกิดข้อ สงสัยอย่างมีเหตุผลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันหนึ่งอันใดในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขา แม้ว่า การกระทำของเขาที่แสดงให้เห็นปรากฏชัดอย่างไม่คลุมเครือ

Salmond สามารถตอบข้อคัดค้านของ Gordon เช่นนั้นในกรณี การผสมสารหนูใน อาหาร Salmond คิดว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ถ้าวัตถุประสงค์นั้นเป็นการวางยาฆ่าพวก หนู แต่จะเป็นการลงมือพยายามฆาตกรรมถ้าวัตถุประสงค์เป็นการฆ่าคน Salmond ให้ความเห็นว่า เราสามารถแน่ใจในเนื้อหาของการกระทำที่แสดงออกชัดเจนไม่น่าสงสัยไม่เคลือบคลุมถึงเจตนาฆ่า คนได้ ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้วางยาพิษได้ผสมยาพิษในงานอาหารของคน ขณะที่ Gordon แย้งว่าหลักฐาน ต่อไปอาจแสดงให้เห็นเจตนาที่ยืนยันเพื่อวางยาฆ่าหนูมากกว่า

นักนิติศาสตร์ที่เห็นด้วยกับทฤษฎีนี้เห็นว่า ทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal acts theory) ต้องการเพียงทำให้เกิดมูลคดีขึ้นต้นในการฟ้องร้องต่อการกระทำของ จำเลยที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ก่อให้เกิดข้อสันนิษฐานเรื่องเจตนา โดยการพิสูจน์ความผิดจะขึ้นอยู่กับ พยานหลักฐานที่บริสุทธิ์ เป็นอิสระไม่อยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ก. ข้อคัดค้านสำหรับทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ

ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือคงใช้อยู่มาในประเทศนิวซีแลนด์ได้ระยะหนึ่ง ถึงแม้ว่า จะเป็นทฤษฎีที่อิสระ ก็ได้เพิ่มบทหลักเกณฑ์สำหรับความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิด (proximity) เข้าไปด้วย ทฤษฎีนี้ถูกละทิ้งอย่างเป็นทางการในปี ค.ศ.1961 (Crime Act 1961 New Zealand) ข้อคัดค้านอย่าง เห็นได้ชัดจากทฤษฎีนี้ก็คือ ต้องการการอ้างเหตุผลอันถูกต้องที่เป็นการอนุมานลงความเห็นอย่าง สมเหตุสมผลถึงพฤติกรรมการกระทำของจำเลยเพียงเท่านั้น มากกว่าจะเป็นการพิสูจน์ลง ความเห็นได้ถึงเจตนาของเขา มันเป็นการจำกัดเกินไป สิ่งที่เป็นข้อเท็จจริงโดยเฉพาะเจาะจงถึง

¹⁵⁴ Moore (1936) NZLR 979 . as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**.

การกระทำของเขาควรต้องแสดงให้เห็นอย่างไม่ว่าคือบคลุมปรากฏชัดถึงเจตนาที่จะกระทำอาชญากรรมอย่างแน่นอนของเขาด้วยตามข้อกล่าวหาว่าการพยายามกระทำความผิด

ศาลตัดสินในสมัยต่อมาในคดี Campbell Bradley v Ward¹⁵⁵ โดยอ้างเหตุผลสนับสนุนว่า คนที่พึงรถคันหนึ่งโดยเจตนา ตามที่เขาได้รับสารภาพภายหลังว่าต้องการขโมยแบตเตอรี่ ไม่สามารถถูกตัดสินลงโทษฐานพยายามขโมยแบตเตอรี่ เพราะสำหรับกรกระทำของเขานั้นไม่ได้แสดงให้เห็นอย่างปรากฏชัด ไม่คลุมเครือว่าเขามีเจตนาขโมยแบตเตอรี่เป็นพิเศษ เราอาจกลับล้างข้อคัดค้านนี้โดยการกำหนดความต้องการเพียงพฤติกรรมบางอย่างของเขาที่แสดงประจักษ์ถึงความไม่คลุมเครือในเจตนาประกอบอาชญากรรมของเขา และยินยอมให้นำพยานหลักฐานอื่นมาพิจารณาตัดสินว่าจำเลยเจตนากระทำอาชญากรรม แต่การแก้ไขในรายละเอียดดังกล่าวก็เป็นข้อพิสูจนที่ดีขึ้นเพียงเล็กน้อย

ในบางครั้งทฤษฎีนี้ดูจะกว้างเกินไป ตัวอย่างเช่น ในการกระทำการลักลอบซื้ออาวุธปืน กระบอหนึ่งจากอาชญากรคนหนึ่ง อาจแสดงให้เห็นถึงความไม่เคลือบคลุมถึงจุดประสงค์ในการประกอบอาชญากรรมบางอย่าง แต่จริง ๆ มันควรจะกำหนดให้เป็นการพยายามปล้นทรัพย์หรือไม่ หากว่าพยานหลักฐานอื่นแสดงให้เห็นถึงเจตนาของเขาที่ปล้นทรัพย์ ในตัวอย่างที่กล่าวมาดูจะกว้างเกินไปหรือไม่ แต่ในคำอธิบายตัวอย่างอื่นอาจจะดูแคบเกินไป เช่นกรณี คดี Jones and Brooks [ค.ศ.1968]¹⁵⁶ คดีนี้ Jones มีปากเสียงกับชวานาคนหนึ่งและได้ขู่ว่าจะเผาข้าวโพดของเขา ภายหลัง Jones ถูกจับขณะคุกเข้าข้าง ๆ กองข้าวโพดกองหนึ่งและกำลังจุดไม้ขีด เขารับสารภาพภายหลังว่าเจตนาจุดไปที่กองข้าวโพดนั้น แต่ถ้าเขากำลังถือไปป์ (pipe) อันหนึ่งขณะที่เขาจุดไม้ขีด ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือของ Salmond จะปล่อยตัวเขาพ้นผิดข้อหาพยายามวางเพลิงไป ก็คือว่าการกระทำจุดไม้ขีดไฟขณะที่เขาถือไปป์ก่อให้เกิดความสงสัยว่าเขาเจตนาจุดไฟเผาข้าวโพดหรือเจตนาจะสูบไปป์ ไม่สามารถอ้างถึงการชุกจรโทษในตอนแรก และการรับสารภาพในภายหลังของเขา ในชั้นนี้พยานหลักฐานที่ปรากฏอยู่ในขณะกระทำความผิดเท่านั้นที่จะนำมาแปลความหมายเจตนาในการกระทำของเขา

อะไรเป็นสิ่งกระตุ้นให้มีการจำกัดเคร่งครัดในทฤษฎีดังกล่าว อะไรคืออันตรายซึ่ง Salmond วิตกกังวลที่จะปกป้องคุ้มครอง เขาเห็นว่าพฤติกรรมกระทำอันไม่คลุมเครือเท่านั้นเป็นการกำหนดให้ความคุ้มครองปลอดภัยแก่จำเลยสำหรับการพิสูจนของความมั่นคงของการ

¹⁵⁵ Campbell Bradley v Ward. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 50.

¹⁵⁶ Jones v Brooks (1968) 52 Cr. App. R. 614, 616 – 17. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 51.

เจตนาก่ออาชญากรรมอย่างแน่นแฟ้นที่กฎหมายพยายามกระทำความผิดต้องการ นี่คือวิธีที่ศาลของสหพันธรัฐ (Federal Court) ได้อธิบายไว้ในคดี Oviedo¹⁵⁷ ในคดี Oviedo จำเลยยินยอมที่จะขายเฮโรอินให้บางคนทีจริง ๆ แล้วคนคนนั้นเป็นเจ้าของที่ตำรวจนอกเครื่องแบบ อย่างไรก็ตามสิ่งที่เขาจะจำหน่าย (ที่มีซ่อนไว้ในบ้านของเขา) ไม่ใช่เฮโรอิน ความเห็นของศาลแสดงให้เห็นด้วยว่ามีพยานหลักฐานที่แน่นหนาพอในคดีนี้ว่าเขาเชื่อว่าสิ่งนั้นมันเป็นเฮโรอิน และข้อเท็จจริงเขามีเจตนาจำหน่ายเฮโรอิน แต่การตัดสินใจโทษเขาข้อหาพยายามจำหน่ายเฮโรอินถูกลบล้างไป เพราะเรื่องราวที่มีมาแต่ก่อนจะเป็นตัวกำหนดชัณทรายโดยธรรมชาตินั้น นำไปสู่การเลี่ยงการลงโทษบุคคลที่พัวพันอยู่ในการกระทำที่บริสุทธิ์ เหนือการพิสูจน์อนุมานคาดคะเนผ่านทางพื้นฐานในเรื่ององค์ประกอบด้านเจตนา ประกอบกับรูปแบบคำให้การคำเบิกความที่เชื่อถือไม่ได้ และพฤติกรรมทางอาชญากรรมที่ผ่านมา การกระทำที่แสดงออกมามีลักษณะเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมในนิสัยที่เป็นอาชญากรรมของเขา โดยไม่มีการวางใจในพยานหลักฐานทางอ้อมเกี่ยวกับเจตนา แต่ข้อเท็จจริงสิ่งที่จำหน่ายนั้นไม่ใช่เฮโรอิน พฤติกรรมการกระทำของ Mr.Oviedo เป็นการแสดงให้เห็นความไม่แน่นอนความยากลำบากในการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องพฤติกรรมที่ไม่เป็นอาชญากรรม (ซึ่งเกี่ยวข้องกับการพิจารณาในเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ Impossibility Attempts)

นี่ดูเหมือนเป็นการแปลความหมายที่แปลกประหลาดของทฤษฎีนี้ ที่ซึ่งศาลเรียกร้องให้นำมาประยุกต์ใช้นั้น การกระทำที่แสดงออกมามีลักษณะ (objective acts) ของจำเลย เป็นพยานหลักฐานผูกมัดการเลี่ยงการก่ออาชญากรรม และยืนยันส่งเสริมสนับสนุนองค์ประกอบด้านเจตนา สำหรับทฤษฎีที่มีจุดประสงค์อ่อนแอกว่าทฤษฎีที่ไม่คลุมเครืออย่างเคร่งครัดและยอมรับหลักฐานโดยทางอ้อมในเรื่องเจตนาประกอบอาชญากรรม ตัว Salmond เองอาจตัดสินใจโทษในคดี Oviedo (คดีจำหน่ายสิ่งอื่นโดยเชื่อว่าเป็นเฮโรอิน) ควรจะพิจารณาตัดสินการกระทำของจำเลยโดยอ้างอิงถึงข้อเท็จจริงที่เขาเชื่อว่าเป็นเฮโรอิน (ดังเช่น การใส่น้ำตาลในน้ำชาของเหยื่อเป้าหมายคนหนึ่งด้วยความเชื่อว่ามันเป็นสารหนู ถือเป็นการพยายามฆาตกรรม) ตามหลักฐานที่ได้รับนั้น Mr.Oviedo เชื่อว่าของสิ่งนั้นเป็นเฮโรอิน ดังนั้นการกระทำของเขาในการจำหน่ายมันแสดงให้เห็นโดยปรากฏชัดถึงความไม่เคลือบคลุมถึงเจตนาจำหน่ายเฮโรอิน อย่างไรก็ตามศาลในคดี Oviedo มีความมั่นคงกว่า Salmond ที่ว่า ถ้าเราไม่อาจใช้พยานหลักฐานที่เป็นอิสระหรือที่เป็นกลางของการเจตนาก่ออาชญากรรม เป็นเหตุทำให้การก่ออาชญากรรมอย่างไม่น่าสงสัยเป็นการ

¹⁵⁷ Oviedo (1976) 525 F (2 nd ed.), 881. as cited in. Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 51.

กระทำที่บริสุทธิ์อย่างที่เห็นในคดี Oviedo (คือ Salmond ไม่ยอมรับให้อาพฤติกรรมกระทำของ Mr.Oviedo ที่เป็นพฤติกรรมที่บริสุทธิ์ไม่ผิดกฎหมายมาเป็นพยานหลักฐานในการลงโทษเขาในทางอาญา) ทำไมเรายอมให้ใช้พยานหลักฐานที่เป็นอิสระหรือเป็นกลางดังกล่าวเกี่ยวกับความเชื่อของเขาสำหรับวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน ดังเช่น การพยายามฆาตกรรมโดยการใส่น้ำตาลในน้ำชาของเหยื่อด้วยความเชื่อว่ามันเป็นสารหนู มาเป็นเหตุผลในการลงโทษทางอาญา (ความพยายามที่เป็นไปไม่ได้เพราะสิ่งที่ใช้กระทำหรือวัตถุประสงค์ที่กระทำต่อ)

ถึงกระนั้น ความห่วงใยความวิตกกังวลถึงการปกป้องปัจเจกชนจากการตัดสินลงโทษที่เชื่อถือไม่ได้จากพยานหลักฐานที่บริสุทธิ์ ไม่ได้ดูเหมือนจะเป็นเหตุผลอันสมควรถึงข้อจำกัดความเคร่งครัดของข้อพิสูจน์ในทฤษฎีความไม่คลุมเครือ ซึ่งค่อนข้างจะอ่อนแอกว่าข้อเรียกร้องสำหรับพฤติกรรมที่เป็นเครื่องสนับสนุนอย่างแน่นหนาถึงวัตถุประสงค์ทางอาชญากรรมของผู้กระทำ ในทางกลับกัน การปกป้องคุ้มครองปัจเจกชนจากการตัดสินลงโทษที่เชื่อถือไม่ได้ที่วางอยู่บนพื้นฐานการรับสารภาพของจำเลย เราไม่ต้องการรับเอาคำรับสารภาพของจำเลยทุกอย่างอีกส่วนหนึ่งต่างหากเราต้องการเพียงแต่เรียกร้องถึงคำรับสารภาพใด ๆ นั้นเป็นคำรับสารภาพที่ได้รับการยืนยันสนับสนุนโดยพยานหลักฐานที่เป็นกลาง อิสระและบริสุทธิ์

Salmond ยังได้แนะแนวทางเลือก สำหรับทฤษฎีที่ไม่เคลือบคลุม ในการรับเอาองค์ประกอบต่าง ๆ ที่สมบูรณ์กว่าบทบาทเกี่ยวกับการเรียกร้องความไม่คลุมเครือจากเรื่องพยานหลักฐานที่บริสุทธิ์ คือ จนกระทั่งตัวผู้กระทำเองนั้นได้ลงมือกระทำด้วยเจตนากระทำอาชญากรรมของเขา มีการแสดงออกอย่างปรากฏชัดและเปิดเผยโดยการกระทำของเขา (ไม่มีการเคลือบคลุมในการกระทำของเขา) คือถือว่าเขายังไม่ได้ผ่านไปไกลเกินกว่าขั้นเตรียมการอย่างบริสุทธิ์ไปสู่ขอบเขตการพยายามกระทำผิดอาญา และเขายังมีโอกาสเพื่อตัวเองที่จะตัดสินใจละทิ้งแผนการ เราอาจกล่าวได้ว่าเมื่อถึงเวลานั้น (เวลาที่เขาไม่มีโอกาสตัดสินใจละทิ้งแผนการ) เท่านั้นที่ถือว่าตัวเขาได้กระทำการดำเนินการก่ออาชญากรรมอย่างแน่นอนและเป็นอาชญากรคนหนึ่ง อย่างไรก็ตามนี่เป็นการไม่น่าเชื่อถือ เมื่อไม่มีความเกี่ยวพันจำเป็นระหว่างความแน่นอนของเจตนาก่ออาชญากรรมและความแน่นอนของการกระทำ (เช่นที่ว่า คนที่จะลอบวางเพลิงกำลังสูบไปป์ อาจจะถือว่าเขากระทำการอย่างแน่วแน่เหมือนกับคนที่ไม่ได้สูบแต่จุดไม้ขีดไฟ แม้การกระทำของคนที่ไม่ได้สูบไปป์แต่ได้จุดไม้ขีดไฟกลับมองว่าเป็นไปอย่างแน่วแน่ไม่เคลือบคลุมเหมาะสม)

Flecher¹⁵⁸ ได้ให้ข้อคิดบางอย่าง เช่น ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือนั้นเห็นความสำคัญตามรัฐธรรมนูญมากกว่าที่จะเป็นความสำคัญทางพยานหลักฐาน รัฐเสรีนิยมหนึ่งควร

¹⁵⁸ Antony Duff (R.A. Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 52.

วางเงื่อนไข จำกัดสภาพ สภาวะการรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งการกระทำของผู้กระทำต้องแสดงให้เห็นถึงอันตรายหรือแสดงให้เห็นถึงการรบกวนสิทธิของผู้อื่น โดยปราศจากหลักฐานภายนอกของเจตนาของเขา สิ่งนี้เท่านั้นสามารถให้การประกันต่อรัฐที่ต้องการยื่นเข้าไปในขอบเขตอิสรภาพของประชาชนไปถึงความคิด เจตนาและอารมณ์ความรู้สึก สำหรับตอนนี้ เราต้องการความคิดเห็นธรรมดาที่ว่ามันจะเป็นเรื่องแปลกถ้าแม้แต่รัฐเสรีนิยมรัฐหนึ่งไม่สามารถตัดสินลงโทษคนที่เขาเข้าข้อหาพยายามวางเพลิงซึ่งเจตนาก่ออาชญากรรมของเขาเป็นหลักฐานภายนอกมากพอ แต่เขาพลาดพอที่จะคาบไปป์ไว้ขณะจุดไม้จี้ไฟ ด้วยเจตนาจะเผาองข้าวโพด

3.2 ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law¹⁵⁹

3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส¹⁶⁰

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

มาตรา 121-4 บุคคลผู้ซึ่งกระทำความผิดดังต่อไปนี้เป็นผู้กระทำผิด

1) กระทำหรือละเว้นการกระทำที่เป็นความผิด

2) พยายามกระทำความผิดชั้นอุกฉุกโทษ (felony) หรือพยายามกระทำความผิดชั้นมัธยมโทษ (misdemeanour) ที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้เป็นความผิด^{161,162}

¹⁵⁹ ระบบ Civil Law เป็นระบบกฎหมายที่เรียกว่า “ระบบประมวลกฎหมาย” เป็นระบบกฎหมายที่บัญญัติกฎหมายไว้เป็นหลักเกณฑ์โดยทั่วไปเพื่อให้หนักกฎหมายนำไปปรับใช้ในแต่ละเรื่อง แตกต่างจากระบบ Common Law ซึ่งเรียกว่า “ระบบจารีตประเพณี” เป็นระบบกฎหมายที่ใช้หลักเกณฑ์ในแต่ละเรื่องนำมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์ในคดีโดยทั่วไป แต่ว่าในปัจจุบันระบบกฎหมายทั้งสองมีแนวโน้มที่จะเอนเอียงเข้าหากัน

¹⁶⁰ จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 290 – 296. และ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2532,4 ธันวาคม). “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์,ปีที่ 19,เล่มที่ 4. หน้า 50 – 56.

¹⁶¹ France Penal Code 1952

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 misdemeanour

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/law/bclc/resource.htm>

มาตรา 121-5 การกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิด คือ การกระทำที่แสดงให้เห็นถึงการกระทำที่ใกล้จะเกิดความผิดสำเร็จ แต่หากการกระทำนั้นกระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำไม่บรรลุผล ด้วยความปรารถนาของตัวผู้กระทำเองโดยตรงที่มุ่งประสงค์จะก่อให้เกิดผลในความผิดนั้น

แนวคิดที่ว่าเมื่อใดการกระทำจะผ่านพ้นการเตรียมล่วงเลยเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดในประเทศฝรั่งเศสนั้นถือตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory)

เดิมทีนั้น ถือหลักเพียงว่าการเตรียมเป็นความพยายามที่ยังห่างไกลต่อผล คือ ความผิดที่ประสงค์จะทำ (conatus remotus) การพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ใกล้ต่อผล (conatus proximus) ความคิดเห็นนี้ถูกดำเนินไว้ยังเป็นที่ยอมรับอยู่มากกว่าแต่ไหนใกล้ ไหนไกล

ต่อมา ได้คิดหลักที่จะแยกการเตรียมออกจากการลงมือพยายามกระทำความผิดเพิ่มเติมโดยพิจารณาจากการกระทำ (objective) ความคิดเห็นฝ่ายนี้เห็นว่า การกระทำจะเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความผิดก็ต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งความสัมพันธ์นั้นจะต้องกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั้นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดนั้น โดยเป็นองค์ความผิดองค์หนึ่งที่เดียว เช่น ยื่นมือไปยังทรัพย์ที่ต้องการจะลัก ซึ่งเป็นการกระทำส่วนหนึ่งของการเอาทรัพย์ไป หรือกล่าวเท็จซึ่งเป็นการหลอกลวงในความผิดฐานฉ้อโกง หรือมิฉะนั้นต้องเป็นองค์ประกอบให้ความผิดมีโทษหนักขึ้น เช่น การเข้าไปในเคหสถานเพื่อลักทรัพย์ (มาตรา 335 (4)) เพียงเข้าไปในเคหสถานก็เป็นความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถานแล้วแม้ยังไม่ได้แตะต้องตัวทรัพย์เพราะการเข้าไปในเคหสถานเป็นองค์ประกอบที่ต้องให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้น ความเห็นของฝ่ายนี้มีประโยชน์ที่ทำให้การวินิจฉัยการลงมือพยายามกระทำความผิดมีหลักแน่ชัดขึ้น แต่มีข้อบกพร่องที่ทำให้หลักการลงมือกระทำในการพยายามกระทำความผิดแคบลงมาก จนอาจทำให้การกระทำที่ยังไม่เข้าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่ก็ใกล้ต่อผลสำเร็จจนน่าจะเป็นอันตรายแก่ชุมชนอย่างยิ่งอยู่แล้วไม่อยู่ในข่ายที่จะลงโทษผู้กระทำในฐานพยายามได้ เช่น กรณีคนร้ายถูกจับขณะที่ยื่นมือเข้าไปลักทรัพย์เพื่อจะหยิบทรัพย์แต่ยังไม่ทัน

¹⁶² กฎหมายอาญาฝรั่งเศสแบ่งความร้ายแรงของความผิดออกเป็น 3 ประเภท คือ ความผิดชั้นอุกฤษโทษ ความผิดชั้นมัธยมโทษ และความผิดลหุโทษ

ถูกต้องตัวทรัพย์ยังไม่เป็นการลงมือกระทำความคิดฐานลักทรัพย์ หรือการจับตัวทรัพย์ที่บรรจทรัพย์ อาจจะไม่มีความลักทรัพย์เสมอไป

เมื่อหลักวินิจฉัยโดยอาศัยการกระทำแต่อย่างเดียวในฝ่ายแรกไม่เป็นการเพียงพอ จึงมีความเห็นผ่อนคลายเป็นหลักแรกลงโดยอาศัยพิจารณาจากเจตนาผู้กระทำประกอบด้วย (subjective) ฝ่ายนี้เห็นว่าการลงมือพยายามกระทำความคิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความคิด ซึ่งเจตนาจะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ ความคิดเห็นของฝ่ายหลังนี้ค่อนข้างกว้างและนำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาอยู่บ้าง แต่มีข้อดี คือ สามารถลงโทษการกระทำที่เกิดขึ้นโดยเจตนาชั่วร้ายแต่ยังไม่ถึงขั้นเข้าองค์ประกอบความคิดได้ ศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายนี้ คือไม่ได้ถือว่าการลงมือพยายามกระทำความคิดจะต้องถึงขั้นเป็นการกระทำในองค์ประกอบของความคิดหรือในองค์ประกอบที่ทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้น แต่การกระทำนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความคิด ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าการกระทำทุกอย่างที่จะนำไปสู่การกระทำความคิดถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะกระทำความคิดแล้วย่อมเป็นการเริ่มลงมือพยายามกระทำความคิด โดยหลักวินิจฉัย เช่นนี้ศาลฎีกาฝรั่งเศสวินิจฉัยว่ากรณีต่อไปนี้เป็นกรณี่เริ่มลงมือกระทำความคิดแล้ว เช่น การเข้าไปในบ้านผู้อื่นเวลากลางคืนโดยไม่ใส่รองเท้าโดยเจตนาลักทรัพย์ , การแอบอยู่ทางเดินในอาคารพร้อมด้วยอาวุธและเครื่องมือ , การเข้าไปในรถยนต์ที่กำลังจอดอยู่โดยเจตนาที่จะครอบครองและเอาไปใช้โดยเจ้าของมิได้อนุญาต , การที่แพทย์ตกลงรับทำแท้งหญิงมีครรภ์และกำหนดราคาค่าจ้างกันแล้ว และได้ไปที่อยู่ของหญิงพร้อมด้วยเครื่องมือในการทำแท้ง แต่การที่บุคคลหนึ่งให้คำแนะนำแก่อีกบุคคลหนึ่งและให้เงินไปเพื่อให้บุคคลนั้นกระทำฆาตกรรมยังไม่เป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด เพราะยังไม่เป็นการกระทำที่มุ่งโดยตรงและใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ เป็นต้น

ตามแนวคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสนั้นการกระทำอย่างเดียวกันเป็นการลงมือพยายามกระทำความคิดหรือเป็นการเตรียมกระทำความคิดก็ได้ แล้วแต่ลักษณะของความคิดซึ่งผู้กระทำตั้งใจจะทำ เช่น การปีนป่ายงัดแงะเข้าไปในเคหสถาน หรือการแอบซุ่มคอยโอกาสในเคหสถานเพื่อลักทรัพย์ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะลักทรัพย์ก็เป็นพยายามลักทรัพย์ได้ แต่ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาอย่างอื่นเช่นเพื่อที่จะฆ่าคนก็ไม่จำเป็นจะต้องวินิจฉัยเสมอไปว่าเป็นการพยายามฆ่าคนแล้ว เพราะการกระทำดังกล่าวข้างอาจไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับการฆ่าคนได้ เพราะระหว่างการปีนป่ายข้ามรั้วเข้าไป กับการฆ่าคนนั้นในมอ่งในด้านจิตใจของผู้กระทำแล้วยังมีช่วงโอกาสพอที่จะมีการเปลี่ยนความคิดความตั้งใจได้ และควรยกประโยชน์แห่งความสงสัยในเรื่องเจตนาให้แก่ผู้กระทำ

มีการอธิบายลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลไว้ต่าง ๆ กัน ได้แก่

Bouzat กล่าวว่า¹⁶³ การกระทำในขั้นเตรียมยังไม่แน่ชัดว่าผู้กระทำเจตนากระทำผิดฐานใด การลงมือกระทำความผิดเป็นการแสดงเจตนาให้เห็นแต่อย่างเดียวว่าจะกระทำผิดฐานนั้น ซึ่งปรากฏจากการกระทำซึ่งไม่ใช่พฤติการณ์ของบุคคลผู้สุจริต ความเห็นนี้ถือหลักการกระทำผิดปกติแสดงเจตนาอันถือได้ว่าเข้าขั้นพยายาม

การเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำความผิด (le commencement d' execution du crime)¹⁶⁴ ต่างกับการเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั่นเอง (le commencement du crime) การลงมือได้แก่กิริยาที่นำไปสู่การกระทำความผิดตามเจตนาของผู้กระทำ อันจะทำให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นสำเร็จโดยตรงและใกล้ชิดซึ่งอาจถือได้ว่าผู้กระทำได้อยู่ในระยะเวลาที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดที่เขามุ่งจะกระทำนั้น การกระทำที่ถือว่าผู้กระทำอยู่ในระยะที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดก็คือ ผู้กระทำได้เสี่ยงกระทำลงไปแล้วถึงขั้นที่ความผิดอาจเกิดขึ้นได้สำเร็จโดยผู้กระทำได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับเสียแล้ว¹⁶⁵

Saleilles กล่าวว่า¹⁶⁶ ความผิดในขั้นการพยายามกระทำความผิดเกิดขึ้นเมื่อการกระทำได้แสดงให้เห็นเจตนากระทำความผิดที่ไม่อาจเลิกเสียได้ และยังห่างต่อผล คือ ความผิดสำเร็จเพียงเล็กน้อย ซึ่งถ้าปล่อยให้ไปไปตามทางของมันก็เกือบเป็นที่แน่นอนว่าจะบรรลุผลสำเร็จนั้นได้

Garraud กล่าวว่า¹⁶⁷ การวินิจฉัยความผิดในขั้นพยายามต้องพิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดฐานใดเสียก่อน การเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำผิดเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะที่ได้กระทำการอันจะนำไปสู่ความผิดที่ประสงค์จะกระทำโดยตรงและใกล้ชิดจนถือได้ว่าเขากำลังกระทำความผิดนั้นอยู่แล้ว (en action du crime) และเห็นว่าการกระทำอันหนึ่งจะเข้าขั้นพยายามหรือยังย่อมต้องแล้วแต่ความผิดที่เจตนากระทำ เช่น การลอบเข้าไปในบ้านอาจเป็นพยายามลักทรัพย์ถ้าเข้าไปด้วยเจตนาลัก แต่ยังไม่เป็นพยายามฆ่าคนถ้าเข้าไปด้วยเจตนาฆ่าคน เพราะยังห่างไกลต่อผล แต่

¹⁶³ Bouzat (no.106 p.212). อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 293.

¹⁶⁴ Vidal (no.97 p.150). แหล่งเดิม. หน้า 294.

¹⁶⁵ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิย์ เห็นว่า ความเห็นที่ว่านี้ก็ยังไม่พ้นหลักที่ว่าการกระทำนั้นใกล้ชิดต่อผล ทั้งที่ว่าได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับนั้นก็อาจเกินเลยไปเพราะการกระทำที่ผู้กระทำยับยั้งไม่กระทำไปให้ตลอด คือ ยังไม่ปิดทางที่จะถอยหลังกลับก็เป็นการกระทำที่เข้าขั้นพยายามแล้ว หากผู้กระทำยังเสี่ยง กฎหมายก็ยังไม่ยกเว้นโทษฐานพยายามให้ตามมาตรา 82. แหล่งเดิม. หน้า 294.

¹⁶⁶ De Vabres (no.227 p.140). แหล่งเดิม. หน้า 294.

¹⁶⁷ Garraud (no.232 p.494). แหล่งเดิม. หน้า 294

ถ้าเข้าไปในบ้านเข้าด้วยเจตนาฆ่าโดยถือมีดอยู่ในมือที่หวาดกลัวผู้ที่ต้องการจะฆ่าก็อาจถือลัทธิจะเข้าขั้นพยายามฆ่าได้

นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสได้แยกขั้นตอนการเกิดความคิดฐานพยายามไว้ 3 ขั้นตอนด้วยกัน คือ

1. ขั้นเตรียม เป็นการกระทำระยะแรกเพื่อให้พร้อมที่จะเริ่มต้นลงมือกระทำความคิดเป็นการกระทำระยะหนึ่งซึ่งจะมีการลงมือกระทำเป็นอีกระยะหนึ่ง คนละตอนกับการเริ่มต้นแห่งการลงมืออันเป็นระยะที่ 2 ได้แก่ การซื้อยาพิษมาและส่งยาพิษให้คนใช้ของผู้ที่ตนต้องการฆ่าเพื่อผสมอาหารให้นายกิน จนคนใช้ใส่ยาพิษลงในอาหารก่อนเอาไปให้นายกิน หรือนั่งช่อมอยดักยิงผู้ที่ผ่านมาทางนั้น ยังเป็นแต่ขั้นเตรียมเป็นการกระทำหนึ่งซึ่งจะมีการลงมือกระทำเป็นอีกระยะหนึ่ง

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

3. ขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั้นเอง (commentcement cu crime) เป็นการกระทำในขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั้นเองคือระยะที่ 3 นี้ถ้าไม่สำเร็จย่อมเป็นความคิดฐานพยายามโดยไม่มีข้อสงสัย ได้แก่ ผู้ที่ถูกวางยาพิษเริ่มกินอาหารนั้นหรือผู้ที่ช่อมอยได้ยิงไปยังผู้ที่เดินผ่านมานั้นแล้ว อันเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดคือการฆ่าตนเอง หรือในการลักทรัพย์ก็ได้แก่การเอื้อมมือไปหยิบทรัพย์ที่จะลักนั้นเอง

ส่วนการวินิจฉัยว่าการกระทำใดจะเป็นการพยายามกระทำความคิดหรือไม่

1. ต้องวินิจฉัยถึงเจตนาของผู้กระทำเสียก่อนว่า เจตนากระทำความคิดฐานใด เพราะการกระทำอันหนึ่งอาจเข้าขั้นพยายามในความคิดฐานหนึ่งแต่ยังไม่เข้าขั้นพยายามในความคิดอีกฐานหนึ่งได้ โดยอาจวินิจฉัยจากพฤติการณ์อื่นประกอบการกระทำของผู้กระทำด้วยก็ได้ ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยจากการกระทำของเขาเท่านั้น

2. วินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเข้าขั้นใดในกระบวนการเกิดความคิดฐานพยายามดังกล่าว คือ ขั้นเตรียม, ขั้นการเริ่มต้นแห่งการลงมือ (commencement d' execution) และขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั้นเอง (commentcement cu crime) การเตรียมเป็นการกระทำระยะแรกเพื่อให้พร้อมที่จะเริ่มต้นลงมือ กระทำความคิดเป็นการกระทำระยะหนึ่งซึ่งจะมีการลงมือกระทำเป็นอีกระยะหนึ่ง คนละตอนกับการเริ่มต้นแห่งการลงมืออันเป็นระยะที่ 2 ซึ่งเป็นการกระทำอีกระยะหรืออีกตอนหนึ่งต่างหากจากกันกับการกระทำในระยะแรกคือเตรียม ส่วนการเริ่มต้นแห่งความคิด

นั่นเองอันเป็นระยะที่ 3 การกระทำในขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั่นเองคือระยะที่ 3 นี้ถ้าไม่สำเร็จย่อมเป็นความผิดฐานพยายามโดยไม่มีข้อสงสัย แต่ที่จะเป็นการพยายามกระทำผิดก็ไม่จำเป็นต้องกระทำถึงระยะที่ 3 เพียงกระทำถึงขั้นเริ่มต้นลงมือกระทำคือระยะที่ 2 ก็เป็นพยายามกระทำผิดแล้ว

ส่วนอย่างไรจะถือว่าเป็นการกระทำเข้าขั้นเริ่มต้นแห่งการลงมือหรือขั้นเริ่มต้นแห่งตัวความผิดนั้น ต้องเป็นการกระทำที่ผิดปกติจากบุคคลผู้สุจริตซึ่งได้แสดงให้เห็นเจตนากระทำผิดซึ่งถ้าปล่อยให้กระทำต่อไปก็จะสำเร็จเป็นความผิดขึ้นได้ ซึ่งประกอบไปด้วยกิจที่นำไปสู่การกระทำผิดตามเจตนาของผู้กระทำ อันจะทำให้ความผิดนั้นเกิดขึ้นสำเร็จโดยตรงและใกล้ชิดซึ่งอาจถือได้ว่าผู้กระทำได้อยู่ในระยะที่กำลังกระทำการอันเป็นความผิดที่เขามุ่งจะกระทำนั้นถึงขั้นที่ความผิดอาจเกิดขึ้นสำเร็จโดยผู้กระทำได้ปิดทางที่จะถอยหลังกลับเสียแล้ว

3.2.2 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนีได้บัญญัติเกี่ยวกับการพยายามกระทำผิดทางอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี (German Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB)) มาตรา 22 และมาตรา 23¹⁶⁸

มาตรา 22 คำนิยาม

ผู้ใดมีการตกลงใจและเข้าใจในการกระทำของเขา นำมาซึ่งขั้นตอนโดยตรงต่อเนื่องกันนำไปสู่ความปรารถนาในการประกอบการกระทำผิด ผู้นั้นมีความผิดฐานพยายามกระทำผิด

มาตรา 23 การลงโทษการพยายามกระทำผิด

¹⁶⁸ Germany 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 provided 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>

(1) การพยายามกระทำความผิดในความผิดอาญาที่สำคัญต้องถูกลงโทษ ขณะที่การพยายามกระทำความผิดเล็กน้อยอาจถูกลงโทษได้ ถ้ามีการบัญญัติโทษไว้เป็นพิเศษโดยกฎหมาย

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

(3) หากว่าผู้กระทำความผิด มีความบกพร่องขาดไปซึ่งความเข้าใจ ขาดไปซึ่งการรู้ถึงการพยายามที่เป็นไปไม่ได้ นั้นถึงความถูกต้องของธรรมชาติของวัตถุหรือความหมายของการกระทำ ศาลอาจจะไม่ลงโทษหรือแล้วแต่ดุลยพินิจของศาลในการลงโทษ (มาตรา 49 อนุ 2)

การให้ความหมายของการกระทำที่เป็นการเริ่มต้นความผิดฐานพยายามนักนิติศาสตร์เยอรมนีไม่ถือตามทฤษฎีความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) แต่อธิบายการลงมือพยายามกระทำความผิดว่าต้องมีเจตนากระทำความผิดพร้อมด้วยการกระทำซึ่งเป็นการเริ่มต้นแห่งความผิดนั้นแล้ว ปัญหาที่ว่าเมื่อใดผู้กระทำได้เริ่มต้นกระทำความผิดก็ถือตามความเห็นธรรมดาว่าการกระทำเท่าที่ได้กระทำลงนั้นเป็นการเริ่มต้นแห่งการกระทำความผิดหรือยัง¹⁶⁹ การวินิจฉัยเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดของเยอรมนีมีแนวคิดพื้นฐานมาจากทฤษฎีความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิด 2 ทฤษฎีเช่นกัน คือ¹⁷⁰

1. ทฤษฎีที่พิจารณาการกระทำจากภายนอก “ทฤษฎีภาวะวิสัย” (Die objektive theorie) ทฤษฎีนี้ยึดถือว่าอันตรายของเจตนากระทำความผิดนั้นจะต้องมีการแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมมาอย่างเป็นรูปธรรม ทฤษฎีภาวะวิสัย แบ่งออกเป็น

1.1 ทฤษฎีภาวะวิสัยในอดีต Feuerbach และ Mittermaier แยกการพยายามกระทำความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ การพยายามกระทำความผิดโดยสมบูรณ์และโดยสัมพัทธ์ (absolut untauglicher und relativ untauglicher Versuch) เฉพาะการพยายามกระทำความผิดโดยสัมพัทธ์เท่านั้นที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษ ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาย้อนไปถึงข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัยก่อนการกระทำความผิด (ex post)

1.2 ทฤษฎีภาวะวิสัยในปัจจุบัน หรือเรียกว่า “Gefährlichkeitstheorie” v. Liszt และ v.Hippel เห็นว่าการพยายามกระทำความผิดนี้เป็นอันตรายเมื่อวิญญูชนในขณะกระทำการนั้น คาดหมายได้ว่าการพยายามกระทำความผิดนั้นจะเป็นความผิดสำเร็จที่เป็นไปได้ โดยพิจารณาผลกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้น (ex ante) โดยไม่ได้แยกว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดโดยสมบูรณ์หรือสัมพัทธ์

¹⁶⁹ จิตติ ดิงศภัทรีย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 297.

¹⁷⁰ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2538). สัมมนากฎหมายอาญา (ชั้นปริญญาโท). หน้า 85 – 91.

2. ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Die subjektive theorie) ทฤษฎีนี้ถือว่าเจตนาที่แสดงออกภายนอกจะเป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยและระเบียบของบ้านเมืองหรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญ อันตรายดังกล่าวเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อผู้กระทำมีเจตนากระทำผิดอาญาและได้มีการเริ่มกระทำการแล้ว ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะแบ่งแยกว่าการพยายามกระทำผิดนี้ในทางภาวะวิสัยจะเป็นอันตรายหรือไม่

ทฤษฎีภาวะวิสัยเป็นผลมาจากคำสอนเรื่องสาเหตุของการพยายามกระทำผิดทำนองเดียวกับกรณีความผิดสำเร็จที่ละเมิดต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง (eine kausale Rechtsgutsverletzung) ความผิดฐานพยายามกระทำผิดก็เป็นอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองเช่นกัน (enie kausale Rechtsgutsgefährdung) โดยเน้นความสำคัญที่การละเมิดกฎหมาย โดยการแสดงเจตนาออกมาทางภาวะวิสัย (ausserlich objektiv) ในขณะที่ทฤษฎีอัตตะวิสัยเน้นความสำคัญของระเบียบแบบแผนทางกฎหมายในการอยู่ร่วมกันในสังคมด้านจิตใจของประชาชน ดังนั้นระเบียบแบบแผนทางกฎหมายจึงถูกละเมิดโดยเจตนากระทำผิด เมื่อมีการกระทำตามเจตนาดังกล่าวเกิดขึ้นและการกระทำที่มีศักยภาพให้เกิดความผิดสำเร็จนั้นเป็นการกระทำผิดทางอาญา ในที่นี้หมายถึงการกระทำที่พ้นขั้นตอนของการเตรียมกระทำผิดแล้ว ทฤษฎีในเรื่องการพยายามกระทำผิดและการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เหมือนกัน ต่างกันตรงระดับของความร้ายแรง การพยายามที่มีศักยภาพใกล้ความผิดสำเร็จมากเท่าใด ความร้ายแรงของการกระทำผิดทางอาญาก็ยิ่งมีมากขึ้นเท่านั้น ศาลเยอรมนีนิยมทฤษฎีหลังนี้ (ทฤษฎีอัตตะวิสัย) ส่วนนักนิติศาสตร์มีความเห็นเอนเอียงไปทางทฤษฎีแรก (ทฤษฎีภาวะวิสัย) แต่การวินิจฉัยว่า การกระทำผิดเริ่มต้นหรือยังมักจะขยายกว้างออกไปกว่าเดิม¹⁷¹ อาจเป็นเพราะแนวคิดในการลงโทษการพยายามกระทำผิดเปลี่ยนไป

จากเดิมนักนิติศาสตร์เห็นว่าเพราะ เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มุ่งกระทำต่อหรือเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย กล่าวคือ ยึดถือตามทฤษฎีภาวะวิสัย (objektive theorie) เป็นเกณฑ์ จึงปฏิเสธการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เพราะถือว่าไม่เป็นอันตรายใด ๆ ต่อวัตถุหรือสิ่งที่มุ่งหมายกระทำต่อหรือไม่เป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายแต่อย่างใด ต่อมานักนิติศาสตร์ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้และเห็นว่า การต้องมีการลงโทษการพยายามกระทำผิดเพราะการพยายามกระทำผิดเป็นการกระทำของผู้มีอันตราย กล่าวคือเป็นการกระทำของบุคคลที่มีเจตจำนงในการประกอบอาชญากรรมและถือว่าการพยายามกระทำผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยบังเอิญและการพยายามกระทำผิดที่

¹⁷¹ จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 297 – 298.

เป็นไปได้โดยแน่แท้ผู้กระทำความผิดมีเจตจำนงเหมือนกัน โดยหันมายึดถือตามทฤษฎีอัตตะ
 วัติย (subjective theorie) แทน ในปัจจุบันกฎหมายอาญาของประเทศต่าง ๆ ไม่ได้ยึดถือทฤษฎี
 ภาวะวิสัยหรือทฤษฎีอัตตะวัติย แต่ได้ยึดถือทั้งสองทฤษฎี (objektive-subjektive theorie) หรือเรียก
 อีกอย่างหนึ่งว่า “ทฤษฎีการเกิดความรู้สึก” (Eindruckstheorie) โดยมีเหตุผลสำคัญในการลงโทษ
 การพยายามกระทำความผิดคือ การพยายามกระทำความผิดได้ก่อให้เกิดความรู้สึกที่ไม่ดีขึ้น การ
 ลงโทษการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้พิจารณาทั้งที่ตัวของ “ผู้กระทำ” กล่าวคือพิจารณา
 เจตจำนงของผู้กระทำ และที่ตัวของ “การกระทำ” กล่าวคือ พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่เป็น
 อันตรายหรือไม่ และเห็นว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิดมิใช่เพียงเพราะเจตจำนงของ
 ผู้กระทำที่มุ่งให้การกระทำของตนเป็นความคิดสำเร็จ แต่เพราะการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็น
 อันตรายด้วย และการลงมือพยายามกระทำความผิดเริ่มเมื่ออันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายได้
 เกิดขึ้นแล้วโดยตรงจากการกระทำนั้น¹⁷²

ประเทศเยอรมนีใช้เกณฑ์การพยายามกระทำความผิดเริ่มต้นเมื่อมีอันตรายต่อคุณธรรม
 ทางกฎหมายได้เกิดขึ้นแล้วโดยตรงจากการกระทำนั้น ตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการ
 กระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory)¹⁷³

ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นมีสาระสำคัญ มีใจความสำคัญคือ การ
 กระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นภัยอันตรายโดยตรงต่อ
 ผลประโยชน์ซึ่งกฎหมายให้การคุ้มครอง หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่านิติสมบัติ หรือคุณธรรมทาง
 กฎหมาย (Rechtsgut or directly dangerous to interests protected under the law) ของความผิดฐาน
 นั้น ๆ¹⁷⁴ ทฤษฎีนี้ถือว่าการกระทำที่จะเป็นการลงมือเข้าขั้นพยายามได้หรือไม่ไม่ต้องพิจารณาถึง
 การใกล้ชิดต่ออันตรายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างใหญ่หลวง และระดับความรู้สึกหวาดกลัว
 ในภัยอันตรายนั้นในความรู้สึกของชุมชนด้วยซึ่งจะมีระดับกว้างแคบผันแปรไปตามแต่ความรุนแรง
 และเหตุผลในความคิดฐานนั้น ๆ

คุณธรรมในทางกฎหมายนั้น หมายถึง คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นพื้นฐานในทาง
 ความคิดในความคิดฐานนั้น ๆ ซึ่งมาจาก “ปทัสถาน” (norm) ต่าง ๆ ของสังคม ตัวอย่างเช่น
 คุณธรรมทางกฎหมายของความคิดฐานฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 คือ ชีวิต
 ของผู้นั้น เป็นต้น¹⁷⁵

¹⁷² คณิต ฌ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272 – 277.

¹⁷³ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 504.

¹⁷⁴ คณิต ฌ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 92 – 95.

¹⁷⁵ แหล่งเดิม. หน้า 94.

ในการวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นก่อนอื่นต้องพิจารณาว่าผู้กระทำนั้นเจตนากระทำความผิดฐานใด และความผิดฐานนั้นสิ่งทีกฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายอย่างไร คุณธรรมทางกฎหมายนั้นมีขอบเขตมีความอันตรายเพียงใด จากนั้นจึงตีความว่าการกระทำของผู้กระทำตามความผิดนั้นถึงขั้นที่กระทบถึงคุณธรรมตามความผิดฐานนั้น ๆ แล้วหรือไม่ จึงจะเป็นการพยายามกระทำความผิด

โดยสรุปแล้ว ทฤษฎีที่สร้างขึ้นเพื่อมาอธิบายลักษณะของการลงมือกระทำความผิดและกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด ตามที่กฎหมายพยายามต้องการในประเทศต่าง ๆ นั้น จะมีระดับกว้างแคบ ข้อดีข้อเสียแตกต่างกันออกไป ดังต่อไปนี้

1. ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ตามคำแนะนำของผู้พิพากษา Lord Mansfield ถือว่าการลงมือพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำออกมาในการส่งเสริมผลักดันเจตนาในการกระทำความผิดทางอาญาออกมาให้คืบหน้า トラบเท่าที่ปราศจากการกระทำในการเปิดเผยเจตนาออกมา กฎหมายจะไม่ลงโทษ แต่ในทันทีทันใดที่ได้กระทำการกระทำใดการกระทำหนึ่งไปแล้วกฎหมายจะไม่พิจารณาตัดสินแต่เพียงการกระทำที่ทำได้แต่จะพิจารณาถึงเจตนาที่กระทำลงไปด้วย และ หากว่ามีเจตนามุ่งร้ายและผิดกฎหมายถึงแม้ว่าการกระทำที่แสดงออกมาในตัวมันเองจะไม่ผิดแต่มีเจตนากระทำการที่เป็นความผิดจะทำให้การกระทำนั้นเป็นการประกอบอาชญากรรมและควรถูกลงโทษ โดยถือหลักว่าเจตนาเป็นความผิด การกระทำเป็นแค่หลักฐานของเจตนาที่เป็นความผิดนั้นเท่านั้น

มีข้อดีคือ เป็นบทพิสูจน์ที่ตรงไปตรงมา ในการตัดสินของศาลต้องการพิจารณาเพียงว่า จำเลยได้กระทำการกระทำบางอย่างในการดำเนินการที่ส่งเสริมการก้าวไปสู่จุดมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรมของเขาหรือไม่ สามารถให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเข้ามาแทรกแซงได้แต่เนิ่น ๆ เมื่อผู้สงสัยเริ่มมีแนวโน้มในการก่ออาชญากรรม อันเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรมของตำรวจได้อย่างได้ผล มีข้อเสียก็คือ ขอบเขตของการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้มันกว้างมากเกินไป อาจทำให้เกิดความสมดุลที่ผิดระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและการปกป้องผลประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมของชุมชน และจากข้อพิจารณาในความสมดุลถึงสิทธิส่วนบุคคลกับการคุ้มครองป้องกันอาชญากรรมของชุมชนก่อให้เกิดทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ขึ้นในเวลาต่อมา

2. ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ได้ถูกเสนอโดยผู้พิพากษา Parke B มีใจความสำคัญคือการให้โอกาสอาชญากรเป้าหมายมีโอกาสตัดสินใจละทิ้งการกระทำตาม

เจตนาของเขาโดยสมัครใจ (locus poenitentiae) เสียก่อน จนกว่าเขาจะได้ลงมือกระทำการใด ๆ ไป จนหมดสิ้นแล้วในพฤติกรรมที่เขาสามารถจะกระทำได้ในการประกอบอาชญากรรมนั้นจึงจะถือ เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด

และผู้พิพากษา Lord Diplock ได้อธิบายความหมายของการกระทำขั้นสุดท้าย ตาม ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายไว้ว่าหมายถึง “การตกลงใจอย่างเด็ดเดี่ยว” เปรียบเสมือน “การข้าม แม่น้ำรูบิคอนแล้วเผาเรือ” (rubicon - crossing) ซึ่งหมายถึง การที่ผู้หนึ่งได้ข้ามเส้นแบ่งระหว่าง ความลังเลและการตกลงใจของเขาโดยในการกระทำของเขาแสดงให้เห็นถึงการไม่เปลี่ยนแปลงใน เจตนาที่จะมุ่งไปสู่การกระทำความผิด เว้นแต่จะถูกขัดขวางหรือป้องกันจากการกระทำของเขา เช่นนั้นโดยไม่ได้ตั้งใจ

ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายมีข้อดีคือ การรับเอาความคิดเรื่องการให้โอกาสอาชญากร เป้าหมายมีโอกาสดัดสินใจละทิ้งแผนการ (locus poenitentiae) เป็นการเคารพในการตัดสินใจของ บุคคลเพื่อหลีกเลี่ยงในการรับผิดทางอาญา ส่วนข้อเสียก็คือ มันแคบเกินไป ทฤษฎีการกระทำขั้น สุดท้ายมุ่งปฏิบัติต่ออาชญากรรมโดยสมบูรณ์และจะลงโทษการกระทำต่อเมื่อการกระทำนั้นได้เข้า ใกล้เคียงสำเร็จหรือความผิดสำเร็จแล้ว ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายต้องการหลักฐานทางการกระทำ เป็นองค์ประกอบของความผิดมากกว่าที่จะเป็นรูปแบบหลักฐานของเจตนา โดยถือว่าการกระทำ ของผู้กระทำเป็นส่วนประกอบในการกระทำทั้งหลายที่เข้าใกล้ผลสำเร็จของการประกอบ อาชญากรรมโดยสมบูรณ์ ซึ่งอาจทำให้การกระทำบางการกระทำที่ควรจะเป็นอาชญากรรมและถูก ลงโทษพ้นผิดไป ต่อมาได้มีการเพิ่มข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “การกระทำที่ห่างไกล” (remote) “การ กระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิด” (immediately connected) และข้อพิจารณา “การเข้าแทรกแซงที่เป็นไปได้” (possible intervention) เข้ามาเป็นข้อพิจารณาเพิ่มเติมในการวินิจฉัยการกระทำที่มีลักษณะเป็นการ ลงมือพยายามกระทำความผิด อันเป็นต้นกำเนิดของการพัฒนาการมาเป็นทฤษฎีการกระทำที่ ใกล้เคียงต่อผล (The Proximity acts theory)

3. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้เคียงต่อผล (The Proximity acts theory) แบ่งออกเป็นทฤษฎี การกระทำที่ใกล้เคียงต่อผลตามแนวทางของประเทศอังกฤษ เป็นทฤษฎีที่พัฒนามาจากทฤษฎีการ กระทำขั้นสุดท้ายจากคำกล่าวของผู้พิพากษา Parke B ในข้อพิจารณาการกระทำที่ห่างไกล (remote) กับการกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิด (immediately connected) หมายถึงการลงมือพยายามกระทำ ความผิดจะต้องเป็นการกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิดโดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการ ประกอบอาชญากรรม

Stephen นักวิชาการทางกฎหมายได้ให้ความหมายของการกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิดไว้ ว่า หมายถึง ส่วนของการกระทำที่ซึ่งก่อให้เกิดข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะ

ไม่ขาดสายไม่มีการหยุดชะงักนำไปสู่การกระทำที่เป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการกระทำที่เริ่มต้นติดต่อกันไปมากกว่าการกระทำแรกอันเป็นการกระทำที่สมบูรณ์ประกอบด้วยเจตนาในการกระทำผิด และขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในแต่ละคดีด้วย ซึ่งในประเทศไทยไม่ค่อยให้ความสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการต่อเนื่องไปสู่การกระทำผิดนี้ในการพิจารณา

ต่อมา Lord Diplock ได้ให้ข้อพิจารณาเพิ่มเติมเรื่อง “โอกาสที่น่าจะเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจ” (probable desistance) เข้าไปเป็นข้อพิจารณาในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอีกประการหนึ่ง โดยเห็นว่า การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลนอกจากเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องกันเป็นระยะไม่ขาดสายนำไปสู่การกระทำความผิดแล้วต้องประกอบไปด้วยลักษณะการกระทำที่ชี้ให้เห็นเจตนาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้แน่นอนในการดำเนินการประกอบอาชญากรรมของผู้กระทำ ยกเว้นว่าจะถูกขัดขวางโดยจงใจไม่ให้กระทำการดังนั้นด้วย คือ การคำนึงถึงโอกาสความเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจในการกระทำความผิดของผู้กระทำด้วยการเพิ่มเติมเรื่องโอกาสที่น่าจะเป็นไปได้ในการล้มเลิกความตั้งใจของ Lord Diplock เข้าไปในทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลทำให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้แคบลงอย่างมาก และอีกแนวทางหนึ่งคือ

ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส มีแนวคิดแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายหนึ่ง ใช้หลักเกณฑ์การแบ่งแยกการพยายามกระทำผิดกับการเตรียมโดยถือการกระทำเป็นหลัก (objective) เห็นว่าการกระทำจะเข้าขั้นลงมือพยายามกระทำผิดก็ต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งความสัมพันธ์นั้นจะต้องกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั่นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็คือต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดนั้น โดยเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น หรือต้องเป็นองค์ประกอบให้ความผิดมีโทษหนักขึ้น ฝ่ายที่สองฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก (subjective) ฝ่ายนี้เห็นว่าการลงมือพยายามกระทำผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ความคิดเห็นของฝ่ายหลังกว้างกว่าฝ่ายแรกและศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับฝ่ายหลังนี้

4. ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ เนื่องจากความไม่แน่นอนของการตัดสินของศาลตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล สถานิติบัญญัติของอังกฤษจึงได้แก้ปัญหานี้โดยการกำหนดความหมายและขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำผิดไว้เป็นมาตรฐานใน มาตรา 1 (1) ของพระราชบัญญัติให้หมายถึง “การกระทำที่มากกว่าการเตรียมเท่านั้น” (more than an act of mere preparation)

ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการเข้าใจผิดถึงลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิด (proximate) หรือ ห่างไกล (remote) ต่อผลแบบเดิม และเรียกร่องให้แทนที่โดยการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเพียงการดำเนินการโดยตรงไปสู่การกระทำความผิดและมากกว่าการเตรียมเท่านั้น ซึ่งหมายถึงการเข้าไปสู่กระบวนการเริ่มต้น (embarked on) ของความผิดฐานนั้น ๆ นั่นเองซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลก็ได้ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่มีขอบเขตกว้างขึ้นและผ่อนคลายกว่าทฤษฎีที่ใช้อยู่เดิม แต่ก็ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการตีความที่ศาลของอังกฤษยังคงติดขัดอยู่กับคำพิพากษาในแนวทางตามระบบ Common Law เดิมอยู่

5. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory) ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกากระยะหนึ่ง เสนอโดย Holmes เป็นทฤษฎีที่พัฒนามาจากทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล เน้นการพิจารณาไปที่ “จุดใกล้อันตราย” ของการกระทำซึ่งเห็นว่าเป้าหมายของกฎหมายพยายามมิใช่เพื่อลงโทษการกระทำที่ผิดบาป แต่เพื่อเป็นการแน่ใจในการป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นจากอาชญากรรมนั้นต่างหาก อันเป็นแนวคิดที่ตรงกับแนวคิดปรัชญาพื้นฐานของการบัญญัติความผิดฐานพยายาม การลงมือพยายามกระทำผิดจึงไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดกับอันตรายของความผิดสำเร็จ ที่จะมีส่วนผันแปรไปตามสถานการณ์ที่ประกอบไปด้วยความใกล้ชิดอันตราย ความใหญ่โตของภัยอันตราย ระดับความรู้สึกหัวนกลัว รวมถึงโดยการที่ผู้กระทำจะเปลี่ยนความตั้งใจ คล้ายกับทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของเยอรมนี

6. ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) เป็นทฤษฎีที่ใช้อยู่ในประเทศอเมริกาปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code 1962) ของอเมริกา มาตรา 5.01 ใจความสำคัญ คือ เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้วถือว่ามีกรลงมือกระทำผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อพยานหลักฐานอื่น ๆ ประกอบด้วย แตกต่างจากทฤษฎีการกระทำในขั้นสุดท้าย (Last acts theory) และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) คือ ทฤษฎีการกระทำการในขั้นตอนสำคัญเป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำสิ่งใดลงไปแล้วบ้าง (what the actor has already done) ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำในขั้นสุดท้ายหรือการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ตรงกันข้ามกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้ายที่ว่า การกระทำขั้นสุดท้ายต้องพิจารณาว่ายังมีสิ่งใด ๆ อีกหรือไม่ที่ผู้กระทำจำเป็นต้องกระทำเพื่อให้ความผิดเกิดขึ้น (what remains to be done) หากยังมีสิ่งอื่นใดที่ยังต้องกระทำอีกก็ยังไม่เป็นความผิด และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่พิจารณาถึงการให้โอกาสการกลับใจของผู้กระทำที่ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการกระทำความผิดแล้วจึงจะมีความผิด ซึ่งแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ เป็นการขยายขอบเขตของการลงมือ

พยายามกระทำความผิดออกไปอย่างมาก มากกว่าทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลทฤษฎีการกระทำในขั้นสุดท้ายและข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษ

มีข้อดีคือ สามารถลงโทษเหล่าจำเลยจำนวนหนึ่งที่ศาลหลายแห่งได้ตัดสินปล่อยตัวให้พ้นผิดไปหรือไม่เห็นด้วยให้เป็นความผิดฐานพยายาม เป็นการสามารถป้องกันความเสียหายและจับกุมผู้ที่กระทำความผิดได้แต่เนิ่น ๆ ข้อเสียคือ ทฤษฎีนี้จะจับกุมผู้กระทำความผิดในขั้นเตรียมเข้าไปด้วยซึ่งอยู่นอกเหนือความหมายของกฎหมายพยายาม ความกว้างและเคลือบคลุมของทฤษฎีนี้มีส่วนพาดพิงเป็นอันตรายร้ายแรงถึงสิทธิส่วนบุคคลและมีความเป็นไปได้ของการเกิดการกดขี่ประชาชนจากผู้มีอำนาจหน้าที่ ตามตัวอย่างของ Model Penal Code เป็นการกระทำที่เกินความจำเป็นทำให้เกิดระดับอย่างไม่แน่นอนในการพิจารณาสำหรับศาลหลายแห่งที่ไม่มีประสบการณ์ในการเข้าใจถึงตัวอย่างที่อธิบายไว้

7. ทฤษฎีการกระทำที่ไม่คลุมเครือ (Unequivocal acts theory) เป็นทฤษฎีที่เคยใช้อยู่ในประเทศนิวซีแลนด์ระยะหนึ่งแต่ไม่ได้รับความนิยม ใจความสำคัญคือ หากการกระทำนั้นในตัวเองเป็นพยานหลักฐานที่เพียงพอสำหรับเจตนาในการกระทำความผิดอาญาซึ่งเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาชัดเจนในการก่ออาชญากรรมที่เกิดขึ้นในตัวเองก็เป็นการพยายามกระทำความผิด เป็นการมองเฉพาะในตัวของการกระทำนั้นขณะนั้นเท่านั้นว่าเป็นการกระทำความผิดหรือไม่ จะไม่นำพยานหลักฐานอื่นก่อนหลังมาประกอบการพิจารณา เช่น ไม่นำพฤติกรรมก่อนการกระทำหรือการรับสารภาพของผู้กระทำความผิดเข้ามาพิจารณาด้วย มีข้อเสียคือ จะเป็นการจำกัดให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดแคบเกินไปในบางกรณี และในบางกรณีก็สามารถตีความให้กว้างเกินไปได้

8. ทฤษฎีการกระทำที่เป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) เป็นทฤษฎีที่ใช้ในประเทศเยอรมนี มีใจความสำคัญ คือ การกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่มีกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut or directly dangerous to interests protected under the law) โดยการพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำนั้นกระทบหรือเป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนั้น ๆ แล้วหรือไม่ ประกอบกับคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย ซึ่งใจความสำคัญในตัวทฤษฎีมีความคล้ายคลึงเทียบได้กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ระยะหนึ่ง มีข้อดี คือ เป็นแนวคิดที่ตรงไปตรงมา ศาลสามารถมีดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางเพื่อคุ้มครองสังคมจากตัวผู้กระทำความผิด มีเหตุผลในการอธิบายรองรับได้อย่างเหมาะสม และสามารถทราบถึงเหตุผลและระดับแนวคิดในการตัดสินของผู้พิพากษาได้อย่าง

แน่ชัด ข้อเสีย คือ ขอบเขตของการใช้ดุลยพินิจจะกว้างมาก หากนำมาปรับใช้ต้องมีกระบวนการในการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของศาลให้เป็นรูปธรรมและชัดเจนมากกว่าในปัจจุบัน

จากที่ได้กล่าวมาสามารถวิเคราะห์แบ่งแยกทฤษฎีต่าง ๆ ข้างต้นออกได้เป็น 2 จำพวกใหญ่ ๆ คือ

1. จำพวกทฤษฎีจุดเข้าใกล้ หมายถึง ทฤษฎีที่ใช้ระดับความใกล้ชิดหรือห่างใกล้กับสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เช่น ผลสำเร็จของความผิด องค์ประกอบของความผิดหรือความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นเป็นจุดวัด ทฤษฎีเหล่านี้จะเน้นมองการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกของผู้กระทำในลักษณะภาวะวิสัย ส่วนการตัดสินว่าแกล้งหรือใกล้จะใช้เกณฑ์บุคคลาธิฐาน (ภาวะวิสัย) ของตัวผู้ตัดสินเป็นตัวชี้วัดในประเทศ Common Law ได้แก่อังกฤษ ในประเทศ Civil Law คือ ศาลได้แก่ ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory) และทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) เป็นต้น

2. จำพวกทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำ หมายถึง ทฤษฎีที่ใช้ระดับความเป็นอันตรายของการกระทำเป็นตัวชี้วัด ทฤษฎีเหล่านี้จะเน้นมองลักษณะของการกระทำที่แสดงออกมาของผู้กระทำในลักษณะภาวะวิสัยเช่นกัน แต่จุดวัดถึงความเป็นภัยอันตรายจะขยายครอบคลุมกว้างเข้าไปในด้านอัตตะวิสัยของผู้กระทำมากกว่าโดยให้ดุลยพินิจแก่ผู้ตัดสินเน้นไปในทางคุ้มครองป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น ทฤษฎีจำพวกนี้ได้แก่ ทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ซึ่งกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) ของสหรัฐอเมริกา และทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของประเทศเยอรมนี เป็นต้น

ปัจจุบันรูปแบบทฤษฎีกฎหมายที่ใช้อธิบายความหมายของการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด อันเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมที่ยังคงนิยมเป็นหลักใช้อยู่มี

1. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส ฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก (subjective) ซึ่งเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่ชัดที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ

2. หลักเกณฑ์ตามข้อกำหนดตามมาตรา 1 (1) ตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ ที่กำหนดกรอบและให้

ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดว่า หมายถึง “การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม” (more than an act of mere preparation) คือ การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยตรงไปสู่การกระทำความผิดและมากกว่าการเตรียมเท่านั้น ซึ่งนักวิชาการเห็นว่าคือการเริ่มต้นกระทำความผิด หรือเข้าไปสู่กระบวนการดำเนินการกระทำความผิดในตัวเอง (embarked on) ของความผิดฐานนั้น ๆ ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลแบบเดิมก็ได้ อันเป็นลักษณะที่มีขอบเขตกว้างขึ้นและผ่อนคลายกว่าทฤษฎีที่ใช้อยู่เดิม ลักษณะการกระทำก็คล้ายกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางอัตตะวิสัยของฝรั่งเศสนั่นเอง แต่ก็ยังมีปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการตีความที่ศาลของอังกฤษยังคงติดอยู่กับทฤษฎีใน Common Law เดิม และแนวคำพิพากษาในแนวทางตามระบบ Common Law เดิมอยู่

3. ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) ตามที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code 1962 section 5.01) ของอเมริกา ที่มีความสำคัญ คือ เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้ว ถือว่ามีการลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อพยานหลักฐานอื่น ๆ ประกอบด้วย และให้ตัวอย่างของการกระทำในขั้นตอนสำคัญไว้ด้วย เช่น การดักบรอ ,การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ จะใช้ในการกระทำความผิด หรือการตรวจตราสถานที่ที่จะกระทำความผิด เป็นต้น ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างมากคล้ายกับทฤษฎีการกระทำแรก (First act theory) ของอังกฤษในยุคต้น ๆ

4. ทฤษฎีการกระทำที่เป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ในประเทศเยอรมนี มีความสำคัญ คือ การกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่มีกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมาย โดยพิจารณาการกระทำของผู้กระทำนั้นใกล้ชิดต่ออันตรายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนั้น ๆ หรือไม่ ประกอบกับคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย ซึ่งคล้ายกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายที่เคยใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกากระยะหนึ่ง

จะเห็นได้ว่าปัจจุบันในทุก ๆ ประเทศเห็นด้วยกับการขยายขอบเขตของการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปให้คุ้มครองสังคมมากขึ้น ประเทศอังกฤษปัจจุบันไม่ได้ใช้เพียงทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลมาเป็นหลักในการอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ใช้ข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (Criminal Attempts Acts 1981) ตามมาตรา 1 (1) ที่ว่า การพยายามกระทำความผิดหมายถึงการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการกระทำที่

เป็นการเตรียมกระทำความผิด (more than an act mere preparation) ซึ่งมีความหมายเป็นกลาง ๆ ระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลและทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย อันเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าเดิมโดยมุ่งแนวทางทางด้านอัตตะวิสัยของผู้กระทำมากขึ้น ปรับเอนเข้ามามากล้ายกันกับประเทศในส่วน Civil Law ที่ยึดแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัยเป็นมาตรฐานซึ่งการอธิบายถึงระดับของการลงมือพยายามกระทำความผิดที่มีขอบเขตกว้างกว่า Common Law เดิมอยู่แล้ว ได้แก่ประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ที่มีแนวคิดเน้นไปในทางอัตตะวิสัย ส่วนประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ที่ความกว้างแคบของการลงมือพยายามกระทำความผิดขึ้นอยู่กับการกระทำนั้นกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความคิดฐานนั้นหรือไม่ ที่สามารถให้ศาลใช้ดุลยพินิจคุ้มครองบุคคลในสังคมได้อย่างกว้างขวาง ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 5.01 ประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของอเมริกา (Model Penal Code) ซึ่งขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าประเทศอังกฤษมาก

ซึ่งการที่ประเทศใดจะเห็นด้วยและนำทฤษฎีใดไปปรับใช้ขึ้นอยู่กับความเห็นด้วยกับแนวคิดในการกำหนดสัดส่วนระหว่างสภาวะทางจิตใจกับการกระทำในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดตามมุมมองใดระหว่างมุมมองด้านอัตตะวิสัยกับภาวะวิสัย และขึ้นอยู่กับมุมมองการให้ความหมายความยุติธรรมทางอาญาของประเทศนั้น ๆ ว่าในช่วงนั้นสังคมเห็นด้วยกับมุมมองทางด้านใดระหว่างการให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนหรือการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมและการคุ้มครองประโยชน์ของสังคมส่วนรวมรวมมากกว่ากัน