

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กล่าวโดยสรุปแล้ว กระบวนการเกิดความคิดทางอาญามีอยู่ 6 ขั้นตอน เริ่มตั้งแต่ขั้นมีความคิดที่จะกระทำความผิด (conception) ขั้นการไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำความผิด (deliberation) ขั้นการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด (resolution) ขั้นการเตรียมการที่จะกระทำความผิด (preparation) ขั้นการลงมือกระทำความผิด (commencement) และสุดท้ายคือขั้นของการเกิดผลของการกระทำอันนั้น หรือขั้นความผิดสำเร็จ (consummation) การพยายามกระทำความผิดนั้นหมายถึง การกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมมาแล้วจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแต่ยังไม่ถึงขั้นเกิดเป็นความผิดสำเร็จ

กล่าวอีกนัยหนึ่ง การพยายามกระทำความผิดนั้นจะเกิดขึ้นได้ตั้งแต่ขั้นผ่านขั้นตอนการเตรียมกระทำความผิดมาเล็กน้อยไปจนถึงขั้นสามารถใกล้เคียงกับการเกิดความคิดสำเร็จ และเห็นได้ว่าการกระทำในการเตรียมไปจนถึงการลงมือกระทำความผิดและไปจนถึงเป็นการพยายามกระทำความผิดนั้นมีลักษณะเป็นช่วงของการกระทำ ทำให้เห็นว่าจุดแบ่งแยกระหว่างการเตรียมกระทำความผิดกับการลงมือพยายามกระทำความผิดจะมีระดับกว้างแคบแตกต่างกันออกไปเริ่มตั้งแต่ผ่านขั้นตอนการเตรียมมาเล็กน้อยไปจนถึงใกล้จะเกิดความคิดสำเร็จ ขึ้นอยู่กับมุมมองของผู้แบ่งแยกว่าจะให้อยู่ในจุดใด และขึ้นอยู่กับว่าจะเห็นด้วยกับแนวคิดตามทฤษฎีใดระหว่างทฤษฎีที่ถือการกระทำเป็นใหญ่ ภาวะวิสัย (Objective theory) หรือทฤษฎีที่ถือจิตใจเป็นใหญ่ อัตตะวิสัย (Subjective theory) ผู้ที่ถือตามทฤษฎีภาวะวิสัยการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิด หรือการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมจะแคบ โดยเห็นว่าจะต้องเป็นการกระทำที่แสดงออกอย่างชัดเจนใกล้ที่จะเกิดเป็นความผิดสำเร็จแล้วจึงจะเป็นการพยายามกระทำความผิด ส่วนผู้ที่ถือตามทฤษฎีอัตตะวิสัยการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิด หรือการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมจะกว้าง โดยยึดถือเจตนาของผู้กระทำเป็นใหญ่จะต้องการเพียงการกระทำที่ผ่านขั้นตอนของการเตรียมมาเพียงเล็กน้อยเพื่อเป็นการยืนยันเจตนาของผู้กระทำก็เป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว

เดิมใน Common Law การให้ความหมาย และแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิดจะเป็นการใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงในแต่กรณี (case by case) โดยเห็นว่าเป็นสิ่งที่อยู่เหนือความคาดหมายในการหาหลักเกณฑ์ที่เป็นการทั่วไปมาใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้ เพราะความคิดในแต่ละฐานมีลักษณะ ประเภท และความรุนแรงแตกต่างกันออกไป แตกต่างจากแนวคิดของ Civil Law ที่จะอธิบายใช้กฎหมายในเรื่องนี้ โดยสร้างกรอบเหตุผลที่เป็นหลักการโดยทั่วไปเพื่อนำไปใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง แต่ในปัจจุบันในเรื่องนี้ทั้ง Civil Law และ Common Law มีความเห็นพ้องไปในทำนองเดียวกัน คือ ต้องการที่จะหากรอบเหตุผลที่เป็นหลักการโดยทั่วไปเพื่อนำมาใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันในการอธิบายลักษณะของการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความคิด อันเป็นการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานทั่วไปในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิด ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมาย ซึ่งหลักเกณฑ์ และทฤษฎีกฎหมายที่ยังเป็นหลักใช้อยู่ในปัจจุบันมี

1. ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศสฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก (subjective) ซึ่งเห็นว่าการพยายามกระทำความคิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความคิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงต่อเนื่องและใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ³⁰⁴

2. หลักเกณฑ์ตามข้อกำหนดตามมาตรา 1 (1) ตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความคิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ ที่กำหนดกรอบและให้ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความคิดว่า หมายถึง “การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการเตรียม” (more than an act of mere preparation) คือ การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยตรงไปสู่การกระทำความคิดและมากกว่าการเตรียมเท่านั้น ซึ่งนักวิชาการเห็นว่าเป็นการเริ่มต้นกระทำผิด หรือเข้าไปสู่กระบวนการดำเนินการกระทำความคิดในตัวเอง (embarked on) ของความคิดฐานนั้น ๆ ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลแบบเดิมก็ได้ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่มีขอบเขตกว้างขึ้นและผ่อนคลายกว่าทฤษฎีที่ใช้อยู่เดิม ลักษณะการกระทำก็คล้ายกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางอรรถวิสัยของฝรั่งเศสนั่นเอง

3. ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ตามที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code 1962 section 5.01) ของอเมริกา ที่มีใจความสำคัญ คือ เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนแล้วถือว่า

³⁰⁴ ซึ่งไม่ต้องถึงกับขั้นเป็นการกระทำในองค์ประกอบความคิดหรือในองค์ประกอบที่ต้องรับโทษหนักขึ้นแต่การกระทำนั้นต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงใกล้ชิดกับความคิดสำเร็จ

การลงมือกระทำผิดแล้ว แต่หลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อพยานหลักฐานอื่น ๆ ประกอบด้วย และให้ตัวอย่างของการกระทำในขั้นตอนสำคัญไว้ด้วย เช่น การดบรอ, การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ที่จะใช้ในการกระทำผิด หรือการตรวจตราสถานที่ที่จะกระทำความผิด เป็นต้น ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างมาก คล้ายกับทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ของอังกฤษในยุคต้น ๆ และ

4. หลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่เป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ในประเทศเยอรมนี ใจความสำคัญ คือ การกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงความเป็นอันตรายหรือการคุกคามถึงที่กฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมาย โดยพิจารณาการกระทำของผู้กระทำนั้นใกล้ชิดต่ออันตรายหรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่แฝงอยู่ในความผิดฐานนั้น ๆ แล้วหรือไม่ ประกอบกับคำนึงถึงความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึกของชุมชนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วย ซึ่งคล้ายกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory) ที่เคยใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกากระยะหนึ่ง

ซึ่งประเทศใดเห็นด้วยและนำทฤษฎีใดไปปรับใช้ขึ้นอยู่กับแนวคิดในมุมมองความยุติธรรมทางอาญา นโยบายทางอาญา และแนวคิดการกำหนดสัดส่วนระหว่างสภาวะทางจิตใจกับการกระทำในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal liability Attempts) ของประเทศนั้น ๆ ว่าเห็นด้วยไปกับแนวคิดใดระหว่างแนวคิดอัตตะวิสัยและภาวะวิสัย และขึ้นอยู่กับแนวทางในช่วงเวลานั้นด้วยว่าสังคมเห็นด้วยกับการให้สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน หรือการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมและประโยชน์ของสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน

ปัจจุบันในประเทศต่าง ๆ ได้พยายามขยายขอบเขตความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดในกฎหมายพยายามออกไปในทางคุ้มครองป้องกันสังคมจากการกระทำความผิดมากขึ้น เห็นได้ชัดจากประเทศอังกฤษซึ่งเดิมใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity act theory) ที่เคร่งครัดมาก ต่อมาสภานิติบัญญัติของประเทศอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (Criminal Attempts Acts 1981) โดยให้ความหมายผ่อนคลายขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดในอังกฤษให้กว้างขึ้นกว่าทฤษฎีที่ใช้อยู่ในศาล Common Law เดิม ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาแนวคิดในการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดที่รับมาจากประเทศอังกฤษเดิมมาเป็นทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ซึ่งเป็นทางที่ขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดกว้างขึ้นอย่างมากกว่าประเทศอังกฤษเสียอีกในเวลาต่อมา ดังปรากฏในข้อกำหนดตามประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของสหรัฐอเมริกา (Model Penal Code) มาตรา 5.01 ส่วนใน

ประเทศ Civil Law ในประเทศเยอรมนีและฝรั่งเศสก็มีแนวทางการวินิจฉัยตามแนวคิดทางด้าน
อรรถวิสัยเน้นมุมมองไปที่ตัวผู้กระทำความผิดมากกว่าลักษณะของการกระทำและมุ่งเน้นคุ้มครอง
ผู้บริโภคและสังคมออกจากอาชญากรรมอยู่แล้ว

ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้กำหนดให้ความหมายลักษณะ
ของการลงมือพยายามกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน ในตัวบทบัญญัติของกฎหมายประมวล
กฎหมายอาญา มาตรา 80 ให้ความหมายของการพยายามกระทำความผิดไว้แต่เพียงว่าเป็นการ
กระทำในขั้นตอนการลงมือกระทำความผิด ส่วนการลงมือกระทำความผิดจะมีลักษณะ ความหมาย
อย่างไร ตามความเห็นของพระยาอรรถกรีย์นิพนธ์ กรรมการร่างกฎหมายได้ให้ความเห็นไว้ใน
รายงานการประชุมว่าหมายถึง การกระทำที่พ้นจากการเตรียมไปแล้ว ส่วนการกระทำที่พ้นขั้น
เตรียมไปแล้วจะมีความหมายอย่างไรท่านเห็นว่าควรเป็นหน้าที่ของตำรากฎหมายเป็นผู้อธิบาย
กล่าวโดยสรุปแล้วตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายนั้นปล่อยให้เป็นที่ของศาลและนักวิชาการ
เป็นผู้กำหนดความหมายและสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้ขึ้นมาอธิบายกันเอง ด้วยเหตุผลอะไร
ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาในการกำหนดกรอบลักษณะของการกระทำที่จะเป็นการลง
มือกระทำความผิด อันจะเป็นการหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับ
การเตรียมนั้น เป็นเรื่องที่มีมิติเกี่ยวข้องกับหลายปัจจัย ได้แก่ สภาพสังคม วัฒนธรรม แนวคิด
ทางกฎหมาย มุมมองในความยุติธรรมในทางอาญา และนโยบายทางอาญาของประเทศนั้น ๆ ใน
แต่ละช่วงเวลา เป็นต้น ซึ่งปัจจัยเหล่านี้มีความเป็นพลวัตเปลี่ยนแปลงไปได้เมื่อสังคมและแนวคิด
ของบุคคลในสังคมเปลี่ยนแปลงไป ตัวอย่างเช่น ในประเทศอังกฤษแต่เดิมไม่ยอมรับให้การ
พยายามกระทำความผิดเป็นความผิดตามกฎหมายเพราะเหตุที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น
ต่อมายอมรับให้บุคคลที่พยายามกระทำความผิดแต่ยังไม่เกิดความเสียหายขึ้นเป็นความผิดตาม
กฎหมายได้ก็คือ ยอมรับหลักการของกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิด และให้ศาลเป็น
ผู้ใช้ดุลยพินิจตัดสินเป็นไปตามนิติวิธีของ Common Law ที่ให้ศาลเป็นผู้วิเคราะห์ไปตามข้อเท็จจริง
เฉพาะเรื่อง (case by case) เพื่อนำมาสร้างหลักทั่วไป ต่อมาใน Common Law เองได้พยายามสร้าง
ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ขึ้นมาเพื่อเป็นเหตุผลในการอธิบาย และเป็นหลักเกณฑ์ในการตัดสิน
เกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยการสร้างทฤษฎีเกี่ยวกับการให้ความหมายและการแบ่งแยกระหว่างการลงมือ
พยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดต่าง ๆ ขึ้นมา ได้แก่ ทฤษฎีการกระทำแรก
(First acts theory) ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) หรือทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิด
ต่อผล (The Proximity acts theory) เป็นต้น อันเป็นการยอมรับหลักการใช้กฎหมายในรูปแบบ
หลักการทั่วไปนำไปสู่ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องอย่าง Civil Law (ดูแนวคิดและความเป็นมาในการ
ลงโทษการพยายามกระทำความผิดทางอาญา ในหัวข้อ 2.4) แต่ในแต่ละทฤษฎีที่มีการสร้างขึ้นมา

อธิบายนั้นอาจแตกต่างกันไป จะมีความกว้างแคบหรือเคร่งครัดผ่อนคลาขขึ้นอยู่กับช่วงเวลานั้น ประเทศนั้น ๆ มีแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ไปในทางใด ด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดมิได้มุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยเหตุที่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแล้วอย่างความผิดสำเร็จ ความมุ่งหมายหลักของการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดขึ้นมาเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยมุ่งถึงการยับยั้งที่ตัวผู้กระทำความผิดนั้นเสียก่อนที่จะก่อความเสียหายขึ้น มุมมองในการป้องกันยับยั้งตัวผู้กระทำนั้นจึงอาจเปลี่ยนแปลงไปได้เมื่อสภาพสังคม แนวคิดต่าง ๆ ของบุคคลในสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป แตกต่างไปจากความคิดในส่วนความผิดสำเร็จที่สามารถมีรูปธรรมที่เป็นมาตรฐานชัดเจนในการวัด คือ การก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นตามที่กำหนดไว้ในองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ มาเป็นตัววัด เป็นต้น

ในทางปฏิบัติแนวคำพิพากษาของศาลไทยส่วนใหญ่ถือระดับ “การใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” ต่อผลสำเร็จของความผิดเป็นเกณฑ์ในการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิด และให้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียม ซึ่งเทียบได้กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) โดยถือว่าการใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดต้องถึงขนาดใกล้ชิดกับองค์ประกอบของความผิดหรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำในองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ หรือเป็นองค์ประกอบในส่วนของเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานนั้น ๆ อันเป็นแนวทางที่เทียบได้กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของทางนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory) (แตกต่างกับทางปฏิบัติของศาลฝรั่งเศสไม่เห็นด้วย ศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับฝ่ายที่สอง คือ ฝ่ายที่ถือตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory) หรือฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก ซึ่งเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่ชัดที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ) และเหมือนกับแนวทางให้ความหมายลักษณะของการให้ความหมายการพยายามกระทำความผิดในประเทศอังกฤษก่อนบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (The Criminal Attempts Acts 1981) ตามแนวทางทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Lord Diplock ที่มุ่งตีความทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในความหมายแคบ โดยมุ่งถึงการให้โอกาสให้ผู้กระทำความผิดตัดสินใจในการล้มเลิกการกระทำความผิดเป็นสำคัญ ในข้อพิจารณาที่ว่าต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำจะกระทำความผิดได้กระทำความผิดโดยปราศจากการแสดงออกในการล้มเลิกความตั้งใจการกระทำผิดของเขาอย่างแน่นอน ซึ่งทำให้การพิจารณาแคบลงไปมากในบางฐานความผิด เช่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานฆ่าคนโดยใช้ปืนยิง เป็นต้น ทั้งยังปรากฏแนวคำ

พิพากษาส่วนน้อยที่พิจารณาเห็นแตกต่างออกไปในแนวทางที่จะพยายามขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปแตกต่างจากแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล โดยผ่อนคลายเป็นอากรกระทำในขั้นตอนสุดท้ายในบางฐานความผิดมาถือว่าการใกล้ชิดต่อความสำเร็จของความผิดด้วย เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือฐานค้าหญิงและเด็ก เป็นต้น และในบางคำพิพากษามีการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปมากกว่าการกระทำขั้นสุดท้ายเสียอีกแต่ในการให้เหตุผลยังคงอิงอยู่กับการใกล้ชิดหรือห่างไกลกับความผิดสำเร็จอยู่ กล่าวโดยสรุปแล้วแนวทางปฏิบัติของศาลนั้นไม่ได้อิงอยู่กับแนวคิดตามทฤษฎีใดเป็นหลัก การตัดสินขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลไปตามกรณี (case by case) ว่าควรใช้เหตุผลแนวทางใดมาตัดสิน

ในทางวิชาการ นักวิชาการของไทยส่วนใหญ่เห็นด้วยกับแนวทางตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ในแนวทางที่ผ่อนคลายเป็นอากรกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของศาลฝรั่งเศสที่ถือตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory) หรือฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก ซึ่งเห็นว่าการพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ซึ่งเหมือนกันกับแนวทางการอธิบายตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของอังกฤษตามแนวทางของ Stephen ซึ่งต้องประกอบไปด้วยการกระทำที่เป็นลำดับต่อเนื่องกันอันประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงของการกระทำที่ต่อเนื่องกันไปไม่ขาดสายมุ่งไปสู่การกระทำความผิดสำเร็จหากไม่มีการขัดขวางเสียก่อน (ดูหัวข้อ 4.2.1) และยังมีนักวิชาการของไทยส่วนน้อยไม่เห็นด้วยกับการใช้ระดับการใกล้ชิดหรือห่างไกลต่อความสำเร็จ³⁰⁵ ดังกล่าวมาเป็นมาตรฐานในการตัดสินเกี่ยวกับเรื่องนี้ นักวิชาการฝ่ายนี้เห็นด้วยกับทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ซึ่งใช้การเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง³⁰⁶ มาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินด้วยเห็นว่าบทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดของไทยได้รับอิทธิพลมาจากประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี ความเหมาะสมจึงควรอธิบายและให้ความหมาย ไปตามตามแนวทางของประเทศเยอรมนี (ดูหัวข้อ 4.2.2) และยังมีนักวิชาการส่วนน้อยอื่น ๆ เห็นไปในแนวทางแตกต่างออกไปอีก เช่น การนำเอาทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial steps acts theory) ของประเทศสหรัฐอเมริกาอธิบาย เป็นต้น และยังมีพวกที่เห็นว่าไม่สามารถกำหนด

³⁰⁵ ทฤษฎีจุดเข้าใกล้

³⁰⁶ ทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำ

หลักเกณฑ์ที่เป็นกรทั่วไปที่นำมาอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ เนื่องด้วยในแต่ละความผิด มีประเภท ชนิด และความร้ายแรงของการกระทำความผิดที่แตกต่างกันออกไปเห็นว่าการพิจารณาเรื่องนี้จึงควรขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลไปตามควรแก่กรณี (ดูหัวข้อ 4.2.3.3) เป็นต้น สรุปแล้วแนวทางการให้ความหมายในเรื่องนี้ทางวิชาการของไทยยังมีความเห็นแตกต่างกันออกไปในหลายแนว ทั้งความเห็นของนักวิชาการส่วนใหญ่ยังมีความเห็นแตกต่างกันกับแนวทางปฏิบัติของศาลในบางกรณี จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติของประเทศไทยเกี่ยวกับเรื่องนี้มีการใช้หลาย ๆ มาตรฐาน ในการอธิบาย โดยใช้รวม ๆ ไป ระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในลักษณะที่เคร่งครัด³⁰⁷ กับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย แต่ในระยะหลังได้มีการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปนอกเหนือจากทฤษฎีทั้งสองอีกในบางกรณี ซึ่งนิติวิธีในการอธิบายมีลักษณะเป็นการใช้กฎหมายไปตามแบบนิติวิธีของ common law คือ ไม่มีการอธิบายในรูปแบบทฤษฎีกฎหมาย แต่จะเดินตามแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานที่มีอยู่ก่อนแล้ว ทำให้เกิดปัญหาในการตีความบางกรณีที่ข้อเท็จจริงคล้ายกันอาจมีความเห็นแตกต่างกันได้ และในบางความผิดมีการตีความที่แคบไป ก่อให้เกิดขัดต่อความรู้สึกของประชาชนโดยทั่วไป

ปัจจุบันในทุก ๆ ประเทศทั้งในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law และแม้ในประเทศ Common Law เอง ก็เห็นพ้องต้องกันว่าควรมีการกำหนดกรอบที่สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไปในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายเพื่อนำไปใช้และอธิบายได้กับข้อเท็จจริงในทุก ๆ กรณีเกี่ยวกับเรื่องนี้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 และยังเห็นด้วยว่าควรมีการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปให้คุ้มครองสังคมมากขึ้น ในประเทศอังกฤษปัจจุบันไม่ได้ใช้เพียงทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) มาเป็นหลักในการอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ได้ใช้ข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (Criminal Attempts Acts 1981) มาตรา 1 (1) ที่ว่า การพยายามกระทำความผิดหมายถึง “การกระทำที่มากกว่าเป็นเพียงการกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำความผิด” (more than an act mere preparation) ซึ่งมีความหมายเป็นกลาง ๆ ระหว่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลและทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย อันเป็นการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว้างกว่าเดิมโดยมุ่งแนวทางทางด้านอัตตะวิสัยของผู้กระทำมากขึ้น ปรับเอนเข้ามาคล้ายกันกับประเทศในส่วน Civil Law ที่ยึดแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัยเป็นมาตรฐานซึ่งการอธิบายถึงระดับของการพยายามกระทำความผิดมีขอบเขตกว้างกว่า Common Law เดิม อยู่แล้ว ประเทศฝรั่งเศสใช้ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ซึ่งมีแนวคิดเน้นไปในทางอัตตะวิสัย ประเทศเยอรมนีใช้ทฤษฎีความเป็นภัยอันตราย

³⁰⁷ ตาม common law เดิม หรือของประเทศฝรั่งเศสฝ่ายภาวะวิสัย

ของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ซึ่งความกว้างแคบของการพยายามกระทำ ความผิดขึ้นอยู่กับกระทำนั้นกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานนั้นหรือไม่ ที่สามารถให้ศาลใช้ดุลยพินิจคุ้มครองบุคคลในสังคมได้อย่างกว้างขวาง ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial step acts theory) ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 5.01 ประมวลกฎหมายอาญาใหม่ของอเมริกา (Model Penal Code) ซึ่งขยายขอบเขตของการพยายามกระทำ ความผิดออกไปกว้างกว่าประเทศอังกฤษมาก ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรผ่อนคลายความเคร่งครัดและขยายขอบเขตของการพยายามกระทำ ความผิดออกไปให้กว้างมากขึ้น แต่จะขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำ ความผิดโดยใช้ หลักเกณฑ์ตามทฤษฎีใดมาเป็นเหตุผลรองรับในการอธิบายนั้นเป็นปัญหาอีกส่วนหนึ่ง

ส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่าทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) นั้นมีมุมมองไปในทางป้องกันคุ้มครองผู้บริโภคและสังคมออกจากอาชญากรรมโดยมอง ไปยังการกระทำของผู้กระทำที่แสดงออกให้เห็นถึงการที่จะก่ออาชญากรรมอย่างชัดเจนแม้ยังไม่ใช่ การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลหรือเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายคล้ายกับทฤษฎีการกระทำแรก (First acts theory) ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตของการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำ ความผิดออกไปกว้างมาก เกินไปยังไม่เหมาะสมกับประเทศไทย ส่วนข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำ ความผิด (The Criminal Attempts Acts 1981) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่บัญญัติ ออกมาเพื่อผ่อนคลายหลักเกณฑ์การตีความทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอย่างเคร่งครัดของศาล อังกฤษ ซึ่งทางปฏิบัติยังคงขัดแย้งกันอยู่ระหว่างนักวิชาการที่เห็นว่าการกระทำที่มากกว่าเป็นเพียง การเตรียมควรหมายถึงการเริ่มต้นเข้าไปสู่กระทำความผิดในการกระทำ ความผิด (embarked on) แต่ในทางศาลยังคงมีปัญหาในการอธิบายที่ยังยึดติดอยู่กับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) เดิม และแนวคำพิพากษาดังกล่าว ใน Common Law อยู่

ประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย พื้นฐานในการบัญญัติกฎหมาย มาจากแนวคิดของประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสเป็นส่วนใหญ่ ในส่วนทฤษฎีการกระทำที่ ใกล้ชิดต่อผลของฝรั่งเศสนั้นจุดที่เป็นหลักในการวินิจฉัยต้องประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงของการ กระทำที่เป็นการประกอบขึ้นของขั้นตอนการกระทำที่เป็นการกระทำโดยตรงต่อเนื่องกันมุ่งไปสู่ การก่อให้เกิดความผิด และต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จ ส่วนทฤษฎีความเป็น อันตรายของการกระทำตามกฎหมายของเยอรมันนั้น จุดที่เป็นหลักในการวินิจฉัย คือ ความเป็น อันตรายของการกระทำ ความเป็นอันตรายของการกระทำวัดจากการก่อให้เกิดอันตรายต่อ คุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายต้องการที่จะป้องกันคุ้มครองในความผิดฐานนั้น ๆ

หรือก็คือการกระทำที่เข้าไปใกล้ความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานนั้น ๆ ซึ่งจะปล่อยเป็นดุลยพินิจของศาลเป็นผู้วินิจฉัย

ผู้เขียนเห็นว่าควรจะใช้แนวคิดตามทฤษฎีใดต้องประกอบไปด้วย หนึ่ง แนวคิดพื้นฐานหรือวัตถุประสงค์ในการบัญญัติความผิดฐานพยายามในทางอาญาขึ้น ที่เห็นว่าการกระทำที่แม้ยังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายทางกายภาพขึ้นก็ตามก็อาจเป็นอันตรายที่เป็นความผิดทางอาญาได้หรือที่เรียกว่าอันตรายหุติยภูมิ และแนวคิดที่ว่าต้องการบัญญัติการพยายามกระทำความผิดขึ้นมาเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นก่อนที่มันจะเกิด (Nip violence in the bud) ซึ่งถ้าเรากำหนดตำแหน่งการเริ่มต้นของการพยายามกระทำความผิดโดยไม่สามารถป้องกันมิให้เกิดความเสียหายก่อนที่มันจะเกิดได้ก็ไม่มีประโยชน์อันใดเลย สอง การกำหนดตำแหน่งของจุดแบ่งในการเริ่มต้นความผิดฐานพยายามออกจากขั้นการเตรียมนั้น ไม่ว่าจะตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตามแบบอย่างประเทศอังกฤษหรือฝรั่งเศส หรือทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของประเทศเยอรมนีก็ตาม มองในภาพรวมแล้วก็ใช้เกณฑ์การใกล้ชิดหรือห่างไกลเป็นตัววัดเช่นเดียวกัน แต่ที่ต่างกัน คือ ใช้อะไรเป็นหลักวัดความใกล้ไกล วัดระดับความใกล้ชิดหรือห่างไกลกับอะไร ความหมายก็คือจะเอาอะไรเป็นหลักในการวัดจะวัดให้ใกล้หรือไกลกับอะไร

ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) และตามแนวทางการอธิบายของข้อกำหนดในพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษ (The Criminal Attempts Acts 1981) อันดับแรก จะกำหนดกรอบลักษณะของการกระทำไว้ว่าต้องเป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด (ในฝรั่งเศสใช้คำว่ากระทำที่ผิดปกติไปจากบุคคลผู้สุจริต) ซึ่งเป็นการกระทำใด ๆ ที่ดำเนินการโดยตรงไปสู่การกระทำความผิดซึ่งหากปล่อยให้กระทำต่อไปจะเกิดเป็นความผิดสำเร็จขึ้นได้ อันดับที่สอง หลักที่นำมาวัดคือผลสำเร็จของการกระทำในความผิดฐานนั้นที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละฐานความผิด เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น การกระทำที่ดำเนินการโดยตรงมุ่งต่อการกระทำผิดนั้นต้องใกล้กับผลของการฆ่า คือ ความตาย ซึ่งมีความเห็นแตกต่างกัน ศาลไทยค่านึงเฉพาะการกระทำนั้นใกล้ชิดกับผลสำเร็จของความผิดคือ การฆ่า แล้วหรือไม่โดยไม่นำลักษณะของการกระทำที่เป็นการต่อเนื่องข้างต้นมาค่านึงถึง ทำให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดจะแคบ ส่วนของศาลฝรั่งเศสและข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิดของอังกฤษจะตีความกว้างกว่าโดยดูประกอบกับลักษณะของการกระทำที่เป็นการต่อเนื่องข้างต้นด้วย ทำให้ขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดจะกว้างกว่าศาลไทย

ส่วนทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ผู้เขียนเห็นว่าใช้เกณฑ์ใกล้ชิดหรือห่างไกลเช่นกัน แต่ไม่ได้ใช้เกณฑ์การใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดเหมือนอย่างทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) แต่ใกล้ชิดหรือห่างไกลกับคุณธรรมทางกฎหมายหรือผลประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองในความคิดฐานนั้น ๆ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักที่เราจะนำมาวัดระหว่างผลสำเร็จของความผิดกับคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานต่าง ๆ คุณธรรมในทางกฎหมายจะเป็นหลักที่มีความแน่นอน เห็นได้ชัดเจนมากกว่า ผู้เขียนเห็นด้วยกับการใช้คุณธรรมในทางกฎหมายมาเป็นตัววัดในการกำหนดหลักในการวัดถึงความใกล้ชิดหรือห่างไกล อันเป็นตัวกำหนดตำแหน่งของการลงมือพยายามกระทำความผิด ปัญหาต่อมาคือหากใช้เพียงคุณธรรมในทางกฎหมายมาเป็นตัววัดความเสี่ยงในการเกิดความผิดแต่อย่างเดียวในประเทศไทยอาจจะมีปัญหาเช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษได้ คือ ปล่อยช่องว่างให้มีการใช้ดุลยพินิจของศาลกว้างมากเกินไป ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดกรอบลักษณะของการกระทำที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายส่วนหนึ่ง ก็คือต้องมีการบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายว่า ลักษณะของการพยายามกระทำความผิดต้องเป็นลักษณะของการกระทำที่ดำเนินการโดยตรงมุ่งไปสู่การกระทำความผิด³⁰⁸ อันเป็นการกำหนดกรอบการวินิจฉัยให้ศาลและแก้ปัญหาคำวินิจฉัยที่เคร่งครัดส่วนหนึ่ง ส่วนทฤษฎีที่นำมาเป็นหลักในการอธิบายลักษณะการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับหลักการกระทำที่กระทบกับคุณธรรมตามกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) มาเป็นหลักในการวินิจฉัยซึ่งจะผันแปรไปตามชนิดและฐานความผิด ซึ่งการบัญญัติกรอบลักษณะของการกระทำดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายประกอบกับแนวทางการใช้ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้นมาเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมเช่นนี้จะทำให้การวินิจฉัยเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดมีหลักแน่นอนขึ้น และเป็นไปอย่างมีเหตุผล ตัวอย่างเช่น กรณีที่ความผิดฐานฆ่าคน โดยใช้ปืนยิงก็ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นการเล็ง การข่มขืนกระทำชำเราก็ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นใช้อวัยวะเพศชายจ่อที่อวัยวะเพศหญิง หรือ ระดับการคุ้มครองบุคคลต้องมากกว่าการคุ้มครองทรัพย์สินเพราะระดับคุณธรรมทางกฎหมายหรือประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองมีความรุนแรงมากน้อยต่างกัน เป็นต้น

³⁰⁸ ดูประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ.1952 มาตรา 121-5 ในบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.2.1. หน้า 104. และประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมันนี (STGB) มาตรา 22 ในบทที่ 3 หัวข้อที่ 3.2.2. หน้า 108.