

บทที่ 2

แนวความคิดและความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานในประเทศกลุ่ม Common law

ในกฎหมายสมัยใหม่ที่กฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาได้แยกออกจากกันโดยชัดแจ้ง ความคิดในเรื่องการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนแม้จะยังคงเป็นกระแสหลักแต่แนวความคิดในการลงโทษ เพื่อป้องปราม เพื่อแก้ไขฟื้นฟูตลอดจนแนวความคิดเรื่องการลงโทษเพื่อป้องกันความเสียหายได้รับการยอมรับมากขึ้นจนเกิดกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานเข้าแทรกแซงการกระทำที่ยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ เพื่อป้องกันไม่ให้ความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งก็คือความผิดที่เป็นการเริ่มต้น ในบทที่ 2 นี้จะได้กล่าวถึงแนวความคิดทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของความผิดดังกล่าว ตลอดจนจะได้อธิบายถึงความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานในประเทศกลุ่ม Common law ซึ่งได้แก่การพยายามกระทำความผิด ความผิดฐานสมคบ การใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด อันเป็นต้นแนวความคิดความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเพื่อความเข้าใจถึงที่มาการใช้ และการตีความความผิดดังกล่าวในต่างประเทศ

2.1 แนวความคิดพื้นฐาน

ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น (Inchoate crimes) คือ “กลุ่มความผิดที่รัฐใช้เป็นเครื่องมือในการจัดการกับผู้ต้องหาที่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการกระทำที่มุ่งหมายให้เกิด หรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำอันเป็นความผิด แต่ยังไม่ได้มีการกระทำอันเป็นความผิดสำเร็จ” นิยามดังกล่าวปรากฏอยู่ในตำรากฎหมายอาญาของของ Jonathan Herring¹ อย่างไรก็ตามนักกฎหมาย และตำรากฎหมายของกลุ่ม Common law ส่วนใหญ่จะไม่ได้ให้นิยามที่ชัดเจน (explicit definition) ของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นไว้² หากแต่ส่วนใหญ่จะอธิบายโดยการยกตัวอย่างของความผิดที่เป็นการเริ่มต้น และให้ผู้อ่านสร้างคำนิยามตามที

¹ Jonathan Herring, Criminal law: text, cases, and materials, (Oxford: Oxford University Press, 2004.) p.476.

² Douglas N. Husak, “THE NATURE AND JUSTIFIABILITY OF NONCONSUMMATE OFFENSES,” Arizona Law Review 37 (Spring 1995): p.164.

ผู้อ่านเข้าใจด้วยตนเอง เพราะยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าความผิดที่เป็นการเริ่มต้นควรมีนิยามอย่างไรกันแน่

ในกฎหมาย Common law นั้นมีการแบ่งลำดับขั้นตอนในการกระทำความผิดโดยเจตนาออกเป็น 6 ขั้นตอน คือ ขั้นแรกมีความคิดที่จะกระทำความผิดอาญา ขั้นที่สองคิดพิจารณาเพื่อที่จะตัดสินใจว่าควรจะทำผิดหรือไม่ ขั้นที่สามเป็นการตัดสินใจได้ว่าจะกระทำความผิด ขั้นที่สี่เป็นขั้นตอนในการเตรียมที่จะกระทำความผิดโดยการจัดเตรียมขั้นตอน หรืออุปกรณ์ที่จำเป็นในการกระทำความผิดนั้น ขั้นที่ห้าเริ่มการกระทำความผิด และขั้นที่หกซึ่งเป็นขั้นสุดท้ายก็คือกระทำการและบรรลุเจตนาในทางอาญา และโดยทั่วไปกฎหมายก็จะลงโทษต่อเมื่อการกระทำในขั้นตอนสุดท้ายนั้นบรรลุเจตนาในทางอาญาของผู้กระทำ อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ กฎหมายอาจกำหนดให้การกระทำที่แม้ไม่ได้บรรลุผลนั้นเป็นความผิดอาญาได้เรียกว่าความผิดอาญาที่เป็นการเริ่มต้น ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าความผิดที่เป็นการเริ่มต้นก็คือความผิดที่รัฐลงโทษการกระทำในขั้นตอนก่อนที่จะถึงขั้นที่หกในกระบวนการกระทำความผิด³

กลุ่มความผิดดังกล่าวถูกสร้างขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการทำความผิดอาญา โดยให้เจ้าพนักงานของรัฐเข้าแทรกแซงการกระทำของบุคคลตั้งแต่ในขั้นต้น (Initial stages) ⁴ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าจะมีการกระทำความผิดต่อไปในอนาคต เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดสำเร็จเกิดขึ้น จากเหตุผลดังกล่าวแม้ยังไม่มีกระทำความผิดสำเร็จ แม้ว่าความเสียหายยังไม่เกิดขึ้น แม้ว่าความพยายามในการกระทำความผิดจะล้มเหลว แม้หลังการสมคบจะไม่มีไปกระทำความผิด แม้ว่าผู้ถูกใช้จะเพิกเฉยจากการใช้ให้ไปกระทำความผิด ผู้ที่ได้กระทำการอันเป็นการเริ่มต้นความผิดก็มีความผิดอาญาที่เป็นการเริ่มต้นแล้ว ดังนั้นในต่างประเทศจึงใช้คำว่า “Inchoate” ที่มีความหมายว่า เพิ่งเริ่ม (just begun) หรือ ยังไม่ได้พัฒนา (undeveloped) เพื่อสื่อให้เห็นลักษณะเด่นของกลุ่มความผิดดังกล่าวว่าเพิ่งอยู่ในขั้นต้นยังไม่ได้พัฒนาไปเป็นความผิดสำเร็จ⁵ และเพราะการที่ไม่ต้องรอให้มีการกระทำความผิดสำเร็จเกิดขึ้นเสียก่อนนั้น ทำให้ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นแตกต่างจากกฎหมายว่า

³ *ibid.*

⁴ Glanville Williams, Criminal law ; the general part., 2nd ed (London, Stevens, 1961), p. 609.

⁵ Jonathan Herring, *supra* note 1, p. 476.

ด้วยการร่วมกระทำความผิด (Complicity) ที่ต้องให้มีการกระทำความผิดขึ้นเสียก่อนผู้กระทำเข้าร่วมกระทำจะมีความผิดได้ เช่นในกรณีผู้สนับสนุน เพียงแต่หากมีการกระทำความผิดสำเร็จ ผู้ที่กระทำความผิดที่เป็นการเริ่มต้นก็อาจมีความรับผิดชอบร่วมในการกระทำของบุคคลอื่นได้

หากกฎหมายอาญาทั่วไปจะมีข้อเรียกร้องหรือที่เรียกว่าเอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา⁶อยู่ 4 ประการแล้วคือ (1) ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ (2) กฎหมายอาญาจะย้อนหลังให้ผลร้ายมิได้ (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนปราศจากการคลุมเครือ และ (4) กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นก็มีข้อเรียกร้องหรือเอกลักษณ์อยู่ 4 ประการเช่นกันคือ (1) ผู้กระทำไม่อาจถูกพิพากษาว่ามีความผิดทั้งในความผิดที่เป็นการเริ่มต้นและความผิดสำเร็จ เพราะความผิดที่เป็นการเริ่มต้นย่อมจะเปลี่ยนกลืนไปกับความผิดสำเร็จตามหลักเรื่องการเปลี่ยนกลืนกัน (Doctrine of Merger) อย่างไรก็ตามหลักการในเรื่องนี้จะมีข้อยกเว้นที่ว่าจะไม่นำไปใช้กับความผิดฐานสมคบ ที่จำเลยอาจถูกพิพากษาลงโทษทั้งความผิดฐานสมคบและความผิดสำเร็จได้พร้อมกัน⁷ (2) โดยหลักการแล้วจะวางโทษสำหรับความผิดที่เป็นการเริ่มต้นต้องเป็นโทษที่เบากว่าจะวางโทษสำหรับกรณีความผิดสำเร็จ (3) ผู้กระทำความผิดที่เป็นการเริ่มต้นจะต้องกระทำไปโดยมีเจตนากระทำความผิดเท่านั้น แม้ว่าความผิดที่มุ่งกระทำนั้นแม้จะกระทำด้วยความประมาทก็เป็นความผิดสำเร็จได้ และ (4) การแสดงออกซึ่งเจตนาที่จะกระทำความผิดจะต้องชัดเจนเพียงพอ (Overt act) ว่าผู้ที่แสดงเจตนามุ่งหมายที่จะไปกระทำความผิด

2.2 ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานของประเทศในระบบ Common law

ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานของประเทศในระบบ Common law ซึ่งมีอยู่ 3 รูปแบบคือ (1) การพยายามกระทำความผิด (Attempt) ใช้สำหรับ

⁶ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 .

(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544).น.15.

⁷ ศาลไทยเคยลงโทษจำเลยทั้งความผิดฐานช่องใจ และความผิดสำเร็จเช่นกัน ดูฎีกาที่ 3201/2527

กรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการเลยขั้นเตรียมการและกระทำมุ่งตรงไปสู่การกระทำความผิดสำเร็จ (2) การใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิด (Incite) กรณีนี้ใช้สำหรับการที่ผู้กระทำได้ไปยุยงหรือกระทำการประการใดให้บุคคลอื่นกระทำความผิดอาญา และ (3) ความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) คือกรณีที่ผู้กระทำได้ทำการตกลงกับบุคคลอื่นว่าจะไปกระทำความผิดอาญา

จริงอยู่ที่อาชญากรรมมีความผิดที่เป็นการเริ่มต้นอื่นๆอีกในประเทศกลุ่ม Common law แต่ความผิดที่เป็นพื้นฐานและเป็นที่ยอมรับโดยปราศจากข้อถกเถียงนั้นมีอยู่เพียง 3 รูปแบบ ความผิดดังกล่าวเท่านั้น อีกทั้งความผิดทั้ง 3 รูปแบบมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันไม่ให้กระบวนกรกระทำความผิดดำเนินต่อไปจนเกิดความเสียหายขึ้น หากแต่ในความผิดอื่นนั้นยังมีวัตถุประสงค์อื่นอยู่ด้วย อันจะทำให้การใช้และการตีความเปลี่ยนแปลงไปจากที่ใช้ในความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐาน ดังนั้นเพื่อความไม่สับสนในหัวข้อนี้จึงจำกัดขอบเขตอยู่แค่ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานทั้งสามเสียก่อน

2.2.1 การพยายามกระทำความผิด (Attempt)

การพยายามกระทำความผิดคือการกระทำโดยมีเจตนากระทำความผิดอาญา⁸ แต่ไม่ได้สร้างความเสียหายให้แก่สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ถึงแม้ว่าวัตถุประสงค์ที่เป็นที่เข้าใจกันเป็นส่วนใหญ่ในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดคือเมื่อพิจารณาในแง่อัตตวิสัย (subjective) แล้วผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิด โดยเฉพาะกรณีการพยายามกระทำผิด

⁸ อย่างไรก็ตามในมลรัฐควีนส์แลนด์ และมลรัฐเวสต์เทิร์นออสเตรเลีย ในประเทศออสเตรเลียนั้นบัญญัติให้การพยายามกระทำการบางประการเป็นความผิด ทั้งที่การกระทำดังกล่าวไม่ได้เป็นความผิด เช่นในมลรัฐดังกล่าวการกระทำอันเป็นการขัดขวางกระบวนกรยุติธรรมไม่เป็นความผิด แต่หากผู้กระทำพยายามกระทำการขัดขวางกระบวนกรยุติธรรมการพยายามดังกล่าวเป็นความผิดอาญา ซึ่งคำว่าพยายามกระทำการ (Attempts) ในกฎหมายดังกล่าวเป็นความหมายของคำว่าพยายามในความเข้าใจทั่วไป และเป็นคนละความหมายกับ การพยายามกระทำความผิดซึ่งเป็นคำเฉพาะอันมุ่งถึงการพยายามกระทำ ความผิดอาญาฐานหนึ่งฐานใด อันเป็นคำศัพท์เฉพาะในกฎหมายอาญา ดู RG. Kenny, *An Introduction to Criminal law in Queensland and Western Australia*, 5th ed (Sydney: Butterworths, 2000), p. 173.

แบบกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล (Complete Attempts)⁹ ไม่ได้มีความน่าตำหนิได้ของจิตใจน้อยไปกว่าผู้ที่ได้กระทำความผิดสำเร็จ จึงไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะไม่ลงโทษบุคคลที่มีความน่าตำหนิได้ของจิตใจดังกล่าว แต่วัตถุประสงค์อีกประการ ก็คือวัตถุประสงค์ในการป้องกันความเสียหาย (Preventive)¹⁰ การที่กฎหมายลงโทษการกระทำซึ่งยังไม่ได้สร้างความเสียหาย ไม่ได้เป็นเพราะว่ากฎหมายไม่ได้สนใจเรื่องความเสียหาย แต่กฎหมายสมัยใหม่จะไม่ได้สนใจเพียงแต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว แต่ยังรวมถึงการป้องกันความเสียหายดังกล่าวนั้นด้วย เมื่อกฎหมายบัญญัติขึ้นเพราะเห็นว่าความเสียหายที่กฎหมายคุ้มครองเป็นเรื่องสำคัญ กฎหมายจึงไม่ควรหยุดอยู่เพียงการลงโทษผู้ที่สร้างความเสียหายขึ้น หากแต่ยังต้องมีการบทบาทในการป้องกันความเสียหายดังกล่าวนั้นจากผู้ที่ยพยายามจะสร้างความเสียหายด้วย¹¹

ความเสียหายในที่นี้หมายถึงทั้งความเสียหายอันจะเกิดขึ้นหากการกระทำความผิดในครั้งนั้นสำเร็จลง และหมายถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต เพราะการกระทำความผิดซ้ำเนื่องจากการกระทำในครั้งแรกไม่ประสบความสำเร็จด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดถูกบัญญัติขึ้นเพราะรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องหยุดขัดขวาง และแก้ไขฟื้นฟู เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นกับสังคมทั้งจากการกระทำในครั้งนั้น และจากการกระทำในอนาคต ซึ่งนักกฎหมาย Common law มีความเห็นว่าการหยุดขัดขวาง และแก้ไขฟื้นฟูผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิด หรือกำลังพยายามกระทำความผิดนั้นมีความจำเป็นมากกว่าการลงโทษผู้ที่ได้กระทำความผิดสำเร็จลงแล้วเสียอีก¹²

ประโยชน์ที่สำคัญที่สุดของกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดคือการเป็นฐานอำนาจให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถเข้าขัดขวางผู้กระทำการก่อนที่การกระทำดังกล่าวจะเป็นความผิดสำเร็จ และถึงแม้ว่าเจ้าพนักงานตำรวจอาจจะใช้วิธีการอื่นในการป้องกันขัดขวาง

⁹ แม้ว่ากฎหมายอังกฤษเองจะไม่ได้แบ่งการพยายามกระทำความผิดออกเป็น 2 กรณีคือแบบกระทำไม่ตลอด และแบบกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล แต่ในทางวิชาการก็มีการอธิบายการพยายามกระทำความผิดโดยแยกออกเป็น 2 กรณี ดู Andrew Ashworth, *Principle of criminal law*, 3rd ed. (New York : Oxford University Press, 1999), p. 461.

¹⁰ Wayne R. LaFave, *Criminal law*, 4th ed. (St. Paul, Minnesota West Publishing Co., 1986), p.581.

¹¹ Andrew Ashworth, *supra* note 9, p.461.

¹² Wayne R. LaFave, *supra* note 10, p.582.

การกระทำความผิดเช่นการใช้อำนาจตามกฎหมายในเรื่องการหยุด ตรวจค้น และสอบถามบุคคลที่น่าสงสัยว่าอาจจะกำลังไปกระทำความผิดอาญา แต่การใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงพอในกรณีที่เจตนาในการกระทำความผิดของผู้กระทำปรากฏชัด เพราะว่า การป้องกันในทางอาญานั้นไม่ใช่เพียงการป้องกันเป็นกรณีๆไป หากแต่ยังต้องป้องกันการกระทำที่อาจเกิดขึ้นในครั้งต่อไปด้วย¹³ เพราะสำหรับผู้ที่มีมือกระทำความผิดแต่ไม่สำเร็จแล้ว ไม่ถูกลงโทษย่อมสามารถที่จะกระทำความผิดในครั้งต่อไปได้โดยมีความระมัดระวังและความซื่อซ้นของแผนการมากยิ่งขึ้น ซึ่งย่อมนำมาซึ่งอันตรายต่อสังคมที่รุนแรงยิ่งขึ้นไปด้วย

กฎหมายในเรื่องการพยายามกระทำความผิดในประเทศอังกฤษเพิ่งมีการพัฒนาขึ้นมาหลังจากที่เมื่อก่อนการพยายามกระทำความผิดไม่มีความผิดอาญาแต่ประการใด (An attempt to do harm is no offence)¹⁴ ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 14 ศาลอังกฤษเคยพิพากษาว่าผู้ที่พยายามกระทำความผิด Felony¹⁵ ย่อมมีความผิด Felony ด้วย¹⁶ อย่างไรก็ตามการตัดสินใจในสมัยนั้นก็ยังไม่มีการวางหลักทั่วไปในเรื่องการพยายามกระทำความผิดแต่อย่างใด หลักการในเรื่องการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายปัจจุบันของประเทศอังกฤษเริ่มต้นในคริสต์ศตวรรษที่ 17¹⁷ ศาล Star Chamber¹⁸ เริ่มวางหลักให้การพยายามกระทำความผิด

¹³ *ibid.*

¹⁴ F. Pollack & F. Maitland, *History of English law* 508 n. 4 (2d ed.1903) cited by Wayne R. LaFave, *supra note* 10, p 579.

¹⁵ คือความผิดที่มีโทษจำคุกหนึ่งปีขึ้นไป, ดูเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพ,sko8i: หจก.จิรัชการพิมพ์, 2548), น. 1.

¹⁶ Sayre, *Criminal Attempts*, 41 harv.L.Rev. 821, 822-37 (1928) cited by *ibid.*

¹⁷ Michael Jefferson, Criminal law, 6th ed. (Harlow, 2003) p. 413, see also Wayne R. Lafave, *supra note* 10, p. 579.

¹⁸ ศาลในประเทศอังกฤษสมัยก่อนที่ไม่มีคณะลูกขุนเช่นในปัจจุบัน ซึ่งมักมีการลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรง และถูกยกเลิกไปในปี ค.ศ. 1641 นอกจากนี้นักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่าแท้จริงแล้วศาลที่วางหลักในเรื่องการพยายามกระทำความผิดคือศาล King's Court ไม่ใช่ศาล Star of Chamber ดู Glanville Williams, Text book of criminal law, 2nd ed. (London : Stevens, 1978), p 402.

บางประเภทเป็นความผิดอาญา แม้การขยายขอบเขตและวางแนวทางในการปรับใช้กฎหมายในเรื่องการพยายามกระทำความผิดไม่ค่อยได้รับการพัฒนาจากศาล Common law มากอย่างที่ควร¹⁹ จนในที่สุดวันที่ 27 สิงหาคม ค.ศ. 1981 รัฐสภาของอังกฤษก็บัญญัติให้การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดทั่วไปคือสามารถปรับใช้ได้กับทุกฐานความผิด²⁰ และในปัจจุบันรัฐ²¹ แทบจะทุกรัฐในสหรัฐอเมริกาจะมีการบัญญัติกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดให้เป็นความผิดทั่วไปเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามในสำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นนอกจากการบัญญัติให้การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดทั่วไปแล้ว หลายรัฐในอเมริกาได้บัญญัติความผิดเฉพาะสำหรับการพยายามกระทำความผิดบางฐาน เช่นในรัฐแคลิฟอร์เนีย²² มีการบัญญัติความผิดฐานพยายามวางยาพิษ ความผิดฐานพยายามวางเพลิง หรือการบัญญัติความผิดฐานพยายามฆ่า ความผิดฐานพยายามบุกรุกในรัฐไอโอว่า²³ เป็นต้น

แม้กฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดเป็นจะเป็นบททั่วไป แต่ก็สามารถนำไปใช้ได้เฉพาะกับการกระทำความผิดที่ได้กระทำลงไปแล้วโดยเจตนาเท่านั้น กล่าวคือแม้ว่ากฎหมายกำหนดระดับขององค์ประกอบภายในของความผิดสำเร็จไว้ว่าผู้กระทำมีความรับผิดชอบได้แม้ไม่กระทำโดยเจตนา แต่ผู้ที่จะมีความรับผิดชอบเพราะพยายามกระทำความผิดนั้นจะต้องกระทำโดยเจตนาเท่านั้น²⁴ ยกตัวอย่างเช่นในความผิดฐานทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (Murder) แม้จำเลยกระทำการดังกล่าวโดยมีเจตนาให้ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัส แต่หากผู้เสียหายถึงแก่ความตายจำเลยก็ต้องมีความรับผิดชอบฐาน Murder แต่หากผู้เสียหายไม่ตายผู้กระทำจะมีความรับผิดชอบฐานพยายาม Murder ไม่ได้ เพราะจำเลยไม่มีเจตนาที่จะฆ่าผู้เสียหาย ปัญหาที่เป็นข้อถกเถียงกันก็คือแล้วกรณีกระทำโดยประมาท โดยเฉพาะการประมาทโดยจงใจ (Reckless) จะมีการพยายามได้หรือไม่ เช่นนายแดงรู้ว่ารถของตนเบรกไม่ดี แต่ยังเอารถออกขับซึ่งเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย กฎหมายจะเข้าแทรกแซงการกระทำของนายแดงโดยถือว่า

¹⁹ Wayne R. LaFave, *supra* note 10, p. 580

²⁰ Section 4(1) of the Criminal Attempts Act 1981

²¹ Wayne R. LaFave, *supra* note 10, p. 580.

²² CAL. PENAL CODE §§ 347, 455

²³ IOWA CODE ANN. §§ 707.11, 713.2

²⁴ J.C. Smith and Brian Hogan. Criminal law. 7th ed. (London : ELBS, c1992.) p.304.

เป็นการพยายามข่มขืนโดยประมาทได้หรือไม่ หรือในกรณีนี้จำเป็นต้องการมีความสัมพันธ์ทางเพศกับนางสาวเขียวโดยไม่ได้สนใจว่านางสาวเขียวจะยินยอมหรือไม่ (ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษการที่ประมาทโดยจงใจต่อความยินยอมของผู้เสียหายก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไม่ต้องถึงขนาด “รู้” ว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมเหมือนกฎหมายไทย) ถ้านายเขียวถูกจับกุมก่อนที่จะกระทำการสำเร็จจะเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนหรือไม่ เพราะนายเขียวมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผล (Consequence) แต่ประมาทในพฤติการณ์ (Circumstance)

สำหรับปัญหาประการแรกนั้นศาลเคยตัดสินในคดี Mohan (1976) ว่าการพยายามกระทำความผิดนั้นเพียงแค่การตัดสินใจกระทำการซึ่งในท้ายที่สุดจะนำมาซึ่งความผิดอาญาก็เพียงพอผู้กระทำไม่จำเป็นต้องปรารถนาในผลแห่งการกระทำของตน (“... a decision to bring about, in so far as it lies within the accused's power, the commission of the offence which it is alleged the accused attempted to commit, no matter whether the accused desired that consequence of his act or not.”) และถึงแม้ต่อมารัฐสภาของอังกฤษจะออกกฎหมายยกเลิกกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมาย Common law ทั้งหมด โดยนำเอารัฐบัญญัติ²⁵ มาปรับใช้แทน แต่ศาลอุทธรณ์ก็ได้มีคำพิพากษาในคดี Pearman (1985) ยืนยันว่าหลักการในคดี Mohan ยังมีผลใช้บังคับอยู่²⁶ อย่างไรก็ตามคำพิพากษานี้ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เพราะว่าตามสามัญสำนึกธรรมดาแล้วคนเราจะพยายามทำอะไรได้อย่างไรถ้าไม่ได้ตั้งใจจะทำสิ่งนั้น ในที่สุดรัฐสภาอังกฤษก็แก้ปัญหาโดยการออกกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการข่มขืนโดยประมาทว่าเป็นความผิดแม้จะยังไม่ได้ก่อความเสียหายใดๆ ขึ้นก็ตาม เพื่อให้เจ้าพนักงานสามารถเข้าแทรกแซงการกระทำดังกล่าวได้

แต่สำหรับปัญหาประการที่สองนั้น แม้จะได้เคยมีความเห็นของคณะกรรมการกฎหมาย (Law Commission) ว่าการกระทำความผิดไม่ควรเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืน แต่สุดท้ายคณะกรรมการดังกล่าวก็เปลี่ยนความเห็นมาเห็นด้วยกับศาลในคดี Khan et al

²⁵ Section 6 of the Criminal Attempts Act 1981

²⁶ Michael Jefferson, *supra* note 16, p. 414. นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาที่ตัดสินโดยยึดหลักดังกล่าวอยู่อีกมากเช่น คดี Nedrick (1986), คดี Walker (1989)

(1990)²⁷ ว่าผู้กระทำความผิด ซึ่งปัญหานี้ในประเทศอังกฤษและสหรัฐก็ยังคงมีข้อถกเถียงกันอยู่²⁸

ปัญหาที่ใหญ่ที่สุดสำหรับเรื่องการพยายามกระทำความผิดคือการกระทำแค่นั้นที่จะถือได้ว่าเพียงพอต่อการเป็นความผิดอาญาปัญหาดังกล่าวในประเทศอังกฤษมีสองสำนักความคิด²⁹คือ สำนักที่ให้ความสำคัญกับความผิด (Fault-centred) ซึ่งเห็นว่าโดยพื้นฐานแล้วเมื่อเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด กฎหมายก็ควรจะต้องพิสูจน์สองสิ่งคือเจตนากระทำความผิดและการกระทำที่จะดำเนินการให้บรรลุเจตนา นั้น เหตุผลก็คือบุคคลใดก็ตามที่ได้แปรเปลี่ยนเจตนาในการกระทำความผิดออกมาเป็นตัวการกระทำ บุคคลนั้นได้ก้าวข้ามผ่านเส้นแบ่งของความเป็นอาชญากรและสมควรที่จะต้องถูกลงโทษ สำหรับอีกสำนักก็คือสำนักที่ให้ความสำคัญกับการกระทำ (Act-centred) ซึ่งสำนักนี้ก็แบ่งเป็นสองแนวความคิด แนวความคิดแรกเชื่อมั่นในผลของกฎหมายในเชิงป้องปราม (Deterrence) โดยถือว่าตราใบที่ผู้กระทำยังไม่ได้กระทำการในขั้นตอนสุดท้ายที่จำเป็นต่อการกระทำ (Last act³⁰) กฎหมายก็

²⁷ R v Khan [1990] 2 All ER 783 cited by Andrew Ashworth, *supra* note 9, p.465.

²⁸ ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในหลายคดีซึ่งผู้พิพากษาในแต่ละคดีก็มีความเห็นและคำพิพากษาที่แตกต่างกันออกไป กลุ่มคำพิพากษาที่เห็นด้วยเช่น Pigg (1982) , Breckenridge (1984) สำหรับคำพิพากษาที่เห็นว่าเพียงพอการประมาทไม่เพียงพอเช่น O'Toole(1987) นอกจากนี้ยังมีความเห็นของฝ่ายอัยการของประเทศอังกฤษว่า หากผู้กระทำเจตนาวางเพลิงเผาโรงเรือนโดยไม่สนใจจะมีชีวิตหรือทำให้โรงเรือนดังกล่าวมีผู้อาศัยอยู่หรือไม่ (Reckless as to whether life would thereby be endangered)หากการวางเพลิงดังกล่าวไม่สำเร็จผู้กระทำจะต้องมีความรับผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาโรงเรือนกรณีฉกรรจ์ (Attempted aggravated arson) แม้จำเลยจะไม่มีเจตนาทำอันตรายต่อผู้อาศัยในโรงเรือนดังกล่าวก็ตาม ดู Attorney General's Reference No. 3 of 1992 (1994) 2 All ER 121

²⁹ Andrew Ashworth, *supra* note 9, p. 466.

³⁰ หลักความใกล้ชิดต่อผล(the proximity rule)ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของหลักการที่ยึดถือการกระทำขั้นสุดท้าย (last act) ว่าเป็นจุดแบ่งระหว่างขั้นตอนเตรียมการ และการพยายามกระทำความผิดนั้น ได้ถูกนำมาใช้ในการแบ่งแยกขั้นตอนทั้ง 2 ดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกในการพิจารณาคดี Regina v. Eagleton [1855] ดู Ira P.

ต้องให้โอกาสและเชื่อในผลของการป้องปรามของกฎหมาย เพราะเมื่อยังไม่ได้กระทำการขั้นสุดท้ายผู้กระทำก็อาจจะยกเลิกไม่กระทำการต่อไปเมื่อใดก็ได้ด้วยความเกรงกลัวต่อกฎหมาย (ซึ่งในประเด็นนี้ LaFave เห็นว่ากฎหมายในเรื่องการพยายามกระทำความผิดนั้นหวังผลในแง่ของการป้องปรามน้อยที่สุดในบรรดาวัตถุประสงค์ต่างๆของการลงโทษ³¹) แนวความคิดอีกแนวของสำนักความเห็นนี้ก็คือแนวความคิดที่ให้ความสำคัญต่อเสรีภาพของประชาชนที่อาจถูกระทบโดยการใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวของเจ้าพนักงาน โดยถือว่าถ้าขอบเขตของกฎหมายอาญากว้างขวางไม่ชัดเจน ถ้าการกระทำที่ชัดแจ้งใดๆเพียงพอต่อการเป็นองค์ประกอบความผิดของการพยายามกระทำความผิดแล้ว การจับกุมโดยมิชอบด้วยกฎหมายจะเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก การพิจารณาคดีจะให้ความสำคัญกับเรื่องเจตนามากจนเกินไปและจะมีผลทำให้เจ้าพนักงานใช้อำนาจโดยไม่ชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพ ผลสุดท้ายก็คือความล้มเหลวของกระบวนการยุติธรรม เพื่อที่จะป้องกันเสรีภาพของประชาชนและเพื่อให้ประชาชนมั่นใจในความยุติธรรมของฝ่ายปกครอง กฎหมายจะต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ใกล้เคียงกับการกระทำความผิดเพียงพอที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดไม่เช่นนั้นท้ายที่สุด แม้แต่การคิดก็อาจเป็นความผิดอาญาได้

เมื่อพิจารณาแล้วนักกฎหมายของประเทศอังกฤษก็เห็นว่าแม้คำว่า การกระทำที่ชัดแจ้ง (Any overt act) จะชัดเจนแต่ก็ต้องเสี่ยงกับการใช้โดยละเมิดต่อกฎหมายของเจ้าพนักงานตำรวจ และแทบจะไม่เปิดโอกาสให้ผู้กระทำถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด แต่การกำหนดโดยใช้หลักการกระทำขั้นสุดท้าย (Last act) ก็เปิดโอกาสให้เจ้าพนักงานเข้าป้องกันความเสียหายได้น้อยจนเกินไป³² และเปิดช่องให้ผู้กระทำยกเหตุว่าการกระทำของตน

Robbins, "DOUBLE INCHOATE CRIMES", 26 *Harvard Journal on Legislation* (Winter, 1989) p.5.

³¹ Wayne R. LaFave, *supra* note 10, p.583. นอกจากนี้ Ira Robbins ยังเห็นว่าวัตถุประสงค์ในการป้องปรามน่าจะเป็นวัตถุประสงค์ในการลงโทษสำหรับความผิดสำเร็จมากกว่า สำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้นกฎหมายไม่ได้ลงโทษโดยคำนึงถึงประโยชน์ในการป้องปรามเลย Ira P. Robbins, *supra* note 30, p.5.

³² หลังจากคดี Regina v. Eagleton ศาลต่างๆในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เคยมีการนำหลักเกณฑ์เรื่องความใกล้ชิดต่อผลมาใช้อีกเลย เพื่อประโยชน์ในการอนุญาตให้เจ้าพนักงานเข้าแทรกแซงการกระทำความผิด ดู Ira P. Robbins, *supra* note 30, p. 5.

ยังไม่ใช่การกระทำขั้นสุดท้ายเพียงพอที่จะเป็นความผิดอาญาได้ หลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ถือได้ว่าเข้มงวดที่สุดในบรรดาหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ถูกนำมาใช้³³ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการวางหลักไว้ใน Model Penal Code ที่เรียกว่าหลักการการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial step) โดยหลักดังกล่าวเรียกร้องว่าการกระทำที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดนั้นต้องเป็นการกระทำที่เลยขั้นตอนที่สำคัญในขั้นตอนของการกระทำความผิด แม้หลักการดังกล่าวจะขัดแย้งกับข้อเรียกร้องที่ว่ากฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนสูงสุด (Maximum certainty) แต่กฎหมายสหรัฐอเมริกาก็ลดความขัดแย้งดังกล่าวโดยการยกตัวอย่างขั้นตอนที่สำคัญเอาไว้หลายตัวอย่างจนพอที่จะทำให้เห็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายได้ เพราะความยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดเป็นเรื่องที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ การให้แนวทางและตัวอย่างไว้ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่เหมาะสมที่สุด ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาแก้ปัญหาโดยใช้วิธีการยกตัวอย่างขั้นตอนที่สำคัญ รัฐสภาอังกฤษแก้ปัญหาโดยบัญญัติ³⁴ ว่า การกระทำที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่เลยขั้นตอนการเตรียมการ (more than merely preparatory) ซึ่งเป็นแนวความคิดที่โน้มเอียงไปทางสำนัก Fault-centred มากกว่าหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ แต่หลักของประเทศอังกฤษก็ยังไม่มีความไม่ชัดเจนอยู่มาก โดยเฉพาะหลักดังกล่าวไม่ได้ยกตัวอย่าง³⁵ ไว้แต่ประการใดว่าการกระทำใดเลยขั้นตอนการเตรียมการ การกระทำใดยังอยู่ในขั้นเตรียมการ แต่หลักดังกล่าวกลับปล่อยภาระในการตีความให้กับคณะลูกขุนในขั้นตอนการพิจารณาคดี และปล่อยภาระให้กับเจ้าพนักงานตำรวจในการพิจารณาความผิดที่เกิดขึ้นว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดซึ่งตนจะสามารถเข้าป้องกันได้หรือไม่

ปัญหาประการสุดท้ายก็คือเรื่องของการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ (Impossibility) การพยายามที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้มีข้อถกเถียงกันว่าควรจะลงโทษ

³³ Wayne R. LaFave, *supra* note 10, p 589.

³⁴ Section 1(1) of the Criminal Attempts Act 1981

³⁵ ซึ่งคณะทำงานของคณะกรรมการกฤษฎีกา (The Law Commission's Working Party) ได้เสนองานวิจัยว่าควรมีการยกตัวอย่างเช่นเดียวกับที่ Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกา ยกตัวอย่าง เพื่อจะได้เกิดความชัดเจน และเป็นเอกภาพในการตีความและใช้กฎหมาย

ผู้กระทำหรือไม่ ซึ่งศาลของประเทศอังกฤษเคยตัดสินไว้ในคดี Shivpuri (1986)³⁶ ว่าจำเลยมีความผิดฐานพยายามนำเข้าสิ่งเสพติดควบคุม แม้สิ่งที่จำเลยนำเข้านั้นไม่ใช่ยาเสพติด จึงไม่อาจกระทำความผิดฐานดังกล่าวให้สำเร็จลงได้โดยแน่แท้ แต่เมื่อจำเลยเข้าใจว่าเป็นยาเสพติดและพยายามนำเข้าจำเลยจึงต้องมีความผิด ในประเด็นเรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เพราะเหตุทางข้อเท็จจริงนั้นสำนัก Fault-centred เห็นว่าควรยึดหลัก อัตราวิสัยที่ว่า บุคคลควรจะถูกลงโทษจากสิ่งที่เขาคิดว่าเขาได้ทำหรือได้เป็น ในกรณีที่นายแดงใส่น้ำตาลลงในกาแฟของนายหนึ่งเพื่อฆ่านายหนึ่งโดยเข้าใจว่าน้ำตาลเป็นยาพิษ จิตใจของนายแดงก็หาได้แตกต่างจากบุคคลที่ใส่ยาพิษเพื่อฆ่าผู้อื่นแต่ประการใด ดังนั้นนายแดงจึงต้องถูกลงโทษไม่ต่างจากผู้ที่ได้วางยาพิษจริงๆ ในขณะที่สำนัก Act-centred เห็นว่าการขาดความเสียหายที่แท้จริง และไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลยนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าในทางภาวะวิสัยแล้วผู้กระทำก็เป็นผู้บริสุทธิ์ และเช่นเดิมสำนักนี้เห็นว่าการให้อำนาจเจ้าพนักงานในกรณีดังกล่าวจะเป็นการเพิ่มความเสี่ยงในการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของเจ้าพนักงานเพราะในกรณีดังกล่าวย่อมไม่มีวัตถุพยานที่จะพิสูจน์ได้เลยว่านายแดงเจตนาฆ่านายหนึ่ง เพราะเท่าที่มีก็คือน้ำตาลซึ่งไม่ใช่ยาพิษเท่านั้น การพิสูจน์ความผิดของจำเลยย่อมจะกระทำได้โดยอาศัยคำรับสารภาพเป็นหลัก ซึ่งเสี่ยงที่จะได้มาจากการใช้อำนาจที่ไม่ชอบของเจ้าพนักงาน

อย่างไรก็ตาม Ashworth³⁷ เห็นว่าแม้จะกล่าวได้ว่าแม้ในกรณีใส่น้ำตาลลงในกาแฟ โดยนี้ถือว่าเป็นยาพิษไม่อาจมีอันตรายต่อสังคม แต่การยิงคนอื่นเพื่อฆ่าแต่เล็งไม่ดีเลยยังไม่โดนก็ไม่นับเป็นอันตรายต่อสังคมเหมือนกัน หรือบางคนอาจจะแย้งว่าถ้ายิงไม่โดนก็อาจจะยิงใหม่ได้ แต่ก็เช่นกันหากผู้กระทำใส่น้ำตาลแล้วผู้เสียหายไม่เป็นอันตรายก็อาจจะไปหายาตัวใหม่มาใส่อีกซึ่งคราวนี้ก็อาจจะกลายเป็นยาพิษจริงๆก็ได้ ไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะลงโทษการกระทำหนึ่ง แต่ไม่ลงโทษการกระทำหนึ่งโดยไม่มีข้อแตกต่างที่ชัดเจน สำหรับข้อโต้แย้งเรื่องการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของเจ้าพนักงานตำรวจ Ashworth เห็นว่าก็ควรจะแก้ที่เรื่องนั้นโดยตรงไม่ใช่มาบิดเบือนกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิด ซึ่งแม้ในภายหลังจะมีกฎหมายออกมาวางหลักว่าการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้จะเป็น

³⁶ R v Shivpuri [1986] 2 All ER 334 cited by Andrew Ashworth, *supra* note 9, p. 471.

³⁷ *Ibid.*, p. 470

ความผิดอาญา แต่ในทางปฏิบัติศาลก็ยังไม่ได้ดีความตามแนวดังกล่าว ซึ่งหากไม่ลงโทษการพยายามที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เจ้าพนักงานย่อมจะไม่สามารถ หรือมีโอกาสลดน้อยลงในการป้องกันการกระทำความผิดครั้งต่อไปทั้งที่รู้ถึงการกระทำตั้งแต่ในครั้งนี้ และสังคมก็ยังคงมีความเสี่ยงที่จะได้รับอันตรายจากการกระทำของบุคคลดังกล่าวต่อไป

ในกรณีที่มีการพยายามกระทำความผิดพัฒนาต่อไปจนกลายเป็นความผิดสำเร็จ ระบบกฎหมาย Common law ไม่อนุญาตให้ศาลลงโทษจำเลยทั้งข้อหาพยายามกระทำความผิด และข้อหาความผิดสำเร็จเพราะถือว่าความผิดสำเร็จได้เคลื่อนกลืนการพยายามกระทำความผิดไปแล้ว (Merger doctrine) และทุกรัฐในสหรัฐอเมริกาถือว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดที่เล็กกว่าที่รวมอยู่ในความผิดสำเร็จที่เป็นความผิดที่ใหญ่กว่า (A lesser included offence) เพียงแต่ในกรณีที่อัยการฟ้องจำเลยต่อศาลในฐานะความผิดสำเร็จ แม้อัยการจะไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อเช่นนั้นได้ แต่หากพิสูจน์ได้ว่าจำเลยได้พยายามกระทำความผิด ศาลอาจลงโทษจำเลยฐานพยายามกระทำความผิดได้ แม้อัยการจะไม่ได้ฟ้องในข้อหาพยายามกระทำความผิดมาด้วยก็ตาม

สิ่งที่เป็นหลักฐานว่านักกฎหมายของประเทศอังกฤษและอเมริกาเห็นว่าการลงโทษการพยายามกระทำความผิดนั้นเป็นการขยายขอบเขตกฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันความเสียหาย ซึ่งความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่มีความสำคัญจริงๆ ก็คือว่า แม้จะมีการบัญญัติให้กฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดสามารถปรับใช้ได้กับความผิดทุกฐาน ที่เรียกว่าเป็นความผิดทั่วไปนั้น แต่การพยายามกระทำความผิดที่ Summary offences³⁸ นั้นไม่มีความผิดอาญา เพราะเห็นว่าประโยชน์จากการป้องกันการเกิดความเสียหาย อันเป็นความเสียหายเพียงเล็กน้อยนั้นไม่คุ้มค่างับเสรีภาพของประชาชนที่ต้องเสียไปจากการขยายขอบเขตของกฎหมายอาญา ซึ่งต้องทำในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น

³⁸ คือความผิดเล็กน้อยๆ (petty crimes) เป็นความผิดที่จำเลยจะถูกพิจารณาความผิดโดยกระบวนการ summarily กล่าวคือไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนแต่อย่างใด

2.2.2 การสมคบกันไปกระทำความผิด (Conspiracy)

ศาล Common law เริ่มที่จะลงโทษบุคคลด้วยความผิดฐานสมคบในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 17³⁹ และถึงแม้ว่า Lord Diplock จะเคยวิจารณ์ความผิดฐานสมคบว่าเป็นความผิดที่มีความเป็นระบบน้อยที่สุด⁴⁰ และเป็นส่วนที่ไร้ซึ่งเหตุผลน้อยที่สุดในบรรดากฎหมายอาญา แต่ปัจจุบันนอกจากในประเทศอังกฤษที่มีการออกบัญญัติ⁴¹ ให้ความผิดฐานสมคบเป็นความผิดทั่วไปแล้ว ในรัฐทุกรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีบทบัญญัติทั่วไปเรื่องการสมคบกันไปกระทำความผิด เว้นแต่เพียงรัฐอลาสก้ารัฐเดียวเท่านั้นที่⁴² ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว โดยตำรากฎหมายเห็นว่ากฎหมายเรื่องการสมคบนี้มีวัตถุประสงค์ 2 ประการคือ (1) เพื่อเข้าป้องกัน และแทรกแซงการกระทำความผิด (2) และเพื่อจัดการกับองค์กรอาชญากรรม

ในแง่ของการเป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้น ในขณะที่การพยายามกระทำความผิด ผู้กระทำจะต้องดำเนินการมากกว่าขั้นเตรียมการ หรือเลยขั้นตอนที่สำคัญก็ตาม แต่การสมคบกันไปกระทำความผิดนั้นกฎหมายลงโทษการกระทำที่ย้อนหลังไปไกลกว่ามาก คือ ตั้งแต่เริ่มแรกที่บุคคลอย่างน้อย 2 คนตกลงกันว่าจะไปกระทำความผิด โดยยังไม่จำเป็นต้องมีการดำเนินการใดต่อไปทั้งสิ้นก็เป็นความผิดสำเร็จทันที นอกจากนี้บางรัฐในสหรัฐอเมริกา⁴³ รวมทั้งตัว Model Penal Code⁴⁴ ยังไปไกลกว่านั้นโดยกำหนดความผิดตั้งแต่มีการไปชักชวนบุคคลเข้ามาร่วมสมคบเลยทีเดียว ซึ่งแม้ว่าผู้ที่ถูกชักชวนให้เข้ามาทำความตกลงที่จะไป

³⁹ คดี Starling (1664) 82 Eng. Rep. 1039, คดี Poulterers (1611), 77 Eng. Rep. 813 cited by Ira P. Robbins, *supra* note 30, p.8.

⁴⁰ คดี DPP v. Bhagwan (1972) cited by Michael Jefferson, *supra* note 16, p. 395.

⁴¹ Section 5 (1) of the Criminal Law Act 1977

⁴² Wayne R. LaFave, *supra* note 10, p. 620.

⁴³ *Ibid*, p 621.

⁴⁴ MODEL PENAL CODE §§ 5.03, 5.04 นอกจากนี้ยังมีรัฐบัญญัติของมลรัฐอื่นอีกที่บัญญัติความผิดฐานสมคบแต่ฝ่ายเดียว เช่นมลรัฐ Texas มลรัฐ Ohio เป็นต้น ดู Ira P. Robbins, *supra* note 30, p.8.

กระทำความผิดจะไม่สนใจ หรือได้ปฏิเสธ บุคคลผู้ชักชวนก็มีความผิดฐานสมคบแล้ว เรียกว่า ความผิดฐานสมคบแต่เพียงฝ่ายเดียว (Unilateral conspiracy) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจาก แนวความคิดเชิงอัตตะวิสัยใน Model Penal Code นั้นเอง จะเห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่า รัฐอภัยเหตุอะไรที่จะย้อน หรือขยายขอบเขตกฎหมายอาญาไปสู่การกระทำที่ถือได้ว่า ห่างไกลต่อความเสียหายที่รัฐห้ามมากอย่างในการสมคบกันไปกระทำความผิดนี้

คำตอบของคำถามนี้ก็คือว่า (1) เนื่องด้วยรัฐจำเป็นต้องที่จะต้องสร้างฐานอำนาจ ให้เจ้าพนักงานเข้าแทรกแซงการกระทำของประชาชนที่เป็นการเริ่มต้นของกระบวนการกระทำความผิด เพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้น (2) รัฐจำเป็นต้องแก้ไขฟื้นฟูบุคคลที่มีความประสงค์ร้ายในทางอาญา และได้แสดงออกมาว่าจะกระทำ นอกจากนี้จะต้องไม่ลืมว่าการที่บุคคลตั้งแต่สองคน (กฎหมายของอังกฤษและสหรัฐอเมริกาถือว่าการสมคบกันของบุคคลแม้เพียงสองคนก็เป็นความผิดฐานสมคบ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเรื่องช่องโจรของไทย ที่ต้องมี 5 คนขึ้นไป) ขึ้นไปมาตกลงกันว่าจะกระทำความผิดอาญา การร่วมตกลงนั้นย่อมแสดงออกได้ชัดเจนถึงเจตนากระทำความผิดที่อยู่ภายในจิตใจของผู้กระทำยิ่งกว่ากรณีที่บุคคลคนเดียวไปหาซื้อปืนเพื่อไปประกอบอาชญากรรมเสียอีกเพราะในกรณีดังกล่าวอาจยังมีข้อสงสัยได้ว่าจะหาซื้อปืนไปเพื่อทำการใด อีกทั้งการที่บุคคลหลายคนมาร่วมตกลงกันว่าจะไปกระทำความผิดนั้นโอกาสที่จะมีการยับยั้งกลับใจไม่ไปกระทำความผิดก็มีน้อยเสียยิ่งกว่าการที่บุคคลเดียวตัดสินใจที่จะเลิกการกระทำผิดของตน และแม้ว่าผู้ร่วมสมคบจะยับยั้งไม่กระทำความผิดเสียก็ตาม ผู้ร่วมสมคบนั่นก็อาจจะไม่สามารถควบคุมการกระทำความผิดไม่ให้เกิดขึ้นได้ เพราะผู้ร่วมสมคบคนอื่นอาจจะมุงมั่นหรือได้ไปกระทำความผิดเสร็จสิ้นแล้วก็เป็นได้ และที่สำคัญผลเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลหลายคน โดยทั่วไปก็ย่อมจะสามารถก่อให้เกิดความเสียหายได้ยิ่งกว่าการกระทำของบุคคลอันตรายเป็นบุคคลเดียว เพราะหากร่วมกันหลายคนโอกาสที่การกระทำความผิดจะสำเร็จก็มีมากขึ้นรวมไปถึงการปิดบังความจริงที่เกิดขึ้นก็จะง่ายขึ้น สิ่งเหล่านี้ก็คือเหตุผลที่รัฐจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงการกระทำของกลุ่มบุคคลตั้งแต่เริ่มแรก

ในอดีตนั้นการสมคบกันไปกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเป็นความผิดอาญาเสมอ แม้ว่าสิ่งที่สมคบกันไปกระทำจะไม่ใช่ความผิดอาญาก็ตาม เช่นการสมคบกันเดินผ่าน

ที่ดินของบุคคลอื่น⁴⁵ สมคบกันผิดสัญญา สมคบกันละเมิดและกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยที่สุดก็คือการสมคบกันนัดหยุดงานเหล่านี้ผู้ร่วมสมคบก็就会有ความผิดอาญาทั้งหมด ในแง่ของความผิดฐานสมคบบางส่วนจึงไม่ได้มีเพื่อป้องกันการกระทำความผิดอาญา แต่ถูกนำไปใช้เพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มการค้าบางประเภท อย่างไรก็ตามในปัจจุบันรัฐสภาของอังกฤษได้ยกเลิกหลักการดังกล่าวโดยวางหลักว่าการสมคบกันไปกระทำการนั้นจะเป็นความผิดอาญาที่ต่อเมื่อเป็นการสมคบกันไปกระทำความผิดอาญาเท่านั้น กระนั้นก็ดีศาลอังกฤษก็ยังสร้างความผิดอาญาฐานสมคบให้กับการกระทำ 3 ประการที่แม้ตัวมันเองจะไม่ใช่ความผิดอาญา แต่หากได้สมคบกันไปกระทำก็จะเป็นความผิดอาญาขึ้นมาทันที ได้แก่ การสมคบกันไปกระทำการอันเป็นการทำลายความศีลธรรมอันดีของประชาชน (corrupts public morals ในคดี Shaw v. DPP) การสมคบกันไปกระทำการอันเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของประชาชน (outrage public decency ในคดี Knuller) และการสมคบกันไปหลอกลวง (conspiracy to defraud ในคดี Scott v. Metropolitan Police Commissioner) นอกจากนี้อาจยังมีกรณีอื่นอีกในอนาคต

ปัญหาที่ความผิดฐานสมคบสามารถทำหน้าที่ในเชิงปฏิบัติในการเป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในอันที่จะป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้หรือไม่ เพราะจากสถิติไม่ปรากฏเลยว่าเจ้าพนักงานสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานสมคบได้ก่อนที่จะเกิดการพยายามกระทำความผิด ต้องยอมรับว่าการร่วมตกลงไปกระทำความผิดนั้นต้องกระทำกันเป็นการส่วนตัวในกลุ่มผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นเรื่องยากมากที่รัฐจะสามารถรับรู้ถึงข้อตกลงนั้นจนกว่า ข้อตกลงดังกล่าวจะได้แสดงออกมาโดยการกระทำความผิด ดังนั้นเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายเรื่องการสมคบที่ว่าเพื่อป้องกันการกระทำความผิดจึงไม่ประสบความสำเร็จในความเป็นจริงเมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติ

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือข้อตกลงของผู้สมคบแค่ไหนที่จะชัดเจนพอที่กฎหมายสมควรจะเข้าแทรกแซง แน่นอนว่าเพียงแค่การเจรจาชักชวนว่าจะกระทำความผิดโดยหลักแล้วจะไม่ใช่ความผิด (ยกเว้นบางรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา) แต่หากได้มีการตกลงกันแล้วว่าจะไปกระทำความผิด แต่ยังไม่ได้นำกำหนดรายละเอียด วิธีการ ขั้นตอนใดๆ หรือตกลงกันได้แล้วแต่ยังมีเงื่อนไขอยู่ว่าต้องเกิดเหตุการณ์บางประการขึ้นถึงจะไปกระทำความผิด กรณี

⁴⁵ คดี Kamara v. DPP [1974] จำเลยกับพวกเพียงตกลงที่จะเดินผ่านที่ดินของบุคคลอื่น ศาลกลับพิพากษาลงโทษว่าจำเลยมีความผิดฐานสมคบ cited by Andrew Ashworth, *supra* note 9, p.471.

เหล่านี้ถือได้หรือไม่ว่ารัฐควรเข้าปกป้องสังคมและผู้เสียหายที่อาจจะเกิดจากผู้ร่วมสมคบ ในเรื่องนี้ยังไม่มีคำพิพากษาออกมาแน่ชัดแต่นักกฎหมายของอังกฤษเห็นว่าเรื่องดังกล่าวควรเป็นความผิดฐานสมคบแล้ว

การสมคบกันไปกระทำความผิดอาญาย่อมเป็นความผิดอาญาฐานสมคบเสมอไม่ว่าผู้กระทำจะรู้หรือไม่ว่าการกระทำที่ตนสมคบกันไปทำเป็นความผิดอาญา เพราะการไม่รู้กฎหมายไม่ใช่ข้อแก้ตัว และเช่นเดียวกับการพยายามกระทำความผิด การสมคบกันไปกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ เช่นกรณีที่บุคคลหนึ่งเชื่อว่าตนได้ชักชวนอีกบุคคลหนึ่งให้มาสมคบกับตนไปกระทำความผิด ทั้งที่จริงๆ แล้วบุคคลที่ตนชักชวนจะไม่สามารถไปกระทำความผิดได้ หรือไม่อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ หรือแม้แต่กรณีบุคคลที่ถูกชักชวนเพียงแต่แก้งสมคบว่าจะกระทำความผิด ทั้งที่จริงๆ แล้วบุคคลที่ถูกชักชวนเป็นเจ้าพนักงานตำรวจที่แฝงตัวเข้าไปเป็นสายลับ⁴⁶ หรือเป็นบุคคลธรรมดาที่มีเจตนาจะไปแจ้งความก็ตาม ผู้ที่ได้ชักชวนก็มีความผิดฐานสมคบแล้ว ความเสียหายที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยแน่แท้ไม่เป็นข้ออ้างให้ผู้กระทำพ้นผิด ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดเชิงอัตตะวิสัยนั่นเอง

อย่างไรก็ตามจะเป็นความผิดฐานสมคบนั่นผู้กระทำจะมีความผิดก็ต่อเมื่อ (1) ผู้กระทำได้รู้ข้อเท็จจริง และพฤติการณ์ทั้งหมดของความผิดหลักที่จะไปกระทำ แม้การกระทำนั้นจะเป็นความผิดเด็ดขาดที่ไม่ต้องการเจตนา หรือเป็นความผิดที่กระทำไปโดยประมาทโดยจงใจก็ตามที่บังคับว่าจะต้องเป็นการกระทำสมคบโดยเจตนาเท่านั้นเหตุผลก็เพราะว่า การบัญญัติความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเป็นการขยายกฎหมายอาญาออกไป ซึ่งยิ่งขยายออกไปไกลจากความผิดสำเร็จมากเท่าใด ระดับของความน่าตำหนิได้ของจิตใจก็ยิ่งต้องสูงขึ้นมากเท่านั้น ดังนั้นในกรณีที่นายชายและนายหญิงตกลงว่าจะร่วมประเวณีกับนางสาวหนึ่งโดยคิดว่านางสาวหนึ่งจะยินยอม แต่ถ้าไม่ยินยอมทั้งสองก็ไม่สนใจยังงี้ก็ต้องร่วมประเวณีกับนางสาวหนึ่ง ปัญหาที่คือนายชายและนายหญิงมีความผิดฐานสมคบกันไปข่มขืนกระทำชำเรานางสาวหนึ่งหรือไม่ ศาลยังไม่เคยตัดสินคดีนี้แต่นักกฎหมายอังกฤษเองเห็นว่าทั้งสองไม่มีความผิดฐานสมคบ แม้หากว่าในท้ายที่สุดหากไม่มีการเข้าแทรกแซงทั้งสองจะสามารถกระทำการสำเร็จและจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็ตาม อีกทั้งในกรณีดังกล่าวถ้าได้กระทำการเลยขั้นเตรียมไปก็จะเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราด้วยเช่น

⁴⁶ Yip Chiu-Cheung v The Queen (1994) 2 All ER 924 cite by Andrew Ashworth, *supra* note 9, p.480.

ในคดี Khan ที่ได้กล่าวมาแล้ว และ (2) ผู้กระทำที่เข้าสมคบนั้นต้องเจตนาที่จะให้ความผิดที่จะไปกระทำดำเนินไปจนสำเร็จ อย่างไรก็ตามองค์ประกอบข้อนี้ House of Lord ของประเทศอังกฤษกลับตีความกฎหมายเสียใหม่ในคดี Anderson (1986) โดยวางหลักว่าบุคคลอาจจะมี ความผิดฐานสมคบได้แม้ไม่ได้มีเจตนาที่จะให้ความผิดดำเนินไปจนสำเร็จ และอาจจะมี ความผิดได้แม้จะร่วมสมคบเพียงบางส่วนของแผนการทำความผิดก็ตาม การวางหลัก ดังกล่าวของ House of Lord ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก

ถึงแม้ว่าวัตถุประสงค์ในการป้องกันความเสียหายอาจจะไม่ประสบความสำเร็จ ในทางปฏิบัติ แต่เหตุผลข้อที่สองที่ว่าเพื่อการลงโทษและแก้ไขฟื้นฟูบุคคลที่ได้แสดงเจตนาที่จะกระทำความผิด แม้บุคคลนั้นยังไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ความผิดฐานสมคบ สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้อย่างดีเยี่ยมเพราะจากทางปฏิบัติที่ผ่านมาแม้บุคคลจะได้ กระทำความผิดลงไป แต่ในหลายๆครั้งรัฐก็เลือกที่จะฟ้องบุคคลนั้นต่อศาลเพียงข้อหาสมคบ เท่านั้น เพราะความผิดฐานสมคบมีข้อได้เปรียบกว่าความผิดทั่วไปหลายประการ เช่น โดยทั่วไปคำให้การหรือหลักฐานที่มีผลต่อจำเลยคนหนึ่งย่อมไม่มีผลต่อจำเลยอีกคนหนึ่งด้วย แม้จะได้ร่วมกันกระทำความผิด แต่สำหรับผู้สมคบกับผู้ร่วมสมคบแล้วหลักฐานที่ใช้ยื่นต่อผู้ สมคбы่อมมีผลต่อผู้ร่วมสมคบได้ด้วย อีกทั้งการพิสูจน์ความผิดฐานสมคบก็ทำได้โดยเพียง พิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อตกลงที่สมคบกันก็เพียงพอ

นอกจากนี้ศาลของประเทศอังกฤษยังวางหลักไว้ว่าการกระทำความผิดฐานสมคบ นั้น แม้ต่อมาผู้กระทำจะได้มีการดำเนินการต่อไปจนเกิดการกระทำความผิดสำเร็จขึ้น ความผิดฐานสมคบก็จะไม่เปลี่ยนแปลง⁴⁷ ไปด้วยความผิดสำเร็จนั้น ผู้กระทำยังมีความรับผิดชอบอยู่ และต่อมาแม้เมื่อมีการออกกฎหมายถือว่าด้วยความผิดฐานสมคบแล้ว หลักการเรื่องการเปลี่ยนแปลง กันในความผิดฐานสมคบก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไป ผู้กระทำยังคงมีความรับผิดชอบทั้ง 2 ความผิดอยู่เช่นเดิม จึงเป็นไปได้ที่ทางอัยการจะฟ้องจำเลยทั้งสองฐานความผิดในคดีเดียวกัน ซึ่งจะแตกต่างจากกรณีการพยายามกระทำความผิดที่อัยการจะต้องเลือกที่จะฟ้องจำเลยใน ความผิดฐานใด เช่นเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งในสมัยที่ยังใช้กฎหมาย Common law และในปัจจุบันที่ใช้บัญญัติว่าด้วยความผิดฐานสมคบ กฎหมายสหรัฐอเมริกาถือว่า

⁴⁷ Andrew Ashworth, *supra* note 9, p.474.

ผู้กระทำจะต้องรับโทษจากการกระทำความผิดฐานสมคบและจากความผิดสำเร็จด้วยโดยไม่เคลื่อนไหวกัน⁴⁸

2.2.3 การใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิด (Incitement⁴⁹, Solicitation⁵⁰)

ความผิดจากการใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดนั้นไม่มีหลักฐานแน่ชัดว่าเริ่มมีการบัญญัติใช้ตั้งแต่เมื่อไหร่ แต่เท่าที่ทราบก็คือประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 19 เริ่มมีการพิจารณาความผิดดังกล่าวในคดี Higgins [1801]⁵¹ หลักการของกฎหมายนี้ก็คือการลงโทษบุคคลที่ได้กระตุ้นให้บุคคลอื่นไปกระทำความผิดอาญาไม่ว่าบุคคลที่ถูกกระตุ้นจะตอบสนองการกระตุ้นดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม (ซึ่งหากมีการกระทำความผิด ผู้ยุยงจะกลายมาเป็นผู้ร่วม (accomplice) กระทำความผิดนั้น และต้องรับผิดฐานมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด) แต่กฎหมายดังกล่าวในสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นบททั่วไปแต่จะใช้เฉพาะบางฐานความผิด และบางรัฐก็ไม่มีความผิดดังกล่าวเลย สำหรับในประเทศอังกฤษนั้นกฎหมายเรื่องการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดยังคงเป็นกฎหมาย Common law อยู่และไม่มีรัฐบัญญัติได้ออกมาบังคับเป็นเฉพาะ อย่างไรก็ตามพนักงานอัยการของอังกฤษไม่นิยมฟ้องจำเลยในความผิดดังกล่าว เพราะโดยทั่วไปก็สามารถปรับหลักในเรื่องความผิดฐานสมคบ และผู้สนับสนุนมาใช้ได้อยู่แล้ว⁵² ในขณะที่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ความผิดจากการใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดที่เป็นความผิด Common law ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว และไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใดของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติความผิดดังกล่าวเป็นบททั่วไปอีก มีก็แต่เป็นความผิดเฉพาะบางฐาน

⁴⁸ เช่นคดี Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640, 641, 643 (1946) cited by Wayne R. LaFave, *supra* note 10, p.661 see also MODEL PENAL CODE §§ 1.07(1)(b), 5.05(3)

⁴⁹ เป็นคำที่ใช้ในตำรากฎหมายของประเทศอังกฤษ

⁵⁰ เป็นคำที่ใช้ในตำรากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

⁵¹ Rex v. Higgins [1801] 102 Eng.Rep. 269 cited by Glanville Williams, *supra* note 4, p.609.

⁵² Andrew Ashworth, *supra* note 9, p 482.

เท่านั้น⁵³ เหตุที่เป็นดังนั้นก็เพราะนักกฎหมายมีความเห็นที่ไม่ตรงกันในเรื่องความเหมาะสมในการบัญญัติความผิดของผู้ใช้

แนวความเห็นแรกมองว่าการที่เพียงแต่ไปกระตุ้นโดยที่ไม่ได้มีการตอบสนอง กลับมาไม่มีทางที่สังคมจะได้รับอันตรายแต่ประการใด เพราะระหว่างตัวผู้ใช้และการกระทำ ความผิดจะถูกกั้นกลางด้วยเจตนาของผู้ถูกใช้ทำให้เจตนาร้ายของผู้ใช้ไม่สามารถแปรเปลี่ยน เป็นการกระทำความผิดได้ การเพียงแต่แสดงเจตนาออกมาโดยการชักชวนคนอื่นเช่นนั้น ยังไม่ใกล้เคียงต่อความเสียหายเพียงพอที่จะเป็นความผิดอาญา

แนวความเห็นที่สองเห็นว่าแท้จริงแล้วการใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำที่อาจเป็นอันตรายต่อสังคมเสียยิ่งกว่าการ ลงมือพยายามกระทำความผิดโดยตรง เสียอีก เพราะมีหลายบุคคลเข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดซึ่งเป็นการเพิ่มโอกาสของความสำเร็จในการลงมือกระทำ อีกทั้งเป็นการแสดงให้เห็นถึงความฉลาดและความเป็นผู้บังคับบัญชาในการกระทำความผิดของผู้ใช้อีกด้วย การลงโทษผู้ชักชวนนอกจากลงโทษเพื่อป้องกันความเสียหายแล้วจึงยังเป็นการลงโทษความเป็นผู้นำในการกระทำความผิดของผู้ใช้ด้วย

อย่างไรก็ตามเราต้องยอมรับว่าการบัญญัติความผิดของผู้ใช้ทำให้รัฐสามารถเข้าป้องกันความเสียหายได้ดียิ่งขึ้น และป้องกันไม่ให้บุคคลในสังคมรับรู้ถึงการกระตุ้นให้กระทำความผิดดังกล่าว เพราะหากไม่สามารถป้องกันได้เมื่อสังคมในวงกว้างรู้ถึงการชักจูงซึ่งอาจได้ผลตอบแทนในการกระทำความผิดคนในสังคมก็อาจไปกระทำความผิดได้ นอกจากนี้ยังเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐสามารถเข้าไปแก้ไขฟื้นฟูผู้ใช้ให้ไม่มีความคิดที่เป็นอันตรายต่อสังคม อีกทั้งเป็นการลดเหตุบังเอิญในกฎหมายอาญาในแง่ที่ว่าลงโทษผู้ใช้ทุกคนไม่ว่าผู้ที่ถูกใช้จะตอบสนองต่อการชักจูงอย่างไร

สำหรับในเรื่องความผิดที่เป็นไม่ได้โดยแน่แท้ (Impossible) นั้น Williams เห็นว่าผู้ใช้ให้บุคคลอื่นไปกระทำความผิดที่ไม่มีทางเป็นไปได้อย่างแน่แท้⁵⁴ โดยคิดว่าความผิดนั้นสามารถสำเร็จลงได้ ผู้ใช้ก็ยังคงมีความรับผิดชอบเช่นเดิม⁵⁵ แต่ในคดี Fitzmaurice (1983)⁵⁶ ศาล

⁵³ Wayne R. LaFave, *supra* note 10, p 570.

⁵⁴ Shepherd [1919] 2 K.B. 125 (O.C.A.) cited by Glanville Williams, *supra* note 4, p.611.

⁵⁵ Glanville Williams, *supra* note 4, p.611.

อุทธรณ์ตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิดถ้าความผิดที่ได้ใช้ให้บุคคลอื่นไปกระทำนั้นจะไม่มีทางเป็นไปได้อย่างแน่แท้โดยศาลอุทธรณ์ให้เหตุผลว่าเป็นการทำให้กลุ่มความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเป็นไปได้ในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือในช่วงเวลานั้นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ และการสมคบกันไปกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ bukanlah เป็นความผิดอาญา อย่างไรก็ตามปัจจุบันการพยายามกระทำความผิด และความผิดฐานสมคบ ผู้กระทำไม่อาจอ้างเรื่องที่ว่ากระทำความผิดไม่สามารถเป็นไปได้โดยแน่แท้มาเป็นข้อต่อสู้อีกต่อไป ทำให้การใช้ให้กระทำความผิดแตกต่างจากความผิดที่เป็นการเริ่มต้นอื่นๆในกรณีเป็นไปได้โดยแน่แท้ ซึ่งโดยหลักการแล้วการใช้ให้กระทำความผิดและความผิดที่เป็นการเริ่มต้นอีกทั้ง 2 ฐานไม่มีความแตกต่างกันในแง่เหตุผลในการลงโทษ ดังนั้นจึงไม่ควรมีความแตกต่างกันในเรื่องข้อต่อสู้เรื่องเป็นไปได้โดยแน่แท้⁵⁷ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับกรณีที่ผู้รู้อยู่แล้วว่าความผิดที่ตนใช้นั้นไม่มีทางสำเร็จลงได้ เช่นใช้ให้เขาไปยิงคนอื่น หรือใช้ให้ไปขโมยของในกระเป๋าวางเปล่าไม่มีสิ่งของ⁵⁸ ผู้ใช้ไม่มีความรับผิดชอบใดๆเลย⁵⁹ ซึ่งประเด็นปัญหาดังกล่าวเคยเกิดขึ้นในประเทศแอฟริกาใต้ในคดี Wolff [1930] T.P.D 821⁶⁰ อย่างไรก็ตามในอนาคตถ้าร่างประมวลกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษประกาศใช้⁶¹ การกระทำความผิดดังกล่าวอาจจะเป็นความผิดอาญาขึ้นมาได้⁶²

⁵⁶ Fitzmaurice (1983) QB 1083 cited by Andrew Ashworth, *supra* note 9, p. 481.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Glanville Williams, *supra* note 4, p. 611.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Clause 47 of the Draft Criminal Code

⁶² Janet Dine, James Gobert. Cases and materials on criminal law. 3rd ed. (London : Blackstone, 2000) p.583.

และเนื่องจากการใช้ให้ผู้อื่นไปกระทำความผิดในประเทศอังกฤษนั้นเป็นความผิดตามกฎหมาย Common law⁶³ ทำให้ศาลมีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการที่จะลงโทษจำเลยตามแต่ที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งก็หมายความว่าในทางทฤษฎีแล้วศาลสามารถที่จะลงโทษผู้ใช้ได้หนักกว่า โทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับความผิดที่ได้มีการใช้ให้ไปกระทำความผิด⁶⁴ ซึ่งเป็นเรื่องที่แปลกประหลาด และไม่สมควรเป็นอย่างยิ่ง แม้ว่าในภายหลังจะมีรัฐบัญญัติบางฉบับ⁶⁵ ออกมากำหนดไม่ให้ศาลลงโทษผู้ที่ใช้ให้กระทำความผิดสูงกว่าโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดฐานนั้น แต่ก็ไม่ใช่บททั่วไป เพียงแต่ห้ามเฉพาะบางฐานความผิดเท่านั้น ปัญหาดังกล่าวข้าพเจ้าจะขอก้าวถึงในบทที่ 4

⁶³ อย่างไรก็ตามแม้ว่าการใช้ให้กระทำความผิดที่เป็นบททั่วไปนั้นจะไม่มีรัฐบัญญัติบัญญัติออกมา แต่ก็มีรัฐบัญญัติบางฉบับกำหนดความรับผิดเฉพาะสำหรับผู้ให้กระทำความผิดบางฐาน เช่น Section 19 of the Misuse of Drugs Act 1971

⁶⁴ Michael Jefferson, *supra* note 16, p.389.

⁶⁵ The Magistrates' Court Act 1952