

บทที่ 4

ปัญหาของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในประเทศกลุ่ม Common law

ในบทที่ 4 นี้ข้าพเจ้าจะกล่าวถึงปัญหาจากการบังคับใช้ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในประเทศกลุ่ม Common law โดยมีทั้งหมด 4 ปัญหาที่ข้าพเจ้าเห็นว่ามีความสำคัญต่อการศึกษาระบบกฎหมายในประเทศไทยเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นเช่นเดียวกับที่เคยเกิดขึ้นในประเทศกลุ่ม Common law อันได้แก่ (1) ปัญหาเรื่องความผิดที่เป็นการเริ่มต้นซ้อน, (2) ปัญหาเรื่องการขยายขอบเขตความผิดที่เป็นการเริ่มต้น, (3) ปัญหาเรื่องบทลงโทษ และ (4) ปัญหาเรื่องประโยชน์ในแง่การป้องกันในความเป็นจริง ซึ่งจะได้กล่าวเรียงไปเป็นลำดับ

4.1 ปัญหาเรื่องความผิดที่เป็นการเริ่มต้นซ้อน

ตามที่กล่าวมาในบทที่ 3 แล้วจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันประเทศในกลุ่ม Common law มีการพัฒนาทางด้านกฎหมายโดยมีการบัญญัติความผิดที่มีลักษณะเป็นการเริ่มต้น แต่กลับบัญญัติให้อยู่ในรูปแบบของความผิดหลัก ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่าเมื่อความผิดเหล่านี้ ซึ่งโดยเนื้อแท้เป็นความผิดที่มีเป็นการเริ่มต้น¹ แต่เมื่อมาถูกบัญญัติเอาไว้เป็นความผิดหลัก หรือความผิดสำเร็จแล้วนั้น อาจจะไปสู่การเกิดกรณีที่มีการนำเอาความผิดที่เป็นการเริ่มต้นอื่นมาซ้อนกับความผิดหลักนี้ได้ เช่นอาจจะมีความผิดฐาน “พยายามบุกรุก” ความผิดฐาน “พยายามขู่วางระเบิด” ซึ่งความผิดซ้อน (กล่าวคือเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการเริ่มต้นซ้อนกับความผิดหลักที่โดยเนื้อแท้เป็นความผิดที่มีเป็นการเริ่มต้นด้วย) พวกนี้จะทำให้อาญาญานเข้าไปถึงโทษการกระทำของจำเลยในขั้นตอนก่อนที่จะเป็นความผิดสำเร็จมากยิ่งขึ้นไปอีก การขยายความรับผิดทางอาญาในลักษณะนี้ไม่ได้มีการตรวจสอบผลอย่าง

¹ Andrew Ashworth, *Principle of criminal law*, 3rd ed. (New York : Oxford University Press, 1999), p. 484.

ใกล้เคียง² อีกทั้งการปรับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวก็หาเคยมีการไตร่ตรองและคิดทบทวน
 อย่างเป็นระบบถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นไม่

นอกจากกรณีที่น่าเอาความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานไปซ้อนกับความผิดสำเร็จที่
 มีลักษณะเป็นการเริ่มต้นแล้ว อีกลักษณะหนึ่งซึ่งเป็นปัญหามากยิ่งขึ้นไปอีกก็คือการนำ
 ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานซ้อนกับความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานเสียเอง เช่น
 ความผิดฐานพยายามใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด จะเห็นได้ว่าขอบเขตของความรับผิดทาง
 อาญาถูกขยายออกไปเรื่อยๆโดยไม่ได้มีการให้เหตุผล แสดงออกถึงความจำเป็นและเหมาะสม
 หรือมีการวางโครงการอย่างเป็นองค์รวม

ในประเทศแคนาดา เคยมีการฟ้องร้องจำเลยในความผิดฐานพยายามที่จะสมคบ
 กันกระทำความผิด (Attempted Conspiracy) ซึ่งศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า
 จำเลยมีความผิดฐานดังกล่าว อย่างไรก็ตามในชั้นศาลฎีกา³ ศาลได้ยกฟ้อง โดยอธิบายว่าใน
 ประเทศแคนาดา ไม่มี ความผิดฐานพยายามที่จะสมคบกันกระทำความผิด โดยให้เหตุผลว่า
 ความรับผิดอาญาไม่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่จำเลยเพียงแต่มีการได้เถียง หรือหารือกันว่าจะ
 ไปกระทำความผิด แต่การโต้แย้งหาบรรลุผล หรือเกิดข้อตกลงไม่ กฎหมายอาญาย่อมไม่
 ลงโทษเพียงความคิดที่ชั่วร้าย หากว่ามีการยกเลิก หรือถอนตัวก่อนที่จะมีการตกลงกัน

นอกจากนี้การกระทำที่อยู่ในขั้นตอนก่อนที่จะมีการสมคบกันไม่ใกล้เคียงต่อการ
 กระทำความผิดเพียงพอที่กฎหมายอาญาจะเข้าไปแทรกแซง ทั้งนี้เพราะโดยสภาพความผิด
 ฐานสมคบก็เป็นความผิดเพราะเจตนา (Conspiracy is essentially a crime of intention) จึง
 เป็นการยากที่จะมีการลงโทษก่อน หรือเกินไปกว่าความผิดฐานสมคบ (ศาลฎีกาของแคนาดา
 เปรียบเทียบว่า กฎหมายอาญาไม่ต้องการลงการกระทำที่เป็นเพียง “ไข่” ซึ่งการตกลงกัน
 กระทำความผิดอาญาในการกระทำความผิดฐานสมคบก็เปรียบเสมือนการฟักไข่ ดังนั้นไม่
 อาจลงโทษการกระทำที่เกิดก่อนหน้าการฟักไข่ได้)

แต่ในประเทศอังกฤษนั้น แม้โดยหลักการจะมีนักวิชาการมีความเห็นว่าความผิด
 เหล่านี้เป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นก่อนความรับผิดที่จะเกิดจากการกระทำความผิดสำเร็จ เท่ากับ

² *Ibid*, p. 485.

³ SUPREME COURT OF CANADA CITATION: R. v. Déry, [2006] 2 S.C.R.

เป็นการถอยหรือขยายความรับผิดชอบเข้าไปในดินแดนที่แต่เดิมถือว่าประชาชนสามารถทำได้โดยไม่เป็นความผิดอยู่แล้ว หากเอาความผิดประเภทดังกล่าวมาทับซ้อนกันอีก ก็ย่อมเป็นการละเมิดเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควร นักวิชาการบางท่านจึงไม่เห็นด้วยที่จะมีการปรับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าว อย่างไรก็ตามจากคำพิพากษาทำให้เห็นว่ากฎหมายอังกฤษก็ไม่ได้ปฏิเสธแนวความคิดในเรื่องการทับซ้อนของความผิดที่มีเป็นการเริ่มต้นโดยสิ้นเชิง เช่น ศาลเคยลงโทษผู้ที่ส่งจดหมายไปใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดแต่จดหมายไปไม่ถึงบ้านของผู้ถูกใช้ โดยศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานพยายามใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิด (Attempting to incite)⁴

นอกจากนี้กรณีใช้ให้พยายามกระทำความผิด (Incitement to attempt) และกรณีใช้ให้สมคบ (Incitement to conspire) แม้ในปัจจุบันจะยังไม่เป็นความผิดแต่ในร่างประมวลกฎหมายอาญาของอังกฤษมีการบัญญัติความผิดทั้ง 2 ฐานไว้ด้วยแม้จะได้รับการคัดค้านอย่างมากก็ตาม

4.2 ปัญหาเรื่องการขยายขอบเขตของความผิดที่เป็นการเริ่มต้น

โดยหลักการแล้วโอกาสที่การกระทำจะเป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้นนั้นจะต้องเพิ่มขึ้นตามความร้ายแรงของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น เพราะเมื่อความผิดที่เป็นการเริ่มต้นถูกสร้างขึ้นมาเพื่อป้องกันความเสียหาย โดยการลวงล้าเข้าไปแดนของเสรีภาพ ดังนั้นยิ่งกฎหมายลวงล้าเข้าไปในดินแดนเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นเท่าไร ประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการป้องกันความเสียหายยิ่งต้องมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งประโยชน์ที่สังคมจะได้รับการป้องกันนั้นจะเพิ่มขึ้นตามระดับความรุนแรงของความเสียหายที่จะลดลง ซึ่งตามเหตุผลดังกล่าวความผิดที่เป็นการเริ่มต้นก็ควรที่จะบังคับใช้กับความผิดที่เกี่ยวข้องกับการใช้ความรุนแรง เช่นความผิดต่อชีวิต ร่างกาย มากกว่าความผิดที่มุ่งหมายต่อทรัพย์สิน⁵

แต่จากการสำรวจกฎหมายของประเทศอังกฤษแล้วไม่ปรากฏว่ามีกรณีการบัญญัติกฎหมายไปในแนวทางดังกล่าว เพราะว่าความผิดที่เป็นการเริ่มต้นทั้งสามรูปแบบนั้นปรับใช้

⁴ Banks (1873) 12 Cox CC 393 cited by Glanville Williams, Criminal law: the general part., 2nd ed (London, Stevens, 1961). p.611.

⁵ Andrew Ashworth, *supra note 1*, p 488.

กับความผิดทุกประเภทเพื่อป้องกันความเสียหายทุกรูปแบบ ไม่ว่าจะจะเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย รวมทั้งทรัพย์สินด้วย ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายยังมีแนวโน้มพัฒนาให้หลักการของความผิดที่มีเป็นการเริ่มต้นขยายกว้างออกไปจากเดิมมากขึ้น เช่นในกรณีที่เกิดกับการพยายามกระทำความผิดที่แต่เดิมใช้กับความผิดจรรยาบรรณเท่านั้น แต่ปัจจุบันตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมาได้ขยายออกไปใช้กับทุกความผิด (any crimes)⁶ เว้นแต่⁷ ความผิด Summary offences⁸

ในขณะที่การใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดนั้นกฎหมายของอังกฤษ⁹ รวมทั้งแคนาดา¹⁰ ขยายขอบเขตของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นออกไป โดยบัญญัติให้มีการลงโทษการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดแม้เป็น Summary offence ก็ตาม

4.3 ปัญหาเรื่องบทลงโทษ

เนื่องจากรากฐานดั้งเดิมของการลงโทษนั้นจะรุนแรงเพิ่มขึ้นตามความร้ายแรงของความเสียหายที่ผู้กระทำได้สร้างขึ้น เมื่อมีการลงโทษการกระทำในขั้นตอนก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้นก็ควรจะต้องมีบทลงโทษที่รุนแรงน้อยกว่ากรณีความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการลงโทษเพื่อป้องกันไว้ก่อนเท่านั้น อย่างไรก็ตามจากการพิจารณากฎหมายเรื่องความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในประเทศ Common law กลับไม่ปรากฏว่าแนวความคิดเรื่องการลงโทษความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเบาว่าการลงโทษความผิดสำเร็จได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการที่สำคัญ หากแต่กลับปรากฏว่าในบางกรณีความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเป็นความผิดที่มีความสำคัญ

⁶ Wayne R. LaFave., *Criminal law*, 2nd ed. (St. Paul, Minnesota West Publishing Co.: 2003) p. 581.

⁷ Andrew Ashworth, *supra note 1*, p.488.

⁸ อย่างไรก็ตามแม้แต่ความผิดลหุโทษบางกรณี ถ้ามีรัฐบัญญัติระบุไว้โดยเฉพาะผู้ที่พยายามกระทำความผิดลหุโทษก็มีความรับผิดชอบได้ เช่นความผิดฐานพยายามขับรถขณะมีแอลกอฮอล์ในเลือดเกินระดับที่กำหนดอนุญาต ตามSection 4(1) of Road Traffic Act 1988

⁹ The Magistrates' Courts Act 1952

¹⁰ มาตรา 407 (b) แห่งประมวลกฎหมายอาญาแคนาดา

(higher grade) มากกว่าความผิดสำเร็จ¹¹ เพราะในบางฐานความผิดกฎหมายเปิดโอกาสให้มีการลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นการเริ่มต้นรุนแรงกว่าบทลงโทษของผู้ที่ได้กระทำความผิดสำเร็จเสียอีก

ในประเทศอังกฤษนั้นการใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิด ผู้ใช้จะมีความผิด Misdemeanor ซึ่งย่อมไม่มีปัญหาแต่ประการใดหากความผิดที่ใช้เป็นความผิด Indictable¹² แต่จากปัญหาที่กล่าวมาในหัวข้อที่แล้ว กฎหมายอังกฤษขยายขอบเขตของการใช้ให้กระทำความผิดโดยบัญญัติลงโทษผู้ที่ใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด Summary ผลก็คือว่าผู้ที่เพียงแต่ใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิด แต่ผู้ที่ถูกใช้ไม่ไปกระทำหรือยังไม่ได้กระทำ ผู้ใช้มีความผิด Misdemeanor ขณะที่หากตัวผู้ถูกใช้กระทำความผิดสำเร็จ ผู้ใช้ก็มีความผิดในฐานเป็นตัวการร่วม (Principle) ในการกระทำความผิดซึ่งมีโทษเท่าผู้กระทำคือระวางโทษของความผิด Summary เท่านั้น แม้ในภายหลังจะมีรัฐบัญญัติออกมาแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยกำหนดว่าการใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิด Summary ผู้ใช้จะมีความผิดเท่าเพียงที่ระวางโทษไว้สำหรับความผิด Summary ฐานนั้น¹³ และจะได้รับการพิจารณาคดีแบบ Summarily เท่านั้น หากแต่บทบัญญัติดังกล่าวใช้แต่เฉพาะแต่ในการพิจารณาคดี ของศาล Magistrates เท่านั้นแต่หากเป็นการพิจารณาแบบ Indictment ในศาล Crown Court รัฐบัญญัติดังกล่าวไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้ นั่นทำให้อาจเกิดกรณีที่ใช้ผู้ถูกศาลพิพากษาลงโทษจำคุกตลอดชีวิต ขณะที่ผู้ที่ได้ไปกระทำความผิดสำเร็จรับโทษจำคุกเพียง 6 เดือนเท่านั้น¹⁴ แม้ว่าในทางปฏิบัติ¹⁵ ศาลจะไม่ลงโทษผู้ใช้ให้กระทำความผิดเกินกว่าที่ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดสำเร็จก็ตาม

¹¹ Glanville Williams, *supra note 4*, p. 610.

¹² คือความผิดที่ในกระบวนการพิจารณาความผิดของจำเลยจะต้องเป็นการพิจารณาคดีแบบ Indictment กล่าวคือต้องมีการตั้งคณะลูกขุนใหญ่ (Grand jury) หรือมีการไต่สวนมูลฟ้อง (prima facie) เสียก่อนและในขั้นตอนของการพิจารณาจะต้องเป็นการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน เว้นแต่จำเลยจะสิทธิดังกล่าว

¹³ Section 45(3) of the Magistrates 'c Court Act 1980

¹⁴ Michael Jefferson, *Criminal law*, 6th ed. (Harlow, 2003) p. 389.

¹⁵ Glanville Williams, *supra note 4*, p. 613.

4.4 ปัญหาเรื่องประโยชน์ในการป้องกันในความเป็นจริง

แม้วัตถุประสงค์ของการบัญญัติความผิดที่เป็นการเริ่มต้น ในการป้องกันการทำ ความผิดจะเป็นที่ยอมรับในหมู่นักกฎหมาย Common law แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่าแม้เจ้าพนักงานของรัฐจะมีอำนาจในการเข้าป้องกันการกระทำผิดแล้วก็ตาม แต่จากข้อเท็จจริง ในสังคมการที่เจ้าพนักงานของรัฐจะสามารถเข้าป้องกันเหตุ หรือการกระทำผิดนั้น มีโอกาสน้อยมาก เพราะโดยส่วนใหญ่การสืบสวนสอบสวนของเจ้าพนักงานนั้นจะต้องอาศัย พยานหลักฐานและเบาะแส ซึ่งมักจะเกิดขึ้นหลังจากมีการประกอบอาชญากรรมแล้ว การที่ เจ้าพนักงานจะรู้ถึงการตัดสินใจที่จะกระทำความผิดของบุคคล แม้จะได้มีการแสดงออกบาง ประการที่เป็นการยืนยันถึงเจตนาที่จะกระทำความผิด แต่โดยส่วนใหญ่การแสดงออกดังกล่าว ก็จะเป็นการกระทำที่ไม่แตกต่างจากการกระทำโดยทั่วไป ที่ไม่เป็นความผิดอาญา เช่นการจุด ไฟแช็ค ซึ่งเป็นการกระทำโดยทั่วไปที่พบเห็นได้ เจ้าพนักงานมีโอกาสทราบได้น้อยกว่าการ จุดไฟแช็คดังกล่าวเป็นการจุดเพื่อที่จะกระทำความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ที่เจ้าพนักงานมี อำนาจและจะต้องเข้าทำการจับกุมเพื่อป้องกันการกระทำความผิด หรือในกรณีของการหาซื้อ ปืน ซึ่งเป็นการกระทำโดยทั่วไปที่บุคคลอาจจะหาซื้อไว้เพื่อใช้ป้องกันตัวและไม่เป็นความผิด อาญา เจ้าพนักงานตำรวจจะทราบได้อย่างไรว่าการซื้อปืนดังกล่าวเป็นไปเพื่อแสวงหาอาวุธที่ จะนำไปใช้ประกอบการฆาตกรรม นอกจากกรณีที่มีการกระทำในขั้นตอนก่อนที่จะเป็นความ เป็นความผิดอาญาจะเป็นการกระทำที่แยกแยะได้ยากจากการกระทำโดยบริสุทธิ์แล้ว การ กระทำในขั้นตอนก่อนการกระทำความผิดอาญาโดยส่วนใหญ่ยังเป็นการกระทำที่เป็น ความลับ ไม่ได้เปิดเผยแก่บุคคลทั่วไป เช่นการสั่งหรือจ้างวานให้บุคคลไปกระทำความผิด อาญานั้นมีโอกาสน้อยมากที่เจ้าพนักงานจะทราบถึงการเข้าไปกระทำความผิดนั้น โดยเฉพาะ อย่างยิ่งในกรณีการสมคบ¹⁶ กันไปกระทำความผิดนั้น ปราชญ์หลักฐานว่าไม่เคยมีคดีใดที่รัฐ สามารถลงโทษบุคคลผู้สมคบกันไปกระทำความผิดตั้งแต่ในขั้นตอนที่มีการตกลงเสร็จสิ้น เพราะเหตุที่ว่า การพบปะเพื่อทำข้อตกลงสมคบกันนั้นมักจะกระทำในสถานที่ส่วนตัว และเป็น การยากที่จะมีพยานหลักฐานใดสามารถใช้พิสูจน์ถึงข้อตกลงดังกล่าว จนกว่าที่การกระทำที่ ได้ตกลงสมคบกันนั้นจะได้มีการกระทำสำเร็จลงไป หรือมีการแสดงออกอย่างใดอันแสดงถึง ข้อตกลงดังกล่าว

¹⁶ Andrew Ashworth, *supra* note 1, p.474.

ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีมาตรการเสริมหลายประการที่จะสามารถทำให้วัตถุประสงค์ในการป้องกันการกระทำความผิดสามารถบรรลุผลได้ในความเป็นจริง เช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาแม้รัฐธรรมนูญจะวางหลักว่าการพิจารณาคดีอาญาต้องกระทำในท้องที่ที่การกระทำความผิดได้เกิดขึ้น¹⁷ แต่ศาลสหรัฐอเมริกาก็ได้วางหลักว่าในการฟ้องคดีความผิดฐานสมคบนั้นเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยได้ตกลงสมคบคิดกันในที่แห่งใด การฟ้องคดีจึงทำได้ทุกพื้นที่ที่ปรากฏการกระทำที่ชัดเจนแจ้งว่ามีการกระทำที่สืบเนื่องมาจากการการสมคบอันมุ่งที่จะไปกระทำความผิด¹⁸ หรือการกำหนดให้พยานบอกเล่าที่ปกติห้ามไม่ให้นำฟังในคดีอาญาสามารถรับฟังได้ในกรณีการพิจารณาคดีความผิดฐานสมคบถ้าเป็นพยานบอกเล่าจากการให้การของผู้ร่วมสมคบ¹⁹ เป็นต้น อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าประโยชน์หรือเครื่องมือเหล่านี้เป็นเพียงมาตรการที่ทำให้รับสามารถลงโทษความผิดฐานสมคบได้ง่ายขึ้นหากแต่ไม่ได้ช่วยเพิ่มโอกาสในการป้องกันการกระทำความผิดแต่อย่างใด

¹⁷ U.S. Constitution Amendment VI (the Sixth Amendment)

¹⁸ Hyde v. United States, 225 U.S. 347, 32 S.Ct. 793, 56 L.Ed. 1114 [1912] cited by Wayne R. LaFave, *supra* note 6, p. 617.

¹⁹ *ibid.*