

บทที่ 5

บทวิเคราะห์

หลังจากที่ได้กล่าวถึงกฎหมายและปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศกลุ่ม Common law อันเป็นแม่แบบของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นแล้ว ในบทที่ 5 นี้ข้าพเจ้าจะกล่าวถึง 3 หัวข้อคือ (1) สถานะของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในกฎหมายไทย (2) ตัวอย่างของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในกฎหมายไทย โดยจะยกตัวอย่างจากทั้ง ประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายพิเศษเฉพาะบางฉบับ และ (3) ปัญหาของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในประเทศไทย โดยจะกล่าวถึงปัญหาที่เกิดขึ้นและที่จะเกิดขึ้นในกฎหมายไทยหากมีการใช้แนวความคิดของความผิดที่เป็นการเริ่มต้น

5.1 สถานะของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาของไทยแล้วจะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีการบัญญัติให้บุคคลต่อไปนี้มี ความรับผิดทางอาญา (1) บุคคลที่ได้ลงมือกระทำความผิด แม้ความผิดสำเร็จจะไม่เกิดขึ้น หรือที่เรียกว่าการพยายามกระทำความผิด (2) บุคคลที่ได้เข้าร่วมตกลงกันตั้งแต่ 5 คนขึ้นไปว่าจะไปกระทำความผิดตามภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา หรือที่เรียกว่าความผิดฐานช่องโจร และ (3) บุคคลที่ได้ก่อให้เกิดบุคคลอื่นไปกระทำความผิดอาญา หรือที่เรียกกันว่าผู้ชี้ จะเห็นได้ว่าความผิดทั้งสามรูปแบบนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานในกลุ่มประเทศ Common law แต่การอธิบายถึงความผิดทั้งสามรูปแบบในตำรากฎหมายไทยกลับไม่ปรากฏว่ามีการอธิบายถึงประโยชน์ในแง่การป้องกันความเสียหายแต่อย่างใด¹ แต่จะเป็นการอธิบายในเชิงเหตุผลในการลงโทษทางอัตตวิสัย หรือว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของผู้อื่นเท่านั้น อาจจะทำให้เห็นไปได้ว่าประเทศ

¹ ที่ปรากฏมีวิทยานิพนธ์ของ รศ.ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ เรื่องการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ที่เคยกล่าวถึงเรื่องความผิดที่เป็นการเริ่มต้นไว้ ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น. 1.

ไทยไม่มีแนวความคิดเรื่องความผิดที่เป็นการเริ่มต้น ซึ่งในความเป็นจริงแล้วไม่ว่าจะมีนักกฎหมายท่านใดได้เคยอธิบายแง่มุมของการเป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้นของความผิดในกลุ่มดังกล่าวหรือไม่ รัฐก็สามารถอาศัยความผิดในกลุ่มดังกล่าวเป็นฐานอำนาจในการเข้าป้องกันการกระทำความผิดได้มาโดยตลอด ดังนั้นนักกฎหมายไทยจึงไม่อาจปฏิเสธถึงความคงอยู่ของลักษณะความผิดที่เป็นการเริ่มต้นไปได้ การทำความเข้าใจและศึกษาว่าความผิดฐานใดบ้างมีลักษณะของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นจึงมีความสำคัญ โดยเฉพาะจะสามารถทำให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถตีความและใช้กฎหมายที่เป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้นได้อย่างถูกต้องยิ่งขึ้น สำหรับผู้ที่ทำหน้าที่ในการร่างกฎหมายก็มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเข้าใจถึงความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเพื่อที่การตรากฎหมายที่มีลักษณะ หรือเกี่ยวข้องกับความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเป็นไปโดยถูกต้องและสอดคล้องกับหลักการทั้งในเรื่อง Due Process และ Crime Control มากที่สุด

จากการพิจารณาประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายอื่นบางฉบับแล้วข้าพเจ้าเห็นว่าในประเทศไทยเองก็เป็นเช่นเดียวกับในประเทศกลุ่ม Common law ที่อาจแบ่งความผิดที่เป็นการเริ่มต้นออกได้เป็น 2 ประเภทนั่นก็คือ (1) ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐาน หรือความผิดที่เป็นการเริ่มต้นโดยแท้ที่ลงโทษการกระทำในขั้นตอนในระหว่างกระบวนการกระทำความผิด ก่อนที่จะถึงขั้นความผิดสำเร็จ และ (2) ความผิดสำเร็จที่มีลักษณะเป็นการเริ่มต้น หรือความผิดที่เป็นการเริ่มต้นที่ไม่ได้คำนึงถึงขั้นตอนที่จะไปกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง หากแต่ลงโทษการกระทำที่มีลักษณะเป็นอันตรายในตัวเองซึ่งอาจจะก่อให้เกิดการกระทำความผิดได้

ความผิดในกลุ่มแรกนั้นก็คือ การพยายามกระทำความผิด การเตรียมกระทำความผิด ความผิดฐานช่องโจร การใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิด ซึ่งความผิดกลุ่มนี้มีทั้งที่เป็นการกำหนดความผิดในลักษณะความผิดทั่วไปใช้ได้กับทุกฐานความผิด และความผิดที่ใช้เฉพาะกับบางฐานความผิดเท่านั้น ความผิดในกลุ่มแรกนี้ข้าพเจ้าเรียกว่าความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐาน

ความผิดในกลุ่มสอง ซึ่งกฎหมายไม่ได้พิจารณาถึงขั้นตอนการกระทำความผิดฐานใดโดยเฉพาะนั้นก็ ได้แก่ ความผิดฐานครอบครอง ความผิดฐานบุกรุก ความผิดเกี่ยวกับการจราจร ความผิดที่เป็นการก่อกวนอันตรายแก่ประชาชน เช่นความผิดฐานก่อกวนอันตรายแก่การเดินรถไฟหรือรถราง รวมทั้งความผิดที่เกี่ยวกับการขู่เข็ญหรือทำให้ตกใจกลัว เป็นต้น สำหรับความผิดในกลุ่มสองนี้ ข้าพเจ้าเรียกว่าความผิดสำเร็จที่มีลักษณะเป็นการเริ่มต้น

การทำความเข้าใจถึงความแตกต่างถึงความผิดทั้งสองกลุ่มนั้นอาจจะพิจารณาได้จากตัวอย่างดังต่อไปนี้ การที่นายแดงปิ่นบ้านนายดำเข้าไปยิงนายดำให้ตายนั้นเป็นความผิดสำเร็จฐานฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อนตามมาตรา 289 (4) ความผิดในกลุ่มแรกนั้นจะสามารถป้องกันการกระทำของนายแดงได้โดยในขั้นตอนก่อนที่นายแดงจะยิงนายดำนั้น นายแดงก็ต้องยกปืนเล็งยิงนายดำเสียก่อนหากเจ้าพนักงานทราบถึงการกระทำดังกล่าวก็สามารถเข้าจับกุมนายแดงไว้ได้ ทำให้นายดำไม่ถูกยิงความตายของดำอันเป็นสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองก็ไม่เกิด และเช่นเดียวกันหากในระหว่างกระบวนการยิงนายดำนั้น มีการจ้วงวานให้นายแดงจากบุคคลที่ 3 เจ้าพนักงานก็ย่อมสามารถเข้าขัดขวางได้เช่นกันดังนี้ จึงเป็นการเข้าขัดขวางหรือแทรกแซงในระหว่างกระบวนการกระทำความผิดฐานฆ่าคนตาย

แต่ในสำหรับความผิดกลุ่มที่สองนั้นจะไม่ได้มีการพิจารณาถึงกระบวนการดังกล่าวเลยหากแต่จะเป็นการพิจารณาถึงเพียงแต่ตัวการกระทำความผิดนั้นโดยเฉพาะ ซึ่งจากตัวอย่างนั้นรัฐก็อาจสร้างความผิดบางประการมาเพื่อป้องกันความเสียหายได้ เช่นความผิดฐานบุกรุกตามมาตรา 362 ความผิดฐานห้ามพาอาวุธไปในเมืองโดยไม่มีเหตุเหมาะสม ตามมาตรา 371 หรือความผิดฐานมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองไว้โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 7 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติ อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 เป็นต้น จะเห็นได้ว่าความผิดทั้งสามฐานดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิดฐานฆ่าคนตาย หากแต่พฤติกรรมการเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต การพกพาอาวุธไปในเมือง หรือการมีปืนไว้โดยไม่ได้รับอนุญาต นั้นเป็นอันตราย และความเสี่ยงสูงที่จะเกิดการกระทำความผิดจากการใช้อาวุธปืน รัฐจึงต้องลงโทษผู้กระทำการดังกล่าวไว้ก่อนเพื่อป้องกันการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นได้ในอนาคต นอกจากนี้รัฐอาจจะมีเหตุผลอื่นๆอีกที่ไม่ใช่แง่มุมของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเช่นต้องการทราบชื่อผู้ครอบครองอาวุธปืนแต่ละกระบอก เป็นต้น

5.2 ตัวอย่างของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในกฎหมายไทย

ในหัวข้อนี้ข้าพเจ้าจะยกตัวอย่างของความผิดตามกฎหมายไทยที่มีลักษณะเป็นการเริ่มต้นโดยจะขอยกตัวอย่างทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายพิเศษด้วยเพื่อเป็นการยืนยันว่ากฎหมายไทยสามารถรองรับแนวความคิดเรื่องความผิดที่เป็นการเริ่มต้นได้

5.2.1 ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในประมวลกฎหมายอาญา

ตามที่ข้าพเจ้าได้กล่าวมาในหัวข้อที่แล้วว่าในประมวลกฎหมายอาญานั้นมีทั้งความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานที่ลงโทษการกระทำในขั้นตอนก่อนความผิดสำเร็จ และความผิดที่เป็นการเริ่มต้นแบบที่กฎหมายบัญญัติต้องประกอบไว้โดยเฉพาะ ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกันดังนั้นจะขอกล่าวที่ละประเภทเพื่อจะได้แยกออกจากกันได้อย่างชัดเจน

(ก) ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐาน

เป็นกลุ่มความผิดที่พิจารณาขั้นตอนในการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง โดยเฉพาะเป็นสำคัญ โดยไม่ได้พิจารณาที่ลักษณะการกระทำหนึ่งการกระทำใด ความผิดในกลุ่มนี้ ได้แก่ การพยายามกระทำความผิด การเตรียมกระทำความผิด ความผิดฐานชกใจ และการใช้ให้กระทำความผิด เพราะความผิดกลุ่มนี้จะไม่ครบองค์ประกอบในตัวเอง แต่จะต้องไปปรับใช้กับความผิดฐานอื่นถึงจะสามารถนำไปป้องกันการกระทำความผิดได้ ดังนั้นจะไม่มีผู้ใดมีความผิดฐานพยายาม ความผิดฐานเตรียม ฯลฯ แต่จะมีความผิดฐานพยายาม"ลักทรัพย์", ฐานเตรียม"วางเพลิง", ฐานใช้ให้"ฆ่าผู้อื่น" ความผิดเหล่านี้ก็จะใช้ป้องกันการผิดที่ถูกนำไปปรับใช้ร่วมด้วย เช่นในความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ ก็จะถูกนำไปใช้ป้องกันการลักทรัพย์ ด้วยการลงโทษบุคคลที่ได้กระทำการในขั้นตอนก่อนที่จะเป็นลักทรัพย์สำเร็จ ซึ่งก็คือบุคคลที่ได้ลงมือลักทรัพย์แล้ว แต่ยังไม่ได้แย่งการครอบครองทรัพย์หรือเอาทรัพย์นั้นไป เมื่อบุคคลนั้นถูกลงโทษเสียตั้งแต่ในขั้นพยายาม การกระทำอันเป็นการลักทรัพย์ย่อมไม่สามารถสำเร็จลงได้เพราะถูกแทรกแซงโดยรัฐเสียก่อน เป็นต้น

ความผิดในกลุ่มนี้จึงปรับใช้กับกระบวนการกระทำก่อนที่จะเป็นความผิดสำเร็จ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนั้นเริ่มจากความคิดที่จะกระทำความผิด การตกลงใจ การเตรียมที่จะกระทำความผิด การลงมือ จนกระทั่งการกระทำความผิดสำเร็จ² นอกจากนี้หากมีการใช้ให้กระทำความผิด หรือสคบกันไปกระทำความผิด ขั้นตอนในการใช้และสคบนั้นก็ถือว่าเกิดขึ้นระหว่างกระบวนการกระทำก่อนที่จะเป็นความผิดสำเร็จด้วย อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายอาญาสมัยใหม่จะไม่ลงโทษบุคคลเพียงเพราะมีเจตนากระทำความผิด (Cogitationis poenam nemo patitur; No one is punished for his thoughts) ดังนั้น

² จิตติ ดิงศภัทิย์ .กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9 .กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536.หน้า 278

ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานก็คือกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจให้กับรัฐในการลงโทษการกระทำที่เริ่มตั้งแต่มีการแสดงออกอย่างชัดแจ้งถึงเจตนากระทำความผิด ภายหลังจากที่ได้มีการตัดสินใจว่าจะกระทำความผิดหรือที่เรียกว่ามีความคิดของอาชญากร (Criminal mind) แต่เป็นขั้นตอนก่อนความผิดสำเร็จนั่นเอง โดยสามารถอธิบายทุกแง่มุมที่เป็นความผิดที่เป็น การเริ่มต้นของความผิดกลุ่มนี้ได้ดังนี้

1) การพยายามกระทำความผิด

กฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดของประเทศไทยนั้นมีบทบัญญัติวางหลักไว้ในมาตรา 80 โดยกำหนดให้บุคคลที่ได้ “ลงมือ” กระทำความผิดถึงแม้ว่าความผิดสำเร็จจะไม่เกิดบุคคลนั้นก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา โดยบัญญัติแยกเหตุแห่งไม่บรรลุลผล³ ออกเป็น 2 ประเภทคือ (1) กระทำไปไม่ตลอด หรือ (2) กระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุลผล

เหตุแห่งความไม่บรรลุลผลทั้งสองประเภทรูปนั้นต่างสามารถอธิบายในมุมของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นได้ทั้งสองประการ กล่าวคือในประเภทแรก ที่กระทำไปไม่ตลอดนั้น เป็นช่วงระหว่างหลังจากที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ยังไม่ได้กระทำการในขั้นที่สุด (Last act) ในระหว่างขั้นตอนดังกล่าวเจ้าพนักงานมีอำนาจเข้าขัดขวางการกระทำความผิดและรัฐสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดสำเร็จเกิดขึ้นได้

แต่สำหรับกรณีกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุลผลนั้นเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (last act) และไม่มีกระทำได้ที่ต้องทำอีกต่อไปไม่ว่าเป็นการกระทำของผู้ใดก็ตาม หากแต่ผลที่ผู้กระทำเจตนาให้เกิดขึ้นนั้นไม่บรรลุลผล ในกรณีนี้แม้ว่ากระบวนการกระทำของผู้กระทำในครั้งนั้นจะจบสิ้นไปแล้วไม่อาจมีช่วงที่เข้าแทรกแซงได้อีก หากแต่ในกรณีดังกล่าว วัตถุประสงค์ของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในการป้องกันการกระทำความผิดก็ยังถูกตอบสนองได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน เพราะการป้องกันการกระทำความผิดนั้นไม่จำเป็นจะต้องเป็นการป้องกันการกระทำความผิดในครั้งใดครั้งหนึ่งโดยเฉพาะ หากแต่ยังหมายรวมถึงการป้องกันการกระทำความผิดในครั้งต่อไปด้วย ผู้กระทำที่การกระทำไม่บรรลุลผลในครั้งหนึ่งนั้นอาจจะกลับมากระทำความผิดอีกครั้งด้วยความรอบคอบและในครั้งหลังนี้อาจจะบรรลุลผลก็ได้ ดังนั้นรัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำบุคคลดังกล่าวเข้าไปเปลี่ยน

³ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7 .

นิตยเพื่อเป็นการป้องกันสังคมจากบุคคลที่เป็นอันตรายที่ได้แสดงออกอย่างชัดเจน ซึ่งอาจจะนำไปสู่การกระทำความผิดได้

เหตุผลสำหรับกรณีกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลตามมาตรา 80 นั้นยังใช้ได้กับการพิจารณาการกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ ที่ในแง่หนึ่งผู้กระทำก็ได้ลงมือกระทำความผิดและไม่บรรลุผลเช่นกัน ซึ่งในอนาคตบุคคลดังกล่าวก็อาจกลับมากระทำความผิดอีกครั้ง โดยในครั้งที่สองนี้การกระทำความผิดก็อาจจะไม่เป็นการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ก็อีกครั้งก็ได้ ดังนั้นหากรัฐไม่ลงโทษบุคคลดังกล่าวสังคมก็อาจได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดซ้ำของบุคคลที่เคยพยายามกระทำความผิดนั้นก็ได้

2) ความผิดในกลุ่มการเตรียมที่จะกระทำความผิด

โดยทั่วไปการเตรียมกระทำความผิดนั้นยังไม่เป็นความผิด เพราะแม้จะเป็นการกระทำอันเป็นการเริ่มต้นที่จะกระทำความผิดแล้ว แต่กฎหมายเห็นว่าการกระทำที่ยังอยู่ในขั้นเตรียมกระทำความผิดนั้น ยังอยู่ห่างไกลจากความเสียหายที่เกิดกับสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง หรือเพราะการกระทำที่ยังเป็นขั้นตอนของการเตรียมนั้น ยังไม่มีอันตรายเพียงพอที่รัฐควรจะต้องเข้าไปแทรกแซง ห้ามปราม หรือลงโทษแต่ประการใด รัฐถือว่าการกระทำในขั้นเตรียมนั้นอยู่ในแดนเสรีภาพที่ประชาชนยังกระทำได้โดยไม่เป็นความผิดอาญา เช่นนาย ก มีเจตนาที่จะไปฆ่า นาย ข เลยไปหาซื้อปืนมาเพื่อเตรียมที่จะไปฆ่า นาย ข หากว่าเจ้าพนักงานรัฐรู้ว่านาย ก ไปหาซื้อปืนเช่นนั้น โดยทั่วไปเจ้าพนักงานรัฐก็ย่อมไม่มีอำนาจที่จะลงโทษทางอาญาแก่การกระทำของนาย ก เพราะเพียงแต่การหาซื้อปืนของนาย ก ยังอยู่ห่างไกลจากความตายของนาย ข ซึ่งเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครองไม่ให้เกิดขึ้น นาย ก จึงไม่ควรต้องมีความรับผิดทางอาญาเพราะการกระทำที่อยู่ห่างไกลจากความเสียหายนั้น

ดังนั้นโดยทั่วไปกฎหมายก็จะขอให้มีการกระทำถึงขั้นลงมือกระทำความผิดเสียก่อน รัฐจึงจะเข้าป้องกันการกระทำความผิด แต่ในกรณีที่การกระทำความผิดที่มีความอันตรายต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรเช่นฐานกระทำการอันเป็นกบฏ หรือความผิดที่เป็นอาจเป็นอันตรายร้ายแรงต่อประชาชนเช่นความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ ฝ่ายนิติบัญญัติก็มีความจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานรัฐเข้าแทรกแซงการกระทำที่มีอันตรายดังกล่าว โดยยังมีโอกาสเข้าแทรกแซงได้เร็วเท่าไร ก็ยังมีโอกาสขัดขวางการกระทำความผิดนั้นได้เร็วยิ่งขึ้น โอกาสที่ความเสียหายที่ร้ายแรงเหล่านั้นจะเกิดก็ยิ่งน้อยลง ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงบัญญัติให้การเตรียมกระทำความผิดเหล่านั้นเป็นความผิดอาญา โดยไม่ต้องรอ

ให้ถึงขั้นมีการลงมือกระทำความผิดเสียก่อนซึ่งอาจจะไม่สามารถป้องกันการกระทำความผิดได้อย่างทันเวลาก็ได้

3) การใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิด

หลักการเรื่องการทำให้กระทำความผิดนั้น ประมวลกฎหมายอาญาวางหลักไว้ที่ มาตรา 84 โดยกำหนดให้บุคคลที่ “ก่อ” ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดไม่ว่าจะโดยวิธีการใดๆ ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาเสมอ ไม่ว่าบุคคลผู้ถูกใช้จะได้ตกลงหรือปฏิเสธที่จะกระทำความผิดที่ได้ใช้ก็ตาม เพียงแต่ว่าในกรณีที่ใช้ให้กระทำความผิดดังกล่าวทำให้ผู้ถูกใช้เกิดเจตนากระทำความผิด และไปกระทำความผิดตามที่ถูกใช้นั้น ผู้ใช้ก็ต้องรับผิดชอบเสมือนตัวการเท่านั้น ซึ่งเป็นเพียงกรณีที่ต้องรับโทษเพิ่มขึ้น ไม่ได้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาองค์ประกอบความผิดในการใช้แต่ประการใด

การใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดนั้นเป็นการแสดงออกของผู้ใช้หลังจากได้คิดตกลงใจแล้วว่าจะทำให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น การที่ได้ไปใช้ผู้อื่นนั้นเป็นการแสดงออกที่ชัดแจ้งเพียงพอที่จะแสดงถึงความคิดของอาชญากรที่เพียงพอที่กฎหมายควรจะต้องเข้าป้องกันแล้ว เพราะบุคคลดังกล่าวไม่ได้เพียงแค่คิดเรื่องการกระทำความผิดอยู่แต่ในหัวของตัวเอง แต่กลับไปก่อให้บุคคลอื่นไปกระทำความผิดแทนตน ซึ่งถ้าในกรณีที่ผู้ถูกใช้สนองรับการใช้งานที่รัฐเข้าลงโทษผู้ใช้ในระหว่างที่จะไปมีการกระทำความผิด ก็ย่อมทำให้แรงจูงใจที่จะไปกระทำความผิดของผู้กระทำหมดลงและไม่ไปกระทำความผิด เป็นการป้องกันการกระทำความผิดและความเสียหายไว้ได้

แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ถูกใช้ปฏิเสธที่จะไปกระทำความผิดในกรณีดังกล่าวก็เป็นเช่นเดียวกับกรณีกระทำไปตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผล ก็คือผู้กระทำหรือในที่นี้ก็คือผู้ใช้อาจจะไปใช้บุคคลที่สาม บุคคลที่สี่เพื่อให้ไปกระทำความผิดดังกล่าวซึ่งการใช้ครั้งหลังนี้ผู้ที่ถูกใช้อาจจะไม่ได้ปฏิเสธก็ได้ และจะนำไปสู่การเกิดการกระทำความผิดสำเร็จ ดังนั้นแม้กรณีที่ผู้ถูกใช้ปฏิเสธที่จะไปกระทำความผิดรัฐก็ควรจะต้องลงโทษผู้ใช้ที่แสดงออกถึงอันตรายภายในจิตใจให้ปรากฏออกมาเป็นรูปธรรมผ่านทางการใช้ให้บุคคลอื่นกระทำความผิดเพื่อป้องกันการไปใช้ให้บุคคลอื่นไปกระทำความผิดต่อไป

4) ความผิดฐานช่องโจร

ความผิดฐานช่องโจรของประเทศไทยนั้นมีบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 210 โดยวางหลักไว้ว่าการสมคบซึ่งก็คือการร่วมตกลงกันของบุคคลตั้งแต่ 5⁴ คนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดอาญาที่บัญญัติไว้ในภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

การสมคบกันไปกระทำความผิดนั้นโดยทั่วไปยังไม่มีมีการกระทำได้อันเป็นการสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นแก่ประชาชน เป็นขั้นตอนอยู่ในขั้นเตรียมการก่อนที่จะไปลงมือกระทำเท่านั้น แต่เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าการที่บุคคลจำนวนมาก ได้มาตกลงร่วมกันเพื่อกระทำความผิด เป็นการเสี่ยงอันตรายต่อสังคมเป็นอย่างมากที่จะได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้น เพราะกฎหมายตั้งข้อสมมุติฐานว่ายังมีผู้กระทำความผิดมากคน โอกาสที่ความผิดสำเร็จจะเกิดขึ้นก็ยิ่งสูง และความเสียหายก็จะเป็นจำนวนมากยิ่งขึ้นตามไปด้วย กฎหมายจึงจำเป็นต้องบัญญัติให้การกระทำอันเป็นการสมคบกันเพื่อไปกระทำความผิดที่แม้ยังไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น เป็นความผิดอาญาเสียเพื่อที่จะได้เป็นการเปิดโอกาสให้ เจ้าพนักงานของรัฐสามารถเข้าไปขัดขวางการกระทำในขั้นตอนหลังจากที่ได้มีการตกลงกัน จนถึงก่อนที่จะมีการกระทำความผิดสำเร็จ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายแก่สังคม และแม้ว่าผู้ที่ได้ร่วมตกลงจะไปกระทำความผิด ในท้ายที่สุดจะไม่ได้ไปกระทำ ไม่มีผู้ใดไปกระทำความผิดเลย หรือเป็นกรณีที่เป็นไปไม่ได้ที่จะกระทำ ผู้ที่ร่วมตกลงกันก็ยังคงมีความผิดอยู่ดีเพราะว่าความผิดเกิดขึ้นและสำเร็จลงในทันทีที่มีการตกลงกัน โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีการกระทำความผิดตามที่ตกลงกัน อันจะนำมาซึ่งความเสียหายแต่ประการใด ความผิดในฐานนี้จึงเป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้น

(ข) ความผิดสำเร็จที่มีลักษณะเป็นการเริ่มต้น

ความผิดกลุ่มนี้เป็นความผิดที่ครบองค์ประกอบในตัวมันเองโดยไม่ต้องนำไปปรับใช้ร่วมกับความผิดฐานอื่น โดยกฎหมายบัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษลักษณะการกระทำใดการกระทำหนึ่ง โดยไม่ได้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ขั้นตอนในการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง โดยเฉพาะ ดังนั้นแม้ผู้กระทำจะไม่ได้มีเจตนาที่จะไปกระทำความผิดอาญา แต่เพราะการ

⁴ มาตรา 6(8) แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 วางหลักไว้เพียงการร่วมตกลงกันของบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปก็เพียงพอ แต่ประมวลกฎหมายอาญาที่นำมาใช้บังคับแทนนั้นวางหลักว่าต้องมีถึง 5 คนขึ้นไป

กระทำที่เป็นความผิดในกลุ่มนี้ได้สร้างความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดการกระทำความผิด หรือความเสียหายได้ในอนาคต ความผิดในกลุ่มนี้ได้แก่

1) ความผิดในกลุ่มความผิดฐานครอบครอง

การที่บุคคลครอบครองวัตถุบางประการ โดยมีเจตนาที่จะนำเอาวัตถุที่ตนครอบครองนั้นไปใช้กระทำความผิดในอนาคต จริงอยู่ที่ว่าต่อเมื่อมีการเอาวัตถุเหล่านั้นไปใช้กระทำ ความผิดสำเร็จจึงจะเกิดความเสียหาย แต่เพราะกฎหมายไม่ต้องการให้มีความเสียหายเกิดขึ้น กฎหมายจึงลงโทษการครอบครองวัตถุดังกล่าว ซึ่งถึงแม้ว่าโดยทั่วไปแล้ววัตถุเหล่านั้นไม่ใช่วัตถุที่ผิดกฎหมายเช่น ปากกา กระดาษ น้ำหมึก แต่หากเป็นการครอบครองวัตถุดังกล่าวไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปลอมหรือแปลงแสตมป์ ตราไปรษณียากร การครอบครองวัตถุดังกล่าวเหล่านั้นก็เป็นความผิดอาญาได้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้นุคคลนำเอาวัตถุเหล่านั้นไปใช้ในการปลอมหรือแปลงแสตมป์ และตราไปรษณียากรในอนาคต อันจะก่อให้เกิดความเสียหายได้

2) ความผิดที่เป็นการก่อกวนอันตรายแก่ประชาชน

การกระทำในกลุ่มนี้เช่น ความผิดฐานก่อกวนอันตรายแก่การเดินรถไฟหรือรถราง ความผิดฐานให้ยานพาหนะอันมีลักษณะหรือมีการบรรทุกजनน่าจะเป็นอันตรายรับจ้างขนส่งคน เป็นต้น ความผิดเหล่านี้เมื่อกระทำไปแล้วมีความเสี่ยงสูงที่จะเกิดความเสียหายตามมา ดังนั้นรัฐจึงไม่จำเป็นต้องรอให้มีความเสียหายเกิดขึ้นเสียก่อนจึงจะเข้าลงโทษผู้กระทำ ความผิด แต่รัฐต้องเข้าลงโทษผู้กระทำทันทีเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงจิตใจผู้กระทำความผิด และเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในอนาคตของบุคคลที่แสดงความเป็นบุคคลอันตรายออกมา

3) ความผิดตามมาตรา 392

ความผิดตามมาตรานี้กฎหมายบัญญัติให้การกระทำเพียงแต่การขู่เชิญให้ผู้อื่นกลัว หรือมีความตกใจก็เป็นความผิด แม้จะไม่ได้ทำไปโดยมีเจตนาที่จะเรียกร้องเอาทรัพย์สิน หรือบังคับให้กระทำการ หรือจ่ายยอมแต่สิ่งใดก็ตาม หากพิจารณาในแง่นี้ก็เห็นว่าความผิดจากการขู่เชิญเกิดขึ้นและสำเร็จลงแล้ว ไม่เป็นการป้องกันการกระทำความผิดได้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามหากมองในแง่ของการขู่เชิญเพื่อประสงค์จะกรรโชกทรัพย์ หรือบังคับให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแล้วการขู่เชิญดังกล่าวก็อาจเป็นการเริ่มต้นการกระทำความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ หรือความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 ก็ได้ นอกจากนี้การขู่เชิญบังคับนั้นอาจจะนำมาซึ่งการกระทำความผิดฐานอื่นได้อีก รัฐจึงเห็นว่าไม่ควรที่จะปล่อยให้มีการขู่

เชื่อกันได้โดยไม่เป็นความผิด รัฐควรที่จะเข้าลงโทษการชู้เชื่อนั้นเพื่อป้องกันการกระทำ ความผิดอื่นที่จะเกิดขึ้นตามมามาดังนั้นเพียงแต่มีการชู้เชื่อนั้น เจ้าพนักงานของรัฐก็สามารถเข้า ห้ามปรามการกระทำดังกล่าวได้ในทันที โดยอาศัยมาตรา 392 เป็นฐานอำนาจนั่นเอง เมื่อ พิจารณาในแง่มุมนี้แล้วความผิดตามมาตรา 392 ก็เป็นความผิดที่มีลักษณะของความผิดที่ เป็นการเริ่มต้นเช่นกัน

นอกจากความผิดที่ยกตัวอย่างมาแล้วยังมีอีกหลายฐานความผิดที่มีลักษณะเป็น ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น เช่นความผิดฐานบุกรุก ความผิดฐานพกพาอาวุธปืนไปในที่ สาธารณะ เป็นต้น ความผิดในกลุ่มนี้เป็นความผิดที่มีความซับซ้อน และมีความแตกต่างกัน บางฐานความผิดนอกจากจะบัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำความผิดแล้ว ยังถูกพัฒนาจนมี ลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง ดังนั้นนักกฎหมายไทยควรจะได้ศึกษาในหัวข้อนี้อย่าง ละเอียดต่อไป

5.2.2 ความผิดตามกฎหมายพิเศษ

จากการพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นได้ว่ามีหลายฐานความผิดที่ เป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้นและบางฐานความผิดแม้จะถูกบัญญัติขึ้นด้วยวัตถุประสงค์อื่นก็ อาจมีลักษณะของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นรวมอยู่ด้วย และเมื่อพิจารณากฎหมายพิเศษก็มี บางฐานความผิดเช่นกันที่เป็นความผิดที่มีลักษณะของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นด้วย แต่โดย ส่วนใหญ่แล้วจะบัญญัติในรูปของความผิดเฉพาะ ไม่ใช่เป็นความผิดเริ่มต้นพื้นฐาน ยกตัวอย่างเช่น

1) ความผิดฐานมีอาวุธปืน หรือเครื่องกระสุนปืนรวมทั้งวัตถุระเบิดไว้ในครอบครอง โดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 7 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติ อาวุธปืน เครื่อง กระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 เนื่องด้วยอาวุธปืน มักจะถูกนำไปใช้ในการกระทำความผิดอยู่เสมอ และโดยง่าย ทำให้รัฐ⁵จำเป็นต้องควบคุมการ

⁵ เหตุผลของการบัญญัติ พระราชบัญญัติ อาวุธปืน เครื่อง กระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 นั้นรัฐให้เหตุผลว่า“โดยที่อาวุธปืน เครื่อง กระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดอันตรายในการ ก่อเหตุไม่ว่าจะเป็นการก่ออาชญากรรม การใช้ประทุษร้าย การก่อความไม่สงบ การก่อการ

ครอบครองอาวุธปืนของสมาชิก เพื่อป้องกันการกระทำความผิดทางอาญาอันเกิดจากการใช้อาวุธปืน โดยการกำหนดให้การครอบครองปืนโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิดนั่นเอง ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเพียงการครอบครองอาวุธปืนเฉยๆ แม้ไม่ได้เอาไปใช้กระทำความผิด หรือมีเจตนาที่จะเอาไปใช้กระทำความผิด ซึ่งย่อมไม่ได้สร้างความเสียหาย (Actual harm) แก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองได้เลย แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธความรับผิดได้ เพราะความผิดฐานมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองนี้ เป็นความผิดที่บัญญัติขึ้นเพื่อ “ป้องกัน” ความเสียหายอันจะเกิดจากการมีปืนไว้ในครอบครองนั่นเอง

2) ความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 เช่นความผิดฐานนำออกใช้ซึ่งรถที่มีสภาพไม่มั่นคงแข็งแรง ตามมาตรา 6 หรือความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามสัญญาณไฟจราจร ตามมาตรา 21 ความผิดพวกนี้ล้วนเป็นความผิดที่กำหนดมาตรฐานให้กับผู้ขับขี่รถบนท้องถนนว่าต้องขับรถด้วยความระมัดระวัง “ไม่ประมาท” เพราะการขับขี่ที่ไม่ระมัดระวังนี้อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง และเป็นความผิดอาญาขึ้นมาได้ ดังนั้นกฎหมายจึงต้องลงโทษการกระทำดังกล่าวเพื่อ “ป้องกัน” ความเสียหายอันอาจจะเกิดขึ้น โดยไม่ต้องพิจารณาว่าได้เกิดความเสียหายขึ้นหรือยัง ในแง่มุมนี้เราอาจจะมีความเห็นได้ว่าความผิดตามพระราชบัญญัติจราจรดังกล่าวก็มีลักษณะของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเช่นกัน

5.3 ปัญหาของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นในประเทศไทย

ในหัวข้อนี้ข้าพเจ้าจะเสนอปัญหาบางประการในกฎหมายไทย ในแง่มุมที่เป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้น โดยมี 2 ประเด็นคือ ก) ปัญหาเรื่องการขยายขอบเขตของความผิดที่เป็นการเริ่มต้นและ ข) ปัญหาเรื่องการกระทำที่สมควรเป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้น

ร้ายระดับใหญ่จนถึงระดับนานาชาติ โดยเหตุดังกล่าวจำเป็นต้องตรากฎหมายให้ชัดเจนเพื่อควบคุมดูแลโดยรัฐในการอนุญาต การปราบปรามการวางบทกำหนดโทษ เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ จึงต้องตรากฎหมายนี้เพื่อดำเนินการให้ถูกต้องชัดเจน”

5.3.1 ปัญหาเรื่องการขยายขอบเขตของความผิดที่เป็นการเริ่มต้น

เนื่องจากความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเป็นข้อยกเว้นในการลงโทษในทางอาญา ที่ไม่ต้องรอให้มีความเสียหายเกิดขึ้นเสียก่อน การใช้กฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นจึงไม่ควรบัญญัติให้มีการใช้ได้อย่างกว้างขวางเป็นบททั่วไป หากแต่ต้องได้รับการพิจารณาอย่างเหมาะสมว่าความเสียหายใดสำคัญเพียงพอและคุ้มค่าที่รัฐจะละเมิดเสรีภาพของประชาชน เพื่อเข้าป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายนั้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายไทยแม้จะเห็นได้ว่าแนวความคิดในการใช้ความผิดที่เป็นการเริ่มต้นเท่าที่จำเป็นจะมีปรากฏให้เห็นจากการที่มีการบัญญัติให้การเตรียมกระทำความผิดเฉพาะบางฐานที่สำคัญเท่านั้นเป็นความผิดอาญา หากแต่ในกรณีการพยายามกระทำความผิด และการใช้ให้ไปกระทำความผิดนั้น กฎหมายบัญญัติขึ้นให้เป็นความผิดที่เป็นการทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ให้ไปกระทำความผิดนั้นกฎหมายให้นำไปใช้ด้วยแม้แต่กับความผิดลหุโทษ⁶ ซึ่งที่จริงแล้วการใช้ให้กระทำความผิดโดยเฉพาะกรณีที่ผู้ถูกใช้ได้ปฏิเสธ หรือยังไม่ได้ไปกระทำความผิดนั้น เป็นการกระทำที่อยู่ห่างไกลจากความเสียหายมาก หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการลงโทษบุคคลย้อนหลังไปไกลกว่าความผิดที่เป็นการเริ่มต้นพื้นฐานรูปแบบอื่น เพราะขณะที่การพยายามกระทำความผิดต้องมีการกระทำที่เกินกว่าขั้นเตรียม ความผิดฐานช่องใจก็ต้องมีการตกลงกันของบุคคลเสียก่อน กล่าวคือต้องมีการแสดงเจตนาจากผู้ร่วมสคบทุกฝ่าย แต่การใช้ไปกระทำความผิดนั้นเป็นการแสดงเจตนาแต่เพียงฝ่ายเดียว และเป็นความผิดเสมอแม้ผู้รับการแสดงเจตนาไม่ได้สนองรับ การกำหนดความรับผิดให้กับการกระทำที่ยังอยู่ห่างไกลจากความเสียหายเช่นนี้ แสดงให้เห็นว่ารัฐต้องการป้องกันตั้งแต่ในขั้นเริ่มแรกของการกระทำความผิด

แต่ข้าพเจ้าเห็นว่าไม่มีความจำเป็นเพียงพอที่รัฐจะต้องย้อนหลังการป้องกันไปไกลเช่นนั้นทุกฐานความผิด การป้องกันการกระทำที่ยังอยู่ห่างไกลความเสียหายโดยเฉพาะจากการใช้ให้กระทำความผิดที่ผู้ถูกใช้ปฏิเสธการใช้นั้นควรจะนำมาใช้กับการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายรุนแรง และเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเพียงพอ เช่นในเรื่องความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ชีวิตหรือร่างกายเท่านั้น การกำหนดให้การกระทำที่ห่างไกลจากความ

⁶ มาตรา 103

เสียหายเป็นความผิดอาญา ทั้งที่ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำนั้นเป็นเพียงความเสียหายเล็กน้อย เช่นความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานลักทรัพย์นั้นเป็นเรื่องที่รัฐไม่สมควรจะกระทำเพราะเป็นการละเมิดแดนเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป และเป็นการเปลี่ยนแปลงงบประมาณของรัฐที่จะต้องใช้ในการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรมในการกระทำ ความผิดดังกล่าว

5.3.2 ปัญหาเรื่องการทำที่สมควรเป็นความผิดที่เป็นการเริ่มต้น

ปัญหาของเรื่องนี้ถือได้ว่าเป็นปัญหาที่สำคัญที่สุด ในเรื่องความผิดที่เป็นการเริ่มต้น อย่างที่เคยกล่าวไว้ กฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษบุคคลเพราะมีความคิดที่เป็นอาชญากร แต่ในขณะเดียวกันหากจะรอจนมีการกระทำความผิดสำเร็จขึ้นกฎหมายอาญาจึงเข้าไปลงโทษการกระทำของบุคคลก็จะเป็นการช้าเกินไป และไม่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการป้องกันความเสียหาย ซึ่งเป็นหน้าที่ประการหนึ่งของกฎหมายอาญาสมัยใหม่ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่าแล้วการกระทำเช่นไรจึงจะเป็นการกระทำที่ควรจะเป็นความผิดอาญา หากกฎหมายกำหนดให้การกระทำที่แม้ผู้กระทำจะกระทำโดยมีมุ่งหมาย หรือมีความเสี่ยงที่จะเป็นการกระทำความผิด แต่การกระทำดังกล่าวยังอยู่ห่างไกลจากความเสียหายมากเกินไป ก็จะเป็นการเพิ่มความเสี่ยงให้กับประชาชนที่จะถูกละเมิดสิทธิโดยการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานรัฐ อีกทั้งยังเป็นการตัดโอกาสที่ผู้ที่จะกระทำความผิดจะได้กลับใจ ยับยั้งไม่ดำเนินกระบวนการขั้นตอนการกระทำความผิดต่อไป ซึ่งย่อมจะเป็นผลดีมากกว่าการที่จะปล่อยให้เป็นการกระทำของรัฐในการเปลี่ยนนิสัยผู้กระทำ แต่ในขณะเดียวกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชนมากเกินไปโดยการกำหนดให้การกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาจะต้องอยู่ใกล้ชิดกับความเสียหายมากเกินไป การป้องกันการกระทำความผิดก็จะเป็นไปไม่ได้ หรือเป็นไปโดยความยากลำบาก

ปัญหาก็คือขั้นตอนใดในกระบวนการกระทำที่รัฐจำเป็น และมีความเหมาะสมเพียงพอที่จะเข้าแทรกแซงการกระทำของบุคคลป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว ข้าพเจ้าข้าพเจ้าขอยกตัวอย่างประการหนึ่งคือ นายแดงเป็นบุคคลที่มีประวัติกระทำทารุณกรรมทางเพศต่อเด็กผู้ชาย วันหนึ่งมีคนพบนายแดงเดินไปเดินมาในละแวกห้องน้ำของสวนสาธารณะที่เป็นสถานเด็กเล่นในช่วงเวลาหลังเลิกเรียน ปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือว่าช่วงจังหวะใดที่รัฐมีความจำเป็นต้องเข้าจับกุมนายแดง เพื่อป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดจากการกระทำความผิดของนายแดง หากรัฐเข้าจับกุมในทันทีที่ทั้งที่นายแดงยังไม่ได้ทำอะไร และการเดินในบริเวณ

สวนสาธารณะก็ไม่ใช่ความผิดอาญาจะถือได้หรือไม่ว่ารัฐละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป หากแต่ถ้ารัฐนิ่งเฉยไม่กระทำการปล่อยให้นายแดงเดินอยู่ในบริเวณนั้นต่อไป ความเสี่ยงที่สังคมจะได้รับความเสียหายจากการกระทำของนายแดงก็ยังคงอยู่ และปัญหาอีกประการก็คือ หากแม้ขณะนั้นนายแดงจะมีความคิดที่จะกระทำความผิดอาญาจริงๆ เช่นจากการค้นตัวในภายหลังจะพบว่านายแดงมีเชือก และตัวยาที่มีฤทธิ์ทำให้สลบใ้ไว้อยู่ในกระเป๋า แต่สิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือการกระทำของนายแดงชัดเจนเพียงพอที่ควรจะได้รับ การลงโทษหรือไม่ การให้อำนาจรัฐลงโทษการกระทำที่ยังไม่ชัดเจนเพียงพออาจเกิดปัญหาขึ้นมาใหม่จากการลดความเสี่ยงที่จะเกิดการกระทำความผิดของประชาชน แต่กลับเพิ่มความเสี่ยงที่ประชาชนจะถูกละเมิดสิทธิจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของเจ้าพนักงานรัฐ (Abuse of power) ก็เป็นไปได้

ปัญหาดังกล่าวปรากฏชัดในกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเรื่องการตีความคำว่า “ลงมือ” ในการพยายามกระทำความผิด ซึ่งแม้จะเป็นที่ทราบกันดีในหมู่นักกฎหมายว่า การลงมือถือคือการกระทำที่โดยขั้นตอนการเตรียมมาแล้ว หากแต่ปัญหาที่เป็นข้อถกเถียงกันก็คือว่า การลงมือนั้นเริ่มตั้งแต่เมื่อใด ในเรื่องนี้มีแนวความคิดเห็นหลากหลายทฤษฎี เช่นหลักความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของการกระทำนั้น หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ ฯลฯ แต่จากการพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกา⁷ จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาของไทยยึดหลักความใกล้ชิดต่อผลที่ถือว่า ผู้กระทำจะลงมือกระทำความผิดต่อเมื่อได้กระทำการขั้นสุดท้าย (last act) หรือการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนสุดท้ายออกไปแล้วเท่านั้น ซึ่งแม้หลักในเรื่องการกระทำขั้นสุดท้ายจะเป็นหลักที่ง่ายซึ่งสร้างความเป็นเอกภาพในการพิจารณาคดีว่าการกระทำขั้นตอนใดเป็นลงมือ เพราะเพียงดูว่าผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (รวมทั้งส่วนหนึ่งของการกระทำนั้น) ไปแล้วหรือไม่

หากแต่หลักความใกล้ชิดต่อผล มีข้อเสียอย่างยิ่งในการนำมาใช้เพื่อป้องกันความเสียหายเพราะรัฐจะต้องรอจนผู้กระทำได้กระทำการขั้นตอนสุดท้าย ซึ่งใกล้ชิดกับความเสียหายมากที่สุด และจะเป็นการยากที่รัฐจะเข้าคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย และป้องกันความเสียหายไม่ให้เกิดแก่สังคม ข้าพเจ้าจึงเห็นว่าหากมีตีความคำว่า “ลงมือ” โดยอาศัยแนวความคิดเรื่องความผิดที่เป็นการเริ่มต้นแล้วไม่ควรจะนำหลักความใกล้ชิดต่อผลมาใช้ตีความอีกต่อไป

⁷ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3 น.473

ข้าพเจ้าเห็นว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดอาญาที่เป็นการเริ่มต้นนั้นจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอ(Overt act) ที่จะแสดงออกว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิด และจะต้องเป็นการกระทำที่เลยขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial step) สำหรับการกระทำความผิดฐานนั้นแล้วด้วยซึ่งขั้นตอนที่สำคัญในที่นี้ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะถึง “Substantial step” ใน Model Penal Code ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ใช้ในกรณีพยายามกระทำความผิดหากแต่หมายถึงขั้นตอนที่สำคัญเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะประกอบอาชญากรรมของผู้กระทำ และสำคัญเพียงพอที่รัฐจำเป็นต้องเข้าไปป้องกันการกระทำไม่ให้เกิดการกระทำดังกล่าวดำเนินต่อไป เช่นในการใช้ให้กระทำความผิดนั้น การกระทำขั้นตอนที่สำคัญก็คือการแสดงเจตนาต่อผู้ให้ว่าใช้ให้ไปกระทำความผิด และผู้ให้รับทราบการแสดงเจตนา นั้น หากกฎหมายลงโทษตั้งแต่ในขั้นตอนเขียนจดหมายเพื่อจะส่งไปใช้ หรือแม้ส่งจดหมายไปแล้วแต่จดหมายไปไม่ถึงผู้ใดเลย ก็จะเป็นการลงโทษการกระทำที่อยู่ห่างไกลจากความเสียหายมากจนเกินไป แต่ก็หาจำเป็นต้องรอจนถึงขนาดให้ผู้ให้ตอบรับว่าจะไปกระทำความผิดเสียก่อนไป เพราะจะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันความเสียหาย ดังนั้นเพียงเลยขั้นตอนที่สำคัญคือการแสดงเจตนาเพื่อใช้ และผู้ถูกใช้ทราบการแสดงเจตนาดังกล่าวก็เพียงพอที่กฎหมายจะเข้าไปป้องกันการกระทำความผิดแล้วเช่นนี้เป็นต้น