

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดประเภทหนึ่งในกฎหมายอาญา เป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ยังไม่เกิดผลเป็นความผิดสำเร็จ ปัญหาที่สำคัญอย่างหนึ่งที่มีการถกเถียงกันอย่างมาก คือ การกำหนดขนาดของภยันตรายที่น้อยที่สุดที่จะถือเป็นหลักฐานพอเพียงว่าการกระทำนั้นเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดทางอาญาหรือไม่¹¹ การหาคำตอบในปัญหานี้จำเป็นต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิด ดังต่อไปนี้

2.1 องค์ประกอบความรับผิดทางอาญา

องค์ประกอบความรับผิดทางอาญาหรือพื้นฐานความรับผิดทางอาญาตั้งอยู่บนสถานะทางการกระทำ (acts) และสถานะทางจิตใจ (mind) ของผู้กระทำผิด ตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาที่ไม่ลงโทษความคิดของบุคคลที่ยังไม่ได้แสดงออกมาเป็นการกระทำ (voluntas reputabitur pro facto) กฎหมายอาญาจะลงโทษเฉพาะการกระทำหรือไม่กระทำของบุคคลที่เป็นการยืนยันเจตจำนงของบุคคลนั้นออกมาให้เห็นภายนอกแล้วเท่านั้น เรื่องภายในจิตใจมนุษย์ ความคิดการตัดสินใจที่จะกระทำผิด การไตร่ตรองทบทวน หรือการตกลงใจที่จะกระทำความผิดกฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษ¹² แม้ผู้นั้นจะมีจิตใจชั่วร้าย แต่เมื่อมีการกระทำหรือไม่กระทำตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว องค์ประกอบทางจิตใจของผู้กระทำผิดหรือสถานะทางจิตใจจะเป็นหลักฐานหรือเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของความรับผิดในทางอาญา¹³ ตามแนวคิดเกี่ยวกับต้นเหตุแห่งการ

¹¹ Jerome Hall. (1996). *general principles of criminal law*. p. 576.

¹² คณิต ณ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 272.

¹³ เสนาะ เอกพนธ์. (2501). “พยายามฆ่าคนตายตามกฎหมายไทยและอังกฤษ.” *ตุลพาหะ*, ปีที่ 5, เล่มที่ 11, หน้า 176 - 177. ดูเปรียบเทียบโครงสร้างความรับผิดทางอาญาใน จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 31. คณิต ณ นคร. (2543). *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 68. และ เกียรติขจร วังนสวรรค์. (2546). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 58.

กระทำความผิดทางอาญาที่ถือว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำความผิดมีจิตใจชั่วร้าย ผู้กระทำความผิดมีอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดก็ได้ตามชอบใจ แต่ผู้นั้นได้เลือกเอาข้างการกระทำความผิด (free will) ความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำของผู้กระทำความผิดจึงมีเหตุผลเชื่อมโยงกับสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย¹⁴

2.1.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective)

การกระทำ (acts) หมายถึง การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึกในการกระทำ ซึ่งเป็นสภาวะที่แสดงออกมาถึงการประสานกันของสภาวะทางจิตใจและสภาวะทางกายภาพ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายนั้นเกิดมาจากการคิด ไตร่ตรอง ตกลงใจที่จะกระทำ ถ้าขาดสภาวะทางจิตใจดังกล่าวถือว่าไม่มีการกระทำขึ้นเลย เช่น การละเมอ การถูกสะกดจิต เป็นต้น

ไม่ใช่ทุกการกระทำ (acts) ที่แสดงออกมาโดยรู้สำนึกจะมีความรับผิดชอบในทางอาญา เกณฑ์ความรับผิดชอบในทางอาญาดังอยู่บนการกระทำโดยจงใจ¹⁵

ลักษณะของการกระทำแบ่งออกได้เป็นการกระทำพื้นฐาน (basic action) และการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำพื้นฐาน (non basic action) การกระทำพื้นฐาน (basic action) หมายถึง การกระทำที่เป็นการเคลื่อนไหวของร่างกายในทางธรรมชาติ เป็นการอธิบายความหมายของการกระทำในทางวิทยาศาสตร์ที่ว่ากระทำเพียงเป็นปรากฏการณ์ทางธรรมชาติ ส่วนการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำพื้นฐาน (non basic action) เป็นการกระทำที่ซับซ้อนกว่าซึ่งอธิบายโดยใช้ปรากฏการณ์ในทางสังคมมาอธิบาย เช่น นาย A ขยับแขนขวาก่อนหันไปทีหน้าต่างของ B แตะทำให้ไหล่เจ็บและทำให้กระจกของ B แตกเสียหาย การกระทำที่เป็น basic action คือ การขยับแขน การขวาก่อนหัน หากมองแต่เพียง basic action ย่อย ๆ แต่ละการกระทำจะไม่เป็นความผิด แต่ถ้ามองภาพรวมการกระทำทั้งหมดตั้งแต่การที่นาย A ขยับแขนไปจนถึงการที่กระจกหน้าต่างแตก จะเป็นการประกอบกันของ basic action ย่อย ๆ เป็นลำดับต่อเนื่องกันรวมขึ้นเป็นเหตุการณ์ที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบประกอบด้วยองค์ประกอบทางด้านจิตใจ (mind) อันเป็นความหมายของการกระทำตามที่กฎหมายอาญาต้องการ

2.1.1.1 ประเภทของการกระทำทางอาญา

การกระทำในทางอาญาแบ่งออกได้เป็น การกระทำอันแท้จริง คือ การเคลื่อนไหวร่างกายอย่างใดอย่างหนึ่ง และการไม่กระทำ คือ การไม่เคลื่อนไหวร่างกายประเภทที่กฎหมาย

¹⁴ หยุด แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 3.

¹⁵ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. pp. 240 - 241.

บัญญัติให้เป็นการกระทำอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งการไม่เคลื่อนไหวร่างกายแบ่งออกได้เป็น การงดเว้นการกระทำ และการละเว้นไม่กระทำอีกอย่างหนึ่งซึ่งมีความรับผิดชอบแตกต่างกันออกไป

ก. การแบ่งแยกประเภทของความผิดในแง่ของการกระทำ¹⁶ ประเภทความผิดทางอาญาที่แบ่งแยกในแง่ของการกระทำสามารถแบ่งออกได้เป็น

1) ความผิดโดยการกระทำกับความผิดโดยการงดเว้นและความผิดโดยการละเว้น ความผิดโดยการกระทำเป็นความผิดที่เกิดจากการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้กระทำผิด เป็นความผิดที่กระทำอยู่โดยปกติ เช่น ลักทรัพย์ ทำร้ายร่างกาย เป็นต้น ความผิดโดยการกระทำนั้นยังรวมถึงการงดเว้น คือ การไม่กระทำการอย่างใดที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดในกฎหมายอาญาถือว่าเป็นความผิดเท่ากับการกระทำ ตำรากฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับว่าบุคคลกระทำผิดโดยการงดเว้นได้ แต่ตำรากฎหมายเยอรมัน สวิส ออสเตรีย และเชโกสโลวาเกียและประเทศไทย¹⁷ ยอมรับว่าบุคคลอาจกระทำความผิดโดยการงดเว้นได้ถ้าบุคคลนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลของการงดเว้นนั้น¹⁸ ส่วนความผิดโดยการละเว้นการกระทำเป็นความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่าการไม่กระทำในพฤติการณ์อย่างใดเป็นความผิด หรือการละเว้นกระทำในกรณีใดเป็นความผิด ได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้วในหัวข้อ 2.2.5 ซึ่งเป็นความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายามได้

2) ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏกับความผิดที่ไม่ต้องมีผลปรากฏ ความผิดที่ต้องมีผลปรากฏ หมายถึง ความผิดที่ผลของการกระทำเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของความผิด ถ้ามีการกระทำแต่ไม่เกิดผลสุดท้ายหรือผลตามที่กฎหมายนั้นบัญญัติไว้ความผิดก็ยังไม่เกิดขึ้นสำเร็จจะเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด โดยถือเอาผลสุดท้ายของการกระทำหรือผลตามเนื้อหาของความผิดตามกฎหมายเป็นตัวแบ่งแยกระหว่างความผิดสำเร็จกับความผิดฐานพยายาม เช่น ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ผลสำเร็จของความผิดนี้คือความตายของผู้ถูกกระทำ ถ้าไม่ตายก็ถือว่าเป็นเพียงการพยายามกระทำความผิด ส่วนความผิดที่ไม่ต้องการผลนั้น หมายถึง ความผิดที่ผู้กระทำเพียงกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดก็ถือว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว โดยปกติความผิดที่ไม่ต้องการผลอันเป็นผลสุดท้ายของการกระทำ (resultat) ไม่สามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้เพราะไม่มีช่วงของการกระทำระหว่างการเตรียมกับการลงมือกระทำความผิดและความผิดสำเร็จ เมื่อมีการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วจะเป็นความผิดในทันที แต่ในความผิดที่ไม่ต้องการผลอันเป็นผลที่เป็นความประสงค์ใกล้ชิด (butimmediat) นั้นสามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้ เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จ ผลของการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ คือ เข้า

¹⁶ จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 12 - 26.

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคท้าย.

¹⁸ หยุต แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 41.

พนักงานทราบข้อความที่เจ้านั้นแล้วหากเจ้าพนักงานยังไม่ทราบข้อความที่แจ้ง ไม่ว่าไม่เข้าใจข้อความ หรือจดหมายหายกลางทางก็เป็นการพยายามกระทำความผิดได้ หรือความผิดฐานฉ้อโกง เมื่อได้ทรัพย์ไปโดยหลงเชื่อก็เป็นความผิดสำเร็จ ถ้าหลงเชื่อแต่ยังไม่ได้ทรัพย์ไปก็เป็นการพยายามกระทำความผิดได้ เป็นต้น การแบ่งแยกประเภทความผิดเช่นนี้มีประโยชน์ในการวินิจฉัยการแบ่งแยกระหว่างความผิดสำเร็จกับความผิดฐานพยายาม

3) ความผิดธรรมดากับความผิดซับซ้อน

ความผิดธรรมดา หมายถึง ความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเดียวหรือกรรมเดียว เป็นความผิดที่เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในขณะที่เดียวกับที่ได้กระทำการ เช่น ทำร้ายร่างกายเขาโดยตีไป 1 ที เป็นความผิดที่เกิดขึ้นจากการกระทำอันเดียวเกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในขณะที่เดียวกับกระทำนั่นเอง

ความผิดซับซ้อน คือ ความผิดที่เกิดจากการกระทำหลายอันหรือหลายกรรมซึ่งมีลักษณะต่างกันออกไป แบ่งออกเป็น

1. ความผิดต่อเนื่อง เป็นความผิดที่มีทั้งการกระทำและเจตนาประกอบกันอยู่ตลอดเวลาที่การกระทำนั้นยังคงมีปรากฏอยู่ ส่วนความผิดธรรมดาที่เกิดจากการกระทำครั้งเดียวแต่มีผลปรากฏอยู่ต่อมาการกระทำและเจตนาเกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วในขณะที่กระทำผิดสำเร็จ เพียงแต่ผลเท่านั้นที่ปรากฏอยู่โดยไม่มีการกระทำหรือเจตนาติดต่อกันอยู่อีก เช่น เป็นอั้งยี่ มาตรา 209 มีเงินตราปลอม มาตรา 244 เครื่องมือทำเงินตราปลอม มาตรา 246 ความผิดฐานพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร มาตรา 282-284 เป็นต้น การแบ่งแยกประเภทความผิดต่อเนื่องมีประโยชน์ในการวินิจฉัยเรื่องอายุความ

2. ความผิดที่ยืดออกไป โดยปกติเป็นความผิดธรรมดาซึ่งไม่ต่อเนื่องแต่ผู้กระทำได้ยืดการกระทำออกไปชั่วระยะเวลาหนึ่งทำให้เสมือนเป็นความผิดต่อเนื่อง ได้แก่ ความผิดที่มีการกระทำหลายกรรมโดยผู้กระทำผิดคนเดียวกันในความผิดฐานเดียวกันโดยจุดประสงค์เดียวกัน ต่างคราวกัน เช่น คนใช้ขโมยเงินของนายจ้างจากที่เก็บอันเดียวกันหรือหลายอันวันละเล็กละน้อย หรือคราวเดียวกัน เช่น ขโมยขึ้นบ้านขนของมาในคราวนั้นทีละชิ้นส่งให้พรรคพวกข้างนอก แม้จะเป็นการขนของหลายคราวแต่เป็นการลักทรัพย์ครั้งเดียวเป็นกรรมเดียว หรือความผิดที่กระทำซ้ำ ๆ กัน โดยจุดประสงค์เดียวกันแม้ต่างเวลาสถานที่หรือผู้เสียหายต่างกัน เช่น เข้าลักทรัพย์ในห้องสองห้องของคนสองคนในเวลาเดียวกัน เป็นต้น

3. ความผิดเป็นปกติธุระ ได้แก่ ความผิดที่ต้องมีการกระทำซ้ำ ๆ กัน ซึ่งแต่ละการกระทำยังไม่เป็นความผิดโดยลำพัง ต่อเมื่อทำซ้ำ ๆ กันจึงจะเป็นความผิดเกิดขึ้น เช่น ให้ที่พำนักซ่อนเร้นแก่ผู้ร้ายเป็นปกติธุระตามมาตรา 214 ดำรงชีพอยู่โดยรายได้ของหญิงซึ่งค้าประเวณี

มาตรา 286 เป็นต้น ซึ่งเป็นความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้โดยสภาพได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้วในหัวข้อ 2.3.4.1 จ.

4. ความผิดที่มีช่วงเวลาวางแผนการกระทำความผิด หรือความผิดที่มีขั้นการเตรียมเพื่อที่จะกระทำความผิดในขั้นต่อไป

ความผิดที่มีการวางแผนในการกระทำความผิด ความผิดนี้เป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดไตร่ตรอง ทบทวน ตกลงใจในการกระทำความผิด แต่ไม่ได้แปรสภาพทางจิตใจมาเป็นการกระทำความผิดตามวัตถุประสงค์ในขณะนั้นเลย จะมีการวางแผนในการประกอบกรกระทำผิด โดยอาจมีขั้นการเตรียมการใด ๆ เพื่อให้พร้อมที่จะลงมือกระทำความผิดได้สำเร็จในขั้นต่อไป หรืออาจเป็นการเตรียมเพื่อกระทำความผิดฐานหนึ่งโดยกระทำการที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในตัวเองอีกฐานหนึ่งก็ได้ ซึ่งความผิดประเภทนี้อาจจะมีช่วงระยะเวลาระหว่างการเตรียมและการลงมือกระทำความผิด และจะเป็นปัญหาในการพิเคราะห์เรื่องการแบ่งแยกกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดเช่นกัน

ข. การแบ่งแยกประเภทของความผิดตามความร้ายแรงของความผิด ในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสแบ่งแยกประเภทของความผิดในแง่ความร้ายแรงออกเป็น 3 ประเภท คือ¹⁹

1. ความผิดชั้นอุกฤษโทษ (felony)
2. ความผิดชั้นมิดemeanour (misdemeanour)
3. และความผิดหลุโทษ (petty offences)

การพยายามกระทำความผิดที่จะต้องรับโทษในต่างประเทศมิได้เฉพาะในความผิดชั้นอุกฤษโทษ (felony) และความผิดชั้นมิดemeanour เท่านั้น ส่วนความผิดหลุโทษจะไม่เอาโทษในชั้นพยายาม เช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 105²⁰

2.1.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective)

ถือกันว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำความผิดมีจิตใจชั่วร้าย ผู้กระทำความผิดมีใจเป็นอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดก็ได้ตามชอบใจ แต่ผู้นั้นได้เลือกเอาข้างกระทำ

¹⁹ ฐิติ ติมาก. (2546). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด. หน้า 60.

²⁰ แนวทางของประเทศไทยการแบ่งแยกประเภทความผิดที่ร้ายแรงกับความผิดธรรมดาซึ่งคงมีปัญหาในทางวิชาการอยู่ว่าควรจะใช้เกณฑ์กำหนดโทษเพียงใด คงมีกำหนดไว้ในระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ว่าด้วยแนวปฏิบัติในการออกหมายจับและหมายค้นในคดีอาญา พ.ศ.2545 ลง 3 ตุลาคม พ.ศ.2545 ข้อ 10.1 ที่กำหนดว่าในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการบัญญัติให้ความหมายความผิดอาญาร้ายแรงตามที่กฎหมายบัญญัติควรถือแนวปฏิบัติในการใช้ดุลยพินิจของศาลว่าหมายถึงความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี

ความผิด²¹ พื้นฐานความรับผิดทางอาญาจึงมิได้อยู่ที่การกระทำแต่เพียงอย่างเดียวแต่ประกอบไปด้วยการกระทำที่มีจิตใจชั่วร้าย

Husak อธิบายพื้นฐานของความรับผิดทางอาญาไม่ใช่ด้วยหลักการกระทำเพียงอย่างเดียว ด้วยเหตุที่ว่ามียุติธรรมที่กฎหมายอาญากำหนดให้มีความรับผิดในการขาดการกระทำ ซึ่งอาจอธิบายได้ว่าการกระทำประกอบไปด้วยเหตุการณ์หรือสถานการณ์ของเรื่องที่เกิดขึ้นจะต้องรับผิดชอบ Husak จึงอธิบายพื้นฐานของความรับผิดในทางอาญาบน “หลักการควบคุม” (control principle) อันหมายถึง บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อเขามีการควบคุมเหนือสถานการณ์ (status) ของเรื่องที่เกิดขึ้นมิใช่เพียงเหนือการกระทำของเขาที่มีการควบคุม และในบางครั้งก็ยุติธรรมเมื่อเขามีการควบคุมเหนือสิ่งที่เขาจะสูญเสียการควบคุม หลักการนี้สามารถอธิบายได้ว่าทำไมความรับผิดสำหรับพฤติกรรมไม่เจตนาจึงเป็นการไม่ยุติธรรมเพราะผู้กระทำนั้นขาดการควบคุมเหนือการกระทำได้กล่าว และอธิบายได้ว่าทำไมจึงมีความรับผิดทางอาญาสำหรับการไม่กระทำ (งดเว้น, ละเว้น) และการกระทำโดยประมาทได้²²

การอธิบายการไม่กระทำที่จะเป็นความผิดทางอาญาอธิบายบนพื้นฐานของหลักการควบคุม คือ การไม่กระทำที่จะเป็นความผิดทางอาญานั้นเป็นการไม่เคลื่อนไหวโดยการตั้งใจ แม้จะไม่มี basic action แต่ก็มีเหตุการณ์อันเป็นลำดับต่อเนื่องในสถานะที่ผู้กระทำต้องการควบคุมให้เกิดขึ้นภายใต้การเคลื่อนไหวทางจิตใจ (mind) ของผู้กระทำที่มุ่งไปสู่ผลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดจึงควรที่จะต้องมีความรับผิดในทางอาญาด้วยเช่นกัน

2.1.2.1 ประเภทขององค์ประกอบทางจิตใจทางอาญา

สถานะทางจิตใจหรือองค์ประกอบทางจิตใจที่เป็นองค์ประกอบภายในของความผิดทางอาญาสามารถแบ่งออกได้เป็น

1. เจตนา หมายถึง ผู้กระทำรู้สำนึกในการที่กระทำและในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น²³

2. ประมาท หมายถึง ผู้กระทำไม่ได้เจตนาแต่ปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่²⁴

²¹ หยุต แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 3.

²² Antony Duff (R.A.Duff). (1996). *Criminal Attempts*. p. 243.

²³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 2.

²⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4.

3. ไม่เจตนาและไม่ประมาท หมายถึง การที่ผู้กระทำไม่มีเจตนาและไม่ประมาทแต่ด้วยเหตุผลในทางกฎหมายอาญาบางประการ เช่น ความยากในการพิสูจน์เจตนาในการกระทำ ความผิดบางอย่างจำเป็นต้องบังคับให้บุคคลมีความรับผิดชอบในทางอาญาโดยเด็ดขาดโดยไม่ต้องมีทั้งเจตนาและประมาท เป็นต้น²⁵

2.1.3 ขั้นตอนการกระทำความผิดทางอาญา

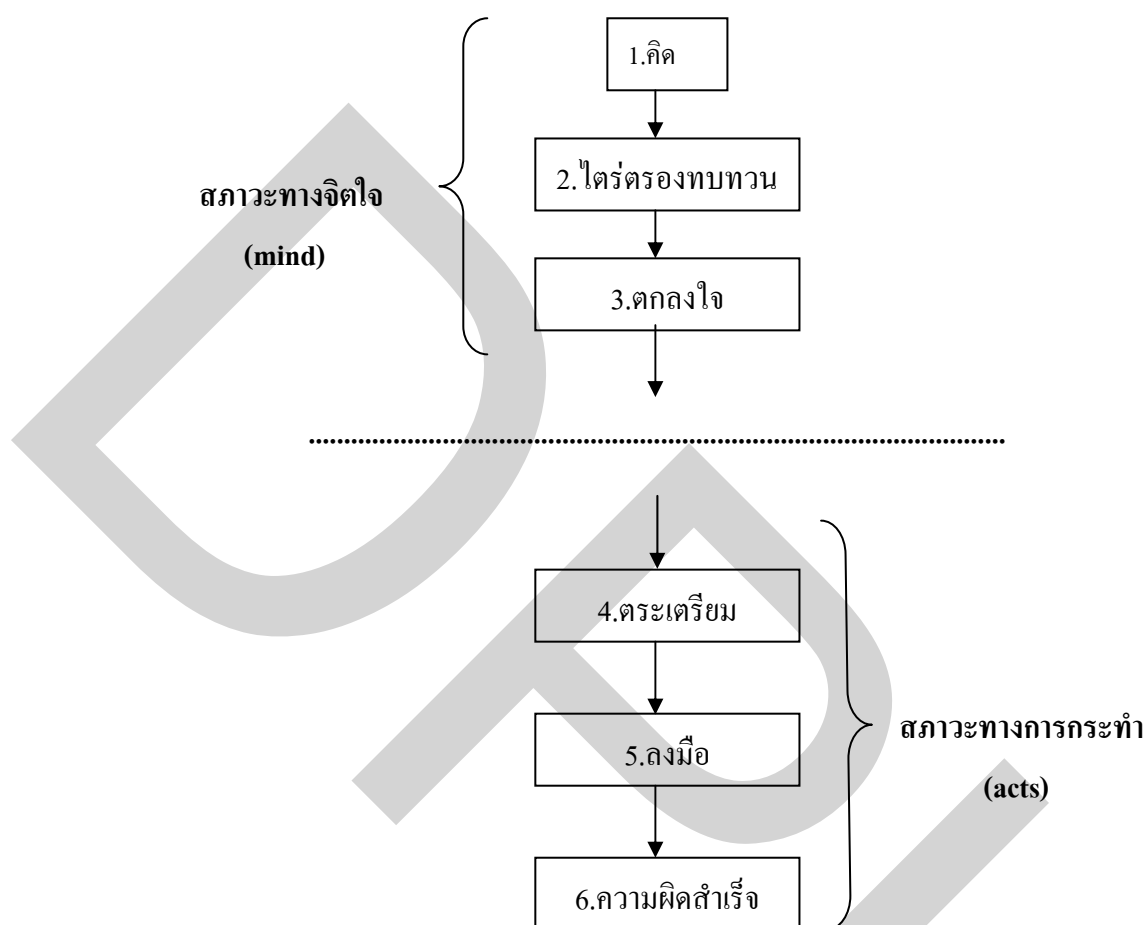
การกระทำทั้งหลายที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญานั้นจะบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จขึ้นเมื่อใดนั้นสามารถทราบได้โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์แห่งความผิดนั้นไว้ เมื่อบุคคลกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดครบถ้วนถือว่าความผิดได้เกิดขึ้นสำเร็จ ซึ่งการกระทำหรือไม่กระทำการใดของบุคคลจะสำเร็จเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ย่อมมีเหตุการณ์เป็นไปตามลำดับ ดังนี้คือ²⁶

1. เริ่มต้นด้วยการมีความคิดที่จะกระทำให้เกิดอันตรายอันต้องห้ามตามกฎหมาย (conception)
2. การไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำความผิด (deliberation)
3. การตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด (resolution)
4. การเตรียมการที่จะกระทำความผิดนั้น (preparation)
5. การลงมือ (commencement) และ
6. ขั้นของการเกิดผลของการกระทำ (consummation, success) โดยมีหรืออาจไม่มีความสำเร็จตามความมุ่งหมายที่ต้องการกระทำ

กระบวนการเกิดความผิดทางอาญาจะเริ่มจากสถานะทางด้านจิตใจของผู้กระทำ เริ่มต้นด้วยมีการคิดที่จะกระทำให้เกิดอันตรายอันต้องห้ามตามกฎหมาย มีการไตร่ตรองหรือทบทวนที่จะกระทำตามที่คิดนั้น มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิด จากนั้นผู้กระทำผิดจะเปลี่ยนสถานะทางด้านจิตใจของตนแสดงออกมาสู่โลกภายนอกทางการกระทำ เริ่มต้นด้วยการเตรียมการที่จะกระทำความผิด ต่อด้วยการลงมือกระทำความผิด และลำดับสุดท้ายจะเป็นขั้นของการเกิดผลของการกระทำความผิดนั้น โดยมีหรืออาจไม่มีความสำเร็จของผลตามความมุ่งหมายที่ต้องการกระทำดังกล่าว

²⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 1 และ จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 268.

²⁶ แหล่งเดิม. หน้า 278. และ หุศต แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 187. และ Jerome Hall. (1996). *general principles of criminal law*. p. 576.



ภาพที่ 2.1 แสดงขั้นตอนการกระทำความผิทางอาญา

โดยทั่วไปกฎหมายอาญาจะไม่เอาผิในขั้นตอนการคิด การไตร่ตรองทบทวนที่จะกระทำความผิ หรือการตกลงใจที่จะกระทำผิกฎหมายตามที่คิด จะลงโทษเฉพาะการยืนยันเจตจำนงของบุคคลออกมาให้เห็นภายนอกแล้วเท่านั้น โดยลักษณะของการกระทำหรือการไม่กระทำสภาวะภายในจิตใจมนุษย์ เช่น ความคิดการตัดสินใจที่จะกระทำผิ การไตร่ตรองทบทวน หรือการตกลงใจที่จะกระทำความผิกฎหมายอาญาจะไม่ลงโทษ²⁷ แม้ผู้นั้นจะมีจิตใจชั่วร้ายเหตุผลเพราะ

²⁷ คณิต ณ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272.

1. ความคิดของบุคคลพิสูจน์ยากถ้าไม่มีการแสดงออกมาภายนอก ความคิดที่เกิดขึ้นผ่านไปผ่านมาในสมองไม่ใช่เรื่องที่จะควบคุมกันได้ และไม่ใช่เป็นเรื่องที่จะพิสูจน์กันง่าย ๆ เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการล่วงรู้กันได้โดยการเปิดเผยความในใจด้วยวาจาของผู้มีความคิดนั้นเอง²⁸

2. เป็นการยากที่จะแยกว่าความคิดของบุคคลนั้นเป็นความคิดที่เพื่อฝัน หรือเป็นความคิดที่จะกระทำอย่างนั้นอย่างแน่นอน ซึ่งในช่วงระยะเวลาระหว่างที่มีการคิดจนถึงการตกลงใจและลงมือกระทำผิดในระยเวลานั้นอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงความคิดและเลิกล้มที่จะกระทำ ความผิดเสียได้

3. กฎหมายอาญาไม่ควรจะมีความหมายกว้างจนครอบคลุมไปถึงผู้ที่เพียงแต่คิด แต่ไม่เคยปล่อยให้ความคิดมีผลถึงขนาดเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย²⁹

4. การคิดร้ายย่อมไม่อยู่ในอำนาจของบุคคลที่จะป้องกันมิให้เกิดขึ้นได้ เช่นเดียวกันกับการที่มีใต้อยู่ในอำนาจของบุคคลที่จะป้องกันมิให้พฤติกรรมภายนอกออกมาจนให้บุคคลเกิดความคิดร้าย อนึ่งเมื่อได้มีการคิดร้ายแล้วผู้คิดร้ายจะกลับความคิดร้ายนั้นเสียเมื่อใดก็ได้ และแม้จะยังคิดร้ายอยู่ ผู้คิดร้ายอาจยับยั้งไม่ลงมือกระทำตามที่คิดร้ายนั้นก็ได้ เพราะเหตุเหล่านี้แต่เพียงความคิดร้ายของบุคคลหาเป็นผลให้เกิดอันตรายแก่ผู้อื่นไม่ กฎหมายจึงไม่เหลียวแลถึงความคิดร้ายของบุคคลและไม่รับเอามาบัญญัติเป็นความผิด³⁰

5. แม้จะได้มีการตกลงใจที่จะกระทำผิดตามความคิดร้ายนั้นแล้วก็ตาม ก็ยังอยู่ในความรับผิดชอบของบุคคลผู้คิดร้ายและตกลงใจที่จะยับยั้งไม่ลงมือกระทำตามที่คิดร้ายนั้นเสียก็ได้ และแต่เพียงการตกลงใจของบุคคลที่จะกระทำการอันใดอันหนึ่งแม้การกระทำนั้นจะเป็นกรรมชั่ว ก็ยังหาได้ก่อให้เกิดอันตรายประการใดแก่ผู้อื่นไม่ กฎหมายจึงยังไม่เอื้อมมือเข้าไปเกี่ยวข้องและไม่รับเอามาบัญญัติเป็นความผิดเช่นเดียวกับการคิดร้าย³¹

แต่เมื่อมีการกระทำหรือไม่กระทำตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดแล้ว สถานะทางด้านจิตใจดังกล่าวจะเป็นหลักฐานหรือองค์ประกอบส่วนหนึ่งของความผิดทางอาญา³² ตาม

²⁸ วิจิตร ลุตตานนท์. (2507). กฎหมายอาญา ภาค 1. คำสอนชั้นปริญญาตรีคณะนิติศาสตร์ชั้นปีที่ 4 กฎหมายอาญาภาค 1,มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 97.

²⁹ Smith & Hogan. *Criminal Law*. p. 142. อ้างถึงใน เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 92.

³⁰ อรรถการิษฐ์นิพนธ์,พระยา. (2512). “ความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา.” บทบัญญัติ,เล่มที่ 26, ตอน 1 – 2. หน้า 101.

³¹ แหล่งเดิม. หน้า 102.

³² เสนาะ เอกพจน์. (2501). เล่มเดิม. หน้า 176 – 177.

แนวคิดเกี่ยวกับต้นเหตุแห่งการกระทำความผิดทางอาญาที่ถือว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำความผิดใจชั่วร้ายผู้กระทำความผิดมีอิสระที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำความผิดก็ได้ตามชอบใจ แต่ผู้นั้นได้เลือกเอาข้างการกระทำความผิด (free will) ความรับผิดชอบในทางอาญาของบุคคลจึงมีเหตุผลเชื่อมโยงกับสภาวะจิตใจของผู้กระทำความผิดด้วย³³ ซึ่งกฎหมายอาญาเรียกว่าเป็นองค์ประกอบภายในของการกระทำความผิด

ต่อมาถัดจากลำดับชั้นความคิด การไตร่ตรองทบทวนและการตกลงใจในการกระทำความผิด ผู้กระทำอาจกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดต่อไปอีกเพื่อให้พร้อมที่จะลงมือกระทำความผิดให้สำเร็จในชั้นต่อไป ในขั้นนี้เรียกว่าเป็นการเตรียมกระทำความผิดซึ่งโดยปกติยังไม่ถือว่าเป็นการเริ่มต้นความผิดอาญา แม้ว่าจะเป็นการแสดงออกซึ่งการกระทำแล้ว เหตุผลเพราะ

1. การเตรียมกระทำความผิดยังห่างไกลกับความผิดสำเร็จอย่างมาก กรณีจึงยังถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำที่สันตะเทือนความรู้สึกในความถูกต้องของสาธารณชน³⁴ และยังไม่เป็นการแสดงออกที่น่าเชื่อถือได้อย่างเพียงพอถึงจิตใจที่จะเป็นอาชญากร อย่างแน่นอน³⁵ และ

2. ยังเป็นกิจการที่ห่างเหินต่ออันตรายแก่ชุมชน กับทั้งผู้เตรียมยังมีโอกาสที่จะกลับใจไม่กระทำการตามที่เตรียมนั้นต่อไปได้³⁶

เว้นแต่ในการสมคบ หรือเตรียมกระทำความผิดบางฐานที่กฎหมายต้องการเอาโทษกับบุคคลโดยเหตุผลพิเศษ เพราะ

1. เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงพอที่กฎหมายจะถือเป็นความผิดเทียบเท่ากับความผิดสำเร็จ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 107 การสมคบ เตรียมหรือพยายามปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ ,มาตรา 108 การสมคบ เตรียมหรือพยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ ,มาตรา 109 การสมคบ เตรียมหรือพยายามปลงพระชนม์พระราชินีหรือรัชทายาทหรือฆ่าผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ,มาตรา 110 การสมคบ เตรียมหรือพยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระราชินีหรือรัชทายาท หรือต่อร่างกายหรือเสรีภาพของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เป็นต้น

³³ หยุด แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 3.

³⁴ คณิต ณ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272.

³⁵ Andenaes. *The General Part of the Criminal Law of Norway*. p. 288. อ้างถึงใน เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 492.

³⁶ อรรถการีย์นันพนธ์,พระยา. (2512). เล่มเดิม. หน้า 102.

2. หรือเป็นเพราะความยากในการพิสูจน์การกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำความผิดกับการพยายามกระทำความผิดในความผิดอาญาบางฐาน เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 การเตรียมวางเพลิงที่บัญญัติให้มีความผิดเท่ากับการพยายามวางเพลิง เป็นต้น³⁷

จนกระทั่งเมื่อลำดับเหตุการณ์ในการกระทำความผิดผ่านมาถึงขั้นการลงมือกระทำความผิดจึงเริ่มเอาผิดแก่บุคคลในทางอาญา หากเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ไม่ถึงขั้นความผิดสำเร็จ เรียกว่า เป็นการพยายามกระทำความผิด (criminal attempts) ความผิดนี้มีนักวิชาการเรียกชื่ออย่างอื่นอีกว่าเป็น ความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิด (inchoate offences), ความผิดในขั้นแรก (precursor offences), ความผิดทุติยภูมิ (secondary offences), ความผิดที่เป็นมาตรการป้องกัน (preventive offences) หรือ ความผิดที่ไม่สำเร็จ (nonconsummate offences) ซึ่งจะมียุทธศาสตร์และโครงสร้างความรับผิดชอบแตกต่างไปจากความผิดในส่วนเนื้อหาของความผิด (substantive offences) ในกฎหมายอาญาโดยทั่วไป³⁸ โดยมีการให้เหตุผลในการกำหนดให้การพยายามกระทำเป็นความผิดในทางอาญาไว้หลาย ๆ ประการด้วยกันคือ

1. ถือว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่สิ้นสะท้อนความรู้สึกในความถูกต้องของสาธารณชนแล้ว

2. เพราะถือว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อวัตถุหรือสิ่งที่มีงูกระทำต่อหรือเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมาย

3. เพราะว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นการกระทำของผู้มีอันตราย คือ เป็นการกระทำของผู้มีเจตจำนงในการประกอบอาชญากรรม³⁹

4. เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นความใกล้ชิดและเสี่ยงต่อความเสียหายอันจะเกิดขึ้นเนื่องจากความผิดที่อาจสำเร็จลงเป็นอันมาก ซึ่งจะกระทบกระเทือนถึงสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง⁴⁰

5. เพื่อเป็นการจำกัดความรุนแรงก่อนที่มันจะเริ่มขึ้น (Nip violence in the bud and do that without hindrance from existing law)⁴¹ หรือเพื่อเป็นการป้องกันขัดขวางการกระทำที่เป็น

³⁷ จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 287.

³⁸ แหล่งเดิม. หน้า 278.

³⁹ คณิต ฒ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272 – 273.

⁴⁰ คณิต ฒ นคร. (2523). “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ, ฉบับที่ 25. หน้า 55 – 61.

⁴¹ เป็นคำกล่าวของศาลอาญากลางอังกฤษในกรุงลอนดอน (the court of star chamber) ในศตวรรษที่ 16. as cited in. Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p. 565.

อันตรายโดยทำให้การกระทำนั้นจบลงก่อนที่มันจะเกิดขึ้น (nip the practice in the bud)⁴²

5. เพื่อเป็นการยืนยันอำนาจรัฐในการรักษาระเบียบของสังคม⁴³ และในขณะเดียวกัน เพื่อเป็นการยับยั้งไม่ให้บุคคลกระทำความผิด⁴⁴ และ

6. เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้อื่นกระทำการอย่างนั้นต่อไปอีก⁴⁵

และลำดับต่อไปถ้าหากมีผลของการกระทำสมตามความมุ่งหมายที่กฎหมายบัญญัติตามความผิดฐานนั้น ๆ แล้ว ก็จะเป็นขั้นการเกิดความผิดสำเร็จ ซึ่งจะเป็นความผิดที่บัญญัติอยู่ในส่วนเนื้อหาความผิด (substantive offence) ได้แก่ ความผิดในภาค 2 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

2.2 ลักษณะทั่วไปของการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

2.2.1 ความหมาย

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดซึ่งอยู่ระหว่างขั้นตอนการเตรียมกระทำ ความผิดกับการเกิดความผิดสำเร็จ

การเตรียมกระทำความผิด หมายถึง การกระทำการใด ๆ อันจะช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่การลงมือกระทำความผิด⁴⁶ หรือการที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปเพื่อให้พร้อมที่จะลงมือกระทำความผิดได้สำเร็จในขั้นต่อไป⁴⁷

ความผิดสำเร็จ หมายถึง การที่ผู้กระทำได้กระทำการตามเจตนาจนเกิดผลครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นองค์ความผิดไว้แล้ว

ส่วนการพยายามกระทำความผิด หมายถึง การกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมการกระทำผิดมาแล้วจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จตามเจตนาครบถ้วน

⁴² เป็นคำกล่าวของ Francis Bacon อธิบดีกรมอัยการของอังกฤษในปี ค.ศ.1615 as cited in. Jerome Hall. (1996). **general principles of criminal law**. p. 568.

⁴³ เป็นคำกล่าวใน Paul K. Ryu. (1951). **Contemporary Problems of Criminal Attempts**. 32 N.Y.U.L. Rev. pp. 1170 – 1172. อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). **หลักกฎหมายอาญา**. หน้า 100.

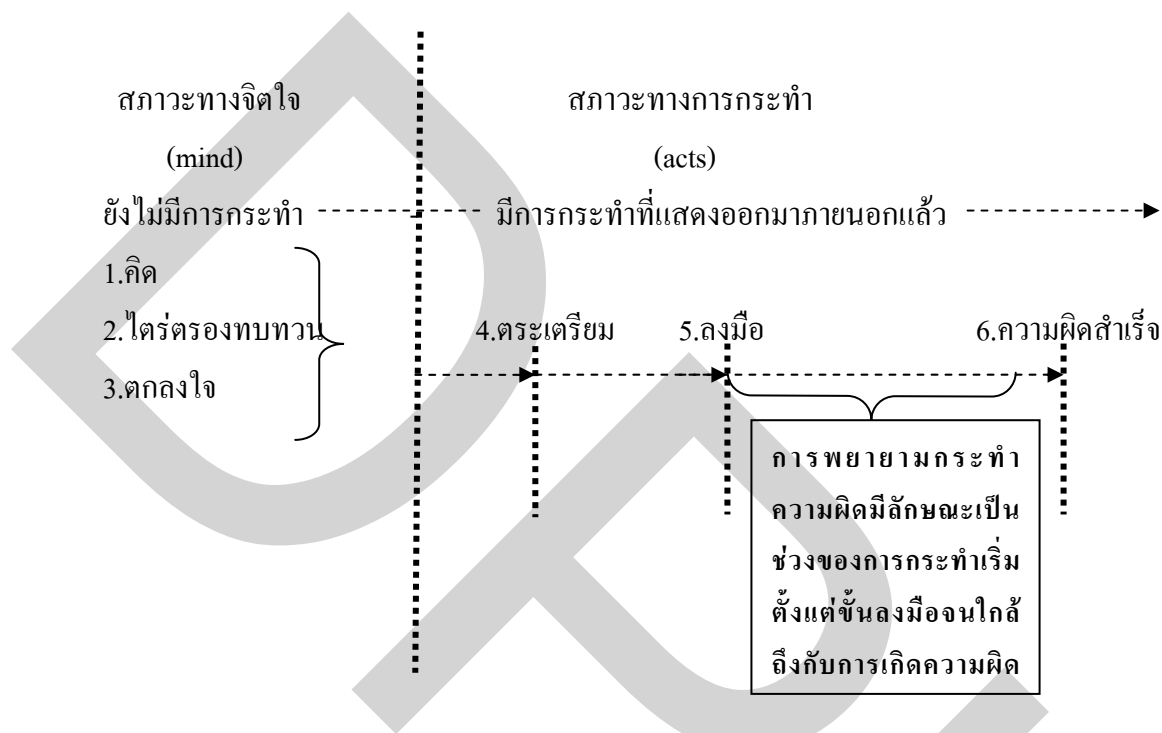
⁴⁴ wayne R. La Fave and Austin W. Scott. (1986). **Handbook on Criminal Law**. p. 498. อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2539). **หลักกฎหมายอาญา**. หน้า 100.

⁴⁵ “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/101/ 2483. (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483). รายงานการประชุม คณะกรรมการกฤษฎีกา ตอน 8, เล่มที่ 2, ครั้งที่ 120/101/2483. หน้า 7.

⁴⁶ หยุต แสงอุทัย. (2548). **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127**. หน้า 187.

⁴⁷ จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1**. หน้า 287.

ตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นองค์ความผิดไว้ ซึ่งต้องพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่เจตนาก่อทำเป็นกรณี ๆ ไป⁴⁸



ภาพที่ 2.2 แสดงความหมายของการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

2.2.2 หลักเกณฑ์ของการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

กรณีจะถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดได้จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้⁴⁹

2.2.2.1 องค์ประกอบภายนอก (Objective)

- ก. ต้องมีผู้กระทำความผิด หมายถึง บุคคลธรรมดา
- ข. ต้องมีการกระทำความผิด หมายถึง มีการกระทำหรือไม่กระทำที่เป็นเหตุการณ้อยู่ภายใต้บังคับจิตใจ แยกออกได้เป็น 3 ส่วน⁵⁰

⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 317.

⁴⁹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 358 - 359. และดู คณิศ นนทร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 276.

⁵⁰ จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 112 - 119.

1) อิริยาบถ (origin ,movement) ได้แก่ การเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายโดยรู้สำนึกซึ่งหมายถึงการเคลื่อนไหวร่างกายโดยจิตใจบังคับเพื่อให้บรรลุผลตามเจตนา

2) พฤติการณ์ประกอบอิริยาบถ (circumstances) ในการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถเดียวกันย่อมมีผลต่างกันแล้วแต่พฤติการณ์ประกอบ เช่น การกำมือ งอแขน กระดิกนิ้ว จะเป็นการยิงปืนต่อเมื่อมีพฤติการณ์ที่มีปืนที่ยิงได้อยู่ในมือ และจะเป็นการฆ่าคนต่อเมื่อมีพฤติการณ์เพิ่มเติมคือมีคนอยู่ในวิถีกระสุน พฤติการณ์ใดจะมีความสำคัญในกฎหมายหรือไม่ ย่อมแล้วแต่บทบัญญัติของกฎหมายในกรณีนั้น ๆ พฤติการณ์ประกอบการเคลื่อนไหวอิริยาบถมิใช่ผลของการกระทำ จึงเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 53 วรรค 3 ซึ่งผู้กระทำความผิดนั้นนั้นก็ถือว่าไม่มีเจตนา และองค์ประกอบเหล่านี้มิใช่ผลของการกระทำ เพราะถ้าขาดองค์ประกอบที่เป็นข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ ความผิดจะไม่เกิดขึ้นเลยแม้ในชั้นพยายามก็ไม่เป็นความผิด จะเป็นพยายามได้ก็เมื่อการกระทำประกอบด้วยพฤติการณ์ดังที่บัญญัติไว้แต่กระทำไม่สำเร็จ

3) ผลจากอิริยาบถและพฤติการณ์ประกอบนั้น (circumstances) การกระทำความผิดย่อมสำเร็จลงเมื่อมีผลเกิดขึ้นจากการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถประกอบนั้น ผลแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

ผลที่เป็นความประสงค์ใกล้ชิด (butimmediat) ซึ่งรวมอยู่ในการกระทำนั้นเอง หรือผลสุดท้าย (resultat) ซึ่งเกิดขึ้นต่างหากจากอิริยาบถนั้นอีกส่วนหนึ่ง ผลประเภทแรกนี้คือการกระทำที่สำเร็จอยู่ในตัว คือเพียงแต่ทำสำเร็จลงเมื่อใดก็เป็นผลของการกระทำเมื่อนั้น ไม่ต้องมีอะไรเกิดขึ้นจากการกระทำเสร็จสิ้นลงนั้นอีก เช่น การแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน⁵¹ เมื่อได้แสดงข้อความเท็จให้เจ้าพนักงานทราบเมื่อใด ก็ถือว่าการกระทำเกิดผลครบองค์ความผิดเมื่อนั้น เป็นต้น หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นความผิดที่ไม่ต้องการผลนั้นเอง และ

ผลประเภทที่สอง คือ ผลสุดท้ายหรือผลที่กฎหมายบัญญัติ (resultant) เป็นหลักเกณฑ์องค์ความผิดที่ต้องเกิดขึ้นจากการเคลื่อนไหวหรือไม่เคลื่อนไหวอิริยาบถนั้น เป็นผลที่จะต้องพิจารณาว่าเมื่อใดจึงจะถือได้ว่าผลอันหนึ่งเกิดจากการกระทำอันหนึ่ง เช่น การฆ่าคนหรือความผิดฐานฆ่าคนย่อมหมายถึงการกระทำให้คนตาย เป็นต้น ความผิดประเภทนี้มีการแยกการกระทำและผลของการกระทำออกจากกันจึงมีปัญหาข้อพิจารณาในทางวิชาการต่อเนื่องถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137.

ค. การกระทำหรือไม่กระทำนั้นเลขกระบวนการกระทำความผิดทางอาญาในชั้นเตรียมไปจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว การกระทำของผู้กระทำความผิดที่ผลักดันเจตนาของผู้กระทำออกมาจนถึงระดับที่กฎหมายพยายามต้องการในการลงโทษบุคคลนั้น หมายถึง การกระทำจนถึงขั้นการลงมือกระทำความผิดเป็นต้นไป การพยายามกระทำความผิดจึงเริ่มเมื่อมีการกระทำอันเป็นการลงมือกระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นต้นไป

ง. การกระทำหรือไม่กระทำนั้นยังไม่เป็นความผิดสำเร็จ คือ ผู้กระทำได้กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล และ

จ. ประกอบกับองค์ประกอบความผิดในส่วนเนื้อหาของความผิดที่ผู้กระทำพยายามกระทำความผิดในฐานความผิดนั้น ๆ

2.2.2.2 องค์ประกอบภายใน (Subjective)

ต้องมีเจตนา คือ ผู้กระทำต้องมีเจตนากระทำความผิดในความผิดฐานนั้น ๆ โดยมีการตัดสินใจโดยปราศจากเงื่อนไข คือ การตัดสินใจเด็ดขาดที่จะกระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่ง ไม่ขึ้นอยู่กับความคิดทบทวนอะไรอีก กล่าวคือในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นแผนการกระทำความผิดปรากฏขึ้นแน่ชัดแล้ว สืบเนื่องจากแนวคิดพื้นฐานในเรื่องความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิด (criminal liability attempts) ที่ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดจะผูกโยงสัมพันธ์อยู่กับระดับความเข้มข้นของความเสี่ยงในเจตนาของตัวผู้กระทำผิดตามแนวคิดภัยอันตรายทุติยภูมิ (secondary harm)

แม้ว่าองค์ประกอบภายในเรื่องเจตนาจะเป็นองค์ประกอบสำคัญในความผิดฐานพยายามซึ่งหากไม่มีเจตนาที่ไม่สามารถลงโทษได้ แต่เฉพาะเจตนาเท่านั้นยังไม่เพียงพอจะเป็นความผิดฐานพยายามได้ ความผิดฐานพยายามยังต้องการหลักฐานของเจตนาในการพิจารณาโทษผู้ที่พยายามกระทำความผิด คือ การกระทำของผู้กระทำความผิดที่ผลักดันเจตนาของผู้กระทำออกมาจนถึงระดับที่กฎหมายพยายามต้องการในการลงโทษบุคคลนั้น (ขั้นการลงมือพยายามกระทำความผิด)⁵² ในส่วนการวินิจฉัยว่าผู้กระทำจะพยายามกระทำความผิดฐานใดนั้น ต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าผู้กระทำมีเจตนากระทำความผิดในส่วนที่เป็นเนื้อหาของความผิดในฐานใดเสียก่อน เพราะการพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดที่กระทำโดยเจตนาเท่านั้น เจตนา นั้นนอกจากเป็นเจตนาประสงค์ต่อผลแล้ว ยังรวมถึงเจตนาเล็งเห็นผลด้วย

⁵² Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 33.

2.2.3 แนวคิดการบัญญัติให้การพยายามเป็นความผิดทางอาญา⁵³

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา (inchoate offence) ชนิดหนึ่ง มีองค์ประกอบ เนื้อหาความผิดและอัตราโทษแตกต่างไปจากความผิดในส่วนเนื้อหาของความผิด (substantive offence) หรือความผิดในภาคความผิดโดยทั่วไป แนวคิดเกี่ยวกับการบัญญัติการพยายามกระทำความผิดมีที่มาจากแนวคิดในเรื่องการบัญญัติความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา

เมื่อพิจารณาจากความผิดต่าง ๆ ในทางอาญาแล้วจะสามารถมองเห็นได้ว่าความผิดทั้งหลายนั้นจะประกอบไปด้วยสาเหตุของการก่อให้เกิดอันตราย (harm) หรือผูกมัดอยู่กับความเสียหายทางกายภาพ (physical injury) อย่างใดอย่างหนึ่ง การจะกำหนดให้การกระทำหรือไม่กระทำการใดเป็นความผิดทางอาญา การกระทำหรือไม่กระทำการนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับอันตรายหรือความเสียหายทางกายภาพอย่างใดอย่างหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ภัยอันตรายหรือความเสียหายในความผิดนี้คือผลของการบาดเจ็บหรือการก่อให้เกิดอันตรายต่อกายอันเป็นข้อเท็จจริงที่มีมูลเหตุมาจากการทำร้าย หรือกรณีความผิดลักษณะอื่น ๆ นั้น ข้อเท็จจริงหรือมูลเหตุแห่งภัยอันตรายนั้นอาจประกอบไปด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับสภาพจิตใจ หรือรายละเอียดเกี่ยวกับตัวเหยื่ออื่น ๆ เช่น ความกลัว ความเสี่ยงที่จะเกิดภัยอันตรายความเสียหายนั้น เป็นต้น

ถ้าหากดูในตัวเนื้อหาของภัยอันตราย (harm) สามารถแบ่งแยกลักษณะของภัยอันตรายออกได้เป็น 2 ประเภท คือ “ภัยอันตรายปฐมภูมิ” (primary harm) และ “ภัยอันตรายทุติยภูมิ” (secondary harm)

ภัยอันตรายปฐมภูมิ (primary harm) หรือภัยอันตรายในเนื้อหาของความผิดหรือผลสำเร็จของความผิด หมายถึง ความเสียหายทางกายภาพจากการกระทำความผิดฐานนั้น ๆ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกายภัยอันตรายปฐมภูมิของความผิดฐานนี้คือการได้รับบาดเจ็บทางร่างกาย ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นภัยอันตรายปฐมภูมิของความผิดฐานนี้คือความตายของบุคคล เป็นต้น การกระทำที่เป็นภัยอันตรายประเภทนี้จะถูกบัญญัติให้เป็นความผิดที่เรียกว่า ความผิดในส่วนเนื้อหาของความผิด (substantive offence) ซึ่งต้องการผลสำเร็จของการกระทำความผิดหรือลักษณะของการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผลสำเร็จของความผิดนั้น ๆ เป็นองค์ประกอบของความผิด

ภัยอันตรายทุติยภูมิ (Secondary harm) หากพิจารณาจากความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิ (Primary harm) ของความผิดนั้นจะประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงทางการกระทำ

⁵³ Ibid. pp. 128 – 143.

หรือ สถานการณ์ของภัยนั้น รวมถึงจิตสำนึกของบุคคลที่พยายามจะกระทำให้เกิดความเสียหาย และประกอบไปด้วยภายใต้สภาพจิตใจของเหยื่อในความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย เช่น ความตกใจ หรือความกลัว ในการเริ่มต้นลงมือกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดนั้นผู้เสียหายย่อมเผชิญกับภัยโดยปราศจากการได้รับความคุ้มครองหรือความปลอดภัยในตัวเอง ความคาดหมาย ความกลัวว่าจะมีภัยอันตรายหรือความเสียหาย ความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายนั้นเป็นภัยอันตรายชนิดหนึ่งรวมเรียกว่าอันตรายทุกขุม ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีข้อเท็จจริงในความเสียหายทางกายภาพเกิดขึ้นจริง ๆ

เห็นได้ว่าการนิยามความหมายของความผิดทางอาญานั้น การกระทำหรือไม่กระทำการใดจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่นั้น การกระทำหรือไม่กระทำการนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายอย่างใดอย่างหนึ่ง ความผิดทางอาญาที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิ คือ ความผิดในส่วนเนื้อหาความผิดนั้นเอง ได้แก่ ความผิดภาค 2 ประมวลกฎหมายอาญา ส่วนความผิดทางอาญาที่ก่อให้เกิดภัยอันตรายทุติยภูมิ คือ ความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา (Inchoate Offence) ได้แก่ ความผิดฐานสมคบ (conspiracy) ความผิดฐานยุยงส่งเสริม (incitement) ความผิดฐานประมาท (negligent) ความผิดฐานละเลย (reckless) และความผิดฐานพยายาม (attempts) เป็นต้น ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.2.3.1 ประเภทของความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา

ความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญา แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ความผิดที่มีความเชื่อมโยงกับเจตนา หมายถึง ความผิดที่ผู้กระทำมีเจตนาจะก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือความเสียหาย ได้แก่ ความผิดฐานพยายาม, ความผิดฐานสมคบ และ ความผิดฐานยุยงส่งเสริม

2. ความผิดที่ไม่มีความเชื่อมโยงกับเจตนา หมายถึง ความผิดที่ผู้กระทำไม่มีเจตนาในการก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือความเสียหายโดย ได้แก่ ความผิดฐานประมาท, ความผิดฐานละเลย

ความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดนี้อาจจะมีได้ทำให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิแต่มีส่วนก่อให้เกิดภัยที่อาจทำให้เกิดอันตรายในเบื้องต้น หรือก่อให้เกิดความเสี่ยง (risk) ที่จะทำให้เกิดภัยอันตรายปฐมภูมิต่อมาได้ กฎหมายจึงกำหนดให้การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงเหล่านี้เป็นความผิดทางอาญา แต่ความผิดดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะเจาะจงของความผิด ทั้งชนิด รายละเอียดของการกระทำแตกต่างไปจากเนื้อหาของความผิดในภาคความผิด จึงกำหนดความผิดจำพวกนี้ให้เป็นฐานความผิดขึ้นมาอีกต่างหากจากความผิดหลัก มีลักษณะเป็นความผิดในตัวเอง ส่วนที่แยกออกเป็นความผิดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกับเจตนา และความผิดที่เป็นการก่อให้เกิดภัยอันตราย หรือความเสียหายโดยไม่จำเป็นต้องมีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกับเจตนา เหตุผลเพราะรายละเอียดใน

ตัวความผิดของแต่ละประเภทมีระดับของความเล็งและศีลธรรมในตัวผู้กระทำความผิดแตกต่างกัน ในการกระทำที่เป็นการเริ่มต้นความผิดที่ประกอบด้วยเจตนาระดับทางศีลธรรมของผู้กระทำจะต่ำสามารถจะก่อให้เกิดความเสียหายและมีความเสี่ยงภัยสูงกว่าการกระทำที่เป็นการเริ่มต้นความผิดที่ไม่มีเจตนา จากความแตกต่างดังกล่าวจึงเห็นว่าความผิดทั้งสองส่วนควรมีขอบเขตของการกระทำรายละเอียดของโครงสร้างความรับผิดชอบ และโทษที่จะได้รับแตกต่างกันไป ทำให้มีการบัญญัติแยกฐานความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดดังกล่าวต่างหากออกจากกัน

การพยายามกระทำความผิด เป็นความผิดหนึ่งในความผิดในส่วนเริ่มต้นความผิดทางอาญาที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับเจตนา

2.2.4 ประเภทของการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

การพยายามกระทำความผิดแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

2.2.4.1 การพยายามกระทำความผิด (Attempts) ประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 หมายถึง การพยายามกระทำความผิดซึ่งผู้กระทำมีเจตนาและได้ลงมือกระทำความผิดไปแล้วแต่ไม่สามารถบรรลุผลเป็นความผิดได้โดยความบังเอิญ ซึ่งแบ่งแยกย่อยออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด (Attempts) เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเห็นว่าตนยังไม่ได้กระทำการทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อที่จะไม่ให้เกิดผล หรือผู้กระทำไม่สามารถกระทำจนครบถ้วนตามที่ผู้กระทำประสงค์จะทำ เช่น ในการพยายามฆ่าคนผู้กระทำยกปืนเล็งไปยังผู้ที่ตนต้องการฆ่าแต่ยังไม่ทันได้ลั่นไกก็ถูกขัดขวางเสียก่อน จึงกระทำไปไม่ตลอดโดยยังไม่ทันได้ลั่นไกตามที่ตนตั้งใจจะทำ เป็นต้น

ข. การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้ว (failure to commit an offence) เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการทุกอย่างจนหมดสิ้นแล้วเพียงพอที่จะให้ผลเกิดได้แล้ว ผลที่จะเกิดขึ้นต่อจากนั้นเป็นเรื่องปัจจัยของการเกิดผลหรือเป็นเรื่องการกระทำของบุคคลที่สาม เช่น ในการพยายามฆ่าคนตามตัวอย่างที่แล้วเมื่อผู้กระทำได้ลั่นไกปืนเป็นการกระทำไปตลอดทุกอย่างที่ตั้งใจทำแล้ว แต่กระสุนปืนไม่ถูกผู้ที่ตนต้องการฆ่า หรือถูกแต่ไม่ใช่ที่สำคัญจึงไม่ตาย หรือเพราะความสามารถของแพทย์รักษาได้ทันทั่วทั้งที่จึงไม่ตาย หรือกรณีการใช้บุคคลที่สามเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด (innocent agent) เป็นต้น⁵⁴ ความจำเป็นในการต้องระบุว่ากรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอดหรือเป็นการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไป

⁵⁴ จิตติ ดิงสภักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 318.

ตลอดแล้วก็คือเมื่อต้องพิจารณาในเรื่องการถอนตัวจากการพยายามกระทำความผิด⁵⁵ และโดยส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นในการพิเคราะห์ในเรื่องการให้ความหมายของการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดด้วย ซึ่งจะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

2.2.4.2 การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ (Impossibility Attempts)⁵⁶

ประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81 หมายถึง การพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำไม่สามารถกระทำให้สำเร็จได้ ซึ่งผู้กระทำแม้จะมีเจตนาและได้ลงมือกระทำความผิดไปแล้วแต่ถึงอย่างไร ๆ ผลก็ไม่เกิด แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ⁵⁷

ก. การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยแห่งการกระทำ คือ วิธีทางนั้นไม่ทำให้เกิดผลขึ้นได้ เช่น นั่งเทียนเพื่อจะ使人ตาย หรือใช้ปืนที่กระสุนไม่มีดินปืนยิงผู้อื่น การกระทำเช่นนี้จะกระทำการอย่างไรก็ไม่สามารถกระทำ使人ตายได้ เป็นต้น

ข. การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้เพราะวัตถุที่กระทำต่อ คือ วัตถุที่กระทำนั้นไม่ทำให้เกิดผลขึ้นได้ เช่น ยิงต่อไม้โดยที่เข้าใจว่าเป็นคู่อริของตน ซึ่งจะยิงเท่าไรคู่อริของตนก็ไม่ตาย หรือยิงศพ⁵⁸ เป็นต้น

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ต้องการจะศึกษาถึงการให้ความหมายถึงลักษณะของการลงมือกระทำความผิด และหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดออกจากการเตรียมกระทำความผิด ซึ่งเน้นพิเคราะห์ถึงการพยายามกระทำความผิดธรรมดา (attempts) เท่านั้น

2.2.5 ความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายาม

การกระทำที่จะเป็นพยายามกระทำความผิดจะเริ่มนับตั้งแต่ขึ้นการลงมือกระทำความผิดเรื่อยไปจนใกล้จะเกิดเป็นความผิดสำเร็จซึ่งมีลักษณะเป็นช่วงของการกระทำ แต่มิใช่ทุกการลงมือกระทำความผิดจะมีความผิดฐานพยายามได้ ความผิดที่ไม่สามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้ ได้แก่⁵⁹

⁵⁵ คณิต ฌ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 288.

⁵⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์. (2525). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้.

⁵⁷ หุุด แสงอุทัย. (2548). คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 188.

⁵⁸ ฐิติ ติมาก. (2546). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด. หน้า 16.

⁵⁹ เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์. (2545). “ความผิดที่ไม่มีพยายาม.” หนังสือพิมพ์ 45. หน้า 147 – 150. และ Michael J. Allen. (2003). Textbook on Criminal Law. p. 273.

1. ความผิดที่เกิดขึ้นโดยการละเว้นการกระทำ ความผิดในลักษณะนี้ไม่มีช่วงของการกระทำระหว่างการแสดงเจตนาออกมาเป็นการกระทำกับการเกิดความสำเร็จ ความผิดประเภทนี้เมื่อมีการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติแล้วจะเป็นความผิดสำเร็จในทันที ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานละเว้นตามมาตรา 374 ,ความผิดฐานเจ้าพนักงานเรียกเก็บหรือละเว้น ไม่เรียกเก็บภาษีอากร โดยทุจริตตามมาตรา 154 ,ความผิดฐานเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตรวจสอบบัญชีแนะนำ หรือกระทำการอย่างใดอันเป็นผลให้การเสียภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมต้องเสียหรือเสียน้อยกว่าที่จะต้องเสียตามมาตรา 156 ,ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามมาตรา 157 ,ความผิดฐานเจ้าพนักงานละเว้น ไม่จดข้อความซึ่งตนมีหน้าที่ต้องรับจดหรือจดเปลี่ยนแปลงข้อความตามมาตรา 162(3) ,ความผิดฐานขัดขึ้นคำบังคับตามกฎหมายของเจ้าพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวนซึ่งให้มาเพื่อให้ถ้อยคำตามมาตรา 168 ,ความผิดฐานขัดขึ้นคำบังคับตามกฎหมายของพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวนซึ่งให้ส่งทรัพย์หรือเอกสารใดตามมาตรา 169 ,ความผิดฐานขัดขึ้นหมายหรือคำสั่งของศาลตามมาตรา 170 ,ความผิดฐานขัดขึ้นคำสั่งของศาลให้สาบาน ปฏิญาณ ให้ถ้อยคำหรือเบิกความตามมาตรา 171 ,ความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานให้เลิกมั่วสุมตามมาตรา 216 เป็นต้น

2. ความผิดที่มีองค์ประกอบเป็นการกระทำด้วยประการใด ๆ ไม่จำกัด ซึ่งกระทำเพื่อเจตนาพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือความผิดที่ประกอบด้วยเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจงใจ เพราะความผิดเหล่านี้ไม่ต้องการผลต่างหากเกิดขึ้นจากการกระทำความสำเร็จของความผิดอยู่ที่การกระทำไม่ว่าจะกระทำในรูปใดประกอบกับเจตนาพิเศษ ฉะนั้นเมื่อได้เริ่มลงมือกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดแล้วด้วยเจตนาพิเศษก็เป็นความผิดสำเร็จตั้งแต่เริ่มลงมือขึ้นเลยจึงไม่มีความผิดฐานพยายามอยู่ในตัวเอง ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานเจ้าพนักงานกระทำการใด ๆ เพื่อให้งานเสียหายตามมาตรา 166 ,เจ้าพนักงานเรียกเก็บหรือไม่เรียกเก็บภาษีอากรโดยทุจริตตามมาตรา 154 ,เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตรวจสอบบัญชีปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามมาตรา 156 ,ความผิดตามมาตรา 228 กระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้เกิดอุทกภัยก็เช่นเดียวกัน เป็นต้น

แต่บทบัญญัติที่ว่ากระทำด้วยประการใด ๆ นั้น ถ้ามีการกระทำโดยจำกัดหรือมีผลกำหนดไว้ในตัว(ผลสุดท้ายหรือผลที่กฎหมายบัญญัติ) ก็สามารถมีการพยายามกระทำความผิดได้ เช่น มาตรา 118 กระทำต่อธงเพื่อเหยียดหยามประเทศชาติ การที่จะกระทำต่อธงแต่ยังไม่สำเร็จอาจมิได้ เป็นการพยายามได้ ,การพยายามกระทำด้วยประการใด ๆ แก้วัดอุทฺทงศาสนาอันเป็นการเหยียดหยามศาสนาตามมาตรา 206 เช่นเดียวกันกับการกระทำด้วยประการใด ๆ ตามมาตรา 226 การกระทำด้วยประการใด ๆ แก้วัดเรือน อุเรือน ที่จอครุฑหรือเรือสาธารณะ หรือสิ่งที่ทำไว้เพื่อป้องกันอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์จนน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่น ,มาตรา 229

กระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้เกิดอุทกภัยหรือเพื่อให้เกิดขัดข้องแก่การใช้น้ำซึ่งเป็นสาธารณูปโภคน่าจะเป็นอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น ,มาตรา 231 กระทำด้วยประการใดให้ปรากฏการณ์ สัญญาณ หรือสิ่งอื่นใดอยู่ในลักษณะน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตราย , มาตรา 232 กระทำด้วยประการใด ๆ ให้นานพาหนะตามประเภทที่กฎหมายกำหนดอยู่ในลักษณะอันน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่บุคคล ,มาตรา 234 กระทำด้วยประการใด ๆ แก่สิ่งที่ใช้ในการผลิตไฟฟ้าหรือในการส่งน้ำ จนเป็นเหตุให้ประชาชนขาดความสะดวกหรือน่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ประชาชน ,มาตรา 235 กระทำด้วยประการใดให้การสื่อสารสาธารณะทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์หรือทางวิทยุขัดข้อง หรือความผิดตามมาตรา 230 ซึ่งบัญญัติว่า “น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่การเดินรถไฟ” ก็มีการพยายามกระทำความผิดได้ เช่น การที่จำเลยลงมือถอดเอาเหล็กที่ต่อเชื่อมระหว่างรางรถไฟ แต่ถอดไม่สำเร็จ หรือการกำลังเอาเสาต้นใหญ่มาวางขวางบนรางรถไฟแต่ถูกขัดขวางเสียก่อนเป็นการพยายามกระทำความผิด⁶⁰ หรือความผิดตามมาตรา 188 ฐานทำลายเอกสาร ถ้าจำเลยเจือมือทำท่าจะฉีก นั้นล้วนเป็นความผิดที่มีการพยายามได้ทั้งสิ้น ถ้าลักษณะของการที่เจตนากระทำหากสำเร็จจะมีสภาพน่าจะเป็นอันตรายดังที่กฎหมายระบุไว้

3. ความผิดที่แม้กระทำสำเร็จแล้วยังไม่เป็นความผิดโดยเด็ดขาดจนกว่าจะผ่านพ้นเวลาหรือพฤติการณ์อื่นอีกประการหนึ่ง ไม่มีการพยายามกระทำความผิดเพราะแม้จะกระทำสำเร็จเป็นความผิดแล้วก็ยังต้องอาศัยพฤติการณ์อื่นเป็นองค์ประกอบจึงเป็นความผิดหรือไม่ผิดเด็ดขาดแล้วแต่พฤติการณ์ประกอบเช่นนั้น ซึ่งทำให้การกระทำเป็นได้แต่ความผิดสำเร็จ หรือมิฉะนั้นก็ไม่เป็นความผิดไม่มีโทษไปเลยเท่านั้น ไม่มีพยายาม ตัวอย่างเช่น เบิกความเท็จตามมาตรา 177 ,178 ความผิดสำเร็จแล้วแต่ยังไม่เด็ดขาด ถ้าหากกระทำความผิดแล้วลูกแก้โทษกลับแจ้งความจริงต่อศาลหรือเจ้าพนักงานก่อนจบคำเบิกความหรือการแปล ผู้นั้นก็ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 182 เช่นเดียวกับความผิดในมาตรา 292 กระทำด้วยการปฏิบัติอันทารุณแก่บุคคลที่ต้องพึ่งตน ,มาตรา 293 ช่วยหรือยุยงเด็กอายุยังไม่เกินสิบหกปีหรือผู้ที่ไม่เข้าใจสภาพการกระทำให้ฆ่าตนเอง ,มาตรา 294 และ 299 เข้าร่วมในการชุมนุมต่อสู้ นอกจากนี้ก็เช่นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เหล็ก พ.ศ.2534 มาตรา 4 วรรค 2 ซึ่งเป็นความผิดก็ต่อเมื่อธนาคารปฏิเสธการจ่ายเงิน เป็นต้น

4. ความผิดฐานยกยอก ตามมาตรา 352 และมาตรา 354 เป็นความผิดสำเร็จเมื่อเบียดบังเอาทรัพย์สินเป็นของตน ทรัพย์สินอยู่ในครอบครองของผู้ยกยอกแล้วหรือเก็บของได้แล้วถ้ามีเจตนาทุจริตเมื่อใดการเบียดบังเอาเป็นของตนก็เป็นไปในตัวเอง ไม่มีพยายาม กิริยาที่แสดงออกมา

⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 303/2513. สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2549,จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ภายนอกเป็นแต่ข้อเท็จจริงที่แสดงเจตนาให้เห็นเท่านั้น ตัวอย่างเช่น เอาของที่ครอบครองไปบอกขายแม้จะขายไม่ได้ก็เป็นความผิดฐานยักยอกสำเร็จแล้ว ถ้าขายของไม่ได้จึงคืนของให้เจ้าของไปก็เป็นแต่การบรรเทาผลร้ายที่เกิดจากความผิดสำเร็จเช่นเดียวกับคืนของที่ลักมาแล้วนั่นเอง ไม่มีพยายามครอบครองหรือพยายามเก็บได้ซึ่งเป็นแต่พฤติการณ์ประกอบความผิด แต่ความผิดตามมาตรา 353 ผู้ได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของผู้อื่นกระทำความผิดหน้าที่โดยทุจริต อาจมีพยายามกระทำความผิดหน้าที่หรือกระทำความผิดที่แต่ไม่บรรลุผลคือความเสียหายที่ระบุไว้ได้เช่นเดียวกับความผิดมาตรา 147 เจ้าพนักงานยักยอกทรัพย์ ซึ่งอาจมีพยายามได้ ในกรณียอมให้ผู้อื่นเอาทรัพย์นั้นเสียเป็นต้น

5. ความผิดที่เกิดจากการกระทำซ้ำ ๆ กัน ตัวอย่างเช่น ความผิดตามมาตรา 241 ประพฤติตนเป็นปกติระจัดหาที่พำนักให้ผู้ร้าย มาตรา 286 (1) อยู่ร่วมกับหญิงนครโสเภณีเป็นอาชญากร ถ้ายังไม่เป็นปกติระจัดหาหรือเป็นอาชญากรก็ไม่เป็นความผิดเลย ถ้าเป็นปกติระจัดหาหรือเป็นอาชญากรก็เป็นความผิดสำเร็จไม่มีพยายาม

6. ความผิดที่เป็นผลกรรมและเหตุกรรม ผลกรรมคือส่วนผลที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตาม มาตรา 63 ซึ่งบัญญัติไว้ว่าต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้ ไม่ใช่ผลที่ผู้กระทำความผิดเจตนา หมายถึง ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นก็เมื่อผลได้เกิดขึ้นแล้วถ้าผู้กระทำความผิดประสงค์จะให้เกิดผลแต่ผลนั้นไม่เกิด ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานพยายามในมาตราที่โทษหนักขึ้นเพราะกฎหมายคำนึงถึงแต่ผลที่ต้องเกิดขึ้นแล้ว ไม่ได้คำนึงถึงเจตนาของผู้กระทำในส่วนผลที่บัญญัติให้ต้องรับโทษหนักขึ้นนั้น ตัวอย่างเช่น ก ทำร้ายร่างกาย ข โดยประสงค์จะทำให้ตาบอด แต่อันตรายที่ ข. ได้รับไม่ถึงตาบอด ก. มีความผิดเพียงฐานทำร้ายร่างกายธรรมดาเท่านั้นไม่ใช่พยายามทำร้ายร่างกายถึงสาหัส ถ้า ก ทำร้าย ข แต่ทำร้ายไม่ถูกแม้จะมีเจตนาทำให้ตาบอด ก. ก็มีความผิดเพียงฐานพยายามทำร้ายร่างกายธรรมดาซึ่งเป็นความผิดที่ต้องมีเจตนาโดยประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผลตามมาตรา 59

นอกจากที่เป็นผลอันทำให้ความผิดหนักขึ้นตามมาตรา 63 อาจมีเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นจากพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงประกอบการกระทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 62 วรรคท้าย หรือที่เรียกว่าเหตุกรรม เหตุกรรมคือข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ข้อเท็จจริงเหล่านี้จะต้องมีอยู่และผู้กระทำความผิดต้องรู้แล้วมิฉะนั้นก็ขาดองค์ประกอบไป ตัวอย่างเช่น พยายามลักทรัพย์ในเคหสถานต้องมีสถานที่ที่เป็นเคหสถานอยู่แล้ว และการกระทำของผู้นั้นต้องเจตนาเข้าไปในเคหสถานจึงจะเป็นความผิดในเหตุกรรมนั้นแม้ยังไม่ทันได้เข้าไปก็เป็นความผิดได้ตามเจตนาในเหตุกรรมนั้น ส่วนเหตุกรรมที่เป็นเหตุในส่วนกิริยาหรือการกระทำ เช่น เข้าทางช่องทางที่พรรคพวกเปิดไว้ให้ถ้าเจตนาใช้ทางนั้น แต่ยังไม่ทันได้ใช้ก็เป็นพยายามในเหตุกรรม

ได้ เช่น ถ้า ก. กำลังปีนหน้าต่างจะเข้าไปลักทรัพย์แต่เข้าไปไม่ได้เป็นพยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335 (4) แต่ถ้า ก. ปีนหน้าต่างแต่เข้าไปไม่ได้ ก. จึงเลิกปีนหน้าต่างแล้วแอบเข้าไปทางประตูและลักทรัพย์ การพยายามจะกลายเป็นการลักทรัพย์โดยไม่มีเหตุฉกรรจ์ ถ้าไม่แน่ใจว่าเจตนากระทำการที่เป็นเหตุฉกรรจ์เพียงแต่คาดคะเนเอาที่ย่อมไม่มีความผิดฐานพยายามในเหตุฉกรรจ์นั้นอยู่เอง เช่น แย่งทรัพย์แต่ไม่แน่ว่าจะพาหนีไปต่อหน้าเพราะผู้กระทำมิของพระพุทธรูปมีความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ไม่ใช่พยายามวิ่งราวทรัพย์ แต่ตามมาตรา 336 ไม่ต้องพาหนีไปต่อหน้าดังมาตรา 297 ในกฎหมายลักษณะอาญาเดิม เจตนาชิงทรัพย์แต่กระทำการลักทรัพย์สำเร็จโดยไม่ต้องใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่ไม่เป็นชิงทรัพย์หรือพยายามชิงทรัพย์เพราะความสำเร็จของการกระทำอยู่ที่การลักทรัพย์ถ้าลักทรัพย์สำเร็จโดยไม่มีการขู่ก็ไม่มีการชิงทรัพย์จะกลายเป็นพยายามชิงทรัพย์โดยการลักทรัพย์สำเร็จแล้วไม่ได้ จะมีการพยายามชิงทรัพย์ได้ก็เมื่อการลักทรัพย์ยังไม่สำเร็จเท่านั้น การใช้ปืนยิงพยายามปล้นทรัพย์ตามมาตรา 340 วรรค 4 มีได้ แต่ปล้นทรัพย์โดยพยายามใช้ปืนยิงไม่มี พยายามปล้นทรัพย์โดยพยายามใช้ปืนยิงก็ไม่มี เช่น ใช้ปืนยิงขู่จะเอาทรัพย์แต่กระสุนไม่ลั่นยังไม่มีการใช้ปืนยิงเป็นพยายามปล้นทรัพย์โดยเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 340 วรรค 2 มีอาวุธปืนไปด้วยในการปล้นทรัพย์ และเป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 340 ตรี มีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดในการปล้นทรัพย์ แต่ยังไม่เป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 340 วรรค 4 ปล้นทรัพย์โดยแสดงความทารุณ ใช้ปืนยิง ใช้วัตถุระเบิด หรือกระทำทารุณ เป็นต้น

7. ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนให้กระทำความผิด ตามมาตรา 83 มาตรา 84 ,85 และมาตรา 86 การพยายามกระทำความผิดจะมีได้ก็เฉพาะต่อการกระทำความผิดเท่านั้น กล่าวคือ จะมีได้ก็เฉพาะต่อเนื้อหาของความผิด เนื้อหาของความผิด ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย การกระทำความผิดคือการใช้ปืนยิงผู้เสียหาย ความผิดฐานทำร้ายร่างกายการกระทำความผิดคือการทำร้ายผู้เสียหาย เป็นต้น การใช้ให้กระทำความผิด การสนับสนุนให้กระทำความผิด มิใช่ตัวเนื้อหาของความผิดนั้นเองเพราะผู้ใช้ผู้สนับสนุนมิได้เป็นผู้ลงมือกระทำความผิด เพียงแต่ใช้หรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิดเท่านั้น เราถือว่าตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน เป็นประเภทของการกระทำผิดที่ร่วมกันกระทำ ความผิดประเภทนี้แบ่งผู้กระทำออกเป็นสองประเภท คือ ผู้ร่วมกระทำ คือ ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน กับผู้ลงมือกระทำ คือ ผู้ที่ลงมือกระทำความผิดจริง ๆ ผู้ร่วมกระทำจะถือเอาการกระทำของผู้ลงมือเป็นการกระทำของตนเอง เมื่อผู้ลงมือยังไม่ได้ลงมือกระทำถึงขั้นการกระทำที่จะเป็นความผิด ผู้ร่วมกระทำผิดก็ยังไม่มีความผิด ด้วยเหตุนี้จึงไม่สามารถมีการพยายามใช้ หรือการพยายามสนับสนุน แต่ความผิดฐานใช้ให้กระทำความผิดฐานพยายาม หรือสนับสนุนความผิดฐานพยายามสามารถมีได้เพราะมีการลงมือกระทำในเนื้อหาของความผิดแล้ว ตัวการก็เช่นเดียวกัน

อีกเหตุผลหนึ่งก็คือ บทบัญญัติการลงโทษความผิดฐานพยายามอยู่ในภาค 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 17 ให้นำบทบัญญัติในภาค 1 ไปใช้ในกรณีแห่งความผิดตามกฎหมายอื่นด้วย เว้นแต่กฎหมายนั้นจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ฉะนั้น การกระทำผิดตามพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาอื่น ๆ ตามปกติก็มีความผิดฐานพยายามได้ แต่การใช้ให้กระทำความผิดตามมาตรา 84 และมาตรา 85 หรือการสนับสนุนให้กระทำความผิดตามมาตรา 86 นั้น ไม่สามารถมีการพยายามได้ เหตุผลเพราะเป็นบทบัญญัติในภาค 1 ด้วยกัน บัญญัติขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำที่มีได้สำเร็จด้วยมือผู้กระทำเองด้วยกันจึงย่อมเป็นความผิดต่อเมื่อการกระทำต้องด้วยบทบัญญัตินั้น ๆ โดยบริบูรณ์แล้ว เช่น ได้ใช้ ได้สนับสนุนหรือได้พยายามกระทำความผิดครบถ้วนแล้ว ถ้าได้ใช้แล้วแต่ผู้ถูกใช้ไม่กระทำตามที่ใช้ได้รับโทษหนึ่งในสาม หากการใช้ยังไม่สำเร็จ เช่น จดหมายที่ส่งไปไม่ถึงผู้ที่จะถูกใช้เช่นนี้จะนำหลักเรื่องพยายามกระทำการเหล่านั้นมาใช้ให้เป็นความผิดซ้อนขึ้นไปอีกชั้นหนึ่งไม่ได้ ฉะนั้นการพยายามจะใช้ พยายามสนับสนุนย่อมมิไม่ได้คงมิได้แต่ใช้หรือสนับสนุนในการพยายามกระทำความผิดเท่านั้น การพยายามซ่อนพยายามในความผิดที่ต้องรับโทษความผิดสำเร็จ เช่น มาตรา 132 (พยายามฆ่าราชวงศ์หรือผู้แทนรัฐต่างประเทศ) ก็มีไม่ได้เช่นเดียวกัน ส่วนการเตรียมบางอย่างที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดขึ้นในภาค 2 ก็ต้องถือเป็นบทบัญญัติโดยเฉพาะซึ่งยกเว้นบทบัญญัติที่ให้ลงโทษต่อเมื่อการกระทำเข้าขั้นพยายามกระทำความผิด การกระทำเหล่านี้จะเป็นความผิดต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการเตรียมขึ้นแล้วจะมีความผิดในขั้นพยายามเตรียมอีกชั้นหนึ่งไม่ได้ แต่ตามกฎหมายอังกฤษการพยายามใช้ให้กระทำความผิดมิได้เสมือนหนึ่งว่าการใช้ให้กระทำความผิดเป็นความผิดฐานหนึ่งในตัวเอง⁶¹

8. ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนารวมทั้งประมาท ตามมาตรา 59 ความผิดประเภทนี้ไม่มีพยายามกระทำความผิด เพราะความผิดฐานพยายามเกี่ยวพันอยู่กับเจตนาของผู้กระทำความผิด ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนาจึงมีการพยายามกระทำผิดไม่ได้ ยกเว้น ความผิดลหุโทษบางมาตราที่ต้องกระทำโดยเจตนาแต่กฎหมายไม่ลงโทษเพราะถือเป็นกรณีเล็ก ๆ น้อย ๆ ไม่ควรลงโทษ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 104

9. ความผิดที่ไม่ต้องมีเจตนาในผลสุดท้ายที่เกิดขึ้น เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยไม่มีเจตนาตามมาตรา 290 จะมีการพยายามกระทำผิดมิได้ เพราะพยายามเป็นเรื่องของการกระทำโดยเจตนา เช่น ถ้า ก. ชก ข. ล้มลงศีรษะฟาดพื้นถนนถึงแก่ความตาย ก. ผิดฐานทำให้ ข. ตายโดยไม่

⁶¹ R.v. Ransford (1874). Williams .no.197. p. 645. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศักดิ์ย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 355.

เจตนาตามมาตรา 290 หาก ก. ชก ข. ล้มลงศีรษะฟาดพื้นถนนหมดสติแต่ไม่ตาย ก. ผิดฐานทำร้ายร่างกาย ข. ตามมาตรา 295(หรือมาตรา 297) เท่านั้น จะถือว่า ก. ผิดฐานพยายามทำให้ ข. ตายโดยไม่
มีเจตนาตามมาตรา 290 ,80 ไม่ได้

2.3 แนวคิดการกำหนดสัดส่วนระหว่างสถานะจิตใจกับการกระทำในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal liability of Attempts)

การพยายามกระทำความผิดเป็นความผิดทางอาญาลักษณะหนึ่ง พื้นฐานความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดตั้งอยู่บนพื้นฐานของการกระทำ (acts) และจิตใจ (mind) ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาเช่นกัน การพยายามกระทำความผิดเป็นการแปรสภาพสถานะทางจิตใจออกมาเป็นการกระทำที่ถึงขั้นกฎหมายพยายามบัญญัติให้เป็นความผิด สัดส่วนระหว่างสถานะทางจิตใจและสถานะทางการกระทำเพียงใดที่กฎหมายถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิดนั้น มีพื้นฐานมาจากแนวคิดการกำหนดสัดส่วนระหว่างสถานะทางจิตใจกับการกระทำในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด (Criminal liability of Attempts) 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) และทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) มีรายละเอียดดังนี้

2.3.1 ทฤษฎีอัตตะวิสัย (Subjective theory)

ทฤษฎีอัตตะวิสัยเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าทฤษฎีเหตุผล แนวคิดความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนี้มุ่งให้ความสำคัญกับสัดส่วนด้านสถานะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญโดยมองจากพฤติกรรมของบุคคลผ่านเจตนาและความเชื่อของผู้กระทำที่แสดงออกมาให้เห็นปรากฏทางการกระทำ หรือแสดงออกมาให้เห็นทางอุปนิสัยเฉพาะตัวของผู้กระทำ ยึดถือมาตรฐานของการตัดสินใจของผู้กระทำบนความมีสติและความรู้สึกของตนเองเป็นหลัก

เกี่ยวกับสถานะทางจิตใจของผู้กระทำในความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของพวกอัตตะวิสัย (subjectivism) นี้มีความเห็นแตกต่างกันออกเป็น 2 แนว

2.3.1.1 เกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดตามแบบอัตตะวิสัย

ก. เกณฑ์ความรับผิดชอบอาญาแบบการเลือก (choice) นักทฤษฎีอัตตะวิสัยแบบการเลือกยืนยันว่าสามารถสันนิษฐานอย่างถูกต้องว่าผู้กระทำเป็นผู้ผิดต่อเมื่อ การกระทำที่ผิดเหล่านั้นเขาเป็นผู้เลือกที่จะกระทำ การกระทำใด ๆ ในสิ่งที่ถือว่าเขาต้องรับผิดชอบอยู่ที่การเลือกของเขา การเลือก (choice) หมายถึง ความมุ่งหมายของเจตนาและความเชื่อของเขา เจตนา คือ ผู้กระทำเลือกที่จะ

กระทำตามเจตนาที่เขาจะกระทำหรือที่เขาเชื่อว่าตัวเองกำลังกระทำ ฉะนั้นความรับผิดชอบของเขาคควรตั้งอยู่บนเจตนาหรือสิ่งที่เขาเชื่อว่าเขาเองกำลังจะกระทำนั่นเอง

Ashworth ได้นิยามแนวความคิดอรรถะวิสัยในแบบตัวเลือกไว้ว่าควรถือว่าผู้กระทำทั้งหลายจะต้องรับผิดชอบทางอาญาสำหรับสิ่งที่พวกเขาเจตนากระทำไม่ใช่สิ่งที่เกิดขึ้นหรือไม่ได้เกิดขึ้น และเขาต้องถูกพิพากษาบนพื้นฐานของสิ่งที่พวกเขาเชื่อว่าพวกเขากำลังกระทำไม่ใช่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ซึ่งเขายังไม่รู้ในขณะนั้น Ashworth ไม่ได้หมายความว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบสำหรับเจตนาและความเชื่อของพวกเขามากกว่าจะต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของพวกเขา คำอธิบายนี้หมายถึงควรที่จะพิสูจน์การกระทำสำหรับสิ่งที่ถือว่าผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในความหมายของสิ่งที่พวกเขาเจตนากระทำหรือเชื่อว่าพวกเขากำลังกระทำ ผู้กระทำต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของพวกเขาอย่างที่เขาได้เลือกไว้เท่านั้น

กรณีสถานการณ์ที่ผู้กระทำผิดเชื่อว่าจะเป็นเช่นนั้นไม่ว่าการกระทำจะสำเร็จหรือล้มเหลวเกณฑ์ความรับผิดชอบอรรถะวิสัยจะเหมือนกันคือรับโทษเท่ากัน พวกอรรถะวิสัยอธิบายว่าการที่เขาเจตนากระทำอาชญากรรมนั้นและได้กระทำในสิ่งที่เขาเชื่อว่าจะเป็นหรืออาจจะเป็นการก่ออาชญากรรมนั้น เขาเลือกที่จะกระทำอาชญากรรมหนึ่งเท่าที่เขาสามารถกระทำได้แน่นอนว่าเจตนาของเขาเป็นไปอย่างเต็มใจไม่มากนักน้อย ความเชื่อของเขาเป็นความมั่นใจหรือเหตุในการกระทำของเขาไม่มากนักน้อย ผลของการพยายามกระทำความผิดที่ประสบผลสำเร็จอาจเป็นความเต็มใจ ไม่มั่นใจ หรือไม่มีความสามารถกระทำ หรือความพยายามที่ไม่ประสบผลสำเร็จอาจเป็นการกระทำที่เป็นไปอย่างเต็มใจ มั่นใจ และมีความสามารถกระทำ ข้อเท็จจริงเล็ก ๆ น้อย ๆ ของความล้มเหลวในการกระทำได้กล่าวแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่ไม่สัมพันธ์กันในลักษณะเฉพาะของตัวผู้กระทำ ดังนั้นจึงไม่ควรส่งผลกระทบต่อคำพิพากษาลงโทษตัวผู้กระทำ คือ ไม่ว่าการพยายามกระทำผิดจะสำเร็จหรือไม่โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำควรมีระดับเท่ากัน ข้อสรุปดังกล่าวข้างต้นเป็นแนวคิดของพวกอรรถะวิสัยที่เชื่อว่าการพิพากษาลงโทษควรจะขึ้นอยู่กับความเป็นผู้ผิดทางอาญา ข้อเท็จจริงเล็กน้อยของความล้มเหลวไม่สามารถลดความเป็นผู้ผิดของผู้กระทำได้ การพิจารณาตัดสินความผิดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในการเลือกของเขาที่จะกระทำอาชญากรรม โดยมุ่งไปที่ประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นของการพิพากษาลงโทษในการลดอาชญากรรม

กล่าวโดยสรุป แนวความคิดอรรถะวิสัยแบบทางเลือกได้แสดงเจตนาโดยนัยว่าข้อเท็จจริงเล็กน้อยของความสำเร็จหรือล้มเหลวนี้ไม่ควรจะส่งผลกระทบต่อคำพิพากษาลงโทษ

ข. เกณฑ์ความรับผิดชอบลักษณะเฉพาะหรือลักษณะนิสัย (character) นักทฤษฎีอรรถะวิสัยแบบลักษณะเฉพาะหรือลักษณะนิสัยเห็นว่าเราควรอ้างหลักการรับผิดชอบทางอาญาโดยใช้ลักษณะเฉพาะหรือพฤติกรรมนิสัยของตัวผู้กระทำเองที่แสดงให้เห็นการกระทำของผู้กระทำ อัน

ประกอบด้วยความมุ่งหมาย กิริยาท่าทาง หรือเจตนา อันเป็นส่วนประกอบของลักษณะความประพฤติดังที่สัมพันธ์กันในทางกฎหมาย แต่เกณฑ์ความรับผิดชอบทางอาญาแบบลักษณะเฉพาะหรือแบบลักษณะนิสัยนี้ไม่เป็นที่นิยมในการนำมาอธิบายความรับผิดชอบในทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด

2.3.1.2 บทบัญญัติของการพยายามกระทำความผิดตามแบบอัสตติวิสัย

กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดในแบบทฤษฎีอัสตติวิสัยจะเคร่งครัดในเรื่องเจตนาและความเชื่อของผู้กระทำ โดยไม่คำนึงถึงว่าจะก่อให้เกิดผลเสียหายขึ้นหรือไม่ กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดในแบบอัสตติวิสัยจะคำนึงเฉพาะสถานะทางจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ ซึ่งแนวคิดนี้เป็นบ่อเกิดของบทบัญญัติกฎหมายพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน (Impossible attempts)

2.3.1.3 การกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแบบอัสตติวิสัย แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. การกำหนดโทษแบบทฤษฎีอัสตติวิสัยที่เคร่งครัด เกณฑ์การกำหนดโทษ และระดับการลงโทษของการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของพวกอัสตติวิสัยที่เคร่งครัดนั้น มีความเห็นว่าเกณฑ์การลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จนั้นไม่ควรลงโทษให้รุนแรงน้อยกว่าการพยายามกระทำความผิดที่เป็นความผิดสำเร็จ การลงโทษตามแนวคิดอัสตติวิสัยที่เคร่งครัดเห็นว่าข้อเท็จจริงของการกระทำที่ไม่สำเร็จนั้นขึ้นอยู่กับ “ความบังเอิญ” (Chance) หรือ “โชค” (Luck) ของการกระทำ ซึ่งมีความไม่แน่นอน ฉะนั้นโทษและการกำหนดโทษของการพยายามกระทำความผิดนั้นไม่ควรแปรเปลี่ยนไปตามความบังเอิญหรือโชค การกำหนดโทษและการลงโทษความผิดพยายามนั้นควรขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำเท่านั้นไม่นำผลสำเร็จหรือไม่สำเร็จของการกระทำมาพิจารณาซึ่งไม่แน่นอน ดังนั้นเกณฑ์การรับผิดชอบทางอาญาของพวกอัสตติวิสัยที่เคร่งครัดการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จจะถูกลงโทษเทียบเท่ากับความผิดสำเร็จเลยทีเดียวโดยไม่คำนึงถึงผลที่เกิดขึ้นหรือไม่เกิดขึ้นของการพยายามกระทำความผิด⁶²

⁶² ในเรื่องนี้มีผู้เห็นว่าหลักกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดของไทยนั้นยึดถือตามแนวคิดอัสตติวิสัย คือ พิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ แต่บทกำหนดโทษของ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 พิจารณาถึงความเสียหายเป็นสำคัญ ควรแก้บทบัญญัติของกฎหมายให้ผู้พยายามกระทำความผิดระวางโทษเท่ากับความผิดสำเร็จแต่ศาลอาจใช้ดุลยพินิจลดโทษให้ตามที่เห็นควรได้โดยพิจารณาถึงเจตนาและความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการพยายามกระทำความผิดนั้น อ้างถึงใน อัสนี ภูมิมะวัน. (2545). การลงโทษการพยายามกระทำความผิด (The Penalty for Attempts). หน้า 3.

ต่อมาภายหลัง ในผู้ที่มีแนวคิดแบบอัตตะวิสัยมักจะมีข้อถกเถียงกันเกิดขึ้น บ่อย ๆ ในข้อที่ว่าข้อเท็จจริงเล็กน้อยของการพยายามกระทำผิดที่ไม่เกิดผลสำเร็จนั้นควรจะเปลี่ยนแปลงผลของโทษหรือการกำหนดโทษทางอาญากับตัวผู้พยายามกระทำความผิดด้วยหรือไม่ การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จควรจะถูกลงโทษอย่างรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามกระทำความผิดที่สำเร็จหรือความผิดสำเร็จทุกกรณีไปหรือไม่ อันก่อให้เกิดแนวคิดของพวกอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัดขึ้น ดังนี้

ข. การกำหนดโทษแบบอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัด การกำหนดโทษและระดับการลงโทษการพยายามกระทำความผิดของพวกอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัด มีความเห็นทำนองเดียวกันกับแนวคิดตามแบบทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) ในข้อที่ว่าการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จไม่ควรรับโทษเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามที่เป็นความผิดสำเร็จ แต่มีความแตกต่างในแนวคิดปลีกย่อยบางส่วน คือ แนวคิดตามแบบอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัดแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จออกเป็นสองประเภท คือ

1) การพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ หมายถึง การพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำให้กระทำไปตามเจตนาการเลือกของเขาในการนำไปสู่การกระทำความผิดอาญาออกมาทั้งหมดแล้ว⁶³ ตามแนวคิดของพวกอัตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัดนี้เกี่ยวกับเกณฑ์การลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์นี้ มีความเห็นเป็นเช่นเดียวกันกับแนวความคิดของพวกอัตตะวิสัยที่เคร่งครัด คือ เห็นว่าการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ควรถูกลงโทษอย่างเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามที่เป็นความผิดสำเร็จ กล่าวคือการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์นั้นในส่วนของตัวผู้กระทำความผิดได้ลงมือกระทำการทุกอย่างไปทั้งหมดเท่าที่เขาสามารถกระทำอาชญากรรมนั้นได้แล้ว ตัวอย่างเช่น เขายิงปืนหรือวางระเบิดโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะฆ่าคน เขาได้กระทำความผิดที่แสดงออกว่าเขาเจตนากระทำความผิดของเขาออกมาทั้งหมดแล้วคือการยิง หรือการวางระเบิด เพียงแต่ในส่วนที่เหลือของการเกิดผลสำเร็จในความผิดนั้นขึ้นอยู่กับความบังเอิญ (chance) หรือโชค (luck) ของสถานการณ์ในการก่อให้เกิดความผิดสำเร็จเท่านั้น เกณฑ์ความรับผิดชอบเกี่ยวกับระดับการโทษของตัวผู้กระทำความผิดจึงควรไม่แตกต่างกัน

2) การพยายามกระทำความผิดไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ หมายถึง การพยายามกระทำความผิดที่ผู้กระทำให้กระทำไปตามการเลือกของเขาแล้วแต่ยังไม่ถึงขั้นตอนสุดท้ายของเขาในการ

⁶³ การพยายามกระทำความผิดประเภทนี้เทียบกันได้กับการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล

นำไปสู่การกระทำความผิดทางอาญานั้น⁶⁴ แนวความคิดของพวกอรรถะวิสัยที่ไม่เคร่งครัดเกี่ยวกับเกณฑ์การลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์นั้นมีความเห็นแตกต่างกับพวกอรรถะวิสัยที่เคร่งครัด คือ เห็นว่าการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ไม่ควรถูกลงโทษอย่างเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามที่เป็นผลสำเร็จ ความแตกต่างระหว่างความผิดสำเร็จกับความล้มเหลวในความผิดควรมีผลในระดับการลงโทษผู้กระทำในระดับหนึ่ง

เกณฑ์การกำหนดโทษตามแนวคิดอรรถะวิสัยแบบนี้เหมือนกับเกณฑ์การกำหนดโทษตามแนวคิดภาวะวิสัยที่มองว่าการพยายามกระทำความผิดดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลตามที่เจตนาไว้หรือไม่ ถ้าเกิดผลสำเร็จตามเจตนาที่รับโทษระดับหนึ่งถ้าไม่สำเร็จตามเจตนาที่รับโทษอีกระดับหนึ่ง โดยให้เหตุผลว่า เมื่อผู้กระทำหยุดการกระทำหรือถูกหยุดการกระทำไว้ก่อนที่จะจะกระทำไปทั้งหมดที่มีที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญานั้นเขาไม่ได้ดำเนินการตามทางเลือกของเขาไปจนถึงขั้นตอนสุดท้ายที่นำไปสู่การกระทำความผิดทางอาญานั้น โดยการหยุดการกระทำของเขาโดยสมัครใจจากการพยายามนั้นสามารถกล่าวได้ว่าเขาเลือกที่จะไม่กระทำความผิดอาญานั้น แต่แม้ว่าการกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จนั้นเกิดจากการเข้าแทรกแซงจากภายนอกก็ตาม ผู้กระทำนั้นก็ไม่ได้กระทำมากเท่ากับบุคคลที่พยายามกระทำความผิดที่สำเร็จที่สมบูรณ์หรือการพยายามกระทำความผิดที่เกิดผลเป็นความผิดสำเร็จ ด้วยเหตุผลดังกล่าวการพยายามที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ควรจะถูกลงโทษรุนแรงน้อยกว่าพวกที่กระทำการพยายามที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์ หรือความผิดสำเร็จไม่ว่าจะเป็นด้วยเหตุผลอะไรก็ตามที่พวกเขากระทำไม่สมบูรณ์

การพยายามกระทำความผิดที่ไม่เกิดผลเป็นความผิดสำเร็จอาจจะเป็นเรื่อง “โชค” (luck) บุคคลอาจพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่สมบูรณ์หรือพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์นั้นอาจจะเกี่ยวกับโชคที่ว่าผู้กระทำความผิดอยู่ในเหตุการณ์ที่มีโอกาสในการวางแผนหรือโอกาสที่จะดำเนินการตามเจตนาที่ก่ออาชญากรรมจนเกิดเป็นความผิดสำเร็จได้หรือไม่

แต่โชคตามสถานการณ์ประเภทนี้ไม่ใช่ประเภทที่แนวคิดอรรถะวิสัยแบบทางเลือกคิด พวกอรรถะวิสัยแบบทางเลือกนั้นคิดว่าโชคโอกาสในการกระทำความผิดแบบนี้ไม่ควรสัมพันธ์กับความรับผิดชอบในทางอาญาของการพยายามกระทำความผิด ผู้กระทำควรรับผิดชอบในการกระทำที่ตัวเองเลือกอย่างแท้จริงการที่ตัวผู้กระทำไปอยู่สถานการณ์หรือเหตุการณ์ใด ๆ ก็ตาม ระดับของโอกาสในการดำเนินการเจตนาในการก่ออาชญากรรมหรือโชคของตัวผู้กระทำประเภทนี้ไม่ควรเกี่ยวข้องกับความรับทางอาญา โอกาสดังกล่าวเป็นโชคที่ปรากฏออกมาภายหลัง โชคในทางการวางแผน

⁶⁴ การพยายามกระทำความผิดประเภทนี้เทียบกับได้กับการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่

และการดำเนินการตามการกระทำของบุคคลลักษณะนี้เป็นโชคที่เกิดขึ้นภายหลังตัวเลือกที่แท้จริงของผู้กระทำและไม่ได้ทำให้ลักษณะทางศีลธรรมของตัวเลือกที่แท้จริงของผู้กระทำแตกต่างออกไปแต่อย่างใด

หลักเกณฑ์ทั้งหลายของพวกอรรถะวิสัยในหลาย ๆ เนื้อหาบางความคิดมุ่งแสดงให้เห็นถึงบทบาทหน้าที่ในส่วนของการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญา (exculpatory) ด้วย เมื่อผู้กระทำได้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ ความคิดเห็นในแนวนั้นเห็นว่ากรณีที่บุคคลผู้กระทำไม่นึกถึงว่าการกระทำนั้นของเขาอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นไม่ควรถูกพิพากษาลงโทษฐานทำความเสียหายทางอาญา ถึงแม้ว่าการกระทำของเขาที่จริงแล้วทำให้เกิดความเสียหายหรือความเสียหายอย่างเห็นได้ชัดเพราะเขาไม่ได้เล็งทำความเสียหายดังกล่าวให้เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น กรณีที่เขาเชื่อโดยแท้จริงว่าผู้หญิงคนที่เขากระทำชำเรานั้นยินยอมต่อเขาในการกระทำนั้น เขาไม่ควรถูกลงโทษในข้อหาข่มขืนถึงแม้ความเชื่อของเขานั้นเป็นการผิดพลาดและไม่มีเหตุผล เพราะเขาไม่ได้เลือกที่จะเล็งกระทำชำเราผู้หญิงโดยไม่ยินยอม เป็นต้น

อย่างไรก็ตามในกฎหมายพยายามนั้นหลักเกณฑ์ของพวกอรรถะวิสัยแท้ ๆ ไม่ได้แสดงให้เห็นหน้าที่ในแบบการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญา (exculpatory) แต่จะแสดงให้เห็นในหน้าที่ในแบบกำหนดให้รับผิดชอบ (inculpatory) มากกว่า เช่น อิทธิพลแนวคิดของทฤษฎีอรรถะวิสัยในเรื่อง “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้” (Impossible Attempts) แต่ได้มีการนำแนวคิดพวกอรรถะวิสัยมาใช้ในการยกเว้นความรับผิดชอบในทางอาญาเช่นกัน เช่น เรื่องสำคัญผิด หรือได้นำแนวคิดพวกอรรถะวิสัยแบบยอมรับการลดหย่อนการลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จไปใช้ในบทบัญญัติของกฎหมายอาญาด้วย ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการขยายแนวความคิดกฎหมายพยายามตามแบบอรรถะวิสัยออกไปไกลเกินกว่าขีดจำกัดที่มีอยู่เข้าไปในส่วนแนวคิดภาวะวิสัยด้วย

2.3.2 ทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory)

ทฤษฎีภาวะวิสัยนั้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้กระทำ โดยมองว่าพฤติกรรมของผู้กระทำสิ่งที่เป็นข้อเท็จจริงที่มีอิทธิพลเหนือ หรือเชื่อมต่อกับโลกภายนอก

ทฤษฎีภาวะวิสัย หมายถึง แนวคิดที่ถือว่าความเป็นจริงทั้งหมดเป็นไปตามวัตถุประสงค์และเป็นอยู่ภายนอกจิตใจ และถือว่าความเป็นจริงได้มาจากการสังเกตวัตถุหรือเหตุการณ์ เน้นวัตถุมากกว่าที่จะเป็นความรู้สึกนึกคิด เฟงเล็งสิ่งที่แสดงหรือสิ่งที่พูดถึงหรือวัตถุภายนอกมากกว่าสภาวะทางจิตใจ

นักทฤษฎีอรรถะวิสัยอธิบายเกี่ยวกับการกระทำทั้งหลายที่ถือเป็นข้อสันนิษฐานของตัวผู้กระทำสำหรับความรับผิดชอบของเขาโดยมุ่งถึงเจตนาภายใน (mind) ของตัวผู้กระทำ ตรงกันข้ามกับนักทฤษฎีภาวะวิสัยได้แย้งว่าไม่สามารถให้คำนิยามถึงสภาพภายในของตัวผู้กระทำในรูปแบบ

อรรถะวิสัยได้ โดยเห็นว่าการอธิบายลักษณะของการพยายามกระทำความผิดไม่ว่าจะอธิบายในรูปแบบของอรรถะวิสัยแบบใด ๆ ก็ตาม ก็ต้องอธิบายในรูปแบบของภาวะวิสัยบางส่วนด้วยเช่นกัน

2.3.2.1 เกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัย

นักทฤษฎีภาวะวิสัยเห็นว่าการอธิบายเรื่องสภาพจิตใจของผู้กระทำในการรับผิดชอบอาญาของการพยายามกระทำความผิดของพวกเขาอรรถะวิสัยเคลือบคลุมเกินไปที่จะเป็นประโยชน์ในการพิจารณา แนวคิดภาวะวิสัยไม่ถือว่าความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดควรขึ้นอยู่กับเกณฑ์เรื่องเจตนาและความเชื่ออย่างแท้จริงของผู้กระทำ เจตนาและความเชื่ออย่างแท้จริงของผู้กระทำนั้นไม่สัมพันธ์กันทั้งหมดกับความรับผิดชอบของพวกเขา นักทฤษฎีภาวะวิสัยปฏิเสธมุมมองของพวกเขาอรรถะวิสัยในเรื่องที่ถือเอาสถานะทางจิตใจของตัวผู้กระทำเป็นส่วนสำคัญทั้งหมดสำหรับความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดของตัวผู้กระทำ

เกณฑ์ความรับผิดชอบของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัยแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ

ก. เกณฑ์ความรับผิดชอบในสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงของการกระทำ เกณฑ์ความรับผิดชอบตามแนวคิดภาวะวิสัยแบบนี้เห็นว่า ความรับผิดชอบในทางอาญานั้นควรจะต้องประกอบด้วยสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงของการกระทำ หรือความเป็นเหตุเป็นผลอย่างแท้จริงของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ในข้อเท็จจริงที่ว่าตัวผู้กระทำเจตนาจะให้ถูกผู้เสียหาย หรือตัวผู้กระทำเชื่อว่ายังจะถูกผู้เสียหายนั้น ข้อที่จะต้องพิจารณาในความรับผิดชอบของตัวผู้กระทำในเกณฑ์ความรับผิดชอบแบบนี้คือ ในการยิงของผู้ยิงนั้นเข้าเป้าคือยิงถูกผู้เสียหายหรือพลาดเป้ายังไม่ถูกผู้เสียหาย หรือตัวอย่างเช่นในข้อเท็จจริงที่ว่าผู้หญิงคนที่ถูกผู้กระทำข่มขืนกระทำชำเรานั้นยินยอมให้กระทำชำเราหรือไม่ ถ้าพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นภายนอกของผู้หญิงแสดงให้เห็นได้ว่าเธอยินยอมต่อการกระทำชำเราของเธอ ข้อเท็จจริงที่จะต้องนำมาพิจารณาคือเธอนั้นยินยอมให้กระทำชำเราไม่ว่าในสภาพจิตใจของเธอยินยอมอย่างแท้จริงหรือไม่ก็ตาม

ข. เกณฑ์พิจารณาความรับผิดชอบแบบวิญญูชน เกณฑ์พิจารณาความรับผิดชอบประเภทที่สองนี้มองว่าความรับผิดชอบของบุคคลคนหนึ่งประกอบด้วยมุมมองของบุคคลที่มีเหตุผลคนหนึ่ง (บุคคลวิญญูชน) ว่าจะเชื่อหรือสำนึกในข้อเท็จจริงที่ว่าสิ่งที่ผู้กระทำนั้นถือว่าเป็นเช่นเขากระทำนั้นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงว่ามีต้นไม้ต้นหนึ่งอยู่ บุคคลที่มีเหตุผลคนไหน ๆ ก็จะเห็นทันทีว่าเป็นต้นไม้ต้นหนึ่ง หรือวิถีทางที่บุคคลที่มีเหตุผลคนไหนก็จะเห็นทันทีว่าผู้กระทำคาดหวังที่จะได้รับเป้าหมายหรือมีวัตถุประสงค์ทางอาชญากรรมอย่างไร หรือที่ว่ากระทำความผิดของผู้กระทำจะทำให้เกิดอันตรายอย่างเห็นได้ชัดซึ่งบุคคลที่มีเหตุผลคนไหน ๆ ก็จะสำนึกได้ เป็นต้น

2.3.2.2 บทบัญญัติของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัย

บทบัญญัติของการพยายามกระทำความผิดตามแบบของทฤษฎีภาวะวิสัยนั้นจะมีมุมมองเคร่งครัดไปในส่วนการกระทำของผู้กระทำที่แสดงออกมาภายนอก และความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเห็นว่าการกระทำของผู้กระทำไม่มีส่วนสัมพันธ์กันกับเจตนาของตัวผู้กระทำในทุก ๆ กรณี กฎหมายว่าด้วยการพยายามกระทำความผิดในแบบภาวะวิสัยจะคำนึงเฉพาะการกระทำที่แสดงออกมาภายนอกของผู้กระทำเป็นสำคัญ ส่วนจิตใจเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งเท่านั้น บทบัญญัติของการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัยไม่เห็นด้วยกับประเภทการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ (Impossible attempts)

2.3.2.3 การกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัย

การกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแบบภาวะวิสัยนั้น มีความเห็นว่าการกำหนดโทษและการลงโทษความผิดฐานพยายามนั้นไม่ควรขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำเท่านั้น และในการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จไม่ควรรับโทษเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการกระทำความผิดสำเร็จ ซึ่งเหมือนกับแนวความคิดของพวก อุตตะวิสัยที่ไม่เคร่งครัด เกี่ยวกับเกณฑ์การลงโทษการพยายามกระทำความผิดที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์ คือ เห็นว่าความแตกต่างระหว่างความผิดสำเร็จกับความล้มเหลวในความผิดควรมีผลในระดับการลงโทษ การพยายามกระทำความผิดไม่ควรถูกลงโทษอย่างเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับการพยายามที่เกิดผลเป็นความผิดสำเร็จ

ความเห็นที่แตกต่างกันระหว่างแนวคิดตามทฤษฎีทั้งสองนี้มีอิทธิพลถึงการบัญญัติโครงสร้างของกฎหมายพยายามกระทำความผิดในปัจจุบัน เช่น การยอมรับประเภทการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ (impossible attempts) หรือแนวคิดที่ไม่ควรลงโทษการพยายามกระทำความผิดเคร่งครัดรุนแรงเทียบเท่ากับความผิดสำเร็จ เป็นต้น ซึ่งสุดท้ายแล้วจะมีความเห็นโน้มเอียงไปกับเหตุผลการชักนำของทฤษฎีใด บางคราวแนวคิดเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดต่างกันไปในการทำนองเดียวกันหรือไม่ได้แตกต่างกันในผลลัพธ์ ที่ว่าการพยายามนั้นควรมีการปฏิบัติในทางกฎหมายเข้มงวดน้อยกว่าการความผิดสำเร็จ (แนวคิดภาวะวิสัยและแนวคิดอุตตะวิสัยเรื่องการพยายามที่ไม่สำเร็จที่ไม่สมบูรณ์) และบ่อยครั้งการตัดสินความผิดฐานพยายามนั้นมีการประนีประนอมกันระหว่างภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติโดยมีความเกี่ยวข้องกับทฤษฎีการข่มขู่ที่ว่าการบัญญัติกฎหมายพยายามขึ้นมานั้นแนวคิดเพื่อเพิ่มความเสี่ยงและอันตรายให้อาชญากรในการประกอบอาชญากรรม การลงโทษเล็กน้อยในการพยายามกระทำความผิดเป็นการป้องปรามอาชญากรและบุคคลอื่นในสังคม มิให้มีการกระทำเช่นเดียวกันกับอาชญากร เป็นเหตุผลที่สมควรในการลงโทษหากเทียบกับอันตรายและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของอาชญากรหากกระทำไปจนเกิดผลสำเร็จ

2.4 แนวคิดและความเป็นมาในการลงโทษการพยายามกระทำความผิดทางอาญา

2.4.1 ในประเทศที่ใช้ระบบ Common Law

ในประเทศอังกฤษยุคต้น การพยายามกระทำความผิดเป็นสิ่งที่ไม่ได้ถูกกล่าวถึงและไม่ได้ได้รับความสนใจในกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอังกฤษในยุคต้นยืนยันหลักการทั่วไปที่ว่า การพยายามนั้นไม่เป็นอันตรายและไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย ในยุคต้นของอังกฤษจึงไม่ลงโทษกรณีบุคคลที่พยายามกระทำอันตรายแก่บุคคลอื่นแต่ไม่ประสบความสำเร็จ มีคำพิพากษาที่วินิจัยโดยเจาะจงในเรื่องนี้จำนวนน้อยมาก เท่าที่ค้นพบจะปรากฏอยู่ในคำกล่าวสั้น ๆ ในการศึกษาของมหาวิทยาลัยเกี่ยวกับวิชาเอกทางกฎหมายอาญาในเรื่องการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวกับศีลธรรม ในคำกล่าวของ Bracton ที่ว่า “..ท่านเองเดียวกัน ถ้าหากบุคคลหนึ่งใช้กำลังบีบบังคับผู้หนึ่งโดยจูงใจให้ให้เกิดการคลอดโดยการทำแท้ง เขามีความรับผิดชอบตามกฎหมาย”⁶⁵ คำกล่าวของ Bracton เป็นคำกล่าวจำนวนน้อยที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับถึงหลักการที่ว่า การพยายามกระทำความผิดเป็นสาเหตุที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร โดยไม่ต้องมีความเกี่ยวพันถึงผลในความเสียหายจากการกระทำนั้น ถึงแม้ว่ากฎหมายอังกฤษในช่วงแรก ๆ จะไม่มี กฎเกณฑ์ในเชิงกำหนดการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิด แต่ก็มีกำหนดวิธีอื่น ๆ ในการยับยั้งการกระทำที่เป็นอาชญากรรม เช่น มีกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลจรจัด (The Vagrancy Laws) มีกฎหมายที่กำหนดความผิดและการจัดการอย่างกว้างขวางกับบุคคลบางประเภท ได้แก่ ความผิดฐานออกมาเดินเตร็ดเตร่ยามค่ำคืน, ความผิดอาญาเกี่ยวกับคนอันธพาล คนเร่ร่อน หรือคนที่ไม่มีอาชีพ, กฎหมายเกี่ยวกับการมั่วสุม, กฎหมายเกี่ยวกับการก่อจลาจล เป็นต้น กฎหมายว่าด้วยการมั่วสุม (route) หมายถึง การที่บุคคลสามคนหรือมากกว่าเข้าร่วมมั่วสุมเพื่อจูงใจให้ผิดกฎหมาย ไม่ว่าพวกเขาจะปฏิบัติตามจูงใจที่เจตนาไว้หรือไม่ และมันจะเป็นความผิดเกี่ยวกับการจลาจล (riot) เมื่อพวกเขากระทำการตามความมุ่งหมายของเขาสำเร็จสมบูรณ์ ซึ่งมันเป็นการเอาใจใส่ถึงความปลอดภัยของสังคมแม้ว่าผู้กระทำความผิดเพียงแต่พบปะกันและแยกจากกันไป สถานการณ์ดังกล่าวด้วยความยินยอมของตัวเองเขาเองหรือไม่ก็ตาม กฎหมายอังกฤษสมัยแรก ๆ ยังเอาใจใส่ถึงการปฏิบัติต่อความประพฤติที่ไม่ชอบบางความประพฤติเสียแต่เนิ่น ๆ เช่น การไปไหนมาไหนพร้อมอาวุธ, การนำปืนพกที่บรรจุแล้วติดตัว, การมีปืนหรือหน้าไม้ไว้ในบ้าน, การดักข่ม, การชักดาบฟันแทงผู้อื่น, การใช้เวทมนตร์ทำร้ายผู้อื่น ถึงแม้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะไม่ได้รับผลความเสียหายใด ๆ แต่กฎหมายที่สำคัญและแสดงให้เห็นถึงรากฐานของกฎหมายพยายามกระทำความผิดของประเทศอังกฤษก็คือ กฎหมายเกี่ยวกับการกบฏ ได้แก่ The statute of 25 Edward III ค.ศ.1352 และ The statute of 21 Richard II

⁶⁵ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p. 560.

ค.ศ.1397 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าการพยายามกระทำความผิดเป็นอาชญากรรมและมีความผิดในกฎหมายในเรื่องความผิดฐานกบฏ แต่กฎหมายนี้ก็เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองกษัตริย์และราชวงศ์เท่านั้นไม่ได้คุ้มครองรวมไปถึงประชาชนโดยทั่วไปด้วย

จนกระทั่งถึงกลางศตวรรษที่ 16 กฎหมายในเรื่องการพยายามกระทำความผิดได้รับการยอมรับอย่างไม่เป็นที่สงสัยในประเทศอังกฤษ และได้รับการพัฒนาขึ้นในรายละเอียดโดยการตัดสินคดีของศาลอาญากลางอังกฤษในกรุงลอนดอน (the court of star chamber) แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ของศาลอาญากลางอังกฤษไม่ได้เรียกร้องถึงการประดิษฐ์สร้างสรรค์ชนิดของการควบคุมทางกฎหมายประเภทใหม่ขึ้นมา ศาลอาญากลางของอังกฤษเพียงแต่ต้องการรับรองว่าประชาชนโดยทั่วไปสมควรจะได้รับการคุ้มครองเหมือนกับการปกป้องคุ้มครองกษัตริย์ (ในความผิดฐานพยายามกบฏ) มานับศตวรรษ ในการจัดการเกี่ยวกับสถานการณ์ของความประพฤติที่แสดงออกถึงขั้นตอนของการกระทำที่ประกอบด้วยเจตนาในการประกอบอาชญากรรม เช่น การคุกคามขู่เชือด, การขู่เชือดด้วยถ้อยคำที่มีแนวโน้มจะใช้กำลังรุนแรง เป็นต้น อันเป็นการกระทำที่กำลังจะเริ่มขึ้นของความผิดและถือว่ามีโทษตามกฎหมาย โดยมีจุดมุ่งหมายที่สำคัญคือ “การจำกัดความรุนแรงก่อนที่มันจะเริ่มขึ้น” (Nip violence in the bud and do that without hindrance from existing law)⁶⁶ ยังมีอีกหลาย ๆ กรณีในทำนองเดียวกันที่ศาลอาญากลางได้กล่าวถึง เช่น การดักข่มด้วยเจตนาที่จะทำร้าย ทุบตี หรือฆาตกรรม หรือการกระทำในลักษณะอื่น ๆ ทำนองเดียวกันก็เป็นความผิดเช่นกัน ต่อมาคำตัดสินของศาลอาญากลางมีการขยายการคุ้มครองออกไปเกินกว่าความประพฤติที่เป็นการกระทำในระยะเริ่มต้น ความประพฤติที่ไม่ดีในกรณีที่ยังคงไม่ถึงกับเป็นการคุกคาม ขู่โจมตี หรือทำร้ายร่างกาย เช่น กรณีจำเลยเพียงแต่วางมีดบนกริช (dagger) ของเขา การกระทำเช่นนั้นของเขาถูกตัดสินว่ามีความผิดในศาลอาญากลางของอังกฤษ คดี *Grosvenour v. Leveson* ค.ศ.1537⁶⁷, ข้อเท็จจริงที่เชื่อถือได้อื่น ๆ เช่น ในการชักถามที่อยู่ของ Mr.Richard Alkyn ของจำเลยบางคน การถามอย่างนั้นจำเลยอาจจะไม่มีวัตถุประสงค์ในการสังหารเขาแต่อย่างน้อยที่สุดต้องมีเจตนาทำร้ายเขา, การผ่านไปในส่วนสาธารณะหรือสถานที่อื่น ๆ จำนวนหลาย ๆ ครั้ง พร้อมด้วยคันธนูและลูกธนู และอาวุธผิดกฎหมายอื่น ๆ แสดงให้เห็นถึงเจตนาในการนำพานั้นด้วยวัตถุประสงค์ที่ไม่ดี, การพยายามอุทิศสาหัสในการวางยาพิษเพื่อฆ่าผู้อื่น เป็นความผิดและถูกลงโทษในศาลนี้แม้ว่าไม่เคยกลายมาเป็นความผิดสำเร็จเลยก็ตาม ในคดีเหล่านี้จะเหมือนกันในส่วนที่เกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นพฤติกรรมอันใกล้ไปสู่การคุกคามเป็นการแสดงถึงการพยายามที่ไม่

⁶⁶ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p. 565.

⁶⁷ Loc.cit. p. 565.

ได้ผลด้วยการเข้าแทรกแซงในเวลาที่เหมาะสมที่ควร ในการพิจารณาถึงรายงานการตัดสินคดีต่าง ๆ ของศาลอาญากลางของอังกฤษ (the court of star chamber) โดยเฉพาะในคดีที่เกี่ยวข้องกับการทำร้ายร่างกาย (assault) การจลาจล (riot) การพยายามฆ่า (attempts to kill) และชนิดของการฝ่าฝืนความสงบประเภทต่าง ๆ จำนวนทั้งหมดของการก่อความวุ่นวายและความร้ายแรงมีสิ่งหนึ่งที่แอบแฝงอยู่ในคำตัดสินดังกล่าวที่เห็นก็คือ การยอมรับถึงความสำคัญของลักษณะการกระทำภายนอกที่มีความเกี่ยวข้องกับอันตรายที่ซึ่งควรจะหยุดไว้ เป็นการพยายามของศาลอาญากลางของอังกฤษที่พยายามแสดงออกถึงการกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดออกมาตามโอกาสเป็นครั้งเป็นคราว ด้วยถ้อยคำซ้ำ ๆ กัน

ถัดมาจากนั้นได้มีการกล่าวถึงสถานการณ์ที่นำไปสู่การนิยามทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายพยายามกระทำความผิดมากขึ้นคือ การดำเนินคดีการดวลกันในศาลอาญากลางของอังกฤษ (The court star chamber) ในปี ค.ศ.1615 โดยการฟ้องร้องของ Francis Bacon อธิบดีกรมอัยการของอังกฤษ Bacon ซึ่งได้บรรยายถึงเรื่องการป้องกันขัดขวางการกระทำที่เป็นอันตราย (ความชั่วร้าย) ในการดวลกัน และแนะนำว่าวิธีที่รอบคอบที่สุดในการขัดขวางก็คือ การทำให้การดำเนินการนั้นจบลงก่อนที่มันจะเริ่มขึ้น (nip the practice in the bud) โดยการลงโทษการกระทำทั้งหมดที่เป็นการเตรียมการ โดยเขากล่าวว่า “...สำหรับขอบอำนาจของศาลนี้ ผมถือว่าเป็นมูลฐานที่เชื่อถือได้ที่ว่า ที่ไหนก็ตามที่ความผิดอย่างหนึ่งหรือที่เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ ถึงแม้ว่ายังไม่ได้กระทำมัน (ความผิดนั้น) ลงไป การร่วมคบคิดหรือการปฏิบัติที่โน้มเอียงไปสู่ความผิดนั้นย่อมมีโทษอย่างเดียวกับความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) เช่น การกระทำการวางยาพิษแม้ว่ายังไม่เกิดผลขึ้น ,การดักรุมฆ่าผู้อื่นแม้ยังไม่มี การฆ่าผู้นั้น และในกรณีอื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน ควรมีการตัดสินลงโทษในศาลนี้ ไม่เพียงแค่นั้นในการเริ่มต้นและการเตรียมการกระทำความผิดในระดับด้อยกว่าที่ไม่ใช่ความผิดอุกฉกรรจ์ เช่น การคิดสินบนและการเตรียมพยานที่ไม่ใช่ประจักษ์พยานหรือไม่เคยเห็นเหตุการณ์มาให้การ ก็สมควรถูกดำเนินเช่นเดียวกันในศาลนี้...”⁶⁸

เกือบจะสองศตวรรษที่ศาลอาญากลางของอังกฤษ (The court star chamber) รับเอาการวิเคราะห์เกี่ยวกับแนวความคิดการพยายามกระทำความผิดของ Bacon มาใช้เกือบจะคำต่อคำแต่ยังไม่เห็นมีการให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิด หรือกำหนด สร้างหลักเกณฑ์ ทฤษฎีเกี่ยวกับการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมขึ้นมามีแต่อย่างใด แต่กระนั้นคำตัดสินของศาลอาญากลางก็มีอิทธิพลต่อการดำเนินคดีในศาลคอมมอนลอว์ (Common Law Court) อันนำมาสู่การสร้างหลักหรือทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ในภายหลัง

⁶⁸ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal*. p. 568.

ต่อมาในยุค Common Law⁶⁹ ถึงแม้คำตัดสินของศาลอาญากลาง (The court star chamber) ยังคงมีอิทธิพลต่อศาลคอมมอนลอว์ (common law court) อยู่ในเวลาต่อมา แต่ภายหลังเวลาหลายปีผ่านไปก็ได้ถูกทดแทนและลบทิ้งไปโดยหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดที่ถูกสร้างขึ้นในศาลคอมมอนลอว์เอง⁷⁰ กล่าวกันว่าความเห็นของผู้พิพากษาในศาลคอมมอนลอว์โดย Lord Mansfield ในคดี Scofield ค.ศ.1784⁷¹ เป็นต้นกำเนิดของทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดในประเทศอังกฤษ (แต่คำกล่าวเช่นนั้นก็ยังเป็นที่สงสัยอยู่)

ในคดี Scofield Mr.Scofield ครอบครองบ้านหลังหนึ่งในฐานะผู้เช่าและถูกฟ้องเพราะจุดเทียนไขและมีไม้จี้ไฟในบ้านนั้นด้วยเจตนาวางเพลิงบ้านหลังนั้น แต่ยังไม่มีการเผา ถูกกล่าวหาว่าเป็นการพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์ ในคดีนี้ทนายความของ Mr.Scofield ขอมรับว่าถ้าจุดมุ่งหมายนั้นถูกดำเนินการให้เป็นผลสำเร็จก็จะเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรงอย่างหนึ่ง (misdemeanor) เขาขอมรับอีกด้วยการพยายามกระทำความผิดอุกฉกรรจ์เป็นอาชญากรรม แต่เขายืนยันว่าการกระทำของ Scofield เป็นการพยายามกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) จึงไม่ใช่อาชญากรรมซึ่งจำเลยไม่ควรถูกลงโทษ โดยอ้างตามคดี Pedley ค.ศ.1782 ที่กล่าวว่า การพยายามกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) ไม่ใช่ความผิด การวางเพลิงเผาบ้านตัวเองไม่ใช่ความผิดอุกฉกรรจ์ แต่ Lord Mansfield ได้อ้างถึงความผิดในชั้นรองลงไป เช่น การพยายามคิดสินบน , การขนส่งสินค้าขนแกะออกนอกประเทศอันเป็นความผิดโดยพระราชบัญญัติที่เป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) , การเก็บรักษาดินปืน , การก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้อื่น และการกระทำที่โน้มน้าวโดยตรงไปสู่การฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นมีความผิดฐานพยายามและถูกลงโทษได้ Lord Mansfield ยืนยันว่าความผิดในชั้นรองลงไปสามารถเป็นความผิดฐานพยายามได้

⁶⁹ ในศตวรรษที่ 11 ถึง 15 เมื่อพวกนอร์มันเข้ามาครอบครองอังกฤษแล้ว กษัตริย์นอร์มันได้เข้ามามีบทบาทในกระบวนการยุติธรรมแทนที่ศาลท้องถิ่นโดยการจัดตั้งศาลหลวง (Royal Courts) ขึ้นเพื่อรวบรวมอำนาจจากขุนนาง จนกระทั่งปลายสมัยกลางศาลหลวงมีอำนาจครอบคลุมทั่วราชอาณาจักร วิธีการพิจารณาของศาลหลวงเป็นการใช้เหตุผลไปพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทแล้ววางหลักเกณฑ์ในการตัดสินชี้ขาดจากการพิจารณาเหตุผลที่แฝงอยู่ในความสัมพันธ์ของข้อเท็จจริงนั้น (ratio decidendi) หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากประเพณีท้องถิ่นแบบเดิม การใช้วิธีนี้เรียกว่าเป็นการวินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยศาล ในคดีก่อนมาใช้ในการตัดสินในคดีที่มีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันในภายหลัง เรียกว่า หลักคอมมอนลอว์ (common law). อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). *ความเป็นมาและหลักการใช้คดีวิธีในระบบชีวิตลอว์และคอมมอนลอว์*. หน้า 59 – 61.

⁷⁰ Jerome Hall. (1996). *General Principles of Criminal Law*. p. 570.

⁷¹ Ibid. p. 571.

ซึ่งเป็นการตัดสินที่ขัดกับคำตัดสินในคดีก่อน ๆ แต่ข้อคิดเห็นของ Lord Mansfield นี้ยังไม่น่าที่จะถูกกล่าวได้ว่าเป็นการวางข้อกำหนด ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงมือพยายามกระทำความผิดขึ้น⁷²

จวบจนกระทั่งศตวรรษที่ 18 จึงได้มีการพยายามจะค้นหาหลักเกณฑ์ และทฤษฎีที่อธิบายเป็นการทั่วไปมาอธิบาย ให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิด และเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกลักษณะของการลงมือกระทำที่เป็นการพยายามกระทำความผิดและที่ไม่ใช่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด (เตรียม) แต่ความคิดนี้ก่อให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างพวกที่เห็นว่าควรมีทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่ใช้ได้อย่างเหมาะสมเป็นการทั่วไปในกฎหมายพยายามกระทำความผิด เช่น Gordon และพวกที่มีความเห็นตามแนวคิด Common Law เดิม ที่เห็นว่ามันเป็นสิ่งที่ยู่นอกเหนือความคาดหมายในการค้นหาบทพิสูจน์ หรือทฤษฎีที่เป็นบทบัญญัติทั่วไปมาใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้

Gordon ให้ความเห็นในกฎหมายพยายามกระทำความผิดของสกอตแลนด์เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า⁷³

“...มันเป็นการเคลือบคลุมมากที่ขอให้ศาลนำเหตุผลเฉพาะตัวบุคคลคนไปใช้ในการตัดสินในแต่ละคดี สิ่งนั้นเป็นการเสนอความประทับใจในหลักฐานและการมุ่งหาเหตุผลของการให้ความยุติธรรมในแต่ละคดี หากลูกขุนคิดว่าจำเลยควรจะถูกลงโทษสำหรับการกระทำที่เขาได้กระทำไป พวกลูกขุนก็จะอธิบายลักษณะพฤติกรรมสิ่งที่จำเลยกระทำไปนั้นว่าเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด ไม่อย่างนั้นหากลูกขุนคิดว่าจำเลยไม่สมควรถูกลงโทษก็จะอธิบายลักษณะการกระทำนั้นว่าเป็นการเตรียมการ...”

Gordon เห็นว่า ควรมีทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ที่สามารถใช้ได้อย่างเหมาะสมเป็นการทั่วไปในกฎหมายพยายาม นักนิติศาสตร์พวกที่เห็นด้วยว่าควรมีบทบัญญัติโดยทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องนี้ ให้เหตุผลในการวางข้อกำหนดบรรทัดฐานที่แน่นอนสำหรับพื้นฐานของพฤติกรรมในการลงมือพยายามกระทำความผิดที่เป็นบทบัญญัติโดยทั่วไปนั้นว่า จะมีผลให้จำกัดดุลยพินิจของศาลในการตัดสินคดี และก่อให้เกิดความแน่นอนในการแปลความหมายที่ถูกต้องตรงกันในการใช้กฎหมายซึ่งเป็นแนวคิดตามแบบอย่างกฎหมายพยายามกระทำความผิดในปัจจุบัน อันเป็นแนวคิดที่

⁷² ในสมัยนั้นมีข้อโต้แย้งกันอยู่ในศาลคอมมอนลอว์ว่าการพยายามกระทำความผิดจะมีเฉพาะความผิดอาญาที่ร้ายแรงเท่านั้นหรือไม่ การพยายามกระทำความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง (misdemeanor) ไม่มีความผิดฐานพยายาม แต่ความเห็นของ Lord Mansfield เป็นความเห็นที่วางหลักว่าความผิดฐานพยายามสามารถมีได้ในความผิดทุกประเภท as cited in. Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 33.

⁷³ Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 33.

ต่างออกไปจากแนวทางปฏิบัติบนพื้นฐานของระบบ Common Law ในสมัยนั้น ที่ยึดถือรูปแบบแนวคิดมุ่งพิจารณาเหตุผลเป็นกรณีเฉพาะเรื่อง (case by case)

ส่วนผู้ที่ยึดถือตามแนวคิด Common Law เดิม เห็นว่าเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือความคาดหมายในการค้นหาทฤษฎี และบทพิสูจน์ที่เป็นบทบัญญัติโดยทั่วไปสำหรับเรื่องนี้ และเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะสามารถหาหลักทั่วไปสำหรับขอบเขตของความผิด เพราะประเภทของความผิดทั้งหลายนั้นมีรูปแบบลักษณะพฤติกรรมของการกระทำที่หลากหลายแตกต่างกันไป⁷⁴

2.4.2 ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law

ในสมัยกรีก Plato นักปราชญ์ชาวกรีก ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่า “ใครคนหนึ่งที่มีความมุ่งหมายและเจตนาจะฆ่าผู้อื่นโดยผู้หนึ่ง ไม่ได้เป็นศัตรู กฎหมายไม่ได้ยินยอมให้ทำการเช่นฆ่าผู้อื่น ถ้าเขาได้ทำอันตรายแก่ผู้อื่นแต่ไม่สามารถฆ่าเขาได้.. น่าจะถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการฆ่าและเป็นการกระทำการพยายามฆ่า.. หากแต่อาศัยความเกี่ยวพันกับโชคและเหตุการณ์ในอนาคตทำให้ไม่สำเร็จ ด้วยความกรุณาของพระผู้เป็นเจ้า และด้วยความขอบคุณของพระผู้เป็นเจ้าที่มอบให้หากผู้กระทำความตั้งใจขัดขวางการกระทำของเขาไม่ให้สำเร็จ ประกอบกับการชดใช้ค่าเสียหายสำหรับอันตรายจากการล่วงละเมิดนั้น ควรจะยกโทษตายและเนรเทศออกไป”⁷⁵

ในสมัยโรมัน มีการลงโทษการพยายามกระทำความผิดในระดับต่ำ และลงโทษบางครั้งบางคราวตามโอกาส โดยถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความชั่วร้ายและเป็นอาชญากรรม โดยเน้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับเจตนามากกว่าข้อเท็จจริงของความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้กระนั้นมันก็ยังเป็นการไม่เด่นชัดว่าพวกเขาลงโทษการพยายามกระทำความผิดสมส่วนพอเพียงกับเจตนาของการประกอบอาชญากรรมหรือไม่ จากบันทึกกฎหมายที่ไม่ปะติดปะต่อกันในสมัยกลางได้แสดงให้เห็นถึงสภาพความแตกต่างระหว่างความห่างไกลและความใกล้ชิดของการกระทำผิด โดยให้ถือเป็นช่องว่างสำหรับการให้โอกาสในการสำนึกผิด เนื่องด้วยเหตุนี้จึงมีความเข้มงวดน้อยในการกำหนดโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิด บันทึกดังกล่าวยังได้แสดงให้เห็นถึงปัญหาในการแยกแยะในเรื่องกฎหมายพยายามอีกปัญหาหนึ่งก็คือข้อเรียกร้องในการวิเคราะห์คาดการณ์ถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด เป็นผลที่ตามมาเมื่อเริ่มกฎหมายยุคใหม่ในศตวรรษที่ 16 ได้มีข้อกำหนดในเรื่องกฎหมายพยายามปรากฏอยู่แล้วในประมวลกฎหมายอาญาที่สำคัญ ๆ ของบางรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา และในประเทศฝรั่งเศส เช่น The Carolina in 1532 และ The Ordonnance de Blois in 1579 เป็นต้น ต่อมาในปัจจุบัน⁷⁶

⁷⁴ Ibid. p. 34.

⁷⁵ Jerome Hall. (1996). **General Principles of Criminal Law.** p. 558.

⁷⁶ Ibid. p. 559.

การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับความผิดสำเร็จคือการกระทำ ประกอบกับผลสำเร็จของความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ เนื่องจากองค์ประกอบของความผิดสำเร็จ นั้นผูกพันอยู่กับผลสำเร็จของการกระทำ การแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดกับการเกิด ความผิดสำเร็จนั้นจึงดูได้จากความสำเร็จในผลของการกระทำตามองค์ประกอบความผิดฐานนั้น ๆ ซึ่งเป็นนามธรรมสื่อออกมาให้เห็นได้ชัดมากกว่าในการแบ่งแยกระหว่างขั้นตอนการเตรียม กระทำความผิดกับการลงมือพยายามกระทำความผิดที่วิทยานิพนธ์นี้ต้องการศึกษา การแบ่งแยก ระหว่างขั้นตอนการเตรียมกระทำความผิดกับขั้นตอนการลงมือพยายามกระทำความผิดนั้น ขึ้นอยู่กับการกำหนดขนาดของการกระทำที่จะถือเป็นหลักฐานพอเพียงว่าเป็นภัยอันตรายที่ควร จะกำหนดให้เป็นการพยายามกระทำความผิด หรือเรียกว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายพยายามต้องการ (criminal attempts acts requirement)

การกระทำที่กฎหมายพยายามต้องหมายมีลักษณะอย่างไร การกระทำที่กฎหมาย พยายามต้องการ เป็นกระทำได้ถึงขั้นการลงมือกระทำผิดแล้วเรื่อยไปแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิด สำเร็จ ซึ่งเป็นการกระทำตั้งแต่ผ่านขั้นตอนการเตรียมกระทำความผิดเรื่อยมาจนถึงการเกิด ความผิดสำเร็จเลยทีเดียว แล้วลักษณะของการกระทำจนถึงขั้นการลงมือกระทำผิดแล้วแต่ยังไม่ เกิดเป็นความผิดสำเร็จมีลักษณะเป็นอย่างไร ด้วยเหตุที่บทบัญญัติกฎหมายอาญาของประเทศ ไทยและนานาประเทศไม่ได้อธิบายความหมายลักษณะของการกระทำที่ถึงขั้นการลงมือกระทำ ความผิดแต่ยังไม่เกิดเป็นความผิดสำเร็จนั้นเป็นอย่างไรไว้โดยชัดเจนในกฎหมาย⁷⁷ แต่จะปล่อยให้ นักนิติศาสตร์เป็นผู้สร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาอธิบายกันเองทำให้ประเด็นดังกล่าวเป็นปัญหาหนึ่งในการ ศึกษากฎหมายพยายามที่มีการถกเถียงกันอย่างมาก

การให้ความหมายลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดนั้นเป็นการกำหนด ขอบเขตของกฎหมายพยายามและเป็นการกำหนดจุดแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิด กับการเตรียมกระทำความผิด มีความสำคัญคือ เป็นการกำหนดจุดเริ่มต้นของการเอาผิดกับ บุคคลและการเริ่มต้นการเอาบุคคลเข้ามาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งหากกำหนดขนาด ของการลงมือกระทำความผิดในการพยายามกระทำความผิดแคบเกินไปอาจทำให้การกระทำบาง การกระทำที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมหลุดพ้นจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งส่งผล กระทบต่อความสงบสุขและประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรมในสังคมโดยรวม ส่งผลให้

⁷⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือการกระทำ ไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับความผิดนั้น”

สาธารณชนที่บริสุทธิ์ที่ควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐขาดความปลอดภัย หรือถ้าหากกำหนดขนาดของการลงมือกระทำความคิดในการพยายามกระทำความคิดกว้างเกินไปอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ อีกทั้งความคิดฐานพยายามเป็นความคิดที่อยู่ในบทบัญญัติทั่วไป มีความเกี่ยวพันไปถึงการวินิจฉัยความคิดในภาคความคิดต่าง ๆ ด้วย เช่น

1. ในการวิเคราะห์ถึงการกระทำผิดในภาคความคิด ถ้ายังไม่มีมีการกระทำถึงขั้นลงมือกระทำความคิด ถือว่ายังไม่มีมีการกระทำประกอบองค์ประกอบภายนอกของการกระทำความคิดฐานนั้น ๆ ถือว่ายังไม่มีความคิดตามกฎหมาย เพราะขาดองค์ประกอบภายนอกของความคิด เช่น ปัญหาในการตัดสินในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความคิดฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ หรือความคิดฐานฆ่าคนโดยใช่ป็นยิง เป็นต้น

2. ในการวิเคราะห์บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการป้องกัน ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ซึ่งการจะเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 68 ต้องเป็นการป้องกันภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย จุดใดที่เราจะถือว่าเป็นการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย หลัก ต้องเป็นการกระทำถึงขั้นลงมือ⁷⁸ ถ้าการกระทำยังไม่ถึงขั้นลงมือตามแนวทางปฏิบัติของศาล เช่น การชักปืนออกมาจากเอวเพื่อจะยิงแต่ยังไม่ได้เล็งซึ่งถือว่ายังไม่ถึงขั้นเป็นความคิดตามกฎหมาย จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำที่เป็นภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 2285/2528⁷⁹ เคยวินิจฉัยว่ากรณีมีข้อเท็จจริงว่าผู้ตายมาพูดขอแบ่งวัวจากจำเลย จำเลยไม่ยอมแบ่งและชวนให้ไปตกลงกันที่บ้านผู้ใหญ่บ้านหรือที่บ้านกำนันแต่ผู้ตายไม่ยอมไปกลับชักปืนออกมาจากเอว จำเลยยอมเข้าใจว่าผู้ตายจะใช้ปืนนั้นยิงจำเลยอันเป็นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง การที่จำเลยยิงผู้ตายไป 1 นัด และผู้ตายถึงแก่ความตาย เป็นการป้องกันสิทธิของตนพอสมควรแก่เหตุ การกระทำของจำเลยเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย จำเลยไม่มีความผิด ในกรณีนี้ศาลเห็นว่าการชักปืนออกมาจากเอวแม้ยังไม่ถึงขั้นเล็งยิงถือว่ามิใช่ภัยอันตรายแก่ตัวผู้ถูกกระทำแล้ว ในเรื่องป้องกันถือว่าเป็นภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้ แต่ทำไมในเรื่องพยายามกระทำความคิดยังไม่ถือว่าเป็นภัยอันตรายอันใกล้จะเกิดผลสำเร็จของความคิดนั้น

3. ในการวิเคราะห์ถึงเรื่องตัวการประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 ,ผู้ใช้ มาตรา 84 และผู้สนับสนุน มาตรา 86 ซึ่งเป็นความคิดที่มีผู้ร่วมกันกระทำความคิดด้วยกันหลายคน การวิเคราะห์การกระทำความคิดกรณีเช่นนี้แบ่งการวิเคราะห์ผู้กระทำออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ผู้ร่วมกระทำ

⁷⁸ เกียรติจักร วัฒนสวัสดิ์. (2547). คำบรรยายวิชากฎหมายอาญา มาตรา 59-106. หน้า 251 – 276.

⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2285/2528. สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2549,จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ความผิด หมายถึง ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน กับผู้ลงมือ หมายถึง ผู้ที่ลงมือกระทำความผิดในความผิดฐานนั้นจริง ๆ ซึ่งความผิดของผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งเป็นตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนนั้นจะอ้างอิงอยู่กับการกระทำความผิดของผู้ลงมือ ถ้าผู้ลงมือยังไม่ได้กระทำการถึงขั้นเป็นความผิด (ลงมือ) พยายามกระทำความผิด ผู้เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนก็ยังไม่มีความผิดตามกฎหมาย ยกเว้นมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษดังเช่นกรณีผู้ใช้ มาตรา 84 วรรค 2 เป็นต้น

การค้นหาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นการหาจุดสมดุลระหว่างสิ่งสองสิ่งระหว่างความสงบสุขและประสิทธิภาพในการป้องกันอาชญากรรมของสังคมโดยรวม (interests of the community) กับสิทธิเสรีภาพของประชาชน (individual freedom) ซึ่งมีความเป็นพลวัตสัมพันธ์กับมุมมองการให้ความหมายของความยุติธรรม (criminal justice perspective) ในแต่ละสังคม แบ่งออกได้เป็น 6 มุมมอง คือ⁸⁰

1. มุมมองในการควบคุมอาชญากรรม (Crime control perspective) แนวคิดนี้มองว่าอาชญากรเป็นผู้ฉวยโอกาสงโจงใจกระทำความผิดเพื่อประโยชน์ของตน การกำหนดนโยบายทางอาญาต้องเน้นที่การควบคุมตัวผู้กระทำความผิดและปกป้องสังคม เรียกร้องให้มีบทลงโทษหนักเพื่อสามารถข่มขู่ผู้กระทำความผิดมิให้กระทำความผิดอีก จำกัดตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคม ขอมรับโทษประหารชีวิต และส่งเสริมประสิทธิภาพของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

2. มุมมองทางสังคม (Rehabilitation perspective) แนวคิดนี้มองว่าระบบกฎหมายเป็นเครื่องมือการบำบัดดูแลประชาชนที่ไม่สามารถดูแลตัวเองได้ มองอาชญากรเป็นผลมาจากสังคมที่ขัดแย้งไม่เท่าเทียม สังคมเป็นตัวก่อให้เกิดอาชญากรรมขึ้น ควรเพิ่มโอกาสทางสังคมให้กับบุคคล การลงโทษจำคุกไม่มีผลเป็นการปราบปรามมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำผิดซ้ำอีก

3. มุมมองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Due Process perspective) แนวคิดนี้มุ่งคุ้มครองปัจเจกบุคคลจำกัดอำนาจรัฐต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นใหญ่

4. มุมมองในการแก้ไขปรับปรุงตัวผู้กระทำความผิด (Nonintervention perspective) เป็นมุมมองที่มุ่งนำตัวผู้กระทำความผิดกลับคืนเข้าสู่สังคม โดยเชื่อว่าองค์กรในกระบวนการยุติธรรมควรจำกัดบทบาทในการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับบุคคลในสังคม เพราะเห็นว่าการที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรมเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับบุคคลในสังคมไม่ว่าองค์กรใดจะก่อให้เกิดผลกระทบกับตัวบุคคลนั้นในทางลบ เน้นการรื้อฟื้นความเป็นมนุษย์ให้มากที่สุด

⁸⁰ ชาญเชวณ ไซยานุกิจ. (22 มิถุนายน 2544). การบริหารงานกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.

5. มุมมองด้านความยุติธรรม (Justice perspective) มีแนวคิดที่ว่าภายใต้กฎหมายเดียวกัน ควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกัน เห็นว่าควรลดการใช้ดุลพินิจในกระบวนการยุติธรรม

6. มุมมองความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative justice perspective) มีแนวคิดที่ว่า จุดประสงค์ที่แท้จริงของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือการเสริมสร้างสันติสุขไม่ใช่การลงโทษ เห็นว่าการที่รัฐเพิ่มโทษเอาคนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นการกระตุ้นอาชญากรรมมากกว่าการป้องกันอาชญากรรม ควรให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรม การระงับข้อขัดแย้งควรเกิดขึ้นในสังคมมากกว่าในเรือนจำ

การให้ความหมายลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดตามที่กฎหมายพยายามต้องการจึงแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับมุมมองความยุติธรรมทางอาญาของแต่ละสังคม และการเห็นด้วยกับแนวคิดความรับผิดชอบทางอาญาของการพยายามกระทำความผิดที่กล่าวมาแล้วในทฤษฎีใด หากมีแนวคิดไปในทางทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) ระดับของการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดตามทฤษฎีนั้นจะแคบเพราะตำแหน่งของการลงมือกระทำความผิดจะเข้าไปใกล้กับขั้นการเกิดความผิดสำเร็จ หรือถ้าหากมีแนวโน้มไปในทางทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) ระดับของการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดจะกว้างเพราะตำแหน่งของการลงมือกระทำความผิดจะเริ่มตั้งแต่เพียงมีการกระทำที่ผ่านขั้นตอนการเตรียมไปแล้วเท่านั้นเลยทีเดียว

แนวคิดของประเทศ Common Law เดิมเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะสามารถกำหนดขอบเขต หลักเกณฑ์ในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายในการให้ความหมายถึงลักษณะของการลงมือกระทำความผิด และกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดขึ้นได้ เพราะในแต่ละความผิดจะมีชนิดของความผิด ประเภท และองค์ประกอบแตกต่างกัน การวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดควรขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจไปตามกรณี (case by case) ส่วนในปัจจุบัน ทั้งประเทศที่ใช้ระบบ Common Law และ Civil law เห็นพ้องไปในแนวทางเดียวกันว่าควรมีการให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความผิด และกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดที่สามารถใช้ได้เป็นการทั่วไปในรูปแบบทฤษฎีกฎหมายขึ้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและแน่นอนในการใช้กฎหมาย⁸¹

ปัจจุบัน นักนิติศาสตร์ทั้งฝ่าย Common Law หรือ Civil Law ได้นำแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) และทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) ตามมุมมองของตนมาสร้าง

⁸¹ Antony Duff (R.A. Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 33.

เป็นทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ในการให้ความหมายของการลงมือพยายามกระทำความผิดตามที่กฎหมายพยายามต้องการ อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิด ซึ่งได้แก่ ทฤษฎีการกระทำขั้นแรก (First act theory), ทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last act theory), ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory), ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด (The Criminal Attempts Act 1981) ของประเทศอังกฤษ, ทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal acts theory) ของประเทศเนเธอร์แลนด์, ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตราย (Dangerous proximity acts theory), ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial Step Theory) ในข้อสันนิษฐานในบทบัญญัติการพยายามกระทำความผิดในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) ของประเทศเยอรมัน เป็นต้น ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป