

บทที่ 3

ความผิดฐานอภัย : ของโจรตามประมวลกฎหมายอาญา

ความทั่วไป

ในความผิดอาญาบางเรื่อง อาจมีบุคคลหลายคน เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด กล่าวคือ ได้ร่วมใจและร่วมการกัน ให้เตรียมตัวหรือให้กระทำลงให้สำเร็จหรือทำผลประโยชน์ ในการกระทำนั้น การทั้งหลายนั้น เมื่อบุคคลได้กระทำลงโดยลงเนื้อเห็นด้วยในการกระทำผิดนั้น เรียกว่า คนนั้นมีการเกี่ยวข้องแก่ความผิด¹ ซึ่งอาจจะมีได้ดังนี้

1. ได้กระทำความผิดร่วมกัน อันได้แก่ ตัวการ ตามมาตรา 83 ตามหลัก เรียกว่า ผู้กระทำความผิดที่แท้จริง²
2. เกี่ยวข้องโดยอาศัยความผิดของผู้อื่นที่ได้กระทำลง หรือตามหลักวิชาถือ เป็นการเอาความผิดของผู้อื่นมาเป็นความผิดของตน อันได้แก่
 - ก. การใช้โทษผู้อื่นกระทำผิด ตามมาตรา 84 และการประกาศโฆษณาแก่บุคคลทั่วไปให้กระทำผิด ตามมาตรา 85
 - ข. เป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ตามมาตรา 86
3. เป็นความผิดขึ้นอีกความผิดหนึ่งต่างหาก หรือในทางตำราถือว่า เป็นองค์ความผิดฐานหนึ่งต่างหาก โดยการร่วมกันกระทำนั้นเอง บางทีการเข้าร่วมกันนี้เป็นการถาวร ซึ่งมีความประสงค์ที่จะเตรียมการหรือวางแผนการในการกระทำความผิด เช่น การเข้าร่วมกันตามมาตรา 209, 214 หรือการสมคบกันตามมาตรา 114, 120, 210 ฯลฯ

¹ เชนรี โลรัง, "คำแนะนำหัวข้อกฎหมายอาญา", พิมพ์ครั้งที่ 2. (โรงพิมพ์กรุงเทพฯ-บรรณาการ, 2474), หน้า 76.

² หรือเรียกว่า ร่วมกันกระทำในขั้นต้น (basis)

โดยทั่วไป การอยู่ร่วมกันนับว่าเป็นสันชาตญาณที่ปกติอย่างหนึ่งของมนุษย์ และจากสันชาตญาณดังกล่าว จึงทำให้มนุษย์มีความจำเป็นต้องเข้าร่วมกลุ่มกัน เป็นหมู่คณะหรือเป็นสมาคม³ เพื่อดำเนินกิจการบางอย่างในวัตถุประสงค์อย่างเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม การเข้าสมาคมเป็นหมู่คณะของบุคคล หากมีแต่เฉพาะสุจริตชนเท่านั้นไม่ ใจผู้ร้ายก็ให้เห็นถึงประโยชน์ของการรวมกลุ่มกัน เพื่อการกระทำความผิดให้สมตามความมุ่งหมายของพวกตน⁴ ผู้เชี่ยวชาญในทางจิตโดยทั่วไปกล่าวว่าคนที่กระทำการหรือกระทำ ความผิดคนเดียวนั้น หากรู้ว่ามีบุคคลอื่นอยู่ข้างเคียงยิ่งทำให้มีจิตใจกล้าหาญยิ่งขึ้น และหากการกระทำนั้น เป็นการร่วมกันของบุคคลสองคนขึ้นไป ย่อมจะนำมาซึ่งความชั่วร้ายหนักกว่าธรรมดา⁵ ดังนั้น ไม่ว่าในความผิดใด ๆ ถ้ายังมีบุคคลหลายคนกระทำความผิดร่วมกันมากเพียงใด ความผิดนั้นก็ยิ่งเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง เป็นที่ก่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และทำให้เป็นที่น่าหวาดเสียวมากขึ้นเพียงนั้น⁶ นอกจากนี้ จากการระดมความคิดของบุคคลที่รวมกันนั้น จึงสามารถมีวิธีการกระทำความผิดได้หลายอย่าง และเป็นที่มุ่งยากแก่การระงับปราบปรามของรัฐ ในภายหลัง

³ การรวมกลุ่มกันเป็นหมู่คณะหรือสมาคมของบุคคลนี้ ถือว่าเป็นสิทธิอย่างหนึ่งของบุคคล ที่มีอยู่อย่างอิสระ และสิทธิดังกล่าวได้มีการบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 20 (1) ว่า "ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งการร่วมประชุมและการก่อตั้งสมาคมโดยสันติ" นอกจากนี้การเข้าเป็นหมู่คณะหรือเป็นสมาคมของบุคคลดังกล่าว จะต้องเป็นไปด้วยความอิสระ ทั้งนี้ดังปรากฏใน (2) ว่า "บุคคลใดจะถูกบังคับให้สังกัดสมาคมหนึ่งสมาคมใดไม่ได้" ดู ใน กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 2. (จัดพิมพ์โดยศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กรมอัยการ, 2527), หน้า 222.

⁴ เอช เอจด์, กฎหมายอาญา คำสอนชั้นปริญญาตรี (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2478), หน้า 667.

⁵ Andenaes, The General Part of the Criminal laws of Norway. (Translated by Thomas P. O-gle, New York, 1965) No. 31, P.274.

⁶ พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์, "คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา" ภาค 1 (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2475), หน้า 231.

ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงได้พยายามหามาตรการในการจัดภาวะของการรวมกลุ่มกัน เป็น คณะบุคคลหรือสมาคม เพื่อดำเนินการอันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือนัยหนึ่ง เป็นการระงับยับยั้งพฤติการณ์ อันจะนำไปสู่การกระทำความผิดตามมูล เหตุจูงใจของผู้กระทำความผิด เหล่านั้นไว้ก่อน

3.1 ความผิดฐานอั้งยี่

ก. ความทั่วไป

1. ความหมายและรูปแบบ คำว่า "อั้งยี่" เป็นคำเก่า เดิมเป็นคำใน ภาษาจีนใช้เรียกชื่อ บรรดาสมาคมต่าง ๆ ที่ตั้งขึ้นอย่างลับ ๆ ในประเทศจีน โดยมีความมุ่งหมาย เพื่อช่วยเหลือซึ่งกันและกันในระหว่างสมาชิกของกลุ่ม แต่ในภายหลังได้มีการนำหลักการดังกล่าวนี้ ไปใช้ในวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁷

ในสมัยโบราณ การเป็นสมาคมลับอั้งยี่นั้น ได้มีการจัดรูปแบบรวมตัวกัน เป็น "องค์การ" ประกอบด้วย องค์การที่ถาวร มีหมู่มวลชนสมาชิกและมีการจัดการที่เป็นลำดับขั้นทั้ง สถานะภาพและหน้าที่การงานในองค์การอย่างชัดเจน⁸ และจากรูปแบบและการดำเนินการของ สมาคมลับอั้งยี่นี้ ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมไทยเป็นอย่างมาก จนรัฐต้องออกกฎหมายมาควบคุม และดำเนินการในที่สุด

2. ความหมายและรูปแบบของอาชญากรรมองค์การ (Organized crime)

ในปัจจุบันนี้อาชญากรรมที่เกิดจากการร่วมกันในรูปแบบ เป็นองค์การ (Organized Crime) นับวันแต่จะ เป็นปัญหาที่ยุ่งยากแก่รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้ การกำหนดรูปแบบและขอบ เขตของอาชญากรรม ในลักษณะดังกล่าวจึง เป็นสิ่งสำคัญที่รัฐต้องคำนึงถึง ทั้งนี้ เพื่อผลในการตรากฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายของรัฐให้ครอบคลุมไปถึง

⁷ คำว่า "อั้งยี่" ได้ปรากฏใช้ในการ เรียกชื่อสมาคมลับของชาวจีนในประเทศไทยตั้งแต่ ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และปรากฏในกฎหมายอาญาของไทยมาจน กระทั่งปัจจุบันนี้. รายละเอียดดูใน "การเกิดและพัฒนาการของสมาคมลับอั้งยี่ในประเทศไทย", บทที่ 2, หน้า 16.

⁸ เช่น ได้มีการแยกลำดับขั้น มีการปกครองบังคับบัญชา เป็นหัวหน้าใหญ่ (ตัว เฮีย) หัวหน้ารอง (ยี่ เฮีย) สมาชิกธรรมดา และมีวิธีดำเนินการและรูปแบบขององค์การ เป็นการเฉพาะ เป็นต้น

ความหมายและรูปแบบอาชญากรรมองค์กร (Organized Crime) ในสหรัฐอเมริกา

ความหมายที่แน่ชัดขององค์การอาชญากรรม (Organized Crime) นับว่าเป็นปัญหาที่ได้รับความสนใจ แม้ว่าในขณะนี้ยังไม่อาจให้ความหมายของอาชญากรรมในลักษณะดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมก็ตาม มลรัฐต่าง ๆ ได้ให้ความหมายขององค์การอาชญากรรมไว้ดังนี้

มลรัฐแคลิฟลอเนีย

ได้ให้ความหมายของ Organized Crime ว่า⁹ คือการร่วมกระทำระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือกระทำการหลายประการในบรรดาการกระทำดังต่อไปนี้คือ

1. การนำเสนอและการบริการสินค้าที่ผิดกฎหมาย ดังเช่น การให้กู้ยืมเงินในอัตราดอกเบี้ยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอื่น ๆ
2. การกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน (Predatory crime) ดังเช่นการลักทรัพย์ และอื่น ๆ

รูปแบบต่าง ๆ ของการกระทำความผิดอาญา ซึ่งอยู่ในความหมายของอาชญากรรมองค์กร ซึ่งอาจจัดแบ่งเป็นกลุ่มประเภทได้ดังนี้คือ

- (1) Racketeering - กลุ่มบุคคลซึ่งร่วมกันกระทำความผิดในบรรดาความผิดอาญาในลักษณะต่าง ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลกำไรร่วมกัน
- (2) Vice Operations - บุคคลที่ร่วมกันประกอบธุรกิจในการจัดเสนาสินค้าและบริการที่ผิดกฎหมาย ดังเช่น สารเสพติด การค้าประเวณี การให้กู้ยืมเงินโดยเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราตามกฎหมาย การพนัน และอื่น ๆ
- (3) Theft/Fence Rings - กลุ่มบุคคลผู้ร่วมกันลักทรัพย์ใด โดยเฉพาะ โดยกระทำอยู่เป็นประจำ ดังเช่น การฉ้อโกง ร่วมออกอุบายหลอกลวงให้จัดส่งเอกสารความผิดฐานจัดงะ คัดช่องย่องเบาเข้าไปในเคหะสถานโดยมีเจตนาที่จะประกอบอาชญากรรม จักรยนต์

⁹Howard Abadinsky, Organized Crime. (Boston, Allyn and Bacon, 1981), P.1.

จักรยานยนต์ และการร่วมดำเนินการประกอบธุรกิจซื้อขายสินค้าที่ถูกลักขโมย เพื่อนำออกจำหน่าย โดยได้รับผลกำไร

(4) Gangs - กลุ่มบุคคลซึ่งมีผลประโยชน์ที่ร่วมกันหรืออยู่ในวงการเดียวกัน ได้ร่วมสมคบกันกระทำการอันผิดกฎหมาย เพื่อเผยแพร่ชื่อเสียงและอิทธิพลของกลุ่ม ดังเช่น กลุ่มเยาวชน กลุ่มรถจักรยานยนต์ผิดกฎหมาย และกลุ่มนักโทษ

(5) Terrorists - กลุ่มบุคคลผู้ร่วมกระทำความผิดทางอาญาที่มีลักษณะ เป็นที่หวาดหวั่น ดังเช่น การลอบฆ่านักการเมืองที่มีชื่อเสียง การลักพาบุคคลสำคัญ เพื่อที่จะลดความเชื่อถือของประชาชนที่มีต่อรัฐ ไม่ว่าจะโดยมีวัตถุประสงค์ทางการ เมืองหรือ เป็นการแก้แค้นทดแทน

มลรัฐจอร์เจีย

The Georgia Organized Crime Prevention Council ได้ให้ความหมายขององค์การอาชญากรรม¹⁰ ดังนี้คือ กลุ่มบุคคลที่รวมกันในการจัดทำสมคบกัน กระทำความผิด โดยเป็นการกระทำต่อเนื่อง เพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้ในการดำรงชีวิตหรือค่าใช้จ่ายต่าง ๆ หรือ การให้ความช่วยเหลือ ความสนับสนุนการละเมิดกฎหมายของรัฐอื่นเกี่ยวกับการค้าประเวณี การพนัน การจำหน่ายยาเสพติดที่ผิดกฎหมาย การค้าสุราเถื่อน การจำหน่ายอาวุธที่มีอันตรายร้ายแรง อันผิดกฎหมาย ความผิดเกี่ยวกับการลักทรัพย์การเรียกเอาทรัพย์สินโดยมิชอบ การวางเพลิงเผาทรัพย์ การให้กู้ยืมเงินในอัตราดอกเบี้ยเกินจากที่กำหนดโดยกฎหมาย การปลอมแปลงเอกสาร การให้สินบนเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจนำกฎหมายมายังบังคับใช้

มลรัฐวิสคอนซิน

The Wisconsin Department of Justice ได้ให้ความหมายขององค์การอาชญากรรม (Organized crime) ในความหมายเดียวกับที่ Task Force on Organized Crime for the President's Commission on Law Enforcement and the Administration of Justice ได้ทำรายงานไว้ใน ค.ศ. 1967 คือ หมายถึงการกระทำของ

¹⁰ Ibid, P.2.

ผู้ร่วมเป็นตัวการ ผู้เข้าร่วมเป็นสมาคมหรือกลุ่ม โดยร่วมมือเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินตรา หรือผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ หรือผลกำไรต่าง ๆ ไม่ว่าจะโดยวิธีการผิดกฎหมายทั้งหมด หรือเฉพาะวิธีการบางส่วนที่ผิดกฎหมาย โดยปกปิดการกระทำในรูปแบบของการให้สินบนและการฉ้อโกง¹¹

Lindesmith ได้ให้ข้อสังเกตว่า องค์การอาชญากรรม "เป็นการร่วมกระทำความผิดระหว่างบุคคลหลายคน หรือกลุ่มต่าง ๆ เพื่อให้ได้รับผลสำเร็จ โดยปกติมักจะ เป็นอาชญากรอาชีพ การดำเนินการจะหละหลวม และโดยทั่วไปไม่เป็นทางการ หรืออาจจะ เป็นไปโดยมีความแน่นอน และมีรูปแบบโดย เป็นระบบที่กำหนดหน้าที่ไว้โดยชัดแจ้งโดยมีหน้าที่และมีผลประโยชน์ร่วมกัน"¹²

The International Association of Chiefs of Police (IACP) Organized Crime Committee ได้เพิ่มเติมความหมายขององค์การอาชญากรรม (Organized crime) ว่า เป็นการดำเนินการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันมีลักษณะสำคัญ 4 ประการ ดังต่อไปนี้¹³

1. รูปแบบของการดำเนินการ การดำเนินงานอย่างมีแบบแผนและมีกฎเกณฑ์จะป้องกันผู้เป็นหัวหน้าจากการมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำความผิดในทางอาญา และจะเป็นการรับรองความถาวรของการดำเนินการในกรณีที่มีการจับกุม ความตายหรือการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าในการดำเนินการ

2. ผลกำไรที่ต่อเนื่อง แม้ว่าการร่วมกันกระทำความผิดในทางอาญาจะเป็นการกระทำความผิดอาญาต่อบุคคลใดโดยชัดแจ้ง ดังเช่น การลักพาไปเรียกค่าไถ่ การปล้นธนาคาร แหล่งที่มาของรายได้ประการแรก จะมาจากการจัด เสนอและการบริการสินค้าที่ผิดกฎหมาย ดังเช่น ยาเสพติด การพนัน การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา การค้าประเวณี หรือกิจกรรมอื่น ๆ

¹¹Ibid, P.4-5.

¹²Ibid, P.6.

¹³Ibid, P.17-18.

อันทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เสื่อมลง ความผิดเหล่านี้เรียกว่า "ความผิดที่ปราศจากผู้เสียหาย" (Victimless Crime) ซึ่งมักทำให้เกิดผลกำไรสูงและมีความเสี่ยงเพียงเล็กน้อย

3. การผูกขาด ภาวะผูกขาดหรือเกือบจะเป็นภาวะผูกขาด ในการจัดเสนอสินค้า แก่ตลาดหรือการให้บริการ

4. ความคุ้มกัน ความเชื่อยงชาและการละเลยต่อหน้าที่เป็นพื้นฐานอย่างสำคัญของ ความคุ้มกันที่จะมีต่อองค์การอาชญากรรม ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ การให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่ หรือการข่มขู่แก่ผู้เป็นเหยื่อ หรือพยานบุคคล ดังนั้น การทุจริตของ ตำรวจ อัยการ ผู้พิพากษา สมาชิกวุฒิสภา หรือเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ทำให้เกิดความคุ้มกันแก่การร่วม กระทำผิดในทางอาญาดังกล่าว

โดยสรุป อาชญากรรมองค์การ หมายถึง อาชญากรรมซึ่งดำเนินการโดยอาชญากร ซึ่งได้รวมตัวเข้าด้วยกันตามสายการบังคับบัญชาในรูปองค์การ โดยจัดการวางแผนและดำเนินการ เพื่อประกอบธุรกิจและการบริการที่ผิดกฎหมายต่าง ๆ การดำเนินการดังกล่าว เป็นไปในลักษณะ เป็น การต่อเนื่อง หลีกเลี่ยงการแข่งขัน และความขัดแย้งอันอาจเกิดขึ้นจากภาวะการผูกขาด นอกจากนี้ การดำเนินงานมักอาศัยอำนาจทางเศรษฐกิจและการเมือง ทั้งนี้ เพื่อผลสำเร็จของงานและความ มั่นคงขององค์การ

3. วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติ ในกรณีนี้ หากพิจารณาตามพระราชเสาวนีย์ของ สมเด็จพระนางเจ้าเสาวภาผ่องศรี พระบรมราชินีนาถ ซึ่งสำเร็จราชการแผ่นดินต่างพระองค์ พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งได้ปรากฏในพระราช บัญญัติว่าด้วยอัยยี่ ร.ศ. 116 อาจแยกได้ 3 กรณีคือ¹⁴

1. เพื่อเป็นการควบคุมการรวมกันของบุคคลในรูปหมู่ ช้อง¹⁵

¹⁴ รายละเอียดดูใน พระราชบัญญัติว่าด้วยอัยยี่ ร.ศ. 116 (ในภาคผนวกท้ายเล่ม)

¹⁵ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยอัยยี่ ร.ศ. 116 ยังมิได้ห้ามการตั้งหมู่ หรือช้อง แต่ กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในการควบคุม โดยต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าวไว้ เช่น ต้องดำเนินการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยทำทานบน เป็นต้น

2. เพื่อเป็นการป้องกันการละเมิดกฎหมายบ้านเมือง โดยกลุ่มบุคคลที่รวมกันตามข้อ 1
3. ด้วยความจำเป็น เพื่อผลในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ¹⁶

ต่อมา เมื่อได้มีการตราประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน จึงอาจกล่าวได้ว่า วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติในเรื่อง "อั้งยี่" นี้ คงเหลือข้อที่ 2 และ 3 เท่านั้น ทั้งนี้เพราะเมื่อได้มีการตราประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เป็นต้นมา กฎหมายได้บัญญัติห้ามการเข้าเป็นสมาชิกในหมู่ ช้อง หรือคณะบุคคล

ข. องค์ประกอบความผิดฐานอั้งยี่ตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 209 บัญญัติว่า "ผู้ใดเป็นสมาชิกของคณะบุคคล ซึ่งปกปิดวิธีการดำเนินการและมีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่ ต้องระวางโทษ....."

"ผู้ใดกระทำความผิดเป็นหัวหน้า ผู้จัดการ หรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในคณะบุคคลนั้น ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท"

มาตรานี้มีข้อความทำนองเดียวกับมาตรา 177 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งเคยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ. 116 เป็นมูลฐานมาก่อน (ปรากฏในบันทึกมาตรา 177 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ฉบับภาษาฝรั่งเศสว่า ชาวจีนต่างด้าวมีจำนวนมากในประเทศไทยรวมกันเป็นหมู่ตามท้องถิ่นเดิม เพื่อช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ซึ่งในที่สุดก็มักจะเลยขอบเขตอันชอบด้วยกฎหมาย กลายเป็นพยาบาทแก่กันบังคับกัน โดยผลการจึงต้องมีพระราชบัญญัติดังกล่าวออกมาควบคุม และไม่จำกัดเฉพาะชาวจีน)

¹⁶ ปรากฏในพระราชเสาวนีย์ฯ ที่ว่า "... ครั้นมีผู้ฟ้องว่ากล่าวจะเอาโทษพวกนี้ตามกฎหมายบ้านเมือง พวกหัวหน้าก็เข้าช่วยป้องกันขัดขวาง มิให้จับกุมพวกเหล่านี้ มาชำระตัดสินลงโทษตามกฎหมายบ้านเมืองได้โดยสะดวก ...ฯ" นอกจากนี้ยังรวมถึงการง่ายแก่การพิสูจน์ความผิด. ดูใน พระยาเสวตรวิธรรมประคัลภ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา. ภาค 1 (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2475), หน้า 308.

องค์ประกอบความผิด ความผิดตามมาตรา 209 วรรคหนึ่ง นี้อาจแยก
องค์ประกอบภายนอกอื่น เป็นส่วนการกระทำ และองค์ประกอบภายในที่เกี่ยวกับจิตใจของผู้กระทำ
ความผิดได้ ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

1. เป็นสมาชิกของคณะบุคคล
2. ซึ่งปกปิดวิธีดำเนินการ
3. มีความมุ่งหมาย เพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

องค์ประกอบภายใน

ประกอบไปด้วยเจตนาธรรมดา (มาตรา 59)

องค์ประกอบความผิดในส่วนของกรกระทำ (องค์ประกอบภายนอก)

1. การ เป็นสมาชิกของคณะบุคคล

ก. การเข้าเป็นสมาชิก อาจกล่าวได้ว่า องค์ประกอบของบทบัญญัติกฎหมาย
ในส่วนนี้ นับเป็นส่วนสำคัญของความผิดดังกล่าว ในฐานะ เป็นองค์ประกอบความผิดในส่วนการ
กระทำของบุคคลที่ได้แสดงออกมาภายนอกให้บุคคลทั่วไปสามารถทราบ เจตนาของผู้กระทำนั้น ๆ ได้
อย่างไรก็ตาม มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า แค่นั้น และเพียงใด ที่จะถือได้
ว่าเป็นการเข้าร่วมเป็นสมาชิกตามกฎหมาย

ในสมัยโบราณ การเข้าเป็นคนในสมาคมลับอั้งยี่ ต้องเป็นไปตามแบบพิธีกรรม
ซึ่งได้มีรูปแบบเป็นกฎเกณฑ์พอสรุปได้คือ เมื่อแรกของการเข้าเป็นอั้งยี่ตามธรรมดา ต้องมีการ
สาบาลให้ความสัตย์ต่อกัน มีหัวหน้าที่หนึ่งหรือที่สองรองถัดลงมาเป็นผู้นำในการสาบาล มีใจความ
สำคัญว่า พวกอั้งยี่ทุกคนในขณะนั้น จะต้องรักกันอย่างพี่น้องร่วมท้องอันสนิทและต้องมีความซื่อสัตย์
ต่อกัน ถ้าใครมีความทุกข์ร้อน จะต้องช่วยเหลือกันจนเต็มความสามารถ ถ้าผู้ใดไม่ซื่อตรงตามข้อ
สาบาล ก็แข่งให้ได้รับอันตรายต่าง ๆ ในเวลาสาบาลนั้นมักมีสุราแจก บางรายที่มีความกล้าหาญ

มาก ถึงกับเอาไม้ค้อนตีหัวมือเอาโลหิตรวมปนกับสุรา เมื่อจบคำสาบาลแล้วผู้ เป็นหัวหน้าและบุคคล ที่เป็นอภัยในพิธีกรรม ต่างต้องเอาน้ำจุ่มสุรานั้นแล้วก็ค้ำน้ำสุรานั้น เป็นกริยารับรองตามถ้อยคำ เหล่านั้น¹⁷

เมื่อหัวหน้าอภัยได้รับฉันทานุมัติจากคณะให้รับรองผู้ใด เข้า เป็นสมาชิกแล้ว ตั้งแต่บัดนั้น เป็นต้นไปบุคคลนั้นก็ถือเป็นสมาชิกของอภัยนั้น ๆ แล้วต่อจากนั้นหน้าที่ของผู้ที่ เข้าใหม่ จะต้องรับคำสั่งสอนจากหัวหน้าให้รู้จักแบบแผน ขนบธรรมเนียม ในคณะของตน ซึ่งจะปฏิบัติใน ระหว่างพวกเดียวกัน เช่น มีเครื่องอาณัติสัญญา¹⁸ หรือเครื่องหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง¹⁹ เป็นต้น นอกจากนี้ อภัยบางพวกก็จะออกหนังสือแสดงถึงการ เป็นสมาชิกหรือเรียกว่า "โล่ใบ" ให้แก่สมาชิกยี่ดถือไว้

แต่ในปัจจุบันเนื่องจากรูปแบบขององค์กรที่ จะเป็นความผิดตาม องค์ประกอบของกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปกล่าวคือ ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 209 นี้ ได้ขยายขอบเขตขององค์กร ในลักษณะที่กว้างขึ้นดั่งขึ้น โดยเพียงแต่การ เข้า

¹⁷ อามาศย์โทพระอินทรปริชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 1. (พิมพ์ครั้งที่ 1) (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2469), หน้า 868-869. และ พระศรีเสนา (คิด คชาชีวะ), วิธีสืบสวนโจรผู้ร้าย เล่ม 1. (พิมพ์ครั้งที่ 2) (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2460) หน้า 81-84.

¹⁸ อาณัติสัญญาของพวกอภัย โดยสรุปมีด้วยกัน 3 ลักษณะ คือ

1. อาณัติสัญญาเกิดจากถ้อยคำน้ำเสียง
2. อาณัติสัญญาที่กระทำขึ้นจากส่วนของร่างกาย เพื่อเป็น เครื่องหมาย
3. อาณัติสัญญาเกิดแต่การวางสิ่งของต่าง ๆ

ผู้สนใจรายละเอียด "เรื่องอาณัติสัญญาของอภัย" ดูใน พระศรีเสนา (คิด คชาชีวะ), เรื่อง เดียวกัน, หน้า 84-87.

¹⁹ ตัวอย่าง เครื่องหมายที่คณะบุคคลได้กำหนดขึ้นสำหรับใช้ในสมาคมลับ ดูใน "เครื่องหมายสำหรับเจริณราชภรณ์สามัคคี" (เอกสารภาคผนวกท้ายเล่ม).

เป็นสมาชิกของคณะบุคคล²⁰ ก็ถือได้ว่าเป็นความผิดตามกฎหมายแล้ว ด้วยเหตุนี้การเข้าเป็นสมาชิก หรือการมีความผูกพันของบุคคลกับองค์กรจึงไม่มีรูปแบบและวิธีการใด ๆ เช่น การเป็นสมาชิกของสมาคมลับอั้งยี่ในสมัยโบราณ

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายของการเข้าเป็นสมาชิกของคณะบุคคล ว่า คือ การมีบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปแสดงออกซึ่งเจตนาเข้าร่วมความมุ่งหมายอันเดียวกัน²¹ หรือนัยหนึ่ง เป็นการเข้ามามีสิทธิมีส่วนร่วม ในคณะบุคคลนั้น ซึ่งอาจมีแบบพิธีอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งอาจกระทำโดยตรงหรือปริยายด้วยหรือไม่ก็ได้²² ฉะนั้น ผู้ที่เป็นลูกจ้างของคณะบุคคลดังกล่าวย่อมไม่ใช่สมาชิกตามความหมายขององค์ประกอบตามกฎหมายนี้ และนับแต่เวลาที่เข้าเป็นอั้งยี่แล้ว ผู้นั้นมีความผิดฐาน เป็นอั้งยี่ประจำตัวอยู่เสมอ จะเป็นอยู่ที่เดือนที่มีไปประชุมที่หนกที่คราว ก็เป็นความผิดกระทงเดียว²³ แต่เมื่อใดผู้นั้นลาออกจาก การเป็นสมาชิกจึงจะขาดจากการเป็นอั้งยี่

²⁰ ในความผิดฐานอั้งยี่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ. 116 และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้กำหนดรูปแบบขององค์กรในลักษณะของการเป็นสมาชิกของสมาคมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งโดยรูปแบบและความผูกพันของบุคคลกับองค์กรดังกล่าว ย่อมจะต้องมีกฎ เกณฑ์และข้อบังคับที่แน่ชัด ไม่ว่าจะเป็นระเบียบข้อบังคับที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่รู้กันในระหว่างบุคคลนั้น ๆ ได้ ดูรายละเอียดใน ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ คำอธิบายกฎหมายอาญา เล่ม 3 (ภาคความผิด) (พระนคร : โรงพิมพ์การศาสนา, 2515), หน้า 437

²¹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 1241

²² จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, คณะรัฐศาสตร์ คำบรรยายกฎหมายลักษณะอาญา (พระนคร : โรงพิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2508), หน้า 312

²³ อำนวย โท พระอินทรปรีชา, คำอธิบายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 1 (เล่ม 2), หน้า 869-870.

มีข้อสังเกตว่า เนื่องจากการเป็นคณะบุคคลอาจมีอยู่ก่อนแล้ว หรือที่
ก่อตั้งขึ้นใหม่ก็ได้ ฉะนั้นผู้ก่อตั้งคณะบุคคลก็ถือว่าเป็นการ เข้า เป็นสมาชิกในคณะบุคคลด้วย²⁴

ข. คณะบุคคล ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ในส่วนของการกระทำที่ถือว่าเป็นความ
ผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายนี้จะต้องประกอบไปด้วยการแสดงออกของบุคคลในลักษณะที่แสดงถึง
ความผูกพันกับองค์กรกลางถึงขนาด เป็นสมาชิก ด้วยเหตุนี้ จึงมีปัญหาว่า ขอบเขตของการ เป็น
องค์กรกลางตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 209 นี้มี เช่นไร

เดิมความผิดฐานอั้งยี่ ตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ. 116 ได้
กำหนดองค์กรกลางในลักษณะคล้ายรูปแบบของสมาคมและบริษัทตามกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ รัฐได้
มีการกำหนดให้บุคคลที่รวมกัน เป็นหมู่ช่งใน เวลานั้นต้องขอจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน โดยการขอ
จดทะเบียนนั้นต้องแจ้งความประสงค์ ขอบังคับรายชื่อสมาชิก สถานที่ตั้งของหมู่ช่ง เป็นต้น²⁵
ทั้งนี้ โดยรัฐมุ่งที่จะควบคุมการดำเนินการต่าง ๆ ของสมาคมหรือหมู่ช่งต่าง ๆ ในขณะนั้น ต่อมา
เมื่อได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 รัฐได้กำหนดขอบเขตของการ เป็นองค์กรกลาง
ที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายไว้ กล่าวคือ ในเรื่องอั้งยี่ต้องมีสมาคมหรือสโมสรอันใดอันหนึ่ง มี
ตำแหน่งแห่งที่ เพื่อการคบคิดในระหว่างหมู่สมาชิก

มีข้อสังเกตว่า การชุมนุมกัน เพื่อกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วเลิกกันไป
โดยไม่มีกำหนดแน่ว่าจะประชุมหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งกันอีก ไม่เรียกว่า เป็นสมาคม
ธรรมดาการสมาคมจะต้องมีจำนวนสมาชิกหลายคน (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ. 116
มาตรา 9 กำหนดตั้งแต่ 5 คน) มีบัญชีรายชื่อสมาชิก มีข้อบังคับความประสงค์และมีวิธีอำนาจ
การปกครองในการที่จะตั้งอยู่ เป็นหมู่ เป็น เหล่าให้ถาวรสืบไป ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า โดยรูปแบบ
ของอั้งยี่ในระยะดังกล่าว อั้งยี่ก็เป็นสมาคมอันหนึ่ง ซึ่งดำเนินการตามแบบสมาคมทั้งหลาย โดย
การถือเอาคณะบุคคลเป็นสมมุติ มีอำนาจและหน้าที่ตามที่ได้ตกลงกันได้ มีเจ้าหน้าที่และถิ่นที่อยู่
ถาวร เช่นเดียวกับสมาคมที่ชอบด้วยกฎหมาย

²⁴ คณิต ณ นคร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 2)
แก้ไขเพิ่มเติม (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 245

²⁵ ดูใน มาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ. 116 (ภาคผนวกท้าย เล่ม)

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน องค์การกลางที่จะเป็นองค์ประกอบของกฎหมาย เพื่อแสดงถึงความผูกพันกับบุคคลที่เป็นสมาชิก ได้ขยายขอบเขตกว้างขึ้น ทั้งนี้เพราะคำว่า "คณะบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญานี้ จะมีลักษณะเป็นสมาคมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือไม่ก็ได้" ²⁶ ส่วนคำว่าสมาคมจะมีความหมายเฉพาะบุคคลที่มีข้อบังคับ และ จดทะเบียนตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ไม่รวมไปถึงสมาคมที่มีข้อบังคับ แต่ไม่ได้จดทะเบียน โดยชอบ ²⁷

ดร. คณิต ฅ นคร ได้ให้ความเห็นว่า คณะบุคคลตามบัญญัติ มาตรา 209 นี้ หมายถึง คณะบุคคลในประเทศ ซึ่งมีการรวมตัวกันอย่างมีระยะเวลาที่มีเจตน์จำนงร่วมกัน มี จุดหมายร่วมกันและในระหว่างกัน เองนั้นมีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นองค์การเดียว ²⁸

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมาย ไม่ได้กำหนดจำนวนบุคคลไว้เป็นการ แน่ชัด ดังนั้นการที่มีบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปแสดงเจตนาเข้าร่วมกันเพื่อความมุ่งหมายอัน เดียว กันก็นับว่า เป็นความคิดตามบทบัญญัตินี้แล้ว และการเป็น "คณะบุคคล" ตามประมวลกฎหมายอาญา นี้ ก็ยังคงมีหลักการของการจัดตั้งขึ้นในลักษณะเป็นการถาวร (Permanent) ²⁹ เช่นเดียวกับ การเป็นสมาคมตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

²⁶ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 3 (ภาคความผิด), หน้า 437.

²⁷ เรื่องเดียวกัน

²⁸ คณิต ฅ นคร, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, (ฉบับพิมพ์ ครั้งที่ 2) แก้วไข่มุกเพิ่มเติม, หน้า 245.

²⁹ คณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไข ประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 233/346/2484 วันอังคารที่ 28 ตุลาคม 2484, หน้า 3.

ดังนั้น จึงพอสรุปการเป็นสมาชิกของคณะบุคคลตามประมวลกฎหมายอาญาได้ว่า เป็นการที่บุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป แสดงออกซึ่งเจตนาเข้าร่วมในความมุ่งหมายอันเดียวกัน โดยมีองค์กรกลางที่จัดตั้งขึ้นในลักษณะเป็นการถาวร เพื่อดำเนินการใด ๆ ที่ เป็นความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของคณะบุคคลนั้น³⁰ และการเป็นสมาชิกของคณะบุคคลดังกล่าวอาจเป็นในตำแหน่งใด ๆ ก็ได้³¹ เช่น เป็นสมาชิกธรรมดา ผู้อำนวยการหรือตำแหน่งกิตติมศักดิ์ และการเป็นสมาชิกอาจแสดงออกในรูปการเสียค่าบำรุง ให้การอุดหนุนหรือไปร่วมประชุมและทำกิจกรรม ฯลฯ นอกจากนี้ กลุ่มของคณะบุคคลที่รวมกันนั้น จะต้องมิระเหียบข้อบังคับการปกครองบังคับบัญชา เฉพาะขึ้นในกลุ่ม ไม่ว่าจะ เป็นระเหียบข้อบังคับที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่รู้กันในระหว่างบุคคลนั้น ๆ ก็ได้ หรือนัยหนึ่งคือการมีความสัมพันธ์ในระหว่างกันอย่างเป็นองค์การ เดียวนั่นเอง

2. คณะบุคคลนั้นปกปิดวิธีการ วิธีดำเนินการในที่นี้หมายถึง วิธีการใด ๆ ก็ตามที่สามารถดำเนินการไปสู่วัตถุประสงค์ของคณะบุคคลนั้น ๆ โดยปกติแล้วก็ไม่มีกฎหมายกำหนดให้คณะบุคคล เช่น สมาคม หรือบริษัท เป็นต้น ต้องเปิดเผยวิธีดำเนินการ เพียงแต่กำหนดให้แจ้งวัตถุประสงค์ และข้อบังคับอื่น ๆ ที่ต้องจดทะเบียนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อคณะบุคคลประเภทนี้จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ก็ต้องปกปิดวิธีดำเนินการเป็นธรรมดา การปกปิดจึงหมายถึง การปกปิดให้รู้อยู่ในคณะบุคคลนั้น ๆ แต่เนื่องจากวิธีดำเนินการของคณะบุคคลย่อมจะมีได้หลายอย่าง เช่น วิธีการรับสมาชิก การกำจัดสมาชิก วิธีการปกครองบังคับบัญชามวลสมาชิก วิธีดำเนินการประชุม และวิธีดำเนินการจัดการต่าง ๆ ภายใน เพื่อให้เป็นไปตามความมุ่งหมายของคณะบุคคลนั้น ๆ เป็นต้น

³⁰ เช่น การเป็นสมาชิกในอั้งยี่ "หัวควาย" (ฎีกาที่ 1054/2463)

³¹ เอช เอ ฤกษ์, กฎหมายอาชญา คำสอนชั้นปริญญาตรี, หน้า 670.



ดังนั้น การปกปิดจึงอาจไม่จำเป็นต้องปกปิดวิธีดำเนินการเหล่านั้นทั้งหมด อาจปกปิดเป็นบางส่วนและเปิดเผยเป็นบางส่วนก็ได้³² เช่น มีความมุ่งหมายเพื่อการอันชอบด้วยกฎหมายบ้าง ไม่ชอบด้วยกฎหมายบ้าง จึงปกปิดวิธีการไว้บางส่วน เฉพาะที่มีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ก็ถือเป็นการปกปิดวิธีการตามกฎหมายองค์ประกอบข้อนี้แล้ว แค่นั้นเพียงใด จึงจะถือว่าเป็นการปกปิดวิธีดำเนินการต้องพิจารณาพิเคราะห์ตามพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น การปกปิดอาจปรากฏจากการที่มีอาณัติสัญญาบางอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่สามารถรับรู้กันเฉพาะสมาชิกเท่านั้น เช่น การใช้นิ้วแสดงเป็นเครื่องหมายรับรู้กัน (ฎีกาที่ 124/2457 มโนสาร เล่ม 4 หน้า 138, ที่ 301-303/2470 ธรรมสาร เล่ม 11 หน้า 254)

อย่างไรก็ตาม วิธีดำเนินการของคณะบุคคลนั้น อาจทำให้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายกลับกลายเป็นผิดกฎหมายได้³³ เช่น บริษัทที่ตั้งขึ้นเพื่อจัดสรรที่ดิน หรือให้กู้ยืมเงิน ในระหว่างดำเนินการอาจวางวิธีการที่ผิดกฎหมายขึ้น เช่น เรียกดอกเบี้ยโดยคิดดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด อันทำให้วัตถุประสงค์ในวิธีการดำเนินการนั้นกลับเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น กฎหมายจึงจำเป็นต้องกำหนดถึงการปกปิดวิธีดำเนินการไว้ด้วย เพราะวัตถุประสงค์ของการนั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมาย บางครั้งก็ขึ้นอยู่กับวิธีดำเนินการ ไม่ใช่จะดูจากวัตถุประสงค์ที่จดทะเบียน หรือที่คณะบุคคลได้ตกลงกันไว้เท่านั้น เช่น รวมกลุ่มกันรับจ้างเผ่ารถ โดยมีวิธีการอันปกปิดซึ่งรู้กันว่า ถ้าเจ้าของรถผู้ใดไม่ร่วมมือก็จะกลั่นแกล้งในรูปแบบต่าง ๆ หรือรวมกลุ่มกัน เป็นคณะบุคคลทำการค้าขายไม่ว่าต่อเอกชนหรือรัฐบาล โดยมีวิธีดำเนินการซึ่งปกปิดไว้ ถ้าบุคคลอื่นดำเนินการค้าขายแข่งขันก็จะทำร้ายหรือกลั่นแกล้งให้ได้รับความเสียหาย เป็นต้น

³² ประเศร์ นิเกต์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา พิมพ์ที่ศาลจังหวัดสายบุรี พ.ศ. 2458, หน้า 160 และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, คณะรัฐศาสตร์, คำบรรยายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 313.

³³ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 3 (ภาคความผิด), หน้า 438.

3. มีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดที่เกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ฉะนั้น ความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมายจึงหมายถึง การใด ๆ ก็ตามที่มิชอบด้วยกฎหมาย³⁴ ชัดหรือฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมาย³⁵ วัตถุประสงค์ในที่นี้กฎหมายไม่ได้จำกัดว่าจะต้อง เป็นวัตถุประสงค์ เฉพาะในทางหนึ่งทางใด ฉะนั้น คณะบุคคลไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์อย่างใดก็ตาม เช่น ทางการเมือง ทางการค้า ทางวัฒนธรรม เป็นต้น ถ้าวัตถุประสงค์นั้น ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว บุคคลผู้เป็นสมาชิกก็อาจมีความผิดได้³⁶

³⁴ การอันมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดอาญา อาจเป็น เพียงละเมิดในทางแพ่งหรือผิดสัญญาก็ได้ แต่ในกรณีเพียงแต่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ไม่ถึงกับ เป็นการขัดต่อกฎหมาย ไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา นี้ นอกจากนี้ การใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของบุคคล เพื่อให้บุคคลอื่นเสียหาย เช่น ในการแข่งขันอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าถึงขนาด เป็นละเมิดก็ได้ชื่อว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น แท็กซี่รวมหัวกันรับส่งคนโดยสารในท่าอากาศยาน หรือสถานที่ใดที่หนึ่ง ถ้าคนอื่นมารับส่งบ้างจะถูกทำร้ายหรือกลั่นแกล้งให้ได้รับความเสียหาย เป็นต้น รายละเอียดดูใน จิตติ ดิงศรัทธี, คำอธิบายประมวลกฎหมาย ภาค 2 ตอน 1 หน้า 1242. และได้มีความเห็นแตกต่างไปจากนี้คือ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นว่า คำว่า "การมิชอบด้วยกฎหมาย" ในมาตรา 209 นี้ หมายถึงมิชอบด้วยกฎหมายมหาชน ทั้งนี้เพราะความผิดฐานนี้ มุ่งคุ้มครองความสงบสุขของประชาชนอันเป็นเรื่องสาธารณะ. โปรดดู หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3. (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 181

³⁵ เช่น เพื่อทำการซื้อขายที่ดินหรือโอน โดยไม่ทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนตามกฎหมาย ดูใน สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 3 (ภาคความผิด), หน้า 439.

³⁶ วัตถุประสงค์ดังกล่าวอาจเป็นการขัดต่อประโยชน์ หรืออำนาจทั้ง เอกชนหรือรัฐบาลก็ได้ เช่น เพื่อขัดขวางการประมูลต่าง ๆ หรือร่วมประมูลโดยสมคบกันหลอกลวงรัฐบาล บอยคอตสินค้า การนัดหยุดงาน กักตุนสินค้า และฉ้อโกงประชาชนด้วยประการต่าง ๆ เป็นต้น

ความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมายนี้ ไม่จำเป็นต้องมุ่งหมายกระทำต่อบุคคลภายนอกเสมอไป อาจมุ่งหมายกระทำในระหว่างเหล่าสมาชิกด้วยกันเองเท่านั้นก็ได้³⁷ นอกจากนี้ การกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายนี้ ไม่จำเป็นต้องได้กระทำขึ้นแล้ว เพียงแต่เป็นความมุ่งหมายของคณะบุคคลนั้นก็ เป็นองค์ความผิดตามกฎหมายนี้แล้ว³⁸

องค์ประกอบความผิดทางจิตใจ (องค์ประกอบภายใน)

องค์ประกอบภายในที่เกี่ยวกับจิตใจของผู้กระทำความผิดนี้คือ ต้องมีเจตนาทั่วไป ตามมาตรา 59 ในการเข้าเป็นสมาชิกของคณะบุคคล และต้องรู้ข้อเท็จจริงว่าคณะบุคคลปกปิดวิธีดำเนินการและมีความมุ่งหมายเพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

ตัวอย่างที่ 1 บุคคลหลายคนเข้าเป็นพรรคพวกเพื่อช่วยสุขทุกข์ และกิจการงานต่างๆ ของกันและกัน ไม่เบียดเบียนข่มเหงพวกเดียวกัน เมื่อเข้าเป็นสมาชิกแล้วก็ไม่มีกำบังหรือชวนให้กระทำความผิดมางคราว สมาชิกช่วยเหลือเสียค่าปรับ ซึ่งสมาชิกคนอื่นถูกปรับและมีข้อกำหนดการลงโทษ ซึ่งการกระทำเกิดจากพวกเดียวกัน โดยการเขียนจากหัวหน้า ทั้งนี้ เพื่อตัดไม่ให้คดีเกิดขึ้นในโรงศาล ข้อเท็จจริงได้ความดังนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การเข้าเป็นพรรคพวกกัน โดยมีความประสงค์ดังกล่าวแล้ว จะฟังว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ และการที่สมาชิกยอมให้เขียนเพราะทำผิด การเขียนจึงไม่เป็นผิดในทางอาญา (ฎีกาที่ 616/2482 ธรรมสาร เล่ม 23 หน้า 824 หรือฎีกาที่ 166/2463 ธรรมสาร เล่ม 4 หน้า 818, ที่ 865/2460 ธรรมสาร เล่ม 1 หน้า 567) แต่หากการเข้าเป็นพวก เพื่อการช่วยเหลือกันดังกล่าวข้างต้นนี้ ได้ปกปิดวิธีการ และเลยขอบเขตไปถึงกับมีการใช้อำนาจให้ผู้อื่นเดือดร้อน เสียหาย หรือหากพรรคพวกต้องคดีให้ช่วยกันเบิกความเท็จช่วยพวกของตนย่อมจะเป็นความผิดตามมาตรานี้แล้ว (ฎีกาที่ 939/2466)

³⁷จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, คณะรัฐศาสตร์, คำบรรยายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 313.

³⁸จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 1242.

ตัวอย่างที่ 2 การเข้าร่วมกันของบุคคลดังตัวอย่างที่ 1 แม้ในบางส่วนของวัตถุประสงค์จะชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อคณะบุคคลดังกล่าวมีเครื่องหมายที่ใช้สามารถทราบได้ แต่ในระหว่างสมาชิกเท่านั้น และความประสงค์บางข้อก็ผิดกฎหมาย ย่อมเป็นความผิดฐานอั้งยี่แล้ว เช่น จำเลยเป็นกำนันกับพวก ได้จัดการให้ราษฎรเข้าเป็นสมาชิก เพื่อป้องกันโจรกรรมในระหว่างสมาชิก และช่วยเหลือเป็นพยานเท็จ ทั้งออกเงินส่งเสียผู้ต้องหาในคดีอาญา อนึ่ง สมาคมมีเครื่องหมายที่รู้จักในระหว่างสมาชิกเท่านั้น (ฎีกาที่ 301-303/2470 ธรรมนูญ เล่มที่ 11 หน้า 254)

3.2 ความผิดฐานช่องโจร

ก. ความทั่วไป

1. ความหมายและรูปแบบ โดยทั่วไปคำว่า "ช่อง" หมายถึง³⁹ ที่มั่วสุมชุมนุมกันอย่างลับ ๆ (มักใช้ไปในทางที่ไม่ดี) เช่น ช่องโจร ช่องโสเภณี เป็นต้น ส่วนคำว่า "ช่องโจร" นั้น เดิมหมายถึง การที่ผู้ร้ายรับซื้อรับไล่ของร้าย โดยมีพวกพ้องเพื่อนฝูงมากในที่แห่งนั้น⁴⁰

ในเวลาต่อมา เมื่อได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 คำว่า "ช่องโจร" ได้มีความหมายในทางคำร่าว่าเป็น การคุมกัน เป็นสมัครพรรคพวก คิดทำผิดกฎหมาย⁴¹

³⁹ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2525), หน้า 277.

⁴⁰พระศรีเสนา (คิด คชาชีวะ), วิธีสืบสวนโจรผู้ร้าย เล่ม 1, หน้า 99.

⁴¹ประแดร์ นิเกตต์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 163. อำมาตย์โท พระอินทรปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 876. และ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, "โค้ดอาญา" ฉบับหลวงและฉบับเปรียญเทียบ ร.ศ. 128, หน้า 169.

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ในช่วงก่อนระยะเวลาที่ได้มีการตรา กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น โดยทั่วไปรูปแบบของช่องโง่ใจ ได้แก่ การที่บุคคลรวมกัน เป็นหมู่ เป็นพวก เพื่อความมุ่งหมายที่จะกระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴² ซึ่งในระยะนี้จะ เห็นได้ว่า ยังไม่มีการกำหนดขอบเขตของการ เป็นช่องโง่ใจไว้เป็นการแน่นอน ต่อมา เมื่อมีการ ตราบทบัญญัติความผิดฐานสมคบกันเป็นอั้งยี่ และเป็นส้องโจรผู้ร้าย ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จึงได้มีการกำหนดขอบเขตอัน เป็นหลักเกณฑ์การ เป็นช่องโง่ใจไว้ทั้งในด้านจำนวน บุคคล และวัตถุประสงค์ในการกระทำไว้⁴³ ทั้งนี้เพราะกฎหมายต้องการความแน่นอนในการ บังคับใช้ โดยเฉพาะในความคิดที่มีลักษณะเป็นการร้ายแรง และมีโทษหนักเท่านั้น

2. วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติ เนื่องจากการที่รัฐเห็นว่า การสมคบกัน ของบุคคลหลายคนเพื่อกระทำความผิด ย่อมนำมาซึ่งยุ่งยากและอาจเป็นการร้ายใหญ่โตในภายหลัง นอกจากนี้ การสมคบกันดังกล่าวก็ เป็นมูลฐานที่จะก่อให้เกิดการกระทำความผิดตามที่สมคบกันนั้น หรือความคิดอื่น ๆ ได้ต่อไป ฉะนั้น เพื่อเป็นการตัดไฟ กฎหมายจึงได้วางบทบัญญัติของกฎหมาย นี้เป็นความคิดสำเร็จฐานหนึ่งไว้ก่อนในเบื้องต้น

⁴² ในระยะนี้ยังไม่มีการกำหนดจำนวนบุคคลที่จะ เป็นองค์ประกอบการ เป็นช่องโง่ใจต่อมา เมื่อได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แล้ว จึงได้มีการกำหนดจำนวนบุคคลไว้เป็น การแน่นอน (จำนวน 5 คนขึ้นไป) ทั้งนี้ โดยเอามาจากมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วย อั้งยี่ ร.ศ. 116 รายละเอียดดูใน พระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ. 116 (ในภาคผนวกท้ายเล่ม) และรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ของคณะกรรมการ กฎษฎีกา ครั้งที่ 233/346/2484 วันอังคารที่ 28 ตุลาคม 2484, หน้า 3.

⁴³ ประแดร์ นิเกต์ ได้อธิบายว่า ความตกลง เข้าสมคบกันเป็นช่องโง่ใจต้องมีเจตนา จะกระทำความผิด เป็นกิจจะลักษณะ. รายละเอียดดูใน ประแดร์ นิเกต์, กฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 163.

ข. ความผิดฐานข่มขู่ตามประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 210)

บัญญัติว่า "ผู้ใดสมคบกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และความผิดนั้นมิกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ผู้นั้นกระทำความผิดฐานเป็นข่มขู่..."

องค์ประกอบภายนอก

1. มีการสมคบกันของบุคคล
2. ผู้ร่วมสมคบมีจำนวนตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป

องค์ประกอบภายใน

1. เจตนาธรรมดา (มาตรา 59)
2. เจตนาพิเศษ (มูลเหตุชักจูงใจ) เพื่อกระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่บัญญัติไว้ในภาค 2 นี้ และความผิดนั้นมิกำหนดโทษอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

องค์ประกอบภายนอก

1. การสมคบกันของบุคคล

โดยทั่วไปแล้วการกระทำจะบรรลุเป็นความผิดสำเร็จเมื่อใดนั้น เราสามารถทราบได้ โดยพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดเป็นหลักเกณฑ์แห่งความผิดนั้นไว้ เมื่อบุคคลได้กระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดครบถ้วน ก็ถือได้ว่า ความผิดนั้นได้เกิดขึ้นสำเร็จตามนัย แห่งมาตรา 2 อย่างไรก็ตาม การกระทำที่จะสำเร็จผลเป็นความผิดดังกล่าวนี้ ย่อมมีเหตุการณ์เป็นมาตามลำดับ เริ่มต้นด้วยความคิดทบทวนที่จะกระทำ (conception) ความตกลงใจ (resolution) การเตรียมการ (preparation) การลงมือกระทำการ (commencement) จนกระทั่งการกระทำสำเร็จเป็นความผิด (concomitancy) ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า ก่อนที่การกระทำจะบรรลุผลเป็นความผิดสำเร็จครบถ้วน ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้วนั้น จะถือได้หรือไม่ว่าความผิดนั้นได้เริ่มต้นขึ้นแล้วตั้งแต่เมื่อใด

ในเรื่องนี้ได้มีแนวความคิดต่างกันอยู่ 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรกซึ่งถือการกระทำเป็นสำคัญ (objective) มีความเห็นว่า การกระทำจะเป็นความผิดจะต้องเกิดขึ้นครบองค์ความผิดเสียก่อน จึงจะถือได้ว่าผู้กระทำมีเจตนาชั่วร้ายอันควรได้รับการลงโทษ ทั้งนี้โดยได้ถือเอาการกระทำและความเสียหาย (ผลของการกระทำ) เป็นหลักในการพิจารณาและความเสียหายต้องลงให้เหมาะสมกับความผิดนั้น⁴⁴ แต่ฝ่ายที่สองซึ่งถือ เจตนาของผู้กระทำ เป็นสำคัญ (subjective) เห็นว่า การกระทำออกภายนอกนั้น เป็นแต่เพียงการแสดงซึ่งเจตนา ความเสียหายหรือความป่วนวุ่นมีเท่าใดไม่เป็นข้อสำคัญ เมื่อมีการกระทำอันแสดงเจตนาอันชั่วร้ายแล้ว จะต้องลงโทษ แม้ผู้กระทำจะไม่ได้กระทำผิดสมความมุ่งหมาย และถ้าหากการกระทำดังกล่าวได้สมความมุ่งหมาย ก็ยังมีโทษหนักขึ้น

อย่างไรก็ตาม การที่จะถือตามแนวความคิดทั้งสองฝ่ายนี้อย่างเคร่งครัดย่อมไม่เป็นการถูกต้อง เพราะการที่บุคคลมีเพียงเจตนาชั่วร้ายเท่านั้น การกระทำเท่าที่นำไปอาจยังไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อชุมชนอันควรต้องถึงกับลงโทษกันในทางอาญา แต่ในขณะเดียวกัน การกระทำที่ยังไม่สำเร็จผลครบถ้วนตามที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดอาจยังไม่ชัดพอที่จะแสดงเจตนาของผู้กระทำให้เห็นได้ แต่ก็อาจสามารถทราบเจตนาของผู้กระทำการนั้นได้โดยอาศัยพฤติการณ์อื่น ทั้งการกระทำที่ยังไม่ครบองค์ความผิดนั้นก็อาจมีผลร้ายอันควรที่จะต้องลงโทษแล้ว ดังนั้นจึงได้เกิดลัทธิผสมระหว่างแนวความคิดทั้งสองชั้นคือ บุคคลที่จะต้องรับผิดต้องมีเจตนาชั่วร้าย แสดงออกแล้วพร้อมทั้งมีการกระทำซึ่งแสดงให้เห็นอันตราย เข้าขั้นที่ควรจะต้องปราบปรามด้วยการลงโทษอีกด้วย⁴⁵

การสมคบกันของบุคคลนับว่าเป็นพฤติการณ์ก่อนการกระทำผิดอย่างหนึ่ง โดยอยู่ในขั้นคิดและตกลงใจ ซึ่งถ้ายังไม่มีกรกระทำภายนอกแสดงออกมาแล้วก็ไม่มีผลอย่างใดในกฎหมาย แต่ถ้าความตกลงใจอันเนื่องมาจากการสมคบกันของบุคคลที่จะกระทำหรือเจตนาอันได้มีการกระทำออกมาภายนอกด้วยแล้ว เจตนาอันย่อมมีความสำคัญในกฎหมายด้วยเหตุนี้ กฎหมายอาญาจึงได้กำหนดให้เป็นความผิดในตัวเองอีกส่วนหนึ่ง

⁴⁴ วิจิตร ลุลิตานนท์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 96.

⁴⁵ จิตติ ดิงสภทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, หน้า 297.

1.1 การสมคบ คืออะไร?

ในความหมายโดยทั่วไป การสมคบ หมายถึง "การร่วมคบคิดกันของบุคคล"⁴⁶ แต่ในความหมายทางคำรากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้กำหนดขอบเขตของความหมายการสมคบไว้เป็นครั้งแรกว่า คือ "การที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป สมรู้ด้วยกันเพื่อกระทำความผิด"⁴⁷ ซึ่งจากนิยามศัพท์ของกฎหมายดังกล่าว จึงมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า พฤติการณ์เช่นไรที่จะถือว่าเป็นการสมรู้ด้วยกันของบุคคลตามกฎหมายดังกล่าว ในเรื่องนี้ได้มีนักกฎหมายบางท่านได้ให้คำอธิบายไว้ว่า "ที่จะถือ เป็นการสมรู้ด้วยกันของบุคคลนั้น ต้องประกอบไปด้วยการแสดงออก และรับกันโดยกิริยาอย่างใดอย่างหนึ่ง"⁴⁸ หรือนัยหนึ่ง ต้องมีการแสดงออกถึงการตกลงใจร่วมกัน⁴⁹ เพื่อจะกระทำความผิดของบุคคล

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สาระสำคัญของการสมคบกันของบุคคลในบทบัญญัติของกฎหมายอาญานี้จึงอยู่ที่ "การแสดงถึงความตกลงร่วมกันของบุคคล เพื่อกระทำความผิด" ซึ่งการแสดงถึงเจตนาตกลงร่วมกันดังกล่าว อาจปรากฏด้วย วาจา ลายลักษณ์อักษร หรือกิริยาท่าทางที่สามารถเข้าใจกันโดยปริยายระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้องก็ได้⁵⁰ ความผิดดังกล่าวจะสมบูรณ์

⁴⁶ ดูใน ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม, หน้า 770.

⁴⁷ ดูใน ประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 6 ข้อ 8.

⁴⁸ ขุนจรยาวิเศษ (บุญเทียม บุญนิศย์), คำอธิบายหลักกฎหมายลักษณะอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2, (ธนบุรี : โรงพิมพ์คำธรรม, 2478), หน้า 32. และพระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา, หน้า 30.

⁴⁹ ประมูล สุวรรณศร, "แง่คิดในเรื่องเจตนา" นิติสารณ (แผนกสามัญ) ปีที่ 18 เล่ม 1 (มกราคม - มีนาคม 2490) : 34. และเฮนรี โลริง อธิบายว่า ต้องมีการลงเนื้อเห็นด้วยในการกระทำความผิด. ดูเฮนรี โลริง, คำแนะนำหัวข้อกฎหมายอาญา, หน้า 77.

⁵⁰ เช่น การประชุมหารือ วางแผนการฯ ทำพิธีจะไปปล้น (ฎีกาที่ 116/2471 ธรรมสาร เล่มที่ 12 หน้า 131, คำพิพากษาฎีกาที่ 576/2473 ธรรมสาร เล่มที่ 14 หน้า 336, คำพิพากษาฎีกาที่ 1103-1104/2496)

ทันทีที่บุคคลได้มีการตกลงกัน ถึงจะยังมิได้ตกลงกันในเรื่องวิธีการที่จะดำเนินการ หรือยังไม่ได้เริ่มต้นที่จะทำให้การตกลงเกิดผลสำเร็จก็ตาม⁵¹

1.2 การสมคบกันตามกฎหมายอาญากับความผิด Conspiracy ตามกฎหมายคอมมอนลอว์

ก. ความหมาย

Conspiracy เป็นหลักกฎหมายดั้งเดิมของอังกฤษ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำอาชญากรรม ก่อนจะถึงขั้นพยายามกระทำความผิดอันเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยในราชอาณาจักรอังกฤษ⁵¹ Osborn's concise Law Dictionary ได้ให้คำจำกัดความของ Conspiracy ว่า "Conspiracy คือ ความตกลงของบุคคลสองคน หรือมากกว่านั้นเพื่อกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะโดยลักษณะของการกระทำจะเป็นความผิดอาญาหรือละเมิด เพื่อกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะได้มีการกระทำความผิดหรือไม่ก็ตาม"⁵³

ดังนั้น จึงอาจสรุปความหมายของ Conspiracy ได้คือ ความตกลงที่กระทำโดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ที่จะร่วมกระทำการใด ซึ่งถ้าหากได้กระทำสำเร็จแล้ว จะเป็นการละเมิดบทบัญญัติกฎหมาย ความผิด Conspiracy จะเกิดขึ้นมิได้ถ้าปราศจากความยินยอมพร้อมใจของบุคคลสองคน หรือมากกว่านั้น และความตกลงของบุคคลดังกล่าวเกิดจากเจตนาซึ่งแต่ละบุคคลได้มีอยู่แล้วในใจ และจากเจตนาที่ซ่อนเร้นนี้ กลายเป็นการกระทำที่ปรากฏในรูปของการปรึกษาหารือและตกลงกันระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

⁵¹ ฎีกาที่ 1341/2521 คน 6 คน ประกันกันจะใช้ไซควงจัตประตุรณนตเพื่อลัทธิพิศิตรณนตแก่งที่จอดออยู่ข้างถนน ตำรวจเข้าจับเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210

⁵² Conspiracy เป็นความผิดที่อยู่ระหว่างการยุยงส่งเสริมให้กระทำผิดกับการพยายามกระทำความผิด. รายละเอียดดูใน Rupert Cross and Philip Asterley Jones, "An Introduction to Criminal Law", (London : Butterworths, 1968), P.240.

⁵³ John Burk, "Osborn's Concise Law Dictionary", (London : Sweet & Maxwell, 1976), P.89.

ข. รูปแบบความผิด Conspiracy

ความผิด Conspiracy ของอังกฤษมี 2 รูปแบบ คือ

ก. ความผิด Conspiracy ตาม Common Law

ข. ความผิด Conspiracy ที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย

- ความผิด Conspiracy ตาม Common Law ได้แก่ การกระทำที่มีวัตถุประสงค์

ประสงค์ในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1. Conspiracy ในการกระทำความผิด ซึ่งมีโทษตามกฎหมาย
2. Conspiracy ในการหลอกลวงและฉ้อโกง
3. Conspiracy ในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลโดยการละเมิด นอกเหนือไปจากการฉ้อโกง
4. Conspiracy เพื่อบิดเบือนวิถีทางของความยุติธรรม
5. Conspiracy เพื่อทำลายความสงบสุข หรือฝ่าฝืนความบังควร ไม่บังควรของสาธารณะ

- ความผิด Conspiracy ตามที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น

พระราชบัญญัติความผิดอาญา 6231 (Crime Act 6231) และพระราชบัญญัติความผิดอาญา
เครือจักรภพ (Commonwealth Crime Act)

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าโดยหลักการของการสมคบตามกฎหมายอาญาและความผิด Conspiracy ตามกฎหมายอังกฤษมีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ต่างก็ไม่ได้เน้นในสาระสำคัญของความผิดที่การกระทำความผิด หรือการพยายามกระทำความผิดตามความมุ่งหมาย แต่อยู่ที่การกำหนดแผนการ หรือความตกลงระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ปรากฏนั้นได้กระทำร่วมกัน โดยความยินยอมพร้อมใจในวัตถุประสงค์อันเดียวกัน

1.3 การสมคบกับการกระทำความผิดในกฎหมายอาญา

ในกรณีนี้หากพิจารณากว้าง ๆ จะเห็นได้ว่า การกระทำก่อนการพยายามกระทำความผิดนั้น น่าจะถือได้ว่าอยู่ในขั้นเตรียมการเพื่อกระทำความผิดทั้งสิ้น ซึ่งอาจรวมทั้งการสมคบกัน หรือการใช้ให้ผู้อื่นไปกระทำความผิด หรือนัยหนึ่ง การสมคบจึงเป็นการกระทำในขั้น

ตระเตรียมการได้ในตัวเอง⁵⁴ ซึ่งถ้าการตระเตรียม เช่นนั้นมีกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในชั้นพยายาม หรือเป็นความผิดสำเร็จ แม้ความผิดที่สมคบนั้นจะมีได้กระทำลง ดังนั้นจึงอาจแยกขั้นตอนของการสมคบและการตระเตรียมการได้คือ ถ้าผู้กระทำเพียงแต่แสดงเจตนาาร่วมกัน ในรูปการตกลงระหว่างบุคคล การกระทำนั้นก็ เป็นแต่เพียงการสมคบซึ่งอยู่ในชั้นแสดงเจตนาเท่านั้น แต่ถ้าการสมคบกันนั้นไม่แต่เพียงแสดงเจตนาตกลงใจร่วมกันว่าจะกระทำความผิดเท่านั้น หากได้มีการปรึกษาและตกลงกำหนดถึงการที่จะกระทำต่อไป เพื่อให้ความคิดเป็นผลสำเร็จขึ้นก็ถือได้ว่า ได้มีการตระเตรียมเกิดขึ้นในการสมคบกันนั้นด้วยแล้ว

1.4 ข้อพิสูจน์การตกลง (Agreement) ในการสมคบกันของบุคคล

โดยที่สาระสำคัญของ การสมคบกันของบุคคลอยู่ที่การตกลงกันของบุคคล แต่เนื่องจากการตกลงกันของบุคคลนั้น เป็นการกระทำที่อยู่ในขั้นตอนของการแสดงเจตนาของบุคคลเท่านั้น จึงแทบจะไม่ปรากฏเลยว่าข้อเท็จจริงของการตกลง สมคบ ของบุคคลสามารถพิสูจน์ได้จากหลักฐานโดยตรง (Direct Evidence) ทั้งนี้เนื่องจากความตกลงระหว่างกันโดยปกติ จะกระทำโดยรวดเร็วและเป็นความลับ โดยปกติธรรมดาความตกลงระหว่างกันสามารถพิสูจน์โดยข้อสรุปจากการกระทำที่ปรากฏขึ้นภายหลัง ซึ่ง เป็นการสนับสนุนข้อกล่าวหา เป็นอย่างดีและเป็นเครื่องบ่งชี้ว่า การกระทำบังเกิดขึ้นจากความตกลงร่วมกัน สำหรับการกระทำที่ต้องแยกกัน แต่ละการกระทำนั้น ผู้กระทำจะต้องทำอย่างไร แล้วก็ดำเนินการไปตามนั้น ดังนั้น พยานแวดล้อมกรณีจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะรวมการกระทำต่าง ๆ ไว้ได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งได้กระทำต่างวาระและสถานที่⁵⁵ เช่น แผนการในการรับขนยาเสพติดในแต่ละช่วง การขจัดคู่แข่งคู่แข่ง การให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน เพื่อนำมาซึ่งผลสำเร็จของวัตถุประสงค์ เป็นต้น ด้วยเหตุที่บรรดาการกระทำใด ๆ ตามเจตนาาร่วมกันอาจเป็นหลักฐานผูกมัดผู้ร่วมสมคบคนอื่น ๆ ด้วยตามหลักทั่วไป เกี่ยวกับการเป็นตัวการตัวแทน และข้อพิสูจน์การกระทำอาจจะประกอบด้วยหลักฐานการกระทำของแต่ละคน แม้ว่า จะเป็นการกระทำที่แยกกัน แต่ที่สามารถชี้ให้เห็นถึงเจตนาาร่วมกันได้ และเมื่อนำมาพิจารณาาร่วม

⁵⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายหมยอาญา ภาค 1 ตอน 1, หน้า 308.

⁵⁵ Sing Gour Hari, The Penal Law of India, Volum II. (Law Publishes, 1983), P.1098.

กัน ก็ตัดสินโดยสรุปได้ว่าการร่วมมือกันกระทำความผิด ดังคำกล่าวของ Coleridge J. ซึ่งได้เสนอแนะบรรดาอุทธรณ์ในคดี R.V. Associated Northern Collieries (The Coalvend Case) (1911) 14 C.L.R. 387 AT P.400 ดังนี้ "แม้ว่าวัตถุประสงค์ร่วมกันจะเป็นรากฐานของข้อกล่าวหา แต่ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ว่าสองฝ่ายได้มาด้วยกัน และตกลงกันในอันที่จะมีจุดมุ่งหมายเดียวกันและดำเนินการโดยวิธีการเดียวกันแล้วนำไปปฏิบัติ ถ้าท่านพบว่าบุคคลสองคนนี้กระทำความผิดวัตถุประสงค์เดียวกัน บ่อยครั้งโดยวิธีการเดียวกัน โดยคนหนึ่งกระทำส่วนหนึ่งของการกระทำ และอีกคนหนึ่งกระทำอีกส่วนหนึ่งของการกระทำ เพื่อว่าจะให้การนั้นบรรลุผล" ท่านมีสิทธิสรุปได้ว่า เขาทั้งสองมีส่วนร่วมกันใน Conspiracy เพื่อให้บรรลุผลสำเร็จ คำถามที่จะพึงถามตัวท่านเองคือ "เขามีจุดประสงค์ร่วมกันหรือไม่ เขาดำเนินการโดยวิธีการร่วมกันหรือไม่ และจุดประสงค์นั้นผิดกฎหมายหรือไม่"

1.5 ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการสมคบ

ด้วยเหตุที่การสมคบกัน เป็นพฤติการณ์สำคัญที่บุคคลได้แสดงออกมาให้ปรากฏ อันเป็นการแสดงถึงเจตนาที่ซ่อนเร้นอยู่ภายใน และกฎหมายได้ถือเอาพฤติการณ์ดังกล่าว กำหนดเป็นเงื่อนไขของความผิด ดังนั้นจึงมีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า แค่นั้นและเพียงใดจึงจะเป็นการสมคบกันของบุคคลตามกฎหมาย

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า โดยทั่วไปสาระสำคัญของการสมคบจะต้องประกอบไปด้วย การพบกัน (หรือร่วมกัน) ทางความคิดของบุคคลในการบรรลุเป้าหมายอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยทั้งนี้ ความคิดดังกล่าวจะต้องได้มีการแสดงให้ปรากฏออกมาภายนอก (Overt Act) ด้วย⁵⁶

⁵⁶ เช่น ด้วยคำพูด หรือการเขียน หรือการแสดงออกอื่น ๆ เป็นต้น. ดูใน

J.C. Smith and Brian Hogan, Criminal law, 5th ed. (London : Butterworths, 1983), P.175.

จากองค์ประกอบดังกล่าวนี้จึงมีข้อที่น่าพิจารณาดังต่อไปนี้

ก. รูปแบบของการตกลง ในด้านรูปแบบของการตกลงนี้ เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งในด้านการคุ้มครองสังคม เป็นส่วนรวม ประกอบกับ เพื่อผลในการบังคับใช้ ดังนั้น การตกลงในที่นี้จึงมีความหมายกว้างกว่าการตกลงในทางแพ่ง อันก่อให้เกิดสัญญา⁵⁷ คือ ไม่ต้องมีการเสนอและการสนอง การตกลงใจในกรณีนี้อาจเกิดได้ แม้ว่าบุคคลที่ถือว่าได้ตกลงใจกันนั้นจะไม่เคยรู้จักกันมาก่อน และไม่รู้อถึงแผนงานของแต่ละคนอย่างละเอียด ฉะนั้น การที่คนสองคนทำงานอยู่ในกิจการเดียวกัน โดยรู้ว่ายังมีอีกคนหนึ่งทำการนั้นอยู่ด้วย และการนั้นเป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็พอจะอนุมานได้ว่าการตกลงใจระหว่างบุคคลนั้นแล้ว

อย่างไรก็ตาม การแสดงเจตนาของบุคคลดังกล่าวข้างต้นนี้ ไม่จำเป็นว่าทุกคนจะต้องอยู่ร่วมในทุกขั้นตอนของการตกลง⁵⁸ และบุคคลดังกล่าวไม่จำเป็นต้องได้มีการแสดงเจตนาเห็นพ้องต้องกันในขณะนั้น หรือพวกเขาได้มีการติดต่อในระหว่างกันทุกคน เพียงแต่ได้มีการติดต่อกับบุคคลอื่น เพียงคนเดียว ซึ่งมีวัตถุประสงค์ร่วมกันก็เป็นอันเพียงพอแล้ว⁵⁹

นอกจากนี้แล้ว การตกลงดังกล่าวจะต้องมีความแน่นอน⁶⁰ กล่าวคือ ต้องมีความตกลงใจแน่นอนที่จะกระทำการนั้น ๆ ถ้ากรณีเป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นหรือยังมีการโต้เถียงกันอยู่ยังไม่เป็นการเด็ดขาด เช่นนี้ย่อมไม่อยู่ในความหมายของการตกลงนี้ และโดยนัยเดียวกัน การรู้ (knowledge) การนิ่งเฉย (acquiescencer) หรือการยินยอมในการกระทำ (approval of the act) โดยปราศจากการร่วมมือ หรือการตกลงที่จะร่วมมือ จึงไม่ถือเป็นการตกลง⁶¹

⁵⁷ Ibid, P.176.

⁵⁸ Singh Gour hari, The Penal Law of India, P.1098.

⁵⁹ Gross & Jones, Introduction to criminal law, P.399.

⁶⁰ J.C. Smith & Brian Hogan, Criminal law, P. 175.

⁶¹ Singh Gour Hari, The Penal law of India, P.1067.

ตัวอย่างเช่น 1. ในคดี United States V. Falcone⁶²

ข้อเท็จจริงในคดี โจเซฟ ฟัลโคน (Joseph Falcone) เป็นพ่อค้า
ดำเนินธุรกิจค้าขายน้ำตาลให้แก่พ่อค้ารายย่อยหลายคน ในระหว่างปี ค.ศ. 1973 ฟัลโคนได้เริ่ม
ขายน้ำตาลจำนวนมากผิดปกติให้แก่ โนล (Nole) (จำเลยอีกคนหนึ่ง) โดยโนลได้ขายน้ำตาล
จำนวนนี้พร้อมด้วยยีสต์และกระป๋องให้แก่กลุ่มผู้ต้มสุราเถื่อน มีหลักฐานพอจะสันนิษฐานได้ว่า ทั้ง
ฟัลโคนและโนล ทราบเจตนาอันมิชอบด้วยกฎหมายของผู้ซื้อ ทั้งคู่ถูกฟ้องและถูกศาลชั้นต้นพิพากษา
ลงโทษในความผิดฐาน Conspiracy ในการต้มสุราเถื่อน จำเลยอุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า การที่ผู้ขายสินค้า
อันชอบด้วยกฎหมายจะเป็นผู้กระทำความผิดฐาน Conspiracy ร่วมกับลูกค้าซึ่งนำสินค้าที่ซื้อไป
ใช้ในกิจการอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้น พนักงานอัยการจะต้องพิสูจน์ให้ได้มากกว่าข้อเท็จจริงที่ว่า
เขารู้วัตถุประสงค์อันมิชอบด้วยกฎหมายของลูกค้า จำเลยจะต้องมีส่วนร่วมหรือสนับสนุนกิจการนั้น
และถือเสมือนเป็นกิจการของเขาเอง และมีประโยชน์ได้เสียหรือในกิจการนั้น ๆ ด้วย ทั้งนี้เพื่อ
ป้องกันพนักงานอัยการใช้อำนาจฟ้องคดีแบบเหวี่ยงแหต่อประชาชนทั่วไป โดยอ้างความผิดฐานนี้

2. ในคดี Direct Sales Co., V. United States⁶³

ข้อเท็จจริงในคดี บริษัทไดเร็ค เซลส์ จำกัด (จำเลย) ได้จำหน่ายยา
เสพติดจากการสั่งซื้อทางไปรษณีย์เป็นจำนวน 500, 1,000 และ 5,000 หน่วยตามลำดับ ได้
ความว่า แพทย์หรือนักเคมีโดยทั่วไปจะมีความต้องการยาเสพติดโดยเฉลี่ยไม่เกิน 400 หน่วยต่อปี
นายแพทย์เทท (Tate) จำเลยซึ่งขายยาเสพติดให้แก่ผู้ติดยาจำนวนมาก ได้เพิ่มการสั่งซื้อมอร์ฟีน
จากบริษัทไดเร็คเซลส์ จนในที่สุดเขาสั่งมอร์ฟีนถึง 5,000-6,000 หน่วยต่อเดือน และแม้บริษัท
จะได้รับการตัดเดือนจากหน่วยป้องกันยาเสพติดจากทางราชการว่า บริษัทกำลังถูกใช้ เป็นแหล่ง
จำหน่ายยาเสพติดให้แก่แพทย์ ซึ่งนำไปใช้โดยผิดกฎหมายบริษัทก็ยังคงจำหน่ายยาเสพติดต่อไป
ข้อเท็จจริงได้ความว่า ตัวแทนของบริษัทไดเร็คเซลส์ไม่เคยพบปะกับนายแพทย์เททเลย ต่อมา

⁶² 109 F.2 d 579 (1940) อ้างใน เกรียงชัย จันทรเวชเกษม, "มาตรการทาง
กฎหมายในการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 222.

⁶³ 319 U.S. 703 (1943) อ้างในเรื่องเดียวกัน, หน้า 223.

บริษัทไคเร็คเซลล์และนายแพทย์เทท ถูกฟ้องฐาน conspiracy ในการละเมิดกฎหมายป้องกัน ยาเสพติด บริษัทไคเร็คเซลล์ได้อุทธรณ์โดยอ้างคดี United State V. Falcone เป็น บรรทัดฐาน

ศาลสูงพิพากษาว่า บริษัทไคเร็คเซลล์ มีความผิดตามฟ้อง ในคดีนี้โจทก์ได้ แสดงว่า จำเลยมีเจตนาที่จะร่วมกระทำการอันมิชอบ และได้มีการตกลงที่จะทำการ เช่นนั้นกับผู้ซื้อ โดยการสืบทายาทหลักฐาน เพื่อแสดงว่า ผู้ขายได้ร่วมและส่งเสริมการขายสินค้าซึ่งถูกจำกัดในปริมาณ ที่มากผิดปกติ และคดีนี้ต่างจากคดี United States V. Falcone ในประเด็นสำคัญคือ สินค้า ในคดี United States V. Falcone นั้น เป็นการจำหน่ายสินค้าในธุรกิจธรรมดา แต่ใน คดีนี้เป็นกรจำหน่ายยาเสพติดซึ่งเป็นสินค้าที่ถูกจำกัดโดยกฎหมาย ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการ สั่งซื้อ ปริมาณการขายซึ่งเพิ่มขึ้นอย่างผิดปกติ แสดงว่า บริษัทไคเร็คเซลล์ ได้ทราบเจตนาของ นายแพทย์เททที่ว่า นายแพทย์เทท มีเจตนาขายยาเสพติดไปใช้โดยผิดกฎหมาย ยิ่งกว่านั้นตลาดอัน มิชอบ เขตจำกัดของสินค้ายาเสพติด ทำให้ไม่สามารถจะมีการเพิ่มของอุปสงค์อุปทานของยาเสพติด ได้ ฉะนั้น บริษัทไคเร็คเซลล์จึงควรทราบได้ว่า ปริมาณการสั่งซื้อที่เพิ่มขึ้นนี้มาจากตลาดมืดซึ่ง ผิดกฎหมาย บริษัทไคเร็คเซลล์จึงมีความผิดฐาน conspiracy (319 U.S. 703 (1943))

ข. การเข้าร่วมในการตกลง

1. ผู้เข้าร่วมในการตกลง ไม่จำเป็นต้องเข้าร่วมตั้งแต่เริ่มแรกที่มีการ สมคบ ผู้ร่วมสมคบผู้ใดผู้หนึ่งจะต้องรับผลจากการสมคบที่มีอยู่ก่อน...⁶⁴

จากกรณีดังกล่าว แม้แผนการอันเกี่ยวกับการสมคบนั้น ได้ถูกกำหนด ขึ้นแล้ว และบุคคลใดเข้าร่วมหลังจากนั้น บุคคลนั้นก็มีความผิดเสมอเหมือนกับผู้ริเริ่มแผนการ เหมือนกัน

⁶⁴ Howard Abadinsky, "Conspiracy Statutes" Organized Crime, P.205. แต่พระยาสุนทรพิพิธ (โชติ ธนาภิบาล) ได้เห็นว่าคำว่า "สมคบ" กันนี้ น่าจะเห็นว่า ต้องมีการรู้เห็นยินดี และตกลงรู้กันว่าจะกระทำการอย่างนั้น ๆ ด้วยกันมาแต่เบื้องต้น ไม่ใช่รู้ เห็นยินดีเกิดขึ้นเมื่อภายหลัง. ดูใน พระยาสุนทรพิพิธ (โชติ ธนาภิบาล), คำอธิบายกฎหมาย อาญา. พิมพ์ครั้งที่ 1, (โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2461), หน้า 32.



2. ในกรณีการถอนตัว ผู้คัดค้านว่าตนได้ถอนตัวจากการสมคบก่อนที่ความผิดตามความมุ่งหมายจะได้เกิดขึ้น ผู้นั้นจะต้องแสดงให้เห็นถึงการถอนตัวออกไป มิใช่เพียงการไม่กระทำการอันเป็นความผิดเท่านั้น แต่ยังคงต้องกระทำการอันแสดงให้เห็นว่าได้มีการถอนตัวจากการสมคบเพื่อกระทำความผิดอย่างชัดแจ้ง⁶⁵ มิฉะนั้นการกระทำของผู้เข้าร่วมการสมคบคนอื่น ๆ อาจเป็นหลักฐานผูกมัดตัวเขาตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับตัวการและตัวแทน⁶⁶

3. ผู้ร่วมสมคบมีจำนวนตั้งแต่ 5 คนขึ้นไป ในองค์ประกอบความผิดในส่วนนี้ เป็นกรณีที่ได้นำมาจากมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ. 116⁶⁷ ซึ่งการที่ศาลได้กำหนดองค์ประกอบในด้านบุคคลผู้กระทำความผิดไว้ดังกล่าวนี้ เพราะกฎหมายเห็นว่า การที่บุคคลมีจำนวนดังกล่าวได้ร่วมกันกระทำความผิด นับว่าเป็นภัยร้ายแรงต่อชุมชน อันนับได้ว่าเป็นเหตุลงโทษได้เป็นพิเศษ นอกเหนือจากการเป็นตัวการและผู้สนับสนุนโดยทั่วไป⁶⁸

บุคคลที่เข้าร่วมในการกระทำความผิดตามมาตรานี้ แต่ละคนจะต้องอยู่ในฐานะจะตกลงใจเพื่อกระทำความผิดได้ ด้วยเหตุนี้ผู้ไม่มีสติสัมปชัญญะ ไม่สามารถรู้สำนึกในการกระทำ ย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะเป็นผู้เข้าร่วมในการกระทำความผิดได้ เช่น คนวิกลจริตเป็นต้น สำหรับเด็กอายุไม่เกินเจ็ดปี บางคนอาจมีเจตนากระทำความผิดได้ถึงแม้จะยังไม่รู้สึกผิดชอบชั่วดีในการกระทำผิดนั้นเลยก็ตาม ดังในมาตรา 73 ซึ่งบัญญัติว่า "เด็กอายุยังไม่เกินเจ็ดปีกระทำ

⁶⁵ Howard Abandinsky, Organize Crime, P.205.

⁶⁶ Singh Gour Hari, The penal law of India, P.1100.

⁶⁷ อในเชิงอรรถที่ ๖๔ . หน้า ๔๘

⁶⁸ เอช เอจด์. กฎหมายอาญา. หน้า 674.

การอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ" แสดงว่ากฎหมายยังถือว่าเด็กนั้นมีความผิด ฉะนั้น เด็กอายุไม่เกิน เจ็ดปีบางคนจึงอาจตกลงใจกระทำผิดตามมาตรานี้ได้⁶⁹

มีข้อสังเกตว่า 1. ผู้ร่วมกระทำผิดไม่จำเป็นต้องรู้จักกับผู้ร่วมกระทำคนอื่น ๆ โดยบรรดาผู้ร่วมกระทำอาจดำเนินการภายใต้การบงการของบุคคลเพียงคนเดียว จึงไม่เป็นการจำเป็นที่จะต้องมีการติดต่อกันระหว่างผู้ร่วมกระทำด้วยกัน ทั้งนี้ เนื่องจากมีความมุ่งหมายอย่างเดียวกันอยู่แล้ว⁷⁰

2. บุคคลคนเดียวอาจถูกฟ้องในความผิดฐานนี้ได้ (แม้ผู้ร่วมสมคบคนอื่นจะไม่ปรากฏตัว หรือไม่ทราบเป็นผู้ใด หรือได้ตายไปแล้ว)

⁶⁹ แต่ตามความผิด Conspiracy ของอังกฤษ (Criminal Act 1977) มาตรา 2(2)(b) ได้กำหนดให้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับบุคคล (ไม่ว่าในตอนเริ่มแรก หรือตลอดระยะเวลาของการลงความเห็นในการตกลง) ที่มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่จะมีความรับผิดในทางอาญา ซึ่งในที่นี้หมายถึง เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 10 ปี (ตาม The Children and Young Person Act 1933) มาตรา 50 ได้สันนิษฐานว่า บุคคลเหล่านี้ไม่ต้องรับผิด นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติให้บุคคลไม่ต้องรับผิดฐานสมคบ (Conspiracy) ตามมาตรา 1 "... หากบุคคลที่ร่วมสมคบด้วยเป็นบุคคลดังต่อไปนี้

ก. คู่สมรสของเขา (his spouse)

ข. เหยื่อซึ่งถูกตั้งใจ หรือเหยื่อของความผิดที่ปรากฏ "(An intended victim of that offence or of each of those offences)" รายละเอียดดูใน J.C. Smith, "Conspiracy Under the Criminal law Act 1977", The Criminal law Review. (November 1977.) : 647 - 648.

⁷⁰ Cross & Jones, Introduction to Criminal law, P.399.

องค์ประกอบภายใน

1. เจตนาธรรมดา ในองค์ประกอบส่วนนี้เป็นไปตามหลักความรับผิดชอบทางอาญา โดยทั่วไป คือ การมีเจตนาตามมาตรา 59 (ประมวลกฎหมายอาญา) นั้นเอง

2. เจตนาพิเศษ ในองค์ประกอบของบทบัญญัติในส่วนนี้ นับว่าเป็นสาระสำคัญในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย กล่าวคือ นอกเหนือจากการที่ผู้กระทำจะมีเจตนาทั่วไป (ตามมาตรา 59) แล้ว ผู้กระทำจะต้องมีความมุ่งหมาย (มูลเหตุจงใจ) ในการกระทำตามความผิดที่ระบุไว้ดังนี้คือ

2.1 เป็นความผิดตามที่ระบุไว้ในภาค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา คือ ตั้งแต่มาตรา 107 ถึง 366 และ

2.2 ความผิดนั้นต้องมีกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป

จากการที่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขของความผิดไว้ดังกล่าวนี้ เนื่องจากการที่ความผิดฐานช่องโจรนี้เป็นความผิดที่มีลักษณะ เป็นการล่อแหลมต่อการบังคับใช้ในทางที่ไม่ชอบ ดังนั้น กฎหมายจึงได้กำหนดขอบเขตความผิดไว้เป็นการแน่ชัด โดยความผิดดังกล่าวต้องเป็นโทษทางอาญาที่สูงด้วย

มีข้อสังเกตว่า เนื่องจากความผิดดังกล่าวจะต้องประกอบไปด้วย เจตนาพิเศษของบุคคลผู้เข้าร่วมในการกระทำความผิดดังนี้

ก. ผู้กระทำแต่ละคนจะต้องรู้ว่าจุดประสงค์ของการนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าหากบุคคลที่ตกลงกันนั้นไม่ทราบว่าจุดมุ่งหมายของการที่ตกลงกันนั้น เป็นการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่เป็นความผิดฐานช่องโจร เพราะฉะนั้นความไม่รู้กฎหมายจึงเป็นข้อแก้ตัว ในความผิดฐานช่องโจรได้

ข. ถ้าผู้ที่ตกลงกันทราบว่า จุดมุ่งหมายของการที่ตกลงกันนั้น เป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย แต่ผู้ที่ตกลงกันนั้นมีทัศนะส่วนตัวว่าจุดประสงค์ของการที่ตกลงกันนั้น เป็นสิ่งที่ถูกต้อง หรือไม่ ขัดต่อศีลธรรม เช่นนี้บุคคลที่ตกลงกันนั้นก็มีความผิดฐานช่องโจร หรือนัยหนึ่งความเห็นส่วนตัวของบุคคลไม่เป็น เหตุผลลบล้างความผิดได้

กล่าวโดยสรุปจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติความผิดฐานช่องโจร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210 และความผิดฐาน conspiracy ตามระบบกฎหมาย common law ต่างก็มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งในการระงับยับยั้งการกระทำของบุคคล (การสมคบ) เพื่อมุ่งต่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในอนาคต ทั้งนี้โดยรัฐเห็นว่า การกระทำ (การสมคบกันของบุคคล) ดังกล่าว เป็นมูลฐานที่จะก่อให้เกิดการกระทำผิด ตามที่สมคบกันนั้น ๆ หรือความผิดอื่น ๆ ได้ต่อไป โดยอาจนำมาซึ่งความยุ่งยากและอาจเป็นการร้ายใหญ่โตในภายหลัง นอกจากนี้ทั้งสองฐานความผิดนี้ต่างก็ไม่ได้เน้นในสาระสำคัญของความผิดที่การกระทำผิดหรือการพยายามกระทำความผิดตามความมุ่งหมาย แต่อยู่ที่การกำหนดแผนการหรือความตกลงระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง การกระทำที่ปรากฏนั้นได้กระทำร่วมกัน โดยความยินยอมพร้อมใจในวัตถุประสงค์อันเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติความผิดฐานช่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญา ได้มีขอบเขตการบังคับใช้ที่แคบกว่า ความผิดฐาน conspiracy ของระบบกฎหมาย common law อยู่มาก เป็นต้นว่า ในส่วนขององค์ประกอบความผิด กรณีจะเป็นความผิดฐานช่องโจรได้จะต้องประกอบไปด้วยบุคคลผู้ร่วมกระทำผิดถึง 5 คน ซึ่งต่างกับความผิดฐาน conspiracy ซึ่งเพียงการร่วมกันของบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปก็เป็นความผิดตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว นอกจากนี้ในส่วนของวัตถุประสงค์ในการกระทำ ความผิดฐาน conspiracy ได้มีขอบเขตครอบคลุมไปถึงความผิดอื่น ๆ นอกจากกฎหมายอาญา เช่น ความผิดในทางแพ่ง หรือความผิดตามพระราชบัญญัติอื่น ๆ เป็นต้น แต่ตามบทบัญญัติช่องโจรตามประมวลกฎหมายอาญาจำกัด ขอบเขตเฉพาะความผิดตามบทบัญญัติไว้ในภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญาและความผิดดังกล่าวจะต้องมีกำหนดโดยจำคุกอย่างสูงตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไปด้วย

3.3 ความผิดฐานเป็นผู้ช่วยเหลือหรืออุปการะอั้งยี่ : ช่องโจร

การช่วยเหลือหรืออุปการะอั้งยี่หรือช่องโจร ตามมาตรา 212 บัญญัติว่า

“ผู้ใด

1. จัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่อั้งยี่ หรือช่องโจร
2. ชักชวนบุคคลให้เข้าเป็นสมาชิกอั้งยี่หรือพรรคพวกช่องโจร
3. อุปการะอั้งยี่หรือช่องโจร โดยให้ทรัพย์หรือโดยประการอื่น ๆ
4. ช่วยจำหน่ายทรัพย์ที่อั้งยี่หรือช่องโจร ได้มาโดยการกระทำความผิด

ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิดฐานเป็นอั้งยี่ หรือช่องโจร แล้วแต่กรณี”

ในมาตรานี้มีความมุ่งหมายที่จะชัดเจนว่ามีให้มีการรวมตัวกันของบุคคล เพื่อ
 กระทำความผิดฐานเป็นอัยยหรือช่องใจขึ้น และมีให้ดำเนินการต่อไปได้โดยสะดวก ทั้งนี้เพราะ
 หากบรรดาคณะบุคคลที่รวมตัวกัน เป็นอัยยหรือพวกช่องใจไม่ได้รับการสนับสนุนย่อมมีความยาก
 ลำบากในการลงอยู่ และการดำเนินการต่าง ๆ ตามวัตถุประสงค์ของอัยย : ช่องใจได้

มีข้อสังเกตว่า ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้อง เป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ที่กระทำผิดฐาน เป็น
 อัยยหรือเป็นช่องใจอยู่แล้ว ถ้าผู้ที่เป็นอัยยหรือช่องใจอยู่แล้วได้กระทำ
 การใด ๆ ตามมาตรานี้ เช่น จัดหาที่ประชุมให้พวกของตน เป็นต้น ย่อมไม่
 มีความผิดตามมาตรานี้อีก เพราะ เป็นผู้กระทำความผิดฐานอัยยหรือช่องใจ
 อยู่เองแล้ว

(1) จัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่อัยยหรือช่องใจ

การจัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักให้แก่อัยยหรือช่องใจ ต้อง เป็นการจั
 ดหาให้มีขึ้นซึ่งที่ประชุมหรือที่พำนักโดยตรง ดังนั้น การที่มีคน เข้าย่าน เพื่ออยู่อาศัย แล้วภายหลัง
 ผู้เช่าเอาไปใช้เป็นที่ประชุม หรือที่พำนักของอัยยหรือช่องใจ กรณีไม่ต้องด้วยอนุมาตรา 1 นี้

การจัดหาที่ประชุมให้แก่อัยยหรือช่องใจนี้ ต้อง เป็นการจัดหาให้คณะ
 บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่เป็นอัยยหรือช่องใจ ไม่ใช่จัดหาให้ผู้ที่หนึ่งผู้ใดเท่านั้น⁷² แม้บุคคลนั้นจะ เป็น
 สมาชิกอัยยหรือช่องใจก็ตาม อนึ่ง สถานที่ที่จัดหาดังกล่าวนี้อาจ เป็นของผู้จัดหาเองหรือผู้อื่นก็ได้

มีข้อสังเกตว่า การจัดหาที่ประชุมหรือที่พำนักต้องจัดหาสำเร็จแล้ว จึงจะ เป็นผิดตามอนุ-
 มาตรา⁷³ นอกจากนี้ เมื่อ เป็นที่ประชุมหรือที่พำนักที่ได้จัดให้ไว้แล้ว แม้ยัง
 ไม่มีการประชุมหรือพำนัก ก็ เป็นความผิดสำเร็จตามมาตรา⁷⁴ นี้แล้ว

⁷² ดูใน คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไข
 ประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 234/349/2484 วันพฤหัสบดีที่ 30 ตุลาคม 2484, หน้า 8 .

⁷³ เรื่องเดียวกัน

⁷⁴ จิตติ ดิงศวิทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 1247 .

(2) ชักชวนบุคคลให้เข้าเป็นสมาชิกอัยย์หรือพรรคพวกของโจร

การชักชวนตามอนุมาตรานี้ จะกระทำโดยวิธีใด ๆ ก็ได้ ลักษณะอันจะเป็นการชักชวนก็คือ การชักจูงหรือจูงใจให้กระทำตามที่ชักชวนนั้น

มีข้อสังเกตว่า การชักชวนอาจกระทำก่อนมีอัยย์หรือช่องโจร แต่ต้องมีอัยย์หรือช่องโจรอยู่ตามที่ชักชวน และต้องมีผลคือ ผู้ถูกชักชวนได้เข้าเป็นสมาชิกจึงจะเป็นความผิดสำเร็จตามอนุมาตรานี้

(3) อุปการะอัยย์หรือช่องโจรโดยให้ทรัพย์สินหรือโดยประการอื่น

การกระทำอันจะถือเป็นการอุปการะ ได้แก่ การอุดหนุน เกื้อกูล หรือช่วยเหลือไม่ว่าโดยวิธีใด เช่น ให้ข่าว ให้ความรู้ ให้ทรัพย์สิน

มีข้อสังเกตว่า หากการกระทำนั้น เป็นไปตามปกติธุระ หรือธุรกิจซึ่งเขากระทำอยู่โดยปกติ แม้จะกระทำต่อคณะบุคคลที่เป็นอัยย์หรือพวกของโจร ก็ไม่ถือว่าเป็นการอุปการะ เช่น ชายไม้ ชายข้าวสารให้ตามปกติในกิจการค้าของเขา แต่ถ้าขายให้ในราคาถูกเป็นพิเศษ โดยต้องการช่วยเหลืออัยย์หรือช่องโจรก็นับได้ว่าเป็นอุปการะตามมาตรานี้ได้

(4) ช่วยจำหน่ายทรัพย์สินที่อัยย์หรือช่องโจรได้มาโดยการกระทำความผิด

การช่วยจำหน่าย ได้แก่ การกระทำอันเป็นการช่วยจ่าย แจก แลก เปลี่ยน หรือเอาออกไปให้พ้นไปเป็นของผู้อื่น ทรัพย์สินที่ช่วยจำหน่ายจะต้องเป็นทรัพย์สินของอัยย์หรือช่องโจร ไม่ใช่เป็นทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นอัยย์หรือช่องโจรคนหนึ่งคนใด โดยเฉพาะ เช่น ทรัพย์สินที่สมาชิกอัยย์หรือช่องโจรคนหนึ่งคนใดได้รับส่วนแบ่งมาแล้ว ย่อมไม่⁷⁵เป็นความผิดตามอนุมาตรานี้

75

คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 234/349/2484 วันพฤหัสบดีที่ 30 ตุลาคม 2484, หน้า 9.

นอกจากนี้ ทรัพย์สินที่ช่วยจำหน่ายต้องเป็นทรัพย์สินที่อสังหาริมทรัพย์หรือของโจรสืบมาได้มาโดยการกระทำผิด ดังนั้น การช่วยจำหน่ายดังกล่าวอาจเป็นความผิดฐานรับของโจร ตามมาตรา 357 ได้ด้วย ถ้าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิดตามเงื่อนไขของมาตรา 357 ด้วย

มีข้อสังเกตว่า การกระทำตามอนุมาตรา 4 นี้ แม้เป็นการกระทำภายหลังที่อสังหาริมทรัพย์หรือของโจรเล็กไปแล้ว ก็เป็นความผิดตามกฎหมายนี้ และนอกจากนี้ ความผิดตามมาตรานี้หาได้ลบล้างความผิดในฐานะเป็นผู้สนับสนุนตามหลักทั่วไปไม่ เช่น ให้อสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้เป็นพยานะไปปล้นทรัพย์ ก็เป็นการอุปการะโดยประการอื่นตามอนุมาตรา 3 และเป็นความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดฐานปล้นอีกด้วย

การกระทำความผิดตามมาตรานี้ ไม่ทำให้ผู้กระทำความผิดฐานเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือของโจร ดังกรณีร่วมประชุมตามมาตรา 211 เพียงแต่กฎหมายบัญญัติว่าผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษเช่นเดียวกับอสังหาริมทรัพย์หรือของโจรแล้วแต่กรณีเท่านั้น ผลจึงมีต่อไปว่า ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 212 นี้ ไม่ต้องรับผิดร่วมกับผู้อื่นตามกรณีมาตรา 213 เพราะไม่ถือเป็นสมาชิกของอสังหาริมทรัพย์หรือพรคพวกของโจรด้วย

3.4 การรับผิดของบุคคลตามกฎหมายอสังหาริมทรัพย์หรือของโจร

1. ความรับผิดจากการกระทำของตนเอง (มาตรา 209, 210, 211)

1.1 ความรับผิดตามมาตรา 209 ในกรณีนี้เป็นไปตามหลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดในทางอาญาของบุคคล กล่าวคือ กรณีจะเป็นความผิดตามกฎหมายนี้จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบความผิดในส่วนของการกระทำ (คือการเข้าเป็นสมาชิกในคณะบุคคล) และองค์ประกอบความผิดทางด้านจิตใจ (คือผู้กระทำความผิดเจตนาทั่วไป ตามมาตรา 59 รวมถึงการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด ซึ่งได้แก่ รู้ถึงว่าคณะบุคคลนั้นปกปิดวิธีดำเนินการ และมีความมุ่งหมาย เพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมาย)

ความคิดตามมาตรานี้ สำเร็จบริบูรณ์นับแต่เมื่อได้มีการแสดงเจตนา
 เข้าเป็นสมาชิกของคณะบุคคลนั้น ๆ เป็นต้นไป และนับแต่เวลาที่เข้าเป็นอัยย์แล้ว ผู้ที่มีความคิด
 ฐานเป็นอัยย์อยู่ตลอดไป ไม่ว่าจะมีการประชุมที่หนักที่คราว หรือไม่ว่าจะมีการจัดรับสมาชิกก็ครั้ง
 ก็คน ก็ตามก็ถือว่า การกระทำครั้งหลัง ๆ เป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐานอัยย์ที่ได้เกิดขึ้นก่อน ๆ
 แล้วนั่นเอง หาใช่ความผิดต่างกรรมต่างวาระแยก เป็นเด็ดขาดออกเป็นหลายกระทงได้ไม่⁷⁶

นอกจากนี้ในวรรค 2 ของมาตรา 209 กฎหมายยังได้กำหนด
 ความรับผิดของบุคคลซึ่งมีฐานะหรือตำแหน่งที่มีความสำคัญต่อการก่อตั้ง และการดำเนินการต่าง ๆ
 ในคณะบุคคลนั้น ๆ ให้คงอยู่ต่อไปได้ ซึ่งได้แก่ หัวหน้า ผู้จัดการ หรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในคณะ
 บุคคลนั้น ๆ โดยได้กำหนดความรับผิดของบุคคลดังกล่าวให้สูงกว่าสมาชิกธรรมดา⁷⁷ ทั้งนี้
 เนื่องจากกฎหมายเล็งเห็นว่า ในการก่อตั้งอัยย์โดยปกติ จะต้องมิให้หัวหน้าเป็นคนต้นคิดก่อน ถ้าไม่มี
 หัวหน้าเป็นผู้เริ่มดำเนินการในเบื้องต้นแล้ว อัยย์ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ในส่วนของผู้จัดการหรือ
 ผู้มีตำแหน่งในคณะบุคคลนี้ ก็มีความสำคัญต่อการดำเนินกิจการขององค์การให้สามารถดำเนินการ
 และคงอยู่ต่อไปได้⁷⁸

⁷⁶ อำนวยโต พระอินทรปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 1,
 หน้า 869-870 และดูในคำพิพากษาฎีกาที่ 301 - 303/2470, ธรรมสาร เล่มที่ 11. หน้า 254.

⁷⁷ โดยเฉพาะบุคคลที่มีตำแหน่งเป็นหัวหน้าอัยย์ ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127
 นอกจากบุคคลดังกล่าวจะรับผิดตามมาตรา 177 วรรค 3 แล้ว ยังต้องมีโทษตามพระราชบัญญัติ
 ดัดสันดานคนจรจัด และคนที่เคยต้องโทษหลายครั้ง ร.ศ. 127 ข้อ (3) ซึ่งให้อำนาจแก่ศาล
 ที่จะส่งตัวผู้นั้นให้ออกไปอยู่ต่างหัว เมือง มีกำหนดตั้งแต่ 7-10 ปีก็ได้ และถ้าผู้นั้น เป็นคนเกิดใน
 เมืองต่างประเทศ กระทรวงมหาดไทยก็มีอำนาจเนรเทศบุคคลดังกล่าวแทนการส่งไปอยู่ต่างหัว เมือง
 ได้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเนรเทศ ร.ศ. 111.

⁷⁸ อำนวยโต พระอินทรปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 1,
 หน้า 874.

1.2 ความรับผิดชอบตามมาตรา 210

ความผิดตามมาตรา 210 นี้ เป็นกรณีที่กฎหมายยกเอาการกระทำก่อนการพยายามขึ้น เป็นความผิด⁷⁹ โดยที่ผู้กระทำเพียงแต่ได้มีการแสดงออกซึ่งเจตนาโดยการสมคบกันของบุคคล⁸⁰ ทั้งนี้เพราะกฎหมายได้เล็งเห็นภัยที่เกิดจากการร่วมกันของบุคคล ประกอบกับการสมคบกันดังกล่าวนี้ เป็นมูลฐานที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดต่อไป⁸¹ และเมื่อได้มีการกระทำความผิดตามที่ได้มีการสมคบแล้ว ก็ย่อมเป็นภัยที่ร้ายแรงยากแก่การปราบปรามในภายหน้า ฉะนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิด กฎหมายจึงได้บัญญัติให้การสมคบเพื่อกระทำความผิด เป็นความผิดสำเร็จในฐานหนึ่งต่างหาก แต่หากได้มีการกระทำความผิดขึ้นตามที่สมคบกัน ไม่ว่าจะเป็ความผิดสำเร็จหรือพยายาม ก็ต้องระวางโทษสำหรับความผิดนั้นอีกโสดหนึ่ง (ตามมาตรา 213)

- มีข้อสังเกตว่า
1. ความผิดตามมาตรา 210 นี้ไม่มีคณะบุคคลเป็นจุดศูนย์กลาง ไม่มีสมาชิก ไม่มีวิธีการ และความมุ่งหมายอันถาวร ทุกคนอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน ด้วยเหตุนี้ความรับผิดชอบตามกฎหมายจึงเสมอกัน โดยไม่มีบทบัญญัติลงโทษผู้มีตำแหน่งต่าง ๆ เป็นพิเศษเหมือนความผิดอั้งยี่
 2. ความรับผิดชอบตามมาตรา 210 นี้เมื่อได้มีการสมคบกันตามกฎหมายแล้ว แม้ในภายหลังผู้กระทำจะได้กลับใจแก้ไขไม่กระทำการต่อไปตามความมุ่งหมายเบื้องต้น ก็หาลบล้างความผิดตามกฎหมายไม่ (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 871/2457)

⁷⁹ คณิต ฌ นคร, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด. (พิมพ์ครั้งที่ 2) แก้ไขเพิ่มเติม หน้า 247.

⁸⁰ ฎรายละเอียดใน ลักษณะ 4 หมวด 1 เรื่อง "เจตนา" จิตติ ดิงศภัทิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, หน้า 298-299.

⁸¹ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, คณะรัฐศาสตร์, คำบรรยายกฎหมายลักษณะอาญา, หน้า 318.

3. ความรับผิดชอบตามมาตรา 1103 จะรับผิดชอบเป็นแต่ละคราวที่ได้สมคบกันเท่านั้น เช่น สมคบกันไปปล้นทรัพย์แต่ไปปล้นไม่ได้ตามนัด เพราะรถยนต์ที่เตรียมไว้ขัดข้อง ทั้งมีตำรวจคอยตรวจในบริเวณนั้น ต่อมาได้สมคบกันจะไปปล้นรายใหม่ ซึ่งเป็นคนละคราว คนละวาระกับการสมคบในครั้งแรก ครั้งหลังนี้ปล้นสำเร็จ การสมคบดังกล่าวนี้ไม่ใช่เป็นการตั้งช่องประจำสำหรับการปล้นตลอดไป แต่เป็นการสมคบกันคราวหนึ่ง ๆ เท่านั้น ผู้สมคบคราวแรกจึงต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นช่องโจร แต่ไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะปล้นในคราวหลังด้วย (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1103-1104/2496)

1.3 ความรับผิดชอบตามมาตรา 211

กรณีตามมาตรา 211 นี้ เป็นความรับผิดชอบเนื่องจากข้อสันนิษฐานของกฎหมาย โดยกฎหมายถือเอาพฤติการณ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่มีลักษณะที่ได้กำหนดไว้เป็นความผิดอันจะต้องรับโทษแล้ว ซึ่งพฤติการณ์ที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในมาตรา 211 นี้คือ การประชุมในที่ประชุมอัยย์หรือช่องโจร ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้คือ

ก. การประชุม หมายถึง ต้องเป็นการกระทำที่มีส่วนในการร่วมประชุมกัน (Take part)⁸² เพื่อกิจการอย่างใด ๆ อันเป็นกิจจะลักษณะ ฉะนั้นการที่เป็นเพียงบุคคลหนึ่งที่อยู่ในที่ประชุม แต่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการประชุม เช่น เป็นคนรับใช้เท่านั้น จึงหาเข้าข้อสันนิษฐานไม่

ข. ในที่ประชุมอัยย์หรือช่องโจร หมายถึง การมีส่วนร่วมในการร่วมประชุม จะเป็นความผิดก็ต่อเมื่อการประชุมนั้นเป็นการประชุมของคณะบุคคลหรือกลุ่มคนนั้น ๆ อันมีลักษณะเป็นกลุ่มก้อน (Association)⁸³ ดังนั้น เพียงแต่ประชุมกับสมาชิกอัยย์เพียงคนเดียวคนหนึ่ง

⁸² รายละเอียดดูใน คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 233/346/2484 วันอังคารที่ 28 ตุลาคม 2484, หน้า 9.

⁸³ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 3 (ภาคความผิด), หน้า 446.

โดยเฉพาะย่อมไม่เป็นการผิดตามมาตรานี้ ดังนั้น กฎหมายจึงใช้คำว่า "ที่ประชุมอัยย์หรือช่อง
 ใจร" ซึ่งก็หมาย เฉพาะการประชุมของคณะบุคคลที่เป็นอัยย์หรือกลุ่มบุคคลที่เป็นช่องใจร ใน
 กิจการของอัยย์หรือช่องใจรนั้น ๆ เท่านั้น

ความคิดในมาตรา 211 นี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย
 ที่กลับหน้าที่น่าสับสนให้ตกอยู่แก่จำเลย⁸⁴ โดยใจทักเพียงแต่พิสูจน์ว่าจำเลย "actually attend
 the meeting"⁸⁵ หรือการมีส่วนร่วมประชุมและอยู่ในที่ประชุมอัยย์หรือช่องใจรก็ เป็นการ เพียงพอ
 ทั้งนี้ เพราะถ้าจะให้ใจทักต้องมีหน้าที่น่าสับสนถึง เจตนาของจำเลยแล้วย่อม เป็นการยากยิ่ง

ส่วนจำเลยต้องมีหน้าที่น่าสับสนเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวของกฎหมาย
 โดยการสืบพิสูจน์เจตนาของคนว่า คนได้ประชุมโดยไม่รู้ว่าเป็นการประชุมของอัยย์หรือช่องใจร
 จึงจะพ้นความรับผิดตามกฎหมาย (ดูฎีกาที่ 381/2461 ธรรมสาร เล่ม 2 หน้า 597) นอกจากนี้
 หากการเข้าร่วมประชุมในที่ประชุมอัยย์หรือช่องใจรดังกล่าว ผู้เข้าร่วมประชุมมิได้มีเจตนาในการ
 เข้าร่วมกับพวกอัยย์หรือช่องใจรนั้น ๆ โดยการเข้าไปร่วมประชุมดังกล่าว เนื่องมาจากต้องนำ
 เหตุไปแจ้งแก่ตำรวจให้รู้ หรือจะไปบอกให้พวกพ้องของตนซึ่ง เป็นผู้ถูกฟ้องร้ายโดยพวกอัยย์หรือ
 ช่องใจรดังกล่าว บุคคลดังกล่าวก็ย่อมสามารถพิสูจน์แก้ตัวใน เจตนาดังกล่าวได้⁸⁶

2. ความรับผิดจากการกระทำของผู้อื่น

มาตรา 213 บัญญัติว่า "ถ้าสมาชิกอัยย์หรือพรรคพวกช่องใจรคนหนึ่งคนใด กระทำ
 ความผิดตามความมุ่งหมายของอัยย์หรือช่องใจรนั้น สมาชิกอัยย์หรือพรรคพวกช่องใจรที่อยู่ด้วย
 ในขณะที่กระทำผิด หรืออยู่ด้วยในที่ประชุม แต่ไม่ได้คัดค้านในการตกลงให้กระทำความผิดนั้นและ
 บรรดาหัวหน้า ผู้จัดการ หรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในอัยย์หรือช่องใจรนั้น ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติ
 ไว้สำหรับความผิดนั้นทุกคน"

⁸⁴ คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวล
 กฎหมายอาญา ครั้งที่ 233/346/2484 วันอังคารที่ 28 ตุลาคม 2484, หน้า 7.

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

⁸⁶ อำนวยโท พระอินทรปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 1,
 หน้า 883.

มาตรานี้ เป็นบทบัญญัติพิเศษที่บัญญัติให้บุคคลต้องรับผิดในทางอาญา เพื่อการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) ซึ่งความผิดในลักษณะดังกล่าวนี้ มีข้อแตกต่างออกไปจากหลักความรับผิดทางอาญาโดยทั่วไป คือบุคคลผู้ต้องรับผิดมิได้เป็นผู้กระทำ หรือละเว้นกระทำ หากแต่ต้องรับผิดในผลแห่งการกระทำ⁸⁷ ของบุคคลอื่นซึ่งได้ก่อให้เกิดผลร้ายขึ้น ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ไม่ใช่หลักของกฎหมายอาญาโดยตรง แต่เป็นการนำเอาหลักการทางแพ่งเข้ามาใช้ในกฎหมายอาญา⁸⁸ ทั้งนี้โดยมีความมุ่งหมายจะขัดขวางมิให้พวกอั้งยี่หรือช้องโจร คำเนินการได้ตามวัตถุประสงค์ โดยกวัดขั้นลงโทษความผิดที่พวกนั้นได้กระทำไปให้กวัดขั้นขึ้น ทั้งนี้เพราะเหตุว่า ถ้าไม่มีมาตรา 213 นี้แล้ว เมื่อได้มีการกระทำความผิดขึ้นตามที่สมคบกันของสมาชิกอั้งยี่หรือพรรคพวกช้องโจร ก็สามารถลงโทษบุคคลดังกล่าวได้เพียงในมาตรา 83-86 แล้วแต่กรณีเท่านั้น

ในการที่จะพิจารณาถึงความรับผิดและโทษของบุคคลตามมาตรานี้ต้องพิจารณาจาก

1. การกระทำความผิด
2. บุคคลผู้ต้องรับผิด
3. โทษที่บุคคลนั้นจะต้องรับผิด

⁸⁷ การที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดดังกล่าวนี้ เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย โดยบุคคลจะต้องรับโทษเมื่อมีผลอันหนึ่งอันใดเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น รายละเอียดดูใน คมิต ฌ นคร, คำอธิบายกฎหมายอาญา, ภาคความผิด. (ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2) แก้ไขเพิ่มเติม หน้า 77, 247.

⁸⁸ กฎหมายได้นำหลักการเรื่อง "ตัวการตัวแทน" มาใช้ ทั้งนี้โดยอาศัยหลักอย่างเดียวกับบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนหรือสมาคม ซึ่งนิติบุคคล หรือผู้ถือหุ้น หรือสมาชิก ที่จะต้องรับผิดชอบต่อสิ่งที่ผู้จัดการได้กระทำไปในวัตถุประสงค์ หรือในการสิ่งใดซึ่งเห็นชอบด้วยกัน ดังภาษิตว่า "ผู้ซึ่งกระทำก็ดี ผู้ซึ่งยินยอมพร้อมใจด้วยก็ดี จะต้องรับอาญาอย่างเดียวกัน" (Agentes et consentientes, pari poena plectentur) และเมื่อผู้ใดเห็นชอบในการสิ่งใดแล้ว จะต้องรับผิดชอบในการนั้นตลอดเรื่อง จะบอกปิดไม่รับผิดชอบต่อผลเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการนั้นไม่ได้ ดังภาษิตที่ว่า "สิ่งใดที่เห็นชอบแล้ว จะปิดเสียมิได้" (Quod approbo non reprobō) ฉะนั้นความรับผิดของบรรดาสมาชิกอั้งยี่หรือช้องโจร จึงต้องรับโทษตามที่ความผิดที่พรรคพวกของตนได้กระทำไปในสิ่งที่เป็นความประสงค์ของคณะ หรือตามความเห็นชอบของตน รายละเอียดดูใน อำนวยคดี โท พระอินทรปรีชา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 886-888. และดูใน จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1, หน้า 504-505.

1. การกระทำความผิด⁸⁹ บุคคลจะต้องรับโทษภายใต้เงื่อนไขของมาตรานี้
ก็ต่อเมื่อ

(ก) ได้มีการกระทำความผิดขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะ เป็นความผิดสำเร็จหรือความผิดในชั้นพยายามกระทำความผิด⁹⁰ ถ้าได้ลงมือกระทำความผิด ก็ถือได้ว่าการกระทำความผิดขึ้นแล้ว และ

(ข) สมาชิกอัยย์หรือพรรคพวกช่องโจรคนหนึ่งคนใด ได้กระทำความผิดตามความมุ่งหมายของอัยย์หรือช่องโจรนั้น ซึ่งนอกจากจะกำหนดลักษณะของตัวบุคคลผู้กระทำความผิดแล้ว ยังกำหนดถึงความผิดที่กระทำไว้ด้วยว่า ต้องเป็นการกระทำความผิดตามความมุ่งหมายของอัยย์หรือช่องโจรนั้น ๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น จำเลยกับพวก 6-7 คน ประชุมกันกลางทุ่งนา เพื่อทำการปล้น มีราษฎรหลายคนไปพบเข้า คนหนึ่งในพวกของจำเลยได้ใช้ปืนยิงราษฎรคนหนึ่งบาดเจ็บ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานเป็นช่องโจร แต่ไม่ผิดฐานพยายามฆ่า ทั้งนี้เพราะจำเลยไม่ได้เป็นผู้ยิง และจำเลยกับพวกก็ได้ประชุมกันเพื่อไปปล้นทรัพย์ ไม่ได้ประสงค์ในการยิง

⁸⁹ ความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น เมื่อดูเฟิน ๆ ความผิดเช่นนี้จะมีแต่องค์ประกอบทางจิตใจแต่อย่างเดียว แต่ที่จริงแล้วผู้ที่ต้องรับผิดในการกระทำของผู้อื่นนี้ก็อาศัยองค์ประกอบทางการกระทำของตัว แทนของคน เช่นเดียวกับที่ผู้สนับสนุนอาศัยองค์ประกอบทางการกระทำของตัว การโกเมน ภัทรภิรมย์, เอกสารประกอบการบรรยายกฎหมายอาญาฝรั่ง เศส. โครงการปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2525, หน้า 32.

⁹⁰ ดูใน สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 3 (ภาคความผิด), หน้า 453. และได้มีความเห็นแตกต่างไปจากนี้คือ เฮช เอดด์ ได้มีความเห็นว่า ด้วยเหตุที่กฎหมายไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการพยายามไว้ โดยกล่าวเฉพาะการกระทำความผิดแล้วเท่านั้น ถ้าเป็นการพยายามก็ต้องใช้หลักธรรมดา ในมาตรา 60 ถึง 62 (มาตรา 80, 82, 105 ตามประมวลกฎหมายอาญา) และหลักเรื่องตัวการ และผู้สมรู้ตามมาตรา 63-69, 106 (มาตรา 83-86 ตามประมวลกฎหมายอาญา) บังคับ โปรดดู เอดด์, คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายอาญา, หน้า 681.

หรือทำร้ายผู้ใด กรณีไม่ต้องด้วยมาตรา 181 (ซึ่งตรงกับมาตรา 213 นี้) (ฎีกาที่ 116/2471 ธรรมนูญ เล่ม 12 หน้า 131) แต่ถ้าการกระทำความผิดอยู่ในความมุ่งหมายของอั้งยี่หรือช่องโจรแล้ว แม้การกระทำนั้นจะก่อให้เกิดผลร้ายแรงเพียงใด ก็ถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ในความมุ่งหมายของอั้งยี่หรือช่องโจรด้วย เช่น ในที่ประชุมได้ตกลงกันให้ ก. ข. ค. พรรคพวกช่องโจรไปปล้นทรัพย์ของ ง. ก. ข. ค. ได้ไปกระทำตามความมุ่งหมาย แต่ขณะทำการปล้น ง. ได้ต่อสู้ขัดขืน ก. จึงได้ยิง ง. ตาย เพื่อปล้นทรัพย์ให้ได้ ดังนั้นต้องถือว่า การปล้นทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย (มาตรา 344 วรรคท้าย) อยู่ในความมุ่งหมายของช่องโจรที่ทุกคนต้องรับผิดชอบด้วยตามมาตรา 213 แต่การฆ่า ง. โดยเจตนาไม่ได้อยู่ในความมุ่งหมายของช่องโจร ก. จึงต้องรับผิดชอบแต่เพียงลำพัง

มีข้อสังเกตว่า คำว่า "ความมุ่งหมาย" ของอั้งยี่หรือช่องโจรนี้ หมายถึง วัตถุประสงค์ส่วนใหญ่นี้ ไม่ใช่เฉพาะเรื่อง⁹¹ เพราะถ้าถือว่าเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะเรื่องแล้ว กรณีที่อั้งยี่หรือช่องโจรให้สมาชิกหรือพรรคพวกไปกระทำความผิดอะไรแล้ว ผู้กระทำไปกระทำนอกขอบเขต หรือไปเปลี่ยนแปลงวิธีการเสีย ผู้ที่รู้เห็น เป็นใจ หรือมีตำแหน่งหน้าที่อันควรจะต้องรับผิดชอบก็เลยไม่ต้องรับผิดชอบ อั้งยี่มีวัตถุประสงค์ที่จะขู่เข็ญ หรือทำร้ายพ่อค้าซึ่งซื้อสินค้าเฉพาะจากประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เท่านั้น ดังนั้นแม้สมาชิกอั้งยี่ผู้หนึ่งผู้ใดไปทำร้ายพ่อค้า โดยเข้าใจผิดว่าค้ากับประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน แต่ความจริงมิได้เป็นเช่นนั้น ก็ถือเป็นการกระทำตามวัตถุประสงค์แล้ว อย่างไรก็ตาม การกระทำความผิดของช่องโจรนั้น เนื่องจากช่องโจรไม่มีลักษณะอันถาวร ฉะนั้นความมุ่งหมายของช่องโจรจึงต้องพิจารณาจากการสมคบกันแต่ละครั้งว่ามีวัตถุประสงค์ที่จะกระทำความผิดอย่างไร นอกจากนั้นความมุ่งหมายตามมาตรา 213 นี้ จะต้องมีการประชุมกันก่อนและต้องเป็นมติของที่ประชุม ร่างฉบับ

⁹¹ สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 3 (ภาคความผิด),

ภาษาอังกฤษ ใช้คำว่า "where the commission of such offence was decided upon etc"⁹²

2. บุคคลที่ต้องรับผิด ในกรณีที่ได้มีการกระทำความผิด เกิดขึ้นตามข้อ 1 บุคคลที่จะต้องรับผิดคือ

ก. สมาชิกอัยย์หรือพรรคพวกของโจร ที่อยู่ด้วยในขณะกระทำความผิด
ข. สมาชิกอัยย์หรือพรรคพวกของโจรที่อยู่ด้วยในที่ประชุม แต่ไม่ได้คัดค้านในการตกลงให้กระทำความผิดนั้น

ค. บรรดาหัวหน้า ผู้จัดการ หรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในอัยย์หรือช่องโจรนั้น

ในเงื่อนไขของความผิดของบทบัญญัติในส่วนนี้ เป็นการนำเอาหลักการทางแพ่งมาใช้กับกฎหมายอาญาโดยตรง

โดยหลักเรื่องตัวการตัวแทน บุคคลจะตั้งตัวแทนได้เฉพาะในกิจการที่ชอบหรือในสิ่งที่ตัวการมีอำนาจที่ทำได้เท่านั้น ฉะนั้น ถ้าการสิ่งใดเราจะทำมิได้ เช่น มีกฎหมายห้าม เราก็ไม่มีอำนาจที่จะให้ผู้อื่นทำการแทน ตามหลักภาษิตที่ว่า "สิ่งใดที่เรากระทำด้วยตนเองไม่ได้ เราจะใช้ให้ผู้อื่นทำแทนไม่ได้" (Quod per me non possum, nec per alium) ด้วยเหตุนี้ การที่บุคคลไปอยู่ด้วยในขณะกระทำความผิดแม้จะไม่ได้ลงมือกระทำความผิดเอง ก็เท่ากับตกลงเห็นชอบให้กระทำความผิดนั้น และการอยู่ด้วยในที่ประชุม แต่ไม่ได้คัดค้านในการตกลงให้กระทำความผิด ก็เท่ากับได้รู้เห็นและตกลงเห็นชอบให้มีการกระทำความผิดนั้น ๆ เช่นกัน แต่หากได้มีการคัดค้านในการตกลงให้กระทำความผิดและไม่ได้อยู่ด้วยในขณะกระทำความผิด ก็เป็นการแสดงว่า ไม่เห็นชอบและถอนตัวออกจากการที่จะกระทำความผิดนั้น จึงจะไม่ต้องรับผิดในการกระทำความผิดนั้น ๆ แต่การคัดค้านต้องมีการแสดงออกอย่างใดอย่างหนึ่ง การที่เพียงแต่นิ่งเฉยยังถือไม่ได้ว่าเป็นการคัดค้านตามกฎหมายนี้

⁹² อุ คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 234/349/2484 วันพฤหัสบดีที่ 30 ตุลาคม 2484, หน้า 11.

อย่างไรก็ดี บุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่ในทางบังคับบัญชา หรือดำเนินการในอัยหรือห้องโถงนั้น เช่น หัวหน้า ผู้จัดการ หรือผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในคณะบุคคลที่เป็นอัยหรือห้องโถงนั้น จะปฏิเสธความผิดที่อัยหรือห้องโถงไปกระทำความผิดตามความมุ่งหมายไม่ได้ ไม่ว่าบุคคลเหล่านี้จะอยู่ด้วยในขณะที่กระทำความผิดหรือไม่ จะได้เข้าประชุมด้วยหรือไม่หรือจะได้คัดค้านในการตกลงให้กระทำความผิดนั้นในที่ประชุมหรือไม่ ก็จะต้องรับผิดชอบไป

มีข้อสังเกตว่า บุคคลที่ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 211 ต้องเป็นสมาชิกของคณะบุคคลที่เป็นอัยหรือห้องโถง (ตามมาตรา 209, 210) และบุคคลที่กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นอัยหรือห้องโถง (มาตรา 211) เท่านั้น ฉะนั้นจึงไม่รวมถึงผู้กระทำความผิดตามมาตรา 212 ทั้งนี้เพราะกรณีตามมาตรา 212 นี้ ผู้กระทำไม่มีความผิดฐานเป็นอัยหรือห้องโถง เพียงแต่กฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำการดังกล่าวต้องระวางโทษตามมาตรา 209, 210 แล้วแต่กรณีเท่านั้น

3. โทษที่บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบ ในเรื่องโทษที่บุคคลตามข้อ 2 จะต้องรับผิดชอบคือ โทษตามกฎหมายที่ได้กำหนดไว้สำหรับความผิดที่บุคคลในข้อ 2 คนหนึ่งคนใดได้กระทำไป นั่นเอง

3.5 ปัญหาและข้อพิจารณาเกี่ยวกับความผิดฐานอัย : ห้องโถง

3.5.1 ปัญหาในด้านบทบัญญัติ

ก. ข้อพิจารณาในเรื่อง เขตอำนาจศาล

ในเรื่อง เขตอำนาจศาล นับเป็นปัญหาในเบื้องต้นในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐ ทั้งนี้เพราะหากการกระทำผิดใดที่ศาลไม่มีเขตอำนาจครอบคลุมไปถึงแล้ว การที่จะบังคับใช้กฎหมายต่อผู้กระทำความผิดดังกล่าวก็ไม่อาจทำได้⁹³

⁹³ ดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 2.

ในความคิดฐานข้อใจความประมวลกฎหมายอาญานี้ ก็เป็นบทบัญญัติหนึ่งที่มีปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาล กล่าวคือ เนื่องจากความผิดนี้โดยลักษณะของการกระทำ ผู้กระทำ ได้มีความมุ่งหมายที่จะกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในอนาคต ดังนั้นจึงมีปัญหานั้น่าพิจารณาว่า หากผู้กระทำการสมคบได้มีวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดในต่างประเทศ ศาลไทยจะมีเขตอำนาจครอบคลุมไปถึงหรือไม่

กรณีตามปัญหา หากเราพิจารณาคามบทบัญญัติของกฎหมายอาญา (ประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องขอบเขตของการใช้กฎหมายอาญา⁹⁴ ของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่ได้มีบทบัญญัติใด ๆ ในประมวลกฎหมายอาญาได้กล่าวถึง กรณีการสมคบของบุคคลไว้อย่างชัดเจน

อย่างไรก็ตาม หากเราจะพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีกฎหมายมุ่งคุ้มครองความสงบสุขของสาธารณะ ในราชอาณาจักร เป็นประการสำคัญ ทั้งนี้ ด้วยการมุ่งจัดมูลฐานเบื้องต้นที่จะนำไปสู่การประกอบอาชญากรรม ด้วยเหตุนี้เพียงแต่การสมคบหรือคบคิดของบุคคล⁹⁵ ในราชอาณาจักร กฎหมายก็ถือเป็นสาระสำคัญทางกฎหมายที่ต้องลงโทษ และถือ เป็นความผิดสำเร็จแล้ว นอกจากนี้ การสมคบกันของบุคคลไม่ใช่ส่วนหนึ่งของความผิดตามมูลเหตุจูงใจ (ความมุ่งหมายในการประกอบอาชญากรรม) แต่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดในตัวเอง เมื่อกฎหมายถือเอาการสมคบเป็นความผิดในตัวเอง ก็ต้องถือว่าการสมคบนั้น เป็นความผิดที่ได้กระทำในราชอาณาจักรด้วย เช่น การสมคบในราชอาณาจักรเพื่อปลอมเอกสารตามมาตรา 125 เกี่ยวกับการต่างประเทศของรัฐไทยนอกราชอาณาจักร อันเป็นความผิดที่ระบุไว้ในมาตรา 7 (1) ที่จะต้องรับโทษในราชอาณาจักร แม้จะยังไม่มีการพยายามหรือปลอมเอกสารสำเร็จก็ถือการสมคบนั้นเป็นความผิดที่กระทำในราชอาณาจักร แต่ถ้าหากความผิดที่เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรนั้น เป็นความผิดซึ่งไม่อาจลงโทษตามกฎหมายไทยได้แล้ว ศาลไทยก็ไม่มีอำนาจพิจารณา

⁹⁴ ฎรายละเอียดยใน ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 หมวดที่ 2 "การใช้กฎหมายอาญา" มาตรา 4 - มาตรา 11.

⁹⁵ ความผิดในลักษณะดังกล่าว เช่น ความผิดต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร (มาตรา 114) ความผิดต่อความมั่นคงภายในนอกราชอาณาจักร (มาตรา 120) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน (มาตรา 210)

พิพากษาได้⁹⁶ เพราะกรณีจะเป็นการสมคบเพื่อกระทำความผิดได้ตามกฎหมายอาญา ก็ต่อเมื่อความผิดที่มุ่งหมายจะกระทำต่อไปนั้น เป็นความผิดอันลงโทษได้ในราชอาณาจักร ถ้าหากความผิดนั้นไม่ใช่ความผิดที่ลงโทษได้ในราชอาณาจักรตามกฎหมายไทย ก็ถือเป็นความผิดตามกฎหมายไทยไม่ได้⁹⁷

ในเรื่องนี้ในกฎหมายต่างประเทศ ได้มีความเห็นแยกเป็น 2 ทาง

- ในแนวทางแรกตามกฎหมายอเมริกา เห็นว่า ศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาในความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) รวมทั้งการสนับสนุนได้ คือ ศาลในประเทศที่มีการสมคบหรือสนับสนุนนั้น ๆ เท่านั้น 'แต่ศาลที่ความผิดเกิดขึ้นจริงไม่มีอำนาจพิจารณา นอกจากจะมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้'⁹⁸

- ในความเห็นแนวทางที่สองตามกฎหมายอังกฤษ ในมาตรา 1 (4) ของพระราชบัญญัติ Criminal law Act 1977 ในความหมายของคำว่า "ความผิด" (offence) ที่มุ่งกระทำนั้น หมายถึง ความผิดที่สามารถพิจารณาได้ในอังกฤษและเวลล์เท่านั้น เว้นแต่จะเป็นความผิดที่มีการเข้าร่วมอยู่ด้วย แม้ว่าจะมีปัญหาว่า การชำนั้นอาจไม่ใช่การพยายามกระทำความผิดตามความตั้งใจของกลุ่มผู้ร่วมสมคบคิดกันหรือไม่ก็ตาม

อนุมาตรา (4) นี้ เป็นการรวบรวมหลักกฎหมายที่สภาขุนนาง (House of Lords) ได้พิพากษาไว้ในคดี Board of Trade V. Owen ซึ่ง Lord Tucker ได้พิพากษาวางหลักไว้ดังนี้.-

⁹⁶ ดูรายละเอียดใน ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2494 มาตรา 7 และมาตรา 8

⁹⁷ ดูรายละเอียดใน จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1,

หน้า 104.

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103.

"หัวใจของความผิดในคดีนี้อยู่ที่การสมรู้ร่วมคิดกัน โดยไม่คำนึงว่าจะมีการลงมือปฏิบัติตามนั้นหรือไม่ก็ตาม แต่อาจมีคำถามต่อไปว่า ทำไมจึงไม่อาจฟ้องร้องได้ หากการกระทำตามความมุ่งหมายนั้น เกิดขึ้นในต่างประเทศ คำตอบสำหรับปัญหาี้ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความผิดที่แท้จริง ต้องมีผลกระทบต่อความปลอดภัย เสรีภาพของพระราชินี และการคงไว้ซึ่งกฎหมายและระเบียบภายในราชอาณาจักร"⁹⁹ ดังนั้น หากกรณีการสมคบกันที่กระทำใน Dover เพื่อจะกระทำความผิดใน Calsis จึงไม่สามารถฟ้องร้องได้ เพราะการกระทำนั้นไม่อาจพิจารณาในอังกฤษได้

แต่กรณีคนอังกฤษสมคบคิดกันในอังกฤษ เพื่อจะทำการฆาตกรรมในต่างประเทศ สามารถฟ้องร้องในอังกฤษได้¹⁰⁰ กรณีนี้เป็นกรณีต่างจากข้อยกเว้น ในมาตรา 1 (4) เพราะการฆาตกรรมโดยคนอังกฤษสามารถฟ้องร้องในอังกฤษได้ ไม่ว่าจะกระทำความผิดที่เกิดขึ้นที่ใดก็ตาม

ข้อยกเวดังกล่าวนี้ ยังได้กำหนดกว้างออกไปอีกว่า กรณีคนต่างด้าวได้สมคบกันในอังกฤษเพื่อจะทำการฆาตกรรมในต่างประเทศ ก็สามารถฟ้องร้องในอังกฤษได้ แม้การฆาตกรรมที่ได้เกิดขึ้นในต่างประเทศ จะทำการพิจารณาคดีในอังกฤษไม่ได้¹⁰¹

มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ในทางตรงกันข้าม หากกรณีการสมคบกันของบุคคลในต่างประเทศ เพื่อกระทำความผิดในราชอาณาจักร ศาลไทยจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้หรือไม่

⁹⁹ Smith & Hogan, Criminal law, P.239.

¹⁰⁰ นอกจากนี้ในความผิดฐาน bigamy ซึ่งเกิดขึ้นโดยพลเมืองอังกฤษ หรือ British Dependent Territories citizen or British Overseas citizen ก็สามารถฟ้องร้องในอังกฤษได้. ดูใน Cross & Jones, Introduction to criminal law, p.405.

¹⁰¹ Smith & Hogan, Criminal law, P.239.

ในกรณีตามปัญหา เมื่อพิจารณาถึงสภาพของความผิดฐานช่องโจร ซึ่งเป็นความผิดอันเนื่องมาจากการสมคบกันของบุคคล จะเห็นได้ว่า ความผิดดังกล่าว เป็นความผิดสำเร็จแล้วตั้งแต่ เมื่อเจตนาของบุคคลที่ได้แสดงออกมามีภายนอกต้องตรงกัน ด้วยเหตุนี้บทบัญญัติที่จะนำมาพิจารณาแต่กรณีดังกล่าว จึงต้องเป็นกรณีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร แต่ถือเป็นการกระทำในราชอาณาจักร ซึ่งตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ มาตรา 5, 6, 7 และ 8 แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณาในรายละเอียดของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว ปรากฏว่ามีเพียงบทบัญญัติมาตรา 5 เท่านั้นที่มีความเกี่ยวข้องและนำมาพิจารณาแก่กรณีตามปัญหาได้

มาตรา 5 บัญญัติว่า " ความผิดใดที่การกระทำแม้แต่ส่วนใดได้กระทำในราชอาณาจักรก็ดี ผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักรโดยผู้กระทำประสงค์ให้ผลนั้นเกิด ในราชอาณาจักรหรือโดยลักษณะแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นควรเกิดในราชอาณาจักร หรือย่อมจะเล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดในราชอาณาจักรก็ดี ให้ถือว่าความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร

ในกรณีการตระเตรียมการหรือพยายามกระทำการใด ซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แม้การกระทำนั้นจะได้กระทำนอกราชอาณาจักร ถ้าหากการกระทำนั้นจะได้กระทำตลอดไปจนถึงขั้นความผิดสำเร็จ ผลจะเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ให้ถือว่า การตระเตรียมการหรือพยายามกระทำความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักร"

ดังนั้นจึงแยกพิจารณาบทบัญญัติแบ่งออกเป็น 3 กรณีคือ

ก. กรณีการกระทำความผิดบางส่วน นอกราชอาณาจักรและบางส่วนในราชอาณาจักร (มาตรา 5 วรรคแรกส่วนแรก) ซึ่งศาลไทยสามารถลงโทษผู้กระทำตามกฎหมายอาญาของไทยได้ เพราะการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักรนั้น คาบเกี่ยวกับราชอาณาจักร (โดยไม่ต้องคำนึงว่าผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักรหรือไม่)

ข. กรณีผลแห่งการกระทำเกิดในราชอาณาจักร (มาตรา 5 วรรคแรก)

ดังนี้

- (1) โดยผู้กระทำประสงค์ ให้ผลนั้นเกิดในราชอาณาจักร
- (2) โดยลักษณะแห่งการกระทำผลที่เกิดขึ้นนั้นควร เกิดในราชอาณาจักร
- (3) โดยลักษณะแห่งการกระทำย่อมจะ เล็ง เห็นได้ว่า ผลนั้นจะ เกิดในราชอาณาจักร

กรณีตามข้อ ข. นี้ ต้องปรากฏว่ามีผล เกิดในราชอาณาจักรแล้ว เสมอและ
ไม่มีการกระทำส่วนหนึ่งส่วนใดในราชอาณาจักรเลย

ค. กรณีผลของการกระทำจะเกิดในราชอาณาจักรแต่การกระทำความผิดหรือพยายาม
กระทำการนั้นเกิดขึ้น นอกราชอาณาจักร (มาตรา 5 วรรค 2) กรณีตามวรรค 2 นั้น หมายถึง
การกระทำนอกราชอาณาจักรนั้นอยู่ในชั้นกระทำความผิด หรือพยายาม เท่านั้น การกระทำยังไม่ถึงขั้น
เกิดผล เป็นความผิดสำเร็จขึ้นในราชอาณาจักร

จากกรณีตามปัญหาจะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติมาตรา 5 ยังไม่มีส่วนใดของ
บทบัญญัติสามารถปรับพิจารณาแก่กรณีตามปัญหาได้โดยตรงกล่าวคือ เนื่องจากโดยสภาพของการ
สมคบนั้นได้ เป็นความผิดสำเร็จไปแล้วในตัวเองนอกราชอาณาจักร กรณีจึงไม่อาจปรับกับบทบัญญัติ
ตามวรรค 2 ซึ่งบังคับแก่กรณีที่มีการกระทำความผิดหรือการพยายามเกิดนอกราชอาณาจักร และในส่วน
ของมาตรา 5 วรรคแรกก็เช่นเดียวกัน ในส่วนแรกจะใช้บังคับแก่กรณีตามบทบัญญัติได้ก็ต่อ เมื่อการ
กระทำความผิด (ตัวความผิดจริง ๆ) นอกราชอาณาจักรนั้นคาบเกี่ยวกับราชอาณาจักรเท่านั้น
ด้วยเหตุนี้เพียงแต่มีการสมคบเพื่อจะกระทำความผิดในราชอาณาจักรเท่านั้น โดยที่ไม่มีการกระทำ
ใด ๆ ลงในราชอาณาจักร กรณีจึงไม่อาจบังคับกับกรณีมาตรา 5 ส่วนแรกนั้นได้ สำหรับในส่วนที่
สองของวรรคแรก แม้จะเป็นกรณีใกล้เคียงกับปัญหา กล่าวคือ กรณีไม่มีการกระทำส่วนหนึ่งส่วนใด
ของความผิดในราชอาณาจักรเลย แต่กรณีจะอยู่ในบังคับของบทบัญญัติในส่วนนี้ ได้ต้องปรากฏว่า
มีผลของการกระทำเกิดในราชอาณาจักรแล้ว เสมอ ดังนั้น เมื่อพิจารณากับกรณีตามปัญหาซึ่งมีเพียง
ข้อเท็จจริงการสมคบกับนอกราชอาณาจักรเพื่อทำผิดในราชอาณาจักร โดยที่ไม่มีการกระทำ
เกิดในราชอาณาจักรเลยมีเพียงผลจะเกิดเท่านั้น กรณีจึงไม่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติในส่วนนี้เลย

อย่างไรก็ตามหากกรณีตามปัญหายกหลังได้มีการลงมือกระทำความผิดในราช
อาณาจักร แล้วกรณีก็สามารถลงโทษได้ในราชอาณาจักร

ข. ข้อพิจารณาในเรื่องการสมคบที่จะกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้แน่นอนแท้

ดังได้กล่าวมาในเบื้องต้นแล้วว่า การสมคบกันเพื่อจะกระทำความผิดนั้น
เป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการเริ่มต้นแห่งความผิด (Inchoate crime) ก่อนที่จะนำไปสู่ความ
ผิดอื่นต่อไป ซึ่งโดยสภาพโดยทั่วไปแล้ว การสมคบกันมีอัตราความเสี่ยงต่อความเสียหายน้อยหรือ
แทบไม่มีเลย ทั้งนี้ เพราะการกระทำความผิดที่ผู้สมคบได้มุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดขึ้นนั้น ยังไม่มีการ

ทำลงแต่อย่างใด ประกอบกับปกติการสมคบก็เป็นการกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบของความผิดอยู่ด้วย ในตัวเอง (องค์ประกอบที่ว่ามี ได้แก่ ส่วนของผลคือผลไม่เกิดตามความมุ่งหมายนั้นเอง) แต่ เนื่องจากการตกลงกันดังกล่าว เป็นก้าวแรกในการกระทำผิดต่อกฎหมาย อันเป็นการเพียงพอที่ กฎหมายจะกำหนดเป็นความผิดได้ เพื่อมิให้มีการดำเนินการต่อไป จนเกิดเป็นความผิดใหม่ที่ร้ายแรง กว่าได้ ซึ่งถือเป็นการป้องกันการกระทำผิดตามกฎหมายอาญาได้อีกวิธีหนึ่ง โดยกำหนดเป็นความ ผิดเสียเลย

ความผิดเกี่ยวกับการสมคบร่วมกันของบุคคล เพื่อกระทำความผิด (เช่น กรณี มาตรา 210 ประมวลกฎหมายอาญานี้) เป็นการยืนยันอำนาจรัฐในการรักษาระเบียบของสังคม เพราะ ในแง่จิตใจ หรือเจตนาของผู้กระทำ และการกระทำที่ปรากฏออกมา ได้ก่อให้เกิดความรู้สึกไม่ ปลอดภัย หรือความกลัวว่าจะเกิดภัยอันตราย (put in fear of being in danger) ต่อสิ่งที่ กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งอาจได้แก่บุคคลหรือชุมชน ดังนั้นการสมคบกันของบุคคลเพื่อกระทำ ความผิดนี้ จึงพิจารณาในแง่จิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ ดังนั้นถ้าผู้กระทำมีเจตนาทางอาญา และ มีการกระทำอันเสี่ยงต่อความเสียหาย (พฤติการณ์การสมคบกันของบุคคลหลายคน เพื่อจะกระทำ ความผิดตามความมุ่งหมาย) ก็เป็นความผิดได้แล้วโดยไม่ต้องดูว่า แท้จริงผู้กระทำจะสามารถกระทำ ผิดกฎหมายสมกับที่ตนเอง เจตนาหรือไม่

ในเรื่องนี้ ตามหลัก Common Law ของอังกฤษ ความผิดว่าด้วยการสมคบ (Conspiracy) ได้ถูกชี้แนะจากการตัดสินของ House of Lords ในคดี DPP V. Nock (1978) 2 All ER 654, HL. โดยอาศัยการให้เหตุผลของสภา (The House) ในคดี Houghton V. Smith (1973) 3 All ER 1109 HL. ในเรื่องการนำความเป็นไปไม่ได้ใน การพยายามกระทำผิดตามกฎหมาย Common Law มาปรับใช้กับ เรื่องการสมคบกับกระทำความผิด ตามกฎหมาย Common Law นี้¹⁰²

¹⁰² Cross & Jones, Introduction to Criminal law, P.416.

ลักษณะหรือสภาพของความ เป็นไปไม่ได้ของการสมคบกัน เพื่อกระทำความผิด นี้ คือ การที่วัตถุประสงค์ของการตกลงไม่สามารถสัมฤทธิ์ผลได้อย่างแน่แท้ เนื่องจากการที่มีเหตุการณ์ บางอย่างเข้ามาแทรกแซง หรือเพราะวิธีการที่ถูกเสนอไม่มีประสิทธิภาพ ตัวอย่าง เช่น ในกรณีของ การตกลงที่จะยืมหนังสือของ X จากล็อกเกอร์ (Locker) ของเขาโดยปราศจากความยินยอม แม้ว่าหนังสือนั้นจะถูกทำลายก่อนที่จะได้มีการลงมือกระทำการ หรือถูกแจฝี่ซึ่งจะใช้ไม่อาจใช้กับ ล็อกเกอร์ดังกล่าวได้ เลยกก็ตามผู้ตกลงก็มีความผิดฐานสมคบที่จะฉ้อโกงตามกฎหมาย Common Law แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ความ เป็นไปไม่ได้ดังกล่าว ถ้าในเวลาของการตกลงนั้น หนังสือได้ ถูกทำลายไปแล้ว กรณีนี้จะไม่ถือเป็นความผิดฐานสมคบตามกฎหมาย Common Law หรือการสมคบ คิดกันเพื่อฉ้อโกงบุคคลที่เสียชีวิตแล้ว ไม่ถือเป็น Conspiracy เพื่อฉ้อโกงแต่อาจเป็น Conspi- racy ตามพระราชบัญญัติฉ้อฉลใดฉบับหนึ่ง หากผู้ร่วมกระทำความผิดเหล่านั้นได้กระทำความผิดอาญาเฉพาะ เจาะจงอย่างอื่น และในอีกแง่หนึ่ง การสมคบคิดที่จะฉ้อโกงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยการโกหกหลอกลวง แต่ในเรื่องดังกล่าวไม่สามารถสำเร็จได้ เพราะบุคคลดังกล่าวได้รู้ความจริงดังกล่าวอยู่ก่อนแล้ว กรณีเช่นนี้ถือเป็นความผิด Conspiracy เพื่อการฉ้อโกงได้ เพราะคดีดังกล่าว เป็นกรณีที่มีเจตนา ไม่เพียงพอเท่านั้นเอง¹⁰³

ค. ข้อพิจารณาเรื่องการพยายามกระทำความผิดกับความผิดฐานอั้งยี่ : ช่องโจร

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ความผิดฐานอั้งยี่ : ช่องโจร เป็นความผิดหนึ่งที่กฎหมาย ได้กำหนดความ เป็นความผิดเนื่องจากลักษณะของการกระทำที่สื่อให้เห็นถึงสิ่งที่จะ เกิด เป็นความผิด ร้ายแรงต่อไปโดยความผิดดังกล่าวจะสำเร็จทันที เมื่อมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด อันแสดงให้เห็นถึงเจตนาร่วมกันตกลงใจที่จะกระทำความผิด ดังนั้นจึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า ความผิดดังกล่าว จะมีการพยายามกระทำความผิดได้หรือไม่

ในเรื่องนี้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 80 บัญญัติว่า "ผู้ใดลงมือกระทำ ความผิด แต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผลผู้นั้นพยายาม กระทำความผิด..."

¹⁰³ Smith & Hogan, Criminal law, P.237.

จากบทบัญญัติจะ เห็นได้ว่ากรณีจะเป็นการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมาย ได้ จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการ คือ

1. ผู้กระทำจะต้องมีเจตนากระทำความผิด และ
2. ผู้กระทำจะต้องกระทำการ เพื่อให้บรรลุผลตาม เจตนาอัน เป็นการกระทำ ที่เลขนั้นเตรียม กล่าวคือถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว
3. ผู้กระทำกระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล

จากองค์ประกอบข้างต้น การวินิจฉัยถึงการพยายามกระทำความผิด ต้อง พิจารณา เจตนาของผู้กระทำเสียก่อนว่า เขามีเจตนากระทำความผิด¹⁰⁴ หรือไม่ เพราะการกระทำ อันหนึ่งอาจเข้าชั้นพยายามในความผิดฐานหนึ่ง แต่ยังไม่เข้าชั้นพยายามในความผิดอีกฐานหนึ่งก็ได้ การวินิจฉัย เจตนานี้อาจวินิจฉัยจากพฤติการณ์อื่นประกอบ การกระทำของผู้กระทำด้วยก็ได้ ส่วน การที่จะวินิจฉัยว่า การกระทำเข้าชั้นพยายามในฐานความผิดที่เจตนากระทำหรือยังนั้นในความ เห็น ทางตำราและตามแนววินิจฉัยของศาล การพยายามกระทำความผิดต้อง เป็นการกระทำที่นำไปสู่ความผิด สำเร็จ โดยยึดหลักความใกล้เคียงกับความผิดสำเร็จ¹⁰⁵

ความผิดฐานอั้งยี่ตามมาตรา 209 นั้น เมื่อพิจารณาโดยสภาพของความผิด เป็นความผิดที่เป็นพยายามได้กล่าวคือ นอกจากจะเป็นความผิดที่มีเจตนาแล้วโดยลักษณะของการ กระทำอันเป็นองค์ประกอบของความผิด (การเข้าเป็นสมาชิกของคณะบุคคล) ก็มีช่วงระยะเวลาที่ อาจทำให้การกระทำไม่สามารถบรรลุผลได้ กล่าวคือการเป็นสมาชิกของคณะบุคคล จะต้องมิใช่ข้อ เท็จจริงในลักษณะของการแสดงออก ซึ่งเจตนาเข้าร่วมในองค์กรคณะบุคคลนั้น เสียก่อน และก็มีกรณี

¹⁰⁴ คำว่า เจตนาในที่นี้ นอกจากเจตนาประสงค์ต่อผลแล้วยังรวมถึงเจตนาเล็งเห็นผล ด้วย ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1270/2526

¹⁰⁵ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2431 วินิจฉัยว่า "... ได้กระทำลงจนใกล้เคียงกับ ผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้วก็ได้ชื่อว่า จำเลยได้ลงมือกระทำความผิดนั้นแล้ว..."

รับเข้าเป็นสมาชิกในองค์กร ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏดังกล่าวแล้ว เท่านั้นจึงจะ เป็นความผิดสำเร็จ ตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ หากการ เข้า เป็นสมาชิกในคณะบุคคลนั้นได้มีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด มาทำให้การ เข้า เป็นสมาชิกไม่อาจสำเร็จได้ การกระทำดังกล่าว (การ แสดงเจตนา เข้า เป็นสมาชิก) จึง เป็นความผิดในฐานพยายามได้

ส่วนในความผิดฐานช่องโຈร ตามมาตรา 210 แม้ เป็นความผิดในทางอาญา ที่มีเจตนา แต่เมื่อหากพิจารณาโดยสภาพของความผิดแล้วจะ เห็นได้ว่า ในส่วนของการกระทำ (การสมคบกันของบุคคล) อันเป็นองค์ประกอบความผิด โดยสภาพของความผิด นอกจากความผิด ดังกล่าวจะเป็นความผิดสำเร็จที่ไม่ต้องการผล (ผลสุดท้ายตามมูล เหตุจงใจ) แล้ว ในด้านการ กระทำก็เป็น เพียงการแสดงออกในด้านจิตใจของบุคคลสอดคล้องต้องกัน เท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจ แยกจุดเริ่มต้นและช่วงก่อนความผิดสำเร็จได้ ดังนั้นโดยสภาพความผิดดังกล่าวจึงไม่อาจมีการ พยายามได้

3.5 ปัญหาในการพิสูจน์ความผิด

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ความผิดฐานอั้งยี่ : ช่องโຈรนี้ เป็นบทบัญญัติหนึ่งของกฎหมาย อาญา ที่การกระทำความผิดดังกล่าวอยู่ใน เพียงขั้นตอนของการ เริ่มต้นของความผิด (Inchoate Crime) เท่านั้น นอกจากนี้ โดยลักษณะของการกระทำความผิดนี้ก็มีลักษณะ เป็นการปกปิด อัน เป็นการยากแก่การที่บุคคลภายนอกจะรู้ได้ ด้วยเหตุนี้จึง เป็นการยากซึ่ง ในกรหาพยานหลักฐาน มาสืบพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำ

จากปัญหาอุปสรรคใน เรื่องพยานหลักฐานต่อการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมีข้อที่ นำพิจารณาเพื่อสนองตอบต่อปัญหาดังกล่าว ดังต่อไปนี้

ก. ข้อพิจารณาในการนำข้อสันนิษฐานของกฎหมายมาใช้ในการพิสูจน์ความผิดฐาน อั้งยี่ : ช่องโຈร

การใช้กฎหมาย เป็น เครื่องมือในการควบคุมสังคม เป็นธรรมดาที่จะต้องหาวิธี การต่าง ๆ มาใช้ เพราะว่าสังคมมนุษย์ไม่ได้อยู่นิ่ง มีการพัฒนาในด้านต่าง ๆ อยู่เสมอ มนุษย์ที่ อยู่ร่วมกันในสังคมมีทั้งดีและชั่ว โดยเฉพาะพวกคนชั่วก็ย่อมจะพัฒนาตัวเอง โดยวิธีการต่าง ๆ เพื่อ หลีกเลี่ยงกฎหมายมาใช้ในการ เอาเปรียบผู้อื่นในสังคม บุคคลเหล่านี้จึง เป็นเหตุผลอย่างหนึ่งที่ทำให้ รัฐตรากฎหมายออกมาควบคุม และขณะ เดียวกันก็ เป็นการป้องกันสังคมไปในตัว แต่กฎหมายที่ตรา

ออกมานั้นก็เป็นเพียงเป็นการเดินตามรอยบุคคลเหล่านั้น กล่าวคือ กฎหมายหาทางที่จะห้ามปรามวิธีการเอาไรต์เอาเปรียบของบุคคลจำพวกนี้ โดยดูจากวิธีการที่เขากระทำ จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายมักซ้ำกว่าบุคคลเหล่านี้อยู่ก้าวหนึ่งเสมอ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐก็ไม่ได้นิ่งนอนใจได้พยายามค้นหาวิธีการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสังคม เช่น การนำเอาทฤษฎีเรื่องความผิดเด็ดขาด (Strict Liability) ความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) และการใช้ข้อสันนิษฐานของกฎหมายอันเป็นโทษมาใช้ เป็นต้น

เหตุผลที่กฎหมายยอมรับข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

บทบัญญัติของกฎหมายประเภทข้อสันนิษฐานนี้ เกิดขึ้นจากความน่าเชื่อถือ ความเป็นไปได้ ความจำเป็น และนโยบายของรัฐ เป็นต้น¹⁰⁶ ซึ่งโดยเฉพาะเหตุผลในด้านความจำเป็น และนโยบายของรัฐ นับวันจะมีความสำคัญต่อการบัญญัติกฎหมาย ในลักษณะการมีข้อสันนิษฐานของกฎหมาย อันเป็นโทษแก่จำเลย

เหตุผลที่กฎหมายจำต้องนำเอาข้อสันนิษฐานมาใช้ เพราะเนื่องจากความจำเป็นและนโยบายของรัฐ¹⁰⁷

1. เพื่อขจัดความไม่ยุติธรรมที่อาจเกิดขึ้น เนื่องจากคู่ความฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอย่างมากในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงบางประการ เพราะคู่ความฝ่ายนั้นเป็นฝ่ายที่รู้ข้อเท็จจริงฝ่ายเดียว จึงเป็นการสมควรและชอบด้วยเหตุผลที่จะให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับคู่ความฝ่ายนั้น กรณีเช่นนี้กฎหมายจะสันนิษฐานให้เป็นคุณแก่ฝ่ายที่เสียเปรียบ เพื่อให้ฝ่ายที่ได้เปรียบต้องรับภาระการพิสูจน์
2. เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายทางเศรษฐกิจ สังคม หรือนโยบายทางความผิดอาญา (Criminal policy) เป็นต้น
3. เพื่อเป็นหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี (ให้การพิจารณารวดเร็ว)

¹⁰⁶ จาตุรงค์ ฉินวิวัฒน์, "ข้อสันนิษฐานในคดีอาญา อันเป็นโทษแก่จำเลย" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2526), หน้า 68.

¹⁰⁷ ไอศล โกลิน, คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. (กรุงเทพฯ : ร.พ.ไทยเซชม, 2517), หน้า 43.

4. เพื่อแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากความไม่แน่นอนบางประการของกฎหมาย
 ความผิดฐานอั้งยี่ : ช่องโจร เป็นบทบัญญัติหนึ่งที่เกิดขึ้นด้วยเหตุผลความ
 จำเป็นและนโยบายทางความผิดอาญาของรัฐ¹⁰⁸ (Criminal policy) โดยมีมุ่งในการป้องกัน
 อาชญากรรม ทั้งนี้โดยการกำหนดพฤติการณ์ที่บุคคลได้แสดงออกมาให้เป็นความผิด แม้การกระทำ
 นั้นจะขาดองค์ประกอบความผิดในส่วนผลของการกระทำก็ตาม แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวตาม
 บทบัญญัตินี้ ลักษณะเป็นการปกปิดและเป็นการยากที่บุคคลภายนอกจะรู้ได้ ซึ่งจากกรณีดังกล่าวได้ส่ง
 ผลไปสู่การพิสูจน์ความผิด ตามหลักวิธีพิจารณาทางอาญาโดยทั่วไป โจทก์ต้องมีหน้าที่นำพยาน เข้า
 สืบก่อน¹⁰⁹ เสมอ นอกจากนี้โจทก์จะต้องสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลยอย่างชัดแจ้งปราศจาก
 ข้อสงสัย¹¹⁰

¹⁰⁸ นโยบายทางความผิดอาญา (Criminal policy) ได้แก่

1. วิธีการป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรม (Criminal prophylaxy) โดยการ
 กำจัดมูลเหตุอัน เป็นสมุฏฐานที่จะนำไปสู่การกระทำผิดความผิดของบุคคล ไม่ว่าจะ
 จากตัวบุคคลผู้กระทำผิดเอง หรือจากสังคม
2. วิธีการทางนิติบัญญัติ (legislation) โดยการวางข้อกำหนดเพื่อผลในการ
 ป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดทั้งในทางกฎหมายสาระบัญญัติและ
 กฎหมายสมัยนิติ
3. วิธีการบังคับ (sanction) โดยบังคับใช้บทบัญญัติที่รัฐตราขึ้น เพื่อผลในการ
 ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมตาม เจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว
4. การประสานงานระหว่างสถาบันทั้งหลายที่มีส่วน ใ้้นโยบายทางความผิดอาญา
 ดังกล่าวดำเนินไปสู่จุดหมายอัน เดียวกัน (Co-ordination)

¹⁰⁹ ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 247 / มาตรา 174.

¹¹⁰ ในคดีอาญาโดยทั่วไป ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ไม่อาจพิสูจน์หรือคลี่คลายได้ ย่อมไม่อาจ
 พัง เป็นผลร้ายแก่จำเลยได้ ผลก็คือว่าในกรณีที่มีความสงสัยว่าข้อเท็จจริงใด เป็นอย่างนั้นหรือไม่
 จะต้องวินิจฉัยให้เป็นคุณแก่จำเลย เสมอ ซึ่งเป็นไปตามหลัก "in dubio pro reo" รายละเอียด
 ดูใน คณิต ฌ นคร." การยกประโยชน์แห่งความสงสัยและการเลือกกลงโทษ, "วารสารอัยการ
 ปีที่ 4 ฉบับที่ 39 (มีนาคม 2524) : 58 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2478
 มาตรา 227.



จากปัญหาในการพิสูจน์ความผิดดังกล่าว กฎหมายอ้งยี : ช่งโจรจึงได้นำหลักข้อสันนิษฐานอันเป็นโทษแก่จำเลยมาใช้ ดังปรากฏในกรณีข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดฐานเป็นอ้งยี : ช่งโจร (ตามมาตรา 211) โดยในมาตรานี้กฎหมายได้กลับหน้าที่นำสืบให้ตกอยู่แก่จำเลย¹¹¹ โจทก์เพียงแต่พิสูจน์ว่าจำเลย "actually attend the meeting" คือ การมีส่วนร่วมในการประชุมและอยู่ในที่ประชุมอ้งยี ช่งโจร ก็เป็นการเพียงพอ¹¹² หรือนัยหนึ่ง โจทก์เพียงแต่พิสูจน์ให้ได้ตามเงื่อนไขที่จะเข้าข้อสันนิษฐาน เช่นเดียวกับในทางแพ่งนั่นเอง¹¹³ และเนื่องจากข้อสันนิษฐานอันเป็นโทษแก่จำเลยตามมาตรา 211 นี้ เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด¹¹⁴ (ทั้งนี้เพราะถ้าจะให้โจทก์นำสืบถึงเจตนาของจำเลยแล้ว ย่อมเป็นการยากที่โจทก์จะนำสืบความในใจของจำเลยได้ว่า เขาเข้าร่วมประชุมโดยรู้ว่าเป็นการประชุมของอ้งยีหรือช่งโจร) ดังนั้น ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดนี้ จึงมีผลกระทบต่อตัวจำเลยในกรณีดังต่อไปนี้

- ก. กระทบต่อความรับผิดชอบของจำเลย
- ข. กระทบต่อการพิจารณาพิสูจน์
- ค. กระทบต่อการต่อสู้คดี

ก. กระทบต่อความรับผิดชอบของจำเลย โดยทั่วไป ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีผิดตามกฎหมาย แต่ในกรณีมีข้อสันนิษฐานเด็ดขาดนี้ จำเลยจะถูกตัดสิทธิ์จากข้อสันนิษฐานดังกล่าว กล่าวคือกฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่า จำเลยมีความผิดตามบทบัญญัติดังกล่าว แล้วจำเลยมีทางเดียวที่จะทำ

¹¹¹ คณิต ฅ นคร, คำอธิบายวิชาอาญา ภาคความผิด, หน้า 181.

¹¹² สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา เล่ม 3 (ภาคความผิด), หน้า 437.

¹¹³ ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 84 (2).

¹¹⁴ ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดถูกบัญญัติขึ้นมาเพื่อแก้ปัญหาต่าง ๆ ที่ยากแก่การหาข้อยุติหรือไม้อาจหาข้อยุติลงได้ เพื่อให้ยุติลงโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย. ดูใน จาตุรงค์ ฉินวิวัฒน์, "ข้อสันนิษฐานในคดีอาญาอันเป็นโทษแก่จำเลย", หน้า 53.

ได้คือ การสืบพิสูจน์ว่ากรณีของจำเลยไม่เข้าข้อสันนิษฐานเท่านั้น ส่วนโจทก์ เพียงแต่สืบพยานหลักฐานต่าง ๆ ให้เข้าเงื่อนไขตามบทบัญญัติเท่านั้นก็เพียงพอที่จะให้จำเลยต้องรับผิดแล้ว

ข. กระทบต่อภาระการพิสูจน์ ภาระการพิสูจน์ในที่นี้ หมายถึง ภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งที่ตนเป็นผู้กล่าวอ้างขึ้นมา เพื่อให้ศาลเห็นจริงดังที่ตนกล่าวอ้าง

ข้อสันนิษฐาน เด็ดขาด เป็นการยุติข้อเท็จจริงบางประการลงอย่างเด็ดขาด เพื่อเป็นหลักในการปรับตัวบทกฎหมายต่อไป และมีผลให้โจทก์ได้รับประโยชน์ ภาระการพิสูจน์ต่าง ๆ จะถูกลดลงให้เหลือเพียงพิสูจน์ให้เข้าเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐานนั้นเท่านั้น จำเลยก็หมดโอกาสที่จะพิสูจน์พยานหลักฐานหักล้างข้อสันนิษฐานนั้น

ค. กระทบต่อการต่อสู้คดี ในคดีอาญาทั่วไปที่ไม่มีข้อสันนิษฐานที่เป็นโทษแก่จำเลย เข้ามาเกี่ยวข้องนั้น จำเลยมีสิทธิที่จะไม่ให้การไม่ว่าจะเป็นชั้นสอบสวน ไต่สวนมูลฟ้อง หรือในชั้นพิจารณา แต่ถ้าเป็นคดีที่ตกอยู่ในบังคับของข้อสันนิษฐานที่เป็นโทษแก่จำเลยแล้วสิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นจะถูกกระทบ กล่าวคือ จำเลยจะถูกบังคับโดยปริยายให้ต้องให้การเพื่อต่อสู้คดี

ดังนั้น การที่ได้มีการนำเอาหลักข้อสันนิษฐานของกฎหมายมาใช้กับความผิดที่มีข้อจำกัดในด้านข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นพยานหลักฐานที่จะใช้สืบพิสูจน์ความผิดของจำเลย เช่น ในความผิดอั้งยี่ : ช่องโจร นี้ จึงนับว่าเป็นการแก้ไขปัญหาในด้านการพิสูจน์ความผิด และทำให้บทบัญญัติดังกล่าวสามารถเป็นผลในทางปฏิบัติได้เป็นอย่างดี

ข. ข้อพิจารณาในการให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างกว้าง

โดยทั่วไปแล้วในคดีอาญา คู่ความย่อมมีสิทธิที่จะเสนอพยานหลักฐานพิสูจน์คดีได้อย่างกว้างขวางอยู่แล้ว เช่น ในมาตรา 226¹¹⁵ บัญญัติว่า "พยานวัตถุพยานเอกสาร หรือพยานบุคคล ซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานที่มีได้เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชิญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น อันว่าด้วยการสืบพยาน" นอกจากนี้

¹¹⁵ ๑ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 226.

ในมาตรา 85 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง¹¹⁶ บัญญัติว่า "คู่ความฝ่ายที่มีหน้าที่
 ต้องนำสืบข้อเท็จจริง ย่อมมีสิทธิที่จะนำพยานหลักฐานใด ๆ มาสืบได้ภายใต้บังคับแห่งประมวล
 กฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่น อันว่าด้วยการรับฟังพยานหลักฐาน และการยื่นพยานหลักฐาน" จาก
 บทบัญญัติของสองมาตรานี้จะเห็นได้ว่า โดยหลักทั่วไปแล้วคู่ความย่อมมีสิทธินำสืบพยานหลักฐานได้
 อย่างกว้าง และนอกจากนี้ในส่วนของศาลเอง หลักเรื่องการฟังพยานหลักฐานนี้มิได้จบอยู่แต่ใน
 ประมวลกฎหมายทั้งสองนี้เท่านั้น ศาลยังจะต้องพิจารณาถึงกฎหมายอื่นด้วย ยิ่งพิจารณามาตรา 95
 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วยแล้ว จะเห็นว่า อำนาจของศาลในเรื่องพยานยังมี
 อยู่อีกมากมาย อำนาจนี้เป็นอำนาจกว้างขวาง เช่น มาตรานี้ในอนุมาตรา 2 ห้ามมิให้ศาลรับฟัง
 พยานบอกเล่า แต่ก็ให้มีข้อยกเว้นที่ให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจรับฟังได้¹¹⁷ มีปัญหาที่จะต้องพิจารณา
 ว่าหลักซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ศาลรับฟังพยานบอกเล่าได้มีกรณีใดบ้าง เรื่องนี้ก็อาศัยคำพิพากษาศาลฎีกา
 ที่วางไว้เป็นบรรทัดฐานบ้าง จากหลักสากลซึ่งยอมรับกันโดยทั่วไป หรือตามความคิดเห็นในทาง
 ตำราของนักกฎหมายต่างประเทศบ้าง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าอำนาจในการรับฟังพยานหลักฐานของ
 ศาลนี้ หากได้มีเฉพาะในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธี
 พิจารณาความอาญานี้วางไว้เท่านั้น ซึ่งอำนาจใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างนี้บทบัญญัติมาตรา 104¹¹⁸
 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติรับรองไว้ คือ "ให้ศาลมีอำนาจเต็มที่ในอันที่จะ
 วินิจฉัยว่า พยานหลักฐานที่คู่ความนำมาสืบนั้น จะเกี่ยวกับประเด็นและเป็นอันเพียงพอให้เชื่อฟังเป็น
 ยุติได้หรือไม่ แล้วพิพากษาคดีไปตามนั้น" และในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา
 227¹¹⁹ บัญญัติว่า "ให้ศาลใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยซึ่งนำพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษ
 จนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำผิดนั้น..."

¹¹⁶ ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 85 ประกอบกับ
 มาตรา 15 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่โอนำบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
 ความแพ่งมาใช้โดยอนุโลม.

¹¹⁷ ข้อยกเว้นดังกล่าวคือ "เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง หรือมีคำสั่งศาล
 ว่าไว้เป็นอย่างอื่น" ดูใน อนุมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95.

¹¹⁸ ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 104.

¹¹⁹ ดู ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477 มาตรา 227.

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ความผิดฐานอั้งยี่หรือข่องโจร เป็นความผิดหนึ่งที่จัดอยู่ในชั้นของการเริ่มต้นความผิด (Inchoate Crime) ตามกฎหมายอาญา ซึ่งโดยตัวของมันเองได้ขาดองค์ประกอบความผิดในส่วนผลของการกระทำ ประกอบกับลักษณะของการกระทำก็มักเป็นการปกปิด ซ่อนเร้น ยากที่บุคคลภายนอกจะทราบได้ และโดยเหตุที่การเป็นความลับและปิดบังของความผิดดังกล่าวนี้ จึงเป็นสาเหตุหนึ่งในด้านการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยเฉพาะในส่วนของ การนำเสนอพยานหลักฐาน เพื่อใช้พิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิด มันเป็นการยากที่จะสามารถหาพยานหลักฐานโดยตรงในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติ เพื่อให้เป็นผลในการคุ้มครองสังคมไว้ก่อน รวมทั้งเพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่เป็น เพียงบทบัญญัติที่เป็นทางวิชาการ เท่านั้น ศาลจึงมีอำนาจใช้ดุลยพินิจในเรื่องการพิสูจน์พยานหลักฐานได้อย่างกว้าง ๆ เช่น พยานพฤติ เหตุแวดล้อมการประพฤติปฏิบัติของจำเลยทั้งก่อนและหลังการประกอบอาชญากรรมตามข้อกล่าวหา¹²⁰

ค. การรับฟังพยานพฤติ เหตุแวดล้อม

ข้อเท็จจริงอัน เป็นกรณีแวดล้อม ในที่นี้คือ เรื่องราวต่าง ๆ อันจะเป็นเหตุหรือเป็นผลที่จะให้เห็นข้อเท็จจริงในประเด็น คำนวณคดี ตามตำราอังกฤษ ถือว่า ข้อเท็จจริงบางอย่างที่อยู่

¹²⁰ Neki Ram V. State of Haryana (1974), Shivanarayan Laxminarayan Joshi V. State of Maharashtra, A.I.R. (1980). ดูใน Singh Gour Hari, "Proof of criminal Conspiracy" The Penal Law of India, P.1098-1099.

ในจำพวก Res gestae¹²¹ ก็รวมอยู่ในประเภทกรณีแวดล้อมด้วย แต่โดยปกติแล้วกรณีแวดล้อมย่อมมีความหมายกว้างกว่า และรวมถึงสิ่งต่อไปนี้¹²²

(1) ข้อเท็จจริงที่เป็นบทนำหรือหลังฉากของข้อเท็จจริงในประเด็น ในบางกรณีเพื่อที่จะทำให้ข้อเท็จจริงในประเด็นเด่นชัดขึ้น คู่ความฝ่ายที่อ้างจะต้องนำสืบข้อเท็จจริงบางอย่างเพื่อเป็นการเปิดคดี เช่น ในคดีทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ ในข้อเท็จจริงในทางร้าย เช่น จำเลยเป็นนักเลงการพนัน มีหนี้สินรุงรัง หรือข้อเท็จจริงว่าจำเลยมีเงินเดือนเพียงเดือนละ 3,000 บาท แต่ในช่วงระยะเวลาที่ได้รับตำแหน่งอันเป็นมูลแห่งการทุจริตนี้ จำเลยมีฐานะมั่งคั่งขึ้นอย่างผิดปกติ ย่อมเป็นกรณีแวดล้อมที่จะนำไปสู่ประเด็นที่ว่า จำเลยได้ใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางมิชอบ

(2) ข้อเท็จจริงบางอย่างซึ่งต้องมีพยานประกอบ ข้อเท็จจริงบางอย่างตามกฎหมาย หรือตามแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาจะรับฟังได้ จะต้องมีพยานหลักฐานอย่างอื่นประกอบจึงจะรับฟังได้ ดังนั้น พยานประกอบเช่นนี้ จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่คู่ความจะต้องนำสืบ มิฉะนั้นอาจทำให้ข้อเท็จจริงที่อ้างนั้นเสียผล คือรับฟังไม่ได้นั่นเอง เช่น การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในกรณีความคิดบางอย่างที่มีความจำเป็นในด้านพยานหลักฐาน ดังเช่น ในกรณีคดีทุจริตรับสินบน หรือในคดีที่บุคคลภายนอกไม่อาจทราบข้อเท็จจริงแห่งการกระทำความผิดได้ (ความผิดฉ้อโกงหรือข่มขู่)

¹²¹ Res gestae หมายถึง ข้อเท็จจริงที่เป็นส่วนหนึ่งหรือควบคู่กัน หรืออธิบายข้อเท็จจริงในประเด็นอีกทีหนึ่ง หรือนัยหนึ่งไม่ใช่เป็นข้อเท็จจริงในประเด็น แต่เป็นข้อเท็จจริงที่นำไปสู่การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งอันอยู่ในประเด็น ข้อเท็จจริงเหล่านี้ อาจเป็นการกระทำการงดเว้นคำกล่าวด้วยปาก หรือลายลักษณ์อักษร และเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นต้น.
ผู้สนใจดูรายละเอียดใน โอสถ โกศิน, คำอธิบายและเปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศในเรื่องกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, หน้า 99-104.

¹²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 105 - 109.

ซึ่งในคดีดังกล่าวข้างต้นนี้ ถ้าเพียงแต่คำชี้แจงของจำเลยด้วยกัน เช่นนี้ยังฟังลงโทษจำเลยไม่ได้ ตัวอย่าง โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกับพวกได้เป็นผู้ร้ายปล้นทรัพย์ของนาย เป้า โจทก์มีหลักฐานคือ ถ้อยคำรับสารภาพของจำเลยร่วมที่รับสารภาพชั้นใดส่วนว่าร่วมกับจำเลยนี้และพวก รวมกัน 5 คน ได้พากันไปปล้นบ้านนาย เป้าจริง และมีคำพยานอื่นอีกมาเบิกความประกอบว่า จำผู้ร้ายคนหนึ่งได้ คือ จำเลยร่วมนี้เอง ดังนี้ ศาลฎีกาตัดสินลงโทษจำเลยนี้ได้¹²³

(3) สาเหตุทางจิตใจที่กระตุ้นเตือนให้เกิดการกระทำ ในบางกรณีเพื่อที่จะชี้ให้เห็นถึงเจตนาของจำเลย พยานแวดล้อมกรณีที่จะแสดงให้เห็นสาเหตุทางจิตที่ให้จำเลยจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็เป็นพยานที่รับฟังได้ เช่น ในความคิดอันยี่ การที่คณะบุคคลได้จัดตั้งขึ้น โดยไม่ได้ดำเนินการจดทะเบียนตามกฎหมาย หรือการมีระเบียบ เครื่องหมายที่รู้จักเฉพาะในหมู่คณะเท่านั้น ย่อมเป็นสิ่งชี้ให้เห็นถึงการ เป็นคณะบุคคลที่ปกปิด เพื่อความมุ่งหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(4) การเตรียมการ ในบางกรณีการเตรียมการเพื่อจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นข้อเท็จจริงในประเด็นที่ย่อมจะนำสืบ เพื่อให้ข้อเท็จจริงในประเด็นชี้ชัดขึ้นได้ เช่น การนำสืบถึงการชุมนุม หรือการบวงสรวงของหมู่ซ่องโจร เมื่อก่อนจะไปทำการปล้น ย่อมให้นำสืบในประเด็นความผิดฐานซ่องโจรได้

นอกจากนี้ ในเรื่องโอกาสผลของการกระทำ และพฤติการณ์หลังเกิดเหตุก็นับ เป็นพฤติเหตุแวดล้อมที่สามารถนำมาสืบในคดี เพื่อประกอบประเด็นในคดีได้

ง. การให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐานโดยการรับฟังพยานผู้ร่วมกระทำ
ความคิด

124

โดยทั่วไปแล้ว "บุคคลที่ถูกดำเนินคดีนั้น มีสิทธิที่จะไม่ให้การ เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง" ในกฎหมายไทยก็ได้มีการยอมรับในหลักการดังกล่าว ดังปรากฏในมาตรา 232 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งบัญญัติว่า "ห้ามมิให้โจทก์อ้างจำเลย เป็นพยาน¹²⁵ เหตุผลที่กฎหมายได้คุ้มครองจำเลย เช่นนี้ เนื่องจาก "โดยหลักทางศีลธรรมการที่จะลงโทษบุคคลใด ย่อมจะไม่เป็นการสมควรที่จะหาพยานหลักฐาน เอาจากบุคคลนั้น"¹²⁶ และแม้ว่าจำเลยจะมีสิทธิที่จะให้การ เป็นพยานในคดีของตนเองได้¹²⁷ โดยสาบานตัวก่อน เบิกความ แต่ก็ เป็นสิทธิที่จำเลยจะ เลือกที่จะ

¹²⁴ หลักการดังกล่าวนี้ เป็นหลักประกันอย่างหนึ่งในวิธีพิจารณาความอาญาของระบบกฎหมายแองโกลอเมริกัน โดยสิทธิดังกล่าวนี้ก่อตัวขึ้นในอังกฤษเมื่อคริสต์ศตวรรษที่ 17 โดยได้พัฒนามาจากภาษิตกฎหมายที่ว่า "nemo tenetur seipsum prodere" จุดเริ่มต้นของการพัฒนานี้เกิดจากคดี "Lilburne's Trial". รายละเอียดความเป็นมาดูใน คณิต ณ นคร, "พยานแผ่นดินตามกฎหมายแองโกลอเมริกัน" แปลเรียบเรียงจาก Dr. Heibe Jung, Strafrecht far den Kronzengen Carl Heymanns Verlag KG. Koln-Berlin-Manchen 1974, อัยการนิเทศก์. เล่ม 40 ฉบับที่ 1-2 (2521) : 78.

¹²⁵ ข้อห้ามตามมาตรา 232 นี้ ห้ามเฉพาะผู้ที่ถูกฟ้อง เป็นจำเลยในคดีอยู่เท่านั้น แต่ไม่ห้ามผู้กระทำผิดร่วมที่โจทก์ได้แยกฟ้องหรือถอนฟ้อง หรือโจทก์ได้กันไว้เป็นพยาน ดูรายละเอียดในคำพิพากษาฎีกาที่ 193/2483, 534/2512, 227/2513.

¹²⁶ แวว ยอดพุง, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. (ธนบุรี : โรงพิมพ์สุทธิสาร การพิมพ์, 2509), หน้า 218.

¹²⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477. หน้า 233.

ไม่ให้การเลย หรือว่าให้การตามความเป็นจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตรงกันข้ามสำหรับพยานอื่น ๆ นั้น โดยปกติมีหน้าที่ต้องให้การแต่พยานอาจไม่ตอบคำถามที่เป็นภัยแก่ตนโดยอ้างสิทธิพิเศษได้¹²⁸

จากหลักการคุ้มครองโดยสิทธิพิเศษของกฎหมายดังกล่าวนี้ ได้ก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมาย เป็นอย่างมาก¹²⁹ โดยเฉพาะในความคิดในทางอาญาที่มีลักษณะในการกระทำเป็นการปกปิด ยากที่บุคคลภายนอกจะรู้ได้ เช่น ในความผิดฐานเจ้าพนักงานรับสินบน¹³⁰ หรือในความผิดฐานเป็นอั้งยี่หรือซ่องโจร เป็นต้น¹³¹ ซึ่งในความคิดดังกล่าวนี้

¹²⁸ สิทธิพิเศษดังกล่าวนี้ ใช้บังคับแก่บุคคลบางประเภทและแก่พยานทุกคนในบางกรณี ซึ่งพอจะจำแนกได้ 2 ประการคือ

1. สิทธิที่จะไม่เบิกความของพยานที่เป็นโมกษพยาน
2. สิทธิที่พยานจะไม่เบิกความ เนื่องด้วยคำถามของศาลและคู่ความ
 1. สิทธิในประการแรก ได้แก่ พยานที่เป็นภิกษุ สามเณรในพุทธศาสนา
 2. สิทธิในประการที่สอง ได้แก่
 - ก. เป็นคำถามอันไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี
 - ข. เป็นคำถามที่อาจทำให้พยาน หรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอกต้องรับโทษ หรือถูกฟ้องทางอาญา
 - ค. เป็นคำถามที่เป็นหมิ่นประมาทพยาน
 - ง. เป็นคำถามที่ทำให้พยานต้องเปิดเผยความลับ

รายละเอียดอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477, มาตรา 234, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477 มาตรา 115, 118 วรรค 3 อนุมาตรา (1), (2).

¹²⁹ โดยเฉพาะในประเทศที่มีระบบการพิจารณาคดีเป็นระบบกล่าวหา (Adversary system) ซึ่งโจทก์มีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลย.

¹³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499. มาตรา 149.

¹³¹ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499. มาตรา 209, 210.

ข้อเท็จจริงต่าง ๆ มักจะรู้กันแต่เพียงในบุคคลที่ร่วมกระทำความผิด หรือในหมู่คณะของบุคคล ดังกล่าว เท่านั้น โดยเฉพาะในความคิดฐานอั้งยี่ : ช่องโจร นอกจากลักษณะของการปกปิดในการกระทำแล้ว ความผิดดังกล่าวมักจะมีรูปแบบอาชญากรรมในรูปองค์การ (Organized Crime) ที่มีอิทธิพลทั้งในด้านการเงิน และด้านการเมืองสนับสนุน ด้วยเหตุนี้รัฐจึงได้พยายามหามาตรการในการต่อสู้กับอาชญากรรมในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อผลในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวในทางปฏิบัติ

การรับฟังพยานซึ่ง เป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดก็เป็นมาตรการหนึ่งที่รัฐนำมาใช้ เพื่ออุดช่องว่างของปัญหาในการบังคับใช้ (การพิสูจน์ความผิดในชั้นศาล)

ดังนั้น จึงอาจสรุป เหตุผลที่กฎหมายยอมรับฟังพยานซึ่ง เป็นผู้ร่วมในการกระทำความผิดได้แก่

1. เพื่ออุดช่องว่างการใช้สิทธิพิเศษของพยาน¹³² กล่าวคือ โดยการที่รัฐได้รับรองคุ้มครองพยานว่าจะไม่ถูกลงโทษ แม้คำให้การของพยานดังกล่าวจะเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง
2. เนื่องจากการ เผลอหน้าของระบบกล่าวหา กับรูปแบบอาชญากรรมบางประเภท¹³³ กล่าวคือ ในระบบกล่าวหา โจทก์ในคดีอาญามีหน้าที่สืบพิสูจน์ความผิดของจำเลยตามที่ฟ้อง ส่วนจำเลยในฐานะเป็น "ประธานในคดี" มีสิทธิต่าง ๆ 2 ทางคือ มีสิทธิอย่างผู้ร่วมในคดีทางกระทำ และมีสิทธิอย่างผู้ร่วมในคดีในทางอยู่เฉย หรือนัยหนึ่งคือ สิทธิต่อสู้คดี และสิทธิที่จะไม่ให้การในเรื่องที่ถูกกล่าวหา และถ้อยคำของเขาที่จะใช้ยืนยันเขาได้นั้น จะต้องมิได้เกิดจากการหลอกลวง ช่มชู้ให้สัญญา หรือโดยมิชอบทั้งหลาย ดังนั้นหากในคดีอาญาที่มีรูปแบบอาชญากรรมบางประเภทที่มีความซับซ้อนปกปิด ซ่อนเร้น หรือร้ายแรง ยากในการหาพยานหลักฐานเพื่อสืบพิสูจน์ ย่อมจะเป็นปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายต่อการกระทำผิดดังกล่าว ด้วยเหตุนี้รัฐจึงได้พยายามแก้ไขข้อบกพร่องในเรื่องพยานหลักฐานดังกล่าว โดยการแสวงหาพยานหลักฐานจากผู้ร่วมกระทำผิดบางคน เพื่อเป็นพยานในการพิสูจน์ความผิดดังกล่าวนี้

¹³² คณิต ฅ นคร, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 81.

¹³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

1. การรับฟังพยานผู้ร่วมกระทำความผิดในประเทศที่มีระบบกฎหมายแองโกลอเมริกัน
ประเทศสหรัฐอเมริกา

การรับฟังพยานผู้ร่วมกระทำความผิดในสหรัฐอเมริกา¹³⁴ เป็นผลของการค้นคว้า เพื่อที่จะหาทางสายกลางระหว่างความจำเป็นในทางนโยบายทางอาญา และการใช้สิทธิของพยาน ที่จะไม่ให้การ เป็นปฏิภักษ์ต่อตนเอง (Privilege against self-incrimination)¹³⁵ ทั้งนี้โดยรัฐได้ออก "กฎหมายว่าด้วยความคุ้มกันพยาน" (immunity statutes)¹³⁶

ในกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้น เพื่อคุ้มกันพยานนี้ เป็นที่เข้าใจกันว่า หมายถึง กฎหมาย ที่มีได้เลิกความผิดแก่บุคคลว่า เขาจะไม่ถูกดำเนินคดี เนื่องจากคำให้การของเขาในการนี้คำให้การนั้นก็หมดความหมายของการ เป็นปฏิภักษ์ต่อตน และพยานไม่อาจที่จะหิบบกสิทธิที่จะไม่ให้การ ได้อีกต่อไป นอกจากนี้ ในบทบัญญัติกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ได้ให้หลักประกันโดยได้รับรองในแง่ของ คำให้การนั้น จะไม่เป็นผลร้ายแก่ตัวพยานอีกต่อไป

¹³⁴ พยานในกรณีดังกล่าว มักเรียกว่า "พยานแผ่นดิน" โดยคำว่าพยานแผ่นดินหาใช้ คำตามกฎหมายไม่ หากแต่เป็นคำที่ใช้สำหรับกรณีปัญหาทางนโยบายทางอาญา.

¹³⁵ The fifth Amendment "บุคคลใด... จะถูกบังคับให้ให้การ เป็นภัยแก่ตนเอง ในคดีอาญาใด ๆ ไม่ได้ ...ฯ" เดิมจำเลยได้รับสิทธิไม่ให้การนี้เฉพาะชั้นได้สวนมูลฟ้องและชั้น พิจารณาคดีเท่านั้น ถึง ค.ศ. 1966 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐ จึงสร้างบรรทัดฐานใหม่ในคดี Miranda V. Arizona, 384 U.S. 436 ให้รวมถึงชั้นพนักงานสอบสวนด้วย. ดูใน จิรนิติ ทะวานนท์, "หลักการไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบ เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอเมริกันและกฎหมาย เยอรมัน," ตุลพาท เล่ม 3 ปีที่ 31 (พฤษภาคม - มิถุนายน 2527) : 39.

¹³⁶ คณิต ฒ นคร, "พยานแผ่นดินตามกฎหมายแองโกลอเมริกัน," หน้า 82.

กฎหมายในลักษณะนี้จัดได้ว่าเป็นอาวุธสำคัญที่เป็นนโยบายทางอาญา (criminal policy) ของรัฐ ที่มุ่งต่อสู้กับอาชญากรรมที่มีการจัดเป็นองค์การ (organized crime)¹³⁷ ทั้งนี้ จะเห็นได้จากการที่กฎหมายดังกล่าวมีกล่าวถึงความผิดฐานให้สินบน (bribery) ความผิดเกี่ยวกับการพนัน (gambling) ความผิดเกี่ยวกับโสเภณี (prostitution) และความผิดต่อกฎหมายต่อต้านการผูกขาดตัดตอน (violation of anti-trust laws) และความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ เป็นต้น

จนถึงปี ค.ศ. 1970 สหรัฐ ได้ออกกฎหมายว่าด้วยการคุ้มกันพยานมากกว่า 50 ฉบับ โดยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใหม่ที่สุดของสหรัฐที่ออกใช้แทนกฎหมายเก่า ๆ นั้น ได้แสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวข้องกับการต่อสู้กับความผิดที่มีการจัดองค์การหลัก เกณฑ์ทางกฎหมายนั้น ได้บัญญัติลงใน Organized crime Control Act 1970.

ลักษณะของพยานแผ่นดินของสหรัฐอเมริกา

โดยทั่วไประหว่างสอบสวน จะปรากฏเลยว่าใครบ้างควรจะเป็นพยานแผ่นดิน ในคดีที่มีผู้ต้องสงสัยหลายคน Horst Baerensprung กล่าวว่า "ในทางปฏิบัติจะเลือก เอาผู้ที่เสนอตัว เป็นครั้งแรก"¹³⁸ และตามธรรมดาจะไม่มี การฟ้องพยานแผ่นดินผู้นั้น อย่างไรก็ตามผู้ที่ถูกฟ้องแล้วก็อาจยอมรับ เป็นพยานแผ่นดินในคดีนั้นได้ (Turn evidence)¹³⁹

McCormick กล่าวว่า อาจกำหนดลักษณะทั่วไปของพยานแผ่นดินจากแนวทางของฝ่ายนิติบัญญัติได้ดังนี้¹⁴⁰

1. พยานจะต้องทราบว่า รัฐจะใช้มาตรการ บังคับแก่ตนได้ ถ้าตนไม่ยอมให้การ มาตรการ บังคับดังกล่าวนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งก็คือ การลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล

¹³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

¹³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน.

¹⁴⁰ Charles T. McCormick, Handbook of the Law of Evidence, 2nd ed., Cleary (Gen. Ed.) (West Publishing Co, St. Paul, 1972), P.306, อ้างใน คณิต ฅ นคร, "พยานแผ่นดินกฎหมายแองโกลอเมริกัน", หน้า 88-89.

2. พยานต้องร้องขอรับความคุ้มกัน ถ้าพยานเต็มใจให้การโดยไม่มีข้อแม้
อะไร ก็ไม่มีเหตุที่จะประกันว่าจะไม่มีโทษ ดังนั้นบ่อยครั้งที่กำหนดไว้เลยทีเดียวว่า จะต้องแจ้ง
ให้พยานทราบก่อนว่า เขาอาจได้รับความคุ้มกัน แล้วพนักงานผู้ดำเนินคดีต้องขอให้มีการให้
ความคุ้มกัน สิ่งนี้เป็นเรื่องภายในของเจ้าพนักงานเอง โดยเจ้าพนักงานจะพิจารณาว่าค่าให้การ
มีค่าควรแก่การให้ความคุ้มกันหรือไม่ หรือว่าอาจหาพยานอื่นได้ หรือที่สุดควรจะพยายามชี้แจง
พยานเพื่อให้พยานให้ถ้อยคำโดยไม่จำเป็นต้องมีการให้ความคุ้มกัน

3. การให้ความคุ้มกันต้องได้รับความเห็นชอบจากศาล การให้จึงผูกพันกัน
แบบ การตกลงจะทำเป็นบันทึกของศาล (a matter of formal court record) และ
ในขณะที่เดียวกันก็จะกล่าวไว้ว่า ให้ความคุ้มกันและพยานไม่อาจยกสิทธิพิเศษขึ้นต่อสู้อีกต่อไป หน้าที่
ให้ความยินยอมนี้ เข้าใจกันบ้าง เหมือนกันว่าเป็น เรื่องของการควบคุมการทำงานของพนักงานอัยการ
อย่างหนึ่ง อันนี้จะเห็นได้ชัดใน Model Act และกฎหมายของบางมลรัฐที่ระบุให้อำนาจศาล
ไว้อย่างชัดแจ้งว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะ ศาลอาจไม่ยินยอม เช่นนั้นได้

น้ำหนักคำพยานต่อกรณีพยานแผ่นดินในต่างประเทศ

ในเรื่องนี้ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ให้ความ
ระมัดระวังในน้ำหนักของคำพยานในลักษณะดังกล่าวมาก เช่น ในชั้นการเสนอคำฟ้องค่าให้การของ
พยานแผ่นดินปรากฏอยู่แล้วในกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐานของอเมริกัน เป็นต้นว่า ในรัฐนิวยอร์ก
เฉพาะค่าให้การของผู้ร่วมกระทำผิดโดยปราศจากพยานหลักฐานอื่นไม่เพียงพอสำหรับการฟ้องคดี
(indictment)¹⁴¹ หรือในชั้นพิจารณาของศาล ในกรณีที่พยานเป็นผู้ร่วมกระทำผิด การรับฟัง
ค่าให้การของเขาจะเป็นไปอย่างระมัดระวังยิ่ง ผู้พิพากษาจะตั้งข้อสงสัย เกิดให้แก่อุทธรณ์ในปัญหา
น้ำหนักคำพยานของผู้ร่วมกระทำผิด ในกรณีที่การตัดสินจะต้องนำค่าให้การนั้นมาพิจารณา
ประกอบ นอกจากนั้นผู้พิพากษาจะต้องเตือนอุทธรณ์ว่าจะ เป็นอันตรายถ้าจะพิพากษาลงโทษจำเลย
โดยอาศัยคำพยานที่ผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลย เว้นแต่จะมีพยานหลักฐานอื่นมาประกอบ และถ้าผู้
พิพากษามีดุลยพินิจเห็นสมควร ผู้พิพากษาจะแนะนำอุทธรณ์อย่างลงความเห็นแม้จะอยู่ในขอบเขต
อำนาจที่อุทธรณ์จะแสดงความเห็นได้โดยไม่ต้องมีพยานหลักฐานอื่นมาประกอบก็ตาม

¹⁴¹ หนัด ฅ นคร, "พยานแผ่นดินตามกฎหมายแองโกลอเมริกัน," หน้า 92.

ตัวอย่าง ในคดี People V. Lawrence 25 CA 3d. 498, 102
CR. 16 (1972).

คดีนี้จำเลยถูกฟ้องว่าสมคบกับผู้อื่นทำการฆาตกรรม (Conspiracy to commit murder) ซึ่งหลายวันหลังจากฆาตกรรม เพื่อนของจำเลยซึ่งได้ร่วมสมคบกระทำผิดดังกล่าว ได้กล่าวขึ้นว่าจำเลยนี้ได้ไปยังสถานที่นัดหมาย และได้รับเอาเงินส่วนแบ่งที่ได้มาจากผู้ถูกฆ่า จำเลยได้คัดค้านคำรับของเพื่อนจำเลยดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าคำรับของจำเลยร่วมกระทำนอกศาล และเป็นพยานบอกเล่าที่รับฟังไม่ได้ ศาลสูงสุดสหรัฐ ได้วินิจฉัยว่า คำรับดังกล่าว แม้เป็นพยานบอกเล่าก็รับฟังได้ ถ้า

- ก. มีพยานประกอบอย่างหนึ่งอย่างใด นอกจากคำบอกกล่าวของผู้ร่วมกระทำ ความผิด ซึ่งชี้ชัดว่ามีการสมคบกันจริง
- ข. คำบอกกล่าวนั้น ได้แสดงในขณะที่มีความผิดยังไม่สำเร็จในระหว่างการสมคบ ยังดำเนินอยู่ กล่าวคือ ผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยกล่าวขึ้นในขณะที่มีการดำเนินตามเป้าหมายของการสมคบยังไม่สำเร็จหรือเสร็จสิ้นลง หรือก่อนที่ผู้ร่วมกระทำผิดดังกล่าวได้ถอนตัวออกจากการสมคบแล้ว
- ค. คำบอกกล่าวนั้น เกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินต่อไปของการสมคบ เพื่อไปสู่เป้าหมายที่วางไว้

ข้อสังเกต ดังข้อเท็จจริงข้างต้นนี้ ส่วนหนึ่งของแผนการนอกจากฆาตกรรมแล้วคือ การแบ่งทรัพย์สินและเงินที่ผู้กระทำผิดได้มาจากการฆาตกรรม ดังนั้นคำบอกกล่าวของผู้ร่วมกระทำผิดเกี่ยวกับพฤติกรรมของจำเลยในการไปยังสถานที่นัดหมายและรับเอาเงินส่วนแบ่งจึงรับฟังได้ แม้จะเป็นพฤติกรรมภายหลังมีการฆาตกรรมเกิดขึ้นแล้วก็ตาม แต่ตราบใดที่มีการสมคบกัน การดำเนินการไปสู่เป้าหมายของการสมคบยังไม่สำเร็จ คำรับของผู้ร่วมกระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับจำเลย จึงรับฟังได้¹⁴²

¹⁴² คำรับของผู้ร่วมกระทำผิดดังกล่าว จะรับฟังยันจำเลยได้เฉพาะในความคิดฐานสมคบกัน (Conspiracy) เท่านั้น ไม่รวมถึงความผิดฐานอื่น Bernard & Jefferson, California Evidence Benchbook Supplement, (Berkley, California 1975), P.27 - 30
อ้างใน วัชรจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, "คำรับของผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยในคดีอาญา," วารสาร
อัยการ ปีที่ 4 ฉบับที่ 40 (เมษายน 2524): 75.

2. การรับฟังพยานผู้ร่วมกระทำผิดในประเทศไทย

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน¹⁴³

ในคดีอาญาหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งของการนำพยานเข้าสืบพินิจความผิดในศาลนั้น ต้องมิใช่พยานที่เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ชูเชี้ย หลอกหลวง หรือโดยมิชอบด้วยประการอื่น¹⁴⁴ หากเป็นพยานที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยมิชอบดังกล่าว ศาลจะไม่รับฟังพยานเช่นว่านั้น ทั้งนี้เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้เป็นจำเลย นั้นเอง¹⁴⁵

บุคคลผู้ทำการจงใจ ให้คำมั่น หรือชูเชี้ย หลอกหลวง หรือกระทำโดยมิชอบโดยประการอื่นใดนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติว่าจะต้องเป็นโจทก์หรือจำเลย เป็นผู้กระทำ ดังนั้นผู้กระทำการให้เกิดผลดังกล่าวจึงอาจเป็นโจทก์ จำเลย พนักงานสอบสวน ผู้เสียหาย หรือบุคคลภายนอกอื่นใดก็ได้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากเป็นพนักงานสอบสวนแล้วจะเรียกบุคคลใดมาเป็นพยานให้ถ้อยคำได้ กฎหมาย "ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนตักเตือน ทุบตีให้ท้อใจ หรือใช้กลอุบายอื่นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดให้ถ้อยคำ ซึ่งอยากจะทำให้ด้วยความเต็มใจ"¹⁴⁶ และในการที่พนักงานสอบสวนทำการ

¹⁴³ การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน โดยทั่วไปมีหลักการและวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับกรณีพยานแผ่นดินตามกฎหมายแองโกลอเมริกัน ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น.

¹⁴⁴ ผู้สนใจรายละเอียดหลักเกณฑ์ของพยานที่จะนำสืบในคดีอาญาได้ ดูใน จิตติ เจริญฉ่ำ, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ 3 (หน่วยที่ 10). (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528), หน้า 137.

¹⁴⁵ เช่น การที่เจ้าพนักงานให้คำมั่นสัญญาต่อผู้ที่ได้กันไว้ เป็นพยานที่ได้มาไม่ชอบศาลจะไม่รับฟังถ้อยคำของพยานปากนี้หรือพยานที่เกิดจากการชูเชี้ย จงใจว่าจะให้พยานออกจากงานโดยรับบำนาญ และไม่จับกุมมาดำเนินคดี ย่อมรับฟังไม่ได้ (ฎีกาที่ 1758/2523, 2523 ข.1190)

¹⁴⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477, มาตรา 133.

สอบสวนผู้ต้องหา นั้น กฎหมายก็ได้ "ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำ หรือจัดให้ทำการใด ๆ ซึ่งเป็น การล่อลวงหรือขู่เข็ญ หรือให้สัญญากับผู้ต้องหาเพื่อจงใจให้เขาให้การอย่างใด ๆ ในเรื่องที่ต้อง หา นั้น"¹⁴⁷ ซึ่งถ้าหากได้ความว่าพนักงานสอบสวนได้กระทำการตามมาตรา 133 และ 135 ดังกล่าว ต้องถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ไม่อาจอ้างในคดีอาญาได้ ถึงแม้จะได้อ้างและนำเข้าสู่ชั้น ศาลไปแล้ว ศาลจะใช้ดุลยพินิจไม่รับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาในกรณีดังกล่าวนี้

หลักนี้เป็นหลักสำคัญสำหรับผู้ที่มีหน้าที่แสวงหาพยานหลักฐานในคดีอาญา อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีเจ้าพนักงานแสวงหาพยานหลักฐานนี้ได้กระทำโดยชอบ ไม่ได้จงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบด้วยประการอื่น พยานหลักฐานดังกล่าวย่อมสามารถ นำสืบในศาล และศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มานั้นได้¹⁴⁸ เช่น กรณีตำรวจนายหนึ่งขอร่วม ประเวณีกับหญิงโสเภณี เพื่อพิสูจน์คำร้องเรียนว่ามีการค้าประเวณีในสถานที่เกิดเหตุจริง หญิง โสเภณียอมร่วมประเวณีและรับเงินจากตำรวจผู้นั้น พยานหลักฐานที่ได้มาเช่นนี้รับฟังได้ ต้องถือว่าเป็น การแสวงหาพยานโดยชอบ (ฎีกาที่ 1163/2518 2518 ฎ. 1066) หรือในกรณีเป็นสายลับให้ กับตำรวจ ถ้อยคำของสายลับซึ่งมิได้เป็นผู้ต้องหาเป็นพยานได้ (ฎีกาที่ 715/2520 2520 ฎ. 827) ทั้งนี้โดยศาลฎีกาถือว่า การใช้สายลับนั้นเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างหนึ่ง ซึ่งมีใช่เป็นพยาน ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับเรื่องจริง มีคำมั่นสัญญา ขู่เข็ญ หลอกลวง หรือโดยมิชอบประการอื่น

¹⁴⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2477, มาตรา 135.

¹⁴⁸ จิตติ เจริญจำ, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ 3 (หน่วยที่ 10),

ในการแสวงหาพยานหลักฐานอีกกรณีหนึ่งก็คือ พยานที่ได้จากการล่อให้กระทำ
 ความผิด¹⁴⁹ ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นวิธีการของพนักงานสอบสวนหรือพนักงานตำรวจ ซึ่งใน
 ทางปฏิบัติแล้วศาลยอมรับฟังและลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ทั้งนี้เพราะความผิดบางอย่างหาพยาน
 หลักฐานยาก เนื่องจากมีการกระทำที่ลับและมีการปกปิด เช่น การซื้อขาย ยาเสพติด การพนัน
 การซื้อขายสินค้าหนีภาษี เป็นต้น

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานก็เป็นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างหนึ่งที่
 พนักงานเจ้าหน้าที่ (ตำรวจหรืออัยการ) ของไทยได้นำมาใช้ โดยเฉพาะในคดีที่มีเหตุผลพิเศษ¹⁵⁰
 หรือลักษณะลึกลับซับซ้อน ร้ายแรง หรือคดีที่มีอิทธิพล ซึ่งเป็นปัญหาอุปสรรคในการหาประจักษ์พยาน

¹⁴⁹ เช่น ตำรวจนายหนึ่งปลอมตัวเป็นราษฎรเข้าไปขอซื้อสลากกินรวบจากจำเลย พอ
 จำเลยขายให้ ตำรวจอื่นก็เข้าจับจำเลยพร้อมด้วยของกลาง จำเลยต้องมีความผิดฐานเป็นเจ้าของ
 สลากกินรวบ เพราะการที่ตำรวจปลอมตัวนี้เป็นกระทำความผิดเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานแห่งการกระทำ
 ความผิด (ฎีกาที่ 230/2504 2504 ฎ.178).

¹⁵⁰ ในกรณีนี้สืบเนื่องมาจากหลักการฟ้องคดีของพนักงานอัยการของไทย ใช้หลักการ
 ฟ้องตามดุลยพินิจ (opportunity Principle) ซึ่งมีหลักการโดยย่อว่า เมื่ออัยการพิจารณา
 พยานหลักฐานการสอบสวนแล้ว มีเหตุผลควรเชื่อว่าผู้ต้องหากระทำความผิด เมื่อคำนึงถึงผลร้าย
 ที่เกิดแก่ผู้กระทำผิด เนื่องจากการฟ้องคดีแล้วไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิดของเขา รวมทั้ง
 เหตุผลอื่นที่สมควร อัยการอาจใช้ดุลยพินิจสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาได้เสมอ และเมื่อฟ้องคดีไปแล้วหากมี
 เหตุผลสมควรก็อาจยุติคดีได้ด้วยการถอนฟ้อง...ฯ. สนใจรายละเอียด ดูใน กุลพล พลวัน,
 "ลักษณะทั่วไปของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา", วารสารอัยการ, ฉบับที่ 36 ปีที่ 3
 (2523) : 36 - 37.

หรือมักจะไม่มีการฟ้องเป็นพยาน จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ทางฝ่ายโจทก์จะต้องดำเนินการกัน ผู้ต้องหาคนใดคนหนึ่งเห็นว่าไม่ใช่ตัวการสำคัญ แต่เป็นผู้รู้เห็นในคดีพอที่จะให้การ เป็นพยาน เบิกความในชั้นศาล โดยพนักงานสอบสวนต้องมีความ เห็นควรสั่งไม่ฟ้องบุคคลนั้น และปล่อยให้เขาพ้นจากฐานะผู้ต้องหา เสียก่อน แล้วจึงสอบสวนเขาในฐานะพยาน เมื่อถึงชั้นอัยการจึงจะมีคำสั่งไม่ฟ้องบุคคลดังกล่าว พร้อมทั้งกันเขาไว้ เป็นพยานโจทก์¹⁵¹

พยานที่ได้จากการกันไว้ไม่มีกฎหมายห้ามศาลไม่ได้รับฟัง ดังนั้น เมื่อ เป็นพยานที่เกี่ยวกับประเด็นในคดีศาลย่อมรับฟัง¹⁵² ส่วนการที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการชี้ว่าพยานว่าพอฟังลงโทษจำเลยได้หรือไม่นั้น เป็นอีก เรื่องหนึ่ง ถ้าชี้ว่าพยานแล้วยังมี เหตุอันควรสงสัย ศาลจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้ เป็นผลดีแก่จำเลยก็ได้

¹⁵¹ เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 307/2460 ธรรมสาร หน้า 68 ซึ่งวินิจฉัยว่า ในคดีอาญา อัยการควรเลือกฟ้องแต่จำเลย ผู้ที่มีหลักฐานว่าได้กระทำความผิด ถ้าไปฟ้องผู้ที่มีมลทิน แต่เล็กน้อย ซึ่งสมควรจะปลิกไว้เป็นพยานได้มา เป็นจำเลยด้วยแล้วกลับทำให้คดีมีแต่ในฟ้องโดยหาพยานหลักฐานมิได้.

¹⁵² ในทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนเจ้าของสำนวนต้องชี้แจง เหตุผลแห่งความจำเป็น เสนอต่อหัวหน้าพนักงานสอบสวนท้อง ที่เป็นผู้สั่ง เว้นแต่คดีที่มีลักษณะ เป็นเหตุฉุกเฉิน หรือ เหตุที่ต้องรายงาน คำนวณข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยที่ 1/2498 แก้ไขเพิ่มเติมตามข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยที่ 6/2502 ให้เสนอผู้กำกับการตำรวจจังหวัดเป็นผู้สั่ง ถ้าเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และความคิดเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ให้ เสนอกรมตำรวจ เป็นพิจารณา สั่ง. ดูใน ข้อบังคับที่ 1/2509 เรื่องระเบียบการสอบสวนคดีอาญาในจังหวัดอื่น นอกจากจังหวัด พระนครและจังหวัดธนบุรี. (เอกสารโรเนียว 7 หน้า)

ดังนั้นการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานนี้ พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการโจทก์ จะต้องคำนึงอย่างหนัก เพราะโอกาสที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการซึ่งนำนักคำพยานลงโทษจำเลย นั้นยากมาก หากมีพยานหลักฐานเพียงพอ ไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน การกัน ไว้เป็นพยานนั้นจะต้องมีเหตุผลอย่างแท้จริง¹⁵³

นำนักคำพยานบุคคลที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้กันไว้เป็นพยาน

มีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า พยานหลักฐานอัน เกิดจากการแสวงหาของพนักงาน เจ้าหน้าที่ โดยการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานนี้จะมีนำนักคำพยาน พิสูจน์การกระทำความผิดของ จำเลยได้เพียงใด

ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาฎีกาได้วาง เป็นบรรทัดฐานไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2461 ตาม ประกาศแก่พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ศก 118 ซึ่งมีว่า ในคดีอาญาห้าม ไม่ให้โจทก์อ้างจำเลย เป็นพยานนั้น มิได้หมายความถึงอ้างบุคคลผู้ที่ได้ไปในที่เกิด เหตุด้วยกันกับ จำเลย แต่มิได้กระทำความผิดหรือสมรู้ร่วมคิด หรืออุกพ้อง เป็นจำเลยด้วยผู้กระทำความผิดเลย คำพยานชนิด นี้ฟังได้โดยชอบด้วยกฎหมาย (ฎีกาที่ 795/2461, 207/2461) หรือในคดีเรื่องอั้งยี่ คำพยาน โจทก์ที่เป็นพวกอั้งยี่คณะเดียวกันกับจำเลยนั้นฟังได้เหมือนกัน มิใช่ฟังไม่ได้เสียทีเดียว (ฎีกาที่ 154/2463) และคำพยานดังกล่าวไม่ถึงเป็นคำขัดท้อระหว่างกันของจำเลย (ฎีกาที่ 599/2471, 200/2474, 251-252/2475)

¹⁵³ จิตติ เจริญจำ, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ 3 (หน่วยที่ 10),

อย่างไรก็ตาม การรับฟังพยานดังกล่าวศาลต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวัง (ฎีกาที่ 1640/2526) ทั้งนี้เพราะพยานพวกนี้เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องอยู่ในจำพวกผู้ร้ายด้วย มักจะรับฟังไม่ได้สนิท (ฎีกาที่ 976-977/2467 ธรรมสาร 689 ดังนั้น จะต้องรับฟังพยานหลักฐาน และพฤติการณ์แห่งคดีประกอบไปในแต่ละคดีไป¹⁵⁴ (2329/2526 2527 ฎศ.355, ฎีกาที่ 774/2465) มิฉะนั้นไม่อาจมีน้ำหนักเพียงพอต่อการลงโทษจำเลยได้¹⁵⁵

ข้อสังเกต พยานที่ใช้ประกอบคำพยานบุคคลที่โจทก์กันไว้เป็นพยานนั้น อาจเป็นคำรับของจำเลยเองก็ได้

¹⁵⁴ ทั้งนี้เนื่องจากพยานดังกล่าว เป็นร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อาจเกิดจากการขัดทอดให้ตนหันผิด ดังนั้น ศาลต้องใช้ดุลยพินิจอย่างระมัดระวัง และต้องมีพยานและเหตุผลอื่นประกอบเสมอ

¹⁵⁵ ผู้ซึ่งได้ถูกฟ้องว่ากระทำความผิดในกรณีเรื่องเดียวกันกับจำเลย และศาลได้ลงโทษไปก่อนแล้วคนละสำนวนนั้น อ้างมาเบิกความยืนยันจำเลยได้ แต่ถ้าไม่มีพยานอื่นประกอบให้เป็นที่แน่นอนแล้วก็ยังลงโทษจำเลยยังไม่ได้ (ฎีกาที่ 831/2472) และคดีลักทรัพย์ถ้าเพียงแต่กันผู้ต้องหาด้วยกันมาเป็นพยานโจทก์ 2 ปาก คดีไม่มีน้ำหนักพอที่จะลงโทษจำเลยได้ แต่ถ้าโจทก์มีเจ้าทรัพย์และพนักงานสอบสวนประกอบว่า จำเลยได้รับสารภาพชั้นสอบสวนโดยสมัครใจ ทั้งได้รับสารภาพต่อพนักงานสอบสวนต่อหน้าเจ้าทรัพย์ด้วย คดีฟังลงโทษจำเลยฐานลักทรัพย์ได้ (ฎีกาที่ 401/2496)

หลักสำคัญที่สุด พยานบุคคลที่โจทก์ได้กันไว้ เป็นพยานและนำเข้าสืบในศาลนั้น จะต้องมิใช่เป็นพยานที่เกิดจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญา ขู่ เชิญหลอกลวง หรือกระทำโดยมิชอบด้วยประการอื่น หากปรากฏว่ามีการกระทำดังกล่าวแล้ว ศาลจะไม่รับฟังพยานที่กันไว้ นั้น เช่น ผู้ที่อยู่ในฐานะไม่กระทำผิดกับจำเลยซึ่งโจทก์ได้กันไว้ เป็นพยานนั้น ถ้าปรากฏว่าการที่ให้การขัดท้อถึงจำเลย เป็นโดยเจ้าพนักงานใช้วิธีการล่อลวง และชักจูงแล้ว ท่านว่าพยานเช่นนี้หมดน้ำหนัก เชื่อฟังไม่ได้ทีเดียว (ฎีกาที่ 265/2474) หรือในการให้คำมั่นสัญญาต่อผู้ที่ได้กันไว้ เป็นพยานว่าจะไม่เอาเป็นผู้ต้องหา หากให้การปรักปรำผู้ต้องหาอื่น หากผู้ต้องหานั้น เป็นพยานยอมเป็นพยานที่ได้มาโดยมิชอบ ศาลไม่รับฟังพยานปากนี้ (ฎีกาที่ 1758/2523 2523 ฎ 1190) ปัญหาที่น่าพิจารณา ต่อเนื่องในเรื่องนี้คือ พยานหลักฐานที่ได้มาต่อเนื่องจากพยานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบนั้น ศาลจะรับฟังหรือไม่เพียงใด ตัวอย่างเช่น ในคดีอาญาเรื่องหนึ่ง พนักงานสอบสวนได้ขู่เชิญหรือใช้วิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่นใดให้ผู้ต้องหารับสารภาพ แม้ผู้ต้องหาจะได้กระทำความผิดจริง คำรับสารภาพนั้นต้องถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นโดยมิชอบ แต่เนื่องจากคำรับสารภาพของผู้ต้องหานั้น เป็นผลให้พนักงานสอบสวนได้หลักฐานอื่นมา ศาลยอมรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยผลเกี่ยวเนื่องกันนั้น เพราะถือว่าเป็นพยานที่ได้มาโดยชอบ เช่น ผู้ใหญ่บ้านได้แนะนำจำเลยให้รับเสียจะได้กันไว้ เป็นพยานจำเลยจึงรับสารภาพและนำเจ้าพนักงานไปค้นของกลางได้ แม้คำรับของจำเลย จะรับฟังไม่ได้ แต่ก็มีพยานยืนยันสองคน ทั้งจำเลยยังได้นำค้นของกลางเป็นวัตถุพยานอีกด้วย คดีจึงไม่มีข้อสงสัย ฟังได้สนิทใจว่าจำเลยทำความผิด (ฎีกาที่ 500/2474 ธรรมนูญ 551)

ในเรื่องนี้กฎหมายต่างประเทศได้ความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกศาลอเมริกาเห็นว่าหลักไว้แน่นอนว่าไม่รับฟังพยานที่เป็นผลจากการกระทำที่ไม่ชอบดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า เมื่อต้นตอหรือแหล่งกำเนิดที่ทำให้ได้พยานมาเป็นสิ่งที่ไม่ชอบแล้ว พยานนั้น ก็ย่อม เป็นสิ่งที่ไม่ชอบไปด้วย เปรียบเสมือนผลไม้อันเกิดจากต้นไม้ที่เป็นพิษ ผลนั้นย่อมมีพิษร้ายด้วย (The fruit of a poisonous tree doctrine) ถ้าศาลยอมรับฟังพยานที่ได้มาโดยวิธีนี้แล้วย่อมส่งเสริมให้ตำรวจใช้วิธีนอกกฎหมายแสวงหาพยานหลักฐานประกอบคดี ซึ่งไม่ใช่สิ่งที่ถูกต้อง¹⁵⁶ แต่ฝ่าย

¹⁵⁶ จำเลยได้ให้การรับสารภาพขึ้นได้ส่วนว่าจำเลยกับพวกได้ปล้นโค แต่ครั้งมาขึ้นศาล กลับปฏิเสธ แต่โจทก์มีคำของ ก และ จ พวกของจำเลย เบิกความประกอบคำรับของจำเลยลงโทษ จำเลยได้ (ฎีกาที่ 140/2470)

ที่สองในกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น ยอมให้รับฟังพยานเช่นนี้ได้ โดยถือว่าเมื่อพยานมีคุณค่าในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงแล้ว ก็สมควรจะยอมให้นำสืบให้ศาลได้รู้เพื่อให้เกิดความยุติธรรมได้ดีที่สุด ซึ่งศาลไทยได้ถือตามเหตุผลความเห็นหลังนี้ โดยยอมให้มีการอ้างอิงและรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาในตอนหลังนี้ได้ โดยใช้เป็นหลักฐานสนับสนุนพยานหลักฐานที่ได้มีอยู่แล้วให้สามารถซึ่งน้ำหนักลงโทษ โดยปราศจากความสงสัยได้ มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า การที่จะต้องมีพยานหลักฐานอื่นมาประกอบคำพยานบุคคลที่พนักงานอัยการโจทก์ได้กันไว้ เป็นพยานนี้ จะต้องมิแค่นั้นเพียงใดจึงจะสามารถลงโทษจำเลยได้ ในเรื่องนี้มิได้มีหลักการของกฎหมายกำหนดไว้อย่างแน่ชัด แต่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่าน ซึ่งบางท่านเห็นว่า เพียงมีพยานประกอบยืนยันในสาระสำคัญของคดีก็เพียงพอแล้ว แต่บางท่านถือว่าต้องมีพยานยืนยันในองค์ความคิด¹⁵⁷

อย่างไรก็ดี อาจวางหลักทั่วไปได้ว่าพยานประกอบดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐานอื่นยืนยันทุก ๆ รายการตามที่ผู้ร่วมกระทำผิดกับจำเลยได้ให้การไว้ แต่พยานประกอบดังกล่าวต้องไม่เพียงแต่ประกอบยืนยันว่าได้มีความผิดเกิดขึ้นเท่านั้น จะต้องประกอบยืนยันว่าจำเลยได้กระทำความผิดด้วย¹⁵⁸ เพราะถ้าจะมีเพียงคำพยานหลักฐานอื่นประกอบ เฉพาะความจริงของผู้บอกกล่าว แต่ไม่มีประกอบถึงว่าใคร เป็นผู้กระทำผิดด้วยนั้น ก็เท่ากับว่าไม่มีพยานหลักฐานอื่นมาประกอบในส่วนของจำเลย ที่ว่าได้ทำผิดนั้นด้วย จะถือว่าถ้ามีคำพยานผู้ร่วมกระทำผิดหลายคน คำพยานพรรคพวกดังกล่าวย่อมจะเป็นพยานหลักฐานอื่น ประกอบซึ่งกันและกันไม่ได้

จากกรณีของพยานแผ่นดินตามกฎหมายแองโกลออเมริกันและการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานตามกฎหมายไทย ดังกล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าโดยเจตนารมณ์ของหลักการดังกล่าว เป็นการที่รัฐได้ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการแสวงหาพยานหลักฐาน ทั้งนี้ เพื่อ เป็นการแก้ไขข้อบกพร่องในการปฏิบัติด้านการสืบพิสูจน์ความผิดของจำเลยในศาลและการบังคับใช้ความผิด บางลักษณะให้เป็นผล เช่น ในความคิดที่มีลักษณะในการกระทำเป็นการปกปิด ซ้ำซ้อน หรือมักเป็นความผิด

¹⁵⁷ เข็มชัย ชูติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. (กรุงเทพฯ : ศูนย์บริการเอกสารและวิชาการ กรมอัยการ, 2527), หน้า 256.

¹⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 258.

ที่มีลักษณะการจัดการ เป็นรูปองค์การ (Organized crime) เป็นต้น แต่มีข้อที่ต่างกันว่าหลักการ พยานแผ่นดินตามกฎหมายแองโกลอเมริกัน รัฐจะตรากฎหมายในรูปรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มกันพยาน (immunity statutes) ไว้เพื่อคุ้มกันพยานดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง แต่การกันผู้ต้องหาไว้เป็น พยานของไทย ยังไม่ได้มีกฎหมายใด ๆ บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวไว้ชัดแจ้ง คงเป็นเพียงแนวปฏิบัติ ที่พนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการได้นำมาใช้สำหรับกรณี คดีที่มีเหตุผลสำคัญ แต่โดยในทางปฏิบัติก็จะให้การคุ้มครองบุคคลผู้ร่วมกระทำผิด (ที่ไม่สำคัญ) ที่ได้กันไว้เป็นพยานนั้น โดยจะไม่ดำเนินการฟ้องร้องบุคคลดังกล่าวในคดีที่เขาให้การเป็นพยานนั้น ๆ อีก แต่เนื่องจาก ทั้งการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และการเป็นพยานแผ่นดินตามกฎหมายแองโกลอเมริกัน เกิดจาก บุคคลซึ่ง เป็นผู้ร่วมกระทำผิด ในชั้นศาลการนำสืบหรือนำหนักของคำพยานบุคคลนี้ ศาลจึงต้อง ใช้ความระมัดระวัง¹⁵⁹ และการรับฟังต้องมีพยานหลักฐานและเหตุผลอื่นมาสืบประกอบพยาน ดังกล่าวเสมอ มิฉะนั้นจะนำคำพยานดังกล่าวมาลงโทษจำเลยไม่ได้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันรูปแบบของอาชญากรรมในรูปองค์การ (Organized crime) นับวันแต่จะมีมากขึ้น หากองค์การในกระบวนการยุติธรรมไม่มีรูปแบบวิธีการที่เข้มแข็ง สามารถตอบโต้และจัดการกับอาชญาดังกล่าวได้แล้ว ก็เป็นที่น่าวิตกแก่สังคมเป็นอย่างมาก ดังนั้น การที่ศาลจะใช้ดุลยพินิจอย่างกว้าง ๆ และการที่องค์กรในกระบวนการยุติธรรม มีเครื่องมือสำคัญ ในการต่อสู้กับอาชญากรดังกล่าว นับ เป็นการคุ้มครองสังคมและบรรเทาผลร้ายจากอาชญากรรม ได้บ้าง

¹⁵⁹ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ความคุ้มกันพยานแผ่นดินนี้ต้องอยู่ในกรอบบังคับของ รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะมีการกล่าวหาว่าพนักงานอัยการจะใช้หลักการดังกล่าวไปในทางที่มีขอบ ดังคำกล่าวของอดีตรัฐมนตรียุติธรรม Ramsey Clark ว่า "สิทธิพิเศษของพนักงานอัยการนี้ได้ถูก ใช้ผิด ๆ บ่อย ๆ รัฐถึงกับหมดหนทางแล้ว หรือที่ไม่สามารถค้นหาข้อเท็จจริงได้จนต้องมีการวาง ข้อกำหนดให้เป็นโทษแก่ผู้อื่น" และ McCormick ได้เห็นว่า สิทธิของพนักงานอัยการนี้ เป็นการ จำกัดสิทธิในการต่อสู้คดีของจำเลยด้วย. รายละเอียดดูใน คณิต ณ นคร, พยานแผ่นดินตาม กฎหมายแองโกลอเมริกัน, หน้า 92-93.