

ปกิณกะกฎหมาย

การเตรียมกระทำความผิด: บทเรียนจากเนเธอร์แลนด์*

รณกรณ์ บุญมี**

คำสำคัญ: การเตรียมกระทำความผิด การแสดงออกที่ชัดเจน เจตนา บุคคลที่มีความสามารถในการพิจารณาและตัดสินใจเองได้

Keywords: preparation, outward manifestation, intention, moral agent

บทนำ

ก่อนที่จะอธิบายต่อไปในรายละเอียด ผู้เขียนขอแสดงจุดยืนให้ชัดเจนก่อนว่าผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการกำหนดความรับผิดทางอาญาให้กับการกระทำในขั้นตอนของการเตรียม¹ แต่เมื่อมี

* Criminal Preparation: A Dutch lesson

บทความนี้ผู้เขียนได้รับการสนับสนุนในการเขียนจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ด้วยการให้ทุนเพิ่มความสามารถทางวิชาการแก่ผู้เขียน เพื่อให้ผู้เขียนไปค้นคว้าข้อมูลที่ประเทศเนเธอร์แลนด์ ผู้เขียนขอขอบคุณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์มาในโอกาสนี้ด้วย

** Ronnakorn Bunmee

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ ข้อวิพากษ์ที่ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความผิดอาญาในขั้นตอนของการเตรียม ดู รณกรณ์ บุญมี. “การเตรียมกระทำความผิด: การสำรวจและข้อพิจารณาเบื้องต้นตามหลักสิทธิมนุษยชน และ หลักประชาธิปไตย.” นำเสนอในงานประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒน-ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 1 จัดโดย คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 28 มกราคม 2559, น.83-105; และ Ronnakorn Bunmee, “Preparatory Offences: a Challenge to Criminal Law Boundaries, Democracy and Human Rights Principles,” 2 *Social Science Asia* 3, pp.1-29 (July 2016), accessed 28 July 2018, from http://164.115.28.46/nrctejournal/file_upload/digital_file/98_36b34.pdf.



ประเทศอื่นพัฒนากฎหมายไปในทิศทางที่ตรงกันข้ามกับที่ไทยเป็นอยู่ ในฐานะนักวิชาการผู้เขียนเห็นว่า เป็นเรื่องที่น่ายินดีที่จะเรียนรู้เพื่อจะทราบถึงเหตุผลและแนวทางการปรับใช้กฎหมายที่แตกต่างนั้น

ในบทความนี้ผู้เขียนผู้เขียนไม่ได้ตั้งใจให้เป็นบทความวิเคราะห์กฎหมาย แต่เพียงตั้งใจจะเล่าถึงกฎหมายที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าสนใจและแตกต่างจากกฎหมายไทย (และกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่) เพื่อที่อาจจะมีส่วนที่สนใจไปค้นคว้าต่อไป โดยจะแยกอธิบายเป็นสองส่วนคือส่วนแรกจะกล่าวถึง พัฒนาการและความเป็นมาของการกำหนดให้การเตรียมเป็นความผิดทั่วไปในเนเธอร์แลนด์ และส่วนที่สองจะอธิบายและยกตัวอย่างคดีประกอบเพื่อแสดงให้เห็นว่าองค์ประกอบของความผิดดังกล่าวมีการปรับใช้ในความเป็นจริงอย่างไร

1) พัฒนาการของความรับผิดจากการเตรียมกระทำความผิดของเนเธอร์แลนด์

ในช่วงแรกที่รัฐบาลเสนอข้อกำหนดความรับผิดทางอาญาสำหรับการเตรียมกระทำความผิดนั้น รัฐบาลตั้งใจจะใช้ความรับผิดใหม่นี้เฉพาะกับความผิดฐานค้ายาเสพติดเท่านั้น² อย่างไรก็ตาม หลังจากกฎหมายยาเสพติดฉบับใหม่ที่เอาผิดผู้ที่เตรียมค้ายาเสพติดประกาศใช้เมื่อ 4 กันยายน 1985³ รัฐบาลก็เปลี่ยนจุดยืนโดยในปี 1991 ได้มีการเสนอให้รัฐสภาตรากฎหมายแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเพื่อเอาผิดผู้ที่เตรียมกระทำความผิดเป็นการทั่วไป ซึ่งหลังจากการถกเถียงกันอย่างยาวนาน รัฐสภาก็ได้ตรากฎหมายออกมาในปี 1994 โดยเอาผิดบุคคลที่ร่วมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อเตรียมกระทำความผิด⁴ โดยเชื่อว่าการที่บุคคลร่วมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเตรียมกระทำความผิดนั้น หากความผิดที่เตรียมนั้นได้กระทำลงจะสร้างความเสียหายมากกว่าการที่คน ๆ เดียวกระทำความผิด⁵ ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวไม่ถือว่าขยายขอบเขตของกฎหมายอาญามากนัก เพราะในหลายประเทศก็มีความผิดในลักษณะดังกล่าวที่เรียกว่าความผิดฐานสมคบ (conspiracy) (ในกรณีประเทศไทยการสมคบกันกระทำความผิดต้องร่วมกันตั้งแต่ห้าคนขึ้นไปจึงจะเป็นความผิดฐานซ่องโจร⁶)

² Caroline M. Pelser. "Preparations to commit a crime: The Dutch approach to inchoate offences," 4 *Utrecht Law Review* 3, pp.62-63 (2008).

³ *Ibid*, p.63.

⁴ Johannes Keiler and David Roef, "Inchoate Offences: Attempt and Preparation," in *Comparative Concepts of Criminal Law* by Johannes Keiler and David Roef (eds) (Cambridge: Intersentia, 2016), pp.208-209.

⁵ *Ibid*, p.209.

⁶ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 210 อย่างไรก็ตามประเทศไทยก็มีพระราชบัญญัติเฉพาะบางฐานที่เอาผิดการสมคบตั้งแต่สองคน เช่นพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 กำหนดว่า

“มาตรา 8 ผู้ใดสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ผู้หนึ่งสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกันตามวรรคหนึ่ง ผู้สมคบกันนั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

ซึ่งในประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่มีความผิดทั่วไปฐานสมคบ⁷ จึงอาจถือได้ว่าในปี 1994 นั้นรัฐสภาเนเธอร์แลนด์ยังไม่ได้ออกกฎหมายที่แตกต่างจากมาตรฐานขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาจากของประเทศไทย (และประเทศอื่น ๆ) แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามในปี 2002 รัฐสภาได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว โดยกำหนดให้การเตรียมการกระทำความผิดแม้ได้กระทำลงโดยคน ๆ เดียว⁸ ทำให้กฎหมายดังกล่าวเป็นการเอาผิดการกระทำในขั้นตอนของการเตรียมโดยแท้ที่หลุดออกจากกรอบความผิดที่เป็นการเริ่มต้นตามปกติ (traditional inchoate offences)⁹ และในปี 2007 ยังมีการลดทอนองค์ประกอบภายนอกของความผิดดังกล่าว โดยตัดองค์ประกอบที่ว่าผู้กระทำต้องมีการกระทำที่แสดงออกซึ่งเจตนาอย่างชัดแจ้ง (manifestly intended)¹⁰ ออกไป ดังนั้นความผิดดังกล่าวจึงเป็นความผิดที่ถ้าพิสูจน์เจตนาได้ว่าผู้กระทำเตรียมที่จะกระทำความผิด แม้ว่าการกระทำที่เป็นการเตรียมนั้นจะดูเป็นการกระทำที่บริสุทธิ์ หรือเป็นการกระทำในชีวิตประจำวันทั่วไปไปมากแค่ไหน กฎหมายก็สามารถเอาผิดในทางอาญาต่อบุคคลนั้นได้ ซึ่งในบทความก่อน ๆ ของผู้เขียนได้แสดงให้เห็นแล้วว่าการกำหนดกฎหมายในลักษณะนี้มีปัญหาในเชิงทฤษฎีกฎหมายอาญาอย่างมาก¹¹

หลังจากการแก้ไขหลายครั้งตามที่ได้กล่าวมา ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 46 ในปัจจุบันกำหนดความผิดฐานเตรียมโดยบัญญัติไว้ว่า¹²

1. การเตรียมกระทำความผิดร้ายแรงซึ่งมีนิยามตามกฎหมายว่าหมายถึงความผิดที่มีระวางโทษจำคุกตั้งแต่แปดปีขึ้นไป¹³ เป็นความผิดอาญา ถ้าผู้กระทำโดยเจตนาได้มา ผลิต นำเข้า ขนย้าย

⁷ Pelser, *supra* note 2 อย่างไรก็ตามการสมคบกันกระทำความผิดที่ร้ายแรงบางฐานก็เป็นความผิดเฉพาะตามประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ (ดูมาตรา 80) เช่นความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดต่อความมั่นคงแห่งรัฐ (มาตรา 96), ความผิดฐานสมคบกันเพื่อช่วยเหลือข้าศึกในยามสงคราม (มาตรา 103), ความผิดฐานสมคบกันเพื่อปลงพระชนม์หรือกระทำอันตรายต่อเสรีภาพต่อคู่สมรสของกษัตริย์, รัชทายาท, คู่สมรสของรัชทายาท โดยมีเจตนาก่อการร้าย (มาตรา 114b), ความผิดฐานสมคบกันทำอันตรายต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นโดยมีเจตนาก่อการร้าย (มาตรา 282c), ความผิดฐานสมคบกันเพื่อฆ่าบุคคลอื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และมีเจตนาก่อการร้าย (มาตรา 289a), ความผิดฐานสมคบกันเพื่อทำร้ายบุคคลอื่นให้ได้รับอันตรายสาหัสโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และมีเจตนาก่อการร้าย (มาตรา 304b) เป็นต้น

⁸ Keiler and Roef, *supra* note 4, p.209.

⁹ รณกรณ์ บุญมี, “ความผิดที่เป็นการเริ่มต้น : ศึกษาแนวความคิดของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

¹⁰ Keiler and Roef, *supra* note 4, p.209.

¹¹ รณกรณ์ บุญมี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*; Bunmee, *supra* note 1; และดู Andrew Simester, “Prophylactic Crimes,” in *Seeking Security* by Ian Dennis and G R Sullivan (eds) (Hart, 2012).

¹² เนื่องจากผู้เขียนไม่สามารถอ่านภาษาดัตช์ได้ ผู้เขียนจึงถอดความกฎหมายมาตรานี้เป็นภาษาไทยจากฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษตามที่ปรากฏในเว็บไซต์ของ The European Judicial Training Network (EJTN) http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf, accessed 29 July 2018 ร่วมกับฉบับที่แปลเป็นภาษาอังกฤษที่ปรากฏในเว็บไซต์ของ Legislation Online <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/12>, accessed 29 July 2018 และของ Keiler and Roef, *supra* note 4 ซึ่งมีเนื้อหาในส่วนสาระสำคัญทั้งหมดตรงกัน.



ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุ สิ่งของ สิ่งบรรจุข้อมูล พื้นที่ หรือวิธีการขนส่ง เพื่อกระทำความผิดร้ายแรงนั้น

2. ในกรณีเตรียมกระทำความผิด ให้ลงโทษหลัก¹⁴ ผู้กระทำไม่เกินกึ่งหนึ่งของความผิดร้ายแรงที่ได้เตรียมจะกระทำ

3. ในกรณีที่ความผิดร้ายแรงนั้นมีระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต ให้ลงโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี

4. ให้ระวางโทษเสริมสำหรับการเตรียมกระทำความผิดเช่นเดียวกับที่ได้ระวางไว้สำหรับความผิดร้ายแรงที่กระทำสำเร็จ

5. คำว่าวัตถุให้หมายถึงทรัพย์สินใดไม่ว่ามีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่าง

ในหัวข้อต่อไปจะได้อธิบายถึงองค์ประกอบของการเตรียมกระทำความผิด พร้อมกับยกตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายประกอบ

2) องค์ประกอบของการเตรียมกระทำความผิด

ในเบื้องต้นเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา เนเธอร์แลนด์ไม่ได้กำหนดให้ทุกการเตรียมการ (any conduct in preparation) เป็นความผิดอาญาเพราะกฎหมายของเนเธอร์แลนด์จำกัดขอบเขตไว้เพียงการนำเข้า ส่งออก และครอบครองวัตถุ หรือข้อมูลที่จะใช้ในการกระทำความผิดอาญาที่ร้ายแรงในอนาคต ดังนั้นการเดินทางไปซื้อ หรือติดต่อเพื่อให้ได้มาซึ่งวัตถุหรือข้อมูลดังกล่าวยังไม่เป็นความผิด ซึ่งจะแตกต่างจาก Terrorism Act 2006 มาตรา 5 ของอังกฤษที่กำหนดให้การกระทำทุกอย่างที่เป็นการเตรียมก่อการร้ายเป็นความผิดทั้งหมด ซึ่งทำให้กฎหมายของเนเธอร์แลนด์ดูเหมือนจะลดความน่าหวงกังวล เพราะแม้ว่าขอบเขตจะกว้างกว่ากฎหมายอังกฤษในแง่ความผิดที่เกี่ยวข้อง แต่รูปแบบของการกระทำยังจำกัดอยู่มาก นอกจากนั้นความผิดในลักษณะนำเข้า ส่งออก ครอบครองวัตถุที่จะนำไปใช้กระทำความผิดนั้น โดยทั่วไปกฎหมายไทยก็มีอยู่แล้วเพียงแต่จะเป็นความผิดเฉพาะ ไม่ได้เป็นความผิดทั่วไปแบบเนเธอร์แลนด์ เช่นความผิดฐานมีเครื่องมือเพื่อปลอมหรือแปลงเงินตรา (มาตรา 246) หรือความผิดฐานนำเข้าเครื่องมือสำหรับทำบัตรอิเล็กทรอนิกส์ปลอม (มาตรา 269/3 ประกอบมาตรา 269/2) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาว่าความผิดที่การเตรียมเป็นความผิดอาญานั้น รวมถึงความผิดที่ไม่ได้ต้องการเครื่องมือซับซ้อน หรือเครื่องมือเฉพาะทาง เช่นความผิดฐานฆ่าคนตาย หรือข่มขืน กระทำซ้ำเราเพียงแต่การครอบครองวัตถุที่มีหรือใช้ในชีวิตประจำวันเท่านั้นก็อาจเป็นความผิดได้ (หากพิสูจน์เจตนาได้) เช่นมีมีดไว้ในครอบครอง (โดยมีเจตนาแทงคนตาย) มีเชือกไว้ในครอบครอง (โดยมี

¹³ นอกจากความผิดฐานฆ่าคนตาย, ข่มขืนกระทำชำเราแล้วความผิดอย่างกระทำความผิดร้ายแรงต่อเสรีภาพ และความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ก็ถือเป็นความผิดร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ด้วยเพราะมีระวางโทษจำคุกสูงสุดแปดปี (มาตรา 282) และเก้าปี (มาตรา 317) ตามลำดับ ซึ่งความผิดทั้งสองนั้นประเทศเนเธอร์แลนด์ระวางโทษไว้สูงกว่าของประเทศไทย

¹⁴ ตามประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ มาตรา 9 โทษอาญาแบ่งออกเป็นสองแบบคือโทษหลัก และโทษเสริม โดยโทษหลักประกอบด้วยจำคุก กักขัง การบริการชุมชน และปรับ ส่วนโทษเสริมนั้นได้แก่การระงับสิทธิบางประการ การริบทรัพย์ และการโฆษณาคำพิพากษา

เจตนาใช้เชือกมัดเหยื่อเพื่อข่มขืน) หรือมีรถไว้ในครอบครอง (โดยมีเจตนาขับรถลักพาตัวเหยื่อ) ทั้งที่ ๑ มีด เชือก และรถเป็นของที่คนทั่วไปส่วนใหญ่มีกันทั้งนั้น จึงทำให้เห็นได้ว่าขอบเขตความรับผิดชอบทางอาญาของเนเธอร์แลนด์ขยายไปไกลมาก และจุดชี้วัดจะไปอยู่ที่การพิสูจน์เจตนาซึ่งเป็นเรื่องภายในตัวผู้กระทำซึ่งมีปัญหาทั้งวิธีการพิสูจน์ที่ต้องล่วงละเมิดความเป็นส่วนตัว และการไม่เชื่อใจผู้กระทำว่าเป็นผู้ทรงสิทธิที่มีความคิดและควบคุมตัวเองได้ (autonomous moral agent)¹⁵ โดยเฉพาะเมื่อมีรายงานว่าศาลเนเธอร์แลนด์ตีความองค์ประกอบภายนอกนี้อย่างกว้างขวางและเน้นที่เรื่ององค์ประกอบภายในเป็นหลัก¹⁶ โดยเฉพาะหลังปี 2007 ที่มีการลดองค์ประกอบเรื่อง manifestly intended ออกไปตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้มีนักวิชาการจำนวนมากแสดงความไม่เห็นด้วย¹⁷

คดีที่สำคัญและอาจชี้ให้เห็นชัดว่ากฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ขยายขอบเขตไปไกลก็คือ คดี *Samir A*¹⁸ ที่เริ่มในปี 2004 และตัดสินในปี 2007 อันนำไปสู่การตัดองค์ประกอบเรื่อง manifestly intended¹⁹ มีข้อเท็จจริงและคำตัดสินโดยย่อดังนี้

ในเดือนเมษายน 2004 มีการปล้นห้องเก็บสินค้าของซูเปอร์มาร์เกตในเมืองรอตเตอร์ดัม จากการสอบสวนตำรวจเชื่อว่า Samir A อายุ 17 ปี ลูกจ้างของร้านเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดกับการปล้นเพราะเป็นผู้เปิดประตูห้องเก็บสินค้าไว้ ตำรวจจึงไปจับกุมและค้นบ้านของนาย Samir A จากการค้นดังกล่าวตำรวจพบซองกระสุนปืน ที่เก็บเสียง ปืนปลอม เสื้อกันกระสุน แวนมอในความมืด แพนผังทำมือของอาคารสำคัญรวมทั้งแผนผังรัฐสภา โรงไฟฟ้านิวเคลียร์ และสนามบิน บันทึกเกี่ยวกับที่ตั้งและมาตรการเพื่อความปลอดภัย (และเส้นทางหลบหนี) สารเคมีและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์สำหรับทำระเบิด จากอุปกรณ์ที่ถูกพบเหล่านี้ Samir A ถูกตั้งข้อหาเตรียมฆ่าคนและเตรียมวางเพลิงหรือทำให้เกิดระเบิด (ขณะนั้นความผิดฐานก่อการร้ายยังไม่ตราขึ้น)²⁰

ในการสืบพยานในศาลผู้เชี่ยวชาญเบิกความว่าอุปกรณ์ที่ Samir A ประดิษฐ์ขึ้นเช่นขวดพลาสติกขนาดเล็กที่มีสารเคมีและอุปกรณ์ไฟฟ้าบรรจุอยู่นั้นไม่สามารถก่อให้เกิดการระเบิดได้อย่างแน่นอน เพราะวัสดุไม่เหมาะสม และสารเคมีที่ใส่นำน้อยเกินไป ส่วนแผนผังอาคารนั้นก็ทำอย่างมือสมัครเล่นมาก ข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับมาตรการรักษาความปลอดภัยก็แค่รวบรวมมาจากเว็บไซต์ต่าง ๆ จากข้อมูลดังกล่าวศาลชั้นต้นที่รอตเตอร์ดัมตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานเตรียมฆ่าคนและวางเพลิงเพราะสิ่งของที่มีไม่เพียงพอพิสูจน์เจตนาจำเลยที่จะไปกระทำฐานหนึ่งฐานใดโดยเฉพาะเจาะจงได้ หลักฐานเหล่านั้นทำได้เพียงพิสูจน์ว่ามีแนวโน้มใช้ความรุนแรงเท่านั้น นอกจากนั้นการเตรียมดังกล่าวนี้

¹⁵ Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice*, (OUP, 2014) Ch. 5.

¹⁶ Keiler and Roef, *supra* note 4, p.210.

¹⁷ Keiler and Roef, *supra* note 4; Pelser, *supra* note 2.

¹⁸ ECLI:NL:HR:2007:AZ0213 – Hoge Raad, 20-02-2007 / 00447/06, accessed 29 July 2018, from <https://linkeddata.overheid.nl/front/portal/document-viewer?ext-id=ECLI:NL:HR:2007:AZ0213> (ผู้เขียนอ่านคดีนี้โดยใช้เครื่องมือช่วยคือ Google Translate และดูประกอบกับคำแปลเป็นภาษาอังกฤษที่ Pelser, *supra* note 2, p.66 และ Keiler and Roef, *supra* note 4, p.211.)

¹⁹ Keiler and Roef, *supra* note 4, p.210.

²⁰ Pelser, *supra* note 2, pp.66-67; Keiler and Roef, *supra* note 4, pp.210-211.



ก็ไม่สามารถกระทำความผิดให้สำเร็จลงได้อย่างแน่แท้ (การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้ อย่างแน่แท้ไม่เป็นความผิดในเนเธอร์แลนด์) อย่างไรก็ตามศาลตัดสินลงโทษจำคุกจำเลยสามเดือนข้อหาใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนไว้ในครอบครอง²¹

ในชั้นศาลอุทธรณ์ ศาลเห็นแตกต่างจากศาลชั้นต้น โดยตัดสินว่าพยานหลักฐานที่มีนั้นเพียงพอพิสูจน์เจตนาของจำเลยที่จะไปฆ่าคนและวางเพลิงได้ อย่างไรก็ตามด้วยสภาพของพยานหลักฐานที่ค้นพบศาลไม่เห็นว่าจะไปสร้างเสียหาย หรือใช้ในการกระทำความผิดที่แท้จริงได้ ดังนั้นการกระทำของจำเลยเท่าที่ปรากฏจึงไม่ได้เป็นการกระที่อันตราย หรือได้สร้างความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่แท้จริงใด ๆ ทั้งในปัจจุบันและอนาคตอันใกล้ ดังนั้นศาลอุทธรณ์จึงยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น (แม้จะด้วยเหตุผลที่แตกต่าง) ยกฟ้องจำเลยในข้อหาเตรียมการฆ่าคนและวางเพลิง²²

อย่างไรก็ตามศาลฎีกาไม่เห็นด้วยกับเหตุผลของทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ โดยระบุว่าศาลอุทธรณ์ “ผิดพลาดที่ไม่ยอมประเมินว่าในทรัพย์สินที่ถูกยึดมานั้นโดยสภาพของตัวมันเอง (หรือร่วมกับทรัพย์สินอื่น ๆ ที่ยึดมาได้) แสดงออก (outward manifestation)²³ ได้หรือไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะนำทรัพย์สินนั้น ๆ ไปใช้กระทำความผิดอาญา”²⁴ ศาลฎีกาจึงส่งคดีกลับไปให้ศาลอุทธรณ์ตัดสินใหม่ ซึ่งศาลอุทธรณ์ในคราวนี้ก็ได้ตัดสินลงโทษจำเลยโดยกำหนดโทษจำคุกสี่ปี (น้อยกว่าที่อัยการได้ขอไว้ที่หกปี) โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่าวัตถุหรืออุปกรณ์บางชิ้นที่ยึดมาได้นั้นสามารถแสดงให้เห็นถึงเจตนาของ Samir A ที่จะกระทำความผิด และวัตถุเหล่านั้นมีลักษณะเป็นการเตรียม และมีลักษณะเป็นการกระทำในทางอาญา (preparatory and criminal nature)²⁵

จากคำพิพากษาในคดี *Samir A* นี้ทำให้เราเห็นได้ว่าแม้การเตรียมนั้นจะไม่สามารถทำให้ความผิดเกิดขึ้นได้โดยแน่แท้ หากยังเดินทางโดยไม่มีการแก้ไขหรือปรับปรุงวิธีการ (เพราะโดยปกติการเตรียมก็ทำให้ความผิดเกิดขึ้นไม่ได้อยู่แล้ว) การเตรียมนั้นก็สามารถเป็นความผิดได้ ดังนั้นเราอาจจะพอบอกได้ว่าในทัศนคติของศาลเนเธอร์แลนด์ ความผิดอันเกิดจากการเตรียมกระทำความผิดนี้ไม่ได้มีขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายจริงที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดสำเร็จ (ultimate harm) แต่มีขึ้นเพื่อสร้างความมั่นใจและลดความรู้สึกความไม่ปลอดภัยในสังคม (feeling of insecurity) ดังนั้นบุคคลใดก็ตามที่เตรียมจะกระทำความผิดจึงสมควรถูกลงโทษแม้การกระทำนั้นจะไม่ได้สร้างความเสี่ยงภัยที่แท้จริงใด ๆ เลยก็ตาม การกำหนดความผิดในลักษณะนี้ที่เอาผิดกับการถือครอง

²¹ Pelser, *supra* note 2, pp.66-67; Keiler and Roef, *supra* note 4, pp.210-211.

²² Pelser, *supra* note 2, pp.67-68; Keiler and Roef, *supra* note 4, p.211.

²³ ศาลฎีกาใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการพยายามกระทำความผิด Pelser, *supra* note 2, p.68.

²⁴ ECLI:NL:HR:2007:AZ0213 - Hoge Raad, 20-02-2007 / 00447/06 para 3.7, accessed 29 July 2018, from <https://linkeddata.overheid.nl/front/portal/document-viewer?ext-id=ECLI:NL:HR:2007:AZ0213>; Keiler and Roef, *supra* note 4, p.213.

²⁵ Pelser, *supra* note 2, p.68; Keiler and Roef, *supra* note 4, p.212; Sanne Taekema. “Principles of the Dutch Criminal Law,” in *Understanding Dutch Law*, by Sanne Taekema, Annie de Roo, and Carinne Elion-Valter (eds) (The Hague: Eleven International Publishing, 2011), p.192.

ทรัพย์สินที่มีใช้ทั่วไปโดยพิจารณาแยกแยะจากเจตนา นั้น สำหรับผู้เขียนแล้วความผิดพวกนี้ใกล้เคียงมากกับความผิดที่เป็น ความผิดที่เพียงอยู่ภายใน (thoughtcrime) ซึ่งเป็นข้อห้ามของกฎหมายอาญาสมัยใหม่

สำหรับองค์ประกอบภายในของการเตรียมกระทำความผิดนั้นก็เป็นเช่นเดียวกับการพยายามกระทำความผิดโดยทั่วไปคือต้องเป็นการเตรียมโดยมีเจตนากระทำความผิดฐานหนึ่งฐานใดโดยเฉพาะ แต่ในกรณีเตรียมการนี้จำกัดเฉพาะความผิดที่เป็นความผิดร้ายแรงอันมีระวางโทษสูงสุดตั้งแต่แปดปีขึ้นไปเท่านั้น อย่างไรก็ตามมีประเด็นที่ Keiler กับ Roef ตั้งไว้ว่าในกรณีที่เป็นการเจตนาเล็งเห็นผล (*dolus eventualis*) จะสามารถเอาความรับผิดในขั้นตอนของการเตรียมมาใช้ได้หรือไม่ ซึ่งทั้งสองเห็นว่าไม่ควรเอามาใช้เพราะความผิดฐานดังกล่าวในปัจจุบันแทบจะเป็นความผิดที่วางอยู่บนหลักเจตนาโดยลำพัง ดังนั้นเฉพาะรูปแบบขององค์ประกอบภายในที่เข้มงวดที่สุดคือเจตนาประสงค์ต่อผลเท่านั้นที่ควรจะเป็นองค์ประกอบภายในของการพยายามกระทำความผิด²⁶ อย่างไรก็ตามผู้เขียนคิดว่าเป็นการยากที่จะเห็นด้วยกับความคิดนี้ (แม้จะไม่เห็นด้วยกับการกำหนดความรับผิดอาญาในขั้นเตรียมการในลักษณะความผิดทั่วไปไม่ว่ากำหนดด้วยเจตนาแบบใดก็ตาม) เพราะหากนายตำรวจเตรียมจะกระเบิดตึกของนายขาวโดยใช้โดยที่เล็งเห็นได้ว่าคนอื่นอีกหลายร้อยคนจะเสียชีวิตไปด้วย ถ้าเราซื่อสัตย์กับแนวคิดการตีตราที่เหมาะสม (fair labelling)²⁷ เราย่อมไม่สามารถอธิบายอย่างมีเหตุผลได้ว่าทำไมนายตำรวจควรจะได้รับผิดเพียงฐานเตรียมทำให้เสียทรัพย์ แต่ไม่มีความผิดฐานเตรียมฆ่าคน

บทส่งท้าย

กฎหมายไทย (และกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่) โดยทั่วไปกำหนดให้ความรับผิดทางอาญาเริ่มต้นขึ้นเมื่อผู้กระทำความผิดพยายามกระทำความผิด หรือที่เรียกว่า “ลงมือ” แน่นอนว่าแต่ละประเทศก็จะใช้เกณฑ์แบ่งระหว่างการเตรียมทำผิดซึ่งไม่มีความผิดกับการพยายามกระทำความผิดซึ่งมีความผิดแตกต่างกัน แต่ส่วนใหญ่ก็ยอมรับกันว่าในขั้นตอนของการเตรียมนั้นควรเป็นแดนเสรีภาพของผู้กระทำ และควรเคารพเค้าในฐานะผู้ที่สามารถตัดสินใจด้วยเหตุผล (*moralagent*) และสามารถเปลี่ยนใจไม่ดำเนินการไปจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิดได้ (*locus poenitentiae*) อย่างไรก็ตามทั้งแนวคิดเรื่อง subjective criminality ที่พิจารณาความน่าตำหนิได้ของจิตใจผู้กระทำ และความต้องการที่จะป้องกันภัยอันตรายล่วงหน้าเพื่อเพิ่มความปลอดภัยทั้งทางกายภาพและความรู้สึก แนวคิดเหล่านี้ทำให้ขอบเขตของกฎหมายอาญาถูกขยายเข้าไปในดินแดนเสรีภาพมากขึ้น และเส้นแบ่งระหว่างการเตรียมการและการพยายามกระทำความผิดมีความชัดเจนน้อยลง โดยบางประเทศก็ขยายกฎหมายอาญาในลักษณะความผิดเฉพาะ ขณะที่บางประเทศก็ขยายเป็นความผิดทั่วไป ซึ่งเนเธอร์แลนด์

²⁶ Keiler and Roef, *supra* note 4, p.213.

²⁷ James Chalmer and Fiona Laverick, “Fair Labelling in Criminal Law,” *71 The Modern Law Review* 2, pp.217-246 (2008).



ก็เป็นประเทศหนึ่งที่เลือกที่จะคุ้มครองประชาชนด้วยกฎหมายอาญาในรูปแบบนี้ (ฟินแลนด์ เช็ก ออสเตรเลีย และสวีเดน ก็กำหนดให้การเตรียมกระทำความผิดหลายฐานเป็นความผิดเช่นกัน) ซึ่งบทความนี้ได้ทำหน้าที่นำเสนอกฎหมายที่เป็นอยู่ของเนเธอร์แลนด์ให้รับรู้กันมากขึ้น ด้วยความหวังว่าคนอ่านจะรู้สึกกังวลเช่นเดียวกับผู้เขียนต่อแนวโน้มการขยายกฎหมายอาญาในทิศทางดังกล่าว