

วิเคราะห์คำตัดสินศาล (Analysis of Judicial Decision)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3824/2562 (ความผิดฐานพยายาม
กระทำชำเราเด็กกับความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กสำเร็จ)

Supreme Court Judgement Number 3824/2562
(The Offence of Attempted Rape of a Child and the
Offence of Indecent Act with a Child)

ปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์

นักศึกษาปริญญาตรี สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Pinyok Satpradit

Undergraduate Student, School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 20 พฤษภาคม 2564

วันที่แก้ไขบทความ 18 มิถุนายน 2564

วันที่ตอบรับบทความ 20 มิถุนายน 2564

บทคัดย่อ

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3824/2562 ผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ถูกจำเลยใช้แรงกายบังคับขูดถูกระหว่างกลางตัวผู้เสียหายเข้าไปในช่องคลอด โดยจำเลยถอดกางเกงของตนและผู้เสียหายออก และใช้อวัยวะเพศของตนถูกับภายนอกอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งจำเลยมีโอกาสดูสอดใส่อวัยวะเพศในขณะนั้นได้ แต่เพราะเกรงกลัวว่ามารดาของผู้เสียหายจะสงสัย จึงไม่กระทำสำเร็จ

ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยการใช้กำลังประทุษร้าย แต่ศาลฎีกากลับพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี เช่นนี้ จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาที่น่าสนใจว่า ศาลฎีกาในคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นจุดแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำชำเรากับการกระทำอนาจารสำเร็จ

คำสำคัญ : พยายาม การกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร หลักความใกล้ชิดต่อผล

Abstract

According to the Supreme Court Judgement Number 3824/2562, an injured person who is not over 13 years of age was forcibly pulled into the bathroom by the defendant. Then, the defendant pulled down his pants and the injured person's pants. After that, he rubbed his penis on the outside of the injured person's vagina, which he had the opportunity to penetrate her vagina at that time. However, he did not continue to do so because he feared that the mother of the injured person would be suspicious.

The Court of First Instance (Trial Court) adjudicated that the defendant was guilty of an indecent act with a child who is not over 13 years of age by using force. On the other hand, the Supreme Court adjudicated that he was guilty of attempted rape of a child who is not over 13 years of age. Therefore, the overturning by the Supreme Court has brought up an interesting issue as to what criteria the Supreme Court in this case used to distinguish between attempted rape and an indecent act.

Keywords : Attempt, Rape, Indecent Act, The Proximity Rule

1. บทนำ

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3824/2562¹ โดยสรุปมีอยู่ว่า เหตุเกิด 2 ครั้ง โดยเหตุครั้งแรกเกิดขึ้นเมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2557 ผู้เสียหายเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ถูกจำเลยลากตัวเข้าไปในห้องน้ำโดยจำเลยถอดกางเกงของตนและผู้เสียหายออก แล้วใช้อวัยวะเพศของตนถูกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายภายนอก ซึ่งจำเลยมีโอกาที่จะสอดใส่อวัยวะเพศของตนเองในขณะนั้นได้ แต่เพราะเกรงกลัวว่ามารดาผู้เสียหายจะสงสัยจึงไม่กระทำสำเร็จ ส่วนเหตุครั้งที่ 2 เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2557 ผู้เสียหายอยู่บ้านกับจำเลย ส่วนมารดาผู้เสียหายไปตลาด จำเลยลากผู้เสียหายเข้าไปในห้องนอน ผลักผู้เสียหายนอนลงบนที่นอน จำเลยถอดกางเกงของตนและผู้เสียหายออก จากนั้นจำเลยใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย

จุดที่น่าสนใจของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้อยู่ตรงที่ ศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา 2 ฐานตามแต่ละกรรม ดังนี้

กรรมที่หนึ่ง ฐานกระทำความผิดล่วงเกินเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยการใช้อำนาจประทุษร้าย ตามมาตรา 279 วรรคสอง²

กรรมที่สอง ฐานกระทำความผิดล่วงเกินเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม³

¹ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา ค้นหา “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3824/2562” แหล่งที่มา <https://deka.supremecourt.or.th>

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 (เดิม) “ผู้ใดกระทำความผิดล่วงเกินเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้อำนาจประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

หมายเหตุ ในขณะที่จำเลยกระทำความผิดและในขณะที่ศาลชั้นต้นพิพากษานั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง มีเพียงความผิดฐานกระทำความผิดล่วงเกินเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยการใช้อำนาจประทุษร้ายเท่านั้น แต่ในปัจจุบัน มาตรานี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีความผิดฐานกระทำความผิดล่วงเกินเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีโดยการใช้อำนาจประทุษร้าย บัญญัติอยู่ในมาตรา 279 วรรคสองและวรรคสาม ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

การกระทำของจำเลยเป็นหลายความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91⁴ เช่นนี้ จึงลงโทษฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม จำคุก 10 ปี และฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยการใช้กำลังประทุษร้าย ตามมาตรา 279 วรรคสอง จำคุก 5 ปี รวมจำคุก 15 ปี

แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยการกระทำที่เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2557 ว่า พฤติการณ์ที่จำเลยใช้ร่างกายบังคับบุตรกระชากตัวผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ ถอดกางเกงของตนและผู้เสียหายออก แล้วใช้อวัยวะเพศของตนถูกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายภายนอก ซึ่งจำเลยมีโอกาที่จะสอดใส่อวัยวะเพศในขณะนั้นได้ แต่เพราะเกรงกลัวว่ามารดาผู้เสียหายจะสงสัยจึงไม่กระทำให้สำเร็จ อากัปกิริยาของจำเลยซึ่งกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่กับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย และกระทำในที่ลับตาจากการรู้เห็นของมารดาผู้เสียหายซึ่งอยู่ในบ้านร่วมกันขณะนั้น เห็นได้ชัดเจนว่าจำเลยมีเจตนาที่จะสอดใส่อวัยวะเพศแล้ว แต่เกรงกลัวว่าผู้อื่นจะล่วงรู้ในการกระทำความผิดของตน มิใช่มีเจตนาเพียงกระทำ

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคหนึ่งและวรรคสาม (เดิม) “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

หมายเหตุ ในปัจจุบัน ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี บัญญัติอยู่ในมาตรา 277 วรรคสอง ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91 “เมื่อปรากฏว่าผู้ใดได้กระทำการอันเป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ศาลลงโทษผู้นั้นทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป แต่ไม่ว่าจะมีการเพิ่มโทษ ลดโทษ หรือลดมาตราส่วนโทษด้วยหรือไม่ก็ตาม เมื่อรวมโทษทุกกระทงแล้ว โทษจำคุกทั้งสิ้นต้องไม่เกินกำหนดดังต่อไปนี้

- (1) สิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทงที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสามปี
- (2) ยี่สิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทงที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปีแต่ไม่เกินสิบปี
- (3) ห้าสิบปี สำหรับกรณีความผิดกระทงที่หนักที่สุดมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสิบปีขึ้นไป เว้นแต่กรณีที่ศาลลงโทษจำคุกตลอดชีวิต”

อนาจารย์เท่านั้น จึงพิพากษากลับเป็นว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา 2 ฐานตามแต่ละกรรม ดังนี้

กรรมที่หนึ่ง ฐานพยายามกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม ประกอบมาตรา 80⁵

กรรมที่สอง ฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม⁶
การกระทำของจำเลยเป็นหลายความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91 เช่นนี้ จึงลงโทษฐานกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม จำคุก 10 ปี และฐานพยายามกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม ประกอบมาตรา 80 จำคุก 6 ปี 8 เดือน รวมจำคุก 16 ปี 8 เดือน

2. ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

2.1 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม (เดิม)

(1) องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบที่ 1 ผู้กระทำ คือ “ผู้ใด”

องค์ประกอบที่ 2 การกระทำ คือ “กระทำชำเราโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม”

องค์ประกอบที่ 3 วัตถุแห่งการกระทำ คือ “เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน”

องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา คือ กระทำโดยมีเจตนากระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

⁶ โปรดดูเชิงอรรถที่ 3

(2) อธิบายองค์ประกอบความผิด

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก เนื่องจากเด็กที่อายุน้อยไม่เกินสิบสามปียังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการต่าง ๆ ทางร่างกายยังไม่เพียงพอ ฉะนั้น ความยินยอมของเด็กจึงไม่เป็นข้อสำคัญ กล่าวคือ แม้เด็กยินยอมก็ตามก็เป็นการกระทำชำเรา⁷

“ผู้ใด” จะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ และจะมีอายุเท่าใดก็ได้

“กระทำชำเรา” มีนิยามปรากฏอยู่ในมาตรา 1 (18) หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

“โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” ความยินยอมของเด็กผู้ถูกกระทำไม่ใช่ข้อสำคัญที่จะนำมาพิจารณาว่าผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 หรือไม่

“เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน” จะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ แต่ต้องมีอายุไม่เกินสิบสามปี และต้องมิใช่ภริยาหรือสามีของผู้กระทำ

อายุของเด็กเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด⁸ หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นความผิดนั้นตามมาตรา 285/1⁹

⁷ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 538.

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3881/2542 (ฉบับย่อสั้น) “จำเลยได้พาเด็กหญิง ส. ผู้เสียหายไปเพื่อจะกระทำชำเราในขณะที่ผู้เสียหายอายุ 14 ปี 10 เดือนเศษ โดยผู้เสียหายสมัครใจยินยอมไปกับจำเลย และจำเลยกอดจูบกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหาย แม้การกระทำของจำเลยอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่ง ก็ตาม แต่การที่ผู้เสียหายมีรูปร่างและลักษณะการพูดจาทำให้จำเลยสำคัญผิดว่าผู้เสียหายอายุ 18 ถึง 19 ปี ซึ่งเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายอายุไม่เกิน 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคหนึ่ง การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนากระทำความผิดฐานดังกล่าวตามมาตรา 59 วรรคสาม”

⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 258/1 “การกระทำความผิดตามมาตรา 277 มาตรา 279 มาตรา 282 วรรคสาม มาตรา 283 วรรคสาม และมาตรา 283 ทวิ วรรคสอง หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ห้ามอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นจากความผิดนั้น”

“เจตนาธรรมดา” คือ ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล โดยกรณีประสงค์ต่อผล หมายถึง ผู้กระทำประสงค์จะให้ผลเกิดขึ้น กล่าวคือ ผู้กระทำประสงค์ที่จะใช้อวัยวะเพศของตน ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ ส่วนกรณียอมเล็งเห็นผล หมายถึง ผู้กระทำไม่ประสงค์ให้ผลเกิดโดยตรง แต่โดยลักษณะของการกระทำ ผู้กระทำยอมเล็งเห็นได้ว่าอาจก่อให้เกิดผลขึ้น¹⁰ กล่าวคือ ผู้กระทำไม่ได้ประสงค์ที่จะใช้อวัยวะเพศของตน ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ แต่โดยลักษณะการกระทำของผู้กระทำนั้นอาจทำให้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ

ฉะนั้น “กระทำโดยมีเจตนากระทำชำเราได้แก่อายุยังไม่เกินสิบสามปี” คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าเด็กนั้นอายุยังไม่เกินสิบสามปี และผู้กระทำต้องการกระทำชำเราเด็กนั้น¹¹

2.2 ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยใช้กำลังประทุษร้าย ตามมาตรา 279 วรรคสอง (เดิม)

(1) องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบที่ 1 ผู้กระทำ คือ “ผู้ใด”

องค์ประกอบที่ 2 การกระทำ คือ “กระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม”

องค์ประกอบที่ 3 วัตถุแห่งการกระทำ คือ “เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี”

องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา คือ กระทำโดยมีเจตนากระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

¹⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 78.

¹¹ โปรดดูเชิงอรรถที่ 7

(2) อธิบายองค์ประกอบความผิด

คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ ความบริสุทธิ์ทางเพศของเด็ก เนื่องจากบทบัญญัติมาตรานี้ประสงค์จะคุ้มครองความเจริญวัยของเด็กอันไม่ควรถูกสัมผัสทางเพศก่อนวัยอันควร¹²

“ผู้ใด” จะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ และจะมีอายุเท่าใดก็ได้

“กระทำความผิด” (Indecent Act) หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ¹³ เช่น การจับมือ การกอด จูบ ลูบ คลำ และเนื้อต้องตัวหรือร่างกาย ทั้งนี้ จะต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำเท่านั้น

“โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” ความยินยอมของเด็กผู้ถูกกระทำไม่ใช่ข้อสำคัญที่จะนำมาพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดฐานกระทำความผิดตามมาตรา 279 หรือไม่

“เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี” จะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ แต่ต้องมีอายุไม่เกินสิบห้าปี

อายุของเด็กเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด¹⁴ หากเป็นการกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำความผิดอาจอ้างความไม่รู้อายุของเด็กเพื่อให้พ้นความผิดนั้นตามมาตรา 285/1¹⁵

“โดยใช้กำลังประทุษร้าย”¹⁶ มีนิยามปรากฏอยู่ในมาตรา 1 (6) หมายถึง ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และ

¹² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 547.

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 (ฉบับย่อสั้น) “การกระทำความผิดคือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว ส่วนการกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จเมื่อใช้อวัยวะเพศของชายบังคับใส่ช่องคลอดเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง การกระทำชำเราจึงรวมถึงการกระทำความผิดในตัวเอง โจทก์ฟ้องว่า จำเลยกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกิน 13 ปีโดยผู้เสียหายไม่ยินยอม ขอให้ลงโทษฐานกระทำชำเรา ย่อมหมายความว่าโจทก์ประสงค์จะให้ลงโทษจำเลยฐานกระทำความผิดอยู่ด้วยในตัว แม้ไม่ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 ฐานกระทำความผิด หากพิจารณาได้ความว่าจำเลยได้กอดจูบลูบคลำผู้เสียหาย ก็ย่อมลงโทษฐานกระทำความผิดซึ่งมีโทษเบากว่าได้ ไม่เกินคำขอ”

¹⁴ โปรดดูเชิงอรรถที่ 8

¹⁵ โปรดดูเชิงอรรถที่ 9

¹⁶ เหตุตามมาตรา 279 วรรคสอง (เดิม) “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” แสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่าเด็กผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม

ให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้ ไม่ว่าจะโดยใช่ทำให้มันมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

“เจตนาธรรมดา” คือ ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผล โดยกรณีประสงค์ต่อผล หมายถึง ผู้กระทำให้ประสงค์จะให้ผลเกิดขึ้น กล่าวคือ ผู้กระทำให้ประสงค์ที่จะสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำให้ ส่วนกรณียอมเล็งเห็นผล หมายถึง ผู้กระทำให้ไม่ประสงค์ให้ผลเกิดโดยตรง แต่โดยลักษณะของการกระทำ ผู้กระทำให้ยอมเล็งเห็นได้ว่าอาจก่อให้เกิดผลขึ้น¹⁷ กล่าวคือ ผู้กระทำให้ไม่ได้ประสงค์ที่จะสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำให้ แต่โดยลักษณะการกระทำของผู้กระทำนั้น อาจทำให้เกิดการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำให้

ฉะนั้น “กระทำโดยมีเจตนากระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยใช้กำลังประทุษร้าย” คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าเด็กนั้นอายุยังไม่เกินสิบห้าปี และผู้กระทำให้ต้องการกระทำอนาจารแก่เด็กนั้นโดยใช้กำลังประทุษร้าย¹⁸

3. จุดแบ่งแยกระหว่างพยายามกระทำชำเรากับการกระทำอนาจารสำเร็จ¹⁹

หากอวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำให้แล้ว ก็เป็นความผิดฐานกระทำชำเราสำเร็จ แต่หากอวัยวะเพศของผู้กระทำเพียงแต่จ่ออยู่ภายนอกอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำให้ ในการที่ศาลฎีกาจะพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการพยายามกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารสำเร็จนั้น ศาลฎีกาใช้ “เจตนาของผู้กระทำ” เป็นจุดแบ่งแยกระหว่างพยายามกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารสำเร็จ แต่ทั้งนี้ศาลฎีกาไม่ได้พิจารณาโดยใช้เจตนาของผู้กระทำเพียงอย่างเดียว แต่ยังใช้ “หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule)”²⁰ เป็นจุดแบ่งแยกด้วย กล่าวคือ หากผู้กระทำไม่มีเจตนากระทำชำเรา

¹⁷ โปรดดูเชิงอรรถที่ 10

¹⁸ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 549.

¹⁹ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, คู่มือสมมนากฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2563), หน้า 43-50.

²⁰ หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) คือ การกระทำที่ใกล้ต่อการก่อให้เกิดความผิดสำเร็จได้อย่างแน่ชัดจึงจะสมควรลงโทษ โดยหลักนี้ถือว่าหากผู้กระทำได้กระทำถึง “ขั้นสุดท้าย” (Last Act) ซึ่งจำต้องกระทำเพื่อให้ความผิดสำเร็จ ถือว่าการกระทำนั้นใกล้ชิดต่อผล เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว

ก็จะไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา คงมีเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารสำเร็จเท่านั้น เนื่องจากการกระทำของผู้กระทำขาดองค์ประกอบภายในของความผิดฐานกระทำชำเรา ในส่วนของเจตนาธรรมดา แต่หากผู้กระทำมีเจตนากระทำชำเราแล้ว ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำของผู้กระทำมีความใกล้ชิดต่อผลแล้วหรือยัง จึงจะสามารถพิจารณาได้ว่าผู้กระทำมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา หรือมีความผิดฐานกระทำอนาจารสำเร็จ กล่าวโดยขยายความคือ หากผู้กระทำมีเจตนากระทำชำเรา และการกระทำของผู้กระทำมีความใกล้ชิดต่อผลแล้ว ผู้กระทำก็จะมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา หรือหากผู้กระทำมีเจตนากระทำชำเรา แต่การกระทำของผู้กระทำยังไม่มีผลใกล้ชิดต่อผล ผู้กระทำก็จะมีเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารสำเร็จเท่านั้น

ในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้กระทำเป็นการพยายามกระทำชำเราแล้วหรือยังนั้น ให้พิจารณาว่าผู้กระทำลงมือกระทำความผิดฐานกระทำชำเราแล้วหรือยัง ถ้าผู้กระทำยังไม่ได้ลงมือ ก็เป็นเพียงขั้นเตรียมกระทำความผิดเท่านั้น ซึ่งโดยปกติแล้วการกระทำในขั้นเตรียมการยังไม่เป็นความผิด (ยกเว้นในความผิดบางฐานที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดไว้เป็นการเฉพาะ แม้จะเป็นการกระทำในขั้นเตรียมก็เป็นความผิดแล้ว²¹) ซึ่งหากผู้กระทำลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล เช่นนี้ก็จะถือว่าผู้กระทำพยายามกระทำชำเราแล้ว

ตรงกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2491 ได้ตีความคำว่า “ลงมือ” ตามมาตรา 80 ว่าจะต้องเป็นการกระทำที่ “ได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้ว”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2491 (ฉบับย่อสั้น) “โจทก์ฟ้องว่าจำเลยขนย้ายข้าวออกนอกเขตต์จังหวัดสมุทรสาคร อันเป็นเขตต์กักกันข้าว ขอให้ลงโทษตาม พ.ร.บ.สำรวจและห้ามกักกันข้าว แต่โจทก์สืบพยานได้ความว่า ขณะจำเลยถูกจับนั้น จำเลยยังมีทันได้นำข้าวออกนอกเขตต์จังหวัดสมุทรสาคร ดังนี้เมื่อจำเลยมีเจตนาและการขนย้ายข้าวได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จแล้ว ก็ลงโทษฐานพยายามได้ ไม่ใช่เป็นเรื่องข้อเท็จจริงต่างกับฟ้อง”

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ศิรินทร์ ลิขิตวิทย์กุล, **สัมมนากฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.110) : การพยายามกระทำความผิด** [ออนไลน์], 17 มิถุนายน 2564. แหล่งที่มา <http://www.law.tu.ac.th/blog/wp-content/uploads/2019/11/การพยายามกระทำความผิด.pdf>

²¹ ตัวอย่างของความผิดที่แม้อยู่ในขั้นเตรียมกระทำความผิดก็เป็นความผิดแล้ว เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 “ผู้ใดเตรียมเพื่อก่อกระทำความผิดดังกล่าไว้ในมาตรา 217 หรือมาตรา 218 ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามกระทำความผิดนั้น ๆ”

อนึ่ง หลักทางวิชาการที่ใช้ในการวิเคราะห์เรื่องการลงมือกระทำความผิดนั้นมียุ่หลาย หลักการด้วยกัน โดยส่วนใหญ่ศาลฎีกาได้นำหลักความใกล้ชิดต่อผลมาเป็นจุดแบ่งแยกระหว่าง ชั้นเตรียมกับชั้นลงมือกระทำความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา ซึ่งหลักการนี้ถือว่า การกระทำที่เห็นได้ชัดแจ้งว่าเป็นการกระทำที่ความใกล้ชิดต่อการก่อให้เกิดความผิดสำเร็จ เป็นการพยายามกระทำความผิดซึ่งสมควรถูกลงโทษ

โดยพิจารณาตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2516 (ฉบับย่อสั้น) “เมื่ออวัยวะเพศของจำเลยได้ ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยจะไม่สำเร็จความใคร่ก็เป็น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา”

หมายเหตุ จำเลยมีเจตนากระทำชำเราผู้เสียหาย และอวัยวะเพศของจำเลยล้วงล้ำ เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว จำเลยจึงมีความผิดฐานกระทำชำเราสำเร็จ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2009/2529 (ฉบับย่อสั้น) “จำเลยข่มขืนกระทำชำเรา เด็กหญิงอายุ 11 ขวบ แต่ของลับของจำเลยเข้าไปในช่องคลอดของหญิงไม่ได้ จำเลยสำเร็จ ความใคร่เสียก่อน เป็นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา”

หมายเหตุ จำเลยมีเจตนากระทำชำเราผู้เสียหาย และการกระทำของจำเลยถึงขั้น ลงมือกระทำความผิดฐานกระทำชำเราแล้ว (มีความใกล้ชิดต่อผล) แต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11065/2554 (ฉบับย่อสั้น) “คดีนี้จำเลยให้การรับสารภาพ ข้อเท็จจริงจึงรับฟังได้ตามฟ้องว่า วันเวลาเกิดเหตุจำเลยใช้กำลังประทุษร้ายกดตัวผู้เสียหาย ลงกับพื้น ใช้มือชกที่บริเวณท้องและปากของผู้เสียหาย แล้วจำเลยฉีกกระชากกระโปรงของ ผู้เสียหายจนขาด ผู้เสียหายร้องให้คนช่วยและมีผู้เข้าช่วยเหลือ ดังนี้ ลักษณะการกระทำของ จำเลยดังกล่าวยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึง ไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แม้จำเลยให้การรับสารภาพก็ลงโทษจำเลย ฐานนี้ไม่ได้ แต่การกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายตามประมวล กฎหมายอาญา มาตรา 278 อันเป็นความผิดที่รวมการกระทำตามที่โจทก์ฟ้องอยู่ด้วยแล้ว ศาล

ย่อมมีอำนาจลงโทษจำเลยตามความผิดที่พิจารณาได้ความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 วรรคท้าย ได้”

หมายเหตุ จำเลยมีเจตนากระทำความผิดที่เราผู้เสียหาย แต่การกระทำของจำเลยยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดฐานกระทำความผิด (ยังไม่มีโอกาสใกล้ชิดต่อผล) จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด คงมีเพียงความผิดฐานกระทำความผิดสำเร็จเท่านั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 744/2529 (ฉบับย่อสั้น) “จำเลยถอดกางเกงของจำเลยลงมาถึงหัวเข่า ผู้เสียหายกึ่งนั่งกึ่งนอนหลังพิงประตูแล้วจำเลยเอามือจับตะโพกผู้เสียหายส่ายไปมาจนตนเองสำเร็จความใคร่ แสดงว่าจำเลยไม่มีเจตนาที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยจ่อที่ปากช่องคลอดของผู้เสียหายเพื่อกระทำความผิด เพราะการกระทำดังกล่าวอวัยวะเพศของจำเลยไม่มีโอกาสที่จะจ่อปากช่องคลอดของผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยมีเจตนาเพียงเพื่อสำเร็จความใคร่เท่านั้น หากมีเจตนากระทำความผิดจำเลยไม่ จำเลยไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด แต่มีความผิดฐานกระทำความผิดสำเร็จ”

หมายเหตุ จำเลยไม่มีเจตนากระทำความผิดที่เราผู้เสียหาย จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด คงมีเพียงความผิดฐานกระทำความผิดสำเร็จเท่านั้น

กล่าวโดยสรุปแล้ว จุดแบ่งแยกระหว่างพยายามกระทำความผิดกับกระทำความผิดสำเร็จคือ เจตนาของผู้กระทำ ทั้งนี้ แม้ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิด แต่ถ้าการกระทำของผู้กระทำยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดฐานกระทำความผิด กล่าวคือ ยังไม่มีความใกล้ชิดต่อผล ผู้กระทำก็ไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำความผิด คงมีเพียงความผิดฐานกระทำความผิดสำเร็จเท่านั้น

4. บทวิเคราะห์

คดีที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3824/2562 เกิดเหตุขึ้น 2 ครั้ง เป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน โดยเหตุครั้งที่ 2 เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2557 ในขณะที่เกิดเหตุผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกินสิบสามปีอยู่บ้านกับจำเลยตามลำพัง การที่จำเลยลากผู้เสียหายเข้าไปในห้องนอน ต่อมาจำเลยถอดกางเกงของตนและผู้เสียหายออก และจำเลยใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายนั้น เห็นได้ว่า จำเลยมีเจตนากระทำความผิด

ผู้เสียหาย และอวัยวะเพศของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว เช่นนี้ จำเลยจึงมีความผิดฐานกระทำความชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม (เดิม)

ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีจุดที่น่าสนใจในการพิจารณาถึง **“จุดแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความชำเรากับการกระทำอนาจารสำเร็จ”** สำหรับเหตุครั้งแรกในวันที่ 16 มีนาคม 2557 โดยศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานกระทำความอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีโดยการใช้อวัยวะเพศร้าย ตามมาตรา 279 วรรคสอง (เดิม) แต่ศาลฎีกาพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดฐานพยายามกระทำความชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม (เดิม) ประกอบมาตรา 80 เช่นนี้ จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาที่น่าสนใจว่า ศาลฎีกาใช้หลักเกณฑ์ใดเป็นจุดแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความชำเรากับการกระทำอนาจารสำเร็จ

โดยศาลฎีกาวินิจฉัยว่า พฤติการณ์ที่จำเลยใช้ร่างกายบังคับอวัยวะเพศของตนสอดใส่เข้าในอวัยวะเพศของผู้เสียหายเข้าไปในช่องน้ำ และถอดกางเกงของตนและผู้เสียหายออกนั้น เป็นพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นได้ว่าจำเลยมีเจตนากระทำความชำเราผู้เสียหายแล้ว

ต่อมาจำเลยใช้อวัยวะเพศของตนถูกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายภายนอกนั้น พฤติการณ์ดังกล่าวศาลฎีกาเห็นว่า อาจปกิรียาของจำเลยเป็นการกระทำในลักษณะใกล้ชิด พร้อมทั้งจะใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่กับอวัยวะเพศของผู้เสียหาย และกระทำในที่ลับตาจากการรู้เห็นของมารดาผู้เสียหายซึ่งอยู่ในบ้านร่วมกันขณะนั้น โดยการกระทำดังกล่าว จำเลยมีเจตนาที่จะสอดใส่อวัยวะเพศแล้ว และมีโอกาสที่จะสอดใส่อวัยวะเพศในขณะนั้นได้ แต่เพราะเกรงกลัวว่ามารดาผู้เสียหายจะสงสัยจึงไม่กระทำให้สำเร็จ เช่นนี้ การกระทำของจำเลยจึงอยู่ในชั้น**ลงมือกระทำความชำเราผู้เสียหายแล้ว** กล่าวคือ การกระทำของจำเลยมีความ**ใกล้ชิดต่อผล**ที่อาจก่อให้เกิดเป็นความผิดฐานกระทำความชำเราสำเร็จ เพียงแต่เกรงกลัวว่ามารดาผู้เสียหายจะรู้ถึงการกระทำความผิดของตน

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้แสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกาตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้ใช้เจตนาของผู้กระทำเป็นจุดแบ่งแยกระหว่างพยายามกระทำความชำเราหรือกระทำอนาจารสำเร็จ อีกทั้งยังใช้หลักความใกล้ชิดต่อผลเป็นจุดแบ่งแยกด้วย ดังนั้น เมื่อจำเลยมีเจตนากระทำความชำเราผู้เสียหาย และได้ลงมือกระทำความผิดฐานกระทำความชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีแล้ว จำเลยจึงอยู่ในวิสัยที่จะกระทำความชำเราผู้เสียหายได้ กล่าวคือ การกระทำของจำเลยมีความใกล้ชิดต่อผลแล้ว แต่จำเลยกระทำไปไม่ตลอด เนื่องจากเกรงกลัวว่าผู้อื่นจะล่วงรู้ในการกระทำความผิดของ

ตน จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราแต่กายยังไม่เกินสิบสามปี ตามมาตรา 277 วรรคสาม ประกอบมาตรา 80 (เดิม)

โดยภาพรวมแล้ว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3824/2562 ศาลฎีกาในคดีนี้ได้อธิบายการกระทำของจำเลยให้เห็นถึงความใกล้ชิดต่อผล โดยพิจารณาขั้นตอนการกระทำความผิดของจำเลยอย่างละเอียดถี่ถ้วนและลึกซึ้ง รวมถึงได้อธิบายเหตุผลที่ศาลฎีกานำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ไว้อย่างชัดเจน เหมาะแก่การที่จะนำไปเป็นตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงให้เห็นถึงจุดแบ่งแยกระหว่างพยายามกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารสำเร็จให้ได้ศึกษาต่อไป