

## บทที่ 4

### ความหมาย และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือกระทำ ความผิด กับการเตรียมกระทำ ความผิดในประเทศไทย

การศึกษาเกี่ยวกับการให้ความหมายการลงมือกระทำ ความผิด และหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำ ความผิดกับการเตรียมกระทำ ความผิดของประเทศไทยสามารถแบ่งศึกษาทำความเข้าใจออกได้เป็น 3 มุมมองด้วยกันคือ

#### 4.1 บทบัญญัติของกฎหมาย

แนวคิดการลงโทษบุคคลที่พยายามกระทำ ความผิดในประเทศไทยนั้นไม่ได้เป็นเรื่องใหม่ เดิมประเทศไทยมีแนวคิดในการลงโทษบุคคลที่พยายามกระทำ ความผิด และมีการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้ใช้แล้วเช่นกัน ศึกษาได้จากกฎหมายตราสามดวงในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น<sup>176</sup> กฎหมายในยุคนั้นจะมีลักษณะเป็นการเฉพาะกรณี ในส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับการพยายามกระทำ ความผิดก็เช่นเดียวกัน<sup>177</sup> อันมีลักษณะปรับใช้เฉพาะกรณี และให้ดุลพินิจอิสระแก่ผู้พิพากษา

<sup>176</sup> ร. แลงกาตี. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. หน้า 19–30.

<sup>177</sup> ตัวอย่างเช่นที่บัญญัติใน กฎหมายลักษณะโจร มาตรา 65 ผู้ใดลอบฟันแทงพุ่งชดท่านแลยังหมีทัน ทำแก่ท่าน ๆ จับได้ ให้เอามันผู้ลอบทำแก่ท่านนั้นมาจำนองแน่น เอาขึ้นหาอย่างประจาร์ปลงลงทวนด้วยลวดหนั่ง 30 ที ถ้าตีฟันแทงบาศเจบ ให้ตัดนิ้วมือเสีย ถ้าตีฟันแทงถึงขาห้ศให้ตัดนิ้วทั้งนิ้ว ดิน , มือ } เสียจงสิ้นนิ้ว ถ้าถึงตาย ให้ฆ่าผู้ร้ายนั้นเสีย

มาตรา 89 ผู้ใดเอาหอกคาบแหลนหลาว สรรพสิ่งใดแต่เรือนแทงท่าน ผู้แต่เรือนนั้นมีบรรดาศักดิ์ และแลไม่ต้องคนในเรือน ให้ใส่คาตรึงเหล็กไว้เจ็ดวัน แล้วให้ไหม 220000 ถ้าแลต้องคนในเรือนบาดเจ็บให้ทวนด้วยลวดหนั่ง 15 ที แล้วส่งสัจ ไปยังแพ่ง ให้ไหมโดยบาดเจ็บนั้น

มาตรา 90 ถ้าจะทำร้ายแก่เจ้าบ้านเจ้าเรือนแลชดทั้งให้เจ้าบ้านเจ้าเรือนรู้ศีกออกมา แลมีทันทำร้ายแก่เจ้าบ้านเจ้าเรือน แลเจ้าบ้านเจ้าเรือนจับได้ ทานว่าให้ทวนด้วยลวดหนั่ง 25 , 30 } ที ถ้าทำร้ายแก่เจ้าบ้านเจ้าเรือนบาดเจ็บ ทานว่าให้ตัดนิ้วมือเสียแล้วให้ไหมโดยบาดเจ็บนั้น ถ้าแลถึงตาย ทานว่าให้ฆ่าผู้ร้ายนั้นเสีย เป็นต้น อ้างถึงใน ราชบุรีดิเรกฤทธิ์, พระเจ้าลูกยาเธอกรมหมื่น. (ร.ศ.120). กฎหมาย เล่ม 1 สำหรับผู้พิพากษาและ ทนายความ. หน้า 399–410.

พิจารณาไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไม่มีการกำหนดและอธิบายออกมาในรูปแบบของทฤษฎีกฎหมายแต่อย่างใด

ภายหลังมีการปฏิวัติกฎหมายให้เป็นแบบอย่างประเทศตะวันตกในช่วงสมัยรัชกาลที่ 4 (พ.ศ.2394-2411) จนถึงสมัยรัชกาลที่ 5 (พ.ศ.2411-2453) ด้วยเหตุผลทางการเมือง<sup>178</sup> ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ออกมาใช้ในวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ.2451 (ค.ศ.1908)<sup>179</sup> ในการร่างกฎหมายลักษณะอาญานี้ ผู้ยกร่างได้อ้างอิงถึงประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส ค.ศ.1810 (ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบางประการโดยกฎหมายต่าง ๆ ในชั้นหลัง) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ.1870 พร้อมทั้งความเห็นทางกฎหมายที่มีต่อประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวซึ่งมีอยู่อย่างมากมาย แต่เนื่องจากผู้ยกร่างมีวัตถุประสงค์ที่จะหาวิธีการง่ายที่สุดและให้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่สุด ผู้ยกร่างจึงได้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาที่ทันสมัยที่สุดต่าง ๆ เป็นหลักอ้างอิงด้วย ซึ่งบัญญัติขึ้นโดยใช้ข้อมูลที่ทำขึ้นจากนักนิติศาสตร์ในฝรั่งเศสและเยอรมันซึ่งมีอยู่จำนวนมาก ประมวลกฎหมายอาญาที่นำมาอ้างอิง ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาฮังการีว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษและมัธยมโทษ ค.ศ.1878 ประมวลกฎหมายอาญาของ เนเธอร์แลนด์ ค.ศ.1881 ประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี ค.ศ.1880 ประมวลกฎหมายอาญาของอียิปต์สำหรับศาลที่พิจารณาคดีสำหรับคนพื้นเมือง ค.ศ.1904 ประมวลกฎหมายอาญาของอินเดีย ค.ศ.1860 ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ค.ศ.1903 และ ค.ศ.1907 แต่อย่างไรก็ตามผู้ยกร่างมิได้ผูกพันที่จะใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะเลย แม้ว่าจะได้มีการเอาแบบอย่างจากประมวลกฎหมายอาญา อิตาลี (ประมวลกฎหมายอาญาของอิตาลี ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1880) และประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ (ประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ.1881) เป็นอย่างมากก็ตาม

ในส่วนเกี่ยวกับเรื่องการพยายามกระทำความผิดผู้ยกร่างไม่ได้รับเอาระบบการพยายามกระทำความผิดตามอย่างประมวลกฎหมายอาญาอิตาลีที่แยกออกเป็นความผิดที่ลงมือกระทำแล้วแต่

<sup>178</sup> ร. แลงกาด์. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. หน้า 1.

<sup>179</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2546). บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับ การร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. หน้า 33 – 38. ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2539). อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย. หน้า 26 – 86. และ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2542). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (The Thai Legal History). หน้า 115 – 256.

กระทำไปไม่ตลอด และความผิดที่ลงมือกระทำไปโดยตลอดแล้วแต่ไม่บรรลุผลสำเร็จ<sup>180</sup> ทั้งนี้ เพราะเกรงว่าผู้พิพากษาศยามจะประสบความลำบากในการแยกความแตกต่างของกรณีทั้งสอง ประมวลกฎหมายอาญาสยามจึงเลือกที่จะเอาแบบอย่างจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา เนเธอร์แลนด์ (มาตรา 45) มากกว่า แต่ได้ปฏิเสธที่จะรับเอาระบบของฝรั่งเศสที่ถือว่าการพยายาม กระทำความผิดมีโทษอย่างเดียวกับการกระทำความผิดสำเร็จ<sup>181</sup> ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าในทางปฏิบัติ แล้วความผิดที่ไม่สำเร็จย่อมจะไม่ได้รับโทษเช่นเดียวกับความผิดสำเร็จ และประมวลกฎหมาย อาญาขอรับตามหลักดังกล่าวโดยลดโทษให้หนึ่งในสามสำหรับการพยายามกระทำความผิด ส่วน การพยายามกระทำความผิดฐานลหุโทษนั้นไม่มีโทษ

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานพยายามไว้ใน มาตรา 60 ,61 และมาตรา 62 รายละเอียดดังนี้<sup>182</sup>

มาตรา 60 ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิด แต่หากมีเหตุอันพ้นวิสัยของมันจะป้องกัน ได้ มาขัดขวางมิให้กระทำลงได้ไซ้ ท่านว่ามันควรรับอาชญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับ ความผิดนั้นแบ่งเป็นสามส่วน ให้ลงอาชญาแต่สองส่วน

มาตรา 61 ผู้ใดพยายามกระทำความผิด แต่ยับยั้งเสียด้วยใจตนเองไม่ได้กระทำความผิด นั้นลงไปให้ตลอดตามความมุ่งหมาย ท่านว่าควรเอาโทษแก่มันแต่เพียงความผิดที่มันได้กระทำลง ไปแล้ว และ

มาตรา 62 ผู้ใดจะพยายามกระทำความผิดฐานลหุโทษ ท่านว่าอย่าให้ลงอาชญาแก่มัน เลย

กฎหมายลักษณะอาญาใช้มาจนถึง 31 ธันวาคม พ.ศ.2499 ได้มีการแก้ไขปรับปรุง กฎหมายอาญาขึ้นใหม่ตราเป็น ประมวลกฎหมายอาญาประกาศใช้วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2500 (ค.ศ. 1957) และบังคับใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน บทบัญญัติส่วนใหญ่มีลักษณะเทียบเคียงได้กับกฎหมาย ลักษณะอาญา เพียงเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่บางประการให้ทันสมัยขึ้นเท่านั้น แนวคิดหลัก ๆ ยังคง

<sup>180</sup> ปัจจุบันกฎหมายพยายามกระทำความผิดของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ได้ แยกออกเป็นความผิดที่ลงมือกระทำแล้วแต่กระทำไปไม่ตลอด และความผิดที่ลงมือกระทำไปโดยตลอดแล้วแต่ ไม่บรรลุผลสำเร็จแล้ว

<sup>181</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วิวัฒนกุล. (2546). *บันทึกของนายออร์ซ ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่าง กฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127.* หน้า 76 – 77.

<sup>182</sup> บริรักษ์นิติเกษตร,พระ (หรั่ง นิมิหุด). (2478). *กฎหมายลักษณะอาญาเก่าใหม่ทั้งหมด.* หน้า 43 – 44.

เหมือนกันกับกฎหมายลักษณะอาญา แต่ในส่วนกฎหมายเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดมีแนวความคิดที่แตกต่างออกไป

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดฐานพยายามไว้ใน มาตรา 80 ,81,82 และ มาตรา 105 ดังนี้

มาตรา 80 ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้น ไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด

ผู้ใดพยายามกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

มาตรา 81 ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้น ไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด แต่ให้ลงโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่กฎหมายกำหนดสำหรับความผิดนั้น

ถ้าการกระทำดังกล่าวในวรรคแรกได้กระทำไปโดยความเชื่ออย่างมงาย ศาลจะไม่ต้องลงโทษก็ได้

มาตรา 82 ผู้ใดพยายามกระทำความผิด หากยับยั้งเสียเองไม่กระทำการให้ตลอด หรือกลับใจแก้ไขไม่ให้การกระทำนั้นบรรลุผล ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับการพยายามกระทำความผิดนั้น แต่ถ้าการที่ได้กระทำไปแล้วต้องตามบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษสำหรับความผิด นั้น ๆ และ

มาตรา 105 ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

ในกฎหมายเรื่องการพยายามกระทำความผิดประมวลกฎหมายอาญามีแนวคิดเปลี่ยนแปลงจากหลักการตามกฎหมายลักษณะอาญาเดิม ดังนี้<sup>183</sup>

1. เห็นว่ากฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 60 ไม่เหมาะสมแก่สมัย เพราะไม่ได้คำนึงถึงการแบ่งแยกที่ศาลได้ปฏิบัติ ซึ่งที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาต่างประเทศในปัจจุบัน ที่ได้แยกการพยายามกระทำความผิดออกเป็น 2 ประเภท คือ

การพยายาม “attempt” (หรือการกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด) กับ

การกระทำไม่สำเร็จ “failure to commit an offence” (หรือการกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้น ไม่บรรลุผล)

<sup>183</sup> “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/101/2483.” (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483). หน้า 1 – 11.

ผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาขอรับหลักการนี้ ตามของนาย อาร์ . กียอง (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) ที่แบ่งแยกประเภทของการพยายามออกเป็นสองประเภทดังกล่าว แต่เห็นควรกำหนดโทษประเภทการพยายามทั้งสองประเภทให้เท่ากันโดยลดโทษให้ 1 ใน 3 เพราะเห็นว่าการไม่ลดโทษจะเป็นการทำให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดให้สำเร็จ (ความเห็นของนาย อาร์ . กียอง เห็นว่าการพยายามประเภทที่ 1 กฎหมายต่างประเทศลดโทษให้เพราะการพยายามประเภทที่ 1 ไม่ได้พูดถึงผลของการกระทำผิดเลยเพราะยังไม่ได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จะให้ความคิดนั้นสำเร็จ แต่การพยายามกระทำความผิดประเภทที่ 2 ผู้กระทำได้กระทำการทุกสิ่งทุกอย่างที่จะให้ความคิดนั้นสำเร็จแล้ว เว้นแต่ผู้กระทำจะได้ป้องกันไม่ให้ผลแห่งการกระทำเกิดขึ้น<sup>184</sup>) แสดงให้เห็นว่าประมวลกฎหมายอาญาขอรับแยกการพยายามกระทำความผิดออกเป็น 2 กรณี คือ การพยายาม หรือการกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด กับการกระทำไม่สำเร็จ หรือการกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล แต่เห็นว่าควรมีโทษเท่ากัน คือ ลงสองในสามส่วนของความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 80<sup>185</sup>

2. ขอรับแนวคิดตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) เกี่ยวกับการพยายามที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ (Impossible Attempts) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 81

แนวคิดที่ยังคงเหมือนเดิมคือ การลดโทษให้กับผู้พยายามกระทำความผิดแต่ยังเสี่ยงเองหรือกลับใจแก้ไขไม่ให้ความคิดนั้นสำเร็จ ตามที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 61 และที่นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 82 และการไม่ลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดลหุโทษ ตามที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 62 และนำมาบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 105

ส่วนในการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิด และหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดนั้น ตามความเห็นของผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญา มีความเห็นดังต่อไปนี้<sup>186</sup>

<sup>184</sup> เป็นแนวทางการกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของนักทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective) ที่เคร่งครัด

<sup>185</sup> เป็นแนวทางการกำหนดโทษการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของนักทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjectivist) ที่ไม่เคร่งครัด

<sup>186</sup> “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 120/101/2483.” (วันศุกร์ที่ 6 กันยายน 2483). หน้า 4.

1. พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) เห็นว่า การใช้คำว่าพยายามแบบเดิมเห็นว่าไม่เหมาะสม ควรใช้คำว่า “ลงมือ” แสดงให้เห็นว่าพ้นจากการเตรียมไปแล้ว ส่วนจะมีความหมายเพียงใดควรเป็นหน้าที่ของตำรากฎหมาย

2. พระยาเลขาธิบดีธรรมวิทักษ์ (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) เห็นว่า การพยายามจะต้องใกล้ชิดกับเหตุหรือเหตุจะต้องเป็นขั้นที่จะสำเร็จความผิด และ

3. คำกล่าวของหม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรรณ (กรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญา) ที่แสดงความคิดเห็นในการพิจารณาร่างหมวดที่ 6 ตัวการและผู้สมรู้ พาดพิงมาถึงเรื่องการลงมือกระทำความผิด ว่า “คำว่า ลงมือ ไปอยู่ในมาตรา 60 ตรงกับคำว่า beginning”<sup>187</sup>

และในแนวทางของฝ่ายนิติบัญญัติยังได้กำหนดให้การสมคบ หรือเตรียมบางฐานความผิดมีความผิดเทียบเท่าความผิดฐานพยายาม หรือความผิดสำเร็จด้วย ได้แก่

1. ในการสมคบ หรือเตรียมกระทำความผิดบางฐานที่กฎหมายต้องการเอาโทษกับบุคคลโดยเหตุผลพิเศษ เหตุผลเพราะ เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงพอที่กฎหมายจะถือเป็นการสมคบเทียบเท่ากับความสำเร็จ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 107 การสมคบเตรียมหรือพยายามปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ ,มาตรา 108 พยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ ,มาตรา 109 พยายามปลงพระชนม์พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ,มาตรา 110 พยายามประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ,มาตรา 128 เตรียมหรือพยายามกระทำความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร ,มาตรา 130 พยายามทำร้ายร่างกายเสรีภาพต่อราชาธิบดี ราชาินี ประมุขแห่งรัฐต่างประเทศ หรือกรณีที่กฎหมายให้ถือว่าการเตรียมเป็นความผิด เช่น มาตรา 107 เตรียมเพื่อปลงพระชนม์พระมหากษัตริย์ ,มาตรา 108 เตรียมประทุษร้ายต่อพระองค์หรือเสรีภาพของพระมหากษัตริย์ ,มาตรา 109 เตรียมเพื่อปลงพระชนม์พระราชินี รัชทายาทหรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เป็นต้น

2. หรือการกำหนดให้การเตรียมกระทำความผิดบางฐานมีความผิดเทียบเท่ากับการพยายามกระทำความผิด เหตุผลเพราะ มีความยากในการพิสูจน์การกระทำที่เป็นการเตรียมกระทำความผิดกับการพยายามกระทำความผิดในความผิดอาญานั้น ๆ<sup>188</sup> เช่น ความผิดฐานพยายามวางเพลิงเผาทรัพย์ มาตรา 217,218 ความผิดสำเร็จโรงเรือนจะต้องติดไฟลุกไหม้ขึ้นด้วยแต่กรณีพยายามยังมีปัญหาในการพิจารณาว่าเช่นใดจึงจะใกล้ชิดถึงขั้นใกล้เกิดผลสำเร็จขึ้นได้ แต่

<sup>187</sup> “รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 122/109/2483.” (วันศุกร์ที่ 13 กันยายน 2483). รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา ตอน 9,ครั้งที่ 122/109/2483. หน้า 6.

<sup>188</sup> จิตติ ดิงศักดิ์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 287.

ปัจจุบันได้มีการบัญญัติกฎหมายให้การเตรียมวางเพลิงระวางโทษเช่นเดียวกับพยายาม มาตรา 219 ปัจจุบันจึงไม่มีปัญหาพิจารณาในความผิดฐานนี้

**กล่าวโดยสรุปแล้ว** ในกฎหมายลักษณะอาญาตามมาตรา 60 บัญญัติเพียงให้การพยายามเป็นความผิด ไม่มีการกำหนดคำนิยาม หรืออธิบายความหมายของการพยายามกระทำความผิดไว้แต่อย่างใด ส่วนในประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 80 ได้ให้ความหมายของการพยายามกระทำความผิดไว้ว่าเป็นการกระทำที่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิดและแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ออกเป็นสองประเภท คือ การพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปไม่ตลอด และการพยายามกระทำความผิดที่กระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล แต่ก็ไม่ได้ให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิดที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดไว้เช่นเดียวกัน จากการศึกษารายงานการประชุมของกรรมการผู้ร่างกฎหมายทราบว่าลักษณะของการลงมือกระทำความผิดที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิด คือ การกระทำที่พ้นจากการเตรียมแล้ว แต่จะพ้นจากการกระทำที่เป็นการเตรียมในระดับใด หรือมีความหมายในรายละเอียดอย่างไร เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายกล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่าต้องการปล่อยให้เป็นที่ของนักนิติศาสตร์เป็นผู้สร้างแนวคิด ทฤษฎี และกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาใช้อธิบายกันเอง ซึ่งเหมือน ๆ กันกับนานาประเทศดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 และยังมีบัญญัติแก้ปัญหาลำบากสำหรับความผิดอาญาบางฐานที่เห็นว่าเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงหรือความผิดที่มีความยากในการพิสูจน์ระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดโดยให้ความผิดฐานเตรียมบางฐานรับโทษเท่ากับความผิดฐานพยายาม หรือความผิดฐานสมคบ เตรียม พยายามบางฐานมีความผิดเท่ากับความผิดสำเร็จเลย

## 4.2 ความเห็นในทางตำรา

นักนิติศาสตร์ไทยเห็นว่าการกระทำที่กฎหมายพยายามต้องการ อันจะเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดนั้นอยู่ที่การให้ความหมายถ้อยคำที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 คือ การให้ความหมายของการลงมือกระทำความผิด ส่วนการลงมือกระทำความผิดในลักษณะที่กฎหมายพยายามของไทยต้องการมีลักษณะอย่างไร นักวิชาการของไทยได้มีความเห็นแบ่งออกเป็นหลายฝ่าย ดังต่อไปนี้

### 4.2.1 ฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity act theory)

นักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่เห็นว่าประเทศไทยได้ใช้หลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity act theory) มาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ ในกลุ่มนี้ยังมีการอธิบายแตกต่างกันไปอีกหลายแนวด้วยกัน ได้แก่

**4.2.1.1 แนวทางการอธิบายของศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์<sup>189</sup>** ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงของไทยคนหนึ่ง ได้ให้ความหมายการลงมือกระทำผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ไว้ว่าตรงกันกับแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ที่ใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึงการเริ่มต้นแห่งการลงมือกระทำผิด คือ ต้องเป็นการกระทำที่ผิดปกติกจากบุคคลผู้สุจริต ซึ่งแสดงให้เห็นเจตนาในการกระทำผิด และถ้าปล่อยให้กระทำต่อไปก็จะสำเร็จเป็นความผิดขึ้นได้ หรือมีความหมายตรงกันกับแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ของประเทศอังกฤษที่หมายถึงการกระทำที่นำไปสู่การกระทำผิดสำเร็จ คือ การลงมือพยายามกระทำผิดนั้น ต้องเป็นการกระทำที่นำไปสู่ความผิดสำเร็จโดยแท้จริง (เหมือนกับที่ให้หมายความการใกล้ชิดต่อผลตามเกณฑ์ของ Stephen ในหัวข้อที่ 3.1.1.3 ก.) หรือมีความหมายตรงกันกับการเริ่มต้นกระทำผิดตามแนวคิดของนักวิชาการเยอรมันที่มีเห็นด้วยกับทฤษฎีภาวะวิสัยนั่นเอง (แตกต่างจากแนวคิดของศาลเยอรมันที่การวินิจฉัยการเริ่มต้นกระทำผิดในกฎหมายเยอรมันจะขยายกว้างออกไปกว่านี้)

โดยเห็นว่าทฤษฎีนี้อาจเคลือบคลุมแต่ไม่ใช่จะเป็นหลักที่ไม่ถูกต้องสามารถใช้ได้ ส่วนการที่จะแบ่งแยกว่าการกระทำใดเป็นการ “ใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” กับผลสำเร็จของความผิดนั้นต้องอาศัยตัวอย่างจากคดีที่ศาลวินิจฉัยมาแล้ว ซึ่งพอจะกล่าวไว้เป็นแนวทางได้ดังต่อไปนี้

ก. การกระทำในขั้นเตรียมเป็นการกระทำระยะหนึ่งเพื่อจะลงมือกระทำผิดอีกระยะหนึ่งซึ่งเป็นการกระทำคนละตอนกัน บางรายก็เห็นได้ชัด บางรายก็อาจเห็นไม่ได้ชัดเจนก็เห็นได้ชัดก็ได้แก่การกระทำที่ผู้กระทำเตรียมเพื่อให้พร้อมที่จะกระทำต่อไปตอนหนึ่งและหยุดพักอยู่เพียงนั้น เพื่อว่าในโอกาสต่อไปก็จะได้เริ่มลงมือกระทำผิดตามที่ได้เตรียมไว้อีกตอนหนึ่ง เช่น ถูปืนบรรจุกระสุนไปช่อมอยู่ตอนหนึ่งคอยว่าเมื่อใดผู้ที่ตนต้องการผ่านมาก็จะลงมือฆ่าอีกตอนหนึ่ง เป็นต้น

ข. การกระทำซึ่งผู้กระทำตั้งใจจะกระทำติดต่อกันไปจนสำเร็จ จะเป็นการเริ่มลงมือกระทำผิดเข้าขั้นพยายามก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นใกล้ต่อผลที่จะเกิดเป็นความผิดขึ้น เช่น การไล่ทำร้ายร่างกาย เพียงแต่มีการกระทำที่แสดงให้เห็นเจตนาแล้วเท่านั้นยังไม่พอถือเป็นการลงมือพยายามกระทำผิด การลงโทษโดยอาศัยพฤติการณ์เพียงเท่าที่แสดงเจตนานี้อาจเป็นการไกลเกินสมควรไป

<sup>189</sup> จิติ ดิงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 290 – 317.

ค. การกระทำบางกรณีซึ่งผู้กระทำได้ตั้งต้นเพื่อกระทำให้ตลอดจนเกิดผลสำเร็จเป็นความผิด แม้มีการพักเป็นตอน ๆ ในระหว่างนั้น ซึ่งคุณล้ายจะเป็นการทำให้เป็นระยะ ๆ ในชั้นเตรียมดังกล่าวมาในข้อ ก ก็ตาม เมื่อการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่ผู้กระทำลงมือเพื่อกระทำติดต่อกันไปจนสำเร็จและใกล้ชิดต่อผลแล้ว การกระทำนั้นก็ไม่ใช่เพียงแค่การเตรียม แต่เข้าขั้นการลงมือพยายามกระทำความคิดแล้ว<sup>190</sup> เช่น การถือปืนไปชุ่มคอกอยู่เพื่อยิงผู้ที่ตนประสงค์จะฆ่าซึ่งไม่รู้ว่าจะผ่านมาเมื่อใดเป็นแค่การรอคอยโอกาสอยู่ในชั้นเตรียม แต่ถ้ารู้ว่าคนที่ตนต้องการฆ่านั้นผ่านมาเมื่อใดและเข้าชุ่มอยู่ในที่เหมาะพร้อมที่จะยิงได้โดยผู้้นกำลังใกล้เข้ามาแม้จะยังไม่อยู่ในระยะยิงก็ถือว่าผู้้นลงมือกระทำการพยายามฆ่าคนแล้ว ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำก็เป็นแต่ชุ่มคอกโอกาสที่จะยิงได้เช่นเดียวกัน

ในต่างประเทศเช่นในคดี Stokes v.State ค.ศ.1908<sup>191</sup> ตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวเป็นพยายามฆ่า โดยปรากฏเพียงว่าจำเลยเข้าใจว่าผู้ที่ตนต้องการฆ่าใกล้จะผ่านมาดังที่จำเลยเข้าใจแตกต่างจากแนวความเห็นของศาลไทยที่การพยายามฆ่าโดยใช้ปืนยิง ลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิดต้องถึงขั้นยกปืนขึ้นเล็งเสียก่อน

และการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะทำติดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผลซึ่งเป็นการลงมือกระทำความคิดเข้าขั้นพยายามนั้น ไม่จำเป็นต้องถึงกับเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายก่อนที่จะเกิดผลเป็นความผิดสำเร็จขึ้น เช่น การที่ ก. ตั้งใจฆ่า ข. โดยวางยาพิษชนิดที่ต้องการให้ ข. กินเป็นคราว ๆ จนกว่าปริมาณยาพิษที่ ข. กินเข้าไปจะรวมกันถึงขนาดที่จะทำให้ ข. ตาย เมื่อ ก. ได้เริ่มวางยาให้ ข. กินจำนวนแรกก็ได้ชื่อว่าได้ลงมือกระทำเข้าขั้นพยายามฆ่าคนแล้ว<sup>192</sup>

อนึ่งระยะทางหรือระยะเวลาระหว่างการกระทำกับผลที่จะเกิดขึ้นก็ไม่ใช่ข้อสำคัญที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใกล้ชิดต่อผลเข้าขั้นพยายามหรือยัง ถ้าเป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะทำติดต่อกันเพื่อให้เกิดผลสำเร็จเป็นความผิดก็เข้าขั้นลงมือพยายามกระทำความคิดแล้ว เช่น ก. ส่งยาพิษให้ ข. ในวันนี้เพื่อผสมยาให้ ค. กินในวันรุ่งขึ้น โดยหลอกให้ ข. เข้าใจว่าเป็นยารักษาโรคที่ ข. มี

<sup>190</sup> แนวความเห็นตามตัวอย่างนี้เหมือนกับคำอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามเกณฑ์ของ Stephen หัวข้อที่ 3.1.1.3 ก ในบทที่ 3

<sup>191</sup> Stokes v. State (1908) *Perdins Crim. Law* p.559. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 303.

<sup>192</sup> R.v.White (1910) *Williams no.201* p.625. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 304.

หน้าที่ต้องจัดให้ ค. กิน แม้ ค. จะต้องกินยานั้นต่อเมื่อถึงวันรุ่งขึ้น ก็ได้ชื่อว่า ก. ลงมือกระทำ ความผิดเข้าขั้นพยายามแล้ว<sup>193</sup>

ข้อนี้อาจต่างกับกรณีที่ ก. เองจะวางยาพิษให้ ค. กิน เพราะเป็นการที่ ก. จะลงมือทำที่ ต่อเมื่อถึงวันรุ่งขึ้นที่ ก. จะส่งยาพิษให้ ค. กิน แต่การหลอกใช้ ข. เป็นการลงมือกระทำติดต่อ ตลอดไปจนเป็นผลสำเร็จแล้ว หรือ ก. ผสมยาพิษในอาหารที่ ข. จะมากินเองเมื่อถึงเวลา การผสม ยาพิษลงในอาหารที่ ข. จะมากินเองเมื่อถึงเวลา ได้ชื่อว่า ก. พยายามฆ่าคนแล้ว หรือการวางเชื้อเพลิง ไว้ในที่ ๆ ผู้เสียหายจะมาก่อไฟขึ้นเองเป็นการพยายามวางเพลิงแล้ว การวางกับดักไว้เพื่อผู้เสียหาย จะเข้ามาสู่อันตรายนั้นเองเป็นการพยายามทำร้าย การทำให้ผู้เสียหายหลงเข้ามาสู่กับดักที่ผู้กระทำ ล่อไว้ หรือใช้คนอื่นที่ไม่รู้ถึงอันตรายที่จะเกิดขึ้นเป็นเครื่องมือ ข่มขู่เหมือนผู้กระทำได้กระทำ การนั้นเอง เป็นการพยายามกระทำตั้งแต่ที่ทำอุบายนั้นแล้ว (ตามตัวอย่างหลังนี้ เป็นกรณีที่เทียบได้ กับคำอธิบายในทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ในบทที่ 3)

ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางการอธิบายการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามทฤษฎีการกระทำที่ ใกล้ชิดต่อผลของท่านศาสตราจารย์จิตติฯ มีความเห็นส่วนใหญ่คล้ายกับแนวทางการอธิบายทฤษฎี การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในฝรั่งเศส และแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตาม แนวทางของ Stephen ซึ่งเห็นแตกต่างจากแนวทางปฏิบัติของศาลในบางกรณีซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

**4.2.1.2 แนวทางการอธิบายของรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์<sup>194</sup>** นัก นิติศาสตร์และอาจารย์ประจำมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เห็นว่าการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามตาม ทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) หมายถึง

**ก. การที่ผู้กระทำได้กระทำการกระทำ “ขั้นสุดท้าย” ซึ่งจำต้องกระทำเพื่อให้ความผิด สำเร็จ ตัวอย่างเช่น**

1. ก. ต้องการฆ่า ข. โดยการใช้ปืนยิง หาก ก. ได้ลั่นไกปืนก็ถือว่าเป็นการลงมือฆ่าแล้ว เพราะถือว่าการลั่น ไกปืนเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายซึ่ง ก. จำเป็นต้องกระทำเพื่อให้การฆ่าได้เกิดขึ้น
2. ก. ต้องการฆ่า ข. โดยการให้ ข. กินยาพิษ ซึ่งต้องกินขนาด 4 กรัม จึงตาย ก. เอายา พิษ 4 กรัม ผสมในขวดน้ำที่ ข. จะต้องกินเป็นประจำทุกวัน การกระทำของ ก. ถือว่าเป็นการลงมือ ฆ่า ข. เพราะเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายที่ ก. จำเป็นต้องทำ

<sup>193</sup> แหล่งเดิม. หน้า 304.

<sup>194</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 352.

การกระทำขั้นสุดท้ายจริง ๆ ในที่นี้คือการที่ ข. มากินน้ำในขวดนั้นด้วยตนเอง แต่สำหรับ ก. นั้น ก. ได้ทำทุกอย่างที่ตนจำต้องทำเพื่อให้ ข. ตายเพราะกินยาพิษแล้ว เป็นการมองการกระทำในด้านตัวผู้กระทำเท่านั้น

3. การใช้บุคคลหรือสัตว์เป็นเครื่องมือ (Innocent agent) ให้กระทำความผิดนั้นเพียงแต่หลอกใช้ก็เป็นการลงมือแล้ว ตัวอย่างเช่น ก. เป็นคนง่อยเดินไปมาไม่ได้ ก. ต้องการขโมยสายสร้อยของ ข. ก. จึงหลอก ค. ว่าสายสร้อยของ ข. เป็นของ ก. และบอกให้ ค. ช่วยหยิบสายสร้อยเส้นนั้นส่งให้แก่ ก. ด้วย ค. หลงเชื่อตามที่ ก. ขอร้อง ก่อนที่ ค. จะหยิบสายสร้อยส่งให้แก่ ก. ถือว่าการกระทำของ ก. เพียงเท่าที่หลอก ค. นั้นเป็นการลงมือกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ของ ข. แล้วกรณีนี้ถือว่า ค. เป็น Innocent Agent

หรือ ก. ต้องการฆ่า ข. ให้ตายโดยการให้ยาพิษแก่ ข. กิน ก. จึงหลอก ค. ซึ่งมีหน้าที่เอายารักษาโรคให้ ข. กินว่าสิ่งที่อยู่ในขวดที่ ก. ส่งให้ ค. นั้นเป็นยารักษาโรคซึ่งความจริงคือยาพิษโดย ก. รู้ว่า ค. จะเอายาให้ ข. กินในวันรุ่งขึ้น เช่นนี้ถือว่า ก. ลงมือฆ่า ข. แล้วเพราะ ก. ได้กระทำการขั้นสุดท้ายซึ่งตนจำต้องกระทำเพื่อความผิดเกิดขึ้นแล้ว (แม้ว่าความจริงการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นเป็นหน้าที่ของ ค. แต่ก็ไม่เกี่ยวกับ ก. เพราะ ก. ไม่มีอะไรที่จะต้องทำอีกต่อไปแล้ว)

ข. ยกเว้นบางกรณี แม้ว่ามีใช้การกระทำ “ขั้นสุดท้าย” จริง ๆ ในแง่ของผู้กระทำก็อาจถือว่าการลงมือกระทำความผิดได้ หากเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำติดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผล ตัวอย่างเช่น

1. ก. ตั้งใจฆ่า ข. โดยวางยาพิษที่ต้องให้ ข. กินเป็นคราว ๆ จนกว่าปริมาณยาพิษที่ ข. กินเข้าไปจะรวมตัวกันถึงขนาดที่จะทำให้ ข. ตาย เมื่อ ก. ได้เริ่มวางยาพิษให้ ข. กิน จำนวนแรกก็ถือว่า ก. ลงมือกระทำความผิดแล้ว

2. ก. ต้องการฆ่า ข. ก. จ้องปืนเล็งไปที่ ข. ถือว่า ก. ลงมือฆ่า ข. แล้วแม้ว่า ก. จะยังมีทันลั่นไกปืนยิง ข. ก็ตาม

3. การที่จำเลยกับพวกประสงค์จะพาผู้เสียหายออกไปจากประเทศเพื่อการรับจ้างให้เขาทำเมฆกรรมแต่จำเลยถูกจับกุมเสียก่อนที่ท่าอากาศยานกรุงเทพฯ ในขณะที่กำลังเขาแถวรอรับบัตรเลขที่นั่งในเครื่องบินสำหรับจำเลยและผู้เสียหาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการพาผู้เสียหายออกไปจากประเทศไทยเพื่อการรับจ้างให้เขา

ทำเมฆกรรม เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้น ถือว่าเป็นการกระทำขั้นต้น  
เตรียมเข้าสู่การลงมือกระทำผิดแล้ว<sup>195</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า แนวทางการให้ความหมายการใกล้ชิดต่อผลตามทฤษฎีการกระทำที่  
ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ของรองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจรฯ หลักอิงอยู่กับการ  
กระทำในขั้นตอนสุดท้าย เทียบได้กับทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสุดท้าย (Last acts theory) ในบท  
ที่ 3 ส่วนในบางกรณีแม้ไม่ใช่การกระทำในขั้นตอนสุดท้ายก็อาจเป็นการพยายามกระทำผิด  
ได้ถ้าเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำติดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผล  
(เหมือนกับคำอธิบายการใกล้ชิดต่อผลของศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทริย์ ในหัวข้อ 4.2.1.1 และ  
แนวทางการอธิบายกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Stephen ในบทที่ 3) แต่ตามเจตนารมณ์เห็นว่า  
ต้องการนำมาใช้ในบางกรณีในเชิงที่เป็นบทยกเว้นเท่านั้น มีปัญหาว่ากรณีใดจะใช้หลักทั่วไปหรือ  
กรณีใดจะใช้บทยกเว้น

#### 4.2.2 ฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility act theory)<sup>196</sup>

นักนิติศาสตร์ของไทยส่วนน้อยเห็นด้วยกับทฤษฎีนี้ ผู้ที่เห็นด้วยและนำทฤษฎีนี้อธิบาย  
มีหลายท่านด้วยกัน ได้แก่ ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร<sup>197</sup>, รองศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒน  
กุล<sup>198</sup> และรองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสากววงศ์<sup>199</sup> เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปการกระทำที่จะเป็นการลงมือพยายามกระทำผิดตามแนวทางของ  
ทฤษฎีนี้เมื่อการกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามถึงที่กฎหมายประสงค์  
จะคุ้มครองในความผิดฐานนั้น ๆ หรือที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut or directly  
dangerous to interests protected under the law) หรือ “นิติสมบัติ” โดยการพิจารณาจะคำนึงถึงความ  
ใกล้ชิดของอันตราย การที่จะก่อความเสียหาย และความรู้สึกหวาดกลัวต่ออันตรายในความรู้สึก  
ของชุมชนประกอบด้วย ซึ่งกว้างหรือแคบจะขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิดฐานนั้น ๆ โดย

<sup>195</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>  
และ อ้างถึงใน หนังสือรวมคำพิพากษาฎีกา เล่มที่ 3 พ.ศ.2533. สำนักงานส่งเสริมตุลาการศาลยุติธรรม. หน้า  
188.

<sup>196</sup> คณิต ณ นคร. (2543). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 272.

<sup>197</sup> แหล่งเดิม. หน้า 92 – 95.

<sup>198</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2543). “วิชากฎหมายอาญาชั้นสูง.” คำบรรยาย ครั้งที่ 6 ปีการศึกษา  
2543. นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

<sup>199</sup> กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2538). สัมมนากฎหมายอาญาชั้นปริญญาโท. หน้า 81 – 91.

คุณธรรมทางกฎหมายจะเป็นตัวแปรในการวินิจฉัย ซึ่งจะมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละฐานความผิด เหมือนกับคำอธิบายตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous Possibility acts theory) ในบทที่ 3

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัยฯ ได้ให้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิดของไทยไว้อีกด้วยว่า<sup>200</sup> บทบัญญัติเรื่องการพยายามกระทำความผิดในหมวดที่ 5 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 23 และมาตรา 24 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (STGB) ดังนี้จึงควรศึกษาถึงทฤษฎีกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังของการพยายามกระทำความผิดของเยอรมัน โดยย่อเพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการพยายามกระทำความผิด

กล่าวโดยรวมแล้วแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ในส่วนนี้เห็นว่า กฎหมายว่าด้วยเรื่องการพยายามกระทำความผิดของไทยมีพื้นฐานมาจากแนวคิดของกฎหมายอาญาเยอรมัน จึงควรให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความผิด และกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดไปในทำนองเดียวกับประเทศเยอรมันนี้ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั่นเอง

แนวคิดเช่นนี้ได้แสดงออกมาให้เห็นในทางปฏิบัติ กรณีพนักงานอัยการใช้ดุลยพินิจสั่งฟ้องผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติเลือกตั้งบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 ตามคำพิพากษาคดีอาญาที่ 7562/2540 และบทวิจารณ์คำพิพากษาดังกล่าวของท่านศาสตราจารย์คณิต ณ นคร ในฐานะอัยการสูงสุดในขณะนั้นผู้สั่งฟ้องคดี ดังต่อไปนี้

#### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540<sup>201</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540 วินิจฉัยว่าตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35 บัญญัติว่า “เมื่อมีการประกาศพระราชกฤษฎีกาให้เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเขตเลือกตั้งใดจนถึงวันเลือกตั้ง ห้ามมิให้ผู้สมัครหรือผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่นหรือให้งดเว้นมิให้ลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครด้วยวิธีการดังนี้ (1) จัดทำ ให้ หรือสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด...” จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจะเห็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย ได้ว่า ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ว่าในเขตเลือกตั้งใด กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะห้ามมิให้ผู้สมัครหรือผู้ใดที่มีผู้สมัครกระทำการอย่างหนึ่ง

<sup>200</sup> แหล่งเดิม. หน้า 85.

<sup>201</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา 7562/2540. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

อย่างไร เพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่นด้วยวิธีการ จัดทำ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด ดังนั้น ผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวด้วยการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ย่อมเป็นการ กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35(1) สำเร็จ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ขณะที่จำเลยทั้งสองถูกจับและเจ้าพนักงานตำรวจยึดของกลาง ทั้งหมดได้ จำเลยทั้งสองได้จัดทำธนบัตรของกลางทั้ง 11,400,000 บาท ไว้ พร้อมทั้งจะนำไปแจกจ่าย หรือให้แก่ผู้เลือกตั้งตามบัญชีรายชื่อในเขตอำเภอลำปลายมาศและอำเภอเมืองบุรีรัมย์แล้ว ด้วยการ นำธนบัตรชนิดราคา 100 บาท กับชนิดราคา 20 บาท ที่มีตราয়รูปยันต์ประทับตรงบริเวณลายน้ำ พระบรมฉายาลักษณ์มาเย็บติดกันเป็นชุดชุดละ 120 บาท และมีครวมกันมัดละ 100 ชุด ใส่ ถุงพลาสติกบรรจุในกล่องกระดาษและถุงทะเลไว้พร้อมดั่งนั้น โดยลักษณะของการกระทำดังกล่าว ถือว่าจำเลยทั้งสองจัดทำธนบัตรของกลางซึ่งเป็นทรัพย์สินเพื่อจะจูงใจให้บรรดาผู้เลือกตั้งในเขต เลือกตั้งที่ 1 และเขตเลือกตั้งที่ 2 ลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครหมายเลข 4,5 และ 6 ในเขต เลือกตั้งที่ 1 และหมายเลข 10 ในเขตเลือกตั้งที่ 2 จังหวัดบุรีรัมย์แล้ว แม้จำเลยทั้งสองจะยังไม่ได้ แจกจ่ายธนบัตรนั้นแก่บรรดาผู้เลือกตั้งทั้งหลาย จำเลยทั้งสองก็กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติ การเลือกตั้งฯ มาตรา 35(1) สำเร็จแล้ว

แต่ปรากฏว่าโจทก์มิได้บรรยายฟ้องเอาผิดแก่การจัดทำธนบัตรของกลางของจำเลยทั้งสอง ซึ่งถือว่าเป็นความผิดสำเร็จมาด้วย โจทก์คงบรรยายฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองแต่เพียงว่า จำเลยทั้งสองมีเจตนาพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเขตเลือกตั้งที่ 1 และเขตเลือกตั้งที่ 2 จังหวัดบุรีรัมย์ เพื่อจะจูงใจให้บรรดาผู้เลือกตั้งทั้งสองเขตดังกล่าวลงคะแนน เลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครในเขตเลือกตั้งที่ 1 หมายเลข 4 ,5 และ 6 กับเขตเลือกตั้งที่ 2 หมายเลข 10 สถานเดียวเท่านั้น เมื่อโจทก์ประสงค์จะให้ลงโทษจำเลยทั้งสองเพียงพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้ เลือกตั้งสถานเดียว ก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นเพียงขั้นเตรียมการให้ ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งอันไม่เป็นความผิดต่อพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35(1) ดังที่จำเลยทั้งสองฎีกาหรือไม่ เห็นว่า เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์ขณะที่จำเลย ทั้งสองถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับพร้อมของกลาง คงเหลือเวลาอีกเพียง 3 วัน ก็จะถึงกำหนดวัน เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นับว่าเป็นระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับวันเลือกตั้งมากแล้ว ประกอบกับ ลักษณะธนบัตรของกลางที่จำเลยทั้งสองจัดทำขึ้นเป็นชุดพร้อมที่จะนำไปแจกจ่ายหรือให้แก่บรรดา ผู้เลือกตั้งดังกล่าวได้ตามบัญชีรายชื่อหัวคะแนนแต่ละหมู่บ้าน บัญชีรายชื่อแกนนำบัญชีรายชื่อ ผู้รับผิดชอบแต่ละตำบลในอำเภอลำปลายมาศ บัญชีรายชื่อผู้เลือกตั้ง (ส.ส.13) ของอำเภอเมือง บุรีรัมย์ ตารางแสดงจำนวนหมู่บ้าน ตลอดจนข้อมูลหน่วยเลือกตั้งตำบลต่าง ๆ ในอำเภอลำปลาย

มากที่สุดที่จำเลยทั้งสองรวบรวมไว้แล้ว แสดงว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาจะให้ทรัพย์สินว่าจำเลยเพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัคร และจำเลยทั้งสองก็ได้จัดหาทรัพย์สิน คือธนบัตรชนิดราคา 100 บาท และชนิดราคา 20 บาท รวมทั้งของกลางต่าง ๆ ดังกล่าว แล้วจำเลยทั้งสองได้ลงมือดำเนินการตามเจตนาข้างต้น โดยนำธนบัตรมาเย็บติดกันเป็นชุดมัดรวมกัน มัดละ 100 ชุด บรรจุในกล่องกระดาษและถุงทะเลเสร็จพร้อมที่จะนำไปให้แก่บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งได้ทันที การกระทำของจำเลยทั้งสองถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ล่วงไปถึงขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการนำธนบัตรของกลางไปแจกจ่ายหรือให้แก่บรรดาผู้เลือกตั้ง เพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครที่จำเลยทั้งสองให้การสนับสนุน เป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความสำเร็จที่จะเกิดขึ้นจึงต้องถือว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองพ้นขั้นเตรียมการเข้าสู่การลงมือกระทำความผิดแล้ว หากแต่ไม่สำเร็จเพราะเจ้าพนักงานตำรวจจับจำเลยทั้งสองได้เสียก่อน มิฉะนั้นแล้วจำเลยทั้งสองก็จะกระทำความผิดต่อไปได้สำเร็จ การที่จำเลยทั้งสองถูกจับเสียก่อนในขณะที่ลงมือกระทำความผิดแล้วเช่นนี้ ย่อมมีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งเพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครดังที่โจทก์ฟ้องแล้ว และธนบัตรของกลางกับของกลางอื่นถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้ริบได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 (1)

(หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา<sup>202</sup> ตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35 การจัดทำ ให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด เพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่นก็เป็นความผิด คดีนี้ศาลฎีกามองว่าจำเลยได้จัดทำทรัพย์สินคือนำธนบัตรมาเย็บติดกันเป็นชุด และมีมูลเหตุจงใจเพื่อจะจงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่นจึงเป็นความผิดสำเร็จ ไม่เป็นการพยายามกระทำความผิดในส่วนนี้ ดังนั้น แม้ยังไม่มีการแจกจ่ายธนบัตรที่จัดทำไว้ ก็เป็นความผิดสำเร็จ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดสำเร็จแล้วแต่โจทก์ฟ้องของให้ลงโทษฐานพยายามกระทำความผิด ศาลจึงพิพากษาลงโทษได้เพียงฐานพยายามกระทำความผิดเท่าที่ขอมา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192)

ความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกานี้แบ่งวิเคราะห์ออกได้สองประเด็น หนึ่งศาลเห็นว่าเป็นการ “จัดทำ” อันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว แต่เมื่อการฟ้องของพนักงานอัยการฟ้องให้ลงโทษเพียงฐานพยายามกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192

<sup>202</sup> ความเห็นของท่านอาจารย์ไพโรจน์ วายูภาพ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540. อ้างถึงในหนังสือรวมคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2540. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1997 – 1998.

ห้ามศาลพิพากษาเกินฟ้องจึงต้องลงโทษฐานพยายาม อีกประเด็นหนึ่งศาลวิเคราะห์ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการ “ให้” ในองค์ประกอบของความผิดฐานนี้หรือไม่ ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการให้และเป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้นถือว่าพ้นชั้นเตรียมการเข้าสู่การลงมือกระทำความผิดแล้ว มีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งเพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครแล้ว

**บทวิจารณ์ของศาสตราจารย์คณิต ฒ นคร ในฐานะในฐานะพนักงานอัยการผู้สั่งฟ้องคดี<sup>203</sup>**

คดีนี้ถึงความสงสัยว่าการฟ้องของพนักงานอัยการน่าจะมีความบกพร่องอยู่ที่ได้ตั้งฟ้องและฟ้องผู้ถูกกล่าวหาเพียงแค่พยายามกระทำความผิดทั้ง ๆ ที่การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นความผิดสำเร็จ ศาสตราจารย์ ดร.คณิตฯ จึงได้เขียนบทความชี้แจงและได้แสดงความเห็นการแบ่งแยกการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมในแนวทางทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่ออันตรายไว้โดยชัดเจนในบทความด้วย สรุปได้โดยย่อ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.คณิตฯ เห็นว่าฟ้องของอัยการในคดีนี้มีได้บกพร่อง โดยวิเคราะห์ว่า “...การที่กฎหมายบัญญัติความผิดนี้ไว้ก็เพื่อให้การเลือกตั้งในระบอบประชาธิปไตยได้เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม ฉะนั้น สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองในความผิดฐานนี้คือความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้ง การกระทำใด ๆ อันเป็นการกระทำต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้งย่อมเป็นความผิด หากการกระทำนั้นบรรลุผลก็เป็นความผิดสำเร็จตามกฎหมาย หากได้ลงมือกระทำก็เป็นพยายามกระทำความผิดตามกฎหมาย ดังนั้นข้อพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการลงมือกระทำ จึงต้องพิจารณาจากสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือที่เรียกว่า คุณธรรมทางกฎหมาย (legal interest หรือ rechtsgut) ว่าได้ถูกระทบจากการกระทำนั้นหรือไม่ และข้อพิจารณาที่ว่า การลงมือกระทำจะต้องใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จนั้นก็จำต้องอาศัยข้อพิจารณาว่าการกระทำได้กระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเช่นกัน หากว่าจะพิจารณาจากช่วงเวลาหรือวิธีการของการกระทำเท่านั้นไม่...” และเห็นว่า

1. การกระทำของผู้ต้องหาไม่เป็นการกระทำตามมาตรา 35 (2) (3) (4) (5) และไม่เป็น การกระทำที่เป็นการ “จัดทำ” ตามมาตรา 35 (1) ด้วยว่าพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มิได้บัญญัติความหมายของคำว่า “จัดทำ” ไว้จึงต้องพิจารณาความหมายที่เป็นสามัญธรรมดาซึ่งหมายความว่า ดำเนินการตกแต่ง ประกอบ ผลิต สร้าง หรือก่อ

<sup>203</sup> คณิต ฒ นคร. (2546,1 มีนาคม). “บทความการดำเนินคดีของพนักงานอัยการและคำพิพากษาของศาลในคดีซื้อเสียงที่จังหวัดบุรีรัมย์.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,ปีที่ 33,เล่มที่ 1. หน้า 2.

สิ่งใด ๆ โดยเป็นการกระทำต่อสิ่งใด ๆ ที่มีอยู่ให้เป็นของใหม่ขึ้น เปลี่ยนรูปไป หรือเพิ่มค่าขึ้น การจัดทำทรัพย์สินตามความหมายนี้จึงเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินที่ไม่อาจหิบบิ้น ส่งมอบให้แก่กันได้ อย่างสิ่งของทั่วไป เพราะหากทรัพย์สินนั้นสามารถหิบบิ้น ส่งมอบให้แก่กันได้ อย่างสิ่งของทั่วไปแล้ว กรณีก็จะเข้าลักษณะ “ให้” ที่ได้บัญญัติแยกการกระทำไว้เป็นอีกกรณีหนึ่ง จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น การกระทำของผู้ต้องหาทั้งสองจึงมิใช่เป็นการจัดทำทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใดตามความหมายในพระราชบัญญัตินี้

2. เห็นว่าวิธีการให้ตามพระราชบัญญัตินี้ บัญญัติไว้ถึง 3 ประการด้วยกัน คือ “ให้เสนอให้ และสัญญาว่าจะให้” แสดงว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดทั้ง 3 ประการนี้เป็นการกระทำที่กระทบต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้งอันเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแล้ว แม้เพียงแต่เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้โดยที่ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้นั้นผู้กระทำเองอาจจะยังไม่มีอยู่เลย หรือยังไม่ได้จัดหาเตรียมไว้ ทั้งผู้หนึ่งผู้ใดยังไม่ได้รับเลย ก็เป็นความผิดสำเร็จตามมาตรา 35 (1) นี้ได้ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง คือ ความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้งแล้ว การกระทำของผู้ต้องหาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับวันลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง แม้ผู้ต้องหาทั้งสองจะยังไม่ให้เงินดังกล่าวแก่ผู้ใด การกระทำดังกล่าวก็เป็นการลงมือกระทำความผิดฐานให้ทรัพย์สินฯ แล้ว เพราะการกระทำทั้งปวงประกอบระยะเวลาดังกล่าวเป็นอันตราโดยตรงและใกล้ชิดกระทบต่อความบริสุทธิ์ยุติธรรมของการเลือกตั้ง หากใช่เป็นการเตรียมการซึ่งไม่เป็นความผิดไม่ ผู้ต้องหาทั้งสองเพียงแต่แจกจ่ายเงินสดและแผ่นโฆษณาหาเสียงภาพผู้สมัครเลือกตั้งให้กับ ผู้หนึ่งผู้ใด โดยจะดำเนินการด้วยตนเองหรือโดยบุคคลอื่นก็เป็นความผิดสำเร็จทันทีจึงเห็นว่า ผู้ต้องหาทั้งสองมีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดฯ ตามมาตรา 35 (1) แล้ว การสั่งฟ้องของพนักงานอัยการถูกต้องแล้ว

ศาสตราจารย์ ดร.คณิตฯ ยังให้ข้อสังเกตไว้อย่างน่าสนใจว่าในข้อพิจารณาที่ว่า การลงมือกระทำการจะต้องใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จนั้นก็จำต้องอาศัยข้อพิจารณาว่าการกระทำได้กระทบต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเช่นกัน หากว่าจะพิจารณาจากช่วงเวลาหรือวิธีการของการกระทำเท่านั้นไม่

#### 4.2.3 แนวความเห็นอื่น ๆ

#### 4.2.3.1 แนวทางการอธิบายตามทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนสำคัญ (The Substantial Step acts Theory)<sup>204</sup>

รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์ ได้นำแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) ที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาใหม่ (Model Penal Code, (official Draft, 1962) sec. 501) ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาอธิบายซึ่งมีรายละเอียดและใจความสำคัญเหมือนกับทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial step acts theory) ในบทที่ 3 แต่ไม่ได้กล่าวให้การสนับสนุนหรือเห็นควรนำมาใช้แต่อย่างใด เห็นว่าเพียงนำมาเผยแพร่เพื่อประโยชน์ในการศึกษาเท่านั้น

#### 4.2.3.2 แนวทางการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิดโดยใช้ลักษณะของการกระทำเป็นเกณฑ์

การให้ความหมายการลงมือกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 ตามแนวทางการอธิบายนี้ อันเป็นการอธิบายลักษณะของการกระทำที่กฎหมายพยายามต้องการ และเป็น การกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมตามแนวทางนี้มุ่งมองถึงลักษณะของการกระทำของผู้กระทำความผิดเป็นเกณฑ์ มีผู้อธิบายไว้หลาย ๆ ท่านด้วยกัน ได้แก่

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย<sup>205</sup>, ศาสตราจารย์พระวรภักดิ์ พิบูลย์<sup>206</sup> และรองศาสตราจารย์ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ<sup>207</sup> นักนิติศาสตร์และนักวิชาการผู้มีชื่อเสียงของประเทศไทย ซึ่งเห็นว่าการให้ความหมายการลงมือกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 อันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมในกฎหมายอาญาอธิบายโดยการแยกลักษณะของการกระทำออกกรรมเดียวและหลายกรรม คือ

1. ถ้าเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยกรรม ๆ เดียว เช่น การยิง การฟัน การแทง การกระทำใดในทางธรรมชาติที่เป็นอันเดียวกับการกระทำความผิด เช่น ในการยิงถ้าผู้กระทำขึ้นนกปืน

<sup>204</sup> เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์. (2539, มีนาคม). “แนวความคิดเรื่อง การลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญอเมริกัน หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ.” *บทบัญญัติ นิตยสารของเนติบัณฑิตยสภา*, เล่ม 52, ตอน 1. หน้า 21 – 27.

<sup>205</sup> หยุด แสงอุทัย. (2537). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. หน้า 86 – 87.

<sup>206</sup> วรภักดิ์พิบูลย์, พระ. (2514) *คำอธิบายกฎหมายอาญา 1*. หน้า 229.

<sup>207</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2544). *หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป*. หน้า 55. และ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2529). “วิชา น.316 สัมมนากฎหมายอาญา.” *เอกสารเผยแพร่ของคณะกรรมการบริการทางวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. หน้า 81 – 84.

จึงจะยิ่งถือได้ว่าเป็นการกระทำซึ่งในทางธรรมชาติเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำความผิด เพราะการยิงจะต้องประกอบไปด้วยการขึ้นนกปืนและจ้องจะยิง จึงถือได้ว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด หรือเช่นในการฟันถ้าผู้กระทำเจือดาบขึ้นจะฟันก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำซึ่งในทางธรรมชาติซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับการกระทำความผิด เพราะในการฟันจะต้องเจือเสี้ยก่อน จึงถือได้ว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด เช่นเดียวกันในการแทงการหยิบมีดพุ่งเข้าไปที่ตัวผู้ถูกทำร้ายเป็นการกระทำซึ่งในทางธรรมชาติเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับการแทง จึงถือได้ว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด

2. ถ้าเป็นการกระทำที่ประกอบด้วยหลายกรรม ผู้กระทำได้กระทำความผิดกรรมใดกรรมหนึ่งลงไป หรือกระทำความผิดอันเป็นการกระทำในทางธรรมชาติกับกรรมใดกรรมหนึ่งดังกล่าว ก็ถือได้ว่าได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่น ความผิดฐานชิงทรัพย์ตามมาตรา 339 ต้องประกอบด้วย (1) ลักทรัพย์ และ (2) ใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าในทันใดนั้นจะใช้กำลังประทุษร้าย ฉะนั้นถ้าปรากฏว่าผู้กระทำการ ขู่เข็ญว่าในทันใดนั้นจะใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว แม้จะไม่ทันได้ลักทรัพย์ก็ถือว่าได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว เช่นเดียวกันกับความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถานประกอบด้วย (1) ลักทรัพย์ (2) โดยเข้าไปในเคหสถาน ฉะนั้นถ้าปรากฏว่าผู้กระทำเข้าไปในเคหสถานแม้จะยังไม่ได้ลักทรัพย์ ก็ถือได้ว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว

ข้อสังเกต แนวทางการอธิบายตามแนวคิดนี้ เทียบกับแนวทางการอธิบายตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลที่ให้ความหมายของการลงมือว่าต้องเป็นการกระทำที่ถึงขนาดเป็นการกระทำในส่วนหนึ่งส่วนใดขององค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ นั้นเอง

**4.2.3.3 แนวความเห็นที่ว่าไม่มีหลักเกณฑ์ตายตัวสำหรับการวินิจฉัยในเรื่องนี้** เป็นความเห็นของพระยาอรรถการีย์นิพนธ์<sup>208</sup>

โดยเห็นว่าเป็นปัญหาอันยุ่งยากในการหาจุดที่จะแยกการเตรียมและการลงมือพยายามกระทำความผิดออกจากกัน ไม่เป็นการง่ายนักที่จะวินิจฉัยว่าในกรณีอย่างไรที่จะถือได้ว่าเป็นการพ้นจากการเตรียมและเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว การจะวางหลักลงไปให้ตายตัวว่าเมื่อไรจึงจะถือได้ว่าเป็นการลงมือพยายามกระทำนั้นนับว่าเป็นพันวิสัย เพราะกรณีเกิดขึ้นย่อมจะแตกต่างกันไม่เหมือนกัน<sup>209</sup> แต่อาจให้หลักพอจะจับเป็นแนวทางในการปรับใช้ตามควรแก่

<sup>208</sup> อรรถการีย์นิพนธ์, พระยา. “ความรับผิดชอบของบุคคลในทางอาญา.” *บทบัญญัติ, เล่มที่ 26, ตอน 1-2*. หน้า 103-106.

<sup>209</sup> เป็นแนวคิดตามแบบอย่างผู้พิพากษาของอังกฤษตาม Common Law เดิม ที่ไม่เห็นด้วยในการหากรอบที่เป็นบัญญัติที่ใช่ได้เป็นการทั่วไปมาปรับใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้

กรณี ซึ่งเหมือนกับแนวทางการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิดโดยใช้ลักษณะของการกระทำเป็นเกณฑ์ ตามหัวข้อ 4.2.3.2 นั้นเอง

#### 4.3 เกณฑ์การวินิจฉัยของศาลฎีกา

ทางปฏิบัติศาลจะเป็นผู้ตีความและปรับใช้กฎหมายโดยแสดงออกมาให้เห็นทางคำพิพากษาต่าง ๆ เกี่ยวกับเรื่องนี้มีคำอธิบายโดยชัดเจนว่าได้ใช้แนวคิด หรือรับเอาหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีใดมาเป็นเหตุผลในการตัดสิน

แต่จากการใช้ถ้อยคำที่เป็นเหตุผลของการตัดสินตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน ดังต่อไปนี้ ที่กล่าวว่า การกระทำที่จะเป็นการพยายามกระทำความผิดต้องเป็น “เป็นการใกล้เคียงเหตุและอาจจะเกิดผลตามความมุ่งหมายขึ้นได้โดยทันที” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 161/2460<sup>210</sup> , “ความพยายามถึงใกล้ต่อผลที่จะได้ตามความมุ่งหมายของจำเลยแล้ว” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 50/2464<sup>211</sup> , “ต้องสืบให้เห็นด้วยว่าจำเลยได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งลงเป็นลำดับจนใกล้ชิดกับเหตุแห่งการกระทำผิดแล้ว” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 331/2465<sup>212</sup> , “ยังไม่ใกล้ชิดกับเหตุพอ” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 464/2467<sup>213</sup> , “ยังห่างกับเหตุ” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 323/2470<sup>214</sup> , “ยังไกลกับเหตุ” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 495/2470<sup>215</sup> , “เหตุอันใกล้ชิดอันก่อให้เกิดเป็นไฟขึ้นนั้นยังไม่มี” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 557/2474<sup>216</sup> , “การกระทำของจำเลยเข้าขั้นสำคัญที่ติดต่อกลัดชิดต่อการกระทำผิดโดยบริบูรณ์” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 204/2475<sup>217</sup> , “ยังไม่ถึงขีดที่สามารถจะทำได้” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2475<sup>218</sup> , “เป็นการกระทำที่ใกล้ต่อผลสำเร็จแล้วหากแต่ถูกจับเสียก่อน” ตามคำ

<sup>210</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 161/2460. อ้างถึงใน พันตำรวจตรีหลวง โชติชนาภิบาลกับพวก. (2477). รวมฎีกากฎหมายลักษณะอาญา ภาค 1 พ.ศ.2460-พ.ศ.2476. หน้า 120.

<sup>211</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 50/2464. หน้า 222.

<sup>212</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 331/2465. หน้า 223.

<sup>213</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 464/2467. หน้า 224.

<sup>214</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 323/2470. หน้า 227.

<sup>215</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 495/2470. หน้า 228.

<sup>216</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 557/2474. หน้า 233.

<sup>217</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 204/2475. หน้า 235.

<sup>218</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2475. หน้าเดิม.

พิพากษาฎีกาที่ 756-757/2478<sup>219</sup> ,“ถือว่าเป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความสำเร็จยังไม่ได้” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2482<sup>220</sup> ,“เป็นเหตุใกล้ชิดต่ออันตราย” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 446/2486<sup>221</sup> ,“ยังไม่พอจะฟังได้ว่าเป็นการเอาไปอันเป็นองค์ความผิดฐานลักทรัพย์และยังไม่เข้าขั้นใกล้ชิดถึงจิตพยายามลักทรัพย์นั้นด้วย” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 188/2489<sup>222</sup> ,“ได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้ว” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491<sup>223</sup> ,“การกระทำของจำเลยหุดหืดที่จะยิงผู้เสียหายให้ตายได้ทีเดียว” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1485/2493<sup>224</sup> ,“เมื่อใดการกระทำจะพ้นขั้นเตรียมเข้าสู่ขั้นพยายามกระทำความผิดแล้วหรือไม่ย่อมจะต้องพิเคราะห์ดูว่า ขณะถูกจับนั้นการกระทำอยู่ในลักษณะที่ใกล้ชิดความผิดจนจะสำเร็จลงแล้วหรือยัง” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2006/2497<sup>225</sup> ,“ถือว่ารูปคดียังห่างไกลกับความผิดสำเร็จ” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1750/2499<sup>226</sup> ,“ใกล้ชิดต่อผลแห่งการทำร้ายถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 276/2515<sup>227</sup> ,“หากถือว่ามีเจตนากระทำผิดก็ห่างไกลต่อความผิดสำเร็จไม่ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2363/2517<sup>228</sup> ,“ยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายได้” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529<sup>229</sup> และ 4599/2530<sup>230</sup> และคำกล่าวที่ว่า “การกระทำของจำเลยเป็นขั้นตอนสุดท้ายและใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้นพ้นขั้นเตรียมการแล้ว” ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533<sup>231</sup> เป็นต้น

<sup>219</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 756 - 757/2478. อ้างถึงใน พันตำรวจโทหลวงโซดิชานาภิบาล. (2480). **รวมฎีกากฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2477-2480** เรียงมาตรา. หน้า 42.

<sup>220</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2482. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>221</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 446/2486. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>222</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 188/2489. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>223</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491. อ้างถึงใน **หนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2491 ตอน 2**. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1386 – 1390. และ สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>224</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1485/2493. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>225</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2006/2497. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>226</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1750/2499. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>227</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 276/2515. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>228</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2363/2517. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>229</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>230</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4599/2530. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>231</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

ซึ่งใช้ระดับของการ “ใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” กับความสำเร็จมาอธิบาย และใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกชั้นการเตรียมกระทำความคิดกับการลงมือพยายามกระทำความคิด ซึ่งสามารถเทียบได้กับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory)<sup>232, 233</sup> แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลได้รับเอาแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางของประเทศอังกฤษหรือฝรั่งเศสมาอธิบาย ทั้งยังมีแนวคำพิพากษาส่วนน้อยในระยะหลังมีแนวโน้มแตกต่างออกไปโดยการตีความจะเคร่งครัดน้อยกว่าเดิม ในลักษณะพยายามจะขยายขอบเขตการพยายามกระทำความคิดให้เข้าคุ้มครองสังคมมากขึ้น โดยเฉพาะในความคิดที่มีความรุนแรง หรือที่เป็นนโยบายของรัฐ เช่น ความคิดที่เกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ ความคิดที่เกี่ยวกับการค้าหญิงและเด็ก และความคิดเกี่ยวกับการเลือกตั้ง เป็นต้น ซึ่งหากวิเคราะห์เทียบกับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ในบทที่ 3 แล้ว อาจไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์การใกล้ชิดหรือห่างไกลกับผลสำเร็จตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินแต่อย่างใด

ทางปฏิบัติตามแนวคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับเรื่องนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่มดังต่อไปนี้

**4.3.1 แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 ใช้หลักเกณฑ์การ “ใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” ต่อผลสำเร็จของความคิดเป็นเกณฑ์** โดยให้ความหมายการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลอันจะเป็นการลงมือพยายามกระทำความคิด ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบความคิดในฐาน นั้น ๆ หรือเป็นลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบความคิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุจรรยา

แนวคำพิพากษากลุ่มนี้เป็นแนวคำพิพากษาส่วนใหญ่ซึ่งใช้เกณฑ์ “การใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” กับความสำเร็จมาเป็นเกณฑ์ในการให้ความหมายลักษณะของการลงมือกระทำความคิด และเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามกระทำความคิดกับการเตรียมกระทำความคิด โดยถือว่าการใกล้ชิดต่อผลอันจะเป็นการลงมือพยายามกระทำความคิดได้นั้นต้อง

<sup>232</sup> รอง จ.ร.เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์ เห็นว่าเป็นการรับอิทธิพลมาจากแนวคิดทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตามแนวทางของประเทศอังกฤษ ด้วยคำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2491 ซึ่งถือกันว่าเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานในเรื่องนี้เป็นคำพิพากษาที่วินิจฉัยโดยท่านศาสตราจารย์ประมวล สุวรรณศรี ซึ่งจบมาจากเนติบัณฑิตประเทศอังกฤษ อ้างถึงใน เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์. (2547). “รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 57 พ.ศ.2547.” คำบรรยายสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาครั้งที่ 14, เล่ม 16. หน้า 263.

<sup>233</sup> ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศกัทธิย์ เห็นว่าเปรียบเทียบได้กับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล ของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศสหรือตามทฤษฎีความเป็นภยันตรายของการกระทำนั้นของประเทศเยอรมันนี นั่นเอง อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 298 – 299.

เป็นการกระทำที่ถึงขั้นใกล้ชิดกับลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ หรือเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในความผิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุฉกรรจ์ ซึ่งการกระทำใดจะถึงขั้นใกล้ชิดกับลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ หรือเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในความผิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุฉกรรจ์ การวินิจฉัยจะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลไปตามควรแก่กรณี (case by case) ตัวอย่างเช่น

#### 4.3.1.1 ความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม

ตัวอย่างเช่น ผู้คุมปล่อยให้นักโทษปิ่นรู้วเพื่อหนีแต่มีคนเห็นและร้องห้ามเสียก่อนจึงหลบหนีไม่ได้ และลงจากรู้อีกกลับไปเป็นความผิดฐานพยายามปล่อยนักโทษหลบหนี มาตรา 168,60 (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 191) คำพิพากษาฎีกาที่ 444/2470<sup>234</sup>

#### 4.3.1.2 ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน

ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ เดิมถือความผิดสำเร็จคือทรัพย์ต้องติดไฟลุกไหม้ด้วย แต่การพยายามกระทำความผิดยังมีปัญหาในการพิจารณาว่าขั้นใดจึงจะใกล้ชิดถึงขั้นใกล้เกิดผลสำเร็จขึ้นได้ ภายหลังมีการบัญญัติให้การเตรียมวางเพลิงระวางโทษเช่นเดียวกับพยายามตามมาตรา 219 ปัญหาการวินิจฉัยในการแบ่งแยกระหว่างการพยายามวางเพลิงกับการเตรียมวางเพลิงจึงหมดไป<sup>235</sup>

#### 4.3.1.3 ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง

การพยายามกระทำความผิดฐานปลอมเงินตราตามมาตรา 240 ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 267/2483<sup>236</sup> การที่เจ้าพนักงานจับโลหะสีขาวรูปกลมขนาดสตางค์ 10 รวม 1,400 อัน พร้อมด้วยเครื่องมืออย่างอื่น ๆ อีก แต่โลหะดังกล่าวยังไม่มียตราเป็นสตางค์ เป็นการพยายามปลอมสตางค์อันแท้จริงของรัฐบาลแล้ว กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 203-208,60 (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 240), คำพิพากษาฎีกาที่ 211/2459 ทำเงินเหรียญและสตางค์ปลอมสำเร็จเป็นรูปแล้วแม้มิได้จำหน่ายเป็นความผิดสำเร็จ แต่กรณี การเอาเงินเข้ามาหลอมเพื่อทำเงินตราปลอมทำอยู่ 2 วัน เงินนั้นก็ยังเป็นเงินเกือยจึงยังไม่ได้ใส่แม่พิมพ์ทำเงินตราปลอม การกระทำเท่านั้นเป็นแต่ทำเงินแท่งแก้ไขเป็นเงินดีก่อนแล้วจึงจะเอาเงินดีที่คาดว่าจะทำได้ทำเงินตราปลอมอีกขั้นหนึ่ง ไม่ใช่เอาเงินแก้ไขเป็นเงินตราปลอมทีเดียว ยังไม่เป็นความผิดฐานพยายามปลอมเงินตรา (แต่อาจผิดตาม มาตรา 246 การ

<sup>234</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 444/2470. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>235</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 66-67/2471 ,557/2474 ,204/2475 ,446/2486 ,717/2492 ,2829/2532. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>236</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 267/2483. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ทำเครื่องมือหรือวัตถุสำหรับปลอมเงินตรา หรือมีเครื่องมือหรือวัตถุเช่นว่านั้นเพื่อใช้ในการปลอมหรือแปลง

ในอังกฤษ คดี Roberts ค.ศ.1855<sup>237</sup> การเอาแม่พิมพ์ในการทำเหรียญปลอมมาแต่ยังไม่มีการทำเหรียญปลอม มีความผิดฐานพยายามปลอมแปลงเหรียญกษาปณ์เป็นการกระทำที่เกี่ยวพันใกล้ชิดเข้าใกล้โดยตรงต่อความสำเร็จและมุ่งโดยตรงต่อการกระทำอาชญากรรมแล้ว ด้วยการที่การปลอมเหรียญกษาปณ์เป็นความประสงค์อย่างเดียวกันที่เขาจัดหาแม่พิมพ์โลหะมา

พยายามปลอมเครื่องหมายการค้าตามมาตรา 273 จำเลยรับจ้างพิมพ์เครื่องหมายการค้าขายด้วยหลอดตราสมอของบริษัทเล็ก ซึ่งบริษัทเองโกสสยามเป็นเอเย่นแต่ผู้เดียวในประเทศไทย และได้จดทะเบียนการค้าแล้วในประเทศไทยให้แก่บุคคลผู้จำเลยรู้อยู่แล้วว่าไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายและจำเลยรู้อยู่แล้วแต่แรกว่าเป็นบริษัทเองโกสสยามเป็นเจ้าของเครื่องหมาย จำเลยได้ทำแทนพิมพ์อันเป็นเครื่องมือสำหรับปลอมตราเครื่องหมายไว้พร้อมบริบูรณ์ ทั้งมีกระดาษรูปด้วยแต่ยังไม่ทันพิมพ์เครื่องหมายก็ถูกจับ เป็นการพยายามปลอมเครื่องหมายการค้าเพราะเป็นการกระทำที่ใกล้ต่อผลสำเร็จแล้วแต่ถูกจับเสียก่อน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 756-757/2478<sup>238</sup>

#### 4.3.1.4 ความผิดเกี่ยวกับเพศ

แนวการตัดสินของศาลในความผิดสำเร็จฐานข่มขืนกระทำชำเรา อยู่ที่ว่าของลับของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสของหญิงแล้วหรือยัง ถ้าของลับของชายเข้าไปในช่องลับของหญิงถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จแม้ไม่ปรากฏมือสุจิออกมาหรือมือสุจิออกมาสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ก็ตาม<sup>239</sup> ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509<sup>240</sup> “การที่จำเลยกระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยเข้าไปในช่องลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลี ถือเป็นการกระทำชำเราสำเร็จ” ซึ่งคำพิพากษาอื่นก็วินิจฉัยต่อมาในทำนองเดียวกัน

<sup>237</sup> Roberts (1855) Dears 539. as cited in Antony Duff (R.A.Duff). (1996). **Criminal Attempts**. p. 38.

<sup>238</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 756-757/2478. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>239</sup> เป็นการให้เหตุผลตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 ที่กล่าวว่า “...การกระทำของจำเลยจะเป็นการสำเร็จหรือพยายามกระทำชำเรา ความสำคัญในข้อนี้อยู่ที่ว่าขอบลับของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสของหญิงแล้วหรือยัง...”. อ้างถึงใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491. หนังสือรวมคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ.2491. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 1053.

<sup>240</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ส่วนการพยายามกระทำความผิดศาลจะตีความเคร่งครัดต้องถึงขั้นที่ชายเอาของลับ (อวัยวะเพศชาย) จรดอยู่ปากช่องคลอดพยายามสอดใส่หรือพร้อมที่จะสอดใส่สำเร็จได้ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 188/2484<sup>241</sup> ชายอุคปากหญิงขึ้นक्रमแก้ผ้าของตัวเองและของหญิงจะเอาของลับใส่ของหญิงหากหญิงผลักใส่ไม่ยอมจนมีคนมาพบจึงหนีไปถือได้ว่าพยายามข่มขืนกระทำชำเรา , 874/2491<sup>242</sup> ขอบลับผู้ชายถูกลอยแต่ที่ปากช่องคลอดด้านนอกยังไม่ทันเข้าไปภายใน , 1706/2498<sup>243</sup> พยายามชำเราเด็กหญิงอายุ 4 ปี แต่ไม่สำเร็จของลับลวงล้ำเข้าไปในช่องคลอดไม่ได้ เป็นพยายาม , 1218/2530<sup>244</sup> ชวนผู้เสียหายอายุ 4 ปีเศษ ไปดูการ์ตูนที่บ้านจำเลยแล้วพาไปนอนบนกระดาน ถอดผู้เสียหายและจำเลยออกแล้วใช้อวัยวะเพศดันไปตรงอวัยวะเพศของผู้เสียหายเพียงครั้งเดียว บริเวณอวัยวะเพศไม่มีบาดแผลไม่ได้ทำต่อทั้ง ๆ มีโอกาส แม้ผู้เสียหายไม่มีช่องคลอด ผิดปกติแต่กำเนิดก็ไม่ปรากฏว่าจำเลยหยุดกระทำต่อเพราะได้เห็น เป็นพยายามกระทำความผิดที่เป็นการยับยั้งเสียเองไม่กระทำไปให้ตลอด เป็นต้น คำพิพากษาอื่นนอกจากนี้ที่วินิจฉัยไปทำนองเดียวกัน<sup>245</sup> ยกเว้นคำพิพากษาส่วนน้อยดังต่อไปนี้ที่วินิจฉัยแตกต่างออกไป อาจยังไม่ต้องถึงขั้นเอาของลับชายจรดเตรียมสอดใส่ของลับของหญิงก็เป็นพยายามได้ ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 1330/2499<sup>246</sup> การที่ชายเตะขาหญิงล้มแล้วตบเตะจิกผมขึ้นक्रमนอนทับแล้วปลดกระดุมกางเกงและเลิกผ้าถุงหญิงขึ้นไปถึงโคนขา หญิงเอามือกดผ้าถุงปิดของลับและยื่นอกชายไว้ร้องไห้คนช่วย ชายอุคปากบีบคอจับนมและจูบแก้มหญิงจนมีคนวิ่งมาร้องถามจึงผละหนีไป ย่อมเห็นได้ว่ามีเจตนาจะข่มขืน เป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว เป็นต้น

แต่ถ้ายังไม่ถึงขั้นดังที่กล่าวมาถือว่าเป็นกรณีที่ไม่วินิจฉัยที่จะกระทำชำเรา จะมีความผิดเพียงอนาจาร หรือบางกรณีจะตีความว่ากรณีดังกล่าวจำเลยไม่ได้เจตนาจะกระทำชำเราแต่มีเจตนาเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1685/2516<sup>247</sup> การที่จำเลยเข้ามาถอดผู้เสียหายพุดขอกระทำชำเราเอามือปิดปากและกดผู้เสียหายบนพื้นเรือน เอาหัวเข้ากดต้นขาไว้ก้มลงกัณฑ์แก้มแล้วถลกผ้าชั้นขึ้นจากด้านล่าง ผู้เสียหายดิ้นอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งหนีไป วินิจฉัย

<sup>241</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 188/2484. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>242</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>243</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1706/2498. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>244</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1218/2530. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>245</sup> ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 777/2469, 588/2485, 2009/2494, 85/2504, 677/2518, 698/2519, 348/2521, 2804/2528, 210/2529, 4094/2529, 4180/2532 และ 5881/2533. หาได้จากแหล่งเดิม

<sup>246</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1330/2499. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>247</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1685/2516. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ว่าไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายได้คงเป็นความผิดฐานอนาจารเท่านั้น หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529<sup>248</sup> การที่จำเลยได้ร่วมกันถอดปล้ำและบีบคอโจทก์ร่วมจนหายใจไม่ออกและหมดสติไป หลังจากนั้นได้ถอดเสื้อและกางเกงของตนออกกองเหลือแต่กางเกงใน พร้อมกับเลิกเสื้อชั้นนอกของโจทก์ร่วมขึ้นและดึงเสื้อชั้นในลงมองเห็นนมข้างซ้ายกับรูคางเกงของโจทก์ร่วมไปสุดง่ามขามองเห็นกางเกงในทั้งตัว และขณะที่จำเลยที่ 1 กำลังจับนมโจทก์ร่วมโดยนั่งคร่อมโจทก์ร่วมตรงบริเวณท้องน้อยก็พอดีมีคนมาจึงหลบหนีไป ดังนี้ ลักษณะการกระทำของจำเลยทั้งสองยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำชำเราโจทก์ร่วมได้ ยังไม่มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แม้จำเลยทั้งสองให้การรับสารภาพถึงโทษไม่ได้ คงมีความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารเท่านั้น เป็นต้น คำพิพากษาอื่นนอกจากนี้ที่วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน<sup>249</sup>

#### 4.3.1.5 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย

ก. ความผิดฐานการพยายามฆ่าโดยใช้ปืนยิง แนวทางการปฏิบัติของศาลในความผิดฐานนี้คือ “การเล็งปืน” เป็นจุดแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมโดยถือลักษณะของการกระทำ คือ การเล็งปืนเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดหรือเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบของความผิดฐานนี้อันเป็นจุดใกล้ชิดในการเกิดความสำเร็จ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 635/2486<sup>250</sup> ใช้อาวุธปืนจ้องยิงตำรวจหากแต่ปืนมีปลอกกระสุนคาถ้ำลืออยู่ แม้จะปรากฏว่าปืนจะยิงได้เมื่อเอาปลอกกระสุนออกแล้วก็นับว่าเป็นเหตุพินวิสัยมาขัดขวางมิให้ความผิดสำเร็จเป็นพยายามฆ่า คำพิพากษาฎีกาที่ 147/2504<sup>251</sup> จำเลยยกปืนที่พร้อมจะยิงได้จ้องไปทางเจ้าพนักงานตำรวจซึ่งกำลังถอดปล้ำจับกุมพวกจำเลยโดยเจตนาจะยิง แม้ยังมี탄ขึ้นนกปืน เป็นพยายามฆ่า เป็นต้น คำพิพากษาอื่นที่วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน<sup>252</sup> มีบางคำพิพากษาส่วนน้อยที่ตัดสินแตกต่างออกไป ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 161/2460 จำเลยถือปืนบรรจุกระสุนเข้าไปในบ้านผู้เสียหายมือหนึ่งถือด้ามปืนมือหนึ่งถือกระบอกปืนจ้องไปทางเรือนเพื่อยิงผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายรู้ตัวลงจากเรือนมาแอบเสายอยู่ จำเลยเข้ามาหาผู้เสียหาย 2 ศอก ก็ถูกจับ ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการแน่นอน โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหายจริง และการจ้องปืนไปยังเรือนผู้เสียหายซึ่งรู้อยู่แล้วว่าผู้เสียหายอยู่ที่นั่นและเวลานั้นผู้เสียหายอยู่ห่างจำเลยเพียง 2 ศอก เท่านั้น

<sup>248</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>249</sup> ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 2878/2522, 4599/2530. หาได้จากแหล่งเดิม.

<sup>250</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 635/2486. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>251</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 147/2504. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>252</sup> ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 1485/2493, 956/2498, 556/2502, 1766/2509, 7562/2540. หาได้จากแหล่ง

โดยตั้งใจว่าเห็นผู้เสียหายแล้วจะใช้อาวุธปืนยิงในชั้นต้นเป็นการใกล้ชิดกับเหตุและอาจเกิดผลตามความมุ่งหมายขึ้นได้โดยทันที มาตรฐานพยายามฆ่าผู้เสียหายโดยความพยายามตามความหมายแล้วเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 464/2467<sup>253</sup> จำเลยมีอาวุธปืน 1 กระบอก สมคบกับพวกอีกคนหนึ่งไปยิงนายเกลี้ยง พอมาถึงบ้านนายเกลี้ยงจำเลยกับพวกที่ขวนขวายหาช่องทางจะยิงนายเกลี้ยง เพราะขณะนั้นนายเกลี้ยงกำลังกินข้าวอยู่ในครัว ครัวมีฝาที่ปิดด้วยไม้จะยิงได้เมื่อปากกระบอกปืนลอคตามช่อง เวลานั้นจำเลยมองไม่เห็นตัวนายเกลี้ยงจึงไม่ได้ประทับปืนยิง และไม่ได้ความว่าเป็นนั้นบรรจุกะสุนแล้ว บังเอิญมีคนมาพบก็เลยหนีไป กิริยาเพียงเท่านี้ยังไม่ใกล้ชิดกับเหตุพอที่จะว่าเป็นกิริยาพยายามฆ่าคนตามกฎหมายแล้ว เป็นต้น

กรณีไม่ถึงขั้นเล็งปืนยังไม่ถือเป็นการลงมือพยายามฆ่า แม้บางกรณีเป็นการกระทำที่ต่อเนื่องหากปล่อยให้กระทำต่อไปหรือไม่มีการขัดขวางจะเป็นการฆ่าผู้อื่นอย่างแน่นอนก็ไม่เป็นพยายามถ้ายังไม่ถึงขั้นพร้อมที่จะยิง คือ การเล็งปืน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1647/2512<sup>254</sup> จำเลยไม่พอใจผู้เสียหายและพูดว่าเดี๋ยวยิง ผู้เสียหายทำให้ยิงจึงควักปืนออกมาปากกระบอกฟุ้งขึ้นจากเอวยังไม่ทันหันหันมาทางผู้เสียหายก็ถูกผู้เสียหายแย่งไป การที่จำเลยชักปืนออกมาเป็นเพียงเตรียมการยังไม่ถึงขั้นลงมือ ไม่เป็นการพยายามกระทำความผิด , คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1120/2517<sup>255</sup> ตำรวจเข้าจับกุมจำเลย จำเลยชักปืนออกจากเอวแล้วกระชากลูกเลื่อนเพื่อให้กระสุนเข้าลำกล้องก็ถูกเข้าแย่งปืนได้ ยังไม่ถือว่าได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว เพราะกระสุนยังไม่เข้าลำกล้องมิได้จึงปืนเล็งไปทางตำรวจนี้ยังมีได้ตะเอยอยู่ที่โกปิ่น แสดงว่ายังไม่อยู่ในสภาพพร้อมที่จะยิงยังไม่ผิดฐานพยายามฆ่า คำพิพากษาอื่นที่วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน และบางกรณีศาลจะตีความถึงเจตนาของผู้กระทำผิดว่าเป็นเพียงการขู่ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6010/2530<sup>256</sup> ยกอาวุธปืนแก้ปยาวซึ่งปกติเป็นอาวุธร้ายแรงจ้องเล็งไปยังผู้เสียหายที่อยู่ห่างเพียง 7 – 8 เมตร หากมีเจตนายิงผู้เสียหายแล้วคงจะใช้ปืนยิงได้โดยง่ายเพราะผู้เสียหายวิ่งหลบหนีอยู่บริเวณนั้น ไม่ปรากฏว่าได้จ้องนกรหรือนิ้วอยู่ในโครงโกปิ่นพร้อมจะยิงได้ พร้อมผู้เสียหายไม่เคยมีสาเหตุโกรธเคืองกับจำเลยมาก่อน พฤติการณ์แสดงว่าชักปืนออกมาเพื่อขู่ผู้เสียหาย<sup>257</sup>

<sup>253</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 464/2467. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>254</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1647/2512. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>255</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1120/2517. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>256</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6010/2530. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>257</sup> ดูเพิ่มเติมคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1127/2499, 1283/2514 และ 132/2515 ซึ่งวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน. หาได้จากแหล่งเดิม.

ในต่างประเทศ คดี Stokes v. State (1908) Perkins Crim. Law p.559 ตัดสินว่า การถือปืนไปชุ่มคอกอยู่เพื่อยิงผู้ที่ตนประสงค์จะฆ่า โดยรู้ว่าคนที่ตนต้องการฆ่านั้นผ่านมาเมื่อใดและเข้าชุ่มคอกอยู่ในที่ที่เหมาะสมที่จะยิงได้โดยผู้้นกำลังใกล้เข้ามาแม้จะยังไม่อยู่ในระยะยิงก็ถือว่าผู้้นลงมือกระทำการพยายามฆ่าคนแล้ว ตัดสินว่าเป็นการพยายามฆ่า<sup>258</sup>

ข. ความผิดฐานพยายามฆ่าหรือทำร้ายในลักษณะไล่ติดตาม แนวการวินิจฉัยของศาลกรณีนี้ กรณีใช้อาวุธมีดทำร้ายต้องมีพฤติกรรมชักมีดออกมาถึงขั้นไล่ฟัน หรือเงื้อจะแทงในระยะกระชั้นชิดที่จะสามารถทำร้ายผู้เสียหายได้แล้ว แต่ระยะใดเป็นระยะไล่ชิดยังไม่มีความแน่นอนขึ้นอยู่กับดุลยพินิจไปตามกรณี ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2475<sup>259</sup> ชักมีดช่วยไล่เงื้อแทงผู้เสียหาย ๆ วิ่งหนีไป 2 วาเศษมีผู้เข้ามาห้ามขณะนั้นจำเลยอยู่ห่าง 3 ศอก ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยยังไม่ถึงขีดที่สามารถทำร้ายผู้เสียหายได้ เพราะอยู่ห่างกัน 3 ศอก และมีผู้ห้ามก็หยุด , คำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2482<sup>260</sup> ถือมีดเข้าไปทำร้ายเขา เข้าไปได้ระยะใกล้สุด 2 วา ถือว่าเป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความสำเร็จยังไม่ได้<sup>261</sup> , คำพิพากษาฎีกาที่ 276/2515<sup>262</sup> ถือมีพร้ายาวประมาณ 2 ศอก ในท่าเงื้อจะฟันวิ่งไล่ตามหลังผู้เสียหาย 10 วา และห่างกัน 2 วา เป็นพยายามทำร้าย เป็นต้น

ค. ความผิดฐานพยายามฆ่าหรือทำร้าย กรณีอื่น ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 596/2486<sup>263</sup> ชักมีดออกมาทั้งฝักยังไม่เข้าขั้นพยายาม<sup>264</sup> , กรณีจับฝ่าด่านตรวจหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจโบกให้หยุดแล้วขับรถเข้าพุ่งชนเพื่อหลบหนีถือเป็นการพยายามฆ่า ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2526<sup>265</sup> ขับรถยนต์บรรทุกทุกสูงเกินกำหนดพอถึงจุดตรวจมีแผงกั้นเครื่องหมายหยุดเจ้าหน้าที่ตำรวจเป่านกหวีดให้หยุด จำเลยไม่หยุดกลับเร่งเครื่องยนต์หลีกเลี่ยงเครื่องหมายจราจรพุ่งเข้า

<sup>258</sup> คดี Stokes v. State (1908) Perkins Crim. Law p.559. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536).

คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 303.

<sup>259</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2475. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>260</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2482. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>261</sup> ความจริงไม่น่าจะเป็นใกล้ต่อผล เพราะถือว่าเข้าขั้นเริ่มต้นแห่งการลงมือเพื่อทำร้ายร่างกายแล้ว.

อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 309.

<sup>262</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 276/2515. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>263</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 596/2486. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>264</sup> กรณีนี้ก็ไม่น่าจะใกล้ชิดต่อผลเข้าขั้นพยายามแล้ว. อ้างถึงใน จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 309.

<sup>265</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1270/2526. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

ใส่เจ้าพนักงานตำรวจที่ยืนอยู่ข้าง ๆ แต่เจ้าพนักงานตำรวจโคดหลบเสียทัน เป็นการเล็งเห็นผลว่า อาจมีผู้ถึงแก่ความตายได้เป็นพยายามฆ่า เป็นต้น

#### 4.3.1.6 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก

การพยายามทำให้หญิงแท้งลูกในประเทศไทยมีความผิดแต่ไม่ต้องรับโทษ มาตรา 304<sup>266</sup>

#### 4.3.1.7 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์

##### ก. การพยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์

ความผิดสำเร็จฐานลักทรัพย์ คือ การเข้าครอบครองเอาทรัพย์แล้วพาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่ไป ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2510<sup>267</sup> ร่วมกันลักรถยนต์จี้ปคนหนึ่งทำหน้าที่ขับรถกำลังต่อสายไฟให้เครื่องยนต์ติด อีกสองคนช่วยกันเข็นรถเพื่อให้เครื่องยนต์ติด รถเคลื่อนที่ไป 3 เมตร แต่เครื่องยนต์ไม่ติดเป็นความผิดสำเร็จ เป็นต้น แนวคำพิพากษาอื่นที่วินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน

ส่วนการพยายามลักทรัพย์ธรรมดา มาตรา 334 ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้กับการสามารถเอาทรัพย์ และการพาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่ไป หรือเป็นการกระทำส่วนหนึ่งในองค์ประกอบกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2463<sup>268</sup> เอาเรือเข้าไปในโป๊ะของเจ้าทุกข์แล้วเอาอวนลงล้อมจะจับปลาในโป๊ะ เจ้าทุกข์ไปพบจึงไม่ทันจับปลา ผิดฐานพยายามลักทรัพย์ ,696-697/2473<sup>269</sup> จำเลย 3 คน พาคนมาที่แหล่งกระบือของเจ้าทรัพย์ผู้ก่ออยู่ คนหนึ่งตัดเชือกพรวนแล้วทั้ง 3 พยายามจะเอากระบือไปแต่กระบือไม่เดิน ,1645/2479<sup>270</sup> กระชากสร้อยคอเจ้าทรัพย์เวลาที่ผลออกออกเป็นสองท่อน ๆ หนึ่งตกลงพื้น ท่อนหนึ่งติดอยู่กับเสื้อของเจ้าทรัพย์ ผิดฐานพยายามลักทรัพย์มิใช่ฉ้อฉล ,188/2489<sup>271</sup> ตั้งใจลักจึงเอาตราแสดงกรรมสิทธิ์ของจำเลยติดบนไม้ของผู้อื่นเพื่อแสดงว่าเป็นไม้ของจำเลยจะได้นำไปเป็นประโยชน์ของตน ศาลชั้นต้นเห็นว่ายังมีไม้เอาไปและไม้เหล่านั้นยังไม่ได้เคลื่อนที่ซึ่งไม่มีมูลความผิด ศาลอุทธรณ์เห็นว่าเพียงแค่ประทับตรา

<sup>266</sup> ในศาลฝรั่งเศสตัดสินว่า ทำความสะอาดเครื่องมือและหุบมือด้วยวาสนลินเพื่อทำแท้ง เป็นพยายามทำให้แท้งลูก คดี Merle v. Vitu no.370 p.359 note 13. อ้างถึงใน จิตติ ดิง ศภทิพย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 302.

<sup>267</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2510. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>268</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2463. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>269</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 696-697/2473. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>270</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1645/2479. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>271</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 188/2489. อ้างถึงใน หนังสือรวมคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2489. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 142. และสืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

ลงบนท่อนไม้เท่านั้นเพียงถือได้ว่าจำเลยแสดงเจตนาลักเท่านั้นยังไม่พอฟังได้ว่าเป็นการเอาไปอันเป็นองค์ความผิดฐานลักทรัพย์และยังไม่เข้าขั้นใกล้ชิดถึงจิตพยายามลักทรัพย์ ศาลฎีกา. การที่จำเลยเอาตราแสดงกรรมสิทธิ์ติลงไปบนท่อนไม้เพื่อเอากรรมสิทธิ์นั้น เมื่อประกอบกับข้อเท็จจริงซึ่งจะได้รับความต่อไปในชั้นพิจารณาอาจเป็นเหตุให้เห็นว่าเป็นการลักทรัพย์ได้ สมควรรับฟ้องไว้พิจารณา, 2976/2531<sup>272</sup> และ 2417/2533<sup>273</sup> ใช้กฎหมายคือคกรจกรยานยนต์แล้วนำหัวเทียนต่อเพื่อให้กระแสไฟฟ้าผ่านได้ตลอดพร้อมที่จะสตาร์ทเครื่อง มีผู้มาพบเสียก่อนเป็นพยายามลักทรัพย์, 121/2537<sup>274</sup> นั่งคร่อมรถจักรยานยนต์ยังไม่ทันเอารถออกเป็นพยายามกระทำไปไม่ตลอด เป็นต้น

กรณีการลักทรัพย์ที่ติดหรือประกอบอยู่กับแม่ทรัพย์ ซึ่งต้องทำให้ทรัพย์นั้นหลุดออกจากแม่ทรัพย์เสียก่อนจึงจะลักได้ การทำให้ทรัพย์นั้นหลุดจากแม่ทรัพย์แต่ยังไม่เข้าครอบครองเอาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่เป็นเพียงพยายามลักทรัพย์ เช่น เพียงแต่ทำให้ผลไม้หลุดออกจากต้น สอยมะม่วงหรือตัดขนุนหล่นจากต้น หรือขูดอนมันหรือต้นหอมให้หลุดจากพื้นดินเพื่อจะลักทรัพย์นั้น ยังไม่เป็นการเอาทรัพย์นั้นไปคงเป็นความผิดเพียงฐานพยายาม ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 268-269/2461 ขึ้นไปบนต้นมะพร้าว ฟันมะพร้าวหล่นพอเจ้าทรัพย์มาเห็นก็ลงจากต้นมะพร้าวหนีไปไม่ได้เอามะพร้าวไปด้วย, 2111/2492<sup>275</sup> สายพานที่จำเลยลักและกำลังม้วนอยู่นั้น เพียงแต่หลุดจากมู่เล่ออันบนและอันล่าง ที่สายพานเชื่อมกันอยู่ แต่สายพานยังคงพาดอยู่กับเพลาและสลักต่อสายพานถูกชักออกแล้ว ม้วนสายพานได้ 1 ใน 10 ของความยาว และคงอยู่ข้างมู่เล่้นั้นเอง ดังนั้นการลักทรัพย์ยังไม่สำเร็จ เป็นต้น แนวคำพิพากษาอื่นวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน

กรณีพยายามลักทรัพย์ในเหตุจกรรจ์ มาตรา 335 ได้แก่ การลักทรัพย์ตามมาตรา 335 เช่น ลักทรัพย์ในเคหสถาน หรือการชิงทรัพย์ ตามมาตรา 339 หรือการปล้นทรัพย์ ตามมาตรา 340 เพียงกระทำการการกระทำที่บัญญัติไว้ในองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ คือ การเข้าไปในเคหสถาน หรือการกระทำการชู้ญูว่าจะประทุษร้ายหรือจะใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ ก็เพียงพอจะเป็นความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์แล้วไม่จำเป็นต้องเห็นหรือถูกต้องตัวทรัพย์หรือมอบทรัพย์ให้แต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น

การพยายามลักทรัพย์ในเคหสถาน เพียงแต่กระทำการจะเข้าไปหรือเข้าไปในเคหสถานแล้วยังไม่เห็นหรือแตะต้องตัวทรัพย์ที่ลักก็เป็นความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ในเคหสถานแล้ว เช่น

<sup>272</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2976/2531. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>273</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2417/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>274</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 121/2537. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>275</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2111/2492. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

คำพิพากษาฎีกาที่ 504/2467 เจาะประตู ,94/2469 บุกรุกขึ้นไปบนเรือนของเจ้าทุกข์ในเวลากลางคืน เพื่อลักทรัพย์ กำลังขีดไม้ขีดไฟส่องหาของแต่ยังไม่ทันจับต้องสิ่งของ ,495/2470 ยืนจับเสาเหล็กข้าง เรือเจ้าทรัพย์ทำเหยียบแคมมอกเรือทำหนึ่ง แต่อีกทำหนึ่งคงยังอยู่ในเรือพอดีพวกเจ้าทรัพย์ตื่นร้อง อะอะขึ้น ,722/2473 พยายามเจาะฝาเพื่อลักทรัพย์ ,925/2474 เพียงเข้าไปในห้อง ,925/2474 ไข กุญแจห้องเข้าไปเพื่อลักทรัพย์แล้วถูกจับได้แม้ห้องนั้นไม่มีทรัพย์สิน ,88/2478 ปีนเสาห้องขึ้นไป ตัดจากที่เป็นกันสาดออก 2 ดับ ซึ่งที่ตัดออกนี้ตรงกับหน้าต่างห้องที่จะเข้าไปลักทรัพย์พอดีตำรวจ มา ,903/2480 ดำรวจตรวจท้องที่ไปพบจำเลยยืนอยู่ริมรั้วหน้าบ้าน ไคเรือนของเจ้าทรัพย์และได้ยิน เสียงดังแก็กที่ประตูเรือน จึงร้องถามหรือใคร จำเลยจึงหนีไปทางหน้าบ้านเจ้าทรัพย์ และยังมีอีก 3 คนลงจากบัน ไคเรือนที่มีมือมีสวนและไฟฟ้าเดินทางถืออยู่ ปรากฏว่าทรัพย์ยังไม่มีหายและประตูยังไม่มียอยเจาะ ศาลอุทธรณ์ยกฟ้องอ้างว่าการกระทำของจำเลยยังไม่ถึงขั้นพยายามเพราะยังมีได้ลงมือ เจาะและมิได้ความว่ามีทรัพย์นอกเรือนซึ่งอาจลักได้ แต่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยลงโทษ ,152/2481 เอา ไม้ทำบัน ไคพาดหน้าต่างข้างนอกแล้วปีนขึ้นไปทำหน้าที่ต่างเอาสวนเริ่มเจาะเพื่อจะถอดกลอน ,438/2481 สมคบกันไปเจาะและขุดพระเจดีย์เพื่อจะเอาทรัพย์แต่เจ้าพนักงานจับได้เสียก่อนต้องมึ ความผิดฐานพยายามลักทรัพย์โดยมิต้องนำสืบว่าในพระเจดีย์มีทรัพย์ซ่อนฝังอยู่จริง ,453/2481 ลง มือเจาะประตูบ้านเขาเป็นรูเพื่อจะลักทรัพย์แต่ถูกจับได้เสียก่อน ,246/2482 เอาพะองพาดกับรั้วติด กับฝากห้องแล้วปีนขึ้นไปอยู่บนหลังคากันสาดกำลังเหนี่ยวจะขึ้นระเบียงเรือนตรงห้องไว้ทรัพย์เพื่อ ทำการลักทรัพย์เผชิญเจ้าหน้าที่ตำรวจมาพบจึงหนีไป ,425/2482 ใช้บิดหล่าเจาะประตูห้อง ,300/2485 เปิดคอกเพื่อจะลักกระบือ ,1889/2494 ใช้เครื่องมือตัดลวดร้อยโซ่ล่ามเรือเขาขาดโดยมิ เจตนาจะลักเรือ ,690/2498<sup>276</sup> ลักลอบจับประตูจนแตก หมายถึงท้ายฎีกา “...สำหรับปัญหาข้อ กกฎหมาย จำเลยลักลอบจับประตูห้องของเขาในยามวิกาลจนประตูแตก เป็นการลงมือกระทำเพื่อ ประกอบการลักทรัพย์แล้วโดยไม่มีข้อสงสัย หากยังถอดสลักประตูไม่ได้เท่านั้นก็ถูกจับเสียก่อนซึ่ง เป็นเหตุสุดวิสัยของจำเลยหาใช่เป็นแต่เพียงขั้นเตรียมการดังที่จำเลยฎีกาไม่ จำเลยมีความผิด พยายามลักทรัพย์มาตรา 295,60 ซอบแล้ว...” ,1108/2499<sup>277</sup> ใช้เครื่องมือจับประตูบ้าน หมายถึง ท้ายคำพิพากษาฎีกา “ จำเลยฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายว่า การกระทำของจำเลยยังไม่ครบ องค์ประกอบความผิดฐานพยายามลักทรัพย์เพราะทรัพย์ของเจ้าทรัพย์ยังไม่ได้เขยื้อนจากที่นั้น เห็น ว่า เหตุที่ทรัพย์ของเจ้าทรัพย์ยังมิได้เขยื้อนจากที่ก็เพราะมีเหตุอันพ้นวิสัยของจำเลยที่จะป้องกัน

<sup>276</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 690/2478. อ้างถึงใน หนังสือรวมคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2498. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 592. และสืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>277</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1108/2499. อ้างถึงใน หนังสือรวมคำพิพากษาฎีกา พ.ศ.2499. เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 983.

ได้มาขัดขวางมิให้กระทำลงสำเร็จโดยมีตำรวจมาพบ จำเลยจึงมีทัศนคติพยายามลักทรัพย์” ,854/2507 บุกรุกไปบนชั้นบนของสถานทูตเคนมาร์คเข้าไปในห้องรับแขกซึ่งมีทรัพย์ตามที่โจทก์กล่าวในฟ้องอยู่และเลยเข้าไปในห้องนั่งเล่นอันเป็นเคหสถานในเวลาทีปลดคนเพื่อจะลักทรัพย์แต่ภริยาได้เห็นเสียก่อนจึงเอาทรัพย์ไปไม่ได้ เช่นนี้แม้จำเลยจะยังไม่ทันแตะต้องทรัพย์ ,41/2510 จัดแฉะประตูหน้าร้านของผู้เสียหายแล้วในร้านนั้นมีของมีค่าเก็บไว้เป็นจำนวนมากตำรวจมาเห็นเสียก่อน ,1310/2513 ผู้เสียหายสวมสร้อยคอทองคำนอนหลับอยู่ในห้องกับเด็กหญิง ส. จำเลยมีเจตนาลักสร้อยคอของผู้เสียหาย จึงเข้าไปในห้องนั้น แต่ห้องมีดจำเลยมองไม่เห็น จึงใช้มือค้ำที่คอเด็กหญิง ส. โดยคิดว่าเป็นคอของผู้เสียหาย เด็กหญิง ส. ตื่นขึ้น จำเลยจึงหนีไปเป็นความผิดฐานบุกรุกและพยายามลักทรัพย์ ,2074/2514 เข้าไปในห้องรับแขกเพื่อลักทรัพย์ ตัดสายโทรศัพท์ยกเอาเครื่องโทรศัพท์ที่ตั้งอยู่บนโต๊ะเคลื่อนจากที่เดิมมาที่กลางห้อง เผอิญผู้เสียหายมาพบเข้าจึงวางไว้ที่พื้นห้อง เป็นการลักทรัพย์สำเร็จมิใช่พยายาม ,162/2522 บุกรุกเข้าไปในบริเวณบ้านอันเป็นเคหสถานและฆ่าสุกรของโจทก์นั้น เป็นการกระทำที่ประสงค์ต่อผลในการลักสุกรหรือฆ่าสุกร เป็นพยายามลักทรัพย์ ,3288/2533 จะลักไก่ของผู้เสียหายซึ่งถูกขังไว้ในคอกในบริเวณบ้านที่สามารถจะเปิดจับเอาไปได้โดยง่าย จำเลยไปอยู่ห่างจากคอกประมาณ 1 เมตร เป็นการลงมือลักทรัพย์ เป็นต้น<sup>278</sup>

ข. การพยายามกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์ กรณีพยายามชิงทรัพย์ มาตรา 339 เพียงกระทำการขู่เข็ญหรือจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือใช้ประทุษร้ายเพื่อให้ได้ทรัพย์มาแม้ยังไม่ถูกต้องตัวทรัพย์ก็เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้วเช่นกัน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 418/2472 มาเรียกผู้เสียหายไปพูดนอกบ้านพูดว่ามากับคนป่าจะต้องการเงินเรือนละ 10 บาท จะให้หรือไม่ ขณะนั้นผู้เสียหายเห็นทางป่ามีไฟฉายฉายตรงมาที่พูดกัน แล้วจำเลยก็พูดต่อไปว่าไม่ให้จะปล้น ผู้เสียหายกลัวลืมนว่าจะเข้าไปในบ้านประเดี๋ยวก่อน พอผู้ใหญ่บ้านกับพวกมาผิดฐานพยายามชิงทรัพย์ ,207/2477 มีปืนและไม้ตะบองเข้าขู่เข็ญเจ้าทรัพย์ให้ส่งเงินให้โดยยกปืนขึ้นจ่อจะยิงเจ้าทรัพย์ ๆ บอกว่าไม่มีเงิน จำเลยก็ไม่เชื่อเข้าค้ำที่ตัวเจ้าทรัพย์แต่ไม่ได้อะไร แล้วปล่อยตัวเจ้าทรัพย์ไป เป็นพยายามชิงทรัพย์แม้ทรัพย์ที่พยายามจะชิงนั้นไม่มีอยู่ ,321/2482 ไปขอเงินเจ้าทุกข์ ๆ ไม่ให้ก็เข้าทำร้าย ,1140/2482 ขู่เข็ญเอาเงินจากเจ้าทรัพย์ ๆ ให้เงินไปเพื่อจะจับจำเลยมีผิดเพียงฐานพยายามชิงทรัพย์ ,1239/2482 จำเลยขู่ให้เจ้าทรัพย์สัญญาส่งทรัพย์ให้แก่ตน แล้วรุ่งขึ้นจำเลยมา

<sup>278</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 504/2467, 94/2469, 495/2470, 722/2473, 925/2474, 925/2474, 2478, 903/2480, 152/2481, 438/2481, 453/2481, 246/2482, 425/2482, 1889/2494, 854/2507, 41/2510, 1310/2513, 2074/2514, 162/2522, 3288/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

ขอรับเงิน ,1/2483 เข้าไปในห้องแล้วพุดขู่จะเอาทรัพย์สินและว่าถ้าไม่ให้จะทำร้าย ,172/2491 จำเลย ชักปืนขู่จะยิงจะทำร้ายบังคับให้เขาเอาเงินให้แม้จะยังไม่ได้เงินแม้จะปรากฏภายหลังว่าทรัพย์สินไม่มีอยู่ ,236/2491 ถอนคืนหอมเกลือในสวนยังไม่ทันเอาไปเจ้าทรัพย์มาพบก็หนีไปแล้วทำร้ายเจ้าทรัพย์ ขณะไล่จับกุม ,1056/2513 กระจกสร้อยซึ่งสวมอยู่ที่คอของผู้เสียหาย สร้อยคอขาดคอกอยู่ในเสื้อ ของผู้เสียหาย จึงเอาสร้อยนั้นไปไม่ได้ ,2822/2517 เข้าบีบบังคับผู้เสียหายทางด้านหลัง แล้วกระจก สร้อยคอห้อยพระเครื่องที่สวมอยู่ที่คอจนสร้อยขาดจากกัน ในทันใดผู้เสียหายได้ใช้มือกุมสร้อยคอ ที่หลุดจากคอแต่ยังอยู่ที่บริเวณหน้าอกไว้ได้ทันแยงเอาไปไม่ได้ ,911/2518 หลอกหลวงพาผู้เสียหาย ไปเพื่อลักทรัพย์หรือชิงทรัพย์ เมื่อพาไปถึงที่เกิดเหตุให้ผู้เสียหายนั่งรออยู่ก่อน ยังมีทันได้กระทำการอันใดที่จะถือได้ว่าลงมือลักทรัพย์ก็มีตำรวจมาค้นและจับจำเลยไปเสียก่อน ,393/2520 กระจก สร้อยคอขาดหลุดจากคอผู้เสียหาย ผู้เสียหายได้ใช้มือจับยึดสร้อยคอของตนไว้ก่อนจึงแยงเอาไป ไม่ได้ เป็นความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์ เป็นต้น<sup>279</sup>

**ด. การพยายามกระทำความผิดฐานปล้นทรัพย์** กรณีเป็นการพยายามปล้นทรัพย์ มาตรา 340 การวินิจฉัยทำนองเดียวกันกับชิงทรัพย์เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2492 มีศาสตราจารย์ไปเรียกผู้เสียหายให้เปิดประตูเพื่อทำการชิงทรัพย์ ผู้เสียหายรู้ทันไม่ยอมเปิด ,1465/2519 จำเลยกับพวกอีก 2 คนใช้เส้นลวดกลมขนาด 1 หุน จำนวน 3 เส้น ยาวเส้นละ 16 เมตร ทำเป็นเกลียวเส้นเดียว จึงกั้นสะพานบนถนน โดยใช้เส้นลวดผูกติดกับราวสะพานทั้งสองข้างเป็น แนวเฉียง คัดรถที่ผ่านมามาชนเพื่อเอาทรัพย์สิน ผู้เสียหายซึ่งมีเงินติดตัวมาด้วยกับพวกขับรถยนต์ ผ่านมา และเห็นเส้นลวดดังกล่าวจึงหยุดรถได้ทันในระยะห่างราว 3 วา เป็นการพยายามปล้นทรัพย์ ,3982/2532 จำเลยกับพวก ถือมีคปลายแหลมเข้ามาในบ้านผู้เสียหายพร้อมด้วยจำเลยที่ 4 กับพวก จำเลยที่ 1 จับแขนผู้เสียหายและถามถึงที่ซ่อนทรัพย์ แม้จำเลยมิได้แตะต้องตัวทรัพย์สินของผู้เสียหายที่ ตั้งใจจะเอาไปและทรัพย์สินยังไม่ได้ถูกเคลื่อนย้าย เป็นพยายามปล้นทรัพย์แล้ว เป็นต้น<sup>280</sup>

**ง. ความผิดฐานฉ้อโกง** ความผิดฐานฉ้อโกง มาตรา 341 ความผิดสำเร็จฐานนี้ คือ การกระทำการหลอกหลวงหรือปกปิดข้อเท็จจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งโดยทุจริตและต้องได้ไปซึ่งทรัพย์สิน หรือทำให้ผู้ถูกหลอกหลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ แต่ถ้าหลอกแล้วยังไม่ มอบหรือยังไม่ได้มีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดข้างต้นเป็นเพียงความผิดฐานพยายาม ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1125/2527 จำเลยนำความเท็จมาอวดว่าจำเลยกับพวกสามารถติดต่อบริษัทสุรา

<sup>279</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 418/2472,207/2477,321/2482,1140/2482,1239/2482,1/2483,172/2491,236/2491 ,1056/2513 ,2822/2517,911/2518,393/2520. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จากแหล่งเดิม.

<sup>280</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2492,1465/2519,3982/2532. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จาก

มหาราชฎีก์ จำกัด ให้แต่งตั้งผู้เสียหายเป็นตัวแทนจำหน่ายสุราแม่โจงซึ่งไม่เป็นความจริง โดยมีเจตนาทุจริตที่จะหลอกเอาทรัพย์สินจากผู้เสียหาย แม้ผู้เสียหายยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินให้จำเลยก็เป็นพยายามล่อโจง เป็นต้น กรณีไม่เป็นพยายาม เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2473 ทำบิลปลอมว่าเจ้าหน้าที่มาเก็บเงินแล้วทำฎีกาเบิกเงินให้หัวหน้าตรวจ หัวหน้าตรวจพบก่อนจึงยังไม่ได้ส่งไปเบิกยังคง เป็นแต่เตรียมล่อโจง เป็นต้น<sup>281</sup> แนวคำพิพากษาอื่นวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน<sup>282</sup>

#### จ. ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ มาตรา 358

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1905/2528<sup>283</sup> จำเลยเข้าโยกราวบันไดบ้านผู้เสียหาย เป็นกรพยายามทำให้เสียทรัพย์ มาตรา 358 แล้ว

#### ฉ. ความผิดฐานบุกรุก มาตรา 362

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 738/2515<sup>284</sup> จำเลยมีอาวุธปืนติดตัวจะยิงผู้เสียหายซึ่งหนีจำเลยไปอยู่บนบ้าน แต่พอจำเลยจะขึ้นบันไดเรือนผู้เสียหายซึ่งติดอยู่ทางเดิน ก็มีคนเข้ากอดจำเลยไว้ก่อนจึงขึ้นไปไม่ได้ แสดงว่ามีเจตนาบุกรุกเข้าไปในบ้านผู้เสียหายแต่กระทำไปไม่ตลอด เป็นความผิดฐานพยายามบุกรุกโดยมีอาวุธติดตัว เป็นต้น

แนวทางการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิด โดยใช้หลักเกณฑ์การใกล้ชิดหรือห่างไกลต่อความผิดสำเร็จเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างการลงมือพยายามกระทำความผิดกับการเตรียมกระทำความผิดตามแนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 นี้ เทียบได้กับแนวทางการอธิบายของนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสตามทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The proximity acts theory) ของฝรั่งเศสฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีภาวะวิสัย (objective theory) หรือทฤษฎีการกระทำเป็นหลัก ที่เห็นว่าการกระทำจะเข้าชั้นลงมือพยายามกระทำความผิดก็ต่อเมื่อได้แสดงให้เห็นความสัมพันธ์โดยตรงและกระชั้นชิดกับความผิดที่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งความสัมพันธ์นั้นจะต้องกระชั้นชิดถึงขนาดที่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดนั่นเอง หรืออีกนัยหนึ่งก็จะต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายที่กำหนดความผิดนั้น โดยเป็นองค์ประกอบของความผิดนั้น หรือต้องเป็นองค์ประกอบให้ความผิดมีโทษหนักขึ้น ซึ่งทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสไม่เห็นด้วย ศาลฝรั่งเศสเห็นด้วยกับฝ่ายที่สอง คือ ฝ่ายที่ถือตามทฤษฎีอัตตะวิสัย (subjective theory) หรือฝ่ายที่ถือเอาจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก ซึ่งเห็นว่าการลงมือพยายามกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อการ

<sup>281</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1125/2527,874/2473. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จากแหล่งเดิม.

<sup>282</sup> ดูเพิ่มเติมคำพิพากษาฎีกาที่ 901/2476,549/2504,2922/2524,2218/2533,3286/2536. หาได้จากแหล่งเดิม.

<sup>283</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1905/2528. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2536,จากแหล่งเดิม.

<sup>284</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 738/2515. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549,จาก <http://www.supremecourt.or.th>.

กระทำนั้นแสดงให้เห็นเจตนาแน่ชัดที่จะกระทำความผิด ซึ่งเจตนานี้จะเห็นได้เมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ความคิดเห็นของฝ่ายหลังนี้ค่อนข้างกว้างกว่าความเห็นในฝ่ายแรก (ตามที่ได้อ้างไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.2.1 ในบทที่ 3) และเหมือนกับแนวทางให้ความหมายลักษณะของการให้ความหมายการพยายามกระทำความผิดในประเทศอังกฤษก่อนบัญญัติพระราชบัญญัติการพยายามกระทำความผิด ค.ศ.1981 (The Criminal Attempts Acts 1981) ตามแนวทางทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Lord Diplock ที่มุ่งตีความทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลในความหมายแคบ โดยมุ่งถึงการให้โอกาสให้ผู้กระทำความผิดตัดสินใจในการล้มเลิกการกระทำความผิดเป็นสำคัญ ในข้อพิจารณาที่ว่าต้องพิสูจน์ให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่าผู้กระทำจะกระทำความผิดโดยปราศจากการแสดงออกในการล้มเลิกการกระทำผิดของเขาอย่างแน่นอน (ตามที่ได้อ้างไว้แล้วในหัวข้อที่ 3.1.1.3 ข.)

การให้ความหมายลักษณะของการลงมือพยายามกระทำความผิดซึ่งใช้ลักษณะของการกระทำที่ใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จต้องถึงขนาดใกล้ชิดกับองค์ประกอบของความผิด หรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำในองค์ประกอบความผิด หรือไม่ต้องเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่เป็นเหตุ ผลกรรจ์ของความผิดฐานนั้น ๆ มีข้อบกพร่องที่ทำให้หลักการลงมือกระทำในชั้นพยายามแคบลงมากในบางฐานความผิด เช่น ความผิดฐานฆ่าโดยใช้ปืนยิง หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เป็นต้น จนอาจทำให้การกระทำที่ยังไม่เข้าองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ก็ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จ จนน่าจะเป็นอันตรายแก่ชุมชนอย่างยิ่งอยู่แล้วไม่อยู่ในข่ายที่จะลงโทษผู้กระทำในฐานพยายามได้<sup>285</sup> และทำให้การลงมือพยายามกระทำความผิดขยายกว้างออกไปในบางฐานความผิดใน กรณีความผิดที่มีเหตุกรรจ์ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ในเคหสถาน เพียงแต่กระทำการเข้าใกล้หรือกระทำการในส่วนของการกระทำในองค์ประกอบที่เป็นเหตุกรรจ์ก็เป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว เป็นต้น

การลงมือพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แนวทางของศาลถือว่าต้องเป็นการกระทำที่จะถึงขนาดใกล้กับองค์ประกอบของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราคือถึงขั้นที่จะเอาอวัยวะเพศชายจ่ออยู่บริเวณอวัยวะเพศหญิงพร้อมที่จะกระทำชำเราแล้ว และบางกรณีต้องประกอบไปด้วยพฤติการณ์ที่อยู่ในวิสัยที่สามารถจะกระทำชำเราได้ด้วย หรือมิฉะนั้นศาลจะตีความในเรื่องเจตนาของจำเลยว่ามีเจตนาเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น ส่วนในความผิดฐานลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ หรือปล้นทรัพย์ นั้นการกระทำที่จะใกล้กับองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ ถ้าเป็น

<sup>285</sup> สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2532, ธันวาคม). “การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ตามกฎหมายอาญาฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 19, เล่มที่ 4. หน้า 50 – 56. และ ฌ็องดูตี ตีมาก. (2546). การพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้กับการขาดองค์ประกอบความผิด. หน้า 61 – 62.

กรณีการลักทรัพย์ธรรมดาตามมาตรา 334 การพยายามลักทรัพย์ต้องเป็นการกระทำที่ใกล้กับการสามารถเอาทรัพย์ และการพาทรัพย์นั้นเคลื่อนไป ส่วนการกระทำความผิดสำเร็จหมายถึงการเข้าลักษณะของการเอาทรัพย์ คือ การเข้าครอบครองทรัพย์ และประกอบกับการดำเนินการพาทรัพย์นั้นไป คือ การเอาทรัพย์นั้นเคลื่อนที่แล้ว<sup>286</sup> แต่ถ้าเป็นกรณีการลักทรัพย์ในเหตุฉกรรจ์ ตามมาตรา 335 ซึ่งทรัพย์ มาตรา 339 และปล้นทรัพย์ ตามมาตรา 340 การลงมือพยายามกระทำความผิดนั้นเพียงกระทำการถึงขั้นเข้าองค์ประกอบในเหตุฉกรรจ์ เช่น การเข้าไปในเคหสถาน หรือขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายหรือจะใช้กำลังประทุษร้าย ก็เพียงพอจะเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้วไม่จำเป็นต้องเข้าใกล้กับการเอาทรัพย์ เห็นทรัพย์หรือพาทรัพย์นั้นไปเหมือนการลักทรัพย์ธรรมดา

รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ เห็นว่า<sup>287</sup> ศาลตีความให้ความหมายพฤติการณ์ที่ใกล้ชิดต่อผลในความผิดฐานนี้เคร่งครัดเกินไปทำให้ไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดให้เหมาะสมกับความผิดได้ กรณีเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1685/2516<sup>288</sup> จำเลยซึ่งนุ่งผ้าขาวม้าอยู่ตัวเดียวกระทำการถึงขั้นกดหญิงผู้เสียหายนอนลงที่พื้นชั้นคร่อม และถลกผ้าขึ้นแล้วด้วยเจตนาจะกระทำชำเรา ศาลก็ยังเห็นว่าไม่ถึงขั้นพยายาม ทั้ง ๆ ที่มีการข่มขืนใจหญิงแล้วเพียงแต่ยังไม่ถึงขั้นกระทำชำเราได้เท่านั้นการเคร่งครัดดังกล่าวอาจทำให้ไม่ทันการที่จะหยุดยั้งการกระทำความผิดหากพิจารณาตามหลักทฤษฎีโดยพิจารณาว่าองค์ประกอบของความผิดฐานนี้มีไว้เพียงการกระทำชำเราหากแต่ประกอบกับการข่มขืนใจด้วย ดังนั้นเมื่อได้มีการประทุษร้ายด้วยเจตนาที่จะชำเราซึ่งถือเป็นการกระทำส่วนหนึ่งในองค์ประกอบของความผิดฐานนี้แล้ว การกระทำของจำเลยตามคำพิพากษาดังกล่าวน่าจะเข้าลักษณะข่มขืนใจเพื่อจะกระทำชำเราอันเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว เปรียบกับการลักทรัพย์ในเคหสถานเพียงแต่เข้าไปในเคหสถานด้วยเจตนาลักทรัพย์แม้ยังไม่เข้าใกล้ทรัพย์ที่จะลักก็เป็นการลงมือพยายามลักทรัพย์ในเคหสถานแล้ว หรือการใช้กำลังประทุษร้ายข่มขืนใจเพื่อเอาทรัพย์แม้ยังมีได้ทรัพย์ไปก็เป็นความผิดฐานพยายามชิงทรัพย์แล้วหรือแม้แต่เพียงงัดแฉะประตูหน้าร้านของผู้เสียหายด้วยเจตนาลักทรัพย์ก็เป็นความผิดฐานพยายามลักทรัพย์ได้แล้ว เป็นต้น

<sup>286</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2543). *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*. หน้า 388 – 394.

<sup>287</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2547). *กฎหมายอาญาหลักและปัญหา*. หน้า 168 – 169. และ นริศราแดง ใฝ่. (2540). *การลงมือกระทำความผิด : ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา*.

<sup>288</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1685/2516. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

นางสาวนัทธมน คงเจริญ และนายสมชาย ปรีชาศิลป์กุล นักนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มีความเห็นว่า<sup>289</sup> ในประมวลกฎหมายอาญามีได้นิยามความหมายของการชำเราเอาไว้แต่ศาลได้ให้ความหมายของการกระทำชำเราเอาไว้ในการตัดสินคดีว่า คือ การร่วมเพศระหว่างชายหญิงโดยอวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงเข้าไปในช่องคลอดของหญิงแม้จะเพียงเล็กน้อยก็ตาม และไม่ว่าฝ่ายชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่ก็ตาม ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ให้ความหมายนี้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 857/2536, 752/2540 เป็นต้น<sup>290</sup> ซึ่งความหมายในการชำเราในลักษณะนี้เป็นเรื่องของเครื่องเพศกับเครื่องเพศ ซึ่งแนวความคิดนี้ยังคงดำรงอยู่มาจนกระทั่งปัจจุบันยังไม่มี ความเปลี่ยนแปลง นิยามความหมายในลักษณะเชิงกายภาพอย่างคับแคบเช่นนี้ทำให้การบังคับร่วมเพศในหลายรูปแบบไม่เป็นความผิดในความหมายนี้ ดังเช่น การร่วมเพศทางทวารหนัก คำพิพากษาฎีกาที่ 509/2529<sup>291</sup> มีความผิดเพียงฐานอนาจารซึ่งบทลงโทษเบากว่าความผิดฐานข่มขืน หรือการบังคับให้สำเร็จความใคร่ทางปากโดยหญิงก็จะไม่ได้เข้าอยู่ในความหมายของการกระทำชำเราเลย ทางพิจารณาจากแง่มุมของผู้ถูกระทำไม่ว่าจะเป็นการเอาอวัยวะเพศสอดใส่หรือใช้สิ่งของสอดใส่แล้วแต่สร้าง ความบอบช้ำให้กับผู้เสียหายไม่แตกต่างกัน แต่สำหรับผู้กระทำแล้วกลับได้รับโทษน้อยลงถ้าไม่ได้เป็นการล้วงล้าอวัยวะเพศหญิงด้วยเครื่องเพศตน ได้มีการเรียกร้องให้เกิดการแก้ไข กำหนดคำนิยามของการร่วมประเวณีหรือการกระทำชำเราให้มีความหมายที่กว้างขึ้นและครอบคลุม ประสพการณ์การถูกทารุณกรรมทางเพศที่มากขึ้นกว่าเดิม ด้วยการกำหนดให้การร่วมประเวณี หมายถึง การสอดใส่หรือการกระทำใดที่เกี่ยวข้องกับการสอดใส่ส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของผู้กระทำผิด ไม่ว่าเป็นนิ้ว อวัยวะเพศ หรือการใช้วัตถุใด ๆ ใส่เข้าไปในช่องคลอด ทวารหนัก หรือปากของผู้เสียหาย รวมถึงการใช้สัตว์ข่มขืนผู้เสียหายด้วย อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอนี้ยังคงไม่มีความ คืบหน้ามากที่ควร การกระทำชำเราในทางกฎหมายจึงยังคงเป็นเรื่องของเครื่องเพศกับเครื่องเพศ เช่นเดิม แทนที่จะเป็นเรื่องของความรุนแรงทางเพศในทางกายภาพระหว่างชายหญิง

กรณีการฆ่าโดยใช้ปืนยิง แนวทางการปฏิบัติของศาลในความคิดฐานนี้ถือการเล็งเป็น เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดอันเป็นจุดเริ่มต้นของการลงมือพยายามกระทำความผิดในการฆ่าโดยใช้ปืนยิง ศาลใช้เหตุผลในเรื่องการกระทำที่ใกล้ชิดต่อการฆ่าในลักษณะของพฤติกรรมในการใช้อาวุธ ปืนยิงมาอธิบาย โดยให้ความหมายพฤติกรรมความใกล้ชิดต่อผลในกรณีฆ่าคน โดยใช้ปืนยิงว่าต้อง

<sup>289</sup> นัทธมน คงเจริญ, สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. (2546). “การข่มขืนโดยกระบวนกรายุติธรรม.” วารสาร นิติสังคมศาสตร์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ปีที่ 1, ฉบับที่ 1. หน้า 60 – 61.

<sup>290</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 857/2536 และ 752/2540. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>291</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 509/2529. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

มีการกระทำที่เป็นการเล็งปิ่นจึงจะถือว่าเป็นจุดที่ใกล้ชิดในการฆ่า และในบางกรณีก็เอาพฤติกรรมของผู้กระทำผิดมาเป็นข้อพิจารณาในเรื่องเจตนาของผู้กระทำด้วยแม้จะมีการจ้องปิ่นเล็งไปยังผู้เสียหายแล้วก็อาจจะจะเป็นเพียงการขู่ก็ได้หากมีพฤติกรรมอื่น ๆ ส่อไปในทางที่ผู้กระทำไม่มีเจตนายิงปิ่น

รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ มีความเห็นกรณีนี้ว่า<sup>292</sup> การชักปืนขึ้นมาจ้องอาจเห็นว่าเป็นการลงมือแล้ว<sup>293</sup> หรืออาจจะยังไม่แน่ชัดว่าจะใช้ยิง<sup>294</sup> หรืออาจเพียงขู่เท่านั้นก็ได้<sup>295</sup> ดังนี้ถ้ามีปิ่นรับจ้างได้สำรวจบ้านของผู้ที่จะฆ่าจนกระทั่งไปดักข่มรออยู่ที่บ้านจนเวลาที่ผู้นั้นกลับมาจากบ้าน แม้มีปิ่นจะชักปืนและเดินไปที่รถแล้วไม่ทันยกปืนขึ้นจ้องตำรวจจับได้ ก็ยังไม่สามารถลงโทษได้ เพราะยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำ อันที่จริงการลงมือควรถือการกระทำที่จะนำไปสู่ความสำเร็จโดยไม่มีการหยุดยั้งในระหว่างนั้น เช่น มีปิ่นรับจ้างที่ถือปืนเดินเข้าไปหาเหยื่อแม้ยังไม่ทันจ้องปิ่นยิงก็ตีต้องถือว่าเป็นการลงมือแล้ว มิฉะนั้นแม้ผู้กระทำถูกจับได้ ก็ลงโทษไม่ได้ โอกาสจะป้องกันความเสียหายก็จะแคบลง

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทริย์เห็นว่า<sup>296</sup> หากเป็นการกระทำซึ่งผู้กระทำได้ตั้งต้นเพื่อกระทำให้ตลอดจนเกิดผลสำเร็จเป็นความผิดแม้มีการพักเป็นตอน ๆ ในระหว่างนั้นซึ่งคุกคามจะเป็นการกระทำเป็นระยะ ๆ ในขั้นเตรียม แต่เมื่อการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่ผู้กระทำลงมือเพื่อกระทำติดต่อกันไปจนสำเร็จและใกล้ชิดต่อผลแล้วไม่จำเป็นต้องถึงขั้นยกปืนขึ้นเล็ง เช่นกรณี การถือปืนไปข่มขอยอยู่เพื่อยิงผู้ที่ตนประสงค์จะฆ่าซึ่งไม่รู้ว่าจะผ่านมาเมื่อใดเป็นการรอคอยโอกาสอยู่ในขั้นเตรียม แต่ถ้ารู้ว่าคนที่ตนต้องการฆ่านั้นผ่านมาเมื่อใดและเข้าข่มขอยในที่เหมาะพร้อมที่จะยิงได้โดยผู้นั้นกำลังใกล้เข้ามาแม้จะยังไม่อยู่ในระยะยิงก็ถือว่าผู้นั้นลงมือกระทำการพยายามฆ่าคนแล้ว ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำก็เป็นแต่ข่มขอยโอกาสที่จะยิงได้เช่นเดียวกัน กรณีนี้ไม่ใช่แต่เป็นเพียงการเตรียม แต่เป็นส่วนหนึ่งของการที่ได้ตั้งต้นกระทำให้ตลอดไปจนเกิดผลสำเร็จและใกล้ต่อผลแล้ว ควรเป็นความผิดฐานพยายาม ศาสตราจารย์จิติฯ เห็นว่า ศาลไทยตีความเคร่งครัดมากในการวินิจฉัยการเริ่มลงมือพยายามฆ่าคนโดยใช้ปืนยิง การเริ่มลงมือคือการเริ่มทำการที่จะนำไปสู่ผลสำเร็จโดยไม่มีการหยุดยั้งในระหว่างนั้น ไม่มีการพักเป็นตอน ๆ ซึ่งน่าจะได้แก่เริ่ม

<sup>292</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2544). หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 57 – 58.

<sup>293</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 147/2504. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>294</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1746/2518. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>295</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1389/2529. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จากแหล่งเดิม.

<sup>296</sup> จิติ ดิงศภัทริย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 303.

จับปืนเพื่อชักออกมาแล้วก็ยิงได้ติดต่อกันไป ไม่ต้องชักออกมาทำงานงนกลีงก่อนจึงจ้องยิง การรอลังจ้องปืนจึงจะเป็นการพยายามแล้ว ก็เห็นจะไม่ทันจับหรือแย่งปืนไปได้ก่อนที่จะลั่นไก<sup>297,298</sup> เป็นต้น ซึ่งการตีความของศาลดังที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นอาจเข้าใจได้ว่าเป็นการตีความเพื่อคุ้มครองทรัพย์มากกว่าคุ้มครองบุคคลหรือไม่<sup>299</sup>

#### 4.3.2 แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 2 ถือรวมเอาการกระทำขั้นสุดท้ายของผู้กระทำเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดด้วย แม้ไม่ได้ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดจริง ๆ ก็ตาม

แนวทางการอธิบายของศาลกลุ่มที่ 2 นี้ ยังอิงอยู่กับการใช้เกณฑ์ “การใกล้ชิด” หรือ “ห่างไกล” กับความผิดสำเร็จเป็นเหตุผลในการอธิบาย โดยถือรวมเอาการกระทำในขั้นตอนสุดท้ายมาเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดในความหมายที่เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดด้วย แม้ยังไม่ถึงขั้นใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดฐานนั้นหรือเป็นการกระทำที่ถึงขั้นใกล้ชิดกับลักษณะของการกระทำในองค์ประกอบของความผิดฐานนั้น ๆ หรือเป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในความผิดฐานนั้น ๆ หรือเหตุกรรจ์ก็ตาม อันเป็นการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว่าเดิม เทียบได้กับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ของประเทศอังกฤษ (ในบทที่ 3) และตรงกันกับคำอธิบายของท่านศาสตราจารย์เกียรติคุณ วังจันสวัสดิ์ (ในบทที่ 4 หัวข้อที่ 4.2.1.2)

##### 4.3.2.1 เดิม ศาลนำเหตุผลดังกล่าวข้างต้นมาอธิบายเกี่ยวกับกรณีการฆ่าหรือทำร้ายโดยใช้บุคคลหรือสัตว์เป็นเครื่องมือ (innocent agents) เท่านั้น

กรณีการพยายามฆ่าหรือทำร้ายโดยใช้บุคคลหรือสัตว์เป็นเครื่องมือ นั้น เพียงแต่ใช้สัตว์หรือหลอกบุคคลที่ตนใช้เป็นเครื่องมือก็ถือว่าเป็นการกระทำขั้นสุดท้ายซึ่งจำต้องกระทำเพื่อให้ความผิดสำเร็จก็ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดอันเป็นความผิดฐานพยายามฆ่าหรือทำร้ายแล้ว แม้ว่าระยะเวลาที่จะเกิดผลนั้นจะยังไม่แน่นอนว่าจะนานเท่าใดก็ตาม หรือแม้ยังไม่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จของความผิดก็ตาม ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1076/2456 จำเลยเอน้ำกรดกำมะถันซึ่งมีพิษร้ายใส่ในครกน้ำพริกซึ่งจะใส่แกงต้มให้ผู้เสียหายกิน แต่คนครัวของผู้เสียหายสังเกตเห็นผิดปกติจึงตรวจทราบก่อน กรดกำมะถันจำนวนน้อยไม่พอทำอันตรายแก่ชีวิตได้ วินิจฉัยว่า จำเลยมีความผิดฐานพยายามทำร้าย

<sup>297</sup> หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 147/2504 อ้างถึงใน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 147/2504. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549 จาก <http://www.supremecourt.or.th>.

<sup>298</sup> เทียบได้กับความหมายการใกล้ชิดต่อผลตามแนวทางทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของ Shephen หรือแนวทางการอธิบายทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลของฝรั่งเศสฝ่ายที่เห็นด้วยกับทฤษฎีอัตระวิสัย ในบทที่ 3

<sup>299</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2544). หลักกฎหมายอาญาภาคทั่วไป. หน้า 58.

ร่างกาย และคำพิพากษาฎีกาที่ 2804/2519 จำเลยเจตนาฆ่าผู้เสียหายโดยใช้ยาเบื่อหนู การที่จำเลยอาชญาเบื่อหนูใส่ในโถงน้ำดื่มของผู้เสียหาย ถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว เข้าขั้นพยายามแล้ว เมื่อผู้เสียหายไม่ดื่ม จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทธิย์ เห็นว่า<sup>300</sup> คดีเหล่านี้การกระทำเพียงเท่านี้แสดงว่าเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดแล้ว ส่วนเป็นพยายามกระทำความผิดในความผิดฐานใดย่อมแล้วแต่เจตนา ถ้าพิสูจน์เจตนาฆ่าคนได้ก็ต้องเป็นความผิดฐานฆ่าคนโดยเจตนา เหตุที่ย่าพิชน้อยเป็นการไม่สำเร็จโดยบังเอิญ ถ้าจำเลยจะทำแกงใส่ยาพิษให้ผู้เสียหายกินเองการเอายาพิษปนกับเครื่องแกงใส่ครกตำอาจเป็นแต่ขั้นเตรียม เพราะยังต้องนำแกงไปวางให้ผู้เสียหายกินอีกตอนหนึ่ง แต่กรณีที่จำเลยลอบใส่ยาพิษในครกดังนี้เป็นกรกลอกใช้คนครัวเป็นเครื่องมือเป็นการลงมือกระทำให้เป็นผลสำเร็จตลอดไปแล้ว แนวความเห็นของศาลยังคงถือตามแนวทางนี้ตลอดมา

#### 4.3.2.2 ภายหลังศาลใช้เหตุผลของการกระทำในขั้นสุดท้ายขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปใช้กับความผิดฐานอื่น ๆ ด้วย

ศาลนำเหตุผลนี้มาใช้โดยเฉพาะในความผิดที่มีความรุนแรงกระทบกระเทือนต่อสังคม เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หรือความผิดฐานค้าหญิงและเด็ก เป็นต้น โดยรวมถือว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลประการหนึ่งเพื่อเป็นเหตุผลในการขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปคุ้มครองสังคมมากขึ้น ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 810/2522 จำเลยที่ 1 มีเฮโรอีนไว้ในความครอบครองเพื่อขาย จำหน่ายจ่ายแจก และถูกเจ้าพนักงานจับได้ที่ท่าอากาศยานกรุงเทพพร้อมเฮโรอีนของกลาง ขณะที่กำลังจะเดินทางกลับประเทศญี่ปุ่นโดยเครื่องบิน โดยกำลังติดต่อดูตรวจสอบตัวเครื่องบินกับเจ้าหน้าที่สายการบินอยู่ ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 พยายามนำเฮโรอีนของกลางดังกล่าวออกนอกราชอาณาจักร เพื่อขายจำหน่ายหรือจ่ายแจก และการกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบทเพราะเป็นเฮโรอีนจำนวนเดียวกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1006/2523 จำเลยรอเวลาที่จะออกเดินทางไปกับสายการบินพร้อมเฮโรอีนของกลาง ณ ท่าอากาศยานกรุงเทพฯ ก่อนกำหนดเที่ยวบินที่จะออกนอกราชอาณาจักรประมาณ 1 ชั่วโมง แต่ถูกเจ้าพนักงานตรวจค้นจับกุมขณะอยู่ในพิธีการทางศุลกากรและตรวจคนเข้าเมือง ยังไม่ทันได้ขึ้นเครื่องบิน เป็นความผิดฐานพยายามส่งเฮโรอีนหรือฝิ่นออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย

<sup>300</sup> จิติ ดิงศภัทธิย์. (2536). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. หน้า 305.

คำพิพากษาฎีกาที่ 1691/2526 หลังจากผ่านการตรวจค้นหาวัตถุระเบิดและอาวุธปืนของเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยประจำท่าอากาศยานกรุงเทพ อันเป็นการตรวจขั้นตอนสุดท้ายก่อนที่จะขึ้นเครื่องบิน เจ้าหน้าที่ศุลกากรตรวจค้นพบเฮโรอีนของกลางบรรจุถุงพลาสติก 1 ถุง ซ่อนอยู่ในร่องเท้าของจำเลย เป็นความผิดฐานพยายามส่งเฮโรอีนหรือฝิ่นออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1550/2527 จำเลยมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย และพยายามส่งออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่ายซึ่งเฮโรอีนจำนวนเดียวกัน จำเลยถูกจับพร้อมเฮโรอีนของกลางขณะจะขึ้นเครื่องบินไป ต่างประเทศถือว่าจำเลยมีเจตนาประสงค์ต่อผลประการเดียว ที่จะนำเฮโรอีนดังกล่าวออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย แม้โจทก์จะบรรยายฟ้องแยกการกระทำของจำเลยเป็นสองตอนและ จำเลยให้การรับสารภาพก็ยอมเป็นการกระทำความผิดเป็น ความผิดต่อกฎหมายหลายบท

คำพิพากษาฎีกาที่ 1881/2528 จำเลยมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย และพยายามส่งออก นอก ราชอาณาจักรเพื่อจำหน่ายซึ่งเฮโรอีนจำนวนเดียวกัน โดยเอาเฮโรอีน ของกลางบรรจุในกระป๋องสเปรย์ 2 กระป๋องใส่ไว้ใน กระเป๋าเดินทาง และในกระเป๋าเครื่องสำอางและถูกเจ้าพนักงาน จับได้ที่สนามบิน ในขณะที่จำเลยเตรียมตัวจะขึ้นเครื่องบิน ไปต่างประเทศ การกระทำของจำเลย จึงเป็นความผิดกรรมเดียว ผิดต่อกฎหมายหลายบท นอกจากเฮโรอีนจำนวนข้างต้น เจ้าพนักงานยังพบเฮโรอีนอีกจำนวนหนึ่ง ในกระป๋องสเปรย์ซึ่งบรรจุอยู่ในกระเป๋าเสื้อหิ้วซึ่ง จำเลยฝากไว้กับ เจ้าหน้าที่โรงแรมก่อนที่จำเลยจะเดินทางมา ยังสนามบิน ซึ่งเฮโรอีนจำนวนนี้ ก็เป็นจำนวนเดียวกับที่ จำเลยมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายและถูกจับได้ ที่สนามบิน ตามที่โจทก์ฟ้องนั่นเอง เป็นแต่เพียงจำเลยแยกเอาบางส่วนติดตัวไปส่วนที่เหลือฝากไว้ที่โรงแรมมิได้นำติดตัวไปเท่านั้น จึงไม่ทำให้การกระทำของจำเลยเป็นความผิดอีก กรรมหนึ่งต่างหาก คงเป็นความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมาย หลายบท

คำพิพากษาฎีกาที่ 217/2530 จำเลยซุกซ่อนเฮโรอีนไว้ในขนมปัง แล้วนำไปมอบให้สืบเวร เพื่อมอบให้แก่ จ.ซึ่งถูกควบคุมอยู่ที่ห้องควบคุม สืบเวร ได้ตรวจค้นขนมปังพบเฮโรอีนของกลางเสียก่อนยังไม่ทันได้ส่งมอบขนมปังนั้นให้แก่ จ.ดังนั้นจำเลยมีเฮโรอีนของกลางไว้ในความครอบครองเพื่อจำหน่าย โดยมุ่งประสงค์จะให้แก่ จ. เป็นข้อสำคัญ และเฮโรอีนของกลางมีจำนวนเดียว มิใช่มีเฮโรอีนของกลางไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายขาดตอนจากการพยายามจำหน่ายจึงเป็นการกระทำความผิดเดียว เป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท

คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533 จำเลยกับพวกประสงค์จะพาผู้เสียหายออกไปจากประเทศไทยเพื่อการรับจ้างให้เขาทำเมฆุนกรรม แต่จำเลยถูกจับกุมเสียก่อนที่ท่าอากาศยานกรุงเทพฯ ในขณะที่จำเลยกำลังเข้าแถวขอรับบัตรเลขที่นั่งเครื่องบินสำหรับจำเลยและผู้เสียหาย การกระทำ

ของจำเลยกับพวกดังกล่าวจึงเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการพาผู้เสียหายทั้งสองออกไปจากประเทศไทย เพื่อการรับจ้างให้เขาทำเมณกรรม เป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้น ถือว่าพ้นชั้นเตรียมการเข้าสู่การลงมือกระทำความผิด เป็นต้น<sup>301</sup>

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภักย์ ให้ข้อสังเกตว่า<sup>302</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533 นั้นศาลฎีกาพิพากษายืนตามศาลล่างซึ่งตัดสินว่าจำเลยมีความผิดตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการค้าหญิงและเด็กหญิง พ.ศ.2471 มาตรา 4 ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80 มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติไว้ว่า “ผู้ใด...พาหญิง ออกไปจากประเทศสยามเพื่อการรับจ้างให้เขาทำเมณกรรมมีความผิด...” ศาลฎีกากล่าวว่าการกระทำของจำเลยเป็น “ขั้นตอนสุดท้าย” ของการดำเนิน การพาผู้เสียหายออกไปจากประเทศไทย แต่อันที่จริงน่าจะถือว่าเป็น “ส่วนหนึ่งของการที่ประสงค์จะกระทำผิดต่อกันจนใกล้ชิดต่อผล” มากกว่า เพราะขั้นสุดท้ายจริง ๆ น่าจะได้แก่การนั่งอยู่บนเครื่องบิน การเดินไปขึ้นเครื่องบินแล้วออกไป อย่างไรก็ตามหากนับเหตุการณ์ย้อนหลังจากการนั่งบนเครื่องบินการเดินไปขึ้นเครื่องบิน การนั่งรอเรียกตัวขึ้นเครื่องบิน การเข้าไปยืนรอตรวจหนังสือเดินทาง การยื่นเข้าแถวรอรับบัตรเลขที่นั่งเครื่องบินล้วนเป็นส่วนหนึ่งของการที่จะนำหญิงออกไปนอกราชอาณาจักรทั้งนั้น จึงถือว่าใกล้ชิดต่อผล เป็นการกระทำในชั้นลงมือพยายามแล้ว อย่างไรก็ตามการลงจากรถยนต์ที่มีผู้ขับมาส่งพร้อมกับหิ้วกระเป๋าเดินทาง และเดินอยู่บริเวณอาคารท่าอากาศยาน แต่ยังไม่ทันยื่นเข้าแถวรอรับบัตรเลขที่นั่ง ไม่น่าจะถือเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิด คงเป็นเพียงการกระทำในชั้นเตรียมเท่านั้น การกระทำที่จะถือว่าเป็นการลงมือพยายามกระทำความผิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ชัดเจนพอสมควรโดยไม่คลุมเครือว่าผู้กระทำมุ่งหวังหรือเจตนาอย่างไร การยื่นเข้าแถวรอรับบัตรเลขที่นั่งนั้นก่อนข้างชัดเจนพอสมควรแล้วว่าเจตนาจะพาหญิงออกไปนอกราชอาณาจักร

แนวคำพิพากษาข้างต้นเมื่อเปรียบเทียบกับทฤษฎีการกระทำขั้นสุดท้าย (Last acts theory) ในบทที่ 3 แล้ว การกระทำบางการกระทำอาจยังไม่ถึงขั้นการกระทำขั้นสุดท้ายจริง ๆ แต่อย่างไร ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการผ่อนคลายการตีความที่เคร่งครัดตามหลักเดิมโดยขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปให้รวมถึงการกระทำขั้นสุดท้ายด้วยในบางกรณี ผู้เขียนเห็นว่าการให้เหตุผลเช่นนี้อาจเป็นการใช้มาตรฐาน 2 มาตรฐาน เข้ามาอธิบาย ซึ่งถ้าผู้ตัดสินเห็นว่าควรขยายการพยายามกระทำความผิดออกไปในกรณีใดจะตีความไปในแนวทางของการกระทำขั้น

<sup>301</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 810/2522, 1006/2523, 1691/2526, 1550/2527, 1881/2528, 217/2530, 1154/2533.

สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

<sup>302</sup> หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533. อ้างถึงใน คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2533. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม 2549, จาก <http://www.supremecourt.or.th>

สุดท้าย แต่ถ้าเห็นว่าไม่ควรขยายการพยายามกระทำความผิดออกไปก็จะตีความให้แคบลงไปตามหลักเกณฑ์เดิม

#### 4.3.3 แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 3 แนวคำพิพากษาที่ขยายขอบเขตของการพยายามกระทำความผิดออกไปกว่าหลักเกณฑ์ตามแนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 และกลุ่มที่ 2

แนวคำพิพากษากลุ่มที่ 3 นี้ดูเสมือนเป็นการขยายขอบเขตของการลงมือพยายามกระทำความผิดออกไปกว่าหลักเกณฑ์ตามแนวคำพิพากษากลุ่มที่ 1 และกลุ่มที่ 2 เดิม ซึ่งถ้าเทียบกับหลักเกณฑ์ตามทฤษฎีการให้ความหมายการลงมือพยายามกระทำความผิดของต่างประเทศในบทที่ 3 อาจเข้าลักษณะตามทฤษฎีการกระทำที่ไม่เคลือบคลุม (The Unequivocal acts theory), ทฤษฎีการกระทำในขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial steps acts theory) หรือ ทฤษฎีความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น (Dangerous possibility acts theory) มากกว่าทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (The Proximity acts theory) ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1866/2519 เจ้าพนักงานสืบทราบว่า จำเลยกับพวกร่วมกันมีและส่งยาเสพติดให้โทษออกนอกราชอาณาจักรโดยทางเครื่องบินมาหลายครั้งแล้ว วันเกิดเหตุได้รับแจ้งจากสายลับว่า จำเลยกับพวกจะส่งไปอีก จึงพากันไปซุ่มดักรออยู่ในบริเวณที่จอดรถชั้นล่างของห้องโดยสารขาออกของทางอากาศยานดอนเมืองที่จำเลยเคย นำรถมาจอด เมื่อจำเลยขับรถเก่งมาจอด ณ ที่นั้น เจ้าพนักงานจึงตรวจค้น พบเฮโรอีน 32 ถุง ฝิ่นสุก 15 ห่อ รวม 30 กว่ากิโลกรัม มีราคาถึง 520,000 บาทเศษ การจับกุมครั้งนี้มิได้กระทำโดยบังเอิญ ปริมาณของของกลางตลอดจนสถานที่ที่นำมาบ่งชี้ว่าจำเลยกับพวกมีเจตนาส่งออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ตามพฤติการณ์ก็น่าเชื่อถือว่าจำเลยกับพวกได้นัดแนะกันมาก่อนแล้ว เพียงแต่รอนำของกลางนี้ขึ้นไปในห้องผู้โดยสารขาออกชั้นบนเพื่อส่งออกทางเครื่องบินเท่านั้น การกระทำของจำเลยกับพวกเข้าขั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว แต่ไม่บรรลุผลเพราะเจ้าพนักงานจับกุมเสียก่อน จึงมีความผิดฐานพยายามส่งเฮโรอีนและฝิ่นออกนอกราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย (วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ทั้ง 2 วรรค ประชุมใหญ่ครั้งที่ 13-15/2519)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2860/2522 การที่จำเลยร่วมกันมีกัญชาไว้ในครอบครองโดยมิได้รับอนุญาต และนำกัญชาดังกล่าวเข้าไปในบริเวณท่าอากาศยานดอนเมือง อันเป็นด่านนำสินค้าออกนอกราชอาณาจักร โดยไม่ผ่านด่านศุลกากรดอนเมืองตามกฎหมาย เพื่อส่งออกไปนอกราชอาณาจักรโดยเครื่องบินแต่กัญชาถูกเจ้าพนักงานตรวจพบเสียก่อนและยึดไว้ ย่อมเป็นความผิดฐานมีกัญชาโดยไม่ได้รับอนุญาตกระทางหนึ่ง ฐานพยายามส่งกัญชาออกไปนอกราชอาณาจักรกระทางหนึ่ง (อ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 448/2513)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3240/2522 จำเลยที่ 3 เป็นผู้ชักชวนจำเลยที่ 1 ที่ 2 ให้ไปต่างประเทศ โดยจัดหาค่าใช้จ่าย ค่าพาหนะตลอดจนกระเป๋าสื่อผ้าให้ ทั้งยังเป็นผู้บรรจุเสื้อผ้าให้แก่จำเลยที่ 1 ที่ 2 เองที่บ้านพักของจำเลยที่ 3 โดยจำเลยที่ 3 รู้ดีว่าภายในกระเป๋ามีเฮโรอีนบรรจุอยู่ กระเป๋าสื่อผ้าและเฮโรอีนของกลางนั้นบุคคลอื่นเป็นผู้จัดหาให้อีกทอดหนึ่ง ขณะที่จำเลยที่ 1 ที่ 2 นำกระเป๋าสื่อผ้าบรรจุเฮโรอีนของกลางที่จำเลยที่ 3 จัดให้ไปยังท่าอากาศยานกรุงเทพ เพื่อจะโดยสารเครื่องบินไปต่างประเทศ ได้ถูกจับกุมพร้อมของกลาง โดยจำเลยที่ 3 มิได้ไปด้วยครั้งนี้ ถือไม่ได้ว่าจำเลยที่ 3 ร่วมกับจำเลยที่ 1 ที่ 2 พยายามนำเฮโรอีนของกลางออกไปนอกประเทศเพื่อจำหน่าย ถือได้เพียงว่าจำเลยที่ 3 เป็นผู้สนับสนุนการกระทำของจำเลยที่ 1 ที่ 2

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7562/2540 (คดีชื่อเสียงเลือกตั้งที่จังหวัดบุรีรัมย์) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าการที่จำเลยทั้งสองได้จัดทำธนบัตรของกลางทั้ง 11,400,000 บาท ไว้พร้อมที่จะนำไปแจกจ่ายหรือให้แก่ผู้เลือกตั้งตามบัญชีรายชื่อในเขตอำเภอลำปลายมาศและอำเภอเมืองบุรีรัมย์แล้ว ด้วยการนำธนบัตรชนิดราคา 100 บาท กับชนิดราคา 20 บาท ที่มีตราয়รูปยันต์ประทับตรงบริเวณลายน้ำพระบรมฉายาลักษณ์มาเย็บติดกันเป็นชุดชุดละ 120 บาท และมีครวมกันมัดละ 100 ชุด ใส่ถุงพลาสติกบรรจุในกล่องกระดาษและถุงทะเลไว้พร้อมดั่งนั้น โดยลักษณะของการกระทำดังกล่าวถือว่าจำเลยทั้งสองจัดทำธนบัตรของกลางซึ่งเป็นทรัพย์สินเพื่อจะจงใจให้บรรดาผู้เลือกตั้งในเขตเลือกตั้งที่ 1 และเขตเลือกตั้งที่ 2 ลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครหมายเลข 4,5 และ 6 ในเขตเลือกตั้งที่ 1 และหมายเลข 10 ในเขตเลือกตั้งที่ 2 จังหวัดบุรีรัมย์แล้ว แม้จำเลยทั้งสองจะยังไม่ได้แจกจ่ายธนบัตรนั้นแก่บรรดาผู้เลือกตั้งทั้งหลาย จำเลยทั้งสองก็กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติการเลือกตั้งฯ มาตรา 35(1) สำเร็จแล้ว แต่ปรากฏว่าโจทก์มิได้บรรยายฟ้องเอาผิดแก่การจัดทำธนบัตรของกลางของจำเลยทั้งสองซึ่งถือว่าเป็นความผิดสำเร็จมาด้วย โจทก์คงบรรยายฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยทั้งสองแต่เพียงว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเขตเลือกตั้งที่ 1 และเขตเลือกตั้งที่ 2 จังหวัดบุรีรัมย์ เพื่อจะจงใจให้บรรดาผู้เลือกตั้งทั้งสองเขตดังกล่าวลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครในเขตเลือกตั้งที่ 1 หมายเลข 4 ,5 และ 6 กับเขตเลือกตั้งที่ 2 หมายเลข 10 สถานที่เดียวกันนั้น ก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นเพียงขั้นเตรียมการให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งอันไม่เป็นการผิดต่อพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2522 มาตรา 35(1) ดังที่จำเลยทั้งสองฎีกาหรือไม่

ศาลเห็นว่า เมื่อพิเคราะห์พฤติการณ์ขณะที่ยังจำเลยทั้งสองถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับพร้อมของกลาง คงเหลือเวลาอีกเพียง 3 วัน ก็จะถึงกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นับว่าเป็นระยะเวลาที่ใกล้ชิดกับวันเลือกตั้งมากแล้ว ประกอบกับลักษณะธนบัตรของกลางที่จำเลยทั้งสองจัดทำขึ้นเป็นชุดพร้อมที่จะนำไปแจกจ่ายหรือให้แก่บรรดาผู้เลือกตั้งดังกล่าวได้ตามบัญชีรายชื่อ

ห้วคะแนนแต่ละหมู่บ้าน บัญชีรายชื่อแกนนำบัญชีรายชื่อผู้รับผิดชอบแต่ละตำบลในอำเภอลำปลายมาศ บัญชีรายชื่อผู้เลือกตั้ง (ส.ส.13) ของอำเภอเมืองบุรีรัมย์ ตารางแสดงจำนวนหมู่บ้าน ตลอดจนข้อมูลหน่วยเลือกตั้งตำบลต่าง ๆ ในอำเภอลำปลายมาศที่จำเลยทั้งสองรวบรวมไว้แล้ว แสดงว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาจะให้ทรัพย์สินว่าจำเลยเพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัคร และจำเลยทั้งสองก็ได้จัดหาทรัพย์สิน คือธนบัตรชนิดราคา 100 บาท และชนิดราคา 20 บาท รวมทั้งของกลางต่าง ๆ ดังกล่าว แล้วจำเลยทั้งสองได้ลงมือดำเนินการตามเจตนาข้างต้นโดยนำธนบัตรมาเย็บติดกันเป็นชุดมัดรวมกัน มัดละ 100 ชุด บรรจุในกล่องกระดาษและถุงทะเลเสร็จพร้อมที่จะนำไปให้แก่บุคคลผู้เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งได้ทันที การกระทำของจำเลยทั้งสองถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ล่วงไปถึงขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการนำธนบัตรของกลางไปแจกจ่ายหรือให้แก่บรรดาผู้เลือกตั้ง เพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครที่จำเลยทั้งสองให้การสนับสนุน เป็นการกระทำใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้นจึงต้องถือว่าการกระทำของจำเลยทั้งสองพ้นขั้นเตรียมการเข้าสู่การลงมือกระทำความผิดแล้ว ย่อมมีความผิดฐานพยายามให้ทรัพย์สินแก่ผู้เลือกตั้งเพื่อจะจูงใจให้ผู้เลือกตั้งลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ผู้สมัครดังที่โจทก์ฟ้องแล้ว และธนบัตรของกลางกับของกลางอื่นถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ศาลย่อมมีอำนาจสั่งให้ริบได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 (1) เป็นต้น<sup>303</sup>

<sup>303</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1866/2519,2860/2522,448/2513,3240/2522,7562/2540. สืบค้นเมื่อ 10 มีนาคม