

การกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

นวมินทร์ กาญจนารัตน์พันธ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมเปญ

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2564

**DETERMINING THE OFFENSE OF INDECENT  
ACT TO BE A STATE CRIMINAL OFFENSE**

**NAWAMIN KANJANAROTPHAN**



**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements**

**for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University**

**2021**



## ใบรับรองวิทยานิพนธ์

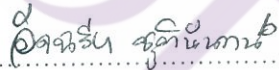
คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน  
เสนอโดย นายนวมินทร์ กาญจนโรจน์พันธ์  
สาขาวิชา นิติศาสตร์  
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา  
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์  
ได้พิจารณาเห็นชอบ โดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว



.....ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท)



.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์  
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)



.....กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว



.....คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล)

วันที่ ๒๐ เดือน พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๕

|                   |   |
|-------------------|---|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | การกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน |
| ชื่อผู้เขียน      | นวมินทร์ กาญจนโรจน์พันธ์                            |
| อาจารย์ที่ปรึกษา  | รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์                    |
| สาขาวิชา          | นิติศาสตร์  |
| ปีการศึกษา        | 2563  |

### บทคัดย่อ

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคหนึ่งถือได้ว่าเป็นความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมมาก และอัตราโทษสูง ซึ่งในปัจจุบันนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ และเป็นความผิดร้ายแรงที่ส่งผลเสียและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ ร่างกาย จิตใจ ของผู้เสียหาย อย่างยิ่ง ทั้งนี้ยังส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมทำให้เกิดความไม่ปลอดภัย และเกิดความหวาดกลัวขึ้น ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ของสังคมที่ได้สร้างขึ้นเพื่อให้สมาชิกในสังคมได้อยู่ร่วมกันด้วยความสงบเรียบร้อย ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติให้ความผิดตามมาตรา 281 เป็นการกระทำอนาจารที่มีได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล ชุมชน หรือบุคคลจำนวนมากในที่สาธารณะ โดยผู้ถูกระทำนั้นมิได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ให้เป็นความผิดอันยอมความได้

ปัจจุบันความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นทวีความรุนแรงมากขึ้นทุกขณะ ไม่ว่าจะเกิดต่อบุคคลใดก็ตาม หรือผู้ใกล้ชิด อาจทำให้ผู้เสียหายไม่กล้าร้องทุกข์หรือไม่ได้ร้องทุกข์ในกรอบระยะเวลาที่กำหนด อันเป็นผลให้คดีขาดอายุความจนไม่ได้รับการเยียวยาโดยกระบวนการยุติธรรมตามสมควร และรัฐก็ไม่สามารถเอาผิดผู้กระทำความผิดได้ เพราะเมื่อไม่มีการร้องทุกข์ตามกฎหมาย ก็จะทำการดำเนินคดีไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์ในการแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และให้มีการเยียวยาคุ้มครองผู้เสียหาย และเพื่อลงโทษต่อผู้กระทำผิดอย่างรุนแรง รัศกุน และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงควรกำหนด ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน เนื่องจากการกระทำอนาจารนั้น ถึงแม้จะเป็นความผิดต่อส่วนตัวที่มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง หากแต่การกระทำอนาจารนั้นมีอัตราโทษสูง และเป็นการกระทำที่มีความเป็นอาชญากรรมมาก ซึ่งส่งผลกระทบต่อส่วนรวม ศีลธรรม และความสงบสุขสังคมโดยรวม จึงจำต้องกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด และเพื่อเป็นการลงโทษเพื่อยับยั้งข่มขู่มิให้มีการกระทำความผิดซ้ำ

หรือเอาเยี่ยงอย่าง และในการที่ยึดตามแนวทางนี้นั้น จะเป็นการช่วยหรือสกัดกั้นในเรื่องการข่มขืน  
กระทำซ้ำเรออีกทางหนึ่ง



|                |  |
|----------------|--|
| Thesis Title   | Determining the offense of indecent act to be a state criminal offense |
| Author         | Nawamin Kanjanarotphan   |
| Thesis Advisor | Assoc. Prof. Achariya Chutinun   |
| Department     | Law  |
| Academic Year  | 2020   |

### **ABSTRACT**

The offense of indecent act according to Section 278, Paragraph one, is considered a critical criminal offense and the penalty is high. At present, it is a compoundable offense and it is the serious offense that has a serious negative effect on the rights and freedoms of the victim's body and mind. It also affects the entire society causing insecurity and fear. This is the violation of the rules of society that have been regulated in order for members of society to live altogether peacefully. Which the law provided that the offense under Section 281 is an indecent act that is not done in front of public, community or many people in public places. In which the victim was not in serious danger or death to be a compoundable offense.

Today, sex offenses are becoming more and more severe every now and then. Whether it happened to someone close to you or someone close. If the victim does not complain within a specified period of time which results in the case to be precluded by prescription without receiving reasonable judicial remedies and the state cannot condone the perpetrators. Because when there is no legal complaint Will not be able to prosecute This is for the benefit of amending the law to be effective. And to provide remedies and protection for the injured and Although the indecent act is a personal offense aiming at truly protecting the injured person, the indecent act has a high penalty. It is also the action that is very criminal affecting the public, morality and the peace of the society entirely, morality and the peace of the society as a whole. Therefore, it is needed to impose a penalty that is proportionate to the offense and as a punishment to deter, threaten, repeat offenses or imitate. Adhering to this approach, it will help or prevent the issue of rape as well.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีเนื่องจากได้รับความเมตตากรุณาและอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากท่านอาจารย์ รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้ให้ความกรุณาและเวลาอันมีค่าได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้ให้ความรู้ ให้คำแนะนำ ตลอดจนแนวทางการเขียน และแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้ลุล่วงสมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รวมถึงขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กรรภิรมย์ โกมลารชุน ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้ให้คำแนะนำและแนวทางแนะนำเอกสารตำรา ตลอดจนให้ความคิดเห็นทางวิชาการพร้อมทั้งดูแล และตรวจสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดา คุณอา และผู้มีอุปการะคุณทุกท่าน ที่ได้ให้การอบรมดูแลสั่งสอน ตลอดจนสนับสนุนในทุกด้านจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

นวมินทร์ กาญจนโรจน์พันธ์

สารบัญ

|   | หน้า |
|---|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย.....  | ๗    |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....   | ๗    |
| กิตติกรรมประกาศ.....  | ๗    |
| บทที่   |      |
| 1. บทนำ.....  | 1    |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....   | 1    |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....  | 4    |
| 1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....  | 4    |
| 1.4 ขอบเขตการศึกษา.....   | 5    |
| 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....  | 5    |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....  | 6    |
| 2. หลักการ แนวคิด และทฤษฎีในการกำหนดให้ความผิดฐานกระทำอนาจาร<br>เป็นความผิดอันยอมความได้..... | 7    |
| 2.1 หลักการในการกำหนดความผิดต่อส่วนตัว.....   | 7    |
| 2.2 หลักการกำหนดความผิดต่อส่วนตัวและความผิดอาญาแผ่นดิน.....                                   | 12   |
| 2.3 หลักการ แนวคิดและทฤษฎีในการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจาร<br>ให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน.....   | 17   |
| 2.4 การกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับเพศบางฐานเป็นความผิดต่อส่วนตัว.....                            | 38   |
| 3. การกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน<br>ตามกฎหมายต่างประเทศ.....         | 41   |
| 3.1 ประเทศญี่ปุ่น.....  | 41   |
| 3.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....  | 43   |
| 3.3 ประเทศอังกฤษ.....   | 46   |
| 4. วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายประเทศไทย<br>และต่างประเทศ.....          | 49   |



## สารบัญ(ต่อ)

| บทที่   | หน้า |
|---|------|
| 4.1 วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบจากการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจาร<br>เป็นความผิดอันยอมความได้.....                       | 49   |
| 4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมาย<br>ไทยและต่างประเทศ.....                               | 55   |
| 4.3 เหตุผลความจำเป็นและเหมาะสมในการกำหนดความผิดฐานกระทำ<br>อนาจารให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน.....                     | 63   |
| 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....   | 65   |
| 5.1 บทสรุป.....   | 65   |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ.....   | 66   |
| บรรณานุกรม.....   | 67   |
| ภาคผนวก.....  | 72   |
| ก. ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา<br>(Strafgesetzbuch, StGB) ของประเทศเยอรมนี.....                       | 73   |
| ข. ความผิดฐานกระทำอนาจารตาม พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ<br>2003 (The Sexual Offences Act) ของประเทศอังกฤษ..... | 76   |
| ค. ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา ประเทศญี่ปุ่น.....   | 78   |
| ประวัติผู้เขียน.....  | 80   |

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สถานการณ์ปัจจุบันของสังคมไทยนั้นกล่าวได้ว่าประสบปัญหาอาชญากรรมที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งปัญหาสังคมต่าง ๆ ก็ได้มีมากขึ้นดังเงาตามตัว โดยเฉพาะปัญหาอาชญากรรมและในบรรดาปัญหาทั้งหลายนั้น ไม่มีใครปฏิเสธได้ว่าอาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อจิตใจของคนในสังคมหนึ่งในนั้นคือความผิดฐานกระทำอนาจารและในบางกรณีอาจมีการทำร้ายร่างกายจนบาดเจ็บหรืออันตรายสาหัส และอาจรุนแรงจนถึงขั้นเสียชีวิต

ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ปัญหาการกระทำอนาจารนั้นมีเหตุการณ์ที่ผู้หญิงหรือเด็กชายหรือเด็กหญิง ได้ถูกกระทำอนาจารไม่เว้นแต่ละวัน ซึ่งพบได้ในทั้งหนังสือพิมพ์ สื่อ หรือ โซเชียล ซึ่งหากย้อนกลับไปนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันนี้จำนวนผู้หญิงหรือเด็กที่ถูกกระทำอนาจารทั้งในที่สาธารณะ และ ในที่ลับตาคนนั้น นับวันยิ่งทวีจำนวนและความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ไม่ได้ลดน้อยลงแต่อย่างใด ซึ่งผู้กระทำความผิดมีทั้งผู้ใหญ่และเด็ก หากมองในภาพรวมนั้นอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นนับได้ว่ามีแทบทุกเพศทุกวัย ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่าปัญหาการกระทำอนาจารนั้นได้มีผลกระทบต่อสังคม ทำให้เกิดความกลัวความหวาดระแวงของผู้คนในสังคมซึ่งมิใช่ความผิดต่อส่วนตัวอีกต่อไปเพราะเป็นการกระทำที่มีอาชญากรรมสูง และกระทบถึงทั้งสังคมโดยรวม ฉะนั้นความผิดฐานกระทำอนาจารควรเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้หรือก็คือความผิดอาญาแผ่นดิน

อนาจารเป็นการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ หรือทำด้วยความแค้นและความโกรธก็เป็นอนาจารได้ เช่น สามีโกรธภริยาจึงแก้ผ้าหญิงให้ผู้คนดูกลางแจ้ง<sup>1</sup> การกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบคลำและตะตองเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรก็เป็นอนาจารแล้ว<sup>2</sup> ซึ่งการกระทำอนาจารนั้น เป็นต้นว่าเป็นการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายหรือ

<sup>1</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 43 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น.475.

<sup>2</sup> เพิ่งอ้าง, น.478.

ความประสงค์เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศหรืออารมณ์ทางเพศของตนเองและผู้อื่น เช่น การกอดจูบ ลูบคลำ สัมผัสจับต้องอวัยวะเพศของหญิง และการกระทำที่เป็นอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลแม้จะเป็นการผ่านบนเนื้อผ้าก็ตาม การบังคับให้บุคคลจับขงลับของตนก็เป็นการกระทำอนาจาร<sup>3</sup>

ในความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดที่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือเป็นสิทธิที่จะกำหนดเรื่องทางเพศด้วยตนเอง และเพื่อคุ้มครองความบริสุทธิ์ ความเจริญวัยของเด็กเพื่อที่จะไม่ให้ถูกรบกวนโดยการสัมผัสในทางเพศก่อนวัยอันควร<sup>4</sup>

กฎหมายลงโทษผู้กระทำอนาจารแก่บุคคลไม่ว่าชายหรือหญิงอายุกว่า ๑๕ ปี โดยขู่เช็ญหรือโดยกำลังประทุษร้าย หรือเพราะบุคคลนั้น ไม่อยู่ในภาวะขัดขืนไว้ หรือทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นคนอื่น

นอกจากนั้นหากเป็นการกระทำแก่เด็กไม่ว่าชายหรือหญิง อายุยังไม่เกิน ๑๕ ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ ก็เป็นความผิดด้วย และถ้าทำโดยขู่เช็ญหรือใช้กำลังประทุษร้าย หรือเพราะบุคคลนั้นไม่อยู่ในภาวะขัดขืนได้ หรือทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ผู้นั้นก็ต้องรับโทษหนักขึ้น และไม่ว่ากรณีใดหากการกระทำอนาจารเป็นเหตุให้ผู้ถูกรกระทำอนาจารได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย ผู้นั้นก็ต้องรับโทษหนักขึ้นด้วยความผิดฐานพาเด็กหญิงไปเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นตามความผิดฐานนี้

กฎหมายลงโทษแก่ผู้ที่เป็นธุระจัดหา ล่อ ไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งเด็กหญิงหรือหญิงอายุไม่เกิน ๑๘ ปี ไม่ว่า จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม และผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นหากหญิงนั้นมีอายุไม่เกิน ๑๕ ปี

ถ้าการกระทำดังกล่าวได้กระทำโดยใช้อุบายหลอกลวง ขู่เช็ญใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือข่มขืนใจโดยประการใด ๆ ผู้กระทำดังกล่าวก็ต้องรับโทษซึ่งหนักขึ้น

มาตรา 281 ‘เป็นความผิดอันยอมความได้ย่อม’ หมายถึง กฎหมายกำหนดให้ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลที่มีอายุสิบห้าปีขึ้นไป ที่ไม่ได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกรกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย และ ไม่ได้กระทำโดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์เป็นพิเศษกับเด็ก เช่น บิดามารดา ผู้ปกครองหรือครู อาจารย์ เป็นความผิดอันยอมความได้ เมื่อการก

<sup>3</sup> คณิศ ฅ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.543.

<sup>4</sup> เพิ่งอ้าง, น.547.

ระทำดังกล่าว เป็นความผิดอันยอมความได้แล้ว อันมีผลให้ผู้เสียหายจะต้องทำการร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่หรือยื่นฟ้องต่อศาลภายในกำหนด 3 เดือน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 ซึ่งหากมีการดำเนินการภายหลังกำหนดดังกล่าว คดีนั้นจะเป็นการขาดอายุความ ทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ ในลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นจะเห็นได้ว่า เป็นความผิดหนึ่งที่มีความร้ายแรงเพราะถือว่าการกระทบกระเทือนถึงสภาพร่างกายและจิตใจของผู้เสียหาย ซึ่งความผิดในลักษณะความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นจะเห็นได้ว่า เป็นความผิดหนึ่งที่มีความร้ายแรงเพราะถือว่าการกระทบกระเทือนถึงสภาพร่างกายและจิตใจของผู้เสียหายอย่างร้ายแรง ในความผิดอันเกี่ยวกับเพศดังกล่าวได้ว่าการกระทบถึงชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากจนสมควรให้มีการดำเนินคดีซึ่งเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน หากคำนึงถึงความผิดเกี่ยวกับเพศแล้วที่เป็นอาชญากรรมร้ายแรง

การกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับเพศต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนในความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น จึงไม่ใช่เครื่องมือที่จะช่วยคุ้มครองผู้เสียหายได้ แต่กลับทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความยุติธรรม เพราะผู้เสียหายบางคนถูกข่มขู่ว่าจะทำร้าย ข่มขู่ ข่มเหง หรือ ข่มขืนจิตใจ ให้เกิดความกลัวเพื่อมิให้เปิดเผยเรื่องราวต่อบุคคลอื่นทราบ จึงเป็นเหตุให้ผู้เสียหายโดนกระทำผิดซ้ำ ๆ และ พบว่าเหยื่อมักจะยอมความด้วยปัจจัยต่าง ๆ หลังจากแจ้งความ ไม่ว่าจะด้วยญาติจะทำการขอร้อง ในด้านชื่อเสียง การรับเงินปิดปาก หรือเพราะถูกกระทำโดยผู้มีอำนาจ

ด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นเหมือนดังตราประทับติดตัวผู้เสียหาย จะเห็นได้ว่าแม้จะได้มีการกระทำการอนาจาร หากแต่ถ้าไม่ได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ในที่ชุมชน หรือในที่สาธารณะที่มีผู้คนจำนวนมาก ย่อมเป็นความผิดที่สามารถยอมความกันได้ ซึ่งแม้จะได้มีการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับ แต่ก็ยังไม่สามารถคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการลงโทษผู้กระทำผิดที่ยังไม่รัดกุมและไม่ได้มีการลงโทษอย่างรุนแรง หรือต้องให้เกิดต่อหน้าธารกำนัลซึ่งเป็นโอกาสในการที่ผู้กระทำผิดจะอาศัยช่องว่างนั้นเพื่อให้ตนพ้นผิดจากสิ่งที่ได้กระทำ

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักการ และปัจจัยการกำหนดความผิดอันยอมความได้และความผิดอาญาแผ่นดินตลอดจนแนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ตลอดจนผลกระทบ อันเกิดมาจากความผิดฐานกระทำอนาจารที่ให้มีการยอมความได้ ซึ่งกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของผู้เสียหายในการดำเนินคดีอันเนื่องมาจากกรอบเวลาในการร้องทุกข์อันมีผลทำให้คดีขาดอายุความตามกฎหมายอาญาของไทย
3. วิเคราะห์เปรียบเทียบการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขและพัฒนาบทบัญญัติในความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่น มาตรา 278 เพื่อให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินและให้ได้รับความเป็นธรรมและลดความเสี่ยงภัยต่อสังคม

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ถือได้ว่ามีความผิดซึ่งเป็นอาชญากรรมมาก และอัตราโทษสูง หากแต่ยอมความได้และเป็นความผิดร้ายแรงที่ส่งผลเสียและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพร่างกาย จิตใจ ของผู้เสียหายอย่างยิ่ง ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นถือได้ว่ามีความเป็นอาชญากรรมสูง ควรทำให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ทั้งนี้ยังส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมทำให้เกิดความไม่ปลอดภัย เกิดความหวาดกลัวขึ้น เมื่อกฎหมายได้บัญญัติให้ความผิด ตามมาตรา 281 ที่มิได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล ชุมชน หรือ บุคคลจำนวนมากในที่สาธารณะ โดยมีได้รับอันตรายร้ายแรง หรือ ถึงแก่ความตาย ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ และ ให้มีอายุความร้องทุกข์เพียงสามเดือนเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันความผิดเกี่ยวกับเพศรุนแรงทวีขึ้นทุกวันไม่ว่าจะเกิดต่อบุคคลใกล้ชิดตัว หรือ ผู้ใกล้ชิด ซึ่งได้รุนแรงเพิ่มขึ้นตามลำดับ อาจทำให้ผู้เสียหายไม่กล้าร้องทุกข์หรือไม่ได้ร้องทุกข์ในเวลาที่กำหนด อันเป็นผลให้คดีหมดอายุความจนไม่ได้รับการเยียวยาโดยกระบวนการยุติธรรมตามสมควรและรัฐก็ไม่สามารถเอาผิดผู้กระทำผิดได้เพราะเมื่อไม่มีการร้องทุกข์ตามกฎหมาย ก็จะทำให้การดำเนินคดีไม่ได้ และเพื่อเป็นประโยชน์ในการแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และให้มีการเยียวยาคุ้มครองผู้เสียหาย ซึ่งให้การลงโทษต่อผู้กระทำผิดอย่างรุนแรง รัศมี และ มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นควรกำหนด ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน เนื่องจากการกระทำอนาจารนั้น ถึงแม้จะเป็นความผิดต่อส่วนตัวที่มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง หากแต่การกระทำอนาจารนั้นมีอัตราโทษสูง และเป็นการกระทำที่มีความเป็นอาชญากรรมมาก ซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวม จึงจำเป็นต้องกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด และเพื่อเป็นการลงโทษเพื่อยับยั้งข่มขู่มิให้มีการกระทำความผิดซ้ำหรือเอาเยี่ยงอย่าง และในการที่ยึดตามแนวทางนี้ นั้น จะเป็นการช่วยหรือสกัดกั้นในเรื่องการข่มขืนอีกทางหนึ่ง

#### 1.4 ขอบเขตการศึกษา

ขอบเขตของเนื้อหาจะศึกษาถึงแนวคิดและหลักเกณฑ์มุ่งเน้น ในความผิดอันยอมความได้ และ โดยคำนึงถึงลักษณะความผิดอันเกี่ยวกับเพศของประเทศไทย เพื่อนำไปวิเคราะห์ให้เหมาะสมและนำไปเปรียบเทียบกับต่างประเทศเพื่อทราบถึงวิถีทางและนำมาปรับปรุงแก้ไข ซึ่งจะนำมาปรับใช้โดยศึกษาจากแนวความคิดสภาพความเป็นมาตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายประเทศไทยตาม มาตรา 278 และ มาตรา 281

#### 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาด้วยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยจะศึกษาวิจัยจากเอกสารทางกฎหมายทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นตัวบทกฎหมาย ตำราทางวิชาการ ผลงานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความจากวารสาร หรือนิตยสารทางกฎหมาย หนังสือพิมพ์ แหล่งข้อมูลจากเว็บไซต์ (Website) ต่าง ๆ ในประเทศและต่างประเทศ เอกสารประกอบการสัมมนา ความเห็นของนักนิติศาสตร์ แนวคำพิพากษาศาลฎีกา ตลอดจนข้อมูลสารสนเทศจากเว็บไซต์ต่าง ๆ ทางอินเทอร์เน็ต ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพปัญหา เพื่อที่จะรวบรวมข้อมูลให้เป็นระบบประกอบการศึกษาวิจัย วิเคราะห์และประมวลเป็นข้อเสนอต่อไป

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักการ และปัจจัยการกำหนดความผิ้อันยอมความได้และความผิ้อาญาแผ่นดินตลอดจนแนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิ้อเกี่ยวกับเพศ
2. ทำให้ทราบถึงปัญหา อันเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้ความผิ้อฐานกระทำอนาจารเป็นความผิ้ออันยอมความได้ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญาอันเป็นผลให้คดีขาดอายุความ
3. ทำให้ทราบถึงการกระทำความผิ้อฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขและพัฒนาบทบัญญัติในความผิ้อฐานกระทำอนาจารผู้อื่น มาตรา 278 เพื่อให้เป็นความผิ้อาญาแผ่นดินและให้ได้รับความเป็นธรรมและลดความเสียหายต่อสังคม

## บทที่ 2

### หลักการ แนวคิด และทฤษฎีในการกำหนดให้ความผิดฐานกระทำอนาจาร เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

การกระทำความผิดในทางอาญานั้น ในทางกฎหมายจัดเป็นกฎหมายทางมหาชนว่าด้วย ความผิดและโทษทางอาญา เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติถึงความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนกับรัฐ และการ กระทำความผิดในทางอาญานั้นย่อมส่งผลกระทบต่อมหาชนโดยรวม รัฐย่อมสมควรที่จะเข้ามา ดำเนินการป้องกันและปราบปรามได้โดยมิต้องมีผู้ใดมาร้องทุกข์ก่อน<sup>1</sup> ซึ่งเรียกความผิดในลักษณะ นี้ว่าความผิดอาญาแผ่นดิน และอีกความผิดหนึ่งซึ่งเรียกว่าความผิดอันยอมได้

จากลักษณะดังกล่าวของความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดอันยอมความได้มีลักษณะ พิเศษแตกต่างกัน หลักการและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องมีดังต่อไปนี้

#### 2.1 หลักการในการกำหนดความผิดต่อส่วนตัว

ความผิดในทางอาญานั้น โดยหลักการแล้วต้องถือว่าเป็นความผิดต่อแผ่นดินทั้งนั้นใน กรณีความผิดต่อส่วนตัวหรือที่กฎหมายเรียกว่าความผิดอันยอมความได้นั้น ถือเป็นข้อยกเว้นซึ่ง ต้องมีกฎหมายเฉพาะเจาะจง โดยมีข้อความว่ายอมความได้ดังนี้ ผู้เสียหายเป็นผู้ยอมความ ฉะนั้นก็ ย่อมหมายถึงความผิดที่มีผู้เสียหายโดยเฉพาะเจาะจงนอกเหนือจากรัฐซึ่งถือได้ว่าได้รับความ เสียหายเป็นส่วนรวมอยู่<sup>2</sup> ดังนั้น ความผิดใดจะเป็นความผิดอันยอมความได้ กฎหมายจะระบุ โดยเฉพาะความผิดที่มีได้ระบุว่าเป็นความผิดอันยอมความได้คือ ความผิดอาญาแผ่นดิน<sup>3</sup>

##### 2.1.1 ความหมายและที่มาของความผิดต่อส่วนตัว

การที่มีกฎหมายอาญาเกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองป้องกันสังคม การกระทำความผิดอาญาถือว่าเป็น การกระทำอันกระทบกระเทือนต่อสังคม และรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจลงโทษ กฎหมายอาญาเป็น

<sup>1</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2546), น. 2.

<sup>2</sup> เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2549), น. 13.

<sup>3</sup> คณิต ฃ นคร, กฎหมายอาญาทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2563), น. 122.



กฎหมายที่รัฐนั้นได้บัญญัติขึ้นเพื่อห้ามมิให้เอกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากเอกชนไม่ปฏิบัติตามจะต้องถูกลงโทษโดยรัฐ<sup>4</sup> ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 มีความผิดอาชญาชนิดหนึ่งที่เจ้าหน้าที่จะนำคดีขึ้นว่ากล่าวได้ก็ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ขอให้ทำคดีขึ้นว่ากล่าวและเป็นความผิดที่ยอมความกันได้ ซึ่งความผิดชนิดนี้กฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรียกชื่อตรงกันว่าความผิดต่อส่วนตัว

ตามกฎหมายลักษณะอาญา ได้บัญญัติความผิดต่อส่วนตัวไว้ในมาตรา6(7) ว่า “ความผิดต่อส่วนตัวนั้นท่านหมายความว่าบรรดาความผิดที่จะฟ้องขอให้ศาลพิจารณาทางอาญาได้แต่เมื่อผู้ต้องประทุษร้ายหรือเสียหายนั้นได้มาร้องทุกข์ขอให้ว่ากล่าว” ความผิดอันยอมความได้ ก็คือความผิดต่อส่วนตัวตามที่ได้มีการกล่าวมาข้างต้น ฉะนั้นความผิดอันยอมความได้หมายถึงบรรดาความผิดทั้งหลายที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ขอให้นำคดีขึ้นว่ากล่าว เจ้าหน้าที่จึงจะมีอำนาจฟ้องร้องผู้กระทำความผิดได้

ซึ่งต่อมากฎหมายลักษณะอาญาได้ถูกยกเลิกไป โดยมีประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับแทน แม้คำว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” จะไม่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่ก็ยังปรากฏชัดอยู่ในความผิดชนิดหนึ่ง ซึ่งได้บัญญัติว่า ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ขอให้กล่าวโทษภายในสามเดือนนับแต่วันรู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด เป็นขาดอายุความ และเมื่อใช้ประมวลกฎหมายอาญาแทนกฎหมายลักษณะอาญาแล้ว

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งบัญญัติว่า คดีความผิดต่อส่วนตัว เมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย สิทธิที่จะนำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไป ก็ยังคงใช้บังคับอยู่หาได้ยกเลิกตามไม่ ข้อแตกต่างไปจากเดิมก็มีเพียงกฎหมายอาญาเรียกชื่อความผิดเสียใหม่ให้ตรงตามลักษณะความผิดว่า ความผิดอันยอมความได้เท่านั้น จึงกล่าวได้ว่าความผิดอันยอมความได้ก็คือความผิดต่อส่วนตัวนั่นเอง

โดยหลักการแล้วเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดย่อมต้องถูกลงโทษทุกครั้งที่มีความผิดเกิดขึ้น ซึ่งอาจจะทำให้เกิดความไม่พอใจ เพราะทำให้มีสภาพเดือดขาดหรือทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายมากยิ่งขึ้น ดังนั้นเพื่อความเป็นอยู่ของประชาชนจึงต้อง

<sup>4</sup> อุททิศ แสน โสภิก, กฎหมายอาญา ภาค 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2525), น. 339.

<sup>5</sup> นพรัตน์ อักษร, “ความผิดอันยอมความได้กับกระบวนการยุติธรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), น. 5-7.

บัญญัติให้ความผิดบางชนิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนมากกว่าความเสียหายที่เกิดจากรัฐ เป็นความผิดอีกชนิดหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าความผิดอันยอมความได้

### 2.1.2 ปัจจัยในการกำหนดความผิดต่อส่วนตัว

ความผิดอันยอมความได้มีหลักการดำเนินคดีที่ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหาย เป็นสำคัญ ซึ่งอำนาจของเจ้าพนักงานและอำนาจของศาลจะมีได้ต่อเมื่อผู้เสียหายร้องทุกข์ให้ดำเนินคดี และการร้องทุกข์ต้องกระทำภายในสามเดือน มิฉะนั้นคดีจะขาดอายุความร้องทุกข์

ทั้งนี้ความผิดอันยอมความได้นั้นมีลักษณะ 3 ประการคือ

- 1) เป็นความผิดที่มีอาชญากรรมน้อย
- 2) เป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมาย ที่เป็นเรื่องส่วนตัวอย่างมากที่ถึงเคาเฟในเจตจำนงของผู้เสียหาย หรือมีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้
- 3) เป็นความผิดที่มุ่งประสงค์คุ้มครอง ผู้เสียหายอย่างแท้จริง

แต่อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายไทยเรานั้น การที่จะบัญญัติให้ความผิดใดเป็นความผิดอันยอมความได้จะยังไม่มียกเว้นที่ชัดเจน แต่พิจารณาจากแนวทฤษฎีกฎหมายอาญาแล้ว การบัญญัติความผิดอันยอมความได้น่าจะอาศัยปัจจัยต่อไปนี้<sup>6</sup>

#### (1) ลักษณะความผิด

ในบทบัญญัติความผิดอาญาด้านต่าง ๆ มีสิ่งที่กฎหมายประสงค์คุ้มครองเป็นส่วนที่แฝงอยู่ ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่าง วัตถุ หรือบุคคล แต่เป็นสภาพที่ถึงปรารถนากฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิด ซึ่งเป็นเรื่องในทางความผิด

ซึ่งถ้าสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองอยู่มีส่วนเอกชนอยู่ด้วย ฉะนั้นจะต้องพิจารณาต่อไปว่า ผลการกระทำผิดนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนหรือสังคมส่วนรวมมากกว่ากัน ถ้าสังคมส่วนรวมได้รับความเสียหายมากกว่า ก็ถือว่ามีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เอกชนไม่มีสิทธิที่จะกระทำการใดที่เป็นผลร้ายต่อสังคมส่วนรวมได้

อย่างไรก็ดี จากเหตุผลข้างต้น ก็หาได้ทำให้บทบัญญัติเป็นความผิดอันยอมความทุกกรณีไม่ เช่น ความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งกล่าวได้ว่าการบัญญัติความผิดอันยอมความได้ หากไม่มีพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวมหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว กฎหมายก็บัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้

<sup>6</sup> คณิต วนคร, กฎหมายอาญาทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2563), น. 122.

## (2) จารีตประเพณี

จารีตประเพณี หมายถึง ระเบียบแบบแผนที่มีมนุษย์ปฏิบัติต่อเนื่องมานาน จะต้องเป็นแบบแผนที่ปฏิบัติกันเป็นการทั่วไปและคงเส้นคงวา หรืออาจกล่าวได้ว่าจารีตประเพณีเป็นหลักความประพฤติต่อกันมาเป็นเวลาสม่ำเสมอ ตกดอดต่อ ๆ กันมาจนเกือบเป็นอุปนิสัยส่วนรวมของคนในสังคม

การที่บัญญัติให้กฎหมายอาญาบางฐานความผิดที่มีผลกระทบต่อผู้เสียหายเป็นการส่วนตัวมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคมโดยรวม ให้เป็นความผิดอันยอมความได้ โดยพิจารณาจากปัจจัยด้านจารีตประเพณี ย่อมมีผลทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น บางครั้งก่อให้เกิดผลที่ไม่ถึงประสงค์เพราะก่อให้เกิดมีลักษณะสภาพเด็ชขาด

ซึ่งการดำเนินคดีอาญาของไทยในปัจจุบัน เป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ซึ่งถือว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น รัฐเป็นผู้เสียหาย และเจ้าพนักงานของรัฐมีหน้าที่ฟ้องร้องคดี แต่อย่างไรก็ตาม รัฐมิได้ผูกขาดการดำเนินคดีอาญาไว้แต่เพียงผู้เดียว ผู้เสียหายยังคงมีสิทธิ ฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้ด้วย

## (3) ความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัว

ความสัมพันธ์ของบุคคลในฐานะคู่สมรส หรือเป็นญาติกันย่อมมีลักษณะพิเศษต่างไปจากคนอื่น ๆ จึงอาจทำให้ความผิดที่กระทำต่อกันมีความร้ายแรงหรือมากกว่าธรรมดาก็ได้ แล้วแต่ลักษณะของความผิด

ครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานที่สำคัญที่สุด กล่าวคืออาจมีการกระทบกระทั่งกระทำ ความผิดต่อกันในบางเรื่องที่เป็นความผิดอาญา แต่เนื่องจากอยู่ใกล้ชิดกันอยู่แต่เดิม หากไม่มีการลดหย่อนโทษลงบ้างอาจทำให้ความสัมพันธ์ดังกล่าวเสียไปได้<sup>7</sup>

### 2.1.3 คุณธรรมทางกฎหมายในการใช้ตีความกฎหมายอาญา

“คุณธรรมทางกฎหมาย” ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในความคิด ซึ่งเป็นสิ่งที่ป็นนามธรรม กล่าวโดยเฉพาะ คุณธรรมทางกฎหมาย เป็นสิ่งที่ป็นประโยชน์หรือเป็นสิ่งที่ป็นคุณค่า ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม

ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมอย่างปกติสุขนั้น ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์ หรือ คุณค่า ของการอยู่ร่วมกันการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน การ

<sup>7</sup> นพรัตน์ อักษร, “ความคิดอันยอมความได้กับกระบวนการยุติธรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), น. 12-22.

ละเมิดประโยชน์ หรือคุณค่า ของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิด คุณธรรมทางกฎหมาย ฉะนั้นจึงสามารถให้ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมายได้ว่า

คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง”

ภารกิจของกฎหมายอาญาประการหนึ่งคือการคุ้มครอง คุณธรรมทางกฎหมายมิให้เป็นอันตรายหรือถูกคุกคามให้ตกอยู่ในอันตราย ซึ่งการสละคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นบุคคลเท่านั้น เอกชนจะไปสละคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเรื่องส่วนรวมไม่ได้ เหตุเพราะเป็นเรื่องอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยรวม คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม บุคคลย่อมไม่มีอำนาจสละได้ คุณธรรมทางกฎหมายแบ่งเป็น 2 ประเภท ดังนี้<sup>8</sup>

(1) คุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคล ได้แก่ ชีวิต ความปลอดภัยต่อร่างกาย ทรัพย์สิน ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้ อาจจะยอมให้ผู้อื่นละเมิดได้ แต่ก็ต้องดูว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองเอกชนอย่างแท้จริงหรือไม่

(2) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยต่าง ๆ กฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือความผิฐฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อหน้าธารกำนัล ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281<sup>9</sup> ผู้ที่เป็นเจ้าของคุณธรรมข้อนี้สละไม่ได้เพราะกฎหมายมุ่งก่อให้เกิดความสงบแก่ส่วนรวม

ที่มาของคุณธรรมทางกฎหมาย

ตำรากฎหมายเยอรมัน ได้กล่าวไว้ว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลิตผลของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้นกล่าวไว้ว่า กฎหมายอาญาตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิ สมบัติทั้งหลายที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและทรัพย์สินทางความคิด ของบุคคลชอบที่จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาและยังได้มีความเห็นอีกว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่เหนือจากนี้ โดยนัยก็คือคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษในกรณีที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสมบัติสามารถสละสมบัตินั้นได้เท่านั้น

<sup>8</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2563), น. 149.

<sup>9</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2553), น. 161-163.

ประโยชน์ของคุณธรรมทางกฎหมาย

(1) คุณธรรมทางกฎหมายอาญาเป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐานต่าง ๆ คุณธรรมทางกฎหมายจึงช่วยในเรื่องการตีความกฎหมายได้

(2) การศึกษาคุณธรรมทางกฎหมายช่วยในการจัดหมวดหมู่ประเภทเพื่อศึกษา และการจัดหมวดหมู่ประเภทความผิดของประมวลกฎหมายอาญาก็มีพื้นฐานตั้งอยู่บนหลักคุณธรรมทางกฎหมาย

(3) คุณธรรมทางกฎหมายมีทั้งคุณธรรมทางกฎหมายของเอกชน เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ และส่วนรวม เช่น ความปลอดภัยของการจราจรในการแบ่งแยกคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าว นอกจากจะช่วยในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในการพิจารณาความอาญามีหลักเกณฑ์แน่นอนแล้วยังมีผลต่อการพิจารณาปัญหาที่ว่า ในกรณีใดบุคคลจึงจะสามารถป้องกันสิทธิของตนได้<sup>10</sup>

นอกจากนี้คุณธรรมทางกฎหมาย ยังมีประโยชน์ในการวินิจฉัยปัญหาผู้เสียหายในคดีอาญาอีกด้วย<sup>11</sup>

## 2.2 หลักการกำหนดความผิดต่อส่วนตัว และความผิดอาญาแผ่นดิน

กฎหมายอาญานั้น ถ้ากล่าวถึงลักษณะในทางกฎหมายก็จัดเป็นกฎหมายมหาชนว่าด้วยความผิดและโทษทางอาญา เป็นบทบัญญัติถึงความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนกับรัฐ แม้ว่าการกระทำ ความผิดบางประการจะได้กระทำตรงต่อเอกชนให้ได้รับความเสียหาย การกระทำความผิดนั้นก็ยิ่งถือได้ว่ากระทบกระเทือนต่อมหาชนเป็นส่วนรวมถึงขนาดที่รัฐต้องเข้ามาดำเนินการป้องกันและปราบปรามได้เองโดยไม่ต้องให้ผู้อื่นมาร้องทุกข์กล่าวโทษ<sup>12</sup> ซึ่งเรียกความผิดในลักษณะนี้ว่า ความผิดอาญาแผ่นดิน และมีความผิดอีกประเภทหนึ่งที่จะต้องมิเงื่อนไขการดำเนินคดีของผู้เสียหายเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยจะเรียกความผิดในลักษณะนี้ว่าความผิดอันยอมความได้

ความหมายของความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดอันยอมความได้

ความผิดใดจะเป็นความผิดอันยอมความได้กฎหมายจะระบุไว้โดยเฉพาะความผิดที่มีได้ ระบุว่าความผิดอันยอมความได้คือความผิดอาญาแผ่นดิน

<sup>10</sup> คณิต ณ นคร, พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2553), น. 88-96.

<sup>11</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2563), น. 152.

<sup>12</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, กฎหมายอาญา ภาค 1, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2546), น. 2.

ซึ่งความผิดใดควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ควรมิกรอบความคิดในทางนิติบัญญัติ และในหลักการแล้ว ความผิดอันยอมความได้ควรมี ลักษณะ 3 ประการ คือ

- (1) เป็นความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมน้อย
- (2) เป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเรื่องส่วนตัวอย่างมากที่พึงเคารพในเจตจำนงของผู้เสียหาย

(3) เป็นความผิดที่มุ่งประสงค์คุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง<sup>13</sup>

ซึ่งเหตุที่กฎหมายได้มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็นความผิดอันยอมความได้ กับความผิดอาญาแผ่นดินมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาต่างกันดังนี้

### 2.2.1 หลักการดำเนินคดีอาญา

หลักการดำเนินคดีอาญาได้พัฒนาไปตามความเปลี่ยนแปลงของสังคม แต่เดิมการลงโทษมีลักษณะเป็นการแก้แค้นทดแทน ซึ่งเป็นสิทธิของผู้เสียหายที่จะดำเนินการทดแทนต่อผู้กระทำความผิดกฎหมาย การดำเนินคดีจึงเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายต่อมามีความเห็นว่าการกระทำความผิดอาญานั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อสมาชิกในสังคมด้วย จึงมีหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนเกิดขึ้น และประการสุดท้ายก็เป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ<sup>14</sup>

การดำเนินคดีในความผิดอันยอมความได้ตามปกติจะขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหายเป็นสำคัญ กล่าวคือ ตามปกติอำนาจของเจ้าพนักงานและศาลจะมีได้ก็ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ขอให้ดำเนินคดี และการร้องทุกข์ต้องกระทำภายในเวลาสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดมิฉะนั้นคดีก็เป็นอันขาดอายุความร้องทุกข์

อำนาจการดำเนินคดีของผู้เสียหายในความผิดอันยอมความได้มีอยู่อย่างกว้างขวางมาก เพราะกรณีจะเป็นการตัดอำนาจรัฐไปเลยทีเดียว กล่าวคือ ในความผิดอันยอมความได้ที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องคดีเอง พนักงานอัยการจะขอเข้าไปเป็นโจทก์ร่วมไม่ได้เลยทีเดียว

คำว่า “ความผิดอันยอมความได้” เป็นคำที่ใช้ใหม่ในกฎหมายอาญา ความผิดอย่างเดียวกันนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเรียกว่า “ความผิดต่อส่วนตัว” และความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัวนั้น หมายเฉพาะความผิดที่ผู้เสียหายเป็นเอกชนเท่านั้น กรณีใดที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นผู้เสียหาย กรณีนั้นไม่เป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่เป็น

<sup>13</sup> คณิต ฌ นกร, กฎหมายอาญาทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2563), น. 159.

<sup>14</sup> นพรัตน์ อักษร, “ความผิดอันยอมความได้กับกระบวนการยุติธรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), น. 29.

ความผิดต่อส่วนตัว ดังนั้น การร้องทุกข์จึงไม่เป็น “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” กล่าวคือ รัฐสามารถดำเนินคดีได้โดยมิพักต้องมีการร้องทุกข์<sup>15</sup>

ดังนั้นการดำเนินคดีอาญาจึง เป็นหน้าที่ของบุคคลที่ถูกประทุษร้าย จึงมักก่อให้เกิดทวีความรุนแรงในการแก้แค้นจนการกระทำความผิดอาญานั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของสมาชิกสังคม จึงพัฒนาเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนซึ่งเป็นแนวคิดปีกแจกชนนิยม และพัฒนาไปเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐจนถึงปัจจุบัน ซึ่งสามารถแบ่งการดำเนินคดีอาญาออกได้เป็น 3 ประเภทดังต่อไปนี้<sup>16</sup>

### 2.2.1.1 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย ตามประวัติศาสตร์ในสมัยโบราณไม่ว่าจะเป็นทางยุโรป แอฟริกา หรือเอเชีย ซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย ถือกันว่าการควบคุมอาชญากรรมเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเอกชนผู้ถูกประทุษร้าย<sup>17</sup> เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาสมัยนั้นจึงเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย ซึ่งหมายถึงเมื่อมีการกระทำความผิดอาญาฐานใดก็ตามเกิดขึ้นเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็ความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิของบุคคล ก็เป็นหน้าที่ของบุคคลนั้นเองที่จะวิ่งเต้นหาพยานมาศาลเอง<sup>18</sup>

ฉะนั้น การกำหนดสิทธิที่เกิดขึ้นจากผลของการกระทำความผิดอาญาจึงถูกกำหนดไว้อย่างรวมๆ ทำให้ไม่มีการแบ่งแยกระหว่างสิทธิในการฟ้องคดีอาญากับสิทธิในการฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องเนื่องกับคดีอาญาและไม่ว่าการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบในทางอาญากับความรับผิดชอบในทางแพ่งอย่างไร ทำให้หลักการดำเนินคดีอาญาจึงจำต้องคำนึงถึงแต่เฉพาะส่วนได้เสียของบุคคลเป็นหลัก โดยไม่มีส่วนได้เสียของสังคมเข้าไปเกี่ยวข้อง และกฎหมายอาจจะให้อำนาจเฉพาะผู้เสียหายหรือเครือญาติของผู้นั้นเท่านั้นที่มีอำนาจฟ้องคดี ทำให้บุคคลอื่นไม่มีส่วนได้เสียจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องแต่อย่างใด<sup>19</sup>

<sup>15</sup> คณิศ ณ นคร, กฎหมายอาญาทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2546), น. 160.

<sup>16</sup> พชรพล หงษ์สุวรรณ, “เหตุทำให้คดีอาญายอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่างสามีภริยา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น. 26.

<sup>17</sup> อรรถพล ใหญ่สว่าง, “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น. 5.

<sup>18</sup> เพิ่งอ้าง, น. 46.

<sup>19</sup> อุดม รัฐอมฤต, “การฟ้องคดีอาญา,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 22., ฉบับที่ 2, น. 243 (2535).



### 2.2.1.2 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน

หลักการดำเนินคดีนี้ถือว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย มีอำนาจฟ้องคดีอาญาโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงหรือไม่ แนวคิดตามระบบนี้มาจากแนวคิดที่ว่า การควบคุมอาชญากรรมเป็นหน้าที่ของประชาชนเพราะทุกคนเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ส่วนรัฐมีหน้าที่ ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ตลอดจนหน้าที่ป้องกันอาชญากรรม นอกจากนี้ประชาชนในสังคม หรือรัฐนั้นให้ความสำคัญกับเรื่องเสรีภาพสูงมากเนื่องจากมีแนวคิดในการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยประชาชน หรือแนวความคิดของระบบปัจเจกชนนิยมซึ่งคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะละเมิดไม่ได้ เป็นผลให้รัฐต้องบัญญัติกฎหมายรับรองให้ประชาชนมีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้ เมื่อมีความผิดอาญาเกิดขึ้น เพราะประชาชนไม่ไว้วางใจในอำนาจรัฐ และต่อต้านอย่างรุนแรงเพื่อได้มาซึ่งเสรีภาพของประชาชนมีแนวโน้มไปในทางปฏิเสธอำนาจรัฐ<sup>20</sup>

### 2.2.1.3 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนี้เป็นหลักการที่เกิดขึ้นใหม่ คือ เป็นการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐซึ่งมีแนวคิดในทางอรรถประโยชน์นิยม คือการกระทำอันใดที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสังคม รัฐซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยจะต้องเข้าไปดำเนินการป้องกันการกระทำดังกล่าวนี้ ซึ่งแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายที่การฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นสิทธิของเอกชนผู้เสียหาย ซึ่งเป็นแนวคิดทางปัจเจกชนนิยม กล่าวคือ ให้เอกชนมีสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวมาก แต่อย่างไรก็ตาม หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐก็มีได้หมายความว่ารัฐจะผูกขาดอำนาจในการดำเนินคดีอาญาไว้แต่เพียงผู้เดียว แม้ในประเทศที่ถือหลักนี้อย่างเคร่งครัดก็ยังมีกรณีผ่อนคลายเป็นให้เอกชนสามารถฟ้องคดีอาญาได้<sup>21</sup>

### 2.2.2 เจตจำนงของผู้เสียหาย

เมื่อได้มีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้นก็จำเป็นต้องใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิด และการใช้กฎหมายอาญาในการปราบปรามการกระทำความผิดนี้ยังรวมถึงการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดด้วย ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาโดยทั่วไปเป็นเรื่องของรัฐไม่ว่าผู้เสียหายหรือผู้ถูกประทุษร้ายจะประสงค์ให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือไม่ รัฐก็มีอำนาจหน้าที่ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตามในบางความผิดและในบางกรณี

<sup>20</sup> สุพริตตรา ยุธชาติ ผู้เสียหายกับการมีส่วนร่วมในคดีอาญา. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552), น. 9.

<sup>21</sup> พชรพร หงษ์สุวรรณ, “เหตุทำให้คดีอาญายอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่างสามภริยา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น. 28.



การดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดต้องขึ้นอยู่กับเจตจำนงของผู้เสียหายหรือผู้ถูกประทุษร้าย เป็นสำคัญ เพราะปัญหาที่เกิดขึ้นของมนุษย์ในสังคมย่อมมีอยู่มากมายตามสภาพสังคมปัจจุบันการที่จะใช้กฎหมายอาญาเข้าจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นทุกปัญหาย่อมจะเป็นการไม่ถูกต้องเป็นอย่างยิ่ง จึงก่อให้เกิดการบัญญัติความผิดอันยอมความได้เกิดขึ้น โดยกฎหมายจะระบุไว้โดยเฉพาะส่วน ความผิดที่มีได้ระบุว่าเป็นความผิดยอมความได้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

ซึ่งอำนาจของรัฐในการดำเนินคดีอาญาที่เกี่ยวกับความผิดอันยอมความได้ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของผู้เสียหาย คือ

- (1) ความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์
- (2) ความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจ

ความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจ เป็นความผิดที่ขึ้นอยู่กับผู้เสียหายอย่างแท้จริง ซึ่งแตกต่างจาก ความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ เพราะในความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ การสอบสวนกระทำได้ก่อนการร้องทุกข์ แต่ในความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจสอบสวนจะกระทำมิได้จนกว่าผู้เสียหายจะมอบอำนาจให้ดำเนินการ ซึ่งมีลักษณะไปในทางการเมืองที่ผู้เสียหายเป็นบุคคลสาธารณะ เช่น ประมุขของประเทศ นายกรัฐมนตรี เป็นต้น มีอำนาจที่จะพิจารณาโดยรอบคอบว่าการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตอนจะเป็นผลดีกับคนเพียงใด ซึ่งในบางครั้งการให้อภัยยอมเกิดผลดีมากกว่าผลเสีย เพราะเท่ากับเป็นการเสริมบารมี<sup>22</sup>

ลักษณะของความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายไทยปัจจุบัน

ปัจจุบันความผิดอันยอมความได้ ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา โดยความผิดใดสามารถยอมความกันได้ จะมีบทบัญญัติไว้ว่า ความผิดตามมาตราใดหมวดใดดังกล่าว เป็นความผิดอันยอมความได้บ้าง โดยประมวลกฎหมายอาญามีได้นิยามความหมายของคำว่า ความผิดอันยอมความเอาไว้ แต่ความผิดดังกล่าวจะมีความแตกต่างจากความผิดอาญาที่ไม่สามารถยอมความกันได้หลายประการ หากพิจารณาในแง่ของวิธีการบัญญัติจะพบว่า ความผิดอันยอมความได้ต้องอาศัยความยินยอมของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดี ผู้เสียหายสามารถเริ่มดำเนินการดำเนินคดี และยุติการดำเนินคดีลงเมื่อใดก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงเหตุผลใด ๆ จึงขึ้นอยู่กับ

<sup>22</sup> พนิตา อรรถเศรษฐัง, ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2547), น. 20.

เจตจำนงของผู้เสียหายโดยแท้ นอกจากนี้ ยังมีกรณีอายุความร้องทุกข์ซึ่งกำหนดให้ผู้เสียหายต้องดำเนินคดีร้องทุกข์ภายในเวลาที่กำหนด มิฉะนั้นคดีความผิดเรื่องนั้นจะขาดอายุความ<sup>23</sup>

## 2.3 หลักการ แนวคิด และทฤษฎีในการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

ความหมายของการกระทำอนาจาร คำว่า อนาจาร นั้นได้แก่การกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ไม่ได้หมายความเฉพาะเพื่อความใคร่หรือการประเวณีเท่านั้น แม้ไม่ได้ทำด้วยความใคร่ แต่ทำด้วยความแค้นหรือความโกรธก็เป็นอนาจารได้ เช่น สามีโกรธหญิงจึงแก้ผ้าหญิงให้คนกลางถนน<sup>24</sup>

คำว่า การกระทำอนาจาร นั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่าง ๆ ต่อเนื้อตัวภายนอกของผู้ถูกกระทำ ไม่ว่าจะเป็นการ กอด จูบ คลำ บีบ จับ ของลับหรือของสงวนของผู้อื่น หรือเป็นการกระทำที่มุ่งหมายในทางเพศ เช่น เอาของลับของตนไปสัมผัสกับอวัยวะของชายด้วยกัน และไม่จำเป็นว่าการกระทำต่อเพศชายหรือหญิง หรือกระทำต่อเด็ก ผู้เยาว์ หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม การกระทำความดังกล่าวก็เป็นกระทำที่ไม่สมควรทั้งสิ้น<sup>25</sup>

### 2.3.1 แนวคิดทฤษฎีในการกำหนดความรับผิด

ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นเกิดขึ้นและมีอยู่โดยมีแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานในการกำหนดความผิดหลายประการ ซึ่งแนวความคิดอาจจะมี ความแตกต่างหรือเหมือนกันในแต่ละเรื่อง เพื่อความเข้าใจในเรื่องนี้จึงขออธิบายถึงหลักดังต่อไปนี้

#### 2.3.1.1 หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยล้วนยึดมั่นในสิทธิปัจเจกชนนิยม ทุกรัฐ สิทธินี้สอนว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งในชีวิตทุกชีวิต หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้เป็นหลักคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพที่สำคัญประการหนึ่งในหลัก สิทธิมนุษยชน

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิความหมายของคำว่าสิทธิ หมายถึงอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์หรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ สิทธิ

<sup>23</sup> พชร ฐานปณกุลย์, การสอบสวนคดีความผิดอันยอมความได้ก่อนมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น. 17.

<sup>24</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 43 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2563), น. 475.

<sup>25</sup> สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, “ความคิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร,”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 14.

เหนือทรัพย์สิน เป็นต้น และเมื่อมีสิทธิย่อมจะก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามสิทธินั้นด้วย แต่หากเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงอำนาจหน้าที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกชนในอันที่จะกระทำการใดไม่กระทำการใดส่วนความหมายของคำว่า เสรีภาพ คือภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกำหนดตนเองหรือความอิสระที่จะทำตามความประสงค์ของตนเองโดยปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น<sup>26</sup>

ดังนั้นสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์จึงเรียกรวมกันว่า สิทธิมนุษยชน หมายถึง บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่กำเนิดไม่อาจถูกพรากไปจากราษฎรได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎร เป็นสิทธิในความเป็นมนุษย์ความเป็นคนที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิทางเพศ เป็นต้น

ส่วนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง คุณค่าอันเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกคน ไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ๆ มีพื้นฐานมาจากสิทธิในชีวิตร่างกายของมนุษย์มีสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคของมนุษย์

แนวความคิดหนึ่งนี้นำมาเป็นหลักฐานในการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารส่วนหนึ่งมาจาก หลักสิทธิมนุษยชน สิทธิเสรีภาพ สิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั่นเอง ในสังคมแม้ว่าบุคคลใด ๆ มีเสรีภาพทางเพศของตนที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใด รูปแบบใด และในสถานการณ์ใด ๆ ถ้าเป็นการกระทำโดยการตกลงปลงใจให้ความยินยอมโดยอิสระอย่างแท้จริงการกระทำย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกระทำแต่อย่างใดแต่หากเป็นการกระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยประจักษ์ความยินยอมแล้วไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังบังคับการขู่เข็ญการกระทำในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือการหลอกลวง ย่อมเป็นการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่รัฐมีหน้าที่ต้องให้ความรับรองคุ้มครองการกระทำอนาจารล้วนเป็นความผิดโดยสภาพต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำการฝ่าฝืนความยินยอมเพื่อเข้าถึงทางเพศจะเป็นอาชญากรรมที่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากการกระทำต่อบุคคลอื่นเปรียบเสมือนไม่มีชีวิตจิตใจเพียงเพื่อสนองความใคร่

<sup>26</sup> ปรีชญ์ สมนึก, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร : ศึกษากรณีการให้ความยินยอม,”

(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 36.

หรือระบายความแค้นเท่านั้นเป็นการทำให้คุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้ถูกระทำลดลงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนเป็นอาชญากรรมที่รัฐต้องให้ความคุ้มครอง<sup>27</sup>

### 2.3.1.2 หลักเสรีภาพทางเพศ

เดิมในอดีตกฎหมายเกี่ยวกับเพศมุ่งประสงค์จะคุ้มครองศีลธรรมเท่านั้น โดยมองว่าการกระทำอนาจาร เป็นสิ่งที่ฝ่าฝืนคำสั่งสอนของศาสนา แต่เมื่อสภาพสังคม การเมืองเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป สังคมโลกมีปฏิสัมพันธ์กันมากขึ้นสิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเป็น สิทธิเสรีภาพความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในสังคมโลกและรัฐที่พัฒนาแล้ว รัฐต่าง ๆ จึงให้ความสำคัญกับการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของสมาชิกในรัฐซึ่งสิทธิทางเพศถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชนการมีสิทธิทางเพศจึงถือเป็นการเติมเต็มเสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>28</sup>

เสรีภาพทางเพศ หมายถึง ความสามารถในการตัดสินใจโดยอิสระที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนกับบุคคลใด ในสถานที่ใด ในเวลาใด ในสถานการณ์ใด ปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น เป็นความอิสระที่จะมีเพศสัมพันธ์ตามเจตจำนงของตน

ดังนั้นการกระทำอนาจารผู้อื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย การขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือแม้แต่การหลอกลวงให้ผู้ถูกระทำนั้นยินยอมให้กระทำทางเพศย่อมเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน สิทธิในชีวิตร่างกายของบุคคล และนอกจากนั้นไม่เพียงแต่จะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพ ในชีวิตร่างกายเท่านั้นยังรวมถึงการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางเพศของบุคคล ที่บุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลใด เวลาใดและสถานการณ์ใดโดยอิสระ โดยมีสิทธิในการเลือกหรือแสดงออกซึ่งเจตจำนงในการมีความสัมพันธ์ทางเพศ การฝ่าฝืนจึงเป็นอาชญากรรมที่รัฐต้องให้ความคุ้มครอง โดยที่เสรีภาพทางเพศเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่ความผิดฐานกระทำอนาจารประสงค์จะให้ความคุ้มครอง<sup>29</sup>

### 2.3.1.3 หน้าที่ของกฎหมายอาญา

ความผิดอาญา ให้พิจารณาว่าการกระทำนั้นกระทบความสงบของสังคมหรือไม่ การศึกษาถึงหน้าที่ของกฎหมายอาญาจะทำให้เห็นแนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญาได้อีกส่วนหนึ่งในมุมมองที่ว่า การกระทำใดสมควรเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ให้พิจารณาว่าการกระทำ

<sup>27</sup> เพิ่งอ้าง, น. 37.

<sup>28</sup> เพิ่งอ้าง, น. 37.

<sup>29</sup> เพิ่งอ้าง, น. 39.

นั้นสอดคล้องกับหน้าที่ของกฎหมายอาญาหรือไม่ หากการกระทำนั้นสอดคล้องกับหน้าที่ของกฎหมายอาญา การกระทำนั้นก็สมควรที่จะเป็นความผิดทางอาญา ในทางตรงกันข้าม หากการกระทำนั้นไม่ตอบสนองต่อหน้าที่ของกฎหมายอาญาการกระทำนั้นก็ควรที่จะเป็นความผิดอาญา ซึ่งควรเป็นความรับผิดชอบอื่น หน้าที่ของกฎหมายอาญามี 3 ประการคือ<sup>30</sup>

#### 1) หน้าที่ในการลงโทษ

กฎหมายอาญา มีหน้าที่ในการลงโทษ ซึ่งหน้าที่ในการลงโทษอาญามีขึ้นเพื่อลงโทษการกระทำที่เป็นอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยต่อสังคม หรือการกระทำที่ขัดขวางความต้องการของผู้คนในสังคม หากกฎหมายใดไม่มีหน้าที่ในการลงโทษ กฎหมายนั้นก็อาจเป็นกฎหมายอาญาได้

พัฒนาการในเรื่องหน้าที่ในการลงโทษมีมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ต้นศตวรรษที่ 19 สำนัก neo classic ได้พัฒนาหน้าที่ของกฎหมายอาญาในการลงโทษโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมและความจำเป็น โดยแนวคิดหลักของกลุ่มนักคิดกลุ่มนี้คือ “กฎหมายอาญาอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่าสังคมไม่อาจลงโทษเกินไปกว่าความยุติธรรม หรือเกินไปกว่าความจำเป็น” การลงโทษต้องไม่ได้มีแก่การลงโทษแต่ต้องมีขึ้นเพื่อให้ผู้ถูกลงโทษแก้ไขปรับปรุงตนเอง ต่อมาช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 เกิดแนวคิดสำนัก positive ของ Lombroso Ferri และ Garofalo หลักคิดในการลงโทษได้เปลี่ยนไปในแนววิทยาศาสตร์ โดยไม่สนใจแนวคิดศีลธรรมหรือนามธรรม พวก positive คิดว่าการลงโทษทางอาญาไม่ได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมจากบุคคลที่ปรากฏอย่างรูปธรรมว่าเป็นอันตราย โทษทางอาญาจึงถูกเปลี่ยนเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย ซึ่งเป็นนวัตกรรมของสำนักแนวคิด positive เช่น การกักขังผู้มีลักษณะอันตรายตลอดชีวิต แนวคิดสำนัก positive ถูกนำมาใช้อย่างบิดเบือนโดยพวก nazi ในสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง หลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สอง ได้มีสำนักแนวคิดป้องกันสังคมจากรูปแบบใหม่เกิดขึ้น โดย Marc Ancel ในปี 1994 ที่มีมิติของสิทธิมนุษยชน โดยสำนักป้องกันสังคมรูปแบบใหม่ได้ให้หลักว่า การลงโทษทางอาญาไม่ได้มีขึ้นเพื่อแก้แค้น หรือตัดบุคคลออกจากสังคม แต่เป็นไปเพื่อการฟื้นฟูแก้ไขและนำผู้กระทำผิดกลับสู่สังคม แม้แนวคิดของ Angel จะส่งเสริมแนวคิดของสำนัก positive แต่แนวคิดของ Angel ก็สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนและวัตถุประสงค์ในการลงโทษปัจจุบัน<sup>31</sup>

<sup>30</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2563), น. 31.

<sup>31</sup> เพ็งอ้าง, น. 32.

## 2) หน้าที่ในการแสดงออก

หน้าที่ในการแสดงออกของกฎหมายอาญา คือ หน้าที่ในการแสดงออกถึงคุณค่าที่จำเป็นของสังคม การละเมิดกฎหมายอาญาคือการละเมิดคุณค่าที่จำเป็นของสังคมที่สังคมพึงรักษาไว้ ตัวอย่างที่ชัดเจนของหน้าที่นี้ เช่น การเพิ่มโทษให้กับการกระทำกับผู้เสียหายที่เป็นผู้บอบบางแม้จะมีการลงโทษการกระทำความคิดกับผู้เสียหายทั้งปวงเหมือนกันแล้วก็ตาม แต่บทเพิ่มโทษสำหรับการกระทำกับผู้เสียหายที่บอบบางเป็นหน้าที่ในการแสดงออกของกฎหมายอาญาที่คุ้มครองผู้ที่อยู่ในสถานะบอบบางของสังคม

การประสานกันระหว่างหน้าที่ในการลงโทษกับหน้าที่ในการแสดงออกถึงคุณค่าของสังคมเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำรงอยู่ของกฎหมายอาญา ในเหตุผลของการประกาศการใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ของฝรั่งเศส ได้ยกตัวอย่างของความสอดคล้องกันของหน้าที่ในการลงโทษและหน้าที่ในการแสดงออกไว้ตอนหนึ่งว่า “ในสถานการณ์ที่หน้าที่ในการลงโทษและหน้าที่ในการแสดงออกไม่สอดคล้องกัน เช่น มีการลงโทษผู้กระทำความผิด แต่คุณค่าที่เป็นฐานแห่งการลงโทษไม่ได้ยอมรับจากสังคมกฎหมายอาญาจะไม่เป็นที่พึงปรารถนาแต่กลับเป็นการทำร้ายความรู้สึกของสังคม เทียบได้กับการอยู่ไปแต่ไร้คุณค่า” หน้าที่ในการแสดงออกถึงคุณค่าในสังคมอาจสะท้อนให้เห็นถึงความสมควรถูกลงโทษในแต่ละกรณี ซึ่งแม้ว่าตัวอักษรแล้วผู้กระทำความผิดได้ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ความสมควรถูกลงโทษหรือไม่เพียงใดเป็นปัจจัยที่จะต้องพิจารณาแต่ละกรณี<sup>32</sup>

## 3) หน้าที่ในการปกป้อง

กฎหมายอาญามีหน้าที่ในการปกป้องสังคมในมุมที่สร้างความปลอดภัยให้กับสังคม หากไม่มีกฎหมายอาญา เสรีภาพของบุคคลจะไม่สามารถที่จะถูกใช้ได้อย่างบริบูรณ์ ตัวอย่างเช่น หากมีโจรผู้ร้ายดักปล้นประชาชนในที่สาธารณะและกฎหมายไม่สามารถลงโทษโจรผู้ร้ายนั้นได้ สิทธิเสรีภาพในการเดินทาง ชีวิต ร่างกาย รวมทั้งทรัพย์สินก็ไม่อาจถูกใช้ได้อย่างบริบูรณ์ เช่นเดียวกันตราบโดที่ฆาตกรยังลอยนวล สิทธิในร่างกายของประชาชนทุกคนก็ไม่อาจได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ นอกจากนี้ หลักความชอบด้วยกฎหมายอาญา ที่ถือกำเนิดขึ้นโดยนักปราชญ์เสรีนิยม เช่น มองเตสกีเออ และเบคคาเรีย เข้ามาเสริมหน้าที่ในการปกป้องโดยกฎหมายอาญา รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตราบโดที่ประชาชนไม่ละเมิดกฎหมาย ดังนั้น ประชาชนจะไม่ถูกลงโทษถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และกฎหมายอาญาในอนาคตจะไม่ย้อนหลังกลับมา

<sup>32</sup> เพิ่งอ้าง, น. 33.



เป็นผลร้ายให้ลงโทษประชาชนที่ใช้สิทธิเสรีภาพอย่างถูกต้องหากการกระทำใดที่ต้องการบัญญัติเป็นกฎหมาย และมีประเด็นว่าการกระทำนั้นควรเป็นอาญาหรือไม่ หากตอบได้ครบ 3 หน้าของกฎหมายอาญาแล้ว การกระทำนั้นก็สมควรที่จะเป็นความผิดอาญา<sup>33</sup>

### 2.3.2 แนวคิดทฤษฎีในการกำหนดโทษ

การลงโทษ หมายถึง การกระทำที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องรับโทษซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อร่างกาย จิตใจ หรือทรัพย์สิน ซึ่งการลงโทษนั้นเป็นเสมือนเครื่องมือการตัดสินของสาธารณะซึ่งประกอบด้วยประเด็นสำคัญคือ การลงโทษได้แก่วิธีการที่เกี่ยวข้องกับความเจ็บปวดคือการทรมาน ซึ่งเป็นผลจากการตัดสินโดยค่านิยมบางอย่างของสังคม นอกจากนี้มีนักวิชาการหลายท่านเสนอแนวคิดว่าการลงโทษเป็นการกระทำตามสัญชาตญาณการแก้แค้น โดยเป็นกระบวนการที่ยุ่ยาก ซับซ้อนอาชญากรรมบางประเภทและการกระทำบางชนิดถูกมองว่าผิด และทำให้สังคมเสียสมดุล ทำให้เสียผลประโยชน์ของบุคคลหรือสมาชิก ปฏิบัติการลงโทษต่าง ๆ จึงเป็นส่วนในการทำลายความสมดุลที่เกิดขึ้น ดังนั้น การลงโทษอาจเป็นเพียงหนึ่งในปฏิกริยาหลาย ๆ อย่างต่อการฝ่าฝืนกฎหมาย<sup>34</sup>

#### 2.3.2.1 แนวคิดและวิวัฒนาการในการลงโทษ

ในสมัยโบราณ มนุษย์ยังขาดการศึกษาและยังอยู่ในสภาพที่ยังด้อยความเจริญ โดยมนุษย์ยังมีความเชื่อต่ออำนาจลึกลับและภูตผีปิศาจ ดังนั้น เมื่อผู้ใดแสดงความไม่เคารพนับถือหรือละเมิดต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์หรือภูตผีปิศาจนั้น ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษถึงแก่ชีวิต โดยคนในสังคมส่วนรวมนั้นมักเชื่อว่าจะเกิดอันตรายหรือความหายนะอันเป็นผลมาจากความโกรธแค้นจากสิ่งศักดิ์สิทธิ์หรือภูตผีปิศาจ จึงต้องหาทางป้องกัน โดยนำตัวผู้กระทำการละเมิดนั้นไปลงโทษเพื่อเป็นการสังเวทและบรรเทาความโกรธแค้นต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์หรือภูตผีที่จะไม่เอาโทษต่อคนในสังคมส่วนรวม ต่อมา เมื่อผู้ใดมีการกระทำบางอย่างที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคง หรือ สวัสดิภาพส่วนรวม เช่น การทรยศต่อหมู่คณะ การหักหลัง หรือการคบคิดกับศัตรู เป็นต้น ย่อมถือว่าเป็นอาชญากรรมร้ายแรงผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องถูกลงโทษถึงแก่ชีวิตเช่นเดียวกัน กรณีที่การกระทำผิดคิดต่อบุคคล สังคมยังไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่ต้องเข้าไปยุ่งเกี่ยวจึงปล่อยให้หน้าที่ของผู้เสียหายให้แก้แค้นระหว่างกันเอง ดังนั้นการลงโทษจึงเป็นเรื่องของการแก้แค้นตอบแทนระหว่างคู่กรณีจึงทำให้เกิดความอาฆาตจองเวร ลูกหลานเป็นความบาดหมางระหว่างตระกูล และมักจะทวี

<sup>33</sup> เพิ่งอ้าง, น. 34.

<sup>34</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2563), น. 237.

ความรุนแรงมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งตามแนวความคิดที่ลงโทษระหว่างกันเองนี้เรียกว่า การแก้แค้นทดแทน แบบตาต่อตาฟันต่อฟัน

ในเวลาต่อมาคนในสังคมเห็นว่า ลักษณะการกระทำเช่นนี้ได้แผ่ขยายในวงกว้างและทำให้เกิดความไม่สงบสุขต่อสังคมส่วนรวมด้วย จึงจำเป็นต้องหาวิธีการที่จะยุติความขัดแย้ง โดยต้องมีคนกลางขึ้นเพื่อมาไกล่เกลี่ยข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น กล่าวคือ คนกลางต้องเป็นที่ยอมรับนับถือ หรือเป็นผู้ทรงอำนาจในสังคมนั้น ทำหน้าที่ประสานรอยร้าว รวมทั้งให้ฝ่ายผู้เสียหายได้รับค่าชดเชยในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งถือว่าเป็นการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเช่นกัน ซึ่งแนวคิดนี้เรียกว่า การไกล่เกลี่ยและชดเชย<sup>35</sup>

อย่างไรก็ดี เมื่อสังคมมีความเจริญและมีกฎเกณฑ์มากขึ้น และมีการปกครองที่เป็นระเบียบแบบแผนมากขึ้น ผู้นำของสังคมหรือกษัตริย์จึงได้รับอำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อสังคมอย่างเป็นทางการการลงโทษผู้กระทำความผิดแทนที่จะเป็นการกระทำโดยคนหมู่มากลงมือกับผู้กระทำความผิดเสียเอง ก็เปลี่ยนเป็นการฟ้องร้องกล่าวโทษให้ผู้มีอำนาจทำการตัดสิน ต่อมาการประทุษร้ายระหว่างเอกชนนั้น นอกจากจะเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยแล้วยังถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสถาบันของสังคมอีกด้วย ดังนั้น สังคมจึงเข้ามาจัดการเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด ความมุ่งหมายในการลงโทษลักษณะนี้ก็เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเจ็บทรมานและไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำอีก

อนึ่ง แนวความคิดในการลงโทษเป็นอย่างไรเรื่อยมาจนกระทั่งถึงกลาง ศตวรรษที่ 18 ซึ่งมีความตื่นตัวทางด้านมนุษยธรรมและมีความยุติธรรมมากขึ้น โดยมีการปรับแนวคิดและวิธีการลงโทษให้มีความเหมาะสมกับารกระทำความผิด โดยมีมนุษยธรรมและมีความยุติธรรมมากขึ้น แต่ความมุ่งหมายเดิมที่ต้องการแก้แค้นทดแทน การไกล่เกลี่ยชดเชยค่าเสียหายรวมทั้งการลงโทษเพื่อให้เจ็บทรมานยังคงมีอยู่ โดยตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา นักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาเริ่มมีการตื่นตัวและได้ศึกษาถึงแนวคิดและวิธีการลงโทษอย่างเป็นทางการเป็นแก่นสารมากยิ่งขึ้นจนเป็นที่ยอมรับกันมาถึงปัจจุบัน แนวความคิดการลงโทษที่สำคัญมีดังต่อไปนี้ คือ<sup>36</sup>

<sup>35</sup> เติ้งฮ้าง, น. 238.

<sup>36</sup> เติ้งฮ้าง, น. 239.



### 1) แนวความคิดของสำนักคลาสสิก (Classical school)

แนวความคิดในทางทัณฑวิทยาของสำนักคลาสสิกเกิดขึ้นในตอนกลางคริสต์ศตวรรษที่ 18 โดยหลักใหญ่ของแนวความคิดหรือทฤษฎีนี้เป็นไปในทางนามธรรม ไม่ค่อยคำนึงถึงความ เป็นจริง จึงเป็นข้อเสียของสำนักนี้บุคคลสำคัญของสำนักนี้มี 2 คนคือ

#### (1) ซีซาร์ เบ็คคาเรีย (Cesare Beccaria)

เป็นชาวอิตาลีและมีตำแหน่งเป็นศาสตราจารย์ในวิชาเศรษฐกิจการเมืองในโรงเรียน Palatine School ในเมืองมิลาน เมื่อลาออกจากหน้าที่อาจารย์ ต่อมาจึงได้รับเชิญให้ทำหน้าที่ผู้ พิพากษาและกรรมการต่าง ๆ ในสังคมจนกระทั่งเบ็คคาเรียได้เขียนหนังสือเล่มหนึ่งที่ชื่อ “เรียงความเรื่องอาชญากรรมกับการลงโทษ” เป็นภาษาอิตาลี ซึ่งหนังสือเล่มนี้เป็นที่สนใจแก่ วงการยุติธรรมและนักศึกษาด้านอาชญาวิทยาในสมัยนั้น หนังสือเล่มนี้หลักที่สำคัญกล่าวโดยสรุป คือ การลงโทษต้องกระทำเพื่อความมุ่งหมายที่สำคัญที่สุดคือ เพื่อป้องกันอาชญากรรม มิใช่กระทำ เพื่อความพึงพอใจของคนคนหนึ่ง หรือบางกลุ่มเท่านั้น วัตถุประสงค์ของการลงโทษไม่ใช่เพื่อแก้แค้นทดแทนเพราะการแก้แค้นทดแทนมักจะกระทำเกินเลยไปและไม่เกิดประโยชน์ในด้านป้องกัน อาชญากรรม ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิดควรกระทำโดยเปิดเผย รวดเร็ว และมีความหนัก เบา เหมาะสมและได้สัดส่วนแห่งความร้ายแรงของอาชญากรรม และการลงโทษต้องเป็นการ ลงโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย นอกจากนี้ยังเห็นว่าโทษสำหรับการกระทำความผิดต่อรัฐควรเป็น เนรเทศ และยังมีความเห็นว่าควรยกเลิกโทษประหารชีวิต เพราะเห็นว่าโทษประหารชีวิตไม่ได้ทำ ให้อาชญากรรมน้อยลงได้ โดยเห็นว่าควรเปลี่ยนเป็นการใช้โทษจำคุกแทนซึ่งมีผลทำให้คนเกรง กลัวและเป็นการป้องกันอาชญากรรมได้ดีกว่า<sup>37</sup>

#### (2) เจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham)

เป็นชาวอังกฤษ เป็นนักส่งเสริมมนุษยธรรมและเป็นผู้บำเพ็ญประโยชน์ มีความสนใจ เกี่ยวกับการแก้ไขอาชญากรให้กลับตัวเป็นคนดี และมีความปรารถนาให้กฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีความก้าวหน้าและมีเหตุผล ในด้านทัณฑวิทยาเบนธัมมีความเห็นว่า มนุษย์ทุกคนถ้ามีสติปัญญา หรือมีความฉลาดพอสมควร ไม่ใช่สมองทึบหรือโรคจิตเลวทรามแล้ว มักจะต้องปรารถนาที่จะหาความสุขให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ และให้ได้รับความทุกข์น้อยที่สุด เท่าที่จะน้อยได้ เบนธัมจึงได้นำแนวความคิดนี้ปรับกับทัณฑวิทยา โดยเสนอแนะว่า โทษสำหรับการกระทำความผิดนั้นกฎหมายควรจะกำหนดไว้ให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับความทุกข์ทรมาน

<sup>37</sup> เพิ่งอ้าง, น. 240.

ให้สาสม หรือมากยิ่งขึ้นกว่าความพอใจที่เขาได้รับจากการกระทำความคิดหรือประกอบอาชญากรรมนั้น โดยจะส่งผลให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัวและไม่กล้าประกอบอาชญากรรมอีก

อย่างไรก็ดี เบนธัมไม่เห็นด้วยกับการลงโทษที่ทำให้ผู้ได้รับโทษนั้นได้รับความทุกข์ทรมานเกินความจำเป็น หรือโดยไม่มีเหตุผล แต่มีความเห็นว่า กฎหมายควรกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความคิดและควรกำหนดลักษณะของโทษไว้หลายประเภท เพราะโทษอย่างเดียวจะเหมาะสมกับความคิดทุกอย่างนั้นย่อมเป็นไปได้ นอกจากนี้ เบนธัมยังมีความเห็นว่า โทษชนิดที่ทำให้เสื่อมเสียเกียรติหรือฐานะในทางสังคม เป็นวิธีการลงโทษที่ได้ผลดีที่สุดในด้านป้องกันอาชญากรรม เพราะเป็นตัวอย่างแก่คนอื่นเพื่อเตือนใจคนที่พบเห็นไม่ให้ประกอบอาชญากรรม ทฤษฎีหรือแนวคิดของเบ็คคาเรีย และเบนธัม ซึ่งเป็นบุคคลสำคัญของสำนักคลาสสิก นิยมเรียกว่า ทฤษฎี Free will กล่าวคือ เป็นทฤษฎีที่ทุกคนมีเสรีภาพที่จะเลือกตามใจปรารถนาว่าจะกระทำความคิดหรือไม่ เพราะกฎหมายได้กำหนดโทษสำหรับความคิดนั้นแล้ว และเมื่อเห็นว่าความสุข ความพอใจจากการกระทำความคิดนั้น ไม่คุ้มกับความทุกข์ทรมานกับที่ตนจะได้รับก็จะไม่กล้าตัดสินใจเสี่ยงกระทำความคิด ซึ่งตรงนี้ย่อมเป็นผลในการป้องกันอาชญากรรม

อย่างไรก็ตามทฤษฎีเจตจำนงอิสระ ของสำนักคลาสสิก โดยมีเบ็คคาเรีย และเบนธัม เป็นบุคคลสำคัญและคิดค้นทฤษฎีนี้ยังมีข้อบกพร่องซึ่งเป็นหัวใจของทฤษฎีนี้ กล่าวคือ หลักที่สำคัญ คือ “ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับความคิด” จึงเป็นเรื่องที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ว่า ทุกคนมีความสามารถในการไตร่ตรองได้เท่ากันหมด ดังนั้นเมื่อละเมิดกฎหมาย ทุกคนย่อมต้องได้รับโทษเท่ากัน โดยลืมความจริงไปข้อหนึ่งว่า มนุษย์แต่ละคนนั้น ความจริงมีความสามารถรู้ผิดชอบ สติปัญญาไม่กัน เช่น เป็นเด็กหรือเยาวชน คนปัญญาอ่อน คนที่เป็นโรคจิต คนเป็นผู้ที่กระทำผิดจนตกเป็นนิสัย ซึ่งตามทฤษฎีนี้ถือว่ากำหนดโทษไว้ให้เหมาะสมกับความคิด และโทษตายตัวเมื่อผู้ใดกระทำความผิดนั้นย่อมต้องได้รับโทษนั้นเหมือนกันหมด ซึ่งจุดอ่อนนี้ทำให้ได้รับการคัดค้านจากนักอาชญาวิทยาหลายท่าน จึงมานิยมแนวความคิดใหม่ที่ว่า ต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ซึ่งเห็นว่ามีเหมาะสมและคำนึงถึงความเป็นจริงมากกว่า<sup>38</sup>

<sup>38</sup> เติ้งฮ้าง, น. 243.

## 2) แนวความคิดของสำนักนีโอคลาสสิก (Neo-Classical School)

แนวความคิดของสำนักนีโอคลาสสิก มีมุมมองถึงความสำคัญเกี่ยวกับสภาวะของบุคคล ในการตัดสินใจประกอบอาชญากรรมเนื่องจากบุคคลบางประเภทไม่สามารถใช้เหตุผลในการตัดสินใจเลือกหาทางในความประพฤติดของตนเองได้ ทั้งนี้อาจเนื่องจากปัจจัยทางจิตใจ หรือ กายภาพ เช่น เป็นบุคคลโรคจิต ปัญญาอ่อน หรือเป็นเด็กหรือเยาวชน ดังนั้น กระบวนการยุติธรรม ต้องคำนึงถึงข้อบกพร่องของบุคคลเหล่านี้ด้วยแนวความคิดของสำนักนีโอคลาสสิกส่วนใหญ่มีความคิดสอดคล้องกับสำนักคลาสสิก เพียงแต่มีแนวความคิดที่เพิ่มเติมขึ้นมาพอสรุปได้สามประการ ดังนี้ คือ<sup>39</sup>

(1) ยอมรับว่ามนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ดังนั้น ผู้กระทำความผิดที่มีความรู้สึกผิดชอบชั่วดีน้อยกว่าคนปกติทั่วไป จึงไม่ควรถูกได้รับโทษตามกฎหมายเท่ากับคนปกติอื่น ๆ ที่มีความรู้สึกชั่วดีกว่า

(2) ยอมรับให้มีพยานเชี่ยวชาญ ในศาลเพื่อพิสูจน์ความสามารถรู้สึกผิดชอบชั่วดี สภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด ซึ่งแต่เดิมมีเพียงประจักษ์พยานเท่านั้น

(3) ยอมรับให้มีพยานความเห็นได้ เพื่อพิจารณาให้ความเห็นว่า ตามความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นในขณะที่จำเลยกระทำความผิดนั้น จำเลยมีความสามารถรู้สึกผิดชอบชั่วดีเช่นคนปกติหรือไม่

## 3) แนวความคิดของสำนักพอสตีทิฟ (Positive School)

บุคคลสำคัญในสำนักพอสตีทิฟ มีสามคนคือ ซีซาร์ ลอมโบโรโซ (Cesare Lombroso) ราฟาเอล การ์โฟาโล (Raffaele Garofalo) เอนริโก เฟอริ (Enrico Ferri) ซึ่งบุคคลสำคัญทั้งสามคนนี้เป็นชาวอิตาลี โดยแนวความคิดของสำนักพอสตีทิฟเห็นว่าการที่มนุษย์ประกอบอาชญากรรมหรือกระทำความผิดกฎหมายนั้นมีสาเหตุมาจากทางธรรมชาติ หรือสาเหตุมาจากทางชีววิทยา โดยแนวความคิดใหม่นี้ได้สังเกตและศึกษาจากความเป็นจริงมากกว่า จึงได้ชื่อว่า สำนักพอสตีทิฟ ซึ่งหมายความว่าความจริง โดยแนวความคิดนี้ไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดเดิม พอสรุปได้ดังนี้ คือ<sup>40</sup>

ก) สำนักพอสตีทิฟไม่เห็นด้วยกับการลงโทษเพื่อแก้แค้นตอบแทน แต่สำนักนี้เชื่อว่าการลงโทษควรกระทำเพื่อความมุ่งหมายในการแก้ไขสาเหตุของการกระทำความผิดจึงถูกต้องเหมาะสมและเกิดประโยชน์มากกว่า

<sup>39</sup> เพิ่งอ้าง, น. 243.

<sup>40</sup> เพิ่งอ้าง, น. 244.

ข) สำนักพอสสิทีฟ ไม่เห็นด้วยกับการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้บุคคลอื่นหวาดกลัวจะได้ไม่กล้ากระทำความผิด เพราะผู้กระทำความผิดบางประเภทจะไม่หวาดกลัวต่อโทษที่จะได้รับ จึงทำให้อาชญากรรมยังคงมีอยู่

ค) สำนักพอสสิทีฟเห็นว่าในการแก้ไขผู้กระทำความผิดการเลือกปฏิบัติให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด เพราะผู้กระทำความผิดบางประเภท แม้จะใช้หรือพยายามจะใช้วิธีการอย่างไรๆ เพื่อแก้ไขความประพฤติของผู้กระทำความผิดย่อมเป็นการเสียเวลาโดยเปล่าประโยชน์

อนึ่ง มีแนวความคิดของนักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาซึ่งเป็นบุคคลสำคัญอยู่สามคน กล่าวถึงแนวความคิดในการลงโทษรายละเอียดพอสรุปได้ดังนี้ คือ

1) ซีซาร์ ลอมโบโรโซ (Cesare Lombroso) ลอมโบโรโซเป็นชาวอิตาลี และได้แบ่งอาชญากรออกเป็น 4 ประเภทคือ

1.1) อาชญากรโดยกำเนิด

1.2) อาชญากรที่วิกลจริต

1.3) อาชญากรที่กระทำความผิดเพราะถูกกดดันทางอารมณ์

1.4) อาชญากรที่กระทำความผิดเป็นครั้งคราว

โดยอาชญากรประเภทนี้ยังแบ่งออกเป็น

(ก) อาชญากรที่ตามปกติเป็นคนดี หมายถึง อาชญากรที่จะต้องกระทำความผิดเพื่อปกป้องเกียรติยศ หรือเพื่อการดำรงชีพ หรือเพราะเหตุการณ์บังคับ

(ข) เป็นอาชญากรที่กระทำความผิดติดนิสัย หมายถึง อาชญากรประเภทที่ไม่ใช่อาชญากรโดยกำเนิด เป็นอาชญากรที่ถูกอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมที่เลวจึงทำให้เขาเป็นอาชญากร

(ค) เป็นอาชญากรที่มีลักษณะที่กึ่งเป็นคนดี และกึ่งอาชญากรโดยกำเนิด หมายถึง ไม่ใช่อาชญากรโดยกำเนิดอย่างเต็มที่โดยมีส่วนที่เลวได้รับผลจากกรรมพันธุ์จึงทำให้เขากลายเป็นอาชญากร

อนึ่ง ลอมโบโรโซยังมีความเห็นว่า การลงโทษอาชญากรแต่ละประเภทไม่ควรใช้วิธีเดียวกัน ถึงแม้ว่าการกระทำความผิดอย่างเดียวกันก็ตาม ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นแนวคิดการลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล<sup>41</sup>

<sup>41</sup> เพิ่งอ้าง, น. 247.

## 2) ราฟาเอล กาโรฟาโล (Raffaele Garofalo)

มีความเห็นคล้ายกับลอมโบรโซในข้อที่ว่าอาชญากรนั้นเป็นมนุษย์ประเภทหนึ่งที่มีความแตกต่างกับมนุษย์ธรรมดา เพียงแต่กาโรฟาโลมีความเห็นเพิ่มเติมว่า ต้องให้ความแตกต่างในด้านจิตใจมากกว่าความแตกต่างในด้านร่างกาย โดยความผิดปกติของร่างกายที่มองเห็นได้จากภายนอกย่อมมีความสำคัญน้อยกว่าความผิดปกติในด้านจิตใจ กล่าวคือ ผู้เป็นอาชญากรนั้นเกิดมาพร้อมความบกพร่องทางด้านจิตใจ โดยมีความรู้สึกผิดชอบ สำนึกในบาปบุญคุณโทษน้อยกว่าปกติ หรือมีจิตใจเสื่อมในด้านศีลธรรม และยอมรับว่าอาชญากรมีหลายประเภท ดังนั้นโทษที่สมควรลงควรแตกต่างกันและให้เหมาะสมกับประเภทของอาชญากร เรียกว่า หลักการลงโทษให้เหมาะสมกับบุคคล โดยเฉพาะอาชญากรที่กระทำมาดกรรม ควรกำจัดให้หมดไปโดยประหารชีวิต เพราะอาชญากรประเภทนี้ไม่มีทางกลับตัวได้

## 3) เอนริโก เฟอร์รี (Enrico Ferri)

เป็นนักอาชญาวิทยาที่เป็นนักกฎหมายและนักปฏิรูปสังคมชาวอิตาลี และเป็นลูกศิษย์คนสำคัญของลอมโบรโซ และมีความเห็นตรงกับลอมโบรโซเป็นส่วนใหญ่เพียงแต่มีความเห็นเพิ่มเติมว่า ควรจะให้ผู้เชี่ยวชาญด้านมนุษยวิทยาอันเกี่ยวกับอาชญากรประจำศาล ทั้งนี้เพื่อวินิจฉัยว่าอาชญากรแต่ละคนจัดอยู่ในประเภทใด เพื่อจะได้กำหนดวิธีการลงโทษให้เหมาะสมกับอาชญากรประเภทนั้น

สำหรับทฤษฎีของสำนักพอสตีฟนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์และมีความไม่สมบูรณ์อย่างมากดังนี้ อาทิเช่น ต้องลงโทษให้เหมาะสมกับประเภทของอาชญากร ซึ่งแบ่งได้ไม่กี่ประเภทเท่านั้น โดยไม่ได้ลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความคิดเป็นรายบุคคล อีกทั้งยังเชื่อว่าสาเหตุโดยตรงที่ทำให้คนประกอบอาชญากรรมนั้นมาจากการถ่ายทอดทางพันธุกรรมในลักษณะทางร่างกายและจิตใจซึ่งไม่ถูกต้อง กล่าวคือ ไม่มีลักษณะทางร่างกายของคนเราแต่อย่างใดเป็นเครื่องชี้ได้ว่าใครเป็นอาชญากรและใครไม่เป็นอาชญากร

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่องต่าง ๆ นักอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาในสมัยนั้นจึงได้ให้ความสนใจหาทฤษฎีอื่น ๆ เพื่อให้เป็นไปอย่างมนุษยธรรมมากขึ้น ทั้งนี้เพื่อแก้ไขความประพฤติกของผู้กระทำความคิดให้กลับตัวเป็นคนดีของสังคม<sup>42</sup>

<sup>42</sup> เพิ่งอ้าง, น. 248.

### 2.3.2.2 หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ถือเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา ซึ่งหลักกฎหมายอาญานี้ถือเป็นหลักสากลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ซึ่งแต่เดิมหลักนี้พัฒนามาจากแนวคิดทางการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจของรัฐ หลักประกันในกฎหมายอาญานี้ได้รับการพัฒนามาหลังจาก หลักนิติรัฐ ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมนี

โดยเนื้อหาประการแรก การลงโทษต้องมีกฎหมาย ประการที่สอง การลงโทษต้องขึ้นกับการมีอยู่ของการกระทำ และประการที่สาม โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ดังนั้น หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย จึงเป็นหลักประกันที่สำคัญในกฎหมายอาญาที่ยืนยันว่ารัฐจะลงโทษบุคคลโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในขณะนั้น ไม่ได้<sup>43</sup>

### 2.3.2.3 หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด

แนวคิดเรื่องหลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับความผิดมีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการดังนี้

#### (1) ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ

ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการพิจารณาบทลงโทษผู้กระทำความผิดควรจะได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรม กล่าวคือ การกำหนดบทลงโทษนั้นต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะความผิดคือ การลงโทษต้องไม่มากจนมีลักษณะทารุณโหดร้าย หรือไม่น้อยเกินไปจนผู้กระทำความผิดคิดว่าคุ้มค่าที่จะได้ประโยชน์จากการกระทำความผิดหรือประกอบอาชญากรรมนั้น เช่นเดียวกับการประกอบอาชญากรรมเมื่อมนุษย์เห็นว่าการกระทำความผิดนั้นทำให้เกิดผลพอใจและตัดสินใจเลือกกระทำความผิดนั้น มนุษย์ย่อมต้องยอมรับผลร้ายที่จะเกิดขึ้นด้วย

ดังนั้น ทฤษฎีเจตจำนงอิสระ จึงเป็นแนวคิดสนับสนุนหลักการกำหนดโทษทางอาญาที่ต้องพิจารณาถึงหลักการได้สัดส่วน คือ การกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนกับความผิดหรือกับความร้ายแรงอาชญากรรมนั้นด้วย

#### (2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์

ทฤษฎีอรรถประโยชน์ เป็นแนวคิดจริยธรรมทางสังคมของนักปรัชญาชาวอังกฤษ คือ เจเรมี เบนธัม ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการออกกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับกฎธรรมชาติโดยต้องคำนึงถึงความสุขของคนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นสำคัญ คือ ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในรัฐ อย่างไรก็ตามทฤษฎีนี้มีกฎธรรมชาติอยู่ 2 ประการ ประการหนึ่ง คือ ความพึงพอใจ

<sup>43</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2563), น. 217.

และอีกประการหนึ่งคือ ความเจ็บปวด ดังนั้น ก่อนที่มนุษย์จะทำอะไรต้องนำกฎธรรมชาติ 2 ประการมาซึ่งน้ำหนักก่อนเสมอ<sup>44</sup> สำหรับการประกอบอาชญากรรมก็เช่นเดียวกัน หากบุคคลซึ่งน้ำหนักแล้ว ผลของการกระทำความคิดที่จะได้รับจะทำให้บุคคลนั้นเกิดความพึงพอใจมากกว่าการถูกลงโทษ บุคคลนั้นจึงเลือกที่จะกระทำความผิดหรืออาชญากรรมนั้น

ดังนั้น ทฤษฎีอรรถประโยชน์ จึงนำเรื่องความสุขความพึงพอใจ และความทุกข์หรือความเจ็บปวด มาใช้เป็นเกณฑ์ในการออกกฎหมายของรัฐว่าจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน และเป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดสนับสนุนหลักการกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะความผิดหรือความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย

### (3) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งข่มขู่

ทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งข่มขู่ เป็นแนวคิดของซีซาร์ เบ็คคาเรีย และเจเรมี เบนธัม เป็นผู้คิดค้นทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้งข่มขู่ ในศตวรรษที่ 18<sup>45</sup> โดยทฤษฎีนี้มีวัตถุประสงค์อยู่ 2 ประการ ประการแรก เพื่อลดอาชญากรรมหรือการกระทำความผิดซ้ำสอง และประการที่สอง เพื่อยับยั้งไม่ให้ประชาชนเอาเยี่ยงอย่าง ในการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วน มีความเหมาะสมกับความร้ายแรงของอาชญากรรม โดยการลงโทษถือว่าเป็นมาตรการทางอาญาที่จำเป็นเพื่อยับยั้งการกระทำความผิดให้ผู้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่างและเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการลงโทษในปัจจุบัน

ดังนั้นทฤษฎีการลงโทษเพื่อยับยั้ง ก็เป็นอีกทฤษฎีหนึ่งที่มีแนวคิดสนับสนุนการกำหนดโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกับลักษณะของความผิดหรือความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้นด้วย<sup>46</sup>

#### 2.3.2.4 หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด

หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด มีแนวคิดว่าการลงโทษต้องให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคล ไม่ใช่การลงโทษโดยตัดเทียบกันตามลักษณะของการกระทำความผิดนั้น เนื่องจากหลักการลงโทษนี้ ต้องพิจารณาถึงความจริงที่ว่ามนุษย์ทุกคน มีความสามารถผิดชอบไม่เท่าเทียมกัน หรืออาจมีความแตกต่างจากบุคคลทั่วไป จึงไม่สามารถกำหนดเจตจำนงอิสระได้ตัดเทียบกับบุคคลอื่นอาทิ เช่น เยาวชน คน

<sup>44</sup> Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (Oxford : Clarendon Press, 1907), pp. 1-3.

<sup>45</sup> Tomlinson, Kelli D, "An Examination of Deterrence Theory : Where do we stand?," *Fed. Probation* 80. (2016) : 33.

<sup>46</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา*, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2563), น. 221.



วิกัลจริต เป็นต้น แนวความคิดนี้มุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง<sup>47</sup> แนวความคิดเรื่องหลักการลงโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด มีทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดและหลักการดังนี้

#### (1) แนวคิดเจตจำนงประสงค์

แนวคิดเจตจำนงประสงค์ เป็นแนวคิดนิยตินิยมและมักจะถูกนำมาเปรียบเทียบกับเป็นแนวคิดตรงกันข้ามกับแนวคิดเจตจำนงอิสระ ทฤษฎีนี้มีแนวคิดว่าการกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดโดยใช้เกณฑ์เดียวกันโดยไม่มีข้อยกเว้นไม่มีความเหมาะสมและเป็นธรรม เนื่องจากมนุษย์ทุกคนต่างอยู่ภายใต้อิทธิพลของสิ่งแวดล้อมภายนอกจึงทำให้มนุษย์ขาดเจตจำนงอิสระ ในการตัดสินใจเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้อย่างเสรี มนุษย์จึงไม่ควรรับผิดชอบในการกระทำของตนเองทั้งหมด สังคมและสิ่งแวดล้อมซึ่งมีส่วนให้บุคคลนั้นกระทำความผิดจึงต้องเข้ามามีส่วนรับผิดชอบแก้ไขด้วย

จะเห็นได้ว่า แนวคิดเจตจำนงประสงค์ให้ความสำคัญกับปัจจัยภายนอกที่เป็นส่วนสำคัญในการผลักดันให้มนุษย์ต้องตัดสินใจกระทำความผิด ดังนั้น ในการกำหนดโทษของบุคคล สังคมและสิ่งแวดล้อมจำต้องมีส่วนรับผิดชอบด้วย

#### (2) ทฤษฎีความชั่ว

ทฤษฎีความชั่วเป็นทฤษฎีที่สนับสนุนแนวคิดหลักกฎหมายอาญา ที่เรียกว่า หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีความชั่ว โดยหลักกฎหมายอาญานี้ถือว่า ความชั่ว เป็นพื้นฐานในการลงโทษ อนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ถือว่าเป็นนักนิติศาสตร์ไทยคนแรกที่กล่าวถึงเรื่องความชั่วในกฎหมายอาญาว่า เหตุที่กฎหมายยกเว้นโทษทำให้การกระทำไม่เป็นการชั่วร้ายนั้นเพราะว่า ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดลงโดยถูกบังคับขู่เข็ญ หรือได้กระทำโดยความจำเป็น หรือได้กระทำตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน โดยเชื่อว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น ทฤษฎีความชั่วจึงมีหลักการและแนวคิดในการนำความรู้ผิดชอบของผู้กระทำ ในขณะที่กระทำความผิดมาพิจารณาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด<sup>48</sup>

#### 2.3.2.5 วัตถุประสงค์กับการลงโทษ

##### 1) เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน

<sup>47</sup> Harcourt, Bernard E, "The Shaping of Chance : Actuarial Models and Criminal Profiling at the Twenty-First Century," U. Chi. L. Rev. 70 (2003) : 105.

<sup>48</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2563), น. 223.



กล่าวคือ ในสมัยโบราณ เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ผลเสียหายหรือญาติของผู้เสียหายมักจะใช้วิธีแก้แค้นเพื่อตอบแทนกับฝ่ายตรงข้ามโดยถือหลักว่า เมื่อบุคคลใดกระทำความผิด หรือทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนย่อมต้องได้รับผลตอบแทนจากการกระทำนั้นอย่างสาสมโดยใช้หลัก “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ซึ่งการลงโทษด้วยวิธีนี้เป็นการแก้แค้นตอบแทนผู้กระทำผิดโดยไม่มีข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์แน่นอน ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจเมื่อมีการกระทำความผิดขึ้น ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อหรือญาติพี่น้องของเหยื่อจะใช้วิธีการตอบแทนโดยการแก้แค้น ซึ่งปรากฏว่าการลงโทษก่อนข้างรุนแรงและเกินขอบเขต มีความทารุณโหดร้าย ปราศจากมนุษยธรรม

ต่อมา เมื่อนุญยได้รู้จักการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มชุมชน หรือสังคมย่อย ๆ จึงได้มีการมอบอำนาจการลงโทษให้แก่ผู้นำหรือหัวหน้ากลุ่มและในเวลาต่อมาเมื่อนุญยมีความเจริญทางวัฒนธรรมและสติปัญญา จึงเกิดระเบียบแบบแผนรวมทั้งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ และกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่สมาชิกในสังคม<sup>49</sup>

อนึ่ง ในปัจจุบัน การลงโทษโดยถือหลักการแก้แค้นทดแทนได้วิวัฒนาการโดยหลีกเลี่ยงการทารุณกรรมร่างกาย จึงใช้โทษจำคุกแทนมาก หรือน้อยขึ้นอยู่กับลักษณะความหนักเบาแห่งความผิด

## 2) เพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งการกระทำความผิด

กล่าวคือ ในการลงโทษผู้กระทำความผิด มีวัตถุประสงค์ที่น่านจะเห็นได้ชัด คือเพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของผู้นั้น และเพื่อให้อื่นเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งวัตถุประสงค์ที่เรียกว่า “การยับยั้งโดยทั่ว ๆ ไป” อาทิ เช่น การนำโทษประหารชีวิตมาใช้ขึ้นนั้น เชื่อว่า วิธีประหารชีวิตเป็นการข่มขู่ผู้อื่นมิให้เอาเยี่ยงอย่างในการประกอบอาชญากรรม โดย เซอร์เจมส์ สตีเฟน<sup>50</sup> นอกจากนี้ยังมีวิธีการลงโทษประเภทต่าง ๆ อีก อาทิ เช่น การเขียน การจำคุก การให้นักโทษทำงานหนัก เป็นต้น การลงโทษด้วยวิธีการต่าง ๆ เหล่านี้ เกี่ยวเนื่องกับหลักธรรมชาติที่ว่า มนุษย์ปรารถนาที่จะได้รับความสุขสบาย หลีกเลียงความทุกข์ทรมาน ฉะนั้น การลงโทษจึงก่อให้เกิดการยับยั้งเป็นพิเศษ โดยการยับยั้งพิเศษนี้ เพ่งเล็งเฉพาะตัวผู้กระทำความผิดเพื่อให้เกิดความกลัวต่อโทษและไม่กล้ากระทำความผิดอีกในอนาคต

วัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดดังกล่าวนี้ได้มีผู้โต้แย้งว่า การลงโทษไม่เป็นการข่มขู่ยับยั้งมนุษย์จากการประกอบอาชญากรรมเสมอไป โดยให้เหตุผลว่า

<sup>49</sup> เพิ่งอ้าง, น. 225.

<sup>50</sup> H.M.S.O., Report of the Commission on Capital Punishment, Command Report, (London : n.p.,1653), p, 19.

“ถ้ามนุษย์มีอิสระในการที่จะตัดสินใจกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวไม่เป็นผลมาจากประสบการณ์ของตนเองแล้ว การลงโทษจะไม่สามารถยับยั้งการประกอบอาชญากรรมได้เลย ในกรณีนี้ การลงโทษเป็นเพียงข้อกำหนดไว้อย่างเข้มงวดเท่านั้นเอง” เหตุผลดังกล่าวนี้ อาจจะได้รับ การสนับสนุนจากความจริงที่ว่า ปัจจุบันอาชญากรรมยังเกิดขึ้นทุกหัวระแหงและทวีความรุนแรงขึ้นทุกขณะ ดูเสมือนว่าเหล่าอาชญากรมิได้เกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์แต่ประการใด<sup>51</sup>

### 3) การตัดความสามารถในการกระทำความผิด

กล่าวคือ การตัดความสามารถในการกระทำความผิด การจำคุกเป็นการตัดความสามารถ มิให้ผู้กระทำได้กระทำความผิดอีกภายในระยะเวลาที่อยู่ในเรือนจำ เช่นเดียวกันกับการ ประหารชีวิตก็ตัดความสามารถมิให้ผู้กระทำความผิดตลอดไป การริบทรัพย์ที่ได้ใช้หรือมิไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 33 (1) สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้เช่นเดียวกัน และการนิยาลดความต้องการทางเพศให้กับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนที่เป็น การลงโทษรูปแบบใหม่ที่ใช้ในบางประเทศซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อนี้<sup>52</sup>

### 4) เพื่อเป็นการแก้ไขผู้กระทำความผิด

กล่าวคือ การลงโทษสมัยโบราณมุ่งเน้นแก้แค้น และทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหยาบช้า ดังนั้น วิธีการลงโทษจึงโหดร้ายทารุณ แต่ในปัจจุบัน มนุษย์เห็นความมีคุณค่าของการอยู่ร่วมกันและการพึ่งพาอาศัยกันและกันมากขึ้น โดยคำนึงถึงหลักศีลธรรมและมนุษยธรรมมากยิ่งขึ้น และเป็นที่เห็นพ้องต้องกันว่า การลงโทษแต่เพียงอย่างเดียวไม่อาจทำให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นคนดีได้ แต่กลับเป็นการเสริมสร้างสันดานหยาบกระด้างยิ่งขึ้น หรือเพื่อความโหดเหี้ยมทารุณแก่ผู้กระทำความผิดให้มากยิ่งขึ้นไปอีก ซึ่งเห็นว่าไม่เป็นผลดีต่อคนในชุมชน หรือสังคมแม้แต่น้อย และไม่อาจเป็นหลักประกันว่าจะไม่มีการกระทำความผิดซ้ำอีก

ดังนั้นการแก้ไขผู้กระทำความผิด จึงเป็นการห้ามปรามมิให้เกิดการประกอบอาชญากรรม อย่างไรก็ดี ในการใช้โทษจำคุกควบคุมผู้ต้องขัง หรือนักโทษไว้ในเรือนจำนั้น ย่อมเป็นที่คาดไว้ได้อยู่แล้วว่า สักวันหนึ่งบุคคลเหล่านั้นก็จะได้รับการปลดปล่อยให้กลับเข้าสู่สังคมอีก จึงเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าถ้าจะให้ผู้กระทำความผิดกลับตนเป็นพลเมืองดีของสังคมต่อไป จึงจำต้องใช้วิธีการทั้งพระเดชพระคุณ

<sup>51</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2563), น. 227.

<sup>52</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2563), น. 204.

ดังนั้น แนวปรัชญาดังกล่าวจึงก่อให้เกิดวิธีการปฏิบัติในรูปแบบต่าง ๆ แก่ผู้ต้องขัง หรือนักโทษในเรือนจำที่ต้องจำคุก อาทิเช่น การฝึกอาชีพ การให้การศึกษา และให้การบำบัดในทางแพทย์โดยใช้จิตวิทยาโดยการกระทำควบคู่กับการลงโทษ ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีโดยการสำนึกผิดเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรม

ทั้งนี้ การลงโทษมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันให้ชุมชน หรือสังคมนั้นปลอดภัยจากอาชญากรรม และเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดมีโอกาสกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก และได้แก้ไขฟื้นฟูในระหว่างต้องโทษพร้อมทั้งให้การศึกษา ฝึกอาชีพเมื่อพ้นโทษจะได้กลับตนประกอบอาชีพสุจริต เพื่อเป็นแนวทางป้องกันอาชญากรรมมิให้เกิดขึ้น

มาร์ค แอนเซล เป็นนักอาชญาวิทยาที่มีชื่อเสียงของประเทศฝรั่งเศสให้คำนิยามของ “การป้องกันสังคม” ว่าหมายถึง การปกป้องคุ้มครองสังคมที่เพียบพร้อมบริบูรณ์ด้วยปัจจัยจำเป็นยิ่งต่อการรณรงค์กับอาชญากรรมโดยยึดหลักความถูกต้องชอบธรรม อย่งไรก็ดี นโยบายในการรักษาความสงบสุขและความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมสามารถแบ่งได้ดังต่อไปนี้<sup>53</sup>

- 1) วางแผนในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม
  - ก) เร่งรัดเจ้าหน้าที่ป้องกันและปราบปรามโจรผู้ร้าย
  - ข) ขอความร่วมมือจากราษฎรและอาสาสมัคร
  - ค) ควบคุมการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการป้องกันอาชญากรรม
  - ง) สอดส่องดูแลการปฏิบัติงานพร้อมทั้งความประพฤติ
  - จ) จัดวางสายงานการให้ข่าวกรองที่เชื่อถือได้
  - ฉ) ให้มีการประเมินผล
- 2) ให้มีการศึกษาแก่ประชาชนในเรื่องการป้องกันทรัพย์สินและความปลอดภัย
- 3) จริยธรรมของผู้ปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรม
- 4) การประสานงานของสถาบันที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม จะเห็นได้ว่า สังคมจะปลอดภัยอาชญากรรมได้นั้น จำเป็นต้องกระทำร่วมกันหลายฝ่าย เพื่อให้อาชญากรรมนั้นลดลง ซึ่งแนวทางการป้องกันสังคมจำต้องเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำกลับตนเป็นคนดี นอกจากนี้ จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมโดยวาง

<sup>53</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2563), น. 230.

แนวทางปฏิบัติที่จำเป็นต้องการทำวางแบบการควบคุมการลงโทษ การกำหนดโทษ หรือวางเงื่อนไข ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันสังคม<sup>54</sup>

#### 5) การนำผู้กระทำความผิดกลับเข้าสู่สังคม

กล่าวคือ การนำผู้กระทำความผิดกลับเข้าสู่สังคม เป็นวัตถุประสงค์ที่ต่อยอดจากการฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เป็นแนวคิดแห่งการให้โอกาสคนในสังคม ตัวอย่างของวิธีการนำผู้กระทำความผิดกลับเข้าสู่สังคม เช่น ก่อนที่จะพ้นโทษ เรือนจำทำความตกลงกับนายจ้างให้รับนักโทษไปทำงานในตอนกลางวันและกลับมานอนในเรือนจำตอนกลางคืน เพื่อเตรียมสังคม เตรียมงาน และสภาพแวดล้อมให้นักโทษ เมื่อพ้นโทษออกไปจะได้รับการยอมรับและไม่กลับมาทำผิดอีก นอกจากนี้ หลังจากที่พ้นโทษจากเรือนจำมาแล้วระยะเวลาหนึ่ง ควรมีระบบที่ให้นักโทษร้องขอให้ล้างมลทินตนเองเพื่อให้นายจ้างหรือคนในสังคมไม่สามารถทราบได้ว่าเขาเคยติดคุกมาก่อน<sup>55</sup>

#### 2.3.2.6 สิทธิมนุษยชนกับการลงโทษ

ตามปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติไม่สนับสนุนการลงโทษที่โหดร้ายและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดหรือนักโทษอย่างหยาบช้ำทารุณ โดยมีเหตุผลอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก การลงโทษที่ทารุณโหดร้ายและการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดอย่างต่ำช้า ย่อมก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานที่ไม่จำเป็น และประการที่สอง การปฏิบัติดังกล่าวเป็นการไม่ยอมรับเกียรติภูมิของความเป็นมนุษย์ ฉะนั้น ความทารุณโหดร้ายที่เกิดขึ้นย่อมจะเป็นผลร้ายทั้งตัวอาชญากรและสังคม กล่าวคือ อาชญากรจะได้รับความทุกข์ทรมานที่ไม่จำเป็นแล้วยังจะก่อให้เกิดผลให้อาชญากรมีความดื้อด้าน เกิดความเคียดชังหรือชิงชังต่อการลงโทษ ไม่เกิดความเข็ดหลาบพร้อม ๆ กับสร้างความเสื่อมโทรมทางศีลธรรมในสังคม และทำให้สมาชิกไม่เห็นคุณค่าของความมีมนุษยธรรม

ถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาจะเป็นหลักประกันของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในสังคม แต่การบริหารงานตามประมวลกฎหมายอาญาก็มีส่วนยุ่งยากและอุปสรรคนานาประการ<sup>56</sup> ทั้งนี้เพราะประมวลกฎหมายอาญาจำต้องมีบทบาทถึงสองลักษณะที่แตกต่าง แต่จำเป็นต้องแสดงออกในเวลาเดียวกัน กล่าวคือในขณะที่สังคมมีแนวโน้มที่จะใช้มาตรการขั้นเด็ดขาดรุนแรงปฏิบัติต่ออาชญากร ประมวลกฎหมายอาญาย่อมมีบทบาทเกี่ยวข้องกับวิธีการที่จะ

<sup>54</sup> เพิ่งอ้าง, น. 231.

<sup>55</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2563), น. 205.

<sup>56</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.ท, 2563), น. 232.

กำหนดความต้องการของสมาชิกในสังคมที่จะลงโทษอาชญากร โดยจัดบทลงโทษที่รุนแรงสนองต่อความปรารถนาดังกล่าว อาทิเช่น ในกรณีที่มีมติมหาชนเรียกร้องขอให้เพิ่มโทษแก่ผู้กระทำความผิดบางประการ เป็นต้น แต่ในเวลาเดียวกันประมวลกฎหมายอาญาก็มีบทบาทยที่จะต้องปกป้องศีลธรรมของสังคมด้วยเป็นที่แน่นอนว่าการคล้อยตามหรือตอบสนองต่อมติมหาชนอยู่ตลอดเวลา ย่อมนำไปสู่การลงโทษที่โหดร้ายทารุณ อันเป็นผลกระทบกระเทือนต่อศีลธรรมของสมาชิกในสังคมด้วย ในภาวะการณ์เช่นนี้จึงมีความจำเป็นที่ต้องยึดหลักสิทธิมนุษยชนดังกล่าวข้างต้น แต่ปัญหาสำคัญที่ตามมา คือประมวลกฎหมายอาญาไม่สามารถหามาตรการใด ๆ มาวัดหรือประเมินค่าความรุนแรงที่สังคมต้องการจะปฏิบัติต่ออาชญากรว่าในขั้นใดหรือลักษณะเช่นใดจึงจะเรียกว่าทารุณโหดร้ายไร้มนุษยธรรม ฉะนั้นการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายอาญาในบางกรณีจึงก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการขัดต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือไม่ อาทิเช่น การลงโทษประหารชีวิต เป็นต้น<sup>57</sup>

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากความหมายของคำว่า “ทารุณ” แล้วว่าตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2493 ได้ให้คำว่าหมายถึง หยาบช้ำ ร้ายกาจ ดุร้าย และคำว่า “ทารุณกรรม” หมายถึงการกระทำที่โหดร้าย อนึ่ง เมื่อพิจารณาคำว่า “ทารุณ” จะตรงกับภาษาอังกฤษว่า “cruelly” ซึ่ง The Oxford English Dictionary ได้ให้ความหมายไว้สองลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะหนึ่งหมายถึงการกำหนดโทษที่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมาน ความพึงพอใจที่เห็นบุคคลอื่นเจ็บปวด และทุกข์ทรมาน ปราศจากความเมตตา โหดร้าย ซึ่งความหมายต่าง ๆ เหล่านี้ ย่อมมีลักษณะไม่แตกต่างกันไป จากความรู้สึกภายในจิตใจของผู้พบเห็น จึงไม่มีคุณค่าพอที่จะใช้ตีความตามที่บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวได้ ส่วนความหมายในลักษณะที่สอง เป็นความหมายที่เป็นที่ยอมรับกันว่าใกล้เคียงกับเจตจำนงของปฏิญญาสากล กล่าวคือ คำว่า “ทารุณ” หมายถึง ความเจ็บปวดอย่างรุนแรงและความทุกข์ทรมานที่ได้รับเกิดพหุดีหรือการลงโทษที่เกินเลยไปจากวัตถุประสงค์ของสังคม อย่างไรก็ตาม ยังคงมีปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไปว่า “เกินกว่าเหตุ” ได้อย่างไร จากปัญหานี้ ดร. นอร์วัล มอร์ริส และศาสตราจารย์คอดีน โสเวิร์ด กล่าวว่ากำหนดความเหมาะสมในการลงโทษ วัตถุประสงค์ของสังคมต่อการลงโทษจะต้องแน่นอน เชื่อถือได้และสามารถที่จะพิสูจน์ได้จากข้อเท็จจริงมิใช่จากความเชื่อหรือความรู้สึกภายในจิตใจ โดยปราศจากการประเมินผลอย่างถ่องแท้ ความพยายามเพียงอย่างเดียวไม่ใช่วัตถุประสงค์ของสังคม ในเมื่อวัตถุประสงค์อื่นจะต้องมีรวมอยู่ด้วย ก่อนที่การลงโทษเกินกว่าเหตุจะเกิดขึ้น จากความคิดเห็นจาก

<sup>57</sup> เพิ่งอ้าง, น. 233.

ท่านทั้งสองข้างต้นนี้ แสดงให้เห็นโดยชัดเจนว่า การลงโทษที่เกินกว่าเหตุนั้น สามารถที่จะวิเคราะห์หรือพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์ของสังคมต่อการลงโทษซึ่งมีความแตกต่างกัน

ฉะนั้น การใช้บทลงโทษประเภทใดจะขัดต่อปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของสังคมหนึ่ง ๆ ที่แตกต่างกัน และด้วยเหตุผลนี้จึงเป็นที่ปรากฏว่า บางประเทศได้ยกเลิกโทษประหารชีวิต เพราะการลงโทษไม่ใช่วัตถุประสงค์ของสังคมประเทศนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม ในอีกหลายประเทศยังคงมีไว้ซึ่งโทษประหารชีวิตอยู่ อันเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของสังคมที่แตกต่างกัน<sup>58</sup>

### 2.3.2.7 หลักการลงโทษที่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด

หลักการลงโทษที่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด คือ จะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด โดยพิจารณาจากความจริงที่ว่า มนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคลิกหลายประเภทที่ควรได้รับการลดโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวคิดนี้จะมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรง หากได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่นไม่ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยผู้กระทำความผิดให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีและกลับสู่สังคมได้<sup>59</sup> เพราะการลงโทษโดยการให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้นในบางกรณีไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตัวดีขึ้นได้ การลงโทษที่เหมาะสมกับความผิดมีแนวคิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การที่มนุษย์แต่ละคนกระทำความผิดนั้นย่อมมาจากบุคลิก ลักษณะอุปนิสัยของผู้กระทำความผิด และพฤติการณ์ภายนอก อาทิเช่น สิ่งแวดล้อมรอบตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลกระทบต่อการตัดสินใจของบุคคล การที่จะกระทำความผิด ฉะนั้นบุคคลจึงต้องปรับปรุงบุคลิกลักษณะของตนให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมอยู่เสมอ เพราะบุคลิกลักษณะกับสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันอยู่ตลอดเวลา แต่บุคลิกแต่ละคนย่อมไม่สามารถปรับตนให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมหรือสถานการณ์ต่าง ๆ ได้เหมือนกัน เพราะบุคคลแต่ละคนย่อมมีบุคลิกลักษณะหรือส่วนที่ประกอบเข้ากันเป็นบุคลิกลักษณะที่แตกต่างกันไป ดังนั้น แบบแห่งการประพฤติของบุคคลย่อมมีลักษณะแตกต่างกันไปด้วยซึ่งอาจเป็นไปได้ในทิศทางที่เข้ากับสังคมหรืออาจเป็นปฏิปักษ์กับสังคม นักจิตวิทยาจึงเชื่อว่า ลักษณะของความประพฤติอันเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม

<sup>58</sup> เติ้งฮ้าง, น. 234.

<sup>59</sup> Raymond Saleilles, *The Individualization of Punishment*, (1968), pp. 177-179.



มีปรากฏอยู่ในตัวบุคคลทุกคนซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนมีความเอนเอียงไปในทางประกอบ  
อาชญากรรมด้วยกันทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี สิ่งแวดล้อมก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคลในการกระ  
ทำความผิด โดยสิ่งแวดล้อมจะเป็นตัวกระตุ้นการตัดสินใจของบุคคลให้กระทำความผิด ไม่ว่าจะ  
บุคคลนั้นมีความที่จะกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้วหรือไม่ก็ตาม โดยหลักความเป็นจริงแล้วมนุษย์ก็  
ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและต้องปฏิบัติตัวให้ถูกต้องตามกฎหมายแต่ในการตัดสินใจของบุคคลใน  
การกระทำใดนั้นก็ย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง อาทิเช่น สังคม เศรษฐกิจ จิตวิทยา วิทยาศาสตร์  
เป็นต้น และบุคคลจะตัดสินใจอย่างไรก็ย่อมขึ้นอยู่กับพื้นฐานทางจิตใจของแต่ละบุคคลซึ่งแตกต่าง  
กันไปในแต่ละบุคคล โดยสิ่งแวดล้อมมาเป็นปัจจัยหนึ่งที่กระตุ้นให้คนกระทำความผิด ดังนั้น  
การกระทำความผิดของบุคคลจึงมีสิ่งแวดล้อมเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น บุคคลที่พักอาศัยอยู่ในชุมชน  
แออัดมักพบเห็นการกระทำความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์อยู่เป็นประจำจนเกิดความเคยชิน ทำให้เกิด  
การเลียนแบบอาชญากรขึ้น โดยได้ลงมือกระทำความผิดเช่นนั้นบ้าง เป็นต้น ประกอบกับอิสระและ  
เสรีภาพเป็นสิ่งที่สำคัญที่มีอยู่ในการกระทำแต่ละบุคคล ฉะนั้น บุคคลจะกระทำความผิดหรือไม่จึง  
ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของตนเองเป็นสำคัญ<sup>60</sup>

#### 2.4 การกำหนดให้ความผิดเกี่ยวกับเพศบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ความผิดตามลักษณะ 9 ซึ่งได้แก่  
มาตรา 276 ถึงมาตรา 287 ความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญามีทั้งความผิดที่กระทำต่อ  
เสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือ เสรีภาพในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ในทางเพศด้วยตนเองของ  
บุคคล และความผิดเกี่ยวกับการขูดรีดในทางเพศ ตลอดถึงความรับผิดชอบเกี่ยวกับความยอมรับในการ  
รับรู้เกี่ยวกับเพศ

ซึ่งเมื่อความผิดเกี่ยวกับเพศ การกระทำอนาจาร เป็นภัยที่น่าหวาดกลัวต่อสังคม แต่ก็ยังมี  
มีการบัญญัติให้ความผิดทางเพศบางฐานเป็นความผิดอันยอมความได้ กรณีซึ่งควรศึกษา  
วัตถุประสงค์ของความผิด คุณธรรมทางกฎหมาย และความร้ายแรงของการกระทำความผิดต่อ  
ผู้ถูกระทำและสังคมในปัจจุบันกับการกำหนดให้ความผิดทางเพศบางฐานเป็นความผิดอันยอม  
ความได้<sup>61</sup>

<sup>60</sup> อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2563), น. 235.

<sup>61</sup> หลุททา วุฒยากร, “อายุความร้องทุกข์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำเราและกระทำอนาจารอันยอมความได้ :



#### 2.4.1 วัตถุประสงค์ของความผิดฐานกระทำอนาจาร

วัตถุประสงค์ของความผิดฐานอนาจาร ในความผิดฐานนี้เพื่อคุ้มครองผู้ถูกระทำทางเพศในกลุ่มต่าง ๆ และเพื่อ คุ้มครองไม่ให้บุคคลได้รับการกระทำที่ไม่เหมาะสมในทางเพศ นอกจากนี้ยังคุ้มครองไม่ให้บุคคลได้รับการกระทำที่ไม่เหมาะสมในทางเพศแล้ว กฎหมายยังคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของบุคคล ให้ไม่ต้องประสบกับประสบการณ์ทางเพศโดยที่บุคคลไม่ให้ความยินยอม

#### 2.4.2 คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศอันยอมความได้

ในการกำหนดให้ความผิดใดเป็นความผิดอันยอมความได้ ความผิดนั้นจะต้องเป็นความผิดที่มีคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นเรื่องส่วนตัวอย่างมาก ที่พึงเคารพเจตจำนงของผู้เสียหาย เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองแล้ว การกำหนดให้การกระทำอย่างใด ๆ เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศอันยอมความได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายต้องการประกันจากผู้ถูกล่วงละเมิด จากการกระทำนั้น ๆ และ คุณธรรมทางกฎหมายของฐานความผิดนั้น เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยมีคุณค่าที่ยึดถือกันว่าในสังคม อันแสดงให้เห็นถึงความ เป็นอาชญากรรมมากหรือน้อยของการกระทำความผิดนั้น ๆ ในสังคมด้วย

ทั้งนี้จะขอกล่าวถึงเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น ความผิดฐานนี้เป็นความผิดอันยอมความได้เมื่อผู้ถูกระทำเป็นบุคคลอายุกว่า 15 ปี และการกระทำนั้นมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตราย สาหัส หรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นบุคคลตาม มาตรา 285 ซึ่งได้แก่ผู้สืบสันดาน ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ ราชการ หรืออยู่ในการปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล

เมื่อความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 มีคุณธรรมทางกฎหมายคือ เสรีภาพในทางเพศ ในการที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง ซึ่งการกระทำอนาจารในยุคใหม่นี้ ควรจะเป็นการคุ้มครองสิทธิในการเลือกทางเพศ นั่นคือการให้ความคุ้มครองและปกป้องต่อสิทธิของบุคคลว่าจะมีความสัมพันธ์ทางเพศหรือไม่กับใครและเมื่อไหร่<sup>62</sup>

#### 2.4.3 การคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ

สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองนั้น จะเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง โดยที่ การดำเนินคดีจะเป็นการซ้ำเติมผู้เสียหายแล้ว ก็ชอบที่จะกำหนดให้ความผิดนี้เป็นความผิดอันยอม

ศึกษากรณีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์," (วิทยานิพนธ์หม่อมราชวงศ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2553), น. 43-44.

<sup>62</sup> เพิ่งอ้าง, น. 46.

ความได้ ความผิดฐานกระทำอนาจารตาม 278 เป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง มิใช่เป็นเพียงการทำร้ายร่างกายผู้เป็นเหยื่อเท่านั้น แต่ยังเป็นการทำร้ายจิตใจและตัวตนของเหยื่อด้วย อีกทั้งหากพิจารณาถึงการดำเนินคดี ผลเสียหายจะต้องบอกเล่าเหตุการณ์เกี่ยวกับความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นให้กับพนักงานสอบสวนตลอดจนกระบวนการพิจารณาคดีในศาล ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติให้ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 เป็นความผิดอันยอมความได้นั้น เห็นว่ามีเหตุผลมาจากการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรม เพราะการดำเนินคดีอาจซ้ำเติมให้เหยื่อได้รับความทุกข์หนักขึ้น โดยเฉพาะชื่อเสียงในสังคม<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> เพิ่งอ้าง, น. 50.

## บทที่ 3

### การกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ตามกฎหมายต่างประเทศ

ในความคิดเกี่ยวกับเทศฐานความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นถือว่าเป็นความผิดที่มีอาชญากรรมค่อนข้างสูง การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษจึงถือเป็นบทบาทสำคัญในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม ซึ่งยังต้องศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทยและในบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารของต่างประเทศ เพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายต่อไป

#### 3.1 ประเทศญี่ปุ่น

การฟ้องคดีอาญาของประเทศญี่ปุ่น เอกชนจะไม่มีอำนาจในการฟ้องคดีอาญาด้วยตนเอง เมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้หน้าที่ดังกล่าวเป็นของพนักงานอัยการ โดยเฉพาะ และในการฟ้องคดีของอัยการก็เป็นหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ ซึ่งทำให้พนักงานอัยการสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง

การดำเนินคดีอาญาของประเทศญี่ปุ่นจึงเป็นการใช้หลักดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ซึ่งเป็นการฟ้องคดีโดยรัฐ โดยมีพนักงานอัยการเป็นตัวแทนของรัฐในการใช้อำนาจ โดยไม่มีระบบการฟ้องคดีโดยเอกชน หรือการฟ้องคดีโดยตำรวจ หรือแม้กระทั่งระบบลูกขุนใหญ่ หรือระบบไต่สวนมูลฟ้อง<sup>1</sup> โดยผู้พิพากษา ระบบนี้เรียกว่า ระบบผู้กวดอำนาจการฟ้องคดี

แต่อย่างไรก็ตาม แม้เอกชนผู้เสียหายจะไม่มีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้เอง แต่ผู้เสียหายก็อาจร้องทุกข์ต่อพนักงานอัยการหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อให้ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้

ซึ่งในความคิดอันยอมความได้ เมื่อศึกษาตามวิวัฒนาการของประมวลกฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่าแรกเริ่มประมวลกฎหมายอาญาถูกรอบงำโดยกฎหมายฝรั่งเศส และ

<sup>1</sup> หฤทยา วุฒยากร, “อายุความร้องทุกข์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารอันยอมความได้ : ศึกษากรณีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), น. 88.

ต่อมาถูกรอรับโดยกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น บัญญัติความผิดอาญาบางฐานให้เป็นความผิดที่มีลักษณะยอมความได้ ก็น่าจะถือ<sup>2</sup> หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน คือ ความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดเล็กน้อย ความผิดนั้นผู้เสียหายมีประโยชน์ได้เสียอันชอบธรรมที่จะปกปิดความลับ และ ความผิดนั้นเป็นเรื่องในครอบครัวซึ่งอาจกล่าวสรุปได้ว่า การดำเนินคดีอาญาของประเทศญี่ปุ่นใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามประมวลกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น มีบัญญัติไว้

การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตาม ประมวลกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) ส่วนที่ 2 (Part II. Crimes) บทที่ 22 ว่าด้วยการอันลามก. การข่มขืนกระทำชำเรา และการสมรสซ้อน (Chapter XXII, Criminal of Obscenity, Rape and Bigamy) ซึ่งเป็นบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 174-184 ซึ่งในที่นี้จะขอกกล่าวถึงเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร

(1) ความผิดมาตรา 174 เป็นความผิดว่าด้วยผู้กระทำอนาจารในที่สาธารณะโดยกฎหมายบัญญัติให้ต้องระวางโทษจำคุกด้วยการทำงานไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกินสามแสนเยน โทษทางอาญาโดยการไม่ทำงานหรือปรับเล็กน้อย<sup>3</sup>

(2) ความผิดมาตรา 176 เป็นความผิดว่าด้วยการกระทำอนาจารโดยใช้กำลัง (Forcible Indecency) โดยกฎหมายบัญญัติให้ผู้ใดโดยใช้กำลัง ชูเชิญ หรือข่มขู่กระทำอนาจารต่อผู้ชายหรือผู้หญิงอายุไม่น้อยกว่า 13 ปี ต้องระวางโทษจำคุกและทำงานไม่น้อยกว่า 6 เดือนแต่ไม่เกิน 10 ปี และในกรณีเดียวกันให้ใช้กับผู้ซึ่งกระทำอนาจารต่อผู้ชายหรือผู้หญิงที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี<sup>4</sup>

(3) ความผิดตามมาตรา 178 เป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่มีลักษณะคล้ายกับการกระทำอนาจารโดยใช้กำลัง หรือคล้ายกับการข่มขืนกระทำชำเรา (Quasi Forcible Indecency Quasi; Rape) โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ใดซึ่งกระทำอนาจารต่อผู้ชายหรือผู้หญิงโดยอาศัยอาการที่ผู้นั้นสูญเสียความรู้สึกสำนึกหรืออยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในมาตรา 176<sup>5</sup>

ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจาร จะเห็นได้ว่า ตามมาตรา 176-178 เป็นความผิดอันที่มีลักษณะคำนึงถึงเจตจำนงของผู้เสียหาย ไม่ว่าผู้เสียหายจะมีอายุเท่าไรก็ตาม ด้วยความผิดเกี่ยวกับ

<sup>2</sup> เพิ่งอ้าง, น. 89.

<sup>3</sup> Penal Code, Article 174.

<sup>4</sup> Penal Code, Article 176.

<sup>5</sup> Penal Code, Article 178.

เพศเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายและจิตใจเป็นอันมาก และก่อให้เกิดความอับอายต่อสังคม แต่อย่างไรก็ดี จะเห็นว่าความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรงมีความเป็นอาชญากรรมสูงและมีได้กระทบเพียงผู้เสียหายเท่านั้น ยังก่อให้เกิดความหวาดกลัวต่อคนในสังคมอีกด้วย<sup>6</sup>

### 3.2 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีนั้นได้มีการแบ่งบัญญัติออกเป็นสองส่วน คือ ภาคทั่วไป และ ภาคเฉพาะ โดยบทบัญญัติภาคทั่วไปประกอบด้วยข้อสันนิษฐานพื้นฐานของประมวลกฎหมายฉบับนี้ และ กฎทั่วไปบังคับกับความผิดทุกฐาน ส่วนบทบัญญัติภาคเฉพาะนั้นจะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับฐานความผิดแต่ละฐานโดยเฉพาะ<sup>7</sup>

ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้น ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 177 ความผิดฐานกระทำอนาจาร; การคุกคามทางเพศ; ข่มขืนกระทำชำเรา

มาตรา 177 กระทำอนาจาร; การคุกคามทางเพศ; ข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติว่า

(1) ผู้ใดโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลอื่น กระทำการในทางเพศจากบุคคลนั้นหรือบุคคลอื่นนั้นถูกกระทำในทางเพศจากบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึง ห้าปี

(2) ผู้ใดกระทำการในทางเพศแก่บุคคลอื่น หรือทำให้บุคคลอื่นนั้นถูกกระทำในทางเพศจากบุคคลที่สาม จะต้องรับโทษต่อเมื่อ

<sup>6</sup> หลุทยา วุฒยากร, “อายุความร้องทุกข์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารอันยอมความได้ : ศึกษากรณีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), น. 92.

<sup>7</sup> Nigel Foster, Satish Sule, “German Legal system and laws,” Fourth Edition, (Oxford: Oxford University Press, 2010), p.337. อ้างถึงใน ววิวรรณ เพชรรัตน์.

1. ผู้กระทำใช้ประโยชน์จากการที่บุคคลนั้นไม่สามารถแสดงออกถึงความยินยอมได้
2. ผู้กระทำได้ใช้ประโยชน์จากการที่บุคคลนั้นหย่อนความสามารถทางด้านร่างกายหรือจิตใจในการที่จะแสดงออกถึงความยินยอมนั้น เว้นแต่จะแน่ใจว่าได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น
3. ผู้กระทำได้กระทำอย่างทันทีทันใด
4. ผู้กระทำได้ใช้ประโยชน์จากสถานการณ์ที่ผู้ถูกระทำถูกข่มขู่ว่าจะได้รับอันตรายอย่างร้ายแรง หากมีการขัดขืน
5. ผู้ถูกระทำได้บีบบังคับให้ผู้ถูกระทำยอมรับการกระทำทางเพศโดย
  - (3) การพยายามกระทำความผิดตามมาตรานี้ ต้องได้รับการลงโทษ
  - (4) โทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี จะถูกนำมาใช้เมื่อผู้ถูกระทำไม่สามารถแสดงออกถึงความต้องการของตนเองได้ เนื่องจากโรคหรือความพิการของผู้ถูกระทำ
  - (5) โทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี จะถูกนำมาใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด
    1. ใช้กำลัง
    2. ขู่เชิญว่าตนนั้นจะเกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย
    3. อาศัยโอกาสที่ผู้ถูกระทำ ไม่สามารถป้องกันได้
  - (6) ในกรณีร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีในกรณี ดังต่อไปนี้
    1. ผู้กระทำได้มีความสัมพันธ์ทางเพศหรือการกระทำทางเพศกับผู้กระทำ และทำให้ผู้กระทำได้รับความอับอาย โดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการรูกล้ำเข้าไปในร่างกาย (ข่มขืน)
    2. กระทำความผิดร่วมกันหลายคน
  - (7) โทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสามปี จะถูกนำมาใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด
    1. มีอาวุธ หรือเครื่องมือที่เป็นอันตรายในตัวของมันเอง
    2. ใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เชิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อเป็นเครื่องมือหรือวิธีการอื่นใดให้กระทำความผิดได้สะดวกขึ้น หรือ
    3. ทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความเสี่ยงอันตรายต่อสุขภาพอย่างร้ายแรง
  - (8) โทษจำคุกไม่ต่ำกว่าห้าปี จะถูกนำมาใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด
    1. ใช้อาวุธหรือวัตถุอันตราย
    2. ผู้ถูกระทำ

- (a) ได้รับอันตรายสาหัส หรือ
- (b) ตกอยู่ในอันตรายอาจถึงแก่ชีวิต
- (9) ในกรณีไม่ร้ายแรงของ (1) และ (2) ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสามปี ในกรณีร้ายแรงของ (4) และ (5) ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี ในกรณีร้ายแรงของ (7) และ (8) ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี<sup>8</sup>

การกระทำความผิดที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

บุคคลที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร; การคุกคามทางเพศ; ข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมนีนั้นไม่จำกัดเพศผู้กระทำความผิด ซึ่งอาจจะเป็นได้ทั้งชายและหญิง เพราะบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวกฎหมายบัญญัติโดยใช้คำว่าผู้ใด ซึ่งผู้กระทำความผิดสามารถจะเป็นได้ทั้งชายและหญิง

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร; การคุกคามทางเพศ; ข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 177 ได้นั้นจะเป็นการกระทำในทางเพศแก่บุคคลอื่น หรือเป็นการคุกคามทางเพศที่กระทำต่อผู้อื่น ซึ่งการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา 177 นั้นไม่ว่าการกระทำอนาจารดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยผู้กระทำความผิดจะกระทำอนาจารต่อผู้เสียหาย หรือ บุคคลที่สามเป็นผู้กระทำอนาจารผู้เสียหาย หรือแม้แต่การที่ผู้กระทำความผิดยินยอมให้ผู้เสียหายกระทำการล่วงละเมิดแก่ตนเองก็ตาม การกระทำความผิดดังกล่าวก็เป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี

ดังนั้น กรรมของการกระทำสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีจึงสามารถจะเป็นใครก็ได้ โดยกฎหมายได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงการคุกคามทางเพศโดยไม่ได้รับความยินยอมที่เกิดขึ้นระหว่างชายและชาย ระหว่างหญิงและหญิง ระหว่างเด็กด้วยกันเอง กฎหมายไม่ได้บัญญัติความคุ้มครองครอบคลุมเพียงแต่ระหว่างผู้ใหญ่เพศชายและผู้ใหญ่เพศหญิงเท่านั้น<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Strafgesetzbuch – StGB มาตรา 177 ที่ภาคผนวก ก

<sup>9</sup> ววิวรรณ เพชรรัตน์, “ความหมายของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), น. 39.



### 3.3 ประเทศอังกฤษ

ความผิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายประเทศอังกฤษ แต่เดิมมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.1956 (The Sexual Offences Act 1956) ซึ่งต่อมามีการแก้ไข พระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นใหม่ โดยเพิ่มเติมฐานความผิดและปรับปรุงตัวบท รวมทั้งอัตราโทษ สูงขึ้นและได้มีการประกาศบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ.2004 โดยใช้ชื่อพระราชบัญญัติ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The Sexual Offences Act 2003) ซึ่งจุดประสงค์ของการบัญญัติ กฎหมายฉบับนี้เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้อยู่มีความทันสมัยและเป็นการเสริม ความแข็งแกร่งของกฎหมายดังกล่าว ด้วยการปรับปรุงมาตรการป้องกันและปกป้องประชาชนใน ผู้ต้องหาคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The Sexual Offences Act 2003) แบ่งออกได้เป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำ อนาจาร และ มาตรา 7 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี โดยมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

(1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า

(a) ผู้กระทำมีเจตนาสัมผัสบุคคลอื่น

(b) การสัมผัสนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

(c) ผู้ที่ถูกกระทำไม่ยินยอมให้กระทำการสัมผัส และ

(d) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยินยอมให้ผู้กระทำกระทำการเช่นนั้น

(2) เหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกกระทำยินยอมให้ความยินยอมหรือไม่นั้นต้องพิจารณา

จากสภาพการณ์ทั้งหมดที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงทุกขั้นตอนที่ผู้กระทำเชื่อว่าผู้ถูกกระทำยินยอม<sup>10</sup>

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 3 มุ่งคุ้มครองมิให้มีการกระทำที่ไม่สมควร ในทางเพศเกิดขึ้นในสังคม เพื่อเป็นการป้องกันการอับอายขายหน้าของผู้ถูกกระทำ และมีให้มีการ ะทำอนาจารต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอกของบุคคลอื่น โดยการที่จะเป็นการกระทำความผิดฐานนี้ นั้นจะต้องไม่มีการสอดใส่อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในร่างกายของ ผู้ถูกกระทำ อย่างไรก็ตามหากผู้กระทำยินยอมให้กระทำ การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิด

<sup>10</sup> The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 3 ที่ภาคผนวก ข

มาตรา 7 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

- (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า
  - (a) ผู้กระทำมีเจตนาสัมผัสบุคคลอื่น
  - (b) การสัมผัสนั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์ทางเพศ
  - (c) กระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี<sup>11</sup>

ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 7 มุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี มิให้ผู้ถูกกระทำอนาจารต่อเนื้อตัวร่างกาย แม้จะเป็นเพียงการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอกก็ตาม ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาความไว้เฉยสาในทางเพศของเด็กไว้ เนื่องจากการที่เด็กมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควร จะส่งผลต่อการพัฒนาในด้านต่าง ๆ

โครงสร้างความผิดทางอาญาของความผิดฐานกระทำอนาจาร

ผู้กระทำความผิด

เนื่องจากการกระทำที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 3 และ มาตรา 7 เป็นเพียงการสัมผัสทางเพศเท่านั้น ในการบัญญัติกฎหมายจึงไม่ได้มีการจำกัดเพศของผู้กระทำความผิดไว้ ซึ่งผู้กระทำความผิดจึงอาจเป็นได้ทั้งหญิงและชาย<sup>12</sup>

การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมาย (Actus Reus)

การกระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายของความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นประกอบด้วย 3 ส่วน ซึ่งผู้กระทำความผิดนั้นต้องมีการกระทำครบทั้ง 3 ส่วนจึงจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร คือ

(ก) ผู้กระทำต้องมีความตั้งใจสัมผัสผู้ถูกกระทำ ซึ่งโดยตั้งใจ หมายถึง ไม่ใช่โดยอุบัติเหตุ

การสัมผัส หมายถึง การสัมผัสส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายของผู้ถูกกระทำความผิด หรือ วัตถุอื่นใดที่ผู้กระทำความผิดถือไว้ โดยที่การสัมผัสนั้นอาจจะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำโดยตรง หรือ การกระทำผ่านเสื้อผ้าของผู้ถูกกระทำก็ได้ หากแต่ถ้าผู้กระทำความผิดบังคับให้ผู้เสียหายถอดเสื้อผ้าโดยการใช้อำนาจรุนแรง แต่ไม่ได้มีการสัมผัสตัวผู้เสียหายก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 7

<sup>11</sup> The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 7 ที่ภาคผนวก ข

<sup>12</sup> ววิวรรณ เพชรรัตน์, “ความหมายของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย, 2561), น. 41.

(ข) การสัมผัสนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

ที่เกี่ยวกับเพศ หมายความว่าครอบคลุมถึงทุก ๆ สิ่งที่เกี่ยวข้องจนคำนึงถึงความรู้สึกเรื่องเพศ ในสถานการณ์นั้น ๆ รวมถึงการสัมผัสอวัยวะเพศ หน้าอก หรือส่วนต่าง ๆ ของร่างกายซึ่งสามารถคำนึงถึงความรู้สึกเรื่องเพศได้ การสัมผัสหลาย ๆ ชนิดสามารถคำนึงถึงความรู้สึกเรื่องเพศได้ สำหรับในอดีตการลูบแขนของผู้เสียหาย หรือการสูดดมผมของผู้เสียหายก็เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารด้วย

(ค) ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้มีการสัมผัส

ความยินยอม หมายถึง ถ้าผู้ถูกกระทำมีทางเลือก มีอิสระ และมีความสามารถในการเลือก ผู้ถูกกระทำจะไม่ให้ความยินยอมในการล่วงล้ำ ถ้าพวกเขาไม่เห็นด้วยกับการกระทำดังกล่าว หรือไม่มีความสามารถให้ความยินยอมได้ เช่น คนวิกลจริต หรือ คนไร้ความสามารถ เป็นต้น ซึ่งถ้าผู้เสียหายยินยอมให้ผู้กระทำล่วงล้ำเพราะถูกข่มขู่ว่าจะได้รับอันตรายหากไม่ยินยอม การกระทำดังกล่าวจึงไม่ใช่การให้ความยินยอม<sup>13</sup>

แต่อย่างไรก็ตามหากผู้กระทำยินยอมให้ผู้กระทำสัมผัสร่างกาย ผู้กระทำไม่มีความผิด

<sup>13</sup> เพิ่งอ้าง, น. 44.

## บทที่ 4

### วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายของ ประเทศไทยและต่างประเทศ

การวิเคราะห์ความรับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจารตามกฎหมายอาญาไทย ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาของฐานความผิดต่าง ๆ ที่สามารถนำมาบังคับใช้กับการกระทำความผิดแก่การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร รวมถึงทางออกและข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาเหล่านี้

#### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาและผลกระทบจากการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดอันยอมความได้

##### 4.1.1 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

##### 4.1.2 องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น การกระทำความผิดตามมาตรา 278 สามารถแยกองค์ประกอบได้ดังนี้<sup>1</sup>

1) ผู้กระทำ

ผู้กระทำ คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร

2) ผู้ถูกกระทำ

<sup>1</sup> คณิต ฅ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร :วิญญูชน, 2559), น.544.

ผู้ถูกระทำ คือ บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี ซึ่งอาจจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ ฉะนั้น ผู้ถูกระทำซึ่งอาจเป็นเพศเดียวกับผู้กระทำก็ได้ หรืออาจเป็นการกระทำของชายต่อชาย

### 3) การกระทำ

การกระทำ คือ การกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของเขา

### 4) การกระทำอนาจาร

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ภาวะวิสัยเป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนความรู้สึกอับอายในทางเพศโดยทั่วไปอย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่ในทางอัตตะวิสัยได้ถูกระทำลงด้วยความต้องการทางเพศหรือความใคร่

“การกระทำที่เป็นอนาจาร” นั้น เป็นต้นว่าเป็นการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายหรือความประสงค์เพื่อก่อหรือระงับความต้องการทางเพศหรืออารมณ์ทางเพศของคนหรือของผู้อื่น เช่น การกอด จูบ ลูบ คลำ สัมผัสจับต้องอวัยวะของเพศหญิง และการกระทำที่เป็นอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลแม้จะเป็นการผ่านบนเนื้อผ้าก็ตาม<sup>2</sup>

การบังคับให้บุคคลอื่นจับของลับของตนก็เป็นการกระทำอนาจาร

ที่ว่าการกระทำ “โดยฝ่าฝืนความสมัครใจ” นั้นก็เพราะอาจเป็นการกระทำ “โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น”<sup>3</sup>

#### 4.1.3 องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดมาตรานี้ คือ กระทำโดยมีเจตนากระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

“กระทำโดยเจตนา” คือ กระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือถึงเห็นต่อผลนั้น “กระทำโดยเจตนา” จึงประกอบด้วยส่วนประกอบสองส่วน คือ “ส่วนรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” กับ “ส่วนประสงค์ต่อผลหรือถึงเห็นต่อผล”

<sup>2</sup> เพิ่งอ้าง, น. 544.

<sup>3</sup> เพิ่งอ้าง, น. 544.

ดังนั้น “กระทำโดยมีเจตนากระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี” ก็คือ การที่ผู้กระทำรู้ว่าผู้ถูกระทำเป็นบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี และผู้กระทำได้ต้องการกระทำอนาจารโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของผู้นั้น<sup>4</sup>

#### 4.1.4 การเปลี่ยนสภาพความผิดเป็นอันยอมความได้<sup>5</sup>

มาตรา 281 บัญญัติถึงการเปลี่ยนสถานะสภาพความผิดเป็นความผิดอันยอมความได้ดังนี้  
ความผิดตามมาตราดังต่อไปนี้<sup>6</sup>เป็นความผิดอันยอมความได้

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย

มาตรา 278 วรรคหนึ่ง ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุในมาตรา 285 และมาตรา 285/2

ความผิดฐานนี้เป็น “ความผิดอันยอมความได้” หาก

(1) มิได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล

“ต่อหน้าธารกำนัล” ที่ที่ประชาชนอาจเห็นได้

(2) ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย

“อันตรายสาหัส” คือ อันตรายที่ระบุไว้ในมาตรา 297

(3) มิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังบัญญัติไว้ในมาตรา 285<sup>6</sup>

การกระทำต่อหน้าธารกำนัลคำว่า “ธารกำนัล” หมายถึง คนอื่นไม่ใช่พวกเดียวกัน อาจมีคนเดียวก็ได้ ต่อหน้าธารกำนัลจึงเป็นการกระทำที่มีคนเห็น ไม่ว่าจะอยู่ที่สาธารณะหรือไม่ก็ตาม ดังนั้นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลต้องมีคนอื่นเห็นจึงจะยอมความไม่ได้<sup>7</sup>

ความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นถือได้ว่าเป็นความผิดที่ส่งผลกระทบต่อตัวผู้เสียหายเอง และยังส่งผลให้เกิดความหวาดกลัวแก่ประชาชนในสังคม โดยเฉพาะผู้หญิง ซึ่งมีได้เป็นเพียงการกระทบถึงร่างกาย แต่ยังเป็นการทำร้ายจิตใจและตัวตนของผู้ถูกระทำอีกด้วย ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนในสังคม กล่าวคือความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นเป็นความผิดที่ส่งผลกระทบต่อเนื้อตัวและจิตใจของผู้ถูกระทำ ซึ่งการกระทำอนาจาร

<sup>4</sup> เพิ่งอ้าง, น. 545.

<sup>5</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281

<sup>6</sup> เพิ่งอ้าง, น. 546.

<sup>7</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 43 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), น.281.

แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีหากมิได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นบุคคลตามมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้ หากแต่การกระทำอนาจารนั้นถือว่าเป็นการกระทำที่มีอัตราโทษสูงและมีความเป็นอาชญากรรมมาก ซึ่งหากบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้จะเป็นการเพิ่มอันตรายแก่สังคม

การกระทำอนาจารนั้น เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อเนื้อตัวผู้เสียหาย ดังนี้

1) ผลกระทบในทางร่างกาย<sup>8</sup>

กล่าวคือ เนื่องจากการกระทำในทางเพศเป็นการใช้กำลังและเป็นการประทุษร้ายทางเพศต่อบุคคล การกระทำความผิดในทางเพศจึงก่อให้เกิดการบาดเจ็บในร่างกายได้

2) ผลกระทบด้านจิตใจ

กล่าวคือ การกระทำความผิดในทางเพศนั้น จะส่งผลกระทบทางจิตใจ อันจะส่งผลให้เกิดความหวาดกลัว ทั้งในระยะแรกและระยะยาว

3) ผลกระทบด้านสังคม

กล่าวคือ ผลกระทบกระเทือนด้านนี้เป็นผลกระทบกระเทือนต่อการดำรงชีวิตในสังคมของผู้เสียหาย เช่น การกลับไปเรียนหนังสือหรือทำงาน เนื่องจากกลัวจะมีคนรู้ เนื่องจากสภาพจิตใจที่อ่อนแอ อับอาย

4) ผลกระทบด้านเพศ

กล่าวคือ ซึ่งจะก่อให้เกิดความสับสน ว้าวุ่นใจ และคิดว่าด้านเพศนั้นเป็นสิ่งที่ไม่น่าพึงพอใจ

เมื่อการกระทำอนาจารเป็นความผิดต่อผู้เสียหายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ความผิดทางเพศมีลักษณะที่ร้ายแรงมาก ซึ่งส่งผลต่อตัวผู้ถูกระทำ ซึ่งในการกระทำอนาจารนั้น ด้วยลักษณะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีความรุนแรงในตัวเอง

อย่างไรก็ตามมาตรา 281 ที่แก้ไขใหม่ที่น่าเรื่องสามภริยามาเป็นเหตุในการยอมความได้นั้น เพื่อที่จะรักษาความเป็นเอกภาพและรักษาความสงบเรียบร้อยของสถาบันครอบครัว เพราะหากกฎหมายจะไม่บัญญัติให้เป็นความผิดหรือไม่เอาโทษเท่ากับเป็นการทำให้มีการกระทำผิดอาญาเพิ่มมากขึ้น เป็นการทำให้ครอบครัวแตกแยกเพิ่มขึ้น ฉะนั้นกฎหมายจึงจำต้องกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้

<sup>8</sup> สาริต ฐิตลิต, “การป้องกันและคุ้มครองเด็กต่อการกระทำผิดฐานข่มขืน,” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น. 104-105.



หากมีการกำหนดให้ความผิดอาญาฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น จะมีผลกระทบทั้งผลดีและผลเสียดังต่อไปนี้

(1) อิสระของผู้เสียหายในการที่จะตัดสินใจดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

ความผิดอันยอมความได้เป็นความผิดที่จะกระทบต่อความเป็นส่วนตัวของผู้เสียหาย กระทบคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลอย่างมาก ฉะนั้น ผู้เสียหายจึงควรที่จะมีอิสระในการที่จะตัดสินใจดำเนินคดีว่าตนประสงค์ จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งหากว่าเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันหรือไม่<sup>9</sup>

(2) การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญา

ในความผิดอันยอมความได้ เจตจำนงของผู้เสียหายถือเป็นเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีแก่เจ้าพนักงานของรัฐ หากผู้เสียหายไม่แสดงเจตนาว่าตนประสงค์ที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดโดยการไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ ก็จะทำให้พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวน พนักงานอัยการก็จะไม่มีอำนาจฟ้องร้องคดีต่อศาล ยิ่งถ้ามีผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิก

ในครอบครัว เมื่อมีการปรับความเข้าใจกันแล้ว ผู้เสียหายอาจไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ เพื่อจะเอาผิดกับผู้กระทำความผิดก็ได้

(3) การได้รับการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น

การที่ผู้เสียหายยอมตกลงยอมความในคดีความผิดอันยอมความได้ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายนั้น เป็นกรณีที่ผู้เสียหายกระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันมาไกล่เกลี่ยตกลงยอมความกัน โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายอาจจะบอกกล่าวความทุกข์ความเดือดร้อนที่ตนได้รับให้ผู้กระทำความผิดทราบและเรียกร้อยค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดนั้น ส่วนผู้กระทำความผิดหากเป็นในครอบครัวเดียวกัน พอสำนึกกับสิ่งที่ตนได้กระทำไป ก็ยินยอมชดเชยความเสียหายที่เกิดกับผู้เสียหาย

(4) ลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล

การยอมความในความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นวิธีการหนึ่งทำให้คดีอาญาระงับไป ยิ่งถ้าผู้เสียหายตัดสินใจที่จะไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน โดยไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานสอบสวน พนักงานสอบสวนก็จะไม่มีอำนาจสอบสวนคดี

<sup>9</sup> พชร หงษ์สุวรรณ, “เหตุทำให้คดีอาญายอมความได้ : ศึกษากรณีความยินยอมบางฐานระหว่างสามีภรรยา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2553), น. 106.

นั้น ๆ พนักงานอัยการก็ไม่มีอำนาจฟ้อง หากมีการฟ้องคดีสู่ศาล ศาลก็จะสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

(5) ความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม

การที่ความผิดอันยอมความได้นั้นเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการเคารพการแสดงเจตนาของผู้เสียหาย หากกฎหมายให้อิสระในการดำเนินคดีแก่ผู้เสียหายมากเกินไปโดยไม่มีมาตรการทางกฎหมายมาควบคุม ผู้เสียหายก็จะละเลยไม่สนใจที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ส่งผลให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งหากผู้เสียหายละเลยไม่ไปแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนภายในอายุความร้องทุกข์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็จะทำให้พนักงานสอบสวนไม่สามารถเริ่มต้นสอบสวนคดีอาญาที่เกิดขึ้นได้<sup>10</sup>

(6) ผู้กระทำความผิดอาจกระทำความผิดซ้ำอีก

การยอมความในคดีความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายของไทย ให้อิสระแก่ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดมาเจรจาทกลงกันเอง โดยไม่ต้องมีเจ้าพนักงานของรัฐหรือองค์กรอื่นใดมาร่วมตรวจสอบ หากผู้เสียหายตัดสินใจที่จะยอมความแล้ว ย่อมส่งผลให้คดีอาญาระงับไป ผู้กระทำความผิดก็จะหลุดพ้นไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไป อีกทั้งรัฐซึ่งมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมก็ไม่สามารถที่จะนำมาตรการทางกฎหมายมาใช้บังคับผู้กระทำความผิดนั้นได้ ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และผู้กระทำความผิดอาจกระทำความผิดซ้ำอีก และอาจทำให้ผู้เสียหายกระทบกระเทือนทั้งร่างกายและจิตใจมากขึ้น ยิ่งถ้าผู้กระทำความผิดเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน ซึ่งอาจมีกรณีเช่นนี้วนไปเรื่อย ๆ

(7) ผู้เสียหายอาศัยช่องว่างของกฎหมายเป็นเงื่อนไขต่อรองค่าเสียหายกับผู้กระทำความผิด

อาจมีกรณีที่ผู้เสียหายนั้นมีเจตนาไม่สุจริต โดยอาศัยลักษณะความผิดอันยอมความได้เป็นเงื่อนไขต่อรองค่าเสียหายกับผู้กระทำความผิด หากผู้กระทำความผิดไม่ยอมก็จะถูกดำเนินคดี เช่นนี้ กรณีดังกล่าว อาจทำให้ผู้กระทำความผิดต้องแบกรับภาระค่าเสียหายมากเกินไปกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจริง ทำให้ผู้เสียหายเอาเปรียบผู้กระทำความผิด

ซึ่งในการที่จะกำหนดความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่งให้เป็นความผิดยอมอันยอมความได้นั้นจะต้องพิจารณาจากปัจจัยตรงตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้หรือไม่

<sup>10</sup> เพิ่งอ้าง, น. 107.

- (1) ความผิดฐานนั้น ๆ มีอาชญากรรมสูงหรือไม่
- (2) ความผิดฐานนั้น ๆ กระทบต่อชีวิตส่วนบุคคลมากน้อยเพียงใด
- (3) ความผิดฐานนั้น ๆ เรียกร้องการคุ้มครองเหยื่ออาชญากรรมมากน้อยเพียงใด

ทั้งนี้จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งถือเป็นสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเป็นหลักด้วย ฉะนั้น การจะที่ให้ความคิดใดเป็นความผิดอันยอมความได้ จะต้องพิจารณาที่คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสำคัญ และความผิดอาญาที่จะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้จะต้องเกี่ยวข้องกับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลเท่านั้น เพราะความผิดอันยอมความได้มุ่งกระทำต่อผู้เสียหายเป็นการส่วนตัว

ดังนั้น หากความผิดอาญาฐานใดมีลักษณะของคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์คุ้มครองประโยชน์เอกชน ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า ผลของการกระทำผิดนั้นเกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือสังคมมากกว่ากัน หากสังคมส่วนรวมได้รับความเสียหายมากกว่า ก็ต้องถือว่า มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่หากผลจากการกระทำดังกล่าว กระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายโดยตรงมากกว่าความเสียหายที่สังคมจะได้รับ ความผิดอาญาในลักษณะนี้ก็จะสามารถกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้<sup>11</sup>

#### 4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

ความผิดฐานกระทำอนาจารความผิดที่มีความเป็นอาชญากรรมมากและเป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ของสังคมที่ได้สร้างขึ้นเพื่อให้สมาชิกในสังคมได้อยู่ร่วมกันด้วยความสงบเรียบร้อยและส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ซึ่งในการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ในการป้องกันและปราบปรามการทำความผิดของแต่ละประเทศ ก็จะมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) การกระทำ

ในส่วนของ การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขตของการกระทำไว้อย่างชัดเจน กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำอนาจารที่เกิดขึ้นโดยการขู่เชิญประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยการทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งแต่จากคำพิพากษาของศาลจะพบว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควร

<sup>11</sup> เพิ่งอ้าง, น. 110.

ในทางเพศต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย และ การกระทำความดังกล่าวดังกล่าวจะต้องเกิดขึ้นโดยปราศจากการยินยอมของผู้เสียหายด้วย

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 176 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นได้นั้นจะต้องเป็นการใช้กำลัง ชูเชื้อ หรือข่มขู่กระทำอนาจารหรือ คล้ายกับการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งจะต้องเป็นการกระทำโดยฝ่าฝืนการยินยอมของผู้ถูกระทำ

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 177 ประมวลกฎหมายเยอรมนีได้นั้นจะต้องเป็นการคุกคามทางเพศ ซึ่งการคุกคามทางเพศนั้นหมายความรวมถึงการใช้คำพูด การบังคับชูเชื้อ และการใช้กำลังบังคับให้บุคคลอื่นมีเพศสัมพันธ์กับตนโดยที่บุคคลนั้นไม่เต็มใจด้วย โดยการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำลงโดยฝ่าฝืนการยินยอมของผู้ถูกระทำ

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารในส่วนของกระทำความผิดที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ของประเทศอังกฤษ ไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 3 และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 7 ได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำโดยตั้งใจที่จะสัมผัสผู้ถูกระทำ โดยการสัมผัสดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์ในทางเพศ และ จะต้องเป็นการฝ่าฝืนการยินยอมของผู้ถูกระทำด้วย

กล่าวได้ว่าการกระทำที่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย หรือ ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายต่างประเทศนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมในทางเพศ โดยจะต้องมีการสัมผัสส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้เสียหาย และการสัมผัสดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำลงโดยฝ่าฝืนการยินยอมของผู้เสียหายด้วย<sup>12</sup>

## (2) ผู้กระทำความผิด

ในส่วนของผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุมากกว่า 15 ปี และ ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย หรือ ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี หรือ ความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ของประเทศอังกฤษ หรือความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น ในบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศก็ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้

<sup>12</sup> ววิวรรณ เพชรรัตน์, “ความหมายของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), น. 66.

ดังนั้นสำหรับความผิดที่กล่าวมาข้างต้น ผู้กระทำความผิดจึงสามารถที่จะเป็นบุคคลใดก็ได้โดยไม่จำกัดเพศ ไม่ว่าจะเป็นผู้ชายหรือหญิง ก็สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารได้ทั้งสิ้น<sup>13</sup>

### (3) ผู้ถูกระทำ

ผู้ถูกระทำหรือผู้เสียหายในความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปี และความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย หรือ ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี หรือ ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น และ ความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 ของประเทศอังกฤษทั้งความผิดฐานละเมิดบุคคลทั่วไป และความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ดังนั้นการกระทำอนาจารที่เกิดขึ้นระหว่างเพศชายกับเพศชาย หรือ เพศหญิงกับเพศหญิงก็สามารถเป็นความผิดฐานนี้ได้<sup>14</sup>

#### 4.2.1 ประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมนีถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศส ฉะนั้น การดำเนินคดีอาญาในเยอรมนีจึงเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐ และรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินการฟ้องร้องเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

สำหรับการแบ่งประเภทความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายเยอรมนี ได้แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ตามความหนักเบาดังนี้<sup>15</sup>

- 1) ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์
- 2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง
- 3) ลหุโทษ

ต่อมา เห็นว่าการกระทำความผิดลหุโทษนั้นแท้จริงแล้วไม่เป็นอาชญากรรม จึงได้ยกเลิกความผิดลหุโทษ และได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความผิดที่มีได้เป็นอาชญากรรมเสียใหม่

<sup>13</sup> ววิวรรณ เพชรรัตน์, “ความหมายของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2561), น. 69.

<sup>14</sup> เพิ่งอ้าง, น. 70.

<sup>15</sup> คณิต ณ นคร, “อัยการเยอรมันและการดำเนินคดีอาญาของอัยการเยอรมันก่อนฟ้อง,” รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร, น. 148-149.

เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนระเบียบ” ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้ในปัจจุบันมีความผิดอาญาเพียง 2 ประเภทเท่านั้น คือ<sup>16</sup>

- 1) ความผิดอาญาโทษอุกฉกรรจ์ ได้แก่ ความผิดอาญาที่ต้องระวางโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป หรือความผิดอาญาที่ต้องระวางโทษหนักกว่านั้น และ
- 2) ความผิดอาญาโทษปานกลาง ได้แก่ ความผิดอาญาที่ต้องระวางโทษจำคุกที่เบากว่านั้น หรือความผิดอาญาที่ต้องระวางโทษปรับ

เมื่อได้ศึกษาถึงรายละเอียดในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน พบว่าไม่มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าความผิดประเภทใดจะกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้เหมือนกันประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แต่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้แบ่งประเภทความผิดต่าง ๆ ออกเป็น 2 ส่วน คือ (1) ส่วนทั่วไป (General Part) มีทั้งสิ้น 5 บท ตั้งแต่มาตรา 1 ถึง มาตรา 79 บี และ (2) ส่วนพิเศษ (Special Part) มีทั้งสิ้น 30 บท ตั้งแต่มาตรา 80 ถึงมาตรา 358 และมีบทบัญญัติบางประเภทที่มีลักษณะคล้ายกับความผิดอันยอมความได้ของไทย โดยเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาที่ต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหาย โดยบัญญัติไว้ในบทที่ 4 (Chapter Four : Criminal Complaint , Authorization , Request For Prosecution)<sup>17</sup> ซึ่งพบว่าความผิดที่ผู้เสียหายจะต้องร้องทุกข์นั้นมีความเชื่อมโยงกับความผิดที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางส่วนตัวของผู้เสียหาย

การที่ประเทศเยอรมนีใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ทำให้อัยการมีหน้าที่ในการดำเนินการฟ้องคดีอาญาซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของมาตรา 152 I แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่กำหนดให้อัยการเท่านั้นที่มีหน้าที่ในการดำเนินคดีอาญา การเริ่มต้นกระบวนการฟ้องร้องทางอาญาเป็นเรื่องของรัฐเท่านั้น ดังนั้น โดยหลักการ การจะฟ้องร้องดำเนินคดีหรือไม่ จึงไม่เกี่ยวกับความประสงค์ของผู้เสียหาย<sup>18</sup>

ในส่วนของความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์กับความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจฟ้องคดีนั้น ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นกร ได้อธิบายว่า การที่กฎหมายอาญาเยอรมันได้แบ่งประเภท

<sup>16</sup> ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 12.

<sup>17</sup> พชร พงษ์สุวรรณ, “เหตุทำให้คดีอาญายอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่างสามีภรรยา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น. 53.

<sup>18</sup> Mathias Reimann and Joachim Zeko II. Op.cit. p. 431. อ้างถึงใน ปริญญญา ชินะผา.

ของความผิดที่ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหายหรือผู้ถูกประทุษร้ายออกเป็น 3 ประเภท มีลักษณะดังนี้<sup>19</sup>

1) ความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์

ความผิดประเภทนี้เทียบได้กับความผิดอันยอมความได้ ตามกฎหมายอาญาประเทศไทย ได้แก่ ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นบาดเจ็บ ตามมาตรา 223,230,232 หรือความผิดฐานลักทรัพย์ในครอบครัวเดียวกัน ตามมาตรา 242,247 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ซึ่งความผิดเหล่านี้สามารถทำการสอบสวนก่อนร้องทุกข์ได้ ผู้เสียหายจะต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน และสามารถถอนคำร้องทุกข์ได้ก่อนการดำเนินคดีจะถึงที่สุด

2) ความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจ

ความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจ นี้เป็นความผิดที่ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เสียหายอย่างแท้จริง ได้แก่ ความผิดฐานทำให้เสียชื่อเสียงแก่ประธานาธิบดีของสหพันธรัฐ ซึ่งความผิดประเภทนี้จะกระทำการสอบสวนมิได้จนกว่าผู้เสียหายจะได้มอบอำนาจให้ดำเนินการเสียก่อน

3) ความผิดที่เอกชนฟ้องได้เอง

ความผิดประเภทนี้บัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 374<sup>20</sup> ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นความผิดลักษณะที่ไม่ร้ายแรง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันในเรื่องเกียรติของบุคคล และประโยชน์ในทางทรัพย์สิน<sup>21</sup> ได้แก่ ความผิดฐานบุกรุก ตามมาตรา 123 ความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามมาตรา 185 ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ ตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป แม้ประเทศเยอรมนีจะใช้หลักการดำเนินคดีโดยรัฐ แต่มิได้ถือหลักดังกล่าวอย่างเคร่งครัด โดยมีการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีบางประเภทได้ซึ่งมีลักษณะในทางส่วนตัว เนื่องจากความผิดดังกล่าวมิได้ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะหากแต่เมื่อพนักงานอัยการเห็นว่าตนเข้าดำเนินคดีเองจะเกิดประโยชน์ต่อสังคมมากกว่า พนักงานอัยการก็มีสิทธิเข้าเนิการแทนเอกชนได้ ดังนั้น เห็นได้ว่าบทบาทของผู้เสียหายในระบบกฎหมายเยอรมันตกอยู่ภายใต้ประโยชน์ของสังคมโดยรวมเป็นหลัก โดยมีพนักงานอัยการคอยกำกับดูแล

<sup>19</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2563),น. 361.

<sup>20</sup> พชรพร หงษ์สุวรรณ, “เหตุทำให้คดีอาญายอมความได้: ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่างสามีภรรยา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น. 57.

<sup>21</sup> John H. Langbein, Op.cit. p. 101. อ้างถึงใน ปริญญา ชินะผา, น. 52.



ในบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีมิได้มีบทบาพิเศษที่เป็นความผิดต่อส่วนตัวเหมือนกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย มีแต่บทบัญญัติที่กล่าวถึงความผิดที่อาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายและความผิดที่ผู้เสียหายต้องให้อำนาจดำเนินคดี กล่าวคือ ผู้เสียหายในระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีสิทธิในการฟ้องคดีอาญาบางประเภทเท่านั้น<sup>22</sup>

และในส่วนของการขอมความ ผู้เสียหายสามารถกระทำได้ เพราะกฎหมายกำหนดไว้ให้ผู้เสียหายต้องทำการประนีประนอมขอมความกันก่อนที่จะฟ้องคดี หากแต่ถ้าการประนีประนอมไม่เป็นผลสำเร็จจนมีการฟ้องคดีไปแล้ว ก็ไม่สามารถที่จะทำการขอมความได้อีก

#### 4.2.2 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นนั้นใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ กล่าวคือ การฟ้องคดีโดยรัฐ มีพนักงานอัยการเป็นตัวแทนของรัฐในการใช้อำนาจ ประเทศญี่ปุ่นไม่มีระบบการฟ้องคดีโดยเอกชนหรือโดยตำรวจ หรือระบบลูกขุนใหญ่ หรือระบบไต่สวนมูลฟ้อง แบบเช่นนี้เรียกว่า ระบบผูกขาดอำนาจการฟ้องคดี<sup>23</sup> แต่กฎหมายก็ยังเปิดช่องให้ผู้เสียหายสามารถร้องทุกข์กล่าวโทษต่อเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ โดยเฉพาะความผิดบางชนิดที่คล้ายคลึงกับความผิดอันขอมความได้ของไทย ความผิดเหล่านี้ เจ้าพนักงานจะต้องมีคำร้องทุกข์ของผู้เสียหาย ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 133-135, 176-180, 224, 225, 227(1),(3),229,230-230, 244, 251, 255, 259, 2561, 263, 264 เป็นต้น<sup>24</sup>

เมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์แล้ว ต่อมาผู้เสียหายอาจถอนคำร้องทุกข์ได้จนกว่าจะมีการฟ้องคดีต่อศาล และการถอนคำร้องทุกข์มีผลให้คดีอาญาดังกล่าวระงับ<sup>25</sup> แสดงให้เห็นว่าประเทศญี่ปุ่นมีความผิดบางประเภทที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับความผิดอันขอมความได้ กล่าวคือ คำร้องทุกข์ของผู้เสียหายเป็นเงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดีอาญา พนักงานอัยการจะสอบสวนฟ้องร้องคดีอาญาได้ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์แล้ว ซึ่งในความผิดดังกล่าวกฎหมายประเทศญี่ปุ่นกำหนดไว้ว่าจะต้องร้องทุกข์ภายใน 6 เดือน นับแต่รู้ตัวผู้กระทำความผิด

<sup>22</sup> ปริญญา ชินะผา, *เพิ่งอ้าง*, น. 53.

<sup>23</sup> ชาญูเชวาน์ ไชยยานุกิจ, “คำฟ้องของพนักงานอัยการ,” *เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษ เรื่อง ระบบอัยการญี่ปุ่น : แนวคิดและทิศทางในการปฏิรูประบบอัยการไทย*, น. 19 (23 มกราคม 2540).. โดยแปลจาก Tomoko Sasaki, *The Criminal Justice in Japan – Prosecution*. UNAFEI, 99 th seminar.

<sup>24</sup> พชร พงษ์สุวรรณ, “เหตุทำให้คดีอาญาขอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่างสามภริยา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น. 64.

<sup>25</sup> The Code of Criminal Procedure. Section 391.

หลักการดำเนินคดีอาญาของญี่ปุ่นนั้นเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ฉะนั้นผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาเอง ความผิดอาญาของญี่ปุ่นนั้นมีความผิดบางประเภทคล้ายคลึงกับความผิดอันยอมความได้ เช่น ความผิดฐานเปิดเผยความลับของผู้อื่น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานลักพา ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดฐานทำให้เสียหาย เป็นต้น ความผิดเหล่านี้จะต้องมีคำร้องทุกข์ของผู้เสียหาย และเมื่อได้มีการร้องทุกข์แล้ว ต่อมาผู้เสียหายอาจถอนคำร้องทุกข์ได้จนกว่าจะมีการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งการถอนคำร้องทุกข์ดังกล่าวนี้มีผลทำให้คดีอาญาระงับไป<sup>26</sup>

#### 4.2.3 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษนั้น ปัจจุบัน กฎหมายอังกฤษได้กำหนดความผิดไว้โดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีกฎหมายว่าด้วยความผิดอาญาโดยเฉพาะ เช่น The Criminal Act 1967, The Criminal Law Act 1977, The Abortion Act 1967, The Criminal and Disorder Act 1998, Offences Against the Person Act 1986, Theft Act 1968 และ Theft Act 1978, Sexual Offences Act 1956, 1967, 1958, 2003, Terrorism Act 2006, Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001<sup>27</sup>

เมื่อได้ศึกษาประเภทความผิดอาญาในกฎหมายของประเทศอังกฤษ พบว่า ไม่มีการบัญญัติไว้เป็นบทเฉพาะว่าความผิดประเภทใดกำหนดเป็นความผิดอันยอมความได้เหมือนกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย

อย่างไรก็ตาม การที่ความผิดประเภทที่ยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้กำหนดถึงลักษณะทางวิधिพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นเรื่องสิทธิในการดำเนินคดีอาญาของผู้เสียหาย ซึ่งในทางระบบกฎหมายประเทศอังกฤษใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ที่วางหลักไว้ ไม่เพียงแต่ผู้เสียหายเท่านั้นที่เป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำผิด แต่สังคมก็มีส่วนได้รับผลกระทบด้วย ดังนั้น ถือได้ว่าประชาชนทุกคนเป็นผู้เสียหาย และไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำผิดนั้นหรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุนี้ อำนาจการฟ้องจึงเป็นของประชาชนทุกคน จากแนวคิดหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนนี้ ทำให้ระบบวิधिพิจารณาความอาญาของประเทศไทยมีลักษณะพิเศษ คือ ไม่มีการนำเอาส่วนได้ส่วนเสียของบุคคลมา

<sup>26</sup> สุรพงษ์ เอี่ยมแทน, “ความผิดอันยอมความได้และความผิดอาญาแผ่นดิน (ศึกษาตามกฎหมายอาญาสารบัญญัติ),” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2544), น. 43.

<sup>27</sup> ณรงค์ ใจหาญ, อุทัย อาทิวา, สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์, สุกกิจ เข้มประชา และวรรณณา สุพรรณธริศา, “ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา,” (รายงานการศึกษาระดับสมบูรณธ์ โครงการวิจัย, 2549), น. 67.

ปะปนกับส่วนได้เสียของสังคม ทำให้ประเทศอังกฤษไม่มีรูปแบบการฟ้องคดีความผิดต่อส่วนตัวที่ให้อำนาจฟ้องเฉพาะผู้เสียหายเท่านั้น โดยถือว่าอำนาจฟ้องคดีอาญานั้นเป็นของประชาชนทุกคน ในส่วนเกี่ยวกับการฟ้องคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญานั้น ยังคงให้สิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องต่อศาลแพ่งได้อีกส่วนหนึ่ง<sup>28</sup>

แม้ประชาชนจะสามารถฟ้องคดีได้ แต่ก็ยังถือว่าประชาชน (โจทก์) เป็นผู้แทนของพระมหากษัตริย์ ซึ่งในเรื่องนี้มี Cross and Jones ให้ความเห็นไว้ใน “Introduction to Criminal Law” ว่าในทางทฤษฎีการฟ้องคดีอาญาในประเทศอังกฤษเป็นการฟ้องในนามของกษัตริย์หรือของรัฐ แม้จะเป็นทำนองเดียวกับระบบของภาคพื้นยุโรป แต่ก็ยังมีลักษณะที่แตกต่างกันอยู่ 2 ประการคือ

29

1) การฟ้องคดี ไม่ว่าจะกระทำโดยเจ้าพนักงานของรัฐหรือโดยเอกชนก็ตาม โจทก์ก็มีคุณพินิจอย่างกว้างขวางในอันที่จะระงับคดีไม่ฟ้องร้องมากกว่าระบบทางภาคพื้นยุโรป

2) บทบาทของประชาชนผู้เป็นโจทก์ มีกว้างขวางมากกว่าในประเทศทางภาคพื้นยุโรป

แม้ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษจะใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องคดีได้อย่างกว้างขวางก็ตาม แต่เมื่อประเทศอังกฤษได้จัดตั้งหน่วยงาน CPS ขึ้นมาเพื่อพิจารณาค้นกรองการดำเนินคดีอาญาให้กับประชาชน โดยมีพนักงานอัยการเป็นผู้ดำเนินคดีอาญาแทนเจ้าหน้าที่ตำรวจ ทำให้ปัจจัยในการพิจารณาการดำเนินคดีอาญาในประเทศอังกฤษมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองประโยชน์ของสังคมส่วนรวมมากขึ้น นอกจากนี้เรื่องการยอมความของผู้เสียหายซึ่งเป็นสิทธิของผู้เสียหายนั้น หากผู้เสียหายกระทำไปโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานของรัฐเสียก่อน ผู้เสียหายก็จะกลายเป็นผู้กระทำผิดเสียเอง โดยถือว่าเป็นความผิดฐานยอมความโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการกระทำผิดฐานนี้อาจกระทำด้วยวิธีการยอมรับหรือตกลงที่จะยอมรับในการปกปิดข้อมูลใด ๆ อันเป็นสาเหตุของการกระทำผิดความผิด หรือมีการชดเชยค่าเสียหายกันเอง โดยการกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดอาญาและมีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ตาม The Criminal Law Act 1967 มาตรา 5(1)<sup>30</sup>

<sup>28</sup> พชรพร หงษ์สุวรรณ, “เหตุทำให้คดีอาญายอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่างสามีภรรยา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555), น. 72.

<sup>29</sup> คะนิง ภาไชย, “วิธีพิจารณาความอาญาดมกฎหมายอังกฤษ,” *วารสารอัยการ*, ปีที่ 9, ฉบับที่ 108, น. 14-15 (ธันวาคม 2529).

<sup>30</sup> ปริญญา ชินะผา, *เพิ่งอ้าง*, น. 60-61.

### 4.3 เหตุผลความจำเป็นและเหมาะสมในการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำอนาจารนั้นถือเป็นการกระทำที่มีอัตราโทษสูงและมีความเป็นอาชญากรรมมาก ซึ่งส่งผลกระทบต่อตัวผู้ถูกระทำและกระทบต่อสังคมโดยรวม กล่าวคือก่อนมีการแก้ไขกฎหมายใหม่ ความผิดฐานกระทำอนาจาร ระวังโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ซึ่งปัจจุบันได้มีการแก้ไขกฎหมายใหม่ เป็นจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท จะเห็นได้ว่าอัตราโทษได้มีการเพิ่มขึ้นอย่างมาก เพราะเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย และเพื่อให้คุ้มครองบุคคลซึ่งถูกระทำทางเพศกลุ่มต่าง ๆ มากยิ่งขึ้น ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นเป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ของสังคมที่ได้สร้างขึ้นเพื่อให้สมาชิกในสังคมได้อยู่ร่วมกันด้วยความสงบเรียบร้อย ฉะนั้นการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดจึงเป็นสิ่งที่สำคัญ เพราะจะเป็นการนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการของกฎหมาย ผลคือทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถกลับไปกระทำความผิดได้อีก และยังเป็นตัวอย่างมิให้บุคคลอื่นในสังคมเอาเยี่ยงอย่าง การกำหนดให้ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดอาญาแผ่นดินนั้นจึงเป็นการปิดช่องทางหลบเลี่ยงของผู้กระทำความผิดเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมาย อันเป็นช่องทางในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมต่อไป

ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะของการกระทำตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาต่อไปนี้ี้จะช่วยในการแบ่งความผิดฐานกระทำอนาจารใดที่จะยอมความได้ และเป็นความผิดอาญาแผ่นดินซึ่งจะแบ่งได้สอง 2 ประเภท คือ

1. การกระทำอนาจารที่จะยอมความได้นั้นจะเป็นในกรณีที่ห่างไกลจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541<sup>31</sup> โอบไหล่หญิง ทั้ง ๆ ที่ไม่รู้จักกันมาก่อน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 985/2546<sup>32</sup> ดึงกางเกงของหญิงหลุดออก

2. การกระทำอนาจารที่เป็นความผิดอาญาแผ่นดินจะเป็นในกรณีที่ใกล้กับการถูกข่มขืนกระทำชำเรา

<sup>31</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 43 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2563), น. 279.

<sup>32</sup> เพิ่งอ้าง, น. 279.

คำพิพากษาฎีกาที่ 233/2562<sup>33</sup> ทำเป็นสามีมของหญิงเข้านอนถ่าย เปลื้องผ้าหญิง หญิงรู้สึกตื่นลูกหนี เป็นความผิดเพียงทำอนาจาร

คำพิพากษาฎีกาที่ 2268/2529<sup>34</sup> จับแขนหญิงมิให้เดิน นั่งคล่อมตรงท้องน้อย หญิงและชายนุ่งกางเกงในอยู่ ยังไม่เป็นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

สำหรับเรื่องความเหมาะสมในการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินนั้น ผู้วิจัยเห็นว่ามาตรการที่จะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้นั้นจะเป็นการกำหนดความผิดฐานกระทำอนาจารให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ต้องเป็นการกระทำโดยสัมพันธ์อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หากเป็นการกระทำอนาจารโดยมิได้สัมพันธ์อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำซึ่งยังห่างไกลจากการถูกข่มขืนกระทำชำเรายังเป็นความผิดอันยอมความได้อยู่

หากแต่ถ้าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดซ้ำซากไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย แม้ผู้เสียหายไม่ทำการร้องทุกข์ รัฐย่อมสามารถเข้ามาจัดการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด เพราะถือว่ามิได้เกรงกลัวต่อกฎหมายเป็นการกระทำเพื่อข่มขู่ข่มขืนยังมีให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำอีก และให้มีการบัญญัติให้ความผิดที่ผู้กระทำและผู้ถูกระทำที่เป็นสามีภริยากันนั้น ยังเป็นความผิดอันยอมความได้อยู่ เพราะเป็นเรื่องของสถาบันครอบครัว หากการทำให้ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดอาญาแผ่นดินเสียทั้งหมด กรณีนี้ย่อมจะเป็นการส่งผลเสียมากกว่าผลดี เพราะจะเป็นการรักษาไว้ซึ่งสถานภาพความมั่นคงและความเป็นเอกภาพในสถาบันครอบครัว กล่าวคือเพื่อลดทอนปัญหาที่เกิดแก่คู่สมรส บุตร และลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลอีกทางหนึ่ง

<sup>33</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2531), น.1961.

<sup>34</sup> เพ็ญอ้าง, น. 1961.

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 วรรคแรก ตั้งแต่เริ่มใช้ประมวลกฎหมาย เมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ.2500 ถูกกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งหากผู้เสียหายไม่แจ้งความร้องทุกข์หรือแม้ผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์แต่เกิน 3 เดือน<sup>1</sup> กฎหมายก็ไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้เช่นกัน หรือแม้ผู้เสียหายแจ้งความร้องทุกข์ ต่อมาผู้กระทำความผิดเจราจายอมความ ผู้เสียหายสำเร็จ คดีอาญาก็จะยุติลงทันที ทำให้ผู้กระทำความผิด ฐานกระทำอนาจารรอดจากการถูกลงโทษทางอาญา ด้วยเหตุนี้ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเป็นการกระทำที่กระทบต่อร่างกาย และจิตใจ ตลอดจนความรู้สึกของผู้เสียหายจึงควรเป็นความผิดอาญาแผ่นดินที่ยอมความไม่ได้

จากการศึกษาได้พบว่า ความผิดฐานกระทำอนาจารตาม มาตรา 278 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยนั้น อายุความร้องทุกข์นั้นเป็นเงื่อนไขในการดำเนินคดีอาญา หากมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำได้รับอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ความตาย กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งการกระทำอนาจารนั้นถือได้ว่าเป็นหนึ่งในบ่อเกิดของการข่มขืนกระทำชำเรา และในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจารร่วมด้วยเสมอ กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำอนาจารนั้น ถึงแม้จะเป็นความผิดต่อส่วนตัวที่มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายอย่างแท้จริง หากแต่การกระทำอนาจารนั้นมีอัตราโทษสูง และเป็น การกระทำที่มีความเป็นอาชญากรรมมาก ซึ่งส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ศีลธรรม และความสงบสุขของสังคมทำให้เกิดความหวาดหวั่นและรู้สึกไม่ปลอดภัย จึงจำต้องกำหนดโทษให้ได้ สัดส่วนเหมาะสมกับความผิด และเพื่อเป็นการลงโทษเพื่อยับยั้งข่มขู่มิให้มีการกระทำความผิดซ้ำ หรือเอาเยี่ยงอย่าง ซึ่งในการกระทำอนาจารนั้นทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อทั้งร่างกาย จิตใจ เสรีภาพ และชื่อเสียงซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมจึงควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายมาตรา 96 ประกอบวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2)

ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า ในการกระทำอนาจารนั้นทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อทั้งร่างกาย จิตใจ เสรีภาพ และชื่อเสียงซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมจึงควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งในเรื่องคู่สมรสหรือระหว่างสามี ภรรยา ถ้าเป็นการกระทำระหว่างสามี ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นถือได้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวพันถึงสถาบันครอบครัว ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารจัดเป็นความผิดเนื้อหาด้วยเมื่อเทียบกับความเป็นเอกภาพของครอบครัวซึ่งหากทำให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดินทั้งหมด จะส่งผลเสียหลายด้าน เช่น ปัญหาหย่าร้าง ปัญหาที่เกิดแก่บุตร และปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล

ผู้เขียนจึงเห็นว่าในเรื่องของคู่สมรสนั้นควรที่จะรักษาไว้ และในการที่ยึดตามแนวทางนี้นั้น จะเป็นการช่วยหรือสกัดกั้นในเรื่องการข่มขืนอีกทางหนึ่ง ฉะนั้น หากการกระทำอนาจารที่มีได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล และมีได้เกิดอันตรายสาหัส หรือถึงแก่ชีวิตนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้ ย่อมก่อให้เกิดการกระทำผิดซ้ำอีก เพราะผู้กระทำผิดย่อมเกิดความขมใจว่าเป็นความผิดที่สามารถจะยอมความได้ไม่ว่าจะโดยวิธีการหรือช่องทางใด เพราะอาชญากรรมมักจะซั้งประโยชน์ในเรื่องระหว่างผลได้กับผลเสีย หากผลได้มากกว่าผลเสียย่อมเป็นเหตุให้เกิดการกระทำผิดขึ้น ซึ่งหากความผิดฐานกระทำอนาจารยังเป็นความผิดอันยอมความได้นั้น ย่อมเป็นปัญหาที่แฝงรากหยั่งลึกในสังคม และอาจทำให้เกิดเหตุการณ์ที่รุนแรงกว่าตามมา

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ ผู้เขียนจึงขอเสนอแก้ไขเพิ่มเติมความในบทบัญญัติ มาตรา 278 ใหม่โดยกำหนดความผิดขึ้นใหม่ในวรรคสอง ให้ลักษณะของการกระทำอนาจารตามวรรคหนึ่งโดยการสัมผัสอวัยวะเพศไม่ว่าลักษณะใด ๆ เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ความว่า

ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยการสัมผัสอวัยวะเพศไม่ว่าด้วยลักษณะใด โดยขู่เชิญประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

ในส่วนของมาตรา 278 วรรคสองเดิมเป็นวรรคสามถัดลงมา





**บรรณานุกรม**

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร, 2557.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: จีระรัชการพิมพ์, 2549.
- กรรณุดา เกิดศรี. “ขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับการแสดงอนาจารในกฎหมายไทย.”  
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- กิตติ บุศยผลาการ. “ผู้เสียหายในคดีอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.
- เกรียงศักดิ์ คำรงค์ศักดิ์ศรี. “ปัญหาอำนาจฟ้องของผู้เสียหายในความผิดต่อแผ่นดิน.”  
รายงานผลงานส่วนบุคคล สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2551.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563.
- คณิง ภาไชย. “วิธีพิจารณาความอาญาตามกฎหมายอังกฤษ.” วารสารอัยการ. ปีที่ 9. ฉบับที่ 108.  
น. 14-15 (ธันวาคม 2529).
- จิตติ ดิงศักดิ์. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2546.
- จิตติ ดิงศักดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาคสอง ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2531.
- ชนารัตน์ กันประเสริฐ. “เหตุจรรยาในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารของ  
ประเทศไทย : ศึกษากรณีผู้เสียหายที่เป็นสตรีมีครรภ์ ผู้สูงอายุ ผู้พิการทางร่างกายและ  
ผู้พิการทางจิตใจ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,  
2556.
- ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่กฎหมายตรา  
สามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ณัฐวรรณ ดวงกางใต้. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558.

ณรงค์ ใจหาญ. อุทธรณ์ อาทิวา. สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ . ศกกิจ แยมประชา และ

วรรณ สุพรรณธรรมา. “ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำ

ไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการวิจัย.”

กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2549).

ดวงมด คำวิโส. “การไต่ถามคดีอาญาความผิดต่อแผ่นดินในชั้นศาล : ศึกษาเฉพาะกรณีที่มี

ผู้เสียหาย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2556.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร:

วิญญูชน, 2553.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ.ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 43. กรุงเทพมหานคร:

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.

นพรัตน์ อักษร. “ความผิดอันยอมความได้กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532.

บดี วงศ์เจนสันต์. “การกระทำอนาจารโดยการประทุษร้ายต่อจิตใจ : ศึกษากรณีคำพิพากษาศาลฎีกา

ที่ 12983/2558.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาชั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563.

ปริญญ์ สมนึก. “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจาร : ศึกษากรณีให้ความยินยอม.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

พงศธร เจนปรมกิจ. “การอนาจารหรือชำเราสพกับความผิดอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

เพชร ฐาปนคย์. “การสอบสวนคดีอันยอมความได้ก่อนมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

เพชรพร หงษ์สุวรรณ. “เหตุทำให้คดีอาญายอมความได้ : ศึกษากรณีความผิดบางฐานระหว่าง

สามีภริยา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555.

พนิดา อรรถเศรษฐัง. “ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน (ศึกษาตามกฎหมาย

อาญาสารบัญญัติ).” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ

ศาลยุติธรรม, 2547.

ววิวรรณ เพชรรัตน์. “ความหมายของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

สุพิศ ปราณิตพลกรัง. ความผิดเกี่ยวกับเพศ ข่มขืนกระทำชำเรา อนาจาร. กรุงเทพมหานคร:

นิติธรรม, 2562.

สาธิต ไช้สถิตย์. “การป้องกันและคุ้มครองเด็กต่อการกระทำความผิดฐานข่มขืน.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.

สาลีณี ภู่งรุ่งเรืองผล. “วิเคราะห์ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

สุพัตรา เกตุแก้ว. “การจัดประเภทความผิดอาญาแผ่นดินกับความผิดอันยอมความได้ : ศึกษากรณี

ความผิดฐานยักยอกกับความผิดฐานลักทรัพย์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2555.

สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. “ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

กับการกระทำอนาจาร.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

สุรพงษ์ เอี่ยมแทน. “ความผิดอันยอมความได้กับความผิดอาญาแผ่นดิน (ศึกษาตามกฎหมายอาญา

สารบัญญัติ).” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์,

2544.

สุภัตสร ภูเจริญศิลป์. “ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวกับการยอมรับ ตามประมวล

กฎหมายอาญา : ศึกษาเฉพาะความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 (ที่เกิดต่อหน้า

ธารกำนัล) และความผิดต่อเสรีภาพ มาตรา 310 ทวิ.” รายงานวิจัย มหาวิทยาลัยศรีปทุม,

2551.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,

2547.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร:

วิญญูชน, 2561.

หยุดยัย วุทธการ. “อายุความร้องทุกข์ในความผิดข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร

อันยอมความได้ : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2553.

- อัจฉริยา ชูตินันท์. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554.
- อัจฉริยา ชูตินันท์. อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563.
- อุททิส แสนโกสิก. กฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: กรมอัยการ, 2525.
- อรรถพล ใหญ่สว่าง. “ผู้เสียหายในคดีอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525.
- อริยพร โพธิ์ใส. “ความผิดเกี่ยวกับการอนาจารเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา.” จุลนิติ. ฉบับที่ 7. น. 155 (มีนาคม - เมษายน 2561).
- อัษฎราทร จุฬารัตน. “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 9. ฉบับที่ 1. น. 62 (2520).
- อุดม รัฐอมฤต. “การฟ้องคดีอาญา.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 22. ฉบับที่ 2. น. 243 (2535).

### ภาษาต่างประเทศ

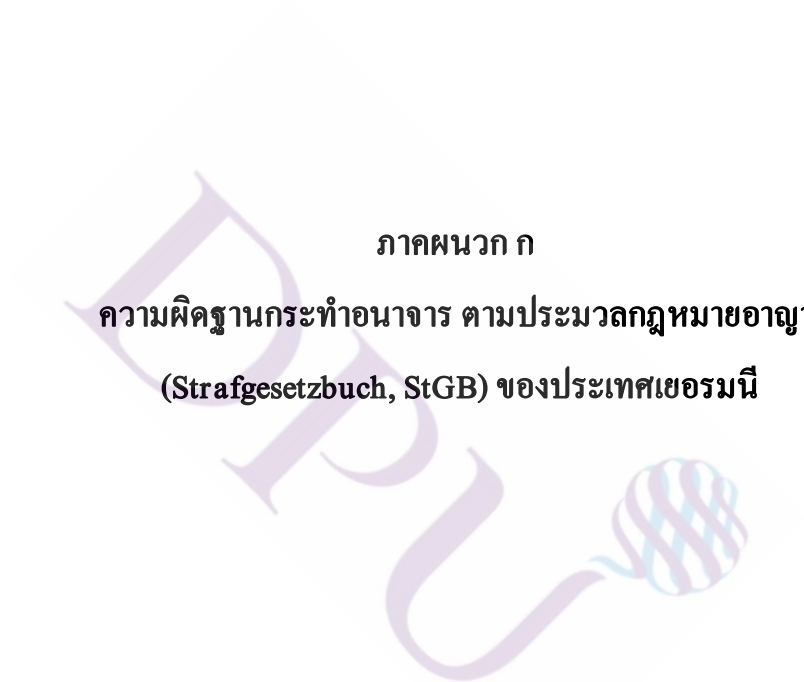
- Austin M. Chinhengo. “Essential Jurisprudence.” London : Cavendish Publishing Limited, 1995.
- Bentham, Jeremy. “An Introduction to the Principles of Morals and Regeslation.” Oxford : Clarendon Press, 1907.
- H.M.S.O. “Report of the Commission on capital Punishment.” Command Report 8432. London : n.p, 1653.
- Herbert L. Packer. “The Limited of The Criminal Sanction.” California : Stanford University Press, 1968.
- Nigel Foster, Satish Sule. “German legal system and laws.” Fourth Editon. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Raymond Saleilles. “The Individualization of Punishment.” 2015.
- Richard Langdon Franklin. “Freewill and Determinism : A study of Rival Conceptions of Man.” Routledge 8 K. Paul, 2018.
- Tomlinson. kelli D. “An Examination of Deterrence Theory : Where do we stand?.” 2016.



**ภาคผนวก**

ภาคผนวก ก

ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา  
(Strafgesetzbuch, StGB) ของประเทศเยอรมนี





**Section 177 Sexual Assault; Sexual coercion; rape**

(1) Any Person who, in breach of the perceptible will of another person, carries out sexual acts on the person or who determines such person to ake or tolerate sexual acts to or from a third party shall be punished with imprison of six months to five years.

(2) A person who carries out sexual activities on another person, or who determines such person to take or tolerate sexual acts on or from a third party, shall also be punished if:

1. The perpetrator exploits the fact that the person is not able to form or express an opposing will,

2. The perpetrator exploits the fact that the person is substantially restricted in his or her physical or mental state in the formation or expression of the will, unless he has assured himself of the consent of that person,

3. The perpetration uses a surprise moment,

4. The perpetrator exploits a situation in which the victim is threatened with serious harm in case of resistance; or

5. The perpetrator has coerced the person to actively engage in or tolerate sexual acts by threatening serious harm.

(3) The attempt is punishable

(4) A sentence of imprisonment not less than one year shall be recognized if the inability to form or express a will is due to a disease or disability of the victim.

(5) On imprisonment not less than one year is to be recognized if the offender

1. uses force to the victim,

2. threatens with present danger to life or limb or

3. exploits a situation in which the victim is exposed to the action of the perpetration without protection

(6) In particularly serious cases, a term of imprisonment of less than two years shall be recognized. A particularly severe case usually occurs when

1. The perpetrator, with the victim, carries out the sexual intercourse or carries out similar sexual acts on the victim and particularly humiliate him, especially if they are connected with an intrusion into the body (rape);

2. The act of several is committed jointly.

(7) On imprisonment not under three years is to be recognized, if the offender

1. A weapon or another dangerous tool in itself,

2. Otherwise a tool or means with it in order to prevent or overcome the resistance of another person by force or threat of violence, or

3. The victim in the risk of serious risk of serious health damage.

(8) A prison sentence of imprisonment not under five years is to be recognized, if the offender

1. In fact a weapon or other dangerous tool is used or

2. The victim

a) In fact physically severely mistreated or

b) By the deed in danger of death.

(9) In less serious cases of paragraph 1 and 2 is imprisonment from three months to three years, in less serious cases of paragraphs 4 and 5 is imprisonment from six months to ten years, in less serious cases of paragraphs 7 and 8 can be recognized for a prison term of one year to ten years.

ภาคผนวก ข  
ความผิดฐานกระทำอนาจารตาม พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ  
ค.ศ.2003  
(The Sexual Offences Act) ของประเทศอังกฤษ

### **Section 3 Sexual assault**

- (1) A person (A) commits an offence if—
  - (a) he intentionally touches another person (B),
  - (b) the touching is sexual,
  - (c) B does not consent to the touching, and
  - (d) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section. ...

### **Section 7 Sexual assault of a child under 13**

- (1) A person commits an offence if—
  - (a) he intentionally touches another person,
  - (b) the touching is sexual, and
  - (c) the other person is under 13. ...

### **Section 78 “Sexual”**

[For the purposes of this Part (except section 71), penetration, touching or any other activity is sexual if a reasonable person would consider that—

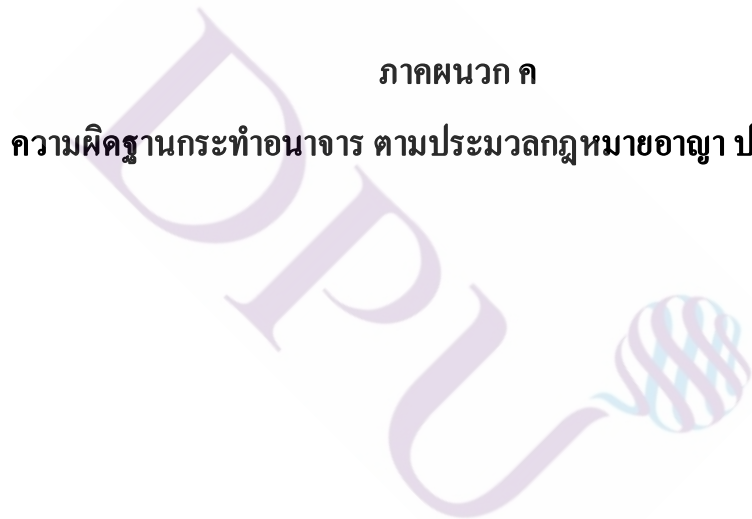
- (a) whatever its circumstances or any person’s purpose in relation to it, it is because of its nature sexual, or
- (b) because of its nature it may be sexual and because of its circumstances or the purpose of any person in relation to it (or both) it is sexual.]

### **Section 79 Part 1: general interpretation**

- (8) Touching includes touching—
  - (a) with any part of the body,
  - (b) with anything else,
  - (c) through anything,
 and in particular includes touching amounting to penetration. ...

ภาคผนวก ค

ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา ประเทศญี่ปุ่น



Article 174 A person who commits an indecent act in public shall be punished by imprisonment with work for not more than 6 months, a fine of not more than 300,000 yen, misdemeanor imprisonment without work or a petty fine.

Article 176 A person who, through assault or intimidation, forcibly commits an indecent act upon a male or female of not less than thirteen years of age shall be punished by imprisonment with work for not less than 6 months but not more than 10 years. The same shall apply to a person who commits an indecent act upon a male or female under thirteen years of age.

Article 178 (1) A person who commits an indecent act upon a male or female by taking advantage of loss of consciousness or inability to resist, or by causing a loss of consciousness or inability to resist, shall be punished in the same manner as prescribed for in Article 176.

A person who commits sexual intercourse with a female by taking advantage of a loss of consciousness or inability to resist, or by causing a loss of consciousness or inability to resist, shall be punished in the same matter as prescribed in the preceding Article.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล

นายนวมินทร์ กาญจนารจน์พันธ์

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2559 นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

