

ปัญหาการตีความคำว่ากระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

สุธาสินี เขียวทอง

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมมรงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2565

**PROBLEMS INTERPRETING THE TERM INDECENT ACT ACCORDING
TO THE CRIMINAL CODE**

SUTHASINEE KHIAWTHONG

A Term Paper 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

2022



ใบรับรองสารนิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

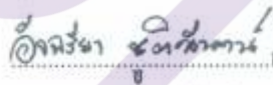
หัวข้อสารนิพนธ์ ปัญหาการตีความคำว่ากระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา
ของประเทศไทย
เสนอโดย นางสาวสุธาสิณี เขียวทอง
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์ รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์แล้ว



ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสินิท)



กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์

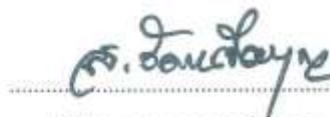
(รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์)



กรรมการ

(อาจารย์ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว



คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนอสกุล)

วันที่ ๖ เดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๕๖๕

หัวข้อสารนิพนธ์	ปัญหาการตีความคำว่ากระทำอนาจารตามประมวลกฎหมาย อาญาของประเทศไทย
ชื่อผู้เขียน	สุธาสินี เจียวทอง
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2564

บทคัดย่อ

กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนรัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ตามกล่าว คือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาหลาย ๆ ฉบับ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 ได้วินิจฉัยว่าจำเลยกระทำผิดฐานกระทำอนาจารได้แม้มิได้มีการกระทำอันเป็นการแตะเนื้อต้องตัวร่างกายของผู้เสียหาย ซึ่งแตกต่างไปจากแนวบรรทัดฐานเดิมที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยเอาไว้ว่าการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศโดยต้องมีการแตะเนื้อต้องตัวของผู้เสียหายทำให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอนถึงลักษณะและขอบเขตการกระทำอนาจาร

จากการศึกษาประวัติความเป็นมาของความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายไทย ความหมายของคำว่าอนาจารตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ประเทศญี่ปุ่น พบว่าการกระทำความผิดฐานอนาจารในประเทศดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศและต้องมีการสัมผัสผู้เสียหาย ซึ่งตรงกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่ในประเทศไทย เพื่อแก้ไขปัญหาคความไม่ชัดเจนดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องบัญญัติคำนิยามของคำว่ากระทำอนาจารเพิ่มเติม โดยให้หมายความว่า การสัมผัสที่ไม่สมควรในทางเพศโดยต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นไม่ว่าส่วนใดของร่างกายและไม่ว่าใช้สิ่งใดในการสัมผัสหรือไม่ว่าจะสัมผัสผ่านสิ่งใดการบัญญัติแบบนี้จะสอดคล้องกับการกระทำอนาจารในกฎหมายต่างประเทศหลาย ๆ ประเทศตามตัวอย่างที่

ยกมาข้างต้นซึ่งจะทำให้กฎหมายอาญาในความผิดฐานอนาจารนั้นมีความชัดเจนแน่นอนไม่กระทบ
ต่อหลักประกันในกฎหมายอาญา



Thematic Paper	Problems Interpreting the term Indecent Act According to the Criminal Code
Auhor	Suthasinee Khiawthong
Thematic Paper Advisor	Prof. Achareya chutinan
Department	Law
Academic Year	2564

ABSTRACT

Criminal laws must be clearly enacted, and the state must enact criminal laws as clearly as they can. It appears that there are several Supreme Court judgments, such as Supreme Court Judgment No. 12983/2015 and Judgment of the Supreme Court No. 1201/2016, which ruled that the defendant had committed indecent acts even though there had been no act of touching the victim's body. This is different from the previous norm that the Supreme Court had previously ruled that the commission of an indecent act must be an act of inappropriate sexual conduct that involves touching the victim's body, causing uncertainty. to the nature and extent of indecent acts

From the study of the history of indecent offenses in Thai law The meaning of the word obscene according to the Supreme Court's judgment and offenses of committing indecent acts in Foreign law such as France, England, Japan found that the offense Pornographic bases in the countries mentioned above. There must be sexually inappropriate acts and there must be Touching victims that match most of the Supreme Court's judgments in Thailand to fix the problem not so clear The author believes that the Penal Code should be amended by stating the definition of indecent acts. to mean Inappropriate sexual contact, which must be done on the body of another person in any part of the body and no matter what you use to touch or whether it is touched through anything

This statute is consistent with the indecent act in many foreign laws as in the example given above, which will make the criminal law for indecent offenses clear and not affect the bail in the criminal law.



กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์ โดยได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณและจารึกพระคุณนี้ไว้ในความทรงจำอย่างมิรู้ลืมเถื่อนว่าความสำเร็จในครั้งนี้เกิดขึ้นได้ด้วยความกรุณาจากท่านอาจารย์ นอกจากนั้นขอกราบขอบพระคุณคณะกรรมการอื่น ๆ อันประกอบด้วย อาจารย์ปกป้อง ศรีสนิท และ ดร.จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ ที่กรุณาให้ความช่วยเหลือในการแก้ไขและให้คำแนะนำที่มีประโยชน์ที่มีส่วนทำให้งานวิจัยครั้งนี้มีคุณค่ามากยิ่งขึ้น ผู้วิจัยขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

คุณค่าและประโยชน์ใดๆ ที่อาจมีจากสารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยขอมอบเป็นเครื่องบูชาพระคุณของบิดามารดาที่ให้กำเนิดและเลี้ยงดูให้การศึกษา ตลอดจนครูบาอาจารย์และผู้ที่มีพระคุณทุกท่านที่มีส่วนในการวางรากฐานการศึกษาให้แก่ผู้วิจัย

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์และมีคุณค่าต่อการศึกษากฎหมายและผู้ที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนขอมอบคุณความดีทุกประการแด่บิดามารดา ครูบาอาจารย์และผู้มีพระคุณทุกท่าน ทั้งนี้หากมีข้อบกพร่องประการใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและขออภัย มา ณ ที่นี้ด้วย



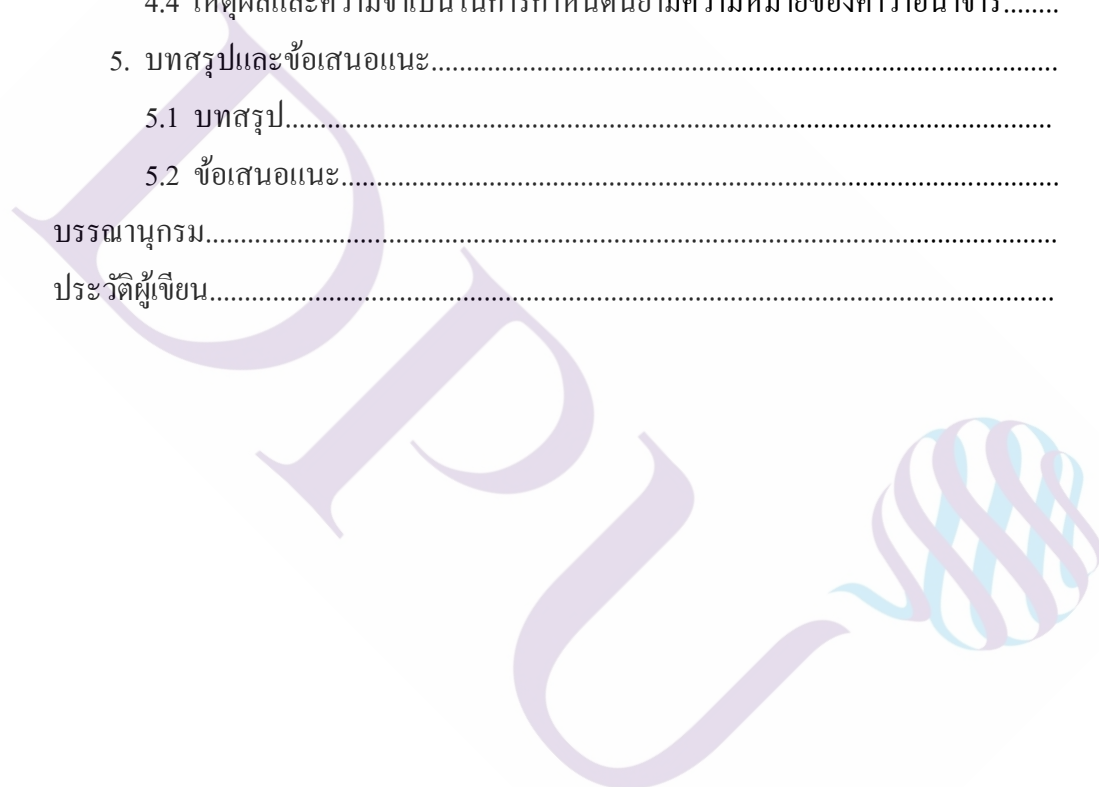
สุชาลินี เขียวทอง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	3
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
2. แนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบ กระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย	5
2.1 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา.....	5
2.2 คุณธรรมทางกฎหมายอาญาในความผิดฐานกระทำอนาจาร.....	13
2.3 ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำอนาจารตาม ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย	16
2.4 ขอบเขตและลักษณะความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวล กฎหมายอาญาของไทย	26
3. ความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายต่างประเทศ.....	41
3.1 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายในต่างประเทศ.....	41
3.2 กฎหมายประเทศฝรั่งเศส.....	46
3.3 กฎหมายประเทศอังกฤษ.....	48
3.4 กฎหมายประเทศญี่ปุ่น.....	52
4. วิเคราะห์ขอบเขตการทำความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ	54

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
4.1 วิเคราะห์ขอบเขตการกระทำนําอาจารย์ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย.....	54
4.2 วิเคราะห์การตีความการกระทำนําอาจารย์มีผลกระทบต่อหลักประกัน.....	61
ในกฎหมายอาญา	
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบความผิดฐานการกระทำนําอาจารย์ตามกฎหมายไทย.....	64
และต่างประเทศ	
4.4 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดนิยามความหมายของคำว่าอาจารย์.....	69
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	71
5.1 บทสรุป.....	71
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	74
บรรณานุกรม.....	76
ประวัติผู้เขียน.....	79



สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
4.1 ตารางเปรียบเทียบความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายไทย..... และต่างประเทศ	69



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

กฎหมายอาญาคือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่ระบุถึงความผิดอาญา โทษ วิธีการ เพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่น และเป็นกฎหมายที่กำหนดให้ความผิดอาญาเป็นเงื่อนไขของการใช้โทษวิธีการเพื่อความปลอดภัยและมาตรการบังคับทางอาญาอื่นนั้น¹ เนื่องจากโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญามีความเกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกายเสรีภาพ ทรัพย์สิน และชื่อเสียงของบุคคล ดังนั้น การใช้กฎหมายอาญาจึงต้องมีความระมัดระวังและมีความพิเศษแตกต่างจากการบังคับใช้กฎหมายทั่วไป

กฎหมายอาญาจะต้องตีความตามตัวบทที่ได้บัญญัติไว้ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ ฉะนั้น การกระทำการใดหรือละเว้นกระทำการใดจะถือว่าเป็นความผิดและลงโทษได้ต่อเมื่อมีกฎหมายระบุไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ไม่อาจจะนำหลักจารีตประเพณีหรือการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยืมมาใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

หลักการที่กล่าวมานี้ถือได้ว่าเป็นหลักสากลที่ระบบกฎหมายของประเทศให้การยอมรับหรือ เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา เรียกเป็นภาษาลาตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” หรือที่เรียกว่าหลัก “หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาที่ไม่ชัดเจนแน่นอน

หลักประกันในกฎหมายอาญา เป็นข้อเรียกร้องที่แรงกล้าว่ากฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนองค์ประกอบของความผิดอาญาฐานต่าง ๆ จะต้องบัญญัติให้ชัดที่สุดต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างหรือขยายได้ เหตุผลของข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนนี้อยู่ที่ว่าหลักเกณฑ์ที่ว่าอำนาจรัฐต้องมีกฎหมายรับรองจะใช้ได้ผลอย่างเต็มที่ก็ต่อเมื่อเจตจำนงของประชาชน (ของรัฐสภาฯ) ที่แสดงออกมาในรูปของกฎหมายได้แสดงออกมาชัดเจน การตัดสินใจ

¹ คณิต ฅ นคร, กฎหมายภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น.49.

ในทางอ้อมวิสัยและอำเภอใจของผู้พิพากษาไม่อาจเกิดขึ้นได้ ในจุดนี้จะเห็นได้ว่าข้อเรียกร้องของหลักนิติรัฐที่มีต่อกฎหมายอาญาเข้มงวดยิ่งกว่าที่มีต่อกฎหมายอื่น²

ความผิดฐานกระทำอนาจารถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และ มาตรา 279 ซึ่งแตกต่างกันในส่วนสาระสำคัญ คือเรื่องอายุของผู้ถูกระทำกล่าวคือ อายุเกินกว่า 15 ปี และไม่เกินกว่า 15 ปี โดยการกระทำอนาจารนั้นหมายถึงการกระทำอย่างไร ประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น ไม่ได้มีการบัญญัตินิยามความหมายเอาไว้ ซึ่งเราต้องศึกษาความหมายจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา และจากบรรทัดฐานต่อ ๆ กันมาจากการวินิจฉัยของศาลว่า การกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศและจะต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534³) ดังนั้น หากไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เช่น การกล่าวถ้อยคำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540⁴) การเขียนภาพ ก็ไม่เป็นการกระทำความผิดแต่อย่างใด เพราะไม่ใช่การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ

ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2404/2563 โดยที่ศาลฎีกาในคดีเหล่านี้ได้มีการวินิจฉัยไปในแนวที่ว่าแม้จำเลยยังไม่ได้แตะเนื้อตัวร่างกายของ ผู้เสียหายแต่เมื่อการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศจำเลยก็มีความผิดฐาน กระทำอนาจารแล้ว

การที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขต ของ “การกระทำอนาจาร” ซึ่งทำให้บทบัญญัติในความผิดฐานกระทำอนาจารในส่วนของความหมายของการกระทำอนาจารนั้น ไม่มีความชัดเจนแน่นอนซึ่งหลักดังกล่าวนี้เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญาผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะทำการศึกษาและทำความเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของความผิดฐานกระทำอนาจารและความหมายของคำว่าอนาจาร เพื่อนำไปสู่การแก้ไข และปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมในการนำมาบังคับใช้ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

² คณิต ฒ นคร, พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น. 84.

³ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มกราคม 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁴ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540,” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มกราคม 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีพื้นฐานและวิวัฒนาการของบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจารของประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาการตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัตินิยามความหมายของคำว่ากระทำอนาจารเอาไว้ ซึ่งกระทบต่อหลักประกันในกฎหมายอาญาที่กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน และอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายได้ตีความถึงการกระทำอนาจารได้อย่างไม่มีขอบเขตนำไปสู่การตีความตามอำเภอใจและไม่ตรงต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบความหมายและขอบเขตของการกระทำอนาจารตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานกระทำอนาจารให้สอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนอันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา

1.3 สมมติฐานการศึกษา

ประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการบัญญัตินิยามความหมายของการกระทำอนาจารเอาไว้ จึงเกิดการตีความของการกระทำอนาจารในแนวที่แตกต่างกันจนหาหลักและขอบเขตของการกระทำอนาจารที่ชัดเจนแน่นอนไม่ได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักประกันในกฎหมายอาญาในข้อเรียกร้องที่ว่ากฎหมายอาญานั้นต้องชัดเจนแน่นอน

จึงควรที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการบัญญัติเพิ่มเติมนิยามความหมายของคำว่ากระทำอนาจาร เพื่อให้ขอบเขตของการกระทำอนาจารนั้นเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

สารนิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำอนาจาร พัฒนาการของบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ขอบเขตพื้นฐานของการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายไทยรวมถึงเจตนารมณ์ของความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายต่างประเทศ

1.5 วิธีการศึกษา

ในการศึกษาสาระนิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาโดยวิจัยเอกสารจากหนังสือกฎหมาย ตำราทางวิชาการ บทความในวารสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ คำพิพากษาของศาลข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตเพื่อนำมารวบรวมวิเคราะห์และเพื่อทำการศึกษาค้นคว้าหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบแนวความคิดทฤษฎีพื้นฐานและวิวัฒนาการของบทบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับการกระทำอนาจารของประเทศไทย
2. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาการตีความเกี่ยวกับขอบเขตของการกระทำอนาจาร ซึ่งกระทบต่อหลักประกันในกฎหมายอาญาที่กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน และเพื่อให้ทราบถึงเจตนารมณ์ของความผิดฐานกระทำอนาจาร
3. เพื่อให้ทราบความหมายและขอบเขตของการกระทำอนาจารตามกฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อหาแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานกระทำอนาจาร

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบกระทำ อนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

การศึกษาพัฒนาการของความผิดฐานกระทำอนาจารตั้งแต่อดีตเมื่อการบัญญัติไว้เป็นความผิดจนถึงกฎหมายฉบับปัจจุบันและเจตนารมณ์ของความผิดฐานการกระทำอนาจารนั้นเป็นประโยชน์ในการตีความคำว่ากระทำอนาจารว่าหมายถึงการทำในลักษณะหรือมีขอบเขตของการกระทำอย่างไร

2.1 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา

การตีความกฎหมาย คือ การค้นหาหรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย โดยอาศัยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึกให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้นเพื่อที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหาได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม⁵

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” (gesetzliche Rechte) หรือเป็นเรื่องของ “การตีความตัวบทกฎหมาย”⁶

เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมายผู้ใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาล จึงต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้น และโดยการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมาะสม ความถูกต้องและความชอบธรรมของคำพิพากษาจึงอยู่ที่ความสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้แสดงออกมาทางบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายหรือต้องอยู่ในอาณัติของกฎหมาย หน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายก็คือการหาความหมายของตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดี เฉพาะกรณีในการตีความกฎหมายนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด กล่าวคือ จะต้องกระทำ

⁵ ชานินทร์ กรีชัยเชียร, “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย,” ใน การใช้การตีความ กฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์ดิถี ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 1.

⁶ คณิต ฌ นคร, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 1, น. 73.

หน้าที่ให้ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาอื่นก็ต้อง วินิจฉัย เช่นเดียวกันนั้น หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ

การตีความกฎหมายต้องมีลักษณะของ “ความเป็นภาวะวิสัย” (Objektivität) ที่สามารถ ตรวจสอบความถูกต้องได้ เหตุนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186 (6) จึงบัญญัติ บังคับศาลว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีเหตุผลในการตัดสินใจทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อ กฎหมาย” ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ศาลต้องให้เหตุผลที่ละเอียดชัดเจนที่สุดเท่า ที่สามารถจะทำได้จึงจะถูกต้อง⁷

2.1.1 หลักการและแนวคิดหรือนิติวิธีในการตีความกฎหมายอาญาของประเทศไทย

การตีความกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกันกับการตีความในกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือ จะต้องตีความตามตัวอักษร คือ ถ้าวินิจฉัยการที่ผู้บัญญัติกฎหมายนำถ้อยคำใดมาใช้ จะต้องถือว่าได้ ตั้งใจให้ถ้อยคำนั้น ๆ มีความหมายตามที่สามัญชนเข้าใจกันอยู่ ถ้าหากเป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมาย เห็นว่าถ้อยคำของกฎหมายไม่ควรจะเข้าใจอย่างภาษาสามัญธรรมดา ผู้บัญญัติกฎหมายก็จะได้ กำหนดบทวิเคราะห์ศัพท์หรือคำนิยามไว้ต่างหาก

นอกจากจะต้องตีความตามตัวอักษรแล้ว การตีความยังต้องตีความตามเจตนารมณ์ของ กฎหมายด้วย กล่าวคือ ต้องพยายามสืบทราบว่าการที่ผู้บัญญัติกฎหมายได้บัญญัติบทมาตราต่าง ๆ ลงไว้ นั้นผู้บัญญัติกฎหมายมีความประสงค์อย่างไร เมื่อทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ย่อม สามารถทราบความหมายของถ้อยคำในกฎหมายได้⁸

ในการตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์ของการ ตีความ กฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ โดยถือเอา “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบท กฎหมาย” (teleologische Auslegung) เป็นแกนนำส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้นเป็น เพียง ปัจจัยที่จะนำไปเข้ากับ ความหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น⁹

การตีความกฎหมายอาญาเดิมที่เดิวนักนิติศาสตร์เห็นกันว่าการตีความ โดยขยายความ เป็นวิธีการที่ต้องห้าม แต่การตีความโดยจำกัดความกระทำได้ โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายอาญาเป็น กฎหมายที่เป็นผลร้ายก่อภาระที่หนักแก่บุคคลและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น แต่ใน

⁷ คณิต ฅ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น. 73-74.

⁸ คณิต ฅ นคร, *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญู ชน, 2553), น. 84.

⁹ คณิต ฅ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 81.

ปัจจุบันนี้นักนิติศาสตร์ไม่เห็นกันดังกล่าวต่อไปอีกแล้ว เพราะในเรื่องของ “การตีความกฎหมาย” (Auslegung) นั้น ไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง

การใช้กฎหมายอาญาต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินเลยกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมายแล้วกรณี ก็มีใช้การตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie) ในกฎหมายอาญา และถ้าการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งนั้น เป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้ กระทำความคิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา¹⁰

ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักการตีความกฎหมายอาญาไว้เป็นการเฉพาะอันต่างจากกฎหมายแพ่งซึ่งบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ 5 บัญญัติถึงหลักการตีความกฎหมายแพ่งไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหมายอาญาของไทยใช้หลักเกณฑ์ใดในการตีความ จากการศึกษาหลักการตีความกฎหมายอาญาของไทย พบว่านักนิติศาสตร์ไทยมีความเห็นเรื่องหลักการตีความกฎหมายอาญาที่แตกต่างกันโดยนักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด ซึ่งมักปรากฏอยู่ในคำสอนกฎหมายอาญาของศาสตราจารย์จิตติ ดิงสภักดิ์ และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วจนะสวัสดิ์

อย่างไรก็ดี การตีความกฎหมายอาญาที่ว่าต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรนั้น ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร และศาสตราจารย์วิชา มหาคุณ มีความเห็นว่า การตีความกฎหมายอาญา แม้จะต้องตีความโดยเคร่งครัดก็ต้องไม่ให้เกิดผลประหลาด ถ้าการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร จะทำให้เกิดผลประหลาดก็ต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดด้วยกัน หนึ่งในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีโทษทางอาญา อาจตีความได้หลายนัย ศาลจะตีความตามนัยที่เป็นผลดีที่สุดแก่จำเลยได้หรือไม่ ในประเด็นนี้มีความเห็นทางวิชาการของนักนิติศาสตร์ไทย แบ่งเป็น 2 ความเห็น¹¹ ดังนี้

ความเห็นแรก ศาสตราจารย์ พระยาอรรถกรวิญญูพันธ์ กล่าวไว้ว่า “การตีความตัวบทกฎหมายต่างกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริง เราพบอยู่บ่อย ๆ ว่าศาลยกประโยชน์ให้แก่จำเลย เพราะกรณีเป็นที่สงสัย แต่การตีความตัวบท ศาลจะลงความเห็นว่าสงสัยไม่แน่นอนไม่ได้ ต้องค้นหาหลักฐาน

¹⁰ คณิต ณ นคร, *เพิ่งอ้าง*, น. 81-82.

¹¹ อัจฉริยา ชูตินันท์, “นิติวิธีในการตีความกฎหมายอาญาของประเทศไทย,” *วารสารสุทธิปริทัศน์*, ปี 33, น. 249-251(2562).

และตีความไปให้เสร็จ นอกจากนี้คำใดในกฎหมายที่สงสัย ศาลจะแปลไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลยโดยขยายความไปไม่ได้ เพราะศาลไม่มีหน้าที่ช่วยจำเลย แต่ลงโทษคนผิด...”

ความเห็นที่สอง ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เป็นนักนิติศาสตร์ไทยที่ศึกษากฎหมายใน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ให้ความเห็นไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 816-817/2493 ตอนหนึ่งว่า “การตีความกฎหมายอาญาก็เหมือนกับการตีความกฎหมายอื่น ๆ กล่าวคือ ต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์เป็นแต่กฎหมายอาญามีหลักการตีความเป็นพิเศษ กล่าวคือ การตีความกฎหมายอาญาจะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้และกรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหาซึ่งเป็นไปตามหลัก *in dubio pro reo*” นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ยังกล่าวต่อไปอีกว่า “การตีความกฎหมายอาญาตามเจตนารมณ์สำคัญกว่าการตีความตามตัวอักษร ทั้งนี้คือโดยปกติการตีความกฎหมายอาญาต้อง ตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ประกอบกันเสียก่อนเพื่อหยั่งทราบความมุ่งหมายอัน แท้จริงของกฎหมาย ต่อเมื่อมีการตีความทั้งสองเกิดขัดแย้งกัน จึงต้องถือเอาการตีความตาม เจตนารมณ์เป็นใหญ่ เพราะเป็นการตีความไปในทางได้ผลสมความมุ่งหมายของกฎหมาย”

นอกจาก ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฌ นคร ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายอาญาว่า ประกอบด้วยหลักสำคัญ 4 ประการ¹² คือ

1) การตีความตามหลักภาษาจากหลักประกันในกฎหมายอาญาตามมาตรา แสดงให้เห็นว่า กฎหมายอาญาเกิดจากการบัญญัติซึ่งแสดงให้เห็นอย่างมั่นคงแน่นอนว่า บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำบัญญัติเป็นความผิดไว้ในกฎหมายเท่านั้น จึงทำให้จุดเริ่มต้นของการตีความอยู่ที่ “ถ้อยคำของตัวบทกฎหมาย” โดยพิจารณาว่าถ้อยคำที่ตีความนั้นกฎหมายอาญาต้องการให้มีความหมายตามที่ใช้กันทั่วไปหรือต้องการให้มีความหมายพิเศษ ถ้ากฎหมายอาญาต้องการให้มีความหมายพิเศษ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติไว้โดยเฉพาะในบทนิยาม หรือถ้ากฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติความหมายพิเศษไว้ จึงต้องตีความโดยอาศัยความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบระหว่างกฎหมายอาญากับกฎหมายอื่น ไม่เช่นนั้นแล้ว การตีความกฎหมายอาญาก็ต้องเป็นไปตามความหมายทั่วไปที่ประชาชนเข้าใจตรงกันซึ่งมีการบัญญัติความหมายของถ้อยคำไว้ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

¹² อัจฉริยา ชูตินันท์, *เพิ่งอ้าง*, น. 252.

2) การตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมาย การตีความตามหลักภาษา อาจมีความหมายที่แตกต่างกันได้ และอาจจะยังขาดความชัดเจนที่จะทำให้ทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบท เมื่อกฎหมายอาญามีความสัมพันธ์ของกฎหมายอย่างเป็นระบบทั้งในกฎหมายอาญาเอง คือ การนำคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนั้นมาช่วยเป็นเครื่องมือในการตีความกฎหมายอาญา ทั้งนี้เพื่อความถูกต้องตรงกับเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายนั้นด้วย หรือความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมายอาญากับกฎหมายอื่น เมื่อปรากฏว่ามีการนิยามความหมายนั้นไว้ในกฎหมายอื่น ดังนั้น เพื่อความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย จึงเป็นกรณีที่ต้องนำหลักกฎหมายอื่นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย

3) การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น อาทิเช่น ต้นร่างเหตุผลในการร่าง รายงานการประชุมของสภา เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย เป็นต้น อันนำไปสู่การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย คือ การนำคุณธรรมทางกฎหมายมาเป็นเครื่องมือช่วยในการตีความกฎหมายอาญา การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายจึงต้องค้นหาจากคุณธรรมทางกฎหมายของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดนั้นด้วย

จะเห็นได้ว่า ในเรื่องการศึกษากฎหมายอาญานักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่มีความเห็นว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร มีความเห็นไม่สอดคล้องกับนักนิติศาสตร์ไทยส่วนใหญ่ เนื่องจากหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดนั้นเป็นหลักการตีความกฎหมายอาญาในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น มีความผิดอาญา 2 ประเภท คือ ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ (Common law crime) เป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นมาก่อนเป็นลำดับแรกซึ่งศาลสร้างขึ้นจากเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาทไม่ใช่การตัดสินตามอำเภอใจกับความผิดอาญาตามกฎหมายบัญญัติ (Statutory crime) ซึ่งเป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นภายหลัง การตีความจึงเป็นไปตามหลักที่ว่า

“กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งปวงขัดแย้งต่อกฎหมายคอมมอนลอว์ ศาลก็จะตีความตามถ้อยคำและถูกยอมรับโดยแบบอย่างที่น่าเชื่อถือในฐานะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏ

ออกมา”¹³ ดังนั้น การตีความกฎหมายอาญาในระบบคอมมอนลอว์ผู้พิพากษาอังกฤษจึงนิยมตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดจึงไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร มีความเห็นสอดคล้องกับศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ว่าการตีความกฎหมายอาญาต้องใช้หลักการตีความตามตัวอักษรหรือตามหลักภาษาและตามเจตนารมณ์ประกอบกันเสียก่อน ซึ่งเครื่องมือที่จะนำมาสู่เจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายได้นั้นต้องอาศัยหลักการตีความตามความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมายอาญา หลักการตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมายอาญา และหลักคุณธรรมทางกฎหมายอาญาประกอบกันทั้งนี้เพื่อยุ้ทราบความมุ่งหมายอันแท้จริงของกฎหมายนั้น

ดังนั้น สำหรับกฎหมายอาญาที่ว่าต้องตีความโดยเคร่งครัดนั้น หมายความว่า ถ้ากฎหมายบัญญัติว่า การกระทำได้เป็นความผิด ก็ต้องตีความว่าเฉพาะการกระทำเท่าที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้นที่กฎหมายมุ่งจะให้เป็นการผิด การกระทำนอกเหนือจากนั้นหาเป็นการผิดไม่ คำว่าเคร่งครัดนั้น ไม่ได้หมายความว่า ต้องดำเนินตามตัวอักษรแบบเถรตรง หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นเพียงการห้ามมิให้ศาลตีความขยายตามใจชอบในบางกรณีศาลอาจตีความโดยการขยายความได้ แต่ต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายอันปรากฏอยู่ในตัว บทกฎหมายนั้นเองว่ารวมถึงการห้ามการกระทำที่จำเลยกระทำลงด้วยหรือไม่ ดังนี้ หลักการตีความ โดยเคร่งครัดจึงหมายถึงการห้ามเปรียบเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง¹⁴

2.1.2 การตีความกฎหมายอาญานั้นมีหลักพิเศษจากการตีความกฎหมายทั่วไป ดังนี้

(ก) กฎหมายอาญาจะต้องตีความอย่างเคร่งครัด (strict interpretation)

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษ ฉะนั้น การกระทำการใดหรืองดเว้นกระทำการใดจะถือว่าเป็นความผิดและลงโทษได้ต่อเมื่อมีกฎหมายระบุไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญา

¹³ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 73.

¹⁴ หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 124.

ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย¹⁵

ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 บัญญัติว่า “ผู้ใดฆ่าผู้อื่นต้องระวางโทษ...” แต่การฆ่าตัวเองจะนำบทกฎหมายในมาตราดังกล่าวมาลงโทษมิได้ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่าเป็นความผิด

คำว่า เครื่องครัดนั้น ไม่ได้หมายความว่า ต้องดำเนินตามตัวอักษรแบบตรงๆ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นเพียงการห้ามมิให้ศาลตีความขยายตามใจชอบในบางกรณีศาลอาจตีความโดยการขยายความได้ แต่ต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายอันปรากฏอยู่ในตัว บทกฎหมายนั้นเองว่ารวมถึงการห้ามการกระทำที่จำเลยกระทำลงด้วยหรือไม่ ดังนี้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดจึงหมายถึงการห้ามเปรียบเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งดังกล่าวมาข้างต้น

(ข) จะตีความกฎหมายอาญาให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลมิได้

ตีความโดยขยายความได้แต่ห้ามเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงเป็นผลร้ายการตีความกฎหมายอาญาไม่ได้ห้ามการตีความโดยการขยายความ เพราะเหตุว่าเป็นการยากที่จะกะเกณฑ์คาดการณ์และเล็งเห็นกรณีต่าง ๆ ล่วงหน้าไปเสียทุกอย่าง

ดังนั้น โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ในการที่จะใช้บทกฎหมายบังคับแก่กรณีต่าง ๆ มากมายเช่นนี้ ถ้าหากประสงค์ให้บทบัญญัตินั้นมีผลได้อย่างแท้จริงสมดังที่ผู้ร่างปรารถนาจะให้ เป็นเช่นนั้นแล้วก็เห็นจะต้องยอมรับให้มีการตีความโดยการขยายความได้ แม้ในกรณีกฎหมายที่มีโทษทางอาญา เพราะในความเป็นจริงแล้วการตีความ ในกรณีดังกล่าวไม่ใช่การตีความเพื่อความหมายผิดไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย เพียงแต่เป็นการตีความเพื่ออุดช่องว่างหรือเพื่อเสริมให้กฎหมายนั้นสมบูรณ์ขึ้นตามเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายเท่านั้น

แต่จะลงโทษบุคคลใดโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ได้ เพราะย่อมขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายและจุดมุ่งหมายของมาตรานั้น¹⁶ เช่น การที่บุคคลหนึ่งฆ่าตัวตายแต่ไม่สำเร็จ ซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดไว้ย่อมไม่อาจนำเรื่องพยายามฆ่า ผู้อื่นตามมาตรา

¹⁵ “บทที่ 8 การตีความกฎหมาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://law.dpu.ac.th/upload/content/files/8.doc>

¹⁶ กุสุมา เมฆเมฆา และ อานาจ เนตยสุภา, “การตีความกฎหมายอาญา,” ใน การใช้การตีความกฎหมาย : งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์ดิถี ดิงสภักดิ์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 249.

288 ประกอบ 80 ประมวลกฎหมายอาญามาเทียบเคียงเพื่อลงโทษบุคคลนั้นได้ ความแตกต่างระหว่างเรื่องการตีความโดยขยายความและเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยั้งนั้น ยากที่จะแยกให้เห็นอย่างเด่นชัด แต่การขยายความหากถึงขั้นขัดแย้งกับตัวอักษรแห่งบทบัญญัติใน

หรือ ในกรณีที่มีกฎหมายสองฉบับหรือกว่านั้นขึ้นไปจะนำมาใช้ปรับแก้คดีให้ถือหลักว่า กฎหมายฉบับใดที่เป็นคุณแก่จำเลย ย่อมต้องใช้กฎหมายฉบับนั้น เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หรือในกรณีที่กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดไม่ว่าในทางใด เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1031/2498 จำเลยทำผิดไว้ตามกฎหมายเก่าซึ่งมีโทษสูง แต่ถูกฟ้อง เมื่อมีกฎหมายใหม่กำหนดโทษต่ำลง การนับอายุความต้องถือจากอัตราโทษตามกฎหมายใหม่ เพราะเป็นการใช้กฎหมายในทางที่เป็นคุณแก่จำเลย¹⁷

(ค) กรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความไปในทางเป็นประโยชน์แก่จำเลย

ในกรณีเป็นที่สงสัยหรือกรณีที่อาจตีความหมายได้หลายทาง ถ้ามีทางใดที่เป็นคุณแก่จำเลยหรือผู้ต้องหามากกว่า ศาลต้องตีความไปในทางนั้น ทั้งนี้เมื่อเกิดข้อสงสัย และศาลยกประโยชน์ แห่งความสงสัยให้จำเลย แต่ศาลไม่มีหน้าที่ที่จะพิจารณาหาช่องทางช่วยเหลือผู้ต้องหาในกรณีที่ไม่มีข้อ สงสัยอันจะทำให้ศาลต้องตีความ¹⁸

ตัวบทกฎหมายอาญาข้อใดที่มีข้อความเคลือบคลุมสงสัย ต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลย ทั้งนี้เทียบเคียงจากหลักในการพิจารณาคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 227 บัญญัติว่า “ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1840/2531 ประจักษ์พยานโจทก์ทั้งสองเป็นหญิงซึ่งโดยปกติแล้วเมื่อมีเหตุร้ายเกิดขึ้นมักจะตื่นตกใจได้ง่าย แม้ขณะเกิดเหตุจะมีแสงไฟฟ้าขนาด 20 แสงเทียนเปิดอยู่ก็ตาม แต่ก็ได้ความว่าคนร้ายสวมหมวก ซึ่งย่อมทำให้การสังเกตจดจำใบหน้าของ

¹⁷ “บทที่ 8 การตีความกฎหมาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2565, จาก

<https://law.dpu.ac.th/upload/content/files/8.doc>

¹⁸ กุสุมา เมฆเมฆา และ อำนวย เนตยสุภา, “การตีความกฎหมายอาญา,” ใน การใช้การตีความกฎหมาย : งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์ดิถี ดิงสภักดิ์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 224.

คนร้ายเป็นไปโดยไม่ยั้งนัก ทั้งการที่พยานได้ยืนยันกับเจ้าหน้าที่ตำรวจขณะนำตัวจำเลยมาที่เกิดเหตุว่าจำเลยเป็นคนร้าย แต่จำเลยได้ถามพยานว่า คนร้ายได้สวมเสื้อตัวที่จำเลยสวมอยู่หรือไม่ พยานตอบว่าจำไม่ได้จึงยังเป็นที่น่าสงสัยว่าพยานจะจำหน้าคนร้ายได้ว่าเป็นจำเลยหรือไม่ เพราะแม้แต่เสื้อคนร้ายซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจเพิ่งจับมาให้พยานทั้งสองดูหลังเกิดเหตุไม่นานยังจำไม่ได้ พยานหลักฐานของโจทก์จึงยังไม่ชัดเจนที่จะฟังว่าจำเลยเป็นคนร้ายรายนี้¹⁹

2.2 คุณธรรมทางกฎหมายอาญา

2.2.1 ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

บทบัญญัติของความผิดต่าง ๆ เป็นบทบัญญัติที่สั้นและกระชับรัด แต่ในความสั้นและกระชับรัดของบทบัญญัตินั้นได้รวบรวมเอาสิ่งต่าง ๆ ที่เป็นพื้นฐานของความผิดเอาไว้ได้แก่ ผู้กระทำการกระทำ กรรมของการกระทำ และผลของการกระทำ รวมทั้ง “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)²⁰

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ไม่ใช่สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ เป็น “ภาพในทางความคิด” ซึ่งเป็นสิ่งที่ เป็นนามธรรม กล่าวโดยเฉพาะ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เป็นสิ่งที่ เป็น “ประโยชน์” (Interesse) หรือ เป็นสิ่งที่ เป็น “คุณค่า” (Wert) ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมในการที่จะให้การอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมมีความเป็นปกติสุขนั้น มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิด “ประโยชน์” (Interesse) หรือ “คุณค่า” (Wert) ของการอยู่ร่วมกันการละเมิด “ประโยชน์” (Interesse) หรือ “คุณค่า” (Wert) ของการอยู่ร่วมกันจึงเป็นการละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ฉะนั้น จึงสามารถให้ความหมายของ “คุณธรรมทาง กฎหมาย” (Rechtsgut/legal interest) ได้ว่า

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) หมายถึง “ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง” หรือ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง”

“คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) กับ “กรรมของการกระทำ” (Schutzobjekt) เป็นคนละอย่างและแตกต่างกันในขณะที่ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) เป็น “คุณค่า” (Wert)

¹⁹ “บทที่ 8 การตีความกฎหมาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2565, จาก

<https://law.dpu.ac.th/upload/content/files/8.doc>

²⁰ คณิต ฒ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 157.

ในทางอุดมคติที่อยู่เบื้องหลังของความคิดฐานต่าง ๆ แต่ “กรรมของการกระทำ” (Schutzobjek) เป็นวัตถุที่ถูกระทบจากการกระทำที่ละเมิด “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut)²¹

สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองที่เป็นส่วนที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติความคิดฐานต่าง ๆ นี้ไม่ใช่สิ่งที่มีรูปร่างหรือวัตถุหรือ บุคคล แต่เป็นสภาพที่พึงปรารถนาที่กฎหมายต้องการประกันจากการล่วงละเมิด ซึ่งเป็นเรื่องในทางความคิดสิ่งนี้ในทางตำราเยอรมันเรียกว่า “Rechtsgut”²² หรือ “คุณธรรมทางกฎหมาย” (legal interest) ซึ่ง “คุณธรรมทางกฎหมาย” นี้เป็นสภาวะความคิดที่เป็นนามธรรมและเป็นที่มาของ “ปทัสถาน” (Norm) อันเป็นพื้นฐานของ “ความผิดอาญา” (Crime)

กล่าวคือใน “ปทัสถาน” นั้นมี “คุณธรรมทางกฎหมาย” แฝงอยู่การประพาดิผิด “ปทัสถาน” บางอย่างอาจยังไม่กระทบต่อการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมที่ร้ายแรงพอที่สมควรจะกำหนดเป็นความผิดอาญาก็ได้ ฉะนั้น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่ได้รับการยกระดับขึ้นเป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ในทางกฎหมายอาญาไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอาญาอื่นล้วนแล้วแต่เป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น การคุ้มครองในรูปแบบอื่นจึงไม่เพียงพอ ด้วยเหตุนี้จึงต้องคุ้มครอง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่สำคัญนั้นด้วยกฎหมายอาญา

ตำรากฎหมายเยอรมันกล่าวว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลิตผลของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้นกล่าวว่ากฎหมายอาญาตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิสมบัติทั้งหลายที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและสมบัติอื่น (สมบัติในทางความคิด) ของบุคคลชอบที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญาและเห็นกันว่ากฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่นอกเหนือจากนี้ โดยนัยนี้ก็ถือว่าคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณากันก็เฉพาะในกรณีที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของสมบัติสามารถสละสมบัตินั้นได้เท่านั้นสมบัติที่สละได้ เช่น กรรมสิทธิ์ ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ เป็นต้น²³

ความผิดอาญาแต่ละฐานได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอันในการทำอันตรายหรือก่ออันตรายต่อกรรมของการกระทำที่บทบัญญัติของกฎหมาย

²¹ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 160.

²² คณิต ณ นคร, “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *วารสารอัยการ*, น. 56-61 (2523).

²³ คณิต ณ นคร, *พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น. 92.

อาญาต้องการจะคุ้มครองให้เกิดความมั่นคงนี้เท่ากับเป็นการก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาหรือผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้นในทางกฎหมายอาญาจึงมีการพิเคราะห์ค่าบางประการด้วย²⁴

2.2.2 ประเภทของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) แบ่งได้เป็น 2 ประเภท²⁵ คือ

(ก) คุณธรรมทางกฎหมาย ที่เป็นส่วนบุคคล (Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกายกรรมสิทธิ์

ในส่วนที่เกี่ยวกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) นั้น ยังอาจแบ่งแยกย่อยออกไปเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” (hichstpersonliches Rechtsgut) เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย แต่การแบ่งแยกต่อออกไปนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติ “ความผิดอันยอมความได้” (Antragsdelikte) เป็นต้น

โดยทั่วไป “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) เป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” (Rechtsgut) ที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่สำหรับ “ชีวิตมนุษย์” นั้น แม้จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” (Individualrechtsgut) แต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจสละความคุ้มครองได้

(ข) คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม(Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจรในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร ความมั่นคงเชื่อถือและการชำระหนี้ได้ของเงินตรา ในความผิดเกี่ยวกับเงินตรา ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน ในความผิดฐานกบฏดินแดน เป็นต้น

2.2.3 คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

(ก) คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี ตามมาตรา 278

ในการบัญญัติความผิดที่เกี่ยวกับเพศไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานกระทำอนาจารสิ่งทีกฎหมายต้องการจะให้ความคุ้มครอง ก็คือ คุ้มครองไม่ให้บุคคลได้รับการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ นอกจากจะคุ้มครองไม่ให้บุคคลได้รับการกระทำที่ไม่

²⁴ คณิต ฒ นคร, “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” วารสารอัยการ, น. 56-61 (2523).

²⁵ คณิต ฒ นคร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 162.

เหมาะสมในทางเพศแล้ว กฎหมายยังคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของบุคคลให้ไม่ต้องประสบกับประสบการณ์ทางเพศโดยที่บุคคลนั้นไม่ให้ความยินยอม²⁶

(ข) คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี ตามมาตรา 279

นอกจากจะคุ้มครองการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ และเสรีภาพในทางเพศ ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ยังมุ่งจะให้ความคุ้มครองความบริสุทธิ์ในทางเพศของเด็ก โดยกฎหมายมุ่งจะคุ้มครองความเจริญวัยของเด็กไม่ให้ต้องถูกรบกวนหรือประสบกับความสัมพันธ์ทางเพศก่อนถึงวัยอันควร เพราะเด็กที่มีช่วงอายุดังกล่าวนี้ยังไม่มีวุฒิภาวะเติบโตและพัฒนาการด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อบรม รวมถึงประสบการณ์ยังไม่สมบูรณ์ประกอบกับเด็กในวัยดังกล่าวยังอยู่ในช่วงที่จะต้องศึกษาหาความรู้ จึงยังไม่สมควรที่จะต้องหมกมุ่นในเรื่องทางเพศ²⁷

2.3 พัฒนาการของบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นในสังคมไทยมาเป็นเวลาช้านานแล้ว โดยความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนตั้งแต่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นถึงประมวลกฎหมายอาญาของในปัจจุบัน ในส่วนของการกระทำอนาจารนั้นมีอยู่ในตัวกฎหมาย 4 ฉบับ

1. พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนในกฎหมายตราสามดวง
2. พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118
3. กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127
4. ประมวลกฎหมายอาญา

ความผิดฐานกระทำอนาจารที่ปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายก็มีความเปลี่ยนแปลงไปด้วยโดยรายละเอียดของความผิดฐานกระทำอนาจารในแต่ละยุคสมัยมีดังต่อไปนี้

2.3.1 พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนในกฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช (รัชกาลที่ 1) เพื่อชำระกฎหมายที่กระจัดกระจายอยู่ในขณะนั้นให้เป็นระบบและชำระกฎหมายบางฉบับที่มีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับหลักเหตุผลและความเป็นธรรม โดย

²⁶ คณิต ณ นคร, “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” วารสารอัยการ, น. 56-61 (2523).

²⁷ เห่งอ้าง.

ยึดพระธรรมศาสตร์เป็นหลักสำคัญในการปรับปรุงและชำระกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมกฎหมายที่ใช้บังคับในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น คือ กฎหมายที่ใช้บังคับในสมัยอยุธยาที่มีการคัดลอกมาจากเอกสารทางกฎหมายที่หลงเหลือมาจากการที่กรุงศรีอยุธยาถูกทำลายซึ่งเอกสารทางกฎหมายเก่าหรือสืบส่วนจะคงเหลืออยู่เพียงส่วนเดียวเท่านั้นประกอบกับพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทรงวินิจฉัยเรื่องต่างๆโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยของพระองค์เองบ้างอาศัยหลักฐานจากคำบอกเล่าของผู้เฒ่าผู้แก่บ้าง

เหตุผลในการร่างกฎหมายเริ่มจาก “คดีอำแดงป้อม” ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า อำแดงป้อมภรรยาของนายบุญศรี ช่างเหล็กหลวงได้ยื่นฟ้องขอหย่าขาดจากนายบุญศรี นายบุญศรีได้ให้การกับศาลว่าตัวเองไม่มีความผิดแต่อำแดงป้อมนอกใจทำชู้กับนายราชาอรรด แล้วมาฟ้องหย่าตนก็ไม่ยอมให้หย่า แต่พระเกษมไกรสิทธิ์ผู้พิพากษาพิจารณาคดี ไม่พิจารณาคำให้การของตนทั้งยังพุดจาตะโลมอำแดงป้อม แล้วพิพากษาไม่เป็นธรรมให้อำแดงป้อมหย่าขาดจากตนได้ โดยคัดข้อความด้วยบทกฎหมายมาให้ลูกขุนดู ซึ่งมีความว่า แม้ชายผู้สามีไม่มีความผิด หากหญิงเป็นภรรยาขอหย่า ให้หย่าขาดจากผัวเมียกันได้ นายบุญศรีจึงถวายฎีกาต่อพระเจ้าอยู่หัวว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากผู้พิพากษา²⁸ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมโดยศาลตัดสินให้ภรรยาที่นอกใจสามีฟ้องหย่ากับสามีได้ และตัดสินให้หย่ากันซึ่งสาเหตุน่าจะมาจากกฎหมายที่คลาดเคลื่อนไปภายหลังจากที่มีการรวบรวมหลังจากที่เสียหายไป ดังนั้น ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชรัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ทรงมีพระบรมราชโองการให้มีการชำระสะสางกฎหมายตราสามดวงขึ้นใหม่ พระอัยการลักษณะผัวเมียได้มีการบัญญัติความผิดในลักษณะที่เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำอนาจารไว้ในหลายมาตรา โดยมีรายละเอียดดังนี้

มาตรา 2 บัญญัติว่า “ผู้ใดเล่าโลม จับมือถือนมกอดจูบเมียท่านก็ดี ผัวท่านไม่อยู่ ไปหาเมียท่านถึงในเรือนแลในสถานที่ลับ ไม่มีผู้ใดอยู่ด้วยเป็นค่านับก็ดี ไปเมียท่านถึงที่นอนในห้องอยู่แต่สองต่อสองก็ดีที่ท่านให้ไหมชายนั่งกึ่งเบ้าปรถมผิดเมีย ถ้าผู้ใดกล่าวคำแพะโลมเมียท่านก็ดีลักลอบพุดจาด้วยเมียท่านก็ดีพิจารณาเป็นสัจไซ้ให้ไหมชายนั่งกึ่งเบ้าชกมือถือนมกอดจูบนั้น²⁹”

²⁸ “คดีอำแดงป้อม,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก

<https://mgronline.com/online/section/detail/9640000112245>

²⁹ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวง ตรา 3 ดวง เล่ม 2, (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2481), น.4.

มาตรา 75 บัญญัติว่า “บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรท่านก็ดีขึ้นไปถึงที่นอนบุตรท่านก็ดี แลลูกลากรบุตรท่านไปจับกอดทำชั่วแลประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ³⁰”

บทบัญญัติความผิดในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้นจะไม่ปรากฏคำว่า “อนาจาร” อยู่ในบทบัญญัติของกฎหมาย แต่จะปรากฏคำว่า “ทราจาร” หมายความว่า ความประพฤดิชั่วช้าเลวทรามในที่ซึ่งไม่สมควร³¹ ซึ่งรวมถึงลักษณะของการกระทำที่มีความไม่สมควรในทางเพศ เช่น การ เล้าโลม การจับมือถือนม การกอดจูบในบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งการกระทำดังกล่าวก็อาจเทียบได้กับการกระทำอนาจารตามความหมายที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับปัจจุบัน

จากบทบัญญัติความผิดที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนกฎหมายได้มีการกำหนดให้ บุคคลที่จะเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนได้นั้น จะต้องเป็นเพศชายเท่านั้น และในขณะเดียวกันผู้ที่จะเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานกระทำอนาจารตามพระ อัยการลักษณะฝ่าฝืนก็ต้องเป็นหญิงเท่านั้นเช่นกัน ถึงแม้ว่าผู้เสียหายจะเป็นทาสก็ตามแต่หากถูกนายทาสหรือบุคคลใดกระทำการอนาจารกฎหมายก็ให้ความคุ้มครอง

บทบัญญัติที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้นยังไม่ได้มีการให้ความคุ้มครองถึงการกระทำอนาจารที่ผู้เสียหายเป็นเพศชาย นอกจากนี้ในการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารที่ปรากฏในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนไม่ได้มีบทบัญญัติมาตราใดที่ให้ความคุ้มครองเด็กไว้ โดยเฉพาะ แม้ว่าจะเป็นการกระทำอนาจารเด็กผู้กระทำก็รับผิดดังเช่นกระทำอนาจารบุคคลทั่วไป

สรุปได้ว่า บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้น ผู้กระทำความผิดจะต้องเพศชายเท่านั้น และผู้เสียหายในการกระทำความผิดก็ต้องเป็นหญิงเท่านั้น แม้ว่าจะเป็นทาสกฎหมายก็ให้ความคุ้มครอง นอกจากนี้กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองพฤติกรรมที่ไม่สมควรในทางเพศที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัว ร่างกายของหญิงผู้เสียหายรวม ไปถึงการลักลอบพุดจา การอยู่ด้วยกันสองต่อสอง การพุดจาแพละ โลม การขึ้นไปบุตรของผู้อื่นถึงห้องนอนแม้จะไม่ได้เป็นการ กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย ก็เป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแล้ว ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามที่บัญญัติไว้ในพระอัยการ

³⁰ เพิ่งอ้าง, น.42.

³¹ “ทราจาร,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://dictionary.sanook.com/search/dict-th-th-royal-institute/>

ลักษณะผิว เมียจึงมีความหมายกว้างกว่าการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายปัจจุบัน³²

2.3.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

ประเทศไทยถือใช้กฎหมายตราสามดวงมาตลอดจนกระทั่งในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์สภาพสังคมและบ้านเมืองมีการเปลี่ยนแปลงไป โดยประเทศไทยมีการติดต่อกับต่างประเทศมากยิ่งขึ้นทำให้กฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะนำมาแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ทำให้ประเทศไทยต้องมีการประกาศใช้กฎหมายเป็นเรื่อง เพื่อแก้ไขปัญหาลงหน้าไปก่อน รวมถึงการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ส่งผลให้บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในพระอัยการลักษณะผิวเมียถูกเลิกทุกมาตรา

แนวความคิดในการบัญญัติกฎหมาย ก่อนที่ประเทศไทยจะได้เริ่มลงมือจัดทำประมวลกฎหมายไทยใหม่นั้น พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชการที่ 5 ได้ทรงสถาปนากระทรวงยุติธรรมขึ้นเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2434 ในขณะที่เดียวกันกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงรับมอบหมายให้เป็นประธานในการชำระสะสางพระราชกำหนดกฎหมายไทยทั้งหมด และในยุคนั้นก็มีการตรากฎหมายขึ้นบังคับเป็นจำนวนมากรวมทั้งพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ระบบกฎหมายไทยในยุคนี้อาจมีการนำหลักกฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้เป็นเรื่อง ๆ ไป เพราะเป็นวิธีที่สะดวกในสมัยนั้น³³

พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 นั้นกฎหมายเริ่มมีความกระชับขึ้น มีการการจัดเป็นหมวดหมู่มากขึ้น โดยกล่าวถึงเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมาย และยกเลิกกฎหมายเดิม จะมีบทบัญญัติลงโทษการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ปรากฏในมาตรา 4 กำหนดว่าชายใดทำชำเราด้วยหญิงในเหตุ 4 ประการดังที่จะกล่าวต่อไป ท่านว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง

³² นางสาววิวรรณ เพชรรัตน์, “ ความหมายของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น.16.

³³ ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัย กฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชา นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.30.

- 1) ขึ้นใจหญิง
- 2) หญิงมียินยอม
- 3) หญิงยินยอมด้วยชายชู้จะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง ๆ มีความกลัวจึงยินยอม
- 4) หญิงยินยอมก็ดี ฤาเมียะยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา³⁴

พระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ก็เป็นหนึ่งในกฎหมายที่ประกาศใช้ ในช่วงที่กำลังมีปรับปรุงกฎหมายให้อยู่ในรูปแบบของกฎหมายสมัยใหม่และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้าในขณะนั้นโดยพระราชกำหนดดังกล่าวได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น ในส่วนของบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ดังนั้น ในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อที่จะลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารจึงยังคงต้องบังคับใช้ตามบทบัญญัติที่มีการบัญญัติไว้ในพระอัยการลักษณะผิดเมียต่อไป³⁵

2.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

กฎหมายลักษณะอาญาเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญในการปฏิรูประบบกฎหมายของไทย ให้ทัดเทียมนานาประเทศ ในขณะนั้นและเป็นเครื่องมือหนึ่งที่สำคัญในการแก้ปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต หรือสิทธิ ทางการศาลของไทยกลับคืนมาเพราะตั้งแต่สมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวในปีพุทธศักราช 2398 เราได้เสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทางการศาลไปเนื่องมาจากการที่ประเทศ ตะวันตกไม่ยอมรับกฎหมายของเราโดยมองว่าเป็นกฎหมายที่ป่าเถื่อนและโหดร้าย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงรับสั่งให้มีการจัดทำกฎหมายลักษณะอาญาขึ้น โดยได้นำเอาหลักกฎหมายอาญาอันเป็นที่นิยมนั้นในประเทศต่าง ๆ มาพิจารณาคัดแปลง ให้เข้ากับสภาพแวดล้อมของสังคมไทยขณะนั้น และเพื่อเป็นการยกระดับประเทศขึ้นสู่ระดับอารยประเทศ กฎหมายฉบับนี้ถือว่าเป็นประมวลกฎหมายที่แท้จริงฉบับแรกของไทย มีทั้งสิ้นรวม 340 มาตรา³⁶

³⁴ “พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118,” ราชกิจจานุเบกษา (9 เมษายน ร.ศ.118) : 11-12.

³⁵ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://www.museumthailand.com/th/459/webboard/topic/>

ในการร่างประมวลกฎหมายอาญานั้นผู้ร่างได้มีการนำเอาประมวลกฎหมายอาญาของหลายประเทศมาใช้ในการอ้างอิงโดยประมวลกฎหมายที่นำมาอ้างอิง ได้แก่³⁷

1. ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ.1810
2. ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี ค.ศ.1870
3. ประมวลกฎหมายอาญาอังกีร์ว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษและมัชยโทษ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ.1878
4. ประมวลกฎหมายอาญาอังกีร์ ว่าด้วยความผิดลหุโทษลงวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ 1879
5. ประมวลกฎหมายอาญาของเนเธอร์แลนด์ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1881
6. ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ.1880
7. ประมวลกฎหมายอาญาอียิปต์ สำหรับศาลที่พิจารณาคดีสำหรับคนพื้นเมือง ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1904

ความผิดฐานกระทำอนาจาร ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ภาค 2 ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร หมวด 2 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีรายละเอียด ดังนี้

มาตรา 245 บัญญัติว่า “ ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง ”

ถ้าและมันใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยวาจาขู่เข็ญ กระทำความผิดเช่นว่ามานี้ ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง ”

มาตรา 246 บัญญัติว่า “ ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบขึ้นไป โดยมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาท ขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง ”

³⁷ ยอร์ช ปาดูซ์, บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127, แปลและเรียบเรียงโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2546), น.50-51.

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2475 ซึ่งได้มีการแก้ไขอายุของผู้เสียหายที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย จากเดิมที่การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 245 จะต้องเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสองขวบ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้การกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบเป็นความผิดตามมาตรา 245 และความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 246 จากเดิมที่กำหนดอายุของผู้เสียหายไว้ว่าจะต้องเป็นบุคคลอายุกว่าสิบสองขวบ ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอายุของผู้เสียหายจะต้องเป็นบุคคลอายุกว่าสิบสามขวบ การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง ขณะเดียวกันผู้ถูกระทำก็อาจจะเป็นได้ทั้งชายและหญิงเช่นเดียวกัน ดังนั้น การกระทำอนาจารระหว่างชายต่อชาย หรือ หญิงต่อหญิงก็สามารถเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้³⁸

การกระทำอนาจารที่จะเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นั้น หมายถึงการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ซึ่งการกระทำใดจะเป็นการกระทำที่สมควรหรือไม่สมควรนั้นจะต้องพิจารณาจากกาลเทศะและสิ่งแวดล้อมประกอบกัน โดยสิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณา คือ จิตใจของผู้กระทำความผิด³⁹ กล่าวคือ การกระทำบางอย่างอาจจะเป็นการกระทำที่เป็นการกระทำอนาจาร หรือไม่ก็ได้ แล้วแต่จิตใจของผู้กระทำความผิด เช่น การที่แพทย์จับหน้าอกของคนไข้หากเป็นความจำเป็น ในการตรวจรักษาโรค แม้ขณะที่แพทย์ทำการตรวจร่างกายของไข้ แพทย์จะมีอารมณ์ทางเพศก็ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่ถ้าหากการที่แพทย์ใช้การตรวจคนไข้เพื่อบังหน้าในการที่แพทย์จะได้สัมผัสร่างกายของคนไข้ การกระทำของแพทย์ดังกล่าวก็เป็นความผิดฐานกระทำ อนาจารซึ่งเป็นหลักการเกี่ยวกับการพิจารณาความผิดฐานกระทำอนาจารในปัจจุบัน

การกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 245 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องความยินยอมของเด็กไว้ แม้ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม การกระทำความผิดดังกล่าวก็เป็นความผิดและหากการกระทำอนาจารนั้น เป็นการกระทำโดยใช้กำลังหรือ การขู่เข็ญด้วยวาจา ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นด้วย

³⁸ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.๑๒๗, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548), น.360.

³⁹ เพ็งอ้าง, น.361.

คำว่า “ ใ้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย ” มีความหมายอย่างเดียวกันกับ “ กระทำการประทุษร้าย ” ซึ่ง กระทำการประทุษร้าย หมายความว่า ใ้กำลังประทุษร้าย คือ การประทุษร้ายแก่กาย หรือ จิตใจ ของบุคคล ไม่ว่าจะทำได้ด้วยแรงกายภาพ หรือ ด้วยวิธีอื่นใด และใ้หมายความรวมถึง การกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุใ้ บุคคลหนึ่งบุคคลใด อยู่ในภาวะที่ ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดย ใ้ยาทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือ ใ้วิธีอื่นใด อันคล้ายคลึงกัน⁴⁰ คำๆนี้มีความหมายกว้างกว่าการทำร้าย การกระทำอะไรเล็กๆน้อยๆ ก็อยู่ในความหมาย ของการใ้กำลังประทุษร้ายแล้ว เช่น กอด จับ ผลัก ดึง ข่วนหยิก เป็นต้น คือไม่ถึงกับทำร้ายร่างกาย แต่การทำร้าย ก็อยู่ในความหมายของการใ้กำลังประทุษร้ายเหมือนกัน

สรุปได้ว่า ความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิง ในขณะที่เดียวกันผู้เสียหายก็สามารถเป็นได้ทั้งชายและหญิงเช่นเดียวกัน และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ยังใ้ใ้ความคุ้มครองเด็กไม่ว่าจะเป็นเด็กชายหรือเด็กหญิงด้วยโดยผู้กระทำความผิดนั้น ไม่สามารถที่จะอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้หลุดพ้นจากความผิดได้ และหากมีการกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปีโดยใ้กำลังหรือ ใ้ใ้ญ่ด้วยวาจาผู้กระทำนั้นจะต้องรับโทษหนักกว่าการกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบสามปี การกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ต้องเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อระงับความต้องการในทางเพศของผู้กระทำความผิดและการกระทำอนาจารนั้นต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลและแม้ว่าการกระทำความดังกล่าวจะเป็นการกระทำผ่านเสื้อผ้าก็สามารถเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้⁴¹

2.2.4. ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาลบฉบับที่บังคับใ้ใ้อยู่ในปัจจุบันนั้น ได้มีการบังคับใ้เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เหตุผลในการประกาศใ้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้ประกาศใ้มานานแล้วและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายแห่งกระจัดกระจายกันอยู่ จึงเป็นการสมควรที่จะใ้ชำระสะสาง และนำใ้รูปเป็นประมวลกฎหมายอาญาเสียในฉบับเดียวกันนี้ ปรากฏว่าหลักการบางอย่างและวิธีการลงโทษบางอย่างควรจะใ้ปรับปรุงใ้สมกับกาลสมัย

⁴⁰ “ประทุษร้าย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://dictionary.sanook.com/search/dict-th-royal-institute/>

⁴¹ นางสาววิวรรณ เพชรรัตน์, “ ความหมายของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น.20.

และแนวโน้มของนานาชาติประเทศ ในสมัยปัจจุบันหลักเดิมบางประการจึงล้ำสมัย สมควรจะได้ปรับปรุงเสียให้สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบบประชาธิปไตย⁴²

มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานอนาจารทั้งสิ้น 4 ครั้งตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้

ครั้งที่ 1 ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 สมัยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะปฏิวัติ โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมเพราะคณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชนได้รับความสงบสุขและปลอดภัยจากอาชญากรรมในการนี้คณะปฏิวัติเห็นว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอต่อการป้องกันและปราบปรามสมควรแก้ไขให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์⁴³

รวมถึงการเพิ่มโทษสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยการแก้ไขเพิ่มโทษสำหรับการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 จากเดิมระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับเป็นระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และแก้ไขเพิ่มโทษสำหรับการกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 จากเดิมหากกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับเป็นหากกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการกระทำอนาจารเด็กดังกล่าว เกิดขึ้นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือ โดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกิน หนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁴² สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2565, จาก

<https://www.krisdika.go.th/librarian/getfile?sysid=722978&ext=htm>

⁴³ “ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ.2514,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์

2565, จาก <http://www.rachakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2514/A/127/1.PDF>

ครั้งที่ 2 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2525 สมัยพลเอกเปรม ติณสูลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี โดยเหตุผลในการประกาศใช้ คือสภาพอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศได้ทวีความรุนแรงซึ่งแม้ได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาแล้วครั้งหนึ่ง ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 แต่เห็นสมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าวโทษในความผิดฐานอนาจาร⁴⁴ โดยการแก้ไขเพิ่มโทษสำหรับการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 จากเดิมระวางโทษจำคุก ไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบ ปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และสำหรับการกระทำอนาจารเด็กตามมาตรา 279 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโทษจากเดิมหากกระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการกระทำอนาจารเด็กดังกล่าวเกิดขึ้นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็น บุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นหาก กระทำอนาจารเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และหากการกระทำอนาจารเด็ก ดังกล่าวเกิดขึ้น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน สิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสาม หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ครั้งที่ 3 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2530 เหตุผลคือ บทบัญญัติมาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 282 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษตามกฎหมายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามถึงสิบห้าปีซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและ

⁴⁴ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://th.wikisource.org/wiki/>

พัฒนาการด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อารมณ์และประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ จึงมีการแก้ไขอายุเด็กที่กฎหมายคุ้มครองจากสิบสามเป็นสิบห้าปี⁴⁵

ครั้งที่ 4 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2560 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่สมควรกำหนดกรอบระยะเวลาบังคับโทษปรับให้รวมถึงเรื่องการอาศัยสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเพื่อใช้ค่าปรับด้วยเพื่อความชัดเจนและเนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับอัตราโทษปรับในประมวลกฎหมายอาญายังไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศไทยในปัจจุบันสมควรปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบันรวมทั้งสมควรปรับปรุงความผิดที่มีโทษทางอาญาซึ่งไม่มีโทษปรับให้มีโทษปรับด้วย⁴⁶ ซึ่งรวมไปถึงการปรับปรุงอัตรา โทษปรับตามมาตรา 278 และมาตรา 279 ประมวลกฎหมายอาญาด้วยอาศัยมาตรา 11 ตาม พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

2.4 ขอบเขตและลักษณะการกระทำอาญาความประมวลกฎหมายอาญาของไทย

2.4.1 ความหมายของคำว่าอาญา

คำว่า “อาญา” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [อาญา] ความประพฤติชั่ว ความประพฤติน่าอับอาย ซึ่งความผิดอาญาฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลโดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ลามก น่าบัดสี ทำให้เป็นที่อับอายเป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม⁴⁷

คำว่า “อาญา” ในความผิดฐานกระทำอาญาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 นั้นกฎหมายมิได้กำหนดนิยามความหมายเอาไว้ จึงต้องพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้ ความหมายของ “การกระทำอาญา” ว่าการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศซึ่งมิได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทาง

⁴⁵ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2530/A/173/4.PDF>

⁴⁶ “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560,” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/032/51.PDF>

⁴⁷ “อาญา,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://dictionary.sanook.com/search/dict-th-th-royal-institute/>

เพศด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547⁴⁸, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550⁴⁹, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2563⁵⁰)

ดังนั้น การกล่าวถ้อยคำ การเขียนภาพ⁵¹ การเล่าเรื่องร่วมเพศ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540⁵²) ไม่เป็นการกระทำอนาจารเพราะไม่ใช่การกระทำต่อ “เนื้อตัวของบุคคล”

การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศอันเป็นการกระทำอนาจารนั้นให้พิจารณาการกระทำนั้นจากที่ปรากฏออกมาภายนอกหากคนทั่วไปเห็นว่าไม่สมควรในทางเพศก็เป็นอนาจาร แม้ผู้กระทำจะมีได้กระทำเพื่อความใคร่หรือกามารมณ์แต่กระทำไปด้วยเหตุอื่น ๆ เช่น เพื่อแก้แค้นหรือโกรธแค้นก็ตาม เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1314/2526 วินิจฉัยว่าจำเลยกับผู้เสียหายอยู่กินด้วยกัน โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสเพียง 2 เดือนก็เลิกกัน ต่อมาจำเลยฟ้องเรียกเอาค่าสินสอดคืนจากฝ่ายผู้เสียหาย ศาลพิพากษายกฟ้องแสดงว่าจำเลยได้แสดงเจตนาเลิกกับผู้เสียหายโดยเด็ดขาดแล้วผู้เสียหายหามีความสัมพันธ์นั้นสามิภริยากับจำเลยอีกต่อไปไม่ ผู้เสียหายจึงร้องจรรยาบรรณคดีมีคณนั้งช้อนทำมาด้วย จำเลยเข้ามาขวางกระชากแขนผู้เสียหายลงจากรถ เข้ากอดปล้ำและพยายามจูดให้ไปกับจำเลย จำเลยจึงมีความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278

หากการกระทำตามที่ปรากฏออกมาภายนอกนั้นไม่ใช่การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ กล่าวคือ คนทั่วไปเห็นว่าผู้กระทำมิได้มีความมุ่งหมายในทางความใคร่หรือกามารมณ์ก็ไม่เป็นอนาจาร แม้ผู้กระทำจะมีความรู้สึกในทางเพศอยู่ในขณะกระทำก็ตาม เช่น แพทย์ตรวจร่างกายในของหญิงเพราะจำเป็นในการตรวจโรค แม้ขณะนั้นแพทย์จะมีความรู้สึกทางเพศขึ้นมาก็ไม่เป็นอนาจาร⁵³

⁴⁸ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://deka.in.th/view-411236.html>

⁴⁹ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://deka.in.th/view-410496.html>

⁵⁰ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 873/2563,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://deka.in.th/view-48844.html>

⁵¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครแพบลิชชิง, 2557), น.460.

⁵² “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <https://deka.in.th/view-91680.html>

⁵³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครแพบลิชชิง, 2557), น.461.

2.4.2 องค์ประกอบของการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารไว้ในภาคความผิด หมวดที่ 9 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวเพศ ซึ่งสามารถแบ่งเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 278 และ ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กที่บัญญัติไว้ในมาตรา 279 โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.4.2.1 ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เชิญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะหรือทวารหนักของบุคคลนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสอง ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยใช้ อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

องค์ประกอบภายนอก สามารถแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

(ก) ผู้กระทำ

จากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 278 จะเห็นได้ว่าในส่วนของตัวผู้กระทำความผิดฐาน กระทำอนาจารนั้น กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร นั้นสามารถเป็นใครก็ได้ โดยไม่มีการจำกัดเพศ ไม่ว่าเพศชายหรือเพศหญิงก็สามารถ เป็น ผู้กระทำ ในมาตรานี้ได้

(ข) การกระทำ

กระทำอนาจารที่จะเป็นความผิดตามมาตรา 278 วรรคหนึ่งได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ที่เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล และจะต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) โดยขู่เจ็ญด้วยประการใดๆ “ขู่เจ็ญ” หมายถึง การกระทำใด ๆ ที่แสดงให้เห็นว่า ผู้ถูกขู่ นั้นจะได้รับอันตราย ซึ่งการขู่เจ็ญตามมาตรานี้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เพียงแต่ผู้ขู่ขู่ทำให้ผู้ถูกขู่เกิดความกลัวว่าตนจะได้รับอันตรายไม่ว่าจะเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือชื่อเสียงก็ตาม และ ไม่จำกัดว่าผู้ที่ได้รับอันตรายจากการขู่ นั้นจะต้องเป็นตัวผู้ถูกขู่เท่านั้น แต่อาจจะเป็นบุคคลในครอบครัวของผู้ถูกขู่ หรือเป็นบุคคลใกล้ชิดของผู้ถูกขู่ก็ได้

2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย คือ การกระทำที่ได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) บัญญัติว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า การประทุษร้าย แก่ร่างกายหรือจิตใจ ของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพ หรือวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึง การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ไม่ว่าจะโดยใช้ยา ทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน

3) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายถึง กรณีที่ผู้ถูกกระทำจำยอมให้ การกระทำความผิดเกิดขึ้น โดยไม่ได้มีความสมัครใจ และภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้น อาจจะเป็นภาวะที่ผู้เสียหายมีอยู่ก่อนการกระทำซึ่งอาจจะเกิดขึ้นเอง เช่น ผู้เสียหายมีโรคประจำตัว หรือเกิดจากการกระทำของผู้ใดก็ได้ แต่อย่างไรก็ตามหากภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นเกิดจากการกระทำของผู้กระทำความผิดก็ได้

4) โดยการทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึง กรณีที่เป็น การทำให้ผู้ที่ถูกกระทำนั้นสำคัญผิดในตัวบุคคล ว่าผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลอื่น

(ค) ผู้ถูกกระทำ

ผู้ถูกกระทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 278 คือ บุคคลที่มีอายุ 15 ปีขึ้นไป

จะเห็นได้ ว่ากฎหมายบัญญัติโดยใช้คำว่า “บุคคล” ไม่ได้ใช้คำว่า ชาย หรือ หญิง ดังนั้น ผู้ถูกกระทำในความผิด ฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 นั้นสามารถเป็นได้ทั้งเพศชายและหญิง ที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป ดังนั้น การกระทำความผิดตามมาตรา 278 นี้จึงสามารถเป็นการกระทำของชายต่อหญิง หญิงต่อชาย ชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิงก็ได้

องค์ประกอบภายใน

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี คือ กระทำโดยมีเจตนาที่จะกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้า

การกระทำโดยเจตนา หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำความผิดกระทำลง โดยรู้ถึงข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ในขณะเดียวกันผู้กระทำ ก็ประสงค์ต่อผลหรือยอมเสี่ยงเห็นผล ของการกระทำนั้นซึ่งเป็นการกระทำโดยเจตนาที่ปรากฏในมาตรา 59 วรรค 3

สำหรับการกระทำความผิดตามมาตรา 278 วรรคหนึ่งนั้น มาตรา 281 ได้กำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดอันยอมความได้โดยมีเงื่อนไขตามอนุมาตรา (2) คือ ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับ อันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดั่งระบุไว้ในมาตรา 285 และมาตรา 285/2

บุคคลตามมาตรา 285 ได้แก่ บุพการี ผู้สืบสันดาน พี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดา ญาติสืบสายโลหิต ศิษย์ซึ่งอยู่ในความดูแล ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการ ผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล หรือผู้อยู่ภายใต้อำนาจด้วยประการอื่นใด

บุคคลตามมาตรา 285/1 ได้แก่ บุคคลซึ่งไม่สามารถปกป้องตนเองอันเนื่องมาจากเป็นผู้ทุพพลภาพ ผู้มีจิตบกพร่อง โรคนิ่ว หรือจิตฟั่นเฟือน คนป่วยเจ็บ คนชรา สตรีมีครรภ์ หรือผู้ซึ่งอยู่ในภาวะไม่สามารถรู้ผิดชอบ

ตัวอย่างคำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539 จำเลยกอดคอผู้เสียหายและจับแขนผู้เสียหายลากเพื่อจะพาเข้าห้องพักในโรงแรม เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ มีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278⁵⁴

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1612/2552 การที่จำเลยเข้ามาทางด้านหลังแล้วจูบศรีษะ โจงัก ร่วมโดยโจทก์ร่วมไม่ยินยอมถือได้ว่าโจทก์ร่วมถูกจำเลยกระทำอนาจาร โดยโจทก์ร่วมอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ตาม ป.อ. มาตรา 278⁵⁵

⁵⁴ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3539/2539,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก

https://www.smartdeka.com/each_deka/

⁵⁵ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1612/2552,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก [https://deka.in.th/view-](https://deka.in.th/view-419910.html)

419910.html

2.4.2.1 ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก

มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เจ็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบห้าปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสามแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม เป็นการกระทำโดยใช้วัตถุหรืออวัยวะอื่นซึ่งมิใช่อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะหรือทวารหนักของเด็กนั้น ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงสี่แสนบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่ เป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนสี่หมื่นบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่หรือวรรคห้า ได้กระทำโดยทำให้ผู้ถูกกระทำเข้าใจว่าผู้กระทำมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองแสนบาทถึงสี่แสนบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสี่หรือวรรคห้า ได้กระทำโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยใช้อาวุธ หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมเด็กหญิงหรือกระทำกับเด็กชายในลักษณะเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

องค์ประกอบภายนอกสามารถแยกองค์ประกอบได้ ดังนี้

(ก) ผู้กระทำ

จากบทบัญญัติมาตรา 279 จะเห็นได้ว่า ในส่วนของตัวผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายความว่า ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร นั้นสามารถเป็นใครก็ได้ โดยไม่มีการจำกัดเพศ ไม่ว่าจะเพศชายหรือเพศหญิงก็สามารถเป็นผู้กระทำ ในมาตรานี้ได้ นั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับ การกระทำอนาจารตามมาตรา 278

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรา 279 ได้มีการกำหนดไว้ว่า การกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไม่ว่าเด็กคนนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็เป็นความผิด ผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะอ้างความยินยอมของเด็กเพื่อให้หลุดพ้นจากความผิด

นอกจากนี้บทบัญญัติในวรรคสองที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 ยังได้บัญญัติเพิ่มโทษให้แก่บุคคลที่กระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปีโดยที่เด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามผู้กระทำก็ควรได้รับโทษหนักขึ้น โดยที่ผู้กระทำความผิดนั้นไม่สามารถอ้างความยินยอมของเด็กที่ถูกระทำเพื่อยกเว้นความผิดได้ บทบัญญัติในวรรคสามถึงวรรคเจ็ดของมาตรา 279 นั้นเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการกระทำอนาจารเด็กดังกล่าวเป็นการกระทำลงโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นหรือเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศหรือทวารหนักของเด็กนั้นหรือเป็นผู้กระทำความผิดก็ต้องรับโทษหนักขึ้นสำหรับการกระทำความผิดนั้นด้วย

(ค) ผู้ถูกระทำ

ตามมาตรา 279 นั้น กฎหมายใช้คำว่า “เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี” โดยไม่ได้จำกัดว่าจะต้อง เป็นเด็กชายหรือเด็กหญิง ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นเด็กชายหรือเด็กหญิงหากอายุยังไม่เกินสิบห้าปีก็สามารถเป็นผู้ถูกระทำตามมาตรา 279 ได้ทั้งสิ้น

ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 หากการกระทำอนาจารดังกล่าวเป็นการกระทำต่อ “เด็กที่อายุต่ำกว่าสิบสามปี” ผู้กระทำก็ควรได้รับโทษหนักขึ้นสำหรับการกระทำนั้นด้วย

องค์ประกอบภายใน

สำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารเด็ก คือ การกระทำโดยมีเจตนาที่จะกระทำอนาจารแก่ เด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปี

การกระทำโดยเจตนา หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำความผิดกระทำลงโดยรู้ถึงข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิดในขณะเดียวกันผู้กระทำก็ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของ การกระทำนั้น ดังนั้น “การกระทำอนาจารโดยมีเจตนาที่กระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่ เกินสิบห้าปี” ตามมาตรา 279 วรรคหนึ่ง คือ การกระทำที่ผู้กระทำรู้ว่าผู้ถูกระทำเป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบห้าปีและผู้กระทำต้องการที่จะกระทำอนาจารแก่เด็กนั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยินยอมของเด็กส่วน “การกระทำอนาจารโดยมีเจตนาที่กระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่ เกินสิบสามปี”

ตามมาตรา 279 วรรคสอง คือ การกระทำที่ผู้กระทำรู้ว่าเป็นเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามปีและผู้กระทำได้ต้องการกระทำอนาจารแก่เด็กนั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความยินยอมของเด็ก

2.4.2.3 ลักษณะของการกระทำอนาจารตามตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

ในการพิจารณาความผิดฐานกระทำอนาจารนี้เป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปที่ต้องพิจารณาว่าการกระทำครบองค์ประกอบภายนอกหรือไม่ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงจิตใจของผู้กระทำความผิด ต่อเมื่อการกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดแล้วจึงพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในว่าผู้กระทำได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาทหรือไม่⁵⁶

กล่าวคือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้นั้น จะต้องพิจารณาจากพฤติกรรมที่ปรากฏออกมาของผู้กระทำความผิด หากพฤติกรรมที่ปรากฏออกมาภายนอกนั้นบุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศก็เป็นการกระทำอนาจาร แม้ในขณะที่กระทำผู้กระทำจะไม่ได้มีเจตนาเพื่อความใคร่ก็ตาม ในทางกลับกันถ้าการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอกบุคคลทั่วไปเห็นว่าไม่ใช่การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศผู้กระทำไม่ได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อความใคร่ก็ไม่เป็นการกระทำอนาจาร แม้ว่าในขณะที่กระทำนั้นผู้กระทำความผิดจะเกิดความใคร่ขึ้นมาก็ตาม เช่น กรณีแพทย์ตรวจคนไข้ที่เป็นหญิงถ้าแพทย์เอามือสัมผัสร่างกายหญิงเพราะเป็นความจำเป็นในการตรวจโรคแม้ขณะที่ทำการตรวจแพทย์จะมีความรู้สึกในทางเพศก็ตามก็ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้มีการให้คำจำกัดความของคำว่ากระทำอนาจารไว้⁵⁷

การจะพิจารณาถึงรูปแบบและประเภทของการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร จึงต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งสามารถจำแนกรูปแบบและประเภทของการกระทำอนาจารได้โดยสังเขป ดังนี้

⁵⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.188.

⁵⁷ เกียรติจิร วังนะสวัสดิ์, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 51, น.460.

(ก) การกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำอนาจาร

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นการ “กระทำอนาจาร”

1. จับมือและกอดหญิง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503 จำเลยจับมือและกอดเด็กหญิงผู้เสียหายอายุ 14 ปีถือได้ว่าเป็นการใช้แรงกายภาพ ซึ่งเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามความหมายใน มาตรา 1(6) แล้วการกระทำของจำเลยดังกล่าว เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278⁵⁸

2. จับนมผู้เสียหาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1279/2506 จำเลยจับนมผู้เสียหายในรถประจำทางซึ่งมีคนโดยสารแน่นนั้น เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล แม้มิได้มีพยานรู้เห็นการกระทำของจำเลยมาเบิกความในชั้นศาล การที่จำเลยจับนมผู้เสียหายโดยไม่ปรากฏว่าผู้เสียหายได้อนุญาตยินยอมนั้นเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 278 แล้ว⁵⁹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2673/2546 จำเลยใช้มือลูบคลำที่อวัยวะสืบพันธุ์และจับหน้าอกผู้เสียหาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549 การที่ผู้เสียหายทั้งสามยอมให้จำเลยกระทำก็เพราะหลงเชื่อว่าจำเลยเป็นเจ้าของพนักงานมีอำนาจกระทำได้ เกิดจากความเบาปัญญา อ่อนต่อโลกของผู้เสียหาย มิได้เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่จำเลยจับและลูบบริเวณแขน หัวไหล่ เต้านม และหน้าท้องของผู้เสียหายทั้งสามเป็นการใช้แรงกายภาพต่อผู้เสียหายทั้งสาม ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย⁶⁰

3. ชายกอดคอหญิงและจับแขนหญิงลากเพื่อจะพาเข้าห้องพักโรงแรม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539 จำเลยกอดคอผู้เสียหายและจับแขนผู้เสียหายลากเพื่อจะพาเข้าห้องพักในโรงแรม เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ มีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ผู้เสียหายนั่งรถยนต์

⁵⁸ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁵⁹ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1279/2506,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁶⁰ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

ไปกับจำเลย ผู้เสียหายขอลงจากรถตั้งแต่ตอนถึงตลาดแล้ว แต่จำเลยบ่ายเบี่ยงเป็นว่าจะไปธุระกับเพื่อนก่อน เมื่อถึงหน้าโรงแรม ผู้เสียหายรู้ว่า จำเลยคิดมีดมีร้ายจึงพูดขอลงและจะเปิดประตูรถ แต่จำเลย ไม่ยอมให้ลง โดยล็อกประตูรถไว้ ดังนี้จำเลยมีเจตนาหน่วงเหนี่ยวผู้เสียหายไม่ให้ลงจากรถจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 วรรคแรก⁶¹

4. ชายเปลือยกายถือมีดเข้าไปในห้องหญิงซึ่งนอนอยู่บนเตียงในห้องเวลากลางคืน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4066/2545 จำเลยที่ 1 เปลือยกายถือมีดเข้าไปหาผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งนอนอยู่บนเตียงนอนของผู้เสียหายที่ 1 ในเวลากลางคืน ผู้เสียหายที่ 1 รู้สึกตัวจำเลยที่ 1 พุดจุมให้ร้อง ผู้เสียหายที่ 1 ร้องกรี๊ดสุดเสียงจำเลยที่ 1 ชกปากและเอามือซ้ายยึดเข้าไปในปากผู้เสียหายที่ 1 กัดนิ้วของจำเลยที่ 1 และดันจนตกจากเตียงนอน ผู้เสียหายที่ 1 ถูกมีดของจำเลยที่ 1 บาดที่ข้อมือซ้าย ถือว่าจำเลยที่ 1 กระทำการอันไม่สมควรทางเพศโดยขู่ข่มขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายและได้ใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว จึงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278⁶²

5. ชายกอดอุ้มหญิงและกอดจูบปลุกปล้ำหญิง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1904/2546 จำเลยที่ 1 นำบันไดเหล็กแบบพับขาไปกางตั้งวางริมหน้าต่างชั้นบนบ้านผู้เสียหายและปีน ไปเรียกผู้เสียหาย เมื่อผู้เสียหายเปิดประตูออกมา จำเลยที่ 1 กอดอุ้มผู้เสียหายและกระทำอนาจารปลุกปล้ำผู้เสียหายที่บริเวณสนามหญ้าข้างหน้าบ้านพักผู้เสียหาย แม้สนามหญ้าดังกล่าวกับบ้านพักไม่มีรั้วล้อมรอบ และไม่มีเครื่องหมายแสดงให้ทราบว่า เป็นแนวเขตของบ้านพักก็ตาม แต่ก็เห็นได้ว่าบริเวณดังกล่าวอยู่ข้างหน้าบ้านพักซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยของผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยที่ 1 เข้าไปในเคหสถานของผู้เสียหายในเวลากลางคืนอันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้เสียหายโดยปกติสุข และกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายผู้เสียหายอันเป็นการกระทำต่อเนื่องไม่ขาดตอนกัน จึงเป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ต้องลงโทษจำเลยที่ 1 ฐานกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278⁶³

⁶¹ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁶² “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4066/2545,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁶³ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1904/2546,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1357/2545 การกระทำของจำเลยที่ขับรถจักรยานยนต์พาผู้เสียหายไปยังที่เกิดเหตุและกระโดดลงจากรถเข้ามาชกท้องผู้เสียหายแล้วจุดเข้าไปในป่า กอดปล้ำ เมื่อผู้เสียหายไม่ยอมจำเลยจึงจับศีรษะผู้เสียหายโขกตอไม้ที่พื้น กดศีรษะลงพื้นและนำมีดปลายแหลมออกมาขู่ให้ผู้เสียหายถอดกางเกง แต่ผู้เสียหายหลอกให้จำเลยปล่อยก่อนแล้วถือโอกาสวิ่งหนีออกจากที่เกิดเหตุได้นั้น เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร⁶⁴

6. ชายเข้าไปโอบไหล่หญิง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541 การที่จำเลยเข้าโอบไหล่ผู้เสียหาย ทั้งที่ไม่เคยรู้จักกันมาก่อน ถือเป็นการล่วงลามผู้เสียหายในทางเพศแล้ว เป็น ความผิดฐานกระทำอนาจาร⁶⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10328/2546 จำเลยและผู้เสียหายมีความสัมพันธ์กันในฐานะครูกับศิษย์ แม้ขณะเกิดเหตุจะรับประทานอาหารด้วยกันก็ไม่มีความผิดที่จำเลยจะกอดเนื้อต้องตัวผู้เสียหาย การที่จำเลยโอบกอดผู้เสียหายที่ไหล่ นานประมาณ 1 นาที เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ถือเป็นการล่วงลามผู้เสียหายในทางเพศอันเป็นความผิดฐานอนาจาร⁶⁶

7. ชายดึงกางเกงขาสั้นพร้อมกางเกงชั้นในของหญิงหลุดออก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 985/2546 จำเลยดึงกางเกงของผู้เสียหายหลุดออกผู้เสียหายบอกจำเลยว่าเป็นโรคเอดส์ จำเลยมีอาการตั้งเล ผู้เสียหายจึงลุกขึ้นวิ่งหนีไปอันเป็นการกระทำฐานอนาจารผู้เสียหาย⁶⁷

(๗) การกระทำที่ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

1. กระทำการอันเป็นพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมในทางเพศโดยความยินยอมของหญิงหรือชายผู้ถูกระทำ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 513/2469 การจับมือถุาจุดมือหญิงได้เกิดขึ้นโดยหญิงยินยอมนั้น หาใช่เป็นการอนาจารไม⁶⁸

⁶⁴ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1357/2545,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁶⁵ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁶⁶ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เจริญธรรมที่ 51*, น. 468.

⁶⁷ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 985/2546,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2529 ประจักษ์พยาน โจทก์มีผู้เสียหายเพียงผู้เดียวคำเบิกความของผู้เสียหายจึงต้องพิเคราะห์ด้วยความระมัดระวัง ผู้เสียหายกับจำเลยรักใคร่กันฉันหมั้นสาวก่อนเกิดเหตุได้พากันซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์ไปเที่ยวสองต่อสองเกือบทั้งวันระหว่างทางกลับบ้าน ผู้เสียหายไม่สบายมากจำเลยได้พาผู้เสียหายไปให้แพทย์ตรวจรักษาที่โรงพยาบาลแห่งหนึ่งแล้วกอดจูบทำอนาจารผู้เสียหายในห้องพักคนไข้ แม้ผู้เสียหายจะเบิกความว่าขณะจำเลยกอดจูบนางพยาบาลได้ออกจากห้องไปแล้วแต่ภายหลังจากนั้นนางพยาบาลก็เข้ามาในห้องอีกผู้เสียหายมิได้เล่าเรื่องกอดจูบให้นางพยาบาลทราบพฤติการณ์น่าจะเชื่อผู้เสียหายยินยอมให้จำเลยกระทำจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจาร⁶⁹

ต้องเป็นความยินยอมโดยสมัครใจ⁷⁰

เหตุผลที่ทำให้ความยินยอมทำให้การกระทำไม่มีความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ศาสตราจารย์จิตติ ตังศภัทย์ อธิบายว่า ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ก็เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 เป็นความผิดที่เกิดขึ้นโดยการบังคับ ขู่เข็ญ หลอกลวง ความผิดเหล่านี้ถ้าปรากฏว่าผู้เสียหายยินยอมให้กระทำโดยบริสุทธิ์ใจ การกระทำก็ย่อมจะไม่ใช่ความผิดอยู่เอง

ความผิดตามมาตรา 278 หากผู้ถูกกระทำยินยอมการกระทำไม่มีความผิดเพราะไม่มีการ ขู่เข็ญ หลอกลวง ฯลฯ

อย่างไรก็ตาม การกระทำก็ยังคงเป็นการ “กระทำอนาจาร” อยู่ ดังนั้น หากผู้ถูกกระทำอายุยังไม่เกินสิบห้าปี (จะเป็นชายหรือหญิงก็ได้) การกระทำนั้นเป็นความผิดตามมาตรา 279 วรรคแรก แม้เด็กจะยินยอมก็ตาม

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา ความยินยอมที่ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของผู้เสียหาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549 การที่ผู้เสียหายทั้งสามยอมให้จำเลยกระทำก็เพราะหลงเชื่อว่าจำเลยเป็นเจ้าของพนักงานมีอำนาจกระทำได้ เกิดจากความเบาปัญญา อ่อนต่อโลกของผู้เสียหาย มิได้เกิดจากความสมัครใจและอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การที่จำเลยจับและลอบ

⁶⁸ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 513/2469,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก https://www.smartdeka.com/each_deka/

⁶⁹ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2529,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁷⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เริงอรรถที่ 8*, น. 462.

บริเวณแขน หัวไหล่ เต้านม และหน้าท้องของผู้เสียหายทั้งสามเป็นการใช้แรงกายภาพต่อผู้เสียหายทั้งสาม ถือได้ว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย การที่จำเลยกระทำอนาจารต่อผู้เสียหาย ขณะผู้เสียหายอยู่ด้วยกันในรถกระบะของจำเลยในลักษณะเปิดเผยถือได้ว่าเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล

จำเลยแสดงตน โดยบอกแก่ผู้เสียหายทั้งสามซึ่งเป็นนักเรียนว่าจำเลยเป็นสารวัตรนักเรียน และจำเลยได้ตรวจร่างกายผู้เสียหายทั้งสามโดยอ้างว่าเพื่อเป็นการพิสูจน์ว่าผู้เสียหายทั้งสามคิดยาเสพติดให้โทษและผ่านการร่วมเพศมาก่อนหรือไม่ ทั้งให้ผู้เสียหายทั้งสามนั่งรถไปกับจำเลยโดยอ้างว่าจะไปส่งโรงเรียนแล้วกลับไปทำกระท่อมอาจารย์ ซึ่งตำแหน่งสารวัตรนักเรียนเป็นตำแหน่งของเจ้าพนักงานสังกัดกระทรวงศึกษาธิการ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการแสดงตนเป็นเจ้าพนักงานและกระทำการเป็นเจ้าพนักงาน⁷¹

2. พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมในทางเพศของผู้กระทำที่กระทำเพื่อการกระทำชำเราผู้เสียหายโดยไม่ปรากฏว่าผู้กระทำได้กระทำอนาจารอย่างอื่นแก่ผู้เสียหายอีก ถือว่าผู้กระทำไม่มี ความผิดฐานกระทำอนาจาร

บางกรณีการจับเนื้อต้องตัวหญิงก็มีใช่เป็นการกระทำอนาจารเสมอไป⁷² เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 527/2518 จำเลยร่วมกันจับแขนผู้เสียหายบังคับพาไปทำการข่มขืนกระทำชำเราเพียงประการเดียวมิได้มีการกระทำอนาจารประการอื่นใดอีก ย่อมไม่มีความผิดในข้อหากระทำอนาจารผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ด้วย⁷³

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2401/2522 ยึดแขนหญิงและนั่งเบียดหญิงในรถ ระหว่างพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร เป็นการกระทำปกติธรรมดาในการควบคุมมิให้หนี ไม่มีลักษณะเป็นการทำอนาจารตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278⁷⁴

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1525/2548 จำเลยกับพวกบุกรุกเคหสถานของผู้เสียหายที่ 1 และจำเลยไปพบผู้เสียหายที่ 2 จำเลยกับพวกจึงกระทำอนาจารและข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 โดย

⁷¹ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁷² วีระวัฒน์ ปรวจารย์, คำบรรยายคดีบัญญัติ วิชากฎหมายอาญามาตรา 209-287, 367-398, (ม.ป.ท.: ม.ป.พ, ม.ป.ป).

⁷³ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 527/2518,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁷⁴ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2401/2522,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>

บรรยายแยกการกระทำของจำเลยออกเป็นหลายกรรมต่างกัน และจำเลยให้การรับสารภาพก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงตามฟ้องไม่ปรากฏว่าการที่จำเลยกับพวกบุกกรุกเคหสถานของผู้เสียหายที่ 1 เป็นไปโดยมีเจตนากระทำการอย่างอื่น นอกจากข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 การที่จำเลยกับพวกบุกกรุกเคหสถานของผู้เสียหายที่ 1 ตามฟ้องจึงเป็นไปโดยมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 เท่านั้น การกระทำของจำเลยกับพวกตามฟ้อง จึงเป็นการกระทำอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท

การที่จำเลยกับพวกร่วมกันจับแขนทั้งสองข้างของผู้เสียหายที่ 2 ชูไว้บนศีรษะ กดให้ผู้เสียหายที่ 2 นอนหงาย และใช้มือปิดปากผู้เสียหายที่ 2 มิให้ร้อง พร้อมกับถอดกางเกงผู้เสียหายที่ 2 ออก ก็เพื่อจำเลยกับพวกจะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 เท่านั้น จำเลยกับพวกมิได้กระทำการอย่างใดต่อผู้เสียหายที่ 2 อีก ดังนี้ จะถือว่าจำเลยกับพวกกระทำอนาจารผู้เสียหายที่ 2 ด้วย หาได้ไม่ แม้จำเลยให้การรับสารภาพ ศาลก็ไม่อาจพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดฐานดังกล่าวได้⁷⁵

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1892/2543 จำเลยทั้งสองกดปล้ำผู้เสียหายก็เพื่อการกระทำชำเราผู้เสียหายและในเวลาเดียวกันจำเลยทั้งสองก็ได้พยายามกระทำชำเราผู้เสียหาย ไม่ปรากฏว่าจำเลยทั้งสองได้กระทำอนาจารอย่างอื่นแก่ผู้เสียหายอีก จะถือว่าจำเลยทั้งสองมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง ด้วยไม่ได้ ข้อนี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แม้จำเลยที่ 2 จะไม่ฎีกาศาลฎีกาก็มีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 195 วรรคสอง ประกอบมาตรา 225 และเป็นเหตุอยู่ในส่วนลักษณะคดีศาลฎีกามีอำนาจพิพากษาตลอดไปถึงจำเลยที่ 1 ที่ไม่ได้ฎีกาด้วยได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 213 ประกอบมาตรา 225⁷⁶

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3668/2545 การที่จำเลยกับพวกขึ้นไปบนบ้านของผู้เสียหายที่ 1 แล้วจับแขนผู้เสียหายที่ 2 ลากลงจากบ้านพาไปข่มขืนกระทำชำเรายังบ้านที่เกิดเหตุ เป็นการกระทำที่ต่อเนื่องเชื่อมโยงอยู่ในวาระเดียวกันไม่ขาดตอน และจำเลยกระทำไปโดยมีเจตนาเพื่อข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 เป็นสำคัญ การกระทำของจำเลยในส่วนนี้ซึ่งมีความผิดฐานร่วมกันบุกรุก ร่วมกันพาหญิงไปเพื่อการอนาจารและข่มขืนกระทำชำเราจึงมิใช่เป็นการกระทำความผิดหลาย

⁷⁵ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1525/2548,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก

<http://deka.supremecourt.or.th/search>

⁷⁶ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1892/2543,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก

<http://deka.supremecourt.or.th/search>.

กรรมต่างกัน แต่หลังจากที่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 2 แล้วจำเลยกับพวกไล่กลอนขังผู้เสียหายที่ 2 ไว้ในห้องนอน โดยมีพวกของจำเลยอยู่ข้างล่างทำให้ผู้เสียหายที่ 2 ไม่อาจหลบหนีไปได้ จึงเป็นการกระทำความผิดฐานร่วมกันหน่วงเหนี่ยวกักขังผู้เสียหายที่ 2 อีกกรรมหนึ่ง

จำเลยกับพวกร่วมกันจับแขนผู้เสียหายที่ 2 ลากลงจากบ้านเพื่อพาไปข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อพาเอาตัวผู้เสียหายที่ 2 ไปให้ได้เท่านั้นมิใช่มีลักษณะเป็นการกระทำอนาจารผู้เสียหายที่ 2 เมื่อข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยกระทำความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ประกอบมาตรา 83 แม้จำเลยให้การรับสารภาพก็ไม่อาจพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดฐานนี้ได้ ปัญหาว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารตามฟ้องหรือไม่ เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แม้คู่ความมิได้ยกขึ้นฎีกา ศาลฎีกาก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 วรรคหนึ่ง, 195 วรรคสอง ประกอบมาตรา 215 และมาตรา 225⁷⁷

⁷⁷ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3668/2545,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2565, จาก

บทที่ 3

ความผิดฐานกระทำอนาจารในต่างประเทศ

การศึกษาปัญหาการตีความ ความหมายของคำว่า “การกระทำอนาจาร” นอกจากจะต้องศึกษาเกี่ยวกับบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยแล้ว การศึกษาบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำอนาจารในต่างประเทศนั้นประกอบเข้าด้วยกันนั้นจะทำให้สามารถความหมายของการกระทำอนาจารได้ดียิ่งขึ้น และสามารถนำไปพัฒนาปรับปรุงกฎหมายได้อย่างมีคุณภาพ

3.1 หลักเกณฑ์การตีความตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ

(ก) หลักเกณฑ์การตีความตามกฎหมายฝรั่งเศส⁷⁸

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักเกณฑ์ในการตีความ 4 หลักเกณฑ์โดยให้ความสำคัญกับตัวบทกฎหมายอย่างยิ่งเนื่องจากเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย หรือ ซีวิลลอว์ (Civil Law) ดังนั้นจึงถือตัวบทกฎหมายเป็นหลักสำคัญในการตีความ ในการตีความแต่ละครั้งจะพิจารณาที่ตัวบท ไม่ใช่จากแนวคำพิพากษาที่เคยตีความมาก่อนดังเช่นประเทศอังกฤษ แม้ศาลจะได้เคยตีความบทบัญญัติใดไว้ก่อนแล้วก็ตาม แต่เมื่อมีข้อเท็จจริงในคดีเกิดขึ้นใหม่ ศาลไม่จำเป็นต้องตีความตามบรรทัดฐานเดิม ศาลอาจตีความใหม่ได้โดยพิจารณาจากถ้อยคำในตัวบทเป็นสำคัญ

1. การตีความตามหลักไวยากรณ์ หรือ ตามตัวอักษร (grammatical interpretation หรือ literal interpretation) เป็นการตีความโดยอาศัยถ้อยคำตามตัวอักษรตามตัวบท พิจารณาตามความหมายสามัญของถ้อยคำนั้นเองหรือตามความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรม หรือความหมายตามทางเทคนิคตามศัพท์เฉพาะที่เข้าใจกันเท่านั้น ไม่พิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายเลย โดยถือว่าถ้าตัวบทกฎหมายมีความชัดเจนอยู่แล้ว การตีความกฎหมายนั้นก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบอีก ต่อเมื่อไม่สามารถตีความตามตัวอักษรนั้นเองได้ อาจเพราะถ้อยคำนั้นมีความหมายได้หลายทางหรืออาจนำไปสู่ผลทางกฎหมายที่ไม่

⁷⁸ ธานีรินทร์ ทรัพย์วิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2548),

สมควรจะเป็นเช่นนั้น กฎหมายไม่ชัดเจน หรือเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติครอบคลุมเรื่องดังกล่าวไว้ให้ชัดเจนหรือไม่ได้ บัญญัติไว้เลย จึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบในการตีความด้วย

2. การตีความโดยอาศัยตรรกวิทยา (logical interpretation) จะนำหลักนี้มาใช้ต่อเมื่อหลักการตีความตามหลักไวยากรณ์ หรือตามตัวอักษร ไม่สามารถใช้ได้เนื่องจากมีความหมายหลายทาง ที่ต้องอาศัยการตีความว่าควรตีความไปในทางใด หรือกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องนั้นแต่การตีความตามความหมายถ้อยคำโดยตรงจะนำไปสู่ผลที่ผิดธรรมดาหรือไม่สมควร หรือในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายไม่ได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงกรณีใด เป็นต้น

ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติแต่การตีความถ้อยคำนั้นจะนำไปสู่ผลที่ไม่ควรเป็นเช่นนั้น ศาลฝรั่งเศสเคยตัดสินไว้ว่าศาลไม่จำเป็นต้องตีความหมายตามตัวอักษร หากการตีความเช่นนั้นจะทำให้เกิดผลประหลาด

อย่างไรก็ตามมีข้อต้องพิจารณาในกฎหมายฝรั่งเศสว่ากรณีการตีความกฎหมายทำให้เกิดผลประหลาดหรือกรณีที่พิมพ์กฎหมายผิดพลาดนั้น หากเป็นกฎหมายแพ่งกฎหมายเอกชนและกฎหมายปกครอง ศาลจึงจะนำหลักเกณฑ์การตีความโดยอาศัยตรรกวิทยามาใช้ แต่หากกรณีเป็นกฎหมายอาญาหรือกฎหมายภาษีอากร ศาลจะไม่บังคับตามกฎหมายดังกล่าวให้ แต่จะไม่นำหลักการตีความโดยอาศัยตรรกวิทยามาปรับใช้

ส่วนในกรณีที่กฎหมายอาจตีความได้หลายนัยหรือไม่ชัดเจน ตามกฎหมายฝรั่งเศส มีหลักว่า “ศาลจะปฏิเสธไม่พิพากษาคดี โดยอ้างว่ากฎหมายเคลือบคลุมไม่ได้” (obscurite de la loi) ดังนั้น หากถ้อยคำในกฎหมายสามารถตีความไปได้หลายทาง ศาลต้องพิจารณาไปตามนัยที่จะเกิดผลที่ เหมาะสมที่สุดโดยอาศัยหลักการตีความตามหลักตรรกวิทยา

ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติครอบคลุมการกระทำนั้นไว้เลยตามกฎหมายฝรั่งเศสมี มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่กำหนดห้ามไม่ให้ศาลปฏิเสธที่จะตัดสินคดีโดยอ้างว่า ไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายไม่เพียงพอ แต่ในกฎหมายอาญาหรือกฎหมายภาษีอากรนั้นศาลจะใช้ การตีความโดยอาศัยหลักตรรกวิทยาได้เฉพาะเท่าที่เป็นคุณแก่จำเลยเท่านั้น จะตีความโดยขยาย ความหรืออ้างบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างอื่นมาปรับแก้กรณีเพื่อเป็นผลร้ายแก่จำเลยไม่ได้ เพราะตาม กฎหมายฝรั่งเศสถือโดยเคร่งครัดว่า “ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ย่อมไม่มีความผิดและไม่มีโทษ” (nullum crimen, nulla poena sine lege) ศาลฝรั่งเศสจึงมักอาศัยการตีความตามหลักตรรกวิทยานี้ เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย โดยไม่ถือเป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ แต่เป็นการตีความกฎหมาย เท่าที่กฎหมายเปิดช่องให้ตีความไปถึงได้

3. การตีความโดยอาศัยประวัติกฎหมาย (historical interpretation) เป็นการตีความเพื่อแสวงหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยศึกษาจากประวัติศาสตร์ของกฎหมายนั้น ๆ ตั้งแต่ต้นร่างกฎหมาย รายงานการประชุมพิจารณาร่างกฎหมาย เหตุผลที่บัญญัติกฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย เป็นต้น

4. การตีความโดยอาศัยความเป็นธรรม (teleological interpretation) ในกฎหมายที่ออกมา เป็นเวลานานแล้ว อาจมีอุปสรรคและความยากลำบากในการศึกษาต้นร่างกฎหมาย รายงานการประชุมพิจารณาร่างกฎหมาย กฎหมายเก่าก่อนมีการแก้ไข เพราะเมื่อเวลาผ่านไป ข้อมูลต่าง ๆ ทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายฉบับนั้นย่อมหาได้ยาก ทำให้การตีความ โดยอาศัยประวัติศาสตร์กฎหมายเป็นเรื่องยากตามไปด้วย นอกจากนี้คงไม่อาจถือเจตนารมณ์ของผู้ร่าง ได้เสียทีเดียว เพราะผู้ร่างกฎหมายหรือผู้บัญญัติกฎหมายในอดีตคงไม่สามารถพิจารณาครอบคลุมพฤติกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้ทั้งหมด ดังนั้นเพื่อให้กฎหมายมีความทันสมัยอยู่เสมอและสามารถปรับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม ศาลจึงต้องตีความกฎหมายโดยอาศัยความเป็นธรรม กล่าวคือ การตีความ โดยอาศัยความเป็นธรรมเป็นการตีความขยายความถ้อยคำของกฎหมายให้กว้างขึ้นและให้ยืดหยุ่น โดยพิจารณาถึงสถานะในสังคมและความเป็นธรรมประกอบเป็นการตีความแบบขยายความ กฎหมายที่ตราขึ้นขณะมีเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้น แต่ต่อมามีอีกเหตุการณ์เกิดขึ้น ก็ยังนำบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วมาปรับใช้ได้เท่าที่กฎหมายเปิดช่องให้ทำได้ ซึ่งช่วยทำให้กฎหมายทันสมัยอยู่เสมอ

(ข) หลักเกณฑ์การตีความตามกฎหมายอังกฤษ⁷⁹

ในประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์ในการตีความ 3 หลักเกณฑ์โดยมีวิวัฒนาการการตีความแตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัย เนื่องจากประเทศอังกฤษใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี

แต่เดิมถือตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลมาโดยตลอด แนวคิดในการตีความในช่วงศตวรรษ ที่ 16-17 จึงเป็นช่วงที่ศาลอังกฤษตีความกฎหมายโดยพิถีพิถันต่อถ้อยคำตามตัวบท หากเห็นว่าเมื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงแล้วไม่ยุติธรรมและถือเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นสำคัญตั้งมั่นอยู่บนหลักแห่งความยุติธรรมช่วงศตวรรษที่ 18-19 ถึงกลางศตวรรษที่ 20 เกิดแนวคิดเรื่องรัฐสมัยใหม่และการแบ่งแยกอำนาจทำให้ศาลกลับมามีคถ้อยคำตามตัวอักษรและถือการตีความตามถ้อยคำตัวอักษรเท่านั้น บทบาทของศาลมีเพียงเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายโดยการตีความกฎหมาย

⁷⁹ ธานีรินทร์ ทรัพย์วิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 (ม.ป.ท: ม.ป.พ, 2548), น. 48.

ลายลักษณ์อักษรกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามความหมายธรรมดาเท่านั้น แม้การตีความตามความหมายธรรมดาก่อให้เกิดผลไม่พึงปรารถนาเพียงใดก็ตาม ศาลต้องตีความไปตามนั้น ดังเช่นในคดี Attorney-General v. Sillem (1861) ที่ศาลตัดสินว่า “ศาลนั้นต้องใช้กฎหมายที่แท้จริงแห่งถ้อยคำตามกฎหมายไม่เพียงขยายความไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงอื่นซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตของความหมายแห่งถ้อยคำ แม้จะอ้างได้ว่ากรณีนั้น ๆ สอดคล้องกับความมุ่งหมายหรือที่ควรคาดได้ว่าเป็นความมุ่งหมายของกฎหมายก็ตาม และในทางกลับกันศาลต้องไม่พึงปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายแก่กรณีที่อยู่ในขอบความหมายของถ้อยคำแห่งบทกฎหมาย เพียงเพราะมีข้ออ้างว่ากรณีนั้นไม่อยู่ภายใต้ความมุ่งหมายหรือนอกขอบเขตที่ควรคาดได้ว่าเป็นความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น

เมื่อความอ่อนแอของระบบประชาธิปไตยทำให้ศาลกลายเป็นองค์กรสำคัญที่ต้องทำหน้าที่ ตรวจสอบองค์กรอื่น รวมทั้งหลักเกณฑ์ต่างๆ ในกฎหมายมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ทำให้ตั้งแต่ช่วงกลางศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ศาลอังกฤษกลับมามีคดีเกี่ยวเนื่องการตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์มากขึ้นอีกซึ่งมีดังนี้

1. หลักการตีความตามตัวอักษร (the literal rule)

เป็นการตีความตามความหมายธรรมดา ของถ้อยคำในตัวบท โดยพิจารณาจากถ้อยคำตามตัวบทนั่นเอง สามารถแบ่งได้อีก 2 ลักษณะ คือ

1.1 การตีความตามหลักภาษา (Ordinary or Plain Meaning Interpretation) ซึ่ง ตีความถ้อยคำตามความหมายสามัญทั่วไปตามที่วิญญูชนพึงเข้าใจ หรือกรณีที่เป็นศัพท์เฉพาะทาง วิชาการ หรือศัพท์เทคนิคที่มีความหมายเฉพาะ ก็ถือตามความเข้าใจของบุคคลทั่วไปตามมาตรฐาน ของวิชาชีพนั้น

1.2 การตีความตามข้อความแวดล้อม (Contextual Interpretation) คือการตีความถ้อยคำ โดยพิจารณาบริบทที่แวดล้อมอยู่ด้วย รวมทั้งพิจารณาไปถึงประวัติของกฎหมาย ความมุ่งหมายของกฎหมาย เหตุผลในการบัญญัติกฎหมาย คำปรารภหรืออารัมภบท เป็นต้นด้วย

หลักการตีความตามตัวอักษรนี้มีข้อบกพร่องว่าหากถ้อยคำนั้นสามารถแปลความหมายได้หลายทางหรือมีหลายความหมาย หลักเกณฑ์นี้จะไม่สามารถใช้บังคับได้ หรือในบางกรณีการตีความตามตัวอักษรตามความหมายธรรมดา นำไปสู่ผลทางกฎหมายที่ไม่สมเหตุสมผลจนเป็นที่ยอมรับว่าในกรณีที่ถ้อยคำมีความหมายได้หลายความหมาย หรือความหมายนั้นจะนำไปสู่ผลทาง

กฎหมายที่น่าจะเป็นหรือยังให้เกิดผลประหลาด (a manifest absurdity)⁸⁰ การตีความตามตัวอักษรนั้นย่อม ใช้ไม่ได้ ทำให้มีความพยายามไขข้อบกพร่องดังกล่าวจนเกิดเป็นหลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ

2. หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (the golden rule)⁸¹

หลักนี้เป็นหลักที่พัฒนามาเพื่อแก้ไข ข้อบกพร่องของหลักการตีความตามตัวอักษรที่นำไปสู่ผลทางกฎหมายที่น่าจะเป็นหรือผล ประหลาด ดังนั้นจึงพิจารณาที่ผลทางกฎหมายเป็นสำคัญ การตีความถ้อยคำตามตัวบทต้องหลีกเลี่ยง ไม่ให้เกิดผลทางกฎหมายที่น่าจะเป็นนั้น กล่าวคือ การตีความถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะต้องตีความไปในทางที่จะละเว้นให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา เมื่อถ้อยคำสามารถแปลความหมายไปได้หลายทางหรือทำให้เกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันเป็นหลายทาง ศาลย่อมสามารถเลือกตีความไปในทางที่สมควรได้ แม้ศาลจะเห็นว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายที่ชัดเจนก็ตาม หากความชัดเจนนั้นนำมาซึ่งผลที่ไม่ควรจะเป็น ศาลก็สามารถค้นหาในสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ให้ไว้ได้

3. หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์ อักษรฉบับนั้นเป็นเครื่องมือช่วยตีความ (the mischief rule)

มีหลักว่าในกรณีที่มิใช่ข้อบกพร่องอยู่ก่อนแล้วในกฎหมายและต่อมามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแก้ไข ศาลย่อมจะตีความกฎหมายใหม่ไปในทางที่จะแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายใหม่นั้น

ในคดี **Heydon's Case (1584) 3 Co Rep. 7 A.** ของอังกฤษได้อธิบายหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้ 4 ประการ ได้แก่

- (1) กฎหมายคอมมอนลอว์เดิม ก่อนที่จะมีการบัญญัติพระราชบัญญัติฉบับนี้มีอยู่อย่างไร
- (2) กฎหมายคอมมอนลอว์เดิมมีข้อบกพร่องอย่างไร
- (3) รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขข้อบกพร่องนั้นอย่างไร
- (4) เหตุผลที่ต้องแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว⁸²

⁸⁰ เพิ่งอ้าง, น. 8.

⁸¹ เพิ่งอ้าง, น. 10.

⁸² เพิ่งอ้าง, น. 11.

ประเทศอังกฤษไม่ได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการตีความไว้ชัดเจน และแนวคำพิพากษาศาลที่เป็นบรรทัดฐานเองก็ไม่แน่ชัดว่าใช้หลักใดในการตีความ ซึ่งในบางกรณีศาลอาจอาศัย หลักใดหลักหนึ่งในการตีความหรือศาลอาจอาศัยทั้ง 3 หลักประกอบกันเลยก็ได้

อย่างไรก็ตาม ในประเทศอังกฤษถือว่าการตีความตามเจตนารมณ์เป็นเพียงข้อยกเว้นของการตีความกฎหมายตามตัวอักษรเท่านั้น กล่าวคือ โดยหลักต้องตีความตามความหมายธรรมดาของถ้อยคำนั้นต่อเมื่อถ้อยคำนั้นไม่ชัดเจนหรือมีความหมายได้หลายทางจึงพิจารณาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อประกอบการตีความ ศึกษาจากต้นร่างกฎหมายคำปรารภ รายงานการประชุมพิจารณา ร่างกฎหมาย และเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติประกาศให้ใช้กฎหมาย เป็นต้น

3.2 กฎหมายประเทศฝรั่งเศส

มาตรา 222-22⁸³

การรุกรานทางเพศ (Sexual Aggression) คือการกระทำทางเพศ (Sexual Assault) ที่กระทำโดยการประทุษร้าย (Violence) ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ ข่มขู่ หรือ การวางแผนหลอกลวง

การข่มขืน หรือ การรุกรานทางเพศกรณีอื่นเป็นความผิดเมื่อได้กระทำต่อเหยื่อในรูปแบบที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติในลักษณะนี้ โดยไม่สนใจความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับเหยื่อแม้ว่าผูกพันกันตามการสมรสก็ตาม

หากการรุกรานทางเพศได้กระทำลงในต่างประเทศต่อเด็กที่มีสัญชาติฝรั่งเศสหรือบุคคลที่มีถิ่นอาศัยอยู่ในฝรั่งเศสให้นำกฎหมายฝรั่งเศสมาใช้โดยไม่ขัดต่อวรรคสองของมาตรา 113-6 ซึ่งไม่นำมาใช้

⁸³ Article 222-22

“Sexual aggression is any sexual assault committed with violence, constraint, threat or surprise.”

“Rape and other sexual assaults are made when they are imposed on the victim in the circumstances provided by this section, regardless of the nature of the relationship between aggressor and victim, including if they are united by marriage.”

“where a sexual aggression was committed abroad against a minor by French national or a person habitually resident in France, French law applies notwithstanding the second paragraph of article 113-6 are not applicable”

ความหมายคำว่าอนาจาร (การรุกรานทางเพศ) บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสในวรรคแรกนั้นมีความหมายดังนี้

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานการรุกรานทางเพศ (Sexual Assaults) ได้นั้นต้องประกอบไปด้วย

1. การกระทำทางเพศ (Sexual Assaults) เช่น การสัมผัสหน้าอก, ต้นขา, สะโพก (อวัยวะ ทางเพศ และของสงวน) และกระทำโดย

2. การประทุษร้าย (Violence) หรือทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ (Constraint) หรือ ข่มขู่ (Threat) หรือ การวางแผน (Surprise) ใดๆอย่างหนึ่ง

ประทุษร้าย⁸⁴

มีความหมายว่าการทำร้ายต่อร่างกาย (Physical) หรือจิตใจ (Moral) เป็นการใช้แรงที่กระทำต่อตัวมากพอที่จะทำให้การต่อต้านของเหยื่อไม่สามารถต่อต้านได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับผู้พิพากษาเองที่จะมองว่าเพียงพอหรือไม่

หากเข้าอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าเข้ากรณีอื่นด้วย เช่น พิสูจน์ได้ว่ามีการใช้กำลังประทุษร้ายแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ากรณีดังกล่าว ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้หรือกรณีอื่น

ความผิดตามมาตรานี้คล้ายกับความผิดทางเพศของไทยคือการจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ต้องเป็นกรณีที่ปราศจากความยินยอม

ความผิดตามมาตรานี้จำเป็นต้องการเจตนาซึ่งเป็นเจตนาธรรมดาเช่นเดียวกับ กฎหมายอนาจารของไทย ยกตัวอย่างเช่น เป็นกรณีของการคั่นตัวแม้บุคคลที่ถูกคั่นตัว ไม่ได้ให้ความยินยอมแต่เจ้าหน้าที่ ที่กระทำการคั่นนั้นกระทำไปโดยหน้าที่ไม่ได้มีเจตนาจะกระทำอนาจาร ไม่มีความผิด และหากไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย (Physical Contact) ก็จะไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้

ความผิดการรุกรานทางเพศในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นมีความ ใกล้เคียงกับความผิดฐานอนาจารของไทยโดยเฉพาะ ในส่วนของลักษณะของการกระทำอนาจารโดยการประทุษร้าย (Violence) หรือ ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ (Constraint) หรือ ข่มขู่ (Threat) หรือ การวางแผน (Surprise)

มาตรา 222-27⁸⁵

⁸⁴ บดี วงศ์เจนสันต์, “กระทำอนาจาร โดยประทุษร้ายต่อจิตใจ : ศึกษาคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), น. 78.

การรุกรานทางเพศกรณีอื่นนอกจากการข่มขืนมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี และปรับไม่เกิน 75,000 ยูโร

3.3 กฎหมายประเทศอังกฤษ

ความคิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายของประเทศอังกฤษแต่เดิมมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.1956 (The Sexual Offences Act 1956) ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นใหม่ โดยเพิ่มเติมฐานความคิดและปรับปรุงตัวบท รวมทั้งปรับอัตราโทษขั้นสูงขึ้นและได้มีการประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ.2004 โดยใช้ชื่อว่าพระราชบัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The Sexual Offences Act 2003) ซึ่งจุดประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยความคิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้ยู่มีความทันสมัยและเป็นการเสริมสร้างความแข็งแกร่งของกฎหมายดังกล่าวด้วย การปรับปรุงมาตรการป้องกันและปกป้องประชาชนจากผู้ต้องหาในคดีความคิดเกี่ยวกับเพศ

ความคิดฐานกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The Sexual Offences Act 2003) แบ่งออกได้เป็น 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำความผิดและมาตรา 7 ความผิดฐานกระทำความผิดแก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

3.2.1 Sexual Offense Act 2003

มาตรา 3⁸⁶ “อนาจาร (Sexual Assault)

⁸⁵ Article 222-27

“Sexual aggressions other than rape are punished by five years’ imprisonment and a fine of 75,000.”

⁸⁶ 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.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable-

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;

- 1) บุคคล (A) กระทำความผิด ถ้า
 - (a) เจตนาสัมผัสบุคคลอื่น (B)
 - (b) การสัมผัสนั้นมีลักษณะเป็นไปในทางเพศ
 - (c) B ไม่ได้ยินยอมในการสัมผัสนั้น และ
 - (d) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ยินยอมให้กระทำเช่นนั้น
- 2) ความเชื่อเช่นนั้นมิเหตุอันควรเชื่อหรือไม่ พิจารณาจากสถานการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งการกระทำทุกขั้นตอนของ A เพื่อให้แน่ใจว่า B ยินยอมหรือไม่
 - (3) นำมาตรา 75 และ 76 มาบังคับใช้โดยอนุโลมด้วย
 - (4) บุคคลที่กระทำผิดตามความในมาตรานี้ มีความรับผิดชอบ
 - (a) ในกรณีที่กระบวนพิจารณาไม่ได้ดำเนินโดยมีคณะลูกขุน (summary conviction) ต้องถูกจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินค่าปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดหรือทั้งจำทั้งปรับ
 - (b) ในกรณีที่ดำเนินคดีโดยใช้คณะลูกขุน (conviction on indictment) ต้องถูกจำคุกไม่เกิน 10 ปี”

ความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 3 มุ่งคุ้มครองมิให้มีการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศเกิดขึ้นในสังคมเพื่อเป็นการป้องกันการอับอายขายหน้าของผู้ถูกระทำและมีให้มีการกระทำอนาจารต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอกของบุคคลอื่น โดยการที่จะเป็นการกระทำความผิดฐานนี้นั้นจะต้องไม่มีการสอดใส่อวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายหรือวัตถุอื่นใดเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกระทำอย่างไรก็ตามหากผู้กระทำยินยอมให้กระทำ การกระทำของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิด

มาตรา 7⁸⁷ ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

 - (1) ผู้ใดกระทำความผิดฐานนี้ ถ้า
 - (a) ผู้กระทำมีเจตนาสัมผัสบุคคลอื่น

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.”

⁸⁷ 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. ...

(b) การสัมผัสนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางเพศ

(c) กระทำต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 13 ปี

ความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 7 มุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีมิให้ถูกกระทำอนาจารต่อเนื้อตัวร่างกาย แม้จะเป็นเพียงการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายภายนอก ก็ตาม ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาความไว้เคียงสาในทางเพศของเด็กไว้ เนื่องจากการที่เด็กมีประสบการณ์ทางเพศก่อนวัยอันควรนั้น จะส่งผลต่อพัฒนาการด้านต่างๆ ของเด็ก

มาตรา 78⁸⁸ “ในทางเพศ (Sexual)

เพื่อประโยชน์ของกฎหมายในส่วนนี้ (ยกเว้นมาตรา 7 1) การสอดใส่, การสัมผัส หรือ การกระทำอื่นใดจะเป็นไปในทางเพศเมื่อวิญญูชน (reasonable person) พิจารณาและพบว่า

(a) ไม่ว่าสถานการณ์เป็นอย่างไรหรือผู้กระทำมีเจตนาอย่างไรแต่โดยการกระทำแล้วนั้น เป็นไปในทางเพศหรือ

(b) โดยในตัวเองอาจจะเป็นเรื่องในทางเพศและเพราะสถานการณ์หรือเจตนาของผู้กระทำที่เกี่ยวข้องทำให้เห็นว่าเป็นเช่นนั้น”

มาตรา 79⁸⁹ “บทนิยาม

(1) บทนิยามในมาตรานี้ให้ใช้ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้

...

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Section 79 “General Interpretation”

(1) The following apply for the purposes of this Part

(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.

- (8) การสัมผัสนั้นรวม การสัมผัส
- (a) ไม่ว่าโดยส่วนใดของร่างกาย
- (b) ไม่ว่าโดยสิ่งใด
- (c) ไม่ว่าโดยผ่านสิ่งใด และรวมไปถึงการสัมผัสจำพวกล่วงล้ำเข้าไปด้วย”

ความหมายคำว่า อนาจาร

อนาจารในทางเพศ (Sexual) มีการให้คำนิยามไว้ในมาตรา 78 กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ พิจารณาจากวิญญูชนซึ่งมีได้ในสองกรณี กล่าวคือ

1. หากในตัวนั้นวิญญูชนมองว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำในทางเพศกรณีดังกล่าวก็ เป็นไปในทางเพศ
2. การกระทำนั้นอาจเป็นไปในทางเพศได้ก็จะมาพิจารณาจากสถานการณ์หรือเจตนา ของผู้กระทำหากเห็นว่าสถานการณ์หรือเจตนาของผู้กระทำนั้นแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้น เป็นไปในทางเพศการกระทำนั้นก็ เป็นไปในทางเพศ ซึ่งการกระทำในทางเพศนี้ต้องมีการใช้กำลัง (assault) เพื่อที่จะรวมกันเป็น อนาจาร (Sexual Assault)

การกระทำผิดตามมาตรานี้จำเป็นต้องมีการสัมผัสทางร่างกาย (Physical Contact) เกิดขึ้น ซึ่ง การสัมผัส (Touching) มีบทนิยามในมาตรา 79 กล่าวคือ เป็นการสัมผัสโดยส่วนใดส่วนหนึ่ง หรือ หลายส่วนของผู้กระทำ หรือสัมผัสโดยใช้สิ่งใด เช่น อาจใช้ของเล่นทางเพศ (Sex toys) และ รวมถึง การสัมผัสผ่านสิ่งใด เช่น สัมผัสผ่านเสื้อผ้า

โดยผู้กระทำต้องมีเจตนาในการกระทำความผิดซึ่งเป็นเจตนาธรรมดาและต้องทำไป โดยปราศจากความยินยอมจึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้

ความหมายคำว่า ทำร้าย (Assault)

ทำร้าย หรือ Assault ตามมาตรานี้มีความหมายจำกัดเฉพาะกรณีของทำร้ายตาม Battery เท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีของเจตนาหรือประมาทและมีการสัมผัสกับอีกบุคคลหนึ่ง โดยไม่ได้รับความยินยอม

กล่าวคือ เป็นการกระทำโดยเจตนาและโดยประมาทสัมผัสโดยปราศจากความยินยอม ของบุคคลนั้นและปราศจากข้ออ้างตามกฎหมายซึ่งไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตร หยาบคายหรือก้าวร้าวแต่อย่างใดซึ่งมีความหมายคล้ายคลึงกับประทุษร้ายของไทย

ไม่จำเป็นต้องทำให้ได้รับอันตรายก็ได้ กล่าวคือ การกระทำความดังกล่าวอาจเป็นเพียงการสัมผัส หรือปาหิน ไล่ , ตะ หรือพ่นน้ำลายใส่, ปาขวดเบียร์ใส่ หรือเอาสุนัขมานั่งทับแต่หากไม่มีแรงกายภาพใด ๆ เลย จะไม่ใช่กรณีของทำร้าย (Battery)

3.4 ประเทศญี่ปุ่น

มาตรา 176⁹⁰ ผู้ใดกระทำการล่วงละเมิดหรือข่มขู่โดยบังคับกระทำอนาจารแก่ชายหรือหญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุกโดยทำงานไม่ต่ำกว่า 6 เดือนแต่ไม่เกิน 10 ปี ให้อาศัยกับบุคคลที่กระทำอนาจารแก่ชายหรือหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี

การบังคับอนาจาร หมายถึง การทำร้ายร่างกายหรือทำให้เหยื่ออับอาย ไม่ว่าจะด้วยความรุนแรง การบังคับขู่เข็ญ หรือวิธีการอื่นๆ

มาตรา 178⁹¹

(1) ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ชายหรือหญิงโดยหาประโยชน์จากการสูญเสียสติหรือไม่สามารถต้านทานได้ หรือโดยทำให้หมดสติหรือไม่สามารถขจัดขึ้นได้ ต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 176

⁹⁰ Forcible Indecency 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

⁹¹ Quasi Forcible Indecency , Quasi Rape : 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.

(2) A person who commits sexual interco

urse 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.

(2) ผู้ร่วมประเวณีกับสตรีโดยหาประโยชน์จากการสูญเสียสติหรือไม่สามารถต้านทานได้ หรือโดยทำให้หมดสติหรือไม่สามารถต้านทานได้ ต้องระวางโทษในเรื่องเดียวกับที่กำหนดไว้ในข้อก่อน



บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตการกระทำอนาจารตามกฎหมาย ของไทยและต่างประเทศ

ประเทศไทยมีสถิติความรุนแรงต่อผู้หญิงสูงเป็นอันดับต้น ๆ ของโลก พบผู้หญิงถูกละเมิดทางเพศ ถูกกระทำความรุนแรงทางร่างกายหรือจิตใจ ไม่น้อยกว่า 7 คน/วัน และมีสถิติผู้หญิงที่เข้ารับการบำบัดรักษา แจ้งความร้องทุกข์ประมาณปีละ 30,000 คน ขณะที่รายงานของสำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (UNODC) พบว่าร้อยละ 87 ของคดีการถูกล่วงละเมิดทางเพศไม่เคยถูกรายงาน และจากการสำรวจสถานการณ์ความรุนแรงต่อผู้หญิง และบุคคลในครอบครัวของไทยระดับประเทศ พบความรุนแรงต่อผู้หญิงและบุคคลในครอบครัวเพิ่มขึ้นจากร้อยละ 34.6 ในปี 2560 เป็นร้อยละ 42.2 ในปี 2563 โดยประเภทความรุนแรงสูงสุด คือ ความรุนแรงทางด้านจิตใจ คิดเป็นร้อยละ 32.3 รองลงมา คือ ความรุนแรงทางร่างกายร้อยละ 9.9 และความรุนแรงทางเพศร้อยละ 4.5

4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารในประเทศไทย

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย นั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขตของการกระทำไว้อย่างชัดเจน ไม่มีกฎหมายกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “อนาจาร” เอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายในบทบัญญัติมาตรา 278 หรือ 279 อันเป็นบทบัญญัติในการกำหนดความผิดนั้นเพียงแต่ว่าบัญญัติว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำอนาจารที่ผู้กระทำได้กระทำให้โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยการทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลฎีกาได้ทราบแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาไทยถึงความหมายของคำว่า “อนาจาร” หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น และต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้เสียหายเป็นเด็กที่อายุต่ำกว่า 15 ปี แม้เด็กผู้ถูกระทำจะให้ความยินยอมในการกระทำอนาจารก็ตาม การกระทำนั้นก็เป็นความผิด

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534⁹²) อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล เช่น เพียงแต่กอดจูบลูบลำ และเนื้อต้องตัวร่างกายในทางที่ไม่สมควรก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550⁹³) แม้จะเป็นการกระทำในที่ลับหรือมิดชิด ก็เป็นการอนาจารได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539⁹⁴)

การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายบุคคลที่ไม่สมควรในทางเพศมิได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย เช่นการกอดเอว ผู้เสียหาย จับมือและดึงแขนผู้เสียหาย ก็เป็นการอนาจารแก่ผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547⁹⁵)

ส่วน “การกล่าวถ้อยคำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540⁹⁶) การเขียนภาพ” ไม่เป็นการกระทำอนาจาร เพราะไม่ใช่การกระทำต่อ “เนื้อตัวบุคคล”⁹⁷

การกระทำอนาจารจะเป็นความผิดตามมาตรา 278 หรือ 279 ต้องเป็นการกระทำโดยโดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยการทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

(ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ

หมายความรวมถึง การกระทำที่มีลักษณะที่ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตราย ไม่ว่าจะป็นอันตรายต่อตัวผู้เสียหายเอง หรือเป็นอันตรายแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับตัวผู้เสียหายก็ตาม หากผู้เสียหาย

⁹² “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁹³ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁹⁴ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁹⁵ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁹⁶ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

⁹⁷ เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครแพบลิชซิ่ง, 2557), น.460.

ยินยอมให้ผู้กระทำความผิดกระทำอนาจาร เพราะกลัวว่าจะเกิดอันตรายดังกล่าวขึ้นการกระทำของผู้กระทำความผิดก็เป็นการกระทำอนาจารโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ

ตัวอย่างคำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าเป็นการอนาจารโดยการขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4460/2540⁹⁸ จำเลยกระทำอนาจารผู้เสียหายโดยใช้มีดขู่เข็ญว่าจะแทงประทุษร้าย อันเป็นการใช้กำลังประทุษร้าย และการที่ผู้เสียหายต้องยอมให้จำเลย ถอดกระดุมเสื้อออก แสดงว่าผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ จำเลยจึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

(จ) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

มีนิยามความหมายอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) บัญญัติว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า “การประทุษร้ายแก่ร่างกายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพ หรือวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยา ทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน”

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นการอนาจารโดยการใช้กำลังประทุษร้าย

- 1) จับมือและกอดหญิง ถือได้ว่าเป็นการใช้แรงกายภาพ ซึ่งเป็นการใช้กำลัง ประทุษร้ายตาม ความหมายในมาตรา 1(6) แล้ว จึงเป็นความผิดมาตรา 278 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503)
- 2) จับนมผู้เสียหาย ในรถประจำทางซึ่งมีคนโดยสารแน่น เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1(6) จึงเป็นความผิดตามมาตรา 278 และเกิดต่อหน้าธารกำนัล
- 3) ชายกอดคอหญิง และจับแขนหญิงลากเพื่อจะพาเข้าห้องพักในโรงแรม เป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมในทางเพศ มีความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยใช้กำลังประทุษร้าย
- 4) ชายเปลือยกายถือมีดเข้าไปหาหญิงซึ่งนอนอยู่บนเตียงในห้องเวลากลางคืน หญิงรู้สึกตัวตื่นตาขึ้นมาแล้วร้องสุดเสียง ชายจึงชกปากและเอามือซ้ายยัดเข้าไปในปากหญิง ระหว่างนั้นหญิงถูกมีดของชายบาดที่ข้อมือซ้าย ถือว่าชายกระทำการอันไม่สมควรทางเพศแก่หญิง โดยขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายและได้ใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว จึงเป็นความผิดฐานกระทำ อนาจารตาม มาตรา 278

⁹⁸ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4460/2540,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก

5) ชายกอดอุ้มหญิงและกอดจูบล้ำหญิง เป็นการกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้าย

ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้ วินิจฉัยว่า เป็นการกระทำอนาจารอันเป็น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 แต่มิได้ระบุว่าเป็นการกระทำ “โดยขู่เข็ญ” หรือ “ใช้กำลังประทุษร้าย”

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 829/2532 ได้วินิจฉัยว่า ขณะหญิงนอนกับลูกในห้องนอนยังไม่ทันหลับ ชายเข้ามานั่งยอง ๆ ที่ปลายเท้า หญิงถามถึงจุดประสงค์ที่เข้ามาชายก็ห้ามส่งเสียงดัง มิฉะนั้นจะเช็ดคอแล้วชายใช้มือซ้ายจับมือขวาหญิง ใช้มือขวา ซึ่งถือมีดกดหัวเข้าหญิงไว้ หญิงตื่นสอกลงไปถูกลูกคนเล็กร้องขึ้น พอหญิงพูดขึ้นว่าสามี มาชายก็หนีไป ดังนี้ การกระทำของชายเป็นความผิดฐานบุกรุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 365 และฐานกระทำอนาจารมาตรา 278 เป็นการกระทำกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท

ข้อสังเกต การใช้มือขวากดหัวเข้าหญิง เป็นการกระทำอนาจาร การขู่ว่าจะเช็ดคอเป็นการ “ขู่เข็ญ” ส่วนการใช้มือซ้ายจับมือขวาหญิงเป็นการ “ใช้กำลังประทุษร้าย”

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5964/2541 วินิจฉัยว่า ชายเข้าไปโอบไหล่หญิง ทั้งที่ไม่เคยรู้จักมาก่อนเป็นการล่วงลามหญิงในทางเพศเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

ข้อสังเกต การโอบไหล่เป็นการกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้าย

(ค) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

ต้องเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในขณะที่ผู้เสียหายไม่สามารถขัดขืนได้ เพราะตกอยู่ในฤทธิ์ ของยา ของมีเนมา หรือ สิ่งอื่นใด

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นการอนาจารโดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2554⁹⁹ จำเลยอาศัยความเป็นพระภิกษุที่ผู้เสียหายให้ความเคารพนับถือ ฉวยโอกาส ขณะที่รดน้ำมนต์ลูบไล้ใบหน้าและหน้าอกของผู้เสียหาย โดยที่ผู้เสียหายไม่ได้ทราบล่วงหน้ามาก่อน จึงไม่สามารถป้องกันตัวเองจากการกระทำการดังกล่าวได้ทัน

⁹⁹ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 421/2554,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก

(ง) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ต้องเป็นการกระทำความผิดโดยที่ผู้กระทำนั้นทำให้ผู้เสียหายเข้าใจว่าผู้กระทำนั้นเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายยินยอมที่จะให้มีการสัมผัส เนื้อตัวร่างกายนั้นๆ เกิดขึ้น เช่น คนรัก หรือ สามี หรือ ภรรยาของผู้เสียหาย เป็นต้น

โดยที่ การสำคัญผิดของผู้เสียหายนั้น จะต้องเป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคล กล่าวคือ ผู้เสียหายจะต้องเข้าใจว่าเป็นคนละคนกันกับตัวผู้กระทำความผิด ไม่ใช่เพียงแต่สำคัญผิดในคุณสมบัติของตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น

จะเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาฎีกาของประเทศไทยส่วนใหญ่ที่ตัดสินให้การกระทำความผิดเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และ มาตรา 279 ได้ นั้น ต้องเป็นการกระทำที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นหรือให้ผู้เสียหายกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิดเองก็ตาม หรือ แม้จะเป็นการกระทำอนาจารผ่านเสื้อผ้าก็สามารถเป็นความผิดได้

ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558¹⁰⁰ วินิจฉัยว่า การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่ใต้โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึกภาพสรีระร่างกายของโจทก์ร่วมตั้งแต่ช่วงลิ้นปี่จนถึงอวัยวะช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาท่อนล่างและขาท่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยสื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ โดยที่โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพได้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวยอมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตาม ป.อ. มาตรา 278 นอกจากหมายความว่าการประทุษร้ายแก่กายแล้ว ยังหมายความว่าการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำความผิด ซึ่งเป็นการทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าว ทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึก

¹⁰⁰ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก

สะท้อนใจอับอายขวยหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารโจทก์ร่วม ครอบคลุมองค์ประกอบความผิดตาม ป.อ. มาตรา 278

ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุ เป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาลเนินสง่า อันเป็นสถานที่ราชการซึ่งเป็นสาธารณสถาน แม้ประชาชนที่ไปใช้บริการในห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจะต้องได้รับอนุญาต และผ่านการคัดกรองจากพยาบาลหน้าห้องตรวจก่อน แต่ก็ยังเป็นเพียงระเบียบขั้นตอนและวิธีปฏิบัติในการใช้บริการของโรงพยาบาลเท่านั้น หากทำให้ห้องตรวจคนไข้ดังกล่าวซึ่งเป็นสาธารณสถานที่มีประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ ต้องกลับกลายเป็นที่รโหฐานแต่อย่างใดไม่ ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจึงยังคงเป็นสาธารณสถาน ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงครอบคลุมองค์ประกอบความผิดฐานกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณสถานตาม ป.อ. มาตรา 397

และยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559¹⁰¹ จำเลยเป็นผู้ชายได้ผลักผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กชายเข้าไปในห้องน้ำและได้ออดกางเกงผู้เสียหายจนเหลือแต่กางเกงใน ย่อมทำให้ผู้เสียหายที่ 1 ได้รับความอับอายเพราะไม่ใช่วิสัยของคนทั่วไปที่จะเปลือยกายและสวมใส่เฉพาะกางเกงชั้นในให้กับบุคคลที่ไม่สนิทสนมได้พบเห็น ดังนั้น แม้จำเลยจะไม่ได้แตะเนื้อต้องตัวหรือร่างกายส่วนหนึ่งส่วนใดของผู้เสียหายที่ 1 ก็ตาม การกระทำของจำเลยก็เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศแล้ว จำเลยจึงมีความผิดฐานกระทำอนาจารต่อผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีโดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 279 วรรคสอง

การที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของ “การกระทำอนาจาร” โดยเฉพาะคือการกระทำอนาจารนั้นจำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำหรือไม่

วิเคราะห์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2559 ได้วินิจฉัยไว้ว่าการที่จำเลยใช้กำลังบังคับที่ภาพแอบถ่ายได้กระโปรงของผู้เสียหายในระยะใกล้ชิดแม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรงก็ถือว่าเป็นการ “กระทำอนาจาร” ซึ่งแตกต่างจากความหมายตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมาว่าการกระทำอนาจารนั้นต้องเป็นกรณีการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคล

¹⁰¹ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก

การกระทำที่เป็นการแอบถ่าย คือ เป็นพฤติกรรมการนำกล้องถ่ายภาพ หรืออุปกรณ์ที่สามารถบันทึกภาพได้ ทำการในลักษณะแอบหลบๆ ซ่อนๆ เช่น โทรศัพท์มือถือถ่ายภาพไปได้ ไปลักลอบถ่ายภาพสิ่งเปลือยของบุคคลอื่น¹⁰² การแอบถ่ายจึงไม่ได้มีสัมผัสเนื้อตัวของผู้ถูกระทำแต่อย่างใด

การกระทำที่มีลักษณะเป็นการแอบถ่ายนั้นมักจะเป็นการ กระทำความคิดที่เกิดขึ้นในขณะที่ผู้เสียหายไม่รู้ตัว หรือ เกิดขึ้นในขณะที่ผู้เสียหายไม่ได้มีการ ระมัดระวังตัว ผู้เสียหายจะไม่นับรู้ตัวเลยว่าตนตกเป็นเหยื่อของการกระทำความคิดนั้น ในบางครั้งผู้เสียหายบางคนอาจจะรู้ตัวว่าตนเองถูกแอบถ่ายก็เมื่อภาพของตนไปปรากฏบนสื่อสังคมออนไลน์แล้วก็ ดังนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าการแอบถ่ายเป็นการกระทำโดยบุคคลนั้นไม่อยู่ในภาวะที่สามารถขัดขืนได้

และตามที่ศาลฎีกาได้มีการวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ว่า “... แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพได้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความคิดตาม ป.อ. มาตรา 278 นอกจากหมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายแล้ว ยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ...”

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) ซึ่งการประทุษร้ายเป็นองค์ประกอบหนึ่งในความคิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 โดยหลักการประทุษร้ายแก่ร่างกาย หมายถึง การทำอันตรายต่อเนื้อตัวหรือร่างกาย ซึ่งการประทุษร้ายต่อจิตใจ คือ การทำอันตรายต่อระบบสั่งการของสมองหรือการทำงานของ ระบบประสาท ซึ่งได้แก่ โรคประสาท โรคซึมเศร้า โรควิตกกังวล

ส่วนอารมณ์ความรู้สึกจึงอยู่นอกขอบ ความหมายของการประทุษร้ายต่อจิตใจ ดังนั้นกรณี ตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวจึงตีความแบบขยายความ คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งเป็นคำ นิยามที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6)¹⁰³

¹⁰² “ การแอบถ่ายคืออะไร ? , ” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก

4.2 การตีความคำว่า การกระทำอาชญากรรมมีผลกระทบต่อหลักประกันในกฎหมาย

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้ได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก และในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักสากลไปแล้ว

สำหรับประเทศไทยเรานั้นเมื่อได้มีการปรับปรุงกฎหมายตามแบบอย่างประเทศตะวันตกและได้ประกาศใช้ “กฎหมายลักษณะอาญา” ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” นี้เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและหลักนี้ได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์ตลอดมา

ครั้นเมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว นอกจากจะได้บัญญัติหลักประกันนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังได้มีการบัญญัติหลักประกันนี้ลงไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วย¹⁰⁴ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ไปด้วย “Nullum crimen nulla poena sine lege” หรือที่แปลเป็นไทยว่าหลัก “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” เป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศเป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อรับรองสิทธิของประชาชนและเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐใน การที่จะดำเนินคดี หรือลงโทษบุคคล¹⁰⁵

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2499 ก็ได้มีการบัญญัติรับรองหลักการ ดังกล่าวไว้ในมาตรา 2 ด้วย โดยบัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำ ความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย...” การตีความกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับกรณีข้อพิพาทของศาล ก็ต้องมีการตีความที่สอดคล้องกับหลัก “Nullum crimen nulla poena sine lege” ด้วยเพื่อที่จะได้ไม่กระทบกระเทือนกับ สิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำความผิด

บทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายความว่าเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” (gesetzliche Rechte) เท่านั้น ที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้ (nullum crimen sine lege) และเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” (gesetzliche)

¹⁰⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

¹⁰⁵ คณิต ณ นคร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 86.

เท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ (nulla poena sine lege) และทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วนั้น จะต้องมียุ่แล้วก่อนการกระทำนั้นและโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ กล่าวคือ ต้องยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” (Bestimmtheitsgrundsatz) ซึ่งข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้นเป็นผลที่สืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวนั่นเอง¹⁰⁶

ดังนั้น บทบัญญัติอันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ¹⁰⁷ คือ

- (1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (Gewohnheitsrechtsverbot)
- (2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล (Analogieverbot)
- (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (Bestimmtheitsgrundsatz)
- (4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (Rickwirkungsverbot)

กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ในประการที่ว่ากฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอนนั้นเป็นข้อเรียกร้องว่าการบัญญัติกฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน (nullum crimen sine lege)¹⁰⁸

การที่จำต้องเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนหรือเรียกร้องให้ยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” (Bestimmtheitsgrundsatz) นั้น ก็เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ตามกล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัตินั้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของตน¹⁰⁹

¹⁰⁶ เพิ่งอ้าง, น. 87.

¹⁰⁷ เพิ่งอ้าง.

¹⁰⁸ เพิ่งอ้าง, น. 93.

¹⁰⁹ เพิ่งอ้าง, น. 94.

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการนี้ก็แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaatlichkeitsprinzip) ในกฎหมายอาญาคือว่ามีความเข้มข้นกว่าในกฎหมายอื่นเช่นเดียวกัน ข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้น มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเสียอีกจน Prof. Dr. Hans Welzel ถึงกับกล่าวว่า “อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันของกฎหมายอาญาไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา”¹¹⁰

คำว่า “กระทำอนาจาร” ไม่ได้มีการบัญญัติคำนิยามไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เมื่อเกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่ว่ากระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นควรมีขอบเขตของการกระทำอย่างไร เมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตดังกล่าวขึ้น จึงการต้องความคำว่า “กระทำอนาจาร” ว่าการกระทำใดบ้างเป็นการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา โดยที่การตีความกฎหมายก็ต้องมีสอดคล้องกับหลัก “Nullum crimen nulla poena sine lege” ด้วยเพื่อที่จะได้ไม่กระทบกระเทือนกับ สิทธิและเสรีภาพของผู้กระทำความผิด

การตีความคำว่า “การกระทำอนาจาร” เพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลัก “Nullum crimen nulla poena sine lege” ควรตีความว่าการกระทำอนาจารนั้น หมายถึง การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศที่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเท่านั้น ไม่ควรจะตีความขยายความให้การกระทำอนาจาร หมายรวมถึง การแอบถ่ายโดยที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายด้วย

อีกทั้ง หากตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำก็จะไม่มีการสร้างการยับยั้งส่วนเพิ่มแก่ผู้กระทำ¹¹¹ เนื่องจากผู้กระทำมีแนวโน้มที่จะสร้างความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไปโดยการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเพราะผู้กระทำไม่มีต้นทุนใด ๆ เพิ่มขึ้นหากตนได้กระทำเช่นนั้น ในกรณีเช่นนี้จะกลายเป็นผลร้ายต่อตัวผู้ถูกระทำ

¹¹⁰ เพิ่งอ้าง, น. 96.

¹¹¹ “การยับยั้งส่วนเพิ่ม” หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้กระทำความผิดแล้วถูกยับยั้งมิให้กระทำ ความผิดอื่นเพิ่มเติมเพราะผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าจะมีต้นทุนเพิ่มขึ้น หากตนกระทำความผิดอื่น เพิ่มเติม ตรงกันข้ามหากเกิดสถานการณ์ที่ไม่มีการยับยั้งส่วนเพิ่มผู้กระทำความผิดแล้วจะรู้สึกว่าการกระทำผิดอื่นเพิ่มเติมจะไม่มีต้นทุนเพิ่มขึ้นและมีแต่ประโยชน์ที่จะได้จากกระทำความผิดอื่นเพิ่มเติมเมื่อนั้นกฎหมายก็ไม่อาจยับยั้งผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดอื่น

ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), น. 59.

เอง¹¹² กล่าวโดยขยายความคือมาตรา 278 กำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 10 ปีหรือปรับ ไม่เกิน 200,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ หากตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำผู้กระทำซึ่งได้กระทำการที่ไม่สมควรในทางเพศ แต่การกระทำยังไม่ถึงขั้นสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำจะถูกข้อยั้งจากโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปีในความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และถูกข้อยั้งไม่ให้สร้างความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไปโดยการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำอันจะเป็นการคุ้มครองตัวผู้ถูกระทำเอง ตรงกันข้ามหากตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำก็จะไม่มีการสร้างการข้อยั้งส่วนเพิ่มแก่ผู้กระทำเนื่องจากผู้กระทำมีแนวโน้มที่จะสร้างความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไปโดยการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเพราะผู้กระทำไม่มีต้นทุนใดๆเพิ่มขึ้นหากคนได้กระทำ เช่นนั้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะกลายเป็นผลร้ายต่อตัวผู้ถูกระทำเอง¹¹³

ดังนั้น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 การแอบถ่ายเป็นพฤติกรรมการกระทำความผิดที่จำเลยก็ไม่ได้มีการสัมผัสกับเนื้อตัวร่างกายของหญิง เพียงการลักลอบใช้กล้องถ่ายรูปหรือกล้อง วิดีโอบันทึกภาพสรีระส่วนต่าง ๆ ท่อนล่างของร่างกายหญิงไว้ การจะตีความให้การกระทำอนาจารครอบคลุมไปถึงการแอบถ่าย ด้วยนั้นจึงเป็นการตีความที่ขัดกับหลัก “Nullum crimen nulla poena sine lege” และขัดกับนิติวิธีของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ที่ศาลไม่สามารถจะสร้างบทบัญญัติของกฎหมายขึ้นเองได้ ดังเช่น ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

4.3 เปรียบเทียบบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

4.3.1 ผู้กระทำความผิด

(ก) ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปีมาตรา 278 และ บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีมาตรา 279

องค์ประกอบภายนอกในส่วนของผู้กระทำความผิด ได้มีการบัญญัติกฎหมายโดย ใช้คำว่า “ผู้ใด...” ดังนั้น สำหรับความผิดที่กล่าวมาข้างต้น ผู้กระทำความผิดจึงสามารถเป็นบุคคลใด ก็

¹¹² เพิ่งอ้าง.

¹¹³ เพิ่งอ้าง.

ได้ โดยไม่จำกัดเพศ ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลเพศชายหรือเพศหญิงก็สามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารได้ทั้งสิ้น

(ข) ตามประมวลกฎหมายอาญาของต่างประเทศ

ประเทศฝรั่งเศส

บทบัญญัติความผิดฐานรุกรานทางเพศ มาตรา 222-22 ในส่วนของตัวผู้กระทำความผิดนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้ ผู้กระทำความผิดจึงสามารถเป็นบุคคลใดก็ได้ โดยไม่จำกัดเพศ ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลเพศชายหรือเพศหญิง

ประเทศอังกฤษ

บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจาร มาตรา 3 และ บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี มาตรา 7 ของพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The Sexual Offences Act 2003) กฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้ ผู้กระทำความผิดจึงสามารถเป็นบุคคลใดก็ได้ โดยไม่จำกัดเพศ ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลเพศชายหรือเพศหญิง

ประเทศญี่ปุ่น

บทบัญญัติความผิดฐานบังคับอนาจาร มาตรา 176 ในส่วนของตัวผู้กระทำความผิดนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำความผิดไว้ ผู้กระทำความผิดจึงสามารถเป็นบุคคลใดก็ได้ โดยไม่จำกัดเพศ ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลเพศชายหรือเพศหญิง

4.3.2 การกระทำ

(ก) ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปี มาตรา 278 และ บทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี มาตรา 279

องค์ประกอบภายนอกในส่วนของผู้กระทำความผิดกฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขตของการกระทำไว้อย่างชัดเจน กฎหมายเพียงแต่กำหนดว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำอนาจาร โดยขู่เจ็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยการทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

ดังนั้นในส่วนของขอบเขตการกระทำอันเป็นการอนาจาร จะต้องศึกษาจาก คำพิพากษาของศาลฎีกา ซึ่งเราพอที่จะสรุปความหมายของคำว่าอนาจารได้ว่า “การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศที่กระต่อนเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย ”

(ข) ตามประมวลกฎหมายอาญาของต่างประเทศ

ประเทศฝรั่งเศส

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารในส่วนของกระทำที่จะเป็นความผิดฐานรุกรานทางเพศ (Sexual Assaults) ได้นั้นต้องเป็นการกระทำทางเพศ นั่นก็คือการสัมผัสและต้องกระทำโดยการประทุษร้าย (Violence) หรือทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ (Constraint) หรือ ข่มขู่ (Threat) หรือ การวางแผน (Surprise) อย่างใดอย่างหนึ่ง

ประเทศอังกฤษ

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารในส่วนของกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ.2003 (The Sexual Offences Act 2003) ของประเทศอังกฤษไม่ว่าจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 3 และ ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 7 ได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยตั้งใจที่จะสัมผัสผู้ถูกระทำโดยการสัมผัสดังกล่าวนั้นมีวัตถุประสงค์ในทางเพศ

ประเทศญี่ปุ่น

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารที่จะเป็นความผิดฐานบังคับอนาจาร (Forcible Indecency) ต้องเป็นการกระทำในลักษณะ การบังคับอนาจาร ซึ่งหมายถึง การทำร้ายร่างกายหรือทำให้เหยื่ออับอาย ไม่ว่าจะด้วยความรุนแรง การบังคับขู่เข็ญ หรือวิธีการอื่นๆ

4.3.3 ผู้ถูกระทำ

(ก) ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

กฎหมายได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองครอบคลุมทั้งเพศชายและเพศหญิง ดังนั้นการกระทำอนาจารที่เกิดขึ้นระหว่าง เพศชายกับเพศชายหรือเพศหญิงกับเพศหญิงก็สามารถ เป็นความผิดฐานนี้ได้

แต่บทบัญญัติมาตรา 278 เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปี ดังนั้นชายหรือหญิงผู้ถูกระทำ ต้องมีอายุกว่า 15 ปี

ส่วนบทบัญญัติมาตรา 279 เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุไม่เกิน 15 ปี ดังนั้นชายหรือหญิงผู้ถูกระทำต้องมีอายุไม่เกิน 15 ปี

(ข) ตามประมวลกฎหมายอาญาของต่างประเทศ

ประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองครอบคลุมทั้งเพศชายและเพศหญิง ดังนั้น การกระทำอนาจารที่เกิดขึ้นระหว่าง เพศชายกับเพศชายหรือเพศหญิงกับเพศหญิงก็สามารถเป็น ความผิดฐานนี้ได้

ประเทศอังกฤษ

เช่นเดียวประเทศไทย กฎหมายได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองครอบคลุมทั้งเพศชาย และเพศหญิง ดังนั้น การกระทำอนาจารที่เกิดขึ้นระหว่าง เพศชายกับเพศชายหรือเพศหญิงกับเพศ หญิงก็สามารถเป็นความผิดฐานนี้ได้

และกฎหมายประเทศอังกฤษได้มีการคุ้มครองเด็กไว้ในมาตรา 7 ความผิดฐานกระทำ อนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ตามมาตรา 7 มุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

ประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองครอบคลุมทั้งเพศชายและเพศหญิง ดังนั้น การกระทำอนาจารที่เกิดขึ้นระหว่าง เพศชายกับเพศชายหรือเพศหญิงกับเพศหญิงก็สามารถเป็น ความผิดฐานนี้ได้

4.3.4 ความยินยอมในการกระทำผิด

(ก) ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย

การกระทำอนาจารตามมาตรา 278 ต้องกระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าเป็น บุคคลอื่น ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ถูกระทำ มิได้ยินยอม ดังนั้นหากผู้กระทำยินยอมด้วยความ สัมครการกระทำก็ไม่อาจเป็นความผิด

ส่วนมาตรา 279 นั้นกฎหมายคุ้มครองเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีเป็นพิเศษโดยผู้กระทำจะต้อง ระวังโทษที่หนักขึ้นจากมาตรา 278 และที่สำคัญผู้ที่ถูกระทำที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี ไม่ว่า เด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิด

(ข) ตามประมวลกฎหมายอาญาของต่างประเทศ

ประเทศฝรั่งเศส

การทำความผิดฐานรุกรานทางเพศ จะต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ

ประเทศอังกฤษ

การกระทำอนาจารตามมาตรา 3 ต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ
มาตรา 7 ได้มีการบัญญัติคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีไม่ให้ถูกระทำอนาจารโดย
ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีก็จะได้รับโทษหนักกว่าการล่วงละเมิด
บุคคลอายุกว่า 13 ปี และไม่ว่าเด็กจากจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

ประเทศญี่ปุ่น

การกระทำความผิดฐานรุกรานทางเพศ จะต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ



ตารางที่ 4.1 การเปรียบเทียบการกระทำความฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ

ประเทศ	ผู้กระทำ	ลักษณะการกระทำ	ผู้ถูกระทำ	ความยินยอม
ไทย	ไม่จำกัดเพศ	การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ โดยจะต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่น	ไม่จำกัดเพศ	ต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ เว้นแต่ กระทำอนาจารต่อเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิด
ฝรั่งเศส	ไม่จำกัดเพศ	การกระทำทางเพศ (Sexual Assaults) เช่น การสัมผัสหน้าอก, ต้นขา, สะโพก (อวัยวะทางเพศและของสงวน)	ไม่จำกัดเพศ	ต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ
อังกฤษ	ไม่จำกัดเพศ	ต้องเป็นการกระทำโดยตั้งใจที่จะสัมผัส ผู้ถูกระทำ โดยการสัมผัสดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์ในทางเพศ	ไม่จำกัดเพศ	ต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ เว้นแต่ กระทำอนาจารต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปีไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิด
ญี่ปุ่น	ไม่จำกัดเพศ	การบังคับอนาจาร หมายถึง การทำร้ายร่างกายหรือทำให้เหยื่ออับอาย ไม่ว่าจะด้วยความรุนแรง การบังคับขู่เข็ญ หรือวิธีการอื่นๆ	ไม่จำกัดเพศ	ต้องปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำ

4.4 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดนิยามความหมาย

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบซีวิลลอว์ หรือ ระบบประมวลกฎหมาย โดยบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมาย ที่สำคัญที่สุดในระบบซีวิลลอว์นั้นก็จะมีมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ในการที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดได้นั้นจะต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้ และกฎหมายอาญานั้น

จะต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจนแน่นอนซึ่งหลักการนี้เป็นเนื้อหาอันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา
เพื่อการใช้บังคับกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามหลักสากล



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย นั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขตของการกระทำไว้อย่างชัดเจน ไม่มีกฎหมายกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “อนาจาร” เอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายในบทบัญญัติมาตรา 278 หรือ 279 อันเป็นบทบัญญัติในการกำหนดความผิดนั้นเพียงแต่บัญญัติว่าการกระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำอนาจารที่ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยการทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534¹¹⁴) อันเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคล เช่น เพียงแต่กอดจูบลูบลำ และเนื้อต้องตัวร่างกายในทางที่ไม่สมควรก็เป็นความผิดสำเร็จแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550¹¹⁵) แม้จะเป็นการกระทำในที่ลับหรือมิดชิด ก็เป็นการอนาจารได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539¹¹⁶)

การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายบุคคลที่ไม่สมควรในทางเพศมิได้หมายความเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย เช่นการกอดเอว ผู้เสียหาย จับมือและดึงแขนผู้เสียหาย ก็เป็นการอนาจารแก่ผู้เสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547¹¹⁷) ส่วน “การกล่าวถ้อยคำ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540¹¹⁸) การเขียนภาพ” ไม่เป็นการกระทำอนาจาร เพราะไม่ใช่การกระทำต่อ “เนื้อตัวบุคคล”¹¹⁹

¹¹⁴ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

¹¹⁵ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

¹¹⁶ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

¹¹⁷ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

ต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558¹²⁰ วินิจฉัยว่า การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่ได้โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึกภาพสีรูปร่างกายของโจทก์ร่วมตั้งแต่ช่วงสิ้นปีจนถึงอวัยวะช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาท่อนล่างและขาท่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยสื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ โดยที่โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพได้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตาม ป.อ. มาตรา 278 นอกจากหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่กายแล้ว ยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าว ทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารโจทก์ร่วม ครอบคลุมองค์ประกอบความผิดตาม ป.อ. มาตรา 278

ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุ เป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาลเนินสง่า อันเป็นสถานที่ราชการซึ่งเป็นสาธารณสถาน แม้ประชาชนทั่วไปใช้บริการในห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจะต้องได้รับอนุญาต และผ่านการคัดกรองจากพยาบาลหน้าห้องตรวจก่อน แต่ก็เป็นเพียงระเบียบขั้นตอนและวิธีปฏิบัติในการให้บริการของโรงพยาบาลเท่านั้น หากทำให้ห้องตรวจคนไข้ดังกล่าวซึ่งเป็นสาธารณสถานที่ประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ ต้องกลับกลายเป็นที่รโหฐานแต่อย่างใดไม่ ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจึงยังคงเป็นสาธารณสถาน ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงครบ

¹¹⁸ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก

<http://deka.supremecourt.or.th/search>.

¹¹⁹ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครแพ้นิติฯ, 2557), น.460.

¹²⁰ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก

<http://deka.supremecourt.or.th/search>.

องค์ประกอบความผิดฐานกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำ
ให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะตาม ป.อ. มาตรา 397

และยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559¹²¹ จำเลยเป็นผู้ชายได้ผลักผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กชายเข้าไปในห้องน้ำและได้ถอดกางเกงผู้เสียหายจนเหลือแต่กางเกงใน ข่มทำให้ผู้เสียหาย
ที่ 1 ได้รับความอับอายเพราะไม่ใช่วิถีของคนทั่วไปที่จะเปลือยกายและสวมใส่เฉพาะกางเกง
ชั้นในให้กับบุคคลที่ไม่สนิทสนมได้พบเห็น ดังนั้น แม้จำเลยจะไม่ได้แตะเนื้อต้องตัวหรือร่างกาย
ส่วนหนึ่งส่วนใดของผู้เสียหายที่ 1 ก็ตาม การกระทำของจำเลยก็เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทาง
เพศแล้ว จำเลยจึงมีความผิดฐานกระทำอนาจารต่อผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กอายุไม่เกิน 15 ปีโดยใช้
กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 279 วรรคสอง

การที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของ
“การกระทำอนาจาร” โดยเฉพาะคือการกระทำอนาจารนั้นจำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องมีการสัมผัสต่อ
เนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำหรือไม่

จากการศึกษาบทบัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารในต่างประเทศในประเทศฝรั่งเศส
และประเทศอังกฤษ ได้มีการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการกระทำอนาจารไว้อย่างชัดเจนว่า การ
กระทำที่จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ต้องมีสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำและมี
วัตถุประสงค์ในทางเพศ โดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำจึงจะเป็นความผิดตามกฎหมาย
เว้นแต่การกระทำต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปีตามมาตรา 7¹²² ในกฎหมายอังกฤษหรือกระทำต่อเด็กอายุ
ไม่เกิน 15 ปีตามมาตรา 279¹²³ ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ไม่ว่าจะเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็

¹²¹ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559,” สืบค้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2565, จาก
<http://deka.supremecourt.or.th/search>.

¹²² 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. ...

¹²³ มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้อง
ระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษจำคุก
ตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

เป็นความผิด ดังนั้น การใช้ กฎหมายย่อมไม่เกิดปัญหาในเรื่องของขอบเขตของลักษณะการกระทำ
อนาจาร เพราะกฎหมาย บัญญัติไว้อย่างชัดเจนซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่ากฎหมายอาญาต้องบัญญัติไว้
โดยชัดเจนแน่นอนอัน เป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา

การตีความคำว่า “การกระทำอนาจาร” ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยเพื่อมีความ
ชัดเจนแน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายและเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความสอดคล้อง
หลักประกันในกฎหมายอาญานั้นเป็นพื้นฐานของกฎหมายอาญา “การกระทำอนาจาร” หมายถึง
การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศโดยต้องมีการกระทำกับเนื้อตัวร่างกายของบุคคลและปราศจาก
ความยินยอมของผู้ถูกระทำ

5.2 ข้อเสนอแนะ

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศยังไม่ได้มีการกำหนดนิยามความหมายของการ
กระทำอนาจารไว้ จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความถึงการกระทำอนาจารออกไปค่อนข้างกว้างและ
หลายรูปแบบจนไม่สามารถหาขอบเขตของการกระทำที่ชัดเจนได้ ซึ่งกระทบต่อหลักประกันใน
กฎหมายอาญาในประการที่ว่ากฎหมายอาญานั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนอันเป็นข้อเรียกร้องที่มี
ความสำคัญอย่างยิ่ง และเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดนิยามความหมายไว้ย่อมนำไปสู่การตีความ
อันเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ใช้กฎหมายได้ตีความ โดยหากมีการตีความตามอำเภอใจหรือความรู้สึก
ส่วนตัว ย่อมที่จะกระทบต่อสิทธิของจำเลย เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอน
และเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาที่ว่า
กฎหมายอาญานั้นต้องมีความแน่นอนชัดเจน

ผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยการบัญญัติ คำ
นิยามของคำว่า “การกระทำอนาจาร” ดังนี้

**มาตรา 1(19) “ การกระทำอนาจาร หมายความว่า การสัมผัสที่ไม่สมควรในทาง เพศ
โดยต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่นไม่ว่าส่วนใดของร่างกาย และไม่ว่าใช้สิ่งใดในการสัมผัส
หรือไม่ว่าจะสัมผัสผ่านสิ่งใด ”**

ดังนั้น จะเป็นการผิดฐานกระทำอนาจารได้นั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควร
ในทางเพศที่มีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น การบัญญัตินิยามของการกระทำอนาจารเช่นนี้
จะสอดคล้องกับการกระทำอนาจารในกฎหมายต่างประเทศหลาย ๆ ประเทศตามตัวอย่างที่ยกมา
ข้างต้น ซึ่งจะทำให้กฎหมายอาญาในความผิดฐานอนาจารนั้นมีความชัดเจนแน่นอนไม่กระทบต่อ
หลักประกันในกฎหมายอาญา



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครพิมพ์ ลิขซึ่ง, 2557.

กุสุมา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา. “การตีความกฎหมายอาญา.” ในการใช้การตีความกฎหมาย : งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

คณิต ณ นคร. “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา.” วารสารอัยการ. (2523).

คณิต ณ นคร. กฎหมายภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

คณิต ณ นคร. พื้นฐานความรู้เกี่ยวกับกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. “ความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัย กฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชา นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ชานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. 2548.

ชานินทร์ กรัยวิเชียร. “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย.” ในการใช้การตีความกฎหมาย : งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

นางสาววิวรรณ เพชรรัตน์. “ความหมายของการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.

บตี วงศ์เจนสันต์. “กระทำอนาจารโดยประทุษร้ายต่อจิตใจ : ศึกษาคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558.”

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.

ปกป้อง ศรีสนิท. กฎหมายอาญาขั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

ยอร์ช ปาดูซ์. บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยาม เกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127. แปลและเรียบเรียงโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546.

วีระวัฒน์ ปวรจารย์. คำบรรยายเนติบัญญัติ วิชากฎหมายอาญามาตรา 209-287, 367-398.

ม.ป.ท: ม.ป.พ, ม.ป.ป.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร:

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร:

วิญญูชน, 2548.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย.

พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

อัจฉริยา ชูตินันท์. “นิติวิธีในการตีความกฎหมายอาญาของประเทศไทย.” วารสารสุทธิปริทัศน์.

ปี 33. (2562).

ภาษาต่างประเทศ

Jonathan Herring. Criminal law. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013.

Michael Jefferson. Criminal Law. ed. 11. Harlow: Pearson Education Limited, 2013.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล

สุชาสินี เจียวทอง

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2560 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
เนติบัณฑิตยสภา สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ
บัณฑิตยสภา สมัย 71 ปีการศึกษา 2562

ตำแหน่งและสถานที่ทำงาน

ทนายความ สำนักงานทนายความสุชาสินี

