

# ความผิดฐานกระทำอนาจาร: ศึกษาองค์ประกอบความผิด และขอบเขตแห่งการกระทำอนาจาร

## The Sexual Assault: A Study of the Element of Crime and the Extension of the Sexual Assault

ศุทธิณี อยู่สวัสดิ์<sup>1</sup>

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 99 หมู่ 9 ตำบลท่าโพธิ์ อำเภอเมือง จังหวัดพิษณุโลก 65000

เมลติดต่อ: suttineey@nu.ac.th

Suttinee Yusawat

Faculty of Law, Naresuan University, 99, Moo 9, Tha Pho, Phitsanulok, 65000,

E-mail: suttineey@nu.ac.th

Received: October 18, 2022; Revised: January 13, 2023; Accepted: January 19, 2023

### บทคัดย่อ

บทความวิจัยฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ คือ (1) เพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทย (2) เพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ (3) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ (4) เพื่อบูรณาการงานวิจัยกับการเรียนการสอนในรายวิชากฎหมายอาญาภาคความผิด ผลการวิจัยพบว่า (1) เนื่องจากคำว่า “กระทำอนาจาร” ในประมวลกฎหมายอาญาขาดคำนิยามที่ชัดเจนและแน่นอน (Precision) จึงทำให้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยเป็นสองแนว โดยแนวแรกวินิจฉัยว่า เป็นการกระทำที่ผู้กระทำต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย (Touching Another Person) และอีกแนววินิจฉัยว่า ไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสผู้เสียหาย (Non-Physical Contact) จึงเห็นเป็นการสมควร กำหนดคำนิยามคำว่า “การกระทำอนาจาร” ให้ชัดเจน (2) หากมิได้มีการกำหนดคำนิยามขึ้น ผู้วิจัยขอเสนอเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 279 โดยการกำหนดองค์ประกอบความผิดให้มีลักษณะชัดเจนและแน่นอน (Precision) เพียงพอที่ทำให้ผู้กระทำเข้าใจว่า การกระทำใดของตนเป็นการกระทำอนาจาร (3) กำหนดลักษณะการกระทำ ความผิดให้ครอบคลุมการกระทำ เพื่อให้สามารถลงโทษการกระทำที่มีลักษณะคล้ายอนาจาร แต่ไม่ต้องการสัมผัสร่างกายผู้เสียหาย ซึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี อันอยู่ใน

<sup>1</sup> อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร (Lecturer, Faculty of Law, Naresuan University).



วัยที่สมควรได้รับการคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศ และ (4) หากไม่มีการกำหนดคำนิยามหรือไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ผู้วิจัยเห็นว่า ต้องใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วปรับบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดให้ถูกต้อง ให้สอดคล้องกับแต่ละสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ อันได้แก่ มาตรา 388, มาตรา 397 วรรค 2 หรือมาตรา 280/1 แล้วแต่กรณี อันเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งไม่มีการสัมพันธ์ร่างกายผู้เสียหาย

**คำสำคัญ:** ความผิดฐานกระทำอนาจาร องค์ประกอบความผิด ประมวลกฎหมายอาญา  
มาตรา 278 และมาตรา 279 พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003

## Abstract

This research paper aims to (1) study legal element(s) of Sexual Assault offences in Thailand (2) to study English's criminal elements of Sexual Assault offence (3) to compare elements of Sexual offence between Thai and English laws (4) to integrate the research results into a teaching material for the class of the Criminal law of Thailand associated with criminal offenses. The research finds that; (1) The definition of the Sexual Assault in Thai law has been given ambiguity, it leads to two line of judgment delivered by the Thai supreme court. The first line of judgment pays its legal attention and underscores such Sexual Assult requires to take part in physical contact; while the second line of judgment does not require so. Accordingly, this reserch is of the opinion that more-precise definition thereof is highly recommended. (2) Should the said recommendation will unlikely take place, both the Section 278 and Section 279 of the Penal Code of Thailand should be revised that criminal elements of such crime would be more precise and certain in order that a criminal may realize that each misconduct is being satisfied all required those elements. (3) Additionally, a part of the criminal offenses pursuant to the Thai Penal Code needs to append the concerned Sexual Assault for the purpose of criminalizing alike transgression(s) where the physical contact connection is not required in case of a victimized youth whose age is not more than 15 years old; such youth is a subject matter of sexual purity. (4) If there have no amend whether (1) or (2), the existing the provision of Thai Penal Code Section 388, 397 paragraph 2 and/or Section 280/1 should be applied according to the facts of the particular situation, as these provisions do not require the non-physical contact with a victim in the sense of Intimate violence and sexual offence.

**Keywords:** Sexual Assault, Element of Crimes, Penal Code Section 278 and Section 279, Sexual Offences Act 2003

## 1. บทนำ

สำหรับการกระทำอนาจารนั้น ประมวลกฎหมายอาญามีได้บัญญัติคำนิยามที่มีความชัดเจน<sup>2</sup> จากความไม่ชัดเจนดังกล่าวจึงมีแนวคำพิพากษาที่กำหนดลักษณะการกระทำที่แตกต่างกันเป็นสองแนว ดังนี้ ศาลฎีกามีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า เป็นการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ไม่หมายความว่าเฉพาะเพื่อความใคร่หรือการประเวณีเท่านั้น แม้ไม่ได้ทำด้วยความใคร่ **เพียงสัมผัสใกล้ชิด**<sup>3</sup> เพื่อสร้างความพึงพอใจทางเพศก็ถือว่าเป็นการไม่สมควรแล้ว<sup>4</sup> ย่อมเห็นได้ว่า จะเป็นการกระทำอนาจารได้ ผู้กระทำต้องมีการสัมผัส หรือ ต้องมีการกระทำแก่อวัยวะร่างกายผู้เสียหายโดยตรง เช่น การจับมือ การจับแขน การจับหน้าอก หรือการจับต้องอวัยวะเพศ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ปรากฏมี **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558** อธิบายว่า การกระทำอนาจารนั้น **แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง** แต่การที่จำเลยใช้กำลังบังคับทักท้วงได้กระปรองโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายซึ่งตามบทนิยามมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา การใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 นอกจากหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่กายแล้ว ยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอันใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าวทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว อันแตกต่างจากการที่บุคคลใช้สายตามองดูหน้าอก ช่วงขา หรือชุดชั้นในของหญิงที่สวมใส่อยู่ไม่ว่าในที่ใด ๆ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารโจทก์ร่วมครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 แล้ว<sup>5</sup>

<sup>2</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554* พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์), 1368. ได้ให้คำนิยามคำว่า “อนาจาร” ไว้ดังนี้ (1) [อะนาจาน] น. ความประพฤติชั่ว, ความประพฤติน่าอับอาย (ป., ส.). (2) (กฎ) เป็นฐานความผิดอาญา ที่ผู้กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น. (ป., ส.). (3) [อะนาจาน] ว. ลามก, น่าบัดสี, ทำให้เป็นที่อับอาย, เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม. (ป., ส.).

<sup>3</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1316/2508

<sup>4</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 46 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), 487.

<sup>5</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558, สืบค้นเมื่อ 3 กรกฎาคม 2565, <http://deka.supremecourt.or.th/search>.

จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เปลี่ยนแปลงแนวทางการวินิจฉัยตีความ คำว่า การกระทำอนาจาร ซึ่งเดิมจำกัดอยู่เพียงต้องมีการสัมผัส และต้อง เนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย กลายเป็น ไม่จำเป็นต้องสัมผัส และต้อง เนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายเลยก็ได้<sup>6</sup>

นอกจากนี้คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย”<sup>7</sup> แม้กฎหมายจะใช้คำว่า ทำการประทุษร้ายแก่จิตใจ หากแต่ตราบใดที่ไม่มี Physical Contact กล่าวคือ ไม่กระทบกระเทือนการทำงานของสมอง ดังนั้น การถือเอาการตกใจ เศร้าใจ เสียใจ เป็นการประทุษร้ายแล้ว การกระทำคามผิดฐานอื่น เช่น การทำความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้ถูกลักทรัพย์ย่อมเสียใจ ตกใจที่ทรัพย์สินของตนถูกลักไป เช่นนี้ย่อมกลายเป็นการชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ได้ ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย

เนื่องจากเมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องคือมาตรา 278 และมาตรา 279 นั้น กฎหมายเพียงใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำอนาจาร...” เท่านั้น โดยมีได้มีการกำหนด คำนียามให้ชัดเจนเหมือนคำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 1 (18)<sup>8</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่า การตีความว่า การกระทำอนาจาร ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องสัมผัส และต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายนั้น ย่อมทำได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความผิดฐานกระทำอนาจาร นั้น บัญญัติไว้ในลักษณะ 9 ความผิดทางเพศ อันเป็นการทำความผิดที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพทางเพศของบุคคล<sup>9</sup> และเป็นความผิดที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องมีการใช้อวัยวะเพศล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย หากไม่ใช้อวัยวะเพศล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้เสียหาย ย่อมเป็นเพียงความผิดฐานอนาจาร<sup>10</sup> ดังนั้น โดยลักษณะของการกระทำอนาจาร อาจจำเป็นต้องมีการสัมผัสและต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

<sup>6</sup> สหรัฐ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษา: กฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2561), 477.

<sup>7</sup> มาตรา 1 (6) บัญญัติว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยเข้าทำให้มีนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”

<sup>8</sup> มาตรา 1 (18) ได้กำหนดคำนิยามไว้ว่า กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

<sup>9</sup> หลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of Respect for Human Dignity) ดู ปกป้อง ศรีสันทิต, (ม.ป.ป.), “การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา,” สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2565, <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>.

<sup>10</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*, 489.

และคำอธิบายทางตำรา อีกทั้งเมื่อศึกษาตัวบทกฎหมาย Sexual Offences Act 2003 มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual Assault) พบว่า กฎหมายใช้คำว่ากระทำ คือ การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายผู้อื่น (Touches Another Person) อันแสดงให้เห็นว่า จะเป็นการกระทำอนาจารได้ ต้องมีการสัมผัสผู้เสียหายโดยตรงนั่นเอง<sup>11</sup>

ดังนั้น บทความวิจัยฉบับนี้จึงเป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยศึกษาวิจัยเอกสารเป็นหลัก (Documentary Base) โดยมีวัตถุประสงค์คือ เพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทย และเพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศอังกฤษ ทั้งนี้เพื่อศึกษาเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ และในท้ายที่สุดเพื่อบูรณาการงานวิจัยกับการเรียนการสอนในรายวิชาการกฎหมายอาญาภาคความผิด

## 2. ความหมายของคำว่า “อนาจาร”

ในปัจจุบัน คำว่า “อนาจาร” นั้น เป็นการกระทำอันปรากฏอยู่ในมาตรา 278 และมาตรา 279 แห่งประมวลกฎหมายอาญา<sup>12</sup> หากแต่เมื่อศึกษาสืบย้อนกลับไปจะพบว่า คำว่า “อนาจาร” เป็นการกระทำความผิดอันถูกบัญญัติไว้ใน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แห่งราชอาณาจักรสยาม ถือเป็นการจัดทำกฎหมายในรูปแบบประมวลกฎหมาย (Codification) ฉบับแรกของประเทศไทย ปรากฏอยู่ใน ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณะ มาตรา 240 ถึงมาตรา 242<sup>13</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาการกระทำความผิดในมาตราดังกล่าวแล้ว กลับพบว่าองค์ประกอบไม่เหมือนการกระทำอนาจารเจกเช่นปัจจุบัน เช่น มาตรา 242 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งวางหลักเรื่องการทำร้ายสัตว์เดียรราน ซึ่งในสมัยก่อนถือเป็นการกระทำความผิดมนุษย ฆาตกรรม หากพิจารณาโดยใช้กฎหมายในปัจจุบัน จะพบว่าการกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา<sup>14</sup>

<sup>11</sup> See Sexual Offences Act 2003, Section 3, Sexual Assault.

<sup>12</sup> เนื่องจากการกระทำความผิดที่คล้ายคลึงกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 และมาตรา 397 นั้น มิได้ใช้คำว่าอนาจาร หากแต่มาตรา 388 ใช้คำว่า “กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น” ส่วนมาตรา 397 ใช้คำว่า “กระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ” โดยถ้าเป็นการกระทำได้ดังต่อไปนี้ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้น คือ “เป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ”

<sup>13</sup> ยอร์ช ปาดูร์ช, *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แห่งราชอาณาจักรสยาม*, แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์ วัฒนกุล (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), 168-169.

<sup>14</sup> อย่างไรก็ตาม อาจเป็นการกระทำความผิดตาม พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ได้ ดู สุทธิณี อยู่สวัสดิ์, “ปัญหาการตีความกฎหมายป้องกันการทารุณกรรมสัตว์: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและอังกฤษ,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์* 8, ฉ. 2 (2558): 11.

## 2.1 ความหมายของคำว่า กระทำอนาจาร ตามตำรา

คำว่า “กระทำอนาจาร” นั้น ประมวลกฎหมายอาญามีได้กำหนดคำนิยามไว้เฉกเช่นคำว่า “กระทำชำเรา” จึงเป็นกรณีที่นักวิชาการและนักกฎหมายต้องกำหนดการกระทำอันจักเข้าลักษณะการกระทำอนาจาร โดย ศาสตราจารย์ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ อธิบายว่า การกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ไม่หมายความเฉพาะเพื่อความใคร่หรือการประเวณีเท่านั้น แม้ไม่ได้กระทำด้วยความใคร่ **เพียงสัมผัสใกล้ชิด** เพื่อสร้างความพึงพอใจในทางเพศก็ถือว่าเป็นการไม่สมควรแล้ว **ที่สำคัญ การกระทำอนาจารต้องเป็นการกระทำแก่เนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง** เช่น จับมือ ดึงแขน สวมกอดหอมหน้าผาก ปลูกปล้ำ เป็นต้น โดยบุคคลผู้ถูกกระทำอาจเป็นหญิง หรืออาจเป็นชายก็ได้<sup>15</sup>

รองศาสตราจารย์ **คณพล จันทรหอม** อธิบายว่า โดยทั่วไปแล้วการกระทำอนาจาร คือ ความประพฤติน่าอับอายหรือความประพฤติน่าอับอาย แต่ในทางกฎหมายจะมีการกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงว่า เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับเพศ โดยนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ โดยมีข้อพิจารณาว่า **จะเป็นการอนาจารต้องเป็นการกระทำที่ไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา และการกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัส**<sup>16</sup>

นอกจากนี้ตำรากฎหมายของต่างประเทศได้ให้คำอธิบายศัพท์ดังกล่าวไว้โดย **Arthur S. Chancellor** อธิบายว่า การกระทำอนาจาร คือการกระทำที่มีการกระทำโดยการใช้กำลังประทุษร้ายแก่กาย (**Physical Attack**) ทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะเกิดอันตรายขึ้นแก่ร่างกายหรือจิตใจ (**Fear of Life and Injury**) เช่น การข่มขู่ด้วยมีด การขืนใจให้กินยาจนไม่สามารถขัดขืนได้ การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย<sup>17</sup>

**Joycelyn M. Pollock** อธิบายว่า ในกฎหมาย Common Law นั้น การกระทำอนาจารนั้น เป็นการกระทำที่อาจถูกเรียกด้วยชื่อฐานความผิดต่อไปนี้ได้แก่ Sexual Assault, Indecent Assault, Deviate Sexual Assault หรือ Sexual Abuse **โดยลักษณะของการกระทำต้องอยู่ในรูปแบบการสัมผัส (Forms of Sexual Touching) ที่ไม่ถึงขนาดกระทำชำเรา (Penetration) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)**<sup>18</sup>

<sup>15</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*, 487-488.

<sup>16</sup> คณพล จันทรหอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง 9* (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2561), 597-598.

<sup>17</sup> Arthur S. Chancellor, *Investigating Sexual Assault Case*, 2nd ed. (New York: CRC Press, 2022), 17-19.

<sup>18</sup> Joycelyn M. Pollock, *Criminal Law*, 12th ed. (New York: Routledge, 2021), 183-184.

ซึ่งมีข้อสังเกตว่า การอธิบายการกระทำอนาจารของตำรากฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศนั้น มีความสอดคล้องกัน โดยแนวการอธิบายการกระทำอนาจาร มาตรา 278 และ มาตรา 279 ล้วนแล้วต้องมีการสัมผัสร่างกายผู้เสียหายโดยตรงและเป็นการสัมผัสที่เกี่ยวข้องกับทางเพศ ส่วนตำราต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศอังกฤษนั้น สามารถอธิบายการกระทำอนาจารได้อย่างชัดเจนกว่าของประเทศไทยเพราะ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual Assault) กำหนดว่า ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายผู้อื่น (Touches Another Person) อันแสดงให้เห็นว่า จะเป็นการกระทำความผิดฐานนี้ได้ ต้องมีการสัมผัสผู้เสียหายโดยตรง ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่ชัดเจนกว่านั่นเอง

## 2.2 ความหมายของคำว่า กระทำอนาจาร ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาตีความไว้ว่า “การกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ” ทั้งนี้ จะต้องเป็นการกระทำ “ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ” เท่านั้น ดังนั้น หากไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ<sup>19</sup> เช่น การกล่าวเพียงถ้อยคำที่สื่อในทางเพศ<sup>20</sup> การวาดภาพเปลือย การบังคับให้ดูกิจกรรมทางเพศ ย่อมไม่เป็นการกระทำอนาจารแต่อย่างใด เพราะไม่ใช่การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำนั่นเอง<sup>21</sup> ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวสอดคล้องกับ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual Assault) ที่ต้องการองค์ประกอบ 2 ประการด้วยกัน คือ (1) การที่ผู้ใดสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (He Intentionally Touches Another Person) และ (2) การสัมผัสนั้น เป็นการสัมผัสในทางเพศ (The Touching is Sexual)

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 อธิบายว่า การกระทำอนาจารนั้น ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายก็ได้ ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ในกลุ่มนักวิชาการและนักกฎหมาย ในการทำความเข้าใจว่า การกระทำอนาจารนั้น ต้องการสัมผัส หรือการจับต้องเนื้อตัวร่างกายผู้อื่นหรือไม่ ศาสตราจารย์ **คุณพล จันทรหอม** อธิบายว่า การแสดงออกทางเพศจะแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือ กลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง และกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง โดยสำหรับกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้องนั้น จะสามารถจำแนกออกเป็นกลุ่มย่อยได้ 2 กลุ่มคือ<sup>22</sup>

<sup>19</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534.

<sup>20</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540.

<sup>21</sup> วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์, “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 48, น. 1 (2562): 110-111.

<sup>22</sup> คุณพล จันทรหอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง 9*, 554-555.

**2.2.1 กลุ่มที่ไม่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น (Non-Contact)** การกระทำในกลุ่มนี้เป็นการแสดงออกอันไม่สมควรหรือกระทำการลามก การคุกคามทางเพศโดยกริยาวาจา การทำให้อับอาย การถ่มม้อน เป็นต้น การกระทำในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐาน “คุกคามทางเพศผู้อื่น” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397

**2.2.2 กลุ่มที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น** การสัมผัสจับต้องผู้ร่างกายอื่นโดยที่ผู้อื่นไม่ยินยอมนั้น เป็นการทำลายเสรีภาพทางเพศ (Sexual Autonomy) ของบุคคลชั้นร้ายแรง และถือว่าเป็นการประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) โดยแท้จริง จำแนกออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ **(1) การสัมผัสจับต้องร่างกาย (Contact)** ไม่สำคัญว่าส่วนของร่างกายนั้นจะไวต่อความรู้สึกทางเพศหรือไม่ ถ้าได้กระทำเพื่อสนองความต้องการทางเพศแล้วย่อมเป็นการประทุษร้ายทางเพศทั้งสิ้น ในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐาน “กระทำอนาจารผู้อื่นและเด็ก” ตามมาตรา 278 และมาตรา 279 แล้วแต่กรณี **(2) การล้วงล้ำเข้าไปในร่างกาย (Penetration)** เป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นรุนแรงที่สุด การที่อวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง ในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐาน “กระทำชำเราผู้อื่นและเด็ก” ตามมาตรา 276 และมาตรา 277 แล้วแต่กรณี

จากคำอธิบายดังกล่าว การกระทำอนาจารนั้น จัดอยู่ในกลุ่มที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น จึงต้องการการสัมผัสจับต้องร่างกาย (Contact) ของผู้อื่น อันถือเป็นแนวความคิดหลักของมาตรา 278 และมาตรา 279 ดังนั้น หากถือตามแนวความคิดนี้ การกระทำอนาจาร ย่อมต้องการการสัมผัสร่างกายผู้เสียหายโดยตรง มิใช่เพียงการมอง การจ้องดู หรือแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว

ประกอบกับการกระทำใดจักเป็นความผิดอาญาได้นั้น การกระทำนั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ตลอดจนบัญญัติโทษไว้อย่างชัดเจนด้วย เมื่อ **“ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้” ก็ต้องลงโทษไม่ได้** การนำมาตรา 1 (6) อันเป็นบทนิยาม “ใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งหมายความว่า ทำอันตรายแก่กายหรือจิตใจนั้น มีตัวราชากรและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักเป็นบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า จะเป็นการทำอันตรายแก่จิตใจได้ ต้องมีใช่เพียงความรู้สึกหรืออารมณ์ การทำร้ายจิตใจจึงมีใช่เพียงทำให้เกิดความรู้สึกไม่ดีมากระทบจิตใจ เช่น ความเสียใจ ความเจ็บใจ ความเศร้าใจ ความรู้สึกถูกเหยียดหยาม เหล่านี้เป็นเพียงอารมณ์ มิใช่อันตรายแก่จิตใจ เพราะอารมณ์ความรู้สึก เป็นสิ่งที่เรียกว่า “จิต” ไม่มีตัวตน จึงไม่อาจถูกทำร้ายได้ โดยแท้จริงแล้ว ส่วนที่ร่างกายใช้รับรู้ความรู้สึกเหล่านี้ได้ ร่างกายเราใช้ “สมอง” ดังนั้น การทำร้ายจิตใจตามกฎหมายจึงได้แก่ การทำร้ายจนสมองเสียหาย เช่น การทำให้สมองหยุด



## สังการ<sup>23</sup> หรือสังการผิด<sup>24</sup>

นอกจากนี้ ยังปรากฏในคำอธิบายมาตรา 295 อันเป็นแม่บทแห่งการกระทำความผิดต่อร่างกาย เมื่อมาตรา 295 ใช้คำว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น **จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น...**” ย่อมเท่ากับว่า การทำให้เกิดอันตรายแก่จิตใจของผู้อื่นต้องเป็นการทำอันตรายแก่กาย จนมีผลทำให้สมองผิดปกติ หรือการสังการของสมองผิดปกติไป ไม่ว่าจะเป็นการถูกเนื้อต้องตัว (Physical Contact) เช่น ใช้มือบีบคอ ใช้มีดแทง ใช้ไม้ตี หรือการทำร้ายโดยไม่ต้องถูกต้องเนื้อตัวร่างกาย (Non-Physical Contact) เช่น ให้นายกตบประสาท ยาลอนประสาท ยานอนหลับ ยาถ่าย จนทำให้ท้องเสีย ปวยไส้ รวมถึงการโทรศัพท์ข่มขู่จนประสาทเสีย ถึงขั้นทำให้ผู้เสียหายช็อค หหมดสติไป<sup>25</sup>

จากหลักกฎหมายข้างต้น อาจกล่าวได้ว่ากรณีที่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 วินิจฉัยให้จำเลยผิดฐานกระทำอนาจารแม้จะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายผู้เสียหายโดยตรง เป็นกรณีที่ไม่ปรากฏกฎหมายบัญญัติการกระทำให้เป็นความผิดและกำหนดโทษ การที่รัฐจะลงโทษบุคคลนั้น ๆ จึงขัดกับหลักประกันสิทธิในทางอาญา (Principle of Legality) ในมาตรา 2 คือหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ เมื่อไม่มีกฎหมาย (Nulla Poena Sine Lege) อันเป็นหลักนิติธรรมซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของกฎหมายอาญาอย่างชัดแจ้ง<sup>26</sup>

ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้กระทำความผิดได้กระโปรงของผู้เสียหาย แล้วตัดสินใจว่าเป็นการกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้าย ทั้ง ๆ ที่ไม่มีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย (Physical Contact) หรือมีผลต่อการทำงานของสมอง (จิตใจ) เลย เพียงแต่ทำให้เขารู้สึกอับอาย สะเทือนใจซึ่งเป็นเพียงอารมณ์เท่านั้น<sup>27</sup> การให้เหตุผลในการวินิจฉัยเช่นนี้ จะทำให้ต่อไปการมองหน้าสตรีจนเขาอวย รวมถึงการดูหมิ่น หมิ่นประมาท กลายเป็นประทุษร้ายไปด้วย เพราะผู้เสียหายย่อมต้องอับอาย เสียใจและสะเทือนใจ ยิ่งไปกว่านั้นการลักทรัพย์ อาจกลายเป็นชิงทรัพย์ทั้งหมด เพราะการทำให้ผู้เสียหายตกใจ ย่อมเป็นการประทุษร้ายจิตใจได้ และหากถือเช่นนี้สืบไป ใครฆ่าใครตายต้องถือว่า เป็นความผิดฐานประทุษร้ายจิตใจตาม

<sup>23</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3269/2531 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9241/2547.

<sup>24</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 18 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), 256.

<sup>25</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา มาตรา 288-366/4 (ฉบับพิมพ์ครั้งเดียว) (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), 64.

<sup>26</sup> ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 22 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), 23-26.

<sup>27</sup> ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำความผิดดังกล่าวอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 เพราะเป็นการกระทำความผิดอย่างอื่น หรือมาตรา 397 เพราะเป็นการกระทำที่ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ โดยเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ

มาตรา 295 แก่ทุกคนที่ไปงานศพด้วย เพราะเขาทำให้ผู้ไปร่วมงานศพเศร้าโศกเสียใจ

### 3. องค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทย และองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศอังกฤษ

เนื่องจากความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะความผิดฐานกระทำอนาจาร เป็นความผิดที่กระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมเป็นจำนวนมากและเป็นประเด็นทางกฎหมายที่มีผู้ให้ความสนใจอย่างยิ่ง นับจากมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 จึงเป็นการสมควรยิ่งในการนำองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายอาญาประเทศไทย และตามกฎหมายอาญาประเทศอังกฤษมาพิจารณาทบทวนเพื่อให้ทราบถึงองค์ประกอบที่ถูกต้อง เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าต่อไป

#### 3.1 องค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทย<sup>28</sup>

องค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278<sup>29</sup> เป็นไปดังต่อไปนี้

##### 3.1.1 องค์ประกอบภายนอก

1) ผู้กระทำ เมื่อมาตรา 278 ใช้คำว่า “ผู้ใด” ดังนั้น ผู้ที่จะกระทำความผิดฐานนี้ได้จึงเป็นได้ทั้งเพศชายและเพศหญิงหรือเพศทางเลือกเพราะกฎหมายมิได้ระบุเพศของผู้กระทำไว้ ซึ่งสอดคล้องกับ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual Assault) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้คำว่า “A person” ซึ่งเป็นการไม่ระบุเพศผู้กระทำความผิดนั่นเอง

2) การกระทำ คือ กระทำอนาจาร มีสาระสำคัญคือ **ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ และต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ** โดยลักษณะแห่งการกระทำต้องไม่ถึงขนาดใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล้วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้เสียหาย อันจะกลายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือ มาตรา 277 แล้วแต่กรณี<sup>30</sup>

<sup>28</sup> ในเล่มวิจัยฉบับสมบูรณ์ ผู้เขียนได้ทบทวนองค์ประกอบทั้งมาตรา 278 และมาตรา 279 อันได้ชื่อว่าเป็นการกระทำอนาจารโดยแท้ไว้แล้ว แต่เพื่อความกระชับของเนื้อหาในบทความนี้ ผู้เขียนจึงอธิบายเพียงองค์ประกอบมาตรา 278

<sup>29</sup> ส่วนมาตราอื่น ๆ ในลักษณะนี้ เช่น มาตรา 282, มาตรา 283 และ มาตรา 283 ทวิ เป็นต้น แม้ปรากฏคำว่า อนาจาร ในองค์ประกอบความผิด หากแต่จะมีชื่อองค์ประกอบภายนอกในส่วนการกระทำ แต่เป็นเพียงองค์ประกอบภายใน ในส่วนมูลเหตุชักจูงใจเท่านั้น ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ*, 212-218.

<sup>30</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8756/2563.



สำหรับการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรค 1 นั้น ต้องกระทำโดยวิธีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้<sup>31</sup> (1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ (2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย (3) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือ (4) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

**3) วัตถุประสงค์การกระทำ คือ บุคคลอายุกว่า 15 ปี** กล่าวคือ วัตถุประสงค์การกระทำต้องมีสภาพบุคคล และมีอายุกว่า 15 ปีในขณะที่เกิดการกระทำอนาจารขึ้น และต้องไม่ยินยอมให้กระทำอนาจาร<sup>32</sup>

### 3.1.2 องค์ประกอบภายใน

ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดที่ต้องการเจตนา โดยเจตนาที่แบ่งออกเป็นสองส่วนคือ ก. ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด คือ รู้ว่าวัตถุประสงค์การกระทำเป็นมนุษย์ และต้องรู้ว่ามนุษย์อันเป็นวัตถุประสงค์การกระทำนั้นอายุกว่า 15 ปี และ ข. ผู้กระทำต้องการการเกิดขึ้นของผลนั้น คือ ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย้อมเล็งเห็นผล คือ ต้องการกระทำอนาจารโดยฝ่าฝืนความยินยอมหรือโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของผู้นั้น

### 3.2 องค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศอังกฤษ

ในการพิจารณาองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศอังกฤษ ต้องศึกษาจาก Sexual Offences Act 2003 ซึ่งวางหลักไว้ดังนี้

## ตาราง 1 Sexual Offences Act 2003 Section 3 พร้อมคำแปลภาษาไทย

Sexual Offences Act 2003, Section 3, Sexual Assault	พระราชบัญญัติความรับผิดทางเพศ 2003 มาตรา 3 การกระทำอนาจาร
(1) A person (A) commits an offence if—	“ผู้ใด (A) จักเป็นผู้กระทำความผิด ถ้า
(a) he intentionally touches another person (B),	(a) ผู้กระทำสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (B) และ
(b) the touching is sexual,	(b) การสัมผัสนั้น เป็นการสัมผัสในทางเพศ
(c) B does not consent to the touching, and	(c) โดย B มิได้ให้ความยินยอมในการสัมผัส
(d) A does not reasonably believe that B consents.	นั้น และ
	(d) A มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความ
	ยินยอม”

<sup>31</sup> ณัฐวรรณ ดวงกางใต้, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558), 342.

<sup>32</sup> เจื่อนไขการให้ความยินยอม ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง, 2551), 432.

สำหรับ Sexual Offences Act 2003 นั้น บทความฉบับนี้ จะแปลว่า พระราชบัญญัติ ความรับผิดทางเพศ 2003 มาตรา 3 บัญญัติเรื่องการกระทำความผิดฐานกระทำความผิดทางเพศ โดยใช้คำว่า “Sexual Assault” ซึ่งตำรากฎหมายอธิบายว่า เป็นการกระทำที่ใช้กำลังประทุษร้าย โดยปราศจากการชำเราหรือการสอดใส่ (Non-Penetrative Touching) และเป็นกรกระทำที่เกี่ยวกับเพศ อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า ความผิดฐานนี้ต้องประกอบด้วยกรทำร้ายร่างกาย หรือการใช้กำลังประทุษร้าย (The Offence Does Not Refer to Assault.) หากแต่มีความหมายในทาง “สัมผัส” (Touching) และเนื้อต้องตัวผู้เสียหาย<sup>33</sup> ย่อมเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติ ความรับผิดทางเพศ 2003 นี้ มิได้ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกำกวม โดยบัญญัติจำกัดให้ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกรกระทำ เท่านั้น โดยมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

### 3.2.1 องค์ประกอบภายนอก องค์ประกอบในทางภาวะวิสัย หรือ Actus Reus<sup>34</sup>

การวินิจฉัยความรับผิดตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น แบ่งออกเป็น ส่วนภาวะวิสัย (Objective) และ ส่วนอัตวิสัย (Subjective) โดยในส่วนภาวะวิสัย อาจเปรียบเทียบกับองค์ประกอบภายนอก อันได้แก่ ส่วน Actus Reus จากนั้นจึงพิจารณา ในส่วนของสภาวะจิตใจ อันเป็นเรื่องอัตวิสัย (Subjective) ต่อไป<sup>35</sup>

1. ผู้กระทำ มีข้อพิจารณาว่า พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 ใช้คำว่า “A person (A)” ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้กระทำอาจเป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าต้องเป็น เพศชาย โดยแทนตัวผู้กระทำด้วยตัวอักษร A แทนที่คำว่า Man หรือคำว่า Woman หรือแทนที่ คำว่า He or She เพื่อไม่ระบุเพศของผู้กระทำความผิดนั่นเอง<sup>36</sup> ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าตรงกับคำว่า ผู้ใด (Whoever) นั่นเอง ดังนั้น ไม่ว่าเพศใดล้วนเป็นตัวการในการกระทำความผิดได้ทั้งสิ้น

2. การกระทำ สำหรับองค์ประกอบในส่วนนี้ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 กำหนดว่า **ต้องเป็นการสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (Intentionally Touches Another Person)** อันแสดงให้เห็นว่า จะเป็นการกระทำความผิดฐานนี้ได้ ต้องมีการสัมผัส ผู้เสียหายโดยตรง หรือมี Physical Contact นั่นเอง ซึ่งลักษณะการกระทำในส่วนนี้เองที่

<sup>33</sup> Michael J. Allen & Ian Edwards, *Criminal Law*, 16th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2021), 497-498.

<sup>34</sup> เมื่อได้ศึกษาในเรื่องของ Actus Reus กับ Mens Rea ในระบบคอมมอนลอว์แล้วจะพบว่า Actus Reus ก็คือ องค์ประกอบภายนอก และ Mens Rea ก็คือ องค์ประกอบภายใน นั่นเอง ผลคือหากขาดอย่างหนึ่งอย่างใด ไปก็จะเป็นความผิด ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), 20.

<sup>35</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, “โครงสร้างความผิดอาญา: ความแตกต่างในระบบกฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์* 4, ฉ.14 (2527): 8-10.

<sup>36</sup> Nicola Monaghan, *Criminal Law*, 6th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2020), 193.

กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนมากกว่า มาตรา 278 และมาตรา 279 ความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติในส่วนการกระทำโดยใช้คำว่า กระทำอนาจารผู้อื่น โดยให้ศาลเป็นผู้ตีความถ้อยคำดังกล่าวเอง

อย่างไรก็ตาม ลำพังเพียงการสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (Intentionally Touches Another Person) ยังมีอาจเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตาม พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 ได้ หากแต่ต้องได้ความด้วยว่า การสัมผัสนั้น **เป็นการสัมผัสในทางเพศ (The Touching is Sexual) และ ผู้เสียหาย (B) มิได้ให้ความยินยอมในการสัมผัสนั้น (B Does Not Consent to The Touching) โดยที่ผู้กระทำความผิด (A) มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า ผู้เสียหาย (B) ให้ความยินยอม (A Does Not Reasonably Believe That B Consents)** ดังนั้น ในการพิจารณาองค์ประกอบในส่วนการกระทำ จึงแยกพิจารณาออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) การสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (Intentionally Touches Another Person) หมายถึง การสัมผัสส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย<sup>37</sup> ไม่ว่าจะเป็นการสัมผัสโดยผ่านวัสดุหรืออุปกรณ์ใด ๆ ก็ตาม และยังหมายรวมถึงความสัมผัสผู้อื่นด้วยอุปกรณ์ หรือวัสดุใด ๆ ผ่านเสื้อผ้าของเขาด้วย<sup>38</sup>

2) เป็นการสัมผัสในทางเพศ (The Touching is Sexual) สำหรับการสัมผัสในทางเพศนี้ สภาขุนนาง (The House of Lords<sup>39</sup>) ได้อธิบายว่า ใน 3 สถานการณ์ต่อไปนี้ (ไม่ว่าจะมีการใช้กำลังประทุษร้ายร่วมอยู่หรือไม่ก็ตาม) ถือเป็นกระทำอนาจาร

2.1) การกระทำนั้นต้องมีพฤติการณ์แวดล้อม หรือองค์ประกอบในทางภาวะวิสัย แสดงให้เห็นว่ามีการสัมผัสในทางเพศ และไม่สำคัญว่า ผู้กระทำความผิด (A) จะมีแรงกระตุ้น หรือมีมูลเหตุชักจูงใจ เช่น ข้อเท็จจริงในคดี George (1956) Crim LR 52<sup>40</sup> ปรากฏว่า ในขณะที่ผู้กระทำความผิด (A) พยายามถอดรองเท้าของผู้เสียหาย (B) ออก ผู้กระทำความผิด

<sup>37</sup> การอธิบายเช่นนี้ ยังสอดคล้องกับการอธิบายการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย ดังที่ปรากฏใน Model Penal Code ดู Joycelyn M. Pollock, *Criminal Law*, 185-186.

<sup>38</sup> Michael J. Allen & Ian Edwards, *Criminal Law*, 498.

<sup>39</sup> อานาจสภาขุนนาง (The House of Lords) ดู อรุณิชา รุ่งธิพานนท์, “รัฐสภาสหราชอาณาจักร (United Kingdom Parliament),” สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร น. 4 สืบค้นเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2565, <https://library.parliament.go.th/sites/default/files/assets/files/works/academic%20office/books/pdf/NALT-work-academic-ukpar.pdf>.

<sup>40</sup> ข้อเท็จจริงโดยย่อคือ ผู้กระทำความผิดมีความหลงใหลในเท้า (Foot Fetish) และพยายามที่จะถอดรองเท้าเด็กหญิงโดยปราศจากความยินยอมของเด็ก และกระทำโดยมีความพึงพอใจทางเพศ (Sexual Gratification) ย่อมเป็นการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว ดู R v George – 1956 สืบค้นเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2565, <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-george.php>.

(A) กระทำไปเพื่อตอบสนองต่อความพึงพอใจทางเพศ ย่อมเพียงพอจะถือว่าเป็นการกระทำ ความผิดแล้ว โดยความพึงพอใจทางเพศนี้ อาจเป็นความพึงพอใจที่ไม่ปรากฏในคนปกติก็ได้

2.2) เมื่อพิจารณาองค์ประกอบในทางภาวะวิสัยแล้วการอนาจารนั้นไม่สำคัญว่า ผู้กระทำจะมีวัตถุประสงค์หรือแรงกระตุ้นใด เช่น การที่ผู้ชายเปลื้องผ้าผู้หญิงโดยปราศจากความยินยอมของหญิงนั้น

2.3) การกระทำอนาจารอาจเกิดขึ้นเพียงเพราะผู้กระทำต้องการกระทำอนาจารผู้เสียหาย ซึ่งเกิดขึ้นเพราะปัจจัยบางประการที่กระตุ้นให้ผู้กระทำ กระทำเช่นนั้น เช่น ผู้กระทำทำความผิด (A) ตี ผู้เสียหาย (B) ซึ่งเป็นเด็กอายุ 12 ปี จากนั้นดึงกางเกงของผู้เสียหายลงมา เมื่อเจ้าพนักงาน ตำรวจถามว่าผู้กระทำทำความผิดทำไปเพื่ออะไร เขาตอบว่า เขาไม่รู้ เขาเพียงหลงใหลในบั้นท้าย เท่านั้น เช่นนี้ย่อมเห็นได้ว่า มีแรงกระตุ้นให้กระทำอนาจารแล้วและยังเป็นการกระทำอนาจาร โดยใช้กำลังประทุษร้ายอีกด้วย<sup>41</sup>

3) ผู้เสียหาย (B) มิได้ให้ความยินยอมในการสัมผัสนั้น (B Does Not Consent to The Touching) โดยที่ผู้กระทำทำความผิด (A) มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหาย (B) ให้ความยินยอม (A Does Not Reasonably Believe That B Consents) ในการพิจารณาว่า ผู้กระทำทำความผิด ได้สัมผัสผู้เสียหายโดยปราศจากความยินยอม (Absence of Consent) ของผู้เสียหายหรือไม่ ต้องพิจารณาข้อสันนิษฐานในมาตรา 75 และ 76 ประกอบมาตรา 77<sup>42</sup> แห่งพระราชบัญญัติ ความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 ประกอบ

**3. วัตถุประสงค์ของการกระทำ** มีข้อพิจารณาว่า พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 ใช้คำว่า “Person (B)” ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำทำความผิดอาจ เป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าเป็นเพศหญิง โดยแทนตัวผู้ถูกกระทำด้วยตัวอักษร B แทนที่คำว่า Man หรือ Woman เพื่อไม่ระบุเพศของผู้ถูกกระทำนั่นเอง

### 3.2.2 องค์ประกอบภายใน องค์ประกอบในทางอติวิสัย หรือ mens rea

พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 นั้น กำหนดให้ผู้กระทำทำความผิดต้องมีเจตนาหรือต้องมี Mens Rea กล่าวคือ ผู้กระทำต้องสัมผัสผู้เสียหายโดยเจตนา (An Intention to Touch) และมีได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมเช่นนั้น (An Absence of Reasonable Belief that B Consents) ดังนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลย มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า ผู้เสียหายให้ความยินยอมให้ตนสัมผัส การกระทำย่อมไม่อาจเป็น

<sup>41</sup> Michael J. Allen & Ian Edwards, *Criminal Law*, 498-499.

<sup>42</sup> See Sexual Offences Act 2003. Section 77, Sections 75 and 76.

## ความผิดฐานกระทำอนาจารนี้

หลักเจตนาโดยทั่วไปก็ยังคงนำมาใช้พิจารณาในการกระทำความผิดฐานนี้ โดยเฉพาะการที่จำเลยไม่อาจอ้างเหตุแห่งความมึนเมา ทำให้ตนขาดเจตนาในการกระทำความผิดได้<sup>43</sup> เช่น ในคดี R v Heard [2008] QB 43<sup>44</sup> ซึ่งเป็นการพิจารณาว่า ในการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 นั้น ต้องการเจตนาในการกระทำความผิด และไม่อาจอ้างความมึนเมาโดยสมัครใจเฉพาะเป็นข้อต่อสู้ได้ (Voluntary Intoxication not a Defense)<sup>45</sup>

## 4. เปรียบเทียบ “การกระทำอนาจาร” ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทย กับ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 ประเทศอังกฤษ

เพื่อประโยชน์ในการตีความการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และมาตรา 279 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บทความวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาคำว่า “การกระทำอนาจาร” เปรียบเทียบกับคำว่า “Intentionally Touches” ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 ประเทศอังกฤษ

### 4.1 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

พระราชบัญญัติความรบกวนทางเพศ 2003 มาตรา 3 นั้น ใช้คำที่มีลักษณะชัดเจนว่าจะเป็นกรกระทำอนาจาร ผู้กระทำต้องมีการสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (Intentionally Touches Another Person) และการสัมผัสนั้น ต้องเป็นการสัมผัสที่มีลักษณะทางเพศ (The Touching is Sexual) ในขณะที่การกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้น มาตรา 278 กิติ มาตรา 279 กิติ ล้วนแล้วแต่ใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำอนาจาร...” ทั้งสิ้น โดยศาลฎีกาวางบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า คำว่า กระทำอนาจาร ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ และต้องมีการสัมผัสหรือต้องมีการกระทำแก่เนื้อตัวร่างกายผู้เสียหายโดยตรง ดังนี้ แม้มาตรา 278 และมาตรา 279 มีได้บัญญัติในส่วนการกระทำว่า ต้องการ Physical Contact หากแต่ใน

<sup>43</sup> ศุทธิณี อยู่สวัสดิ์, “การที่ผู้กระทำความผิดมีเจตนาสำคัญผิดว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม.” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครสวรรค์*, 7, น. 2 (2557): 26-27.

<sup>44</sup> ข้อเท็จจริงโดยย่อคือ จำเลยสมัครใจเสพยาสิ่งที่ทำให้ตนมึนเมา และกำลังทุกข์ทรมานอยู่ เจ้าพนักงานตำรวจจึงนำตัวจำเลยส่งโรงพยาบาล เมื่อถึงโรงพยาบาลจำเลยกลับนำอวัยวะเพศชายออกมากลับกับต้นขาของหนึ่งในเจ้าพนักงาน ภายหลังจากถูกฟ้องฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 แม้จำเลยจะอ้างว่าไม่สามารถจดจำเหตุการณ์เหล่านี้ได้ก็ตาม ดู R v Heard [2008] QB 43, สืบค้นเมื่อ 9 กรกฎาคม 2565, <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-heard.php>.

<sup>45</sup> Michael J. Allen & Ian Edwards, *Criminal Law*, 500.

การวินิจฉัย ย่อมไม่อาจตีความการกระทำอนาจารถึงขนาดว่าเป็น Non-Physical Contact ได้<sup>46</sup>

#### 4.2 คำว่า “กระทำอนาจาร” ตามกฎหมายไทย และคำว่า “Intentionally Touches” ตามกฎหมายอังกฤษ

การที่แนวคำพิพากษาศาลฎีกา ตีความคำว่า “การกระทำอนาจาร” ว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ โดยต้องมีการสัมผัสทางกายภาพด้วย เหตุที่ต้องตีความเช่นนี้เพื่อแยกแยะระหว่างการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือฐานชำเราเด็กตามมาตรา 277 ที่ต้องมีการสัมผัสทางกายภาพโดยการที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหายด้วย หากผู้กระทำมิได้มีเจตนาที่จะล้วงล้ำเข้าไปย่อมเป็นเพียงการกระทำอนาจาร ประกอบกับการกระทำอนาจารอยู่ในหมวดเดียวกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือความผิดเกี่ยวกับเพศ **การกระทำจึงต้องอาศัยการสัมผัสเป็นสาระสำคัญ เพียงแต่เป็นการสัมผัสที่ไม่ถึงขนาดเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำ**<sup>47</sup> ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามมาตรา 278 และมาตรา 279 ตลอดจนการให้เหตุผลตามคำพิพากษาของศาลแล้ว การใดจักเป็นการกระทำอนาจาร การนั้นต้องมีการสัมผัส หากมิได้มีการสัมผัส ย่อมเป็นได้เพียงความผิดลหุโทษตามมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรค 2 แล้วแต่กรณี

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรค 2 หรือมาตรา 279 วรรค 3 หากมีการล้วงล้ำย่อมต้องระวางโทษหนักขึ้น อันเป็นการลงโทษผู้กระทำจากการกระทำที่มีลักษณะเป็นการชำเราเทียม เนื่องจากเป็นการกระทำที่มีได้ใช้อวัยวะเพศล้วงล้ำ หากแต่ใช้อวัยวะอื่น หรือวัตถุอื่นล้วงล้ำ ซึ่งจะเห็นได้ว่า **ย่อมมีการสัมผัสทั้งสิ้น** ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนจึงเห็นว่า สำหรับประเทศไทยการใดเป็นการกระทำอนาจารได้ ย่อมต้องมีการสัมผัส ซึ่งสำหรับประเด็นนี้ ประมวลกฎหมายอาญาไทยมีความคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 2 ของประเทศอังกฤษยิ่งนัก เพราะพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศฯ กำหนดให้การกระทำอนาจารโดยการล้วงล้ำหรือการใช้สิ่งอื่นใดแทนอวัยวะเพศ (Assault by Penetration)<sup>48</sup> นี้ เป็นการ

<sup>46</sup> กฎหมายอาญาของประเทศส่วนใหญ่ นั้น ถือเอา “การสัมผัส” เป็นเครื่องพิจารณาว่าเกิดการกระทำอนาจารขึ้นหรือไม่ กฎหมายบางฉบับถือเอาอย่างเคร่งครัดว่า ต้องได้สัมผัสอวัยวะเพศหรือส่วนของร่างกายที่ปลูกเร้าทางเพศเท่านั้นจึงจะผิดฐานนี้ บางฉบับกลับไม่เคร่งครัดเท่า และบางประเทศไม่ถือเอาการสัมผัสเป็นสาระสำคัญ ดู คนพล จันทรหอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง 9, 600-602.

<sup>47</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2982/2562.

<sup>48</sup> พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 2 การใช้สิ่งอื่นใดแทนอวัยวะเพศ

“(1) ผู้ใด (A) เป็นผู้กระทำความผิด ถ้า

(a) เขาได้ใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใด ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น (B) โดยเจตนา

กระทำความผิดฐานอนาจารอีกฐานหนึ่ง ซึ่งผู้กระทำต้องสัมผัสผู้เสียหาย โดยการสัมผัสนั้นเกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใด ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นโดยเจตนาเพื่อสนองความใคร่ นั้นเอง

นอกจากนี้ เหตุที่มีปัญหาในการตีความคำว่า “การกระทำอนาจาร” ไปถึงขนาดว่าแม้ไม่มีการสัมผัสก็เป็นความผิดฐานดังกล่าวได้ ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 นั้น น่าจะเป็นเพราะประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทยมีได้บัญญัติองค์ประกอบการกระทำให้ชัดเจน เจกเช่นพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศฯ ของประเทศอังกฤษที่บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะชัดเจนและแน่นอน (Precision)<sup>49</sup> โดยมีอาจมีผู้ใดได้เถียงได้ว่า การกระทำอนาจารจำเป็นต้องมีการสัมผัสหรือไม่ เพราะบัญญัติอย่างชัดเจนโดยใช้คำว่า “Intentionally Touches” ซึ่งแปลได้ว่า “การสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา” จึงมีความชัดเจนเพียงพอ ที่ประชาชนจะเข้าใจลักษณะของการกระทำว่า การกระทำใดจักเป็นความผิดฐานนี้ และยังสามารถแยกการกระทำอนาจารออกจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานอื่นได้อีกด้วย

ผลจากการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่ขาดความชัดเจนและแน่นอนดังกล่าว อาจถึงขนาดกลายเป็นการที่ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดย่อมมีอาจลงโทษได้ เพราะการที่กฎหมายใช้คำว่า “อนาจาร” โดยไม่ปรากฏคำนิยามศัพท์ในประมวลกฎหมายอาศัยเพียงคำอธิบายจากตำราวิชาการ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาประกอบ ย่อมขัดต่อระบบกฎหมายในแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมาย<sup>50</sup> เมื่อพิจารณาจากการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ว่าเป็นการเฉพาะ เพราะมีเซ็กการมีเพศสัมพันธ์ (Sexual Intercourse) หรือการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ<sup>51</sup> อีกต่อไป กฎหมายจึงจำเป็นต้อง

- (b) การล้วงล้ำนั้นเป็นไปเพื่อสนองความใคร่
- (c) B มิได้ยินยอมให้ล้วงล้ำ และ
- (d) A มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม ...”

See Sexual Offences Act 2003. Section 2 Assault by penetration

<sup>49</sup> การที่กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนและแน่นอน หรือ หลัก Precision มาจากหลักประกันสิทธิของบุคคลในทางอาญา รัฐที่ดีต้องมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายที่มีบทลงโทษต้องบัญญัติให้ชัดเจนและแน่นอน เพื่อประชาชนจะได้ทราบว่ากระทำความผิดกฎหมาย และป้องกันมิให้เจ้าพนักงานรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ ดู แสง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544), 19.

<sup>50</sup> ซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมาย ต้องยึดถือด้วยบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาอย่างยิง และยังไม่อาจใช้หลักคำพิพากษาบรรทัดฐานตามที่เรียกว่า “Judge Made Law” ซึ่งใช้ในประเทศซึ่งมีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) อีกด้วย ดู หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), 5-9.

<sup>51</sup> ธรรมชาติของมนุษย์ จะเป็นการมีเพศสัมพันธ์ (Sexual Intercourse) ได้ ต้องมีการล้วงล้ำ คือการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ดู ปรีชา อุบโยคิน, (ม.ป.ป.), “เพศสัมพันธ์ในผู้สูงอายุ, กระทรวงสาธารณสุข กองการแพทย์ทางเลือก,” สืบค้นเมื่อ 10 กันยายน 2565, <https://thaicam.go.th/เพศสัมพันธ์ในผู้สูงอายุ/>.

บัญญัติคำนิยามขึ้น เพื่อให้ประชาชนทราบได้ว่า การกระทำใดของตนเป็นความผิด ตาม มาตรา 276 และมาตรา 277 ในขณะที่ คำว่า “การกระทำอนาจาร” กลับขาดคำจำกัดความ เพื่อให้กฎหมายชัดเจนและแน่นอน

## 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

จากการศึกษา พบว่า การที่กฎหมายอาญาประเทศไทยบัญญัติการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยใช้คำว่า “อนาจาร” อันปราศจากการกำหนดคำนิยามตามกฎหมายไว้ ทำให้ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา ย่อมเป็นหน้าที่ของนักวิชาการ นักกฎหมาย ตลอดจนผู้พิพากษา เป็นผู้อธิบายว่า การกระทำเช่นใดจักเป็นการกระทำอนาจาร จึงไม่สอดคล้องกับหลักประกันสิทธิของบุคคลในทางอาญา (Legality Principle) ซึ่งถูกบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ที่มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่อาจทราบได้ว่า การกระทำของตนเป็นการกระทำอนาจารหรือไม่ เนื่องจากขาดความชัดเจนและแน่นอน (Precision) ในการตีความว่า จะเป็นการกระทำอนาจาร ผู้กระทำจำต้องสัมผัสร่างกายผู้เสียหายหรือไม่ จะเห็นว่า มีความแตกต่างจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และความผิดฐานชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เมื่อลักษณะการ “กระทำชำเรา” มีความหมายพิสดารที่แตกต่างไปจากความหมายที่ประชาชนทั่วไปเข้าใจ (Generic Term) กฎหมายจึงต้องบัญญัติคำนิยามไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อให้ผู้กระทำเข้าใจได้ว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายอาญา

ทั้งนี้จากการศึกษาตัวบทกฎหมายอาญาประเทศอังกฤษคือ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual Assault) พบว่า กฎหมายใช้คำว่ากระทำคือ การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายผู้อื่น (Touches Another Person) อันแสดงให้เห็นว่า จะเป็นการกระทำความผิดฐานนี้ได้ ต้องมีการสัมผัสผู้เสียหายโดยตรงนั่นเอง หรืออาจกล่าวได้ว่า กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษถือเอา “การสัมผัส” เป็นเครื่องพิจารณาว่าเกิดการกระทำอนาจารขึ้นหรือไม่

ดังนั้น ความแตกต่างประการสำคัญคือ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 กำหนดการกระทำอนาจารไว้ชัดเจนว่า “ต้องมีการสัมผัส” ส่วนประมวลกฎหมายอาญามาตรา 278 และมาตรา 279 กฎหมายเพียงใช้คำว่า “ผู้ใดกระทำอนาจาร...” เท่านั้น โดยมิได้มีการกำหนดคำนิยามให้ชัดเจนเหมือนคำว่า “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 1 (18) จึงเกิดปัญหาในการวินิจฉัยตีความว่า การกระทำอนาจารนั้น ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องสัมผัส แต่

ต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายก็ได้ เพราะเมื่อไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติองค์ประกอบให้ชัดเจนและแน่นอน หรือกำหนดคำนิยามไว้เป็นการเฉพาะ การตีความเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นได้ และเป็นปัญหาในการวินิจฉัยตีความต่อบทกฎหมายต่อไป

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 กำหนดคำนิยามคำว่า “การกระทำอนาจาร” ให้ชัดเจน ผู้เขียนเห็นว่าการอนาจารต้องมีการสัมผัสร่างกายผู้เสียหาย เนื่องจากเป็นความผิดที่บัญญัติไว้ในลักษณะ 9 ความผิดทางเพศ อันเป็นการกระทำความผิดที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพทางเพศของบุคคล และเป็นความผิดที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอว่า ควรกำหนดคำนิยามไว้ในประมวลกฎหมายอาญา หมวด 1 บทนิยาม มาตรา 1 ว่า “กระทำอนาจาร หมายความว่า การสัมผัสผู้อื่นเพื่อให้ผู้อื่นอับอายขายหน้าในทางเพศ เพื่อสร้างความพึงพอใจทางเพศของผู้กระทำ หรือเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ”

5.2.2 หากมิได้มีการกำหนดคำนิยามขึ้น อาจเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 279 โดยการกำหนดองค์ประกอบให้มีลักษณะชัดเจนและแน่นอน (Precision) เพียงพอที่ทำให้ผู้กระทำเข้าใจว่า การกระทำใดของตนเป็นการอนาจาร ดังนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ข้อบังคับประกอบในส่วนการกระทำเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual Assault) ตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 ของประเทศอังกฤษที่ต้องมีการสัมผัส (Physical Contact) ผู้เสียหาย ซึ่งต้องเป็นการสัมผัสในทางเพศ (The Touching is Sexual) ดังความต่อไปนี้

“มาตรา 278 ผู้ใดสัมผัสบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี เพื่อให้อับอายขายหน้าในทางเพศ เพื่อสร้างความพึงพอใจทางเพศของผู้กระทำ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ หรือเพื่อการประเวณี โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ผู้นั้นกระทำความผิดฐานอนาจาร ...”

“มาตรา 279 ผู้ใดสัมผัสเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี เพื่อให้อับอายขายหน้าในทางเพศ เพื่อสร้างความพึงพอใจทางเพศของผู้กระทำ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ หรือเพื่อการประเวณี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้นั้นกระทำความผิดฐานอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ...”

5.2.3 กำหนดลักษณะการกระทำความผิดให้ครอบคลุมการกระทำ เพื่อให้สามารถลงโทษการกระทำที่มีลักษณะคล้ายอนาจาร แต่ไม่ต้องการสัมผัสร่างกายผู้เสียหาย ซึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี อันอยู่ในวัยที่สมควรได้รับการคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศ จากการศึกษาข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 วรรค 2 โดยมีความว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ การเล่าเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ การแสดงภาพหรือเสียงที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ หรือโดยการกระทำด้วยวิธีการอื่นใดเพื่อเผยแพร่กิจกรรมทางเพศแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีใช้กระทำไปเพื่อการศึกษา เพื่อการรักษา หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดของเด็ก...”

ทั้งนี้เพื่อแก้ไขปัญหาในการตีความว่า การเปิดอวัยวะเพศให้เด็กดูก็ดี การเล่าเรื่องราวขณะร่วมประเวณีให้เด็กฟังก็ดี การร่วมประเวณีต่อหน้าเด็กก็ดี การเปิดสื่อลามกอนาจารต่อหน้าเด็กก็ดี เหล่านี้ หากมิได้กระทำไปเพื่อการศึกษา เพื่อการรักษา หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดของเด็ก สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารได้หรือไม่ เพราะล้วนเป็นการกระทำโดยไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสร่างกายเด็กทั้งสิ้น

5.2.4 หากไม่มีการกำหนดคำนิยาม หรือไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ผู้วิจัยเห็นว่า ต้องใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้ว ปรับบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดให้ถูกต้องให้สอดคล้องกับแต่ละสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นได้ อันได้แก่ มาตรา 388, มาตรา 397 วรรค 2 หรือมาตรา 280/1 แล้วแต่กรณี อันเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งไม่มีการสัมผัสร่างกายผู้เสียหาย เพราะการที่ปรากฏเพียงบทบัญญัติมาตรา 278 และมาตรา 279 ในประมวลกฎหมายอาญา ที่ใช้ข้อความว่า “ผู้ใดกระทำอนาจาร...” ย่อมแสดงว่า ผู้ร่างกฎหมายมีเจตนาให้กฎหมายมาตรานี้มีผลบังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารโดยต้องมีการสัมผัสส่วนมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรค 2 โดยลักษณะการกระทำย่อมมิได้มีการสัมผัสผู้เสียหาย กฎหมายจึงไม่ใช่คำว่า อนาจาร หากแต่ใช้ถ้อยคำอื่นแทน เช่น การอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นองค์ประกอบที่แตกต่างจากการกระทำอนาจารนั่นเอง



## References

- Allen, Michael J., and Ian Edwards. *Criminal Law*. 16th ed. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Chancellor, Arthur S. r. *Investigating Sexual Assault Case*. 2nd ed. New York: CRC Press, 2022.
- Kanaphon Chanhomne. *The Explanation of the Criminal Law: Specific Offenses Volume 3 Title 1 to 9*. Bangkok: Winyuchon Publication House, 2018. [In Thai]
- Kiatkhachon Watchanasawat. *The Explanation of the Criminal Law Volume 1*. 10th ed. Bangkok: Bolsiam Printing (Thailand), 2019. [In Thai]
- LawTeacher. "R v George [1956]." Accessed July 9, 2022. <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-george.php>.
- LawTeacher. "R v Heard [2008] QB 43." Accessed July 9, 2022. <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-heard.php>
- Monaghan, Nicola. *Criminal Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Nattawan Duangkangtai. "The Offence of Rape: A Study of the Extent of Person's Consents." Master's thesis, Dhurakij Pundit University, 2015. [In Thai]
- Oranich Runktipanant. "United Kingdom Parliament." The Secretariat of The House of Representatives. Accessed July 9, 2022. <https://library.parliament.go.th/sites/default/files/assets/files/works/academic%20office/books/pdf/NALT-work-academic-ukpar.pdf> [In Thai]
- Padoux, Georges. *Penal Code of 127 RE of Kingdom of Siam. Translated by Surasak Likkhasitwatthanakun*. Bangkok: Winyuchon Publication House, 2022. [In Thai]
- Pokpong Srisanit. "Revision of Criminal Code on Sexual Offences: New Meaning and New Criminal Penalty of Rape Offense." Accessed March 20, 2022. <https://www.the101.world/rape-in-thai-law/>. [In Thai]
- Pollock, Joycelyn M. *Criminal Law*. 12th ed. New York: Routledge, 2021.
- Pricha Aupayokin. "Sexual Intercourse in the Elderly. Ministry of Public Health Department of Thai Tradition and Alternative Medicine." Accessed March 1, 2022. <https://thaicam.go.th/เพศสัมพันธ์ในผู้สูงอายุ/> [In Thai]

- Royal Institute. (2011). *Dictionary of the Royal Institute B.E. 2554*. 2nd ed. Bangkok: Nanmeebooks Publication. [In Thai]
- Saharat Kiti Suphakan. *Jurisprudence and Judgments: Criminal Law*. 8th ed. Bangkok: Amarin Printing & Publishing, 2018. [In Thai]
- Suttinee Yusawat. "Some Viewpoints from the Studies on Law of Animals Cruelty Prevention of Thailand and England." *Naresuan University Law Journal* 8, no.2 (2015): 7-24. [In Thai]
- Suttinee Yusawat. "The offender intoxicated himself and mistook that the injured person give him the consent." *Naresuan University Law Journal* 7, no.2 (2014): 18-35. [In Thai]
- Swiang Bunchaleamwipars. "Structure of Crime: The Different in the Legal Systems." *Law Journal* 4, no. 14 (1984): 8-10. [In Thai]
- Swiang Bunchaleamwipars. *Principle of Criminal Law*. 3rd ed. Bangkok: Winyuchon Publication House, 2001. [In Thai]
- Twekiat Menakanist and Ronakorn Bunmee. *Textbook on Criminal Law: The General Part*. 22th ed. Bangkok: Winyuchon, 2021. [In Thai]
- Twekiat Menakanist and Ronakorn Bunmee. *The Explanation of the Criminal Law: Specific Offenses and Petty Crime*. 18th ed. Bangkok: Winyuchon Publication House, 2021. [In Thai]
- Twekiat Menakanist. *The Criminal Code Annotated*. 46th ed. Bangkok: Winyuchon, 2022. [In Thai]
- Twekiat Menakanist. *The Explanation of the Criminal Law Section 288-366/4 (One Time Print)*. Bangkok: Winyuchon Publication House, 2021. [In Thai]
- Twekiat Menakanist. *The New Perspective of Criminal Law*. Bangkok: Winyuchon, 2008. [In Thai]
- Wiwat Damrongkulnan. "The Extent of Sexual Penetration, Sexual Contact and Sexual Harassment." *Thammasat Law Journal* 48, no.1 (2019): 107-137. [In Thai]
- Yoot Saeng-Uthai. *The Basic Knowledge about General Principle Law*. 21th ed. Bangkok: Thammasat, 2017. [In Thai]