ความผิดฐานกระทำอนาจาร: ศึกษาองค์ประกอบความผิดและขอบเขตแห่งการกระทำอนาจาร

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

ศุทธินี อยู่สวัสดิ์[1]
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) เพื่อศึกษาองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศอังกฤษ (3) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ (4) เพื่อบูรณาการงานวิจัยกับการเรียนการสอนในรายวิชากฎหมายอาญาภาคความผิด ผลการวิจัยพบว่า (1) เนื่องจากคำว่า “กระทำอนาจาร” ในประมวลกฎหมายอาญาขาดคำนิยามที่ชัดเจนและแน่นอน (Precision) จึงทำให้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยเป็นสองแนว โดยแนวแรกวินิจฉัยว่า เป็นการกระทำที่ผู้กระทำต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย (Touching Another Person) และอีกแนววินิจฉัยว่าไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสผู้เสียหาย (Non-Physical Contact) จึงเห็นเป็นการสมควร กำหนดคำนิยามคำว่า “การกระทำอนาจาร” ให้ชัดเจน (2) หากมิได้มีการกำหนดคำนิยามขึ้น ผู้วิจัยขอเสนอเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 279 โดยการกำหนดองค์ประกอบความผิดให้มีลักษณะชัดเจนและแน่นอน (Precision) เพียงพอที่ทำให้ผู้กระทำเข้าใจว่า การกระทำใดของตนเป็นการกระทำอนาจาร (3) กำหนดลักษณะการกระทำความผิดให้ครอบคลุมการกระทำ เพื่อให้สามารถลงโทษการกระทำที่มีลักษณะคล้ายอนาจารแต่ไม่ต้องมีการสัมผัสร่างกายผู้เสียหาย ซึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี อันอยู่ใน

[1] 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 อันเป็นการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งไม่มีการสัมผัสร่างกายผู้เสียหาย

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 judment delivered by the Thai supreme court. The first line of judment pays its legal attention and underscores such Sexual Assult requires to take part in physical contact; while the second line of judment 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 misconduction 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 ประมวลกฎหมายอาญามิได้บัญญัติคำนิยามที่มีความชัดเจน[2] จากความไม่ชัดเจนดังกล่าวจึงมีแนวคำพิพากษาที่กำหนดลักษณะการกระทำที่แตกต่างกันเป็นสองแนว ดังนี้ ศาลฎีกามีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า เป็นการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ไม่หมายความเฉพาะเพื่อความใคร่หรือการประเวณีเท่านั้น แม้ไม่ได้ทำด้วยความใคร่ **เพียงสัมผัสใกล้ชิด**[3] เพื่อสร้างความพึงพอใจทางเพศก็ถือว่าเป็นการไม่สมควรแล้ว[4] ย่อมเห็นได้ว่า จะเป็นการกระทำอนาจารได้ ผู้กระทำต้องมีการสัมผัส หรือ ต้องมีการกระทำแก่เนื้อตัวร่างกายผู้เสียหายโดยตรง เช่น การจับมือ การจับแขน การจับหน้าอก หรือการจับต้องอวัยวะเพศ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ปรากฏมี **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558** อธิบายว่า การกระทำอนาจารนั้น **แม้จำเลยจะมิได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง** แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพใต้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายซึ่งตามบทนิยามมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา การใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 นอกจากหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่กายแล้ว ยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอันใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าวทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว อันแตกต่างจากการที่บุคคลใช้สายตามองดูหน้าอก ช่วงขา หรือชุดชั้นในของหญิงที่สวมใส่อยู่ไม่ว่าในที่ใด ๆ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารโจทก์ร่วมครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 แล้ว[5]

---

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

[3] ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1316/2508

[4] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 46 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), 487.

[5] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558, สืบค้นเมื่อ 3 กรกฎาคม 2565, http://deka.supremecourt.or.th/search.

จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เปลี่ยนแปลงแนวทางการวินิจฉัยตีความคำว่า การกระทำอนาจาร ซึ่งเดิมจำกัดอยู่เพียงต้องมีการสัมผัส แตะต้อง เนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย กลายเป็น ไม่จำเป็นต้องสัมผัส แตะต้อง เนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายเลยก็ได้[6]

นอกจากนี้คำว่า "ใช้กำลังประทุษร้าย"[7] แม้กฎหมายจะใช้คำว่า ทำการประทุษร้ายแก่จิตใจ หากแต่ตราบใดที่ไม่มี Physical Contact กล่าวคือ ไม่กระทบกระเทือนการทำงานของสมอง ดังนั้น การถือเอาการตกใจ เศร้าใจ เสียใจ เป็นการประทุษร้ายแล้ว การกระทำความผิดฐานอื่น เช่น การกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้ถูกลักทรัพย์ย่อมเสียใจ ตกใจที่ทรัพย์ของตนถูกลักไป เช่นนี้ย่อมกลายเป็นการชิงทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ได้ ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย

เนื่องจากเมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องคือมาตรา 278 และมาตรา 279 นั้น กฎหมายเพียงใช้คำว่า "ผู้ใดกระทำอนาจาร..." เท่านั้น โดยมิได้มีการกำหนดคำนิยามให้ชัดเจนเหมือนคำว่า "กระทำชำเรา" ตามมาตรา 1 (18)[8] จึงอาจกล่าวได้ว่า การตีความว่า การกระทำอนาจาร ผู้กระทำไม่จำต้องสัมผัส แตะต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายนั้นย่อมทำได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความผิดฐานกระทำอนาจาร นั้น บัญญัติไว้ในลักษณะ 9 ความผิดทางเพศ อันเป็นการกระทำความผิดที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพทางเพศของบุคคล[9] และเป็นความผิดที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องมีการใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย หากไม่ใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก ของผู้เสียหาย ย่อมเป็นเพียงความผิดฐานอนาจาร[10] ดังนั้น โดยลักษณะของการกระทำอนาจารอาจจำเป็นต้องมีการสัมผัสแตะต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

---

[6] สหรัฐ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษา: กฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2561), 477.

[7] มาตรา 1 (6) บัญญัติว่า ""ใช้กำลังประทุษร้าย" หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน"

[8] มาตรา 1 (18) ได้กำหนดคำนิยามไว้ว่า กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562

[9] หลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (General Principle of Respect for Human Dignity) ดู ปกป้อง ศรีสนิท, (ม.ป.ป.), "การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเรื่องเพศ: ความหมายใหม่และโทษใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา," สืบค้นเมื่อ 20 มีนาคม 2565, https://www.the101.world/rape-in-thai-law/.

[10] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*, 489.

และคำอธิบายทางตำรา อีกทั้งเมื่อศึกษาตัวบทกฎหมาย Sexual Offences Act 2003 มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual Assault) พบว่า กฎหมายใช้คำว่าการกระทำ คือ การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายผู้อื่น (Touches Another Person) อันแสดงให้เห็นว่า จะเป็นการกระทำอนาจารได้ ต้องมีการสัมผัสผู้เสียหายโดยตรงนั้นเอง[11]

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

2. ความหมายของคำว่า “อนาจาร”

ในปัจจุบัน คำว่า “อนาจาร” นั้น เป็นการกระทำอันปรากฏอยู่ในมาตรา 278 และมาตรา 279 แห่งประมวลกฎหมายอาญา[12] หากแต่เมื่อศึกษาสืบย้อนกลับไปจะพบว่า คำว่า “อนาจาร” เป็นการกระทำความผิดอันถูกบัญญัติไว้ใน กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แห่งราชอาณาจักรสยาม ถือเป็นการจัดทำกฎหมายในรูปแบบประมวลกฎหมาย (Codification) ฉบับแรกของประเทศไทย ปรากฏอยู่ใน ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณะ มาตรา 240 ถึงมาตรา 242[13] ซึ่งเมื่อพิจารณาการกระทำความผิดในมาตราดังกล่าวแล้ว กลับพบว่าองค์ประกอบไม่เหมือนการกระทำอนาจารเฉกเช่นปัจจุบัน เช่น มาตรา 242 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งวางหลักเรื่องการชำเราสัตว์เดียรฉาน ซึ่งในสมัยก่อนถือเป็นการกระทำผิดมนุษย์ ผิดปกติธรรมดา หากพิจารณาโดยใช้กฎหมายในปัจจุบัน จะพบว่าการกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา[14]

---

[11] See Sexual Offences Act 2003, Section 3, Sexual Assault.

[12] เนื่องจากการกระทำความผิดที่คล้ายคลึงกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 และมาตรา 397 นั้น มิได้ใช้คำว่าอนาจาร หากแต่มาตรา 388 ใช้คำว่า “กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น” ส่วนมาตรา 397 ใช้คำว่า “กระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ” โดยถ้าเป็นการกระทำดังต่อไปนี้ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้น คือ “เป็นการกระทำในที่สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ”

[13] ยอร์ช ปาดูซ์, *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แห่งราชอาณาจักรสยาม,* แปลโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2565), 168-169.

[14] อย่างไรก็ตาม อาจเป็นการกระทำความผิดตาม พระราชบัญญัติป้องกันการทารุณกรรมและการจัดสวัสดิภาพสัตว์ พ.ศ. 2557 ได้ ดู ศุทธินี อยู่สวัสดิ์, “ปัญหาการตีความกฎหมายป้องกันการทารุณกรรมสัตว์: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและอังกฤษ,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร* 8, ฉ. 2 (2558): 11.

2.1 ความหมายของคำว่า กระทำอนาจาร ตามตำรา

คำว่า “กระทำอนาจาร” นั้น ประมวลกฎหมายอาญามิได้กำหนดคำนิยามไว้เฉกเช่นคำว่า “กระทำชำเรา” จึงเป็นกรณีที่นักวิชาการและนักกฎหมายต้องกำหนดการกระทำอันจักเข้าลักษณะการกระทำอนาจาร โดย **ศาสตราจารย์ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ** อธิบายว่า การกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ ไม่หมายความเฉพาะเพื่อความใคร่หรือการประเวณีเท่านั้น แม้ไม่ได้กระทำด้วยความใคร่ **เพียงสัมผัสใกล้ชิด**เพื่อสร้างความพึงพอใจในทางเพศก็ถือว่าเป็นการไม่สมควรแล้ว **ที่สำคัญ การกระทำอนาจารต้องเป็นการกระทำแก่เนื้อตัวร่างกายของบุคคลโดยตรง** เช่น จับมือ ดึงแขน สวมกอด หอมหน้าผาก ปลุกปล้ำ เป็นต้น โดยบุคคลผู้ถูกกระทำอาจเป็นหญิง หรืออาจเป็นชายก็ได้[15]

รองศาสตราจารย์ คณพล จันทร์หอม อธิบายว่าโดยทั่วไปแล้วการกระทำอนาจาร คือ ความประพฤติชั่วหรือความประพฤติน่าอับอาย แต่ในทางกฎหมายจะมีการกำหนดโดยเฉพาะเจาะจงว่า เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับเพศ โดยนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ โดยมีข้อพิจารณาว่า **จะเป็นการอนาจารต้องเป็นการกระทำที่ไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา และการกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัส**[16]

นอกจากนี้ตำรากฎหมายของต่างประเทศได้ให้คำอธิบายศัพท์ดังกล่าวไว้โดย **Arthur S. Chancellor** อธิบายว่า การกระทำอนาจาร คือการกระทำที่มีการกระทำ**โดยการใช้กำลังประทุษร้ายแก่กาย (Physical Attack)** ทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะเกิดอันตรายขึ้นแก่ร่างกายหรือจิตใจ (Fear of Life and Injury) เช่น การข่มขู่ด้วยมีด การขืนใจให้กินยาจนไม่สามารถขัดขืนได้ การบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย[17]

Joycelyn M. Pollock อธิบายว่า ในกฎหมาย Common Law นั้น การกระทำอนาจารนั้น เป็นการกระทำที่อาจถูกเรียกด้วยชื่อฐานความผิดต่อไปนี้ ได้แก่ Sexual Assault, Indecent Assault, Deviate Sexual Assault หรือ Sexual Abuse **โดยลักษณะของการกระทำต้องอยู่ในรูปแบบการสัมผัส (Forms of Sexual Touching) ที่ไม่ถึงขนาดกระทำชำเรา (Penetration) ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)**[18]

---

[15] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง*, 487-488.

[16] คณพล จันทร์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง 9* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), 597-598.

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

[18] Joycelyn M. Pollock, *Criminal Law*, 12th ed. (New York: Routledge, 2021), 183-184.

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

2.2 ความหมายของคำว่า กระทำอนาจาร ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาตีความไว้ว่า **“การกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ” ทั้งนี้ จะต้องเป็นการกระทำ “ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ” เท่านั้น** ดังนั้น หากไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ[19] เช่น การกล่าวเพียงถ้อยคำที่สื่อในทางเพศ[20] การวาดภาพเปลือย การบังคับให้ดูกิจกรรมทางเพศ ย่อมไม่เป็นการกระทำอนาจารแต่อย่างใด เพราะไม่ใช่การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำนั่นเอง[21] ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวสอดคล้องกับ Sexual Offences Act 2003 มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual Assault) ที่ต้องการองค์ประกอบ 2 ประการดุจกัน คือ (1) การที่ผู้ใดสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (He Intentionally Touches Another Person) และ (2) การสัมผัสนั้น เป็นการสัมผัสในทางเพศ (The Touching is Sexual)

อย่างไรก็ตาม **คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558** อธิบายว่า **การกระทำอนาจารนั้น ผู้กระทำไม่จำต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายก็ได้** ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ ก่อให้เกิดการวิพากวิจารณ์ในกลุ่มนักวิชาการและนักกฎหมาย ในการทำความเข้าใจว่า การกระทำอนาจารนั้น ต้องการสัมผัส หรือการจับต้องเนื้อตัวร่างกายผู้อื่นหรือไม่ **ศาสตราจารย์ คณพล จันทร์หอม** อธิบายว่า การแสดงออกทางเพศจะแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือ กลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง และกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง โดยสำหรับกลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้องนั้น จะสามารถจำแนกออกเป็นกลุ่มย่อยได้ 2 กลุ่มคือ[22]

---

[19] ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534.

[20] ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540.

[21] วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์, “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 48, ฉ. 1 (2562): 110-111.

[22] คณพล จันทร์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง 9*, 554-555.

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

2.2.2 กลุ่มที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น การสัมผัสจับต้องผู้ร่างกายอื่นโดยที่ผู้อื่นไม่ยินยอมนั้น เป็นการทำลายเสรีภาพทางเพศ (Sexual Autonomy) ของบุคคลขั้นร้ายแรง และถือว่าเป็นการประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) โดยแท้จริง จำแนกออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ **(1) การสัมผัสจับต้องร่างกาย (Contact)** ไม่สำคัญว่าส่วนของร่างกายนั้นจะไวต่อความรู้สึกทางเพศหรือไม่ ถ้าได้กระทำเพื่อสนองความต้องการทางเพศแล้วย่อมเป็นการประทุษร้ายทางเพศทั้งสิ้น ในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐาน “กระทำอนาจารผู้อื่นและเด็ก” ตามมาตรา 278 และมาตรา 279 แล้วแต่กรณี **(2) การล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย (Penetration)** เป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นรุนแรงที่สุด การที่อวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ 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 มีตำราวิชาการและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางหลักเป็นบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า จะเป็นการทำอันตรายแก่จิตใจได้ ต้องมิใช่เพียงความรู้สึกหรืออารมณ์ การทำร้ายจิตใจจึงมิใช่เพียงทำให้เกิดความรู้สึกไม่ดีมากระทบจิตใจ เช่น ความเสียใจ ความเจ็บใจ ความเศร้าใจ ความรู้สึกถูกเหยียดหยาม เหล่านี้เป็นเพียงอารมณ์ มิใช่อันตรายแก่จิตใจ เพราะอารมณ์ความรู้สึก เป็นสิ่งที่เรียกว่า “จิต” ไม่มีตัวตน จึงไม่อาจถูกทำร้ายได้ โดยแท้จริงแล้ว ส่วนที่ร่างกายใช้รับรู้ความรู้สึกเหล่านี้ได้ ร่างกายเราใช้ “สมอง” ดังนั้น การทำร้ายจิตใจตามกฎหมายจึงได้แก่ การทำร้ายจนสมองเสียหาย เช่น การทำให้สมองหยุด

สั่งการ[23] หรือสั่งการผิด[24]

นอกจากนี้ ยังปรากฏในคำอธิบายมาตรา 295 อันเป็นแม่บทแห่งการกระทำความผิดต่อร่างกาย เมื่อมาตรา 295 ใช้คำว่า “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น **จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่น**นั้น...” ย่อมเท่ากับว่า การทำให้เกิดอันตรายแก่จิตใจของผู้อื่นต้องเป็นการทำอันตรายแก่กาย จนมีผลทำให้สมองผิดปกติ หรือการสั่งการของสมองผิดปกติไป ไม่ว่าจะเป็นการถูกเนื้อต้องตัว (Physical Contact) เช่น ใช้มือบีบคอ ใช้มีดแทง ใช้ไม้ตี หรือการทำร้ายโดยไม่ต้องถูกต้องเนื้อตัวร่างกาย (Non-Physical Contact) เช่น ให้ทานยากดประสาท ยาหลอนประสาท ยานอนหลับ ยาถ่าย จนทำให้ท้องเสีย ป่วยไข้ รวมถึงการโทรศัพท์ข่มขู่จนประสาทเสีย ถึงขั้นทำให้ผู้เสียหายช็อค หมดสติไป[25]

จากหลักกฎหมายข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าการที่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 วินิจฉัยให้จำเลยผิดฐานกระทำอนาจารแม้จะมิได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายผู้เสียหายโดยตรง เป็นกรณีที่ไม่ปรากฏกฎหมายบัญญัติการกระทำให้เป็นความผิดและกำหนดโทษ การที่รัฐจะลงโทษบุคคลนั้น ๆ จึงขัดกับหลักประกันสิทธิในทางอาญา (Principle of Legality) ในมาตรา 2 คือหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ เมื่อไม่มีกฎหมาย (Nulla Poena Sine Lege) อันเป็นหลักนิติธรรมซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของกฎหมายอาญาอย่างชัดแจ้ง[26]

ด้วยเหตุนี้ การที่ผู้กระทำถ่ายภาพใต้กระโปรงของผู้เสียหาย แล้วตัดสินว่าเป็นการกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้าย ทั้ง ๆ ที่ไม่มีการสัมผัสแตะต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย (Physical Contact) หรือมีผลต่อการทำงานของสมอง (จิตใจ) เลย เพียงแต่ทำให้เขารู้สึกอับอาย สะเทือนใจซึ่งเป็นเพียงอารมณ์เท่านั้น[27] การให้เหตุผลในการวินิจฉัยเช่นนี้ จะทำให้ต่อไปการมองหน้าสตรีจนเขาอาย รวมถึงการดูหมิ่น หมิ่นประมาท กลายเป็นประทุษร้ายไปด้วย เพราะผู้เสียหายย่อมต้องอับอาย เสียใจและสะเทือนใจ ยิ่งไปกว่านั้นการลักทรัพย์อาจกลายเป็นชิงทรัพย์ทั้งหมด เพราะการทำให้ผู้เสียหายตกใจ ย่อมเป็นการประทุษร้ายจิตใจได้ และหากถือเช่นนี้สืบไป ใครฆ่าใครตายต้องถือว่า เป็นความผิดฐานประทุษร้ายจิตใจตาม

---

[23] ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3269/2531 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9241/2547.

[24] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ*, พิมพ์ครั้งที่ 18 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), 256.

[25] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา มาตรา 288-366/4 (ฉบับพิมพ์ครั้งเดียว)* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), 64.

[26] ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 22 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), 23-26.

[27] ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำดังกล่าวอาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 388 เพราะเป็นการกระทำการลามกอย่างอื่น หรือมาตรา 397 เพราะเป็นกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญโดยเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ

มาตรา 295 แก่ทุกคนที่ไปงานศพด้วย เพราะเขาทำให้ผู้ไปร่วมงานศพเศร้าโศกเสียใจ

3. องค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทย และองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศอังกฤษ

เนื่องจากความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะความผิดฐานกระทำอนาจาร เป็นความผิดที่กระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคมเป็นจำนวนมากและเป็นประเด็นทางกฎหมายที่มีผู้ให้ความสนใจอย่างยิ่ง นับจากมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 จึงเป็นการสมควรยิ่งในการนำองค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายอาญาประเทศไทย และตามกฎหมายอาญาประเทศอังกฤษมาพิจารณาทบทวนเพื่อให้ทราบถึงองค์ประกอบที่ถูกต้อง เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าต่อไป

3.1 องค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศไทย[28]

องค์ประกอบความผิดฐานกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278[29] 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” ซึ่งเป็นการไม่ระบุเพศผู้กระทำความผิดนั้นเอง

2) การกระทำ คือ กระทำอนาจาร มีสาระสำคัญคือ **ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ และต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ** โดยลักษณะแห่งการกระทำต้องไม่ถึงขนาดใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ “ล่วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหาย อันจะกลายเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือ มาตรา 277 แล้วแต่กรณี[30]

---

[28] ในเล่มวิจัยฉบับสมบูรณ์ ผู้เขียนได้ทบทวนองค์ประกอบทั้งมาตรา 278 และมาตรา 279 อันได้ชื่อว่าเป็นการกระทำอนาจารโดยแท้ไว้แล้ว แต่เพื่อความกระชับของเนื้อหาในบทความนี้ ผู้เขียนจึงอธิบายเพียงองค์ประกอบมาตรา 278

[29] ส่วนมาตราอื่น ๆ ในลักษณะนี้ เช่น มาตรา 282, มาตรา 283 และ มาตรา 283 ทวิ เป็นต้น แม้ปรากฏคำว่า อนาจาร ในองค์ประกอบความผิด หากแต่จะมิใช่องค์ประกอบภายนอกในส่วนการกระทำ แต่เป็นเพียงองค์ประกอบภายใน ในส่วนมูลเหตุชักจูงใจเท่านั้น ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และรณกรณ์ บุญมี, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ*, 212-218.

[30] ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8756/2563.

สำหรับการกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรค 1 นั้น ต้องกระทำโดยวิธีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้[31] (1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ (2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย (3) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้หรือ (4) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

3) วัตถุแห่งการกระทำ คือ บุคคลอายุกว่า 15 ปี กล่าวคือ วัตถุแห่งการกระทำต้องมีสภาพบุคคล และมีอายุกว่า 15 ปีในขณะเกิดการกระทำอนาจารขึ้น และต้องไม่ยินยอมให้กระทำอนาจาร[32]

3.1.2 องค์ประกอบภายใน

ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดที่ต้องการเจตนา โดยเจตนานั้นแบ่งออกเป็นสองส่วนคือ ก. ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด คือ รู้ว่าวัตถุแห่งการกระทำเป็นมนุษย์ และต้องรู้ว่ามนุษย์อันเป็นวัตถุแห่งการกระทำนั้นอายุกว่า 15 ปี และ ข. ผู้กระทำต้องการการเกิดขึ้นของผลนั้น คือ ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผล 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— (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.	"ผู้ใด (A) จักเป็นผู้กระทำความผิด ถ้า (a) ผู้กระทำสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (B) และ (b) การสัมผัสนั้น เป็นการสัมผัสในทางเพศ (c) โดย B มิได้ให้ความยินยอมในการสัมผัสนั้น และ (d) A มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม"

[31] ณัฐวรรณ ดวงกางใต้, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาขอบเขตของการให้ความยินยอมโดยผู้เสียหาย," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558), 342.

[32] เงื่อนไขการให้ความยินยอม ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2508 อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: พลสยาม พริ้นติ้ง, 2551), 432.

สำหรับ Sexual Offences Act 2003 นั้น บทความฉบับนี้ จะแปลว่า พระราชบัญญัติความรับผิดทางเพศ 2003 มาตรา 3 บัญญัติเรื่องการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ โดยใช้คำว่า “Sexual Assault” ซึ่งตำรากฎหมายอธิบายว่า เป็นการกระทำที่ใช้กำลังประทุษร้าย โดยปราศจากการชำเราหรือการสอดใส่ (Non-Penetrative Touching) และเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับเพศ อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า ความผิดฐานนี้ต้องประกอบด้วยการทำร้ายร่างกาย หรือการใช้กำลังประทุษร้าย (The Offence Dose Not Refer to Assault.) หากแต่มีความหมายในทาง **“สัมผัส” (Touching) แตะเนื้อต้องตัวผู้เสียหาย**[33] ย่อมเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติความรับผิดทางเพศ 2003 นี้ มิได้ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกำกวม โดยบัญญัติจำกัดให้ต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ เท่านั้น โดยมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

3.2.1 องค์ประกอบภายนอก องค์ประกอบในทางภาวะวิสัย หรือ Actus Reus[34]

การวินิจฉัยความรับผิดตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น แบ่งออกเป็น ส่วนภาวะวิสัย (Objective) และ ส่วนอัตวิสัย (Subjective) โดยในส่วนภาวะวิสัย อาจเปรียบเทียบได้กับองค์ประกอบภายนอก อันได้แก่ ส่วน Actus Reus จากนั้นจึงพิจารณาในส่วนของสภาวะจิตใจ อันเป็นเรื่องอัตวิสัย (Subjective) ต่อไป[35]

1. ผู้กระทำ มีข้อพิจารณาว่า พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 ใช้คำว่า “A person (A)” ย่อมแสดงให้เห็นว่า **ผู้กระทำอาจเป็นเพศใดก็ได้** ไม่จำกัดว่าต้องเป็นเพศชาย โดยแทนตัวผู้กระทำด้วยตัวอักษร A แทนที่คำว่า Man หรือคำว่า Woman หรือแทนที่คำว่า He or She เพื่อไม่ระบุเพศของผู้กระทำความผิดนั้นเอง[36] ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าตรงกับคำว่า ผู้ใด (Whoever) นั้นเอง ดังนั้น ไม่ว่าเพศใดล้วนเป็นตัวการในการกระทำความผิดได้ทั้งสิ้น

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

---

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

[34] เมื่อได้ศึกษาในเรื่องของ Actus Reus กับ Mens Rea ในระบบคอมมอนลอว์แล้วจะพบว่า Actus Reus ก็คือ องค์ประกอบภายนอก และ Mens Rea ก็คือ องค์ประกอบภายใน นั้นเอง ผลคือหากขาดอย่างหนึ่งอย่างใดไปก็จะไม่เป็นความผิด ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), 20.

[35] แสวง บุญเฉลิมวิภาส, “โครงสร้างความผิดอาญา: ความแตกต่างในระบบกฎหมาย,” *วารสารนิติศาสตร์* 4, ฉ.14 (2527): 8-10.

[36] 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) ยังมิอาจเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตาม 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) มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหาย (B) ให้ความยินยอม (A Does Not Reasonably Believe That B Consents)** ดังนั้น ในการพิจารณาองค์ประกอบในส่วนการกระทำ จึงแยกพิจารณาออกเป็น 3 ส่วน คือ

1) การสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (Intentionally Touches Another Person) หมายถึง การสัมผัสส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย[37] ไม่ว่าจะเป็นการสัมผัสโดยผ่านวัสดุหรืออุปกรณ์ใด ๆ ก็ตาม และยังหมายความรวมถึง การสัมผัสผู้อื่นด้วยอุปกรณ์ หรือวัสดุใด ๆ ผ่านเสื้อผ้าของเขาด้วย[38]

2) เป็นการสัมผัสในทางเพศ (The Touching is Sexual) สำหรับการสัมผัสในทางเพศนี้ สภาขุนนาง (The House of Lords[39]) ได้อธิบายว่า ใน 3 สถานการณ์ต่อไปนี้ (ไม่ว่าจะมีการใช้กำลังประทุษร้ายร่วมอยู่หรือไม่ก็ตาม) ถือเป็นการกระทำอนาจาร

2.1) การกระทำนั้นต้องมีพฤติการณ์แวดล้อม หรือองค์ประกอบในทางภาวะวิสัยแสดงให้เห็นว่ามีการสัมผัสในทางเพศ และไม่สำคัญว่า ผู้กระทำความผิด (A) จะมีแรงกระตุ้นหรือมีมูลเหตุชักจูงใด เช่น ข้อเท็จจริงในคดี George (1956) Crim LR 52[40] ปรากฏว่า ในขณะที่ผู้กระทำความผิด (A) พยายามถอดรองเท้าของผู้เสียหาย (B) ออก ผู้กระทำความผิด

---

[37] การอธิบายเช่นนี้ ยังสอดคล้องกับการอธิบายการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย ดังที่ปรากฏใน Model Penal Code ดู Joycelyn M. Pollock, *Criminal Law*, 185-186.

[38] Michael J. Allen & Ian Edwards, *Criminal Law*, 498.

[39] อำนาจสภาขุนนาง (The House of Lords) ดู อรณิช รุ่งธิปานนท์, *"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.

[40] 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 ย่อมเพียงพอจะถือว่าเป็นการกระทำความผิดแล้ว โดยความพึงพอใจทางเพศนี้ อาจเป็นความพึงพอใจที่ไม่ปรากฏในคนปกติก็ได้

2.2) เมื่อพิจารณาองค์ประกอบในทางภาวะวิสัยแล้วการอนาจารนั้นไม่สำคัญว่าผู้กระทำจะมีวัตถุประสงค์หรือแรงกระตุ้นใด เช่น การที่ผู้ชายเปลื้องผ้าผู้หญิงโดยปราศจากความยินยอมของหญิงนั้น

2.3) การกระทำอนาจารอาจเกิดขึ้นเพียงเพราะผู้กระทำต้องการกระทำอนาจารผู้เสียหาย ซึ่งเกิดขึ้นเพราะปัจจัยบางประการที่กระตุ้นให้ผู้กระทำ กระทำเช่นนั้น เช่น ผู้กระทำความผิด (A) ตี ผู้เสียหาย (B) ซึ่งเป็นเด็กอายุ 12 ปี จากนั้นดึงกางเกงของผู้เสียหายลงมา เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจถามว่าผู้กระทำความผิดทำไปเพื่ออะไร เขาตอบว่า เขาไม่รู้ เขาเพียงหลงใหลในบั้นท้ายเท่านั้น เช่นนี้ย่อมเห็นได้ว่า มีแรงกระตุ้นให้กระทำอนาจารแล้วและยังเป็นการกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายอีกด้วย[41]

3) ผู้เสียหาย (B) มิได้ให้ความยินยอมในการสัมผัสนั้น (B Does Not Consent to The Touching) โดยที่ผู้กระทำความผิด (A) มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหาย (B) ให้ความยินยอม (A Does Not Reasonably Believe That B Consents) ในการพิจารณาว่า ผู้กระทำความผิดได้สัมผัสผู้เสียหายโดยปราศจากความยินยอม (Absence of Consent) ของผู้เสียหายหรือไม่ ต้องพิจารณาข้อสันนิษฐานในมาตรา 75 และ 76 ประกอบมาตรา 77[42] แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 ประกอบ

3. วัตถุแห่งการกระทำ มีข้อพิจารณาว่า พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 ใช้คำว่า “Person (B)” ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้เสียหายหรือผู้ถูกกระทำความผิดอาจเป็นเพศใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าเป็นเพศหญิง โดยแทนตัวผู้ถูกกระทำด้วยตัวอักษร B แทนที่คำว่า Man หรือ Woman เพื่อไม่ระบุเพศของผู้ถูกกระทำนั้นเอง

3.2.2 องค์ประกอบภายใน องค์ประกอบในทางอัตวิสัย หรือ mens rea

พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 นั้น กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาหรือต้องมี Mens Rea กล่าวคือ ผู้กระทำต้องสัมผัสผู้เสียหายโดยเจตนา (An Intention to Touch) และมิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายให้ความยินยอมเช่นนั้น (An Absence of Reasonable Belief that B Consents) ดังนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า ผู้เสียหายให้ความยินยอมให้ตนสัมผัส การกระทำย่อมไม่อาจเป็น

---

[41] Michael J. Allen & Ian Edwards, *Criminal Law*, 498-499.

[42] See Sexual Offences Act 2003. Section 77, Sections 75 and 76.

ความผิดฐานกระทำอนาจารนี้

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

4. เปรียบเทียบ "การกระทำอนาจาร" ตามประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทย กับ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 ประเทศอังกฤษ

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

4.1 ความผิดฐานกระทำอนาจาร

พระราชบัญญัติความรับผิดทางเพศ 2003 มาตรา 3 นั้น ใช้คำที่มีลักษณะชัดเจนว่าจะเป็นการกระทำอนาจาร ผู้กระทำต้องมีการสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา (Intentionally Touches Another Person) และการสัมผัสนั้น ต้องเป็นการสัมผัสที่มีลักษณะทางเพศ (The Touching is Sexual) ในขณะที่การกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาไทยนั้น มาตรา 278 ก็ดี มาตรา 279 ก็ดี ล้วนแล้วแต่ใช้คำว่า "ผู้ใดกระทำอนาจาร..." ทั้งสิ้น โดยศาลฎีกาวางบรรทัดฐานมาโดยตลอดว่า คำว่า กระทำอนาจาร ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ และต้องมีการสัมผัสหรือต้องมีการกระทำแก่เนื้อตัวร่างกายผู้เสียหายโดยตรง ดังนี้ แม้มาตรา 278 และมาตรา 279 มิได้บัญญัติในส่วนการกระทำว่า ต้องการ Physical Contact หากแต่ใน

---

[43] ศุทธินี อยู่สวัสดิ์, "การที่ผู้กระทำความผิดมึนเมาจนสำคัญผิดว่าผู้เสียหายให้ความยินยอม." *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*, 7, ฉ. 2 (2557): 26-27.

[44] ข้อเท็จจริงโดยย่อคือ จำเลยสมัครใจเสพสิ่งที่ทำให้ตนมึนเมา และกำลังทุกข์ทรมานอยู่ เจ้าพนักงานตำรวจจึงนำตัวจำเลยส่งโรงพยาบาล เมื่อถึงโรงพยาบาลจำเลยกลับนำอวัยวะเพศชายออกมาถูกับต้นขาของหนึ่งในเจ้าพนักงาน ภายหลังจำเลยถูกฟ้องฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 แม้จำเลยจะอ้างว่าไม่สามารถจดจำเหตุการณ์เหล่านี้ได้ก็ตาม ดู R v Heard [2008] QB 43, สืบค้นเมื่อ 9 กรกฎาคม 2565, https://www.lawteacher.net/cases/r-v-heard.php.

[45] Michael J. Allen & Ian Edwards, *Criminal Law*, 500.

การวินิจฉัย ย่อมไม่อาจตีความการกระทำอนาจารถึงขนาดว่าเป็น Non-Physical Contact ได้[46]

4.2 คำว่า "กระทำอนาจาร" ตามกฎหมายไทย และคำว่า "Intentionally Touches" ตามกฎหมายอังกฤษ

การที่แนวคำพิพากษาศาลฎีกา ตีความคำว่า "การกระทำอนาจาร" ว่าเป็นการกระทำไม่สมควรทางเพศ โดยต้องมีการสัมผัสทางกายภาพด้วย เหตุที่ต้องตีความเช่นนี้เพื่อแยกระหว่างการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 หรือฐานชำเราเด็กตามมาตรา 277 ที่ต้องมีการสัมผัสทางกายภาพโดยการที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้เสียหายด้วย หากผู้กระทำมิได้มีเจตนาที่จะล่วงล้ำเข้าไปย่อมเป็นเพียงการกระทำอนาจาร ประกอบกับการกระทำอนาจารอยู่ในหมวดเดียวกับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือความผิดเกี่ยวกับเพศ **การกระทำจึงต้องอาศัยการสัมผัสเป็นสาระสำคัญ เพียงแต่เป็นการสัมผัสที่ไม่ถึงขนาดเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำ**[47] 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 หากมีการล่วงล้ำย่อมต้องระวางโทษหนักขึ้น อันเป็นการลงโทษผู้กระทำจากการกระทำที่มีลักษณะเป็นการชำเราเทียม เนื่องจากเป็นการกระทำที่มิได้ใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำ หากแต่ใช้อวัยวะอื่น หรือวัตถุอื่นล่วงล้ำ ซึ่งจะเห็นได้ว่า **ย่อมมีการสัมผัสทั้งสิ้น** ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนจึงเห็นว่า สำหรับประเทศไทยการใดเป็นการกระทำอนาจารได้ ย่อมต้องมีการสัมผัส ซึ่งสำหรับประเด็นนี้ ประมวลกฎหมายอาญาไทยมีความคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 2 ของประเทศอังกฤษยิ่งนัก เพราะพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศฯ กำหนดให้การกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำหรือการใช้สิ่งอื่นใดแทนอวัยวะเพศ (Assault by Penetration)[48] นี้ เป็นการ

---

[46] กฎหมายอาญาของประเทศส่วนใหญ่นั้น ถือเอา "การสัมผัส" เป็นเครื่องพิจารณาว่าเกิดการกระทำอนาจารขึ้นหรือไม่ กฎหมายบางฉบับถือเอาอย่างเคร่งครัดว่า ต้องได้สัมผัสอวัยวะเพศหรือส่วนของร่างกายที่ปลุกเร้าทางเพศเท่านั้นจึงจะผิดฐานนี้ บางฉบับกลับไม่เคร่งครัดเท่า และบางประเทศไม่ถือเอาการสัมผัสเป็นสาระสำคัญ ดู คณพล จันทร์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึง 9*, 600-602.

[47] ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2982/2562.

[48] พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 2 การใช้สิ่งอื่นใดแทนอวัยวะเพศ

"(1) ผู้ใด (A) เป็นผู้กระทำความผิด ถ้า

(a) เขาได้ใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใด ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น (B) โดยเจตนา

กระทำความผิดฐานอนาจารอีกฐานหนึ่ง **ซึ่งผู้กระทำต้องสัมผัสผู้เสียหาย** โดยการสัมผัสนั้นเกิดขึ้นจากการที่ผู้กระทำใช้อวัยวะอื่นใดหรือวัตถุอื่นใด ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นโดยเจตนาเพื่อสนองความใคร่ นั้นเอง

นอกจากนี้ เหตุที่มีปัญหาในการตีความคำว่า “การกระทำอนาจาร” ไปถึงขนาดว่าแม้ไม่มีการสัมผัสก็เป็นความผิดฐานดังกล่าวได้ ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 นั้น น่าจะเป็นเพราะประมวลกฎหมายอาญาประเทศไทยมิได้บัญญัติองค์ประกอบการกระทำให้ชัดเจน เฉกเช่นพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศฯ ของประเทศอังกฤษที่บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะชัดเจนและแน่นอน (Precision)[49] โดยมิอาจมีผู้ใดโต้เถียงได้ว่า การกระทำอนาจารจำต้องมีการสัมผัสหรือไม่ เพราะบัญญัติอย่างชัดเจนโดยใช้คำว่า **“Intentionally Touches”** ซึ่งแปลได้ว่า **“การสัมผัสผู้อื่นโดยเจตนา”** จึงมีความชัดเจนเพียงพอ ที่ประชาชนจะเข้าใจลักษณะของการกระทำว่า การกระทำใดจักเป็นความผิดฐานนี้ และยังสามารถแยกการกระทำอนาจารออกจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในฐานอื่นได้อีกด้วย

ผลจากการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำที่ขาดความชัดเจนและแน่นอนดังกล่าว อาจถึงขนาดกลายเป็นการที่ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดย่อมมิอาจลงโทษได้ เพราะการที่กฎหมายใช้คำว่า “อนาจาร” โดยไม่ปรากฏคำนิยามศัพท์ในประมวลกฎหมาย อาศัยเพียงคำอธิบายจากตำราวิชาการ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาประกอบ ย่อมขัดต่อระบบกฎหมายในแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมาย[50] เมื่อพิจารณาจากการแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้เป็นการเฉพาะ เพราะมิใช่การมีเพศสัมพันธ์ (Sexual Intercourse) หรือการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ[51] อีกต่อไป กฎหมายจึงจำเป็นต้อง

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นไปเพื่อสนองความใคร่

(c) B มิได้ยินยอมให้ล่วงล้ำ และ

(d) A มิได้มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม ...”

See Sexual Offences Act 2003. Section 2 Assault by penetration

[49] การที่กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนและแน่นอน หรือ หลัก Precision มาจากหลักประกันสิทธิของบุคคลในทางอาญา รัฐที่ดีต้องมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนี้ การบัญญัติกฎหมายที่มีบทลงโทษต้องบัญญัติให้ชัดเจนและแน่นอน เพื่อประชาชนจะได้ทราบว่าการกระทำใดผิดกฎหมาย และป้องกันมิให้เจ้าพนักงานรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ ดู แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *หลักกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544), 19.

[50] ซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือระบบประมวลกฎหมาย ต้องยึดถือตัวบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาอย่างยิ่ง และยิ่งไม่อาจใช้หลักคำพิพากษาบรรทัดฐานตามที่เรียกว่า “Judge Made Law” ซึ่งใช้ในประเทศซึ่งมีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) อีกด้วย ดู หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 21 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), 5-9.

[51] ธรรมชาติของมนุษย์ จะเป็นการมีเพศสัมพันธ์ (Sexual Intercourse) ได้ ต้องมีการล่วงล้ำ คือการสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง ดู ปรีชา อุปโยคิน, (ม.ป.ป.), “เพศสัมพันธ์ในผู้สูงอายุ, กระทรวงสาธารณสุข กองการแพทย์ทางเลือก,” สืบค้นเมื่อ 10 กันยายน 2565, https://thaicam.go.th/เพศสัมพันธ์ในผู้สูงอายุ/.

บัญญัติคำนิยามขึ้น เพื่อให้ประชาชนทราบได้ว่า การกระทำใดของตนเป็นความผิด ตามมาตรา 276 และมาตรา 277 ในขณะที่ คำว่า “การกระทำอนาจาร” กลับขาดคำจำกัดความเพื่อทำให้กฎหมายชัดเจนและแน่นอน

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 ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และความผิดฐานชำเราเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 เมื่อลักษณะการ “กระทำชำเรา” มีความหมายพิสดารที่แตกต่างไปจากความหมายที่ประชาชนทั่วไปเข้าใจ (Generic Term) กฎหมายจึงต้องบัญญัติคำนิยามไว้เป็นการเฉพาะ เพื่อให้ผู้กระทำเข้าใจได้ว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายอาญา

ทั้งนี้จากการศึกษาตัวบทกฎหมายอาญาประเทศอังกฤษคือ พระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ 2003 มาตรา 3 ความผิดฐานกระทำอนาจาร (Sexual Assault) พบว่า กฎหมายใช้คำว่าการกระทำคือ การสัมผัสเนื้อตัวร่างกายผู้อื่น (Touches Another Person) อันแสดงให้เห็นว่า จะเป็นการกระทำความผิดฐานนี้ได้ ต้องมีการสัมผัสผู้เสียหายโดยตรงนั้นเอง 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 ผู้กระทำไม่จำต้องสัมผัส แตะ

ต้องเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายก็ได้ เพราะเมื่อไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติองค์ประกอบให้ชัดเจนและแน่นอน หรือกำหนดคำนิยามไว้เป็นการเฉพาะ การตีความเฉกเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นได้ และเป็นปัญหาในการวินิจฉัยตีความตัวบทกฎหมายต่อไป

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 ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ใช้องค์ประกอบในส่วนการกระทำเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำอนาจาร (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 แต่ไม่ต้องมีการสัมผัสร่างกายผู้เสียหาย ซึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุไม่เกิน 15 ปี อันอยู่ในวัยที่สมควรได้รับการคุ้มครองความบริสุทธิ์ทางเพศ จากการศึกษาข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 วรรค 2 โดยมีความว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง เป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ การเล่าเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ การแสดงภาพหรือเสียงที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเพศ หรือโดยการกระทำด้วยวิธีการอื่นใดเพื่อเผยแพร่กิจกรรมทางเพศแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมิใช่กระทำไปเพื่อการศึกษา เพื่อการรักษา หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดของเด็ก...”

ทั้งนี้เพื่อแก้ไขปัญหาในการตีความว่า การเปิดอวัยวะเพศให้เด็กดูก็ดี การเล่าเรื่องราวขณะร่วมประเวณีให้เด็กฟังก็ดี การร่วมประเวณีต่อหน้าเด็กก็ดี การเปิดสื่อลามกอนาจารต่อหน้าเด็กก็ดี เหล่านี้ หากมิได้กระทำไปเพื่อการศึกษา เพื่อการรักษา หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดของเด็ก สามารถลงโทษผู้กระทำความฐานกระทำอนาจารได้หรือไม่ เพราะล้วนเป็นการกระทำโดยไม่จำต้องมีการสัมผัสร่างกายเด็กทั้งสิ้น

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 ผู้ร่างกฎหมายมีเจตนาให้กฎหมายมาตรานี้มีผลบังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารโดยต้องมีการสัมผัส ส่วนมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรค 2 โดยลักษณะการกระทำย่อมมิได้มีการสัมผัสผู้เสียหาย กฎหมายจึงไม่ใช้คำว่า อนาจาร หากแต่ใช้ถ้อยคำอื่นแทน เช่น การอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นองค์ประกอบที่แตกต่างจากการกระทำอนาจารนั้นเอง

References

Allen, Michael J., and Ian Edwards. *Criminal Law*. 16th ed. Oxford: Oxford University Press, 2021.

Chancello, 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. 6*th 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]