

การกระทำอนาจารโดยการประทุษร้ายต่อจิตใจ : ศึกษากรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)  
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2559  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

INDECENT BY ACT OF VIOLENCE AGAINST MIND : A STUDY  
OF SUPREME COURT'S DECISION NO.12983/2558

Mr. Bordee Wongjenson



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2016  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การกระทำอนาจารโดยการประทุษร้ายต่อจิตใจ : ศึกษา

กรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558

โดย

นายบดี วงศ์เจนสันต์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโยภาส)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ชัชพล ไชยพร)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. คณพล จันทน์หอม)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)

บที วงศ์เจนสันต์ : การกระทำอนาจารโดยการประทุษร้ายต่อจิตใจ : ศึกษากรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (INDECENT BY ACT OF VIOLENCE AGAINST MIND : A STUDY OF SUPREME COURT'S DECISION NO.12983/2558) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร. ชัชพล ไชยพร, 209 หน้า.

การบังคับใช้กฎหมายนั้นต้องมีการตีความเพื่อค้นหาความหมายของถ้อยคำซึ่งจะทำให้สามารถนำกฎหมายไปใช้ได้อย่างถูกต้องเป็นธรรมตามเจตนารมณ์ กฎหมายอาญานั้นไม่ได้ห้ามในเรื่องของการตีความขยายความหากยังเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตเดิมของกฎหมาย เพราะในขณะร่างกฎหมายนั้นผู้ร่างย่อมไม่สามารถคาดการณ์เหตุการณ์ในอนาคตที่จะเกิดขึ้นได้ทั้งหมด การตีความขยายความจึงเป็นเรื่องที่ทำให้ปรับใช้กฎหมายได้ตรงตามเจตนารมณ์ของตัวกฎหมายนั้นแต่อย่างไรก็ตามการตีความขยายความออกไปจากความหมายเดิมนั้นเป็นเรื่องที่ผิดหลักที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเรื่องของการกระทำอนาจารโดยการประทุษร้ายต่อจิตใจ หลักเดิมนั้นการกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และประทุษร้ายต่อจิตใจนั้นไม่รวมถึงเรื่องอารมณ์ แต่อย่างไรก็ตามมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ที่ตัดสินให้ผิดฐานกระทำอนาจารแม้ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายและประทุษร้ายต่อจิตใจนั้นรวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วย ซึ่งทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในกฎหมายจึงควรหาขอบเขตที่ชัดเจนขึ้น

จากการศึกษาจากการเปรียบเทียบฐานความผิดที่ใกล้เคียง การสัมภาษณ์ท่านผู้พิพากษาเปรียบเทียบกฎหมายในอดีตของประเทศไทย และ กฎหมายต่างประเทศพบว่า ปรากฏข้อสนับสนุนในทั้งหลักเก่าและหลักตามคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตามด้วยความหมายของคำว่า อนาจาร ที่มีความหมายที่กว้างและไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และกรณีของคำว่า การประทุษร้ายแก่จิตใจ ที่ไม่มีนิยามและมีการปล่อยให้ศาลตีความคำดังกล่าวซึ่งทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในตัวบทกฎหมายจึงควรหาทางออกด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวให้ชัดเจนในแนวทางใดแนวทางหนึ่งเพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาที่ควรมีความชัดเจนแน่นอน

ทางออกของปัญหาดังกล่าวควรแก้ไขดังนี้ในส่วนของอนาจารนั้นควรยึดหลักเดิมคือต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเพื่อให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับมานาน สอดคล้องกับการแบ่งระดับของการกระทำความผิดและส่งเสริมความแน่นอนของตัวบทกฎหมายโดยการแก้ไขตัวบทให้กำหนดอย่างชัดเจนตามแนวทางเช่นเดียวกับในต่างประเทศ เช่นเดียวกับในส่วนของการประทุษร้ายต่อจิตใจ ที่ควรยึดหลักเดิมว่าไม่รวมถึงเรื่องอารมณ์เพราะมีการใช้ถ้อยคำนี้ในหลากหลายมาตราที่มีเจตนารมณ์ที่แตกต่างกันและป้องกันการเกิดผลประหลาดขึ้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิสิต .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาหลัก .....

# # 5885988234 : MAJOR LAWS

KEYWORDS:

BORDEE WONGJENSON: INDECENT BY ACT OF VIOLENCE AGAINST MIND : A STUDY OF SUPREME COURT'S DECISION NO.12983/2558. ADVISOR: CHACHAPON JAYAPHORN, Ph.D., 209 pp.

The interpretation must be used in order to create the justice and to know the will of the law. Criminal law is not forbid extensive interpretation as long as it is in the limitation of the meaning of the law because when legislation occurs legislators cannot foreseen the future ,so extensive interpretation is necessary for unpredictable future. There is a limitation in extensive interpretation that is it can be extensive but not excessive. If it is excessive, it will against the primary rule of the criminal law "nulla poena sine lege" (No crime, No punishment with out the law). The fact that happening is there is a supreme court decision no. 12983/2558 that rules against the principle of the indecent law. Indecent law come in to use when touching occur but in the decision it can be indecent without touching and violence against mind is not include emotion but in the decision it is included as well that appear uncertainty of law and should be fixed.

After the reseaching on criminal law by comparing with other crimes in Thai Criminal Code and some other countries such as United States, England, France and Germany also the Thai Criminal law in the past and a interview with the judge who has made the decision, it can be reached to both conclusion. The word 'indecent' itself has a broad meaning that it is not limited to physical touch, while 'violence against mind' does not have a legal definition and it is opened for interpretation that lead to uncertainty of law enforcement.

The solution of the problem should be like this, for the indecent law stick to the same principle (requirement of physical contact or touching) because consistent of the principle will preserve priciple of certainty of the law and it will correspond with the crime level (without physical contact, it will be less serious crime) and add the word touching in to the article just like in foreign countries will fix the problem. For the violence, the meaning should stay the same and not include emotion in to the word of mind because a lot of article that have various of purpose will affect from the changing and to keep the same meaning will prevent from strange or bizarre results.

Field of Study: Laws

Academic Year: 2016

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้เพราะได้รับความอนุเคราะห์จากผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านด้วยกัน โดยผู้เขียนขอขอบคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร ที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาและได้ให้คำปรึกษา แนะนำแนวคิด และวิธีการในการทำวิทยานิพนธ์จนทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลงได้ คอยรับฟังความเห็นและช่วยแก้ปัญหาต่างๆให้ผู้เขียนอยู่โดยตลอด ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้ด้วย

ประการต่อมาผู้เขียนขอขอบคุณ ท่านคณะกรรมการ โดยเริ่มจาก ศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส ประธานกรรมการ ที่ได้ให้ความเมตตา คอยยืมน้อมใจกำลังใจผู้เขียนอยู่เสมอ และสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานสอบ นอกจากนั้นยังให้ข้อคิด คำปรึกษาในเรื่องต่างๆแก่ผู้เขียน ขอขอบคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทรหอม ที่รับเป็นกรรมการสอบและคอยให้กำลังใจและเสนอแนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ ขอขอบคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ที่ได้กรุณารับฟังความคิดเห็น ซึ่งข้อผิดพลาดของผู้เขียนและเสนอแนะแนวทางแก้ไข ซึ่งผู้เขียนซาบซึ้งในความกรุณาและขอขอบคุณคณะกรรมการทุกท่านเป็นอย่างสูงในความเมตตาที่มีให้

ขอขอบคุณ ท่านเกษม เกษมปัญญา ที่กรุณาสละเวลาให้สัมภาษณ์และได้ให้ความรู้ในเรื่องต่างๆ ซึ่งท่านกรุณาให้ความรู้ในหลายๆเรื่องกับผู้เขียนเอง ซึ่งจากการที่ได้ไปสัมภาษณ์ผู้เขียนประทับใจในความรักในความยุติธรรมของท่านและความกรุณาในเรื่องต่างๆที่ท่านได้มอบให้ ซึ่งจากบทสัมภาษณ์ของท่านทำให้ผู้เขียนได้มองในมุมมองใหม่ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างมากกับการศึกษาและตัวผู้เขียนเอง ผู้เขียนขอขอบคุณเป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้ด้วย

นอกจากนี้ยังมีบุคคลที่ผู้เขียนควรขอบคุณเป็นอย่างสูงคือ บิดา มารดา และครอบครัวของผู้เขียนเองที่คอยรับฟังและให้กำลังใจ ให้แรงสนับสนุนจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ ผู้เขียนขอขอบคุณญาติสนิท มิตรสหายทุกคนที่ได้คอยให้ความช่วยเหลือไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม และขอบคุณมหาวิทยาลัยเองที่ให้โอกาสในการศึกษาเรียนรู้

สุดท้ายนี้ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้ศึกษา หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีคุณประการใดผู้เขียนขอยกความดีความชอบทั้งหมดให้แก่บุคคลที่ได้กล่าวมา และหากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนต้องขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	4
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย .....	5
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	5
บทที่ 2 แนวความคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองการประทุษร้ายแก่จิตใจในความผิดฐานกระทำ อนาจาร.....	7
2.1 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย.....	7
2.1.1 วิวัฒนาการเกี่ยวกับแนวคิดการตีความกฎหมาย.....	8
2.1.2 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายทั่วไป.....	10
(ก) หลักเกณฑ์การตีความตามกฎหมายอังกฤษ .....	10
(ข) หลักเกณฑ์การตีความตามกฎหมายฝรั่งเศส.....	14
(ค) หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายตามกฎหมายเยอรมนี.....	16
(ง) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมาย .....	17
2.1.3 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา .....	20
(ก) กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด .....	20
(ข) ตีความโดยขยายความได้ แต่ห้ามเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงเป็นผลร้าย.....	21

(ค) กรณีเป็นที่สงสัย ต้องตีความไปในทางเป็นประโยชน์แก่จำเลย .....	22
2.1.4 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายของไทย.....	22
(ก) การตีความตามตัวอักษร.....	23
(ข) การตีความตามเจตนารมณ์.....	24
(ค) การตีความกฎหมายอาญา.....	27
2.2 คุณธรรมทางกฎหมายอาญา .....	31
2.3 แนวคิดในการคุ้มครองเรื่องอาرمณ์ความรู้สึก.....	32
2.3.1 อารมณ์ความรู้สึกกับกฎหมายอาญา .....	33
2.3.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษกรณีทำร้ายต่ออารมณ์.....	36
(ก) ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Theory) .....	36
(ข) ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory).....	36
(ค) ทฤษฎีการแสดงออก (Expressive Theory).....	37
2.4 แนวคิดในการอธิบายเรื่องอารมณ์ความรู้สึก.....	38
2.4.1 แนวคิด Mechanistic.....	38
2.4.2 ความเป็นมาของแนวคิด Mechanistic.....	39
2.4.3 ข้อคัดค้านแนวคิด Mechanistic .....	40
2.4.4 แนวคิด Evaluative .....	42
2.4.5 ความเป็นมาของแนวคิด Evaluative .....	44
บทที่ 3 ขอบเขตของความผิดฐานกระทำอนาจาร กรณีการประทุษร้ายแก่จิตใจในประเทศไทย....	48
3.1 ความผิดฐานอนาจารในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย.....	48
3.1.1 องค์ประกอบภายนอก .....	51
3.1.2 องค์ประกอบภายใน.....	53
3.2 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายอนาจาร.....	54



3.2.1 พระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง .....	55
(ก) เหตุผลในการร่างกฎหมาย.....	55
(ข) กฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	55
(ค) ความหมายคำว่า “อนาจาร” .....	57
(ง) ความหมายคำว่า “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” หรือคำในลักษณะเดียวกัน.....	57
3.2.2 พระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118.....	57
(ก) เหตุผลในการร่างกฎหมาย.....	57
(ข) กฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	57
(ค) ความหมายคำว่า “อนาจาร” .....	58
(ง) ความหมายคำว่า “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” หรือคำในลักษณะเดียวกัน.....	58
3.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 .....	58
(ก) เหตุผลในการร่างกฎหมาย.....	58
(ข) กฎหมายที่เกี่ยวข้อง.....	59
(ค) ความหมายคำว่า “อนาจาร” .....	59
(ง) ความหมายคำว่า “ใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย” .....	60
3.2.4 ประมวลกฎหมายอาญา.....	65
3.3 ที่มาและขอบเขตของ คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” .....	66
3.3.1 ทำร้าย .....	69
(ก) อันตรายแก่กาย .....	70
(ข) อันตรายแก่จิตใจ .....	70
3.3.2 ใช้กำลังทำร้าย.....	74
3.3.3 ใช้กำลังประทุษร้าย.....	74
(ก) ประทุษร้ายแก่กาย .....	75

(ข) ประทุษร้ายแก่จิตใจ .....	75
(ค) ทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ .....	77
บทที่ 4 ขอบเขตของความผิดฐานกระทำอนาจาร กรณีการประทุษร้ายแก่จิตใจในต่างประเทศ....	78
4.1 กฎหมายประเทศฝรั่งเศส .....	78
(ก) ความหมายคำว่า อนาจาร (การรุกรานทางเพศ) .....	79
(ข) ความหมายของคำว่า ประทุษร้าย.....	80
(ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง .....	80
4.2 กฎหมายประเทศอังกฤษ.....	82
4.2.1 Sexual Offense Act 2003 .....	82
ก) ความหมายคำว่า อนาจาร .....	85
(ข) ความหมายคำว่า ทำร้าย (Assault).....	85
(ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง .....	86
4.2.2 Sexual offense act 1956 .....	86
(ก) ความหมายคำว่า อนาจาร .....	88
(ข) ความหมายคำว่า ประทุษร้าย (Assault) .....	90
(ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง .....	91
4.3 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์).....	93
(ก) ความหมายคำว่า อนาจาร .....	95
(ข) ความหมายของคำว่า ใช้กำลังทำร้าย .....	96
(ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง .....	96
4.4 กฎหมายประเทศเยอรมนี .....	99
(ก) ความหมายคำว่า การกระทำทางเพศ .....	107
(ข) ความหมายของคำว่า ใช้กำลังประทุษร้าย.....	108

(ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง .....	109
บทที่ 5 วิเคราะห์ความผิดฐานกระทำอนาจาร .....	113
5.1 ฐานความผิดที่ใกล้เคียงกัน .....	113
5.1.1 การคุกคามทางเพศ.....	113
5.1.2 การกระทำอันควรขายหน้าธารกำนัล.....	117
5.1.3 รังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญ .....	120
5.1.4 ทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญ.....	127
5.1.5 วิเคราะห์.....	135
(ก) อนาจาร.....	136
(ข) ประทูลร้ายแก่จิตใจกับอากรรม.....	136
5.2 บทสัมภาษณ์.....	136
5.2.1 สิ่งที่ใช้ในการตัดสินใจ.....	137
5.2.2 วิเคราะห์.....	138
(ก) อนาจาร.....	138
(ข) ประทูลร้ายแก่จิตใจกับอากรรม.....	141
5.3 ความเป็นมาและพัฒนากฎหมายอนาจารของไทย.....	145
5.3.1 พระอัยการลักษณะฝ่าฝืนในกฎหมายตราสามดวง .....	145
5.3.2 พระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118.....	146
5.3.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 .....	146
5.3.4 รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา .....	149
5.3.5 วิเคราะห์.....	151
(ก) อนาจาร.....	151
(ข) ประทูลร้ายแก่จิตใจกับอากรรม.....	152

5.4 กฎหมายต่างประเทศ .....	153
5.4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์).....	153
5.4.2 ประเทศอังกฤษ .....	155
5.4.3 ประเทศฝรั่งเศส.....	157
5.4.4 ประเทศเยอรมนี .....	159
5.4.5 วิเคราะห์.....	163
(ก) อนุจาร.....	163
(ข) ประทษร้ายแกจติใจกับอารมณ.....	163
5.5 การคุมครองความเสียหายในทางอารมณของความผิดฐานกระทำอนาจาร.....	164
5.5.1 การให้ความคุมครองความเสียหายทางอารมณในกฎหมายอาญาไทย .....	164
5.5.2 คำว่า “การประทษร้ายแกจติใจ” มีความหมายครอบคลุม การทำให้เกิดความเสียหายทางอารมณด้วยหรือไม่ .....	169
บทที่ 6 บทสรูปและขอเสนอแนะ.....	172
6.1 บทสรูป .....	172
6.2 ขอเสนอแนะ.....	178
(ก) กรณีการกระทำอนาจาร.....	178
(ข) กรณีของการประทษร้ายแกจติใจ.....	181
รายการอ้างอิง .....	185
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	209

## สารบัญตาราง

ตาราง 1 ตารางเปรียบเทียบความผิดที่ใกล้เคียงกันกับความผิดฐานกระทำอนาจาร .....	131
--	-----



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การตีความเป็นสิ่งหนึ่งที่อยู่คู่กับการใช้บังคับกฎหมาย และการตีความนั้นแบ่งออกเป็น การตีความตามลายลักษณ์อักษรและการตีความตามเจตนารมณ์ ซึ่งการตีความตามตัวอักษรนั้นคือการตีความตามความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำนั้น โดยถือตามความหมายสามัญที่ใช้กันอยู่ทั่วไป หรือตามพจนานุกรมแต่ก็ต้องพิจารณาถึงการตีความตามเจตนารมณ์ด้วยจะเห็นได้ว่าในบางกรณีไม่สามารถบัญญัติรายละเอียดหรือครอบคลุมในทุกประเด็นได้ จึงบัญญัติเพื่อเปิดโอกาสให้ศาลตีความถ้อยคำ หรือในบางกรณีที่ถ้อยคำมีความหมายไม่ชัดเจนทำให้ศาลต้องอาศัยการตีความกฎหมาย เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมกับข้อเท็จจริง พิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้มาจากประวัติศาสตร์กฎหมายฉบับนั้นเองและจากการที่ถ้อยคำในกฎหมายนั้นย่อมมีความหมายของตัวเอง การตีความนี้เองจึงเป็นการค้นหาความหมายของถ้อยคำ เพื่อที่จะนำกฎหมายไปใช้ได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรมตรงตามเจตนารมณ์ ซึ่งทำให้เห็นว่า การใช้บังคับกฎหมายนั้นต้องมีการตีความกฎหมายในทุกกรณี มีความเห็นของนักกฎหมายมากมายที่เห็นแตกต่างกันว่าควรจะใช้การตีความแบบใดหรือใช้ทั้งสองแบบในเวลาใด แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าศาลสามารถตีความกฎหมายได้<sup>1</sup> อย่างไรก็ตามในกฎหมายอาญานั้นการตีความขยายความออกไปจากความหมายเดิมนั้นเป็นเรื่องที่ผิดหลักที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน และจะลงโทษบุคคลใดได้ต้องมีกฎหมายกำหนดความผิด และกำหนดโทษไว้ในขณะที่ได้กระทำความผิดนั้น

ความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 279 ซึ่งแตกต่างกันในส่วนสาระสำคัญคือเรื่องเกณฑ์อายุของผู้ถูกระทำ กล่าวคือ กว่า 15 ปี หรือต่ำกว่า 15 ปี โดยการกระทำอนาจารนั้นไม่ได้มีนิยามไว้ในประมวลกฎหมายอาญาโดยตรง แต่ปรากฏความหมายจาก ตำรานักกฎหมาย และคำพิพากษาของศาลซึ่งเป็นที่ยอมรับและเข้าใจกันว่า

---

\* ดู หัวข้อ 2.1.4 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายของไทย (ค) การตีความกฎหมายอาญา

ต้องเป็นการกระทำที่สัมผัสกับตัวผู้ถูกระทำ โดยสัมผัสกับเนื้อตัวร่างกายโดยตรง หรือผ่านเสื้อผ้าของผู้ถูกระทำและการสัมผัสนั้นเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมทางเพศ<sup>2</sup> มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ที่ศาลฎีกาได้ตัดสินในคดีเกี่ยวกับการกระทำอนาจารที่มีการแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ใต้โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม(ผู้เสียหาย) ดังนี้

“การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่ใต้โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึกภาพสรีระร่างกายของโจทก์ร่วมตั้งแต่ช่วงลิ้นปี่จนถึงอวัยวะช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาท่อนล่างและขาท่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยสื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ โดยที่โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพได้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิดโดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 นอกจากหมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายแล้ว ยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าว ทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารโจทก์ร่วม ครอบงำองค์ประกอบความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุ เป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาลเนินสง่า อันเป็นสถานที่ราชการซึ่งเป็นสาธารณสุขสถาน แม้ประชาชนที่ไปใช้บริการในห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจะต้องได้รับอนุญาต และผ่านการคัดกรองจากพยาบาลหน้าห้องตรวจก่อน แต่ก็ยังเป็นเพียงระเบียบขั้นตอนและวิธีปฏิบัติในการใช้บริการของโรงพยาบาลเท่านั้น หากทำให้ห้องตรวจคนไข้ดังกล่าวซึ่งเป็นสาธารณสุขสถานที่มีประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ ต้องกลับกลายเป็นที่รโหฐานแต่อย่างใดไม่ ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจึงยังคงเป็นสาธารณสุขสถาน ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงครอบงำองค์ประกอบความผิดฐานกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้อับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณสุขสถานตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397”

<sup>2</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 433. ประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534, 5694/2541, 4836/2547.

จากข้อเท็จจริงนั้นเป็นกรณีของการแอบถ่ายผ่านกล้องที่ติดตั้งไว้ใต้โต๊ะทำงานโดยไม่มี การสัมผัส (Physical Contact) ใดๆเลย แม้ว่าจะเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมทางเพศก็ตาม ซึ่งนับว่าเป็นเรื่อง ที่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายเดิมที่เคยเข้าใจกันมาว่าการกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสตัว ผู้ถูกรกระทำ

อีกทั้ง ศาลได้อ้างถึง “โดยใช้กำลังประทุษร้าย”(an act of violence) ตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 1(6) ในส่วนของการประทุษร้ายแก่จิตใจ ซึ่งยังไม่เคยมีกรณีของตำรากฎหมายหรือคำ พิพากษาศาลฎีกาที่ตีความ การประทุษร้ายแก่จิตใจ ว่ารวมถึงกรณีของอารมณ์ความรู้สึกด้วย<sup>3</sup> ซึ่งใน กรณีนี้ศาลได้ยกเหตุผลประกอบคำพิพากษาว่าการที่โจทก์ร่วม(ผู้เสียหาย) “ต้องรู้สึกสะเทือนใจ อับอายขายหน้า”(ซึ่งเป็นเรื่องของอารมณ์นั้น) ถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว ซึ่ง เป็นเรื่องที่น่าสนใจมากเพราะแม้ในประเทศไทยยังไม่มีการพูดถึงเรื่องนี้แต่ในต่างประเทศโดยเฉพาะ อเมริกาพูดถึงการคุ้มครองอารมณ์ในกฎหมายอาญาพอสมควรและมีกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครอง เรื่องทางอารมณ์ ซึ่งเมื่อพิจารณาในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับเพศจะเห็นได้ว่า ความเป็นจริงกฎหมาย อาญาก็ได้ให้การคุ้มครองเรื่องของอารมณ์ไว้แม้ไม่ได้เขียนไว้โดยตรง เช่นจะเห็นได้ว่าในความผิด คล้ายกันเช่น ทำร้ายร่างกาย ถ้ามีเรื่องในทางเพศเข้ามาเกี่ยวซึ่งกระเทือนกระเทือนต่ออารมณ์ ผู้เสียหายมากกว่าแล้วจะมีอัตราโทษที่สูงขึ้นเป็นต้น หรือในกฎหมายอาญาเองก็นำเรื่องอารมณ์มาเป็น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาลดโทษ เช่นในเรื่องของบันดลโทษะ อย่างไรก็ตามจากข้อเท็จจริงดังกล่าว นับว่าเป็นเรื่องที่เกิดความไม่แน่นอนของกฎหมายเกิดขึ้นซึ่งขัดกับหลักของกฎหมายอาญาที่ต้องมี ความชัดเจนและแน่นอน โดยในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 บัญญัติไว้ว่า “บุคคลจักต้องได้รับ โทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษ ไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”ซึ่งเป็นเรื่องที่มาจากหลัก nullum crimen,nulla poena,sine lege (ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย) ซึ่งกฎหมาย อาญานั้นมีความแตกต่างจากกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งประมวล กฎหมายอาญานั้นไม่อาจนำเอา มาตรา 4 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>4</sup>มาใช้เพื่ออุด ช่องว่างในกรณีไม่มีกฎหมายกับกรณีได้และหากพิจารณาจะพบว่าในประเทศไทยยังไม่มีการกำหนด ความผิดในลักษณะนี้ไว้โดยตรง จะมีที่พอปรับใช้ได้ก็คือความผิดลหุโทษตามมาตรา 397 ดังที่ปรากฏ ในคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้ศึกษาจึงเห็นควรที่จะศึกษาประเด็นในเรื่องนี้ทั้งในประเทศและจาก

\* ดูหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 831/2532 ประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 273/2509 ซึ่งเป็นเรื่องอันตราย ต่อจิตใจซึ่งเป็นคนละประเด็นกับประทุษร้ายต่อจิตใจ.

\* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง “เมื่อไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตาม จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยอาศัยเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมาย เช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”



ต่างประเทศเพื่อหาคำตอบถึงขอบเขตของการประทุษร้ายแก่จิตใจในกรณีของอนาจารว่าครอบคลุมไปถึงกรณีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือไม่หรือศาลตีความเป็นอันการขยายความและเป็นกรณีนี้ควรขยายขอบเขตให้ครอบคลุมไปถึงต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อแสวงหาแนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองการประทุษร้ายแก่จิตใจในความผิดฐานกระทำอนาจาร
2. เพื่อทราบขอบเขตของความผิดฐานกระทำอนาจารว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายหรือไม่
3. เพื่อทราบขอบเขตของกรณีการประทุษร้ายแก่จิตใจในประเทศไทยว่ารวมถึงเรื่องอารมณ์หรือไม่
4. เพื่อเปรียบเทียบขอบเขตของความผิดฐานกระทำอนาจาร กรณีการประทุษร้ายแก่จิตใจในต่างประเทศ กับของประเทศไทย
5. เพื่อกำหนดแนวทางที่ชัดเจนในการใช้กฎหมายกับกรณีแอบถ่าย

## 1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การบังคับใช้กฎหมายนั้นต้องมีการตีความและการตีความกฎหมายอาญานั้นห้ามเกินกว่าขอบเขตของกฎหมายซึ่งจะเป็นการตีความโดยขยายความ เดิมขอบเขตความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และการประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นเดิมไม่รวมถึงอารมณ์ จำกัดเพียงกรณีกระทบต่อจิตใจในแง่ของผลกระทบต่อสมอง แต่เนื่องมาจากจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้การอนาจาร ไม่ต้องมีการสัมผัสตัวและการประทุษร้ายแก่จิตใจที่ตีความรวมไปถึงเรื่องของอารมณ์นั้น ซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์เดิม เมื่อได้ศึกษาพบว่าตามหลักเกณฑ์เดิมของประเทศไทยการกระทำอนาจารจำกัดเฉพาะการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย แต่ความหมายของคำว่า อนาจาร กลับกินความหมายที่กว้างและไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย เช่นเดียวกับการประทุษร้ายแก่จิตใจ ที่ไม่มีนิยามและมีการปล่อยให้ศาลตีความคำดังกล่าวซึ่งทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในตัวบทกฎหมายจึงควรหาทางออกด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าว

ให้ชัดเจนเพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาที่ควรมีความชัดเจนแน่นอน โดยหากต้องการให้อาจารย์จำกัดเฉพาะกรณีที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ควรแก้ไขตัวบทกำหนดเรื่องการสัมผัสลงไปให้ชัดเจนดังเช่นในต่างประเทศ และในส่วนของประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นไม่ควรรวมถึงเรื่องอารมณ์ โดยมีขอบเขตลักษณะเดียวกับทำร้ายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่จิตใจ แต่มีระดับของความเสียหายที่น้อยกว่า

#### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีขอบเขตในการศึกษาแนวความคิดและทฤษฎี และขอบเขตของความผิดฐานกระทำอนาจารกรณีการประทุษร้ายแก่จิตใจในประเทศไทยพร้อมทั้งเปรียบเทียบกับขอบเขตของความผิดฐานนี้ในต่างประเทศ ได้แก่กฎหมายมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ประเทศสหรัฐอเมริกา (Massachusetts General Laws) ประเทศอังกฤษ (Sexual Offences Act 2003) ประเทศฝรั่งเศส (French Penal code) และประเทศเยอรมนี (German Criminal Code) เพื่อที่จะหาขอบเขตความผิดในฐานอนาจารว่ารวมถึงกรณีไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายหรือไม่ และในกรณีของการประทุษร้ายแก่จิตใจของประเทศไทยนั้นรวมถึงเรื่องอารมณ์หรือไม่

#### 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารสิ่งพิมพ์ คำพิพากษา บทความ รายงานวิจัย ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาใช้ในการค้นหาคำตอบของงานวิจัยนี้

การสัมภาษณ์ (Field-Test Research) โดยการออกไปสัมภาษณ์ท่านผู้พิพากษาที่เป็นผู้ตัดสินในคดีดังกล่าว เพื่อนำมาใช้ในการให้เหตุผลที่มาที่ไปของคำพิพากษาดังกล่าว

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1. ได้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองการประทุษร้ายแก่จิตใจในความผิดฐานกระทำอนาจาร
2. ได้มาซึ่งองค์ความรู้เรื่องขอบเขตของความผิดฐานกระทำอนาจารว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัว

ร่างกายหรือไม่

3. ได้มาซึ่งองค์ความรู้เรื่องของการประทุษร้ายแก่จิตใจในประเทศไทยว่ารวมถึงเรื่องอารมณ์หรือไม่

4. ได้ทราบถึงความแตกต่างของการประทุษร้ายแก่จิตใจในความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายต่างประเทศกับของประเทศไทยไปใช้เป็นข้อมูลในการกำหนดแนวทางที่เหมาะสม

5. มีแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดขอบเขตของการประทุษร้ายแก่จิตใจในความผิดฐานกระทำอนาจาร หรือกำหนดฐานความผิดให้ชัดเจนยิ่งขึ้นหรือกำหนดขึ้นใหม่



## บทที่ 2

### แนวความคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองการประทุษร้ายแก่จิตใจในความผิดฐานกระทำอนาจาร

เนื้อหาในบทนี้จะพูดถึงทฤษฎีการตีความซึ่งเป็นการค้นหาความหมายของถ้อยคำซึ่งนำมาใช้เพื่อหาขอบเขตและความหมายของถ้อยคำในกฎหมาย ซึ่งแม้มีความแตกต่างกันออกไปในแง่ของรายละเอียดและความเป็นมาของทฤษฎีแต่หลักเกณฑ์สามารถแบ่งอย่างคร่าวๆได้เช่นเดียวกันคือ การตีความตามตัวอักษรและการตีความตามเจตนารมณ์ นอกจากนี้จะพูดถึงแนวคิดเรื่องการคุ้มครองเรื่องอารมณ์ในกฎหมายอาญา และแนวคิดในเรื่องการอธิบายและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องของอารมณ์ในกฎหมายอาญานำมาวินิจฉัยถึงความเป็นไปได้ในการให้การคุ้มครองเรื่องอารมณ์ในกฎหมายอาญา

#### 2.1 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย

การตีความกฎหมาย คือ การค้นหาหรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย โดยอาศัยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึกให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้นเพื่อที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหาได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม<sup>5</sup> โดยเฉพาะในกรณีที่ถ้อยคำมีความกำกวมหรือไม่ชัดเจนเท่านั้น จึงไม่มีกฎหมายใดไม่ต้องตีความ<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, "ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 1.

<sup>6</sup> กิตติศักดิ์ ปกติ, "หลักทั่วไปเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ 100 ปี ชาตกาล, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 45.

### 2.1.1 วิวัฒนาการเกี่ยวกับแนวคิดการตีความกฎหมาย

แนวคิดของอริสโตเติล (Aristotle) อธิบายว่ากฎหมายคือเหตุผลที่ปรากฏขึ้นในรูปของแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ และการปรับใช้กฎหมายนั้นแท้จริงแล้วคือการปรับใช้เหตุผล ทำให้นับแต่สมัยโรมันจนกระทั่งศตวรรษที่ 18 การตีความกฎหมาย ไม่ได้หมายความเฉพาะการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น โดยเป็นที่เข้าใจกันว่า การแปลกฎหมาย หรือตามภาษาละตินที่ว่า “interpretation iuris” นั้น ไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการแสวงหาความหมายของบทกฎหมาย แต่มีความหมายกว้างรวมถึงการพิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์เชิงเหตุผลที่ดำรงอยู่ในข้อเท็จจริงอันอาจเป็นข้อพิพาททั้งปวง และการอธิบายความเกี่ยวพันระหว่างหลักวิชากฎหมายกับหลักวิชาหรือปรากฏการณ์อื่น ๆ เช่น ความเกี่ยวข้องกับวิชาวิทยาศาสตร์ ธรรมชาติ หรือเทววิทยา ประวัติศาสตร์ และวรรณคดี กวีนิพนธ์ด้วย<sup>7</sup> โดยมองว่าการตีความกฎหมายเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความเป็นธรรมในกฎหมาย

ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 19 ถึงกลางศตวรรษที่ 20 มีแนวความคิดว่าการตีความกฎหมายจะพึงกระทำต่อเมื่อมีข้อสงสัยในความหมายของกฎหมายถ้ากฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่ต้องตีความ<sup>8</sup> หรือเข้าใจว่า ศาลไม่มีอำนาจเปลี่ยนกฎหมาย ดังนั้นหากข้อความในบทกฎหมายนั้นชัดเจนก็ไม่ต้องตีความ การตีความจำเป็นต้องกระทำต่อเมื่อความตามตัวอักษรไม่ชัดเจนแน่นอน ซึ่งจำเป็นต้องตีความเพื่อหาความมุ่งหมายที่แท้จริง<sup>9</sup> ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับมากทั้งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ดังเช่นหลัก acte clair ของฝรั่งเศสซึ่งถือว่าถ้าถ้อยคำชัดเจนก็ไม่ต้องตีความ<sup>10</sup> และหลัก Literal Rule ในประเทศอังกฤษ ซึ่งถือไปในทางเดียวกันว่าหากยอมให้ผู้ตีความสามารถตีความกฎหมายได้ จะทำให้กฎหมายขาดความชัดเจนแน่นอน และขัดกับแนวคิดเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เพิ่งเกิดขึ้นในสมัยนั้น เนื่องจากการเกิดขึ้นของแนวคิดเรื่องรัฐ และอำนาจอธิปไตย ทำให้มองว่าอำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้และการตีความกฎหมายจึงต้องยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษร จนทำให้กฎหมายมีความแข็งกระด้าง ตายตัว

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

<sup>8</sup> หุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 106.

<sup>9</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240 (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2476), หน้า 21,24.

<sup>10</sup> กิตติศักดิ์ ปกติ, "หลักทั่วไปเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ 100 ปี ชาตกาล, หน้า 45.

เมื่อกลางศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา มีนักคิดหลายท่านเสนอความเห็นที่ไม่มีถ้อยคำใดที่สามารถมีความหมายได้ด้วยตัวเอง โดยไม่ต้องพิจารณาบริบทแวดล้อม ดังนั้นถ้อยคำต้องมีการตีความเสมอ เช่น H.L.A. Hart แห่งมหาวิทยาลัยออกฟอร์ดที่พยายามชี้ให้เห็นว่าถ้อยคำส่วนใหญ่ไม่อาจมีความหมายโดยตรงไปถึงความเป็นจริงอย่างใดอย่างหนึ่งได้เลย เว้นเสียแต่จะพิจารณาถึงบริบทของข้อความโดยรอบและความสัมพันธ์เชิงเหตุผลของถ้อยคำนั้นเสียก่อน ด้วยเหตุนี้ศัพท์กฎหมายจึงไม่อาจเข้าใจเอาตามคานิยามได้ แต่จะเข้าใจได้ก็ต่อเมื่อได้พิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายมุ่งจะให้ปรับใช้เสียก่อน<sup>11</sup> และ Ludwig Wittgenstein ที่ได้ชี้ให้เห็นว่าถ้อยคำตามตัวอักษรไม่อาจมีความหมายในตัวเองโดยแยกเป็นเอกเทศจากข้อความแวดล้อมหรือบริบทได้ จนเริ่มมีการยอมรับว่าข้อความที่มีความหมายในตัวเองได้นั้นย่อมไม่มีอยู่จริง<sup>12</sup> ดังนั้นปัจจุบันจึงมีการยอมรับว่ากฎหมายต้องมีการตีความเสมอ ไม่มีถ้อยคำที่ชัดเจนในตัวเองโดยไม่ต้องอาศัยการตีความ ดังนั้นในการตีความกฎหมาย ต้องพิจารณาทั้งถ้อยคำตามตัวบทประกอบไปกับบริบทของกฎหมาย และเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นด้วยเนื่องจากการบัญญัติกฎหมายเอง เป็นการยากที่จะบัญญัติให้ครอบคลุมในทุกเรื่อง ทั้งการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสังคมที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและตลอดเวลาที่เป็นไปได้ยาก การตีความกฎหมายจึงเป็นสิ่งสำคัญ ดังที่ Lord Denning ได้กล่าวไว้ในคดี *Seaford Court Estates Ltd. V. Asher* (1949) 2 K.B. ว่า “การที่กฎหมายตราไว้โดยมีความไม่แน่นอนหรือเคลือบคลุมนั้น ก็เพราะเราต้องระลึกละยอกอยู่เสมอว่า ผู้บัญญัติกฎหมายเองก็เป็นปุถุชนซึ่งไม่อาจเล็งเห็นข้อเท็จจริงอันสลับซับซ้อน ซึ่งจะเกิดเป็นกรณีพิพาทขึ้นในภายภาคหน้า หรือแม้ว่าอาจที่จะเล็งเห็นได้ก็เป็นเรื่องพันวิสัย ไม่สามารถที่จะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกรณีเหล่านั้นทั้งหมดให้ชัดเจนปราศจากความเคลือบคลุมได้”<sup>13</sup> หรือในบางกรณีกฎหมายมีความซับซ้อน ที่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป จึงเปิดช่องให้ผู้ใช้อกฎหมายใช้ดุลพินิจในการตีความบทบัญญัติเพื่อให้มีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับสถานการณ์นั้นเป็นกรณีๆไป สิ่งที่ต้องตระหนักเสมอคือ การตีความกฎหมายไม่ใช่การสร้างหรือ บัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ แต่เป็นเพียงการให้ความหมายที่ชัดเจนแก่บทบัญญัติของกฎหมาย

<sup>11</sup> Herbert L. A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, (1954) 70 L.Q.R. 37ff.,38f., 41,47f.,59f. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

<sup>12</sup> Wolfgang Friedman, *Legal Theory*, 5<sup>th</sup> ed., (London,1967), p.271-274. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

<sup>13</sup> ธาณินทร์ กรียวิเชียร และ วิชามหาคุณ, *การตีความกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 7.

เท่านั้น<sup>14</sup> ศาลเป็นเพียงผู้ปรับกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริง ศาลไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลงกฎหมาย หรือสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ แม้ศาลจะเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่เป็นธรรมเลยก็ตาม<sup>15</sup>

## 2.1.2 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายทั่วไป

### (ก) หลักเกณฑ์การตีความตามกฎหมายอังกฤษ<sup>16</sup>

ในประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์ในการตีความ 3 หลักเกณฑ์โดยมีวิวัฒนาการการตีความแตกต่างกันไปในแต่ละยุคสมัย เนื่องจากประเทศอังกฤษใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี และแต่เดิมถือตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลมาโดยตลอด แนวคิดในการตีความในช่วงศตวรรษที่ 16-17 จึงเป็นช่วงที่ศาลอังกฤษตีความกฎหมายโดยเพิกเฉยต่อถ้อยคำตามตัวบทหากเห็นว่าเมื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงแล้วไม่ยุติธรรม และถือเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นสำคัญตั้งมั่นอยู่บนหลักแห่งความยุติธรรม

ช่วงศตวรรษที่ 18-19 ถึงกลางศตวรรษที่ 20 ที่เกิดแนวคิดเรื่องรัฐสมัยใหม่และการแบ่งแยกอำนาจ ทำให้ศาลกลับมายึดถือถ้อยคำตามตัวอักษร และถือการตีความตามถ้อยคำตัวอักษรเท่านั้น บทบาทของศาลมีเพียงเป็นผู้ปรับใช้กฎหมายโดยการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามความหมายธรรมดาเท่านั้น แม้การตีความตามความหมายธรรมดาก่อให้เกิดผลไม่พึงปรารถนาเพียงใดก็ตาม ศาลต้องตีความไปตามนั้น<sup>17</sup> ดังเช่นในคดี Attorney-General v. Sillem (1864) ที่ศาลตัดสินว่า “ศาลนั้นต้องใช้กฎหมายที่แท้จริงแห่งถ้อยคำตามกฎหมายไม่พึงขยายความไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงอื่นซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตของความหมายแห่งถ้อยคำ แม้จะอ้างได้ว่ากรณีนั้น ๆ สอดคล้องกับความมุ่งหมายหรือที่ควรคาดได้ว่าเป็นความมุ่งหมายของกฎหมายก็ตาม และในทางกลับกัน ศาลต้องไม่พึงปฏิเสธไม่ใช้กฎหมายแก่กรณีที่อยู่ในขอบความหมายของถ้อยคำแห่งบท

<sup>14</sup> ธานินทร์ ภัยวิเชียร, "การใช้การตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทรี 100 ปี ชาตกาล, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 1.

<sup>15</sup> ธานินทร์ ภัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 79.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

<sup>17</sup> Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence the philosophy and Method of the Law*, 4<sup>th</sup>., (Massachusetts: Harvard University Press, 1981), p.146-147 อ้างถึงใน สุกัญญา เจริญวัฒนสุข, "บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 31.

กฎหมาย เพียงเพราะมีข้ออ้างว่ากรณีนั้นไม่อยู่ภายใต้ความมุ่งหมายหรือนอกขอบเขตที่ควรคาดได้ว่า เป็นความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น”<sup>18</sup>

เมื่อความอ่อนแอของระบบประชาธิปไตยทำให้ศาลกลายเป็นองค์กรสำคัญที่ต้องทำหน้าที่ ตรวจสอบองค์กรอื่น ๆ รวมทั้งหลักเกณฑ์ต่างๆ ในกฎหมายมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ทำให้ตั้งแต่ช่วงกลาง ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา ศาลอังกฤษกลับมามีอิทธิพลต่อแนวทางการตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์มากขึ้นอีก<sup>19</sup> ซึ่งมีดังนี้

1. หลักการตีความตามตัวอักษร (the literal rule) เป็นการตีความตามความหมายธรรมดา ของถ้อยคำในตัวบท โดยพิจารณาจากถ้อยคำตามตัวบทนั่นเอง สามารถแบ่งได้อีก 2 ลักษณะ<sup>20</sup> คือ

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

1.2 การตีความตามข้อความแวดล้อม (Contextual Interpretation) คือการ ตีความถ้อยคำโดยพิจารณาบริบทที่แวดล้อมอยู่ด้วย รวมทั้งพิจารณาไปถึงประวัติของกฎหมาย ความ มุ่งหมายของกฎหมาย เหตุผลในการบัญญัติกฎหมาย คำปรารภหรืออารัมภบท เป็นต้นด้วย

หลักการตีความตามตัวอักษรนี้มีข้อบกพร่องว่า หากถ้อยคำนั้นสามารถแปลความหมายได้ หลายทาง หรือมีหลายความหมาย หลักเกณฑ์นี้จะไม่สามารถใช้บังคับได้ หรือในบางกรณีการตีความ ตามตัวอักษรตามความหมายธรรมดา นำไปสู่ผลทางกฎหมายที่ไม่สมเหตุสมผล จนเป็นที่ยอมรับว่าใน กรณีที่ถ้อยคำมีความหมายได้หลายความหมาย หรือความหมายนั้นจะนำไปสู่ผลทางกฎหมายที่ไม่ น่าจะเป็น หรือ ‘ยังให้เกิดผลประหลาด’<sup>21</sup> (a manifest absurdity) การตีความตามตัวอักษรนั้นย่อม ใช้ไม่ได้ ทำให้มีความพยายามไขข้อบกพร่องดังกล่าว จนเกิดเป็นหลักการตีความโดยเลี่ยงผลเลิศ

<sup>18</sup> กิตติศักดิ์ ปกติ, "หลักทั่วไปเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึก ศาสตราจารย์จิติ ดิงศม์ทิพย์ 100 ปี ชาตกาล, หน้า 75.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>21</sup> ฮานินท์ กรียวิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 8.



2. หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (the golden rule) หลักนี้เป็นหลักที่พัฒนามาเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของหลักการตีความตามตัวอักษรที่นำไปสู่ผลทางกฎหมายที่ไม่น่าจะเป็นหรือผลประหลาด ดังนั้นจึงพิจารณาที่ผลทางกฎหมายเป็นสำคัญ การตีความถ้อยคำตามตัวบทต้องหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดผลทางกฎหมายที่ไม่น่าจะเป็นนั้น กล่าวคือ การตีความถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะต้องตีความไปในทางที่จะละเว้นให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา<sup>22</sup> เมื่อถ้อยคำสามารถแปลความหมายไปได้หลายทางหรือทำให้เกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันเป็นหลายทาง ศาลย่อมสามารถเลือกตีความไปในทางที่สมควรได้ แม้ศาลจะเห็นว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายที่ชัดเจนก็ตาม หากความชัดเจนนั้นนำมาซึ่งผลที่ไม่ควรจะเป็น ศาลก็สามารถค้นหาในสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ให้ไว้ได้<sup>23</sup> เช่น ในคดีที่เกิดขึ้นในศาลอังกฤษ คดี Re Sigsworth, BEDFORD V BEDFORD (1935)<sup>24</sup> ที่บุตรฆ่ามารดาตนเองเพื่อหวังมรดก ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษในขณะนั้น ถือว่าผู้ใดก็ตามที่เป็นผู้สืบสันดานของเจ้ามรดกแล้วย่อมมีสิทธิรับมรดกของเจ้ามรดก โดยไม่มีเงื่อนไข<sup>25</sup> ศาลพิพากษาว่าประเด็นที่ต้องพิจารณาคือบุตรจะ

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, 9.

<sup>23</sup> คดี Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S.457, 12 S.Ct. 511, 36 L.Ed.226 (1892) และคดี People v. Clark, 242 N.Y.313,151,N.E. 631 (1926) in Wayne R. Lafave,Criminal Law (West Publishing Co.,:St. Paul Minn.,1986), p.76 อ้างถึงใน สุภิญญา เจริญวิวัฒน์สุข, "บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติ," หน้า 31.

<sup>24</sup> ธานินทร์ ภัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 10.

<sup>25</sup> The Administration of Estates Act, 1925 section45 "Abolition of descent to heir, curtesy, dower and escheat.

(1) With regard to the real estate and personal inheritance of every person dying after the commencement of this Act, there shall be abolished—

(a) All existing modes rules and canons of descent, and of devolution by special occupancy or otherwise, of real estate, or of a personal inheritance, whether operating by the general law or by the custom of gavelkind or borough english or by any other custom of any county, locality, or manor, or otherwise howsoever; and

(b) Tenancy by the curtesy and every other estate and interest of a husband in real estate as to which his wife dies intestate, whether arising under the general law or by custom or otherwise; and

(c) Dower and freebench and every other estate and interest of a wife in real estate as to which her husband dies intestate, whether arising under the general law or by custom or otherwise: Provided that where a right (if any) to freebench or other like right has attached before the commencement of this Act which cannot be barred by a testamentary or other disposition made by the husband, such right shall, unless released, remain in force as an equitable interest; and

สามารถอ้างหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อรับมรดกได้หรือไม่ ศาลพิพากษาว่าต้องถือตามหลักการกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ไม่มีผู้ใดที่พึงได้รับประโยชน์จากการกระทำผิดของตนเอง” (A person cannot bring an action based on his own wrong) ดังนั้นจำเลย แม้เป็นบุตร ซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมของเจ้ามรดก ก็ไม่มีสิทธิรับมรดกนั้น ศาลถือว่าการตีความในลักษณะนี้เป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย

3. หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นเป็นเครื่องมือช่วยตีความ (the mischief rule) มีหลักว่า ในกรณีที่มีข้อบกพร่องอยู่ก่อนแล้วในกฎหมาย และต่อมามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแก้ไข ศาลย่อมจะตีความกฎหมายใหม่ไปในทางที่จะแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายใหม่นั้น<sup>26</sup> ในคดี Heydon’s Case (1584) 3 Co Rep. 7 A. ของอังกฤษ ได้อธิบายหลักเกณฑ์การพิจารณาไว้ 4 ประการ ได้แก่<sup>27</sup>

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

ประเทศอังกฤษไม่ได้มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการตีความไว้ชัดเจน และแนวคำพิพากษาศาลที่เป็นบรรทัดฐานเองก็ไม่แน่ชัดว่าใช้หลักใดในการตีความ ซึ่งในบางกรณีศาลอาจอาศัยหลักใดหลักหนึ่งในการตีความ หรือศาลอาจอาศัยทั้ง 3 หลักประกอบกันเลยก็ได้

อย่างไรก็ตาม ในประเทศอังกฤษถือว่าการตีความตามเจตนารมณ์เป็นเพียงข้อยกเว้นของการตีความกฎหมายตามตัวอักษรเท่านั้น กล่าวคือ โดยหลักต้องตีความตามความหมายธรรมดาของ

---

(d) Escheat to the Crown or the Duchy of Lancaster or the Duke of Cornwall or to a mesne lord for want of heirs.

(2) Nothing in this section affects the descent or devolution of an entailed interest.”

<sup>26</sup> ชานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 11.

<sup>27</sup> “... Four things are to be discussed and considered: (1) what was the common law before the making of the Act; (2) what was the mischief and defect for which the common law did not provide; (3) what remedy the Parliament has resolved and appointed to cure the disease of the common law; and (4) the true reason of the remedy’. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ถ้อยคำนั้น ต่อเมื่อถ้อยคำนั้นไม่ชัดเจนหรือมีความหมายได้หลายทาง จึงพิจารณาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อประกอบการตีความ ศึกษาจากต้นร่างกฎหมาย คำปรารภ รายงานการประชุมพิจารณา ร่างกฎหมาย และเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติประกาศให้ใช้กฎหมาย เป็นต้น

(ข) หลักเกณฑ์การตีความตามกฎหมายฝรั่งเศส<sup>28</sup>

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

1. การตีความตามหลักไวยากรณ์ หรือ ตามตัวอักษร (grammatical interpretation หรือ literal interpretation) เป็นการตีความโดยอาศัยถ้อยคำตามตัวอักษรตามตัวบท พิจารณาตามความหมายสามัญของถ้อยคำนั้นเองหรือตามความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรม หรือความหมายตามทางเทคนิคตามศัพท์เฉพาะที่เข้าใจกันเท่านั้น ไม่พิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือ เจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายเลย โดยถือว่าถ้อยคำมีความชัดเจนอยู่แล้ว การตีความกฎหมายนั้นก็ไม่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบอีก ต่อเมื่อไม่สามารถตีความตามตัวอักษรนั้นเองได้ อาจเพราะถ้อยคำนั้นมีความหมายได้หลายทางหรืออาจนำไปสู่ผลทางกฎหมายที่ไม่สมควรจะเป็นเช่นนั้น กฎหมายไม่ชัดเจน หรือเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติครอบคลุมเรื่องดังกล่าวไว้ให้ชัดเจนหรือไม่ได้บัญญัติไว้เลย จึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นประกอบในการตีความด้วย

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

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติ แต่การตีความถ้อยคำนั้นจะนำไปสู่ผลที่ไม่ควรเป็นเช่นนั้น ศาลฝรั่งเศสเคยตัดสินไว้ว่า ศาลไม่จำเป็นต้องตีความหมายตามตัวอักษร หากการตีความเช่นนั้นจะทำให้เกิดผลประหลาด<sup>29</sup> อย่างไรก็ตาม มีข้อต้องพิจารณาในกฎหมายฝรั่งเศส ว่ากรณีการตีความกฎหมายทำให้เกิดผลประหลาดหรือกรณีที่พิมพ์กฎหมายผิดพลาดนั้น หากเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายเอกชนและกฎหมายปกครอง ศาลจึงจะนำหลักเกณฑ์การตีความโดยอาศัยตรรกวิทยามาใช้ แต่หากกรณีเป็นกฎหมายอาญาหรือกฎหมายภาษีอากร ศาลจะไม่บังคับตามกฎหมายดังกล่าวให้ แต่จะไม่นำหลักการตีความโดยอาศัยตรรกวิทยามาใช้<sup>30</sup>

ส่วนในกรณีที่กฎหมายอาจตีความได้หลายนัยหรือไม่ชัดเจน ตามกฎหมายฝรั่งเศส มีหลักว่า “ศาลจะปฏิเสธไม่พิพากษาคดี โดยอ้างว่ากฎหมายเคลือบคลุมไม่ได้” (*obscurite de la loi*)<sup>31</sup> ดังนั้น หากถ้อยคำในกฎหมายสามารถตีความไปได้หลายทาง ศาลต้องพิจารณาไปตามนัยที่จะเกิดผลที่เหมาะสมที่สุดโดยอาศัยหลักการตีความตามหลักตรรกวิทยา

ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติครอบคลุมการกระทำนั้นไว้เลย ตามกฎหมายฝรั่งเศส มีมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่กำหนดห้ามไม่ให้ศาลปฏิเสธที่จะตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายไม่เพียงพอ<sup>32</sup> แต่ในกฎหมายอาญาหรือกฎหมายภาษีอากรนั้น ศาลจะใช้การตีความโดยอาศัยหลักตรรกวิทยาได้เฉพาะเท่าที่เป็นคุณแก่จำเลยเท่านั้น จะตีความโดยขยายความหรืออ้างบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้กรณีเพื่อเป็นผลร้ายแก่จำเลยไม่ได้ เพราะตามกฎหมายฝรั่งเศสถือโดยเคร่งครัดว่า “ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ย่อมไม่มีความผิดและไม่มีโทษ” (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ศาลฝรั่งเศสจึงมักอาศัยการตีความตามหลักตรรกวิทยานี้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย โดยไม่ถือเป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ แต่เป็นการตีความกฎหมายเท่าที่กฎหมายเปิดช่องให้ตีความไปถึงได้

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

<sup>29</sup> Cass, crim, Mar. 8.1930, D.P., 1930.1.101. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>32</sup> Article 4 of France Civil Code : “A judge who refuses to give judgment on the pretext of legislation being silent, obscure or insufficient, may be prosecuted for being guilty of a denial of justice.”

4. การตีความโดยอาศัยความเป็นธรรม (teleological interpretation) ในกฎหมายที่ออกมาเป็นเวลานานแล้ว อาจมีอุปสรรคและความยากลำบากในการศึกษาต้นร่างกฎหมาย รายงานการประชุมพิจารณาร่างกฎหมาย กฎหมายเก่าก่อนมีการแก้ไข เพราะเมื่อเวลาผ่านไป ข้อมูลต่าง ๆ ทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายฉบับนั้นย่อมหาได้ยาก ทำให้การตีความโดยอาศัยประวัติศาสตร์กฎหมายเป็นเรื่องยากตามไปด้วย นอกจากนี้คงไม่อาจถือเจตนารมณ์ของผู้ร่างได้เสียทีเดียว เพราะผู้ร่างกฎหมายหรือผู้บัญญัติกฎหมายในอดีตคงไม่สามารถพิจารณาครอบคลุมพฤติการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้ทั้งหมด ดังนั้นเพื่อให้กฎหมายมีความทันสมัยอยู่เสมอและสามารถปรับใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสม ศาลจึงต้องตีความกฎหมายโดยอาศัยความเป็นธรรม กล่าวคือ การตีความโดยอาศัยความเป็นธรรมเป็นการตีความขยายความถ้อยคำของกฎหมายให้กว้างขึ้นและให้ยืดหยุ่น โดยพิจารณาถึงสถานะในสังคมและความเป็นธรรมประกอบ<sup>33</sup> เป็นการตีความแบบขยายความกฎหมายที่ตราขึ้นขณะมีเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้น แต่ต่อมามีอีกเหตุการณ์เกิดขึ้น ก็ยังนำบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วมาปรับใช้ได้<sup>34</sup> เท่าที่กฎหมายเปิดช่องให้ทำได้ ซึ่งช่วยทำให้กฎหมายทันสมัยอยู่เสมอ

#### (ค) หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายตามกฎหมายเยอรมนี

ในกฎหมายเยอรมนีมีหลักเกณฑ์ในการตีความที่เสนอโดย ฟอน ซาวิญยี (Von Savigny) มี 4 หลักเกณฑ์<sup>35</sup> ดังนี้

1. การตีความตามหลักภาษา (Grammatical Interpretation) หมายถึงการตีความตามถ้อยคำของบทกฎหมาย โดยคำนึงถึงความหมายตามปกติที่เข้าใจกัน ในการใช้ศัพท์เฉพาะหรือคำนิยามก็ย่อมเป็นไปตามความหมายที่พึงเข้าใจกันตามรูปศัพท์นั้น และการถือเอาแนวคำพิพากษาของศาลมาช่วยในการตีความก็ถือเป็นการตีความตามหลักภาษาเช่นกัน การตีความต้องพิจารณาความหมายของถ้อยคำในเวลาที่ยกกฎหมายขึ้น

<sup>33</sup> กิตติศักดิ์ ปกติ, "หลักทั่วไปเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึก ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ 100 ปี ชาตกาล, หน้า 35.

<sup>34</sup> Mary Ann Glendon, Comparative Legal Tradition (American Casebook Series: West Publishing Co., 1994), p.300. อ้างถึงใน สุภิญญา เจริญวัฒนสุข, "บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติ," หน้า 41.

<sup>35</sup> กิตติศักดิ์ ปกติ, "หลักทั่วไปเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึก ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ 100 ปี ชาตกาล, หน้า 48-49.

2. การตีความตามหลักประวัติศาสตร์ (Historical Interpretation) หมายถึงการตีความโดยพิจารณาถึงประวัติ วิวัฒนาการในการบัญญัติกฎหมาย ศึกษาจากกฎหมายเก่าก่อนมีการแก้ไข เหตุผลที่บัญญัติกฎหมาย รายงานการประชุมพิจารณาประกอบการเสนอและการร่างกฎหมาย การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในอดีต คำปรารภ ความเห็นของผู้บัญญัติกฎหมาย และบุคคลที่เกี่ยวข้อง

3. การตีความอย่างสอดคล้องกันเป็นระบบ (Systematic Interpretation) หมายถึงการตีความโดยพิจารณาบริบทของกฎหมาย พิจารณาข้อความแวดล้อมของถ้อยคำนั้น รวมถึงมาตราใกล้เคียงที่เกี่ยวข้องกัน และพิจารณากฎหมายทั้งฉบับเพื่อหาความสัมพันธ์เชื่อมโยงเชิงเหตุผลของกฎหมายนั้น กล่าวคือเป็นการพิจารณากฎหมายทั้งระบบ ตำแหน่งมาตรา การจัดหมวดหมู่ การจัดลำดับ โดยถือว่ากฎหมายทั้งระบบมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันและไม่อาจขัดแย้งกันเองได้

4. การตีความตามความมุ่งหมาย (Teleological Interpretation) หมายถึงการตีความตามความมุ่งหมายหรือคุณค่าของกฎหมายนั้น พิจารณาเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังของกฎหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นเองไม่ใช่เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย

นอกจากการตีความเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแล้ว เฮอร์มนียังมีหลักเปรียบเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) ด้วย กล่าวคือ การดูกฎหมายอื่นที่มีสาระเหมือนกันโดยดูจากจริยธรรม เศรษฐกิจ สังคม ในขณะที่ออกกฎหมายนั้น ซึ่งหากมีสาระสำคัญเหมือนกันแล้วศาลสามารถนำกฎหมายนั้นมาปรับใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ด้วย<sup>36</sup>

(ง) หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายของประเทศต่างๆทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แล้ว สามารถสรุปหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายได้ ดังนี้

1. ตีความตามตัวอักษร เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ความหมายของถ้อยคำตามตัวบทย่อมเป็นสิ่งแรกที่ต้องพิจารณาถึงในการตีความกฎหมายทุกครั้ง อย่างไรก็ตามในถ้อยคำคำหนึ่งอาจมีความหมายได้หลายนัยด้วยกัน จึงต้องอาศัยการตีความถ้อยคำของกฎหมายนั้นด้วย

<sup>36</sup> สุภิญญา เจริญวิเศษ, "บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติ," หน้า 42.

การตีความต้องตีความตามความหมายโดยทั่วไป ตามความหมายสามัญที่ใช้กันอยู่โดยทั่วไป ศาลก็เป็นบุคคลทั่วไป ที่ธรรมดาย่อมเข้าใจความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำนั้นได้เอง หรือบางกรณีการตีความอาจอาศัยความหมายตามพจนานุกรม

อย่างไรก็ตาม ในการตีความถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย แม้เป็นถ้อยคำสามัญทั่วไป แต่เมื่อนำมาบัญญัติในกฎหมายแล้ว ถ้อยคำสามัญทั่วไปอาจมีความหมายต่างจากความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไปได้เมื่ออยู่ในบริบทของกฎหมาย

แต่ในกรณีมีนิยามในตัวบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว ต้องตีความตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์ให้ถ้อยคำมีความหมายพิเศษไปกว่าที่เข้าใจกันตามธรรมดา หรือเป็นภาษาในทางเทคนิคหรือทางวิชาการที่ต้องการความหมายพิเศษ จึงกำหนดนิยาม(definition)ไว้ เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจน และช่วยแก้ปัญหาในการตีความในระดับหนึ่ง ให้มีการตีความไปในทางเดียวกันและไม่ให้ผู้พิพากษามีอำนาจในการตีความมากเกินไป ซึ่งบทวิเคราะห์ศัพท์หรือบทนิยามของกฎหมายฉบับใดก็ใช้ได้เฉพาะกฎหมายฉบับนั้น ๆ เท่านั้น

2. ตีความตามเจตนารมณ์ หลักการตีความตามเจตนารมณ์นี้เป็นการตีความตามแนวคิดของระบบซีวิลลอว์ที่ศาลต้องนำมาใช้ในทุกกรณี กล่าวคือ แนวคิดระบบซีวิลลอว์นั้นจะไม่มี การตีความตามตัวอักษรเพียงประการเดียว หากไม่ได้ผลจึงค่อยมาใช้ในการตีความตามเจตนารมณ์นี้ แต่จะต้องใช้ควบคู่กันไปตลอดเวลาทั้งการตีความตามตัวอักษรและการตีความตามเจตนารมณ์<sup>37</sup>

การตีความตามเจตนารมณ์ คือการพิจารณาถึงเจตนารมณ์เบื้องหลังถ้อยคำตามตัวอักษรนั้น โดยอาศัยถ้อยคำในตัวบทเป็นฐานในการตีความแต่พิจารณาถึงความหมายที่แท้จริงเบื้องหลังถ้อยคำนั้นว่ามีความมุ่งหมายอย่างไร โดยอาจต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งแตกต่างกัน โดยอาจพิจารณาจากชื่อกฎหมาย คำปรารภ หมายเหตุท้ายกฎหมายที่อธิบายเหตุผลในการร่าง ออกกฎหมายแต่ละฉบับ รวมทั้งต้องศึกษากฎหมายโดยรวมทั้งฉบับ และพิจารณามาตราอื่นๆที่ ประกอบกันหรือเกี่ยวข้องกันเพื่อทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายทั้งฉบับ ศึกษาจากประวัติศาสตร์ของ กฎหมายนั้น ต้นร่างกฎหมาย รายงานการประชุมพิจารณาร่างกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนี้การตีความกฎหมายนั่นเอง เนื่องจากถ้อยคำเดียวกันอาจมีความหมายแตกต่างกันได้ ดังนั้นในการตีความ ถ้อยคำตามตัวบท จำเป็นต้องพิจารณาบริบทในมาตรานั้นเอง และมาตราอื่นๆด้วย กล่าวคือ ต้องพิจารณาจากกฎหมายนั้นทั้งฉบับ เพื่อให้ทราบเจตนารมณ์ที่อยู่เบื้องหลังด้วย

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

การตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (common law) และระบบซีวิลลอว์ (civil law) แตกต่างกัน ทฤษฎีการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมายแบ่งได้เป็น 2 ทฤษฎี<sup>38</sup>คือ

(1) ทฤษฎีอำเภोजิต (Subjective Theory) คือการตีความกฎหมายโดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ศึกษาจากเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมาย โดยศึกษาจากประวัติศาสตร์กฎหมาย เช่น ต้นร่างกฎหมาย รายการการประชุมพิจารณาร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นต้น ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ พิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายตามทฤษฎีนี้ โดยพิจารณาตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติขณะที่ตรากฎหมายนั้น เช่น ในคดีที่เกิดขึ้นในศาลอังกฤษ คดี Maruis of Linlithgow v. North British Railway (1912) S.C. 1327<sup>39</sup> ซึ่งมีประเด็นที่ศาลต้องตีความคำว่าแร่ธาตุ (Minerals) ในพระราชบัญญัติที่รัฐสภาได้ตราขึ้นเมื่อค.ศ. 1817 ที่อนุญาตให้ขุดคลองเข้าไปในที่ดินได้ แต่แร่ธาตุในพื้นดินเป็นสิทธิของเจ้าของที่ดิน ปรากฏว่าที่ดินพิพาทมีน้ำมันในหินเป็นจำนวนมาก จึงมีประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาว่า น้ำมันในหินดังกล่าวเป็นกรรมสิทธิ์ของฝ่ายใด ซึ่งต้องตีความก่อนว่าน้ำมันในหินอยู่ในความหมายของคำว่า แร่ธาตุ ตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลวินิจฉัยว่า ความหมายของแร่ธาตุต้องถือตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในขณะที่ตรากฎหมายนั้น เห็นได้ชัดว่า ศาลอังกฤษถือหลักการตีความเจตนารมณ์ตามทฤษฎีอำเภोजิต ที่ต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายในขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้นเท่านั้น

(2) ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory) คือ จะพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยพิจารณาที่ตัวกฎหมายนั่นเองว่าบทกฎหมายนั้นมีความมุ่งหมายอย่างไร โดยมองว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นอิสระและไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายแต่ขึ้นอยู่กับตัวบทกฎหมายนั่นเอง เพื่อตีความตัวบทให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้เท่าที่เจตนารมณ์ของกฎหมายและถ้อยคำตามตัวบทเปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้ ซึ่งเป็นการตีความที่ทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่น ก้าวหน้า และทำให้กฎหมายมีความทันสมัยอยู่เสมอ เพราะเป็นการตีความโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในขณะที่ตีความ ใช้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หรือระบบประมวลกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส

<sup>38</sup> หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 134-135.

<sup>39</sup> Lord Macmillan, Law and other things (Cambridge University Press, 1937), p.147. อ้างถึงใน ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 48.



### 2.1.3 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา

แม้โดยหลักแล้วกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน แต่ก็ยอมรับกันว่าในการใช้บังคับกฎหมายอาญาก็ต้องมีการตีความเช่นกัน ดังความเห็นในทางตำราในประเทศเยอรมนีก็ยอมรับว่า การบัญญัติกฎหมายอาญาให้มีความชัดเจนแน่นอนไม่อาจจะทำได้ในทุกๆกรณี ดังนั้นในบางกรณีจึงมีการบัญญัติกฎหมายที่มีถ้อยคำที่ต้องอาศัยการตีความเข้าช่วย (die “wertausfuellungsbeduerftigen Begriffe”)<sup>40</sup>

การตีความกฎหมายโดยทั่วไปต้องพิจารณาตามตัวอักษรและพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย การตีความกฎหมายอาญาก็เช่นเดียวกัน โดยการตีความตามกฎหมายอาญานั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติว่าต้องตีความอย่างไรเพียงแต่บัญญัติว่าต้องมีกฎหมายกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดไว้เท่านั้น แต่มีความเห็นนักกฎหมายหลายท่านมองว่า การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ และต้องพิจารณาไปพร้อมกัน ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายใช้หลักการตีความตัวบทกฎหมายไปด้วยกัน ไม่ใช่หลักอันก่อนอันใดหลังและไม่ใช้ในทางลงโทษหรือยกเว้นโทษ จะเป็นคุณหรือโทษอย่างไรก็ใช้หลักการตีความทั้งสองนี้ด้วยกันได้ คือ ตีความตามตัวอักษรภายในขอบเขตเจตนารมณ์ ภายในขอบเขตตัวอักษร<sup>41</sup> ดังนั้นการตีความกฎหมายอาญาก็ใช้หลักการเดียวกับกฎหมายทั่วไป เพียงแต่กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดและมีการกำหนดโทษไว้ ทำให้กฎหมายอาญามีผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง และทรัพย์สินของประชาชนมากกว่ากฎหมายแพ่ง จึงต้องมีลักษณะการตีความที่เพิ่มขึ้นมา ได้แก่

#### (ก) กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด

ตามหลักกฎหมายอาญาซึ่งมีหลักว่า ไม่มีโทษโดยไม่มี ความผิด และไม่มี ความผิดโดยไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege และ nulla crimen sine lege) ทั้งนี้ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ที่บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย” เพื่อให้บุคคลรู้ล่วงหน้าว่าการกระทำใดบ้างที่ทำแล้วเป็น

<sup>40</sup> vol. Robin, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Band I, 4 Auflage 2006, บทที่ 5, หัวข้อ 69. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวิจารณ์พัฒนา, วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมนี, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: เจริญรัฐการพิมพ์, 2558), หน้า 98.

<sup>41</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, “จุกจิกๆในกฎหมายอาญา,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14, ฉบับที่ 4 (2529): 22-27.

ความผิดและมีโทษ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเป็นหลักประกันความเป็นธรรม

กฎหมายอาญาจึงต้องตีความเคร่งครัด เฉพาะการกระทำที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเท่านั้น จะตีความขยายความไปถึงการกระทำอื่นด้วยไม่ได้ และกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้ จะตีความโดยอาศัย จารีตประเพณี บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไป มาใช้ในทางเป็นผลร้ายมิได้ จึงไม่สามารถนำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในกรณีนี้ได้ อย่างไรก็ตามเป็นการห้ามนำบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไป มาใช้เพื่อเป็นผลร้ายแก่จำเลยหรือผู้ต้องหาเท่านั้น แต่ไม่มีข้อห้าม หากนำมาใช้ตีความในทางเป็นคุณแก่จำเลย

(ข) ตีความโดยขยายความได้ แต่ห้ามเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงเป็นผลร้าย

การตีความกฎหมายอาญาไม่ได้ห้ามการตีความโดยการขยายความ เพราะเหตุว่าเป็นการยากที่จะกะเกณฑ์คาดการณ์และเล็งเห็นกรณีต่าง ๆ ล่วงหน้าไปเสียทุกอย่าง ดังนั้น โดยเจตนาของกฎหมายแล้ว ในการที่จะใช้บทกฎหมายบังคับแก่กรณีต่าง ๆ มากมายเช่นนี้ ถ้าหากประสงค์ให้บทบัญญัตินั้นมีผลได้อย่างแท้จริงสมดังที่ผู้ร่างปรารถนาจะให้เป็นอย่างนั้นแล้วก็เห็นจะต้องยอมรับให้มีการตีความโดยการขยายความได้ แม้ในกรณีกฎหมายที่มีโทษทางอาญา เพราะในความเป็นจริงแล้วการตีความในกรณีดังกล่าว ไม่ใช่การตีความเพื่อให้ความหมายผิดไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย เพียงแต่เป็นการตีความเพื่ออุดช่องว่างหรือเพื่อเสริมให้กฎหมายนั้นสมบูรณ์ขึ้นตามเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายเท่านั้น<sup>42</sup> แต่จะลงโทษบุคคลใดโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่ได้ เพราะย่อมขัดกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายและจุดมุ่งหมายของมาตรานั้น ดังเช่นการที่บุคคลหนึ่งฆ่าตัวตายแต่ไม่สำเร็จ ซึ่งไม่มีกฎหมายกำหนดความผิดไว้ย่อมไม่อาจนำเรื่องพยายามฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ประกอบ 80 ประมวลกฎหมายอาญามาเทียบเคียงเพื่อลงโทษบุคคลนั้นได้ ความแตกต่างระหว่างเรื่องการตีความโดยขยายความและเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้นยากที่จะแยกให้เห็นอย่างเด่นชัด แต่การขยายความหากถึงขั้นขัดแย้งกับตัวอักษรแห่งบทบัญญัติใน

<sup>42</sup> กุสุมา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา, "การตีความกฎหมายอาญา," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการ วารสารศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 249.

เรื่องนั้นอย่างชัดเจนคงเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง และอาจกลายเป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง<sup>43</sup>

(ค) กรณีเป็นที่สงสัย ต้องตีความไปในทางเป็นประโยชน์แก่จำเลย

ในกรณีเป็นที่สงสัยหรือกรณีที่อาจตีความหมายได้หลายทาง ถ้ามีทางใดที่เป็นคุณแก่จำเลยหรือผู้ต้องหามากกว่า ศาลต้องตีความไปในทางนั้น ทั้งนี้เมื่อเกิดข้อสงสัย และศาลยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย แต่ศาลไม่มีหน้าที่ที่จะพิจารณาหาช่องทางช่วยเหลือผู้ต้องหาในกรณีที่ไม่มีข้อสงสัยอันจะทำให้ศาลต้องตีความ<sup>44</sup>

#### 2.1.4 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายของไทย

ในประเทศไทยตั้งแต่สมัยปฏิรูปกฎหมายในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว แม้จะได้มีการเลือกระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมายมาใช้ จนมีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นก็ตาม แต่เนื่องจากประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษมานาน ก่อนมีประมวลกฎหมายของตนเองก็ได้รับเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาบังคับใช้มาก่อน นอกจากนี้นักกฎหมายไทยที่มีอิทธิพลในวงการกฎหมายส่วนมากก็ได้รับการศึกษาจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทำให้ได้รับแนวคิดและทัศนคติของระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์มาและส่งอิทธิพลมาสู่การศึกษากฎหมายและระบบศาลในไทยด้วย ทำให้แม้ประเทศไทยจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หรือระบบที่ใช้ประมวลกฎหมายก็ตาม แต่แนวคิดและการตีความก็ยังได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอย่างมาก ดังเช่นการที่ศาลไทยถือการตีความของศาลฎีกาเป็นแนวบรรทัดฐานในการตีความตัวบทกฎหมาย แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องถือคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นแนวบรรทัดฐานก็ตาม แต่ศาลไทยก็ได้ถือปฏิบัติกันมาโดยตลอด

อย่างไรก็ตามในประเทศไทย ยังไม่มีกฎหมายหรือคำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายไว้โดยตรง มีเพียงหลักการใช้กฎหมายของศาลในการปรับแก้ข้อเท็จจริงในคดี

<sup>43</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2551), หน้า 24,30.

<sup>44</sup> กุสุมา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา, "การตีความกฎหมายอาญา," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการ วารสารศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล, หน้า 244.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4<sup>45</sup> เท่านั้น ดังนั้นการตีความกฎหมายของไทย จึงดำเนินตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษา และคำอธิบายกฎหมายตามตำรากฎหมายเป็นหลัก ซึ่งหลักการตีความกฎหมายตามตำรากฎหมาย ก็เป็นหลักอย่างเดียวกับการตีความกฎหมายทั่วไป คือ การตีความตามตัวอักษร และการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่นกัน

#### (ก) การตีความตามตัวอักษร

โดยหลักการต้องตีความตามตัวอักษร คือการตีความตามความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำนั้น ๆ โดยถือตามความหมายสามัญที่ใช้กันอยู่ทั่วไป หรือตามพจนานุกรม เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 324/2490<sup>46</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “ถ้อยคำที่กล่าวตามภาษาไทยธรรมดานั้นศาลเป็นผู้พิจารณาความหมายได้เอง คู่ความไม่ต้องนำสืบแสดงความหมาย ถ้าในฟ้องไม่ได้แสดงว่าคำที่จำเลยกล่าวมีความหมายเป็นพิเศษแล้วศาลก็ถือว่าเป็นคำกล่าวตามธรรมดาสามัญ” นั่นคือ เมื่อถ้อยคำมีความหมายสามัญทั่วไป และศาลเองก็ถือเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปคนหนึ่ง ดังนั้นศาลย่อมเข้าใจความหมายของถ้อยคำได้เอง ตามความหมายสามัญ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524<sup>47</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “เพศของบุคคลกฎหมายให้ถือเอาตามกำเนิด “หญิง” ตามพจนานุกรม หมายความว่า คนที่ออกลูกได้ เมื่อผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แม้จะได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถมีลูกได้ และไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่เป็นกรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย ฉะนั้น ผู้ร้องจะขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องเปลี่ยนเพศมาเป็นหญิงไม่ได้”

<sup>45</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

<sup>46</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 324/2490 [ออนไลน์], 11 ตุลาคม 2559, แหล่งที่มา <https://deka.in.th/view-50021.html>

<sup>47</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 [ออนไลน์], 11 ตุลาคม 2559, แหล่งที่มา <https://deka.in.th/view-31523.html>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12151/2558<sup>48</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “พ.ร.บ.จราจรทางบก พ.ศ.2522 มาตรา 43 ทวิ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ขับขี่เสพยาเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ หรือเสพวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทตามกฎหมายว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ทั้งนี้ ตามที่อธิบดีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา” ซึ่งคำว่า “ทั้งนี้” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายไว้ว่า ตามที่กล่าวมานี้ ดังนี้ คำว่า ตามที่อธิบดีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา จึงครอบคลุมถึงยาเสพติดให้โทษตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ซึ่งเป็นข้อความที่กล่าวไว้ก่อนคำว่า ตามที่อธิบดีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา มิใช่ครอบคลุมเฉพาะการเสพวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทตามกฎหมายว่าด้วยวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทเท่านั้น” ศาลได้อ้างความหมายของถ้อยคำตามพจนานุกรม เพื่ออธิบายความหมายของถ้อยคำสามัญที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในการตีความกฎหมายด้วย

ในบางกรณีที่มีวัตถุประสงค์ประสงค์ให้ถ้อยคำนั้นมีความหมายพิเศษที่เฉพาะเจาะจงแตกต่างไปจากความหมายธรรมดา ผู้บัญญัติกฎหมายจะกำหนดนิยามศัพท์ไว้ในตัวกฎหมายนั้น และนิยามดังกล่าวใช้ได้กับกฎหมายฉบับนั้น ๆ เท่านั้น เพราะเป็นความหมายเฉพาะเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายนั้น ซึ่งแตกต่างไปจากกฎหมายฉบับอื่น เช่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) ที่บัญญัติว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ ไม่ว่าโดยใช่ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน” เป็นต้น ซึ่งกรณีนี้ศาลก็ต้องตีความตามนิยามที่กฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะนี้ด้วย

#### (ข) การตีความตามเจตนารมณ์

ในบางกรณีกฎหมายไม่สามารถบัญญัติลงในรายละเอียดหรือครอบคลุมในทุกประเด็นได้ จึงบัญญัติเพื่อเปิดโอกาสให้ศาลตีความถ้อยคำ หรือในบางกรณีที่ถ้อยคำมีความหมายไม่ชัดเจนทำให้ศาลต้องอาศัยการตีความกฎหมายเพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมกับข้อเท็จจริง

ในการพิจารณา ค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย สามารถศึกษาได้จากประวัติศาสตร์กฎหมายฉบับนั้น จากต้นร่างกฎหมาย รายงานการประชุมพิจารณาร่างกฎหมาย คำปรารภ บันทึกหลักการ

<sup>48</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12151/2558 [ออนไลน์], 11 ตุลาคม 2559, แหล่งที่มา <https://deka.in.th/view-588604.html>

และเหตุผลประกอบร่างกฎหมาย ความเห็นของผู้ร่างกฎหมาย เป็นต้น รวมทั้งการอ่านกฎหมายใน มาตราอื่นที่เกี่ยวข้องกันและอ่านกฎหมายทั้งฉบับเพื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ และค้นหาแนวคิด เหตุผล หรือเจตนารมณ์เบื้องหลังตัวบทกฎหมายฉบับนั้น

ตัวอย่างที่ศาลไทยใช้การตีความตามเจตนารมณ์เพื่อตีความกฎหมาย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6719/2558<sup>49</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “ศาลแรงงานภาค 4 พิพากษาให้จำเลยที่ 2 รับโจทก์เข้าทำงาน ในตำแหน่งและอัตราจ้างไม่ต่ำกว่าเดิมเนื่องจากจำเลยที่ 2 เลิกจ้างโจทก์โดยไม่เป็นธรรม แม้มิได้ กำหนดให้นับอายุงานต่อเนื่องไว้แต่ตามผลรูปคดีย่อมแสดงว่าเป็นการสั่งให้รับลูกจ้างกลับเข้าทำงาน ต่อไปในฐานะเดิมก่อนการเลิกจ้าง เมื่ออายุงานเป็นองค์ประกอบที่จะทำให้ลูกจ้างได้รับสิทธิตาม กฎหมายคุ้มครองแรงงานบางประการ การไม่นับอายุงานต่อเนื่องเป็นการทำให้ลูกจ้างเสียสิทธิที่จะพึง มีพึงได้อันเนื่องมาจากอายุงานเป็นการไม่คุ้มครองลูกจ้าง ไม่ต้องด้วยเจตนารมณ์ของมาตรา 49 แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ.2522”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5510/2558<sup>50</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “พ.ร.บ.ศาลเยาวชนและครอบครัวและ วิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 มาตรา 78 บัญญัติว่า เมื่อมีการจับกุมเด็กหรือ เยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง หรือกรณีเด็กหรือเยาวชนปรากฏตัวอยู่ ต่อหน้าพนักงานสอบสวนตามมาตรา 70 วรรคหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนรีบดำเนินการสอบสวนและ ส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมทั้งความเห็น ไปยังพนักงานอัยการ เพื่อให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อ ศาลเยาวชนและครอบครัวให้ทันภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่เด็กหรือเยาวชนนั้นถูกจับกุม หรือ ปรากฏตัวอยู่ต่อหน้าพนักงานสอบสวนแล้วแต่กรณี แต่หากเกิดความจำเป็นไม่สามารถฟ้องเด็กหรือ เยาวชนนั้นต่อศาลให้ทันภายในระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ แล้วแต่กรณีต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอผิดฟ้องต่อไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรคสองและวรรค สาม บทบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์ที่ต้องการเร่งรัดให้มีการสอบสวนและฟ้องเด็กหรือเยาวชน เพื่อ คุ้มครองสิทธิเด็กหรือเยาวชนให้ได้รับการพิจารณาคดีโดยเร็ว นอกจากนั้น พ.ร.บ.ฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ ดิตยาเสพติด พ.ศ.2545 มาตรา 19 วรรคสี่ บัญญัติว่า ในระหว่างการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ต้องหายาเสพติดให้พนักงานสอบสวนดำเนินกระบวนการสอบสวนคดีต่อไป เมื่อสอบสวนเสร็จให้ส่งสำนวนพร้อม ความเห็นไปยังพนักงานอัยการ โดยไม่ต้องส่งตัวผู้ต้องหาไปด้วย แม้ตามมาตรา 19 วรรคท้าย บัญญัติ

<sup>49</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6719/2558 [ออนไลน์], 11 ตุลาคม 2559, แหล่งที่มา <https://deka.in.th/view-584776.html>

<sup>50</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5510/2558 [ออนไลน์], 11 ตุลาคม 2559, แหล่งที่มา <https://deka.in.th/view-581404.html>

ว่า ในระหว่างที่ผู้ต้องหาถูกควบคุมตัว ตามพระราชบัญญัตินี้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่ต้องตามดำเนินการฝากขังหรือขอคัดฟ้องตามกฎหมายก็ตาม แต่การที่ไม่ต้องดำเนินการฝากขังหรือคัดฟ้องดังกล่าวย่อมหมายถึงว่าพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการไม่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยระยะเวลาในการยื่นคำร้องขอฝากขังหรือคัดฟ้อง เฉพาะช่วงระยะเวลาที่อยู่ระหว่างการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดโดยไม่ต้องนำระยะเวลาระหว่างการฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติดมารวมเข้ากับระยะเวลาที่ต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอคัดฟ้องหรือฝากขังเท่านั้น”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9647/2557<sup>51</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก พ.ศ.2546 มาตรา 26 บัญญัติว่า ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้ (8) ใช้หรือยินยอมให้เด็กเล่นการพนันไม่ว่าชนิดใดหรือเข้าไปในสถานที่เล่นการพนัน สถานค้าประเวณี หรือสถานที่ที่ห้ามมิให้เด็กเข้า ประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้ เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม อันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของครอบครัว รวมทั้งป้องกันมิให้เด็กถูกทารุณกรรมตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งกฎกระทรวงซึ่งออกตามความมาตรา 59 แห่ง พ.ร.บ.ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ข้อ 12 (2) กำหนดวันเวลาและเงื่อนไขให้เด็กเข้าไปใช้บริการร้านวีดิทัศน์ก็เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กมิให้เข้าไปอยู่ในสถานที่อันอาจชักนำไปในทางเสียหาย โดยเล็งเห็นว่าเวลาดังกล่าวเป็นเวลาที่เหมาะสมที่จะเข้ารับการศึกษาในโรงเรียนหรือสถานศึกษา เพื่อศึกษาหาความรู้ พัฒนาตนเองในด้านการเรียน เพื่อเด็กจะมีการเจริญเติบโตและพัฒนาการให้สมวัย เพื่อเป็นพลเมืองดีมีอนาคต เป็นกำลังสำคัญของชาติต่อไป การที่จำเลยซึ่งเป็นเจ้าของร้านเกมอยู่ในบังคับกฎกระทรวงข้างต้นได้ปล่อยปละละเลยให้เด็กซึ่งมิใช่บุคคลภายในครอบครัวของจำเลยเข้าไปในร้านในเวลาที่ถูกกฎหมายกำหนดห้าม แม้เด็กจะอยู่บริเวณหน้าจอคอมพิวเตอร์เพื่อรอที่จะเล่นเกมแต่ยังไม่ได้ใช้บริการเล่นเกมหรือยังไม่ได้จ่ายเงินเพื่อซื้อบริการก็ตาม การกระทำของจำเลยก็เป็นความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวแล้ว”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9332/2557<sup>52</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “พ.ร.บ.ภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 มาตรา 38 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ห้ามผู้ใดประกอบกิจการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้ประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน"

<sup>51</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9647/2557 [ออนไลน์], 11 ตุลาคม 2559, แหล่งที่มา <https://deka.in.th/view-562678.html>

<sup>52</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9332/2557 [ออนไลน์], 11 ตุลาคม 2559, แหล่งที่มา <https://deka.in.th/view-571986.html>

บทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะลงโทษเฉพาะผู้ประกอบการดังกล่าวไปโดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เมื่อจำเลยเป็นเพียงลูกจ้างของ อ. ผู้ไปขออนุญาตจากนายทะเบียนดังที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นจะถือว่าจำเลยมีเจตนาประกอบกิจการจำหน่ายภาพยนตร์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตหาได้ไม่"

กรณีเหล่านี้เป็นกรณีที่ศาลอาศัยการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงในคดี

### (ค) การตีความกฎหมายอาญา

มีความเห็นของนักกฎหมายไทยหลายท่านให้ความเห็นเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาไว้ เป็น 3 แนวทาง<sup>53</sup> ดังนี้

(1) หลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด จะตีความโดยขยายความกฎหมายอาญาไม่ได้เลย

ศาสตราจารย์ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ อธิบายว่า “การตีความกฎหมายกับการวินิจฉัยข้อเท็จจริงต่างกัน แม้ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ศาลจะยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย แต่ในการตีความกฎหมาย ศาลมีอำนาจค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายได้ เมื่อกรณีมีข้อสงสัยหรือถ้อยคำในกฎหมายไม่ชัดเจน ศาลจะแปลความไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลยโดยขยายความไปไม่ได้ ศาลจะตีความให้ฝ่าฝืนลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ไม่ได้แต่ต้องตีความภายในขอบลายลักษณ์อักษร เพราะศาลไม่มีหน้าที่ช่วยจำเลย มีแต่ลงโทษและไม่ลงโทษผู้ไม่ผิด”<sup>54</sup>

(2) หลักกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด และห้ามมิให้ตีความกฎหมายอาญาโดยขยายความเพื่อเป็นผลร้ายแก่จำเลย

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า “การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ แต่กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด จะตีความขยายความให้มีผลเป็นการลงโทษบุคคลไม่ได้ ในกรณีที่เป็นที่สงสัย ศาลต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหาและไม่

<sup>53</sup> กุสุมา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา, "การตีความกฎหมายอาญา," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล, หน้า 253-258.

<sup>54</sup> พระยาอรรถการีย์นิพนธ์, กฎหมายอาญาพิสดาร พ.ศ.2489 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2521), หน้า 113. อ้างถึงใน ฮานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 419.



หมายความว่าศาลจะต้องดำเนินตามตัวอักษรเป็นเถรตรง การแปลโดยเคร่งครัดอาจทำให้ต้องตีความโดยขยายความในบางกรณีได้ หลักการตีความโดยเคร่งครัดเป็นแต่การห้ามมิให้ศาลขยายความตามใจชอบเท่านั้น แต่ถ้าการตีความโดยขยายความเป็นแต่ตีความตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏจากตัวบทกฎหมายเองแล้ว ศาลยุติธรรมก็ชอบที่จะทำได้”

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ กล่าวว่า “หลักที่ว่าต้องตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดจะขยายความไม่ได้นั้นหมายความว่าความเฉพาะกรณีที่หากขยายความในตัวบทออกไปจะเป็นผลร้ายแก่จำเลยหรือผู้ต้องหาเท่านั้น ไม่หมายความว่ารวมถึงการตีความโดยขยายความในเมื่อเป็นความประสงค์ของตัวบทกฎหมายนั้น ๆ ได้”<sup>55</sup>

### (3) กฎหมายอาญาไม่ต้องห้ามตีความในทางขยายความ

ศาสตราจารย์ ดร.อัคราทร จุฬารัตน์ อธิบายว่า “สำหรับกฎหมายที่มีโทษทางอาญาและบทกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นนั้นห้ามแต่เพียงการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่านั้น แต่ไม่ห้ามการตีความโดยขยายความ และการตีความโดยขยายความสำหรับกฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้นย่อมทำได้เนื่องจากไม่ได้เปลี่ยนแปลงความหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ หากแต่เป็นเพียงการทำให้ความหมายที่ขาดไปสมบูรณ์ขึ้นตามเจตนาของผู้ร่างเท่านั้น”<sup>56</sup>

ศาสตราจารย์ แสวง บุญเฉลิมวิภาส อธิบายว่า “หลักในการตีความกฎหมายอาญา ต้องยึดหลักการตีความตามตัวอักษรและตีความตามความมุ่งหมายควบคู่กันไป ส่วนจะตีความแคบ ตีความกว้าง หรือตีความโดยขยายความนั้นต้องพิจารณาจากความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัตินั้น ๆ มิใช่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความเคร่งครัดหรือตีความแคบเสมอไป การตีความกว้างหรือขยายความก็อาจทำได้ ถ้าไม่เปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัตินั้น สิ่งที่กฎหมายอาญาห้ามคือมิแต่ห้ามเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเท่านั้น ไม่ได้ห้ามการตีความขยายความ ซึ่งเป็นหลักที่ยึดถือกันในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย”<sup>57</sup>

<sup>55</sup> กุสุมา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา, "การตีความกฎหมายอาญา," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล, หน้า 243.

<sup>56</sup> อัคราทร จุฬารัตน์, "หลักทั่วไปของการตีความในกฎหมายอาญา," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 3, ฉบับที่ 1 (2517): 89.

<sup>57</sup> แสวง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 31.

นอกจากประเด็นเรื่องการตีความโดยขยายความแล้ว ในประเด็นเรื่องการตีความตามเจตนารมณ์ในกฎหมายอาญานี้ แม้จะมีความเห็นของนักกฎหมายไทยเห็นแตกต่างกันในเรื่องว่า การตีความตามเจตนารมณ์จะนำมาใช้เมื่อใด ซึ่งสามารถพิจารณาได้ 2 กรณี กล่าวคือ

(1) ควรนำมาใช้ต่อเมื่อการตีความตามตัวอักษรทำให้เกิดผลประหลาด

ศาสตราจารย์ ธานินทร์ กรัยวิเชียร อธิบายว่า “ การตีความตามกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร ถ้าการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรจะทำให้เกิดผลประหลาดจะต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น โดยเคร่งครัดดุจกัน มาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้” ซึ่งมาตรานี้มาจากหลักทั่วไปที่ว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อมีข้อสงสัยเคลือบคลุมจึงสามารถตีความตามความมุ่งหมายได้ แต่ต้องตีความโดยเคร่งครัด ภายในวงจำกัดที่สุด และจำนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ไม่ได้”<sup>58</sup>

(2) ควรเอามาใช้ควบคู่ไปกับการตีความตามตัวอักษรไปพร้อมกัน

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้อธิบายว่า “ในการตีความกฎหมายอาญาของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ใช้หลักการตีความตามตัวอักษรและการตีความตามเจตนารมณ์ของตัวบทกฎหมายไปด้วยกัน ไม่ใช่หลักอันใดก่อนอันใดหลัง และไม่ใช่ว่าในทางลงโทษหรือยกเว้นโทษ จะเป็นคุณหรือโทษอย่างไรก็ใช้หลักการตีความทั้งสองนี้ด้วยกันได้”<sup>59</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ อธิบายไว้ว่า “จะแยกการตีความตามตัวอักษรออกจากการตีความตามเจตนารมณ์หรือตีความตามตัวอักษรเสียก่อน หากมิได้ความหมายจึงค่อยตีความตามเจตนารมณ์ไม่ได้”<sup>60</sup>

อย่างไรก็ตามทั้ง 2 ฝ่าย มีความเห็นตรงกันว่า ศาลสามารถตีความกฎหมายอาญาโดยอาศัยการตีความตามเจตนารมณ์ได้ ศาลไทยก็ได้มีการตีความกฎหมายอาญาโดยอาศัยการตีความตาม

<sup>58</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ, *การตีความกฎหมาย*, หน้า 388.

<sup>59</sup> จิตติ ติงศภัทย์, "จุกๆจิกๆในกฎหมายอาญา," *วารสารนิติศาสตร์*: 22-27.

<sup>60</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, "การใช้การตีความกฎหมาย," *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 5, ฉบับที่ 1 (2530): 65-82.

เจตนารมณ์ด้วย ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501<sup>61</sup> ที่ตัดสินว่าการลักกระแสไฟฟ้ามีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 ทั้งนี้โดยขยายความคำ ว่าทรัพย์ตามมาตรา 334 ให้รวมถึงทรัพย์สิ้น ด้วย ทั้งนี้เพราะกระแสไฟฟ้านั้นเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 99 กรณีนี้ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้บันทึกไว้ท้ายฎีกาฉบับนี้ว่า “กระแสไฟฟ้าจะเป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์ได้หรือไม่นั้น เมื่อสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาเดิมเข้าใจกันว่าเป็นความผิดได้ เพราะวิเคราะห์ศัพท์ คำว่า ‘ทรัพย์ในครั้งนั้น (มาตรา 6 ข้อ 10) หมายความว่าถึงบรรดาสิ่งของจะมีนัยไปทางวัตถุมีรูปร่าง แต่ความสำคัญก็อยู่ที่ความสามารถมีกรรมสิทธิ์ หรือถืออำนาจเป็นเจ้าของได้ยิ่งกว่า แต่ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่มีวิเคราะห์ศัพท์คำว่า ทรัพย์ไว้ดังเช่นในกฎหมายเก่า จึงทำให้เข้าใจว่าการลักทวิเคราะห์ศัพท์ ทำให้เห็นเจตนาที่จะให้ถือตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 98 ซึ่งบัญญัติว่าทรัพย์นั้นได้แก่วัตถุรูปร่าง ส่วนวัตถุที่มีราคาและถือเอาได้ ตามนัยแห่งกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 6 ข้อ 10 เดิม นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 99 เรียกว่าทรัพย์สิ้น ถ้าถือตามนี้ กระแสไฟฟ้าก็มีใช้ทรัพย์ตามมาตรา 98 แต่เป็นทรัพย์สิ้นตามมาตรา 99 และเป็นสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 101 อันหมายความว่ารวมถึงกำลังแรงแห่งธรรมชาติที่อาจถือเอาได้ ซึ่งตามอุทธรณ์ของกรมร่างกฎหมาย ก็ยกตัวอย่างถึงแรงไฟฟ้าด้วย เมื่อมิใช่ทรัพย์ตามมาตรา 98 ก็ไม่เป็นวัตถุแห่งการลักทรัพย์ เพราะในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 คำว่าเอาทรัพย์ของผู้อื่น ฯลฯ ไป เป็นการลักทรัพย์ ส่วนบทมาตราอื่นในเรื่องทรัพย์ บางแห่งก็ใช้คำว่าทรัพย์สิ้น เช่น มาตรา 337, 338, 341, 346, 347, 252 วรรคสอง, 253, 254 เป็นต้น

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ ประมวลกฎหมายอาญา คำว่าทรัพย์ หรือทรัพย์สิ้นก็ยังใช้ปะปนกันอยู่นั่นเอง หาได้แยกออกเด็ดขาดดังที่น่าจะเข้าใจเช่นที่กล่าวแล้วไม่ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 100 และ 101 คำว่าอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ และทรัพย์อะไรต่ออะไรในมาตราต่อมา จะสนธิกับศัพท์อื่น หรือใช้แต่ลำพัง คำว่า ทรัพย์ ลอย ๆ เช่นในมาตรา 104, 105, 106 ฯลฯ ก็ใช้ในความหมายของทรัพย์สิ้น ส่วนในประมวลกฎหมายอาญา ก็ใช้คำสองคำนี้ปะปนอยู่เหมือนกัน เริ่มด้วยจั่วหน้าลักษณะ 12 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ก็รวมความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิ้นอยู่ด้วย ในมาตรา 338 การชื้อเอาประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิ้น เรียกว่าทำความผิดฐานรีดเอาทรัพย์ มาตรา 352 วรรค 2 ทรัพย์ตกมาอยู่ในครอบครองผู้ยกยกเป็นทรัพย์สิ้นหาย เป็นต้น เมื่อพิจารณาโดยจริงจึงเข้าก็เห็นอยู่ว่า คำว่าทรัพย์หรือทรัพย์สิ้นนั้นหาได้แยก

<sup>61</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501 [ออนไลน์], 11 ตุลาคม 2559, แหล่งที่มา <https://www.deka.in.th/view-43699.html>

ใช้ต่างกันโดยเคร่งครัดเสมอไปไม่ นอกจากนี้การลักทรัพย์ หมายถึงการลักทรัพย์เคลื่อนที่ได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกว่าสังหาริมทรัพย์ คำว่าสังหาริมทรัพย์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็หมายความรวมถึงกำลังแรงธรรมชาติ เช่น แสงไฟฟ้าด้วยนั่นเอง แม้จะถือว่าแสงไฟฟ้าเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง แต่ก็มีการเอาและถือเอาได้ และนำพาไปเสียจากเจ้าของได้ ทั้งสามารถวัดปริมาณที่เอาไปได้ด้วย ดังนี้ไม่มีเหตุผลอะไรที่จะลักไฟฟ้าของเขาไปโดยเจตนาทุจริต แล้วไม่ผิดฐานลักทรัพย์เหมือนเอาทรัพย์อื่น ๆ ของเขาไป...”<sup>62</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2506<sup>63</sup> ศาลวินิจฉัยว่า “คำว่า”กระทำการลามกอย่างอื่น” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 นั้นไม่ได้หมายเฉพาะแต่เรื่องเกี่ยวกับร่างกายเท่านั้น ย่อมหมายถึงวาจาด้วย การที่จำเลยกล่าวคำว่า ”เย็ดโคตรแม่มึง”ต่อหน้าธารกำนัลจึงเป็นผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 แล้ว”

## 2.2 คุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมาย หมายถึง ประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง หรือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง<sup>64</sup> เป็นสิ่งที่เป็นคุณธรรมอยู่เบื้องหลังกฎหมายที่บัญญัติให้การกระทำเป็นความผิด โดยมุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายเบื้องหลังนั้น เกิดจากแนวคิดว่าการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคมโดยปกติสุข มนุษย์ทุกคนต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์ (interest) และคุณค่า (value) ของการอยู่ร่วมกัน คำว่า ชีวิต ร่างกาย (ความปลอดภัยของร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ เหล่านี้) คือคุณธรรมทางกฎหมาย<sup>65</sup>

คุณธรรมทางกฎหมายสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท<sup>66</sup> คือ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล(Individualrechtsgut) เช่น ชีวิต ร่างกาย และกรรมสิทธิ์ กับ คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็น

<sup>62</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2501, จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 986 อ้างถึงใน ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 411-412.

<sup>63</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2506 [ออนไลน์], 11 ตุลาคม 2559, แหล่งที่มา <https://www.deka.in.th/view-43117.html>

<sup>64</sup> ชีรดา โสมะนันท์ และคณะ, มาตรการการลงโทษทางอาญา: ศึกษากรณีความผิดฐานพรากผู้เยาว์และความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวข้อง (สำนักงานศาลยุติธรรม โครงการพัฒนาระบบงานกฎหมาย: 2555), หน้า 6.

<sup>65</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

<sup>66</sup> คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 132-134.

ส่วนรวม (Universalrechtsgut) เช่น ความปลอดภัยในการจราจร ความมั่นคงของรัฐ ความน่าเชื่อถือของระบบเงินตรา เอกราชทางดินแดน

คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลผลิตของกฎหมายในประเทศเยอรมนี โดยกล่าวว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิ สมบัติทั้งหลาย ทั้งที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและสมบัติอื่น ๆ เช่นสมบัติในทางความคิดของบุคคลที่ต้องได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา และกฎหมายอาญาไม่มีหน้าที่อื่นนอกจากนี้<sup>67</sup> ความผิดทางอาญาแต่ละฐานได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายอันหนึ่งหรือหลายอัน

คุณธรรมทางกฎหมายในส่วนของอนาจารย์นั้นก็คือ เสรีภาพในทางเพศนั่นเอง คือเสรีภาพที่จะกำหนดเรื่องในทางเพศของตัวเองได้

### 2.3 แนวคิดในการคุ้มครองเรื่องอารมณ์ความรู้สึก

เดิมทีการกระทำต่อจิตใจ ได้แก่ ทำให้ตกใจ ทำให้หมดสติ ไม่ใช่เพียงแค่เกิดความรู้สึกกลัว โกรธ หรือเสียใจ น้อยใจ เจ็บใจ แค้นใจ ซึ่งเป็นแต่เพียงอารมณ์<sup>68</sup> คำถามที่ต้องตอบคือ กฎหมายอาญาในกรณีนี้ควรคุ้มครองเรื่องอารมณ์หรือไม่ ประเทศไทยไม่มีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้โดยตรงแต่มีบทความของต่างประเทศ คือ Criminal infliction of emotional distress (CIED)<sup>69</sup> ที่เขียน โดย Avlana K. Eisenberg<sup>70</sup> ที่เกี่ยวกับเรื่องการคุ้มครองอารมณ์ในกฎหมายอาญา ดังนี้

<sup>67</sup> คณิต ฒ นคร, “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” *วารสารอัยการ* ปีที่ 3, ฉบับที่ 25, (มกราคม 2523): 55-61 อ้างถึงใน องค์กรอาสน์ เจริญสุข, "เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 28.

<sup>68</sup> จิตติ ดิงศรัทีย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีระการพิมพ์, 2524), หน้า 716.

<sup>69</sup> Avlana K. Eisenberg, "Criminal Infliction of Emotional Distress," *Mich. L. R.* 113, 5 (2015).

\* Avlana K. Eisenberg เป็นอาจารย์สอนในส่วนของกฎหมายอาญา, วิชิตพิจารณาความอาญา, ละเมิด, พยานหลักฐาน, การปฏิรูปเรือนจำ (Prison reform) และจริยธรรมทางกฎหมาย (Legal ethics) ที่ Florida State University จบการศึกษาปริญญาโทจากมหาวิทยาลัย Stanford Law school, จบศิลปศาสตรบัณฑิตในสาขามนุษยศาสตร์ (Humanities) จาก Yale College และได้รับทุน Fulbright ไปเรียนต่อที่ ฝรั่งเศส เคยได้รับรางวัลจาก Harvard Law School ในงานวิจัยเรื่องการกำหนดรูปแบบของสถาบันการยุติธรรมทางอาญา (The design of criminal justice institutions) Available from: <http://www.law.fsu.edu/our-faculty/profiles/eisenberg> [2016, September, 20], [http://scholar.harvard.edu/avlana\\_eisenberg\\_cv/biocv](http://scholar.harvard.edu/avlana_eisenberg_cv/biocv) [2016, September, 20]

### 2.3.1 อารมณ์ความรู้สึกกับกฎหมายอาญา

ในบทความนี้ชี้ให้เห็นว่าไม่มีทฤษฎีใดที่แสดงให้เห็นว่าการบังคับใช้ในเรื่องของความเสียหายทางจิตใจ (อารมณ์) นั้นต้องการการมีอยู่ของอันตรายทางร่างกายกล่าวคือเป็นเรื่องที่แยกจากกันโดยสิ้นเชิง<sup>71</sup> อาจมีกรณีที่เกิดอันตรายต่อกายแก่บุคคลและทำให้เกิดอันตรายต่อจิตใจ (อารมณ์) ด้วย หรือการกระทำนั้นอาจเกิดอันตรายแก่จิตใจ (อารมณ์) โดยที่ไม่มีอันตรายแก่กาย หรือในทางกลับกัน เราอาจคาดหวังได้ว่ากฎหมายสารบัญญัติจะให้ฐานะทางกฎหมายของอันตรายทางจิตใจไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าอันตรายทางกาย แต่อย่างไรก็ตามโดยปกติแล้วทั้งสองเรื่องก็ยังเป็นเรื่องที่แยกจากกันโดยสิ้นเชิงไม่ได้ กล่าวคือ ยังไม่เคยมีของความรับผิดชอบอาญาที่ต้องรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่เกิดอันตรายแก่จิตใจ (อารมณ์)<sup>72</sup>

ความเป็นจริงแล้วกฎหมายอาญาให้ความสำคัญกับอันตรายทางจิตใจ (อารมณ์ความรู้สึก) ของเหยื่อ ถึงแม้ว่าจะหลีกเลี่ยงในการเขียนออกอย่างชัดเจนดังตัวอย่างที่พอจะเห็นได้ในเรื่องของ การที่กฎหมายอาญาสันนิษฐานว่าการทำอันตรายทางกายบางกรณีจะทำให้เกิดอันตรายแก่จิตใจ (อารมณ์) ของเหยื่อได้มากกว่ากรณีอื่น เช่นในเรื่องของการข่มขืน (rape) ที่การลงโทษนั้นจะหนักกว่ากรณีทำให้เกิดอันตรายในรูปแบบอื่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางกายมากกว่า ซึ่งเป็นผลที่มีส่วนมาจากอารมณ์ความรู้สึกที่เกิดขึ้นแก่ตัวเหยื่อ และในศาลเองจำเลยก็ไม่มีโอกาสพิสูจน์ให้เห็นว่าเหยื่อนั้นได้รับความเสียหายในทางอารมณ์ความรู้สึกได้หรือไม่<sup>73</sup> เช่นเดียวกับในประเทศไทย หากลองเปรียบเทียบในประมวลกฎหมายอาญาความผิดฐานอนาจาร ตามมาตรา 278 (ระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และหรือปรับไม่เกินสองแสนบาท) กับทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 (ระวางโทษจำคุกไม่

<sup>71</sup> Avlana K. Eisenberg, "Criminal Infliction of Emotional Distress," *Mich. L. R.*: 609.

<sup>72</sup> ยกเว้นในกฎหมายจำพวก Criminal infliction of emotional distress (CIED) ของสหรัฐอเมริกา เคยมีคดีเกิดขึ้น ดู *State v. McCarthy*, 980 P.2d 629 (Mont. 1999) เป็นกรณีที่ Roman McCarthy ต้องรับโทษ 5 ปีจากการส่งจดหมายสองฉบับไปให้อดีตรรยา แม้อัยการไม่เคยเปิดดูเลยก็ตามแต่การที่ส่งมานั้นก็ทำให้เธอได้รับผลกระทบทางจิตใจ (Emotional Distress) , ดู *State v. Ryan*, 969 So. 2d 1268 (La. Ct. App. 2007)(Overturning conviction) เป็นกรณีเกิดขึ้นใน Louisiana โดย Timothy Ryan ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดฐาน Stalking สำหรับการขับรถออกไปมาหน้าบ้านผู้เสียหายหลายต่อหลายครั้งและหลายช่วงเวลาของวันในระหว่างที่ Timothy Ryan กำลังตามหาบุคคลอื่นอยู่ซึ่งทำให้ผู้เสียหายได้รับผลกระทบทางจิตใจ (Emotional Distress), ดู <http://edition.cnn.com/2013/10/15/justice/rebecca-sedwick-bullying-death-arrests/> เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นใน Florida ระหว่างเด็กมัธยมสองคนมีเรื่องกันเรื่องผู้ชาย และมีการส่งข้อความต่อกันผ่านอินเทอร์เน็ตจนทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้รับผลกระทบทางจิตใจ (Emotional Distress)จนตัดสินใจฆ่าตัวตาย, *Ibid*, p.608.

<sup>73</sup> *Ibid*, p.610

เกินสองปี และหรือปรับไม่เกินสี่หมื่น) หรือกับ ความผิดฐานกรรโชก 337 (ระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และ ปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท)และ ความผิดฐานชิงทรัพย์มาตรา 339 (ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งแสนถึงสองแสนบาท) ก็จะเห็นได้ว่าความผิดฐานอนาจารนั้นกำหนดโทษไว้สูง และหากเป็นกรณีข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ก็ยิ่งจะมีโทษสูงขึ้นไปอีก (ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นถึงสี่แสนบาท) แต่ถ้ากฎหมายอาญาให้ความสำคัญกับอันตรายทางจิตใจ(อารมณ์)แล้วทำไมถึงไม่เขียนไว้ให้ชัดเจนเพื่อที่จะได้เข้าใจได้ง่ายและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ว่ากฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน<sup>74</sup> บทความดังกล่าวก็ได้ให้คำตอบไว้ดังนี้

กฎหมายตั้งใจที่จะไม่เขียนเรื่องอันตรายต่อจิตใจ (อารมณ์) ไว้โดยชัดเจนนั้นเพราะจะทำให้ชัดหลักของกฎหมายอาญา ดังต่อไปนี้

1. การให้นิยามเป็นไปได้อย่างยากโดยเฉพาะเพื่อที่จะทำให้จำเลยนั้นเข้าใจได้อย่างชัดเจน
2. มันจะเกิดปัญหากับหลักเสรีภาพในการแสดงออก และการรักษาความแตกต่างระหว่างการพูดกับการกระทำ โดยที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเองนั้นใน รัฐธรรมนูญ บทบัญญัติที่ 1<sup>75</sup> ที่ต้องการปกป้องในเรื่องของการแสดงออกทางความคิด (Market of ideas) ที่ซึ่งบุคคลหนึ่งไม่ควรต้องกังวลว่าจะทำร้ายความรู้สึกของบุคคลอื่น
3. กฎหมายที่กำหนดการประพฤติปฏิบัติที่ทำให้เกิดอันตรายแก่จิตใจ(อารมณ์)นั้น เป็นเรื่องยากที่จะกำหนดให้ชัดเจนเพราะมีความเห็นแตกต่างกันออกไปในแต่ละสังคมแต่ละวัฒนธรรม
4. การกำหนดให้ชัดเจนนั้นจะทำให้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการบังคับและการแบ่งประเภทความผิดของบุคคลากรในกระบวนการยุติธรรมจะเป็นไปโดยยาก

ด้วยเหตุที่กล่าวมานั้น การเขียนเป็นนัยแทนที่จะแสดงอย่างชัดเจนถึงการมีอยู่และปกป้องอันตรายต่อจิตใจ(อารมณ์)นั้นจึงเป็นเรื่องที่หาทางออกให้กับกรณีดังกล่าวได้อย่างประนีประนอมโดย

---

\* มีประเด็นที่น่าสนใจคือกฎหมายอาญามีการให้ความคุ้มครองต่อจิตใจไม่เพียงแต่ในแง่ของตัวผู้เสียหายเท่านั้นแต่ในส่วนของผู้กระทำความผิดเองหากกระทำไปโดยบันดาลโทสะ(อารมณ์)ก็สามารถหยิบยกเป็นเหตุผลโทษให้ศาลพิจารณาได้

<sup>75</sup> The Constitution of the United States of America, Amendment I

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”

เป็นการยุติธรรมต่อทั้งตัวจำเลยและรักษาความเห็นร่วมกันของประชาชนให้เห็นด้วยกับกฎหมายอาญาแต่ก็มีความเห็นที่ไม่เห็นด้วยที่จะมีกฎหมายดังกล่าว (CIED) อันเนื่องมาจาก

1. ในทางตรงกันข้ามนั้นการที่ไม่กำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงนิยามทำให้ไม่สามารถให้จำเลยได้รับข้อมูลที่เพียงพอและไม่สามารถคาดหมายได้ว่าสิ่งที่ตนทำนั้นเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อจิตใจ(อารมณ์)หรือไม่ และยังทำให้เกิดข้อสงสัยในบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม เช่น อัยการหรือตำรวจเองว่าสามารถป้องกันการใช้กฎหมายในเรื่องนี้มากเกินไปได้หรือไม่และอาจมีผลไปถึงการทำให้เด็กหรือเยาวชนเองต้องเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมก่อนวัยอันควร (อันเนื่องมาจาก การกลั่นแกล้งกันแล้วทำให้เกิดความเสียหายต่อจิตใจ Bullying)

2. การใช้กฎหมายในเรื่องความเสียหายทางจิตใจมีข้อสังเกตว่าทำให้การแสดงออกของแต่ละบุคคลถูกจำกัดและข้อสนับสนุนในการมีกฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวจำเป็นต้องมีเช่นเดียวกับการป้องกันไม่ให้เกิดการทำให้เกิดอันตรายแก่กายขึ้นในอนาคต

3. กฎหมายอาญายังไม่มีเครื่องมือที่จะใช้กับกรณีของความเสียหายทางจิตใจที่มีความแตกต่างกันอย่างหลากหลายมาก

4. การใช้กฎหมายในเรื่องความเสียหายทางจิตใจนั้นอาจเกิดปัญหาในการแบ่งแยกการกระทำที่เป็นความผิด ด้วยความที่เป็นเรื่องของความรู้สึก จึงเป็นเรื่องที่แตกต่างกันออกไปได้<sup>76</sup>

ก่อนอื่นต้องยอมรับความจริงที่ว่าเรื่องของอารมณ์ความรู้สึกนั้นเป็นเรื่องที่แตกต่างออกไปได้ และเป็นเรื่องในทางอัตวิสัยของแต่ละบุคคลดังเช่นที่กล่าวมาในข้อคัดค้านของการมีอยู่ของกฎหมายที่คุ้มครองเรื่องอารมณ์โดยตรง และต้องยอมรับว่าถ้าหากไม่อาจกำหนดขอบเขตให้ชัดเจนได้นั้นย่อมไม่เป็นธรรมแก่ตัวผู้ต้องหา หรือจำเลย หรือต่อประชาชนที่จะไม่สามารถรู้ได้อย่างชัดเจนแน่นอนว่าสิ่งที่ตนทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ สมมติว่า การที่โดนปฏิเสธรักจากใครแล้วตกอยู่ในสภาพที่เรียกกันว่าอกหัก และเศร้าโศกเสียใจ กินไม่ได้นอนไม่หลับระทมทุกข์ระทมใจ นั้น กรณีนี้กฎหมายจะให้ความคุ้มครองหรือไม่ จะเป็นกรณีประทุษร้ายต่อจิตใจได้หรือไม่ หรือหากบุคคลนั้นมีความรู้สึกไวกว่าปกติในเรื่องนั้นๆ หรือมีภูมิหลังต่างๆมาก่อน จะใช้เกณฑ์หรือมาตรฐานอะไรมาวัดยอมเป็นเรื่องที่ยากพอสมควร ซึ่งก็กล่าวได้ว่า “กฎหมายอาญายังไม่มีเครื่องมือที่จะใช้กับกรณีของความเสียหายทาง

<sup>76</sup> Avlana K. Eisenberg, "Criminal Infliction of Emotional Distress," *Mich. L. R.*: 610-611.



จิตใจที่มีความแตกต่างกันอย่างหลากหลายมาก” แต่คำถามคือหากเราจำกัดเพียงแค่อารมณ์ความรู้สึกเพียงบางอารมณ์ กับบางฐานความผิดและในทีนี้คือความผิดฐานอนาจาร จะเป็นไปได้หรือไม่ ซึ่งผู้ศึกษาจะยังไม่ขอสรุปในทีนี้เพราะนั่นย่อมเป็นส่วนหนึ่งคำตอบของวิทยานิพนธ์เรื่องนี้

ใบบทความยังได้มีการยกทฤษฎีที่สนับสนุนในการมีกฎหมายที่คุ้มครองเรื่องของอารมณ์ไว้ดังนี้

### 2.3.2 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษกรณีทำร้ายต่ออารมณ์<sup>77</sup>

มีสามทฤษฎีหลักที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษในกรณีนี้ ดังนี้

#### (ก) ทฤษฎีอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Theory)

แนวคิดนี้อยู่ภายใต้หลักการที่เน้นความมุ่งหวังให้มากที่สุดและทำให้เกิดความทุกข์ให้น้อยที่สุด ดังนั้นไม่เพียงแต่คำนึงถึงอันตรายต่ออารมณ์(ทำให้ความทุกข์เกิดขึ้นความสุขลดลง)แต่ยังคำนึงถึงอันตรายแก่กายด้วยเพราะอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่อารมณ์ตามมา<sup>78</sup> มนุษย์จะเลือกทำสิ่งที่คิดว่าจะให้ประโยชน์แก่ตนโดยการประเมินผลลัพธ์ในการเพิ่มความสุข<sup>79</sup>และประโยชน์ของรัฐก็คือการรักษาความสงบสุข ดังนั้นเมื่อมนุษย์เลือกที่จะกระทำความผิดเพราะให้ผลประโยชน์แก่ตนแล้วก็สมควรได้รับโทษ

#### (ข) ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

แนวคิดภายใต้ทฤษฎีนี้คือ การกระทำที่น่าตำหนิทางศีลธรรมควรได้รับการลงโทษ<sup>80</sup> และการรู้หรือประมาทในการก่อให้เกิดอันตรายแก่อารมณ์ก็เป็นการกระทำเช่นว่านั้น ถึงแม้ว่าจะเป็น

<sup>77</sup> Ibid, pp.614-615.

<sup>78</sup> See Jeremy A. Blumental, “Law and the Emotions : The Problems of Affective Forecasting”, 80 IND. L.J., 2005 , pp.158-159, Cited in ibid, p.614.

<sup>79</sup> Richard A. Posner, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, 8 J. LEGAL STUD., 1979, pp.103-104 , Cited in ibid, p.614.

<sup>80</sup> Henry M. Hart, Jr., “The Aims of the Criminal Law”, 23 LAW & CONTEMP. PROBS., 1958, pp. 401,412, Cited in ibid, p.614.

การยากที่จะเทียบโทษที่จะได้รับกับระดับความเสียหายทางอาชญากรรมก็ตาม แต่การทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายแก่จิตใจก็เป็นการกระทำที่ผิด

### (ค) ทฤษฎีการแสดงออก (Expressive Theory)

ตามหลักทฤษฎีนี้ถือว่าการลงโทษเป็นเครื่องมือที่เกิดจากความตกลงร่วมกันของสังคมในการแสดงออกถึงความไม่พอใจ ความโกรธเคือง และเป็นการตัดสินว่าการกระทำนั้นเป็นเรื่องที่ผิด<sup>81</sup> ซึ่งความโกรธเคืองหรือความไม่พอใจตรงนี้ก็รวมไปถึงความเสียหายต่อเหยื่อทั้งในส่วนของอาชญากรรมและทางกายภาพเองด้วย

อาชญากรรมความรู้สึกของเหยื่ออาชญากรรมนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องอยู่กับการลงโทษทางอาญา กฎหมายอาญาสารบัญญัติมักจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเหยื่อของการกระทำความผิดในการทำร้ายร่างกายบางประเภทจะได้รับความเสียหายทางจิตใจ อาชญากรรมความรู้สึกมากกว่าประเภทอื่นและส่งผลต่อการกำหนดโทษที่สูงขึ้นตามมา ซึ่งเรื่องนี้ช่วยอธิบายว่าทำไมกรณีของการถูกข่มขืนจึงมีโทษสูงกว่าความผิดประเภทอื่นที่มีเรื่องของการทำร้ายร่างกายเข้ามาเกี่ยวข้อง และก็ยังมีการพิจารณาความแตกต่างในเรื่องของลักทรัพย์ (Larceny) ลักทรัพย์โดยใช้กำลัง (Robbery) และ ลักทรัพย์โดยบุกรุกเข้าไปในเวลากลางคืน (Burglary) ซึ่งการที่ลักทรัพย์โดยใช้กำลังหรือเชื่อว่าจะใช้กำลังนั้นถูกสันนิษฐานว่ามีผลต่ออาชญากรรมความรู้สึกมากกว่า ถึงแม้ว่าความจริงจะไม่มีการใช้กำลังที่รุนแรงหรือสิ่งที่ขู่เข็ญนั้นไม่ได้กระทำลง และในเรื่องการลักทรัพย์โดยบุกรุกเข้าไปในเวลากลางคืนซึ่งถูกสันนิษฐานว่าน่าจะกระทบต่ออาชญากรรมความรู้สึกได้มากกว่าเช่นกัน ซึ่งโดยหลักตั้งแต่อดีตมาแล้ว อาชญากรรมความรู้สึกของเหยื่อเองก็ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาแล้วเพียงแต่เป็นการพิจารณาในเชิงนามธรรม จะเห็นได้ว่าหากการกระทำความผิดหนึ่งได้กระทำลงโดยทำให้เกิดอันตรายต่อตัวอาชญากรรมความรู้สึก การกระทำนั้นก็จะถูกลงโทษหนักขึ้นโดยที่ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงอันตรายเช่นนั้นต่อตัวผู้เสียหาย<sup>82</sup> คำถามคือ อาชญากรรมควรคุ้มครองผ่านกฎหมายอาญามากแค่ไหน ควรเขียนอย่างชัดเจนหรือแฝงอยู่ตามตัวบทตั้งปัจจุบัน การพิสูจน์ว่าเป็นเสียหายต่อจิตใจหรือไม่นั้น เนื่องจากเป็นเรื่องภายในของร่างกาย ก็ต้องอาศัยความ

<sup>81</sup> Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in *Doing & Deserving: Essays in The Theory of Responsibility*, 1970, pp.95-98 ; Dan M. Kahan & Martha C. Nussbaum, "Two Conceptions of Emotion in Criminal Law", *Colum. L. R.* Vol 96, March 1996, p.352, Cited in *ibid*, p.615.

<sup>82</sup> *Ibid*, pp.615-616.

คิดเห็นของวิญญูชนเช่นกันแต่อย่างไรก็ตามกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้ให้ความคุ้มครองไว้ในเรื่องของอากรรมโดยตรงอาจมีสอดแทรกตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

## 2.4 แนวคิดในการอธิบายเรื่องอากรรมความรู้สึก

แนวคิดในเรื่องนี้นั้นถูกเขียนในบทความ Two Conceptions of Emotion in Criminal Law ที่เขียนโดย Dan M. Kahan<sup>83</sup> และ Matha C. Nussbaum<sup>84</sup> ซึ่งพอจะสรุปได้ดังนี้

ตั้งแต่ในยุคนักปรัชญากรีกโบราณ<sup>85</sup> ยังคงมีข้อถกเถียงกันในสังคมตะวันตกเกี่ยวกับธรรมชาติและการศึกษาในเรื่องของอากรรมความรู้สึก ที่นำมาใช้ในทางกฎหมายอาญาโดยในอดีตที่ผ่านมาแนวคิดสองแนวพยายามจะอธิบายถึงเรื่องของอากรรมดังกล่าว ก็คือ Mechanistic และ Evaluative

### 2.4.1 แนวคิด Mechanistic

Mechanistic มองเรื่องอากรรมเป็นเรื่องของพลัง,แรงผลักดัน (Force) ที่ไม่มีหรือไม่ตอบสนองกับความคิด แนวคิดนี้มองอากรรมเป็นเรื่องของ แรงผลักดัน (Energies that impel the person to action) ให้เกิดการกระทำขึ้น ซึ่งไม่สามารถอธิบายออกมาเป็นคำพูดได้ หรือกระทั่ง

---

\* Dan M. Kahan เป็นศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายและจิตวิทยาอยู่ที่ Yale Law School จบการศึกษาศิลปศาสตร์ที่ Middlebury College และ นิติศาสตร์บัณฑิต ที่ Harvard University, Available from: <https://www.law.yale.edu/dan-m-kahan>.

\* Matha C. Nussbaum เป็นอาจารย์กฎหมายอยู่ที่ Havard , Brown, Oxford จบการศึกษาระดับปริญญาตรีจาก New York University และ ปริญญาโทและเอกจาก Harvard University และเคยได้รับรางวัลมากมาย, Available from: <http://philosophy.uchicago.edu/faculty/nussbaum.html>.

<sup>85</sup> See Gardiner, Metcalf, & Beebe-Center,1970, Cited in Jenefer Robinson, *A Mechanistic View of the Expression and Experience of Emotion in the Arts* (Oxford: Oxford University Press, 2005). p.668. ในสมัยกรีกโบราณนั้นรู้สึกขั้นที่ใดก็เชื่อว่าอากรรมเกิดขึ้นที่นั่น คืออยู่ใน ตับ, หัวใจ หรือเลือด เพราะเวลาความรู้สึกจะรู้สึกบริเวณนั้น พัฒนาขึ้นเรื่อยมาจนถึงศตวรรษที่19 ก็มาถึงความเชื่อว่าอากรรมมาจากสมอง.

สามารถคิดตามได้เพราะเป็นเรื่องที่มีกฎเกณฑ์เป็นของตัวเอง<sup>86</sup> กล่าวได้ว่าอารมณ์เป็นเรื่องที่อยู่เบื้องหลังวัฒนธรรมและเป็นส่วนหนึ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด ถูกศึกษาผ่านทางวิทยาศาสตร์ในแง่จิตวิทยา(Psychology) และ สรีระวิทยา (Physiology) มากกว่าบรรทัดฐานทางสังคมในเรื่องของจริยธรรมและแนวความคิดทางการเมือง การมองในมุมนี้ปฏิเสธที่จะแยกความแตกต่างของอารมณ์ระหว่างเรื่องความ กลัว เศร้า โกรธ อิจฉา ซึ่งเป็นเรื่องความรู้สึกกับความต้องการของร่างกาย เช่น ความอยากอาหาร (Hunger) หรือ การกระหายน้ำ (Thirst) แม้อาจมีกรรมของอารมณ์แต่ก็ถูกมองเป็นเรื่องภายนอกของตัวอารมณ์ ไม่ใช่เรื่องของตัวอารมณ์เอง

มุมมองที่จะค้านกับแนวคิดนี้จะต้องพยายามอธิบายปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นภายในเหล่านี้ และแนวคิดที่นิยามอารมณ์ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของความคิดต่อสิ่งที่เผชิญ ก็ยังไม่สามารถอธิบายปรากฏการณ์นี้ได้ เพราะความคิดมักถูกมองในแง่ของสิ่งที่เราคิดขึ้นไม่ใช่สิ่งที่เราเผชิญ และการบอกว่าอารมณ์เป็นความคิดที่ถูกคิดขึ้นนั้นเป็นการยากที่จะอธิบายว่าทำไมถึงเป็นเรื่องที่ยากที่จะควบคุมอารมณ์ที่มักจะเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาในชีวิตประจำวัน<sup>87</sup>

#### 2.4.2 ความเป็นมาของแนวคิด Mechanistic

Mechanistic Concept มีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานในปรัชญาตะวันตก โดยเฉพาะในกลุ่มนักคิดที่นิยมแนวคิดเกี่ยวกับ Mechanic และวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับมนุษย์ ตั้งแต่ในยุคคลาสสิก เช่น ในงานเขียนของเพลโต<sup>88</sup> หรือในงานปรัชญาด้านการแพทย์ของ กาเลน Claudius Galenus (Galen)<sup>89</sup> จนมาเป็นที่นิยมในงานเขียนของ เรอเน เดการ์ต (René Descartes)<sup>90</sup> ที่อธิบายเกี่ยวกับชีวิตมนุษย์โดยอาศัยแนวคิด Mechanistic นอกจากนี้ก็ยังปรากฏในงานของนักคิดแนว Empirical เช่น เอมมานูเอล คานต์ (Immanuel Kant) และ เดวิด ฮูม (David Hume) ด้วย (Kant ไม่ได้พูดถึง

<sup>86</sup> See Martha C. Nussbaum, *Poetry and the passions : Two Stoic View*, in *Passions & Perceptions: Studies in Hellenistic Philosophy of Mind* 97, 1993, p.105, cited in Dan M. Kahan and Martha C. Nussbaum, "Two Conceptions of Emotion in Criminal Law," *Colum. L. R.*, 96, 2 (1996): 282.

<sup>87</sup> Ibid, pp. 273,275,278-280.

<sup>88</sup> See Plato, *The Republic*, (Johannes Burnette ed., 1954), pp.439-441, cited in ibid, p.280.

<sup>89</sup> See Galen, *On The Doctrines of Hippocrates and Plato* 332 (Philip de Lacy ed. & trans., 1984), cited in ibid, p.280.

<sup>90</sup> See John Cottingham et al., *The Passions of the Soul*, (John Cottingham et al. trans., 1985), p.328), cited in ibid, p.280.

mechanistic โดยตรง แต่ทำให้ประเด็นเรื่องนี้ชัดเจนขึ้น)<sup>91</sup> Mechanistic concept มีอิทธิพลมาก ทั้งในทางปรัชญาเอง และในทางทฤษฎีเกี่ยวกับจิตใจ (Psychological Theory) จนมีคนพูดว่า อารมณ์ (Emotions) ก็เหมือนกับสถานะทางจิตใจอื่น ที่สามารถเข้าใจได้ ไม่ต่างจาก แรงกายภาพ<sup>92</sup> แต่แม้จะยังไม่มีเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจน แต่นักจิตวิทยาเหล่านี้ก็เชื่อมั่นว่าเราสามารถเข้าใจ อารมณ์ได้อย่างแน่นอน Sigmund Freud ใช้ Mechanistic ในการอธิบาย ทั้งความอยากอาหาร และ อารมณ์ โดยมองว่าอารมณ์เป็นพลังขับเคลื่อนที่มีในตัวเอง และไม่ขึ้นกับปัจจัยภายนอก (Threat emotional as powerful impulses or drives that are innate and not very responsive to information about the world)<sup>93</sup> กล่าวคือไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่าง แต่ถึงแม้แนวคิดนี้จะถูก โจมตีก็ตามแต่ก็ยังได้รับการใช้อย่างแพร่หลายทั้งในทฤษฎีหมายและในศาสตร์อื่นๆ<sup>94</sup>

### 2.4.3 ข้อคัดค้านแนวคิด Mechanistic

ข้อคัดค้านแนวคิดนี้คือแนวคิดนี้นั้นไม่สามารถอธิบายบางแง่ของอารมณ์ได้เลยหากไม่พิจารณา ถึงประสบการณ์ที่มีต่อสิ่งๆหนึ่ง เช่น การที่มีคนอยู่ในอารมณ์เศร้าโศก เราจะพบว่าเราไม่สามารถ อธิบายถึงความรู้สึกเสียใจนั้นได้โดยไม่พูดถึงเรื่องที่ทำให้เขาเสียใจ เช่น การที่ได้เห็นร่างไร้วิญญาณของ ลูกของตน ย่อมก่อให้เกิดความเสียใจจากการเสียชีวิต ซึ่งในการพิจารณาอารมณ์ที่เกิดขึ้นไม่สามารถ แยกอธิบายความรู้สึกเสียใจนั้นต่างหากจากประสบการณ์ที่มีต่อบุคคลนั้นได้ เพราะถ้าตัด ประสบการณ์ออกไปแล้ว ความรู้สึกที่มีต่อสิ่งนั้นอาจแตกต่างออกไป ความเจ็บปวดนี้คือความเจ็บปวด จากการสูญเสียคนที่รัก ซึ่งต่างจากความรู้สึกที่เป็นความเจ็บปวดทางร่างกาย หากตัดเรื่อง ประสบการณ์ออกไปแล้ว อารมณ์เศร้าจากสูญเสียอาจกลายเป็นสิ่งอื่นแทน เช่น อาจกลายเป็นเรื่อง ของความตันเลือดที่สูงขึ้นหรือกลายเป็นเรื่องที่รู้สึกสะอิดสะเอียนกับการเห็นศพ<sup>95</sup>

<sup>91</sup> Ibid, p.281.

<sup>92</sup> See Max F. Meyer, "That Whale Among the Fish-The Theory of Emotions", *40 Psychol. Rev.* 1933, p.300, ถึงขั้นบอกว่า ความต้องการ "will" และ อารมณ์ "emotional" น่าจะถูกตัดออกไปจากวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับจิตใจได้แล้ว, See also, Martha C Nussbaum, *Animal Emotions*, in *The Therapy of Desire* (1994), (Gifford Lecture II manuscript pp.5-6, on file with Columbia Law Review) จิตใจจะกลายเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติกรรม และอารมณ์ (emotion) จะไม่ถูกมองว่า ไม่ชัดเจน (vague) และ ไม่สามารถศึกษาได้ (unobservable) อีกต่อไป, cited in *ibid*, p.281.

<sup>93</sup> Sigmund Freud, *A General Introduction to Psycho-Analysis* (Joan Riviere trans., rev. ed. 1935) p.22-23, cited in *ibid*, p.281.

<sup>94</sup> Ibid, p.281-282.

<sup>95</sup> See Martha Nussbaum, *Emotions as Judgements of Value*, cited in *Ibid*, p.282.

ยิ่งไปกว่านั้น สิ่งที่ต้องเผชิญ (Object of the Emotion) เป็นสิ่งที่นักปรัชญาเรียกว่า (Intentional Object) ซึ่งบทบาทของมันที่มีต่ออารมณ์ขึ้นอยู่กับการตีความของผู้ประสบกับอารมณ์นั้นๆเอง เช่น สมมติว่าคุณถูกหลอกว่าลูกชายตาย ซึ่งในความจริงแล้วลูกชายของเธอยังมีชีวิตอยู่ อย่างไรก็ตามเธอรู้สึกเสียใจเพียงเพราะแค่ว่าคิดว่าตนได้เสียลูกชายไปแล้ว หรือในกรณีเรารู้สึกโกรธเพราะเข้าใจว่าคนนั้นทำผิดต่อเราทั้งที่จริงๆแล้วบุคคลนั้นไม่ได้ทำผิด เป็นความรู้สึกโกรธที่เกิดจากความคิดความเข้าใจของเราเอง ไม่ใช่เพราะบุคคลนั้นเป็นอย่างที่เราเข้าใจ ซึ่งเป็นเรื่องของการคาดคะเน (Aboutness) ซึ่งเรื่องนี้ไม่สามารถอธิบายได้ด้วยแนวคิด Mechanistic

เหตุผลสุดท้าย คือ อารมณ์เป็นเรื่องที่มี “ความเชื่อ” ประกอบอยู่ซึ่งบ่อยครั้งก็เป็นความเชื่อที่ซับซ้อนและ Mechanistic View ไม่ได้พูดถึงเรื่องนี้ และ อริสโตเติล เองก็ทำให้ประเด็นนี้ชัดเจนขึ้น ความเชื่อที่เปลี่ยนไปทำให้อารมณ์เปลี่ยนแปลงไปด้วย เช่น อารมณ์กลัวนั้น เกิดโดยคนหนึ่งมีความเชื่อว่าสิ่งนั้นจะคุกคามความเป็นอยู่ของเขาได้<sup>96</sup> หรือการที่จะเกิดอารมณ์โกรธ ก็ต้องมีความเชื่อที่ว่าบุคคลใดได้ทำผิดต่อเขา ซึ่งการที่เราเปลี่ยนความเชื่อเหล่านี้ก็คาดหมายได้ว่าอารมณ์ก็จะเปลี่ยนตามไปด้วย และการที่ Mechanistic มองว่าความเชื่อเป็นเรื่องแยกจากอารมณ์ และมองว่าอารมณ์ไม่ตอบสนองโดยตรงกับความเชื่อ ดังนั้นตามทฤษฎีนี้ต้องพยายามอ้างถึงเงื่อนไขหรือปัจจัยอื่นๆเพื่ออธิบายถึงการเปลี่ยนแปลงของอารมณ์ ซึ่งแม้อ้างได้ว่าการเปลี่ยนแปลงความเชื่อเกี่ยวข้องกับกระบวนการของเงื่อนไขหรือปัจจัยบางประการและกระบวนการนั้นนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางอารมณ์ก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถอธิบายความเชื่อมโยงระหว่างอารมณ์และความเชื่อได้ เช่น ถ้าเราเศร้าโศกเสียใจจากความเชื่อที่ว่าคนที่รักเสียชีวิตไปแล้ว แต่ต่อมากลับพบว่าเป็นความเข้าใจผิดและเธอยังมีชีวิตอยู่ ความเศร้าโศกนั้นก็หายไปทันทีตามความเชื่อที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น โดยไม่ต้องมีกระบวนการจัดความรู้สึกนั้นเลย

เหตุผลประกอบอื่นๆคือ mechanistic ไม่สามารถอธิบายความแตกต่างของอารมณ์ได้ (มองเพียงว่าอารมณ์เป็นแรงผลักดันให้กระทำ) ดังที่อริสโตเติลได้แสดงให้เห็นว่าเรามักจะแยกแยะอารมณ์โดยอิงกับความเชื่อ เช่น ในกรณีของความกลัวขึ้นอยู่กับความเชื่อที่กำลังจะมีอันตรายเกิดขึ้น ในกรณีความโกรธอิงอยู่กับความเชื่อว่าคุณคนนั้นกระทำผิด เป็นต้น เพื่อโต้แย้งประเด็นนี้ Mechanistic ต้องอธิบายอารมณ์ต่างๆ ให้ได้โดยไม่อิงกับแนวคิดเหล่านี้ แต่ต้องอธิบายอารมณ์โดยตัวทฤษฎีนี้เองโดยไม่

<sup>96</sup> See Aristotelis, *Ars Rhetorica*, (Rudolfus Kassel ed., 1976, 1382a, pp.86-88, cited in *ibid*, pp. 282-283.

อิงกับสิ่งอื่น ซึ่งเป็นไปได้ยาก เพราะอารมณ์กลัว สงสาร และความเจ็บปวดอื่น ๆ ไม่สามารถชี้ความแตกต่างได้ชัดเจน เช่นเดียวกับความรู้สึกในแง่บวก เช่น ความรัก ความสนุกสนาน ความขอบคุณ และความหวัง ก็ไม่สามารถแยกออกจากกันได้อย่างชัดเจน อารมณ์สองอารมณ์อาจเกิดขึ้นรวมกันในความรู้สึก (Feel) เดียวกันก็ได้ ได้ และอารมณ์เดียว เช่น ความรัก อาจก่อให้เกิดความรู้สึกแตกต่างกันได้ (ซึ่งส่วนมากก็เป็นความรู้สึกที่ตรงข้ามกันเลยก็ได้) Mechanist อาจจะมีมองว่าความแตกต่างระหว่างอารมณ์เหล่านี้ไม่ใช่เรื่องสำคัญ แต่ความจริงแล้วมันเป็นเรื่องที่สำคัญและนักปรัชญาทางอารมณ์ก็เข้าใจในเรื่องนี้

ดังนั้นจึงไม่ค่อยพบแนวคิด Mechanistic บริสุทธิ์ ในประวัติศาสตร์ของการศึกษาปรัชญา นักปรัชญาให้นิยามอารมณ์เหล่านี้และไม่มีนิยามไหนเลยที่ไม่อิงกับความเชื่อหรือความคิด นักจิตวิทยาก็มองว่า Mechanistic เพียงอย่างเดียวไม่สามารถอธิบายเรื่องอารมณ์ได้เพียงพอ ด้วยเหตุนี้ ตามการทดลองของ Schachter and Singer<sup>97</sup> ที่ชี้ให้เห็นความแตกต่างของอารมณ์ เช่น ความสนุกสนาน ความโกรธ และความกลัว ว่าไม่ได้ขึ้นกับภาวะทางร่างกาย (Physiological State) แต่ขึ้นกับความเชื่อเกี่ยวกับเหตุการณ์นั้น ซึ่งถือเป็นจุดจบของ Mechanistic ในการเรียนรู้ทางจิตวิทยา (Cognitive Psychology) เพราะฉะนั้นเราต้องคำนึงถึงความคิดและความเชื่อในการศึกษาเรื่องของอารมณ์ เพื่อที่สามารถแยกความแตกต่างของอารมณ์ทั้งหลายได้ ซึ่งนี่ก็หมายความว่าความคิดและความเชื่อเป็นส่วนหนึ่งที่จะบ่งบอกว่าอารมณ์คืออะไร<sup>98</sup>

#### 2.4.4 แนวคิด Evaluative

Evaluative บอกว่าการแสดงออกทางอารมณ์เป็นเรื่องการประเมินที่เกี่ยวกับกระบวนการคิดซึ่งการประเมินเหล่านี้โดยตัวมันเองสามารถเป็นการประเมินทางศีลธรรมได้ (Morally) และผู้ที่แสดงอารมณ์เหล่านั้นออกมาสามารถกำหนดอารมณ์เหล่านั้นได้ผ่านการศึกษาทางศีลธรรม”

อารมณ์โดยตัวมันเองมีการประเมินถึงสิ่งที่ประสบ (Object) และการประเมินนี้เองก็เป็นส่วนหนึ่งของความคิดความเชื่อที่จะส่งผลว่าอารมณ์จะออกมาเช่นไร และอารมณ์ที่สื่อออกก็จะแสดงออก

<sup>97</sup> See Stanley Schachter & Jerome E. Singer, “Cognitive, Social, and Physiological Determinants of Emotional State”, *69 Psychol. Rev.*, pp. 395-398, , cited in *ibid*, p.384.

<sup>98</sup> *Ibid*, pp.282-284.

ให้เราเห็นสิ่งเราอาจไม่ได้คาดคิดไว้ก่อน เช่นการตอบสนองของคนคนหนึ่งต่อการสูญเสียคนที่รักอาจแสดงให้เห็นว่าคนคนนั้นมีความสำคัญเพียงใดต่อคนที่สูญเสีย และ Evaluation Concept ก็ตั้งอยู่บนฐานที่ว่าอารมณ์ไม่เพียงประกอบไปด้วยความคิดแต่รวมไปถึงการประเมินต่อความสำคัญต่อเรื่องที่ประสบด้วย

การประเมินต่อสิ่งที่ได้รับรู้หรือประสบนั้นมักเป็นเรื่องที่พิจารณาจากสวัสดิภาพของบุคคล เราเห็นได้จากการที่คนทุกคนไม่ได้กลัวต่อแผ่นดินไหวทุกที่บนโลก แต่การจะกลัวนั้นมักจะเป็นกรณีที่น่ากลัวต่อความเสียหายต่อสิ่งที่เราเห็นว่าสำคัญต่อเรา อาจเป็นทรัพย์สิน บุคคล หรือเป้าหมายในชีวิต เช่นเดียวกับเรื่องของ ความโกรธ ความอิจฉา ความเศร้า ความรังเกียจ และอื่นๆที่ถูกจัดอยู่ในกลุ่มเดียวกันเพราะมีปัจจัยที่เหมือนกัน คือ การประเมินว่ามันเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในการใช้ชีวิตและสวัสดิภาพของบุคคล

ตามแนวทางนี้ อารมณ์เกี่ยวข้องกับการประเมินในสองทางที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ เรื่องแรก อารมณ์ประกอบด้วยการประเมินต่อสิ่งที่เผชิญ และก็แสดงโดยนัยยะว่าอารมณ์เองก็สามารถถูกประเมินได้เช่นกัน เช่นเดียวกับการที่คนเราให้ความสำคัญต่อเรื่องต่างๆในโลก แตกต่างกัน ซึ่งอาจมองว่าเป็นเรื่องที่ถูกหรือผิด อาจมีเหตุผลหรือไม่เหตุผล เรื่องที่สอง อารมณ์ก็มีความผิดพลาดได้เช่นกัน เพราะอาจเกิดอารมณ์ขึ้นจากความเข้าใจผิดไม่ว่าจะเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือเข้าใจผิดในตัวบุคคลที่กระทำ

เมื่อมองอารมณ์เป็นเรื่องของการประเมินแล้วก็ต้องพิจารณาว่าอะไรคือการประเมินที่วิญญูชน (Reasonable People) จะกระทำ อริสโตเติล อ้างว่ามีผู้เที่ยงธรรมได้หาความหมายไว้(ซึ่งไม่ใช่ทางสายกลางแต่เป็นทางที่เหมาะสม)<sup>99</sup> โดยพิจารณาจากทั้งตัวของการกระทำและตัวของอารมณ์เอง และเกณฑ์ที่เหมาะสมนั้นคำตอบจะหาได้จากบุคคลที่มีเหตุผล (A person of practical wisdom ) ว่าจะรู้สึกเช่นใดกับเหตุการณ์นั้นและอธิบายต่อว่า บุคคลที่มีเหตุผลหมายถึงบุคคลที่มีมุมมองที่ได้รับการยอมรับจากสังคม โดยเน้นความเหมาะสมเป็นเกณฑ์ แม้ว่ามันจะแตกต่างจากคนโดยส่วนใหญ่หรือคนทั่วไปและ อדם สมิต ประเมินอารมณ์โดยใช้การประเมินของบุคคลที่มีเหตุผลและยุติธรรม ซึ่งทั้งคู่แตกต่างกันในรายละเอียดแต่ก็สร้างหลักเกณฑ์มาตรฐานให้ถูกนำไปใช้ไม่ว่าจะในแง่ของปรัชญา

<sup>99</sup> For an extensive discussion, see J.O. Urmson, Aristotle's Doctrine of the mean, in Essays on Aristotle's Ethics 157 (Amélie O. Rorty ed., 1980, cited in ibid, p.287.



การดำเนินชีวิตทั่วไป หรือในตัวกฎหมายเอง<sup>100</sup>

#### 2.4.5 ความเป็นมาของแนวคิด Evaluative

Evaluative Theory สามารถโยงกับงานเขียนของเพลโต เรื่อง Republic ได้เช่นเดียวกับ Mechanistic Theory เช่นกัน ตามที่เพลโตอธิบายว่า ส่วนของจิตวิญญาณที่เป็นอารมณ์เป็นการรวมตัวกันของความเชื่อ (Ally of Belief) และตอบสนองต่อสิ่งแวดล้อมในสังคมเกี่ยวกับความเชื่อนั้น<sup>101</sup> และเพลโตยังมองว่าอารมณ์บางชนิดที่เค้ามองว่าเป็นอันตราย เช่น ความกลัว หรือ ความอับอาย อาจจะสามารถทำให้หายไปจากชีวิตได้ โดยการจัดการกับแนวคิด (Evaluative Beliefs)<sup>102</sup> อริสโตเติล อธิบายเกี่ยวกับอารมณ์ไว้ใน หนังสือ Rhetoric อธิบายว่าอารมณ์ คือความรู้สึกที่มีผลต่อการตัดสินใจของมนุษย์ ซึ่งก็มักจะมีความเจ็บปวดและความพอใจอยู่ด้วย<sup>103</sup> และใน Nicomachean Ethics อธิบายว่า มนุษย์ที่รู้สึกโกรธในสิ่งที่ควรโกรธ และต่อคนที่ควรโกรธ และมากไปกว่านั้น หากควรโกรธเมื่อควรโกรธ และเท่าที่ควรจะโกรธ เป็นคนที่น่ายกย่อง<sup>104</sup> ซึ่งได้รับการยอมรับมากในประวัติศาสตร์และปรัชญาแนวคิดทางกฎหมายและทำให้บทบาทของแนวคิด evaluative ชัดเจนยิ่งขึ้น<sup>105</sup> อารมณ์ถูกมองว่าเป็นสิ่งที่ประเมินได้หรือคาดการณ์ได้จากนิสัยของมนุษย์<sup>106</sup> อริสโตเติล บอกว่าอารมณ์มักมีความเหมาะสมในกรณีที่คนนั้นเป็น คนที่มีเหตุผล (A person of practical wisdom) ซึ่งมาตรฐานของคนเช่นว่านั้นคือบุคคลที่เกรงกลัวความตายของตัวเองและโศกเศร้ากับความตายของบุคคลที่เขารัก<sup>107</sup> สงสารคนที่ต้องประสบกับเหตุการณ์ที่เลวร้ายอย่างไม่ควรต้อง

<sup>100</sup> Ibid, pp.273,285-288.

<sup>101</sup> See Plato, *The Republic*, pp.440-441, cited in *ibid*, p.289.

<sup>102</sup> Plato, *The Republic*, pp. 386-388, cited in *ibid*, p.289.

<sup>103</sup> See Aristotle, *Ars Rhetorica*, in.1378a20-1378a25, pp. 76-77, cited in *ibid*, p.289.

<sup>104</sup> See Aristotelis, *Ethica Micomachea*, (Ingram Bywater ed., 1949), in 1378a20-1378a25, pp.76-77, cited in *ibid* p.289.

<sup>105</sup> See Martha C Nussbaum, *Animal Emotions*, in *The Therapy of Desire* (1994), cited *ibid*, p.290. อธิบายว่า ในความเห็นของอริสโตเติล อารมณ์สัมพันธ์กับความเชื่อ และการจัดการกับความเชื่อนั้น ก็ทำให้สามารถจัดการกับอารมณ์ได้.

<sup>106</sup> See Aristotelis, *Ethica Micomachea*, in 1125b26-1125b35, p.80, cited in *ibid*, p.290.

<sup>107</sup> See Aristotelis, *Ethica Micomachea*, at 1115a6-1115a29, pp.53-54, in 1169a3-1170a19, pp.193-196, cited in *ibid*, p.290.

ประสบ<sup>108</sup>และโกรธเมื่อมีการกระทำผิดที่รุนแรงต่อตนเองและคนรัก<sup>109</sup> ในทางตรงกันข้าม อริสโตเติลพิจารณาอารมณ์ของมนุษย์ว่าไม่เหมาะสมถ้าตัวเขามีการประเมินที่ผิด (False evaluation) เช่น ยึดติดกับสถานะและการเงินมากเกินไป ซึ่งแนวคิดนี้ต่อมาได้รับการพัฒนาโดยโทมัส ฮิวคินส์ (ความต้องการหรือความอยากเป็นเรื่องธรรมชาติ ไม่เฉพาะในมนุษย์ หรือเกิดจากการเรียนรู้เท่านั้น แต่ยังเกิดจากจินตนาการและสัญชาตญาณได้ด้วย)<sup>110</sup> แสดงให้เห็นว่าแนวคิด Evaluative สามารถนำความเชื่อพื้นฐานมาวิพากษ์วิจารณ์พฤติกรรมตามปกติธรรมดาได้<sup>111</sup>

นักคิดกลุ่มสโตอิก (Stoics) ของกรีก ในยุคหลังจากอริสโตเติลนั้น ก็พัฒนาแนวคิด Evaluative โดยอธิบายรายละเอียดไว้อย่างน่าสนใจ ในงานเขียนของพวกเขา และส่งผลต่อนักคิดโรมัน เช่น เซเนกา (Seneca) และ ซีเซโร (Marcus Tullius Cicero) ซึ่งนักคิดกลุ่มสโตอิกมีอิทธิพลอย่างมากต่อทฤษฎีปรัชญาเกี่ยวกับอารมณ์ โดยเฉพาะ สปิโนซา (Baruch Spinoza) , รูสโซ (Jean-Jacques Rousseau) และ อัดัม สมิท (Adam Smith)<sup>112</sup> จนอาจกล่าวได้ว่าแนวคิด Evaluative concept นั้นกำเนิดมาจากการยอมรับแนวคิด อริสโตเติล และ สโตอิก จนแนวคิด Evaluative กลายมาเป็นแนวคิดกระแสหลักของปรัชญาและจิตวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับอารมณ์อยู่ช่วงหนึ่ง ในปรัชญา กลุ่มคนที่หันออกจากแนวคิด Mechanism และ Behaviorism ก็ได้รับแรงบันดาลใจจากแนวคิด Aristotelianism<sup>113</sup>

การศึกษาจิตวิทยาศาสตร์ จากการทดลองทำให้นักจิตวิทยาสรุพบว่า การที่บุคคลประเมินสถานการณ์ของตนเองเป็นประเด็นสำคัญของเรื่องอารมณ์ และเป็นตัวแยกแยะความแตกต่างของอารมณ์<sup>114</sup>

ชีววิทยา ก็มีส่วนในการพัฒนาแนวคิดนี้เช่นกัน โดยแสดงให้เห็นว่าอารมณ์มักเป็นตัวที่ให

<sup>108</sup> See Aristotelis, *Ars Rhetorica*, in 1385b11-1386a3, pp.95-96, cited in *ibid*, p.290.

<sup>109</sup> See Aristotelis, *Ethica Nicomachea*, in 1125b31-1126a8, pp.80-81, cited in *ibid*, p.290.

<sup>110</sup> See Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, (Anton C. Pegis ed., 1945),pp.774-776, cited in *ibid*, p.290.

<sup>111</sup> See Aristotelis, *Ethica Nicomachea*, in 1121a30-1121b1, 1128b4-1128b35, p.69,87-88, cited in *ibid*, p.290.

<sup>112</sup> Dan M. Kahan & Martha C. Nussbaum, “Two Conceptions of Emotion in Criminal Law”, pp.290-291.

<sup>113</sup> See Richard S. Lazarus, *Emotion & Adaptation* (USA: Oxford University Press, 1991), pp.13-14, cited in *ibid*, p.291.

<sup>114</sup> See Richard S. Lazarus, *Emotion & Adaptation*, pp.44-68, cited in *ibid*, p.291.

ข้อมูลที่สำคัญกับบุคคลนั้นและอารมณ์มีวิวัฒนาการจากหน้าที่ในการให้ข้อมูลนั่นเองด้วย<sup>115</sup> ในขณะที่ในการวิเคราะห์ทางจิตวิทยา (psychoanalysis) ทฤษฎี mechanistic ของฟรอยด์เผชิญกับการวิจารณ์อย่างมากจากกลุ่มนักทฤษฎี object-relations school ที่ได้แย้งว่าเด็กทารกแรกเกิด มักมีความสัมพันธ์ที่ซับซ้อนกับสิ่งภายนอกและบุคคล และอารมณ์ที่ขึ้นอยู่กับความคิดของทารกแรกเกิดเกี่ยวกับความสำคัญของการแยกแยะสิ่งภายนอกเหล่านั้น<sup>116</sup> ซึ่งการโต้แย้งดังกล่าวได้รับการสนับสนุนอย่างมากมาในปัจจุบัน

มานุษยวิทยา (anthropology) ก็อธิบายเรื่องนี้ไว้ทำให้เราเข้าใจอารมณ์มากขึ้น โดยแสดงหลักฐานเกี่ยวกับการแสดงบทบาท (role played) ในอารมณ์ โดยบรรทัดฐานทางสังคมที่ปรับเปลี่ยนการประเมินค่าของคนนั้น (สรุปได้ว่าวัฒนธรรมมีผลต่ออารมณ์ด้วย) ซึ่งสิ่งนี้เป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าอารมณ์แตกต่างจากแรงกระตุ้นหรือแรงผลักดันอย่างไร และอารมณ์สัมพันธ์กับสังคมอย่างไรและยังแสดงว่าอารมณ์ไม่ใช่สิ่งที่เกิดตามธรรมชาติ หรือเกิดก่อนที่จะมีสังคม เหมือนที่ Mechanistic เชื่อถืออยู่ แต่อารมณ์เกิดจากการเรียนรู้ในสังคม เรียนรู้รูปแบบของการประเมินค่า  
นั้น<sup>117</sup>

จากประวัติศาสตร์เหล่านี้นำไปสู่ข้อสรุปที่ลึกซึ้งขึ้นอีกว่า มนุษย์ที่เชื่อว่าอารมณ์ปราศจากเหตุผล อาจเข้าใจได้เป็นสองแง่ที่แตกต่างกันอย่างมาก สิ่งแรกคือ Mechanistic concept เป็นสิ่งที่ถูกต้องและ Evaluative concept ผิด โดยมองว่าอารมณ์ไม่มีอะไรเกี่ยวข้องกับ(หรือไม่ค่อยเกี่ยวข้องกับ) กับเหตุผลหรือความคิดเลย หรืออาจกล่าวได้ว่าอารมณ์สัมพันธ์กับความคิดที่สับสนและเชื่อถือไม่ได้ ในขณะที่อีกแง่คือไม่พิจารณา Mechanistic เลย โดยมองว่าในความเป็นจริงแล้วมันยากที่จะรับรองแนวคิดนี้โดยไม่พูดถึง Evaluative concept เลย ผู้ที่สนับสนุนแนวคิดนี้ที่สำคัญ คือ สโตอิก และ สปิโนซ่า เชื่อว่ามนุษย์ถือว่า เกียรติยศ เงินทอง ความรักและสิ่งอื่นในทำนองเดียวกันมากกว่าที่ควรจะเป็น ดังนั้นมนุษย์จึงมักสับสนกับความรู้สึกไร้เหตุผล ที่อธิบายไม่ได้และในบางครั้งพยายามอ้างแนวคิดสโตอิกแบบผิดๆ โดยเอาแนวคิดสโตอิกไปอธิบาย แนวคิด Mechanistic ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในความแตกต่างระหว่าง อารมณ์ และ เหตุผล กับที่เราอารมณ์ที่เราพูดถึงอยู่นี้<sup>118</sup>

<sup>115</sup> See Ronald de Sousa, *The Rationality of Emotion* (Cambridge: MIT Press, 1987), pp.43-44, 47-106, See also See Richard S. Lazarus, *Emotion & Adaptation*, pp. 50-53, 68-69, cited in *ibid*, p.291.

<sup>116</sup> See John Bowlby, *Loss: Sadness and Depression* (New York: Basic Books, 1980), cited in *ibid*, p.291.

<sup>117</sup> *Ibid*, p.291.

<sup>118</sup> *Ibid*, pp.92-93.

สรุปได้ว่าการมองแบบ Mechanistic เป็นการมองที่แคบเกินไปในปัจจุบัน จริงอยู่ที่เราอาจมอง อารมณ์ ว่าเป็นแรงผลักดันให้เกิดการกระทำขึ้นได้ เช่น ทำไปเพราะอารมณ์โกรธหรือโมโหจนขาดสติ แต่การมองที่ปราศจากการพิจารณาถึงกรรมของอารมณ์ หรือปราศจากการมองในรูปแบบของการประเมิน Evaluative นั้นจะทำให้การพิจารณาอารมณ์นั้นไม่ครอบคลุมทุกด้าน กล่าวคือ หากขาดการวิเคราะห์ถึงประสบการณ์ หรือความเชื่อแล้วจะทำให้การประเมินอารมณ์นั้นคาดเคลื่อนไปได้ และจากบทความนี้ก็แสดงให้เห็นว่าควรที่จะใช้ แนวทางของ Evaluative เพราะทำให้การใช้กฎหมายส่วนที่เกี่ยวข้องกับอารมณ์นั้นเป็นไปอย่างเป็นธรรมและถูกต้องมากขึ้น แม้จะต้องยอมรับว่าไม่ทุกกรณีแต่ก็ไม่เคยมีทฤษฎีใดที่ทำให้ทุกกรณีที่เกิดขึ้นเป็นธรรมได้เช่นนั้น<sup>119</sup> แต่เราก็พยายามพัฒนาและค้นหาทฤษฎีและวิธีการเพื่อให้กฎหมายเกิดความเป็นธรรมให้มากที่สุด



---

<sup>119</sup> Ibid, pp.372-374.

### บทที่ 3

#### ขอบเขตของความผิดฐานกระทำอนาจาร กรณีการประทุษร้ายแก่จิตใจในประเทศไทย

ก่อนที่จะเข้าสู่ปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ กล่าวคือ การอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสตัวหรือไม่และการประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นรวมกรณีเรื่องของการมณต์ด้วยหรือไม่ ผู้ศึกษาจะขอทำการยกตัวบทกฎหมายอาญาของไทยในเรื่องของการอนาจารเพื่อให้เห็นภาพรวมของการอนาจารในประเทศไทยก่อน

#### 3.1 ความผิดฐานอนาจารในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

ประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดความผิดฐานอนาจาร ในกรณีการประทุษร้ายแก่จิตใจไว้ใน บทบัญญัติ 2 มาตรา คือ

มาตรา 278 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”<sup>120</sup>

องค์ประกอบภายนอก

- (1) กระทำอนาจาร
- (2) แก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบห้าปี
- (3) โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้
  - (ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ

---

<sup>120</sup> แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ.2560 โดยแก้จากโทษปรับเดิม ไม่เกินสองหมื่นบาท เป็น ไม่เกินสองแสนบาท ซึ่งเป็นการแก้ไขภายหลังจากคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558.

(ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

(ค) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ

(ง) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

มาตรา 279 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”<sup>121</sup>

วรรคแรก

องค์ประกอบภายนอก

(1) กระทำอนาจาร

(2) แก่บุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

(3) โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

วรรคสอง

องค์ประกอบภายนอก

<sup>121</sup> แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ.2560 โดยแก้ไขวรรคแรก จากเดิมโทษปรับ ไม่เกินสองหมื่นบาท เป็น ไม่เกินสองแสนบาท และ วรรคสอง จากเดิมโทษปรับ ไม่เกินสามหมื่นบาท เป็น ไม่เกินสามแสนบาท ซึ่งเป็นการแก้ไขภายหลังจากคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558.

- (1) การกระทำความผิดตามวรรคแรก
- (2) โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้
  - (ก) โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ
  - (ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
  - (ค) โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
  - (ง) โดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

คุณธรรมทางกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายในส่วนของอนาจารมุ่งคุ้มครองนั้นก็คือ เสรีภาพในทางเพศนั่นเอง คือเสรีภาพที่จะกำหนดเรื่องในทางเพศของตัวเองได้

กฎหมายในเรื่องการอนาจารของไทยนั้นอยู่ในลักษณะ 9 ประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศ และบทบัญญัติในมาตรา 278 และมาตรา 279 แสดงให้เห็นว่ากฎหมายในเรื่องการอนาจารของไทย แบ่งการอนาจารโดยใช้เกณฑ์อายุ ซึ่งจะมีผลในเรื่องของความยินยอม กล่าวคือโดยปกติแล้วการยินยอมย่อมทำให้การอนาจารไม่เป็นความผิด เพราะการกระทำอนาจารนั้นข้อสำคัญคือต้องทำไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำ แต่หากผู้ถูกระทำเป็น เด็กอายุยังไม่ถึง 15 ปี โดยดูจากวันที่ได้กระทำอนาจาร แม้เด็กนั้นจะได้ให้ความยินยอมก็ตามกฎหมายก็ยังคงเอาผิดกับผู้กระทำเพราะเกณฑ์อายุที่ส่งผลต่อเรื่องความผิดอันยอมความได้หรือไม่

การกระทำความผิดอนาจารของไทยเป็นความผิดอันยอมความได้ถ้ากระทำต่อบุคคลที่อายุกว่า 15 ปี โดยดูจากวันที่ได้กระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 และมีได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล, ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 กล่าวคือ ผู้สืบสันดาน<sup>122</sup> (ถูกต้องตามกฎหมาย), ศิษย์ที่อยู่ในความดูแล, ผู้อยู่ในความควบคุมตามหน้าที่ราชการหรือผู้อยู่ในความปกครอง ในความพิทักษ์หรือในความอนุบาล ซึ่งหากกระทำต่อบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 285 แล้วนอกจากจะทำให้กลายเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้แล้วยังทำให้ต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆหนึ่งในสาม<sup>123</sup>

<sup>122</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534 น.66 หน้า 464.

<sup>123</sup> ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281,285.

และหากการกระทำอนาจารนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกระงับโทษได้รับอันตรายสาหัส หรือ ถึงแก่ความตาย ก็จะเป็นเหตุให้ผู้กระทำอนาจารต้องรับโทษหนักขึ้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280 กล่าวคือ “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 278 หรือ มาตรา 279 เป็นเหตุให้ผู้ถูกระงับ

(1) รับอันตรายสาหัส ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

(2) ถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต”

ในส่วนต่อไปก็จะเป็นการอธิบายหาขอบเขตของการอนาจารและการประทุษร้ายแก่จิตใจในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย<sup>124</sup>

### 3.1.1 องค์ประกอบภายนอก

(1) “กระทำอนาจาร”

คำว่า อนาจาร นั้นไม่มีคำนิยามในกฎหมายโดยตรงแต่ปรากฏอยู่ในตำรากฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมากที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันดังนี้ อนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อร่างกายของบุคคลอื่น<sup>125</sup> “ไม่หมายความเฉพาะความใคร่หรือประเวณีเท่านั้นแต่รวมถึงกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย<sup>126</sup> เหตุนี้แม้ผู้กระทำจะทำเพื่อล้างแค้นก็เป็นการอนาจารได้<sup>127</sup> แต่มีข้อจำกัดว่าต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง<sup>128</sup> การกล่าวถ้อยคำ เขียนภาพ ไม่เป็นการอนาจารตามมาตรา นี้ แต่อาจเป็นสิ่งลามกตามมาตรา 287 ได้<sup>129</sup> ถ้าเป็นการกระทำต่อตัว

<sup>124</sup> ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 280.

<sup>125</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 188.

<sup>126</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 569/2479 20 ธ.ศ.700, ที่ 4836/2547 ฎ.ส.เล่ม 6 น.177, อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีวีริชการพิมพ์, 2548), หน้า 757.

<sup>127</sup> 1 Logoz a art.188 no.1 p.301, Rousselet & Patin no.564 p.380, 5 Garraud no.2090 p.486 อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 757.

<sup>128</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534, 3953/2539, 5694/2541 [ออนไลน์], 18 ตุลาคม 2559. แหล่งที่มา: <http://deka.supremecourt.or.th/>

<sup>129</sup> Rousselet & Patin no.563 p.379, 5 Garraud no.2077 p.450, อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 757.



บุคคลแล้ว แม้จะให้ผู้อื่นใช้เนื้อตัวของเขากระทำความผิดเองก็เป็นการกระทำอนาจารต่อผู้อื่นได้”<sup>130</sup> โดยความผิดตามมาตรานี้อาจเป็นการกระทำต่อ หญิงหรือชายโดยหญิงหรือชายก็ได้ ศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นกรณีไปโดยพิจารณาการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอก คือ คนทั่วไปเห็นว่าเป็นการกระทำอนาจารหรือไม่<sup>131</sup> แม้ว่าผู้กระทำเห็นว่าเป็นอนาจารแต่หากคนทั่วไปเห็นว่าเป็นการกระทำอนาจารก็ไม่มีความผิดตามมาตรา นี้ เช่นเดียวกันแม้ผู้กระทำไม่เห็นว่าเป็นการอนาจารแต่บุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นการอนาจารก็เป็นความผิดตามมาตรา นี้ เช่น

1. ลักษณะเป็นการทำร้ายร่างกาย มิใช่การกระทำในทางเพศ ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร<sup>132</sup>

2. ชอบพอกันเคยกันมาก่อน แม้จะเป็นการกระทำในลักษณะอนาจาร ไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร<sup>133</sup>

3. โอบไหล่หญิงโดยไม่รู้จักกันมาก่อน เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร<sup>134</sup>

4. ลำพังกแต่การเล่าเรื่องอนาจาร ไม่เป็นการอนาจาร (อนาจารต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย)<sup>135</sup>

(2) โดยวิธีอย่างหนึ่งต่อไปนี้

(ก) “โดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ”

หมายความว่าให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต โดยไม่จำเป็นต้องเกิดกับตัวบุคคลนั้นเองแต่รวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย<sup>136</sup> และอาจเป็นกรณีของอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ

<sup>130</sup> คำบรรยายกฎหมายอาญาโดย ดร.เอกต์ ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๓๗ หน้า ๘๒๐, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 757.

<sup>131</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 757-758.

<sup>132</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 970/2477 18 ธ.ค. 1566, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 758.

<sup>133</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 602/2460, 699,700/2468, 750/2468, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>134</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 759.

<sup>135</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540 [ออนไลน์], 20 ตุลาคม 2559. แหล่งที่มา: <https://deka.in.th/view-91680.html>.

<sup>136</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า , หน้า 185.

ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจก็ได้<sup>137</sup> เช่น ชูหม่าบิดาเพื่อทำอนาจารหญิง

(ข) “ใช้กำลังประทุษร้าย”

มีนิยามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพ หรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึง การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้อำนาจให้มีเมฆา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

(ค) “โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้”

เป็นการที่หญิงจำยอมโดยมิได้ใจสมัคร โดยจะเป็นพฤติการณ์ที่มีอยู่เดิม เช่น หญิงป่วยเป็นโรคอ่อนเพลีย หมดสติ ไม่รู้สึกตัว หลับ หรือ เป็นพฤติการณ์ที่ผู้กระทำเป็นฝ่ายทำให้เกิดก็ได้ เช่น วางยาสลบลงในเครื่องดื่ม โดยมีความหมายกว้างกว่า “ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” ในใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งจำกัดเฉพาะผู้กระทำเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นและโดยผู้กระทำใช้อำนาจให้มีเมฆา สะกดจิต หรือวิธีการอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน<sup>138</sup>

(ง) “โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น”

จำกัดเพียงการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคล โดยทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น การหลอกลวงในเรื่องอื่นหรือทำให้สำคัญผิดในคุณสมบัติไม่เป็นความผิดฐานนี้เพราะไม่ใช่การทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น<sup>139</sup>

### 3.1.2 องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา การกระทำความผิดตามมาตรานี้ไม่ต้องการเจตนาพิเศษ<sup>140</sup>

<sup>137</sup> จิตติ ดิงศักดิ์ทิพย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า , หน้า 739.

<sup>138</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 140-141.

<sup>139</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 742.

<sup>140</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 757-758.

### 3.2 ความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายอนาจาร

ความผิดอาญาเกี่ยวกับเพศ ตั้งแต่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นถึงประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนของการอนาจารนั้น มีอยู่ในตัวกฎหมาย 4 ฉบับ

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

ซึ่งต่างก็ล้วนแต่ได้รับการแก้ไขด้วยเหตุผลคล้ายกัน คือความไม่สมบูรณ์หรือบกพร่องของตัวบทกฎหมายเดิมที่ใช้อยู่และกฎหมายเดิมจะล่วงสมัย<sup>141</sup> การละเมิดเนื้อตัวร่างกายของฝ่ายหญิงเป็นเรื่องผิดขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมของไทย ตั้งแต่อดีตผู้หญิงต้องรักษานวลสงวนตัว การถูกจับต้องเนื้อตัวนั้นก็ถือเป็นเรื่องเสียหายแล้ว และอาจถึงขั้นมีความผิดฐาน “ผิดภรรยาท่าน” หากฝ่ายชายมีการยุตมือถือแขน หรือ ลักลอบพูดจากับภรรยาผู้อื่น ซึ่งจะต้องโทษปรับใหม่<sup>142</sup> หรือกรณีที่เรียกว่าการ ผิดผี ที่ถือกันบางท้องถิ่นและยังมีอยู่ในปัจจุบันโดยเฉพาะตามชุมชนชาวเขาต่างๆ ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายชายนั้นถูกเนื้อต้องตัวกับฝ่ายหญิง ก็จะต้องถือว่าหญิงนั้นได้เสียเป็นภรรยาชายแล้ว ต้องเอาหญิงใส่ตะกร้าล้างน้ำ จนกระทั่งรัชกาลที่ 4 ทรงมีประกาศใน ปีฉลู 1227 ว่า “ซึ่งถือว่าลัทธิชายถูกต้องแล้ว เป็นเมียนั้นใช้ไม่ได้” ลัทธินิยมดังกล่าวจึงได้เลิกไป<sup>143</sup>

<sup>141</sup> ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 75.

<sup>142</sup> พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์, *กฎหมายลักษณะผิดเมีย*, (กรุงเทพมหานคร :โรงพิมพ์กองทัพอากาศ, ร.ศ.120), หน้า 294, อ้างถึงใน ศิวตี เกิดเจริญ, "ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 49.

<sup>143</sup> พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์, *ว่าด้วยกฎหมาย*, พิมพ์ในงานศพ นายแสวง เตชะยานนท์ (พระนคร: โรงพิมพ์บรรหาร, 2507), หน้า122, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน. แม้ว่าลัทธิดังกล่าวอาจจะเลิกไป แต่เข้าใจอยู่ว่ายังคงมีอยู่บ้าง ในพ.ศ. 2557 ผู้เขียนเองก็มีโอกาสได้พบลัทธิความเชื่อดังกล่าวเมื่อครั้งไปออกค่ายอาสาซึ่งมักอาศัยอยู่ตามเขาตามดอยต่างๆ ซึ่งเป็นชุมชนของชาวเขาเผ่าต่างๆของไทย.

### 3.2.1 พระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง

#### (ก) เหตุผลในการร่างกฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายตราสามดวงได้รับความเสียหายเนื่องจากถูกพม่าเผาทำลาย และเกิด “คดีอ้าแดงป้อม” ขึ้นซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม โดยศาลตัดสินให้ภรรยาที่นอกใจสามีฟ้องหย่ากับสามีได้ และตัดสินให้หย่ากันซึ่งสาเหตุน่าจะมาจากกฎหมายที่คลาดเคลื่อนไปภายหลังที่มีการรวบรวมหลังจากที่เสียหายไป ดังนั้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ทรงมีพระบรมราชโองการให้ มีการชำระสะสางกฎหมายตราสามดวงขึ้นใหม่<sup>144</sup> โดยทรงเห็นว่า ในส่วนของฝ่ายพระพุทจักร์นั้นเมื่อพระไตรปิฎกนั้นคลาดเคลื่อนไปก็ ได้มีการชำระเสียใหม่ ครั้นนี้เมื่อกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินของฝ่ายราชอาญาจักร์ไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรม ด้วยคนโลภหลงหาความละเอียดแก่บาปมิได้ ทำการดัดแปลงแต่งตามชอบใจไว้ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ชำระสะสางกฎหมายเสียใหม่<sup>145</sup>

#### (ข) กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 2 ปรากฏลักษณะคือ ผู้ใดไปกระทำการเล้าโลม จับมือ ถือนม กอดจูบ ภรรยาของผู้อื่น หรือไปหาภรรยาของผู้อื่นในบ้านเรือนหรือในที่ลับสองต่อสอง หรือไปหาภรรยาของผู้อื่นในห้องนอนสองต่อสอง ก็เป็นความผิดแล้ว ให้ปรับไหมกึ่งหนึ่งเบี้ยประณมผิดเมีย และหากกล่าวคำพุดฉันทู้สาวกับภรรยาของผู้อื่น หรือลักลอบพุดจากภรรยาของผู้อื่น ปรับไหมกึ่งหนึ่งของจับมือ ถือนมกอดจูบนั้น<sup>146</sup>

สำหรับมาตรานี้ กล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่สมควรแก่ภรรยาของผู้อื่น ซึ่งก็มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายอนาจารปัจจุบันในส่วนของการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการเล้าโลม จับมือ ถือนม กอดจูบ แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างกันกล่าวคือ การที่พาภรรยาของผู้อื่นในบ้านเรือนหรือในที่ลับสองต่อสอง หรือไปหาภรรยาของผู้อื่นในห้องนอนสองต่อสอง หากไม่มีการสัมผัสตัวกันเกิดขึ้นแม้จะ

<sup>144</sup> ธงทอง จันทรางศุ, กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 5.

<sup>145</sup> ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา," หน้า 7.

<sup>146</sup> คิวดี เกิดเจริญ, "ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร," หน้า 49.

เป็นเรื่องไม่ควรกระทำในสังคมปัจจุบันแต่ยังไม่เพียงพอที่จะเป็นการอนาจาร รวมไปถึงกรณีของ การที่ลักลอบพูดจากับภรรยาของผู้อื่นนั้น ก็ยังไม่เข้ากับนิยามของกฎหมายอนาจารในปัจจุบัน “ซึ่งเหตุที่เป็นเช่นนี้น่าจะเป็นเพราะว่าเป็นการดูหมิ่นชายผู้เป็นสามี มิได้มีลักษณะเป็นการคุ้มครองเสรีภาพฝ่ายหญิง”<sup>147</sup>

มาตรา 46 นายทาสหรือพี่น้องของนายทาส ไปจับมือถือนม กอดจูบ ชมชื่นยังมีถึงชำเราแก่หญิงทาส ให้แบ่งค่าตัวให้หญิงเป็น 4 ส่วน ลด 1 ส่วนให้แก่ทาส อีก 3 ส่วนให้แก่ชายทาสนั้น<sup>148</sup>

ในส่วนของมาตรานี้ก็เป็นกรณีที่เข้าลักษณะของอนาจารในปัจจุบัน การจับมือถือนม กอดจูบ ชมชื่นยังมีถึงชำเรา ซึ่งมีข้อสังเกตคือแม้กระทำต่อทาสแต่กฎหมายก็ยังให้การคุ้มครองไว้

มาตรา 75 บุรุษผู้ใดจับข้อมือหยอกบุตรีท่านก็ดี ขึ้นไปถึงที่นอนบุตรีท่านก็ดีแลอุดลากบุตรีท่านไปจูบกอดทำชั่วแลทำประการใดก็ดี ท่านว่าชายนั้นผิดให้ลงโทษโดยโทษานุโทษ<sup>149</sup>

ในส่วนของมาตรานี้ก็เป็นลักษณะของการอนาจารในปัจจุบันกล่าวคือ การจับมือ อุดลากไปจูบกอด ทำชั่ว ล้วนเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศทั้งสิ้น จะมีในส่วนของ ขึ้นไปถึงที่นอน นั้นหากยังไม่มีกรกระทำใดๆแม้จะเป็นเรื่องที่ไม่สมควรก็ยังไม่มิลักษณะของการอนาจารในปัจจุบันเพราะต้องมีการสัมผัสตัว (Physical Contact) เกิดขึ้นด้วย

นอกจากนั้นในพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนยังได้กล่าวในตอนต้นของลักษณะหญิงชาย ลอบทำชู้มิได้สู่ขอแลชายล่อลวงหญิงเป็นมูลวิวาท ไว้ดังนี้ กรณีชายมิได้สู่ขอหญิงซึ่งอยู่กับผู้ปกครอง คือหญิงที่อยู่กับบิดามารดา วงศ์สกุล เผ่าพันธุ์ พี่ชายพี่สาว ญาติหรือผู้ใดผู้หนึ่งและไปกระทำทราจาร ลอบลักทำชู้ แลชมชื่นแลชักพาหญิงไปก็ดี ท่านว่าชายนั้นมีโทษ เว้นแต่หญิงไปหาผู้ชายที่เรือนและยินยอมให้ทำเช่นนั้น ชายจะไม่มีผิด<sup>150</sup>

ทราจาร ลักลอบทำชู้ ก็เป็นกรณีที่กระทำการไม่สมควรทางเพศ ซึ่งก็เป็นลักษณะของอนาจาร

<sup>147</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>148</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

<sup>149</sup> สุนนัสน์ ตั้งเจริญกิจกุล, "ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานชมชื่นกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 45.

<sup>150</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๑ (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2559), หน้า 575.

ในปัจจุบัน แต่มีส่วนที่น่าสนใจคือ การที่ล่วงเกินหญิงก่อนที่จะได้สู่ขอกันตามประเพณีแล้ว ซึ่งสมัยก่อนย่อมเป็นเรื่องที่รับไม่ได้

(ค) ความหมายคำว่า “อนาจาร”

ยังไม่มีการใช้คำว่า “อนาจาร” ในพระอัยการลักษณะผิดเมีย มีแต่การกำหนดลักษณะการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศ

(ง) ความหมายคำว่า “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” หรือคำในลักษณะเดียวกัน

ยังไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติขึ้นในมาตราที่ได้เสนอมานี้แล้ว โดยองค์ประกอบความผิดจะปรากฏเป็นการกระทำเฉพาะอย่างมากกว่าเขียนคำที่มีความหมายกว้างและครอบคลุมไว้

### 3.2.2 พระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

(ก) เหตุผลในการร่างกฎหมาย

ในสมัยรัชกาลที่ 5 จำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้เป็นสมัยใหม่เพื่อแก้ปัญหาที่เราเผชิญอยู่ในสมัยนั้นคือสิทธิสภาพนอกอาณาเขต มีการแก้ไขกฎหมายเฉพาะเรื่องเพื่อให้กฎหมายเป็นไปในรูปแบบทันสมัยและเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศแทนไปก่อนจะมีการปฏิรูปกฎหมายและทำการร่างประมวลกฎหมายซึ่งจะต้องใช้ระยะเวลาในการจัดทำ<sup>151</sup> ซึ่งก็เป็นการยกเลิกกฎหมายข่มขืนในพระอัยการลักษณะผิดเมียถูกยกเลิกทั้งหมด<sup>152</sup>

(ข) กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในส่วนของอนาจารนั้นใช้พระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวงแทน

<sup>151</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (the Thai Legal History), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2523), หน้า 196.

<sup>152</sup> ดู ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา," หน้า 30-39.

เพราะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานกระทำอนาจารในตัวบทของกฎหมายนี้<sup>153</sup>

(ค) ความหมายคำว่า “อนาจาร”

เนื่องจากไม่มีส่วนของความผิดอนาจารตามพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จึงไม่มีคำใดที่จะนำมาใช้เพื่ออธิบาย

(ง) ความหมายคำว่า “โดยใช้กำลังประทุษร้าย” หรือคำในลักษณะเดียวกัน

เนื่องจากไม่มีส่วนของความผิดอนาจารตามพระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 จึงไม่มีคำใดที่จะนำมาใช้เพื่ออธิบาย

### 3.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

(ก) เหตุผลในการร่างกฎหมาย

กฎหมายลักษณะอาญาตามที่สะกดไว้ในต้นร่างเดิมนั้นใช้คำว่า “กฎหมายลักษณอาญา”<sup>154</sup> เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญในการปฏิรูประบบกฎหมายของไทยให้ทัดเทียมนานาประเทศในขณะนั้นและเป็นเครื่องมือหนึ่งที่สำคัญในการแก้ปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต หรือสิทธิทางการศาลของไทยกลับคืนมา เพราะตั้งแต่สมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ในปีพุทธศักราช 2398<sup>155</sup> เราได้เสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทางการศาลไปเนื่องมาจากการที่ประเทศตะวันตกไม่ยอมรับกฎหมายของเราโดยมองว่าเป็นกฎหมายที่ป่าเถื่อนและโหดร้าย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงรับสั่งให้มีการจัดทำ กฎหมายลักษณะอาญาขึ้น และก็กลายเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างอย่างกลมกลืนกับสภาพสังคมของไทยแม้ว่าจะนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในการร่าง เช่น กฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810,

<sup>153</sup> ศิวดี เกิดเจริญ, “ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร,” หน้า 51.

<sup>154</sup> คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 (จัดพิมพ์ฉลองพระมหากรุณาธิคุณ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องในวาระคล้ายวันสวรรคต เป็นปีที่ 100), พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 1.

<sup>155</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ประมวลกฎหมายเยอรมนี ค.ศ. 1870<sup>156</sup>

(ข) กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

มาตรา 245 ผู้ใดบังอาจกระทำการอนาจารแก่เด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ<sup>157</sup> ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

ถ้าแลมันใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำความผิดเช่นว่านี้ ท่านว่ามันผู้กระทำความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงห้าปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

มาตรา 246 ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป<sup>158</sup> โดยมันใช้กำลังอำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาท ด้วยอีกโสดหนึ่ง

(ค) ความหมายคำว่า “อนาจาร”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายลักษณะอาญามีความคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของอนาจารมาก และความหมายของ อนาจาร ตามมาตรา 245, 246 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นมีดังนี้ กระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น จับนม กอดจูบ ลูบคลำหรือจับต้องอวัยวะต่างๆ ที่สำคัญคือต้องดูจิตใจของผู้กระทำด้วย ซึ่งการกระทำที่เหมือนกันแต่หากทำโดยบุคคลคนเดียวก็อาจไม่เป็นอนาจารก็ได้ เช่น แพทย์ตรวจร่างกาย โดยต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย แม้เป็นการตรวจเต้านม ย่อมไม่เป็นกรณีของอนาจาร แต่หากเป็นกรณี

<sup>156</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), หน้า 13-14.

<sup>157</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2474 ได้แก่อายุเป็นต่ำกว่าสิบสามขวบ(เดิมต่ำกว่าสิบสอง), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 361.

<sup>158</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2474 ได้แก่อายุเป็น สิบสามขวบ(เดิมสิบสอง), อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 362.



เดียวกันแต่ใช้การเป็นแพทย์เป็นข้ออ้าง เพื่อสัมผัสเนื้อตัวร่างกายกรณีนี้ย่อมเป็นอนาจาร ขึ้นอยู่กับจิตใจของผู้กระทำ<sup>159</sup> หรือก็คือเจตนาในการกระทำนั้นเอง โดยต้องพิจารณากาลเทศะและสิ่งแวดล้อมประกอบด้วยในการระบุว่าการกระทำนั้นเป็นเรื่องที่ไม่สมควรทางเพศหรือไม่ ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย ได้ยกตัวอย่างไว้ดังนี้ “การกอดเด็กหญิงซึ่งผู้กอดมิใช่ญาติย่อมเป็นอนาจาร”<sup>160</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าหากกลับกันกรณีหากเป็นญาติเด็กหญิงนั้นเป็นผู้กอดการพิจารณาก็จะเปลี่ยนไป กล่าวคือ การที่ญาติมากอดหลาน หลาน หรือ ลื้อ นั้นก็ถูกมองว่าเป็นเรื่องการแสดงออกทางความรักความผูกพันมากกว่าจะเป็นเรื่องทางเพศ อีกตัวอย่างก็คือการกอดเพื่อการเต้นรำที่ ศาสตราจารย์ หยุต แสงอุทัย เอาเรื่องยุคสมัยหรือกาลเข้ามาเป็นข้อพิจารณา “การกอดเพื่อการเต้นรำไม่เป็นความผิดเพราะในปัจจุบันนี้ถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่สมควร”<sup>161</sup> ซึ่งพอจะทำให้เราเห็นได้ว่าการกระทำไม่เป็นการไม่สมควรทางเพศนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ตามยุคสมัยดังที่กล่าวมาแล้วในสมัยก่อนเพียงการสัมผัสตัวนั้นก็เป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมทางเพศแล้ว และหากมีการกระทำต่อฝ่ายหญิงที่ยังอยู่ในความปกครองโดยยังไม่มี การสุ่มขอนั้นไม่ว่าจะอายุเท่าใดก็ผิด<sup>162</sup> โดยไม่คำนึงถึงเรื่องความยินยอม<sup>163</sup> เมื่อพิจารณาแล้วว่าการกระทำนั้นไม่ใช่เรื่องที่ไม่เหมาะสมทางเพศอันไม่เป็นการอนาจารแล้ว แม้ต่อมาเกิดอารมณ์ในทางเพศขึ้นก็ไม่ทำให้การกระทำนั้นเป็นการอนาจาร<sup>164</sup>

(ง) ความหมายคำว่า “ใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย”

“ใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย” นั้นความหมายอย่างเดียวกันกับ “กระทำการประทุษร้าย” ซึ่ง กระทำการประทุษร้าย หมายความว่า การใช้กำลังกายกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลทุกชนิด เช่น การผลักใส่ ตบหน้า ตี ฟัน แทะ ยิง จับมาคุมขัง ใช้อำนาจทำให้มีนเมา หรือสะกดจิต ผลของการประทุษร้ายจะมีประการใดไม่สำคัญ<sup>165</sup> จะเห็นได้ว่าแม้คำอธิบายจะหมายความว่า “การใช้กำลังกาย” กระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลทุกชนิดก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่าการยกตัวอย่างยังรวมถึง การใช้อำนาจทำให้มีนเมา หรือสะกดจิตด้วย ซึ่งการใช้อำนาจทำให้มีนเมา หรือสะกดจิต ย่อมไม่อาจแสดงให้เห็นถึง การใช้กำลัง

<sup>159</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 361.

<sup>160</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>161</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>162</sup> พระอัยการลักษณะผิดเมีย มาตรา 76 โปรดดูในหัวข้อ 3.2.1 พระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง.

<sup>163</sup> พระอัยการลักษณะผิดเมีย มาตรา 76 คล้ายกับในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันในความผิดฐานความผิดพราหมณ์ผู้เยาว์ซึ่งเป็นการคุ้มครองอำนาจปกครองของผู้ใช้อำนาจปกครอง โปรดดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317-319.

<sup>164</sup> หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗, หน้า 361.

<sup>165</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 241,361.

ภายในแง่ของ การสัมผัสโดยตรงต่อร่างกาย (Physical Contact) โดยตรง แต่ “การใช้กำลังกาย” ตาม บทบัญญัติในส่วนนี้น่าจะหมายความเพียงว่า การใช้กำลังเคลื่อนไหวหรือขยับร่างกาย ก็พอที่จะเป็น “การใช้กำลังกาย” แล้ว จึงรวมกรณีการขยับร่างกายในการวางยา หรือ ขยับร่างกายในการสะกดจิต ด้วย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว “ใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย” ก็จะมีความหมายคล้ายกับ “ใช้กำลัง ประทุษร้าย” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) แต่ยังไม่รวมถึงกรณีของประทุษร้ายต่อจิตใจ

เนื่องจากกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้นส่วนบทบัญญัติมาตรา 245 และ 246 นั้นมีความใกล้เคียงกับความผิดฐานอนาจารในประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันอย่างมาก ทั้งในส่วนของ ความหมายของคำว่า “อนาจาร” ที่มีความหมายที่เหมือนกัน และในส่วนของ “การใช้กำลังอำนาจ ด้วยกำลังกาย” ก็มีความหมายเช่นเดียวกับ “ใช้กำลังประทุษร้าย” จึงขอยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา กรณีอนาจารที่เกิดขึ้นในช่วงที่บังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ดังนี้

#### คำพิพากษาศาลฎีกากรณีที่ถือว่าเป็นการอนาจาร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/131 กอดปล้ำหญิงเพื่อจะชำเรา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 633/2475 จับนมต่อหน้าสาธารณะกำหนดมีผิดตาม ม. 246 การมี ฐานะดีแล่มกั้งไม่เป็นเหตุในกฎหมายที่จะให้ยกอาชญาหรือรอกการลงอาชญาแก่จำเลย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 569/2479 จำเลยจับแขนหญิงตั้งเพื่อให้ไปกับจำเลยบนร้านขาย กาแฟซึ่งในขณะนั้นมีคนมากหน้าหลายตา จำเลยต้องมีความผิดฐานกระทำอนาจาร (จับแขนหญิงที่ กำลังนั่งอยู่กับสามีตั้ง เป็นการใช้อำนาจด้วยกำลัง ให้เกิดอับอายขายหน้าต่อประชาชน)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1043/2479 จับแขนหญิงที่กำลังนั่งคุยกับคนอื่น ตัดสินว่าเป็นการ อนาจารและเป็นการใช้อำนาจด้วยกำลังตามมาตรา 246

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 939/2487 ฟ้องระบุว่าจำเลยบังอาจใช้กำลังกายกอดปล้ำหญิง ย่อม เป็นการแสดงว่าหญิงไม่ยินยอมและแสดงว่าเป็นการอนาจารแล้ว ไม่จำเป็นต้องใช้คำว่าอนาจารไว้ในฟ้อง ด้วย<sup>166</sup>

<sup>166</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 362.

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในกรณีที่เห็นว่าเป็นการอนาจารนั้นก็สอดคล้องกับกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในยุคของประมวลกฎหมายอาญาที่เห็นว่าการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำอันไม่สมควรในทางเพศ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 การกระทำอนาจารคือการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบคลำ แต่ต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรก็เป็นความผิดสำเร็จแล้วส่วนการกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จเมื่อใช้อวัยวะเพศของชายบังคับใส่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง การกระทำชำเราจึงรวมถึงการกระทำอนาจารอยู่ในตัว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3953/2539 จำเลยกอดคอผู้เสียหายและจับแขนผู้เสียหายลากเพื่อจะพาเข้าห้องพักในโรงแรม เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ มีความผิดฐานกระทำอนาจาร โดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541 การที่จำเลยเข้าโอบไหล่ผู้เสียหาย ทั้งที่ไม่เคยรู้จัก กันมาก่อน ถือเป็นการลวนลามผู้เสียหายในทางเพศแล้ว เป็น ความผิดฐานกระทำอนาจาร<sup>167</sup>

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1904/2546 จำเลยที่ 1 นำบันไดวางริมหน้าต่างชั้นบนบ้านผู้เสียหาย และปีนไปเรียกผู้เสียหายเมื่อผู้เสียหายเปิดประตูออกมา จำเลยที่ 1 กอดอุ้มผู้เสียหายและกระทำอนาจารปลุกปล้ำผู้เสียหายที่บริเวณสนามหญ้าข้างหน้าบ้านพักผู้เสียหาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 239/2547 จำเลยที่ 2 พาผู้เสียหายอายุ 13 ปีเศษขึ้นรถแล้วจำเลยที่ 2 พุดกับพวกของจำเลยว่าจะนำไปขายช่อง ระหว่างอยู่บนรถจำเลยที่ 1 ใช้มือจับหน้าอก จำเลยที่ 3 ใช้มือจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายส่วนจำเลยที่ 2 ใช้มือขวาจับพวงมาลัยรถและมือซ้ายลูบที่ขาของผู้เสียหายไปตลอดทาง พฤติการณ์ดังกล่าวแสดงว่า จำเลยที่ 1 กับพวกมีเจตนากระทำอนาจารผู้เสียหายมาแต่ต้น และเป็นการกระทำต่อเนื่องกัน ถือได้ว่าความผิดฐานพรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดาเพื่อการอนาจารสำเร็จนับแต่จำเลยที่ 2 เริ่มพรากผู้เสียหายไปโดยมีเจตนา ดังกล่าวแล้ว จำเลยที่ 2 จึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม

จำเลยที่ 2 กับพวกอุ้มนักผู้เสียหายขึ้นไปบนรถระหว่างทางมีการกระทำอนาจารผู้เสียหายในวัน

---

\* คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5694/2541 มีประเด็นที่น่าสนใจที่ไม่ได้อ้างมาในหัวข้อนี้คือ “แต่การกระทำอนาจารของจำเลยดังกล่าว เป็นเพียงการใช้มือโอบไหล่เท่านั้น ไม่น่าจะทำให้ผู้เสียหาย เสื่อมเสียหรือได้รับความอับอายมากนัก ทั้งไม่ปรากฏว่า จำเลยเคยต้องโทษจำคุกมาก่อน เห็นสมควรให้โอกาสจำเลยกลับตน เป็นพลเมืองดีโดย ให้ออกรอลงโทษจำคุกไว้ แต่เห็นสมควรลงโทษปรับจำเลยด้วย” จะเห็นได้ว่าศาลมองว่าอนาจารก็มีระดับของการอนาจารอยู่.

เดียวกัน ต่อเนื่องกันไปไม่ขาดตอนเป็นความผิดกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ต้องลงโทษตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง ซึ่งเป็นบทที่มีโทษหนักที่สุด

#### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ไม่ถือว่าเป็นการอนาจาร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 602/2460 ผู้หญิงที่เป็นคนรักใคร่กันมาก่อน แต่ภริยาที่ผู้ผิดไม่รุนแรง แสดงให้เห็นว่ากระทำเพื่อหยอกเย้า

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 699-700/2468 จำเลยสะกดขอมหากหญิงที่เป็นคนรู้จักกัน หญิงไม่ให้จำเลยจับข้อมือหญิงพูดว่าไปเถิด หญิงร้องเอะอะขึ้นจำเลยก็ปล่อยมือตัดสินว่าภริยาทำท่าน่าจะ เกิดจากการหยอกล้อกันเล่นฐานคนรู้จักกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 751/2468 พบหญิงที่รู้จักกันมาก่อนแล้วจับข้อมือหญิง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 173/2469 สามียจับข้อมือภรรยาในที่ประชุมชนแล้วอุ้ดเพื่อให้กลับบ้าน เพื่อนของสามีก็ช่วยอุ้ด ตัดสินว่าสามีและเพื่อนไม่ผิดตามมาตรานี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 513/2469 จำเลยจับข้อมือหญิงที่รักใคร่กันอยู่กุมไว้นาน แล้วชวนให้ตาม ไปในทางซู้สาว หญิงไม่ยอมจำเลยก็อุ้ดข้อมือหญิงจะให้ไป พออย่าของหญิงเดินออกมา จำเลยก็หนี การจับ ข้อมืออุ้ดข้อมือหญิงได้เกิดขึ้นโดยหญิงยินยอมนั้น หาใช่เป็นการอนาจารไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2494 ชายจับข้อมือหญิงสาวกระชากมาเพื่อจะทำร้ายไม่ใช่เจตนา จะทำอนาจารนั้นไม่เป็นผิดตามมาตรา 246<sup>168</sup>

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในกรณีที่ไม่เห็นว่าเป็นการอนาจารนั้นจะเห็นได้เป็นกรณีที่มีความสัมพันธ์ระหว่างกันมาก่อนหรือโดยพฤติการณ์นั้นยอมเข้าใจได้ว่าไม่ได้กระทำไปโดยมีเจตนาเพื่อ จะกระทำอนาจารนั่นเองเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ใช้ประมวลกฎหมายอาญาในการ พิพากษาคดีและไม่ถือว่าเป็นการอนาจาร ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3668/2545 จำเลยกับพวกร่วมกันจับแขนผู้เสียหายที่ 2 ลากลงจาก

<sup>168</sup> หุตุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗, หน้า 362-363.

บ้านเพื่อพาไปข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อพาเอาตัวผู้เสียหายที่ 2 ไปให้ได้ เท่านั้นมิใช่มีลักษณะเป็นการกระทำอนาจารผู้เสียหายที่ 2 เมื่อข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยกระทำความผิดฐานร่วมกันกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 ประกอบมาตรา 83 แม้จำเลยให้การรับสารภาพก็ไม่อาจพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดฐานนี้ได้ (มีลักษณะใช้กำลังประทุษร้ายเพื่อพาเอาตัวไปเท่านั้น ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำอนาจาร) คดีที่ไม่เป็นอนาจารมาถึงการพิจารณาของศาลฎีกามีจำนวนน้อยแต่หากพิจารณาประมวลกฎหมายอาญาก็จะพิจารณาจากวิญญูชนว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศหรือไม่ซึ่งหากผู้กระทำมีความสัมพันธ์กันมาก่อนหรือหรือโดยพฤติการณ์นั้นยอมเข้าใจได้ว่าไม่ได้กระทำไปโดยมีเจตนาเพื่อจะกระทำอนาจารการกระทำนั้นย่อมไม่เป็นการอนาจารเช่นเดียวกัน

นอกจากนั้นกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ยังมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับบทบัญญัติในเรื่องอนาจารที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของไทย คือ

มาตรา 247 ความผิดอย่างใดใดที่ว่ามาในมาตรา 243, 244, 245 และ 246 นั้นถ้าผู้กระทำเป็นบิดามารดาหรือปู่ย่าตายายก็ดี ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกระทำร้ายไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่บัญญัติไว้ใน 4 มาตราที่ว่ามานั้นหนึ่งในสามส่วน

ในส่วนของมาตรานี้ นั้น มีความคล้ายคลึงกับ มาตรา 285 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย กล่าวคือหากเป็นการกระทำต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจเลี้ยงดู ควบคุม กำกับดูแล กล่าวคือมีอิทธิพลต่อตัวผู้ถูกระทำก็จะทำให้ผู้ถูกระทำตกอยู่ภายใต้ภาวะจำยอมได้ง่ายกว่าปกติซึ่งสมควรที่จะลงโทษให้หนักขึ้นเพราะเหตุนี้

มาตรา 248 การฟ้องเอาโทษแก่ผู้กระทำความผิดกฎหมายหมวดนี้นั้น ถ้าคดีเป็นข้อหาว่าใช้อำนาจด้วยกำลังหรือขู่เข็ญทำชำเราซึ่งใจหญิงตั้งเช่นว่าไว้ในตอนต้นแห่งมาตรา 243 ก็ดีหรือคดีมีข้อหาว่าใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราซึ่งใจหญิงตั้งว่าไว้ในตอน 2 แห่งมาตรา 243 นั้นก็ดี หรือว่าเป็นคดีข้อหาว่าบังอาจกระทำอนาจารแก่บุคคลตั้งว่าไว้ในมาตรา 246 นั้นก็ดี ท่านว่าให้พิจารณาดูฐานที่เกิดเหตุก่อน ถ้าเหตุมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลไซ้ ท่านให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกกระทำร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้เจ้าพนักงานเอาคดีนั้นขึ้นว่ากล่าวตามกระบิลเมือง

ในส่วนของมาตรานี้ นั้นมีความคล้ายคลึงกับมาตรา 281 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทย กล่าวคือเป็นการกำหนดให้ความผิดอาญาบางฐานในหมวด “ความผิดว่าด้วยความผิดที่กระทำ

อนาจาร” กล่าวคือเฉพาะกรณีอนาจารตามมาตรา 246 คือกระทำอนาจารต่อบุคคลที่อายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไป เป็นความผิดอันยอมความได้ ยกเว้นในกรณี เหตุเกิดต่อหน้าธารกำนัล<sup>169</sup>

### 3.2.4 ประมวลกฎหมายอาญา

พันเอกหลวงพิบูลสงครามในสมัยเป็นรัฐบาล ในปี พ.ศ. 2482 ได้ตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาขึ้นเพื่อแก้ไขปรับปรุงกฎหมายลักษณะอาญาให้เป็นระบบ โดยตรวจสอบข้อบกพร่อง และเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนไปก็ได้ทำการเพิ่มเติมบทบัญญัติ<sup>170</sup> และประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2500<sup>171</sup>

มีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานอนาจารทั้งสิ้น 4 ครั้งตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ดังนี้<sup>172</sup>

ครั้งที่ 1 ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 สมัยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะปฏิวัติ โดยมีเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมเพราะคณะปฏิวัติมีความปรารถนาจะให้ประชาชนได้รับความสงบสุขและปลอดภัยจากอาชญากรรม ในการนี้คณะปฏิวัติเห็นว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอต่อการป้องกันและปราบปราม สมควรแก้ไขให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ รวมถึงการเพิ่มโทษสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจาร

ครั้งที่ 2 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม พ.ศ. 2525 สมัยพลเอกเปรม ติณสูลานนท์เป็นนายกรัฐมนตรี โดยเหตุผลในการประกาศใช้คือ สภาพอาชญากรรมบางประเภทโดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมที่เป็นความผิดเกี่ยวกับเพศได้ทวีความรุนแรงซึ่งแม้ได้มีการเพิ่มอัตราโทษมาแล้วครั้งหนึ่ง

<sup>169</sup> “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามมาตรา 248 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หมายความว่า “กระทำในที่ที่สาธารณชนสามารถจะมองเห็นได้ โดยเหตุนี้การกระทำในที่สาธารณสถาน แต่กระทำในเวลาซึ่งสาธารณชนไม่สามารถจะเห็นได้... ไม่ถือว่ากระทำต่อหน้าธารกำนัล แต่ถ้าแม้จะกระทำในที่ของเอกชน แต่กระทำโดยเปิดเผยกลางวันแสกๆซึ่งโดยปกติสาธารณชนอาจเห็นได้ ถือว่าเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล”, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 363.

<sup>170</sup> ศิวตี เกิดเจริญ, "ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร," หน้า 52.

<sup>171</sup> พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

<sup>172</sup> ศิวตี เกิดเจริญ, "ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร," หน้า 52.

ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 แต่เห็นสมควรเพิ่มอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดดังกล่าว โทษในความผิดฐานอนาจารจึงได้รับการเพิ่มโทษขึ้น

ครั้งที่ 3 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2530 เหตุผลคือ บทบัญญัติมาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 282 กำหนดอายุเด็กที่จะได้รับความคุ้มครองไว้เป็นพิเศษตามกฎหมายจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กไว้เพียงอายุไม่เกินสิบสามปีเท่านั้น ผู้กระทำความผิดตามบทมาตราดังกล่าวจึงสามารถอ้างความยินยอมของเด็กอายุกว่าสิบสามปีขึ้นเป็นเหตุยกเว้นความผิดหรือบรรเทาโทษตามกฎหมายได้ นับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบจากเด็กอายุระหว่างสิบสามถึงสิบห้าปีซึ่งส่วนใหญ่ยังมีความเจริญเติบโตและพัฒนาการด้านต่างๆ เช่น ร่างกาย จิตใจ สติปัญญา การศึกษา อารมณ์และประสบการณ์ไม่เพียงพอได้ จึงมีการแก้ไขอายุเด็กที่กฎหมายคุ้มครองจากสิบสามเป็นสิบห้าปี

ครั้งที่ 4 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 20 มีนาคม พ.ศ. 2560 ด้วยเหตุผลในเรื่องของ อัตราโทษปรับในประมวลกฎหมายอาญายังไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศในปัจจุบัน สมควรปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้อง กับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งรวมไปถึงการปรับปรุงอัตราโทษปรับตามมาตรา 278 และมาตรา 279 ประมวลกฎหมายอาญาด้วย อาศัยมาตรา 11 ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

### 3.3 ที่มาและขอบเขตของ คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย”

คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” (Act of Violence) มาจาก ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (6) ที่บัญญัติว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้อาวุธทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน”

คำว่า ใช้กำลังประทุษร้ายนี้ ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา

หมวดความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร มาตรา 113,117

หมวดความผิดต่อสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ มาตรา 130,131

หมวดความผิดต่อเจ้าพนักงาน ในมาตรา 138,139

หมวดความผิดต่อเจ้าพนักงานในการยุติธรรม มาตรา 190,191,197

หมวดความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน มาตรา 215

หมวดความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 276,278,279,283,284

หมวดความผิดต่อเสรีภาพ มาตรา 309

หมวดความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน มาตรา 337,339

หมวดความผิดฐานบุกรุก มาตรา 365

หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 831/2532 ได้อธิบายความหมายของคำนี้ไว้โดยอ้างถึง ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทัย ดังนี้ “ “ประทุษร้าย” หรือที่เรียกกันว่า “ทำร้าย” มีความหมายอย่างเดียวกัน คือทำให้เสียหายเป็นภัยแก่กายหรือจิตใจ แต่มิได้มุ่งถึงผลที่จะต้องเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามมาตรา 295 แต่อย่างใด<sup>173</sup> โดยเพียงแต่ทำร้ายทางกายหรือจิตใจก็เป็นการเพียงพอแล้ว และการทำร้ายนี้ก็ไม่ต้องคำนึงถึงผลที่ว่าไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 ด้วย เพียงแต่ทำร้ายแก่กายหรือจิตใจเท่านั้น ก็ถือว่าเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายแล้ว ส่วนจะเกิดผลเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือไม่ ไม่ใช่ข้อสาระสำคัญในการพิจารณา” เช่นเดียวกับ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดี ได้ให้ความหมายของ “ “ใช้กำลังประทุษร้าย” ดังนี้ “ประทุษร้าย” มีความหมายอย่างเดียวกับการ “ทำร้าย” ตามมาตรา 290 และมาตรา 295 (ประมวลกฎหมายอาญา) คือทำให้เสียหายเป็นภัยแก่กายหรือจิตใจของบุคคล อย่างไรก็ตาม ทำร้าย ตามมาตรา 295จะต้องเกิดผลคือเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล แต่การ “ทำร้าย” ตามความหมายของการใช้กำลังประทุษร้าย อาจจะไม่ถึงขั้นเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ประทุษร้าย ก็คือการทำร้ายนั่นเอง เพียงแต่การประทุษร้ายนั้นมีส่วนที่

<sup>173</sup> จิตติ ติงศภัทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรรัชการพิมพ์, 2553), หน้า 2448.



แตกต่างจากการทำร้ายคือ ไม่จำเป็นต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่กายหรือจิตใจ”<sup>174</sup>

ทำให้เข้าใจได้ว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” หรือก็คือ การประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจ ย่อมมีความหมายเช่นเดียวกับ การทำร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 แต่มีความแตกต่างตรงที่ การประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจนั้นไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเกิดอันตรายขึ้นแก่กายหรือจิตใจขึ้นดังเช่นใน มาตรา 295 และ “ใช้กำลังประทุษร้าย” ยังกินความรวมถึง การใช้กำลังทำร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 ด้วย “เพราะตามนิยามของคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” รวมถึงการ “ใช้แรงกายภาพ” คือการ “ใช้กำลังทำร้าย” ตามมาตรา 391 นั้นเอง ”<sup>175</sup>

หากพิจารณาจากรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 243/110/2485<sup>176</sup> จะพบว่ามีการใช้คำว่า ใช้กำลังทำร้ายบ้าง กระทำร้ายบ้าง ประทุษร้ายบ้าง แต่มาจากคำเดียวกันคือ Act of Violence ซึ่งเนื้อหาการประชุมพอจะสรุปความได้ว่า ก็ให้ใช้คำต่างๆตามฐานความผิด โดยคำนึงถึงความหมายของคำนั้นและฐานความผิดที่ต่างกันว่า ต้องการการกระทำที่ครอบคลุมเพียงใด

ประกอบกับหากพิจารณาจากรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 502/412/2486<sup>177</sup> “ได้มีการโต้แย้งและพิจารณาในประเด็นที่ว่า คำว่า เป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายและจิตใจ ที่เสนอขึ้นใช้ในบทบัญญัติใหม่นั้น จะแปลความอย่างไร เพราะเป็นคำที่มีความหมายกว้างและหากใช้ถ้อยคำนี้ศาลจะต้องแปลความหมายเอง โดยมีการยกปัญหาขึ้นพิจารณาในที่ประชุมว่า อันตรายแก่กายหรือจิตใจ หรือในภาษาอังกฤษว่า “bodily harm” นี้ ควรให้ศาลแปลความหมายเอาเอง คณะอนุกรรมการ จึงเห็นชอบที่จะนำคำว่า อันตรายแก่กายหรือจิตใจ มาใช้กับบทบัญญัติความผิดต่อร่างกายในประมวลกฎหมายอาญา โดยใช้บัญญัติในมาตรา 295 ซึ่งเรียกชื่อฐานความผิดว่า ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย และบัญญัติในมาตรา 391 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษ และยังคงใช้บังคับจนถึงปัจจุบันนี้”<sup>178</sup>

จะเห็นว่าที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญานั้นตั้งใจที่จะให้

<sup>174</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 4, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง(ประเทศไทย), 2551), หน้า 25.

<sup>175</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>176</sup> ดู รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 243/110/2485

<sup>177</sup> ดู รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 502/412/2486 อารักสา ศิริวัฒนา, "ขอบเขตของ “อันตรายแก่กายหรือจิตใจ” ในความผิดต่อร่างกาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 83,190.

ขอบเขตของอันตรายแก่กายและจิตใจนั้นถูกตีความโดยศาลเองโดยไม่ได้กำหนดความหมายที่แน่นอนตายตัวไว้ และแม้เรื่องของอันตรายแก่กายและจิตใจที่กล่าวอ้างในรายงานการประชุมเป็นเรื่องของการทำร้ายก็ตามแต่จะเห็นได้ว่า การประทุษร้ายนั้น ก็กินความรวมถึง ทำร้าย นั้นเองเพียงต่างกันที่ว่า ประทุษร้ายนั้น ไม่จำเป็นต้องเกิดอันตรายขึ้นจริงๆ และเมื่อการที่ทั้งสองคำมีความหมายเหมือนกันอีกทั้งก็ต่างเป็นการกระทำต่อร่างกายและจิตใจ ก็คงกล่าวได้ว่า ขอบเขตว่าแค่นั้นเป็นเรื่องของร่างกายหรือจิตใจ อนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาก็มีความตั้งใจตั้งแต่การเลือกใช้คำให้เป็นหน้าที่ของศาลในการตีความ

### 3.3.1 ทำร้าย

คำว่า “ทำร้าย” มีอยู่ในทั้งส่วนของความผิดต่อชีวิต และความผิดต่อร่างกายในประมวลกฎหมายอาญาคือในเรื่องของ ทำร้ายเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 290 และ ทำร้ายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 295 ซึ่งคำว่า ทำร้าย และ ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 1 (6) นั้นมีความหมายเช่นเดียวกัน ยกเว้นแต่ การทำร้ายนั้นต้องเกิดผลขึ้นคือการทำร้ายนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย หรือ เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ดังนั้น การทำให้บุคคลหนึ่งตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้จะไม่เป็นทำร้าย เช่น ใช้ปืนขู่บังคับไม่ให้ขัดขืน เพราะยังไม่เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจขึ้น กล่าวคือผลยังไม่เกิดขึ้น แต่หากการทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ก่อให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ เช่น การวางยาสลบให้สลบไป หรือ การสะกดจิต ก็ย่อมเป็นการทำร้ายได้เพราะเกิดอันตรายแก่จิตใจแล้วกล่าวคือสมอง ส่วนที่แตกต่างกันระหว่างทำร้ายตามมาตรา 290 และ มาตรา 295 นั่นคือ ผลที่เกิดขึ้นโดยหากผลที่เกิดขึ้นคือทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายก็ย่อมเป็นการทำร้ายตามมาตรา 290 โดยไม่จำเป็นต้องเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจแต่อย่างใด<sup>179</sup>

การทำร้ายเป็นการกระทำด้วยประการใดก็ตามที่เป็นเหตุให้เกิดผลขึ้น ไม่จำเป็นต้องกระทำต่อร่างกายหรือจิตใจโดยตรง อาจเป็นการใช้กำลังทำร้ายตามมาตรา 391<sup>180</sup> และไม่ว่าจะกระทำโดยถูกเนื้อตัวร่างกายหรือไม่ก็ตาม เช่น วางยาพิษให้กิน หรือ หลอกให้ตกใจกลัวจนป่วยไข้<sup>181</sup> ในส่วนของทำร้ายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามมาตรา 295 นั้นส่วนสำคัญอยู่ที่ผลของการ

<sup>179</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 118-119.

<sup>180</sup> มาตรา 391 ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>181</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 187-188.

กระทำซึ่งสามารถแยกได้สองส่วนดังนี้

(ก) อันตรายแก่กาย

โดยที่อันตรายแก่กายและจิตใจนั้นไม่ได้มีนิยามในประมวลกฎหมายอาญา แต่เข้าใจได้ว่าอันตรายแก่กายเป็น “การทำให้เกิดบาดเจ็บแตกหักเสียหายแก่ร่างกาย ไม่ว่าจะโดยใช้กำลังทำร้ายหรือไม่และไม่จำเป็นต้องถูกเนื้อต้องตัว”<sup>182</sup> โดยที่ ศาลจะวินิจฉัยโดยอาศัยผลสุดท้ายที่เกิดแก่กายหรือจิตใจ ประกอบกับอาวุธและพฤติการณ์แห่งการทำร้ายด้วย เช่น ศาลเคยวินิจฉัยว่า “กระชากมือโดยแรงจนผู้เสียหายล้มลงบาดเจ็บที่นิ้วและหัวเข่า รักษา ๕ วันหาย ไม่ปรากฏว่าบาดเจ็บอย่างไร เป็นแผลอย่างไร ก็ถือเป็นอันตรายแก่กาย” ซึ่ง ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ ได้ให้ความเห็นว่า “ดูผลรักษา ๕ วันเป็นหลัก ออกจะเลื่อนลอยเกินไป อย่างไรก็ตามก็ตามกิริยาที่กระชากมือโดยแรงจนล้มลงคงเป็นพฤติการณ์ประกอบอยู่ในตัว”<sup>183</sup> ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาอื่น เช่น แผลถลอก ยังไม่เป็นอันตรายแก่กาย<sup>184</sup> บาดแผลโลหิตหิตซั้บ โดยปกติถือว่าเป็นอันตรายแก่กาย แต่หากเลือดออกจากแผลถลอกยังไม่เป็นอันตรายแก่กาย<sup>185</sup> แต่แผลไม่มีโลหิตหิตซั้บหรือไหล เพียงแต่ ช้ำเขียว บวม ช้ำแดง เป็นรอยเล็บข่วน ศาลจะพิจารณาว่าเป็นแผลเล็กน้อยหรือไม่ตามมาตรฐานวิญญูชนหากไม่เป็นแผลเล็กน้อยก็เป็นอันตรายแก่กาย<sup>186</sup>

(ข) อันตรายแก่จิตใจ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนหัวข้อ 3.3 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าถ้าการนั้นเป็นอันตรายต่อจิตใจแล้วย่อมเป็นการทำให้เสียหายต่อจิตใจไปในตัว แม้ว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” นั้นจะต้องการเพียง การทำให้เสียหายก็เพียงพอโดยไม่ได้ต้องการผลคืออันตราย เราจึงควรพิจารณาความหมายของอันตรายแก่จิตใจด้วย ซึ่งอันตรายแก่จิตใจนั้นแตกต่างจากอันตรายแก่กายซึ่งสามารถเห็นได้อย่าง

<sup>182</sup> ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 250.

<sup>183</sup> จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 191-193.

<sup>184</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 658/2536 ฎ.ส.เล่ม 5 น.181, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2192/2539 ฎ.ส.เล่ม 6 น.112 , อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 195.

<sup>185</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1231/2496 ฎ. 1456, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 198/2456 2 มส. 315, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2482 23 รส. 411, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2888/2547 ฎ.ส.เล่ม 5 น.112, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 196-197.

<sup>186</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 370/2536 ฎ.ส.เล่ม 5 น.1, คำพิพากษาศาลฎีกา 3089/2541 ฎ.ส.เล่ม 6 น.118.

ชัดเจนถึงบาดแผลและความเสียหายต่างๆที่เกิดขึ้นซึ่งง่ายต่อการพิสูจน์และวินิจฉัย แต่ในเรื่องอันตรายแก่จิตใจเป็นเรื่องที่อยู่ภายในร่างกายและในบางครั้งไม่ปรากฏออกมาภายนอกอย่างชัดเจน

### ในทางการแพทย์

ในทางการแพทย์ไม่มีคำนี้โดยตรง แต่มีในเรื่องของโรคต่างๆที่เกี่ยวกับจิตใจหรือก็คือความผิดปกติทางจิตหรือโรคทางจิตเวช ซึ่งปรากฏในงานศึกษาของ อากัสรา ศิริวัฒนา ดังนี้

“การจำแนกโรคทางจิตเวช (Classification of mental disorders)

การจำแนกโรคทางจิตเวช แบ่งได้กลุ่มใหญ่ๆ ดังต่อไปนี้<sup>187</sup>

(1) ปัญญาอ่อน (mental retardation) คือมีสติปัญญาด้อยหรือต่ำกว่าปกติ

(2) กลุ่มอาการทางจิตเนื่องจากสมองพิการ (organic brain syndrome OBS) เกิดจากการที่สมองมีพยาธิสภาพ โดยอาจจะมีอาการโรคจิต (psychosis) อยู่ด้วยซึ่งเรียกว่า OBS With psychosis หรือไม่มีอาการโรคจิตอยู่ด้วยที่เรียกว่า OBS without psychosis

(3) โรคจิตเภท (schizophrenia) เป็นโรคจิตที่ผู้ป่วยมีความผิดปกติในรูปแบบของความคิด มีอาการหลงผิด (delusion) ประสาทหลอน (hallucination) พฤติกรรมของผู้ป่วยผิดปกติ มีอารมณ์แบบเฉยเมย (apathy) หรือการแสดงอารมณ์ไม่สมเหตุสมผลต่อเหตุการณ์ในขณะนั้น (inappropriate) การรู้จักตัวเอง (insight) ของผู้ป่วยเสีย

(4) โรคอารมณ์แปรปรวน (major affective disorder) หมายถึง โรคที่มีความผิดปกติของอารมณ์ ซึ่งอาจเป็นอารมณ์เศร้า (depressive) หรืออารมณ์รื่นเริงสนุกสนาน (euphoria) อีกโรคหนึ่งซึ่งจัดอยู่ในกลุ่มนี้คือ โรคเศร้าในวัยต่อ (involutional melancholia)

(5) ภาวะระแวง (paranoid state) เป็นโรคจิตเรื้อรังที่มีอาการหลงผิดคิดว่ามีคนปองร้าย (persecutory delusion) หรือคิดว่าตนเป็นคนสำคัญผิดธรรมดา (grandeur delusion)

---

<sup>187</sup> การจำแนกโรคทางจิตเวชในลักษณะนี้ เป็นไปตาม DSM-II (Diagnostic and Statistical manual of mental disorders) ของสมาคมจิตแพทย์แห่งอเมริกา, รายละเอียดโปรดสมภาพ เรื่องตระกูล, คู่มือจิตเวชศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2528), หน้า 13-19, อ้างถึงใน อากัสรา ศิริวัฒนา, "ขอบเขตของ "อันตรายแก่กายหรือจิตใจ" ในความผิดต่อร่างกาย," หน้า 95-97.

(6) โรคประสาท (neurosis) ผู้ป่วยจะมีความหวาดกลัวและวิตกกังวล แต่อาการมักเป็นไม่รุนแรง การแสดงออกของผู้ป่วย เช่น การกระทำ การพูดจา และความคิด เป็นปกติไม่มีอาการของโรคจิต เช่น หูแว่ว ภาพหลอน หรือความคิดหลงผิด

(7) บุคลิกภาพผิดปกติ (personality disorder) หมายถึงลักษณะนิสัยของบุคคลที่แสดงออกต่อคนในสังคมนั้นผิดไปจากปกติ ซึ่งโดยทั่วไปไม่มีอาการของโรคประสาทหรือโรคจิตแต่ก็มีบางกรณีที่มีโรคประสาทหรือโรคจิตปนอยู่ด้วย เช่น โรคประสาทกลัว โรคย้ำคิด หรือโรคจิตเภท

(8) ความผิดปกติทางเพศ (sexual deviation)

(9) การติดยาเสพติดให้โทษ (drug dependence) หมายถึงภาวะที่ผู้ป่วยตกเป็นทาสทางจิตใจ (psychic dependence) หรือทาสทางกาย (physical dependence) หรือทั้ง 2 ทางต่อยาชนิดใดชนิดหนึ่ง และมีความต้องการที่จะต้องหายานั้นมาให้ได้ ไม่ว่าจะโดยวิธีใดก็ตาม ถ้าจะหยุดจะเกิดอาการขาดยา (withdrawal symptoms) และอาจจะทำให้เกิดผลร้ายต่อผู้เสพและสังคม

(10) Psychophysiologic disorder หรือ Psychosomatic คือการที่ผู้ป่วยมีความเครียดอยู่เป็นเวลานาน และทำให้เกิดอาการทางกาย เช่น ความดันโลหิตสูง แผลในกระเพาะอาหารและลำไส้ โรคหอบหืด เป็นต้น

(11) ภาวะจิตใจผิดปกติชั่วคราวเนื่องจากความเครียด ความตกใจ เช่น เกิดจลาจล น้ำท่วม ไฟไหม้ ทำให้เกิดความผิดปกติทางจิต อาจเกิดในลักษณะโรคประสาทหรือโรคจิตหรือพฤติกรรมผิดปกติอย่างอื่นแล้วแต่กรณี

นอกจากนี้ยังมีคำว่า “โรคจิต” (Psychosis) ซึ่งตามคำจำกัดความขององค์การอนามัยโลก นิยามไว้ว่า “เป็นภาวะที่มีการสูญเสียหน้าที่การทำงานของจิตใจถึงระดับที่ทำให้เสียความสามารถหยั่งรู้ตนเอง ความสามารถที่จะสนองความต้องการที่จำเป็นในการดำรงชีพหรือความรู้สึกนึกคิดและพฤติกรรมต่าง ๆ ที่อยู่ในกรอบของความเป็นจริง”<sup>188</sup>

อาการทางจิตเวชอีกลักษณะหนึ่ง...ภาวะจากการเป็นพิษ (Intoxication) จากสุราหรือสารพิษอย่างอื่น โดยเฉพาะสารที่มีฤทธิ์โดยตรงต่อสมองนั้น การเป็นพิษจะทำให้เกิดอาการ เกิดอาการง่วง สับสน เพ้อคลั่ง ประสาทหลอน หรือแปลภาพผิด ภาวะเช่นนี้ทางจิตเวชถือว่ามีความรู้สึก

<sup>188</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิตยศาสตร์, เอกสารการสอนมหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530, หน้า 165, อ้างถึงใน อภิสราศิริวัฒนา, "ขอบเขตของ "อันตรายแก่กายหรือจิตใจ"ในความผิดต่อร่างกาย," หน้า 97.

ผิดปกติ ถือว่าเป็นโรคจิตกลุ่มที่เรียกว่า โรคจิตสารพิษ (Toxic Psychosis)”<sup>189</sup>

อันตรายแก่จิตใจถ้าถึงขั้น โรคจิตก็เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นอันตรายแก่จิตใจ แต่หากไม่ถึงขั้นโรคจิตเพียงแต่ประสิทธิภาพลดลงหรือเสื่อมถอยลง(Mental disabilities or Psychic disorders) เพียงใดจะเป็นอันตรายแก่จิตใจ ศาสตราจารย์ นายแพทย์ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ให้ความเห็นไว้อย่างน่าฟังพอจะสรุปได้ดังนี้ การพิจารณาในเรื่องอันตรายแก่จิตใจนี้ควรพิจารณาถึงหลักในเรื่องการกระทำสัมพันธ์กับผลของการกระทำ (Causation) และผลที่เกิดขึ้นต้องเป็นผลตามธรรมดาที่ย่อมเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้นจึงจะเรียกว่าเป็นอันตรายแก่จิตใจ<sup>190</sup>ในความเข้าใจของผู้ศึกษา “ผลตามธรรมดา” ในที่นี้เป็นคนละเรื่องกับเรื่อง “ผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้น” ในส่วนที่ใช้พิจารณากรณีต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะผลของการกระทำนั้น<sup>191</sup> แต่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเหมือนกัน กล่าวคือ ผลของการกระทำนั้นเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้นอย่างเดียวหรือไม่หรือมีองค์ประกอบอื่นมาทำให้เกิดผลเช่นนั้น

#### ในทางกฎหมาย

ความหมายของอันตรายต่อจิตใจนั้นไม่รวมถึงความรู้สึกหรืออารมณ์ แต่จิตใจในที่นี้คือ “สมอง” ดังนั้นกล่าวได้ว่า การทำให้เกิดอันตรายแก่สมองย่อมเป็น อันตรายต่อจิตใจ แล้วไม่ว่าจะเป็นการทำให้สมองเสียหายหรือทำให้ประสิทธิภาพในการทำงานผดเพี้ยนหรือลดลงไป ก็ถึงขั้นที่เรียกว่าอันตราย เช่น การให้กินยาทำให้มีเมามาไม่ได้สติ หรือ ทำให้ตกใจจนสลบ หรือทำให้ไม่ได้สติคล้ายคนบ้า<sup>192</sup> โดยจะเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดผล ต่อร่างกายด้วยหรือไม่ก็ได้ เช่น การทำให้หมดสติไปนั้น แม้จะไม่เกิดบาดแผลใดๆก็เป็นอันตรายแก่จิตใจ<sup>193</sup>ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีที่กล่าวมาในบทที่ 2 ที่ว่า ไม่มีทฤษฎีใดกล่าวว่ายอันตรายต่อจิตใจนั้นต้องการมีอยู่ของอันตรายแก่กาย เราจะเห็นได้ว่าอันตรายแก่จิตใจในทางกฎหมายนั้นจำกัดเฉพาะในเรื่องต้นกำเนิดแห่งจิตหรือก็คือสมองซึ่งอาจแตกต่างจากเรื่องโรคทางจิตเวชที่เป็นเรื่องในทางการแพทย์ได้เพราะ จิตใจเป็นส่วนที่กำเนิดความรู้สึก ความสำนึก ความคิด และอารมณ์ แต่สิ่งเหล่านี้ไม่ใช่จิตใจแต่เป็นสิ่งที่จิตใจทำให้เกิดขึ้นและนอกเหนือไปจาก

<sup>189</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, นิติเวชศาสตร์, หน้า 179, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

<sup>190</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 98.

<sup>191</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63 “ถ้าผลของการกระทำความผิดใดทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ผลของการกระทำความผิดนั้นต้องเป็นผลที่ตามธรรมดาย่อมเกิดขึ้นได้”

<sup>192</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลโทษ, หน้า 251.

<sup>193</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 224.

ประสาทที่เป็นส่วนหนึ่งของร่างกาย ประสาทอาจผิดเพี้ยนไปแต่จิตใจอาจเป็นปกติอยู่ก็ได้ ซึ่งแค่นั้นเพียงใดจะเป็นอันตรายต่อจิตใจหรืออันตรายต่อสมองนั้นต้องวินิจฉัยตามความคิดเห็นของวิญญาณโดยทั่วไป<sup>194</sup>

ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นสิ่งสำคัญในการพิจารณาอันตรายแก่กายและอันตรายต่อจิตใจกล่าวคือ จะเป็นอันตรายแก่กายและอันตรายแก่จิตนั้นการกระทำนั้นต้องทำให้เกิดผลและผลนั้นย่อมเป็นผลที่ตามธรรมชาติเกิดขึ้นได้จากการกระทำนั้น<sup>195</sup>

### 3.3.2 ใช้กำลังทำร้าย

“ใช้กำลังทำร้าย” มีความหมายคล้ายกับ “ทำร้าย” ที่ได้กล่าวมาแล้วแต่จำกัดเพียงการใช้กำลัง กล่าวคือ ใช้กำลังกาย, ใช้แรงกายภาพ<sup>196</sup> ดังนั้นหากเป็นกรณีที่ไม่มีการใช้กำลังก็จะเป็น ใช้กำลังทำร้าย แต่อาจจะเป็น ทำร้าย หรือ ใช้กำลังประทุษร้าย อันจะได้กล่าวต่อไป โดยที่คำว่า ใช้กำลังทำร้าย อยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 391 ซึ่งเป็นความผิดลหุโทษซึ่งเป็นกรณี การใช้กำลังทำร้าย โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ เพราะฉะนั้นแม้จะใช้กำลังทำร้ายแต่หากผลที่เกิดขึ้นเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจก็จะกลายเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือจิตใจตามมาตรา 295 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเห็นได้ว่า การใช้กำลังทำร้าย เป็นส่วนหนึ่งของ ทำร้ายนั่นเอง เพียงแต่จำกัดวิธีการว่าต้องมีการใช้กำลังกายนั่นเอง

### 3.3.3 ใช้กำลังประทุษร้าย

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (6) นิยามความหมายของ ใช้กำลังประทุษร้ายไว้ ซึ่งสามารถแยกออกมาได้ดังนี้

<sup>194</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 206.

<sup>195</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 224.

<sup>196</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 1229.

## (ก) ประทุษร้ายแก่กาย

คำว่า “ประทุษร้าย” มีความหมายเช่นเดียวกับ “ทำร้าย” ซึ่งย่อมรวมถึง “ใช้กำลังทำร้าย” เพียงแต่ประทุษร้ายมีขอบเขตที่กว้างกว่า เพราะ ประทุษร้ายไม่ว่าแก่กายหรือจิตใจ นั้นไม่ต้องการผลคืออันตรายแก่กายหรือจิตใจ ดังเช่นกรณี ทำร้าย และไม่จำกัดเพียงเรื่องของ “ใช้กำลัง” ดังเช่นกรณี ใช้กำลังทำร้าย เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี ประทุษร้าย ก็ยังจำกัดว่าต้องกระทำต่อ กายหรือจิตใจของบุคคล เช่นกัน กล่าวคือการกระทำนั้นต้องทำให้เสียหายแก่หรือจิตใจโดยไม่จำเป็นที่ต้องเกิดผลคืออันตรายแก่กายหรือจิตใจ นอกจากนั้น มาตรา 1 (6) ยังกล่าวต่อไปว่า ไม่ว่าจะกระทำด้วยแรงกายภาพหรือวิธีอื่นใด โดยที่ “แรงกายภาพ” หมายถึง ใช้พลังร่างกาย ไม่ใช่พลังจิตหรือพลังธรรมชาติ และ “วิธีอื่นใด” นั้นมีความหมายว่า วิธีอื่นใดในทำนองการใช้แรงกายภาพ เพราะหากจะหมายความว่าไม่จำกัดวิธีก็ไม่จำเป็นต้องบัญญัติคำว่าแรงกายภาพแยกออกมา อีกทั้งกฎหมายยังแยกส่วนท้ายในเรื่องของ “ทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชดเชยได้” ไว้แล้วทำให้เห็นว่ากฎหมายต้องการให้วิธีการอื่นใดมีความหมายในทำนองแรงกายภาพ เช่น แทนที่จะผลักให้ล้ม แต่เลือกใช้วิธีการอื่นใดโดยการหลอกให้เดินตกหลุมให้ล้ม เป็นต้น<sup>197</sup> ซึ่งการประทุษร้ายแก่นั้นเป็นการกระทำต่อร่างกาย ซึ่งไม่ต้องถึงกับออกแรง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 501/2503 การจับต้องเนื้อตัวร่างกายหรือกอดก็เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย โดยไม่ต้องใช้กำลังรุนแรงอย่างใดอีก<sup>198</sup> มีกรณีที่น่าสนใจคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 361/2520 เป็นกรณีไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรงแต่กระทำต่อทรัพย์สิน กล่าวคือไฟฉาย โดยข้อเท็จจริงในคดีมีการปิดไฟฉายจนหลุดมือ ซึ่งเข้าใจได้เช่นเดียวกับการกระทำต่อเสื้อผ้าแล้วกระทบต่อร่างกาย

## (ข) ประทุษร้ายแก่จิตใจ

ประทุษร้ายแก่จิตใจ หมายความว่า “ทำให้เสียหายเป็นภัยแก่จิตใจ” โดยพิจารณาตามความเห็นของวิญญูชนทั่วไป หากเป็นกรณีของ การทำให้ตกใจจนเจ็บป่วยหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ก็เป็นกรณีของการทำให้เสียหายเป็นภัยแก่จิตใจที่ชัดเจน<sup>199</sup>(และย่อมเป็นอันตรายแก่จิตใจด้วยไปในตัว) ซึ่งรวมถึงกรณีของ การทำให้หมดสติหรือหมดความรู้สึกไปเป็นระยะเวลาสั้น ถึงขนาดที่วิญญูชนจะถือเป็นการร้ายแรง ไม่เพียงแต่ช่วงเวลาเล็กน้อย ก็ถือเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจ

<sup>197</sup> เรื่องเดียวกัน, 715-717.

<sup>198</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 4, หน้า 25.

<sup>199</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.



ได้<sup>200</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าเราใช้ความคิดเห็นของวิญญูชนโดยทั่วไปในการพิจารณา หากวิญญูชนเห็นว่าการกระทำดังกล่าว เป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจ ก็เป็น การประทุษร้ายแก่จิตใจแล้วโดยไม่ต้องมองไปถึงผลว่าทำให้ได้รับอันตรายแก่จิตใจหรือไม่เพราะเป็นคนละเรื่องกัน โดยปกติ การทำให้ไม่ถึงพอใจ แม้กระทบต่อจิตใจ แต่ไม่ถือว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจแต่หากการทำให้ไม่ถึงพอใจ ถ้ากระทำถึงขนาด หลอกให้กลัว ชู หรือยั่วให้โกรธ อย่างรุนแรงตามตามความเห็นของวิญญูชนทั่วไป ก็อาจถือว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจและเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจได้<sup>201</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาที่ตัดสินเกี่ยวกับอันตรายแก่จิตใจที่น่าสนใจดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 273/2509 วินิจฉัยว่า โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยเท่าซึ่งสวมรองเท้าจะถีบผู้เสียหาย แต่ไม่ได้บรรยายให้เห็นว่าถ้าจำเลยกระทำไปโดยตลอดแล้วจะเกิดผลอย่างไร ผลธรรมดาค่าอันจะเกิดขึ้นเพราะการถีบจะทำให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือไม่ ไม่อาจเล็งเห็นได้ หากจำเลยกระทำไปโดยตลอดแล้วผลที่เกิดไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจแล้ว ความผิดนั้นก็เพียงลู่โทษ ผู้พยายามกระทำความผิดลู่โทษไม่ต้องรับโทษ เมื่อข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยพยายามกระทำให้ผู้เสียหายเกิดอันตรายแก่กายแล้ว ก็ลงโทษจำเลยตามฟ้องไม่ได้

การใช้เท้าจะถีบไม่เป็นอันตรายต่อจิตใจเพราะอันตรายต่อจิตใจนั้นต้องเป็นผลจากการทำร้าย แต่ความรู้สึกว่าถูกเหยียดหยาม เจ็บใจ แค้นใจ เหล่านี้เป็นอารมณ์ หาใช่เป็นอันตรายต่อจิตใจไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1399/2508 จำเลยเป็นเจ้าของพนักงานมีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนคดีอาญา ในระหว่างสอบสวนโจทก์ ได้ทำร้ายโจทก์เพราะโจทก์ไม่ยอมรับสารภาพ ไม่ยอมลงชื่อตามที่จำเลยต้องการจึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหาย แก่โจทก์ เป็นความผิดตามมาตรา 157,391

ถูกชกตีไม่ปรากฏบาดแผล เป็นอันตรายแก่กาย แล้ว ถูกพันธนาพาตัวไปคุมขังไว้ได้สถานีตำรวจแต่เดียวตาย โกลหลู่โกลต่าผู้ต้องหาด้วยกัน เช่นนี้ ไม่เป็นอันตรายแก่จิตใจตามมาตรา 295 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 ต้องการเพียงว่า ถ้าไม่ปรากฏว่าผู้นั้นได้รับโทษจำคุกมาก่อน ก็เพียงพอที่จะเป็นองค์ประกอบองค์หนึ่งของการที่จะพิพากษารอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษได้

<sup>200</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>201</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2และภาค 3, หน้า 120-121 หัวข้อ 1013, หน้า 204-206 หัวข้อ 1042, หน้า 714 หัวข้อ 1258, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

แล้ว หากต้องนำสืบไม่แน่ชัดได้นำสืบ ศาลก็อาจคำนึงถึงอายุ และอื่นๆ เท่าที่พึงมีปรากฏในสำนวนนั้นได้

คำพิพากษาทั้งสองคดีเป็นเรื่องที่กล่าวหาว่าเรื่องของอากรรมนั้นไม่ใช่เป็นอันตรายต่อจิตใจ ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบหนึ่งของความผิดตามมาตรา 295 ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็น การทำให้เสียหายต่อจิตใจ อันเป็นการทำร้ายจิตใจและ เป็นประทุษร้ายแก่จิตใจหรือไม่<sup>202</sup> เพราะการทำให้เสียหายต่อจิตใจ อันเป็นการทำร้ายจิตใจและ เป็นประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นไม่ต้องมีองค์ประกอบถึงขั้นเป็นอันตรายต่อจิตใจการกระทำอย่างใดจึงจะถือว่าถึงขั้นเป็นการทำร้ายจิตใจ กล่าวคือ ถึงขั้นเป็นการทำให้เสียหายเป็นภัยแก่จิตใจของบุคคลเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจตามความหมายของมาตรา 1(6) ต้องพิจารณาตามความคิดเห็นของวิญญูชน

(ค) ทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

หมายความว่า เป็นการกระทำทำให้จำยอมโดยไม่ได้ใจสมัคร คล้ายกับในมาตรา 278,279 ประมวลกฎหมายอาญาที่ได้กล่าวมาก่อนหน้าเพียงแต่ ตามมาตรานี้จำเป็นต้องกระทำ โดย ใช้อำนาจทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน เช่น ผสมสารพิษให้ดม<sup>203</sup> โดยไม่รวมถึงกรณีอื่นเช่น การหลอกเป็นผีทำให้กลัวจนไม่สามารถขัดขืน หรือ ความเคียดแค้นแรงจนไม่กล้าขัดขืน<sup>204</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>202</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2และภาค 3, หน้า 120-121 หัวข้อ 1013, หน้า 206 หัวข้อ 104, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

<sup>203</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9241/2547 ฎ.ส.เล่ม 9 น. 219, อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2และภาค 3, หน้า 719.

<sup>204</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 718.

## บทที่ 4

### ขอบเขตของความผิดฐานกระทำอนาจาร กรณีการประทุษร้ายแก่จิตใจในต่างประเทศ

ในบทนี้นั้นผู้ศึกษาได้นำกฎหมายต่างประเทศขึ้นมาอธิบายเพื่อจะนำไปเปรียบเทียบหาขอบเขตของกฎหมายต่างประเทศอีกทั้งยกคำพิพากษาของต่างประเทศในลักษณะที่ใกล้เคียงกันว่าศาลของต่างประเทศนั้นตัดสินอย่างไร มีปัญหาเช่นเดียวกับประเทศไทยหรือไม่อย่างไร

#### 4.1 กฎหมายประเทศฝรั่งเศส

มาตรา 222-22<sup>205</sup>

“การรุกรานทางเพศ (Sexual Aggression) คือการกระทำทางเพศ (Sexual Assault) ที่กระทำโดย การประทุษร้าย (Violence), ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้, ช่มชู้ หรือ การวางแผน(หลอกลวง)

การข่มขืน หรือ การรุกรานทางเพศกรณีอื่นเป็นความผิดเมื่อได้กระทำต่อเหยื่อในรูปแบบที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติในลักษณะนี้ โดยไม่สนใจความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับเหยื่อแม้ว่าผูกพันกันตามการสมรส ก็ตาม

หากการรุกรานทางเพศได้กระทำลงในต่างประเทศต่อเด็กที่มีสัญชาติฝรั่งเศสหรือบุคคลที่มีถิ่นอาศัยอยู่ในฝรั่งเศส ให้นำกฎหมายฝรั่งเศสมาใช้โดยไม่ขัดต่อวรรคสองของมาตรา 113-6 ซึ่งไม่

---

<sup>205</sup> Article 222-22

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

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

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

นำมาใช้”<sup>206</sup>

มาตรา 222-27<sup>207</sup>

“การรุกรานทางเพศกรณีอื่นนอกจากการข่มขืนมีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี และปรับไม่เกิน 75,000 ยูโร”

(ก) ความหมายคำว่า อนาจาร (การรุกรานทางเพศ)

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสในวรรคแรกนั้นมีความหมายดังนี้ การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานการรุกรานทางเพศ(Sexual Assaults) ได้นั้นต้องประกอบไปด้วย

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

2. การประทุษร้าย (Violence) หรือ ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้(Constraint) หรือ ข่มขู่ (Threat) หรือ การวางแผน (Surprise) อย่างไม่อย่างหนึ่ง

หากเข้าอย่างใดอย่างหนึ่งแล้วไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าเข้ากรณีอื่นด้วย เช่น พิสูจน์ได้ว่าการใช้กำลังประทุษร้ายแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ากรณีดังกล่าวทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ หรือกรณีอื่น<sup>208</sup> และความผิดตามมาตรานี้คล้ายกับความผิดทางเพศของไทยคือ การจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ต้องเป็นกรณีที่ปราศจากความยินยอม<sup>209</sup>

ความผิดตามมาตรานี้เน้นต้องการ เจตนาซึ่งเป็นเจตนาธรรมดา เช่นเดียวกับกฎหมายอนาจาร

\* วรรคสามนี้เป็นเรื่องการเอาผิดกับกรณีพวกค้าประเวณีข้ามชาติโดยเฉพาะในเด็ก.

<sup>207</sup> Article 222-27

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

<sup>208</sup> Yves Mayaud, Alexandra Jézéquel, and Carole Gayet, *Code Pénal* 109 ed. (France: Dalloz, 2012). p.603.

<sup>209</sup> Ibid. p.603.

ของไทย ยกตัวอย่างเช่น เป็นกรณีของการค้นตัวแม่บุคคลที่ถูกค้นตัวไม่ได้ให้ความยินยอมแต่เจ้าหน้าที่ที่กระทำการค้นนั้นกระทำไปโดยหน้าที่ไม่ได้มีเจตนาจะกระทำอนาจารไม่มีความผิด<sup>210</sup> และหากไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย(Physical Contact)ก็จะไม่อาจเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้

สิ่งที่น่าสังเกตคือความผิดการรุกรานทางเพศในประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสนั้นมีความใกล้เคียงกับความผิดฐานอนาจารของไทยโดยเฉพาะในส่วนของลักษณะของการกระทำอนาจารโดยการประทุษร้าย (Violence) หรือ ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ (Constraint) หรือ ข่มขู่ (Threat) หรือ การวางแผน (Surprise)

#### (ข) ความหมายของคำว่า ประทุษร้าย

ความหมายของประทุษร้ายนั้นมีความหมายว่าการทำร้ายต่อร่างกาย(Physical)หรือจิตใจ (Moral)<sup>211</sup> เป็นการใช้แรงที่กระทำต่อตัวมากพอที่จะทำให้การต่อต้านของเหยื่อไม่สามารถต่อต้านได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับผู้พิพากษาเองที่จะมองว่าเพียงพอหรือไม่<sup>212</sup>

#### (ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

มีประเด็นน่าสนใจในฝรั่งเศสกล่าวคือมีคดีที่เกิดขึ้นใกล้เคียงกันกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 เป็นคำพิพากษาที่ตัดสินเมื่อวันที่ 20 กันยายน พ.ศ.2553 โดยศาลอุทธรณ์ปารีส (Paris Court of Appeal) โดยคดีนี้เกิดขึ้นในห้างสรรพสินค้า “Les galleries lafayette” ซึ่งเป็นที่สาธารณะเช่นเดียวกัน โดยมีผู้ชายคนหนึ่งถือตะกร้าสานเดินไปรอบๆห้าง โดยผู้ชายคนดังกล่าวได้นำกระจกใสไว้ในตะกร้าสานนั้นเพื่อที่จะแอบส่องใต้กระโปรงของสาวคนที่เขากำลังตามดูอยู่ ซึ่งหลังจาก

<sup>210</sup> ibid. p.603.

<sup>211</sup> Maître Perelmutter Catherine, "Perelmutter, Les Agressions Sexuelles " [Online] Accessed: Nov 18, 2016. Available from: [https://blogavocat.fr/space/catherine.perelmutter/content/les-agressions-sexuelles\\_29180884-88fb-4205-acf5-cb8c3361d7e3](https://blogavocat.fr/space/catherine.perelmutter/content/les-agressions-sexuelles_29180884-88fb-4205-acf5-cb8c3361d7e3). Violence refers to the physical pressures exerted on the victim to obtain sexual behavior from the victim. Physical abuse is the easiest to demonstrate (medical certificate). Moral violence is often a form of coercion.

<sup>212</sup> Police Nationale, "Les Agressions Sexuelles: Liste Des Infractions," [Online] Accessed: Nov 18, 2016. Available from: <http://qcmtest.com/PDF2/coursPolice/AGRESSIONS%20SEXUELLES.pdf>.

ผู้หญิงคนดังกล่าวรู้เรื่องดังกล่าวก็ทำให้เกิดอาการช็อคซึ่งเป็นผลให้ไม่สามารถจัดการงานตามปกติได้ถึง 2 วัน โดยจะเห็นว่าในคดีนี้ไม่มีการสัมผัสตัวเกิดขึ้นเลย (No Physical Contact)

### ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินคดีนี้ดังนี้

กรณีนี้เป็นการกระทำจำพวกถ้ำมอม voyeurism (ซึ่งเป็นเจตนาภายใน) โดยการวางแผนในการใช้กระจกวางลงในตะกร้าเพื่อที่จะสามารถเห็นได้กระโปรงของผู้หญิงในห้างสรรพสินค้าได้โดยมีเจตนากระทำไปในทางเพศ (Sexual intention) แต่อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวไม่มีการสัมผัสตัวใดๆตั้งนั้นศาลจึงปฏิเสธว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานการรุกรานทางเพศ(มาตรา 222-27) แต่อย่างไรก็ตามการกระทำดังกล่าวเป็นกรณีของการกระทำที่ไม่สมควรและควรได้รับการลงโทษศาลจึงนำมาตรา 222-13<sup>213</sup> แห่งประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสซึ่งเป็นกรณีของประทุษร้าย (Violence) จนทำให้ขาดความสามารถในการทำงานมาใช้บังคับ<sup>214</sup>

ในกฎหมายของฝรั่งเศสเองนั้นก็ไม่ได้มีกฎหมายเรื่องแอบถ่ายโดยตรงเช่นเดียวกับในประเทศไทยแต่ศาลฝรั่งเศสก็ทำหน้าที่ในการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยศาลนำเอา มาตรา 226-1 ของประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสมาใช้ซึ่งเป็นเรื่องของการละเมิดสิทธิส่วนตัว

### มาตรา 226-1<sup>215</sup>

<sup>213</sup> Article 222-13 "Acts of violence causing an incapacity to work of eight days or less or causing no incapacity to work are punished by three years' imprisonment and a fine of €45,000 where they are committed (...).

<sup>214</sup> Cour d'appel de Paris, "Dossier N 09/ 13289 Arrêt Du 20 Septembre 2010," [Online] Accessed: Nov 18, 2016. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023869908&fastReqId=1956209599&fastPos=1>

<sup>215</sup> Article 226-1

"A penalty of one year's imprisonment and a fine of €45,000 is incurred for any willful violation of the intimacy of the private life of other persons by resorting to any means of:

1° intercepting, recording or transmitting words uttered in confidential or private circumstances, without the consent of their speaker;

“โทษจำคุกหนึ่งปีและปรับ45,000ยูโรจะถูกลำมาใช้ถ้ามีการจงใจการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น โดย:

1° รับ, บันทึก หรือ ส่ง คำพูดที่มีลักษณะเป็นเรื่องลับหรืออยู่ในที่ส่วนตัวโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น

2° ถ่าย, บันทึก หรือ ส่งรูปของบุคคลที่อยู่ในที่ส่วนตัวโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้น

ถ้าหากการกระทำที่ถูกกล่าวในมาตรานี้ได้กระทำลงภายใต้ความรู้เห็นหรือการรับรู้ของบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยปราศจากข้อคัดค้านแม้ว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นอยู่ในภาวะที่สามารถคัดค้านได้ให้ถือว่าเป็นการให้ความยินยอมแล้ว”

แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ แม้มาตรา 226-1 2° นั้นจะรวมถึงการแอบถ่ายด้วยก็ตามแต่ก็มีข้อจำกัดในเรื่องสถานที่ที่กระทำกล่าวคือต้องเป็น ที่ส่วนตัว (private place) เท่านั้น แต่ก็แสดงให้เห็นได้ว่าในฝรั่งเศสนั้นแม้ไม่มีกฎหมายในเรื่องแอบถ่ายโดยตรงเหมือนกันกับไทยแต่ศาลก็สามารถหาบทมาตราที่เกี่ยวข้องนำมาลงโทษผู้กระทำความผิดได้

กฎหมายเรื่องการแอบถ่ายของฝรั่งเศส – ไม่มีบทเฉพาะ

## 4.2 กฎหมายประเทศอังกฤษ

### 4.2.1 Sexual Offense Act 2003

มาตรา 3<sup>216</sup> “อนาจาร (Sexual Assault)

2° taking, recording or transmitting the picture of a person who is within a private place, without the consent of the person concerned.

Where the offences referred to by the present article were performed in the sight and with the knowledge of the persons concerned without their objection, although they were in a position to do so, their consent is presumed.”

<sup>216</sup> Section 3 “Sexual assault

(1) A person (A) commits an offence if—

- (1) บุคคล (A) กระทำความผิด ถ้า
- (a) เจตนาสัมผัสบุคคลอื่น (B)
  - (b) การสัมผัสนั้นมีลักษณะเป็นไปในทางเพศ
  - (c) B ไม่ได้ยินยอมในการสัมผัสนั้น และ
  - (d) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ยินยอมให้กระทำเช่นนั้น
- (2) ความเชื่อนั้นมีเหตุอันควรเชื่อหรือไม่ พิจารณาจากสถานการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมทั้งการกระทำทุกขั้นตอนของ A เพื่อให้แน่ใจว่า B ยินยอมหรือไม่
- (3) นำมาตรา 75 และ 76 มาบังคับใช้โดยอนุโลมด้วย
- (4) บุคคลที่กระทำความผิดตามความในมาตรานี้ มีความรับผิดชอบ
- (a) ในกรณีที่กระบวนพิจารณาไม่ได้ดำเนินโดยมีคณะลูกขุน (summary conviction) ต้องถูกจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือ ปรับไม่เกินค่าปรับสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือ ทั้งจำทั้งปรับ
  - (b) ในกรณีที่ดำเนินคดีโดยใช้คณะลูกขุน (conviction on indictment) ต้องถูกจำคุกไม่เกิน 10 ปี”

มาตรา 78<sup>217</sup> “ในทางเพศ (Sexual)

- 
- (a) he intentionally touches another person (B),
  - (b) the touching is sexual,
  - (c) B does not consent to the touching, and
  - (d) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.
- (4) A person guilty of an offence under this section is liable—
- (a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
  - (b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years.”

<sup>217</sup> Section 78 “Sexual”

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



เพื่อประโยชน์ของกฎหมายในส่วนนี้(ยกเว้นมาตรา 71) การสอดใส่, การสัมผัส หรือ การกระทำอื่นใดจะเป็นไปในทางเพศเมื่อวิญญูชน(reasonable person) พิจารณาและพบว่า

(a) ไม่ว่าจะสถานการณ์เป็นอย่างไรหรือผู้กระทำมีเจตนาอย่างไรแต่โดยการกระทำแล้วนั้น เป็นไปในทางเพศหรือ

(b) โดยในตัวเองอาจจะเป็นเรื่องในทางเพศและเพราะสถานการณ์หรือเจตนาของผู้กระทำที่เกี่ยวข้องทำให้เห็นว่าเป็นเช่นนั้น”

มาตรา 79<sup>218</sup> “บทนิยาม

(1) บทนิยามในมาตรานี้ให้ใช้ในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้

...

(8) การสัมผัสนั้นรวม การสัมผัส

(a) ไม่ว่าจะโดยส่วนใดของร่างกาย

(b) ไม่ว่าจะโดยสิ่งใด

(c) ไม่ว่าจะโดยผ่านสิ่งใด

และรวมไปถึงการสัมผัสจำพวกล่วงล้ำเข้าไปด้วย”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(a) whatever its circumstances or any person’s purpose in relation to it, it is because of its nature sexual, or

(b) because of its nature it may be sexual and because of its circumstances or the purpose of any person in relation to it (or both) it is sexual.”

<sup>218</sup> Section 79 “General Interpretation”

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

...

(8) Touching includes touching—

(a) with any part of the body,

(b) with anything else,

(c) through anything,

and in particular includes touching amounting to penetration.

ก) ความหมายคำว่า อนาจาร

ในทางเพศ (Sexual) มีการให้คำนิยามไว้ในมาตรา 78<sup>219</sup> กล่าวคือเป็นการกระทำที่พิจารณาจากวิญญูชนซึ่งมีได้ในสองกรณี กล่าวคือ หากในตัวนั้นวิญญูชนมองว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำในทางเพศกรณีดังกล่าวก็เป็นไปในทางเพศ กับอีกกรณีว่าการกระทำนั้นอาจเป็นไปในทางเพศได้ก็จะมาพิจารณาจากสถานการณ์หรือเจตนาของผู้กระทำหากเห็นว่า สถานการณ์หรือเจตนาของผู้กระทำนั้นแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นเป็นไปในทางเพศการกระทำนั้นก็เป็นไปในทางเพศ ซึ่งการกระทำในทางเพศนี้ต้องมีการใช้กำลัง (assault)<sup>220</sup> เพื่อที่จะรวมกันเป็น อนาจาร (Sexual Assault)<sup>221</sup>

การกระทำผิดตามมาตรานี้จำเป็นต้องมีการสัมผัสทางร่างกาย (Physical Contact) เกิดขึ้นซึ่งการสัมผัส (Touching) มีบทนิยามในมาตรา 79 กล่าวคือเป็นการสัมผัสโดยส่วนใดส่วนหนึ่งหรือหลายส่วนของผู้กระทำ หรือสัมผัสโดยใช้สิ่งใด เช่น อาจใช้ของเล่นทางเพศ (Sex toys) และรวมถึงการสัมผัสผ่านสิ่งใด เช่น สัมผัสผ่านเสื้อผ้า<sup>222</sup> และผู้กระทำต้องมีเจตนาในการกระทำความผิดซึ่งเป็นเจตนาธรรมดา และต้องทำไปโดยปราศจากความยินยอมจึงจะเป็นความผิดตามมาตรานี้

(ข) ความหมายคำว่า ทำร้าย (Assault)

ทำร้าย หรือ Assault ตามมาตรานี้มีความหมายจำกัดเฉพาะกรณีของ ทำร้าย ตาม Battery เท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีของเจตนาหรือประมาทและมีการสัมผัสกับอีกบุคคลหนึ่งโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม ความหมายเดิมของ Battery ปรากฏในคดี Cole v Turner [1705] 87 ER 907<sup>223</sup> กล่าวคือต้องเป็นการสัมผัสด้วยความโกรธ(อารมณ์รุนแรง) และมีความหมายใหม่ขึ้นมา กล่าวคือ

ในคดี Fagan v MPC<sup>224</sup> กล่าวคือ การทำร้าย(Battery) คือการจงใจใช้แรงกายภาพกับอีกบุคคลหนึ่งโดยปราศจากความยินยอม และปราศจากข้ออ้างตามกฎหมาย<sup>225</sup>

<sup>219</sup> Michael Jefferson, *Criminal Law*, ed. 11 (Harlow: Pearson Education Limited, 2013). p.513.

<sup>220</sup> Ibid, Assault ตามมาตรานี้มีความหมายเฉพาะ Battery(ทำร้าย)ซึ่งจะขอกกล่าวต่อไป.

<sup>221</sup> Ibid.

<sup>222</sup> Ibid, p.543.

<sup>223</sup> “the least touching of someone in anger” ,Cited in ibid, p.492.

<sup>224</sup> “The actual intended use of unlawful force to another person without his consent” ,Cited in ibid, p.492.

<sup>225</sup> See Attorney-General’s Reference (No.6 of 1980)[1981] 1 QB 715(CA) ,Cited in ibid, p.492.

ในคดี Collins v Wilcock<sup>226</sup> กล่าวคือ เป็นการใช้แรงกายภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกับบุคคลอื่น

ความหมายที่เป็นที่ยอมรับที่สุด คือ ในคดี Faulkner v Talbot [1981] 1 WLR 1528 at 1536 (DC)<sup>227</sup> กล่าวคือเป็นการกระทำโดยเจตนาและโดยประมาท<sup>228</sup>สัมผัสโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้นและปราศจากข้ออ้างตามกฎหมาย ซึ่งไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่เป็นมิตร หยาบคาย หรือก้าวร้าวแต่อย่างใดซึ่งมีความหมายคล้ายคลึงกับ ประทุษร้ายของไทย กล่าวคือไม่จำเป็นต้องทำให้ได้รับอันตรายก็ได้ กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวอาจเป็นเพียงการสัมผัส หรือปาหินใส่ ,เตะ หรือพ่นน้ำลายใส่, ปาขวดเบียร์ใส่ หรือเอาสุนัขมานั่งทับ<sup>229</sup> แต่หากไม่มีแรงกายภาพใดๆเลย จะไม่ใช่กรณีของ ทำร้าย (Battery) เช่น การวางยา<sup>230</sup>ซึ่งเป็นส่วนที่แตกต่างกันกับของไทย

#### (ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

คำพิพากษาเกี่ยวกับอนาจารตามมาตรานี้ค้นหาได้ยากมากและมักจะไม่น่ามาถึงศาลสูง<sup>231</sup> มีคดีที่น่าสนใจในกรณีของ การทำร้าย (Battery) ดังนี้ Day[1845] 173 ER 1042, Thomas [1985] 81 Cr App R 331 (CA). เป็นการพิจารณาในประเด็นที่ถูกสัมผัสเสื้อผ้าโดยที่ผู้ถูกสัมผัสนั้นไม่รู้สึกรู้สีกตัวแม้แต่น้อย<sup>232</sup>แต่ก็เป็น การทำร้าย(Battery) ได้ ซึ่งการทำร้าย (Battery) นั้นนำมาใช้กับกรณีของอนาจารดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แสดงให้เห็นว่าการอนาจารอาจมีกรณีที่กระทำผ่านเสื้อผ้าและเป็นความผิดได้แม้ผู้เสียหายไม่รู้สึกรู้สีกถึงการสัมผัสทางเพศนั้น

#### 4.2.2 Sexual offense act 1956

เป็นกฎหมายเก่าของอังกฤษในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศก่อนมีการใช้ Sexual Offences Act 2003 ซึ่งมีเรื่องที่เกี่ยวข้องและน่าสนใจที่สามารถนำมาใช้ในการวิเคราะห์หาคำตอบของวิจัยนี้ได้

<sup>226</sup> “The actual infliction of unlawful force on another person” ,Cited in ibid, p.492.

<sup>227</sup> “Any intentional touching without the consent of that person and without lawful excuse. It need not necessarily be hostile or rude or aggressive, as some of the cases seem to indicate”, Cited in ibid, p.492.

<sup>228</sup> Venna[1976]QB 421(CA) , Cited in ibid, p.494.

<sup>229</sup> Ibid, p.493.

<sup>230</sup> Ibid, p.494.

<sup>231</sup> Ibid, p.543.

<sup>232</sup> Ibid, p.493.

ผู้ศึกษาจึงขอยกขึ้นมาว่ากล่าวด้วย

มาตรา 14<sup>233</sup> “การกระทำอนาจารต่อผู้หญิง

(1) ความผิดฐานนี้อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นใน(3)ของมาตรานี้, สำหรับบุคคลที่ทำความผิดฐานการกระทำอนาจารต่อผู้หญิง

(2) เด็กหญิงที่อายุต่ำกว่า 16 ปีไม่อาจให้ความยินยอมอันจะเป็นเหตุทำให้การกระทำตามมาตรานี้ไม่เป็นความผิด

(3) แม้ว่าการสมรสจะเป็นโมฆะตามมาตรา 2 ของ พระราชบัญญัติการแต่งงาน (Marriage Act 1949) หรือมาตรา 1 ของพระราชบัญญัติเกณฑ์อายุในการแต่งงาน (Age of Marriage Act 1929) (กรณีที่ภรรยาเป็นเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 16), ความเป็นโมฆะนั้นไม่ทำให้สามีมีความผิดใดตามมาตรานี้โดยเหตุผลเพราะการที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถให้ความยินยอมได้เพราะมีอายุต่ำกว่า16, ถ้าหากเขาเชื่อว่าเธอเป็นภรรยาเขาหรือมีเหตุอันเหมาะสมควรเชื่อเช่นนั้น

(4) ผู้หญิงที่มีความบกพร่องไม่สามารถให้ความยินยอมที่จะเป็นเหตุให้การทำร้ายเพื่อกระทำอนาจารตามมาตรา 14 นี้ไม่เป็นความผิด, แต่บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบตามมาตรา 14 นี้ต่อบุคคลที่มีความบกพร่องโดยเหตุผลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้, ถ้าบุคคลนั้นรู้หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้หญิงนั้นมีความบกพร่อง”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>233</sup> Section 14” Indecent assault on a woman.

It is an offence, subject to the exception mentioned in subsection (3) of this section, for a person to make an indecent assault on a woman.

A girl under the age of sixteen cannot in law give any consent which would prevent an act being an assault for the purposes of this section.

Where a marriage is invalid under section two of the Marriage Act 1949, or section one of the Age of Marriage Act 1929 (the wife being a girl under the age of sixteen), the invalidity does not make the husband guilty of any offence under this section by reason of her incapacity to consent while under that age, if he believes her to be his wife and has reasonable cause for the belief.

A woman who is a defective cannot in law give any consent which would prevent an act being an assault for the purposes of this section, but a person is only to be treated as guilty of an indecent assault on a defective by reason of that incapacity to consent, if that person knew or had reason to suspect her to be a defective.”

มาตรา 15<sup>234</sup> “การกระทำอนาจารต่อผู้ชาย

(1) นี่เป็นความผิดในการกระทำอนาจารต่อผู้ชาย

(2) เด็กผู้ชายอายุต่ำกว่า 16 ไม่อาจให้ความยินยอมในการกระทำอันเป็นเหตุให้การกระทำ ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิด

(3) ผู้ชายที่มีความบกพร่องไม่สามารถให้ความยินยอมที่จะเป็นเหตุให้การทำร้ายเพื่อกระทำ อนาจารตามมาตรานี้เป็นความผิด, แต่บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้ต่อบุคคลที่มีความบกพร่อง โดยเหตุผลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้, ถ้าบุคคลนั้นรู้หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้หญิงนั้นมีความ บกพร่อง

(4), (5) ถูกยกเลิกโดยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ตำรวจกับพยานหลักฐานในคดีอาญา ค.ศ.1984 (Police and Criminal Evidence Act 1984)

(ก) ความหมายคำว่า อนาจาร

เกณฑ์การพิจารณามี 3 กรณี

1.กรณีการประทุษร้าย (assault) นั้นเป็นอนาจารในตัวเอง หรือ เพราะพฤติการณ์แวดล้อม ทำให้การกระทำนั้นเป็นอนาจาร เช่น กรณีที่ผู้ชายถอดเสื้อผ้าผู้หญิงโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม การกระทำนั้นเป็นการอนาจารเลย โดยไม่ต้องพิจารณาเจตนา แม้เค้าไม่มีเจตนาทางเพศเลย เช่นเจตนา ทำให้อับอายเท่านั้นก็ตาม เป็นความผิดอนาจาร ส่วนกรณีที่พฤติการณ์แวดล้อมทำให้เป็นความผิด อนาจาร เช่น คดี Beal v. Kelley [1951] 2 All ER 128(DC) จำเลยให้เด็กชายถืออวัยวะเพศให้ พอ

<sup>234</sup> Section 15 “Indecent assault on a man.

It is an offence for a person to make an indecent assault on a man.

A boy under the age of sixteen cannot in law give any consent which would prevent an act being an assault for the purposes of this section.

A man who is a defective cannot in law give any consent which would prevent an act being an assault for the purposes of this section, but a person is only to be treated as guilty of an indecent assault on a defective by reason of that incapacity to consent, if that person knew or had reason to suspect him to be a defective.”

เด็กปฏิเสธก็ดึงตัวเด็กเข้ามาหา ศาลตัดสินว่าแค่การดึงเด็กเข้ามาหาตัวเพียงอย่างเดียวยังไม่ถือเป็นการกระทำอนาจาร แต่จากพฤติการณ์แวดล้อม ทำให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำอนาจาร หรือในกรณี Goss (1990) 90 Cr App R 400 (CA) แค่การกอดในตัวเองยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร แต่เมื่อพฤติการณ์ปรากฏว่ามีการกระตุ้นอารมณ์ทางเพศด้วย ทำให้การกระทำนั้นเป็นอนาจารได้ หรือในคดี Leeson (1968) 52 Cr App R 185 ศาลก็บอกว่าแม้แต่การจับอวัยวะเพศเพียงอย่างเดียวก็ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำอนาจารเพราะอาจเป็นการกระทำของแพทย์เพื่อวัตถุประสงค์อื่นก็ได้ ส่วนในคดี C [1992] Crim LR 642 (CA) การเอามือล้วงเข้าไปในอวัยวะเพศเด็กผู้หญิง เป็นการกระทำอนาจารอย่างชัดเจนโดยไม่ต้องพิจารณาเจตนาของผู้กระทำผิดเลยแต่เมื่อเอามาใช้ในคดี Tabassum [2000] 2 Cr App R 328 (CA) จำเลยจับหน้าอกผู้หญิงสองคน โดยอ้างว่าเพื่อตรวจมะเร็งเต้านม โดยไม่มีหลักฐานว่ามีเจตนาทางเพศเลย ศาลก็ตัดสินว่าผิดฐาน อนาจาร (Indecent assault) ซึ่งอาจวิจารณ์ได้ว่ากรณีแม้การจับหน้าอกจะถือเป็นการกระทำอนาจาร แต่การพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำอนาจารไม่จำเป็นต้องแปลว่า เป็นการประทุษร้าย (assault) เสมอไป เช่นกรณีนี้ผู้หญิงยินยอมให้จับ

2. กรณีที่การประทุษร้ายในตัวเองไม่เป็นการกระทำอนาจาร และพฤติการณ์แวดล้อมก็ไม่ชี้ว่าเป็นการกระทำอนาจาร เช่น คดี George [1956] Crim LR 52 จำเลยพยายามถอดรองเท้าเด็กหญิงออก ไม่ผิดอนาจาร

3. กรณีที่การประทุษร้ายนั้นอาจถือเป็นการกระทำอนาจารได้ ซึ่งกรณีนี้จำเป็นต้องมีการพิสูจน์ ทั้งต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ากรกระทำนั้นเป็นการกระทำอนาจาร (indecentcy of the assault) และต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีเจตนาเช่นนั้นด้วยซึ่งการพิจารณานั้นพิจารณาถึงความสัมผัสที่มีระหว่างกันด้วยและในพิจารณาในสภาพการณ์รวมถึงคำพูดของตัวผู้กระทำเองเช่นคดี Lyons [1994] 15 Cr App R (S) 460<sup>235</sup> ซึ่งเป็นกรณี ถือว่าเป็นอนาจารเพราะคำพูดของจำเลยที่บอกว่าต้องการสัมผัสถึงตัวผู้หญิงและคดี Court [1989] AC 28 จำเลยตีสะโพกเด็กหญิง 12 ครั้ง โดยเธอใส่กางเกงขาสั้น คณะลูกขุนจำเป็นต้องพิจารณาว่าคนทั่วไปในสภาวะปกติ (right-minded person) จะถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำอนาจารหรือไม่ซึ่งต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นขัดกับมาตรฐานการความสุภาพและความเป็นส่วนตัวหรือไม่ (offensive to contemporary standards of modesty and privacy)

<sup>235</sup> He tell the police that he wanted to “feel the woman”, cited in Michael Jefferson, *Criminal Law*, 6 ed. (Harlow: Pearson Education Limited, 2003). p.611

โดยต้องพิจารณาพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย (change in sexual attitude)<sup>236</sup>

(ข) ความหมายคำว่า ประทุษร้าย (Assault)

ความหมายของคำว่า ประทุษร้าย (Assault) ซึ่งแม้จะเป็นคำภาษาอังกฤษคำเดียวกันกับกฎหมายใหม่แต่ผู้ศึกษาแปลเป็นไทยโดยคำที่ต่างจาก Assault ในกฎหมายใหม่ของอังกฤษที่ได้แปลว่า ทำร้าย ไปแล้วนั้น เพราะว่า Assault ในความหมายของตัวกฎหมาย Sexual offense act 1956 มาตรา 14,15 นั้นหมายความถึงทั้งตัว Assault คือการขู่เชิญทำให้บุคคลอื่นเกิดความกลัวอันตรายใดๆ และ Battery ใช้กำลังกระทำต่อหรือส่งผลต่อตัวของบุคคลอื่นโดยไม่จำเป็นต้องได้รับอันตราย<sup>237</sup> เช่นการสัมผัสตัว

ประเด็นที่น่าสนใจในกฎหมายฉบับนี้นั้นคือการเอาอาจารย์มาผูกกับ Assault ในความหมายที่ใกล้เคียงกับการขู่เชิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายในขณะนั้น ในคดี Fagan v MPC [1969] 1 QB 439 ได้มีการให้ความหมายของคำนี้เอาไว้ดังนี้ assault as “any act which intentionally or possibly recklessly cause another person to apprehend immediate and unlawful violence” กล่าวคือเป็นการกระทำใดๆที่กระทำลงโดยเจตนาหรือประมาทซึ่งส่งผลให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าจะเกิดการประทุษร้ายขึ้นในทันทีทันใดนั้น ซึ่งเดิมในขณะนั้นหมายถึงในทันทีทันใด<sup>238</sup> และ Lord Steyn in Ireland; Burstow<sup>239</sup> บอกว่าทันทีทันใด (imminent) แปลว่าจะกระทำในเร็วๆนี้ ซึ่งไม่ว่าความหมายนั้นจะหมายความว่าอย่างไรก็ตามแต่ถ้าทำให้เกิดความกลัวขึ้นในจิตใจของอีกบุคคลหนึ่ง การกระทำดังกล่าวก็สามารถเป็น Assault ตามความหมายนี้ได้ กล่าวคือถ้าไม่มีการแสดงออกว่าจะเกิดอันตรายขึ้นในทันทีทันใดนั้นย่อมไม่เป็นกรณี Assault ดังนั้นผู้เสียหายต้องรับรู้ถึงการกระทำนั้นด้วยหากผู้เสียหายสลบ,นอนหลับ หรือหันหลังอยู่ย่อมไม่เป็นกรณีของ Assault<sup>240</sup> ดังนั้นการกระทำ Assault ในที่นี้จึงไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสตัวผู้เสียหายก็เป็น Assault ในกรณีนี้ได้เพราะไม่มีการจำกัดขอบเขตของการกระทำเพียงแค่ว่าต้องแสดงให้เห็นถึงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้ต่อตัวผู้เสียหายใน

<sup>236</sup> Ibid, pp.610-611.

<sup>237</sup> โปรดดู ความหมายคำว่า ทำร้าย (Assault) ในหัวข้อ กฎหมายประเทศอังกฤษ ในส่วน Sexual Offense Act 2003 เพราะมีความหมายอย่างเดียวกัน, นอกจากนั้นกฎหมายอังกฤษมีการแยกความหมายของ Assault ในสองแง่ กล่าวคือ ในแง่ของการกระทำแยกกันระหว่าง Assault กับ Battery และในแง่ของฐานความผิด Assault เอง โปรดดู ibid, p.559.

<sup>238</sup> Ibid, p.560.

\* Lord Steyn in Ireland Burstow extended the requirement to causing the victim to apprehend that he possibly could be attacked in the immediate future.

<sup>240</sup> Michael Jefferson, *Criminal Law*, 6 ed. pp.560-561.

ช่วงเวลาใกล้เคียงกันนั้น

(ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

ในคดี Sargent(1997)161 JP127(CA) ศาลตัดสินว่าผิดเพราะบังคับให้เหยื่อช่วยตัวเองและสำเร็จความใคร่ในฉุนฉาบ ซึ่งตามพฤติการณ์ถือเป็น assault (ทำให้กลัวแล้ว) และเป็น indecent ด้วย จึงครบองค์ประกอบความผิดแล้ว(ดู sexual offense act 1985 s15(1))<sup>241</sup> โดยในคดีนี้ไม่มีการสัมผัสตัวผู้เสียหายแต่อย่างใด และคดี ROLFE [1952] 36 Cr App R 4 (CCA) เป็นกรณีการเดินทางเปลือยตัวเปล่าเข้าไปหาผู้หญิงและทำท่าทางอนาจารโดยที่ไม่มีการสัมผัสตัวใดๆ และกรณีของการโทรศัพท์ไปเพื่อการอนาจาร โดยไม่มีการสัมผัสตัวใดๆเช่นกัน<sup>242</sup>

กฎหมายเรื่องการแอบถ่ายของอังกฤษ

Sexual Offences Act 2003

มาตรา 67<sup>243</sup>

<sup>241</sup> Ibid, p.611.

<sup>242</sup> Ibid, p.609-610.

<sup>243</sup> Section 67 “Voyeurism

(1) A person commits an offence if—

(a) for the purpose of obtaining sexual gratification, he observes another person doing a private act, and

(b) he knows that the other person does not consent to being observed for his sexual gratification.

(2) A person commits an offence if—

(a) he operates equipment with the intention of enabling another person to observe, for the purpose of obtaining sexual gratification, a third person (B) doing a private act, and

(b) he knows that B does not consent to his operating equipment with that intention.

(3) A person commits an offence if—

(a) he records another person (B) doing a private act,

(b) he does so with the intention that he or a third person will, for the purpose of obtaining sexual gratification, look at an image of B doing the act, and

(c) he knows that B does not consent to his recording the act with that intention.



“(1) บุคคลได้กระทำความผิด ถ้า

(a) บุคคลนั้นได้เฝ้าดูบุคคลอื่นกระทำกิจกรรมส่วนตัวโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อได้รับความพึงพอใจในทางเพศ และ

(b) บุคคลนั้นรู้ยู่่าบุคคลอื่นนั้นไม่ยินยอมให้เฝ้าดูเพื่อความพึงพอใจในทางเพศ  
เช่นนั้น

(2) บุคคลได้กระทำความผิด ถ้า

(a) บุคคลนั้นได้ใช้เครื่องมือโดยมีเจตนาเพื่อให้บุคคลอื่นสามารถเฝ้าดูบุคคลที่สามกระทำกิจกรรมส่วนตัวโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อได้รับความพึงพอใจในทางเพศ

(b) บุคคลนั้นรู้ยู่่าบุคคลที่สามไม่ยินยอมให้เฝ้าดูเพื่อความพึงพอใจในทางเพศ  
เช่นนั้น

(3) บุคคลนั้นได้กระทำความผิด ถ้า

(a) บุคคลนั้นได้บันทึกภาพบุคคลอื่นกระทำกิจกรรมส่วนตัว

(b) โดยการกระทำเช่นนั้นมีเจตนาเพื่อให้ตนเองหรือบุคคลที่สามได้รับความพึงพอใจในทางเพศจากการดูรูปของบุคคลอื่นกระทำกิจกรรมส่วนตัว

(c) บุคคลนั้นรู้ยู่่าบุคคลอื่นนั้นไม่ยินยอมให้บันทึกภาพโดยมีเจตนาเช่นนั้น

(4) บุคคลได้กระทำความผิด ถ้า บุคคลนั้นติดตั้งเครื่องมือ หรือสร้างหรือดัดแปลงสิ่งก่อสร้างหรือส่วนของสิ่งก่อสร้าง โดยมีเจตนาเพื่อให้ตนเองหรือบุคคลอื่นสามารถกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในอนุมาตรา (1)

(5) บุคคลที่ได้กระทำความผิดภายใต้บทบัญญัตินี้ ต้องรับโทษ

(a) on summary conviction จำคุกไม่เกิน6เดือน หรือปรับไม่เกินกว่าค่าปรับ

---

(4) A person commits an offence if he installs equipment, or constructs or adapts a structure or part of a structure, with the intention of enabling himself or another person to commit an offence under subsection (1).

(5) A person guilty of an offence under this section is liable—

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

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 2 years.”

สูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ

(b) on conviction on indictment จำคุกไม่เกิน2ปี”

มาตรา 68<sup>244</sup>

“(1) ตามเจตนารมณ์ของมาตรา 67 บุคคลจะถือว่ากำลังกระทำกิจกรรมส่วนตัว ถ้าบุคคลนั้นกำลังอยู่ในสถานที่ที่คาดหมายได้ว่าจะได้รับความเป็นส่วนตัว และ

(a) อวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือ หน้าอกของบุคคลนั้น ไม่ได้รับการปกปิดหรือเพียงปกปิดด้วยชุดชั้นใน

(b) บุคคลนั้นกำลังใช้ห้องน้ำ หรือ

(c) บุคคลนั้นกำลังมีกิจกรรมทางเพศในลักษณะที่ไม่กระทำในที่สาธารณะ

(2) คำว่า “สิ่งก่อสร้าง” ในมาตรา 67 ให้ความหมายรวมถึง เต็นท์ ยานพาหนะ เรือ หรือสิ่งก่อสร้างอื่นที่สร้างไว้ชั่วคราว หรือเคลื่อนที่ได้ด้วย”

#### 4.3 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์)

กฎหมายทั่วไปของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ประเทศสหรัฐอเมริกา

บทที่ 265<sup>245</sup> : ความผิดต่อบุคคล

<sup>244</sup> Section 68 “Voyeurism: interpretation

(1) For the purposes of section 67, a person is doing a private act if the person is in a place which, in the circumstances, would reasonably be expected to provide privacy, and—

(a) the person’s genitals, buttocks or breasts are exposed or covered only with underwear,

(b) the person is using a lavatory, or

(c) the person is doing a sexual act that is not of a kind ordinarily done in public.

(2) In section 67, “structure” includes a tent, vehicle or vessel or other temporary or movable structure.”

<sup>245</sup> Chapter 265 Section 13H “Whoever commits an indecent assault and battery on a person who

มาตรา 13H บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารโดยขู่เชื้ญว่าจะประทุษร้ายหรือใช้กำลังทำร้ายต่อบุคคลที่อายุ 14 ปีขึ้นไป จะต้องถูกลงโทษโดยจำคุกไม่เกิน 5 ปีในเรือนจำของรัฐ หรือกักขังไม่เกิน 2 ปีครึ่ง ในห้องขัง (Jail) หรือสถานคุมประพฤติ (House of Correction)

ผู้ใดก็ตามที่กระทำอนาจารโดยขู่เชื้ญว่าจะประทุษร้ายหรือใช้กำลังทำร้ายต่อบุคคลผู้สูงอายุหรือพิการ ตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 13K จะต้องถูกลงโทษโดยจำคุกไม่เกิน 10 ปีในเรือนจำของรัฐ หรือกักขังไม่เกิน 2 ปีครึ่ง (2 and 1/2 years) ในสถานคุมประพฤติ (House of Correction) และผู้ใดที่กระทำความผิดเดิมซ้ำอีก จะต้องถูกลงโทษโดยจำคุกไม่เกิน 20 ปีในเรือนจำของรัฐ อัยการที่ฟ้องตามวรรคนี้ ต้องไม่ฟ้องหรือดำเนินการต่อไปหากไม่ปรากฏหลักฐานตามนั้น”

มาตรา 13B<sup>246</sup> บัญญัติว่า “ผู้ใดที่กระทำอนาจารโดยขู่เชื้ญว่าจะประทุษร้ายหรือใช้กำลังทำร้ายต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 14 ปี จะต้องถูกลงโทษโดยจำคุกไม่เกิน 10 ปีในเรือนจำของรัฐ หรือกักขังไม่เกิน 2 ปีครึ่ง ในสถานคุมประพฤติ (House of correction) อัยการที่ฟ้องตามมาตรานี้ ต้องไม่ฟ้องหรือดำเนินการต่อไปหากไม่ปรากฏหลักฐานตามนั้น

ในขั้นตอนชั้นอัยการ ภายใต้มาตรานี้ เด็กที่อายุต่ำกว่า 14 ปี จะต้องถือว่า ไม่สามารถให้ความยินยอมสำหรับการกระทำใดๆของจำเลยที่กำลังถูกดำเนินคดีได้”

---

has attained age fourteen shall be punished by imprisonment in the state prison for not more than five years, or by imprisonment for not more than two and one-half years in a jail or house of correction.

Whoever commits an indecent assault and battery on an elder or person with a disability, as defined in section 13K, shall be punished by imprisonment in the state prison for not more than 10 years, or by imprisonment in the house of correction for not more than 2 1/2 years, and whoever commits a second or subsequent such offense shall be punished by imprisonment in the state prison for not more than 20 years. A prosecution commenced under this paragraph shall not be placed on file nor continued without a finding.”

<sup>246</sup> “13B. Whoever commits an indecent assault and battery on a child under the age of 14 shall be punished by imprisonment in the state prison for not more than 10 years, or by imprisonment in the house of correction for not more than 2 1/2 years. A prosecution commenced under this section shall neither be continued without a finding nor placed on file.

In a prosecution under this section, a child under the age of 14 years shall be deemed incapable of consenting to any conduct of the defendant for which such defendant is being prosecuted.”

เกณฑ์แบ่งแยกความผิดอยู่ที่ 14 ปี ถ้าผู้เสียหายอายุกว่า 14 ปี ใช้มาตรา 13H ถ้าผู้เสียหายอายุต่ำกว่า 14 ปี ใช้ มาตรา 13B

(ก) ความหมายคำว่า อนาจาร

การจะเป็นอนาจารตามกฎหมายทั่วไปของรัฐแมสซาชูเซตส์ นั้นต้องมีการพิสูจน์ข้อเท็จจริง 4 ข้ออย่างโดยสิ้นข้อสงสัย<sup>247</sup> กล่าวคือ

ข้อแรก : ต้องพิสูจน์อายุของผู้ถูกระทำว่าอายุกว่า 14 ปี หรือต่ำกว่า 14 ปีเพื่อจะสามารถวิเคราะห์ต่อไปได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นการอนาจารตามมาตราใด

ข้อสอง : ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำการ ชูเชื้ญว่าจะประทุษร้าย (assault) หรือใช้กำลังทำร้าย (battery) ต่อเหยื่อ และต้องมีการสัมผัสตัวกับเหยื่อโดยปราศจากมูลเหตุโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข้อสาม : ต้องพิสูจน์ให้สิ้นสงสัยว่าการชูเชื้ญว่าจะประทุษร้ายหรือการใช้กำลังทำร้ายนั้นเป็นการ อนาจาร ในความหมายโดยทั่วไป โดยวัดจากความเข้าใจและทางปฏิบัติของบุคคลทั่วไป

การอนาจารนี้เป็นความผิดพื้นฐานที่เป็นการประพฤติดูถูกทำนองคลองธรรมโดยพื้นฐาน ซึ่งโดยปกติ การข่มขู่ว่าจะประทุษร้าย หรือ การใช้กำลังทำร้ายนั้น อาจเป็น อนาจารได้เมื่อไปเกี่ยวข้องกับการสัมผัสส่วนของอวัยวะที่เป็นที่เข้าใจว่าเป็นของสงวน (commonly thought private) เช่น อวัยวะเพศ หรือสะโพก หรือ หน้าอกของผู้หญิง

ข้อสี่ : ต้องพิสูจน์โดยสิ้นสงสัยว่าเหยื่อไม่ได้ให้ความยินยอม

ซึ่งจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เองทำให้เข้าใจว่าความหมายของคำว่า อนาจาร ของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ คือการกระทำที่ไม่สมควรทางเพศและสามารถวัดได้จากความหมายและความเข้าใจของบุคคลทั่วไปซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับการอนาจารของไทยนั่นเอง

<sup>247</sup> Massachusetts Courts, "Indecent Assault and Battery," [Online] Accessed: Oct 16,2016. Available from: <http://www.mass.gov/courts/docs/courts-and-judges/courts/district-court/jury-instructions-criminal/6000-9999/6500-indecnt-assault-and-battery.pdf>.

## (ข) ความหมายของคำว่า ใช้กำลังทำร้าย

ในบทมาตราดังกล่าวมีคำที่เหมือนกับในประเทศอังกฤษ กล่าวคือ Assault และ Battery ซึ่งมีความหมายดังนี้ ชูเชื่อว่าว่าจะประทุษร้าย (Assault) ประกอบไปด้วย การชูเชื่อว่าว่าจะประทุษร้าย โดยไม่ได้มีการสัมผัสกับเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ส่วนของ ใช้กำลังทำร้ายนั้นก็คือ (Battery) ซึ่งหมายถึง การสัมผัสกับร่างกายของผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอม และทั้งสองกรณีนั้นไม่จำเป็นต้องกดผลลัพธ์ คืออันตรายใดๆเพื่อที่จะเป็นกรณีของ ชูเชื่อว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือ ใช้กำลังประทุษร้าย<sup>248</sup>

## (ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

มีกรณีที่น่าสนใจมากและเป็นกรณีเช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ที่เป็นกรณีที่คำตัดสินนั้นได้ต่างกันออกไป กล่าวคือ ในปี 2010 สถานีท่าเรือ (ที่สาธารณณะ) เจ้าหน้าที่ผู้หญิงนอกเครื่องแบบจับ Michael Robertson ได้ในขณะที่ใช้มือถือถ่ายภาพและอัดวิดีโอใต้กระโปรงของผู้หญิง ซึ่งกลายเป็นเรื่องที่ไม่ผิดกฎหมายเพราะผู้หญิงใส่เสื้อผ้าอยู่ (กฎหมายในขณะนั้นเขียนเอาผิดเฉพาะกรณีที่ผู้หญิงโป้เปลือย) หลังจากนั้น ก็มีการออกกฎหมายใหม่ภายหลังจากที่ศาลมีคำตัดสิน (มลรัฐแมสซาชูเซตส์นั้นมีกฎหมายการแอบถ่ายแยกต่างหากจากกฎหมายอนาจาร) และมีคดีที่เกิดขึ้นในมลรัฐอื่นที่ใกล้เคียงกันกล่าวคือในมลรัฐ จอร์เจีย (Georgia) เป็นกรณีแอบถ่ายใต้กระโปรงในร้านสะดวกซื้อ (ที่สาธารณณะ) ที่กฎหมายก็ไม่ครอบคลุมศาลจะตัดสินว่าไม่ผิด(จำกัดเฉพาะการแอบถ่ายในส่วนตัว) นอกจากนี้ยังมีอีกหลายมลรัฐที่ศาลตัดสินในทำนองเดียวกัน เช่นวอชิงตัน (Washington) แท็กซัส (Texas) ที่กฎหมายไม่ได้กำหนดกรณีการกระทำผิดดังกล่าวไว้ และศาลก็ได้ให้เหตุผลว่า เราไม่อาจคาดหวังสิทธิส่วนตัวได้ในพื้นที่สาธารณณะ ซึ่งทำให้เกิดการออกกฎหมายใหม่ขึ้นมาให้ครอบคลุมกับกรณีนี้<sup>249</sup> ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจมากหากลองเปรียบเทียบกับประเทศไทยการที่เราไม่มีกฎหมายแปลว่าเราอาจถูกแอบถ่ายในพื้นที่สาธารณณะได้โดยไม่มีความผิด トラบใดที่ไม่มีการนำเอาไปเผยแพร่ซึ่งจะมีความผิดตาม พระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ หรืออาจเป็นไปได้เพียงการกระทำความผิดลหุโทษซึ่ง

<sup>248</sup> Law office of William D. Kickham, ESQ., and Associates, "Assault and Battery Overview," [Online] Accessed: Oct 16,2016. Available from: <http://criminal.attorneywdkickham.com/assault-and-battery-overview.html>, "assault" consists of a threat of some type of violence, not the actual bodily contact itself. A "battery" refers to the actual physical contact of another person without his or her consent. No actual physical harm has to result for an assault & battery charge to be filed.

<sup>249</sup> Holly Kearn, "Yes, It's Legal to Take Pictures up a Woman's Skirt without Her Consent," [Online] Accessed: Oct 18,2016. Available from: <http://time.com/4422772/upskirt-photos-harassment/>.

เป็นเรื่องที่น่าคิดมาก ว่าการที่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 อาจสามารถป้องกันกรณีดังกล่าวได้ไปพลางในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายในเรื่องนี้กำหนดอย่างชัดเจนและแน่นอน

กฎหมายเรื่องการแอบถ่ายของสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์)

บทที่ 272<sup>250</sup> อาชญากรรมต่อศีลธรรมจริยธรรมของสังคม

---

<sup>250</sup> Chapter 272: CRIMES AGAINST CHASTITY, MORALITY, DECENCY AND GOOD ORDER

Section 105: Photographing, videotaping or electronically surveilling partially nude or nude person or the sexual or other intimate parts of a person around the person's clothing; exceptions; punishment

Section 105. "(a) As used in this section, the following words shall have the following meanings unless the context clearly requires otherwise:

"Electronically surveils" or "electronically surveilled", to view, obtain or record a person's visual image by the use or aid of a camera, cellular or other wireless communication device, computer, television or other electronic device.

"Partially nude", the exposure of the human genitals, buttocks, pubic area or female breast below a point immediately above the top of the areola.

"Sexual or other intimate parts", human genitals, buttocks, pubic area or female breast below a point immediately above the tip of the areola, whether naked or covered by clothing or undergarments.

(b) Whoever willfully photographs, videotapes or electronically surveils another person who is nude or partially nude, with the intent to secretly conduct or hide such activity, when the other person in such place and circumstance would have a reasonable expectation of privacy in not being so photographed, videotaped or electronically surveilled, and without that person's knowledge and consent, shall be punished by imprisonment in the house of correction for not more than 2 1/2 years or by a fine of not more than \$5,000, or by both such fine and imprisonment.

Whoever willfully photographs, videotapes or electronically surveils, with the intent to secretly conduct or hide such activity, the sexual or other intimate parts of a person under or around the person's clothing to view or attempt to view the person's sexual or other intimate parts when a reasonable person would believe that the person's sexual or other intimate parts would not be visible to the public and without the person's knowledge and consent, shall be punished by imprisonment in the house of correction for not more than 2 1/2 years or by a fine of not more than \$5,000, or by both fine and imprisonment.

Whoever willfully photographs, videotapes or electronically surveils, with the intent to secretly conduct or hide such activity, the sexual or other intimate parts of a child under the age of 18 under or around the child's clothing to view or attempt to view the child's sexual or other intimate parts when a reasonable person would believe that the person's sexual or other intimate parts would not be visible to the public shall be punished by imprisonment in the house of correction for not more than 2 1/2 years, by

มาตรา 105 การถ่ายภาพ บันทึกวีดีโอ หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ของการเปลือยบางส่วน หรือบุคคลเปลือย หรืออวัยวะเพศหรือของสงวนของบุคคล

มาตรา 105

(a) ศัพท์ที่ใช้ในบทบัญญัติต่อไปนี้ ให้มีความหมายตามที่บัญญัติไว้ต่อไปนี้ เว้นแต่ โดยบริบทจะต้องแปลความหมายเป็นอย่างอื่น

“การบันทึกสื่ออิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า เพื่อดู ได้มาหรือบันทึกภาพของบุคคลโดยใช้ กล้องถ่ายรูป ดาวเทียมหรืออุปกรณ์วิทยุสื่อสารอื่น คอมพิวเตอร์ โทรทัศน์ หรือ สื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่น

“การเปลือยบางส่วน” คือ การเปิดเผยของอวัยวะเพศ บั้นท้าย หน้าอกของผู้หญิงได้ห้วนมเหนือฐานราวนม

“อวัยวะเพศและของสงวน” หมายความว่า อวัยวะเพศ บั้นท้าย หน้าอกของผู้หญิงได้ห้วนมเหนือฐานราวนมไม่ว่าจะเปลือย หรือปกปิดด้วยเสื้อผ้าหรือชุดชั้นใน

(b) ผู้ใด โดยตั้งใจบันทึกภาพ วีดีโอ หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ของบุคคลอื่นที่เปลือยหรือเปลือยบางส่วน โดยเจตนาแอบกระทำให้ในสถานที่ที่ที่พึงคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้ว่าจะไม่ถูกบันทึกภาพ วีดีโอหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และโดยปราศจากการรู้เห็นและยินยอมของบุคคลนั้น ต้องถูกลงโทษกักขังไว้ในสถานคุมความประพฤติ ไม่เกิน 2 ปีครึ่ง หรือปรับไม่เกิน 5000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใด โดยตั้งใจบันทึกภาพ วีดีโอ หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ของอวัยวะเพศหรือของสงวนของบุคคลอื่นภายใต้หรือรอบเสื้อผ้า เพื่อดูหรือพยายามจะดูอวัยวะเพศหรือของสงวนของบุคคลอื่น เมื่อวิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่าอวัยวะเพศหรือของสงวนของตนจะไม่ถูกเห็นจากบุคคลทั่วไป โดยปราศจากการรู้เห็นและยินยอมของบุคคลนั้น ต้องรับโทษกักขังไว้ในสถานคุมความประพฤติ ไม่เกิน 2 ปีครึ่ง หรือปรับไม่เกิน 5000 ดอลลาร์ หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใด โดยตั้งใจบันทึกภาพ วีดีโอ หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ของอวัยวะเพศหรือของสงวนภายใต้หรือรอบเสื้อผ้าของเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี เพื่อดูหรือพยายามจะดูอวัยวะเพศหรือของสงวนของบุคคลอื่นเมื่อวิญญูชนพึงคาดหมายได้ว่าอวัยวะเพศหรือของสงวนของตนจะไม่ถูกเห็นจากบุคคลทั่วไป ต้อง

---

imprisonment in the state prison for not more than 5 years, or by a fine of not more than \$10,000, or by both such fine and imprisonment.”

รับโทษกักขังไว้ในสถานคุมความประพฤติ ไม่เกิน 2 ปีครึ่ง หรือจำคุกในคุกของมลรัฐไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

#### 4.4 กฎหมายประเทศเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี<sup>251</sup>

มาตรา 176<sup>252</sup> “ความรุนแรงต่อเด็ก

(1) ผู้ใดกระทำกิจกรรมทางเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 14 ปี (เด็ก) หรือยินยอมให้เด็กกระทำกิจกรรมทางเพศต่อตนเอง ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน ถึง 10 ปี

---

<sup>251</sup> Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, "German Criminal Code," [Online] Accessed: Oct 18, 2016. Available from: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html).

<sup>252</sup> Section 176 “Child abuse

(1) Whosoever engages in sexual activity with a person under fourteen years of age (child) or allows the child to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from six months to ten years.

(2) Whosoever induces a child to engage in sexual activity with a third person or to allow third persons to engage in sexual activity with the child shall incur the same penalty.

(3) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than one year.

(4) Whosoever

1. engages in sexual activity in the presence of a child;

2. induces the child to engage in sexual activity, unless the act is punishable under subsection (1) or subsection (2) above;

3. presents a child with written materials (section 11(3)) to induce him to engage in sexual activity with or in the presence of the offender or a third person or allow the offender or a third person to engage in sexual activity with him; or

4. presents a child with pornographic illustrations or images, audio recording media with pornographic content or pornographic speech, shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(5) Whosoever supplies or promises to supply a child for an offence under subsections (1) to (4) above or who agrees with another to commit such an offence shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(6) The attempt shall be punishable; this shall not apply to offences under subsection (4) Nos 3 and 4 and subsection (5) above.”



(2) ผู้ใดชักจูงให้เด็กกระทำความผิดทางเพศกับบุคคลที่สามหรือยินยอมให้บุคคลที่สามกระทำความผิดทางเพศกับเด็ก ต้องรับโทษเช่นเดียวกับกรณีตามอนุมาตรา (1)

(3) ในกรณีร้ายแรง ต้องลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี

(4) ผู้ใด

1. กระทำความผิดทางเพศต่อหน้าเด็ก
2. ชักจูงให้เด็กกระทำความผิดทางเพศ นอกเหนือไปจากการกระทำที่บัญญัติไว้ตามอนุมาตรา (1) หรือ อนุมาตรา (2) ข้างต้น
3. แสดงให้เด็กเห็นถึงงานเขียน (มาตรา 11(3)) เพื่อชักจูงให้เด็กกระทำความผิดทางเพศกับตน หรือต่อหน้าผู้กระทำความผิด หรือ บุคคลที่สาม หรือยินยอมให้ผู้กระทำความผิดหรือ บุคคลที่สามกระทำความผิดทางเพศด้วย หรือ
4. แสดงให้เด็กเห็นถึงภาพวาดหรือรูปภาพลามก บันทึกเสียง สื่อ ที่มีเนื้อหาลามก หรือถ้อยคำลามก

ต้องรับโทษตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี

(5) ผู้ใดจัดหาให้หรือให้สัญญาว่าจะจัดหาให้ซึ่งเด็กสำหรับ ความผิดตามอนุมาตรา (1) ถึงอนุมาตรา (4) ข้างต้น หรือ ผู้ใดตกลงกันเพื่อกระทำความผิดดังกล่าว ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5ปี...”

มาตรา 176a<sup>253</sup> “เหตุฉกรรจ์ของความรุนแรงต่อเด็ก

<sup>253</sup> Section 176a “Aggravated child abuse

(1) The sexual abuse of children under section 176(1) and (2) shall entail a sentence of imprisonment of not less than one year if the offender was convicted of such an offence by final judgment within the previous five years.

(2) The sexual abuse of children under section 176(1) and (2) shall entail a sentence of imprisonment of not less than two years if

1. a person over eighteen years of age performs sexual intercourse or similar sexual acts with the child which include a penetration of the body, or allows them to be performed on himself by the child;
2. the offence is committed jointly by more than one person; or
3. the offender by the offence places the child in danger of serious injury or substantial impairment of his physical or emotional development.

(1) การกระทำความผิดภายใต้มาตรา 176(1) และ (2) ต้องรับโทษไม่ต่ำกว่า 1 ปี ถ้าผู้กระทำความผิดภายใน 5 ปี นับแต่คำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดครั้งก่อน

(2) การกระทำความผิดภายใต้มาตรา 176(1) และ (2) ต้องรับโทษไม่ต่ำกว่า 2 ปี ถ้า

1. บุคคลอายุเกินกว่า 18 ปี มีเพศสัมพันธ์ หรือ การกระทำทางเพศอื่นในทำนองเดียวกันกับเด็กที่รวมถึงการสอดใส่อวัยวะ หรือ ยินยอมให้เด็กกระทำกับตน

2. ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดร่วมกันมากกว่า 1 คน หรือ

3. ผู้กระทำความผิด กระทำความผิดจนเป็นเหตุให้เด็กได้รับอันตรายสาหัส หรือ ทำให้สภาพจิตใจหรือพัฒนาการทางอารมณ์แยลงอย่างมาก

(3) ผู้ใด ภายใต้มาตรา 176(1) ถึง (3), (4) ข้อ 1 หรือ 2 หรือ มาตรา 176(6) กระทำการเป็นตัวการหรือผู้ร่วมกระทำความผิด (secondary participant) โดยมีเจตนาเพื่อทำสื่อลามกอนาจาร (มาตรา 11(3)) เพื่อเผยแพร่ในภายหลังตามมาตรา 184b(1) ถึง (3) ต้องรับโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี

(4) ในกรณีความผิดที่ไม่รุนแรงตามอนุมาตรา (1) ข้างต้น มีโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี และในกรณีที่ความผิดที่ไม่รุนแรงตามอนุมาตรา (2) มีโทษตั้งแต่ 1 ปี ถึง 10 ปี

(5) ผู้ใด ภายใต้มาตรา 176(1) ถึง (3) ทำร้ายร่างกายเด็กอย่างร้ายแรง หรือ ทำให้ได้รับอันตรายอาจถึงแก่ชีวิต ต้องรับโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปี...”

(ก่อนการแก้ไข) มาตรา 177<sup>254</sup> “การบังคับทางเพศโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะ

(3) Whosoever under section 176(1) to (3), (4) Nos 1 or 2 or section 176(6) acts as a principal or secondary participant with the intent of making the act the object of a pornographic medium (section 11(3)) which is to be disseminated pursuant to section 184b(1) to (3) shall be liable to imprisonment of not less than two years.

(4) In less serious cases under subsection (1) above the penalty shall be imprisonment from three months to five years, in less serious cases under subsection (2) above imprisonment from one to ten years.

(5) Whosoever under section 176(1) to (3) seriously physically abuses the child or places the child in danger of death shall be liable to imprisonment of not less than five years.

(6) Any period during which the offender was detained in an institution pursuant to an order of a public authority shall not be credited to the term indicated in subsection (1) above. An offence resulting in a conviction abroad shall be equivalent, under subsection (1) above, to an offence resulting in a domestic conviction if under German criminal law it would have been an offence under section 176(1) or (2).”

<sup>254</sup> (Old) Section 177 “Sexual assault by use of force or threats; rape

ใช้กำลังประทุษร้าย; ข่มขืนกระทำชำเรา

(1) ผู้ใดบังคับบุคคลอื่น

1. โดยใช้กำลังบังคับ
2. โดยขู่เชื้ญว่าจะให้เกิดอันตรายโดยพลันแก่ร่างกายหรือชีวิต หรือ
3. โดยอาศัยโอกาสจากเหตุการณ์ที่ผู้เสียหายไม่สามารถป้องกันตัวและต้องได้รับการช่วยเหลือผู้กระทำผิด

เพื่อกระทำทางเพศโดยผู้กระทำผิดหรือบุคคลที่สามด้วยตนเอง หรือ กระทำกิจกรรมทางเพศกับผู้กระทำผิดหรือบุคคลที่สาม ต้องรับโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี

---

(1) Whosoever coerces another person

1. by force;
2. by threat of imminent danger to life or limb; or
3. by exploiting a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender, to suffer sexual acts by the offender or a third person on their own person or to engage actively in sexual activity with the offender or a third person, shall be liable to imprisonment of not less than one year.

(2) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment of not less than two years. An especially serious case typically occurs if

1. the offender performs sexual intercourse with the victim or performs similar sexual acts with the victim, or allows them to be performed on himself by the victim, especially if they degrade the victim or if they entail penetration of the body (rape); or
2. the offence is committed jointly by more than one person.

(3) The penalty shall be imprisonment of not less than three years if the offender

1. carries a weapon or another dangerous instrument;
2. otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming the resistance of another person through force or threat of force; or
3. by the offence places the victim in danger of serious injury.

(4) The penalty shall be imprisonment of not less than five years if

1. the offender uses a weapon or another dangerous instrument during the commission of the offence; or if
2. the offender
  - (a) seriously physically abuses the victim during the offence; or
  - (b) by the offence places the victim in danger of death.

(5) In less serious cases under subsection (1) above the penalty shall be imprisonment from six months to five years, in less serious cases under subsections (3) and (4) above imprisonment from one to ten years.”

(2) ในกรณีร้ายแรง มีโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี และกรณีร้ายแรง เกิดขึ้นเมื่อ

1. ผู้กระทำความผิดมีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหาย หรือ กระทำทางเพศอื่นในทำนองเดียวกัน หรือยินยอมให้ผู้เสียหายมีเพศสัมพันธ์กับตน โดยเฉพาะถ้าทำให้ผู้เสียหายเสื่อมเสีย หรือ มีการสอดใส่ (ข่มขืนกระทำชำเรา) หรือ

2. ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดร่วมกันมากกว่า 1 คนขึ้นไป

(3) มีโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 3 ปี ถ้าผู้กระทำความผิด

1. มีอาวุธหรืออุปกรณ์ทำอันตรายอย่างอื่น
2. ถืออุปกรณ์หรือสิ่งอื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกัน หรือ ทำให้ไม่สามารถขัดขืนได้ โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือ
3. โดยผู้กระทำความผิดทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส

(4) มีโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปี ถ้า

1. ผู้กระทำความผิดใช้อาวุธหรืออุปกรณ์ทำอันตรายอื่นระหว่างกระทำความผิด หรือถ้า
2. ผู้กระทำความผิด
  - (a) ทำร้ายผู้เสียหายอย่างร้ายแรงระหว่างกระทำความผิด หรือ
  - (b) โดยผู้กระทำความผิดทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายอาจถึงแก่ชีวิต

(5) ในกรณีความผิดไม่ร้ายแรงภายใต้ อนุมาตรา (1) ข้างต้น มีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 5 ปี ในกรณีความผิดไม่ร้ายแรงตามอนุมาตรา (3) และ (4) มีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ถึง 10 ปี”

(ภายหลังการแก้ไข) มาตรา 177<sup>255</sup> “การบังคับในทางเพศ; การข่มขืนในทางเพศ; ข่มขืนกระทำชำเรา

<sup>255</sup> (New) 177 “Sexual assault; Sexual coercion; rape

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

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

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

(1) ผู้ใดโดยปราศจากความยินยอมของอีกบุคคลหนึ่ง กระทำการในทางเพศต่อบุคคลนั้นหรือทำให้บุคคลนั้นถูกกระทำการในทางเพศโดยบุคคลที่สาม ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนจนถึง 5 ปี

---

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

3. The perpetrator uses a surprise moment,

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

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

(3) The attempt is punishable.

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

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

1. uses force to the victim,

2. threatens with present danger to life or limb or

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

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

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

2. The act of several is committed jointly.

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

1. A weapon or other dangerous tool in itself,

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

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

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

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

2. The victim

a) In fact physically severely mistreated or

b) By the deed in the danger of death.

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

(2) ผู้ใดกระทำการในทางเพศต่อบุคคลอื่นหรือทำให้บุคคลอื่นถูกระทำการในทางเพศโดยบุคคลที่สาม จะต้องรับโทษต่อเมื่อ:

1. ผู้กระทำความผิดกระทำต่อบุคคลที่ไม่สามารถแสดงออกถึงการไม่ยินยอมนั้นได้
2. ผู้กระทำความผิดกระทำต่อบุคคลถูกจำกัดความสามารถในทางร่างกายหรือจิตใจในการแสดงออกซึ่งความไม่ยินยอมนั้น, นอกเสียจากว่าผู้กระทำความผิดสามารถแสดงให้เห็นถึงความยินยอมของบุคคลนั้นได้
3. ผู้กระทำความผิดกระทำอย่างทันทีทันใด (Surprise moment)
4. ผู้กระทำความผิดกระทำขณะที่ผู้ถูกระทำตกอยู่ในภาวะกลัวว่าจะได้รับอันตรายอย่างร้ายแรงหากขัดขืน; หรือ
5. ผู้กระทำความผิดกระทำโดยบีบบังคับผู้ถูกระทำโดยข่มขู่ถึงอันตรายอย่างร้ายแรง

(3) การพยายามกระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดและต้องได้รับโทษ

(4) โทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปีจะถูกนำมาใช้หากการที่ผู้ถูกระทำไม่สามารถแสดงออกถึงความไม่ยินยอมนั้นเนื่องมาจากโรคหรือความพิการของผู้ถูกระทำ

(5) โทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปีจะถูกนำมาใช้เช่นเดียวกันในกรณีที่ผู้กระทำความผิด

1. ใช้กำลัง (Use of force)
2. ขู่เชือดในทันทีทันใดว่าจะเกิดอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย
3. อาศัยโอกาสที่ผู้ถูกระทำไม่อาจขัดขืนผู้กระทำความผิดได้

(6) ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดหนักขึ้น ต้องโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสองปี ในกรณีต่อไปนี้

1. ผู้กระทำความผิดได้มีความสัมพันธ์ทางเพศหรือการกระทำทางเพศในลักษณะเดียวกันกับผู้ถูกระทำและได้ทำให้ผู้ถูกระทำได้รับความอับอายโดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการลูก้าเข้าไปในร่างกาย(ข่มขืนกระทำชำเรา)
2. กระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกันกระทำความผิด

(7) โทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 3 ปีจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด

1. มีอาวุธหรือวัตถุอันตรายในตัวเอง)
2. ใช้กำลังหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังเพื่อเป็นเครื่องมือหรือวิธีอื่นใดให้กระทำความผิดได้โดยสะดวก หรือ
3. ทำให้ผู้ถูกระทำอยู่ภาวะเสี่ยงต่ออันตรายต่อสุขภาพอย่างร้ายแรง

(8) โทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปีจะถูกนำมาใช้ในกรณี

1. อาวุธหรือวัตถุอันตรายนั้นได้ถูกใช้ หรือ
2. ผู้ถูกระทำ
  - a) ได้รับอันตรายอย่างรุนแรง
  - b) ตกอยู่ในอันตรายอันอาจถึงแก่ชีวิต

(9) ในกรณีที่ร้ายแรงของ (1) และ (2) มีโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนจนถึง 3 ปี, กรณีตาม (4) และ (5) มีโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปี, กรณีตาม (7) และ (8) มีโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งถึงสิบปี”

มาตรา 184i<sup>256</sup> “การคุกคามทางเพศ

(1) ผู้ใดสัมผัส(Touches)กับบุคคลอื่นโดยทำไปในทางเพศและทำให้รู้สึกถูกคุกคาม (harasses)จากการกระทำนั้นต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ, นอกเสียจากการกระทำนั้น

<sup>256</sup> 184i “Sexual harassment

(1) Any person who touches another person in a sexual manner and thereby harasses that person will be punished with imprisonment for up to two years or with a fine, unless the act is threatened with a more severe punishment in other provisions.

(2) In particularly serious cases, the imprisonment is from three months to five years. A particularly serious case is usually the case when the act is committed by several parties.

(3) The offense shall be prosecuted only on application, unless the law enforcement authority considers it necessary to intervene on its own initiative because of the special public interest in the prosecution.”

เป็นการกระทำที่มีโทษหนักกว่าตามมาตราอื่น

(2) ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดหนักขึ้น ต้องโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี หากเป็นกรณีที่กระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกันกระทำ

(3) ความผิดตามมาตรานี้จะได้รับการดำเนินคดีเฉพาะมีการร้องทุกข์ นอกเสียจากว่าผู้บังคับกฎหมายเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินคดีเองเพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ”

(ก) ความหมายคำว่า การกระทำทางเพศ

ไม่ปรากฏคำว่าอนาจารในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเยอรมนี แต่เป็นคำรวมๆที่ถูกใช้ในมาตรา 177 กล่าวคือ การกระทำทางเพศ Sexual acts หรือ Sexual activity ซึ่งความผิดเกี่ยวกับเพศในเยอรมนีนั้นมีการพัฒนาเริ่มจากการใช้กำลังบังคับข่มขืน (ข่มขืนกระทำชำเรา และบังคับพาไปเพื่อการอนาจาร) และขยายต่อไปถึง การร่วมเพศทางทวารหนัก (Sodomy) และ กามวิถถาร (unnatural practices) ซึ่งหมายถึงการร่วมเพศของเพศเดียวกัน (ทั้งความสัมพันธ์แบบชายกับชาย และหญิงกับหญิง) และรวมไปถึงการมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ และ เพศสัมพันธ์ที่ต้องห้าม เช่น การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ไม่ใช่คู่สมรสของตน<sup>257</sup> ซึ่งเห็นได้ว่าในเยอรมนีเขียนคำกลางใช้ในหลายฐานความผิดที่ได้กล่าวมา โดย “การกระทำทางเพศ” ไม่มีนิยามในกฎหมายโดยตรง แต่เป็นคำที่สามารถเข้าใจได้แม้ไม่มีการเขียนไว้โดยเป็นการพิจารณาจากการกระทำที่ออกมาภายนอก ไม่สำคัญว่าเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วหรือช้า หรือเกิดขึ้นผ่านเสื้อผ้าหรือผ่านเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ไม่สำคัญว่าเกิดขึ้นในส่วนตัวของร่างกาย และไม่สำคัญว่าจะเกิดจากการใช้สิ่งของในการกระทำ และไม่สำคัญว่าผู้ถูกกระทำจะต้องได้สติขณะถูกกระทำหรือไม่ แต่ต้องเป็นการกระทำต่ออวัยวะในเพศและของสงวน<sup>258</sup>

เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ.2559 ได้มีการผ่านร่างแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนี

<sup>257</sup> Wiggles Xaver Alois, Freiherr von Kreittmayr, *Codex Juris Bavaria Criminalis de anno 1751*, 1753 Anmerkungen Zaunich, 1751-54, p.33, cited in Isabel V. Hull, *Sexuality, State, and Civil Society in Germany* (New York: Cornell University Press, 1997). p.68.

<sup>258</sup> Odebralski rechtsanwalt, "Sexual Act What Is It?," [Online] Accessed: Jan 5, 2017. Available from: <http://www.ra-odebralski.de/strafrecht-rechtsanwalt/sexualdelikte/sexuelle-handlung-was-ist-das/>. เช่น การจับเสื้อผ้าบริเวณอวัยวะเพศหญิง, การจับเนื้อตัวในบริเวณทางเพศ, การจับนมฝ่ายหญิง, การเล่นหัวนม, การสอดใส่เข้าไปในร่างกายโดยใช้วัตถุอื่นใดแต่อย่างไรก็ตามไม่รวมถึงกรณีของการสัมผัส, ลูบเสื้อผ้าร่างกายส่วนบน(นอกจากของสงวน ต่อให้ผู้ถูกกระทำจะเป็นเด็ก, ขา, หลัง หรือผม ซึ่งรวมไปถึงการจับตามปกติธรรมดาที่ไม่ได้มีการนำลิ้นเข้าไปในปากด้วย.



ที่ขยายความรับผิดในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศเพื่อที่จะอุดช่องว่างที่มีอยู่ในการใช้บังคับกฎหมายที่ยังไม่ครอบคลุมกับกรณีที่เกิดขึ้น ทำให้เกิดการแก้ไขมาตรา 177 ที่มีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นที่มาจากคำของตัวบทที่มีความหมายแคบเกินไปและตัวโครงสร้างความรับผิดเอง กล่าวคือตัวบทก่อนการแก้ไขนั้น บุคคลจะมีความรับผิดในเรื่องของการบังคับในทางเพศ (Sexual assault) ,การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) ต้องมี “การบังคับ” (Coerced) บุคคลอื่นโดยใช้กำลังบังคับ,โดยขู่เชื้ญว่าจะให้เกิดอันตรายโดยพลันแก่ร่างกายหรือชีวิต หรือโดยอาศัยโอกาสจากเหตุการณ์ที่ผู้เสียหายไม่สามารถป้องกันตัวและต้องได้รับการช่วยเหลือผู้กระทำผิดซึ่ง “การบังคับ”โดยวิธีเหล่านี้เป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดนี้แต่เป็นองค์ประกอบที่ทำให้เกิดปัญหาขึ้น<sup>259</sup> จึงได้ทำการแก้ไข เป็นเรื่อง “ความยินยอม” ขึ้นมาแทน และเพิ่ม มาตรา 184i เรื่องการคุกคามทางเพศเข้ามาที่มีลักษณะใกล้เคียงกับความผิดฐานอนาจารของเรา กล่าวคือ เป็นการสัมผัสซึ่งทำไปในทางเพศ และไม่จำกัดว่ากระทำต่อร่างกายส่วนใดซึ่งแตกต่างจากมาตรา 177 ซึ่งเห็นได้ว่าจำกัดเฉพาะมีการสัมผัสทางกายภาพโดยกระทำไปในทางเพศแม้ไม่ได้กระทำต่ออวัยวะในทางเพศและของสงวนหากการกระทำดังกล่าวเป็นการคุกคามก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 184i แต่หากเป็นกรณีที่กระทำต่ออวัยวะที่กล่าวมาก็จะเข้ากรณีของมาตรา 177 เพียงมาตราเดียวเพราะตามมาตรา 184i กำหนดว่าการกระทำจะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 184i หากมีเป็นความผิดที่มีโทษรุนแรงกว่า<sup>260</sup>

#### (ข) ความหมายของคำว่า ใช้กำลังประทุษร้าย

ไม่ปรากฏคำดังกล่าวแต่ประมวลกฎหมายของเยอรมนีนั้นได้บัญญัติไว้ในเรื่องของโดยใช้กำลังบังคับ(use of force) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงว่าต้องมีการใช้กำลังในแง่ของ (Physical Force) ซึ่งก็เป็นส่วนหนึ่งของความหมายของการใช้กำลังประทุษร้ายของไทยนั่นเอง

<sup>259</sup> Jenny Gesley, "Germany : Heavier Sanctions against Sexual Offenders Adopted," [Online] Accessed: Nov 25,2016. Available from: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-heavier-sanctions-against-sexual-offenders-adopted/>.

<sup>260</sup> “184i การคุกคามทางเพศ

(1) ผู้ใดสัมผัส(Touches)กับบุคคลอื่นโดยทำไปในทางเพศและทำให้รู้สึกถูกคุกคาม(harasses)จากการกระทำนั้นต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ, นอกเสียจากว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีโทษหนักกว่าตามมาตราอื่น...”

## (ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

มีคำพิพากษาฎีกาที่มีหมายเหตุที่เกี่ยวข้องกับความผิดมาตรา 177 กล่าวคือ “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3577/2551 โจทก์บรรยายฟ้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ขณะเกิดเหตุ จำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยจำเลยเอาอวัยวะเพศของจำเลยถูกลบบริเวณอวัยวะเพศของผู้เสียหาย และใช้มือลูบคลำอวัยวะเพศของผู้เสียหายหลายครั้งอันเป็นการกระทำอนาจารโดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เมื่อจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้องจึงต้องรับฟังเป็นยุติว่า จำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง

หมายเหตุ ตามกฎหมายอาญาเยอรมนี ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีลักษณะในทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ของไทยก็คือประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 177 บัญญัติว่า “การบังคับในทางเพศ (Sexuelle Noetigung) การข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung)

## (1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น

1. โดยใช้กำลังบังคับ
2. โดยการข่มขู่จะทำให้เกิดอันตรายโดยพลันแก่ร่างกายหรือชีวิตหรือ
3. อาศัยโอกาสที่เหยื่อมาอยู่ในอำนาจของผู้กระทำความผิดอย่างหมดทางสู้

ให้จำยอมต่อการกระทำในทางเพศของผู้กระทำความผิดหรือของบุคคลที่สามหรือให้มีการกระทำในทางเพศกับผู้กระทำความผิดหรือบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี

(2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 2 ปี หากมีเหตุฉกรรจ์ โดยหลักการแล้วเหตุฉกรรจ์ถือว่ามีอยู่ในกรณีนี้

1. ผู้กระทำความผิดได้ข่มขืนกระทำชำเราเหยื่อหรือมีการกระทำในทางเพศกับเหยื่อในลักษณะทำนองเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา หรือยอมให้เหยื่อกระทำในทางเพศกับตนในลักษณะทำนองเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งการกระทำในทางเพศที่มีลักษณะทำนองเดียวกับการข่มขืนกระทำชำเรานี้จะทำให้คุณค่าของเหยื่อลดลงเป็นพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการกระทำดังกล่าวมีส่วนเกี่ยวข้องกับการที่มีการรูดผ้าเข้าไปในร่างกาย (การข่มขืนกระทำชำเรา) หรือ

## 2. ได้มีการร่วมกันกระทำความผิดระหว่างบุคคลหลายคน

(3) ...”

มาตรา 177 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนีมีการแก้ไขเมื่อปี ค.ศ.1997 โดยกฎหมายมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 1997 หลักการสำคัญในการแก้ไขกฎหมายครั้งนี้มีทั้งหมด 3 ประเด็นด้วยกัน กล่าวคือกรณีแรก ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตัดถ้อยคำที่ว่า "นอกสมรส" ออก จึงทำให้สามีมีความผิดฐานข่มขืนภรรยาได้หากเป็นการฝ่าฝืนใจภรรยา อย่างไรก็ตามข้อเสนอที่จะให้มีการลดโทษหรือยกเว้นโทษเพื่อประโยชน์ในการที่จะยังคงความเป็นสามีภรรยาต่อไปไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย กรณีที่สองฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้องค์ประกอบความผิดในส่วนของเพศของเหยื่อที่ถูกกระทำตามมาตรา 177 มีความเป็นกลางๆ (geschlechtsneutral) โดยผลของการแก้ไขดังกล่าวจึงทำให้ผู้ชายได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้หญิงและในประการสุดท้ายฝ่ายนิติบัญญัติได้ขยายขอบเขตของการกระทำชำเราให้กว้างขึ้นโดยให้ถือว่าการกระทำในทางเพศที่คล้ายคลึงกันที่เกี่ยวข้องกับการรุกกล้าเข้าไปในร่างกายให้มีฐานะเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเรา เช่น การร่วมเพศทางปากและทางทวารหนัก รวมทั้งการนำวัตถุใดๆ (เช่น เทียน) หรือส่วนอื่นๆ ของร่างกายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนัก แต่หากเป็นการกระทำต่อส่วนของร่างกายที่ไม่ใช่ส่วนเปิดของร่างกายแล้วแม้ว่าจะมีมูลเหตุจูงใจในทางเพศก็ไม่เข้ามาตรามาตรา 177 (เช่นการใช้เข็มแทง) การนำวัตถุเข้าไปในปากหรือนำส่วนอื่นๆ ของร่างกายเข้าไปในปากรวมทั้งการจูบปากไม่ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของเยอรมนีเองที่ถือว่าการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ตัวอย่างเช่น การใช้นิ้วสอดเข้าไปในก้น (BGH NStZ-RR 1999,325 Nr.24) การเอานิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิงจนมีดนิ้ว (LG Augsburg NStZ 1999,307) เหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติขยายขอบเขตของการข่มขืนดังกล่าวข้างต้น มีเหตุผลมาจากเหตุผลทางอาชญาวิทยาที่พิสูจน์แล้วว่า การที่เหยื่อถูกกระทำในทางเพศในลักษณะที่มีการเกี่ยวข้องกับการรุกกล้าเข้าไปในร่างกายนั้นความรู้สึกของเหยื่อจะมีความรู้สึกที่แย่มากๆ กับการที่เหยื่อถูกข่มขืนกระทำชำเรา

ในเยอรมนี มีประเด็นว่า มีเพศสัมพันธ์กับบุคคลที่ปฏิเสธที่จะมีเพศสัมพันธ์กับตัวเองด้วย ถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่รัฐสภาเยอรมนีได้มีการลงคะแนนผ่านร่างกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายข่มขืนกระทำชำเราของเยอรมนีตามกฎหมายเดิม ก่อนที่จะฟ้องได้ผู้เสียหายต้องแสดงให้เห็นว่า ผู้เสียหายได้ใช้กำลังต่อสู้ขัดขืน (physically resist) การทำร้ายนั้นด้วย ถ้าผู้เสียหายเพียงแต่บอกว่า “ไม่”, “อย่า”(No) เพียงเท่านั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือเป็นการแสดงว่าไม่ยินยอม ก่อนมีการแก้ไขกฎหมาย เคยมีคดีขึ้นสู่ศาลเยอรมนี เป็นกรณีที่ผู้เสียหาย Gina-Lisa Lohfink อายุ 29 ปี ถูกศาลอุทธรณ์ตัดสินปรับเป็นจำนวนเงิน 27,000 ดอลลาร์ สำหรับกรณีให้การเท็จในศาล

ข้อเท็จจริงคือ Gina พ้องชายสองคนในข้อหาข่มขืนกระทำชำเรา เมื่อปี 2012 เธอฟ้องคดีเมื่อพบว่า จำเลยเผยแพร่บันทึกวีดิโอภาพเหตุการณ์ดังกล่าวนั้นบนอินเทอร์เน็ต แต่ให้การกับศาลว่า เมาจจนสลบไป แล้วจำเหตุการณ์การทำร้ายนั้นไม่ได้เลยจากภาพวีดิโอ Gina ได้ปฏิเสธที่จะมีเพศสัมพันธ์โดยการพูดให้จำเลยหยุด (Stop it) และ บอกว่าไม่ (No) แล้ว แต่จำเลยอ้างว่าเธออยู่ในภาวะมึนเมาแล้วเป็นการมีเพศสัมพันธ์โดยที่เธอยินยอมแต่เจ้าหน้าที่เยอรมนีบางคนกลับมองว่า ผู้เสียหายต้องมีส่วนรับผิดชอบในการข่มขืนกระทำชำเราครั้งนี้ด้วย โดยผู้พิพากษา Thomas Fisher ได้แย้งว่า แค่การพูดว่าไม่ อย่างเดียวย่อมไม่เพียงพอ เหมือนคำพูดอื่นๆในบริบทอื่น คำว่า หยุด กับคำว่า ไม่ อาจจะมี ความหมายในแง่ปฏิเสธอย่างจริงจังมาก ค่อนข้างจริงจัง หรือ เป็นการปฏิเสธแบบไม่จริงจังก็ได้ ("Like any statement in any other context, the 'No' or 'Stop it' can be meant quite seriously, half seriously, or not to be taken seriously,") Fisher ยังมองว่า Gina และนักข่าวที่ปกป้องเธอนั้นช่างน่าขยะแขยง (nauseating) นั่นคือเหตุผลว่าทำไม ผู้ที่โดนข่มขืนในเยอรมนีจึงไม่ค่อยไปแจ้งความ และตามสถิติพบว่า มีแค่ 5-15 เปอร์เซ็นต์ของผู้เสียหายทั้งหมดเท่านั้น ที่ไปแจ้งความว่าตนถูกข่มขืนในปี 2014 BFF (Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe) องค์กรความร่วมมือที่เป็นศูนย์กลางให้คำปรึกษาผู้หญิงและวิกฤติข่มขืนกระทำชำเรา พบว่า ในจำนวน 107 คดี ที่องค์กรนี้ได้ทำการศึกษา พบว่าคดีส่วนใหญ่ จำเลยไม่ต้องรับโทษเนื่องจากผู้เสียหายไม่สามารถ พิสูจน์ให้เข้าองค์ประกอบของการใช้กำลังต่อสู้ขัดขืนได้จน รัฐสภาเยอรมนีอนุมัติให้มีการแก้ไขกฎหมาย แต่ไม่ได้มติที่เป็นเอกฉันท์ ในการแก้ไขกฎหมาย(มาตรา 177)และกำหนดให้การคุกคามทางเพศ(มาตรา 184i)เป็นความผิดอาญา<sup>261</sup>

กฎหมายเรื่องการแอบถ่ายของเยอรมนีมีดังนี้

มาตรา 201a<sup>262</sup> “การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลโดยการถ่ายภาพ

<sup>261</sup> Soraya Sarhaddi Nelson, "In Germany, Lawmakers Pass 'No Means No' Law for Cases of Rape " [Online] Accessed: Nov 25,2016. Available from: <http://www.npr.org/sections/parallels/2016/07/07/485106708/in-germany-lawmakers-pass-no-means-no-law-for-cases-of-rape>.

<sup>262</sup> Section 201a “Violation of intimate privacy by taking photographs

(1) Whosoever unlawfully creates or transmits pictures of another person located in a dwelling or a room especially protected from view and thereby violates their intimate privacy shall be liable to imprisonment not exceeding one year or a fine.

(2) Whosoever uses or makes available to a third party a picture created by an offence under subsection (1) above shall incur the same penalty.

(1) ผู้ใด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย สร้างหรือส่งต่อภาพถ่ายของบุคคลอื่นที่อยู่ในบ้านหรือห้อง โดยเฉพาะเพื่อป้องกันการแอบดูและละเมิดความเป็นส่วนตัว ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับ

(2) ผู้ใด ใช้หรือทำให้บุคคลที่สามารถเข้าถึงภาพที่เป็นความผิดภายใต้อนุมาตรา (1) ต้องได้รับโทษตามอนุมาตราดังกล่าว

(3) ผู้ใด โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และโดยรู้เช่นนั้น ทำให้บุคคลที่สามารถเข้าถึงภาพที่สร้างขึ้นโดยความยินยอมของบุคคลอื่นที่อยู่ในบ้านหรือห้อง โดยเฉพาะเพื่อป้องกันการแอบดูและละเมิดความเป็นส่วนตัว ต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับ

(4) สื่อภาพและอุปกรณ์บันทึกภาพ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน ให้นำ มาตรา 74a มาใช้บังคับ”




---

(3) Whosoever unlawfully and knowingly makes available to third parties a picture that was created with the consent of another person located in a dwelling or a room especially protected from view and thereby violates his intimate privacy shall be liable to imprisonment not exceeding one year or a fine.

(4) The visual media and the visual recording devices or other technical means that the principal or secondary or participant used may be subject to a deprivation order. Section 74a shall apply.”

## บทที่ 5

### วิเคราะห์ความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานกระทำอนาจารของไทยมีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกันอยู่ในเรื่อง การคุกคามทางเพศ, การกระทำอันควรขายหน้าธารกำนัล, การรังแก ข่มเหง คุกคาม ทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ, ทำให้เกิดความกลัวหรือตกใจโดยการขู่เข็ญ ที่ควรนำมาเปรียบเทียบและแยกให้เห็นความแตกต่างและขอบเขตทั้งในส่วนที่มีร่วมกันและที่แตกต่างกัน กล่าวคือการกระทำเดียวกันนั้นอาจเป็นทั้งความผิดฐานกระทำอนาจารและความผิดเหล่านี้ หรือเป็นความผิดเหล่านี้แต่ไม่เป็นความผิดฐานอนาจาร ซึ่งจะทำให้เราเห็นถึงการกำหนดลำดับชั้นของความผิดที่ใกล้เคียงกันของการกระทำทางเพศ การจัดลำดับความร้ายแรงที่แสดงออกมาผ่านทางอัตราโทษที่กำหนดไว้

#### 5.1 ฐานความผิดที่ใกล้เคียงกัน

##### 5.1.1 การคุกคามทางเพศ

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 กำหนดว่า “ห้ามมิให้นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศต่อลูกจ้าง”

องค์ประกอบภายนอก

(1) นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือ ผู้ตรวจงาน

(2) กระทำการ

(ก) ล่วงเกินทางเพศ

(ข) คุกคามทางเพศ

(ค) ก่อความเดือดร้อนรำคาญทางเพศ

(3) ต่อลูกจ้าง

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

มาตรา 147 “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

การคุกคามทางเพศ หรือ การล่วงเกินทางเพศ (Sexual Harassment) นั้น เป็นกรณีที่คล้ายคลึงกับความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งไม่ส่งผลกระทบต่อร่างกายมากนักแต่กระทบต่อจิตใจของผู้ถูกกระทำหรือผู้ตกเป็นเหยื่อมากกว่าและต้องเป็นเรื่องที่กระทำไปในทางเพศ<sup>263</sup> นอกจากนั้นทั้งสองเรื่องยังเป็นเรื่องของเสรีภาพในร่างกายที่ใครจะมาล่วงละเมิดไม่ได้ ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองไว้โดยกฎหมาย เช่น จากมาตรา 16 นี้เองแสดงให้เห็นว่าการกระทำที่ต้องห้ามมีดังนี้

1. การล่วงเกิน หมายถึง แสดงอาการเกินสมควรต่อผู้อื่นโดยล่วงจารีตประเพณี หรือ จรรยา มารยาท ด้วยการลวนลาม ดูหมิ่น สบประมาท
2. คุกคาม หมายถึง แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัวหรือกระทำให้หวาดกลัว
3. ก่อความเดือดร้อนรำคาญ หมายถึง ทำให้เป็นกังวล เป็นทุกข์ ไม่สบายใจ<sup>264</sup>

ทำให้เห็นว่า ลักษณะพฤติกรรมการคุกคามทางเพศ อาจเป็นกรณีของ การคุกคามด้วยวาจา (Verbal harassment) เช่นการตามตื้อตามจิบทั้งที่รู้ว่าบุคคลนั้นไม่สนใจ, การเล่าเรื่องลามกอนาจาร หรือ การคุกคามโดยการแสดงออกทางกิริยา (Nonverbal harassment) เช่น การแสดงออกทางสีหน้าท่าทางเจ้าชู้ การจ้องมองอย่างกรุ่มกริม การติตภาพหรืออุปกรณ์ส่อไปในทางลามกอนาจาร หรืออาจเป็นการคุกคามโดยการสัมผัส (Physical harassment) ก็ได้ เช่น การสัมผัส

<sup>263</sup> เกษมสันต์ วัลลวรรณ, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 23 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 58.

<sup>264</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

เนื้อตัวร่างกาย การกอดจูบ ลูบคลำ การเข้าไปใกล้ชิดเกินจำเป็น<sup>265</sup> นอกจากนั้นยังมีการแบ่งประเภทของการคุกคามทางเพศออกเป็นสองประเภทกล่าวคือ

(ก) การคุกคามทางเพศแบบแลกกับผลประโยชน์ (Quid Pro Quo) โดยสิ่งสำคัญคือ อำนาจที่เหนือกว่า กล่าวคือเป็นการที่ฝ่ายที่มีอำนาจเหนือเสนอผลประโยชน์ให้กับอีกฝ่าย เพื่อแลกกับการคุกคามทางเพศ เช่น การที่หัวหน้าแผนกนำการเลื่อนตำแหน่งขึ้นมาเป็นข้อเสนอลแลกกับการที่ลูกน้องในแผนกต้องยอมให้ลวนลาม เป็นต้น กล่าวคือเป็นการแลกผลประโยชน์ซึ่งกันและกันโดยอาศัยอำนาจเหนือกว่า หรือหากไม่ยินยอมจะได้รับผลร้ายเช่น โยกย้าย ลดตำแหน่ง ถูกลงโทษ

(ข) การคุกคามทางเพศที่สร้างสภาพแวดล้อมที่ไม่พึงปรารถนา (Hostile Environment) กล่าวคือเป็นการที่สร้างสภาพแวดล้อมที่ไม่ถึงปรารถนา ไม่เป็นมิตรหรือน่ารังเกียจและก่อให้เกิดการคุกคามทางเพศเช่นการเล่าเรื่องลามกอนาจาร การติตภาพหรืออุปรกรณ์สื่อไปในทางลามกอนาจาร เป็นต้น<sup>266</sup>

#### ตัวอย่างที่เกิดขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1372/2545 ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ช่วยผู้จัดการแผนกสินเชื่อและเก็บเงินอาศัยอำนาจหน้าที่ชักชวนพนักงานหญิงที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาออกไปเที่ยวเตร่ในเวลาค่าคืนนอกเวลางาน หากพนักงานหญิงผู้นั้นไม่ไปก็จะกลั่นแกล้งเสนอความเห็นไม่ยอมให้พนักงานผู้นั้นผ่านการทดลองงาน เห็นได้ว่าลูกจ้างมีความประสงค์ที่จะกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อพนักงานหญิงผู้ใต้บังคับบัญชา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12939/2558 การที่โจทก์มีเพศสัมพันธ์กับจำเลยเป็นไปโดยความสมัครใจเป็นส่วนตัว ทั้งที่โจทก์มีสามีและบุตรแล้วเพื่อแลกเปลี่ยนกับเงินที่จำเลยส่งจ่ายเช็คเพื่อช่วยชำระหนี้ ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับการที่จำเลยใช้อำนาจบังคับบัญชาบีบบังคับโจทก์ในหน้าที่การงานให้ต้องจำยอมมีเพศสัมพันธ์แต่ประการใด การกระทำของจำเลยหาใช่เป็นการล่วงเกินทางเพศต่อโจทก์ตามความหมายในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 16 ไม่<sup>267</sup>

<sup>265</sup> พินิติร นามสีฐาน, "ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 12-13.

<sup>266</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

<sup>267</sup> เกษมสันต์ วิลาวรรณ, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, หน้า 58.



## วิเคราะห์

การกระทำอนาจารและการคุกคามทางเพศนั้นต้องมีพื้นฐานการกระทำเกี่ยวกับเรื่องเพศ เช่นเดียวกันแต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำจะพบว่า การคุกคามทางเพศนั้นมีขอบเขตของการกระทำที่กว้างกว่าการกระทำอนาจารกล่าวคือ การคุกคามทางเพศไม่จำกัดเฉพาะกรณีของการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายที่ไม่สมควรในทางเพศเท่านั้น แต่รวมไปถึงคำพูด กิริยาอาการต่างๆที่แม้ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายก็เป็นการคุกคามทางเพศได้เช่น การเล่าเรื่องลามกอนาจาร การจ้องมองสรีระส่วนที่ลูกจ้างต้องการปกปิด หรือกระทั่งกรณีตีตากลามกอนาจารอันจะทำให้เกิดบรรยากาศที่อึดอัดในการทำงานก็ตามซึ่งเรากล่าวได้ว่า ลักษณะของการกระทำอันเป็นการคุกคามในทางเพศนั้นก็รวมการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายอันไม่สมควรในทางเพศอันเป็นลักษณะของการกระทำอนาจารไปในตัวด้วยเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้หมายความว่า การกระทำที่เป็นความผิดกระทำอนาจารจะเป็นความผิดการคุกคามทางเพศไปด้วยเสมอไป เพราะเมื่อพิจารณาต่อมาจะพบว่า การคุกคามทางเพศนั้น จำกัดทั้งในตัวของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำกล่าวคือต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่ากระทำต่อฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่า ไม่ใช่กรณีมีอำนาจเท่ากันหรือกรณีที่บุคคลที่มีอำนาจน้อยกว่ากระทำต่อบุคคลที่มีอำนาจสูงกว่าซึ่งจะไม่เป็นความผิดตามมาตรา ๓๑๖ ซึ่งคำว่า อำนาจ ก็คืออำนาจในการบังคับบัญชา รวมถึงอำนาจในการลงโทษหรือให้ประโยชน์ใดๆ ซึ่งตัวบทก็กำหนดให้ผู้กระทำเป็นนายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน ผู้ตรวจงาน กระทำต่อ ลูกจ้าง นั่นเอง<sup>268</sup> ซึ่งทำให้เห็นว่าแม้ว่าการกระทำนั้นอาจเป็นกรณีของการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายที่ไม่สมควรในทางเพศแต่หากผู้กระทำไม่ใช่ผู้มีอำนาจเหนือกว่ากระทำต่อลูกจ้างแล้วกรณีนั้นก็ไม่ใช่กรณีของการคุกคามในทางเพศ

สามารถสรุปได้ว่า การคุกคามในทางเพศนั้นเป็นกรณีที่กำหนดขึ้นใช้บังคับกับการจ้างงาน ไม่ให้เกิดกรณีการใช้ตำแหน่งหน้าที่ในการทำงานมาใช้อำนาจเพื่อที่จะได้ไปซึ่งประโยชน์ในทางเพศ เพราะอำนาจต่อรองของลูกจ้างที่มีน้อยทำให้อำนาจในการตัดสินใจและบังคับบัญชาตกอยู่กับฝ่ายนายจ้างซึ่งสามารถเอาเปรียบกับลูกจ้างในเรื่องเพศได้

ข้อสังเกต บทลงโทษของการคุกคามทางเพศเป็นการลงโทษต่อทรัพย์สินเท่านั้นแตกต่างจากบทลงโทษของการกระทำอนาจารที่มีการลงโทษต่อเนื้อตัวร่างกายด้วยกล่าวคือโทษจำคุก ซึ่งทำให้เห็นระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน ด้วยความที่การคุกคามทางเพศครอบคลุมการกระทำที่หลากหลายทำให้มีโอกาสที่จะกระทำผิดการคุกคามทางเพศได้มากกว่า

<sup>268</sup> ดู เรื่องเดียวกัน, หน้า 57 และ พงษ์รัตน์ เครือกลิ่น, คำอธิบายกฎหมายแรงงานเพื่อการบริหารทรัพยากรมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557), หน้า 161.

กล่าวคือเพียงคำพูด หรือการกระทำต่อสภาพแวดล้อมในสำนักงานก็อาจก่อให้เกิดบรรยากาศที่ไม่เป็นมิตรในทางเพศซึ่งไม่ได้มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายแต่อย่างใด ระดับความรุนแรงอาจไม่มากนักแต่หากกรณีจัดเป็นการกระทำอนาจารด้วยแล้วก็จะทำให้โทษนั้นรุนแรงขึ้น เพราะมีการจำกัดการกระทำ ความผิดที่แคบลงมาและเป็นกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในแง่ความเสียหายแล้วทั้งสองกรณีเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางอารมณ์ หรือจิตใจมากกว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายทางกาย ซึ่งความเสียหายทางจิตใจหรืออารมณ์นี้อาจก่อให้เกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายดังนั้นเราจึงไม่อาจกล่าวได้ว่ากรณีใดสามารถสร้างความเสียหายได้มากกว่ากัน

### 5.1.2 การกระทำอันควรขายหน้าธารกำนัล

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 กำหนดว่า “ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท”<sup>269</sup>

องค์ประกอบภายนอก

- (1) กระทำอันควรขายหน้า ต่อหน้าธารกำนัล
- (2) โดยเปลือยกายหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

การกระทำอันควรขายหน้านั้น เป็นการกระทำที่เป็นการอับอายแก่ผู้พบเห็น<sup>270</sup>โดยขึ้นอยู่กับความรู้สึกของประชาชนและขนบธรรมเนียมประเพณี<sup>271</sup>ซึ่งเป็นการวัดเช่นเดียวกับ การกระทำอนาจารแต่อย่างไรก็ตามการกระทำอันควรขายหน้านั้นไม่จำกัดเฉพาะที่เกี่ยวกับความใคร่หรือทาง

<sup>269</sup> แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 เดิมความผิดตามมาตรานี้มีอัตราโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท

<sup>270</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 1223.

<sup>271</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 438.

เพศเท่านั้น<sup>272</sup> แต่ตามความในมาตรานี้นั้นจำกัดการกระทำอยู่สามการกระทำที่เป็นการกระทำอันควร  
 ขายหน้า กล่าวคือ

1. เปลือยกาย หมายถึง การเปิดเผยร่างกายทั้งตัว
2. เปิดเผยร่างกาย หมายถึง เปิดเผยร่างกายบางส่วน<sup>273</sup> โดยเฉพาะอวัยวะที่ควรปกปิด<sup>274</sup>  
 เช่นอวัยวะเพศ หน้าอกผู้หญิง
3. การกระทำลามกอย่างอื่น หมายถึง การกระทำอย่างอื่นนอกจาก 1-2 ซึ่งไม่จำกัดว่าจะต้อง  
 เป็นการกระทำเกี่ยวกับร่างกายเท่านั้น แต่รวมไปถึงวาจาด้วย เช่นแสดงท่าร่วมประเวณีให้คนดู ใช้คำ  
 หยาบคาย<sup>275</sup> ส่วนความหมายของ ลามก ตามพจนานุกรมคือ หยาบช้ำต่ำทำราม, หยาบโลน, อันเป็นที่  
 น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม, เช่น หนังสือลามก พุดลามก ทำลามก<sup>276</sup>

ถึงแม้ว่าจะมีการกระทำทั้งสามการกระทำดังได้กล่าวมาแล้วแต่ก็อาจไม่ใช่การกระทำอันควร  
 ขายหน้า โดยต้องพิจารณาจากความรู้สึกของประชาชนและขนบธรรมเนียมประเพณีดังได้กล่าว  
 มาแล้ว เช่น การที่แม่เปิดเผยร่างกาย ส่วนหน้าอกอันเป็นอวัยวะที่ควรปกปิด แต่กระทำไปเพื่อให้นม  
 ลูกก็ย่อมไม่เป็นการกระทำอันควรขายหน้า และนอกจากต้องเป็นการกระทำอันควรขายหน้าแล้วยัง  
 ต้องเป็นการกระทำ “ต่อหน้าธารกำนัล” อีกด้วย กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ประชาชนหรือบุคคลทั่วไป  
 สามารถเห็นได้<sup>277</sup> ซึ่งอาจเป็นบุคคลเดียวก็ได้และไม่จำเป็นต้องบุคคลใดบุคคลหนึ่งเห็นจริงเพียงแต่ใน  
 ลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นได้ ก็เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลแล้ว<sup>278</sup> ดังนั้นแม้  
 กระทำในที่สาธารณะที่ประชาชนไม่สามารถพบเห็นได้ก็ไม่เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งไม่  
 รวมถึงกรณีที่ถูกแอบดู<sup>279</sup>

<sup>272</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 1223.

<sup>273</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 438.

<sup>274</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 401.

<sup>275</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>276</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว  
 เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 (กรุงเทพฯ: บริษัท ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์  
 จำกัด(มหาชน), 2554), หน้า 1054.

<sup>277</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 438.

<sup>278</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 1, หน้า 770.

<sup>279</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 438.

### ตัวอย่างที่เกิดขึ้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1069/2506 คำว่า“กระทำการลามกอย่างอื่น” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 นั้นไม่ได้หมายความว่าเรื่องเกี่ยวกับร่างกายเท่านั้น ย่อหมายถึงวาจาด้วย จำเลยกล่าวคำว่า “เย็ดโคตรแม่มีง” ต่อหน้าธารกำนัลจึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 แล้ว

### วิเคราะห์

จะเห็นได้ว่า การกระทำอนาจาร หมายถึง การกระทำที่ทำให้เกิดความอับอายในทางเพศ ซึ่งเป็นการกระทำอันควรขายหน้า ซึ่งมีความหมายว่าเป็นการกระทำที่เป็นการอับอายแก่ผู้พบเห็นเช่นเดียวกัน เพียงแต่หากกล่าวถึงการกระทำอันควรขายหน้านั้นตามนิยามแล้วไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องในทางเพศเท่านั้น

พิจารณาต่อไปโดยสภาพการเปลือยกาย และการเปิดเผยร่างกายนั้นไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายกับผู้เสียหายซึ่งทำให้เกิดความแตกต่างจากเรื่องของการกระทำอนาจารที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย แต่ความผิดทั้งสองส่วนยังมีจุดร่วมกันคือ การกระทำลามกอย่างอื่น อาจเกิดขึ้นโดยมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย เช่น การกอดจูบลูบไล้กันกันท่ามกลางสายตาผู้คนที่ผ่านมา<sup>280</sup> แต่เพื่อที่จะเป็นความผิดตามมาตรานี้นั้น การกระทำลามกอย่างอื่น ต้องเกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัลด้วย กล่าวคือ สิ่งที่กฎหมายมาตรานี้มุ่งคุ้มครองคือ ความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะ<sup>281</sup> ซึ่งแตกต่างจากการกระทำอนาจาร ซึ่งมุ่งคุ้มครอง เสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของบุคคล

เราพอจะสรุปได้ว่า สิ่งที่กฎหมายทั้งสองมาตรามุ่งคุ้มครองนั้นแตกต่างกันออกไปกล่าวคือ การกระทำอันควรขายหน้าธารกำนัล ตามมาตรา 388 นี้มุ่งคุ้มครองไม่ให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะ แต่ การกระทำอนาจาร นี้มุ่งคุ้มครอง เสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของบุคคล

ข้อสังเกต บทลงโทษเนื่องจากมาตรา 388 เป็นความผิดในหมวดลหุโทษ จึงมีโทษที่ไม่รุนแรง กล่าวคือ โทษในเรื่องการกระทำอันควรขายหน้าธารกำนัลเป็นโทษต่อทรัพย์สินคือ โทษปรับไม่เกิน 5,000 บาท ซึ่งเมื่อเราพิจารณาความรุนแรงของความผิดมาตรานี้ จะเห็นได้ว่าเป็นความผิดที่ไม่ได้กระทบต่อเนื้อตัวร่างกายประชาชนผู้พบเห็นโดยตรงแต่กระทบต่อความรู้สึกซึ่งก่อความรู้สึกอึด

<sup>280</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>281</sup> คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 601-602.

อัศจรรย์ อับอาย ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่รุนแรงนัก โทษจึงมีลักษณะที่ไม่รุนแรงตามมา แตกต่างจากความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งกระทบต่อความรู้สึกที่มากกว่าเพราะเป็นการที่ผู้เสียหายถูกล่วงละเมิดในทางเพศโดยตรง โดยเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายโดยตรง

### 5.1.3 รังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญ

ในเรื่องรังแก คุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับคำพิพากษาที่เป็นที่มาของปัญหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้และถูกใช้ในการพิพากษาคัดสิน ซึ่งเรื่องนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 โดยมีเหตุผลจากหมายเหตุไว้ท้ายพระราชบัญญัติดังนี้ “...มาตรา ๓๘๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติเฉพาะกรณีกระทำการอันเป็นการรังแก ข่มเหง หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งยังไม่ครอบคลุมการกระทำในที่รโหฐาน การคุกคาม การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ และการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ สมควรกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวด้วยอีกทั้งอัตราโทษปรับสำหรับความผิดลหุโทษยังไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศสมควรปรับปรุงอัตราโทษปรับให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน...”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 (เดิม) กำหนดว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล กระทำด้วยประการใดๆอันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ความผิดที่ 1

องค์ประกอบภายนอก

- (1) กระทำด้วยประการใดๆ ในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล
- (2) อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

ความผิดที่ 2

องค์ประกอบภายนอก

(1) กระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

(2) ในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา<sup>282</sup>

ในที่สาธารณะ หมายความว่า สถานที่ใดๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ โดยที่สถานที่นั้นไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นสิ่งสาธารณะ เช่น ขบวนรถไฟโดยสารที่ประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ย่อมเป็นสาธารณะ ซึ่ง “ประชาชน” หมายถึงบุคคลทั่วไป ซึ่งอาจมีข้อจำกัดบางประการ เช่น จำกัดเพศ เฉพาะพระ ก็ยังถือเป็นประชาชนตามความหมายนี้แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่จำกัดเฉพาะสมาชิก ย่อมไม่ใช่กรณีของประชาชนแล้ว แม้จะไม่จำกัดจำนวนสมาชิก และการจะเข้าไปได้ขอเพียงแค่สมัครสมาชิกก่อนเท่านั้น ส่วนคำว่า “ความชอบธรรม” นั้นไม่รวมถึงโดยวิสาสะ หรือการขอเข้าไปเป็นครั้งคราว ซึ่งไม่เป็นความชอบธรรม แต่อย่างไรก็ตามไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นสิทธิตามกฎหมายก็ได้ และความชอบธรรมนี้อาจมาจากการมีค่าตอบแทนก็ได้ เช่น โรงภาพยนตร์หรืองานที่จัดขึ้นโดยจำหน่ายบัตรเข้าชมแก่ประชาชน<sup>283</sup>

ต่อหน้าธารกำนัล เช่นเดียวกับมาตรา 388 กล่าวคือ เป็นการกระทำที่ประชาชนหรือบุคคลทั่วไปสามารถเห็นได้<sup>284</sup> ซึ่งอาจเป็นบุคคลเดียวก็ได้และไม่จำเป็นต้องบุคคลใดบุคคลหนึ่งเห็นจริง เพียงแต่ในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นได้ ก็เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลแล้ว<sup>285</sup> ดังนั้นแม้กระทำในที่สาธารณะที่ประชาชนไม่สามารถพบเห็นได้ก็ไม่เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งไม่รวมถึงกรณีที่ถูกล้อ<sup>286</sup>

<sup>282</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 409.

<sup>283</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 677-678.

<sup>284</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 438.

<sup>285</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 1, หน้า 770.

<sup>286</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 438.

### ความผิดที่ 1

รังแก ตามความหมายในพจนานุกรม คือ แกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น (มักใช้แก่ผู้มีอำนาจมากกว่า) เช่นผู้ใหญ่รังแกเด็ก<sup>287</sup>

ข่มเหง ตามความหมายในพจนานุกรม คือ “ข่ม” โดยปริยายหมายความว่า แสดงกิริยาวาจาให้เห็นว่าเหนือกว่า หรือทำให้อีกฝ่ายหนึ่งรู้สึกด้อยกว่า, “เหง” หมายความว่า ข่ม มักใช้คู่กับคำว่าข่ม เป็น ข่มเหง<sup>288</sup>

การกระทำอันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น เช่น การจอดรถขวางซอยไม่ให้รถออกจากซอย การยื้อยุดุดุกระโปรงผู้หญิงที่เดินผ่านไปมา แต่ถ้าถึงขั้นจับเนื้อตัว อาจเป็นอนาจารหรือประทุษร้ายได้<sup>289</sup>

### ความผิดที่ 2

อับอาย ตามความหมายในพจนานุกรม หมายความว่า อายไม่กล้าสู้หน้า, ขายหน้า<sup>290</sup>

เดือดร้อนรำคาญ ตามความหมายในพจนานุกรม “เดือดร้อน” หมายความว่า เป็นทุกข์กังวลไม่เป็นสุข, เป็นภาระ “รำคาญ” หมายความว่า ทำให้เดือดร้อน เบื่อหน่าย<sup>291</sup>

การกระทำอันเป็นการทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ เช่น พุดจาแซวผู้หญิงคนอื่น เดินตามผู้อื่น (Stalking) แอบดูคนเข้าห้องน้ำสาธารณะ ตามเกี่ยวผู้หญิงที่ไม่รู้จัก (harasseveut)<sup>292</sup>

<sup>287</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 985.

<sup>288</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 169,1342.

<sup>289</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2557), หน้า 416.

<sup>290</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 1397.

<sup>291</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 445,1002.

<sup>292</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 416. (2557)

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 (แก้ไข) กำหนดว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใดๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

ถ้าการกระทำตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำความผิดมีอำนาจเหนือผู้กระทำ อันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”<sup>293</sup>

#### ความผิดที่ 1

องค์ประกอบภายนอก

- (1) กระทำความผิดด้วยประการใดๆ
- (2) อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงหรือคุกคามผู้อื่น

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

CHULALONGKORN UNIVERSITY

#### ความผิดที่ 2

องค์ประกอบภายนอก

- (1) กระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

<sup>293</sup> มาตรา 397 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 , เดิมบัญญัติว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล กระทำความผิดด้วยประการใดๆอันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการตัดสินคดี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558.



กรณีของการกระทำความผิดตามมาตรา 397 ที่แก้ไขใหม่นี้จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำเดียวกันกับมาตรา 397 เดิม กล่าวคือเป็นการกระทำ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นหรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ โดยสิ่งที่เพิ่มขึ้นมาในส่วนของกรกระทำคือเรื่องของการคุกคาม และการกำหนดให้ในส่วนของ การกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลเป็นเหตุเพิ่มโทษซึ่งยังรวมไปถึงเรื่องการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศซึ่งเพิ่มเข้ามาเป็นเหตุเพิ่มโทษอีกด้วย ดังนั้นผู้ศึกษาจะขออธิบายในส่วนที่ไม่มีในมาตรา 397 เดิม ดังนี้

คุกคาม ตามความหมายในพจนานุกรม คือ แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาทะให้หวาดกลัว, ทำให้หวาดกลัว<sup>294</sup>

การกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ เขียนขึ้นในลักษณะกว้างๆและไม่จำเป็นต้องถึงขั้นอนาจารก็เป็นความผิดฐานนี้ได้<sup>295</sup> ในความเห็นของผู้ศึกษาการที่กำหนดไว้อย่างกว้างๆเพราะต้องการให้ศาลมีดุลยพินิจในการวินิจฉัยว่ากรณีใดเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ โดยผู้ศึกษาเข้าใจว่าการที่เพิ่มข้อความในส่วนนี้ขึ้นมาเพราะต้องการกำหนดความผิดฐานคุกคามทางเพศให้เป็นความผิดอาญาให้ชัดเจน<sup>296</sup>

อาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้กระทำอันเนื่องจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น “อำนาจเหนือ” อาจมาจาก อำนาจตามกฎหมาย หรืออำนาจจากสัญญาจ้าง อำนาจปกครอง”<sup>297</sup> ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีอำนาจเหนือในกรณีนี้น่าจะความหมายเช่นเดียวกับอำนาจเหนือในเรื่องของการคุกคามทางเพศ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 16

### ตัวอย่างที่เกิดขึ้น

เนื่องจากยังไม่มีตัวอย่างของกรณีมาตรา 397 ที่แก้ไขใหม่ผู้ศึกษาจึงขอยกเอาตัวอย่างของ

<sup>294</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 262.

<sup>295</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 433.

<sup>296</sup> ดูข่าวสด, "ขงแก้กฎหมายความผิดทางเพศ-สิ่งลามก" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://www.khaosod.co.th/view\\_newsonline.php?newsid=1432048606](https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=1432048606).

<sup>297</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 433.

มาตรา 397 เดิมขึ้นมาซึ่งยังเป็นความผิดตามมาตรา 397 ที่แก้ไขดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 388/2505 “ถ้อยคำที่จำเลยร้องตะโกนกล่าวว่าจาแก่ผู้เสียหายซึ่งต่อหน้า และต่อหน้าธารกำนัลในเวลากลางคืนว่า ‘อ้ายชั้นมึงหาความกุความอาญาหรือลูกกะโปกุ่มไม่หูกูกูก นางจักรวีย์ ไม่ใช่ลูกบ้านน้ำเค็มจะเอาอย่างไรก็เอาชีวะจะเอาอ้ายแจจะติดคุกก็ได้’ นั้นเป็นข้อความที่ ทยาบคายไม่สุภาพ แต่ไม่มีข้อความอันเป็นการดูหมิ่นนายชั้นผู้เสียหาย จึงไม่เป็นความผิดฐานดูหมิ่น ซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 แต่ถ้อยคำที่จำเลยกล่าวประกอบกับวิธีกล่าวและ เวลาที่จำเลยกล่าว ย่อมทำให้นายชั้นผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนรำคาญ จึงเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา397(ประชุมใหญ่ ครั้งที่9/2505)”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1398/2506 “...การที่จำเลยด่าซ้ำไปซ้ำมาหลายครั้งที่หน้าประตูบ้าน ผู้เสียหาย ในเวลากลางคืนอันเป็นเวลาหลับนอนของผู้เสียหายซึ่งอยู่ในบ้าน ถือได้ว่าเป็นการทำให้ ผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อน รำคาญ การกระทำเช่นนี้จึงผิดด้วยมาตรา 397 ด้วย”

#### วิเคราะห์

ก่อนการแก้ไขมาตรา 397 ลักษณะของการกระทำนั้นสอดคล้องกับการกระทำอนาจารกล่าว ได้ว่า การกระทำอนาจาร ย่อมเป็นการทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญไปในตัวแต่แม้ ลักษณะการกระทำนั้นจะสอดคล้องกันแต่การกระทำอนาจารก็ไม่ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 397 ใน ทุกกรณีเนื่องมาจากว่ามาตรา 397 นั้นต้องเป็นการกระทำในสาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล เท่านั้นซึ่งในบรรดาความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นมักจะทำในลักษณะลับตาคนและโดยมากจะเป็นพื้นที่ที่ ประชาชนไม่มีความชอบธรรมจะเข้าไปได้เพราะจะทำให้กระทำความผิดได้สะดวกและยากต่อการ ตามจับกุม แต่อย่างไรก็ตามต้องเข้าใจว่าขอบเขตของการกระทำของมาตรา 397 นั้นมีขอบเขตกว้าง กว่ากรกระทำอนาจาร กล่าวคือ การกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญตาม มาตรานี้นั้นไม่จำกัดว่าต้องเป็นเรื่องทางเพศเช่นเดียวกับการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นก็ไม่จำกัดเฉพาะ เรื่องในทางเพศอีกทั้งอาจเกิดขึ้นได้โดยแม้ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย

ภายหลังการแก้ไขมาตรา 397 มีการแก้ไขข้อจำกัดในกรณีสถานที่ที่กระทำซึ่งไม่จำเป็นต้อง เกิดในที่สาธารณสถานหรือต้องเกิดต่อหน้าธารกำนัล ทำให้กรณีกระทำอนาจารจะเป็นกรณีตาม มาตรา 397 ด้วยทุกกรณีในส่วนการกระทำมีการเพิ่มในเรื่องของการคุกคามขึ้น ซึ่งไม่มีนิยาม โดยเฉพาะจึงทำให้เข้าใจได้ว่าใช้ตามความหมายโดยทั่วไปและจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ก็ได้ให้ความหมายของ การคุกคามว่า แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว,ทำให้หวาดกลัว

แต่อย่างไรก็ตามยังไม่มีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในกรณีดังกล่าวที่จะมาเป็นตัวอย่าง ส่วนที่น่าสนใจต่อมาคือการทำหน้าที่กำหนดให้หากการกระทำนั้นมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศต้องรับโทษหนักขึ้น จะเห็นได้จากข่าวเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม พ.ศ.2558<sup>298</sup> ที่มีการแถลงผลการประชุมกรม ว่า คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ) ในส่วนของสาระสำคัญที่มีการพยายามกำหนดความผิดฐานคุกคามทางเพศ ซึ่งผู้ศึกษาเข้าใจว่าทำให้เกิดการเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าวลงในมาตรานี้และมีการแยกการกระทำออกไปให้ชัดเจนยิ่งขึ้นโดยแยกกรณีที่เป็นเรื่องทั่วไปกรณีหนึ่งซึ่งมีโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท และกรณีที่เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางเพศซึ่งมีโทษสูงขึ้นมา โดยมีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งนี่ก็สอดคล้องกับเรื่องที่เรากล่าวมาแล้วว่ากฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองในเรื่องของอารมณ์อยู่เพียงแต่ไม่ได้เขียนออกมาอย่างชัดเจนแต่แสดงออกผ่านกรณีที่เป็นเรื่องที่ทำให้ความเสียหายให้แก่อารมณ์หรือจิตใจมากขึ้นก็จะมีโทษที่หนักขึ้น เห็นได้จากหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับเพศจะมีผลกระทบต่ออารมณ์หรือจิตใจมากกว่าปกติซึ่งทำให้อัตราโทษมากขึ้นไปด้วย นอกจากนี้ในวรรคสามทำให้การกระทำที่เป็นการคุกคามทางเพศในกรณีตามมาตรา 16 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานมีความผิดที่มีโทษบังคับเอา กับเนื้อตัวร่างกายได้กล่าวคือจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน

พอจะสรุปได้ว่า มาตรา 397 เดิมนั้นมีลักษณะการกระทำที่รวมไปถึงการกระทำอนาจารด้วย แต่มีข้อจำกัดในการใช้ในเรื่องของการกระทำหากไม่ได้ทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลก็ จะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 397 ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขได้ทำให้ข้อจำกัดตรงส่วนนี้หมดไปโดยยกเรื่องของการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลนั้นเป็นเหตุเพิ่มโทษ มีการเพิ่มการกระทำเรื่องการคุกคามเข้ามา อีกทั้งมีการแบ่งระดับโทษระหว่างการกระทำผิดตามมาตรา 397 โดยทั่วไป และกรณีเป็นเรื่องในทางเพศ หรือเป็นการที่ฝ่ายหนึ่งใช้อำนาจเหนือออกมาเป็นสองระดับโดยหากเป็นสองกรณีหลังจะมีอัตราโทษที่หนักขึ้น

ข้อสังเกต จะเห็นได้ว่าความรุนแรงถูกแสดงออกมาผ่านเรื่องของโทษ โดยในกรณีที่เรื่องเกี่ยวกับเพศก็จะทำมีโทษจำคุกและอัตราโทษปรับที่สูงขึ้นซึ่งโทษในเรื่องนี้มีโทษที่หนักกว่าในเรื่องของ มาตรา 388 ประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นเรื่องของกระทำอันควรขายหน้าธารกำนัลหรือกระทำการลามกอย่างอื่น เนื่องมาจากลักษณะของการกระทำที่ก่อความเสียหายได้มากกว่าของมาตรา 397 กล่าวคือ ระดับการกระทำของมาตรา 388 นั้นเป็นเรื่องของ การกระทำอันควรขายหน้า แต่มาตรา 397 นั้นเป็นเรื่องของ การรังแก ข่มเหงผู้อื่น การทำให้อับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งสามารถเห็น

<sup>298</sup> ดู ข่าวสด, "ขงแก้กฎหมายความผิดทางเพศ-สิ่งลามก" [ออนไลน์].

ได้จากข่าวโดยทั่วไปโดยเฉพาะในต่างประเทศที่การกระทำตามมาตรา 397 อาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ร้ายแรงมากคือการฆ่าตัวตาย การเป็นคนเก็บกดเก็บตัว หรืออาการทางจิตอื่นๆ อีกทั้งมาตรา 397 ยังเป็นการกระทำต่อตัวผู้เสียหายโดยตรง ต่างจากมาตรา 388 ซึ่งการกระทำอันควรขายหน้าเป็นผลลัพธ์ของการกระทำต่อตัวเองเช่น เปลือยกาย หรือเปิดเผยร่างกาย หรือต่อผู้อื่นแต่มากระทบกับบุคคลอื่นอีกทีหนึ่ง กล่าวคือเป็นผลกระทบโดยอ้อม ต่างจากมาตรา 397 ที่เป็นผลกระทบโดยตรงกับผู้เสียหายเองด้วยเหตุผลดังกล่าวมาระดับความรุนแรงของมาตรา 397 นั้นจึงรุนแรงกว่ามาตรา 388 แต่หากเทียบจากโทษของความผิดฐานอนาจารแล้ว มาตรา 397 มีความรุนแรงที่น้อยกว่า

#### 5.1.4 ทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เชิญ

ในเรื่องนี้เป็นอีกมาตราที่ขอยกขึ้นมาเปรียบเทียบ โดยที่ความผิดตามมาตรานี้อาจไม่ใช่ความผิดเกี่ยวกับเพศโดยตรงแต่เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับอารมณ์เช่นเดียวกัน โดยที่ความผิดตามมาตรานี้เกี่ยวกับอารมณ์ที่เฉพาะเจาะจงคือความกลัว หรือความตกใจ

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 กำหนดว่า “ผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เชิญ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”<sup>299</sup>

องค์ประกอบภายนอก

(1) ทำให้เกิดความกลัวหรือความตกใจ

(2) โดยการขู่เชิญ

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

การกระทำตามมาตรา 392 นั้นไม่จำกัดรูปแบบของการกระทำจะเป็นการใช้กำลังกระทำโดยตรง หรือเป็นการใช้วาจา หรืออากัปกิริยาของร่างกายอย่างใดก็ได้เพียงแต่การกระทำนั้นต้องเป็น “การขู่เชิญ” ซึ่งคือ “แสดงว่าจะทำให้เกิดภัยแก่เขา จะเป็นภัยที่เกิดในทันทีหรือต่อไปภายหน้าก็ได้”

<sup>299</sup> แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่22) พ.ศ.2558 โดยเพิ่มอัตราโทษปรับจากเดิมหนึ่งพันบาทเป็นหนึ่งหมื่นบาท.

<sup>300</sup> และโดยที่การชู่เชี่ยนั้นต้องทำให้เกิดผลดังต่อไปนี้

ความกลัว ตามความหมายในพจนานุกรม คือ “กลัว” หมายถึง รู้สึกไม่อยากจะประสบสิ่งที่ไม่ดีแก่ตัว เช่นกลัวบาป กลัวถูกตีเตียน, รู้สึกหวาดเพราะคาดว่าจะประสบภัย เช่น กลัวไฟไหม้<sup>301</sup>

ความตกใจ ตามความหมายในพจนานุกรม คือ “ตกใจ” หมายถึง สะดุ้งขึ้นโดยไม่รู้ตัวเมื่อได้ยินเสียงดังๆหรือมีใครมาถูกต้องตัว, ใจหาย<sup>302</sup>

ความผิดตามมาตรานี้หากไม่เกิดผลจะไม่เป็นความผิดเพราะเป็นเรื่องของพยายามซึ่งความผิดลหุโทษไม่ลงโทษการกระทำผิดที่เป็นการพยายาม ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 105 “ผู้ใดพยายามกระทำความผิดลหุโทษ ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ” โดยผลเกิดหรือไม่ขึ้นดูที่พฤติการณ์ ดังนั้นแม้ตัวผู้เสียหายเองจะกล่าวว่าจะไม่กลัวแต่หากพิจารณาจากพฤติการณ์แล้ว โดยปกติย่อมเกิดความกลัวหรือความตกใจ ผู้กระทำย่อมมีความผิดตามมาตรานี้<sup>303</sup> แต่ความกลัวหรือตกใจจากการข่มขู่ตามมาตรานี้ไม่ต้องถึงขั้นต้องกระทำความผิดหรือจำยอมต่อสิ่งใดๆ อันเป็นองค์ประกอบของความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 อันเป็นความผิดต่อเสรีภาพ<sup>304</sup>

#### ตัวอย่างที่เกิดขึ้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 40/2509 “...จำเลยที่ 2 ถู้อมัดตรงเข้าจะแทงผู้เสียหายและวิ่งไล่แทงผู้เสียหายซึ่งยืนห่างในระยะ 1 วา สามารถจะทำร้ายได้ แต่ผู้เสียหายโดดหนีและวิ่งขึ้นเรือนได้ทัน จึงแทงไม่ได้สมความตั้งใจเป็นความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกาย...

การกระทำที่ก่อให้เกิดความกลัวหรือตกใจรวมอยู่เป็นส่วนหนึ่งของความผิดฐานพยายามทำร้ายร่างกายแล้วและเป็นความผิดที่มีโทษเบาว่า จึงลงโทษฐานพยายามทำร้ายร่างกายอันเป็นบทหนักกว่าแต่บทเดียว”

คำพิพากษาฎีกาที่ 337/2517 “จำเลยถือปืนพลาสติกมาชู่เชี่ยทำท่าจะยิงผู้เสียหาย

<sup>300</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 1234.

<sup>301</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 79.

<sup>302</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 450.

<sup>303</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 1234, 1235.

<sup>304</sup> หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 405.

ผู้เสียหายเข้าใจว่าเป็นป็นจริงเกิดความกลัวหรือตกใจ จำเลยต้องมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 924/2542 “...แม้ผู้เสียหายจะเบิกความว่าไม่กลัวต่อการชู่เชิญของจำเลยก็ตาม แต่ตามลักษณะการกระทำของจำเลยที่ใช้อาวุธปืนชู่ ผู้เสียหาย มิได้เกี่ยวข้องกับห้ามปรามหรือหยุดยั้งการกระทำของ จำเลยทั้งสามกับพวก โดยปกติย่อมทำให้เกิดความกลัวหรือ ความตกใจของผู้เสียหายก็ไม่กล้าขัดขืนหรืออีกนัยหนึ่ง ยอมปฏิบัติตามคำชู่เชิญ แสดงให้เห็นได้ในตัวว่าการชู่เชิญของจำเลยทำให้เกิดผลคือทำให้ผู้เสียหายเกิดความกลัวแล้วการกระทำของจำเลยเป็นความผิดทำให้ผู้เสียหายเกิดความกลัว หรือตกใจโดยการชู่เชิญตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 แล้ว...”

### วิเคราะห์

การทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการชู่เชิญนั้น อาจเป็นการที่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้เนื่องมาจากลักษณะของการชู่เชิญนั่นเอง ซึ่งหากลองเปรียบเทียบกับเรื่องการกระทำอนาจารก็จะเห็นได้ว่า โดยการชู่เชิญก็เป็นลักษณะหนึ่งของการกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำอนาจารโดยการชู่เชิญนั้น เป็นความผิดตามมาตรานี้ได้ เพราะโดยลักษณะแล้วการชู่เชิญย่อมเป็นการทำให้กลัวโดยบังคับ แสดงกิริยาหรือวาจาให้ผู้อื่นต้องกลัวว่าจะจะเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของผู้นั้น หรือบุคคลที่สาม<sup>305</sup> หรือความตกใจซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากการชู่เชิญเป็นปกติ แต่ในทางกลับกันกรณีที่เป็นความผิดตามมาตรานี้ นั้น อาจไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร กล่าวคือโดยที่ลักษณะของการชู่เชิญตามมาตรานี้ไม่จำเป็นต้องกระทำไปเพื่อการกระทำในทางเพศเพียงแต่เป็นการชู่เชิญเพื่อให้เกิดความกลัว หรือทำให้ตกใจก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดมาตรา 392 และไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ แต่อย่างไรจึงทำให้การชู่เชิญตามมาตรา 392 มีขอบเขตที่กว้างกว่าการชู่เชิญที่เป็นการทำไปเพื่อการอนาจาร เช่น ชู่เชิญเพื่อให้จำยอมต่อสิ่งใดโดยทำให้กลัวจนผู้นั้นจำยอมต่อสิ่งนั้น ซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 ด้วยอีกฐานหนึ่ง

พอจะสรุปได้ว่า มาตรา 392 นั้นเกี่ยวข้องกับความผิดฐานกระทำอนาจาร ในกรณีของการชู่เชิญ เนื่องจากการกระทำอนาจารโดยการชู่เชิญ เป็นการกระทำให้เกิดความกลัวหรือความตกใจจนต้องยอมให้ถูกระทำอนาจารโดยไม่ได้ยินยอม ซึ่งการชู่เชิญที่ทำให้เกิดความกลัวหรือความตกใจตรง

<sup>305</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 204-205.

นี้เองที่เป็นความผิดตามมาตรา 392 แต่ถึงอย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากมาตรา 392 จะเห็นได้ว่าขอบเขตของการชู้เชื่อนั้นไม่ถูกจำกัดเฉพาะเพื่อการอนาจารหรือเพื่อกระทำความผิดเว้นกระทำความหรือทำให้จำยอมในทางเพศเท่านั้น แต่เป็นเรื่องใดก็ได้ ขอเพียงเป็นการชู้เชื่อนั้นให้เกิดความกลัวหรือความตกใจเท่านั้น

ข้อสังเกต การกระทำตามมาตรา 392 ข้างต้นนี้เป็นมาตราที่แสดงให้เห็นชัดเจนว่าประมวลกฎหมายอาญาให้การคุ้มครองเรื่องอารมณ์ความรู้สึกโดยเขียนออกมาอย่างชัดเจน แต่ระดับของความคุ้มครองนั้นอยู่ในระดับของความผิดลหุโทษที่เป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง แต่ระดับความร้ายแรงของการทำให้เกิดความกลัวหรือความตกใจในการชู้เชื่อนั้นถูกเพิ่มขึ้นได้โดยการกระทำต่อมา กล่าวคือหากเป็นการชู้เชื่อนั้นโดยทำให้กลัวและให้กระทำการหรือเว้นกระทำการหรือจำยอมต่อสิ่งใดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 ก็จะมีอัตราโทษที่รุนแรงกว่าความผิดลหุโทษ<sup>306</sup> เช่นเดียวกับกรณีหากเป็นการกระทำอนาจารโดยชู้เชื่อนั้นด้วยประการใดๆก็จะมีระดับโทษที่รุนแรงขึ้นอีก<sup>307</sup>

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ทั้งสี่มาตราที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าจะมีการพิจารณาสภาพแวดล้อม พฤติการณ์ต่างๆประกอบกันเพื่อค้นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามมาตราทั้งสี่หรือไม่ ซึ่งเราจะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นเรื่องการคุกคามทางเพศ, การกระทำอันควรขายหน้า ชารกานันต์, การรังแก ช่มเหง คุกคาม ทำให้ห้อยอายหรือเดือดร้อนรำคาญ, ทำให้เกิดความกลัวหรือความตกใจ โดยการชู้เชื่อนั้นล้วนเป็นเรื่องที่กระทำต่อความรู้สึกหรือจิตใจทั้งสิ้นซึ่งการวัดสิ่งเหล่านี้ก็สามารถกล่าวได้ว่าเช่นเดียวกับการวัดว่าการกระทำใดเป็นการกระทำอนาจารหรือไม่ กล่าวคือใช้ระดับของวิญญูชนมาพิจารณา

ทั้งนี้หลังจากที่ได้อธิบายความผิดที่ใกล้เคียงกับการกระทำอนาจารมาแล้วผู้ศึกษาก็ขอยกตารางเปรียบเทียบขึ้นมาเพื่อให้เห็นภาพรวมได้ชัดเจนขึ้น

<sup>306</sup> ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 วรรคแรก “ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

<sup>307</sup> ดู ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 “ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” และ มาตรา 279 วรรคสอง “ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ตาราง 1 ตารางเปรียบเทียบความผิดที่ใกล้เคียงกันกับความผิดฐานกระทำอนาจาร				
ฐานความผิด	ลักษณะของการกระทำ	ประเภทของการกระทำ	โทษ	การพิจารณา
1.กระทำอนาจาร	ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย	ความผิดเกี่ยวกับเพศ	จำคุก,ปรับ (ในระดับความผิดทั่วไป)	วิญญูชน
2.การคุกคามทางเพศ	ไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย	ความผิดเกี่ยวกับเพศ	ปรับ (ในระดับความผิดทั่วไป)	วิญญูชน
3.การกระทำอันควรขายหน้าธารกำนัล	ไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย	ความผิดเกี่ยวกับเพศ	ปรับ (ในระดับความผิดลหุโทษ)	วิญญูชน
4.รังแก ข่มเหง ทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ (เดิม)	ไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย	ความผิดทั่วไป ความผิดเกี่ยวกับเพศ	จำคุก,ปรับ (ในระดับความผิดลหุโทษ)	วิญญูชน
5.รังแก ข่มเหง คุกคาม ทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อน (แก้ไข)	ไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย	ความผิดทั่วไป ความผิดเกี่ยวกับเพศ	จำคุก,ปรับ (ในระดับความผิดลหุโทษ)	วิญญูชน
6.ทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญ	ไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย	ความผิดทั่วไป	จำคุก,ปรับ (ในระดับความผิดลหุโทษ)	วิญญูชน



ในส่วนของหัวข้อของการพิจารณานั้นผู้ศึกษาเลือกใช้คำว่า “วิญญูชน” ซึ่งเป็นคำที่ใช้กันอยู่ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยที่ในกฎหมายอาญานั้น โดยมากจะเป็นการใช้คำว่า “บุคคลในภาวะเช่นนั้น” แต่อย่างไรก็ตามถ้อยคำทั้งสองมีความหมายที่แตกต่างกัน โดยวิญญูชนนั้น หมายถึง บุคคลที่มีความรู้ผิดชอบตามปกติ แต่บุคคลในภาวะเช่นนั้น แตกต่างออกไปโดยหมายถึง บุคคลนั้น ในภาวะเช่นนั้น ซึ่งอาจมีระดับความรู้ผิดชอบที่มากกว่าหรือน้อยกว่าตามปกติก็ได้ขึ้นอยู่กับบุคคลนั้นเองด้วย โดยสาเหตุที่เลือกถ้อยคำวิญญูชนที่มีความหมายแตกต่างออกไปจาก บุคคลในภาวะเช่นนั้น ก็คือเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลเองก็พิจารณาจากระดับของบุคคลที่มีความรู้ผิดชอบตามปกติ เช่น แม้ผู้เสียหายจะบอกว่าไม่กลัวแต่เมื่อพิจารณาแล้วโดยปกติย่อมเกิดความกลัวหรือความตกใจ ผู้กระทำความผิดมีความผิดตามมาตรา 392<sup>308</sup> เป็นต้น และปรากฏในหนังสือของ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทรี และ รองศาสตราจารย์ ดร. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์<sup>309</sup> เองก็เลือกใช้คำว่า วิญญูชน ในการอธิบายหลักเกณฑ์ดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงเลือกที่จะใช้คำดังกล่าวมาอธิบายในส่วนนี้

เมื่อลองพิจารณาดูตารางเปรียบเทียบทำให้เราเห็นในเบื้องต้นว่า กฎหมายแบ่งระดับความผิดที่คล้ายกับการกระทำอาชญากรรมไว้กลุ่มหนึ่งที่เราอาจเรียกได้ว่าเป็น การกระทำที่ไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายซึ่งการกระทำนั้นอาจเป็นการใช้วาจา หรืออุปกรณ์อย่างอื่นเช่นภาพลามกอนาจาร และโดยที่ไม่จำเป็นต้องกระทำต่อตัวผู้เสียหายโดยตรง เช่น ความผิดในเรื่องของการกระทำอันควรถวายหน้าธารกำนัล การเปลือยกาย เปิดเผยร่างกาย การกระทำลามกอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 นั้น เป็นความผิดได้โดยไม่ต้องกระทำเรื่องนั้นต่อบุคคลอื่นโดยตรง แต่อาจเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้กระทำความผิด และแสดงออกไปยังผู้เสียหายที่พบเห็น (มีอัตราโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท)

การกระทำนั้นต่อมาความผิดจะมีโทษรุนแรงขึ้นเมื่อการกระทำนั้นเริ่มมีการกระทำต่อผู้เสียหายโดยตรง เช่น หากมีการที่ผู้กระทำความผิดไปกระทำการเปิดเผยร่างกายผู้อื่น โดยเดินไปถลกเสื้อหรือกระโปรงผู้หญิงขึ้นที่ป้ายรถเมล์ การกระทำดังกล่าวก็จะมีความผิดฐานรังแก หรือข่มเหง หรือคุกคาม ทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ด้วยซึ่งมีโทษที่รุนแรงกว่าเดิม (จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ) ซึ่งมีข้อสังเกตว่าแม้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ที่แก้ไขใหม่จะมีอัตราโทษปรับไม่เกินห้าพันบาทเช่นเดียวกันในวรรคแรก แต่ต้องเข้าใจว่าเรากำลังเปรียบเทียบในส่วนการกระทำในทางเพศซึ่งอัตรา

<sup>308</sup> จิตติ ดิงศภัทรี, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 1234,1235.

<sup>309</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 4, หน้า 38.

โทษอยู่ในส่วนวรรคสองซึ่งเป็นเหตุให้รับโทษหนักขึ้น ถ้าหากถึงขั้นมีการกระทำตัวเนื้อตัวร่างกาย เช่น มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายผู้เสียหายแม้จะกระทำผ่านเสื้อผ้าก็จะทำให้การกระทำนั้นอาจเป็นการกระทำอนาจารได้ซึ่งมีโทษที่รุนแรงกว่ามาตรา 397 นอกจากนั้นกรณีของมาตรา 397 ที่แก้ไขใหม่นั้น ก็ทำให้เห็นชัดเจนยิ่งขึ้นว่าหากเป็นกรณีของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศจะมีอัตราโทษที่สูงขึ้นกว่าความผิดโดยทั่วไป

ในเรื่องคุกคามทางเพศจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่ทับซ้อนกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 ที่แก้ไขใหม่ แตกต่างกันในเรื่องการจำกัดตัวผู้กระทำกล่าวคือต้องเป็น นายจ้าง หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน หรือผู้ตรวจงานกระทำการล่วงเกิน และกระทำต่อผู้เสียหายที่ต้องเป็นลูกจ้าง ดังนั้นการกระทำที่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 อาจไม่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 เพราะประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ไม่จำกัดว่าต้องเป็นบุคคลดังกล่าวมา แต่ในทางกลับกันการกระทำตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 16 ในเรื่องคุกคามทางเพศนั้นย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ด้วยทุกกรณี ข้อสังเกตคือแม้ในส่วนของ มาตรา 16 มีอัตราโทษปรับที่หนักกว่า แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่การกระทำเดียวผิดกฎหมายหลายบทให้ลงโทษตามบทที่หนักกว่า ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 โดยบทที่หนักกว่าไล่ตามลำดับโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 นั้นเองทำให้ต้องลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ซึ่งมีโทษจำคุกซึ่งเป็นบทหนักกว่าปรับแต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มุ่งคุ้มครองลูกจ้างที่อำนาจในการต่อรองที่น้อยกว่านายจ้าง โดยบทลงโทษอีกอย่างคือ หากมีการคุกคามทางเพศเป็นการฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานกรณีร้ายแรง จะทำให้สามารถเลิกจ้างโดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย และไม่ถือว่าเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมกับผู้กระทำอีกด้วย<sup>310</sup> แต่หากลองเทียบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 ก่อนแก้ไขนั้นจะให้เห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีความแตกต่างกันอีกส่วนหนึ่งคือ หากการกระทำผิดไม่เกิดในที่สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล การกระทำดังกล่าวก็จะต้องตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397

ดังนั้นต้องมาพิจารณาในประเด็นเรื่องการกระทำในที่สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งเป็นอีกประเด็นที่ต้องพิจารณาโดยผู้ศึกษาจะขอพิจารณาจากมาตราที่นำเสนอมาแล้วเท่านั้น จะเห็นได้ว่าการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 ก่อนการแก้ไขนั้น การรังแก ข่มเหง หรือทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ตามความเห็นของผู้ศึกษาโดยลักษณะของการกระทำ

<sup>310</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1372/2545 [ออนไลน์], 25 เมษายน 2560. แหล่งที่มา <https://deka.in.th/view-42794.html>

ยอมก่อความเสียหายต่อผู้เสียหายได้มากกว่าหากกระทำในที่สาธารณะ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้ หรือกระทำต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งมีผู้พบเห็น เพราะหากเราลองเปรียบเทียบดู เมื่อเราถูกรังแก ช่มเหง หรือทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต่อหน้าผู้อื่นย่อมสร้างความเจ็บปวด ความเสียหายกับเราได้มากกว่า อับอายมากกว่า และอาจถูกบอกกล่าวต่อกันไปได้อีก แต่กฎหมายเดิมก็ยังมีช่องโหว่ เพราะยังไม่สามารถลงโทษกรณีการกระทำในที่สาธารณะได้และหากพิจารณาลักษณะของการกระทำตามมาตรานี้จะพบว่า แม้ไม่กระทำต่อหน้าผู้อื่นหรือในที่สาธารณะก็ตามก็สามารถสร้างความเสียหายได้อย่างมาก เช่น การโทรศัพท์ไปหาผู้เสียหายในเวลากลางวันเนื่องกันทุกคืนโดยไม่พูดอะไร การรังแกผ่านข้อความเพสบุ๊คล้อเลียนรูปร่างหรือการกระทำต่างๆ ซึ่งสามารถสร้างความกดดันทางจิตใจแก่ผู้เสียหายซึ่งอาจถึงขั้นนำไปสู่อาการทางจิตหรือที่ร้ายแรงที่สุดคือการตัดสินใจจบชีวิตตัวเองลง ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาในหลายมลรัฐมีการกำหนดให้ความผิดเหล่านี้มีอัตราโทษที่เทียบเท่าความผิดทั่วไปของเรา<sup>311</sup> จึงได้มีการแก้ไขมาตรานี้ต่อมา ซึ่งเราเห็นได้ว่าการแยกองค์ประกอบในเรื่องของ กระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลออกไปเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นแทนตามวรรคสอง ซึ่งแตกต่างหากจากเรื่องของการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงระดับของการกระทำอีกระดับหนึ่งคือ หากเป็นการกระทำเรื่องดังกล่าวในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล จะมีระดับโทษที่สูงขึ้น เทียบกับกรณีของอนาจารหากเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลจะทำความผิดต่อส่วนตัวกลายเป็นความผิดที่ยอมความไม่ได้ขึ้นแทนซึ่งสื่อให้เห็นถึงความจริงที่ทุกคนเข้าใจกันอยู่แล้วว่า การทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ไม่ว่าจะเป็นการอนาจาร หรือกรณีถูกล่วงละเมิดทางเพศ ผู้เสียหายไม่ต้องการให้ผู้อื่นทราบถึงเรื่องดังกล่าว เพราะเป็นเรื่องน่าอับอาย และตอกย้ำประสบการณ์ที่ไม่ดีในชีวิตของผู้เสียหาย ทำให้ไม่สามารถเริ่มต้นเดินหน้าใช้ชีวิตต่อไปได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้นเมื่อการทำความผิดเกี่ยวกับเพศมีผู้รับรู้ย่อมสร้างความเสียหายแก่ผู้เสียหายที่มากขึ้น ผู้ศึกษาจึงข้อตั้งข้อสังเกตว่า หากมีการทำความผิดทางเพศโดยมีผู้พบเห็นการกระทำนั้นก็มีผลทำให้ความผิดนั้นรุนแรงขึ้นซึ่งอาจเป็นเรื่องอัตราโทษหรือประเภทความผิด

ต่อมาสิ่งที่น่าสังเกตคือกฎหมายให้การคุ้มครองอารมณ์เป็นพิเศษกล่าวคือในกรณีของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 เป็นการที่กฎหมายให้การคุ้มครองการชู้เชียว และทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจซึ่งหากมีการชู้เชียว โดยหากการชู้เชียนั้นจะทำให้เกิดความกลัวหรือความตกใจแล้วแก่บุคคลโดยทั่วไปแม้ผู้เสียหายจะไม่รู้กลัวก็ตามก็เป็นความผิดตามมาตรานี้แล้ว ซึ่งความผิดตามมาตรานี้อาจเป็นความผิดตามมาตราอื่นด้วยหากมีพฤติการณ์อื่นประกอบ กล่าวคือ หากเป็นการชู้

<sup>311</sup> See Avlana K. Eisenberg, "Criminal Infliction of Emotional Distress," *Mich. L. R.*: p.662.

เชิญและทำให้กลัวจนจำยอมกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือจำยอมต่อสิ่งใดก็อาจเป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 หรือหากเป็นการขู่เชิญเพื่อกระทำการอันไม่สมควรในทางเพศโดยสัมผัสเนื้อตัวร่างกายก็อาจเป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278,279 อีกบทหนึ่ง เป็นต้นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรา 392 นั้นไม่จำเป็นต้องมีพฤติการณ์อื่นประกอบ ขอเพียงการขู่เชิญนั้นทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจก็เป็นความผิดแล้ว ซึ่งการที่กฎหมายแยก การคุ้มครองต่างหากซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจมาก ซึ่งอัตราโทษเท่ากับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 397 (จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ) ซึ่งเป็นการกำหนดโทษที่อยู่ในอัตราของความผิดลหุโทษ

อีกหนึ่งประเด็นที่น่าสนใจคือ การกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก จะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญานั้นให้ความคุ้มครองเด็กมากกว่าบุคคลทั่วไป ด้วยเหตุที่ทั้งทางร่างกายและจิตใจของเด็ก นั้นยังอยู่ในช่วงการเรียนรู้และเจริญเติบโต เรียกได้ว่ายังอยู่ในช่วงที่รู้เท่าไม่ถึงการณ์ซึ่งควรได้รับการคุ้มครอง และดูแลมากกว่าบุคคลปกติ กฎหมายจึงลงโทษกับผู้กระทำความผิดต่อบุคคลเหล่านี้ด้วยบทลงโทษที่รุนแรงขึ้นกว่าเดิม เช่น ในมาตรา 278,279 ประมวลกฎหมายอาญา หรือในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศเรื่องอื่นๆ เช่น การข่มขืนกระทำชำเรา<sup>312</sup>

จะเห็นได้ว่าหากแบ่งระดับตามลักษณะของการกระทำประกอบกับโทษ จะสามารถแบ่งระดับได้ดังนี้ไล่จากความรุนแรงน้อยไปมาก คือ เป็นการกระทำเกี่ยวกับเพศที่ไม่ได้กระทำต่อผู้เสียหายโดยตรง ต่อมาคือ กระทำต่อผู้เสียหายโดยตรง ซึ่งทั้งสองกรณีไม่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และรุนแรงที่สุดเมื่อเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ซึ่งหากเป็นการกระทำโดยมีผู้พบเห็นการกระทำความผิดดังกล่าวซึ่งจะกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายมากขึ้นก็จะทำให้เป็นความผิดที่รุนแรงขึ้น โดยอาจเป็นการเพิ่มโทษหรือเป็นการทำให้เป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ และหากเป็นการกระทำความผิดต่อเด็กก็จะทำให้บทลงโทษรุนแรงขึ้นหรือกลายเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ โดยสามารถแบ่งเป็นมาตราจากความรุนแรงน้อยไปมากตามประมวลกฎหมายอาญา ได้ดังนี้ มาตรา 388 การกระทำอันควรขายหน้าธารกำนัล ต่อมาคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 การรังแก ข่มเหง คุกคาม ทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อน และท้ายที่สุดคือ มาตรา 278,279 เรื่องการกระทำอนาจาร

### 5.1.5 วิเคราะห์

<sup>312</sup> ดูประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276, 277

## (ก) อนุจาร

พบว่ากฎหมายมีการแบ่งการกระทำไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายออกจากกรณีที่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย โดยในกรณีที่ไม่ต้องสัมผัสตัวนั้นจะมีอัตราโทษในระดับลหุโทษ และในกรณีที่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายจะมีอัตราโทษในความผิดทั่วไป ดังเช่นในกรณีของความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งในเรื่องดังกล่าวเป็นข้อสรุปที่สนับสนุนในประเด็นว่า การกระทำอนาจารนั้น ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย

## (ข) ประทุษร้ายแก่จิตใจกับอารมณ์

ในประเด็นเรื่องนี้พบว่ากฎหมายอาญามีการให้การคุ้มครองในเรื่องของอารมณ์ความรู้สึกและเขียนไว้โดยตรงในความผิดลหุโทษเช่น เรื่อง ทำให้เกิดความกลัว หรือ ความตกใจ โดยการขู่เชิญอีกด้วย ซึ่งโดยหลักการคุ้มครองในเรื่องอารมณ์ของกฎหมายอาญานั้นจะเป็นไปในลักษณะที่ไม่ได้บัญญัติโดยตรง ซึ่งโดยหลักแล้วการที่ไม่กำหนดไว้นั้นเพราะเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายเนื่องจากในเรื่องของอารมณ์นั้นเป็นกรณีที่ยากเพราะความที่เป็นเรื่องภายในและมีความหลากหลาย แต่การที่กฎหมายอาญากำหนดไว้อย่างชัดเจนเป็นข้อสนับสนุนที่ว่า กฎหมายอาญาสามารถให้ความคุ้มครองในเรื่องของอารมณ์ได้ และเรื่องของอารมณ์นั้นสามารถพิสูจน์ได้ โดยกฎหมายอาญามีเครื่องมือในการพิสูจน์คือระดับของบุคคลทั่วไปผู้รู้ผิดชอบตามปกติหรือวิญญูชนนั่นเอง อย่างไรก็ตามมีข้อน่าสังเกตว่าระดับของการคุ้มครองตามมาตรา 392 ประมวลกฎหมายอาญานั้นอยู่ในระดับของความผิดลหุโทษ ซึ่งเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรงและมีอัตราโทษที่ไม่ร้ายแรง

## 5.2 บทสัมภาษณ์

บทวิเคราะห์ที่ในประเด็นก่อนหน้าทำให้เข้าใจได้ว่า การกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายซึ่งเป็นไปตามลำดับขั้นของความร้ายแรงของความผิดเกี่ยวกับเพศที่ได้กล่าวมา เพื่อจะตอบปัญหาในประเด็นนี้ผู้ศึกษาได้มีโอกาสสัมภาษณ์ท่านเกษม เกษมปัญญา ท่านเป็นหัวหน้าองค์กรคณะที่ได้ตัดสินใจคดีคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 ซึ่งท่านได้กรุณาให้ความความรู้ในประเด็นเรื่องนี้ซึ่งน่าสนใจมาก ซึ่งผู้ศึกษาขอเรียบเรียงและสรุปดังนี้

มีการต่อสู้กัน 3 ชั้นศาลจนมาถึงศาลฎีกา โดยที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาให้มีความผิด ตามมาตรา 278 และ 397 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นการกระทำความผิดเดียวผิดกฎหมายหลาย

บทลงโทษบทหนักตามมาตรา 90 ประมวลกฎหมายอาญา ลงโทษจำคุก 1 ปี ปรับ 12,000 บาท โดยมีการลดโทษ 1 ใน 3 เหลือจำคุก 8 เดือน และ ปรับ 8,000 บาท และให้รอการลงโทษ 1 ปี ศาลอุทธรณ์ยื่น เพราะเหตุผลศาลชั้นต้นดีมาก และต่อมาศาลฎีกามีการเพิ่มเติมความหมายโดยในเรื่องของอันตรายต่อจิตใจนั้น เพราะแพทย์สาว เป็นคนฐานะดี หน้าตาสวย ทำงานก็ไม่อาจคาดหมายได้ว่าบุคคลที่น่านับถือ และเข้าใจว่าเป็นคนดี จะกระทำเรื่องเช่นนี้ ทำให้เกิดอาการช็อค หดหู่และไม่อยากทำอะไรต่อไป ซึ่งการใช้กล้องแอบถ่ายนั้น ยิ่งทำให้เกิดการห่อเหี่ยว สะเทือนใจอย่างรุนแรง ยิ่งความเชื่อมั่นในความน่าเชื่อถือของผู้อำนวยการที่ถูกพังลงยิ่งทำให้ว้าวุ่นมาก

### 5.2.1 สิ่งที่ใช้ในการตัดสินใจ

ในการตัดสินใจคดีนี้มีการคำนึงถึงเรื่องต่างๆดังนี้

1. สถานะของผู้เสียหาย ที่เป็นแพทย์จบใหม่ ไฟแรง ครอบครัวฐานะดี เป็นคนน่ารัก และการกระทำดังกล่าวทำให้รู้สึกสะเทือนใจอย่างมาก
2. ความปลอดภัยของสังคมส่วนรวม เพื่อเป็นตัวอย่างให้กับกรณีแอบถ่ายและให้พึงบุคคลอื่นสังวรหากจะกระทำเช่นนี้
3. เป็นตัวอย่างการใช้กฎหมาย โดยที่ ความหมายของอนาจาร ตามพจนานุกรมคือ ความประพฤติชั่ว, ความประพฤติน่าอับอาย, ลามก, ทำให้เป็นที่น่าอับอาย, เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม<sup>313</sup> โดยที่ไม่ได้หมายความถึงว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และเมื่อพิจารณาต่อไปว่าการกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้าย นั้น ความหมายของ ใช้กำลังประทุษร้ายนั้น รวมไปถึง ทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วยซึ่งไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด ซึ่งการใช้กล้องแอบถ่ายนี้เองเป็นกรณีของวิธีการอื่นใดด้วย ซึ่งการทำให้รู้สึกสะเทือนใจอย่างมาก ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมาก่อนหน้าย่อมเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วยวิธีการอื่นใดแล้ว
4. เพื่อเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

<sup>313</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 หน้า 1368.

## 5.2.2 วิเคราะห์

### (ก) อนาคต

เป็นเรื่องที่ค่อนข้างสับสนพอสมควรจากเดิมที่ผู้ศึกษาเชื่อว่าการกระทำอนาคตต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้น แต่เมื่อได้ลองพิจารณาแล้วก็พบว่า คำว่าอนาคตนั้นมิได้มีนิยามในตัวบทกฎหมายแต่อย่างใดแปลว่า ผู้ร่างมิได้เจตนาให้คำว่า อนาคต มีความหมายแตกต่างจากความหมายสามัญที่เข้าใจกัน ดังนั้น ความหมายของคำว่า อนาคต ก็คือความหมายตามพจนานุกรมซึ่งตามพจนานุกรมได้ให้ความหมายคำว่า อนาคตว่า ความประพฤตชั่ว, ความประพฤติน่าอัปยศ, ลามก, ทำให้เป็นที่น่าอัปยศ, เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม<sup>314</sup>ซึ่งไม่มีส่วนที่บอกว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย เป็นการตีความโดยอาศัยถ้อยคำตามตัวอักษร ซึ่งเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายอาญา กล่าวคือ หากกฎหมายอาญาต้องการให้คำนั้นมีความหมายแตกต่างไปจากความหมายโดยปกติทั่วไปต้องมีบทนิยาม แต่ในเรื่องของ อนาคต นั้นมิได้มีคำนิยามไว้ดังนั้นจึงต้องตีความตามความหมายทั่วไปคือความหมายตามพจนานุกรม ซึ่งพบว่า กินความหมายอย่างกว้างและไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย อีกทั้งยังเป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศ จากการถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยการใช้กล้องแอบถ่ายได้กระโปรง

หากเราลองพิจารณาต่อไปจะพบว่าตามตัวบทในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 หรือ มาตรา 279 วรรคสอง ซึ่งวางหลักให้ การกระทำอนาคต โดยชู้เชียวด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น จะเห็นได้ว่าการกระทำอนาคตอาจจะกระทำโดยการกระทำ 4 การกระทำด้วยกัน ดังนี้

#### (1) “โดยชู้เชียวด้วยประการใดๆ”

หมายความว่าให้กลัวว่าจะได้รับอันตรายในอนาคต โดยไม่จำเป็นต้องเกิดกับตัวบุคคลนั้นเองแต่รวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย<sup>315</sup>และอาจเป็นกรณีของอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิ ฐานะในสังคม หรือฐานะทางเศรษฐกิจก็ได้<sup>316</sup> เช่น ชูฆ่าบิดาเพื่อทำ

<sup>314</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>315</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, หน้า 185.

<sup>316</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 739.

## อนาจารหญิง

### (2) “ใช้กำลังประทุษร้าย”

มีนิยามตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพ หรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึง การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้อาหารทำให้มีเมามา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน

### (3) “โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้”

เป็นการที่หญิงจำยอมโดยมิได้ใจสมัคร โดยจะเป็นพฤติการณ์ที่มีอยู่เดิม เช่น หญิงป่วยเป็นโรคอ่อนเพลีย หมดสติ ไม่รู้สึกตัว หลับ หรือ เป็นพฤติการณ์ที่ผู้กระทำเป็นฝ่ายทำให้เกิดก็ได้ เช่น วางยาสลบลงในเครื่องดื่ม โดยมีความหมายกว้างกว่า “ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” ในใช้กำลังประทุษร้าย ซึ่งจำกัดเฉพาะผู้กระทำเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นและโดยผู้กระทำใช้อาหารทำให้มีเมามา สะกดจิต หรือวิธีการอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน<sup>317</sup>

### (4) “โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น”

จำกัดเพียงการทำให้สำคัญผิดในตัวบุคคล โดยทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น การหลอกลวงในเรื่องอื่นหรือทำให้สำคัญผิดในคุณสมบัติไม่เป็นความผิดฐานนี้เพราะไม่ใช่การทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น<sup>318</sup>

จะเห็นได้ว่าการกระทำทั้ง 4 ที่ได้กล่าวมานี้ไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำแต่อย่างใด ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการขู่เข็ญ ซึ่งอาจด้วยวาจา หรือกิริยาประกอบการกระทำใดๆ หรือในเรื่องการใช้กำลังประทุษร้ายที่ไม่จำกัดวิธีการในการกระทำ ซึ่งรวมถึงอาจเป็นการวางยาหรือกระทำการสะกดจิต และการกระทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้น อาจเป็นการกระทำของตัวผู้ถูกระทำเองที่ทำให้ตนตกอยู่ในภาวะดังกล่าวก็ได้ ในท้ายที่สุดที่ทำให้เข้าใจผิดว่า

<sup>317</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 140-141.

<sup>318</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 742.



เป็นบุคคลอื่นนั้นจะเห็นได้ว่าอาจเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายผู้กระทำเองในการแปลงโฉม หรือสร้างสถานการณ์ให้เข้าใจผิดก็ได้โดยไม่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายกันก่อน

หากเราลองคิดต่อไปว่าการกระทำอนาจารนั้นไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายกรณีดังกล่าวก็สามารถให้ความคุ้มครองกับเด็กที่เพิ่มขึ้นได้กล่าวคือ

มาตรา 279 วรรคแรก จะรวมการกระทำอนาจารทุกกรณีโดยไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดย 4 วิธีตามวรรคสองและไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย โดยกรณีจะทำให้การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น การเปลือยกาย หรือเปิดเผยร่างกายต่อหน้าเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ หรือการบังคับให้เด็กดูสื่อลามกอนาจาร มีความผิดตามมาตรา 279 นี้ด้วย ซึ่งสมมติว่าเป็นเช่นนั้นเราพอจะหาเหตุผลมาสนับสนุนเรื่องดังกล่าวได้ เพราะระดับของการคุ้มครองที่แตกต่างกันระหว่างมาตรา 278 และ มาตรา 279 ทำให้ในเรื่องของกระทำอนาจารต่อเด็กที่อายุไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ได้รับการคุ้มครองมากกว่า เช่นเดียวกับในหลายๆเรื่องในส่วนความผิดเกี่ยวกับเพศ ทั้งในเรื่องของ ชมชื่น กระทำชำเรา พรากผู้เยาว์ การพาไปเพื่อการอนาจาร เป็นต้น ซึ่งต่างให้การคุ้มครองที่มากกว่ากับเด็ก

ต่อมาในส่วนเรื่องของโทษนั้น จะเห็นได้ว่าหากการเปลือยกาย หรือเปิดเผยร่างกาย ต่อหน้าเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์หากเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคแรกนั้นมีอัตราโทษจำคุกสูงสุดถึงสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำและปรับ ซึ่งแตกต่างอย่างมากจากกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 ที่มีอัตราโทษปรับไม่เกินห้าพันบาทเท่านั้น แต่เราก็อธิบายได้ว่าการกระทำต่อเด็กนั้นย่อมทำให้ความผิดนั้นมีอัตราโทษที่มากขึ้น อีกทั้งความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นไม่ได้มีการกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้จึงเป็นอำนาจของผู้พิพากษาที่จะลงโทษตามความเหมาะสมในแต่ละคดี ซึ่งในบางกรณีอาจสร้างความเสียหายกับเด็กได้อย่างรุนแรง หรือเป็นการกระทำที่สร้างความเสียหายได้ไม่ต่างจากการสัมผัสตัว เป็นต้นว่า การคอยดักรอเล่าเรื่องลามกอนาจารให้เด็กฟังทุกวันโดยที่เด็กไม่ได้ยินยอม ซึ่งเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งยังเป็นวัยที่มีความอ่อนไหวทางอารมณ์ความรู้สึกอาจถูกทำให้เกิดอาการทางจิต เป็นเด็กเก็บตัว และหวาดกลัวที่จะออกไปข้างนอกได้ ส่งผลต่อพัฒนาการของเด็ก หรือในการบังคับเด็กดูสื่อลามกอนาจาร ซึ่งก็มีความผิดตามกฎหมายกระทำทางเพศต่อเด็กของประเทศเยอรมนีเช่นเดียวกันโดยไม่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย เพราะเหตุที่ว่ากระทำผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กนั้นส่งผลต่อเด็กแตกต่างกันออกไปตามช่วงวัย เช่นหากเป็นเด็กเล็ก ช่วงอนุบาล จนถึงประถมตอนต้น อาจรู้สึกไม่ติดกับสิ่งที่เห็น และอาจต่อต้านกับเรื่องดังกล่าว หรือหากเด็กคนนั้นสนใจเรื่องดังกล่าวก็เป็นการทำให้เด็กรับรู้ในสิ่งที่เกินวัยของตัวเอง หากขยับมาในช่วงโตขึ้นมาอีก ก็อาจส่งผลกระทบต่อการกระตุ้นพฤติกรรมทางเพศมากขึ้น หรือหากเด็กคนนั้นไม่ชอบกับสิ่งที่เกิดขึ้นก็อาจส่งผลกระทบต่อส่วนอื่น เช่นไม่กล้าสร้าง

หรือเริ่มความสัมพันธ์เพราะกลัวเรื่องทางเพศดังกล่าว อีกทั้งอาจเกิดการเลียนแบบขึ้นแม้เด็กเล็กเอง ไม่มีโอกาสเลียนแบบสิ่งที่เห็น แต่เด็กที่โตขึ้นมาก็อาจจะเลียนแบบและนำไปสู่ปัญหาอื่นต่อไป เช่น ช่มชู้ ท้องก่อนวัยอันควร นอกจากนี้ยังสามารถคุ้มครองกรณีเด็กถูกแอบถ่ายโดยไม่ได้มีการเผยแพร่แต่เป็นการเก็บไว้ดูเองซึ่งไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ และเป็นเพียงความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีอัตราโทษที่ต่ำ เมื่อเทียบกับความเสียหายที่ก่อขึ้นได้ ไม่ต่างจากการกระทำอนาจารโดยการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายในกรณีอื่นๆ

นอกจากนั้นหากเรามองว่าการกระทำอนาจารนั้นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายก็เท่ากับว่าทุกกรณีย่อมเป็นการกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายไปในตัวอยู่แล้วตามมาตรา 278 เพราะการจับต้องเนื้อตัวร่างกายหรือกอดโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมก็เป็นการใช้กำลังประทุษร้าย โดยไม่ต้องใช้กำลังรุนแรงอย่างใดอีก ดังนั้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเขียนเรื่องของ โดยชู่เชี่ยด้วยประการใด โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น เลย เพราะการกระทำไม่ว่าโดยลักษณะใดที่กล่าวมาไม่ได้มีผลทำให้อัตราโทษเปลี่ยนแปลงหรือเป็นเหตุเพิ่มโทษแต่อย่างใด

#### (ข) ประทุษร้ายแก่จิตใจกับอารมณ์

“ประทุษร้ายแก่จิตใจ” เป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ได้รับการพิจารณาในคดีนี้ และในที่สุดก็ได้รับการตัดสินว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจ ซึ่งประทุษร้ายแก่จิตใจนั้น เป็นส่วนหนึ่งของ “ใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งผู้ศึกษาได้แยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่าง “ใช้กำลังประทุษร้าย”, “ใช้กำลังทำร้าย” ในความผิดลหุโทษ, และ “ทำร้าย” ในความผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ มาแล้ว ซึ่งจะเห็นได้ว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” นั้น กินความรวมถึง “ใช้กำลังทำร้าย” และ “การทำร้าย” อยู่ด้วยในตัว เมื่อเราลองพิจารณาจะพบว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” นั้น แตกต่างจากการ “ทำร้าย” ตรงที่ “ทำร้าย” นั้นต้องเกิดผลของการกระทำกล่าวคือเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้ถูกระทำ แต่ “ใช้กำลังประทุษร้าย” นั้นไม่จำเป็นต้องเกิดผลของการกระทำ โดยขอให้การกระทำนั้นสามารถทำให้เสียหายแก่กายหรือจิตใจได้ก็เพียงพอแล้วเช่นเดียวกับการ “ใช้กำลังทำร้าย” ที่ไม่จำเป็นต้องเกิดผลของการกระทำ<sup>319</sup> แต่ส่วนที่ทำให้ “ใช้กำลังทำร้าย” แตกต่างจาก “ใช้กำลังประทุษร้าย” แตกต่างกันคือวิธีในการกระทำโดย “ใช้กำลังทำร้าย” จำกัดเฉพาะการใช้กำลังกาย, ใช้

<sup>319</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 “ผู้ใดใช้กำลังทำร้ายผู้อื่นโดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษ...”

แรงกายภาพเท่านั้น<sup>320</sup> แต่การ “ใช้กำลังประทุษร้าย” นั้นไม่จำกัดวิธีในการกระทำ

ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาคือ จิตใจ ในที่นี้หมายถึงสมอง หากเป็นในเรื่อง “อันตรายต่อจิตใจ” ย่อมหมายถึง การทำให้สมองอันเป็นบ่อเกิดของจิตใจ สูญเสียความสามารถ หรือประสิทธิภาพในการทำงานลดลงย่อมเป็น อันตรายต่อจิตใจ แล้วไม่ว่าจะเป็นการทำให้สมองเสียหายหรือทำให้ประสิทธิภาพในการทำงานผิดเพี้ยนหรือลดลงไป ก็ถึงขั้นที่เรียกได้ว่าอันตราย เช่น การให้กัญชาทำให้มึนเมาไม่ได้สติ หรือ ทำให้ตกใจจนสลบ หรือทำให้ไม่ได้สติคล้ายคนบ้า<sup>321</sup> ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 273/2509, 1399/2508<sup>322</sup> ที่ผู้ศึกษายกขึ้นกล่าวมาแล้วในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ที่ตัดสินว่าความรู้สึกว่าถูกเหยียดหยาม เจ็บใจ แค้นใจเหล่านี้เป็นอารมณ์ ไม่เป็น “อันตรายต่อจิตใจ” ซึ่งศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ได้อธิบายว่ากรณีตามคำพิพากษาดังกล่าวเป็นการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเข้าองค์ประกอบ “อันตรายแก่จิตใจ” ของความผิดตามมาตรา 295 ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ซึ่งเป็นคนละประเด็นกับการพิจารณาว่าการดังกล่าวเป็น การทำให้เสียหายต่อจิตใจ อันเป็นการทำร้ายจิตใจและ เป็นประทุษร้ายแก่จิตใจหรือไม่<sup>323</sup> ดังนั้นคำถามที่เกิดขึ้นคือ เรื่องอารมณ์เป็นกรณีทำให้เสียหายแก่จิตใจ อันจะเป็นลักษณะของการประทุษร้ายแก่จิตใจหรือไม่

การที่จะพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเสียหายต่อจิตใจหรือไม่นั้น พิจารณาตามความเห็นของวิญญูชนทั่วไป ถ้าวิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเป็นการทำให้เสียหายต่อจิตใจ ก็ถือว่า เป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจ ซึ่งโดยปกติ การทำให้ไม่พึงพอใจ แม้จะกระทบต่อจิตใจ แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจ แต่หากการทำให้ไม่พึงพอใจ ถ้าถึงขนาด หลอกให้กลัว ชู หรือยั่วให้โกรธ อย่างรุนแรงตามตามความเห็นของวิญญูชนทั่วไป ก็อาจถือว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจและเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจได้<sup>324</sup> “โดยที่การทำให้เสียหายแก่จิตใจตามความเห็นของวิญญูชนก็เป็นประทุษร้ายแก่จิตใจได้ แม้ว่าจะไม่ถึงขั้น “เป็นอันตรายแก่จิตใจ” ตามความหมายของ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ก็ตามเพราะเป็นคนละประเด็นกัน”<sup>325</sup> ทำให้เราเข้าใจได้ว่าการทำให้เสียหายต่ออารมณ์

<sup>320</sup> ดู หัวข้อ 3.3.2 ใช้กำลังทำร้าย

<sup>321</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, หน้า 251.

<sup>322</sup> ดู หัวข้อ 3.3.3 ใช้กำลังประทุษร้าย (ข) ประทุษร้ายแก่จิตใจ

<sup>323</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 120-121 หัวข้อ 1013, หน้า 206 หัวข้อ 104, อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, เล่ม 4, หน้า 39.

<sup>324</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 120-121 หัวข้อ 1013, หน้า 204-206 หัวข้อ 1042, หน้า 714 หัวข้อ 1258, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

<sup>325</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 39

ความรู้สึกของบุคคลถ้าถึงขนาดที่วิญญูชนมองว่าเป็นการทำให้เสียหายต่อจิตใจก็สามารถเป็นเรื่อง การประทุษร้ายแก่จิตใจได้ โดยไม่จำเป็นต้องถึงขั้น เป็นอันตรายแก่จิตใจ ซึ่งเป็นองค์ประกอบตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295

จากคำตัดสินในคำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดทุกข์ร่วม(ผู้ถูกระทำ)รู้สึก สะเทือนใจ อับอายขายหน้า ซึ่งเป็นเรื่องอารมณ์ โดยมีการ พิจารณาจากพฤติการณ์ต่างๆ ประกอบกัน กล่าวคือ โจทก์ร่วม เป็นเป็นแพทย์จบใหม่ ไฟแรง ครอบครัวยุคใหม่ เป็นคนน่ารัก และการกระทำดังกล่าวทำให้รู้สึกสะเทือนใจอย่างมาก อีกทั้งไม่อาจ คาดหมายได้ว่า บุคคลที่น่านับถือ และเข้าใจว่าเป็นคนดี จะกระทำเรื่องเช่นนี้ ทำให้เกิดอาการช็อค หดหู่และไม่อยากทำอะไรต่อไป ซึ่งการใช้กล้องแอบถ่ายนั้น ยิ่งทำให้เกิดการท้อเหี่ยว สะเทือนใจอย่าง รุนแรง ยิ่งความเชื่อมั่นในความน่าเชื่อถือของผู้อำนวยการที่ถูกฟังลงยิ่งทำให้วุ่นวายมาก ซึ่งใน ความเห็นของผู้ศึกษาเองก็รู้สึกว่าการกระทำดังกล่าวน่าจะเป็นการกระทบต่ออารมณ์ความรู้สึกที่ถึง ขนาดเพียงพอที่จะเป็นความเสียหายต่อจิตใจได้ แต่ถึงกระนั้นเองแม้ว่ามีความเป็นไปได้ที่ประทุษร้าย แก่จิตใจจะรวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วย แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่ควรรวมเรื่องอารมณ์ไว้เช่นเดียวกับในเรื่อง ของการทำร้าย

หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่า มีคนร้ายยิงแพทย์จบใหม่ หน้าตาดี คิดว่าเป็นอนาคตของ ครอบครัวยุคใหม่ และกำลังจะแต่งงาน พ่อแม่แพทย์มีฐานะยากจน แก่และป่วย อีกทั้งหวังพึ่งลูกให้เป็นเสา หลัของครอบครัวยุคใหม่ ทำให้พ่อแม่เศร้าโศกเสียใจ ร้องไห้ร้องไห้ สะเทือนใจเป็นอย่างมาก กรณีดังกล่าว จะเป็นทำร้ายจิตใจพ่อกับแม่แพทย์จบใหม่หรือไม่ คำตอบคือเราต้องแยกให้ออกระหว่างการทำร้าย จิตใจ และประทุษร้ายแก่จิตใจ จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นว่าคำถามคือ กรณีดังกล่าว เป็น ความผิดทำร้ายร่างกายหรือจิตใจ ตามมาตรา 295<sup>326</sup> ประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ซึ่งในเรื่องของ การทำร้ายนั้น ต้องเกิดผลด้วยคือต้องเป็นอันตรายแก่กายและจิตใจ แต่หากเป็นกรณีของ ประทุษร้าย แก่จิตใจนั้น ไม่จำเป็นต้องเกิดผลเช่นนั้นซึ่งทำให้การประทุษร้ายจิตใจมีการคุ้มครองที่กว้างกว่า ดังนั้นประทุษร้ายต่ออารมณ์จึงมีความเป็นไปได้ แต่ในทางกลับกัน อันตรายแก่จิตใจนั้นไม่ถึงขั้น คุ้มครองในเรื่องอารมณ์ด้วยตามคำพิพากษาที่ได้ยกขึ้นกล่าวมาแล้ว ดังนั้นหากเราวางหลักให้ การ ประทุษร้ายแก่จิตใจคุ้มครองเรื่องอารมณ์ด้วยจะไม่กระทบต่อกรณีของการ “ทำร้าย” แต่อย่างไรก็ ตามในประมวลกฎหมายอาญานั้นมีการใช้คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” อยู่ในหลายมาตรา

<sup>326</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 “ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจของผู้อื่นนั้น ผู้ นั้นกระทำความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ต้องระวางโทษ...”

นอกเหนือไปจากเรื่องของการกระทำอนาจารซึ่งผู้ศึกษาได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 3.3 ที่มาและขอบเขตของคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย”<sup>327</sup> โดยที่ลักษณะของความผิดเกี่ยวกับเพศเองรวมถึงเรื่องของการกระทำอนาจารนั้นเป็นความผิดที่มักจะสร้างความเสียหายทางอารมณ์กับผู้ถูกกระทำและผู้เกี่ยวข้องได้มากกว่าการสร้าง ความเสียหายทางกาย อีกทั้งอารมณ์ความรู้สึกนั้นก็มีความหลากหลายและแตกต่างกันไปได้ตามแต่ละบุคคล ความคิด ความเชื่อ ประสบการณ์ หากเรายอมรับว่า “ใช้กำลังประทุษร้ายนั้น” รวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วยแล้ว จะส่งผลต่อความผิดในมาตราอื่นที่ใช้คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” เช่นกัน กล่าวคือ ตัวอย่างเช่น ในเรื่องของการต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงาน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 138<sup>328</sup> ถ้าหากเรากำหนดให้ประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นรวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วยแล้วอาจมีการประทุษร้ายแก่จิตใจในเรื่องของอารมณ์ เช่นทำให้เสียใจจนไม่สามารถปฏิบัติงานต่อได้ ซึ่งวิญญูชนอาจจะเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการทำให้เสียหายต่ออารมณ์แล้ว ซึ่งจะเป็นผลให้ต้องรับโทษหนักขึ้นอีกตามวรรคสอง หรืออาจเกิดกรณีชิงทรัพย์ตาม มาตรา 339<sup>329</sup> โดยการประทุษร้ายต่ออารมณ์ เช่นหลอกให้รักและหักอกเจ้าทรัพย์เพื่อความสะดวกในการเอาทรัพย์ไปได้ เป็นต้น

ในส่วนของบริษัทสนธิสัญญานั้น สรุปได้ว่าสนับสนุนในการกระทำอนาจารโดยไม่ต้องมีการสัมผัสตัวและ การประทุษร้ายต่อจิตใจซึ่งรวมถึงอารมณ์ด้วย หากเรามองว่าการกระทำอนาจารไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายจะมีผลดังที่กล่าวมาซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจมาก แต่การจะตอบคำถามที่ว่า การกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายหรือไม่ ต้องมีการวิเคราะห์ในประเด็นอื่นต่อมาเช่นเดียวกับกรณีของประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นรวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วยหรือไม่ โดยในส่วนต่อมาระที่เราจะวิเคราะห์ก็คือประวัติศาสตร์ความเป็นมาของกฎหมายอนาจาร รวมถึงรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศด้วย

\* ดู หัวข้อ 3.3 ที่มาและขอบเขตของคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย”

<sup>328</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 138 วางหลักว่า วรรคแรก ผู้ใดต่อสู้ หรือขัดขวางเจ้าพนักงานหรือผู้ซึ่งต้องช่วยเจ้าพนักงานตามกฎหมายในการปฏิบัติการตามหน้าที่ ต้องระวางโทษ...

วรรคสอง ถ้าการต่อสู้หรือขัดขวางนั้น ได้กระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้น...

<sup>329</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 339 “ผู้ใดลักทรัพย์โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าในทันใดนั้นจะใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อ

- (1) ให้ความสะดวกแก่การลักทรัพย์หรือการพาทรัพย์นั้นไป
- (2) ให้ยื่นให้ซึ่งทรัพย์นั้น
- (3) ยึดถือเอาทรัพย์นั้นไว้
- (4) ปกปิดการกระทำความผิดนั้น หรือ
- (5) ให้พ้นจากการจับกุม

ผู้นั้นกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์ ต้องระวางโทษ...”

### 5.3 ความเป็นมาและพัฒนากฎหมายอนาจารของไทย

ตอนนี้เราต้องการหาคำตอบของคำถามที่ว่า การกระทำอนาจาร ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายหรือไม่และการประทุษร้ายต่อจิตใจรวมถึงเรื่องอารมณ์หรือไม่ ดังนั้นนอกจากการเปรียบเทียบจากตัวบทกฎหมายปัจจุบันเราควรลองพิจารณาถึงประเด็นในเรื่องของความเป็นมาของความผิดฐานอนาจารด้วยเพื่อให้เห็นความเปลี่ยนแปลงและต้นกำเนิดของความผิดฐานนี้ ซึ่งเราจะนำมาเพื่อใช้ตอบปัญหาดังกล่าว

#### 5.3.1 พระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง

กฎหมายในเรื่องนี้นั้นได้มีการอธิบายไปแล้วในหัวข้อ 3.2.1<sup>330</sup> ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะนำข้อมูลส่วนดังกล่าวมาใช้ในการวิเคราะห์

คำว่า อนาจาร นั้นยังไม่ถูกใช้ในตัวบทกฎหมายในยุคของกฎหมายตราสามดวง แต่จะเป็นการกำหนดเป็นการกระทำแทน เช่น การกอด จูบ เล้าโลม ถือนม แต่มีส่วนที่น่าสนใจก็คือ การใช้วาจา หรือกระทำการกระทำอื่น ๆ ที่ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ก็เป็นความผิดในเรื่องนี้เช่นกัน ยกตัวอย่างในกรณีของ การอยู่ด้วยกันสองต่อสองในห้องนอนกับภรรยาของผู้อื่น หรือการเกี่ยวพาราสี หรือกล่าวคำพูดเชิงขู่สาวกับภรรยาผู้อื่นก็เป็นความผิด ซึ่งความผิดที่กล่าวมาเป็นความผิดในมาตราเดียวกันและมีอัตราโทษเช่นเดียวกัน

ข้อสังเกต คือ มีการแยกการให้ความคุ้มครองกล่าวคือ มีการแยกในส่วนของ ภรรยาของผู้อื่น หญิงทาส และ บุตรี(ลูกสาว) ออกจากกัน อีกทั้งมีการกำหนดการกระทำความผิดที่แตกต่างกัน กล่าวคือในส่วนของ ภรรยาผู้อื่นนั้น หากมีการไปหาและอยู่กันสองต่อสองในบ้านเรือน, ห้องนอน, ที่ลับ หรือเพียงแค่การกล่าวขู่สาวหรือลักลอบพูดจากันก็เป็นความผิดแล้วคล้ายกับเรื่องของบุตรี กล่าวคือหากมีการขึ้นไปถึงที่นอนของบุตรีแม้จะยังมีได้ทำอะไรมากไปกว่านั้นก็เป็นความผิดแล้ว ต่างจากในส่วนของหญิงทาสจะไม่ได้ให้ความคุ้มครองในส่วนนี้แต่ให้ความคุ้มครองเมื่อกระทำไปถึงขั้นข่มขืนแต่ไม่ถึงกับชำเรา

วิเคราะห์ สภาพสังคมในสมัยนั้นมีความแตกต่างออกไปผู้หญิงยังไม่ได้ถูกมองอย่างเท่าเทียม

<sup>330</sup> ดูหัวข้อ 3.2.1 พระอัยการลักษณะผิดเมียในกฎหมายตราสามดวง

กันกับผู้ชายและมีการแบ่งแยกระหว่างสตรีกับทาสที่เป็นสตรี ผู้ศึกษาเห็นว่าทำให้ความคุ้มครองยังไม่ได้เป็นการให้การคุ้มครองกับตัวสตรีโดยตรงแต่เป็นการให้การคุ้มครองกับผู้ปกครองดูแลสตรีนั้นอยู่เสียมากกว่า แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ลักษณะของการกระทำนั้นก็สอดคล้องกับการกระทำอนาจารในยุคของประมวลกฎหมายอาญา เพียงแต่มีการให้การคุ้มครองที่คุ้มครองลักษณะของการกระทำที่กว้างกว่า โดยมีการคุ้มครองในแง่ของภาพลักษณ์ด้วย กล่าวคือในสังคมยุคนั้นมองว่าสตรีต้องมีการรักษานวลสงวนตัว ดังนั้นการที่สตรีที่ยังไม่ได้แต่งงานจะอยู่ในห้องนอนกับชายอื่น จึงเป็นเรื่องที่ไม่สมควร เช่นเดียวกับการครองตนของผู้หญิงที่แต่งงานแล้วก็ไม่ควรอยู่กับชายอื่นนอกจากสามีของตน หรือถูกชายอื่นลวนลามไม่ว่าด้วยทางกิริยาหรือคำพูด และหากเกิดเหตุเช่นนั้นต้องมีการลงโทษเพราะนอกจากเป็นการทำลายภาพลักษณ์ของตัวเองผู้หญิงเองยังเป็นการทำลายภาพลักษณ์ของคนที่ต้องปกครองดูแลหญิงนั้นอยู่ด้วย แต่ยังไม่ปรากฏถ้อยคำในลักษณะเดียวกับ “ใช้กำลังประทุษร้าย” โดยที่ในยุคนี้ยังเป็นกำหนดการกระทำเป็นรายการกระทำโดยไม่ได้ใช้คำที่มีความหมายรวม เช่นเดียวกับคำว่า อนาจาร แต่อย่างไรก็ตามจึงยังไม่มีประเด็นเรื่องการประทุษร้ายต่ออาารมณ

### 5.3.2 พระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

เนื่องจากตามพระราชกำหนดนี้ไม่มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการกระทำอนาจาร มีเพียงเรื่องของการข่มขืนกระทำชำเรา แม้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นการกระทำอนาจารด้วยในตัวแต่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องที่เรากำลังศึกษาผู้ศึกษาจึงขอข้ามกฎหมายในส่วนนี้ไป

### 5.3.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

คำว่า อนาจาร นั้นถูกนำมาใช้ในกฎหมายลักษณะอาญา โดยที่กระทำอนาจาร ดังกล่าวมีความหมายเช่นเดียวกับ อนาจาร ในประมวลกฎหมายอาญา โดยหมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เช่น จับนม กอด จูบ ลูบคลำหรือจับต้องอวัยวะต่างๆโดยพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ<sup>331</sup> ซึ่งเรื่องนี้ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อ 3.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127<sup>332</sup>

ในเรื่องการกระทำอนาจารตามกฎหมายลักษณะอาญานั้น เป็นกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นช่วงที่ประเทศกำลังพัฒนาและกฎหมายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงมาจากการปฏิรูปกฎหมายและการ

<sup>331</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, หน้า 361.

\* ดูหัวข้อ 3.2.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ศาลให้มีมาตรฐานระดับสากลเพื่อเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต<sup>333</sup> จะเห็นได้ว่ามีการให้ความคุ้มครองโดยไม่ได้แบ่งเพศหรือสถานะของบุคคลออกจากกันแล้วโดยเป็นการกำหนดว่า “บุคคล” ไม่ใช่ภรรยาของผู้อื่น หรือหญิงทาส หรือบุตรแต่อย่างใดแต่หมายความรวมถึงทุกคนทุกเพศทุกวัย และเป็นการคุ้มครองตัวบุคคลดังกล่าวอย่างแท้จริงแตกต่างจากในส่วนของพระอัยการลักษณะผิวเมียในกฎหมายตราสามดวงที่ได้กล่าวมาแล้ว นอกจากนั้นมีการแบ่งอายุของผู้ถูกระทำออกมาและให้ความคุ้มครองกับเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบโดยกำหนดให้อัตราโทษรุนแรงกว่าหากกระทำกับเด็กดังกล่าว

การกระทำมีการกำหนดค่ากว้างๆอย่าง “กระทำอนาจาร” ขึ้นมาแทนการกำหนดการกระทำเป็นรายการกระทำ ดังเช่นในกฎหมายตราสามดวง แต่มีการกำหนดให้การกระทำอนาจารโดยใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือวาจาขู่เข็ญ เป็นเหตุเพิ่มโทษตามมาตรา 245 กรณีที่กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบสามขวบ และ กำหนดให้การกระทำอนาจารจะเป็นความผิดเมื่อได้กระทำโดยใช้กำลังอำนาจด้วยกำลัง หรือด้วยวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดหากเป็นการกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสามขวบขึ้นไปตามมาตรา 246

การลงโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 245,246 นั้นกำหนดไว้อย่างไม่มีการแบ่งตามสถานะของบุคคลดังเช่นในพระอัยการลักษณะผิวเมียในกฎหมายตราสามดวง แต่อย่างไรก็ตามมีการแบ่งอัตราโทษในเรื่องของอายุของผู้ถูกระทำ โดยโทษที่ลงมีทั้งโทษจำคุก หรือโทษปรับ หรือทั้งจำคุกและปรับ ซึ่งเป็นอีกความแตกต่างหนึ่งกับในกฎหมายตราสามดวง ที่บางกรณีมีโทษเพียงปรับเพราะสถานะของบุคคล

ในกฎหมายลักษณะอาญานั้นปรากฏคำว่า “ใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย” อยู่ในส่วนของ การกระทำอนาจารด้วย แต่ความหมายของ ใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย นั้นไม่กว้างถึงขนาดของ ใช้กำลังประทุษร้าย ที่ไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นการใช้กำลังกายกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลทุกชนิด<sup>334</sup> แม้ว่าในส่วนของการใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย นั้นจะรวมถึงการใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิต โดยไม่ต้องการผลคืออันตรายเช่นเดียวกันซึ่งโดยลักษณะของการใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิตนั้นก็ไม่มี การใช้กำลังกายกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง เพียงแต่จะเป็นในส่วนของ การเคลื่อนไหวร่างกาย แต่ใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกายก็ไม่ได้มีนิยามที่ทำให้สามารถกินความรวมไปถึงการประทุษร้ายจิตใจอันอาจรวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วยได้ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะสามารถหมายความถึงการประทุษร้ายแก่

<sup>333</sup> คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 (จัดพิมพ์ฉลองพระมหากรุณาธิคุณ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องในวาระคล้ายวันสวรรคต เป็นปีที่ 100), หน้า 1.

<sup>334</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, หน้า 241,361.



จิตใจในประมวลกฎหมายอาญาก็ตามแต่ในส่วนของนิยามของ “ใช้กำลังประทุษร้าย” มีการแยกเรื่อง การใช้ยาทำให้มึนเมา และสะกดจิตต่างหากจากประทุษร้ายแก่จิตใจออกจากกันอีกส่วนหนึ่งด้วย ผู้ ศึกษาจึงมีความเห็นว่าในยุคคลกกฎหมายลักษณะอาญานั้นการกระทำอนาจารยังไม่รวมถึงการ ประทุษร้ายแก่จิตใจในความหมายตามประมวลกฎหมายอาญา

ข้อสังเกต ในกฎหมายลักษณะอาญามีการแบ่งระหว่างความผิดทั่วไปและความผิดพิเศษ แต่มีการแบ่งความผิดพิเศษโดยการกำหนดว่าเป็นโทษของฐานความผิดต่างๆกันเช่น ความผิดหลุ โโทษในฐานกระทำให้เกิดอันตรายแก่สาธารณชน แลให้สาธารณชนปราศจากความสุขสบาย หรือ ความผิดหลุโทษ ในฐานกระทำให้เสื่อมเสียอิศรภาพแลชื่อเสียง ซึ่งในแต่ละหัวข้อของฐานความผิดนั้น ก็จะมีข้อย่ออยู่ร่วมกันในแต่ละหัวข้อ เช่นเดียวกับ การกำหนดในเรื่องของความผิดหลุโทษในฐาน กระทำอนาจาร ซึ่งอยู่ใน มาตรา 337 ซึ่งเรื่องนี้ช่วยยืนยันในเรื่องการแบ่งลำดับชั้นของการกระทำ ความผิดที่เราได้พูดมาแล้วได้ กล่าวคือการกระทำต่อไปนี้มีลักษณะเป็นความผิดตามประมวล กฎหมายอาญามาตรา 388 ในปัจจุบันเป็นความผิดกระทำอนาจารในสถานเบา

มาตรา 337 วางหลักว่า ความผิดหลุโทษในฐานกระทำอนาจาร

- (1) ผู้ใดแสดงวาจาลามกอนาจาร ต่อหน้าธารกำนัล ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษชั้น 3
- (2) ผู้ใดเปลือยกาย หรือกระทำการอย่างอื่นอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล ท่านว่ามันมี ความผิด ต้องระวางโทษชั้น 4

มาตรา 332 วางหลักว่า ความผิดที่เป็นหลุโทษนั้น คือบรรดาการกระทำผิดที่ท่านบัญญัติไว้ ตั้งแต่มาตรา 334 จนถึง 340 แห่งกฎหมายนี้ แลท่านกำหนดให้อาญาสำหรับความผิดฐานหลุโทษไว้ ต่างกันเป็น 4 ชั้นดังนี้ คือ ...

ชั้นที่ 3 ท่านว่าต้องระวางโทษโทษานุโทษเป็นสามสถาน คือ สถานหนึ่งจำคุกไม่เกินสิบวัน สถานหนึ่งปรับไม่เกินห้าสิบบาท สถานหนึ่งทั้งจำทั้งปรับเช่นว่านี้ด้วยกัน

ชั้นที่ 4 ท่านว่าต้องท่านว่าต้องระวางโทษโทษานุโทษเป็นสามสถาน คือ สถานหนึ่งจำคุกไม่ เกินเดือนหนึ่งสถานหนึ่งจำคุกไม่เกินสิบวัน สถานหนึ่งปรับไม่เกินร้อยบาท สถานหนึ่งทั้งจำทั้งปรับ เช่นว่านี้ด้วยกัน

วิเคราะห์ ส่วนที่น่าสนใจคือการเปลี่ยนมาให้ความสำคัญคุ้มครองกับบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน และเป็นการคุ้มครองตัวบุคคลนั่นเอง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นผลเนื่องมาจากอิทธิพลของทั้งกฎหมายต่างประเทศเองและการเปลี่ยนแปลงแนวคิดที่มีต่อสตรีรวมถึงการเลิกทาสเอง แต่อย่างไรก็ตาม ตัวอย่างคดีคำพิพากษาศาลฎีกานั้นก็ยังเป็นไปในทำนองเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาในช่วงของประมวลกฎหมายอาญา คือเป็นไปในลักษณะมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นไปได้จากหลายปัจจัย เช่นอาจเป็นเพราะกรณีของการที่ไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายศาลอาจจะลงโทษสถานเบา และคดีไม่ถึงศาลฎีกา หรือตอนฟ้องไม่ได้ฟ้องในเรื่องของอนาจารมาแต่ต้น หรือในตอนนั้นต้องการกำหนดช่วงของโทษให้ชัดเจนว่าเป็นกรณีของลواطหรือโทษของความผิดทั่วไปซึ่งจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายลักษณะอาญาในเรื่องของการกระทำอนาจารนั้น มีอัตราโทษขั้นต่ำ แตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องของการกระทำอนาจารที่ไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ ซึ่งมีความเป็นไปได้ในหลายกรณีแต่จะเห็นได้ว่ากฎหมายในยุคของกฎหมายลักษณะอาญานั้น มองว่า การแสดงวาจาลามกอนาจาร, เปลือยกาย หรือกระทำการอย่างอื่นอันควรขายหน้า ซึ่งเรื่องเหล่านี้หากกระทำต่อหน้าธารกำนัลก็เป็นเรื่องของการกระทำอนาจารเช่นเดียวกัน

### 5.3.4 รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา<sup>335</sup>

การแก้ไขประมวลกฎหมายลักษณะอาญาให้เป็นประมวลกฎหมายอาญานั้น ในส่วนของการแก้ไขปรับปรุงมาตราของการกระทำอนาจารนั้น มีรายละเอียดอยู่ใน รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 50,156/2482 ซึ่งพอจะสรุปได้ดังนี้

1. ความหมายของคำว่า อนาจาร นั้นศาลเข้าใจ และอนาจารก็มีความหมายกว้าง เช่นรูปภาพ ก็เป็นอนาจาร
2. มีถกเถียงกันว่าการกระทำอนาจารนั้นต้องเฉพาะกรณีไม่ยินยอมเพียงอย่างเดียวหรือแม้ยินยอมก็เป็นความผิด มีข้อสรุปว่า เป็นที่เข้าใจกันอยู่แล้วว่ายินยอมหรือไม่ก็เป็นความผิดแต่จะเป็นความผิดตามมาตราใด ผิดในเรื่องของการกระทำอนาจาร หรือผิดตามมาตรา 337
3. มีการเสนอให้เขียนคำเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราคือให้เขียนลงไปด้วยว่ากระทำต่อบุคคลอันมิใช่ภรรยาของตนแต่ที่ประชุมเห็นว่ากรณีตามมาตรา 246 นี้เป็นเรื่องที่เบากว่าศาลแปลความได้อยู่แล้วตัวบทเดิมก็ตีอยู่แล้ว ไม่ควรแก้ ดังนั้นถ้าภรรยาแล้วแก้งทำก็เป็น

<sup>335</sup> ดู รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 50,156/2482

อนาจารได้

4. มีการยอมรับว่าการกระทำชำเรา ก็เป็นการกระทำอนาจารเพียงแต่การกระทำอนาจารไม่ถึงขนาดกระทำชำเรา

5. มีการเสนอให้ตัดคำว่า “โดยมันใช้อำนาจด้วยกำลังหรือด้วยวาจาขู่เชิญหรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดๆก็ดี” ออกเสีย และเติมข้อความว่า “โดยบุคคลนั้นมีได้ยินยอม” เข้าไปแทนแต่ข้อเสนอ นั้นตกไป แต่มีมติให้แก้ไขถ้อยคำ เป็น “โดยมันใช้อำนาจด้วยกำลังกายหรือด้วยการขู่เชิญหรือด้วยอุบายอย่างใดๆ” แทน<sup>336</sup>

ประเด็นที่เป็นประโยชน์แก่การวินิจฉัยในคำถามที่ว่า การกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสตัวหรือไม่ นั้น อยู่ที่ ความหมายของคำว่า อนาจาร นั้นศาลเข้าใจ และก็มี ความหมายกว้าง ซึ่งรูปภาพ ก็เป็นอนาจารได้ซึ่งแน่นอนว่ารูปภาพที่มีลักษณะลามกอนาจารนั้นย่อมไม่จำเป็นต้องสัมผัสตัวของ ผู้เสียหาย แม้ว่าความหมายของคำพูดที่ว่า อนาจารนั้นศาลเข้าใจ นั้นจะไม่ชัดเจนว่าเข้าใจว่าอย่างไร แต่ผู้ศึกษาเข้าใจว่าน่าจะหมายถึงความหมายตามปกติธรรมดาซึ่งสามารถหาได้จากพจนานุกรม ซึ่งพจนานุกรมที่เป็นที่ยอมรับในประเทศไทยก็คือ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งผู้ศึกษาได้กล่าวไปแล้วว่าหากต้องการให้มีความหมายแตกต่างจากปกติทั่วไปย่อมมีการทำบทนิยามไว้ในตัวบทกฎหมาย และความหมายตามพจนานุกรมนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย

มีประเด็นที่น่าสนใจในเรื่องของประเด็นที่สองนั้นเพื่อให้ชัดเจนขึ้นกล่าวคือตามกฎหมายลักษณะอาญานั้นดังได้กล่าวมาแล้วว่าในส่วนความผิดลหุโทษนั้นมีการแบ่งออกมาเป็นความผิดลหุโทษในฐานะกระทำอนาจาร ตามมาตรา 337 ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นความผิดที่รัฐเป็นผู้เสียหายหรือเป็นความผิดที่ย่อมความไม่ได้ดังนั้นความยินยอมของบุคคลที่พบเห็นจึงไม่มีผลให้การกระทำดังกล่าวไม่ เป็นความผิด ต่างจากในเรื่องของการอนาจารที่ต้องอาศัยความยินยอม หากยินยอมย่อมไม่ เป็นความผิด ยกเว้นกระทำต่อเด็กตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นจึงเป็นประเด็นที่ว่าความผิดฐานอนาจารนั้นไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็เป็นความผิด แต่จะเป็นความผิดฐานใดเท่านั้น

ต่อมาในส่วนของประเด็นเรื่องการประทุษร้ายแก่จิตใจ พิจารณาจากรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 243/110/2485 ประกอบครั้งที่

<sup>336</sup> ดู รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ครั้งที่ 50,156/2482, หน้า 215-218.

502/412/2486 สรุปได้ว่า มีการใช้คำว่า ใช้กำลังประทุษร้าย ทำร้าย ประทุษร้าย ซึ่งมีความหมายแตกต่างกันกับฐานความผิดต่างกันเพื่อให้มีขอบเขตที่แตกต่างกัน แต่ในส่วนที่น่าสนใจคือ การใช้กำลังประทุษร้าย สามารถเป็นความผิดได้โดยยังไม่ต้องเกิดผลคืออันตราย ในทางกลับกันถ้าเกิดอันตรายย่อมเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายด้วยไปในตัว ดังนั้นอันตรายต่อจิตใจย่อมเป็นประทุษร้ายแก่จิตใจด้วยในตัว โดยในตัวร่างภาษาอังกฤษนั้นใช้คำว่า Bodily harm ซึ่งหมายถึง อันตรายแก่กายหรือจิตใจนั้น โดยอย่างใดเป็น อันตรายแก่กายหรือจิตใจ นั้นที่ประชุมไม่ได้ให้ความหมายแต่ตกลงให้ศาลเป็นผู้แปลความหมายเอง จะเห็นได้ว่าเป็นการให้อำนาจศาลในการตีความตามสมควร

สรุปได้จากการศึกษาจนถึงตอนนี้ว่ามีความเป็นไปได้ว่าการกระทำอนาจารนั้นจะเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย เนื่องจากถ้อยคำในตัวเอง บทสัมภาษณ์จากผู้พิพากษา และในส่วนของความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายในเรื่องอนาจาร ประกอบกับรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเอง โดยผู้ศึกษาจะไม่ขอรวมในกรณีของกฎหมายพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนในกฎหมายตราสามดวง แม้จะมีการกำหนดให้กระทำอนาจารได้ โดยไม่ต้องสัมผัสตัว ด้วยเหตุที่ว่าในตัวกฎหมายพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนนั้นยังมีลักษณะที่ค่อนข้างแตกต่างจากความผิดฐานอนาจารในตัวกฎหมายลักษณะอาญา และประมวลกฎหมายอาญาพอสมควร แม้จะมีรูปแบบการกระทำที่ใกล้เคียงกันแต่ให้ความคุ้มครองบุคคลที่ปกครองดูแลผู้ถูกระทำเป็นสำคัญมากกว่าที่จะคุ้มครองตัวผู้ถูกระทำเอง ในส่วนของเรื่องอาชญากรรมนั้นก็เป็นไปได้เช่นเดียวกันแต่ต้องถึงขนาดที่วิญญูชน เข้าใจว่าเป็นการกระทำที่เป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจแล้ว ซึ่งผู้ศึกษายังเห็นว่ากระนั้นก็ไม่สมควรเพราะจะมีผลกระทบในหลายมาตราที่ใช้คำว่า ใช้กำลังประทุษร้ายเช่นเดียวกัน ซึ่งเรื่องอาชญากรรมเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและหลากหลายเกินไป

### 5.3.5 วิเคราะห์

#### (ก) อนาจาร

กฎหมายในส่วนของการกระทำอนาจารของไทยนั้น เปลี่ยนแปลงไปตามความคิดความเชื่อในแต่ละยุคสมัย โดยในยุคกฎหมายตราสามดวง ให้การคุ้มครองการกระทำอนาจารที่ไม่จำเป็นต้องไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายแต่เป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศในยุคนั้น เช่น การอยู่ด้วยกันสองต่อสองในที่ลับตาคน เป็นต้น ซึ่งมีลักษณะกำหนดความผิดเป็นรายการกระทำ โดยไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบอื่นประกอบ ต่อมาก็มีการกำหนดใช้คำกว้างๆอย่าง “อนาจาร” ใช้แทนในยุคของกฎหมายลักษณะอาญา มาจนถึงประมวลกฎหมายอาญาซึ่ง ในที่ประชุมร่างกฎหมายปรากฏว่า คำว่า อนาจาร นั้นมีความหมายกว้าง และเป็นที่ยอมรับกันอยู่แล้ว ซึ่ง รูปภาพ เองก็เป็นอนาจารได้ ซึ่ง

จะเห็นได้ว่าตัวรูปภาพที่เป็นอนาจารได้นั้น แสดงว่าอนาจารมีความหมายอย่างกว้างและไม่จำกัดเพียงการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งสนับสนุนในประเด็นของการกระทำอนาจารว่าไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในยุคที่เริ่มใช้คำว่า “อนาจาร” นั้นโดยลักษณะเป็นการกระทำที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งสนับสนุนประเด็นที่ว่า การกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย แต่ผู้ศึกษาขอตั้งข้อสังเกตว่าการที่แนวคำพิพากษาเป็นไปในลักษณะนี้อาจเป็นเพราะหลายสาเหตุ เช่น อาจเป็นเพราะกรณีของการที่ไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายศาลอาจจะลงโทษสถานเบาและคดีไม่ถึงศาลฎีกา หรือตอนฟ้องไม่ได้ฟ้องในเรื่องของอนาจารมาแต่ต้น หรือในตอนนั้นต้องการกำหนดช่วงของโทษให้ชัดเจนว่าเป็นกรณีของลหุโทษหรือโทษของความผิดทั่วไปซึ่งจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายลักษณะอาญาในเรื่องของการกระทำอนาจารนั้น มีอัตราโทษขั้นต่ำแตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องการกระทำอนาจารที่ไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ

#### (ข) ประทุษร้ายแก่จิตใจกับอากรรมณ์

มีประเด็นที่น่าสนใจจากการพิจารณาเนื้อหาในส่วนของความเป็นมาและพัฒนาการของกฎหมายการกระทำอนาจาร กล่าวคือประเด็นในเรื่องของจิตใจในส่วนของกฎหมายเรื่องอนาจารนั้น ไม่มีประเด็นดังกล่าวให้พิจารณา จนกระทั่งในยุคสมัยของประมวลกฎหมายอาญา ที่เริ่มใช้คำว่า ใช้กำลังประทุษร้าย โดยประเด็นในเรื่องใดเป็นเรื่องทางกายหรือทางจิตใจ เทียบเคียงได้จากรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา โดยในที่ประชุมได้ตกลงให้ศาลเป็นผู้แปลความหมายเองว่ากรณีใดเป็นเรื่องอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ซึ่งแปลได้ว่ากรณีใดเป็นเรื่องทางกายหรือจิตใจนั้นให้ศาลเป็นผู้กำหนดเอง ซึ่งแม้ว่าจะเคยมีคำพิพากษาที่ระบุว่า ในเรื่องของอากรรมณ์ไม่เป็นอันตรายแก่จิตใจ แต่ ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายฎีกาดังกล่าวไว้ว่า “เป็นการวินิจฉัยว่า การกระทำได้กล่าวไม่ถึงขั้นเป็น “อันตรายแก่จิตใจ อันเป็นองค์ประกอบความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๕ การกระทำจึงไม่เป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๕ ซึ่งคนละประเด็นกับกรณีที่ว่า การกระทำดังกล่าว จะถึงขั้นเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจ อันเป็นการทำร้ายจิตใจและเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑ (๖) หรือไม่” และ รองศาสตราจารย์ ดร.เกียรติชิตร์ วัจนะสวัสดิ์ กล่าวต่อไปว่า “การกระทำที่กระทบต่อจิตใจ หากวิญญูชนเห็นว่าเป็นการร้ายแรง ก็เป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจ จึงเป็นการทำร้ายจิตใจและเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจได้ แม้ว่าจะไม่ถึงขั้น “เป็นอันตรายแก่จิตใจ” ตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๒๙๕ ก็ตามเพราะเป็นคนละประเด็นกัน ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า การใช้กำลังประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจของ

บุคคลตามความหมายของ มาตรา ๒๙๕ ก็ได้”<sup>337</sup> ซึ่งประเด็นนี้สนับสนุนถึงความเป็นไปได้ของการคุ้มครองเรื่องอาชญากรรม ในประทุษร้ายแก่จิตใจ

## 5.4 กฎหมายต่างประเทศ

ในส่วนนี้เป็นอีกส่วนหนึ่งที่ควรยกขึ้นมาเปรียบเทียบให้เห็นว่ากฎหมายต่างประเทศเองนั้นมีหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้อย่างไรซึ่งผู้ศึกษาจะขอยกขึ้นมาเปรียบเทียบ 4 ประเทศโดยจะแบ่งเป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และ ซีวิลลอว์ อย่างละสองประเทศ กล่าวคือ สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์) และประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และ ประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้ยังมีส่วนเป็นต้นร่างของประมวลกฎหมายลักษณะอาญาของไทยอีกด้วย

### 5.4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์)

สาเหตุที่เลือกประเทศนี้เนื่องมาจากเกิดเหตุการณ์ที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ มีเหตุการณ์การถูกแอบถ่ายได้กระโปรงในที่สาธารณะ แต่ในขณะนั้นกฎหมายมลรัฐแมสซาชูเซตส์และอีกหลายมลรัฐของอเมริกายังไม่มีกฎหมายในเรื่องการแอบถ่ายในที่สาธารณะ<sup>338</sup> และตามกฎหมายในเรื่องของการกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ศาลจึงไม่สามารถลงโทษให้มีความผิดฐานอนาจารได้และด้วยความที่ไม่มีกฎหมายจะลงโทษการกระทำผิดดังกล่าวจึงมีการแก้ปัญหาด้วยการออกกฎหมายใหม่ ซึ่งคดีที่เกิดขึ้นมีเหตุการณ์คล้ายคลึงกับที่เกิดขึ้นในประเทศไทยและมีทางออกของปัญหาที่แตกต่างออกไปผู้ศึกษาจึงยกขึ้นมาวิเคราะห์

กฎหมายในเรื่องของการกระทำอนาจารของมลรัฐแมสซาชูเซตส์นั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.3 จะเห็นได้ว่าการวางหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากความผิดฐานกระทำอนาจารของเรา กล่าวคือ แม้จะมีการกำหนดโดยระบุไว้ว่า “Whoever commits an indecent assault and battery” กล่าวคือ ผู้ใดกระทำอนาจารโดยการขู่เข็ญว่าจะประทุษร้ายหรือใช้กำลังทำร้าย<sup>339</sup> ซึ่ง

<sup>337</sup> เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 4, หน้า 39.

\* ดูหัวข้อ 4.3 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์) (ค) คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

<sup>339</sup> “มาตรา 13H บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำอนาจารโดยขู่เข็ญว่าจะประทุษร้ายหรือใช้กำลังทำร้ายต่อบุคคลที่อายุ 14 ปีขึ้นไป...”

แตกต่างจากของเราที่กำหนดให้รวมถึงกรณีโดย ชูเชิญด้วยประการใดๆ, ทำให้เข้าใจว่าเป็นบุคคลอื่น, ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ด้วยก็ตาม และตามลักษณะของการชูเชิญว่าจะใช้กำลัง ประทุษร้ายนั้น ไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามศาลในระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ซึ่งเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายขึ้นนั้นได้กำหนดโดยชัดเจนในเอกสารคู่มือของศาลเองว่า การจะเป็นอนาจารตามกฎหมายทั่วไปของรัฐแมสซาชูเซตส์ นั้นต้องมีการพิสูจน์ข้อเท็จจริง 4 อย่าง โดยสิ้นข้อสงสัย โดยในข้อสองกำหนดอย่างชัดเจนว่าต้องมีการสัมผัสตัวกับเหยื่อโดยปราศจากมูลเหตุ โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

ข้อสอง : ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยกระทำการ ชูเชิญว่าจะประทุษร้าย (assault) หรือใช้กำลังทำร้าย (battery) ต่อเหยื่อ และต้องมีการสัมผัสตัวกับเหยื่อโดยปราศจากมูลเหตุโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>340</sup>

วิเคราะห์ จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ของมลรัฐแมสซาชูเซตส์นั้น การกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายด้วยเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์ที่เราเข้าใจกันอยู่ว่าการกระทำอนาจารของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278,279 ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายด้วย แต่กระนั้นเอง ก็มีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ เริ่มจากระบบกฎหมายและผู้มีอำนาจออกกฎหมายเอง ในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ที่ยึดเอาคำพิพากษาของศาลเป็นตัวกฎหมายดังนั้นศาลเองจึงมีอำนาจที่จะสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาได้ และศาลเองก็ได้กำหนดโดยชัดเจนให้การกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายดังที่เราจะเห็นได้จากคู่มือของศาลที่ได้กล่าวมา<sup>341</sup> แต่เมื่อลองเปรียบเทียบกับประเทศไทยจะพบว่า ประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ที่ยึดเอาตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ และฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจออกกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาจะพบว่าในที่ประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเองก็ไม่ได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ เพียงแต่กล่าวไว้ว่าคำว่าอนาจารนั้นศาลเข้าใจอยู่แล้ว และด้วยการที่หากต้องการให้มีความหมายเป็นพิเศษก็ย่อมมีการให้นิยามไว้ในตัวบทกฎหมายแล้ว จึงมีความเป็นไปได้ที่ความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยจะไม่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย

ในส่วนของเรื่องใช้กำลังทำร้ายนั้น (Battery) ไม่รวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วยเพียงเป็นการสัมผัสกับร่างกายของบุคคลอื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมเท่านั้น ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายเพียงส่วนหนึ่งของการใช้กำลังประทุษร้ายเท่านั้น โดยถ้าหากเทียบกัน ใช้กำลังทำร้าย ตามกฎหมายของ

“มาตรา 13B บัญญัติว่า ผู้ใดที่กระทำอนาจารโดยชูเชิญว่าจะประทุษร้ายหรือใช้กำลังทำร้ายต่อเด็กที่อายุต่ำกว่า 14 ปี...”

<sup>340</sup>Massachusetts Courts, "Indecent Assault and Battery."

\* ดู หัวข้อ 4.3 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์) (ก) ความหมายคำว่า อนาจาร

สหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์) มีความหมายเท่ากับ ประทุษร้ายแก่กาย ของเราเท่านั้น ซึ่งเป็นตัวอย่างที่น่าสนใจมากและสามารถตัดความสับสนในตัวบทออกไปได้กล่าวคือ หากเราต้องการให้การกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ตัวบทสามารถใช้คำว่า ประทุษร้ายแก่กาย ซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึงการที่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายโดยไม่ต้องก่อให้เกิดอันตรายแก่กายแต่อย่างใดแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีเรื่องประทุษร้ายจิตใจรวมอยู่ด้วย

#### 5.4.2 ประเทศอังกฤษ

สาเหตุที่เลือกประเทศนี้เนื่องมาจากเป็นประเทศคอมมอนลอว์ดังได้กล่าวมาแล้ว และนอกจากนั้นในตัวของกฎหมายเก่าของประเทศในเรื่องของการกระทำอนาจารมีประเด็นที่น่าสนใจมากกล่าวคือ การกระทำอนาจารเกิดขึ้นได้แม้ว่าไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้นตามกฎหมายเดิมของอังกฤษ แต่อย่างไรก็ตามในกฎหมายปัจจุบันของอังกฤษได้รับการแก้ไขให้จะเป็นความผิดได้ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และแยกกรณีที่ไม่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเป็นความผิดฐานอื่นแล้ว

ผู้ศึกษาจะขอยกกฎหมายในเรื่องของการกระทำอนาจารของประเทศอังกฤษทั้งก่อนการแก้ไขและหลังการแก้ไขขึ้นเปรียบเทียบตามลำดับดังนี้ กฎหมายของประเทศอังกฤษก่อนการแก้ไขนั้นเช่นเดียวกันกับประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษมีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่สร้างเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายเองได้ แม้ว่าตัวบทเดิมใน กฎหมายความผิดทางเพศ (Sexual offense act 1956)<sup>342</sup> จะใช้คำว่า “Sexual assault” โดยไม่ได้เขียน “and battery” เหมือนกับในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ตามแต่ในกฎหมายเดิมของประเทศอังกฤษ นั้น assault ในส่วนของ Sexual assault นั้นก็หมายความรวมถึง “assault” และ “battery” ด้วย ซึ่งคำสองคำนี้มีความหมายแตกต่างกันดังนี้ “assault” คือ การขู่เชิญทำให้บุคคลอื่นเกิดความกลัวภัยอันตรายใด ๆ<sup>343</sup> และ “battery” คือ การกระทำต่อบุคคลอื่นโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมและไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่ทำให้ได้รับอันตรายก็ได้ เช่นการสัมผัสแม้ไม่ได้รับอันตรายแต่อย่างใด<sup>344</sup> โดยที่ศาลได้นำกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมาใช้โดยแปลตรงตามตัวบทโดยที่ไม่ได้กำหนดเหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกาว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย จึงเกิดกรณีของการกระทำผิดฐานอนาจารโดยไม่สัมผัสตัวขึ้น เนื่องมาจากการที่ ขู่เชิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายนั้นไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย โดยเป็นคดีเกิดขึ้น เช่น

<sup>342</sup> กฎหมายความผิดทางเพศ (1956) “มาตรา 14 การกระทำอนาจารต่อผู้หญิง...” , “มาตรา 15 การกระทำอนาจารต่อผู้ชาย...”

\* ดู หัวข้อ 4.2 กฎหมายประเทศอังกฤษ

<sup>344</sup> See Michael Jefferson, *Criminal Law*, Eleventh Edition, p.487-494.



คดี Sargent(1997) 161 JP127(CA) ศาลตัดสินว่าผิดเพราะบังคับให้เหยื่อช่วยตัวเองและสำเร็จความใคร่ในอุ้งยาง ซึ่งตามพฤติการณ์ถือเป็น assault (ทำให้กลัวแล้ว) และเป็น indecent (อนาจาร) ด้วย จึงครบองค์ประกอบความผิดแล้ว

คดี ROLFE [1952] 36 Cr App R 4 (CCA) เป็นกรณีการเดินเปลือยตัวเปล่าเข้าไปหาผู้หญิงและทำท่าทางอนาจารโดยที่ไม่มีการสัมผัสตัวใดๆ และกรณีของการโทรศัพท์ไปเพื่อการอนาจาร โดยไม่มีการสัมผัสตัวใดๆเช่นกัน<sup>345</sup>

ต่อมามีกฎหมายความผิดทางเพศ (Sexual Offence Act 2003)<sup>346</sup> ออกมาใช้บังคับแทนเนื่องมาจากการให้การคุ้มครองที่ไม่เท่าเทียมกันของกฎหมายเดิม และในกฎหมายใหม่มีการบัญญัติอย่างชัดเจนว่าการกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัส (Touching) เกิดขึ้น จึงเป็นการกำหนดที่ชัดเจนและปราศจากข้อโต้แย้งเช่นเดียวกับในสหรัฐอเมริกา ในมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ที่ศาลเองก็กำหนดลงไปให้ชัดเจนว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้นซึ่งในเรื่องของคดีที่เกิดขึ้นเดิม ในเรื่องของการเดินเปลือยตัวเปล่า ก็มีกฎหมายในเรื่องของ Indecent Exposure การอนาจารโดยการเปิดเผยร่างกาย และในเรื่องโทรศัพท์ ก็มีกฎหมายในเรื่องของ Harassment การคุกคามเข้ามาควบคุมแทน

วิเคราะห์ หากลองเปรียบเทียบจะพบว่าหากเราลองแปลตามตัวบทของเราก็จะได้ผลลัพธ์เช่นเดียวกับกฎหมายเก่าในประเทศอังกฤษกล่าวคือ การกระทำอนาจารเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย แต่ก็เห็นได้ว่ากฎหมายเดิมของประเทศอังกฤษนั้นใช้กฎหมายในเรื่องของการกระทำอนาจารครอบคลุมถึงกรณีอื่นด้วย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเปลือยกาย หรือโทรศัพท์คุกคามทางเพศ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับความผิดฐานกระทำอนาจารของเราในประมวลกฎหมายอาญา มีการแยกในเรื่องของการเปลือยกาย และเรื่องโทรศัพท์คุกคามทางเพศ เป็นในส่วนของมาตรา 388 และ มาตรา 397 ตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นการแยกที่เหมือนกับกฎหมายใหม่ของอังกฤษที่แยกการกระทำผิดในสองเรื่องดังกล่าวออกจากการกระทำอนาจารที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย นี้

<sup>345</sup> see Michael Jefferson, *Criminal Law*, Sixth Edition, p.609-611.

<sup>346</sup> กฎหมายความผิดทางเพศ (2003) มาตรา 3 อนาจาร (Sexual Assault)

“(1) บุคคล (A) กระทำความผิด ถ้า

- (a) เจตนาสัมผัสบุคคลอื่น (B)
- (b) การสัมผัสนั้นมีลักษณะเป็นไปในทางเพศ
- (c) B ไม่ได้ยินยอมในการสัมผัสนั้น และ
- (d) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ยินยอมให้กระทำเช่นนั้น...”

อาจจะแสดงให้เห็นว่าความจริงเรื่องกฎหมายอนาจารของเราอาจจะเป็นเช่นเดียวกับกฎหมายใหม่ของอังกฤษ กล่าวคือแยกการกระทำออกจากกัน และการกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสตัว แต่ในความเห็นของผู้ศึกษาเห็นว่าไม่น่าจะเป็นเช่นนั้นด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. ตามกฎหมายอนาจารของประเทศอังกฤษนั้นมีการกำหนดอย่างชัดเจนว่าต้องมีการสัมผัสตัว แต่ตามกฎหมายของประเทศไทยเองกำหนดว่าการกระทำอนาจารอาจจะกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย, ชูเชี่ยวด้วยประการใดๆ, ทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้, ทำให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ซึ่งการกระทำเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องสัมผัสตัว และไม่มีกฎหมายกำหนดโดยชัดเจนว่าอนาจารต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายแต่อย่างใด

2. ในประมวลกฎหมายอาญาของไทยเรื่องการเปลือยกาย และเรื่องการคุกคาม แม้มีการแยกฐานความผิดเหมือนในกฎหมายใหม่ของอังกฤษก็ตามแต่ก็เป็นเรื่องที่แตกต่างกันกล่าวคือ เรื่องดังกล่าวไม่ใช่บทเฉพาะของการอนาจารแต่อย่างใด เพราะในเรื่องของการเปลือยกาย ตามมาตรา 388 นั้นเป็นเรื่องที่คุ้มครองสาธารณะไม่ใช่คุ้มครองปัจเจกบุคคลแตกต่างจากในเรื่องของการกระทำอนาจารที่เป็นการคุ้มครองตัวบุคคลโดยเฉพาะ และในเรื่องของการคุกคามตามมาตรา 397 ของประเทศไทยนั้นไม่จำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นเรื่องทางเพศเหมือนกับเรื่องของอนาจาร อีกทั้ง การคุกคามอาจไม่มีลักษณะกระทำให้อับอายในทางเพศที่เป็นลักษณะของความผิดฐานกระทำอนาจารก็ได้ซึ่งเป็นคนละเจตนากัน แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องความผิดตามมาตรา 397 นี้รวมการกระทำหลายอย่างในตัว ซึ่งรวมถึงการทำให้อับอายขายหน้าหรือเดือดร้อนรำคาญด้วยทำให้ มาตรา 397 เป็นเรื่องที่ทับซ้อนกับความผิดในเรื่องการอนาจารเพราะการอนาจารย่อมเป็นการทำให้ได้รับความอับอายอยู่ในตัวซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 397 ไม่ว่าจะอนาจารนั้นจะกระทำโดยสัมผัสตัวหรือไม่ก็ตาม

ในส่วนในเรื่องอาณัติกฎหมายความผิดทางเพศ (2003) ของอังกฤษนั้นไม่มีประเด็นเรื่องดังกล่าวเลยโดยที่กำหนดอย่างชัดเจนว่าอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสตัว และ ความหมายของ Assault ใน Sexual Assault นั้นก็เป็นเพียงการสัมผัสกับอีกบุคคลหนึ่งโดยที่บุคคลนั้นไม่ได้ยินยอมโดยไม่จำเป็นต้องก่อนให้เกิดอันตรายอย่างใดๆต่อบุคคลนั้นซึ่งเป็นตัวอย่างที่ดีหากต้องการแก้ไขให้กฎหมายอนาจารมีความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว

#### 5.4.3 ประเทศฝรั่งเศส

สาเหตุที่เลือกประเทศนี้ เพราะด้วยความที่เป็นประเทศในระบบกฎหมายเดียวกับประเทศไทยคือ ซีวิลลอว์ ที่ยึดประมวลกฎหมายเป็นหลัก และ เคยเกิดเหตุการณ์คล้ายกันกับคำพิพากษากฎีกา

ที่ 12983/2558 คือมีการแอบมองใต้กระโปรงโดยใช้กระจกที่วางอยู่ในตะกร้า อีกทั้งมีตัวบทกฎหมายที่ใกล้เคียงกับเรามาก ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.1 กฎหมายประเทศฝรั่งเศส

ความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นส่วนหนึ่งของความผิดในเรื่องการรุกรานทางเพศ (Sexual aggression) ตามมาตรา 222-22<sup>347</sup> ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศส โดยอาจเป็นการกระทำโดย การประทุษร้าย(violence), ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้, ชมชู้ หรือ การวางแผน (หลอกลวง) โดยที่หากพิจารณาจากการกระทำโดยวิธีเหล่านี้ย่อมเห็นได้ว่าการกระทำเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายแต่อย่างใด แต่กระนั้นจากคำพิพากษา ห้างสรรพสินค้า “Les galleries lafayette” ที่ได้ยกมาในหัวข้อ 4.1 (ค) ก็ทำให้เห็นว่าการกระทำอนาจารตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแม้จะเป็นการกระทำ ความผิดในทางเพศและเป็นการใช้กระจกใส่ตะกร้าเพื่อแอบดูใต้กระโปรงของสาวในห้างสรรพสินค้าก็ตาม แต่เมื่อกฎหมายเกี่ยวกับการอนาจารของฝรั่งเศสต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายจึงทำให้ศาล ปฏิเสธที่จะลงโทษตามมาตรา 222-22 การรุกรานทางเพศ และใช้บทกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องแทน

วิเคราะห์ จากกรณีของประเทศฝรั่งเศสข้างต้นทำให้เรากลับมาสู่แนวคิดที่ว่าหรือกฎหมายอนาจารจะต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายอีกครั้ง ซึ่งเราจะเห็นได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายอนาจารของเราพอสมควร อีกทั้งในเมื่อขณะร่างกฎหมายลักษณะอาญาเองกฎหมายฝรั่งเศสก็ถูกนำมาใช้เป็นต้นร่างด้วยอีกประเทศหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามก็มีความเป็นไปได้เรื่องความแตกต่างระหว่างสองประเทศจากคำซึ่งถูกนำมาใช้ในตัวเอง กล่าวคือ อนาจารของเราตามประมวลกฎหมายของเราใช้คำว่า “Indecent”<sup>348</sup> แต่ในตัวบทของประเทศฝรั่งเศสใช้คำว่า “Sexual aggression”<sup>349</sup> ซึ่งคำที่แตกต่างกันย่อมให้ความหมายที่แตกต่างกันออกไป โดยการรุกรานทางเพศ (Sexual aggression) ของประเทศฝรั่งเศสนั้นจำกัดเฉพาะเรื่องกระทำต่อ อวัยวะในทางเพศ หรือของสงวน เท่านั้น และต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และแม้จากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่ผู้ศึกษาได้

<sup>347</sup> ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222-22 “การรุกรานทางเพศ (sexual aggression) คือการกระทำทางเพศ (sexual assault) ที่กระทำโดย การประทุษร้าย(violence), ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้, ชมชู้ หรือ การวางแผน (หลอกลวง)...”

<sup>348</sup> เทียบ ตัวบทภาษาอังกฤษในกฎหมายลักษณะอาญา อ้างถึงใน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 (จัดพิมพ์ฉลองพระมหากษัตริย์คุณ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องในวาระคล้ายวันสวรรคต เป็นปีที่ 100), หน้า 65.

<sup>349</sup> ดู Legislationline, "Criminal Codes," [Online] Accessed: Apr 28,2017. Available from: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30> และดู [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1957/13715/version/4/.../Code\\_33.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1957/13715/version/4/.../Code_33.pdf) ซึ่งกฎหมายการรุกรานทางเพศของฝรั่งเศสได้รับการแก้ไขในปี 2010 แต่โดยยังใช้คำเหมือนเดิม.

ยกขึ้นมาจะปฏิเสธการลงโทษตามความผิดฐานทางเพศ เพราะจากข้อเท็จจริงเป็นการแอบใช้กระจกส่องใต้กระโปรงโดยไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเลยก็ตาม แต่ในกรณีดังกล่าวทำให้ผู้หญิงคนนั้นไม่สามารถทำการงานต่อไปได้อันสามารถลงโทษตามความผิดอีกฐานหนึ่งได้ซึ่งทำให้ยังมีกฎหมายมาบังคับใช้กับกรณี ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การตัดสินอาจต่างออกไปหากไม่มีกฎหมายที่จะยกขึ้นมาปรับใช้

ประเด็นในเรื่องของอาชกรรมนั้น จะเห็นได้ว่า ประทุษร้าย (Violence) ของประเทศฝรั่งเศสในความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นหมายถึงการใช้แรงที่กระทำต่อตัวเหยื่อมากพอที่จะทำให้ไม่สามารถต่อต้านได้ซึ่งเป็นการกระทำต่อร่างกายและจิตใจแต่จิตใจในที่นี้นั้นหมายความถึงการบีบบังคับให้ไม่สามารถต่อต้านได้ โดยไม่มีความหมายถึงเรื่องของอาชกรรมแต่อย่างใด

#### 5.4.4 ประเทศเยอรมนี

สาเหตุที่เลือกประเทศนี้เพราะประเทศเยอรมนี เป็นหนึ่งในประเทศที่เราได้นำเอากฎหมายมาเป็นต้นร่างกฎหมายลักษณะอาญาของประเทศไทยก่อนจะมาเป็นประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้งเพิ่งได้มีการแก้ไขและเพิ่มเติมความผิดในประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศให้ครอบคลุมชัดเจนกับกรณีมากยิ่งขึ้นและในฉบับกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่นั้นมีการเขียนให้ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายอย่างชัดเจนด้วย<sup>350</sup> อีกเหตุผลหนึ่งก็คือ ประเทศเยอรมนีไม่มีกฎหมายเรื่องการแอบถ่ายในที่สาธารณะเช่นเดียวกับประเทศไทย

ในส่วนบทบัญญัติความผิดในเรื่องการกระทำอนาจารของประเทศเยอรมนีนั้นได้รับการแก้ไขเมื่อวันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื่องจากสาเหตุคดีที่เกิดขึ้น โดยประเด็นคือ การที่ผู้เสียหายบอกว่า ไม่,อย่า,หยุด (No) ยังไม่เพียงพอว่าเป็นการบังคับบุคคลนั้นแล้ว เพราะอาจมีความหมายอย่างอื่นได้ ซึ่งทำให้การกระทำผิดทางเพศจำนวนมากผู้เสียหายไม่นำมาดำเนินคดีเนื่องจากความผิดตามมาตรา 177<sup>351</sup> เดิมนั้นต้องเป็นการบังคับ (Coerces) จึงจะมีความผิด อีกทั้งข่าว

\* ดู หัวข้อ 4.4 กฎหมายประเทศเยอรมนี (ก) ความหมายคำว่า กระทำทางเพศ

<sup>351</sup> ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 177 (เดิม) “การบังคับทางเพศโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เชื่อว่า จะใช้กำลังประทุษร้าย; ข่มขืนกระทำชำเรา

(1) ผู้ใดบังคับบุคคลอื่น

1. โดยใช้กำลังบังคับ
2. โดยขู่เชื่อว่า จะให้เกิดอันตรายโดยพลันแก่ร่างกายหรือชีวิต หรือ
3. โดยอาศัยโอกาสจากเหตุการณ์ที่ผู้เสียหายไม่สามารถป้องกันตัวและต้องได้รับการช่วยเหลือผู้กระทำผิด

เพื่อกระทำทางเพศโดยผู้กระทำผิดหรือบุคคลที่สามด้วยตนเอง หรือ กระทำกิจกรรมทางเพศกับผู้กระทำผิดหรือบุคคลที่สาม ต้อง

ที่เกิดขึ้นโดยเกิดขึ้นในช่วงวันสุดท้ายก่อนขึ้นปีใหม่ (31 ธันวาคม พ.ศ.2558) โดยมีผู้ชายกว่าสองพันคน ลวนลามและข่มขืนผู้หญิงกว่าหนึ่งพันสองร้อยคน<sup>352</sup> ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศโดยแก้ไข มาตรา 177<sup>353</sup> ซึ่งจากเดิมต้องเป็น “การบังคับ(Coerces)” แก้เป็น “โดยปราศจากความยินยอม” ซึ่งเป็นการเขียนโดยชัดเจนขึ้นมาในตัวบทกฎหมาย และแม้จะไม่ได้เขียนอย่างชัดเจนว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายแต่เป็นก็เป็นหลักเกณฑ์ที่เข้าใจกันว่าเป็นเรื่องที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย<sup>354</sup> อีกหนึ่งมาตราที่ได้รับการเพิ่มเข้ามาในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี คือมาตรา 184i การคุกคามทางเพศ โดยมีการกำหนดอย่างชัดเจนว่าต้องมีการสัมผัสทางกายภาพ (Physically Affects) ดังนี้ “(1) ผู้ใดสัมผัส (Touches) กับบุคคลอื่นโดยทำไปในทางเพศ และทำให้รู้สึกถูกรบกวน (Harasses) จากการกระทำนั้นต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับ, นอกเสียจากว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีโทษหนักกว่าตามมาตราอื่น”

วิเคราะห์ จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีในเรื่องการอนาจารนั้น ไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงแต่เป็นที่เข้าใจว่าเป็นเรื่องที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย กล่าวคือในมาตรา 177 และ มีส่วนเรื่องการคุกคามทางเพศกำหนดว่าต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายไว้โดยตรง กล่าวคือในมาตรา 184i ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจมาก ซึ่งตามมาตรา 184i ในเรื่องการคุกคามทางเพศนั้นค่อนข้างใกล้เคียงกับการอนาจารของไทยกล่าวคือเป็นการสัมผัสในทางเพศและทำให้รู้สึกถูกรบกวนในทางเพศ แต่ส่วนที่แตกต่างกันคือการกระทำอนาจารของไทยนั้นไม่จำเป็นต้องรู้สึกถูกรบกวน เพียงแต่การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่น่าอับอายในทางเพศก็เพียงพอแล้ว ส่วนที่น่าสนใจของ มาตรา 184i คือส่วนที่กำหนดว่า หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่มีอัตราโทษหนักกว่าตามมาตราอื่นก็จะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 184i อีก กล่าวคือหากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำในทางเพศโดยปราศจากความยินยอมอันเป็นความผิดอนาจารตามมาตรา 177 และการกระทำนั้นทำให้รู้สึกถูกรบกวน การกระทำดังกล่าวก็จะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 184i อีกเพราะมาตรา 177 มีอัตราโทษที่สูงกว่า ส่วนสำคัญ

---

รับโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 1 ปี ...”

<sup>352</sup> Rick Noack, "Leaked Document Says 2,000 Men Allegedly Assaulted 1,200 German Women on New Year's Eve," [Online] Accessed: Apr 30,2017. Available from: [https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/07/10/leaked-document-says-2000-men-allegedly-assaulted-1200-german-women-on-new-years-eve/?utm\\_term=.d3f76970b4d3](https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/07/10/leaked-document-says-2000-men-allegedly-assaulted-1200-german-women-on-new-years-eve/?utm_term=.d3f76970b4d3).

<sup>353</sup> ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมนี มาตรา 177 (แก้ไข) “การบังคับในทางเพศ; การข่มขืนในทางเพศ; ข่มขืนกระทำชำเรา

(1) ผู้ใดโดยปราศจากความยินยอมของอีกบุคคลหนึ่ง กระทำการในทางเพศต่อบุคคลนั้นหรือทำให้บุคคลนั้นถูกรบกวนในทางเพศโดยบุคคลที่สาม ต้องรับโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนจนถึง 5 ปี...”

<sup>354</sup> Odebralski rechtsanwalt, "Sexual Act What Is It?".

ที่สุดที่แตกต่างกันคือ มาตรา 177 นั้นต้องเป็นการกระทำต่ออวัยวะในเพศและของสงวน ดังนั้นจึงไม่รวมกรณีอื่น เช่น จับมือต้องแขน ลูกผม ซึ่งหากเป็นการกระทำไปในทางเพศและทำให้ผู้กระทำถูกรู้สึกคุกคามก็จะเป็นกรณีของมาตรา 184i ซึ่งตราขึ้นมาให้ครอบคลุมกับกรณีดังกล่าวนั่นเอง

จะเห็นได้ว่าประเทศเยอรมนีเป็นอีกประเทศในระบบซีวิลลอว์ ที่กำหนดให้ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายแต่กระนั้นเองก็ตามถ้อยคำที่ใช้ในตัวบทก็แตกต่างจากร่างภาษาอังกฤษของเรา เช่นเดียวกับในประเทศฝรั่งเศส และไม่มีการแยกระหว่างการกระทำอนาจารและการข่มขืนกระทำชำเราจากกันที่ชัดเจนเหมือนในประมวลกฎหมายของประเทศไทยแต่ส่วนหนึ่งที่ใกล้เคียงกันคืออาจเกิดการกระทำซึ่งเป็นความผิดทางเพศขึ้นได้แม้ไม่ได้กระทำต่ออวัยวะในทางเพศและของสงวน

ประเด็นในเรื่องของอาวมณีในกฎหมายการกระทำอนาจารของประเทศเยอรมนีนั้นก็ไม่สามารถจะเปรียบเทียบได้อีกสามประเทศที่กล่าวมา โดย ในประเทศเยอรมนีนั้นมีความแตกต่างโดยที่การกระทำอนาจารนั้นไม่จำกัดว่าต้องกระทำโดยการกระทำบางอย่าง แต่พิจารณาเพียงว่ากระทำไปโดยได้รับความยินยอมหรือไม่หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางเพศโดยกระทำต่อของสงวน หรืออวัยวะในทางเพศ และผู้เสียหายไม่ยินยอมก็เพียงพอที่จะเป็นความผิดแล้ว แต่ในส่วนของกรกระทำประกอบนั้นจะเป็นเหตุเพิ่มโทษเช่นเดียวกับการใช้กำลังบังคับ (Use of force) ซึ่งเป็นการใช้กำลังในแง่ของพลังทางกาย (Physical Force) โดยที่ไม่มีเรื่องของอาวมณีแต่อย่างใด

สรุป การเปรียบเทียบกันในส่วนของกฎหมายต่างประเทศนั้นทำให้เราเห็นบริบทของความผิดฐานอนาจารของประเทศต่างๆ ทั้งในส่วนของกรกระทำอนาจารเองและในส่วนของกรกระทำที่ประกอบของการกระทำอนาจารเอง ซึ่งแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศซึ่งส่วนหนึ่งซึ่งมีผลก็คือบริบทของมาตราที่ใกล้เคียงกัน นอกจากนั้นขึ้นอยู่กับเปลี่ยนแปลงและคดีที่เกิดขึ้นในสังคมซึ่งมีผลโดยตรงต่อตัวบทกฎหมายเอง การเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศนั้นทำให้เราได้เห็นพัฒนาการของกฎหมายประเทศต่างๆ เพื่อให้เราหาข้อดีมาใช้กับกฎหมายของเราเอง ซึ่งต้องมีการปรับอีกครั้งหนึ่งให้เข้ากับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศของเรา

จากการเปรียบเทียบกับทั้งสี่ประเทศที่กล่าวมาจะพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์) และประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์นั้นมีการกำหนดอย่างชัดเจนจากผู้มีอำนาจสร้างหลักกฎหมายว่าในเรื่องการกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายซึ่งทำให้ปัญหาเรื่องของการกระทำอนาจารอาจกระทำโดยการกระทำที่ไม่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายได้หรือไม่หมดไป โดยที่ไม่มีส่วนเรื่องของประทุษร้ายต่ออาวมณีในกฎหมายการกระทำอนาจารแต่อย่างใด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีถ้อยคำว่า กระทำอนาจารโดยขู่เชิญจะประทุษร้าย ซึ่งเมื่อศาลได้กำหนดให้การกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย จึงไม่มีประเด็นเรื่องที่ว่า การกระทำอนาจารสามารถเกิดขึ้นโดยไม่สัมผัสตัวได้หรือไม่ โดยที่ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไม่มีส่วนเรื่องของประทุษร้ายต่ออาวมณีในกฎหมายกระทำอนาจารแต่อย่างใด แต่กระนั้นในกฎหมายสหรัฐอเมริกาเอง มีกฎหมายในเรื่องการคุ้มครองอาวมณีในหลายมลรัฐซึ่งแยกออกมาจากกฎหมายกระทำอนาจาร

ในประเทศอังกฤษ เป็นการแก้ถ้อยคำให้จำกัดเฉพาะการกระทำที่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย จากเดิมที่รวมถึงเรื่องขู่เชิญจะประทุษร้ายด้วยก็ตัดเรื่องดังกล่าวออกทำให้เหลือแต่เฉพาะการกระทำที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายดังที่ได้อธิบายมาแล้วก่อนหน้า โดยที่ไม่มีส่วนเรื่องของประทุษร้ายต่ออาวมณีในกฎหมายการกระทำอนาจารแต่อย่างใด

อีกสองประเทศที่นำมาเปรียบเทียบนั้นมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นไปในแนวทางเดียวกันทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีเองซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยทั้งสองประเทศไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนแต่เป็นที่เข้าใจว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายจึงจะเป็นเรื่องของการกระทำอนาจาร

ในประเทศฝรั่งเศส มีตัวบทที่คล้ายคลึงกับของประเทศไทย อีกทั้งไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าการกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายโดยตรงในตัวบท แต่เป็นที่เข้าใจและศาลก็ได้ตัดสินให้การกระทำแม้เป็นไปในทางเพศแต่หากไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้นก็จะไม่เป็นความผิดฐานการรุกรานทางเพศ ซึ่งเป็นการใช้คำที่แตกต่างจากความผิดฐานอนาจารของเรา ซึ่งมีความหมายที่แตกต่างกันโดยเฉพาะการที่อนาจารของไทยนั้นมีความหมายอย่างกว้าง โดยที่ไม่มีส่วนเรื่องของประทุษร้ายต่ออาวมณีในกฎหมายการกระทำอนาจารแต่อย่างใด

ในประเทศเยอรมนี มีประเด็นที่น่าสนใจเกิดขึ้นคือการแก้ไขกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาการล่วงละเมิดในทางเพศที่เกิดขึ้นในสังคม โดยมีการขยายขอบเขตความรับผิดชอบของการกระทำผิดในทางเพศให้กว้างขึ้น โดยมีการเพิ่มเติมมาตรา 184i ซึ่งไม่ได้จำกัดเรื่องส่วนของร่างกายที่จะถูกกระทำแล้วทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดฐานล่วงละเมิดในทางเพศ ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับอนาจารของไทย ซึ่งเป็นการกำหนดอย่างชัดเจนและสามารถแก้ปัญหาเรื่องที่ว่า การกระทำอนาจารต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายหรือไม่ได้

### 5.4.5 วิเคราะห์

#### (ก) อนุจาร

กฎหมายต่างประเทศทั้งสี่ประเทศที่ยกขึ้นมาวิเคราะห์นั้น จะเห็นได้ว่าเป็นไปในแนวทางเดียวกันกล่าวคือ การกระทำอนุจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งเป็นเรื่องที่สนับสนุนหลักเรื่องของการกระทำอนุจารที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย อีกทั้งในยุคที่กฎหมายของเราเริ่มใช้คำว่า “อนุจาร” นั้นเป็นยุคที่นำเอากฎหมายของต่างประเทศเหล่านี้มาเป็นต้นร่างเพื่อแก้ไขกฎหมายให้เป็นที่ยอมรับและแก้ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตที่น่าจะสามารถแปลไปในแนวทางเดียวกันได้ ส่วนต่อมาที่น่าสนใจคือการกำหนดอย่างชัดเจนโดยผู้มีอำนาจสร้างหลักกฎหมายในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ ที่กำหนดอย่างชัดเจนให้ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้น ซึ่งการกำหนดอย่างชัดเจนจะทำให้ปัญหาเรื่องการตีความหมดไป อีกทั้งกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ ในส่วนของประเทศเยอรมัน มีการออกกฎหมายใหม่คือ การคุกคามทางเพศ ที่มีลักษณะคล้ายกับการอนุจารของเรา โดยไม่จำกัดเฉพาะในส่วนของกระทำต่ออวัยวะในทางเพศและของสงวนดังเช่นในประเทศอื่น แต่รวมอวัยวะทุกส่วน ซึ่งมีการกำหนดลงไปอย่างชัดเจนว่าจะเป็นการติดต่อเมื่อมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งเป็นตัวอย่างที่ดีในการแก้ปัญหาในส่วนการตีความกฎหมายอนุจารของไทย หากต้องการจำกัดเพียงกรณีที่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย

ถึงแม้โดยลักษณะกฎหมายต่างประเทศที่ผู้ศึกษายกขึ้นมาจะให้เห็นเหตุผลสนับสนุนหลักที่ว่ากฎหมายอนุจารต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายก็ตามแต่จะเห็นได้ว่าแม้ในบางส่วนของโครงสร้างนั้นจะคล้ายกัน แต่มีส่วนที่แตกต่างกันโดยเฉพาะถ้อยคำและความหมายของ คำว่าอนุจาร ของเราซึ่งกินความหมายอย่างกว้างและไม่จำกัดเพียงการกระทำต่ออวัยวะในทางเพศและของสงวนเท่านั้น แต่ยังมี ความหมายรวมไปถึงการกระทำที่ไม่เหมาะสมทางเพศอย่างอื่น เช่น การโอบไหล่ จับมือ ถือแขน บุคคลที่เราไม่ได้รู้จักกันมาก่อนโดยกระทำไปในทางล่วงเกินในทางเพศ อีกทั้งโดยลักษณะวัฒนธรรมในทางเพศของประเทศไทยเองที่แตกต่างจากในต่างประเทศ ทำให้การให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกัน อีกทั้งหากประกอบกับในส่วนของผู้ร่างกฎหมายเองก็กล่าวว่า อนุจาร ของเรากินความหมายที่กว้าง ซึ่งรวมไปกระทั่ง รูปภาพ ซึ่งไม่เป็นการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายแต่อย่างใด

#### (ข) ประทุษร้ายแก่จิตใจกับอารมณ์

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า ไม่มีการใช้ถ้อยคำในลักษณะเดียวกันกับไทยคือ ถ้อยคำที่มีความหมายเช่นเดียวกับ การใช้กำลังประทุษร้าย ที่รวมถึงการประทุษร้ายแก่กาย



และจิตใจ แต่ประการใด โดยถ้อยคำที่ใช้จะมีความหมายจำกัดอยู่ในส่วนของ ประทุษร้ายแก่กายของ ประเทศไทย จึงไม่มีประเด็นที่จะสามารถนำมาเปรียบเทียบให้เห็นความแตกต่างหรือขอบเขตที่ชัดเจน ได้ แต่อาจกล่าวได้ว่าในกฎหมายต่างประเทศนั้นในส่วนของ การกระทำอนาจารไม่มีการให้การคุ้มครองเรื่องการทำร้ายหรือประทุษร้ายแก่อารมณ์ด้วย ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษาต่อจากตัวบริบทของประมวลกฎหมายอาญาเองซึ่งจะอธิบายในหัวข้อถัดไป ดังนี้

## 5.5 การคุ้มครองความเสียหายในทางอารมณ์ของความผิดฐานกระทำอนาจาร

### 5.5.1 การให้ความคุ้มครองความเสียหายทางอารมณ์ในกฎหมายอาญาไทย

กฎหมายอาญาของไทยโดยทั่วไป ยังไม่มีการบัญญัติคุ้มครองในเรื่องอารมณ์ไว้อย่างชัดเจน แต่ก็มีพื้นฐานความคิดในการกำหนดความผิดอาญาเพื่อคุ้มครองอันตรายทางจิตใจหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นในทางอารมณ์อยู่ด้วย โดยพิจารณาได้จากความผิดอาญาบางฐาน ที่สันนิษฐานได้ว่าจะกระทบต่ออารมณ์ความรู้สึกและเกิดความเสียหายในทางอารมณ์ได้มากกว่า จะมีบทลงโทษที่หนักกว่าความผิดที่มีการกระทำในลักษณะเดียวกันที่ไม่ปรากฏว่าอาจเกิดความเสียหายในทางอารมณ์ได้หรืออาจเกิดได้แต่มีความเสียหายในทางอารมณ์น้อยกว่า เช่น ในความผิดที่เป็น การกระทำทางเพศต่อผู้เสียหาย สันนิษฐานได้ว่าจะสร้างความเสียหายต่อจิตใจให้แก่ผู้เสียหายได้อย่างมาก และน่าจะมากกว่าการทำร้ายร่างกายในรูปแบบอื่น ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 และความผิดฐานกระทำอนาจาร มาตรา 278 จึงมีอัตราโทษตามกฎหมายสูงกว่า ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ตามมาตรา 295 เป็นต้น สอดคล้องกับทฤษฎีที่เกี่ยวกับการลงโทษ เรื่องทฤษฎีการแสดงออก (Expressive Theory) ที่มองว่าการลงโทษทางอาญาต้องพิจารณาอารมณ์ความรู้สึกของเหยื่อด้วย โดยกฎหมายอาญามักสันนิษฐานความผิดบางฐานว่าการกระทำบางประการน่าจะกระทบอารมณ์ความรู้สึกได้มากกว่า และเหยื่อของการกระทำผิดในการทำร้ายร่างกายบางประเภทจะได้รับความเสียหายทางอารมณ์มากกว่าความผิดประเภทอื่น ทำให้กำหนดโทษที่สูงขึ้นตามมา โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงอันตรายหรือความเสียหายต่ออารมณ์ แต่กรณีดังกล่าวก็เป็นการคุ้มครองอารมณ์โดยอ้อมเท่านั้น

แต่ในบางกรณีมีการบัญญัติเรื่องอารมณ์ไว้อย่างชัดเจนโดยเป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ในตัวบท เช่น ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือตกใจโดยการขู่เข็ญ ตามมาตรา 392 อันเป็นความผิดลหุโทษ ที่บัญญัติให้ “ผู้ใดทำให้ผู้อื่นเกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่เข็ญ ต้องระวาง

โทษ...” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการคุ้มครองเรื่องอารมณ์ ความกลัว ตามบทบัญญัตินี้นั้น ไม่ต้องมีเงื่อนไขของ ความรุนแรงในทางกายภาพ หรือต้องมีความกระทบกระเทือนทางร่างกายเลย เป็นการคุ้มครองความเสียหายที่เกิดขึ้นต่ออารมณ์หรือจิตใจเพียงอย่างเดียว อย่างไรก็ตามยังไม่มีข้อกำหนดหลักเกณฑ์ ชัดเจนในการพิจารณาเรื่องความกลัว และความตกใจ รวมทั้งในประมวลกฎหมายอาญาเองก็ไม่ได้ กำหนดบทนิยามในเรื่องนี้ไว้เลย ทำให้ต้องมีการตีความโดยพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆไป

การพิจารณาเรื่องความเสียหายทางด้านอารมณ์นั้นเป็นเรื่องภายในจิตใจของบุคคล เป็นเรื่อง ที่พิจารณาได้ยาก ทำให้ไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนตายตัวในเรื่องนี้ได้ ทั้งนี้ขอพิจารณา เปรียบเทียบกับการพิจารณาเรื่องภายในจิตใจของบุคคลในทางกฎหมายอาญาที่มีความสำคัญอีกเรื่อง หนึ่ง คือการพิจารณาเจตนาของผู้กระทำผิด ซึ่งเป็นเรื่องภายในจิตใจของผู้กระทำเช่นเดียวกัน ไม่มี ใครสามารถหยั่งรู้เจตนาภายในได้ ในการพิจารณาเจตนาจึงต้องพิจารณาจาก การกระทำที่แสดงออก มาภายนอกเป็นเครื่องชี้ถึงสภาพจิตใจของผู้กระทำ<sup>355</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นไปตามภาคี ตกฎหมาย ว่า “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” เช่น ในการทำร้ายร่างกายผู้อื่น การพิจารณาเจตนาของ ผู้กระทำความผิด ว่ามีเจตนาฆ่าหรือเจตนาทำร้าย ต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงแวดล้อม ประกอบ กล่าวคือ พิจารณาความร้ายแรงของอาวุธที่ใช้ ภาวะที่ถูกกระทำ ลักษณะบาดแผล ความ รุนแรง ระยะเวลาการรักษา และพฤติการณ์แวดล้อมอื่นๆ ชุลมุน ระยะเวลากระชั้นชิดไม่มีโอกาส เลือกรายร้าย ระยะห่างระหว่างผู้กระทำและผู้เสียหาย เป็นต้น เห็นได้ว่า การพิจารณาสิ่งซึ่งอยู่ภายใน จิตใจของบุคคลเองซึ่งไม่มีใครสามารถหยั่งรู้ได้ นอกจากผู้นั้นเอง ในการพิสูจน์สิ่งซึ่งอยู่ภายในจึงเป็น เรื่องยาก แม้จะเป็นเรื่องภายในของบุคคลนั้นเอง ซึ่งเป็นเรื่องในทางอัตวิสัย (Subjective test) แต่ เมื่อศาลที่เป็นบุคคลภายนอก ไม่สามารถทราบสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของบุคคลนั้นได้ การพิจารณาจึง ต้องพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมประกอบกับข้ออ้างของบุคคลนั้น ในการพิจารณา กรรมเพื่อนำไปสู่ การวินิจฉัยเจตนา จึงต้องพิจารณาสิ่งแวดล้อมและพฤติการณ์แวดล้อม เพื่อให้เข้าใจและทราบถึง เจตนา ซึ่งเป็นเรื่องภายในจิตใจอันเป็นอัตวิสัยของบุคคลนั้น นอกจากเรื่องเจตนาแล้วกรณีของการ พิจารณาความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดที่จะแสดงว่าผู้กระทำไม่มี เจตนาในการกระทำความผิด ก็เป็นเรื่องในทางอัตวิสัย ภายในจิตใจของผู้กระทำนั่นเอง การพิสูจน์ ความไม่รู้ดังกล่าว จึงต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมประกอบเช่นกัน

ตัวอย่างอีกเรื่องหนึ่งในการพิจารณาเรื่องอารมณ์คือบันดาลโทษ การที่ผู้กระทำผิดอ้างว่า ตนกระทำผิดโดยบันดาลโทษ อันเป็นเหตุให้ศาลสามารถลงโทษผู้กระทำผิดน้อยกว่าที่กฎหมาย

<sup>355</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 161.

บัญญัติไว้เพียงใดก็ได้<sup>356</sup> ทั้งนี้ การพิจารณาโทษของผู้กระทำ ประการแรก ต้องเป็นการช่มเหมายอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ประการที่สอง การช่มเหมายอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมนั้น ต้องทำให้ผู้กระทำเกิดโทษ การพิจารณาว่าผู้กระทำบันดาลโทษหรือไม่ ต้องพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำ ความผิดนั้นเอง<sup>357</sup> ซึ่งเป็นการพิจารณาในทางอัตวิสัย เพราะเรื่องอารมณ์เป็นเรื่องภายในจิตใจของผู้กระทำเอง ไม่เปรียบเทียบกับความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำ อาจพิจารณาได้จากข้อเท็จจริงว่า หลังถูกช่มเหมายอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ผู้กระทำยังพูดคุยกับผู้ช่มเหมายเช่นปกติ ไม่มีพฤติการณ์โกรธหรือมีโทษ เป็นต้น ส่วนประการที่สาม การกระทำต่อผู้ช่มเหมายต้องทำในขณะนั้น คือขณะที่ยังมีโทษอยู่ ในการพิจารณาว่าทำในขณะที่ยังมีโทษอยู่หรือไม่ พิจารณาจากบุคคลในภาวะเช่นเดียวกับผู้กระทำว่าระงับโทษได้แล้วหรือไม่ โดยต้องวินิจฉัยเปรียบเทียบกับความรู้สึกของบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำว่าบุคคลทั่วไประงับโทษได้แล้วหรือยัง<sup>358</sup> ซึ่งเป็นเรื่องภววิสัย (Objective test) ดังนั้นถ้าบุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกับผู้กระทำสามารถระงับโทษได้แล้ว แม้ผู้กระทำยังมีโทษอยู่ ก็ไม่สามารถอ้างบันดาลโทษได้ อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาตัวผู้กระทำผิดเองประกอบด้วย กล่าวคือ หากความจริงโทษของผู้กระทำหมดแล้ว แม้ว่าจะระงับที่เกิดการช่มเหมายยังเพิ่งผ่านไป และแม้บุคคลทั่วไปในฐานะอย่างผู้กระทำจะมีโทษอยู่ก็ตาม หากข้อเท็จจริงฟังได้ว่าผู้กระทำไปกระทำความผิดทั้งๆที่โทษของตนหมดแล้ว ก็ไม่สามารถอ้างบันดาลโทษได้<sup>359</sup> ซึ่งอาจได้พิจารณาได้จากข้อเท็จจริงว่า หลังถูกช่มเหมาย ผู้กระทำพยายามโทรศัพท์หาตำรวจหรือสามารถทำธุระอื่นได้แล้ว แสดงว่าสามารถระงับโทษได้แล้ว เป็นต้น จากตัวอย่างในเรื่องบันดาลโทษนี้ พบว่าในการพิจารณาเรื่องอารมณ์ อาจพิจารณาได้ทั้งในทางอัตวิสัยและภววิสัย

เรื่องความเสียหายทางอารมณ์หรือความเสียหายทางจิตใจก็เช่นเดียวกัน เมื่อเป็นเรื่องภายในจิตใจของผู้เสียหายเอง ซึ่งไม่มีใครสามารถหยั่งรู้ได้ การพิสูจน์ความเสียหายในทางอารมณ์ต่อศาลนั้น จึงต้องอาศัยปัจจัยแวดล้อมต่างๆประกอบข้ออ้าง ซึ่งอาจพิจารณาได้จากพฤติการณ์และความรุนแรงที่ผู้เสียหายได้รับสถานะทางสังคมของผู้เสียหาย ผลกระทบภายหลังจากถูกคุกคามทางเพศ การประเมินผลทางด้านจิตเวชของผู้เสียหาย ทั้งนี้การคุ้มครองและการพิสูจน์ความเสียหายดังกล่าว ต้อง

<sup>356</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 บัญญัติว่า “ผู้ใดบันดาลโทษโดยถูกช่มเหมายอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ถูกช่มเหมายในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

<sup>357</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 521. ซึ่งแตกต่างจากประเด็นเรื่องเหตุอันไม่เป็นธรรมนั้นต้อง “ร้ายแรง” ซึ่งการวัดว่าร้ายแรงหรือไม่นั้น ต้องเปรียบเทียบกับความรู้สึกของบุคคลธรรมดาทั่วไป ซึ่งสมมติว่าอยู่ในฐานะและสถานการณ์อย่างเดียวกับผู้กระทำ อ้างถึงใน เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 509.

<sup>358</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 525.

<sup>359</sup> Perkins. *Perkins on Criminal Law*, p.66 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 525.

ไม่กว้างเกินไปจนกลายเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำผิดหรือจำเลย ดังนั้นความเสียหายทางอารมณ์ที่เกิดขึ้นนี้ ต้องเป็นที่ชัดเจนว่าเกิดจากการกระทำของจำเลย ต้องมีความเหมาะสมเพียงพอต่อเหตุการณ์การกระทำผิดของจำเลย และต้องไม่เป็นความรู้สึกเพียงชั่วคราวหรือการถูกรบกวนทางอารมณ์ที่เกิดขึ้นได้กับบุคคลทั่วไปเท่านั้น ตามแนวคำพิพากษาของไทยยังไม่มีบรรทัดฐานการพิจารณาในเรื่องนี้ไว้ชัดเจนดังเช่นการพิจารณาเรื่องเจตนาในการกระทำความผิด ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะมีการกำหนดความผิดที่คุ้มครองความเสียหายทางอารมณ์อยู่น้อย และประเด็นที่คู่ความต่อสู้กันในทางพิจารณาก็ยังมีไม่มากนัก แม้แต่ในเรื่องทางแพ่งเอง ความเสียหายทางด้านจิตใจ และค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินก็เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ และพบว่ามีการณีตัวอย่างที่ศาลกำหนดค่าเสียหายในส่วนนี้ให้ไม่มากนัก ทั้งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาก็ยังไม่ชัดเจนนัก<sup>360</sup>

ในความเป็นจริงหากจะกล่าวว่ากฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องอารมณ์ความรู้สึกเลยก็ไม่ถูกต้อง เพราะแท้จริงแล้วอารมณ์นั้นถูกประเมินโดยแนวคิดแบบ Evaluative นั่นเอง แน่นนอนว่าการมองในส่วนของบันดลโทสะนั้นสามารถมองอย่างแนวคิด Mechanistic โดยมองว่า อารมณ์โทสะนั้นเป็นแรงผลักดันให้เกิดการกระทำความผิดขึ้น และอารมณ์นั้นก็เป็นการกระทำที่ควรให้อภัย แต่ในการพิจารณาว่ากรณีนั้นควรจะมีอารมณ์เช่นไรต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ต้องมีการประเมินเกิดขึ้น ซึ่งอารมณ์ประกอบไปด้วยการประเมินต่อสิ่งที่เผชิญและแสดงออกมาเป็นอารมณ์ ในทางกลับกันตัวอารมณ์เองก็สามารถถูกประเมินได้เช่นกัน โดยพิจารณาจากสิ่งที่ทำให้เกิดอารมณ์หรือ ประสบการณ์ที่มีต่อ ความสัมพันธ์ และปัจจัยอื่นๆ ซึ่งถูกประเมินได้โดย คนที่มีเหตุผล หรือคือคนที่เกรงกลัวความตายของตนเองและโศกเศร้ากับความตายของคนรัก สงสารคนที่ต้องประสบเหตุการณ์ที่เลวร้ายอย่างไม่ควรต้องประสบ และโกรธเมื่อมีการกระทำผิดที่รุนแรงต่อตนเองและคนที่รัก<sup>361</sup> ซึ่งเราเข้าใจกันว่าเป็น วิญญาณ นั่นเอง

ดังที่กล่าวไปแล้ว ในความผิดฐานกระทำอนาจาร เมื่อพิจารณาในเนื้อหาของการกระทำความผิดแล้ว ในความผิดเกี่ยวกับเพศ ย่อมเกิดความเสียหายในทางอารมณ์ต่อผู้เสียหายอย่างมาก ซึ่งเป็นสิ่งที่ปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์นั้น และเมื่อพิจารณาบทกำหนดโทษที่กฎหมายกำหนดในอัตราที่สูงกว่าความผิดฐานทำร้ายร่างกายอื่น พบว่าแนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความผิดอาญาของความผิดฐานกระทำอนาจาร มีพื้นฐานมาจากแนวคิดในการคุ้มครองเรื่องอารมณ์ด้วย จึง

<sup>360</sup> ดู ภิมุข หลินไพศาล, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายต่อจิตใจและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษในคดีละเมิดศึกษากรณีการคุกคามทางเพศ," [Online] Accessed: 8 พฤษภาคม 2560. Available from: <http://gs.nsu.ac.th/files/2/14%E0%B8%A0%E0%B8%B4%E0%B8%A1%E0%B8%B8%E0%B8%82-%E0%B8%AB%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B9%84%E0%B8%9E%E0%B8%A8%E0%B8%B2%E0%B8%A5.pdf>.

\* ดู หัวข้อ 2.4.5 แนวคิด Evaluative

กำหนดให้อัตราโทษสูงกว่าความผิดฐานทำร้ายร่างกายในลักษณะอื่นที่น่าจะกระทบต่ออารมณ์ ความรู้สึกน้อยกว่า แม้ไม่ได้บัญญัติองค์ประกอบในเรื่องความเสียหายต่ออารมณ์และจิตใจไว้ชัดเจน เป็นองค์ประกอบของความผิดก็ตาม ก็จะได้เห็นว่าเมื่อไม่ได้กำหนดเป็นองค์ประกอบของความผิดไว้ ทำให้ผู้เสียหายไม่ต้องมีภาระการพิสูจน์ความเสียหายในส่วนนี้ นับเป็นการให้ความคุ้มครองผู้เสียหาย และเป็นผลดีต่อผู้เสียหายมากกว่า แม้กฎหมายเองจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องอารมณ์โดย พิจารณาจากวิญญูชนก็ตาม เนื่องจากการพิสูจน์ความเสียหายในทางอารมณ์เป็นเรื่องยาก และเมื่อ ผู้เสียหายไม่สามารถพิสูจน์องค์ประกอบความผิดในข้อนั้นได้ ก็อาจจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด ไปได้และการทำให้ผู้เสียหายต้องนำสืบถึงความเสียหาย หรือต้องให้การถึงการกระทำความผิดนั้นและ เหตุการณ์ความรุนแรงที่ตนต้องประสบมาหลายๆครั้ง ก็ย่อมไม่ต่างจากการทำร้ายผู้เสียหายซ้ำๆ ทั้ง เป็นการเพิ่มความเสียหายในทางอารมณ์และจิตใจของผู้เสียหายอีกด้วย ซึ่งไม่น่าจะเป็นไปตาม เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์ในการกำหนดความผิด อาญาข้อหนึ่งที่ว่า เพื่อคุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคมนั้นๆให้รอดพ้นจากความ กระทบกระเทือนจากการกระทำที่ถึงแม้จะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลแต่ถือว่ามีผิดธรรมชาติ หรือเป็น เรื่องที่เมื่อได้กระทำต่อหน้าสาธารณะแล้วจะกระทบกระเทือนจิตใจของบุคคลเป็นอย่างมาก<sup>362</sup>

ผู้ศึกษาเห็นว่าการคุ้มครองความเสียหายทางอารมณ์ในความผิดทางอาญามีได้ ดังเช่น ที่ ปรากฏชัดเจน ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 และพิจารณาได้ว่าเป็นคุณธรรมพื้นฐานในการ กำหนดความผิดทางอาญาในมาตราอื่นๆ โดยเฉพาะในเรื่องการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ แม้จะไม่ ปรากฏหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เพราะเป็นเรื่องภายในจิตใจของบุคคล แต่ก็เป็นไปในลักษณะเดียวกันกับ การพิจารณาเจตนาของผู้กระทำความผิด และกรณีบันดาลโทสะ อาจพิจารณาได้ทั้งในทางภวิสัย และอัตวิสัย และแม้เป็นเรื่องในทางอัตวิสัยซึ่งพิจารณาได้ยากและมีความซับซ้อนกว่า แต่ก็สามารถ พิจารณาจากข้อเท็จจริงแวดล้อมอื่นๆประกอบกับข้ออ้างของบุคคลถึงสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจนั้นได้ ประกอบกับการพิจารณาเรื่องอารมณ์ ตามแนวคิด Evaluation มองว่าสามารถประเมินอารมณ์ได้ จากการศึกษาศีลธรรม และประเมินสิ่งที่ประสบพบเจอ เช่น การแสดงออกของบุคคลต่อสิ่งที่รัก หรือสิ่งที่มีความสำคัญ ซึ่งขึ้นกับประสบการณ์ต่อบุคคลหรือสิ่งของนั้น ทำให้อารมณ์ของบุคคลต่าง เหตุการณ์หรือสิ่งที่ประสบแตกต่างกันได้ เพราะแต่ละคนให้ความสำคัญต่อสิ่งต่างๆในโลกแตกต่างกัน จากประสบการณ์ที่ต่างกัน การประเมินเรื่องอารมณ์จึงเป็นสิ่งที่ยาก อย่างไรก็ตาม อริสโตเติล เห็นว่า การพิจารณาอารมณ์ต้องพิจารณาจากวิญญูชน กล่าวคือ พิจารณาจากบุคคลทั่วไปที่มีเหตุผล ที่ประสบเหตุการณ์เดียวกัน อยู่ในภาวะและวิสัยเช่นเดียวกับผู้ประสบเหตุการณ์นั้น และแนวคิด

<sup>362</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ทฤษฎีอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 49-50.

Evaluation มองว่าอารมณ์เป็นสิ่งที่ประเมินและคาดการณ์ได้จากนิสัยของมนุษย์<sup>363</sup> ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับแนวคิด Evaluation แม้แนวคิดนี้มองว่าอารมณ์ไม่สามารถแยกต่างหากจากความเชื่อได้ ทำให้ไม่สามารถวางกฎเกณฑ์พิจารณาเรื่องอารมณ์ที่ชัดเจนในตัวเองได้ แต่อารมณ์ก็เป็นสิ่งที่สามารถประเมินได้ตามมาตรฐานวิญญูชน ทำให้การบัญญัติกฎหมายอายุให้คุ้มครองครอบคลุมไปถึงเรื่องอารมณ์ด้วยเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ให้มีความชัดเจนเพียงพอ และไม่ขัดกับหลักการของกฎหมายอายุที่ต้องมีความชัดเจนแน่นอน

นอกจากนี้ การไม่ได้กำหนดเรื่องความเสียหายทางอารมณ์ไว้ชัดเจน เป็นองค์ประกอบของความผิดฐานกระทำอนาจาร ไม่ขัดกับหลักทั่วไปในกฎหมายอายุ ที่ว่า กฎหมายอายุต้องมีความชัดเจนแน่นอน เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้กระทำผิดหรือจำเลย ให้สามารถทราบได้ว่าการกระทำใดเป็นความผิด การกระทำใดไม่เป็นความผิด เพราะเห็นว่า เรื่องนี้เป็นการบัญญัติการกระทำไว้ชัดเจนแล้ว แต่การคุ้มครองความเสียหายทางด้านอารมณ์ในความผิดฐานกระทำอนาจารนี้เป็นเรื่องคุณธรรมพื้นฐานเบื้องหลังการร่างกฎหมายและการกำหนดความผิดอาญา เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้เหตุผลไว้ในตัวบท แต่เป็นสิ่งที่สันนิษฐานและเข้าใจได้จากสภาพและลักษณะของการกระทำความผิด ว่าเมื่อมีการกระทำอนาจาร บุคคลทั่วไปในฐานะอย่างเดียวกับผู้ถูกกระทบย่อมได้รับความเสียหายต่อจิตใจในทางใดทางหนึ่งแล้ว กฎหมายจึงได้บัญญัติความคุ้มครองที่สูงกว่าความผิดฐานทำร้ายร่างกายอื่นๆ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

### 5.5.2 คำว่า “การประทุษร้ายแก่จิตใจ” มีความหมายครอบคลุม การทำให้เกิดความเสียหายทางอารมณ์ด้วยหรือไม่

ในกฎหมายอายุมีการกำหนดบทนิยาม คำว่า การใช้กำลังประทุษร้ายให้ หมายความว่า การประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย แต่ไม่ได้กำหนดนิยามไว้ว่า การประทุษร้ายแก่จิตใจมีความหมายอย่างไร จึงเกิดเป็นปัญหาในการตีความได้ว่า ความเสียหายทางอารมณ์ถือเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจหรือไม่ และความรุนแรงของความเสียหายนั้นต้องรุนแรงเพียงใด มีหลักเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร ความเสียหายต่อจิตใจต้องมีความรุนแรงถึงขั้นเกิดภาวะทางจิตเภท เกิดอาการทางจิตประสาททำงานผิดปกติหรือไม่ และ ความกังวล ความเครียด หรือความเสียใจ โดยทั่วไปเพียงพอที่จะถือว่าเกิดความเสียหายแก่จิตใจ เป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจแล้วหรือไม่

<sup>363</sup> See Aristotelis, *Ethica Nicomachea*, in 1125b26-1125b35, p.80, cited in Dan M. Kahan and Martha C. Nussbaum, "Two Conceptions of Emotion in Criminal Law," *Colum. L. R.*: p.290.

เมื่อพิจารณาเฉพาะความหมายของคำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(6) ได้อธิบายว่า “หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะด้วยใช้แรงกายหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใด อันคล้ายคลึงกัน” เมื่อพิจารณาตามนิยามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว การใช้กำลังประทุษร้าย หมายความว่า ประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย และการประทุษร้ายแก่จิตใจ หมายความว่า ทำให้เสียหายแก่จิตใจ โดยพิจารณาความเห็นของวิญญูชนทั่วไป<sup>364</sup> แล้วจิตใจมีความหมายว่าอย่างไร ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้คำอธิบายว่า “จิตใจมิใช่อารมณ์อันเป็นสิ่งที่กระทบจิตใจหรือเป็นอาการของจิตใจที่ปรากฏออกมา เช่น ความโกรธ ความรัก ความกลัว ความอาย ความน้อยใจ ความเสียใจ ความดีใจ อันเป็นความรู้สึกที่เกิดจากจิตใจอีกชั้นหนึ่ง” และศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายต่อไปว่าการกระทำที่กระทบถึงจิตใจซึ่งทำให้เกิดอาการของจิตใจเหล่านี้ย่อมเป็นการกระทำต่อจิตใจทั้งสิ้น แต่จะถึงขั้นทำให้เสียหายต่อจิตใจหรือไม่ คงต้องพิจารณาตามความเห็นของวิญญูชนโดยทั่วไป เช่น ทำให้ตกใจกลัวมาก เป็นต้น<sup>365</sup> แสดงให้เห็นว่าโดยตัว อารมณ์ เองนั้นไม่ใช่ตัวจิตใจโดยตรงแต่อย่างไรก็ตาม หากกระทำต่ออารมณ์ซึ่งไปกระทบต่อจิตใจซึ่งแสดงอารมณ์นั้นออกมาถึงระดับอย่างรุนแรงตามความเห็นของวิญญูชนก็เป็นการประทุษร้ายต่อจิตใจได้

เมื่อพิจารณาแล้วมีความเห็นว่า การทำให้เกิดความเสียหายทางอารมณ์ ที่จะถือเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจได้นั้น ต้องเป็นเรื่องที่บุคคลทั่วไปที่พบหรือประสบเหตุการณ์เช่นนั้นได้รับความเสียหายทางอารมณ์และบุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นกรณีทำให้เกิดความเสียหายในทางอารมณ์อันกระทบต่อจิตใจอย่างรุนแรง กล่าวคือ ใช้การพิจารณาทางภววิสัย (Objective test) เพื่อพิจารณาลักษณะและความรุนแรงของความเสียหายทางอารมณ์ อย่างไรก็ตามผู้ศึกษามีความเห็นว่าเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นในทางอารมณ์กรณีที่จะถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจนั้น ต้องถึงขั้นเกิดภาวะช็อค หรือทำให้เกิดภาวะผิดปกติในการแสดงออกอารมณ์ซึ่งเป็นความผิดปกติของตัวสมองเอง เช่น มีอาการทางจิตเภท เป็นต้น เพราะการใช้กำลังประทุษร้ายนี้ ได้นำไปบัญญัติไว้ในความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา ทั้งในความผิดเกี่ยวกับเพศ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276, มาตรา 277 ความผิดฐานกระทำอนาจาร มาตรา 278, มาตรา 279 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ในความผิดฐานกรรโชกทรัพย์ มาตรา 337 ความผิดฐานชิงทรัพย์ มาตรา 339 เป็นต้น การตีความการประทุษร้ายแก่จิตใจให้มีความหมายรวมถึงการคุ้มครองทางอารมณ์จะทำให้เกิดผลกระทบบกับมาตราที่ใช้คำว่า “ใช้

<sup>364</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลโทษ, หน้า 241.

<sup>365</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3, หน้า 206.

กำลังประทุษร้าย” ไปทั้งหมด

ตัวอย่างเช่น ในความผิดฐานชิงทรัพย์ อาจเกิดกรณีหลอกให้รักและหักอก ทำให้รู้สึก สะเทือนใจและเสียใจอย่างมาก ซึ่งเป็นความเสียหายทางอารมณ์ และบุคคลทั่วไปในฐานะ เช่นเดียวกับผู้เสียหายก็น่าจะสะเทือนใจและเสียใจมากเช่นกัน เพื่อความสะดวกในการพาทรัพย์นั้นไป ซึ่งความเป็นจริงแล้วในเรื่องของความผิดเกี่ยวกับทรัพย์นั้นไม่ได้มุ่งคุ้มครองในเรื่องอารมณ์ เช่นเดียวกับความผิดในทางเพศ

โดยสรุป ผู้ศึกษาเห็นว่า การประทุษร้ายแก่จิตใจ อาจรวมถึงความเสียหายในทางอารมณ์ได้ในบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายทางอารมณ์อย่างรุนแรงตามความเห็น ของวิญญูชนทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามในความเห็นของผู้ศึกษาเห็นว่าจำเป็นต้องมีผลกระทบทางจิตใจ ในแง่ของสมอง เช่น การเสียใจหรือตกใจกลัวจนช็อคหมดสติ หรือเกิดอาการจิตเภท ประสาทหลอน เป็นต้น แต่ความเสียหายในทางอารมณ์ทั่วไป เช่น ความกลัว ความโกรธ ความเสียใจ หรือตกใจ เพียง เท่านั้นน่าจะยังไม่ถือเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจได้ ซึ่งหากต้องการคุ้มครองในระดับนั้นอาจบัญญัติไว้ อย่างชัดเจน ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 หรือที่ยึดถือเป็นคุณธรรมเบื้องหลัง กฎหมาย ดังเช่นในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่กล่าวไปแล้ว อย่างไรก็ตาม แม้การประทุษร้ายแก่ จิตใจ ไม่หมายรวมถึงความเสียหายในทางอารมณ์ทั่วไปก็ตาม แต่ผู้เสียหายยังสามารถ ดำเนินคดีในทางแพ่งเรื่องละเมิด เพื่อเรียกร้องการชดเชยสำหรับการเยียวยาความเสียหายในทาง อารมณ์นั้นได้ โดยกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้คุ้มครองสิทธิในเรื่องนี้ไว้ในเรื่องค่าสินไหมทดแทน อย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่า กฎหมายอาญาไม่ให้ความสำคัญต่อความเสียหายทางอารมณ์ เพราะในความการกระทำความผิดที่ เห็นได้ชัดเจนว่าก่อให้เกิดความเสียหายต่ออารมณ์ด้วย นอกเหนือไปจากความเสียหายทางกายภาพ ก็ ได้รับความคุ้มครองในทางอาญาในระดับที่สูงกว่าการกระทำความผิดที่เกิดความเสียหายทางกายภาพ ก็ เพียงอย่างเดียว ดังที่ปรากฏในความผิดฐานกระทำอนาจาร ที่ได้วิเคราะห์ไปโดยละเอียดแล้ว



## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่ว่า เดิมขอบเขตความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และการประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นเดิมไม่รวมถึงอารมณ์ จำกัดเพียงกรณีกระทบต่อจิตในแง่ของผลกระทบต่อสมอง แต่เนื่องมาจากจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้การอนาจาร ไม่ต้องมีการสัมผัสตัวและการประทุษร้ายแก่จิตใจที่ดีความรวมไปถึงเรื่องของอารมณ์นั้น ซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์เดิม เมื่อได้ศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์เดิมของประเทศไทยการกระทำอนาจารจำกัดเฉพาะการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย แต่ความหมายของคำว่า อนาจาร กลับกินความหมายที่กว้างและไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย เช่นเดียวกับการประทุษร้ายแก่จิตใจ ที่ไม่มีนิยามและมีการปล่อยให้ศาลตีความคำดังกล่าวซึ่งทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในตัวบทกฎหมายจึงควรหาทางออกด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวให้ชัดเจนเพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายอาญาที่ควรมีความชัดเจนแน่นอน โดยหากต้องการจำกัดให้อนาจารเป็นเฉพาะกรณีที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ควรแก้ไขตัวบทกำหนดเรื่องการสัมผัสลงไปให้ชัดเจนดังเช่นในต่างประเทศ และในส่วนของประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นไม่ควรรวมถึงเรื่องอารมณ์ โดยมีขอบเขตลักษณะเดียวกับทำร้ายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายแก่จิตใจ แต่มีระดับของความเสียหายที่น้อยกว่า

#### 6.1 บทสรุป

กฎหมายเรื่องการกระทำอนาจารนั้น เป็นความผิดในลักษณะ 9 ประมวลกฎหมายอาญา เป็นกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศ ที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศของบุคคล หลักเดิมคือกฎหมายอนาจารมีข้อจำกัดว่าต้องเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำ เขียนภาพ ไม่เป็นการอนาจารตามมาตรานี้ แต่อาจเป็นสิ่งลามกตามมาตรา 287<sup>366</sup> ได้แต่มีการตัดสินใจให้การอบ

---

\* ดู หัวข้อ 3.1.1 องค์ประกอบภายนอก

ถ่ายที่ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารได้ ประกอบกับในเรื่องของการประทุษร้ายแก่จิตใจ เดิมนั้นไม่ปรากฏว่ารวมถึงกรณีกระทำต่ออารมณ์ด้วย แต่ในคำพิพากษาก็ตัดสินให้อารมณ์สะท้อนใจ อับอายขายหน้าเป็นประทุษร้ายแก่จิตใจ ในการหาคำตอบของปัญหาผู้ศึกษาได้เริ่มจากการค้นหาระดับของความผิดเกี่ยวกับเพศในประมวลกฎหมายอาญาก่อนจะมาถึงระดับของการกระทำอนาจาร ซึ่งสรุปได้ดังนี้

ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น ระดับของการกระทำแบ่งได้ตามลักษณะของการกระทำ ประกอบกับโทษ โดยเริ่มจากระดับที่ไม่ได้กระทำต่อผู้เสียหายโดยตรง เช่น การเปิดเผยร่างกายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 ซึ่งเป็นการกระทำต่อตัวผู้กระทำเอง และรุนแรงขึ้นเมื่อเป็นการกระทำต่อผู้เสียหายโดยตรง การเปิดเผยร่างกายของผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ที่มีอัตราโทษรุนแรงขึ้นและรุนแรงที่สุดเมื่อเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหาย เช่นความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278,279 ซึ่งในความผิดเกี่ยวกับเพศนั้นหากเป็นการกระทำโดยมีผู้พบเห็นซึ่งกระทบกระเทือนต่อผู้เสียหายมากขึ้นก็จะทำให้ความผิดนั้นรุนแรงขึ้นโดยอาจเป็นการเพิ่มโทษหรือเป็นทำให้ความผิดนั้นเป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้ เช่นเดียวกับการกระทำต่อเด็กก็จะทำให้บทลงโทษรุนแรงขึ้นเช่นกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายแบ่งระดับการกระทำผิดทางเพศที่ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายให้มีอัตราโทษน้อยกว่า การกระทำอนาจารซึ่งต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ซึ่งเป็นไปหลักเดิมว่าอนาจาร ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเพราะมีการแบ่งระดับของการกระทำและอัตราโทษไว้อย่างชัดเจนแล้ว

ประเด็นที่น่าสนใจคือในส่วนของเรื่องอารมณ์ พบว่ามีการกำหนดให้การคุ้มครองเรื่องอารมณ์ไว้โดยตรงในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 392 ซึ่งเป็นข้อสนับสนุนในประเด็นเรื่องของการให้การคุ้มครองรวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วยว่า เป็นไปได้ในการบังคับใช้และการพิสูจน์ โดยลักษณะการพิสูจน์นั้นพิจารณาจากบุคคลที่มีความรู้ความรับผิดชอบตามปกติ หรือคือในระดับเดียวกับบัญญัติชน กล่าวคือแม้ตัวผู้เสียหายจะไม่เกิดความกลัวก็ตามแต่หากโดยปกติยอมทำให้เกิดความกลัวแล้วก็เป็นความผิด<sup>367</sup> และเพื่อหาเหตุผลในการตัดสินคำพิพากษาดังกล่าวผู้ศึกษาจึงไปทำการสัมภาษณ์ท่านผู้พิพากษาศาลฎีกาที่ทำการตัดสินในคดีนี้ ซึ่งพบประเด็นที่น่าสนใจมากสรุปได้ดังนี้

คดีนี้มีการพิจารณาล้อยคำในตัวบทเองกล่าวคือมีการตีความตัวบทกฎหมายขึ้น โดยศาลพิจารณาคำหมายของ อนาจาร ตามพจนานุกรม คือ ความประพฤดิชั่ว, ความประพฤติน่าอับอาย, ลามก, ทำให้เป็นที่น่าอับอาย, เป็นที่น่ารังเกียจแก่ผู้อื่นในด้านความดีงาม ซึ่งไม่ได้หมายความว่าต้องมี

\* ดูหัวข้อ 5.1.4 ทำให้เกิดความกลัว หรือความตกใจ โดยการขู่ข่มขู่

การสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และโดยใช้กำลังประทุษร้ายนั้น รวมไปถึง การประทุษร้ายแก่จิตใจ ด้วยวิธีอื่นใดด้วยซึ่งนั่นก็คือการใช้กล้องแอบถ่าย ซึ่งประกอบกับสถานะและพฤติกรรมของผู้เสียหายที่ย่อมได้รับความสะเทือนใจอย่างมาก และเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจแล้ว เมื่อพิจารณาดูจะพบว่า

1. จะเห็นได้ว่าหากกฎหมายต้องการให้ อนาคต มีความหมายแตกต่างออกไป ก็จะต้องมีบทนิยามกำหนดไว้ แต่การที่ไม่มีบทนิยามหมายความว่า อนาคต มีความหมายตามปกติกล่าวคือตามพจนานุกรม ซึ่งไม่จำกัดว่าต้องเป็นการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย

2. โดยลักษณะของการกระทำคือ การใช้กำลังประทุษร้าย ชูเชิญด้วยประการใดๆ ทำให้เข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลอื่น ทำให้อยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้ ก็ไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย

3. การตีความเช่นนี้ จะเห็นได้เป็นการให้ความคุ้มครองเด็กที่เพิ่มขึ้นด้วย กล่าวคือ เด็กจะได้รับการคุ้มครองจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมในทางเพศ ที่ไม่มีการแตะตัวแต่สร้างความเสียหายแก่จิตใจและพัฒนาของเด็กได้ เช่น การบังคับให้เด็กอายุไม่ถึงเกณฑ์ดูสื่อลามกอนาจาร การเปลือยกายหรือเปิดเผยส่วนที่ควรปกปิดให้เด็กดู ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายในต่างประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี และรวมไปถึงการให้การคุ้มครองแก่การแอบถ่ายเด็กที่ไม่มีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเช่นเดียวกัน

4. การกระทำอื่นตามมาตรา 278 จะไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดเลยหากทุกกรณีที่เป็นเรื่องการกระทำอนาจาร ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายโดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งจะเป็นการประทุษร้ายแก่กาย ทุกกรณี

5. พิจารณาในความผิดในเรื่องเพศที่ไม่จำเป็นต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย คือประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388, 397 จะพบว่าบางกรณีสามารถสร้างความเสียหายไม่ต่างจากความผิดทั่วไปแต่มีอัตราโทษเพียงลหุโทษ ซึ่งหากการทำอนาจารไม่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย ก็จะสามารถลงโทษความผิดดังกล่าวให้เหมาะสมได้ เพราะความผิดฐานกระทำอนาจารในประมวลกฎหมายอาญานั้นไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ ศาลลงโทษได้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้น และไม่ใช้การกระทำผิดตามบทกฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายเฉพาะ เพราะมุ่งคุ้มครองในเรื่องที่ต่างกันและเป็นคนละเรื่องกัน อีกทั้งเป็นความผิดคนละภาคคนละหมวดกัน

ในส่วนของอากรรมณ์เป็นประทุษร้ายแก่จิตใจนั้น มีข้อพิจารณาได้ดังนี้

1. แม้ว่าคำพิพากษาว่าอากรรมไม่เป็นอันตรายแก่จิตใจ แต่กรณีดังกล่าวเป็นการพิจารณาเรื่องของการทำร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับประทุษร้ายแก่จิตใจ ซึ่งการประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นอันตรายแก่จิตใจ

2. หลักของประทุษร้ายแก่จิตใจคือ โดยปกติ การทำให้ไม่พึงพอใจ แม้จะกระทบต่อจิตใจ แต่ไม่ถึงว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจแต่หากการทำให้ไม่พึงพอใจ ถ้าถึงขนาด หลอกให้กลัว ชู หรือ ยั่วให้โกรธ อย่างรุนแรงตามตามความเห็นของวิญญูชนทั่วไป ก็อาจถือว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจและเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจได้

3. ประทุษร้ายแก่จิตใจอาศัยความเห็นของวิญญูชนทั่วไป ดังนั้นหากการกระทำความผิดดังกล่าววิญญูชนเห็นว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจก็เป็นประทุษร้ายแก่จิตใจได้

4. อย่างไรก็ตาม ประทุษร้ายแก่จิตใจ นั้นหากรวมถึงเรื่องอากรรมจะส่งผลกระทบต่อหลายมาตราที่เกี่ยวข้อง คือมาตราที่ใช้คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งแต่ละเรื่องมีความแตกต่างกันและควรแยกกันวินิจฉัย

ในส่วนต่อมาผู้ศึกษาได้ศึกษาถึงพัฒนาการและประวัติความเป็นมาของกฎหมายอนาจารเพื่อค้นหาแนวทางและทิศทางของกฎหมายอนาจารตั้งแต่อดีตจนถึงยุคกฎหมายประมวลกฎหมายอาญาเพื่อนำมาเปรียบเทียบกันซึ่งพบว่า

ยุคของพระอัยการลักษณะผัวเมียในกฎหมายตราสามดวง เป็นยุคที่ยังไม่ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองกับตัวบุคคลผู้ถูกระทำโดยแท้จริงโดยเป็นเรื่องการคุ้มครองผู้ปกครองดูแลบุคคลนั้นอยู่ อีกทั้งกฎหมายไม่ได้ให้การคุ้มครองบุคคลอย่างเท่าเทียมกันมีการแบ่งการคุ้มครองตามฐานะทางสังคม ตามฐานันดรต่างๆกัน โดยที่ในยุคนี้ยังไม่ปรากฏคำว่า อนาจาร แต่เป็นการกำหนดความผิดเป็นกรณีเฉพาะ เช่นจับมือ ถือนม ไปหากันในห้องนอนสองต่อสอง ลักลอบพูดคุยกันในที่ลับ เป็นต้น โดยจะเห็นได้ว่าการกระทำในยุคนี้นั้นไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายแต่อย่างใด แต่ไม่ปรากฏว่ามีการให้ความสำคัญเรื่องอากรรมในการกระทำอนาจารแต่อย่างใด ต่อมามีการตรากฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศขึ้นมาเพิ่มเติมกล่าวคือ พระราชกำหนดข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 แต่เป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องการข่มขืนโดยเฉพาะ ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายเฉพาะในเรื่องของการกระทำอนาจาร

ยุคต่อมาคือกฎหมายลักษณะอาญา เป็นครั้งแรกที่ปรากฏคำว่า อนาจาร และความผิดฐานกระทำอนาจารในกฎหมายลักษณะอาญานั้นมีการคุ้มครองตัวบุคคลผู้ถูกระทำโดยตรงและมีลักษณะเช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งต่างจากพระอัยการลักษณะผัวเมียในกฎหมายตราสามดวง

ที่เป็นการคุ้มครองตัวผู้ปกครองดูแลบุคคลนั้นอยู่ ความหมายของการกระทำ อนาคต หมายถึงความหมายของการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ แต่จากลักษณะของคำพิพากษาศาลฎีกาที่พบในยุคนั้น มีลักษณะของการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย รวมอยู่ด้วยด้วย ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นไปได้จากหลายปัจจัย เช่นอาจเป็นเพราะกรณีของการที่ไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายศาลอาจจะลงโทษสถานเบาและไม่คดีมาไม่ถึงศาลฎีกา หรือตอนฟ้องไม่ได้ฟ้องในเรื่องของอนาคตมาแต่ต้น หรือในตอนนั้นต้องการกำหนดช่วงของโทษให้ชัดเจนว่าเป็นกรณีของลหุโทษหรือโทษของความผิดทั่วไปซึ่งจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายลักษณะอาญาในเรื่องของการกระทำอนาจารนั้น มีอัตราโทษขั้นต่ำ แตกต่างจากประมวลกฎหมายอาญา ในเรื่องการกระทำอนาจารที่ไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ ซึ่งมีความเป็นไปได้ในหลายกรณีแต่จะเห็นได้ว่ากฎหมายในยุคของกฎหมายลักษณะอาญานั้น มองว่า การแสดงวาจาลามกอนาจาร, เปลือยกาย หรือกระทำการอย่างอื่นอันควรขายหน้า ซึ่งเรื่องเหล่านี้หากกระทำต่อหน้าธารกำนัลก็เป็นเรื่องของการกระทำอนาจารเช่นเดียวกัน ในกฎหมายลักษณะอาญานั้นยังไม่ได้ใช้คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” แต่โดยใช้คำว่า “ใช้กำลังอำนาจด้วยกำลังกาย” ซึ่งเป็นการใช้กำลังกายกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลทุกชนิด แม้จะมีการรวมถึงเรื่อง การใช้ยาให้มึนเมา หรือสะกดจิตด้วย แต่ไม่มีประเด็นเรื่องเช่นเดียวกับประทุษร้ายแก่จิตใจ

จนมาถึงในส่วนของกฎหมายที่กำลังศึกษาอยู่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือประมวลกฎหมายอาญา ผู้ศึกษาได้ไปศึกษารายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา เพื่อค้นหาความตั้งใจของคณะผู้ร่างกฎหมายซึ่งให้ข้อสนับสนุนในประเด็นทั้งเรื่องของการกระทำอนาจารโดยไม่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และความเป็นไปได้ที่จะให้ความคุ้มครองเรื่องอารมณ์ในส่วนของการประทุษร้ายแก่จิตใจดังนี้ ในการประชุมครั้งที่ 50,156/2482 มีประเด็นหนึ่งที่นำเสนอใจคือความหมายของคำว่าอนาจารนั้น ที่ประชุมบอกว่า ความหมายของคำว่าอนาจาร นั้นศาลเข้าใจ และอนาจารของเราก็มีความหมายกว้าง เช่นรูปภาพก็เป็นอนาจาร ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีที่ไม่มีคำนิยามในเรื่องของคำว่าอนาจารในกฎหมายไม่ว่าจะในประมวลกฎหมายอาญาหรือในกฎหมายก่อนหน้าคือกฎหมายลักษณะอาญา ดังนั้นเข้าใจน่าจะหมายถึงเข้าใจตามความหมายปกติกล่าวคือตามพจนานุกรม และตามพจนานุกรมนั้นเองก็ได้จำกัดเฉพาะกรณีที่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายแต่อย่างไร ซึ่งสนับสนุนหลักใหม่ที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558

นอกจากนั้นดังที่กล่าวมาแล้วว่า การกระทำที่เป็นอันตรายต่อจิตใจย่อมเป็นประทุษร้ายแก่จิตใจในตัว เพราะประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องถึงขั้นอันตรายต่อจิตใจ มีการกล่าวถึงประเด็นเรื่องอันตรายต่อจิตใจในที่ประชุมครั้งที่ 502/412/2486 ที่มีการพิจารณาในเรื่องของคำว่า Bodily harm หรือ ก็คือ อันตรายแก่กายหรือจิตใจว่าจะแปลว่าอะไร เนื่องจากเป็นคำที่มีความหมาย

กว้างและหากใช้คำนี้ศาลจะต้องแปลความหมายเอง ซึ่งข้อสรุปคือควรให้ศาลแปลความเอาเอง ทำให้เข้าใจได้ว่าแค่นั้นเป็นเรื่องกายหรือจิตใจผู้ร่างปล่อยให้เป็นที่ของศาลในการตีความเรื่องดังกล่าว แม้จะมีคำพิพากษาในส่วนที่บอกว่าเรื่องอาชญากรรมไม่เป็นอันตรายต่อจิตใจก็ตามแต่จะเห็นได้ว่า ในข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 273/2509 , 1399/2508 กล่าวคือ เป็นเรื่อง การเจื้อยเอาจะถีบ ทำให้เกิดความรู้สึกถูกเหยียดหยาม เจ็บใจ แค้นใจ หรือ การพาไปคุมขัง โกลหลุโกลตาผู้ต้องหาด้วยกันให้ยอมรับสารภาพซึ่ง ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้เห็นความเห็นที่ฎีกาทั้งสองเป็นการวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่ถึงขั้นเป็น อันตรายแก่จิตใจ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 คนละประเด็นกับกรณีว่า จะเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจ อันเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจหรือไม่ ซึ่งหากการกระทำต่ออาชญากรรมนั้นกระทำอย่างรุนแรงตามความเห็นของวิญญูชนโดยทั่วไป ย่อมถือว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจได้โดยไม่ต้องถึงขั้นเป็นอันตรายแก่จิตใจ

ผู้ศึกษาพบว่าทั้งการกระทำอนาจาร นั้นสามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และประทุษร้ายแก่จิตใจเป็นไปได้ที่จะมีกรณีของประทุษร้ายต่ออาชญากรรมด้วยหากเป็นการกระทำถึงระดับที่วิญญูชนเห็นว่าเป็นประทุษร้ายแก่จิตใจได้โดยไม่ต้องได้รับอันตรายแก่จิตใจแต่อย่างใด ผู้ศึกษาจึงทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในเรื่องของการกระทำอนาจาร โดยเปรียบเทียบกับประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และ ประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อย่างละสองประเทศ ว่ามีปัญหาเช่นเดียวกันนี้หรือไม่และขอบเขตของการกระทำอนาจารของในต่างประเทศต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายหรือไม่ และมีการให้การคุ้มครองเรื่องอาชญากรรมหรือไม่ ซึ่งสรุปได้ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐแมสซาชูเซตส์) และประเทศอังกฤษไม่เกิดปัญหาเช่นในประเทศไทย กล่าวคือมีการกำหนดอย่างชัดเจนโดยผู้มีอำนาจสร้างหลักกฎหมายคือศาล ว่าการกระทำอนาจารนั้นต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้น โดยในอังกฤษมีการตัดถ้อยคำที่สามารถตีความให้การกระทำอนาจารโดยไม่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายออกและนำไปกำหนดเป็นฐานความผิดอื่นแทน และถ้อยคำที่ใช้ในการกระทำอนาจารนั้น ไม่มีความหมายที่รวมไปถึงเรื่องจิตใจหรืออาชญากรรมเลย

ประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ค่อนข้างมีความแตกต่างในเรื่องนี้ กล่าวคือ ในประเทศฝรั่งเศส นั้นมีตัวบทในลักษณะคล้ายคลึงกับไทย กล่าวคือการกระทำอนาจารอาชญากรรมทำโดย การประทุษร้าย, ทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจขัดขืนได้, ข่มขู่, การวางแผน(หลอกลวง) ซึ่งอาจกระทำได้โดยไม่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย แต่ คำว่ารุกรานทางเพศ (Sexual aggression) ของฝรั่งเศสนั้น เป็นการใช้คำที่แตกต่างจากอนาจาร (Indecent) โดยที่รุกรานทางเพศนั้นจำกัดเฉพาะเรื่องกระทำต่ออวัยวะในทางเพศ หรือของสงวน เท่านั้น และต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย แต่ไม่ปรากฏว่า การประทุษร้าย ของประเทศฝรั่งเศสนั้นกินความรวมถึงเรื่องจิตใจหรืออาชญากรรมด้วย ในประเทศเยอรมนีมี

การแก้กฎหมายเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศอังกฤษโดยตัดถ้อยคำที่สามารถตีความให้การกระทำการกระทำอนาจารโดยไม่ต้องสัมผัสเนื้อตัวร่างกายออก โดยเพียงกำหนดว่าหากเป็นการกระทำในทางเพศและปราศจากความยินยอมก็เป็นความผิดในเรื่องนี้แล้ว ไม่ปรากฏว่ามีการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายคล้ายกับประทุษร้ายแก่จิตใจเหมือนในประเทศไทยเช่นเดียวกัน

โดยสรุปจะเห็นว่าในกฎหมายต่างประเทศไม่ประสบปัญหาเช่นเดียวกันกับประเทศไทยโดยมีการแก้ไขในเรื่องดังกล่าวให้กำหนดอย่างชัดเจนยิ่งขึ้นซึ่งแม้ผู้ศึกษาได้สรุปมาแล้วว่าการกระทำอนาจารเมื่อพิจารณาแล้วสามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย และกรณีที่ประทุษร้ายจิตใจรวมถึงอารมณ์ได้ถ้าหาก รุนแรงพอที่ทำให้วิญญาณชนทั่วไปเห็นว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจแล้ว แต่อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวก็ทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะดังนี้

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่าทั้งหลักเดิมที่ใช้อยู่และหลักใหม่ที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 นั้นมีข้อสนับสนุนเกิดขึ้นทั้งสองหลัก โดยปัญหาหลักนั้นเกิดจากการเลือกใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและสามารถตีความได้หลากหลาย ดังนั้นในส่วนของการเสนอแนะนั้นผู้ศึกษานำเสนอทางออกทั้งสองแนวทางและแสดงความคิดเห็นส่วนตัวของผู้ศึกษาเอง

### (ก) กรณีการกระทำอนาจาร

**แนวทางแรก** ยึดหลักเดิมที่ว่า การกระทำอนาจาร ต้องมีการสัมผัสตัว

ตามแนวทางนี้จะทำให้เราสามารถใช่หลักเดิมโดยปิดโอกาสเรื่องการตีความในประเด็นที่ไม่ต้องการสัมผัสตัวขึ้นอีก โดยหากยึดตามแนวทางนี้ควรแก้ไขกฎหมายเรื่องการกระทำอนาจารให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยนำกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นแม่แบบ ดังนี้

มาตรา 278 ผู้ใดกระทำอนาจารโดยการสัมผัสกับบุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยบุคคลนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 279 ผู้ใดกระทำอนาจารโดยการสัมผัสเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ผู้กระทำได้กระทำโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบห้าปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การยึดตามแนวทางนี้จะสามารถช่วยรักษาหลักที่มีอยู่เดิมและใช้มาเป็นเวลานานของประเทศไทยได้ อีกทั้งสอดคล้องกับการแบ่งระดับของการกระทำในทางเพศที่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายและไม่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายออกจากกันดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

อีกทั้งสอดคล้องกับแนวทางของต่างประเทศซึ่งแก้ไขปัญหาในเรื่องดังกล่าวได้โดยการบัญญัติตัวบทให้มีความชัดเจนแน่นอน โดยกำหนดเรื่องการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายลงไปให้ชัดเจน โดยเฉพาะประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ ที่ยึดตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ จึงควรกำหนดลงในตัวบทให้ชัดเจนซึ่งจะทำให้ปัญหาเรื่องความสับสนหมดไป

เหตุที่ยังเลือกใช้ถ้อยคำว่า “อนาจาร” นั้นเนื่องมาจากให้ความหมายที่ครอบคลุมการกระทำทั้งหมดเนื่องมาจากสภาพวัฒนธรรมประเพณีของไทยที่แตกต่างจากของต่างประเทศซึ่งการกระทำอันไม่สมควรในทางเพศของไทยนั้นไม่จำกัดเฉพาะเรื่องของการกระทำต่อของสงวนและอวัยวะในทางเพศแต่รวมถึงส่วนอื่นๆของร่างกายด้วย เช่นการจับมือถือแขน โอบไหล่ เป็นต้น และกำหนดกรณีที่ไม่ต้องมีการสัมผัสตัวอย่างกรณีของการแอบถ่าย เป็นความผิดฐานใหม่ขึ้นมาโดยนำตัวอย่างของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้เนื่องจากโดยปกติแล้วกฎหมายเรื่องการแอบถ่ายของต่างประเทศนั้นมักจะไม่นับรวมถึงกรณีการกระทำในที่สาธารณะด้วย เพราะถือหลักว่าเราย่อมไม่สามารถคาดหวังความเป็นส่วนตัวจากที่สาธารณะได้แตกต่างจากในที่รโหฐานหรือในสถานที่ส่วนตัวของเราเอง แต่อย่างไรก็ตามการแอบถ่ายสามารถเกิดขึ้นได้ในที่สาธารณะด้วยและสามารถสร้างความเสียหายได้ไม่แตกต่างจากในที่รโหฐานเอง โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เกิดคดีแอบถ่ายในที่สาธารณะขึ้นแต่ไม่มีกฎหมายที่จะเอามาลงโทษกับการกระทำความผิดดังกล่าวจึงมีการแก้ไขให้รวมถึงการแอบถ่ายทั้งในที่สาธารณะด้วยซึ่ง หากเราจะกำหนดกฎหมายในเรื่องการแอบถ่ายนั้นก็สมควรที่จะพิจารณาไม่จำกัดเฉพาะในที่รโหฐานเท่านั้น ดังนี้

มาตรา... ผู้ใด โดยตั้งใจบันทึกภาพ วิดีโอ หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อดูหรือพยายามจะดูอวัยวะเพศหรือของสงวนของบุคคลอื่นที่พึงคาดหมายได้ว่าจะไม่ถูกพบเห็นโดยบุคคลทั่วไป มีความผิดต้องระวางโทษ...



## แนวทางที่สอง ยึดการตีความว่า การกระทำของอนาจารนั้นไม่ต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกาย

โดยส่วนตัวผู้ศึกษาเห็นด้วยกันแนวทางนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่า เราสามารถใช้กฎหมายเดิมที่มีอยู่ให้ครอบคลุมกับกรณีที่เกิดขึ้นได้ โดยกรณีดังกล่าวไม่ได้เป็นการตีความเกินขอบเขตของตัวกฎหมายแต่อย่างใด แต่เป็นการตีความตามความหมายทั่วไปและเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยที่ถ้ากฎหมายต้องการให้คำว่า อนาจาร มีความหมายที่แตกต่างจากความหมายตามปกติก็ต้องมีนิยามในเรื่องดังกล่าวไว้ แต่เมื่อไม่มียอมความหมายว่า อนาจาร ย่อมมีความหมายตามปกติกล่าวคือความหมายตามพจนานุกรมนั่นเอง ซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่าไม่มีความหมายที่แปลว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายขอเพียงเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศ อีกทั้งยังมีความยืดหยุ่นในส่วนของโทษที่ไม่มีโทษขั้นต่ำ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าบางกรณีที่เป็นความผิดลหุโทษนั้นสามารถก่อความเสียหายได้มากกว่าหรือเทียบเท่าได้กับความผิดที่มีอัตราโทษทั่วไปได้เลย เช่นกรณีของการแอบถ่าย เป็นต้น

นอกจากนั้นยังเป็นการเพิ่มความคุ้มครองกับเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 ได้อีกด้วยกล่าวคือการแปลว่าการกระทำของอนาจารไม่ต้องมีการสัมผัสตัวนั้นจะทำให้ มาตรา 279 วรรคแรก มีขอบเขตที่กว้างขึ้น เช่น การมีคนเปลือยกายให้เด็กดูก็จะเป็นความผิดตาม มาตรา 279 วรรคแรก ได้ซึ่งเมื่อลองพิจารณาถึงตัวเด็ก ที่ยังมีความอ่อนวัย อ่อนไหวง่าย ซึ่งอาจถูกกระทบกระเทือนจากเหตุการณ์ดังกล่าวได้ง่ายกว่าผู้ใหญ่และสร้างความเสียหายกับตัวเด็กได้มากกว่า ซึ่งในบางกรณีอาจทำให้เด็กเก็บกดและไม่อยากเข้าสังคมซึ่งเป็นการสร้างความเสียหายกับพัฒนาการของเด็กโดยตรง และเมื่อลองเทียบกับโทษปรับเพียงห้าพันบาท ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 ย่อมไม่เพียงพอต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ควรให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 ซึ่งไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำ ศาลสามารถลงโทษได้ตามที่เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำนั่นเอง

อีกประเด็นหนึ่งที่ควรพิจารณาคือ การยึดหลักนี้จะทำให้เกิดคดีล้นศาลหรือไม่ เพราะหากพิจารณาจะพบว่าความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นเป็นความผิดที่มีอัตราโทษเกินระดับลหุโทษและไม่อยู่ในข่ายที่จะเปรียบเทียบปรับได้ ผู้ศึกษาเห็นว่ากฎหมายอาญาสามารถวางขอบเขตที่เหมาะสมได้อยู่แล้ว เช่นกรณีของการมองด้วยสายตาลวนลาม จะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารหรือไม่ พิจารณาจากขอบเขตแรกคือ กรณีดังกล่าวเข้าลักษณะ “อนาจาร” หรือไม่จะเห็นได้ว่า การพิจารณาว่าเป็นอนาจารหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากระดับของบุคคลทั่วไปที่มีความรู้ผิดชอบตามปกติหรือกล่าวระดับเดียวกับวิญญูชน ประกอบกับประเพณีและวัฒนธรรมของไทยที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยด้วย กล่าวคือ ซึ่งการมองในที่สาธารณะย่อมเป็นเรื่องที่ปรกติ เราย่อมไม่สามารถคาดหมายความเป็น

ส่วนตัวในที่สาธารณะได้ แต่กรณีดังกล่าว อาจมีลักษณะเป็นการคุกคาม หรือทำให้เดือดร้อนรำคาญ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ได้หรือเป็นความผิดคุกคามทางเพศ ตามพระราชบัญญัติแรงงานหากเป็นการกระทำโดยนายจ้างต่อลูกจ้าง และกรณีดังกล่าวจะให้ผลต่างออกไปหากเป็นการแอบมองในที่ที่บุคคลนั้นสามารถคาดหมายความเป็นส่วนตัวได้ เช่น ห้องน้ำ ห้องแต่งตัว ภายในบ้าน อีกทั้งยังมีขอบเขตในเรื่องของ “เกณฑ์อายุ” กล่าวคือ หากเป็นการกระทำต่อบุคคลอายุกว่า 15 ปี ต้องเป็นการกระทำโดยบุคคลนั้นไม่ยินยอม และต้องเป็นการกระทำโดยขู่เชิญด้วยประการใดๆ, โดยใช้กำลังประทุษร้าย, โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้, โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หากปราศจากการกระทำดังกล่าวก็จะไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่อาจเป็นความผิดในส่วนลหุโทษแทน ซึ่งในความเห็นของผู้ศึกษาเองเชื่อว่าหลักเกณฑ์เหล่านี้เองจะเครื่องมือป้องกันไม่ให้เกิดกรณีคดีล้นศาลเกิดขึ้นหากยึดหลักดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตามแม้ในความเห็นส่วนตัวของผู้ศึกษาในประเด็นเรื่องการอนาจารต้องมีการสัมผัสตัวหรือไม่จะเห็นด้วยกับแนวทางที่สองก็ตาม แต่เพื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับมานานและความแน่นอนของตัวบทกฎหมาย อีกทั้งเพื่อสนับสนุนการแบ่งลำดับความร้ายแรงของกฎหมายผู้ศึกษาเห็นว่าเราควรแก้ไขกฎหมายเรื่องการอนาจารให้ชัดเจน และบัญญัติฐานความผิดเรื่องการแอบถ่ายเพิ่มเติมตามแนวทางแรกที่ได้เสนอมมาแล้ว

(ข) กรณีของการประทุษร้ายแก่จิตใจ

**แนวทางแรก** ยึดการตีความว่าประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นรวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วย

โดยที่การยึดการตีความเช่นนี้จะเป็นการส่งเสริมในเรื่องของการคุ้มครองเรื่องอารมณ์ในกฎหมายอาญาให้เด่นชัดยิ่งขึ้น โดยที่เดิมทีในเรื่องอารมณ์นั้นได้รับการคุ้มครองโดยอ้อมในกฎหมายอาญาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาข้อหนึ่งก็คือเพื่อการคุ้มครองป้องกันสภาวะจิตใจของสมาชิกในสังคมนั้นๆ<sup>368</sup> ซึ่งการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศนั้นย่อมกระทบกระเทือนต่อจิตใจของบุคคลเป็นอย่างมาก ซึ่งการให้ความคุ้มครองเรื่องอารมณ์นั้นย่อมตอบโจทย์ในเรื่องนี้

อีกทั้งยังเป็นการแยกระดับของอันตรายแก่จิตใจในเรื่องทำร้าย และเสียหายแก่จิตใจในเรื่อง

<sup>368</sup> อภิรัตน์ เพชรศิริ และ พรทิพย์ เพชรศิริ, "ขอบเขตของกฎหมายอาญา," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9, ฉบับที่ 3 (2524): 103-104.

ประทุษร้ายแก่จิตใจออกจากกันอย่างเห็นได้ชัด หากเราแปลความว่าประทุษร้ายแก่จิตใจมีความหมาย เช่นเดียวกับความเสียหายแก่จิตใจ คือต้องเป็นเรื่องการสลับเป็นระยะเวลาาน ทำให้ไม่ได้สติคล้ายคนบ้า ทำให้จิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ ทำให้สมองสั่งการผิดพลาด ก็ย่อมทำให้ถ้อยคำทั้งสองมีความหมายอย่างเดียวกัน และประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นต้องเป็นการกระทำในระดับของการทำร้ายจนเป็นอันตรายแก่จิตใจไปซึ่งไม่ใช่เจตนากรรมของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้ทั้งสองคำมีความหมายที่แตกต่างกันจึงเลือกถ้อยคำที่แตกต่างกัน

ในความเห็นส่วนตัวของผู้ศึกษาหากเราลองเทียบระดับของการ “ทำร้าย” ซึ่งเป็น “อันตรายต่อกายหรือจิตใจ” จะเห็นได้ว่า “อันตรายต่อกายหรือจิตใจ” นั้น มีระดับที่เท่ากันกล่าวคือ “อันตรายแก่กาย” ต้องเป็นการทำให้ร่างกายได้รับบาดเจ็บ เกิดบาดแผลต่างๆ และ “อันตรายแก่จิตใจ” ก็ต้องเป็นการทำให้หมดสติสัมปชัญญะ หรือสลับไปเป็นเวลานาน ซึ่งมีระดับเดียวกันคือเกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ เช่นเดียวกัน ในเรื่อง “ประทุษร้ายแก่กายและจิตใจ” ก็น่าจะมีระดับอยู่ในระดับเดียวกันคือ กรณี “การประทุษร้ายแก่กาย” นั้นเป็นการกระทำที่ไม่ต้องเกิดผลคืออันตรายแก่กาย เพียงมีการสัมผัสคือกระทบต่อร่างกายก็เพียงพอ ซึ่งจะเป็นการแปลความที่สอดคล้องกันหากเราแปลความว่า “ประทุษร้ายแก่จิตใจ” ไม่ต้องถึงขั้นเกิดผลคืออันตรายแก่จิตใจ เพียงมีการกระทบต่อการทำงานของสมอง ซึ่งเป็นบ่อเกิดของจิตใจและอารมณ์ เช่นก่อให้เกิดอารมณ์แสบทำให้เกิดการหลังสารเคมีที่มีผลต่อการทำงานของสมอง อาจทำให้หัวตื้อ ยับยั้งการทำงานของสมองส่วนการให้เหตุผล ก็จะเป็นการแปลความที่สอดคล้องกัน

แต่ต้องเข้าใจว่าไม่ใช่การคุ้มครองอารมณ์ในทุกกรณี โดยระดับในการให้ความคุ้มครองนั้นเป็นการให้การคุ้มครองโดยจำกัดระดับจากวิญญูชนทั่วไปหรือบุคคลที่มีความรู้ผิดชอบตามปกติ กล่าวคือต้องเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจที่วิญญูชนเห็นว่าเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจแล้วโดยไม่ต้องถึงระดับของอันตรายแก่จิตใจคือสมองซึ่งไม่ใช่เพียงการทำให้เกิดอารมณ์ขึ้นเท่านั้น และไม่จำกัดว่าต้องเกิดจากการกระทำครั้งเดียวอาจเป็นการกระทำหลายๆครั้งจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่จิตใจถึงระดับ เช่น ไม่ใช่เพียงแต่เกิดอารมณ์เศร้าหมองแต่อาจทำให้เกิดการเสียความเป็นตัวเองไป หดหู่ ทุกข์ระทมจนถึงขนาด หรือกรณี โกรธหรือกลัวอย่างรุนแรง<sup>369</sup> ซึ่งกล่าวได้ว่าศาลเป็นระดับของวิญญูชนซึ่งสามารถพิจารณาได้ว่ากรณีดังถึงขั้นเป็นที่เสียหายต่อจิตใจแล้ว ซึ่งแม้อารมณ์เป็นเรื่องในจิตใจของแต่ละคนแต่ก็สามารถวัดได้โดยใช้การประเมิน พฤติการณ์ และข้อเท็จจริงต่างๆประกอบกัน ซึ่งเป็นไปในลักษณะเดียวกับการพิจารณาถึงเรื่องเจตนาและบันดาลโทษ

<sup>369</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 4, หน้า 38.

## แนวทางที่สอง ยึดการตีความว่าประทุษร้ายแก่จิตใจนั้นไม่รวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วย

แม้ว่าการคุ้มครองในเรื่องของอารมณ์นั้นเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อน ด้วยความแตกต่างของแต่ละบุคคล ความคิด ความเชื่อ วัฒนธรรมเอง และก็ไม่ใช่เรื่องที่เป็นไปไม่ได้ที่จะประเมินความรู้สึกของบุคคลจากความคิด ความเชื่อและวัฒนธรรมนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องประทุษร้ายต่อจิตใจนั้นเป็นส่วนหนึ่งของ “ใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งมีได้มีอยู่ในความผิดเรื่องการกระทำอนาจารเพียงมาตราเดียว แต่ปรากฏว่ากว่า 15 มาตราในประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้คำว่า “ใช้กำลังประทุษร้าย” ซึ่งในมาตราอื่นนอกจากเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศนั้น ได้ให้การคุ้มครองในเรื่องที่แตกต่างกันออกไป และอาจทำให้บุคคลต้องรับโทษเพิ่มขึ้นโดยขัดกับเจตนารมณ์เดิมของมาตรานั้น และโดยเฉพาะเรื่องอารมณ์เองอาจก่อให้เกิดความเห็นที่แตกต่างและถูกโต้แย้งได้อย่างมากมาย เพราะเป็นเรื่องที่มีลักษณะเฉพาะตัวเฉพาะบุคคล

อีกทั้งด้วยความที่ในเรื่องประทุษร้ายต่อจิตใจหากรวมถึงเรื่องอารมณ์แต่ก็ไม่สามารถกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนได้ย่อมทำให้จำเลยไม่สามารถรับรู้ข้อมูลที่เพียงพอและอาจจะไม่สามารถคาดหมายได้ว่าสิ่งที่ตนทำเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อจิตใจหรือไม่ ซึ่งยังเป็นการกระทำต่อเสรีภาพของประชาชนด้วยโดยไม่สามารถมั่นใจได้ว่าสิ่งที่ตนทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ เพราะบุคคลที่แตกต่างความคิดและประสบการณ์กันย่อมแสดงออกทางอารมณ์ที่ต่างกันได้

ในความเห็นของผู้ศึกษาเห็นด้วยกับประการที่สองตามเหตุผลที่ได้กล่าวมาประกอบกับเมื่อลองพิจารณาการกำหนดให้ประทุษร้ายต่อจิตใจ รวมถึงอารมณ์ด้วยนั้น อาจจะทำให้กฎหมายเกิดผลประหลาดขึ้นได้มากมายเช่น อาจมีกรณีการหลอกให้รักมากๆและหักอกเพื่อเอาทรัพย์สินไป ซึ่งกลายเป็นการชิงทรัพย์เพราะเป็นการทำให้เสียหายแก่จิตใจแล้ว เพราะบุคคลปกติหากปักใจรักใคร่เข้ามามากๆแล้วมาทรยศตอนหลังว่าทั้งหมดเป็นเรื่องหลอกลงก็น่าจะสะเทือนใจอย่างมากเช่นกัน ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าเรื่องอารมณ์เป็นเรื่องละเอียดอ่อนเกินกว่าที่จะกำหนดให้ชัดเจนได้ว่าบุคคลใดควรรู้สึกเช่นใดในเวลาอย่างไร ดังนั้นแม้จะเป็นไปได้ที่ประทุษร้ายแก่จิตใจจะรวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วย แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่ควรจะรวมถึงกรณีดังกล่าวด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมา และควรยึดตามหลักเดิมคือไม่รวมถึงเรื่องอารมณ์ด้วยแต่เป็นเรื่องที่กระทบต่อความสามารถและประสิทธิภาพในการทำงานของสมอง โดยระดับของประทุษร้ายแก่จิตใจอาจเป็นระดับที่เบาลงมากกว่าทำร้ายจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายต่อจิตใจ เช่น อันตรายต่อจิตใจ คือการทำให้หมดสติ หรือสลบเป็นระยะเวลาสั้น ประทุษร้ายแก่จิตใจอาจเป็นระดับหมดสติชั่วคราว เป็นต้น

เมื่อดำเนินการตามแนวทางที่ได้เสนอมานี้แล้ว ผู้ศึกษาเชื่อว่าจะสามารถแก้ไขปัญหาความไม่แน่นอนของกฎหมายที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ได้ และป้องกันไม่ให้เกิดผลประหลาดขึ้นในการใช้กฎหมาย อีกทั้งยังสร้างหลักประกันที่สำคัญให้กับกฎหมายอาญาได้ กล่าวคือ ความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายในเรื่องของการกระทำอาชญากรรม จะถูกจำกัดว่าต้องมีการสัมผัสเนื้อตัวร่างกายเกิดขึ้นจึงจะเป็นความผิดฐานกระทำอาชญากรรม และประทุษร้ายต่อจิตใจนั้นไม่รวมถึงอารมณ์ซึ่งมีความหลากหลาย ที่ถูกมองแตกต่างกันออกไปได้ตามประเพณีวัฒนธรรม และภูมิหลังทางความคิดที่แตกต่างกัน สุดท้ายนี้คือประเด็นที่น่าสนใจที่ผู้ศึกษายังไม่มีโอกาสศึกษาลงลึกไปคือประเด็นในเรื่องของ หลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณาความคิดที่อยู่ภายในจิตใจของคนเราตามมาตรฐานต่างๆของกฎหมายอาญา ซึ่งผู้ศึกษาพบว่าในตำราเองหรือในคำพิพากษาศาลฎีกาก็ไม่ได้มีการพูดถึงอย่างชัดเจนครอบคลุม และมีความแตกต่างกันในรายละเอียดในแต่ละมาตรา ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าสนใจหากสามารถค้นหาหรือกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันได้



## รายการอ้างอิง

รายการอ้างอิงภาษาไทย

ปรีดี เกษมทรัพย์. การใช้การตีความกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 5, ฉบับที่ 1 (2530).

ศิวดี เกิดเจริญ. ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2550.

พงษ์รัตน์ เครือกลิ่น. คำอธิบายกฎหมายแรงงานเพื่อการบริหารทรัพยากรมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557.

สุกัญญา เจริญวัฒนสุข. บทบาทศาลในการพัฒนาบทบัญญัติกฎหมายอาญาสารบัญญัติ.

วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2542.

องค์อาสน์ เจริญสุข. เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553.

กฤษณา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา. การตีความกฎหมายอาญา. ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ทฤษฎีอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.

อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และ พรทิพย์ เพ็ชรศิริ. ขอบเขตของกฎหมายอาญา. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9, ฉบับที่ 3 (2524).

สมภพ เรื่องตระกูล. คู่มือจิตเวชศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2528.

ชิตชนก แผ่นสุวรรณ. ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2548.

ธีรดา โสมะนันท์ และคณะ. มาตรการการลงโทษทางอาญา: ศึกษากรณีความผิดฐานพรากผู้เยาว์และความผิดเกี่ยวกับเพศที่เกี่ยวข้อง. สำนักงานศาลยุติธรรม โครงการพัฒนาระบบงานกฎหมาย: 2555.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมนี. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: เจริญรัฐการพิมพ์, 2558.

- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. การใช้การตีความกฎหมาย. ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการ รำลึกศาสตราจารย์จิติ ติงศภัทรี 100 ปี ชาตกาล. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- . ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย. ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิติ ติงศภัทรี ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- ข่าวสด. ขงแก้กฎหมายความผิดทางเพศ-สิ่งลามก [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://www.khaosod.co.th/view\\_newsonline.php?newsid=14320486061](https://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=14320486061)
- ธงทอง จันทรางศุ. กฎหมายไทยในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้น. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529.
- อัคราทร จุฬารัตน์. หลักทั่วไปของการตีความในกฎหมายอิตาเลียน. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 3, ฉบับที่ 1 (2517).
- คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 (จัดพิมพ์ฉลองพระมหากษัตริย์คุณ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องในวาระคล้ายวันสวรรคต เป็นปีที่ 100). พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- สมนัส ตั้งเจริญกิจกุล. ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.
- จิติ ติงศภัทรี. กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2548.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2524.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2553.
- . จุกๆจิกๆในกฎหมายอาญา. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14, ฉบับที่ 4 (2529).

- คณิต ฒ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553.
- . กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- พินศิริ นามสีฐาน. ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษากรณีการล่วงเกินทางเพศ. วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2543.
- แสง บุญเฉลิมวิภาส. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (the Thai Legal History). พิมพ์ครั้งที่ 2.  
กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2523.
- . หลักกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- กิตติศักดิ์ ปกดี. หลักทั่วไปเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมาย. ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งาน  
วิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ 100 ปี ชาตกาล. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ:  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 11.  
กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: วิญญูชน,  
2559.
- ราชบัณฑิตยสถาน. กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน จัดพิมพ์ตามต้นฉบับหลวง เล่ม ๑.  
กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2559.
- . พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระ  
เจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม  
2554 กรุงเทพฯ: บริษัท ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์ จำกัด(มหาชน), 2554.
- พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา  
1-240. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2476.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 4. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: พลสยาม  
พริ้นติ้ง(ประเทศไทย), 2551.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พลสยาม พริ้นติ้ง  
(ประเทศไทย), 2551.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2548.
- เกษมสันต์ วิลาวรรณ. คำอธิบายกฎหมายแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 23. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- อาภัสรา ศิริวัฒนา. ขอบเขตของ “อันตรายแก่กายหรือจิตใจ” ในความผิดต่อร่างกาย. วิทยานิพนธ์  
ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2533.



ภิมุข หลินไพศาล. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับค่าเสียหายต่อจิตใจและค่าเสียหายเพื่อการลงโทษในคดีละเมิดสิทธิการคุกคามทางเพศ [Online]. Available from: <http://gs.nsrui.ac.th/files/2/14%E0%B8%A0%E0%B8%B4%E0%B8%A1%E0%B8%B8%E0%B8%82-%E0%B8%AB%E0%B8%A5%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B9%84%E0%B8%9E%E0%B8%A8%E0%B8%B2%E0%B8%A5.pdf> [8 พฤษภาคม 2560]

รายการอ้างอิงภาษาต่างประเทศ

Maitre Perelmutter Catherine. Perelmutter, Les Agressions Sexuelles [Online].

Available from:

[https://blogavocat.fr/space/catherine.perelmutter/content/les-agressions-sexuelles\\_29180884-88fb-4205-acf5-cb8c3361d7e3](https://blogavocat.fr/space/catherine.perelmutter/content/les-agressions-sexuelles_29180884-88fb-4205-acf5-cb8c3361d7e3) [Nov 18,2016]

Massachusetts Courts. Indecent Assault and Battery [Online]. Available from:

<http://www.mass.gov/courts/docs/courts-and-judges/courts/district-court/jury-instructions-criminal/6000-9999/6500-indecnt-assault-and-battery.pdf> [Oct 16,2016]

Avlana K. Eisenberg. Criminal Infliction of Emotional Distress. Mich. L. R. 113, 5 (March 2015).

Jenny Gesley. Germany : Heavier Sanctions against Sexual Offenders Adopted

[Online]. Available from: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-heavier-sanctions-against-sexual-offenders-adopted/> [Nov 25,2016]

Isabel V. Hull. Sexuality, State, and Civil Society in Germany. New York: Cornell University Press, 1997.

Michael Jefferson. Criminal Law. 6 ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2003.

———. Criminal Law. Harlow: Pearson Education Limited, 2013.

Holly Kearl. Yes, It's Legal to Take Pictures up a Woman's Skirt without Her Consent

[Online]. Available from: <http://time.com/4422772/upskirt-photos-harassment/> [Oct 18,2016]

Law office of William D. Kickham, ESQ., and Associates. Assault and Battery Overview [Online]. Available from: <http://criminal.attorneywdkickham.com/assault-and-battery-overview.html> [Oct 16,2016]

Legislationline. Criminal Codes [Online]. Available from: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30> [Apr 28,2017]

Yves Mayaud, Jézéquel, Alexandra, and Gayet, Carole. Code Pénal 109 ed. France: Dalloz, 2012.

Police Nationale. Les Agressions Sexuelles:Liste Des Infractions [Online]. Available from: <http://qcmtest.com/PDF2/coursPolice/AGRESSIONS%20SEXUELLES.pdf> [Nov 18,2016]

Soraya Sarhaddi Nelson. In Germany, Lawmakers Pass 'No Means No' Law for Cases of Rape [Online]. Available from: <http://www.npr.org/sections/parallels/2016/07/07/485106708/in-germany-lawmakers-pass-no-means-no-law-for-cases-of-rape> [Nov 25,2016]

Rick Noack. Leaked Document Says 2,000 Men Allegedly Assaulted 1,200 German Women on New Year's Eve [Online]. Available from: [https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/07/10/leaked-document-says-2000-men-allegedly-assaulted-1200-german-women-on-new-years-eve/?utm\\_term=.d3f76970b4d3](https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/07/10/leaked-document-says-2000-men-allegedly-assaulted-1200-german-women-on-new-years-eve/?utm_term=.d3f76970b4d3) [Apr 30,2017]

Dan M. Kahan and Martha C. Nussbaum. Two Conceptions of Emotion in Criminal Law. Colum. L. R. 96, 2 (1996).

Cour d'appel de Paris. Dossier N 09/ 13289 Arrêt Du 20 Septembre 2010 [Online]. Available from: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023869908&fastReqId=1956209599&fastPos=1> [Nov 18, 2016]

Odebralski rechtsanwalt. Sexual Act What Is It? [Online]. Available from: <http://www.ra-odebralski.de/strafrecht-rechtsanwalt/sexualdelikte/sexuelle-handlung-was-ist-das/> [Jan 5, 2017]

Jenefer Robinson. A Mechanistic View of the Expression and Experience of Emotion in the Arts. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. German Criminal Code  
[Online]. Available from: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/englisch\\_stgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html) [Oct 18, 2016]





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

171

## คณะกรรมการกฤษฎีกา

รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 243/110/2485

วันศุกร์ที่ 27 มีนาคม 2485

## ผู้มาประชุมคือ

(1) หลวงจำรูญเนติศาสตร์	กรรมการ
(2) นายประมุข สุวรรณศรี	กรรมการ
(3) นายพิศาล บุญยง	กรรมการ
(4) พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์	กรรมการ
(5) พระยาเลขาภิธรรมวิทักษ์	กรรมการ
(6) พระยารรภการีย์นิเทศ	กรรมการ
(7) พระยารรภกรมณุติน	กรรมการ
นายสายหยุด แสงอุทัย	ผู้ตรวจรายงาน
นายวิเชียร นุ่มนันท	ผู้ตรวจรายงาน
นายนาวาเอก ถวัลย์ ช่างนาวาสวัสดิ์ ร.น.	ติตรราชการที่อื่น
นายอุทัย แสงมณี	ติตรราชการที่อื่น
หม่อมเจ้าสกลวรรณาภร วรารมณ	ติตรราชการที่อื่น
นายเดื่อน บูรณาค	ติตรราชการที่อื่น
นายเสริม วิจิตรกุล	ติตรราชการที่อื่น

เปิดประชุมเวลา 14.00 น.

โดยที่ประธานและรองประธานอนุกรรมการติตรราชการที่อื่น ที่ประชุมจึงลงมติให้พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์ เป็นประธาน

ประธานฯ กล่าวเปิดประชุม

- ประธานฯ - มีปัญหา เรื่องบาดเจ็บทรมลภาพ ซึ่งที่ประชุมเห็นว่าควรใช้คำว่า "จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือใจของผู้อื่น"
- นายพรหม - ขาดเจ้าเห็นด้วยที่ว่า ไม่ควรใช้คำว่า "บาดเจ็บทรมลภาพ" หรือ "วิกลจริต" เพราะอาจไม่ใช่ "บาดเจ็บ" และ "วิกลจริต" ก็ได้ แต่สงสัยว่าที่ใช้คำว่า "อันตราย" เพราะเป็นคำใหม่ อย่างเช่นเขาผิวแห้งลอก จะว่าไม่เกิดอันตรายก็ไม่ได้
- นายพรหม - คำเดิมก็ไม่แก้ให้หาได้
- นายพรหม - ที่เราให้มาตรา 254 ใช้ เราจะไม่เปรียบเทียบกับความผิดลหุโทษ
- นางจรัสฯ - ในความผิดลหุโทษ เราจะไม่ใช่คำว่า "อันตราย" และปล่อยให้ศาลแปลเอา
- นายพรหม - ในกรณีผิวแห้งลอก เราอยากให้เป็นลหุโทษ แต่คนจะแปลว่า "อันตราย" จะมีคำอื่นหรือไม่ว่า "อันตราย" ในข้อนี้เอาไปอย่างนั้นก่อน
- ที่ประชุมตกลงรับร่างมาตรา 254 ตามที่ตกลงไปแล้ว
- นายพรหม - คำว่า act of violence เราเขียนว่าใช้กำลังทำร้ายบ้าง กระทำร้ายบ้าง ประทศร้ายบ้าง ควรจะพิจารณาว่าจะใช้คำใด นายวิเชียรได้ไปตัดมาแล้ว
- นางจรัสฯ - ควรใช้คำว่า "ประทุร้าย"
- ประธานฯ - อย่างซึ่งที่รับใช้ เราใช้คำว่า violence เท่านั้น และนอกจากนี้ยังมีเรื่องผู้เสียหายอีก
- นางจรัสฯ - ในเรื่องผู้เสียหาย แล้วแต่จะใช้คำว่าผู้เสียหาย หรือผู้เสียหายจะทำร้าย
- นายพรหม - เราจะอย่างไรกัน
- นางจรัสฯ - ก็ได้ที่เห็น เรื่องทำร้ายร่างกาย ก็ควรใช้คำว่า "ทำร้าย"
- นายพรหม - ร่างมาตรา 254 ควรใช้คำว่า "ร่างกาย" ด้วย
- นางจรัสฯ - เดิมบ้านเจ้าก็เห็นเห็นเหมือนกัน แต่เขียนรูปใช้คำว่า "จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย" ก็เข้าใจว่าเป็นร่างกายนั่นเอง
- ที่ประชุมเห็นว่า ไม่ควรใช้คำว่า "ทำร้ายร่างกาย" เพราะจะกล่าวไปว่า ใจผิดไปก็ต้องมีทำร้ายร่างกาย การทำร้ายอาจไม่ถูกต้องร่างกายก็ได้

- หลวงจำรูญฯ - ชื่อหัวหมวดควรจะเป็น "ประทุษร้ายต่อชีวิต" และ "ประทุษร้ายต่อร่างกาย"
- นายประมุขฯ - คำว่า "ประทุษร้าย" เป็นชื่อหัวหมวดดี แต่คำว่า violence ควรจะหาคำใหม่
- พระยาอรุณกรมฯ - กฎหมายอาชญากรรม การทำร้ายร่างกายเป็นความผิดต่อส่วนตัว
- นายประมุขฯ - เขาคงกลัวจะเอาเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ มาฟ้อง
- พระยาอรุณกรมฯ - ในเรื่องตัวหนังสือกฎหมายอาชญากรรมคดีทั่วไปในทางปฏิบัติใช้ได้คำว่า "Whoever strikes another persons, if a malady of body or mind does not result from the act, shall be punished...."
- หลวงจำรูญฯ - ก็แบบเดียวกับลหุโทษของเรา
- พระชานนฯ - ตามที่หลวงจำรูญฯ กับนายประมุขฯ ว่า ควรใช้คำว่า "ประทุษร้าย" นั้น ร่างมาตรา 96 ที่เราใช้คำว่า "ประทุษร้าย" เรานำมา act of violence
- หลวงจำรูญฯ - คำว่า act of violence เอาไว้ได้
- นายประมุขฯ - จะขัดกับหัวหมวด
- หลวงจำรูญฯ - หัวหมวดก็ใช้คำว่า act of violence ได้
- พระยาอรุณกรมฯ - ถ้าเพื่อไม่เป็น act of violence
- หลวงจำรูญฯ - ถ้าเขียนเปลี่ยนเป็น "ทำร้าย"
- นายประมุขฯ - ถ้าแปลคำว่า violence ว่า "ประทุษร้าย" ในเรื่องการประทุษร้ายต่อรัฐจะว่า violence ไม่ได้ และนอกจากนี้ยังมีเรื่องประทุษร้ายต่อทรัพย์สิน
- หลวงจำรูญฯ - คำว่า violence ถ้าใช้คำว่า "ใช้กำลังทำร้าย" จะแรงไป
- พระยาอรุณกรมฯ - อย่างเอาเขาเมาไปรม เป็น act of violence เหมือนกัน และถ้าเอาเขาเมาแล้วไปลักทรัพย์ ก็เป็นชิงทรัพย์
- หลวงจำรูญฯ - เห็นเป็นเรื่องทำร้ายร่างกาย
- นายพิศาลฯ - คารุณผล คือเป็นผลถึงตาย บาดเจ็บสาหัสหรือบาดเจ็บ
- พระชานนฯ - เราต้องการแก้คำว่า "ทำร้ายร่างกาย"

- หลวงจำรูญฯ - คำว่า violence ปทานุกรมยังแปลว่า ใช้กำลังกายทำร้ายบุคคลหรือทรัพย์สิน
- ประชาชน - อย่าลืมว่าเราใช้ตามความหมายของคำ
- หลวงจำรูญฯ - แต่เราควรจะรู้ว่า เขาวางหลักไว้อย่างไร
- พระยาอรุณการีฯ - คำว่า violence ต้องแปลว่า กระทำต่อเนื้อตัว แต่ในเรื่องต่อสู้ชิงตัวนางเจ้าพนักงานก็หมายถึงการกระทำต่อเนื้อตัวเหมือนกัน
- พระยาอรุณการีฯ - ถ้าจะแปล "ทำร้าย" ว่า violence จะให้หมายความถึง
- การรุมยา:
- หลวงจำรูญฯ - assault ภาษาอังกฤษหมายถึงการรุมยาด้วย
- พระยาอรุณการีฯ - ควรใช้คำว่า "ประทุษร้าย" ส่วนไหนเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวก็เป็น "ทำร้าย"
- นายประมุขฯ - ได้ ส่วนเรื่องประทุษร้ายต่อรัฐ เราต้องเปลี่ยน
- หลวงจำรูญฯ - หัวหมาด ใช้คำว่า "ความผิดต่อชีวิต" และ "ความผิดต่อร่างกาย"
- กึ่งขอ
- นายประมุขฯ - เราเคยพูดว่า ความผิดอาญาย่อมเป็นความผิดต่อรัฐเสมอไป
- พระยาอรุณการีฯ - หมวด 1 ควรใช้คำว่า "ความผิดฐานฆ่า" หมวด 2 ใช้คำว่า "ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย"
- ประชาชน - สำหรับการใช้กฎหมายถ้าใช้คำว่า "ความผิดฐาน..." ก็มีคุณมาก
- นายประมุขฯ - ถ้าใช้คำว่า "ฐาน" ก็เรียกชื่อความผิดได้
- หลวงจำรูญฯ - หัวหมาด ไม่สำคัญ เราใส่ไว้ไม่ว่าตราไหน ๆ ได้ว่าความผิดฐานไหน
- นายประมุขฯ - การใช้คำว่า "ความผิดฐาน..." มีประโยชน์สำหรับประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 102
- ที่ประชุมเห็นว่า คำว่า act of violence ควรแปลว่า "การประทุษร้าย" แต่เมื่อใช้คำว่า "ประทุษร้าย" ตามความหมายใหม่แล้วก็ต้องดูชื่อลักษณะและหมวดต่าง ๆ ที่ตกลงมาแล้ว เพื่อที่จะไม่ใช้คำว่า "ประทุษร้าย" ไ้แก่ที่ไม่หมายถึง act of violence และเป็นโอกาสที่จะใช้แก่ชื่อลักษณะและหมวดได้สะดวกขึ้นด้วย



คณะกรรมการกฤษฎีกา  
รายงานการประชุมคณะกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 502/412/2486

วันพฤหัสบดีที่ 28 ตุลาคม 2486

ผู้ที่มาประชุม คือ

(1) นายจำรูญ โปะยานนท์	กรรมการ
(2) นายประมุข สุวรรณศรี	กรรมการ
(3) นายวิชาญ มุขสง	กรรมการ
(4) นายเอี่ยม เลขาธิบดีกรมวิทย์	กรรมการ
(5) หม่อมเจ้าสกลวรรณภากร วรารักษ์	กรรมการ
(6) นายอรุณกรม ศรีสายัก	กรรมการ
นายสายหยุด แสงอุทัย	ผู้ตรวจงาน
พลเรือตรี ถวัลย์ ช่างนาวาสวัสดิ์ ร.น.	ติตราชการที่อื่น
นายอุทัย แสงมณี	ติตราชการที่อื่น
นายวงศ์ ดิลกธรรมประคัลภ์	ติตราชการที่อื่น
นายสิทธิ วิเศษานนท์	ติตราชการที่อื่น
นายเดือน บุณยาค	ติตราชการที่อื่น

เปิดประชุมเวลา 14.00 น.

โดยที่ประธานและรองประธานคณะกรรมการติตราชการที่อื่น ที่ประชุมจึงลงมติให้

นายอรุณกรมฯ เป็นประธาน

.....

ประธานฯ - ขอให้ที่ประชุมพิจารณาร่างมาตรา 338 (2) ซึ่งมีข้อความดังนี้

นี้ "ผู้ใดกระทำการโดยประมาท และคาดคะเนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือใจของผู้อื่น มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้าสิบบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

นายประมุข - ขอแก้ร่างอนุมาตราให้เหมือนกับมาตรา 2 ดังนี้  
 "ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้รับอันตรายแก่กายหรือใจ มีความผิด..."

ประชาชน - ทำให้เขาร้อง ให้เป็นอันตรายแก่กายหรือใจหรือไม่

นายประมุข - เราได้พูดถึงปัญหาแล้วเมื่อนิยามมาตรา 254

ประชาชน - เดิมเขาเอาผิด เพราะทำให้เกิดบาดเจ็บแก่ร่างกายเท่านั้น

เพราะเป็นความผิดที่เป็นเหตุโทษ

ม.จ. สกลฯ - ใช้คำว่า "เป็นเหตุให้ผู้รับอันตราย" ก็พอ

นายประมุข - คำว่า bodily harm เราแปลว่าอันตรายแก่กายหรือใจ

ปล่อยให้ศาลแปลเอา

นายวิชาญ - bodily harm คลุมทั้งสองกรณี คือ อันตรายแก่กายและ

อันตรายแก่ใจ

ที่ประชุมตกลงรับร่างที่นายประมุขเสนอ จะเห็น ร่างมาตรา 338 (2) เมื่อแก้ตามมติ  
 ที่ประชุมแล้วจึงมีข้อความดังนี้ "ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้รับ  
 อันตรายแก่กายหรือใจ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้าร้อยบาท  
 หรือทั้งจำทั้งปรับ"

ประชาชน - ขอให้พิจารณาร่างมาตรา 338 (3) ซึ่งมีข้อความดังนี้

"ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้ายผู้อื่น แต่ไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือใจของผู้อื่น  
 มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งร้อยบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ"

นายประมุข - ถ้อยคำควรจะเอาอย่างมาตรา 254 ใช้คำว่า "ผู้ใดทำร้ายผู้  
 อื่น แม้จะไม่เป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือใจของผู้อื่น มีความผิดต้องระวางโทษ..."

ประชาชน - อย่าใช้คำว่า "แม้" เพราะเข้าใจว่าถึงบาดเจ็บก็เข้า ควร  
 ใช้คำว่า "แต่ไม่" ขอเสนอให้ใช้คำดังนี้ "ผู้ใดทำร้ายผู้อื่น แต่ไม่เป็นการเกิดอันตรายแก่กาย  
 หรือใจ มีความผิด..."

นายวิชาญ - เราบังสภาวะให้เขาก็เป็น "ทำร้าย" หรือไม่ เคยมีคำพิพากษา  
 ศาลว่าไม่ใช่ คือศาลแปลมาตรา 338 (3) ต่างกับมาตรา 254

นายประมุข - ถ้าอย่างนั้นก็ให้เป็น "ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้าย"

ม.จ. สกลฯ - คำว่า "แต่" ไม่ต้องมี ควรวใช้คำว่า "ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้อื่น โดยประการที่ไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือใจ มีความผิดต้องระวางโทษ..." คือ ควรวจะเขียนเป็นอิสระจากมาตรา 254

ประธานฯ - ถ้าใช้คำว่า "โดยประการที่" จะเป็นวิธีการไป

นายจำรูญฯ - ควรวใช้คำว่า "โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุ"

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย จะเห็น ร่างมาตรา 338 (3) เมื่อแก้แล้ว จึงมีข้อความดังนี้ "ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้อื่น โดยไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือใจ มีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งร้อยบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

.....

ประธานฯ ขอใช้พิจารณา ร่างมาตรา 339 (1)

.....

นัดประชุมเวลา 16.00 น.

๒219

๒๕๕๕

คณะกรรมการกฤษฎีกา  
 รายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา  
 ครั้งที่ ๕๐, ๑๕๖/๒๕๕๒  
 วันอังคารที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๒

ผู้มาประชุม คือ

- |   |                     |
|---|---------------------|
| (๑) นายนาวาเอก หลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ ร.น. ประธานกรรมการ ฯ |                     |
| (๒) นาย อาร์. กีบอง                                     | กรรมการ             |
| (๓) นาย ยอง บรูเนย์                                     | กรรมการ             |
| (๔) พระยาลักษณ์ธรรมประคัลภ์                             | กรรมการ             |
| (๕) พระยาอรุณกรมมนต์คี                                  | กรรมการ             |
| (๖) หม่อมเจ้าสกลวรรณกร วรวรณ                            | กรรมการ             |
| (๗) หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช                           | กรรมการ             |
| (๘) นายเคื่อน บุนนาค                                    | กรรมการและเลขานุการ |
| นายสายหยุด แสงอุทัย                                     | ผู้จกรายงาน         |
| พระนิติการณประสม  | ศึกษาราชการที่อื่น  |
| พระมนูเวทย์วิมลนาท                                      | ศึกษาราชการที่อื่น  |
| พระยาอรุณการีย์นิพนธ์                                   | ศึกษาราชการที่อื่น  |

เปิดประชุมเวลา ๑๐.๐๐ น.

หลวงธำรงนาวาสวัสดิ์ นั่งเป็นประธาน

ประธาน ฯ กล่าวเปิดประชุม และขอให้ประชุมพิจารณารายงานการประชุม  
 และมติของที่ประชุมครั้งที่ ๔๗, ๑๕๐/๒๕๕๒ และครั้งที่ ๔๘, ๑๕๒/๒๕๕๒ ที่ประชุมได้ลงมติ  
 รับรองรายงานการประชุมทั้งสองคราวนั้น

นาย อาร์. กีบอง - ใ้เสนอร่างมาตรา ๒๔๒ ทวิ ซึ่งนาย อาร์. กีบอง  
 ใ้ยก่างขึ้นใหม่ตามมติของที่ประชุม คอที่ประชุม ประธาน ฯ ขอให้ที่ประชุมพิจารณา  
 ร่างมาตรา ๒๔๒ ทวิ ที่ นาย อาร์. กีบอง ใ้ยกขึ้นใหม่นี้

วรรคคน

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - วรรคคนควรจะต้องมีหลักว่า การหาเลี้ยงชีพจากหญิง  
 นครโสเภณีเป็นความผิด

- นาย อาร์. กีบอง -

210

๒.

นาย อาร์. กียอง - ข้าพเจ้าไม่ซัดซัง

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ตามที่ร่างมานี้หญิงที่เป็นเจ้าสำนักมีค้ายหรือ

ม.จ. สกกล ฯ - เจ้าสำนักโรงหญิงนครโสเภณีตามพระราชบัญญัติป้องกัน

กันสัญจรโรค เป็นไต่แต่หญิง

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - เจ้าของโรงหลังฉากอาจเป็นผู้ชายก็ได้ เคยมีคดีปรากฏว่าชายเป็นผู้ลงทุนรอนให้ตั้งโรงหญิงนครโสเภณี

นาย อาร์. กียอง - ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ ต้องการให้บัญญัติข้อความซ้ำอีกครั้งหนึ่งหรือ

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ต้องแก้โดยมีหลักทั่ว ๆ ไปว่า ผู้ใดหาเลี้ยงชีพจากหญิงนครโสเภณีเป็นความผิด นอกจากนั้นมีข้อสันนิษฐาน

นาย อาร์. กียอง - ยังมีเงื่อนไขสำหรับความผิดซึ่งไม่ใช่ข้อสันนิษฐาน เช่น จะต้องเป็นบุคคลอายุ ๑๖ ขวบหรือกว่านั้นขึ้นไป และปรากฏว่าไม่มีปัจจัยในทางเลี้ยงชีพ

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - กฎหมายไม่ได้ห้ามไม่ให้บุรุษลงทุนลงรอนตั้งโรงหญิงนครโสเภณี จะแปลได้ใหม่ว่า ผู้ลงทุนรอนเช่น ผู้ตั้งบริษัทไม่ได้ "live on the earning of prostitution" คำว่า "live on" แปลว่า "dependent"

นาย อาร์. กียอง - การลงทุนรอนตั้งโรงหญิงนครโสเภณี ไม่ใช่ "live on" พระยาอรุณกรม ฯ - ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ชายแมงคางจะเป็นสตรีไม่ได้

ประธาน ฯ - สตรีจะไปซื้อใคร ไม่น่ากลัวอะไร

นาย อาร์. กียอง - ชายแมงคางต่างกับผู้มีโรงหญิงนครโสเภณี

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - อยู่ที่คำแปล "live on"

ม.จ. สกกล ฯ - คำภาษาอังกฤษ "live on" ไปไม่ได้

พระยาอรุณกรม ฯ - ร่างนี้ใช้คำว่า "earning of prostitution" ซึ่งต่างกับ "earning of a prostitute"

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - คำว่า "earning of prostitution" แปลว่า "เลี้ยงชีพด้วยได้มาจากการเป็นหญิงนครโสเภณี" ที่จริงใช้คำว่า "earning of a prostitute" จะดีกว่า

ประธาน ฯ - ในการประชุมคราวที่แล้วมา เราได้พูดกันว่า จะสืบว่าเงินที่ได้รับจากหญิงนครโสเภณีเป็นเงินที่ได้มาจากการเป็นหญิงนครโสเภณีนั่นสืบไม่ได้ ถ้าได้

๓.

๒๕๕๐

๒.๑.๑

รับเงินจากหญิงนครโสเภณีให้เอาผิด

นาย อาร์.ก๊วย - ข้าพเจ้าได้กล่าวมาแล้วว่า ตามกฎหมายประเทศอื่น เขาแยกออกไปว่า ได้มาจากการเป็นหญิงนครโสเภณีหรือไม่ และข้าพเจ้าคิดว่ามีวิธีที่ อย่างร่างนี้จะคิดไว้

พระยาอรรถกรม ฯ - เป็นหลักใหญ่ ถ้ามีคดีเกิดขึ้น เราก็นับฐานว่า เป็นชายเมงคา

ประธาน ฯ - ถ้าเขียนไว้ว่า ต้องได้รับเลี้ยงชีพจากการเป็นหญิงนคร - โสเภณีจะไม่มีประโยชน์ และข้อนี้ที่ประชุมก็ได้ตกลงกันมาแล้วในที่ประชุมคราวก่อน

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ควรใช้คำว่า "of a prostitute"

นาย อาร์.ก๊วย - ข้าพเจ้าขอยืนยันว่าเป็นความศรัทธาว่า จะเป็น ชายเมงคาได้ก็ต่อเมื่อเป็นการ earning of prostitution

พระยาอรรถกรม ฯ - ถ้าเขียนว่ารับเงินจากหญิงนครโสเภณีจะดูไม่งาม

ประธาน ฯ - ก็ไม่งามทั้งนั้น แม้ที่จะบัญญัติต่อไปก็ไม่งาม เช่นมีข้อสันนิษฐาน ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเราทราบว่าจะเลี้ยงกฎหมายได้ นายอาร์.ก๊วย ไม่อยากให้ เลี้ยงกฎหมาย จึงเขียนให้มีข้อสันนิษฐาน แต่การที่จะพิสูจน์ว่าเลี้ยงชีพจากการเป็นหญิง นครโสเภณีนั้นพิสูจน์ไม่ได้ ถ้าโดยทั่ว ๆ ไปสืบไม่ได้แล้ว จะเขียนไว้ทำไม

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - รู้สึกว่าไม่รุนแรงอะไร คณะกรรมการจะมารับเงินจาก หญิงนครโสเภณีทำไม

พระยาอรรถกรม ฯ - ถึงที่เขียนไว้นี้ก็อาจเลี้ยงกฎหมายได้เหมือนกัน เช่นคนขับรถสามล้อ ก็ไม่ผิดเพราะมีปัจจัยในการเลี้ยงชีพ

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - จะต้องเติมคำว่า "หรือมีอาชีพ แต่ไม่ประกอบอาชีพ ใดๆ"

ประธาน ฯ - เราได้พูดกันมาแล้วว่า จะวางหลักทั่ว ๆ ไปก่อน

นาย อาร์.ก๊วย - หลักทั่ว ๆ ไปจะต้องเป็นสิ่งที่หักล้างไม่ได้โดยข้อ สันนิษฐาน เช่นอายุ ๑๖ ปี หรือกว่านั้นขึ้นไป และไม่มีการทำหากิน หาเลี้ยงชีพจากหญิง นครโสเภณี ทั้งนี้ก็จะลงโทษได้เมื่อเงื่อนไขเหล่านี้ - ถ้วน และนอกจากนั้นมีข้อสันนิษฐาน ซึ่งอาจหักล้างได้

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - จะต้องเขียนเป็นหลัก และมีข้อยกเว้น

พระยาอรรถกรม ฯ - ไม่ใช้คำว่า having no apparent means of living เพราะถ้าเขียนไว้เช่นนี้ ก็เท่ากับยกเว้นคนมีอาชีพ

- ม.จ. สกล ฯ -

- 219

ม.จ.สกล ฯ - คนซึ่งบรรดาลือก็จะหลุกหลอก  
 พระยาอรธกรม ฯ - วรรคท้ายไม่ควรให้เป็นข้อยกเว้นให้บิดามารดา

**ทำผิดได้**  
 ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ - เราควรใช้คำว่า act of support ไม่เป็นความผิด  
 พระยาอรธกรม ฯ - หมายความว่าไม่สนับสนุนบิดามารดาด้วย  
 ประธาน ฯ - วันนั้น ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ กล่าวว่า ascendant และ  
 descendant ไม่ควรยกเว้น ควรถือว่าเป็นความผิด เราจะยกเว้นก็ยกเว้นไว้ก่อน  
 ท้าย  
 ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ - ไม่ยกเว้นเพราะข้อสนับสนุนเท่านั้น แต่ควรเป็นข้อ  
 ยกเว้นของทั้งหมด  
 พระยาอรธกรม ฯ - แต่บิดาก็เป็นชายแมงคาไร  
 ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ - ถ้าเป็น act of support ก็ไม่ใช่ชายแมงคาไร  
 พระยาอรธกรม ฯ - ถ้ายกเว้น act of support ก็ถูกต้องแล้ว  
 นาย อาร์.กีซอง - หมายความว่า ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ ประสงค์จะแบ่งแยก  
 act of support ให้แตกต่างกับ living on the earning  
 นายเคียน ฯ - นาย อาร์.กีซอง ยกเว้นบิดามารดา ฯลฯ เฉพาะที่เคียว  
 นาย อาร์.กีซอง - ที่ยกเว้นเพราะยากที่จะพิสูจน์  
 ประธาน ฯ - ยากที่จะพิสูจน์ก็ไม่ใช่ไร เราไม่เอาบิดามารดาเสียเลย

**ที่เคียว**  
 นาย อาร์.กีซอง - ถ้ายกเว้นให้บิดามารดาจะถูกต้องตามขนบธรรมเนียม

**ประเพณี**  
 ที่ประชุมลงมติให้ยกเว้นให้บิดามารดาที่เคียว  
 ม.จ.สกล ฯ - ควรใช้คำว่า no apparent or adequate means  
 of living แทนคำว่า no apparent means of living  
 ที่ประชุมเห็นชอบด้วยกับ ม.จ.สกล ฯ และให้แก้วรรค ๑ และเพิ่มข้อความ  
 เป็นวรรคสองตามขอบเขตของ ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ มีข้อความดังต่อไปนี้ คือ  
 "Any male, having sixteen years of age or more, living  
 on the earning of a prostitute shall be punished with imprisonment  
 not exceeding five years or fine not exceeding two thousand bath.

- "Any such -

๒๕๕๑ ๔.๑.๑

"Any such male, as mentioned in the foregoing paragraph, who, having no apparent or adequate means of living, shall, unless he can give satisfactory evidence to the contrary, be deemed to be living on the earnings of a prostitute:"

วรรคสองของร่าง

ม.ร.ว. เสนีย์ ๑ - คำว่า lives habitually with ควรแก้เป็น is found to be living habitually with etc. และคำว่า or is found habitually in the company เพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นข้อสันนิษฐาน

พระยาหลักพลี ๑ - แก้เช่นนั้นคือการพิสูจน์

ม.ร.ว. เสนีย์ ๑ - หลังคำว่า in the company of a prostitute ควรเติมคำว่า or prostitutes เพราะวันนี้อาจไปกับหญิงนครโสเภณีคนหนึ่ง และรุ่งขึ้นไปกับหญิงนครโสเภณีหลายคนก็ได้

ที่ประชุมให้แก้ครั้งที่ ม.ร.ว. เสนีย์ ๑ เสนอครั้งนั้น วรรคสองจึงมีความดังนี้ "is found habitually together with a prostitute or is found habitually in the company of a prostitute or prostitutes, or"

วรรคสามของร่าง

พระยาอรรถกรม ๑ - มีประโยชน์ที่ไม่เป็นเงินเป็นทอง

ประธาน ๑ - คำว่าประโยชน์ใด ๆ ในการประชุมคราวที่แล้วมา พระยาอรรถกรม ๑ ยกตัวอย่างเช่นให้ทองคำ

ม.จ. สกล ๑ - มีชายแมงกาสองชนิด คืออยู่กับโรงหญิงนครโสเภณีชนิดหนึ่ง และอยู่กับหญิงนครโสเภณีคนเดียวหรือหลายคนอีกชนิดหนึ่ง

ที่ประชุมลงมติให้ใช้คำว่า "is habitually provided by a prostitute with board, lodging, money or other benefits; or ส่วนคำว่า "ประโยชน์ใด" นั้นจะต้องเข้าใจประกอบกับการเลี้ยงชีพจากหญิงนครโสเภณี

วรรคสี่ของร่าง

ที่ประชุมให้แก้เป็น "interferes in order to assist a prostitute <sup>in her disputes</sup> with customers."

- ประธาน ๑ -



ประธาน ฯ - ข้อสันนิษฐานเหล่านี้ ควรเรียงเลขเป็นข้อ ๆ  
ที่ประชุมเห็นชอบด้วย  
วรรคสุดท้ายของร่าง

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ควรใช้คำว่า "The present section shall not apply to any ascendant or descendant in direct line of the prostitute or to any disabled relative, who receives any benefit from such prostitute by way of support."

นาย อาร์. กียอง - ต้องมีคำว่า "being unable to earn his own living" ด้วย

พระยาอรุณกรม ฯ - มีคำว่า disabled relative ด้วย สำหรับ  
นิคมารคาเรยกให้ แต่น้องชายจะว่าอย่างไร

ประธาน ฯ - ในการประชุมครั้งที่แล้วมา เราไม่ได้พูดถึง disabled relative.

นาย อาร์. กียอง - เราได้พูดถึง close relative แต่ข้าพเจ้าคิดว่า  
ถ้าใช้คำว่า disable relative จะดีกว่า

ประธาน ฯ - จะยกเว้นญาติให้ด้วยหรือไม่

ม.จ. สกล ฯ - คำว่า "ญาติ" กว้างเกินไป

ประธาน ฯ - ในการประชุมครั้งก่อน เราได้พูดกันว่าไม่ควรให้ relative  
ด้วย เช่นน้องชายอายุเกิน ๑๖ ปี เราก็จะถือว่าเป็นชายแมงคา

นาย อาร์. กียอง - ถ้าเขาพิสูจน์ได้ว่า ไม่สามารถจะหาเลี้ยงชีพได้ เรา  
ควรยกเว้น

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ยากที่จะพิสูจน์เช่นนั้น

ประธาน ฯ - ตามร่างนี้จะ เป็นญาติก็ขึ้นก็ได้

พระยาธรรมาธิบดี ฯ - เป็นการบัญญัติกฎหมายกว้างเกินไป หญิงนครโส เสนีย์  
จะเลี้ยงชีพตนเองยังไม่ค่อยจะพอ

นาย อาร์. กียอง - แต่การยกเว้นญาติตรงกับชนบทธรรมเนียมของไทย

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หน้าที่อุปการะ  
เลี้ยงดูมีเฉพาะระหว่างบุพพการีและผู้สืบสันดานเท่านั้น

- นาย อาร์. กียอง -

นาย อารีเกียรติ - อุปการะเลี้ยงดู (maintenance) ต่างกับการอุ-  
หนุน (support)

ม.ร.ว. เสนีย์ - ว่าไม่ไม่ใช่คำว่า maintenance

นาย บรูเนย์ - ถ้าใช้คำว่า maintenance เราก็จะมีบทวิเคราะห์  
ไว้ในกฎหมาย

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - เป็นสิ่งที่เขาควรได้รับตามกฎหมาย

ม.จ. สกต ฯ - เป็นเรื่องที่จะต้องระวัง ควรเอาบทพิพากษาและผู้สืบสันดาน

เท่านั้น

ประธาน ฯ - กฎหมายเราใช้คำว่าอย่างไร

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ใช้คำว่าอุปการะเลี้ยงดู

นาย บรูเนย์ - ควรแก้เป็นว่า "The present section shall  
not apply to any person entitled to receive maintenance from  
the prostitute".

ที่ประชุมเห็นชอบด้วย

นาย เคือน ฯ อ่านมาตรา ๒๕๕ พร้อมกับข้อเสนอสงขลา ซึ่งเสนอ  
ว่า ควรบัญญัติให้ชัดกว่า เป็นความผิดที่กระทำด้วยความมุ่งหมายในเชิงประเวณี และข้อ  
เสนองกรมอัยการที่เสนอว่า ควรตัดคำว่า "วาจาขู่เข็ญ" ในวรรค ๒ ออก ให้คง  
เป็นว่า "หรือก่อการขู่เข็ญ"

ที่ประชุมตกลงรับข้อเสนองกรมอัยการ

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ข้อเสนอสงขลา ศาลแปลความได้

ประธาน ฯ - คำว่า "อนาจาร" ศาลเข้าใจ

ที่ประชุมตกลงไม่รับข้อเสนอสงขลา และให้น่านมาตรา ๒๕๕ ไป

นาย เคือน ฯ อ่านมาตรา ๒๕๖ พร้อมกับข้อเสนอนายเทพินท์ ที่เสนอ  
ว่า ควรแก้ไขให้เหมาะสมกับประเพณีในทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และข้อเสนอสงขลา  
ซึ่งเสนอเหมือนในมาตรา ๒๕๕ และข้อเสนอสภาปทุมธานี ซึ่งเสนอให้ตัดคำว่า  
"โดยมิใช่อำนาจกักขังหรือกักขังวาจาขู่เข็ญหรือมิใช่หมายหลอกลวงด้วยประการใด ๆ  
ก็ดี" ออกเสีย และเติมข้อความว่า "โดยบุคคลนั้นมีใคยินยอมด้วย" และข้อเสนองกรม  
อัยการซึ่งเสนอว่า "โดยมิใช่ใคอำนาจกักขังกักขังหรือกักขังวาจาขู่เข็ญหรือกักขังอุบาย  
อย่างไร ๆ"

\* ตกลงตัดคำว่า

๒๑๖

ที่ประชุมตกลงให้ผ่านข้อเสนอนายเทพโศก และข้อเสนอสถาปนิกสงฆา  
ไป

ประธาน ฯ - ข้อเสนอสถาปนิกสงฆานั้น ท่านอาจารย์กลางถนนโดยหญิง  
ยินยอมไม่เป็นฉิกหรือ

พระยาอรุณกรม ฯ - สถาปนิกสงฆานี้ต้องการแก้ไขให้เข้มแข็งขึ้น

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ถ้ายินยอมก็ไม่เป็นอนาจาร

พระยาลักษณ์ ฯ - แม้อย่างนั้นก็ยังไม่เป็นอนาจาร

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ถ้าหญิงยอมแก่ชาย จะว่าอนาจารได้อย่างไร

ประธาน ฯ - มาตรา ๒๔๖ หมายถึงการทำในที่ลับหรือไม่

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - มาตรา ๒๔๖ จะเป็นที่ลับหรือที่แจ้งไม่สำคัญ ถ้าทำต่อ

หน้าสาธารณะ อัยการฟ้องได้ตามมาตรา ๒๔๕ เข้าใจว่าที่สภาปฏิรูปข้อแก้ ความ  
หมายของศาลคงเป็นว่าอนาจาร เป็นการทำให้หญิงไม่ยินยอม

ประธาน ฯ - เข้าใจว่า คงจะขอแก้ไขเหมือนกับมาตรา ๒๔๕

นาย อารี กีบอง - คิดว่ามาตรา ๒๔๖ หญิงมีอายุสามารถป้องกันตัวได้ จึง  
ควรลงโทษเมื่อใช้กำลังหรือขู่เข็ญ

ประธาน ฯ - เพราะเหตุใดการกระทำในมาตรา ๒๔๖ ถ้าไม่ใช่อำนาจ  
ขู่เข็ญหรือทำด้วยอุบายแล้วไม่มีความผิด

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - จะกระทำโดยไม่ให้เข้าอำนาจขู่เข็ญหรือด้วยอุบายหลอ  
ลวงได้อย่างไร

พระยาอรุณกรม ฯ - หญิงอาจนอนหลับก็ได้

พระยาลักษณ์ ฯ - ถ้าไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๔๖ ก็เป็นความผิด

ตามมาตรา ๓๓๗ คือจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็เป็นอนาจารทั้งนั้น

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ถ้าถือว่าหญิงยินยอมก็เป็นอนาจาร ถ้าหญิงยินยอมมา  
ฟ้องชายต่อศาล ศาลจะลงโทษให้หรือไม่

พระยาลักษณ์ ฯ - ข้าพเจ้าไม่ได้เถียงว่าการกระทำจะเข้ามาตรา ๒๔๖  
หรือไม่ เป็นแต่เถียงว่าแม้อย่างนั้นก็ยังไม่เป็นอนาจาร

ประธาน ฯ - คำว่า "อนาจาร" ของเรากว้าง เช่นรูปภาพเราก็เรียกว่า  
อนาจาร

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ถ้าหญิงยอมให้ผู้ชายทำอนาจารในห้อง ถ้าถือว่าการ  
กระทำเช่นนี้เป็นอนาจาร มีฟ้องกันได้หรือไม่

- ประธาน ฯ -

๕.

๒๕๕๓

ประธาน ฯ - ถ้าทำกลางถนนจะว่าอย่างไร

ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ - ถ้าทำกลางถนนก็เป็นผิดตามมาตรา ๓๓๗

นาย อารี.เกียรติยศ - ควรเทียบเคียงมาตรา ๒๔๖ กับมาตรา ๒๔๓ คือ ตามมาตรา ๒๔๓ เป็นเรื่องชำเรา ส่วนมาตรา ๒๔๖ เป็นเรื่องอนาจารโทษเบา-กว่า แต่มาตราทั้งสองนี้ควรอยู่ภายใต้เงื่อนไขอันเดียวกัน

ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ - เป็นการกระทำอนาจารเหมือนกัน แต่มาถึงมาตรา ๒๔๖ ไม่ต้องใส่ เพราะเข้าใจอยู่ในตัว

นาย อารี.เกียรติยศ - ตามความเห็นของข้าพเจ้า มาตรา ๒๔๖ ควรร่างอย่างเดียวกับมาตรา ๒๔๓ เพราะเป็นการกระทำต่อหญิงซึ่งไม่ใช่ภรรยาของตนเองเหมือนกัน

ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ - ไม่จำเป็น เพราะศาลอาจแปลความได้

นาย อารี.เกียรติยศ - ถ้าเช่นนั้นทำไมจึงระบุไว้ในมาตรา ๒๔๓ ตามความเห็นของข้าพเจ้ามาตรา ๒๔๓ และมาตรา ๒๔๖ เป็นแต่หนักเบาผิดกันเท่านั้น

ม.จ.สกล ฯ - ถ้าทำต่อภรรยาที่ไม่ผิดศีลธรรม แต่ตามภาษาอังกฤษ สามเณรอาจกระทำการ indecent แถกภรรยาได้

ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ - สามเณรมีชำเราภรรยาได้โดยไม่มีผิด แต่มาตรา ๒๔๖ นี้เป็นเรื่องเบากว่า ศาลแปลความได้อยู่แล้ว เห็นว่าตัวบทเดิมก็อยู่แล้ว ไม่ควรแก้

นาย อารี.เกียรติยศ - ถ้าเช่นนั้นกระทำต่อภรรยาที่อาจเป็นอนาจารได้

พระยาอรุณกรม ฯ - ถ้าโกรธภรรยา แล้วแกล้งทำ ก็อาจเป็นอนาจารที่ประชุมให้ผ่านความเห็นของศาลปทุมธานี และตกลงรับข้อเสนอของกรม

อัยการ

พระยาอรุณกรม ฯ - หญิงนอนหลับ ชายไปจับต้องเข้าจะเป็นอย่างไร

ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ - อาจถือว่า เป็นอุบายหลอกลวงได้

นาย อารี.เกียรติยศ - อาจถือว่า เป็นความผิดหลุโทษได้ ในต่างประเทศมีการใช้กำลังอย่างเบา (light violence)

พระยาสิทธิ ฯ - ถ้าหญิงนอนหลับ ชายไปจับต้องเข้าอาจเป็นผิดฐานทำให้เสื่อมเสียความอิดีสรภาพ

ประธาน ฯ - ได้พูกกันว่า เข้าในข้ออุบาย

ม.ร.ว.เสนีย์ ฯ - ข้อนี้ยาก เติมศาลแปลว่า ถ้าไปกระทำการอย่างใด ๆ

- ก็เป็นการ -

๒๑๖

ที่ประชุมตกลงให้ผ่านข้อเสนอนายเทโโนค และข้อเสนอกาลสงขลา

ไป

ประธาน ฯ - ข้อเสนอกาลสงขลานี้ ทว่าอาจารย์กลางถนนโดยหญิง  
ยินยอมไม่เป็นผิดหรือ

พระยาอรุณกรม ฯ - ศาลปทุมธานีต้องการแก้ไขให้เข้มแข็งขึ้น

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ถ้ายินยอมก็ไม่เป็นอาจารย์

พระยาลักษณ์ ฯ - แม้นยอมก็เป็นอาจารย์

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ถ้าหญิงยอมแก่ชาย จะว่าอาจารย์ได้อย่างไร

ประธาน ฯ - มาตรา ๒๔๖ หมายถึงการทำในที่ลับหรือไม่

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - มาตรา ๒๔๖ จะเป็นที่ลับหรือที่แจ้งไม่สำคัญ ถ้าทำต่อ

หน้าธารณะกานัล อัยการฟ้องได้ตามมาตรา ๒๔๕ เข้าใจว่าที่ศาลปทุมธานีข้อแก้ ความ  
หมายของศาลคงเห็นว่าอาจารย์ เป็นการทำโดยหญิงไม่ยินยอม

ประธาน ฯ - เข้าใจว่า คงจะขอแก้ไขเหมือนกับมาตรา ๒๔๕

นาย อาร. กีบอง - คิดว่ามาตรา ๒๔๖ หญิงมีอายุสามารถป้องกันตัวได้ จึง  
ควรลงโทษต่อเมื่อใช้กำลังหรือขู่เชิญ

ประธาน ฯ - เพราะเหตุใดการกระทำในมาตรา ๒๔๖ ถ้าไม่ใช่อำนาจ  
ขู่เชิญหรือทำคำขู่ข่มขู่แล้วไม่มีความผิด

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - จะกระทำโดยไม่ให้เข้าอำนาจขู่เชิญหรือขู่ข่มขู่ข่มขู่  
ลงโทษได้อย่างไร

พระยาอรุณกรม ฯ - หญิงอาจนอนหลับก็ได้

พระยาลักษณ์ ฯ - ถ้าไม่มีความผิดตามมาตรา ๒๔๖ ก็เป็นความผิด

ตามมาตรา ๓๓๓ คือจะยินยอมหรือไม่ยินยอมก็เป็นอาจารย์ทั้งนั้น

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ถ้าถือว่าหญิงยินยอมก็เป็นอาจารย์ ถ้าหญิงยินยอมมา  
ฟ้องชายต่อศาล ศาลจะลงโทษให้หรือไม่

พระยาลักษณ์ ฯ - ข้าพเจ้าไม่ได้เถียงว่าการกระทำจะเข้ามาตรา ๒๔๖  
หรือไม่ เป็นแต่เถียงว่าแม้นยอมก็เป็นอาจารย์

ประธาน ฯ - คำว่า "อนาจาร" ของเรากว้าง เช่นรูปภาพเราก็เรียกว่า  
อนาจาร

ม.ร.ว. เสนีย์ ฯ - ถ้าหญิงยอมให้ผู้ชายทำอนาจารในห้อง ถ้าถือว่าการ  
กระทำเช่นนี้เป็นอนาจาร มีฟ้องกันได้หรือ

- ประธาน ฯ -

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นาย บดี วงศ์เจนสันต์ เกิดเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาชั้นประถมศึกษาจากโรงเรียนไพฑูริย์ศึกษา ชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสตรีวิทยา 2 และปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2557 และได้รับประกาศนียบัตรวิชาว่าความจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความแห่งประเทศไทย รุ่น 42 ในปีการศึกษา 2558 นอกจากนี้ยังสอบไล่ได้เป็นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 68 ในปีการศึกษา 2559 ปัจจุบันเป็นผู้ช่วยวิจัยผู้บริหาร คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

