

ขอบเขตของการกระทำชำเรา
การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ*
The Extent of Sexual Penetration, Sexual
Contact and Sexual Harassment

วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์[†]

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สำนักวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Wiwat Damrongkulnan

Lecturer in Criminal Law and Justice Administrative, School of Law,
Mae Fah Luang University

รับ 25 กันยายน 2561; แก้ไข 1 พฤศจิกายน 2561; ตอรับ 10 มกราคม 2562

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติ “ความผิดฐานกระทำชำเรา” “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” และ “ความผิดฐานคุกคามทางเพศ” ไว้ ทั้งนี้ มีเพียงเฉพาะความผิดฐานกระทำชำเราเท่านั้นที่ได้มีการบัญญัติขอบเขตแห่งการกระทำไว้ โดยบัญญัติไว้ในวรรคสองของมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 366/1 ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานคุกคามทางเพศนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติขอบเขตแห่งการกระทำไว้แต่อย่างใด

* บทความนี้สรุปจากโครงการวิจัยเรื่อง “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ” ของผู้เขียน ที่ได้รับเงินอุดหนุนการวิจัยจากมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

[†] น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, น.ม. (กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ในส่วนของ “ความผิดฐานกระทำชำเรา” แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะได้บัญญัติขอบเขตแห่งการกระทำไว้ แต่ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 ได้วินิจฉัยไว้เป็นนัยว่า “หญิง” ผู้กระทำไม่อาจใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเรา “หญิง” ผู้ถูกกระทำได้ ทั้งที่ในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา” ไว้โดยใช้คำว่า “ผู้กระทำ” กระทำกับ “ผู้อื่น” ไม่ได้ใช้คำว่า “ชายใด” กระทำกับ “หญิงอื่น” แต่อย่างใด และในส่วนของ “ความผิดฐานทำอนาจาร” นั้น แม้จะไม่ได้มีการบัญญัติขอบเขตแห่งการกระทำไว้ แต่ในทางปฏิบัติและทางวิชาการก็ได้เคยตีความไว้ว่า “การกระทำอนาจาร” หมายถึง ความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ” ทั้งนี้ จะต้องเป็นการกระทำ “ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ” เท่านั้น กระทั่งศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 ได้วินิจฉัยไว้ว่า การกระทำอนาจารไม่จำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำแต่อย่างใด

การที่ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของ “การกระทำชำเรา” “การกระทำอนาจาร” และ “การคุกคามทางเพศ” ผู้เขียนจึงทำการศึกษาเพื่อค้นคว้าถึงแนวความคิด พัฒนาการ องค์ประกอบความผิด ความผิดสำเร็จ ขอบเขต และตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยถึงขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ เพื่อให้การปรับใช้บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และก่อให้เกิดความเป็นธรรมสูงสุด

คำสำคัญ: ขอบเขต การกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร การคุกคามทางเพศ

Abstract

Sexual Penetration, Sexual Contact, and Sexual Harassment have been already specified by the Thai Criminal Code. The extent of the offence relating to sexuality has been only set on the Sexual Penetration under section 276, 277 and 366/1 of the Thai Criminal Code. However, there is no extent of the offence relating to sexuality on Sexual Contact and Sexual Harassment.

In the case of “Sexual Penetration”, even the Thai Criminal Code have bound the scope of action, the Supreme Court judgment No. 6323/2557 has alleged that “women” could not use their genitals to against a female victim as a Sexual Penetration offence. However, the Thai Criminal Code has defined a definition of the word “rape” by using the word “whoever” has sexual intercourse with “others person”; it does not use the word “man” has sexual intercourse with “other woman”. In the case of “Sexual Contact”, the Thai Criminal Code does not prescribe the scope of action; nevertheless, in practical and academic terms, it has been interpreted that “Sexual Contact means that the act is a

sexually inappropriate action and it needs to do with the physical body of the victim". On the other hand, according to the Supreme Court judgment No. 12983/2558 and 1201/2559, Sexual Contact is not necessary to touch the body of the victim.

According to those three Supreme Court judgments as mentioned above, there is an academic issue in term of the extent of the offence relating to sexuality (Sexual Penetration, Sexual Contact, and Sexual Harassment). Therefore, this research was conducted to study the concept, development, offence element, Supreme Court judgment and the extent of the offence relating to the sexuality of Sexual Penetration, Sexual Contact, and Sexual Harassment in order to use and comply the spirit of the law and establish the highest justice.

Keywords: extent, sexual penetration, sexual contact, sexual harassment

บทนำ

ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติ “ความผิดฐานกระทำชำเรา” ไว้ในมาตรา 276 (กระทำชำเราผู้อื่น) มาตรา 277 (กระทำชำเราเด็ก) และมาตรา 366/1 (กระทำชำเราศพ) ได้บัญญัติ “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” ไว้ในมาตรา 278 (กระทำอนาจารผู้อื่น) มาตรา 279 (กระทำอนาจารเด็ก) และมาตรา 366/2 (กระทำอนาจารศพ) และได้บัญญัติ “ความผิดฐานคุกคามทางเพศ” ไว้ในมาตรา 397 (คุกคามทางเพศผู้อื่น) ทั้งนี้ มีเพียงเฉพาะความผิดฐานกระทำชำเราเท่านั้นที่ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติขอบเขตแห่งการกระทำไว้ โดยบัญญัติไว้ในวรรคสองของมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 366/1 ส่วนความผิดฐานกระทำอนาจาร และความผิดฐานคุกคามทางเพศนั้น ไม่ได้มีการบัญญัติขอบเขตแห่งการกระทำไว้แต่อย่างใด

ในส่วนของ “ความผิดฐานกระทำชำเรา” แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะได้บัญญัติขอบเขตแห่งการกระทำไว้ โดยบัญญัติไว้มีความว่า “การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น (หรือของศพ) หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น (หรือของศพ)”¹ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ จะสังเกตเห็นว่า การกระทำชำเรานั้นมีอยู่ 2 ส่วนหลักด้วยกัน ได้แก่ ส่วนที่ 1 กระทำชำเราโดยการใช้อวัยวะเพศของ “ผู้กระทำ” กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของ “ผู้อื่น” และส่วนที่ 2 กระทำชำเราโดยการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของ “ผู้อื่น”

ถึงกระนั้นก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้เป็นนัยว่า “หญิง” ผู้กระทำไม่อาจใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเรา “หญิง” ผู้ถูกกระทำได้ การที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของการ “กระทำชำเรา” กล่าวโดยเฉพาะคือ “หญิง” ผู้กระทำสามารถใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเรา “หญิง” ผู้ถูกกระทำได้หรือไม่ เนื่องจากในปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความหมายของคำว่า “การกระทำชำเรา” ไว้โดยใช้คำว่า “ผู้กระทำ” กระทำกับ “ผู้อื่น” ไม่ได้ใช้คำว่า “ชายใด” กระทำกับ “หญิงอื่น” แต่อย่างใด

ในส่วนของ “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” นั้น แม้ประมวลกฎหมายอาญาจะได้บัญญัติขอบเขตแห่งการกระทำไว้ แต่ก็เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาตีความไว้ว่า “การกระทำอนาจาร หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ”² ทั้งนี้ จะต้องเป็นการกระทำ “ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ” เท่านั้น หากไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำ เป็นต้นว่า การกล่าวถ้อยคำ³ การ

¹ รายละเอียดโปรดดู ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 276 วรรคสอง มาตรา 277 วรรคสอง และมาตรา 366/1 วรรคสอง.

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4024/2534 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1627/2539; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2858/2540 “จำเลยเล่าเรื่องร่วมเพศลามกอนาจารให้เด็กหญิงฟังขณะพรางเด็กหญิงไปจากผู้ปกครองดูแล จำเลยไม่ผิดฐานพรางเด็กเพื่อการอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 วรรคสาม ผิดเพียงฐานพรางเด็กตามมาตรา 317 วรรคหนึ่ง เท่านั้น”. ศาลฎีกาในคดีนี้กล่าวว่า “ถ้าฟังการเล่าเรื่องลามกอนาจารยังไม่พอฟังว่าเป็นการพรางไปเพื่อการอนาจาร” จึงแสดงให้เห็นว่า “การกล่าวถ้อยคำ” นั้น ไม่ถือว่าเป็นการอนาจารนั่นเอง. รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง, 2557), น.461.

เขียนภาพ⁴ ก็ไม่เป็นการกระทำอนาจารแต่อย่างใด เพราะไม่ใช่การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำนั่นเอง

อย่างไรก็ดี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่า การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพแอบถ่ายได้กระโปรงของผู้เสียหายในระยะใกล้ชิด แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ก็ถือว่าเป็นการ “กระทำอนาจาร” ผู้เสียหายแล้ว นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 โดยศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้สอดคล้องกับศาลฎีกาในคดีแรกว่า แม้จำเลยยังไม่ได้แตะเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายที่ 1 เมื่อการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ จำเลยก็มีความผิดฐาน “กระทำอนาจาร” ผู้เสียหายที่ 1 แล้ว การที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องขอบเขตของ “การกระทำอนาจาร” และ “การคุกคามทางเพศ” กล่าวโดยเฉพาะคือ การกระทำอนาจารนั้นจำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำหรือไม่ ทั้งนี้ หากได้คำตอบว่าจำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ แล้วการกระทำของผู้กระทำที่ไม่ได้มีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำจะเป็นความผิดฐานใด ใช้ความผิดฐาน “คุกคามทางเพศ” หรือไม่ อย่างไร

ผู้เขียนจึงจัดทำการศึกษาเพื่อค้นคว้าถึงแนวความคิด พัฒนาการ องค์ประกอบความผิด ความผิดสำเร็จ ขอบเขต และตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยถึงขอบเขตของ “การกระทำชำเรา” “การกระทำอนาจาร” และ “การคุกคามทางเพศ” เพื่อให้การปรับใช้บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และก่อให้เกิดความเป็นธรรมสูงสุด

1. แนวความคิดในการกำหนดความผิดฐานกระทำชำเรา ฐานกระทำอนาจาร และฐานคุกคามทางเพศ

แนวความคิดในการกำหนดความผิด “ฐานกระทำชำเรา” “ฐานกระทำอนาจาร” และ “ฐานคุกคามทางเพศ” นั้น รองศาสตราจารย์ ดร.คนพล จันทน์หอม ได้กล่าวไว้อย่างน่าสนใจและชัดเจนในหนังสือที่ท่านเขียน สรุปความได้ว่า⁵

แรงปรารถนาทางเพศเป็นความต้องการตามธรรมชาติของมนุษย์เพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์ คนแต่ละคนมีวิธีบำบัดแรงปรารถนานั้นแตกต่างกันออกไป บางคนก็ใช้วิธีอดกลั้นหรือเก็บกด แต่บางคนก็แสดงออกมาในรูปแบบที่ต่างกัน การแสดงออกเพื่อบำบัดความปรารถนาทางเพศพอจะจำแนกออกเป็น 2 กลุ่มใหญ่ ขึ้นอยู่กับว่าจะไปเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นหรือไม่

(1) กลุ่มที่ไม่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง

⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548), น.757.

⁵ คนพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3 ลักษณะ 1 ถึงลักษณะ 9, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), น. 553-556.

การบำบัดความต้องการทางเพศกลุ่มนี้ไม่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นโดยตรง อาจเป็นการกระทำต่อตนเอง ได้แก่ การสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง หรือการเสป้อลามกอนาจาร ทั้งที่เป็นเรื่องราวภาพ หรือเสียง หรืออาจกระทำต่อสิ่งอื่น ๆ ก็ได้ เช่น การกระทำชำเราสัตว์ (bestiality) หรือแม้กระทั่ง “การกระทำชำเราศพ” ในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐาน “กระทำชำเราศพ” และความผิดฐาน “กระทำอนาจารศพ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/1 และมาตรา 366/2 แล้วแต่กรณี

(2) กลุ่มที่มีบุคคลอื่นมาเกี่ยวข้อง

การบำบัดความต้องการทางเพศกลุ่มนี้มีความรุนแรงกว่าการกระทำในกลุ่มแรก เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น โดยหลักสากล ถ้าจะประกอบกิจกรรมเกี่ยวกับเพศซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้อื่น ผู้นั้นต้องยินยอมหรือสมัครใจให้กระทำการนั้น หากไม่แล้วจะถือเป็นการใช้ความรุนแรงในทางเพศหรือเป็นการประทุษร้ายทางเพศได้ ซึ่งผู้จะให้ความยินยอมได้ต้องมีความสามารถให้ความยินยอมตามกฎหมายได้ด้วย

การกระทำทางเพศกลุ่มที่ 2 นี้สามารถจำแนกออกเป็น 2 กลุ่มย่อย ได้แก่

(2.1) กลุ่มที่ไม่มีการสัมผัสกับต้องบุคคลอื่น (non-contact)

การกระทำในกลุ่มนี้เริ่มต้นตั้งแต่การแสดงออกอันไม่สมควรหรือลามก “การคุกคามทางเพศที่กระทำโดยกิริยาท่าทางหรือโดยวาจา (sexual harassment)” การทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ (sexual humiliation) การถ่มอง (voyeurism) ทั้งที่เป็นการแอบดูด้วยตาหรืออัดภาพหรือเสียงไว้ (video voyeurism) การเฝ้าติดตาม (stalking) และที่ร้ายแรงเป็นพิเศษคือการบังคับให้ผู้อื่นเปิดเผยของสงวน หรือประกอบกิจกรรมทางเพศทั้งต่อตัวเองหรือบุคคลที่สามให้ดูหรือถ่ายภาพเก็บไว้ ในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐาน “คุกคามทางเพศผู้อื่น” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397

(2.2) กลุ่มที่มีการสัมผัสกับต้องบุคคลอื่น

การสัมผัสกับต้องผู้อื่นโดยไม่ยินยอมนั้นเป็นการทำลายเสรีภาพทางเพศ (sexual autonomy) ของบุคคลชั้นร้ายแรง และถือว่าเป็นการประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) โดยแท้จริง จำแนกออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่

(ก) การสัมผัสจับต้องร่างกาย (contact)

การสัมผัสจับต้องร่างกาย ไม่ว่าส่วนของร่างกายนั้นจะไวต่อความรู้สึกทางเพศหรือไม่ก็ตาม เช่น จับแขน จับขา หอมคอ จับปาก หอมแก้ม เคลื่อนนม จับอวัยวะเพศ ถ้าได้กระทำเพื่อสนองความต้องการทางเพศแล้วย่อมเป็นการประทุษร้ายทางเพศทั้งสิ้น ในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐาน “กระทำอนาจารผู้อื่นและเด็ก” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 279 แล้วแต่กรณี

(ข) การล้วงล้ำเข้าไปในร่างกาย (penetration)

การล้วงล้ำเข้าไปในร่างกายเป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นรุนแรงที่สุด ในความคิดดั้งเดิม หมายความว่าเฉพาะการที่อวัยวะเพศชายล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ต่อมาเห็นกันว่า การล้วงล้ำนั้น ควรกำหนดให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น การที่อวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือการนำสิ่งอื่นล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของอีกฝ่ายหนึ่ง ก็เป็นการล้วงล้ำทั้งสิ้น ทั้งนี้ โดยไม่จำกัดว่าผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศใด ในส่วนนี้คือแนวความคิดในการกำหนดความผิดฐาน “กระทำชำเราผู้อื่นและเด็ก” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 แล้วแต่กรณี

2. พัฒนาการของความผิดฐานกระทำชำเรา ฐานกระทำอนาจาร และ ฐานคุกคามทางเพศ

นับแต่ประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเฉพาะในส่วนของ “ความผิดฐานกระทำชำเรา” “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” และ “ความผิดฐานคุกคามทางเพศ” อยู่หลายครั้ง ผู้เขียนขอสรุปภาพรวมโดยเรียงลำดับจากช่วงเวลาตามปีปฏิทินที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม และจะขอกล่าวถึงรายละเอียดเฉพาะในส่วนที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหญ่เท่านั้น รายละเอียดดังนี้

2.1 พัฒนาการของความผิดฐานกระทำชำเรา

“ความผิดฐานกระทำชำเรา” ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายครั้ง แต่โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรายละเอียดเล็ก ๆ น้อย ๆ เท่านั้น ในส่วนที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหญ่นั้นมีอยู่เพียง 2 ครั้ง ครั้งที่ 1 คือการ “แก้ไขเพิ่มเติม” มาตรา 276 และมาตรา 277 ในปี พ.ศ. 2550 และครั้งที่ 2 คือการ “เพิ่ม” มาตรา 366/1 เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2558

(1) วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 เริ่มมีผลใช้บังคับ⁶

⁶ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, มาตรา 3.

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของศพ”

(7) วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 277 เล็กน้อย¹²

(8) วันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 เล็กน้อย¹³

2.2 พัฒนาการของความผิดฐานกระทำอนาจาร

“ความผิดฐานกระทำอนาจาร” ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายครั้ง ในส่วนที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหญ่นั้นมีอยู่เพียง 1 ครั้ง คือการ “เพิ่ม” มาตรา 366/2 เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญาในปี พ.ศ. 2558

(1) วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 และมาตรา 279 เริ่มมีผลใช้บังคับ¹⁴

มาตรา 278 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบสามปีโดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ...”

มาตรา 279 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...”

(2) วันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 278 และมาตรา 279 เล็กน้อย¹⁵

(3) วันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2530 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 278 และมาตรา 279 เล็กน้อย¹⁶

(4) วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 ได้มีการเพิ่มมาตรา 366/2 เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญา¹⁷

มาตรา 366/2 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษ...”

(5) วันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 278 และมาตรา 279 เล็กน้อย¹⁸

¹² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2558, มาตรา 3.

¹³ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560, มาตรา 13.

¹⁴ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, มาตรา 3.

¹⁵ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514, ข้อ 9.

¹⁶ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530, มาตรา 4.

¹⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558, มาตรา 5.

¹⁸ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560, มาตรา 11.

2.3 พัฒนาการของความผิดฐานคุกคามทางเพศ

สุดท้าย “ความผิดฐานคุกคามทางเพศ” ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่เพียง 1 ครั้ง แต่ก็เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหญ่ซึ่งก็คือการ “แก้ไขเพิ่มเติม” ในปี พ.ศ. 2558

(1) วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 เริ่มมีผลใช้บังคับ¹⁹

มาตรา 397 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษ...”

(2) วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 397 ครั้งใหญ่²⁰

มาตรา 397 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษ...

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำความผิดอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษ...”

3. องค์ประกอบความผิดของความผิดฐานกระทำชำเรา ฐานกระทำอนาจาร และฐานคุกคามทางเพศ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 มาตรา 279 มาตรา 366/1 มาตรา 366/2 และมาตรา 397 แล้ว สามารถจำแนกองค์ประกอบความผิดของความผิด “ฐานกระทำชำเรา” “ฐานกระทำอนาจาร” และ “ฐานคุกคามทางเพศ” ได้ดังนี้

¹⁹ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499, มาตรา 3.

²⁰ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558, มาตรา 8.

3.1 องค์ประกอบความผิดของความผิดฐานกระทำชำเรา

(1) มาตรา 276 วรรคหนึ่ง (กระทำชำเราผู้อื่น)

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) ข่มขืนกระทำชำเรา
 - (ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ
 - (ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - (ค) โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
 - (ง) โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น
- (3) ผู้อื่น

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนาธรรมดา
- (2) เจตนาพิเศษ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ

(2) มาตรา 277 วรรคหนึ่ง (กระทำชำเราเด็ก)

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) กระทำชำเรา โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม
- (3) เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีไข้ภริยาหรือสามีของตน

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนาธรรมดา
- (2) เจตนาพิเศษ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ

(3) มาตรา 366/1 วรรคหนึ่ง (กระทำชำเราศพ)

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) กระทำชำเรา
- (3) ศพ

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนาธรรมดา
- (2) เจตนาพิเศษ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ



3.2 องค์ประกอบความผิดของความผิดฐานกระทำอนาจาร

(1) มาตรา 278 (กระทำอนาจารผู้อื่น)

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) กระทำอนาจาร
 - (ก) โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ
 - (ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย
 - (ค) โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ
 - (ง) โดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น
- (3) แก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี

องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา

(2) มาตรา 279 วรรคหนึ่ง (กระทำอนาจารเด็ก)

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) กระทำอนาจาร โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม
- (3) แก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี

องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา

(3) มาตรา 366/2 (กระทำอนาจารศพ)

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) กระทำอนาจาร
- (3) แก่ศพ

องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา

3.3 องค์ประกอบความผิดของความผิดฐานคุกคามทางเพศ

มาตรา 397 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง (คุกคามทางเพศผู้อื่น)

วรรคหนึ่ง

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการ
 - (ก) รังแก
 - (ข) ช่มเหง
 - (ค) คุกคาม
 - (ง) กระทำให้ได้รับความอับอาย หรือ
 - (จ) กระทำให้ได้รับเดือดร้อนรำคาญ
- (3) ต่อผู้อื่น

องค์ประกอบภายใน

เจตนาธรรมดา

วรรคสอง

เหตุฉกรรจ์ของวรรคหนึ่ง

การกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ

4. ความผิดสำเร็จของความผิดฐานกระทำชำเรา ฐานกระทำอนาจาร และฐานคุกคามทางเพศ

4.1 ความผิดสำเร็จของความผิดฐานกระทำชำเรา

ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 และมาตรา 277 ในปี พ.ศ. 2550²¹ ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า การกระทำชำเราจะเป็น “ความผิดสำเร็จ” ต่อเมื่อชายผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน “ล่วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำ แม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อย ไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปทั้งหมด²² แม้เยื่อพรหมจารีของหญิงยังไม่ขาด และแม้ชายยังไม่สำเร็จความใคร่โดยน้ำอสุจียัง

²¹ รายละเอียดโปรดดู พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550. ในขณะนั้น ยังไม่ได้มีการบัญญัติให้ “การกระทำชำเราศพ” เป็นความผิดอาญาดังเช่นมาตรา 366/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน.

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491.

ไม่เคลื่อนไหว (หลัง) ก็ตาม²³ ตรงกันข้าม หากอวัยวะเพศของชายเพียงแต่ “ถูไถ” อยู่ที่ปากอวัยวะเพศด้านนอกของหญิง²⁴ ยังไม่ทันได้ล้วงล้ำเข้าไปเลย แม้ทำให้เยื่อพรหมจารีของหญิงขาด และแม้ชายสำเร็จความใคร่โดยน้ำอสุจิเคลื่อนแล้ว ก็เป็นเพียงแค่การ “พยายาม” กระทำชำเราเท่านั้น²⁵

แต่ภายหลังจากที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 และมาตรา 277 แล้ว วรรคสองของทั้ง 2 มาตราดังกล่าว ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “...โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับ...หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ...” ไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า “...โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำ...หรือการใช้สิ่งอื่นใดล้วงล้ำ...” ทำให้เกิดประเด็นปัญหาตามมาว่า การกระทำชำเราจะเป็น “ความผิดสำเร็จ” ต่อเมื่อมีการ “กระทำกับ” หรือต่อเมื่อมีการ “ล้วงล้ำ” ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้แสดงความเห็นไว้อย่างน่าสนใจว่า การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องมีการ “ล้วงล้ำ” ก็เป็นความผิดสำเร็จได้ เพราะวรรคสองของมาตรา 276 และมาตรา 277 ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “...กระทำกับ...” ไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า “...ล้วงล้ำ...” ดังนั้น หากผู้กระทำซึ่งเป็นชายใช้อวัยวะเพศของตน “ถูไถ” อยู่ที่ปากอวัยวะเพศด้านนอกของผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นหญิง แม้ยังไม่ทันได้ล้วงล้ำเข้าไปเลย ก็เป็นการกระทำชำเราอันเป็น “ความผิดสำเร็จ” ทันที เพราะเป็นการ “...ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ...ของผู้อื่น...” แล้ว²⁶

อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาก็ยังคงวินิจฉัยตามแนวบรรทัดฐานเดิมปรับเข้ากับกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่²⁷ กล่าวคือ วินิจฉัยว่าการกระทำชำเราจะเป็น “ความผิดสำเร็จ” ต่อเมื่อมีการ “ล้วงล้ำ” เกิดขึ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ชายผู้กระทำ “ใช้” อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำ หรือกรณีที่หญิงผู้กระทำ “ให้” อวัยวะเพศของตนถูกล้วงล้ำ หรือกรณีที่ผู้กระทำ “ใช้” สิ่งอื่นใดล้วงล้ำ หรือกรณีที่ผู้กระทำ “ให้” สิ่งอื่นใดถูกล้วงล้ำ²⁸

สำหรับประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกระทำชำเราจะเป็น “ความผิดสำเร็จ” ต่อเมื่อมีการ “ล้วงล้ำ” เกิดขึ้น ด้วยเหตุผลหลัก 2 ประการดังนี้

ประการที่หนึ่ง หากตีความคำว่า “กระทำชำเรา” โดยไม่พิจารณาถึงการ “ล้วงล้ำ” ได้เข้ามาประกอบด้วยแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลที่ไม่ควรจะเป็นขึ้นได้ เป็นต้นว่า ผู้กระทำเพียงแต่ใช้ “สิ่งอื่นใด” นอกจาก

²³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532.

²⁴ โดยชายมี “เจตนา” ใช้อวัยวะเพศของตน “ล้วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงด้วย เพราะหากชายไม่มีเจตนาเช่นนั้นแล้ว การที่ชายใช้อวัยวะเพศของตน “ถูไถ” อยู่ที่ปากอวัยวะเพศด้านนอกของหญิง ชายก็มีความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารเท่านั้น ไม่มีความผิดฐานกระทำชำเรา หรือพยายามกระทำชำเราแต่อย่างใด. อนึ่ง “กระทำอนาจาร” ตามความในมาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 366/2 นั้น หมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ. รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู หุตุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.170. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10328/2546; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 473/2547.

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1706/2498; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4166/2547.

²⁶ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.437.

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557.

²⁸ วิวรรณ ดำรงคุลนันท์ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 (กระทำชำเราโดยการใช้อวัยวะเพศ), *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 45 น.880-881 (กันยายน 2559).

อวัยวะเพศของตน เช่น ใช้มือ ใช้เท้า ใช้แสงควา หรือใช้มะเขือยาว ฯลฯ “แต่ต้อง” หรือ “สัมผัส” กับ อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำซึ่งเป็นชาย เมื่อได้กระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของตน แล้ว²⁹ ก็จะเป็นการ “กระทำชำเรา” อันเป็น “ความผิดสำเร็จ” ไปเสียทั้งหมด³⁰ ซึ่งไม่น่าจะใช่เจตนารมณ์ที่แท้จริงของการ “กระทำชำเรา” ตามที่ได้รับการบัญญัติความหมายไว้ในวรรคสองของมาตรา 276 และ มาตรา 277 (รวมถึงมาตรา 366/1 ด้วย)³¹

ประการที่สอง หากตีความคำว่า “กระทำชำเรา” โดยไม่พิจารณาถึงการ “ล่วงล้ำ” ได้เข้ามา ประกอบด้วยแล้ว เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์ (economic analysis of law) ในส่วนของ แนวคิดการยับยั้งส่วนเพิ่ม (marginal deterrence)³² ที่พิจารณาถึงต้นทุน (expected costs) และผลประโยชน์คาดหวัง (expected benefits)³³ ของผู้กระทำ ก็พบว่า ไม่เป็นการสร้างการยับยั้งส่วนเพิ่มแก่ผู้กระทำ กล่าวโดยขยายความคือ มาตรา 278 ประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดอัตราโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วน มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดอัตราโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 4 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 80,000 บาท ถึง 400,000 บาท หากตีความคำว่า “กระทำชำเรา” ต้องมีการ “ล่วงล้ำ” ผู้กระทำซึ่งได้กระทำการที่ไม่สมควรในทางเพศแต่การกระทำยังไม่ถึงขั้น “ล่วงล้ำ” (และผู้กระทำ “ไม่มีเจตนา” ที่จะล่วงล้ำด้วย) ก็จะมี ความผิดฐานกระทำความผิดตามมาตรา 278³⁴ ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี จะถูกยับยั้งจากอัตราโทษ จำคุก 20 ปี ในความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 276 และถูกยับยั้งไม่ให้สร้างความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไป โดยการ “ล่วงล้ำ” อันจะเป็นการคุ้มครองตัวผู้ถูกระทำเอง ตรงกันข้าม หากตีความคำว่า “กระทำชำเรา”

²⁹ การ “กระทำชำเรา” จะต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” ด้วย มิใช่การกระทำเพื่อความสนุกสนาน เพื่อทำร้ายร่างกาย หรือเพื่อรักษาโรค. รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 447.

³⁰ ความเห็นของผู้เขียนดังกล่าวนี้สอดคล้องกับความเห็นของศาลฎีกาที่ได้แสดงไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 ใจความว่า “การกระทำชำเราไม่ว่าเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ก็ยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะ หรือสิ่งอื่นใดให้ “ล่วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด”

³¹ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 28*, น.882.

³² “การยับยั้งส่วนเพิ่ม” หมายถึง สถานการณ์ที่ผู้กระทำความผิดแล้วถูกยับยั้งมิให้กระทำความผิดอื่นเพิ่มเติม เพราะผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าจะมีต้นทุนเพิ่มขึ้นหากตนกระทำความผิดอื่นเพิ่มเติม ตรงกันข้าม หากเกิดสถานการณ์ที่ไม่มีการยับยั้งส่วนเพิ่ม ผู้กระทำความผิดแล้วจะรู้สึกว่าการกระทำความผิดอื่นเพิ่มเติมจะไม่มีต้นทุนเพิ่มขึ้น และมีแต่ประโยชน์ที่จะได้จากการกระทำความผิดอื่นเพิ่มเติม เมื่อนั้นกฎหมายก็ไม่อาจยับยั้งผู้กระทำความผิดในการกระทำความผิดอื่นได้. รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาขั้นสูง*, (กรุงเทพ: วิญญูชน, 2559), น.95.

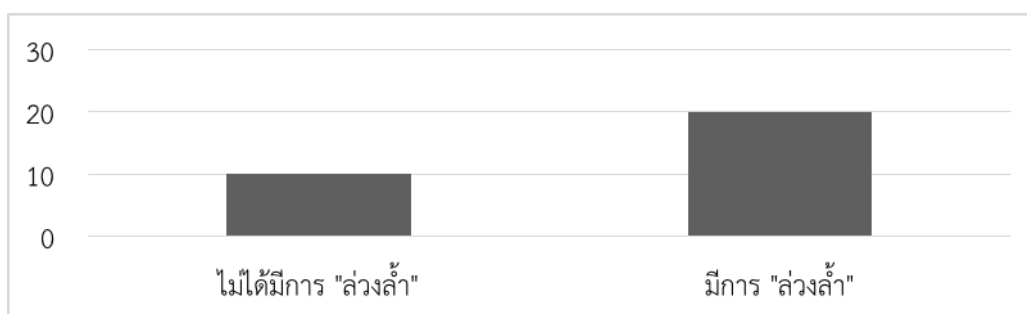
³³ “ต้นทุนคาดหวัง” ประกอบไปด้วย ขนาดของบทลงโทษ (magnitude of punishment) และโอกาสในการถูกจับกุม (probability of apprehension) ส่วน “ผลประโยชน์คาดหวัง” หมายถึง ประโยชน์ที่ผู้กระทำคาดว่าจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญา. รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู เท็งอ้วง, น.79-80. ปกป้อง จันวิทย์, *การวิเคราะห์กฎหมายด้วยหลักเศรษฐศาสตร์: แนวคิดและวรรณกรรมปริทัศน์*, (กรุงเทพ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย และสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554), น.19.

³⁴ หากผู้กระทำซึ่งได้กระทำการที่ไม่สมควรในทางเพศแต่การกระทำยังไม่ถึงขั้น “ล่วงล้ำ” และผู้กระทำ “มีเจตนา” ที่จะล่วงล้ำ ก็จะมี ความผิดฐานพยายามกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ประกอบกับมาตรา 80 แทน

ไม่จำเป็นต้องมีการ “ล้วงล้ำ” ก็จะไม่มีการสร้างการยับยั้งส่วนเพิ่มแก่ผู้กระทำ เนื่องจากผู้กระทำมีแนวโน้มที่จะสร้างความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไปโดยการ “ล้วงล้ำ” เพราะผู้กระทำไม่มีต้นทุนใด ๆ เพิ่มขึ้นหากตนได้กระทำเช่นนั้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะกลายเป็นผลร้ายต่อตัวผู้ถูกกระทำเอง³⁵

แผนภาพแสดงต้นทุนของผู้กระทำในกรณีตีความคำว่า “กระทำซ้ำเรา” ต้องมีการ “ล้วงล้ำ”³⁶

อัตราโทษจำคุก (ปี)

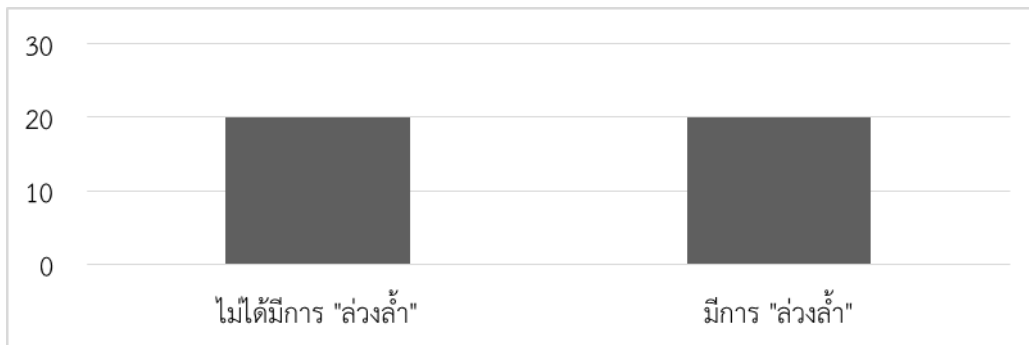


³⁵ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ปกป้อง ศรีสันท, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่* , น.103-104 และดู วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (กระทำอนาจารโดยการแอบถ่าย),” *วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, ฉบับที่ 2, ปีที่ 35 น.213-214 (กันยายน 2560).

³⁶ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ปกป้อง ศรีสันท, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่* 33, น.103 และดู เพ็งอ้าว, น.214.

แผนภาพแสดงต้นทุนของผู้กระทำในกรณีตีความคำว่า “กระทำชำเรา” ไม่จำเป็นต้องมีการ “ล่วงล้ำ”³⁷

อัตราโทษจำคุก (ปี)



ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การกระทำชำเราจะเป็น “ความผิดสำเร็จ” ต่อเมื่อมีการ “ล่วงล้ำ” เกิดขึ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ชายผู้กระทำ “ใช้” อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำ หรือกรณีที่หญิงผู้กระทำ “ให้” อวัยวะเพศของตนถูกล่วงล้ำ หรือกรณีที่ผู้กระทำ “ใช้” สิ่งอื่นใดล่วงล้ำ หรือกรณีที่ผู้กระทำ “ให้” สิ่งอื่นใดถูกล่วงล้ำ

4.2 ความผิดสำเร็จของความผิดฐานกระทำอนาจาร

“กระทำอนาจาร” เป็นคำที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 366/2 แม้คำว่า “กระทำอนาจาร” จะเป็นคำที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา แต่คำคำนี้ก็ไม่ได้ได้รับการบัญญัติความหมายไว้แต่อย่างใด แตกต่างไปจากคำว่า “กระทำชำเรา” ที่ได้รับการบัญญัติความหมายไว้อย่างชัดเจนในวรรคสองของมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 366/1

แต่เดิม ศาลฎีกาได้เคยตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ไว้ว่า “การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ”³⁸ ทั้งนี้ จะต้องเป็นการกระทำ “ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ” เท่านั้น หากไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เช่น การกล่าวถ้อยคำ การเขียนภาพ³⁹ ก็ไม่เป็นการกระทำอนาจารแต่อย่างใด เพราะไม่ใช่ การกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำนั่นเอง อย่างไรก็ตามก็ดี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่า การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพแอบถ่ายได้กระโปรงของผู้เสียหายในระยะใกล้ชิด แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ก็ถือว่าเป็นการ “กระทำอนาจาร” ผู้เสียหายแล้ว นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 โดยศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้สอดคล้องกับศาลฎีกาในคดีแรกว่า แม้จำเลยยังไม่ได้แตะเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายที่ 1 เมื่อการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ จำเลยก็มีความผิดฐาน “กระทำอนาจาร” ผู้เสียหายที่ 1 แล้ว

³⁷ รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น.104 และดู เพิ่งอ้าง, น.215.

³⁸ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2.

³⁹ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3.

เหตุที่ผู้เขียนกล่าวถึงการตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ในหัวข้อนี้ เนื่องจากจะส่งผลต่อการวินิจฉัย “ความผิดสำเร็จ” ของการกระทำอนาจาร กล่าวโดยขยายความคือ หากตีความว่าการกระทำอนาจาร “จำเป็น” ต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ ผู้กระทำจะมีความผิดฐานกระทำอนาจาร “สำเร็จ” ต่อเมื่อมีการ “สัมผัส” หรือ “แตะต้อง” เนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำในทางที่ไม่สมควรในทางเพศ ตรงกันข้าม หากตีความว่าการกระทำอนาจาร “ไม่จำเป็น” ต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำแต่อย่างใด ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจาร “สำเร็จ” ทันทีที่กระทำในทางไม่สมควรในทางเพศ แม้ว่าผู้กระทำจะไม่ได้ “สัมผัส” หรือ “แตะต้อง” เนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเลยก็ตาม ตัวอย่างในกรณีนี้ เป็นต้นว่า การถ่มองผู้ถูกระทำ การใช้สายตาลวนลามผู้ถูกระทำ การทำสัญญาณหรือสัญลักษณ์ที่สื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ต่อผู้ถูกระทำ การกระทำเหล่านี้ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานกระทำอนาจาร “สำเร็จ” ทันที แม้ว่าผู้กระทำจะไม่ได้ “สัมผัส” หรือ “แตะต้อง” เนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำเลยก็ตาม

สำหรับประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ว่า “จำเป็น” ต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เนื่องจากเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์ในส่วนของแนวคิดการยับยั้งส่วนเพิ่ม⁴⁰ ที่พิจารณาถึงต้นทุนคาดการณ์ และผลประโยชน์คาดการณ์⁴¹ ของผู้กระทำ ก็พบว่าเป็นการสร้างการยับยั้งส่วนเพิ่มแก่ผู้กระทำ กล่าวโดยขยายความคือ มาตรา 278 กำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หากตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ ผู้กระทำซึ่งได้กระทำการที่ไม่สมควรในทางเพศแต่การกระทำยังไม่ถึงขั้นสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำจะถูกยับยั้งจากโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี ในความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และถูกยับยั้งไม่ให้สร้างความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไปโดยการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ อันจะเป็นการคุ้มครองตัวผู้ถูกระทำเอง ตรงกันข้าม หากตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ ก็จะไม่มีการสร้างการยับยั้งส่วนเพิ่มแก่ผู้กระทำ เนื่องจากผู้กระทำมีแนวโน้มที่จะสร้างความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไปโดยการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เพราะผู้กระทำไม่มีต้นทุนใด ๆ เพิ่มขึ้นหากตนได้กระทำเช่นนั้นจะกลายเป็นผลร้ายต่อตัวผู้ถูกระทำเอง⁴²

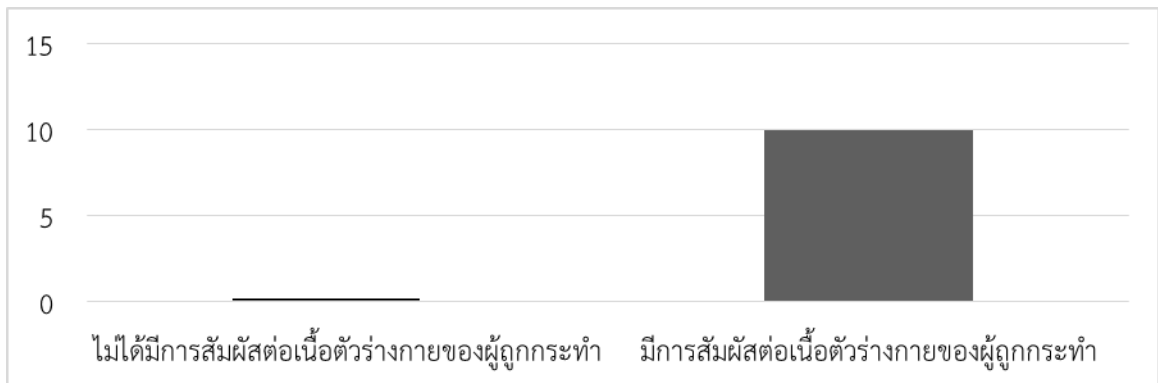
⁴⁰ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33.

⁴¹ ปกป้อง จันวิทย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 34.

⁴² ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น.103-104; วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น.213-214.

แผนภาพแสดงต้นทุนของผู้กระทำในกรณีตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ⁴³

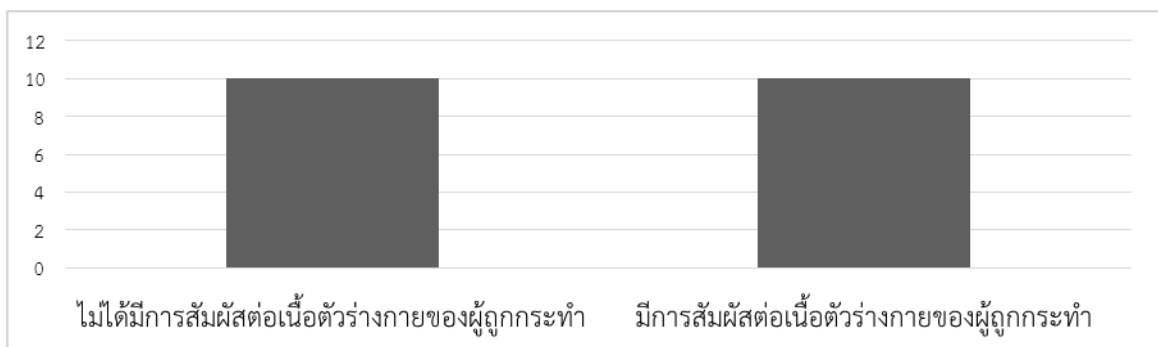
อัตราโทษจำคุก (ปี)



หากตีความตามความเห็นนี้แล้ว ผู้กระทำซึ่งได้กระทำการที่ไม่สมควรในทางเพศแต่การกระทำยังไม่ถึงขั้นสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำก็จะมีฐานความผิดฐานคุกคามทางเพศตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 วรรคสอง ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน จะถูกยับยั้งจากโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี ในความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278

แผนภาพแสดงต้นทุนของผู้กระทำในกรณีตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ⁴⁴

อัตราโทษจำคุก (ปี)



ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่า “ความผิดสำเร็จ” ของการ “กระทำอนาจาร” นั้น คือการที่ผู้กระทำได้มีการ “สัมผัส” หรือ “แตะต้อง” เนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำในทางที่ไม่สมควรในทางเพศนั่นเอง

⁴³ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น.103; วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น.214.

⁴⁴ ปกป้อง ศรีสนิท, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 33, น.103; วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น.215.

4.3 ความผิดสำเร็จของความผิดฐานคุกคามทางเพศ

เดิม (ก่อนวันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558) ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติ “ความผิดฐานคุกคามทางเพศ” ไว้โดยชัดแจ้งอย่างเช่นในปัจจุบัน ฉะนั้น การที่จะวินิจฉัยว่าการคุกคามทางเพศจะเป็น “ความผิดสำเร็จ” เมื่อใดนั้นจึงต้องพิจารณา “ความหมาย” ของคำว่า “คุกคามทางเพศ” ประกอบด้วย

เมื่อผู้เขียนพิจารณาความหมายจากพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 แล้ว พบว่า คำว่า “คุกคามทางเพศ” หมายถึง “การแสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัวในทางเพศ หรือการทำให้หวาดกลัวในทางเพศ”⁴⁵ เมื่อถือตามความหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า “การคุกคามทางเพศ” ย่อมเป็น “ความผิดสำเร็จ” เมื่อผู้กระทำได้ “ทำให้เกิดความหวาดกลัวในทางเพศ” ต่อผู้ถูกระทำ ทั้งนี้ ไม่ว่าการทำให้เกิดความหวาดกลัวในทางเพศนั้น ผู้กระทำจะได้มีการสัมผัสหรือไม่ได้มีการสัมผัสต่อเนื่องต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำก็ตาม ตัวอย่างของการทำให้เกิดความหวาดกลัวในทางเพศโดยผู้กระทำได้มีการสัมผัสต่อเนื่องต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เช่น การที่ผู้กระทำจับก้น จับนม หรือหอมแก้มผู้ถูกระทำ เป็นต้น ส่วนตัวอย่างของการทำให้เกิดความหวาดกลัวในทางเพศโดยผู้กระทำไม่ได้มีการสัมผัสต่อเนื่องต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำนั้น เช่น การที่ผู้กระทำแอบมองผู้ถูกระทำในขณะที่เข้าห้องน้ำ การที่ผู้กระทำใช้สายตาลวนลามผู้ถูกระทำ การที่ผู้กระทำทำสัญญาหรือสัญลักษณ์ที่สื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ต่อผู้ถูกระทำ เป็นต้น

5. ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ

เมื่อพิจารณานิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ตามที่ปรากฏอยู่ในวรรคสองของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 366/1 กอปรกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกา นิยามของคำว่า “การกระทำอนาจาร” ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและแนวความเห็นทางวิชาการ และนิยามของคำว่า “การคุกคามทางเพศ” ตามที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ประกอบกันแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศนั้น ควรมี “ขอบเขต” ของการกระทำดังนี้

5.1 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

(1) ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ + (2) ต้องมีการสัมผัสต่อเนื่องต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ และ + (3) ต้องมีการล่วงล้ำ/สอดใส่ทางอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากแล้วแต่กรณี ของผู้ถูกระทำ (sexual penetration)

⁴⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์, 2556), น.262, 847.

5.2 ขอบเขตของการกระทำอนาจาร

(1) ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ และ + (2) ต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ (sexual contact)

5.3 ขอบเขตของการคุกคามทางเพศ

(1) ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ และ + (2) มีการ/ไม่มีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ (sexual harassment)

ทั้งนี้ รายละเอียด “ขอบเขต” ของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศนั้น ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไปในหัวข้อที่ 8 เรื่อง “ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยถึงขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ”

6. จุดแบ่งระหว่าง “พยายามกระทำอนาจาร” กับ “คุกคามทางเพศสำเร็จ”

สำหรับจุดแบ่งระหว่าง “พยายามกระทำอนาจาร” กับ “คุกคามทางเพศสำเร็จ” นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรตั้งต้นโดยเริ่มจากการวิเคราะห์เรื่อง “การกระทำความผิดที่ผิดต่อกฎหมายหลายบท” ว่า “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” นั้น เป็น “บทเฉพาะ” หรือเป็น “บทฉกรรจ์” หรือเป็น “บทหนัก” ของ “ความผิดฐานคุกคามทางเพศ” เพราะจะมีผลต่อการปรับบทในเรื่องนี้⁴⁶

เมื่อผู้เขียนวิเคราะห์แล้วพบว่า “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” นั้น ไม่ใช่ “บทเฉพาะ” และไม่ใช่ “บทฉกรรจ์” หากแต่เป็น “บทหนัก” ของ “ความผิดฐานคุกคามทางเพศ” เหตุที่ไม่ใช่ “บทเฉพาะ” เนื่องจากการเป็น “บทเฉพาะ” นั้นจะต้องเป็นกรณีที่ถูกบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงสำหรับการกระทำความผิดในบางเรื่องบางกรณี เช่น การแจ้งความเท็จเกี่ยวกับคดีอาญาเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 ซึ่งเป็น “บททั่วไป” ในขณะที่เดียวกันก็เป็นความผิดตามมาตรา 172 ซึ่งเป็น “บทเฉพาะ” ด้วย เพราะเป็นบทบัญญัติที่ได้กำหนดความผิดในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะเจาะจง⁴⁷ แต่ “ความผิดฐานกระทำอนาจาร” นั้นไม่ใช่บทบัญญัติที่ได้กำหนดความผิดเรื่อง “คุกคามทางเพศ” ไว้โดยเฉพาะเจาะจง ก่อปรกับมาตรา 397 วรรคสอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดความผิดฐานคุกคามทางเพศไว้ก็ไม่ได้กำหนดไว้แต่เพียงเฉพาะความผิดฐานคุกคามทางเพศอย่างเดียวเท่านั้น ยังได้กำหนดความผิดฐานรังแกผู้อื่นในที่

⁴⁶ “การกระทำความผิดที่ผิดต่อกฎหมายหลายบท” มีได้ 3 กรณีดังนี้

- (1) การกระทำความผิดที่ผิดต่อกฎหมายหลายบท โดยบทหนึ่งเป็น “บทเฉพาะ” อีกบทหนึ่งเป็น “บททั่วไป”
- (2) การกระทำความผิดที่ผิดต่อกฎหมายหลายบท โดยบทหนึ่งเป็น “บทฉกรรจ์” อีกบทหนึ่งเป็น “บทธรรมดา” และ
- (3) การกระทำความผิดที่ผิดต่อกฎหมายหลายบท โดยบทหนึ่งเป็น “บทหนัก” อีกบทหนึ่งเป็น “บทเบา” รายละเอียด

เพิ่มเติมโปรดดู เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.18-37.

⁴⁷ เพิ่งอ้าง, น.18.

สาธารณสถาน ความผิดฐานข่มเหงผู้อื่นในที่สาธารณสถาน ความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญต่อหน้าธารกำนัล ฯลฯ ไว้อีกด้วย

ส่วนเหตุที่ไม่ใช่ “บทฉกรรจ์” นั้น เนื่องจากการเป็น “บทฉกรรจ์” จะต้องเป็นกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นเหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้นโดยการลำดับการลงโทษไว้เป็นชั้น ๆ ไปตามลักษณะฉกรรจ์⁴⁸ เช่น การฆ่าผู้อื่นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 หากเป็นการฆ่าบุพการีก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 289 (1) เช่นนี้ถือว่ามาตรา 288 เป็น “บทธรรมดา” ส่วนมาตรา 289 (1) เป็น “บทฉกรรจ์”⁴⁹ ซึ่ง “ความผิดฐานกระทำความอานาจาร” นั้นไม่ใช่กรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นเหตุที่ต้องรับโทษหนักขึ้นโดยการลำดับการลงโทษไว้เป็นชั้น ๆ ไปตามลักษณะฉกรรจ์ของ “ความผิดฐานคุกคามทางเพศ” แต่อย่างใด

“การกระทำความผิดที่ผิดต่อกฎหมายหลายบท” นั้น หากความผิดหลายบทนั้นไม่ใช่กรณี “บทเฉพาะ” กับ “บททั่วไป” และไม่ใช่กรณี “บทฉกรรจ์” กับ “บทธรรมดา” ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ความผิดหลายบทนั้นก็จะเป็นเรื่องของ “บทหนัก” กับ “บทเบา” ซึ่งจะต้องนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 มาปรับใช้ โดยการลงโทษตาม “บทหนัก”⁵⁰ ด้วยเหตุนี้ “พยายามกระทำความอานาจาร” กับ “คุกคามทางเพศสำเร็จ” จึงไม่มีจุดแบ่งระหว่างกัน หากผู้กระทำ มีเจตนาที่จะสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำในลักษณะที่ไม่สมควรในทางเพศและได้มีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำแล้ว ผู้กระทำก็จะมี ความผิดทั้ง “กระทำความอานาจารสำเร็จ” และ “คุกคามทางเพศสำเร็จ”⁵¹ หากยังไม่ได้มีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เป็นต้นว่า ผู้ถูกระทำเอี้ยวตัวหลบ ผู้กระทำก็จะมี ความผิด “พยายามกระทำความอานาจาร” และ “คุกคามทางเพศสำเร็จ”⁵² แต่ถ้าผู้กระทำ ไม่มีเจตนาที่จะสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ ผู้กระทำก็จะมี ความผิด “คุกคามทางเพศสำเร็จ” หรือ “พยายามคุกคามทางเพศ” แล้วแต่กรณี เท่านั้น

7. ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยถึงขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำความอานาจาร และการคุกคามทางเพศ

ในหัวข้อที่ 7 นี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยถึง “ขอบเขต” ของการกระทำชำเรา การกระทำความอานาจาร และการคุกคามทางเพศที่น่าสนใจขึ้นมาทำการวิเคราะห์จำนวน 3 ฉบับ ได้แก่ (1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 (กระทำชำเราโดยการใช้ปากอมอวัยวะเพศ) (2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (กระทำความอานาจารโดยการแอบถ่าย) และ (3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่

⁴⁸ เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3889/2531.

⁴⁹ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.27.

⁵⁰ เพิ่งอ้าง, น.34.

⁵¹ เป็นกรณีการกระทำความผิดที่ผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษบทหนักสุดคือความผิดฐาน “กระทำความอานาจารสำเร็จ” ตามมาตรา 90

⁵² เป็นกรณีการกระทำความผิดที่ผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษบทหนักสุดคือความผิดฐาน “พยายามกระทำความอานาจาร” ตามมาตรา 90

1201/2559 (กระทำอนาจารโดยการถอดกางเกงชั้นนอก) ซึ่งรายละเอียดและบทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาแต่ละฉบับมีดังนี้

7.1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 (กระทำชำเราโดยใช้ปากอมอวัยวะเพศ)

7.1.1 คำพิพากษาลำดับย่อ

“ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ให้ความหมายของการกระทำชำเราไว้ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น

กรณีที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเรา จะเป็นความผิดสำเร็จได้ต่อเมื่อหากเป็นกรณีชายกระทำต่อหญิง ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของชายล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิง หากเป็นกรณีชายกระทำต่อชายด้วยกัน ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของชายผู้กระทำล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนัก หรือช่องปากของชายผู้ถูกกระทำ หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อชาย ต้องเป็นกรณีให้อวัยวะเพศของชายล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง ส่วนกรณีที่ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเรา จะเป็นความผิดสำเร็จได้ต่อเมื่อ หากเป็นกรณีชายกระทำต่อหญิง ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใดล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด หรือทวารหนักของหญิง หากเป็นกรณีชายกระทำต่อชายด้วยกัน ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใดล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนักของชายผู้ถูกกระทำ หรือให้อวัยวะเพศของชายผู้ถูกกระทำล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในช่องปาก หรือทวารหนักของชายผู้กระทำ หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อชาย ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใดล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนักของชาย หรือให้อวัยวะเพศของชายล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในช่องปาก หรือทวารหนักของหญิง หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อหญิงด้วยกัน ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใดล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด หรือทวารหนักของหญิงผู้ถูกกระทำ

ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นชายใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กชายอายุ 11 ปีเศษ จึงถือได้ว่าช่องปากของจำเลยที่ 1 เป็นสิ่งอื่นใดที่ใช้กระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเราได้แก่อนายยังไม่เกิน 13 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสาม”

7.1.2 บทวิเคราะห์⁵³

คดีนี้ข้อเท็จจริงคือ จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นชายใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นชายด้วยกัน “ช่องปาก” ของจำเลยที่ 1 จึงถือเป็น “สิ่งอื่นใด” (ประเภทที่สามารถ “ให้”

⁵³ บทวิเคราะห์นี้ส่วนหนึ่งสรุปมาจาก วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, อ่างแล้ว เชิงอรสที่ 28.

อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำล่วงล้ำเข้าไปได้) เมื่อได้ใช้กระทำกับ “อวัยวะเพศ” ของผู้เสียหายที่ 1 การกระทำดังกล่าวจึงอยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามความในมาตรา 277 วรรคสอง และเมื่อผู้เสียหายที่ 1 เป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปี จำเลยที่ 1 จึงมีความผิดตามมาตรา 277 วรรคสาม

การที่ศาลฎีกาในคดีนี้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยในผลของคดี และเห็นพ้องด้วยในเหตุผลที่ศาลฎีกาในคดีนี้หยิบยกขึ้นมาประกอบการพิจารณาพิพากษา แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ยังคงมีประเด็นปัญหาอยู่บางส่วน ดังนี้ (1) คำว่า “อวัยวะเพศ” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีความหมายกว้างแคบเพียงใด (2) หญิงสามารถใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงด้วยกันได้หรือไม่ และ (3) ผู้กระทำสามารถใช้สิ่งอื่นใด (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) กระทำกับอวัยวะเพศของชายได้หรือไม่

สำหรับประเด็นปัญหาแรก เมื่อผู้เขียนได้อ่านความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามที่ปรากฏอยู่ในวรรคสองของมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 366/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ประกอบกันแล้ว ทำให้เกิดข้อสงสัยว่า คำว่า “อวัยวะเพศ” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีความหมายกว้างแคบเพียงใด จะรวมถึงขรอบ ๆ อวัยวะเพศด้วยหรือไม่ ถ้าในกรณีเพศชาย จะรวมถึงลูกอั้นทะด้วยหรือไม่ และถ้าในกรณีเพศหญิง จะรวมถึงแคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริสด้วยหรือไม่

ในส่วนของประเด็นปัญหาแรกนี้ เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่า “อวัยวะเพศ” ไว้ และคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ก็ได้กล่าวถึงความหมายของคำคำนี้ไว้แต่อย่างใด เมื่อผู้เขียนพิจารณาความหมายจากพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 แล้ว พบว่าคำว่า “อวัยวะเพศ” เป็นการนำเอาคำ 2 คำ คือคำว่า “อวัยวะ” กับคำว่า “เพศ” มารวมเข้ากัน ซึ่งเมื่อแยกพิจารณาความหมายของทั้ง 2 คำดังกล่าวแล้ว พบว่าพจนานุกรมฉบับดังกล่าวได้ให้ความหมายไว้ดังนี้ คำว่า “อวัยวะ” หมายถึง “ชิ้นส่วน หรือส่วนของร่างกาย”⁵⁴ ส่วนคำว่า “เพศ” หมายถึง “รูปที่แสดงให้รู้ว่าหญิงหรือชาย”⁵⁵ ทั้งนี้ เมื่อนำมารวมเข้ากันแล้ว คำว่า “อวัยวะเพศ” จึงหมายถึง “ส่วนของร่างกายที่แสดงให้รู้ว่าหญิงหรือชาย”

เมื่อถือตามความหมายที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คำว่า “อวัยวะเพศ” ไม่รวมถึงขรอบ ๆ อวัยวะเพศด้วย เพราะขรอบ ๆ อวัยวะเพศนั้นไม่ใช่ส่วนของร่างกายที่แสดงให้รู้ว่า เป็นชายหรือเป็นหญิง หรือหากจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่ว่าจะเป็นชายหรือเป็นหญิงต่างก็มีขรอบ ๆ อวัยวะเพศเหมือน ๆ กันนั่นเอง แต่ในส่วนของลูกอั้นทะก็ดี แคมใหญ่ก็ดี แคมเล็กก็ดี และคลิตอริสก็ดี ล้วนแล้วแต่เป็นส่วนหนึ่งของร่างกายที่แสดงให้รู้ว่าเป็นชายหรือเป็นหญิงทั้งสิ้น กล่าวโดยเฉพาะคือ ในส่วนของลูกอั้นทะ ย่อมแสดงให้รู้ว่าเป็นชาย ในส่วนของแคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริส ย่อมแสดงให้รู้ว่าเป็นหญิง

⁵⁴ ราชบัณฑิตยสถาน, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 45*, น.1381.

⁵⁵ *เพ่งอ่าง*, น.847.

มีปัญหาที่น่าคิดตามมามีคือ “หน้าอก” ซึ่งเป็นส่วนของร่างกายที่แสดงให้รู้ว่าเป็นชายหรือเป็นหญิงนั้นจะถือว่าเป็นอวัยวะเพศด้วยหรือไม่ กล่าวโดยขยายความคือ โดยปกติแล้วหน้าอกของเพศชายย่อมไม่ยื่นออกมาจากร่างกาย ทำให้เรารู้ว่าเขาเป็นเพศชาย ในขณะที่หน้าอกของเพศหญิงย่อมยื่นออกมาจากร่างกาย ทำให้เรารู้ว่าเขาเป็นเพศหญิง สำหรับปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “อวัยวะเพศ” นั้นนอกจากจะเป็นส่วนของร่างกายที่แสดงให้รู้ว่าเป็นชายหรือเป็นหญิงแล้ว ยังต้องเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายที่อยู่ใกล้ชิดกับองคชาต (ในกรณีเพศชาย) หรือที่อยู่ใกล้ชิดกับช่องคลอด (ในกรณีเพศหญิง) ด้วย ดังนั้น หน้าอกจึง “ไม่ใช่” อวัยวะเพศ

สำหรับประเด็นปัญหาที่สอง หญิงสามารถใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงด้วยกันได้หรือไม่ ทั้งนี้ สืบเนื่องมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ศาลฎีกาในคดีนี้ได้อธิบายความหมายและระบุขอบเขตของคำว่า “กระทำชำเรา” โดยแบ่งการอธิบายความหมายและระบุขอบเขตออกเป็น 2 ส่วน คือส่วนของการกระทำชำเราโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ และส่วนของการกระทำชำเราโดยการใช้สิ่งอื่นใด

ในส่วนของการกระทำชำเราโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำนั้น ศาลฎีกาในคดีนี้ได้แจกแจงความหมายและระบุขอบเขตออกเป็น 3 กรณีใหญ่ ๆ เท่านั้น ได้แก่

- (1) “ชาย” กระทำต่อ “หญิง”
- (2) “ชาย” กระทำต่อ “ชาย” และ
- (3) “หญิง” กระทำต่อ “ชาย”

ซึ่งไม่มีกรณีที่ “หญิง” กระทำต่อ “หญิง” ทำให้เกิดเป็นประเด็นปัญหาว่า หญิงสามารถใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิงด้วยกันได้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า “อวัยวะเพศ” ของหญิงไม่ได้หมายถึง “ช่องคลอด” ของหญิงนั้นแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น หากแต่หมายความรวมถึง “ส่วนของร่างกายที่แสดงให้รู้ว่าเป็นหญิง และอยู่ใกล้ชิดกับช่องคลอดของหญิง” นั้นด้วย เป็นต้นว่า แคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริส ทั้งนี้ ดังที่ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์มาแล้วก่อนหน้านี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหญิงสามารถใช้ “อวัยวะเพศ” ของตนกระทำกับ “อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก” ของหญิงด้วยกันได้ ตัวอย่างเช่น นางกล้า (เพศหญิง) ใช้อวัยวะเพศของตนถูไถและดันไปที่อวัยวะเพศของนางสาวนุช (เพศหญิง) แม้ว่าช่องคลอดของนางกล้าจะไม่สามารถล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของนางสาวนุชได้ เนื่องจากช่องคลอดของทั้งสองคนต่างก็มีลักษณะลึกเข้าไปในร่างกายของตนเองทั้งคู่ แต่ “อวัยวะเพศ” ของนางกล้านั้นยังหมายความรวมถึงแคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริสของนางกล้าด้วย ด้วยเหตุนี้ ในขณะที่นางกล้าใช้อวัยวะเพศของตนถูไถและดันไปที่อวัยวะเพศของนางสาวนุช แคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริสของนางกล้าย่อมสามารถล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของนางสาวนุชได้⁵⁶

⁵⁶ จากข้อเท็จจริงในกรณีที่ยกตัวอย่างมานี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า หากนางกล้ามีขนรอบ ๆ อวัยวะเพศของตน เนื่องจากนางกล้าไม่ได้กำจัดออก ในขณะที่นางกล้าใช้อวัยวะเพศของตนถูไถและดันไปที่อวัยวะเพศของนางสาวนุช ขนรอบ ๆ อวัยวะเพศของนางกล้าย่อมสามารถล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของนางสาวนุชได้เช่นกัน ซึ่งในกรณีเช่นนี้ จะถือเป็นการกระทำชำเราโดยการใช้ “สิ่งอื่นใด”

สำหรับประเด็นปัญหาสุดท้าย ผู้กระทำได้ใช้สิ่งอื่นใด (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) กระทำกับอวัยวะเพศของชายได้หรือไม่

สืบเนื่องมาจากศาลฎีกาในคดีนี้ได้แบ่งการกระทำชำเราโดยการใช้ “สิ่งอื่นใด” ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สิ่งอื่นใดซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้ เช่น ปากกา แดงกวา มะเขือยาว ฯลฯ และสิ่งอื่นใดซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ให้” อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำได้ ล่วงล้ำเข้าไปได้ เช่น ช่องปากของผู้กระทำ ทวารหนักของผู้กระทำ ฯลฯ โดยศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่าการใช้ “สิ่งอื่นใด” (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) กระทำกับ “ทวารหนัก” ของชายได้เท่านั้น ไม่สามารถที่จะใช้กระทำกับ “อวัยวะเพศ” ของชายได้ (กล่าวคือ ได้เพียงแค่ 1 ช่องทาง) แต่ถ้าผู้ถูกระทำเป็นหญิง ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่านอกจากผู้กระทำสามารถที่จะใช้ “สิ่งอื่นใด” (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) กระทำกับ “ทวารหนัก” ของหญิงผู้ถูกระทำได้แล้ว ยังสามารถที่จะใช้กระทำกับ “อวัยวะเพศ” ของหญิงผู้ถูกระทำได้อีกด้วย (กล่าวคือ ได้ทั้ง 2 ช่องทาง)

จากคำวินิจฉัยในคดีนี้ของศาลฎีกาในคดีนี้ ทำให้ผู้เขียนเกิดข้อสงสัยว่า ผู้กระทำได้ใช้สิ่งอื่นใด (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) กระทำกับอวัยวะเพศของชายได้หรือไม่ เมื่อผู้เขียนวิเคราะห์หลังลึกโดยละเอียดแล้วพบว่า นอกจากผู้กระทำสามารถที่จะใช้ “สิ่งอื่นใด” (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) กระทำกับ “ทวารหนัก” ของชายผู้ถูกระทำได้แล้ว ยังสามารถที่จะใช้กระทำกับ “อวัยวะเพศ” ของชายผู้ถูกระทำได้อีกด้วย เนื่องจากบางตำแหน่งของ “องคชาต” (อวัยวะเพศ) ของชายผู้ถูกระทำนั้นมีช่องว่างที่สามารถจะใช้ “สิ่งอื่นใด” ประเภทนี้ “ล่องล้ำ” หรือ “สอดใส่” เข้าไปได้ ตัวอย่างเช่น “องคชาต” ของเพศชายนั้นมี “ท่อปัสสาวะ” อยู่ภายใน ซึ่งท่อปัสสาวะนี้มีช่องว่างที่สามารถจะใช้ “สิ่งอื่นใด” (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) เป็นต้นว่า เข็ม ลวด หรือไม้จิ้มฟันเล็ก ๆ ฯลฯ “ล่องล้ำ” หรือ “สอดใส่” เข้าไปได้ อนึ่ง นอกจากท่อปัสสาวะของเพศชายแล้ว “หนังหุ้มองคชาต” ของเพศชาย “ที่ยังไม่ผ่านการขลิบ” ก็มี “ช่องว่าง” อยู่เช่นกัน กล่าวคือ มีช่องว่างอยู่ระหว่าง “ปลายองคชาต” กับ “หนังหุ้มปลายองคชาต” ที่สามารถใช้ “สิ่งอื่นใด” (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) เช่น นิ้วมือ ปากกา หลอด ฯลฯ “ล่องล้ำ” หรือ “สอดใส่” เข้าไปได้

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้กระทำได้ใช้สิ่งอื่นใด (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) กระทำกับ “อวัยวะเพศ” ของชายได้ด้วย

7.2 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (กระทำอนาจารโดยการแอบถ่าย)

ด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากขรรอบ ๆ อวัยวะเพศของนางกล้านั้นไม่ใช่ “อวัยวะเพศ” ของนางกล้า หากแต่เป็น “สิ่งอื่นใด” ตามนัยของวรรคสอง มาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 366/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

7.2.1 คำพิพากษาย่อย

“การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วมและบันทึกภาพสรีระร่างกายของโจทก์ร่วมตั้งแต่ช่วงลิ้นปี่จนถึงอวัยวะช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาท่อนล่าง และขาท่อนบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยสื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ โดยที่โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวย่อมรับฟังได้ว่า จำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 นอกจากหมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายแล้วยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าว ทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึกสะเทือนใจอับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำความอนาจารโจทก์ร่วม ครอบคลุมประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุ เป็นส่วนหนึ่งของโรงพยาบาลเนินสง่า อันเป็นสถานที่ราชการซึ่งเป็นสาธารณสถาน แม้ประชาชนทั่วไปใช้บริการในห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจะต้องได้รับอนุญาต และผ่านการคัดกรองจากพยาบาลหน้าห้องตรวจก่อน แต่ก็ยังเป็นเพียงระเบียบขั้นตอนและวิธีปฏิบัติในการให้บริการของโรงพยาบาลเท่านั้น หากทำให้ห้องตรวจคนไข้ดังกล่าวซึ่งเป็นสาธารณสถานที่ประชาชนมีความชอบธรรมจะเข้าไปได้ต้องกลับกลายเป็นที่รโหฐานแต่อย่างใดไม่ ห้องตรวจคนไข้ที่เกิดเหตุจึงยังคงเป็นสาธารณสถาน ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงครอบคลุมประกอบความผิดฐานกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณสถานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397”

7.2.2 บทวิเคราะห์⁵⁷

ศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่า การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพแอบถ่ายใต้กระโปรงของผู้เสียหายในระยะใกล้ชิด แม้จำเลยจะมีได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง ก็ถือว่าเป็นการ “กระทำความอนาจาร” แล้ว

การที่ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาในเรื่องความหมายและขอบเขตของคำว่า “กระทำความอนาจาร” กล่าวโดยเฉพาะคือ การกระทำความอนาจารตามมาตรา 278 จำเป็นที่ผู้กระทำจะต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำหรือไม่

⁵⁷ บทวิเคราะห์นี้ส่วนหนึ่งสรุปมาจาก วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, อ่างแล้ว เชิงอรธที่ 35.

ทั้งนี้ คำว่า “กระทำอนาจาร” นั้นปรากฏอยู่ในความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่น ซึ่งความผิดฐานกระทำอนาจารผู้อื่นนั้นได้รับการบัญญัติต้องประกอบความผิดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ความผิด ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 278 ฉะนั้น การตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” จึงควรที่จะพิจารณาความผิดฐานอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันนี้ประกอบด้วย สำหรับความผิดที่ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะนำมาพิจารณาประกอบกันก็คือความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่น มาตรา 276 อนึ่ง เนื่องจากศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามมาตรา 397 ด้วย ผู้เขียนจึงขอหยิบยกมาตรา 397 ขึ้นมาพิจารณาประกอบการตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ด้วยอีกมาตราหนึ่ง

จากบทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 278 และมาตรา 397 ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตีความองค์ประกอบภายนอกในส่วนของ “การกระทำ” นั้น ควรตีความตามที่คุณเขียนได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 5 เรื่องขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ ทั้งนี้ หากตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ดังนี้แล้ว เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์ในส่วนของแนวคิดการยับยั้งส่วนเพิ่ม⁵⁸ ที่พิจารณาถึงต้นทุนค่าเสียหาย และผลประโยชน์ค่าเสียหาย⁵⁹ ของผู้กระทำ ก็พบว่าเป็นการสร้างการยับยั้งส่วนเพิ่มแก่ผู้กระทำ กล่าวโดยขยายความคือ มาตรา 397 (กฎหมายเก่าที่มีผลใช้บังคับในขณะที่จำเลยกระทำความผิด) กำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁶⁰ ส่วนมาตรา 278 กำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หากตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ ผู้กระทำซึ่งได้กระทำการที่ไม่สมควรในทางเพศแต่การกระทำยังไม่ถึงขั้นสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำก็จะมีผลความผิดตามมาตรา 397 ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน จะถูกยับยั้งจากโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี ในความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 และถูกยับยั้งไม่ให้สร้างความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไปโดยการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ อันจะเป็นการคุ้มครองตัวผู้ถูกระทำเอง ตรงกันข้าม หากตีความคำว่า “กระทำอนาจาร” ไม่จำเป็นต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ ก็จะไม่มีการสร้างการยับยั้งส่วนเพิ่มแก่ผู้กระทำ เนื่องจากผู้กระทำมีแนวโน้มที่จะสร้างความเสียหายเพิ่มขึ้นต่อไปโดยการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ เพราะผู้กระทำไม่มีต้นทุนใด ๆ เพิ่มขึ้นหากตนได้กระทำเช่นนั้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้จะกลายเป็นผลร้ายต่อตัวผู้ถูกระทำเอง⁶¹

⁵⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 33*.

⁵⁹ ปกป้อง จันวิทย์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 34*.

⁶⁰ ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับศาลฎีกาในคดีนี้ที่วินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบความผิดฐานกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอาย หรือเดือดร้อนรำคาญในที่สาธารณะสถาน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 (กฎหมายเก่าที่มีผลใช้บังคับในขณะที่จำเลยกระทำความผิด) มาตรา 397 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก หรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษ...”

แต่ทั้งนี้ หากปรับเข้ากับบทบัญญัติมาตรา 397 ที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มล่าสุดแล้ว (กฎหมายใหม่ที่มีผลใช้บังคับภายหลังที่จำเลยกระทำความผิด) จำเลยจะมีความผิดฐาน “คุกคามทางเพศ” ตามมาตรา 397 วรรคสอง แทน.

⁶¹ ปกป้อง ศรีสนิท, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 33*; วิวรรณ คำรงกุลนันท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 35*.

ด้วยเหตุนี้ การที่จำเลยในคดีนี้ ใช้กล้องบันทึกภาพแอบถ่ายได้กระป๋องของผู้เสียหายในระยะใกล้ชิด โดยที่จำเลยมิได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายโดยตรง แม้จะเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อผู้เสียหายก็ตาม แต่ก็ยังไม่อาจฟังได้ว่าจำเลย “กระทำอนาจาร” ผู้เสียหายแล้ว เพราะจำเลยไม่ได้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายแต่อย่างใด การที่ศาลฎีกาในคดีนี้วินิจฉัยไว้ว่า จำเลย “กระทำอนาจาร” ผู้เสียหายแล้ว ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกาในคดีนี้ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วย

7.3 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1201/2559 (กระทำอนาจารโดยการถอดกางเกงชั้นนอก)

7.3.1 คำพิพากษาลบย่อ

“จำเลยผลักผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปในห้องน้ำแล้วถอดกางเกงนักเรียนของผู้เสียหายที่ 1 ออกจนเหลือแต่กางเกงชั้นใน ย่อมทำให้ผู้เสียหายที่ 1 เกิดความอับอาย เพราะมิใช่วิสัยของคนทั่วไปที่จะเปลือยกายหรือสวมใส่เฉพาะกางเกงชั้นในให้บุคคลที่มีได้สนิทสนมพบเห็น แม้จำเลยยังไม่ได้แตะเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายที่ 1 การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศแล้ว จำเลยมีความผิดฐานกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีโดยใช้กำลังประทุษร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง”

7.3.2 บทวิเคราะห์

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีความน่าสนใจอยู่ตรงที่บางช่วงบางตอนศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่า “...แม้จำเลยยังไม่ได้แตะเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายที่ 1 การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศแล้ว...” ซึ่งคำวินิจฉัยในจุดนี้แสดงให้เห็นเป็นนัยว่าศาลฎีกาในคดีนี้มีความเห็นสอดคล้องกันกับศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (กระทำอนาจารโดยการแอบถ่าย) ที่ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์มาแล้วในหัวข้อที่ 7.2 ที่เห็นว่าการ “กระทำอนาจาร” นั้นไม่จำเป็นที่ผู้กระทำความผิดจะต้องมีการ “สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกาย” ของผู้ถูกระทำแต่อย่างใด โดยผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับ “ผลสุดท้าย” ของคดีที่ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่าจำเลยมีความผิดฐานกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีโดยใช้กำลังประทุษร้าย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง แต่ผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยบางช่วงบางตอนของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ที่ว่า “...แม้จำเลยยังไม่ได้แตะเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายที่ 1 การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศแล้ว...” ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลเดียวกันกับเหตุผลที่ผู้เขียนได้นำเสนอต่อผู้อ่านไปแล้วในหัวข้อที่ 7.2.2 อนึ่ง เมื่อผู้เขียนอ่านคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แล้วก็ทำให้เกิดข้อสงสัยว่า เหตุใดศาลฎีกาในคดีนี้จึงได้วินิจฉัยไว้ว่าการกระทำของจำเลยถึง “ยังไม่ได้แตะเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายที่ 1” ทั้ง ๆ ที่จำเลย “ผลัก” ผู้เสียหายที่ 1 เข้าไปในห้องน้ำ จากนั้นก็ “ถอด” กางเกงนักเรียนของผู้เสียหายที่ 1 ออกจนเหลือแต่กางเกงชั้นใน จะเป็นไปได้หรือที่จะมีการ “ผลัก” และการ “ถอด” เกิดขึ้นได้โดยที่ไม่มีการแตะเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายที่ 1 เลย

ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในเรื่อง “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ” ดังนี้

(1) ข้อเสนอแนะในระยะสั้น

(1.1) ควรตีความ “ขอบเขต” ของ “การกระทำชำเรา” ดังนี้ (ก) ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ + (ข) ต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ และ + (ค) ต้องมีการล่วงล้ำ/สอดใส่ทางอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปาก แล้วแต่กรณี ของผู้ถูกระทำ

(1.2) ควรตีความ “ขอบเขต” ของ “การกระทำอนาจาร” ดังนี้ (ก) ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ และ + (ข) ต้องมีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ

(1.3) ควรตีความ “ขอบเขต” ของ “การคุกคามทางเพศ” ดังนี้ (ก) ต้องเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ และ + (ข) มีการ/ไม่มีการสัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกระทำ

(1.4) ควรตีความคำว่า “อวัยวะเพศ” ดังนี้ ในกรณีเพศชาย นอกจากองคชาตแล้ว ให้รวมถึงลูกอัณฑะด้วย และในกรณีเพศหญิงนั้น นอกจากช่องคลอดแล้ว ให้รวมถึงแคมใหญ่ แคมเล็ก และคลิตอริสด้วย

(1.5) ควรตีความคำว่า “การกระทำชำเรา” ให้รวมถึงกรณีที่หญิงใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับหญิงด้วยกันด้วย และให้รวมถึงกรณีที่ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใด (ซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้) กระทำกับอวัยวะเพศของชายด้วย

(2) ข้อเสนอแนะในระยะยาว

(2.1) ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยการ “แก้ไขเพิ่มเติม” นิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” จากที่กฎหมายใช้คำว่า “กระทำกับ” แก้ไขเพิ่มเติมใหม่โดยใช้คำว่า “ล่วงล้ำ” แทนรายละเอียดดังนี้

(ก) มาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง ที่บัญญัติไว้ว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น”

ควรแก้ไขเพิ่มเติมใหม่เป็น “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ ล่วงล้ำ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใด ล่วงล้ำ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น”

(ข) มาตรา 366/1 วรรคสอง ที่บัญญัติไว้ว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ หรือการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของศพ”

ควรแก้ไขเพิ่มเติมใหม่เป็น “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ หรือการใช้สิ่งอื่นใดล้วงล้าอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของศพ”

(2.2) เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามข้อเสนอแนะที่ 2.1 แล้ว ควรนำนิยามของคำว่า “การกระทำชำเรา” ที่กฎหมายกำหนดไว้ในวรรคสองของมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 366/1 มารวมเข้ากัน จากนั้นย้ายไปไว้ในมาตรา 1 ซึ่งเป็นมาตราที่ได้กำหนดนิยามของคำต่าง ๆ ไว้เป็นการเฉพาะ โดยการ “เพิ่มเติม” เป็นมาตรา 1 (18) รายละเอียดดังนี้

มาตรา 1 (18) “การกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้าอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือของศพ หรือการใช้สิ่งอื่นใดล้วงล้าอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นหรือของศพ”

(2.3) ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยการ “เพิ่มเติม” นิยามของคำว่า “การกระทำอนาจาร” เข้าไปในมาตรา 1 เป็นมาตรา 1 (19) รายละเอียดดังนี้

มาตรา 1 (19) “การกระทำอนาจาร หมายความว่า การสัมผัสร่างกายของผู้ถูกระทำหรือของศพในทางที่ไม่สมควรในทางเพศ”

ทั้งนี้ หากปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของผู้เขียนตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะช่วยให้การปรับใช้บทบัญญัติในเรื่อง “การกระทำชำเรา” “การกระทำอนาจาร” และ “การคุกคามทางเพศ” เป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย