

2020

ขอบเขตของคำว่า "ต่อหน้าธารกำนัล" ในประมวลกฎหมายอาญา

ศิรดา ชินจิกใจไชยกุลย์
คณะนิติศาสตร์

Follow this and additional works at: <https://digital.car.chula.ac.th/chulaetd>

Recommended Citation

ชินจิกใจไชยกุลย์, ศิรดา, "ขอบเขตของคำว่า "ต่อหน้าธารกำนัล" ในประมวลกฎหมายอาญา" (2020). *Chulalongkorn University Theses and Dissertations (Chula ETD)*. 4359.
<https://digital.car.chula.ac.th/chulaetd/4359>

This Thesis is brought to you for free and open access by Chula Digital Collections. It has been accepted for inclusion in Chulalongkorn University Theses and Dissertations (Chula ETD) by an authorized administrator of Chula Digital Collections. For more information, please contact ChulaDC@car.chula.ac.th.

ขอบเขตของคำว่า "ต่อหน้าธารกำนัล" ในประมวลกฎหมายอาญา



น.ส.ศิรดา พันธกิจไพบูลย์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2563

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE EXTENT OF THE TERM "IN FRONT OF OTHERS" IN THE THAI CRIMINAL CODE



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Common Course

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2020

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ขอบเขตของคำว่า "ต่อหน้าธารกำนัล" ในประมวลกฎหมาย
	อาญา
โดย	น.ส.ศิรดา พันธกิจไพบูลย์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	
.....	ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)	
.....	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม)	
.....	กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร)	

CHULALONGKORN UNIVERSITY

ศิรดา พันธกิจไพบุลย์ : ขอบเขตของคำว่า "ต่อหน้าธารกำนัล" ในประมวลกฎหมายอาญา.
(THE EXTENT OF THE TERM "IN FRONT OF OTHERS" IN THE THAI CRIMINAL CODE)
อ.ที่ปรึกษาหลัก : ศ. ดร.คณพล จันทน์หอม

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญา ผู้วิจัยมุ่งศึกษาทฤษฎีการตีความกฎหมาย ที่มาของการบัญญัติฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล และบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ เพื่อกำหนดขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” และนำเสนอแนวทางการพัฒนาฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลให้เหมาะสมกับบริบทของถ้อยคำและถูกต้องตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

สืบเนื่องจากศาลตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่ารวมถึง การกระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำได้ ทำให้กรณีที่มีความผิดเกิดในที่สาธารณะแต่ไม่มีพยานรับรู้ เหตุการณ์ถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลด้วย กรณีนี้เป็นการตีความแบบขยายความจนเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งไม่อาจกระทำได้ในการตีความกฎหมายอาญา และเมื่อการตีความกฎหมายอาญาใช้หลักการตีความตามตัวอักษรประกอบกับการตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย การจะหยั่งทราบความหมายของถ้อยคำจึงอาศัยความหมายตามหลักอักษรศาสตร์เข้ามาพิจารณาด้วย คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความหมายตามตัวอักษรว่า ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก โดยมีพยานรับรู้เหตุการณ์เทียบเคียงความหมายจากการประชุมในท้องพระโรงอันเป็นสถานที่ซึ่งต้องสำรวม การประพฤติตนจึงเป็นที่รับรู้ร่วมกันทั้งหมด เมื่อไม่มีบทนิยามการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ที่เหมาะสมจึงต้องพิจารณาจากหลักบุคคลว่ามีกลุ่มบุคคลรับรู้เหตุการณ์ ซึ่งควรมีจำนวนมากกว่าสองคนตามความหมายของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอแนะให้มีการบัญญัตินิยามคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่า ภายใต้ความรู้ของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก บุคคลเหล่านั้นรับรู้และสามารถยืนยันเหตุการณ์ขณะความผิดเกิดได้ และปรับปรุงมาตรา 281 และมาตรา 388 ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติและกลมกลืนกับกฎหมายต่างประเทศในระดับสากล

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2563

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6280174534 : MAJOR LAWS

KEYWORD: IN FRONT OF OTHERS, INTERPRETATION OF THE CRIMINAL LAW, EXTENSIVE
INTERPRETATION, ANALOGY, SEXUAL OFFENCES

SIRADA PANTAKITPAIBOON : THE EXTENT OF THE TERM "IN FRONT OF OTHERS"
IN THE THAI CRIMINAL CODE. ADVISOR : Prof. KANAPHON CHANHOM, Ph.D.

This thesis aimed to study the extent of the term “in front of others” stipulated in the Thai Criminal Code. The author analyzed the theories on interpreting the law, the origins of the offenses occurred in front of others, and the foreign legislation. The author then suggested the extent of the term “in front of others” and the approaches to develop the offenses to be more appropriate in wording and more corresponding to the spirit or intention of the law.

According to the judicial interpretation, the term “in front of others” includes the act committed in a manner of exposure, in which other people can see it. This interpretation led to the implication that the offenses in public, even with no witnesses presented, are also the offenses occurred in front of others. This interpretation is an extensive interpretation by applying the method of analogy, which is not applicable under the principle of criminal law interpretation. When the interpretation of criminal law applies the literal interpretation in conjunction with the teleological interpretation, linguistics is required to consider the meaning of the word. The word “in front of others” literally means in front of an assembly or large gathering of people, in which there are witnesses to the occurrences. This meaning is comparable with the assembly within the throne hall that was deemed the place of decency. Therefore, any behavior conducted within the throne hall would all be witnessed together by the assembly. When there is no explicit and appropriate definition of the interpretation of the term “in front of others”, then the interpretation should follow the nature of the people’s gatherings that may witness the happenstances, and should consist of more than two people according to the meaning of the assembly or large gathering of people.

Thus, this thesis recommends that there should be an enactment of the definition of the term “in front of others” as the act committed under the acknowledgment of the assembly or large gathering of people, during which the people are aware and can verify the events. And, there should also be amendments on Section 281 and Section 388 to be more correspond with the intention of the legislation and be more harmonious with the foreign laws at an international level.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2020

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

นับแต่เริ่มต้นศึกษาวิจัยจนสำเร็จลุล่วงเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้รับคำสั่งสอน คำแนะนำ ความช่วยเหลือ และความเมตตาจากอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม ที่กรุณาได้รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และทุ่มเทเอาใจใส่ต่อนิสิตในที่ปรึกษาอยู่เสมอ ท่านอาจารย์กรุณามอบคำแนะนำที่เป็นประโยชน์ต่อการค้นคว้าและคอยให้ความช่วยเหลือในการวิจัย ตลอดจนสละเวลาตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จไปได้ด้วยดี

ผู้วิจัยกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ชัชพล ไชยพร กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาชี้แนะ ให้คำแนะนำในการปรับปรุงเนื้อหา แก้ไขข้อบกพร่อง รวมทั้งให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีเนื้อหาสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณนาวาเอกทองย้อย แสงสินชัย ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล และอาจารย์บุญเตือน ศรีวรพจน์ ที่กรุณาให้ผู้วิจัยเข้าสัมภาษณ์เกี่ยวกับรากคำ ความหมาย และที่มาของคำว่าธารกำนัล ความรู้ที่ได้รับเป็นข้อมูลสำคัญที่ทำให้ผู้วิจัยสามารถวิเคราะห์ และเสนอแนะแนวทางปรับปรุงกฎหมายอันเป็นคำตอบของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ ทั้งอาจารย์บุญยัญ มาลากุล ณ อยุธยา และอาจารย์นันทช กิจรนนท์ ที่กรุณาให้ความช่วยเหลือและคำแนะนำในการวิจัย

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้วิจัยกราบขอบพระคุณครอบครัวพันธกิจไพบูลย์ ครอบครัวแสนอบอุ่นของผู้วิจัยที่ให้โอกาสในการศึกษาเล่าเรียน เป็นเบื้องหน้าและเบื้องหลังในทุกความสำเร็จ เป็นแรงผลักดัน เป็นกำลังใจ และเป็นแรงสนับสนุนการตัดสินใจในทุกย่างก้าวของชีวิตผู้วิจัย

นอกจากนี้ยังมีมิตรสหายที่คอยให้ความช่วยเหลือ เป็นเสียงหัวเราะ และเป็นกำลังใจของผู้วิจัย คือ นางสาวบุญยวีร์ บุญณรงค์ นางสาววรรณุช ธีระวัฒน์ นางสาวธัญกร ชาดิษฐ์ นางสาวพนิดา ดวงสีดา นายชวรัฐ อยู่เปนสุข นายธนภัทร รักษาพิเศษ รวมทั้งนางสาวชวณิตี บุตรดี และเพื่อนร่วมรุ่นปริญญาโท ที่ผ่านอุปสรรคมาด้วยกัน คอยช่วยเหลือกันตลอดระยะเวลา 2 ปี ยังมีเพื่อนประสานมิตร เพื่อนจุฬาฯ และกัลยาณมิตรอีกหลายท่านที่ไม่อาจกล่าวนามได้หมดในที่นี้ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตและเลขานุการอาจารย์ทุกท่าน ล้วนมีส่วนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จไปได้ด้วยดี

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้วิจัยขอมอบความดีทั้งปวงให้แก่บุคคลที่ได้กล่าวมา หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้วิจัยกราบขออภัยมา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

ศิรดา พันธกิจไพบูลย์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
กิตติกรรมประกาศ	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฐ
สารบัญรูปภาพ.....	ฒ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐานของงานวิจัย.....	5
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	6
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	6
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล.....	9
2.1 ความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล”	9
2.1.1 ความหมายตามหลักอักษรศาสตร์.....	9
2.1.2 ความหมายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นทางวิชาการ	15
2.2 การตีความกฎหมาย.....	18
2.2.1 ความหมายของการตีความกฎหมายและสาเหตุที่ต้องมีการตีความกฎหมาย	19
2.2.2 นิตินิติวิธีทั่วไปสำหรับการใช้ การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างกฎหมาย	19

2.2.3	หลักทั่วไปในการตีความกฎหมาย.....	20
2.2.4	รูปแบบการตีความกฎหมาย.....	22
2.2.4.1	การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษ	22
2.2.4.2	การตีความกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส.....	25
2.2.4.3	การตีความกฎหมายของประเทศเยอรมนี.....	27
2.2.5	การตีความกฎหมายที่ใช้ในประเทศไทย.....	32
2.2.5.1	การตีความตามตัวอักษร	32
2.2.5.2	การตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย.....	32
2.2.6	ขอบเขตความหมายของคำ	33
2.2.7	ผลของการตีความ	35
2.2.7.1	การตีความอย่างแคบ	35
2.2.7.2	การตีความตามตัวบท	35
2.2.7.3	การตีความอย่างกว้างหรือการตีความแบบขยายความ	36
2.2.8	การตีความกฎหมายอาญา	36
2.2.8.1	วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา.....	36
2.2.8.2	ที่มาของกฎหมายอาญา.....	37
2.2.8.3	หลักความจำเป็นและได้สัดส่วนของการลงโทษ	37
2.2.8.4	หลักการตีความกฎหมายอาญา.....	37
2.3	โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา.....	42
2.3.1	ประเทศในระบบคอมมอนลอว์.....	43
2.3.2	ประเทศในระบบซีวิลลอว์.....	43
2.4	เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....	44
2.4.1	ประเภทของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย	45
2.4.1.1	การแบ่งประเภทตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย.....	45

2.4.1.2 การแบ่งประเภทตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร	46
2.4.2 ความเห็นทางวิชาการที่อธิบายเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย.....	46
2.5 บทสรุปแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล.....	47
บทที่ 3 ปัญหาเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในประเทศไทย.....	50
3.1 ปัญหาและผลกระทบจากปัญหาในการตีความและวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล	50
3.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล	50
3.1.2 ผลกระทบจากการวินิจฉัยว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่	53
3.1.2.1 กรณีที่วินิจฉัยว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281	53
3.1.2.2 กรณีที่วินิจฉัยว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลตาม มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง	54
3.2 ลักษณะของความผิดต่อหน้าธารกำนัล	55
3.2.1 ต่อหน้าธารกำนัลตามความเป็นจริง	55
3.2.2 ต่อหน้าธารกำนัลโดยระยะทาง	58
3.3 การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล	59
3.3.1 รูปแบบของการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล	59
3.3.1.1 การนำเข้าเนื้อหาอันมีลักษณะลามกอนาจาร.....	60
3.3.1.2 การกลั่นแกล้งและการตามรังควานทางไซเบอร์.....	60
3.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ หรือดิจิทัล	61
3.3.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา.....	61
3.3.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560	62
3.4 พัฒนาการของกฎหมายอาญาของประเทศไทยในฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล.....	62
3.4.1 ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย.....	62
3.4.1.1 ยุคก่อนสมัยใหม่.....	63

3.4.1.2 ยุคสมัยใหม่.....	63
3.4.2 พัฒนาการของฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล.....	64
3.4.2.1 กฎหมายตราสามดวง.....	64
3.4.2.2 กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127.....	66
3.4.2.3 กฎหมายอาญา.....	67
3.5 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล.....	71
3.5.1 มาตรา 281.....	71
3.5.1.1 คำอธิบาย.....	72
3.5.1.2 เจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	72
3.5.1.3 ข้อสังเกต.....	73
3.5.1.4 การวินิจฉัย.....	73
3.5.2 มาตรา 388.....	81
3.5.2.1 คำอธิบาย.....	81
3.5.2.2 เจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	83
3.5.2.3 ข้อสังเกต.....	83
3.5.3 มาตรา 397.....	84
3.5.3.1 คำอธิบาย.....	85
3.5.3.2 เจตนารมณ์ของกฎหมาย.....	87
3.5.3.3 ข้อสังเกต.....	87
3.6 บทสรุปปัญหาเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในประเทศไทย	89
บทที่ 4 บทบัญญัติและแนวทางการวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในต่างประเทศ.....	91
4.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	92
4.1.1 การตีความกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	92
4.1.2 การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา.....	93

4.1.3	กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	94
4.1.3.1	ความผิดทางเพศที่ต้องอาศัยเงื่อนไขการร้องทุกข์ก่อนการดำเนินคดีอาญา ...	96
4.1.3.2	ความผิดทางเพศที่กระทำต่อหน้าผู้อื่น	98
4.1.3.3	การแสดงอนาจาร	99
4.1.3.4	ก่อกวนความเดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณะ	99
4.1.3.5	การคุกคามทางเพศ.....	100
4.2	สาธารณรัฐประชาชนจีน	101
4.2.1	การตีความกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน	102
4.2.2	การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา	102
4.2.3	กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน	103
4.2.3.1	การข่มขืนและล่วงประเวณี.....	104
4.2.3.2	การบังคับอนาจารและอนาจารเด็ก	106
4.2.3.3	การก่อกวนไม่สงบ.....	107
4.3	สหพันธรัฐมาเลเซีย	108
4.3.1	การตีความกฎหมายอาญาแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย	109
4.3.2	การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา	110
4.3.3	กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย	111
4.3.3.1	ข่มขืน.....	112
4.3.3.2	บ่อนทำลายซึ่งจริยธรรมอันดีและยุยงให้เด็กกระทำการลามกอนาจาร	113
4.3.3.3	กระทำการอันลามก.....	113
4.3.3.4	ก่อกวนความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะและประพฤตินิยมชอบในที่สาธารณะ	114
4.4	สหราชอาณาจักร	116
4.4.1	การตีความกฎหมายอาญาตามระบบกฎหมายอังกฤษ	118
4.4.2	การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา	118

4.4.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 และพระราชบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ค.ศ. 1986.....	120
4.4.3.1 การมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็ก.....	121
4.4.3.2 การทำให้เด็กดูการกระทำทางเพศ.....	122
4.4.3.3 การแสดงอนาจาร	122
4.4.3.4 การแอบถ่ายหรือถ้ามอง	124
4.4.3.5 กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ค.ศ. 1986.....	126
4.5 บทสรุปบทบัญญัติและแนวทางการวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในต่างประเทศ... 127	
บทที่ 5 วิเคราะห์และเปรียบเทียบการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ	132
5.1 วิเคราะห์การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญา	132
5.1.1 ฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป	133
5.1.2 ความสำคัญของการใช้คำว่าต่อหน้าธารกำนัลในความผิดทางเพศ	136
5.2 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล”	140
5.2.1 ประเด็นเรื่องบุคคล.....	141
5.2.1.1 จำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิด.....	141
5.2.1.2 กรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน	143
5.2.1.3 เจตนาของผู้กระทำความผิด	145
5.2.2 ประเด็นเรื่องสถานที่กระทำความผิด.....	146
5.2.3 ประเด็นเรื่องความรับรู้่อื่น	147
5.3 เปรียบเทียบบทบัญญัติตามกฎหมายไทยและบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ	148
5.3.1 เปรียบเทียบมาตรา 281	148
5.3.1.1 ประเด็นเรื่องความผิดอันยอมความได้	148
5.3.1.2 ประเด็นเรื่องการข่มขืนและการอนาจารต่อหน้าธารกำนัล	152

5.3.2	เปรียบเทียบมาตรา 388	154
5.3.3	เปรียบเทียบมาตรา 397 วรรคสอง	155
5.4	บทสรุปการวิเคราะห์และเปรียบเทียบการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมาย ไทยและกฎหมายต่างประเทศ	157
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	159
6.1	บทสรุป	159
6.2	ข้อเสนอแนะ	164
6.2.1	ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล	165
6.2.2	ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย	168
6.2.2.1	การกำหนดขอบเขตของคำว่าต่อหน้าธารกำนัลโดยกำหนดบทนิยาม	169
6.2.2.2	การปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับบทนิยามและ เจตนารมณ์แห่งกฎหมายในแต่ละมาตรา	170
บรรณานุกรม	176
ประวัติผู้เขียน	208

สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1 ความหมายของส่วนประกอบคำที่อาจเป็นไปได้ของคำว่า “ธารกำนัล”	10
ตารางที่ 2 อธิบายการแบ่งประเภทความหมายของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล	48
ตารางที่ 3 เปรียบเทียบความแตกต่างของการตีความกฎหมายอาญา ระหว่างประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์	49
ตารางที่ 4 เปรียบเทียบการใช้คำว่า “ต่อหน้า” และ “ซึ่งหน้า” ในกฎหมาย	57
ตารางที่ 5 ประมวลผลการวินิจฉัยความผิดต่อหน้าธารกำนัล	80
ตารางที่ 6 เปรียบเทียบฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง	88
ตารางที่ 7 เปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 177 ประมวลกฎหมายอาญา แห่งสหพันธ์สาธารณ เยอรมนีเมื่อปี ค.ศ. 1872 เทียบกับปี ค.ศ. 1876	95
ตารางที่ 8 เปรียบเทียบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย กับประมวล กฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐอินเดีย	115
ตารางที่ 9 เปรียบเทียบการกระทำความผิดทางเพศในกฎหมายต่างประเทศ	127
ตารางที่ 10 เปรียบเทียบการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร หรือเปิดเผยร่างกายใน กฎหมายต่างประเทศ	129
ตารางที่ 11 เปรียบเทียบการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อความเดือดร้อนรำคาญ	130
ตารางที่ 12 เปรียบเทียบถ้อยคำและความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมาย อาญากับคำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกัน	136
ตารางที่ 13 แนวการวินิจฉัยจำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิด	141
ตารางที่ 14 แนวการวินิจฉัยกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน	143
ตารางที่ 15 แนวการวินิจฉัยเจตนาของผู้กระทำความผิด	145
ตารางที่ 16 แนวการวินิจฉัยประเด็นเรื่องสถานที่กระทำความผิด	146

ตารางที่ 17 เปรียบเทียบความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ตามกฎหมายแห่ง สหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนีและความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายไทย	149
ตารางที่ 18 เปรียบเทียบความแตกต่างการวินิจฉัยความผิดต่อหน้าธารกำนัล.....	167
ตารางที่ 19 ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติมาตรา 281 เดิม กับบทบัญญัติที่เสนอให้มีการปรับปรุง	171
ตารางที่ 20 ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติมาตรา 388 เดิม กับบทบัญญัติที่เสนอให้มีการปรับปรุง	172



สารบัญรูปร่าง

	หน้า
รูปที่ 1 ข้อสันนิษฐานส่วนประกอบของคำว่า “ธารกำนัล”	11
รูปที่ 2 ความเห็นของนาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย เรื่องที่มาของคำว่าธารกำนัล	13
รูปที่ 3 ความเห็นของศาสตราจารย์กิตติคุณ กาญจนา นาคสกุล เรื่องที่มาของคำว่าธารกำนัล.....	14
รูปที่ 4 ความเห็นของอาจารย์บุญเตือน ศรีวรพจน์ เรื่องที่มาของคำว่าธารกำนัล	15
รูปที่ 5 การตีความถ้อยคำทางกฎหมายโดยแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็นสองชั้น	28
รูปที่ 6 ขอบเขตความหมายของคำว่า “อาวุธ”	34
รูปที่ 7 ขอบเขตความหมายของคำว่า “ธารกำนัล”	51
รูปที่ 8 สำคัญของการตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลตามหลักอักษรศาสตร์	133
รูปที่ 9 เปรียบเทียบการตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลกับสัดส่วนความร้ายแรง และความเสียหายจากการกระทำความผิด	134
รูปที่ 10 ความแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล ตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง	140
รูปที่ 11 ขอบเขตความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญา	168
รูปที่ 12 ความสัมพันธ์ความร้ายแรงของการกระทำความผิดตามมาตรา 388 กับอัตราส่วนโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ	173
รูปที่ 13 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา	174

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด มาตรา 281 ที่กำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง และการอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งกระทำระหว่างคู่สมรส หรือการอนาจารตามมาตรา 278 วรรคหนึ่ง ที่เกิดต่อหน้าธารกำนัลเป็นความผิดซึ่งไม่อาจยอมความได้ และในภาคลหุโทษ มาตรา 388 การกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล และมาตรา 397 วรรคสอง เหตุเพิ่มโทษในกรณีที่มีการกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม ทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญเกิดต่อหน้าธารกำนัล โดยเมื่อพิจารณาที่ความหมายของถ้อยคำ คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ไม่มีการกำหนดความหมายเฉพาะไว้ในหมวด 1 บทนิยาม การตีความจึงต้องอาศัยความหมายตามธรรมดา ซึ่งคำว่า “ธารกำนัล” หมายความว่า ที่ชุมนุมชนหรือคนจำนวนมาก¹ อย่างไรก็ตามได้วางบรรทัดฐานการตีความต่อหน้าธารกำนัลกว้างไปกว่าถ้อยคำตามความหมายธรรมดา โดยถือว่าการกระทำต่อหน้าธารกำนัลมี 2 ประการ² คือ

ประการที่ 1 ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้เห็นการกระทำของตน หมายถึง กรณีที่มีบุคคลหนึ่งแม้เพียงบุคคลเดียวได้เห็นการกระทำความผิด โดยที่ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลทั่วไปหรือประชาชน แต่บุคคลอื่นนั้นจะต้องไม่เป็นตัวการผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน³

ประการที่ 2 ผู้กระทำความผิดได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ กล่าวคือ โดยลักษณะของการกระทำอาจมีบุคคลอื่นได้เห็น ในสถานที่ซึ่งประชาชนอาจเห็นได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องกระทำในที่สาธารณะสถาน และแม้ผู้กระทำจะพยายามปกปิด แต่วิธีที่ใช้ในการปกปิดไม่เพียงพอ ก็ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล⁴

¹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), หน้า 601.

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1173/2508 (ประชุมใหญ่) เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาบรรทัดฐานที่ตีความความผิดต่อหน้าธารกำนัล วินิจฉัยว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่อหน้าเด็กหญิงคนหนึ่งในห้องนอนมืดเพียงแต่เหตุเกิดต่อหน้าเด็กหญิงเท่านั้น และโจทก์มิได้ยืนยันได้แย้งว่าจำเลยได้กระทำโดยประการที่ทำให้เด็กหญิงได้เห็นการกระทำของจำเลย หรือว่าจำเลยได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของจำเลยได้ ดังนั้น พฤติการณ์แห่งคดีจึงถือไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล.

³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1 (กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์, 2548), หน้า 770.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 770-772. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549.

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของบทบัญญัติดังกล่าว ฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลมีมาตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 มาตรา 248⁵ มาตรา 337 (1) และมาตรา 337 (2)⁶ โดยมีข้อสังเกตว่า คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ตรงกับคำว่า “in public” ตามต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษ มีความหมายตามพจนานุกรมว่า สถานที่ซึ่งมองเห็นได้หรือเปิดเผยต่อประชาชน⁷ แต่ถ้อยคำตามต้นร่างก็ไม่ได้กำหนดนิยามหรืออธิบายความหมายของการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลไว้ ส่วนถ้อยคำในภาษาอังกฤษก็เป็นการอธิบาย “in public” ในความหมายของหลักสถานที่ ซึ่งไม่ตรงกับความหมายภาษาไทยที่อธิบายถึงหลักบุคคล ทำให้การวินิจฉัยและตีความการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลยังมีความเห็นที่แตกต่างกันตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นทางวิชาการ รวมทั้งอธิบายความหมายแตกต่างกันไปในแต่ละมาตรา ก่อให้เกิดปัญหาการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ว่าควรมีความหมายและขอบเขตของถ้อยคำเพียงใด

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลล้วนมีความสัมพันธ์กับความผิดทางเพศ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งอภิปรายถึงที่มาของการบัญญัติฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลเป็นลำดับแรก และจะตอบคำถามที่ว่าเหตุใดการใช้ถ้อยคำว่าต่อหน้าธารกำนัลจึงสัมพันธ์กับความผิดทางเพศ เพื่อสร้างความเข้าใจพื้นฐานในการตีความกฎหมาย

จากการศึกษาพบว่า การตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลในปัจจุบันไม่สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีการตีความกฎหมายอาญา กล่าวคือ ตามหลักอักษรศาสตร์ คำว่า “ธารกำนัล” มาจากคำไทยเดิมว่า “ธารค่านัล” ปรากฏในปทานุกรม แปลว่า ที่เฝ้า ที่รับแขก ประชุมชน หมู่ชนที่เป็นแขก⁸ ต่อมาตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้นิยามคำว่า “ธารกำนัล” และ “ธารค่านัล” ในความหมายเดียวกัน ว่าที่ชุมนุมชนหรือคนจำนวนมาก แต่คำพิพากษาศาลฎีกากลับตีความกว้างไปความหมายตามตัวอักษร หมายรวมไปถึง กระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ กรณีที่ไม่มีบุคคลอื่นเห็นการกระทำความผิด หรือไม่มีพยานรับรู้เหตุการณ์เลย ก็ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้⁹

⁵ กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 มาตรา 248 การฟ้องเอาโทษแก่ผู้กระทำความผิดกฎหมายหมวดนี้นั้น ถ้าคดีเป็นข้อหาว่าใช้อำนาจด้วยกำลังหรือขู่เข็ญทำชำเราซึ่งใจหญิง ดังว่าไว้ในตอนต้น แห่งมาตรา 243 ก็ดี หรือว่าคดีมีข้อหาว่า ใช้ขู่บายหลอกลวงทำชำเราซึ่งใจหญิง ดังว่าไว้ในตอน 2 แห่งมาตรา 243 นั้นก็ดี หรือว่าคดีเป็นข้อหาว่าบังอาจทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินสิบสองขวบขึ้นไป ดังว่าไว้ในมาตรา 246 นั้นก็ดี ท่านว่าให้พิจารณาฐานที่เกิดเหตุก่อน ถ้าเหตุมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลไซ้ ท่านให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกกระทำร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้เจ้าพนักงานเอาคดีนั้นขึ้นว่ากล่าวตามกระบวนเมือง

⁶ กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 มาตรา 337 ความผิดละหุโทษในฐานกระทำการอนาจาร

(1) ผู้ใดแสดงวาจาลามกอนาจาร ต่อหน้าธารค่านัล ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษชั้น 3

(2) ผู้ใดเปลือยกาย หรือกระทำการอย่างอื่น ๆ อันควรขายหน้าต่อหน้าธารค่านัล ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษชั้น 4

⁷ Public 1. The people of a nation or community as a whole. 2. A place open or visible to the public. <in public>

⁸ ปทานุกรม รวม 26.230 คำ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรมตำรา กระทรวงธรรมการ, 2470), หน้า 356.

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.

นอกจากนี้ การใช้และการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ยังมีความแตกต่างกัน ซึ่งคำอธิบายตามตำราและคำพิพากษาศาลฎีกาใน ส่วนของมาตรา 281 สาระสำคัญของกรณีวินิจฉัยเน้นไปที่มีบุคคลอื่นเห็นหรืออาจเห็นการกระทำ ความผิดได้ แม้จะมีเพียงบุคคลเดียวก็ตาม ในขณะที่มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง จะต้อง ปรากฏว่ามีบุคคลได้ยินหรือเห็นการกระทำความผิดตามความเป็นจริงด้วย ซึ่งเป็นการวินิจฉัยรวมไป ถึงความรับรู้ประการอื่นนอกจากการมองเห็น และกรณีของมาตรา 397 วรรคสอง ต่อหน้าธารกำนัล ยังมีคำอธิบายว่า หมายถึง บุคคลอื่นซึ่งอาจมีหลายคน จึงเกิดปัญหาการตีความมาตรา 281 ตาม อุทธรณ์ที่ 1 ดังนี้

อุทธรณ์ที่ 1 นายหนึ่งได้เข้ามาข่มขืนกระทำชำเรานางสาวสองในห้องนอน ซึ่งในห้องนั้นมี นางสาวสามนอนหลับอยู่ด้วย ในความมืดนางสาวสามได้ยินเสียงและสามารถรับรู้ได้ว่านายหนึ่งเข้ามา ข่มขืนกระทำชำเรานางสาวสอง กรณีเช่นนี้ จะถือว่านายหนึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรานางสาวสองต่อ หน้าธารกำนัลหรือไม่ จากอุทธรณ์ที่ 1 จึงเกิดคำถามที่ว่า การรับรู้ประการอื่นนอกจากการมองเห็น เช่น การได้ยินเสียง การสัมผัส หรือความรับรู้ประการใด ๆ ที่ทำให้ผู้อื่นทราบว่ามีการกระทำความผิด เกิดขึ้นถือเป็นต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่

คำถามต่อมา คือประเด็นเรื่องเจตนา ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบความผิดและต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำ ต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยจะอธิบายประเด็นนี้จากอุทธรณ์ที่ 2

อุทธรณ์ที่ 2 นายดำและนางสาวขาวพักอยู่ห้องพักติดกัน นายดำสังเกตนานแล้ว ว่า นางสาวขาวพักอยู่คนเดียว จึงได้เคาะประตูห้องนางสาวขาวแล้วกดปล้ำนางสาวขาวทันที แต่เมื่อ กดปล้ำได้ไม่นานนายดำสังเกตเห็นนางสาวแดง นางสาวเขียว และนางสาวส้ม เพื่อนของนางสาวขาว นั่งอยู่ในห้องด้วยและพยายามเข้าช่วยเหลือนางสาวขาว นายดำจึงรีบวิ่งหนีกลับห้องไป ต่อมานายดำ ถูกดำเนินคดีในความผิดฐานอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 278 วรรคหนึ่ง นายดำได้มา ขอโทษและชดใช้ค่าเสียหายจนนางสาวขาวพอใจและยอมความ กรณีนี้สิทธิในการดำเนินคดีอาญา ระงับลงหรือไม่¹⁰

จากข้อเท็จจริงตามอุทธรณ์ที่ 2 นายดำไม่ได้มีเจตนาให้การกระทำอนาจารโดยใช้กำลัง ประทุษร้ายนางสาวขาวเกิดต่อหน้าธารกำนัล เนื่องจากสังเกตนานแล้วว่านางสาวขาวพักอยู่คน เดียว แต่ขณะกระทำความผิดกลับปรากฏว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลโดยบังเอิญ กรณีเช่นนี้จะ เป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 281 หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ความเห็น ได้แก่

¹⁰ นันทข กิจรนนันท์, "ธารกำนัลในประมวลกฎหมายอาญา," ตุลพาท 2(65): 157.

ความเห็นที่ 1 แนวความเห็นตามคำพิพากษาศาลฎีกา วางหลักว่า ผู้กระทำความผิดฐาน ช่มชู้นกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 วรรคแรก และการอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส หรือกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคหนึ่ง ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดและประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลว่า บุคคลอื่นเห็นหรืออาจเห็นการกระทำความผิดได้¹¹

ความเห็นที่ 2 แนวความเห็นทางวิชาการ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำจะต้องรู้แต่ประการใด เนื่องจากมาตรา 281 มิได้กำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ “ต่อหน้าธารกำนัล” จึงไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม และไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 62 วรรคท้าย ดังนั้น การช่มชู้นกระทำชำเรา การอนาจารโดยการล่วงล้ำ และการอนาจารที่เกิดต่อหน้าธารกำนัล จึงเป็นเพียงพฤติการณ์ที่ทำให้การกระทำความผิดนั้นยอมความไม่ได้¹² ซึ่งความแตกต่างของความผิดอันยอมความได้และความผิดอันยอมความไม่ได้ ส่งผลต่อการดำเนินคดีอาญาและการระงับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

“ต่อหน้าธารกำนัล” ตามมาตรา 281 แตกต่างจากคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ที่บัญญัติในมาตรา 388 เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด และมาตรา 397 วรรคสอง เป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้น ดังนั้น ในทางทฤษฎีแล้ว ผู้กระทำความผิดจึงต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและต้องมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลจึงจะมีความผิดตามมาตรา 388 หรือรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง¹³

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาที่มาของการบัญญัติฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง การวินิจฉัยความผิดต่อหน้าธารกำนัลในประเทศไทย บทบัญญัติและแนวทางการวินิจฉัยความผิดต่อหน้าธารกำนัลในต่างประเทศ ตลอดจนวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อตีความและกำหนดขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” แก้ไขปัญหาความไม่แน่นอนของการปรับใช้บทกฎหมาย และจะนำเสนอแนวทางการพัฒนาฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลให้มีความชัดเจนทางวิชาการ สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย สอดคล้องกับบริบททางสังคม และมีความกลมกลืนกับกฎหมายต่างประเทศในระดับสากล

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1794/2494, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1173/2508 (ประชุมใหญ่) และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.

¹² จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 1, หน้า 774.

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6668/2551 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 388/2505 (ที่ประชุมใหญ่).

1.2 สมมติฐานของงานวิจัย

ศาลฎีกาตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึง การกระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้ เห็นการกระทำของตน หรือกระทำในลักษณะที่เปิดเผยมอบให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ แต่การตีความเช่นว่าเป็นการตีความที่กว้าง ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 รวมทั้งไม่ได้อธิบายให้ครอบคลุมถึงความรับรู้ประการอื่นนอกจากการ มองเห็น ทำให้การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ขาดความเป็นเอกภาพ และทำให้ผู้เสียหายไม่ได้ รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ หากมีการกำหนดขอบเขตของถ้อยคำให้แคบลงและ กำหนดความหมายของถ้อยคำให้ชัดเจน หมายถึงเฉพาะกรณีที่มีกลุ่มบุคคลรับรู้การกระทำ ความผิด ในความเป็นจริงเท่านั้น ย่อมส่งผลให้เกิดความชัดเจนในทางวิชาการ และเป็นการคุ้มครองสิทธิของ ผู้เสียหายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอีกด้วย

1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.3.1 เพื่อทราบถึงประวัติความเป็นมาของการบัญญัติฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

1.3.2 เพื่อพิสูจน์ว่าคำเดียวกันที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาคือคำว่าต่อหน้าธารกำนัล ควรมีความหมายและตีความเช่นเดียวกัน

1.3.3 เพื่อค้นหาขอบเขตและตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลในประมวลกฎหมายอาญา

1.3.4 เพื่อนำเสนอแนวทางการพัฒนาฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลให้มีความเหมาะสมกับ บริบทของถ้อยคำและถูกต้องตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึง ปัจจุบัน คือ กฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 และประมวล กฎหมายอาญา โดยอภิปรายถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง การตีความกฎหมาย หลักเกณฑ์การใช้ และการตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลในประเทศไทย โดยพิจารณาถึงปัญหาและข้อบกพร่องในการ ตีความบทบัญญัติปัจจุบันประกอบ และวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของประเทศไทยกับ กฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐประชาชนจีน สหพันธ์รัฐมาเลเซีย และสหราชอาณาจักร เฉพาะกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศอังกฤษและเวลส์ ตลอดจนกำหนด ขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” และนำเสนอแนวทางการพัฒนาฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลใน ประมวลกฎหมายอาญา

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การกำหนดขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” และพัฒนาฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล ในประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดวิธีการศึกษาโดยใช้การวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูล ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากตัวบทกฎหมาย หนังสือ ตำรา บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ สิ่งตีพิมพ์ คำพิพากษาศาลฎีกา เอกสารทางกฎหมายและข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งสัมภาษณ์นักวิชาการ เพื่อนำข้อมูลเหล่านี้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) และประมวลผลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1.6.1 ได้ทราบถึงประวัติความเป็นมาของการบัญญัติฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

1.6.2 สามารถพิสูจน์ได้ว่าคำเดียวกันที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาคือคำว่าต่อหน้าธารกำนัลควรมีความหมายและความเช่นเดียวกัน

1.6.3 ค้นพบขอบเขตและแนวทางการตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลในประมวลกฎหมายอาญา

1.6.4 ได้นำเสนอแนวทางการพัฒนาฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลให้มีความเหมาะสมกับบริบทของถ้อยคำและถูกต้องตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

จากการศึกษาพบว่างานวิชาการในประเทศไทยที่ศึกษาเกี่ยวกับความผิดต่อหน้าธารกำนัล ยังคงมีอยู่จำกัด ปรากฏในคำอธิบายในตำรากฎหมายอาญาแต่เพียงสั้น ๆ โดยงานวิชาการที่เกี่ยวข้องมีดังต่อไปนี้

1.7.1 บทความเรื่อง ธารกำนัลในประมวลกฎหมายอาญา โดย นายันทัช กิจรานันท์ บทความนี้ได้กล่าวถึง ปัญหาข้อกฎหมายในการปรับใช้ความผิดต่อหน้าธารกำนัล โดยพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นเชิงวิชาการ เริ่มจากพิจารณาความหมายของคำว่า “ธารกำนัล” จากคำอธิบายที่ปรากฏในตำรากฎหมายและแนวคำพิพากษาศาลฎีกา แล้วสรุปว่ามีความหมายไปในทางเดียวกันคือ สถานที่ที่ประชาชนอาจเห็นได้ โดยจะเป็นสาธารณสถานหรือสถานที่ของเอกชนไม่สำคัญ และได้อธิบายถึงการปรับใช้ ดังนี้

กรณีเหตุอันยอมความไม่ได้ตามมาตรา 281 มีความเห็นที่แตกต่างกันเป็น 2 แนวทาง แนวทางแรกเห็นว่า ความผิดต่อหน้าธารกำนัลต้องเป็นการกระทำโดยผู้กระทำความผิดต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลว่าเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล

ในขณะที่แนวทางที่สองเห็นว่า ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องกระทำโดยมีเจตนากระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล เนื่องจากธารกำนัลไม่ใช่องค์ประกอบความผิด แต่เป็นเพียงเหตุที่ทำให้เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ ส่วนกรณีตามมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง มีความเห็นที่สอดคล้องไปในทางเดียวกันว่า ผู้กระทำความผิดต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด และผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลว่า การกระทำของตนเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล จึงจะมีความผิด

ดังนั้น ผู้เขียนบทความไม่ได้กล่าวถึงขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” แต่ได้ตั้งปัญหาเรื่องการใช้และการตีความต่อหน้าธารกำนัลในประมวลกฎหมายอาญาและได้สรุปว่ากรณีของเหตุอันยอมความได้ตามมาตรา 281 ขึ้นกับว่าจะมองในมุมที่คุ้มครองผู้กระทำความผิดหรือผู้เสียหายมากน้อยเพียงใด โดยยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่แน่นอนที่จะเป็นบรรทัดฐานได้ ซึ่งผู้วิจัยจะนำประเด็นปัญหาในการตีความกฎหมายมาศึกษาต่อยอดในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1.7.2 วิทยานิพนธ์เรื่อง มาตรการทางกฎหมายต่อการเปลือยหรือการเปิดเผยร่างกาย โดยนางสาวพัชรพร หลักมันคง วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ศึกษาบทบัญญัติมาตรา 388 กระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล โดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำการลามกอย่างอื่น และเน้นไปที่การเปิดเผยร่างกายในส่วนอวัยวะเพศ โดยมองว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีความร้ายแรงและซับซ้อนมากขึ้นเรื่อย ๆ แต่บทบัญญัติตามกฎหมายไทยกลับไม่มีบทลงโทษที่เหมาะสม ส่วนกรณีที่ผู้กระทำความผิดถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ที่มีความผิดปกติทางจิต ก็ไม่มีมาตรการบำบัดรักษาที่เหมาะสม ด้านเนื้อหามีการอธิบายความหมายของการกระทำต่อหน้าธารกำนัลว่าหมายถึง โดยลักษณะของการกระทำนั้นบุคคลทั่วไป ซึ่งไม่เฉพาะเจาะจงว่าเป็นผู้ใด สามารถเห็นได้เองโดยไม่ใช้การสอดเข้าไปเห็น และไม่จำเป็นต้องมีผู้พบเห็นหลายคน แม้มีผู้พบเห็นคนเดียวก็ถือเป็นธารกำนัลได้ แต่ไม่ได้วิเคราะห์และตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” บทสรุปของวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ เสนอว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 388 ในกรณีที่กระทำความผิดต่อเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี เพิ่มโทษในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดอื่นเกี่ยวกับร่างกายหรือความผิดทางเพศ และเพิ่มมาตรการบำบัดรักษา โดยเพิ่มบทบัญญัติที่ให้พนักงานสอบสวนหรือศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดเข้าร่วมกระบวนการให้คำปรึกษาโดยผู้เชี่ยวชาญได้

1.7.3 วิทยานิพนธ์เรื่อง ความผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล : ศึกษาความรับผิดฐานกระทำการอันควรขายหน้าต่อธารกำนัล โดยการเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำการลามกอย่างอื่น โดยนายภษิตศ มธูรส วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ศึกษาการกระทำอันควรขายหน้า โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายต่อหน้าธารกำนัลหรือต่อหน้าสาธารณชน ซึ่งสาเหตุหลักมาจากผู้กระทำความผิดมีความผิดปกติทางจิตที่ต้องได้รับการบำบัดดูแล และเมื่อการกระทำความผิดนี้อยู่ในภาค 3 ลหุโทษทำให้พนักงานสอบสวนสามารถเปรียบเทียบปรับและปล่อยตัวผู้กระทำความผิดไปโดยไม่ได้รับการบำบัดได้ ทำให้บุคคลนั้นกลับมากระทำความผิดซ้ำ และในกรณีของผู้กระทำความผิดกลุ่มอื่นที่ไม่ใช่

ผู้ป่วยทางจิตก็ไม่ได้มีความเกรงกลัวต่อบทลงโทษที่กำหนดไว้เพียงเล็กน้อย ซึ่งเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส อังกฤษ และญี่ปุ่น ได้ให้ความสำคัญกับความผิดฐานนี้ รวมทั้งมีมาตรการเรื่องการบำบัดรักษาละฟื้นฟูสมรรถภาพด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 388 ที่อยู่ในภาคลหุโทษ นำมาบัญญัติในภาคความผิด และวางกำหนดโทษใหม่ โดยเพิ่มโทษจำคุกเข้าไปด้วยและเพิ่มโทษปรับให้สูงขึ้น เพื่อเป็นเครื่องมือในการควบคุมอาชญากรรมและทำให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการใช้มาตรการทางกฎหมายกำหนดให้มีวิธีการเพื่อความปลอดภัย โดยส่งตัวผู้กระทำความผิดไปบำบัดรักษา เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดนั้นกลับมากระทำความผิดซ้ำ โดยจะสังเกตได้ว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาฐานความผิดตามมาตรา 388 ไม่ได้มุ่งเน้นการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หรือการกำหนดขอบเขตของถ้อยคำแต่อย่างใด

1.7.4 วิทยานิพนธ์เรื่อง ความผิดฐานกระทำความรุนแรงในครอบครัวกับการยอมความตามประมวลกฎหมายอาญา: ศึกษาเฉพาะความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามมาตรา 278 (ที่เกิดต่อหน้าธารกำนัล) และความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 310 ทวิ โดยนางสาวสุภัทสร ภูเจริญศิลป์ วิทยานิพนธ์เรื่องนี้มุ่งศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550 โดยมีข้อเสนอที่จะเพิ่มฐานความผิดในพระราชบัญญัติ ให้คล้ายกับประมวลกฎหมายอาญา ให้ความผิดฐานอนาจารที่เกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัลเป็นความผิดอันยอมความได้ เพื่อรักษาความสัมพันธ์อันดีในครอบครัวไว้ แต่ไม่มีการศึกษาไปถึงการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล การตีความถ้อยคำ และการวินิจฉัยในกรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล

คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ปรากฏอยู่ในมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ซึ่งล้วนมีความเชื่อมโยงกับความผิดทางเพศ แต่ว่ากรณีเช่นใดจะถือเป็น “ต่อหน้าธารกำนัล” ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดขอบนิยามไว้ การตีความความผิดซึ่งเกิดต่อหน้าธารกำนัลจึงมีความหมายและขอบเขตที่แตกต่างกันไปในแต่ละมาตราและไม่เป็นเอกภาพ ดังนั้น เพื่อค้นหาขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จึงจำเป็นต้องศึกษาความหมายของถ้อยคำเป็นลำดับแรก ลำดับต่อมาศึกษาหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมาย เพื่อที่จะพิสูจน์ว่าตามทฤษฎีแล้วการใช้ถ้อยคำเดียวกันว่าต่อหน้าธารกำนัลควรมีความหมายและการตีความที่เหมือนกันทั้งประมวลกฎหมายอาญา และการตีความของศาลฎีกาที่ว่า ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลรวมถึงการกระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของผู้กระทำความผิดได้นั้น เป็นการตีความที่ไม่สอดคล้องกับแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมาย ลำดับสุดท้ายในบทนี้จะศึกษาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาและเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เพื่อเป็นรากฐานในการวิเคราะห์ปัญหาของบทบัญญัติในกฎหมายปัจจุบัน นำไปสู่แนวทางการกำหนดขอบเขตและพัฒนากฎหมายให้มีความเหมาะสมกับบริบทของถ้อยคำและถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยองค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาบทที่ 2 จะเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์เพื่อหาคำตอบของวิทยานิพนธ์ต่อไป

2.1 ความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล”

การทำความเข้าใจและปรับใช้ฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลอย่างถูกต้อง จะต้องทราบถึงความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เป็นลำดับแรก โดยผู้วิจัยได้อธิบายความหมายของถ้อยคำออกเป็น 2 รูปแบบ คือ ความหมายตามหลักอักษรศาสตร์และความหมายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นทางวิชาการ โดยจะเริ่มอธิบายความหมายตามหลักอักษรศาสตร์ก่อน เนื่องจากเป็นพื้นฐานที่ผู้พิพากษาและนักวิชาการใช้ประกอบการอธิบายความหมายของถ้อยคำที่เป็นวัตถุแห่งการตีความ

2.1.1 ความหมายตามหลักอักษรศาสตร์

การค้นหาคำความหมายตามหลักอักษรศาสตร์เป็นไปเพื่อทราบความเป็นมาของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล โดยจากการสืบค้นความหมายจากคำอธิบายทั้งในภาษาไทยและภาษาต่างประเทศพบว่า คำว่า “ธารกำนัล” มาจากคำไทยเดิมว่า “ธารค้ำนัล” เป็นคำที่ปรากฏในปทานุกรม เป็นคำนาม แปลว่า ที่เฝ้า ที่รับแขก ประชุมชน หมู่ชนที่เป็นแขก และในบางกรณีอาจเขียนว่าทารกำนัลก็มี

ความหมายเช่นเดียวกัน¹⁴ เมื่อพิจารณาส่วนประกอบของคำที่เป็นไปได้พบว่ามียากศัพท์ที่มีความสัมพันธ์กับคำว่า “ธารคำนำล” ดังนี้

ตารางที่ 1 ความหมายของส่วนประกอบคำที่อาจเป็นไปได้ของคำว่า “ธารคำนำล”

ลำดับ	คำศัพท์	คำอ่าน	ที่มา	ความหมาย
1	ธารณหรือ ธารณะ	ทา-ระ-นะ	สันสกฤต	การทรงไว้ การรักษาไว้ ทัวไป ตัดออกมาจาก คำว่า สาธารณ ที่แปลว่า ทัวไป ไม่เลือกหน้า ไม่เฉพาะเจาะจง ¹⁵ ส่วน ธารณะ เป็นคำที่ตัดมาจากคำว่า ตักบาตรสาธารณะ ¹⁶
2	ธาร	ทาน	มคธและ สันสกฤต	การทรงไว้ การรับไว้ มักใช้พ่วงท้ายคำอื่น ¹⁷
2	ทาร	ทานหรือ ทา-ระ	มคธและ สันสกฤต	เมื่อย ¹⁸
3	ก้านัน	-	-	ผู้ป้องกัน ผู้ดูแล ผู้รักษา ผู้ปกครองลูกบ้าน ¹⁹
4	ก้านัล	-	-	นางพนักงานในพระราชสำนัก ²⁰
5	คำนำลหรือคัล	-	เขมร	เฝ้า (ใช้เฉพาะเจ้านาย) ²¹

ตารางที่ 1 ผู้วิจัยได้ศึกษารากศัพท์ที่มีความสัมพันธ์กับธารก้านัล จากส่วนประกอบของคำว่า “ธารคำนำล” พบว่ามีคำศัพท์ที่เกี่ยวข้อง 5 คำ ดังที่อธิบายในตาราง ต่อมาพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานอธิบายคำว่า “ธารก้านัล” และ “ธารคำนำล” รวมกัน โดยหมายความว่า ที่ชุมนุมชนหรือคนจำนวนมาก โบราณเขียนเป็นทารก้านันก็มี²² ส่วนคำว่า “ค้านัล” และ “คัล” เป็นคำที่ใช้ในบทร้องกรอง แปลว่า เฝ้าเจ้านาย²³ นอกจากนี้ยังปรากฏคำว่า “สาธารณ” อ่านว่า สา-ทาน

¹⁴ พจนานุกรม รวม 26, 230 คำ, หน้า 356.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน.

¹⁶ นิยะดา เหล่าสุนทร, รัตนมาลา พจนานุกรมแสดงความหมาย สมัย และที่มาของโบราณศัพท์ (กรุงเทพฯ: ลายคำ, 2553), หน้า 445.

¹⁷ พจนานุกรม รวม 26, 230 คำ, หน้า 355.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 326.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

²⁰ เรื่องเดียวกัน.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 138.

²² พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 601.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 261.

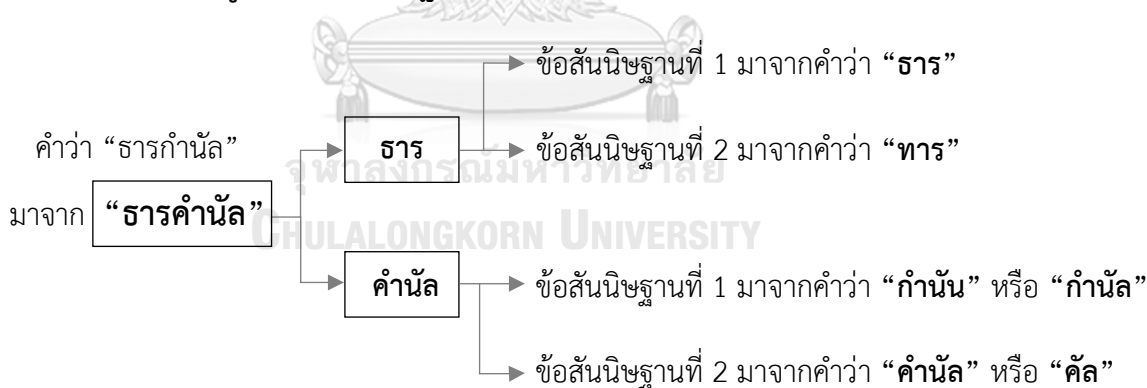
ประกอบไปด้วย 3 ความหมาย ได้แก่ (1) ต่ำหรือเลว (2) ชั่วช้า บางกรณีใช้เข้าคู่กับคำว่าชั่วช้าเป็นชั่วช้าสาธารณณ์ และ (3) ทัว ๆ ไป เช่น ของสาธารณณ์ และพจนานุกรมกฎหมายโดยขุนสมภารทิตะคดีอธิบายคำว่า “ธาระก้านัล” หรือเขียนว่า “ธาระค้านัล” หมายถึง ประชุมชนหรือคนทั่วไปมีความหมายเหมือนคำว่า “สาธารณณะชน” ที่หมายถึง คนทั่วไป²⁴

เมื่อพิจารณาต้นร่างกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 พบว่าต่อหน้าธารก้านัล ตรงกับคำว่า “in public” ในต้นร่างฉบับภาษาอังกฤษ ซึ่ง Black’s law dictionary ได้ให้ความหมายคำว่า “Public”²⁵ แปลได้ 2 ความหมาย ความหมายแรกเป็นคำคุณศัพท์ หมายความว่าที่เกี่ยวข้องหรือเป็นของส่วนรวม ของรัฐ หรือของประชาชน วางหรือมีอยู่สำหรับทุกคนที่จะใช้ประโยชน์ มีส่วนแบ่ง หรือได้ใช้ตามสิทธิอย่างเต็มที่²⁶ ความหมายที่สองเป็นคำนาม หมายความว่าประชาชนของรัฐหรือสังคมโดยรวม หรือสถานที่ซึ่งมองเห็นได้หรือเปิดเผยต่อประชาชน²⁷

นอกจากนี้ความหมายตามความเข้าใจของประชาชนการกระทำต่อหน้าธารก้านัล คือ การกระทำในที่ซึ่งประชาชนหรือสาธารณชนสามารถเห็นได้ เช่น ในที่โล่งแจ้ง ที่รับแขก ที่ประชุมชน ที่สวนสาธารณะ หรือสาธารณสถานทั่ว ๆ ไป²⁸

ดังนั้น จากการศึกษาความหมายและส่วนประกอบของคำทำให้สามารถตั้งข้อสันนิษฐานที่มาของคำว่าธารก้านัลได้ตามรูปที่ 1

รูปที่ 1 ข้อสันนิษฐานส่วนประกอบของคำว่า “ธารก้านัล”



²⁴ ขุนสมภารทิตะคดี, พจนานุกรมกฎหมาย: บรรจุนำตั้งแต่โบราณกาลถึงปัจจุบันกาล (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 167 และ 369.

²⁵ Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, ed. 9 (St. Paul, MN: West, 2009), p. 1348.

²⁶ Public (adj.) 1. Relating or belonging to an entire community, state, or nation. 2. Open or available for all to use, share or enjoy.

²⁷ Public (n.) 1. The people of a nation or community as a whole. 2. A place open or visible to the public.

²⁸ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตรา ประมวลกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2521), หน้า 67-68.

จากรูปที่ 1 และการศึกษาส่วนประกอบของคำ ผู้วิจัยศึกษาคำว่า “ธารคำนัล” โดยแยกส่วนประกอบของคำเป็น “ธาร” และ “คำนัล” ตั้งสมมติฐานว่า “ธาร” อาจมาจากคำว่า “ธาร” ตามข้อสันนิษฐานที่ 1 มีความหมายใกล้เคียงกับ “สาธารณ” หรือ “สาธารณะ” ที่แปลว่า การทรงไว้ทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง หรือ อาจมาจากคำว่า “ทาร” ที่แปลว่า เมีย ตามข้อสันนิษฐานที่ 2 ก็เป็นไปได้

ส่วนคำว่า “คำนัล” อาจมาจาก “กำนัน” หรือ “กำนัล” ที่หมายถึงคนตามข้อสันนิษฐานที่ 1 หรือมาจากคำว่า “คำนัล” หรือ “คัล” ที่แปลว่า ฝ้าเจ้านายตามข้อสันนิษฐานที่ 2

ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาต่อด้วยการสัมภาษณ์ นาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล และอาจารย์บุญเดือน ศรีวรรณ ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านอักษรศาสตร์ เพื่อขอความเห็นเกี่ยวกับรากคำ ความหมาย และที่มาของคำว่า “ธารกำนัล” และสรุปความเห็นโดยมีรายละเอียดดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

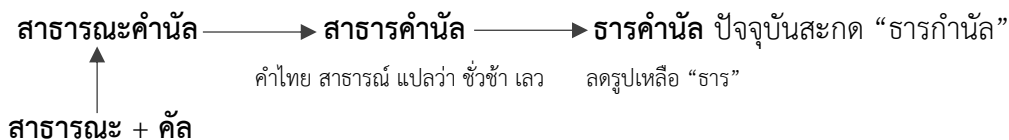
(1) นาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย²⁹ มีความเห็นว่าคำว่า “ธารกำนัล” ตามที่พจนานุกรมอธิบายไม่ปรากฏว่ามีวงเล็บคำว่ากฎ ที่หมายถึง คำที่ใช้ในกฎหมาย แสดงว่าธารกำนัลน่าจะใช้ทั่วไปไม่ได้เจาะจงว่าเป็นคำตามกฎหมายเท่านั้น โดยเป็นคำที่น่าจะมีความหมายกว้าง ขอให้หมายความว่า คนทั่วไปรับรู้ด้วยก็อาจเป็นธารกำนัลได้ และเมื่อพิจารณาถึงที่มาของถ้อยคำ รูปศัพท์ในปัจจุบันแยกเป็นคำว่า “ธาร” และ “กำนัล” โดยคำว่ากำนัลน่าจะมาจากคำว่า “คัล” ในภาษาเขมร สันนิษฐานได้ว่า “คัล” แปลงเป็น “คำนัล” ทำให้ความเป็นไปได้ที่ “กำนัล” จะมาจากคำว่า “กำนัน” มีน้ำหนักน้อยลง คำว่า “คัล” แปลว่า เข้าฝ้าเจ้านาย ในคัมภีร์ภาษาบาลีมีบันทึกว่ามีการเข้าฝ้าแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ การเข้าฝ้าเฉพาะตัว แล้วแต่พระมหากษัตริย์จะโปรดให้ใครเข้าฝ้าเป็นส่วนตัวและจะมีที่ต่างหากให้เข้าฝ้าจะเอื้อมอะไรกันยังไงก็ไม่มีใครรับรู้ การเข้าฝ้ารูปแบบนี้ เรียกว่า “รโหฐานคำนัล” ส่วนอีกรูปแบบหนึ่ง เรียกว่า “สาธารณะคำนัล” คือ การเข้าฝ้าในท้องพระโรง มีเสนาบดีและข้าราชการมาเข้าฝ้าพร้อม ๆ กัน ใครทำอะไรในท้องพระโรงก็จะเป็นที่รับรู้พร้อมกัน

นาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย จึงเห็นว่า คำว่า “สาธารณะคำนัล” เป็นที่มาของคำว่า “ธารกำนัล” ซึ่งในภาษาไทยมีคำว่า “สาธารณ” แปลว่า ชั่วช้า เลว ทรมาน เดิมมาจาก “สาธารณะ” ที่แปลว่า ทรงไว้ร่วมกัน คือ การรับรู้ด้วยกัน ต่อมาตัดกลายเป็นคำว่า “สาธารณ” ซึ่งความหมายแปลงไป จะเห็นได้ว่าคำว่า -ธณ หายไป จากสาธารณลดรูปข้างหน้าไปอีกเหลือแค่คำว่า “ธาร” คำเดี๋ยวดังนั้นจากคำว่า “สาธารณะกำนัล” เหลือ “สาธารคำนัล” แล้วกลายเป็น “ธารคำนัล” หมายถึง ต่อหน้าคนที่มาชุมนุม เหมือนการเข้าฝ้าแบบสาธารณะกำนัล มาใช้ว่าต่อหน้าประชาชน ที่ชุมนุม เป็นการย้ายจากการเข้าฝ้าในท้องพระโรงมาเป็นที่ที่คนมาชุมนุมกัน ใครมาดำหนิตีเดียตรงนั้นก็เป็นการต่อหน้าธารกำนัล จึงกลายมาเป็นความหมายที่ว่าประชาชนไปรับรู้ร่วมกันเป็นความหมายทั่วไป คำใน

²⁹ สัมภาษณ์ ทองย้อย แสงสินชัย, 10 เมษายน 2564.

กฎหมายอาจจะใช้ด้วยแต่คำนี้ไม่ได้ใช้เฉพาะในกฎหมาย รูปที่ 2 ผู้วิจัยอธิบายความเห็นของนาวาเอกทองย้อย แสงสินชัย เป็นภาพประกอบ ดังนี้

รูปที่ 2 ความเห็นของนาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย เรื่องที่มาของคำว่าธารกำนัล



“สาธารณณะ” แปลว่า ทรงไว้ร่วมกัน คือ รับผิดชอบด้วยกัน

“คัล” (คำเขมร คาล) แปลงเป็น “กำนัล” (คำเขมร คินาล) มีความหมายเดียวกันว่าเข้าเฝ้า

ส่วนข้อสันนิษฐานที่ว่าคำว่า “ธาร” อาจมาจากคำว่า “ทาร” นาวาเอกทองย้อย อธิบายว่าการสะกดของโบราณไม่พึงถือเป็นข้อยุติและไม่เห็นด้วยกับข้อสันนิษฐานนี้ เนื่องจาก “ทาร” ที่แปลว่าเมื่อย เป็นคำที่ไม่สาธารณะแก่คนทั่วไป คือคนไทยเข้าใจคำว่าเมื่อยมากกว่าจึงไม่ค่อยใช้คำว่าทาร

(2) ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล อธิบายว่า คำพยางค์เดียวของเขมรสามารถเติมคำอุปสรรคและเติมคำกลางให้กลายเป็นคำหลายพยางค์ได้ โดยมีการยกตัวอย่างคำเขมร “คาล” แปลว่า เฝ้า หมอบเฝ้า แปลงเป็น “คินาล” แปลว่า การเฝ้า ผู้เฝ้ารับใช้³⁰ และได้อธิบายถึงคำว่า “กำนัล” “คานัล” และ “คัล” โดยอธิบายว่า “กำนัล” แปลว่า นางพนักงานผู้รับใช้ ส่วน “คัล” และ “คานัล” แปลว่า เฝ้า กำนัลเป็นผู้รับใช้เฉพาะพระเจ้าแผ่นดิน การคอยอยู่รับใช้นี้จะเรียกว่าเฝ้าก็ไม่ผิด กำนัลจึงน่าจะเป็นคำเดียวกับคานัล เพราะตัว ค ภาษาเขมรอ่านออกเสียง ก³¹ ส่วนคำว่า “กำนัล” ที่เป็นตำแหน่งผู้ปกครองลูกบ้าน ผู้ดูแลราษฎรน่าจะมีมูลรากคำมาจาก “คินาล” เช่นเดียวกัน แต่ยังหาหลักฐานอ้างอิงไม่ได้³²

จากการสัมภาษณ์ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล³³ มีความเห็นว่าคำว่า “ธารกำนัล” แต่เดิมคงจะหมายถึงที่ที่คนทั้งหลายรวมกันเพื่อเฝ้าพระเจ้าแผ่นดิน เพราะมีคำว่า “โรงคานัล” คือ ที่สำหรับเฝ้าพระเจ้าแผ่นดิน ซึ่งเป็นที่ที่ทุกคนต้องสำรวมไม่ประพฤติดนมิตรระเบียบ

³⁰ กาญจนา นาคสกุล, “คำสันนิษฐานในภาษาไทยที่มีมูลรากเป็นคำภาษาเขมร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาภาษาไทย, คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2502), หน้า 5.

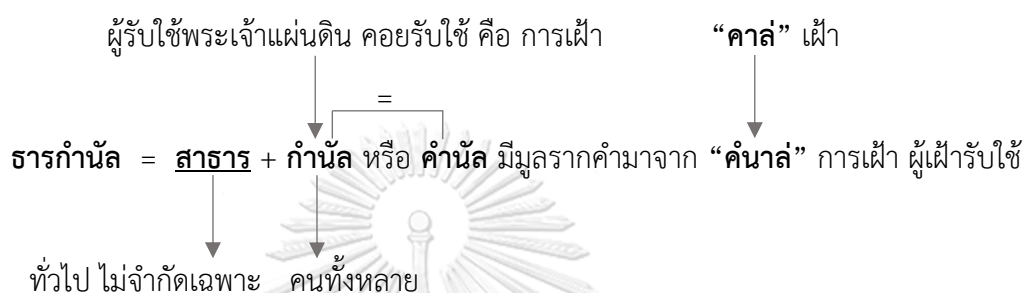
³¹ ตัว ก และตัว ค เขมรมีเสียงเดียวคือ ก ซึ่งคำบางคำในภาษาเขมรเขียนด้วย ค ในภาษาไทยมาใช้เป็น ก เป็นคำที่รับมาโดยเสียง ดูเรื่องเดียวกัน, หน้า 17 และ 97.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

³³ สัมภาษณ์ กาญจนา นาคสกุล, วันที่ 2 พฤษภาคม 2564.

ที่มาของคำว่า “ธารกำนัล” ตามความเห็นของอาจารย์กาญจนา มาจาก “สาธาร” แปลว่า ทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะ ประสมกับคำว่า “กำนัล” แปลว่า คนทั้งหลาย ซึ่งเป็นคนทั่วไป ไม่จำกัดว่าเป็น ผู้ใดโดยเฉพาะ อธิบายตามรูปที่ 3

รูปที่ 3 ความเห็นของศาสตราจารย์กิตติคุณ กาญจนา นาคสกุล เรื่องที่มาของคำว่าธารกำนัล



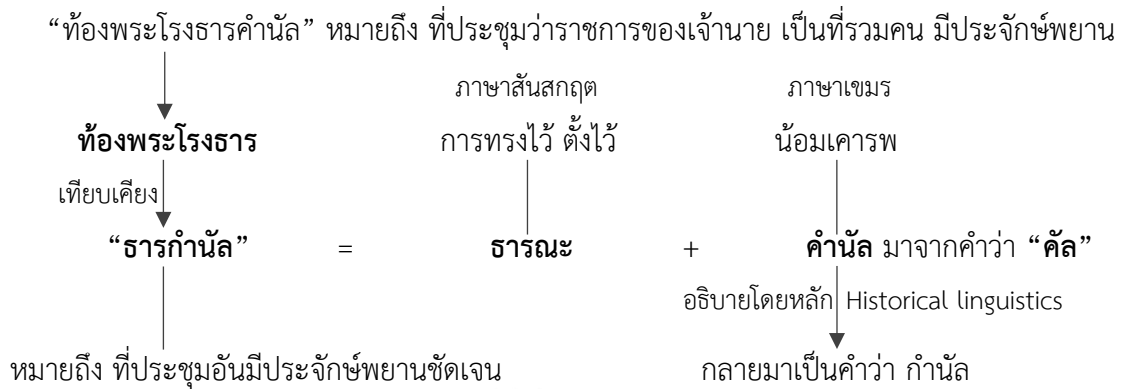
จากรูปที่ 3 สำนวนว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จึงหมายถึง ที่ที่มีผู้เข้าเฝ้าอยู่มากเป็นที่เปิดเผย ต่อสาธารณชน การกระทำใดที่ควรกระทำเฉพาะเมื่ออยู่ในที่รโหฐาน ไม่มีบุคคลอื่นรู้เห็น จึงไม่ควรกระทำในที่ที่มีผู้อื่นรู้เห็น ประกอบกับในวัฒนธรรมไทยการกระทำที่น่าละอายไม่ควรเปิดเผยในที่สาธารณะ คือ การแสดงความรักความใคร่ของชายหญิง การเปิดเผยส่วนของร่างกายของหญิงสาว การกระทำเหล่านี้จึงไม่ควรทำต่อหน้าธารกำนัล ส่วนการแสดงการยอมรับผิด การขอโทษ หรือขอขมาต่อผู้ที่ตนได้ล่วงเกินไปโดยไม่สมควร สมควรกระทำต่อหน้าธารกำนัล

(3) อาจารย์บุญเดือน ศรีวิพรรณ³⁴ อธิบายว่า คำว่า “ธารกำนัล” อาศัยแนวเทียบเคียงมาจาก “ท้องพระโรงธาร” เป็นศัพท์ที่ตัดมาจากคำว่า “ท้องพระโรงธารกำนัล” หมายความว่า ที่ประชุมว่าราชการของเจ้านาย โดยในที่ประชุมนั้นเป็นที่รวมคน มีประจักษ์พยานอย่างชัดเจน ดังนั้นความหมายโดยรวมของคำว่า “ธารกำนัล” จึงหมายถึง ที่ประชุมอันมีประจักษ์พยานชัดเจน

คำว่า “ธารกำนัล” มาจากคำว่า “ธารณะ” ภาษาสันสกฤต แปลว่า การทรงไว้ ตั้งไว้ ประสมกับคำว่า “กำนัล” มาจาก “คัล” แปลว่า น้อมเคารพ คำว่าคำนัลกลายมาเป็นกำนัลในทางภาษาศาสตร์อธิบายโดยใช้หลักการภาษาศาสตร์เชิงประวัติ (Historical linguistics) ที่มองว่าภาษาที่เกี่ยวข้องกันมีพัฒนาการมาจากภาษาดั้งเดิมเดียวกัน การสร้างคำในภาษาไทยมาจากภาษาเขมรว่า “คัล” เดิม น ตรงกลางกลายศัพท์เป็นคำว่า “คำนัล” ภาษาไทยเป็นคำว่า “กำนัล”

³⁴ สัมภาษณ์ บุญเดือน ศรีวิพรรณ, ผู้เชี่ยวชาญด้านอักษรศาสตร์ (ภาษาและวรรณกรรม) กรมศิลปากร, 6 พฤษภาคม 2564.

รูปที่ 4 ความเห็นของอาจารย์บุญเดือน ศรีสรรพจน์ เรื่องที่มาของคำว่าธารกำนัล



รูปที่ 4 อธิบายความเห็นของอาจารย์บุญเดือน โดยเทียบเคียงจากท้องพระโรงธารกำนัล นอกจากนี้อาจารย์ยังอธิบายเพิ่มเติมอีกว่า ในด้านความหมายที่สังคมนำมาใช้ ภาษามีทั้งแคบเข้าและกว้างออก ธารกำนัลก็เช่นเดียวกัน จากท้องพระโรงเลยกลายเป็นในที่ประชุมทั่ว ๆ ไป ที่มีประจักษ์พยานรับรู้เหตุการณ์ ความหมายโดยรวมของคำว่า “ธารกำนัล” จึงหมายถึง ที่ประชุมอันมีประจักษ์พยานชัดเจน นอกจากนี้เมื่อบริบททางสังคมเปลี่ยนไปการสื่อสารก็ไม่เหมือนเดิม เทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทมากในการติดต่อสื่อสารมากขึ้น เช่นนั้นการประกาศให้รู้ร่วมกันทางไลน์ ก็อาจเป็นธารกำนัลได้ถ้ามีสักขีพยานรู้เห็น ภาษาจึงเกี่ยวกับบริบทของสังคมที่นำไปใช้ด้วย

ดังนั้น จากการค้นหาความหมายตามพจนานุกรมและการสัมภาษณ์สามารถสรุปได้ว่า คำว่า “ธารกำนัล” มาจาก “ธารณะ” และ “คำนำล” คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จึงหมายถึง ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก โดยมีพยานรับรู้เหตุการณ์ เทียบเคียงจากการประชุมในท้องพระโรงอันเป็นสถานที่ซึ่งทุกคนต้องสำรวมไม่ประพฤตินิสิตระเบียบ การประพฤตินั้นในท้องพระโรงจึงเป็นที่รับรู้ร่วมกันทั้งหมด ในแง่ของการใช้ภาษาที่สังคมนำมาใช้จากท้องพระโรงจึงกลายมาเป็นต่อหน้าที่ประชุมทั่วไปที่มีพยานรับรู้จนมาถึงการประชุมออนไลน์ในปัจจุบัน สิ่งที่ควรกระทำเฉพาะเมื่ออยู่ในที่โรหฐาน จึงไม่ควรกระทำต่อหน้าธารกำนัลที่มีผู้อื่นรู้เห็นเหตุการณ์ ประกอบกับแนวความคิดในเรื่องวัฒนธรรมไทย การกระทำที่น่าละอายนั้นไม่ควรเปิดเผยในที่สาธารณะ เช่น การแสดงความรักใคร่หรือการเปิดเผยร่างกายผู้หญิง เป็นที่มาของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ซึ่งทางกฎหมายนำมาใช้กับความผิดทางเพศ

2.1.2 ความหมายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นทางวิชาการ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1173/2508 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่อหน้าเด็กหญิงคนหนึ่งในห้องนอนมืด เพียงแต่เหตุเกิดต่อหน้าเด็กหญิงเท่านั้น และโจทก์มิได้ยืนยันโต้แย้งว่าจำเลยได้กระทำโดยประการที่ทำให้เด็กหญิงได้เห็นการกระทำของจำเลย หรือว่า

จำเลยได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของจำเลยได้ ดังนี้ พฤติการณ์แห่งคดีจึงถือไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำผิดต่อหน้าธารกำนัล ถือเป็นบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้อธิบายความหมายของกระทำที่เกิดต่อหน้าธารกำนัลไว้ 2 ประการ คือ

ประการที่ 1 ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยประการที่บุคคลอื่นได้เห็นการกระทำของตน

ประการที่ 2 ผู้กระทำความผิดได้กระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้

ลำดับต่อมา เมื่อพิจารณาคำอธิบายในตำรากฎหมายกรณีที่มีความผิดเกิด “ต่อหน้าธารกำนัล” มีคำอธิบายและตีความตามความเห็นทางวิชาการ ดังนี้

ศาสตราจารย์จิติ ติงศภัทย์ อธิบายตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาว่า “การกระทำต่อหน้าธารกำนัล” ในมาตรา 281 มิได้หมายความเฉพาะแต่กระทำโดยประการที่บุคคลอื่นเห็นโดยแท้จริงเท่านั้น เพียงแต่กระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นได้ก็เป็นต่อหน้าธารกำนัล แม้จะเป็นที่เอกชนไม่ใช่สาธารณสถานและแม้ผู้กระทำจะพยายามปกปิดแต่วิธีการที่ใช้ในการปกปิดไม่เพียงพอจึงมีคนเห็น แต่ไม่หมายความรวมถึงการที่ผู้กระทำใช้วิธีการปกปิดอย่างเพียงพอแล้ว แต่บุคคลอื่นบังเอิญเข้าไปเห็นหรือแอบสอดรู้สอดเห็นโดยผู้กระทำมิได้คาดหมาย³⁵ ส่วน “ธารกำนัล” ตามมาตรา 388 หมายความว่า การกระทำที่ประชาชนเห็นได้³⁶ ซึ่งในคำอธิบายมาตรา 388 และมาตรา 397 การกระทำต่อหน้าธารกำนัลมีคำอธิบายเช่นเดียวกับมาตรา 281³⁷

ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ไว้ในมาตรา 281 ตามบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกา ตีความว่ากระทำต่อหน้าธารกำนัลมี 2 กรณี คือ ได้กระทำโดยประการที่บุคคลอื่นได้เห็นการกระทำของจำเลยและได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของจำเลยได้³⁸ เช่นเดียวกับคำอธิบายของนายสหัสรัฐ กิติ ศุภการ ที่อธิบายคำว่า “การกระทำต่อหน้าธารกำนัล” ตามที่ศาลฎีกาให้ความหมาย ว่าเป็นการทำในลักษณะเปิดเผยในสถานที่ซึ่งอาจมีคนเห็นได้ แม้ความเป็นจริงจะไม่มีพยานรู้เห็นก็ตามและโดยที่ไม่จำเป็นต้องกระทำในที่สาธารณสถานก็ได้³⁹

ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม อธิบายว่า “การกระทำที่มีได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึง การกระทำที่ผู้อื่นไม่มีโอกาสได้เห็นเหตุการณ์ ไม่ว่าจะเกิด ณ สถานที่ใด แต่หากลักษณะของ

³⁵ จิติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 770-772.

³⁶ จิติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ้ง จำกัด, 2553), หน้า 1223.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1251.

³⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร, 2557), หน้า 480-482.

³⁹ สหรัฐ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษา : กฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563), หน้า 419.

การกระทำน่าจะมีคนมาพบเห็นเหตุการณ์ในสถานที่นั้น โดยเฉพาะสถานที่เปิดเผยที่มีคนอยู่หรือผ่านไปมา แม้คนที่อยู่ในบริเวณนั้นจะไม่เห็นเหตุการณ์ก็เป็นการกระทำที่เกิดต่อหน้าธารกำนัลได้⁴⁰

พลตำรวจตรีสุวิชัย ใจหาญ ได้อธิบาย “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่า กระทำในที่ที่ประชาชนหรือสาธารณชนสามารถจะแลเห็นได้ ถ้ากระทำต่อหน้าคนเดียวในห้องไม่ใช่ต่อหน้าธารกำนัล การกระทำต่อหน้าธารกำนัล ถือตัวบุคคลหลายคนเป็นเกณฑ์ว่าจะเห็นการกระทำนั้นได้หรือไม่ ไม่ได้ถือสถานที่เป็นเกณฑ์ แม้จะกระทำในที่สาธารณะ หากไม่มีคนผ่านไปมาหรือเป็นเวลากลางคืนมืดมองไม่เห็นก็ไม่ถือว่ากระทำต่อหน้าธารกำนัล⁴¹

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายคำว่า “ธารกำนัล” ว่าเป็นที่ที่ประชาชนอาจเห็นได้ ส่วนสถานที่ที่กระทำนั้นจะเป็นสาธารณสถานหรือสถานที่ของเอกชนไม่สำคัญ⁴² เช่นเดียวกับคำอธิบายของอาจารย์พิพัฒน์ จักรางกูร ว่า “ธารกำนัล” คือ กระทำในลักษณะที่ประชาชนอาจเห็นได้⁴³ และศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ที่อธิบายคำว่า “ธารกำนัล” คือ ที่ที่ประชาชนอาจเห็นได้ และได้อธิบายในมาตรา 388 ว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” คือ ได้กระทำในที่เปิดเผยซึ่งอาจมีคนเห็น และความเป็นจริงก็ได้มีคนเห็น ซึ่งไม่จำเป็นต้องทำต่อหน้าคนมาก ๆ⁴⁴

ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ อธิบายว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่าเปิดเผยต่อหน้าประชาชนหรือคนทั่วไป ไม่ว่าจะอยู่ที่สาธารณะหรือไม่ก็ตาม การกระทำต่อหน้าธารกำนัลจะต้องมีคนอื่นเห็นจึงจะยอมความไม่ได้⁴⁵ และได้อธิบายความผิดตามมาตรา 388 ว่าการกระทำอันควรขายหน้าจะเป็นความผิดต่อเมื่อมีคนเห็น แม้เพียงคนเดียวก็ตาม และต้องเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้กระทำความผิดด้วยกัน หากไม่มีผู้ใดเห็นไม่เป็นต่อหน้าธารกำนัล⁴⁶

สรุปได้ว่า แนวคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นทางวิชาการตรงกันว่า ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล หมายถึง ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้เห็นการกระทำของตนเป็นไปตามความหมายประการที่ 1 ที่วางหลักโดยคำพิพากษาศาลฎีกา และเป็นแนวทางที่ยึดถือหลักบุคคลเป็นเกณฑ์ ส่วนหลักประการที่ 2 กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตน และข้อพิจารณาที่เป็นรายละเอียด กล่าวคือ จำนวนบุคคลที่

⁴⁰ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 609-610.

⁴¹ สุวิชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงมาตรา 276-333 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534), หน้า 45-46.

⁴² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 192.

⁴³ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา (กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2528), หน้า 240.

⁴⁴ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 527 และ 602.

⁴⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 44 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 483.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 736. และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ รณกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 450.

เห็นการกระทำความผิด กรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน การคำนึงถึงสถานที่กระทำความผิด คำอธิบายทางวิชาการยังมีความเห็นที่แตกต่างกันไป ซึ่งประเด็นนี้จะนำไปพิจารณาต่อไปในบทที่ 3

2.2 การตีความกฎหมาย

การค้นหาคำความหมายและขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จำเป็นต้องศึกษาศาสตร์แห่งการตีความกฎหมายและทำความเข้าใจหลักการ พัฒนาการ และรูปแบบของการตีความเพื่อเป็นพื้นฐานในการตีความกฎหมายอย่างถูกต้องและเป็นธรรม เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นเพียงถ้อยคำที่นำมาร้อยเรียงเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อสื่อความต้องการและเจตนารมณ์ในขณะบัญญัติกฎหมาย บางครั้งอาจมีความหมายที่ไม่แน่นอนหรือคลุมเครือ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจเล็งเห็นถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในภายภาคหน้าที่จะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมทุกกรณีโดยปราศจากความเคลือบคลุม⁴⁷ และเมื่อกฎหมายทั้งหลายถูกแบ่งแยกออกเป็นกฎหมายเอกชน กฎหมายอาญาหรือกฎหมายมหาชน แสดงถึงความสำคัญที่แตกต่างกันจนสามารถนำมาจัดหมวดหมู่ได้⁴⁸ โดยเฉพาะกฎหมายอาญาที่มีเอกลักษณ์หรือที่เรียกว่า หลักประกันทางอาญา ซึ่งทำให้การตีความกฎหมายอาญาต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ที่มากและเฉพาะไปกว่าการตีความกฎหมายแขนงอื่น อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแขนงใดล้วนเป็นกลไกหรือเครื่องมือที่ใช้จัดระเบียบและควบคุมความประพฤติของคนในสังคมให้อยู่ภายใต้บรรทัดฐานเดียวกัน⁴⁹ และต่างประสบปัญหาพื้นฐานในการใช้และการตีความกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน นิติวิธีของกฎหมายทั้งหลายจึงมีหลักการพื้นฐานร่วมกันในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมาย ซึ่งปรากฏอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 โดยมีความเห็นของนักนิติศาสตร์บางท่านว่าสามารถนำหลักการสำคัญไปใช้กับกฎหมายแขนงอื่น รวมถึงกฎหมายอาญาด้วยเช่นกัน แต่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายนั้น ๆ⁵⁰ นอกจากนี้ หลักการตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ที่ปรากฏในมาตรา 4 นี้ เป็นหลักทั่วไปที่ได้รับการยอมรับและใช้ในการตีความกฎหมายทุกฉบับสำหรับประเทศในระบบซีวิลลอว์รวมทั้งประเทศไทย⁵¹

⁴⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สังคัมกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 151. และ คำกล่าวของ Lord Denning ในคดี Seaford Court Estates, Ltd. v Asher (1949) 2 K.B.481.

⁴⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 35-36.

⁴⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ รมกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 17.

⁵⁰ ตามความเห็นของศาสตราจารย์ธานีทร กรัยวิเชียร ศาสตราจารย์วิชา มหาคุณ และอาจารย์มานิตย์ วงศ์เสรี ดังที่จะอธิบายในหัวข้อ หลักการตีความกฎหมายอาญา

⁵¹ ศิระ บุญภินันท์, "การตีความกฎหมายอาญา: เน้นการตีความขยายความในกฎหมายอาญา," บทบัณฑิตย 63, 3 (2550): 16.

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น การศึกษาศาสตร์แห่งการตีความในหัวข้อนี้ ไม่ได้มุ่งเน้นเฉพาะการตีความกฎหมายอาญา แต่ยังคงครอบคลุมการตีความกฎหมายแขนงอื่นตลอดจนถึงความหมายหลักการ และรูปแบบการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายต่าง ๆ ดังที่จะกล่าวต่อไป

2.2.1 ความหมายของการตีความกฎหมายและสาเหตุที่ต้องมีการตีความกฎหมาย

การตีความกฎหมาย (Interpretation of Law) หมายถึง การค้นหาเพื่อชี้ความหมาย การแปลความ อธิบายความ หรือกำหนดขอบเขตของถ้อยคำหรือข้อความที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย โดยวิธีการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก เพื่อประโยชน์ในการปรับใช้ข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม⁵² โดยการตีความไม่ใช่การบัญญัติตัวบทกฎหมายขึ้นใหม่ ไม่ใช่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย แต่เป็นการให้ความหมายที่ชัดเจนแก่บทบัญญัติของกฎหมาย⁵³ สาเหตุที่ต้องมีการตีความกฎหมาย เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายประกอบขึ้นจากถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและมีผลบังคับเป็นการทั่วไป การกำหนดขอบเขตของตัวบทที่แคบหรือละเอียดเกินไปจะทำให้กฎหมายไม่ยืดหยุ่นและทำให้อายุการใช้งานสั้น ต้องแก้ไขเพิ่มเติมบ่อยครั้ง ดังนั้นถ้อยคำที่ประกอบเป็นบทบัญญัติของกฎหมายจึงมีข้อจำกัดในตัวเอง บางคำมีความหมายได้หลายนัย บางคำมีความหมายเปลี่ยนแปลงไปตามบริบท และบางคำมีทั้งความหมายทั่วไปและความหมายโดยเฉพาะ การตีความจึงถูกใช้เป็นเครื่องมือเพื่อช่วยค้นหาความหมายที่ถูกต้อง เหมาะสม และเป็นธรรม⁵⁴

2.2.2 นิติวิธีทั่วไปสำหรับการใช้ การตีความกฎหมาย และการอุดช่องว่างกฎหมาย

นิติวิธี หมายถึง แนวความคิดและทัศนของนักนิติศาสตร์ต่อบ่อเกิดของกฎหมาย การศึกษากฎหมาย การใช้ การตีความ และการบัญญัติกฎหมาย⁵⁵ โดยเป็นสิ่งที่แทรกซึมอยู่กับตัวบทโดยที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติหลักนิติวิธีทั้งหมด โดยหากเปรียบตัวบทกฎหมายเป็นร่างกาย นิติวิธีเปรียบเสมือนจิตวิญญาณของตัวบท⁵⁶ นิติวิธีเป็นเครื่องแสดงความแตกต่างของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ การศึกษานิติวิธีของไทยนั้นจำเป็นต้องศึกษาทั้ง 2 ระบบกฎหมาย เนื่องจาก

⁵² คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 164.

⁵³ อรุณ ภาณุพงศ์, "การตีความกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 26, 3 (กันยายน 2539): 547.

⁵⁴ ธานินทร์ ภัยวิเชียร, "ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 16.

⁵⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 15.

⁵⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ (พระนคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), หน้า 126.

ประเทศไทยเคยรับเอาระบบกฎหมายของอังกฤษที่มีนิติวิธีคอมมอนลอว์มาใช้ แล้วเปลี่ยนมาใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในภายหลัง

สาระสำคัญของการใช้และการตีความกฎหมายของประเทศไทย ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ” ซึ่งมีข้อพิจารณาว่าคำว่า “หรือ” ตามที่บัญญัติในมาตรา 4 คือคำว่า “และ” หมายความว่าแม้ถ้อยคำจะชัดเจนอย่างไร ผู้ใช้และผู้ตีความก็ต้องพิจารณาความมุ่งหมาย ยกตัวอย่างเช่น การตีความคำว่า “โต๊ะอาหารอาจารย์” หากตีความตามตัวอักษร จะหมายความว่าโต๊ะเท่านั้นที่เป็นของอาจารย์ เก้าอี้ไม่ใช่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่อาจารย์ไปนั่งได้ แต่ตามความมุ่งหมายจะรวมถึงเก้าอี้ด้วย หมายความว่าที่ตรงนั้น สงวนไว้สำหรับอาจารย์ เป็นต้น

นิติวิธีที่ปรากฏในมาตรา 4 เป็นการบัญญัติหลักการที่เป็นสาระสำคัญในทางนิติวิธีเอาไว้เป็นกฎหมาย ซึ่งมีความเห็นว่าเป็นนิติวิธีทั่วไปที่นำไปใช้กับทุกแขนงรวมทั้งกฎหมายอาญา แต่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาด้วย กล่าวคือ แม้ในทางอาญาจะมีแนวคิดเกี่ยวกับการอุดช่องว่างกฎหมายโดยวิธีการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่ก็ห้ามใช้เพื่อกำหนดฐานความผิดทางอาญา ตามหลักการพื้นฐานที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (no crime no punishment without law) สอดคล้องกับหลักในทางรัฐธรรมนูญ⁵⁷ ทำให้การกำหนดความรับผิดและโทษทางอาญาต้องมีความแน่นอนชัดเจน ซึ่งส่งผลต่อนิติวิธีที่ใช้ในการตีความกฎหมายอาญา ว่าต้องตีความโดยเคร่งครัด ไม่อาจตีความในลักษณะขยายขอบเขตในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดได้⁵⁸

2.2.3 หลักทั่วไปในการตีความกฎหมาย

หลักทั่วไปในการตีความกฎหมายประกอบด้วยหลัก 3 ประการ ได้แก่ การตีความกฎหมายจะกระทำเมื่อมีความคลุมเครือ การตีความกฎหมายจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการตีความ และการยึดมั่นในตัวบทหรือความเชื่อสัตย์ต่อกฎหมาย โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.3.1 การตีความกฎหมายจะกระทำเมื่อมีความคลุมเครือเท่านั้น เป็นไปตามทฤษฎีความหมายธรรมดา (Plain Meaning Theory) หรือทฤษฎีความหมายที่ชัดเจนอยู่แล้ว (F. Theorie

⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

⁵⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 36-37.

De Sens Clair) อธิบายว่าเมื่อถ้อยคำหรือข้อความที่ใช้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรชัดเจนอยู่แล้ว ก็ไม่ต้องมีการตีความ ปรากฏในภาษิตกฎหมาย ดังเช่น⁵⁹

“*L. Interpretatio Cassa in Claris*” (ไม่มีปัญหาให้ตีความ เมื่อมีความกระจ่างชัด)

“*L. Verbis Standum Ubi Nulla Ambiguitas*” (กรณีที่ไม่มีความคลุมเครือ ไม่ต้องอธิบายความให้ต่างไปจากถ้อยคำที่ชัดเจนอยู่แล้ว)

ความคลุมเครือ หมายความว่า ความไม่ชัดเจนของตัวบท ขอบเขต และบริบทของคำ กรณีที่ถ้อยคำหนึ่งมีความหมายได้หลายความหมาย ความไร้เหตุผลของตัวบทกฎหมาย ซึ่งกรณีเหล่านี้นำมาสู่การพิจารณาว่าความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติกฎหมายควรเป็นอย่างไร โดยความคลุมเครือมี 2 ประเภท คือ ความคลุมเครือที่แฝงอยู่ (Latent Ambiguity) ในกรณีที่ถ้อยคำที่ใช้ชัดเจน แต่มีความหมายได้หลายความหมาย จึงต้องตีความว่าหมายถึงสิ่งใดกันแน่ ซึ่งอาจจัดได้ด้วยการใช้หลักฐานนอกตัวบทมาอธิบาย และความคลุมเครือที่เด่นชัด (Patent Ambiguity) เกิดจากถ้อยคำที่ใช้ไม่ชัดเจน เข้าใจไม่ได้ว่ามีความหมายเช่นใด ซึ่งทำให้ไม่อาจจัดได้ด้วยการพิจารณานอกตัวบท⁶⁰

เมื่อพิจารณาตามความเป็นจริง ถ้อยคำแต่ละถ้อยคำที่ประกอบเป็นข้อความ ไม่มีความชัดเจนในตัวเอง จึงต้องพิจารณาประกอบข้อความแวดล้อม (Context) และข้อความทั้งหมด (Whole text) เพื่อค้นหาเหตุผลหรือความมุ่งหมายในการบัญญัติกฎหมาย⁶¹

2.3.2 การตีความกฎหมายจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการตีความ คือ ถ้อยคำ ซึ่งอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงไม่มีการตีความจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป เนื่องจากในสองกรณีหลังไม่มีวัตถุประสงค์แห่งการตีความ ธรรมเนียมปฏิบัติในการตีความตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เห็นว่าจะตีความได้เฉพาะวัตถุประสงค์ในกรอบ (Intrinsic Materials) ซึ่งได้แก่ บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หัวข้อ (Title) คำปรารภ (Preamble) และชื่อของกฎหมายฉบับนั้นเท่านั้น ส่วนอื่นจะถือเป็นวัตถุประสงค์นอกกรอบ (Extrinsic Material) เช่น รายงานการประชุมของรัฐสภาหรือกรมการ ศาลอังกฤษถือว่านำมาพิจารณาประกอบการตีความไม่ได้เลย ส่วนระบบซีวิลลอว์จะไม่มีข้อห้ามดังกล่าว⁶²

2.3.3 การยึดมั่นในตัวบทหรือความซื่อสัตย์ต่อกฎหมาย (Fidelity to Law) หมายความว่า จะไม่บิดเบือนกฎหมายในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรม ไม่ตัด ไม่ต่อ ไม่บิดเบือน กฎหมายว่าอย่างไรต้องเป็นไปตามนั้น และหลักการแสวงหาความเป็นธรรม อันสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการตีความเพื่อให้ได้ผลที่เป็นธรรมกับตัวบทและข้อพิพาทที่ปรากฏขึ้น⁶³

⁵⁹ อรุณ ภาณุพงศ์, "การตีความกฎหมาย," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*: 553.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁶¹ สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 27 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 176.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 174.

⁶³ ปรีดี เกษมทรัพย์, "การใช้การตีความกฎหมาย," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 25, 1 (2528): 71.

เมื่อพิจารณาถ้อยคำที่เป็นวัตถุในการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา มีความไม่ชัดเจน สามารถแปลความได้หลายความหมาย และไม่มีการบัญญัติความหมายเฉพาะในบทนิยาม จึงจัดเป็น “ความคลุมเครือที่แฝงอยู่” ที่ต้องอาศัยการตีความเพื่อค้นหาความหมายที่ควรจะเป็นของคำว่าต่อหน้าธารกำนัลรวมถึงพิจารณาขอบเขตของถ้อยคำว่าครอบคลุมถึงกรณีใดบ้าง

2.2.4 รูปแบบการตีความกฎหมาย

การตีความในระบบกฎหมายปัจจุบัน แบ่งเป็น 2 ระบบ คือ การตีความกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยผู้วิจัยได้เลือกศึกษาการตีความกฎหมายของประเทศอังกฤษ เนื่องจากเป็นหลักการตีความที่ศาลไทยยึดถือและปฏิบัตินับแต่มีการปฏิรูปกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจนถึงปัจจุบัน⁶⁴ และการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่ผู้วิจัยเลือกศึกษาการตีความกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศแม่แบบของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายและเป็นประเทศที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของประเทศไทย

2.2.4.1 การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษ

ในหัวข้อนี้จะอธิบายถึงหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษที่รัฐสภาตราขึ้นเพื่ออุดช่องว่างหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Statute)⁶⁵ เนื่องจากการตีความกฎหมายจะไม่ใช้กับหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล (Precedent) ซึ่งศาลล่างจะตัดสินให้แตกต่างจากคำพิพากษาบรรทัดฐานไม่ได้⁶⁶ หลักแห่งการค้นหาเจตนารมณ์ของรัฐสภามี 3 ประการ ซึ่งมีความแตกต่างกัน และไม่ปรากฏความแน่นอนว่าศาลจะใช้หลักการใดในการตีความ ทำให้บางคดีศาลอังกฤษอาจใช้การตีความเพียงหลักเดียว และในบางคดีศาลอาจใช้มากกว่าหนึ่งหลัก โดยหลักการดังกล่าวประกอบไปด้วย⁶⁷

(ก) **หลักการตีความตามตัวอักษร (The Literal Rule)** อธิบายว่า ศาลจะต้องค้นหาเจตนารมณ์จากความหมายธรรมดาหรือความหมายตามปกติแห่งถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ภายใต้ข้อสันนิษฐานที่ว่ารัฐสภามุ่งประสงค์จะใช้ถ้อยคำให้มีความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำนั้น โดยไม่คำนึงว่าผลจากการตีความนั้นจะมีเหตุผลมากน้อยเพียงใด หลักการตีความตาม

⁶⁴ ชานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2548), หน้า 5.

⁶⁵ สิทธิกร ศักดิ์แสง, ศาสตร์แห่งการตีความกฎหมาย (Hermeneutic), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556), หน้า 5.

⁶⁶ Glanville Williams, Learning the Law, 11 ed. (London: Stevens & Sons, 1982), p. 97. และ L.A. Rutherford, I.A. Todd, and M.G. Woodley, Introduction to Law, 2 ed. (London: Sweet & Maxwell, 1987), p. 15.

⁶⁷ ชานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 7.

ตัวอักษรให้ความสำคัญกับความหมายในทางภาษามากกว่าพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย⁶⁸ ซึ่งหากปรากฏว่าวัตถุประสงค์แห่งการตีความเป็นถ้อยคำที่มีความหมายธรรมดาหลายความหมาย หลักการตีความประการนี้จะไม่ถูกนำมาใช้บังคับ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าการตีความตามตัวอักษรโดยยึดมั่นในถ้อยคำนั้น ย่อมใช้บังคับโดยเด็ดขาดไม่ได้ เนื่องจากทำให้เกิดผลในทางที่ไม่ควรจะเป็น ความหมายอาจเปลี่ยนไปตามกาลเวลา ตามท้องถิ่นที่ใช้ภาษานั้น และอาจไม่สอดคล้องกับความหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติปรารถนา⁶⁹

ตัวอย่างคดีที่ศาลสูงอังกฤษตัดสินโดยใช้หลักการตีความตามตัวอักษร ได้แก่

คดี R v. Harris เมื่อปี ค.ศ.1836⁷⁰ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการต่อสู้ทะเลาะวิวาท จำเลยได้กัด (bite) จมูกของเพื่อนและนิ้วของพนักงานตำรวจที่เข้าห้ามปราม กรณีจะต้องตีความว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายที่บัญญัติว่าได้กระทำการแทง ตัด หรือสร้างบาดแผลให้บุคคลอื่น (to stab, cut or wound any person...) หรือไม่ ในคดีนี้ศาลตีความว่าถ้อยคำที่ปรากฏคือ การแทง (stab) ตัด (cut) หรือสร้างบาดแผล (wound) ล้วนเป็นกริยาที่เป็นการใช้อาวุธ (weapon) กระทำต่อบุคคลอื่น แต่ในกรณีนี้เป็นการใช้ฟันกัดซึ่งศาลมีความเห็นว่าไม่ใช่อาวุธ เป็นเหตุให้ศาลตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิด

คดี Fisher v. Bell เมื่อปี ค.ศ.1961⁷¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยได้แสดงมีดพับสปริง (flick knife) ไว้ในตู้หน้าร้านโดยมีป้ายราคาติดไว้ ซึ่งภายใต้พระราชบัญญัติการจำกัดอาวุธอันตราย ค.ศ. 1959 (Restriction of Offensive Weapons Act 1959) ได้บัญญัติความผิดสำหรับผู้ผลิต ขาย เช่า เสนอขายหรือเสนอให้เช่า ให้ยืม หรือให้ด้วยประการใดแก่บุคคลอื่นซึ่งมีดพับสปริง... (Any person who manufactures, sells or hires or offers for sale or hire, or lends or gives to any other person any knife..., sometimes known as a “flick knife” ...) กรณีจึงมีปัญหาว่าการกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ซึ่งศาลตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิด เนื่องจากการแสดงสินค้าในลักษณะดังกล่าว ไม่ถือเป็นการเสนอขาย (offering it for sale) หากกฎหมายต้องการจะเอาผิดต้องใช้คำว่าแสดงสินค้าเพื่อขาย (expose for sale) กรณีจึงจะเอาผิดกับจำเลยได้

⁶⁸ อัครราชทูต จุฬารัตน, การใช้และการตีความกฎหมาย (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2553), หน้า 136.

⁶⁹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 8-9.

⁷⁰ R v Harris (1836) 7 C & P 446.

⁷¹ Fisher v Bell [1961] 1 QB 394, [1960] 3 All ER 731.

จากตัวอย่างตามแนวความคิดของศาลอังกฤษ บทบาทของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น คือ การยืนยันถ้อยคำที่รัฐสภาตราขึ้น ศาลไม่ได้ทำหน้าที่เป็นผู้สร้างหลักกฎหมายและไม่อาจสร้างความคลุมเครือตามความนึกคิดของตนได้⁷²

(ข) หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (The Golden Rule) เป็นการปรับปรุงหลักการตีความตามตัวอักษร เนื่องจากข้อวิจารณ์ที่ว่า การตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดก่อให้เกิดผลประหลาดและไม่สมเหตุสมผล หากผลนั้นถึงขนาดที่ไม่อาจยอมรับได้แล้วผู้พิพากษาอาจเห็นควรนำหลักการตีความโดยเล็งผลเลิศมาใช้แทน⁷³ โดยหลักการนี้อธิบายว่า ในกรณีที่ถ้อยคำคลุมเครือ การให้ความหมายอาจไม่ยึดถือตามความหมายธรรมดาปกติได้ เพื่อละเว้นไม่ให้เกิดความขัดแย้งกันเอง การขาดเหตุผล และการขัดต่อศีลธรรมอันดีงามเพราะไม่ถือว่าเป็นเจตนาของผู้ตรากฎหมาย⁷⁴ ในกรณีที่วัตถุประสงค์ของการตีความอาจแปลความหมายได้มากกว่าหนึ่งความหมาย ศาลย่อมตีความในทางที่มีเหตุผล สอดคล้องและมีความหมายอันสมควรได้ แต่ความหมายที่ตีความจะอยู่นอกความหมายของถ้อยคำไม่ได้ อย่างไรก็ตามหลักการนี้ได้รับการวิจารณ์ว่าเปิดโอกาสให้ศาลตีความตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยอาศัยเหตุอื่นนอกจากที่ปรากฏในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร⁷⁵

ตัวอย่างคดีที่ศาลสูงอังกฤษตัดสินโดยใช้หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ คือ

คดี R v. Allen เมื่อปี ค.ศ. 1872⁷⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยซึ่งมีภรรยาแล้ว ได้มาแต่งงานกับผู้หญิงอีกคนหนึ่งชื่อ Harriet Crouch ทำให้ถูกต้องข้อหาว่ากระทำความผิดฐานสมรสซ้อน (Bigamy) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล ค.ศ. 1861 (Offences Against the Person Act 1861) จำเลยยกข้อต่อสู้ภายใต้การตีความตามตัวอักษรว่าไม่ต้องแต่งงานกับ Harriet เนื่องจากกฎหมายแห่งไม่ยอมรับการแต่งงานครั้งที่สองว่าเป็นการแต่งงานตามกฎหมาย ซึ่งหากตีความตามตัวอักษรจะเกิดผลประหลาดเนื่องจากการจะมีการสมรสซ้อนโดยถูกต้องตามกฎหมายไม่ได้เลย ศาลอังกฤษจึงเห็นว่าต้องแปลความคำว่า แต่งงาน (marry) ในความหมายเช่นเดียวกับการเข้าสู่พิธีสมรส (going through the ceremony) ดังนั้น ข้อต่อสู้ของจำเลยจึงถูกยก

(ค) หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร (The Mischief Rule) คือ หลักการตีความโดยดูจากเหตุผลและความจำเป็นในการออกกฎหมายเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ⁷⁷ กล่าวคือ เมื่อถ้อยคำมีความ

⁷² อัครราชทูต จุฬารัตน์, การใช้และการตีความกฎหมาย, หน้า 136.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 150-151.

⁷⁴ อรุณ ภาณุพงศ์, "การตีความกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 559.

⁷⁵ ชานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 9-11.

⁷⁶ R v Allen (1872) LR 1 CCR 367.

⁷⁷ อรุณ ภาณุพงศ์, "การตีความกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 559.

คลุมเครือ ศาลจะกลับไปดูสาเหตุที่มีการตราบทบัญญัตินั้นขึ้นมาว่าพระราชบัญญัตินี้ถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการกับปัญหาใด สถานะของกฎหมายในขณะนั้น ปัญหาทางเศรษฐกิจและสังคมว่ามีอะไรไม่ดีหรือบกพร่องบ้าง เพื่อให้เข้าใจถ้อยคำที่มีความคลุมเครือ และตีความไปในทางที่จะแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁷⁸ โดยหลักการนี้เป็นข้อยกเว้นของหลักการตีความตามตัวอักษร และใช้ต่อเมื่อไม่อาจใช้หลักกฎหมายที่เกิดจากคอมมอนลอว์บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นได้⁷⁹ แต่ก็มีข้อพิจารณาว่าการใช้หลักดังกล่าวไม่ควรแปลความให้ไกลไปกว่าสิ่งที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย⁸⁰

ตัวอย่างคดีที่ศาลสูงอังกฤษตัดสินโดยใช้หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร

คดี Smith v. Hughes เมื่อปี ค.ศ. 1960⁸¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยเป็นโสเภณีเรียกลูกค้าโดยให้สัญญาณจากบนระเบียงและมีการต่อรองราคาซึ่งสาธารณชนสามารถมองเห็นได้ จำเลยจึงถูกตั้งข้อหาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดบนท้องถนน พ.ศ. 1959 (Street offences Act 1959) ซึ่งบัญญัติว่าเมื่อโสเภณีเดินเตร็ดเตร่หรือเชื้อเชิญลูกค้าตามข้างถนนหรือสถานที่สาธารณะเพื่อวัตถุประสงค์ในการขายตัวเป็นความผิด (offence for a common prostitute to loiter or solicit in a street or public place for the purpose of prostitution) และหากใช้หลักตีความตามตัวอักษรจะถือเป็นการกระทำในสถานที่ส่วนตัว แต่คดีนี้ศาลตัดสินว่าตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยบนท้องถนน (clean up the streets) เพื่อให้ผู้คนที่เดินตามท้องถนนไม่ถูกล่วงละเมิดหรือชักชวนจากโสเภณี และเมื่อตัวบทไม่ได้ระบุว่าจำเลยต้องกระทำความผิดในท้องถนน กรณีจึงต้องถือว่าจำเลยกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

2.2.4.2 การตีความกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือเอาตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ แนวบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาของศาลจึงไม่ปรากฏในการตีความกฎหมายฝรั่งเศส⁸² โดยแบ่งการตีความออกเป็น 4 รูปแบบ กล่าวคือ

⁷⁸ Rutherford, L. A., I. A. Todd, and M. G. Woodley, *Introduction to Law*, p. 8.

⁷⁹ สิทธิกร ศักดิ์แสง, *ศาสตร์แห่งการตีความกฎหมาย (Hermeneutic)*, หน้า 7.

⁸⁰ อักษราทรร จุฬารัตน, *การใช้และการตีความกฎหมาย*, หน้า 162.

⁸¹ Smith v Hughes [1960] 1 WLR 830.

⁸² ธานินทร์ กรีวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, *การตีความกฎหมาย*, หน้า 29.

(ก) การตีความตามหลักไวยากรณ์หรือตามตัวอักษร (Literal Interpretation)

หมายถึง การตีความตามตัวอักษรที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือการแปลความตามความหมายธรรมดาของถ้อยคำโดยมิต้องค้นหาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายหรือพิจารณาความเป็นธรรมในด้านสังคมและศีลธรรม เพราะมีความชัดเจนอยู่แล้ว⁸³ โดยระบบกฎหมายฝรั่งเศส เรียกว่า Quand la loi est claire, il faut la suivre หมายถึง เมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ชัดเจน ก็ต้องเป็นไปตามความหมายนั้นโดยไม่ต้องมีการตีความ⁸⁴ และถ้าเป็นศัพท์ทางเทคนิคหรือศัพท์เฉพาะ จะถือความหมายตามที่บุคคลในวงการนั้นเข้าใจ⁸⁵ ซึ่งหากการตีความตามหลักไวยากรณ์หรือตามตัวอักษรได้ผล ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักการประการอื่นอีก แต่ถ้าไม่สามารถตีความตามหลักการนี้ได้ ก็ต้องพิจารณาหลักการอื่นต่อไป⁸⁶

(ข) การตีความโดยอาศัยตรรกวิทยา (Logical Interpretation)

หมายถึง การตีความโดยอาศัยหลักตรรกวิทยา โดยใช้หลักตรรกศาสตร์มาช่วยในการวิเคราะห์ความหมาย เนื่องจากถือหลักว่ากฎหมายและความยุติธรรมเป็นการแสดงออกของเหตุผล โดยวิธีการที่ใช้ได้แก่ การนิรนัย (Deduction) คือ การใช้หลักทั่วไปไปปรับใช้ข้อเท็จจริงที่เป็นรายละเอียด การอุปนัย (Induction) คือ การพินิจจากข้อเท็จจริงและทางปฏิบัติเพื่อหาหลักทั่วไป การอนุมาน (Inference) คือ การให้ความหมายในทางตรงกันข้าม และการอุปมาน (Analogy) คือ การเปรียบเทียบกรณีแบบเดียวกัน⁸⁷

สำหรับการตีความกฎหมายอาญา ศาลใช้หลักการตีความโดยอาศัยตรรกวิทยาในแง่ที่ว่า การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด และต้องตีความในทางที่เป็นคุณต่อผู้ต้องหาหรือจำเลย การตีความกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมกรณีใกล้เคียงจะกระทำมิได้⁸⁸

(ค) การตีความโดยอาศัยประวัติกฎหมาย (Historical Interpretation)

หมายถึง การตีความที่ประสงค์จะหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย เมื่อการตีความจากตัวบทและบริบทแวดล้อมของกฎหมายไม่อาจอธิบายความหมายได้ จึงต้องอาศัยปัจจัยภายนอกมาพิจารณาประกอบเพิ่มเติมซึ่งคือ การศึกษาและวิจัยประวัติความเป็นมาของกฎหมายฉบับนั้น ๆ เหตุผลและความจำเป็นในการออกกฎหมาย และหลักฐานในกระบวนการก่อนหน้าที่กฎหมาย

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

⁸⁴ Eva Steiner, *French Law: A Comparative Approach*, 2 ed. (New York: Oxford University Press, 2018), p. 47.

⁸⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย," ใน *การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2563), หน้า 64.

⁸⁶ ซานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, *การตีความกฎหมาย*, หน้า 30.

⁸⁷ อรุณ ภาณพงศ์, "การตีความกฎหมาย," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*: 560.

⁸⁸ ซานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, *การตีความกฎหมาย*, หน้า 31-32.

ประกาศใช้ที่ภาษาฝรั่งเศส เรียกว่า “Travaux préparatoires” เช่น คำแถลงในสภาของรัฐมนตรี นโยบายและเหตุผลในการเสนอกฎหมาย บันทึกการประชุมของคณะกรรมการของสภาพิจารณา ร่างกฎหมาย เป็นต้น หลักการนี้ใช้ในการตีความกฎหมายทั่วไปยกเว้นกฎหมายอาญาและกฎหมาย ภาษีอากรซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัดและจะตีความให้เป็นโทษแก่จำเลยหรือผู้ที่ต้องเสียภาษีอากร ไม่ได้⁸⁹

(ง) การตีความโดยอาศัยความเป็นธรรม (Teleological Interpretation)

หมายถึง รูปแบบการตีความที่พิจารณาวัตถุประสงค์ที่เป็นความมุ่งหมายของ กฎหมาย เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายเอง ไม่ใช่เพียงของผู้ร่างกฎหมายหรือรัฐสภาในขณะบัญญัติ กฎหมาย⁹⁰ โดยให้การขยายความเพื่อให้ครอบคลุมกรณีที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากเจตนารมณ์ของ กฎหมายที่บัญญัติไว้ในขณะร่าง เนื่องจากความจำเป็นและเหตุผลด้านพัฒนาการของกฎหมาย เมื่อ เวลาผ่านไป ภาวะ และเหตุการณ์ในสังคมก็เปลี่ยนแปลงไป กฎหมายที่เคยบัญญัติไว้ไม่สามารถ ครอบคลุมปัญหาของสังคมในสมัยหลัง ๆ ได้ ดังนั้น เจตนารมณ์ที่มีอยู่ในขณะบัญญัติกฎหมายอาจไม่ สามารถนำมาใช้ตีความได้ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงมีโอกาสนำมาใช้ดุลพินิจ พิจารณาถึงภาวะสังคมและ ความเป็นธรรมประกอบได้ ซึ่งหลักการนี้จะนำมาใช้เมื่อไม่อาจตีความตามหลักไวยากรณ์และตัวอักษร หลักตรรกวิทยา และการตีความโดยอาศัยประวัติกฎหมาย เพราะการตีความโดยอาศัยความเป็น ธรรมเปิดโอกาสให้ศาลมีบทบาทในการสร้างกฎหมายใหม่ มีผลทำให้เจตนารมณ์เปลี่ยนแปลงตาม สภาวการณ์⁹¹

2.2.4.3 การตีความกฎหมายของประเทศเยอรมนี

รูปแบบการตีความกฎหมายของประเทศเยอรมนี แบ่งออกเป็น 4 รูปแบบ⁹² กล่าวคือ

(ก) การตีความตามหลักภาษาและไวยากรณ์ (Literal Interpretation)

หมายถึง การตีความกฎหมายจากการค้นหาความหมายของถ้อยคำ (Wortsinn) และรูปแบบของประโยคที่ใช้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย⁹³ หากมีการใช้ศัพท์เฉพาะหรือกำหนดนิยาม ไว้ก็ย่อมเป็นไปตามความหมายตามรูปศัพท์นั้น นอกจากนี้ การตีความตามหลักภาษายังรวมถึงการ

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 33 และ อรุณ ภาณุพงศ์, "การตีความกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 559-560.

⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 561-562.

⁹¹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 34-37.

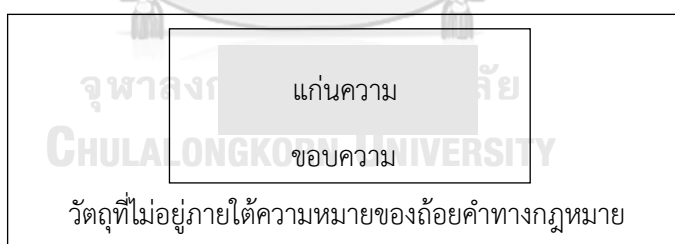
⁹² Anke Freckmann and Thomas Weigerich, The German Legal System (London: Sweet & Maxwell, 1999), pp. 40-44.

⁹³ มานิตย์ วงศ์เสวี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 57.

นำเอาแนวคำพิพากษาของศาลที่เคยตัดสินไว้มาใช้อธิบายด้วย⁹⁴ เมื่อถ้อยคำทางกฎหมายมีขอบเขตความหมายเป็นการเฉพาะ การตีความโดยอาศัยความหมายตามภาษาที่ใช้อยู่ทั่วไป จึงเป็นเพียงหลักหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ประกอบในการตีความกฎหมาย และเป็นหลักที่ใช้พิเคราะห์การสื่อความหมายของถ้อยคำที่น่าจะเป็นไปได้เท่านั้น ภายใต้ความหมายทั่วไปที่หลากหลาย ผู้ใช้และผู้ตีความกฎหมายต้องกำหนดขอบเขตความหมายที่ถูกต้องในทางนิติศาสตร์ ดังนั้น เมื่อต้องพิจารณาถ้อยคำและประโยคที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย จะต้องให้ความสำคัญกับถ้อยคำในบทนิยามเป็นอันดับแรก ลำดับที่สองให้พิจารณาขอบเขตความหมายจากถ้อยคำตามความหมายทั่วไปของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น หรือจากคำอธิบายในตำราทางวิชาการ แล้วจึงพิจารณาขอบเขตของถ้อยคำตามความหมายที่บุคคลทั่วไปเข้าใจเป็นลำดับสุดท้าย⁹⁵

ในการตีความกฎหมายตามระบบกฎหมายเยอรมันอาศัยนิติวิธีเพื่อคัดกรองความหมายของถ้อยคำโดยใช้ทฤษฎีนิติวิธีเชิงวิเคราะห์ ตามทฤษฎีการตีความถ้อยคำทางกฎหมายโดยการแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็นสองชั้นของฟิลลิป เฮกค์ (Die Zweiteilung des Wortsinns nach Phillip Heck) อธิบายว่าถ้อยคำแต่ละถ้อยคำประกอบด้วย ชั้นที่เป็นแก่นความ (Begriffkern) หมายถึง ส่วนที่สร้างความชัดเจนว่าอยู่ในความหมายของถ้อยคำนั้น และชั้นที่เป็นขอบความ (Begriffshof) ซึ่งหมายถึง ส่วนที่ไม่ชัดเจนว่าถ้อยคำจะครอบคลุมไปถึงหรือไม่⁹⁶ โดยวัตถุที่อยู่ในความหมายของถ้อยคำใด อย่างน้อยต้องอยู่ในขอบความของถ้อยคำนั้น⁹⁷

รูปที่ 5 การตีความถ้อยคำทางกฎหมายโดยแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็นสองชั้น



ทฤษฎีการตีความถ้อยคำทางกฎหมายโดยการแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็นสามชั้นของแก-ออร์ก แจลีนค (Die Dreiteilung des Wortsinns nach Georg Jellinek) เรียกว่าวัตถุ

⁹⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, หน้า 62.

⁹⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 58-63.

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 63.

⁹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การใช้การตีความกฎหมายมหาชน," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 332.

ที่อยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำอย่างแน่นอนว่า ตัวเลือกปฏิฐาน (Positive Kandidaten) ส่วนวัตถุที่ไม่อยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำอย่างแน่นอน เรียกว่า ตัวเลือกปฏิเสธ (Negative Kandidaten) และวัตถุที่ไม่แน่นอนว่าอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำหรือไม่ เรียกว่า ตัวเลือกที่เป็นกลาง (Neutrale Kandidaten) ซึ่งการตีความวัตถุที่เป็นตัวเลือกปฏิเสธว่าอยู่ในกรอบของถ้อยคำเป็นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁹⁸

(ข) การตีความตามประวัติความเป็นมาแห่งกฎหมาย (Historical Interpretation)

หมายถึง การค้นหาความหมายจากบริบททางประวัติศาสตร์ พัฒนาการ และความ เป็นมาที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นถือกำเนิดขึ้น โดยแบ่งเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ บริบททางประวัติศาสตร์ของการจัดทำกฎหมาย คือ การค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย ทฤษฎีทางกฎหมาย และถ้อยคำที่ผู้ร่างกฎหมายเลือกใช้ และบริบททางประวัติศาสตร์ของสภาพแวดล้อม ในขณะจัดทำกฎหมาย คือ การพิจารณาถึงบริบททางสังคมที่ปรากฏในขณะจัดทำกฎหมาย ทั้งด้าน ประวัติศาสตร์ สังคม เศรษฐกิจและการเมือง เพื่อให้เห็นภาพที่ชัดเจนของการใช้และการตีความตัว บทที่มีระยะเวลายาวนานนับแต่การประกาศใช้⁹⁹

อย่างไรก็ตามเมื่อเวลาผ่านไป ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจคาดเห็นสถานการณ์ในอนาคต หรือการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่ ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ทั้งหมด จึงเกิดปัญหาว่าจะถือได้หรือไม่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้คำนึงถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในขณะร่างกฎหมาย ดังนั้น การตีความกฎหมายตาม ประวัติศาสตร์จึงเป็นการจำกัดกฎหมายให้อยู่ในช่วงเวลาที่บัญญัติกฎหมายนั้น ๆ ขึ้น¹⁰⁰

(ค) การตีความตามระบบ (Systematical Interpretation)

หมายถึง การค้นหาความหมายโดยพิจารณาจากตำแหน่งที่ตั้งของบทกฎหมาย ความสัมพันธ์เชื่อมโยงของบทกฎหมายทั้งระบบ หรือความหมายของถ้อยคำในลักษณะองค์รวม¹⁰¹ กล่าวคือ ถ้อยคำหรือบทกฎหมายที่เป็นวัตถุแห่งการตีความไม่ได้ดำรงอยู่อย่างเอกเทศจากบท กฎหมายอื่น แต่ดำรงอยู่ในลักษณะเชื่อมโยงสัมพันธ์กันจนกลายเป็นระบบกฎหมาย การตีความจึง

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน. และ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 67.

⁹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 80-83.

¹⁰⁰ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, "การตีความกฎหมายอาญาเยอรมัน," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 25, 2 (มิถุนายน 2538): 295.

¹⁰¹ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 68.

ต้องอาศัยบริบทแวดล้อมบทกฎหมายนั้นด้วย¹⁰² การตีความตามระบบ จะต้องพิจารณาระบบ 2 ลักษณะ ได้แก่

ระบบภายนอก หมายถึง การตีความโดยคำนึงถึงตำแหน่งของถ้อยคำ และโครงสร้างในทางรูปแบบที่ส่งผลต่อการใช้และการตีความกฎหมาย ซึ่งจะต้องพิจารณาการแบ่งแยกระบบกฎหมาย ในแต่ละระบบมีความแตกต่างกันอย่างไร การจัดโครงสร้างของตัวบทออกเป็น บรรพ ลักษณะ หมวด ส่วน ลำดับในการใช้บทบัญญัติกฎหมายว่าจะพิจารณาบทบัญญัติใดก่อน พิจารณาบทบัญญัติใดเป็นลำดับหลัง และคำนึงถึงลักษณะความสัมพันธ์ในประโยคและวรรค¹⁰³

ระบบภายใน หมายถึง การตีความโดยพิจารณาความเชื่อมโยงและความสม่ำเสมอในคุณค่าที่เป็นรากฐานของระบบ ผู้ตีความจะต้องคำนึงว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ตีความนั้นซึมซับคุณค่าหรือหลักการใดไว้ และตีความให้สอดคล้องกับคุณค่านั้น¹⁰⁴ นอกจากนี้ ภายใต้หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย กล่าวคือ การใช้และการตีความกฎหมายในลำดับชั้นเดียวกันจะต้องมีความสัมพันธ์สอดคล้องกันเพื่อมิให้เกิดความขัดแย้ง เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างเท่าเทียมกัน ภายใต้กฎเกณฑ์อย่างเดียวกัน นอกจากนี้ในกรณีที่ผลลัพธ์ที่ได้จากการตีความกฎหมายมีหลากหลายแนวทาง ให้เลือกแนวทางที่มีความสัมพันธ์สอดคล้องกันกับคุณค่าทางกฎหมายด้วย¹⁰⁵

(ง) การตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Teleological Interpretation)

หมายถึง การตีความตามความมุ่งหมาย คุณค่า และเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคุณธรรมทางกฎหมาย¹⁰⁶ รวมไปถึงการพิจารณาคุณค่าของการกระทำในทางจริยศาสตร์สังคม การตีความตามวัตถุประสงค์ใช้วิธีการตั้งคำถามถึงเป้าหมายหรือเหตุผล (Ratio Legis) หรือนโยบายของบทบัญญัตินั้น ๆ¹⁰⁷ โดยไม่ยึดติดเฉพาะกับรูปแบบของถ้อยคำหรือลายลักษณ์

¹⁰² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การใช้การตีความกฎหมายมหาชน," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, หน้า 325-326.

¹⁰³ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 68-71.

¹⁰⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การใช้การตีความกฎหมายมหาชน," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, หน้า 326-327.

¹⁰⁵ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 71-72.

¹⁰⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ, "หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, หน้า 63.

¹⁰⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การใช้การตีความกฎหมายมหาชน," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, หน้า 345.

อักษร และไม่ใช้การตีความให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์และเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับเท่านั้น แต่ต้องตีความให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์โดยทั่วไปของกฎหมายทั้งระบบอีกด้วย¹⁰⁸

เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการบิดเบือนตามนิติวิธี ผู้ตีความจะต้องทราบถึงข้อคำนึงในการตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของกฎหมายจะต้องไม่ถูกนำไปใช้เพื่อให้เกิดความผิดปกติ (Argumentum ad Absurdum) การใช้วัตถุประสงค์ของกฎหมายต้องคำนึงถึงการใช้และการตีความให้สอดคล้องตามธรรมเนียม สามัญสำนึก ความเข้าใจของประชาชนในสังคมต่อการนำหลักกฎหมายมาใช้บังคับ (Allgemeine Rechtsprinzipien) และการนำวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาใช้จะต้องเป็นไปเพื่อจำกัดขอบเขตและความไม่สมเหตุสมผลของถ้อยคำ (Teleologische Reduktion)¹⁰⁹

ทฤษฎีการแสวงหาเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย การตีความเพื่อค้นหาเหตุผลหรือเจตนารมณ์ทางกฎหมาย มีทฤษฎีที่ใช้อธิบาย 2 ทฤษฎี ได้แก่

(1) ทฤษฎีอำเภोजิตหรือการตีความกฎหมายเชิงอัตวิสัย (Subjective Theory)

อธิบายว่าหลักการใช้และการตีความกฎหมายเป็นไปตามความต้องการที่แท้จริงหรือเจตจำนงดั้งเดิมของฝ่ายนิติบัญญัติในขณะร่างกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งทฤษฎีนี้มีข้อดี คือ เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ที่มีความแน่นอนชัดเจน สามารถหาอ้างอิงได้จากรายงานการประชุม หมายเหตุท้ายประกาศ เป็นต้น แต่ก็มีข้อบกพร่องที่ว่าไม่อาจแก้ปัญหาที่เกิดจากสภาวะการณ์ปัจจุบันได้ เพราะต้องยึดติดกับเจตจำนงของผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งอาจคาดการณ์ไม่ถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ทำให้ทฤษฎีนี้ไม่ได้รับการยอมรับให้นำมาใช้เป็นหลักสำคัญเพียงประการเดียวแต่ต้องพิจารณาประกอบทฤษฎีอำเภอการณ¹¹⁰

(2) ทฤษฎีอำเภอการณหรือการตีความกฎหมายเชิงภาวะวิสัย (Objective Theory)

อธิบายว่าการใช้และการตีความกฎหมายต้องยึดถือบทกฎหมายที่ปรากฏ ณ ปัจจุบัน แยกออกจากเจตจำนงดั้งเดิมของผู้ร่างเมื่อประกาศใช้กฎหมายแล้ว โดยมองว่ากฎหมายมีวิถีทางและความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั่นเอง ซึ่งทฤษฎีนี้มีข้อดีคือสามารถใช้แก้ไขปัญหาที่ปรากฏในสภาพการณ์ปัจจุบันได้ แต่ก็มีข้อบกพร่องที่ว่ามีความไม่แน่นอนและเปิดโอกาสให้เกิดการตีความตามอำเภอใจของผู้ใช้และผู้ตีความได้¹¹¹

¹⁰⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, "การตีความกฎหมายอาญาเยอรมัน," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 296-297.

¹⁰⁹ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 87-88.

¹¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 80-81. และ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, "การตีความกฎหมายอาญาเยอรมัน," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 297-298.

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน. และ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน, หน้า 80-81.

ความเห็นศาลในปัจจุบันได้พยายามประสานแนวความคิดของทั้ง 2 ทฤษฎีเข้าด้วยกัน โดยในการตีความต้องทราบเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติในขณะที่ร่างกฎหมายเป็นความหมายในทางเนื้อหา และขณะเดียวกันคำนึงถึงเหตุผลและความเป็นธรรม เมื่อระยะเวลาผ่านไปทำให้อาจมีการลดทอนคุณค่าลงเพื่อใช้กฎหมายในการแก้ปัญหาที่ปรากฏในปัจจุบัน¹¹²

เมื่อพิจารณารูปแบบการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์นั้นสามารถจำแนกแนวทางการตีความกฎหมายที่ได้รับการยอมรับออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ได้แก่ การตีความตามตัวอักษรและการตีความตามความมุ่งหมาย ซึ่งการตีความทั้ง 2 ประเภทต้องดำเนินควบคู่กันไป เพราะการตีความตามตัวอักษรต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจในบทบัญญัติกฎหมาย ทำให้ต้องพิจารณาความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ด้วย

2.2.5 การตีความกฎหมายที่ใช้ในประเทศไทย

หลักการตีความที่เป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายไทย คือ หลักการตีความตามตัวอักษรและหลักการตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

2.2.5.1 การตีความตามตัวอักษร

เพื่อหยั่งทราบความหมายจากตัวอักษรของกฎหมายโดยแยกพิจารณาถ้อยคำออกเป็น 3 ประเภท ประเภทแรกในกรณีที่ใช้กฎหมายใช้ภาษาธรรมดา (Ordinary words) ความหมายของถ้อยคำเป็นไปตามความหมายที่เข้าใจอยู่ทั่วไป ประเภทที่สองหากกฎหมายใช้ภาษาเทคนิคหรือภาษาทางวิชาการ (Technical terms) ต้องเข้าใจความหมายตามที่เข้าใจในทางเทคนิคหรือในทางวิชาการนั้น ๆ เช่น ศัพท์ทางการแพทย์ เทคโนโลยี ศัพท์เทคนิคด้านวิทยาศาสตร์ และศัพท์ทางวิชาการสาขาต่าง ๆ เป็นต้น และประเภทสุดท้ายในกรณีที่กฎหมายประสงค์จะให้ถ้อยคำใดมีความหมายพิเศษไปกว่าที่เข้าใจตามธรรมดาหรือภาษาเทคนิคหรือในทางวิชาการ กฎหมายจะต้องกำหนดบทนิยาม (Definition) ไว้¹¹³

2.2.5.2 การตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือตามความมุ่งหมายในการบัญญัติกฎหมาย การจะทราบความหมายของถ้อยคำจึงให้ความสำคัญกับการค้นหาวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมาย เพื่อความยุติธรรม เพื่อคุ้มครอง และเพื่อประสิทธิภาพของกฎหมาย

ในการตีความกฎหมายจะต้องตีความทั้งตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ประกอบกัน เพื่อหยั่งทราบความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติ เนื่องจากตัวอักษรไม่สามารถแสดงความหมายที่

¹¹² สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, "การตีความกฎหมายอาญาเยอรมัน," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: 298.

¹¹³ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 124.

แน่นอนชัดเจนได้ในตัวเอง จึงต้องพิจารณาร่วมกับบริบทแวดล้อม โดยคำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ ในการออกกฎหมายพร้อมกันไปในขณะเดียวกัน ดังนั้น การแยกความหมายตามตัวอักษรและความหมายตามเจตนารมณ์จึงเป็นไปได้¹¹⁴

เมื่อพิจารณาการตีความตามตัวอักษรคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ซึ่งใช้คำเดียวกันในการบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ประกอบตีความตามระบบซึ่งเป็นรูปแบบการตีความของระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว พบว่าเมื่อพิจารณาจากตำแหน่งที่ตั้งของบทกฎหมาย ความสัมพันธ์เชื่อมโยงของบทกฎหมาย และความหมายของถ้อยคำในลักษณะองค์รวม การใช้ถ้อยคำเดียวกันควรจะมีความหมายเหมือนกันตลอดทั้งประมวล ภายใต้หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายเพื่อไม่ให้เกิดความขัดแย้ง อย่างไรก็ตามก็ยังมีข้อพิจารณา เนื่องจากบัญญัติในมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 มีเจตนารมณ์และความมุ่งหมายที่แตกต่างกัน เพื่อความเหมาะสมถ้อยคำและการบังคับใช้จึงต้องมีการพิจารณาทั้งตัวอักษร ความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบ และเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย

2.2.6 ขอบเขตความหมายของคำ

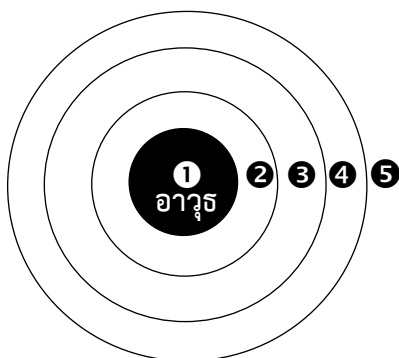
การวิเคราะห์ตัวอักษรจะต้องพิจารณาถึงขอบเขตความหมายของคำ โดยปกติถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายมี 2 ลักษณะ ตามทฤษฎีที่มาจากระบบกฎหมายเยอรมัน คือ องค์ประกอบตามกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน (Normative Tatbestandselemente) ซึ่งมีความยืดหยุ่น ไม่แน่นอนตายตัวและเปิดโอกาสในการใช้ดุลพินิจ เช่น คำว่า “โดยสุจริต” คำว่า “สมแก่ฐานานุรูป” และคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นต้น ทำให้ผู้ตีความต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอื่นที่เกี่ยวข้องก่อนสรุปความหมายของถ้อยคำ ส่วนอีกลักษณะหนึ่ง คือ องค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนา (Deskriptive Tatbestandselemente) ซึ่งเป็นถ้อยคำเชิงรูปธรรม มีความหมายชัดเจนแน่นอน แต่วิเคราะห์ลึกลงไปจะมีความหมายกว้างและแคบต่างกัน¹¹⁵

ผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างขอบเขตของคำว่า “อาวุธ” อธิบายตามรูปที่ 6 ดังนี้

¹¹⁴ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป, หน้า 176.

¹¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 181.

รูปที่ 6 ขอบเขตความหมายของคำว่า “อาวุธ”



1	ความหมายอย่างแคบหรือแก่นความ (Core meaning หรือ Begriffkern)	หอก ดาบ และปืน
2	ความหมายตามธรรมดาหรือเนื้อความ ตามปกติ (Ordinary meaning)	มีดปังตอ
3	ความหมายอย่างกว้างหรือเนื้อความที่ หมายรวมไปถึง (Extended meaning หรือ Begriffshof)	จอบ เสียม
4	เนื้อความที่ถือว่าเป็นโดยอนุโลม (Extreme meaning)	กระดาศ
5	วัตถุที่อยู่นอกกรอบความหมายของคำ	ยาพิษ

ตัวอย่าง คำว่า “อาวุธ” หมายถึง หอก ดาบ และปืน ซึ่งอยู่ในความหมายอย่างแคบหรือส่วนที่เรียกว่าแก่นความ (Core meaning) แต่หากกล่าวถึงมีดปังตอ หากใช้เป็นเครื่องมือประทุษร้ายย่อมถือเป็นอาวุธโดยไม่ต้องสงสัย ซึ่งจะอยู่ในความหมายตามธรรมดาหรือส่วนที่เป็นเนื้อความตามปกติ (Usual and ordinary meaning) หากกล่าวล่งไปถึงจอบ เสียม ไม่มีลักษณะแหลมคมอย่างอาวุธ หากใช้เป็นอาวุธจะเป็นความหมายอย่างกว้างหรือเนื้อความที่หมายรวมไปถึง (Extended meaning)¹¹⁶

ส่วนกระดาศ โดยสภาพไม่มีลักษณะร้ายแรง ปกติไม่เป็นอาวุธแต่อาจอนุโลมว่าเป็นอาวุธได้ หากพิจารณาถึงการใช้ตามพฤติการณ์แต่ละกรณีไป ซึ่งจัดเป็นอาวุธตามเนื้อความที่ถือว่าเป็นโดยอนุโลม (Extreme meaning) ส่วนยาพิษที่ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการประทุษร้าย จะอยู่นอกกรอบของความหมายของคำว่าอาวุธและไม่อาจอนุโลมว่าเป็นอาวุธได้เลย เพราะไม่อยู่ในวิสัยที่จะตีความให้หมายรวมไปถึงได้¹¹⁷

เมื่อพิจารณาขอบเขตความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” แล้ว ความหมายตามรูปศัพท์คำว่า “ธารกำนัล” หมายความว่า ที่ชุมนุมชนหรือคนจำนวนมาก ส่วนความหมายตามที่ศาลฎีกาตีความการกระทำต่อหน้าธารกำนัล มิได้หมายความเฉพาะแต่กระทำโดยประการที่ให้ผู้คนอื่นได้เห็นโดยแท้จริงเท่านั้น เพียงแต่กระทำในลักษณะที่เปิดเผยมอบให้บุคคลอื่นสามารถเห็นได้ก็เป็นต่อหน้า

¹¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 182.

¹¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 183.

ธารกำนัลแล้ว ซึ่งความหมายตามที่ศาลฎีกาตีความนี้ ไม่อยู่ในวิสัยที่จะอนุโลมหรือตีความให้รวมไปถึงได้เลย เนื่องจากไม่ได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีผู้พบเห็นหรือรับรู้ในการกระทำความผิดแต่อย่างใด

2.2.7 ผลของการตีความ

สืบเนื่องจากการตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย ทำให้ปรากฏความหมายแตกต่างจากความหมายตามธรรมดาที่ประชาชนโดยทั่วไปเข้าใจ ซึ่งสามารถจำแนกประเภทการตีความกฎหมาย โดยแบ่งจากผลลัพธ์ ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

2.2.7.1 การตีความอย่างแคบ

การตีความอย่างแคบ (Restrictive Interpretation) คือ กรณีที่ความหมายที่ยังทรงบาลยักรบแคบกว่าถ้อยคำที่เข้าใจกันอยู่ตามธรรมดา เช่น คำว่า “กระทำการลามก” หมายถึง การกระทำในลักษณะหยาบเข้าตำราวม หยาบโลน อันเป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม¹¹⁸ ดังนั้น การมองหรือจ้องขาของผู้หญิงที่นั่งไป ภาษาโดยธรรมดาเป็นกระทำการลามก แต่ในภาษากฎหมาย ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น...” เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติจะเห็นว่าผู้กระทำความผิดที่กระทำการลามกอย่างอื่น ต้องเป็นผู้ที่กระทำต่อร่างกายตนเอง เช่น การปัสสาวะ การอุจจาระ การสำเร็จความใคร่ต่อหน้าบุคคลอื่น ซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้ เป็นการบัญญัติให้สอดคล้องกับถ้อยคำที่อยู่ข้างหน้า คือ ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้า การตีความ “กระทำการลามก” ในบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีนี้จึงแคบกว่าภาษาที่เข้าใจตามธรรมดา¹¹⁹

2.2.7.2 การตีความตามตัวบท

การตีความตามตัวบท (Declarative Interpretation) คือ กรณีที่ความหมายที่ยังทรงบาลยักรบเท่ากับถ้อยคำที่เข้าใจกันอยู่ตามธรรมดา เช่น การฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 คือ การทำให้ตาย ดังนั้น การใช้ปืนยิง ใช้เชือกรัดคอ ใช้มีดแทงไปที่บริเวณอกด้านซ้าย ย่อมอยู่ในขอบเขตของคำว่า “ฆ่า” ซึ่งล้วนเป็นกรณีที่ใช้อาวุธร้ายแรงกระทำกับอวัยวะสำคัญ ส่วนการกระทำอื่น เช่น ใช้ไม้ขนาดเล็กลงไปที่แขนหรือขา เป็นการใช้อาวุธไม่ร้ายแรงกระทำกับอวัยวะที่ไม่สำคัญ ก็ไม่อาจตีความว่าเป็นการฆ่าได้เลย¹²⁰

¹¹⁸ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, หน้า 1054.

¹¹⁹ ศีระ บุญภินันท์, "การตีความกฎหมายอาญา: เน้นการตีความขยายความในกฎหมายอาญา," บทบัญญัติ: 14.

¹²⁰ คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 166.

2.2.7.3 การตีความอย่างกว้างหรือการตีความแบบขยายความ

การตีความแบบขยายความ (Extensive Interpretation) คือกรณีที่ความหมายที่หยั่งทราบกว้างกว่าถ้อยคำที่เข้าใจกันอยู่ตามธรรมดา เช่น กฎหมายบัญญัติตั้งแต่ยังไม่มีการยกยานยนต์ว่า “ห้ามใช้รถจักรยานบนทางเท้า” ซึ่งในขณะร่างฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้คำนึงถึงการใช้รถจักรยานยนต์มาก่อน ต่อมาเมื่อบริบทของสังคมเปลี่ยนไป ตามเหตุผลแล้วการตีความบทบัญญัตินี้จึงรวมถึงการห้ามใช้รถจักรยานยนต์บนทางเท้าด้วย¹²¹

สังเกตได้ว่า การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ของศาลในปัจจุบันก่อให้เกิดผลลัพธ์คือการตีความอย่างกว้างหรือการตีความแบบขยายความที่มีความหมายมากไปกว่าความหมายตามธรรมดา

2.2.8 การตีความกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญา (Criminal Law) หมายถึง กฎหมายที่ว่าด้วยการกระทำที่ต้องถูกลงโทษ การตีความกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่น แต่ลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาทำให้มีหลักการตีความที่พิเศษกว่ากฎหมายอื่น ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

2.2.8.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา

สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) วัตถุประสงค์ทั่วไปของกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกลไกในการคุ้มครองและควบคุมสังคมให้เกิดความสงบเรียบร้อย ด้วยการป้องกันหรือแก้ไขปัญหอาชญากรรมตามอาชญากรรมนโยบาย เพื่อเป็นกลไกเตือนให้ประชาชนทราบว่าสิ่งใดกระทำได้หรือสิ่งใดกระทำไม่ได้ หากฝ่าฝืนจะมีความรับผิดชอบอย่างไร เป็นเครื่องมือคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹²²

(2) วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาโดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ กฎหมายอาญาควรจำกัดอยู่กับการคุ้มครองประโยชน์ที่กฎหมายอาญาในแต่ละฐานความผิดกำหนดขึ้นหรือที่เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ไม่ชอบที่จะขยายขอบเขตไปมากกว่านั้น¹²³ และจะถูกจำกัดกรอบด้วยตัวอักษร คือ การตีความจะต้องเป็นความที่ตัวอักษรสามารถยึดไปถึง¹²⁴ โดยคุณธรรมทางกฎหมายอาจเป็นคุณธรรมทางกฎหมายส่วนบุคคลหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวมก็ได้¹²⁵

¹²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

¹²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 26-27.

¹²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

¹²⁴ สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้กฎหมายทั่วไป*, หน้า 177.

¹²⁵ คณิต ฌ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 72-73.

2.2.8.2 ที่มาของกฎหมายอาญา

ที่มาของกฎหมายอาญา หมายถึง เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมายอาญา เป็นเรื่องที่ยอธิบายถึงปัญหากฎหมายว่าในลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมายอาญา โดยประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ กฎหมายอาญาเกิดจากการบัญญัติซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาและพระราชบัญญัติอื่นที่มีโทษทางอาญา รวมทั้งประมวลกฎหมายอาญา ทหาร และเป็นไปตามหลักประกันในกฎหมายอาญา หลักนี้เรียกว่า “Nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” แสดงให้เห็นว่ากฎหมายอาญานั้นมาจากการบัญญัติ¹²⁶ และจากหลักนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 เรื่อง คือ การตีความกฎหมายอาญาและการลงโทษ¹²⁷

2.2.8.3 หลักความจำเป็นและได้สัดส่วนของการลงโทษ

กล่าวคือ โทษทางอาญาประกอบ 2 ลักษณะ คือ ความจำเป็น (Necessary) และได้สัดส่วน (Proportionate) เพื่อไม่ให้โทษทางอาญาเป็นการกระทำที่รุนแรงต่อประชาชน โทษทางอาญาจึงต้องเปิดเผย จำเป็น และรุนแรงน้อยที่สุดตามสถานการณ์ที่ปรากฏ ได้สัดส่วนกับการกระทำ ความผิดและต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งหลักการนี้ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย แต่ตรงกับหลักตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง¹²⁸

2.2.8.4 หลักการตีความกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีบทบัญญัติกล่าวถึงการตีความไว้โดยเฉพาะ เหมือนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 จึงมีข้อพิจารณาว่าการตีความกฎหมายอาญาใช้หลักเกณฑ์ใดและสามารถนำมาตรา 4 มาใช้ในฐานะนิติวิธีทั่วไปได้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นแตกต่างกัน กล่าวคือ

ความเห็นที่ 1 เห็นว่าการตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์เป็นหลักทั่วไปในการตีความกฎหมายทุกฉบับ มิใช่ให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 วรรคแรกไปใช้¹²⁹

ความเห็นที่ 2 เห็นว่านำมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นนิติวิธีทั่วไป นำมาใช้กับการตีความกฎหมายอาญาได้บางส่วน กล่าวคือ ถ้าการตีความตามตัวอักษรแต่ประการเดียวก่อผลประหลาดจะตีความตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้ แต่ก็ต้อง

¹²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

¹²⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สังคัมกับกฎหมาย, หน้า 130.

¹²⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 145.

¹²⁹ ศิระ บุญภินันท์, "การตีความกฎหมายอาญา: เน้นการตีความขยายความในกฎหมายอาญา," บทบัญญัติ: 16.

ตีความอย่างเคร่งครัดเช่นกัน และไม่สามารถนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ตีความกฎหมายอาญาได้¹³⁰

จากการศึกษาตามทั้ง 2 แนวความเห็นยอมรับหลักการตีความกฎหมายตามตัวอักษร และตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อใช้ในการตีความกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามหลักการตีความกฎหมายอาญาที่เข้าใจกันอยู่ในประเทศไทยแยกได้เป็น 2 แนว¹³¹ คือ

แนวที่ 1 หลักการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร กล่าวคือ การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความเคร่งครัดตามตัวอักษรและยึดถือความหมายตามพจนานุกรม โดยการตีความจะต้องตีความตามตัวอักษรก่อน เมื่อตีความตามตัวอักษรไม่ได้จึงค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย และจะตีความขยายความไม่ได้ ซึ่งเป็นหลักตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่มีทัศนะว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบทยกเว้นของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์หรือหลักกฎหมายตามคำพิพากษาที่ยึดถือกันมา (precedence) ต่อมาเมื่อมีการออกพระราชบัญญัติ จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด เพื่อให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรแคบและน้อยที่สุด¹³² ซึ่งทำให้มีข้อพิจารณาคือประเทศไทยเลือกรับระบบกฎหมายซีวิลลอว์มาใช้ แต่กลับใช้นิติวิธีตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์¹³³

แนวทางนี้เป็นไปตามคำอธิบายของ (1) หลวงอรรถโกวิทวาที ที่กล่าวว่า "...หลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะอาญาเกิดโดยตรงจากตัวบทเท่านั้น และการตีความในบทบัญญัติทั้งหลายนั้นจะต้องตีความโดยจำกัดเคร่งครัด กล่าวคือ จะต้องพิเคราะห์ว่าสิ่งที่กล่าวมาเป็นความผิดนั้นจะต้องอยู่ในความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำทั้งหลายที่ใช้ในกฎหมายนั้น ศาลจะขยายถ้อยคำนั้น ยึดออก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹³⁰ ธาณินทร์ ทรัพย์วิเชียร และ วิชา มหาคุณ, *การตีความกฎหมาย*, หน้า 388. และอาจารย์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี มีความเห็นในทำนองเดียวกันว่า นิติวิธีที่ปรากฏในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ถือว่าบัญญัติหลักการสำคัญที่สามารถนำไปใช้กับระบบกฎหมายอื่นรวมทั้งกฎหมายอาญาได้เช่นกัน แต่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาด้วย โปรดดู มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน*, หน้า 36.

¹³¹ อย่างไรก็ตาม ในบางตำราได้จำแนกหลักการตีความกฎหมายอาญาของไทยออกเป็น 3 แนวทาง คือ (1) หลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดโดยไม่พิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมาย (2) หลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด แต่เมื่อการตีความตามตัวอักษรนั้นทำให้เกิดผลประหลาดจึงมาพิจารณาถึงเจตนารมณ์ และ (3) หลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมายไปพร้อม ๆ กัน ผู้วิจัยได้รวบรวมแนวทางที่ (1) และ (2) เข้าด้วยกันโดยพิจารณาถึงการใช้นิติวิธีแบบระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โปรดดู กุสุมา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา, "การตีความกฎหมายอาญา," ใน *การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาลศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์*, 4, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2563), หน้า 277-279.

¹³² กิตติศักดิ์ ปกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, หน้า 65, 74-75.

¹³³ คณิต ฒ นคร, *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป*, หน้า 88.

โดยอ้างว่าสิ่งที่กล่าวหานั้นเป็นความผิดเพราะเป็นการประทุษร้ายซึ่งอยู่ในความมุ่งหมายของกฎหมาย
เรื่องนั้น หากแต่ถ้อยคำของบทบัญญัตินั้นคลอนแคลนหรือขาดตกไปนั้นหาได้ไม่”¹³⁴

(2) ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ อธิบายว่า การตีความจะต้องตีความในบทกฎหมายโดย
เคร่งครัด พิจารณาตามตัวอักษร จะขยายความในบทกฎหมายออกไปถึงกรณีที่ไม่ระบุให้ชัดว่าเป็น
ความผิดไม่ได้¹³⁵

(3) ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร และศาสตราจารย์วิชา มหาคุณ อธิบายว่า “การ
ตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความเคร่งครัดตามตัวอักษร ถ้าการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษร
จะทำให้เกิดผลประหลาดจะต้องตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นอย่างเคร่งครัดดุจกัน”¹³⁶

แนวที่ 2 หลักการตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ เป็นนิติวิธีตามระบบกฎหมายซี
วิลลอร์ คือจะไม่ใช้วิธีพิจารณาเฉพาะแต่ถ้อยคำประการเดียวหรือไม่ใช้วิธีหาความหมายของถ้อยคำ
ตามตัวอักษรก่อน หากไม่สามารถค้นหาความหมายที่แท้จริงจึงจะใช้หลักการตีความตามเจตนารมณ์
ดังเช่นกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่การตีความของประเทศที่ได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายซีวิลลอว์
จะพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น¹³⁷

แนวทางนี้สอดคล้องกับความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยหลายท่าน ดังนี้

(1) พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ อธิบายว่า ทางอาญาการตีความต้องใช้หลักเคร่งครัด ศาลมี
อำนาจค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายได้ แต่จะตีความให้ฝ่าฝืนลายลักษณ์อักษรที่เขียนไว้ไม่ได้
ต้องตีความภายในลายลักษณ์อักษร และในกรณีที่เป็นที่สงสัย ศาลจะแปลความโดยขยายความให้เป็น
ประโยชน์แก่จำเลยไม่ได้¹³⁸

(2) ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า การตีความกฎหมายอาญาก็มีหลัก
เช่นเดียวกับกฎหมายอื่น คือ ต้องตีความตามตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่กฎหมาย
อาญามีหลักการตีความพิเศษเพิ่มขึ้น คือเมื่อถ้อยคำของกฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่มีทางตีความเป็น
อย่างอื่นได้ และไม่สามารถอ้างเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อแสดงว่ากฎหมายมีความหมายผิดไปกว่า

¹³⁴ หลวงอรรถโกวิทวาทิ, แนวทางการสอนกฎหมายลักษณะอาญา เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป (โรงพิมพ์กรมยุติธรรมศึกษาทหารบก, 2481),
หน้า 42-25.

¹³⁵ จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตย
สภา, 2555), หน้า 40.

¹³⁶ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 388.

¹³⁷ กุสุมา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา, "การตีความกฎหมายอาญา," ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึก
ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์, หน้า 253.

¹³⁸ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์, "กฎหมายอาญาพิสดาร," ใน อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (สิทธิ จุลณา
นนท์), (กรุงเทพฯ: โสภณพิพรรฒธนากร, 2521), หน้า 13.

ถ้อยคำอันชัดแจ้ง และจะตีความโดยขยายให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความขยายให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา¹³⁹

(3) ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้อธิบายการตีความ 4 หลักเกณฑ์ ตามหลักกฎหมายเยอรมัน ได้แก่ การตีความตามหลักภาษา การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย และการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย โดยกล่าวว่าผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักการข้างต้น การใช้กฎหมายอาญาต้องอยู่ในขอบเขตความหมายของตัวบท โดยการใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไปในการที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นสิ่งต้องห้าม¹⁴⁰

(4) ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ อธิบายว่ากฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าต้องตีความในความหมายแคบที่สุด แต่ต้องตีความตามความหมายที่เหมาะสมตามธรรมดา คือ ตีความขยายได้ตามบริบทของตัวอักษร แต่ต้องห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญา นอกจากนี้การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความตามตัวอักษร โดยยึดถือความหมายตามธรรมดาและพิจารณาถึงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ควบคู่กันไป¹⁴¹

(5) ศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม อธิบายว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายกำหนดให้ศาลตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัด โดยความคิดเรื่องการตีความแตกต่างกันไปตามกาลสมัยและระบบกฎหมายตั้งแต่ห้ามตีความ การตีความอย่างแคบหรือตามตัวบทซึ่งเป็นการตีความตามตัวอักษร จำกัดขอบเขตตามความหมายของถ้อยคำ ไปจนถึงให้ตีความแบบขยายได้โดยใช้วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเป็นเครื่องมือช่วยตีความ แต่ต้องห้ามขยายไปถึงการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยเด็ดขาด¹⁴²

เมื่อมีการหยั่งทราบความหมายตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายแห่งกฎหมาย ส่งผลให้อาจมีการตีความโดยขยายความได้ ซึ่งตามแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ไทยตามที่กล่าวมาข้างต้นสามารถแยกออกเป็น 3 แนวทาง คือ (1) การตีความกฎหมายอาญาห้ามตีความโดยขยายความ ตามความเห็นของพระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (2) การตีความกฎหมายอาญาห้ามตีความโดยขยายความให้เป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามความเห็นของศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย และ (3) การตีความกฎหมายอาญาไม่ต้องห้ามตีความโดยขยายความ แต่จะห้ามขยายไปถึงการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม

¹³⁹ หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 46-49.

¹⁴⁰ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 79-85.

¹⁴¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, สังคัมกับกฎหมาย, หน้า 183-187.

¹⁴² คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 167-169.

นอกจากนี้ การตีความจะต้องพิจารณาหลักการพื้นฐานในกฎหมายอาญาที่พิเศษกว่ากฎหมายอื่น กล่าวคือ

(1) กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายอาญาเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ที่ประกอบไปด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ บทบัญญัติกฎหมายอาญาต้องบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจน ปราศจากความคลุมเครือ และห้ามบัญญัติกฎหมายอาญาย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคล โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในทางอาญา¹⁴³ ทำให้การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด โดยเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำหรือการไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดอาญาแล้ว ถือว่าเฉพาะกรณีที่บัญญัติเท่านั้นที่เป็นความผิด ดังนั้น

(1.1) จะอาศัยเทียบเคียง (Analogy) บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง มาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้ แต่ไม่ได้ห้ามตีความโดยขยายความ อย่างไรก็ตามความแตกต่างระหว่างการตีความโดยขยายความกับการอาศัยเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ยากที่จะแยกให้เห็นอย่างเด่นชัด¹⁴⁴ แต่กล่าวได้ว่าการตีความกฎหมายอาญาจะขยายความจนชัดหรือแย้งกับตัวอักษรแห่งบทบัญญัติเรื่องนั้น ๆ โดยชัดแจ้งไม่ได้ มิฉะนั้นจะกลายเป็นการอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง¹⁴⁵

(1.2) จะนำจารีตประเพณีมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้ แต่หากนำมาใช้เป็นคุณยอมทำได้ เช่น การที่ประเพณียอมให้ครูตีนักเรียนเพื่ออบรมสั่งสอนตามสมควร ย่อมไม่เป็นความผิด¹⁴⁶

(1.3) จะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ให้เป็นผลร้ายมิได้ แต่หากนำมาใช้เพื่อเป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิดย่อมทำได้ เช่น หลักความยินยอม¹⁴⁷

(2) การตีความแบบขยายความ (Extensive Interpretation) คือ การตีความอย่างกว้าง เพื่อให้ปรากฏความหมายที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของถ้อยคำที่เป็นวัตถุแห่งการตีความ แต่สามารถตีความให้ครอบคลุมไปถึงโดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติ ซึ่งการตีความแบบขยายความ สามารถทำได้หากไม่เปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย การตีความกฎหมายอาญาตามแนวคิดสมัยใหม่และตามความเห็นในทางวิชาการส่วนมากจะยอมรับให้ทำได้ แต่ห้ามใช้วิธีเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อกำหนดความผิดหรือลงโทษบุคคลให้หนักกว่าที่กฎหมายบัญญัติ¹⁴⁸

¹⁴³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67-78.

¹⁴⁴ Johannes Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway* (London: Sweet & Maxwell, 1965), p. 106.

¹⁴⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1* (กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ พับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 16.

¹⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

¹⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

¹⁴⁸ คณพล จันทน์หอม, *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1*, หน้า 169.

(3) ห้ามใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy of Law) หมายถึง การใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย โดยบทกฎหมายนั้นไม่สามารถปรับแก้ข้อเท็จจริงโดยตรงได้¹⁴⁹ มักเกิดภายหลังจากที่ตีความแบบขยายความไม่ได้ จึงสร้างบทกฎหมายใหม่เพื่อปรับแก้ข้อเท็จจริง แต่กรณีจะใช้กับกฎหมายอาญาไม่ได้เพราะเป็นกรณีที่ไม่ครอบคลุมอยู่ในถ้อยคำของบทบัญญัติ¹⁵⁰ ซึ่งการอุดช่องว่างเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ใช่หน้าที่ของศาล เพราะจะเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในอำนาจตุลาการ เสมือนใช้อำนาจตามอำเภอใจ แต่การใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เพื่อจำกัดความรับผิดทางอาญานั้นกระทำไม่ได้ เนื่องจากไม่ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย¹⁵¹

(4) เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย โดยวัตถุแห่งการตีความนั้นอาจตีความได้เป็นหลายนัย ศาลต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย (in dubio pro reo) คือ การยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย แต่ศาลไม่ได้มีหน้าที่หาช่องทางช่วยจำเลยในกรณีที่ไม่เป็นที่สงสัย¹⁵² ซึ่งสอดคล้องกับคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย

เมื่อพิจารณาการตีความการกระทำผิดต่อหน้าธารกำนัล ในกรณีที่ผู้กระทำผิดได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยมอบให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้นั้น การที่ศาลรวมกรณีที่มีแม้ความเป็นจริงแล้วไม่มีบุคคลอื่นเห็นการกระทำผิด อาจถือเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ ในเชิงทฤษฎีเป็นการตีความกฎหมายอาญาแบบขยายความซึ่งอาจกระทำได้ตามแนวคิดสมัยใหม่และความเห็นของนักวิชาการส่วนมาก แต่การตีความดังกล่าวจะขัดหรือแย้งกับถ้อยคำตามตัวอักษรที่หมายถึง ที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก และไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายซึ่งจะวิเคราะห์ในบทต่อ ๆ ไป ทำให้กลายเป็นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งเป็นเรื่องที่ทำไม่ได้ในการตีความกฎหมายอาญา

2.3 โครงสร้างความรับผิดทางอาญา

เนื่องจากกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายต่างประเทศในเรื่องการจัดรูปโครงสร้างความรับผิดในทางอาญา โดยในช่วงแรกได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษ และช่วงหลังได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี เพื่อใช้อธิบายและผสมผสานเป็นโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของไทย ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงโครงสร้างความรับผิดทางอาญาของประเทศในระบบคอมมอนลอว์และประเทศในระบบซีวิลลอว์ เพื่อเป็นพื้นฐานในการอธิบายหัวข้ออื่นต่อไป

¹⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 171.

¹⁵⁰ Wenchao Li, "Research on Extensive Interpretation and Analogical Interpretation of Criminal Law," ใน 5th International Conference on Social Science, Education and Humanities Research(July 2016), pp. 489-499.

¹⁵¹ คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 172.

¹⁵² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 47.

เบื้องต้นลำดับการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาประกอบไปด้วย 3 ลำดับ ได้แก่ องค์ประกอบ (Element of Crime) อำนาจกระทำ (Justification) และเหตุยกเว้นโทษ (Excuse) ในส่วนรายละเอียดนั้นขึ้นกับหลักคิดในแต่ละประเทศ¹⁵³

2.3.1 ประเทศในระบบคอมมอนลอว์

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาเป็นระบบทวิภาค ที่ประกอบด้วย Actus reus หรือ Criminal act หมายถึง การกระทำครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด และ Mens rea หรือ Criminal intent หมายถึง สภาพจิตใจขณะกระทำความผิดหรือการกระทำครบองค์ประกอบภายในของความผิด¹⁵⁴ นอกจากนี้ยังมีองค์ประกอบอื่นที่เรียกว่า General Defences หมายถึง ข้อต่อสู้ทั่วไปที่ไม่ต้องมีความผิด รวมความชอบด้วยกฎหมายและเหตุยกเว้นโทษไว้ด้วยกันแบบประเทศฝรั่งเศส¹⁵⁵

2.3.2 ประเทศในระบบซีวิลลอว์

โครงสร้างความรับผิดทางอาญาเป็นระบบตรีภาค เช่น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี **ประเทศฝรั่งเศส** โครงสร้างความรับผิดทางอาญา ประกอบด้วย องค์ประกอบภายนอก (élément constitutive de l'infraction) องค์ประกอบภายใน (élément matériel) คือ เจตนา และประมาท และเหตุยกเว้นความผิด (cause d'irresponsabilité) ซึ่งรวมความชอบด้วยกฎหมาย (justification) หรือบางตำราเรียกว่า เหตุทางภาวะวิสัยที่ไม่มีความรับผิดทางอาญา (causes objective d'irresponsabilité) และเหตุยกเว้นโทษ (excuse) หรือเหตุทางอัตวิสัยที่ไม่มีความรับผิดทางอาญา (causes subjective d'irresponsabilité) ซึ่งประเทศฝรั่งเศสรวมทั้งสองเรื่องเข้าด้วยกัน¹⁵⁶

ประเทศเยอรมนี โครงสร้างความรับผิดทางอาญา ประกอบด้วย 3 ส่วน คือ การครอบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmäßigkeit) คือ องค์ประกอบภายในและองค์ประกอบภายนอก ถือว่าเป็นส่วนประกอบในทางรูปแบบของความผิดอาญาซึ่งขึ้นอยู่กับความผิด

¹⁵³ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ รมกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 18. ส่วนศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายโครงสร้างความรับผิดทางอาญาว่าบุคคลจะต้องรับผิดทางอาญา โดยพิจารณาตามลำดับ 3 ประการ ได้แก่ (1) การกระทำครบองค์ประกอบความผิด (2) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด และ (3) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ ซึ่งเป็นโครงสร้างที่นิยมใช้ในประเทศไทยโปรดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, หน้า 98.

¹⁵⁴ คณพล จันทน์หอม, หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1, หน้า 184-185.

¹⁵⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, หน้า 136.

¹⁵⁶ เรื่องเดียวกัน.

แต่ละฐาน¹⁵⁷ ความผิดกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) คือ การพิจารณาถึงเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ และความชั่ว (Schuld) อันหมายถึงการตำหนิได้ของการกำหนดเจตจำนง คือ การพิจารณาความสามารถรู้ผิดชอบของผู้กระทำความผิด¹⁵⁸ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในเหตุยกเว้นโทษที่มีอยู่หลายประการ¹⁵⁹

สำหรับประเทศไทย กฎหมายตราสามดวงและกฎหมายลักษณะอาญาใช้โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศอังกฤษในการอธิบายตัวบท ต่อมานับจากรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีการอธิบายโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดย ดร. เสริม วินิจฉัยกุล ศาสตราจารย์วิจิตร ลุฬิตานนท์ และศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้อธิบายโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาไปในแนวทางของประเทศฝรั่งเศส ในเวลาต่อมาศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ได้นำโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศเยอรมนีมาปรับใช้ตามแนวทางฝ่ายผลกำหนด ในขณะที่อีกหลายปีต่อมาศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ได้นำโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาของประเทศเยอรมนีฝ่ายเจตจำนงกำหนดมาอธิบาย นอกจากนี้ยังมีโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาที่พัฒนาโดย ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์ ซึ่งเป็นโครงสร้างความรับผิดชอบที่นิยมใช้ในประเทศไทย¹⁶⁰

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 388 “ต่อหน้าธารกำนัล” บัญญัติไว้เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด โดยที่องค์ประกอบภายใน คือ ประสงค์จะเปิดเผยร่างกายหรือกระทำลามกอย่างอื่นต่อหน้าธารกำนัล ในขณะที่มาตรา 397 วรรคสอง เป็นองค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขในการเพิ่มโทษ โดยอาศัยข้อเท็จจริงที่มีอยู่แล้วในขณะที่กระทำไม่เกี่ยวกับผลที่เกิดขึ้นภายหลัง ซึ่งจะนำมาใช้เพิ่มโทษต่อเมื่อผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงนั้นตามความในมาตรา 62

2.4 เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

ในกฎหมายอาญานอกจากจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดอาญาและโทษ ยังมีส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาด้วย เรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” (Objective Strafbarkeitsbedingung) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกระทำที่เป็นความผิดอาญา เป็นเรื่องที่เน้นความหนักเบาของการกระทบกระเทือนต่อระเบียบของสังคมที่กฎหมายกำหนดไว้ ข้อเท็จจริงในส่วนนี้ทำให้ความไม่ถูกต้องของผลมีน้ำหนักเพิ่มขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงไม่

¹⁵⁷ แสง บัญญัติวิภาส, “โครงสร้างความผิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 14, 4 (2527): 3.

¹⁵⁸ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 130.

¹⁵⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 13.

¹⁶⁰ เกียรติขจร วิจารณ์สวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, หน้า 98-107.

เกี่ยวกับเจตนาหรือประมาท ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษเมื่อมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย แม้จะไม่รู้หรือไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีเงื่อนไขนั้นก็ตาม¹⁶¹

2.4.1 ประเภทของเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

แบ่งตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัยและศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร

2.4.1.1 การแบ่งประเภทตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายประเภทขององค์ประกอบโดยพิจารณาในแง่ลักษณะขององค์ประกอบนั่นเอง แบ่งออกเป็น 4 ลักษณะ ได้แก่ (1) องค์ประกอบในทางรับหรือปฏิเสธ (2) องค์ประกอบในทางอธิบาย (3) องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย และ (4) องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขในการเพิ่มโทษ¹⁶²

องค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย คือ กรณีที่กฎหมายอาญาบัญญัติองค์ประกอบความผิดโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการกระทำเองโดยที่เจตนาของผู้กระทำความผิดไม่ต้องคลุมไปถึง เมื่อมีข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบนี้ ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรานั้น ๆ หากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่เกิดผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดสามารถแบ่งได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ¹⁶³

(1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่อาศัยผลแห่งการกระทำ คือ กรณีที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามผลของการกระทำ ในกรณีนี้บทบัญญัติมักจะปรากฏคำว่า “เป็นเหตุให้...” หรือ “จนเป็นเหตุให้...” เช่น ความผิดตามมาตรา 290 ผู้ใดมิได้มีเจตนาฆ่า แต่ทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ผู้นั้นถึงแก่ความตาย ผลจากการทำร้าย คือ อันตรายแก่กายหรือแม้แต่การตายนั้นเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่เป็นเพียงเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่จะนำมาลงโทษผู้กระทำโดยไม่ขึ้นกับเจตนา แต่ต้องเป็นไปตามหลักผลกรรมตามมาตรา 63

(2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่อาศัยผลแห่งการกระทำ คือ เงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามนโยบายทางอาญา ผู้กระทำจะรับผิดหรือไม่ ขึ้นกับข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขนั้น ๆ เช่น ความผิดฐานรับของโจรตามมาตรา 357 ผู้กระทำความผิดรู้เพียงแต่ทรัพย์สินนั้นมาจากการกระทำความผิด แต่ไม่ต้องรู้ว่าได้มาจากการกระทำความผิดฐานใดโดยเฉพาะ ดังนั้น เงื่อนไขประเภทนี้จึงไม่ต้องอาศัยเจตนาของผู้กระทำ

¹⁶¹ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 150-152.

¹⁶² หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 7-9. และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา, หน้า 22.

¹⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24-27.

2.4.1.2 การแบ่งประเภทตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร

เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยสามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ¹⁶⁴

(1) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นข้อจำกัดในการลงโทษหรือเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่แท้ มุ่งหมายให้ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษต่อเมื่อมีเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เช่น กรณีการคุ้มครองสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศและตามหลักต่างตอบแทน เช่น มาตรา 131 การคุ้มครองความดีความชอบของอำนาจรัฐ และการคุ้มครองทรัพย์สิน เช่น มาตรา 357 วรรคแรก

(2) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่เป็นเหตุเพิ่มโทษให้หนักขึ้นหรือเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่แท้ มุ่งหมายให้เป็นเหตุแห่งการเพิ่มโทษซึ่งมีความเกี่ยวพันกับความสมควรลงโทษ เช่น มาตรา 340 วรรคสอง

2.4.2 ความเห็นทางวิชาการที่อธิบายเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย

(1) ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ อธิบายโครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามแนวคิดกฎหมายอาญาฝรั่งเศส แต่ได้นำแนวคิดของกฎหมายคอมมอนลอว์มาอธิบายการกระทำ โดยเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ไม่เป็นองค์ประกอบความผิดไม่มีผลต่อการวินิจฉัยในเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด ความไม่รู้ข้อเท็จจริงอันไม่เป็นองค์ประกอบความผิด ไม่ทำให้การกระทำขาดเจตนาเสมอไป เมื่อข้อเท็จจริงนั้นเป็นเพียงพฤติการณ์ที่จะนำไปพิจารณาประกอบการวินิจฉัยหรือที่เรียกว่า พฤติการณ์ประกอบการกระทำ ซึ่งใช้การพิจารณามาตรฐานในการรับรู้ข้อเท็จจริงของวิญญูชนเท่านั้น

(2) ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายว่า ความผิดบางฐานเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดองค์ประกอบภายนอกซึ่งไม่ใช่ข้อเท็จจริง แต่ถือว่าเป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำ โดยใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันไป เช่น น่าจะเกิดความเสียหายหรืออาจเกิดความเสียหาย อันเป็นการมิชอบ โดยประการที่น่าจะทำให้เสียชื่อเสียง อันเป็นการรบกวนการครองครอง เป็นต้น ซึ่งผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ ถ้าวิญญูชนทั่วไปคาดเห็นได้ แม้ผู้กระทำจะไม่รู้ถึงพฤติการณ์ก็มีความผิด แต่หากวิญญูชนเห็นว่าไม่ก่อความเสียหายตามพฤติการณ์นั้น ๆ จะถือว่าขาดองค์ประกอบภายนอกไปเลย ผู้กระทำไม่มีความผิดแม้จะประสงค์ให้เกิดความเสียหายก็ตาม¹⁶⁵

(3) ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล มีความเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบภายนอกเป็นข้อเท็จจริงที่บัญญัติเป็นส่วนองค์ประกอบของความผิดอาญา แต่ในบางกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงที่เป็นส่วนองค์ประกอบซึ่งไม่ใช่องค์ประกอบภายนอก แต่เป็นข้อเท็จจริงที่จะต้องเกิดขึ้นเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด เรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” ซึ่งอยู่นอกเหนือ

¹⁶⁴ คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 154-155.

¹⁶⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1, หน้า 248-252.

ความรู้ของผู้กระทำในส่วนเจตนา ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดเพื่อให้การลงโทษมีเหตุผลหนักแน่นขึ้น ดังนั้น ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ เพียงแต่การมีอยู่ของข้อเท็จจริงนั้นก็ สามารถลงโทษผู้กระทำได้¹⁶⁶

เนื่องจากมาตรา 281 ตามความเห็นของศาสตราจารย์จิติ ดิงศภักดิ์ มิได้กำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ “ต่อหน้าธารกำนัล” ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบ ความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม และไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 62 วรรคท้าย องค์ประกอบนี้อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา โดยเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษ ทางภาวะวิสัยที่ไม่อาจยึดผลแห่งการกระทำ สอดคล้องกับคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ที่กำหนดไว้ตามนโยบายทางอาญา หากความผิดมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลจะเป็นความผิดอัน ยอมความได้ กรณีจึงไม่ต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำ แม้ผู้กระทำความผิดไม่มีเจตนาแต่การ กระทำของตนเกิดต่อหน้าธารกำนัล ก็ถือเป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้ ดังนั้น แม้จะเป็นกรณีที่ บังเอิญหรือสอดรู้เข้าไปเห็นหรือรับรู้การกระทำความผิดก็ถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลแล้ว

2.5 บทสรุปแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล

ข้อสรุปจากการศึกษาบทที่ 2 มีอยู่ว่า จากแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตีความ กฎหมาย คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เป็นวัตถุประสงค์ของการตีความที่มีความคลุมเครือ สามารถแปล ความหมายได้หลายความหมาย จึงต้องอาศัยการตีความเพื่อค้นหาความหมาย เมื่อพิจารณารากศัพท์ คำว่า “ธารกำนัล” หมายถึง ที่ชุมนุมชนหรือคนจำนวนมาก การที่ศาลฎีกาวางบรรทัดฐานการตีความ ว่า ผู้กระทำความผิดได้กระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนนั้น เมื่อ เทียบจากการหลักการตีความตามตัวอักษรของประเทศอังกฤษที่ต้องพิจารณาความหมายตามปกติ ธรรมดา การตีความโดยอาศัยตรรกะวิทยาของประเทศฝรั่งเศสที่ต้องตีความกฎหมายอาญาโดย เครื่องคิด และทฤษฎีการตีความถ้อยคำทางกฎหมายตามระบบกฎหมายเยอรมันโดยแบ่งความหมาย ออกเป็นสองชั้นของฟิลลิป เฮกซ์ พบว่ากรณีที่ไม่มีบุคคลอื่นเห็นหรือไม่มีพยานรับรู้เหตุการณ์ เป็น กรณีที่ไม่อยู่ภายใต้ความหมายของถ้อยคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่อยู่ในความหมาย ของถ้อยคำอย่างน้อยต้องอยู่ในขอบความของถ้อยคำนั้น ซึ่งคือกรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียง คนเดียว หรือความผิดเกิดภายใต้ความรู้ของบุคคล เช่น การไต่ยืนยันเสียงหรือสัมผัสได้ว่าความผิด เกิดขึ้น ดังตารางที่ 2

¹⁶⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 18-19.

ตารางที่ 2 อธิบายการแบ่งประเภทความหมายของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล

ประเภทความหมาย	คำอธิบาย	ต่อหน้าธารกำนัล
ชั้นที่เป็นแก่นความ	อยู่ในกรอบความหมายของ ถ้อยคำอย่างแน่นอน	ความผิดเกิดต่อหน้าสาธารณชนหรือ คนจำนวนมาก
ชั้นที่เป็นขอบความ	ไม่แน่นอนว่าอยู่ในกรอบ ความหมายหรือไม่	ความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคน เดียว ภายใต้ความรู้ของบุคคล
ไม่อยู่ภายใต้ความหมาย ของถ้อยคำทางกฎหมาย	ไม่อยู่ในกรอบความหมายของ ถ้อยคำอย่างแน่นอน หาก ตีความให้หมายรวมไปถึงจะ เป็นการใช้กฎหมายใกล้เคียง อย่างยิ่ง	ความผิดเกิดโดยไม่มีบุคคลเห็นการ กระทำผิด ไม่มีพยานรับรู้ เหตุการณ์

ดังนั้น การตีความตามคำพิพากษาศาลฎีกาประการที่ 2 ว่ากระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นได้ จึงไม่อาจอยู่ในความหมายของต่อหน้าธารกำนัล แม้การตีความกฎหมายอาญาสามารถตีความแบบขยายความได้ แต่ไม่อาจอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยตีความชัดหรือแย้งกับถ้อยคำตามตัวอักษรได้ ประกอบหลักการตีความโดยเล็งผลเลิศแม้จะเปิดโอกาสให้ตีความตามความหมายอันสมควรได้ แต่ความหมายที่ตีความจะอยู่นอกความหมายของถ้อยคำไม่ได้ อย่างไรก็ตามการตีความกฎหมายอาญาจะต้องตีความประกอบกับหลักการตีความตามเจตนารมณ์ด้วย

การใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีข้อสังเกตที่ว่า จะเชื่อมโยงกับความผิดทางเพศ อย่างไรก็ตาม หากใช้คำเดียวกันว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ควรมีการใช้และการตีความเช่นเดียวกันตลอดทั้งประมวลกฎหมายอาญา ตามหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายตามทฤษฎีการตีความตามระบบของประเทศเยอรมนีที่ต้องพิจารณาเชื่อมโยงและความสม่ำเสมอในคุณค่าประกอบด้วย

นอกจากนี้ สาระสำคัญของ การตีความกฎหมายอาญาแตกต่างกันตามระบบกฎหมายที่ใช้ในแต่ละประเทศ อธิบายตามตารางที่ 3 สำหรับประเทศไทยการตีความกฎหมายอาญาสามารถตีความแบบขยายความได้ แต่ห้ามการอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

**ตารางที่ 3 เปรียบเทียบความแตกต่างของการตีความกฎหมายอาญา
ระหว่างประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์**

	คอมมอนลอว์	ซีวิลลอว์
1	การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความ เคร่งครัดตามตัวอักษร	ให้ความสำคัญกับการตีความตามตัวอักษร และเพิ่งถึงเจตนารมณ์หรือความมุ่ง หมายแห่งกฎหมายเท่าเทียมกัน
2	เมื่อความหมายตามตัวอักษรชัดเจนอยู่แล้ว ก็ไม่ต้องมีการตีความ	ต้องมีการตีความเพื่อค้นหาเจตนารมณ์หรือ ความมุ่งหมายเสมอ แม้ถ้อยคำตามตัวอักษร จะชัดเจนอยู่แล้ว
3	เมื่อการตีความตามตัวอักษรก่อผล ประหลาดหรือไม่สมเหตุสมผล จึงค่อย ค้นหาเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของ กฎหมาย	ในการตีความต้องค้นหาเจตนารมณ์หรือ ความมุ่งหมายตามตัวอักษรเสมอ
4	กฎหมายอาญาตีความขยายความไม่ได้	กฎหมายอาญามีการตีความโดยขยายความ ได้ แต่ห้ามเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียง อย่างยิ่ง
5	ผลลัพธ์ที่ได้คือตีความอย่างแคบเท่านั้น	ผลลัพธ์ที่ได้ คือ การตีความอย่างแคบ ตีความตามตัวบท และตีความแบบขยาย ความ

ส่วนโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาและเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย เป็นทฤษฎีที่
ผู้วิจัยจะนำไปใช้อธิบายในบทที่ 3 ซึ่งจะศึกษาเปรียบเทียบและพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ
มาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 ตามลำดับ

บทที่ 3

ปัญหาเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในประเทศไทย

การศึกษาแนวคิดและทฤษฎีจากบทที่ 2 ทำให้ทราบถึงความหมายและขอบเขตในปัจจุบันของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จากหลักอักษรศาสตร์ แนวคำพิพากษาศาลฎีกา และความเห็นทางด้านวิชาการ โดยหลักการสำคัญของการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ไม่สามารถตีความขยายจนรวมถึงกรณีที่ไม่มีบุคคลเห็นหรือพยานรับรู้เหตุการณ์ได้ในทางทฤษฎี เพราะจะเป็นการเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และต้องมีขอบเขตและการตีความสอดคล้องกันทั้งประมวลกฎหมายอาญาตามหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายและการตีความตามระบบ ดังนั้นเนื้อหาในบทที่ 3 ผู้วิจัยจะนำเสนอปัญหาและผลกระทบจากปัญหาเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยความผิดซึ่งเกิดต่อหน้าธารกำนัล วิเคราะห์ลักษณะของความผิดต่อหน้าธารกำนัล การกระทำความผิดผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล อภิปรายถึงพัฒนาการของฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และวิเคราะห์ข้อพิจารณาตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสองตามลำดับ

3.1 ปัญหาและผลกระทบจากปัญหาในการตีความและวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล

หัวข้อนี้จะกล่าวถึงปัญหาการตีความและวินิจฉัยความผิดที่เกิดต่อหน้าธารกำนัล รวมไปถึงอธิบายผลกระทบจากการตีความและการวินิจฉัยความผิดในแต่ละมาตรา มีรายละเอียดดังนี้

3.1.1 ปัญหาเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล

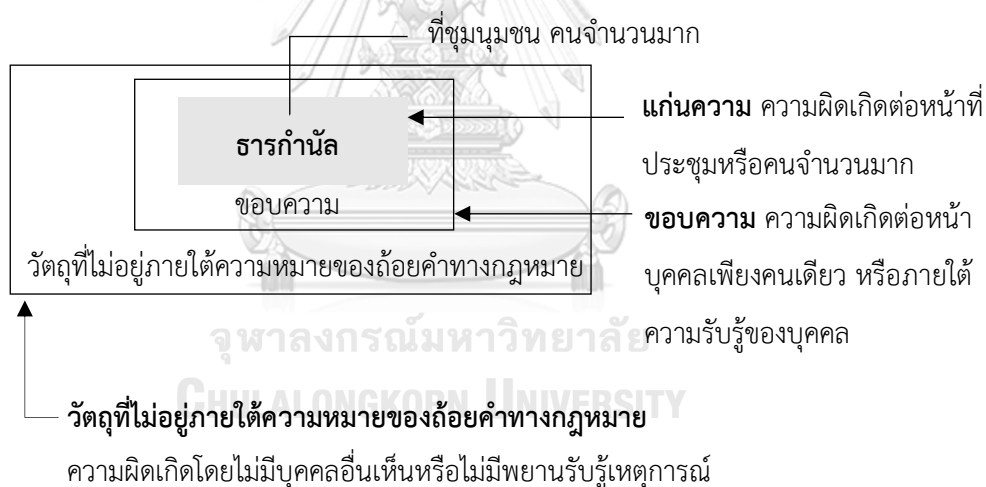
ศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานการตีความกระทำที่เกิดต่อหน้าธารกำนัลไว้ 2 ประการ คือ ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยประการที่让别人คนอื่นได้เห็นการกระทำของตน และผู้กระทำความผิดได้กระทำในลักษณะเปิดเผย让别人คนอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ การตีความในลักษณะนี้ก่อให้เกิดปัญหาการตีความและการกำหนดขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวความคิดและทฤษฎีในการตีความกฎหมาย ทำให้การตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลมีความแตกต่างกัน ไม่ชัดเจนแน่นอน และขาดความเป็นเอกภาพ

จากการศึกษาบทที่ 2 ทำให้ผู้วิจัยสามารถตอบคำถามถึงสาเหตุที่ความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง มีความสัมพันธ์กับความผิดทางเพศเนื่องจากคำว่า “ธารกำนัล” กำหนดความหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงกับการประชุมในท้องพระโรง ซึ่งเป็นสถานที่ที่ผู้เข้าร่วมประชุมเข้ามารับรู้เหตุการณ์หรือเรื่องราวต่าง ๆ พร้อมกัน ต่อหน้าธารกำนัล

จึงเป็นหลักบุคคลและมีความหมายเฉพาะ การใดซึ่งไม่ควรกระทำต่อเมื่อมีกลุ่มบุคคลรับรู้เหตุการณ์ จึงไม่ควรกระทำต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งคือการกระทำความผิดทางเพศที่สัมพันธ์กับเรื่องชื่อเสียงและความอับอายของบุคคล

ประเด็นต่อมา การตีความของศาลฎีกาประการที่ 2 ว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ครอบคลุมไปถึงกระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ กล่าวคือ ลักษณะของการกระทำอาจมีบุคคลอื่นได้เห็น ในสถานที่ซึ่งประชาชนอาจเห็นได้โดยที่ไม่จำกัดว่าต้องกระทำในที่สาธารณะสถานหรือสถานที่ส่วนตัว ก็ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล¹⁶⁷ เมื่อวิเคราะห์ตามทฤษฎีการตีความถ้อยคำทางกฎหมายโดยการแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็นสองชั้นของฟิลลิป เฮกค์ หลักในการตีความตามตัวอักษรของประเทศเยอรมนี แสดงให้เห็นว่า เมื่อความเป็นจริงไม่มีบุคคลพบเห็นการกระทำความผิดหรือไม่มีพยานรับรู้เหตุการณ์ ไม่อาจอยู่ในความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ได้ อธิบายตามรูปที่ 7

รูปที่ 7 ขอบเขตความหมายของคำว่า “ธารกำนัล”



จากรูปที่ 7 เมื่อเป็นการตีความกฎหมายอาญาแล้ว การตีความของศาลฎีกาประการที่ 2 เป็นการตีความแบบขยายความจนเป็นการอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งไม่สามารถทำได้ในทางทฤษฎี นอกจากนี้ กรณีที่ไม่มีบุคคลรู้เห็นหรือพยานรับรู้เหตุการณ์ ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 กล่าวคือ ผู้ถูกกระทำไม่ได้รับความอับอายขายหน้าจากบุคคลที่พบเห็นเหตุการณ์ ไม่เกิดความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะ และไม่เกิดความไม่สะดวกใจของบุคคลจากการที่ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลคือมีบุคคลหลายคนรู้เห็นในความเป็นจริง

¹⁶⁷ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 770.

ปัญหาการกำหนดขอบเขตและการตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัล มีรายละเอียดที่ต้องพิจารณาอีกว่า กรณีที่มีบุคคลเพียงคนเดียวพบเห็นการกระทำความผิดจะถือเป็นต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่ หากเป็นกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน การเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดอาญา บุคคลเหล่านี้จะถือเป็นบุคคลอื่นที่รับรู้เห็นการกระทำความผิดหรือไม่ การตีความใช้หลักบุคคลหรือหลักสถานที่เป็นสาระสำคัญ และการรับรู้ประการอื่น เช่น การได้ยิน การสัมผัส หรือการรับรู้ความรู้สึกที่ทำให้ทราบได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นนั้น ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่

การศึกษาทฤษฎีทำให้ผู้วิจัยสามารถตอบคำถามที่ว่า การใช้คำเดียวกันคือคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ควรมีการใช้และการตีความที่เหมือนกันทั้งประมวล สัมพันธ์กับความสม่ำเสมอในทางคุณค่าอธิบายตามทฤษฎีการตีความตามระบบ ซึ่งแตกต่างจากการตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลในปัจจุบัน ที่อธิบายรายละเอียดแตกต่างกันตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ทั้งตามคำอธิบายทางตำราและคำพิพากษาศาลฎีกา การอธิบายความหมายของคำว่าต่อหน้าธารกำนัลจำเป็นต้องพิจารณาความหมายทั้ง 3 มาตราประกอบกัน การใช้และการตีความจึงไม่สามารถตีความมาตราใดมาตราหนึ่งแตกต่างจนเป็นเอกเทศจากมาตราอื่นได้

ประการสุดท้าย คำถามเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด จากการศึกษาพบว่าเป็นเรื่องของโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาและเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละมาตรา “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 เป็นองค์ประกอบที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญา¹⁶⁸ เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่อาศัยผลแห่งการกระทำ กำหนดไว้ตามนโยบายทางอาญาหากความผิดมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล เป็นความผิดอันยอมความได้ ดังนั้น ตามที่มามีความเห็นแยกออกเป็น 2 ความเห็น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ความเห็นที่ 1 ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา วางหลักว่า ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นตามมาตรา 276 วรรคแรก และการอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส หรือกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 278 วรรคหนึ่ง ผู้กระทำจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดและประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลว่าผู้อื่นเห็นหรืออาจเห็นได้¹⁶⁹ ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับแนวความเห็นนี้ เนื่องจากไม่เป็นไปตามหลักเรื่องโครงสร้างความรับผิดในทางอาญา

ในบทนี้ ผู้วิจัยจึงได้อธิบายตามความเห็นที่ 2 ตามความเห็นทางวิชาการของศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ ที่อธิบายว่า การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำจะต้องรู้

¹⁶⁸ อธิบายตามแนวทางของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย.

¹⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1794/2494 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1173/2508 (ประชุมใหญ่) และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547.

แต่ประการใด เนื่องจากตามมาตรา 281 มิได้กำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ การข่มขืน การอนาจารโดยการล่วงล้ำ และการอนาจารที่เกิดต่อหน้าธารกำนัล เป็นเพียงแต่เป็นพฤติการณ์ที่ทำให้การกระทำความผิดนั้นไม่เป็นความผิดอันยอมความได้ ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม และไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 62 วรรคท้าย¹⁷⁰

ส่วนมาตรา 388 เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด และมาตรา 397 เป็นองค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขในการเพิ่มโทษ ผู้กระทำความผิดต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและต้องมีเจตนาประสงค์ต่อผลหรือย่อมนิ่งเห็นผลว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล จึงจะมีความผิดและจะต้องปรากฏว่ามีบุคคลเห็นการกระทำด้วย

3.1.2 ผลกระทบจากการวินิจฉัยว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่

การวินิจฉัยว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่ตามมาตรา 281 ส่งผลต่อการดำเนินคดีอาญา ดังนี้

3.1.2.1 กรณีที่วินิจฉัยว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281

ความผิดที่กำหนดไว้ในมาตรา 281 หากมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งส่งผลต่อการดำเนินคดีและการระงับคดี ดังนี้

(1) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 หากเป็นความผิดอันยอมความได้ ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด มิเช่นนั้นคดีเป็นอันขาดอายุความ¹⁷¹ ดังนั้น หากผู้เสียหายไม่ติดใจเอาความแก่ผู้กระทำความผิด เช่น ไม่ร้องทุกข์ ทำให้พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวน¹⁷² และทำให้พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาล¹⁷³ แต่หากเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้หรือความผิดต่อแผ่นดิน กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้เสียหายร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน ในการดำเนินคดีอาญาจึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินการโดยผู้เสียหายไม่ต้องให้ความเห็นชอบ ซึ่งต้องดำเนินคดีภายในอายุความตามมาตรา 95 เท่านั้น

(2) สำหรับความผิดอันยอมความได้หรือในคดีความผิดต่อส่วนตัว เมื่อผู้เสียหายได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับ

¹⁷⁰ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 774.

¹⁷¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 บัญญัติว่า ภายใต้งบบังคับมาตรา 95 ในกรณีความผิดอันยอมความได้ ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ.

¹⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 121 วรรคสอง บัญญัติว่า แต่ถ้าเป็นคดีความผิดต่อส่วนตัว ห้ามมิให้ทำการสอบสวนเว้นแต่จะมีคำร้องทุกข์ตามระเบียบ.

¹⁷³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 บัญญัติว่า ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีต่อศาล โดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน.

ไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2)¹⁷⁴ พนักงานอัยการไม่มีสิทธิยื่นฟ้องคดีใหม่ตามมาตรา 36 (3)¹⁷⁵ ในขณะที่หากเป็นความผิดซึ่งยอมความไม่ได้หรือคดีความผิดอาญาแผ่นดินนั้น เมื่อผู้เสียหายถอนคำร้องทุกข์ การถอนคำร้องทุกข์ไม่ตัดอำนาจพนักงานสอบสวนที่จะสอบสวนหรือพนักงานอัยการที่จะฟ้องคดีที่ถอนฟ้องนั้น ตามมาตรา 126 วรรคสอง¹⁷⁶ และหากผู้เสียหายถอนฟ้อง การถอนฟ้องไม่กระทบสิทธิพนักงานอัยการในการดำเนินคดีหรือยื่นฟ้องคดีนั้นใหม่ ตามมาตรา 36 (3)

(3) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 166 วรรคสาม¹⁷⁷ ในกรณีที่ศาลยกฟ้องเพราะโจทก์ซึ่งเป็นราษฎรไม่มาในวันนัดไต่สวนมูลฟ้อง นัดพิจารณา (มาตรา 166 ประกอบมาตรา 181) และนัดตรวจพยานหลักฐาน (มาตรา 166 ประกอบมาตรา 173/2 วรรคหนึ่ง) หากเป็นความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัว โจทก์จะฟ้องจำเลยในเรื่องเดียวกันนั้นอีกไม่ได้ แต่ถ้าเป็นความผิดซึ่งยอมความไม่ได้หรือคดีความผิดอาญาแผ่นดินในคดีซึ่งราษฎรเท่านั้นเป็นโจทก์ จะไม่ตัดอำนาจพนักงานอัยการฟ้องคดีนั้นอีก

3.1.2.2 กรณีที่วินิจฉัยว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลตาม มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง

ความผิดตามมาตรา 388 และมาตรา 397 เป็นความผิดลหุโทษตามภาค 3 ทำให้เป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความกันได้ เนื่องจากเป็นความผิดที่ไม่มีผู้เสียหายโดยเฉพาะเจาะจงนอกจากรัฐ เป็นเรื่องที่รัฐสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องมีผู้มาร้องทุกข์กล่าวโทษ¹⁷⁸ แตกต่างจากมาตรา 281 และการดำเนินคดีลหุโทษเจ้าพนักงานจะควบคุมตัวผู้กระทำความผิดไว้ได้เพียงเท่าที่จะถามค่าให้การและที่จะรู้ว่าเป็นใครและอยู่ที่ใดเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87

¹⁷⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2) บัญญัติว่า สิทธินาคติอาญามาฟ้องยอมระงับไปในคดีความผิดต่อส่วนตัว เมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้องหรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย.

¹⁷⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 36 (3) บัญญัติว่า คติอาญาซึ่งได้ถอนฟ้องไปจากศาลแล้ว จะนำมาฟ้องอีกหาได้ไม่ เว้นแต่ ถ้าผู้เสียหายได้ยื่นฟ้องคดีอาญาไว้แล้วได้ถอนฟ้องคดีนั้นเสีย การถอนนี้ไม่ตัดสิทธิพนักงานอัยการที่จะยื่นฟ้องคดีนั้นใหม่ เว้นแต่คดีซึ่งเป็นความผิดต่อส่วนตัว.

¹⁷⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 126 วรรคสอง บัญญัติว่า ในคดีซึ่งมิใช่ความผิดต่อส่วนตัว การถอนคำร้องทุกข์ เช่นนั้นยอมไม่ตัดอำนาจพนักงานสอบสวนที่จะสอบสวน หรือพนักงานอัยการที่จะฟ้องคดีนั้น.

¹⁷⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 166 วรรคสาม บัญญัติว่า ในคดีที่ศาลยกฟ้องดังกล่าวแล้ว จะฟ้องจำเลยในเรื่องเดียวกันนั้นอีกไม่ได้ แต่ถ้าศาลยกฟ้องเช่นนี้ในคดีซึ่งราษฎรเท่านั้นเป็นโจทก์ ไม่ตัดอำนาจพนักงานอัยการฟ้องคดีนั้นอีก เว้นแต่จะเป็นคดีความผิดต่อส่วนตัว.

¹⁷⁸ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551), หน้า 14. อธิบายในหัวข้อเอกชนผู้เสียหายและกฎหมายอาญา โดยการพิมพ์ครั้งที่ 11 ได้กล่าวในบทที่ 4 ประเภทของความผิดอาญา แต่ไม่ได้กล่าวถึงผลของความผิดอันยอมความได้แตกต่างจากความผิดอาญาแผ่นดิน และไม่ได้กล่าวถึงข้อสังเกตว่าความผิดลหุโทษยอมความกันไม่ได้ดังเช่นการพิมพ์ครั้งที่ 10.

และหากผู้กระทำความผิดยินยอม พนักงานสอบสวนมีอำนาจเปรียบเทียบปรับหรือว่ากล่าวตักเตือนให้คดียุติลงโดยที่ไม่ต้องไปศาล ตามมาตรา 38¹⁷⁹

ดังนั้น กรณีที่วินิจฉัยว่าความผิดต่อหน้าธารกำนัล ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามมาตรา 388 และผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง แต่กรณีของมาตรา 397 แม้ความผิดจะไม่เกิดต่อหน้าธารกำนัล ผู้กระทำความผิดยังคงต้องรับโทษตามมาตรา 397 วรรคหนึ่ง

3.2 ลักษณะของความผิดต่อหน้าธารกำนัล

ความผิดต่อหน้าธารกำนัล สามารถเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะ คือ ต่อหน้าธารกำนัลตามความเป็นจริงและต่อหน้าธารกำนัลโดยระยะทาง

3.2.1 ต่อหน้าธารกำนัลตามความเป็นจริง

หมายถึง การรับรู้ว่าการกระทำความผิดได้เกิดขึ้น โดยบุคคลที่รับรู้อยู่ใกล้ชิดกับบริเวณที่เกิดเหตุในทางความเป็นจริง ในระยะที่สามารถทราบได้ว่าความผิดเกิด โดยผู้วิจัยจะเทียบคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” กับคำว่า “ซึ่งหน้า”

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้อธิบาย คำว่า “ต่อหน้า” แปลว่า ซึ่งหน้าหรือเฉพาะหน้า ในขณะที่เดียวกันได้อธิบายคำว่า “ซึ่งหน้า” แปลว่า ต่อหน้า เช่น กระทำความผิดซึ่งหน้า ความหมายตามหลักอักษรศาสตร์จึงมีความหมายเหมือนกัน ต้องไปพิจารณาการใช้คำว่า “ซึ่งหน้า” ในกฎหมาย รวมทั้งเปรียบเทียบกับเจตนารมณ์แห่งบทกฎหมายนั้นด้วย

คำว่า “ซึ่งหน้า” ปรากฏอยู่ในความผิดฐานวิ่งราวทรัพย์ มาตรา 336 “ผู้ใดลักทรัพย์โดยฉกฉวยเอาซึ่งหน้า...” คำว่าซึ่งหน้านี้นี้ ไม่ได้มีความหมายว่ากระทำต่อหน้าผู้เสียหายเท่านั้น แต่สาระสำคัญ คือ ผู้เสียหายรู้ตัวขณะจำเลยกระทำความผิดไม่ว่าจะต่อหน้าหรือลับหลัง และทรัพย์จะต้องใกล้ชิดกับตัวผู้เสียหายในระยะที่จะยื้อแย่งกลับมาได้ทันที¹⁸⁰ ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า คำว่า “ต่อหน้า” หรือ “ซึ่งหน้า” ไม่จำเป็นต้องฉกฉวยข้างหน้า เหตุอาจเกิดข้างหลังได้ แต่ผู้เสียหายจะต้องรู้สึกและเห็นเหตุการณ์ในขณะนั้น¹⁸¹

กรณีของมาตรา 393 การดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าหรือด้วยการโฆษณา คำว่า “ซึ่งหน้า” หมายความว่า เกิดขึ้นต่อหน้าต่อตาผู้ที่ถูกดูหมิ่น แม้จะไม่เห็นหน้าในขณะนั้น ข้อสำคัญคือ ผู้ดูหมิ่นมี

¹⁷⁹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ รัตนกร บัญญัติ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, หน้า 442.

¹⁸⁰ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 153.

¹⁸¹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 704.

เจตนาถูกเหยียดหยามและผู้เสียหายรับรู้ถึงการดูหมิ่นนั้นก็ถือเป็นดูหมิ่นซึ่งหน้าแล้ว¹⁸² เช่น อยู่บ้านติดกันใช้คำหยาบคำให้ข้านบ้านได้ยินเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าได้ รวมถึงการกระทำแก่คนที่อยู่ใกล้ ๆ ให้รับรู้ได้ด้วย เช่น การด่าไล่หลังในวิสัยที่ผู้ถูกด่ายังได้ยินคำด่านั้น แต่ถ้าด่าในขณะที่ผู้ถูกดูหมิ่นไม่อยู่ในที่เกิดเหตุ กรณีนี้ไม่ใช่การกล่าวซึ่งหน้า นอกจากนี้การดูหมิ่นทางเอกสารหรือโดยทางโทรศัพท์ เป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าโดยระยะทางไม่ได้เกิดขึ้นต่อหน้าต่อตา จึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา¹⁸³ ประกอบกับเจตนารมณ์ของมาตรา 393 เป็นไปเพื่อป้องกันภัยที่เข้าถึงตัวได้ทันทีที่มีการดูหมิ่น ดังนั้น แม้เห็นหน้าทางโทรศัพท์ (Face time) แต่ไม่ได้อยู่ใกล้กันก็ไม่ใช่ซึ่งหน้า และหากต่างฝ่ายต่างด่าทอซึ่งกันและกัน ก็ไม่เป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้า เพราะกฎหมายประสงค์ลงโทษผู้ดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งกระทำแต่ฝ่ายเดียวโดยผู้เสียหายไม่ได้กล่าวโต้ตอบด้วย¹⁸⁴

นอกจากนี้ “ซึ่งหน้า” ยังปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ ความผิดซึ่งหน้าตามมาตรา 80 หมายถึง ความผิดซึ่งเห็นกำลังกระทำ หรือพบในอาการใดซึ่งแทบจะไม่มีเวลาสงสัยเลยว่าเขาได้กระทำความผิดมาแล้วสด ๆ เห็นกำลังกระทำ หมายถึง การเห็นบุคคลกำลังกระทำความผิดอยู่ต่อหน้าเจ้าพนักงานหรือราษฎร ไม่ใช่ได้รับคำบอกกล่าวมาจากผู้อื่น ไม่ได้อยู่ในระยะที่ห่างไกลจุดเกิดเหตุหรือมองไม่เห็นเหตุการณ์เพราะมีสิ่งกีดขวาง กรณีเหล่านี้มิใช่การเห็นกำลังกระทำ ส่วนพบในอาการใดซึ่งแทบจะไม่มีเวลาสงสัยเลยว่าเขาได้กระทำความผิดมาแล้วสด ๆ ไม่ถึงขนาดต้องเห็นว่ากำลังกระทำความผิด แต่พบบุคคลนั้นในอาการอันน่าจะจะได้กระทำความผิด¹⁸⁵

¹⁸² ประทีป ทัฬหสูตตานนท์, ความผิดลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: อองศาบายดี, 2555), หน้า 99. และ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367 ถึง 398 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534), หน้า 194.

¹⁸³ คำชี้ขาดความเห็นแย้งของอัยการสูงสุด วางหลักเกณฑ์ว่า ต้องเป็นกรณีที่ถูกหมิ่นให้ผู้ถูกกระทำได้ยินหรือรับทราบในทันที จึงจะถือว่าเป็นความผิด เมื่อความผิดไม่ได้ทำต่อหน้าผู้เสียหายหรือผู้เสียหายไม่ได้อยู่ในที่นั้น เช่น การส่งข้อความดูหมิ่นทางโทรศัพท์มือถือ หากผู้เสียหายไม่เปิดดูก็จะไม่ทราบข้อความที่ถูกหมิ่นในที่นั้น พฤติการณ์ยังไม่พอฟังว่าเป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้า (คำชี้ขาดความเห็นแย้งที่ 459/2551 และ 158/2553) โปรดดู สำนักงานอัยการสูงสุด, คำชี้ขาดความเห็นแย้งของอัยการสูงสุด พ.ศ. 2551-2553 ฉบับ 120 ปี องค์การอัยการ (กรุงเทพฯ: สำนักงาน, 2556), หน้า 293.

¹⁸⁴ ประทีป ทัฬหสูตตานนท์, ความผิดลหุโทษ, หน้า 100. และ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และ วรรณกร บัญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 442-443.

¹⁸⁵ คำว่า “ซึ่งหน้า” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แตกต่างจากคำว่า “ซึ่งหน้า” ในประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดความหมายของความผิดซึ่งหน้าตามมาตรา 80 บัญญัติไว้สองวรรค คือ ความผิดซึ่งหน้าโดยตรงตามวรรคหนึ่ง และความผิดซึ่งหน้าโดยอ้อมตามวรรคสอง (กฎหมายให้ถือว่าเป็นความผิดซึ่งหน้า) โดยเป็นการกระทำความผิดซึ่งหน้าพนักงานฝ่ายปกครอง ตำรวจ หรือราษฎร ส่งผลให้เจ้าพนักงานมีอำนาจจับโดยไม่มีหมายตามมาตรา 78 (1) ประกอบมาตรา 80 และราษฎรมีอำนาจจับตามมาตรา 79 ประกอบมาตรา 80 ในขณะที่ซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นซึ่งหน้าต่อผู้เสียหาย โปรดดู อรรถพล ใหญ่สว่าง, คำอธิบายวิชาสัมมนากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2564), หน้า 198-200. ประกอบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 481/2491 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4282/2555.

ส่วนกรณีของ “ต่อหน้าธารกำนัล” แม้คำว่า “ต่อหน้า” จะมีความหมายโดยทั่วไปเหมือนคำว่า “ซึ่งหน้า” หากแต่เจตนารมณ์ของกฎหมายในมาตราที่มีการใช้คำว่าต่อหน้าธารกำนัลนั้นแตกต่างออกไป โดยที่มาตรา 281 ต้องการคุ้มครองบุคคลผู้ถูกระงับการกระทำ มิให้ต้องรับความอับอายขายหน้าจากบุคคลที่รับรู้ถึงการกระทำความผิด มาตรา 388 มีขึ้นเพื่อรักษาระดับศีลธรรมในหมู่ประชาชน มิให้บุคคลใดใช้สิทธิในร่างกายของตนมากเกินไปจนรบกวนระดับศีลธรรมอันดี และมาตรา 397 เพื่อให้บุคคลได้รับความคุ้มครองจากการถูกรังแก ถูกข่มเหง ถูกทำให้อับอายหรือรำคาญจากบุคคลอื่น ดังนั้น การที่ผู้เสียหายรับรู้ว่ามีกระทำความผิดเกิดขึ้น แม้ห่างโดยระยะทางก็อาจถือว่าอยู่ในความหมายของต่อหน้าธารกำนัลได้ รายละเอียดจะกล่าวถึงในหัวข้อที่ 3.2.2 ต่อหน้าธารกำนัลโดยระยะทาง

เมื่อเปรียบเทียบการใช้คำว่า “ซึ่งหน้า” กับ “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญา พบว่าในกรณีของซึ่งหน้าบริบทของถ้อยคำใช้กับความผิดเกิดซึ่งหน้าต่อผู้เสียหายตามมาตรา 336 และมาตรา 393 แตกต่างจากต่อหน้าธารกำนัลที่ความผิดเกิดได้ทั้งต่อหน้าผู้เสียหาย คือ มาตรา 388 และต่อหน้าบุคคลที่สามที่ไม่ใช่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย ได้แก่ มาตรา 281 และมาตรา 397 วรรคสอง

ผู้วิจัยได้เปรียบเทียบการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายคำว่า “ต่อหน้า” และ “ซึ่งหน้า” ดังนี้

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบการใช้คำว่า “ต่อหน้า” และ “ซึ่งหน้า” ในกฎหมาย

ประเด็น	ต่อหน้า	ซึ่งหน้า
ความหมายตามหลักอักษรศาสตร์	ต่อหน้า แปลว่า ซึ่งหน้าหรือเฉพะหน้า	ซึ่งหน้า แปลว่า ต่อหน้า เช่น กระทำความผิดซึ่งหน้า
	เมื่อพิจารณาแล้ว “ต่อหน้า” และ “ซึ่งหน้า” มีความหมายเหมือนกันตามหลักอักษรศาสตร์	
มาตราที่ปรากฏ	มาตรา 281 มาตรา 388 และ มาตรา 397	มาตรา 336 มาตรา 393 และ ป.วิ.อ. มาตรา 80
ขอบเขตของถ้อยคำ	ผู้เสียหายหรือผู้พบเห็นการกระทำความผิดรับรู้ถึงความผิดได้เกิดขึ้น ในระยะที่สามารถเห็นได้ รวมถึงการเห็นผ่านโทรศัพท์มือถือ	ผู้เสียหายรู้ตัวว่าความผิดนั้นเกิดขึ้น ในระยะที่จะยื้อแย่งหรือรับรู้ความผิดนั้น
	ขอบเขตที่เหมือนกัน คือ การกระทำความผิดเกิดภายใต้ความรู้ของบุคคล รวมการเห็น การได้ยิน และการรู้ตัวรับรู้ถึงความผิดได้เกิดขึ้น	

ประเด็น	ต่อหน้า	ซึ่งหน้า
ลักษณะการใช้คำในประมวลกฎหมายอาญา	คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึง ต่อหน้าบุคคลที่สามที่ไม่ใช่ผู้กระทำความผิด หรือต่อหน้าผู้เสียหายก็ได้	คำว่า “ซึ่งหน้า” หมายถึง ความผิดเกิดซึ่งหน้าต่อผู้เสียหายเท่านั้น
ความผิดเกิดห่างโดยระยะทางแม้เห็นหน้า	ถือว่าผู้เสียหายอับอาย หรือได้รับความเสียหายแล้ว แต่ต้องไม่เป็นการรับรู้จากการบันทึกเหตุการณ์ เนื่องจากอาจกินความหมายของคำว่าโฆษณา	ไม่เป็นความผิดตาม มาตรา 336 เพราะเข้าลักษณะของการฉกฉวยในวิสัยที่จะยื้อแย่งกลับมาได้ และมาตรา 393 ถือว่า ไม่อาจเกิดเหตุภัยที่เข้าถึงตัวได้ทันที

จากตารางที่ 4 คำว่า “ต่อหน้า” และ “ซึ่งหน้า” ความเหมือนกันที่เป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้ความรับรู้ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการรับรู้โดยการเห็นหรือการได้ยิน แต่ก็มีมีความแตกต่างกันที่ต่อหน้าอาจรวมถึงกรณีที่มีความผิดเกิดห่างโดยระยะทางหรือบุคคลผู้รับรู้การกระทำความผิดอยู่ห่างจากสถานที่เกิดเหตุได้ เช่น ผ่านกล้องทางโทรศัพท์มือถือ คอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลอื่นเมื่อประกอบกับคำว่า “ธารกำนัล” เป็น “ต่อหน้าธารกำนัล” กรณีจึงต้องหมายถึง ความผิดเกิดภายใต้ความรับรู้ของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก หากกฎหมายประสงค์จะเอาผิดในกรณีที่มีบุคคลเพียงคนเดียวรับรู้ถึงการกระทำความผิดหรือเป็นกรณีที่เกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว ไม่น่าจะใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” น่าจะใช้คำว่า “ต่อหน้าบุคคลอื่น” จะให้ความหมายเป็นการทั่วไปและมีความชัดเจนมากกว่า นอกจากนี้ตามลักษณะการใช้ถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญาคำว่า “ซึ่งหน้า” จะใช้เฉพาะกรณีที่ความผิดเกิดซึ่งหน้าต่อผู้เสียหายเท่านั้น ในขณะที่ต่อหน้าธารกำนัลนั้นสามารถใช้เมื่อความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลที่สามที่ไม่ใช่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายได้ด้วย

3.2.2 ต่อหน้าธารกำนัลโดยระยะทาง

หมายถึง การรับรู้การกระทำความผิดซึ่งห่างจากสถานที่เกิดเหตุ โดยผ่านทางกล้องวงจรปิด การไลฟ์สด (Live streaming) การเห็นหน้าผ่านทางโทรศัพท์มือถือ (Face time) หรือผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลอื่นใด¹⁸⁶ กรณีนี้จะต้องปรากฏว่าเป็นการรับรู้การกระทำความผิดในขณะเดียวกับที่ความผิดเกิด ในส่วนของกล้องวงจรปิดหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นใดที่สามารถบันทึกภาพและเสียงเพื่อการถ่ายทอดได้ จะต้องปรากฏว่ามีคนควบคุมและรับรู้การกระทำความผิดในขณะเกิดเหตุการณ์ มิใช่กรณีที่เห็นหรือรับรู้จากการดูบันทึก จึงจะถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัล

¹⁸⁶ หัวข้อนี้เทียบเคียงจากมาตรา 393 เรื่องการด่ากันโดยระยะทาง เช่น เห็นหน้ากันผ่านทางโทรศัพท์มือถือ (face time) โดยที่ไม่ได้อยู่ใกล้กัน โปรดดู ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และ รมกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ, หน้า 442.

ที่เป็นดังนี้ เพราะเป็นการตีความให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เมื่อมีบุคคลรับรู้ถึงการกระทำความผิด จะถือว่าผู้เสียหายได้รับความอับอายขายหน้าจากบุคคลที่รับรู้ถึงการกระทำความผิด ตามมาตรา 281 เป็นการรบกวนระดับศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 388 และเป็นกรณีที่ผู้เสียหายถูกรังแก ถูกข่มเหง ถูกทำให้อับอายหรือรำคาญจากผู้กระทำความผิดตามมาตรา 397 แล้ว

ทั้งนี้ “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามที่ผู้วิจัยได้ศึกษาที่มาและราคาค่าจากบทที่ 2 มีความหมายว่า ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก หากเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวอาจไม่เข้าเกณฑ์ว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล คงเป็นเพียงความผิดที่เกิดต่อหน้าบุคคลอื่นเพียงเท่านั้น

3.3 การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล

เมื่อการติดต่อสื่อสารของสังคมเปลี่ยนแปลงไป ลักษณะของความผิดต่อหน้าธารกำนัล ก็มี การเปลี่ยนพื้นที่กระทำความผิดไปกระทำในบริการออนไลน์¹⁸⁷ และอาจใช้อุปกรณ์เพื่อช่วยในการกระทำความผิด แต่องค์ประกอบความผิดไม่ได้เปลี่ยนแปลงไป ความผิดต่อหน้าธารกำนัลจึงมีความสัมพันธ์กับความรุนแรงทางไซเบอร์ในบางลักษณะ ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงรูปแบบการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาว่าสามารถตีความกฎหมายที่มีอยู่มาใช้บังคับกับการกระทำความผิดในลักษณะนี้มากน้อยเพียงใด

3.3.1 รูปแบบของการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล

การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล เป็นรูปแบบหนึ่งของอาชญากรรมความรุนแรงบนอินเทอร์เน็ต (Violent crime on the internet) ซึ่งเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการล่วงละเมิดทางไซเบอร์ (Cyber harassment) การกลั่นแกล้งทางไซเบอร์ (Cyberbullying) การคุกคามทางไซเบอร์ (Cyber threats) การสะกดรอยตามรั้วความไซเบอร์

¹⁸⁷ ทฤษฎีการเปลี่ยนพื้นที่ (Space Transition Theory) ของ Karuppanan Jaishankar นักอาชญาวิทยาชาวอินเดีย อธิบายว่า การประกอบอาชญากรรมไซเบอร์มีขึ้นเนื่องจากกิจกรรมในโลกออนไลน์เกิดขึ้นไม่หยุดนิ่งและเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา สามารถเผยแพร่และลบเนื้อหา เข้าออกพื้นที่ต่าง ๆ ได้ทั่วโลกในระยะเวลาไม่นาน โลกออนไลน์จึงเป็นพื้นที่ซึ่งเหมาะแก่การกระทำความผิด ยกเว้นการระบุสถานที่เกิดเหตุ ผู้กระทำบังคับตัวตนได้ หลบหนีได้ง่าย และสะดวกในการเปลี่ยนแปลงพื้นที่เพื่อกระทำความผิดครั้งใหม่ โปรดดู Karuppanan Jaishankar, "Establishing a Theory of Cyber Crimes," *International Journal of Cyber Criminology* 1, 2 (July 2017): 7-9.

(Cyberstalking) หรือการคุกคามเรื่องทางเพศบนโซเชียล (Sextortion)¹⁸⁸ โดยหัวข้อนี้จะกล่าวถึงรูปแบบการกระทำความผิดที่มีลักษณะเป็นความผิดต่อหน้าธารกำนัลซึ่งกระทำในบริการออนไลน์โดยใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล เพื่อช่วยในการกระทำความผิดตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง เท่านั้น

3.3.1.1 การนำเข้าเนื้อหาอันมีลักษณะลามกอนาจาร

คือ การนำเข้าหรือแบ่งปันไฟล์ภาพหรือเสียง ที่เป็นข้อมูลอันมีลักษณะลามกอนาจาร กรณีความผิดต่อหน้าธารกำนัล จะต้องเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ โดยข้อมูลมีลักษณะอันลามก เช่น การทำความผิดโดยถ่ายทอดผ่านทางโทรศัพท์มือถือ คอมพิวเตอร์ กล้อง อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลอื่นลงบนอินเทอร์เน็ต การไลฟ์สด (Live streaming) การติดต่อสื่อสารที่มีการเห็นหน้าหรือได้ยินเสียง ในประการที่ทำให้ความผิดเกิดภายใต้ความรับรู้ของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก และหากเป็นการนี้ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ก็จะเข้าข่ายการนำเข้าข้อมูลที่ผิดพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 14 (4) ด้วย เช่น การไลฟ์สดการกระทำความผิดลงบนเว็บไซต์ อันเป็นการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์

สิ่งลามก ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา หมายถึง ภาพ ข้อความ วัตถุใด ๆ ที่แสดง มีลักษณะน่าเกลียด น่าอัปยศในทางเพศ อุจาดบัดสี น้อมนำไปสู่ความต่ำ ความชั่ว ยั่วยุกามารมณ์¹⁸⁹ นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ อธิบายว่า การพิจารณาว่าสิ่งใดลามกจะต้องพิจารณาจากความรู้สึกของวิญญูชน ซึ่งมีมาตรฐานศีลธรรมระดับกลางของสังคมปัจจุบัน ที่เห็นว่าเป็นสิ่งอุจาดบัดสี ต่ำทราม และมุ่งหมายทางกามารมณ์เพียงอย่างเดียว ไม่มีลักษณะของศิลปะหรือวิชาการแขนงใด¹⁹⁰

3.3.1.2 การกลั่นแกล้งและการตามรังควานทางไซเบอร์

การกลั่นแกล้งทางไซเบอร์ หรือ Cyberbullying มีรูปแบบการกระทำที่หลากหลาย ทั้งการใช้คำพูด การเขียนข้อความ การวาดภาพ คลิปวิดีโอ หรือปฏิบัติการอื่นใดที่คุกคามและก่อความอับยศอดสูแก่เหยื่อ ส่วนการตามรังควานทางไซเบอร์ หรือ Cyberstalking เป็นพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ที่ผู้กระทำได้กระทำต่อเนื่องยาวนาน ซ้ำ ๆ โดยสะกดรอย ตามรังควาน คุกคาม ทำพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ โดยอาศัยอุปกรณ์หรืออินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือ เช่น การโพสต์ข้อมูลหรือเผยแพร่ข่าวลือเกี่ยวกับเหยื่อบนสื่อออนไลน์ การส่งต่อข้อความในเชิงอนาจาร จนเป็นเหตุให้เหยื่ออับ

¹⁸⁸ สาวตรี สุขศรี, กฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และอาชญากรรมไซเบอร์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 228.

¹⁸⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 978/2492 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3510/2531.

¹⁹⁰ ณรงค์ ใจหาญ, "ความหมายของสิ่งลามกในกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 16, 2 (มิถุนายน 2529): 129.

อายุขยหน้า เสื่อมเสียชื่อเสียง เกิดความรู้สึกไม่สะดวกใจ หวาดกลัวว่าจะมีอันตราย และรู้สึกไม่ปลอดภัยในชีวิตร่างกายในโลกทางกายภาพด้วย¹⁹¹ ซึ่งการกระทำต่อหน้าธารกำนัลนี้ย่อมตีความถึงอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล การกระทำในบริการออนไลน์ต่าง ๆ ได้ด้วย ซึ่งเมื่อความผิดเกิดในบริการออนไลน์ที่มีคนจำนวนมากรับรู้ นอกจากจะเป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นยังส่งผลให้ผู้คนในสังคมรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยด้วย

การกระทำในบริการออนไลน์โดยกระทำความผิดผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลนี้ แตกต่างกับการกระทำความผิดในโลกทางกายภาพ เนื่องจากความผิดสามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลาในทุกสถานที่ มีคนได้รับรู้ความอัปยศที่เกิดขึ้นในวงกว้าง ก่อความเสียหายมาก และเกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็ว

3.3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล

พิจารณาจากองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายปัจจุบัน ซึ่งมีทั้งบทบัญญัติที่ปรับใช้เป็นการทั่วไปตามกฎหมายอาญาและกฎหมายเฉพาะ

3.3.2.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ประเทศไทยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้เป็นการทั่วไป เมื่อความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล ตีความรวมไปถึงความผิดเกิดผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล ผ่านอุปกรณ์ติดต่อสื่อสารใด ๆ และการกระทำความผิดในบริการออนไลน์ด้วย เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงพื้นที่และอุปกรณ์เพื่อช่วยในการกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้น เมื่อเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ก็ปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวได้ เพียงแต่บทบัญญัติเหล่านี้ไม่ได้ระบุหรือใช้คำโดยตรง ในบางกรณีอาจเป็นการกระทำในลักษณะ “กรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบท” เช่น การนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามก อาจเป็นความผิดตามมาตรา 388 หากผู้กระทำความผิดได้กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลผ่านบริการออนไลน์ จะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 14 (4) อีกมาตราหนึ่งด้วย การเผยแพร่ภาพตัดต่ออันลามกอนาจารของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตในระบบคอมพิวเตอร์ ทำให้เหยื่อได้รับความอับอายและเดือดร้อนรำคาญ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 287 สำหรับภาพลามกทั่วไป เป็นความผิดตามมาตรา 287/2 สำหรับภาพลามกอนาจารเด็ก และเป็นความผิดตามมาตรา 397 นอกจากนี้ยังเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 16 อีกด้วย เมื่อเป็นการกระทำความผิด

¹⁹¹ สาวตรี สุขศรี, กฎหมายว่าด้วยอาชญากรรมคอมพิวเตอร์และอาชญากรรมไซเบอร์, หน้า 229-234.

เป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90

3.3.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560

“มาตรา 14 (4) ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ ที่มีลักษณะอันลามกและข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ ภาษาอังกฤษตรงกับคำว่า “accessed by the general public” คือ ช่องทางที่สามารถเข้าถึงได้ ไม่ได้ล็อกไว้ หรือกรณีที่ต้องเสียเงินเพื่อให้อาจเข้าถึงได้ก็อยู่ในความหมายของประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ แต่ถ้าเป็นเฉพาะกลุ่มไม่ได้เปิดให้คนทั่วไปเห็นได้ก็ไม่เข้าความหมายนี้

การเผยแพร่รูปภาพของเหยื่อซึ่งเกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีการอื่นใด เพื่อให้ได้รับความอับอาย เป็นความผิดตามมาตรา 16

“มาตรา 16 ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลงด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

3.4 พัฒนาการของกฎหมายอาญาของประเทศไทยในฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล

หัวข้อนี้จะศึกษาประวัติศาสตร์และพัฒนาการของฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล รวมทั้งศึกษาการรับอิทธิพลของกฎหมายต่างประเทศและรากฐานกฎหมายอาญาไทย เพื่อเป็นข้อมูลในการวิเคราะห์เปรียบเทียบ

3.4.1 ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

การแบ่งยุคประวัติศาสตร์กฎหมายไทยพิจารณาจากการเปลี่ยนแปลงด้านกฎหมายเป็นสำคัญโดยถือเอาช่วงรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์เป็นจุดแบ่ง เนื่องจากเป็นช่วงที่ประเทศสยามรับอิทธิพลของกฎหมายสมัยใหม่ของประเทศตะวันตก ทำให้มีการจัดทำประมวลกฎหมายในเวลาต่อมา แบ่งออกเป็น 2 ยุค คือ ยุคก่อนสมัยใหม่ (Pre-Modern Law) และยุคสมัยใหม่ (Modern Law)¹⁹²

¹⁹² แสง บุญเฉลิมวิภาส และ อติรุจ ตันบุญเจริญ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 51. สำหรับการแบ่งยุคประวัติศาสตร์กฎหมายไทยของศาสตราจารย์ ร. แลงกาต์ ได้แบ่งออกเป็น 4 สมัย คือ สมัยกรุงศรีอยุธยา สมัยสาม

3.4.1.1 ยุคก่อนสมัยใหม่

เริ่มจากช่วงกฎหมายไทยเดิมแท้ ๆ ที่มาจากวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของสังคมไทย ก่อนที่จะได้รับอิทธิพลของวัฒนธรรมอินเดีย โดยเป็นช่วงเริ่มจากถิ่นกำเนิดคนไทยจนถึงสมัยสุโขทัย¹⁹³ มีข้อสันนิษฐานว่ากฎหมายไทยอาจเขียนด้วยภาษาขอมหรือภาษาสันสกฤตหรืออักษรคฤณ¹⁹⁴ ต่อมาเมื่อมีการประดิษฐ์อักษรไทยขึ้น ได้ปรากฏหลักฐานเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือข้อห้ามข้อบังคับในศิลาจารึก¹⁹⁵ มีการค้นพบกฎหมายลักษณะโจรบัญญัติในศิลาจารึกหลักที่ 38 ซึ่งเป็นเหมือนกฎหมายลักษณะอาญา¹⁹⁶ แต่ไม่ปรากฏโทษประหารชีวิตหรือโทษจำคุก มีเพียงโทษปรับเท่านั้น สะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดในการลงโทษที่ไม่รุนแรง¹⁹⁷

ต่อมาเป็นช่วงที่รับอิทธิพลจากกฎหมายอินเดีย ในสมัยกรุงศรีอยุธยาโดยกฎหมายมีรากฐานมาจากคัมภีร์พระธรรมศาสตร์จากคัมภีร์มานวธรรมศาสตร์หรือกฎหมายพระมนูของอินเดียผ่านทางมอญซึ่งนับถือพระพุทธศาสนา ใช้เรื่อยมาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น¹⁹⁸ คัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ว่าด้วยเรื่องศาสนา กฎหมาย ขนบธรรมเนียม และการเมืองการปกครอง แบ่งออกเป็น 12 บรรพ อันเป็นแม่แบบของการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นลักษณะต่าง ๆ ทั้งในคัมภีร์ธัมมสัทธัมของมอญและกฎหมายเก่าของไทย เช่น กฎหมายตราสามดวง ลักษณะเด่นของกฎหมายอาญาในสมัยนี้คือการที่กฎหมายไม่ได้แยกระหว่างกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาอย่างชัดเจนทำให้กฎหมายอาญาปะปนอยู่กับกฎหมายแพ่งและกฎหมายอื่น ๆ¹⁹⁹

3.4.1.2 ยุคสมัยใหม่

เริ่มตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 4 โดยมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย แบ่งออกเป็น 3 ช่วง คือ ช่วงที่ 1 ช่วงรับอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษเข้ามาใช้เพื่อเพิ่มเติมกฎหมายไทยให้สมบูรณ์ ผ่าน 2 ช่องทาง คือ การรับเข้ามาใช้เป็นเรื่อง ๆ (Piece meal) โดยศาลนำกฎหมายอังกฤษ

รัชกาลแรกแห่งกรุงรัตนโกสินทร์ สมัยรัชกาลที่ 4 และต้นรัชกาลที่ 5 และสมัยประมวลกฎหมาย ซึ่งสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นเช่นเดียวกับสมัยสามรัชกาลแรกแห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ส่วนสมัยรัชกาลที่ 4 รัชกาลที่ 5 และสมัยประมวลกฎหมายเป็นยุคที่ประเทศไทยรับอิทธิพลจากกฎหมายตะวันตกเข้ามา ในการศึกษาผู้วิจัยจึงได้แบ่งตามแนวทางของศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส และนายอดิรุจ ต้นบุญเจริญ โปรตดู ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2526), หน้า 49-52.

¹⁹³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ อดิรุจ ต้นบุญเจริญ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 52-53.

¹⁹⁴ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ, ตำนานกฎหมายไทยและประมวลคำอธิบายทางนิติศาสตร์ (พระนคร: กรมศิลปากร, 2493), หน้า 2.

¹⁹⁵ อมรเทพ เมืองแสน, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 35-37.

¹⁹⁶ ชัชพล ไชยพร, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย : ภาคก่อนปฏิรูป, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 82.

¹⁹⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ อดิรุจ ต้นบุญเจริญ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 69.

¹⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54-55.

¹⁹⁹ ชัชพล ไชยพร, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย : ภาคก่อนปฏิรูป, หน้า 33-34, 134.

มาเป็นส่วนประกอบให้กฎหมายไทยสมบูรณ์ขึ้น²⁰⁰ มีการนำหลักกฎหมายอาญา เช่น เรื่องเจตนาร้าย (Mens Rea) มาอธิบายส่วนขององค์ประกอบภายใน อีกช่องทางคือการรับผ่านทางโรงเรียนสอนกฎหมาย เนื่องจากประเทศไทยได้ส่งนักกฎหมายไปศึกษาที่ประเทศอังกฤษ

ช่วงที่ 2 ช่วงรับอิทธิพลของกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากปัญหาเรื่องสิทธิสภาพนอกอาณาเขต ทำให้ประเทศไทยได้จัดทำประมวลกฎหมายขึ้น โดยตัดสินใจจัดทำระบบกฎหมายแบบภาคพื้นยุโรป ทำให้อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษค่อย ๆ ลดความสำคัญลง ซึ่งได้เริ่มร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญาก่อน ประกาศใช้เมื่อรัตนโกสินทรศก 127 โดยมีนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสเป็นผู้ร่างคนสำคัญ²⁰¹

ช่วงที่ 3 ช่วงรับอิทธิพลของกฎหมายเยอรมันแทนกฎหมายฝรั่งเศส ประเทศไทยได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งแบบประเทศเยอรมนีโดยลอกเลียนแบบจากประเทศญี่ปุ่นที่นำมาดัดแปลงไว้แล้วเพื่อความรวดเร็วตามความเห็นของพระยามานวราชเสวี เลขานุการคณะกรรมการร่างประมวลกฎหมาย²⁰²

3.4.2 พัฒนาการของฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล

ผู้วิจัยศึกษากฎหมายตราสามดวง กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 และกฎหมายอาญา โดยจะไล่เรียงลำดับจากกฎหมายเก่าจนถึงกฎหมายที่ใช้ในปัจจุบัน เพื่อแสดงให้เห็นถึงที่มาและพัฒนาการของบทบัญญัติในแต่ละมาตรา

3.4.2.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวงคือชื่อเรียกประมวลกฎหมายที่พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช โปรดให้ชำระขึ้นในปี พ.ศ. 2348 โดยรวบรวมกฎหมายที่ตราขึ้นและใช้ในสมัยอยุธยา ประกอบกับการตรากฎหมายบทใหม่ขึ้นให้สอดคล้องกับสถานการณ์และบริบทของสังคม มีการอาลักษณ์คัดลอกไว้ 3 ชุด ประทับตรา 3 ดวง คือ ตราพระราชสีห์ ตราพระคชสีห์ และตราบัวแก้ว อันเป็นที่มาของชื่อประมวลกฎหมายว่า “กฎหมายตราสามดวง”²⁰³ กฎหมายตราสามดวงจึงเป็นหลักฐานชั้นต้นที่แสดงถึงวิวัฒนาการ เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย บทบัญญัติและมาตราในกฎหมายฉบับต่าง ๆ

²⁰⁰ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ อติรุจ ตันบุญเจริญ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, หน้า 55-56.

²⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 239-268.

²⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

²⁰³ วินัย พงศ์ศรีเพียร, กฎหมายตราสามดวง : แฉส่องสังคมไทย (กรุงเทพฯ: กองทุน ดำเนิน เลขะกุล เพื่อประวัติศาสตร์, 2547), หน้า

จากการศึกษากฎหมายตราสามดวง ยังไม่ปรากฏคำว่าธารกำนัล ธารกำนัล หรือธารกำนัล²⁰⁴ หากแต่ปรากฏความผิดที่มีลักษณะคล้ายกับกฎหมายอาญาปัจจุบันในกฎหมายลักษณะฝ่าฝืน หมวด 10 มาตรา 88 ดังนี้

“88 มาตราหนึ่ง ชายใดมิได้ขู่ขอลูกสาวหลานสาวท่าน แลบังอาจว่าตนเรี่ยวแรงผู้เดียวก็ดี ภาพพวกเพื่อนไปด้วยก็ดี เข้ากุมเกาะเบาะฉะแลงลูกสาวหลานสาวแลเมียท่านไปด้วยแรงตน หญิงนั้นร้องแรกขัดขวางมิคนรู้เห็นได้ยิน ช่มขึ้นหญิงนั้นได้ถึงชำระเราก็ดี มิได้ถึงชำระเราก็ดี หญิงนั้นมาหาความเป็นลัจใช้ ให้ใหม่โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ถ้าช่มขึ้นหญิงมีบาดเจ็บ ให้ใหม่โดยบาดเจ็บอีกโสทหนึ่งพวกซึ่งไปด้วยกันนั้นให้ใหม่ก็ง ถ้าชายหลายคนช่มขึ้นโทรมเอาหญิงนั้นใช้ ให้ลงโทษแก่ชายนั้นด้วยลวดหนึ่งคล 60 ที ให้ใหม่ตามบันดาคักติทวิคุณ เพราะมันบังอาจหยาบเข้าต่อแผ่นดินเมืองท่าน”

ประโยคที่ว่า “...หญิงนั้นร้องแรกขัดขวางมิคนรู้เห็นได้ยิน...” ทำให้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า มาตรา 88 เป็นที่มาของฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในปัจจุบัน

ประกอบกับกฎหมายตราสามดวงปรากฏคำว่า “กำนัล” ในกฎหมายเทียรบาล ดังความว่า “...อนึ่งผู้ใดทำลูกกุญแจแลเรียนมนต์คุณวูอิทธิยาคมเสดาะประต้วง แลเปิดโชนทวารเข้าไปในพระราชมณเทียรสถาน ลักภาสาวใช้กำนัลแลลักพระราชทรัพย์ ให้ลงโทษโดยมหันตโทษแล้วให้ฆ่าเสีย...”²⁰⁵

“...อนึ่งชวกำนัลแลครีกำนัลเปนชู้กัน...”

“...อนึ่งสนมกำนัลคบผู้หญิงหนึ่งกันทำดูจชายเปนชู้เมียกัน...”

“...อนึ่งชแม่พระสนมกำนัล มีคดีถ้อยความประการใด ให้บอกแก่ขุนนายพยาบาล เอาคดีนั้นว่ากล่าวพิตบูล...”²⁰⁶

“...อนึ่งหญิงใดหาผู้มิได้เป็นมายถือกำนัลอยู่ในวัง มีผู้กุมเกาะแซงหญิงนั้น ท่านว่าเลมิดให้ลงพระราชอาษา ถ้าหญิงนั้นยินยอมด้วย ให้ทวนหญิงนั้นด้วยไม้หวาย...”

“...อนึ่งข้าเฝ้าทั้งปวงใช้หนังสือกาพยโคลงเข้าวัง สือชักคบน้ำางกำนัลสาวใช้ฝ่ายในโทษถึงตาย...”

“...อนึ่งชแม่สนมกำนัลหมีเคยขึ้นที่ลวงที่ขึ้นไป ให้ท้าวนางห้าม ถ้าหมีฟังให้ลงอาษา อนึ่งชแม่พระสนมกำนัลเฝ้าในพระราชมณเทียรอย่าให้ลวงธินั่ง ถ้าเฝ้าลวงธินั่งให้ท้าวนางห้าม ถ้าหมีฟังให้ลงอาษา อนึ่งผู้เปนจาเปนโชน ท่านแต่งให้เรียกหาชแม่พระสนมค่าเข้าเข้าใต้เพลิง ให้นายผู้เปนกำนัลโชนเร่งตรวจตราชแม่พระสนมจงทุกคนอย่าให้ขาด เหตุการสิ่งใดใช้ให้ทูลแก่พระเจ้าอยู่หัว ถ้า

²⁰⁴ ปรากฏแต่คำว่า ทาระกรรม ทาระกำ ธารกำนัล ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบริบทของคำแล้วไม่ตรงกับคำว่า ธารกำนัล โปรดดูตรชนี้ค้นคำในกฎหมายตราสามดวง เล่มที่ 1. (กรุงเทพฯ: อมรินทร์ พริ้นติ้ง กรุ๊ป, 2533), หน้า บัญชีคำ.

²⁰⁵ กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 2. (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550), หน้า 187.

²⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 193.

มีกิจพระทั้งวนบิดามารดาญาติพี่น้องป่วยเจ็บตาย ให้พิศทุลร่ำเรื้อน ถ้ามิได้พิศทุลร่ำเรื้อนไปโดยอำเภอใจท่านว่าเลมิด...”

“อนึ่งคำหรัสตรัสใช้ให้หาเสนาบดี ชแม่พระสนมโดยพระราชนุกิจในที่ระโหถาน ผู้ใดถามอย่าให้บอกลักอันเลย ถ้าบอกกันไซ้ให้ลงโทษ 6 สถาน...”²⁰⁷

“...แลได้แต่งพระเฝ้าเข้ากรมใดแลองคใดหมูกำนัลแลกรมแลเมือง คือโหราหน้าได้เข้าพระพรหมราชา แลแต่งพระไปซึ่งการพิທີเฝ้าเข้า โหราหลังได้เข้าพระศรีวาทิตย แลแต่งพระไปซึ่งการพระราชพิທີด้วยกัน หมูกำนัลปดิตินั้น...”²⁰⁸

พระราชกำหนดเก่า ปรากฏคำว่า “กำนัล” ดังความว่า

“...แลเสนาเจ้าสัจกำนัลสอดแนมจับได้พิจารณาเปนสัจจะเอาตัวเปนโทษ แล้วจะให้ปรับใหม่เรียกเอาค่านาทางเข้าถอยหลังไปปีหนึ่ง แลให้เจ้าพญาแลพญาพระหลวงเมือง ขุนหมื่นมหาดเล็ก ชาวที่ชาวพระภูษามาลานายตัวสี่ แลกำนัลพันทนายฝ่ายทหารพลเรื้อน...”²⁰⁹

เนื้อหาของกฎหมายลักษณบาลเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์และพระราชวงศ์ พระราชฐาน ลำดับชั้น และระเบียบปฏิบัติต่าง ๆ ในพระบรมมหาราชวัง ซึ่งปรากฏคำว่า “กำนัล” โดยมีความหมายถึง สาวใช้กำนัลหรือพนักงานรับใช้พระมหากษัตริย์ พระสนมกำนัลหรือชแม่พระสนมกำนัลที่เป็นตำแหน่ง และเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเรื่องการเป็นชู้ การปฏิบัติตนผิดระเบียบต่าง ๆ ในพระราชวัง และปรากฏคำว่าหมูกำนัลที่น่าจะหมายถึงคนจำนวนมาก

3.4.2.2 กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127

กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 ปรากฏคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในบทบัญญัติดังต่อไปนี้

“มาตรา 248 การฟ้องเอาโทษแก่ผู้กระทำความผิดกฎหมายหมวดนี้นั้น ถ้าคดีเป็นข้อหาว่า ใช้อำนาจด้วยกำลังหรือขู่เข็ญทำชำเราขึ้นใจหญิง ดังว่าไว้ในตอนต้น แห่งมาตรา 243 กก็ดี หรือว่าคดีมีข้อหาว่า ใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราขึ้นใจหญิง ดังว่าไว้ในตอน 2 แห่งมาตรา 243 นั้นก็ดี หรือว่าคดีเป็นข้อหาว่า บังอาจทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินสิบสองขวบขึ้นไป ดังว่าไว้ในมาตรา 246 นั้นก็ดี ท่านว่าให้พิจารณาตู่ฐานที่เกิดเหตุก่อน ถ้าเหตุมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลไซ้ ท่านให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกกระทำร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้เจ้าพนักงานเอาคดีนั้นขึ้นว่ากล่าวตามกระบิลเมือง”

มาตรา 248 เป็นที่มาของมาตรา 281 ในประมวลกฎหมายอาญา

²⁰⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 194.

²⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 196.

²⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1013.

“มาตรา 337 ความผิดละหุโทษในฐานะกระทำการอนาจาร

(1) ผู้ใดแสดงวาจาลามกอนาจารต่อหน้าธารกำนัล ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษ
ชั้น 3”

คำอธิบาย “วาจาลามกอนาจาร” หมายความว่า กล่าวถ้อยคำน่าอัปยศเกี่ยวกับทาง
เพศ²¹⁰ เช่น กล่าวคำว่าอิช้างเย็ด มึงนี่คั่นนั๊ก กูจะต้องเอาควยใหญ่ ๆ ยาว ๆ มาแก้มันมันจึงจะหายคัน
ถ้าคนเอาไม่พอก็ให้ไปเอากับข้างม้า ถ้อยคำเหล่านี้เป็นคำลามกอนาจาร ส่วนเช่น คำว่าชาติหมา อี
ดอกทอง ไม่ใช่คำลามกอนาจาร²¹¹

“มาตรา 337 ความผิดละหุโทษในฐานะกระทำการอนาจาร

(2) ผู้ใดเปลือยกาย หรือกระทำการอย่างอื่น ๆ อันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ท่าน
ว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษชั้น 4”

กรณีนี้ได้ปรากฏคำอธิบายว่าความผิดนี้ สืบเนื่องมาจากคติคริสต์ศาสนาว่าการเปลือย
กายเป็นสิ่งที่ไร้ศีลธรรม แต่ประชาชนในตะวันออกต้องมีชีวิตในอากาศร้อนอบอ้าวย่อมมีความคิดที่ไม่
เหมือนกัน จึงมีความเห็นว่าการเปลือยกายเป็นกรณีเกินสมควร ในทางปฏิบัติสมัยนั้น
มาตรานี้จึงไม่ได้ถูกนำมาบังคับใช้เท่าใดนัก²¹²

มาตรา 337 (1) และมาตรา 337 (2) เป็นที่มาของมาตรา 388 ในประมวลกฎหมาย
อาญา ส่วนมาตรา 397 ยังไม่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 แต่สามารถ
เทียบเคียงในลักษณะการข่มเหงบุคคลอื่นตามมาตรา 338 (1)

“มาตรา 338 (1) ผู้ใดบังอาจขว้างปาผู้อื่นด้วยของโสโครก หรือด้วยก้อนหินก้อนอิฐ หรือ
ด้วยของแข็งกระด้างอย่างใดใด แต่มิได้ต้องตัวบุคคลผู้ใด ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษชั้น 2”

3.4.2.3 กฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ได้ปรากฏฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล ดังนี้

พัฒนาการของมาตรา 281

“มาตรา 281 การกระทำความผิดตามมาตรา 276 หรือมาตรา 278 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อ
หน้า ธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย มิได้เกิดขึ้นโดยร่วม
กระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโถมหญิง หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ใน
มาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้”

²¹⁰ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 515.

²¹¹ เรื่องเดียวกัน.

²¹² เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายอาญา (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง), หน้า 485.

มาตรา 281 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดอันยอมความไม่ได้ไว้ 4 กรณี คือ ความผิดซึ่งเกิดต่อหน้าธารกำนัล การกระทำความผิดเป็นเหตุให้ผู้ถูกระงับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนุญ และกระทำแก่บุคคลตั้งระบุไว้ในมาตรา 285

ต่อมาแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 โดยข้อ 9 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 โดยตัดในควมว่ามีได้เกิดขึ้นโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหนุญออก แยกไปไว้ในมาตรา 276 วรรคสอง²¹³ มาตรา 281 มีการแก้ไขบทบัญญัติดังนี้

“มาตรา 281 การกระทำความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก และมาตรา 278 นั้น ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระงับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลตั้งระบุไว้ในมาตรา 285 เป็นความผิดอันยอมความได้”

หลักการตามที่ปรากฏนี้ ทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปี โดยปกติแล้วเป็นความผิดอันยอมความได้ หลักการนี้บังคับใช้เรื่อยมาจนมีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 ลงวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ไปจากเดิม โดยให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคแรก ความผิดฐานอนาจารโดยล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง และความผิดฐานอนาจารโดยหลักแล้วเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ โดยเทียบเคียงจากกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งพบว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราส่วนใหญ่ยอมความได้ คือ ประเทศเยอรมนี ประเทศอินเดีย และประเทศญี่ปุ่น โดยกฎหมายเยอรมันมีการบัญญัติความผิดอันยอมความไม่ได้ในลักษณะเดียวกับกฎหมายไทยในมาตรา 182 ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดเยาวชน²¹⁴

มาตรา 182 (5) กำหนดให้ความผิดตามอนุมาตรา (3) ที่ผู้กระทำความผิดอายุกว่า 21 ปี กระทำการอันเป็นการเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศกับเด็กที่อายุต่ำกว่า 16 ปี หรือให้เด็กกระทำทางเพศกับตน หรือชักจูงเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สามหรือให้บุคคลที่สามกระทำการทางเพศกับเด็ก อันเป็นการแสวงประโยชน์จากการขาดความสามารถในการบังคับจิตใจในทางเพศด้วยตนเองเป็นความผิดที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีได้ต่อเมื่อผู้เสียหายร้องขอ เว้นแต่พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นสมควรฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะเฉพาะคดี²¹⁵

²¹³ ปัจจุบันบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสาม และมาตรา 278 วรรคสี่.

²¹⁴ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 285-19/2559", วันพุธที่ 13 กรกฎาคม 2559.

²¹⁵ German Criminal Code Section 182 (5) In the cases under subsection (3), the offence is prosecuted only upon request, unless the prosecuting authority deems there to be a special public interest in prosecution which calls for ex officio intervention.

การแก้ไขในครั้งนี้นี้คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา มีความเห็นว่าสภาพสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาก ในอดีตผู้ชายมีภรรยาได้หลายคน และความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในเวลานั้นเน้นการป้องกันมิให้ผู้หญิงเสียหาย ในการดำเนินคดีอาญาผู้หญิงต้องมาให้ปากคำต่อพนักงานสอบสวนหรือให้การในชั้นศาล เสมือนเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหญิงซ้ำอีก ทำให้ผู้เสียหายอับอายจนไม่กล้าดำเนินคดี แต่ในปัจจุบันมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศไว้อย่างครบถ้วน เหตุผลว่าการดำเนินคดีอาญาจะกระทบจิตใจผู้เสียหายซ้ำจึงหมดไปแล้ว และการข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นอาชญากรรมร้ายแรงที่เป็นภัยของสังคม ประกอบกับผู้เสียหายกล้าที่จะเปิดเผยตนเองและมีการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดมากขึ้น จึงสมควรกำหนดให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน อันไม่สามารถยอมความได้ ยกเว้นเป็นการกระทำความระหว่างคู่สมรสอ้างอิงตามกฎหมายประเทศอิตาลีว่าหากเป็นการกระทำความระหว่างสามีภรรยาเป็นความผิดอันยอมความได้²¹⁶ ต่อมาได้มีการพิจารณาว่าควรเปิดช่องให้มีข้อยกเว้นอื่นด้วย โดยการกระทำต่อหน้าธารกำนัลเป็นหนึ่ง ในประเด็นที่นำมาพิจารณาว่าไม่ควรยอมความได้ แม้จะกระทำความระหว่างสามีภรรยา²¹⁷

นอกจากนี้ได้มีการพิจารณาแก้ไขลักษณะที่ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้เพิ่มเติมความผิดตามมาตรา 278 วรรคสอง และมาตรา 285/2 เข้ามา จึงมีการพิจารณาว่าความผิดฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำควรจะยอมความไม่ได้เช่นเดียวกับมาตรา 276 วรรคหนึ่ง และเป็นกรณีที่แตกต่างกันกับการอนาจารแก่บุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 278 วรรคหนึ่ง ที่มีความผิดอันยอมความได้ จึงได้มีการปรับปรุงโดยแบ่งตามลักษณะของความผิด ออกเป็น 2 อนุมาตรา²¹⁸

²¹⁶ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 284-18/2559", วันพุธที่ 6 กรกฎาคม 2559. สืบเนื่องจากการประชุมครั้งที่ 250-19/2558 ในวันพุธที่ 15 กรกฎาคม 2558 กระทรวงยุติธรรมเสนอให้ตัดมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ออกจากมาตรา 281 ซึ่งมีความเห็นแยกออกเป็น 2 แนว คือ (1) ควรให้ข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ยอมความไม่ได้ ตามความที่กระทรวงยุติธรรมเสนอโดยนางอุษา จันพลอย ทองเปี่ยม และสนับสนุนโดยผู้แทนสภาสตรีแห่งชาติในพระบรมราชินูปถัมภ์ และนายปกป้องศรีสนธิ นายสุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒน์กุล นายประธาน จุฬาโรจนมนตรี นายสมชาย จุลนิตี (2) ควรให้ข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ยอมความได้ ตามความเห็นของผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดนายอิสมาแอน มัสการ ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ต.อ.อิทธิพล ชลาชนเดชะ นายศิริชัย สวัสดิ์มงคล และนายฉัตรพงศ์ โปษกะบุตร จนการประชุมครั้งที่ 287-21/2559 ที่ประชุมเห็นชอบในหลักการที่กำหนดให้ความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ แต่กำหนดยกเว้นกรณีกระทำความระหว่างสามีและภรรยาไว้.

²¹⁷ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 287-21/2559", วันพุธที่ 3 สิงหาคม 2559.

²¹⁸ มีการเสนอร่างมาตรา 281 โดยแบ่งตามลักษณะของความผิดออกเป็น 2 อนุมาตรา แต่ยังไม่ได้ข้อยูติ โปรดดู คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 286-20/2559", วันพุธที่ 27 กรกฎาคม 2559. ต่อมามีการเขียนร่างมาตรา 281 แบ่งเป็น 4 รูปแบบเพื่อเสนอที่ประชุม คือ แบบที่ 1 เขียนการกระทำความระหว่างสามีภรรยาแยกจากมาตรา 281 เป็นมาตรา 280/1 แบบที่ 2 กำหนดรวมไว้ในมาตราเดียวแต่แยกวรรค แบบที่ 3 กำหนดรวมไว้ในมาตราเดียวกัน แต่แยกอนุมาตรา และแบบที่ 4 แยกอนุมาตราและเขียนข้อความว่าเป็นความผิดอันยอมความได้ไว้ตอนท้ายของมาตรา 281 โปรดดู คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 287-21/2559".

ท้ายที่สุดคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา พิจารณาและแก้ไข บพัญญัติมาตรา 281²¹⁹ ดังนี้

“มาตรา 281 ความผิดตามมาตราดังต่อไปนี้ เป็นความผิดอันยอมความได้

(1) มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำความระหว่างคู่สมรส ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย

(2) มาตรา 278 วรรคหนึ่ง ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 และ มาตรา 285/2”

พัฒนาการของมาตรา 388

มาตรา 388 เป็นการรวมมาตรา 337 (1) และ มาตรา 337 (2) ในกฎหมายลักษณะ อาญา รัตนโกสินทรศก 127 เข้าด้วยกัน โดยการแสดงวจาจากอนาจาร ตามมาตรา 337 (1) นั้น อาจเป็นการกระทำลามกอย่างอื่นตามกฎหมายอาญาได้ มาตรานี้มี การแก้ไขในส่วน ของอัตราโทษ เพียงครั้งเดียว โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 แต่สาระสำคัญยังคงเดิม บพัญญัติในปัจจุบันคือ

“มาตรา 388 ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผย ร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท”

พัฒนาการของมาตรา 397

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ได้ปรากฏความผิดตามมาตรา 397 เป็นครั้งแรก ความว่า

“มาตรา 397 ผู้ใดในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล กระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น หรือกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้อง ระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ต่อมาได้ยกเลิกโดยมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 วันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2558 และในปัจจุบันได้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 397 ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

²¹⁹ ปรากฏเป็น มาตรา 281 ปัจจุบัน ตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายอาญา เรื่องเสร็จที่ 2036/2561 ข้อ 3.6 เรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 281 กำหนดให้ความผิดทางเพศบางประการเป็น ความผิดอันยอมความได้.

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะล่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชา นายจ้าง หรือผู้มีอำนาจเหนือประการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

ตามหมายเหตุท้ายประกาศได้กล่าวถึงเหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมว่า มาตรา 397 (เดิม) ไม่ครอบคลุมการกระทำในที่รโหฐาน การคุกคาม (Harassment) การกระทำอันมีลักษณะล่อไปในทางที่จะคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) และการกระทำโดยอาศัยเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจเหนือผู้ถูกระทำ ประกอบกับแนวคิดเรื่องการรบกวนความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นซ้ำ ๆ (Stalking) เช่น การเฝ้าติดตาม การสะกดรอย การถ่ายภาพ การโทรศัพท์ การส่งข้อความสร้างความรำคาญด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ จึงสมควรกำหนดให้การกระทำที่กล่าวมาข้างต้นเป็นความผิดเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลในความเป็นอยู่ส่วนตัวด้วย

การแก้ไขครั้งนี้ หากผู้กระทำได้กระทำความผิดในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล จะต้องระวางโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง

3.5 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล

สืบเนื่องจากวัฒนธรรมไทยการกระทำที่นาละอายไม่ควรเปิดเผยในที่สาธารณะ การกระทำใดที่ควรกระทำเฉพาะเมื่ออยู่ในที่รโหฐานไม่มีบุคคลอื่นรู้เห็น จึงไม่ควรกระทำในที่ที่มีผู้อื่นอยู่หรือมีธารกำนัลรู้เห็น²²⁰ กฎหมายจึงกำหนดฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลขึ้น เนื่องจากตามปกติธรรมดาหรือตามประเพณีการกระทำเหล่านี้ไม่กระทำต่อหน้าธารกำนัล²²¹ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาปรากฏในมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง

3.5.1 มาตรา 281

“มาตรา 281 ความผิดตามมาตราดังต่อไปนี้ เป็นความผิดอันยอมความได้

(1) มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำระหว่างคู่สมรส ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย

²²⁰ สัมภาษณ์ กาญจนา นาคสกุล, วันที่ 2 พฤษภาคม 2564.

²²¹ คณะอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, “รายงานการประชุม ครั้งที่ 271-294 เล่ม 19”.

(2) มาตรา 278 วรรคหนึ่ง ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระงับอำนาจรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลตั้งระบุไว้ในมาตรา 285 และมาตรา 285/2”

3.5.1.1 คำอธิบาย

มาตรานี้เป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดอันยอมความได้ ในกลุ่มความผิดทางเพศที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น โดยแยกอนุมาตราหนึ่ง กรณีล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย (Penetration) คือ การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง และการอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง นับเป็นประทุษร้ายทางเพศที่ร้ายแรงที่สุด โดยหลักแล้วเป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้ เว้นแต่เป็นการกระทำระหว่างคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย และความผิดไม่ได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระงับอำนาจรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย ส่วนอนุมาตราสองกรณีสัมผัสจับต้องร่างกาย (Touching) คือ กระทำอนาจารบุคคลอายุกว่า 15 ปี ตามมาตรา 278 วรรคหนึ่ง เป็นการประทุษร้ายทางเพศที่ร้ายแรงน้อยกว่าการข่มขืนหรือการอนาจารโดยการล่วงล้ำตามอนุมาตราหนึ่ง เมื่อมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระงับอำนาจรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือไม่ได้กระทำแก่บุคคลตามมาตรา 285 และมาตรา 285/2 จึงเป็นความผิดอันยอมความได้²²²

ดังนั้น หากความผิดทางเพศดังกล่าวกระทำลงต่อหน้าธารกำนัล ก็ไม่อาจยอมความได้ มิใช่ความผิดต่อส่วนตัว เนื่องจากมาตรา 281 เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องแก่ศีลธรรมของพลเมือง เมื่อเกิดขึ้นแล้วปกปิดได้ยาก แต่เดิมผู้หญิงที่ถูกข่มขืนเป็นที่รู้กันทั่วบ้านทั่วเมืองเป็นเรื่องที่น่าอับอาย เสียหายต่อชื่อเสียง²²³ แตกต่างจากการข่มขืนกระทำชำเราตัวต่อตัวที่เรื่องไม่แพร่หลาย ตามหลักการเดิมจึงกำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง เป็นความผิดต่อส่วนตัวโดยที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้เสียหายคือผู้หญิงจะต้องตัดสินใจเองว่าจะร้องทุกข์หรือไม่²²⁴

3.5.1.2 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

กฎหมายต้องการคุ้มครองผู้เสียหาย มิให้ต้องรับความอับอายขายหน้าจากบุคคลที่พบเห็นหรือรับรู้ถึงเหตุการณ์ดังกล่าว จึงไม่ให้การกระทำความผิดซึ่งเกิดต่อหน้าธารกำนัลเป็นความผิดอันยอมความได้²²⁵

²²² คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 544.

²²³ เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายอาญา, หน้า 246.

²²⁴ อนุกรรมการตรวจการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 50, 156/2482", วันอังคารที่ 14 พฤศจิกายน 2482. แต่หลักการปัจจุบัน มาตรา 276 วรรคแรก โดยหลักแล้วเป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้.

²²⁵ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 609.

3.5.1.3 ข้อสังเกต

(1) ที่มาและความสำคัญของมาตรา 281 จากการศึกษาประวัติศาสตร์และพัฒนาการของกฎหมายไทย พบว่าสาเหตุที่มาตรา 281 ได้บัญญัติให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ฐานอนาจารโดยการล่วงล้ำตามมาตรา 278 วรรคสอง และความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 วรรคหนึ่ง รวมอยู่ในมาตราเดียวกันมีสาเหตุมาจากความผิดเหล่านี้มีลักษณะคล้ายกันโดยจัดอยู่ในกลุ่มความผิดทางเพศที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่น เดิมคำว่า “อนาจาร” แปลว่า ไม่กระทำ ในทางกฎหมายเข้าใจว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถึงขั้นกระทำชำเรา²²⁶ นอกจากนี้กฎหมายลักษณะผัวเมียได้กำหนดลักษณะของการทำชู้ไว้ 2 ประเภท ได้แก่ การทำชู้ถึงขั้นชำเรา และการทำชู้ไม่ถึงชำเรา ประกอบด้วย 5 ลักษณะ คือ (1) ชายยุตมือถือนมหยอกเมียท่าน (2) สามีท่านมีอยู่ขึ้นไปหาเมียท่านถึงในเรือน (3) ไปหาเมียท่านในที่ลับ (4) ชายลักลอบพุดจาในที่ลับ (5) ไปหาเมียท่านถึงในห้องนอน เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความประพฤตินอกเรตินอกแบบและเป็นการกระทำอันไม่สมควรในทางเพศ แต่ไม่ถึงขั้นกระทำชำเราที่เป็นการล่วงล้ำอวัยวะเพศ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจารจัดเป็นการประทุษร้ายทางเพศขั้นร้ายแรง ลักษณะของการกระทำ ความผิดได้พัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย จนพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 แยกตามลักษณะของการกระทำเป็น 2 อนุมาตรา แต่ยังคงรวมไว้ในมาตราเดียวกันตามหลักการเดิม คือ บัญญัติให้การกระทำภายใต้มาตรา 281 เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งมีความแตกต่างจากบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ ดังที่จะกล่าวถึงในบทที่ 4

(2) ในชั้นการพิจารณาหลักความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัวตามมาตรา 281 การกระทำความผิดนั้นจะต้องไม่เป็นกรณีที่ถูกอาจและเป็นเรื่องที่พิจารณาถึงความรู้สึกของผู้เสียหาย เนื่องจากหากกระทำต่อตัวเรื่องไม่แพร่หลายก็จะไม่เสียหายมากเมื่อเทียบกับความผิดต่อหน้าธารกำนัล ทุกคนรู้กันหมดเป็นเรื่องที่ปกปิดไม่มิด ดังนั้น ถ้าหากไม่ลงโทษให้หนักขึ้นก็ไม่ควรให้เป็นความผิดต่อส่วนตัว²²⁷

3.5.1.4 การวินิจฉัย

หลักการวินิจฉัยความผิด “ต่อหน้าธารกำนัล” เมื่อไม่มีนิยาม ทำให้การวินิจฉัยความผิดต่อหน้าธารกำนัลแตกต่างกันไป โดยมาตรา 388 และมาตรา 397 มักจะอธิบายโดยอ้างอิงจากมาตรา 281 ผู้วิจัยจึงรวบรวมข้อพิจารณาและอธิบายเกณฑ์การวินิจฉัยแยกเป็นรายประเด็น ดังนี้

²²⁶ อนุกรรมการตรวจการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 46, 147/2482", วันอังคารที่ 31 ตุลาคม 2482.

²²⁷ อนุกรรมการตรวจการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 50, 156/2482".

(ก) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับบุคคล

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับบุคคลแยกออกเป็นประเด็นเรื่องจำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำ ความผิด กรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน และเจตนาของผู้กระทำความผิด

(ก.1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับจำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำ ความผิด

แนวที่หนึ่ง เห็นว่าต้องกระทำต่อหน้าบุคคลหลายคนจึงจะถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัล

คำอธิบายตามหลักอักษรศาสตร์อธิบายโดย นาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล และอาจารย์บุญเดือน ศรีวรพจน์²²⁸ มีความเห็นว่าต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวมิใช่ความหมายของต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งตรงกับความเห็นของพลตำรวจตรี สุวัฒน์ชัย ใจหาญ นายสุปัน พูลพัฒน์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.ประทีป ทับอัตรานนท์ ที่อธิบายว่า ต่อหน้าธารกำนัล ถือตัวบุคคลหลายคนเป็นเกณฑ์ว่าจะเห็นการกระทำนั้นได้หรือไม่ โดยจะต้องเป็นการกระทำต่อหน้าบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป การกระทำต่อหน้าบุคคลเดียวไม่ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล²²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินตามแนวทางนี้ ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1138/2479 วินิจฉัยว่า จำเลยอยู่บ้านใกล้กับนางพริ้ง เมาสุราขึ้นไปบนเรือนใช้มือกอดคอและอีกมือหนึ่งจับข้อมือนางพริ้งสะบัดหลุดหนีไป ขณะนั้นมีเด็กหญิงเพียงคนเดียวและอยู่อีกห้องหนึ่งมองเห็น ศาลฎีกาพิพากษาคำว่าธารกำนัลตามความหมายในพยานุกรมว่า หมายถึง ที่ประชุม เช่น ที่เฝ้า ที่รับแขก ประชุมชน หมู่ชนที่เป็นแขก เมื่อเทียบกับสถานที่แห่งรูปคดีเรื่องที่เป็นเรือนนางพริ้งเองและมีเด็กหญิงคนหนึ่งเห็นเพียงเดียวนั้น จึงยังไม่เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1279/2506 วินิจฉัยว่า จำเลยจับนมผู้เสียหายในรถประจำทางซึ่งมีคนโดยสารแน่นนั้น เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล แม้ไม่ได้มีพยานรู้เห็นการกระทำของจำเลยมาเบิกความในชั้นศาล เป็นความผิดอันไม่อาจยอมความ แม้ไม่มีการร้องทุกข์ เจ้าพนักงานก็ดำเนินคดีแก่จำเลยได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3969/2526 วินิจฉัยว่า คำว่า "ธารกำนัล" ตามพจนานุกรมหมายความว่า ที่ชุมนุมชนคนจำนวนมาก จึงเป็นถ้อยคำที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป เมื่อโจทก์บรรยายฟ้องว่า

²²⁸ สัมภาษณ์ ทองย้อย แสงสินชัย, 10 เมษายน 2564. สัมภาษณ์ กาญจนา นาคสกุล, วันที่ 2 พฤษภาคม 2564. และ สัมภาษณ์ บุญเดือน ศรีวรพจน์, ผู้เชี่ยวชาญด้านอักษรศาสตร์ (ภาษาและวรรณกรรม) กรมศิลปากร, 6 พฤษภาคม 2564.

²²⁹ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงมาตรา 276-333, หน้า 45. และสุปัน พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญามาตรา 206-398 (พระนคร: โรงพิมพ์เลียงเชียงจงเจริญ, 2507), หน้า 495. ประทีป ทับอัตรานนท์, ความผิดลหุโทษ, หน้า 107. โดยผู้ช่วยศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.ประทีป อธิบายไว้ในความหมายของธารกำนัลตามมาตรา 397 ว่าเป็นการกระทำต่อหน้าคนอื่น ที่มีผู้ใช้กระทำและผู้ถูกกระทำ ซึ่งอาจมีจำนวนหลายคน.

จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยจำเลยกระทำต่อหน้าธารกำนัลเช่นนี้ ย่อมเป็นที่รู้ว่าจำเลยกระทำผิดในที่ชุมนุมชนหรือต่อหน้าคนจำนวนมาก และเป็นการบรรยายว่าการกระทำของจำเลยมิใช่ความผิดอันยอมความได้ เป็นฟ้องที่บรรยายถึงข้อเท็จจริงแห่งการกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำผิดและรายละเอียดเกี่ยวข้องของพอสสมควรเท่าที่จะทำให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้ดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 (5) แล้ว

แนวที่สอง เห็นว่าแม้มีบุคคลเพียงคนเดียวรับรู้การกระทำความผิด ก็ถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลแล้ว

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายตามแนวที่สองนี้ว่าธารกำนัลไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลทั่วไปหรือประชาชน แต่รวมถึงกรณีที่บุคคลอื่น ๆ ทั่วไปไม่เจาะจงถึงเอกชนคนใด โดยเฉพาะ แม้กระทำต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวก็ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัลแล้ว²³⁰ ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้อธิบายอ้างอิงตามแนวของศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยตามแนวทางนี้ คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4593/2553 วินิจฉัยว่า จำเลยกระทำอนาจารจับหน้าอกผู้เสียหายในร้านอาหารซึ่งมีลูกค้านั่งรับประทานอาหารอยู่ที่โต๊ะอื่นด้วย และมี น. พนักงานร้านอาหารเห็นจำเลยจับหน้าอกผู้เสียหายขณะ น. เสิร์ฟอาหารอยู่ที่โต๊ะอื่น จึงเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล

(ก.2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน

แนวที่หนึ่ง เห็นว่าการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล จะต้องมิใช่กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าผู้ร่วมกระทำความผิด

คำอธิบายตามหลักอักษรศาสตร์ของศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล อธิบายคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึง การกระทำใด ๆ ในที่ที่มีบุคคลอื่นอยู่ด้วย คนเหล่านั้นไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน²³¹ ในทางกฎหมายผู้ช่วยศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.ประทีป ทับอรรถานนท์ อธิบายว่า เป็นการกระทำต่อหน้าคนอื่นที่มีผู้ใช้ผู้กระทำและผู้ถูกกระทำซึ่งอาจมีหลายคน²³² ส่วนศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ พลตำรวจตรีสุวิณชัย ใจหาญ และศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายว่าจะต้องเป็นกระทำต่อหน้าบุคคลอื่น หมายถึงบุคคลอื่นที่ไม่ได้ร่วมกระทำความผิด ซึ่ง

²³⁰ จิติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 770.

²³¹ สัมภาษณ์ กาญจนา นาคสกุล, วันที่ 2 พฤษภาคม 2564.

²³² ปรากฏในคำอธิบายมาตรา 397 โปรดดู ประทีป ทับอรรถานนท์, ความผิดหลุโทษ, หน้า 107.

คือตัวการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 เท่านั้น ไม่รวมถึงผู้ใช้ตามมาตรา 84 หรือผู้สนับสนุนตามมาตรา 86²³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินตามแนวทางนี้ ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 932/2529 วินิจฉัยว่า จำเลยกระทำอนาจารผู้เสียหายอายุ 21 ปี ในเวลากลางคืนบนรถโดยสารและข้างทาง ขณะที่ ป. คนขับลงรถไปปัสสาวะ ในที่เกิดเหตุคงมีแต่ ป. คนขับรถ ซึ่งต้องหาว่าร่วมกระทำผิดด้วยเพียงคนเดียว แต่พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้อง การกระทำผิดของจำเลยจึงมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13596/2553 บริเวณเกาะกลางถนนที่จำเลยทั้งสองนำผู้เสียหายที่ 4 มากระทำอนาจาร มีการปลูกหญ้าเต็มเกาะกลางถนน แสดงว่าขณะเกิดเหตุบริเวณถนนที่เกิดเหตุยังไม่เปิดให้บุคคลใดขับรถผ่าน ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏว่ามีผู้ขับรถสัญจรไปมาบนถนนที่เกิดเหตุที่จะให้การกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายที่ 4 ของจำเลยทั้งสองได้เกิดต่อหน้าบุคคลผู้สัญจรไปมาทั่วไป การกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายที่ 4 จึงไม่ได้เกิดต่อหน้าต่อตาผู้คนจำนวนมากหรือที่มีผู้ชุมนุมถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล

แนวที่สอง เห็นว่า แม้จะเกิดต่อหน้าผู้ร่วมกระทำผิดก็เป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ตามความเห็นของศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช เห็นว่าการลงแขกหรือการโถมหญิง ซึ่งมีผู้ร่วมกระทำผิดหลายคน ถือว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นต่อหน้าธารกำนัล แม้จะเป็นต่อหน้าผู้ร่วมกระทำผิดด้วยกัน เนื่องจากเป็นเรื่องที่ผู้หญิงเสียหายมาก จะปิดกั้นไม่มี²³⁴

(ก.3) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเจตนาของผู้กระทำความผิด

แนวที่หนึ่ง ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแม้จะมีบุคคลได้เห็น ก็มิได้หมายความว่า จะเป็นต่อหน้าธารกำนัลเสมอไป ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยประการที่ให้ผู้ชมนอื่นได้เห็นการกระทำด้วย²³⁵ โดยผู้กระทำความผิดต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดและต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล จึงจะถือว่าได้กระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินตามแนวทางนี้ ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2477 วินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยที่เข้าไปจับมือ กอดคอและแก้มชายพกนางมูลผู้เสียหาย ขณะที่นางมูลนอนหลับอยู่ในห้องเรือน ซึ่งเปิดโล่งและไม่มีบานประตู จำเลยแก้มชายพกไม่ได้เนื่องจากนางมูลเรียกบิดาซึ่งนอนอยู่นอกห้องให้ช่วย บิดาจุดไฟเข้า

²³³ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 770-771. สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367 ถึง 398, หน้า 220. และ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 481.

²³⁴ อนุกรรมการตรวจการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 50, 156/2482".

²³⁵ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1, หน้า 770.

ไปดูเห็นการกระทำของจำเลย ดังนั้น จะเรียกว่าคดีนี้เกิดต่อหน้าธารกำนัลยังไม่ได้ จึงเป็นความผิดต่อส่วนตัวย่อมความกันได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1173/2508 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า เพียงแต่การข่มขืนกระทำชำเราต่อหน้าผู้อื่นเท่านั้น ยังไม่เพียงพอที่จะถือเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลเสมอไป ต้องปรากฏว่าได้กระทำโดยประการที่ให้ผู้อื่นได้เห็นการกระทำ หรือได้กระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำได้ด้วย การที่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายต่อหน้าเด็กหญิงคนหนึ่งในห้องนอนมีด เพียงแต่เหตุเกิดต่อหน้าเด็กหญิงเท่านั้น และโจทก์มิได้ยืนยันโต้แย้งว่าจำเลยได้กระทำโดยประการที่让孩子หญิงได้เห็นการกระทำของจำเลย หรือว่าจำเลยได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของจำเลยได้ ดังนี้ พฤติการณ์แห่งคดีจึงถือไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำผิดต่อหน้าธารกำนัล

แนวที่สอง ผู้กระทำความผิดไม่ต้องมีเจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล แต่ต้องปรากฏพฤติการณ์ที่มีบุคคลรู้เห็นการกระทำความผิด

ตามความเห็นเชิงวิชาการของศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ เห็นว่าการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำจะต้องรู้แต่ประการใด เนื่องจากตามมาตรา 281 มิได้กำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ การข่มขืน การอนาจารโดยการล่วงล้ำ และการอนาจารที่เกิดต่อหน้าธารกำนัล จึงเป็นเพียงพฤติการณ์ที่ทำให้การกระทำความผิดนั้นยอมความไม่ได้ ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม และไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 62 วรรคท้าย²³⁶

นอกจากนี้ พลตำรวจตรีสุวัฒน์ชัย ใจหาญ ก็ได้อธิบายว่าแม้กระทำในที่สาธารณะสถานหากไม่มีคนผ่านไปมา หรือเป็นเวลากลางคืนมืดมองไม่เห็น ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล โดยได้ยกตัวอย่างกรณีข่มขืนกระทำชำเราหญิงในห้องเวลากลางคืน มีดและไฟฟ้าดับแล้ว แม้จะมีคนนอนอยู่ด้วยแต่ไม่สามารถเห็นการกระทำได้ เมื่อกระทำเสร็จแล้วลุกขึ้นยืนคนที่นอนอยู่ด้วยจึงตื่นขึ้นเปิดไฟ กรณีนี้ยังถือไม่ได้ว่ากระทำต่อหน้าธารกำนัล²³⁷ ซึ่งเป็นการพิจารณาว่ามีบุคคลเห็นการกระทำความผิดหรือไม่ โดยไม่พิจารณาถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด

²³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 774.

²³⁷ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงมาตรา 276-333, หน้า 46.

(ข) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานที่

แนวที่หนึ่ง เห็นว่าเกณฑ์สถานที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ไม่จำเป็นต้องทำในที่สาธารณะสถาน แม้จะกระทำในที่ของเอกชนหรือที่รโหฐานก็อาจเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ แต่ต้องมีบุคคลรู้เห็นการกระทำความผิดในความเป็นจริงเท่านั้น

พลตำรวจตรีสุวัฒน์ชัย ใจหาญ มีความเห็นสอดคล้องกับแนวทางนี้ โดยอธิบายว่าหากผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในที่สาธารณะสถาน กรณีที่ไม่มีคนผ่านไปมาเลยหรือเป็นเวลากลางคืนมองไม่เห็น ก็ไม่ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล²³⁸ ซึ่งไม่ได้ยึดหลักสถานที่เป็นเกณฑ์แต่เป็นการยึดหลักบุคคล คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินตามแนวทางนี้ ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 40/2468 วินิจฉัยว่า จำเลยข่มขืนกระทำชำเรานางสาวบุ๋มที่ป่าสะแก ห่างจากทางหลวง 1 เส้น ถ้ามีคนเดินผ่านไปมาอาจเห็นได้ แต่ไม่ได้ความว่าในเวลานั้นมีคนเดินผ่านไปมา กรณีจึงไม่อาจถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1794/2494 กอดปล้ำทำอนาจารหญิงสาวบนถนนริมฝั่งคลอง ซึ่งเป็นทางสาธารณะและทางหลวงในเวลากลางคืน ในขณะที่มีเด็กชายคนหนึ่งเดินอยู่ข้างหน้า เมื่อเด็กชายคนนั้นเห็นเข้าก็วิ่งหนีไปเสีย และยังมีชายอีก 2 คนซึ่งเดินอยู่บนถนนชายคลองอีกฟากหนึ่งพบเห็นเข้า ดังนี้ ย่อมถือว่าเป็นความผิดที่ได้กระทำต่อหน้าธารกำนัล กรณีนี้แม้เหตุเกิดในเวลากลางคืนแต่เมื่อมีคนเห็นก็เป็นความผิดต่อหน้าธารกำนัล

จากแนวคำพิพากษาแสดงให้เห็นว่าการวินิจฉัยมาตรา 281 ไม่ได้พิจารณาสถานที่เป็นสำคัญ แต่เน้นการพิจารณาว่าขณะเกิดเหตุมีบุคคลอื่นได้รู้เห็นการกระทำความผิดในความเป็นจริงหรือไม่ ซึ่งไม่ว่าจะในที่สาธารณะสถานที่ของเอกชนก็อาจเป็นความผิดได้หากมีบุคคลอื่นได้เห็นการกระทำผิด

แนวที่สอง เห็นว่าต้องพิจารณาเกณฑ์ด้านสถานที่ประกอบด้วย หากเหตุเกิดในสถานที่ที่อาจมีคนพบเห็นได้ง่าย เช่น สาธารณสถานก็ถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล หากเหตุเกิดในสถานที่ลับตาคน แม้จะมีผู้พบเห็นก็เป็นความผิดอันยอมความได้²³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินตามแนวทางนี้ ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6832/2542 วินิจฉัยว่า ห้องควบคุมเรือนชั้นดาดฟ้าที่จำเลยที่ 1 นำผู้เสียหายที่ 1 ขึ้นไปข่มขืนกระทำชำเรานั้นแยกกันเป็นส่วนตัดจากชั้นล่างที่ผู้เสียหายที่ 2 กับจำเลยที่ 2 ที่ 3 อยู่ และที่จำเลยที่ 2 ที่ 3 จับผู้เสียหายที่ 2 ลงมาจากดาดฟ้ามาชั้นล่างนั้นก็เพื่อมิให้ผู้เสียหายที่ 2 ไปขัดขวางการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 เท่านั้น ลักษณะดังกล่าวไม่ถือว่า

²³⁸ เรื่องเดียวกัน.

²³⁹ คณพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, หน้า 610.

จำเลยที่ 1 ช่มชื่นกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ต่อหน้าผู้เสียหายที่ 2 และจำเลยที่ 2 ที่ 3 อันเป็นต่อหน้าธารกำนัลแต่อย่างใด เมื่อผู้เสียหายทั้งสองถอนคำร้องทุกข์จำเลยที่ 1 ในข้อหาห่วงเหนียวกักขังผู้เสียหายทั้งสองและช่มชื่นกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 และจำเลยที่ 2 ที่ 3 ในข้อหาพร้อมกันช่มชื่นกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 และร่วมกันห่วงเหนียวกักขังผู้เสียหายทั้งสองแล้วสิทธินำคดีอาญามาฟ้องของโจทก์ย่อมระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39(2)

กรณีนี้ห้องควบคุมเรือนชั้นศาลฟ้าแยกกันเป็นส่วนสกัดจากชั้นล่างที่มีคนอยู่ จึงถือว่าเป็นสถานที่ลับตาคน หากกระทำในห้องที่มีคนเข้าออกเป็นปกติ แม้กระทำในโอกาสที่ไม่มีใครเข้ามา แต่ถ้ามีคนมองเห็นหรือเข้ามาเห็น ก็ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้²⁴⁰

นอกจากนี้ กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ โดยเฉพาะการกระทำความผิดในสถานที่สาธารณะ ก็เป็นการพิจารณาสถานที่ประการหนึ่ง โดยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาสนับสนุน ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 138/2472 วินิจฉัยว่า เหตุเกิดที่ไต้ถุนบ้าน ไม่มีสิ่งใดกำบังอยู่ห่างทางหลวงประมาณ 13 วา มีเรือนราษฎรอยู่ใกล้ ๆ หลายหลัง มองเห็นกันได้ มีพยานอยู่ใกล้ ๆ 4 คน และมีคนอยู่บนเรือนอาจเห็นได้อีก ที่ซึ่งกระทำความผิดจึงเป็นที่เปิดเผยมีผู้คนเห็น นับว่าเป็นสถานที่ต่อหน้าธารกำนัล โดยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ตั้งข้อสังเกตว่าคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ไม่ตรงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 40/2468 ที่ได้อธิบายตามแนวที่หนึ่ง²⁴¹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4836/2547 แม้บางตอนจำเลยจะได้กระทำขณะอยู่ในรถยนต์ กระบะแต่การที่จำเลยจับมือและดึงแขนโจทก์ร่วมให้เข้าไปในห้องพักของโรงแรม เป็นการกระทำโดยเปิดเผยในที่ซึ่งอาจมีคนเห็นได้ แม้ไม่มีผู้ใดเห็นในขณะกระทำนั้นก็เป็นธารกำนัลแล้ว เพราะการกระทำต่อหน้าธารกำนัลมิได้หมายความเฉพาะแต่กระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้เห็นโดยแท้จริงเท่านั้น เพียงแต่กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นได้ก็เป็นต่อหน้าธารกำนัลแล้ว

อย่างไรก็ตามศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่ศาลฎีกาใช้หลักนี้ในการวินิจฉัยเป็นเพราะไม่มีพยานบุคคลยืนยันว่าได้เห็นการกระทำความผิด แม้จะกระทำต่อหน้าพนักงานโรงแรม ก็ไม่ได้หมายความว่าพนักงานโรงแรมจะให้เห็นเสมอไป²⁴² แต่ผู้วิจัยขอตั้งข้อสังเกตว่าหากไม่มีบุคคลพบเห็นในความเป็นจริง กรณีจะถือได้หรือไม่ว่าผู้เสียหายนั้นได้รับความเสียหาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7631/2549 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยจับและลูบบริเวณแขนหัวไหล่ เต้านม และหน้าท้องของผู้เสียหายทั้งสามเป็นการใช้แรงกายภาพต่อผู้เสียหายทั้งสาม ถือได้

²⁴⁰ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 ตอน 1, หน้า 771-772.

²⁴¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญามาตราความผิด เล่ม 2, หน้า 484.

²⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 482.

ว่ากระท่อมอาจารย์โดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้เสียหาย ขณะผู้เสียหายอยู่ด้วยกันในรถกระบะของจำเลยในลักษณะเปิดเผยถือได้ว่าเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล คดีนี้รถกระบะไม่ได้จอดในที่ลับตาคนแต่กำลังวิ่งอยู่บนถนน ผู้อื่นจึงอาจเห็นการกระทำความผิดได้

(ค) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความรับรู้ประการอื่น

กรณีตามมาตรา 281 คำอธิบายในทางวิชาการและคำพิพากษาศาลฎีกา อธิบายการรับรู้โดยการมองเห็นเท่านั้น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 492/2528 จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายขณะที่ผู้เสียหายนอนอยู่กับบุตร 2 คน ไม่ปรากฏว่าบุตรของผู้เสียหายคนใดเห็นการกระทำของจำเลยถือไม่ได้ว่าจำเลยได้กระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล การกระทำของจำเลยเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก จึงเป็นความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 281 คดีนี้ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ตั้งข้อสังเกตว่าเป็นกรณีที่เหตุน่าจะเกิดในห้องนอนในบ้าน ไม่ใช่การกระทำโดยเปิดเผยและไม่มีคนเห็น

จากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกา ศาลไม่ได้ตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลให้หมายความรวมถึงการรับรู้ประการอื่น เช่น การได้ยินเสียง หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่าบุตรทั้ง 2 คนได้ยินเสียงและรับรู้จำเลยเข้ามาข่มขืนมารดาตน กรณีจะถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่

แต่เมื่อเทียบกับมาตรา 388 และมาตรา 397 ซึ่งอธิบายรวมถึงการรับรู้ได้ประการอื่น เช่น การได้ยิน ได้ฟัง ก็ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัลด้วย ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่านอกจากกรณีที่มีบุคคลอื่นเห็นการกระทำความผิดแล้ว การรับรู้ประการอื่น เช่น การได้ยิน การสัมผัส หรือการรับรู้สัมผัสที่ทำให้ทราบได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้น เป็นกรณีที่ทำให้ผู้เสียหายอับอายเช่นกัน ประกอบกับคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดตามมาตรา 281 มุ่งคุ้มครองผู้เสียหายเป็นสำคัญ “ต่อหน้าธารกำนัล” อาจหมายความรวมถึง การกระทำความผิด “ภายใต้ความรู้” ของที่ประชุมหรือคนจำนวนมากด้วย มิได้หมายถึง “การมองเห็น” แต่ประการเดียว

ผู้วิจัยได้สรุปข้อพิจารณาทั้งหมดตามตารางที่ 5 ดังนี้

ตารางที่ 5 ประมวลผลการวินิจฉัยความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล

ข้อพิจารณา		แนวการวินิจฉัย
บุคคล	จำนวน	<u>แนวที่หนึ่ง</u> เห็นว่าต้องกระทำต่อหน้าบุคคลหลายคนจึงจะถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัล
		<u>แนวที่สอง</u> เห็นว่าแม้มีบุคคลเพียงคนเดียวรู้เห็นการกระทำความผิดก็ถือว่าเป็นความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลแล้ว

ข้อพิจารณา		แนวการวินิจฉัย
ผู้กระทำ ความผิด หลายคน	ผู้กระทำ	<u>แนวที่หนึ่ง</u> การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล จะต้องมิใช่กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งเป็นตัวการตามมาตรา 83
		<u>แนวที่สอง</u> เห็นว่าแม้ความผิดจะเกิดต่อหน้าผู้ร่วมกระทำความผิดก็เป็นต่อหน้าธารกำนัล เพราะผู้เสียหายได้รับความเสียหายมากปกปิดไม่มิด
	เจตนาของ ผู้กระทำ	<u>แนวที่หนึ่ง</u> แม้จะมีบุคคลได้เห็น ก็มีได้หมายความว่า จะเป็นต่อหน้าธารกำนัลเสมอไป ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยประการที่ ให้บุคคลอื่นได้เห็นการกระทำด้วย
		<u>แนวที่สอง</u> ผู้กระทำความผิดไม่ต้องมีเจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล แต่ต้องปรากฏพฤติการณ์ที่มีบุคคลรู้เห็นการกระทำความผิด
สถานที่	ผู้กระทำ	<u>แนวที่หนึ่ง</u> สถานที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ไม่จำเป็นต้องทำในที่สาธารณะสถาน แม้จะกระทำในที่เอกชนหรือที่รโหฐานก็อาจเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ แต่ต้องมีบุคคลรู้เห็นการกระทำความผิดในความเป็นจริงเท่านั้น
		<u>แนวที่สอง</u> พิจารณาเกณฑ์ด้านสถานที่ประกอบด้วย โดยเฉพาะการกระทำความผิดในสถานที่สาธารณะถือเป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผย
ความรู้		ยังไม่ปรากฏคำอธิบายในตำราหรือแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

3.5.2 มาตรา 388

“มาตรา 388 ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท”

มาตรานี้คล้ายกับมาตรา 337 (2) แห่งกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 โดยรวมความผิดตามมาตรา 337 (1) ไว้ในความหมายของคำว่ากระทำการลามกอย่างอื่น²⁴³

3.5.2.1 คำอธิบาย

การกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 388 คำว่าต่อหน้าธารกำนัลต้องเป็นการกระทำที่มีคนมองเห็นได้ แม้จะเกิดขึ้นในที่รโหฐาน และการที่มีบุคคลอื่นมองเห็นนี้อยู่ในความคิดของผู้กระทำ²⁴⁴ ส่วนการกระทำอันควรขายหน้า หมายถึง การกระทำที่มีลักษณะน่าเกลียด น่าอูจาด เป็นที่รังเกียจ นำไปสู่ความต่ำช้า หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีและขนบธรรมเนียมประเพณี โดยเป็นความรู้สึกร่วมกันของประชาชนทั่วไปมิใช่ความรู้สึกของ

²⁴³ จิตติ ดิงศ์ทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 1223.

²⁴⁴ ประทีป ทัฬหีตันนท, ความผิดโทษ, หน้า 87.

ผู้กระทำ²⁴⁵ ส่วนมากเป็นเรื่องศีลธรรมในทางเพศอันน่าอับอายแก่ผู้พบเห็น²⁴⁶ ซึ่งส่วนของผู้กระทำ กฎหมายใช้คำว่าผู้ใดจึงเป็นกรณีที่ไม่ได้จำกัดว่าจะเป็นใคร²⁴⁷ การพิจารณาว่าเป็นการกระทำอันควร ขายหน้าหรือไม่ จึงต้องคำนึงถึงจารีตประเพณี ความนิยมของท้องถิ่นตามยุคสมัยและสถานที่ ประกอบด้วย โดยมาตรา 388 บัญญัติลักษณะของการกระทำอันควรขายหน้าไว้ 3 รูปแบบนี้²⁴⁸ ได้แก่

(1) การกระทำโดยเปลือยร่างกาย คำว่า “เปลือย” หมายถึง การเปลือยหมดทั้งตัว ไม่มี เครื่องปกปิดส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย

(2) การกระทำโดยเปิดเผยร่างกาย คือ การเปิดเผยเฉพาะบางส่วนของร่างกาย เป็น อวัยวะที่ควรปกปิด เช่น อวัยวะเพศ หน้าอกของผู้หญิง ในลักษณะลามก หากเปลือยกายให้นักศึกษา ถ่ายภาพศิลป์หรือวาดรูปศิลป์ กรณีของมารดาให้นมบุตร หรือเสื้อผ้าหลุดออกเพราะเหตุอื่นที่มีได้เกิด จากการกระทำของบุคคลนั้น จะไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้

(3) การกระทำโดยลามกอย่างอื่น หมายถึง การกระทำอื่นนอกจากการเปลือยหรือ เปิดเผยร่างกาย เช่น การร่วมประเวณีกันโดยให้คนมาดู การถ่ายภาพ ถ่ายภาพยนตร์ การกอดจูบในที่ สาธารณะ เป็นกรณีที่เป็นที่อับอายแก่ผู้พบเห็น โดยไม่จำกัดเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความใคร่หรือทาง เพศเท่านั้น²⁴⁹

การกระทำโดยลามกอย่างอื่นไม่ได้หมายความเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับร่างกายเท่านั้น แต่ รวมถึงการใช้วาจาด้วย เช่น การกล่าวคำหยาบคาย²⁵⁰ ซึ่งไม่จำกัดว่าต้องเป็นคำอนาจารตั้งแต่ก่อน²⁵¹ และแม้ไม่เป็นการดูหมิ่นซึ่งหน้าก็อาจมีความผิดตามมาตรานี้ได้²⁵²

องค์ประกอบภายใน คือ มีเจตนาธรรมดา ผู้กระทำประสงค์จะเปลือยกาย เปิดเผย ร่างกาย หรือกระทำความลามกต่อหน้าธารกำนัล²⁵³ ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องรู้ว่าเป็นการกระทำอันควรขาย หน้าหรือไม่ เนื่องจากใช้มาตรฐานวิญญูชนในขณะเกิดเหตุเป็นแนววินิจฉัย²⁵⁴

²⁴⁵ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367 ถึง 398, หน้า 166.

²⁴⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และ ธรณกรม์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 450.

²⁴⁷ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 602.

²⁴⁸ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญามาตรา 206-398, หน้า 492-493.

²⁴⁹ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 1223-1224.

²⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2506 วินิจฉัยว่า คำว่า "กระทำการลามกอย่างอื่น" ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 นั้น ไม่ได้ หมายเฉพาะแต่เรื่องเกี่ยวกับร่างกายเท่านั้น ย่อมหมายถึงวาจาด้วย การที่จำเลยกล่าวคำว่า "เย็ดโคตรแม่มีง" ต่อหน้าธารกำนัล จึงเป็น ผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 388 แล้ว.

²⁵¹ กฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 มาตรา 337 (1) ผู้ใดแสดงวาจาลามกอนาจารต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งเดิมวินิจฉัยว่าการ กล่าวคำหยาบคายกัน หากไม่เป็นคำอนาจาร ไม่เป็นความผิด.

²⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1069/2506 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยกล่าวคำว่า "เย็ดโคตรแม่มีง" ต่อหน้าธารกำนัล เป็นความผิดตามมาตรา 388.

²⁵³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และ ธรณกรม์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 449-450.

3.5.2.2 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

คุณธรรมทางกฎหมายของฐานความผิดนี้ คือ ค้ำครองความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะ²⁵⁵ เพื่อรักษาระดับศีลธรรมในหมู่ประชาชน มิให้บุคคลใดใช้สิทธิในร่างกายของตนมากเกินไปจนเป็นการรบกวนระดับศีลธรรมอันดีของประชาชน²⁵⁶ กฎหมายไม่ต้องการให้การกระทำของบุคคลเป็นไปในทางลามก น่าเกลียด อูจาด ขัดต่อศีลธรรมอันดีซึ่งเป็นที่รังเกียจเป็นสำคัญ แม้จะเป็นไปตามจารีตประเพณี ความนิยมของท้องถิ่น แต่หากเป็นไปในทางลามกหรือเป็นการกระทำอันควรขายหน้า²⁵⁷

3.5.2.3 ข้อสังเกต

(1) การตีความมาตรา 388 แคบกว่าภาษาที่เข้าใจตามธรรมดา โดยผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำต่อร่างกายตนเอง เช่น การปัสสาวะ การอุจจาระ การสำเร็จความใคร่ต่อหน้าบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการบัญญัติให้สอดคล้องกับถ้อยคำที่อยู่ข้างหน้า คือ ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้า จึงไม่รวมถึงการแอบดูได้กระโปรงผู้หญิง ซึ่งความหมายตามธรรมดาแล้ว จัดเป็นการกระทำลามก คือ การกระทำอันหยาบช้ำต่ำทราม เป็นที่น่ารังเกียจของคนดีมีศีลธรรม

(2) เดิมกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 มาตรา 337 กำหนดระวางโทษจำคุกไว้สำหรับการกระทำความผิดฐานนี้ โดยผู้ที่แสดงวาจาลามกอนาจารต่อหน้าธารกำนัล ต้องระวางโทษชั้น 3 คือ โทษจำคุกไม่เกิน 10 วัน ปรับไม่เกิน 500 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และผู้ที่เปลือยกายหรือกระทำการอย่างอื่นอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ต้องระวางโทษชั้น 4 คือ จำคุกไม่เกิน 1 เดือน ปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁵⁸ ซึ่งต่อมามีการนำโทษจำคุกออกเหลือแต่โทษปรับ และเมื่อใช้มาตราฐานความรู้สึกของวิญญูชนในการพิจารณา การกระทำความผิดฐานนี้จึงมีพัฒนาการตามยุคสมัย เช่น การกอดกันในที่สาธารณะ แต่เดิมสังคมเห็นว่าเป็นการกระทำอันควรขายหน้า แต่ในปัจจุบันความรู้สึกดังกล่าวได้ลดลงโดยถูกมองว่าเป็นเรื่องปกติ²⁵⁹

(3) การกระทำความผิดในมาตรานี้ ไม่ถึงขนาดเป็นการอนาจารหรือแสดงความใคร่ในทางเพศ ซึ่งเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้อื่น แต่กรณีตามมาตรา 388 ผู้กระทำเพียงแต่

²⁵⁴ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญามาตรา 206-398, หน้า 494.

²⁵⁵ คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 601-602.

²⁵⁶ ประทีป ทัฬหีตานนท์, ความผิดลหุโทษ, หน้า 86.

²⁵⁷ สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญามาตรา 206-398, หน้า 493-494.

²⁵⁸ กำหนดระวางโทษชั้น 3 และชั้น 4 เทียบมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

²⁵⁹ ประทีป ทัฬหีตานนท์, ความผิดลหุโทษ, หน้า 87.

กล่าววาทาที่สื่อถึงการร่วมเพศหรือเรียกบุคคลใดโดยมีคำเรียกขานของอวัยวะสืบพันธุ์ปะปนอยู่ก็เป็น การกระทำลามก²⁶⁰

(4) การกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล จะต้องมิบุคคลเห็นหรือได้ยิน โดยไม่ ต้องพิจารณาว่าตัวผู้กระทำอยู่ที่ใด เช่น เดินแก้ผ้าอยู่ในบ้านของตนเองแต่ไม่ได้ปิดประตูไว้ เมื่อมีคน ผ่านมาเห็นก็เป็นความผิดได้²⁶¹ ถ้าไม่ได้กระทำโดยเปิดเผยต่อสายตาของคนอื่น เช่น เปลือยกายเดิน อยู่ในบ้านปิดประตูหน้าต่างมิดชิด แต่มีคนแอบดู ผู้เปลือยกายก็ไม่มีผิด²⁶² และการที่มีบุคคล เห็นหรือได้ยินนั้นจะต้องอยู่ในความคิดของผู้กระทำ แตกต่างไปจากการวินิจฉัยมาตรา 281

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าไม่เป็นการกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้า ธารกำนัลได้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 120/2481 วินิจฉัยว่า การดำวาทา “ทีแม่มีง โคตรแม่มีง” ใน สวนของตนเองโดยไม่มีใครได้ยิน แม้คำดังกล่าวจะเป็นการอนาจาร แต่ไม่ผิดเพราะไม่ได้ กล่าวต่อหน้าธารกำนัล

3.5.3 มาตรา 397

“มาตรา 397 ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่น อันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือ กระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่สาธารณะหรือต่อหน้าธารกำนัล หรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะล่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่ง เดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรานี้บัญญัติขึ้นใหม่โดยไม่ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญา แต่สามารถเทียบเคียง ลักษณะของการข่มเหงบุคคลอื่นได้ในกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 มาตรา 338 (1) ปัจจุบัน ความผิดตามมาตรา 397 แบ่งออกเป็นสามวรรค สาระสำคัญที่ผู้วิจัยจะมาพิจารณาอยู่ใน วรรคที่หนึ่งและวรรคที่สองถ้ากระทำด้วยประการใด ๆ ตามมาตรา 397 วรรคหนึ่งเป็นการกระทำต่อ หน้าธารกำนัล ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักขึ้นตามวรรคสอง ดังนั้น การกระทำให้ผู้อื่นได้รับความอับ อาย เช่น เปิดกระโปรงผู้หญิง สามีกแก้ผ้ากรรยาากลางถนน จะเป็นความผิดตามมาตรา 397 ซึ่งต่างจาก มาตรา 388 ที่เป็นการกระทำแก่ตนเอง²⁶³

²⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

²⁶¹ สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367 ถึง 398, หน้า 160.

²⁶² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ รมกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 450.

²⁶³ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 1251.

3.5.3.1 คำอธิบาย

องค์ประกอบภายนอก การกระทำการใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่น รังแก หมายถึง แกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่นโดยผู้กระทำมักมีอำนาจมากกว่า ส่วนข่มเหง หมายถึง การใช้กำลังรังแกแกล้งทำความเดือดร้อนให้ผู้อื่น ดังนั้น การรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นจึงเป็นการใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ไม่ว่าจะได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจจับกุมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแทนที่จะนำตัวผู้ถูกจับกุมไปสถานีตำรวจ กลับใส่กุญแจมือลากพาผู้ถูกจับไปรอบตลาดเพื่อให้ได้รับความอับอาย หรือการที่เจ้าหน้าที่ยืนดักเฝ้าและทวงถามหนี้เสียงดังเพื่อเป็นการประจานลูกหนี้ให้อับอายแทนที่จะทำการฟ้องร้องตามสิทธิที่ตนมีอยู่ตามกฎหมาย หรือจะเป็นกรณีที่ไม่มีสิทธิตามกฎหมายตั้งแต่แรก เช่น การยืนดักเพื่อพูดจายั่วเย้าผู้หญิงที่เดินผ่านไปมา การกระทำเหล่านี้ล้วนเป็นความผิดตามมาตรา 397²⁶⁴

ส่วนการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญ หมายถึง การกระทำใด ๆ ที่ผู้กระทำไม่มีสิทธิหรืออำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำเช่นนั้นได้และได้กระทำไป ผลจากการกระทำสร้างความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญให้แก่ผู้อื่น²⁶⁵ เช่น การขับรถจักรยานยนต์ตามถนนหลวงแต่ขับเรียงกันเป็นหน้ากระดานไม่สนใจรถคันอื่น การเปิดวิทยุเสียงดังในห้องของตนแต่รบกวนคนข้างบ้าน การส่งเสียงดังรบกวนเพื่อนบ้านในเวลากลางคืน การแอบดูคนอื่นอาบน้ำ การแอบดูคนที่เข้าห้องน้ำสาธารณะหรือที่เรียกว่าถ้ามอง การคุกคาม (Harassment) และการติดตาม (Stalking)²⁶⁶ กรณีที่ครูตึงแขนลูกศิษย์และดูว่ากล่าวเสียงดังนอกสถานศึกษาจนเป็นที่อับอายแก่คนโดยรอบที่เกิดเหตุ เมื่อศิษย์มีได้อยู่ในความดูแลของครูแล้วครูก็ไม่มีสิทธิในการปกครองศิษย์ เป็นการทำให้ผู้อื่นได้รับความอับอายแล้ว หากเทียบกับกรณีที่บิดาเดินไปลากแขนบุตรผู้เยาว์และด่าทอเสียงดังจนทำให้บุตรได้รับความอับอายจากเพื่อน ๆ เป็นกรณีที่บิดาใช้สิทธิในการปกครองบุตรตามกฎหมาย บิดาจึงไม่มีความผิดตามมาตรา 397 แม้จะใช้สิทธิเกินเลยไปบ้าง²⁶⁷

องค์ประกอบภายใน คือ กฎหมายประสงค์ลงโทษผู้ที่มีเจตนา คือรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด โดยพิจารณาจากกระทำด้วยประการใด ๆ ในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น ถ้ากระทำโดยขาดเจตนาหรือกระทำโดยประมาทย่อมไม่มีความผิด²⁶⁸

²⁶⁴ ประทีป ทับอรรถานนท์, ความผิดลหุโทษ, หน้า 107-108.

²⁶⁵ จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3, หน้า 1252.

²⁶⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และ รมกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 444.

²⁶⁷ ประทีป ทับอรรถานนท์, ความผิดลหุโทษ, หน้า 108-109.

²⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 106. และ สุวัฒน์ ใจหาญ, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367 ถึง 398, หน้า 222.

การกระทำต่อหน้าธารกำนัล เป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง ซึ่งต้องพิจารณาประกอบมาตรา 62 วรรคท้าย กล่าวคือ บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใดจะต้องได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น ตามหลักรู้เท่าใดเจตนาเท่านั้น²⁶⁹ ดังนั้น หากผู้กระทำไม่รู้ว่าการกระทำของตนเป็นความผิดต่อหน้าธารกำนัลก็ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามวรรคสอง เจตนารมณ์ของมาตรานี้ นอกจากจะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนแล้ว ยังเป็นการคุ้มครองสังคม เนื่องจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิของผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นอับอาย ยังทำให้บุคคลที่รู้เห็นการกระทำ ความผิดรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยด้วยหากความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินตามมาตรา 397 มีดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 388/2505 (ที่ประชุมใหญ่) ถ้อยคำที่จำเลยร้องตะโกนกล่าววาจา แก่ผู้เสียหายซึ่งหน้าและต่อหน้าธารกำนัลในเวลากลางคืนว่า อ้ายชั้น มึงหากูความอาญาหรือ ลูกกะโปกกูไม่หัด กูลูกนางจกัร ้วย ไมใช่ลูกบ้านน้ำเค็ม จะเอาอย่างไรก็เอาชีวะจะเอาอ้ายจะติดคุกก็ได้ นั้น เป็นข้อความที่หยาบคายไม่สุภาพ แต่ไม่มีข้อความอันเป็นการดูหมิ่นนายชั้นผู้เสียหาย จึงไม่เป็น ความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายอาญา 393 แต่ถ้อยคำที่จำเลยกล่าวประกอบกับวิธี กล่าวและเวลาที่จำเลยกล่าวยอมทำให้นายชั้นผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนรำคาญจึงเป็นความผิด ตามมาตรา 397

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1398/2506 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยด่าเข้าไปซ้ำมาหลายครั้งที่ หน้าประตูบ้านผู้เสียหาย ในเวลากลางดึกอันเป็นเวลาหลับนอนของผู้เสียหายซึ่งอยู่ในบ้าน ถือได้ว่าเป็น การทำให้ผู้เสียหายได้รับความเดือดร้อนรำคาญ การกระทำเช่นนี้จึงผิดมาตรา 397 ด้วย แต่นับว่า เป็นกรรมเดียวผิดต่อกฎหมายหลายบท ศาลย่อมลงโทษตามมาตรา 136 แต่บทเดียว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4397/2560 วินิจฉัยว่า จำเลยยืนขึ้นในห้องประชุมขณะโจทก์ บรรยายและมีผู้ฟังเป็นจำนวนมากโดยชูป้ายข้อความว่า โจทก์เป็นมารศาสนา พร้อมกับตะโกนว่าเป็น มารศาสนาของแท้ แสดงว่าจำเลยมีเจตนาเพื่อให้ผู้ที่อยู่ในห้องประชุมเข้าใจว่าโจทก์เป็นคนไม่ดี และ เพื่อให้โจทก์ได้รับความอับอาย ไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำเตือนชาวคริสต์ให้ทราบถึงพฤติกรรมของโจทก์ หรือเป็นการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต การกระทำของจำเลยเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 393 และมาตรา 397

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4104/2562 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยเข้าไปในอาคารพิพาท สำนักงานของโจทก์ร่วมที่ 1 ซึ่งเป็นนิติบุคคลและส่งเสียงดังอันเป็นการรบกวนการทำงานและทำให้ พนักงานของโจทก์ร่วมที่ 1 ไม่อาจทำงานได้ซึ่งเป็นการกระทำความผิดฐานก่อความเดือดร้อนรำคาญ แก่ผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 จากคำพิพากษาศาลฎีกาอาคารสำนักงานของโจทก์

²⁶⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1 บทบัญญัติทั่วไป, หน้า 152-153.

มิใช่สาธารณสถาน แต่เมื่อปรากฏว่ามีพนักงานทำงานอยู่ ก็ถือเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลตามวรรคสอง²⁷⁰

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมาข้างต้น ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลรวมถึงการได้ยินได้ฟังคำตำหนิหรือเสียงรบกวน โดยที่ผู้กระทำความผิดรู้หรือควรรู้ว่าการร้องตะโกนเช่นนั้นจะมีผู้อยู่ในละแวกนั้นได้ยินเข้า

3.5.3.2 เจตนารมณ์ของกฎหมาย

กฎหมายมุ่งคุ้มครองบุคคลจากการถูกรังแก ถูกข่มเหง ถูกทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญจากบุคคลอื่น โดยเป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนที่รับรองความเท่าเทียมกันของมนุษย์ในการดำรงอยู่ในสังคม และการไม่ถูกระงับโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เทียบเคียงกฎหมายลักษณะอาญารัตนโกสินทรศก 127 มาตรา 338 (1)²⁷¹ โดยในบางการกระทำอาจไม่ใช่ความพลอดภัยของร่างกายโดยตรง แต่เป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อร่างกาย คือ ความไม่สะดวกใจของบุคคล²⁷²

3.5.3.3 ข้อสังเกต

(1) การกระทำใด ๆ อันเป็นการรังแกหรือข่มเหงผู้อื่นไม่จำกัดการกระทำ อาจเป็นการกระทำโดยละเว้นได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1908/2518 จำเลยจอดรถขวางกั้นไม่ให้โจทก์ถอยรถออกไปจากซอยที่เกิดเหตุ เป็นเพียงขัดขวางไม่ให้โจทก์นำรถออกไปได้เท่านั้น ส่วนตัวโจทก์มีอิสระที่จะออกไปจากซอยได้ การกระทำของจำเลยยังไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 แต่เป็นการรังแกข่มเหงทำให้โจทก์ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ แม้ซอยนั้นจะอยู่ในที่ดินของผู้มีชื่อซึ่งแบ่งให้ผู้อื่นเช่าปลูกบ้าน แต่ประชาชนก็ชอบที่จะเข้าออกไปติดต่อกับผู้ที่อยู่ในซอยนั้นได้ ถือได้ว่าจำเลยได้กระทำในที่สาธารณสถาน จึงมีความผิดตามมาตรา 397 ความผิดฐานนี้เป็นความผิดที่ไม่ต้องการผล

(2) การกระทำต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 397 เป็นการกระทำต่อหน้าบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้กระทำและผู้ถูกระงับและอาจมีจำนวนหลายคน²⁷³ ไม่ว่าจะเป็นการต่อหน้าในลักษณะให้บุคคลอื่นเห็นได้ยิน ได้ฟัง ก็เป็นความหมายของต่อหน้าธารกำนัล

²⁷⁰ เมื่อปรากฏว่ามีพนักงานทำงานอยู่ถือเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลตามความเห็นของนายสหัสรัฐ กิติ ศุภการ โปรตตุ สหรัฐ กิติ ศุภการ, กฎหมายอาญา : คำพิพากษาศาลฎีกาและหลักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2564), หน้า 242.

²⁷¹ ประทีป ทับอัติตานนท์, ความผิดลหุโทษ, หน้า 106.

²⁷² คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, หน้า 195.

²⁷³ ประทีป ทับอัติตานนท์, ความผิดลหุโทษ, หน้า 107.

ผู้วิจัยได้สรุปลักษณะสำคัญของฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 ตามตารางที่ 6 ดังนี้

ตารางที่ 6 เปรียบเทียบฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281

มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง

ประเด็น	มาตรา 281	มาตรา 388	มาตรา 397 วรรคสอง
ความหมาย	การกระทำที่เกิดต่อหน้าประชาชนหรือบุคคลอื่นสามารถเห็นได้ + กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ (รวมกรณีที่ไม่เห็นบุคคลเห็นการกระทำความผิดในความเป็นจริง)	การกระทำที่เกิดต่อหน้าประชาชนหรือบุคคลอื่นสามารถเห็นได้ + มีบุคคลเห็นหรือได้ยิน โดยไม่พิจารณาตัวผู้กระทำว่าอยู่ที่ใด	การกระทำที่เกิดต่อหน้าประชาชนหรือบุคคลอื่นสามารถเห็นได้ + มีบุคคลเห็นหรือได้ยิน
ขอบเขต	มีบุคคลพบเห็นการกระทำความผิด + ศาลฎีกาตีความขยายไปถึงกรณีที่ไม่มีคนเห็น แต่ยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยถึงการรับรู้ประการอื่น	มีบุคคลพบเห็น ได้ฟังหรือได้ยิน	มีบุคคลพบเห็น ได้ฟังหรือได้ยิน
บริบทของถ้อยคำ	เป็นพฤติการณ์ที่ทำให้ไม่เกิดความผิดอันยอมความได้ ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิด และไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น	ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด	ข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 62 วรรคท้าย
เจตนาของผู้กระทำ ความผิด	แนวคำพิพากษาศาลฎีกา : ผู้กระทำต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลว่าการกระทำความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล	ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลว่าการกระทำความผิดเกิดต่อหน้า	ผู้กระทำความผิดรู้ข้อเท็จจริงว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำต่อหน้า

ประเด็น	มาตรา 281	มาตรา 388	มาตรา 397 วรรคสอง
	ความเห็นทางด้านวิชาการ : ผู้กระทำไม่ต้องมีเจตนากระทำ ความผิดต่อหน้าธารกำนัล	ธารกำนัล	ธารกำนัล
บังเอิญเห็น	แนวคำพิพากษาศาลฎีกา : พิจารณาลักษณะของการกระทำ ว่าผู้กระทำความผิดได้ปกปิด เพียงพอหรือไม่ สถานที่ซึ่ง ความผิดเกิดอาจมีคนมาเห็นได้ หรือไม่ ความเห็นทางด้านวิชาการ : แม้บังเอิญเห็นก็เป็นความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดไม่ ต้องมีเจตนากระทำความผิดต่อหน้า ธารกำนัล	ไม่เป็นความผิด	ไม่เป็นความผิด

3.6 บทสรุปปัญหาเกี่ยวกับการตีความและวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในประเทศไทย

ความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทยมาจากกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 โดยมีรากฐานมาจากกฎหมายเก่า คือ กฎหมายตราสามดวง ลักษณะของความผิดต่อหน้าธารกำนัลเปลี่ยนแปลงไปตามรูปแบบการสื่อสารของสังคม เมื่อมีการติดต่อสื่อสารผ่านช่องทางออนไลน์โดยอาศัยอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัล ส่งผลให้ลักษณะความผิดต่อหน้าธารกำนัลสามารถเกิดขึ้น 2 รูปแบบ คือ ต่อหน้าธารกำนัลตามความเป็นจริง ผ่านการรับรู้โดยการมองเห็น การได้ยิน หรือความรับรู้ประการอื่น ในบริเวณใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุ และต่อหน้าธารกำนัลโดยระยะทาง ซึ่งความผิดเกิดผ่านทางอุปกรณ์หรือบริการออนไลน์ การเปลี่ยนแปลงพื้นที่กระทำความผิด ทำให้มีความสัมพันธ์กับความผิดตามกฎหมายพิเศษ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 หากฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลเข้าองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติฯ กรณีจะเป็นการกระทำความผิดเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ซึ่งมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติทั่วไป

บทนี้ยังกล่าวถึงการวินิจฉัยความรับผิดตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 โดยมีสาระสำคัญที่ผู้วิจัยจะนำไปพิจารณาต่อไปพิจารณาต่อไปในบทอื่น ๆ คือลักษณะการบัญญัติกฎหมายและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในแต่ละมาตราที่มีความแตกต่างกัน โดยมาตรา 281 ต่อหน้าธารกำนัลเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่เรียกว่า “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” เจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ กฎหมายต้องการคุ้มครองผู้เสียหายมิให้ต้องรับความอับอายขายหน้าจากบุคคลที่พบเห็นหรือรับรู้เหตุการณ์ ในขณะที่มาตรา 388 การทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด เจตนารมณ์ของบทบัญญัติคือการรักษาระดับศีลธรรมในหมู่ประชาชน มิให้บุคคลใดใช้สิทธิในร่างกายของตนมากเกินไปจนเป็นการรบกวนระดับศีลธรรมอันดีของประชาชน และมาตรา 397 วรรคสอง ต่อหน้าธารกำนัลเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 62 วรรคท้าย เจตนารมณ์ของบทบัญญัตินี้ มุ่งคุ้มครองบุคคลจากการถูกรังแก ถูกข่มเหง ถูกทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญจากบุคคลอื่น และมุ่งคุ้มครองความปกติสุขในสังคม โดยไม่ต้องการให้ผู้คนในสังคมรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยในการดำเนินชีวิต

นอกจากนี้ ผู้วิจัยได้รวบรวมข้อพิจารณาและอธิบายเกณฑ์การวินิจฉัยความผิดต่อหน้าธารกำนัลแยกเป็นรายประเด็น ได้แก่ ประเด็นเรื่องบุคคล แบ่งข้อพิจารณาออกเป็น 3 ประการ คือ ข้อพิจารณาเรื่องจำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิด ข้อพิจารณาเรื่องผู้ร่วมกระทำความผิด และข้อพิจารณาเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด ประเด็นเรื่องสถานที่กระทำความผิด และประเด็นเรื่องความรับรู้่อื่นๆ ผู้วิจัยได้รวบรวมคำอธิบายและความเห็นแยกออกเป็น 2 แนวความเห็น ซึ่งจะนำข้อมูลที่รวบรวมมาศึกษาต่อยอด ประกอบกับข้อมูลกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 4 เพื่อวิเคราะห์และสรุปผลในบทที่ 5 และบทที่ 6 ต่อไป

บทที่ 4

บทบัญญัติและแนวทางการวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในต่างประเทศ

จากการศึกษาพัฒนาการกฎหมายอาญาของประเทศไทยในบทที่ 3 การร่างกฎหมายอาญาในครั้งแรกใช้ประมวลกฎหมายของอินเดียเป็นหลัก²⁷⁴ ต่อมายกร่างในปีพุทธศักราช 2477 มีนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสเป็นผู้ร่างคนสำคัญ โดยนำประมวลกฎหมายประเทศต่าง ๆ และกฎหมายเก่าของไทยมาพิจารณา รวมทั้งคำนึงถึงความเหมาะสมของบริบททางสังคมในประเทศไทยโดยประกาศใช้เป็นกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127²⁷⁵ ต่อมาเมื่อสภาพทางการเมือง การปกครอง เศรษฐกิจ และสังคมเปลี่ยนแปลงไป จึงได้มีการตั้งคณะกรรมการตรวจแก้ประมวลกฎหมายอาญาขึ้นในปีพุทธศักราช 2482²⁷⁶ ยกร่างประมวลกฎหมายอาญาขึ้นใหม่ และประกาศใช้โดยพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พุทธศักราช 2499 ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2500 เป็นต้นมา²⁷⁷

เนื่องจากกฎหมายอาญาของประเทศไทยได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอินเดียและกฎหมายอังกฤษมาแต่โบราณ ประกอบกับครั้งการร่างกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 นำกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ค.ศ. 1810 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1871 มาเป็นแนวประกอบการร่าง และได้้นำประมวลกฎหมายอาญาของต่างประเทศอื่น ๆ มาอ้างอิง²⁷⁸ ในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกับผู้วิจัยได้จึงเลือกประเทศโดยพิจารณาจากปัจจัยด้านระบบกฎหมาย หลักการตีความกฎหมาย หลักการดำเนินคดีอาญา อิทธิพลของกฎหมายประเทศนั้นในการร่างประมวลกฎหมายอาญาไทย และจะต้องปรากฏว่ามีบทบัญญัติเกี่ยวกับฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล คล้ายคลึงกับกฎหมายไทย ผู้วิจัยจึงเลือกศึกษากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐประชาชนจีน สหพันธรัฐมาเลเซีย และสหราชอาณาจักรเฉพาะกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศอังกฤษและเวลส์ โดยข้อมูลที่ได้จากการศึกษาเปรียบเทียบจะนำมาอภิปรายและวิเคราะห์เปรียบเทียบเพื่อ

²⁷⁴ Walter E.J. Tips, *Gustave Rolin-Jaequemyns and the Making of Modern Siam* (Bangkok: White Lotus, 1996), p. 237.

²⁷⁵ คณพล จันทน์หอม, *รากฐานกฎหมายอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 114.

²⁷⁶ อนุกรรมการตรวจการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา, "รายงานการประชุม ครั้งที่ 1/2482", พ.ศ. 2482.

²⁷⁷ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 3.

²⁷⁸ Georges Padoux, *Report on the Proposed Penal Code for the Kingdom of Siam Submitted to His Royal Highness Prince Rajburi Direckrit* (Bangkok: American Presbyterian Mission, 1906), p. 6. ประมวลกฎหมายอาญาของต่างประเทศที่นำมาอ้างอิง ได้แก่ คือ ประมวลกฎหมายอาญาฮังการี ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ประมวลกฎหมายอาญาอียิปต์ ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย กฎหมายอาญาญี่ปุ่น และประมวลกฎหมายอาญาเบลเยียม.

ปรับปรุงฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยให้ดีขึ้นและมีความกลมกลืนกับกฎหมายต่างประเทศในระดับสากล

4.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ ประวัติศาสตร์กฎหมายเยอรมันเริ่มจากยุคอิทธิพลของกฎหมายโรมัน (The Influence of Roman Law) นับแต่มีการค้นพบประมวลกฎหมายจัสติเนียน (Corpus Iuris Civilis) และมหาวิทยาลัยโบโลญญาได้มีการเปิดสอนกฎหมายโรมัน กฎหมายโรมันจึงแพร่หลายไปทั่วยุโรปในยุคกลาง กฎหมายเยอรมันเองก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันและถูกยอมรับในฐานะกฎหมายทั่วไป (das gemeine Recht or ius commune) ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 17-18 ในยุคเรืองปัญญา (The Age of Enlightenment) แนวความคิดทางสังคมเปลี่ยนแปลงไปโดยมีกฎหมายธรรมชาติเข้ามามีอิทธิพล เกิดเป็นแนวความคิดในการจัดทำประมวลกฎหมาย²⁷⁹ ทำให้กฎหมายอาญาเยอรมันรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 1871 แต่ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันส่วนใหญ่มีพื้นฐานมาจากการปฏิรูปในช่วงปี ค.ศ. 1970 อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีและแนวปฏิบัติยังคงเป็นไปตามคำอธิบายและคำพิพากษาในช่วงระยะเวลาก่อนหน้านั้น²⁸⁰

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกประเทศเยอรมนี ผู้วิจัยได้ศึกษาเปรียบเทียบในประเด็นความผิดอันยอมความได้และเงื่อนไขการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีอาญา ซึ่งจะเน้นไปที่พัฒนาการของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อนำข้อมูลที่ได้รับไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยและกฎหมายประเทศอื่นในลำดับต่อไป

4.1.1 การตีความกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

รูปแบบการตีความกฎหมายเยอรมัน แบ่งออกเป็น 4 รูปแบบ คือ การตีความตามหลักภาษา และไวยากรณ์ การตีความตามประวัติความเป็นมาแห่งกฎหมาย การตีความตามระบบ และการตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 ส่วนหลักการตีความกฎหมายอาญาจะต้องเป็นไปตามหลักความชั่ว (Schuldgrundsatz) คือไม่มีการกำหนดโทษโดยปราศจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ข้อห้ามของรัฐจึงไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ต้องมีองค์ประกอบที่แสดงให้เห็นถึงความชั่วด้วย²⁸¹ และการตีความกฎหมายอาญาขึ้นกับถ้อยคำตาม

²⁷⁹ Howard D. Fisher, *The German Legal System and Legal Language*, ed. 4 (London; New York: Routledge-Cavendish, 2009), pp. 1-3.

²⁸⁰ Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009), p. 2.

²⁸¹ Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht : Allgemeiner Teil* (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970), p. 85.

ความหมายโดยธรรมดาซึ่งสามารถถูกจำกัดและขยายความได้ ขึ้นกับเหตุผลของกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป²⁸² การตีความกฎหมายอาญาโดยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามความเห็นสมัยใหม่ไม่อาจแบ่งแยกจากการตีความอย่างแบบขยายความได้อย่างชัดเจน ความหมายของถ้อยคำจึงมีความหมายขยายไปได้ถึงขั้นขอบความหรือความหมายที่เป็นไปได้ไกลที่สุด ซึ่งทำให้การตีความกฎหมายสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน²⁸³

4.1.2 การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา

การจำแนกประเภทความผิดทางอาญาตามกฎหมายเยอรมันแบ่งออกเป็น 2 ประเภท²⁸⁴ คือ

(1) ความผิดอาญาร้ายแรงหรือความผิดอุกฉกรรจ์ (Verbrechen) คือ การกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดโทษขั้นต่ำจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป

(2) ความผิดอาญาธรรมดา (Vergehen) คือ การกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดโทษจำคุกน้อยกว่า 1 ปี หรือกำหนดโทษปรับ

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดอันยอมความ แต่ได้กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินคดีอาญาสำหรับความผิดบางประเภทที่ถือว่าเป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือคดีความผิดเล็กน้อย²⁸⁵ ซึ่งต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายก่อนดำเนินคดี²⁸⁶ และจะต้องร้องทุกข์ภายในระยะเวลา 3 เดือนตามที่กฎหมายกำหนด²⁸⁷

ประเทศเยอรมนีใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก ให้สิทธิพนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจในการดำเนินคดีอาญา ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (Strafprozeßordnung) มาตรา 160²⁸⁸ กำหนดหลักการสำคัญว่า

(1) ทันทีที่สำนักงานอัยการได้รับทราบว่ามีกรกระทำผิดเกิดขึ้น ไม่ว่าจะด้วยการร้องทุกข์หรือด้วยวิธีการอื่นใด ให้สอบสวนข้อเท็จจริงเพื่อตัดสินใจว่าจะฟ้องคดีอาญาหรือไม่

(2) สำนักงานอัยการมีหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงที่เป็นโทษและเป็นคุณต่อผู้ถูกกล่าวหา และมีหน้าที่รับผิดชอบในการนำสืบพยานหลักฐาน

²⁸² Johannes Wessels, *Strafrecht : Allgemeiner Teil* (Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1985), p. 11.

²⁸³ Juergen Baumann, *Strafrecht : Allgemeiner Teil* (Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1968), p. 140.

And Schmidhäuser, E., *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, p. 88. อ้างถึงใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, "การตีความกฎหมายอาญาเยอรมัน," *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*: 298-302.

²⁸⁴ German Criminal Code, Section 12.

²⁸⁵ German Code of Criminal Procedure, Section 153.

²⁸⁶ German Criminal Code, Section 77 (1).

²⁸⁷ German Criminal Code, Section 77b (1).

²⁸⁸ German Code of Criminal Procedure, Section 160.

(3) การสอบสวนคดีอาญาของสำนักงานอัยการครอบคลุมไปถึงข้อเท็จจริงที่สำคัญต่อการกำหนดโทษด้วย

(4) มาตรการใดที่ขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ตามกฎหมายแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐและกฎหมายแห่งมลรัฐที่เกี่ยวข้องไม่สามารถนำมาใช้ได้

นอกจากนี้ กฎหมายยังให้อำนาจสำนักงานอัยการในการชี้แจงสถานะของคดีให้คู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องทราบด้วย²⁸⁹ และพนักงานอัยการมีความเป็นอิสระที่จะเลือกใช้มาตรการบังคับทางอาญาตามหลักอิสระในการจัดรูปแบบการสอบสวน มีอำนาจในการเรียกพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องหรือขอความเห็นจากพยานผู้เชี่ยวชาญ และดำเนินการสอบสวนคดีอาญาด่วนตนเองหรือผ่านองค์กรตำรวจ²⁹⁰

คดีอาญาที่ผู้เสียหายฟ้องร้องดำเนินคดีได้เองคือความผิดต่อส่วนตัว (Private Prosecution) ดังที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 374 (1) คือ บุกรุกตามมาตรา 123 ทุหมิ่นตามมาตรา 185 ถึงมาตรา 189 ละเมิดความเป็นส่วนตัวด้วยการถ่ายภาพตามมาตรา 201a (1) และ (2) ละเมิดความเป็นส่วนตัวในการติดต่อทางจดหมายตามมาตรา 202 ทำร้ายร่างกายตามมาตรา 223 และมาตรา 229 การบังคับขู่เข็ญตามมาตรา 240 (1) ถึง (3) หรือมาตรา 241 ตัดสินบนทางการค้าตามมาตรา 299 ทำให้เสียทรัพย์ตามมาตรา 303 กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการเสพของมีเนมาตามมาตรา 323a ความผิดตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองความลับทางการค้า (Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen) และความผิดอื่นตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติเฉพาะ²⁹¹

4.1.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่อไปนี้จะเรียกโดยย่อว่าประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน แก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน ค.ศ. 2019 ในเบื้องต้นผู้วิจัยได้ศึกษาประเด็นเรื่องโทษทางอาญาซึ่งปัจจุบันกำหนดไว้เพียง 2 สถาน คือ

(1) โทษจำคุก (Imprisonment) ระยะเวลาในการจำคุกต้องมีการกำหนดไว้แน่นอน เว้นแต่กฎหมายบัญญัติให้รับโทษจำคุกตลอดชีวิต โดยอัตราโทษจำคุกอย่างสูงกำหนดไว้ที่ 15 ปี อย่างต่ำกำหนดไว้ 1 เดือน²⁹² และ

²⁸⁹ German Code of Criminal Procedure, Section 160b.

²⁹⁰ German Code of Criminal Procedure, Section 161, and Section 161a.

²⁹¹ German Code of Criminal Procedure, Section 374 (1).

²⁹² German Criminal Code, Section 38.

(2) โทษปรับ ซึ่งกำหนดตามวันและรายได้ (Day Fine) โทษปรับถูกกำหนดเป็นอัตรารายวัน อย่างน้อยที่สุดเป็นเวลา 5 วัน ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น และปรับเป็นอัตรารายวัน อย่างมากที่สุด 360 วัน โดยศาลเป็นผู้พิจารณาอัตราค่าปรับ โดยคำนึงถึงคุณสมบัติเฉพาะตัวและ สถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด โดยค่าปรับรายวันจะถูกกำหนดจำนวนขั้นต่ำไว้ที่ 1 ยูโร และขั้นสูงไม่เกิน 30,000 ยูโร²⁹³

เมื่อศึกษาพัฒนาการของความผิดฐานข่มขืนพบว่าเดิมกฎหมายอาญาเยอรมันเคยกำหนด เงื่อนไขในการดำเนินคดีความผิดฐานข่มขืนว่าต้องมีการร้องทุกข์ของผู้เสียหายก่อน ตามประมวล กฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1871 ประกาศใช้ระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1872 ถึง 20 มีนาคม ค.ศ. 1876 ซึ่งต่อมาได้มีการยกเลิกเงื่อนไขในการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีไป รายละเอียดปรากฏตาม ตารางที่ 7 ดังนี้

ตารางที่ 7 เปรียบเทียบความผิดฐานข่มขืนตามมาตรา 177 ประมวลกฎหมายอาญา แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเมื่อปี ค.ศ. 1872 เทียบกับปี ค.ศ. 1876

1 มกราคม ค.ศ. 1872 ²⁹⁴	20 มีนาคม ค.ศ. 1876
<p>มาตรา 177 ข่มขืน</p> <p>(1) ผู้ใดใช้กำลังบังคับหรือขู่เข็ญว่าในทันทีนั้นจะ ใช้กำลัง บังคับให้ผู้หญิงยอมร่วมประเวณีนอก สมรสด้วย หรือผู้ที่ล่วงละเมิดผู้หญิงโดยการร่วม ประเวณีนอกสมรสหลังจากที่ทำให้ผู้หญิงตกอยู่ ในสถานะที่ไม่อาจขัดขืนหรือทำให้หมดสติ ระวัง โทษจำคุก</p> <p>(2) หากพฤติการณ์มีเหตุบรรเทาโทษ ระวังโทษ จำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี</p> <p>(3) เป็นความผิดที่จะดำเนินคดีอาญาได้ต่อเมื่อ ผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ตามระเบียบ และไม่สามารถ เพิกถอนคำร้องทุกข์ได้หากคดีขึ้นสู่การพิจารณา ของศาลแล้ว</p>	<p>มาตรา 177 ข่มขืน</p> <p>(1) ผู้ใดใช้กำลังบังคับหรือขู่เข็ญว่าในทันทีนั้นจะ ใช้กำลัง บังคับให้ผู้หญิงยอมร่วมประเวณีนอก สมรสด้วย หรือผู้ที่ล่วงละเมิดผู้หญิงโดยการร่วม ประเวณีนอกสมรสหลังจากที่ทำให้ผู้หญิงตกอยู่ ในสถานะที่ไม่อาจขัดขืนหรือทำให้หมดสติ ระวัง โทษจำคุก</p> <p>(2) หากพฤติการณ์มีเหตุบรรเทาโทษ ระวังโทษ จำคุกไม่น้อยกว่า 1 ปี</p>

²⁹³ German Criminal Code, Section 40.

²⁹⁴ "§ 177 Stgb. Sexueller Übergriff; Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung," [Online] Accessed: 3 June 2021. Available from: <https://lexetius.com/StGB/177,8#note-sign1>

จากตารางที่ 7 เดิมมาตรา 177 (3)²⁹⁵ กำหนดว่าความผิดฐานข่มขืนเป็นความผิดที่จะดำเนินคดีอาญาได้ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ตามระเบียบ ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวมีการยกเลิกไปตามกฎหมายอาญาซึ่งบังคับใช้วันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1876 เป็นต้นไป เปลี่ยนแปลงหลักการไปจากเดิมทำให้ความผิดฐานข่มขืนเป็นความผิดที่ไม่ต้องมีเงื่อนไขการร้องทุกข์ของผู้เสียหายอีกต่อไป

ความผิดฐานชักจูงเด็กให้ร่วมประเวณีตามกฎหมายอาญา ค.ศ. 1871 มาตรา 182²⁹⁶ วางหลักว่า

1. ผู้ใดเพื่อจุดประสงค์ในการร่วมประเวณี ชักจูงเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปี ให้ร่วมประเวณีระหว่างโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี
2. เป็นความผิดที่จะดำเนินคดีอาญาได้ต่อเมื่อมีการร้องทุกข์ของบิดามารดาหรือผู้ปกครองของเด็กที่ถูกชักจูง

บทบัญญัติมาตรา 182 องค์กรปกครองความผิดมีการปรับปรุงแก้ไขเรื่อยมา แต่ยังคงหลักการเดิมในเรื่องของเงื่อนไขการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดี ซึ่งปี ค.ศ. 1973 ได้มีการปรับปรุงโดยกำหนดเพียงว่าเป็นความผิดที่จะดำเนินคดีอาญาได้ต่อเมื่อมีการร้องทุกข์ โดยที่ไม่ได้กำหนดว่าผู้ใดจะต้องเป็นผู้ร้องทุกข์อีกต่อไป²⁹⁷

ลำดับต่อมาผู้วิจัยได้ศึกษาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันซึ่งบังคับใช้ในปัจจุบัน มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความผิดอันยอมความได้ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 ของกฎหมายไทย ดังนี้

4.1.3.1 ความผิดทางเพศที่ต้องอาศัยเงื่อนไขการร้องทุกข์ก่อนการดำเนินคดีอาญา

เดิมความผิดตามมาตรา 177 บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนและต้องมีการร้องทุกข์ตามระเบียบของผู้เสียหายก่อนดำเนินคดีอาญา ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวได้ยกเลิกตามกฎหมายที่ประกาศใช้วันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1876 เป็นต้นไป จนมาถึงสมัยปัจจุบันความผิดทางเพศมีการแก้ไขครั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 2016 มาตรา 177 แก้ไขเพิ่มเติมหลักการสำคัญโดยบัญญัติให้การทารุณกรรมทางเพศ (Sexual assault) การบีบบังคับทางเพศ (Sexual coercion) และการข่มขืน (Rape) ซึ่งจะต้องมีการล่วงล้ำร่างกาย (Penetration of the body) เป็นความผิด²⁹⁸ หลักการเดิมการข่มขืนตาม

²⁹⁵ § 177 (3) Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein, welcher jedoch, nachdem die förmliche Anklage bei Gericht erhoben worden, nicht mehr zurückgenommen werden kann.

²⁹⁶ "§ 182 Stgb. Sexueller Mißbrauch Von Jugendlichen," [Online] Accessed: 3 June 2021. Available from: <https://lexetius.com/StGB/182,6>

²⁹⁷ § 182. (2) [1] Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. [2] Die Verfolgung der Tat ist ausgeschlossen, wenn der Täter die Verführte geheiratet hat.

²⁹⁸ German Criminal Code, Section 177.

มาตรา 177 จะต้องปรากฏองค์ประกอบเรื่องการใช้กำลังบังคับหรือขู่เข็ญว่าจะทำให้เกิดอันตรายอันใกล้จะถึงแก่ชีวิตหรือร่างกาย การตีความของศาลเหยื่อจะต้องต่อต้านขัดขืนทางร่างกาย ซึ่งแนวความคิดนี้รวมไปถึงการบังคับโดยปริยายในกรณีที่อาศัยสถานการณ์ที่เป็นการเอาเปรียบเหยื่อ อาศัยโอกาสที่เหยื่อไม่มีทางสู้ อยู่ในภาวะจำยอมเพื่อบังคับด้วย ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ (Bundesgerichtshof หรือ The Federal Court of Justice) ตีความบทบัญญัติอย่างแคบโดยจะต้องเป็นกรณีที่เป็นไปไม่ได้เลยที่เหยื่อจะหลบหนีจากที่เกิดเหตุหรือเรียกบุคคลที่สามเพื่อขอความช่วยเหลือ รวมไปถึงการขอความช่วยเหลือจากเด็กเล็กหรือคนแปลกหน้าที่ลานจอดรถในเวลา กลางคืนด้วย หากเหยื่อไม่ได้ต่อต้านขัดขืนทางร่างกายหรือขอความช่วยเหลือ มักจะไม่มีคำสั่งฟ้อง หรือไม่เช่นนั้นศาลก็ตัดสินว่าผู้กระทำไม่มีความผิด ซึ่งในความเป็นจริงแล้วการนิ่งเฉยของเหยื่ออาจมาจากความกลัวที่จะได้รับอันตราย ตกใจ หรือเงินอายุทำให้เหยื่อนิ่งเฉยแทนที่จะหนีหรือตะโกนขอความช่วยเหลือ²⁹⁹

ต่อมาบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่เป็นไปตามแนวคิดที่ว่าไม่ก็คือไม่ (No means No) โดยขอเพียงเหยื่อปฏิเสธก็เพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกต่อต้านขัดขืนทางกายหรือวากก็ถือเป็นการไม่ยินยอม ล้วนนับเป็นการกระทำที่ขัดต่อเจตจำนงที่แสดงออกของบุคคล (Against a person's discernible will) ซึ่งหากผู้กระทำความผิดยังฝืนกระทำความผิดตาม มาตรา 177 ซึ่งการกระทำความผิดตามมาตรานี้ พนักงานอัยการสามารถดำเนินคดีโดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการร้องทุกข์ของผู้เสียหาย³⁰⁰

ส่วนความผิดทางเพศที่กำหนดให้ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีอาญา คือ ความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชน (Sexual abuse of juveniles) ดังนี้

“มาตรา 182 (3) ผู้ใดมีอายุมากกว่ายี่สิบเอ็ดปี ล่วงละเมิดทางเพศต่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี โดย

1. กระทำการอันเป็นการเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศกับเด็กหรือให้เด็กกระทำการทางเพศกับตนหรือ
2. ชักจูงเด็กให้เข้าร่วมกิจกรรมทางเพศกับบุคคลที่สามหรือให้บุคคลที่สามกระทำการทางเพศกับเด็ก

อันเป็นการแสวงประโยชน์จากการขาดความสามารถในการบังคับจิตใจในทางเพศด้วยตนเอง ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือโทษปรับ”

²⁹⁹ Tatjana Hörnle, "The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment," *German Law Journal* 18, 6 (2017): 1310-1317.

³⁰⁰ Ibid.

อนุมาตรา (5) วางหลักว่า “ในกรณีตามอนุมาตรา (3) เป็นความผิดที่จะดำเนินคดีอาญาได้ต่อเมื่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ตามระเบียบ เว้นแต่พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าสมควรดำเนินคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะ” การล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual abuse) เป็นความผิดต่อเมื่อผู้กระทำความผิดใช้กำลังบังคับหรือขู่ข่มขู่ว่าจะใช้กำลังหรือใช้ประโยชน์จากสถานการณ์ที่เหยื่อไม่อาจขัดขืนได้ซึ่งเกิดขึ้นเพราะผู้กระทำ และเป็นความผิดเมื่อผู้กระทำใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อบังคับให้เด็กหรือเยาวชนกระทำการทางเพศ³⁰¹

4.1.3.2 ความผิดทางเพศที่กระทำต่อหน้าผู้อื่น

นอกจากประเด็นเรื่องเงื่อนไขการร้องทุกข์ก่อนการดำเนินคดีอาญา กฎหมายอาญาเยอรมันยังมีบทบัญญัติเอาผิดผู้กระทำการทางเพศต่อหน้าผู้อื่น คือ ความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศเด็ก (Sexual abuse of children) ตามมาตรา 176 และความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศผู้อยู่ใต้การปกครองดูแล (Sexual abuse of persons in one's charge) ตามมาตรา 184

มาตรา 176 (4) เป็นบทบัญญัติความผิดในกรณีที่ไม่มี การสัมผัสตัวระหว่างผู้กระทำความผิดกับเด็กเรียกว่าความผิดเกี่ยวกับการกระทำการทางเพศต่อหน้าเด็ก ข้อ 1. วางหลักว่า ผู้ใดกระทำการทางเพศต่อหน้าเด็ก ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงห้าปี³⁰²

ส่วนการล่วงละเมิดทางเพศผู้อยู่ใต้การปกครองดูแลมาตรา 184 (3) ข้อ 1. วางหลักว่า ผู้ใดกระทำการทางเพศต่อหน้าผู้อยู่ใต้การปกครองดูแล คือ บุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบหกปีที่อยู่ภายใต้การเลี้ยงดูอบรมสั่งสอน ให้การศึกษาหรือดูแล หรือต่อบุคคลที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่อยู่ภายใต้การเลี้ยงดูอบรมสั่งสอน ให้การศึกษาหรือดูแล หรือเป็นผู้ได้บังคับบัญชาในการบริการหรือมีความสัมพันธ์อันเนื่องมาจากการจ้างงาน โดยใช้การพึ่งพาอาศัยที่เกี่ยวกับการศึกษา การดูแล การบริการ หรือการจ้างงาน หรือต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีซึ่งเป็นผู้สืบสันดานหรือบุตรบุญธรรมหรือผู้สืบสันดานหรือบุตรบุญธรรมของคู่สมรส คู่ชีวิต หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายให้เลี้ยงดูอบรมสั่งสอน ให้การศึกษาหรือดูแล บุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีในสถาบันที่กำหนดไว้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปลุกเร้าความต้องการทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือโทษปรับ³⁰³

นอกจากนี้มาตรา 184h ได้กำหนดบทนิยามของ “กระทำการทางเพศ” (Sexual acts) คือ การกระทำเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งจะคุ้มครองเท่านั้น และ “กระทำการทาง

³⁰¹ Tatjana Hörnle, "Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law," *Buffalo Criminal Law Review* 3, 2 (2000): 665.

³⁰² Ibid., 670. And German Criminal Code, Section 176.

³⁰³ German Criminal Code, Section 174.

เพศต่อหน้าบุคคลที่สาม” (Sexual acts in the presence of a third person) ว่าเป็นการกระทำความผิดเฉพาะต่อหน้าบุคคลอื่นที่รับรู้เหตุการณ์เท่านั้น³⁰⁴

4.1.3.3 การแสดงอนาจาร

มาตรา 183 การแสดงอนาจาร (Acts of exhibitionism)³⁰⁵

“(1) ผู้ชายคนใดรบกวนผู้อื่นด้วยการแสดงอนาจารต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือโทษปรับ

(2) เป็นความผิดที่จะดำเนินคดีอาญาได้ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ตามระเบียบ เว้นแต่พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าสมควรดำเนินคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะ

(3) ศาลอาจพิพากษาให้รอกการลงโทษจำคุก โดยกำหนดเงื่อนไขการคุมประพฤติจำเลย ในกรณีที่ศาลเห็นว่าผู้กระทำความผิดจะไม่กระทำความผิดซ้ำหากได้รับการบำบัดรักษา

(4) บทบัญญัติตามอนุมาตรา (3) ใช้บังคับไม่ว่าผู้ที่แสดงอนาจารจะเป็นผู้ชายหรือผู้หญิง

1. ภายใต้บังคับบทบัญญัติอื่นซึ่งกำหนดโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินหนึ่งปี หรือโทษปรับ

2. ภายใต้บังคับมาตรา 174 (3) ข้อ 1. หรือมาตรา 176 (4) ข้อ 1.”

ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 183 จะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น ตามหลักการดั้งเดิมที่ผู้หญิงจะไม่ค่อยแสดงอนาจาร อย่างไรก็ตามมาตรา 184 (4) ทำให้เข้าใจได้อย่างชัดเจนว่าผู้หญิงก็กระทำความผิดตามมาตรานี้ได้ ซึ่งมาตรการตามอนุมาตรา (3) สามารถนำไปใช้ได้กับทั้งผู้ชายและผู้หญิง อย่างไรก็ตาม ความผิดสำเร็จตามมาตรา นี้ ขึ้นกับปฏิกิริยาของเหยื่อที่รับรู้เหตุการณ์ หากเหยื่อไม่เห็นว่ากระทำความผิดนั้นมีความหมายในทางเพศ เช่น เห็นว่าเป็นเรื่องตลก ผู้กระทำก็ไม่มีผิดตามมาตรา 183 อีกทั้งการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา นี้ไม่เป็นความผิดทางอาญา³⁰⁶

4.1.3.4 ก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่สาธารณะ

มาตรา 183a ก่อความรำคาญแก่สาธารณะ (Causing public nuisance)³⁰⁷

“ภายใต้บังคับมาตรา 183 ผู้ใดกระทำการทางเพศในที่สาธารณะ โดยเจตนาหรือรู้ว่าจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือโทษปรับ”

³⁰⁴ German Criminal Code, Section 184h. Within the meaning of this statute,

1. ‘sexual acts’ are only those which are of some relevance to the protected legal interest in question.

2. ‘sexual acts in the presence of a third person’ are only those which are committed in the presence of another who observes them. See Bohlander, M., *Principles of German Criminal Law*, p. 197.

³⁰⁵ German Criminal Code, Section 183.

³⁰⁶ Bohlander, M., *Principles of German Criminal Law*, pp. 205-206.

³⁰⁷ German Criminal Code, Section 183a.

การกระทำความผิดตามมาตรา 183a คือ การกระทำทางเพศใด ๆ เช่น การแสดงอนาจารในที่สาธารณะที่ไม่ได้มีจุดประสงค์จะรบกวนบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง อย่างไรก็ตาม การกระทำเช่นนี้อาจก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่บุคคลทั่วไปที่พบเห็น บทบัญญัตินี้จึงคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ไม่ต้องเผชิญหน้ากับการกระทำทางเพศโดยที่ไม่เต็มใจจะรับรู้³⁰⁸

4.1.3.5 การคุกคามทางเพศ

มาตรา 184i การคุกคามทางเพศ (Sexual harassment)³⁰⁹ เป็นบทบัญญัติใหม่ที่ถูกเพิ่มเข้ามาในปี ค.ศ. 2016

“(1) ผู้ใดสัมผัสร่างกายผู้อื่นเพื่อสนองความต้องการทางเพศและเป็นการคุกคามผู้นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือโทษปรับ เว้นแต่การกระทำความผิดนั้นมีบทลงโทษที่หนักกว่าตามบทบัญญัติอื่น

(2) ในกรณีร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกระหว่างสามเดือนถึงห้าปี โดยกรณีร้ายแรงมักเกิดขึ้นเมื่อมีการร่วมกันกระทำความผิดโดยบุคคลมากกว่าหนึ่งคน

(3) เป็นความผิดที่จะดำเนินคดีอาญาได้ต่อเมื่อผู้เสียหายได้ร้องทุกข์ตามระเบียบ เว้นแต่พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าสมควรดำเนินคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะ”

การคุกคามทางเพศต้องมียุทธศาสตร์ประกอบของการสัมผัสร่างกายผู้อื่นเพื่อสนองความต้องการทางเพศและเป็นการคุกคาม การคุกคามด้วยวาจาจึงไม่เป็นความผิดตามมาตรา 184i และเมื่อพิจารณาการตีความเพื่อสนองความต้องการทางเพศ หากพิจารณาแรงจูงใจส่วนตัวของผู้กระทำเพียงอย่างเดียวจะเป็นการขยายความเพื่อสนองความต้องการทางเพศเกินขอบเขต ดังนั้น การหอมแก้ม การกอด การจับมือตามปกติระหว่างเพื่อนหรือญาติสนิท ก็ไม่ควรตีความว่าเป็นการกระทำเพื่อสนองความต้องการในทางเพศแม้ตัวผู้กระทำจะต้องการเช่นนั้น³¹⁰

นอกจากนี้ตามกฎหมายเยอรมันยังมีความผิดเกี่ยวกับการละเมิดความเป็นส่วนตัวด้วยการถ่ายภาพ (Violation of intimate privacy by taking photographs or other images) ตามมาตรา 201a (1) วางหลักให้ผู้ที่ถ่ายภาพหรือส่งภาพของผู้อื่นในสถานที่ส่วนตัว ที่พักอาศัย หรือพื้นที่ที่มีการป้องกันจากการมองเห็นโดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือโทษปรับ

³⁰⁸ Bohlander, M., *Principles of German Criminal Law*, p. 206.

³⁰⁹ German Criminal Code, Section 184i.

³¹⁰ Hörle, T., "The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment," *German Law Journal*: 1326-1327.

4.2 สาธารณรัฐประชาชนจีน

สาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกประเทศจีน เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ ภายใต้การปกครองในรูปแบบสังคมนิยม มีปรัชญา แนวความคิด และระบบกฎหมายที่แตกต่างกับแนวคิดตามสังคมนิยมตะวันตก อิทธิพลจากปรัชญาจีนส่งผลให้สังคมจีนในยุคราชวงศ์เป็นสังคมที่ไม่ให้ความสำคัญกับกฎหมาย³¹¹ จนในสมัยราชวงศ์ฮั่นได้มีการรวมจารีตมาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวได้ว่าเป็นประมวลกฎหมายในยุคราชวงศ์จิน โดยมีจักรพรรดิเป็นบิดาแห่งชาติและมีการกำหนดบทลงโทษที่ชัดเจน ต่อมาประมวลกฎหมายราชวงศ์ถังได้รับการยอมรับและเป็นต้นแบบของประมวลกฎหมายในยุคราชวงศ์ของประเทศญี่ปุ่น ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศเวียดนาม³¹² ประมวลกฎหมายจีนในยุคราชวงศ์พัฒนาขึ้นโดยไม่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันของตะวันตกทำให้มีเอกลักษณ์เป็นของตัวเองและตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดเรื่องการทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ความสงบสุขของสังคม การพิทักษ์ประโยชน์และพระราชอำนาจของจักรพรรดิ เนื้อหาส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญา คือ มีการกำหนดบทลงโทษ³¹³

สงครามฝิ่นในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทำให้ประเทศจีนรู้จักกับกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายตะวันตก จนเมื่อราชวงศ์ชิงสิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1911 ชุนยัตเซ็นได้ประกาศสถาปนาสาธารณรัฐจีนขึ้นและประกาศใช้ร่างกฎหมายหลายฉบับโดยยึดตามร่างกฎหมายสมัยปลายราชวงศ์ชิง ต่อมารัฐบาลพรรคคณะชาติได้ก่อตั้งขึ้น มีการบัญญัติกฎหมายและประกาศใช้โดยนำต้นแบบมาจากกฎหมายเยอรมัน กฎหมายญี่ปุ่น กฎหมายสวีตเซอร์แลนด์ และกฎหมายสหรัฐอเมริกา กฎหมายพื้นฐานในสมัยนี้เรียกว่า “กฎหมายหกเรื่อง” ประกอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายปกครอง กฎหมายอาญา และกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง³¹⁴

ปี ค.ศ. 1949 พรรคคอมมิวนิสต์เข้ายึดอำนาจและก่อตั้งสาธารณรัฐประชาชนจีน พัฒนาระบบกฎหมายตามต้นแบบของสหภาพโซเวียต ในยุคของเหมาเจ๋อตงเกิดการปฏิวัติวัฒนธรรมเป็นยุคที่การเมืองนำกฎหมายและเศรษฐกิจ ต่อมาในยุคของเติ้งเสี่ยวผิงได้ลดความเข้มข้นด้านอุดมการณ์ลงหันไปเน้นการพัฒนาเศรษฐกิจและเร่งจัดทำประมวลกฎหมาย³¹⁵ ดังนั้น นับตั้งแต่การปฏิวัติในปี ค.ศ. 1949 จนถึง ค.ศ. 1979 เป็นช่วงที่ประเทศจีนไม่มีประมวลกฎหมายอาญาใช้บังคับ

³¹¹ Roberto M. Unger, *Law in Modern Society* (New York: The Free Press, 1976), pp. 86-109.

³¹² อาร์ม ตั้งนิรันดร, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 30-31.

³¹³ William C. Jones, *The Great Qing Code* (UK: Oxford University Press, 1994), pp. 2-9.

³¹⁴ อาร์ม ตั้งนิรันดร, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน*, หน้า 37-45.

³¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46-53.

ประมวลกฎหมายอาญาปี ค.ศ. 1980 (The 1980 Penal Code) เป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกที่มีการประกาศใช้หลังจากยุคเหมาเจ๋อตง มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1980³¹⁶ นอกจากนี้จะมีการกำหนดประเภทความผิดพื้นฐาน เช่น ความผิดฐานฆ่า ลักทรัพย์ ข่มขืน และทำร้ายร่างกาย ยังมีที่กำหนดความผิดเฉพาะเพื่อรักษาอำนาจทางการเมือง เช่น ความผิดเกี่ยวกับการต่อต้านการปฏิวัติหรือปฏิวัติซ้อน คือ ความผิดฐานกบฏ การจลาจล การก่อการร้าย และการก่อวินาศกรรม ความผิดต่อความปลอดภัยสาธารณะ ความผิดเกี่ยวกับการบ่อนทำลายเศรษฐกิจสังคมนิยม ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นพลเมือง เป็นต้น³¹⁷

4.2.1 การตีความกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

ในมุมมองของการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ ประเทศจีนเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) มีการบัญญัติกฎหมายและกำหนดความผิดต่าง ๆ อย่างชัดเจน แต่หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาและการตีความกฎหมายกลับมีลักษณะเหมือนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีศาลประชาชนสูงสุด (The Supreme People's Court) และสำนักงานอัยการประชาชนสูงสุด (the Supreme People's Procuratorate) เป็นองค์กรที่มีบทบาทหลักในการตีความและออกข้อบังคับใช้กฎหมายอาญา ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ³¹⁸ รวมถึงการตีความกฎหมายทั่วไป การกำหนดคำอธิบาย (jieshi 解释) ข้อกำหนด (guiding 规定) ความคิดเห็น (yijian 意见) หรือคำแนะนำ (zhidao yijian 指导意见) หรือตอบปัญหากฎหมายรายประเด็น (pifu 批复 หรือ fuhuan 复函) ซึ่งเป็นการตอบปัญหากฎหมายที่ศาลล่างส่งมายังศาลสูงเป็นกรณีไป ความคิดเห็นเหล่านี้แม้ว่าจะไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่มักจะถูกตีพิมพ์และอ้างอิงในคำพิพากษาลงมา³¹⁹

4.2.2 การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา

ประเทศจีนใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลักภายใต้ความรับผิดชอบของอัยการประชาชน รับผิดชอบในการสอบสวนคดีอาญาและดำเนินการฟ้องคดีอาญาต่อศาลประชาชน³²⁰ นอกจากนี้ยังมีการจำแนกประเภทคดีที่เป็นความผิดต่อส่วนตัว (Private Prosecution) คือ คดีที่ดำเนินคดีอาญาได้ต่อเมื่อมีการร้องทุกข์ คดีความผิดอาญาเล็กน้อยที่ผู้เสียหายมีพยานหลักฐาน และ

³¹⁶ Kim Chen, *The Criminal Code of the People's Republic of China* (Colorado: Littleton : Rothman, 1982), pp. 1-2.

³¹⁷ Ian Dobinson, "Criminal Law," in *Introduction to Chinese Law*, ed. Wang Chenguang and Zhang Xianchu (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 1997), pp. 108, 119-121.

³¹⁸ Ibid., 107, 109 and 124.

³¹⁹ Otto Malmgren, "Article 37: The Right to Liberty of Person under the Chinese Constitution," *China-EU Law Journal* 2, 1 (2013): 38.

³²⁰ Organic Law of the People's Procuratorates of the People's Republic of China (2018 Revision), Article 20.

คดีที่ผู้เสียหายมีหลักฐานพิสูจน์ว่าผู้ต้องหาละเมิดสิทธิส่วนบุคคลและทรัพย์สินของตน และควรมีการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย แต่องค์กรความมั่นคงสาธารณะ (เจ้าพนักงานตำรวจ) หรือองค์กรอัยการประชาชน (เจ้าพนักงานอัยการ) ไม่ดำเนินคดีอาญาต่อจำเลยซึ่งเอกชนสามารถฟ้องคดีต่อศาลประชาชนได้โดยตรง³²¹

4.2.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

กฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2020) ต่อไปนี้จะเรียกว่ากฎหมายอาญาจีน มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2021 โดยมีการกำหนดโทษที่แตกต่างไปจากกฎหมายไทย ซึ่งผู้วิจัยได้หยิบยกมาอธิบายและจะบรรยายรายละเอียดสำหรับโทษที่ไม่มีตามกฎหมายไทย ในเบื้องต้นโทษทางอาญาตามกฎหมายจีนแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทที่ 1 โทษหลัก (Principal punishments) มี 5 สถาน³²² ได้แก่

(1) อยู่ภายใต้การควบคุม (Public surveillance) เป็นวิธีการลงโทษที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ถูกกักขัง แต่ถูกจำกัดเสรีภาพในระดับหนึ่ง ดำเนินการโดยองค์กรความมั่นคงสาธารณะและประชาชนผู้กระทำความผิดยังคงทำงานหรือใช้แรงงานในที่ทำงานเดิมหรือที่อยู่อาศัยเดิมของตน สำหรับการใช้จ่ายแรงงานจะได้รับค่าจ้างเทียบเท่ากับการใช้แรงงานที่เท่าเทียมกัน ระยะเวลาการควบคุมอยู่ระหว่าง 3 เดือนถึง 2 ปี โทษรวมกันสำหรับหลายครั้งไม่เกิน 3 ปี³²³

(2) การกักขังทางอาญา (Criminal detention) คือวิธีการจำกัดอิสรภาพของผู้กระทำความผิดในช่วงเวลาหนึ่ง ดำเนินการโดยองค์กรความมั่นคงสาธารณะในสถานกักขังที่ใกล้ที่สุดหรือสถานที่ควบคุมอื่น ในระหว่างระยะเวลาต้องโทษ ผู้กระทำความผิดอาจกลับบ้านได้หนึ่งถึงสองวันต่อเดือน และผู้ที่เข้าร่วมการใช้แรงงานอาจได้รับค่าแรงตามดุลยพินิจ ระยะเวลาต้องโทษตั้งแต่ 1 เดือนถึง 6 เดือน และโทษรวมสำหรับความผิดหลายครั้งรวมกันไม่เกิน 1 ปี³²⁴

(3) จำคุกตามระยะเวลาที่กำหนด (Fixed-term imprisonment) คือจำคุกไม่น้อยกว่า 6 เดือนและไม่เกิน 15 ปี³²⁵

(4) จำคุกตลอดชีวิต (Life imprisonment) และ

³²¹ Fu Hualing, "Criminal Procedure Law," in *Introduction to Chinese Law*, ed. Wang Chenguang and Zhang Xianchu (Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 1997). And Criminal Procedure Law of the People's Republic of China (2018 Amendment), Article 210.

³²² Criminal Law of the People's Republic of China (2020 Amendment), Article 33.

³²³ Criminal Law of the People's Republic of China (2020 Amendment), Article 38.

³²⁴ Criminal Law of the People's Republic of China (2020 Amendment), Article 42. และ 律优联盟, "新闻经常讲的拘役或管制, 你知道是什么意思吗?," [Online] Accessed: 2 June 2021. Available from: <https://zhuanlan.zhihu.com/p/30480089>.

³²⁵ Criminal Law of the People's Republic of China (2020 Amendment), Article 45.

(5) โทษประหารชีวิต (Death penalty)

ประเภทที่ 2 โทษเสริม (Supplementary punishments) มี 3 สถาน³²⁶ ได้แก่

(1) ปรับ (Fine)

(2) การลิดรอนสิทธิทางการเมือง (Deprivation of political rights) เช่น สิทธิในการลงคะแนนและรับสมัครเลือกตั้ง เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม การรวมกลุ่ม และการประท้วง สิทธิในการดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐ สิทธิในการดำรงตำแหน่งผู้นำในรัฐวิสาหกิจ³²⁷ และ

(3) ยึดทรัพย์สิน (Confiscation of property)

ต่อมาผู้วิจัยได้พิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญาจีน พบว่ามีฐานความผิดซึ่งสามารถเทียบเคียงกับความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทยได้ ดังนี้

4.2.3.1 การข่มขืนและล่วงประเวณี

“มาตรา 236 [โทษข่มขืน]³²⁸ ผู้ใดข่มขืนผู้หญิงด้วยการใช้ความรุนแรง การบังคับขู่脅 หรือวิธีการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสามปีแต่ไม่เกินสิบปี

สำหรับการล่วงประเวณีเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี ถือเป็น การข่มขืน ต้องระวางโทษร้ายแรง

การข่มขืนผู้หญิง การข่มขืนเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ในกรณีใด ๆ ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสิบปี จำคุกตลอดชีวิต หรือโทษประหารชีวิต

(1) ข่มขืนผู้หญิงหรือการข่มขืนเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะโดยมีพฤติการณ์อันเลวร้าย

(2) ข่มขืนผู้หญิง ข่มขืนเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะหลายคน

(3) ข่มขืนผู้หญิงหรือเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน

(4) รัมโทรมโดยมีผู้กระทำความผิดสองคนขึ้นไป

(5) ล่วงประเวณีเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะซึ่งมีอายุไม่ถึงสิบปี หรือก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กหญิง

(6) ทำให้เหยื่อได้รับบาดเจ็บสาหัส เสียชีวิต หรือก่อให้เกิดผลร้ายแรงอื่น ๆ”

มาตรา 236 (3) การข่มขืนผู้หญิงหรือเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน เป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น โดยการตีความคำว่า “ในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน” หรือตรงกับภาษาจีนว่า “在公共场所当众”

³²⁶ Criminal Law of the People's Republic of China (2020 Amendment), Article 34.

³²⁷ Criminal Law of the People's Republic of China (2020 Amendment), Article 54.

³²⁸ Criminal Law of the People's Republic of China (2020 Amendment), Article 236.

การตีความ “ในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน” โดยศาลประชาชนสูงสุด สำนักงานอัยการประชาชนสูงสุด กระทรวงความมั่นคงสาธารณะ และกระทรวงยุติธรรมออกความเห็นเกี่ยวกับการลงโทษอาชญากรรมการละเมิดทางเพศของผู้เยาว์ ส่วนที่ 3 การใช้บังคับกฎหมายอย่างถูกต้อง ข้อ 23 กล่าวว่า การข่มขืนกระทำชำเรา ทำอนาจารในสถานที่สาธารณะ เช่น ในวิทยาเขต สระว่ายน้ำ สนามเด็กเล่น และสถานที่สาธารณะอื่น ๆ ตรวจจับที่มีผู้อื่นอยู่ ไม่ว่าจะมิได้เห็นเหตุการณ์หรือไม่ อ้างอิงตามบทบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 236 วรรคสาม และมาตรา 237 จัดเป็นการข่มขืนผู้หญิง บังคับอนาจาร ดูหมิ่นผู้หญิง อนาจารเยาวชนในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน³²⁹

คำว่า “ผู้อื่น” ในคำอธิบายภาษาจีนใช้คำว่า 多人 ซึ่งหมายถึงบุคคลหลายคน ตามความหมายที่เข้าใจโดยทั่วไปนั้นหมายถึงบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป

นอกจากนี้คำอธิบาย “ต่อหน้าสาธารณชน” ในสถานที่สาธารณะ ในทฤษฎีทางวิชาการมีคำอธิบาย 2 ประเภท³³⁰ ดังนี้

ประเภทแรกคำว่า “ต่อหน้าสาธารณชน” หมายถึง สถานการณ์ที่บุคคลอื่นมากกว่า 3 คนสามารถมองเห็นและได้ยิน เป็นการตีความแบบดั้งเดิมตามตัวอักษรซึ่งจะมีบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เหยื่อรู้สึกถึงการมีอยู่ของกระบวนการอาชญากรรมด้วย การตีความลักษณะนี้มีบทบาทในการปราบปรามอาชญากรรมทางเพศทั่วไปอย่างเข้มงวดเหมาะสม แต่มันกลายเป็นอุปสรรคที่ไม่เหมาะสมในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษและเพิ่มความคุ้มครองเหยื่อ

ประเภทที่สอง ตีความว่าตรวจจับที่บุคคลที่สามหรือสาธารณชนมีแนวโน้มที่จะเห็นหรือสัมผัสได้ถึงการข่มขืนผู้หญิงในสถานที่สาธารณะ ก็ถือว่าเป็นการข่มขืนผู้หญิงในสถานที่สาธารณะ “ต่อหน้าสาธารณชน” แล้ว ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำความผิดข่มขืนผู้หญิงในห้องน้ำสาธารณะหญิง นอกห้องน้ำหญิงมีผู้ชายหลายคนได้ยินผู้กระทำความผิดกำลังข่มขืนผู้หญิง จะถือเป็นสถานการณ์ที่เพิ่มความร้ายแรงของการกระทำความผิด

ปัจจุบันศาลตีความว่าตรวจจับที่มีผู้อื่นอยู่ ซึ่งน่าจะต้องมากกว่า 3 คนขึ้นไป ไม่ว่าจะมิได้เห็นเหตุการณ์หรือไม่ จัดเป็นการกระทำความผิดในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชนแล้ว เป็นการตีความโดยขยายความเพื่อปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องอย่างรุนแรงและปกป้องสิทธิส่วนบุคคล

³²⁹ “最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见,” [Online] Accessed: 1 June 2021. Available from:

https://www.spp.gov.cn/zdgz/201310/t20131025_63797.shtml?fbclid=IwAR0f6ANu0VBBeUyN34y9hYtLylC664Xlz5PomnH2lrOSv8sQln6lk_WaARY รายละเอียดปรากฏตามภาคผนวก เอกสารแปลภาษาจีน เอกสารฉบับที่ 2.

³³⁰ 武诗敏, “在公共场所当众强奸 的解释逻辑与未来适用,” 法学论坛 3 (2014): 139. รายละเอียดปรากฏตามภาคผนวก เอกสารแปลภาษาจีน เอกสารฉบับที่ 3.

ซึ่งสะท้อนจุดยืนกฎหมายอาญาสำหรับตุลาการ ผ่านการอธิบายอย่างมีเหตุผลในทฤษฎีทางวิชาการ เพื่อตอบสนองต่อปัญหาที่แท้จริง ส่วนคำว่าที่สาธารณะผู้วิจัยจะอธิบายต่อในมาตรา 293

4.2.3.2 การบังคับบอณาจารย์และอนาจารย์เด็ก

“มาตรา 237 [โทษบังคับบอณาจารย์ ตุฎก]³³¹ ผู้ใดใช้ความรุนแรง การบังคับขู่เข็ญ หรือวิธีการอื่นใดในการบังคับบอณาจารย์ผู้อื่นหรือดูหมิ่นผู้หญิง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือกักขังทางอาญา

ผู้ใดรวมกลุ่มกันหรือก่ออาชญากรรมตามวรรคก่อนต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ หรือมีพฤติการณ์อันเลวร้ายอื่น ๆ ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าห้าปี

[โทษอนาจารย์เด็ก] ผู้ใดล่วงละเมิดเด็ก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ในกรณีใด ๆ ดังต่อไปนี้ ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าห้าปี:

- (1) ลวนลามเด็กหลายคนหรือหลายครั้ง
- (2) รวมกลุ่มกันลวนลามเด็ก หรือลวนลามเด็กต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ โดยพฤติการณ์อันเลวร้าย
- (3) ทำให้เด็กบาดเจ็บต่อหรือทำให้เกิดผลร้ายแรงอื่น ๆ
- (4) กระบวนการอนาจารย์เลวร้ายหรือมีพฤติการณ์อันเลวร้ายอื่น ๆ”

มาตรา 237 วรรคสองโทษอนาจารย์และมาตรา 237 วรรคสาม (2) โทษอนาจารย์เด็ก หากเหตุเกิดต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ เป็นพฤติการณ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้น ซึ่งมีความแตกต่างจากโทษข่มขืน เนื่องจากอนาจารย์อาจเกิดกับเหยื่อที่เป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย เด็กหญิงหรือเด็กชายก็ได้

สำหรับเกณฑ์เรื่องอายุ ศาลประชาชนสูงสุด สำนักงานอัยการประชาชนสูงสุด กระทรวงความมั่นคงสาธารณะ และกระทรวงยุติธรรมในความเห็นเกี่ยวกับการลงโทษอาชญากรรมการละเมิดทางเพศของผู้เยาว์ ข้อ 19 กล่าวว่า สำหรับเหยื่อที่มีอายุตั้งแต่ 12 ปีแต่ไม่ถึง 14 ปี สังเกตได้จากพัฒนาการทางร่างกาย คำพูดและพฤติกรรม ลักษณะการแต่งกาย กิจวัตรประจำวันว่าเหยื่ออาจจะ เป็นเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ กรณีควรถือว่าผู้กระทำความผิดรู้ว่าอีกฝ่ายเป็นเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ส่วนเหยื่อที่อายุไม่ถึง 12 ปี เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดที่ควรถือว่าผู้กระทำความผิดรู้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ³³²

³³¹ Criminal Law of the People’s Republic of China (2020 Amendment), Article 237.

³³² “最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见,” [Online] Accessed: 1 June 2021. Available from: https://www.spp.gov.cn/zdggz/201310/t20131025_63797.shtml?fbclid=IwAR0f6ANu0VBBuYjN34y9hYtLylC664Xlz5PomnH2lrOSv8sQln6lk_WaARY.

กฎหมายอาญาจีนไม่มีบทบัญญัติเอาผิดผู้ที่มีการกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกายหรือกระทำการลามกที่สามารถเทียบเคียงได้กับมาตรา 388 ในกฎหมายไทย ส่วนความผิดเกี่ยวกับการกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่นอันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญต่อหน้าธารกำนัล สามารถเทียบเคียงได้กับความผิดเกี่ยวกับการก่อกวนไม่สงบ ดังนี้

4.2.3.3 การก่อกวนไม่สงบ

“มาตรา 293 [โทษก่อกวนไม่สงบ]³³³ ผู้ใดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อันเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี กักขังทางอาญาหรืออยู่ภายใต้การควบคุม:

(1) ทำร้ายผู้อื่นโดยเจตนา โดยมีพฤติการณ์อันเลวร้าย

(2) ไล่ตาม สกัตกั้น คุกคาม หรือข่มขู่ผู้อื่น โดยมีพฤติการณ์อันเลวร้าย

(3) บังคับครอบครอง จงใจทำลาย หรือยึดทรัพย์สินของรัฐหรือของเอกชน โดยสถานการณ์ร้ายแรง

(4) ก่อกวนวุ่นวายในที่สาธารณะ ทำให้เกิดความวุ่นวายในที่สาธารณะอย่างร้ายแรง ผู้ใดรวบรวมบุคคลอื่นเพื่อกระทำการตามวรรคก่อนหลายครั้ง ถือเป็นการทำลายความสงบของสังคมอย่างร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าห้าปีแต่ไม่เกินสิบปี และอาจมีโทษปรับ”

โทษก่อกวนไม่สงบตามอนุมาตรา (4) มีความสัมพันธ์กับที่สาธารณะ แต่กฎหมายอาญาจีนไม่มีการกำหนดความหมายของคำว่า “ที่สาธารณะ” ไว้ มีเพียงคำอธิบายว่าลักษณะสำคัญของสถานที่สาธารณะ คือ สถานที่ซึ่งบุคคลจำนวนมากเป็นผู้ใช้ และตามระเบียบข้อบังคับแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนว่าด้วยการบริหารสถานที่สาธารณะ “สถานที่สาธารณะ” เป็นคำทั่วไปสำหรับอำนวยความสะดวกที่ประชาชนใช้เพื่อการทำงาน การศึกษา เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ปฏิสัมพันธ์ทางสังคม ความบันเทิง กีฬา การเยี่ยมชม การรักษาพยาบาล สุขภาพ การพักผ่อน การท่องเที่ยว และเพื่อตอบสนองความต้องการของชีวิต³³⁴

ต่อมาศาลประชาชนสูงสุดและสำนักงานอัยการประชาชนสูงสุดออกการตีความในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายในการดำเนินคดีอาญาเรื่องการก่อกวนไม่สงบในสถานที่สาธารณะในมาตรา 5 ว่า “การก่อกวนไม่สงบในสถานียรถ ท่าเรือ สนามบิน โรงพยาบาล ห้างสรรพสินค้า สวนสาธารณะ โรงละคร งานนิทรรศการ สนามกีฬา หรือสถานที่สาธารณะอื่น ๆ ควรพิจารณาตัดสินจากปัจจัยโดยรวม เช่น ปัจจัยด้านลักษณะของสถานที่สาธารณะ ความสำคัญของ

³³³ Criminal Law of the People’s Republic of China (2020 Amendment), Article 293.

³³⁴ 武诗敏, “在公共场所当众强奸 的解释逻辑与未来适用,” 法学论坛 3 (2014): 139.

กิจกรรมสาธารณะ จำนวนคนในสถานที่สาธารณะ เวลาที่เกิดความวุ่นวาย ขอบเขตและระดับผลกระทบต่อสถานที่สาธารณะ” ในระเบียบข้อบังคับนี้ไม่ได้ให้ความหมายของสถานที่สาธารณะอย่างชัดเจน เพียงแต่ยกตัวอย่างและให้คำแนะนำโดยสามารถนำไปใช้กับการตีความกฎหมายอาญาเงินตามมาตรา 293 (4) ในสถานที่สาธารณะที่ระบุไว้³³⁵

นอกจากนี้ ตามระเบียบข้อบังคับแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนว่าด้วยการดูแลสุขอนามัยในสถานที่สาธารณะ ซึ่งได้อธิบายว่าข้อบังคับนี้ให้นำไปใช้กับสถานที่สาธารณะต่อไปนี้³³⁶

- (1) โรงแรม ร้านอาหาร โรงแรมขนาดเล็ก บ้านพัก ร้านกาแฟ ผับ และร้านชา
- (2) ห้องอาบน้ำสาธารณะ ร้านตัดผม และร้านเสริมสวย
- (3) โรงละคร ห้องวิดีโอ สถานบันเทิง ห้องบอลรูม และห้องแสดงดนตรี
- (4) สนามกีฬา สระว่ายน้ำ และสวนสาธารณะ
- (5) ห้องนิทรรศการ พิพิธภัณฑ์ หอศิลป์ และห้องสมุด
- (6) ห้างสรรพสินค้า (ร้านค้า) และร้านหนังสือ
- (7) ห้องรับรองที่โรงพยาบาล ป้ายรถประจำทางหรือท่าเรือ และรถสาธารณะอื่น

แม้จะมีการกำหนดสถานที่แต่ระเบียบข้อบังคับนี้ก็ยังไม่ได้สรุปนิยามของสถานที่สาธารณะไว้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสถานที่สาธารณะตามกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนยังไม่ปรากฏนิยามที่ชัดเจน แต่ก็ไม่ได้ตัดคำอธิบายใหม่ ๆ ออกไป

4.3 สหพันธรัฐมาเลเซีย

สหพันธรัฐมาเลเซีย ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่าประเทศมาเลเซีย สถาปนาขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1963 ประกอบด้วย 13 รัฐ ภายใต้การปกครองแบบสหพันธรัฐของรัฐบาลกลาง เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์³³⁷ ในทางประวัติศาสตร์ถือว่าการก่อตั้งรัฐมะละกาเป็นจุดเริ่มต้นของประวัติศาสตร์มาเลเซีย³³⁸ ต่อมาในยุคอาณานิคมโปรตุเกสเป็นชาติแรกที่เข้ายึดครองรัฐมะละกาในปี ค.ศ. 1511³³⁹ ตามมาด้วยเนเธอร์แลนด์ในช่วงปี ค.ศ. 1640 โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อติดต่อค้าขายและเผยแพร่ศาสนาคริสต์ ต่อมาตกอยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1824 ซึ่งเป็นผลมาจาก

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Regulation on the Administration of Sanitation in Public Places (2019 Amendment), Article 2.

³³⁷ Stanley Yeo, Neil Morgan, and Chan Wing Cheong, *Criminal Law in Malaysia and Singapore*, 2 ed. (Singapore: LexisNexis, 2012), p. 6.

³³⁸ Barbara Watson Andaya and Leonard Y Andaya, *A History of Malaysia*, 3 ed. (Hampshire: PALGRAVE, 2017), pp. 10-11.

³³⁹ Ibid., 43.

สนธิสัญญาของอังกฤษและดัตช์ (Anglo-Dutch Treaty of 1824) ที่จะร่วมกันดูแลดินแดนในช่องแคบมะละกา บริหารงานโดยบริษัทอินเดียตะวันออกของอังกฤษ (The East India Company) มีการจัดตั้งนิคมช่องแคบในปี ค.ศ. 1826 เรียกว่า สเตรทส์เซ็ทเทิลเมนต์ส (Straits Settlement) รวมรัฐปีนัง รัฐมะละกา สิงคโปร์ในเขตการปกครองเดียว และออกกฎบัตรเรียกว่า The Second Charter of Justice of 1826 นับเป็นการจัดตั้งระบบกฎหมายเป็นครั้งแรกเพื่อบริหารนิคม โดยนำกฎหมายของอังกฤษเข้ามาใช้และมีการจัดตั้งศาล ในปี ค.ศ. 1830 นิคมช่องแคบถูกโอนไปอยู่ภายใต้การบริหารรัฐบาลเบงกอลประเทศอินเดีย จนย้ายไปขึ้นตรงต่อสำนักงานอาณานิคมในกรุงลอนดอนในปี ค.ศ. 1867 และกลายเป็นอาณานิคมของอังกฤษอย่างเต็มตัว³⁴⁰ ต่อมาในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ญี่ปุ่นเข้ายึดครองอาณานิคมของอังกฤษชั่วคราวจนสงครามสิ้นสุดและอังกฤษกลับเข้าครอบครองดินแดนแถบคาบสมุทรมลายูตามเดิม หลังสงครามรัฐบเนคาบสมุทรมลายูรวมตัวกันในฐานะสหภาพมาลายา ต่อมาปรับโครงสร้างเป็นสหพันธรัฐมาลายาและได้รับเอกราชจากอังกฤษ มาลายารวมกับซาบาวห์ ซาราวัก และสิงคโปร์ เป็นสหพันธรัฐมาเลเซียเมื่อวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 1963 จนสิงคโปร์ได้ถอนตัวไปเป็นประเทศเอกราชในปี ค.ศ. 1965³⁴¹

ประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธรัฐมาเลเซียได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอินเดียสืบเนื่องมาจากความพยายามที่จะรับเอากฎหมายอินเดีย (Indian Penal Code of 1837) มาใช้ในนิคมช่องแคบเนื่องจากไม่ซับซ้อนเท่ากฎหมายอังกฤษ ต่อมาเมื่อนิคมช่องแคบกลับมาอยู่ภายใต้การบริหารงานของอังกฤษ มีการออกประมวลกฎหมายอาญานิคมเรียกว่า Straits Settlement Penal Code ในปี ค.ศ. 1871 ต้นแบบมาจากประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย จนปี ค.ศ. 1936 ได้มีการตราประมวลกฎหมายอาญาสหพันธรัฐมาเลเซีย (the Federated Malay States Penal Code) มีผลใช้บังคับทั่วประเทศในวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 1976 ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมและประกาศใช้ในวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1997³⁴²

4.3.1 การตีความกฎหมายอาญาแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย

ประเทศมาเลเซียได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ แต่ประมวลกฎหมายอาญากลับได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอินเดียซึ่งเป็นต้นแบบในการร่างเป็นหลัก เมื่อเกิดปัญหาการตีความกฎหมายโดยหลักแล้วเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะแก้ไขปรับปรุงกฎหมายหากจำเป็น ส่วนการตีความกฎหมายจะเป็นหน้าที่ของศาลจะเกิดเมื่อมีความกำกวม เป็นไปตามแนวทางการตีความกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งเมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรประกาศใช้บังคับศาลไม่อาจ

³⁴⁰ Yeo, S., N. Morgan, and C. W. Cheong, *Criminal Law in Malaysia and Singapore*, pp. 7-9.

³⁴¹ ประยูร อัครบวร, ระบบบริหารราชการของสหพันธรัฐมาเลเซีย (กรุงเทพฯ: กรรณการพิมพ์), หน้า 23-27.

³⁴² Yeo, S., N. Morgan, and C. W. Cheong, *Criminal Law in Malaysia and Singapore*, pp. 10-11.

ตีความกฎหมายให้มีความหมายผิดไปจากตัวอักษรได้ คำพิพากษาของศาลจะอธิบายว่าจะใช้กฎเกณฑ์ใดในพิจารณาและพิพากษาหรือแปลความถ้อยคำในกฎหมาย ซึ่งอาจถูกใช้เป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาคดีอื่น³⁴³

4.3.2 การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา

ประมวลกฎหมายอาญามาเลเซีย มีการกำหนดให้การกระทำความผิดบางประเภทสามารถยอมความได้ (Compounding offences)³⁴⁴ โดยแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ ส่วน A และส่วน B มีหลักการต่างกัน ดังนี้

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาส่วน A คือ ทำลายความศรัทธาทางศาสนาตามมาตรา 298 ทำให้ได้รับบาดเจ็บตามมาตรา 323 และมาตรา 334 กักขังบุคคลโดยผิดกฎหมายตามมาตรา 341 และมาตรา 342 ทำร้ายร่างกายโดยใช้กำลังตามมาตรา 352 มาตรา 355 และมาตรา 358 บังคับใช้แรงงานตามมาตรา 374 สร้างความปั่นป่วนตามมาตรา 426 และมาตรา 427 บุกรุกตามมาตรา 447 และมาตรา 448 ผิดสัญญาตามมาตรา 491 พาไปหรือกักขังผู้หญิงที่แต่งงานแล้วตามมาตรา 498 หมิ่นประมาทตามมาตรา 500 มาตรา 501 มาตรา 502 และดูหมิ่นตามมาตรา 504 หากไม่มีการฟ้องคดีอาญา ความผิดดังกล่าวอาจยอมความได้โดยบุคคลตามที่ระบุไว้ (ผู้เสียหายในแต่ละฐานความผิด) หรือหากมีการฟ้องคดีแล้ว จะการยอมความทำได้โดยบุคคลตามที่ระบุไว้และจะต้องได้รับความยินยอมจากศาลที่คดีค้างพิจารณาอยู่เสียก่อน

ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาส่วน B คือ ความผิดกลุ่มทำให้เกิดอันตรายซึ่งเป็นภัยต่อชีวิตและร่างกายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 325 มาตรา 335 มาตรา 337 และมาตรา 338 อาจยอมความได้โดยบุคคลที่ได้รับบาดเจ็บและจะต้องได้รับความยินยอมจากศาลที่คดีค้างพิจารณาอยู่ก่อน

นอกจากที่กำหนดไว้ในส่วน A และส่วน B เป็นความผิดที่ไม่สามารถยอมความได้

ประเทศมาเลเซียใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเป็นหลัก เมื่อมีการกระทำความผิดตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นบัญญัติไว้ จะถูกสอบสวนและดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา³⁴⁵

³⁴³ Stanley Yeo Meng Heong, "The Application of Common Law Defences to the Penal Code in Singapore and Malaysia," in *The Common Law in Singapore and Malaysia*, ed. A. J. Harding (Singapore: Butterworth, 1985), pp. 144-146.

³⁴⁴ Criminal Procedure Code (Act 593), Section 260.

³⁴⁵ Abdul Razak Bin Haji Mohamad Hassan, "The Administration of Criminal Justice in Malaysia: The Role and Function of Prosecution," [Online] Accessed: 25 January 2021. Available from: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No53/No53_25PA_Hassan.pdf

4.3.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย

ผู้วิจัยจะกล่าวถึงโทษทางอาญาที่มีความแตกต่างกับกฎหมายไทยเป็นลำดับแรก โดยโทษทางอาญาตามกฎหมายอาญามาเลเซีย กำหนดไว้ 6 สถาน คือ

(1) โทษประหารชีวิต (Death sentence) โดยนำมาใช้กับการกระทำความผิดร้ายแรง เช่น ความผิดฐานฆ่า ความผิดเกี่ยวกับการลักลอบค้ายาเสพติด และความผิดที่เกี่ยวกับการใช้อาวุธปืน³⁴⁶ เมื่อบุคคลใดต้องโทษประหารชีวิตจะต้องรับโทษโดยการถูกแขวนคอจนเสียชีวิต³⁴⁷ แต่หากบุคคลนั้นเป็นผู้หญิงซึ่งตั้งครรภ์จะต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิตแทน³⁴⁸

(2) โทษเชือด (Whipping) มีลักษณะเป็นการทรมานรูปแบบหนึ่งที่ฉีกผิวหนังผู้กระทำความผิด อาจทิ้งรอยแผลเป็นที่ขยายไปถึงชั้นกล้ามเนื้อ ซึ่งโทษเชือดจะไม่ถูกนำไปใช้กับผู้หญิง ผู้ชายที่ถูกตัดสินประหารชีวิต และผู้ชายที่มีอายุมากกว่า 50 ปี³⁴⁹ ซึ่งการลงโทษรูปแบบนี้จะทำได้ต่อเมื่อมีใบรับรองแพทย์ว่าผู้ถูกลงโทษมีสุขภาพแข็งแรงสามารถรับการลงโทษได้³⁵⁰ และจะต้องป้องกันไม่ให้จำเลยถึงแก่ความตายด้วย³⁵¹

(3) โทษจำคุก (Imprisonment) มี 2 ประเภท คือ โทษจำคุกตลอดชีวิต หมายถึง จำคุกจนถึงแก่ความตาย ส่วนโทษจำคุกตามระยะเวลาที่กำหนด คือ โทษจำคุกที่มีกำหนดสูงสุด 20 ปี หรือตามระยะเวลาที่กำหนด³⁵²

(4) โทษปรับ (Fine) คือ การจ่ายเงินตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งขึ้นกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด³⁵³

(5) ควบคุมตัว (Police supervision) ใช้กับผู้กระทำความผิดซึ่งเคยได้รับโทษตามคำพิพากษาให้จำคุกเกิน 2 ปี ขึ้นไป โดยศาลอาจตัดสินให้อยู่ผู้กระทำความผิดอยู่ภายใต้การควบคุมตัวของตำรวจตามระยะเวลาที่กำหนด³⁵⁴ และ

(6) คุมประพฤติ (Probation) โดยศาลกำหนดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไข เช่น อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของบุคคลที่กำหนด ภายใต้การควบคุมพฤติกรรมตามที่กำหนด เป็นต้น³⁵⁵

³⁴⁶ Yeo, S., N. Morgan, and C. W. Cheong, *Criminal Law in Malaysia and Singapore*, pp. 58-59.

³⁴⁷ Criminal Procedure Code (Act 593), Section 277.

³⁴⁸ Criminal Procedure Code (Act 593), Section 275.

³⁴⁹ Criminal Procedure Code (Act 593), Section 289.

³⁵⁰ Criminal Procedure Code (Act 593), Section 290.

³⁵¹ Criminal Procedure Code (Act 593), Section 291.

³⁵² Penal Code (Act 547), Section 115.

³⁵³ Criminal Procedure Code (Act 593), Section 283.

³⁵⁴ Criminal Procedure Code (Act 593), Section 295.

³⁵⁵ Criminal Procedure Code (Act 593), Section 173A and Section 294A.

จากการศึกษาความผิดเกี่ยวกับการข่มขืน การอนาจาร การกระทำลามก และการก่อความเดือดร้อนรำคาญไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอันยอมความได้ แต่มีบทบัญญัติที่มีความสัมพันธ์กับฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทย ดังนี้

4.3.3.1 ข่มขืน

ความผิดฐานข่มขืน (Rape) กำหนดไว้ในมาตรา 375 ซึ่งเป็นความผิดที่ผู้กระทำความผิดจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น โดยข่มขืนคือการมีเพศสัมพันธ์กับหญิงโดยปราศจากความยินยอม หรือยินยอมเพราะความกลัวที่จะรับอันตรายต่อชีวิตและร่างกาย เมื่อผู้หญิงเชื่อว่าเป็นผู้ชายคนนั้นเป็นสามีของตนเอง เมื่อผู้หญิงตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ ความยินยอมมาจากการตกอยู่ภายใต้อำนาจหรือเพราะความสัมพันธ์ หรือข่มขืนเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี ไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ ก็เป็นความผิด การข่มขืนจะต้องมีการล่วงล้ำหรือสอดใส่จึงจะถือว่าเป็นความผิด³⁵⁶ โดยผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษจำคุกสูงสุดสี่ปีและอาจได้รับโทษเชี่ยน³⁵⁷ นอกจากนี้ ตามกฎหมายอาญามาเลเซียเมื่อผู้ชายมีเพศสัมพันธ์กับภรรยาที่ต้องตามกฎหมายโดยไม่ได้รับความยินยอม ไม่ถือเป็นการข่มขืน สืบเนื่องมาจากประเพณีที่เชื่อว่าเมื่อผู้หญิงแต่งงานกับผู้ชายอย่างถูกต้องตามกฎหมาย จะถือว่ายินยอมมีเพศสัมพันธ์กับผู้ชายที่เป็นสามี ซึ่งเป็นหน้าที่ของภรรยาที่จะต้องดูแลสามี และมาจากแนวความคิดที่ว่าผู้หญิงที่แต่งงานแล้วเป็นสมบัติของผู้ชายผู้เป็นสามี³⁵⁸

มาตรา 376 อนุมาตรา (1) กำหนดโทษฐานข่มขืน และตามอนุมาตรา (2) ได้กำหนดเหตุฉกรรจ์ไว้ 11 เหตุ ตามข้อ (a) – (k) โดยพบว่ามีการบัญญัติเกี่ยวกับการข่มขืนผู้หญิงต่อหน้าบุคคลอื่นไว้ ดังนี้

“มาตรา 376³⁵⁹ ได้กำหนดโทษฐานข่มขืนไว้ ดังนี้

(1) ภายใต้อนุมาตรา (2) (3) และ (4) ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราต้องระวางโทษจำคุกสูงสุดสี่ปีและอาจได้รับโทษเชี่ยน

(2) ผู้ใดข่มขืนผู้หญิงในกรณีดังต่อไปนี้

(c) ความผิดกระทำโดยผู้กระทำความผิดหลายคนหรือเกิดต่อหน้าบุคคลอื่น³⁶⁰

³⁵⁶ Penal Code (Act 547), Section 375. Penetration is sufficient to constitute the sexual intercourse necessary to the offence of rape.

³⁵⁷ Penal Code (Act 547), Section 376 (1).

³⁵⁸ Yeo, S., N. Morgan, and C. W. Cheong, Criminal Law in Malaysia and Singapore, p. 379. Penal Code (Act 547), Section 376 (1). Sexual intercourse by a man with his own wife by a marriage which is valid under any written law for the time being in force, or is recognized in Malaysia as valid, is not rape.

³⁵⁹ Penal Code (Act 547), Section 376.

³⁶⁰ Penal Code (Act 547), Section 376 (2) (c).

ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสิบปีแต่ไม่เกินสามสิบปีและอาจได้รับโทษเช็ย่น”

ดังนั้น หากมีเหตุจรรยาบรรณมาตรา (2) ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนตามมาตรา 375

4.3.3.2 บ่อนทำลายซึ่งจริยธรรมอันดีและยุยงให้เด็กกระทำการลามกอนาจาร

บัญญัติไว้ในมาตรา 377D การบ่อนทำลายซึ่งจริยธรรมอันดี (Outrages on decency) และมาตรา 377E การยุยงให้เด็กกระทำการลามกอนาจาร (Inciting a child to an act of gross indecency)

“มาตรา 377D³⁶¹ ผู้ใดไม่ว่าในที่สาธารณะหรือในที่รโหฐาน กระทำการหรือสนับสนุนให้กระทำการ หรือจัดให้ หรือพยายามจัดให้ผู้อื่นกระทำการ อันเป็นการกระทำความลามกอนาจารกับผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกสูงสุดสองปี”

ความผิดตามมาตรา 377D นี้ไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน แต่สามารถอธิบายได้ว่าการกระทำอนาจารนั้น หมายถึง พฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมในทางเพศตามความคิดเห็นของประชาชนทั่วไป ซึ่งจะนำไปปรับใช้กับบริบทที่ต่างกัน อาจใช้ในการกระทำความผิดทางเพศที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้³⁶² เช่น ในกรณีที่ความผิดเกิดระหว่างชายสองคนมีการจูบและสัมผัสโดยไม่ได้มีการสอดใส่ล้วงล้ำทางทวารหนัก ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 377A³⁶³ แต่อาจเป็นความผิดตามมาตรา 377D ได้

“มาตรา 377E³⁶⁴ ผู้ใดยุยงเด็กอายุต่ำกว่าสิบสี่ปีให้กระทำการใดที่เป็นการอนาจารกับตนเองหรืออนาจารผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปี แต่ไม่เกินสิบห้าปี และอาจได้รับโทษเช็ย่น”

ความผิดฐานนี้ไม่คำนึงถึงความยินยอมของเด็ก และผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษฐานหนัก³⁶⁵ เมื่อพิจารณาความผิดฐานอนาจารไม่มีเหตุที่ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล แต่ตามมาตรา 377D ความผิดเกิดในที่สาธารณะหรือในที่รโหฐานซึ่งเป็นที่ส่วนตัวก็ได้

4.3.3.3 กระทำการอันลามก

“มาตรา 294³⁶⁶ ผู้ใดสร้างความรำคาญให้แก่ผู้อื่นโดย

(a) กระทำการอันลามกอนาจารในที่สาธารณะ หรือ

³⁶¹ Penal Code (Act 547), Section 377D.

³⁶² Yeo, S., N. Morgan, and C. W. Cheong, *Criminal Law in Malaysia and Singapore*, p. 369.

³⁶³ Any person who has sexual connection with another person by the introduction of the penis into the anus or mouth of the other person is said to commit carnal intercourse against the order of nature.

³⁶⁴ Penal Code (Act 547), Section 377E.

³⁶⁵ Yeo, S., N. Morgan, and C. W. Cheong, *Criminal Law in Malaysia and Singapore*, p. 371.

³⁶⁶ Penal Code (Act 547), Section 294.

(b) ร้อง บรรยาย หรือกล่าวซึ่งเพลง บทกวี หรือคำพูดใดที่ลามกอนาจารในหรือใกล้ สถานที่สาธารณะ

ต้องระวางโทษจำคุกสูงสุดสามเดือนหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ”

4.3.3.4 ก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะและประพฤตินิยมขอในที่สาธารณะ

มาตรา 290 ความผิดฐานก่อความรำคาญสาธารณะ (Public nuisance) และมาตรา 510 ความผิดฐานประพฤตินิยมขอในที่สาธารณะเพราะความมีนเมา (Misconduct in public by a drunken person)

“มาตรา 290³⁶⁷ ผู้ใดก่อความรำคาญสาธารณะ ไม่ว่าจะในกรณีใดที่ไม่ได้รับโทษเป็นอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายนี้ ต้องระวางโทษปรับสูงสุดสี่ร้อยริงกิต”

“มาตรา 510³⁶⁸ ผู้ใดอยู่ในสภาพมีนเมาปรากฏตัวในที่สาธารณะหรือในสถานที่ใดในลักษณะบุกรุกและมีการประพฤตินิยมขอในที่สาธารณะที่จะก่อให้เกิดหรือสร้างความรำคาญให้กับผู้อื่น ระวางโทษจำคุกสูงสุดสิบวันหรือปรับสูงสุดยี่สิบริงกิตหรือทั้งจำทั้งปรับ”

นอกจากนี้ ผู้วิจัยได้เปรียบเทียบประมวลกฎหมายอาญามาเลเซียกับประมวลกฎหมายอาญาอินเดียที่เป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายอาญาของมาเลเซีย พบว่ามีความคล้ายคลึงกันค่อนข้างมากดังที่ปรากฏตามตารางที่ 8 แต่อย่างไรก็ตามมีความแตกต่างกันในเรื่องการกำหนดเหตุฉกรรจ์ของความผิดฐานข่มขืน ซึ่งทำให้สรุปได้ว่า การกำหนดเหตุฉกรรจ์ของแต่ละประเทศมีพัฒนาการที่แตกต่างกัน และเหตุฉกรรจ์ที่ผู้วิจัยเลือกมาศึกษาตามมาตรา 376 (2) เกิดจากพัฒนาการของกฎหมายมาเลเซียเอง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

³⁶⁷ Section 290 of the Malaysia Penal Code (Act 547).

³⁶⁸ Section 510 of the Malaysia Penal Code (Act 547).

**ตารางที่ 8 เปรียบเทียบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย
กับประมวลกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐอินเดีย**

ประมวลกฎหมายอาญามาเลเซีย	ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ³⁶⁹
มาตรา 376 (2) (c) ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเรา ผู้หญิงโดยกระทำความผิดหลายคนหรือความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสิบปีแต่ไม่เกินสามสิบปีและอาจได้รับโทษเช็ย	มาตรา 376 (2) (g) ³⁷⁰ ผู้ใดข่มขืนระหว่างการประชุมหรือความรุนแรงทางนิกาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสิบปี แต่อาจขยายไปถึงจำคุกตลอดชีวิตและต้องระวางโทษปรับด้วย
มาตรา 294 ผู้ใดสร้างความรำคาญให้แก่ผู้อื่นโดย (a) การกระทำอันลามกอนาจารในที่สาธารณะ หรือ (b) ร้อง บรรยาย หรือกล่าวซึ่งเพลง บทกวี หรือคำพูดใดที่ลามกอนาจารในหรือใกล้สถานที่สาธารณะ ต้องระวางโทษจำคุกสูงสุดสามเดือนหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ	มาตรา 294 ผู้ใดสร้างความรำคาญให้แก่ผู้อื่นโดย (a) การกระทำอันลามกอนาจารในที่สาธารณะ หรือ (b) ร้อง บรรยาย หรือกล่าวซึ่งเพลง บทกวี หรือคำพูดใดที่ลามกอนาจารในหรือใกล้สถานที่สาธารณะ ต้องระวางโทษจำคุกสูงสุดสามเดือนหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ
มาตรา 290 ผู้ใดก่อความรำคาญสาธารณะ ไม่ว่าจะในกรณีใดที่ไม่ได้รับโทษเป็นอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายนี้ ต้องระวางโทษปรับสูงสุดสี่ร้อยริงกิต	มาตรา 290 ผู้ใดก่อความรำคาญสาธารณะ ในกรณีที่ไม่ได้รับโทษที่กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นตามประมวลกฎหมายนี้ ต้องระวางโทษปรับสูงสุดสองร้อยรูปี
	มาตรา 354C ³⁷¹ ผู้ชายคนใดเฝ้าดู จับภาพ หรือเผยแพร่ภาพของผู้หญิงที่กำลังทำกิจกรรมส่วนตัวในสถานการณ์ที่คาดหวังว่าจะไม่ถูกสังเกต

³⁶⁹ Indian penal code of 1860.

³⁷⁰ ผู้วิจัยได้ยกมาเปรียบเทียบเนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของอินเดียใช้คำว่า “commits rape during communal or sectarian violence” แต่เมื่อศึกษาพบว่าคำว่า Communal หมายถึง การชุมนุมหรือประชุมชนก็จริง แต่มีความหมายและเจตนารมณ์ไปคนละทางกับคำว่า “Public” หรือ “ต่อหน้าธารกำนัล” ที่ผู้วิจัยกำลังศึกษา กรณีของกฎหมายอาญาอินเดีย สืบเนื่องมาจากประเทศอินเดียเป็นประเทศที่มีความขัดแย้งทางศาสนาและนิกาย ร่างผู้หญิงถูกใช้เสมือนสนามรบเพื่อสร้างความเหนียวแน่นของชุมชนหนึ่งเหนืออีกชุมชนหนึ่ง ดังนั้น แม้การกระทำความผิดอาจไม่มีคนรับรู้ แต่เกิดขึ้นเพราะความขัดแย้งระหว่างนิกายตามมาตรา 376 (2) (g) เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนตามมาตรา 375 โปรดดู Neha Dixit, "Sexual Violence and Sectarian Violence: The Muzaffarnagar Riots," [Online] Accessed: 21 January 2021. Available from: https://www.outofprintmagazine.co.in/archive/march-2015-issue/neha-dixit_the-muzaffarnagar-riots.html?fbclid=IwAR3mduEMlu_TBdGcUk-B577mshbrPnQaf4QwNbnqB1L_vkDiTpiTQqx70lk

³⁷¹ ข้อสังเกต บทบัญญัตินี้ใช้คำว่า “Any man who watches, or captures the image of a woman...” ซึ่งผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น และผู้ที่เห็นหรือจะต้องเป็นผู้หญิง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองความเป็นส่วนตัวของเพศหญิงเท่านั้น

ประมวลกฎหมายอาญามาเลเซีย	ประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ³⁶⁹
	โดยผู้กระทำความผิดหรือโดยบุคคลอื่น หากกระทำความผิดเป็นครั้งแรกระหว่างโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี แต่อาจขยายไปถึงสามปีและต้องระหว่างโทษปรับด้วย หากต่อมากกระทำความผิดตั้งแต่สองครั้งขึ้นไประหว่างโทษจำคุกไม่น้อยกว่าสามปี แต่อาจขยายไปถึงเจ็ดปีและต้องระหว่างโทษปรับด้วย ³⁷²
มาตรา 510 ผู้ใดอยู่ในสภาพมีนเมาปรากฏตัวในที่สาธารณะหรือในสถานที่ใดในลักษณะบุกรุกและมีการประพฤติตนในลักษณะที่จะก่อให้เกิดหรือสร้างความรำคาญให้กับผู้อื่น ระหว่างโทษจำคุกสูงสุดสิบวันหรือปรับยี่สิบริงกิตหรือทั้งจำทั้งปรับ	มาตรา 510 ผู้ใดอยู่ในสภาพมีนเมาปรากฏตัวในที่สาธารณะหรือในสถานที่ใดในลักษณะบุกรุกและมีการประพฤติตนในลักษณะที่จะก่อให้เกิดหรือสร้างความรำคาญให้กับผู้อื่น ต้องระหว่างโทษจำคุกสูงสุดยี่สิบสี่ชั่วโมงหรือปรับเป็นเงินสิบรูปีหรือทั้งจำทั้งปรับ

4.4 สหราชอาณาจักร

ระบบกฎหมายอังกฤษหรือคอมมอนลอว์เป็นกฎหมายของประเทศอังกฤษและเวลส์ มิใช่กฎหมายของสหราชอาณาจักร เนื่องจากสกอตแลนด์และไอร์แลนด์เหนือไม่ได้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายอังกฤษ แต่มีระบบกฎหมายและระบบศาลเป็นของตนเอง โดยในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงระบบกฎหมายอังกฤษที่ใช้ในประเทศอังกฤษและเวลส์เท่านั้น

ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษแบ่งออกเป็น 4 ยุค คือ

ยุคแองโกลแซกซอน (Anglo-Saxons) ค.ศ. 600-1066 กฎหมายที่ใช้บังคับคือจารีตประเพณีของชนเผ่า กษัตริย์และประชาชนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ศาลในสมัยนี้มีอำนาจพิจารณาคดีต่อเมื่อคู่ความยินยอมโดยผู้เสียหายเป็นคนเริ่มกล่าวหา มีการกำหนดความผิดต่อความสงบของกษัตริย์ (Breach of the King's Peace) ที่ถือว่ากษัตริย์เป็นผู้เสียหายโดยตรง และความผิดที่กษัตริย์

³⁷² บทบัญญัติได้อธิบายต่อไปว่า สำหรับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ “Private act” หรือ “ทำกิจกรรมส่วนตัว” หมายความว่ารวมถึงการกระทำที่เป็นการเฝ้ามองในสถานที่และสถานการณ์ที่เหยื่อคาดหวังความเป็นส่วนตัว และหมายถึงการเปิดเผยร้ายแรงต่อสาธารณะของเหยื่อ หรือขณะที่สวมเพียงชุดชั้นใน ขณะที่กำลังเข้าห้องน้ำ หรือกำลังกระทำการทางเพศที่ไม่ได้ทำในที่สาธารณะ และในกรณีที่เหยื่อยินยอมให้จับภาพหรือกระทำการใด ๆ แต่ไม่ให้เผยแพร่ต่อบุคคลภายนอกนั้น ในกรณีที่มีการเผยแพร่ภาพหรือการกระทำดังกล่าวจะถือเป็นความผิดตามมาตรา 372 นี้.

ไม่ได้รับผลกระทบโดยตรงคือความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ต่อมาเรียกว่า ความผิดอาญาต่อแผ่นดิน (Pleas of the Crown) ซึ่งเป็นรากฐานของกฎหมายอาญา³⁷³

ยุคที่ 2 ยุคก่อตัวของคอมมอนลอว์ (Formation of the Common Law) ค.ศ. 1600-1485 ในยุคนี้มีการวางหลักเกณฑ์ในการตัดสินคดีโดยใช้เหตุผลพิเคราะห์ข้อเท็จจริงและยึดหลักเกณฑ์ใน คำพิพากษาคดีก่อนมาใช้ตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงแบบเดียวกันในภายหลังซึ่งเป็นหลักคอมมอนลอว์ที่ ได้รับการยอมรับปฏิบัติสืบต่อกันมา พัฒนาเป็นทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (The Doctrine of Precedent)³⁷⁴ ช่วงปลายศตวรรษที่ 12 การดำเนินคดีอาญาทำได้ 2 วิธี คือ โดยการกล่าวหาของคณะลูกขุน (Assize of Clarendon) และโดยผู้เสียหายดำเนินการฟ้องร้องคดีเอง (Appeal of Felony)³⁷⁵

ยุคที่ 3 ยุคกำเนิดเอ็คควิตี้ (Growth of Equity) ค.ศ. 1485-1832 ในศตวรรษที่ 14 ได้มีการ ก่อตั้งศาลชานเซอร์รี่ (The Chancery Court) เนื่องจากศาลหลวงตัดสินคดีโดยยึดมั่นกับวิธีการของ คอมมอนลอว์ทำให้คู่ความไม่ได้รับความเป็นธรรม จึงถวายฎีกาต่อกษัตริย์ให้ทรงวินิจฉัย ศาลชาน เซอร์รี่นำหลักความยุติธรรม (Equity) มาอ้างอิงตัดสินคดีแทนกฎหมายคอมมอนลอว์ ในศตวรรษที่ 15-17 รัฐสภาของอังกฤษมีอำนาจตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรเพิ่มขึ้น ส่งผลให้ในระยะเวลาต่อมา กฎหมายลายลักษณ์อักษรแบ่งเป็น กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภา ได้แก่ สภาสามัญ (House of Commons) และสภาขุนนาง (House of Lords) ตราพระราชบัญญัติ (Act of Parliament) และกฎหมายของฝ่ายบริหารตามที่ได้รับอำนาจจากรัฐสภา เช่น พระราชกฤษฎีกา (The Order in Council)³⁷⁶

ยุคที่ 4 ยุคสมัยใหม่ (Modern Period) ค.ศ. 1832 ถึงปัจจุบัน ในศตวรรษที่ 19 กฎหมาย อังกฤษมีป่อเกิด 3 ทาง คือ คอมมอนลอว์ หลักความยุติธรรม และกฎหมายลายลักษณ์อักษร และมีการปฏิรูประบบศาลโดยแบ่งออกเป็น 3 ชั้น และศาลอาญา มี 3 ศาล ได้แก่

- (1) ศาลสูงสุดของประเทศ คือ ศาลสภาขุนนาง (House of Lords)
- (2) ศาลสูงชั้นกลาง ได้แก่ ศาลอุทธรณ์แผนกคดีอาญา (Court of Appeal Criminal Division) ศาลคราวน์คอร์ท (Crown Court) และศาลไฮคอร์ท แผนกควีนส์เบนช์ (Queen's Bench Division of the High Court) และ

³⁷³ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 20-22.

³⁷⁴ Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, 7 ed. (Oxford: Oxford University Press, 1964), p. 232.

³⁷⁵ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, หน้า 57.

³⁷⁶ กัธร กำประเสริฐและสุเมธ จานประดับ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก, หน้า 165-170.

(3) ศาลชั้นต้น คือ ศาลมาจิสเตรทคอร์ท (Magistrates' Court)³⁷⁷

4.4.1 การตีความกฎหมายอาญาตามระบบกฎหมายอังกฤษ

การตีความกฎหมายอาญา (Criminal statutes) มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ กฎหมายที่มีโทษทางอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด และในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เคลือบคลุมหรือไม่แน่นอน ให้ตีความไปในทิศทางที่เป็นคุณและยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่ประชาชน³⁷⁸ การตีความกฎหมายอาญาจะเป็นไปตามหลักที่ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งปวงที่ขัดแย้งต่อกฎหมายคอมมอนลอว์จะถูกตีความโดยเคร่งครัดและถูกยอมรับในแบบอย่างที่ไม่แน่นอนในฐานะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏออกมา³⁷⁹ ตามหลักที่ความผิดอาญาตามระบบกฎหมายอังกฤษแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ (Common law crime) และความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ (Statutory crime)³⁸⁰ ดังนั้น การตีความความผิดอาญาที่กฎหมายบัญญัติซึ่งเกิดขึ้นภายหลังนั้น จะต้องตีความไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ที่เกิดขึ้นก่อนด้วย

4.4.2 การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา

การจำแนกประเภทความผิดตามระบบกฎหมายมีผลต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี แต่เดิมกฎหมายอังกฤษแบ่งประเภทความผิดออกเป็นความผิดฐานกบฏ (Treason) เฟโลนี (Felony) และมีสดีมันเนอร์ (Misdemeanor)³⁸¹ จนถึงปี ค.ศ. 1967 ถูกยกเลิกโดยมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา แบ่งความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความผิดที่สามารถจับกุมได้โดยไม่มีหมาย (Arrestable offences) และความผิดสามารถจับกุมได้ต่อเมื่อมีหมาย (Non-arrestable offences)³⁸² และมีการจำแนกประเภทความผิดตามความร้ายแรงออกเป็น 3 ประเภท³⁸³ ได้แก่

(1) ความผิดอุกฉกรรจ์ที่พิจารณาโดยใช้ลูกขุน (Indictable only offences) ความผิดที่มีความร้ายแรงที่สุด พิจารณาในศาลคราวน์คอร์ท (Crown Court) โดยผู้พิพากษาและลูกขุน เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดฐานชิงทรัพย์ และความผิดฐานทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส เป็นต้น

³⁷⁷ สุนัย มโนมัยอุคม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, หน้า 187.

³⁷⁸ Tuck and Sons v Priester (1887) 19 QBD 629, Fisher v Bell (1961) 1 QB 394 และ Vestey v IRC (1980) AC 1148.

³⁷⁹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 127.

³⁸⁰ คณิต ฌ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 77.

³⁸¹ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, กฎหมายแองโกลอเมริกันเบื้องต้น (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง), หน้า 94.

³⁸² Section 1-3 of Criminal Law Act 1967.

³⁸³ Nicola Monaghan, Criminal Law : Directions, 5 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), pp. 6-7.

(2) ความผิดที่พิจารณาโดยลูกขุนหรือโดยรวบรัด (Either way offences) ความผิดที่มีความร้ายแรงปานกลาง เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานทำร้ายจนเป็นอันตรายแก่กาย โดยจะเริ่มต้นพิจารณาที่ศาลมาจิสเตรทคอร์ท (Magistrates' Court) ซึ่งหากศาลมาจิสเตรทคอร์ทพิจารณาว่าเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงอาจส่งไปที่ศาลคราวน์คอร์ท (Crown Court) โดยที่จำเลยไม่มีสิทธิเลือก แต่หากศาลมาจิสเตรทคอร์ทเห็นว่าสามารถใช้วิธีพิจารณาคดีโดยรวบรัดได้ จำเลยมีสิทธิเลือกที่จะดำเนินคดีในศาลมาจิสเตรทคอร์ทหรือศาลคราวน์คอร์ทโดยมีลูกขุน³⁸⁴

(3) ความผิดที่ใช้วิธีพิจารณาโดยรวบรัด (Summary only offences) ความผิดที่ไม่ร้ายแรงสำหรับความผิดซึ่งกำหนดไว้ว่ามีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน โทษปรับ หรือจัดให้ทำบริการสาธารณะ ซึ่งจะพิจารณาในศาลมาจิสเตรทคอร์ท (Magistrates' Court) โดยที่ไม่มีลูกขุน เช่น การทำร้ายร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับการขับซี้รถยนต์ เป็นต้น

เดิมอังกฤษใช้ระบบการดำเนินคดีโดยประชาชน การนำตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องร้องต่อศาลเป็นหน้าที่ของผู้เสียหายหรือญาติ (Private action) โดยศาลหลวงจะใช้วิธีพิจารณาที่เรียกว่า Appeal of Felony ใช้การพิจารณาโดยวิธีต่อสู้ ต่อมาศาลหลวงได้เพิ่มกฎเกณฑ์การฟ้องและเงื่อนไขให้ซับซ้อน ทำให้การพิจารณาแบบ Appeal of Felony ไม่เป็นที่นิยมและถูกยกเลิกไปในที่สุด อีกระบบพัฒนามาจากระบบที่ให้ผู้แทนประชาชนเป็นผู้ฟ้อง คือ ระบบที่ให้สังคมนเป็นผู้กล่าวหา ต่อมาเรียกว่า การกล่าวหาของคณะลูกขุน ภายใต้วิธีการพิจารณาตามกฎหมายที่เรียกว่า Assize of Clarendon จนในที่สุดการฟ้องร้องและพิจารณาโดยคณะลูกขุนขยายไปถึงความผิดที่ไม่รุนแรงเรียกว่า มีสติมันเนอร์ (Misdemeanor) ด้วย³⁸⁵

ในปี ค.ศ. 1880 มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ทำหน้าที่ฟ้องคดีสังกัดกรมตำรวจ และปี ค.ศ. 1985 ได้มีตรากฎหมายจัดตั้งสำนักงานอัยการสูงสุด ถือเป็นกาเปลี่ยนมาใช้ระบบการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ โดยองค์กรอัยการมีอำนาจหน้าที่ในการฟ้องคดีอาญาซึ่งพนักงานตำรวจเป็นผู้สอบสวนทั้งหมด ส่วนสิทธิในการฟ้องคดีอาญาของผู้เสียหายยังมีอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรอัยการ อัยการอาจเข้าไปดำเนินคดีหรือใช้ดุลพินิจในการระงับการฟ้องคดีของผู้เสียหายได้³⁸⁶

³⁸⁴ เป็นไปตามสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน (Right to Trial by Jury).

³⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42, 57-59,

³⁸⁶ อุทัย อาทิวา, "ระบบการดำเนินคดีอาญา : ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน," [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 22 มกราคม 2564. แหล่งที่มา: <https://www.stou.ac.th/schools/slwl/upload/41717-unit%202.pdf>

4.4.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 และพระราชบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ค.ศ. 1986

ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางเพศกระจัดกระจายอยู่หลายฉบับ โดยมีกฎหมายที่สำคัญคือพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 เป็นกฎหมายที่ถูกรวบรวมและใช้บังคับมาอย่างยาวนานจึงมีความล้าสมัยและเป็นการเลือกปฏิบัติ ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 บัญญัติความผิดใหม่แทนที่บทบัญญัติเดิมเกือบทั้งหมด เป็นบทบัญญัติที่มีความทันสมัย เป็นระบบ และได้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก โดยการกระทำที่เป็นความผิดทางเพศตามกฎหมายอังกฤษ แบ่งได้เป็น 4 ลักษณะ³⁸⁷ คือ

(1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape) เดิมพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 1956 บัญญัติว่าการข่มขืนคือกรณีที่ผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงหรือผู้ชาย พระราชบัญญัติปี ค.ศ. 2003 ได้ใช้ถ้อยคำว่าผู้ใด (A) กับผู้อื่น (B) แทนการใช้คำว่าผู้ชายและผู้หญิง ซึ่งการข่มขืนกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ชายเท่านั้น แต่ผู้หญิงสามารถเป็นผู้สนับสนุนได้³⁸⁸

(2) การอนาจารโดยการล่วงล้ำ (Assault by penetration) คือ การล่วงล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น โดยส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้กระทำหรือด้วยสิ่งของอย่างอื่นโดยผู้อื่นไม่ยินยอม ซึ่งผู้กระทำความผิดสามารถเป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง³⁸⁹

(3) การอนาจารทางเพศ (Sexual assault) คือ การจงใจสัมผัสบุคคลอื่นเพื่อสนองความต้องการในทางเพศโดยผู้อื่นไม่ยินยอม³⁹⁰ ซึ่งจะต้องมีการสัมผัสในความเป็นจริงไม่ว่าจะใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย การสัมผัสโดยสิ่งของอย่างอื่น การสัมผัสผ่านเสื้อผ้า รวมทั้งการสัมผัสที่เกือบจะเป็นการล่วงล้ำด้วย³⁹¹ โดยการสัมผัสนั้นจะต้องเป็นการสัมผัสด้วยความใคร่ในทางเพศ ซึ่งปรากฏในมาตรา 78 อธิบายคำว่า “Sexual” หรือเรื่องในทางเพศว่า ไม่ว่าจะเป็นการล่วงล้ำ การสัมผัส หรือการทํากิจกรรมทางเพศ จะต้องเป็นเรื่องที่ตามธรรมชาติหรือในสถานการณ์หรือจุดประสงค์ของผู้กระทำเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพศ³⁹²

³⁸⁷ Monaghan, N., *Criminal Law : Directions*, pp. 192-193.

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Sexual Offences Act 2003, Section 2.

³⁹⁰ Sexual Offences Act 2003, Section 3.

³⁹¹ Monaghan, N., *Criminal Law : Directions*, pp. 213-214.

³⁹² Sexual Offences Act 2003, Section 78.

(4) การจงใจทำให้ผู้อื่นมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม (Causing a person to engage in sexual activity without consent) เป็นบทบัญญัติใหม่ที่เกิดขึ้นจากการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ผู้ใดจงใจทำให้ผู้อื่นมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอมและหากกิจกรรมนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการล่วงล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้อื่น หรือล่วงล้ำปากของผู้อื่นด้วยอวัยวะเพศ หรือล่วงล้ำช่องคลอดหรือทวารหนักของผู้กระทำโดยอวัยวะเพศหรือส่วนหนึ่งของร่างกายของผู้อื่นหรือโดยสิ่งของอย่างอื่น หรือล่วงล้ำปากของผู้กระทำด้วยอวัยวะเพศของผู้อื่น ผู้นั้นมีความผิดและจะต้องระวางโทษสูงสุดคือจำคุกไม่เกิน 10 ปี สำหรับการพิจารณาในศาลคราวน์คอร์ท³⁹³

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทย มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

สำหรับการเทียบเคียงความผิดตามมาตรา 281 ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำความผิดทางเพศต่อหน้าธารกำนัลเป็นความผิด แต่พอจะเทียบเคียงได้กับบทบัญญัติว่าด้วยกระทำความผิดทางเพศต่อเด็ก คือ

4.4.3.1 การมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็ก

“มาตรา 11 มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็ก (Engaging in sexual activity in the presence of a child)³⁹⁴

(1) ผู้ใดมีอายุตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไป (A) กระทำความผิดโดยจงใจมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศและมีจุดประสงค์เพื่อสนองความพึงพอใจทางเพศของตน เมื่ออยู่ต่อหน้าผู้อื่น (B) หรืออยู่ในสถานที่ซึ่ง A สามารถเห็นได้ และผู้กระทำรู้หรือเชื่อได้ว่า B รับรู้หรือจงใจให้ B รู้ว่าตนมีส่วนร่วมในกิจกรรมนั้นและ B มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี โดย A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่า B มีอายุสิบหกปีขึ้นไป หรือ B มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี

(2) ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 11 ต้องรับโทษ หากเป็นการพิจารณาคดีโดยรวบรัด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินอัตราสูงสุดที่กฎหมายกำหนดหรือทั้งจำทั้งปรับ และหากเป็นการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี”

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินตามความผิดฐานนี้ เช่น คดีที่จำเลยสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองต่อหน้าเด็กผู้หญิงอายุ 8 ปี³⁹⁵ หรือคดีที่จำเลยขับรถชิดขอบทางเดินและดึงดูความสนใจของกลุ่มเด็กผู้หญิงอายุระหว่าง 9 ปีถึง 14 ปี เปิดเผยอวัยวะเพศและสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองต่อหน้ากลุ่ม

³⁹³ Sexual Offences Act 2003, Section 4.

³⁹⁴ Sexual Offences Act 2003, Section 11.

³⁹⁵ WH [2005] EWCA Crim 1917.

เด็กผู้หญิง³⁹⁶ จากตัวอย่างกรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้ากลุ่มเด็กผู้หญิงเทียบได้กับความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทยแต่มีความแตกต่างที่ลักษณะของความผิดและมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการคุ้มครองเด็ก

4.4.3.2 การทำให้เด็กดูการกระทำทางเพศ

“มาตรา 12 ทำให้เด็กดูการกระทำทางเพศ (Causing a child to watch a sexual act)³⁹⁷

(1) ผู้ใดมีอายุตั้งแต่สิบแปดปีขึ้นไป (A) กระทำความผิด มีจุดประสงค์เพื่อสนองความพึงพอใจทางเพศของตน จงใจให้ผู้อื่น (B) ดูการมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศของบุคคลที่สามหรือดูภาพของบุคคลใดกำลังมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศ และ B มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี โดย A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่า B มีอายุสิบหกปีขึ้นไป หรือ B มีอายุต่ำกว่าสิบสามปี

(2) ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 12 ต้องรับโทษ หากเป็นการพิจารณาคดีโดยรวบรัด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินอัตราสูงสุดที่กฎหมายกำหนดหรือทั้งจำทั้งปรับ และหากเป็นการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี”

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินตามมาตรา 12 ได้แก่ คดีที่จำเลยมอมเหล้าเด็กผู้ชายอายุ 13 ปีและให้เด็กดูหนังโป๊ โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งความพึงพอใจในทางเพศจากการที่เด็กเกิดอารมณ์ในทางเพศ³⁹⁸ กรณีตามตัวอย่างหากเป็นการดูภาพหรือ VDO ก็จะไม่สามารถเทียบได้กับความผิดต่อหน้าธารกำนัลที่ต้องรับรู้ขณะกระทำความผิดได้ แต่หากเป็นการบังคับให้เด็กดูบุคคลอื่นขณะที่กำลังร่วมเพศ ก็อาจเทียบได้กับความผิดมาตรา 281 ตามกฎหมายไทยได้³⁹⁹

ส่วนการกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลเทียบได้กับความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจารตามมาตรา 66 ดังนี้

4.4.3.3 การแสดงอนาจาร

“มาตรา 66 การแสดงอนาจาร (Exposure)⁴⁰⁰

(1) ผู้ใดกระทำความผิดโดยจงใจเปิดเผยอวัยวะเพศของตนเองและเจตนาที่จะให้ผู้อื่นเห็นเพื่อให้เกิดความหวาดกลัวหรือความกังวลใจแก่ผู้อื่น

³⁹⁶ R V Stephen David Bowling [2008] EWCA Crim 1148.

³⁹⁷ Sexual Offences Act 2003, Section 12.

³⁹⁸ R v Abdullahi [2006] EWCA Crim 2060.

³⁹⁹ Explanatory Notes: Section 12 A person who, for his own sexual gratification, forces a child to watch two people have sex, or who forces a child to watch a pornographic film, would commit this offence.

⁴⁰⁰ Sexual Offences Act 2003, Section 66.

(2) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษ หากเป็นการพิจารณาคดีโดยรวบรัด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินอัตราสูงสุดตามกฎหมายกำหนดหรือทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี”

ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิงที่จงใจเปิดเผยอวัยวะเพศของตนเอง โดยแนวทางการลงโทษ (Sentencing Guideline) ที่ศาลใช้กำหนดโทษให้จำเลยจะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ความเสียหายที่เกิดขึ้น (Harm) และความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิด (Culpability) โดยปัจจัยที่ชี้ให้เห็นว่ามีอันตรายหรือก่อความเสียหาย คือ พฤติการณ์ที่มีการติดตามเหยื่อ ซึ่งมีลักษณะเป็นการทำให้เหยื่อกลัวหรือคุกคามเหยื่อ หรือความผิดเกิดในสถานการณ์ที่เหยื่ออยากที่จะหลีกเลี่ยง เช่น ผู้กระทำความผิดเปิดเผยอวัยวะเพศให้เหยื่อเห็นบนรถประจำทาง ในลักษณะผู้กระทำยื่นบังทางเดินต่อหน้าเหยื่อที่นั่งอยู่บริเวณเก้าอี้ริมหน้าต่าง อีกพฤติการณ์คือ นอกจากเปิดเผยอวัยวะเพศแล้วผู้กระทำความผิดได้สำเร็จความใคร่ด้วยตนเองต่อหน้าเหยื่อ ซึ่งสร้างความตกใจแก่เหยื่อและเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจ ส่วนปัจจัยที่ชี้ให้เห็นถึงความชั่วร้าย เช่น การเจาะจงเลือกเหยื่อ การขู่เชิญคุกคามเหยื่อ เป็นต้น⁴⁰¹

องค์ประกอบภายใน ผู้กระทำความผิดจะต้องเปิดเผยอวัยวะเพศอย่างจงใจและเจตนาที่จะให้ผู้อื่นเห็นและก่อให้เกิดความหวาดกลัวหรือความกังวลใจแก่ผู้อื่น ความมุ่งหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งความพึงพอใจในทางเพศเพียงอย่างเดียวนั้นไม่เพียงพอ หรือคาดว่าจะมีผู้อื่นเห็นการเปิดเผยอวัยวะเพศของตนเพียงอย่างเดียวก็ไม่เพียงพอเช่นกัน จะต้องเป็นกรณีที่มีเจตนาให้ผู้อื่นเห็นและเกิดความหวาดกลัวหรือความกังวลใจด้วย⁴⁰²

แต่ผลของการกระทำนั้นไม่จำเป็นว่าจะต้องมีผู้อื่นเห็นอวัยวะเพศของผู้กระทำความผิดหรือผู้อื่นจะต้องเกิดความหวาดกลัวหรือความกังวลใจ เช่น กรณีที่บุคคลหนึ่งเปิดเผยอวัยวะเพศต่อคนที่เดินผ่านไปมา หากเจตนาให้ผู้อื่นเห็นและเกิดความหวาดกลัวหรือความกังวลใจ แม้จะไม่มีคนเห็นหรือเห็นแต่ไม่หวาดกลัวหรือกังวลใจจากการได้เห็นอวัยวะเพศของผู้กระทำ ผู้กระทำก็มีความผิดแล้ว⁴⁰³

⁴⁰¹ Peter Rook and Robert Ward, *Rook and Ward on Sexual Offences : Law & Practice*, 5 ed. (London: Sweet & Maxwell, 2016), pp. 1012-1014.

⁴⁰² Ibid., 1020.

⁴⁰³ Explanatory Notes: Section 66 makes it an offence for a person intentionally to expose his genitals where he intends that someone will see them and be caused alarm or distress. It is not necessary for A's genitals to have been seen by anyone or for anyone to have been alarmed or distressed. For example, if a person exposes his genitals to some passers-by, he may commit the offence regardless of whether they actually see his genitals or whether they have been alarmed or distressed by seeing them.

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินตามมาตรา 17 R v Ketteridge⁴⁰⁴ คดีนี้จำเลยกระทำความผิดโดยเปิดเผยอวัยวะเพศและสำเร็จความใคร่ด้วยตนเองขณะที่รถจอดอยู่ข้างรถนักเรียนที่มีเด็กอายุประมาณ 17 ถึง 18 ปี ต่อมาได้กระทำความผิดแบบเดิมต่อหน้าเด็กหญิงอายุตั้งแต่ 13 ถึง 16 ปี

ความผิดเกี่ยวกับการกระทำด้วยประการใด ๆ ต่อผู้อื่นอันเป็นการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญต่อหน้าธารกำนัล เมื่อศึกษากฎหมายอังกฤษแล้วมีความผิดที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

4.4.3.4 การแอบถ่ายหรือถ้ำมอง

“มาตรา 67 การแอบถ่ายหรือถ้ำมอง (Voyeurism)”⁴⁰⁵

(1) ผู้ใดกระทำความผิด เพื่อสนองความพึงพอใจทางเพศของตน ถ้ำมองผู้อื่นกำลังทำเรื่องส่วนตัวและรู้ว่าผู้นั้นไม่ยินยอมที่จะถูกเฝ้าสังเกตเพื่อความพึงพอใจทางเพศ

การตีความคำว่าเรื่องส่วนตัว “Private act” ปรากฏในมาตรา 68 (1) หมายถึง กรณีที่ผู้นั้นอยู่ในสถานที่และในสถานการณ์ซึ่งคาดว่าจะได้รับความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุสมผลและอวัยวะเพศ บั้นท้าย หรือหน้าอกของผู้นั้นเปิดเผยหรือขณะสวมใส่เพียงแค่ชุดชั้นใน ขณะที่กำลังเข้าห้องน้ำ หรือกำลังทำเรื่องในทางเพศสาธารณะปกติแล้วจะไม่ได้ทำในที่สาธารณะ⁴⁰⁶

ตัวอย่าง A อยู่นอกบ้านมองทะลุผ่านช่องผ้าม่านที่แง้มอยู่ เพื่อที่จะดู B และ C กำลังมีเพศสัมพันธ์กันเพื่อสนองความพึงพอใจทางเพศและไม่ได้รับความยินยอมจาก B และ C เช่นนี้ A จะมีความผิดตามมาตรา 67 (1)⁴⁰⁷

(2) ผู้ใดกระทำความผิดโดย ใช้อุปกรณ์โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ผู้อื่นสามารถเห็นบุคคลที่สาม (B) ทำเรื่องส่วนตัวเพื่อสนองความพึงพอใจทางเพศ และรู้ว่า (B) ไม่ยินยอมให้ใช้อุปกรณ์เพื่อจุดประสงค์เช่นนั้น

ตัวอย่าง A ผู้ให้เช่าบ้านติดกล้องไว้ในห้องนอนของผู้เช่า B เพื่อที่จะให้บุคคลอื่นเข้ามาดูภาพโป๊ของผู้เช่าที่ไม่ได้ใส่เสื้อผ้าได้ผ่านทางเว็บไซต์ โดยที่รู้ว่า B ไม่ยินยอม เช่นนี้ A กระทำความผิดตามมาตรา 67 (2) ส่วนผู้เข้ามาดูภาพและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะไม่มีผิดตามมาตรา 67 นี้ แต่อาจมีความผิดตามกฎหมายอื่นหรือมาตราอื่นได้ขึ้นกับข้อเท็จจริง⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ [2014] EWCA Crim 1692, [2015] RTR 5.

⁴⁰⁵ Sexual Offences Act 2003, Section 67.

⁴⁰⁶ Sexual Offences Act 2003, Section 68.

⁴⁰⁷ Ward, P. R. a. R., *Rook and Ward on Sexual Offences : Law & Practice*, p. 1021.

⁴⁰⁸ Ibid.

(3) ผู้ใดกระทำความผิดโดยบันทึกภาพผู้อื่น (B) กำลังทำเรื่องส่วนตัว โดยมีเจตนาเพื่อสนองความพึงพอใจทางเพศของตนเองหรือบุคคลที่สามจากการดูภาพของ (B) ขณะกระทำการนั้น และรู้ว่า (B) ไม่ยินยอมให้บันทึกการกระทำเพื่อจุดประสงค์เช่นนั้น

ตัวอย่าง A แฟนของ B แอบบันทึกภาพขณะที่ B กำลังสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง เพื่อที่จะดูรูปภาพนั้นเองหรือตั้งใจที่จะแพร่กระจายรูปภาพลงเว็บไซต์ให้ผู้อื่นเห็น เพื่อสนองความพึงพอใจทางเพศของคนเหล่านั้นจากการดูรูปภาพของ B กรณีนี้ A มีความผิดตามมาตรา 67 (3) ส่วนผู้เข้ามาดูภาพและผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตจะไม่มีผิดตามมาตรานี้ แต่อาจมีความผิดตามกฎหมายอื่นหรือมาตราอื่นได้ขึ้นกับข้อเท็จจริง⁴⁰⁹

(4) ผู้ใดกระทำความผิดโดยติดตั้งอุปกรณ์ ประกอบ หรือดัดแปลงโครงสร้างหรือส่วนหนึ่งของโครงสร้างโดยมีเจตนาให้ตนเองหรือผู้อื่นกระทำความผิดตามอนุมาตรา (1)

ประกอบกรณีความตามมาตรา 68 (2) คำว่า “structure” หรือ “โครงสร้าง” หมายความว่า รวมถึง เต้นท์ ยานพาหนะ เรือ โครงสร้างชั่วคราวหรือเคลื่อนย้ายได้อื่น ๆ ด้วย⁴¹⁰

ตัวอย่าง A ผู้ให้เช่า เจาะช่องเพื่อเอาไว้ถ้ำมองหรือติดตั้งกระจกเงาสองทางที่บ้าน เพื่อที่จะถ้ำมองผู้เช่า B เพื่อสนองความพึงพอใจทางเพศจากการที่ตนเองหรือบุคคลอื่นสามารถถ้ำมอง B ทำเรื่องส่วนตัวได้ เช่นนี้ A กระทำความผิดตามมาตรา 67(4)⁴¹¹

(5) ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 67 ต้องรับโทษ หากเป็นการพิจารณาคดีโดยรวบรัด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินอัตราสูงสุดตามกฎหมายกำหนดหรือทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี”

“มาตรา 67A เพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับการแอบถ่ายหรือถ้ำมอง (Voyeurism: additional offences)⁴¹²

(1) ผู้ใด (A) กระทำความผิดโดยใช้อุปกรณ์ได้ร่มผ้าของผู้อื่น (B) เพื่อให้ตนเอง (A) หรือบุคคลอื่น (C) ด้วยจุดประสงค์ตามอนุมาตรา (3) เพื่อถ้ำมองอวัยวะเพศหรือบั้นท้ายของ (B) ไม่ว่าจะโดยเปิดเผยหรือขณะสวมใส่ชุดชั้นในและ A ไม่ได้ได้รับความยินยอมจาก B และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่า B ยินยอม

คำว่า “อุปกรณ์” เช่น กล้องดิจิทัล กล้องจากโทรศัพท์มือถือ กล้องวิดีโอ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นใด กรณีตามมาตรา 67A (1) ผู้กระทำความผิดเมื่อใช้อุปกรณ์ถ้ำมองได้ร่มผ้า

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ Sexual Offences Act 2003, Section 68 (2).

⁴¹¹ Ward, P. R. a. R., *Rook and Ward on Sexual Offences : Law & Practice*, p. 1021.

⁴¹² Sexual Offences Act 2003, Section 67A.

ของผู้อื่น ไม่ว่าจะมีการบันทึกภาพนั้นไว้หรือไม่ แตกต่างกับกรณีตามอนุมาตรา (2) ที่ต้องมีการบันทึกภาพไว้⁴¹³

(2) ผู้ใด (A) กระทำความผิดโดยบันทึกภาพได้ร่มผ้าของผู้อื่น (B) ซึ่งเป็นภาพอวัยวะเพศหรือบั้นท้ายของ B ไม่ว่าจะโดยเปิดเผยหรือขณะสวมใส่ชุดชั้นในและ A กระทำโดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ตนเองหรือบุคคลอื่น (C) ได้ดูภาพด้วยจุดประสงค์ตามอนุมาตรา (3) และ A ไม่ได้ได้รับความยินยอมจาก B และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่า B ยินยอม

(3) วัตถุประสงค์ที่กล่าวในอนุมาตรา (1) และ (2) ได้แก่ เพื่อสนองความพึงพอใจทางเพศหรือทำให้ B อับอาย หวาดกลัว หรือกังวล

(4) ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษ หากเป็นการพิจารณาคดีโดยรวบรัด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบสองเดือนหรือปรับไม่เกินอัตราสูงสุดตามกฎหมายกำหนดหรือทั้งจำทั้งปรับ หากเป็นการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี”

4.4.3.5 กฎหมายที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ค.ศ. 1986

กฎหมายอังกฤษอีกฉบับที่มีความเกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ค.ศ. 1986 (Public Order Act 1986) มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุกคามสร้างความหวาดกลัว หรือความกังวลใจให้กับผู้อื่นตามมาตรา 4A และมาตรา 5 ดังนี้

มาตรา 4A บุคคลมีความผิดหากเจตนาจะคุกคาม สร้างความหวาดกลัว หรือความกังวลใจแก่บุคคลอื่น โดยใช้คำพูดหรือมีพฤติกรรมที่คุกคาม ดูหมิ่น หรือดูถูก หรือพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมหรือแสดงข้อความ เครื่องหมาย หรือสิ่งอื่นที่สามารถมองเห็นได้ โดยเป็นการคุกคาม ดูหมิ่น หรือดูถูกบุคคลอื่น⁴¹⁴

มาตรา 5 บุคคลมีความผิดหากใช้คำพูดหรือมีพฤติกรรมที่คุกคามหรือพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม หรือแสดงข้อความ เครื่องหมาย หรือสิ่งอื่นที่สามารถมองเห็นได้ ภายใต้การรับรู้โดยการได้ยินหรือมองเห็นของผู้อื่น โดยประการที่น่าจะเป็นการคุกคาม สร้างความหวาดกลัว หรือก่อความกังวลใจแก่บุคคลอื่น ซึ่งความผิดตามมาตรานี้อาจกระทำในที่สาธารณะหรือในที่ส่วนตัวก็ได้⁴¹⁵

ตัวอย่าง การตะโกนด่าหรือสาปแช่ง การโชว์ก้นจากหน้าต่างรถโดยเป็นการแสดงพฤติกรรมหยาบคาย โดยไม่จำเป็นต้องจงใจให้เกิดผลเฉพาะ เพียงแต่จะต้องพิสูจน์ว่ามีบุคคลบางคน

⁴¹³ The Crown Prosecution Service, "Voyeurism," [Online] Accessed: 4 June 2021. Available from: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/voyeurism>

⁴¹⁴ Public Order Act 1986, Section 4A.

⁴¹⁵ Public Order Act 1986, Section 5.

อยู่ใกล้และการกระทำอยู่ภายใต้การรับรู้โดยมองเห็นหรือได้ยิน และมีแนวโน้มว่าบุคคลนั้นจะเกิดความรู้สึกว่าคุณคุกคาม เกิดความหวาดกลัว หรือกังวลใจ แตกต่างจากมาตรา 4A ที่จะต้องมีเจตนา และผลคือต้องปรากฏว่ามีบุคคลที่ถูกคุกคาม ดูหมิ่น หรือดูถูก⁴¹⁶

4.5 บทสรุปบทบัญญัติและแนวทางการวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในต่างประเทศ

การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบผู้วิจัยได้เลือกศึกษากฎหมายต่างประเทศทั้งหมด 4 ประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐประชาชนจีน ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ (Civil Law System) สหพันธรัฐมาเลเซียและสหราชอาณาจักรโดยศึกษาเฉพาะกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศอังกฤษและเวลส์ ซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) โดยมุ่งประเด็นศึกษาไปที่การตีความกฎหมายอาญา การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา และศึกษาบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกับฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสองของประเทศไทย ซึ่งผู้วิจัยได้แยกออกเป็น 3 กลุ่ม เพื่อเปรียบเทียบกฎหมายในแต่ละประเทศ

กลุ่มแรก คือ การกระทำความผิดทางเพศ ซึ่งแบ่งเป็นการข่มขืน คือ กรณีที่มีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย การอนาจารในกรณีที่ไม่มีการล่วงล้ำร่างกาย และการทำกิจกรรมทางเพศ จากการศึกษาความผิดกลุ่มนี้เทียบเคียงกับเนื้อหาความผิดตามมาตรา 281 คือ การข่มขืน อนาจารโดยการล่วงล้ำ หรืออนาจารต่อหน้าธารกำนัล จากการศึกษาสามารถสรุปกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้ตามตารางที่ 9 ดังนี้

ตารางที่ 9 เปรียบเทียบการกระทำความผิดทางเพศในกฎหมายต่างประเทศ

การกระทำความผิดทางเพศ				
ความผิด	ประเทศเยอรมนี	ประเทศจีน	ประเทศมาเลเซีย	ประเทศอังกฤษ
ข่มขืน	มาตรา 177 รวม การทารุณกรรมทางเพศ การบีบบังคับทางเพศ และการข่มขืนไว้ในมาตรา	มาตรา 236 วรรคสาม (3) เหตุเพิ่มโทษสำหรับการข่มขืนผู้หญิงหรือเด็กหญิงที่ยังไม่	มาตรา 376 (2) (c) เหตุเพิ่มโทษกรณีข่มขืนโดยผู้กระทำความผิดหลายคนหรือเกิดต่อหน้า	ไม่มีบทบัญญัติที่เอาผิดผู้ที่ข่มขืนต่อหน้าผู้อื่นหรือต่อหน้าธารกำนัล

⁴¹⁶ "Public Order Act 1986 - Harassment, Alarm or Distress," [Online] Accessed: 2 June 2021. Available from: https://www.whatdotheyknow.com/request/366974/response/892883/attach/2/Extract%20Public%20Order%20Act%201986%20Doc.pdf?cookie_passthrough=1 And Metropolitan Police Authority, "Public Order Act 1986," [Online] Accessed: 12 June 2021. Available from: https://www.met.police.uk/plc/lesson_notes/038.pdf

การกระทำความผิดทางเพศ				
ความผิด	ประเทศเยอรมนี	ประเทศจีน	ประเทศมาเลเซีย	ประเทศอังกฤษ
	เดียว เป็นความผิดที่รัฐดำเนินคดีอาญาได้โดยที่ผู้เสียหายไม่ต้องร้องทุกข์	บรรลุนิติภาวะในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน	บุคคลอื่น	
อนาจาร		มาตรา 237 วรรคสอง เหตุเพิ่มโทษการบังคับอนาจารต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ วรรคสาม (2) ลวนลามเด็กต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ	ไม่มีบทบัญญัติที่เอาผิดผู้กระทำอนาจารต่อหน้าผู้อื่นหรือต่อหน้าธารกำนัล	ไม่มีบทบัญญัติที่เอาผิดผู้กระทำอนาจารต่อหน้าผู้อื่นหรือต่อหน้าธารกำนัล
การทำกิจกรรมทางเพศ	มาตรา 176 (4) 1. กระทำการทางเพศต่อหน้าเด็ก มาตรา 182 (3) 1. กระทำการทางเพศต่อหน้าผู้อยู่ใต้การปกครองดูแล	ไม่มีบทบัญญัติที่เอาผิดการทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ	อาจเป็นความผิดตามมาตรา 377D	มาตรา 11 มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็กโดยรู้หรือจงใจ มาตรา 12 จงใจให้เด็กดูการกระทำทางเพศของบุคคลที่สามหรือดูภาพของบุคคลใด ๆ ที่มีส่วนร่วมในกิจกรรม

จากตารางที่ 9 บทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่กระทำต่อหน้าธารกำนัลที่ใกล้เคียงกับกฎหมายไทย คือ กฎหมายอาญาจีนที่ว่าความผิดเกิด “ในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน” เป็นเหตุเพิ่มโทษสำหรับการข่มขืน บังคับอนาจาร และลวนลามเด็ก ส่วนประเทศอื่นการกระทำความผิดทางเพศต่อหน้าบุคคลอื่นก็มีความผิดแล้ว โดยกฎหมายอาญามาเลเซียบัญญัติให้การข่มขืนต่อหน้าบุคคลอื่นเป็นเหตุเพิ่มโทษ นอกจากนี้ตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มี

บทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดเด็กและเยาวชนโดยกำหนดให้การกระทำการทางเพศต่อหน้าเด็กเป็นความผิด ซึ่งจะเทียบเคียงกับกฎหมายไทยได้เมื่อการกระทำนั้นเป็นการร่วมประเวณีหรืออนาจารต่อหน้าเด็กหรือเยาวชนตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ ในประเด็นเรื่องความผิดอันยอมความได้ตามมาตรา 281 ข้อเท็จจริงที่การกระทำความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลทำให้เป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความได้ มีความเกี่ยวข้องกับความผิดซึ่งต้องมีการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีอาญา เปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาเยอรมันที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีในความผิดบางประเภทเช่นกัน โดยผู้วิจัยจะวิเคราะห์รายละเอียดประเด็นนี้ในบทที่ 5

กลุ่มที่สอง คือ การแสดงอนาจารหรือเปิดเผยร่างกาย ซึ่งเปรียบเทียบได้กับการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่นตามมาตรา 388 ของประเทศไทย จากการศึกษาสามารถสรุปกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้ตามตารางที่ 10 ดังนี้

**ตารางที่ 10 เปรียบเทียบการกระทำความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจาร
หรือเปิดเผยร่างกายในกฎหมายต่างประเทศ**

ประเทศเยอรมนี	ประเทศจีน	ประเทศมาเลเซีย	ประเทศอังกฤษ
มาตรา 183(1) ระบุว่า ผู้อื่น ด้วยการแสดง อนาจาร เป็นความผิด ที่รัฐดำเนินคดีอาญาได้ ต่อเมื่อผู้เสียหายร้อง ทุกข์ตามระเบียบ	ไม่มีบทบัญญัติอาผิด การแสดงอนาจารต่อ หน้าสาธารณชนในที่ สาธารณะ แต่อาจเป็น ความผิดตามมาตรา 293 ได้	มาตรา 294 สร้าง ความรำคาญโดย (a) การกระทำอัน ลามกอนาจารในที่ สาธารณะ (b) ร้องเพลง บทกวี หรือกล่าวคำพูดลามก อนาจารในหรือใกล้ สถานที่สาธารณะ	มาตรา 66 จงใจเปิด เผยอวัยวะเพศของตน เองและเจตนาที่จะให้ ผู้อื่นเห็นเพื่อให้เกิด ความหวาดกลัวหรือ ความกังวลใจ

จากตารางที่ 10 การแสดงอนาจารหรือเปิดเผยร่างกายตามบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศ บัญญัติไว้เพียงแสดงอนาจารหรือเปิดเผยอวัยวะเพศต่อหน้าบุคคลอื่น ซึ่งเป็นหลักบุคคลตามกฎหมาย อาญาเยอรมันและกฎหมายอังกฤษ ซึ่งมีใช้ต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 388 ซึ่งตามความหมายของ ถ้อยคำควรหมายถึง ที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก มิใช่กรณีที่เกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวส่วนมากจะมีความสัมพันธ์กับการสร้างความเดือดร้อนรำคาญให้บุคคล

อื่น ไม่ว่าจะเจตนากระทำความผิดต่อบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายอังกฤษและเยอรมัน หรือเป็นความผิดรื้อนรำคาญสาธารณะที่ไม่จำกัดบุคคลใดโดยเฉพาะตามกฎหมายมาเลเซีย

กลุ่มที่ 3 เป็นเรื่องความผิดเกี่ยวกับการรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือเดือดร้อนรำคาญเทียบได้กับบทบัญญัติตามมาตรา 397 ของประเทศไทย ซึ่งผู้วิจัยได้เน้นศึกษาความผิดเกี่ยวกับเพศ รวมถึงความผิดเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ (Sexual harassment) และการแอบถ่ายหรือล้ามอง (Voyeurism) อันละเมิดความเป็นส่วนตัวของบุคคลด้วย จากการศึกษาสามารถสรุปกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้ตามตารางที่ 11

ตารางที่ 11 เปรียบเทียบการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อความเดือดร้อนรำคาญ

ประเทศเยอรมนี	ประเทศจีน	ประเทศมาเลเซีย	ประเทศอังกฤษ
มาตรา 183a กระทำการทางเพศในสถานที่สาธารณะ โดยเจตนาหรือรู้ว่าจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ มาตรา 184i (1) สัมผัสร่างกายผู้อื่นเพื่อสนองความต้องการทางเพศและเป็นการคุกคามผู้อื่น	มาตรา 293 (4) กระทำการอันเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยก่อความวุ่นวายในที่สาธารณะทำให้เกิดความวุ่นวายในที่สาธารณะอย่างร้ายแรง	มาตรา 290 ก่อความรำคาญสาธารณะ โดยไม่ได้รับโทษเป็นอย่างอื่น มาตรา 510 ในสภาพมีนเมาอยู่ในสถานที่สาธารณะหรือในสถานที่ใดในลักษณะบุกรุกและประพฤติตนในลักษณะที่จะก่อให้เกิดหรือสร้างความรำคาญให้กับผู้อื่น	มาตรา 67 มาตรา 67A แอบถ่ายหรือล้ามอง <u>พระราชบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนฯ</u> มาตรา 4A เจตนาจะคุกคาม สร้างความหวาดกลัว หรือความกังวลใจแก่บุคคลอื่น มาตรา 5 ใช้คำพูดหรือมีพฤติกรรมที่คุกคามภายใต้การรับรู้ของผู้อื่น

จากตารางที่ 11 ความผิดเกี่ยวกับก่อความเดือดร้อนรำคาญค่อนข้างกว้างและส่วนมากจะยึดโยงกับหลักสถานที่ คือ กระทำความผิดในที่สาธารณะ โดยกฎหมายอาญาเยอรมันมีบทบัญญัติที่คุ้มครองการคุกคามทางเพศแยกต่างหากและต้องเป็นการสัมผัสร่างกายผู้อื่นเท่านั้น แต่ก็ไม่ได้บัญญัติว่าต้องกระทำความผิดต่อหน้าบุคคลอื่นหรือต่อหน้าธารกำนัล ในขณะที่กฎหมายอังกฤษเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ค.ศ. 1986 มาตรา 4A และมาตรา 5 ซึ่งต้องกระทำภายใต้การรับรู้โดยการได้ยินหรือมองเห็นของผู้อื่น นอกจากนี้ ยังมี

บทบัญญัติเกี่ยวกับการแอบถ่ายหรือถ้ามองไว้โดยเฉพาะซึ่งบทบัญญัติคุ้มครองการกระทำเรื่องส่วนตัว “Private act” ของบุคคล คือ การอยู่ในสถานที่และในสถานการณ์ซึ่งคาดว่าจะได้รับความเป็นส่วนตัวอย่างสมเหตุสมผลและกระทำเรื่องก็ตามปกติแล้วจะไม่ได้ทำในที่สาธารณะ

จากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบนี้ผู้วิจัยจะยกประเด็นที่น่าสนใจไปวิเคราะห์เปรียบเทียบในบทที่ 5 เพื่อเป็นข้อมูลในการเสนอแนะแนวทางปรับปรุงกฎหมายไทยในลำดับต่อไป



บทที่ 5

วิเคราะห์และเปรียบเทียบการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

จากการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎี ข้อมูลทางด้านอักษรศาสตร์ การศึกษาบทกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐประชาชนจีน สหพันธรัฐมาเลเซีย และสหราชอาณาจักร ผู้วิจัยได้แบ่งเนื้อหาในบทที่ 5 ออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกเป็นการวิเคราะห์การตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทย โดยประสานแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในประเทศไทย และเทียบเคียงการตีความถ้อยคำในกฎหมายอาญาของต่างประเทศ ส่วนที่สองเป็นการเปรียบเทียบบทบัญญัติตามกฎหมายไทยกับบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ แยกเป็นรายประเด็นตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง เพื่อทำให้เกิดการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายไทยให้ดียิ่งขึ้น และหากมีการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บทบัญญัตินั้นจะต้องมีความกลมกลืนและประสานกับกฎหมายต่างประเทศในระดับสากล และเพื่อเป็นการสร้างความเข้าใจในกฎหมายของแต่ละประเทศ โดยอาศัยพื้นฐานจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ พัฒนาการของกฎหมาย การใช้และการตีความกฎหมายในประเทศและต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปของการค้นหาขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย เป็นแนวทางและเหตุผลสนับสนุนในการพัฒนาฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลที่มีความเหมาะสมสำหรับประเทศไทยอันเป็นคำตอบของการวิจัยในลำดับสุดท้าย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

5.1 วิเคราะห์การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญา

ต่อหน้าธารกำนัลตามความหมายธรรมดา หมายถึง ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก เมื่อพิจารณาประกอบทฤษฎีการตีความ บริบทของสังคม และเจตนารมณ์ของกฎหมาย ต่อหน้าธารกำนัลในภาษากฎหมายมีความหมายที่เฉพาะและแตกต่างกับถ้อยคำอื่น จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์การใช้คำว่า ธารกำนัลในบริบทสังคมปัจจุบัน ความสำคัญของการใช้ถ้อยคำนี้ และแยกความแตกต่างระหว่างการใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” กับคำอื่นในภาษากฎหมายไปจนถึงค้นหาขอบเขตของถ้อยคำ จากการศึกษาในบทที่ 3 พบว่าการวินิจฉัยว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลหรือไม่ สามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 แนวความเห็น ซึ่งในหัวข้อนี้จะมาวิเคราะห์การตีความและพิจารณาว่าต่อหน้าธารกำนัลควรมีขอบเขตเพียงใด

5.1.1 ฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีรากฐานมาจากคำว่า “ธารณะ” แปลว่า ทรงไว้ร่วมกันในที่นี้คือการรับรู้ร่วมกัน ประกอบกับคำว่า “ค่านัล” แปลว่า ฝ่าเจ้านาย โดยเทียบเคียงความหมายมาจากการประชุมในท้องพระโรงที่ต้องสำรวม การประพฤติตนของผู้เข้าร่วมประชุมจึงเป็นที่รับรู้ร่วมกัน กลายมาเป็นต่อหน้าที่ประชุมโดยทั่วไปที่มีพยานรับรู้อย่างชัดเจนหรือมีประจักษ์พยาน และครอบคลุมไปถึงต่อหน้าธารกำนัลโดยระยะทางตามบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น ความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามหลักอักษรศาสตร์ คือ ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก โดยมีพยานรับรู้ และสามารถยืนยันเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้เป็นสำคัญ ดังอธิบายตามรูปที่ 8

รูปที่ 8 สาระสำคัญของการตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลตามหลักอักษรศาสตร์

ต่อหน้าธารกำนัล = ในที่ประชุม/ต่อหน้าคนจำนวนมาก → คนเหล่านั้นรับรู้เหตุการณ์
เปลี่ยนแปลงตามบริบทของสังคม ≠ ต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว สามารถยืนยันได้ในลักษณะ
ประจักษ์พยาน

จากรูปที่ 8 พัฒนาการด้านความหมาย คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีการใช้และการตีความในความหมายที่กว้างขึ้นตามบริบทของสังคม เนื่องจากในอดีตการติดต่อสื่อสารจะรับรู้ร่วมกันได้ต่อเมื่อเข้ามาอยู่ในที่ประชุม รับรู้ผ่านสถานการณ์หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในขณะนั้น แต่ปัจจุบันการติดต่อสื่อสารเปลี่ยนแปลงไปโดยมีอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลเข้ามาเป็นเครื่องมือช่วยให้การสื่อสารเป็นไปโดยง่ายและสะดวกมากยิ่งขึ้น การประชุม หรือการติดต่อสื่อสารสามารถเกิดในบริการออนไลน์เสมือนการประชุมต่อหน้าในความเป็นจริง แตกต่างแค่พื้นที่ในการรวมกลุ่มเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น “ต่อหน้าธารกำนัล” ในความหมายที่ใช้กับบริบทปัจจุบัน จึงครอบคลุมไปถึงการรับรู้เหตุการณ์ในขณะเกิดเหตุโดยระยะทาง ผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลด้วย แต่จะต้องไม่ใช่การรับรู้ผ่านบันทึก หรือภายหลังเกิดการกระทำความผิด และจะต้องไม่ใช่การติดต่อสื่อสารในลักษณะตัวต่อตัวเพราะการติดต่อสื่อสารรูปแบบนี้ไม่อยู่ในความหมายของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก นอกจากนี้จะต้องเป็นกรณีที่คนในที่ประชุมรับรู้ในลักษณะที่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงได้ หากเป็นกรณีของผู้พิการทางสายตาที่ไม่สามารถรับรู้หรือยืนยันเหตุการณ์ได้ก็ไม่เป็นต่อหน้าธารกำนัล แต่ถ้ามีเพียงเสียงก็สามารถยืนยันเหตุการณ์หรือความผิดได้ก็เป็นต่อหน้าธารกำนัลได้เช่นกัน

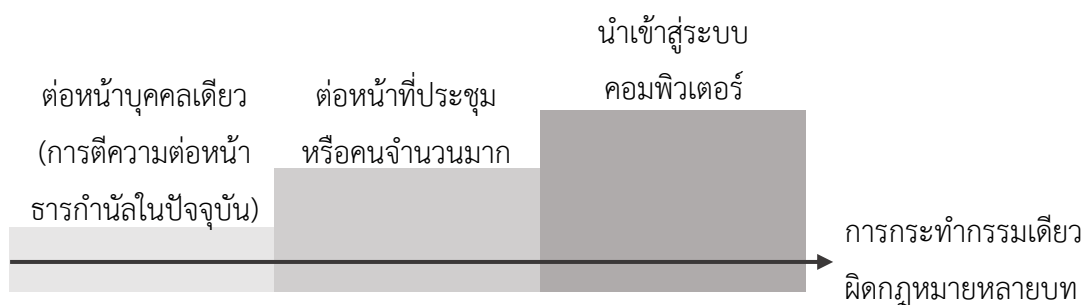
ในแง่ของการใช้ถ้อยคำ “ธารกำนัล” เป็นคำที่ใช้โดยทั่วไปและเป็นคำที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศ ความอับอาย สัมพันธ์กับความสงบสุขของสังคมและสิทธิในความเป็นอยู่ของปัจเจกชน การตีความกฎหมายอาญาที่ได้รับการยอมรับนอกจาก

การตีความตามตัวอักษรแล้ว จะต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์แห่งกฎหมายในแต่ละมาตราประกอบเสมอ นอกจากนี้ หลักการตีความกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด อาจมีการตีความแบบขยายความได้ แต่ไม่อาจตีความแบบขยายจนเป็นการอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีในบทที่ 2 สามารถสรุปได้ว่า กรณีที่ไม่มีพยานรับรู้เหตุการณ์เป็นวัตถุที่ไม่อยู่ภายใต้ความหมายของถ้อยคำว่าธารกำนัล จึงไม่อาจเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ นอกจากนี้กรณีที่ความผิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว แม้จะอยู่ในชั้นขอบความหรือความหมายที่เป็นไปได้ของถ้อยคำ แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับคำศัพท์อื่นจึงได้ข้อสรุปว่า หากกฎหมายประสงค์จะให้ความผิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวเป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความได้ตามมาตรา 281 หรือเป็นความผิดตามมาตรา 388 หรือเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง ก็ไม่น่าจะใช้คำศัพท์คำว่าต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งผู้วิจัยจะวิเคราะห์และเปรียบเทียบโดยละเอียดในหัวข้อที่ 5.1.2

การใช้ถ้อยคำทางกฎหมายมีผลต่อหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษที่อธิบายว่าโทษนั้นควรมีบทลงโทษที่รุนแรงขึ้นตามลำดับความเสียหาย แต่เดิมเมื่อศาลตีความว่าการกระทำความผิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล เมื่อพิจารณาในแง่ของมาตรา 281 การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล ส่งผลให้ความผิดนั้นยอมความไม่ได้มิใช่กรณีที่ส่งผลกับเรื่องการกำหนดโทษแตกต่างกับมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ที่บุคคลเพียงคนเดียวเห็นนั้นมีความร้ายแรงหรือก่อความเสียหายน้อยที่สุด เมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดต่อหน้าที่ประชุมหรือต่อหน้าบุคคลหลายคน และเมื่อความผิดเกิดโดยการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ นับว่าเป็นกรณีที่มีความร้ายแรงและเสียหายมากที่สุด เนื่องจากประชาชนโดยทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ง่าย เข้าถึงได้ในทุกเวลาและทุกสถานที่ ซึ่งความร้ายแรงหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นส่งผลในเรื่องของการกำหนดโทษด้วยตามที่อธิบายตามรูปที่ 9

รูปที่ 9 เปรียบเทียบการตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลกับสัดส่วนความร้ายแรง

และความเสียหายจากการกระทำความผิด



จากรูปที่ 9 เมื่อพิจารณาจากหลักการตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่ได้รับการยอมรับโดยนักนิติศาสตร์ไทย ในการตีความกฎหมายอาญา มาตรา 281 ที่ต้องการ ค้ำครองผู้เสียหายไม่ต้องรับความอับอายขายหน้าจากบุคคลที่พบเห็นหรือรับรู้ถึงเหตุการณ์ การกระทำความผิดซึ่งเกิดต่อหน้าธารกำนัลจึงยอมความไม่ได้ จะเห็นว่าแม้บุคคลเพียงคนเดียวเห็น เหตุการณ์ก็ถือว่าผู้เสียหายอับอายได้แล้ว ซึ่งตรงกับการตีความต่อหน้าธารกำนัลในปัจจุบัน ส่วน มาตรา 388 บัญญัติขึ้นเพื่อรักษาระดับศีลธรรมในหมู่ประชาชน มิให้บุคคลใดใช้สิทธิในร่างกายของ ตนเองมากเกินไปจนเป็นการรบกวนระดับศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นยังมีคนเห็นการกระทำ ความผิดมาก ยิ่งเป็นการรบกวนระดับศีลธรรมอันดีของประชาชน และมาตรา 397 ที่คุ้มครองบุคคล จากการถูกรังแก ถูกข่มเหง ถูกทำให้อับอายหรือเดือดร้อนรำคาญจากบุคคลอื่น ตามหลักสิทธิ มนุษยชนที่รับรองความเท่าเทียมกันของมนุษย์ในการดำรงอยู่ในสังคมและการไม่ถูกกระทำโดยมิชอบ ด้วยกฎหมาย ดังนั้นจะสังเกตเห็นว่ามาตรา 397 แบ่งออกเป็นสามวรรค ซึ่งวรรคหนึ่งและวรรคสอง เกี่ยวข้องกับหลักสถานที่และหลักบุคคล กล่าวคือ หากไม่มีผู้อื่นรับรู้เหตุการณ์หรือการกระทำ ความผิดไม่ได้เกิดในที่สาธารณะสถาน การกระทำความผิดมีบทลงโทษตามวรรคหนึ่ง แต่หากกระทำ ความผิดในที่สาธารณะสถาน หรือต่อหน้าธารกำนัลซึ่งหมายถึงคนจำนวนมาก หรือเป็นการกระทำอันมี ลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่นอกจากจะละเมิดผู้เสียหายแล้ว ยังก่อเป็นการก่อความไม่สงบสุข แก่สังคมหรือทำให้บุคคลที่รู้เห็นการกระทำความผิดรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยด้วย ทำให้ความผิด ร้ายแรงขึ้น

ประเด็นที่มีอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลเข้ามาเกี่ยวข้อง พบว่า อุปกรณ์เหล่านี้มีบทบาทในลักษณะของเครื่องมือที่ใช้ในการก่ออาชญากรรมและอุปกรณ์ที่ช่วยในการ ก่อความเสียหายในรูปแบบที่แรงขึ้นในลักษณะของการเปลี่ยนแปลงพื้นที่กระทำความผิดเท่านั้น เช่น การนำเข้าเนื้อหาอันมีลักษณะลามกอนาจาร การกลั่นแกล้ง และการตามรังควานทางไซเบอร์ เป็น การเปลี่ยนแปลงพื้นที่และใช้อุปกรณ์เพื่อช่วยในการกระทำความผิด กรณีที่เข้าองค์ประกอบความผิด ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ก็อาจเป็นความผิดได้ และสามารถปรับใช้ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาที่เป็นบทบัญญัติโดยทั่วไปได้เช่นกัน การ กระทำในลักษณะนี้จึงเป็นการกระทำอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 90

ดังนั้น การใช้ถ้อยคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” นอกจากจะไม่มี ความชัดเจนเนื่องจากไม่มีนิยาม แล้ว การตีความบทบัญญัติในปัจจุบันนั้นไม่สอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ และไม่เหมาะสมกับบริบท ของกฎหมายในแต่ละมาตรา โดยเฉพาะกรณีของมาตรา 281 ที่มีความแตกต่างกับมาตรา 388 และ มาตรา 397 วรรคสอง เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล มิใช่ข้อเท็จจริงที่เป็น

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม และไม่ใช่อัยการเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 62 วรรคท้าย การใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับบริบทของถ้อยคำจึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายมากกว่า หากตีความว่าแม้ความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว ก็ถือว่าผู้เสียหายอับอายแล้ว กรณีก็ไม่ควรใช้คำว่าต่อหน้าธารกำนัลในมาตรา 281 อีกต่อไป

5.1.2 ความสำคัญของการใช้คำว่าต่อหน้าธารกำนัลในความผิดทางเพศ

สืบเนื่องจากลักษณะของความผิดต่อหน้าธารกำนัลในบทที่ 3 ผู้วิจัยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ต่อหน้าธารกำนัลตามความเป็นจริงและต่อหน้าธารกำนัลโดยระยะทาง ในหัวข้อนี้จะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับศัพท์คำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกันในประมวลกฎหมายอาญา คือ ประชาชน โฆษณา สาธารณสถาน บุคคลอื่น และผู้อื่น เพื่อที่จะเปรียบเทียบความหมายและการใช้คำให้เหมาะสมกับลักษณะความผิด ดังนี้

ตารางที่ 12 เปรียบเทียบถ้อยคำและความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญากับคำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกัน

ถ้อยคำ	มาตราที่ปรากฏ	ความหมาย
ต่อหน้า ธารกำนัล	มาตรา 281 มาตรา 388 มาตรา 397	ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก โดยมีพยานรับรู้เหตุการณ์ <u>ข้อสังเกต</u> ความผิดที่มีการใช้ถ้อยคำนี้สัมพันธ์กับความผิดทางเพศและเรื่องที่น่าอับอายเสียหาย
ประชาชน	1. ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร มาตรา 116 มาตรา 117 มาตรา 135/1 วรรคสอง มาตรา 135/2 2. ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง มาตรา 137 มาตรา 160 มาตรา 166 วรรคสอง 3. ความผิดเกี่ยวกับยุติธรรม มาตรา 172 มาตรา 188 4. ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดอันตราย	ประชาชน หมายถึง คนทั่วไป ไม่ใช่เฉพาะกลุ่ม ⁴¹⁷ ไม่ถือจํานวนมากน้อยเป็นสำคัญ ⁴¹⁸ <u>ข้อสังเกต</u> ความผิดกลุ่มนี้มักจะเป็นความผิดที่เชื่อมโยงกับประชาชนและเป็นเรื่องที่รัฐเสียหาย ในบางกรณีอาจมีเอกชนเป็นผู้เสียหายได้ซึ่งมักจะปรากฏคำว่า “ผู้อื่นหรือประชาชน”

⁴¹⁷ เทียบคำอธิบายคำว่า “ประชาชน” ประกอบมาตรา 237 โปรดดู เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, หน้า 92.

⁴¹⁸ เทียบคำอธิบายคำว่า “ประชาชน” ประกอบมาตรา 384 โปรดดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ รมณกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, หน้า 432.

ถ้อยคำ	มาตราที่ปรากฏ	ความหมาย
	<p>ต่อประชาชน มาตรา 234 มาตรา 237</p> <p>5. ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง มาตรา 253 มาตรา 259 มาตรา 264 มาตรา 267 ถึง 269 มาตรา 269/1 มาตรา 269/5 มาตรา 269/6 มาตรา 269/8 มาตรา 269/11 มาตรา 269/15</p> <p>6. ความผิดเกี่ยวกับการค้า มาตรา 272 มาตรา 274</p> <p>7. ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 287 มาตรา 287/2</p> <p>8. ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง มาตรา 329 มาตรา 330 วรรคสอง</p> <p>9. ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน มาตรา 335 มาตรา 335 ทวิ มาตรา 343 มาตรา 354</p> <p>10. ความผิดลหุโทษ มาตรา 370 มาตรา 380 มาตรา 384</p>	<p>กล่าวคือ มาตรา 137 มาตรา 160 มาตรา 172 มาตรา 188 มาตรา 253 มาตรา 264 มาตรา 267-269 มาตรา 269/1 มาตรา 269/5 มาตรา 269/6 มาตรา 269/8 มาตรา 269/11 และ มาตรา 269/15</p>
โฆษณา	<p>มาตรา 287 มาตรา 287/2 มาตรา 328 มาตรา 393</p>	<p>การทำให้แพร่หลายสู่สาธารณชน โดยไม่จำกัดบุคคล เพื่อให้รู้กันทั่วไปและไม่จำเป็นต้องทำซึ่งหน้า ไม่ว่าจะด้วยวิธีใด เช่น ประกาศข้อความ กระจายเสียง หรือป่าวประกาศโดยวิธีอื่น⁴¹⁹</p> <p><u>ข้อสังเกต</u> ขณะทำการโฆษณาอาจยังไม่มีบุคคลทราบข้อความหรือเรื่องที่ต้องการจะโฆษณา</p>
สาธารณสถาน	<p>มาตรา 218 (4) มาตรา 335 (9) มาตรา 372 มาตรา 378 มาตรา 397 วรรคสอง</p>	<p>สถานที่ใด ๆ ซึ่งประชาชนมีความชอบธรรมที่จะเข้าไปได้⁴²⁰</p>
บุคคลอื่น	<p>มาตรา 146 มาตรา 208 มาตรา 220</p>	<p>บุคคลที่มีใช้ตัวผู้กระทำ</p>

⁴¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 225, 319 และ 443.

⁴²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(3).

ถ้อยคำ	มาตราที่ปรากฏ	ความหมาย
	มาตรา 221 มาตรา 223 มาตรา 224-228 มาตรา 236 มาตรา 238-239 มาตรา 276 มาตรา 278-279 มาตรา 310 ทวิ	<u>ข้อสังเกต</u> การใช้คำว่า “บุคคลอื่น” มักจะไม่ใช้ในองค์ประกอบที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ และอาจเป็นการกล่าวถึงบุคคลที่สาม
ผู้อื่น	มาตรา 124 มาตรา 137 มาตรา 142-143 มาตรา 147-149 มาตรา 152-153 มาตรา 158-160 มาตรา 163-164 มาตรา 172 มาตรา 175 มาตรา 184 มาตรา 188-189 มาตรา 201 มาตรา 217 มาตรา 220-221 มาตรา 225 มาตรา 228 มาตรา 241 มาตรา 253-254 มาตรา 258 มาตรา 264 มาตรา 267-269 มาตรา 269/1 มาตรา 269/5-269/6 มาตรา 269/8 มาตรา 269/11 มาตรา 269/15 มาตรา 272-276 มาตรา 280/1 มาตรา 282-284 มาตรา 286 มาตรา 287/1 มาตรา 288-291 มาตรา 295 มาตรา 300-301 มาตรา 309-311 มาตรา 320 มาตรา 322-324 มาตรา 326 มาตรา 334-336 มาตรา 337-341 มาตรา 346-347 มาตรา 349-350 มาตรา 352-355 มาตรา 358 มาตรา 362-364 มาตรา 374 มาตรา 390-395 มาตรา 397	บุคคลที่มีใช้ตัวผู้กระทำเอง โดยบุคคลนั้นจะต้องมีสภาพบุคคล ⁴²¹ <u>ข้อสังเกต</u> เมื่อใช้คำว่า “ผู้อื่น” จะเป็นองค์ประกอบที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำ และไม่ได้มีฐานะของบุคคลกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น เด็ก ผู้หญิง หรือเจ้าพนักงาน เป็นต้น

จากตารางที่ 12 การใช้ถ้อยคำในต้วบทกฎหมาย แม้จะมีความหมายที่ใกล้เคียงกันหรืออาจเหมือนกันตามความหมายที่เข้าใจกันตามธรรมดาหากตีความตามตัวอักษร แต่เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ของถ้อยคำทั้งประมวลกฎหมายอาญาที่มีความสอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ ประกอบเจตนารมณ์ของกฎหมายในแต่ละมาตรา และลักษณะเฉพาะของฐานความผิดพบว่าสามารถแยก

⁴²¹ เทียบคำอธิบายคำว่า “ผู้อื่น” ประกอบมาตรา 288 โปรตดู ทวิเกียรติ มีนกะนิษฐ และ รณกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและสหโทษ, หน้า 232.

ความแตกต่างของการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายในแต่ละถ้อยคำอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งผู้วิจัยแยกความแตกต่างเป็นรายประเด็น ดังนี้

1. คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความหมายที่เฉพาะไปกว่าประชาชน ที่มีความหมายว่า คนทั่วไป โดยไม่เฉพาะกลุ่ม และไม่ถือจำนวนมากน้อยเป็นสำคัญ เนื่องจากธารกำนัลมีความหมายถึงประชุมชนหรือคนจำนวนมากที่มาชุมนุม จึงไม่ใช่ประชาชนทั่วไป และไม่อาจใช้แทนกันได้เนื่องจากกลุ่มความผิดตาม มาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ไม่มีความเกี่ยวข้องกับประชาชนหรือเรื่องที่รัฐเสียหายดังเช่นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง หรือความผิดในกลุ่มที่มีการใช้คำว่าประชาชน

2. ลักษณะของความผิดต่อหน้าธารกำนัลแตกต่างจากการโฆษณาที่เป็นการทำแพรหลายสู่สาธารณชน เพื่อให้รู้กันทั่วไปโดยไม่จำกัดวิธี เนื่องจากต่อหน้าธารกำนัลเป็นการรับรู้ร่วมกันว่ามีความผิดเกิดขึ้นในขณะนั้น และการกระทำความผิดมีลักษณะเฉพาะคือเป็นความผิดทางเพศ แต่การโฆษณาที่เป็นการเผยแพร่เป็นอีกการกระทำหนึ่งแยกต่างหาก แต่มีลักษณะคล้ายคลึงกันที่ความมุ่งให้ผู้เสียหายได้รับความอับอายขายหน้าจากการทำให้ธารกำนัลรับรู้หรือการโฆษณา

3. ความผิดต่อหน้าธารกำนัลเป็นหลักบุคคล ที่ความผิดอาจเกิดในที่สาธารณะได้ไม่ได้จำกัดเฉพาะสาธารณสถานอันเป็นหลักสถานที่ กรณีนี้จึงสามารถแยกความแตกต่างของความผิดต่อหน้าธารกำนัลที่เป็นหลักบุคคลกับความผิดเกิดในสาธารณสถานที่เป็นหลักสถานที่ได้อย่างชัดเจน และหากกฎหมายประสงค์จะคุ้มครองตามหลักสถานที่และหลักบุคคล ก็จะมีการบัญญัติไว้ว่า “...กระทำในที่สาธารณสถานหรือต่อหน้าธารกำนัล...” ดังเช่นมาตรา 397 วรรคสอง

4. หากจะใช้ถ้อยคำอื่นแทนที่คำว่าต่อหน้าธารกำนัล เช่น บุคคลอื่นหรือผู้อื่นซึ่งเป็นหลักบุคคลเช่นเดียวกัน แต่มีข้อแตกต่างกันในเรื่องจำนวนบุคคล เนื่องจากตามความหมายของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล การกระทำต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวไม่อาจเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ เพราะไม่อยู่ในความหมายของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก นอกจากนี้คำว่าบุคคลอื่นและผู้อื่น แม้จะมีความหมายเหมือนกันตามตัวอักษร หมายถึง บุคคลที่มีใช้ผู้กระทำ แต่พบว่าคำว่า “บุคคลอื่น” ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามักจะหมายถึง บุคคลที่สามที่ไม่ใช่ผู้กระทำและผู้เสียหาย ส่วนคำว่า “ผู้อื่น” มักจะหมายถึงผู้เสียหายหรือเป็นองค์ประกอบที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำ

ดังนั้น การพิจารณาความหมายของคำว่าต่อหน้าธารกำนัลและหากจะมีการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำอื่นแทน จะต้องพิจารณาถึงความหมาย ลักษณะเฉพาะที่มีความสัมพันธ์กับความผิดทางเพศ และต้องทำให้เกิดการใช้ การตีความที่สอดคล้องกันทั้งประมวลกฎหมายด้วย

5.2 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล”

ก่อนพิจารณาหลักเกณฑ์การตีความ ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตในเบื้องต้นว่าฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง มีความแตกต่างกันในแง่ของลักษณะความผิดโดยพื้นฐาน กล่าวคือ กรณีของมาตรา 281 และมาตรา 397 วรรคสอง เป็นกรณีที่มีผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายและความผิดนั้นเกิดต่อหน้าธารกำนัล เป็นกรณีที่มีบุคคล 3 ฝ่ายอยู่ในเหตุการณ์ แตกต่างกับมาตรา 388 เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอกส่วนของวัตถุแห่งการกระทำ ทำให้ลักษณะของความผิดประกอบด้วยบุคคล 2 ฝ่าย ดังที่อธิบายตามรูปที่ 10

รูปที่ 10 ความแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล
ตามมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง

มาตรา 281 และ มาตรา 397 วรรคสอง	มาตรา 388
<p>ผู้กระทำ ผู้เสียหาย ความผิด</p>	<p>ผู้กระทำ ความผิด</p>

ดังนั้น ในการพิจารณาความผิดในแต่ละมาตราก็จะมีความแตกต่างกันไปตามลักษณะของความผิดโดยทั่วไปและองค์ประกอบตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่มีความแตกต่างกันในแต่ละมาตรา

เมื่อกล่าวถึงนิยามและความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ทั้งในตำราและคำอธิบายกฎหมายจะปรากฏคำอธิบายอย่างละเอียดในมาตรา 281 ส่วนมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง มักจะเชื่อมโยงไปที่มาตรา 281 ในลักษณะว่าอธิบายอย่างเดียวกัน แต่จากการวิเคราะห์ในหัวข้อที่ 5.1.1 พบว่าฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในมาตรา 281 ความต่างกับมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง มีความแตกต่างกันตามลักษณะของความผิด องค์ประกอบ และเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้วิจัยได้หยิบยกแนวการวินิจฉัยที่ได้มีการอธิบายเป็น 2 แนวความเห็นตามบทที่ 3 มาอธิบายและวิเคราะห์ เพื่อหาข้อสรุปของขอบเขตของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล รวมทั้งแยกความ

แตกต่างกันรายละเอียดของมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ออกจากกัน ผู้วิจัยได้แบ่งการอธิบายในประเด็นเรื่องบุคคล สถานที่กระทำความผิด และความรับรู้ไว้อย่างอื่น ดังนี้

5.2.1 ประเด็นเรื่องบุคคล

ประเด็นเรื่องบุคคลแบ่งข้อพิจารณาออกเป็น 3 ประการ ได้แก่ ข้อพิจารณาเรื่องจำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิด ข้อพิจารณาเรื่องผู้ร่วมกระทำความผิด และข้อพิจารณาเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด สืบเนื่องจากข้อมูลที่ได้อธิบายในบทที่ 3

5.2.1.1 จำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิด

ข้อพิจารณานี้ กล่าวถึงบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิด ไม่ว่าลักษณะของความผิดจะเกิดขึ้นต่อหน้าธารกำนัลตามความเป็นจริงหรือโดยระยะทาง และไม่ว่าจะมีอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลเข้าไม่เกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับจำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิดนั้นมีแนวความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวดังนี้

ตารางที่ 13 แนวการวินิจฉัยจำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิด

แนวการวินิจฉัยที่ 1	แนวการวินิจฉัยที่ 2
ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลจะต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อหน้าบุคคลหลายคนหรืออย่างน้อย 2 คนขึ้นไป จึงจะถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัล	แม้จะมีบุคคลเพียงคนเดียวรับรู้ว่าการกระทำ ความผิดเกิดขึ้น ก็ถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลแล้ว

จากตารางที่ 13 การหยั่งทราบความหมายตามตัวอักษรต้องศึกษาที่มาและความหมายตามธรรมดาของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามพจนานุกรมพบคำว่า “ธารกำนัล” มีที่มาจากคำว่า “ธารคำนัล” ที่แปลว่า ที่เฝ้า ที่รับแขก ประชุมชน หมู่ชนที่เป็นแขก ถ้อยคำนี้ตรงกับภาษาอังกฤษว่า “in public” หมายถึง ที่เกี่ยวข้องหรือเป็นของส่วนรวมหรือสถานที่ซึ่งมองเห็นได้หรือเปิดเผยต่อประชาชน ข้อสรุปที่ได้จากการตีความตามตัวอักษร “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึง ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก โดยมีพยานรับรู้เหตุการณ์ ในการพิจารณาถึงขอบเขตของถ้อยคำ วัตถุที่อยู่ในความหมายของคำว่าธารกำนัลได้อาจน้อยจะต้องอยู่ในชั้นขอบความ ซึ่งกรณีที่มีบุคคลเพียงคนเดียวรับรู้ว่าการกระทำความผิดอยู่ในชั้นขอบความโดยเป็นส่วนที่ไม่ชัดเจนว่าถ้อยคำจะครอบคลุมไปถึงหรือไม่

หากตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรแต่เพียงประการเดียว ต่อหน้าธารกำนัล หมายถึง ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก ซึ่งเห็นการกระทำความผิดเท่านั้น เป็นการค้นหาความหมายตาม

พจนานุกรม แต่เมื่อพิจารณาประกอบเจตนารมณ์มาตรา 281 ก็พบว่า การตีความว่า ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมากนั้น ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ประสงค์จะคุ้มครองมิให้ผู้เสียหายอับอาย กรณีนี้จึงก่อผลประหลาด กล่าวคือ กรณีจะต้องมาพิจารณาอย่างเคร่งครัดว่าบุคคลจำนวนเท่าใดอยู่ในเหตุการณ์และรับรู้ว่าการกระทำความผิดจึงถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลจำนวนมากน้อยเท่าใดที่รับรู้การกระทำความผิดล้วนทำให้ผู้เสียหายอับอายเหมือนกัน

มาตรา 281 แตกต่างกับกรณีของมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง พบว่าจำนวนบุคคลนี้มีความสัมพันธ์กับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ เช่น ความผิดตามมาตรา 397 เกิดต่อหน้าบุคคลเดียว ไม่ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล ผู้กระทำความผิดจะต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่ง หากเกิดต่อหน้าธารกำนัลคือที่ประชุมหรือบุคคลหลายคนจะเป็นความผิดตามวรรคสองซึ่งถือว่าต่อหน้าธารกำนัลเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดหนักขึ้นสัมพันธ์กับระดับความร้ายแรงของการกระทำความผิดที่กระทบต่อความสงบสุขของสังคม เมื่อพิจารณาความเชื่อมโยงกันทั้งระบบก็จะได้ข้อสรุปว่าต่อหน้าธารกำนัลน่าจะไม่ใช่กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเดียว ด้วยเหตุผลสนับสนุน 2 ประการคือ

(1) ความหมายตามหลักอักษรศาสตร์ที่อธิบายว่าความผิดต้องเกิดต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก โดยหลักแล้วบุคคลเพียงคนเดียวไม่อยู่ในความหมายของการประชุมเนื่องจาก การประชุม หมายถึง การมารวมกันเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง การร่วมพบเพื่อปรึกษาหารือ หรือบางกรณีใช้หมายความอย่างเดียวกับชุมนุม ส่วนชุมนุมชน หมายถึง หมู่ชนที่รวมกันอยู่หนาแน่น หมู่ชนที่มารวมกันมาก ๆ ดังนั้น กรณีที่มีบุคคลรับรู้การกระทำความผิดเพียงคนเดียวตามมาตรา 281 และมาตรา 397 วรรคสอง หรือกระทำความผิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวตามมาตรา 388 จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล

เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3074/2560 วินิจฉัยว่า ในการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น กฎหมายมุ่งประสงค์ให้บรรดาผู้ถือหุ้นเข้าร่วมประชุมเพื่อปรึกษาหารือเกี่ยวกับกิจการของบริษัท โดยมีประธานดำเนินการประชุมและมีการเสนอข้อมติให้ที่ประชุมออกเสียงลงคะแนน การประชุมจึงเป็นการร่วมกันปรึกษาหารือซึ่งที่ประชุมจะต้องมีบุคคลอย่างน้อยสองคนเป็นผู้เข้าประชุม เพื่อร่วมกันพิจารณาตัดสินข้อมติที่เสนอต่อที่ประชุม หากใช้บุคคลเพียงคนเดียวจะทำการประชุมได้โดยลำพังไม่จากคำพิพากษาศาลฎีกาว่าการประชุมจะต้องมีบุคคลอย่างน้อยสองคนเข้าร่วมเพื่อปรึกษาหารือกัน

ดังนั้น สรุปได้ว่าในทางอักษรศาสตร์ต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวไม่อยู่ในความหมายของต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก ในเรื่องจำนวนคนธารกำนัลจึงหมายถึงกลุ่มคน โดยไม่ได้จำกัดจำนวนว่าจะเป็นที่คน ความผิดต่อหน้าธารกำนัลจึงหมายถึง ในสถานการณ์หรือในสถานที่ที่มีบุคคลมากกว่าคนเพียงคนเดียวรับรู้เหตุการณ์ ตามความเห็นของศาสตราจารย์กิติติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล และอาจารย์บุญเดือน ศรีวรพจน์

(2) ความสัมพันธ์เชื่อมโยงของบทกฎหมายทั้งระบบและความหมายของถ้อยคำในองค์รวม หากตีความว่าธารกำนัลหมายถึง บุคคลเพียงคนเดียวได้ ประมวลกฎหมายอาญาน่าจะใช้ถ้อยคำอื่น เช่น ผู้อื่นหรือบุคคลอื่นมากกว่า การตีความถ้อยคำเดียวกันว่าธารกำนัลไม่อาจแตกต่างกันเป็นเอกเทศจากมาตราอื่นที่ใช้ถ้อยคำเดียวกันได้ ดังนั้น การใช้ถ้อยคำเดียวกันว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จึงต้องมีความสอดคล้องกันทั้งมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง โดยเมื่อพิจารณา มาตรา 397 วรรคสอง จะสังเกตได้ว่าธารกำนัลในที่นี้หมายถึงต่อหน้าบุคคลหลายคน

ข้อสรุปในประเด็นเรื่องจำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิดเป็นไปตามแนวการวินิจฉัยที่ 1 ที่กล่าวว่า ความผิดต่อหน้าธารกำนัลต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อหน้าซึ่งประชุมหรือคนจำนวนมากที่เป็นกลุ่มบุคคล โดยไม่ได้จำกัดจำนวนว่าจะเป็นที่คน แต่ความผิดจะต้องเกิดในสถานการณ์หรือในสถานที่ที่มีบุคคลมากกว่าคนเพียงคนเดียวรับรู้ หากอ้างอิงจากความหมายของการประชุมจะต้องมีบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปจึงจะถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัล

5.2.1.2 กรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน

ตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน เป็นลักษณะของผู้กระทำความผิดหลายคน ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตความรับผิดในทางอาญาของบุคคล แม้ว่าจะไม่ได้กระทำความผิดด้วยตัวเองทั้งหมด การวินิจฉัยประเด็นเรื่องผู้กระทำความผิดหลายคนแยกออกเป็น 2 แนววินิจฉัย ดังนี้

ตารางที่ 14 แนวการวินิจฉัยกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน

แนวการวินิจฉัยที่ 1	แนวการวินิจฉัยที่ 2
การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล จะต้องมิใช่กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าผู้ร่วมกระทำความผิด ซึ่งเป็นตัวการตามมาตรา 83 ไม่รวมถึงผู้ใช้ตามมาตรา 84 และผู้สนับสนุนตามมาตรา 86	แม้จะเกิดต่อหน้าผู้ร่วมกระทำความผิดก็เป็นต่อหน้าธารกำนัล เพราะเป็นเรื่องที่ผู้เสียหายได้รับความอับอาย

จากตารางที่ 14 ต่อหน้าธารกำนัลตามแนววินิจฉัยที่ 1 ตามหลักอักษรศาสตร์มีคำอธิบายว่าเป็นการกระทำต่อหน้าบุคคลหลายคนโดยที่คนเหล่านั้นไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันสัมพันธ์กับแนวความคิดเรื่องผู้กระทำความผิดหลายคนที่ต้องรับผิดเพราะมีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดการกระทำความผิด หรือมีส่วนร่วม หรือช่วยให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แยกออกเป็นเรื่อง ตัวการตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 83 ผู้ใช้ตามมาตรา 84 และผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 แต่ละคนจึงต้องมีความรับผิดร่วมกันหรือแยกกันตามลักษณะของเจตนาและการกระทำ ดังนั้นการกระทำต่อหน้าผู้กระทำความผิดด้วยตนเองจึงไม่ถือเป็นกลุ่มบุคคลอื่น

แนวการวินิจฉัยที่ 2 เป็นการตีความโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์และผลของมาตรา 281 โดยมุ่งเน้นการคุ้มครองผู้เสียหายเป็นหลัก ซึ่งหากความผิดเกิดต่อหน้าผู้กระทำความผิดด้วยกันเองตาม มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ก็จะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์หรือไม่ครบองค์ประกอบ ความผิดหรือไม่มีข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้น ซึ่งธารก้านลจะต้องเป็นผู้อื่นที่ไม่ใช่ผู้กระทำความผิดเองจากการศึกษาการตีความตามแนววินิจฉัยที่ 2 จึงก่อให้เกิดผลประหลาด

เมื่อเปรียบเทียบกับความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 294 และมาตรา 299 ผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ จะต้องรับผิดชอบในผล คือ ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัส ที่เป็นผลโดยตรงมาจากการชุลมุนต่อสู้ โดยการเข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ หมายถึง เข้าไปมีส่วนในความสับสนวุ่นวายโดยสมัครใจ ในที่ซึ่งมีการใช้กำลังทำร้ายกัน โดยที่ไม่จำเป็นต้องเข้าไปอยู่ในวงชุลมุนต่อสู้ก็ได้ เพียงแต่มีกิริยาแสดงถึงการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างความวุ่นวายก็เพียงพอ และผู้ตายหรือผู้รับอันตรายสาหัสจะเป็นผู้ที่ได้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้หรือไม่ก็ได้ ผู้เข้าร่วมต้องรับผิดชอบในผลโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าผู้เข้าร่วมชุลมุนต่อสู้คนใดกระทำต่อผู้ตายหรือผู้รับอันตรายสาหัสนั้น⁴²²

ส่วนกรณีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคนโดยที่ตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุนอยู่ในที่เกิดเหตุ และรับรู้ถึงการกระทำความผิดด้วย จะถือว่าอยู่ในความหมายของต่อหน้าธารก้านลได้หรือไม่นั้น พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน จะต้องเป็นผู้กระทำความผิด ซึ่งส่งผลให้ตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุนต้องมีความรับผิดชอบร่วมกันหรือแยกกันตามลักษณะของเจตนาและการกระทำ⁴²³ กรณีของมาตรา 281 มิใช่บทบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ จะปรับบทลงโทษตามมาตรา 281 ประกอบมาตรา 83 มาตรา 84 หรือมาตรา 86 ไม่อาจมีได้ ขณะเดียวกันจะถือว่าผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการ เป็นผู้ใช้ หรือเป็นผู้สนับสนุน เป็นกลุ่มบุคคลอื่นที่เป็นธารก้านลไม่ได้ เนื่องจากเป็นบุคคลที่เข้ามีส่วนร่วมในการกระทำของผู้กระทำความผิด ซึ่งจะต้องรับผิดชอบในผลเช่นเดียวกัน เทียบกับผู้เข้าร่วมในการชุลมุนต่อสู้ที่จะต้องรับผิดชอบในผล คือ ความตายหรือได้รับอันตรายสาหัสโดยการกระทำในการชุลมุนต่อสู้ กรณีของมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง เมื่อความผิดเกิดขึ้น ผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันเป็นตัวการต้องระวางโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ส่วนผู้ใช้รับโทษเสมือนเป็นตัวการ ถ้าความผิดยังมิได้กระทำลง ผู้ใช้ระวางโทษหนึ่งในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ส่วนผู้สนับสนุนระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุน และเมื่อมีฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนแล้ว ก็ไม่อาจเป็นบุคคลอื่นอันอยู่ในความหมายของธารก้านลได้

⁴²² ศึกษาเปรียบเทียบมาตรา 294 และมาตรา 299 รายละเอียดคำอธิบายโปรตุเกส คมพล จันทน์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 82-84.

⁴²³ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ และ รมณกรณ์ บุญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 127.

ข้อสรุปในประเด็นเรื่องผู้กระทำความผิดหลายคน เป็นไปตามแนวการวินิจฉัยที่ 1 ว่าการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล จะต้องมิใช่กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าผู้ร่วมกระทำความผิด แต่ผู้วิจัยมีความเห็นแตกต่างไปเรื่องตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน ล้วนเป็นกรณีของผู้กระทำความผิดหลายคนที่ต้องมีความรับผิดชอบเพราะมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด มีส่วนเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดการกระทำความผิด และมีส่วนช่วยให้มีการกระทำความผิด แม้มิได้กระทำความผิดด้วยตนเองสัมพันธ์กับคำอธิบายที่ว่าธารกำนัล หมายถึง บุคคลหลายคนที่ไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดนั้นมีความเกี่ยวข้องกับผู้กระทำ ดังนั้น กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าผู้กระทำความผิดหลายคน ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นตัวการตามมาตรา 83 ผู้ใช้ตามมาตรา 84 หรือผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 ก็ไม่อาจถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลได้

5.2.1.3 เจตนาของผู้กระทำความผิด

ก่อนที่จะพิจารณาเรื่องเจตนา จะต้องพิจารณาโครงสร้างความรับผิดทางอาญาว่าในแต่ละมาตราบัญญัติให้การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลเป็นองค์ประกอบประเภทใด เมื่อวิเคราะห์ประกอบกับทฤษฎีที่ได้ศึกษาในบทที่ 2 สามารถอธิบายว่ามาตรา 281 ต่อหน้าธารกำนัลเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่เรียกว่าเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย ในขณะที่มาตรา 388 การทำการอันควรชยหน้าต่อหน้าธารกำนัลเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด และมาตรา 397 วรรคสอง ต่อหน้าธารกำนัลเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้บุคคลจะต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 62 วรรคท้าย การวินิจฉัยเรื่องเจตนาจึงต้องพิจารณาประเภทขององค์ประกอบที่แตกต่างกันด้วย โดยการวินิจฉัยประเด็นเจตนาของผู้กระทำความผิดแยกออกเป็น 2 แนววินิจฉัย ดังนี้

ตารางที่ 15 แนวการวินิจฉัยเจตนาของผู้กระทำความผิด

แนวการวินิจฉัยที่ 1	แนวการวินิจฉัยที่ 2
แม้จะมีบุคคลได้เห็น ก็มีได้หมายความว่าจะเป็นธารกำนัลเสมอไป ต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นรู้เห็นการกระทำด้วย	ผู้กระทำความผิดไม่ต้องมีเจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล แต่ต้องปรากฏพฤติการณ์ที่บุคคลรู้เห็นการกระทำความผิด

เนื่องจากคำอธิบายเกี่ยวกับความผิดต่อหน้าธารกำนัลนั้น อธิบายความหมายในมาตรา 281 เป็นหลัก การวินิจฉัยจึงเน้นไปที่มาตรา 281 จากการศึกษาผู้วิจัยมีความเห็นว่าประเด็นเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิดเป็นไปตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่บทบัญญัติในแต่ละมาตรา และมีความแตกต่างกัน กรณีของมาตรา 281 พิจารณาตามลักษณะขององค์ประกอบเป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ผู้กระทำต้องรับโทษตามผลของการกระทำ ซึ่งไม่ขึ้นกับเจตนาของผู้กระทำ

ความผิด ดังนั้น แม้ว่าผู้กระทำมิได้เจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล กรณีที่มีบุคคลบังเอิญเห็น หรือแอบดู ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในผลตามมาตรา 281 คือ ความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำลงนั้นจะเป็น ความผิดอันยอมความไม่ได้ เป็นไปตามแนวการวินิจฉัยที่ 2

กรณีมาตรา 388 เมื่อกฎหมายบัญญัติให้การทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล เป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิด ผู้กระทำความผิดจะต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ภายนอกของความผิดตามมาตรา 59 วรรคสาม หากผู้กระทำไม่รู้ก็ถือว่าไม่มีเจตนา ดังนั้น การที่มี บุคคลรับรู้จะต้องอยู่ในความคิดของผู้กระทำ คือ จะต้องรู้ข้อเท็จจริงที่ว่า การกระทำของตนนั้น เป็นการกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล เป็นไปตามคำอธิบายของผู้ช่วยศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.ประทีป ทัฬหีตันนัท และการกระทำความผิดนั้นจะต้องมีบุคคลรับรู้ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะอยู่ ณ สถานที่ใดตามคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ

มาตรา 397 วรรคสอง ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 62 วรรคท้าย ในทางทฤษฎีผู้กระทำความผิดที่ต้องรับโทษหนัก ขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงใด ผู้กระทำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงนั้น กรณีนี้จึงเป็นไปตามหลักที่ว่ารู้เท่าใด เจตนาเท่านั้น หากเป็นกรณีบังเอิญเห็นการกระทำความผิด แอบสอดรู้มาเห็นการกระทำความผิดจะ ถือว่าผู้กระทำความผิดมีเจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลไม่ได้

ข้อสรุปในประเด็นเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิดเป็นไปตามโครงสร้างความรับผิดทาง อาญา ดังนั้น กรณีตามมาตรา 281 ผู้กระทำไม่ต้องมีเจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล แม้จะเป็นกรณีบังเอิญเห็น หรือสอดรู้มารับรู้เหตุการณ์ ก็ถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลแล้วตามแนว การวินิจฉัยที่ 2 แต่กรณีตามมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ต้องปรากฏว่าผู้กระทำความผิด เจตนาในการกระทำของตนเกิดต่อหน้าธารกำนัลจึงจะมีความผิดหรือรับโทษหนักขึ้น

5.2.2 ประเด็นเรื่องสถานที่กระทำความผิด

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานที่กระทำความผิดแบ่งออกเป็น 2 แนวการวินิจฉัย ดังนี้

ตารางที่ 16 แนวการวินิจฉัยประเด็นเรื่องสถานที่กระทำความผิด

แนวการวินิจฉัยที่ 1	แนวการวินิจฉัยที่ 2
สถานที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ไม่จำเป็นต้องทำในที่ สาธารณสถาน แม้จะกระทำในที่รโหฐานหรือที่ เอกชนก็อาจเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ แต่ต้องมีผู้รู้ เห็นการกระทำความผิดในความเป็นจริงเท่านั้น	พิจารณาเกณฑ์ด้านสถานที่ที่ประกอบด้วย โดยเฉพาะการกระทำความผิดในที่สาธารณสถาน ถือเป็นการกระทำในลักษณะเปิดเผย

จากตารางที่ 16 แนวการวินิจฉัยเรื่องสถานที่แบ่งออกเป็น 2 แนว ได้แก่ แนวที่เห็นว่าสถานที่ไม่ใช่สาระสำคัญ กับแนวที่เห็นว่าต้องพิจารณาสถานที่ประกอบด้วย โดยถือว่าการกระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำได้เป็นต่อหน้าธารกำนัล กรณีที่ความผิดเกิดในที่สาธารณะสถานแต่ไม่มีพยานรับรู้เหตุการณ์เลย จึงอาจถือเป็นความผิดต่อหน้าธารกำนัลได้ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในปัจจุบัน

จากการศึกษาความผิดต่อหน้าธารกำนัลเป็นหลักบุคคลที่จะต้องพิจารณาว่าความผิดเกิดภายใต้ความรู้ของบุคคลหรือไม่ ดังนั้น ไม่ว่าความผิดจะเกิด ณ สถานที่ใด ไม่ว่าจะเป็นที่สาธารณะสถาน ที่รโหฐาน หรือที่เอกชน ความผิดต่อหน้าธารกำนัลก็เกิดได้ สอดคล้องกับความผิดตามมาตรา 376 (2) (c) ของกฎหมายอาญามาตราเลเซียที่เป็นหลักบุคคลไม่ได้พิจารณาเรื่องสถานที่

ส่วนแนวการวินิจฉัยที่ 2 มีความคล้ายคลึงกับการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายอาญาจีน โดยตัวบทกฎหมายอาญาจีนมาตรา 236 และมาตรา 237 ใช้คำว่า “ในสถานที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน” ตามตัวบทเป็นหลักสถานที่ประกอบหลักบุคคล แต่การตีความกลับพิจารณาที่สถานที่เป็นสำคัญ กล่าวคือ เมื่อความผิดเกิดในที่สาธารณะที่มีคนอยู่ เพียงปรากฏข้อเท็จจริงว่าบุคคลเหล่านั้นอาจรับรู้เหตุการณ์ก็ถือว่าเป็นความผิดในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชนแล้ว แต่กฎหมายไทยใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เป็นหลักบุคคลประการเดียวจึงไม่ควรพิจารณาเรื่องสถานที่อีก มิเช่นนั้น จะเป็นการตีความแบบขยายความ ประกอบกับในบางมาตราหากกฎหมายต้องการจะให้ใช้หลักสถานที่ประกอบการพิจารณาด้วย ก็จะใช้คำว่าเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลดังที่ปรากฏในมาตรา 397 วรรคสอง

ข้อสรุปในประเด็นเรื่องสถานที่กระทำความผิดเป็นไปตามแนววินิจฉัยที่ 1 ที่ว่าสถานที่ไม่ใช่สาระสำคัญในการพิจารณาความผิดต่อหน้าธารกำนัล จึงไม่จำเป็นต้องกระทำความผิดในที่สาธารณะสถานเท่านั้น แม้ความผิดจะได้กระทำในที่รโหฐานหรือที่เอกชนก็เป็นต่อหน้าธารกำนัลได้

5.2.3 ประเด็นเรื่องความรู้รู้อย่างอื่น

ประเด็นเรื่องความรู้รู้อย่างอื่น แม้จะยังไม่ปรากฏคำอธิบายในตำราหรือแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในมาตรา 281 ว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายรวมถึง ความรู้รู้อย่างอื่น เช่น การได้ยิน เนื่องจากปัจจุบันการตีความต่อหน้าธารกำนัล หมายถึง การรับรู้โดยการมองเห็นเท่านั้น แต่เมื่อเทียบเคียงกับความผิดตามมาตรา 388 มาตรา 397 พบว่าความผิดต่อหน้าธารกำนัลอาจเป็นการรับรู้โดยการมองเห็นหรือการได้ยินได้

ประกอบกับการตีความตามกฎหมายต่างประเทศ การตีความกฎหมายอาญาเยอรมันตามมาตรา 184h กำหนดนิยามของ “กระทำการทางเพศต่อหน้าบุคคลที่สาม” (Sexual acts in the presence of a third person) ว่าเป็นการกระทำความผิดเฉพาะต่อหน้าบุคคลอื่นที่รับรู้เหตุการณ์

ในขณะที่กฎหมายอังกฤษ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ค.ศ. 1986 (Public Order Act 1986) มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุกคาม สร้างความหวาดกลัว หรือความกังวลใจให้กับผู้อื่นภายใต้ความรับรู้โดยการได้ยินหรือมองเห็นตามมาตรา 4A และมาตรา 5 และการตีความกฎหมายอาญาจีนโดยศาลประชาชนสูงสุด ตีความว่า “ต่อหน้าสาธารณชน” หมายถึง สถานการณ์ที่บุคคลอื่นมากกว่า 3 คน สามารถมองเห็นและได้ยิน แสดงว่ากรณีที่มีความผิดต่อหน้าบุคคลอื่นหรือต่อหน้าสาธารณชนตามบทบัญญัติของกฎหมายและการตีความกฎหมายอาญาในต่างประเทศล้วนหมายถึงภายใต้ความรับรู้ของบุคคลทั้งสิ้น

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงสรุปว่ากรณีที่ความผิดเกิดภายใต้ความรับรู้ของกลุ่มบุคคลในขณะที่ความผิดเกิด ในประการที่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้น เพียงพอที่จะถือว่าเป็นความผิดต่อหน้าธารกำนัลได้เช่นกัน

5.3 เปรียบเทียบบทบัญญัติตามกฎหมายไทยและบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ

ในการเปรียบเทียบบทบัญญัติตามกฎหมายไทยและบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ จากการศึกษาผู้วิจัยได้หยิบยกประเด็นที่น่าสนใจในกฎหมายต่างประเทศและเป็นประเด็นที่สามารถเปรียบเทียบกับฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทยได้ ซึ่งกฎหมายในแต่ละประเทศล้วนมีการบัญญัติความผิดอาญาที่เกี่ยวข้องเป็นลายลักษณ์อักษร แต่การตีความกฎหมายศาลยังคงมีบทบาทมากอยู่แม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างประเทศจีนก็ตาม และในกรณีที่มีการกำหนดบทนิยาม เช่น กฎหมายเยอรมันและกฎหมายอังกฤษ ก็จะมีข้อดีคือสร้างความชัดเจนในการตีความและต้องตีความเคร่งครัดตามตัวอักษร นอกจากนี้แม้บทบัญญัติในแต่ละประเทศจะมีความคล้ายคลึงกันแต่ในส่วนของรายละเอียดและองค์ประกอบในแต่ละฐานความผิดก็แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ซึ่งผู้วิจัยได้วิเคราะห์เปรียบเทียบโดยกำหนดประเด็นการเปรียบเทียบจากกฎหมายไทยเป็นพื้นฐาน

5.3.1 เปรียบเทียบมาตรา 281

ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะเปรียบเทียบกฎหมายมาตรา 281 กับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องตามประเด็นเรื่องความผิดอันยอมความได้และประเด็นการข่มขืน การอนาจารโดยการล่วงล้ำ และการอนาจารต่อหน้าธารกำนัลดังต่อไปนี้

5.3.1.1 ประเด็นเรื่องความผิดอันยอมความได้

ประเด็นเรื่องความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัวตามกฎหมายไทย ส่งผลต่อเงื่อนไขในการดำเนินคดี กล่าวคือ ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด มิเช่นนั้นคดีเป็นอันขาดอายุความ หากผู้เสียหายไม่ร้องทุกข์ทำให้พนักงาน

สอบสวนไม่มีอำนาจสอบสวน และพนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาล และหากผู้เสียหายได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย สิทธินำคดีอาญามาฟ้องยอมระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (2) เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศแล้วพบว่ากฎหมายเยอรมันได้กำหนดเงื่อนไขการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีไว้เช่นกันโดยจะต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน และกำหนดประเภทความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ไว้โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน สามารถเทียบได้กับความผิดอันยอมความได้หรือความผิดต่อส่วนตัวตามกฎหมายไทย

**ตารางที่ 17 เปรียบเทียบความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ตามกฎหมายแห่ง
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายไทย**

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน	ประมวลกฎหมายอาญาไทย
มาตรา 123 ความผิดฐานบุกรุก	มาตรา 366 ความผิดฐานบุกรุกนอกจากมาตรา 365
มาตรา 182 ความผิดฐานล่วงละเมิดเด็กและเยาวชน	มาตรา 281 ความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนหรือการอนาจารโดยการล่วงล้ำระหว่างคู่สมรสและการอนาจาร
มาตรา 183 ความผิดฐานแสดงอนาจาร	
มาตรา 184 ความผิดฐานคุกคามทางเพศ	
มาตรา 194 ความผิดฐานดูหมิ่นเมื่อกระทำการเผยแพร่เนื้อหาหรือกระทำในที่ประชุมสาธารณะหรือมีการเปิดเผยต่อสาธารณะ	มาตรา 333 ความผิดฐานหมิ่นประมาท
มาตรา 205 ความผิดฐานละเมิดความเป็นส่วนตัวด้วยการถ่ายภาพ มาตรา 201a (1) และ (2) ความผิดฐานละเมิดความเป็นส่วนตัวในการติดต่อทางจดหมาย มาตรา 202 ความผิดฐานละเมิดความลับของผู้อื่น มาตรา 203 และความผิดฐานใช้ประโยชน์จากความลับของผู้อื่น มาตรา 204	มาตรา 325 ความผิดฐานเปิดเผยความลับ
มาตรา 247 ความผิดฐานลักทรัพย์ญาติสนิทหรือบุคคลที่อาศัยอยู่บ้านเดียวกัน	มาตรา 71 ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ในกรณีที่ผู้เสียหายและผู้ต้องหาเป็นบุคคลในครอบครัวโดยสายโลหิต
มาตรา 248a ความผิดฐานลักทรัพย์และยกยอกทรัพย์สินที่มีราคาน้อย	มาตรา 356 ความผิดฐานยกยอก

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน	ประมวลกฎหมายอาญาไทย
มาตรา 288 (2) และมาตรา 289 (3) ความผิดเกี่ยวกับการโกงเจ้าหนี้	มาตรา 351 ความผิดฐานโกงเจ้าหนี้
มาตรา 303c ความผิดฐานทำให้เสียหายทรัพย์ตามมาตรา 303	มาตรา 361 ความผิดฐานทำให้เสียหายทรัพย์ตามมาตรา 358 มาตรา 359
ความผิดกลุ่มอื่น ๆ เช่น มาตรา 230 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 223 และมาตรา 229 มาตรา 235 (7) ความผิดฐานพรากเด็กจากอำนาจปกครอง มาตรา 238 (4) ความผิดฐานสะกดรอย มาตรา 248b (3) ความผิดฐานใช้ยานพาหนะของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต มาตรา 248c (4) ความผิดฐานลักกระแสไฟฟ้า มาตรา 257 (4) การช่วยเหลือผู้อื่นภายหลังกระทำความผิด มาตรา 323a (3) กระทำความผิดอันเนื่องมาจากการเสพของมึนเมา เป็นต้น	ความผิดกลุ่มอื่น ๆ เช่น มาตรา 272 ความผิดเกี่ยวกับการค้า มาตรา 283 ทวิ และมาตรา 284 ความผิดเกี่ยวกับการพาไปเพื่อการอนาจาร มาตรา 321 ความผิดต่อเสรีภาพตามมาตรา 309 วรรคแรก มาตรา 310 วรรคแรก และมาตรา 311 วรรคแรก มาตรา 348 ความผิดฐานฉ้อโกงเงินมาตรา 343

จากตารางที่ 17 เทียบเคียงความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ตามกฎหมายอาญาเยอรมันกับความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายอาญาไทย ซึ่งจากตารางจะมีบางฐานความผิดที่คล้ายคลึงกัน ส่วนมากจะเป็นความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องเกียรติของปัจเจกชน และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ในทางทรัพย์สิน และอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันตามที่อธิบายในตารางช่องสุดท้ายความผิดกลุ่มอื่น ๆ

สังเกตได้ว่า กฎหมายเยอรมันความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ส่วนมากจากเป็นความผิดที่เอกชนฟ้องคดีได้เองหรือความผิดต่อส่วนตัวตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันมาตรา 374 (1) แต่ความผิดที่อาศัยเงื่อนไขการร้องทุกข์ของผู้เสียหายในบางฐานไม่ได้เปิดโอกาสให้เอกชนฟ้องคดีได้เอง แตกต่างกับกฎหมายไทยที่ความผิดอันยอมความได้จะต้องอาศัยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายก่อนดำเนินคดีในทุกประเภทความผิด และเอกชนสามารถฟ้องคดีได้เองในทุกประเภทความผิดตราบใดที่เป็น “ผู้เสียหาย”

นอกจากนี้ จากการศึกษาพบว่ากฎหมายอาญาจีนก็มีการจำแนกประเภทคดีที่เป็นความผิดต่อส่วนตัว คือ คดีที่ดำเนินคดีอาญาได้ต่อเมื่อมีการร้องทุกข์ คดีความผิดอาญาเล็กน้อยที่ผู้เสียหายมีพยานหลักฐาน และคดีที่ผู้เสียหายมีหลักฐานพิสูจน์ว่าผู้ต้องหาละเมิดสิทธิส่วนบุคคลและทรัพย์สินของตน และควรมีการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายแต่รัฐไม่ดำเนินคดีอาญาต่อจำเลย ทำให้

เอกชนฟ้องคดีต่อศาลประชาชนได้โดยตรง ในขณะที่กฎหมายอาญามาเลเซียมีการกำหนดให้ความผิดบางประเภทเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ความผิดทางเพศไม่ได้เข้าเงื่อนไขการยอมความตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนกฎหมายอังกฤษมีการจำแนกประเภทความผิดซึ่งส่งผลต่อการพิจารณาคดีที่แตกต่างกันไปในแต่ละศาล

ความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายไทยจึงมีความสัมพันธ์กับความผิดที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีตามกฎหมายเยอรมันมากที่สุด และเมื่อพิจารณามาตรา 281 สามารถเทียบเคียงกับกฎหมายเก่าของเยอรมันในมาตรา 177 เคยกำหนดเงื่อนไขในการดำเนินคดีความผิดฐานข่มขืนว่าต้องมีการร้องทุกข์ของผู้เสียหายก่อนดำเนินคดี ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1871 ประกาศใช้ระหว่างวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1872 ถึง 20 มีนาคม ค.ศ. 1876 ซึ่งต่อมาได้มีการยกเลิกเงื่อนไขในการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีไป และมาตรา 182 ความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนซึ่งยังคงกำหนดเงื่อนไขการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1871 มาจนถึงกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบัน ทางด้านเนื้อหาของกฎหมายมาตรา 182 สามารถเทียบได้กับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 26 (9) วางหลักว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ไม่ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ ห้ามมิให้ผู้ใดบังคับ ชู่เชื้อ ใช้ ชักจูง ยุยง ส่งเสริม หรือยินยอมให้เด็กแสดงหรือกระทำการอันมีลักษณะลามกอนาจาร ไม่ว่าจะเข้าไปเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนหรือเพื่อการใด” ซึ่งการฝ่าฝืนมีโทษตามมาตรา 78 คือ ระวังโทษจำคุกไม่เกินสามเดือนหรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เด็กถูกรุณกรรมหรือตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้เป็นความผิดอันยอมความได้ดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา

จากการศึกษาผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายไทยมีบัญญัติใกล้เคียงกับกฎหมายเยอรมันด้วยเหตุผล 2 ประการ

1. เหตุผลทางด้านประวัติศาสตร์ ในการร่างกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 ประเทศไทยนำประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ค.ศ. 1871 มาเป็นแนวประกอบการร่างโดยลอกเลียนแบบจากกฎหมายอาญาญี่ปุ่น ส่งผลให้เนื้อหาตามมาตรา 281 ปรากฏในกฎหมายลักษณะอาญามาตรา 248 ที่เป็นรากฐานของมาตรา 281 เอง ก็เคยวางหลักว่า “...ถ้าเหตุมิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัลไซ้ ท่านให้ถือว่าต่อผู้ที่ถูกระทำร้ายมาร้องทุกข์ จึงให้เจ้าพนักงานเอาคดีนั้นขึ้นว่ากล่าวตามกระบิลเมือง” คล้ายกับบทบัญญัติในกฎหมายเยอรมัน ซึ่งต่อมาเป็นหลักเรื่องความผิดอันยอมความได้ แต่กฎหมายไทยมีการกำหนดเงื่อนไขที่เฉพาะไปอีก คือ หากความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลจะเป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้

2. มาตรา 182 ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดเด็กและเยาวชน เคยปรากฏเป็นประเด็นในการพิจารณาร่างประมวลกฎหมายลักษณะอาญา เนื่องจากเป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง

อนาคตของเด็กและเยาวชน ที่จะไม่ต้องการให้การดำเนินคดีอาญาสร้างบาดแผลทางด้านจิตใจให้แก่เด็ก แต่ในท้ายที่สุดกฎหมายอาญาไทยไม่ได้ปรากฏเงื่อนไขที่กำหนดให้การข่มขืนหรืออนาจารเด็กต่อหน้าธารกำนัลเป็นความผิดอันยอมความได้

เงื่อนไขที่ว่าหากการกระทำความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล ส่งผลให้เป็นความผิดที่ไม่อาจยอมความได้ ไม่ปรากฏว่ากฎหมายต่างประเทศประเทศใดมีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ แต่กลับปรากฏว่ากฎหมายบางประเทศกำหนดให้เป็นเหตุเพิ่มโทษในกรณีที่มีความผิดทางเพศได้กระทำลงต่อหน้าธารกำนัลหรือต่อหน้าบุคคลอื่น ซึ่งผู้วิจัยจะอธิบายในหัวข้อ 5.3.1.2

5.3.1.2 ประเด็นเรื่องการข่มขืนและการอนาจารต่อหน้าธารกำนัล

ผู้วิจัยได้มุ่งศึกษาความผิดเกี่ยวกับการข่มขืนและการอนาจารในกฎหมายต่างประเทศพบว่า กฎหมายอาญาจีนกำหนดเหตุเพิ่มโทษข่มขืนตามมาตรา 236 วรรคสาม (3) วางหลักให้การข่มขืนผู้หญิงหรือเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าการข่มขืนตามวรรคหนึ่ง และเหตุเพิ่มโทษฐานบังคับอนาจารตามมาตรา 237 วรรคสอง วางหลักให้การใช้ความรุนแรง การบังคับขู่脅 หรือวิธีการอื่นใดในการบังคับอนาจารผู้อื่นต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ ผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษหนักขึ้นกว่าวรรคหนึ่ง และมาตรา 237 วรรคสาม (2) กำหนดให้การลวนลามเด็กต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ โดยพฤติการณ์อันเลวร้ายเป็นความผิด

ตามบทบัญญัติกฎหมายอาญาจีนใช้คำว่า “ในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน” ซึ่งเป็นการใช้หลักสถานที่และหลักบุคคลประกอบกัน แต่ในประเด็นเรื่องการตีความกฎหมายแม้ประเทศจีนจะใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่การตีความกฎหมายกลับมีลักษณะเหมือนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยศาลประชาชนสูงสุดและสำนักงานอัยการประชาชนสูงสุดมีบทบาทหลักในการตีความและออกข้อบังคับใช้กฎหมายอาญาซึ่งมักจะได้รับการยอมรับและนำไปใช้ในคำพิพากษาคดีหลัง การตีความคำว่า “ในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน” ศาลตีความว่า การข่มขืนการกระทำอนาจารในสถานที่สาธารณะ เช่น ในวิทยาเขต สระว่ายน้ำ สนามเด็กเล่น และสถานที่สาธารณะอื่น ๆ ครอบคลุมที่มีผู้อื่นอยู่ ไม่ว่าจะเห็นเหตุการณ์หรือไม่ อ้างอิงตามบทบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 236 วรรคสาม และมาตรา 237 จัดเป็นการข่มขืนผู้หญิงหรือเด็กหญิง บังคับอนาจารคูหมีนผู้หญิง อนาจารเด็กในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน ดังนี้ ในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายใช้หลักสถานที่โดยตีความความผิดเกิด “ต่อหน้าสาธารณชน” ว่าครอบคลุมที่บุคคลที่สามหรือสาธารณชนมีแนวโน้มที่จะเห็นหรือได้ยิน ถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าสาธารณชนแล้ว เปลี่ยนจากหลักการตีความแบบดั้งเดิมที่เคร่งครัดว่า “ต่อหน้าสาธารณชน” หมายถึง สถานที่ที่บุคคลอื่นมากกว่า 3 คนสามารถมองเห็นและได้ยิน

การตีความของศาลประชาชนสูงสุดและสำนักงานอัยการประชาชนสูงสุดในประเด็นนี้ คล้ายกับการตีความของศาลไทยในปัจจุบันที่วางหลักว่า ผู้กระทำความผิดได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัลแล้ว แต่เมื่อบทบัญญัติ ตามกฎหมายอาญาจีนใช้หลักสถานที่ประกอบหลักบุคคล การกระทำในที่สาธารณะที่มีบุคคลอื่นอยู่ จึงเพียงพอที่จะตีความว่าเป็นการกระทำความผิดในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะ เห็นการกระทำความผิดหรือไม่ ในขณะที่ต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทยใช้หลักบุคคล ผู้วิจัยมี ความเห็นว่าไม่ควรตีความแบบขยายจนเกินความหมายตามตัวอักษรจะเหมาะสมมากกว่า

กฎหมายอาญามาเลเซียมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกัน โดยกำหนดเหตุเพิ่มโทษสำหรับการ ช่มชู้ผู้หญิงต่อหน้าบุคคลอื่น เป็นเหตุให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 376 (2) (c) ซึ่งมีความแตกต่างที่ว่าแม้เหตุเกิดต่อหน้าบุคคลที่สามเพียงคนเดียว ก็เป็นความผิดตามมาตราแล้ว ไม่จำเป็นต้องเกิดต่อหน้าบุคคลหลายคนตามกฎหมายไทยหรือกฎหมายจีน

นอกจากนี้ตามกฎหมายอังกฤษ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 ได้ บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็กตามมาตรา 11 การทำให้เด็กดู การกระทำทางเพศตามมาตรา 12 และประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการ ล่วงละเมิดทางเพศเด็กตามมาตรา 176 และความผิดเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศผู้อยู่ใต้การ ปกครองดูแลตามมาตรา 184 ซึ่งล้วนเป็นความผิดต่อหน้าธารกำนัลเมื่อเกิดการกระทำทางเพศหรือ กิจกรรมทางเพศต่างหน้าเด็ก เช่น การร่วมประเวณีให้เด็กดู ซึ่งในด้านเนื้อหาเป็นบทบัญญัติที่มุ่ง คุ่มครองเด็กและความผิดประเวณีนี้อาจเกิดแม้ไม่มีการสัมผัสตัวเด็กเลยก็ตาม

ประเด็นที่น่าสนใจอีกประการ คือ กฎหมายอาญาเยอรมันกำหนดนิยามของ “กระทำ การทางเพศต่อหน้าบุคคลที่สาม” (Sexual acts in the presence of a third person) ว่าเป็นการ กระทำความผิดเฉพาะต่อหน้าบุคคลอื่นที่รับรู้เหตุการณ์เท่านั้น ตามมาตรา 184h ซึ่งทำให้มีความ ชัดเจนว่าต่อหน้าบุคคลที่สามจะต้องมีบุคคลรับรู้เหตุการณ์ เป็นไปตามหลักบุคคลและมีข้อดีคือการ กำหนดบทนิยามทำให้มีความหมายที่ชัดเจนโดยไม่ต้องมีการตีความถ้อยคำในกฎหมายอีก

ข้อสังเกตประการสุดท้าย ตามกฎหมายอาญาจีนและมาเลเซีย บทบัญญัติของกฎหมาย ยังคงกำหนดให้ผู้กระทำความผิดฐานช่มชู้เป็นผู้ชายและผู้เสียหายเป็นผู้หญิง แตกต่างกับบทบัญญัติ ในกฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายไทยที่ไม่ได้ระบุเพศของผู้กระทำความผิดไว้ แต่ หากเป็นความผิดเกี่ยวกับการอนาจาร ทั้งกฎหมายจีนและมาเลเซียไม่ได้กำหนดเพศของผู้กระทำ ความผิดและผู้เสียหายไว้ และประเทศจีนมีการกำหนดทั้งความผิดฐานช่มชู้และบังคับอนาจารในที่ สาธารณะต่อหน้าสาธารณชนคล้ายกับประเทศไทย ในขณะที่ประเทศมาเลเซียกำหนดไว้แค่ความผิด ฐานช่มชู้เกิดต่อหน้าธารกำนัลเท่านั้น

ดังนั้น สรุปได้ว่ามาตรา 281 ตามกฎหมายไทยเกี่ยวกับความผิดอันยอมความได้จึงมีหลักการตามรากฐานของกฎหมายอาญาเยอรมัน ที่ต้องอาศัยเจตนาของการร้องทุกข์ของผู้เสียหายก่อนดำเนินคดีอาญา และมีเนื้อความคล้ายกฎหมายอาญาจีนและมาเลเซียในประเด็นที่ความผิดเกิดต่อหน้าสาธารณชนหรือบุคคลอื่น

5.3.2 เปรียบเทียบมาตรา 388

เนื่องจากมาตรา 388 มีรากฐานมาจากคดีคริสต์ศาสนาว่าการเปลือยกายเป็นสิ่งที่ไร้ศีลธรรม บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีรากฐานมาจากกฎหมายตะวันตก จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวข้อที่ผู้วิจัยได้เลือกกฎหมายอังกฤษและกฎหมายเยอรมันเป็นหลักในการวิเคราะห์

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางเพศ พ.ศ. 2003 มาตรา 66 ที่บังคับใช้ใน ประเทศอังกฤษ Actus Reus หรือการกระทำที่ครบองค์ประกอบภายนอก คือ การเปิดเผยอวัยวะเพศของตนเอง ซึ่งแคบกว่ามาตรา 388 ตามกฎหมายไทยที่การกระทำความผิดอาจเป็นการเปลือย เปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่นก็ได้ มิใช่การเปิดเผยอวัยวะเพศเพียงอย่างเดียว และตามกฎหมายอังกฤษส่วนของ Mens Rea หรือองค์ประกอบภายใน จะต้องปรากฏว่ามีเจตนาร้าย คือ เจตนาที่จะให้ผู้อื่นเห็นเพื่อให้เกิดความหวาดกลัวหรือความกังวลใจแก่ผู้อื่น หากผู้กระทำความผิด ความมุ่งหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งความพึงพอใจในทางเพศเพียงอย่างเดียวนั้นไม่เพียงพอ หรือคาดว่าจะมีผู้อื่นเห็นการเปิดเผยอวัยวะเพศของตนเองเพียงอย่างเดียวก็ไม่เพียงพอเช่นกัน จะต้องเป็นกรณีที่มีเจตนาให้ผู้อื่นเห็นและเกิดความหวาดกลัวหรือความกังวลใจด้วย หากการกระทำครบองค์ประกอบทั้งสองประการผู้กระทำความผิดต้องรับโทษตามมาตรา 66 โดยไม่จำเป็นว่าจะต้องมีผู้อื่นจะต้องเห็นอวัยวะเพศของผู้กระทำความผิดหรือผู้อื่นจะต้องเกิดความหวาดกลัวหรือความกังวลใจ แตกต่างจากกฎหมายไทยที่ต่อหน้าธารกำนัลเป็นองค์ประกอบภายนอก ดังนั้น ผลของการกระทำจะต้องเกิดคือ มีกลุ่มคนรับรู้ว่าการกระทำความผิดอันควรขายหน้าเกิดขึ้น

นอกจากนี้ผู้อื่นตามมาตรา 66 แม้จะมุ่งหมายให้ความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวก็มีความผิดตามมาตรา 66 นี้ แตกต่างกับต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทยที่ตามความหมายแล้วจะต้องหมายถึงกลุ่มคน

ส่วนประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการแสดงอนาจารไว้ใน มาตรา 183 (1) วางหลักว่า ผู้ชายคนใดรบกวนผู้อื่นด้วยการแสดงอนาจาร และอนุมาตรา (4) ให้นำไปใช้กับกรณีของผู้หญิงแสดงอนาจารด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาการกระทำครบองค์ประกอบภายนอกคือการรบกวนผู้อื่นด้วยการแสดงอนาจาร องค์ประกอบภายในคือ การกระทำโดยมีเจตนา เช่นนั้นแล้ว ความผิดสำเร็จจึงต้องพิจารณาด้วยว่าการกระทำนั้นเป็นการรบกวนผู้อื่นหรือไม่ การกระทำความผิดนี้ จึงขึ้นกับผู้อื่นหรือเหยื่อที่รับรู้เหตุการณ์ หากโดยทั่วไปแล้วปฏิกิริยาของเหยื่อไม่เห็นว่ากระทำนั้น

มีความหมายในทางเพศ เช่น เห็นว่าเป็นเรื่องตลก ผู้กระทำก็ไม่มี ความผิดตามมาตรา 183 กรณีนี้ จึงต้องปรากฏว่ามีเหยื่อที่รับรู้เหตุการณ์ และแม้ความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว แต่บุคคลนั้น เห็นว่าเป็นเรื่องในทางเพศผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา 183

ความผิดที่บัญญัติไว้ตามกฎหมายอาญาเยอรมันจึงแตกต่างกับกฎหมายอังกฤษที่ต่อหน้าผู้อื่น เป็นองค์ประกอบในส่วนของ Mens Rea คือ ผู้กระทำมีความผิดมีเจตนาที่จะให้ผู้อื่นเห็น องค์ประกอบ ภายนอกที่กำหนดไว้ตามกฎหมายเยอรมันกว้างกว่ากฎหมายอังกฤษที่จำกัดเฉพาะการเปิดเผย อวัยวะเพศ บทบัญญัติตามกฎหมายอาญาเยอรมันมีความใกล้เคียงกับกฎหมายอาญามาเลเซียตาม มาตรา 294 (a) วางหลักว่า ผู้ใดสร้างความรำคาญให้แก่ผู้อื่นโดยกระทำการหรือกล่าวถ้อยคำใดอัน ลามกอนาจารในที่สาธารณะมีความผิด ซึ่งกฎหมายมาเลเซียเป็นหลักสถานที่คือความผิดต้องกระทำ ความผิดในที่สาธารณะด้วยต่างจากกฎหมายไทยที่เป็นหลักบุคคล

5.3.3 เปรียบเทียบมาตรา 397 วรรคสอง

บทบัญญัติมาตรา 397 เป็นบทบัญญัติที่ค่อนข้างกว้าง จากการศึกษาพบว่า มีบทบัญญัติที่ สามารถเทียบเคียงกันได้ตามกฎหมายอาญาเยอรมัน กฎหมายอาญาจีน กฎหมายอาญามาเลเซีย และ กฎหมายอังกฤษ ซึ่งส่วนมากจะเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์สาธารณะ และเน้นไปที่การก่อความ ไม่สงบในที่สาธารณะซึ่งบัญญัติเอาไว้หลายเหตุ

กฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 183a วางหลักว่า ผู้ใดกระทำการทางเพศในที่สาธารณะ โดย เจตนาหรือรู้ว่าจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญต้องรับโทษตามกฎหมาย มาตรา 183a ผู้กระทำ ความผิด ไม่ต้องมีจุดประสงค์จะรบกวนบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ แต่การกระทำเช่นนี้อาจก่อความ เดือดร้อนรำคาญในบุคคลทั่วไปที่จะเผชิญหน้ากับการกระทำทางเพศโดยที่ไม่เต็มใจจะรับรู้ ความผิด ตามมาตรา 183a จึงเน้นไปที่การกระทำในที่สาธารณะตามหลักสถานที่ โดยไม่ได้พิจารณาถึงบุคคลที่รับรู้ เหตุการณ์ นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศโดยเฉพาะตามมาตรา 184i (1) วาง หลักว่า ผู้ใดสัมผัสร่างกายผู้อื่นเพื่อสนองความต้องการทางเพศและเป็นการคุกคามต้องรับโทษตาม กฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องมีการสัมผัสร่างกายผู้อื่นเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงคำพูด เทียบเคียงได้กับ มาตรา 397 แต่ตามกฎหมายไทยบัญญัติเอาไว้กว้างครอบคลุมถึงการกระทำความผิดหลายอย่าง ใน ประเด็นการคุกคามทางเพศ สามารถกระทำได้ทางการกระทำ คำพูด หรือการส่งต่อข้อความในเชิง อนาจาร อย่างไรก็ตาม การคุกคามทางเพศตามกฎหมายเยอรมันไม่ได้บัญญัติให้การคุกคามทางเพศที่ เกิดต่อหน้าธารกำนัลหรือบุคคลอื่นเป็นความผิด

กฎหมายอังกฤษเองก็มีความโดดเด่น เทียบเคียงได้กับความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วย ความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 67 และมาตรา 67A บัญญัติเกี่ยวกับการแอบถ่ายและการถ่ม ถูมองไว้หลายเหตุ ทั้งการเฝ้าสังเกตเพื่อความพึงพอใจทางเพศ โดยใช้อุปกรณ์บันทึกการทำเรื่องส่วนตัว

ของบุคคลอื่นและการเฝ้าสังเกตโดยไม่มีการใช้อุปกรณ์ และมีการเอาผิดในกรณีที่มีการเผยแพร่รูปภาพหรือบันทึกที่มาจากภาพถ่าย ความผิดกลุ่มนี้อาจเทียบเคียงกับความผิดตามมาตรา 397 วรรคสองของไทยได้ต่อเมื่อ ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดผ่านการใช้อุปกรณ์เพื่อให้บุคคลอื่นสามารถเห็นหรือกำลังกระทำเรื่องส่วนตัว เช่น กรณีผู้ให้เช่าบ้านติดกล้องไว้ในห้องนอนของผู้เช่า เพื่อที่จะให้บุคคลอื่นเข้ามาดูภาพของผู้เช่าที่ไม่ได้ใส่เสื้อผ้าได้ผ่านทางเว็บไซต์ กรณีเช่นนี้ผู้ให้เช่าบ้านเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 67 (2) ต่อหน้าธารกำนัลคือบุคคลที่เข้ามาดูขณะที่ผู้เช่าไม่ได้ใส่เสื้อผ้า

กฎหมายอังกฤษยังมีความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ค.ศ. 1986 มาตรา 4A และมาตรา 5 ที่บัญญัติเกี่ยวกับการคุกคาม สร้างความหวาดกลัว หรือก่อความกังวลใจแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็การใช้คำพูดหรือมีพฤติกรรมที่คุกคามภายใต้ความรู้ผ่านการมองเห็นและได้ยินของบุคคลใด และไม่ว่าความผิดนั้นจะเกิดในที่สาธารณะหรือที่ส่วนตัว ซึ่งมีลักษณะคล้ายการข่มเหง คุกคาม ก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น ซึ่งกฎหมายอังกฤษบัญญัติว่าความผิดเกิดภายใต้ความรู้โดยการมองเห็นและได้ยิน สอดคล้องกับลักษณะของการกระทำความผิดที่อาจเป็นการใช้คำพูดหรือพฤติกรรมคุกคาม

ส่วนกฎหมายอาญาจีนมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการก่อความไม่สงบตามมาตรา 293 ลงโทษผู้ที่กระทำการอันเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยบัญญัติไว้หลายเหตุไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายผู้อื่น คุกคาม ข่มขู่ และตามอนุมาตรา (4) ได้วางหลักเกี่ยวกับการก่อความวุ่นวายในที่สาธารณะอย่างร้ายแรงไว้โดยเฉพาะ ซึ่งไม่ได้จำกัดการกระทำและเป็นการใช้หลักสถานที่

ลำดับสุดท้ายกฎหมายมาเลเซียมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการก่อความรำคาญต่อสาธารณชนตามมาตรา 290 และการประพฤตินิยมในที่สาธารณะเพราะความไม่เหมาะสมตามมาตรา 510 เอาผิดผู้ที่ก่อความรำคาญสาธารณะให้กับผู้อื่น

ความผิดกลุ่มนี้มีข้อสังเกตที่ว่าโดยส่วนมากจะหมายถึง การกระทำความผิดที่ไม่ได้เฉพาะเจาะจงบุคคลใดแต่เป็นการสร้างความเดือดร้อนรำคาญให้กับสาธารณะโดยไม่จำกัดบุคคลหรือสถานที่ ซึ่งทำให้ลักษณะการบัญญัติมักจะเชื่อมโยงกับหลักสถานที่มากกว่าบุคคล เพราะเมื่อกระทำ ความผิดในที่สาธารณะสถานมักจะทำความรำคาญให้แก่ปัจเจกชนที่รับรู้เหตุการณ์ ส่วนอีกกลุ่มหนึ่งจะมุ่งเน้นไปที่การละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ของปัจเจกชน คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุกคามทางเพศ และการแอบถ่ายหรือถ้ามองซึ่งกรณีอาจเกิดในสถานที่ใดก็ได้ เมื่อเทียบกับมาตรา 397 วรรคสองตามกฎหมายไทยพบว่า เป็นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายคุ้มครองทั้งหลักสถานที่และหลักบุคคลกว้างไปกว่าบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ ทำให้ครอบคลุมการกระทำความผิดที่เกิดในที่รโหฐานหรือที่เอกชน แต่มีธารกำนัลรับรู้การกระทำความผิดด้วย

5.4 บทสรุปการวิเคราะห์และเปรียบเทียบการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

จากการวิเคราะห์และเปรียบเทียบการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล ได้ข้อสรุปว่าการใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความหมายเฉพาะเจาะจงแตกต่างไปจากถ้อยคำอื่น คือ คำว่า “ประชาชน” คำว่า “การโฆษณา” คำว่า “สาธารณสถาน” คำว่า “บุคคลอื่น” และคำว่า “ผู้อื่น” ทำให้สามารถแยกความแตกต่างตามลักษณะของความผิดและทราบหลักเกณฑ์ในการใช้คำให้เหมาะสมกับฐานความผิด และสามารถสรุปข้อพิจารณาการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ได้ดังนี้

(1) ต่อหน้าธารกำนัล หมายถึง กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำต่อหน้ากลุ่มบุคคล โดยไม่ได้จำกัดจำนวนว่าจะเป็นการเป็นจำนวนเท่าใด แต่จะต้องเป็นสถานการณ์หรือในสถานที่ที่มีบุคคลมากกว่าคนเพียงคนเดียว หากเทียบกับความหมายของที่ประชุมจะต้องประกอบด้วยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป

(2) กรณีของตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน เป็นเรื่องผู้กระทำความผิดหลายคนที่ต้องมีความรับผิดชอบเพราะมีส่วนร่วม มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือมีส่วนช่วยให้มีการกระทำความผิด แม้มิได้กระทำความผิดด้วยตัวเอง กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าผู้กระทำความผิดหลายคนไม่ว่าจะเป็นตัวการตามมาตรา 83 ผู้ใช้ตามมาตรา 84 หรือผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 ไม่อาจถือว่าความผิดเกิดต่อหน้ากลุ่มบุคคลอื่นอันเป็นธารกำนัลได้

(3) เรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด เป็นไปตามองค์ประกอบและโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา มาตรา 281 ผู้กระทำจึงไม่ต้องมีเจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล แม้จะเป็นกรณีที่บังเอิญหรือสอดรู้มารู้เหตุการณีก็นับว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลได้ แต่มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล

(4) สถานที่มิใช่ข้อพิจารณาอันเป็นสาระสำคัญ ไม่ว่าจะความผิดเกิดในที่สาธารณสถาน ในที่รโหฐานหรือที่ของเอกชนก็เป็นต่อหน้าธารกำนัลได้

(5) กรณีที่ความผิดเกิดภายใต้ความรับรู้ของกลุ่มบุคคล ไม่ว่าจะรับรู้โดยการมองเห็น ได้ยินหรือรับรู้ประการอื่นใด ก็อยู่ในความหมายของคำว่าต่อหน้าธารกำนัลเช่นกัน

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศ พบว่ามาตรา 281 หลักความผิดอันยอมความได้ตามกฎหมายไทย คล้ายกับหลักการตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันในเรื่องเงื่อนไขที่ผู้เสียหายต้องร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีอาญา แต่ด้านเนื้อหาการข่มขืนหรือการอนาจารต่อหน้าธารกำนัลสามารถเทียบเคียงกับกฎหมายอาญาจีนและมาเลเซีย แต่มีความแตกต่างที่กฎหมายอาญาจีนและมาเลเซียกำหนดในลักษณะของเหตุฉกรรจ์ ที่เป็นเหตุเพิ่มโทษจากการข่มขืนหรือบังคับอนาจารธรรมดา นอกจากนี้ แม้กฎหมายอาญาเยอรมันจะไม่ได้บัญญัติให้การข่มขืนหรืออนาจารต่อหน้าธารกำนัลเป็นความผิด แต่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศเด็กและการ

ล่วงละเมิดทางเพศผู้อยู่ใต้การปกครองดูแล กำหนดให้กระทำการทางเพศต่อหน้าเด็กหรือผู้อยู่ใต้การปกครองดูแลเป็นความผิด

มาตรา 388 มีประเด็นเปรียบเทียบที่น่าสนใจตามกฎหมายอังกฤษที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปิดเผยอวัยวะเพศ และตามกฎหมายเยอรมันในเรื่องการแสดงอนาจาร ซึ่งส่วนมากหากความผิดเกิดต่อบุคคลแม้เพียงบุคคลเดียวเป็นความผิดแล้ว ต่างจากการกระทำอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายไทยที่กว้างไปกว่าการเปิดเผยอวัยวะเพศและต้องเกิดต่อหน้าบุคคลหลายคน

สุดท้ายความผิดตามมาตรา 397 วรรคสอง ผู้วิจัยศึกษาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะ ซึ่งกำหนดเหตุไว้ค่อนข้างกว้างและมักจะเชื่อมโยงกับหลักสถานที่ โดยส่วนมากบทบัญญัติในกลุ่มนี้จะได้มุ่งกระทำความผิดต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง และผู้วิจัยได้ศึกษาความผิดเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ของปัจเจกชน คือ การคุกคามทางเพศและการแอบถ่ายหรือถ่มองซึ่งมักจะเป็นเรื่องในทางเพศ มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายอังกฤษและเยอรมัน ซึ่งจะสังเกตได้ว่าบทบัญญัติตามกฎหมายไทยครอบคลุมหลักสถานที่และหลักบุคคลเป็นการคุ้มครองที่กว้างไปกว่ากฎหมายต่างประเทศที่กระจายในหลายมาตรา

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ที่ว่า “ศาลฎีกาตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึง การกระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้เห็นการกระทำของตน หรือกระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ เป็นการตีความที่กว้างและไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 รวมทั้งไม่ได้อธิบายให้ครอบคลุมถึงความรับรู้ประการอื่นนอกจากการมองเห็น ทำให้การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ขาดความเป็นเอกภาพ และทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ หากมีกำหนดขอบเขตของถ้อยคำให้แคบลงและกำหนดความหมายของถ้อยคำให้ชัดเจน หมายถึงเฉพาะกรณีที่มีกลุ่มบุคคลรับรู้การกระทำความผิดเท่านั้น ย่อมส่งผลให้เกิดความชัดเจนในทางวิชาการ และเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอีกด้วย” เมื่อศึกษาวิจัยเสร็จสิ้นแล้ว พบว่าสมมติฐานที่ตั้งไว้ถูกต้อง เพราะการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายรวมถึง การกระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ เป็นการตีความแบบขยายความ โดยอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง โดยหลักการตีความแบบขยายความนั้นสามารถทำได้หากไม่เปลี่ยนแปลงเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย แต่ห้ามใช้วิธีเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยั้ง ดังนั้น นอกจากการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จะหมายถึง การกระทำโดยประการที่ทำให้ที่ประชุมหรือคนจำนวนมากได้เห็นแล้ว ยังสามารถตีความไปถึงการรับรู้ประการอื่นนอกจากการมองเห็นซึ่งอยู่ในชั้นขอบความด้วย

ในบทนี้ผู้วิจัยจะอภิปรายโดยสรุปสาระสำคัญของการกำหนดขอบเขตและการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามกฎหมายไทย และวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาการตีความคำว่าต่อหน้าธารกำนัลด้วย

6.1 บทสรุป

ความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ไม่มีการกำหนดความหมายเฉพาะไว้ในบทนิยาม การตีความจึงต้องอาศัยความหมายตามธรรมดาในพจนานุกรม ซึ่งคำว่า “ธารกำนัล” หมายความว่าที่ชุมนุมชนหรือคนจำนวนมาก ต่อมาศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานการตีความการกระทำต่อหน้าธารกำนัลกว้างไปกว่าถ้อยคำตามความหมายธรรมดา โดยแบ่งเป็น 2 ประการ คือ

ประการที่ 1 ผู้กระทำความผิดได้กระทำโดยประการที่ทำให้บุคคลอื่นได้เห็นการกระทำของตน แม้บุคคลอื่นจะมีเพียงบุคคลเดียวที่ได้เห็นการกระทำความผิด แต่บุคคลนั้นจะต้องไม่เป็นตัวการผู้ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน และ

ประการที่ 2 ผู้กระทำความผิดได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ โดยลักษณะของการกระทำอาจมีบุคคลอื่นได้เห็น แม้ผู้กระทำจะพยายามปกปิด แต่วิธีที่ใช้ในการปกปิดไม่เพียงพอ ก็ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล

การตีความกฎหมายอาญาไทยใช้หลักการตีความตามตัวอักษรและหลักการตีความตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นนิติวิธีตามระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่จะพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นการตีความที่ได้รับการยอมรับจากนักนิติศาสตร์ไทยมากกว่าหลักการตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรเพียงอย่างเดียว และสอดคล้องกับนิติวิธีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ” โดยคำว่า “หรือ” ในที่นี้คือคำว่า “และ” หมายความว่าแม้ถ้อยคำจะชัดเจนเพียงใด ผู้ใช้และผู้ตีความก็ต้องพิจารณาความมุ่งหมายประกอบด้วย ซึ่งเป็นนิติวิธีทั่วไปที่นำมาใช้กับการตีความกฎหมายอาญาได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม การตีความกฎหมายอาญายังคงต้องพิจารณาลักษณะเฉพาะของกฎหมายอาญาที่แตกต่างไปจากกฎหมายอื่น กล่าวคือ การตีความกฎหมายอาญาตามแนวคิดสมัยใหม่และตามความเห็นทางวิชาการส่วนมากจะยอมรับให้ตีความแบบขยายความได้ โดยการตีความแบบขยายความ (Extensive Interpretation) คือ การตีความอย่างกว้างเพื่อให้ปรากฏความหมายที่ไม่ได้อยู่ในขอบเขตของถ้อยคำแต่สามารถครอบคลุมไปถึง โดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของบทบัญญัติ ซึ่งการตีความแบบขยายความสามารถทำได้หากไม่เปลี่ยนแปลงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ แต่จะตีความแบบขยายจนเป็นการอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy of Law) ไม่ได้ เพราะเป็นการอุดช่องว่างโดยที่ไม่ครอบคลุมอยู่ในความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมาย

เมื่อวิเคราะห์ประกอบหลักการตีความกฎหมายตามตัวอักษรของประเทศเยอรมนี ทฤษฎีการตีความถ้อยคำทางกฎหมายโดยการแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็นสองชั้นของฟิลลิป เฮคค์ เฮคค์ (Die Zweiteilung des Wortsinns nach Phillip Heck) อธิบายว่า แต่ละถ้อยคำประกอบด้วยชั้นที่เป็นแก่นความ (Begriffkern) หมายถึง ส่วนที่ชัดเจนว่าอยู่ในความหมายของถ้อยคำนั้น และชั้นที่เป็นขอบความ (Begriffshof) หมายถึง ส่วนที่ไม่ชัดเจนว่าถ้อยคำจะครอบคลุมไปถึงหรือไม่ วัตถุประสงค์ของความหมายของถ้อยคำได้อาจต้องอยู่ในขอบความของถ้อยคำนั้น เทียบเคียงกับการพิจารณาคำว่า “ธารกำนัล” ความหมายตามตัวอักษร คือ ที่ชุมนุมชนหรือคนจำนวนมาก แสดงให้เห็นว่าการตีความของศาลฎีกาประการที่ 2 ที่อธิบายว่า ผู้กระทำความผิดได้กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคล

อื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ แต่ในความเป็นจริงไม่มีบุคคลรู้เห็นการกระทำความผิดหรือไม่มีพยานรับรู้เหตุการณ์เลย ไม่อาจอยู่ในความหมายของคำว่า “ธารกำนัล” ได้ในทางทฤษฎี

ตามทฤษฎีการตีความตามระบบของประเทศเยอรมนีประกอบกับหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย ที่ต้องพิจารณาเชื่อมโยงและความสม่ำเสมอในคุณค่าประกอบ ดังนั้น การใช้ถ้อยคำเดียวกันว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามที่ปรากฏในมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ควรมีการใช้และการตีความเช่นเดียวกันตลอดทั้งประมวล ไม่สามารถตีความมาตราใดมาตราหนึ่งแตกต่างจนเป็นเอกเทศจากมาตราอื่นได้

เพื่อตอบปัญหาการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ว่าควรมีความหมายและขอบเขตของถ้อยคำเพียงใด เหตุใดความผิดตามที่บัญญัติในมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง จึงมีความสัมพันธ์กับกลุ่มความผิดทางเพศ การศึกษาวิจัยจึงเริ่มจากการค้นหาที่มาของรากคำและความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามหลักอักษรศาสตร์ก่อน ซึ่งนอกจากการตีความตามพจนานุกรมแล้ว ผู้วิจัยได้สัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านอักษรศาสตร์จำนวนสามท่าน คือ นาวาเอกทองย้อย แสงสินชัย ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล และอาจารย์บุญเดือน ศรีวรพจน์ เกี่ยวกับรากคำ ความหมาย และที่มาของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล ได้ข้อสรุปว่า คำว่า “ธารกำนัล” มาจากคำว่า “ธารณะ” ในภาษาสันสกฤต แปลว่า การทรงไว้ร่วมกัน การรักษาไว้ หรือทั่วไป ในที่นี้หมายถึงการรับรู้ร่วมกัน และคำว่า “กำนัล” ในภาษาเขมร แปลว่า การเฝ้าเจ้านาย คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จึงหมายถึง ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก โดยมีพยานรับรู้เหตุการณ์ อาศัยเทียบเคียงความหมายจากการประชุมในท้องพระโรง อันเป็นสถานที่ซึ่งทุกคนต้องสำรวมไม่ประพฤติดนตรีระเบียบ การประพฤติดนในท้องพระโรงของผู้เข้าร่วมประชุมจึงเป็นที่รับรู้ร่วมกันทั้งหมด ต่อมาในแง่ของภาษาที่สังคมนำไปใช้มีทั้งความหมายกว้างออกและแคบเข้า คำว่า “ธารกำนัล” แต่เดิมหมายถึงต่อหน้าที่ประชุมในท้องพระโรง กลายมาเป็นต่อหน้าที่ประชุมทั่วไปที่มีพยานรับรู้เหตุการณ์ จนมาถึงการประชุมออนไลน์ในปัจจุบัน ดังนั้น สิ่งใดที่ควรกระทำเฉพาะเมื่ออยู่ในที่รโหฐาน เมื่ออยู่ต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมากจึงไม่ควรกระทำ เนื่องจากการกระทำนั้นจะมีบุคคลอื่นรู้เห็นเหตุการณ์ ประกอบกับในวัฒนธรรมไทยการกระทำที่น่าละอายไม่ควรเปิดเผยในที่สาธารณะ จึงเป็นที่มาของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เป็นคำที่มีความหมายเฉพาะ มีความสัมพันธ์กับความผิดทางเพศ ความอับอาย ความเสียหายต่อชื่อเสียง และเป็นเรื่องที่กระทบต่อศีลธรรมในหมู่พลเมือง

จากการศึกษาพบว่าฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลมีพัฒนาการมาตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง แต่เพิ่งมาปรากฏคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในกฎหมายลักษณะอาญา รัตนโกสินทรศก 127 โดยมาตรา 248 เป็นที่มาของมาตรา 281 ในประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 337 (1) และ (2) เป็นที่มาของมาตรา 388 ในประมวลกฎหมายอาญา ส่วนมาตรา 397 ยังไม่ปรากฏในกฎหมายลักษณะ

อาญา รัตนโกสินทรศก 127 แต่สามารถเทียบเคียงในลักษณะการข่มเหงบุคคลอื่นตามมาตรา 338 (1) นอกจากนี้ ตามกฎหมายและบริบทการติดต่อสื่อสารในปัจจุบัน ความผิดต่อหน้าธารกำนัลสามารถเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะ คือ ต่อหน้าธารกำนัลตามความเป็นจริง ผ่านการรับรู้โดยการมองเห็น การได้ยิน หรือความรับรู้ประการอื่นใด ในบริเวณใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุ และต่อหน้าธารกำนัลโดยระยะทาง คือ การรับรู้การกระทำความผิดซึ่งห่างจากสถานที่เกิดเหตุ ผ่านทางกล้องวงจรปิด การไลฟ์สด การเห็นหน้าผ่านทางโทรศัพท์มือถือ หรือผ่านอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรือดิจิทัลอื่น โดยจะต้องปรากฏว่าเป็น การรับรู้การกระทำความผิดในขณะที่ความผิดเกิด ในส่วนของกล้องวงจรปิดหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถบันทึกภาพและเสียงเพื่อการถ่ายทอดได้ จะต้องปรากฏว่ามีคนควบคุมและรับรู้การกระทำความผิดในขณะที่เกิดเหตุ มิใช่การเห็นหรือรับรู้จากการดูบันทึก

เมื่อการติดต่อสื่อสารเปลี่ยนแปลง จึงเกิดการกระทำความผิดในบริการออนไลน์ ในลักษณะของการเปลี่ยนแปลงพื้นที่และอุปกรณ์เพื่อช่วยในการกระทำความผิด นอกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาที่ปรับใช้เป็นการทั่วไป กรณีจะต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะ คือ ความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 ด้วย ทำให้การกระทำความผิดอาจเป็นการกระทำความผิดเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท กรณีจึงต้องใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 เช่น การกระทำอันควรขายหน้าในบริการออนไลน์ที่เป็นการนำเข้าสู่ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันลามก อาจเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 388 และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 14 (4) ด้วย

การวินิจฉัยความผิดต่อหน้าธารกำนัล ผู้วิจัยแยกข้อพิจารณาเป็นเรื่องบุคคล สถานที่ที่กระทำความผิด และความรับรู้อย่างอื่น ได้ข้อสรุปว่า ตามข้อพิจารณาเกี่ยวกับจำนวนบุคคลที่รับรู้การกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดจะต้องกระทำต่อหน้ากลุ่มบุคคลโดยไม่ได้จำกัดจำนวน แต่ความผิดจะต้องเกิดในสถานการณ์หรือในสถานที่ที่มีบุคคลมากกว่าบุคคลเดียวรับรู้เหตุการณ์ และความผิดต่อหน้าธารกำนัลจะต้องเกิดต่อหน้ากลุ่มบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ตัวการตามมาตรา 83 ผู้ใช้ตามมาตรา 84 หรือผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 เนื่องจากเป็นเรื่องของผู้กระทำความผิดหลายคนที่มีความรับผิดชอบมีส่วนร่วม มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือมีส่วนช่วยให้เกิดการกระทำความผิด ส่วนประเด็นเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด เป็นไปตามองค์ประกอบและโครงสร้างความรับผิดทางอาญา มาตรา 281 ผู้กระทำความผิดจึงไม่ต้องมีเจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล แต่กรณีตามมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ผู้กระทำจะต้องมีเจตนาให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลด้วย ส่วนข้อพิจารณาเรื่องสถานที่สรุปได้ว่าสถานที่มิใช่สาระสำคัญ ไม่ว่าจะความผิดเกิดในที่สาธารณะสถานที่หรือที่รโหฐานก็เป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ และสุดท้ายข้อพิจารณาเรื่องความผิดเกิดภายใต้ความรับรู้ของกลุ่มบุคคล ได้ข้อสรุปว่า

หากความผิดเกิดภายใต้ความรับรู้อย่างอื่นนอกจากการมองเห็น เช่น การได้ยิน การสัมผัส หรือการรับรู้ประการอื่นใด ก็อยู่ในความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ได้เช่นกัน

จากข้อสรุปข้างต้น ผู้วิจัยสามารถตอบปัญหาตามอุทธรณ์ที่ตั้งไว้ได้ กรณีของอุทธรณ์ที่ 1 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายหนึ่งข่มขืนนางสาวสองในห้องนอน ในความมีดมีนางสาวสามที่นอนหลับอยู่ได้ยินเสียงและสามารถรับรู้ได้ว่ามีคนเข้ามาข่มขืนนางสาวสอง กรณีนี้นายหนึ่งได้ข่มขืนนางสาวสองต่อหน้าบุคคลอื่นแล้ว เนื่องจากต่อหน้ารวมไปถึงความรับรู้โดยการได้ยินและสัมผัสด้วย แต่มิใช่กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล เนื่องจากความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว หากเปลี่ยนข้อเท็จจริงว่าในห้องนอนมีบุคคลหลายคนนอนอยู่ด้วย บุคคลเหล่านั้นได้ยินเสียงและสามารถยืนยันเหตุการณ์ได้ กรณีเช่นนี้จึงจะถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล และตามอุทธรณ์ที่ 2 ข้อเท็จจริงปรากฏว่านายดำสังเกตมานานแล้วว่านางสาวขาวพักอยู่คนเดียว จึงเคาะประตูห้องนางสาวขาวแล้วกดปล้ำนางสาวขาวทันที แต่เมื่อกดปล้ำได้ไม่นาน นายดำสังเกตเห็นนางสาวแดง นางสาวเขียว นางสาวส้ม พี่ของนางสาวขาวนั่งอยู่ในห้องด้วยจึงรีบวิ่งหนีกลับห้องไป กรณีนี้ จะถือว่านายดำกระทำการอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อหน้าธารกำนัลแล้ว เนื่องจากต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 เป็นเงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัยที่ไม่ต้องอาศัยเจตนาของผู้กระทำ แม้นายดำไม่ตั้งใจให้ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลก็ยังคงต้องรับผล การกระทำของนายดำจึงไม่อาจยอมความได้ แม้นายดำได้มาขอโทษและชดใช้ค่าเสียหายจนนางสาวขาวยอมความ สิทธิในการดำเนินคดีอาญาก็ไม่ระงับลง แต่ถ้าเปลี่ยนข้อเท็จจริงว่านายดำกระทำความผิดตามมาตรา 388 หรือมาตรา 397 ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องมีเจตนา เนื่องจากต่อหน้าธารกำนัลเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 388 และเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง หากเป็นกรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลโดยบังเอิญโดยที่ผู้กระทำความผิดไม่มีเจตนา นายดำจะไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 388 หรือไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นตามมาตรา 397 วรรคสอง

การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งผู้วิจัยได้เลือกศึกษากฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐประชาชนจีน เป็นตัวแทนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ เลือกศึกษากฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซียและสหราชอาณาจักร เฉพาะกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศอังกฤษและเวลส์ เป็นตัวแทนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยแบ่งประเด็นศึกษาเป็นหัวข้อ ได้แก่ การตีความกฎหมายอาญา การจำแนกประเภทความผิดและระบบการดำเนินคดีอาญา และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ผู้วิจัยได้จัดกลุ่มออกเป็น 3 กลุ่ม โดยอาศัยความสัมพันธ์ของบทบัญญัติที่สามารถเปรียบเทียบกับมาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ตามกฎหมายไทยได้ พบว่าในประเด็นเรื่องความผิดอันยอมความได้สามารถเทียบเคียงกับกฎหมายอาญาเยอรมันความผิดที่ต้องอาศัยเงื่อนไขการร้องทุกข์ก่อนดำเนินคดีอาญา ส่วนเนื้อหาความผิดตามมาตรา 281 สามารถเทียบกับกฎหมาย

อาญาเงินที่ความผิดฐานข่มขืนผู้หญิงและเด็กหญิง ความผิดฐานบังคับอนาจารและลวนลามเด็ก หากเกิดใน “ที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน” เป็นเหตุเพิ่มโทษตามกฎหมาย แม้ตามตัวบทจะเป็นหลักสถานที่และบุคคล แต่ศาลกลับตีความว่าหากความผิดเกิดในที่สาธารณะขณะที่มีคนอยู่ แม้จะไม่รับรู้การกระทำความผิดแต่มีโอกาสรับรู้ก็เป็นกรณีความผิดเกิดในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชนแล้ว และตามกฎหมายอาญามาเลเซียความผิดฐานข่มขืนเกิดต่อหน้าบุคคลอื่นก็เป็นเหตุเพิ่มโทษเช่นกัน ส่วนความผิดตามมาตรา 388 สามารถเทียบเคียงได้กับความผิดเกี่ยวกับแสดงอนาจารตามกฎหมายอาญาเยอรมันและความผิดเกี่ยวกับการเปิดเผยอวัยวะเพศตามกฎหมายอังกฤษ ในขณะที่ความผิดตามมาตรา 397 เป็นความผิดที่ทุกประเทศจะมีบทบัญญัติในลักษณะนี้ เกี่ยวกับการก่อความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะ ซึ่งมีเหตุที่ค่อนข้างกว้างและส่วนมากจะยึดโยงกับหลักสถานที่ คือ กระทำในที่สาธารณะโดยที่ไม่ได้มุ่งกระทำความผิดต่อบุคคลใดโดยเฉพาะ ความผิดอีกกลุ่มที่เทียบเคียงกับมาตรา 397 เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ของปัจเจกชน คือ การคุกคามทางเพศและการแอบถ่ายหรือถ่มอง ปราบกฏบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายอาญาเยอรมันและอังกฤษ ซึ่งจะสังเกตได้ว่าบทบัญญัติตามกฎหมายไทยความผิดฐานนี้ค่อนข้างกว้าง ครอบคลุมการกระทำหลายลักษณะ และกรณีตามมาตรา 397 วรรคสอง บัญญัติครอบคลุมทั้งหลักสถานที่และหลักบุคคล ซึ่งเป็นการคุ้มครองที่กว้างไปกว่ากฎหมายต่างประเทศ

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัย ผู้วิจัยเสนอข้อเสนอแนะเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาการตีความและเป็นการกำหนดขอบเขตของคำว่าต่อหน้าธารกำนัลในประมวลกฎหมายอาญา โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีที่ไม่มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ผู้วิจัยได้เขียนข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลในหัวข้อ 6.2.1. เพื่อกำหนดขอบเขตของถ้อยคำและวางหลักการใช้และการตีความที่ถูกต้อง แต่จากการวิเคราะห์ผู้วิจัยพบว่าการใช้คำว่าต่อหน้าธารกำนัลตามกฎหมายปัจจุบันไม่เหมาะสมกับลักษณะของความผิดในบางมาตราและไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในมาตรานั้น เพื่อให้คำตอบของวิทยานิพนธ์เล่มนี้สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหมด ผู้วิจัยได้เสนอข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายในหัวข้อที่ 6.2.2 ซึ่งจะกล่าวถึงการกำหนดนิยามและการปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายในบางมาตรา ให้เหมาะสมกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ มีความกลมกลืนและประสานกับกฎหมายต่างประเทศในระดับสากล ข้อเสนอแนะทั้ง 2 กรณีมีรายละเอียดดังนี้

6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล

ข้อเสนอแนะนี้มุ่งเน้นไปที่การตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล คือ การค้นหาความหมาย อธิบายความ หรือกำหนดขอบเขตของถ้อยคำ โดยมีได้แก่ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด แต่เป็นการพิจารณาโดยอาศัยการตีความตามตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย และพิจารณาถึงความหมายที่สอดคล้องกันอย่างเป็นระบบ เพื่อให้มีความหมายอันเป็นเอกภาพ ผู้วิจัยจึงเสนอหลักในการพิจารณาความผิดต่อหน้าธารกำนัล ประกอบด้วยเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ความผิดต่อหน้าธารกำนัล หมายถึง กรณีที่ความผิดเกิดภายใต้ความรู้ของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก โดยคำว่า “ความรู้” นั้น ไม่ว่าจะเป็นการรับรู้ผ่านการมองเห็น การได้ยิน หรือจากประสาทสัมผัสอื่นใดก็ได้ ที่ประชุมหรือคนจำนวนมากไม่จำกัดว่าจะต้องมีจำนวนกี่คน แต่จำนวนบุคคลน้อยที่สุดไม่ควรน้อยกว่า 2 คน และต้องเป็นกลุ่มบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน กรณีที่ความผิดกระทำลงโดยมีผู้กระทำความผิดหลายคน ไม่ว่าจะในลักษณะของตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน แม้จะไม่ได้ลงมือกระทำความผิดด้วยตนเอง แต่ความเกี่ยวข้องและความสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดทำให้กลุ่มคนเหล่านี้ไม่อาจอยู่ในความหมายของธารกำนัลได้

ส่วนความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้กระทำความผิดในลักษณะเครือญาติหรือคนรู้จักกัน โดยปกติแล้วกลุ่มคนเหล่านี้อยู่ภายใต้ความหมายของที่ประชุมหรือคนจำนวนมากที่เป็นธารกำนัลได้ แต่ต้องพิจารณาประกอบเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย หากความผิดที่กระทำต่อหน้ากลุ่มคนที่รู้จักสนิทสนมชิดเชื้อกัน และยังคงทำให้ผู้เสียหายได้รับความอับอายตามมาตรา 281 กระทบต่อระดับศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 388 และเป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิของผู้อื่นหรือการทำให้ผู้อื่นอับอายตามมาตรา 397 นั้น ทำให้กลุ่มบุคคลที่รู้เห็นเหตุการณ์รู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยไปด้วย ก็เป็นความผิดต่อหน้าธารกำนัลได้

(2) กลุ่มบุคคลที่รับรู้เหตุการณ์จะต้องรับรู้ในขณะที่ความผิดเกิด หากเป็นการรับรู้ภายหลังความผิดเกิดไปแล้วไม่ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล เช่น กรณีส่งข้อความที่เป็นการคุกคามทางเพศในห้องสนทนาทางออนไลน์ ขณะที่ส่งข้อความหากปรากฏว่ามีคนจำนวนมากรับรู้ถึงข้อความดังกล่าว ถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัลแล้ว แต่หากกลุ่มนั้นมีแต่ผู้กระทำความผิดไม่มีกลุ่มบุคคลอื่นรับรู้ในขณะที่กระทำ หรือกลุ่มบุคคลอื่นที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดมาเปิดอ่านข้อความภายหลังที่การกระทำความผิดเสร็จสิ้น ก็ไม่ถือว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล นอกจากนี้หากมีคนในห้องสนทนาพร้อมบันทึกและเผยแพร่ข้อความการสนทนาที่เป็นการคุกคาม แล้วมีบุคคลอื่นมารู้เหตุการณ์จากการบันทึกอีกทอดหนึ่ง การรับรู้ผ่านการเผยแพร่ดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นการรับรู้ขณะความผิดเกิดและไม่ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล

(3) กลุ่มบุคคลนั้นสามารถยืนยันได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้น กรณีที่มีกลุ่มคนอยู่ในเหตุการณ์แต่ไม่ได้เห็นเหตุการณ์ ไม่รับรู้ และไม่สามารถยืนยันได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้น จะ

ถือไม่ได้ว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล เช่นเดียวกับการกระทำความผิดต่อหน้าผู้พิการทางสายต หากบุคคลเหล่านั้นไม่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น แม้จะทำตรงหน้าผู้พิการทางสายตาก็ไม่อาจถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัล ในทางตรงกันข้ามหากการได้ยินเสียงเพียงอย่างเดียวก็สามารถรับรู้และยืนยันได้ว่าความผิดเกิดขึ้น แม้กระทำต่อหน้าผู้พิการทางสายตาก็เป็นการกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลแล้ว หรือการกระทำความผิดต่อหน้าเด็กเล็กที่ยังไม่รู้เดียงสา การวินิจฉัยว่ามีใช้กรณีที่มีความผิดต่อหน้าธารกำนัล ก็ถือว่าสมเหตุสมผลแล้ว

(4) การกระทำโดยเปิดเผยให้ผู้อื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ แต่ไม่ปรากฏว่ามีพยานรู้เห็นเหตุการณ์แม้แต่คนเดียว หรือการกระทำความผิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวตามมาตรา 281 และมาตรา 397 หรือความผิดต่อหน้าผู้เสียหายในลักษณะตัวต่อตัวตามมาตรา 388 ไม่อาจถือว่าเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ ตามคำอธิบายในทางทฤษฎีว่าการกระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นได้เห็นเป็นการตีความแบบขยายความจนอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ไม่อาจกระทำได้ในกรณีตีความกฎหมายอาญา และเป็นกรณีการตีความที่ไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย

(5) สถานที่ที่มีช่องศ์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่ว่าจะความผิดจะเกิดในที่สาธารณะสถานหรือที่รโหฐานก็เป็นต่อหน้าธารกำนัลได้

(6) ประเด็นเรื่องเจตนาของผู้กระทำความผิด เป็นไปตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาที่มีความแตกต่างกันระหว่างมาตรา 281 กับมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ตามที่ได้อธิบายโดยละเอียดในบทที่ 5 ดังนั้น กรณีบังเอิญหรือสอดรู้มาเห็นจนรับรู้ได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้น อาจเป็นความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 เนื่องจากเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขการลงโทษทางภาวะวิสัย จึงไม่ต้องพิจารณาเจตนาของผู้กระทำความผิด แม้กลุ่มบุคคลจะบังเอิญหรือสอดรู้มารับรู้การกระทำความผิดเอง ก็ถือว่าเป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้แล้ว แตกต่างกับกรณีมาตรา 388 เป็นองค์ประกอบภายนอก และมาตรา 397 วรรคสอง เป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้ผู้กระทำรับโทษหนักขึ้น ผู้กระทำจึงต้องมีเจตนาให้การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัล ดังนี้ การบังเอิญหรือสอดรู้มารับรู้เหตุการณ์จึงไม่เป็นความผิดและผู้กระทำไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น

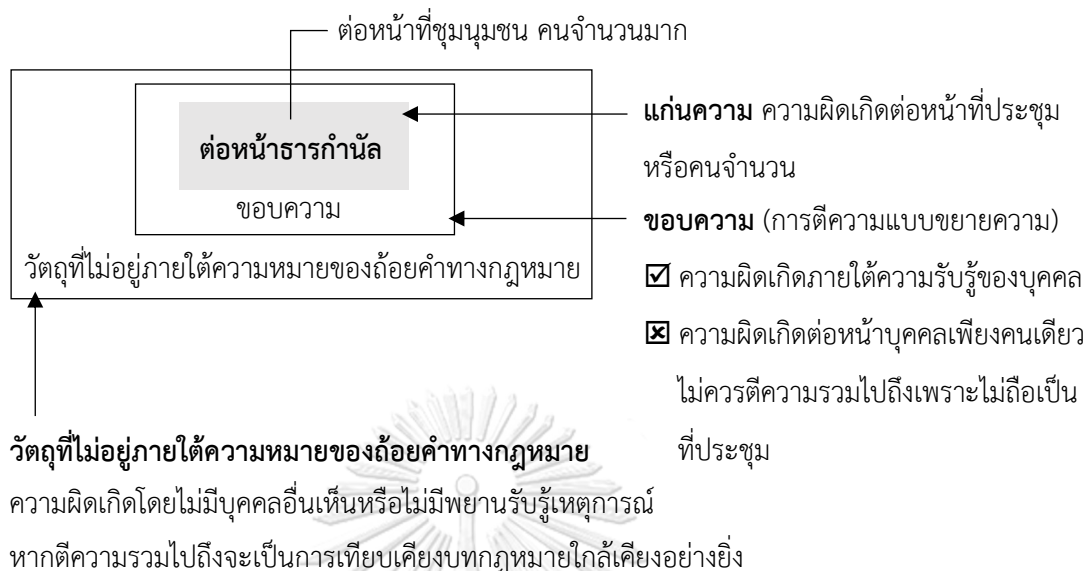
จากเกณฑ์การพิจารณา ผู้วิจัยได้เปรียบเทียบความแตกต่างในการวินิจฉัยความผิดต่อหน้าธารกำนัล ในประเด็นที่สามารถเทียบเคียงกันได้ตามตารางที่ 18 เพื่อเปรียบเทียบและชี้ให้เห็นว่ากรณีใดบ้างที่ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล และกรณีใดบ้างที่ความผิดไม่ได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล

ตารางที่ 18 เปรียบเทียบความแตกต่างการวินิจฉัยความผิดต่อหน้าธารกำนัล

กรณีที่มีความผิดต่อหน้าธารกำนัล	กรณีที่ไม่ถือว่าความผิดต่อหน้าธารกำนัล
ความผิดเกิดภายใต้ความรู้ของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก	การกระทำโดยเปิดเผยแต่ไม่ปรากฏว่ามีพยานรู้เห็นเหตุการณ์ การกระทำผิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว (มาตรา 281 และมาตรา 397) หรือความผิดต่อหน้าผู้เสียหายในลักษณะตัวต่อตัว (มาตรา 388)
กลุ่มคนที่รับรู้เหตุการณ์จะต้องเป็นการรับรู้ในขณะที่ความผิดเกิด	กลุ่มคนที่รับรู้เหตุการณ์รับรู้ภายหลังความผิดเกิดรับรู้ผ่านการโฆษณาหรือการกระทำอย่างอื่นในลักษณะเดียวกัน
กลุ่มคนเหล่านั้นสามารถยืนยันได้ว่าการกระทำผิดเกิดขึ้น	กลุ่มคนเหล่านั้นไม่สามารถยืนยันได้ว่าการกระทำผิดเกิดขึ้น เช่น อยู่ในที่เกิดเหตุแต่ไม่รับรู้ไม่เห็นอยู่บริเวณที่เกิดเหตุแต่ไม่ได้ยิน
ความผิดต่อหน้าผู้พิการทางสายตาในลักษณะที่การได้ยินเสียงเพียงอย่างเดียวก็สามารถรับรู้และยืนยันได้ว่าความผิดเกิดขึ้น	ความผิดต่อหน้าผู้พิการทางสายตาในลักษณะที่ไม่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น
ความผิดต่อหน้ากลุ่มคนที่อาจเป็นเด็กที่รู้เตียงสาแล้ว	ความผิดต่อหน้าเด็กที่ไม่รู้เตียงสา
กรณีบังเอิญหรือสอดรู้มารับรู้การกระทำผิดตามมาตรา 281	กรณีบังเอิญหรือสอดรู้มารับรู้การกระทำผิดตามมาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” สามารถสรุปขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ได้ ดังนี้

รูปที่ 11 ขอบเขตความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญา



รูปที่ 11 แสดงให้เห็นถึงขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ว่าสามารถตีความขยายไปถึงชั้นขอบความ กรณีที่กระโจ่งชัดว่าความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล คือที่ประชุมหรือคนจำนวนมากได้ เห็นการกระทำความผิด ซึ่งตีความขยายไปถึงการรับรู้การกระทำความผิดด้วย เนื่องจากอาศัยการพิจารณาประกอบเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย เช่นนี้ การกระทำในลักษณะเปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นการกระทำของตนได้ หากความเป็นจริงความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว หรือความผิดเกิดในขณะที่ไม่มีพยานรับรู้เหตุการณ์เลย ไม่สอดคล้องกับความหมายตามตัวอักษรที่หมายถึง ที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่ต้องการคุ้มครองความอับอายของบุคคล คุ่มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือคุ้มครองความเดือดร้อนรำคาญสาธารณะ กรณีเหล่านี้จึงไม่ควรอยู่ในความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล”

6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย

จากการวิจัยพบว่า คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” แม้จะเป็นคำธรรมดาที่มีความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไป แต่ในบทบัญญัติของกฎหมายใช้เฉพาะกับความผิดทางเพศ และฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลยังมีการอธิบายความหมายที่แตกต่างกันไปในแต่ละมาตรา คำตอบจากการวิจัยแม้จะทำให้ทราบขอบเขตของต่อหน้าธารกำนัลแล้ว แต่บทบัญญัติกฎหมายในแต่ละมาตรามีเจตนารมณ์ที่ต่างกัน การใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จึงอาจไม่ได้เหมาะสมกับทุกบริบททำให้การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เพียงอย่างเดียวไม่อาจแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหมดได้และอาจเกิดผล

ประหลาดขึ้น ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจึงได้เสนอแนวทางแก้ไขปัญหาโดยกำหนดนิยามของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เพื่อให้มีความชัดเจนและได้เสนอแนะแนวทางปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายในบางมาตรา เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรานั้น โดยอาศัยการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศและเกณฑ์ตามกฎหมายประเทศไทยบางประการ มาเป็นต้นแบบและเกณฑ์ในการนำเสนอ

6.2.2.1 การกำหนดขอบเขตของคำว่าต่อหน้าธารกำนัลโดยกำหนดบทนิยาม

ผู้วิจัยได้อาศัยหลักเกณฑ์ในการตีความต่อหน้าธารกำนัลและข้อพิจารณาดังที่ได้เขียนไว้ในหัวข้อที่ 6.2.1 มาเป็นหลักในการกำหนดขอบเขตและระบุนิยามของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” นอกจากนี้จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศ กฎหมายอาญาเยอรมันมีการบัญญัตินิยามของคำว่า “กระทำการทางเพศต่อหน้าบุคคลที่สาม” (Sexual acts in the presence of a third person) ตามมาตรา 184h ซึ่งสร้างความชัดเจนในการตีความกฎหมาย ผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการบัญญัตินิยามของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ ดังนี้

(1) ความผิดเกิดภายใต้ความรู้ของกลุ่มบุคคล ไม่ได้จำกัดแค่การรับรู้โดยการมองเห็นเท่านั้น แต่ยังรวมการได้ยิน การสัมผัส หรือการรับรู้ประการอื่นด้วย

(2) บุคคลเหล่านั้นรับรู้และสามารถยืนยันเหตุการณณ์ขณะความผิดเกิดได้ แสดงให้เห็นว่าต่อให้อยู่ในสถานที่หรือในเหตุการณณ์ แต่ไม่รับรู้เหตุการณณ์ ไม่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงได้ ก็จะไม่อยู่ในความหมายนี้

(3) ความผิดเกิดต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก โดยไม่ได้จำกัดจำนวน ซึ่งเปิดโอกาสให้ศาลตีความตามพฤติการณณ์ว่า การกระทำความผิดนั้นเกิดต่อหน้าที่ประชุมหรือคนจำนวนมากหรือไม่ ซึ่งจำนวนบุคคลน้อยที่สุดไม่ควรน้อยกว่า 2 คน ตามความหมายของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก

จากหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการ ควรมีการเพิ่มเติมนิยามของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล ดังนี้

หมวด 1 บทนิยาม มาตรา 1 ในประมวลกฎหมายนี้

(...) “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายความว่า ภายใต้ความรู้ของที่ประชุมหรือคนจำนวนมาก บุคคลเหล่านั้นรับรู้และสามารถยืนยันเหตุการณณ์ขณะความผิดเกิดได้

การกำหนดนิยามทำให้การตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีขอบเขตที่ชัดเจนว่า กรณีที่ไม่มีพยานรับรู้เหตุการณณ์หรือกรณีที่บุคคลเพียงคนเดียวรับรู้เท่านั้น ไม่ถือว่าอยู่ในขอบเขตของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล ส่วนเรื่องจำนวนเมื่อใช้คำว่า “ที่ประชุม” หรือ “คนจำนวนมาก” แสดงว่าต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่า 2 คน ส่วนจะมีจำนวนเท่าใดนั้น เป็นเรื่องที่อาศัยการตีความในการพิจารณา เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาจีนที่กำหนดหลักเกณฑ์การตีความคำว่า “ต่อหน้าสาธารณชน” ว่า

หมายถึง ต่อหน้าบุคคลตั้งแต่ 3 คนขึ้นไปอ้างอิงจากความหมายตามตัวอักษรจีน แต่คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามกฎหมายไทย อาศัยการเทียบเคียงความหมายจากการประชุมหรือคนจำนวนมาก ซึ่งการจะเรียกว่าองค์ประชุมได้จะต้องประกอบด้วยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปมาร่วมปรึกษาหารือกัน

นอกจากนี้ คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เป็นหลักบุคคลที่มีความแตกต่างจากหลักสถานที่ นอกจากจะกำหนดนิยามของถ้อยคำแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการแก้ไขคำศัพท์ในภาษาอังกฤษให้สอดคล้องกับความหมายในภาษาไทย จากเดิมที่ใช้คำว่า “in public” เป็น “in front of others” หรือ “before the people” เพื่อแยกความแตกต่างระหว่าง “public” ที่แปลว่า ที่สาธารณะสถาน กับต่อหน้าธารกำนัลที่หมายถึง บุคคล

6.2.2.2 การปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับบทนิยามและเจตนารมณ์แห่งกฎหมายในแต่ละมาตรา

เมื่อศึกษาจนได้ข้อสรุปเรื่องการกำหนดนิยามของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ผู้วิจัยพิจารณาแล้วเห็นว่าฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลที่บังคับใช้ในปัจจุบัน ได้แก่ มาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง ควรมีการแก้ไขปรับปรุงถ้อยคำในบางมาตรา เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในแต่ละมาตรา สอดคล้องกับความหมายของต่อหน้าธารกำนัลตามบทนิยาม และเพื่อให้การใช้และการตีความกฎหมายเป็นไปโดยปราศจากข้อสงสัย ผู้วิจัยเสนอแนวทางปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายตามหลักการดังต่อไปนี้

(1) ยกเลิกฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 โดยมีเหตุผลและความจำเป็นสืบเนื่องมาจาก หากไม่มีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 281 การใช้และการตีความกฎหมายก็จะเกิดผลประหลาดขึ้น อธิบายเปรียบเทียบระหว่างความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวกับความผิดเกิดต่อหน้าบุคคล 2 คน ในแง่ของจำนวนบุคคลที่รับรู้เหตุการณ์นั้นไม่แตกต่างกันมาก แต่ผลในทางกฎหมายกลับแตกต่างกันอย่างชัดเจน กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว มิใช่ต่อหน้าธารกำนัลและเป็นความผิดอันยอมความได้ ในขณะที่ความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปเป็นความผิดอันไม่ยอมความได้ เนื่องจากอยู่ในความหมายของต่อหน้าธารกำนัลแล้ว ทั้งที่ไม่ว่าความผิดจะเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวหรือบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ผู้เสียหายได้รับความอับอายจากการถูกพบเห็นการกระทำความผิดได้เช่นเดียวกัน สังเกตได้ว่ากรณีนี้ก่อผลประหลาดและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยจึงได้เสนอแนวทางแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 281 โดยยกเลิกฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลตามมาตรา 281 เปลี่ยนจากคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เป็น “ต่อหน้าบุคคลอื่น” ดังตารางที่ 19

**ตารางที่ 19 ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติมาตรา 281 เดิม
กับบทบัญญัติที่เสนอให้มีการปรับปรุง**

มาตรา 281	
บทบัญญัติเดิม	บทบัญญัติที่เสนอให้มีการปรับปรุง
<p>ความผิดตามมาตราดังต่อไปนี้ เป็นความผิดอันยอมความได้</p> <p>(1) มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย</p> <p>(2) มาตรา 278 วรรคหนึ่ง ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าธารกำนัล ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 และมาตรา 285/2</p>	<p>ความผิดตามมาตราดังต่อไปนี้ เป็นความผิดอันยอมความได้</p> <p>(1) มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และมาตรา 278 วรรคสอง ซึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าบุคคลอื่น หรือไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย</p> <p>(2) มาตรา 278 วรรคหนึ่ง ถ้ามิได้เกิดต่อหน้าบุคคลอื่น ไม่เป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำรับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย หรือมิได้เป็นการกระทำแก่บุคคลดังระบุไว้ในมาตรา 285 และมาตรา 285/2</p>

จากตารางที่ 19 การปรับปรุงบทบัญญัติตามมาตรา 281 ตามแนวที่เสนอเป็นการแก้ไขให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติที่ต้องการคุ้มครองมิให้ผู้เสียหายได้รับความอับอาย สอดคล้องกับการตีความตามแนวทางเดิมที่บุคคลเพียงคนเดียวเห็นก็ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล และอาศัยเทียบเคียงจากบทบัญญัติของกฎหมายอาญามาเลเซียที่ความผิดฐานข่มขืนเกิดต่อหน้าบุคคลอื่น โดยการใช้คำว่า “บุคคลอื่น” เป็นไปตามบริบทที่หมายถึงบุคคลที่สาม ซึ่งไม่ใช่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหาย ตามหลักที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 5 เมื่อความผิดตามมาตรา 281 เกี่ยวข้องกับกลุ่มความผิดทางเพศที่มีการสัมผัสจับต้องบุคคลอื่นจัดเป็นการประทุษร้ายทางเพศที่ร้ายแรงที่สุด ดังนั้น กรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวจึงมีความเหมาะสมมากกว่ากรณีที่ความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล และจะช่วยในการตีความบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

(2) ปรับปรุงมาตรา 388 แยกออกเป็น 2 วรรค ตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยผู้วิจัยได้เสนอให้แก้ไขมาตรา 388 วรรคหนึ่ง ปรับปรุงจากบทบัญญัติเดิมที่ว่ากระทำการอันควรขายหน้า “ต่อหน้าธารกำนัล” แก้ไขเป็นกระทำการอันควรขายหน้า “ต่อหน้าผู้อื่น” ซึ่งการใช้คำว่า “ผู้อื่น” เนื่องจากต่อหน้าธารกำนัลเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดในส่วนวัตถุแห่งการ

กระทำ จึงสมควรใช้คำว่าต่อหน้าผู้อื่นซึ่งมักใช้กับบริบทที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำ โดยกฎหมายที่เสนอให้มีการแก้ไขสามารถเทียบเคียงได้กับพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 มาตรา 66 ตามกฎหมายอังกฤษ ซึ่งความผิดเกิดต่อหน้าบุคคลอื่นอาจหมายถึงบุคคลเพียงคนเดียว และเป็นการบัญญัติให้สอดคล้องกับการตีความตามเดิมที่บุคคลเพียงคนเดียวเห็น ก็ถือเป็นต่อหน้าธารกำนัล

นอกจากนี้ ผู้วิจัยเสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในวรรคสอง เพิ่มความดังต่อไปนี้

“มาตรา 388 วรรคสอง ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

พิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำความผิดหากความผิดเกิดต่อหน้าธารกำนัล ย่อมร้ายแรงและทำให้สังคมรู้สึกไม่ปลอดภัยมากกว่าความผิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียว โดยการแก้ไขมาตรา 388 วรรคสองนี้ ในส่วนอัตราโทษผู้วิจัยได้อาศัยเทียบเคียงกับมาตรา 397 วรรคสอง ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกัน ประกอบกับการศึกษาบทบัญญัติในกฎหมายต่างประเทศการแสดงอนาจารตามมาตรา 66 กฎหมายอังกฤษเป็นกลุ่มความผิดที่มีความร้ายแรงปานกลาง โดยมีทั้งการพิจารณาตีโดยรวบรัด มีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือโทษปรับ และการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุนที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ส่วนกฎหมายเยอรมันกำหนดให้การแสดงอนาจารตามมาตรา 183 ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี จึงเห็นสมควรให้การกระทำความผิดต่อหน้าธารกำนัลที่มีความร้ายแรงมากกว่ากรณีที่มีความผิดต่อหน้าบุคคลเพียงคนเดียวควรมีระวางโทษจำคุกด้วย

การปรับปรุงบทบัญญัติตามที่กล่าวไปข้างต้น ทำให้บทบัญญัติมาตรา 388 แตกต่างจากบทบัญญัติเดิม ดังปรากฏตามตารางที่ 20

ตารางที่ 20 ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติมาตรา 388 เดิม
กับบทบัญญัติที่เสนอให้มีการปรับปรุง

มาตรา 388	
บทบัญญัติเดิม	บทบัญญัติที่เสนอให้มีการปรับปรุง
ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าธารกำนัล โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท	ผู้ใดกระทำการอันควรขายหน้าต่อหน้าผู้อื่น โดยเปลือยหรือเปิดเผยร่างกาย หรือกระทำการลามกอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

มาตรา 388	
บทบัญญัติเดิม	บทบัญญัติที่เสนอให้มีการปรับปรุง
-	เพิ่มเติมวรรคสอง ดังนี้ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ข้อดีจากการปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา 388 ตามที่ผู้วิจัยเสนอ ทำให้การกระทำความผิดตามมาตรา 388 จะมีความชัดเจนและเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ดังที่จะอธิบายตามรูปที่ 12

รูปที่ 12 ความสัมพันธ์ความร้ายแรงของการกระทำความผิดตามมาตรา 388 กับอัตราส่วนโทษที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ



จากรูปที่ 12 สามารถสรุปได้ว่า ลักษณะของการกระทำความผิดมีความสัมพันธ์กับสัดส่วนของโทษที่ผู้กระทำจะได้รับ และอาจมีความเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 มาตรา 14 (4) ซึ่งมีโทษหนักขึ้น

(3) มาตรา 397 ไม่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติเนื่องจากกำหนดลักษณะของความผิดไว้ค่อนข้างกว้าง และตามบทบัญญัติในวรรคสอง บัญญัติคุ้มครองทั้งหลักสถานที่และหลักบุคคล เป็นการคุ้มครองที่กว้างไปกว่ากฎหมายต่างประเทศ มาตรานี้จึงอาศัยการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ตามบทนิยามที่กำหนดไว้ นับว่าเพียงพอแล้ว

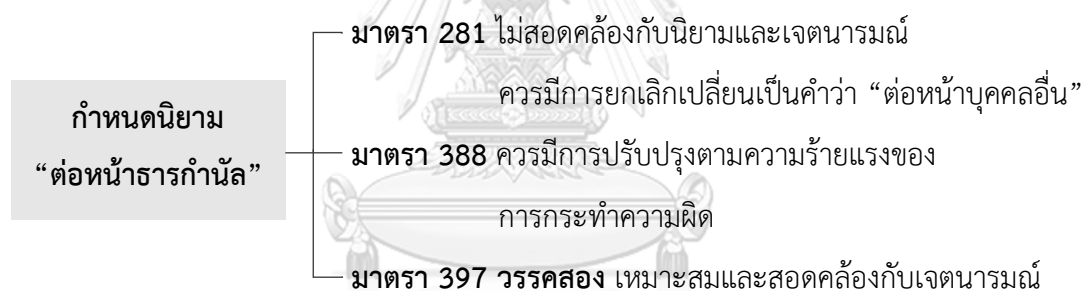
กรณีตามมาตรา 397 วรรคสอง แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของ “ที่สาธารณะสถาน” ที่เป็นหลักสถานที่และ “ต่อหน้าธารกำนัล” ที่เป็นหลักบุคคล ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4104/2562 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยเข้าไปในอาคารพิพาทสำนักงานของโจทก์ร่วมที่ 1 ซึ่งเป็นนิติบุคคลและส่งเสียงดัง อันเป็นการรบกวนการทำงานและทำให้พนักงานของโจทก์ร่วมที่ 1 ไม่อาจ

ทำงานได้ซึ่งเป็นการกระทำความผิดฐานก่อความเดือนร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ อาครสำนักงานของโจทก์มิใช่สาธารณสถาน แต่เมื่อปรากฏว่ามีพนักงานทำงานอยู่ก็ถือเป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลตามวรรคสอง แสดงให้เห็นถึงเหตุผลและความจำเป็นของฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลซึ่งคุ้มครองในกรณีที่มีความผิดเกิดภายใต้ความรับรู้ของกลุ่มบุคคล แตกต่างไปจากหลักในเรื่องของสถานที่ ในประการที่ไม่อาจรวมเป็นถ้อยคำเดียวกันได้

นอกจากนี้ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 281 มาตรา 388 และมาตรา 397 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติทั่วไป หากการกระทำความผิดครบองค์ประกอบสำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติอื่น ก็อาจจะต้องไปพิจารณาบทบัญญัตินั้น ซึ่งผู้กระทำความผิดจะต้องรับโทษตามที่ได้กระทำในลักษณะของการกระทำกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท

ผู้วิจัยสรุปข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนี้

รูปที่ 13 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา



เมื่อพิจารณารูปที่ 13 ได้ข้อสรุปว่า ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายเริ่มจากการกำหนดนิยามที่ควรจะเป็นของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” จากนั้นจึงไปพิจารณาฐานความผิดในแต่ละมาตรา มาตราใดที่ใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” แล้วไม่เหมาะสมกับลักษณะความผิดและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็ควรระงับยกเลิกเปลี่ยนไปใช้ถ้อยคำอื่นที่มีความชัดเจนมากกว่า กล่าวคือ มาตรา 281 เปลี่ยนจากคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” เป็นคำว่า “ต่อหน้าบุคคลอื่น” และมาตราใดที่สามารถปรับปรุงให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดได้ก็ควรมีการปรับปรุง คือ มาตรา 388 ซึ่งแบ่งออกเป็นสองวรรคตามระดับความร้ายแรง และสุดท้ายมาตราใดที่มีความชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องแก้ไข คือ มาตรา 397 วรรคสอง ดังนั้น การกำหนดบทนิยามและปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จะช่วยแก้ปัญหาในการใช้และการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” อย่างปราศจากข้อสงสัย

องค์ความรู้ที่เกิดจากการศึกษาวิจัยเรื่อง ขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในประมวลกฎหมายอาญา ทำให้ได้ทราบถึงประวัติความเป็นมาของการบัญญัติฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง สามารถพิสูจน์ได้ว่าการใช้คำเดียวกันควรมีความหมายและการตีความเช่นเดียวกันตลอดทั้งประมวล ค้นพบขอบเขตของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” และข้อเสนอแนะในส่วนของนิยามและการปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา 281 และมาตรา 388 จะแก้ไขปัญหาการตีความคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” สร้างความชัดเจนในการใช้และการตีความฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัล และเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในแต่ละมาตราอีกด้วย



บรรณานุกรม

- § 177 Stgb. Sexueller Übergriff; Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung. [Online]. Available from: <https://lexetius.com/StGB/177,8#note-sign1> [3 June 2021]
- § 182 Stgb. Sexueller Mißbrauch Von Jugendlichen. [Online]. Available from: <https://lexetius.com/StGB/182,6> [3 June 2021]
- Abdul Razak Bin Haji Mohamad Hassan. The Administration of Criminal Justice in Malaysia: The Role and Function of Prosecution [Online]. Available from: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No53/No53_25PA_Hassan.pdf [25 January 2021]
- Allen, C. K. Law in the Making. 7 ed. Oxford: Oxford University Press, 1964.
- Andaya, B. W., and Andaya, L. Y. A History of Malaysia. 3 ed. Hampshire: PALGRAVE, 2017.
- Andenaes, J. The General Part of the Criminal Law of Norway. London: Sweet & Maxwell, 1965.
- Baumann, J. Strafrecht : Allgemeiner Teil. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1968.
- Bohlander, M. Principles of German Criminal Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009.
- Dixit, N. Sexual Violence and Sectarian Violence: The Muzaffarnagar Riots [Online]. Available from: https://www.outofprintmagazine.co.in/archive/march-2015-issue/nehadixit_the-muzaffarnagar-riots.html?fbclid=IwAR3_mduEMlu_TBdGcUK-B577mshbrPnOaf4OwNbcB1L_vkDiTptIOqx70lk [21 January 2021]
- Fisher, H. D. The German Legal System and Legal Language. London; New York: Routledge-Cavendish, 2009.
- Freckmann, A., and Wegerich, T. The German Legal System. London: Sweet & Maxwell, 1999.
- Garner, B. A. Black's Law Dictionary. St. Paul, MN: West, 2009.
- Hörnle, T. The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment. German Law Journal 18, 6 (2017): 1309-1330.
- . Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law. Buffalo

- Criminal Law Review 3, 2 (2000): 639-685.
- Hualing, F. Criminal Procedure Law. In Edited by Xianchu, W. C. a. Z., Introduction to Chinese Law. Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 1997.
- Ian Dobinson. Criminal Law. In Edited by Xianchu, W. C. a. Z., Introduction to Chinese Law. Hong Kong: Sweet & Maxwell Asia, 1997.
- Jaishankar, K. Establishing a Theory of Cyber Crimes. International Journal of Cyber Criminology 1, 2 (July 2017).
- Jones, W. C. The Great Qing Code. UK: Oxford University Press, 1994.
- Kim Chen. The Criminal Code of the People's Republic of China. Colorado: Littleton : Rothman, 1982.
- Li, W. "Research on Extensive Interpretation and Analogical Interpretation of Criminal Law." In 5 th International Conference on Social Science, Education and Humanities Research, July 2016.
- Malmgren, O. Article 37: The Right to Liberty of Person under the Chinese Constitution. China-EU Law Journal 2, 1 (2013/09/01 2013): 35-67.
- Metropolitan Police Authority. Public Order Act 1986 [Online]. Available from: https://www.met.police.uk/plc/lesson_notes/038.pdf [12 June 2021]
- Monaghan, N. Criminal Law : Directions. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Padoux, G. Report on the Proposed Penal Code for the Kingdom of Siam Submitted to His Royal Highness Prince Rajburi Direckrit. Bangkok: American Presbyterian Mission, 1906.
- Public Order Act 1986 - Harassment, Alarm or Distress. [Online]. Available from: https://www.whatdotheyknow.com/request/366974/response/892883/attach/2/Extract%20Public%20Order%20Act%201986%20Doc.pdf?cookie_passthrough=1 [2 June 2021]
- Rutherford, L. A., Todd, I. A., and Woodley, M. G. Introduction to Law. 2 ed. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Schmidhäuser, E. Strafrecht : Allgemeiner Teil. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970.
- Stanley Yeo Meng Heong. The Application of Common Law Defences to the Penal Code in Singapore and Malaysia. In Edited by Harding, A. J., The Common Law

- in Singapore and Malaysia. Singapore: Butterworth, 1985.
- Steiner, E. French Law: A Comparative Approach. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2018.
- The Crown Prosecution Service. Voyeurism [Online]. Available from: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/voyeurism> [4 June 2021]
- Tips, W. E. J. Gustave Rolin-Jaequemyns and the Making of Modern Siam Bangkok: White Lotus, 1996.
- Unger, R. M. Law in Modern Society. New York: The Free Press, 1976.
- Ward, P. R. a. R. Rook and Ward on Sexual Offences : Law & Practice. 5 ed. London: Sweet & Maxwell, 2016.
- Wessels, J. Strafrecht : Allgemeiner Teil. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1985.
- Williams, G. Learning the Law. 11 ed. London: Stevens & Sons, 1982.
- Yeo, S., Morgan, N., and Cheong, C. W. Criminal Law in Malaysia and Singapore. 2 ed. Singapore: LexisNexis, 2012.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ: พับลิชซิ่ง, 2557.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1. กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ: พับลิชซิ่ง, 2562.
- . คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: พลสยาม ฟรินด์ซิ่ง, 2551.
- เสริม วินิจฉัยกุล. กฎหมายอาญา. พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. โครงสร้างความคิดอาญา : ความแตกต่างในระบบกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 14, 4 (2527).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ อติรุจ ต้นบุญเจริญ. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.
- กฎหมายตราสามดวง ฉบับราชบัณฑิตยสถาน เล่ม 2. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2550.
- กาญจนา นาคสกุล. สัมภาษณ์, วันที่ 2 พฤษภาคม 2564.
- . คำสันนิษฐานในภาษาไทยที่มีมูลรากเป็นคำภาษาเขมร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชาภาษาไทย, คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2502.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- . หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย. ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.
- กุสุมา เมฆเมฆา และ อำนาจ เนตยสุภา. การตีความกฎหมายอาญา. ใน 4 (บรรณาธิการ), การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

ขุนสมาหารหิตะคดี. พจนานุกรมกฎหมาย: บรรจุคำตั้งแต่โบราณกาลถึงปัจจุบันกาล. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2563.

คณพล จันทน์หอม. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2564.

———. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2564.

———. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2564.

———. รากฐานกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2561.

———. หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2563.

คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา. รายงานการประชุม ครั้งที่ 284-18/2559, วันพุธที่ 6 กรกฎาคม 2559.

———. รายงานการประชุม ครั้งที่ 285-19/2559, วันพุธที่ 13 กรกฎาคม 2559.

———. รายงานการประชุม ครั้งที่ 286-20/2559, วันพุธที่ 27 กรกฎาคม 2559.

———. รายงานการประชุม ครั้งที่ 287-21/2559, วันพุธที่ 3 สิงหาคม 2559.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2559.

———. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2563.

จิตติ ดิงค์พิชัย. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.

———. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 1. กรุงเทพฯ: จีรัชการพิมพ์, 2548.

———. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 2 ตอน 2 และภาค 3. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง จำกัด, 2553.

ซังพล ไชยพร. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย : ภาคก่อนปฏิรูป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2562.

ณรงค์ ใจหาญ. ความหมายของสิ่งลามกในกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 16, 2 (มิถุนายน 2529).

ดรชนันต์คำในกฎหมายตราสามดวง เล่มที่ 1. กรุงเทพฯ: อมรินทร์ พริ้นติ้ง กรุ๊ป, 2533.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 44. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2564.

———. มุมมองใหม่ในกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2556.

———. สังคมกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2563.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ ธรรมนูญ บุญมี. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2564.

———. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2564.

ทองย้อย แสงสินชัย. สัมภาษณ์, 10 เมษายน 2564.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. ความสำคัญของการตีความในวิชาซีพกฎหมาย. ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงค์พิชัย ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ดิงค์พิชัย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2563.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2548.

นันทัช กิจรานันท์. ธารก้านลในประมวลกฎหมายอาญา. ตุลพาท 2(65).

นิยดา เหล่าสุนทร. รัตนมาลา พจนานุกรมแสดงความหมาย สมัย และที่มาของโบราณคดีศัพท์. กรุงเทพฯ: ลายคำ, 2553.

บุญเดือน ศรีวรรณ. ผู้เชี่ยวชาญด้านอักษรศาสตร์ (ภาษาและวรรณกรรม) กรมศิลปากร. สัมภาษณ์, 6 พฤษภาคม 2564.

ปกป้อง ศรีสินท. กฎหมายอาญาขั้นสูง. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

พจนานุกรม รวม 26, 230 คำ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรมตำรา กระทรวงธรรมการ, 2470.

ประทีป ทับอัตรานนท์. ความผิดลหุโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: อองศาบายดี, 2555.

ประยูร อัครบวร. ระบบบริหารราชการของสหพันธรัฐมาเลเซีย. กรุงเทพฯ: กรรณการพิมพ์.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

ปรีดี เกษมทรัพย์. การใช้การตีความกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 25, 1 (2528).

———. ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์. พระนคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520.

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.

พระยาอรรถการีย์นิพนธ์. กฎหมายอาญาพิสดาร. ใน อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ พระยาอรรถการีย์นิพนธ์ (สิทธิ จุณณา นนท์). กรุงเทพฯ: โสภณพิพรรฒธนากร, 2521.

พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา. กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2528.

มานิตย์ วงศ์เสวี. นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

ร. แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2526.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การใช้การตีความกฎหมายมหาชน. ใน การใช้การตีความกฎหมาย: งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิติติ ดิงศภัทย์ ครั้งที่ 13-100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิติติ ดิงศภัทย์. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

วินัย พงศ์ศรีเพียร. กฎหมายตราสามดวง : แว่นส่องสังคมไทย. กรุงเทพฯ: กองทุน ดำเนิน เลขาภกุล เพื่อประวัติศาสตร์, 2547.

ศิระ บุญภินันท์. การตีความกฎหมายอาญา: เน้นการตีความขยายความในกฎหมายอาญา. บทบัณฑิตย 63, 3 (2550).

สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาดำรงราชานุภาพ. ตำนานกฎหมายไทยและประมวลคำอธิบายทางนิติศาสตร์. พระนคร: กรมศิลปากร, 2493.

สมยศ เชื้อไทย. ความรู้กฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 27. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.

สหรัฐ กิติ ศุภการ. กฎหมายอาญา : คำพิพากษาศาลฎีกาและหลักกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2564.

———. หลักและคำพิพากษา : กฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563.

สาวตรี สุขศรี. กฎหมายว่าด้วยอาญากรรมคอมพิวเตอร์และอาญากรรมไซเบอร์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.

สำนักงานอัยการสูงสุด. คำชี้ขาดความเห็นแย้งของอัยการสูงสุด พ.ศ. 2551-2553 ฉบับ 120 ปี ออกรอัยการ. กรุงเทพฯ: สำนักงาน, 2556.

สิทธิกร ศักดิ์แสง. ศาสตร์แห่งการตีความกฎหมาย (Hermeneutic). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556.

สุปัน พูลพัฒน์. คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2521.

———. คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญามาตรา 206-398. พระนคร: โรงพิมพ์เลียงเชียงจงเจริญ, 2507.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์. การตีความกฎหมายอาญาเยอรมัน. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 25, 2 (มิถุนายน 2538).

สุวัฒน์ชัย ใจหาญ. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาค 3 ความผิดลหุโทษ มาตรา 367 ถึง 398. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534.

———. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงมาตรา 276-333. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มิตรสยาม, 2534.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญา ภาค 2-3. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

———. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

———. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

———. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

หลวงอรธโกวิทวที. แนวทางการสอนกฎหมายลักษณะอาญา เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป. โรงพิมพ์กรมยุทธศึกษาทหารบก, 2481.

อนุกรรมการตรวจการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา. รายงานการประชุม ครั้งที่ 1/2482, พ.ศ. 2482.

———. รายงานการประชุม ครั้งที่ 46, 147/2482, วันอังคารที่ 31 ตุลาคม 2482.

———. รายงานการประชุม ครั้งที่ 50, 156/2482, วันอังคารที่ 14 พฤศจิกายน 2482.

อมรเทพ เมืองแสน. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.

อรธพล ใหญ่สว่าง. คำอธิบายวิชาสัมมนากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2564.

อรุณ ภาณุพงศ์. การตีความกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 26, 3 (กันยายน 2539).

อักษรพร จุฬารัตน. การใช้และการตีความกฎหมาย. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2553.

อาร์ม ตั้งนิรันดร. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายจีน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.

อุทัย อาทิเวช. ระบบการดำเนินคดีอาญา : ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<https://www.stou.ac.th/schools/slwlw/upload/41717-unit%202.pdf> [22 มกราคม 2564]



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

คำถามสัมภาษณ์ เรื่อง รากคำ ความหมาย และที่มาของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล

สืบเนื่องจากการค้นหาที่มาและความหมายของคำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ในการสืบค้นความหมายของคำ ผู้วิจัยได้สืบค้นจากพจนานุกรมและปทานุกรม พบว่า “ธารกำนัล” มาจากคำไทยเดิมว่า “ธารค้ำนัล” แปลว่า ที่เฝ้า ที่รับแขก ประชุมชน หมู่ชนที่เป็นแขก เมื่อพิจารณาส่วนประกอบของคำที่เป็นไปได้พบว่ามีรากศัพท์ที่มีความสัมพันธ์กับธารกำนัล ดังนี้

ตารางแสดงความหมายของส่วนประกอบคำที่อาจเป็นไปได้ของคำว่า “ธารค้ำนัล”

ลำดับ	คำศัพท์	คำอ่าน	ที่มา	ความหมาย
1	ธารณหรือ ธารณะ	ทา-ระ-นะ	สันสกฤต	การทรงไว้ การรักษาไว้ ทั่วไป ตัดออกมาจากคำว่า สาธารณ ที่แปลว่า ทั่วไป ไม่เลือกหน้า ไม่เฉพาะเจาะจง ส่วน ธารณะ เป็นคำที่ตัดมาจากคำว่าตักบาตรสาธารณะ
2	ธาร	ทาน	มคธและ สันสกฤต	การทรงไว้ การรับไว้ มักใช้พ้องท้ายคำอื่น
2	ทาร	ทานหรือทา-ระ	มคธและ สันสกฤต	เมื่อย
3	กำนัล	-	-	ผู้ป้องกัน ผู้ดูแล ผู้รักษา ผู้ปกครองลูกบ้าน
4	กำนัล	-	-	นางพนักงานในพระราชสำนัก
5	ค้ำนัลหรือคัล	-	เขมร	เฝ้า (ใช้เฉพาะเจ้านาย)

นอกจากนี้ ความหมายตามความเข้าใจของประชาชน การกระทำต่อหน้าธารกำนัล คือ การกระทำในที่ซึ่งประชาชนหรือสาธารณชนสามารถเห็นได้ เช่น ในที่โล่งแจ้ง ที่รับแขก ที่ประชุมชน ที่สวนสาธารณะ หรือสาธารณสถานทั่ว ๆ ไป และในทางกฎหมายฐานความผิดต่อหน้าธารกำนัลมักจะเชื่อมโยงกับความผิดเกี่ยวกับเพศ ความอับอายของบุคคล เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องชื่อเสียง

เพื่อทราบที่มาและความหมายของคำว่าต่อหน้าธารกำนัลตามหลักอักษรศาสตร์ผู้วิจัยได้สัมภาษณ์อาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหมด 3 ท่าน ได้แก่

- (1) นาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย
- (2) ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล
- (3) อาจารย์บุญญเตื่อน ศรีวรรณ

อาจารย์ทั้ง 3 ท่าน กรุณาให้ผู้วิจัยได้เข้าสัมภาษณ์และได้ให้ความเห็นที่มีคุณค่ากับการศึกษาวิจัย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

คำถามสัมภาษณ์

1. คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความหมายว่าอย่างไร
2. ที่มาและการใช้ศัพท์คำว่า “ธารกำนัล” มีที่มาที่ไปอย่างไร ตามรากคำศัพท์ที่อาจเป็นไปได้ ถ้อยคำนี้มาจากศัพท์คำไหน
3. คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความสัมพันธ์กับสาธารณชนมากน้อยแค่ไหน บริบทของการใช้ถ้อยคำนี้เป็นอย่างไร สัมพันธ์กับเรื่องที่เป็นความอับอายขายหน้าหรือไม่
4. คำว่า “ธารกำนัล” ตามหลักภาษาแล้ว คนหนึ่งคนสามารถเป็นธารกำนัลได้หรือไม่ หรือต้องมีจำนวน ตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปหรือมากกว่านั้น
5. การใช้คำว่า “ธารกำนัล” แตกต่างจากการใช้คำว่า “ประชาชน” “สาธารณชน” อย่างไร
6. การใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึงบุคคลเท่านั้นหรือไม่ สถานที่มีผลในการพิจารณาไหมว่าเป็นธารกำนัล
7. “ต่อหน้าธารกำนัล” นอกจากการมองเห็นแล้ว การรับรู้ประการอื่น เช่น การได้ยิน ท่านอาจารย์มีความเห็นว่าสามารถหมายถึงต่อหน้าธารกำนัลได้หรือไม่

บทสัมภาษณ์นาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย

หัวข้อสัมภาษณ์: รากคำ ความหมาย และที่มาของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล

ประวัติ นาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย

ประวัติการศึกษา

- เปรียญธรรม 9 ประโยค สำนักวัดมหาธาตุ ราชบุรี (พ.ศ. 2515)
- รัฐศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (พ.ศ. 2530)
- ศาสตรศาสตรดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์ มหาวิทยาลัยมหามกุฏราชวิทยาลัย (พ.ศ. 2550)

ประวัติการทำงาน

- นักวิชาการมูลนิธิภูมิพลโลกิขุ เพื่อการค้นคว้าทางพระพุทธศาสนา
- นักภาษาโบราณ หอสมุดแห่งชาติ กรมศิลปากร
- ผู้อำนวยการกองอนุศาสนาจารย์ กรมยุทธศึกษาทหารเรือ

ผลงาน

เป็นผู้แต่งกาพย์เห่เรือในกระบวนพยุหยาตราชลทางมารค รวม 6 ครั้ง คือ

1. กาพย์เห่เรือ ปีกาญจนานภิเชก พ.ศ. 2539
2. กาพย์เห่เรือเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2542
3. กาพย์เห่เรือเอเปค พ.ศ. 2546
4. กาพย์เห่เรือฉลองสิริราชสมบัติครบ 60 ปี พ.ศ. 2549
5. กาพย์เห่เรือเฉลิมพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550
6. กาพย์เห่เรือเฉลิมพระเกียรติเนื่องในโอกาสสมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ พ.ศ. 2554

สัมภาษณ์เมื่อ วันที่ 10 เมษายน พ.ศ. 2564

คำถามและบทสัมภาษณ์

คำถามที่ 1 ครูมีความเห็นว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความหมายว่าอย่างไรคะ

“ธารกำนัล” ตามพจนานุกรม แปลว่า ที่ชุมนุมชน คนจำนวนมาก และกี่ยวตัวอย่างต่อหน้าธารกำนัล แต่ไม่มี (กฎ) คือ คำที่ใช้ในกฎหมาย แสดงว่าธารกำนัลคำนี้ น่าจะไม่ใช่คำเฉพาะที่ใช้ในกฎหมาย คือใช้ทั่วไป ไม่ได้เจาะจงว่าต้องเป็นความผิดเท่านั้น ขอให้หมายความว่าคนทั่วไปรับรู้ด้วยก็อาจเป็นต่อหน้าธารกำนัลได้ ธารกำนัลน่าจะมีความหมายกว้าง

คำถามที่ 2 ที่มาและการใช้ศัพท์คำว่า “ธารกำนัล” มีที่มาที่ไปอย่างไร ตามรากคำศัพท์ที่อาจเป็นไปได้ครูมีความเห็นว่าถ้อยคำนี้มาจากศัพท์คำไหนคะ

การพิจารณาคำศัพท์ ต้องมีการแยกศัพท์ คำที่ตาเราเห็นปัจจุบันแยกเป็น “ธาร” และ “ก้านัล” โดยพจนานุกรมไม่ได้บอกว่ารากศัพท์เป็นอย่างไร แต่ก้านัลมาจากคำว่า “คัล” ที่มาจากภาษาเขมร สันนิษฐานได้ว่า “คัล” นี้เองที่แผลงเป็น “ค้านัล” พอตกลงใจอย่างนี้คำว่า “ก้านัน” ก็มีน้ำหนักน้อยลง “คัล” แปลว่า เข้าเฝ้าเจ้านาย เข้าไปหาเจ้านาย ในคัมภีร์ภาษาบาลีเป็นคำกิริ พระพุทธศาสนามีประวัติศาสตร์ ภูมิศาสตร์ รัฐศาสตร์รวมอยู่ ในการบันทึกคำสอนไปพาดพิงสถานที่ใดหรือบุคคลใดก็จะบอกเอาไว้ด้วยทำให้เราศึกษาเรื่องจากในคัมภีร์ได้ เมื่อประมวลดูแล้วมีภาพการเข้าเฝ้าที่พระเจ้าแผ่นดินนั่งเป็นประธาน เสนาบดีมาเข้าเฝ้า ภาพที่เห็นก็คือคนนั้นพูดเรื่องนี้ คนนี้พูดเรื่องนั้น ทุกคนรับรู้เรื่องราวต่าง ๆ พร้อมกัน มีเรื่องเล่าว่าพระเจ้าแผ่นดินท่านรำคาญข้าราชการผู้ใหญ่ เวลาเข้าประชุมพูดไม่หยุด พระเจ้าแผ่นดินไปเจอคนที่ติดกรวดเก้งเห็นว่าน่าจะช่วยแก้ปัญหาให้ได้ วางแผนให้อาชีวะเข้าปาก เมื่อถึงเวลาประชุมพอข้าราชการผู้ใหญ่อ้าปากพูด คนติดกรวดก็ติดชีวะเข้าปากพอดี ที่ประชุมก็เห็นกันหมดว่าชีวะเข้าปาก ตั้งแต่นั้นมาข้าราชการผู้ใหญ่รายนั้นก็กลายเป็นคนพูดน้อย ภาพนี้ทำให้เห็นว่าในที่ประชุมอะไรเกิดขึ้นก็จะเห็นกันไปหมด

ในคัมภีร์มีบันทึกไว้ว่ามีการเข้าเฝ้าเฉพาะ 2 วิธี คือการเข้าเฝ้าเฉพาะตัว แล้วแต่ว่าพระเจ้าแผ่นดินจะโปรดให้ใครเข้าเฝ้าเป็นส่วนตัวด้วยเรื่องสำคัญใด และมีที่ต่างหากให้ เรียกว่า โรฐาน เรียกเป็นภาษาว่า “โรฐานค้านัล” คือ เข้าเฝ้าเป็นส่วนตัว จะเอ็ดกันยังไงไม่มีใครรู้ ส่วนอีกวิธีเรียกว่า “สาธารณะก้านัล” ตรงกับข้ามกับโรฐานค้านัลเป็นการเข้าเฝ้าตามท้องพระโรงที่ได้เล่าไป ใครทำอะไรก็จะเป็นที่รับรู้กันหมด

คำว่า “สาธารณะก้านัล” นี้เองเป็นที่มาของคำว่า “ธารก้านัล” เพราะในภาษาไทยมีคำว่า “สาธารณ” อ่านว่า สาทาน แปลว่า ชั่วช้า เลว ทรมาน มาจากสาธารณะภาษาบาลี แปลว่า ทรงไว้ร่วมกัน คือ รับรู้ด้วยกัน ทำอะไรได้ร่วมกัน ทำได้เหมือนกันหมด ไม่ได้จำกัด ต่อมาตัดเหลือคำว่า “สาธารณ” ซึ่งความหมายแปลงไป เห็นว่าคำว่า -ธ หายไป จากสาธารณหดข้างหน้าไปอีกเหลือแค่ “ธาร” คำเดียว

ดังนั้นจาก “สาธารณะก้านัล” เหลือ “สาธารค้านัล” แล้วก็ “ธารค้านัล” หมายถึง ต่อหน้าคนที่มาชุมนุม เหมือนการเข้าเฝ้าแบบสาธารณะก้านัล เลยมาใช้ว่าต่อหน้าประชาชน ที่ชุมนุมย้ายที่จากการเข้าเฝ้าในท้องพระโรงเป็นที่ที่คนมาชุมนุมกัน ใครมาตำหนิติเตียนตรงนั้นก็ เป็นธารก้านัล ทุกคนรู้กันหมด จากตรงนี้เองจึงกลายมาเป็นว่า ที่ที่ประชาชนไปรับรู้ร่วมกัน เป็นความหมายทั่วไป ในกฎหมายอาจจะใช้ด้วย แต่คำนี้ไม่ได้ใช้เฉพาะในกฎหมาย

ส่วน “ทาร์” ครูคิดว่าการสะกดของโบราณไม่พึงถือเป็นข้อยุติ น่าจะมาจากทฤษฎี “สาธารณค่านัล” มากกว่า ที่จะเพ่งไปถึงคำว่า “ทาร์” ที่แปลว่า เมีย เนื่องจากเป็นคำที่ไม่สาธารณะแก่คนทั่วไป คนไทยเข้าใจคำว่าเมียมากกว่า ถ้าจะใช้ทาร์ก็จะเป็นกระสุนวิถีโค้งเกินไป อันนี้ก็เป็นความเห็นนะ แต่ถ้าจะแปลว่าเมียจริงก็ต้องมีหลักฐาน ถ้าไม่มี ครูยังเชื่อว่ามาจาก สาธารณะค่านัล ที่แปลว่า เข้าเฝ้าเป็นส่วนรวม และมีความหมายกลายเป็นที่ซึ่งคนมองเห็นและรับรู้หมด

คำถามที่ 3 ตามความเห็นของครูแล้ว “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความสัมพันธ์กับสาธารณชนมากน้อยแค่ไหน บริบทของการใช้ถ้อยคำนี้เป็นอย่างไร สัมพันธ์กับเรื่องที่เป็นความอับอายขายหน้าหรือไม่คะ

ถ้าพูดถึงว่าโดยน้ำหนักของความหมาย “ธารกำนัล” มักจะหมายถึง เรื่องที่เสียหาย ถ้าเป็นเรื่องดีจะไม่พูดว่าเอาไปประจานต่อหน้าธารกำนัล บริบทแสดงว่าไม่ใช่เรื่องดีแน่ เพราะฉะนั้นมักจะใช้ในความหมายที่เป็นเรื่องเสียเป็นส่วนมาก แม้จะเป็นเรื่องกลาง ๆ ก็เอนเอียงไปทางเรื่องเสีย (หมายถึงความหมายที่ยุติในวันนี้)

คำถามที่ 4 คำว่า “ธารกำนัล” ตามหลักภาษาแล้ว คนหนึ่งคนสามารถเป็นธารกำนัลได้หรือไม่ หรือต้องมีจำนวนตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปหรือมากกว่านั้น

วิธีคิดของครู คือ มาดูว่าวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของการกระทำต่อหน้าธารกำนัล เพื่อให้เรื่องที่ตนนำมาเปิดเผยเป็นที่รับรู้ของประชาชนหรือคนทั่วไป เพื่อให้ประชาชนหรือคนทั่วไปมองมายังเจ้าของเรื่องด้วยความรู้สึกในทางลบ เมื่อจุดประสงค์เป็นอย่างนี้ การกระทำหรือเอาข้อมูลไปใส่ไว้ในช่องทางการสื่อสารแล้วคนจะรับรู้ก็วัตถุประสงค์เดียวกัน ความหมายในทางอ้อมแม้จะเขียนหนังสือหรือส่งอะไรไปให้คนทั่วไปรู้ ก็เป็นการกระทำต่อหน้าธารกำนัลได้ด้วย ผลของการกระทำสุดท้ายทำให้คนรู้ไม่ว่าจะรู้ตอนนั้นหรืออีก 3 เดือนรู้ ใกล้เคียงกับการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ในปัจจุบัน แต่เกณฑ์ก็คงอยู่ที่ว่าเป็นเรื่องที่เอนไปในทางเสียหาย

คำถามที่ 5 การใช้คำว่า “ธารกำนัล” แตกต่างจากการใช้คำว่า “ประชาชน” “สาธารณชน” อย่างไร

มีทั้งส่วนต่างและส่วนที่ไม่ต่าง ส่วนที่ไม่ต่าง คือ หมายถึงเป็นที่รับรู้กันทั่วไป แต่ว่าส่วนที่ต่างคือ ธารกำนัลมีความหมายเฉพาะ เจาะจงไปในทางเรื่องเสียหาย แต่ว่าประชาชนหรือสาธารณชนคือทั่ว ๆ ไป ไม่ได้เจาะจง ความหมายมาจากรากเดียวกันแยกให้ต่างกันเล็กน้อย

คำถามที่ 6 การใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” ครูมีความเห็นว่าหมายถึงบุคคลเท่านั้นหรือไม่ สถานที่มีผลในการพิจารณาไหมว่าเป็นธารกำนัล

ถ้าสถานที่ตรงนั้นไม่มีคนเลย จะบอกว่าเป็นการประจําหน้าธารกำนัลได้ไหม ครูว่า จะต้องพิจารณาเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ คือ ต้องมีผู้รับรู้โดยกว้าง ไม่ใช่เฉพาะคนใดคนหนึ่งรับรู้ มิเช่นนั้นคงไปบอกกล่าวข่าวสารกับคนนั้นโดยตรง แต่กรณีที่ไม่มีใครมารู้ อาจจะได้บางกรณี เช่น เอาป้ายประกาศไปปักไว้เป็นถ้อยคำประจําให้คนอื่นเสียหายตอนปักไม่มีใครดู ต้องสันนิษฐานต่อไป อีกว่าผู้กระทำจะคาดเดาได้หรือไม่ว่าจะต้องมีคนมาอ่านมาเห็นอย่างแน่นอน ถ้าคาดเดาได้ถือว่า เข้าเกณฑ์ คือ ในที่สุดการกระทำนั้นมีคนรู้ แต่สมมติไปปักไว้ในถ้ำลึกกลับจะถือว่าต่อหน้าธารกำนัลไหม ถ้าอีก 1,000 ปี มีคนเจอเอามาเผยแพร่กันหมดเลยเป็นเรื่องเสียหายมากมาย แต่ ณ เวลานั้นมิใช่ ธารกำนัล คาดเดาไม่ได้ว่ามีคนมารู้เลย แต่เข้าเกณฑ์เท่านั้นนะ ต้องดูผลที่ปรากฏทำให้คนรับรู้และ ก่อให้เกิดความเสียหายถึงเป็นธารกำนัล

ถ้าจะพูดถึงสถานที่ เทียบแล้วจะใช้คำว่าอะไรระหว่าง สาธารณสถาน ที่สาธารณะ ธารกำนัล ก็ไม่น่าใช้เป็นธารกำนัล

คำถามที่ 7 “ต่อหน้าธารกำนัล” นอกจากการมองเห็นแล้ว การรับรู้ประการอื่น เช่น การได้ยิน ครูมีความเห็นที่สามารถหมายถึงต่อหน้าธารกำนัลได้หรือไม่คะ

ต้องฟังดูว่าการกระทำทำที่ไหน ต้องประกอบว่าสถานที่นั้นอยู่ในเกณฑ์ที่มีคนได้ยิน ได้รู้ ได้เห็นไหม ดูผลตามวัตถุประสงค์คือมีใครรับรู้สมตามเจตนารมณ์ก็เป็นธารกำนัลได้

บทสัมภาษณ์ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล

หัวข้อสัมภาษณ์: รากคำ ความหมาย และที่มาของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล

ประวัติศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.กาญจนา นาคสกุล

ประวัติการศึกษา

- อักษรศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- อักษรศาสตรมหาบัณฑิต สาขาภาษาไทย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- Master of Arts, School of Oriental and African Studies, University of London
- Doctor of Philosophy, School of Oriental and African Studies, University of London

ประวัติการทำงาน

- หัวหน้าภาควิชาภาษาไทย คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- ราชบัณฑิต สาขาภาษาไทย ประจำสำนักศิลปกรรม ราชบัณฑิตยสถาน

ผลงานสำคัญ

1. ระบบเสียงภาษาไทย หนังสือชุดบรมราชกุมารีอักษรานุรักษ์ ปัจจุบันพิมพ์ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2559 (พิมพ์ครั้งที่ 1 พ.ศ. 2520)
2. อ่านภาษาเขมร ปัจจุบันพิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2534 (พิมพ์ครั้งที่ 1 พ.ศ. 2524)
3. พจนานุกรมไทย-เขมร ปัจจุบันพิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2548 (พิมพ์ครั้งที่ 1 พ.ศ. 2526)
4. ภาษาไทยวันละคำ ฉบับรวมเล่ม พ.ศ. 2548

สัมภาษณ์เมื่อ วันที่ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2564

คำถามและบทสัมภาษณ์

ดิฉันได้ศึกษาวิทยานิพนธ์เรื่อง “คำสันนิษฐานในภาษาไทยที่มีมูลรากเป็นคำภาษาเขมร” วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ของท่านอาจารย์ พบว่าคำว่า “กำนัล” น่าจะมีมูลรากคำมาจากคำเขมรว่า “คัมบาล” แปลว่า การเฝ้า ผู้เฝ้ารับใช้ ในขณะที่ “กำนัล” แปลว่า นางพนักงานผู้รับใช้พระเจ้าแผ่นดิน การคอยอยู่รับใช้จะเรียกว่าเฝ้าก็ไม่ผิด “กำนัล” จึงน่าจะเป็นคำเดียวกับ “คัมบาล” เพราะตัว ค ภาษาเขมรอ่านออกเสียง ก ส่วนคำว่า “กำนัล” ที่เป็นตำแหน่งผู้ปกครองลูกบ้าน ผู้ดูแลราษฎรน่าจะมีมูลรากคำมาจาก “คัมบาล” เช่นเดียวกัน แต่ยังหาหลักฐานอ้างอิงไม่ได้

ดิฉันจึงอยากจะเรียนสัมภาษณ์ท่านอาจารย์เพิ่มเติม ตามคำถามดังต่อไปนี้

คำถามที่ 1 อาจารย์มีความเห็นว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความหมายว่าอย่างไรคะ

คำว่า “ธารกำนัล” เดิม คงจะหมายถึงที่ที่คนทั้งหลายรวมกันเพื่อเฝ้าพระเจ้าแผ่นดิน มีคำว่า “โรงกำนัล” คือ ที่สำหรับเฝ้าพระเจ้าแผ่นดิน ซึ่งเป็นที่ที่ทุกคนต้องสำรวม ไม่ประพฤติตนผิดระเบียบ
 สำนวนว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” น่าจะหมายถึงที่มีผู้เข้าเฝ้าอยู่มากเป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณชน

การกระทำใด ๆ ที่ควรกระทำเฉพาะเมื่ออยู่ในที่รโหฐาน ไม่มีบุคคลอื่นรู้เห็น จึงไม่ควรกระทำในที่ที่มีผู้อื่น มีธารกำนัลรู้เห็น ซึ่งในวัฒนธรรมไทยการกระทำที่น่าละอายไม่ควรเปิดเผยในที่สาธารณะ คือ การแสดงความรักความใคร่ของชายหญิง การเปิดเผยส่วนของร่างกายของหญิงสาว

ส่วนการแสดงการยอมรับผิด การขอโทษขอขมาต่อผู้ที่ตนได้ล่วงเกินไปโดยไม่สมควรจึงควรกระทำต่อหน้าธารกำนัล

คำถามที่ 2 ที่มาและการใช้ศัพท์คำว่า “ธารกำนัล” มีที่มาที่ไปอย่างไร ตามรากคำศัพท์ที่อาจเป็นไปได้ อาจารย์มีความเห็นว่าถ้อยคำนี้มาจากศัพท์คำไหนคะ

คำว่า “ธารกำนัล” น่าจะมาจากคำว่า “สาธาร” แปลว่า ทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะ ประสมกับคำว่า “กำนัล” ซึ่งน่าจะแปลว่าคนทั้งหลาย หมายถึง คนทั่วไป ไม่จำกัดว่าเป็นผู้ใดโดยเฉพาะ

คำถามที่ 3 ตามความเห็นของท่านอาจารย์ “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความสัมพันธ์กับสาธารณชนมากน้อยแค่ไหน บริบทของการใช้ถ้อยคำนี้เป็นอย่างไร สัมพันธ์กับเรื่องที่เป็นความอับอายขายหน้าหรือไม่

คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” หมายถึง การกระทำใด ๆ ในที่ที่มีบุคคลอื่นอยู่ด้วย คนเหล่านั้นไม่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน

ส่วนคำว่า “สาธารณชน” หมายถึง คนทั่วไป ไม่จำเป็นต้องปรากฏตัวอยู่ในสถานการณ์นั้น เช่น รัฐบาลปรับปรุงถนนต่าง ๆ เพื่อความสะดวกในการเดินทางของสาธารณชน

คำถามที่ 4 คำว่า “ธารกำนัล” ตามหลักภาษาแล้ว คนหนึ่งคนสามารถเป็นธารกำนัลได้หรือไม่ หรือต้องมีจำนวนตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปหรือมากกว่านั้น

คำว่า “ธารกำนัล” จะใช้หมายถึงกลุ่มคน ไม่ได้จำกัดจำนวนว่าจะเป็นที่กี่คน แต่การกระทำที่เป็นที่น่าอับอาย การกระทำที่ควรอยู่ในที่ลับที่รโหฐาน หากนำมากระทำในที่เปิดเผยให้ผู้คนเห็น มีผู้รู้เห็นหลายคน จึงเป็นการกระทำที่น่าละอาย ต่อหน้าธารกำนัลจึงน่าจะหมายถึงในสถานการณ์หรือในสถานที่ที่มีผู้คนมากกว่าคนเพียงคนเดียว

คำถามที่ 5 การใช้คำว่า “ธารกำนัล” แตกต่างจากการใช้คำว่า “ประชาชน” “สาธารณชน” อย่างไร

คำว่า “ประชาชน” หมายถึง คนในประเทศ เช่น คนไทยทุกคนต้องทำบัตรประจำตัวประชาชนเมื่อมีอายุ 15 ปี ประเทศไทยยังมีประชาชนที่ไม่รู้หนังสืออีกไม่น้อย ประชาชนชาวไทยมีวัฒนธรรมท้องถิ่นที่ต่างกัน เป็นต้น

คำว่า “สาธารณชน” เป็นคำที่หมายถึง คนทั่วไปโดยมิได้เจาะจงหรือบ่งว่ามีลักษณะ มีตำแหน่ง หรือมีหน้าที่การใดเป็นพิเศษ

คำถามที่ 6 การใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” อาจารย์มีความเห็นว่าหมายถึงบุคคลเท่านั้นหรือไม่ สถานที่มีผลในการพิจารณาใหม่ว่าเป็นธารกำนัล

คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” น่าจะหมายถึง ที่ที่มีผู้คน ถ้าเป็นสถานที่ที่ไม่มีผู้คน เช่น ในที่ร้างในป่า ที่ที่มีการปกปิดมิดชิด ที่ลับเฉพาะ การกระทำในที่เหล่านี้คงจะไม่ใช้คำว่ากระทำต่อหน้าธารกำนัล

คำถามที่ 7 “ต่อหน้าธารกำนัล” นอกจากการมองเห็นแล้ว การรับรู้ประการอื่น เช่น การได้ยิน ครูมีความเห็นว่าสามารถหมายถึงต่อหน้าธารกำนัลได้หรือไม่คะ

คำว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” แปลว่า ต่อหน้าบุคคลทั้งหลาย ถ้าคนเหล่านั้นเป็นผู้พิการทางสายตา คงจะไม่สามารถยืนยันได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการทำต่อหน้าตน ถ้ามีแต่เสียงจึงไม่ควรใช้คำว่า “ต่อหน้า”

บทสัมภาษณ์อาจารย์บุญเดือน ศรีวรรณ

หัวข้อสัมภาษณ์: รากคำ ความหมาย และที่มาของคำว่าต่อหน้าธารกำนัล

ประวัติอาจารย์บุญเดือน ศรีวรรณ

ประวัติการศึกษา

- ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาจารึกภาษาตะวันออก คณะโบราณคดี มหาวิทยาลัยศิลปากร

ประวัติการทำงาน

- อดีตผู้อำนวยการสำนักวรรณกรรมและประวัติศาสตร์
- ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้เชี่ยวชาญด้านอักษรศาสตร์ (ภาษาและวรรณกรรม) กรมศิลปากร และผู้ทรงคุณวุฒิด้านวรรณกรรม-ภาษาถิ่น กระทรวงวัฒนธรรม กรรมการวรรณคดีแห่งชาติ

ผลงานสำคัญ

อาจารย์บุญเดือนศึกษาภาษาและวรรณคดีไทย กวีนิพนธ์ไทยแบบแผนทุกประเภท เป็นผู้ตรวจสอบชำระต้นฉบับวรรณคดีไทยและเอกสารโบราณของกรมศิลปากร ผลงานการตรวจสอบชำระที่ผ่านมามี อาทิ พระรถคำฉันท์ บทดอกสร้อยสุวรรณศรีกรุงเก่า ประชุมคำพากย์รามเกียรติ์ คำฉันท์ดุสิตสังเวท และคำฉันท์กล่อมช้าง ปุมาราชธรรม ไตรภูมิเอกสารจากหอสมุดแห่งชาติกรุงปารีส นิราศหนองคาย แบบเรียนไทยจินตามณีฉบับต่าง ๆ ฯลฯ ผลงานการตรวจสอบชำระเล่มล่าสุดคือ จินตามณี ฉบับสมเด็จพระปรมาณูชิต

สัมภาษณ์เมื่อ วันที่ 6 พฤษภาคม พ.ศ. 2564

คำถามและบทสัมภาษณ์

คำถามที่ 1 อาจารย์มีความเห็นว่า “ต่อหน้าธารกำนัล” มีความหมายว่าอย่างไรคะ

คำว่า “ธารกำนัล” อาศัยแนวเทียบเคียงมาจาก “ท้องพระโรงธาร” เป็นการตัดศัพท์มาจากคำว่า “ท้องพระโรงธารกำนัล” หมายความว่า ที่ประชุมว่าราชการของเจ้านาย โดยในที่ประชุมนั้นเป็นที่รวมคน มีประจักษ์พยานอย่างชัดเจน ดังนั้น ความหมายโดยรวมของคำว่า “ธารกำนัล” จึงหมายถึง ที่ประชุมอันมีประจักษ์พยานชัดเจน

คำถามที่ 2 ที่มาและการใช้ศัพท์คำว่า “ธารกำนัล” มีที่มาที่ไปอย่างไร ตามรากคำศัพท์ที่อาจเป็นไปได้ อาจารย์มีความเห็นว่าถ้อยคำนี้มาจากศัพท์คำไหนคะ

คำว่า “ธารกำนัล” มาจากคำว่า “ธารณะ” ภาษาสันสกฤต แปลว่า การทรงไว้ ตั้งไว้ ประสมกับคำว่า “กำนัล” มาจาก “คัล” แปลว่า น้อมเคารพ ที่นี้มาถึงว่ากำนัลกลายเป็นกำนัลได้อย่างไร วิธีนี้เรียกว่า Historical linguistics การสร้างคำในภาษาไทย มาจากภาษาเขมรว่า “คัล” เต็ม น ตรง

กลางกลายศัพท์เป็นคำว่า “คำนำล” โดยเมื่อเติมเสียงจะเปลี่ยนไป เช่น แข็ง Khang เป็น กำแหง Kam-haeng คัลเติม น กลายเป็นกำนำล

ในการนำมาใช้ภาษามีทั้งแคบเข้าและกว้างออก เมื่อสังคมเอามาใช้ เช่น คำว่า “แพ็บ” เช่น ให้เด็กไปซื้อแพ็บให้ 1 ห่อ เอาเยื่ออะไรก็ได้ จะสังเกตเห็นว่าแพ็บไม่ได้หมายความว่าผงซักฟอกยี่ห้อหนึ่ง แต่รวมผงซักฟอกยี่ห้ออื่นแล้ว เป็นตัวอย่างของภาษาที่กว้างออก พอมาถึงธารกำนำลก็เช่นเดียวกัน จากท้องพระโรงเลยกลายเป็นในที่ประชุมทั่ว ๆ ไป

คำถามที่ 3 ตามความเห็นของท่านอาจารย์ “ต่อหน้าธารกำนำล” มีความสัมพันธ์กับสาธารณชนมากน้อยแค่ไหน บริบทของการใช้ถ้อยคำนี้เป็นอย่างไร สัมพันธ์กับเรื่องที่เป็นความอัปอายขายหน้าหรือไม่

คำว่า “ต่อหน้าธารกำนำล” หมายถึง ในที่มีประจักษ์พยาน หมายถึงในที่ประชุม ส่วนจะเป็นเรื่องที่น่าอัปอายเท่านั้นหรือไม่ คิดว่าไม่ใช่เนื่องจากในวรรณคดีเก่ามีเขียนไว้เลยว่า ได้ประกาศในที่ธารกำนำลว่าเป็นวีระบุรุษ

คำถามที่ 4 คำว่า “ธารกำนำล” ตามหลักภาษาแล้ว คนหนึ่งคนสามารถเป็นธารกำนำลได้หรือไม่ หรือต้องมีจำนวนตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปหรือมากกว่านั้น

ตามหลักแล้ว 1 คนไม่ใช่ธารกำนำล เนื่องจากคำว่า “ธาร” คือเห็นทั่ว ๆ ไป เหมือนสาธารณะ เนื่องจากธารมาจาก ธาณะ ที่แปลว่า ทรงไว้โดยรวม เติม “สา” เข้าไปจึงแปลว่าที่รวมคน แต่จำนวนก็คนนั้นตอบไม่ได้ แต่กระทำตัวต่อตัว หรือ 1 คน ไม่ใช่ธารกำนำล

คำถามที่ 5 การใช้คำว่า “ธารกำนำล” แตกต่างจากการใช้คำว่า “ประชาชน” “สาธารณชน” อย่างไร

คำว่า “ธารกำนำล” คือ การรวมกลุ่มในที่ประชุม ไม่ได้เดินถนนทั่วไป ถ้าเป็นประชาชน สาธารณชน มีความหมายโดยทั่วไปมากกว่า บริบทจึงแตกต่างกัน

คำถามที่ 6 การใช้คำว่า “ต่อหน้าธารกำนำล” อาจารย์มีความเห็นว่าหมายถึงบุคคลเท่านั้นหรือไม่ สถานที่มีผลในการพิจารณาไหมว่าเป็นธารกำนำล แล้วอาจถือได้ไหมว่าเป็นการโฆษณา

“ธาร” คล้ายกับ “สาธารณะ” คือ เป็นที่เปิดเผย และคงไม่ได้หมายถึงที่รโหฐาน ที่คนไม่เห็นมากมาย แต่เป็นที่ซึ่งคนเห็นได้โดยทั่วไป มีสักขีพยานรับรู้เป็นความหมายของธารกำนำลที่กว้างออกไป

ส่วน “โฆษณา” แปลว่า ประกาศให้คนรู้ ซึ่งไม่เหมือนกับต่อหน้าธารกำนำลที่รับรู้พร้อมกัน ในที่ประชุม การโฆษณาเป็นเหมือนอีกการกระทำหนึ่ง

คำถามที่ 7 “ต่อหน้าธารกำนัล” นอกจากการมองเห็นแล้ว การรับรู้ประการอื่น เช่น การได้ยิน ครูมีความเห็นว่าจะสามารถหมายถึงต่อหน้าธารกำนัลได้หรือไม่คะ

บริบททางสังคมเปลี่ยนไป การสื่อสารก็ไม่เหมือนเดิม ถ้าประกาศให้รู้ร่วมกันทางไลน์ ก็อาจเป็นธารกำนัลได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากมีสื่อก্ষิพยานรู้เห็น อาจารย์เห็นว่าอยู่ที่บริบทของสังคมในการนำไปใช้มากกว่า



แปลกฎหมายและบทความภาษาจีน⁴²⁴

1

中华人民共和国刑法(2020 修正)

กฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2020)

【实施日期】2021. 03. 01 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2021

第二百三十六条【强奸罪】以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。

奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。

强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑

- (一) 强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；
- (二) 强奸妇女、奸淫幼女多人的；
- (三) 在公共场所当众强奸妇女、奸淫幼女的；
- (四) 二人以上轮奸的；
- (五) 奸淫不满十周岁的幼女或者造成幼女伤害的；
- (六) 致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。

มาตรา 236 [โทษข่มขืน] ผู้ใดข่มขืนผู้หญิงด้วยความรุนแรง การบังคับขู่เข็ญ หรือวิธีการอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสามปีแต่ไม่เกินสิบปี

สำหรับการล่วงประเวณีเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี ถือเป็นข่มขืน ต้องระวางโทษร้ายแรง การข่มขืนผู้หญิง การข่มขืนเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ในกรณีใด ๆ ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสิบปี จำคุกตลอดชีวิต หรือโทษประหารชีวิต

- (1) ข่มขืนผู้หญิงหรือการข่มขืนเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะโดยมีพฤติการณ์อันเลวร้าย
- (2) ข่มขืนผู้หญิง ข่มขืนเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะหลายคน
- (3) ข่มขืนผู้หญิงหรือเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน
- (4) รุมโทรมโดยมีผู้กระทำสองคนขึ้นไป

⁴²⁴ เอกสารประกอบการจัดทำวิทยานิพนธ์ เอกสารแปลฉบับที่ 1-3 ผู้วิจัยได้ขอความกรุณาคุณจันจิรา จิระเจริญชัย ในการแปลกฎหมายและบทความภาษาจีนตามเอกสารแปลทั้ง 3 ฉบับ โดยคุณจันจิรา จิระเจริญชัย จบการศึกษาศิลปศาสตรบัณฑิต คณะมนุษยศาสตร์ สาขาวิชาเอกภาษาจีน มหาวิทยาลัยรามคำแหง และผ่านการสอบวัดระดับความสามารถภาษาจีน (HSK) ระดับ 6.

(5) ล่วงประเวณีเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะซึ่งมีอายุไม่ถึงสิบปี หรือก่อให้เกิดอันตรายแก่เด็กหญิง

(6) ทำให้เหยื่อได้รับบาดเจ็บสาหัส เสียชีวิต หรือก่อให้เกิดผลร้ายแรงอื่น ๆ

第二百三十七条【强制猥亵、侮辱罪】以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。

聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，或者有其他恶劣情节的，处五年以上有期徒刑。

【猥亵儿童罪】猥亵儿童的，处五年以下有期徒刑；有下列情形之一的，处五年以上有期徒刑：

- (一) 猥亵儿童多人或者多次的；
- (二) 聚众猥亵儿童的，或者在公共场所当众猥亵儿童，情节恶劣的；
- (三) 造成儿童伤害或者其他严重后果的；
- (四) 猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节的。

มาตรา 237 [โทษบังคับข่มขืน] ผู้ใดใช้ความรุนแรง การบังคับขู่เข็ญ หรือวิธีการอื่นใดในการบังคับข่มขืนผู้อื่นหรือดูหมิ่นผู้หญิง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือกักขังทางอาญา

ผู้ใดรวมกลุ่มกันหรือก่ออาชญากรรมตามวรรคก่อนต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ หรือมีพฤติการณ์อันเลวร้ายอื่น ๆ ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าห้าปี

[โทษอนาจารเด็ก] ผู้ใดล่วงละเมิดเด็ก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี ในกรณีใด ๆ ดังต่อไปนี้ ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าห้าปี:

- (1) ลวนลามเด็กหลายคนหรือหลายครั้ง
- (2) รวมกลุ่มกันลวนลามเด็ก หรือลวนลามเด็กต่อหน้าสาธารณชนในที่สาธารณะ โดย

พฤติการณ์อันเลวร้าย

- (3) ทำให้เด็กบาดเจ็บต่อหรือทำให้เกิดผลร้ายแรงอื่น ๆ
- (4) กระบวนการอนาจารเลวร้ายหรือมีพฤติการณ์อันเลวร้ายอื่น ๆ

第二百九十三条【寻衅滋事罪】有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：

- (一) 随意殴打他人，情节恶劣的；
- (二) 追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；
- (三) 强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；
- (四) 在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。

纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。

มาตรา 293 [โทษก่อความไม่สงบ] ผู้ใดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อันเป็นการทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี กักขังทางอาญาหรืออยู่ภายใต้การควบคุม:

- (1) ทำร้ายผู้อื่นโดยเจตนา โดยมีพฤติการณ์อันเลวร้าย
- (2) ไล่ตาม สกัดกั้น ดุฎก หรือข่มขู่ผู้อื่น โดยมีพฤติการณ์อันเลวร้าย
- (3) บังคับครอบครอง จงใจทำลาย หรือยึดทรัพย์สินของรัฐหรือของเอกชน โดยสถานการณ์

ร้ายแรง

(4) ก่อความวุ่นวายในที่สาธารณะ ทำให้เกิดความวุ่นวายในที่สาธารณะอย่างร้ายแรง ผู้ใดรวบรวมบุคคลอื่นเพื่อกระทำการตามวรรคก่อนหลายครั้ง ถือเป็นทำลายความสงบของสังคมอย่างร้ายแรง ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าห้าปีแต่ไม่เกินสิบปี และอาจมีโทษปรับ

โทษทางอาญาตามกฎหมายอาญาแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน มี 5 สถาน ซึ่งจัดเป็นโทษหลักกำหนดไว้ในมาตรา 33 ได้แก่

- (1) 管制 (อยู่ภายใต้การควบคุมหรือ Public surveillance)
- (2) 拘役 (กักขังทางอาญาหรือ Criminal detention)
- (3) 有期徒刑 (จำคุกตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือ Fixed-term imprisonment)
- (4) 无期徒刑 (จำคุกตลอดชีวิตหรือ Life imprisonment)
- (5) 死刑 (โทษประหารชีวิตหรือ Death penalty)

และมีโทษเสริมตามมาตรา 34 ได้แก่

- (1) 罚金 (ปรับหรือ Fine)
- (2) 剥夺政治权利 (การลิดรอนสิทธิทางการเมืองหรือ Deprivation of political rights)

และ 没收财产

- (3) 没收财产 (Confiscation of property)

โทษทางอาญาทั้ง 5 สถาน มีโทษที่แตกต่างกับประเทศไทย คือ

1. กักขังทางอาญา / 拘役 / criminal detention⁴²⁵ เป็นวิธีการจำกัดอิสระผู้กระทำความผิดในช่วงเวลาสั้น ๆ ดำเนินการโดยองค์กรความมั่นคงสาธารณะในสถานกักขังที่ใกล้ที่สุดหรือสถานที่ควบคุมอื่น ๆ ในระหว่างระยะเวลาต้องโทษ ผู้กระทำความผิดอาจกลับบ้านได้หนึ่งถึงสองวันต่อเดือน ผู้ที่เข้าร่วมการใช้แรงงานอาจได้รับค่าแรงตามดุลยพินิจ ระยะเวลาต้องโทษตั้งแต่ 1 เดือนถึง 6 เดือน และโทษรวมสำหรับความผิดหลายครั้งรวมกันไม่เกิน 1 ปี⁴²⁶

2. อยู่ภายใต้การควบคุม / 管制 / public surveillance เป็นโทษที่กำหนดโดยกฎหมายอาญาของประเทศไทย เป็นวิธีการลงโทษที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ถูกกักขัง แต่ถูกจำกัดเสรีภาพในระดับหนึ่ง ดำเนินการโดยองค์กรความมั่นคงสาธารณะและประชาชน ผู้กระทำความผิดยังคงทำงานหรือใช้แรงงานในที่ทำงานเดิมหรือที่อยู่อาศัยเดิมของตน สำหรับการให้แรงงานจะได้รับค่าจ้างเทียบเท่ากับการใช้แรงงานที่เท่าเทียมกัน ระยะเวลาการควบคุมอยู่ระหว่าง 3 เดือนถึง 2 ปี โทษรวมกันสำหรับหลายครั้งไม่เกิน 3 ปี⁴²⁷

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁴²⁵ เทียบ 拘留 (กักขังหรือ Detention) หมายถึง การกักขังผู้กระทำความผิด แต่การกักขังไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งศาล หน่วยงานตำรวจก็มีสิทธิกักขังเช่นกัน อย่างไรก็ตามระยะเวลารวมทั้งอนุญาตให้กักขังแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ บางประเทศสามารถกักขังได้อย่างไม่มีกำหนดระยะเวลา ซึ่งมีรายละเอียดที่แตกต่างไปจาก 拘役 (กักขังทางอาญาหรือ Criminal detention) ตามกฎหมายจีน.

⁴²⁶ 律优联盟, “新闻经常讲的拘役或管制, 你知道是什么意思吗? ,” [Online] Accessed: 2 June 2021. Available from: <https://zhuanlan.zhihu.com/p/30480089>.

⁴²⁷ Ibid.

2

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部

关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见⁴²⁸

为依法惩治性侵害未成年人犯罪，保护未成年人合法权益，根据刑法、刑事诉讼法和未成年人保护法等法律和司法解释的规定，结合司法实践经验，制定本意见。

ความคิดเห็นของศาลประชาชนสูงสุด สำนักงานอัยการประชาชนสูงสุด กระทรวงความมั่นคง
สาธารณะ และกระทรวงยุติธรรมเกี่ยวกับการลงโทษอาชญากรรมการละเมิดทางเพศของผู้เยาว์

ความคิดเห็นนี้กำหนดขึ้นโดยอ้างอิงกฎหมายต่าง ๆ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายวิธี
พิจารณาความอาญา กฎหมายคุ้มครองผู้เยาว์ รวมทั้งการตีความของศาล ประกอบกับประสบการณ์
การพิจารณาคดีเพื่อลงโทษการข่มขืนกระทำชำเราผู้เยาว์ตามกฎหมายและปกป้องสิทธิตามกฎหมาย
ของผู้เยาว์

三、准确适用法律

3. การบังคับใช้กฎหมายอย่างถูกต้อง

19. 知道或者应当知道对方是不满十四周岁的幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。

对于不满十二周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。

对于已满十二周岁不满十四周岁的被害人，从其身体发育状况、言谈举止、衣着特征、生活作息规律等观察可能是幼女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定行为人“明知”对方是幼女。

⁴²⁸ “最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见.” [Online]

Accessed: 1 June 2021. Available from:

https://www.spp.gov.cn/zd gz/201310/t20131025_63797.shtml?fbclid=IwAR0f6ANu0VBBeUyN34y9hYtLyIC664Xlz5PomnH2lrOSv8sQIn6lk_WaARY.

19. หากรู้หรือควรรู้ว่าอีกฝ่ายเป็นเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะที่อายุต่ำกว่าสิบสี่ปี และกระทำการล่วงละเมิดทางเพศเช่นการล่วงประเวณี ควรถือว่าผู้กระทำความผิด “รู้” ว่าอีกฝ่ายเป็นเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ

สำหรับการล่วงละเมิดทางเพศเหยื่อที่อายุไม่ถึงสิบสองปี ควรถือว่าผู้กระทำความผิด “รู้” ว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ

สำหรับเหยื่อที่มีอายุตั้งแต่สิบสองแต่ไม่ถึงสิบสี่ปี สังเกตได้จากพัฒนาการทางร่างกาย คำพูด และพฤติกรรม ลักษณะการแต่งกาย กิจกรรมประจำวัน ฯลฯ ว่าเหยื่ออาจจะเป็เด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ควรถือว่าผู้กระทำความผิด “รู้” ว่าอีกฝ่ายเป็นเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ

20. 以金钱财物等方式引诱幼女与自己发生性关系的;知道或者应当知道幼女被他人强迫卖淫而仍与其发生性关系的,均以强奸罪论处。

20. ผู้ได้ใช้ทรัพย์สินเงินทองเป็นอาทิสักจนเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะให้มีเพศสัมพันธ์กับตน การรู้หรือควรรู้ว่าเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะถูกบังคับให้ค้าประเวณีกับผู้อื่น แต่ยังไม่ยอมให้เกิดการมีเพศสัมพันธ์ ต้องรับโทษเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

21. 对幼女负有特殊职责的人员与幼女发生性关系的,以强奸罪论处。

对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员,利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地,迫使未成年被害人就范,而与其发生性关系的,以强奸罪定罪处罚。

21. บุคคลที่มีความรับผิดชอบพิเศษต่อเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ มีเพศสัมพันธ์กับเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ต้องรับโทษในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

บุคคลที่มีความรับผิดชอบพิเศษต่อเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะซึ่งมีอายุครบสิบสี่ปี ใช้สถานะที่ได้เปรียบของตนหรือสถานการณ์ที่เหยื่อโดดเดี่ยวไร้ที่พึ่งพิง บังคับให้เหยื่อที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะยอมจำนนและมีเพศสัมพันธ์ด้วย ต้องรับโทษฐานข่มขืนกระทำชำเรา

22. 实施猥亵儿童犯罪,造成儿童轻伤以上后果,同时符合刑法第二百三十四条或者第二百三十二条的规定,构成故意伤害罪、故意杀人罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

对已满十四周岁的未成年男性实施猥亵,造成被害人轻伤以上后果,符合刑法第二百三十四条或者第二百三十二条规定的,以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。

22. หากการกระทำความผิดฐานอนาจารเด็ก ส่งผลให้เด็กได้รับบาดเจ็บเล็กน้อยหรือมากกว่านั้น และเป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายอาญามาตรา 234 หรือมาตรา 232 จะต้องถูกตัดสิทธิลงโทษในความผิดฐานทำให้บาดเจ็บโดยเจตนาหรือขาดกรรมโดยเจตนา โดยให้ลงโทษตามที่หนักกว่า

สำหรับการอนาจารเด็กชายที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะที่อายุครบสิบสี่ปี ส่งผลให้เหยื่อได้รับบาดเจ็บเล็กน้อยหรือมากกว่านั้น และเป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายอาญามาตรา 234 หรือมาตรา 232 จะต้องถูกตัดสิทธิลงโทษในความผิดฐานทำให้บาดเจ็บโดยเจตนาหรือขาดกรรมโดยเจตนา

23. 在校园、游泳馆、儿童游乐场等公共场所对未成年人实施强奸、猥亵犯罪，只要有其他多人在场，不论在场人员是否实际看到，均可以依照刑法第二百三十六款、第二百三十七条的规定，认定为在公共场所“当众”强奸妇女，强制猥亵、侮辱妇女，猥亵儿童。

23. การข่มขืนกระทำชำเรา ทำอนาจารในสถานที่สาธารณะ เช่น ในวิทยาเขต สระว่ายน้ำ สนามเด็กเล่น และสถานที่สาธารณะอื่น ๆ ใดก็ตามที่มีผู้อื่นอยู่ ไม่ว่าจะมิใช่เห็นเหตุการณ์หรือไม่ อ้างอิงตามบทบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 236 วรรค 3 และมาตรา 237 จัดเป็นการข่มขืนผู้หญิง บังคับอนาจาร ดูหมิ่นผู้หญิง อนาจารเยาวชนในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน

24. 介绍、帮助他人奸淫幼女、猥亵儿童的，以强奸罪、猥亵儿童罪的共犯论处。

24. ผู้ใดแนะนำหรือช่วยเหลือผู้อื่นในการข่มขืนเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ อนาจารเด็ก จะถูกลงโทษในฐานะเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดในความผิดฐานข่มขืนหรืออนาจารเด็ก

25. 针对未成年人实施强奸、猥亵犯罪的，应当从重处罚，具有下列情形之一的，更要依法从严惩处：

(1) 对未成年人负有特殊职责的人员、与未成年人有共同家庭生活关系的人员、国家工作人员或者冒充国家工作人员，实施强奸、猥亵犯罪的；

(2) 进入未成年人住所、学生集体宿舍实施强奸、猥亵犯罪的；

(3) 采取暴力、胁迫、麻醉等强制手段实施奸淫幼女、猥亵儿童犯罪的；

(4) 对不满十二周岁的儿童、农村留守儿童、严重残疾或者精神智力发育迟滞的未成年人，实施强奸、猥亵犯罪的；

(5) 猥亵多名未成年人，或者多次实施强奸、猥亵犯罪的；

(6) 造成未成年被害人轻伤、怀孕、感染性病等后果的；

(7) 有强奸、猥亵犯罪前科劣迹的。

25. ผู้ที่กระทำความผิดข่มขืนหรืออนาจารต่อผู้เยาว์จะถูกลงโทษอย่างรุนแรง และผู้ที่มีพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้จะถูกลงโทษอย่างรุนแรงยิ่งขึ้นตามกฎหมาย:

(1) บุคคลที่มีความรับผิดชอบเป็นพิเศษต่อผู้เยาว์ บุคคลที่มีปฏิสัมพันธ์กับครอบครัวผู้เยาว์ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือแอบอ้างเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กระทำการข่มขืนหรือทำอนาจาร

(2) เข้าไปในบ้านพักของผู้เยาว์ หรือหอพักนักเรียนเพื่อกระทำการข่มขืนหรือทำอนาจาร

(3) ใช้ความรุนแรง การบีบบังคับ การตมยาสลบ และวิธีการบังคับอื่น ๆ เพื่อข่มขืนเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรืออนาจารเด็ก

(4) กระทำการข่มขืนหรือทำอนาจารเด็กที่อายุไม่ถึงสิบสองปี เด็กที่ถูกทอดทิ้งในชนบท และผู้เยาว์ที่พิการอย่างรุนแรงหรือปัญญาอ่อน

(5) อนาจารผู้เยาว์หลายคน หรือข่มขืนกระทำชำเราหรือทำอนาจารหลายครั้ง

(6) ทำให้เหยื่อที่เป็นผู้เยาว์บาดเจ็บเล็กน้อย ตั้งครรภ์ ติดโรคติดต่อ เป็นอาทิ

(7) มีประวัติอาชญากรรมข่มขืนหรืออนาจาร

26. 组织、强迫、引诱、容留、介绍未成年人卖淫构成犯罪的，应当从重处罚。强迫幼女卖淫、引诱幼女卖淫的，应当分别按照刑法第三百五十八条第一款第(二)项、第三百五十九条第二款的规定定罪处罚。

对未成年人负有特殊职责的人员、与未成年人有共同家庭生活关系的人员、国家工作人员，实施组织、强迫、引诱、容留、介绍未成年人卖淫等性侵害犯罪的，更要依法从严惩处。

26. การจัดตั้งกลุ่ม บีบบังคับ ล่อลวง เป็นผู้จัดสถานที่หรือเงื่อนไขที่สะดวกอื่น ๆ สำหรับการค้าประเวณี แนะนำผู้เยาว์เข้าสู่การค้าประเวณี ถือเป็นอาชญากรรมที่ควรได้รับโทษหนัก ผู้ที่บังคับหรือล่อลวงให้เด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะค้าประเวณี จะต้องถูกตัดสินลงโทษตามบทบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 358 วรรค 1 ข้อ (2) และมาตรา 359 วรรค 2 ของตามลำดับ

สำหรับบุคคลที่มีความรับผิดชอบพิเศษต่อผู้เยาว์ บุคคลที่มีปฏิสัมพันธ์กับครอบครัวผู้เยาว์ หรือเจ้าหน้าที่รัฐที่ก่ออาชญากรรมล่วงละเมิดทางเพศ เช่น จัดตั้งกลุ่ม บีบบังคับ ล่อลวง เป็นผู้จัดสถานที่หรือเงื่อนไขที่สะดวกอื่น ๆ สำหรับการค้าประเวณี หรือแนะนำผู้เยาว์ให้ค้าประเวณี จะต้องถูกลงโทษตามกฎหมายอย่างรุนแรงยิ่งขึ้น

27. 已满十四周岁不满十六周岁的人偶尔与幼女发生性关系，情节轻微、未造成严重后果的，不认为是犯罪。

27. บุคคลที่อายุครบ 14 ปีแต่ไม่ถึง 16 ปีมีสัมพันธ์ทางเพศกับเด็กหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ เป็นครั้งคราว พฤติการณ์เล็กน้อย และไม่ก่อให้เกิดผลร้ายแรงตามมา ไม่จัดเป็นอาชญากรรม

责任编辑 บรรณาธิการ: 谢小燕

แปลโดย: จันจิรา จิระเจริญชัย



“在公共场所当众强奸”的解释逻辑与未来适用⁴²⁹

Explanatory Logic and Future Application of “Rape in Public”

ตรรกะการตีความ "การข่มขืนในที่สาธารณะต่อหน้าสาธารณชน" และการประยุกต์ใช้ในอนาคต

期刊名称 ชื่อวารสาร: 《法学论坛》

期刊年份 ประจำปี: 2014 期号 ฉบับที่: 3 页码 หน้า: 139

作者 ผู้แต่ง: 武诗敏

学科分类 หมวดหมู่: 刑法分则 กฎหมายอาญา

แปลโดย: จันจิรา จิระเจริญชัย

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于 2013 年 10 月 23 日发布的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》(以下简称《意见》)在保护未成年人身心健康上提出了一系列的有效措施和规定,体现了“最大限度保护”、“最低限度容忍”的思想,主要从依法严惩性侵害未成年人犯罪、加大对未成年被害人的保护力度两个方面做了规定,跻身 2013 年度最高人民法院十大司法政策。[1]其中一大亮点就是规定:“在校园、游泳馆、儿童游乐场等公共场所对未成年人实施强奸、猥亵犯罪,只要有其他多人在场,不论在场人员是否实际看到,均可以依照刑法第 236 条第 3 款、第 237 条的规定,认定为在公共场所‘当众’强奸妇女,强制猥亵、侮辱妇女,猥亵儿童。”这不仅在保护未成年人人身权利上通过扩张解释严厉打击相关犯罪行为,而且在刑法解释论上进行了良好的路径探索,体现了“面向司法者的刑法学”[2]立场:通过学理上的合理解释,为司法实践中的“真问题”进行有效的回应。对此,笔者认为探究其出台的“来龙去脉”,即其出台的理论基础与未来的广泛借鉴可能,兼具刑法理论与司法实践上的双重意义。

ศาลประชาชนสูงสุด สำนักงานอัยการประชาชนสูงสุด กระทรวงความมั่นคงสาธารณะและกระทรวงยุติธรรมออก “ความคิดเห็นเกี่ยวกับการลงโทษอาชญากรรมการล่วงละเมิดผู้เยาว์” (ต่อไปนี้จะเรียกย่อ ๆ ว่า “ความคิดเห็น”) เมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2013 โดยได้นำเสนอมาตรการและกฎระเบียบที่มีประสิทธิภาพเพื่อการปกป้องสุขภาพกายและสุขภาพจิตของผู้เยาว์ ซึ่งสะท้อนให้เห็นแนวคิดการป้องกันสูงสุดและ ความอดทนขั้นต่ำสุด ใจความสำคัญคือการกำหนดบทบัญญัติไว้ 2 ด้าน ได้แก่ การ

⁴²⁹ ““在公共场所当众强奸”的解释逻辑与未来适用,” [Online] Accessed: 1 June 2021. Available from:

https://www.pkulaw.com/qikan/fed196cfdc0d5e44d131a3b62b178fc4bdfb.html?keyword=in%20the%20public%20rape&fbclid=IwAR0yiJj1DMNQvWccCrNNUGYuywkDP8tpD9p_TedLKQs8uWRppQdnl-5AHg.

ลงโทษอาชญากรรมการล่วงละเมิดผู้เยาว์ตามกฎหมาย และการเพิ่มการคุ้มครองเหยื่อที่เป็นเยาวชน ซึ่งติดอันดับหนึ่งในสิบนโยบายการพิจารณาคดีของศาลประชาชนสูงสุดในปี 2013 [1] จุดเด่นประการหนึ่งคือข้อบังคับที่ว่า “อาชญากรรมข่มขืน อนาคตผู้เยาว์ในที่สาธารณะ เช่น ในวิทยาเขต สระว่ายน้ำ สนามเด็กเล่น ฯลฯ トラバドที่มีคนอื่นอยู่ ไม่ว่าจะมิผู้เห็นเหตุการณ์หรือไม่ อ้างอิงตามบทบัญญัติกฎหมายอาญามาตรา 236 วรรค 3 และมาตรา 237 จัดเป็นการข่มขืนผู้หญิง บังคับอนาคต ดูหมิ่นผู้หญิง อนาคตเยาวชนในที่สาธารณะ “ต่อหน้าสาธารณชน” ” นี้ไม่เพียงแต่เป็นการปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องอย่างรุนแรงผ่านการขยายความเพิ่มเติมเพื่อปกป้องสิทธิส่วนบุคคลของผู้เยาว์เท่านั้น แต่ยังเป็นแนวทางที่ดีในการตีความกฎหมายอาญาด้วย นี่สะท้อนจุดยืน “กฎหมายอาญาสำหรับตุลาการ” [2]: ผ่านการอธิบายอย่างมีเหตุผลในทฤษฎีทางวิชาการ เพื่อตอบสนองต่อ “ปัญหาที่แท้จริง” ในการพิจารณาคดีอย่างมีประสิทธิภาพ ผู้เขียนคิดว่าการสำรวจ “ต้นสายปลายเหตุ” ของหัวข้อนี้คือพื้นฐานทางทฤษฎีและความเป็นไปได้ในการนำไปอ้างอิงอย่างกว้างขวางในอนาคต ซึ่งมีความสำคัญทั้งทางทฤษฎีกฎหมายอาญาและแนวปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรม

在公共场所“当众”强奸妇女，强制猥亵、侮辱妇女，猥亵儿童的解释在学理上一般有以下两种解释。第一种是解释“当众”，是指能为3个以上的不特定的人所见所闻的情形。[3]第二种是“只要在不特定或者众人可能看到、感觉到的公共场所强奸妇女，就属于在公共场所‘当众’强奸妇女”，并举例说，行为人在公共女厕内强奸妇女，女厕外有许多男子听见行为人正在强奸妇女的，就是此种加重情节。[4]对照此两种观点与上述司法意见，可以发现，对在公共场所“当众”强奸妇女，强制猥亵、侮辱妇女，猥亵儿童的解释，都要求被害人以外的其他人能够感受到犯罪过程的存在，此种传统的理解或者说解释，在严厉打击普通性犯罪中发挥了恰当的作用，但是，在制裁性侵害未成年人犯罪中则成为一种“不接地气”的司法障碍，这是理论界所始料未及的。

คำอธิบายการข่มขืนผู้หญิง การบังคับกระทำอนาคต การดูหมิ่นผู้หญิง และการอนาคตเยาวชน “ต่อหน้าสาธารณชน” ในสถานที่สาธารณะ ในทฤษฎีทางวิชาการโดยทั่วไปมีคำอธิบาย 2 ประเภทดังนี้ ประเภทแรกคือคำว่า “ต่อหน้าสาธารณชน” หมายถึงสถานการณ์ที่บุคคลอื่นมากกว่า 3 คนสามารถมองเห็นและได้ยิน [3]ประเภทที่สองคือ “トラバドที่บุคคลที่สามหรือสาธารณชนมีแนวโน้มที่จะเห็นสัมผัสได้ถึงการข่มขืนผู้หญิงในสถานที่สาธารณะ ก็ถือว่าเป็นการข่มขืนผู้หญิงในสถานที่สาธารณะ “ต่อหน้าสาธารณชน” ” ตัวอย่างเช่น ผู้กระทำผิดข่มขืนผู้หญิงในห้องน้ำสาธารณะหญิง นอกห้องน้ำหญิงมีผู้ชายหลายคนได้ยินผู้กระทำผิดกำลังข่มขืนผู้หญิง จะถือเป็นสถานการณ์ที่เพิ่มความร้ายแรงประเภทนี้ [4]เมื่อเปรียบเทียบสองมุมมองนี้กับความเห็นของศาลข้างต้นจะพบว่าการตีความการ

ข่มขืนผู้หญิง การบังคับอนาจาร การดูหมิ่นผู้หญิง การอนาจารเยาวชนในสถานที่สาธารณะ “ต่อหน้าสาธารณชน” ต้องมีบุคคลอื่นที่ไม่ใช่เหยื่อรู้สึกถึงการมีอยู่ของกระบวนการอาชญากรรมด้วยความเข้าใจหรือคำอธิบายแบบดั้งเดิมนี้มีบทบาทในการปราบปรามอาชญากรรมทางเพศทั่วไปอย่างเข้มงวดเหมาะสม แต่มันกลายเป็นอุปสรรคที่ “ไม่เหมาะสม” ในกระบวนการตุลาการในการลงโทษอาชญากรรมการล่วงละเมิดผู้เยาว์ นี่เป็นประเด็นที่ขอบเขตในทางทฤษฎีไม่คาดคิดว่าจะเกิดขึ้น

一、“公共”场所的本质特征：为不特定人或者多数人所使用

对于在公共场所“当众”强奸妇女，强制猥亵、侮辱妇女，猥亵儿童的解释，传统上，第一层次的理解要求应当是明确“公共场所”的范围，例如，在马路边的汽车里被强奸，算不算是在“公共场所”？换言之，“公共场所”的范围是否应当限于上述司法意见中的“校园、游泳馆、儿童游乐场等公共场所”？或许司法者能够较为容易地对此具体问题得出否定的结论，但是，对公共场所的一般性特征并不能进行较为准确的把握，而这与接下来的“当众”的理解密切相关。

1. ลักษณะสำคัญของสถานที่ “สาธารณะ” คือ บุคคลที่สามหรือคนจำนวนมากเป็นผู้ใช้

สำหรับการตีความคำว่า “ต่อหน้าสาธารณชน” ในประเด็นข่มขืนผู้หญิง บังคับอนาจาร ดูหมิ่นผู้หญิง และอนาจารเยาวชนในที่สาธารณะ โดยทั่วไป ความเข้าใจในระดับแรกคำว่า “สถานที่สาธารณะ” ต้องมีขอบเขตที่ชัดเจน ตัวอย่างเช่น การข่มขืนในรถที่อยู่ข้างถนนถือว่าเป็น “สถานที่สาธารณะ” หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ขอบเขตของคำว่า “สถานที่สาธารณะ” ควรจำกัดไว้ที่ “วิทยาเขต สระว่ายน้ำ สนามเด็กเล่น และสถานที่สาธารณะอื่น ๆ” หรือไม่ บางทีศาลอาจสามารถสรุปถูกผิดในประเด็นเฉพาะนี้ได้โดยง่ายตาย แต่ลักษณะทั่วไปของสถานที่สาธารณะกลับไม่สามารถทำความเข้าใจได้อย่างชัดเจน และนี่ยังเกี่ยวข้องกับความเข้าใจคำว่า “ต่อหน้าสาธารณชน” ที่ตามมาอย่างยิ่ง

根据《中华人民共和国公共场所管理条例》规定，公共场所是提供公众进行工作、学习、经济、文化、社交、娱乐、体育、参观、医疗、卫生、休息、旅游和满足部分生活需求所使用的一切公用场所及其设施的总称。根据传统的关于公共场所的定义，不难发现它仅仅限于实体的、现实的人类活动空间。从“公共场所”相关司法解释出发，其在现阶段的范围并没有被框定。2013年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》5条规定：“在车站、码头、机场、医院、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所起哄闹事，应当根据公共场所的性质、公共活动的重要程度、公共场所的人数、起哄闹事的时间、公共场所受影响的范围与程度等因素，综合判断是否“造成公共场所秩序严重混乱”。应当注意的是，此条并未对公共场所的含义予以明确，而是对于例举的公共场所适用《刑法》293条第(四)项规定的条件提出指导意见。也就是说，此条并不是对“公共场所”进行下定义，而只是对“公共场所”进行例举。即使现行司法解释对公共场所进行了限定，也不排除进行新的解释，

ตาม “ระเบียบข้อบังคับแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนว่าด้วยการบริหารสถานที่สาธารณะ” สถานที่สาธารณะเป็นคำทั่วไปสำหรับสถานที่สาธารณะและสถานที่อำนวยความสะดวกทั้งหมดที่ประชาชนใช้เพื่อการทำงาน การศึกษา เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ปฏิสัมพันธ์ทางสังคม ความบันเทิง กีฬา การเยี่ยมชม การรักษาพยาบาล สุขภาพ การพักผ่อน การท่องเที่ยว และเพื่อตอบสนองความต้องการของชีวิต จากนิยามสถานที่สาธารณะแบบดั้งเดิมนี้ จะพบว่ามันจำกัดเฉพาะพื้นที่ทางกายภาพที่เป็นสถานที่สำหรับทำกิจกรรมของมนุษย์เท่านั้น ตั้งแต่คำว่า “สถานที่สาธารณะ” เกี่ยวข้องกับการที่ศาลตีความขอบเขตในชั้นตอนนี้ก็ยังคงไม่ถูกกำหนดกรอบให้ชัดเจน ในปี 2013 ศาลประชาชนสูงสุดและสำนักงานอัยการประชาชนสูงสุดออก “การตีความในหลายประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายในการดำเนินคดีอาญาเรื่องการก่อความไม่สงบในสถานที่สาธารณะ” ได้ระบุไว้ในมาตรา 5 ว่า “การก่อความไม่สงบในสถานีสาน ทำเรือ สวมหมวก หมวกคลุมหน้า โรงพยาบาล ห้างสรรพสินค้า สวนสาธารณะ โรงละคร งานนิทรรศการ สนามกีฬา หรือสถานที่สาธารณะอื่น ๆ ควรพิจารณาตัดสินจากปัจจัยโดยรวม เช่น ปัจจัยด้านลักษณะของสถานที่สาธารณะ ความสำคัญของกิจกรรมสาธารณะ จำนวนคนในสถานที่สาธารณะ เวลาที่เกิดความวุ่นวาย ขอบเขตและระดับผลกระทบต่อสถานที่สาธารณะ จึงจะสรุปได้ว่า “เป็นการก่อให้เกิดความวุ่นวายในที่สาธารณะ” หรือไม่” ควรสังเกตว่าในระเบียบข้อบังคับนี้ไม่ได้ให้ความหมายของสถานที่สาธารณะอย่างชัดเจน แต่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการนำเงื่อนไขที่ระบุไว้ในกฎหมายอาญามาตรา 293 ข้อที่ (4) ไปใช้ในสถานที่สาธารณะที่ระบุไว้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือระเบียบข้อบังคับนี้ไม่ได้กำหนดนิยาม “สถานที่สาธารณะ” เพียงแต่ยกตัวอย่าง “สถานที่สาธารณะ” เท่านั้น แม้ว่าคำอธิบายของคำว่าสถานที่สาธารณะที่มีผลบังคับใช้ในศาลยังคงมีจำกัด แต่ก็ไม่ได้ไม่ตัดการให้คำอธิบายใหม่ ๆ ออกไป

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาวศิริดา พันธกิจไพบูลย์
วัน เดือน ปี เกิด	19 สิงหาคม 2538
สถานที่เกิด	จังหวัดกรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสาธิต มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ประสานมิตร (ฝ่ายมัธยม) และปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความแห่งประเทศไทย รุ่นที่ 49 และผ่านการทดสอบความรู้ชั้นเนติบัณฑิต จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 72 ต่อมาได้เข้าศึกษาต่อชั้นปริญญาโทนิติศาสตร์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จนสำเร็จการศึกษาในปี 2564



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY