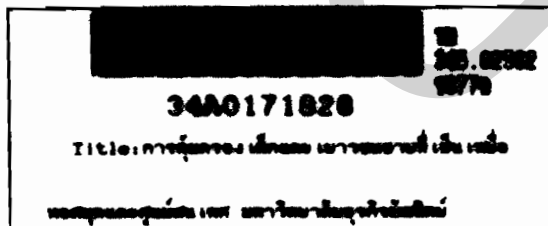




การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศศึกษา
เฉพาะกรณีการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา

พ.ต.ท. ชัยชนะ พรรัตน์พันธุ์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2547

ISBN 974-9745-09-4

The Protection of Male Children and Juveniles Who Are
Victims in Sexual Offences: Case Study: Punishments
under the Criminal Code

Chaichana Phonrattanaphan

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School Dhurakijpundit University

เลขทะเบียน.....	0171828
วันส่งพิมพ์.....	23 พ.ย. 2547
เลขเรียกหนังสือ.....	345: 01531
	83770
	E15463
	81

2004

ISBN 974-9745-24-8

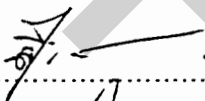


ใบรับรองวิทยานิพนธ์
บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

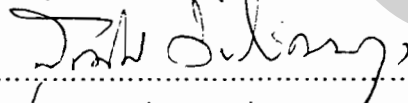
ชื่อวิทยานิพนธ์ กระบวนการยุติธรรมกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย ศึกษาเฉพาะกรณี
การพิจารณา “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 277

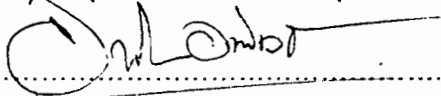
เสนอโดย พ.ต.ท.ชัยชนะ พรรัตน์พันธุ์
สาขาวิชา นิติศาสตร์ หมวดวิชา กฎหมายอาญา ฯ
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ อ.ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

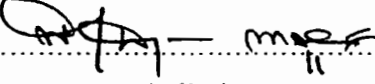

..... ประธานกรรมการ
(ศ.ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์)


..... กรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(อ.ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ)


..... กรรมการ
(รศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล)


..... กรรมการ
(ดร.อุทัย อาทิวะช)

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว


..... คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
(ดร.พีรพันธุ์ พาลุสุข)

วันที่ 29 เดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2547

กิตติกรรมประกาศ

ในการเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ อธิบดีกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าให้คำปรึกษาแนะนำ ตลอดจนให้ความรู้เกี่ยวกับข้อมูลและวิธีการเขียนวิทยานิพนธ์ รวมทั้งคอยกระตุ้นเตือนและเอาใจใส่ในการตรวจสอบงานของผู้เขียนเป็นอย่างดี อันทำให้ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งในพระคุณของท่านเป็นอย่างสูงและทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้

ขอขอบพระคุณ ดร. พิรพันธุ์ พาลุสุข คณบดีบัณฑิตวิทยาลัยที่กรุณาให้คำปรึกษาและแนะแนวทางในการศึกษาให้แก่ผู้เขียนตลอดเวลาที่ศึกษาระดับปริญญาโท จนทำให้สามารถประสบความสำเร็จในการศึกษาระดับปริญญาโทได้ในที่สุด

ขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศิริธรรมรักษ์ ผู้อำนวยการบัณฑิตศึกษาและประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ ดร.อุทัย อาทิเวช และดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ที่กรุณาเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งได้กรุณาสละเวลาให้ข้อมูลและคำแนะนำทางวิชาการที่เป็นประโยชน์ รวมทั้งที่กรุณาให้ข้อคิดเห็นและชี้แนะประเด็นปัญหาต่างๆ อันเป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์จนประสบความสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ นุชทิพย์ ป.บรรจงศิลป์ และอาจารย์ชมชื่น มัณยารมย์ ที่กรุณาให้คำแนะนำตลอดจนให้ความรู้อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาสำนักงานตำรวจแห่งชาติทุกท่านที่กรุณาถ่ายทอดความรู้ ตลอดจนกระทั่งให้โอกาสและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและมีประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าของท่านผู้อ่าน ผู้เขียนใคร่ขอขอบตอบแทนคุณแก่บุพการี ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากมีข้อบกพร่องหรือผิดพลาดประการใดผู้เขียนขอน้อมรับและใคร่ขออภัยไว้ ณ ที่นี้ด้วย

พ.ต.ท. ชัยชนะ พรรัตนพันธุ์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๙
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	6
3 สมมุติฐานของการวิจัย.....	7
4 ขอบเขตของการศึกษาและวิจัย.....	7
5 วิธีการวิจัย.....	7
6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	8
2. การพัฒนาระบบกฎหมายไทยกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย.....	9
1 ประวัติความเป็นมาในความผิดและโทษของการสมสู่กับคนเพศเดียวกัน.....	9
1.1 ที่มาของความผิด “ในการสมสู่กับคนเพศเดียวกัน”.....	10
1.2 ผู้กระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์.....	12
1.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กับการล่วงละเมิดทางเพศ.....	13
1.4 กฎหมายอาญาภายหลังการเลิกทาส.....	18
2 ทฤษฎีกับความผิดฐาน “กระทำชำเรา” ตามกฎหมายลักษณะอาญา.....	20
2.1 แนวคำพิพากษาศาลฎีกากับความผิดทางเพศ.....	21
2.2 แนวคิดกับโครงสร้างความผิดทางอาญา.....	25
2.3 คำนียามและความหมาย.....	29
3 ข้อเท็จจริงในการพิจารณาตามคำพิพากษาของศาลฎีกา.....	30
3 กฎหมายอาญาต่างประเทศกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย.....	35
1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law).....	35
1.1 ประเทศอังกฤษ.....	37

สารบัญ(ต่อ)

1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	49
2 ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law).....	56
2.1 ประเทศเยอรมนี.....	56
2.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	59
4 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายอาญาต่างประเทศกับกฎหมายอาญาไทย ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย.....	64
1 วิเคราะห์กฎหมายไทยกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย.....	64
1.1 ประมวลกฎหมายอาญากับการพัฒนาการคุ้มครองเหยื่อทางเพศ.....	65
1.2 เหตุผลและความจำเป็นกับการแก้ไขเพิ่มเติมตั้งแต่ครั้งที่ 1-4.....	68
1.3 ข้อเท็จจริงในทางคดีกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนชาย.....	70
1.4 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย.....	72
2 วิเคราะห์กฎหมายอาญาต่างประเทศกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย.....	75
2.1 ประเทศอังกฤษในความผิดฐาน.....	75
2.2 ประเทศเยอรมัน.....	80
2.3 ประเทศฝรั่งเศส.....	81
3 วิเคราะห์เปรียบเทียบระบบกฎหมายต่างประเทศกับระบบกฎหมายไทย.....	82
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	85
1 บทสรุป.....	85
2 ข้อเสนอแนะ.....	92
บรรณานุกรม.....	94
ภาคผนวก.....	100
ประวัติผู้เขียน.....	107

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่เป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา
ชื่อนักศึกษา	พ.ต.ท. ชัยชนะ พรรตณพันธ์
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ชาญเชาวน์ ไชยานุกิจ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2546

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษามาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยปัจจุบันกำหนดให้การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) ยังไม่เพียงพอ เพราะขาดความชัดเจนในเรื่องของฐานความผิดระหว่างการกระทำซ้ำเร้ากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

การศึกษานี้ ใช้วิธีวิจัยเอกสารโดยทำการศึกษาจากตำรา วารสาร เอกสารทางวิชาการ งานวิจัย และวิทยานิพนธ์ รวมทั้งเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศที่เกิดขึ้นกับเด็กและเยาวชนชายของประเทศต่าง ๆ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา เยอรมนี และฝรั่งเศส แล้วนำข้อมูลเหล่านี้มาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางมาปรับปรุงมาตรการของกฎหมายไทยให้มีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ผลการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายอาญาไทยกำหนดให้การข่มขืนกระทำซ้ำเร้าเรานั้นเป็นความผิดที่กระทำต่อหญิงเท่านั้นทำให้แนวคำพิพากษาศาลฎีกากำหนดให้ผู้กระทำความผิดอวัยวะเพศล้วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักหรือทางปาก เป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร ขณะที่กฎหมายอาญาต่างประเทศ เช่น อังกฤษ ไม่ได้มีการแยกระหว่างเด็กชายกับเด็กหญิงเอาไว้ แต่ถ้าได้มีการล้วงล้ำอวัยวะเพศของชายเข้าไปทางทวารหนักต่อชายหรือต่อหญิงนั้น เป็นการข่มขืนกระทำซ้ำเร้า นอกจากนี้ประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ก็กำหนดให้ลักษณะของการกระทำเช่นนี้ เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเร้าเร้าเช่นกัน รวมทั้งทฤษฎีของประเทศเยอรมนี ที่นำมาใช้ประกอบการพิจารณาในการลงโทษผู้กระทำผิดนั้น สามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาของศาลอาญาไทยได้อย่างถูกต้องเหมาะสม ยุติธรรม และมีประสิทธิภาพต่อการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายได้เป็นอย่างดี

ดังนั้นเห็นว่าการกระทำในลักษณะที่เป็นการล่อลวงละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนชายเช่นนี้ หากประมวลกฎหมายอาญาไทยไม่ได้รับการแก้ไขหรือปรับปรุงให้ทันต่อสถานการณ์ปัจจุบัน อาจทำให้อาชญากรรมทางเพศมีปริมาณเพิ่มสูงขึ้น จึงเห็นควรแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 277 จากเดิมว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” เป็น “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ โดยผู้นั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” เป็นความผิดตามมาตรานี้

D
P
U

9

Thesis Title	The Protection of Male Children and Juveniles Who Are Victims in Sexual Offences: Case Study: Punishments under the Criminal Code
Name	Pol. Lt. Col. Chaichana Pronratanaphan
Thesis Advisor	Archam Chanchao Chainukij
Department	Law
Academic Year	2003

ABSTRACT

This thesis aims to study legal measures for the protection of male children and juveniles who are sexually violated. This is because the current Criminal Code of Thailand which is prescribed to protect children and juveniles who are sexually violated (anally or orally) is deficient, due to the lack of clarity of the offence status between forcible rape or unlawful sexual intercourse and indecent acts.

This study employs documentary research based on the text books, magazines, academic and research works, and theses. It includes a comparative study of legal measures regarding sexual offences against children and juveniles in other countries, including, the United Kingdom, the United States of America, Germany and France. The information collected has been analyzed to find ways to improve legal measures in the Thai Criminal Code and provide for more clarity and efficiency.

This study found that the Thai Criminal Code prescribes that forcible rape is an offence against females only. This leads to the potential Supreme Court's judgment stating that the act of men inserting any part of their genitalia in any male child's or juvenile's anus or mouth is regarded as only an indecent act offence. In contrast, the criminal laws in other countries, for example the United Kingdom, do not make any difference between male or female children. In other words, if any part of the genitalia is inserted into the anus of either a male or female, it is regarded as forcible rape or unlawful sexual intercourse. Moreover, the criminal laws in Germany, France and the United States of America prescribe such an action as forcible rape or unlawful sexual intercourse. The theory of German criminal law applied in considering the punishment of offenders can be applied for the consideration of the criminal courts of

Thailand to better provide expediency, fairness and effectiveness in protecting Thai male children.

If the Thai Criminal Code regarding the sexual violation of male children and juveniles is not amended or revised to address the current situation, sexual crimes will increase. This thesis suggests that Section 277 of the Criminal Code stating: “Who commits forcible rape with any female child aged under 15, with or without her consent, shall be deemed to have committed a criminal offence under this section” should be amended to: “Who commits forcible rape with anyone aged under 15, with or without his or her consent, shall be deemed to have committed a criminal offence under this section.”

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ด้วยในสถานการณ์ปัจจุบันสังคมไทย ได้ประสบปัญหาอาชญากรรมที่มีปริมาณเพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็วไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย, เสรีภาพ, หรือทรัพย์สิน, ทั้งที่สภาพภาวะเศรษฐกิจ, สังคม, และการเมือง, มีความเจริญรุ่งเรืองไปอย่างเป็นระบบ แต่ก็ยังไม่สามารถทำให้สถิติของอาชญากรรมลดน้อยลง โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดทางเพศที่เกิดขึ้นกับเด็กและเยาวชน ทั้งนี้อาจเป็นสาเหตุสืบเนื่องมาจากปัญหาสภาพแวดล้อมของสังคมส่วนหนึ่ง ปัญหาเรื่องภาวะความเป็นอยู่ทางครอบครัวของเหยื่อทางเพศอีกส่วนหนึ่ง รวมทั้งการรับเอาอารยธรรมทางตะวันตกเข้ามาเผยแพร่ในประเทศไทยที่ทำให้เกิดค่านิยม และเอาเยี่ยงอย่างกันในทางผิดๆ ที่สำคัญคือปัญหาด้านวัฒนธรรมของไทยได้เสื่อมลงอย่างเห็นได้ชัดเจน จึงเป็นผลทำให้บุคคลที่อยู่ในสังคมขาดทั้งศีลธรรมและจริยธรรม ดังจะเห็นได้จากสื่อที่พาดหัวข่าวเกี่ยวกับเรื่องการประทุษร้ายและละเมิดทางเพศอยู่ล้นหลาม โดยที่คดีดังกล่าวมิได้มีแต่เฉพาะชายที่กระทำความผิดต่อเหยื่อที่เป็นเพศหญิงเท่านั้น แต่ยังมีคดีของผู้ละเมิดทางเพศซึ่งเป็นการกระทำชำเราที่ผิดธรรมตามนุษย์ หรือเป็นการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติหมายถึง การกระทำชำเราทางทวารหนักหรือทางปากต่อชายหรือต่อหญิงด้วย ซึ่งผิดจารีตประเพณีและวัฒนธรรมอันดีที่สังคมยอมรับไม่ได้

โดยภาพรวมคดีความผิดอันเกี่ยวกับเพศที่เกิดขึ้นกับเด็กและเยาวชนนั้น ได้ปรากฏให้เห็นเป็นข่าวอยู่ทุกภูมิภาคของประเทศและแทบทุกมุมโลก ซึ่งนับวันผู้กระทำความผิดมักจะมี ความโหดเหี้ยมทารุณโหดร้ายและมีความรุนแรงต่อเหยื่อที่ถูกกระทำมากยิ่งขึ้นเช่น การชำมขืน, การขูดคร่าอวัยวะ, หรือการโถมหญิง, แต่ที่สำคัญคือการละเมิดต่อเด็กและเยาวชนชายซึ่งปรากฏให้เห็นเป็นข่าวบนหน้าหนังสือพิมพ์ อย่างต่อเนื่อง และยิ่งไปกว่านั้นคดีอันเกิดจากการละเมิดทางเพศมักจะมีลักษณะของการกระทำที่ทารุณกรรมต่อเหยื่อ รวมทั้งรูปแบบต่างๆ ของผู้กระทำความผิดที่มีอย่างวิวัฒนาการ โดยที่ปรากฏอยู่ในสังคมไทยปัจจุบันคือ กลุ่มบุคคลที่มีพฤติกรรมในการรักร่วมเพศหรือพวกที่ชอบสมสู่กับคนเพศเดียวกัน ซึ่งมักจะพบหรือมีอยู่แทบจะทุกหน่วยงานไม่ว่าจะเป็นหน่วยราชการหรือหน่วยงานหรือองค์กรทั้งของภาครัฐและภาคเอกชน ต่อปัญหาที่เกิดขึ้นเด็กและเยาวชนชายไทย ที่ถูกสังคมปล่อยให้มีพฤติกรรมของการสมสู่กับคนเพศเดียวกันอย่างเปิดเผย นอกจากนั้นยังได้รับการสนับสนุนชื่นชมหรือยินดีจากสื่อและการแสดงต่างๆ โดยไม่

มีกฎหมายจำกัดขอบเขต ซึ่งผิดกับประเทศต่างๆ โดยเฉพาะทางตะวันตกที่ให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยไม่ค่อยปรากฏให้เห็นจากสื่อหรือการแสดงต่างๆ เหมือนสังคมไทย ทั้งนี้อาจเป็นเพราะกฎหมายบางประเภทยังมีโทษที่รุนแรงบังคับใช้อยู่

สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับเรื่องนี้คือ ผู้ใช้กฎหมายเกิดความสับสนและโต้แย้งกันมาตลอดว่าคดีที่เกิดขึ้นกับการล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวนั้น ข้อเท็จจริงน่าจะเป็นความผิดฐาน “ข่มขืนกระทำชำเรา” หรือความผิดฐาน “กระทำอนาจาร” เพราะไม่ว่าจะเป็นลักษณะ, พฤติกรรมของการกระทำ, คำนิยามและความหมาย, หรือองค์ประกอบความผิด, รวมทั้งเจตนาของผู้กระทำความผิด ได้มีความแตกต่างและแยกออกจากกันอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามเพื่อแสดงให้เห็นชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างคดีอาชญากรรมสำคัญ กรณีที่เด็กและเยาวชนชายถูกล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนัก ซึ่งศาลได้พิพากษาให้จำเลยมีความผิดฐานกระทำอนาจาร มานำเสนอให้เห็นข้อเท็จจริงประกอบกับการศึกษาค้นคว้าและวิจัยเพื่อเป็นแนวทางและหามาตรการที่เหมาะสมกับการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนชาย และลงโทษผู้กระทำผิดดังกล่าวอย่างถูกต้องเหมาะสมต่อไปคือ

○ คดีจำคุก 133 ปีฉาว “พระอืดถั่วดำเด็ก” คดีนี้เกิดขึ้นเมื่อจำเลยซึ่งขณะนั้นบวชเป็นพระภิกษุสงฆ์ได้เดินทางมาปฏิบัติธรรมอยู่บริเวณใต้ต้นไม้ใกล้บ้านของ เด็กชายแดง (นามสมมุติ) อายุ 7 ปี ผู้เสียหาย คืบเกิดเหตุผู้เสียหายได้นอนค้างกับจำเลยแล้วถูกจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย 1 ครั้งแล้วยังข่มขู่ผู้เสียหายมิให้บอกกับใครมิฉะนั้นจะถูกตี และต่อมาจำเลยได้รับปากกับมารดาของผู้เสียหายว่าจะส่งเสียผู้เสียหายเองซึ่งมารดาผู้เสียหายก็เห็นดีด้วย จึงส่งผู้เสียหายให้ไปอยู่ด้วย ระหว่างนั้นจำเลยได้กระทำอนาจารผู้เสียหายอีกรวม 23 ครั้ง¹ ศาลพิจารณาคดีพิพากษาลงโทษจำเลยให้มีความผิดฐานกระทำอนาจารต่อเด็กอายุไม่เกิน 13 ปี

นอกจากคดีตัวอย่างที่เด็กและเยาวชนชายได้ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) แล้ว ยังมีข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกันนี้อีกมากมายหลายคดีอย่างต่อเนื่องเพียงแต่ไม่ปรากฏให้เป็นข่าวที่เกิดขึ้นเท่านั้น ทั้งนี้ยังไม่รวมถึงเด็กและเยาวชนที่ถูกล่วงละเมิดหรือบังคับขู่เข็ญให้ไปค้าประเวณีทั้งในและต่างประเทศในรูปแบบต่างๆ และแม้จะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการค้าประเวณีเป็นอาชีพหนึ่งซึ่งมีอยู่คู่กับสังคมมายาวนาน จนแทบจะกล่าวได้ว่าคู่กับอารยธรรมของโลกมาก็ว่าได้ แต่สำหรับประเทศไทยคดีเกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศ หรือการ

¹ “จำคุก 133 ปี คดีฉาวพระอืดถั่วดำเด็ก” น.ส.พ.เดลินิวส์. 23 มิถุนายน 2546 , หน้า 1.

สมสู่กับคนเพศเดียวกันนั้น นักกฎหมายไทยเริ่มให้ความสนใจและให้ความสำคัญต่อคดีดังกล่าวมากขึ้น เนื่องจากกฎหมายยังคุ้มครองบุคคลที่ถูกล่วงละเมิดโดยเฉพาะเด็กและเยาวชนชายไม่ถึงผู้ใช้กฎหมายจึงต้องยึดแนวคำพิพากษาของศาลฎีกามาเป็นบรรทัดฐานกับการลงโทษผู้กระทำเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารมาโดยตลอด เพราะยังไม่มีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่กำหนดหรือบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา

อย่างไรก็ตามแม้รัฐจะได้มีการปรับปรุง แก้ไข, เพิ่มเติม, กฎหมายมาหลายฉบับเพื่อคุ้มครองเหยื่ออันเกี่ยวกับละเมิดทางเพศโดยเฉพาะเด็กและเยาวชน แต่ก็ยังไม่สามารถคุ้มครองบุคคลเหล่านั้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เนื่องจากฝ่ายกระบวนการยุติธรรมของไทย ยังมีมาตรการในการลงโทษต่อผู้กระทำผิด สำหรับคดีเกี่ยวกับเพศโดยยึดแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาตั้งแต่สมัย รศ.127 มาใช้กับการลงโทษผู้กระทำผิดทางเพศเป็นบรรทัดฐาน ควรมีลักษณะหรือขอบเขตไหนเพียงใดจึงจะลงโทษผู้กระทำผิดได้อย่างได้ถูกต้องสมเหตุสมผลและยุติธรรม เพราะเท่าที่ผ่านมาศาลจะพิจารณาวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป และถือว่าเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาวินิจฉัยให้การกระทำหรือลักษณะเช่นไรเป็นการกระทำผิดฐานกระทำชำเราหรือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ตามประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 277 และมาตรา 279 แล้วแต่กรณี เมื่อเป็นเช่นนั้นทำให้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่าน ยังคงทำให้เกิดความสับสนต่อผู้ใช้กฎหมายในการที่จะพิจารณาคดีความผิดอันเกี่ยวกับการละเมิดทางเพศซึ่งเป็นเด็กและเยาวชนชาย กรณีถูกกระทำชำเราทางทวารหนักหรือทางปากต่อไป ทั้งนี้เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายบัญญัติหรือกำหนดให้การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนชายดังกล่าวเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา

ดังนั้นสิ่งสำคัญที่จะต้องศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับเรื่องนี้คือ กฎหมายที่สามารถคุ้มครองเด็กและ เยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนักหรือทางปากให้มีความชัดเจนแน่นอนเพื่อนำมาเป็นบรรทัดฐานและแนวทางในการลงโทษผู้กระทำผิด ฐานกระทำชำเราหรือฐานกระทำอนาจารเด็กและเยาวชนชายต่อไป และเมื่อพิจารณาทบทวนมติตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ผ่านมา ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใดบัญญัติ และนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” นั้นมีความหมายว่าอย่างไร จึงทำให้นักกฎหมายตีความกันอย่างคลุมเครือ อย่างไรก็ตามได้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า “การกระทำชำเรา” หมายถึง การที่จะเป็นความผิดสำเร็จได้ก็ต่อเมื่อของลับชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง การกระทำแก่ทวารหนักหรือช่องทางอวัยวะอื่นของหญิงไม่ใช่ความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรานี้ แต่กับกลายเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 และที่ว่าผ่านเข้าไปนั้นไม่ จำเป็นที่ของลับของชายต้องผ่านเข้าไปทั้งหมด แม้เพียงผ่านล้วงล้ำเข้าไปบางส่วนเล็กน้อย เยื่อพรหมจารียังไม่ขาดหรือน้ำอสุจียังไม่เคลื่อนก็ตาม ก็เป็นความผิดสำเร็จฐานกระทำชำเรา

ของชายต้องผ่านเข้าไปทั้งหมด แม้เพียงผ่านลวงล้ำเข้าไปบางส่วนเล็กน้อย เชื่อพรหมจารียังไม่ขาด หรือน้ำอสุจียังไม่เคลื่อนก็ตาม ก็เป็นความผิดสำเร็จฐานกระทำชำเรา

จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ใช้เป็นบรรทัดฐานดังกล่าวจึงสามารถสรุปได้ว่าการกระทำชำเราที่จะถือว่าเป็นความผิดสำเร็จก็ต่อเมื่อ ต้องมีการลวงล้ำเข้าไปซึ่งอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องลวงล้ำเข้าไปหมดหรือจะต้องสำเร็จความใคร่ด้วย แม้เชื่อพรหมจารีจะไม่ขาด ซึ่งถ้าได้กระทำไปโดยหญิงนั้นไม่ยินยอมก็ถือเป็นกรกระทำผิดสำเร็จตามมาตรานี้ ดังนั้นถ้าผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำชำเราเด็กและเยาวชนชาย และได้ดำเนินการใด ๆ เพื่อที่จะให้การกระทำชำเราเป็นผลสำเร็จ แต่ยังไม่มีการกระทำที่เป็นกรลวงล้ำเข้าไปในอวัยวะของชายอื่น ศาลจะพิจารณาว่าเป็นการกระทำผิดฐานอนาจารนั้นศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงและใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป

อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นแนวทางต่อการศึกษาในเรื่องการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกลวงละเมิดทางเพศทางทวารหนักหรือทางปาก ผู้เขียนจำเป็นต้องนำแนวคำพิพากษาของศาลฎีกากรณีที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศที่โดยเปรียบเทียบกันคดีที่มีลักษณะและพฤติการณ์ในการกระทำอันคล้ายคลึงกัน แต่ศาลได้พิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดที่แตกต่างกัน ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นข้อเท็จจริงว่ากรณีความผิดทั้งสองฐานนั้น ควรมีแยกออกจากกันให้ชัดเจนอย่างดังนี้

ก) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685 / 2516 จำเลยแอบเข้ากอดจูบผู้เสียหาย และพูดขอกระทำชำเรา ผู้เสียหายร้องขึ้น จำเลยเอามือปิดปากผู้เสียหายพร้อมกอดผู้เสียหายนอนลงที่พื้นเรือนแล้วขึ้นคร่อมเอาหัวเข่ากดต้นขาไว้ ขณะนั้นผู้เสียหายนอนหงายนุ่งกระโจมอกอยู่ จำเลยก้มลงกอดที่แก้มและถลกผ้าขึ้นขึ้น ผู้เสียหายดันอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งร้องให้ลงเรือนไปตั้งนั้น ลักษณะการกระทำของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา คงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น โดยเปรียบเทียบ²

ข) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1330/2499 ข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายเตะขาหญิงล้มลง จิกผมขึ้นคร่อม นอนทับแล้วปลดกระดุมกางเกงของตนเล็กผ้าถุงของหญิงขึ้นถึงโคนขา แต่หญิงเอามือกดผ้าถุงและปิดของลับไว้ ย่นอกชายและร้องให้คนช่วย มีคนมาช่วยชายจึงหนีไป ดั่งนี้ยอมเห็นได้ว่าชายมีเจตนาจะข่มขืนกระทำชำเรา พฤติการณ์จึงเป็นการพยายามข่มขืนกระทำชำเรา³

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2516 หน้า 1293.

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1330/2516 หน้า 1298.

ค) คำพิพากษาฎีกาที่ 1316/2508 วินิจฉัยว่าจำเลยเรียกผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุ 4 ขวบ เข้าไปในห้องแล้วปิดประตู บอกให้ผู้เสียหายไปนอน จำเลยได้ถอดกางเกงของผู้เสียหาย และถอดกางเกงของจำเลยออกบอกให้ผู้เสียหายนอนตะแคง ตัวจำเลยก็นอนตะแคงหน้าเข้าหาผู้เสียหาย และกอดผู้เสียหายแล้วจำเลยเอาของลับที่มิดชิดของลับของผู้เสียหายสองครั้ง อวัยวะสืบพันธุ์ผู้เสียหายแคมใหญ่ด้านขวาบวมและมีรอยถลอกคือ หนังกำพืดขนาดเล็กน้อย ตรงแคมใหญ่ด้านซ้ายมือมีรอยถลอกเยื่อพรหมจารีปกติ ในช่องคลอดไม่มีเชื้ออสุจิ ตรวจพบว่ามีคราบน้ำอสุจิบนุษย์ติดอยู่ที่กางเกงของกลาง ดังนี้ลักษณะการกระทำของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำซ้ำเราได้ และเห็นได้ว่าเจตนาตั้งใจจะกระทำอนาจาร จึงผิดเพียงฐานกระทำอนาจาร⁴ โดยเปรียบเทียบกับ

ง) คำพิพากษาฎีกาที่ 4094/2529 วินิจฉัยว่าผู้เสียหายอายุ 9 ปี จำเลยอายุ 28 ปี ต่างยืนอยู่ขณะจำเลยกระทำชำเราผู้เสียหาย อวัยวะเพศของผู้เสียหายไม่มีรอยฉีกขาด จำเลยใส่อวัยวะเพศไปที่ช่องขาดตรงช่องคลอดและกระทำชำเราในลักษณะของการกระทำชำเราจึงมีรอยแดงช้ำบริเวณรอบๆ ช่องคลอด จำเลยได้กระทำการชำเราแล้วแต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่ได้เข้าไปในช่องอวัยวะเพศ คงอยู่ที่บริเวณปากช่องคลอดเท่านั้น หากล้วงล้ำเข้าไปแล้วน่าจะมีรอยฉีกขาดที่ช่องคลอดจึงเป็นความผิดฐานพยายาม ช่มชู้กระทำ⁵

หลังจากเปรียบเทียบจากคำพิพากษาฎีกาทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่า ข้อเท็จจริงที่ปรากฏจะมีลักษณะของการกระทำที่คล้ายคลึงกัน แต่ศาลก็ได้พิจารณาและพิพากษาลงโทษผู้กระทำไม่เหมือนกัน ดังนั้นจึงทำให้เกิดปัญหาว่านักกฎหมายควรจะยึดแนวคำพิพากษาใดเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีความผิดอันเกี่ยวกับเพศ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะศึกษาหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่ององค์ประกอบความผิด, เจตนาของผู้กระทำ, ความหมาย, และข้อแตกต่างของการกระทำชำเรากับอนาจาร ตามมาตรา 277 กับ 279 แห่งประมวลกฎหมายอาญาว่าต้องมีขอบเขตของการกระทำมากน้อยเพียงใด โดยศึกษากรณีของเด็กและเยาวชนชายที่ถูกกระทำชำเรา ทั้งนี้ในมาตรา 277 เด็กหรือเยาวชนชายที่ถูกกระทำชำเราทวารหนักนั้น

เมื่อพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 874 /2491 ที่ใช้เป็นแนวบรรทัดฐานว่า จะเป็นความผิดฐานพยายามช่มชู้กระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 หรือจะเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 279 ซึ่งต้องพิจารณาจากการผ่านของลับชายว่าล้วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดในอวัยวะเพศหญิง

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 1316/2508 หน้า 2038.

⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2009/2494 หน้า 1584.

โดยไม่ได้คำนึงถึงลักษณะและเจตนาของผู้กระทำความผิดว่ามีข้อเท็จจริงแตกต่างกันอย่างไร มีความร้ายแรงในลักษณะของการกระทำนั้นเท่ากันหรือมีมากน้อยกว่ากันเพียงใด

อย่างไรก็ตามการที่ศาลจะพิจารณาว่า การกระทำเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำความผิดหรือลงมือกระทำความผิดนั้น ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำได้ลงมือกระทำไป โดยใช้ดุลพินิจว่าการกระทำนั้นๆ เป็นเพียงการเตรียมการหรือเป็นการพยายามกระทำความผิด จากการศึกษาที่ผ่านมา แนวคำพิพากษาของศาลจะพิจารณาโดยใช้หลักทฤษฎี ”ความใกล้ชิดต่อผล” (the proximity rule) ซึ่งหลักนี้ถือว่า การกระทำใดที่เห็นว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ต่อการก่อให้เกิดความผิดสำเร็จได้อย่างแน่ชัดจึง ลงโทษ แต่เนื่องจากหลักดังกล่าวมีความไม่แน่นอนว่าแค่ไหน เพียงไร จึงจะเป็นการใกล้ชิดต่อผล ซึ่งนอกจากจะก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว และที่น่าพิจารณาคือศาลไทยในปัจจุบันได้วางฎีกาไว้ว่า หากการกระทำซ้ำเราของชายที่ผ่านอวัยวะเข้าไปไม่ได้เมื่อสุจิตจะเคลื่อน และเยื่อพรหมจารีจะขาด ก็มีความผิดเพียงเท่านั้น

เมื่อเป็นเช่นนั้นหากข้อเท็จจริงปรากฏขึ้นว่า ผู้กระทำผิดได้มีการแสดงออกด้วยการกระทำซึ่งมีลักษณะของการกระทำที่แตกต่างกันไปดังเช่น การพูดกับผู้เสียหายว่าจะกระทำซ้ำเราหรือชั้นพยายาม การผลักผู้เสียหายให้ล้มลง หรือการถอดเสื้อผ้าของผู้เสียหายออกตั้งนั้น ศาลฎีกาไทยจะยังไม่ตัดสินให้เป็นการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำซ้ำเรา ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย จึงต้องมีการปรับปรุงให้มีความชัดเจนแน่นอน และพัฒนาให้ทันต่อสถานการณ์ปัจจุบัน

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาช่องว่างของระบบกฎหมายไทยอันเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อของการกระทำความผิดทางเพศ มาปรับปรุงแก้ไขและพัฒนาให้ทันต่อสถานการณ์ปัจจุบัน

2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ ในเรื่องของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกละเมิดทางเพศทางทวารหนักหรือทางปาก กับการแยกองค์ประกอบความผิด ระหว่างความผิดฐานกระทำซ้ำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร มากำหนดความผิดและการลงโทษต่อผู้กระทำอย่างรัดกุมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

2.3 เพื่อศึกษาและหาทฤษฎีที่เหมาะสม ที่ใช้ประกอบการพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดและการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่มีความชัดเจนแน่นอน มานำเสนอใช้ประกอบการพิจารณาของศาลไทยได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม

3. สมมติฐานของการวิจัย

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่ได้รับการพัฒนาปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันปราบปราม และคุ้มครองเหยื่อที่ถูกละเมิดทางเพศ ยังไม่สามารถทำให้อาชญากรรมทางเพศลดลง ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายที่ปรับปรุงแก้ไขมาแล้วนั้น ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอต่อการคุ้มครองเหยื่อซึ่งเป็นเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) ฉะนั้นเพื่อให้การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จึงสมควรกำหนดมาตรการหรือพัฒนากฎหมาย ให้มีความชัดเจนในเรื่องขององค์ประกอบความผิดระหว่าง “การกระทำชำเรา” กับ “การกระทำอนาจาร” จะไม่ทำให้สับสนและเป็นบรรทัดฐานสำหรับผู้ใช้อีกกฎหมายต่อไป

4. ขอบเขตของการวิจัย

เป็นการศึกษาค้นคว้าช่องว่าง ในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาอันเกี่ยวกับความผิดทางเพศที่มีต่อเด็กและเยาวชนชาย ในเรื่องของการลงโทษที่มีต่อผู้กระทำความผิดฐาน “กระทำชำเรา” กับผู้กระทำความผิดฐาน “กระทำอนาจาร” และหลักการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) อย่างถูกต้อง

5. วิธีการวิจัย

5.1 ศึกษาจากเอกสาร วารสาร วิทยานิพนธ์ และเอกสารต่าง ๆ ทั้งภายในประเทศ และต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก)

5.2 ค้นคว้าและรวบรวมข้อมูล เกี่ยวกับเรื่องสิทธิและหน้าที่ของเยาวชนชายที่จะต้องได้รับการคุ้มครองทางเพศ จากองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องอย่างเสมอภาค ปลอดภัยและมีประสิทธิภาพ

5.3 เปรียบเทียบและวิเคราะห์มาตรการ หรือหลักกฎหมายต่างประเทศที่เหมาะสมกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย เพื่อเสนอแนะให้มีการนำมาใช้อย่างเป็นระบบ

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

6.1 สามารถวิเคราะห์ข้อแตกต่างระหว่างการกระทำความผิดฐานกระทำชำเรากับการกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารได้อย่างชัดเจน

6.2 สามารถให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย ที่ถูกกระทำในลักษณะของการชำเรากับกระทำชำเราและอนาจารได้อย่างถูกต้องเหมาะสม ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 277 และมาตรา 279 ยังคุ้มครองไม่ถึง

6.3 ทำให้ศาลสามารถนำหลักทฤษฎีที่เหมาะสม มาใช้กับการพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศได้อย่างถูกต้องยุติธรรม

บทที่ 2

การพัฒนาระบบกฎหมายไทยกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย

1. ประวัติความเป็นมาในความผิดและโทษของการสมสู่กับคนเพศเดียวกัน

โดยที่มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่จำเป็นต้องอยู่ร่วมกันเป็นหมวดหมู่หรือชุมชน กฎหมายจึงเปรียบเสมือนข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้สำหรับบังคับบุคคล มิให้ประพฤติปฏิบัติออกนอกกฎเกณฑ์ เพื่อให้สังคมอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข ซึ่งบุคคลในสังคมจะต้องยอมกับข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์อย่างหลีกเลี่ยงมิได้ เมื่อสถานะของสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงไป มีการพัฒนาทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและการทหารให้มีความเจริญรุ่งเรืองขึ้น วัฒนธรรมหรือจารีตประเพณีของแต่ละสังคมก็ย่อมมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสถานะนั้น ฉะนั้นเมื่อก้าวถึงสถานการณ์ปัจจุบัน ย่อมเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า ปัญหาอาชญากรรมได้เพิ่มสูงขึ้นอย่างน่าวิตก ที่สำคัญคือความผิดที่มีต่อการล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งเกิดขึ้นต่อเด็กและเยาวชนนั้นมีอัตราสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ฉะนั้นรัฐในฐานะผู้ปกครองประเทศมีหน้าที่ในการบำบัดทุกข์และบำรุงสุขประชาชนให้ได้ รับความปลอดภัยทั้งในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินเสรีภาพ และอนามัย จำต้องศึกษาค้นคว้ากฎหมายที่มีอยู่ทั้งในและต่างประเทศ มาวิเคราะห์รูปแบบของการกระทำความผิดในฐานต่างๆ ที่มีวิวัฒนาการได้เร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่าองค์กร หรือหน่วยงานหรือหน่วยราชการของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้ทันต่อสถานการณ์และความเปลี่ยนแปลงของสังคมปัจจุบัน

ประวัติศาสตร์กฎหมายนับว่าเป็นส่วนสำคัญต่อการที่จะศึกษาค้นคว้าว่า รัฐควรจะต้องต้องบัญญัติกฎหมายอย่างไรให้สามารถป้องกัน และปราบปรามต่อผู้กระทำผิดในฐานนั้นๆ และในขณะเดียวกันก็สามารถคุ้มครองผู้เสียหายได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม และยุติธรรม จึงจะทันต่อสถานะของสังคมที่มีความเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว บทบัญญัติของกฎหมายไทยในเรื่องความผิดทางเพศนั้น เริ่มมีปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะผัวเมีย ซึ่งมีการกำหนดโทษสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรืออนาจารเมีย และลูกหลานของชายผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวไว้ ต่อมาสมัยรัชกาลที่ 5 ได้ส่งยกเลิกกฎหมายดังกล่าวแล้วประกาศใช้ พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ.118 ซึ่งต่อมากฎหมายฉบับนี้ก็ได้อยกยกเลิกโดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ที่ยกร่างขึ้นก็โดย

อาศัยหลักกฎหมายอาญาทั้งของประเทศตะวันตกและเอเชียหลายประเทศด้วยกันเช่นฝรั่งเศส เยอรมนี เนเธอร์แลนด์ ญี่ปุ่น และ อินเดีย¹

การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศของไทย ได้มีอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญาส่วนที่ 6 ซึ่งแบ่งความผิดเป็นสองหมวดคือหมวด 1 ว่าด้วยความผิดฐานกระทำอนาจาร รายละเอียดเป็นการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนตามมาตรา 240 ถึงมาตรา 242 ส่วนหมวด 2 เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา รายละเอียดเป็นการคุ้มครองบุคคลโดยเฉพาะ²

ข้อสังเกตของประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจากการศึกษาค้นคว้า ยังไม่ปรากฏว่ามีพฤติกรรมของคน “รักร่วมเพศ” หรือการสมรสระหว่างชายกับชาย แต่มีการกล่าวถึงความประพฤติของเจ้านายบางพระองค์ที่ทรงไม่ยอมอยู่ร่วมกับหม่อมห้าม กลับนิยมบรรทมอยู่กับบรรดาเหล่าละครที่พระองค์ทรงเลี้ยงไว้ดังเช่น กรมหลวงรักษ์นเรศวรในพระราชพงศาวดารรัชกาลที่ 3 ซึ่งต่อมาถูกสำเร็จโทษ เพราะเหตุวินิจฉัยคดีไม่เป็นธรรม จึงเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าฯ ทรงไม่ไว้วางพระราชหฤทัยเมื่อสืบทราบต่อมาว่าคิดกบฏ จึงทรงลงพระราชอาญาสำเร็จโทษเสีย

1.1 ที่มาของความผิด “ในการสมรสกับคนเพศเดียวกัน”

คำว่า “คนรักร่วมเพศ” หรือ การสมรสกับคนเพศเดียวกัน ซึ่งหมายถึง คนที่พึงพอใจกับการมีเพศสัมพันธ์ทางเพศเดียวกัน หรือการสมรสกับคนเพศเดียวกันโดยไม่จำกัดว่าเป็นหญิงหรือชายนั้น มีข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดเกี่ยวกับการพิจารณาของการกระทำตนเป็น “เกย์” หรือชอบการสมรสกับคนเพศเดียวกันว่า ควรจะเป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ อยู่ที่ปัญหาทางมาตรฐานของศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคมนั้นว่าเป็นอย่างไร จะยอมรับการกระทำเช่นนั้นได้หรือไม่ โดยมีข้อสังเกตที่น่าจะได้ทำการศึกษาค้นคว้ากันต่อไปว่า เหตุใดในประเทศตะวันตกถือว่าการกระทำชำเราผิดธรรมดามนุษย์เป็นความผิดอย่างร้ายแรง และน่าแปลกที่ไม่ถือว่าการมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างหญิงกับหญิงเป็นความผิด แต่ในขณะที่ประเทศไทยกลับให้ความสนใจ

¹ ชาญชัย แสวงศักดิ์, อิทธิพลของฝรั่งเศส อิทธิพลของฝรั่งเศส ในการปฏิรูปกฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539 น.36 รายละเอียดเพิ่มเติมของแสวง บุญเฉลิมวิภาส, “กฎหมายลักษณะอาญาประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย “ นิติศาสตร์ 16 มิ.ย. 2529 น. 106.

² ประสิทธิ์ พัฒนอมร, ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527 น.20-21.

กับการกระทำที่เรียกว่า “เล่นเพื่อน” ระหว่างหญิงกับหญิงเป็นพิเศษกว่าชาย ปัญหาที่คิดก็คืออะไรเป็นเหตุที่ทำให้ทัศนคติในเรื่องนี้แตกต่างกันเช่นนั้น

สำหรับกรณีที่น่าจะสันนิษฐานได้ว่า เหตุที่ชาวตะวันตกที่นับถือศาสนาคริสต์สนในเป็นพิเศษกับการลงโทษแก่คนรักร่วมเพศระหว่างชายกับชาย แต่ไทยเรากลับให้ความสำคัญแก่ความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างหญิงกับหญิงมากกว่านั้น น่าจะเป็นเพราะทัศนคติเรื่องความแตกต่างทางวัฒนธรรมของตะวันตกกับตะวันออก โดยเหตุที่รัฐแต่ละรัฐมีค่านิยมในเรื่องนี้แตกต่างกัน

ส่วนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับปัญหาเรื่อง “การสมสู่กับคนเพศเดียวกัน” กับกฎหมายไทยเป็นปัญหาที่ไม่ยุ่งยากเหมือนชาวตะวันตก ทั้งนี้อาจเป็นเพราะเรื่องของทางวัฒนธรรม โดยเฉพาะในเรื่องของความเชื่อทางศาสนา ที่มีผลส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องบทลงโทษที่ไม่เหมือนกัน

สำหรับของไทยหากคนที่มีพฤติกรรมเป็นคนรักเล่นเพื่อนหรือรักร่วมเพศอาจเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่ผิดธรรมดา ซึ่งสังคมก็ยอมรับได้ในระดับหนึ่ง ยังไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่น่ารังเกียจมากนัก แต่ขณะเดียวกันถ้ามองทางด้านตะวันตก ที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของศาสนาคริสต์ บุคคลที่มีความประพฤติดังกล่าวถือว่าเป็นบุคคลที่ชั่วช้าลามก เป็นเสนียดบ้านเสนียดเมือง กฎหมายจึงได้ลงโทษบุคคลประเภทนี้อย่างรุนแรงขึ้นขึ้นประหารชีวิตเช่น ในประเทศอังกฤษในปี ค.ศ.1967 กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่มีพฤติกรรมและกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามมนุษย์ ต้องมีโทษถึงประหารชีวิต ส่วนสหรัฐอเมริกา เฉพาะบางรัฐเท่านั้นที่มีโทษจำคุกตลอดชีวิต โดยถือว่าการกระทำของบุคคลดังกล่าวเป็นความประพฤติที่ร้ายแรงพอ ๆ กับการก่ออาชญากรรม แต่หลังจากที่ความคิดเรื่องเสรีภาพส่วนบุคคลมีความเจริญขึ้น ในแง่ของวัฒนธรรม ทำให้เรื่องนี้มีการเปลี่ยนแปลงไป

และเมื่อประมาณ 30 ปีที่ผ่านมา ได้เกิดการเรียกร้องให้มีการทบทวนความคิดในทางกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้เสียใหม่ ที่สำคัญคือการเรียกร้องให้มีการยกเลิกความผิดอาญาแก่บุคคลที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศหรือประพฤติตนเป็น “เกย์เสีย”³ แต่ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากก่อให้เกิดแนวความคิดและข้อถกเถียงโต้แย้งกันอย่างรุนแรง โดยแบ่งออกเป็นสองฝ่ายซึ่งในหัวข้อโต้เถียงมีอยู่ว่า การประพฤติตนเป็น “เกย์” ควรได้รับโทษทางอาญาหรือไม่ กล่าวคือฝ่ายแรกถือว่าการประพฤติตนเป็น “เกย์” หรือเป็นคนรักร่วมเพศนั้นเป็นความชั่วเป็นกาสิบ้านกาสิเมือง เป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงาม ดังนั้นการประพฤติตนเช่นนี้สมควรที่

³ กิตติศักดิ์ ปรกติ การอภิปรายเรื่อง “เกย์” กับกฎหมาย” ณ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2526 หน้า 99 - 100

จะต้องมีความผิดต่อไป ฝ่ายที่สองถือว่าการมีความสัมพันธ์ทางเพศกับคนเพศเดียวกันนั้นเป็นเรื่องส่วนตัวไม่เกี่ยวกับส่วนรวม และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นจึงเป็นสิทธิโดยชอบของเอกชนที่จะประพฤติปฏิบัติได้โดยกฎหมายไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยว

เกี่ยวกับเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า การประพฤติดนของพวกที่ชอบสมสู่กับคนเพศเดียวกันน่าจะมีผลทำให้วัฒนธรรมของประเทศเสื่อมลง จึงควรกำหนดขอบเขตในเรื่องของบุคคลที่มีความรู้ผิดชอบให้มีเสรีภาพกับการตัดสินใจในเรื่องเพศได้ด้วยตนเองจำพวกหนึ่ง คือบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้วเพราะถือว่ามีความคิดความอ่าน มีประสบการณ์ในชีวิตย่อมที่จะรู้ว่าอะไรผิดอะไรถูก หรืออะไรควรหรือไม่ควร กับอีกจำพวกหนึ่งที่เห็นว่าอาจกระทำไปเพราะหลงผิดอ่อนต่อประสบการณ์ในชีวิตโดยไม่รู้ว่าการที่ตนได้กระทำหรือถูกกระทำนั้นเป็นเรื่องผิดหรือถูก นั่นคือเด็กและเยาวชนชายซึ่งจำเป็นต้องได้รับการดูแลและคุ้มครองซึ่งนอกจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองแล้ว ที่สำคัญคือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องและฝ่ายที่มีหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมาย ต้องหามาตรการมาป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมจากกลุ่มที่แสวงหาผลประโยชน์จากเด็กและเยาวชนชาย พร้อมกับให้ความคุ้มครองอย่างเหมาะสมกับกรณีดังกล่าวอย่างเป็นทางการ

1.2 ผู้กระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์

การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศ โดยเฉพาะความผิดของผู้กระทำที่มีการสมสู่กับเพศเดียวกัน จากการศึกษาค้นคว้ากฎหมายในอดีตไม่ปรากฏว่ามีมาแต่สมัยใด แต่พบว่าในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 ทรงมีพระราชโองการให้ประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะช่มชืนร่วมประเวณี ร.ศ. 118 (พ.ศ.2441) กำหนดโทษผู้ช่มชืนกระทำชำเราหญิงอันมิใช่ภรรยาตน และผู้กระทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์ นับได้ว่าพระราชกำหนดดังกล่าวได้นำเอาหลักความรับผิดฐาน sodomy⁴ ของฝรั่งมาบัญญัติเป็นกฎหมายว่าด้วยกระทำชำเราผิดธรรมดาโลกย์เป็นครั้งแรก ในครั้งนั้นผู้กระทำชำเราผิดธรรมโลกย์ต้องถูกลงโทษด้วยจำคุกตั้งแต่สิบปี⁴ลงมา จากนั้นต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา ร.ศ.127 ความผิดฐานนี้ได้รับการลดหย่อนให้มีโทษต่ำลงคือ เหลือโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสามปีเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นี้ ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาโลกถูกเรียกใหม่ว่า “ความผิดฐานกระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์” ดังจะเห็นได้จากข้อความในมาตรา 242 แห่งกฎหมายลักษณะอาญาว่า มาตรา 242 “ผู้ใดกระทำชำเราผิดธรรมตามนุษย์ ด้วยชายก็ดี

⁴ มาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดลักษณะช่มชืนร่วมประเวณี ร.ศ.118

หญิงก็ดี หรือกระทำชำเราสัตว์เดรัจฉานก็ดี ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนขึ้นไปจนถึงสามปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

เนื่องจากสมัยนั้นความผิดฐานนี้อาจเป็นของใหม่สำหรับวัฒนธรรมไทยทำให้นักกฎหมายในช่วงนั้นจำเป็นต้องอธิบายถึงบทบัญญัติซึ่งเป็นมูลแห่งความผิดฐานนี้ว่า เหตุที่ต้องให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดและรับโทษเนื่องจากการถ่วงความเจริญของบ้านเมือง หรือทำให้เสียชื่อเสียงกันไปโดยไร้ประโยชน์ แต่หลังจากนั้นเป็นต้นมาได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายลักษณะอาญา และจัดทำประมวลกฎหมายอาญฉบับใหม่ซึ่งประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2499 คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายจึงมีมติให้ยกเลิกความผิดฐานนี้เสีย เพราะเห็นว่ามักไม่เกิดเป็นคดีขึ้นประการหนึ่งกับเห็นว่าจะเป็นการเสื่อมเสียเกียรติยศของประเทศชาติอีกประการหนึ่ง

และนับตั้งแต่ในปี พ.ศ. 2499 เป็นต้นมา การประพัตติตนของผู้กระทำชำเราผิดธรรมดา มนุษย์ในประเทศไทย จึงไม่ต้องรับผิดทางอาญาฐานกระทำชำเราผิดธรรมดาตามนุษย์อีกต่อไป แต่เมื่อระยะเวลาได้ผ่านพ้นไปถึงประมาณ 48 ปี การพัฒนาประเทศย่อมเจริญก้าวหน้าไปสู่อีกระดับหนึ่ง สถานการณ์ทางสังคมจึงต้องเปลี่ยนไปตามสภาวะ โดยเฉพาะการวิวัฒนาการของการกระทำความผิดที่มีการพัฒนาไปเร็วกว่าที่กฎหมายจะตามทัน ดังนั้นรัฐซึ่งเป็นผู้ปกครองประเทศ จำต้องศึกษาค้นคว้ารูปแบบหรือลักษณะของการกระทำความผิด เพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไข เพิ่มเติมให้ทันต่อสถานการณ์ดังกล่าวให้เกิดความสงบ เรียบร้อยในสังคมต่อไป

1.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กับการล่วงละเมิดทางเพศ

ตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ได้ยกวางขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายอาญาของประเทศต่าง⁶ ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญาความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ในมาตรา 243 และมาตรา 244 ในหมวดที่ 1 ว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันมีลักษณะเป็นการคุ้มครองบุคคลโดยเฉพาะ⁷ ซึ่งได้แยกลักษณะของความผิดออกเป็น สองประเภทคือ

⁵ นริศรา แดงไม่ " การลงมือกระทำความผิด ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา " วิทยานิพนธ์นิติศาสตรปริญญาโทมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541 , หน้า 85 - 88

⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์ อิทธิพลของฝรั่งเศส : การปฏิรูปกฎหมายไทย พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์ นิติธรรม พ.ศ. 2539) หน้า 36 รายละเอียดเพิ่มเติมจาก แสง บุญเฉลิม วิภาส "กฎหมายลักษณะอาญา : ประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย" วารสารนิติศาสตร์ (16 มิถุนายน 2539 : หน้า 106-124)

⁷ ประสิทธิ์ พัฒนอมร. เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

เปลื้องผ้าพยายามเอาอวัยวะเข้ากับช่องคลอดของหญิงดังนี้จึงถือได้ว่าเป็นการพยายามกระทำชำเราแล้ว

อย่างไรก็ตามการที่ศาลจะวินิจฉัยว่า การกระทำใดเป็นความผิดฐานกระทำชำเราตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 นั้นจะต้องวินิจฉัยและให้ได้ความว่า หญิงหมดทางป้องกันประกอบกับชายมีกิริยาทำทางที่จะชำเรา แต่ถ้ากระทำไม่ได้เพราะมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งมาขัดขวาง ทำให้กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผลจะเป็นเพียงความผิดฐานพยายาม และการที่ศาลจะถือว่าการกระทำใดเป็นการลงมือกระทำผิดหรือไม่นั้นศาลจะใช้หลักทฤษฎี “การกระทำต้องใกล้ชิดต่อผลที่จะสำเร็จขึ้น” (the proximity rule) หมายถึงการจะพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดเป็นการ “ลงมือข่มขืนกระทำชำเรา” นั้น ศาลจะต้องพิจารณาโดยดูจากผลสำเร็จที่เกิดขึ้นว่า อยู่ห่างจากการกระทำในขณะนั้น หรือมีความใกล้ชิดต่อผลที่จะเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ฉะนั้นถ้าเป็นกรณีที่ชายมีเจตนาทำให้ความผิดสำเร็จ โดยมีเจตนาที่จะเอาอวัยวะผ่านเข้าไปในช่องคลอดของหญิง แต่ผ่านเข้าไปไม่ได้แม้ว่าอวัยวะจะเคลื่อน เยื่อพรหมจารีจะขาดก็ผิดเพียงฐานพยายามกระทำชำเราเท่านั้น อย่างไรก็ตามการที่ศาลฎีกาไทยใช้หลักความใกล้ชิดต่อผลซึ่งเป็นหลักที่ไม่แน่นอนว่าต้องเป็นข้อเท็จจริงแค่ไหนเพียงใดนั้น จะทำให้เกิดปัญหากรณีที่มีความคล้ายคลึงกัน แต่ศาลมักจะพิจารณาลงโทษที่แตกต่างกัน เพื่อให้เป็นประโยชน์ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงของศาล จึงควรต้องศึกษาถึงหลักทฤษฎีในเรื่องการลงมือกระทำผิด ประกอบกับนำคำพิพากษามาวิเคราะห์เพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายให้มากที่สุด

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ใช้ทฤษฎี “หลักการกระทำต้องใกล้ชิดต่อผลที่จะสำเร็จขึ้น” มาลงโทษผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นสามารถสรุปได้ดังนี้

1). การกระทำชำเราจะต้องเป็นการกระทำที่เอาอวัยวะล่งล้ำเข้าไปในช่องคลอดของฝ่ายหญิง โดยไม่จำเป็นต้องล่งล้ำเข้าไปทั้งหมด แม้เพียงบางส่วนก็ถือว่าสำเร็จ

2) กรณีดังต่อไปนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่ายังไม่ใกล้ชิดต่อผลคือ

(ก) กรณีที่ชายเข้าไปกอดปล้ำจับนมหญิงในห้องนอนเวลากลางคืนยังไม่ถึงได้

เปลื้องผ้าหญิงหรือเปลือยกายชาย หรือ¹¹

(ข) จำเลยได้จับนมหญิง หรือ¹²

(ค) ชายเข้าไปปลุกปล้ำหญิง กอดปล้ำหญิงเพื่อกระทำชำเรา หรือ¹³

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 หน้า 1053.

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 464/2463 หน้า 1140.

(ง) การที่จำเลยได้ใช้กำลังเข้ากดปล้ำ หรือ¹⁴

(จ) พยายามข่มขืนชำเราโจทก์โดยใช้มือดึงกางเกงโจทก์แล้วจำเลยนั่งคร่อมโจทก์ซึ่งนอนหงายอยู่ที่พื้นดิน หรือ¹⁵

(ฉ) จำเลยได้ผลักผู้เสียหายล้มลงและปลดกระดุมกางเกงขึ้นคร่อมหน้าอกผู้เสียหายที่พื้นหรือ¹⁶

(ช) การทำเป็นสามีของหญิงเข้ากดก่าย เปลื้องผ้าหญิง หญิงรู้สึกตัวลุกขึ้น¹⁷

ดังนั้นศาลวินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร เนื่องจากยังไม่ใกล้ชิดติดกับเหตุที่ชำเราได้จากคำพิพากษาดังที่กล่าวมาแล้วนั้น หากศาลจะใช้“หลักความใกล้ชิดต่อผล (the proximity rule) มาใช้ในการพิจารณา ผู้เขียนเห็นว่ายังห่างไกลต่อการพิจารณาให้เป็นความผิดสำเร็จฐานลงมือกระทำชำเรา ซึ่งไม่สามารถคุ้มครองภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นต่อผู้เสียหายได้ ทั้งนี้เนื่องจากหลักนี้ต้องให้ได้ความชัดเจนว่า ผู้กระทำต้องใกล้ต่อการก่อให้เกิดผลสำเร็จได้อย่างชัดเจนจึงจะลงโทษผู้กระทำได้¹⁸ เมื่อเป็นเช่นนั้นศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า ของลับของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิงแล้วเท่านั้น แต่ถ้ายังไม่มีการล่วงล้ำเพียงแต่ของลับจกดอยู่ด้านนอกอวัยวะของหญิง ก็ไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คงเป็นเพียงความผิดฐานพยายามกระทำ ความผิด ดังนั้นตามคำพิพากษาดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราเช่นกัน ซึ่งจะต้องพิจารณาโดยปราศจากข้อสงสัยจนถึงขนาดได้กระทำการขั้นตอนสุดท้าย (the last act) จากกรณี ที่ศาลได้พิจารณาโดยใช้ทฤษฎีดังกล่าวแล้วยังไม่สามารถลงโทษผู้กระทำผิดหรือเป็นการลงโทษผู้กระทำที่แตกต่างกัน ศาลอาจจะเล็งเห็นว่ายังไม่สามารถที่จะหยั่งรู้ได้ว่าเจตนาของผู้กระทำ ความผิด มีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราหรือมีเจตนาที่จะกระทำอนาจาร จึงทำให้เกิดความไม่แน่นอน และชัดเจนในการวินิจฉัย เพราะในคดีนี้มีความคล้ายคลึงกัน ศาลก็ยังคงที่จะวินิจฉัยลงโทษผู้กระทำผิดแตกต่างกันออกไป โดยถือว่าอยู่ในอำนาจของศาลในการตัดสินคดีหรือใช้ดุลพินิจอย่างไรก็ได้ จึงทำให้เกิดข้อบกพร่องในการพิจารณาคดีต่อไป

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/131 หน้า 113.

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 939/2487 หน้า 614.

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 193/2474 หน้า 179.

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1740/2497 หน้า 1548.

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 233/2462 ฐส. 143.

¹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมาย อาญา ภาค 2 ตอน 1 กรุงเทพฯ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2506 หน้า 1772-1775.

เมื่อ “หลักความใกล้ชิดต่อการเกิดผล” ยังคงมีข้อบกพร่องสำหรับการพิจารณาคดีและ ไม่อาจนำมาเป็นบรรทัดฐานได้จึงต้องศึกษาค้นคว้าหาทฤษฎีที่เหมาะสมมาพิจารณาเพื่อคุ้มครองเหยื่อทางเพศที่เป็นเด็กและเยาวชนชายต่อไปคือการใช้ทฤษฎี “หลักความไม่เคลือบคลุม (the unequivocal rule)” หลักนี้มีอยู่ว่า ต้องมีการกระทำที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าได้มีการลงมือกระทำชำเราแล้ว และการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นถึงความเป็นจริงได้ในตัวของมันเอง (res ipsa loquitur) ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาดังกล่าว ยังไม่อาจแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนในตัวของมันเองว่า

ผู้กระทำความผิดมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานใด ระหว่างการกระทำชำเรากับการกระทำอนาจาร เพราะการกระทำยังคงคลุมเครืออยู่ และถึงแม้ผู้กระทำความผิดจะรับสารภาพว่าตนเองมีเจตนาที่จะชำเรานั่นก็จริง แต่เมื่อข้อเท็จจริงไม่สามารถปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนว่าได้มีการกระทำชำเรา ศาลก็ไม่สามารถพิพากษาโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราได้ แต่อาจเป็นความผิดฐานพยายามหรือฐานกระทำอนาจารเท่านั้น ดังนั้นจากการศึกษาจึงวิเคราะห์ได้ว่าการใช้ “หลักความใกล้ชิดต่อผล” และ “หลักความไม่เคลือบคลุม” แล้วการพิจารณายังไม่ชัดเจนแน่นอน อาจทำให้เกิดปัญหาต่อการที่จะนำมาใช้กับการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนชายได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงต้องวิเคราะห์หาทฤษฎีที่สมเหตุสมผลต่อไป คือ

ทฤษฎี “หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น” (the dangerous possibility rule หรือ the criterion of danger rule) หลักนี้ประเทศเยอรมันนำมาใช้ในทางปฏิบัติซึ่งมีหลักอยู่ว่า การกระทำใดจะเป็นพยายามก็ต่อเมื่อ การกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นถึงความคุกคามต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรง ซึ่งคำนึงถึงความใกล้ชิดของอันตรายหรือความเสียหาย หรือความหวาดกลัวต่อภัยอันตรายในความรู้สึกของชุมชนนั้น เช่น นายดำ ผักนางสาวเขียวล้มลงเพื่อกระทำชำเราดังนี้ถือว่าเป็นพยายามกระทำความผิดแล้ว เพราะเป็นการกระทำที่ทำให้นางสาวเขียวรู้สึกหวาดกลัวว่า จะได้รับความเสียหายจากการกระทำของนายดำ

หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (the substantial step rule) หลักนี้มาจาก mode penal code วางหลักว่าเมื่อได้มีการกระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนถือเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว แต่ต้องมีพยานหลักฐานอื่นๆประกอบให้เห็นอย่างชัดเจน เช่น การที่จำเลยไปดักคอยผู้เสียหาย หรือการที่จำเลยล่อให้ผู้เสียหายเข้าไปยังที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด หรือการตรวจตราดูความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งใช้ในการกระทำความผิด เป็นต้นซึ่งหลักนี้เป็นการพิจารณาว่า ผู้ที่กระทำความผิดนั้นได้กระทำการหนึ่งสิ่งใดไปบ้างแล้วหรือไม่อย่างไรซึ่งจะไม่เหมือนทฤษฎี “หลักความใกล้ชิดต่อผล” ที่ต้องมีการกระทำขั้นตอนสุด

ท้าย เพราะการกระทำขั้นสุดท้ายนั้นยังต้องพิจารณาว่ามีสิ่งใดอีกหรือไม่ที่ผู้กระทำจำต้องกระทำ ซึ่งหากข้อเท็จจริงยังมีสิ่งอื่นๆ ที่จะต้องกระทำก็ยังไม่เป็นการพยายามกระทำความผิด ซึ่งหลักนี้เป็นที่ยอมรับมากขึ้นในศาลของสหรัฐและมลรัฐต่างๆ รวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐด้วย

เมื่อพิจารณาหลักทฤษฎีของประเทศต่างๆ ที่นำมาใช้กับการพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดทางเพศ จะเห็นว่าแต่ละประเทศจะใช้ทฤษฎีที่แตกต่างกันไป สำหรับในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าหลักทฤษฎีที่เหมาะสมกับการที่นำมาใช้ในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิด ที่มีการล่วงละเมิดต่อเด็กและเยาวชนชายคือหลักทฤษฎี “ความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น” เพราะเห็นว่าการกระทำของผู้ล่วงละเมิดเป็นการคุกคามต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือเป็นการล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายโดยตรง ที่สำคัญคือคำนึงถึงภัยอันตรายที่จะเกิดต่อผู้เสียหายเป็นหลัก

1.4 กฎหมายอาญาภายหลังการเลิกทาส

การคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดทางเพศตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ได้กำหนดให้เลิกมีการค้าทาสจนหมดสิ้น นอกจากนั้นยังกำหนดให้มีโทษสำหรับ พ่อ,แม่, ที่นำบุตรและธิดาไปขาย แต่ถึงกระนั้นก็ตามก็ยังมีกรลักขโมยหรือแอบแฝง โดยการยกให้ไว้ใช้งานเพื่อเป็นนางบำเรอทางเพศเป็นการขัดดอกเบียแทนการชำระหนี้ แม้จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศ โดยออกกฎหมายในลักษณะต่างๆ ไว้ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เพื่อกำหนดสถานะของบุคคลภายในครอบครัว แต่ก็ยังมีการเอาบุตร ธิดาชายในรูปแบบต่าง ๆ แทนการชำระหนี้เปรียบเสมือนเป็นจารีตประเพณีกันเรื่อยมา การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายจึงต้องบัญญัติเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและเยาวชนไว้ด้วยเช่น ในส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวกับสาธารณได้แก่มาตรา 241 “ ผู้โดยยง เสียมสอนเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองขวบให้ชำเรากิติหรือให้ทำอนาจารด้วยผู้อื่นกิติ หรือมันเป็นธุระจัดหาเด็กอายุต่ำกว่า สิบสองขวบ ให้ผู้อื่นทำชำเราหรือทำอนาจารกิติ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสองปี และปรับไม่เกินกว่าพันบาทด้วยอีกโสดหนึ่ง “ จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายอาญาในขณะนั้นได้บัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กที่มีอายุ 12 ปี เพราะในสมัยนั้นยังถือว่าเป็นเด็กที่ไร้เดียงสา ความเจริญรุ่งเรืองในขณะนั้นยังไม่พัฒนาเพียงพอ จากการพัฒนาบ้านเมืองอย่างรวดเร็ว ทำให้กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นมีความล้าสมัย จึงได้มีการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องของความผิดดังกล่าวเพิ่มเติม โดยให้มีการแก้ไขในกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2474 มาตรา 3 โดยยกเลิกบทบัญญัติ ในมาตรา 241

แห่งกฎหมายลักษณะอาญา¹⁹ และใช้ข้อความต่อไปนี้แทน มาตรา 241 “ ผู้ใดให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น บังอาจเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ แม้หญิงหรือเด็กหญิงนั้นจะยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินสองพันบาท โดยมีต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้นได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่ ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น บังอาจใช้อุบาย หลอกลวง หรือโดยใช้อำนาจด้วยกำลังกายโดยขู่เข็ญ โดยใช้อำนาจคุ้มครองผิดทำนอง หรือใช้วิธีบังคับอย่างอื่น ๆ เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็ก ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินสามพันบาท โดยมีต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้นได้กระทำไว้ในประเทศต่างกัน หรือสำหรับในการแก้ไขความผิดตามมาตรา 24 แห่งกฎหมายในลักษณะอาญา ซึ่งเปลี่ยนแปลงจากเดิมที่คุ้มครองเด็กหญิงและเด็กชายอายุต่ำกว่าสิบสองขวบ มาเป็นการคุ้มครองเพศหญิงซึ่งได้แก่ หญิงหรือเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบ ส่วนเหตุผลที่กฎหมายเปลี่ยนแปลงเช่นนี้เพราะเห็นว่า เพศหญิงน่าจะมีโอกาสเสี่ยงสูงกว่าจึงไม่จำกัดอายุประเภทหนึ่ง กับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบแปดขวบอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นการคุ้มครองเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ก็เพื่อป้องกันการอาศัยอายุของผู้เสียหายมาต่อสู้อุบัติ รวมทั้งการบัญญัติในเรื่องความยินยอมของผู้เสียหาย ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งต่อมาประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีกับองค์การสันนิบาตชาติทำข้อตกลงระหว่างประเทศ เกี่ยวกับเรื่องการคุ้มครองหญิงและเด็ก ซึ่งแม้ว่าในขณะนั้นประเทศไทยจะไม่ได้เข้าเป็นสมาชิกตามข้อตกลง แต่ก็ทำให้มีผลผูกพันไว้ในข้อตกลงดังกล่าว อันเกี่ยวกับความผิดเรื่องของการออกกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อตกลงในระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการหยุดยั้งการกระทำโดยจะเห็นได้จากการบัญญัติไว้ในตอนท้ายว่า “ไม่ว่าการกระทำต่างๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่” ซึ่งนั่นก็หมายความว่าผู้ที่กระทำความผิด แม้ว่าจะได้กระทำนอกประเทศ หรือประเทศใดก็ตาม ก็ต้องรับโทษในประเทศไทยตามกฎหมาย

สำหรับข้อบัญญัติเพิ่มเติมคือเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยเพิ่มเติมในวรรคสองที่กำหนดลักษณะของการกระทำในการใช้กลอุบาย หลอกลวง หรือการใช้อำนาจด้วยประการใดๆ ด้วยกำลังกาย ขู่เข็ญการใช้อำนาจที่ผิดทำนอง หรือใช้วิธีบังคับด้วยประการอื่น ล่อไป หรือชักพาไป เพื่อการอนาจาร จะต้องรับโทษหนักขึ้น

¹⁹ วรวิทย์ รัตนกร. “การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีแก้ไขมาตรา 282 ถึงมาตรา 284” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542, หน้า 1.

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กที่มีอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป, หรือพาไป, ตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสามแล้วแต่กรณี

มาตรา 284 " ผู้ใดพาผู้อื่นไปเพื่ออนาจาร "โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลัง ประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด "ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี

2. ทฤษฎีกับความผิดฐาน "กระทำชำเรา" ตามกฎหมายลักษณะอาญา

มาตรา 244 บัญญัติว่า "ผู้ใดกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่า 13 ขวบ ถึงหญิงนั้น ยินยอมหรือมิได้ยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกไซตหนึ่ง"

การกระทำความผิดฐานชำเราตามมาตรานี้หมายถึง การร่วมประเวณีกับเด็กหญิงซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่า 13 ขวบ ไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม และการกระทำชำเราดังกล่าวซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 243 ของกฎหมายลักษณะอาญา คือจะต้องให้ได้ความชัดเจนว่าของลับของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิง แต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่ามิได้ล่วงล้ำเข้าไป ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา หรือกระทำอนาจารเท่านั้น

การใช้หลัก "การลงมือกระทำชำเรา" มาพิจารณาประกอบกับคำพิพากษานี้ก็น่าจะสามารถพิจารณาได้จากคำพิพากษานี้ กล่าว คือการที่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงจนน้ำอสุจิเปื้อนของลับของเด็กและที่ของลับมีรอยชำแดง แต่ไม่ถึงเป็นบาดแผล หรือชำเราเด็กหญิงผู้เสียหายจนน้ำอสุจิของจำเลยเคลื่อนติดเป็นผ้าใส่รังเด็กหญิงผู้เสียหาย หรือเอาของลับของตนจดที่ของลับของเด็กหญิงเฉอญมีคนมาพบเข้าขัดขวาง จำเลยจึงไม่สำเร็จความใคร่ หรืออาจเป็นการชำเราจนกระทั่งสำเร็จความใคร่หลายครั้ง ทำให้เด็กหญิงมีบาดแผลที่ความของลับ แม้ที่ปากช่องคลอดของเด็กหญิงเยื่อพรหมจารีขาดเล็กน้อย นั้นแสดงว่าของลับชายยังไม่ล่วงล้ำเข้าไปใน

ช่องคลอดของหญิงยังฟังไม่ได้ว่าของลับของจำเลยล่องล้าเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง²⁰ ไม่ผิดฐานชำเราถึงสำเร็จ แต่ผิดตาม มาตรา 244 ประกอบมาตรา 60 ของกฎหมายลักษณะอาญา คือ ความผิดฐานพยายามกระทำชำเราแล้ว

การที่ศาลจะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำความผิดฐานกระทำชำเราสำเร็จ หรือเป็นเพียงความผิดฐานพยายามนั้นที่ผ่านมา ศาลจะพิจารณาโดยใช้หลัก “ความใกล้ชิดต่อผล” มาโดยตลอด โดยพิจารณาจากหลักที่ว่า ของลับของชายได้ล่องล้าเข้าไปในช่องคลอดของหญิงหรือไม่ ถ้ามีการล่องล้าเข้าไปจึงจะถือว่าการกระทำชำเราสำเร็จ แต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้กระทำมีเจตนาให้เป็นผลสำเร็จคือ ล่องล้าเข้าไปในอวัยวะของเด็ก แต่อวัยวะของชายไม่อาจล่องล้าเข้าไปในช่องลับของเด็กหญิงได้ เนื่องจากขนาดของอวัยวะเพศชายกับหญิงแตกต่างกันมาก ทำให้การกระทำชำเราไม่บรรลุผล ผู้กระทำอาจมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาคดีในลักษณะเดียวกัน จึงทำให้เกิดข้อเปรียบเทียบของความไม่แน่นอนอันขัดเจนกับการใช้ในเรื่องของหลัก “การลงมือกระทำชำเรา” ประกอบการพิจารณากับการใช้ทฤษฎีหลัก “ความใกล้ชิดต่อการเกิดผล” นั้นเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ทั้งที่เป็นข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การที่จำเลยมีเจตนากระทำภายนอก โดยไม่มีเจตนากระทำให้ของลับล่องล้าเข้าไป แม้มีรอยฟกช้ำหรือชอกช้ำนิดหน่อยโดยถูกของลับของจำเลย หรือของลับของเด็กหญิงนั้นแดง และมีน้ำอสุจิเปื้อนอยู่แต่ไม่มีบาดแผล²¹ หรือกรณีจำเลยนุ่งกางเกงขาเดียวนั่งคร่อม หน้าขาเด็ก มือหนึ่งใช้ผ้าอุดปากอีกมือหนึ่งกดหน้าอกผู้เสียหายนอนหงาย ผ้าถุงที่นุ่งถูกถลกไปอยู่บนท้องของลับจำเลยจดอยู่ที่ของลับผู้เสียหาย²² เป็นต้น

2.1 แนวคำพิพากษาศาลฎีกากับความผิดทางเพศ

หลังจากได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญารบปัจจุบัน ขึ้นแทนกฎหมายลักษณะอาญาในปี พ.ศ.2500 ซึ่งบทบัญญัติความผิดอันเกี่ยวกับเพศนั้นจะบัญญัติอยู่ในลักษณะ 9 ตามมาตรา 276 และมาตรา 277 โดยเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญาเดิม แต่จะมีหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดและมีความชัดเจนมากกว่าเท่านั้น ซึ่งจะกล่าวถึงลักษณะ

²⁰ จิตติ ดิงศภทิพย์ เรื่องเดียวกับ หน้า 263–264.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 90/128 ฎ. 378.

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 418/248 หน้า 74.

ของความผิดฐาน ช่มชู้นกระทำชำเราดังต่อไปนี้ มาตรา 276 บัญญัติว่าผู้ใดช่มชู้นกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนโดยชู้เชียวด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงหมื่นบาท ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโหมหญิง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต ตามประมวลกฎหมายอาญาบพ.ศ. 2500 ดังกล่าวได้ให้คำนิยามของการช่มชู้นกระทำชำเราไว้โดยแยกเป็นสองกรณีคือ

“ การช่มชู้น ” หมายถึงการที่ชายใช้กำลังบังคับหญิงให้ทำตามใจตัวเองโดยหญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ²³ เป็นการใช้อำนาจกระทำโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจ²⁴ ความยินยอมของหญิงจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะถ้าหญิงยินยอมแล้วย่อมไม่เป็นการช่มชู้น ทั้งนี้ความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจของหญิงนั่นเอง²⁵ ความยินยอมของหญิงจึงเป็นสาระสำคัญของความผิดฐานนี้ เพราะถ้าหญิงยินยอมแล้วย่อมไม่เป็นการช่มชู้น ทั้งนี้ความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจของหญิงนั่นเอง และความยินยอมต้องมีในขณะที่กระทำชำเราด้วย ดังนั้นถ้าหากหญิงไม่ยินยอมในขณะที่ชายกระทำชำเราแล้ว การที่หญิงยินยอมให้ชายร่วมประเวณีด้วยในโอกาสหลังยอมไม่ลบล้าง หรือกระทบกระเทือนถึงความผิดฐานช่มชู้นกระทำชำเรา ซึ่งเกิดขึ้นแล้วในขณะที่มีการกระทำชำเราโดยไม่ยินยอมหรือโดยสมัครใจ หรือเป็นการใช้อำนาจกระทำโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจ การช่มชู้นอาจจะกระทำโดยการใช้อำนาจประทุษร้ายหรือการชู้เชียวด้วยประการใดๆ เพื่อกระทำชำเรา โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น การที่หญิงไม่ยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยการต่อสู้ขัดขืนการส่งเสียงร้องให้คนช่วย ดังนี้ เป็นต้น

“ กระทำชำเรา ” หมายถึง การร่วมประเวณีตามธรรมชาติ กล่าวคือของลับของชายได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของหญิงไม่ว่าจะล่วงล้ำเข้าไปมากน้อยเพียงใดก็ตาม แม้เมื่อพรหมจารีไม่ขาด ก็เป็นความผิดฐานนี้แล้ว หรือแม้ของลับของจำเลยเข้าไปในช่องลับของผู้เสียหายเพียงหนึ่ง

²³ จิตติ ดิงศภักดิ์ กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 หน้า 1781.

²⁴ จิน ดารา “ช่มชู้นกระทำชำเรา” บทบัญญัติ 25 ตอน 1 มกราคม พ.ศ. 2511 หน้า 66.

²⁵ กฤตยชญ์ สิริเชต กฎหมายอาญา 2 ภาคความผิด พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์หนึ่งเจ็ดการพิมพ์ พ.ศ. 2525 หน้า 384.

องคฺลี ถือได้ว่ากระทำชำเราเสร็จแล้ว²⁶ กระทำความผิดสำเร็จตามมาตรานี้ ต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำ ได้กระทำชำเราหญิงโดยไม่รู้ว่าเป็นหญิงนั้นมีไซ้ภรรยาของตน และในขณะที่กระทำผู้กระทำรู้ว่าเป็นหญิงนั้น ไม่ได้ให้ความยินยอมหรือสมัครใจ แต่ถ้ามีอย่างใดอย่างหนึ่งมาขัดขวางก็ถือว่าเป็นการกระทำฐาน พยายามกระทำความผิด หรือถ้ากระทำแต่ภายนอกก็เป็นความผิดฐานอนาจารเท่านั้น²⁷

การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าข้อเท็จจริงเช่นไรที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดสำเร็จฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือการอนาจารนั้น ศาลจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงของแต่ละคดีๆ ไป ซึ่งการพิจารณานั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำความผิดฐานอนาจารหรือไม่ โดยไม่ต้องคำนึงถึงการกระทำความผิดฐานอื่นๆ ต่อไปหรืออาจ ปรากฏว่ามี การกระทำอื่นๆ ด้วยเช่น กระทำเป็นสามีของหญิงเข้าอนกอดกายและเปลื้องเสื้อผ้าของหญิงผู้เสียหายหญิงรู้สึกตัวหนี ดังนี้ถือว่าเป็นความผิดเพียงฐานอนาจารเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากยังไม่ใกล้ชิดกับเหตุที่จะกระทำชำเราได้ การปลดกระดุมกางเกงขึ้นคร่อมหน้าอก หรือกรณีอุดปากกกดตัวหญิงให้นอนหงาย ขึ้นคร่อมถลกผ้าขึ้นขึ้นจากด้านล่าง หญิงดินหลุดยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะชำเราได้ ยังไม่เป็นการลงมือกระทำชำเราจึงยังไม่เป็นการพยายามกระทำความผิดมาตรา 277 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมีไซ้ภรรยาตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปีต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต ฯลฯ

อย่างไรก็ตามการกระทำชำเราเด็กหญิงที่มีอายุไม่เกินสิบสามปี หรือเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไม่ว่าเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม²⁸ จะเป็นการกระทำความผิดสำเร็จต่อเมื่อผู้กระทำได้เอาอวัยวะล่งล้ำเข้าไปในอวัยวะของเด็กหญิงเท่านั้น²⁹ แม้ผู้กระทำเป็นเด็กและการกระทำไม่เป็นผลสำเร็จก็เป็นความผิดชั้นพยายามได้ ถึงกระนั้นก็ตามในการพิจารณาของศาลเมื่อข้อเท็จจริง

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 1133 / 2509 หน้า 1361.

²⁷ มาตรา 278 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุกว่าสิบห้าปี โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยบุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้บุคคลนั้นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 536/2528 หน้า 275.

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 456/2460 หน้า 224 วินิจฉัยว่า เด็กอายุ 5 ขวบ อาจถูกกระทำเป็นความผิดสำเร็จได้

ปรากฏว่า เด็กผู้ถูกระทำซ้ำเรามีอายุน้อยมาก อวัยวะของชายและเด็กหญิงผู้ถูกระทำจึงมีความแตกต่างกันมากกรณีนี้ศาลอาจจะพิจารณาไปว่าผู้กระทำมีเฉพาะเจตนากระทำอนาจารเท่านั้น³⁰

สำหรับการพิจารณาความผิดอันเกี่ยวกับเพศในคดีข่มขืนกระทำซ้ำเราว่าจะเป็นความผิดสำเร็จหรือไม่อย่างไรนั้น แม้ในปัจจุบันก็ยังมีความมีปัญหาเนื่องจากคดีส่วนใหญ่จะมีลักษณะคล้ายคลึงกัน แต่ศาลมักจะมีการตัดสินที่แตกต่างกัน ซึ่งศาลจะทำการตัดสินให้เป็นการกระทำ ความผิดสำเร็จฐานกระทำซ้ำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจารนั้นจะแล้วแต่กรณีไป เช่นการที่ จำเลยมุ่งกางเกงในนึ่งคร่อมใจทักร่วมตรงบริเวณท้องน้อย ซึ่งกางเกงของโจทก์ถูกรูดไปคงเหลือ แต่กางเกงใน³¹ หรือการที่จำเลยถอดกางเกงของผู้เสียหายและถอดกางเกงของจำเลยออก บอกให้ผู้เสียหายนอนตะแคงตัว จำเลยกินอนตะแคงหันหน้าเข้าหาผู้เสียหายแล้วจำเลยเอาอวัยวะที่ม ของลับผู้เสียหายสองครั้ง อวัยวะสืบพันธุ์ของผู้เสียหายแคมใหญ่ด้านขวาบวมเพราะถูกทิ่มและมี รอยถลอกเยื่อพรหมจารีปกติ ดังนั้นการกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร จากการ ศึกษาค้นคว้าในเรื่องของการพิจารณาของศาลกรณีความผิดสำเร็จ “การกระทำความผิดฐาน กระทำซ้ำเรา” ว่าศาลจะนำทฤษฎีใดมาปรับเพื่อให้การคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่ถูกละเมิดทาง เพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิดได้อย่างเหมาะสม โดยเริ่มตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 กระทั่งมาถึงการใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 โดยยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญานั้น ในที่สุดก็สามารถ ค้นคว้าหาทฤษฎีซึ่งประเทศ ต่างๆ ที่พัฒนาแล้วทั้งระบบคอมมอนลอว์ และระบบซิลวิลลอว์ นำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษา ลงโทษผู้กระทำผิดได้ตามความเหมาะสมกับวัฒนธรรม และจารีตประเพณีของประเทศนั้นๆ กล่าวคือ

ประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสได้นำทฤษฎี “หลักความใกล้ชิดต่อผล” (the proximity rule) มาใช้ในการพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงในคดี โดยถือหลักว่าถ้าการกระทำใดเป็นการ กระทำที่นำไปสู่การกระทำผิดสำเร็จโดยแท้จริงอันเป็นการใกล้ชิดต่อผลที่จะสำเร็จ ก็ถือว่าผู้ นั้นได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว

ประเทศอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น ได้นำทฤษฎี “หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ”

³⁰ คำพิพากษากฎีกาที่ 85/2500 หน้า 25 คำพิพากษากฎีกาที่ 1316/2508 น. 2038 วินิจฉัยว่า ถ้าเด็ก หญิงอายุ 4-6 ขวบ ชายไม่พอที่จะแสดงได้ว่าเจตนากระทำให้สำเร็จ คือเจตนาเพียงสัมผัสภายนอก แม้มีรอยฟก ข้ำยังไม่ถึงขั้นพยายาม ผิดเพียงอนาจาร

³¹ กฎีกาที่ 1316/2508 น. 2038

(the substantial step rule) ซึ่งหมายถึงการกระทำที่จะเป็นการลงมือกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้เสียหายรู้สึกถึงอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นแล้ว แต่การที่จะถือว่าเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญได้นั้น (model penal code) ได้กำหนดไว้ เช่น การดักรอ การตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหาย มาสนับสนุนจึงจะเป็นการสมควรลงโทษผู้กระทำความผิดได้แล้ว

สำหรับประเทศเยอรมนี ได้นำทฤษฎี “หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำ”

(the criterion of danger rule) มาใช้หมายถึง ถ้าปรากฏว่ามีอันตรายเกิดขึ้นโดยตรงต่อประโยชน์กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง แม้จะยังไม่ปรากฏว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นก็ตาม ก็ถือได้ว่าผู้กระทำได้ก่อความเสี่ยงภัยต่อผู้เสียหายแล้ว

ส่วนประเทศไทยได้ใช้ทฤษฎี “หลักการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” (the proximity rule) มาใช้ในการพิจารณาคู่ครองเด็กกับเยาวชนและลงโทษผู้กระทำความผิด จึงทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาซึ่งไม่มีความชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะการพิจารณาในเรื่องของการข่มขืนกระทำชำเราว่าแค่ไหนเพียงใด จึงจะถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดสำเร็จ หรือการกระทำแค่ไหนเพียงใดที่ศาลพิจารณาให้เป็นความผิดฐานพยายามหรือกระทำอนาจาร ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ถึงข้อดีข้อเสียของแต่ละคดีเพื่อนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกละเมิดทางเพศอย่างเหมาะสมถูกต้องตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น

2.2 แนวคิดกับโครงสร้างความผิดทางอาญา

ก) องค์ประกอบ

1. องค์ประกอบภายนอก

การพิจารณาในส่วนขององค์ประกอบภายนอก ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ใจความผิดแต่ละฐานประกอบด้วย

1.1 ผู้กระทำ ปกติกฎหมายจะใช้คำว่า “ผู้ใด” หมายถึงจะเป็นใครก็ได้ไม่จำกัดว่าจะเป็นหญิงหรือชาย เว้นแต่กรณีที่กฎหมายมุ่งที่จะลงโทษบุคคลใดโดยเฉพาะ ก็จะระบุไว้ในบทบัญญัตินั้นๆ เช่น ระบุว่าหญิงใด (มาตรา 301) หรือผู้ใดเป็นเจ้าของงาน (มาตรา 147-166) และ (มาตรา 200-205) หรือคำว่า “ชายใดตาม พ.ร.บ. เกณฑ์ทหารเหล่านี้เป็นต้น”³²

³² คณิต ณ นคร โครงสร้างความผิดทางอาญา และข้อถกเถียงทางวิชาการ เกี่ยวกับ mens rea วารสารอัยการ 25 มกราคม, หน้า 260.

1.2 การกระทำ หมายถึง ความหมายในความผิดแต่ละฐานที่มีลักษณะของการกระทำ เช่นการ “ฆ่า” ในความผิดต่อชีวิตหรือการ “ทำลาย” ในความผิดต่อร่างกายหรือ “การเอาไป” ในความผิดฐานลักทรัพย์

1.3 กรรมของการกระทำ หมายถึงวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อหรือวัตถุแห่งการกระทำ ซึ่งก็เป็นไปตามฐานความผิดนั้นๆ เช่น ในความผิดต่อชีวิตหรือความผิดต่อร่างกาย กรรมของการกระทำคือผู้อื่นที่มีสภาพเป็นมนุษย์หรือในความผิดฐานลักทรัพย์วัตถุแห่งการกระทำคือ ทรัพย์ของผู้อื่น

1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งมีลักษณะของความผิดที่อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะคือ

1.4.1 ความผิดที่ไม่จำเป็นต้องมีผลเกิดหรือกล่าวสั้นๆ ก็คือ ความผิดที่ไม่ต้องการผล ก็เป็นความผิดได้ เช่น ความผิดฐานแจ้งความเท็จต่อเจ้าพนักงาน ตามมาตรา 137 เมื่อมีการแจ้งความอันเป็นเท็จก็ถือว่าเป็นความผิดแล้ว³³ที่เจ้าพนักงานจะเชื่อหรือไม่เชื่อไม่สำคัญ

1.4.2 ความผิดที่ต้องการผล หมายถึง การกระทำที่ต้องมีผลจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ เช่น ความผิดต่อชีวิต ต่อร่างกาย จะต้องได้ความว่า ผู้ถูกระทำได้ถึงแก่ความตาย หรือบาดเจ็บ ผู้กระทำจึงต้องรับผิดชอบในผลนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการกระทำนั้นเป็นเหตุให้เกิดผล

2. องค์ประกอบภายใน

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคแรกได้บัญญัติเป็นหลักทั่วไปไว้ว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดชอบแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา การกระทำโดยเจตนาสามารถแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนรู้ และส่วนต้องการ ซึ่งพออธิบายความหมายทั้ง 2 ส่วนได้ดังนี้

2.1 ส่วนรู้ หมายถึง ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด เช่น ในกรณีความผิดต่อชีวิต หรือ ความผิดต่อร่างกาย การพิสูจนเจตนา จะต้องพิสูจนในเบื้องต้นก่อนว่าผู้กระทำได้กระทำโดยรู้ว่า กรรมของการกระทำเป็นมนุษย์ หรือในความผิดฐานลักทรัพย์ ผู้กระทำต้องรู้ว่าทรัพย์นั้น เป็นทรัพย์ของผู้อื่น และรู้ด้วยว่าทรัพย์นั้นอยู่ในความครอบครองของผู้อื่น เป็นต้น

2.2 ส่วนต้องการ หมายถึง ผู้กระทำจะต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลจากการกระทำนั้น คำว่า “ประสงค์ต่อผล” หมายถึงความต้องการที่จะให้เกิดผลขึ้นตามที่ตั้งใจ ซึ่งความมุ่งหมายหรือความต้องการในเรื่องประสงค์ต่อผลนี้ อาจเป็นความต้องการที่แท้จริงหรือความต้องการที่รองลงมาก็ได้ เช่น นายคำ ต้องการฆ่า นายขาว จึงใช้อาวุธปืนยิงนายขาว ถึงแก่ความตาย และ

โดยการยั้งนั้น กระสุนปืนได้ทะลุเสื้อ ของชาว ด้วย กรณีเช่นนี้ ความต้องการที่แท้จริงคือ ชีวิต ชาว ส่วนความต้องการรองลงมาคือ ความเสียหายที่เสื้อ ของชาว ซึ่งทางวิชาการหรือทางตำราได้แยก เจตนาประสงค์ต่อผลออกเป็น 2 ระดับคือ

ระดับแรก คือ เจตนาประสงค์ต่อผลโดยตรง ระดับที่สองคือเจตนายอมเล็งเห็นผลเป็น เรื่องที่พิจารณารองลงมาจากรื่อง ประสงค์ต่อผลกล่าวคือ หากข้อเท็จจริงไม่ได้ความว่า ผู้กระทำ ได้กระทำโดยมุ่งหมายที่จะให้เกิดผลโดยตรงแล้ว จึงจะมาพิจารณาว่าเป็นเรื่องของผู้กระทำยอมเล็ง เห็นผลการกระทำนั้นได้หรือไม่ โดยพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำ การแบ่งเขตของเจตนาทั้ง สองนี้ก็คือ ผลข้างเคียง อันจำเป็นจะต้องเกิดขึ้น อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ในเจตนาประสงค์ต่อผล ระดับที่สอง และความคาดการณืว่าผลมีโอกาสเป็นไปได้ในเจตนายอมเล็งเห็นผล³³

2.3 เจตนา กับเจตนาร้าย³⁴

คำว่า “เจตนา” ที่ปรากฏในบทบัญญัติ มาตรา 59 ถึงความหมายเดียวกับคำว่า Mans rea เป็นคำที่ใช้ในระบบคอมมอนลอว์ (common law) ซึ่งหมายความว่า ปรากฏในภาคิติ กฎหมาย ได้ถือเป็นแนวการวินิจฉัยความรับผิดชอบอาญาต่อมาว่า การพิจารณาความรับผิดชอบ ทางอาญานอกจากจะต้องพิจารณาในส่วนการกระทำภายนอกที่เรียกว่า actus reas แล้วยังต้อง พิจารณาในส่วนจิตใจที่เรียกว่า mens rea ด้วยแต่สำหรับประเทศไทยให้ประมวลกฎหมาย การนำ หลัก mens rea มาอธิบายจึงไปสอดคล้องกับความหมายที่ประมวลกฎหมายอาญาได้ให้ไว้ เพราะความหมายของเจตนาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญานั้น เป็นความหมายของ เจตนาในเรื่องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดและประสงค์ต่อผล เล็งเห็นผลอันมี ลักษณะเป็นบททั่วไป แต่ไม่ได้มีความหมายว่าเป็นเจตนาดี หรือเจตนาร้ายแต่อย่างไร

การกระทำโดยประมาทเป็นการแสดงออกถึงจิตใจที่ชั่วร้ายอย่างหนึ่งรองจาก เจตนา และถือเป็นความชั่วร้ายของจิตใจอันควรต้องปราบปรามด้วยโทษอาญา การลงโทษ จึงเท่ากับเป็นการเตือนให้บุคคลระมัดระวังในการกระทำให้มากขึ้นด้วย

3 การกระทำโดยประมาท

3.1 ความหมายของการกระทำโดยเจตนา

³³ หยุด แสงอุทัย ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปพิมพ์ครั้งที่ 10 กรุงเทพมหานคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 10 พ.ศ. 2527 หน้า 4.

³⁴ หยุด แสงอุทัย คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ศึกษาทางคำพิพากษาฎีกาพิมพ์ครั้งที่ 2 เกษมบรรณกิจ พ.ศ. 2511 หน้า 190.

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 ได้บัญญัติความหมายของการกระทำ โดยประมาทไว้ว่า ได้แก่การกระทำความผิดโดยมิใช่เจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

3.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท

ก) กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง

ข) ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่

ค) กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบเมื่อได้กระทำโดยประมาทในกรณีนั้นๆ

ข) ความผิด

การพิจารณาว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมายหรือไม่หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการพิจารณาว่าการกระทำที่ครบองค์ประกอบนั้น มีเหตุที่ทำให้การกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายหรือมีเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้หรือไม่ ซึ่งอาจแยกพิจารณารายละเอียดดังนี้

(1) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับจารีตประเพณี แม้ว่าจารีตประเพณีจะไม่ใช่มติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เกิดจากการถือปฏิบัติของประชาชนอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานว่าเป็นสิ่งที่กระทำได้ เช่นการชกมวยบนเวทีโดยถูกต้องตามกติกาแม้ว่าจะทำให้คู่ชกบาดเจ็บก็ไม่ได้มีความผิด

(2) หลักความยินยอม เช่น การยินยอมในเรื่องทรัพย์ หากผู้ถูกกระทำยินยอมให้ผู้อื่นเอาไปซึ่งทรัพย์ของตน หรือความยินยอมในเรื่องเพศ ตามมาตรา 276, 278, 283 และมาตรา 286 ผู้กระทำไม่มีความผิด

(3) การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ซึ่งมีองค์ประกอบอยู่ 4 ประการคือ

(ก) การประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย

(ข) ภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง

(ค) เป็นการกระทำเพื่อป้องกันและ

(ง) ได้กระทำไปพอสมควรแก่เหตุ

(4) ความจำเป็นที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีการทำแท้งของแพทย์

(5) การใช้กำลังเพื่อป้องกันสิทธิของตนเองตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา 4

ค) ความชั่ว

เรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับความชั่ว ปัญหาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่เป็นความผิดหรือไม่เป็นปัญหาที่ว่าผู้กระทำได้กระทำการอันเป็นการเสียหายหรืออันตรายต่อสังคมหรือไม่ แต่ปัญหาเกี่ยวกับความชั่วของผู้กระทำนั้นเป็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้กระทำ สำหรับการกระทำของเขาทั้งนี้เพราะว่าโดยมิใช่ทดแทนความชั่ว แต่ทดแทนการกระทำที่เป็นความผิด ดังนั้นการลงโทษก็ต้องอยู่ในขอบเขตของความรับผิดชอบส่วนตัวของผู้กระทำนั้น

(1) ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความบกพร่องทางจิตใจ ตามมาตรา 65

คำว่า “ไม่สามารถรู้ผิดชอบ” หมายความว่า ไม่รู้สภาพของการกระทำของตนหรือไม่รู้ว่าการกระทำของตนดีหรือชั่ว ถูกหรือผิดอย่างไร คำว่า “ไม่สามารถบังคับตนเองได้” หมายความว่า ไม่สามารถใช้สติเหนี่ยวรั้งไม่ให้กระทำตามที่ตนได้กระทำไปนั้นได้ คำว่า “จิตบกพร่อง” หมายความว่าถึงคุณสมบัติของมัน สมอบกพร่องซึ่งอาจจะเป็นกรณีสมอบไม่เจริญเติบโตตามวัย หรือบกพร่องมาตั้งแต่เกิด คำว่า “โรคจิต” หมายความว่าถึงมันสมอบเป็นโรค หรือเป็นความบกพร่องแห่งจิตที่เกิดจากโรค หรือที่เรียกกันอย่างทั่วๆ ไปว่า เป็นบ้า คำว่า “จิตฟั่นเฟือน” หมายถึง ความมีจิตพิการที่เรียกว่า บ้าๆ บอๆ ซึ่งมีสาเหตุเป็นเพราะโรคจิต

(2) ความไม่รู้ผิดชอบเพราะความไม่รู้เพียงสา เช่นเด็กอายุไม่เกิน 7 ปี กฎหมายถือว่าเป็นผู้ที่ยังไม่เพียงสาโดยสิ้นเชิง จึงไม่ลงโทษและไม่ใช้มาตรการใด ๆ แก่เด็ก

(3) การทำความผิดด้วยความจำเป็นตามมาตรา 67

(4) การกระทำตามคำสั่งเจ้าพนักงาน และ

(5) การป้องกันเกินเหตุ

2.3. คำนิยามและความหมาย

คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” หมายความว่าชายได้ร่วมประเวณีกับหญิง หรือกระทำชำเราหญิงชำเราหญิงโดยขืนใจหญิงหรือมิได้สมัครใจ หรือยินยอมจะร่วมประเวณีด้วยโดยชายมิใช่สามีของหญิง ฉะนั้นโดยฐานะส่วนตัวแล้วหญิงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราชายได้เลย และคำว่ากระทำชำเรา หมายความว่า ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายเพียงแต่จะต้องสอดสอดของหญิงแต่ไม่สำคัญแต่ถ้าอวัยวะสืบพันธุ์ของชายเพียงแต่สอดสอดสอดสอดของหญิง แต่ไม่สามารถสอดสอดสอดสอดเข้าไปได้ เพราะไม่ได้ขนาด ชายสำเร็จความใคร่เสียก่อนเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานอนาจารเท่านั้น แต่การใช้ดุลพินิจของศาลแล้วแต่ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ

ไป เช่น ของลับของชายจำเลย ฎไถอยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอกยังไม่เข้าไปภายในช่องคลอด เป็น ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราเพราะของลับชายจกดปากช่องคลอดแล้ว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จเมื่อของลับชายผ่านเข้าไปใน ช่องสังวาสของหญิงการกระทำแก่ช่องทางอวัยวะอื่นของหญิงไม่ใช่ความผิดฐานนี้ เช่นชายนำของ ลับเข้าทางทวารหนักของหญิงหรือชายให้หญิงเอาปากดูดของลับของชาย เหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นการ ข่มขืนกระทำชำเรา และที่ว่าของลับของชายจะต้องผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิงจึงเป็นความ ผิดสำเร็จนั้น ไม่จำเป็นต้องผ่านเข้าไปทั้งหมดแม้ผ่านเข้าไปบางส่วนเพียงเล็กน้อยเยื่อพรหมจารีไม่ ขาดก็เป็นความผิดสำเร็จ นอกจากนี้ความผิดมิได้สำเร็จที่น้ำอสุจikelื่อนแม้ชายผู้กระทำยังไม่ สำเร็จความใคร่ น้ำอสุจียังไม่เคลื่อน ก็เป็นความผิดสำเร็จได้ แต่ถ้าหากชายผู้กระทำมีเจตนาทำ ให้สำเร็จคือให้ของลับผ่านเข้าไป แต่ผ่านเข้าไม่ได้ แม้อสุจikelื่อนเยื่อพรหมจารีขาดก็มีความผิด เพียงชั้นพยายาม ดังคำพิพากษากฎีกาดังนี้

คำพิพากษากฎีกาที่ 1133/ 2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลย เข้าไปในของลับผู้เสียหายราว 1 องคุลี เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมาย ของประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 แล้วการที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิ ของจำเลย มาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหาย หรือที่ของลับของจำเลยนั้นเป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้ว หรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่งไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จ หรือเป็นเพียงชั้นพยายาม

คำว่า “กระทำอนาจาร” กระทำอนาจารหมายความว่า การกระทำที่ไม่สมควรในทาง เพศตามประเพณีนิยมหรือตามกาลเทศะ หรือการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ แม้ ผู้กระทำจะทำเพื่อแก้แค้นก็เป็นอนาจารได้แต่ต้องกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง การกล่าว ถ้อยคำเขียนภาพไม่เป็นการอนาจาร หรือเรียกอีกนัยหนึ่งก็คือ การกระทำใดๆที่เกี่ยวกับเพศถ้า ไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเรา นั้น เป็นการไม่สมควรตามประเพณี นิยมและกาลเทศะแล้วก็เป็นกรกระทำอนาจารเช่นถอดปล้ำหญิง จับนมหรือจับของลับหญิงจับ แก้ม รวมทั้งการร่วมประเวณีกับหญิงโดยไม่มีการสมรส การจับมือหญิงกระซอกเพื่อทำร้ายร่างกาย³⁵ไม่เป็นอนาจาร

³⁵ คำพิพากษากฎีกาที่ 1133/ 2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยเข้าไปใน ของลับผู้เสียหายราว 1 องคุลี¹ เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมาย ของประมวล กฎหมายอาญามาตรา 277

คำว่า “ ประเพณีนิยม “ประเพณีนิยมตามกาลเทศะ³⁶ เช่น บิดามารดา, ปู่, ย่า, ตา, ยาย, ลุง, ป้า, น้า, อา, กอดจูบลูกหลานด้วยความรักใคร่เอ็นดู แสดงว่าไม่มีการแสดงความใคร่ในทางเพศ แต่เป็นการแสดงความรักใคร่เอ็นดูลูกหลานตามประเพณีนิยม จึงไม่ผิดฐานกระทำอนาจาร หรือในขณะนี่ประเพณีนิยมทางตะวันตกเข้ามาเป็นความนิยมในประเทศไทย เช่นกอดจับกันในเวลาเดินรำการกอดจูบลำกัันระหว่างคู่รักขณะจะเดินทางจากกัน เป็นเรื่องการยินยอมของผู้กรณี จึงไม่เป็นการอนาจาร

ถ้าเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเวลาเจ็บป่วย จำเป็นต้องแตะต้องจับตัวผู้เจ็บป่วยแม้จะมีการถอดเสื้อผ้าหรือในกรณีที่แพทย์มีความจำเป็นจะต้องจับของลับหญิง เพื่อรักษาพยาบาลตามความจำเป็นก็ไม่เป็นการอนาจาร แต่ถ้าจับของลับหญิงโดยไม่มีความจำเป็น และเป็นเรื่องเกิดความใคร่โดยเฉพาะแล้วการกระทำนั้นก็เป็นการกระทำอนาจารได้

3. ข้อเท็จจริงในการพิจารณาตามคำพิพากษาของศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1685/2516 จำเลยแอบเข้ามากอดผู้เสียหายและพูดขอกระทำชำเรา ผู้เสียหายร้องขึ้น จำเลยเอามือปิดปากผู้เสียหายกดผู้เสียหายนอนลงที่พื้นเรือนแล้วขึ้นคร่อมเอาหัวเข่ากดต้นขาไว้ ขณะนั้นผู้เสียหายนอนหงายนุ่งกระโจมอกอยู่จำเลยก้มลงกัดที่แก้มและถลกผ้าขึ้นขึ้น ผู้เสียหายตื่นอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งร้องให้ลงเรือนไปตั้งนั้น ลักษณะการกระทำของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพยายามชำขึ้นกระทำชำเรา คงเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น โดยเปรียบเทียบกับ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1330/2499 ข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายเตะขาหญิงล้มลง จิกผม ขึ้นคร่อมนอนทับแล้วปรดกระดมกางเกงของตน เปิดผ้าถุงของหญิงถึงโคนขา แต่หญิงเอามือกดผ้าถุงและปิดของลับไว้ ยันอกชายและร้องให้คนช่วย มีคนมาช่วยชายจึงหนีไป ดั่งนี้ยอมเห็นได้ว่าชายมีเจตนาจะชำขึ้นกระทำชำเรา พฤติการณ์จึงเป็นการชำขึ้นกระทำชำเรา หรือในตัวอย่างต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1316/2508 วินิจฉัยว่า จำเลยเรียกผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุ 4 ขวบ เข้าไปในห้องแล้วปิดประตู บอกให้ผู้เสียหายไปนอน จำเลยได้ถอดกางเกงของผู้เสียหาย และถอดกางเกงของจำเลยออก บอกให้ผู้เสียหายนอนตะแคงตัว จำเลยก็นอนตะแคงหน้าเข้าหาผู้เสียหาย และกอด ผู้เสียหายแล้วจำเลยเอาของลับที่มของลับของผู้เสียหายสองครั้ง อวัยวะสืบพันธุ์ผู้

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874 / 2491 น 1053

เสียหาย แคมใหญ่ด้านขวาบวมและมีรอยถลอก ตงแคมใหญ่ด้านซ้ายมีรอยถลอก ในช่วงคลอด ไม่มีเชื้ออสุจิ ตรวจพบว่ามีการบ่น่าอสุจิมนุษย์ติดอยู่ที่กางเกงของกลาง

คำพิพากษาฎีกาที่ 1931/2494 ชายจับมือหญิงกระชากมาเพื่อจะทำร้ายไม่ให้เจตนากระทำอนาจารนั้น ย่อมไม่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร

คำพิพากษาฎีกาที่ 501/2503 จำเลยจับข้อมือและกอดเด็กหญิงอายุ 14 ปี ถือได้ว่าเป็นการใช้แรงกายภาพซึ่งเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามความหมายในมาตรา 1 (6) แล้ว การกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 278 แคมใหญ่ด้านขวาบวมและมีรอยถลอกคือหนึ่งกำพร้าขาดเล็กน้อย ตงแคมใหญ่ด้านซ้ายมีรอยถลอก เยื่อพรหมจารีปกติ ในช่วงคลอดไม่มีเชื้ออสุจิตรวจพบว่ามีการบ่น่าอสุจิมนุษย์ติดอยู่ที่กางเกงของกลาง ดังนี้ ลักษณะการกระทำของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำซ้ำเราได้และเห็นว่าเจตนาตั้งใจจะกระทำอนาจารจึงผิดเพียงฐานกระทำอนาจาร โดยเปรียบเทียบ

คำพิพากษาฎีกาที่ 4094/2529 วินิจฉัยว่า ผู้เสียหายอายุ 9 ปี จำเลยอายุ 28 ปี ต่างยืนอยู่ขณะจำเลยกระทำซ้ำเราผู้เสียหาย อวัยวะเพศของผู้เสียหายหากไม่มีรอยฉีกขาด จำเลยใส่อวัยวะเพศไปที่ช่องขาดตรงช่องคลอดและกระทำการในลักษณะของการกระทำซ้ำเรา จึงมีรอยแดงซ้ำบริเวณรอบๆของคลอดดังนี้ จำเลยได้กระทำการในลักษณะของการกระทำซ้ำเราจึงมีรอยแดงซ้ำบริเวณรอบๆของคลอดดังนี้ จำเลยได้กระทำซ้ำเราแล้ว แต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่ได้เข้าไปในช่องอวัยวะเพศคงอยู่ที่บริเวณปากช่องคลอดเท่านั้น หากล่งล้ำเข้าไปแล้วน่าจะมีรอยฉีกขาดที่ช่องคลอด จึงเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา

หลังจากที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่พิพากษาคัดสินคดีความผิดทางเพศมาทั้ง 4 ฉบับ เพื่อเปรียบเทียบการพิจารณาของศาลตามข้อเท็จจริงในทางคดี จะเห็นได้ว่าตามคำพิพากษาฎีกาฉบับแรก ลักษณะและพฤติการณ์ในการกระทำของจำเลยที่กระทำต่อผู้เสียหาย จะมีลักษณะและการกระทำของจำเลยที่คล้ายคลึงกันกับคำพิพากษาฎีกาฉบับที่สอง แต่ศาลฎีกากลับพิจารณาวินิจฉัยคดีและลงโทษผู้กระทำผิดที่แตกต่างกันคือ คำพิพากษาฎีกาฉบับแรกศาลได้ใช้ดุลพินิจและวินิจฉัยว่า ลักษณะการกระทำของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำซ้ำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำซ้ำเรา แต่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น ทั้งที่ข้อเท็จจริงการกระทำของจำเลยโดยเริ่มตั้งแต่คิด ตกใจ ตระเตรียมการ และลงมือกระทำ ครบขั้นตอนของการกระทำโดยเจตนา กล่าวคือ เริ่มตั้งแต่การที่จำเลยพูดขอกระทำซ้ำเราต่อผู้เสียหาย ลักษณะการที่จำเลยข่มขืนเอาหัวเข้ากอดต้นขาไว้ แล้วถลกผ้าขึ้นขึ้นในขณะที่ผู้เสียหายนอนหงายนุ่งกระโจมอกอยู่นั้น น่าจะอยู่ในวิสัยที่จำเลยสามารถข่มขืนผู้เสียหายได้ แต่การที่จำเลยกระทำไปไม่สำเร็จเพราะผู้เสียหายขัดขืน

จำเลยจึงไม่สามารถกระทำไปได้อย่างตลอดดั่งนี้ จำเลยจึงน่าจะมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว

เมื่อเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับที่สอง ศาลได้ใช้ดุลพินิจและวินิจฉัยว่าจำเลยมีเจตนาจะข่มขืนกระทำชำเรา จึงมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ทั้งที่ข้อเท็จจริงกับลักษณะการกระทำของจำเลยตั้งแต่คิด ตกลงใจ ตระเตรียมการและลงมือกระทำครบขั้นตอนของการกระทำโดยเจตนา ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับลักษณะการกระทำของจำเลยตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับแรก ดังนั้นจึงทำให้เกิดปัญหาต่อผู้ใช้กฎหมายที่อยู่ในฝ่ายกระบวนการยุติธรรมว่า ควรจะใช้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาใดมาเป็นบรรทัดฐานหรือหลักในการพิจารณาคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ซึ่งจะต้องคุ้มครองผู้เสียหายที่เป็นเด็กและเยาวชนทั้งเพศหญิงเพศชาย อันจะเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย (rechtsGust) ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ทั้งสองฐานความผิด

เพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อการพิจารณาคดีตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ผ่านมา ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาอีกสองฉบับ กล่าวคือฉบับที่สาม ลักษณะและพฤติการณ์ของจำเลยที่กระทำต่อผู้เสียหายมีขั้นตอนของการกระทำเริ่มตั้งแต่ คิด ตกลงใจ ตระเตรียมการและลงมือกระทำครบหลักของ “การลงมือกระทำ” หากแต่ว่าการกระทำของจำเลยกระทำไปไม่ตลอด เพราะเหตุแห่งวัตถุซึ่งจำเลยมุ่งหมายกระทำ ซึ่งอาจจะเป็นเพราะขนาดอวัยวะเพศของผู้เสียหายกับของจำเลย มีความความแตกต่างกันมาก หรือมีเหตุอื่นๆ มาขัดขวางมิให้จำเลยกระทำไปได้อย่างก็ตาม ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของจำเลยมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ซึ่งตรงกับความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874 /2491 กล่าวคือ “การกระทำชำเรา” จะเป็นการกระทำความผิดสำเร็จต่อเมื่อ ของลับของชายผ่านเข้าไปในช่องสังวาสของหญิง และที่ว่าผ่านเข้าไปนั้นไม่จำเป็นที่ของลับชายต้องผ่านเข้าไปทั้งหมด แม้ผ่านล่วงล้ำเข้าไปบางส่วนเพียงเล็กน้อย เยื่อพรหมจารีไม่ขาด หรือน้ำอสุจิไม่เคลื่อนก็เป็นความผิดสำเร็จ จำเลยจึงควรมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งขัดแย้งกับคำพิพากษาของศาลฎีกา ที่วินิจฉัยว่าลักษณะการกระทำของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้ดังกล่าว

เมื่อนำคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับที่สามเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับที่สี่ จะเห็นได้ว่าลักษณะและพฤติการณ์ของจำเลยที่กระทำต่อผู้เสียหาย ครบองค์ประกอบของความผิดฐาน “กระทำชำเรา” คือเริ่มตั้งแต่คิด ตกลงใจ ตระเตรียมการ และการลงมือกระทำ และการที่ศาลฎีกาพิจารณาคดีพิพากษาให้จำเลยมีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นการถูกต้องแล้ว หลังจากที่มีการพิจารณาคดีพิพากษาของศาลฎีกาที่กล่าวมาแล้วทั้ง 4 ฉบับ โดย

เปรียบเทียบกับข้อเท็จจริงในทางคดีกับลักษณะและพฤติการณ์ในการกระทำของจำเลยจะเห็นได้ว่า แต่ละคดีที่ผู้เขียนนำมาเปรียบเทียบกันนั้น มีความ คล้ายคลึงกันจนแทบจะวินิจฉัยไม่ออกว่า ฎีกาไหนควรเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา และฎีกาไหนควรเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร แต่การที่ศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดแตกต่างกันนั้น ผู้เขียนจึงต้องทำการศึกษาค้นคว้า หาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อแตกต่างในเรื่องของการลงมือกระทำเรากับการกระทำอนาจาร ตามมาตรา 277 และมาตรา 279 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ว่าต้องมีหลักเกณฑ์หรือขอบเขต แคไหน และเพียงพอให้เกิดความชัดเจน แน่นนอน เพื่อจะนำไปใช้เป็นแนวทางในการพิจารณากับผู้ละเมิดทางเพศที่มีต่อเด็กและเยาวชนชาย (ทางทวารหนัก)³⁷ ต่อไป

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดที่เป็นการกระทำชำเรา ศาลต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำไป แต่การพิพากษาของศาลคือ การกระทำใดที่เห็นว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ต่อผลที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย โดยเฉพาะความผิดฐาน "กระทำชำเรา" ศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าการกระทำชำเรานั้นแม้ว่าอสุจิจะเคลื่อนเยื่อพรหมจารีขาด ก็ถือเป็นเพียงพยายามกระทำชำเราดังนั้น กรณีที่จำเลยพบกับผู้เสียหายว่าจะกระทำชำเรา หรือผลักหญิงล้มลง การแก้ผ้าหญิงออก ศาลจะยังไม่ตัดสินให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด กรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการใช้ทฤษฎีดังกล่าวมาพิจารณาวินิจฉัยเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด จึงไม่สมเหตุผลผล ทั้งนี้เนื่องจากผู้เสียหายมีความรู้สึกว่าจะไม่ปลอดภัยกับอันตรายที่จะได้รับ ซึ่งจะเป็นการละเมิดคุณธรรมทางกฎหมาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรใช้หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (the substantial step rule) ผู้กระทำจะต้องรับโทษในการพยายามกระทำความผิดฐาน "กระทำชำเรา"แล้ว หรือหากจะให้เด็กและเยาวชนชายได้รับภัยอันตรายจากการถูกละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) "หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น" จะมีประสิทธิภาพต่อการคุ้มครองผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศได้เป็นชนอย่างดี

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4094 /2529 น 23.

บทที่ 3

กฎหมายอาญาต่างประเทศกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย

1. ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

ด้วยเหตุที่กฎหมายต่างประเทศ ถือว่ามีประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน ซึ่งจะเป็นพื้นฐานกับการวางแนวทางในการศึกษาให้กับประเทศต่างๆ เพื่อนำไปพัฒนากับประเทศของตนในการคุ้มครองราษฎรให้เกิดความเป็นธรรม และเกิดความสงบเรียบร้อยภายในสังคม การพัฒนากฎหมายให้ทัดเทียมกับต่างประเทศที่เจริญทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่นักกฎหมายจะต้องทำการศึกษาค้นคว้าถึงแนวความคิด กับบทบัญญัติกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่มีวัฒนธรรมและจารีตประเพณีอันคล้ายคลึงกัน จึงจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมของประเทศตนเองอย่างแท้จริง ดังนั้นการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับเรื่องกฎหมายจึงต้องอ้างอิงถึงกลุ่มประเทศตะวันตก เพราะถือว่ามีอารยธรรมเกี่ยวกับเรื่องนี้มานานนับพันปี เกี่ยวกับเรื่อง "การสมสู่กับคนเพศเดียวกัน" ตามประวัติศาสตร์ในพระคริสต์ธรรมคัมภีร์ ได้กล่าวถึงการสมสู่กับคนเพศเดียวกันในทำนองที่เป็นความผิดบาปที่ร้ายแรงอยู่หลายตอน ซึ่งเป็นสาเหตุส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดแนวความคิดของชาวตะวันตกที่นับถือศาสนาคริสต์ และเป็นสำนักทางศีลธรรมกลายเป็นกฎหมายมาถึงปัจจุบัน นั้นย่อมแสดงให้เห็นว่าการสมสู่กับคนเพศเดียวกันอันเป็นพฤติกรรมที่ผิดธรรมชาติของมนุษย์นั้นเป็นพฤติกรรมที่มนุษย์ในสังคมส่วนรวมไม่ยอมรับมาตั้งแต่อดีตกระทั่งปัจจุบัน ทำให้รัฐบาลรัฐถือว่าการกระทำของ sodomy ต้องมีโทษถึงตาย แต่ไทยเราลงโทษไม่เกินสิบปี และต่อมาเมื่อประเทศไทยยกเลิกความผิดฐานนี้เสียเมื่อปี พ.ศ. 2499 หรือ ค.ศ. 1956 นั้น ชาวตะวันตกเพิ่งจะยกเอาเรื่องนี้ขึ้นมากล่าวขานและวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างจริงจังในปีต่อมาเท่านั้น

เมื่อกล่าวถึงที่มาของความผิดและโทษตามประวัติศาสตร์ เหตุที่พระเจ้าทรงพิโรธต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ชายกับผู้ชายว่าเป็นกาสิบ้านกาลิเมืองนั้น น่าจะเป็นเพราะความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันแบบทหารของชาวยิวโบราณ ที่มีความจำเป็นต้องรบทัพจับศึกกันอยู่ตลอดเวลาจนแทบไม่มีเวลาอยู่กับลูกเมียตามปกติ จำเป็นต้องหักห้ามมิให้ชายมามีความสัมพันธ์กันเองอันจะทำให้เสียการปกครองในการรบ ส่วนในโลกตะวันออกไม่จำเป็นต้องต่อสู้รบราฆ่าฟันกันอยู่ตลอดเวลาเหมือนพวกยิวโบราณข้อห้ามเรื่องนี้จึงไม่ปรากฏให้เห็นชัดเจนเหมือนพวกยิว ขณะเดียวกันการที่ชาวตะวันออกมีภริยามากจึงต้องห้ามมิให้ภริยาของตนเล่นเพื่อนอันเป็นเสมือนการนอกใจสามีเป็นทำนองตามพระราชอาธิบายของพระบาทสมเด็จพระปิ่นเกล้าฯนั่นเอง ของไทยหากคนที่มี

พฤติกรรมเป็นคนรักเล่นเพื่อนหรือรักร่วมเพศอาจเห็นว่าเป็นเรื่องที่ผิดธรรมดา แต่สังคมก็ยอมรับได้ในระดับหนึ่ง ยังไม่ถึงว่าเป็นเรื่องที่ชั่วช้ามากนัก

เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น จัดว่าเป็นอาชญากรรมและภัยอันตรายอันร้ายแรงของสังคม ที่รัฐทุกรัฐจะต้องให้ความสำคัญและหามาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมกับการคุ้มครองเหยื่อทางเพศ โดยเฉพาะเด็กและเยาวชนให้ได้มีประสิทธิภาพและเป็นรูปธรรม แต่การที่ศาลจะพิจารณาให้เกิดความเป็นธรรมทั้งฝ่ายที่กระทำ ความผิดและฝ่ายที่ถูกล่วงละเมิด ศาลจะต้องนำมาตรการทางกฎหมายและใช้ทฤษฎีหรือหลักการที่เหมาะสม มาประกอบกับการพิจารณาในการลงโทษผู้กระทำความผิด และในขณะเดียวกันก็ต้องคุ้มครองเหยื่อทางเพศด้วยเช่นกัน มิฉะนั้นจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมด้วยกันทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตามการที่จะนำมาตรการทางกฎหมายหรือหลักการที่เหมาะสมมาใช้ให้เป็นบรรทัดฐาน นั้น จะต้องไม่ทำให้เกิดความสับสนต่อผู้ใช้กฎหมาย ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ผ่านมากับการใช้ดุลพินิจพิจารณา และพิพากษาลงโทษในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และความผิดฐานกระทำอนาจารนั้น ไม่มีความชัดเจนแน่นอน และยังไม่เป็นบรรทัดฐานในเรื่องขององค์ประกอบความผิดฐาน “กระทำชำเรา” นั้นว่าอยู่ตรงไหน แคไหน และเพียงใด ดังนั้นเพื่อเป็นการศึกษาค้นคว้าหามาตรการทางกฎหมายและทฤษฎีที่เหมาะสม กับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายได้อย่างถูกต้องไม่มีความคลาดเคลื่อน รวมทั้งบทลงโทษสำหรับผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่มีต่อผู้เสียหายดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอนำกฎหมายของต่างประเทศมาเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทย ในบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย มาเป็นแนวทางกับการศึกษาและวิจัยให้เห็นความชัดเจนยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การศึกษาในเรื่องของการพัฒนาแนวความคิดเกี่ยวกับคดีความผิดทางเพศ กรณีเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนักหรือทางปากให้มีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องศึกษาวัฒนธรรม และจารีตประเพณี รวมทั้งภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศนั้นๆ ว่า มีความคล้ายคลึงกับการที่จะนำมาพัฒนาประเทศของเราได้หรือไม่เพียงไร ทั้งนี้โดยการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายและขอบเขตของการพิจารณาระหว่างความผิดฐาน “กระทำชำเรา” กับความผิดฐาน “กระทำอนาจาร” ทั้งระบบกฎหมายของซวีลลอร์ และระบบกฎหมายของคอมมอนลอร์ ว่าระบบของประเทศใดมีการพิจารณาแยกองค์ประกอบความผิดออกจากกันอย่างชัดเจน รวมทั้งหลักทฤษฎีเหมาะสมที่จะนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในความผิดฐานดังกล่าวซึ่งมีประเทศต่าง ๆ ดังนี้

1.1 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษได้แบ่งความผิดทางอาญาออกเป็นสองประเภท คือ ประเภทที่ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องครั้งหนึ่งก่อน แล้วจึงมีการร่างฟ้องไปยังศาลสูงเพื่อให้มีการพิจารณาคดีหน้าคณะ ลูกขุนต่อไป (jury) ความผิดประเภทนี้ คือความผิดร้ายแรง ความผิดฐานกบฏ ความผิดเล็กน้อยและความผิดประเภท petty offences เป็นความผิดที่ไม่ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องและไม่ต้องมี ลูกขุนวินิจฉัยข้อเท็จจริง การกระทำความผิดกฎหมายอาญาของอังกฤษต้องมีองค์ประกอบที่จำคัญอยู่สองประการ คือประการแรกต้องเป็นการกระทำความผิดอาญา (actus reus) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก และประการที่สองเป็นการกระทำที่ต้องมีเจตนา (mens rea) เป็นองค์ประกอบภายใน ซึ่งถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งในสองประการนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น แต่มีความผิดบางประเภทที่กฎหมายสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนาเช่น ความผิดฐานก่อความเดือดร้อนรำคาญทั่วไป (public nuisance) ลักษณะของการกระทำคือ การก่อให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อน โดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาร้ายที่จะทำความรำคาญ เพียงแต่ผลแห่งการกระทำเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนแล้วก็ถือว่าเป็นความผิดในทางอาญา¹

กฎหมายอังกฤษถือว่า การกระทำความผิดฐานกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีและถือเป็นจารีตประเพณีที่ยึดถือกันมานาน เกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น กฎหมายอังกฤษถือว่าเป็นความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมเช่นเดียวกับหลายประเทศ อย่างไรก็ตามในคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายอังกฤษ จะมีลักษณะขอบเขตทั้งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละฐานดังนี้

ก) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

การกระทำชำเราตามกฎหมายอังกฤษ (the sexual offences act 1956) แบ่งออกได้เป็น 6 ประเภท คือ

(1) การกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย (rape)

ในเรื่องของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและความผิดฐานกระทำอนาจาร กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติอยู่ในกฎหมาย the sexual offences act 1956 : มีปรากฏอยู่ใน

¹ หลวงประเสริฐมนูกิจ. คำอธิบายกฎหมายประเทศแองโกลแซ็กซอน. กรุงเทพฯ: มหานคร, 2495, หน้า 54 – 65.

มาตรา 1 โดยได้กำหนดให้การข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดต่อเมื่อชายได้ร่วมประเวณีกับหญิง โดยหญิงไม่ยินยอมหรือทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นสามีของหญิง ซึ่งตามมาตรานี้ชายผู้กระทำ จะผิดหรือไม่อยู่ที่ความสมัครใจของหญิงและเป็นสาระสำคัญของการกระทำผิด สำหรับ กรณีที่ชายข่มขืนกระทำชำเราภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตนเอง จะไม่ทำให้เป็นความผิดตามกฎหมายนี้² เพราะความยินยอมที่ชายได้รับจากหญิงตั้งแต่ขณะสมรสนั้นเป็นสัญญาที่ให้ชาย สามารถกระทำการทางเพศกับหญิงได้แล้ว แต่หลังจากที่เกิดแนวความคิดในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ให้ชายผู้เป็นสามีเท่าเทียมกับหญิงผู้เป็นภรรยา การตัดสินใจอย่างอิสระในเรื่องของการร่วมประเวณี ภรรยาจึงไม่จำเป็นที่จะยินยอมให้สามีทำการร่วมประเวณีโดยไม่สมัครใจได้ ทุกครั้งไป³

สำหรับในเรื่องของการพิสูจน์ว่าจะเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือไม่นั้น ตามกฎหมายอังกฤษ (The Sexual offences Act 1956) วางหลักเรื่องการกระทำ (act us reus) ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยเพียงพิสูจน์ว่า มีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงก็เป็นการเพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดให้เยื่อพรหมจารีขาด⁴ หรือโดยไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งน้ำอสุจิก็นับเป็นการกระทำชำเราเช่นกัน กรณีนี้หากโจทก์พิสูจน์ไม่ได้ว่ามี การกระทำในลักษณะเช่นนั้นจำเลยจะมีความผิดเพียงฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา หรือความผิดฐานกระทำอนาจาร เท่านั้น (indecent assault) กรณีที่ชายข่มขืนกระทำชำเราโดยหญิงไม่ยินยอมนั้น อาจจะทำโดยการข่มขู่ว่าจะทำร้ายหรือชู้เชิญเพื่อให้หญิงร่วมประเวณีด้วยก็ได้⁵

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับเรื่องของความผิดอันเกี่ยวกับเพศ จะเห็นได้ว่าไม่ว่าประเทศใดก็ตาม ทั้งที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย ซิลวิลลอว์ แม้จะมีวัฒนธรรมที่แตกต่างกันกล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้ถูกล่วงละเมิดทางเพศมักจะมีความคล้ายคลึงกันหรือแทบจะเหมือนกันก็คือ ความผิดฐานกระทำชำเรา กล่าวคือต้องให้ได้ความว่ามีการเอาอวัยวะเพศเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงก็เพียงพอแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องเยื่อพรหมจารีขาดหรือมีน้ำอสุจิกลิ้นหรือไม่ ส่วนลักษณะของการข่มขืนโดยหญิงไม่ยินยอมนั้น อาจกระทำโดยการข่มขู่ว่าจะทำร้ายหรือชู้เชิญ เพื่อให้มีการร่วม

² รายละเอียดละเอียดเพิ่มเติมในคดี hale (1736) และคดี clarence (1888) 22 oBD 23.

³ Andrew Davies. ed, Halsbury's Statutes of England Walse Vol 12, 4 th edition. London Butterorth, 1994, p. 242.

⁴ รายละเอียดในคดี Russen (1777) 1 East PC 438.

⁵ ตามมาตรา 2 ของ The Sexual offences Act 1956.

ประเวณีโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการกระทำโดยการหลอกลวงหญิงก็ได้ และหญิงก็ไม่ได้ยินยอมอย่างแท้จริง หรือการกระทำของจำเลยอาจเป็นการกระทำให้หญิงเข้าใจว่าเป็นสามีของหญิง หรือได้กระทำในขณะที่หญิงนั้นนอนหลับ หรือไม่มีสติสัมปชัญญะ หรืออาจเป็นกรณีที่หญิงนั้นไม่สามารถเข้าใจในทางธรรมชาติของการกระทำนั้น หรืออาจเป็นผู้ไร้เดียงสาจนไม่สามารถเข้าใจของการกระทำดังกล่าว

สำหรับสาระสำคัญของเรื่องของการข่มขืนกระทำชำเราอีกประการหนึ่งที่ถือว่า เป็นองค์ประกอบสำคัญคืออาจมีการขู่ขู่ว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อให้หญิงนั้นยินยอมร่วมประเวณีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶หรือเป็นการกระทำที่หลอกลวงให้หญิงยินยอม⁷ก็ถือว่าเป็นความผิดแล้ว นอกจากนี้การวางยาหญิงโดยมีเจตนาทำให้หญิงไม่สามารถขัดขืนได้ก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ถึงกระนั้นก็ตามการที่จะพิสูจน์ว่าจำเลยผู้กระทำได้กระทำความผิดจริงหรือไม่นั้น ศาลจะไม่พิจารณาโดยอาศัยเพียงพยานบุคคลเท่านั้น

ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญซึ่งชี้ให้เห็นว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดจริง⁸ ดังที่กล่าวมาแล้วว่าการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของอังกฤษนั้น ต้องมีทั้งองค์ประกอบภายในคือการกระทำโดยเจตนา (mens rea) โดยรู้ว่าหญิงนั้นไม่สมัครใจหรือเห็นได้ว่าหญิงนั้นไม่สมัครใจ หรือผู้กระทำประมาทในการที่จะดูว่าหญิงนั้นให้ความยินยอมหรือไม่⁹ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบตามมาตรานี้จึงเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอังกฤษเน้นที่เจตนา (mens rea) ประกอบกับการกระทำนั้นผู้กระทำต้องรู้ว่าหญิงไม่ได้ให้ความยินยอม

⁶ ตามมาตรา 2 ของ The Sexual offences Act 1956 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดจัดหานางโดยการข่มขืนว่าจะทำร้าย หรือขู่ขู่เพื่อให้ร่วมประเวณีโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะกระทำ ณ ที่ใด เป็นความผิดตามมาตรา นี้ การข่มขืนอาจกระทำโดยการบอกหญิงนั้นว่า ถ้าไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณีจะไปบอกตำรวจว่าหญิงเคยกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ หรือขู่ว่าจะบอกแก่พ่อของหญิงว่าหญิงประพฤติน่าผิดอันเป็นการเสื่อมเสียศีลธรรมมาก่อน เช่นนี้เป็นต้น

⁷ ตามมาตรา 3 ของ The Sexual offences Act 1956 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดโดยตนเองหรือโดยให้ผู้อื่น หลอกลวงหญิงนั้นเพื่อให้ร่วมประเวณีโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะกระทำ ณ ที่ใด เป็นความผิดตามมาตรา นี้ “ การหลอกลวงอาจกระทำโดยการบอกหญิงว่าการกระทำชำเราเป็นการรักษาโรคร้ายได้และหญิงก็เชื่อโดยบริสุทธิ์ใจว่าสามารถ รักษาโรคร้ายได้จริง เป็นต้น

⁸ รายละเอียด (2) ของมาตรา 2 ถึงมาตรา 4 ของ The Sexual offences Act 1956

⁹ Smith and Hogan. Criminal Law, Cases and Materials 5 th edition, London : Butterworth, 1993 , p. 479.

สำหรับข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญซึ่งชี้ให้เห็นว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดจริง¹⁰ ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของอังกฤษนั้นต้องมีทั้งองค์ประกอบภายในคือการกระทำโดยเจตนา (mens rea) โดยรู้ว่าหญิงนั้นไม่สมัครใจหรือเห็นได้ว่าหญิงนั้นไม่สมัครใจ หรือผู้กระทำประมาทในการที่จะคิดว่าหญิงนั้นให้ความยินยอมหรือไม่ ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 1 จึงเห็นได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอังกฤษเน้นที่เจตนาและรู้ว่าหญิงไม่ยินยอมด้วย

(2) การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปี (Intercourse with girl under thirteen)

ในมาตรา 5 ของ The Sexual offences Act 1956 บัญญัติไว้ว่าชายใดที่กระทำชำเราเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นความผิดตามมาตรา 1 ลักษณะของการกระทำชำเราตามมาตรา 1 นี้จะมีลักษณะเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยา โดยชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือ แม้ผู้กระทำจะกระทำโดยเด็กหญิงยินยอมหรือไม่ก็ตาม ก็ถือว่าเป็นความผิดตามมาตรา 1 แต่การกระทำชำเราตามมาตรา 1 ก่อนเป็นการกระทำโดยหญิงไม่ยินยอมหรือไม่สมัครใจ

สำหรับองค์ประกอบสำคัญของการกระทำชำเรา คือต้องกระทำโดยเจตนาและโดยผู้กระทำได้รู้หรือได้สงสัยว่าหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ผู้กระทำจำต้องรับโทษสำหรับการกระทำดังกล่าว โดยต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำชำเราเด็กหญิงที่มีอายุต่ำกว่าสิบสามปีถือว่าเป็นการกระทำความผิดอุกฉกรรจ์ (felony) มีโทษจำคุกสูงถึงตลอดชีวิต

(3) การกระทำชำเราเด็กหญิงอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบหกปี (Intercourse with girl between thirteen and sixteen)

ตามมาตรา 6 ของ The Sexual offences Act 1956 บัญญัติว่าชายใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบหกปี โดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นความผิดตามมาตรา 1

ผู้กระทำชำเราตามมาตรา 1 นี้ ต้องกระทำโดยเจตนาและโดยรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปี ซึ่งเด็กหญิงไม่อาจให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายใด ๆ และชายจะอ้างเหตุผลสนับสนุนในความเชื่อว่าเด็กหญิงมีอายุมากกว่าสิบหกปี จึงกระทำชำเราก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน แต่ความผิดตามมาตรา 1 นี้ผู้กระทำอาจพิสูจน์ได้ว่าในขณะที่กระทำชำเราเด็กหญิงนั้นมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าเด็กหญิงนั้นเป็นภรรยาของตน อย่างไรก็ตามผู้กระทำอาจไม่เป็นความผิดถ้าผู้กระทำนั้น

¹⁰ ตามมาตรา 4 ของ The Sexual offences Act 1956 ซึ่งบัญญัติว่า " บุคคลใดใช้ยาหรือวางยาหรือก่อให้เกิดการใช้ยาต่อหญิงโดยเจตนาทำให้หญิงไม่สามารถขัดขืนได้"

อายุต่ำกว่าสี่สิบสี่ปี โดยไม่เคยทำความผิดเช่นนี้มาก่อนหรือผู้กระทำเชื่ออย่างบริสุทธิ์ใจว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบหกปีหรือมากกว่านั้น

ส่วนความผิดตามมาตราที่กำหนดว่า ชายใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุระหว่างสิบสามปีถึงสิบหกปีโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นความผิดตามมาตราที่กำหนดนี้ ส่วนองค์ประกอบความผิดของผู้กระทำชำเราตามมาตราที่กำหนดนี้ ผู้กระทำต้องกระทำโดยมีเจตนาและรู้ว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบหกปี ซึ่งเด็กหญิงไม่อาจให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายใดๆ ที่จะทำให้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดและชายจะอ้างเหตุผลสนับสนุนในความเชื่อที่ว่า เด็กหญิงนั้นมีอายุมากกว่าสิบหกปีจึงกระทำชำเราก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน แต่ผู้กระทำอาจพิสูจน์ได้ว่าในขณะที่ตนกระทำชำเราเด็กหญิงนั้น มีเหตุผลที่น่าเชื่อถือได้ว่าเด็กหญิงนั้นเป็นภรรยาตนและนอกจากนั้นผู้กระทำอาจจะไม่ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดถ้าบุคคลนั้นมีอายุต่ำกว่าสี่สิบเอ็ดปี และต้องมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบหกปี หรืออาจมากกว่าสิบหกปี¹¹ เมื่อพิจารณาตามมาตราที่ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายอังกฤษ คุ่มครองบุคคลผู้ที่กระทำผิดซึ่งมีอายุต่ำกว่า 21 ปี

(4) การกระทำชำเราหญิงพิการ (Intercourse with defective)

ตามมาตรา 7 ของ The Sexual offences Act 1956 กำหนดไว้ว่าชายใดที่กระทำชำเราหญิงพิการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เป็นผู้กระทำความผิดตามมาตราที่กำหนดนี้ การกระทำชำเราผู้พิการตามมาตราที่กำหนดนี้ ถ้าผู้กระทำความผิดไม่รู้ หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าหญิงนั้นเป็นผู้พิการหรือไม่ ผู้นั้นมิได้เป็นผู้กระทำความผิดตามมาตราที่กำหนดนี้

คำว่า “พิการ” ในที่นี้หมายถึงการที่บุคคลต้องทนทุกข์ทรมานจากสภาวะการหยุดยั้งหรือความไม่สมบูรณ์ในการพัฒนาจิตใจซึ่งจะรวมไปถึงความเสื่อมสภาพของสติปัญญาได้เสื่อมลงหรือไม่นั้น จะพิจารณาจากระดับสติปัญญาตามมาตรฐานของวิญญูชนนั้นเอง¹²

(5) การกระทำชำเราในระหว่างเครือญาติ (Incest by a man or by a woman)

ตามมาตรา 10 ของ The Sexual offences Act 1956 กำหนดว่าชายซึ่งกระทำชำเราหญิงโดยรู้ว่าหญิงนั้นเป็นหลานสาว บุตรสาว, พี่สาว, น้องสาว, หรือมารดา, เป็นความผิดตามมาตราที่กำหนดนี้

¹¹ R.v. Banks (1916) 2K. B. 621, R. v. Harrison, 26 Cr. App. R 166 ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน Harris. Criminal Law .12 t h edition, London Sweet and Maxwell, 1960, pp. 242 – 252.

¹² รายละเอียดเพิ่มเติมบทนิยาม “ Severe mental impairment” ตามมาตรา 1 (1) The Mental Health Act 1983”.

คำว่า “ พี่สาวหรือน้องสาว ” หมายถึง พี่สาวหรือน้องสาวต่างมารดาหรือต่างบิดา (half-sister) หรือพี่สาวหรือน้องสาวที่เป็นบุตรลับของบิดาหรือมารดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

คำว่า “ พี่ชายหรือน้องชาย ” หมายความว่ารวมถึง พี่ชายหรือน้องชายต่างมารดา หรือต่างบิดา (half-brother) หรือพี่ชายหรือน้องชายที่เป็นบุตรลับของบิดามารดาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สำหรับในความผิดฐานนี้โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่า จำเลยรู้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นญาติตามที่ระบุไว้ และความยินยอมของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดได้ และการฟ้องร้องคดีนี้ถ้าอัยการไม่เป็นโจทก์แล้วผู้ใดจะนำคดีมาฟ้องร้องจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมอัยการเสียก่อน จึงจะฟ้องได้ การตรวจสอบว่าหญิงและชายเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ “ เป็นญาติหรือไม่ ” กฎหมายสามารถตรวจสอบโดยใช้ความสัมพันธ์ทางสายเลือด ส่วนความยินยอมของหญิงที่ยอมให้ชายกระทำชำเรา นั้น เพียงพอที่จะไม่ลบล้างความผิดสำหรับการถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานกระทำชำเราในระหว่างเครือญาติ

สำหรับในความผิดฐานนี้โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่า จำเลยรู้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นญาติตามที่ระบุไว้ และความยินยอมของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดได้ และการฟ้องร้องคดีนี้ถ้าอัยการไม่เป็นโจทก์แล้วผู้ใดจะนำคดีมาฟ้องร้องจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมอัยการเสียก่อน จึงจะฟ้องได้¹³ การตรวจสอบว่าหญิงและชายเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ “ เป็นญาติหรือไม่ ” กฎหมายสามารถตรวจสอบโดยใช้ความสัมพันธ์ทางสายเลือด

ส่วนความยินยอมของหญิงที่ยอมให้ชายกระทำชำเรา นั้น เพียงพอที่จะไม่ลบล้างความผิดสำหรับการถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานกระทำชำเราในระหว่างเครือญาติ โดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดอนุญาตชายให้ดำเนินการเพื่อมีวัตถุประสงค์ดังกล่าว ความผิดตามมาตรานี้บัญญัติไว้สำหรับผู้ซึ่งเป็นหญิงที่มีอายุเกินสิบหกปี ถ้าผู้กระทำเป็นหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีกระทำการดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้

สำหรับเหตุผลที่กฎหมายของอังกฤษบัญญัติให้ การกระทำชำเราในระหว่างเครือญาติ เป็นความผิดตามกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากแนวความคิดในเรื่องของความน่าละอายในการกระทำนั้น ส่วนอีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้ไว้ให้เป็นความผิด ก็เพราะการเสี่ยงภัยในเรื่องของยีนส์ที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรม จะมีอันตรายสูงมากขึ้นนั่นเองและด้วยเหตุผลนี้เองทำให้การกระทำชำเราในเครือญาติไม่สามารถทำให้การแต่งงานสมบูรณ์ได้

¹³ หลวงประเสริฐมนูกิจ. คำอธิบายกฎหมายแพ่งอังกฤษ . หน้า 202.

(6) การกระทำชำเราโดยวิธฉกร (Buggery)

ตามมาตรา 12 ของ The Sexual offences Act 1956 ได้กำหนดไว้ว่าผู้ที่กระทำวิธฉกร โดยการกระทำชำเราบุคคลอื่น หรือกระทำต่อสัตว์ให้เป็นความผิดตามมาตรา

การกระทำชำเราโดยวิธฉกรนี้ถือว่าเป็นการกระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติ (an unnatural offence) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อบุคคลโดยกระทำทางทวารหนักต่อเพศชาย หรือต่อเพศหญิง หรือแม้กระทำต่อสัตว์ สำหรับพยานหลักฐานที่จะนำมาพิสูจน์ในเรื่องของการชำเรอกระทำชำเราตามมาตรานี้คือ การล่งล้าเข้าไปของอวัยวะเพศโดยไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งน้ำอสุจิ แต่การพิสูจน์กรณีชำเรอกระทำชำเรอนี้มีข้อยกเว้นอยู่สองประการคือประการแรก เป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับความยินยอมของบุคคลที่ให้มีการกระทำผิด และประการที่สอง คือหากผู้เสียหายให้ความยินยอมถือว่ามีผิดทั้งคู่โดยเท่าเทียมกัน ถ้าผู้กระทำฝ่ายหนึ่งเป็นเด็กชายอายุต่ำกว่าสิบสี่ปีถือว่าการกระทำอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้กระทำผิดเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น

ข้อสังเกตของมาตรานี้คือ การกระทำดังกล่าวอาจไม่เป็นความผิดถ้าหากเป็นกรณีที่ชายกรณินที่ให้ความยินยอมนั้นมีอายุเกินยี่สิบเอ็ดปี และได้มีการกระทำชำเราโดยวิธฉกรในที่รโหฐาน แต่ถ้าเป็นการกระทำต่อผู้ "พิการทางจิตใจอย่างร้ายแรง" จะไม่สามารถให้ความยินยอมได้ซึ่งผู้กระทำก็ยังคงรับผิดต่อการกระทำที่เกิดขึ้นและเป็นหน้าที่ของผู้กระทำผิด ที่จะพิสูจน์ว่าได้กระทำไปโดยไม่รู้ หรือไม่มีเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นเป็นผู้พิการ

คำว่า "ที่รโหฐาน" (private) หมายถึงสถานที่ที่บุคคลจำนวนมากกว่าสองคนขึ้นไปใช้เป็นสถานที่สำหรับพักอาศัยหรือสถานที่ใด ๆ ที่ใช้ทำกิจกรรมดังกล่าวร่วมกัน หรือเป็นการกระทำในห้องน้ำสาธารณะ ซึ่งหากมีการกระทำเช่นนี้ถือว่ามีผิดตามมาตรา

นอกจากนี้การกระทำชำเราโดยวิธฉกร ที่กระทำกับลูกเรือบนเรือสินค้าของสหราชอาณาจักร หรือบนเรือสินค้าของสหราชอาณาจักรลำอื่นก็เป็นความผิดด้วย ในคดีที่ผู้กรณินซึ่งมีอายุต่ำกว่ายี่สิบเอ็ดปีให้ความยินยอมหรือไม่นั้น อาจไม่ถูกนำไปใช้พิจารณาในชั้นศาลต่อไปได้เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากอธิบดีกรมอัยการ (Director of Public Prosecutions)

กรณินโทษสำหรับผู้กระทำผิดตามมาตรา 12 นี้ ผู้กระทำผิดต้องระวางโทษเป็นคดีฐานอุกฉกรรจ์ คือต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต แต่ถ้าเป็นการกระทำกับเด็กชายที่อายุต่ำกว่าสิบสี่ปี จะถือเป็นความผิดอุกฉกรรจ์แต่เฉพาะผู้กรณินอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น การศึกษาในมาตรานี้ผู้เขียนพบว่ากฎหมายอังกฤษได้แยกลักษณะความผิดของการชำเรอกระทำชำเราทางทวารหนักทั้งต่อชาย และต่อหญิงออกไว้โดยชัดเจน ซึ่งเป็นการคุ้มครองบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปีไม่ว่าผู้ถูกกระทำจะยินยอม หรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีตามกฎหมายอังกฤษได้คุ้มครองสำหรับผู้ที่มีอายุเกินยี่สิบเอ็ดปีหากการกระทำดังกล่าวเกิดจากความยินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย

ข) การกระทำอนาจาร (Indecent Assault)

การกระทำอนาจารของกฎหมาย The Sexual offences Act 1956 ที่กำหนดไว้เป็นความผิดนั้นแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ

(1) การกระทำอนาจารระหว่างผู้ชายด้วยกัน ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 13 ของ The Sexual offences Act 1956 เป็นการกำหนดให้ชายใดที่กระทำอนาจารกับชายอื่นไม่ว่าจะกระทำในสาธารณะสถานหรือในที่สาธารณะ หรือเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำผิด หรือเป็นผู้จัดให้มีการกระทำผิดเป็นผู้กระทำผิดตามมาตรา¹⁴

สำหรับการกระทำอนาจารต่อชายอื่น (Act of gross indecency with another man) กรณีของการมีความสัมพันธ์ทางร่างกายไม่ใช่สาระสำคัญสำหรับการกระทำผิดฐานนี้¹⁵ แต่การที่ชายสองคนถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องปรากฏว่ามีกรกระทำอนาจารกับชายอื่น ซึ่งผู้ที่กระทำผิดฐานนี้ทั้งสองคนอาจไม่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดได้ แต่ผู้กระทำต้องสามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการล้อเล่น¹⁶

การกระทำอนาจารในที่สาธารณะสถานหรือที่สาธารณะ (In public or private) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในที่สาธารณะสถานใด หรือที่สาธารณะที่ใดก็ตามถือว่าเป็นการกระทำผิดตามมาตรานี้เว้นแต่ในคดีความผิดฐานกระทำชำเราเพศเดียวกันบนเรือสินค้า (Homosexual) หรือเป็นการกระทำอนาจารกับชายอื่นหรือเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการกระทำผิดซึ่งการกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นความผิด ถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำไปโดยได้รับความยินยอม หรือสมัครใจจากบุคคลที่มีอายุตั้งแต่สิบเจ็ดปีขึ้นไปและได้กระทำในที่สาธารณะ สำหรับการเจ้าหน้าที่ให้มีการกระทำผิดตามมาตรานี้ ได้รวมถึงการเจ้าหน้าที่ให้มีการกระทำอนาจารกับผู้จัดหาด้วย ซึ่งความผิดจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้มีการกระทำอนาจารเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น¹⁷

ความผิดฐานกระทำอนาจารของกฎหมายอังกฤษตามมาตรา¹⁸ ผู้กระทำต้องระวางโทษสำหรับความผิดตามกระบวนการ Summarily¹⁸ หรือกระบวนการ Indictment¹⁹ แล้วแต่กรณี

¹⁴ Halsbury's Statute of England and Walse, supra note 3, p. 249.

¹⁵ คดี R. V. Hunt (1950) 2 ALL ER 291, 114 JP 382.

¹⁶ คดี R. V. Hornby and People (1946) 2 ALL ER 487.

¹⁷ คดี Cf R. v MacKenzei and Higgson 1910 75 JP 159.

¹⁸ เป็นกระบวนการพิจารณาคำเนินคดีโดยรวบรัดไม่ต้องมีการไต่สวนมูลฟ้อง

¹⁹ เป็นกระบวนการพิจารณาคำเนินคดีโดยต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องก่อน

(2) การกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อหญิง (Indecent assault on a woman)

การกระทำอนาจารต่อหญิง โดยใช้กำลังประทุษร้ายเป็นความผิดตามมาตรา 14 ของ (The Sexual offences Act 1956) การกระทำอนาจารต่อหญิงถ้าได้กระทำไปโดยหญิงให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ผู้กระทำไม่มีความผิดตามมาตรา 14 สำหรับการกระทำต่อหญิงที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปีไม่สามารถให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เว้นแต่หญิงผู้มีอายุสิบหกปีนั้นเป็นภรรยาของผู้กระทำความผิดโดยถูกเพิกถอนการสมรส ไม่ทำให้สามีมีความผิดทั้งนี้เนื่องจากผู้กระทำผิดมีเหตุผลและเชื่อว่าหญิงนั้นเป็นภรรยาของตน

อย่างไรก็ตาม การกระทำอนาจารต่อเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีซึ่งเป็นภรรยาของผู้กระทำความผิดที่ได้ถูกเพิกถอนการสมรส นั้นจะไม่ทำให้สามีมีความผิดเนื่องจากว่าถ้าหากผู้กระทำเชื่อว่าหญิงนั้นเป็นภรรยาของตน และต้องมีเหตุผลเพียงพอสำหรับความเชื่อเช่นนั้น และนอกจากนี้ถ้าเป็นการกระทำอนาจารต่อหญิงที่ทำการแม้หญิงจะให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าว ก็ไม่ให้ความยินยอมนี้ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะเป็นการปกป้องการกระทำที่เป็นอันตรายตามกฎหมายนี้

สำหรับผู้กระทำความผิดตามมาตรา 14 ต้องระวางโทษสำหรับการกระทำดังกล่าวโดยจะถูกพิจารณาตามกระบวนการ Summarily หรือกระบวนการ Indictment

(3) การกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อชาย (Indecent assault on a man) การกระทำอนาจารต่อชายโดยใช้กำลังประทุษร้ายเป็นความผิดตามมาตรา 15 ของ The Sexual offences Act 1956 การกระทำอนาจารต่อชาย ถ้าได้กระทำไปโดยชายผู้ถูกกระทำให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ผู้กระทำไม่มีความผิดแต่ถ้าเป็นการกระทำต่อชายที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี แม้ชายนั้นจะให้ความยินยอมตามกฎหมายก็ยังคงเป็นความผิดอยู่ นอกจากนี้การกระทำอนาจารต่อผู้พิการโดยการใช้กำลังประทุษร้าย ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปโดยไม่รู้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้พิการกรณี เช่นนี้ผู้กระทำไม่มีความผิด

ส่วนความผิดตามมาตรา 14 ผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยหญิงอาจถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อเด็กชายได้²⁰ แต่ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังประทุษร้าย หรือการกระทำในลักษณะที่มีเจตนาร้าย (a hostile act) จะเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดและจะไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับกรณีนี้ได้ ถ้าองค์ประกอบดัง

²⁰ คดี R. V. Hare (1934) I K. B. 354.

กล่าวหายไป²¹ ความผิดตามมาตรานี้ผู้กระทำต้องระวางโทษโดยจะต้องถูกพิจารณาคดีตาม กระบวนการ Summarily หรือกระบวนการ Indictment แล้วแต่กรณี

ค) หลักทฤษฎี “การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” กับความผิดฐาน “การกระทำชำเรา” (The commencement of Sexual Intercourse)

หลังจากที่ผู้เขียนได้ศึกษาหลักการพิจารณาความผิดฐานกระทำชำเรา และฐานกระทำอนาจารตามกฎหมายของอังกฤษแล้วเห็นว่า การพิจารณาลักษณะความผิดทั้งสองฐานนั้นไม่มีความซับซ้อนกัน นอกจากนั้นยังเป็นการแบ่งแยกในลักษณะความผิดเอาไว้อย่างชัดเจนกล่าว คือ การที่ศาลจะพิจารณาว่าลักษณะ หรือข้อเท็จจริงใด เป็นการกระทำความผิดฐานกระทำชำเรา หรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาโดยใช้หลักทฤษฎี “การกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” (The Proximity rule) ประกอบกับการพิจารณาเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งหมายถึงการกระทำนั้นจะต้องใกล้จะสำเร็จอย่างเห็นได้ชัดเจน หรือในทันทีทันใดนั้นการกระทำความผิดจะสำเร็จแล้ว และต้องเป็นการกระทำที่เลยขั้นการเตรียมกระทำความผิดดังกล่าว กับการพิจารณาในเรื่องของการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 1 ของอังกฤษ The Criminal Attempts Act 1958 ได้กำหนดความผิดฐานพยายามกระทำความผิดอาญาไว้ โดยกำหนดให้บุคคลที่กระทำความผิดโดยเจตนาและได้กระทำใด ๆ ไปมากกว่าการเตรียมกระทำความผิด ถือว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดแล้วอย่างไรก็ดี แม้ข้อเท็จจริงที่มีอยู่นั้น ไม่อาจทำให้การกระทำความผิดนั้นเป็นผลสำเร็จได้ก็ตาม บุคคลนั้นก็อาจถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้พยายามกระทำความผิดได้ หรือหากผู้กระทำเชื่อว่าข้อเท็จจริงนั้นมีอยู่จริง กรณีนี้เจตนาของผู้กระทำก็อาจนำมาพิจารณาประกอบในการพยายามกระทำความผิดได้ แต่ที่น่าสังเกตตามกฎหมายอาญาของอังกฤษคือ บุคคลที่จะถูกกล่าวหาว่าพยายามกระทำความผิดได้จะมีแต่เฉพาะคดีที่มีการประทุษร้ายต่อชีวิต ร่างกาย คดีฆาตกรรม หรือในคดีอื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในการไต่สวนมูลฟ้อง โดยอาจถูกตัดสินถึงขั้นให้จำคุกตลอดชีวิต แต่ถ้าเป็นการพยายามกระทำความผิดไม่เป็นความผิดตามมาตรานี้ ซึ่งจะต้องได้รับโทษตามความสมควรแล้ว แต่กรณีนี้อาจต้องนำไปสู่การดำเนินคดีโดยต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องหรือต้องดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว

ง) เรื่องของเจตนาในความผิดฐาน “กระทำชำเรา”

การพิจารณาเรื่องของการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอังกฤษ ต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนาร้าย (mens rea) ซึ่งรวมถึงภาวะทางจิตใจที่ตระหนกอยู่เสมอว่า ถ้าผู้กระทำ

²¹ ดูคดี Fairclough v. Whipp (1951) 35 C r. App .R .138 ,D. P. .P v. Rogers (1953) W. L. R. 1017.

ยังคงกระทำการใด ๆ ต่อไปจะทำให้ผลของการกระทำความผิดสมบูรณ์ หรือในสภาวะจิตใจของผู้กระทำในขณะนั้นรู้ว่าถ้ายังคงดำเนินการต่อไปจะมีผลให้การกระทำความผิดสมบูรณ์ ส่วนเจตนาร้ายนั้น (menace) สามารถพิสูจน์ได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่าผู้ถูกกล่าวหาจะต้องทราบ ว่า ถ้าผลของการกระทำของเขาถ้าไม่มีการขัดขวางโอกาสที่เขาจะกระทำผิดสามารถสำเร็จได้สูง หรือโอกาสที่จะให้การกระทำความผิดนั้นมีความสมบูรณ์²² สำหรับองค์ประกอบที่สำคัญในการทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือผู้กระทำจะต้องรู้ว่าผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมในลักษณะของการกระทำดังกล่าว และถ้าความคิดนั้นค่อนข้างมีน้ำหนักแล้วก็จะเห็นได้ชัดว่ามีความเสี่ยงที่ว่าผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอม²³ และการที่ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าว และผู้กระทำผิดได้กระทำชำเราหญิงแต่ไม่ประสบความสำเร็จ กรณีผู้เป็นคู่กระทำผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว²⁴

เกี่ยวกับการพิจารณาคดีของศาลการกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องประกอบด้วย (1) เจตนาของผู้กระทำผิดในการกระทำชำเราหญิงผู้เสียหายและ (2) การพิจารณาว่าได้มีการกระทำผิดลงไปแต่ถ้าพฤติการณ์ของการกระทำปรากฏว่า

(ก) หญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมและ

(ข) ผู้กระทำผิดรู้ว่าหญิงไม่ได้ให้ความยินยอม หรือประมาทที่จะดูว่าหญิงได้ให้ความยินยอมหรือไม่

สำหรับการวิเคราะห์ความแตกต่างของความผิดทั้งสอง คือถ้าเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ก็จะไม่มีความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา แม้จะมีการกระทำบางอย่างที่เลยขั้นตอนของการกระทำขั้นเตรียมที่จะกระทำชำเราแล้วก็ตาม การพิจารณาเรื่องเจตนาผู้กระทำผิดเท่านั้น จะเป็นตัวบ่งชี้ในความผิดทั้งการข่มขืนกระทำชำเราและพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

จ) การพิจารณา “ความผิดฐานกระทำชำเรา” (The commencement of sexual intercourse) ต้องได้ความว่ามีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง

นอกเหนือจากเจตนาในการกระทำผิดที่เป็นองค์ประกอบสำคัญ ในการพยายามกระทำผิดแล้ว การกระทำโดยเจตนาเป็นองค์ประกอบสำคัญอีกประการหนึ่งของการกระทำผิดแต่การกระทำขนาดใดจะเป็นการกระทำผิดนั้น กฎหมายอังกฤษจะกำหนดแบ่งแยกการ

²² Ibid, pp. 360 – 361.

²³ ดูคดี Pigg (1982) 2 All ER 591, (1982) Crim LR 446 CA and commentary.

²⁴ ดูคดี R. V. Khan and others (1990) 2 ALL ER 783, Court of Appeal.

ตระเตรียมการเพื่อกระทำความผิดออกจากการกระทำความผิด ในทางคอมมอนลอว์ถือว่าเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดเพียงพอที่จะประสบผลสำเร็จถือเป็นการกระทำความผิด ซึ่งต้องเป็นการกระทำที่มากไปกว่าขั้นการตระเตรียมกระทำความผิดดังนั้นการที่ นาย ก ได้กระทำการในขั้นตอนสุดท้ายและนาย ก ได้ลงมือกระทำความผิด หรือพยายามกระทำความผิดแล้ว แต่ถ้าหากการตระเตรียมโดยเจตนาที่จะกระทำความผิดเล็กน้อย (misdemeanor) ไม่เป็นความผิดอาญา²⁵

ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ต้องได้ความว่ามีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง²⁶ แล้วแต่ในการกระทำความผิดแล้วดังกล่าวเพียงปรากฏพยาน หลักฐานว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายและได้กระทำการใด ๆ ไปมากกว่าตระเตรียมการที่จะกระทำความผิดเช่นการหลุดลากหญิงไป การถอดกางเกงของผู้กระทำความผิดออกและขึ้นคร่อมบนตัวผู้เสียหายโดยเจตนาจะกระทำชำเราหญิงผู้เสียหาย²⁷ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาความผิดฐาน “การข่มขืนกระทำชำเรา” ตามกฎหมายอังกฤษโดยเทียบกับแนวคำพิพากษาของศาลไทยแล้ว เห็นได้ว่ามีการใช้ทฤษฎีความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) เช่นเดียวกัน การที่ศาลจะพิจารณาให้การกระทำใดเป็นการกระทำชำเราหรือไม่ ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวไป และเมื่อพิจารณาตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ศาลอังกฤษตัดสินให้การกระทำในลักษณะใดถือเป็นการกระทำความผิดหรือไม่นั้น เห็นว่าศาลอังกฤษยังคงยึดถือว่าต้องมีการกระทำความผิดซึ่งแสดงให้เห็นเจตนาของผู้กระทำความผิดอย่างชัดเจน ซึ่งการใช้ทฤษฎีดังกล่าวได้วางแนวคำพิพากษาดังนี้แล้ว อาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความปลอดภัยได้เนื่องจากการที่ผู้กระทำความผิดได้หลุดลากผู้เสียหายไปนั้น น่าจะเห็นได้ชัดเจนว่าผู้เสียหายได้รับภัยอันตรายแล้ว แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวยังไม่ใกล้ชิดเพียงพอที่จะเป็นความผิดได้ ศาลอังกฤษจึงกำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเรา ดังนั้นการนำหลักความใกล้ชิดต่อผลมาใช้เป็นหลักวินิจฉัยคดีนั้น อาจทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือได้รับความปลอดภัยจากชีวิตและร่างกายตามที่ควรจะได้รับ อย่างเหมาะสม

²⁵ Ibid , p. 364.

²⁶ ดูคดี AG's Reference (No 1 of 1992) (1993) 2 ALL ER 190 , (1993) Crim LR 274.

²⁷ ดู Cf commentary, (1993) Crim LR 276 .

1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในข้อ 213 โดยแบ่งแยกลักษณะของการกระทำไว้เป็น 7 มาตรา ซึ่งเริ่มตั้งแต่มาตรา 213.0 ถึง มาตรา 213.6 สำหรับความผิดอันเกี่ยวกับเพศของกฎหมายอเมริกันนั้นเหมือนกับอังกฤษกล่าวคือ มีการแยกองค์ประกอบความผิดฐานกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจารไว้เช่นกัน ส่วนกฎหมายสหรัฐอเมริกาได้มีการแยก องค์ประกอบความผิดระหว่างกระทำชำเรากับความผิดฐานอนาจารไว้อย่างไว้นั้น สามารถอธิบายในรายละเอียดดังนี้คือ

ก) การกระทำชำเรา (Rape)

กระทำชำเราตามกฎหมาย model penal code ของสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

(1) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน ตาม (1) ของมาตรา 213.1 ของ model penal code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน จะถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยข่มขู่จะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการใช้อายาทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสหรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิงหรือทำให้บุคคลใดได้รับความทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใช้อายาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีการใช้อายา หรือโดยการใส่ของมีนเมา หรือโดยใช้วิธีการอื่นใด เพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติหรือกระทำกับหญิงที่มีอายุ 10 ปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังหมายความรวมถึงการกระทำชำเราทั้งหมด หรือบางส่วน และรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ²⁸

ตามมาตรา 213.1 (1) เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราของกฎหมายสหรัฐได้แบ่งความผิดเป็นประเภทอุกฉกรรจ์ (felony) ออกเป็นสามระดับคือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นคดีอุกฉกรรจ์อยู่ในระดับที่สองเว้นแต่กรณีที่ถูกผู้เสียหายได้รับอันตรายสาหัส ถ้าเป็นการกระทำที่ผู้เสียหายมิได้สมัครใจให้ผู้กระทำความผิดที่กระทำการใด ๆ ทางเพศเป็นคดีอุกฉกรรจ์ในระดับแรก (a felony of the first degree)²⁹ นอกจากนี้มาตรานี้ ยังได้บัญญัติว่าถ้าผู้กระทำความผิดข่มขืน

²⁸ ดูตามมาตรา 213.0 (2) ของ Model Penal Code

²⁹ ดูตามมาตรา 213.0 วรรคสองของ Model Penal Code

กระทำซ้ำเราโดยการใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยการหลอกลวง (Gross Sexual Imposition) ซึ่งเป็นการกระทำต่อหญิงที่มีใช้ภรรยาของตนเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม (a felony of the third degree) สำหรับกรณีนี้หมายถึงกรณีที่ชายบังคับให้หญิงยอมจำนน ด้วยการข่มขู่เพื่อป้องกันการต้านทานจากหญิง และเป็นการฝ่าฝืนความตั้งใจของหญิง หรือชายรู้ว่าหญิงนั้นทนทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางจิตใจ หรือหญิงนั้นมีปมด้อยโดยทำให้หญิงไม่สามารถรู้ว่าการที่กระทำไปนั้นผิดหรือถูก หรือชายรู้ว่าหญิงมิได้ใช้ความระมัดระวังที่ตนกำลังกระทำ ความผิดต่อหญิงและทำให้หญิงยอมรับการกระทำโดยคิดว่าชาย คือสามีของตน

หลังจากที่ได้พิจารณาตามบทบัญญัติของมาตรา 213.0 (2) ซึ่งบัญญัตินิยามว่า “กระทำซ้ำเรา” ไว้ประกอบกับมาตรา 213.1 แล้วจะเห็นได้ว่า การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการคือ (1) ต้องมีการกระทำซ้ำเราโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (2) โดยการใช้กำลังบังคับและ (3) ต้องการความยินยอมของผู้เสียหาย ส่วนการพิจารณาสาระสำคัญตาม (1) จะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นที่พอใจว่ามีการผ่าน หรือล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ และองค์ประกอบในเรื่องการใช้กำลังบังคับ และความยินยอมของหญิงนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ ถ้าความจำเป็นในเรื่องการใช้กำลังหมายถึงได้กระทำการขูดลอกทุกสิ่งทุกอย่างก็เป็นที่น่าใจได้ว่า การใช้กำลังบังคับนั้นมีความสำคัญมากที่จะทำให้การล่วงล้ำของอวัยวะเพศประสบความสำเร็จได้ และเมื่อความยินยอมนั้นได้ถูกละเมิดแล้วศาลจะวินิจฉัยว่า ได้มีการล่วงละเมิดโดยการใช้อำนาจทำร้ายด้วยแล้ว สำหรับทางพิจารณาจะต้องปรากฏด้วยว่า “ความต้านทานของหญิงนั้น” จะต้องมีความต้านทาน ติดต่อกันไปอย่างต่อเนื่องกระทั่งความผิดสำเร็จ³⁰ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันหญิงจากการข่มขืนอื่นจะทำให้หญิงไม่ได้รับความปลอดภัย³¹ การข่มขืนเช่นว่านั้นอาจเป็นกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการขูดลอกหญิงไม่ได้รับความปลอดภัย ซึ่งอาจเป็นการยากที่จะพิจารณาในองค์ประกอบความผิดที่สาม ในเรื่องความยินยอม

(2) การข่มขืนกระทำซ้ำเราเบี่ยงเบน (Deviate Sexual Intercourse)

ตามมาตรา 213.2 ของ model penal code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศ ด้วยการใช้อำนาจหรือโดยการหลอกลวง ได้แก่การที่บุคคลใดซึ่งเป็นผู้มีความเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่น หรือเป็นสาเหตุให้ผู้อื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศมีความผิด

³⁰ ดูคดี Reidhead v. State 31 Ariz 70 72 250 p 366 367 1926

³¹ ดูคดี Hazel v. Stat, 221 Md. 464, 469, 157 A 2d 922 925 (1960)

ฐานกระทำอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง การกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำโดยการใช้อำนาจบังคับผู้
อื่น หรือข่มขู่ว่าจะทำร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ทำให้ได้รับบาดเจ็บสาหัส หรือทำให้บุคคลอื่นได้
รับบาดเจ็บ หรือเป็นการทำให้บุคคลที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยง หรือขัดขืนได้โดยการใช้อำนาจ หรือโดยการ
ใช้ของมีคม หรือเป็นการกระทำโดยวิธีอื่นใดเพื่อหลีกเลี่ยงการทำอนาจาร หรือเป็นการทำให้
บุคคลนั้นหมดสติ หรือเป็นการทำกับบุคคลที่อายุน้อยกว่าสิบสี่ปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรา
โดยการเบี่ยงเบนอาจกระทำโดยการหลอกลวงบุคคลอื่น หรือเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นเกิดการเบี่ยง
เบนทางเพศ ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดในชั้นอุกฉกรรจ์ในระดับที่สามเช่น การบังคับบุคคล
อื่นให้มีส่วนร่วมด้วยในการกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำได้กระทำโดยการข่มขู่เพื่อป้องกันมิให้มีการ
ขัดขวาง หรือกระทำโดยรู้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถรู้ผิดชอบทางจิตใจ ในการกระทำ

การกระทำชำเราเบี่ยงเบนตามที่ได้กล่าวมานั้น หมายถึงการกระทำชำเราทางปาก หรือ
ทางทวารหนักระหว่างบุคคลต่อหญิงหรือชาย ซึ่งมีไข้สามมีและภรรยาและหมายถึงการร่วมเพศกับ
สัตว์ด้วย³² เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า “การกระทำชำเราโดยการ
เบี่ยงเบนทางเพศ” นั้นเป็นการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ(sodomy) ได้แก่ การกระทำชำเราทาง
ปาก หรือทางทวารหนักระหว่างบุคคลซึ่งมีไข้สามมีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งการ
กระทำต่อสัตว์ด้วย การพิสูจน์การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน หรือผิดธรรมชาติมนุษย์นี้ แม้การ
พิสูจน์ในเรื่องการเข้าไบนั้นเป็นสาระสำคัญขององค์ประกอบความผิดก็ตาม แต่ถ้าการผ่านเข้าไป
แม้เพียงบางส่วนนั้นไม่อาจทำให้ความผิดสมบูรณ์ได้ถ้าผู้กระทำความผิดใช้นิ้วมือหรือใช้อวัยวะอื่น
ใดของร่างกายกระทำแทนจะลงโทษผู้กระทำความผิดได้

สำหรับในกรณีที่บุคคลใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำต่อสัตว์ หรือกระทำต่อ
ชาย หรือกระทำต่อหญิงทางทวารหนัก หรือทางปาก หรือยอมรับการสนองความใคร่ของตนโดยสมัคร
ใจ บุคคลนั้นจะต้องรับผิดฐานอุกฉกรรจ์ และต้องถูกลงโทษให้เข้ารับการตัดสินคดีเป็นระยะเวลา
ไม่ต่ำกว่าหนึ่งปีและไม่เกินสามปี แต่ถ้าบุคคลนั้นเพื่อสนองความใคร่ของตนได้ใช้อำนาจบังคับชาย
หรือหญิง เพื่อกระทำชำเราทางทวารหนักหรือทางปาก บุคคลนั้นจะถูกกล่าวหาว่ากระทำอุกฉกรรจ์
จะถูกลงโทษเข้ารับการตัดสินคดีไม่ต่ำกว่า สามปีและไม่เกินสิบปี

(3) การกระทำชำเราต่อบุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะและการล่อลวงไปเพื่อให้เกิดความ
เสียหาย (Corruption of Minors and Seduction)

ตามบทบัญญัติในมาตรา 213.3 ของ Mode Penal Code ได้บัญญัติให้ชายที่กระทำ
ชำเราหญิง ซึ่งมีไข้ภรรยาของตนหรือผู้ใดมีการเบี่ยงเบนทางเพศมีความผิดถ้าได้กระทำกับบุคคลที่

³² ดูมาตรา 213.0 (3) ของ Mode Penal Code

มีอายุต่ำกว่าสิบหกปีและผู้กระทำมีอายุมากกว่าอย่างน้อยสี่ปี หรือได้กระทำกับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่าสิบเอ็ดปี และผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ต้องดูแล หรือรับผิดชอบควบคุมสวัสดิภาพทั่วไป หรือได้กระทำต่อผู้ที่อยู่ในความดูแลปกครองตามกฎหมาย หรืออยู่ในสถานควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานที่อื่นใดและผู้กระทำความผิดเป็นผู้ควบคุมของโรงพยาบาล หรือสถานที่อื่นใด และผู้กระทำความผิดเป็นผู้ควบคุมดูแล หรือมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำนั้น หรือได้กระทำต่อหญิงโดยหญิงยินยอมเนื่องจากชายได้ให้สัญญาว่าจะแต่งงานด้วยแต่ผู้กระทำผิดก็ไม่ได้ปฏิบัติตาม ผู้ที่กระทำผิดตามมาตรานี้จะได้รับโทษในคดีเล็กน้อย เว้นแต่ในกรณีกระทำการซ้ำกระทำซ้ำเราหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษสำหรับคดีอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม

ส่วนเรื่องความสำคัญผิดเกี่ยวกับอายุของผู้เสียหายนั้น ถ้าผู้กระทำความผิดไม่รู้หรือไม่มีความเห็นสมควรจะรู้ว่าเด็กนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปีผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมในตัวของเด็ก ซึ่งจะต้องพิสูจน์โดยซึ่งพยานหลักฐานว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่าเด็กนั้นมีอายุมากกว่าที่เป็นจริง³³³⁷ ในเรื่องความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงของอายุผู้เสียหายนี้ ตามแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยยังเห็นว่า ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงยอมเป็นข้อแก้ตัวให้กับผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงตามมาตรา 62 นั้น หากชายทำการซ้ำกระทำซ้ำเราเด็กที่มีอายุไม่เกินสิบห้าปีโดยสำคัญผิดว่าเด็กนั้นอายุเกินสิบห้าปี ชายก็ต้องรับผิดฐานซ้ำกระทำซ้ำเราตามมาตรา 276 ไม่ใช่ตามมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ข) การกระทำอนาจาร (Sexual assault)

เพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อการศึกษาผู้เขียนจึงจำเป็นต้องนำบทบัญญัติใน มาตรา 213.4 ของ Model Penal Code ในเรื่องของความผิดฐานกระทำอนาจารมาอ้างอิงเพื่อแยกลักษณะของการกระทำให้ชัดเจน ซึ่งตามมาตรานี้ได้บัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ โดยกำหนดให้ผู้กระทำอนาจารกับบุคคลอื่นซึ่งมิใช่สามี ภรรยา หรือก่อให้เกิดบุคคลอื่นมีการกระทำทางเพศด้วยนั้นให้มีความผิดฐานกระทำอนาจาร ต้องรับโทษเพียงเล็กน้อย การกระทำอนาจารอาจกระทำโดยที่บุคคลอื่นนั้นรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น หรือผู้กระทำรู้ว่าบุคคลอื่นมีความทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางจิตใจ หรือเป็นผู้พิการ ทำให้ผู้นั้นไม่สามารถรู้สภาพของการกระทำนั้น ๆ หรือผู้นั้นรู้ว่าผู้อื่นไม่รู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด หรือรู้ว่าบุคคลดังกล่าวมีอายุน้อยกว่าสิบปี หรือผู้กระทำได้กระทำโดยใช้กำลังบังคับผู้อื่นให้อยู่ในความควบคุมโดยการใช้อายหรือของมีเงินมา เพื่อให้อยู่ในความควบคุม หรือได้กระทำโดยใช้วิธีอื่นใดเพื่อให้อีกฝ่ายนั้นไม่สามารถ

³³ ดูมาตรา 213. 6. (1) ของ Model Penal Code Proposed official draft, (Philadelphia, 1962)

ด้านทานได้ หรือได้กระทำต่อบุคคลอื่นที่มีอายุน้อยกว่าสิบหกปีและผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าอย่างน้อยสี่ปี หรือเป็นการกระทำต่อผู้ที่มีอายุน้อยกว่าสี่สิบเอ็ดปี และผู้กระทำมีหน้าที่ต้องปกครองดูแล หรือมีหน้าที่ต้องดูแล สวัสดิภาพโดยทั่วไป หรือกระทำต่อบุคคลอื่นที่อยู่ในความดูแล ปกครองตามกฎหมาย หรืออยู่ในความควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานที่อื่นใด และผู้กระทำความผิดเป็นผู้ควบคุมดูแลหรือมีอำนาจเหนือผู้ถูกกระทำนั้น สำหรับลักษณะของการกระทำอาชญากรรมตามมาตรานี้คือการสัมผัสใดๆ ในทางเพศหรือการกระทำโดยใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย โดยมีจุดประสงค์เพื่อกระตุ้นให้เกิดความต้องการทางเพศ และถ้าได้กระทำกับบุคคลตามที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นแล้วนั้นผู้กระทำความผิดจะต้องถูกกล่าวหาว่ากระทำอาชญากรรมตามมาตรานี้

ค) หลักทฤษฎี “ขั้นตอนที่สำคัญของการกระทำนั้น” กับความผิดฐาน “กระทำชำเรา” (the commencement of sexual intercourse)

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักในเรื่องของการพิจารณาโทษผู้กระทำความผิด โดยใช้หลักทฤษฎี “ขั้นตอนที่สำคัญของการทำความผิดนั้น” the substantial step rule โดยที่หลักดังกล่าวได้จัดทำโดยสถาบันกฎหมายอเมริกัน the American Law Institute เพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่างๆ นำไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งเรียกว่า “Model Penal Code” ซึ่งเดิมสหรัฐอเมริกาใช้ทฤษฎีหลักความใกล้ชิดต่อผลและไทยก็ใช้หลักนี้เช่นกัน แต่เนื่องจากหลักดังกล่าวไม่มีความชัดเจนแน่นอนดังที่กล่าวมาแล้ว สหรัฐอเมริกาจึงเปลี่ยนใหม่ แต่ไทยยังคงใช้หลักทฤษฎี “ความใกล้ชิดต่อผล” เหมือนเดิม³⁴

อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องของความคุ้มครองผู้ที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศเพื่อนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับ การคุ้มครองตามกฎหมายอาญาของไทย ผู้เขียนจึงต้องยกกฎหมายมาตร 5.10 ของ Model Penal code ที่กำหนดว่าผู้กระทำได้กระทำการใดลงไปบ้าง จึงจะเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ ซึ่งได้กำหนดแนวทางไว้ 7 อย่างดังนี้

(1) การดักรอ การตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหาย เหตุผลเพราะการกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอันตรายได้เกิดขึ้นถึงระดับที่ควรจะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้แล้ว ซึ่งหากนำหลักความใกล้ชิดต่อผลมาประกอบการพิจารณาแล้ว การกระทำดังกล่าวยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิด เพราะยังไม่ใกล้ชิดต่อผล

³⁴ ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2491 หน้า 13860. การพยายามกระทำความผิด คือการกระทำที่ “ได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้ว”

(2) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด เหตุผลเนื่องจากการกระทำดังกล่าวแสดงออกถึงความมุ่งหมายอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดและสื่อให้เห็นอย่างชัดเจนถึงภัยอันตรายของตัวผู้กระทำการนั้น

(3) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด เหตุผลเพราะ การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงเจตนาอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด เพราะเป็นการตรวจสอบว่าจะมีอุปสรรคใดๆมาขัดขวางการกระทำความผิดหรือไม่ เพื่อเป็นการกำหนดถึงวิธีการที่จะทำให้การกระทำความผิดเป็นไปได้อย่างราบรื่น

(4) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยานพาหนะ หรือสถานที่ซึ่งมีรั้วกันไว้ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะกระทำความผิดในสถานที่นั้น เหตุผลเพราะการกระทำดังกล่าวแม้จะยังไม่ชัดเจน แต่ก็แสดงให้เห็นได้ว่า ผู้ที่เข้าป่านั้นมีเจตนาที่จะกระทำความผิดแล้ว เช่น เปิดประตูเข้าไปในรถของผู้อื่นที่จอดอยู่ แม้จะยังไม่ได้แตะต้องของมีค่าใดๆในรถนั้นก็ตาม

(5) การครอบครองวัตถุใดๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาใช้ในการกระทำความผิดโดยเฉพาะ หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครอง ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆโดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น

(6) การครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งใดๆ เพื่อใช้ในการกระทำความผิดในสถานที่หรือใกล้กับสถานที่ซึ่งมีเจตนาที่จะใช้ในการกระทำความผิด เมื่อการครอบครอง การรวบรวมหรือการปลอมแปลงสิ่งนั้นๆ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆโดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สภาพการณ์เช่นนั้น

(7) การใช้ บังคับ หรือจ้าง วาน โดยให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิด

การกระทำที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดนี้ หากนำมาพิจารณาตามทฤษฎี “ความใกล้ชิดติดต่อผล” มีบางขั้นตอนเท่านั้นถือว่าเป็นการพยายามกระทำความผิด เพราะถือว่าผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้ายในการกระทำความผิดแล้ว ตัวอย่างเช่น การหลอกให้ฝากองฟาง โดยผู้ถูกหลอกหลงเชื่อว่าองฟางเป็นของผู้หลอก แม้ยังไม่ทันจุดไฟเผา ผู้หลอกก็มีความผิดฐานพยายามวางเพลิงแล้ว

หลักต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดนั้น มลรัฐต่างๆของสหรัฐอเมริกาได้ใช้เป็นแนวทางต่อการบัญญัติกฎหมาย โดยหลักนี้เป็นที่ยอมรับเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับในศาลของสหรัฐและมลรัฐต่างๆ รวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐต่างๆ ด้วย³⁵

สำหรับกรณีการพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น อันดับแรกต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาที่จะกระทำความผิดเพราะเป็นองค์ประกอบสำคัญในการกระทำความผิดซึ่งเจตนาไม่ใช่องค์ประกอบความผิดธรรมดาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่รวมถึงความผิดฐานพยายามกระทำชำเราซึ่งบรรล่องค์ประกอบในเรื่องของเจตนา³⁶ ในความผิดฐานพยายามกระทำชำเรา นี้ ซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้จับเด็กหญิงอายุ 7 ปี นั่งบนก้อนหินและพูดชักชวนให้ร่วมกระทำชำเราและในเวลาเดียวกันนั้นได้ปลดกระดุมเสื้อคลุมกันหิมะของเด็กหญิงออก แต่เด็กหญิงร้องให้ปล่อยตนไว้แต่เพียงลำพัง จำเลยจึงไม่ได้กระทำการใดๆ ต่อไป กรณีเช่นนี้ผู้ต้องหาถูกจัดในข้อหาพยายามกระทำชำเรา แม้พยานหลักฐานจะไม่เพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเรา แต่ข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กหญิงได้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำความผิด และไม่มีเหตุการณ์ภายนอกใดๆมาขัดขวางการกระทำไม่ให้สำเร็จเป็นผลสมบูรณ์ได้ แต่การกระทำที่เหมาะสมดังกล่าวได้สิ้นสุดลงโดยเด็กหญิงนั้นได้ร้องขอ³⁷ การกระทำของจำเลยได้กระทำความผิดฐานพยายามกระทำชำเราแล้ว ตามหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ

เมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงในคดีจะเห็นได้ว่าเด็กหญิงนั้นจะได้รับอันตรายแล้ว เพราะการกระทำที่จำเลยได้ปลดเสื้อคลุมกันหิมะของเด็กหญิงออกมา แม้จำเลยจะมีได้กระทำๆ ต่อไปเนื่องจากเด็กหญิงร้องให้ปล่อยตนเองไว้ตามลำพัง กรณีนี้ถ้าหากจำเลยไม่ได้ปล่อยหญิงออกมาก็เป็นไปได้ที่เด็กหญิงนั้นจะได้รับอันตรายจากการกระทำของจำเลยแล้ว และการกระทำดังกล่าวจำเลยได้กระทำมากไปกว่าการเตรียมการกระทำความผิดแล้ว ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานพยายามกระทำความผิด

³⁵ George E. Dire. Criminal, Gilbert Law Summaries. Harcourt brace Legal And Professional Publications Inc, 1997, p. 127.

³⁶ คดี State v. Curry 430 Ohio St 66 72 Ohio OP 37 330 N E 2d 720 724-25 1975

³⁷ คดี State v. Marting, 88 S. D. 369, 220 N. W. 2d, 530, 531 (N D 1974) และ คดี Logan v. State 263 A 2d 266, 271 (me 1970).

2 ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law)

2.1 ประเทศเยอรมนี

ก. การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ (Rape and Sexual Abuse)

การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศตามกฎหมายเยอรมันแบ่งลักษณะของการกระทำออกเป็น 6 ประเภท คือ

(1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

บัญญัติในมาตรา 177 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราไว้ โดยกำหนดให้ผู้ใดข่มขืนใจหญิงให้มีการกระทำชำเรานอกสมรสกับบุคคลนั้นเอง หรือกับบุคคลที่สาม โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะทำให้ได้รับอันตรายถึงชีวิตหรือแก่ร่างกายจะถูกลงโทษไม่ต่ำกว่าสองปีเมื่อพิจารณาการกระทำความผิดดังกล่าว จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบความผิดที่สำคัญของมาตรานี้ คือต้องมีการกระทำชำเราหญิงอาจเป็นการกระทำ โดยผู้ที่ข่มขืนใจหญิงเพื่อให้มีการกระทำกับตนเอง หรือเป็นการข่มขืนใจเพื่อให้กระทำกับบุคคลอื่น การข่มขืนใจนั้นอาจทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำโดยให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าว ผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าได้กระทำชำเรากับหญิงที่มีอายุของตนเอง

(2) การกระทำชำเราในเครือญาติ (Incest)

ตามบทบัญญัติในมาตรา 173 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราในเครือญาติไว้ โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำชำเรากับผู้สืบสันดานซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกชั้นสูงสามปีขึ้นไป หรือถูกปรับ หรือผู้ซึ่งกระทำชำเรากับบุพการีที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกชั้นสูงสองปีขึ้นไป หรือถูกปรับด้วยเช่นกัน และบทบัญญัติยังใช้อยู่แม้ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะหายไป รวมทั้งกรณีเป็นการกระทำชำเราระหว่างพี่ชายหรือน้องชายและพี่สาวหรือน้องสาวด้วย อย่างไรก็ตามการกระทำของผู้สืบสันดานหรือของพี่ชายหรือน้องชาย หรือพี่สาวหรือน้องสาวซึ่งอายุยังไม่ถึงสิบแปดปีไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัตินี้

(3) การล่วงละเมิดทางเพศกับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง

(Sexual abuse on those in a dependent position)

ตามบทบัญญัติในมาตรา 174 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองไว้ โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำผิดทางเพศต่อผู้อายุไม่เกินสิบหกปี ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองดูแลหรือให้การศึกษาหรือกระทำต่อบุคคลซึ่ง

มีอายุไม่เกินสิบแปดปี ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองดูแลหรือให้การศึกษา หรือเป็นการกระทำต่อผู้ให้ การช่วยเหลือหรือสนับสนุนต่อผู้กระทำความผิดในหน้าที่การงานการจ้าง โดยการใช้อำนาจหน้าที่ ในทางผิดต่อการปกครองดูแลหรือการให้การศึกษาการทำงานหรือการจ้างงานหรือเป็นการกระทำ ต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีหรือถ้าบุคคลได้อนุญาตให้บุคคลดังกล่าว กระทำการทางเพศกับตน จะถูกลงโทษด้วย

(4) การล่วงละเมิดทางเพศต่อนักโทษที่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแล ของ แพทย์ (Sexual abuse of prisoners, those in authorized custody or patients in medical institutions)

ตามบทบัญญัติในมาตรา 174 a ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศซึ่งเป็นการกระทำโดยละเมิดต่อตำแหน่งหน้าที่ โดยการกระทำความผิดทางเพศต่อนักโทษหรือต่อผู้ที่อยู่ในความควบคุมดูแล หรือกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความเลี้ยงดูแลให้การศึกษาหรือการให้การดูแล หรือผู้ใดได้กระทำละเมิดต่ออำนาจหน้าที่ของตนโดยอนุญาตให้นักโทษหรือบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในความควบคุมกระทำทางเพศต่อผู้นั้น หรือในการกระทำโดยละเมิดต่อคนไข้ที่อยู่ในสถานพยาบาล เนื่องจากความจำเป็นเพราะความเจ็บป่วยโดยใช้ประโยชน์จากความเจ็บป่วยในการกระทำความผิดทางเพศ หรืออนุญาตให้ผู้ป่วยกระทำทางเพศกับผู้นั้น เป็นความผิดตามมาตรา นี้ การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้

(5) การล่วงละเมิดทางเพศโดยใช้ประโยชน์จากความสัมพันธ์ทางหน้าที่การงานตามกฎหมายมหาชน (Sexual abuse by exploitation of public law functions)

ตามบทบัญญัติในมาตรา 174 b ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน ได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเรา โดยการใช้ประโยชน์ในตำแหน่งหน้าที่การงานกระทำผิด ทางเพศโดยบัญญัติให้ผู้รับราชการซึ่งในขณะดำรงตำแหน่งในอาชีพดังกล่าวได้จัดการ หรือดำเนินการใด ๆ ในทางอาญา หรือทางคำสั่งที่เป็นมาตรฐานต่อการฟื้นฟูความปลอดภัยซึ่งเกี่ยวข้องกับการถอดถอนอิสระ หรือคำสั่งในการจับกุมซึ่งเป็นการกระทำโดยละเมิดต่อการกระบวนกร ถ้าได้กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรง หรืออนุญาตให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลนั้นจะถูกลงโทษจำคุกห้าปีขึ้นไป หรือถูกปรับและการพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

(6) การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก (Sexual abuse of children)

ตามบทบัญญัติในมาตรา 176 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือผู้ได้อนุญาตให้เด็กกระทำความผิดเช่นเดียวกันนั้นกับบุคคลนั้น หรือเป็นการกระทำโดยการชักชวนเด็กให้กระทำความผิดเกี่ยวกับ

เพศ ต่อผู้อื่นหรืออนาจารฐานให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็กเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา นี้ การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติถึง

ข. ความผิดสำเร็จฐาน “กระทำชำเรา” (Commencement of Sexual Intercourse) การลงมือกระทำความผิด หรือการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน เกิดขึ้นเมื่อบุคคลได้เคลื่อนไหว โดยตรงเพื่อให้เกิดความสำเร็จซึ่งเป็นไปตามความคิดที่จะกระทำผิดอาญาของบุคคลนั้น³⁸ การพยายามกระทำความผิดขั้นอุกฉกรรจ์จะถูกกำหนดให้ลงโทษเสมอ ขณะที่การพยายามกระทำความผิดในคดีเล็กน้อยจะถูกลงโทษต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องลงโทษซึ่งการพยายามกระทำความผิดอาญาจะถูกลงโทษน้อยกว่าการกระทำผิดที่สมบูรณ์³⁹

อย่างไรก็ตามการพยายามกระทำความผิดจะกระทำได้แต่เฉพาะความผิดที่ร้ายแรง และที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดเท่านั้น การพยายามกระทำความผิดในความผิดเล็กน้อย กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ แต่ในการเตรียมกระทำความผิดในบางกรณี กฎหมายอาจกำหนดลงโทษสำหรับการเตรียมกระทำความผิดดังกล่าวด้วยเช่น ความผิดฐานจัดหา หรือเตรียมเครื่องมือ หรือวัสดุอื่นใดเพื่อทำเงินปลอม⁴⁰

หลักในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดถือเป็น “การข่มขืนกระทำชำเรา” แล้วนั้นศาลเยอรมันถือหลักความเป็นอันตรายของการกระทำ โดยดูว่ามีอันตรายเกิดขึ้นโดยตรงต่อประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองซึ่งได้แก่คุณธรรมทางกฎหมายหรือไม่ ซึ่งถ้าได้มีการกระทำตามที่ได้กระทำความผิดแล้ว โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดได้นัดหญิงไปพบที่โรงแรมก็เป็น การลงมือกระทำความผิด เพราะถือว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงต่อหญิงแล้ว

สำหรับหลักเกณฑ์ที่จะกำหนดว่าเป็น “การทำชำเรา” เริ่มต้นเมื่อใด นักกฎหมายเยอรมันได้แยกการเตรียมการออกจากการพยายามโดยถือหลัก “ความเป็นอันตรายของการกระทำ” เช่น การที่ชายผู้กระทำความผิดนัดหญิงไปพบที่โรงแรมเพื่อจะกระทำชำเรานั้น เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ทั้งนี้เนื่องจากเมื่อการกระทำของบุคคลนั้นเป็นการเริ่มต้นโดยตรงที่จะไปสู่ความผิดสำเร็จซึ่งเป็นการเริ่มต้นกระทำความผิด และการกระทำดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองกล่าวคือ เป็นอันตรายโดยตรงต่อนิติสมบัติหรือคุณธรรมทางกฎหมาย แม้จะยังไม่ปรากฏว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นตามที่ประสงค์ก็ตาม แต่ก็

³⁸ Sec. 22 of the Penal Code of the Federal Republic of Germany

³⁹ Raymond youngs. sourcebook on German Law. London Cavendish Publishing Limited, 1994, pp. 611-613 .

⁴⁰ Manual of German Law. volume II , 1st, edition. Great Britain Her Majesty s Stationery office, 1952, pp. 86-88.

ถือได้ว่าผู้กระทำผิดก่อให้เกิดการเสี่ยงภัยต่อสังคมแล้ว การพยายามกระทำความผิดจึงถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง

2.2 ประเทศฝรั่งเศส

ก) ความผิดฐาน “ข่มขืนกระทำชำเรา” (viol)

ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย “ซีลลลอร์” เช่นเดียวกับประเทศไทย โดยเฉพาะประมวลกฎหมายอาญานั้น ไทยได้นำมาใช้เป็นแนวทางกับการยกร่างประมวลกฎหมายอาญาของไทยอย่างสมบูรณ์กระทั่งปัจจุบัน ส่วนประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสได้กำหนดความผิดว่าด้วยการกระทำรุนแรงในทางเพศไว้ในส่วนที่ 3 การข่มขืนกระทำชำเรา (rape) กฎหมายอาญาฝรั่งเศสใน (มาตรา 222-23 ถึงตามมาตรา 222-30) ซึ่งกำหนดให้การกระทำใดๆ ซึ่งเป็นการล่วงล้ำในทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด โดยกระทำต่อบุคคลอื่นด้วยความรุนแรง การบังคับ ข่มขู่ หรือทำให้ประหลาดใจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นด้วยความรุนแรงแล้ว อย่างไรก็ตาม การกระทำชำเราอาจทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น⁴¹ ในกรณีที่การกระทำนั้นทำให้เกิดการพิการอย่างถาวร หรือเป็นการกระทำต่อผู้เยาว์อายุ 15 ปี หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งอยู่ในสภาพที่อ่อนแอไม่ว่าด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ หรือความผิดปกติทางกาย หรือจิตใจ นอกจากนี้ในการละเมิด ซึ่งทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นอีกนั้น ได้รวมถึงการกระทำชำเราต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามกฎหมาย หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการีตามความเป็นจริง หรือเป็นการกระทำต่อผู้ซึ่งเป็นบุพการี โดยการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ก็ตามซึ่งผู้มีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรานั้น หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ซึ่งใช้อำนาจโดยไม่ชอบแก่การ ซึ่งได้รับมอบหมายไว้วางใจให้ดูแลผู้นั้น หรือถ้าเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกันไม่ว่าจะโดยการเป็นตัวการหรือด้วยการเป็นผู้สนับสนุนหรือเป็นการกระทำโดยใช้อาวุธ

คดีการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฝรั่งเศสจัดว่าเป็นความผิดร้ายแรงและกฎหมายให้เอาอายุ 15 ปี เป็นเกณฑ์สำหรับวินิจฉัยในเรื่องการให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว สำหรับการพิจารณาความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” นั้น ฝรั่งเศสได้กำหนดลักษณะของการกระทำไว้เหมือนกับประเทศอื่นๆ เพียงแต่แตกต่างกันคือในเรื่องของอายุเท่านั้นที่ไม่เท่ากัน ส่วน

⁴¹ มาตรา 222- 24 กำหนดเหตุที่ต้องทำให้รับโทษหนักขึ้น จากกำหนดโทษจำคุกที่ระวางไว้ตามมาตรา 222-23 เป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องถูกระวางโทษจำคุกยี่สิบปี

เรื่องของเจตนาในการกระทำความผิดนั้นต้องปรากฏว่าผู้กระทำารู้ถึงข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบของความผิด หรือข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุที่ทำให้มีโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่รู้ยอมแสดงว่าผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิด

ข) การกระทำความผิดฐานความรุนแรงในทางเพศอื่น ๆ (Les agressions sexuelle)

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสตามมาตรา 222-27 ได้บัญญัติการกระทำความผิดฐานความรุนแรงในทางเพศซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดฐานอนาจารนอกเหนือจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ ความผิดตามมาตรานี้ผู้กระทำอาจต้องรับโทษหนักขึ้น⁴² ถ้าเป็นการกระทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับบาดเจ็บหรือได้กระทำต่อบุพการีตามกฎหมาย หรือผู้เป็นบุพการีตามพหุติสัย หรือผู้ซึ่งเป็นบุพารีด้วยการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ก็ตามซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืน หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลใดๆ ก็ตามซึ่งใช้อำนาจโดยมิชอบแก่การซึ่งได้รับมอบหมายความไว้วางใจให้ดูแลผู้นั้น หรือเป็นการกระทำโดยบุคคลหลายคนร่วมกันไม่ว่าโดยเป็นตัวการหรือเป็นผู้สนับสนุนหรือเป็นการกระทำโดยใช้อาวุธหรือขู่เชียวว่าจะใช้อาวุธ

กรณีการคุ้มครองเด็กและเยาวชน

นอกจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสยังได้กำหนดการกระทำความผิดอื่นอันเกี่ยวกับความรุนแรงในทางเพศนอกจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยคุ้มครองต่อผู้เยาว์ซึ่งมีอายุ 15 ปี หรือมีการกระทำต่อผู้ที่อยู่ในสภาพอ่อนแอไม่ว่าจะด้วยอายุ ความเจ็บป่วย ความพิการ ความผิดปกติทางกายหรือจิตใจ หรืออยู่ในสถานะที่กำลังมีครรภ์ ซึ่งสภาพดังกล่าวเป็นที่ปรากฏอย่างชัดเจนหรือผู้กระทำรู้ถึงสภาพดังกล่าวนั้น กฎหมายก็บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักเช่นกัน⁴³ นอกจากนั้นกฎหมายก็บัญญัติสำหรับการกระทำความผิดไว้ในมาตรา 222- 29 ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเพราะเป็นการกระทำที่ได้รับความเจ็บหรือเป็นการกระทำต่อผู้เป็นบุพการีตามกฎหมายหรือบุพการีตามพหุติสัย หรือเป็นการกระทำโดยการเป็นผู้รับบุตรบุญธรรม หรือโดยบุคคลใดๆ ก็ตามซึ่งมีอำนาจเหนือผู้ถูกข่มขืน หรือเมื่อกระทำโดยบุคคลใดๆ ก็ตาม ซึ่งใช้อำนาจโดยมิชอบแก่การได้รับมอบหมายความไว้วางใจให้ดูแลผู้นั้น

⁴² มาตรา 222-28 ของประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติให้ผู้กระทำต้องถูกระวางโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 7000,000 ฟรังก์

⁴³ มาตรา 222-29 ของประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส บัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษจำคุก 7 ปี และปรับ 700,000 ฟรังก์

ค) การพยายามกระทำความผิด

ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส กำหนดให้การพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นเป็นความผิด ในชั้นอุกฤษโทษ โดยเริ่มต้นจากการลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอดหรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล เป็นการพยายามกระทำความผิดในชั้นมัธยมโทษ ซึ่งจะถือเป็นความผิดได้เฉพาะที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

การพยายามกระทำความผิดศาลฎีกาฝรั่งเศสจะพิจารณาว่าได้มีการลงมือกระทำความผิดเกิดขึ้นหรือยังนั้น ศาลฝรั่งเศสจะพิจารณาจากจิตใจของผู้กระทำเป็นหลัก (subjective) ฉะนั้นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเกิดขึ้นเมื่อ การกระทำนั้นแสดงให้เห็นถึงเจตนาแน่ชัดที่จะกระทำความผิด เจตนาจะเป็นได้ต่อเมื่อการกระทำนั้นมีความสัมพันธ์โดยตรงและใกล้ชิดกับความผิดสำเร็จ ศาลฝรั่งเศสไม่ถือว่าการกระทำจะต้องถึงขั้นเป็นองค์ประกอบความผิด หรือเป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นจึงจะเป็นการพยายามกระทำความผิด ศาลฎีกาฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยว่าการกระทำทุกอย่างที่จะนำไปสู่การพยายามกระทำความผิด ถ้าได้กระทำด้วยเจตนาที่จะกระทำความผิดย่อมเป็นการเริ่มลงมือกระทำ สำหรับการพยายามกระทำความผิดในชั้นมัธยมโทษ จะถือเป็นความผิดได้เฉพาะที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ส่วนการกระทำที่จะถือว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดฐาน “กระทำชำเรา” นั้นศาลฎีกาได้วางหลักไว้ดังนี้

กรณีความผิดฐานกระทำชำเราจะต้องมีการเริ่มต้นแห่งการลงมือแล้ว หรือเป็นการกระทำที่ผิดปกติจากบุคคลผู้สุจริตและได้แสดงให้เห็นถึงเจตนากระทำความผิด ซึ่งหากปล่อยให้มีการกระทำต่อไปความผิดสำเร็จก็จะเกิดขึ้น เพราะถือว่าใกล้ต่อผลสำเร็จเป็นความผิดขึ้นแล้ว⁴⁴ หลักนี้เป็นหลักเดียวกันกับที่ศาลฎีกาของไทยได้นำมาใช้ในการพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิด ส่วนทฤษฎีที่ศาลฝรั่งเศสนำมาใช้กับการพิจารณาดัดลินคดีคือ “หลักทฤษฎีความใกล้ชิดต่อผล” เช่นเดียวกับศาลไทยและอังกฤษ เหตุผลที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวินิจฉัยประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสเนื่องจาก ฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกันกับที่ไทยนำมาใช้เป็นแนวทาง ในการร่างบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาของไทย และรวมทั้งหลักทฤษฎีที่ศาลไทยนำมาใช้กับการวินิจฉัยพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดด้วย ซึ่งในส่วนนี้หากไทยจะนำหลักทฤษฎีดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศสมาใช้ในการวินิจฉัย และลงโทษผู้กระทำผิดฐาน “กระทำชำเรา” เด็กและเยาวชนชายนั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่มีความชัดเจน แน่นนอน ว่าแค่ไหนเพียงไร เพียงแต่กฎหมายฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในมาตรา 222-23 อย่างกว้างๆ ว่าเป็นการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นการลวงล้าในทางเพศไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใด หรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดย

⁴⁴ จิตติ ดิงศภักย์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 295-296.

ความรุนแรง โดยการบังคับข่มขู่ หรือทำให้ตื่นตกใจก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ซึ่งในหลักเกณฑ์นี้มิได้กำหนดว่าการล่วงล้ำในทางเพศนั้น มีลักษณะแคไหนเพียงไรจึงเป็นการยากต่อการนำมาพิจารณาคดีของศาลไทย นอกจากนี้การที่ศาลฎีกาไทยได้นำหลักทฤษฎีความใกล้ชิดติดต่อผลมาใช้ นั้น ไม่เหมาะสมกับการนำมาพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดฐาน "กระทำชำเรา" เด็กและเยาวชนชาย รวมทั้งการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วย เพราะไม่สามารถคุ้มครองภัยอันตรายที่มีต่อเด็กและเยาวชนชายได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อสิ่งที่มีกฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมายนั่นเอง (Rechtsgut) นอกจากนี้กฎหมายฝรั่งเศสยังไม่ได้บัญญัติเรื่องการกระทำของบุคคลที่มีลักษณะหรือพฤติกรรมกับ "การกระทำชำเรา" เบี่ยงเบนทางเพศ (deviate sexual intercourse) เหมือนกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 213.2 ของ model penal code ซึ่งมีการคุ้มครองต่อบุคคลที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนักหรือทางปาก หรือเหมือนกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ที่ได้บัญญัติไว้สำหรับลงโทษต่อผู้ที่กระทำชำเราโดยวิถิตถาร (bugger) ตามมาตรา 12 ของ the sexual offences Act 1956 ซึ่งหมายถึงการกระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติ โดยกระทำต่อบุคคลทางทวารหนักต่อชายหรือหญิงหรือกระทำต่อสัตว์ และที่สำคัญคือทั้งกฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษและของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับความผิดทางเพศไว้กล่าวคือ มีการแยกองค์ประกอบความผิดระหว่างความผิดฐาน "กระทำชำเรา" กับความผิดฐาน "กระทำอนาจาร" ออกจากกันอย่างชัดเจน ทำให้ไม่เกิดความสับสนต่อผู้ใช้กฎหมาย ในการที่จะพิจารณาความผิดในคดี ต่อ ๆ ไป

อย่างไรก็ตาม การที่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา 222 - 23 ได้บัญญัติความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราว่า "การกระทำที่เป็นการล่วงล้ำทางเพศไม่ว่าด้วยลักษณะใด ๆ" (tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit) นั้น เป็นการกำหนดคำนิยาม หรือ อธิบายความหมายของ "การข่มขืนกระทำชำเรา"⁴⁵ ในลักษณะกว้าง ซึ่งไม่จำกัด แต่เฉพาะการกระทำชำเราตามธรรมชาติของชายต่อหญิงเท่านั้น แต่รวมถึงการข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำโดยผู้กระทำความผิดเพศเดียวกันด้วย กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดเป็นชายข่มขืนผู้ชาย⁴⁶ หรือเป็นการกระทำระหว่างผู้หญิงด้วยกัน

⁴⁵ Crin, 10 Janvier 1996, B.C., n°14, Dr. pe'n., 1996, Comm. 97 R.S.C., 1996, p. 656, obs Y Mayaud.

⁴⁶ Crin, 3 Juillet 1991, Dr. pe'n., 1991, Comm. 314. บิดาข่มขืนกระทำชำเราลูกชายอายุ 15 ปี ของตนเองทางทวารหนัก

สำหรับความหมายของการล่วงล้ำทางเพศนั้น ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของฝรั่งเศสก็ได้มีคำวินิจฉัยหลายคดีที่มีความหมายรวมถึงการกระทำทางทวารหนัก⁴⁷ (เอามรรค) (la sodomic) หรือทางปาก (โษฐมรรค)⁴⁸ (la fellation) แม้แต่การเอาวัตถุใด ๆ สอดเข้าไปในช่องคลอด (vagin) หรือทางทวารหนัก (anus) ของผู้เสียหาย⁴⁹

ดังนั้น หากกฎหมายไทยบัญญัติความหมายของการชำนิกรกระทำซ้ำเราเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1994 ของฝรั่งเศส ผู้เขียนก็เห็นว่าศาลฎีกาของไทยก็น่าจะวินิจฉัยไปทำนองเดียวกับ ศาลฎีกาของฝรั่งเศสได้ เนื่องจากความหมายก็ให้ไว้มีขอบเขตกว้าง ศาลจึงสามารถตีความเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กและเยาวชนชายได้มากกว่าที่จะใช้บทบัญญัติของความผิดฐานอนาจารในปัจจุบัน

⁴⁷ Crin, 3 Juillet 1991, อ้างแล้ว.

⁴⁸ Crin, 22 fe'vrier 1984, B.C., n'71 : 9 juillet 1991, B.C. n' 294, et Dr. pe'n., 1991, Comm. 315 : Crim, 22 mai 1996, B.C. n' 212.

⁴⁹ Crin, 24 juin 1987, B.C. n' 265, et Crim., 27 avril 1994, B.C., n' 157, et Dr. pe'n., 1994, Comm. 180.

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายอาญาต่างประเทศกับกฎหมายอาญาไทย ในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย

ในเรื่องของความผิดอันเกี่ยวกับเพศที่เป็นปัญหาอยู่ในสังคมปัจจุบันนั้นประเทศต่าง ๆ ได้ให้ความสำคัญและจัดเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรงเช่นเดียวกับอาชญากรรมประเภทอื่น ๆ ที่สำคัญคือได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเหยื่อทางเพศที่เป็นหญิงและเด็กเพราะถือว่าเป็นเพศที่อ่อนแอและอ่อนเยาว์ ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐทุกรัฐ จะต้องหามาตรการทางกฎหมายมาป้องกันและปราบปรามกับอาชญากรรมที่เกิดจากการกระทำความผิดทางเพศมา เพื่อคุ้มครองบุคคลเหล่านั้น ให้ปลอดภัยและเกิดความสงบเรียบร้อยภายในสังคมอย่างปกติสุข เพราะถือว่าเป็นบุคคลากรอันสำคัญที่จะต้องนำไปสู่การพัฒนาประเทศชาติในอนาคต ซึ่งไม่ว่าชาติไหนก็ตามหากเด็กและเยาวชนต้องตกอยู่ภายใต้สภาวะของสังคมที่เสื่อมโทรมหรือด้อยพัฒนา ถูกชักจูงหรือมอมเมาไปในทางเสื่อมเสีย ประเทศนั้นจะไม่สามารถพัฒนาให้มีความเจริญรุ่งเรืองทัดเทียมกับประเทศอื่น ๆ ได้ต่อสถานการณ์ปัจจุบัน เด็กและเยาวชนชายจัดได้ว่าเป็นปัญหาสำคัญของสังคมไม่แพ้ปัญหาอาชญากรรมประเภทอื่น ๆ เช่นกัน ทั้งนี้เนื่องจากเป็นบุคคลที่จะถูกชักนำไปสู่ชบวนการของพวกที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศหรือผิดธรรมชาติมนุษย์กล่าวคือพวกที่ชอบการสัมผัสกับคนเพศเดียวกัน ดังนั้นสังคมโดยรวมคงไม่ปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือต่อการแก้ปัญหาดังกล่าว แต่การแก้ปัญหาดังกล่าวที่สำคัญส่วนหนึ่งอยู่ที่การแก้ปัญหาทางกฎหมายให้ทันต่อสถานการณ์ปัจจุบัน ทั้งนี้โดยเปรียบเทียบและนำกฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้ว มาพัฒนาต่อกฎหมายในประเทศของตนให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

1 วิเคราะห์กฎหมายไทยกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย

นับตั้งแต่มีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กระทั่งมาถึงการใช้ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันเกี่ยวกับเรื่องการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกละเมิดทางเพศนั้น กฎหมายไทยได้ให้ความสำคัญคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกและเมิดเฉพาะเพศหญิงเป็นหลัก เนื่องจากกฎหมายได้พิจารณาจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับสังคมไทยส่วนใหญ่คดีที่เกิดจากหญิงเป็นส่วนมาก ประกอบกับรัฐทุกรัฐจะจัดให้เป็นภัยที่เกิดขึ้นต่อเด็กและเยาวชนประเภทนี้เป็นภัยอันร้ายแรงของสังคมโลก ที่ทุกรัฐจำเป็นต้องร่วมกันหาแนวทางและมาตรการโดยออกกฎหมายอย่างรัดกุม เพื่อให้ทันต่อสถานการณ์การก่ออาชญากรรมของบุคคลหรือกลุ่มชบวนการที่เรียกว่า "อาชญากรรมข้ามชาติ" มาใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดและคุ้มครองเด็กกับเยาวชน ที่เป็นเหยื่อทางเพศ

อย่างเหมาะสมถูกต้องและมีประสิทธิภาพ แต่ขณะเดียวกันอาชญากรรมที่เกิดขึ้นกับสังคมไทยในปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงไปสู่การละเมิดต่อเด็กและเยาวชนชายด้วยกันอย่างแพร่หลายซึ่งกฎหมายไทยยังคุ้มครองไม่ถึง เพราะยังไม่มีกฎหมายฉบับใดของไทยที่บัญญัติให้ความคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายอย่างเหมาะสมเหมือนกับกฎหมายในหลาย ๆ ประเทศที่พัฒนาแล้วกล่าวคือนับตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จนกระทั่งมีประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งได้มีการปรับปรุงแก้ไขและเปลี่ยนแปลงมาแล้วหลายฉบับ จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นกรณีชายเอาอวัยวะเพศล้วงลำเกินกว่าสัมผัสเข้าไปทางทวารหนักของเพศชายด้วยกันศาลฎีกาไทยได้กำหนดให้เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น เพราะฉะนั้นไม่ขัดกับข้อเท็จจริงกับคำนิยามของคำว่า "การกระทำชำเรา" หมายถึงการสัมผัสร่างกายต่ออวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดภายนอกให้เกิดอารมณ์ทางเพศที่กระทำต่อเนื้อตัวของผู้เสียหายโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นการจับ จูบ ลูบ คลำ โดยไม่มีการล้วงลำของอวัยวะเข้าไปในส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายแต่อย่างใด และในขณะเดียวกันกับความหมายของคำว่า "การกระทำชำเรา" หมายถึงการที่ฝ่ายชายได้เอาอวัยวะ ล้วงลำเข้าไปภายในอวัยวะของผู้อื่น ไม่ว่าจะเป็นการล้วงลำเข้าไปทางช่องสังวาสทางทวารหนักหรือทางปาก ซึ่งจะตรงกับข้อเท็จจริงกับลักษณะและพฤติกรรมการทั้งเนื้อหาและข้อกฎหมาย

จากข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าว กฎหมายต่างประเทศได้บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นชายที่เอาอวัยวะเพศของตนล้วงลำเข้าไปทางทวารหนักของชายด้วยกันนั้น เป็นความผิดฐานชำเรากฎหมายโดยมิต้องคำนึงถึงว่าจะมีการเคลื่อนของน้ำอสุจิหรือไม่ก็ตาม นอกจากนั้นกฎหมายบางประเทศเช่น ประเทศอังกฤษ ยังถือว่าคดีประเภทนี้เป็นภัยอันร้ายแรงโดยจัดให้มีการกระทำอุกฉกรรจ์ในระดับที่สองอันมีโทษถึงขั้นจำคุกตลอดชีวิต ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้นเพื่อให้ข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นต่อสังคมไทยในปัจจุบัน กรณีที่เด็กและเยาวชนชายถูกล้วงละเมิดทางเพศทางทวารหนัก ซึ่งกรณีนี้ศาลยังคงใช้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำอนาจารคือ

1.1 ประมวลกฎหมายอาญากับการพัฒนาการคุ้มครองเหยื่อทางเพศ

จากการที่ประเทศได้มีการพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็ว ดังนั้นเพื่อให้การพัฒนานั้นได้ทัดเทียมกับต่างประเทศและเป็นที่ยอมรับของประเทศในภาคพื้นยุโรป จึงได้มีการปรับปรุงกฎหมายอาญาและยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญาเสีย โดยมาใช้ระบบประมวลกฎหมายอาญาเหมือนภาคพื้นยุโรปแทน ซึ่งได้แก่ประมวลกฎหมายอาญาพุทธศักราช 2499 ตามประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับความผิดทางเพศนั้น จะบัญญัติความผิดไว้ทั้งหมด 9 ลักษณะด้วยกัน ตามมาตราต่าง ๆ ของกฎหมายลักษณะนี้ จะให้ความสำคัญต่อเหยื่อที่ถูกละเมิดทางเพศ ถึงขนาด

ตั้งครรภ์ได้ ซึ่งการบัญญัติความผิดที่อาจทำให้ผู้เสียหาย ตั้งครรภ์ได้นั้น เป็นการบัญญัติถึงการล่วงเกินทางเพศของผู้กระทำความผิดไว้เป็นเอกเทศ ซึ่งเรียกว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 และ 277 ที่มีอัตราโทษสูง และบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศในกรณีอื่น ๆ ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใดแสวงหาผลประโยชน์ทางเพศ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเป็นรายบุคคล หรือคณะบุคคล หรือจะกระทำด้วยตนเอง หรือประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางเพศ ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2540 ตามมาตรา 282-284 ดังนี้

มาตรา 282 “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไป เพื่ออนาจาร ซึ่งชายหรือหญิง” แม้ผู้นั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท ถ้าการกระทำความผิดในวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกิน สิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือชักพาไป ตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสองหรือวรรคสามแล้วแต่กรณี

มาตรา 283 “ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยให้อุบายหลอกลวงขู่เชิญใช้กำลังประทุษร้ายหรือใช้อำนาจครอบงำ ผิดคลองธรรมหรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด” ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำบุคคลอายุเกินสิบห้าปี แต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นรับตัวซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไป ตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าวต้องระวางโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสามแล้วแต่กรณี

มาตรา 284 “ผู้ใดพาผู้อื่นไปเพื่ออนาจาร” โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลัง ประทุษร้ายให้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมหรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด “ต้องระวางโทษ จำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท”¹

ผู้ใดชวนเร้นบุคคลซึ่งถูกพาไปตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พาไปนั้น ความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดอันยอมความได้ การแก้ไขครั้งล่าสุดมีข้อสังเกต 3 ประการดังนี้

(1) ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในครั้งล่าสุด กฎหมายให้ความสำคัญกับผู้เสียหายที่เป็นหญิง ไม่ว่าจะหญิงจะมีอายุเท่าใดก็จะได้รับการคุ้มครองต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาโดยยกเลิกเรื่องเพศ ด้วยการให้ความคุ้มครองชายอย่างไม่จำกัดอายุซึ่งอาจวิเคราะห์ได้ว่า โดยสภาพเป็นจริงความผิดดังกล่าวมักเกิดกับหญิงและเด็กที่มีสภาพอ่อนต่อประสบการณ์ชีวิตซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายอาญาที่ต้องการคุ้มครอง การที่กฎหมายคุ้มครองบุคคลอย่างไม่จำกัด จะทำให้ไม่สามารถทราบถึงขอบเขตของกฎหมายอาญาว่ามีแค่ไหน อย่างไร และอาจจะไปกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ อันเป็นการขัดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา

(2) การแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำที่เกี่ยวกับลักษณะของการกระทำผิด กฎหมายประสงค์ที่จะเปลี่ยนถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 282 มาตรา 283 วรรคแรก ในบางถ้อยคำเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดจากการตีความ เพื่อให้ได้ความหมายของถ้อยคำเหล่านี้ที่มีความชัดเจนขึ้น โดยแก้ไขข้อความจากคำว่า “เพื่อให้สำเร็จความใคร่” มาเป็น “เพื่อสนองความใคร่” อันเป็นลักษณะของมูลเหตุจูงใจ การเปลี่ยนแปลงถ้อยคำดังกล่าวจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของความผิดตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาอย่างไรหรือไม่ซึ่งต้องพิจารณาต่อไป

(3) การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยได้บัญญัติความผิดตามมาตรา 282 และ มาตรา 283 ความสำคัญเป็นความผิดอาญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ทุกประเทศจะต้อง ร่วมมือกันปราบปรามจึงควรวิเคราะห์ว่าการที่ผู้ร่างกฎหมายได้นำบทบัญญัติ มาตรา 282 และมาตรา 283 มาบัญญัติในมาตรา 7 (2) ทวิ ที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ซึ่งจะต้องรับโทษในราชอาณาจักรอย่างกว้าง ๆ บทบัญญัติมาตรา 282 และมาตรา 283 นั้นมีความสำคัญเพียงใดเมื่อเปรียบกับความผิดที่ได้บัญญัติในมาตรา 7 รวมถึงผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่จะต้องคำนึงถึงตามบทบัญญัติ

¹ มาตรา 10 และมาตรา 11 ในกรณีที่ได้มีการกระทำความผิดตามบทบัญญัติมาตรา 282 และ มาตรา 283 นอกราชอาณาจักร ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดดังกล่าวได้รับโทษ ตามคำพิพากษา

1.2 เหตุผลและความจำเป็นกับการแก้ไขเพิ่มเติมตั้งแต่ครั้งที่ 1-4

นับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500 กระทั่งถึงปัจจุบันที่ บ้านเมืองได้มีการพัฒนาเจริญรุ่งเรืองไปอย่างรวดเร็ว จึงเป็นเรื่องปกติที่สังคมและวัฒนธรรมย่อมมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ดังนั้นเพื่อให้สังคมอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุขจึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายให้ทันต่อสถานการณ์ ซึ่งมีการปรับปรุง แก้ไข เปลี่ยนแปลง และเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศเฉพาะในส่วนสำคัญตามมาตรา 282-284 รวม 4 ครั้งด้วยกันคือ

ก) ครั้งที่ 1 ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514

จากการที่กฎหมายอาญาได้บัญญัติอัตราโทษขั้นต่ำ สำหรับผู้กระทำความผิดต่ออาชญากรรมที่มีความรุนแรงและเพิ่มขึ้นโดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งไม่สามารถทำให้สถิติของอาชญากรรมลดน้อยลงเพราะสาเหตุอันเกิดจากการที่ไม่มีการเกรงกลัวต่ออาญาแผ่นดิน จึงได้มีการแก้ไขบทลงโทษในบทบัญญัติของกฎหมายให้มีอัตราสูงขึ้น ซึ่งเดิมกฎหมายกำหนดโทษไว้ตั้งแต่หกเดือนถึง 5 ปี โดยเพิ่มเป็นตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี

ข) ครั้งที่ 2 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 5 พ.ศ. 2525

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่สองนี้เป็นการแก้ไขมาตรา 282-284 มีประเด็นการแก้ไขคือองค์ประกอบทั้ง 3 มาตราและการคุ้มครองผู้เสียหายยังคงเดิม แต่ที่เพิ่มเติมจะเป็นเรื่องของบทลงโทษให้สูงขึ้นถึงขั้นประหารชีวิตและจำคุกตลอดชีวิต ทั้งนี้เนื่องจากการแก้ไขที่ผ่านมาไม่สามารถทำให้คดีอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดทางเพศลดลงแต่อย่างใด จึงต้องมีการแก้ไขให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวอันจะเป็นการป้องกันและปราบปรามผู้กระทำผิดต่อไป

ค) ครั้งที่ 3 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 8 พ.ศ.

2530

สำหรับวัตถุประสงค์ในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในครั้งนี้ เนื่องจากองค์กรผู้บัญญัติกฎหมายพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายที่บังคับใช้อยู่นี้ มีช่องว่างที่ผู้กระทำผิดอาศัยอายุของผู้ถูกกระทำเป็นช่องว่างในการต่อสู้คดี เพื่อให้สามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบอาญาได้ จึงต้องแก้ไขเพิ่มเติมโดยการขยายการคุ้มครองอายุเหยื่อของผู้กระทำความผิดเพิ่มขึ้น

ง) ครั้งที่ 4 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 14 พ.ศ.2540

ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมในครั้งนี้ส่วนหนึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากบ้านเมืองได้มีความเจริญรุ่งเรืองและพัฒนาขึ้นอย่างต่อเนื่องทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและวัฒนธรรมและอีกส่วน บ้านเมืองของเราได้รับเอาวัฒนธรรมของทางตะวันตกทั้งด้านเทคโนโลยีต่าง ๆ เข้ามา ทำให้

เกิดการเลียนแบบและเอาเยี่ยงอย่างมาใช้กันในทางที่ผิดอาชญากรรมจึงมีการกระทำผิดที่สลับซับซ้อนจนยากต่อการป้องกัน และปราบปรามจึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขและอุดช่องว่างของกฎหมายในทุกรูปแบบทั้งระบบรวมทั้งตอนท้ายของบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้กระทำจะต้องรับโทษไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำในประเทศหรือต่างประเทศก็ต้องรับโทษในประเทศไทย สำหรับมาตรฐานนี้จัดให้เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

จากวิวัฒนาการในการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาที่ผ่านมาทั้ง 4 ครั้ง จะอยู่ในเรื่องของการแก้ไข และพัฒนาให้ทันต่อสถานการณ์บ้านเมืองที่มีความเจริญรุ่งเรืองขึ้นอย่างต่อเนื่อง จึงจำเป็นต้องแก้ไขทั้งในเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับบทเพิ่มโทษ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้กระทำผิดเกิดความเกรงกลัว อีกทั้งการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นเพื่อไม่ให้ผู้กระทำผิดความผิดนำมาใช้ในการต่อสู้คดีและให้หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา ตลอดจนกระทั่งอุดช่องว่างในรูปแบบหรือลักษณะของการกระทำเกิดความผิดในฐานต่าง ๆ ที่มีอย่างสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นทั้งในและต่างประเทศ เช่น อาชญากรรมข้ามชาติ จนต้องบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อเป็นการ คัดกรองเหยื่อของการกระทำผิดทางเพศทั้งเพศหญิงและเพศชายซึ่งมีอายุไม่เกิน 18 ปี

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ารัฐหรือองค์กรของรัฐพยายามที่จะปรับปรุง, แก้ไข, เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมประมวลกฎหมายเกี่ยวกับเพศ เพื่อคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในสังคมให้ได้รับความปลอดภัยจากภัยอันตรายที่เกิดขึ้นจากการล่วงละเมิดทางเพศ โดยที่รัฐมิได้คำนึงถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นกับสังคมปัจจุบันว่า ลักษณะของผู้กระทำผิดที่มีต่อการล่วงละเมิดทางเพศนั้น ได้มีการเปลี่ยนแปลงต่อเหยื่อที่เป็น เป้าหมายไปถึงเด็กและเยาวชนชายด้วย ทั้งนี้เมื่อคำนึงถึงผู้กระทำผิดประเภทนี้จะมีปรากฏให้เห็นอยู่ในทุกวงการทั้งในและต่างประเทศ โดยที่บุคคลดังกล่าวจะมีพฤติกรรมในการชอบสมสู่กับคนเพศเดียวกัน ที่สำคัญ ณ ขณะนี้คือสังคมไทยได้ปล่อยปะละเลยให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีพฤติกรรมเช่นนี้ออก สู่สังคมอย่างเปิดเผยโดยไม่มีกฎหมายกำหนดของเขต เพราะบางกลุ่มได้อ้างเป็นสิทธิเสรีภาพของส่วนบุคคลอื่นที่จะพึงมีพึงกระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย และบางกลุ่มอาจมองว่าการกระทำดังกล่าวหากจะผิดกฎหมายก็ผิดเพียงแค่อนาจารซึ่งดูแล้วโทษน่าจะน้อยกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา จึงทำให้ไม่เกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันกับพฤติกรรมเช่นเดียวกันนี้นั้นบางรัฐ หรือบางประเทศได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความผิดไว้อย่างชัดเจนและกำหนดโทษไว้อย่างสูง กล่าวคือกรณีที่ชายเอาอวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักต่อชายหรือต่อหญิงนั้นมีความผิดฐาน "กระทำชำเรา" แต่ของไทยยังคงเป็นความผิดฐาน "กระทำอนาจาร"

1.3 ข้อเท็จจริงในทางคดีกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนชาย

ข้อเท็จจริงในทางคดีกรณี "พระอัครธิดาเด็ก"¹ คดีนี้เกิดขึ้นหลังจากที่ศาลอาญาได้มีคำพิพากษาคดีความผิดทางเพศที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ยื่นฟ้องนายสุเทพ (นามสมมุติ) อายุ 35 ปี เป็นจำเลยในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี และพรากผู้เยาว์อายุไม่เกิน 15 ปี ไปเพื่ออนาจารตามที่โจทก์ได้ยื่นฟ้อง โดยสรุปว่าจำเลยซึ่งขณะนั้นบวชเป็นพระภิกษุสงฆ์ใช้นามว่าพระสุเทพ ลอ.ด.ปญ.โณ ได้เดินทางมาปฏิบัติธรรมอยู่บริเวณใต้ต้นไม้ใกล้บ้านของเด็กชายแดง (นามสมมุติ) อายุ 7 ปี ผู้เสียหายคืนเกิดเหตุผู้เสียหายได้นอนค้างกับจำเลยแล้วถูกจำเลยกระทำชำเรา 1 ครั้ง แล้วยังข่มขู่ผู้เสียหายมิให้บอกกับใครมิฉะนั้นจะถูกตี และต่อมาจำเลยยังได้เอ่ยปากกับมารดาของผู้เสียหายว่าจะส่งเสียผู้เสียหายเอง ซึ่งมารดาของผู้เสียหายก็เห็นดีด้วยจึงส่งผู้เสียหายให้ไปอยู่ด้วย ตั้งแต่เดือน พฤษภาคม-ตุลาคม 2545 ระหว่างนี้จำเลยได้กระทำอนาจารผู้เสียหายรวม 23 ครั้ง²

จากการรวบรวมพยานหลักฐาน ฝ่ายโจทก์เบิกความสอดคล้องกับพยานหลักฐาน โดยเฉพาะการตรวจพิสูจน์ร่างกายปรากฏว่าพบน้ำอสุจิอยู่ในช่องทวารหนักของผู้เสียหายประกอบกับผู้เสียหายยังเป็นเด็กอาจไม่เข้าใจถึงการกระทำของจำเลยว่าเป็นเรื่องถูกหรือผิด แต่ผู้เสียหายยืนยันว่าจำเลยเป็นคนกระทำอนาจาร ย่อมเป็นเรื่องยากที่เด็กชายอายุเพียง 7 ปี จะปั้นแต่งเรื่องมากลั่นแกล้งศาลจึงเชื่อว่าจำเลยกระทำผิดตามที่ฟ้องจริงจึงพิพากษาลงโทษจำเลย

การพิจารณาความผิดตามมาตรา 279

องค์ประกอบภายนอก

- 1) กระทำอนาจาร
- 2) แก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี
- 3) โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

วรรคสอง

องค์ประกอบภายนอก

- 1) การกระทำความผิดตามวรรคแรก
- 2) โดยวิธีอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

² "จำคุก 133 ปี พระอัครธิดาเด็ก" เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

ก) โดยชู้เงินด้วยประการใด ๆ

ข) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

ค) โดยเด็กนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

ง) โดยทำให้เด็กนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา และ

การพิจารณาตามมาตรา 277

องค์ประกอบภายนอก

1) กระทำซ้ำเรา

2) เด็กหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภรรยาตน

3) โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

องค์ประกอบภายใน เจตนาธรรมดา

การพิจารณาตามโครงสร้างความผิดทางอาญา

ก) องค์ประกอบ

(1) องค์ประกอบภายนอก

“ผู้กระทำ” หมายถึง พระสุเทพ น้ำใจทิพย์ จำเลยในคดี

“การกระทำ” หมายถึง การที่พระสุเทพได้เดินรูดงศมาปฏิบัติธรรมอยู่บริเวณใต้ต้นไม้

ใกล้บ้านของเด็กชายแดง (นามสมมุติ) ซึ่งมีอายุ 7 ปี เป็นผู้เสียหาย ในคืนเกิดเหตุจำเลยให้ผู้เสียหายไปนอนค้างกับจำเลยแล้วได้กระทำซ้ำเราผู้เสียหาย 1 ครั้ง และมีให้บอกกับใครมิฉะนั้นจะถูกตีแสดงว่าเด็กชายแดงถูกซ้ำเราโดยมิได้สมัครใจและต่อมาจำเลยได้เอ่ยปากกับมารดาของผู้เสียหายว่าจะส่งเสียผู้เสียหายเองนั้นเป็นการหลอกให้ผู้เสียหายส่งตัวเด็กชายแดง เพื่อมีจุดมุ่งหมายที่จะกระทำซ้ำเราเด็กชายแดงต่อไปและจำเลยก็ได้กระทำซ้ำเราผู้เสียหายอีกเป็นจำนวน 23 ครั้ง

“กรรมของการกระทำ” หมายถึง เด็กชายแดง ผู้เสียหายซึ่งมีสภาพเป็นมนุษย์

“ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” ในทางคดีสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นความผิดที่ต้องการผลกล่าวคือ การกระทำของจำเลยถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ เนื่องจากได้เอาอวัยวะเพศสอดเข้าไปทางทวารหนักของผู้เสียหายตั้งแต่ครั้งแรกคืนเกิดเหตุ

(2) องค์ประกอบภายใน

ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคแรกได้บัญญัติการกระทำโดยเจตนาโดยแยกออกเป็นสองส่วนคือ

ส่วนแรก คือส่วนรู้หมายถึงผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดซึ่งในทางคดีจำเลยรู้ว่าผู้เสียหายที่จำเลยกระทำต่อนั้นเป็นมนุษย์ และ

ส่วนที่สอง คือผู้กระทำได้ประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลจากการกระทำนั้นเมื่อพิจารณาคติลักษณะและพฤติการณ์ หรือการกระทำของจำเลยที่เอาอวัยวะของจำเลยสอดล้วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อให้สำเร็จความใคร่และมีน้ำอสุจิสลื่นเข้าไปทางทวารหนัก และได้สำเร็จตามที่จำเลยต้องการ

ข) ความผิด

จากคดีที่ปรากฏไม่มีเหตุหนึ่งเหตุใดที่ทำให้จำเลยกระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย หรือมีเหตุหนึ่งเหตุใดที่จำเลยมีอำนาจกระทำได้

ค) ความชั่ว

ในทางคติลักษณะและพฤติการณ์ของจำเลยเป็นการกระทำที่สามารถรู้ผิดชอบมิได้กระทำไปด้วยความจำเป็นหรือป้องกันตัวหรือเหตุอื่น ๆ ที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้นเมื่อพิจารณาลักษณะการกระทำของจำเลยดังกล่าว จำเลยได้กระทำครบทั้งองค์ประกอบความผิดและความชั่ว โดยมีลักษณะและพฤติการณ์ในการกระทำที่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 277 และความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ซึ่งแตกต่างกันที่จากหญิงเป็นชายเท่านั้น ในขณะที่เดียวกันไม่มีลักษณะและพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดที่เข้าองค์ประกอบ และตรงกับความหมายของคำว่า “กระทำอนาจาร” จึงทำให้ขัดหรือแย้งกับคำพิพากษาฎีกาที่ใช้เป็นแนวบรรทัดฐาน ดังกล่าว

1.4 วิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย

การที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยกระทำความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นจำนวน 23 ครั้ง นั้น หากพิจารณาข้อเท็จจริงตามความหมายกับลักษณะของการกระทำอนาจารแล้ว จะไม่สามารถทราบได้ว่าจำเลยได้สอด จูบ จับ หรือ rubคลำ หรือสัมผัสอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของผู้เสียหายเป็นจำนวนกี่ครั้ง ทั้งนี้เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า การสัมผัสภายนอกที่กระทำต่อเนื้อตัวโดยตรงนั้น ไม่สามารถนับเป็นจำนวนครั้งได้ นอกจากการเอาอวัยวะสอดใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์ซึ่งมีอยู่สามส่วนเท่านั้น คือทางช่องสังวาส ทางทวารหนักและทางปากของหญิง หรือทางทวารหนัก หรือทางปากของชาย ฉะนั้นลักษณะกระทำของจำเลยจึงตรงกับข้อเท็จจริงตามความหมายของการกระทำชำเรา ฉะนั้นการที่ชายนำอวัยวะสอดใส่เข้าไปทางทวารหนักจึงเป็นลักษณะของการกระทำชำเราอย่างชัดเจน และหากพิจารณาในเรื่องเจตนาของจำเลย จำเลยมีเจตนาที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายมิใช่เจตนากระทำอนาจารซึ่งมีองค์ประกอบความผิดที่ต่างกัน การที่จำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอย่างหนึ่งเมื่อได้คิด ตกลงใจ ตระเตรียมการและลงมือกระทำไปเพื่อให้เกิด

ความผิดสำเร็จตามที่ต้องการแล้ว การกระทำของจำเลยไม่อาจแปรเปลี่ยนไปเป็นเจตนาอย่างอื่นที่ตนมิได้มีเจตนาได้ นอกจากนั้นการกระทำของจำเลยยังเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย และที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองโดยตรง อีกทั้งยังเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายซึ่งมีความร้ายแรงไม่แตกต่างกัน

สำหรับทฤษฎีที่ใช้กับการพิจารณาคดีตามคำพิพากษาในคดีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าควรใช้ทฤษฎี “หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำ” (the criterion of danger rule)³ ซึ่งตามทฤษฎี นี้ถือหลักว่าเมื่อการกระทำของบุคคลนั้นเป็นการเริ่มต้นโดยตรงที่จะนำไปสู่ความสำเร็จ ซึ่งเป็นการเริ่มต้นกระทำความผิด และการกระทำดังกล่าวเป็นการให้เกิดภัยอันตรายต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองซึ่งหมายถึงหรือคุณธรรมทางกฎหมาย (rechtsgut) แล้ว แม้ยังไม่ปรากฏว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นตามที่ผู้ถูกกล่าวหาประสงค์ก็ตาม แต่ถ้าพิจารณาถึงความเสี่ยงภัยต่อสังคมที่ใกล้จะถึงตัวแล้ว การพยายามกระทำความผิดจึงถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง แต่สำหรับคดีนี้ หากจะพิจารณาตามหลักทั่วไปจะใช้หลักทฤษฎี “ความใกล้ชิดต่อผล” หรือ “หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ” ก็ย่อมได้เพราะการลงมือกระทำความผิดนั้นได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาของจำเลยแน่ชัดในตัวของมันเองว่าได้กระทำความผิด เพราะความเสี่ยงภัยต่อสังคมได้ใกล้ถึงตัวแล้ว การพยายามกระทำความผิดจึงถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง แต่สำหรับคดีนี้หากจะพิจารณาตามหลักทั่วไปจะใช้หลักทฤษฎี “ความใกล้ชิดต่อผล” ก็ย่อมได้เพราะการลงมือกระทำความผิดนั้นได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาของจำเลยแน่ชัดว่าจะกระทำความผิดทั้งนี้ เพื่อที่จะเป็นการคุ้มครองเด็กและเยาวชนได้อย่างมีประสิทธิภาพส่วนในเรื่องของการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นเห็นควรให้ใช้ทฤษฎี “หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น” มาประกอบการพิจารณาจะเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิดสำหรับคดีข่มขืนเด็กและเยาวชนชายได้อย่างถูกต้องเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

สำหรับแนวบรรทัดฐานที่มีต่อผู้ใช้กฎหมาย ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับสถานการณ์ปัจจุบันของสังคมไทยย่อมเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปแล้วว่า คดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับความผิดทางเพศนั้นมีปริมาณเพิ่มสูงขึ้นอย่างน่าวิตก แต่รัฐหรือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องก็ได้หาแนวทางหรือมีมาตรการในการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างต่อเนื่อง เพื่ออุดช่องว่างกฎหมายในทุกรูปแบบต่าง ๆ ที่มีและสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นเพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดนำมาใช้ในการต่อสู้คดี และเพื่อให้ หลุดพ้นจากความรับผิดชอบทางอาญา แต่ถึงกระนั้นก็ตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย ก็ยังไม่สามารถคุ้มครองเหยื่อทางเพศได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้เนื่องจากยังมีปัญหาในเรื่องของ

³ George Fletcher. *Rethinking Criminal Law*. Boston Little Brown 1978, p.141

⁴ Willams. *Criminal Law The General Part*. 2 ed. 1961, p. 609

มาตรการทางกฎหมายที่ผู้ใช้กฎหมายจะนำมาเป็นบรรทัดฐานประกอบกับการพิจารณาตีความผิดทางเพศ ซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนแน่นอนว่าแค่ไหน เพียงไร จึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเราหรือฐานกระทำอนาจาร ทำให้เกิดข้อโต้แย้งกันระหว่างผู้ใช้กฎหมายซึ่งยังสับสนกับการตีความของคำว่า “กระทำชำเรา” และคำว่า “กระทำอนาจาร” เพราะบางคดีที่จำเลยมีเจตนาจะกระทำชำเราผู้เสียหายแต่กระทำไม่สำเร็จ ลำดับความผิดที่รองลงมาคือพยายามกระทำชำเรา ซึ่งถือเป็นเรื่องปกติของการวินิจฉัยและไม่เกิดความสับสน แต่ข้อเท็จจริงในหลายคดีหาเป็นเช่นนั้นไม่ผลจากคำพิพากษาออกมากลายเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งหากพิจารณาทั้งความหมายและองค์ประกอบความผิดทั้งสองฐานนั้นย่อม แตกต่างกันโดยสิ้นเชิง

ฉะนั้นการที่ผู้ใช้กฎหมายจะยึดแนวคำพิพากษากฎีกาซึ่งมีมาตั้งแต่ รศ.127 ตลอดไปโดยไม่มีการปรับปรุง แก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือพัฒนาให้ทันต่อสถานการณ์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะไม่ถูกต้องนัก ทั้งนี้เนื่องจากเหตุผลประการที่หนึ่งคือประมวลกฎหมายอาญาของไทยเป็นระบบลายลักษณ์อักษรที่นำมาใช้ต่อการเรียน การสอน และการประกอบอาชีพ การตีความตามตัวบทจึงเป็นเรื่องสำคัญทั้งในปัจจุบันและอนาคต ประการที่สองทำให้สับสนและเกิดข้อโต้แย้งกันระหว่างผู้ใช้กฎหมาย ซึ่งมีมา ตั้งแต่อดีตกระทั่งปัจจุบันและยังคงมีต่อไปในอนาคต ซึ่งหากจะใช้แนวทางของคำพิพากษากฎีกาเป็นบรรทัดฐานต่อไป

และประการที่สามคือ อาจทำให้ผู้ใช้กฎหมายหลงประเด็นต่อการวินิจฉัยในคดีความผิดอันเกี่ยวกับเพศ ทั้งนี้เนื่องจากกรณีที่จำเลยมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอย่างหนึ่งโดยพิจารณาในเรื่องของการกระทำที่เป็นเครื่องชี้เจตนา ฉะนั้นการวินิจฉัยหากจำเลยไม่เป็นความผิดในเรื่องที่เจตนากระทำ จะนำความผิดอย่างอื่นที่จำเลยไม่มีเจตนามาลงโทษนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะถูกต้องที่สำคัญคือคดีความผิดทางเพศที่จำเป็นต้องใช้กับการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดและคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนักหรือทางปากอย่างเหมาะสมถูกต้องและยุติธรรม

จากการศึกษาค้นคว้ากฎหมายของประเทศต่าง ๆ จึงทำให้เห็นมาตรการในการคุ้มครองเหยื่อทางเพศ ซึ่งเป็นประโยชน์ในการนำมาเป็นข้อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยในการปรับปรุงแก้ไขและเปลี่ยนแปลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงประเทศต่าง ๆ ทั้งที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายซิลวิลลอว์และประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ เพื่อให้เห็นมาตรการทางกฎหมายของประเทศที่บัญญัติถึงการคุ้มครองเด็กและ เยาวชนชาย กับหลักทฤษฎีที่นำมาประกอบการพิจารณาลงโทษต่อผู้กระทำความผิดกรณีดังกล่าว ที่มีความชัดเจนแน่นอน คือในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษและระบบกฎหมายซิลวิลลอว์เช่นเดียวกับระบบของไทยอีก 2 ประเทศ คือประเทศเยอรมันและ

ประเทศฝรั่งเศส พร้อมกับการใช้หลักทฤษฎีที่เหมาะสมมานำเสนอ ทั้งนี้เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างในเรื่องของการพิจารณาที่มีความชัดเจนแน่นอน

2. วิเคราะห์กฎหมายอาญาต่างประเทศกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชาย

เพื่อให้เกิดความชัดเจน ผู้เขียนจะแยกการวิเคราะห์ออกเป็นสองประเด็นที่สำคัญคือใน ความผิดฐานกระทำชำเรา กับความผิดฐานกระทำอนาจาร ทั้งที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์และที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ดังนี้

2.1 ประเทศอังกฤษในความผิดฐาน

ก) “ การกระทำชำเราโดยวิธฉ้อโกง” (Buggery)

ตามมาตรา 12 ของ The Sexual Offences Act 1956 ได้บัญญัติให้ผู้กระทำวิธฉ้อโกง โดยกระทำชำเราบุคคลอื่น¹ ซึ่งหมายความรวมถึงเด็กและเยาวชนชายที่มีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปีด้วย หรือการกระทำต่อสัตว์ให้เป็นความผิดตามมาตรา 12 เพราะอังกฤษเห็นว่าการกระทำชำเราโดยวิธฉ้อโกงนั้นเป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติไม่ว่าจะทวารหนักเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นด้วยการกระทำทางทวารหนักต่อชายหรือต่อหญิง ซึ่งการพิจารณาจะเป็นความผิดสำเร็จฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อเมื่อได้ความว่ามีการล้วงล้ำเข้าไปของอวัยวะชายเข้าไปทางทวารหนักของเด็กหรือเยาวชนชาย โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีการหลั่งน้ำอสุจิหรือไม่ ผู้กระทำมีความผิดตามมาตรา 12 แต่กฎหมายกำหนดไว้มีข้อยกเว้นอยู่ สองประการ คือประการแรก หากผู้ถูกกระทำชำเรายินยอมให้มีการกระทำความผิด และ ประการที่สอง ถ้าผู้เสียหายให้ความยินยอมถือว่าทั้งคู่มีความผิดเท่าเทียมกัน แต่ถ้าผู้กระทำฝ่ายหนึ่งเป็นเด็กชายอายุต่ำกว่า 14 ปี ถือว่าผู้กระทำอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้กระทำผิดเพียงฝ่ายเดียว

สำหรับการกระทำความผิดตามมาตรา 12 กฎหมายอังกฤษให้ความสำคัญคุ้มครองผู้กระทำผิดถ้าเป็นกรณีที่ชายที่ให้ความยินยอมนั้นมีอายุเกินยี่สิบเอ็ดปี และการกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำโดยวิธฉ้อโกงในที่รโหฐาน แต่ถ้าเป็นการกระทำต่อผู้ “พิการทางจิตใจอย่างร้ายแรง” ซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมตามกฎหมายได้ กรณีนี้ผู้กระทำต้องรับผิดโดยไม่คำนึงว่าผู้พิการนั้นจะมีอายุเท่าไรและนอกจากนั้นหากการกระทำชำเราโดยวิธฉ้อโกงได้กระทำกับลูกเรือบนเรือสินค้าของราชอาณาจักร หรือบนเรือสินค้าของสหราชอาณาจักรลำอื่นก็เป็นความผิดตามมาตรา 12 ด้วย

ข้อสังเกตในมาตรานี้คือเรื่องอายุของผู้ให้ความยินยอมกล่าวคือ ในกรณีที่คู่กรณีซึ่งมีอายุต่ำกว่ายี่สิบเอ็ดปีให้ความยินยอมหรือไม่นั้น อาจไม่ถูกนำไปใช้พิจารณาในชั้นศาลต่อไปก็ได้

เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากอธิบดีกรมอัยการ สำหรับการกระทำความผิดตามมาตรา 13 ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษรับฐานความผิดอุกฉกรรจ์โดยต้องจำคุกถึงตลอดชีวิต แต่ถ้าเป็นการกระทำกับเด็กชายที่อายุต่ำกว่าสิบสี่ปีจะยินยอมหรือได้ก็ตาม กฎหมายถือเป็นความผิดอุกฉกรรจ์เฉพาะคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้กระทำความผิด

ข) ความผิดฐานการกระทำอนาจาร (Indcent Assault)

การกระทำอนาจารตามกฎหมายของอังกฤษ The Sexual offences Act 1956 ได้แบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

1) ตามมาตรา 13 ของ The Sexual offences Act 1956 กำหนดว่า

การกระทำอนาจารระหว่างชายด้วยกันเป็นความผิดไม่ว่าจะกระทำในที่สาธารณะสถานหรือในที่สาธารณะหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด หรือเป็นผู้จัดให้มีการกระทำความผิด⁵ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการล้อเล่น และเป็นการกระทำโดยได้รับความยินยอมจากบุคคลที่มีอายุตั้งแต่ยี่สิบเอ็ดปีขึ้นไปซึ่งได้กระทำในที่สาธารณะ เช่นนี้ผู้กระทำไม่เป็นความผิด

2) ตามมาตรา 14 ของ The Sexual offences Act 1956 กำหนดว่า

การกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อหญิง (Indecent assault on a woman) ตามมาตรานี้ถ้าเป็นการอนาจารต่อหญิงที่มีอายุต่ำกว่าอายุสิบหกปีไม่สามารถให้ความยินยอมได้ แต่ถ้าเป็นการกระทำต่อหญิงที่ถูกเพิกถอนการสมรส ผู้เป็นสามีไม่มีความผิดนอกจากนั้นหากเป็นการกระทำอนาจารต่อหญิงพิการแม้จะยินยอมก็เป็นความผิด

3) ตามมาตรา 15 ของ The Sexual offences Act 1956 กำหนดว่า

การกระทำอนาจารโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อชาย (Indecent assault on a man) ถ้าได้กระทำต่อชายผู้ให้ความยินยอมไม่เป็นความผิด เว้นแต่กระทำต่อชายที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี ผู้กระทำยังคงมีความผิด แต่ถ้ากระทำต่อผู้พิการโดยไม่รู้ว่าเป็นผู้พิการไม่เป็นความผิด สำหรับการกระทำความผิดตามมาตรา 13 ผู้กระทำผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ โดยหญิงก็อาจถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อชายได้ ซึ่งกรณีนี้เจตนาถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิด ถ้าผู้กระทำขาดเจตนาตามกฎหมายจะไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าว

⁵ Halsbury's. Statute of England and Walse. supra note 3, p. 249.

สำหรับผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องระวางโทษสำหรับการกระทำดังกล่าว โดยจะถูกพิจารณาตามกระบวนการ Summarily หรือกระบวนการ Indictment แล้วแต่กรณี

หลักทฤษฎีกับความผิดฐาน " การข่มขืนกระทำชำเรา "

เมื่อได้พิจารณาความผิดฐานกระทำชำเรากับความผิดฐานอนาจาร ตามกฎหมายอังกฤษแล้วจะเห็นว่าการศึกษาพิจารณาลักษณะความผิดฐานดังกล่าวแล้วจะไม่ได้มีการทับซ้อนกัน เนื่องจากมีการแบ่งแยกประเภท หรือลักษณะความผิดออกไว้อย่างชัดเจน แต่ถึงกระนั้นก็ตามการข่มขืนกระทำชำเรานั้น การที่ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำใดหรือข้อเท็จจริงใดจะเป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว หรือไม่นั้นศาลจะต้องพิจารณาโดยใช้หลักทฤษฎี " การกระทำนั้นต้องใกล้เคียงต่อผล " คือการกระทำนั้นต้องใกล้เคียงจะสำเร็จอย่างเห็นได้ชัดเจนหรือในทันทีทันใดนั้นการกระทำความผิดสำเร็จแล้วและต้องเป็นการกระทำที่เลยขั้นการเตรียมกระทำความผิดมาแล้วด้วย ซึ่งหากพิจารณาถึงเรื่องการผ่านขั้นเตรียมการไปแล้วนั้นอย่างน้อยก็น่าจะเป็นความผิดฐานพยายาม ไม่น่าจะกลายเป็นความผิดฐานการทำอนาจารตามที่ศาลฎีกาไทยพิจารณา

ในมาตรา 1 ของกฎหมายอังกฤษ The Criminal Attempts Act 1981 ได้บัญญัติความผิดฐานพยายามกระทำความผิดอาญาไว้โดยกำหนดให้บุคคลที่กระทำความผิดโดยเจตนา และได้กระทำการใด ๆ ไปมากกว่าการเตรียมกระทำความผิดถือว่าผู้นั้นได้พยายามกระทำความผิดแล้ว และบุคคลอาจถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้พยายามกระทำความผิดตามมาตรานี้ แม้ว่าข้อเท็จจริงที่มีอยู่นั้นไม่อาจทำให้การกระทำความผิดเป็นผลสำเร็จได้ก็ตาม หรือถ้าผู้กระทำเชื่อว่าข้อเท็จจริงนั้นมีอยู่จริง หากผู้กระทำมีเจตนาอาจนำมาพิจารณาประกอบในความผิดฐานพยายามกระทำความผิดได้แต่การที่บุคคลที่

จะถูกกล่าวหาว่าพยายามกระทำความผิดส่วนใหญ่จะมีแต่เฉพาะคดีอาญาที่ประทุษร้ายต่อชีวิตร่างกายหรือคดีอาชญากรรม หรือในคดีอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้นโดยที่บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อการได้ส่วนมูลฟ้อง ซึ่งผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรานี้มีโทษถึงจำคุกตลอดชีวิต⁶ สำหรับการพยายามกระทำความผิดตามกฎหมายอังกฤษจะประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ

⁶ นริศรา แดงไม้. "การลงมือกระทำความผิด" ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541. หน้า 85-88.

ประการแรก คือต้องมีเจตนากระทำความผิดการพยายามกระทำความผิด ตามกฎหมายอังกฤษนั้นต้องเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้ทำลงไปโดยมีเจตนาร้าย (mens rea) ซึ่งเจตนาร้ายนั้นไม่เพียงแต่จะกระทำโดยเฉพาะเจาะจง (specific inten) เท่านั้น แต่รวมถึงสภาวะทางจิตใจ (state of mind) ที่ตระหนกอยู่เสมอว่าถ้าผู้กระทำยังคงกระทำการใด ๆ ต่อไปจะทำให้ผลของการกระทำความผิดสมบูรณ์และผู้กระทำก็ยังคงกระทำการต่อไป หรือในภาวะจิตใจของผู้กระทำในขณะนั้นรู้ว่าถ้ายังคงดำเนินการต่อไปจะมีผลให้การกระทำความผิดสมบูรณ์⁷

ในเรื่องของการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอม หรือสมัครใจที่จะมีเพศสัมพันธ์ด้วยหรือเป็นกรณีที่ผู้กระทำประมาทไปว่าหญิงนั้นไม่ให้ความยินยอมด้วย แต่ถ้ากรณีที่ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าว โดยที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำชำเราหญิงแล้วไม่สำเร็จ ถือว่าผู้กระทำความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา⁸

ประการที่สอง คือในเรื่องของเจตนาร้าย (mens rea) นั้นสามารถพิสูจน์ได้โดยปราศจากข้อสงสัยว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องทราบ หรือคาดการณ์ได้อย่างถูกต้องว่าผลของการกระทำของเขานั้น ถ้าหากไม่มีการขัดขวางแล้ว โอกาสที่จะประสบความสำเร็จย่อมเป็นไปได้อย่างสูง หรือมีโอกาสที่จะทำให้การกระทำความผิดสมบูรณ์⁹ ส่วนการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นผู้กระทำความผิดต้องรู้ว่าผู้เสียหายไม่ได้ยินยอม หรือให้ความยินยอม หรือผู้กระทำประมาทไปว่าหญิงนั้นให้ความยินยอมกล่าว คือ ถ้าผู้กระทำความผิดได้มีความคิดในความเป็นไปได้ว่าผู้เสียหายอาจไม่ให้ความยินยอมในพฤติการณ์เช่นนั้น และถ้าความผิดนั้นค่อนข้างมีน้ำหนักแล้วก็เห็นได้ชัดว่ามีความเสี่ยงที่ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอม¹⁰ และการที่ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าวและผู้กระทำความผิดได้กระทำชำเราหญิงแต่ไม่ประสบความสำเร็จ กรณีนี้ผู้กระทำความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว¹¹

ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา หากจะพิจารณาว่าการกระทำใด หรือข้อเท็จจริงใดถือว่าเป็นความผิดสำเร็จหรือไม่นั้น ศาลอังกฤษจะพิจารณาโดยใช้ทฤษฎีดังกล่าว ซึ่งสามารถนำมาพิจารณาประกอบกับการกระทำชำเราต่อเด็กและเยาวชนชายที่ถูกกระทำชำเราได้ คือการที่จะถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำชำเราต่อเด็กและเยาวชนชายได้ก็ต่อเมื่อ ได้มีการล่วงล้ำ

⁷ Smith and Hogan, supra note 12, p. 360.

⁸ R. V" Khan and others (1990) 2 All ER 783, Court of Appeal

⁹ bid p. 360 – 361

¹⁰ ดูคดี Pigg 1982 2 All ER 591, (1982) Crim LR 466 CA. and commentary.

¹¹ ดูคดี R. V. Khan and others (990) 2 all ER 783, Court of Appeal.

คือการใช้จะถือว่าเป็นความผิดฐานกระทำชำเราต่อเด็กและเยาวชนชายได้ก็ต่อเมื่อ ได้มีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปทางทวารหนักของชายด้วยกัน โดยไม่คำนึงถึงว่าจะมีการเคลื่อนของน้ำอสุจิหรือไม่ ก็ถือเป็นความผิดฐานกระทำชำเราโดยวิธการแล้ว

2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกาในความผิดฐาน “การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน” Deviate Sex Intercourse)

ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศโดยการใส่กำลังหรือโดยการหลอกลวง ได้แก่การที่บุคคลใดซึ่งเป็นผู้มีความเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่น หรือเป็นสาเหตุให้ผู้อื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศมีความผิดฐานกระทำอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง การกระทำความดังกล่าวอาจเป็นการกระทำโดยการใส่กำลังบังคับผู้อื่น หรือข่มขู่ว่าจะทำร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ทำให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือทำให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บ หรือเป็นการทำให้บุคคลที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ โดยการใส่ยา หรือโดยการใส่ของมีนเมาหรือเป็นการกระทำโดยวิธีอื่นใดเพื่อหลีกเลี่ยงการทำอนาจารหรือเป็นการทำให้บุคคลนั้นหมดสติเป็นการทำกับบุคคลที่อายุน้อยกว่าสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนอาจกระทำโดยการหลอกลวงบุคคลอื่น หรือเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศ ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดในชั้นอุกฉกรรจ์ในระดับที่สามเช่น การบังคับบุคคลอื่นมีส่วนร่วมด้วยในการกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำได้กระทำโดยการข่มขู่เพื่อป้องกัน มิให้การขัดขวาง หรือกระทำโดยรู้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถรู้ผิดชอบทางจิตใจ หรือเป็นผู้มีความบกพร่องซึ่งไม่สามารถรู้ผิดชอบในการกระทำนั้น หรือผู้รู้ว่าการที่บุคคลอื่นยอมตามเพราะไม่รู้ว่าการกระทำเช่นนั้นจะทำให้เขาได้รับโทษ

สำหรับการกระทำชำเราเบี่ยงเบนตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น หมายถึงการกระทำชำเราทางทวารหนักหรือทางปาก ซึ่งมีไซสามีหรือภรรยาและหมายถึงการกระทำต่อสัตว์ด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหรัฐอเมริกาถือว่าบุคคลซึ่งมีพฤติกรรมเช่นนี้เป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่สำหรับเรื่องการคุ้มครองนั้นกฎหมายสหรัฐคุ้มครองเด็กที่มีอายุน้อยกว่าสิบปีนอกจากนั้นในการข่มขืนกระทำชำเราโดยเบี่ยงเบนหรือผิดธรรมชาติมนุษย์นี้ การพิสูจนในเรื่องการเข้าป้อนนั้นถือว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานนี้แต่การผ่านเข้าไปแม้เพียงบางส่วน ซึ่งเป็นการเพียงพอจะทำให้การกระทำความผิดสมบูรณ์นั้นอาจไม่เกิดขึ้นก็ได้ ถ้าผู้กระทำความผิดใช้นิ้วมือ หรือนิ้ว หรือใช้อวัยวะอื่นใดของร่างกายกระทำการแทนซึ่งไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดได้ตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตามในกรณีที่บุคคลใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำต่อสัตว์ หรือกระทำต่อชายหรือหญิง โดยทางทวารหนักหรือกระทำทางปาก หรือยอมรับการสนองความใคร่นั้นโดย

รับการตัดสินคดีเป็นระยะเวลาไม่ต่ำกว่าหนึ่งปีและไม่เกินสามปี แต่ถ้าเป็นการกระทำโดยใช้กำลังประทุษร้ายอาจให้เข้ารับการตัดสินคดีเป็นระยะเวลาไม่ต่ำกว่าสามปีและไม่เกินไปกว่าสิบปี ซึ่งในที่นี้รวมถึงเด็กหรือเยาวชนชายที่ถูกกระทำดังกล่าวด้วย

2.2 ประเทศเยอรมัน ในความผิดฐาน “การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก”

ความผิดเกี่ยวกับเพศของประเทศเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 173 ถึง มาตรา 184 b The Penal of the German federal Republic, 1871 การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ (Rape and sexual Abuse)

การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศตามกฎหมายเยอรมันได้แบ่งออกเป็น 6 ประเภท ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวเฉพาะมาตราสำคัญที่เกี่ยวกับการล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก คือ

บทบัญญัติตามมาตรา 176 ได้บัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือผู้ได้อนุญาตให้เด็กกระทำเช่นนั้นกับบุคคลนั้น หรือเป็นการกระทำโดยการชักชวนเด็กให้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่น หรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็กเป็นการกระทำความผิดการพยายามกระทำความผิดต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อสังเกตในมาตรา 176 ประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันนั้น ได้บัญญัติถึงการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับเพศของบุคคลที่กระทำต่อเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปี หรือผู้ที่อนุญาตให้เด็กกระทำทางเพศต่อผู้กระทำผิดโดยไม่ได้คำนึงถึงว่าเด็กที่ถูกกระทำนั้นจะเป็นหญิงหรือเป็นชายก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ นั้นย่อมแสดงว่ากฎหมายของเยอรมันให้การคุ้มครองในเรื่องเพศต่อเด็กชายที่มีอายุต่ำกว่า 14 ปีที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราและละเมิดทางเพศกรณีเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นการที่ผู้กระทำผิดที่เป็นชายได้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราเด็กผู้ชาย โดยเอาอวัยวะเพศล่วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักด้วยเช่นกัน

สำหรับการพิจารณาความผิดฐาน “ข่มขืนกระทำชำเรา” นั้นศาลเยอรมันได้พิจารณากรณีการลงมือกระทำความผิด หรือการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ บุคคลนั้นมีการเคลื่อนไหวเพื่อจะก่อให้เกิดผลสำเร็จตามความคิดที่ตนเองจะกระทำผิดทางอาญาต่อบุคคลนั้น¹² การพยายามกระทำความผิดอาญาของกฎหมายเยอรมันอาจถูกลงโทษน้อยกว่าการกระทำความผิดสมบูรณ์¹³ ส่วนหลักทฤษฎีที่นำมาประกอบในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดจึงจะถือว่าเป็นการ “ข่มขืนกระทำชำเรา” นั้นศาลเยอรมันได้ใช้ทฤษฎีหลัก

¹² See 22 of the penal Code of the Federal Republic of Germany

¹³ Raymond youngs. Sourcebook on German Law. London Cavendish publishing limited. 1994, p. 611-613.

“ความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น” (The Dangerous possibility rule) โดยดูว่ามีอันตรายเกิดขึ้นโดยตรงต่อผลประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง ซึ่งได้แก่คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หรือไม่ ซึ่งถ้าได้มีการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวแล้ว กฎหมายก็ถือว่าผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว

ดังนั้นหากพิจารณาถึงทฤษฎี “หลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น”¹⁴ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายได้เอาอวัยวะล้วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักของเด็กและเยาวชนชาย ก็ถือได้ว่าผู้นั้นได้ลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีการเคลื่อนของน้ำอสุจิหรือไม่เพราะถือว่าอันตรายได้มาถึงผู้เสียหายแล้ว

หลังจากที่ได้ทำการศึกษาในเรื่องของหลักทฤษฎีตามที่ประเทศต่าง ๆ นำมาใช้พิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดทางเพศแล้วผู้เขียนเห็นว่าหลักทฤษฎี “ความเป็นอันตรายของการกระทำ” ที่ประเทศเยอรมันนำมาใช้ในการพิจารณานั้น นอกจากจะเป็นหลักที่สามารถคุ้มครองผู้เสียหายในคดีความผิดทางเพศให้ได้รับความปลอดภัยทั้งชีวิตและร่างกายแล้ว ยังเป็นการพิจารณาลงโทษต่อผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมถูกต้องบริสุทธิ์และยุติธรรม ทั้งนี้เนื่องจากหากพิจารณาถึงบุคคลที่กฎหมายควรจะคุ้มครอง ระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหายที่ได้รับอันตรายต่อชีวิตร่างกาย กฎหมายควรจะคุ้มครองผู้เสียหายมากกว่าคุ้มครองผู้กระทำความผิด

2.3 ประเทศฝรั่งเศส ในความผิดฐาน “ การกระทำอันเกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ ”

ตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสมาตรา 222-22 ถึงมาตรา 222-30 ได้กำหนดความผิดว่าด้วยการกระทำรุนแรงในทางเพศไว้ในส่วนที่ 3 สำหรับการกระทำรุนแรงในทางเพศดังนี้

1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

ตามมาตรา 222-23 ของกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดให้การกระทำใด ๆ ซึ่งเป็นการล้วงล้ำในทางเพศไม่ว่าจะเป็นการกระทำในลักษณะใดหรือจะเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยความรุนแรงโดยการบังคับข่มขู่ หรือทำให้ตื่นตกใจก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว อย่างไรก็ตามการกระทำชำเราอาจทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับโทษหนักขึ้น หากการกระทำนั้นทำให้เกิดการพิการอย่างถาวร หรือเป็นการกระทำต่อผู้เยาว์อายุสิบห้าปี ฯลฯ

¹⁴ George Fletcher. Rethinking Criminal I. BOS : Little brown 1978. p.141.

กรณีกฎหมายของฝรั่งเศสตามมาตรา ๓๓๓ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายได้บัญญัติเรื่องการช่มชืนกระทำซ้ำเราโดยกำหนดให้เป็นการคุ้มครองต่อผู้ที่ถูกกระทำทางเพศไว้อย่างกว้างๆ ทั้งนี้โดยพิจารณาได้จากคำว่า “ซึ่งเป็นการล่วงล้ำทางเพศไม่ว่าเป็นการกระทำในลักษณะใด” จึงหมายความว่าความรวมถึงการที่ชายได้เอาอวัยวะล่วงล้ำเข้าไปทางทวารหนักของเด็กและเยาวชนชายผู้เสียหายด้วย นอกจากนั้นกฎหมายตามมาตราดังกล่าวยังกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำให้ต้องรับโทษหนักขึ้นถ้าการกระทำนั้นได้กระทำต่อผู้ที่มีอายุสิบห้าปี กรณีเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายฝรั่งเศสตามมาตรา ๓๓๓ ได้บัญญัติเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่มีอายุสิบห้าปีที่เป็นเหยื่อทางเพศจากการถูกกระทำซ้ำเราทางทวารหนักเช่นกัน เหตุที่ผู้เขียนไม่นำมาตราการทางกฎหมายและทฤษฎี “หลักความใกล้ชิดต่อผล” ของฝรั่งเศส มานำเสนอเป็นแนวทางกับการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของไทย เพราะเนื่องทฤษฎีดังกล่าว และไม่มี ความชัดเจนแน่นอนในเรื่องของการพิจารณา

2) ทฤษฎีกับความผิดฐาน “ช่มชืนกระทำซ้ำเรา”

กฎหมายฝรั่งเศสได้พิจารณา “การลงมือช่มชืนกระทำซ้ำเรา” โดยใช้หลักทฤษฎี “หลักการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล” ซึ่งเป็นการใช้หลักของการพิจารณาเช่นเดียวกับศาลไทยและอังกฤษ ทั้งนี้เพื่อให้มีการลงโทษผู้กระทำความผิด แต่การใช้ทฤษฎีนี้ศาลจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไปจึงไม่มีความชัดเจนแน่นอน หรือเหมาะสมสำหรับการพิจารณาคดีช่มชืนเด็กและเยาวชนชายดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เพราะไม่สามารถระบุได้ว่าการกระทำแค่นั้นเพียงไรจึงจะเป็นการใกล้ชิดต่อผล

3. วิเคราะห์เปรียบเทียบระบบกฎหมายต่างประเทศกับระบบกฎหมายไทย

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่า หลังจากที่ได้มีการศึกษาค้นคว้าในระบบกฎหมายของต่างประเทศที่ได้มีการพัฒนาแล้วนำมาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยซึ่งนับตั้งแต่กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 กระทั่งการใช้ประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน ที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเกี่ยวกับเรื่องการคุ้มครองเด็กและเยาวชนมาแล้วหลายฉบับ ทั้งนี้เพื่อให้ทันต่อสถานการณ์การก่ออาชญากรรมและการเปลี่ยนแปลงในสังคมโลก จึงเห็นควรให้นำมาตราการทางกฎหมายของประเทศอังกฤษที่มีการแยกองค์ประกอบความผิดระหว่าง “การกระทำซ้ำเรา” กับ “การกระทำอนาจาร” ออกจากกันโดยชัดเจน ความเสี่ยงภัยต่อสังคมที่ใกล้จะถึงตัวแล้ว การพยายามกระทำความผิดจึงถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง แต่สำหรับคดีนี้หากจะพิจารณาตามหลักทั่วไป จะใช้หลักทฤษฎี “ความใกล้ชิดต่อผล” ก็ย่อมได้ เพราะการลงมือกระทำความผิดนั้นได้แสดงให้เห็นถึงเจตนาของจำเลยแน่ชัดว่าจะกระทำความผิด

หลังจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้ากฎหมายอาญาต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศ โดยเฉพาะกรณีเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนัก หรือทางปาก โดยเริ่มทำการศึกษาดังแต่ความเป็นมาของประวัติศาสตร์กฎหมายกระทั่งปัจจุบัน ทั้งระบบกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งมีประเทศสหรัฐอเมริกา กับ ประเทศอังกฤษ และระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมนี กับ ประเทศฝรั่งเศส จึงพบว่าพฤติกรรมของมนุษย์ที่ชอบการผสมกับคนเพศเดียวกันนี้มีและเกิดขึ้นมาจากประเทศทางตะวันตกเป็นเวลานานนับพันปี ซึ่งถือว่าการกระทำเช่นนี้เป็นการกระทำที่ผิดธรรมชาติมนุษย์ที่สังคม หรือวัฒนธรรมทางตะวันตกไม่พึงปรารถนา โดยกฎหมายของแต่ละประเทศ แต่ละระบบได้มีการบัญญัติ หรือมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคล มิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศแตกต่างกับออกไป สำหรับในเรื่องของกรณีของเด็ก หรือเยาวชนชายถูกล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนัก หรือทางปากนั้น แต่ละประเทศได้บัญญัติหรือมีมาตรการในการคุ้มครองโดยมีวัตถุประสงค์ให้การคุ้มครองอย่างคล้ายคลึง เพียงแต่การบัญญัติในเรื่องขององค์ประกอบความผิดเท่านั้นที่มีความชัดเจนแตกต่างกันกล่าวคือ

ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติกฎหมายสำหรับพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดระหว่าง การข่มขืนกระทำชำเรา กับการกระทำอนาจารโดยแยกออกจากกันอย่างชัดเจน โดยอังกฤษกำหนดให้ผู้กระทำความผิดโดยวิจริต ซึ่งกระทำชำเราต่อเด็ก และเยาวชนชายที่มีอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี ไม่ว่าจะเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ส่วนการที่จะพิสูจน์ว่าเป็นการข่มขืนหรือไม่นั้น ทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีความคล้ายคลึงกันคือ ต้องได้ความว่าการล่วงล้ำเข้าไปของอวัยวะเพศชายเข้าไปทางทวารหนักของเด็กหรือเยาวชนชายโดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีการหลั่งน้ำสุจิหรือไม่ สำหรับโทษที่จะลงต่อผู้กระทำความผิดทางทวารหนักหรือทางปากนั้น ประเทศอังกฤษได้กำหนดให้เป็นความผิดฐานอุกฉกรรจ์ซึ่งมีโทษถึงจำคุกตลอดชีวิต ซึ่งต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดโทษที่จะลงต่อผู้กระทำความผิดดังกล่าวเพียงส่งเข้าโรงเรียนดัดสันดานไม่ต่ำกว่าหนึ่งปีและไม่เกินสองปีเท่านั้น เกี่ยวกับความแตกต่างในเรื่องโทษของทั้งสองประเทศนั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมาจากเรื่องวัฒนธรรมที่ได้รับอิทธิพลทางศาสนาที่อังกฤษยึดถือมานานก็มีความเป็นไปได้

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการกำหนดฐานความผิด ซึ่งประเทศอังกฤษกำหนดไว้ในความผิดฐาน " กระทำชำเราโดยวิจริต" ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดไว้ในความผิดฐานการข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน หรือมาตรการในทางลงโทษผู้กระทำความผิด เพื่อคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางทวารหนักหรือทางปากนั้น จะแตกต่างกันก็ตาม แต่ประเด็นสำคัญที่กฎหมายทั้งสองประเทศสามารถให้ความคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) ได้อย่างชัดเจนและมีประสิทธิภาพ คือ มีการแยกองค์ประกอบ

ความผิดระหว่างความผิดฐาน “ข่มขืนกระทำชำเรา” กับความผิดฐานกระทำ “อนาจาร” ซึ่งมีลักษณะและพฤติการณ์กับการกระทำออกจากกันอย่างชัดเจน ทั้งนี้ทำให้ง่ายต่อการพิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำในความผิดฐานใด แต่ที่ชัดเจนมากที่สุดสำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีคือ กฎหมายของประเทศอังกฤษ

ส่วนการคุ้มครองเด็ก หรือเยาวชนชายตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศสนั้น มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเหยื่อทางเพศดังกล่าวเช่นเดียวกับกล่าวคือ ประเทศเยอรมนีกำหนดให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดฐาน “การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก” โดยให้การคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี การที่กฎหมายกำหนดโดยใช้คำว่า “การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก” ผู้เขียนเห็นว่ามันจะเป็นการล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนักด้วยเช่นกัน แต่ไม่น่าจะรวมถึงทางปากหรือผู้ที่กระทำต่อสัตว์ด้วย เพราะในกฎหมายมิได้ระบุไว้อย่างชัดเจน สำหรับการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนชายของกฎหมายฝรั่งเศส ก็ได้กำหนดไว้ให้มีการคุ้มครองเช่นกัน โดยกำหนดไว้ให้ผู้กระทำความผิดฐาน “การกระทำรุนแรงในทางเพศ” โดยมีการคุ้มครองต่อเด็กซึ่งมีอายุสิบห้าปี อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของฝรั่งเศสก็ได้มีคำวินิจฉัยไว้หลายคดีว่า “การล่วงละเมิดทางเพศนั้นหมายความรวมถึง การกระทำทางทวารหนัก (เอมมรรค) หรือทางปาก (โอบซุมมรรค) และแม้แต่การเอาวัตถุใดๆสอดเข้าไปในช่องคลอดหรือทางทวารหนักของผู้เสียหายด้วย

ดังนั้นย่อมแสดงให้เห็นว่า “กฎหมายต่างประเทศทั้งที่ใช้ระบบจารีตประเพณีและระบบลายลักษณ์อักษร” ต่างก็บัญญัติให้มีการคุ้มครองเกี่ยวกับเรื่องเพศ โดยเฉพาะกรณีเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) ซึ่งมีมาตั้งแต่ประวัติศาสตร์กระทั่งถึงปัจจุบัน อันมีลักษณะของการคุ้มครองที่คล้ายคลึงกัน แต่สำหรับประเทศที่มีความชัดเจนในเรื่องของการลงโทษกับการคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนชายได้รัดกุมและมีประสิทธิภาพมากที่สุดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเทศอังกฤษ ซึ่งในขณะเดียวกันประเทศไทยได้มีการยกเลิกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ไปตั้งแต่ พ.ศ. 2499 จนกระทั่งปัจจุบัน ก็ยังไม่มีองค์กรหนึ่งองค์กรใดหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงแต่อย่างใด แม้สถานการณ์ปัจจุบัน ปัญหาเด็กและเยาวชนชายจะถูกมองว่ามีอัตราการเสี่ยงต่อภัยอันตรายของการถูกล่วงละเมิดทางเพศไม่น้อยไปกว่าหญิงและให้ความสำคัญต่อการที่จะแก้ไขในทุกรูปแบบ แต่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องทั้งองค์กรของภาครัฐและเอกชนต่างก็มองข้ามในเรื่องของมาตรการหรือกฎหมาย ที่จะใช้กับการลงโทษผู้กระทำความผิดและคุ้มครองเหยื่อทางเพศดังกล่าว ซึ่งหากยังมิได้รับการแก้ไขให้ทันต่อเวลา ปัญหาของกลุ่มคนที่มีพฤติกรรมในการผสมกับคนเพศเดียวกัน จะเกิดการแพร่กระจายออกไปสู่สังคมอย่างเปิดเผยกระทั่งยากต่อการแก้ไขในที่สุด

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาค้นคว้าและวิจัยจากเอกสารต่างๆ จากตำราทางกฎหมายทั้งที่เป็นเอกสารภายในและต่างประเทศเกี่ยวกับความผิดทางเพศ โดยเฉพาะในเรื่องของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) โดยเริ่มทำการศึกษากฎหมายตั้งแต่ประวัติศาสตร์ ซึ่งเป็นที่มาเกี่ยวกับความผิดและโทษของการสมสู่กับคนเพศเดียวกัน จากการค้นคว้าจึงพบว่า “การสมสู่กับคนเพศเดียวกัน” นั้น มีและเกิดขึ้นกับฝรั่งเศสชาติตะวันตกมาเป็นเวลานานนับพันปี ซึ่งพฤติกรรมของบุคคลดังกล่าว ชาวตะวันตกที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของศาสนาคริสต์ ถือว่าเป็นการกระทำที่ชั่วช้าลามกและเอาจริงเอาจังกับการลงโทษถึงขั้นประหารชีวิต สำหรับประเทศไทยเกี่ยวกับเรื่องนี้พบว่ามีและเกิดขึ้นในสมัย ร.ศ. 118 ทั้งนี้โดยพิจารณาจากกฎหมายไทยที่นำบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐาน “ผู้กระทำชำเราผิดธรรมชาติโลก” โดยมาจากกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งผู้กระทำผิดมีโทษจำคุกไม่เกินสิบปีและต่อมาในสมัย ร.ศ. 127 ได้เปลี่ยนเป็นความผิดฐาน “ผู้กระทำชำเราผิดธรรมชาติตามมนุษย์” โดยลดโทษลงเหลือจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงสามปีเท่านั้น จากนั้นความผิดดังกล่าวได้ถูกยกเลิกใน พ.ศ. 2499 เพราะเห็นว่าไม่ค่อยมีคดีเกิดขึ้นประกอบกับเห็นว่าน่าจะเป็นการทำให้เสื่อมเสียต่อเกียรติยศของประเทศชาติอีกประการหนึ่ง

อย่างไรก็ตามปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้ไม่ใช่ปัญหาที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งต้องรับผิดชอบ แต่เป็นเรื่องที่ทุกองค์กรทุกรัฐจะต้องร่วมมือกันแก้ไขปัญหาและหยุดยั้งพฤติกรรมของบุคคลเหล่านี้ มิให้มีการเผยแพร่ออกไปสู่สังคมทั้งภายในและภายนอกอย่างเปิดเผย จึงควรที่จะนำกฎหมายในสมัย ร.ศ. 127 ที่เรียกว่า “การกระทำชำเราผิดธรรมชาติตามมนุษย์ (sodomy)” ของฝรั่งเศสมาทบทวนปรับปรุงใช้ให้ทันต่อสถานการณ์ปัจจุบันอีกครั้งโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ให้มีความชัดเจนในเรื่องของหลักการแยกองค์ประกอบระหว่างความผิดฐานกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร ให้มีความชัดเจนต่อผู้ใช้กฎหมายในการที่จะนำไปใช้เป็นบรรทัดฐานในคดีต่อไปจึงจะทันต่อสถานการณ์ปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากสังคมได้พัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปทั้งด้านเทคโนโลยี การสื่อสาร คมนาคม รวมทั้งสภาพภาวะเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและวัฒนธรรม แต่ความเจริญรุ่งเรืองดังกล่าวกลับทำให้จริยธรรม ศีลธรรม และวัฒนธรรมของสังคมภายในประเทศเสื่อมลง นอกจากนั้นบุคคลที่อยู่ในสังคมที่เจริญรุ่งเรืองเรื่องยังได้อ้างสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอันเป็นพื้นฐานมาแสดงอยู่ในพฤติกรรมที่ผิดธรรมชาติมนุษย์ หรือที่

เรียกว่าพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศมาเผยแพร่ให้ปรากฏอยู่ในสังคมอย่างเปิดเผย กล่าวคือชอบสมสู่หรือมีเพศสัมพันธ์กับบรรดาเพศเดียวกัน โดยมีการกระทำในเรื่องเพศสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับหญิงและชายกับชายด้วยกัน ซึ่งพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนทางเพศนี้สังคมไทยได้ปล่อยให้มีการเผยแพร่และขยายเครือข่ายกระทั่งมีการแอบแฝงอยู่ในทุกวงการ ที่สำคัญคือองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่สามารถจัดระเบียบสังคมของกลุ่มบุคคลประเภทนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือควรมีมาตรการหรือกฎหมายกำหนดมิให้บุคคล หรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งส่งเสริม หรือสนับสนุนให้เด็กหรือเยาวชนแสดงออกในลักษณะที่เป็นพฤติกรรมดังกล่าว เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบความร้ายแรงของพฤติกรรมรักร่วมเพศระหว่างหญิงกับหญิงและระหว่างชายกับชาย จะเห็นว่าหญิงกับหญิงจะเกิดความเสียหายน้อยกว่าชายกับชายทั้งด้านพฤติกรรมและสังคม

จากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 282-284 ทั้ง 3 ครั้งที่ผ่านมา จะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม ในเรื่องการคุ้มครองอายุของผู้เสียหายกับบทลงโทษที่มีต่อผู้กระทำความผิดเพิ่มขึ้นฐานเป็นธุระจัดหาหรือพาไปเพื่ออนาจาร ซึ่งเด็กหรือหญิงอายุสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปี ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม และนอกจากนั้นเป็นการอุดช่องว่างกฎหมายมิให้ผู้กระทำความผิดยกเป็นข้อต่อสู้ให้พ้นความรับผิดทางอาญาเท่านั้น ส่วนการแก้ไขในครั้งที่ 4 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2540 ฉบับปัจจุบันซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งในมาตราดังกล่าว เป็นการคุ้มครองชายอย่างไม่จำกัดอายุพร้อมกับความผิดฐานเป็นธุระจัดหาหรือพาไปเพื่ออนาจารโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดสากล โดยไม่คำนึงว่าการกระทำความผิดดังกล่าวจะได้กระทำขึ้นในประเทศใด แต่กรณีดังกล่าวไม่แตกต่างไปจากบทบัญญัติเดิมเพราะของกฎหมายเก่าก็มีหลักเกณฑ์เดียวกันแต่ย้ายที่เท่านั้น

เมื่อมีการขยายความปกป้องคุ้มครองให้มาครอบคลุมถึงชายอย่างไม่จำกัดอายุนั้น ทำให้เด็กและเยาวชนชาย ซึ่งเดิมไม่เคยได้รับความคุ้มครองในเรื่องของความผิดฐานเป็นธุระจัดหา ล่อไปหรือชักพาไปเพื่อการอนาจาร ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวไว้ในมาตรา 282 และมาตรา 283 เอาไว้ให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเมื่อได้กระทำกับเด็ก ซึ่งหมายถึงทั้งเด็กหญิงและเด็กชาย โดยกำหนดโทษให้เพิ่มขึ้น จากการกระทำความผิดกับเด็กที่มีอายุเกิน 15 ปี แต่ยังไม่เกิน 18 ปี เอาไว้ในวรรคสอง และกำหนดโทษเพิ่มขึ้นไปอีกเมื่อกระทำความผิดกับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี ทำให้เด็กชายและเด็กหญิงได้รับความคุ้มครองมากกว่าบุคคลตามวรรคแรก อย่างไรก็ตามกับการแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านมาทั้งหมดเป็นการแก้ไขเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนโดยภาพรวมแต่ไม่ได้พิจารณา และคำนึงถึงสภาพปัญหาของสังคมปัจจุบัน กรณีเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) ซึ่งได้รับภัยอันตรายจากการถูกล่วงละเมิดทางเพศไม่น้อยไปกว่าเด็กและเยาวชนหญิง ทั้งนี้เนื่องจากยัง

ไม่มีกฎหมายฉบับใดที่บัญญัติความผิดและโทษ สำหรับผู้ที่ล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็กและเยาวชนชายทางทวารหนักหรือทางปาก ให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเหมือนกฎหมายของประเทศต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น

สำหรับปัญหาของสังคมในปัจจุบัน ลักษณะของการกระทำความผิดมีหลายรูปแบบกับวิธีการที่จะนำเด็กชายมาแสวงหาประโยชน์ทางเพศ จากที่เคยกระทำต่อหญิงกับมาเพิ่มเติมรูปแบบและสร้างความนิยมมาเป็นเด็กชายด้วย ไม่ว่าจะเป็นการนำเด็กมาขายให้บริการทางเพศกับผู้ให้บริการในลักษณะของการนำเที่ยวหรือเป็นในรูปแบบของคณะทัวร์หรือที่เรียกว่า sex tour หรือบริการให้กับกลุ่มพวกที่นิยมเสกสุขทางเพศกับเด็กหรือเยาวชนชายเรียกว่า paedophile

นอกจากนั้นยังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2540 ให้ได้รับความปลอดภัยเทียบเท่ากับหญิงแล้ว ยังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมขยายการคุ้มครองไปถึงเพศชายโดยไม่จำกัดอายุด้วย นับว่าเพศชายก็อาจได้รับความเสี่ยงต่อการถูกละเมิดทางเพศด้วยเช่นกันซึ่งการถูกละเมิดทางเพศของชายนั้น ในการศึกษาครั้งนี้ผู้เขียนขอระบุว่าเป็นการกระทำชำเราทางทวารหนัก หรือทางปาก ซึ่งตามแนวทางของกฎหมายถือว่าเป็นการกระทำอนาจาร ทำให้เห็นว่าเดิมกฎหมายประสงค์ที่จะให้มีการคุ้มครองเฉพาะเพศหญิง เพราะถือว่าเป็นเพศที่อ่อนแอและมีอัตราการเสี่ยงต่อการถูกละเมิดทางเพศสูง แต่เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้คุ้มครองชายด้วยนั้น ชายจึงถูกจัดให้เป็นเพศที่อาจเสี่ยงต่อการถูกละเมิดทางเพศได้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามแม้ข้อเท็จจริงเพศชายจะไม่ได้มีความเสี่ยงมากถึงขนาดนั้น เพราะความร้ายแรงอย่างมากก็เพียงเป็นการละเมิดต่อสิทธิทางร่างกาย และเสรีภาพเท่านั้น ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับหญิงแล้วชายจะสามารถรักษาตัวเองได้ดีกว่า แต่เพศชายที่ผู้เขียนให้ความสำคัญและมีความเสี่ยงคือเด็กและเยาวชนชายที่ถูกนำไปแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบถึงระดับขบวนการ

กรณีดังกล่าวแม้รัฐจะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ให้มีการคุ้มครองทั้งเพศหญิงและเพศชายมิให้ถูกล่วงละเมิดทางเพศในทุกรูปแบบแล้วก็ตามแต่รัฐก็ไม่สามารถบัญญัติกฎหมาย หรือหามาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดให้มีการคุ้มครองเพศชายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะในเรื่องของการตีความของฝ่ายผู้ใช้กฎหมาย กรณีเด็กและเยาวชนชายที่ถูกละเมิดทางเพศทางทวารหนักหรือทางปากนั้นควรจะเป็นความผิดฐานกระทำชำเราหรือความผิดฐานกระทำอนาจาร ซึ่งหากนับตั้งแต่สมัย ร.ศ. 127 กระทั่งปัจจุบันผู้ใช้กฎหมายยังคงให้แนวคำพิพากษาฎีกากับคดีดังกล่าวให้เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร จึงทำให้เป็นปัญหาสำคัญของนักกฎหมายไทย ที่ไม่สามารถคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายให้ทันต่อสถานการณ์ปัจจุบันได้ คือ ในเรื่องการพิจารณาของศาลฎีกาที่ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่ามีขอบเขต แคไหนเพียงไร การกระทำในลักษณะหรือพฤติการณ์อย่างใดเป็น

ความผิดฐานกระทำชำเราหรือเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ทั้งที่ความหมายของความผิดในสองฐานนั้น แตกต่างกันอย่างชัดเจนกล่าวคือ

การกระทำชำเราเป็นการร่วมประเวณีธรรมชาติ หมายถึง ของลับของชาย ได้ล้วงล้าเข้าไปในช่องคลอดของหญิงไม่ว่าจะล้วงล้าเข้าไปมากน้อยเพียงใดก็ตาม แม้เยื่อพรหมจารีไม่ขาดก็เป็นความผิดฐานนี้แล้ว หรือแม้ของลับของจำเลยเข้าไปในช่องลับของผู้เสียหายเพียงหนึ่งองคุลิกก็ถือว่ากระทำชำเราแล้ว

ส่วนการกระทำอนาจารนั้นเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศตามประเพณีนิยม หรือตามกาลเทศะหรือการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ แม้ผู้กระทำจะทำเพื่อแก้แค้นก็เป็นอนาจารได้ แต่ต้องกระทำต่อเนื้อตัวของบุคคลโดยตรง การกล่าวถ้อยคำเขียนภาพไม่เป็นการอนาจาร หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งก็คือการกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับเพศถ้าไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราเป็นการไม่สมควรตามประเพณีนิยมและกาลเทศะแล้ว ก็เป็นการกระทำอนาจารเช่น การกอด ปล้ำหญิง จับนม หรือจับของลับหญิง จับแก้ม แต่การจับมือหญิงกระซอกเพื่อทำร้ายร่างกายไม่เป็นอนาจาร

ฉะนั้นจากคำนิยามและความหมายของคำดังกล่าว ย่อมสามารถพิจารณาถึงการกระทำของผู้กระทำความผิดได้อย่างไม่สับสนว่าลักษณะการกระทำของคำว่าอนาจารนั้น ไม่มีการกระทำใดที่ได้มีการเอาอวัยวะสอดใส่เข้าไปทางทวารหนัก เว้นแต่การร่วมประเวณีกับหญิงโดยไม่มีการสมรสซึ่งกรณีนี้น่าจะถือได้ว่าเป็นเรื่องของธรรมชาติ ในขณะที่เดียวกันกับลักษณะที่ชายเอาอวัยวะสอดใส่เข้าไปทางทวารหนักนั้นเป็นลักษณะที่ตรงกับความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ที่สำคัญคือกฎหมายต่างประเทศทั้งที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์และระบบซิวิลลอว์ ต่างก็มีมาตรการและกำหนดให้การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นการกระทำชำเรา เพราะถือว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องผิดธรรมชาติมนุษยมาเป็นเวลานานนับพันปีซึ่งปัจจุบันก็ยังคงมีใช้อยู่ดังเช่น ประเทศอังกฤษถือว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิดฐาน “กระทำชำเราโดยวิถถการ” ประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิดฐาน “การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน” ประเทศเยอรมันถือว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิดฐาน “การล้วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก” และประเทศฝรั่งเศสถือว่าการกระทำเช่นนี้เป็นความผิดฐาน “การกระทำรุนแรงในทางเพศ”

อย่างไรก็ตามหากการกระทำดังกล่าว เป็นการกระทำทางทวารหนักต่อหญิงซึ่งเป็นภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็น่าจะเป็นกรณีเดียวกันกับการที่ชายข่มขืนภรรยาของตนเอง ที่กฎหมายกำหนดให้ไม่ต้องรับโทษ แต่หลังจากที่มีแนวคิดในเรื่องของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ชายผู้เป็นสามียอมเท่าเทียมกับหญิงซึ่งเป็นภรรยา ดังนั้นการตัดสินใจในเรื่องเพศจึงไม่จำเป็นต้องยินยอมให้สามีกระทำชำเราทุกครั้งไป

ดังนั้นจากการศึกษาค้นคว้าในเรื่องของ “การกระทำชำเรา” ตั้งแต่อดีตกระทั่งปัจจุบันโดยวิจัยจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกามักจะพบอยู่เสมอว่า ลักษณะหรือพฤติการณ์การกระทำของจำเลยที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันหรือแทบจะเหมือนกัน แต่ศาลก็มักจะมีคำพิพากษาฎีกาออกมาพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดที่แตกต่างกัน เนื่องจากเป็นเพราะยังไม่มีกฎหมายฉบับใดของไทยที่กำหนดหรือมีมาตรการพิจารณาโดยแยกองค์ประกอบของความผิดทั้งสองฐานให้ออกจากกันอย่างชัดเจนเหมือนในหลายประเทศดังที่กล่าวมาแล้วนั้นทำให้นักกฎหมายไทยยึดแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาตั้งแต่สมัย รศ.127 มาใช้เป็นแนวบรรทัดฐานกระทั่งปัจจุบัน ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนจึงได้ศึกษาค้นคว้า และเปรียบเทียบโดยนักกฎหมายของต่างประเทศทั้งที่ใช้ระบบจารีตประเพณีและระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร มาวิจัยว่ากฎหมายของประเทศใดที่ไทยสามารถนำมาเป็นแนวกับการปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติมพร้อมทั้งนำหลักทฤษฎีที่เหมาะสมถูกต้องและยุติธรรม มาใช้เป็นแนวทางเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) ได้ต่อไป ในที่สุดจึงพบว่ามาตรการที่มีความเหมาะสม คือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษซึ่งมีบทบัญญัติอยู่ในมาตรา 12 ของ (the sexual offences act 1956) ซึ่งเป็นการกระทำชำเราโดยวิถิตถาร (buggery) หมายถึงการกระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติ (an unnatural offence) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อบุคคลโดยกระทำทางทวารหนักต่อชายหรือหญิง หรือแม้กระทั่งสัตว์ ที่สำคัญคือมาตรการทางกฎหมายของอังกฤษ ได้มีการแยกองค์ประกอบความผิดระหว่างการกระทำชำเรา กับความผิดฐานกระทำอนาจารออกจากกันอย่างชัดเจนไม่มีความสลับซับซ้อนหรือสับสนทำให้ง่ายต่อการพิจารณาคดีและไม่มีความคลาดเคลื่อน ส่วนหลักทฤษฎีที่ประเทศอังกฤษนำมาใช้ประกอบการพิจารณาคดี เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นคือหลักทฤษฎี “ความใกล้ชิดต่อการเกิดผล” นั้น ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่มี ความชัดเจนแน่นอนไม่สามารถนำมาใช้กับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตามมาตรการทางกฎหมายของประเทศทั้งสองเกี่ยวกับความผิดทางเพศ พบว่าการที่ใช้กฎหมายจะพิจารณาลักษณะ หรือพฤติการณ์ใด เป็นการกระทำความผิดฐานกระทำชำเรา หรือเป็นเพียงพยายามกระทำความผิดนั้นมักจะมีหลักการพิจารณาที่คล้ายคลึงกันเป็นส่วนใหญ่กล่าวคือ ต้องมีการล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิง โดยไม่จำเป็นต้องให้เยื่อพรหมจารีขาด หรือมีน้ำอสุจิกลื่นก็เป็น การเพียงพอแล้ว ส่วนการพิจารณาว่าผู้กระทำมีเจตนาหรือไม่เจตนา จะต้องให้ได้ความว่าหญิงหรือเด็กมิได้ยินยอมในขณะที่กระทำชำเราและหญิงนั้นมิใช่ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย และหากเกิดจากความยินยอมให้กระทำชำเราของหญิงหรือเด็กจะไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นจากความรับผิดชอบ ฉะนั้นมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้กับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายจึงเป็นเช่นเดียวกับการคุ้มครองหญิงกล่าวคือ แม้เด็กและเยาวชนชายที่

ถูกกระทำซ้ำเราจะยินยอมก็ไม่ทำให้ผู้กระทำพ้นจากความรับผิดชอบเช่นกัน ดังคดีเด็กชายอายุ 7 ปี ที่ถูกพระภิกษุกระทำซ้ำเราทางทวารหนักโดยที่เด็กนั้นไม่รู้ว่าสิ่งที่ตนเองถูกกระทำนั้นเป็นเรื่องถูกหรือผิดจึงถือว่าเป็นภัยอันตรายที่เกิดขึ้นโดยตรงต่อประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หรือเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ส่วนหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุของเด็กแต่ละประเทศจะกำหนดไว้แตกต่างกัน ซึ่งอาจเป็นเพราะวัฒนธรรม หรือจารีตประเพณีรวมทั้งอารยธรรมหรือสังคมของประเทศนั้นๆ ที่จำเป็นต้องกำหนดขอบเขตอายุของเด็กและเยาวชนไว้ให้ได้รับความคุ้มครองที่ไม่เหมือนกัน ส่วนหลักการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำซ้ำเราหรือไม่ในประเทศต่างๆ ได้นำหลักทฤษฎีมาประกอบการพิจารณาที่แตกต่างกันไปดังนี้

ประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศสใช้หลักทฤษฎี “หลักความใกล้ชิดต่อผล” (The Proximity Rule) โดยถือหลักว่าการกระทำนั้นต้องใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จอย่างเห็นได้ชัด หรือในทันทีทันใดนั้นการกระทำความผิดจะสำเร็จแล้ว และต้องเป็นการกระทำที่เลยชั้นการเตรียมการทำความผิดมาแล้วด้วย ซึ่งหลักนี้เป็นทฤษฎีที่ศาลไทย อังกฤษ และฝรั่งเศส นำมาใช้ กรณีข้อเท็จจริงที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน แต่ศาลได้พิพากษาคัดสินลงโทษผู้กระทำผิดที่แตกต่างกัน เช่น การใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีความผิดฐานกระทำซ้ำเราเป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร หรือในความผิดฐานกระทำอนาจารเป็นความผิดฐานกระทำซ้ำเราดังนี้ เป็นต้น

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกากับญี่ปุ่นเดิมทั้งสองประเทศนี้ได้เคยนำหลักทฤษฎี “หลักความใกล้ชิดต่อผล” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาลงโทษผู้กระทำผิด แต่เพราะเหตุของความไม่ชัดเจนแน่นอนของทฤษฎีดังกล่าว สหรัฐอเมริกาจึงได้นำหลัก “การกระทำขั้นตอนที่สำคัญ” (The Substantial Step Rule) มาใช้กับการพิจารณาความผิดเกี่ยวกับเพศ ทำให้นักกฎหมายญี่ปุ่นนำทฤษฎีนี้มาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงของการลงมือกระทำซ้ำเราเช่นกัน ทั้งนี้โดยพิจารณาจากการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำผิดจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ ผู้เสียหายรู้สึกถึงภัยอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นแล้วเช่น การดักรอผู้เสียหาย การติดตามตัวผู้เสียหาย หรือการลอบให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำผิดเป็นต้น เพราะการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้เสียหายเกรงว่าตนจะได้รับอันตรายจึงสมควรลงโทษผู้กระทำผิดแล้ว ซึ่งหลักทฤษฎีนี้ก็สามารถนำมาใช้กับการคุ้มครองผู้เสียหายที่เกิดจากการล่วงละเมิดทางเพศโดยภาพรวมได้เช่นกัน

สำหรับประเทศเยอรมันซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายเช่นเดียวกับไทยและฝรั่งเศส แต่การนำหลักทฤษฎีมาใช้ประกอบการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นมีความแตกต่างกันกล่าวคือ ศาลเยอรมันได้นำทฤษฎี “หลักความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น” (The criterion of Danger Rule) มาใช้เป็นหลักประกอบการพิจารณาข้อเท็จจริงทางคดี โดยมีหลักอยู่ว่าถ้าภัยอันตรายที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย แม้จะยังไม่พบว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้นก็ตามถือ

ว่า ผู้กระทำได้อำนาจให้เกิดความเสียหายแล้ว เมื่อพิจารณาในเรื่องของหลักทฤษฎีนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นหลักที่สามารถนำมาพิจารณากับการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ได้อย่างถูกต้องเหมาะสม อีกทั้งยังสามารถคุ้มครองเด็กและเยาวชนทั้งเพศหญิงและเพศชาย ให้รอดพ้นจากภัยอันตรายอันเกิดจากการประทุษร้ายได้อย่างรัดกุม และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นเพราะเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองผู้เสียหาย โดยพิจารณาว่ามีอันตรายเกิดขึ้นโดยตรงต่อประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง หรือเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย (rechtsgut) หรือไม่ ถ้าสามารถวินิจฉัยได้ว่าเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายแล้วถือว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดแล้ว เช่น กรณีที่ผู้กระทำความผิดนำผู้เสียหายไปพบที่บ้านร้างแห่งหนึ่ง โดยมีเจตนาที่จะกระทำชำเรา การนัดพบ ณ สถานที่นี้ถือว่ามีกรกระทำผิดเพราะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้เสียหายแล้ว

เหตุที่ผู้เขียนไม่นำหลักทฤษฎีการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (the proximity rule) ซึ่งอังกฤษนำมาใช้ประกอบในการพิจารณาวินิจฉัยลงโทษผู้กระทำผิด เนื่องจากการกระทำนั้นต้องใกล้ชิดต่อการสำเร็จผลอย่างเห็นได้ชัด หรือในทันทีทันใดนั้นการกระทำความผิดจะสำเร็จแล้ว และต้องเป็นการกระทำที่เลยขั้นการเตรียมกระทำความผิดมาแล้ว ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดจึงจะถือว่าใกล้ชิดต่อผลนั้นไม่มีความชัดเจนแน่นอน หรือมีขอบเขต แค้ไหนเพียงใด จึงเห็นว่าไม่สามารถ นำมาพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดและคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) ได้อย่างเหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพเพียงพอ อีกทฤษฎีหนึ่งที่ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำมาใช้ประกอบกับการพิจารณาวินิจฉัยกับ “การลงมือกระทำชำเรา” เพื่อพิจารณาลงโทษผู้กระทำผิดและสามารถคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายได้อย่างเหมาะสม คือหลัก “ขั้นตอนที่สำคัญของการกระทำความผิดนั้น” The substantial step rule ซึ่งจัดทำโดยสถาบันนักกฎหมายอเมริกา the American law institute เพื่อสำหรับเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่างๆ นำไปเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาเรียกว่า “Model Penal Code” โดยที่แต่เดิมนั้นสหรัฐอเมริกาใช้หลักความใกล้ชิดต่อผล เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และไทย แต่ที่กล่าวมาแล้วคือความไม่แน่นอน ชัดเจนของการพิจารณา สหรัฐอเมริกาจึงได้นำหลักนี้มาใช้

ดังนั้นขณะที่สังคมได้มีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลง และเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว แต่สถานการณ์ทางวัฒนธรรมไทยกับศีลธรรมและจริยธรรมของบุคคลในสังคมได้เสื่อมลง ทำให้อาชฎากรรมทางเพศได้ทวีความรุนแรงขึ้นอย่างรวดเร็วและที่สำคัญ คือปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดทางเพศที่จะต้องได้รับการแก้ไขทั้งมาตรการทางกฎหมาย หรือแนวทางในเรื่องของการคุ้มครองผู้ที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศโดยเฉพาะเด็กและเยาวชนชายนั้นต้องให้ทันต่อเวลา

2. ข้อเสนอแนะ

หลังจากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้าและวิจัยกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ ความผิดทางเพศทั้งของภายในและต่างประเทศ ในเรื่องของการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนักหรือทางปาก รวมทั้งมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการลงโทษผู้กระทำผิด จึงพบว่าผู้ใช้กฎหมายของไทยยังคงสับสนกับคำพิพากษาศาลฎีกาอันเกี่ยวกับความผิดทางเพศโดยเฉพาะ ความผิดฐาน “ข่มขืนกระทำชำเรา” กับความผิดฐานกระทำอนาจาร ที่ยังมีได้แยกออกจากกันอย่างชัดเจนเหมือนต่างประเทศ เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา จึงทำให้นักกฎหมายไทยจำเป็นต้องยึดแนวคำพิพากษาศาลฎีกามาเป็นบรรทัดฐาน

ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในคดีความผิดอันเกี่ยวกับเพศ และสามารถคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศ (ทางทวารหนักหรือทางปาก) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งนำมาตราการในการลงโทษผู้กระทำผิดของต่างประเทศที่เหมาะสมถูกต้อง และยุติธรรม มาพัฒนากฎหมายไทยให้ทัดเทียมกับต่างประเทศ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางแก้ไขต่อไปนี้

2.1 ควรให้นำมาตรการทางกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีการแยกองค์ประกอบความผิดฐาน “กระทำชำเรา” กับความผิดฐานกระทำอนาจารออกจากกันอย่างชัดเจน มาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายไทย โดยมีการคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

2.2 ควรนำมาตราการทางกฎหมายในสมัย รศ.127 คือ “การกระทำชำเราผิดธรรมชาติ มนุษย์” (Sodomy) กลับมาทบทวนใช้โดยการเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ในความผิดฐาน “การกระทำชำเราโดยวิถิดาร” ซึ่งจะตรงกับลักษณะของการกระทำและความหมาย เพื่อให้ทันต่อสถานการณ์กับการคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศทางทวารหนัก หรือทางปากต่อไป

2.3 เรื่องขอขมขื่นอายุที่กฎหมายคุ้มครอง ตามที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้การคุ้มครองเพศชายอย่างไม่จำกัดอายุนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากพิจารณาจากสภาพความสมบูรณ์ของร่างกายของผู้ใหญ่ที่มีร่างกายแข็งแรง มีสติปัญญา และประสบการณ์ชีวิตของความเป็นผู้ใหญ่ นั้นสามารถปกป้องคุ้มครองตนเองได้ ซึ่งมีความแตกต่างจากเด็กมาก เด็กนั้นย่อมมีความอ่อนทั้งวัยรูปร่าง สติปัญญา และความอ่อนไหวต่อการถูกชักจูงได้ง่ายและอาจไม่รู้ว่าการกระทำหรือการถูกล่วงละเมิดทางเพศดังกล่าวเป็นเรื่องถูกหรือผิด ฉะนั้นผู้ใหญ่ย่อมสามารถที่จะปกป้องคุ้มครองตนเองให้พ้นจากภัยอันตรายจากการถูกละเมิดได้เป็นอย่างดี ประกอบกับการที่ผู้ใหญ่จะตัดสินใจในเรื่องของการที่จะดำเนินชีวิตของตนเองกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยสมัครใจนั้น น่าจะเป็นเรื่องของสิทธิส่วนบุคคลและเป็นสิทธิตามกฎหมายขั้นพื้นฐานของบุคคลที่จะกระทำได้ ซึ่งหาก

เป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงควรได้รับการแก้ไขในเรื่องอายุให้มีความเหมาะสมคือคุ้มครองเด็กและเยาวชนที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ จึงจะทันต่อสถานการณ์ในสังคมปัจจุบันได้อย่างแท้จริง ดังนั้นจึงเห็นควรปรับปรุง แก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายตามมาตรา 277 จากข้อความเดิมว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม” เป็น “ผู้ใดกระทำชำเราผู้อื่นที่มีอายุยังไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์โดยผู้นั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม”



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กฤตยชญ์ ศรีเขต. กฎหมายอาญา 2 ภาคความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หนึ่งเจ็ดการพิมพ์, 2525
- จิตติ ดิงศภทิพย์. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : สำนักหอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536
- ชาญชัย แสงศักดิ์. อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539
- ไชยยศ เหมะรัชตะ และ สมโภช จุลประภา. กฎหมายเกี่ยวกับเด็กในปัจจุบัน คู่มือกฎหมายเกี่ยวกับเด็ก. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : สมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทย, 2530
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (กฎหมายภายใน) 1. รายงานการวิจัยเสริมหลักสูตรมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543
- ประเสริฐ รุจิรงค์. “งานเลิกโสเภณี” ประวัติและงานของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2507
- วีระพงษ์ บุญโญภาส. อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536.
- สุรพล ลายลักษณ์. ประชุมกฎหมายประจำศก เล่ม 1. (กฎหมายตราสามดวง ตอน 1). พระนครโรงพิมพ์เดลิแมล์, 2478
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 2,3. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542

วารสาร

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิด ตามกฎหมายอาญาอเมริกัน หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ” บทบัณฑิต. 52 ,23 –24 มีนาคม 2539

จิระนิติ หะวานนท์. "มาตรการป้องกันการฟอกเงิน" *ดุลพาหะ*. 41,4 กรกฎาคม-สิงหาคม 2537
 จำแลง กุลเจริญ. "กฎหมายป้องกันการฟอกเงิน" *ดุลพาหะ* 41. 4 กรกฎาคม – สิงหาคม 2537
 ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. "ข้อที่ควรคำนึงเกี่ยวกับกฎหมายฟอกเงิน" *ดุลพาหะ* 41. 4 กรกฎาคม –
 สิงหาคม 2520

มานิต วิทยาเต็ม. "ข้อคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับปัญหากฎหมายข้ามแดน" *วารสารกฎหมาย*. 14, 3
 ธันวาคม 2536

ประสพสุข บุญเดช. "ผลคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ" *วารสารนิติศาสตร์*. 9, 1 มิถุนายน –
 สิงหาคม 2520

ปิยะพันธ์ อุดมศิลป์. "Venna Convention ปกติสถานของการกำหนดความผิดอาญฐาน
 ฟอกเงิน" *วารสารนิติศาสตร์*. 23, 3 กรกฎาคม – สิงหาคม 2536 – 2537

พรชัย ด้านวิวัฒน์. "หลักเกณฑ์บางประการในการให้ความช่วยเหลือตามพระราชบัญญัติความ
 ร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา" *วารสารนิติศาสตร์*. 25,2 มิถุนายน 2538

สมปอง สุจริตกุล. "ข้อคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับปัญหากฎหมายข้ามแดน" *วารสารกฎหมาย*. 14,3
 ธันวาคม 2536

เอกสารอื่นๆ

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. "กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ (กฎหมายภายใน) 1" รายงานการวิจัย
 เสริมหลักสูตรมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543

บันทึกรายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา

ครั้งที่ 274 / 47 / 2485 วันศุกร์ที่ 6 กุมภาพันธ์ 2485

ครั้งที่ 276 / 55 / 2485 วันพฤหัสบดี ที่ 12 กุมภาพันธ์ 2485 และ

พิพัฒน์ จักรางกูร คำพิพากษาฎีกาที่สำคัญ

วันชัย รุจนวงศ์ "ความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามและลงโทษการกระทำ ความ
 ผิดต่อเด็ก" ศูนย์เครือข่ายสิทธิเด็กเอเชียเนท. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537

วิทยานิพนธ์

- ชุมพล กาญจนะ. "การใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมและแก้ไขปัญหาค้าประเวณี" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534
- วรวิทย์ รัตนกร " การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีการแก้ไขมาตรา 282 – 284" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542
- ประสิทธิ์ พัฒนอมร "ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527
- นริศรา แดงไผ่ "การลงมือกระทำความผิด ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา" วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541

กฎหมาย

- กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ส่วนที่ 6 ว่าด้วยความผิดที่กระทำอาจารย์ หมวดที่ 1 ความผิดฐานกระทำอาจารย์อันเกี่ยวข้องกับสาธารณชน มาตรา 241
- กฎหมายลักษณะอาญา แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474 (มาตรา 3 ให้ยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 241 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา และใช้ความต่อไปนี้แทน)
- ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2525 (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2525 มาตรา 4 ยกเลิกมาตรา 282 มาตรา283 มาตรา 284 และ (ให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน)
- ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2500 ลักษณะ 9 ความผิดเกี่ยวกับเพศ มาตรา 282 – 284
- ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2514 (ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ข้อ 10 ให้ยกเลิกมาตรา 28 และมาตรา 283
- ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2530 (พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 8 พ.ศ.2530 มาตรา 5 ยกเลิกมาตรา 282 มาตรา 283 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน)
- พระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ.2503
- พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 14 พ.ศ. 2414

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาระบบที่ 14 พ.ศ. 2525
 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาระบบที่ 14 พ.ศ. 2530
 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539
 พระราชบัญญัติมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก พ.ศ. 2540
 กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ภาษาอังกฤษ

Books

- American Law Institute . **Model Penal Code Comments of the Tentative Drafts No 10** . Philadelphia, 1960.
- Cairns Walter and McKeon Robert . **Introduction to French Law**. London. Cavendish Publishing Limited, 1995.
- Clark and Marshall, Williams. **A Treatise on The Law Of Crimes**. Callaghan Company, 1952.
- E. Dire, George. **Criminal Gilbert Law Summaries**. Harcourt Brace Legal and Professional Publication Inc, 1997.
- Fletcher, George . **Rethinking Criminal Law**. Boston Little Brown , 1978.
- Glanville, Williams. **Criminal Law**. The General Parts London. Stevens and Sons Limited , 1961.
- Glasebrook . **States on Criminal Law** Blackstone's , 1994-1995.
- Giles, Marianne . **Criminal Law in a Nutshell**. London. Sweet and Maxwell, 1996.
- Hall , Jerome . **General Principles of Criminal Law** New York. Indianapolis , 1960.
- Harris. **Criminal Law**. London. Sweet and Maxwell, 1960.
- Model Penal Code. **The American Institute. Reprint Tentative Drafts, Nos . 8 , 9 and 10 , the Executive office . The American Law. Institute** 101 North 33 rd Street Philadelphia . May 9 , 1958.

Smoth and Hogan. **Criminal Law**. Cases and Materials.
London. Butterworth ,1993.

DRU

กรม
พาณิชย์
และ
อุตสาหกรรม

ภาคผนวก

กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127

ส่วนที่ 6

ว่าด้วยความผิดที่กระทำอนาจาร

หมวดที่ 1

ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชน

มาตรา 241 “ผู้ใดยุยงเลี้ยมสอนเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองปีให้ทำชำเราก็ดีหรือให้ทำอนาจารด้วยผู้อื่นก็ดี หรือมันเป็นธุระหาเด็กอายุต่ำกว่าสิบสองปีให้ผู้อื่นทำชำเราหรือทำอนาจารก็ดี ท่านว่า มันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินกว่าสองปีและให้ปรับไม่เกินกว่าพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง”

กฎหมายลักษณะอาญา

แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ. 2474

(มาตรา 3 ให้ยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 241 แห่งกฎหมายลักษณะอาญา และใช้ความต่อไปนี้แทน)

มาตรา 241 “ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น บังอาจเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปี แม้หญิงหรือเด็กหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีและปรับไม่เกินสองพันโดยมิต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้นได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น บังอาจโดยใช้อุบายหลอกลวงหรือใช้อำนาจด้วยกำลังกาย โดยขู่เข็ญ โดยใช้อำนาจคุ้มครองผิดทำนอง หรือโดยใช้วิธีบังคับอย่างอื่น ๆ เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิงหรือเด็กหญิง ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินสามพันบาทโดยมิต้องคำนึงว่ากรรมทั้งหลายซึ่งประกอบกันเป็นความผิดนั้นได้กระทำไว้ในประเทศต่างกันหรือไม่ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500

ลักษณะ 9

ความผิดเกี่ยวกับเพศ

มาตรา 282 ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัด ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งเด็กหญิงหรือหญิงอายุยังไม่เกินสิบแปดปี โดยเด็กหญิงหรือหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็

ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทไม่ว่าการกระทำต่างๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่

มาตรา 283 ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไป เพื่อการอนาจารซึ่งหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท ไม่ว่าการกระทำต่างๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่

มาตรา 284 ผู้ใดพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

ผู้ใดซ่อนเร้นหญิงซึ่งเป็นผู้ถูกพาไปตามความในวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พาไปนั้นความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดอันยอมความได้

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2514

(ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 11 ข้อ 10 ให้ยกเลิก มาตรา 281 มาตรา 283)

มาตรา 282 ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปีและปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทไม่ว่าการกระทำต่างๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้น จะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่มาตรา 283 ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมหรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่นรับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปไปตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าวต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี

(มาตรา 5 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 283 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายอาญา)

มาตรา 283 ทวิ ผู้ใดพาบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเพื่อการอนาจาร แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดซ่อนเร้นบุคคลซึ่งถูกพาไปไปตามวรรคแรกหรือวรรคสอง ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติในวรรคแรกหรือวรรคสองแล้วแต่กรณี

ความผิดตามวรรคแรกและวรรคสามเฉพาะกรณีที่กระทำแก่บุคคลอายุเกินสิบห้าปี เป็นความผิดอันยอมความได้

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2525

(พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2525

มาตรา 4 ยกเลิกมาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 284 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน)

มาตรา 282 ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจาร ซึ่งเด็กหญิงหรือหญิงอายุยังไม่เกินสิบแปดปี แม้เด็กหญิงหรือหญิงนั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท ไม่ว่าจะกระทำต่าง ๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นรับตัวเด็กหญิงหรือหญิงซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือชักพาไปไปตามวรรคแรก หรือวรรคสอง หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก หรือวรรคสอง แล้วแต่กรณี

มาตรา 283 ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิง โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรมหรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท ไม่ว่าการกระทำต่าง ๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงหรือหญิงอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบสามปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิตวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสามแล้วแต่กรณี

มาตรา 284 ผู้ใดพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท ผู้ใดซ่อนเร้นหญิงซึ่งเป็นผู้ถูกพาไปตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พาไปนั้น

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2530

(พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 8 พ.ศ. 2530)

มาตรา 5 ยกเลิกมาตรา 282 มาตรา 283 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน)

มาตรา 282 ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิง แม้หญิงนั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท ไม่ว่าการกระทำต่าง ๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้นจะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงหรือหญิงอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคสองเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นรับตัวเด็กหญิงหรือหญิงซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือชักพาไปตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี

มาตรา 283 ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นเป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือชักพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งหญิง โดยใช้อุบาย หลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท ไม่ว่าการกระทำต่าง ๆ อันประกอบเป็นความผิดนั้น จะได้กระทำในประเทศต่างกันหรือไม่

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เจ็ดปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นสี่พันบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ผู้ใดเพื่อให้สำเร็จความใคร่ของผู้อื่นรับตัวเด็กหญิงหรือหญิงซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือชักพาไปตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำความผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสามแล้วแต่กรณี

มาตรา 284 ผู้ใดพาหญิงไปเพื่อการอนาจาร โดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย ใช้อำนาจครอบงำผิดคลองธรรม หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่นใด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท

ผู้ใดซ่อนเร้นหญิงซึ่งเป็นผู้ถูกพาไปตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้พาไปนั้น ความผิดตามมาตรานี้ เป็นความผิดอันยอมความได้

ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ.2540

(พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 14 พ.ศ. 2540

มาตรา 4 ยกเลิกมาตรา 282 มาตรา 283 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน)

มาตรา 282 ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น เป็นธุระจัดหา ล่อไป หรือพาไปเพื่อการอนาจารซึ่งชายหรือหญิง แม้ผู้นั้นจะยินยอมก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่บุคคลอายุเกินห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรกเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้อื่น รัับตัวบุคคลซึ่งมีผู้จัดหา ล่อไป หรือพาไปตามวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม หรือสนับสนุนในการกระทำคามผิดดังกล่าว ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้ในวรรคแรก วรรคสอง หรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี

ประวัติผู้เขียน

พ.ต.ท.ชัยชนะ พรรัตน์พันธุ์ ปัจจุบันดำรงตำแหน่งสารวัตร ประจำกองอำนาจการ รักษาความมั่นคงภายใน สำนักงานกำลังพล สำนักงานตำรวจแห่งชาติ สำเร็จการศึกษาปริญญา นิติศาสตรบัณฑิต จากวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต เมื่อปีการศึกษา 2525 และเข้ารับการศึกษต่อใน ระดับปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ วิชาเอก กระบวนการยุติธรรมทางอาญา เมื่อปีการศึกษา 2542