

ปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำเรา ตามมาตรา 276 และมาตรา
277 ตามประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม
ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

กิตติพงษ์ พุกพ่วง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมเปญ
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2558

**Problems concerning scope of a rape offence under Section 276 and
Section 277 of the Thai Criminal Code amended by Act
Amending the Criminal Code (No. 19) B.E. 2550**

Kittipong Pukpuang

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

Department of Law

Pridi Bhanomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2015

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และ มาตรา 277 ตามประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติม โดย พ.ร.บ. แก้ไข เพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550
ชื่อผู้เขียน	กิตติพงษ์ พุกพ่วง
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์อัจฉริยา ชูตินันท์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2557

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน คดีเกี่ยวกับความผิดทางเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นกฎหมายที่ขัดต่อความรู้สึกอันดีงามของประชาชน และที่สำคัญยังขัดต่อตัวบทกฎหมายอันใช้บังคับอยู่ในสังคม กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดทางเพศ ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 และ มาตรา 277 มีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ทำให้องค์ประกอบของฐานความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก

เดิมก่อนมีการแก้ไขกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 และมาตรา 277 ไม่ได้มีการบัญญัตินิยามของการข่มขืนกระทำชำเราแต่อย่างใด แต่ศาลฎีกาได้มีแนวทางในการพิจารณาโดยการตีความการข่มขืนกระทำชำเราไว้ คือ การนำของลับหรืออวัยวะเพศสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง โดยแม้ต่อมาจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว ก็ยังคงตีความตามแนวทางเดิม อย่างไรก็ตาม มาตรการ 276 และมาตรา 277 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันมีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยเพิ่มเติมนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราไว้ใน มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง กล่าวคือ การข่มขืนกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ดังนั้นนอกจากแนวทางที่ศาลฎีกาได้ตีความไว้จะไม่สามารถใช้ได้อีกต่อไปแล้ว แนวทางการตีความความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของศาลฎีกาในปัจจุบันก็ไม่ตรงกับถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย

ในส่วนของต่างประเทศการกระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราจะต้องเป็นการมีเพศสัมพันธ์โดยมีการล่วงล้ำ ซึ่งใช้คำว่า “Sexual Intercourse” โดยกฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืน

กระทำชำเราใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” นั้นย่อมมีความหมายรวมถึง การล่วงล้ำสอดใส่อยู่ในตัว การตีความตามกฎหมายของประเทศไทยไม่ตรงกับบทบัญญัติกฎหมาย ที่บัญญัติว่า “กระทำกับ” เป็นการตีความทางอาญาที่ไม่ถูกต้องตามการตีความของระบบกฎหมาย อาญาของประเทศไทยที่ยึดระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก

ดังนั้นจึงต้องศึกษาบทบัญญัติของต่างประเทศว่าการข่มขืนจะต้องมี “สอดใส่” เพื่อเอา มาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย และควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมาย อาญาของประเทศไทยให้มีความถูกต้องและยึดหลักการตามแนวทางคำพิพากษาและมีการปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดขอบเขตความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า “การกระทำ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดย การใช้วัยวะเพศของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” เพื่อให้มี ความชัดเจนแน่นอนและส่งผลทำให้การตีความ การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการบังคับ ใช้กฎหมายรวมไปถึงก่อให้เกิดความเป็นธรรมสำหรับการบังคับใช้กฎหมายต่อไปในอนาคต

Thesis Title	Problems concerning scope of a rape offence under Section 276 and Section 277 of the Thai Criminal Code amended by Act Amending the Criminal Code (No. 19) B.E. 2550
Author	Kittipong Pukpuang
Thesis Advisor	Associate Professor Achariya Chutinun
Department	Law
Academic Years	2014

ABSTRACT

The current law relating to a rape offence is contrary to good morals of general public. More importantly, it also conflicts with law governing our society. Criminal law concerning offences relating to sexuality in part of a rape offence under Section 276 and Section 277 of the Thai Criminal Code amended by Act Amending the Criminal Code (No. 19) B.E. 2550 results in an excessive modification in elements of the rape offence.

Prior to the amendment in B.E. 2550, the Section 276 and Section 277 of the Thai Criminal Code did not provide a definition of “rape”. However, the Supreme Court of Thailand, in its decisions, had guided that rape is an intercourse committed by inserting a genital or sexual organ of a man into a genital or sexual organ of a woman. Although the rape offence has subsequently amended, Thai courts still adhere to the Supreme Court’s guidance. Nonetheless, the new Section 276 and Section 277 of the Thai Criminal Code additionally provide a definition of “rape” contained in Paragraph two of each Section. The definition is “intercourse committed to gratify the perpetrator’s sexual desire by inserting the perpetrator’s sexual organ into another person’s sexual organ, anus, or oral cavity, or inserting any other objects into another person’s sexual organ or anus”. As a consequence, the guidance of the Supreme Court can no longer be applied, because it contradicts the written law.

To constitute a rape offence in foreign countries, the element of “sexual intercourse” or “sexual penetration” must be satisfied. It automatically means that there must be insertion. Therefore, the interpretation of Thai law is not consistent with the word “commission to” in the

Thai written law and is not accurate according to the principle of criminal law under the civil law system adopted in Thailand.

As a result, it is recommended that the element of “insertion” should be required so as to constitute a rape offence under Thai law. Furthermore, the Thai Criminal Code should be amended in order to make it consistent with the Supreme Court’s guidance. It is suggested that the definition of “rape” should be “intercourse committed to gratify the perpetrator’s sexual desire by inserting the perpetrator’s sexual organ into another person’s sexual organ, anus, or oral cavity, or inserting any other objects into another person’s sexual organ or anus”. The suggested definition would clarify the interpretation and enforcement of such law and, consequently, lead to fairness for enforcement in the future.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลงได้ด้วยดีเพราะความกรุณาและความอนุเคราะห์จาก ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ ตลอดจน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท และอาจารย์ ดร. กรรภิรมย์ โกมลารชุน ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ามารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งคณะกรรมการสอบทุกท่านได้กรุณาให้ข้อคิด คำแนะนำต่างๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นและสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ อัจฉริยา ชูตินันท์ ที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยท่านได้ให้ความเมตตาและสละเวลาอันมีค่าอย่างสูงให้คำปรึกษาชี้แนะในการศึกษาข้อมูล การวิเคราะห์ปัญหาต่างๆ เพื่อรวบรวมจัดทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งตรวจสอบและแก้ไขข้อบกพร่องตลอดจนแนวทางการศึกษาค้นคว้าในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ด้วยดีตลอดมา

ในการนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา และมารดาที่ให้ความรัก ความห่วงใย ตลอดจนพี่ๆ เพื่อนๆ และน้องๆ ที่ให้กำลังใจด้วยดีตลอดมา

ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาคุณภาพและวงการนิติศาสตร์เมื่อนำไปใช้ต่อไปในอนาคต หากวิทยานิพนธ์มีข้อผิดพลาดบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอกราบอภัยมา ณ โอกาสนี้ และขออน้อมรับความผิดพลาดนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

กิตติพงษ์ พุกพ่วง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. แนวคิดและวิวัฒนาการในการบัญญัติขอบเขตความรับผิดชอบ ฐานข้ามขึ้นกระทำชำเรา.....	8
2.1 แนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ.....	8
2.2 แนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบ ฐานข้ามขึ้นกระทำชำเรา.....	24
2.3 ประวัติและวิวัฒนาการในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบฐานข้ามขึ้น กระทำชำเราของประเทศไทย.....	50
2.4 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข้ามขึ้นกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276.....	63
3. ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข้ามขึ้นกระทำชำเราตามหลักของกฎหมาย ต่างประเทศ.....	90
3.1 ประเทศอังกฤษ.....	90
3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	108
3.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	121
3.4 ประเทศฝรั่งเศส.....	127
3.5 ประเทศญี่ปุ่น.....	129

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4. วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราตามหลักกฎหมาย ประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ.....	137
4.1 วิเคราะห์ลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา.....	137
4.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา.....	153
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำ และขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราตามลักษณะกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ.....	162
4.4 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมเกี่ยวกับความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย.....	180
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	185
5.1 บทสรุป.....	185
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	190
บรรณานุกรม.....	191
ประวัติผู้เขียน.....	199

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การบัญญัติกฎหมายอาญาในความผิดฐานต่างๆมีส่วนที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองความจำเป็นในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์แฝงอยู่ เรียกว่าคุณธรรมทางกฎหมาย ซึ่งแบ่งออกเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล กับคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม การตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัตินั้นๆ จะทำให้สามารถเข้าใจประโยชน์ที่กฎหมายต้องการคุ้มครองได้อย่างถูกต้อง

ความผิดเกี่ยวกับเพศ เป็นการกระทำความผิดทางอาญาฐานหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นในสังคมมนุษย์มาตั้งแต่ยุคโบราณ โดยในแต่ละสังคมได้มีการกำหนดกฎหมาย เพื่อใช้ในการควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำความผิด รวมถึงบทกำหนดโทษผู้กระทำความผิดแตกต่างกันไปตามแต่ละยุคสมัย และปัจจัยทางสังคมต่างๆ ซึ่งการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศในประเทศไทยในอดีตได้ยึดหลักศีลข้อ 3 ในศาสนาพุทธ ที่ห้ามมิให้ล่วงเกินบุตรหรือภรรยาผู้อื่น โดยการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดต่อเสรีภาพและชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลอื่น นอกจากนี้ยังเป็นการทำลายขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมอันดีงามของไทย

บทบัญญัติของกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศที่ถูกบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายตราสามดวง ตามพระอัยการลักษณะผิดเมีย โดยมีเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองอำนาจปกครองของบิดามารดาของผู้เสียหายที่อาจถูกรหาหรือนินทา และคุ้มครองเกียรติยศหรือศักดิ์ศรีของชายผู้เป็นสามีมากกว่าจะมุ่งปกป้องหญิงหรือเด็กหญิงที่เป็นผู้เสียหายจากการกระทำชำเราหรือการอนาจารโดยตรง ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ให้ความคุ้มครองหญิงผู้เสียหายแต่อย่างใด

ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 เนื่องจากกฎหมายเดิมที่ว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเราหญิงยังคงมีความบกพร่องอยู่หลายประการ เป็นเหตุให้เกิดความสงสัยในการพิจารณาและพิพากษาคดีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ทำให้ต้องมีการแก้ไขกฎหมายใหม่ให้ชัดเจนขึ้น โดยพระราชกำหนดดังกล่าวมุ่งที่จะลงโทษพฤติกรรมการกระทำ

ความคิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกระทำมากกว่าป้องกันการล่วงละเมิดอำนาจปกครองหญิง¹

อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายในความคิดเกี่ยวกับเพศตามกฎหมายทั้งสองฉบับยังไม่สอดคล้องกับหลักความยุติธรรม ประกอบกับประเทศไทยต้องการยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตของชาวต่างประเทศ จึงได้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นใช้บังคับ ส่งผลให้บทบัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราตามพระอัยการลักษณะฝ่าฝืนและพระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ถูกยกเลิกทุกมาตรา โดยกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 แบ่งความผิดทางเพศออกเป็น 2 หมวด ได้แก่ ความผิดฐานกระทำอนาจารอันเกี่ยวแก่สาธารณชนและความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ และความปลอดภัยของหญิงและเด็กหญิงเป็นหลัก ซึ่งแตกต่างจากพระอัยการลักษณะฝ่าฝืน

ปัจจุบันบทบัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศถูกบัญญัติไว้ในภาค 2 ภาคความผิดลักษณะ 9 ของประมวลกฎหมายอาญาโดยนับตั้งแต่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาเป็นต้นมา บทบัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขอัตราโทษหรืออายุของเด็กในการให้ความยินยอม จนกระทั่งปี พ.ศ. 2550 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในความคิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 และฐานกระทำชำเราเด็กมาตรา 277 ซึ่งการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญารุ่นนี้ทำให้ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารเปลี่ยนไปเป็นอย่างมาก โดยเหตุผลในการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเนื่องจากบทบัญญัติความคิดเดิมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุในการแตกต่างในเรื่องเพศและเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง โดยบทบัญญัติความคิดที่ได้รับการแก้ไขในครั้งนี้ส่วนหนึ่งอ้างอิงมาจากพระราชบัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 หรือ The Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษเป็นหลัก รวมไปถึง Model Penal code ฉบับ Official Draft (Philadelphia 1962) ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติฐานความคิดเกี่ยวกับเพศไว้ในมาตรา 213 ซึ่งแบ่งการกระทำความผิดดังกล่าวเป็น 7 มาตรา โดยเริ่มตั้งแต่มาตรา 213.0 ถึงมาตรา 213.6 และกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น Penal Code (Act No.45 of 1907) ได้บัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศทั้งหมดไว้ในบทที่ 22 เป็นต้น²

¹ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกระทำ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี), โดย ปรีนดา เวทพิสัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

² จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกระทำ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี), โดย ปรีนดา เวทพิสัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ทำให้องค์ประกอบความผิดฐานความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมาก ซึ่งจากเดิมการกระทำที่เป็นการกระทำชำเราศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าการข่มขืนกระทำชำเราคือการนำของลับหรืออวัยวะเพศสืบพันธุ์ของชายต้องล่วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงเท่านั้น³ แต่มาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันได้กำหนดไว้ว่าการกระทำชำเราหมายความว่า การกระทำโดยสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการสิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น การกระทำชำเราจึงไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแต่การกระทำที่อวัยวะเพศชายต้องล่วงล้ำในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น⁴ ดังนั้นหลักที่ศาลฎีกาได้วางไว้

³ คำพิพากษาศาลฎีกา 1048/2518 คำพิพากษาศาลฎีกา 1646/2532 คำพิพากษาศาลฎีกา 848/2548

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3577/2551 หมายถึงคำพิพากษาศาลฎีกา โดยอาจารย์ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ โจทก์บรรยายฟ้องระบุไว้อย่างชัดเจนว่าขณะเกิดเหตุ จำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยจำเลยเอาอวัยวะเพศของจำเลยถูกลอบริเวณอวัยวะเพศของผู้เสียหาย และใช้มือลูบคลำ อวัยวะเพศของผู้เสียหายหลายครั้งอันเป็นการกระทำอนาจาร โดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ เมื่อจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้องจึงต้องรับฟังเป็นยุติว่า จำเลยกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปี โดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 279 วรรคสอง

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก (เดิม) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะจำเลยกระทำความผิด และต้องใช้บังคับแก่คดี เนื่องจากกฎหมายที่แก้ไขในภายหลังไม่เป็นคุณแก่จำเลยนั้น มิได้ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้แต่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขในภายหลัง ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น หรือ การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งเป็นเพียงการขยายความแต่ก็ยังคงเทียบเคียงการกระทำชำเราหญิงตามกฎหมายเดิมได้

ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น ผู้กระทำจะต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศสอดใส่กับอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ การกระทำของจำเลยที่ใช้แรงกายบังคับบุตรชากลากตัวผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ ล็อคประตูห้องน้ำ ถอดกางเกงชั้นนอกและกางเกงในของผู้เสียหายออก แล้วจับนมและอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นการกระทำการลวนลามผู้เสียหายแล้ว แต่จำเลยยังไม่ได้ถอดกางเกงที่ตนเองสวมใส่ออก การกระทำของจำเลยจึงยังไม่ถึงขั้นที่พยายามใช้อวัยวะเพศของตนเองสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จึงถือว่าลักษณะการกระทำความผิดของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น

นอกจากจะไม่สามารถใช้ได้อีกต่อไปแล้ว ในปัจจุบันนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องของการตีความลักษณะพฤติการณ์ของการกระทำซ้ำเร้าอีกด้วย

คุณธรรมทางกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตั้งแต่อดีตที่ผ่านมากฎหมายมุ่งจะให้ความคุ้มครองเสรีภาพและความบริสุทธิ์ในทางเพศของหญิงเป็นสำคัญ แต่การแก้ไขกฎหมายตั้งแต่ พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา ก็เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทางเพศ ทำให้กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะเพศหญิงการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นศาล อัยการ ตำรวจ หรือหน่วยงานของรัฐด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองได้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ทั้งการตีความ การรับฟังพยาน รวมไปถึงการพิสูจน์พยานหลักฐาน รวมทั้งการบัญญัติกฎหมายที่ทำให้เกิดความชัดเจนยังมีความคลุมเครือ การตีความที่ไม่ตรงกันในถ้อยคำของบทบัญญัติทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนผิดแผกไปจากธรรมชาติและไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างต่อเนื่องเท่าที่ควร

ดังนั้น ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2550 ในปัจจุบันมาตรา 276 ที่มีสาระสำคัญกล่าวถึงลักษณะการกระทำชำเราว่ากรณีใดบ้างที่ให้อือเป็นการกระทำชำเรา ส่วนการตีความว่าการกระทำใดถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่นั้น มุ่งถึงการให้ความคุ้มครองไม่ว่าจะเป็น หญิงหรือชาย ทั้งเด็กและผู้ใหญ่ และมีการบัญญัติเพิ่มเติมให้การคุ้มครองภริยาหรือสามีที่จะไม่ให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากคู่สมรสหากไม่ได้ให้ความยินยอม เพื่อลดปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้นในครอบครัว และให้ผู้ที่อาจจะกระทำผิดต้องระมัดระวังก่อนที่จะกระทำการใดๆ ลงไป แต่ในขณะที่เดียวกันก็ประสงค์ที่จะลดความขัดแย้งในครอบครัวหากมีการกระทำผิดตามมาตรานี้ควรต้องศึกษาถึงผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวที่มีการตีความและบังคับใช้ผิดไปจากการกระทำชำเราตามธรรมชาติบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขในภายหลัง ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เมื่อพิจารณาหากจะตีความคำว่า การกระทำในวรรคสองของมาตรา 276 เป็นความหมายแบบกว้างๆ ไม่ตรงกับจุดประสงค์ของกฎหมายที่เดียว ถ้าให้ผู้กระทำมีเจตนาเพียงจับต้อง ลูบคลำรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็จะเป็นการลงโทษที่หนักเกินเจตนา เมื่อพิจารณาบริบทแวดล้อมโดยรวมแล้ว เจตนาของการแก้ไขกฎหมายคงมีเพียงการขยายขอบเขตเพียงเพศของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ สิ่งที่กระทำ และอวัยวะที่ถูกกระทำ แต่คงไม่ได้ตั้งใจจะขยายขอบเขตการ

⁶ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 196), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

กระทำออกไปด้วย ดังนั้น การนำกฎหมายเข้มข้นฉบับแก้ไขใหม่มาใช้ คงต้องยึดกับพฤติกรรมการล่วงล้ำหรือสอดใส่ (Penetration) หากไม่มีการกระทำดังกล่าว จะถือว่าเป็นการกระทำชำเราไม่ได้ การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด การบัญญัติก็ต้องบัญญัติให้ชัดเจน ไม่เกิดข้อสงสัยแก่การตีความด้วย เมื่อปัญหาเกิดขึ้นตั้งแต่การร่างและการบัญญัติถ้อยคำ การตีความและการปรับใช้ก็เกิดปัญหาค้าง จึงควรแก้ไขนิยามบทบัญญัติความผิดฐานเข้มข้นกระทำชำเรา มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง โดยใช้คำว่า “สอดใส่” และควรมีแนวทางการพิจารณาและการตัดสินคดีโดยตีความความรับผิดฐานเข้มข้นกระทำชำเราตามนิยาม บทบัญญัติ มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง เพื่อความชัดเจนแน่นอนและสอดคล้องกับระบบกฎหมายทางอาญาของประเทศไทยที่ยึดระบบกฎหมายเป็นหลัก ในส่วนของต่างประเทศแล้วการกระทำความฐานเข้มข้นกระทำชำเรา ได้กล่าวถึง การมีเพศสัมพันธ์โดยมีการล่วงล้ำโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว ซึ่งการตีความตามกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่ตรงกับตัวบทกฎหมาย เป็นการตีความทางอาญาที่ไม่ถูกต้องตามการตีความของระบบกฎหมายไทย ตลอดจนเป็นการตีความการบังคับใช้กฎหมายที่คลาดเคลื่อนผิดแผกแตกต่างไปจากอาณาอารยประเทศและเพื่อให้เกิดความเหมาะสมวิधिปกครองเพื่อคุ้มครองที่ถูกต้อง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีประวัติความเป็นมาคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานเข้มข้นกระทำชำเรา ตลอดจนขอบเขตความรับผิดฐานเข้มข้นกระทำชำเราในบริบทของประเทศไทยและต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาขอบเขตตามความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตลอดจนการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดฐานเข้มข้นกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276
3. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบเกี่ยวกับขอบเขตความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ตลอดจนประมวลกฎหมายอาญาของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขการบังคับใช้กฎหมายความผิดฐานเข้มข้นกระทำชำเราโดยแก้ไขนิยามบทบัญญัติในความผิดฐานกระทำชำเราที่เหมาะสม เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ความคิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ทำให้คุณธรรมทางกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก มีการให้ความคุ้มครองเสรีภาพในเกี่ยวกับเพศ โดยกฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองมิให้ผู้อื่นกระทำล่วงละเมิดทางเพศต่อร่างกายและกระทบต่อจิตใจผู้เสียหาย เช่น การกระทำชำเรา โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นอันอาจเป็นอันตรายต่อผู้เสียหายได้ ทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ตลอดจนการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดฐานกระทำชำเราให้มีการบังคับใช้กฎหมายให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองในเรื่องเพศชายและเพศหญิงเท่าเทียมกัน โดยมีการแก้ไขนิยามบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา และควรมีแนวทางการพิจารณาและการตัดสินคดีโดยตีความความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามนิยาม บทบัญญัติ มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง เพื่อความชัดเจนแน่นอน และสอดคล้องกับระบบกฎหมายทางอาญาของประเทศไทยที่ยึดระบบกฎหมายเป็นหลัก ซึ่งการตีความตามกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่ตรงกับตัวบทกฎหมาย เป็นการตีความทางอาญาที่ไม่ถูกต้องตามการตีความของระบบกฎหมายไทย ทำให้เกิดความเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรม

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาถึงคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 แห่งประมวลกฎหมายอาญาของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยศึกษาคุณธรรมทางกฎหมาย ขอบเขตความรับผิดฐานกระทำชำเราในความคิดเกี่ยวกับเพศ โดยเน้นเรื่องบริบทของความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ที่มีผลต่อการกำหนดขอบเขตกระทำชำเราตลอดจน ศึกษาเฉพาะประเด็นขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรม เสรีภาพทางเพศ ความบริสุทธิ์ในทางเพศ ความเท่าเทียมกันในทางเพศ การกระทำชำเราตามธรรมชาติ ความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ สภาพจิตใจของผู้ถูกกระทำ สถาบันครอบครัว ความไร้เดียงสาของเด็ก การกระทำที่ไม่สมควรทางเพศ โดยศึกษาประกอบคุณธรรมทางกฎหมายและองค์ประกอบความผิดเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ อเมริกา ญี่ปุ่น เป็นต้น

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้เป็นการศึกษานี้เป็นการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร(Documentary Research) โดยศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลจากตัวบทกฎหมายไทย ตัวบทกฎหมายต่างประเทศ คำพิพากษาศาลฎีกาของ ไทย ตัวอย่างคดีของศาลต่างประเทศ ตำรากฎหมายไทย ตำรากฎหมายต่างประเทศ ความเห็นของ นักกฎหมายและนักวิชาการ หนังสือ หนังสือพิมพ์ วารสาร บทความ ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต และ เอกสารการประชุมต่างๆที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษา

1. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดทฤษฎีประวัติความเป็นมาและคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตลอดจนขอบเขตความรับผิดชอบผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในบริบทของประเทศไทยและต่างประเทศ
2. เพื่อให้ทราบถึงการวิเคราะห์ปัญหาขอบเขตความหมายของคำว่า“กระทำชำเรา” ตลอดจนการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276
3. เพื่อให้ทราบถึงการวิเคราะห์เปรียบเทียบเกี่ยวกับขอบเขตความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ตลอดจนประมวลกฎหมายอาญาของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขการบังคับใช้กฎหมายฐานความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยแก่นิยามบทบัญญัติในความผิดฐานกระทำชำเราที่เหมาะสม เพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

บทที่ 2

แนวคิดและวิวัฒนาการในการบัญญัติขอบเขต

ความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเรา

ความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราเป็นความผิดที่เกิดขึ้นอย่างมากมายในสังคมปัจจุบัน เป็นปัญหาอาชญากรรมที่นับวันจะมีเพิ่มขึ้น โดยการข้ามขึ้นแล้วมาทำกับการกระทำของพวก กามวิถดลารจะปรากฏเป็นข่าวทางหน้าหนังสือพิมพ์เกือบทุกวันจนทำให้มีปัญหาอาชญากรรมดั่งนั้น ผู้เขียนจึงทำการศึกษาความเป็นมาแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับเพศศึกษาขอบเขตที่ เหมาะสมเกี่ยวกับความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำซ้ำเราโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดในการคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ

ปัจจุบัน ปัญหาการใช้ความรุนแรงทางเพศในสังคมมีแนวโน้มมากขึ้นซึ่งต้องพิจารณา ควบคู่กับวิธีการปฏิบัติที่เป็นอยู่ และโดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้เน้น เรื่องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลรวมทั้งสิทธิเด็กด้วย ได้แก่ “เด็กและเยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ ผู้พิการ หรือทุพพลภาพ” ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตัวอย่างเหมาะสม และมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีเกี่ยวกับความทารุณทางเพศ

2.1.1 การคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศตามหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จากกรณีที่มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตรงกับ ศัพท์ภาษาอังกฤษว่า “Human Dignity” ซึ่งเป็นศัพท์ที่นักวิชาการได้บัญญัติขึ้นในยุคที่มีการ เรียกร้องสิทธิมนุษยชน (Human Rights) และได้ปรากฏสู่วงการกฎหมายไทยในรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้จะถูกยกเลิกแล้วก็ตามและเคยบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความ เป็นมนุษย์ไว้โดยกฎหมายมีการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยให้คำนึงถึงศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์และความแตกต่างทางเพศ อายุ สัญชาติ เชื้อชาติ ประเพณีวัฒนธรรมของผู้เสียหาย การแจ้งสิทธิของผู้เสียหายที่พึงได้รับการคุ้มครองในแต่ละขั้นตอน ทั้งก่อน ระหว่าง และหลังการ ช่วยเหลือ ตลอดจนขอบเขตระยะเวลาในการดำเนินการช่วยเหลือในแต่ละขั้นตอน และต้องรับฟัง ความคิดเห็นของผู้เสียหายโดยเฉพาะเพศหญิงก่อนด้วย กล่าวคือ การให้ความคุ้มครองทางเพศ หมายถึง แนวความคิดเรื่องการคุ้มครองห้ามล่วงเกินทางเพศ มีเหตุผลพื้นฐานมาจาก จากละเมิดทาง เพศไม่ว่าจะเป็นนายจ้างและผู้ได้รับมอบหมายจากนายจ้าง เช่น ผู้จัดการ หัวหน้างาน ผู้ควบคุมงาน

ฯลฯ มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง ลูกจ้างต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของบุคคลเหล่านี้ นายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาที่ไม่ดีอาจใช้อำนาจบังคับบัญชาแสวงหาความสุข ความพึงพอใจทางเพศจากผู้ใต้บังคับบัญชา ทำให้ลูกจ้างต้องถูกล่วงเกินทางเพศ เกิดความไม่สบายใจ อึดอัดใจ มีผลเสียต่อการทำงานและผลประกอบการของนายจ้างรวมไปถึงบุคคลที่อยู่อาศัยกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทางเพศ ไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิง

จากการศึกษาในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล พบว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นมีนัย 2 ประการ คือ

(1) “ธรรมชาติมนุษย์” กล่าวคือ ลักษณะที่แท้จริงของมนุษย์ที่เกี่ยวกับสภาพจิตใจและความต้องการจำเป็น (Needs) ที่มุ่งใจให้มนุษย์ทำการใดๆ โดยทฤษฎี มนุษย์น่าจะเป็นอย่างเดียวกันไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด แต่ในทางปฏิบัติ พฤติกรรมของมนุษย์ย่อมอยู่ภายใต้อิทธิพลของสังคมและวัฒนธรรมด้วย

(2) “ศีลธรรม” อันได้แก่ หลักที่ว่าด้วยความผิดชอบชั่วดีที่สังคมหนึ่งๆ กำหนดให้สมาชิกปฏิบัติ โดยไม่มีศีลธรรมสากลให้ยึดถือ นอกจากอนุমানเอาจากส่วนที่กำหนดไว้เหมือนกัน ในความประพฤติบางเรื่อง โดยเฉพาะการละเมิดทางเพศเป็นต้น

ดังนั้น การที่จะวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในสังคมไทยหรือไม่ แล้วจึงนำไปสู่การปกป้อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามกฎหมายเมื่อถูกละเมิด โดยเฉพาะทางเพศซึ่งมีผลกระทบต่อสังคมในเรื่องเพศ ทั้งหญิง ชาย และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ อาทิ การเป็นพนักงานบริการทางเพศ ถูกตีตราให้เป็นผู้ที่มีพฤติกรรมนอกกรอบศีลธรรม อันดี สังคมมักมีอคติมุมมองต่อสิทธิของกลุ่มคนเหล่านี้แตกต่างออกไป นอกจากนั้นในกลุ่มของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศก็ได้รับผลกระทบจากทัศนคติในเรื่องดังกล่าวด้วย นอกจากนั้นยังมีลักษณะอื่นๆ ที่ได้รับผลกระทบจากทัศนคติเกี่ยวกับความเรื่องเพศทางสังคม ผู้เสียหายส่วนใหญ่ถูกตีตราโดยสังคม และให้ความหมายที่ด้อยค่า การละเมิดทางเพศเกิดขึ้น ไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ และหากผู้เสียหายเหล่านี้เดินหน้าต่อสู้ หรือเรียกร้องต่างๆ ก็จะเผชิญหน้ากับการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ต่อมา การคุ้มครองผู้เสียหายเหล่านี้ทั้งในตัวบทกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมยังไม่มีประสิทธิภาพ ไม่สามารถเอื้อให้เกิดกระบวนการยุติธรรมที่เป็นธรรมสำหรับผู้เสียหายในกรณีเกี่ยวกับเพศได้จำเป็นต้องให้ความคุ้มครองว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งปรากฏตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิที่เสมอกันไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษย์ เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพ ด้วยเหตุที่การเมินเฉยและดูหมิ่นเหยียดหยามสิทธิมนุษยชนด้วยกันเอง ได้ก่อให้เกิดการกระทำอันโหดร้ายป่าเถื่อนทารุณ กระทบกระเทือนมโนธรรมของ

มนุษยชาติอย่างรุนแรง โดยเหตุที่ได้มีการประกาศปณิธานสูงสุดของสามัญชนว่า ถึงวาระแห่งโลกแล้วที่มนุษย์จะมีเสรีภาพในการพูด ในความเชื่อถือ และทั้งมีเสรีภาพจากความกลัวและความต้องการ ด้วยเหตุที่เป็นสิ่งจำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับการคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม ถ้าไม่ต้องการให้มนุษย์ถูกบีบบังคับ ให้หาทางออกโดยการกบฏต่อทรราชย์และการกดขี่อันเป็นที่พึงสุดท้ายด้วยเหตุที่เป็นสิ่งจำเป็นที่จะส่งเสริมการพัฒนาความสัมพันธ์ฉันท์มิตรระหว่างชาติต่างๆ ด้วยเหตุที่บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตร ถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคล และความเสมอภาคแห่งสิทธิทั้งชายหญิง และได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้า ทางสังคมตลอดจนมาตรฐานแห่งชีวิตให้ดีขึ้น มีเสรีภาพมากขึ้นด้วยเหตุที่รัฐสมาชิกได้ปฏิญาณที่จะให้ได้มา โดยการร่วมมือกับสหประชาชาติ ซึ่งการส่งเสริม การเคารพ และการถือปฏิบัติโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานรวมทั้ง ต้องหาแนวทางในการดำเนินการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อไป

2.1.2 การคุ้มครองผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติกับสตรีทุกรูปแบบกฎหมายที่ใช้บังคับกับสตรีที่ตกเป็นผู้เสียหาย

ปฏิญญาว่าด้วยการจัดการความรุนแรงต่อสตรีตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-CEDAW) ขององค์การสหประชาชาติได้ให้ความหมายความรุนแรงต่อสตรีว่าหมายถึง การกระทำใดๆ ที่เป็นความรุนแรงทางเพศ ซึ่งเป็นผลหรืออาจจะเป็นผลให้เกิดการทำร้ายร่างกาย ทางเพศ หรือทางจิตใจ เป็นผลให้เกิดความทุกข์ทรมานแก่สตรี รวมทั้งการขู่ข่ม คุกคาม กีดกันเสรีภาพ ทั้งในที่สาธารณะและในชีวิตส่วนตัว รวมทั้งมาตรการที่รัฐภาคีต้องดำเนินการเพื่อสนับสนุนความก้าวหน้าของสตรีทั้งมาตรการเร่งด่วนและชั่วคราวเพื่อสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างบุรุษและสตรีอย่างแท้จริงซึ่งจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศการปรับรูปแบบทางสังคมและวัฒนธรรมเพื่อให้เอื้อต่อการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี และการปราบปรามการค้ามนุษย์และแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากสตรีจากค่านิยมดังกล่าวนี้จึงอาจจะกล่าวได้ว่าในสภาพสังคมปัจจุบัน การกระทำรุนแรงต่อสตรีนับว่าเป็นปัญหาสำคัญระดับโลกและในสภาพสังคมปัจจุบันมีเกิดขึ้นจริงและนับวันยิ่งทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นเป็นลำดับ¹

¹ สมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2522 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 กันยายน 2524 สำหรับพิธีสารเลือกรับสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2542 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2543 (ข้อมูลจากสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ)

รวมทั้งระดับสังคมปัจจุบันแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้หญิงกับผู้ชายในสังคม²

ในกรณีหากผู้หญิงประสบกับความรุนแรง มักไม่กล้าบอกให้กับคนอื่นทราบ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะมีบุคคลจำนวนไม่มากนักที่ยอมรับฟังเรื่องราวที่ผู้หญิงประสบความรุนแรงอย่างเห็นใจและต้องการให้ความช่วยเหลืออย่างแท้จริง เช่น สังคมทั่วไปยังมองว่าปัญหาการข่มขืนเกิดขึ้นจากตัวผู้หญิงเองที่ไม่ระมัดระวังตัวเอง แต่งกายไม่มีมิดชิด ไปอยู่ที่เปลี่ยว ให้ทำช่วยวน เป็นต้น

ดังนั้น ผู้หญิงที่ถูกคุกคามทางเพศ หรือถูกข่มขืนจำนวนมากไม่สามารถใช้สิทธิทางกฎหมายคุ้มครองและบำบัดฟื้นฟูตนเองได้เพราะกลไกของรัฐในหลายส่วนที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็น ตำรวจ อัยการ ศาล แพทย์ ยังเป็นอุปสรรคอยู่ เช่น การรับแจ้งความใช้ทำที่ที่ไม่เหมาะสม และรวมไปถึงความเชื่อในสังคมที่มองว่า การข่มขืนเป็นเรื่องที่น่าอายอีกทั้งสื่อมวลชนส่วนมากยังคงนำเสนอข่าวสารเรื่องนี้ในลักษณะประจานผู้หญิงอยู่ สตรีที่ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมยังได้รับการปฏิบัติไม่เหมาะสมไม่ได้รับการปกป้องดูแลและเคารพสิทธิมนุษยชนตามควร ในส่วนที่เกี่ยวกับสตรีและเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนสตรีอย่างชัดเจน การดำเนินการทางกฎหมายในทางปฏิบัติเกี่ยวกับสตรีไม่ได้รับความสนใจหรือให้ความสำคัญในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นสตรีที่ตกเป็นเหยื่อในการกระทำความผิดทางเพศ เช่น ฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือการอนาจาร ไม่ได้รับการดูแลที่เหมาะสมจากเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมโดยเฉพาะกระบวนการสอบสวน เช่น การชี้ตัวผู้กระทำผิด และการสืบพยานในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศอย่างไม่เหมาะสม สตรีผู้เสียหายต้องเล่าเหตุการณ์อภัยศต่อน้ำสาธารณะและต้องเผชิญหน้ากับผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยตรง ไม่มีกระบวนการพิจารณาคดีเป็นกรณีพิเศษที่เหมาะสมกับสภาพคดีและสภาวะของผู้เสียหายนอกจากนี้ขั้นตอนการดำเนินชั้นสอบสวนฟ้องร้องเมื่อพิจารณาถึงหลักการที่ใช้ดำเนินคดี ระเบียบปฏิบัติของเจ้าพนักงานตำรวจ สภาพบรรยากาศ สถานที่ และสภาวะแวดล้อมของสถานีตำรวจ พบว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับกับปฏิบัติคดีอื่นเหมือนกัน รวมทั้งการสอบสวนตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายพิจารณาความอาญาซึ่งขาดความเหมาะสมในการดำเนินคดี ความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งปรากฏในกระบวนการสอบสวน หญิงที่ตกเป็นผู้เสียหายหรือเป็นเหยื่อในความผิดเกี่ยวกับเพศมักกระทำโดยเปิดเผยและกระทำในสถานที่ที่ไม่เป็นส่วนตัวและไม่เหมาะสม ทำให้เกิดความอับอาย โกรธ และเครียด การสอบสวนหรือการบันทึกถ้อยคำของเจ้าพนักงานตำรวจต้องกระทำเพื่อค้นหาความจริง ดังนั้นจึงอาจใช้ถ้อยคำที่ไม่เหมาะสมกับผู้เสียหายที่เป็นสตรีได้ ทำให้ผู้เสียหายสตรีไม่อยากจะดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดต่อไป

² จาก บทบาทหญิงชายกับอำนาจเรื่องความรุนแรงต่อผู้หญิง (น. 2-5), โดย ศูนย์พิทักษ์สิทธิสตรี, (ม.ป.ป.). กรุงเทพฯ: มูลนิธิเพื่อนหญิง.

2.1.3 ประวัติความเป็นมาในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบเกี่ยวกับเพศ

ประวัติศาสตร์กฎหมายตราสามดวง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 และประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขปี พ.ศ. 2550 ต่างก็กำหนดให้ “หญิง” เท่านั้นเป็นผู้ถูกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้แนวความคิดที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเพียงเพศหญิงนั้นเริ่มแต่เดิมจากการที่กฎหมายตราสามดวงบัญญัติขึ้น โดยมุ่งหมายที่จะคุ้มครองอำนาจปกครองของชายผู้เป็นบิดาและสามี อันเนื่องมาจากลักษณะของบัญญัติเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยคำนึงถึงสภาพสังคมและวัฒนธรรมในสมัยนั้นอันแยกไม่ออกกับหลักธรรมในพระพุทธศาสนา ซึ่งในสมัยก่อนชายมีภรรยาได้หลายคน และหญิงอยู่ในความปกครองของชาย การกระทำความผิดจึงมีลักษณะเป็นการละเมิดอำนาจปกครองของบิดามารดาหญิงในกรณีหญิงเป็นโสด หรือละเมิดอำนาจปกครองหรือหมิ่นเกียรติของสามีในกรณีที่หญิงนั้นสมรสแล้ว³ ต่อมาในสมัยที่มีการบังคับใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา และประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายดังกล่าวจึงมีลักษณะคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศมากขึ้น โดยคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของหญิงเท่านั้น

การที่กฎหมายกำหนดขอบเขตของความผิดทางเพศกรณีองค์ประกอบความผิดผู้ถูกระทำต้องเป็นหญิงนั้น ต้องเป็นเพศหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่คลอดบุตรหรือออกลูกได้ ไม่ใช่ชายแปลงเพศเป็นหญิง⁴ แต่ปัจจุบันรวมถึงชายที่แปลงเพศหญิงด้วย เพราะในประเทศไทยนั้น แม้ว่าการผ่าตัดแปลงเพศจะถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลอันพึงกระทำได้แต่สถานภาพของบุคคลที่ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น ย่อมมีสถานภาพทางเพศหรือเพศตามกฎหมาย เป็นเพศที่ตนถือกำเนิดมา ไม่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ เพราะฉะนั้นเมื่อกฎหมายไม่ยอมรับเพศใหม่ บุคคลนั้นยังคงต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่ตนยังคงมีเพศตามกฎหมายตามเพศกำเนิดของตนอยู่⁵ ดังนั้น หากชายที่ผ่าตัดแปลงเพศถูกข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดที่เกิดขึ้นก็คง

³ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร : ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) โดย ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, 2546, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์วิทยาลัย.

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524, เนติบัณฑิตยสภา, น. 146.

⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 197), โดย ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶ จาก “การผ่าตัดแปลงเพศกับกฎหมาย” โดย จักรพันธ์ สอนสุภาพ (2540), บทบัณฑิตย, 53(3), น. 117.

เป็นไปได้เพียงความผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้น เพราะเพศตามกฎหมายของผู้เสียหายนั้นยังคงเป็นชายอยู่นั่นเอง และหญิงต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะที่ถูกกระทำชำเรา ดังนั้น การกระทำชำเราศพหญิงที่เพิ่งตาย และเจ้าภาพนำไปฝากไว้ในป่าช้าเหล่านี้ นอกจากจะไม่ใช่เป็นการข่มขืนแล้ว สิ่งที่ถูกกระทำชำเราซึ่งถือไม่ได้ว่าเป็น “หญิง” เพราะเปลี่ยนสภาพเป็นเพียงวัตถุสิ่งหนึ่งไปแล้ว⁷

องค์ประกอบข้อผู้ถูกกระทำนอกจากต้องเป็นหญิงแล้ว ก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมาย พ.ศ. 2550 กำหนดให้หญิงนั้นต้องมีไม่ใช่เป็นภริยาของชายซึ่งเป็นผู้กระทำอีกด้วย คำว่า “ภริยา” ในที่นี้ หมายถึง ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแนวความคิดของการบัญญัติความคิดไว้เช่นนี้ปรากฏตั้งแต่ในสมัยของกฎหมายตราสามดวง โดยไม่ปรากฏว่ามีบทกฎหมายว่ามีบทกฎหมายใดเลยที่กล่าวถึงการข่มขืนภริยาเอาไว้ อันน่าจะมาจากเหตุที่ในสมัยนั้นให้ความสำคัญกับอำนาจปกครองหรือที่เรียกว่าอำนาจอิสระเป็นอย่างมาก เมื่อหญิงยังเป็นเด็กก็ต้องตกอยู่ในความปกครองของบิดามารดา ถ้าบิดามารดาตายหญิงอาจตกอยู่ในความปกครองของญาติผู้ใหญ่หรือพี่ๆ จนกระทั่งหญิงแต่งงานกับชาย อำนาจอิสระหรืออำนาจปกครองจึงโอนจากบิดามารดาไปยังชายผู้เป็นสามี และขอบเขตอำนาจอิสระของสามีนั้นรวมไปถึงอำนาจลงโทษภริยาได้ตามสมควรหากภริยาประพฤติตนไม่สมควร ฉะนั้น เมื่อสามีมีอำนาจอิสระที่จะปกครองภริยาอย่างเต็มที่แล้วย่อมส่งผลให้การมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างสามีภริยากลายเป็นหน้าที่ที่ภริยาจะต้องตอบสนองไม่อาจขัดขืนปัดป้องได้ จึงไม่ปรากฏการกระทำที่เรียกว่าข่มขืนต่อภริยาในสมัยนั้น ประกอบกับหากภริยาหิบบกกล่าวอ้างว่าสามีข่มขืนตน ภริยาอาจจะต้องคิดว่าทำการหย่าร้างแล้วสามีตามบทบัญญัติข้างต้น ภริยาทั้งหลายจึงเกิดความเกรงกลัวมิดกลัวที่จะกล่าวโทษสามี⁸

แนวความคิดเช่นนี้ปรากฏอยู่เรื่อยมาในสังคมไทย การที่สามีข่มขืนหรือกระทำชำเราภริยาชอบด้วยกฎหมายของตนจึงไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายไทยแต่ปัจจุบัน มีการแก้ไขโดยถือว่าผิดกฎหมาย⁹ หากภรรยาไม่ยินยอมประกอบกับตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7144/2545, เนติบัณฑิตยสภา . น. 235.

⁸ จาก การกระทำผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย นฤพนธ์ จ้อยทองมูล, 2544, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁹ พระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ปัจจุบันตามมาตรา 276 ซึ่งมุ่งถึงการให้ความคุ้มครอง บุคคลทุกเพศ โดยไม่จำกัดว่าจะเป็นหญิงหรือชาย โดยได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมให้การคุ้มครองภริยา หรือ สามีที่จะไม่ให้ถูกล่วงเกินทางเพศจากคู่สมรสหากไม่ได้ให้ความยินยอม เพื่อลดปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้นในครอบครัว และให้ผู้ที่จะกระทำความผิดต้องระมัดระวังก่อนที่จะกระทำการใดๆ ลงไป แต่ในขณะเดียวกันก็ประสงค์ที่จะลดความขัดแย้งในครอบครัวหากมีการกระทำความผิดตามมาตรานี้เกิดขึ้น

บัญญัติไว้ในมาตรา 1461¹⁰ ระบุว่าเมื่อเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วต่างก็มีหน้าที่ในอันที่จะต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา และตามหลักจารีตประเพณีในสังคมไทยการอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยานั้นจำเป็นต้องมีการหลับนอนด้วยกัน ชายจึงมีสิทธิที่จะร่วมประเวณีกับภริยาของตนเองได้ หากภริยาขัดขืน สามีก็มีสิทธิที่จะใช้กำลังได้ตามสมควร¹¹ ด้วยเหตุนี้หากสามีใช้กำลังบังคับร่วมประเวณีกับภริยา สามีไม่มีความผิดตามมาตรา 276 แต่อาจเป็นความผิดต่อเสรีภาพ ตามมาตรา 309 ความผิดฐานใช้กำลังทำร้ายตามมาตรา 391 หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามมาตรา 295 เท่านั้น นอกจากนี้กรณีผู้อื่นใช้สามีให้ไปข่มขืนกระทำชำเราภริยา การกระทำของสามีไม่มีความผิด ผู้ใช้ก็ไม่มี ความผิดฐานนี้ด้วย¹²

ทั้งนี้ขอบเขตของความผิดเกี่ยวกับเพศฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงก่อนมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2550 กฎหมายบัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ประกอบด้วยการกระทำอันเป็นการบังคับจิตใจที่คนคนหนึ่งได้กระทำต่อบุคคลอื่นให้กระทำตามที่ผู้บังคับจิตใจต้องการ การข่มขืนนี้จะโดยใช้กำลังหรือไม่ก็ได้ แต่เพียงบังคับก็ถือว่าข่มขืนได้แล้ว ที่ต้องกำหนดให้การข่มขืนเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดกรณีผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงคือ ตัวหญิง เมื่อหญิงสมัครใจ ความเสียหายก็ไม่เกิด และไม่ควรถือผิดแก่ชาย วิธีการในการข่มขืนนั้นกฎหมายกำหนดไว้โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด กล่าวคือ โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น แยกอธิบายได้ดังนี้¹³

1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ คำว่า “ขู่เข็ญ” หมายความว่าทำให้กลัวโดยบังคับการขู่เข็ญจึงอาจกระทำด้วยภริยาหรือวาจาก็ได้ และอาจขู่เข็ญด้วยเรื่องอะไรก็ได้ เป็นต้นว่า ขู่เข็ญว่าจะทำอันตรายต่อร่างกาย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือเสรีภาพของหญิงนั่นเองหรือของผู้อื่น แต่การขู่เข็ญนั้นต้องมีลักษณะที่ทำให้ผู้ถูกขู่เข็ญเกิดความกลัวถึงขนาดบังคับจิตใจให้ต้องยอมให้กระทำชำเรา เช่น ใช้นินทาขู่เข็ญว่าถ้าไม่ยินยอมจะยิงให้ตายหรือจะยิงบุตรเล็กๆ ของหญิงซึ่งนอนอยู่ตรงนั้นให้ตาย เป็นต้น แค่นั้นเพียงจะถือว่าเป็นการทำให้ผู้ถูกขู่เข็ญเกิดความกลัวถึงขนาดบังคับจิตใจให้ต้องยอมกระทำชำเรา ต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป โดยคำนึงถึงตัวหญิงนั่นเอง ลักษณะของการขู่เข็ญและ

¹⁰ มาตรา 1461 สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน

¹¹ จาก “ข่มขืนกระทำชำเรา”, โดย จิน ดารา (2511), *บทบัญญัติคดี*, 25 ตอน 1, น. 75.

¹² จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 11). (น. 116), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹³ *ข่มขืนกระทำชำเรา* (น. 77). เล่มเดิม.

พฤติกรรมแวดล้อมประกอบ หญิงบางคนอาจมีประสาทอ่อน กลัวง่ายแต่หญิงบางคนอาจมีประสาทแข็ง กลัวยากกว่า ฉะนั้น การขู่เข็ญบางกรณีอาจทำให้หญิงหนึ่งเกิดความกลัวถึงขนาดดังกล่าว แต่ไม่อาจทำให้หญิงอีกคนหนึ่งเกิดความกลัวได้ อย่างไรก็ตามการขู่เข็ญนั้นไม่มีลักษณะที่จะทำให้เกิดความกลัวได้เลย แต่หญิงก็ยินยอมให้กระทำชำเรา ดังนี้อาจเห็นว่าเป็นการสมัครใจก็ได้ การขู่เข็ญว่าถ้าหญิงไม่ยอมให้กระทำชำเรา จะเปิดเผยความลับของหญิงที่ไปมีชู้กับชายอื่นให้สามีของหญิงทราบ หญิงจึงยินยอมให้กระทำชำเราเพราะกลัวสามีจะรู้ความลับดังกล่าวนี้ น่าจะถือว่าเป็นการ “ขู่เข็ญ” ตามข้อนี้ได้

2) ใช้กำลังประทุษร้าย คือ ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยแรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช้ยาทำให้มึนเมา สะกดจิตหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน ตามประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขปี พ.ศ. 2550 มาตรา 1(6)

3) หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายความว่า อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้จริงๆ ไม่ใช่อยู่ในภาวะที่สามารถขัดขืนได้แต่มีเหตุกดดันทำให้ความตั้งใจที่จะขัดขืนหมดไป เช่น หญิงกำลังเจ็บป่วยมีอาการอ่อนเพลียจนไม่มีแรงจะขัดขืน หรือหญิงกำลังหมดสติเพราะดื่มเหล้าหรือยาพิษหรือถูกสะกดจิต หรือกำลังนอนหลับ เป็นต้น แต่การเอายาปลุกกำหนดให้หญิงกินจนเกิดความรู้สึกรุนแรงและยอมให้ชายกระทำชำเรา เป็นเรื่องที่หญิงอยู่ในภาวะที่สามารถขัดขืนได้ แต่สมัครใจให้ชายกระทำชำเราเอง เพราะหมดความตั้งใจที่จะขัดขืนด้วยแรงกำหนดนั้น

หญิงวิกลจริตบางคนยอมให้ชายกระทำชำเราโดยไม่รู้ว่ายายทำอะไรแก่ตน การยินยอมเช่นนี้เป็นเพราะความผลัดดันของโรค ไม่ใช่เพราะความสมัครใจ เป็นการข่มขืน และควรถือว่าหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ทำนองเดียวกัน หญิงวิกลจริตบางคนชอบให้ชายกระทำชำเราที่ชอบเช่นนี้ก็เพราะความผลัดดันของโรค ไม่ใช่ความสมัครใจ ถ้าชายถือโอกาสกระทำชำเราก็น่าจะเป็นการข่มขืนและหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

4) ทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น การกระทำตามข้อนี้ เป็นการหลอกลวงหญิงให้เข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นอันทำให้ยินยอมให้กระทำชำเรา ซึ่งถ้าหญิงไม่เข้าใจผิดเช่นนั้นแล้วจะไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา เช่น เข้าหาภรรยาของผู้อื่นในเวลากลางคืนแล้วทำกิริยาอาการเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นสามีของหญิง หญิงเข้าใจผิดคิดว่าเป็นสามี จึงยินยอมให้กระทำชำเราเป็นต้น แต่ถ้าการทำตนเป็นบุคคลอื่นเป็นเพียงปลอมตัวไม่ให้หญิงจำได้ว่าเป็นใคร เช่น ดัดหน้าคนเรา และพูดดัดเสียงให้เหมือนบุคคลอีกคนหนึ่ง ดังนี้ หากใช่เป็นการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นตามความหมายแห่งข้อนี้ไม่ เพราะการทำให้เข้าใจผิดเช่นนั้น ไม่เป็นเหตุให้หญิงยินยอมให้กระทำชำเรา

การกระทำชำเราแม้กฎหมายจะมีได้บัญญัตินิยามเอาไว้ แต่ศาลได้ให้คำจำกัดความว่า หมายรวมถึง การนำของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชาย “ล้วงล้ำ” เข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง การกระทำเป็นความผิดสำเร็จทันทีแม้ผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อย ไม่ได้ผ่านเข้าไปทั้งหมดก็ตาม แม้ชายยังไม่สำเร็จความใคร่โดยน้ำอสุจียังไม่เคลื่อน เชื้อพรหมจารีไม่ขาด¹⁴ ก็วินิจฉัยว่าเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะของลับของฝ่ายชายได้ “ล้วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงแล้ว ดังนั้น หากอวัยวะเพศชายผ่านเข้าไปไม่ได้ไม่ว่าจะเป็นเพราะอวัยวะเพศของผู้เสียหายเล็กเกินไป เมื่อสุจิเคลื่อนเชื้อเปิดช่องคลอดขาดก็เป็นเพียงพยายาม อย่างไรก็ตาม แม้ชายจะได้สวมใส่อุปกรณ์ทางเพศแล้วสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของหญิง โดยหญิงไม่ยินยอม ถ้าในส่วนของอวัยวะเพศชายที่สวมใส่อุปกรณ์ทางเพศได้ล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดหญิง ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จ แต่ถ้ายังไม่ล้วงล้ำเข้าไปก็เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิง อวัยวะเพศของชายจะมีโอกาสสัมผัสกับอวัยวะเพศหญิงหรือไม่ ไม่เป็นข้อสำคัญ ซึ่งก็เปรียบเสมือนชายสวมใส่ถุงยางอนามัยซึ่งใช้เพื่อคุมกำเนิดในการร่วมเพศนั่นเอง¹⁵

พิจารณาองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงและคำนิยามของ “การกระทำชำเรา” ที่ให้ไว้โดยศาลฎีกาทำให้กรณีดังต่อไปนี้ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จ กล่าวคือ

1) กรณีอวัยวะเพศชายไม่สามารถล้วงล้ำเข้าไปได้ เพราะอวัยวะเพศหญิงเล็กเกินไป หรืออวัยวะเพศชายไม่แข็งแรงพอ แม้น้ำอสุจิเคลื่อน เชื้อพรหมจารีขาด เป็นเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

2) กรณีใช้อวัยวะเพศชายแต่ได้กระทำต่อช่องทางอื่นของหญิง เช่น ทางปากหรือทางทวารหนัก ไม่ใช่การชำเรา¹⁶ แต่เป็นความผิดฐานกระทำอนาจาร ดังเช่น¹⁷ คดีหนึ่งจำเลยได้ฉ้อโกงผู้เสียหายโดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหาย คดีนี้มีปัญหาข้อกฎหมายว่า

¹⁴ พินัยฎีกาที่ 1133/2509 จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหาย จนของลับของจำเลยได้เข้าไปในช่องลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลีเช่นนี้ปัจจุบันถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 แล้ว การที่ทางพิจารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายที่ของลับจำเลยนั้นเป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่งไม่เป็นเหตุให้เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จหรือเป็นเพียงขั้นพยายาม

¹⁵ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย ประสิทธิ์ พัฒนอมร, 2524, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁶ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (น. 115). เล่มเดิม.

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518.

การที่ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของหญิงจะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่า จะเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมาย ต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง แต่คดีนี้ได้เห็นว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยไม่ได้ล้วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของผู้เสียหาย แต่ได้ล้วงล้ำเข้าไปในทางทวารหนักของผู้เสียหาย ศาลฎีกาเห็นว่า การสืบพันธุ์ของผู้เสียหาย แต่ได้ล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้เสียหาย ศาลฎีกาเห็นว่า การกระทำของจำเลยไม่เป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายพิพากษาอื่น คือคงผิดเฉพาะกระทำอนาจาร

3) กรณีใช้อวัยวะเพศชายล้วงล้ำทวารหนักของชายด้วยกัน ย่อมไม่เป็นการผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เนื่องจากมิใช่การล้วงล้ำเข้าไปในช่องอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงไม่เข้าตามคำจำกัดความการกระทำชำเราและไม่เข้าองค์ประกอบความผิดที่กำหนดให้ผู้ถูกกระทำต้องเป็นหญิงเท่านั้น จึงเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจาร

4) กรณีมีการล้วงล้ำอวัยวะเพศของหญิง โดยใช้อวัยวะอื่นที่มีใช่อวัยวะสืบพันธุ์ของชาย เช่น ใช้มือหรือแขนล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง ก็ไม่เป็นการผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นเดียวกัน

5) กรณีใช้อุปกรณ์ทางเพศ (Sexual tools) ล้วงล้ำ กระทำชำเราแก่หญิง ไม่ว่าจะกระทำโดยชายหรือหญิงย่อมไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเรา เพราะอุปกรณ์ทางเพศดังกล่าวไม่เป็นอวัยวะเพศชาย การเอาวัตถุอื่นซึ่งมีใช่อวัยวะเพศของชายสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดของหญิง ไม่เป็นการข่มขืนกระทำชำเราแม้ว่าหญิงจะไม่ยินยอมถือว่าผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปัจจุบัน¹⁸

6) กรณีหญิงต่อหญิงก็ไม่อาจกระทำชำเรากันเองได้ แม้หญิงหนึ่งจะทำกิริยาอาการคล้ายชายต่อหญิงอีกผู้หนึ่ง จนหญิงผู้ถูกกระทำนั้นมีความรู้สึกคล้ายถูกชายกระทำชำเราก็ตาม ก็ไม่ใช่เป็นการ “กระทำชำเรา”¹⁹

มีข้อสังเกตว่ากรณีข้างต้นที่เป็นการใช้อวัยวะเพศล้วงล้ำต่อช่องปากหรือช่องทวารหนักของหญิงหรือชาย หรือการใช้วัตถุสิ่งของใดๆ หรืออวัยวะอื่นล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง แม้จะเป็นการล้วงล้ำเช่นเดียวกับการกระทำชำเราตามธรรมชาติ แต่การกระทำดังกล่าวไม่สามารถทำให้หญิงมีโอกาสตั้งครรภ์ได้ ศาลจึงไม่ตีความให้การกระทำดังกล่าวเข้าอยู่ในคำนิยามของการกระทำชำเรา

¹⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 196), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁹ ข่มขืนกระทำชำเรา (น. 69), เล่มเดิม.

2.1.4 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการในการกำหนดความผิดเกี่ยวกับเพศตามหลักกฎหมายต่างประเทศ

การข่มขืนกระทำชำเรา (อังกฤษ: Rape) เป็นรูปแบบหนึ่งของการทำร้าย ซึ่งคนหนึ่งได้ใช้กำลังบังคับอีกคนหนึ่งให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย ซึ่งขัดกับความต้องการหรือตั้งใจของคนๆ นั้น อาจจำกัดความได้ว่า ใช้กำลังทำให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมจำนนในกิจกรรมทางเพศใดๆก็ตาม และนับเป็นอาชญากรรมทางเพศอีกอย่างหนึ่งที่มีความร้ายแรงที่สุด ในบางครั้งก็ยากในการฟ้องร้องดำเนินคดี ความรุนแรงทางเพศอาจเป็นอาชญากรรมที่ใช้ต่อสู้กัน ภายใต้กฎหมายสากล อาจไม่มีความยินยอมของอีกผู้หนึ่ง เนื่องมาจากการทำให้เสียอิสรภาพ ที่ต้องการจะใช้ กำลังข่มขู่ ใช้รุนแรง หรืออาจเป็นเพราะความสามารถในการยินยอมได้ถูกทำให้เป็น โมฆะ หรือ ไร้ความสำคัญไป ในบางกรณี เช่น การยังไม่มีการพัฒนาการตามวัยที่สมควร ความมีเมมา การยังไม่บรรลุนิติภาวะ และบางทีการถูกขู่ ก็ทำให้ความยินยอมเป็น โมฆะไป²⁰

ไม่มีความเข้าใจที่ชัดเจนที่จะแยกระหว่างการข่มขืนกระทำชำเรา และการจู่โจมทำลายที่เกี่ยวข้องกับอวัยวะเพศของคนหนึ่งหรือทั้งสองคนที่อยู่ในเหตุการณ์ เมื่อคำว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา" ถูกใช้ ความเข้าใจทางอาชญากรรมจะเป็นการใช้กำลังบังคับให้ทำกิจกรรมทางเพศอย่างใดอย่างหนึ่งและให้ร่วมประเวณี ในขณะที่การกระทำของอีกคนหนึ่งเพียงแค่สอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องคลอดของฝ่ายหญิงเท่านั้น ในไม่กี่ปีมานี้ ได้มีหญิงผู้กระทำผิดในฐานะข่มขืนกระทำชำเราเพศชาย ครั้งนี้จึงได้มีการแบ่งแยก ระหว่างการข่มขืนกระทำชำเรา หรือขู่บังคับทางเพศ และคำจำกัดความทางกฎหมายในด้านอื่นๆ ในขอบเขตศาลบางแห่ง การข่มขืนกระทำชำเราอาจหมายถึง การที่ผู้กระทำสอดใส่วัสดุอย่างใดอย่างหนึ่ง มากกว่าการที่ใช้แค่ร่างกายของตัวเอง เข้าไปในอวัยวะเพศของคนที่เป็นเป้าหมาย ในบางแห่ง อย่างเช่น รัฐมิชิแกนสหรัฐอเมริกา ไม่ใช่คำว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา" ในกฎหมาย แต่จะใช้คำว่า "การกระทำผิดอาชญากรรมทางเพศ" (Criminal Sexual Conduct) สำหรับการกระทำที่อาจใช้ทางคำพูดที่เกี่ยวข้องกับ "การข่มขืนกระทำชำเรา" หรือ "การล่วงละเมิดทางเพศ"

คำว่า "ข่มขืนกระทำชำเรา" มีต้นกำเนิดมาจากคำกริยาภาษาละตินว่า Rapare หมายถึง ฉวยไว้ หรือ เอามาโดยกำลัง คำนี้ในต้นกำเนิดไม่ได้มีความหมายทางเพศเลย และก็ยังคงใช้อย่างนี้เรื่อยมาในภาษาอังกฤษ ประวัติศาสตร์ของการข่มขืนกระทำชำเราและการเปลี่ยนไปในความหมายค่อนข้างซับซ้อน ในกฎหมายโรมัน การข่มขืนกระทำชำเราถูกจัดอยู่ในอาชญากรรมของการก้าวล่วง ไม่เหมือนกับขโมยหรือโจรปล้น การข่มขืนกระทำชำเราถูกใช้ในความหมายที่ว่า "การกระทำ

²⁰ การข่มขืนกระทำชำเรา. สืบค้น 15 เมษายน 2557, จาก <http://th.wikipedia.org/wiki>.

ผิดต่อสาธารณะ” ซึ่งขัดแย้งกับ “การกระทำผิดต่อบุคคล” ซึ่งจารีอ็อกัสตัส ออกกฎหมายปฏิรูปการข่มขืนกระทำชำเรา ภายใต้กฎหมาย Lex Julia de vi publica ซึ่งมีนามสกุลของพระองค์ คือ “Julia” ที่อยู่ใต้กฎหมาย ประพฤติล่วงประเวณี Lex Julia de adulteriis ที่โรม ฟ็องร็องต์อาชญากรรมประเภทนี้ จักรพรรดิจัสติเนียนยังคงใช้กฎหมายนี้สำหรับเอาผิดผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราตลอดศตวรรษที่ 6 ในอาณาจักรโรมันตะวันออก ในยุคโบราณตอนปลาย คำว่า Raptus หมายถึง การลักพาเรียกค่าไถ่, การหนีตามกันไป, การปล้น หรือการข่มขืนกระทำชำเรา ในความหมายปัจจุบัน ความสัมพันธ์ระหว่างคำนี้ ได้เกิดขึ้น เมื่อผู้เขียนจดหมายเหตุของคริสตจักรในสมัยแรก ใช้แยกแยะระหว่าง การหนีตามกันไปเอง โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก บิดามารดา และ การก๊วบล่วง ทั้งสองอย่างนี้ มีบทลงโทษทางการเมือง โดยอาจจะถูกขับออกจากกลุ่มของครอบครัวหรือหมู่บ้านของผู้หญิงที่ได้ถูกลักพาตัวไป ถึงแม้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะทำให้เกิดการลงโทษ การทำให้เสียโฉม หรือความตายแล้วก็ตาม ผ่านส่วนต่างๆ ของประวัติศาสตร์ อาชญากรรมการข่มขืนกระทำชำเรา ถูกมองน้อยกว่าว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการบังคับความต้องการของเพศหญิง แต่เป็นอาชญากรรมที่รุนแรงต่อทรัพย์สินของบุรุษ ผู้ที่เป็นเจ้าของเธอ ในอดีต เรื่องนี้ค่อนข้างจะจริงในกรณีของพรหมจารีที่มีคู่หมั้นไว้แล้ว ถ้าหากเสียความบริสุทธิ์ จะถูกมองว่าเสียคุณค่าอย่างรุนแรง ต่อสามีของเธอ ในกฎหมาย กรณีนี้ จะถือว่าการหมั้น โหม้ และ ต้องมีการจ่ายค่าเสียหาย จากชายที่เป็นฝ่ายข่มขืนกระทำชำเรา แก่ครอบครัวของฝ่ายหญิง ภายใต้กฎหมายของพระคัมภีร์ไบเบิลในสมัยแรก ผู้ข่มขืนกระทำชำเรา จะต้องแต่งงานกับผู้หญิงที่ยังไม่ได้แต่งงาน โดยไม่ต้องรับโทษ หากว่าพ่อของเธอยินยอม ในเรื่องของความรุนแรงต่อความต้องการของเพศหญิงนี้ แบ่งได้เป็นสองแบบ แบบแรกคือ ในความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา และอีกอันคือ การที่ผู้ชายผู้หญิงบังคับครอบครัวเขาให้พวกเขาได้แต่งงานกัน

ในยุคโบราณของกรีกและโรมันจนถึงยุคล่าอาณานิคม ข่มขืนกระทำชำเราเทียบคู่ไปได้กับการลอบวางเพลิง การขายชาติ และการฆาตกรรม เลยทีเดียว จะได้รับการลงโทษประหารชีวิต “คนที่ทำการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องได้รับโทษประหารที่มีมากมายหลายแบบ ซึ่งก็ดูเหมือนว่าจะโหดร้าย เลือดสาด และ ณ เวลานั้น ก็น่าตื่นเต้น” ในศตวรรษที่ 12 ญาติของผู้เสียหาย จะถูกให้ทางเลือกที่จะประหารผู้กระทำผิดด้วยตัวพวกเขาเอง ในอังกฤษ ในศตวรรษที่ 14 ตอนต้น เขี้ยวของการข่มขืนกระทำชำเรา จะถูกคาดหวังให้ควักลูกตาหรือตีลูกอ้นทะของผู้กระทำผิดให้แตกด้วยตัวของเธอเอง กฎหมายของอังกฤษระบุว่า การข่มขืนกระทำชำเราถือเป็นต้นเหตุรุนแรง ขัดขืนต่อเพศหญิงและความต้องการของเธอ กฎหมายสามีระบุว่า ตัณหาอันนี้คือการสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง (และรวมถึงการกระทำอื่นๆภายนอก) อาชญากรรมการข่มขืนกระทำชำเรา มีความแตกต่างในขอบข่ายที่ว่า มั่นมุ่งเน้นไปที่สภาพของจิตใจที่ไม่ได้มีการยินยอม และการกระทำที่ไม่มีการยินยอม

นอกจากการกระทำของผู้ประพฤติดุเดือดที่ต้องแสดงหลักฐานการไม่มีการสมยอม ซึ่งถ้าหากยอม จะหมายถึงการที่แค่สามีได้หลับนอนกับภรรยาเท่านั้น ข้อความที่ได้ยินบ่อยๆในการตัดสิน กล่าวโดยผู้พิพากษาศาลสูงของท่านเซอร์มัททิวเฮลล์ ในศตวรรษที่ 17 ว่า “การข่มขืนกระทำชำเรา... เป็นคำที่กล่าวได้ง่ายและยากที่จะพิสูจน์ และยากที่จะป้องกันได้โดยฝั่งที่ถูกกล่าวหา รวมทั้งฝั่งที่เป็นผู้แจ้งความ” ผู้พิพากษาเฮลล์ยังเป็นคนให้คำพูดที่ว่า “ในการข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราต้องขึ้นศาล ไม่ใช่ผู้ข่มขืนกระทำชำเรา” ความโน้มเอียงนี้ “ลงโทษคนถูกข่มขืนกระทำชำเรา” ยังมีต่อเนื่องมาถึงปัจจุบัน ถึงแม้ว่าจะมีการปฏิรูประบบการตัดสินใหม่ที่จะกำจัดความเข้าใจที่ผิดนี้ไปแล้วก็ตาม นอกจากนี้ กฎหมายที่ไม่มีเพศ ได้ต่อสู้กับมุมมองเก่าๆที่ว่า การข่มขืนกระทำชำเราไม่เคยมีขึ้นกับเพศชาย ขณะที่กฎหมายตัวอื่นอาจลืมนับเรื่องนี้ไปด้วยซ้ำ

การพัฒนาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเราเกิดขึ้นในศตวรรษที่ 20 นี้ รวมถึงการตัดสินใจที่โดดเด่นโดยศาลฎีกาของวันดา ทือธิบายการข่มขืนกระทำชำเราว่าเป็นอาชญากรรมระหว่างสถาบันของสงครามล้างเผ่าพันธุ์ที่ทำงานอย่างจริงจังและเป็นระบบระบบการให้ความยุติธรรมเกี่ยวกับอาชญากรรมยุคใหม่ เป็นที่รู้กันว่าไม่มีความยุติธรรมต่อบุคคลผู้ตกเป็นเหยื่อการใช้ความรุนแรงทางเพศ (Macdonalds, 2001) กฎหมายที่เป็นแบบฉบับของความไม่เท่าเทียมกันและกฎหมายพื้นฐานรวมกัน ทำให้การข่มขืนกระทำชำเรา เป็น “กระบวนการอาชญากรรมที่เหยื่อและพฤติกรรมของเธอต้องขึ้นเบียง ไม่ใช่ตัวผู้กระทำผิด” (Howard & Francis, 2000) ตั้งแต่ทศวรรษที่ 1970 มีการเปลี่ยนแปลงหลายอย่างเกิดขึ้นในมุมมองของการข่มขืนทางเพศ เนื่องจากมีการเคลื่อนไหวของกลุ่มพลังหญิงอย่างกว้างขวาง และการให้คำจำกัดความ ที่เป็นอาชญากรรมของอำนาจและการควบคุมมากกว่าความต้องการเรื่องเซ็กส์ล้วนๆ อย่างไรก็ตามผู้ถูกกระทำต้องขึ้นศาลในการข่มขืนกระทำชำเราหลายๆคดี การเคลื่อนไหวทางสิทธิเสรีภาพของผู้หญิงในปี 1970 ทำให้มีศูนย์ช่วยเหลือผู้ประสบเหตุข่มขืนกระทำชำเราแห่งแรก การเคลื่อนไหวนี้ถูกดูแลโดย สถาบันระดับชาติเพื่อผู้หญิง National Organization for Women หรือ NOW ศูนย์ช่วยเหลือผู้ประสบภัยข่มขืนกระทำชำเราที่แรกๆ อีกที่หนึ่ง ได้แก่ D.C. Rape Crisis Center เปิดในปี 1972 ถูกสร้างขึ้นเพื่อสร้างความรู้สึกและความเข้าใจร่วมกันของการข่มขืนกระทำชำเรา และผลกระทบต่อผู้ถูกกระทำ ในปี 1960 มีการเอ่ยถึงอัตราการแจ้งความผิดพลาด 20% ก่อนปี 1973 สถิติได้ลดลงมาอยู่ที่ 15% หลังปี 1973 สำนักงานตำรวจนิวยอร์ก ใช้เจ้าหน้าที่ผู้หญิงสืบสวนผู้ถูกกระทำทางเพศและอัตราการลดลงถึง 2% จากข้อมูลของ FBI (Decanis, 1993) การรายงานที่ผิดยากที่จะแปลความได้ การแปรเปลี่ยนไปตามสถานที่เกิดเหตุ ซึ่งทำให้เกิด “ความผิดพลาด” ไม่ว่าจะหมายถึงอย่างไร ตำรวจหรือ DNA มีจะพยายามหาหลักฐานมามากเพียงพอที่จะจับตัวมาขึ้นศาล แม้ว่าคดีจะตกไป หรือแม้ศาลตัดสินว่าไม่มีความผิด หรือแม้ว่าผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเราถอนฟ้องเอง ความเป็นไปได้ทั้งหมดนี้ ไม่ได้

หมายความว่า การแจ้งความเป็นเท็จ เพราะผู้คนมักจะกล่าวว่าเป็นความผิดของเหยื่อผู้มาแจ้ง ส่วนที่สำคัญอย่างหนึ่งของประวัติศาสตร์การข่มขืนกระทำชำเราคือการก่อตั้งมูลนิธิ RAINN ในปี 1994 โดย Tori Amos (คารานักร้องชื่อดัง) และ Scott Berkowitz RAINN เป็นศูนย์กลางทางประวัติศาสตร์สมัยใหม่ ของการเคลื่อนไหวการช่วยผู้ประสบภัยข่มขืนกระทำชำเรา และทำให้มีสายด่วนให้ความช่วยเหลือ เก็บสถิติ และให้ข้อมูลผ่านโทรศัพท์เป็นที่แรกๆ การข่มขืนกระทำชำเราแบบชายกับชาย ถูกปิดบังเป็นความลับเป็นเวลานานตามประวัติศาสตร์ ถือเป็นเรื่องน่าอายเพราะต้องถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยผู้ชายอีกคนหนึ่ง นักจิตวิทยาชื่อ Dr. Sarah Crome ได้มีรายงานว่า การข่มขืนกระทำชำเราของผู้ชายน้อยกว่า 1 ใน 10 ถูกแจ้งความเข้ามา และโดยคนหมู่มาก กล่าวว่าเหยื่อของการถูกข่มขืนกระทำชำเราเพศชายไม่มีการช่วยเหลือและสนับสนุนมากเพียงพอ รวมถึงกฎหมายที่ไม่สามารถจัดการดูแลเรื่องนี้ได้อย่างเต็มที่วัฒนธรรมทั่วโลกส่วนใหญ่ไม่คิดว่าจะเป็นไปได้ที่ผู้หญิงจะข่มขืนกระทำชำเราผู้ชายหรือผู้หญิงด้วยกันเองได้ บทลงโทษทางกฎหมายส่วนใหญ่จึงไม่ได้ระบุดังไป การข่มขืนกระทำชำเราจะถูกจำกัดความด้วยทั่วไปว่า เป็นการสอดใส่เข้าไปกระทำโดยผู้ข่มขืนกระทำชำเรา ในปี 2007 ในแอฟริกาใต้ กลุ่มของผู้หญิงสาวถูกแจ้งความว่าข่มขืนกระทำชำเราผู้ชายคนหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ยังถูกปกคลุมอยู่ด้วยเหตุการณ์ที่โดดเด่นกว่า ของเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราปกติ และมักจะถูกอ้างถึงอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะกลุ่มเพศหญิงและความสนใจเกี่ยวกับเพศหญิง และเหตุการณ์ทางเพศ ในฐานะของความสนใจเพื่อเพิ่มความเข้าใจ ทั้งนี้จะได้ทราบประวัติศาสตร์ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งมีความเป็นมา กล่าวคือ

1) การข่มขืนกระทำชำเราและสงคราม

การข่มขืนกระทำชำเรา ในฐานะมูลเหตุของสงคราม ย้อนกลับไปในสมัยโบราณ ไกลเท่าที่กัมพูชาถึงในคัมภีร์ไบเบิล ทหารชาวอิสราเอล กรีก เปอร์เซีย และโรมัน มักจะข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงและเด็กชาย ในพื้นที่ที่เขาได้ครอบครอง ในยุคปัจจุบัน การข่มขืนกระทำชำเราถูกนับว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม เมื่อถูกทำโดยทหาร หรือกองกำลังมากถึง 80,000 คน ผู้หญิงที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยทหารญี่ปุ่นใน 6 สัปดาห์ของการฆ่าหมู่ในนานกิง คำพูดที่ว่า “ผู้หญิงที่ช่วยให้สบาย” เป็นคำมั่นที่ใช้ในการบังคับผู้หญิงประมาณ 200,000 คนให้เป็นโสเภณีในช่องทหารญี่ปุ่น ในสงครามโลกครั้งที่ 2 หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จบลง ทหารกองทัพแดง ข่มขืนกระทำชำเราผู้หญิงประมาณ 2,000,000 คนของเยอรมันรวมถึง เด็ก ทหาร โมร็อกโก – ฝรั่งเศส รู้จักในนามของ กูเมียร์ (Goumiers) ได้ข่มขืนกระทำชำเราและทำอาชญากรรมสงครามอื่นๆ หลังการสู้รบที่ Monte Cassino. มีคำกล่าวว่ามีผู้หญิงประมาณ 200,000 คน ถูกข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสงครามประกาศอิสรภาพของบังคลาเทศโดยทหารชาวปากีสถาน แม้จะเป็นที่ถกเถียงกันมากก็ตาม Sarmila Bose และผู้หญิงอิสลามของ Bosnia ถูกข่มขืนกระทำชำเราโดยกองกำลังชาวเซิร์บ ระหว่าง

สงครามบอสเนีย การแพร่ข่าวลือเรื่องสงครามมักจะทำให้เกิดการปฏิบัติต่อประชากรในท้องถิ่นที่หนึ่งๆ ไม่ดี โดยกองกำลังของศัตรู เพราะเหตุนี้มันจึงยากในทางปฏิบัติและในทางนโยบายทางการเมืองที่จะมองอย่างคมชัด ว่ามีอะไรเกิดขึ้นกันแน่²¹

2) คำจำกัดความของการข่มขืนกระทำชำเรา

ในการตัดสินคดีความอาชญากรรมต่อการข่มขืนกระทำชำเรา ถูกให้นิยามเมื่อมีการร่วมประเวณีเกิดขึ้นหรือพยายามทำให้เกิด โดยไม่มีการยินยอมโดยสมควร เมื่อมีคนใดคนหนึ่งไม่ยอมมาเกี่ยวข้องด้วย และมักจะมีคำจำกัดความของการสอดใส่เข้าไปในช่องคลอดหรือทวารหนักโดยอวัยวะเพศชาย ในบางการตัดสิน การสอดใส่ไม่จำเป็นต้องใช้องคชาติ แต่สามารถเป็นอวัยวะส่วนอื่นของร่างกาย เช่น นิ้วหนึ่งนิ้วหรือมากกว่านั้น หรือการสอดใส่ทางอื่นๆ เช่น ทางปาก ร่องอกหรือร่องก้น หรือ โดยวัตถุ เช่น ขวด หรืออีกนิยามคือการผลักดันโดยใช้อวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักบนองคชาติของเพศชาย โดยผู้กระทำเป็นผู้หญิงคำตัดสินอื่นขยายความว่า คำว่า ข่มขืนกระทำชำเรา หมายถึงกิจการใดๆ ที่กระทำโดยใช้อวัยวะเพศ ของคนหนึ่งคนหรือสองคน ในเวลานั้น ตัวอย่างเช่น การใช้ปากหรือใช้มือสำเร็จความใคร่ให้กับผู้อื่น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำภายใต้การขู่บังคับประเภทต่างๆ การใช้กำลัง ความรุนแรง การแบล็กเมล์ และอื่นๆ การวินิจฉัยอ่อนแอหรือไร้ความสามารถ โดยแอลกอฮอล์ หรือยาชนิดอื่นๆ ไม่ว่าจะยานั้นจะถูกหรือผิดกฎหมายก็ตามการตัดสินใจอ่อนแอ อาจจะมาจากความป่วยไข้ หรือไม่มีพัฒนาการตามวัยสมควรอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่จะให้การยินยอม ที่นับว่าถูกตามกฎหมายได้การข่มขืนกระทำชำเราผู้มีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่ยินยอมให้ร่วมประเวณีด้วยได้ (Statutory Rape) นับการมีการสัมพันธ์ทางเพศว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา โดยไม่จำเป็นว่า มีการใช้อำนาจบังคับหรือเป็นอีกฝ่ายพร้อมใจหรือไม่ กฎหมายแบบนี้ เป็นเรื่องปกติและมีขึ้นเพื่อป้องกันผู้ใหญ่ที่อยากจะมีเพศสัมพันธ์กับเด็ก ที่ดูเหมือนว่าจะยังไม่สามารถให้การตัดสินใจที่มีรอบคอบ

ในบทลงโทษของกฎหมายบราซิล กล่าวถึงการข่มขืนกระทำชำเราว่า ต้องเป็นการมีเพศสัมพันธ์ทางช่องคลอดเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่เหมือนในยุโรปและอเมริกาส่วนมาก ผู้ชายข่มขืนกระทำชำเราผู้ชาย การข่มขืนกระทำชำเราทางทวารหนัก และการข่มขืนกระทำชำเราทางปาก ไม่นับว่าเป็นอาชญากรรม ในกรณีนี้ จะนับว่าเป็น “ความพยายามอย่างรุนแรงต่อผู้ความอ่อนน้อมของคนๆหนึ่ง” เท่านั้น บทลงโทษเองก็เช่นเดียวกันในสก็อตแลนด์ การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการระบุเพศลงไป หมายความว่ามันสามารถทำได้โดยผู้ชายต่อผู้หญิงเท่านั้น ปาก ทวารหนัก จะไม่นับว่าเป็น “การข่มขืนกระทำชำเรา” รวมถึงการสอดใส่ทางอื่นๆ ด้วย คำจำกัดความถูกใช้โดยศาล

²¹ From *To respectability and back: A ten year view of the anti-rape movement* (pp. 114-118), By Fight Back!. Pride, A. 1981.

สากลของวันคาตามท้องที่ในปี 1998 ว่า “การบุกรุกทางร่างกายในความเป็นธรรมชาติในเรื่องเพศกระทำโดยบุคคลภายใต้สถานการณ์ที่ใช้กำลังบังคับ” ในการตัดสินใจอย่างเจาะจงลงไป มันเป็นไปได้ที่จะตัดสินว่ามีความผิด ระหว่างคู่สามีภรรยา เพราะต่างก็อยู่บนพื้นฐานของ “ความยินยอมโดยนัย” หรือ ในกรณีของอาณานิคมอังกฤษก่อนหน้านี้ เพราะข้อเรียกร้องของการเห็นชอบด้วยกฎหมาย ว่าการร่วมประเวณี ถือเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่นอกขอบข่ายของการแต่งงาน อย่างไรก็ตาม ในหลายๆการตัดสิน สามารถที่จะนำการฟ้องร้องดำเนินคดีได้โดยระบุลงไปว่าเป็นการขู่บังคับ

3) สาเหตุของการข่มขืนกระทำชำเรา

การดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือการใช้สิ่งเสพติด มักจะเกี่ยวข้องกับการข่มขืนกระทำชำเรา ใน 47% ของการข่มขืนกระทำชำเราทั้งเหยื่อและผู้กระทำผิดจะดื่มเหล้า มีเพียง 17% ที่ผู้กระทำผิดเท่านั้นดื่ม 7% ของเหยื่อทั้งหมดเท่านั้นที่ดื่ม การข่มขืนกระทำชำเราที่ไม่มีเครื่องดื่มเหล้า ทั้งผู้กระทำและเหยื่อมีเพียง 29% ของทั้งหมด สาเหตุที่เป็นแรงจูงใจของผู้ข่มขืนกระทำชำเราจะมีแตกต่างกันไป

ส่วนใหญ่พบว่า มูลเหตุของการข่มขืนกระทำชำเราคือ ความปรารถนาที่ก้าวร้าวที่ต้องการจะอยู่เหนือฝ่ายตรงข้าม มากกว่าต้องการที่จะได้รับความสุขทางเพศ ความปรารถนาทางเพศอาจเป็นเพียงแค่อุปสรรคหนึ่งเท่านั้น การข่มขืนกระทำชำเรานั้นเป็นการกระทำทารุณมากกว่าการเผชิญหน้ากันทางเพศ การขายบริการทางเพศ อาจเป็นสิ่งที่ชักนำสู่การข่มขืนกระทำชำเรานักข่มขืนกระทำชำเราส่วนมากไม่มีการเลือกว่าจะข่มขืนกระทำชำเรา นักข่มขืนกระทำชำเราจะถูกกระตุ้นโดยภาพที่ดึงดูดของการพึ่งพาอาศัยกันและมีความสุขในเรื่องเซ็กส์ มากกว่าการข่มขืนกระทำชำเราที่ต้องใช้ความรุนแรงเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ไม่มีความแตกต่างกันมากนักระหว่างรูปแบบของการกระตุ้นอารมณ์ของนักข่มขืนกระทำชำเรา

4) ประเภทของการข่มขืนกระทำชำเรา

มีประเภทของการข่มขืนกระทำชำเรา 6-7 อย่าง โดยมากจะถูกจำแนกออกโดยเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น บุคลิกของเหยื่อ และบุคลิกของผู้ก่อเหตุ ประเภทที่แตกต่างกันของการข่มขืนกระทำชำเราอยู่ด้วยกัน แต่ไม่ได้หมายความว่านั่นคือจบ เช่น การข่มขืนกระทำชำเราขณะออกเดท การข่มขืนกระทำชำเราแบบกลุ่ม การข่มขืนกระทำชำเราในสมรส การข่มขืนกระทำชำเราในห้องคุมขัง การข่มขืนกระทำชำเราโดยคนรู้จัก และการข่มขืนกระทำชำเราระหว่างสงครามแม้ว่าคนพยายามจะทักท้อเอง แต่การข่มขืนกระทำชำเราโดยคนแปลกหน้าเกิดขึ้นน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับรูปแบบอื่นของการข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตามการข่มขืนกระทำชำเราแบบนี้พบได้บ่อยในข่าวอาชญากรรม

5) ผลกระทบของการข่มขืนกระทำชำเรา

หลังถูกข่มขืนกระทำชำเราเป็นเรื่องปกติสำหรับเหยื่อที่จะประสบกับความเครียด และบางครั้งก็คาดเดาไม่ได้ ความรู้สึกอ่อนไหวมาก และพวกเขาอาจจะพบว่ายากที่จะจัดการกับความทรงจำของพวกเขาต่อเหตุการณ์ ผู้ถูกกระทำอาจรู้สึกบาดเจ็บอย่างรุนแรงจากการขู่บังคับและอาจพบความยากลำบากในการดำเนินชีวิตปกติ ไม่มีสมาธิ รูปแบบการนอนและการรับประทานอาหารเปลี่ยนไป เช่น อาจรู้สึกดีในการอยู่ที่ขอบตึก ในหลายเดือนต่อมาหลังเกิดเหตุการณ์ ปัญหาเหล่านี้จะรุนแรงขึ้น เสรีาสลดมากขึ้น และอาจทำให้ผู้ประสบเหตุการณ์ไม่บอกเล่าเหตุการณ์เหล่านี้กับเพื่อนหรือคนในครอบครัว ไม่ไปแจ้งความกับตำรวจหรือมองหากการให้คำปรึกษา นี่อาจมีผลต่ออาการเครียดอย่างรุนแรงและควบคุมไม่ได้ (Acute Stress Disorder) ซึ่งมีอาการดังนี้

- 1) รู้สึกชา และถูกตัดขาด เหมือนอยู่ในภวังค์หรือความฝัน หรือรู้สึกว่าโลกนี้เปลี่ยนไปและไม่เป็นความจริง
- 2) ยากที่จะจำเหตุการณ์ส่วนสำคัญของการขู่บังคับได้
- 3) ผ่อนบรรเทาความรู้สึกแย่ๆ ได้โดยการคิดซ้ำแล้วซ้ำอีกในความทรงจำอันนั้น
- 4) หลีกเลี่ยงสิ่งของ สถานที่ ความคิด ความรู้สึก ที่จะเตือนถึงการขู่บังคับวันนั้น
- 5) เครียดกังวลเพิ่มสูงขึ้น หรือถูกรุกเร้าได้ง่าย นอนหลับยาก ควบคุมสมาธิยาก ฯลฯ
- 6) หลีกเลี่ยงการใช้ชีวิตในสังคม หรือสถานที่เกิดเหตุ เป็นต้น²²

2.2 แนวคิดและการตีความเกี่ยวกับขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเรา

2.2.1 การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 ว่าด้วย “บทบัญญัติทั่วไป” กล่าวถึง “บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป” อันได้แก่บทนิยาม การใช้กฎหมายอาญา โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยความรับผิดชอบในทางอาญา การพยายามกระทำความผิด ตัวการและผู้สนับสนุน การกระทำความผิดหลายบทหรือหลายกระทง การกระทำความผิดอีก และอายุความ และ “บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดลหุโทษ” ซึ่งเป็นการวางโครงสร้างอย่างหนึ่ง แต่ในโครงสร้างดังกล่าวนี้มีได้แสดงให้เห็นโดยตรงถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” ว่าเป็นอย่างไร เหตุนี้จึงเป็นภารกิจของวิชานิติศาสตร์ที่จะต้องกำหนดรู้เรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา”²³

²² จาก จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. (ม.ป.พ.) ภาควิชาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บทความวิชาการ เรื่อง ผู้หญิงไทยกับภัยอาชญากรรมทางเพศ. น. 2-5.

²³ จาก กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 111), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

การกำหนดรู้เรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา” นั้น มิใช่เพียงการจัดระบบกำหนดรู้เอาตามใจชอบ แต่ต้องเป็นการจัดระบบกำหนดรู้ที่สามารถยืนยันความถูกต้องในทางวิชาการของวิชานิติศาสตร์ได้ด้วย กล่าวคือ การจัดระบบกำหนดรู้ นั้น จะต้องนำมาซึ่งความชัดเจนและปราศจากข้อโต้แย้ง

วิชานิติศาสตร์เป็น “ศาสตร์ในทางปทัสถาน” จึงไม่อาจทำการศึกษาวิจัยโดยใช้การสังเกตและการทดลองดังเช่นวิชาวิทยาศาสตร์ แต่การศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์จะกระทำโดยการยืนยันว่าวิชานิติศาสตร์มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบอย่างไร

ในการที่นักนิติศาสตร์พยายามแสวงหาความถูกต้องในทางระบบของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” นั้น นักนิติศาสตร์ประสบปัญหาสองประการ คือ

(1) นักนิติศาสตร์ต้องกำหนดกฎเกณฑ์จากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นอาจมีความขัดแย้งกันหรือมีระบบที่แตกต่างกันในตัวเองได้

(2) ในการกำหนดกฎเกณฑ์นั้นนักนิติศาสตร์ไม่เพียงแต่จะแสดงให้เห็นถึงความถูกต้องของระบบ แต่จะต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติด้วย กล่าวคือ จะต้องเปิดช่องให้เกิดคำวินิจฉัยที่เป็นที่ยอมรับกันได้ด้วย

การวิเคราะห์ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของประเทศต่างๆ มีการวิเคราะห์ที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งความแตกต่างกันนี้มีสาเหตุขึ้นจากความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายดังกล่าวคือ มิได้เกิดขึ้นจากความแตกต่างระหว่างระบบคอมมอนลอว์ (Common law) กับระบบซีวิลลอว์ (Civil law) เท่านั้น แม้การวิเคราะห์ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของประเทศในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ด้วยกันเองก็ยังมีให้เห็นในเรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา” แตกต่างกัน

แม้ว่าประเทศไทยเราจะได้รับเอาระบบซีวิลลอว์ (Civil law) แต่ในอดีตเรากลับนิยามส่งคนไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษมากกว่าที่ประเทศยุโรปภาคพื้น²⁴ นักกฎหมายของไทยเราที่สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศจึงอาจแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษซึ่งมีจำนวนมาก และกลุ่มที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศในยุโรปภาคพื้นซึ่งมีจำนวนน้อยกว่า และนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศเหล่านี้มีอิทธิพลในทางความคิดในเรื่องกฎหมายอาญาที่สูงมาก การอธิบายกฎหมายอาญาในส่วนของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” จึงมีความแตกต่างกันอย่างมาก เช่น

²⁴ จาก นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย หนังสือรวมบทความ (น. 7,14), โดย คณิต ฒ นคร, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

1) โครงสร้างของความผิดอาญาของคอมมอนลอว์ (Common Law)

แรกเริ่มเดิมทีนั้น แม้ประเทศไทยจะรับเอาระบบซีวิลลอว์ (Civil law) แต่ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอาญาของคอมมอนลอว์ (Common law) มีอิทธิพลต่อการเรียนการสอนในสถาบันการศึกษากฎหมายของประเทศไทยเราสูงมาก เพราะนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศอังกฤษมีบทบาทสูงทั้งในกระบวนการยุติธรรมและในการเรียนการสอนกฎหมาย นักกฎหมายไทยดังกล่าวจึงได้นำเอาหลัก mensrea มาใช้ในการอธิบายกฎหมายอาญากันอย่าง เป็นสำคัญ²⁵

หลักเกี่ยวกับ “ความผิดอาญา” ของคอมมอนลอว์ (Common law) มีว่า “Actus non facit reum, nisi mens sit rea” ซึ่งหมายความว่า

“การกระทำไม่ทำให้ (ผู้กระทำของการกระทำนั้น) เป็นความผิด หากไม่มีจิตใจที่ชั่วร้าย กล่าวคือ จิตใจที่เป็นอาชญากรรม เจตนาและการกระทำทั้งสองอย่างนี้ต้องประกอบกันจึงจะ ทำให้เป็นความผิดอาญา²⁶

ดังนั้น ความผิดอาญา ของคอมมอนลอว์ (Common law) จึงประกอบด้วยส่วนประกอบ (element) ต่างๆ ที่สำคัญ 2 ส่วน คือ

- (1) Actus reus หรือ criminal act และ
- (2) Mens rea หรือ criminal intent

นักกฎหมายของไทยเราได้เดินตามหลักนี้มานานมาก แม้ต่อมาเมื่อได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบันเมื่อปี พ.ศ. 2500 ความคิดในทางกฎหมายอาญาตามแนวทางคอมมอนลอว์ (Common law) ก็ยังหลงเหลืออยู่²⁷

พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดในทางอาญาของคอมมอนลอว์ (Common law) แตกต่างจากพื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดในทางอาญาของซีวิลลอว์ (Civil law) กล่าวคือ ในขณะที่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดในทางอาญาของซีวิลลอว์ (Civil law) เป็น “ความรับผิด

²⁵ จาก ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2524, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²⁶ An act does not make (the doer of it) guilty, unless the mind be guilty; that is, unless the intention be criminal. The intent and the act must both concur to constitute the crime.

²⁷ จาก อาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 1) (น. 175), โดย พิพัฒน์ จักรางกูร, 2525, กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์.

ในการกระทำ” แต่พื้นฐานความคิดเรื่องความรับผิดชอบในทางอาญาของคอมมอนลอว์ (Common law) เป็น“ความรับผิดชอบในผล”²⁸

ในกรณีการยิงศพนั้น นักกฎหมายฝ่ายคอมมอนลอว์ (Common law) เห็นว่าแม้ผู้กระทำ จะมี mensrea แต่ในส่วน actusreus ยังไม่สมบูรณ์ เพราะแม้จะมี actus แต่ไม่มี reus กล่าวคือ ผลคือ ความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย นักกฎหมายฝ่ายคอมมอนลอว์ (Common law) จึงเห็นว่ากรณีการยิงศพเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบแต่ในกรณีการยิงศพสำหรับนักกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil law) นั้น นักกฎหมายฝ่ายซีวิลลอว์ (Civil law) กลับเห็นว่า การยิงศพเป็นการกระทำที่ผู้กระทำรู้ (สำคัญว่ายังมีชีวิตอยู่) ว่ากรรมของการกระทำนั้นเป็นมนุษย์ และผู้กระทำต้องการให้มนุษย์นั้นถึงแก่ความตาย เมื่อความตายไม่อาจเกิดขึ้นได้ กรณีก็เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นอันเป็นการพยายามกระทำความคิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแท้แน่

หลัก mensrea นั้น ไม่มีในระบบกฎหมายของไทยเรา ฉะนั้น การที่นักนิติศาสตร์ไทย เราได้นำเอาหลัก mensrea มาอธิบายกฎหมายอาญาจึงไม่ถูกต้องมาตั้งแต่ต้น

2) โครงสร้างของความผิดอาญาฝรั่งเศส

ในจำนวนกลุ่มนักกฎหมายของไทยเราที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศยุโรปภาคพื้นนั้น กล่าวได้ว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสมีบทบาทในการเรียนการสอนกฎหมายอาญาอย่างสูงมาก และนักกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสผู้ที่ได้นำแนวคิดในทางอาญาของฝรั่งเศสมาอธิบายกฎหมายอาญาของเราที่สำคัญคือศาสตราจารย์วิจิตร ลุฑิตานนท์

ศาสตราจารย์วิจิตร ลุฑิตานนท์ อธิบายว่า ความผิดอาญามีหลักสามประการ คือ

- (1) ข้อสาระทางกฎหมาย
- (2) ข้อสาระทางเจตนา และ
- (3) ข้อสาระทางการกระทำ²⁹

สำหรับศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ นั้น แม้จะมีได้สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศส แต่ในการเขียนตำรากฎหมายอาญา ภาค 1 ก็ได้อ้างอิงหนังสือกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นสำคัญ และอธิบายว่า

“การกระทำความคิดอาญาต้องประกอบพร้อมด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) ต้องมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำใดเป็นความผิด
- 2) ต้องมีการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั้น และ

²⁸ นิติกรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย หนังสือรวมบทความ (น.14). เล่มเดิม.

²⁹ จาก กฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น. 80-85), โดย วิจิตร ลุฑิตานนท์, 2507, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

3) การกระทำนั้นต้องประกอบด้วยสภาพทางจิตใจ ซึ่งตามปกติก็ได้แก่เจตนากระทำ เว้นแต่บางกรณีที่ยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น³⁰

ทั้งนี้ความเห็นและคำอธิบายกฎหมายอาญาของศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ เป็นอย่างเดียวกับความเห็นและคำอธิบายกฎหมายอาญาของศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ นั่นเอง เพราะในการอธิบายข้อแรกนั้นทั้งศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ และศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ต่างก็อธิบายเนื้อหาของมาตรา 2

สรุปว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของฝรั่งเศสนั้น ประกอบด้วยข้อสาระสามประการดังที่ศาสตราจารย์วิจิตร ลุติตานนท์ ได้กล่าวมาข้างต้น

3) โครงสร้างของความผิดอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

นักนิติศาสตร์ไทยเราที่ได้นำเอา “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของเยอรมันมาอธิบายกฎหมายอาญาของไทยเราเป็นคนแรกคือศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย โดยศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้เขียนบทความกฎหมายอาญาเรื่องหนึ่งขึ้นในปี พ.ศ. 2483³¹ ในบทความนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของเยอรมันไว้โดยตรง

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” ว่ามีส่วนสาม คือ³²

- (1) การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ
- (2) ความผิดกฎหมาย และ
- (3) ความชั่วร้ายหรือความชั่ว

และโดยที่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายเรื่อง “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ว่าเป็นเรื่องของการกระทำที่ปรากฏภายนอกเท่านั้น ส่วนเรื่อง “ความชั่วร้ายหรือความชั่ว” ได้อธิบายว่า ผู้กระทำจะมีความชั่วร้ายต่อเมื่อได้กระทำโดยความรู้สึกผิดชอบและได้กระทำโดยเจตนาหรือประมาท ดังนั้น “โครงสร้างของความผิดอาญา” ที่ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงนั้น จึงเป็น “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของ “ฝ่ายผลกำหนด” นั่นเอง

³⁰ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7). ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6), โดย จิติ ดิงศภัทย์, 2547, และดู *สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา รวบรวมโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดิเรก ควรสมาคม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ* (พิมพ์ครั้งที่ 1). น. 18-19.

³¹ จาก “การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา” โดย หยุด แสงอุทัย. *บทบัญญัติ*, 11, น. 2481-2483.

³² จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 113-115), โดย คณิต ฅ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

นักวิชาการเยอรมันที่กล่าวถึง “โครงสร้างของความผิดอาญา” เดิมมีแต่ “ฝ่ายผลกำหนด” ต่อมาได้มีนักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งได้เกิดขึ้น คือ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันความคิดของ “ฝ่ายผลกำหนด” ได้ถูกปฏิเสธและถูกแทนที่ด้วยความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” โดยสิ้นเชิงแล้วเมื่อปี ค.ศ. 1975 หรือเมื่อปี พ.ศ. 2518

“โครงสร้างของความผิดอาญา” ของนักคิดเยอรมันทั้งสองฝ่ายกล่าวคือ ทั้ง “ฝ่ายผลกำหนด” และ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” ต่างก็เห็นตรงกันว่า “โครงสร้างของความผิดอาญา” มีสามส่วน คือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว”

ความแตกต่างของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ของนักคิดแต่ละฝ่ายอยู่ที่ว่า “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” เห็นว่าเจตนา ประมาทและองค์ประกอบภายในอื่นเป็นเรื่องที่อยู่ในส่วนแรกของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” กล่าวคือ อยู่ในส่วนของ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ในขณะที่ “ฝ่ายผลกำหนด” เห็นว่าเรื่องส่วนภายในดังกล่าวอยู่ในส่วนที่สามของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” กล่าวคือ อยู่ในส่วนของ “ความชั่ว” เท่านั้น

ประเทศไทยเราได้รับเอาระบบซีวิลลอว์ (Civil law) มาใช้ และในการร่างประมวลกฎหมายอาญาระบบปัจจุบันนั้น อิทธิพลความคิดทางอาญาของเยอรมันก็น่าจะมีอยู่ไม่น้อย เพราะศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งสำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมันเป็นผู้ที่บทบาทสูงในการร่างประมวลกฎหมายอาญา³³ แต่เนื่องจากในขณะนั้นในประเทศเยอรมันความคิดของนักกฎหมาย “ฝ่ายผลกำหนด” ยังมีอิทธิพลสูง ประมวลกฎหมายอาญาไทยของเราจึงเดินตามความคิดของ “ฝ่ายผลกำหนด” ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง “ความสำคัญผิดในความผิดกฎหมาย”

ความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” นับเป็นความก้าวหน้าทางวิชาการของเยอรมันที่เฉี่ยว และต้องถือว่าการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมันมีความสมบูรณ์ที่สุด ฉะนั้น ในหนังสือเล่มนี้ผู้เขียนจึงจะดำเนินตามการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมัน และถือเอาความคิดของ “ฝ่ายเจตจำนงกำหนด” เป็นเกณฑ์ เพราะเห็นว่าการศึกษาวิจัยของนักนิติศาสตร์เยอรมันเกี่ยวกับ “โครงสร้างของความผิดอาญา” นั้น เป็นการศึกษาวิจัยที่ชัดเจนจนกล่าวได้ว่าปราศจากข้อโต้แย้ง

4) ข้อสาระสำคัญของโครงสร้างของความผิดอาญา

“ความผิดอาญา” ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยในเรื่อง “โครงสร้างของความผิดอาญา” นั้น มิใช่ “ฐานความผิด” แต่เป็น “การกระทำที่เป็นความผิดอาญา” และเมื่อกกล่าวถึง “การกระทำ”

³³ จาก *ประมวลกฎหมายอาญา : ศึกษาทางคำพิพากษาศาลฎีกา* (พิมพ์ครั้งที่ 1), โดย หยุด แสงอุทัย, 2505, กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์.

แล้วข้อมหมายเฉพาะการกระทำของมนุษย์เท่านั้น พฤติกรรมของสัตว์ไม่เป็น “ความผิดอาญา” การที่กฎหมายยอมรับให้นิติบุคคลมีสภาพบุคคลต่างหากจากบุคคลธรรมดาได้นั้น เป็นเพียงการยอมรับให้นิติบุคคลเป็น “ผู้ทรงสิทธิ” ตามกฎหมายเท่านั้น นิติบุคคลจึงไม่อาจทำความผิดอาญาได้เพราะไม่ใช่บุคคลธรรมดาที่มีจิตใจนิติบุคคลเป็นเรื่องที่กฎหมายอุปโลกน์ขึ้นไม่ได้มีความเป็นอยู่ที่แท้จริง³⁴ พฤติกรรมของสัตว์เป็นไปตามสัญชาตญาณที่ไม่อาจถูกดำเนินคดีนั้นใด นิติบุคคลซึ่งไม่มีจิตวิญญาณก็ย่อมไม่อาจถูกดำเนินคดีนั้น ความรับผิดชอบในทางอาญาของนิติบุคคลจึงเป็นเรื่องเฉพาะที่ไม่อาจปะปนกับความรับผิดชอบในทางอาญาของมนุษย์³⁵

เมื่อกล่าวถึง “ความผิดอาญา” โดยทั่วไปเราจะนึกถึงความผิดอาญาฐานต่างๆ ในประมวลกฎหมายอาญาและในกฎหมายอื่นๆ และนึกถึงรายละเอียดของการกระทำที่บัญญัติไว้ในความผิดอาญาฐานนั้นๆ ในการนึกถึง “ความผิดอาญา” ในทำนองดังกล่าวนี้จะพบว่าความผิดอาญาฐานต่างๆ มิได้มีรายละเอียดของการกระทำหรือส่วนประกอบต่างๆ ที่เหมือนกันเลย แม้กระนั้นก็ตามนักนิติศาสตร์เยอรมันได้ศึกษาวิจัยพบว่าในความผิดอาญาฐานต่างๆ ทุกฐานมีข้อสาระสำคัญต่างๆ ที่เหมือนกันสามประการ ซึ่งถ้าขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดไป แม้เพียงข้อสาระสำคัญประการเดียว การกระทำนั้นก็จะไม่เป็น “ความผิดอาญา” และเมื่อไม่เป็น “ความผิดอาญา” แล้วก็ย่อมจะมีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นไม่ได้ ข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันทุกๆ ฐานความผิดอาญานี้ประกอบขึ้นเป็น “โครงสร้างของความผิดอาญา”

ดังกล่าวมาแล้วการกระทำใดไม่เป็น “ความผิดอาญา” ก็ย่อมไม่อาจมีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นได้ การศึกษาวิจัย “โครงสร้างของความผิดอาญา” จึงต้องศึกษาวิจัยจาก “ความผิดอาญา” และ “โทษ”

สมมติฐานเกี่ยวกับ “ความผิดอาญา” และโทษมีว่า “ความผิดอาญา” คือ ความไม่ถูกต้องที่มีสมควรลงโทษ ผลประการแรกจากสมมติฐานนี้จึงมีว่าผู้ใดทำถูกต้องหรือทำขบข้อมจะลงโทษเขาไม่ได้ ฉะนั้น การกระทำที่เป็นความผิดหรือ “ความผิดกฎหมาย” จึงเป็นข้อสาระสำคัญประการที่หนึ่งของ “โครงสร้างของความผิดอาญา”

³⁴ จาก ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย วงศ์ศิริ ศรีรัตน์, 2536, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³⁵ จาก ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล : การศึกษาทางกฎหมายเปรียบเทียบเฉพาะที่เกี่ยวกับประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2527, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ความผิดกฎหมายนั้นมีความไม่ถูกต้องของการกระทำกรณีใดที่การกระทำใดเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เช่น การกระทำอันเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย³⁶ การกระทำนั้นย่อมไม่ “ผิดกฎหมาย” และเมื่อกรณีเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการกระทำที่ไม่ “ผิดกฎหมาย” แล้วก็ย่อมจะมีการลงโทษสำหรับการกระทำนั้นไม่ได้

ในการอยู่ร่วมกันในสังคมมนุษย์ทุกคนมีหน้าที่ต้องประพฤติดี ประพฤติชอบความประพฤติที่ดีที่ชอบนี้เป็นศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกัน ผู้ใดประพฤติผิดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกันผู้นั้นจะต้องถูกตำหนิจากสังคม กฎหมายอาญาบัญญัติขึ้นเพื่อการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันในสังคม การบัญญัติกฎหมายอาญาจึงเป็นการกำหนดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกันไว้ด้วย การกระทำที่ผิดกฎหมายอาญาจึงเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมหรือจริยธรรมของการอยู่ร่วมกันของกฎหมายอาญา เป็นการกระทำที่ “ชั่ว” และเป็นการกระทำที่ “ตำหนิได้” ที่ต้องลงโทษ สังคมเรียกร้องให้มนุษย์ทุกคนกระทำแต่ในสิ่งที่ถูกกฎหมาย ผู้ใดตัดสินใจไปในทางที่ผิดและได้กระทำผิดกฎหมายอาญา ผู้นั้นจะต้องถูกลงโทษ ฉะนั้น โทษจึงมีความไม่ถูกต้องของการตัดสินใจของผู้กระทำรวมอยู่ด้วย

การลงโทษผู้กระทำจะมีความชอบธรรมก็ต่อเมื่อผู้กระทำได้กระทำในสิ่งที่สังคมไม่ยอมรับโดยอยู่แล้วว่าเป็นเช่นนั้น ศาลสูงสุดสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กล่าวว่า

“ผู้กระทำต้องถูกตำหนิที่เขาไม่ทำให้ถูกกฎหมาย และเขาได้ตัดสินใจทำสิ่งที่ไม่ถูกต้องทั้ง ๆ ที่เขาสามารถที่จะทำให้ถูกกฎหมายและตัดสินใจที่จะทำสิ่งที่ถูกต้องได้ แต่ผู้กระทำมิได้ตัดสินใจดังกล่าวหากแต่ได้ตัดสินใจทำผิดแทน”

การกระทำความผิดอาญาของผู้กระทำจึงเป็นการกระทำที่ต้องถูกตำหนิหรือเป็นการกระทำที่ “ชั่ว” ฉะนั้น ความถูกตำหนิได้หรือ “ความชั่ว” จึงเป็นข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันอีกประการหนึ่งของ “โครงสร้างของความผิดอาญา”

จากการวิเคราะห์ “ความผิดอาญา” และ โทษดังกล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าทั้ง “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” เป็นข้อสาระสำคัญของ “โครงสร้างของความผิดอาญา” ในทางเนื้อหาที่เดียว เพราะ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” เป็นสิ่งที่อยู่ในเนื้อหาของ “ความผิดอาญา” และ โทษ

³⁶ มาตรา 68 บัญญัติว่า “ผู้ใดจำเป็นต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

นอกจากข้อสาระสำคัญสองประการคือ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” ดังกล่าวแล้วใน “โครงสร้างของความผิดอาญา” ยังมีข้อสาระสำคัญที่เหมือนกันของความผิดอาญาทุกๆ ฐานซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ ความไม่ถูกต้องที่สมควรลงโทษ นั้นจะต้องบัญญัติลงไว้เป็นกฎหมาย หรือต้องมี “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่ง “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” นั้น อาจเป็นการครอบงำประกอบในชั้นพยายามกระทำความผิด³⁷ หรือในชั้นเตรียมกระทำความผิด³⁸ ก็ได้

การกระทำที่เป็น “ความผิดอาญา” ต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการคือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” อย่างครบถ้วนเสมอ หากขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่เป็น “ความผิดอาญา” ต้องประกอบด้วยข้อสาระสำคัญทั้งสามประการคือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” อย่างครบถ้วนเสมอ

หากขาดข้อสาระสำคัญประการหนึ่งประการใดแล้วการกระทำนั้นย่อมไม่เป็น “ความผิดอาญา” และข้อสาระสำคัญทั้งสามประการของ “ความผิดอาญา” นี้เกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กัน อย่างเรียงลำดับจากข้อสาระสำคัญในทางรูปแบบคือ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาคือ “ความผิดกฎหมาย” ไปสู่ข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาคือ “ความผิดกฎหมาย” และ “ความชั่ว” และในข้อสาระสำคัญในทางเนื้อหาด้วยกันนั้น “ความผิดกฎหมาย” จะมาก่อน “ความชั่ว” เหตุนี้ในการวินิจฉัยการกระทำใดว่าเป็นความผิดอาญาหรือไม่ จะต้องวินิจฉัยโดยเรียงลำดับดังนี้ คือ

- (1) เป็นการกระทำที่มี “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” หรือไม่
- (2) เป็นการกระทำที่มี “ความผิดกฎหมาย” หรือไม่ และ
- (3) เป็นการกระทำที่มี “ความชั่ว” หรือไม่

ฉะนั้น หากวินิจฉัยแล้วว่าการกระทำใดไม่เป็นการกระทำที่เป็น “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แล้ว กรณีก็ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงข้อสาระสำคัญประการที่สองและข้อ สาระสำคัญประการที่สาม เพราะเป็นการไม่จำเป็นและฟุ่มเฟือยที่จะกระทำ และในทำนองเดียวกัน หากวินิจฉัยแล้วว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่มี “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” แต่

³⁷ การพยายามกระทำความผิดกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญาและต้องลงโทษ (ดู หมวด 5 ลักษณะ 1 ภาค 1) แต่การพยายามกระทำความผิดลหุโทษไม่เป็นความผิดอาญา (ดู ลักษณะ 2 ภาค 1 มาตรา 103,105) ทั้งนี้ตามหลัก nullapoena sine lege ที่วางไว้ในมาตรา 2.

³⁸ การเตรียมกระทำความผิดกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดอาญาเฉพาะบางกรณีเท่านั้น เช่น การ เตรียมวางเพลิงตามมาตรา 219 เป็นต้น

การกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำที่มี “ความผิดกฎหมาย” กรณีที่ไม่ต้องพิจารณาต่อไปถึงเรื่อง “ความชั่ว” เพราะเป็นการไม่จำเป็นและฟุ่มเฟือยที่จะกระทำเช่นเดียวกันเป็นต้น

2.2.2 หลักประกันในกฎหมายอาญา

1) ข้อความทั่วไป

ความคิดที่จะให้มี “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁴⁰ เดิมทีเคียวหาใช้ความคิดในทางกฎหมายอาญาไม่ แต่เป็นความคิดในทางการเมืองที่ต้องการจะจำกัดอำนาจรัฐเป็นต้นว่ารัฐธรรมนูญอเมริกัน ค.ศ. 1776 ได้บัญญัติถึงการห้ามออกกฎหมายย้อนหลัง⁴¹ ครั้นเมื่อ “หลักนิติรัฐ” ได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางจึงได้มีการวาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ขึ้น และผู้ที่ได้วาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ขึ้นไว้ก็คือ Anselm von Feuerbach⁴² ได้วาง “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ไว้เป็นครั้งแรกในหนังสือกฎหมายอาญาของเขาที่เขียนขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1801 โดยวางหลักไว้ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) การลงโทษต้องมีกฎหมาย
- (2) การลงโทษต้องขึ้นอยู่กับกรณีอยู่ของการกระทำ
- (3) โทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ดังกล่าวนี้นี้จึงได้รับการเรียกขานกันในภาษาลาตินว่า “nullumcrimen, nullapoena sine lege” ซึ่งต่อมา “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นี้ได้แพร่หลายออกไปทั่วโลก และในปัจจุบันได้กลายเป็นหลักสากลไปแล้ว

สำหรับประเทศไทยเรานั้น เมื่อได้มีการปรับปรุงกฎหมายตามแบบอย่างประเทศตะวันตกและได้ประกาศใช้ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” (พ.ศ. 2451) “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่ว่า “nullumcrimen, nullapoena sine lege” นี้เป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง⁴³ และหลักนี้ได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์ตลอดมา

³⁹ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 79). เล่มเดิม.

⁴⁰ จาก เรียก “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ว่า “เอกลักษณ์ของกฎหมายอาญา” คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 16), โดย เกียรติจิตร วัจนะสวัสดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง.

⁴¹ U.S. Constitution Section 9 (3) “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.”

⁴² Anselm von Feuerbach เป็นนักกฎหมายอาญาเยอรมันที่ยิ่งใหญ่มากที่สุดคนหนึ่ง เกิดเมื่อปี ค.ศ. 1775 และเสียชีวิตเมื่อปี ค.ศ. 1833

⁴³ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 บัญญัติว่า “มาตรา 7 บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำผิดนั้นก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่นนอกจากอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

ครั้งเมื่อประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแล้ว นอกจากจะได้บัญญัติหลักประกันนี้ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว⁴⁴ ยังได้มีการบัญญัติหลักประกันนี้ลงในรัฐธรรมนูญอีกด้วย⁴⁵ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงเป็น “หลักรัฐธรรมนูญ” ด้วย สำหรับกฎหมายอาญาเยอรมันนั้นได้เคยละเลยต่อหลักประกันดังกล่าวนี้ไประยะหนึ่งกล่าวคือ ในสมัยที่ Adolf Hitler เติงอำนาจนั้นได้มีการแก้ไขกฎหมายให้สามารถใช้ “กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในการลงโทษบุคคลได้ แต่หลังการแพ้สงครามในสงครามโลกครั้งที่ 2 ชาตินาซีเยอรมันซึ่งยึดครองประเทศเยอรมันก็ได้ประกาศยกเลิกกฎหมายดังกล่าวไปและเมื่อได้มีการสถาปนา “สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” ขึ้นในเวลาต่อมา ก็ได้มีการนำหลักประกันนี้ไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย⁴⁶

ในบทนี้จะกล่าวถึงเนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา เวลาของการใช้บังคับของกฎหมายอาญา เวลากระทำความผิด กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณ และกฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะช่วงเวลา

2) เนื้อหาของหลักประกันในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ปรากฏอยู่ในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้หมายความว่าเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นที่สามารถกำหนดว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอาญาได้และเฉพาะ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” เท่านั้นเช่นกันที่สามารถกำหนดโทษสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งได้ และทั้งสองประการที่กล่าวมาแล้วนั้น จะต้องมียู่แล้วก่อนการกระทำนั้น และโดยที่การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่จะทำได้ กล่าวคือ ต้องยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” ซึ่งข้อที่ว่ากฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอนนั้น เป็นผลที่สืบเนื่องมาจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวนี้เอง⁴⁷

⁴⁴ มาตรา 2.

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคหนึ่ง.

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) มาตรา 103 (2).

⁴⁷ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น.80). เล่มเดิม.

บทบัญญัติอันเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา” จึงครอบคลุมเนื้อหา 4 ประการ คือ

- (1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล
- (3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน และ
- (4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

1) การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการแรก คือ การห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

พึงสังเกตว่าในบทบัญญัติดังกล่าวมานั้นกฎหมายใช้คำว่า “บัญญัติ” ซึ่งแสดงว่ากฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ซึ่ง “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นี้รวมถึงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกด้วย

กฎหมายที่ตรงกันข้ามกับ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน⁴⁸

“กฎหมายจารีตประเพณี” จึงมิได้เกิดจากการ “บัญญัติ” แต่เกิดจากการ “ปฏิบัติ” เหตุนี้จึงต้องห้ามมิให้นำ “กฎหมายจารีตประเพณี” มาใช้ในกฎหมายอาญา

“การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” หมายความว่า จะกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในทางอาญาหรือกำหนดการเพิ่มโทษโดย “กฎหมายจารีตประเพณี” ไม่ได้⁴⁹

ข้อเรียกร้องในทางกฎหมายที่ให้กฎหมายอาญาต้องเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” นั้น เป็นข้อเรียกร้องที่หนักแน่นกว่ากฎหมายอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนักแน่นกว่ากฎหมายแพ่ง เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสองบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

⁴⁸ จาก *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 21), โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2526, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁹ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16) (น. 133), โดย หยุต แสงอุทัย, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ดังนั้น “กฎหมายจารีตประเพณี” หรือที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกว่า “จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” เป็น “ที่มาของกฎหมาย” ของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง

เหตุผลของ “การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญานั้น ปรากฏอยู่ในข้อเรียกร้องที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาชอบที่จะต้องผ่านรัฐสภาอันเป็นสถาบันที่แสดงออกถึงเจตจำนงของประชาชน ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้แท้จริงแล้วก็คือเหตุผลตามหลักประชาธิปไตยนั่นเอง

2) การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สอง คือ “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญาเนื้อหาของหลักประกันในข้อนี้เกี่ยวข้องกับการตีความกฎหมายอาญาอย่างใกล้ชิด⁵⁰ กล่าวคือ ตามมาตรา 2 นั้น ห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างยิ่งกำหนดหรือขยายบทกฎหมายอาญาที่มีอยู่แล้ว รวมตลอดถึงการห้ามใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเพิ่มโทษด้วย ซึ่งหมายความว่าหากในกรณีใดที่มีกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ในกรณินั้นก็ต้องใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณนั้นเสมอ “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญาเป็นข้อเรียกร้องให้ต้องมีการบัญญัติที่หนักแน่นที่สุดเช่นเดียวกับข้อเรียกร้อง “การห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณี” ในกฎหมายอาญา

ทั้งนี้กฎหมายอาจมีช่องว่างได้ ซึ่งช่องว่างของกฎหมายนั้น อาจจะมีอยู่เดิมในกฎหมายแล้วหรืออาจจะเกิดขึ้นเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น ในภายหลังในกรณีที่กฎหมายมีช่องว่างนั้นหากเป็นกรณีของคดีอาญาศาลจะต้องพิพากษายกฟ้องและต้องปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ⁵¹ แต่ถ้าเป็นกรณีของคดีแพ่งแล้วศาลจะปฏิเสธว่าไม่มีกฎหมายจะ

⁵⁰ กฎหมายอาญา ภาค 1 (น. 44-45). เล่มเดิม.

⁵¹ ประมวลกฎหมายอาญา (The Revised Penal Code) ของฟิลิปปินส์ มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่าสนใจดังนี้
Article. 5. Duty of the court in connection with acts which should be repressed but which are not covered by the law, and in cases of excessive penalties.

Whenever a court has knowledge of any act which it may deem proper to repress and which is not punishable by law, it shall render the proper decision, and shall report to the Chief Executive, through the Department of Justice, the reasons which induce the court to believe that said act should be made the subject of legislation.

In the same way, the court shall submit to the Chief Executive, through the Department of Justice, such statement as may be deemed proper, without suspending the execution of the sentence, when a strict enforcement of the provisions of this Code would result in the imposition of a clearly excessive penalty, taking into consideration the degree of malice and the injury caused by the offense.

ปรับใช้ไม่ได้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมาย ของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณี แห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่าง ยิง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็น “ที่มาของกฎหมาย” ของกฎหมายแพ่งอย่างหนึ่ง กรณีจึง ตรงข้ามกับกฎหมายอาญาที่ตามปกติกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งไม่อาจนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้ เหตุนี้ การเอารถยนต์ของผู้อื่นไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตก็⁵² และการลักกระแสไฟฟ้าก็⁵³ ศาลจึง ชอบที่จะพิพากษายกฟ้องและปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ⁵⁴ ศาลไม่ชอบที่จะใช้อำนาจเสียเอง เพราะการพิพากษาลงโทษสองกรณีดังกล่าวนั้นเป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง⁵⁵

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ที่กล่าวถึง “การห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในกฎหมายอาญานั้น มีเนื้อหาครอบคลุมทุกๆ ส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายที่มีเนื้อหาเป็น กฎหมายอาญา ได้แก่ ส่วนที่เป็นเรื่องของ “การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ” ส่วนที่เป็น เรื่องของ “ความผิดกฎหมาย” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “ความชั่ว” ส่วนที่เป็นเรื่องของ “เหตุยกเว้นโดย เฉพาะตัว” ซึ่งประกอบด้วย “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว” และ “เหตุยกโทษให้เฉพาะตัว” ส่วนที่เป็น เรื่องของ “เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย” และส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา แต่ ทั้งนี้ไม่รวมถึง “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี” เช่น การร้องทุกข์ เพราะ “เงื่อนไขให้อำนาจดำเนินคดี เป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁵⁶

อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางเป็นคุณย่อมกระทำได้ เช่น การใช้ บทบัญญัติของมาตรา 305 (1) กับกรณีอื่นๆ

⁵² ฎีกาที่ 1212/2514 ใน อัยการนิเทศ เล่ม 33 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2515 หน้า 328; คณิต ฌ นคร “ข้อสังเกต เกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์” วารสารอัยการ ปีที่ 4 ฉบับที่ 37 มกราคม 2524 น. 82; อุไรวรรณ อุดมวิวัฒนกุล, ความผิดฐานลักทรัพย์: ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2531.

⁵³ ฎีกาที่ 877/2501.

⁵⁴ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน การเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ (มาตรา 248 บี) และการลักกระแสไฟฟ้า (มาตรา 248 ซี) เป็นความผิดอาญา

⁵⁵ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา”, โดย คณิต ฌ นคร, (2523), วารสารอัยการ, 3(3), น. 60.

⁵⁶ จาก กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 8) (น. 173-188), โดย คณิต ฌ นคร, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

3) กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” สองประการแรกที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ต่างเป็นข้อห้ามในกฎหมายอาญาเนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สาม คือ กฎหมายอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สามนี้เป็นข้อเรียกร้องของกฎหมายอาญา กล่าวคือ เป็นการเรียกร้องว่าการบัญญัติความผิดอาญาต้องบัญญัติให้ชัดเจนแน่นอน

การที่จำต้องเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนหรือเรียกร้องให้ยึด “หลักความชัดเจนแน่นอน” นั้น ก็เพราะว่าการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดของรัฐที่ใช้กับประชาชนในรัฐ ฉะนั้น รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายอาญาให้ชัดเจนแน่นอนที่สุดเท่าที่สามารถทำได้ตามกล่าวคือ ในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้นจะต้องหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่กำกวมไม่แน่นอน ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นตรงกับเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง และทั้งจะเป็นเครื่องป้องกันมิให้ศาลใช้กฎหมายตามใจชอบหรือตามอำเภอใจหรือตามความรู้สึกของตน

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สามนี้ก็แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาด้วยว่ามีความเข้มข้นกว่าในกฎหมายอื่นเช่นเดียวกันซึ่งข้อเรียกร้องในเรื่องความชัดเจนแน่นอนในการบัญญัติกฎหมายอาญานั้น มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเสียอีกจน Prof. Dr. Hans Welzel⁵⁷ ถึงกับกล่าวว่า “อันตรายที่แท้จริงที่คุกคามหลักประกันของกฎหมายอาญาไม่ได้เกิดจากการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง แต่เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา”

4) กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

เนื้อหาของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ประการที่สี่ คือ กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังถ้อยคำในมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ที่ว่า “กฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำผิด” แสดงให้เห็นชัดถึงข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายอาญา “การห้ามใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง” นั้นเป็นเนื้อหาประการที่สี่ของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” หลักประกันข้อนี้แสดงให้เห็นถึง “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายอาญาที่ก้าวไกลกว่า “หลักนิติรัฐ” ในกฎหมายลักษณะอื่นๆ ทั้งหมด ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายอาญามาตรา 2 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 วรรคหนึ่ง จำกัดตัวเองอยู่เฉพาะในส่วนกฎหมายอาญาเท่านั้น

⁵⁷ Prof. Dr. Hans Welzel เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายเยอรมันที่ยิ่งใหญ่มากที่สุดคนหนึ่ง และก่อนเสียชีวิตดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ทางอาญา ณ มหาวิทยาลัยแห่งกรุงบอนน์

“การห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง” หมายความว่า ถ้าบุคคลได้กระทำการอย่างใดลง และในขณะที่กระทำนั้นการกระทำนั้นไม่มีโทษทางอาญาแล้ว ย่อมไม่อาจจะบัญญัติให้ย้อนหลังว่า การกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ต้องรับโทษในทางอาญาได้โดยเด็ดขาดศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในคดี หนึ่งว่า “ออกเช็คก่อนพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2503 ลงวัน ล่วงหน้าไปถึงวันที่ใช้พระราชบัญญัตินั้นแล้ว นับแต่วันนั้นจำเลยไม่ได้กระทำความผิด พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จำเลยย่อมไม่มีความผิด⁵⁸ ดังนี้ การกระทำของจำเลยเกิดก่อน พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค พ.ศ. 2503 ใช้บังคับจำเลยจึงไม่มีความผิด เพราะขณะออกเช็คยังไม่มีความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค การลงโทษหนักแก่ ผู้กระทำความผิดสำหรับการกระทำนั้นก็กระทำมิได้ด้วย⁵⁹”

อนึ่ง การห้ามย้อนหลังนี้ขยายไปถึงการเป็นผลร้ายอื่นของฐานะของผู้กระทำความผิด ที่กำหนดขึ้นภายหลังด้วย เช่น ความผิดอาญาฐานใดที่เดิมเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ต่อมาได้ มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ดังนี้ ถ้าการกระทำความผิดฐานนั้นได้เกิดขึ้นใน ขณะที่ความผิดฐานนั้นยังเป็นความผิดอันยอมความได้และคดีได้ขาดอายุความร้องทุกข์แล้วกรณี ย่อมไม่มีผลย้อนหลังแม้กฎหมายใหม่จะมีเนื้อหาเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่ด้วยก็ตาม

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เคยมีปัญหาการย้อนหลังของอายุความฟ้องร้อง เกิดขึ้น กล่าวคือ รัฐสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundestag) ได้บัญญัติกฎหมายฉบับหนึ่ง ความว่า “ในความผิดฐานฆาตกรรม” (Mord) “ไม่มีอายุความฟ้องร้อง” กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมาย ที่บัญญัติขึ้นเพื่อมิให้ความผิดฐานฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) ที่ได้กระทำลงในช่วงสงคราม โลกครั้งที่ 2 ต้องขาดอายุความฟ้องร้อง เพราะตามกฎหมายของเยอรมันในขณะนั้นอายุความ ฟ้องร้องสูงสุดคือ 15 ปี และผลของการใช้บังคับได้ของกฎหมายฉบับนี้ได้เป็นปัญหาที่ขึ้นไปสู่ศาล รัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วยอายุความฉบับนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้อง กับการดำเนินคดีได้หรือไม่ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของความผิดกฎหมายของการกระทำนั้นการยึด ระยะเวลาของอายุความออกไปหรือการยกเลิกอายุความจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์ก็ได้วิจารณ์ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญว่า ปัญหาของ เรื่องควรอยู่ที่คำถามที่ว่า “ทำไมจึงต้องมีบทบัญญัติเรื่องอายุความ” ซึ่งคำตอบจะพุ่งไปที่ความสงสัย ในความถูกต้องของคำพิพากษา และในขณะเดียวกันสภาพของผู้กระทำความผิดที่ระยะเวลาได้ผ่านไป นานมากนั้น ย่อมไม่อาจเป็นอย่างเดียวกับขณะกระทำความผิด การแก้แค้นทดแทนความ

⁵⁸ ฎีกาที่ 1997/2500.

⁵⁹ มาตรา 3.

ไม่ถูกต้องและความชั่ว ช่อมเกี่ยวข้องกับความเป็นตัวตนของผู้กระทำความผิดโดยตรง การคิดแต่จะแก้แค้นทดแทนอยู่ร่ำไปย่อมไม่สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสภาพของผู้กระทำความผิด กฎหมายว่าด้วยอายุความดังกล่าวจึงกระทบต่อ “หลักความชั่ว” และขัดต่อรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลสูงได้พิพากษาเปลี่ยนแปลงหลักที่เคยวางไว้ นั่น ผลอาจย้อนหลังไปกระทบต่อผู้กระทำความผิดได้ทำนองเดียวกับการแก้ไขกฎหมายและเป็นปัญหาเรื่องกฎหมายย้อนหลัง เป็นต้นว่า เดิมศาลสูงได้วางหลักความมีนเมาที่จะต้องรับผิดไว้ ณ จำนวนแอลกอฮอล์ในระดับหนึ่ง แต่ต่อมาได้เปลี่ยนแปลงหลักความมีนเมาให้เข้มข้น ในกรณีนักนิติศาสตร์เห็นว่าย่อมย้อนหลังได้ เพราะข้อห้ามย้อนหลังของกฎหมายย่อมไม่ใช้กับการกระทำของอำนาจตุลาการ เป็นต้น

2.2.3 หลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา

1) ข้อความทั่วไป

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 บัญญัติว่า “มาตรา 4 กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติซ้ำอีกว่า “มาตรา 134 ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีหรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์”

ดังนั้น ในกฎหมายแพ่งไม่มีช่องว่างของกฎหมาย ข้อนี้จึงตรงกันข้ามกับกฎหมายอาญา ซึ่งมีช่องว่างของกฎหมายอันเนื่องมาจาก “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁶⁰ ซึ่งหลักประกันในกฎหมายอาญานั้น เป็นหลักรัฐธรรมนูญด้วย⁶¹

2) ความหมายที่มาของกฎหมาย

“ที่มาของกฎหมาย” คือ เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมาย หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหาหากฎเกณฑ์ว่าในรูปลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมาย⁶²

⁶⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคหนึ่ง.

⁶¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 39 วรรคหนึ่ง.

⁶² กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น. 16). เล่มเดิม.

ประเทศไทยเราเป็นประเทศหนึ่งในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ส่วนใหญ่เป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นโดยชอบตามแบบพิธีของการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งแบบพิธีการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ประมวลกฎหมายอาญา

3) ที่มาของกฎหมายอาญา

ดังกล่าวมาแล้วว่า “ที่มาของกฎหมาย” คือ เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมาย หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหากฎหมายว่าในลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมาย ดังนั้น จึงสามารถให้ความหมายของที่มาของกฎหมายอาญาได้ว่า

ที่มาของกฎหมายอาญา หมายถึง เหตุอันแสดงถึงความสมบูรณ์ใช้บังคับได้ของกฎหมายอาญา หรือเป็นเรื่องอธิบายถึงปัญหากฎหมายว่าในรูปลักษณะใดบ้างที่ได้รับนับถือว่าเป็นกฎหมายอาญาในทางกฎหมายอาญามีหลักสำคัญอยู่ประการหนึ่งที่ได้ถือว่าเป็น “หลักประกันในกฎหมายอาญา”⁶³ และหลักประกันในกฎหมายอาญานี้เป็นหลักรัฐธรรมนูญทีเดียว⁶⁴

“หลักประกันในกฎหมายอาญา” ได้รับการเรียกขานกันในภาษาละตินว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege” ซึ่งแปลได้ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” หลักประกันในกฎหมายอาญาดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงลำดับความสำคัญของการเป็น “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” ของกฎหมายอาญาอย่างเด่นชัด

“กฎหมายอาญา” ที่เกิดจากการบัญญัติปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา และในพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่มีโทษทางอาญาอีกจำนวนมาก รวมทั้งประมวลกฎหมายอาญาทหารด้วย

กฎหมายที่ตรงข้ามกัน “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” คือ “กฎหมายจารีตประเพณี”

“กฎหมายจารีตประเพณี” เป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานของประชาชนจนเป็นที่ยอมรับกัน⁶⁵ หรือเป็นข้อบังคับที่ราษฎรรู้สึกกันทั่วไปว่าเป็นกฎหมายและรัฐได้ใช้ข้อบังคับที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอด

⁶³ มาตรา 2 วรรคหนึ่ง.

⁶⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 วรรคหนึ่ง.

⁶⁵ กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (น. 23). เล่มเดิม.

เกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญานั้น มีคำกล่าวที่มักจะใช้กันในการเรียนการสอนกฎหมายอาญาในประเทศไทยเรายู่คำหนึ่ง คือ คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด”⁶⁶

4) ข้อความทั่วไปเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญา

คำกล่าวเกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาของนักนิติศาสตร์ไทยที่ว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” นั้น มีความไม่ชัดเจนในความหมายเป็นอย่างมาก เพราะนักนิติศาสตร์บางท่านได้ใช้คำว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” ในความหมายว่าห้ามใช้ “กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง” ในทางเป็นผลร้าย ห้ามใช้ “กฎหมายจารีตประเพณี” ในทางเป็นผลร้าย และห้ามนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในทางเป็นผลร้าย⁶⁷ ซึ่งก็คือเนื้อหาของบางส่วนของ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” ตามมาตรา 2 นั้นเอง แต่นักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวถึงถ้อยคำดังกล่าวโดยนัยแห่งความหมายของ “หลักการตีความตามตัวอักษร” (literal rule) ของระบบคอมมอนลอว์ (Common law) เฉยทีเดียว⁶⁸

การที่นักนิติศาสตร์ไทยนำ “หลักการตีความตามตัวอักษร” (literal rule) มาใช้ในการตีความกฎหมายอาญานั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นที่เข้าใจได้ในตัวเพราะนักกฎหมายไทยรุ่นแรกๆ นิยมไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษ⁶⁹ และในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศในระบบคอมมอนลอว์ (Common law) นั้น มีความผิดอาญาอยู่ 2 ประเภท คือ ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ หรือ Common law crime และความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ statutory crime ซึ่งในระหว่างความผิดอาญาสองประเภทดังกล่าวมานั้น ความผิดอาญาตามคอมมอนลอว์ หรือ Common law crime เป็นความผิดอาญาที่เกิดขึ้นแน่นอน ครั้งต่อมาเมื่อเกิดความผิดอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือ statutory crime ขึ้น การตีความจึงเป็นไปตามหลักที่ว่า

⁶⁶ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7). และ ตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6). โดย จิตติ ดิงศักดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. กรุงเทพมหานคร พิมพ์ สิงหาคม 2525 หัวข้อ 16 ; เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (พิมพ์ครั้งที่ 10). น. 22.

⁶⁷ จาก *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 22-29), โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2551, กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง.

⁶⁸ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 64-76), โดย คณิต ณ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶⁹ จาก *นิติธรรมอำนาจในนิติศาสตร์ไทย หนังสือรวมบทความ* (พิมพ์ครั้งที่ 1). (น. 19), โดย คณิต ณ นคร, 2548, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

“กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปวงที่ขัดแย้งต่อกฎหมายคอมมอนลอว์จะถูกตีความโดยเคร่งครัดและถูกยอมรับในแบบอย่างที่น่าเชื่อถือในฐานที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แสดงหรือปรากฏออกมา”⁷⁰

การเรียนการสอนกฎหมายอาญาโดยกล่าวว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” จึงมีความไม่สมบูรณ์และไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยเราซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil law)

การตีความกฎหมายเป็นเรื่องของการตีความ “กฎหมายที่เกิดจากการบัญญัติ” หรือเป็นเรื่องของ “การตีความด้วยบทกฎหมาย”

เมื่อกฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นแล้วย่อมถือว่าเจตจำนงของประชาชนได้แสดงออกทางกฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นนั้น การตีความกฎหมายจึงต้องกระทำให้สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่มีอยู่ในกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลจึงต้องผูกมัดกับความหมายของตัวบทกฎหมายที่หยั่งรู้ได้โดยหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่ยอมรับกันทั่วไปเท่านั้นและโดยการตีความเช่นนั้นจะต้องสามารถนำไปใช้ได้กับทุกกรณีที่เหมือนกัน ความถูกต้องและความชอบธรรมของคำพิพากษาจึงอยู่ที่ความสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนที่ได้แสดงออกมาทางบทบัญญัติของกฎหมาย แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็ต้องเคารพกฎหมายหรือต้องอยู่ในอาณัติของกฎหมาย หน้าที่ของผู้พิพากษาในการตีความกฎหมายก็คือการหาความหมายของตัวบทกฎหมายในการวินิจฉัยคดีเฉพาะกรณี ในการตีความกฎหมายนั้น ผู้พิพากษาจึงต้องกระทำหน้าที่ให้ดีที่สุด กล่าวคือ จะต้องกระทำหน้าที่ให้ถึงขนาดจนเป็นที่คาดหมายได้ว่าในเรื่องทำนองเดียวกันผู้พิพากษาอื่นก็ต้องวินิจฉัยเช่นเดียวกันนั้น หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ

5) การตีความกฎหมายต้องมีลักษณะของ “ความเป็นภาวะวิสัย (Objektivitat) ที่สามารถตรวจสอบความถูกต้องได้

หลักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186(6) บัญญัติบังคับศาลว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีเหตุผลในการตัดสินใจทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย” ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ศาลต้องให้เหตุผลที่ละเอียดชัดเจนที่สุดเท่าที่สามารถจะทำได้ จึงจะถูกต้อง อย่างไรก็ตาม บางครั้งจะพบว่าศาลกลับไม่ได้ให้เหตุผลในการชี้ขาดตัดสินคดีเลยก็มีอยู่ ซึ่งไม่ถูกต้องเป็นอย่างยิ่ง เป็นต้นว่า กรณีการชี้ขาดตัดสินคดีเรื่องการลักกระแสไฟฟ้านั้น เป็นต้น

⁷⁰ จาก *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 98), โดย ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 2546, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย กล่าวถึงการตีความกฎหมายอาญาว่า“การตีความในกฎหมายอาญามีหลักเช่นเดียวกับการตีความกฎหมายอื่นๆ กล่าวคือต้องตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ (spirit)”⁷¹

และศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้กล่าวต่อไปอีกความว่า“การตีความกฎหมายอาญาจะตีความโดยขยายความออกไปให้เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่ตีความโดยการขยายความให้เป็นผลดีแก่ผู้กระทำความผิดได้ และถ้ากรณีเป็นที่สงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหา”⁷²

คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ดังกล่าวมานั้น ได้แสดงถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายไว้บ้างแต่ยังไม่สมบูรณ์ครบถ้วนเสียทีเดียว เพราะหากเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายที่จะได้กล่าวต่อไปนี้แล้ว คำกล่าวของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เป็นการกล่าวถึงหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายเพียง 2 ประการเท่านั้น กล่าวคือ ได้กล่าวถึงเฉพาะ “การตีความตามหลักภาษา” และ “การตีความตามหลักความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เท่านั้น⁷³

ดังนั้น“การตีความกฎหมาย” หมายถึง การทำความเข้าใจความหมายในทางกฎหมายของตัวบทกฎหมายเมื่อกล่าวถึงการตีความกฎหมายในทางคำรามีการกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมาย 4 หลักเกณฑ์ คือ

1) การตีความตามหลักภาษา

หลักกฎหมายอาญาเกี่ยวกับ “หลักประกันในกฎหมายอาญา” นั้นได้แสดงให้เห็นอย่างมั่นคงและแน่นอนว่าบุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้นจุดเริ่มของการตีความกฎหมายจึงอยู่ที่ถ้อยคำของตัวบทกฎหมายอาญาดังกล่าว

“การตีความตามหลักภาษา” หมายถึง การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากความหมายของภาษาที่ใช้กันทั่วไปความหมายของตัวบทกฎหมายย่อมเป็นกรอบของการตีความกฎหมายที่สำคัญที่จะป้องกันมิให้เกิดผลร้ายแก่บุคคล

ในคดีเรื่องลักกระแสรไฟนั้น จำเลยต่อสู้ในคดีที่ถูกฟ้องว่าลักกระแสรไฟว่า “ไฟฟ้าเป็นพลังงานไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง”⁷⁴

⁷¹ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16) (น. 43), โดย หยุด แสงอุทัย, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷² แหล่งเดิม.

⁷³ *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (น. 76). เล่มเดิม.

⁷⁴ ฎีกาที่ 877/2501.

ดังนั้น กล่าวได้ว่าเป็นการที่จำเลยได้หยิบยกหลัก “การตีความตามหลักภาษา” ขึ้นเป็นเหตุผลในการต่อสู้คดีนั่นเอง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยเกี่ยวกับการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์โดยไม่วินิจฉัยว่าข้อต่อสู้ของจำเลยฟังขึ้นหรือไม่จึงไม่ถูกต้องตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา”

“การตีความตามหลักภาษา” มีความยากตรงที่ว่า จะรู้ได้อย่างไรว่าถ้อยคำที่จะตีความนั้นมีความหมายที่ตรงกันทั้งตามที่ใช้กันทั่วไปและในทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ตีความกฎหมายจึงต้องดูด้วยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มุ่งประสงค์ให้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายนั้นมีความหมายเป็นพิเศษอย่างไรอย่างหนึ่งหรือไม่

2) การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

ในการตีความกฎหมายนั้น แม้ผู้ตีความจะต้องถือความหมายในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์ แต่ผู้ตีความกฎหมายก็ต้องระลึกด้วยว่าภาษากฎหมายเองก็อาจแตกต่างกันได้ซึ่งความแตกต่างนี้ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมาย

กฎหมายอาญาเองก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ แม้กฎหมายอาญาจะได้ให้ความหมายของคำใดคำหนึ่งไว้ก็เชื่อว่ากรณีจะมีความหมายที่เหมือนกันในทุกฐานความผิด เพราะความผิดแต่ละฐานมีความสัมพันธ์กับนิยามที่แตกต่างกันได้

คำว่า “โดยทุจริต” นั้น กฎหมายให้นิยามว่า “โดยทุจริต หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”⁷⁵

นอกจากนั้นสิ่งบางสิ่งที่ไม่ได้อยู่ในกฎหมายอาญา แต่มีอยู่ในกฎหมายอื่น และเนื่องจากความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบของกฎหมายกรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายอื่นนั้นมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย เป็นต้นว่า กฎหมายอาญาไม่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ “ทรัพย์” ไว้ แต่กฎหมายแพ่งได้ให้ความหมายของ “ทรัพย์” ว่า “ทรัพย์ หมายความว่า วัตถุมีรูปร่าง”⁷⁶ ดังนั้น กรณีจึงต้องนำหลักในกฎหมายแพ่งมาใช้ในกฎหมายอาญาด้วย ทั้งนี้ ตามหลัก “ความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมาย” ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

ดังนั้น ตามข้อต่อสู้ของจำเลย กล่าวได้ว่าเป็นการที่จำเลยได้หยิบยก “หลักการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมายขึ้นเป็นเหตุผลในการต่อสู้คดีนั่นเอง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยเกี่ยวกับการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์จึงไม่ถูกต้อง เพราะเป็นการตีความที่ขัดกับ “หลักการตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมาย

⁷⁵ มาตรา 1 (1).

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 137.

ดังนั้นการตีความกฎหมายตาม “หลักการตีความตามหลักภาษา” เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอที่จะทราบความหมายที่ถูกต้องของตัวบทกฎหมายได้ในการตีความกฎหมายจึงอาจต้องเพิ่มเติมด้วย “การตีความตามความสัมพันธ์กันอย่างเป็นระบบ” ของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรณีก็ต้องยอมรับกันด้วยว่าในบางกรณีระบบกฎหมายเองอาจจะยังขาดความชัดเจนได้

3) การตีความประวัติความเป็นมาของกฎหมาย

“การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย” คือ การหาความหมายของตัวบทกฎหมายจากประวัติความเป็นมาของตัวบทกฎหมายนั้น

เกี่ยวกับประวัติความเป็นมาของความผิดฐานลักทรัพย์นั้น ในกฎหมายโรมันเรียกการลักทรัพย์ว่า “furtum” ซึ่งมีสามอย่าง คือ

(1) furtumrei คือ การลักเอาตัวทรัพย์ไป ซึ่งก็คือความผิดฐานลักทรัพย์

(2) furtumpossessionis คือ การลักเอาการครอบครองไป ซึ่งก็คือความผิดฐานโกงเข้านี้ตามมาตรา 349 และ

(3) furtumusus คือ การเอาการใช้ไป ซึ่งได้แก่การเอายานพาหนะเข้าไปใช้โดยมิชอบ⁷⁷

ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์⁷⁸ จึงไม่ถูกต้องตามหลักการตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย เพราะกรณีไม่ต้องด้วย furtum ใดๆ เลย

สำหรับกรณี “การเอาการใช้ไป” (furtumusus) นั้น กฎหมายของไทยเราในปัจจุบันไม่ได้บัญญัติเป็นความผิด ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษ “การเอาการใช้ไป” ว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ โดยวินิจฉัยว่า “ผู้เสียหายฝากรถยนต์ไว้ในอู่และจ้างจำเลยซึ่งเป็นคนขับรถของผู้ที่ฝากรถไว้ในอู่เดียวกันทำความสะอาด จำเลยเอารถยนต์ของผู้เสียหายไปใช้โดยพลการ เป็นการเอารถของผู้เสียหายไปโดยทุจริต จึงมีความผิดฐานลักทรัพย์”⁷⁹

กรณีจึงไม่ถูกต้องตามหลัก “การตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย” (historischeAuslegung) เช่นเดียวกัน เพราะกรณีไม่ต้องด้วย furtum ใดๆ และเช่นเดียวกัน

การพิจารณาประวัติความเป็นมาของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากประวัติการยกร่างและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นร่าง เหตุผลในการร่าง ตลอดจนรายงานการประชุมของสภานอกจากนี้ “เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมาย” ซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยเราเป็นข้อมูล

⁷⁷ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 376), โดย คณิต ฅ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิทยุชน และ *ความผิดฐานลักทรัพย์: ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 25-28), โดย อุไรวรรณ อุดมวัฒนกุล, 2531, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁸ ฎีกาที่ 877/2501. น. 896.

⁷⁹ ฎีกาที่ 1212/2514 ใน อัยการนิเทศ, 33(4), พ.ศ. 2514, น. 238.

หนึ่งที่สามารถห้วงทราบถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายตลอดจนความหมายของตัวบทกฎหมายได้ การตีความตามวิธีนี้จะนำไปสู่ “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” ต่อไป

4) การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย

ในส่วนการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายคือ การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้การตีความตามวิธีนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี เป็นต้นว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ของความผิดฐานลักทรัพย์ คือ “กรรมสิทธิ์” และ “การครอบครอง”⁸⁰ ซึ่งกรรมสิทธิ์หมายถึงสิทธิในสิ่งที่มีรูปร่าง⁸¹ หรือสิทธิในทรัพย์ สิทธิในไฟฟ้าจึงไม่ใช่กรรมสิทธิ์เพราะไฟฟ้าไม่ใช่ว่าเป็นสิ่งที่รูปร่าง ฉะนั้น การที่ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษการลักกระแสไฟฟ้าฐานลักทรัพย์⁸² จึงไม่ถูกต้องกับหลัก “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” ใน “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” นั้น นอกจากจำเป็นที่จะต้องค้นหา “คุณธรรมทางกฎหมาย”⁸³ แล้ว อาจจำเป็นต้องคำนึงถึงคุณค่าของการกระทำด้วย เป็นต้นว่า การทำให้ดีขึ้น อาทิ การกระทำต่อร่างกายในการรักษาพยาบาลย่อมไม่เป็นการ “ทำร้าย” ในความหมายของความผิดฐานทำร้ายร่างกาย

2.2.4 วิธีการตีความกฎหมายอาญา

การตีความกฎหมายผู้ตีความชอบที่จะใช้การผสมผสานของหลักเกณฑ์ของการตีความกฎหมายดังกล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ โดยถือเอา “การตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย” เป็นแกนนำ ส่วนหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอื่นๆ นั้นเป็นเพียงปัจจัยที่จะนำไปเข้ากับกฎหมายที่แท้จริงของตัวบทกฎหมายเท่านั้น ในการตีความกฎหมายอาญาผู้ตีความก็ต้องปฏิบัติทำนองเดียวกันที่กล่าวมานี้

เกี่ยวกับการตีความกฎหมายอาญาเดิมที่เดวิดนักนิติศาสตร์เห็นกันว่าการตีความโดยขยายความเป็นวิธีการที่ต้องห้าม แต่การตีความโดยจำกัดความกระทำได้โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่เป็นผลร้ายก่อภาระที่หนักแก่บุคคลและเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นแต่ใน

⁸⁰ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 306), โดย คณิต ฌ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁸¹ จาก *กฎหมายลักษณะทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 2) (น. 171), โดย เสนีย์ ปราโมช, 2520, กรุงเทพฯ: อักษรศาสตร์

⁸² จาก “การอภิปรายเรื่องการตีความกฎหมายอาญา.” โดย คณิต ฌ นคร (2527), *วารสารนิติศาสตร์*, 4(18). น. 59 หลักกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 4) (น.30), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, (2546).

⁸³ แหล่งเดิม.

ปัจจุบันนี้นักนิติศาสตร์ไม่เห็นกันดังกล่าวต่อไปอีกแล้ว เพราะในเรื่องของการตีความกฎหมายนั้น ไม่มีการตีความอย่างอื่นนอกจากการตีความที่ถูกต้อง

การใช้กฎหมายอาญาต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความหมายของตัวบทกฎหมาย หากใช้กฎหมายอาญาเกินเลยกรอบหรือขอบเขตความหมายของตัวบทกฎหมายแล้วกรณีก็มีใช้การตีความกฎหมายอาญา แต่เป็นการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie)⁸⁴ ในกฎหมายอาญา และถ้าการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งนั้น เป็นไปในทางที่เป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องห้ามในกฎหมายอาญา⁸⁵

2.2.5 ปัญหาการตีความกฎหมายอาญา

การกล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญา โดยแยกเป็นเรื่องหนึ่งหรือเป็นบทหนึ่งอีกต่างหากในหนังสือกฎหมายอาญาในประเทศไทยเรากระทำกันน้อยมาก หนังสือกฎหมายอาญาเพียงบางเล่มเท่านั้นที่กล่าวถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายอาญาไว้เป็นการเฉพาะ⁸⁶ แต่หนังสือกฎหมายอาญาส่วนใหญ่จะกล่าวถึงเรื่องการตีความกฎหมายอาญาไว้ในคำอธิบายมาตรา 2 และว่า “กฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด” ซึ่งไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศไทยเราดังกล่าวมาแล้วข้างต้น เหตุนี้การใช้กฎหมายอาญาของนักกฎหมายไทยเราจึงเป็นการใช้กฎหมายที่ติดยึดอยู่ที่ตัวอักษร⁸⁷ และบางครั้งก่อให้เกิดปัญหาการใช้กฎหมายอาญาต่างๆ ที่มีใช้เพราะกฎหมายอาญามีช่องว่างแต่อย่างใด

การใช้กฎหมายที่ก่อให้เกิดปัญหา เช่น ศาลฎีกาวินิจฉัยวางหลักว่า หากผู้ใดมีรายได้ปกติและไม่ปรากฏว่ารายได้ที่ได้นั้นไม่พอดำรงชีพ หรือมีรายได้ปกติพอดำรงชีพ แม้ผู้นั้นจะแบ่งรายได้หรือรับส่วนแบ่งจากการค้าประเวณีของหญิงก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 286⁸⁸ ทั้งๆ ที่การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำในความหมายของความผิดตามมาตรา 276 เพราะผู้กระทำความผิดตามมาตรา 276 นี้ คือผู้ที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับหญิงซึ่งค้าประเวณีหรือหญิงนครโสเภณี ซึ่ง

⁸⁴ คณิต ณ นคร. (2556). กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 5) น. 69-78.; คณิต ณ นคร. (2523). คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา วารสารอัยการ, 33(25). น. 55, 60; และดู ฎีกาที่ 3653/2526.

⁸⁵ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7). และตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6). หัวข้อ 16 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง น.44, โดย จิตติ ดิงศภัทย์, 2525, กรุงเทพฯ: สยามการพิมพ์.

⁸⁶ หยุต แสงอุทัย. (2537). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16). บทที่ 5 น. 43-45.; แสง บุญเฉลิม วิชาส. (2546). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). บทที่ 3 น. 25-33.

⁸⁷ ฎีกาที่ 3643/2526: เมื่อมาตรา 2517 บัญญัติว่า การวางเพลิงเผาทรัพย์ของผู้อื่นเป็นความผิด จะตีความคำว่า “ทรัพย์ของผู้อื่น” ให้รวมถึงทรัพย์ที่อยู่อื่นมีส่วนร่วมเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยหาได้ไม่ เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายใน มาตรา 2

⁸⁸ เป็นต้นว่า ฎีกาที่ 3488/2520., ฎีกาที่ 2555/2521, ฎีกาที่ 883/2522.

ความสัมพันธ์ส่วนตัวดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์อันมีระยะเวลาที่เนิ่นนานตามควรและในการนี้ผู้นั้นเป็นส่วนหนึ่งของหญิงในส่วนที่เกี่ยวกับการหารายได้ในการค้าประเวณีของหญิงนั้นและทำตัวเองเป็นกาฝากขูดรีดหญิง⁸⁹

ดังกล่าวมาแล้วว่าในการค้นหาความหมายของตัวบทกฎหมายจำเป็นต้องค้นหา “คุณธรรมทางกฎหมาย” เพื่อประโยชน์ในการตีความกฎหมายอาญา⁹⁰ และแม้ว่าเรื่อง “คุณธรรมทางกฎหมาย” ในกฎหมายอาญาจะไม่ใช่ของใหม่ แต่ก็เป็นเรื่องที่เพิ่งจะมีการศึกษากัน⁹¹ การตีความกฎหมายอาญาโดยขาดการพิจารณา “คุณธรรมทางกฎหมาย” จึงเป็นปัญหาอยู่มาก เช่น

(1) ปัญหาการตีความกฎหมายอาญาที่ขัดต่อข้อห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 2⁹²

(2) ปัญหาการไม่สามารถแยกแยะความแตกต่างระหว่างความผิดฐานต่าง ๆ ที่คล้าย ๆ กัน หรือใกล้เคียงกัน เช่น

(1) การไม่อาจแยกแยะว่าความผิดฐานวางเพลิงตามมาตรา 217 กับความผิดฐานทำให้เสียชีวิตตามมาตรา 358 ต่างกันอย่างไร⁹³

(2) การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดตามมาตรา 217 กับความผิดตามมาตรา 218⁹⁴ และ

(3) การไม่เห็นความแตกต่างระหว่างความผิดฐานลักทรัพย์กับความผิดฐานยักยอก⁹⁵ เป็นต้น

อนึ่ง ปัญหาของการตีความกฎหมายทั้งหลายทั้งปวงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเราเสมอๆ นั้น แท้จริงแล้วก็เพราะความสับสนของการใช้ “นิติวิธี” (juristic method) กล่าวคือ ในขณะที่

⁸⁹ จาก *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 461), โดย คณิต ฒ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁹⁰ จาก *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 9) (น. 30), โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 2546, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁹¹ จาก *คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา*, โดย คณิต ฒ นคร. (2523, มกราคม). *วารสารอัยการ*. น. 60.

⁹² คณิต ฒ นคร. (2524). ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์ *วารสารอัยการ* ประจำเดือนมกราคม. น. 82.

⁹³ *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (น. 588). เล่มเดิม.

⁹⁴ แหล่งเดิม.

⁹⁵ ฎีกาที่ 1626/2500 (หน้า 1544) ; และดู คณิต ฒ นคร. (2553). *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10). น. 312-313.

ประเทศไทยเราเลือกเอาระบบซีวิลลอว์ (Civil law) แต่เรากลับใช้กฎหมายอาญาตามแนวทางของระบบคอมมอนลอว์ (Common law)⁹⁶

2.3 ประวัติและวิวัฒนาการในการกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำชำเราของประเทศไทย

2.3.1 กฎหมายตราสามดวง

กฎหมายตราสามดวง เกิดขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดทางเพศไว้ในพระไอยการลักษณะผิดเมีย ซึ่งเป็นการกระทำความผิดต่ออำนาจอิสสระ หรืออำนาจปกครองของบิดามารดากรณีที่ถูกกระทำเป็นบุตร หรือต่ออำนาจอิสสระหรืออำนาจปกครองของสามี กรณีที่ถูกกระทำเป็นภรรยา⁹⁷

ในกฎหมายฉบับนี้ การกระทำที่จัดเป็นการข่มขืนกระทำชำเรา นั้น กฎหมายได้ใช้คำว่า “ข่มขืนถึงชำเรา” โดยคำว่า “ข่มขืน” นั้น แสดงความอยู่ในตัวแล้วว่า ไม่มีความยินยอมจากฝ่ายที่ถูกกระทำแต่ได้มีการใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่งข่มขืนใจบังคับ จนถึงขึ้นเกิดการ “ชำเรา” อันหมายถึงมีการร่วมประเวณีกัน ส่วน “ข่มขืนมิถึงชำเรา” หมายถึงได้มีการบังคับข่มขืนใจแต่ยังไม่มีการร่วมประเวณีต่อกัน ดังปรากฏในตัวอย่างต่อไปนี้

1 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าข่มขืนมิได้ถึงชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมีย⁹⁸

40 มาตราหนึ่ง พระครูภิกษุสามเณร ผิดเมียท่านถึงชำเราซึ่งว่า ปาราชิกให้สึกออกเสียแล้วให้ไหมโดยพระราชกฤษฎีกา⁹⁹

41 มาตราหนึ่ง ถ้าพระครูภิกษุสามเณรผู้อยู่ในศีลทำทุลาจารผิดทางวินัยทำร้ายด้วยหญิงหาผู้มีได้ถึงชำเราเป็นสังข์ไซร์ ชื่อว่าปาราชิกให้สึกออกลงโทษ¹⁰⁰

46 มาตราหนึ่ง เจ้าเงินกดี พี่น้องลูกหลานแห่งเจ้าเงินกดี ข่มขืนหญิงทาสถึงชำเราหญิงร้องแรกมีสักขีพยานไซร์ ท่านให้แบ่งตัวหญิงนั้นเสียกึ่งหนึ่งๆ ให้มันส่งให้แก่เจ้าเงินถ้าจับมือถือ

⁹⁶ จาก *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). (น. 92-104), โดย ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, 2546), *การตีความกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2), โดย อักษราท จุฬารัตน, 2549, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹⁷ จาก *ประวัติศาสตร์กฎหมาย* (น. 78), โดย ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, 2530, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

⁹⁸ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 3, 2535. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁹⁹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 19.

¹⁰⁰ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 19.

นางกอดจูบข่มขืนไม่ถึงชำเรา พิจารณาเป็นสัจ ให้แบ่งชำตัวเป็น 4 ส่วน ลดส่วน 1 ให้แก่เจ้าเงิน 3 ส่วน ถ้ามันยอมด้วยไซร์ อย่าให้แบ่งทุนเขานั้นเสียเลย ถ้ามันมิสมักอยู่ด้วยแลมกจะหย่าไซร์ มันยังเกิดบุตรด้วยเจ้าเงินแลพี่น้อง ลูก หลาน แห่งเจ้าเงินไม่ จึงให้มันส่งชำตัวจงถ้วน¹⁰¹

71 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนหญิงหม้ายถึงชำเรา ให้เอาเบี้ยในประณมผิดเมียทำ 5 ส่วน ยกเสีย 1 เอา 4 ส่วน ตัวใหม่เป็นสิน ใหม่ถึงพิไนกิ่ง ถ้าข่มขืนมิทำชำเราให้ใหม่ถึงชำเรา¹⁰²

76 มาตราหนึ่ง ชายใดมีเมียแล้วข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเราให้ใหม่ชายนั้นถึงประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่ถึงชำเรา¹⁰³

77 มาตราหนึ่ง ชายใดหาเมียมิได้ ข่มขืนลูกสาว หลานสาวท่านถึงชำเราให้ใหม่ชายนั้นถึงเบี้ยชายมีเมียแล้ว ถ้าข่มขืนมิถึงชำเราให้ใหม่ถึงชำเรา

78 มาตราหนึ่ง ชายใดข่มขืนหญิงเด็กไม่รู้เดียงสา มิถึงชำเราให้ใหม่เท่าเบี้ยประณมผิดเมีย ถ้าข่มขืนถึงชำเราโลหิตไหล ให้ใหม่เท่าเบี้ยประณมผิดเมียทวีคูณ ถ้าตบตีหญิงทำให้มีบาดเจ็บด้วย ท่านให้ใหม่รายนั้น โดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง

88 มาตราหนึ่ง ชายใดมิได้คู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน และบังอาจว่าตนเรี่ยวแรงผู้เดียวก็ตีพาพวกเพื่อนไปด้วยก็ตี เข้ากุมเกาะ เบาะ ฉะแลง ลูกสาวหลานสาว และเมียท่านไปด้วยแรงตนหญิงนั้นร้องแรก ขัดขวาง มีคนรู้เห็น ได้ยิน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดี หญิงนั้นมาหาวามเป็นสัจไซร์ให้ใหม่ โดยพระราชกฤษฎีกาเดิม ถ้าข่มขืนหญิงมาดเจ็บ ให้ใหม่โดยบาดเจ็บอีกโสดหนึ่ง พวกซึ่งไปด้วยนั้นให้ใหม่ถึง ถ้าชายหลายคนข่มขืน โทรมเอาหญิงนั้นไซร์ ให้ลงโทษแก่ชายนั้นด้วยลวดหนักคล 60 ที ให้ใหม่ตามบันดาศักดิ์ทวีคูณ เพราะมันบังอาจหยาบชำต่อแผ่นดินเมืองท่าน¹⁰⁴

105 มาตราหนึ่ง ชายให้คู่ขอลูกสาว หลานสาวท่าน บิดา มารดาหญิง ยินยอมให้ชายได้ให้มีขันหมากหมั้นนั้นจะทำการยังมิได้ทำการ ชายอื่นยังอาจว่าตนเรี่ยวแรงเกาะกุม เบาะ ฉะแลงหญิงนั้นด้วยแรงตน ข่มขืนหญิงนั้นถึงชำเราก็คดี มิได้ถึงชำเราก็คดีพิจารณาเป็นสัจไซร์ ท่านว่าดวงพระราชอาชญาความเมืองท่าน ให้ส่งหญิงนั้นให้แก่บิดา มารดาแล้ว ให้ทวนชายต้นเหตุด้วยลวดหนัก 50 ที ถ้ามีพวกไปด้วย ให้ทวนคล 50 ที จงทุกคนให้ใหม่ชานต้นเหตุโดยผิดเมียท่านในขันหมากนั้นจึงควร¹⁰⁵

¹⁰¹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 20.

¹⁰² ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 34.

¹⁰³ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 42.

¹⁰⁴ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 47.

¹⁰⁵ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 51.

จากบัญญัติข้างต้น พระไอยการลักษณะฝ่าฝืนกำหนดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) ความผิดฐาน “ข่มขืนถึงชำเรา” หมายถึง การที่ชายใช้การบังคับขืนใจด้วยวิธีอย่างใดๆ แก่หญิง โดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอมและหญิงเป็นภริยาของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นทาส หญิงซึ่งเป็นหม้าย หญิงซึ่งเป็นบุตรสาวหรือหลานสาวของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นเด็ก และหญิงที่ชายอื่นได้คู่ชู้จากพ่อแม่หญิงนั้นแล้ว จนได้มีการร่วมประเวณีกัน ส่วน “ข่มขืนไม่ถึงชำเรา” นั้นมีความแตกต่างจาก “ข่มขืนถึงชำเรา” ตรงที่ไม่ได้มีการร่วมประเวณีกัน แม้จะได้มีการบังคับขืนใจกันก็ตาม ซึ่งเปรียบเทียบได้กับความผิดฐานพยายามข่มขืนตามประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน โดยมีอัตราโทษที่ต่ำกว่า “ข่มขืนถึงชำเรา”

2) แต่ไม่ปรากฏบทมาตราใดเลยที่กล่าวถึงการข่มขืนภริยาเอาไว้ด้วยน่าจะมาจากเหตุที่ในสมัยนั้นให้ความสำคัญกับอำนาจการปกครองหรือที่เรียกว่าอำนาจอิสระเป็นอย่างมาก โดยเมื่อหญิงยังเป็นเด็กก็ต้องตกอยู่ในความปกครองของบิดา มารดา ถ้าบิดามารดาตายหญิงอาจตกอยู่ในความปกครองของญาติผู้ใหญ่ หรือพี่ๆ จนกระทั่งหญิงแต่งงานกับชาย อำนาจอิสระหรือการปกครองจึงโอนจากบิดามารดาไปยังชายผู้สามีดังปรากฏในมาตรา 79 ที่บัญญัติว่า “บุตรท่านบิดามารดายังมีได้ประกอบสามีภริยาให้ไซ้รับบิดามารดานั้นเป็นอิสระแก่บุตร ถ้าชายใดพึงใจด้วยบุตรท่าน ให้ค่านับบิดามารดาตามประเพณี ถ้าบิดามารดาขอให้สามีจึงจะเป็นอิสระแก่ภริยา...”¹⁰⁶ และอำนาจอิสระของสามีนั้น รวมไปถึงอำนาจลงโทษของภรรยาได้ตามสมควรหากภริยาประพฤติตนไม่สมควรดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 60 ว่า “สามีภริยาอยู่ด้วยกัน ภริยาที่มีความผิด สามีจะปราบปรามโบตีหญิง หญิงจะเอาโทษแก่สามีนั้นมิได้ ถ้าภริยาคำว่าหย่าช้ำแก่สามี ให้ภริยาเอาช้ำวดอกดอกไม้ขอโทษแก่สามีจึงควร”¹⁰⁷ ฉะนั้น เมื่อสามีมีอำนาจอิสระที่จะปกครองภริยาอย่างเต็มที่แล้ว ย่อมส่งผลให้การมีเพศสัมพันธ์ต่อกันระหว่างสามีภริยากลายเป็นหน้าที่ที่ภริยาจะต้องตอบสนองไม่อาจขัดขืนป้องกันได้ จึงไม่ปรากฏการกระทำที่เรียกว่าข่มขืนต่อภริยาในสมัยนั้น ประกอบกับหากภริยาหยิบยกกล่าวอ้างว่าสามีข่มขืนตน ภริยาอาจจะต้องความผิดว่าทำการหย่าช้ำแก่สามีตามบทบัญญัติข้างต้นภริยาทั้งหลายจึงเกิดความเกรงกลัวมิกล้าที่จะกล่าวโทษสามีได้

3) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

พระไอยการลักษณะฝ่าฝืนนี้ได้แบ่งแยกออกเป็นสองกรณี คือ

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2, น. 43.

¹⁰⁷ แหล่งเดิม. (น. 30).

(1) ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน

“มาตราหนึ่ง พ่อ แม่ ลูก พี่ น้อง ชายหลาน ตาหลาน ลุงน้ำหลาน ทำชู้กัน ไชริ้ให้ทำแพ ลอยผู้นั้นเสียในทะเล (ทะเล) ให้เจ้าพ่อแม่พี่น้องพลเมืองท่าน ทั้ง 4 ประตุ ไก่ 8 ตัวให้พระสงฆ์พรหมครูจารย์สวดมนต์ทำพิธีการระงับอุบาทจัน ไร่น้ำ ฟ้า (ฝน) ซึ่งจะตกเป็นประโยชน์แก่คนทั้งหลาย ฝ่ายพ่อแม่พี่น้องรู้ว่าลูกหลานทำมิชอบมิได้ว่ากล่าว ท่านว่าละเมิด ให้ลงโทษโดยโทษขณโทษ”¹⁰⁸

บทบัญญัตินี้ คือ การมีสัมพันธ์ทางเพศถึงขั้นกระทำชำเรา (ร่วมประเวณี) กับญาติสืบสายโลหิตด้วยความยินยอมของกันและกัน โดยผู้กระทำนั้นเป็นพ่อ แม่ กับลูก พี่กับน้อง ตา ยาย กับหลาน ลุง น้ำ กับหลาน (และน่าจะรวมถึง ปู่ ย่า ป้ากับหลาน) ซึ่งเรียกว่า “ทำชู้” และนอกจากจะมุ่งหมายลงโทษชายและหญิงผู้กระทำแล้วยังลงโทษ พ่อ แม่ พี่ น้อง ที่รู้ว่าลูกของตนหรือพี่น้องตนกระทำการเช่นนั้นแล้วไม่ได้ว่ากล่าวหรือห้ามปรามด้วย

(2) ระหว่างผู้ที่ไม่ใช่สายโลหิตเดียวกัน

มาตราหนึ่ง หลานทำชู้เมียลุง ตา ปู่ อา น้ำ พี่ตนเอง มันผู้มีเกรงกลัว มันมีอายแก่บาป ดังนั้น ให้เอามันคนร้ายจำใส่ตรวน (จีน คา) เอาน้ำหมึกสักหน้าทั้งหญิง (ชาย) เอาเชือกหนังผูกคอ เอาข้อมือหัดเวียนรอบตลาด แล้วเอาขึ้นขาท่างยิงด้วยลูกสั้น โดย แลให้ตีด้วยพลดหนักละ 25 (50) ที แล้วให้ทำแพลอยเสียนอกเมือง อย่าให้คู่เคียงกัน ถ้าจะไถ่ลูกสั้นโดยมิให้ยิงเล่มละ 30,000¹⁰⁹

เช่นเดียวกับบทบัญญัติมาตราก่อน กรณีระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน แต่ต่างกันตรงที่เป็นการมีเพศสัมพันธ์กับญาติที่เกิดจากการสมรส นั่นคือ ภริยา (เมีย) ของลุง ตา ปู่ อา น้ำ และพี่ของผู้กระทำ ซึ่งกฎหมายบัญญัติถึงลักษณะของการมีเพศสัมพันธ์ว่าเป็นการ “ทำชู้” อันหมายถึง การสมครใจที่จะมีสัมพันธ์ทางเพศต่อกันระหว่างชายกับหญิงจนถึงขั้นร่วมประเวณี ในขณะที่ชายหรือหญิงนั้นต่างมีคู่สมรสของแต่ละคนอยู่ก่อนแล้ว โดยกฎหมายได้บัญญัติให้ทั้งชายและหญิงนั้นต้องโทษในอัตราที่รุนแรงพร้อมกับเนรเทศออกจากเมือง แต่ถ้าหากหญิงนั้นไม่ได้ยินยอมสมครใจที่จะร่วมประเวณีเสียแล้วย่อมไม่ใช่การ “ทำชู้” ซึ่งอาจจะเป็นการข่มขืนหรือชำเราก็แล้วแต่ตามกฎหมายจะบัญญัติ ฉะนั้นเมื่อไม่เป็นการ “ทำชู้” จึงเอาผิดแก่หญิงมิได้

2.3.2 พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงมีพระราชดำริให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศขึ้นมาใหม่เพราะเล็งเห็นว่ากฎหมายลักษณะฝัวเมียที่เคยใช้อยู่แต่เดิมนั้นยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ เป็นเหตุให้เกิดความ

¹⁰⁸ แหล่งเดิม. (น. 17).

¹⁰⁹ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2. น. 17.

สงสัยต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่กล่าวหากัน จึงได้มีพระราชกำหนดลักษณะข่มขืน
ล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ขึ้นมา¹¹⁰

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิง

มาตรา 3 ชายใดกระทำชำเราหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่าน
ว่าชายผู้นั้นข่มขืนทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายผู้เชื่องจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึง
ยินยอม

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา

มาตรา 4 ชายใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสัตย์ให้
ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ถ้ามิให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะ
ปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงมาด้วยก็ได้

อนึ่ง ผู้ได้รับโทษฐานข่มขืนทำชำเราครั้งหนึ่งแล้ว ภายหลังยังกลับขืนกระทำผิดลงอีก
เป็นครั้งที่ 2 ที่ 3 ต่อไป จะให้ลงโทษเข็ญตั้งแต่ 60 ปี ลงมาเพิ่มเข้ากับโทษจำคุกและโทษปรับอีก
ด้วยก็ได้

มาตรา 6 ผู้ใดพยายามหรือจะข่มขืนทำชำเราก็ดี... ซึ่งเป็นการผิดต่อมาตรา 3 มาตรา 4...
พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก

มาตรา 7 ผู้ใดรู้เห็นเป็นใจด้วย ฤๅช่วยอุดหนุนต้นเหตุในการข่มขืนกระทำชำเราก็ดี...
พิจารณาเป็นสัตย์ให้ลงโทษจำคุก

2.3.3 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127

สืบเนื่องจากประเทศไทยได้มีความพยายามที่ต้องการที่จะเรียกร้องสิทธิทางศาล
ที่เสียไป พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้ทรงมี
พระราชดำริให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของไทยให้เป็นไปตามแบบของประเทศตะวันตก
จึงได้ทรงโปรดให้มีการตรากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 (พ.ศ. 3451) ขึ้น โดยกฎหมายเกี่ยวกับการ
การข่มขืนกระทำชำเรา ได้มีการตราไว้ในมาตราดังต่อไปนี้¹¹¹

¹¹⁰ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานันพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต), โดย ประสทิธิ พัฒนอมร,
2524, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. .

¹¹¹ จาก คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 หมวดที่ 2 (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 357), โดย หยุต
แสงอุทัย, 2548, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

มาตรา 243 ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราซึ่งใจหญิง ซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ผู้ใดใช้อุบายหลอกลวงทำชำเราซึ่งใจหญิงซึ่งมีใช้ภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนทำชำเรา มีความผิด ต้องระวางโทษคุกกับที่ว่ามานั้น ถ้าแลในการกระทำผิดเช่นว่ามาในมาตรานี้ หญิงที่ถูกข่มขืนชำเรานั้น มีบาดเจ็บถึงสาหัส ท่านว่าผู้นั้นผู้กระทำผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไปจนถึงสิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นถึงตาย ท่านว่าผู้นั้นผู้ข่มขืนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบสองปีขึ้นไปจนถึงยี่สิบปี และให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง¹¹²

การกระทำชำเราซึ่งใจหญิงอันเป็นการข่มขืน คือ การล่วงละเมิดทางเพศหรือผสมเพศซึ่งกันและกัน ซึ่งตามความหมายนี้เป็นการที่ชายกระทำชำเราแก่หญิงตามลักษณะของการร่วมประเวณีอย่างธรรมดา และจะเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง โดยใช้กำลังกาย หรือขู่เข็ญว่าจะทำร้าย หรือว่าจะทำร้ายหรือใช้อุบายหลอกลวงอย่างใดๆ

อย่างไรก็ดีแม้ในต้วบทจะใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งหมายความว่า จะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ แต่นั้นแต่กระนั้นก็ตามหญิงจะมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้ เพราะความผิดฐานนี้มีได้แต่เฉพาะชายเท่านั้นและการที่ชายสามมิได้ร่วมประเวณีกับภริยา แม้จะเป็นการข่มขืนหรือใช้กำลังทำร้ายก็หาไม่ ความผิดไม่มีความผิดก็แต่ฐานทำร้ายร่างกายเท่านั้น เพราะตามธรรมดาของการเป็นสามีภริยา ย่อมจะต้องมีการร่วมประเวณีกัน ดังที่กฎหมายลักษณะผิดเมียกล่าวไว้ต่างเป็นเจ้าของประเวณีกัน ฉะนั้นสิ่งสำคัญจะต้องทราบถึงการเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายลักษณะผิดเมียเสียก่อน เพื่อให้การร่วมประเวณีนั้นไม่เป็นความผิดฐานข่มขืน

การเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายจำต้องประกอบด้วยหนึ่ง ชายหญิงทั้งสองฝ่ายได้กินอยู่หลับนอนด้วยกัน โดยมีเจตนาเป็นสามีภริยากัน สอง บิดามารดาหรือผู้เป็นอิสระแก่หญิง (ผู้มีอำนาจปกครองของหญิง) ยินยอมยกหญิงให้เป็นภริยาชายโดยที่หญิงนั้นยินยอมด้วย¹¹³

ดังนั้น ตามประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นี้ หากชายและหญิงเป็นสามีภริยากันแล้ว ชายผู้เป็นสามีจะไม่ถูกต้องหาว่ากระทำการข่มขืน แม้ว่าจะได้ใช้กำลังกายหรือวาจาขู่เข็ญใจหญิงผู้เป็นภริยาเพื่อการมีเพศสัมพันธ์เช่น

¹¹² จาก กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, (น. 110-111), โดย เสถียร วิชชลักษณ์, 2498, กรุงเทพฯ: นิติเวช.

¹¹³ ประวัติศาสตร์กฎหมาย (น. 77). เล่มเดิม.

1) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

(1) ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน

มาตรา 247 “ความผิดอย่างใดใด ที่ว่ามาในมาตรา 243 244 และ 246 นั้นถ้าผู้กระทำ เป็นบิดามารดาหรือปู่ ย่า ตา ยาย กิติ ครูบาอาจารย์ที่รับเลี้ยงผู้ถูกกระทำไว้ก็ดี เจ้าพนักงานผู้มี ตำแหน่งหน้าที่ผู้ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำร้ายก็ดี ท่านว่าระวางโทษของมันผู้กระทำผิดหนักกว่าที่ บัญญัติไว้ใน 4 มาตรา ที่ว่ามานั้น หนึ่งในสามส่วน”

มาตรา 244 และ 246 บัญญัติว่า

มาตรา 244 “ผู้ใดกระทำชำเราด้วยเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบถึงหญิงนั้น ยินยอมก็ตาม หรือมิยินยอมก็ตาม ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีขึ้นไป จนถึงสิบปีและให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลในการกระทำผิด เช่นว่ามาในมาตรานี้ เด็กหญิงที่ถูกชำเรานั้นมีบาดเจ็บอย่าง สาหัส ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีขึ้นไปจนถึงสิบห้าปี และให้ ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง

ถ้าแลหญิงนั้นตาย ท่านว่ามันผู้กระทำผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป จนถึงยี่สิบปี แลให้ปรับตั้งแต่ร้อยบาทขึ้นไปจนถึงสองพันบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรา 246 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่บุคคลอายุเกินกว่าสิบสองขวบขึ้นไปโดยมันใช้ อำนาจด้วยกำลัง หรือวาจาขู่เข็ญ หรือมันใช้อุบายหลอกลวงด้วยประการใดใดก็ดี ท่านว่ามันมีความผิด ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่เดือนหนึ่งขึ้นไปจนถึงสามปี แลให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้า ร้อยบาท ด้วยอีกโทษหนึ่ง”

มาตรานี้เป็นเหตุจรรยาของความผิดฐานข่มขืนชำเราและอนาจารไม่ว่า ผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสองขวบจะยินยอมด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยที่ตัวผู้กระทำมีสภาพดังนี้ คือ

- (1) เป็นบิดา มารดา หรือปู่ ย่า ตา ยาย
- (2) ครูบาอาจารย์
- (3) เจ้าพนักงาน

บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ย่อมหมายถึงบุพการีของผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นญาติสายโลหิต โดยตรงขึ้นไป ซึ่งจำกัดอยู่ความเป็นญาติของตัวผู้ถูกกระทำเช่นนั้น ไม่ขยายรวมไปถึงบิดา หรือ มารดาเลี้ยง หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย ที่เป็นพี่น้องของปู่ ย่า ตา ยาย ของตน

2) ระหว่างผู้ที่ไม่ใช่สายโลหิตเดียวกัน

การมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัว กับบุคคลที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกันเช่นระหว่างภริยาของลูกชายกับพ่อของสามี (พ่อกับลูกสะใภ้) หรือสามีของลูกสาวกับแม่ของภริยา (แม่กับลูกเขย) หรือพ่อเลี้ยงกับลูกเลี้ยง หากได้มีบัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นี้

เนื่องจากตามมาตรา 247 ได้บัญญัติให้เป็นความผิดก็ต่อเมื่อผู้กระทำเป็นบิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ซึ่งเป็นบุคคลที่ล่วงแล้วแต่มีสายโลหิตเดียวกันกับผู้ถูกกระทำทั้งนั้น ดังนั้น ความผิดตามมาตรา 247 ที่จะเกิดจากผู้ที่ไม่ใช่สายโลหิตเดียวกันจึงมีแต่กรณีผู้กระทำเป็น ครูบาอาจารย์ หรือ เป็นเจ้าพนักงานที่มีตำแหน่งหน้าที่ปกครองรักษาผู้ถูกกระทำเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีบุคคลดังกล่าว ก็มีได้เป็นบุคคลในครอบครัวของผู้ถูกกระทำแต่ประการใดฉะนั้น ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัวตามกฎหมายอาญา ร.ศ. 127 จึงไม่มีกรณีความผิดที่เกิดจากญาติที่ไม่มีสายโลหิตเดียวกัน¹¹⁴

2.3.4 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499

เนื่องจากนับตั้งแต่ได้ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา ในพุทธศักราช 2451 เป็นต้นมา พฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอันมาก จึงเห็นสมควรปรับปรุงกฎหมายอาญาเสียใหม่ รวมถึงความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย กล่าวคือ

1) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีการแก้ไขในมาตรา 276 หลายครั้งโดยมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2514 ต่อมาอีกครั้งในปี พ.ศ. 2525

บทบัญญัติตามมาตรา 276 นี้ ตั้งแต่ พ.ศ. 2499 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขมาโดยตลอดในส่วนของอัตราโทษ ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับได้ถูกเพิ่มมากขึ้นตามพฤติการณ์ที่กฎหมายบัญญัติ แต่ทั้งนี้กฎหมายก็ยังคงยึดถือมาเสมอว่าความผิดฐานข่มขืนจะต้องเป็นการที่ชายได้กระทำต่อหญิงอื่น ซึ่งมีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน¹¹⁵

2) ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์กับบุคคลในครอบครัว

ความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ในครอบครัว ของประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 285 ได้บัญญัติรวมถึงกรณีระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกันกับไม่มีสายโลหิตเดียวกัน แต่เป็นบุคคลในครอบครัวเอาไว้ โดยแบ่งเป็นการกระทำของบุพการีต่อผู้สืบสันดาน และผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาลต่อผู้ได้ปกครอง คนเสมือนไร้ความสามารถและคนไร้ความสามารถ

¹¹⁴ จาก *ความผิดทางเพศ : กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา* (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย สุชาดา เหล่าพูลสุข, 2548, มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

¹¹⁵ จาก *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา* (น. 5-6), โดย สุวัฒน์ชัย ใจหาญ, 2534, กรุงเทพฯ: มิตรสยาม.

(1) ระหว่างผู้มีสายโลหิตเดียวกัน

โดยมีการระบุเพียงเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดาน ซึ่งหมายความถึงเพียงการกระทำของบุพการี กระทำต่อผู้สืบสันดานเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงญาติลำดับอื่นด้วย เช่น ปู่ ย่า ตา ยาย ซึ่งในกฎหมายฉบับเก่าได้บัญญัติรวมไว้

(2) ระหว่างผู้ที่ไม่มียสายโลหิตเดียวกัน

มาตรา 285 ได้บัญญัติถึงความผิดทางเพศในกรณีความผิดเช่นเดียวกันเอาไว้แก่ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาลที่ได้กระทำลงต่อผู้ที่อยู่ใต้อำนาจปกครองในความพิทักษ์และในความอนุบาล โดยที่ความเป็นผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ และผู้อนุบาล ต้องชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁶ เป็นที่น่าสังเกตว่าถึงแม้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดต่อกันระหว่างผู้กระทำกับผู้ถูกระทำหรือมีสายเลือดเดียวกันแต่ถูกระทำไม่ได้เป็นบุพการี เช่น อาจเป็น อา น้า ลุง ของผู้ถูกระทำ ซึ่งถ้าบุคคลเหล่านี้มีสถานะเป็นผู้ปกครองผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ของผู้ถูกระทำตามกฎหมาย ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดความสัมพันธ์และความใกล้ชิดซึ่งกันและกันทั้งทางกายภาพและจิตใจ ฉะนั้นความรับผิดชอบตามกฎหมายของบุคคลดังกล่าวจะต้องเพิ่มขึ้น การล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ที่อยู่ใต้อำนาจปกครองในความอนุบาลและในความพิทักษ์ จึงเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรม และกฎหมายอย่างร้ายแรง กฎหมายจึงกำหนดให้รับโทษหนักขึ้นเฉกเช่นกรณีญาติสายโลหิตเดียวกัน

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางเพศของไทย โดยเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งในส่วนของความผิดและอัตราโทษอันจะเห็นได้จากการที่ความผิดฐาน “ข่มขืนถึงชำเรา” “ข่มขืนไม่ถึงชำเรา” และการกระทำอันไม่สมควรทางเพศ โดยที่ยังไม่ถึงขั้นร่วมประเวณีตามพระโอัยการลักษณะฟัวเมีย ได้กลายเป็นความผิดฐานข่มขืน พยายามข่มขืน และอนาจารตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับปัจจุบัน ตามลำดับ ส่วนความผิดฐานมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในครอบครัว ที่แต่เดิมได้มีบทบัญญัติครอบคลุมญาติที่มีสายโลหิตเดียวกัน และไม่มีสายโลหิตเดียวกันเอาไว้¹¹⁷

2.3.5 ประมวลกฎหมายอาญฉบับก่อนมีการแก้ไข พ.ศ. 2550

ความผิดเกี่ยวกับเพศ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ความผิดเกี่ยวกับเพศมาตรา 276 ซึ่งมีลักษณะของการกระทำที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดในลักษณะนี้ คือ การกระทำที่

¹¹⁶ จาก *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 299), โดย หยุต แสงอุทัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹¹⁷ *ความผิดทางเพศ : กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา* (น. 38), เล่มเดิม.

กระทบกระเทือนต่อศีลธรรมในทางเพศของประชาชน ดังนั้นประมวลกฎหมายอาญาจึงต้องบัญญัติเป็นความผิด ซึ่งความผิดในหมวดนี้จะได้อธิบายเรียงมาตราเป็นไปตามลำดับดังนี้¹¹⁸

“ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วย ประการใดใด โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืน ได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคแรก ได้กระทำโดยมิหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง ต้องระวาง โทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต”

1) ความผิดตามวรรคแรก

(1) องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. ข่มขืนกระทำชำเรา
3. หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน
4. โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น

(2) องค์ประกอบภายในเจตนาตามมาตรา 59

2) ความผิดตามวรรคสอง

(1) องค์ประกอบภายนอก

1. ผู้ใด
2. กระทำความผิดตามวรรคแรก
3. โดยมิ หรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง

(2) องค์ประกอบภายในเจตนาตามมาตรา 59

ข้อ 1 ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้ แม้ตามสภาพแห่งการกระทำความผิดผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยตนเองนี้จะมีได้แต่ชายเท่านั้น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าความผิดได้เฉพาะตัวชายเท่านั้น อาจมีผู้อื่นร่วมกระทำความผิดในลักษณะตัวการร่วมได้ และไม่ว่าชายนั้นที่จะเป็นตัวการร่วมหญิงก็เป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดฐานนี้ได้ เพราะกฎหมายบัญญัติเพียง “ผู้ใด

¹¹⁸ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด (น. 305), โดย อัจฉริยา ชูตินันท์, 2557, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ข่มขืนกระทำชำเรา...” หาได้บัญญัติให้ลงโทษแต่เฉพาะชายเท่านั้น ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 ที่ประชุมใหญ่¹¹⁹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2524

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้ร่วมกระทำไม่จำเป็นต้องลงมือกระทำชำเราด้วยกันทุกคน เมื่อปรากฏว่าหญิงได้ร่วมกระทำผิดกับชายผู้ลงมือกระทำชำเรา หญิงก็เป็นตัวการร่วมกับชายฐานข่มขืนกระทำชำเราด้วย

ข้อ 2. การกระทำความผิดฐานนี้ คือ

1) “ข่มขืนใจ” หมายถึง การบังคับจิตใจ คือ กระทำชำเราโดยหญิงไม่สมัครใจ¹²⁰ โดยวิธีหนึ่งวิธีใดดังนี้

(1) โดยขู่เจ็ญด้วยประการใดๆ หมายถึง ทำให้กลัวว่าจะได้รับภัยอันตรายในอนาคต ซึ่งผู้กระทำได้ขู่เจ็ญหญิงโดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อตัวหญิงหรือจะเกิดอันตรายต่อผู้อื่น ซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้นก็ได้อีก เช่น ขู่จะฆ่าบุตรของหญิง และอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สินของหญิงก็ได้ เช่น ขู่จะเอาไฟจุดเผาบ้านเรือนของหญิง¹²¹ เป็นต้น

(2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย¹²² มีความหมายตามมาตรา 1(6) นอกจากนี้ตามกฎหมายอเมริกายังกล่าวไว้ว่า การใช้กำลังนั้นต้องเป็นการใช้กำลังในการข่มขืน การใช้กำลังในการชำเราหาใช่การข่มขืนผู้ถูกกระทำไม่ เพราะมิใช่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) เนื่องจากการชำเราต้องใส่กำลังอยู่ในตัว¹²³

(3) โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หมายถึง การทำให้หญิงจำยอมโดยไม่สมัครใจ เช่น ใ้ยาทำให้มีนเมา หรือทำให้หญิงเมาสุราหมดสติ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่

¹¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2510 (ประชุมใหญ่) ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ความผิดในเรื่องข่มขืนกระทำชำเรา เป็นความผิดที่ร่วมกันกระทำผิดได้โดยผู้ร่วมกระทำความผิดมิต้องเป็นผู้ลงมือกระทำชำเราด้วยกันทุกคน เพียงแต่ชายคนหนึ่งคนใดกระทำชำเรา ผู้ที่ร่วมกระทำความผิดทุกคน ก็มีความผิดฐานเป็นตัวการ ตามมาตรา 83 แล้ว และมาตรา 276 ก็หาได้บัญญัติให้ลงโทษเฉพาะชายเท่านั้นไม่ เพราะกฎหมายบัญญัติ โดยใช้คำว่า “ผู้ใด” เท่านั้น แม้จำเลยที่ 2 จะเป็นหญิงเมื่อฟังได้ว่าสมคบกับจำเลยที่ 1 ร่วมกันกระทำความผิด ศาลก็ลงโทษฐานเป็นตัวการได้

¹²⁰ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 326). เล่มเดิม.

¹²¹ กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (น. 167). เล่มเดิม.

¹²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490 เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาบรรทัดฐานสำหรับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 แม้จำเลยฟ้องไม่ได้กระทำชำเรา แต่ช่วยจับแขนขาให้จำเลยที่ 1 ชำเรา จนเป็นเหตุให้ผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ จึงเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นการกระด้างที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 แล้ว

¹²³ Perkins on Criminal Law, 1957, p. 121

2382/2522¹²⁴ และภาวะที่ไม่สามารถชัดเจนได้นี้ ไม่ได้จำกัดว่าต้องเกิดจากการกระทำของผู้กระทำเท่านั้น แต่ภาวะที่ไม่สามารถชัดเจนได้อาจเกิดจากตัวหญิงเองก็ได้เช่น หญิงป่วยเป็นอัมพาต เป็นต้น

(4) โดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น หมายถึง เป็นการสำคัญผิดในตัวบุคคลไม่ใช่คุณสมบัติของบุคคลนั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 233/2463

หญิงมีสามีนอนหลับ ผู้อื่นกระทำตนให้หญิงเข้าใจว่าเป็นสามีของหญิง แล้วกระทำชำเราหญิงโดยหญิงนั้นไม่รู้ตัว

2) “กระทำชำเรา” หมายถึง การร่วมประเวณีคือ ของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายจะต้องได้ล่วงล้ำเข้าไปในของลับ หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง¹²⁵ จึงจะเป็นความผิดสำเร็จ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเมื่อล่วงล้ำไปแล้วชายจะสำเร็จความใคร่หรือไม่สำคัญ การกระทำชำเราจึงต้องเป็นการกระทำชำเราโดยธรรมชาติ แต่ถ้าเป็นการกระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติ เช่น กระทำทางช่องทวารหนัก ไม่เป็นการกระทำชำเรา หรือถ้าอวัยวะส่วนอื่นที่ไม่ใช่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำชำเราเช่นกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 839/2538 ใช้นิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย แล้วจำเลยสำเร็จความใคร่ด้วยตัวเองไม่ใช่พยายามกระทำชำเรา แต่เป็นการกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายเท่านั้น

ข้อ 3. ผู้ถูกกระทำในความผิดฐานนี้คือ

1) ต้องเป็นหญิงโดยกำเนิด¹²⁶ ฉะนั้นการกระทำระหว่างหญิงกับหญิง หรือชายกับชาย หรือชายกับชายที่แปลงเพศเป็นหญิงไม่มีความผิดตามมาตรานี้

2) หญิงนั้นต้องมีภรรยาของชาย หมายถึง ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นถ้าชายผู้กระทำเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ถูกกระทำ ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรานี้

3) หญิงต้องไม่ยินยอม

4) ต้องเป็นหญิงที่มีชีวิตอยู่ในขณะกระทำไม่ใช่ศพ

ข้อ 4. การกระทำชำเราสำเร็จบริบูรณ์เมื่ออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงไม่ว่าจะเล็กน้อยเท่าใด ฉะนั้นการที่ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่สำคัญ¹²⁷

¹²⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2382/2522 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กระทำชำเราหญิงขณะเมาสุราหมดสติอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถชัดเจนได้ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 276.

¹²⁵ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 326). เล่มเดิม.

¹²⁶ กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (น 718). เล่มเดิม.

¹²⁷ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 327). เล่มเดิม.

ข้อ 5. องค์ประกอบภายในคือ เจตนาตามมาตรา 59 วรรค 3 และวรรค 2 กล่าวคือ ผู้กระทำได้รู้ว่าหญิงนั้นไม่ใช่ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน และผู้กระทำได้การสอดใส่ อวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยฝ่าฝืนความสมัครใจของหญิง

ข้อ 6. มาตรา 276 วรรคสอง เป็นเหตุฉกรรจ์คือ เป็นเหตุเพิ่มโทษที่ทำให้ผู้กระทำได้ รับโทษหนักขึ้น ถ้าปรากฏว่า

(1) ผู้กระทำให้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด

(2) โดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง¹²⁸ คำว่า “โทรมหญิง” หมายถึง การรุมข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้ลงมือกระทำได้ต้องเป็นชายอย่างน้อย 2 คน กระทำชำเรา ผลัดเปลี่ยน หมุนเวียนคนละครั้ง

ข้อ 7. ความผิดตามมาตรา 276 แยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) ผู้กระทำความผิดคนเดียว ลงมือกระทำชำเราหญิงหลายคนเป็นการกระทำต่างกรรม ไม่เป็นการโทรมหญิง ตามวรรคสอง แต่ผิดตามวรรคแรก

(2) มีคนหลายคนจับหญิงไว้แต่มีผู้กระทำชำเราเพียงคนเดียวถือว่าทุกคนเป็นตัวการ แม้ผู้ร่วมกระทำจะไม่ได้กระทำชำเราหญิงนั้น หรือผู้ร่วมกระทำเป็นหญิง ซึ่งโดยสภาพหญิง ไม่สามารถกระทำชำเราได้ด้วยตนเอง ผู้ร่วมกระทำความผิดทุกคนย่อมมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำชำเราแต่ไม่มีลักษณะเป็นการโทรมหญิง

(3) การโทรมหญิง ผู้ลงมือกระทำชำเราต้องเป็นชาย ซึ่งมีจำนวนตั้งแต่ 2 คน และต้อง ผลัดเปลี่ยนกันกระทำชำเราคนละครั้ง¹²⁹ ถ้าผู้กระทำคนหนึ่งลงมือกระทำการข่มขืนกระทำชำเรา แล้วแม้ผู้กระทำอีกคนหนึ่งจะลงมือกระทำเพียงชั้นพยายาม ก็เป็นการกระทำอันเป็นการโทรมหญิง แล้ว¹³⁰

(4) เมื่อได้ร่วมข่มขืนกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง โดยมีการผลัดเปลี่ยนกระทำชำเราโดยชายตั้งแต่ 2 คน แม้ยังมีพวกที่ร่วมกระทำด้วยกันจะมีได้กระทำชำเราเพียงแต่ ช่วยจับแขน ขา ผู้เสียหายให้พรรคพวกข่มขืนกระทำชำเรา ถือว่าเป็นตัวการร่วมกระทำชำเราอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิง¹³¹

¹²⁸ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 คำว่า “โทรมหญิง” หมายถึง รุมกันข่มขืนหญิง ในทางประเวณี

¹²⁹ กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1 (น. 762-727). เล่มเดิม.

¹³⁰ คำบรรยายกฎหมายอาญา, มาตรา 276 (น. 109-110), โดย สถิต ไพเราะ, 2555, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา.

¹³¹ จาก “ข้อสังเกตจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องโทรมหญิง.” โดย ฤทัย หงส์ศิริ, 2521, วารสารอัยการ, น. 3.

(5) การกระทำชำเราโดยชายตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป หากมีพฤติการณ์แสดงว่าผู้กระทำชำเราแต่ละคนกระทำชำเราตามลำพังตนเอง มิได้คบคิดกันมาก่อนว่าจะร่วมกันกระทำชำเรา ผู้กระทำแต่ละคนมีความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก เท่านั้น

(6) ในกรณีที่ผู้เสียหายถูกกระทำชำเราโดยชาย 2 คน ผลัดกันกระทำชำเรา โดยชาย 2 คน แต่ชายคนที่ 1 กระทำชำเราโดยผู้เสียหายยินยอม ซึ่งไม่ผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำของชายคนที่ 2 ไม่เข้าลักษณะเป็นการโทรมหญิง แม้การกระทำของชายที่ 2 จะได้รับการสนับสนุนจากชายคนที่ 1 ก็ตาม สำหรับชายคนที่ 1 คงมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนชายคนที่ 2 ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ประกอบมาตรา 86 ส่วนชายคนที่ 2 มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้เสียหายตามมาตรา 276¹³²

2.4 ขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276

2.4.1 คุณธรรมทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเรา

การบัญญัติความผิดฐานต่างๆ ตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นการรวบรวมเอาพื้นฐานพฤติกรรม ความประพฤติ และการปฏิบัติของการอยู่ร่วมกันในสังคมมาบัญญัติเป็นระเบียบแบบแผนให้คนในสังคมให้ยึดถือปฏิบัติต่อกัน เพื่อรักษาความสงบในสังคม โดยการบัญญัติความผิดอาญาฐานต่าง ๆ นั้น จะมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองแฝงอยู่ อันเป็นสภาพที่กฎหมายต้องการคุ้มครองการถูกล่วงละเมิด เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” ซึ่งเป็นพื้นฐานในทางความคิด ไม่ว่าผู้บัญญัติจะได้คำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายก่อนการบัญญัติหรือไม่ เพราะความผิดอาญาจาก “ปทัสถาน”¹³³ (Norm) และ “ปทัสถาน” มาจาก “คุณธรรมทางกฎหมาย”¹³⁴ คุณธรรมทางกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการคุ้มครองสิ่งที่เป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่สำคัญนั้น โดยกฎหมายอาญา¹³⁵

กฎหมายเป็นข้อบังคับของรัฐ ที่กำหนดความประพฤติภายนอกของมนุษย์ซึ่งแสดงออกมาในรูปแบบของการกระทำที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำหรือการละเว้นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำ เพื่อดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ผู้ฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้าย

¹³² คำบรรยายกฎหมายอาญา, มาตรา 276 (น. 110).

¹³³ ปทัสถาน หมายถึง แบบแผนสำหรับยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ, เหตุที่ตั้งเป็นเครื่องถึง, เหตุอันใกล้ที่สุด, บรรทัดฐาน (พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542).

¹³⁴ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 129-130). เล่มเดิม.

¹³⁵ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ศึกษาเปรียบเทียบความผิดข่มขืนกระทำชำเราทำกับกระทำอนาจาร (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต), โดย สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หรืออุกตโทษ โดยรัฐเป็นผู้กำหนดสภาพบังคับ ดังนั้น ความผิดอาญาแต่ละฐานจึงถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งอาจมีอันเดียวหรือหลายอัน จากการทำอันตรายหรือก่ออันตรายก่อกรรมของการกระทำที่บัพัญญติของกฎหมายอาญาต้องการจะคุ้มครองให้เกิดความมั่นคง ซึ่งเป็นการก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาหรือผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้น¹³⁶

กฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย โดยการหาทางระงับยับยั้งเจตจำนงของมนุษย์ผู้อยู่ใต้กฎหมายทุกคนให้ประพฤติปฏิบัติทำนองเดียวกัน ไม่ให้มีการละเมิดกฎหมายอาญา ความผิดอาญาจึงเป็นทั้งการทำร้ายคุณธรรมทางกฎหมายและกระทำผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน การที่คุณธรรมทางกฎหมายของบุคคลใดถูกล่วงละเมิด บุคคลนั้นจะเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหาย ฉะนั้น ผู้เสียหายจึงหมายถึงความรวมถึง บุคคลที่คุณธรรมทางกฎหมายของเขาถูกล่วงละเมิดจากการกระทำความผิดอาญา¹³⁷ ด้วย

คุณธรรมทางกฎหมาย จึงเป็นแนวความคิดหนึ่งในทางกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ซึ่งสามารถใช้เป็นเครื่องช่วยการตีความกฎหมายให้ถูกต้องและชัดเจนขึ้นช่วยในการแบ่งแยกจัดหมวดหมู่ประเภทของความผิดเพื่อการศึกษา ช่วยในการวินิจฉัยปัญหาเรื่องผู้เสียหายในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และช่วยในการวินิจฉัยปัญหาความยินยอมของผู้เสียหายกล่าวคือ

1) ความหมายของคุณธรรมทางกฎหมาย

คุณธรรมตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 หมายถึง สภาพคุณงามความดี ส่วนกฎหมาย หมายถึง กฎที่สถาบันหรือผู้มีอำนาจสูงสุดในรัฐตราขึ้นหรือที่เกิดขึ้นจากจารีตประเพณีอันเป็นที่ยอมรับนับถือ เพื่อใช้ในการบริหารประเทศ ใช้บังคับบุคคลให้ปฏิบัติตามหรือเพื่อกำหนดระเบียบแห่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือระหว่างบุคคลกับรัฐ

ในทางนิติศาสตร์ คุณธรรมทางกฎหมายเป็นสิ่งที่แฝงอยู่ในตัวบทกฎหมายทุกมาตรา ซึ่งสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาว่ากฎหมายในฐานความผิดนั้นๆ บัญญัติขึ้นมาเพื่อมุ่งคุ้มครองสิ่งใด โดยตามคำรากกฎหมายเยอรมันกล่าวว่า คุณธรรมทางกฎหมายเป็นผลผลิตของทฤษฎีกฎหมายอาญาในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีกฎหมายอาญาในขณะนั้นกล่าวว่ากฎหมายอาญาตั้งอยู่บนหลักการคุ้มครองสิทธิสมบัติทั้งหลาย ทั้งที่เป็นทรัพย์สินสมบัติและสมบัติอื่นๆ ของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอาญา โดยเห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณากัน

¹³⁶ จาก “คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา,” โดย คณิต ฅ นคร, (2523). *วารสารอัยการ*, 3(1), น. 57-58.

¹³⁷ จาก “ผู้เสียหายในคดีอาญา.,” โดย คณิต ฅ นคร, (2521), *วารสารอัยการ* 1(1). น. 48-51.

เฉพาะในกรณีที่คุณเป็นผู้เป็นเจ้าของสมบัติสามารถสละสมบัตินั้นได้เท่านั้น สมบัติที่สละได้ เช่น กรรมสิทธิ์ ความปลอดภัยของร่างกาย เสรีภาพ เป็นต้น เกี่ยวกับความหมายของคุณธรรมทางกฎหมายในตำราเยอรมันยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าคุณธรรมทางกฎหมายหมายความว่าอะไร โดยนักตำราส่วนหนึ่งเห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง Welzel เห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมาย คือ สภาวะที่พึงปรารถนาในทางสังคมที่กฎหมายต้องการจะประกันจากการล่วงละเมิด แต่ Rudolf และ Otto เห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมาย คือ ความสัมพันธ์เฉพาะที่แท้จริงของบุคคลที่มีต่อกฎหมายรับรอง¹³⁸

“คุณธรรมทางกฎหมาย” แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เช่น ชีวิต ความปลอดภัยของร่างกาย กรรมสิทธิ์ และ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนรวม” เช่น “ความปลอดภัยในการจราจร” ในความคิดตามกฎหมายว่าด้วยการจราจร “ความมั่นคงเชื่อถือ และการชำระหนี้ได้ของเงินตรา” ในความคิดเกี่ยวกับเงินตรา¹³⁹ “ความคงอยู่ของดินแดนหรือความเป็นเอกภาพของดินแดน” ในความคิดฐานกบฏดินแดน¹⁴⁰ เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับ “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคลโดยแท้” เช่น เกียรติ ความปลอดภัยของร่างกาย แต่การแบ่งแยกต้อออกไปนี้เป็นเพียงการพยายามแยกแยะให้เห็นความเด่นชัดที่อาจมีประโยชน์ในทางวิชาการบ้างเท่านั้น เช่น ในการบัญญัติ “ความคิดอันยอมความได้” เป็นต้น

โดยทั่วไป “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” เป็น “คุณธรรมทางกฎหมาย” ที่ผู้เป็นเจ้าของสามารถสละความคุ้มครองได้ แต่สำหรับ “ชีวิตมนุษย์” นั้น แม้จะเป็น “คุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล” แต่ผู้เป็นเจ้าของก็ไม่อาจสละความคุ้มครองได้¹⁴¹

คุณธรรมทางกฎหมายบางอย่าง เช่น ชีวิตมนุษย์ แม้จะเป็นคุณธรรมทางกฎหมายที่เป็นส่วนบุคคล แต่ก็ไม่สามารถสละได้ เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายเป็นประโยชน์ที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง คุณธรรมทางกฎหมายในความคิดฐานต่างๆ จึงเป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายอาญา โดยคำนึงถึงคุณธรรมทางกฎหมายของบทบัญญัติต่างๆ จะทำให้เกิดความแน่นอนในการวินิจฉัย¹⁴² ดร.คณิต ฒ นคร ได้ให้คำจำกัดความหรือความหมายของคำว่า คุณธรรมทางกฎหมายไว้ว่า “คุณธรรมทางกฎหมาย” หมายถึง สิ่งที่ไม่ได้เป็นรูปธรรมที่สามารถจับต้องได้โดยใช้ประสาทสัมผัสทั้งห้า แต่เป็นสิ่งที่ปรากฏในทางความคิดหรือเป็นสิ่งที่ป็นนามธรรม โดยเฉพาะสิ่งที่เป็น “ประโยชน์”

¹³⁸ แหล่งเดิม.

¹³⁹ กฎหมายอาญาภาคความคิด (น. 476-510). เล่มเดิม.

¹⁴⁰ แหล่งเดิม.

¹⁴¹ กฎหมายอาญาภาคความคิด (น. 85). เล่มเดิม. และคูฎีกาที่ 59/2502.

¹⁴² หลักกฎหมายอาญา (น. 30). เล่มเดิม.

(Interest) หรือเป็นสิ่งที่เรียกว่า “คุณค่า” (Value) ของการอยู่ร่วมกันที่กฎหมายคุ้มครอง ดังนั้น ในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม มนุษย์ทุกคนจะต้องเคารพและไม่ละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกัน เนื่องจากการละเมิดประโยชน์หรือคุณค่าของการอยู่ร่วมกันจะเป็นการละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมาย

2) คุณธรรมทางกฎหมายในความคิดเกี่ยวกับเพศ

การบัญญัติความคิดเกี่ยวกับเพศฐานต่างๆ จำเป็นต้องมีสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองหรือคุณธรรมทางกฎหมายแฝงอยู่ ไม่ว่าจะเป็นฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานกระทำอนาจารก็ตาม โดยกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองมิให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นทั้งต่อสังคมส่วนร่วมและคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้ที่จะได้รับความเสียหายหรือผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นการคุ้มครองส่วนตัว การศึกษาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความคิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารจะทำให้เกิดความเข้าใจในการตีความและวินิจฉัยความคิดเพิ่มมากขึ้น โดยแต่ละฐานมีสิ่งที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง ซึ่งมีคุณธรรมทางกฎหมาย ดังนี้

(1) ขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรม

คนไทยมีวัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีเป็นของตนเอง ซึ่งยึดถือปฏิบัติสืบทอดมาจากบรรพบุรุษ โดยขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของไทยในเรื่องเกี่ยวกับการล่วงเกินทางเพศมีพื้นฐานมาจากหลักคำสอนทางพุทธศาสนา โดยการข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นถือว่าเป็นการกระทำผิดข้อห้ามในทางพุทธศาสนา ตามศีลข้อ 3 ที่ว่า¹⁴³ “กาเม สุมิจจา จารา เวรมณี สิกขา ปหิ” อันมีความหมายว่า “ไม่กระทำผิดในการหมายถึงดเว้นจากการล่วงเกินบุตรภรรยาผู้อื่น”

การคุ้มครองขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นสิ่งจำเป็นในการที่มนุษย์จะอยู่รวมกันในบ้านเมืองโดยสงบสุข เนื่องจากการฝ่าฝืนขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมเป็นการทำลายแบบอย่างความประพฤติที่ดีที่ปฏิบัติสืบทอดกันมาในสังคม ดังนั้นถ้าทุกๆ คนปฏิบัติต่อกันอย่างไรก็ได้โดยถือว่าไม่เป็นการผิดขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมแล้วจะก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองได้ การที่มีผู้ใดมากระทำการข่มขืนกระทำชำเรา โดยผู้ถูกกระทำมิได้ยินยอม ถือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อขนบธรรมเนียมประเพณีและศีลธรรมของคนในสังคมจึงเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครอง

¹⁴³ พจนานุกรมพุทธศาสตร์. ฉบับประมวลธรรม พิมพ์ครั้งที่ 12 พ.ศ. 2546. สืบค้น 20 สิงหาคม 2557, จาก http://84000.org/tipitaka/dic/d_item.php?i=238.

(2) เสรีภาพทางเพศ

สังคมไทยมีค่านิยมว่า การกระทำชำเราเป็นสิ่งที่น่าละอายต้องกระทำในที่มืดซิด ไม่สมควรที่จะกระทำอย่างเปิดเผยในสถานที่สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการล่วงประเวณีในปัจจุบัน สังคมไทยยังคงมีค่านิยมว่า ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วไม่ว่าจะโดยสมัครใจหรือไม่ก็ตาม จะทำให้คุณค่ารวมถึงความยอมรับนับถือในสังคมของหญิงนั้นลดลง ประกอบกับในปัจจุบันการทำกิจกรรมทางเพศโดยไม่มีการป้องกันอาจทำให้เกิดการติดโรคทางเพศสัมพันธ์ ซึ่งนอกจากจะสร้างความเสียหายต่อสังคมแล้วยังอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของหญิงนั้นได้ สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยที่บุคคลต้องนำมาพิจารณาในการที่จะตัดสินใจยินยอมให้ผู้ใดมากระทำการกิจกรรมทางเพศกับตน เนื่องจากบุคคลนั้นอาจต้องยอมรับผลร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นตามมา ดังนั้นจึงเป็นการสมควรที่กฎหมายจะต้องคุ้มครองให้บุคคลทุกคนในสังคมมีเสรีภาพที่จะกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศของตนได้เอง

(3) ความบริสุทธิ์ในทางเพศ

ผู้หญิงที่ผ่านการร่วมประเวณีมาแล้วจะถูกสังคมมองว่าสูญเสียความบริสุทธิ์ในทางเพศแล้ว เนื่องจากสังคมไทยมีค่านิยมว่า ผู้หญิงก่อนแต่งงานจะต้องไม่สูญเสียความบริสุทธิ์หรือพรหมจรรย์ให้กับชายอื่นนอกจากผู้ที่จะเป็นสามีของตนเอง หากหญิงผู้นั้นสูญเสียความบริสุทธิ์ไปแล้ว ก็จะถูกสังคมมองว่าเป็นผู้ที่มีมลทินติดตัว แม้แต่ตัวผู้หญิงเองก็รู้สึกว่ามีตราบาปติดตัวไปจนตลอดชีวิต ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้การร่วมประเวณีที่หญิงผู้ถูกกระทำมิได้ให้ความยินยอมเป็นความผิด เนื่องจากผู้กระทำความผิดได้ทำให้หญิงผู้นั้นต้องสูญเสียความบริสุทธิ์ไปโดยไม่ยินยอม ทำให้หญิงอาจถูกสังคมรังเกียจและมีตราบาปติดตัวไปตลอดชีวิต

(4) ความเท่าเทียมกันในทางเพศ

การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา กฎหมายมิได้จำกัดว่าผู้กระทำหรือผู้ถูกกระทำต้องเป็นเพศหรือวัยใด อาจเป็นชายหรือหญิง หญิงแปลงเพศหรือชายแปลงเพศหรืออาจเป็นสามีภริยากันก็ได้ เนื่องจากการกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำ หรือเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำ จึงทำให้ทุกคนสามารถเป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้เท่าเทียมกันหมด และในขณะเดียวกันทุกคนก็สามารถเป็นผู้ถูกกระทำชำเราได้ ดังนั้น การบัญญัติให้บุคคลทุกเพศและทุกวัยสามารถเป็นได้ทั้งผู้เสียและผู้กระทำเช่นเดียวกัน เป็นการแสดงให้เห็นว่าบุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางเพศ

(5) การกระทำชำเราตามธรรมชาติ

การกระทำชำเราตามธรรมชาติ คือการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงโดยใช้อวัยวะเพศชายสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหญิง แต่ในปัจจุบันรูปแบบการกระทำทางเพศได้เปลี่ยนแปลง

ไปโดยมิได้จำกัดอยู่แค่การชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น แต่ยังมีการกระทำที่ผิดธรรมชาติเกิดขึ้น หลากหลายรูปแบบ เช่น การใช้วียวะเพศชายเทียมกระทำกับวียวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปาก เป็นต้น ซึ่งจำแนกได้เป็นหลายประเภท เช่น รักร่วมเพศ ลักเพศ การมีความต้องการทางเพศกับเด็ก การมีความต้องการทางเพศกับสัตว์ การมีความสุขทางเพศกับส่วนของร่างกายหรือวัตถุ การมีความสุขทางเพศจากการทำให้ผู้อื่นได้รับความเจ็บปวด การชอบอวดวียวะเพศ เป็นต้น¹⁴⁴ ในบางครั้งสังคมจะเรียกพวกที่มีรสนิยมทางเพศแบบแปลกๆ ว่าเป็นพวกกามวิปริต¹⁴⁵

เมื่อพฤติกรรมหรือลักษณะของกิจกรรมทางเพศของบุคคลในสังคมปัจจุบันมิได้จำกัดอยู่แค่การกระทำชำเราตามธรรมชาติ กฎหมายอาญา มาตรา 276 จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายขอบเขตความหมายหรือนิยามของการกระทำชำเราให้กว้างมากขึ้น โดยกฎหมายพิจารณาว่าการกระทำชำเราตามธรรมชาตินั้นมีความเหมาะสมกับสรีระร่างกายของมนุษย์ แม้ว่าผู้ถูกกระทำชำเราตามธรรมชาติจะไม่ให้ความยินยอมในการกระทำแต่อันตรายที่เกิดจากการชำเราตามธรรมชาติอาจน้อยกว่าการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ

เนื่องจากการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ เช่น การใช้วัตถุอื่นใดหรืออวัยวะส่วนอื่นของร่างกายนอกจากอวัยวะเพศ กระทำต่อผู้เสียหายอาจจะไม่เหมาะสมกับสรีระร่างกายของมนุษย์ นอกจากนั้นโดยสภาพของวัตถุที่ใช้กระทำอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อร่างกายมนุษย์ได้มากกว่าการกระทำตามธรรมชาติ เช่น วัตถุที่ใช้อาจมีความแหลมคม หรือมีขนาดใหญ่เกินไปทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของผู้กระทำได้ ดังนั้น กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองมิให้มีการกระทำชำเราโดยผิดธรรมชาติ เนื่องจากผู้ถูกกระทำอาจได้รับความเสียหายทางร่างกายหรือจิตใจ หรือทั้งสองทางอย่างรุนแรง ประกอบกับสังคมที่มีการล่วงละเมิดทางเพศที่ผิดธรรมชาติเกิดขึ้นมักจะถูกดูแลและไม่เป็นที่ยอมรับจากอารยประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่เคร่งครัดในการแสดงออกทางเพศ

(6) ความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศ และสภาพจิตใจของผู้ถูกกระทำ

การข่มขืนกระทำชำเราเป็นการกระทำความผิดทางเพศที่มีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ถูกกระทำ ซึ่งเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกระทำอย่างร้ายแรง หรืออาจเกิดความรุนแรงขึ้นด้วย กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ที่กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องรับโทษหนักมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศฐานอื่นเนื่องจากในปัจจุบันการกระทำที่

¹⁴⁴ จาก การกระทำความผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีการร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย อรประภา สาควาสิ, 2539, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁴⁵ “กามวิปริต” หมายถึง ความต้องการทางเพศที่ตื่นเต็น แปลกแหวกแนวไม่เหมือนคนทั่วไป ความต้องการทางเพศหรือพฤติกรรมทางเพศดังกล่าว โดยทั่วไปแล้วจะมีความสัมพันธ์กับสิ่งเร้าทางเพศที่เป็นวัตถุหรือส่วนของร่างกาย

มีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของบุคคลอื่นอาจทำให้ผู้ถูกระงับได้รับความอับอาย เสื่อมเสีย ชื่อเสียง เกียรติยศ และได้รับอันตรายต่อร่างกายอาจถึงแก่ชีวิตจากการติดโรคทางเพศสัมพันธ์ หรือ การตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งจะก่อให้เกิดภาระต่อผู้ถูกระงับในระยะยาว นอกจากนี้การ ข่มขืนกระทำชำเราซึ่งส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้ถูกระงับอย่างร้ายแรง ให้ผู้ถูกระงับอับอายถูก ผู้คนในสังคมดูถูกรังเกียจเดียดฉันท์ ซึ่งบางคนอาจได้รับความกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงจนถึง ขันเสียดสี กฎหมายจึงมุ่งคุ้มครองมิให้ผู้ถูกระงับต้องหวาดกลัวว่าตนจะได้รับความเสียหายจาก การถูกข่มขืนกระทำชำเรา

(7) สถาบันครอบครัว

การร่วมเพศเป็นกิจการอย่างหนึ่งของครอบครัวประกอบไปด้วยสามีภริยาและบุตร การ จะอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวได้นั้น ต้องมีความรักความเข้าใจกันภายในครอบครัว ซึ่งตามประเพณี และตามธรรมชาติผู้ที่จะเป็นสามีภริยากันได้ต้องเกิดจากการที่ทั้งสองฝ่ายตกลงใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน รวมถึงการยินยอมให้อีกฝ่ายร่วมประเวณีด้วย แต่ถ้าเมื่อใดฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ต้องการมีเพศสัมพันธ์ แล้วอีกฝ่ายใช้กำลังบังคับ ชูเชื้อ หรือหลอกลวงให้ร่วมประเวณี ย่อมก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรง การบัญญัติเพิ่มเติมความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ที่มีการแก้ไข พ.ศ. 2550 หากมี การใช้ความรุนแรงกระทำชำเราคู่สมรสโดยบังคับขืนใจคู่สมรสอีกฝ่ายให้ร่วมประเวณี โดยที่อีก ฝ่ายไม่ยินยอมนั้น ไม่สามารถดำเนินการได้อีกผู้ที่มีความผิดดังกล่าวจำเป็นต้องคิดไตร่ตรองอีกครั้ง เพราะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาได้เช่นกัน¹⁴⁶

2.4.2 ขอบเขตของ “กระทำชำเรา”

การ “กระทำชำเรา” ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่นี้ได้ขยายความหมายไปจากกฎหมาย เดิมอย่างมากมาย โดยแต่เดิมหมายถึง การที่ชายนำอวัยวะเพศชาย “ล่วงล้ำ” เข้าไปในช่องสังวาส หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน (ฎีกาที่ 1048/2518) แต่ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ การ “กระทำชำเรา” มีความหมายกว้างขวางกว่านั้นมาก ในหลายรูปแบบดังนี้

(1) ในแง่ของ “ผู้กระทำ” และ “ผู้ถูกระงับ”

“ผู้กระทำคือผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร และสามีหญิง ก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วย” และ “ผู้ถูกระงับ” คือ ผู้อื่นซึ่งเป็นหญิงและอาจเป็นภริยาของผู้กระทำ ก็ได้¹⁴⁷ จะเป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศกันก็ได้ และอาจจะเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ดังนั้น ชายกระทำ

¹⁴⁶ ความผิดเกี่ยวกับเพศ ศึกษาเปรียบเทียบความผิดข่มขืนกระทำชำเรากับกระทำอนาจาร (น. 10). เล่มเดิม.

¹⁴⁷ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416-417). เล่มเดิม.

ต่อหญิง หรือชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อหญิงซึ่ง เป็นภริยาก็ได้ หรือหญิงกระทำต่อชายซึ่งเป็นสามีก็ได้

(2) ในแง่ของ “การกระทำ”

การกระทำไม่จำเป็นต้องมีการ “ล่วงล้ำ” (หรือ “สอดใส่”) ก็ได้ เพราะมาตรา 276 วรรคสอง ใช้คำว่า “กระทำกับ” ดังนั้น หากชายใช้อวัยวะเพศของตน “ดูโล” อยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอก ยังไม่ทันได้ “ล่วงล้ำ” เข้าไป ก็เป็นการ “กระทำชำเรา” อันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการ “ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ...ของผู้อื่น” ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามกฎหมายเดิมถือว่าเป็นเพียงพยายามกระทำชำเราเท่านั้น (ฎีกาที่ 874/2491) เช่นเดียวกัน ฎีกาที่ 1218/2530 ก็วินิจฉัยว่า การที่ชายใช้อวัยวะเพศดันไปตรงอวัยวะเพศของหญิงเพียงครั้งเดียว เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามมาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขใหม่ อาจถือว่าการกระทำเช่นนี้ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศชาย “กระทำกับ” อวัยวะเพศหญิง “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” ข้อสังเกต เมื่อถือว่าเป็นความผิดสำเร็จ การที่ชายไม่กระทำซ้ำต่อไปเพื่อให้สำเร็จความใคร่ “ยับยั้ง” ตามมาตรา 82 ได้เลย (หมายเหตุ ฎีกาที่ 1218/2530 ถือว่าการที่ชายไม่กระทำต่อไปเป็นการ “ยับยั้ง” ตามมาตรา 82 เพราะการกระทำของชายเป็นเพียงพยายามข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตรา 277 (เดิม) บรรทัดฐานของฎีกาที่ 1218/2530 ในเรื่องการ “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา” และการ “ยับยั้ง” (ตามมาตรา 82) คงจะใช้ต่อไปอีกไม่ได้แล้ว)¹⁴⁸

(3) อวัยวะของผู้ถูกระทำ

ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเสมอไป ดังนั้น หากชายนำอวัยวะเพศของตน “ล่วงล้ำ” เข้าไปในทวารหนักของหญิง ก็เป็นการกระทำชำเราแล้ว ซึ่งแต่เดิมไม่ถือเช่นนั้น โดยถือว่าเป็นเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น (ฎีกาที่ 1048/2518) นอกจากนั้น ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ หากชายใช้อวัยวะเพศของตน “ดูโล” กับ “ทวารหนัก” หรือ “ช่องปาก” ของหญิง หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของชาย ก็เป็นการกระทำชำเรา อันเป็นความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตน “กระทำกับ” ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ทั้งนี้ผู้ถูกระทำอาจจะเป็นชายด้วยกันก็ได้ หรือหญิงอาจจะกระทำการดังกล่าวกับหญิงด้วยกันก็ได้ หรือหญิงกระทำกับชายก็ได้ผู้กระทำอาจใช้ “สิ่งอื่นใด” (นอกจากอวัยวะเพศของตน) “กระทำกับ” อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ดังนั้น หากชายใช้วัตถุใดๆ “สอดใส่” หรือเพียงแต่ “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิง หรือทวารหนักของหญิง ก็เป็นการกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้แล้ว ทั้งนี้ การกระทำความผิดอาจเป็นการ

¹⁴⁸ กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2 (น. 306). เล่มเดิม.

กระทำของชายต่อหญิง ชายต่อชาย หญิงต่อหญิง หรือหญิงต่อชายก็ได้ ผู้กระทำอาจเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ข้อสังเกต หากใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “ช่องปาก” แม้จะเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็ไม่ใช่การ “กระทำชำเรา” ตามวรรคสอง ดังนั้น หากมีการใช้อวัยวะเพศเทียมสอดใส่ใน “ช่องปาก” ของผู้ถูกระทำ แม้จะเพื่อ “สนองความใคร่ของผู้กระทำ” ก็ไม่ใช่การกระทำชำเราตามวรรคสอง เพราะวรรคสองระบุถึงการใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “อวัยวะเพศ” หรือ “ทวารหนัก” ของผู้ถูกระทำเท่านั้น ไม่รวมถึง “ช่องปาก” ด้วย

“สิ่งอื่นใด” อาจหมายถึง มือ หรือ ปาก ของผู้กระทำก็ได้ หรืออาจหมายถึงอวัยวะเพศเทียม ก็ได้ ดังนั้น หากชายใช้มือหรือปาก “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิงหรือทวารหนักของหญิง หรือหญิงใช้วัตถุใดอวัยวะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการ “กระทำชำเรา” ตามกฎหมายปัจจุบันนี้แล้ว ทั้งนี้ ผู้กระทำอาจใช้มือหรือปากของตน “กระทำกับ” อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้ถูกระทำซึ่งเป็นเพศเดียวกันก็ได้¹⁴⁹

ข้อสังเกต การกระทำต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ตามกฎหมายเดิมไม่ถือว่าเป็นการ “กระทำชำเรา” แต่เป็นเพียงการกระทำ “อนาจาร” เท่านั้น แต่ตามกฎหมายปัจจุบันนี้กลายเป็นการ “กระทำชำเรา” ไปหมด อันเป็นการขยายความหมายของการ “กระทำชำเรา” ออกไปอย่างกว้างขวาง

ตัวอย่าง ฎีกาที่ 1839/2538 วินิจฉัยว่า ชายนอนทับหญิงแล้วใช้อวัยวะเพศของชายที่มดอวัยวะเพศของหญิง กบใช้นิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงและชายสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง เช่นนี้ ชายหาได้มีเจตนาดันอวัยวะเพศของชายให้เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง (เด็กอายุ 4 ปีเศษ) ซึ่งมีขนาดเล็กไม่ จึงไม่ได้ว่า ชายพยายามกระทำชำเราหญิง การกระทำจึงเป็นการอนาจารตามมาตรา 279 วรรคแรก ข้อสังเกตข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามมาตรา 277 ที่แก้ไขใหม่ ชายย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยเป็นความผิดสำเร็จด้วย เพราะตรงตามความหมายของการกระทำชำเราโดยเป็นการใช้อวัยวะเพศชาย “กระทำกับ” อวัยวะเพศหญิง และเป็นการใช้ “สิ่งอื่นใด” (นิ้วมือ) “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิง โดยกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของชาย

กฎหมายปัจจุบันนี้ทำให้การกระทำซึ่งแต่เดิมถือว่าเป็น “อนาจาร” กลายมาเป็น “กระทำชำเรา” มากมายหลายกรณี ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ การกระทำอนาจารโดยที่ไม่เป็นการกระทำชำเรา จึงจำกัดแคบลงเหลืออยู่เฉพาะกรณีที่

(ก) ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน “กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำนอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก หรือ

¹⁴⁹ จาก คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาค ความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11), (น. 195-198).

(ข) ผู้กระทำใช้ “สิ่งอื่นใด” (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น “มือ” “ปาก” หรือ “วัตถุอื่นใด” กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกกระทำ นอกจากอวัยวะเพศ หรือทวารหนักอันเป็นการไม่สมควร ในทางเพศเป็นต้น

2.4.3 ขอบเขตความหมายความรับผิดชอบขั้นกระทำชำเรา

ความผิดตามประมวลกฎหมาย มาตรการ 276 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใด ช่มชู้ กระทำชำเราผู้อื่น โดย ชูเชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท” จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายของความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราอยู่ที่มาตรา 276วรรค 2 “การกระทำชำเรา ตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำ เพื่อสนองความใคร่ ของ ผู้กระทำ โดย การใช้อวัยวะเพศ ของ ผู้กระทำ กระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก ของ ผู้อื่น หรือ การใช้ สิ่งอื่นใด กระทำกับ อวัยวะเพศ หรือ ทวารหนัก ของ ผู้อื่น ” ส่วนวรรค 2 และวรรค 3 เป็นบทเพิ่มโทษ เช่น ถ้าการกระทำความตามวรรคแรก ของมาตรา 276 หากได้กระทำโดยมีหรือให้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกัน อันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงและสุดท้าย เป็นเหตุส่วนตัว เช่นถ้าเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤตินั้นการลงโทษก็ได้เป็นไปในทิศทางของการเป็น “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว”¹⁵⁰

1) ข้อความทั่วไป

“ความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราหญิง” คือ ความผิดตามมาตรา 276 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดช่มชู้กระทำชำเราผู้อื่นโดยชูเชิญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย ความผิดฐานช่มชู้กระทำชำเราหญิงโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดฐานนี้ คือ “เสรีภาพในทางเพศ” กล่าวคือเสรีภาพในการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง

ความผิดฐานนี้แม้จะไม่ได้เกี่ยวข้องกับศีลธรรมโดยตรงแต่ก็เป็นความผิดที่มีเรื่องของศีลธรรมรวมอยู่ด้วย

2) การครอบงำประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

¹⁵⁰ กฎหมายอาญาภาคทั่วไป (น. 128-138). เล่มเดิม.

องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเรา หญิงที่มีใจภักดีของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น โดยเจตนาข่มขืนกระทำชำเราหญิง

1) องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น

คำว่า “กระทำชำเราผู้อื่น” กฎหมายเปลี่ยนแปลงความหมายใหม่ แม้ว่าจะไม่ได้ใช้อวัยวะเพศใช้ของเทียมหรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่น เช่น ทางปากหรือทางทวารหนักก็เป็นการชำเราด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่าผู้อื่นนั้น หมายถึงหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย¹⁵¹ ดังนั้นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้ เช่น หญิงใช้วัตถุปลอมอวัยวะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว¹⁵²

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร และสามีหญิงก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วยกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วมกับชายกระทำความผิดฐานนี้ได้¹⁵³ “การกระทำ” คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่าได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมก็ไม่ผิด

“ผู้ถูกกระทำ” คือ ผู้อื่นซึ่งเป็นหญิงและอาจเป็นภริยาของผู้กระทำก็ได้

“หญิง” เป็นเพศของบุคคลตามธรรมชาติตามสภาพที่ถือกำเนิด ฉะนั้น ชายแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่ใช่หญิงในความหมายของความผิดฐานนี้¹⁵⁴

(1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ

คำว่า “ขู่เข็ญ” หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับภัยอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อหญิงนั่นเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้น เช่น ขู่ว่าจะฆ่าบุตรของหญิงก็ได้และอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สิน เช่น ขู่ว่าจะเอาไฟจุดเผาบ้านของหญิง หรือบิดาของหญิงก็ได้¹⁵⁵

¹⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524

¹⁵² คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ (น. 197). เล่มเดิม

¹⁵³ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 416-417). เล่มเดิม.

¹⁵⁴ ฎีกาที่ 157/2524

¹⁵⁵ กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (น. 272). เล่มเดิม.

(2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

“ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคล ไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่ยาทำให้มีเมามา สะกดจิตหรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน¹⁵⁶ นอกจากนี้ตามกฎหมายอเมริกาอ้างกล่าวไว้ว่า การใช้กำลังนั้น ต้องเป็นการใช้กำลังในการข่มขืน การใช้กำลังในการชำเรา หากใช้การข่มขืนผู้ถูกกระทำไม่ เพราะมิใช่เป็นการใช้กำลังประทุษร้ายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6) เนื่องจากการชำเราต้องใช้กำลังอยู่ในตัว¹⁵⁷

(3) โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

คำว่า “ภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้” นี้หมายถึงกรณีดังต่อไปนี้ คือ

(1) ผู้อื่นนั้นปราศจากเจตจำนงโดยสิ้นเชิง เช่น เนื่องจากช็อคหรืออ่อนเพลียจนหมดกำลัง

ยกตัวอย่าง เช่นกรณีที่หญิงเมาสุราหมดสติก็อยู่ในความหมาย “อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้”¹⁵⁸

(2) ผู้อื่นนั้นไม่สามารถจะแสดงเจตจำนงออกมาได้ เช่น เนื่องจากพูดไม่ได้

(3) ผู้อื่นนั้นไม่สามารถที่จะยืนยันเจตจำนงได้ด้วย เช่น เนื่องจากถูกผูกมัด และ

(4) ผู้อื่นนั้นวิกลจริตหรือปัญญาอ่อนด้วยถ้าหญิงนั้นไม่รู้ความหมายของการร่วมประเวณี

(4) โดยผู้อื่นนั้นเข้าใจคิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เช่น ผู้อื่นนั้นเข้าใจว่าเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา

การกระทำชำเราสำเร็จบริบูรณ์เมื่อของลับของชายผู้กระทำล้วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิง ทั้งนี้ไม่ว่าจะเล็กน้อยเท่าใด ฉะนั้น การที่ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่เป็นข้อสาระสำคัญยกตัวอย่าง เช่น จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยเข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องค์กรแล้ว กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมายของมาตรา 277 แล้ว การที่ทางพิชารณาไม่ปรากฏว่ามีน้ำอสุจิของจำเลยออกมาอยู่ที่ของลับของผู้เสียหายหรือที่ของลับของจำเลยนั้น เป็นเรื่องสำเร็จความใคร่แล้วหรือไม่ เป็นอีกส่วนหนึ่ง ไม่เป็นเหตุให้

¹⁵⁶ ดู มาตรา 1 (6).

¹⁵⁷ Perkins on Criminal Law, 1957, p. 121.

¹⁵⁸ ดู ฎีกาที่ 2312/2522

เห็นว่าจำเลยกระทำชำเราไม่สำเร็จหรือไม่เป็นเพียงพยายาม¹⁵⁹ แต่ถ้าผ่านเข้าไปไม่ได้ แม้สุจิตเคลื่อน
เชื้อพรหมจารีขาดครณีก็เป็นการพยายามกระทำผิด¹⁶⁰

2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 59

3) ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีพิเศษ

1) ข้อความทั่วไป

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีพิเศษ คือความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม ซึ่ง
บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด
หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะ
เดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท
หรือจำคุกตลอดชีวิต”

คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut/legal interest) ของความผิดฐานนี้ คือ “เสรีภาพ
ในทางเพศ” สภาพความเป็นกรณีพิเศษเพราะการใช้อาวุธร้ายแรงเป็นเครื่องมือในการกระทำ
ความผิดกรณีหนึ่ง กล่าวคือ การกระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด และอีกกรณีหนึ่งเป็น
การซ้ำเติมความทุกข์ยากให้แก่หญิง กล่าวคือ เป็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง¹⁶¹

2) การครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ

องค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเรา
หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่
ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น และโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุ
ระเบิด หรือโดยร่วมกระทำผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง โดยเจตนาข่มขืน
กระทำชำเราหญิงโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยโทรมหญิง

(1) องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเราโดยขู่เข็ญ
ด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้นั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำ

¹⁵⁹ ดู ฎีกาที่ 1133/2509

¹⁶⁰ ดู ฎีกาที่ 1646/2532

¹⁶¹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 421-422). เล่มเดิม.

ให้ผู้อื่นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น และโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด¹⁶² หรือโดยร่วมกระทำ ความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิง

ผู้กระทำชำเราอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ แต่สำหรับกรณีหลังจะต้องมีผู้กระทำ ตั้งแต่สองคนขึ้นไปเสมอ เพราะ “การ โทรมหญิง” คือ การกระทำต่อหญิงโดยชายหลายคนด้วยกัน¹⁶³ ซึ่งการกระทำนี้แม้กระทำเพียงชั้นพยายามก็เป็นการ โทรมหญิงในความหมายของ กฎหมาย¹⁶⁴ และเมื่อได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยชายสองคนแล้ว คนอื่นๆ ที่ร่วมกระทำผิดที่ยัง ไม่ทันลงมือข่มขืนกระทำชำเราก็ต้องรับผิดฐานเป็นตัวการ โทรมหญิงด้วย¹⁶⁵

แต่ศาลฎีกาวินิจฉัยในคดีหนึ่งว่า “จำเลยที่ 2 เอามือขยำหน้าอกผู้เสียหายในระหว่างที่ พวกของจำเลยที่ 2 คนหนึ่งข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นตัวการร่วมข่มขืน กระทำชำเราผู้เสียหายอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงแล้ว มิใช่จำเลยที่ 2 ต้องลงมือข่มขืนกระทำ ชำเราผู้เสียหายด้วยตนเอง”¹⁶⁶

กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้ การกระทำของจำเลยที่ 2 ย่อมเป็นการลงมือ กระทำความผิดจึงการพยายามกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว เพราะการกระทำ ดังกล่าวเป็นอันตรายโดยตรงต่อเสรีภาพในทางเพศของผู้เสียหาย

¹⁶² กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด.

1) คำพิพากษาฎีกาที่ 891/2521 จำเลยข่มขืนชำเราหญิง โดยพวกของจำเลยมีปืนบังคับไม่ให้คนอื่น ช่วยหญิง จำเลยร่วมกระทำกับพวกที่มีอาวุธปืน จำเลยต้องรับโทษหนักขึ้นตาม ม.276 วรรค 2

2) คำพิพากษาฎีกาที่ 227/2529 แม้จำเลยทั้งสองจะไม่ได้ร่วมข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย อันมี ลักษณะเป็นการ โทรมหญิง เพราะจำเลยที่ 2 ได้ใช้มีดขูจะทำร้าย และได้ข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแต่เพียง ผู้เดียว ส่วนจำเลยที่ 1 ได้ใช้ปืนขู่บังคับผู้เสียหายด้วย ดังนี้ จำเลยทั้งสองก็ยังคงมีความผิดฐานร่วมกันข่มขืนกระทำ ชำเราโดยใช้อาวุธปืนตาม ป.อ. ม.276 วรรคสอง

3) คำพิพากษาฎีกาที่ 3007/2532 จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยใช้มีดจี้ ส่วนพวกของจำเลย ข่มขืนพวกของผู้เสียหาย โดยใช้อาวุธปืนจี้ ดังนี้จำเลยมีความผิดตามมาตรา 276 วรรคสอง (เทียบ ฎ 980/2519 แม้ ผู้ที่ร่วมในการปล้นไม่รู้ว่าเป็นพวกของคนมีอาวุธ ก็เป็นความผิดตามมาตรา 340 วรรคสอง)

4) คำพิพากษาฎีกาที่ 6336/2534 การกระทำผิดตาม ป.อ. มาตรา 276 วรรคแรกกระทำโดยมี อาวุธปืน แต่มิได้ใช้ก็ดี กระทำโดยมีและใช้อาวุธปืนก็ดี ล้วนเป็นความผิดที่ต้องระวางโทษตามวรรคสอง ทั้งสิ้น ดังนั้น แม้จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายโดยมีอาวุธปืน แต่มิได้ใช้อาวุธปืนนั้น จำเลยก็ยังคงมีความผิด ต้องระวางโทษตามที่ ป.อ. มาตรา 276 วรรคสองบัญญัติไว้

¹⁶³ ฎ ฎีกาที่ 1962/254. ฎีกาที่ 663/2539.

¹⁶⁴ ฎ ฎีกาที่ 3051/2525.

¹⁶⁵ ฎ ฎีกาที่ 1403/2521. ฎีกาที่ 2200/2527.

¹⁶⁶ ฎ ฎีกาที่ 1817/2550.

(2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาตามมาตรา 59 กระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยโทรมหึงซึ่ง “เจตนาข่มขืนกระทำชำเราโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยการโทรมหึง” คือ การที่ผู้กระทำมีอาวุธหรือวัตถุระเบิด¹⁶⁷ อาวุธหมายความว่ารวมถึงสิ่งที่ไม่เป็นอาวุธ โดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนา จะใช้ประทุษร้ายร่างกาย อันตรายสาหัสอย่างอาวุธอาวุธคือ อาวุธที่มีกลไกในการยิง เป็นอาวุธโดยสภาพ และเมื่อเป็นอาวุธโดยสภาพแล้ว แม้ไม่สามารถใช้ยิงได้ก็เป็นอาวุธตามความหมายของกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาวัตถุระเบิด คือ วัตถุเคมีเมื่อการทำให้ขยายตัวยอมเกิดระเบิดเมื่อมีการกระทำความผิดดังกล่าว¹⁶⁸ ในทางกฎหมายแล้วอาวุธมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

1) อาวุธโดยสภาพ แม้ไม่อาจทำอันตรายได้ ก็ถือเป็นอาวุธ เช่น ปืนไม่มีกระสุน ก็เป็นอาวุธ แต่ปืนที่ไม่มีช่องกระสุน และไม่มีลูกกระสุน ไม่เป็นอาวุธ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1903/2520 ปืนที่ไม่อาจใช้ยิงทำอันตรายแก่ชีวิตและวัตถุใดเพราะชำรุด ก็เป็นอาวุธปืนตาม พ.ร.บ.อาวุธปืน และเป็นอาวุธโดยสภาพ เป็นความผิดตามมาตรา 371 (คำพิพากษาฎีกา 1459/2523 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน) หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา 1903/2520 คำว่า อาวุธ แสดงอยู่ในตัวว่าต้องใช้ทำอันตรายแก่กายได้ และต้องถึงสาหัสด้วย มิใช่ว่า “อาวุธโดยสภาพ” ทำอันตรายได้ไม่ถึงสาหัส ถือว่าเป็นอาวุธ ส่วนสิ่งอื่นที่ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ ต้องใช้ทำอันตรายถึงสาหัสได้ ก็เป็นอาวุธ

¹⁶⁷ มาตรา 1 (5) “อาวุธ” หมายความว่ารวมถึงสิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธ โดยสภาพแต่ซึ่งได้ใช้หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธมาตรา 1 (5) “อาวุธ” หมายความว่ารวมถึง สิ่งซึ่งไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ซึ่งได้ใช้ หรือเจตนาจะใช้ประทุษร้ายร่างกายถึงอันตรายสาหัสอย่างอาวุธ

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ อธิบายว่า คำว่า อาวุธ แสดงอยู่ในตัวว่าต้องใช้ทำอันตรายแก่กายได้ และต้องถึงสาหัสด้วย ที่ว่าทำอันตรายถึงสาหัสได้อย่างอาวุธ ก็แสดงภาพของอาวุธอยู่ในตัว มิใช่ว่า “อาวุธโดยสภาพ” ทำอันตรายได้ไม่ถึงสาหัส ถือว่าเป็นอาวุธ ส่วนสิ่งอื่นที่ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพต้องใช้ทำอันตรายถึงสาหัสได้ก็เป็นอาวุธ อาวุธปืนตามบทนิยามพระราชบัญญัติอาวุธปืนแสดงว่าต้องยิงได้ คือ ส่งเครื่องกระสุนปืนโดยอำนาจของพลังงาน ไม่ใช่ปืนที่ยิงไม่ได้ เมื่อสิ่งที่เคยเป็นอาวุธปืนยิงได้ และเป็นท่อนเหล็กที่ยิงไม่ได้ทำอันตรายแก่กายไม่ได้ จึงไม่เป็นอาวุธตามมาตรา 371 ที่ว่าส่วนของอาวุธปืนเป็นความผิดนั้น ต้องเป็นส่วนสำคัญที่มีกฎกระทรวงกำหนดไว้ เป็นคนละเรื่องกับคดีนี้ และกลับสนับสนุนว่าสิ่งที่ยิงไม่ได้ ต้องมีกฎกระทรวงกำหนดไว้ จึงเป็นความผิด

¹⁶⁸ จาก กฎหมายอาญา ภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม) (น.425), โดยคดี ณ นคร, 2554, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

2) สิ่งซึ่งไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ ลักษณะการใช้ต้องเทียบได้ดั่งอาวุธ และเฉพาะที่ใช้ทำอันตรายต่อร่างกายได้อย่างอาวุธ

มีดเป็นอาวุธตามกฎหมายหรือไม่ โดยปกติไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเป็นพิเศษ ว่า มีด เป็นอาวุธ ซึ่งแตกต่างกับ อาวุธปืนและ ระเบิด ที่มี พ.ร.บ.อาวุธปืนฯ บัญญัติไว้ชัดเจนจึง ไม่มีกฎหมายกำหนดว่า มีดขนาดใดยาวหรือกว้างเท่าใดที่จะถือว่าเป็นอาวุธแต่โดยทั่วไปแล้วย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่า มีดเป็นอาวุธโดยสภาพ มีอนุภาพทำลายประหัตประหารคนได้แต่มีดเล็กๆ อย่าง มีดคัตเตอร์ กรรไกร และมีดปลูกผลไม้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า มีดคัตเตอร์ กรรไกรและมีดปลูกผลไม้ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ เพราะสร้างมาเพื่อการใช้งานอย่างอื่น ตามนัยยะคำพิพากษาฎีกาที่ 1400/2538 ฎีกาที่ 410/2546 และฎีกาที่ 1844/3536 เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 301/2490 ไม่ตะพดจะเป็นศาสตราวุธตามกฎหมายหรือไม่ อดแล้วแต่ขนาด ซึ่งสามารถจะทำให้ร่างกายแตกหักบอบสลาย ถึงสาหัสได้หรือไม่ ถ้าข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า มีขนาดอย่างไร ก็ฟังว่าเป็นศาสตราวุธไม่ได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2009/2522 จำเลยชักส่วออกมาขู่จะทำร้าย ในการปล้นเป็นการปล้นทรัพย์โดยมีอาวุธติดตัวไปตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 340 วรรค 2

คำพิพากษาฎีกาที่ 4155/2531 “มีดปลูกผลไม้” ที่จำเลยพาติดตัวไปในโรงภาพยนตร์ ไม่ใช่อาวุธโดยสภาพ แต่เมื่อจำเลยได้ใช้มีดดังกล่าวแทงผู้เสียหายจนได้รับบาดเจ็บสาหัส จึงเป็นอาวุธตามมาตรา 371 และเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายอีกกรรมหนึ่ง

คำพิพากษาฎีกาที่ 4280/2531 ในการปล้นทรัพย์คนร้ายใช้กระบองไฟฟ้าเดินทางขนาด 3 ก้อน ที่มีติดตัวไปตีทำร้ายภรรยาผู้เสียหาย จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย เป็นความผิดฐานปล้นทรัพย์โดยมีอาวุธติดตัวไปด้วย ตาม มาตรา 340 วรรคสอง

คำพิพากษาฎีกาที่ 5161/2533 จำเลยใช้ “ลูกกัญแจ” จี้ที่เอวผู้เสียหาย ดึงเอาปากกาเขียนแบบกับดินสอ ซึ่งมีราคาไม่มากนัก มิได้เอาทรัพย์อย่างอื่น ไปด้วย เมื่อผู้เสียหายขอลิ้น จำเลยยอมคืนดินสอโดยดี ส่วนปากกาเขียนแบบ จำเลยบอกให้ไปรับคืนที่โรงเรียน แสดงว่าจำเลยมิได้มีเจตนาลักทรัพย์ของผู้เสียหายจริงจั้ง แต่เห็นได้ว่าเป็นการกระทำด้วยความคึกคะนอง ไม่เป็นความผิดฐานชิงทรัพย์ แต่การที่จำเลยใช้ลูกกัญแจจี้ที่เอวผู้เสียหาย แล้วดึงปากกา กับดินสอ เห็นได้ว่าจำเลยมีเจตนาใช้ลูกกัญแจ ดังกล่าวอย่างอาวุธ และมีเจตนาทำให้ผู้เสียหาย เกิดความเกรงกลัว ไม่กล้าขัดขืน ถือได้ว่าเป็นการข่มขืนใจผู้เสียหาย โดยทำให้เกิดความกลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน จำเลยจึงมีความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพ โดยใช้อาวุธ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1400/2538 (สบญ เน 1) “มีคัตเตอร์” ไม่เป็นอาวุธโดยสภาพ แต่ จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหาย โดยใช้มีดดังกล่าวขู่เจ็ญผู้เสียหาย แสดงว่า จำเลยพามีดดังกล่าว ไปโดยเจตนาจะใช้เป็นอาวุธ จึงมีความผิดฐานพาอาวุธไปในเมือง

3) สิ่งที่ใช้ทำอันตรายได้แต่หากการใช้เทียบไม่ได้อย่างอาวุธ แม้จะใช้ทำอันตรายถึงอันตรายสาหัสได้ ก็ไม่ถือเป็นอาวุธ เช่น ใช้เชือกรัดคอ ใช้ก้อนหินทุบ ใช้รถยนต์ชน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1154/2468 อาวุธปืนไม่มีซองกระสุน ไม่มีลูกกระสุนปืน ไม่เป็นเครื่องประหาร (อาวุธ)

คำพิพากษาฎีกาที่ 927/2519 พลุ่ส่องแสง เป็นสิ่งที่ใช้ให้แสงสว่าง ไม่เป็นอาวุธตามมาตรา 1 (5) แม้พกพาไปที่ใด ก็ไม่เป็นความผิดตาม ม 371

ทั้งนี้ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาตามมาตรา 59 โดยมีเจตนากระทำต่อหญิงนั้นไม่ใช่กริยาของตน หรือเจตนากระทำต่อชายหรือหญิงเจตนากระทำต่อหญิง โดยผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ได้หากมีเจตนา¹⁶⁹ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้กระทำรู้ว่าสิ่งที่ผู้กระทำหรือใช้นั้นเป็นอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด และผู้กระทำความผิดข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น

4) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว

มาตรา 276 วรรคสี่ บัญญัติว่า

“ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงคจะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ในส่วนแรก (ถ้าเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงคจะอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้) เป็นไปในทิศทางของการเป็น “เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว”

2.4.4 ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษา

“ความผิดเกี่ยวกับเพศ” หรือความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานอนาจาร เป็นบทบัญญัติของกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 9 ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกันในลักษณะของความผิด และมักจะก่อให้เกิดความสับสนต่อผู้ที่ศึกษาและผู้ที่ต้องปฏิบัติเมื่อมีการกระทำความผิดนี้

¹⁶⁹ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น.306-307). เล่มเดิม.

เกิดขึ้นในที่นี้จึงขอรวบรวมเอาคำพิพากษาฎีกาสำคัญๆ เพื่อเป็นแนวในการศึกษาและวินิจฉัย กล่าวคือ

สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมให้การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็น ความผิด เนื่องจากมาตรา 276 เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่ง ความแตกต่างในเรื่องเพศ และเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่าง ชายและหญิง โดยการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลและเหตุแห่งความแตกต่างใน เรื่องเพศ กฎหมายฉบับนี้ได้ผ่านการพิจารณาสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2550 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยมีสาระสำคัญที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการข่มขืน กระทำชำเรา ดังนี้

“มาตรา 276 ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลัง ประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตน เป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะ เดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรส และ คู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองประพฤติดแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำ พิพากษาลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

คำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเรา” หมายความว่า “ผู้ลงมือกระทำ” เป็นชายหญิงก็ได้เช่น เป็นการกระทำของชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิงก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ทั้งนี้หากพิจารณา พฤติการณ์ คำว่า กระทำชำเราเปลี่ยนไปการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำ เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ

ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น พิจารณาด้วย มิใช่ เฉพาะอวัยวะเพศ เท่านั้น สิ่งอื่น เช่น แดงกวาง กัลยา มะเขือยาว ก็เป็นกระทำชำเรา และก็มีใช้ เฉพาะกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำผิด เท่านั้นทวารหนักหรือ ปาก ก็เข้าข่ายกระทำชำเราแล้วมิใช่ อนาจาร¹⁷⁰

ข้อสังเกต การกระทำต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น ตามกฎหมายเดิมไม่ถือว่าเป็นการ “กระทำชำเรา” แต่เป็นเพียงการกระทำ “อนาจาร” เท่านั้น แต่ตามกฎหมายปัจจุบันนี้กลายเป็นการ “กระทำชำเรา” ไปหมด อันเป็นการขยายความหมายของการ “กระทำชำเรา” ออกไปอย่างกว้างขวาง¹⁷¹

ตัวอย่าง ฎีกาที่ 1839/2538 วินิจฉัยว่า ชายนอนทับหญิงแล้วใช้อวัยวะเพศของชายที่มดอวัยวะเพศของหญิง กับใช้นิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงและชายสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง เช่นนี้ ชายหาได้มีเจตนาดันอวัยวะเพศของชายให้เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง (เด็กอายุ 4 ปีเศษ) ซึ่งมีขนาดเล็กไม่ จึงไม่ได้ว่า ชายพยายามกระทำชำเราหญิง การกระทำจึงเป็นการอนาจารตาม มาตรา 279 วรรคแรก ข้อสังเกตข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ ชายย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยเป็นความผิดสำเร็จด้วย เพราะตรงตามความหมายของการกระทำชำเราโดยเป็นการใช้อวัยวะเพศชาย “กระทำกับ” อวัยวะเพศหญิง และเป็นการใช้ “สิ่งอื่นใด” (นิ้วมือ) “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิง โดยกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของชาย

¹⁷⁰ กฎหมายอาญาภาคความผิด (น. 306-309). เล่มเดิม.

¹⁷¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2555การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนของอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่ว่าเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด

กฎหมายปัจจุบันนี้ทำให้การกระทำซึ่งแต่เดิมถือว่าเป็น “อนาจาร” ปรากฏคำพิพากษาที่ 2049/2555¹⁷² กลายมาเป็น “กระทำชำเรา” มากมายหลายกรณี ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ การกระทำอนาจารโดยที่ไม่เป็นการกระทำชำเรา จึงจำกัดแคบลงเหลืออยู่เฉพาะกรณีที่

(ก) ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน “กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำนอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก หรือ

(ข) ผู้กระทำใช้ “สิ่งอื่นใด” (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น “มือ” “ปาก” หรือ “วัตถุอื่นใด” กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำ นอกจากอวัยวะเพศ หรือทวารหนักอันเป็นการไม่สมควรในทางเพศ

ข้อสังเกต เนื่องจากการกระทำชำเรา ได้ขยายออกไปอย่างกว้างขวางตามที่กล่าวมาแล้ว ดังนั้น หากผู้กระทำเพียงแต่ใช้ “สิ่งอื่นใด” นอกจากอวัยวะเพศของตน เช่น ใช้ “วัตถุ” (เช่น อวัยวะเพศเทียม) “มือ” หรือ “ปาก” แต่ต้องกับ “อวัยวะเพศ” หรือ “ทวารหนัก” ของผู้ถูกระทำ ก็เป็นการ “กระทำชำเรา” อันเป็น ความผิดสำเร็จโดยไม่ต้องมีการ “สอดใส่” แต่อย่างใด เพราะเป็นการ “กระทำกับ” ตามความหมายของกฎหมายปัจจุบันนี้แล้ว

“เจตนาพิเศษ” เนื่องจากมีการมีการขยายความหมายของ “กระทำชำเรา” ให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ไม่จำกัดเฉพาะการนำอวัยวะเพศชาย “สอดใส่” เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้น มาตรา 276 วรรคสองที่แก้ไขใหม่ จึงกำหนดด้วยว่า การกระทำในรูปแบบต่างๆ นั้น จะเป็นการ “กระทำชำเรา” จะต้องเป็นการกระทำ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” มิใช่เพื่อความสนุกสนาน หรือเพื่อทำร้ายร่างกาย ดังนั้น หากมีการใช้วัตถุใดๆ “กระทำกับ” อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ จะเป็นการ “กระทำชำเรา” ก็ต่อเมื่อ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” เท่านั้น

ข้อสังเกต การกระทำจะเป็นความผิดตามมาตรา 276 ผู้ถูกระทำจะต้องไม่ยินยอม หากยินยอมโดยสมัครใจ การกระทำก็มีโทษการ “ข่มขืน” แม้จะเป็นการ “กระทำชำเรา” ก็ตาม

การ “กระทำชำเรา” ในระหว่างคู่สมรส

¹⁷² คำพิพากษาที่ 2049/2555 การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่สอดจูบ ลูบคลำ แต่ต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรก็เป็นการอนาจารแล้ว ส่วนการกระทำชำเรานั้นเป็นการกระทำถึงขั้นใช้อวัยวะเพศของชายใส่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง การกระทำชำเราจึงรวมถึงการกระทำอนาจารอยู่ในตัว เมื่อจำเลยพราบดีกหญิง อ. ไปเพื่อกระทำชำเราเด็กหญิง อ. การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพราบดีกเพื่อการอนาจาร อันเป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 317 วรรคสาม และเป็นความผิดคนละกรรมกับความผิดฐานกระทำชำเรา

การกระทำในรูปแบบต่างๆ ดังกล่าวนั้น หากเป็นการกระทำในระหว่างคู่สมรส ถ้าคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา มาตรา 276 วรรคสี่ ให้อำนาจศาลที่จะดำเนินการดังนี้

- (1) ลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือ
- (2) ไม่ลงโทษก็ได้ โดยต้องกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติด້วย

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277¹⁷³ หลังปี พ.ศ. 2550 การข่มขืนเป็นผลสำเร็จ นอกจากนี้ยังได้เพิ่มเติมข้อความในวรรคสองของมาตรา 276 และ 277 ที่มีสาระสำคัญกล่าวถึงลักษณะการกระทำชำเราว่ากรณีใดบ้างที่ให้ถือเป็นการกระทำชำเรา ส่วนการตีความว่าการกระทำใดถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ นั่นคือการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเรา ในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่พอสอดใส่อวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด จำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลยเสียดสีถูไถกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แม้โดยมีเจตนาเพื่อ

¹⁷³ มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น....”

สนองความใคร่ของจำเลย แต่เมื่อมิได้มีการสอดใส่เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล้วงล้ำเข้าไปใน อวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยคงเป็น เพียงกระทำอนาจารตาม ป.อ. มาตรา 279 วรรคแรก

ดังนั้นตามมาตรา 277 วรรคสอง ว่าด้วยการกระทำชำเราเด็กยอมความไม่ได้เท่านั้น กฎหมายยัง ให้คำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของ ผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ประเด็นที่น่าสนใจคือ กรณีที่ผู้ชาย (เกย์) บังคับให้ผู้ชายกระทำต่อทวารหนัก (เกย์) เพื่อสนองความใคร่ของผู้บังคับ จะเป็นการกระทำชำเรา หรือไม่ตามนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะเป็นตีความถูกต้องเพราะบนบัญญัติมาตรา 277 วรรค สอง ใช้ คำว่า “กระทำกับ” ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศหรือ ทวารหนักของผู้อื่นของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศ ผู้อื่น¹⁷⁴ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายปัจจุบันถือว่ากระทำผิดสำเร็จแล้ว ถ้าตีความตามกฎหมายปัจจุบันที่ว่า เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็อาจ

¹⁷⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 “จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของ จำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้าง รอบปากช่องคลอด สืบให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะให้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่ เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การ กระทำของจำเลยจึงบังชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หากให้มีเจตนาเพียงแต่กระทำ อนาจารไม่ ป.อ. มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่อ อวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของ ผู้ถูกกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเรา โดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้ สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยาย ความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณี อย่างไรจริงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึง ขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของ ผู้ถูกกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำเช่นกันจำเลยมีเจตนากระทำ ชำเราโจทก์ร่วม จำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมแต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่อาจล้วงล้ำ เข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมได้ เพราะอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมมีขนาดเล็ก ส่วนการใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศ ของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลิ้นได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลย ลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม”

ตีความได้ว่า สำเร็จโดยกระทำกับอวัยวะเพศของชายด้วยกัน หรือหญิงกับหญิงด้วยกัน ก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราแล้วเพราะเป็นการสนองความใคร่ของผู้กระทำ มีความผิดฐานข่มขืนได้แต่แนวคำพิพากษายังคงได้มีการตีความเอาไว้ว่าการข่มขืนจะต้องมีการ “ล้วงล้ำ” เข้าไป ตามแนวทางการตีความและคำพิพากษาศาลฎีกาต่างๆ ตามกฎหมายปัจจุบันปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2530/2554¹⁷⁵

2.4.5 ขอบเขตการวินิจฉัยความรับผิดชอบในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

ตามมาตรา 276 เดิม หากอวัยวะเพศของชายเพียงแต่ “ถูไถ” อยู่ที่ปากช่องคลอดของหญิงด้านนอก ยังไม่ทันได้ “ล้วงล้ำ” เข้าไป ก็เป็นเพียง “พยายาม” กระทำชำเรา (ฎีกาที่ 874/2491¹⁷⁶

อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายปัจจุบันที่มีการแก้ไขปี พ.ศ.2550 นี้ การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องมีการนำอวัยวะเพศ “ล้วงล้ำ” เข้าไป เพราะเพียงแต่ “กระทำกับ” ก็ได้ ดังนั้น การ “ถูไถ” ตามข้อเท็จจริงในฎีกาที่ 874/2491 ข้างต้น จึงถือได้ว่าเป็นการ “กระทำกับ” อวัยวะเพศของอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นการ “กระทำชำเรา” สำเร็จแล้ว ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงไม่น่าจะใช้การ “พยายามกระทำชำเรา” อีกต่อไปแล้วคำแต่เป็นความผิดสำเร็จเลยที่เดียวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6345/2537¹⁷⁷ แต่ในกรณีให้เห็น

¹⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2530/2554 ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายเป็นเด็กอายุเพียง 7 ปีเศษ ทั้งร่างกายและอวัยวะสืบพันธุ์ยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ หากอวัยวะเพศของจำเลยล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของผู้เสียหายจริงย่อมต้องเกิดร่องรอยฉีกขาด แต่ตามผลการตรวจชันสูตรบาดแผลของแพทย์ กลับไม่พบบาดแผลที่บริเวณช่องคลอดของผู้เสียหาย คำเบิกความของผู้เสียหายจึงน่าจะเกิดจากความไม่เข้าใจหรือคิดไปเองตามประสาเด็ก ส่วนฎีกาของโจทก์ที่อ้างคำแพทย์หญิง ร. แพทย์ผู้ตรวจร่างกายผู้เสียหายที่เบิกความตอนหนึ่งว่า อวัยวะเพศของผู้เสียหายมีขนาดเล็ก หากมีการร่วมเพศอาจฉีกขาดได้ แต่หากสอดใส่อวัยวะเพศของผู้ชายเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ไม่อาจฉีกขาดเพราะอวัยวะมีความยืดหยุ่น ตามคำของผู้เสียหายแสดงว่าอวัยวะเพศของจำเลยได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้วแต่ล้วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยจึงไม่มีร่องรอยฉีกขาดนั้น เป็นเพียงความเห็นหรือการคาดคะเนของโจทก์ พฤติการณ์ของจำเลยตามที่ได้รับความอาจเป็นเพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายทางด้านนอกเพื่อสำเร็จความใคร่เท่านั้นเพราะหากจำเลยประสงค์จะกระทำชำเราผู้เสียหายจริง แม้ไม่สำเร็จความใคร่ก็ต้องเกิดร่องรอยบอบช้ำปรากฏให้เห็นอยู่บ้าง ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 8 วินิจฉัยว่าพฤติการณ์ของจำเลยยังมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยมีเจตนากระทำชำเราผู้เสียหายจริงหรือไม่และพิพากษาลงโทษจำเลยฐานกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นชอบแล้ว

¹⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 ของลับของชายถูไถที่ปากช่องคลอดด้านนอก ยังไม่เข้าไปภายในช่องคลอด เป็นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

¹⁷⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6345/2537 วินิจฉัยว่าอวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายประมาณ 1 นิ้วถือว่ากระทำชำเราสำเร็จแล้วมิใช่เพียงชั้นพยายามกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเท่านั้น

เจตนาโดยชัดแจ้งและมีการกระทำส่วนใดส่วนหนึ่งของความผิดฐานนั้นแล้ว คือ มีการใช้กำลัง บังคับหญิงเพื่อชำเราแล้วก็ต้องถือว่ามีการ “ลงมือ” กระทำความผิดอันเป็นการกระทำชำเราที่ต้องมีการสอดใส่ (penetration)¹⁷⁸ โดยอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ สมควรลงโทษ ได้แล้ว และศาลคำพิพากษาฎีกาไทยถือว่าเป็นกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา” ได้ ต้องถึงขนาดอวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปช่องคลอดของผู้เสียหาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2555)¹⁷⁹ ในเรื่องการกระทำความผิดฐานนี้ กฎหมายมิได้มีถ้อยคำที่แสดงชัดว่าเป็นอย่างไร จึงจะเรียกได้ว่าเป็นการลงมือกระทำความผิด แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องนี้ ซึ่งมีขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่เริ่มต้นกระทำความผิดและได้แสดงอาการแห่งอันตรายให้ปรากฏขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะสำเร็จสมเจตนาแห่งตนหรือไม่ก็ตาม และเมื่อวัตถุประสงค์ของความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเรามีไว้เพื่อปกป้องคุ้มครองความเสียหายในเนื้อตัวร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศของ หญิง ตลอดจนความเสียหายแก่สภาพจิตของหญิง (the women’s feeling) อันเนื่องมาจากการถูก บังคับเพื่อกระทำชำเรา การลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดนี้ จึงมีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้หญิงนั้น ถูกกระทำให้เกิดสภาพแห่งความกลัวว่าจะถูกกระทำชำเรา (ซึ่งหญิงเท่านั้นที่จะมีความรู้สึกถึง สภาพนี้ได้)

นอกจากนี้การแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในวรรคสองของมาตรา 276 ที่มีสาระสำคัญ กล่าวถึงลักษณะการกระทำชำเราว่ากรณีใดบ้างที่ให้อือเป็นการกระทำชำเรา ส่วนการตีความว่าการ

¹⁷⁸ ประมวลกฎหมายฉบับอ้างอิง (น. 426). เล่มเดิม.

¹⁷⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วม ประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ป.อ. มาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19)พ.ศ.2550 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำ ชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนัก ของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทีทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็น อวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่เป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือ ช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ ว่า ด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมดจำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลย เสียดสีถูกลอกกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แม้โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของจำเลย แต่เมื่อมิได้มีการสอดใส่ เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นการกระทำ ชำเรา การกระทำของจำเลยคงเป็นเพียงกระทำอนาจารตาม ป.อ. มาตรา 279 วรรคแรก

กระทำใดถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ นั่นคือการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำ กับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวาร หนักของผู้อื่น เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555¹⁸⁰

นอกจากนี้ก็เพื่อจะแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้า หรือวิวัฒนาการของกฎหมายที่ แสดงถึงความเท่าเทียมกัน ระหว่างชายและหญิง การบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงวาง หลักไว้แบบกว้างๆ ผู้หญิงสามารถข่มขืนผู้ชายได้หากผู้ชายไม่ยินยอม แต่ในความเป็นจริงนั้น ย่อม เกิดขึ้นได้เสมอ ที่ผ่านมาสืบพยานมาให้เห็นหลักของความใกล้ชิดกับผล โดยพิจารณาขั้นตอนการ กระทำความผิดที่เริ่มต้นจากการลงมือกระทำความผิดจนกระทั่ง ไปถึงความผิดสำเร็จ ซึ่งมักจะ พิจารณาจากกรณีที่มีความใกล้ชิดกับผลมากที่สุด ดังเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้มีการบังคับใช้กันมา ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จเมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะ เพศของหญิงแม้เพียงหนึ่งองคุลี หรือประมาณ 1 นิ้ว จึงทำให้มีความพยายามในการพิจารณาให้มีการกระทำ ที่เป็นความผิดขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเราต่อมาว่าหากอยู่ในลักษณะที่จะล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะ เพศของหญิงได้แล้ว แต่ยังไม่ล่วงล้ำหรือล่วงล้ำไม่ถนัดนัก ก็เป็นการที่ผู้กระทำความผิดกระทำความ ผิดแล้วแต่ไม่บรรลุผล ผู้กระทำก็รับผิดแต่พยายามข่มขืนกระทำชำเรา คำพิพากษาศาลฎีกาที่

¹⁸⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555“จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของ จำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้าง รอบปากช่องคลอด สืบให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของ โจทก์ร่วม มิใช่ เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การ กระทำของจำเลยจึงบังชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หาใช่มีเจตนาเพียงแต่กระทำ อนาจารไม่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของ ผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำ นอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของ ผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของ ผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ยกขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูก กระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็น การกระทำ

15832/2555¹⁸¹ ซึ่งก็ใช้เป็นแนวทางการเรียนการสอน และเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีตลอดมา

บทบัญญัติกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหลังจากที่มีการแก้ไข มีการบัญญัติแตกต่างจากเดิมอย่างมาก รวมทั้งศาลฎีกาได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า ต้องใช้อวัยวะเพศชายกระทำกับอวัยวะเพศหญิงโดยล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด แม้เพียงแคงงคูเดียวก็ถือว่าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยไม่ต้องไประบุเพศและสถานภาพใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งมีเหตุผลที่จะขจัดเงื่อนไขในการใช้ความรุนแรงทางเพศระหว่างคนทุกเพศ ไม่ว่าจะเป็นผู้หญิง ผู้ชาย หรือคนรักเพศเดียวกัน และทุกสถานภาพ ไม่ว่าจะเป็นผู้สามี หรือภรรยา ซึ่งเป็นการพูดแทนทั้งผู้หญิง ผู้ชาย และคนรักเพศเดียวกัน ไม่ว่าพวกเขาจะมีสถานะอะไรก็ตาม และยังคงขจัดเงื่อนไขการใช้ความรุนแรงให้หมดไปอีก ทำให้ปัจจุบันมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายการตีความกฎหมายให้ความคุ้มครองแก่ทุกคน ทุกเพศ ทุกวัย และทุกการกระทำที่มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนความสมัครใจในการมีเพศสัมพันธ์ ก็มีข้อสงสัยว่า การปรับใช้กฎหมายอาจจะเกิดอุปสรรค และปัญหาค่อนข้างมากในอนาคต ทั้งในแง่ของหลักทางวิชาการ เจตนารมณ์ของกฎหมาย และปัญหาในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ เนื่องจากกลุ่มบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการบัญญัติกฎหมายในลักษณะ "กว้าง" เช่นนี้ มักมีสภาพปัญหาและความละเอียดอ่อนในการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน ทั้งคนรักเพศเดียวกัน รวมถึงการกระทำที่มีหญิงเป็นผู้กระทำผิดและมีชายเป็นผู้เสียหาย ซึ่งในกลุ่มหลังนี้ ทางปฏิบัติยังมีข้อถกเถียงทางหลักวิชาการในประเด็น เช่น หญิงเป็นฝ่ายข่มขืนชายได้จริงหรือไม่ ทำให้การบัญญัติกฎหมายในลักษณะรวมๆ เช่นนี้ ไม่น่าเป็นผลดีเท่าใดนัก

ก่อนมีการแก้ไขบทบัญญัติในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 และมาตรา 277 ปีพ.ศ. 2550 บทบัญญัติมาตรา 276 และ มาตรา 277 ไม่ได้มีการบัญญัติถึงนิยามการข่มขืนว่าเป็นเช่นไร แต่แนวทางการพิจารณาคดีและคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมาของศาลฎีกา พิจารณาจากการล่วงล้ำเป็นสำคัญ โดยการตีความของศาลนั้น การข่มขืนกระทำชำเราจะต้องมีการล่วงล้ำ ต่อมา

¹⁸¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15832/2555 จำเลยใช้อวัยวะเพศผู้สอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จนมีน้ำสีขาวพุ่งออกมาจากอวัยวะเพศของจำเลยถูกที่ขาของผู้เสียหายที่ 1 ตามรายงานผลการตรวจชันสูตรบาดแผลไม่พบบาดแผลภายนอก อวัยวะเพศไม่พบรอยฟกช้ำหรือฉีกขาด เชื้อพรหมจารีไม่ฉีกขาด ส่งสารคัดหลั่งในช่องคลอดไปตรวจที่สถาบันนิติเวชวิทยา ไม่พบร่องรอยการร่วมประเวณีหรือสอดใส่อวัยวะเพศเข้าสู่ช่องคลอดของผู้เสียหายที่ 1 ข้อเท็จจริงบ่งชี้ว่า อวัยวะเพศของจำเลยมิได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงฟังได้แต่เพียงว่าจำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราผู้เสียหายที่ 1 ลงมีความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยตามที่พิจารณาได้ความได้

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 โดยพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้ในวันที่ 20 กันยายน 2550 อันเป็นวันถัดจากวันที่ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 15 ก. มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง ได้เพิ่มเติมนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราไว้ โดยใช้คำว่า “กระทำกับ” หลังมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ที่เพิ่มเติมนิยามมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสองแล้ว ศาลยังคงมีแนวทางการพิจารณาคดีและคำพิพากษาโดยตีความว่าการข่มขืนกระทำชำเราจะต้องมีการล่วงล้ำ แม้จะมีการนิยามคำว่า “กระทำกับ” ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง แล้วก็ตาม ไม่ตรงตามถ้อยคำตัวบทกฎหมายแต่อย่างใด และไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายอาญาของไทยซึ่งเป็นประเทศที่ยึดระบบกฎหมายเป็นหลัก

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ที่เพิ่มเติมนิยามความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง โดยใช้คำว่า “กระทำกับ” ในบทบัญญัติดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งจะคุ้มครอง หรือคุณธรรมทางกฎหมาย ที่มุ่งจะคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศ กล่าวคือ เสรีภาพในการเลือกความสัมพันธ์ และผลกระทบที่จะตามมาทั้งทางร่างกายและทางจิตใจต่อผู้เสียหายจากการถูกล่วงล้ำ และไม่มี ความชัดเจนแน่นอนตามหลักการตีความกฎหมายอาญา

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรแก้ไขนิยามบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง โดยใช้คำว่า “ล่วงล้ำ” และควรมีแนวทางการพิจารณาและการตัดสินคดีโดยตีความความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามนิยาม บทบัญญัติ มาตรา 276 วรรคสอง และ มาตรา 277 วรรคสอง เพื่อความชัดเจนแน่นอนและสอดคล้องกับระบบกฎหมายทางอาญาของประเทศไทยที่ยึดระบบกฎหมายเป็นหลัก ในส่วนของต่างประเทศแล้วการกระทำฐานข่มขืนกระทำชำเรา ได้กล่าวถึง การมีเพศสัมพันธ์โดยมีการล่วงล้ำซึ่งใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว ซึ่งการตีความตามกฎหมายของประเทศไทยที่ไม่ตรงกับตัวบทกฎหมาย เป็นการตีความทางอาญาที่ไม่ถูกต้องตามการตีความของระบบกฎหมายไทย

บทที่ 3

ขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำซ้ำเร้าตามหลักของกฎหมายต่างประเทศ

อาชญากรรมทางเพศเป็นอาชญากรรมที่คุกคามความปลอดภัยของประชาชนมาเป็นระยะเวลานาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันนี้ อาชญากรรมทางเพศได้ทวีความรุนแรงและความถี่ขึ้น ดังที่สังเกตได้จากข่าวอาชญากรรมทางเพศ เช่น ข่มขืน หรืออนาจาร และการคุกคามทางเพศในรูปแบบต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ตามหน้าหนังสือพิมพ์เกือบทุกวัน จนทำให้ประชาชนส่วนใหญ่เกิดความหวาดกลัวในการใช้ชีวิตประจำวัน ปัญหานี้มิได้เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้นแต่เป็นปัญหาที่ลุกลามไปทั่วโลก แต่ประเทศตะวันตกตระหนักถึงผลเสียที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมทางเพศ และได้พัฒนามาตรการต่างๆ ขึ้นเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาอาชญากรรม ดังนั้นผู้เขียนจึงทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 ประเทศอังกฤษ

3.1.1 ลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษได้แบ่งความผิดทางกฎหมายอาญาออกเป็นสองประเภท คือ ประเภทที่ต้องการมีการไต่สวนมูลฟ้องครั้งหนึ่งก่อน แล้วจึงมีการร่างฟ้องไปยังศาลสูง เพื่อให้มีการพิจารณาต่อหน้าคณะลูกขุนต่อไป (jury) ความผิดประเภทนี้ คือ ความผิดร้ายแรง ความผิดฐานกบฏ ความผิดเล็กน้อยและความผิดประเภท petty offences เป็นความผิดที่ไม่ต้องการไต่สวนมูลฟ้องและไม่ต้องมีลูกขุนวินิจฉัยข้อเท็จจริง การกระทำความผิดกฎหมายอาญาของอังกฤษต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่สองประการ คือ ประการแรก ต้องเป็นการกระทำความผิดทางอาญา (actus reus) ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายนอก และประการที่สอง ต้องเป็นการกระทำที่ต้องมีเจตนา (mens rea) เป็นองค์ประกอบภายในซึ่งถ้าขาดองค์ประกอบอย่างใดอย่างหนึ่งทั้งสองประการนี้ไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น แต่ความผิดบางประเภทที่กฎหมายสามารถลงโทษผู้กระทำความผิดได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนา เช่น ความผิดฐานก่อความเดือดร้อนรำคาญทั่วไป (Public nuisance) ลักษณะของการกระทำคือการก่อให้เกิดผู้อื่นได้รับความเดือดร้อน โดยไม่จำเป็นต้องมีเจตนาร้ายที่จะทำความรำคาญ เพียงแต่ผลแห่งการกระทำเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเดือดร้อนแล้วก็เป็นความผิดในทางอาญา กฎหมายอังกฤษ การกระทำความผิดฐานกระทำซ้ำเร้ากับความผิดฐานอนาจารเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมอันดีและถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) ซึ่งถือ

ว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมเช่นเดียวกับหลายๆ ประเทศ อย่างไรก็ตามในคดีความผิดฐานกระทำชำเรา กฎหมายอังกฤษจะมีลักษณะขอบเขตทั้งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละฐาน¹

ในเรื่องความสำคัญผิดในอายุของเด็กผู้เสียหายนั้น กฎหมายอังกฤษไม่อนุญาตให้ยกขึ้นแก้ตัว²³ และมีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานในแนวเดียวกัน เช่นตัวอย่างที่ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด ได้แก่คดี Regina v.Prince ในปี ค.ศ. 1875³ ซึ่งเป็นเรื่องที่จำเลยถูกจับในข้อหาพาตัวเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการปกครองของบิดาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตว่าเด็กหญิงนั้นอายุสิบแปดปีแล้ว และซึ่งจำเลยเชื่อโดยสุจริตใจและความเชื่อของเขาก็สมเหตุสมผลด้วย แต่จำเลยก็ไม่อาจแก้ตัวได้ โดยศาลให้เหตุผลว่า⁴ แม้การกระทำนี้จำเลยจะเข้าใจว่าไม่ผิดกฎหมายแต่มันก็เป็นความผิดในตัวมันเอง (not illegal but wrong...) คดีนี้เป็นที่สำคัญของประเทศอังกฤษซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าจำเลยพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปีไปโดยบิดาไม่ยินยอมโดยเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล 1861 ซึ่งวางหลักไว้ว่า “บุคคลใดก็ตามพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีที่ยังไม่ได้สมรส ไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการปกครองดูแลและไม่ได้ได้รับความยินยอมของบิดาหรือมารดาของเด็กนั้น หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจปกครอง มีความผิดในอาญาที่ไม่ร้ายแรง”

ในการพิจารณาคดีของเขตเซอร์เรย์ซึ่งทำกันที่ Kingston-on-Thames เมื่อวันที่ 24 มี.ค. 1875⁶ มีการพิจารณาคดีของ Henry Prince ต่อหน้าผู้พิพากษา DENMAN ในข้อหาว่าพา Annie Phillips เด็กหญิงที่ยังไม่ได้สมรสอายุต่ำกว่า 16 ปี ไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไปเสียจากความดูแลของบิดาโดยบิดาไม่ยินยอมซึ่งขัดต่อมาตรา 55 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการโทษออกไป เพื่อให้มีการอุทธรณ์ต่อ Court for Crown Cases Reserved ได้ ข้อเท็จจริงที่หลักฐานชี้ชัดในการตัดสินความผิดมีอยู่แล้วและลูกขุนก็เห็นตามนั้น แต่จำเลยให้การปฏิเสธว่าเด็กหญิง Annie Phillips นั้นถึงแม้จะพิสูจน์โดยบิดาของเธอว่ามีอายุ 14 ปีเมื่อวันที่ 6 เมษายน 1875 แต่ก็ดูเหมือนเธอมีอายุมากกว่า 16 ปีมาก จากหลักฐานที่มีเหตุผลว่าก่อนที่จำเลยจะพาเธอไป เธอบอกเธอว่าเธออายุ 18 ปี

¹ การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต), โดย ชัยชนะ พรรัตนพันธุ์, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

² Smith and Hogan. (2002). Criminal Tenth edition. p. 121.

³ Wayne R.LaFave and Austin w.Scott.Jr. (1972). Handbook on Criminal Law. pp.360-361.

⁴ Kadish and Paulsen. (1975). Criminal Law and Its Processes (Case and Materials). pp. 102-103.

โดยจำเลยเชื่อโดยสุจริตใจในคำบอกกล่าวเช่นนั้น และความเชื่อดังกล่าวก็มีเหตุผล ศาลเห็นว่า ภายใต้อรรถเท็จจริงแวดล้อมเช่นนั้น คำตัดสินลงโทษของศาลชั้นต้นมีความถูกต้องแล้ว

สำหรับคดีนี้ การตีความด้วยบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาคดีจำเลยมาตรา 55 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดต่อบุคคล 1861 ซึ่งบัญญัติว่าบุคคลใดก็ตามพาเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีที่ยังไม่ได้สมรสไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากการปกครองดูแลและไม่ได้ได้รับความยินยอมของบิดาหรือมารดาของเด็กนั้น หรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจปกครอง มีความผิดในความผิดอาญาแบบไม่ร้ายแรง ซึ่งผู้พิพากษา Bramwell เป็นผู้อ่านคำพิพากษาคดีนี้โดยให้เหตุผลว่า คำว่าโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หมายถึง ไม่ถูกกฎหมาย หรือนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด หรือโดยไม่มีเหตุโดยชอบตามกฎหมาย-กรณีดังกล่าวหากจะทำได้ (เอาตัวไป) ก็เช่นตำรวจพาตัวไปในข้อหาความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ หรือบิดาของเด็กมารับเด็กไปจากโรงเรียนกฎหมายอาจจะตีความได้ว่าใครก็ตามที่พาเด็กไปโดยไม่มีเหตุโดยชอบตามกฎหมาย จำเลยไม่มีเหตุโดยชอบดังกล่าวและด้วยเหตุนี้ สำหรับคดีนี้ จึงอาจจะไม่ต้องนำมาพิจารณากันอีก และประเด็นต่อมา จำเลยได้พาเด็กหญิงที่ยังไม่ได้สมรสและมีอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปจากการดูแลของบิดาโดยไม่ได้รับความยินยอม แต่เนื่องจากไม่ได้มีบัญญัติไว้ในความหมายของด้วยบทเลย จึงต้องตีความเสมือนว่ามีคำว่า โดยรู้อยู่แล้วว่าไม่ได้ได้รับความยินยอมจากบิดาของเด็ก

เหตุผลในการพิจารณาคดีนี้คือ ตามหลักแล้วเจตนาร้ายเป็นสิ่งสำคัญสำหรับจะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นอาชญากรรมหรือความผิด และหากข้อเท็จจริงที่จะเป็นองค์ประกอบความผิดไม่ได้เป็นที่รับรู้แก่จำเลย ก็ย่อมไม่ถือว่ามีเจตนาร้ายเกิดขึ้น การตีความจึงใช้คำว่า “โดยรู้อยู่แล้ว” แต่บางทีอาจจะกล่าวได้ว่าจำเลยไม่เพียงแต่รู้อยู่แล้วเท่านั้น และจำเลยเชื่อว่าเท็จจริงเป็นอย่างอื่นที่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่จะทำให้การกระทำของเขาเป็นความผิด และได้กระทำไปโดยเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าเด็กคนนั้นอายุเกินกว่าสิบหกปีแล้ว และเช่นนี้ หากเขาได้ลงมือกระทำจริงอย่างที่พิจารณาคดีอยู่ โดยรู้ว่าหรือเชื่อว่าไม่เกินสิบหกแล้วยังขึ้นกระทำอีก เช่นนี้ต้องถือว่ามีเจตนาร้าย ซึ่งไม่มีอยู่เลยตอนที่เขาเชื่อว่าเขารู้ว่าเด็กอายุสิบหกปีแล้ว เช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากที่จะบอกว่าบุคคลใดพาเด็กไปนั้นจะรู้ว่าเด็กอายุต่ำกว่าสิบหกปี ซึ่งเขาย่อมไม่มีความผิดหากลูกขุนเห็นว่าเขาไม่รู้ข้อเท็จจริงทั้งสองประการนั้นเลย คำถามจึงอยู่ที่ว่าเขามีความผิดหรือไม่ เมื่อเขารู้ดังที่เขาคิดว่าเด็กอายุเกินสิบหกปีแล้ว นี้จะกลายเป็นความจำเป็นต้องอ่านด้วยคำแปลกๆ นั่นคือ “บุคคลใดพาเด็กหญิงที่ยังไม่สมรสอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปและโดยไม่เชื่อว่าเด็กอายุสิบหกปี เสียจากการปกครอง” ซึ่ง

กฎหมายไม่ได้บัญญัติอย่างนั้น และคำถามจึงมีว่าเราจะต้องตีความกฎหมายเสมือนว่ามันเป็นเช่นนั้นหรือไม่ โดยถือตามหลักเกณฑ์ว่า เจตนาร้ายเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้การกระทำเป็นความผิด⁵

ทั้งนี้บทบัญญัติของกฎหมายไม่จำเป็นต้องตีความอย่างนั้นและยังเห็นว่าคำว่า “โดยรู้อยู่แล้วว่า” ก็ไม่มีอยู่ในตัวบทด้วย และด้วยเหตุผลเหล่านี้ที่จะกล่าวต่อไป การกระทำที่ต้องห้ามถือเป็นความผิดอยู่ในตัวอยู่แล้วหากไม่มีเหตุโดยชอบรองรับ โดยไม่ใช่คำว่าผิดกฎหมาย แม้กฎหมายอาจจะมุ่งไปที่การล่อลวงเพื่อการอนาจารเป็นหลัก การพาไปอาจจะกระทำโดยผู้หญิงและด้วยเจตนาดีก็ได้ อย่างไรก็ตามแม้ว่าอาจจะมียุติกรรมที่ไม่ได้ขัดหลักศีลธรรมในด้านหนึ่งที่เราเข้าใจ จะเห็นว่ากรกระทำที่ต้องห้ามก็ยังเป็นเรื่องไม่ถูกต้องอยู่ดี ต้องไม่ลืมถึงว่ากฎหมายต้องการมุ่งไปถึงเรื่องอะไร กฎหมายกล่าวถึงเรื่องของเด็กหญิง แน่แน่นอนว่าไม่ได้กล่าวถึงหญิงแต่เป็นเด็กหญิงซึ่งเป็นช่วงอยู่ระหว่างเด็กกับผู้หญิงและพูดถึงว่าอยู่ในความดูแลปกครองของบิดาหรือมารดาหรือบุคคลที่ใช้อำนาจปกครองโดยชอบ และพูดถึงว่าต้องมีการพาไปเสีย และว่าการพาไปนั้นทำโดยบุคคลที่กล่าวมาไม่ยินยอม โดยกล่าวถึงการกระทำโดยไม่มีเหตุโดยชอบเป็นเรื่องผิด และผู้ออกกฎหมายตั้งใจว่าความเสี่ยงจะอยู่กับผู้ที่พาไปนั้นไม่ว่าเด็กจะอายุต่ำกว่าสิบหกหรือไม่ จะไม่กล่าวว่า การพาผู้หญิงอายุห้าสิบไปจากพี่ชายหรือแม่แต่บิดาเป็นความผิด หญิงนั้นมีอายุที่จะเลือกทำอะไรได้ด้วยตนเองแล้ว ไม่ใช่เด็กหญิงแล้ว และด้วยอายุขนาดนั้นไม่ถือว่าอยู่ในความปกครองดูแลของใครอีกแล้ว หากจะถามว่าจะจัดเส้นแบ่งอย่างไร ต้องดูที่ว่าเมื่อหญิงนั้นไม่ได้เป็นเด็กหญิงที่อยู่ในความปกครองดูแลของใครอีกแล้ว แต่หากสิ่งที่อธิบายมานั้นไม่ถูกต้อง และที่กฎหมายต้องการจริงๆ คือการพาหญิงอ่อนวัยซึ่งควรจะเรียกว่าเด็กหญิงไปและกล่าวได้ว่าอยู่ในความปกครองดูแลของบุคคลอื่น ก็ไม่จำเป็นต้องมีข้อถกเถียงให้ต้องมาพิสูจน์ในเรื่องนี้อีกและเพียงพอที่จะตัดสินคดีแล้วจริงๆ ก็คือผู้ออกกฎหมายได้ออกกฎหมายนี้มาว่าหากใครกระทำการที่ผิดนี้แล้วเขาย่อมกระทำไปโดยความเสี่ยงว่าข้อเท็จจริงอาจจะออกมาว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีก็ได้ ซึ่งความเห็นนี้ถืออธิบายเรื่องเจตนาร้ายได้ครบถ้วนคืออยู่แล้ว หากผู้พาไปเชื่อว่าเขาได้รับความยินยอมจากบิดา แม้จะเข้าใจผิด เขาคงไม่มีเจตนาร้าย และกรณีจะเป็นเช่นเดียวกันหากเขาไม่รู้ว่าเด็กนั้นอยู่ในความปกครองของใคร ในกรณีเช่นนั้นเขาย่อมไม่รู้ว่าเขากำลังทำสิ่งที่ต้องห้ามอยู่ตามกฎหมายซึ่งเป็นกระทำที่หากเขารู้ว่าเด็กอยู่ในปกครองดูแลของบุคคลอื่น เขาย่อมรู้ว่าเป็นการกระทำผิดซึ่งไม่เหมือนกับกรณีว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่ ซึ่งเขาย่อมรู้ว่าเขากำลังกระทำผิดโดยตัวของการกระทำเองไม่ว่าเจตนาของเขาจะเป็นอย่างไรหากทำโดยไม่มีเหตุโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกเหนือจากการพิจารณาในข้อต่างๆ เหล่านี้แล้วเราอาจจะเพิ่มเติมอีกว่ากฎหมายใช้คำว่า “โดย

⁵ การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทางเพศ ศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา (น. 49). เล่มเดิม.

“ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” ไม่ได้ใช้คำว่า “โดยรู้อยู่แล้วหรือโดยไม่เชื่อเป็นอย่างอื่น” หากคำถามมีว่าการกระทำของเขาไม่ชอบด้วย กฎหมายหรือไม่ ย่อมไม่ยากที่จะตอบเนื่องจากมันชัดเจนอยู่แล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶

การสนับสนุนโดยการอ้างถึงมาตราอื่นในกฎหมายเดียวกัน มาตรา 50 บัญญัติว่าเป็นความผิดขั้นความผิดขั้นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ ในการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและโดยเหตุเพื่อการอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปี มาตรา 51 บัญญัติว่าผู้ใดกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพื่อการอนาจารต่อเด็กอายุต่ำกว่า 10 ปีแต่ต่ำกว่า 12 ปีเป็นความผิดขั้นไม่ร้ายแรงจะสามารถอ้างได้หรือไม่

ในกรณีมาตรา 50 ว่าบุคคลที่ถูกดำเนินคดีอาจจะอ้างให้ยกฟ้องได้โดยใช้เหตุผลว่าเขาเชื่อว่าเด็กอายุเกิน 10 ปี แล้วแต่ไม่เกิน 12 ปี และเขาจึงกระทำผิดเพียงโทษอาญาแบบไม่ร้ายแรงเท่านั้น หรือเขาเชื่อว่าเด็กอายุเกิน 12 ปีแล้วดังนั้นเขาจึงไม่ได้กระทำผิดเลย หรือในกรณีตามมาตรา 51 เขาก็อาจจะอ้างขอให้ยกฟ้องเพราะเขาเชื่อว่าเด็กนั้นอายุเกิน 12 ปีแล้ว ในทั้งสองมาตรา การกระทำนั้นเป็นความผิดในตัวเอง เพราะกฎหมายบัญญัติว่าหากกระทำโดย “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” การกระทำด้วยเจตนาร้ายในที่นี้ก็คือกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเพื่อการอนาจาร และชายที่ลงมือกระทำความผิดกล่าวหาโดยมีความเสี่ยงว่าเด็กจะอายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด มันคงจะเป็นเรื่องผิดพลาดอย่างมากหากจะวินิจฉัยเป็นอย่างอื่น ดังนั้นตามมาตรา 56 ใครก็ตามพาเด็กอายุต่ำกว่า 14 ปีโดยเจตนาพรากไปเสียจากการปกครองดูแลของบิดามารดาหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กนั้นหรือต้องการจะขโมยของสิ่งใดจากเด็กนั้นต้องมีความผิดอาญาแบบอุกฉกรรจ์ จำเลยจะมาบอกว่าคุณพาเด็กไปเพราะเชื่อว่าเด็กนั้นอายุเกิน 14 ปี แล้วไม่ได้ จำเลยก็อ้างไม่ได้เช่นกันว่าคุณพาเด็กไปด้วยเจตนาจะพรากไปเสียจากการปกครองดูแลของบิดามารดา แต่ฉันเชื่อว่าเด็กอายุเกิน 14 ปีแล้ว เพราะไม่สามารถจะตีความไปอย่างนั้นกับกฎหมายนี้ได้ และเช่นเดียวกับมาตรา 55 ด้วย

หลักการเดียวกันใช้กับคดีเหล่านี้ ในคดี R. v. Forbes and Webb ปี 1825 ชายถูกตัดสินว่ามีความผิดในการทำร้ายตำรวจระหว่างปฏิบัติหน้าที่แม้ว่าเขาจะไม่ทราบว่าเขาเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจ เพราะการกระทำเป็นความผิดในตัวเองนั่นเอง เช่นเดียวกันในคดีบุกรุกที่รโหฐานโดยมีเจตนาลัก-ทรัพย์ คนที่ถูกฟ้องจะอ้างขอให้ยกฟ้อง โดยอาศัยเหตุที่ว่าเขาเชื่อว่ามันเลยหกโมงเช้ามาแล้วขณะที่เขาเข้าไปในที่รโหฐานนั้น หรืออ้างว่าเขาไม่รู้ว่าสถานที่ที่เขาบุกรุกไปนั้นเป็นบ้านในคดีเกี่ยวกับร้านค้าเครื่องใช้ทหารเรือก็เช่นกันจะบอกว่าคุณคดีไม่มีเจตนากระทำผิดในการที่บุคคล

⁶ จาก ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ (สารนิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย ปรีดา เวทพิสัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ที่ถูกฟ้องว่ามีสิ่งของที่ใช้ในการทหารเรือ โดยมีตราหรือเครื่องหมายทางการทหารอยู่เพราะเขาไม่รู้ ว่าร้านเขามีตรานั้นอยู่ เพราะไม่มีหลักฐานอะไรบ่งชี้ได้เลยว่าเป็นสิ่งผิดหรือไม่ถูกต้องในการเปิดร้านขายของเกี่ยวกับทหารเรือเว้นแต่จะระบุไว้ ก็ไม่น่าจะถูกต้องเช่นกัน หรือในคดีส่งสารพิษ ก็เช่นกัน ไม่มีความผิดแต่อย่างใดในการส่งหีบห่อพัสดุเว้นแต่จะมีสารพิษอยู่ภายใน เช่น ในคดี *Hearne v. Garton* ปี 1859 หรือในคดีหมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาโดยที่หนังสือพิมพ์คิดว่า สามารถจะทำได้หรือมีข้อต่อสู้ตามกฎหมาย Lord Campbell's Act แต่ปรากฏว่าหนังสือพิมพ์เข้าใจ ผิดไปเอง ก็ยังต้องรับโทษอยู่ดี ไม่อาจจะอ้างว่าไม่มีเจตนาร้ายข่มไม่ได้ เพราะการหมิ่นประมาท โดยข้อเขียนเป็นความผิดเมื่อไม่มีเหตุที่จะกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ยังมี คำวินิจฉัยตามกฎหมายนี้ก็คือเรื่องที่น่าสนับสนุนการตีความ ซึ่งเป็นปัญหาเรื่องการตีความของ กฎหมายฉบับนี้ ไม่มีปัญหาว่าจะต้องพิจารณาเรื่องเจตนาร้ายตามหลักคอมมอนลอว์ด้วยว่าเป็น องค์ประกอบของการกระทำความผิด เหมือนจะเป็นไปไม่ได้ที่จะกล่าวว่าเมื่อมีคนพาเด็กหญิงไป จากการปกครองดูแลของบิดา โดยไม่รู้ว่เด็กนั้นอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่แล้วไม่ควรจะมีความผิด และไม่น่าจะเป็นไปได้เช่นกันว่าเขาเชื่อว่าเด็กนั้นอายุมากพอแล้วสำหรับเขาที่จะทำสิ่งที่ผิดโดยได้ อย่างปลอดภัย ควรยืนตามคำพิพากษาในการตัดสินใจว่าจำเลยมีความผิด

นอกจากความเห็นดังที่ได้กล่าวมาแล้วยังได้มีผู้พิพากษาบางท่านได้ทำความเห็นแย้งไว้ ในคดีนี้คือผู้พิพากษา Brett โดยให้เหตุผลว่าหากข้อเท็จจริงเป็นไปตามสิ่งที่ถูกขุนเชื่อว่าเป็นเช่นนั้น จำเลยไม่ได้กระทำความผิดใด ถ้าหากกระทำโดยไม่มีบิดาของเด็กและเด็กนั้นยินยอม บิดาของเด็ก ก็ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกร้อยหรือเอาผิดกับจำเลย

เมื่อพิจารณาคดีทั้งหมด เป็นที่พิศวงแล้วว่าจำเลยไม่ควรจะมีความผิดเมื่อไม่ปรากฏว่า มีเจตนาในการกระทำผิดอาญา ซึ่งจะมาถึงคำถามที่ว่า อะไรคือความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำ ดังกล่าว ซึ่งไม่มีข้อสงสัยว่ามันจะปรากฏเมื่อจำเลยรู้อยู่แล้วยังกระทำการซึ่งจะเป็นความผิดหากผล แห่งการกระทำเป็นสิ่งที่เขาสามารถคาดเห็นได้อยู่แล้ว แต่กลับปรากฏว่าผลแห่งการกระทำนั้นทำให้เขาต้องรับโทษหนักขึ้น เหมือนกันกรณีที่คนร้ายใช้อาวุธอันตรายทำร้ายผู้อื่นด้วยเจตนาจะทำร้าย ร่างกายและฆ่าผู้อื่น ผลที่เกิดคือการกระทำผิดนั้นเป็นการฆ่าผู้อื่น จำเลยเป็นผู้ยอมตกในความเสี่ยง เองเช่นกัน หากจำเลยกระทำการที่กฎหมายห้ามโดยไม่สนใจถึงข้อเท็จจริงว่าจะ เป็นอย่างไร มันจะ เหมือนกับจำเลยลักพาตัวเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปีไปโดยไม่สนใจจะพิจารณาว่าจริงๆ แล้วเด็ก นั้นจะอายุต่ำกว่าสิบหกปีหรือไม่ เช่นนี้ต้องถือว่าจำเลยยอมตกอยู่ในความเสี่ยงเองเช่นนี้ หากเขา ไม่มีเจตนาลักพาตัวแต่ได้กระทำไปโดยทำให้เสื่อมเสียซึ่งความจริงแล้วอายุต่ำกว่า 10 ปี แต่เขาเชื่อ ว่าเด็กนั้นอายุระหว่าง 10-12 ปี ซึ่งถ้าเป็นจริงอย่างที่เขาคิดจะทำให้เขาได้รับโทษน้อยลง เช่นนี้เป็น เรื่องจำเลยยอมตกอยู่ในความเสี่ยงว่าข้อเท็จจริงอาจทำให้เขาต้องรับโทษหนักขึ้นก็ได้ แน่แน่นอนว่า

การเพิกเฉยต่อกฎหมายไม่ใช่ข้อที่จะแก้ได้ การจะเดินตามหลักการเรื่องเจตนาร้ายจะนำมาใช้เมื่อเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่ปรากฏแก่การรับรู้ของจำเลย ซึ่งเขามีเหตุอันจะเชื่อได้ และก็เชื่อว่าเป็นอย่างนั้น ซึ่งหากเป็นจริงจะทำให้การกระทำของเขาไม่เป็นความผิดเลย มันอาจจะถูกที่จะกล่าวว่า ความหมายของคำว่า “โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย” คือไม่มีข้ออ้างโดยชอบหรือข้อแก้ตัวได้ หากมีข้ออ้างตามกฎหมายก็ย่อมไม่มีความผิด แต่สรุปว่า การเข้าใจผิดในข้อเท็จจริงโดยมีเหตุตามสมควร โดยที่หากข้อเท็จจริงเป็นไปตามที่เชื่อ การกระทำของจำเลยย่อมไม่เป็นการผิด และสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวได้ และข้อแก้ตัวนี้ปรากฏอยู่โดยนัยในทุกการกระทำผิดอาญาและกฎหมายที่มีโทษทางอาญาทุกฉบับในอังกฤษ เห็นด้วยกับ LORD KENYON ว่า “สิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของเรา” และเห็นด้วยกับหัวหน้าผู้พิพากษา COCKBURN ว่า “นั่นเป็นสิ่งที่พื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งหมด” ดังที่ได้กล่าวมาแล้วคดีนี้ได้มีความเห็นแบ่งเป็น 2 แนวคิดคือ

แนวความคิดที่ 1 เห็นว่าจำเลยไม่สามารถอ้างเหตุสำคัญผิดในอายุเด็กขึ้นอ้างให้พ้นผิดได้ซึ่งถ้าหากว่ายอมให้จำเลยอ้างได้ว่ากระทำไปโดยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลแล้วว่าเด็กอายุเกินกว่า 16 ปี ซึ่งก็ถือว่าจำเลยไม่มีเจตนาร้าย เช่นนี้ก็เป็นไปได้ยากว่าบุคคลใดจะพาเด็กไปจากการปกครองของบิดาจะเป็นความผิดกฎหมายเว้นเสียว่าจะรู้ว่าเด็กอายุต่ำกว่า 16 ปี จึงต้องตีความว่าโดยรู้อยู่แล้วแม้ว่าตัวบทจะไม่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งถือว่าจำเลยกระทำไปโดยความเล็งว่าข้อเท็จจริงอาจจะออกมาว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่า 16 ปีก็ได้ การกระทำของจำเลยเป็นความผิดในตัวเองแม้ว่าจะไม่เป็นความผิดกฎหมาย (not illegal but wrong...) จำเลยต้องแบกรับความเสี่ยงนั่นเอง ซึ่งการพาไปนั้นอาจพาไปด้วยเจตนาดีก็ได้และอาจไม่ขัดต่อศีลธรรมก็ได้แต่อย่างไรก็ตามก็ยังเป็นการกระทำที่ต้องห้ามถือเป็นความผิดอยู่ในตัวเองอยู่แล้วหากไม่มีกฎหมายรองรับ จำเลยจึงไม่อาจอ้างเรื่องความเชื่อที่เด็กอายุเกินกว่า 16 ปี เพื่อให้พ้นผิดได้

แนวความคิดที่ 2 เห็นว่าการกระทำของจำเลยไม่มีความผิด เนื่องจากจำเลยไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดอาญาตามหลักการเจตนาร้ายจะนำมาใช้เมื่อเป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่ปรากฏแก่การรับรู้ของจำเลยซึ่งจำเลยมีเหตุควรจะเชื่อได้และได้เชื่อว่าเป็นเช่นนั้น การกระทำของจำเลยก็ไม่มีความผิดและสามารถยกเป็นข้อแก้ตัวได้ ซึ่งเป็นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรม

คดีนี้ถือเป็นแนวบรรทัดฐานในการตัดสินคดีของประเทศอังกฤษมาจนถึงปัจจุบันซึ่งเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ 1 เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเด็กเป็นสำคัญและเป็นการยากหากจะต้องพิสูจน์ถึงการรู้หรือไม่รู้เกี่ยวกับอายุเด็กจึงควรถือว่าผู้กระทำได้รู้อยู่แล้วเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย จากคำพิพากษานี้ในปัจจุบันประเทศอังกฤษจึงได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ใน The Sexual Offences Act 2003 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วโดยมุ่งคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งผู้กระทำผิดไม่สามารถอ้างเหตุความเชื่อเกี่ยวกับอายุได้เลยแต่ถ้าหากได้กระทำ

ความผิดต่อเด็กอายุเกินกว่า 13 ปี แล้วต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าจำเลยเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเด็กอายุเกิน 16 ปีหรือเกินกว่านั้นตามหลัก Reasonable Believe หลักการนี้ใช้ทั้งในกรณีการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อเรื่องความยินยอมในการร่วมประเวณีและการพิสูจน์เกี่ยวกับความเชื่อว่าเป็นเด็กที่ร่วมประเวณีนั้นมีอายุที่สามารถให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีได้ ซึ่งหมายความว่าศาลพิสูจน์ว่าสิ่งหนึ่งสิ่งใดนั้นปราศจากข้อสงสัยตามสมควรคือการพิสูจน์ว่าไม่มีข้อสงสัยตามสมควรในจิตใจของวิญญูชนว่าจำเลยมีเจตนาตามที่ถูกกล่าวหาโดยมีข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นเช่นวิญญูชนทั่วไป การพิสูจน์เจตนาของการขึ้นใจบุคคลอื่นให้มีเพศสัมพันธ์ จึงเป็นเรื่องของการแสดงว่าวิญญูชนไม่น่าจะเชื่อตามที่จำเลยกล่าวอ้างเมื่อพิจารณาว่าจำเลยอยู่ในฐานะวิญญูชนทั่วไป ตัวอย่างเช่นโดยทั่วไปจะเป็นเรื่องสมเหตุสมผลในการเชื่อคำให้การของสามีเกี่ยวกับความต้องการของภรรยาตนเอง เป็นเรื่องปกติที่สมเหตุสมผลที่จะมองว่าการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำโดยไม่มี การคัดค้านเท่ากับเป็นการให้ความยินยอมอันแท้จริงสิ่งที่เราทำอยู่ทุกวันนี้ก็อยู่บนข้อสันนิษฐานเช่นนี้ มันชัดเจนว่าการให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งในเรื่องนี้ปกติย่อมเป็นการให้อำนาจอีกคนในการกระทำโดยความเชื่อว่าจะได้มีการให้ความยินยอมแล้วการเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้เสียหายอายุเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดจำเลยสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ได้หากแสดงให้เห็นว่าพวกเขาเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าผู้เสียหายอายุเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดแล้วอย่างไรก็ตามหากมีการยกข้อต่อสู้ดังกล่าว ปกติมักจะมีการใช้เมื่อผู้เสียหายอายุใกล้เคียงที่จะเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดแล้วเท่านั้น หรือจำเลยสามารถแสดงให้เห็นได้ถึงความละเอียดถี่ถ้วนในการพิจารณาอายุของผู้เสียหายแล้ว เช่นเด็กอายุ 15 ปี แล้วมีการใช้บัตรประชาชนปลอมเพื่อเข้าไปที่บาร์สำหรับคนอายุ 18 ปีขึ้นไป ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าบุคคลที่กระทำด้วยความสุจริตและสมเหตุสมผล แต่ด้วยความเข้าใจผิดถึงความมีอยู่สถานะของสิ่งต่างๆ ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาในการกระทำที่หนักไปกว่าที่ได้กระทำนั้นหากข้อเท็จจริงจะเป็นดังที่บุคคลนั้นเข้าใจว่าเป็นเช่นนั้นซึ่งหลักความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลนี้กล่าวได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญผิดในข้อเท็จจริงของจำเลยซึ่งเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาในการพิจารณาถึงความเชื่อมั่นเป็นต้น

3.1.2 ขอบเขตของการกระทำของเรา

แต่เดิมตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดเกณฑ์อายุของหญิงไว้ต่ำกว่า 16 ปี⁷ แม้จะให้ความยินยอมร่วมประเวณีก็เป็นความผิด เรื่องกำหนดเกณฑ์ของอายุหญิงที่จะให้ความยินยอมนี้ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษได้มีการลดเกณฑ์อายุของเด็กหญิงที่สามารถให้สัญญาทำการสมรสโดยสมบูรณ์เป็นหลัก ต่อมาในปี ค.ศ. 1885 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

⁷ The Sexual Offences Act 1956, Section 6(1).

อาญา จึงกำหนดเกณฑ์ของหญิงเป็น 13 ปี⁸ หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1929 ได้มีการแก้กฎหมายเกี่ยวกับเกณฑ์อายุหญิงที่จะให้สัตยาบันในการสมรสเป็น 16 ปี ทั้งชายและหญิง การสมรสในเกณฑ์ต่ำกว่านี้ย่อมไม่สมบูรณ์ ฉะนั้นการร่วมประเวณีกับหญิงอายุต่ำกว่า 16 ปี ย่อมถือว่าเป็นความผิดไม่ว่าหญิงนั้นยินยอมหรือไม่ จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่เข้มงวด แต่ปรากฏว่ากรณีอาจเกิดขึ้นเมื่อชายสำคัญผิดในอายุของหญิงได้เข้าแต่งงานกับหญิงและได้ร่วมประเวณีกับหญิงดังกล่าวโดยคิดว่าเป็นการสมรสโดยชอบ กรณีดังกล่าวอาจอ้างเป็นข้อเท็จจริงได้ ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าในขณะนั้นชายมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าหญิงเป็นภริยาโดยชอบของเขา บทบัญญัติที่ห้ามมิให้หญิงมีอายุต่ำกว่า 16 ปี แต่งงานนั้นปัจจุบันได้บัญญัติในมาตรา 2 แห่ง The Marriage Act, 1596 ต่อมาในปี 1956 จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดเกณฑ์อายุของหญิงว่า ถ้าร่วมประเวณีกับหญิงไม่ต่ำกว่า 13 ปี แต่ต่ำกว่า 16 ปี เป็นความผิด และข้ออ้างแก้ตัวว่าสำคัญผิดในอายุของหญิงก็ได้บัญญัติในมาตรา 6(2) แห่ง The Sexual Offences Act 1956 แต่ถ้าเป็นเด็กหญิงที่อายุต่ำกว่า 13 ปี ถูกชายร่วมประเวณีแล้ว ชายจะต้องรับผิดฐานกระทำชำเราโดยจะอ้างว่าหญิงมีอายุ กว่านั้นและเด็กหญิงยินยอมไม่ได้เลย โดยพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศ ค.ศ. 2003 ให้คำจำกัดความการข่มขืนกระทำชำเราว่าหมายถึงความถึงการที่อวัยวะเพศของชายล้วงล้าอวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลใดโดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของบุคคลนั้น อาจกล่าวได้ว่าจากประวัติศาสตร์กฎหมายของอังกฤษเกินครึ่งศตวรรษการพัฒนาคำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราได้เริ่มต้นจาก “การกระทำชำเราหญิงซึ่งขัดต่อกฎหมาย” (Unlawful sexual intercourse with a woman) อันเป็นรูปแบบของการกระทำชำเราตามธรรมชาติที่ชายใช้อวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือช่องปากของบุคคลใดโดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของบุคคลนั้น” (penile penetration of the vagina, anus or mouth of another person without their consent) การกระทำของความผิดฐานนี้คือการล้วงล้าไม่ว่าชายผู้กระทำจะหลั่งน้ำอสุจิหรือไม่ก็ตาม การล้วงล้านี้จะต้องมีอยู่ต่อเนื่องไปตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งสิ้นสุดการกระทำ ดังนั้น แม้ในเบื้องต้นผู้เสียหายจะยินยอมให้มีการกระทำชำเราก็ตตามหากต่อมาผู้เสียหายเพิกถอนความยินยอมเช่นนั้น แต่ผู้กระทำยังคงไม่หยุดการกระทำอันเป็นการล้วงล้าภายในระยะเวลาอันสมควร ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา¹⁰ นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้ขยายขอบเขตของการกระทำให้รวมถึงการที่อวัยวะเพศชายล้วงล้าช่องปากด้วย ก็สืบเนื่องมาจากข้อโต้แย้งที่ว่า การล้วงล้าในรูปแบบอื่นควรที่จะถูกนับว่าเป็นความผิดร้ายแรงเช่นเดียวกับการที่อวัยวะเพศชายล้วงล้าอวัยวะ

⁸ The Criminal Law Amendment Act 1885, Section 4.

⁹ The Sexual Offences Act 1956, Section 5.

¹⁰ From (*Basingstoke [England]: Palgrave Macmillan*) (p.395), by Jonathan Herring, criminal law,

เพศหญิงหรือทวารหนัก ทั้งนี้เพราะการล่วงล้ำช่องปากของผู้อื่น โดยฝ่าฝืนความยินยอมของผู้อื่นนั้น เป็นการกระทำที่น่ารังเกียจทำให้ผู้ถูกระทำต้องเสียเกียรติและได้รับความบอบช้ำทางจิตใจไม่น้อยไปกว่าการกระทำชำเราในรูปแบบเดิม

3.1.3 ขอบเขตความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นกระทำชำเรา

ในปี ค.ศ. 2003 ได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม The Sexual Offences Act 2003 โดยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเกี่ยวกับความคิดเกี่ยวกับเพศใหม่และให้ความสำคัญในเรื่องการกระทำ ความผิดทางเพศต่อเด็กมากขึ้น โดยได้แก้ไขให้มีการคุ้มครองทางเพศครอบคลุมไปถึงเด็กชายจาก เดิมที่คุ้มครองเฉพาะเด็กหญิง และได้วางหลักเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีและ กำหนดอายุขั้นต่ำที่เด็กสามารถให้ความยินยอม โดยคุ้มครองเด็กสูงถึงอายุ 18 ปี โดยแยกแต่ละฐาน ความผิดและกำหนดอายุขั้นต่ำที่ได้รับการคุ้มครองไว้ 6 ประเภท¹¹

1) การข่มขืนกระทำชำเรา

ในเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้นประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 The Sexual Offences Act 2003¹² และได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความ ยินยอมไว้ในมาตรา 75 และมาตรา 76 ด้วย คือ

มาตรา 1 การข่มขืนกระทำชำเรา¹³

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปาก ของอีกบุคคลหนึ่ง (B) (ด้วยอวัยวะเพศชาย)ของเขา โดยเจตนา

(b) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรานั้น และ

(c) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่ทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และมาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการ พิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

¹¹ จาก ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษากรณีมาตรา 277 ของประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต), โดย อิศริย์ รักชาติ, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

¹² The Sexual Offences Act 2003. สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557, จาก www.legislation.gov.uk.

¹³ The Sexual Offences Act 2003, Section 1.

มาตรา 75 ข้อสันนิษฐานโดยพยานหลักฐานเกี่ยวกับความยินยอม

(1) หากในการพิจารณาตัดสินความผิดซึ่งอยู่ในบังคับของมาตรานี้พิสูจน์ได้ว่า

- (a) จำเลยได้กระทำการดังกล่าว
- (b) ปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ดังที่ระบุในอนุมาตรา (2) และ
- (c) จำเลยรู้ว่ามิพฤติการณ์แวดล้อมดังกล่าวอยู่¹⁴

ถือว่าผู้เสียหายไม่ได้ความยินยอมต่อการกระทำความผิดดังกล่าวเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ และถือว่าจำเลยไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าจำเลยมีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้นหรือไม่

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้น บุคคลนั้นได้ใช้ความรุนแรงต่อผู้เสียหายหรือทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงกับตน

(b) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้น บุคคลนั้นทำให้ผู้เสียหายกลัวว่ามีการใช้ความรุนแรงหรือในทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงต่อบุคคลอื่น

(c) ผู้เสียหายถูกควบคุมกักขังไว้โดยมิชอบ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว ขณะที่จำเลยไม่ได้ถูกควบคุมกักขังเช่นนั้น

(d) ผู้เสียหายกำลังหลับหรือไม่รู้สึกรู้ตัว ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว

(e) เนื่องจากผู้เสียหายมีกายพิการ ผู้เสียหายย่อมไม่สามารถจะแจ้งกับจำเลยได้ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าวว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่

(f) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย บุคคลใดให้หรือจัดให้ผู้เสียหายได้รับสารซึ่งเมื่อได้รับเข้าไปแล้ว สามารถจะทำให้ผู้เสียหายมึนงงหรืออ่อนแรงได้ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว

(3) ในอนุมาตรา (2)(a) และ (b) การอ้างอิงเวลาที่ทันใดก่อนการกระทำดังกล่าวจะเริ่มต้นขึ้นในกรณีอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำต่อเนื่องของการกระทำทางเพศคือ ณ เวลาทันใดทันใดก่อนกิจกรรมทางเพศแรกสุดจะเริ่มขึ้น

¹⁴ The Sexual Offences Act 2003, Section 75.

มาตรา 76 ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอม¹⁵

(1) หากในการพิจารณาตีความผิดซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้ พิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำการดังกล่าวจริงและปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมอย่างหนึ่งอย่างใดตามอนุมาตรา (2) ถือเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่า

- (a) ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าว และ
 - (b) จำเลยไม่เชื่อว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าว
- (2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) จำเลยเจตนาหลอกลวงผู้เสียหายเกี่ยวกับลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าว

(b) จำเลยตั้งใจจะชักจูงผู้เสียหายให้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าวโดยปลอมเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จักเป็นการส่วนตัว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 1 นั้นเป็นการกระทำชำเราบุคคลอื่นไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชายหรือหญิง โดยบุคคลนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความสมัครใจในการร่วมประเวณี ผู้กระทำก็จะมี ความผิดฐานนี้ทั้งนี้เกี่ยวกับความยินยอมนั้นประเทศอังกฤษยังให้ความหมายไว้ในมาตรา 74 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 อีกด้วย คือ หมายถึง บุคคลจะให้ความยินยอมได้หากบุคคลนั้นตกลงที่จะเลือก และมีอิสระและความสามารถที่จะเลือก¹⁶ ในความผิดฐานนี้จึงเป็นเรื่องที่ไม่ให้ความยินยอมเห็นได้ว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองทุกคนโดยไม่ได้กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ ซึ่งต่างจากความผิดฐานกระทำชำเราเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 ดังนี้

มาตรา 5 ข่มขืนเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี¹⁷

(1) บุคคลกระทำผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง ด้วยอวัยวะเพศชายของเขา โดยเจตนา

(b) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

¹⁵ The Sexual Offences Act 2003, Section 76.

¹⁶ The Sexual Offences Act 2003, Section 74 “Consent”.

For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

¹⁷ The Sexual Offences Act 2003, Section 5.

(2) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 1 นี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

ผู้กระทำความผิดตามมาตรา 1 นี้ ต้องกระทำความผิดโดยเจตนาและรู้ว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี ซึ่งเด็กหญิงไม่อาจยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายใด ๆ และชายจะอ้างเหตุผลสนับสนุนในความเชื่อว่าเด็กหญิงมีอายุมากกว่า 13 ปี จึงกระทำความผิดไม่ได้เช่นเดียวกัน

เห็นได้ว่าลักษณะการกระทำความผิดตามมาตรา 1 นี้จะมีความผิดเช่นเดียวกันกับความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิดผู้อื่นตามมาตรา 1 ต่างกันก็เพียงว่าตามมาตรา 1 ผู้กระทำความผิดจะมีความผิดก็ต่อเมื่อผู้ถูกกระทำความผิดไม่ยินยอมหรือไม่สมัครใจนั้น แต่ตามมาตรา 5 นั้นแม้ว่าผู้กระทำความผิดจะกระทำความผิดโดยเด็กจะยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ร่วมประเวณีก็ตาม หากว่าผู้ถูกกระทำความผิดเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ผู้กระทำความผิดก็มีความผิดตามมาตรา 1 นี้ เนื่องจากประเทศอังกฤษได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำเด็กสามารถให้ความยินยอมไว้คือ 13 ปี หากอายุต่ำกว่านี้แม้ว่าเด็กจะให้ความยินยอมให้ร่วมประเวณี แต่ตามกฎหมายประเทศอังกฤษนั้นก็ถือว่าเด็กไม่ได้ให้ความยินยอมซึ่งอัตราโทษจึงสูงเท่ากับการข่มขืนกระทำความผิดผู้อื่นโดยไม่ได้รับความยินยอมเช่นมาตรา 1 ซึ่งทั้งมาตรา 1 และมาตรา 5 มีอัตราโทษสูง ทั้งนี้เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิดผู้อื่น และความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิดเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี นั้นถือว่าเป็นการกระทำความผิดอุกฉกรรจ์ (felony) ต้องระวางโทษจำคุกตลอดชีวิต

2) การทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น

การทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นนี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่นโดยเจตนา โดยได้บัญญัติเรื่องไว้ใน The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 2 คຸ້ມກອງບຸກຄລທຳໄປ ແລະ ໃນມາຕຣາ 6 ຄຸ້ມກອງບຸກຄລອາຍຸຕຳກ່ວາ 13 ປີ

มาตรา 2 ทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น¹⁸

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของอีกบุคคลหนึ่ง (B) ด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือสิ่งอื่น โดยเจตนา

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ

(c) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการล่วงล้ำนั้น และ

(d) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

¹⁸ The Sexual Offences Act 2003, Section 2.

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่จะทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และมาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรา 75 ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 75 ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

มาตรานี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่นโดยเจตนา โดยผู้ถูกระทำไม่ให้ความยินยอม และประเทศอังกฤษยังได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมในมาตรา 75 และ 76 มาใช้เหมือนกับความผิดฐานกระทำชำเราด้วย

มาตรา 6 ทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี¹⁹

(1) บุคคลกระทำผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของอีกบุคคลหนึ่งด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือสิ่งอื่น โดยเจตนา

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ

(c) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 6 ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

มาตรานี้ก็เป็นความผิดเช่นเดียวกับมาตรา 2 ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นต่างกันตรงที่ประเทศอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์คุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ในการให้ความยินยอมในเรื่องนี้ เช่นเดียวกับการให้ความยินยอมในการร่วมประเวณีดังที่กล่าวมาแล้วจึงทำให้ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 6 แม้ว่าเด็กผู้ถูกระทำจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ผู้กระทำก็มีความผิดตามมาตรา 6 โทษที่ได้รับจึงเท่ากับทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นต่อร่างกายผู้อื่นโดยผู้ผู้นั้นไม่ยินยอม

3) การกระทำอนาจาร

ประเทศอังกฤษได้แยกลักษณะความผิดฐานกระทำชำเราและความผิดฐานอนาจารออกจากกันอย่างชัดเจนแต่ก็ให้การคุ้มครองบุคคล 2 กลุ่ม คือบุคคลที่อายุมากกว่า 13 ปี และให้ความสำคัญในการคุ้มครองบุคคลซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ไว้ในกรณีเฉพาะเช่นเดียวกับความผิดฐานกระทำชำเรา

¹⁹ The Sexual Offences Act 2003, Section 6.

ในมาตรา 3 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 เป็นความผิดฐานการกระทำความผิด บัญญัติว่าบุคคลหนึ่งกระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่น โดยเจตนา การสัมผัสนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ โดยไม่ได้รับความยินยอมต่อการสัมผัสนั้น และไม่มีเหตุควรเชื่อได้ว่าได้รับความยินยอมโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เหตุควรเชื่อได้ว่าได้รับความยินยอมหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเชื่อได้ว่าได้รับความยินยอม เกี่ยวกับเรื่องความยินยอมนั้นบัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ในมาตรา 75 และ 76 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 มาใช้บังคับด้วย

บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 3 ต้องรับโทษ ตัดสินลงโทษโดยการพิจารณาแบบรวบ-รัด มีโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือได้รับการตัดสินลงโทษ โดยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก มีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี²⁰

ส่วนความผิดฐานการกระทำความผิดของเด็กได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 คือมาตรา 7 กระทำอนาจารกับเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี

(1) บุคคลกระทำความผิดเมื่อ

- (a) บุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่นโดยเจตนา
- (b) การสัมผัสนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ
- (c) กระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

(2) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 3 ต้องรับโทษ

- (a) ตัดสินโทษโดยการพิจารณาแบบรวบรัด เมื่อโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ
- (b) ตัดสินลงโทษโดยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก เมื่อโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

ความผิดฐานอนาจารนั้นประเทศอังกฤษก็ได้บัญญัติคุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีไว้เป็นการเฉพาะเช่นกัน คือได้กำหนดเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่เด็กสามารถให้ความยินยอมได้ไว้คือ 13 ปี เช่นเดียวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ซึ่งองค์ประกอบที่สำคัญคือต้องกระทำโดยเจตนา โดยจะรู้หรือไม่รู้ก็ตามว่าเด็กนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี และไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตามผู้กระทำก็จะมี ความผิดตามมาตรา 3 และมีอัตราโทษสูงกว่ามาตรา 3

²⁰ The Sexual Offences Act 2003, Section 3.

4) ก่อหรือยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ทำกิจกรรมเกี่ยวกับเพศ

ความผิดฐานนี้ประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 กล่าวคือ บุคคลกระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นก่อหรือยุยงให้บุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี ทำกิจกรรมในทางเพศ โดยเจตนา มีโทษจำคุกตลอดชีวิต หรือถ้าการกระทำนั้นกระทำโดยการล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรืออวัยวะเพศ การล้วงล้ำเข้าไปในปากของผู้อื่น จะต้องรับโทษจำคุกขั้นต่ำตั้งแต่ 6 เดือนหรือโทษสูงสุดไม่เกิน 14 ปี²¹

มาตรานี้เป็นการยุยงให้เด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี กระทำกิจกรรมทางเพศแม้ว่าเด็กจะยินยอมหรือไม่ก็ตามก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ ซึ่งอัตราโทษสูงเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็ก ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศอังกฤษมีวัตถุประสงค์คุ้มครองเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี ในทุกฐานความผิดเท่ากัน

5) ความผิดทางเพศเกี่ยวกับเด็ก

นอกจากประเทศอังกฤษจะคุ้มครองเด็กในกรณีที่เด็กเป็นผู้ถูกกระทำหรือผู้เสียหายแล้ว ยังได้คุ้มครองเด็กในกรณีที่เด็กเป็นผู้กระทำความผิดเองโดยกำหนดอายุที่คุ้มครองสูงถึง 18 ปีไว้ในแต่ละฐานความผิดใน The Sexual Offences Act 2003 ดังนี้

มาตรา 9 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี จะกระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นสัมผัสบุคคลอื่นและการสัมผัสนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ โดยเจตนา โดยได้กำหนดเกณฑ์อายุผู้ถูกกระทำไว้คืออายุต่ำกว่า 16 ปี และ ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรืออายุต่ำกว่า 13 ปี จะต้องรับเว้นแต่เป็นกรณี การล้วงล้ำทวารหนัก อวัยวะเพศ หรือการล้วงล้ำเข้าไปในปากด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย หรือสิ่งอื่นบุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก มีโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

มาตรา 10 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี จะกระทำความผิดเมื่อบุคคลนั้นก่อหรือยุยงให้บุคคลอื่นทำกิจกรรมในทางเพศ โดยเจตนา และกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี และ ไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรือ กระทำต่ออายุต่ำกว่า 13 ปี จะต้องปรับโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี เมื่อมีการพิพากษาความผิดด้วยการพิจารณาคดีแบบคดีอาญาอุกฉกรรจ์ เว้นแต่เป็นกรณี การล้วงล้ำทวารหนัก อวัยวะเพศ หรือการล้วงล้ำเข้าไปในปากด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกาย หรือสิ่งอื่นบุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่

²¹ The Sexual Offences Act 2003, Section 8.

กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษหนัก มีโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

มาตรา 11 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี จะกระทำความผิดเมื่อ บุคคลนั้น กระทำกิจกรรมทางเพศ โดยเจตนา เพื่อประโยชน์ในการ ได้รับความสุขทางเพศ ได้กระทำกิจกรรมทางเพศโดยเมื่อ บุคคลอื่นอยู่ด้วยหรืออยู่ในที่ที่สามารถจะเห็นได้และรู้ว่าหรือเชื่อว่ารู้ตัวหรือตั้งใจว่าหรือควร จะรู้ตัวว่าตนกำลังทำกิจกรรมดังกล่าวอยู่ และกระทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 16 ปี หรือกระทำกิจกรรมทางเพศต่อหน้าเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี บุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน จำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือ โทษจำคุกไม่เกิด 10 ปี เมื่อตัดสินลงโทษ ด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญาโทษอุกฉกรรจ์

มาตรา 12 บุคคลอายุตั้งแต่ 18 ปี กระทำผิดเมื่อ เพื่อประโยชน์ในการ ได้รับความสุขทางเพศ บุคคลนั้น โดยเจตนาทำให้บุคคลอื่นเห็นบุคคลที่สามทำกิจกรรม หรือให้ดูภาพบุคคลใดกำลัง ทำกิจกรรมทางเพศอยู่ โคนกระทำต่อบุคคลอายุต่ำกว่า 16 ปี และไม่มีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้น อายุตั้งแต่ 16 ปี หรือบุคคลนั้นอายุต่ำกว่า 13 ปี บุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษ จำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวนสูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับหรือโทษ จำคุกไม่เกิน 10 ปี

มาตรา 13 บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี หากกระทำความผิดซึ่งเป็นความผิดตามมาตราใด มาตราหนึ่งตั้งแต่มาตรา 9 ถึง มาตรา 12 บุคคลกระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องรับโทษโดย ตัดสินลงโทษด้วยการพิจารณาแบบรวบรัด เมื่อโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินจำนวน สูงสุดที่กฎหมายกำหนด หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยตัดสินลงโทษด้วยการพิจารณาแบบคดีอาญา อุกฉกรรจ์ไม่เกิน 5 ปี

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าในความผิดตามมาตรา 2 ถึงมาตรา 12 นั้นให้ความ ค้ำครองในเรื่องการให้ความยินยอมของบุคคลที่มีอายุไม่เกิน 16 ปี และเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี โดย ในกรณีผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลอายุไม่เกิน 16 ปี กฎหมายยอมให้ผู้กระทำความผิดพิสูจน์ว่าเชื่อว่าบุคคล นั้นอายุมากกว่า 16 ปี แต่ถ้าเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีผู้กระทำความผิดก็ไม่สามารถยกข้อต่อสู้ เกี่ยวกับอายุเด็กขึ้นต่อสู้ได้เช่นเดียวกับความผิดทางเพศที่กระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปีฐานอื่น แต่ ว่าถ้าหากกว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรา 9 หรือมาตรา 12 เป็นบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี ตาม The Sexual Offences Act 2003 Section 13 ก็ได้กำหนดโทษต่ำกว่าบุคคลที่อายุมากกว่า 18 ปี เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทำผิดทางเพศกับเด็ก โดยเด็กหรือเยาวชนด้วยกันแสดงให้เห็นว่า

ประเทศอังกฤษให้ความคุ้มครองแก่บุคคลอายุไม่เกิน 18 ปีด้วยหากการกระทำดังกล่าวเกิดจากความยินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย

ซึ่งหากว่าผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นบุคคลที่อาศัยรับความไว้วางใจกระทำกิจกรรมทางเพศกับเด็ก²² กระทำโดยอาศัยการที่ตนอยู่ในฐานะที่ได้รับ ความไว้วางใจอันเกี่ยวข้องกับเด็กผู้ที่ถูกให้หรือยอมให้เด็กกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ²³ เมื่อมีการพิจารณาคดีความผิดตามมาตรา นี้ การพิสูจน์ได้ว่าบุคคลอื่นนั้นอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ต้องพิจารณาในส่วนของจำเลยว่ามีเหตุอันควรเชื่อว่าบุคคลนั้นอายุตั้งแต่ 18 ปี หรือไม่เว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าจำเลยมีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้น²⁴

ดังนั้น สหราชอาณาจักรได้มีการออกกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศฉบับล่าสุดปี 2546 มีผลใช้บังคับเมื่อ 1 พฤศจิกายน 2546 ชื่อ The Sexual Offence Act 2003 โดยได้ขยายความคุ้มครองออกไปจากกฎหมายเดิมโดยมาตรา²⁵ ได้ให้ความหมายของการข่มขืนไว้ว่า²⁶ จาก The Sexual Offence Act 2003 (SOA-2003) ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงองค์ประกอบภายนอกของการกระทำผิดจากเดิมมาตรา 142 Criminal Justice and Public Order Act 1994 ที่กำหนดให้เฉพาะชายทำการข่มขืนกระทำชำเราหญิงหรือชายอื่น ไม่ว่าจะโดยทางช่องคลอด (Vaginal) หรือทวารหนัก (anal) โดยผู้ข่มขืนไม่ยินยอมแต่ใน SOA-2003 กำหนดผู้กระทำเป็นว่า “ผู้ใด” เท่านั้นผู้กระทำจึงไม่จำกัดเฉพาะชายอีกต่อไปทั้งได้ขยายคุ้มครองการใช้อวัยวะเพศชายกระทำต่อช่องปาก (Oral rape) ทวารหนักไม่จำกัดเฉพาะช่องคลอดอีกต่อไปซึ่งในส่วนการใช้เครื่องมือหรือวัสดุอื่นใดกระทำต่ออวัยวะดังกล่าวยังคงเป็นความผิดทั้งสิ้น (sexual assault) และได้กำหนดความผิดใหม่เช่น การกระทำที่เป็นการเบี่ยงเบนทางเพศ เช่น อดอวัยวะเพศ (Exposure) แอบถ่ายภาพถ่มองหรือใช้ทีวีวงจรปิด (Voyeurism) ตลอดจนมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (Intercourse with an animal) เป็นความผิด อย่างไรก็ตามใน SOA-2003 ยังคงองค์ประกอบสำคัญเดิมไว้คือต้องเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะ

²² The Sexual Offences Act 2003, Section 16.

²³ The Sexual Offences Act 2003, Section 17.

²⁴ The Sexual Offences Act 2003, Section 16, 17.

²⁵ S.1 “RAPE”

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

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person

(B)with his penis.

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents

²⁶ Sexual Offence Act 2004<<http://www.Legislation.hmsso.gov.uk/acts/act2003/30042-b.htm>>

เพศชายกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) และเป็นกรกระทำโดยผู้อื่นไม่ยินยอม (consent) นอกจากนี้การประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) ยังให้ความหมายเพิ่มเติมของการข่มขืนกระทำชำเราเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 2²⁷ ที่ได้ให้ความหมายของความยินยอมไว้ในมาตรา 74²⁸ และความหมายของช่องคลอด (vagina) รวมถึงตัวอวัยวะเพศด้านนอก (vulva) มาตรา 79²⁹ จึงเห็นได้ว่าความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราตาม SOA-2003 มีความหมายถึงผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยการใช้ อวัยวะเพศ ล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่นหรือ บังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตนโดยผู้อื่นไม่ยินยอมส่วนความผิดข้อหาประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เป็นการใช้อวัยวะอื่นใดล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina anus oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใดโดยบุคคลอื่นนั้น ไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดทั้งสิ้นเป็นต้น

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.1 ลักษณะของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีข้อเสนอมากมายเกี่ยวกับการขยายขอบเขตคำนิยามของการกระทำชำเรา ข้อเสนอของคำจำกัดความ “กระทำชำเรา” ที่ดูจะละเอียดถี่ถ้วน และพยายามที่จะครอบคลุมถึงพฤติกรรมทางเพศทุกรูปแบบที่พึงจะคิดได้ และมีการปฏิบัติอยู่จริงเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเห็นจะเป็นข้อเสนอของสภาสตรี เพื่อป้องกันการข่มขืนกระทำชำเรา (Women’s rape council) ส่งเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกาว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราควร “ประกอบด้วยการสัมผัสระหว่าง ปากและทวารหนัก ปากและอวัยวะ

²⁷ S. 2 assaultAssault by penetration

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

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B)

with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual,

(c) B does not consent to the penetration, and

(d) A does not reasonably believe that B Consents.

²⁸ S. 74 “Consent”

For the purposes of this part a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice

²⁹ S. 79 Part 1 : general interpretation

(a) Vagina includes vulva

เพศชาย ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรืออวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่นๆ³⁰

อย่างไรก็ตามเมื่อได้มีการทำแบบสอบถามความคิดเห็นเกี่ยวกับการขยายขอบเขตคำนิยามของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา พนักงานอัยการจำนวนมากแสดงความกังวลที่จะติดตามคดีอันเกิดจากการกระทำที่เป็นความผิดตามความหมายใหม่กำหนดขึ้น ข้อมูลจากการสัมภาษณ์แสดงให้เห็นต่อไปอีกว่าเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมจำนวนมากยังคงรู้สึกว่าการนิยามใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเราที่มีความไม่ชัดเจน ทั้งสถิติจากการกระทำผิดอาญา และข้อมูลจากการสัมภาษณ์แสดงให้เห็นว่าผู้ตอบคำถามหลายคนยังยึดติดกับความแตกต่างระหว่างการข่มขืนกระทำชำเราตามความเป็นจริงที่ยึดถือกันมาโดยตลอดกับความผิดทางเพศในรูปแบบอื่นๆ ผู้ตอบแบบสัมภาษณ์ผู้หนึ่งถึงกับกล่าวว่า การขยายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้รวมการกระทำผิดทางเพศในรูปแบบอื่นนั้นถือได้ว่าเป็นการทำลายวิถีประเพณีและการบัญญัติกฎหมายและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมเช่นนี้ทำให้ผู้ทำการปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศหันมาให้ความสำคัญกับบริบทของสังคมว่าจะได้รับผลกระทบเช่นไรหากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวด้วย³¹

3.2.2 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

แม้จะมีทั้งเสียงสนับสนุนและต่อต้านการขยายคำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายแต่เดิม ที่หมายความถึงการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยใช้กำลังบังคับ รัฐบางรัฐยังคงยึดแนวความคิดเดิม ในขณะที่บางรัฐทำการเปลี่ยนแปลงคำนิยามของการกระทำชำเราโดยอ้างเหตุผลหลักกว่าเพื่อให้การบังคับใช้ความผิดเกี่ยวกับเพศอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคในทางเพศ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในบางรัฐจึงบัญญัติให้หญิงก็อาจเป็นผู้กระทำความผิด และชายเองก็อาจตกเป็นผู้ถูกกระทำได้ นอกจากนี้การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญอีกประการหนึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดว่าพฤติกรรมเช่นไรควรจะถูกกำหนดให้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จากที่เดิมกฎหมายจารีตประเพณีให้ความสำคัญกับการร่วมประเวณีระหว่างหญิงและชาย หากแต่ในการปฏิรูปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเริ่มที่จะกำหนดคำนิยามของการข่มขืนกระทำชำเราให้ครอบคลุมถึงการกระทำอย่างอื่นนอกเหนือจากการล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิงโดย

³⁰ จาก *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ* (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ), โดย ปรีดา เวทพิสัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

³¹ From *Nathan Caplan Boston, Rape and the limits of law reform* (p.107), by Jeanne C. Marsh, Alison Geist, (Mass : Auburn house Pub.Co.,1982).

อวัยวะเพศของชาย เช่นการล่วงล้ำโดยวัตถุสิ่งของอื่นใดทั้งนี้การล่วงละเมิดทางเพศที่สมควรได้รับความคุ้มครองจึงมีอยู่หลายรูปแบบ ตั้งแต่การกระทำที่เป็นการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศของชายต่ออวัยวะเพศของหญิงหรือทางทวารหนัก การใช้ปากกระทำต่ออวัยวะเพศของชายและต่ออวัยวะเพศของหญิง การใช้อวัยวะส่วนอื่นหรือวัตถุสิ่งของล่วงล้ำทวารหนักหรืออวัยวะเพศของหญิง รวมทั้งการสัมผัสอวัยวะสืบพันธุ์ของบุคคลอื่นโดยเจตนาที่จะให้ผู้อื่นนั้นต้องอับอาย หรือกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของตนเองและผู้อื่น ทั้งนี้แต่ละมลรัฐมีความผิดอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราในแต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาบัญญัติแตกต่างกันออกไป บางรัฐก็กำหนดให้ชายเท่านั้นเป็นผู้กระทำ ความผิดได้ เช่น รัฐจอร์เจีย รัฐไอดาโฮ และรัฐอินเดียนา บางรัฐก็กำหนดให้ทั้งชายและหญิงสามารถเป็นผู้กระทำ ความผิดได้ เช่น รัฐมิชิแกน และรัฐนิวยอร์ก ส่วนผู้ถูกกระทำตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาย่อมแตกต่างกันออกไปตามบทบัญญัติความผิดของแต่ละรัฐ กล่าวคือ บางรัฐกำหนดให้หญิงเท่านั้นตกเป็นผู้ถูกกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เช่น รัฐจอร์เจียและรัฐอินเดียนา บางรัฐกำหนดให้ทั้งหญิงและชายตกเป็นผู้ถูกกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ เช่น รัฐนิวยอร์ก และรัฐไอดาโฮ อย่างไรก็ตามทุกรัฐยังคงให้ความสำคัญกับการล่วงล้ำ (penetration) อันถือเป็นองค์ประกอบความผิดหลักที่จะทำให้การกระทำเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้เป็นต้น

3.2.3 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเรา

Model Penal code ฉบับ Official Draft (Philadelphia 1962) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในหัวข้อ 213 ซึ่งแบ่งการกระทำความผิดดังกล่าวเป็น 7 มาตรา โดยเริ่มตั้งแต่มาตรา 213.0 ถึงมาตรา 213.6 สำหรับการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารจะมีองค์ประกอบความผิดเป็นเช่นไรผู้เขียนจะขอกล่าว ดังต่อไปนี้

1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

การกระทำชำเราตามกฎหมาย Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ (1) การข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน (Sexual Intercourse with a female not his wife)

ตาม (1) ของมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code³² ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด

³² Section 213.1.Rape and Related Offenses. Model penal code of the American law institute.

(1) Rape. A male who has sexual intercourse with a female not his wife is guilty of rape if:

(a) he compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone; or

ฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการใส่ยา ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับความทรมาณหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใส่ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีกาใส่ยา หรือโดยการใส่ของมีนเมาหรือโดยวิธีการอื่นใดเพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิงมีอายุเกินสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรา ยังหมายความรวมถึง การกระทำชำเราทั้งหมดหรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ³³

ตามมาตรา 213.1 (1) การข่มขืนกระทำชำเราจะแบ่งความผิดประเภทอุกฉกรรจ์ (felony) เป็นสามระดับ กล่าวคือ ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำจะมีความผิดประเภทอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง (a felony of the second degree) เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดกล่าวทำให้ผู้อื่นต้องได้รับอันตรายทางกายอย่างแสนสาหัสหรือผู้เสียหายมิได้สมัครใจที่จะมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำแต่ขึ้นอยู่กับโอกาสของการกระทำความผิด และผู้เสียหายไม่ได้

(b) he has substantially impaired her power to appraise or control her conduct by administering or employing without her knowledge drugs, intoxicants or other means for the purpose of preventing resistance; or

(c) the female is unconscious; or

(d) the female is less than 10 years old.

Rape is a felony of the second degree unless (i) in the course thereof the actor inflicts serious bodily injury upon anyone, or (ii) the victim was not a voluntary social companion of the actor upon the occasion of the crime and had not previously permitted him sexual liberties, in which cases the offense is a felony of the first degree.

(2) Gross Sexual Imposition. A male who has sexual intercourse with a female not his wife commits a felony of the third degree if:

(a) he compels her to submit by any threat that would prevent resistance by a woman of ordinary resolution; or

(b) he knows that she suffers from a mental disease or defect which renders her incapable of appraising the nature of her conduct; or

(c) he knows that she is unaware that a sexual act is being committed upon her or that she submits because she mistakenly supposes that he is her husband.

³³ มาตรา 213.1 (2) ของ Model Penal Code.

อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดกระทำการใดๆ ทางเพศต่อหญิงในกรณีนี้ผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับแรก (a felony of the first degree)³⁴

นอกจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม (1) ของมาตรา 213.1 แล้ว ใน (2)ของมาตรา 213.1 ยังได้บัญญัติการข่มขืนกระทำชำเราโดยการใช้กำลังบังคับหรือโดยการหลอกลวง (Gross Sexual Imposition) ซึ่งเป็นการกระทำที่ชายได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนอันเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม (a felony of the third degree) กล่าวคือ ถ้าชายบังคับให้ยินยอมจำนน โดยการข่มขู่เพื่อป้องกันด้านทานจากหญิงและเป็นการฝ่าฝืนความตั้งใจของหญิง หรือชายรู้ว่าหญิงนั้นทนทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางจิตใจหรือหญิงนั้นมีปมด้อยซึ่งทำให้หญิงไม่สามารถรู้สภาพของการกระทำนั้น หรือชายนั้นรู้ว่าหญิงมิได้ระมัดระวังว่าจะมีการกระทำความผิดอาญาทางเพศหญิง และหญิงยอมรับการกระทำดังกล่าวเพราะหญิงสำคัญผิดว่าชายนั้นคือสามีของตน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดในมาตรา 213.0.(1)-(3)³⁵ซึ่งบัญญัตินิยามคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ประกอบกับมาตรา 213.1 แล้ว เห็นได้ว่า การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการ คือ (1) ต้องมีการกระทำชำเราโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (2) โดยการใช้กำลังบังคับโดยกระทำต่อหญิงที่ไม่สามารถควบคุมตัวเองได้ (unconscious) และ (3) ต้องการความยินยอมของผู้เสียหาย

ในการพิจารณาสาระสำคัญตาม (1) จะต้องมีการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่ามีการผ่านหรือล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ และองค์ประกอบในเรื่องการใช้กำลังบังคับและความยินยอมของหญิงนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ ถ้าความจำเป็นในเรื่องการใช้กำลังหมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างก็เป็นที่น่าใจได้ว่าการใช้กำลังบังคับนั้นมีความสำคัญมากที่จะ

³⁴ มาตรา 213.1วรรคสอง ของ Model Penal Code.

³⁵ 213.0. Definitions

In this Article, unless a different meaning plainly is required:

- (1) the definitions given in Section 210.0 apply;
- (2) "Sexual intercourse" includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required;
- (3) "Deviate sexual intercourse" means sexual intercourse per os or per anum between human beings who are not husband and wife, and any form of sexual intercourse with an animal.

ทำให้การล่วงล้ำของอวัยวะเพศประสบความสำเร็จ และเมื่อความยินยอมถูกละเมิดแล้วศาลก็จะวินิจฉัยว่าได้มีการล่วงละเมิดโดยการใช้กำลังทำร้ายด้วยแล้ว สำหรับทางพิจารณาจะต้องปรากฏด้วยว่า “ความต้านทานของหญิง” นั้น จะต้องมี ความต้านทานต่อเนื่องกันไปจนกระทั่งความผิดสำเร็จ³⁶ เพื่อเป็นการป้องกันหญิงจากการข่มขู่อันจะทำให้หญิงไม่ได้รับความปลอดภัย³⁷ การข่มขู่เช่นนั้นอาจเป็นกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการขูดลากหญิงซึ่งอาจเป็นการยากสำหรับกระบวนการพิจารณาที่จะพิสูจน์ในองค์ประกอบที่สามในเรื่องความยินยอมโดยชัดเจน

ดังนั้น ในกฎหมาย Model Penal Code (MPC) Section 213.1. Rape and Related Offenses จะเห็นได้ว่าต้องถึงขั้นร่วมประเวณี (Sexual Intercourse) จึงจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาเกือบครึ่งหนึ่งบัญญัติกฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วและแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรในแต่ละมลรัฐในปัจจุบันจะขยายความการกระทำที่เป็นการกระทำชำเราออกไปกว่ากฎหมาย Common Law เดิมแต่อวัยวะเพศชายก็ยังเป็นสิ่งที่สำคัญในการกระทำความผิดฐานดังกล่าวดังนั้นผู้กระทำในความผิดฐานนี้จึงยังต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น โดยสภาพธรรมชาติทางเพศของมนุษย์การข่มขืนไม่ควรจำกัดอยู่เฉพาะชายจึงไม่ใช่คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” แต่ใช้คำว่า “ผู้กระทำ” แทนส่วนความหมายของการข่มขืนยังคงเป็นการล่วงล้ำ (penetration) ของอวัยวะเพศชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิงโดยไม่จำเป็นต้องมีการหลั่งน้ำอสุจิ (ejaculation or emission) ซึ่งศาลมลรัฐ Kansas city และศาล Washington ได้เคยตัดสินไว้อย่างชัดเจนว่าเพียงแต่การที่อวัยวะเพศชายมาสัมผัสกับอวัยวะเพศหญิงนั้น ไม่เป็นการเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

(2) การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน (Deviate Sexual Intercourse)

ตามมาตรา 213.2 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศโดยการใช้กำลังหรือโดยการหลอกลวง ได้แก่ การที่บุคคลใดซึ่งเป็นผู้มีความเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่น หรือเป็นสาเหตุให้ผู้อื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศมีความผิดฐานกระทำอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง การกระทำความดังกล่าวอาจเป็นการกระทำโดยการใช้กำลังบังคับผู้อื่นหรือข่มขู่ว่าจะทำร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ทำให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือทำให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บ หรือเป็นการทำให้บุคคลที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบใจอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ โดยการใช้ยาหรือโดยการใช้ของมีเมาหรือเป็นการกระทำโดยวิธีอื่นใดเพื่อหลีกเลี่ยงการทำอนาจารหรือเป็นการทำให้บุคคลนั้นหมดสติหรือเป็นการทำกับบุคคลที่อายุน้อยกว่าสิบปี

³⁶ ดูคดี Reidhead v. State, 31 Ariz 70, 72, 250 p. 366, 367 (1962)

³⁷ ดูคดี Hazel v. State, 221 Md. 464, 469, 157 A 2d 922, 925 (1960)

นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนอาจกระทำโดยการหลอกลวงบุคคลอื่นหรือเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศ ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดในชั้นอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม เช่น การบังคับบุคคลอื่นมีส่วนร่วมด้วยในการกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำได้กระทำโดยการข่มขู่เพื่อป้องกันมิให้มีการขัดขวาง หรือกระทำโดยรู้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถรู้ผิดชอบทางจิตใจหรือเป็นผู้ที่มีความบกพร่องซึ่งไม่สามารถรู้ผิดชอบในการกระทำนั้น หรือผู้รู้ว่าการที่บุคคลอื่นยอมตามเพราะไม่รู้ว่าการกระทำเช่นนั้นจะทำให้เขาได้รับโทษ

การกระทำชำเราเบี่ยงเบนตามที่ได้กล่าวมานั้นหมายถึง การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคล ซึ่งมีใช้สามีและภรรยาและหมายถึงการร่วมเพศกับสัตว์ด้วย³⁸ รวมทั้งความหมายตามประมวลกฎหมายสหรัฐ (US CODE COLLECTION)³⁹ ได้ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 2246⁴⁰ เช่นกัน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศนั้นเป็นการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ⁴¹ (Sodomy) ได้แก่ การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคลซึ่งมีใช้สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งการกระทำชำเราต่อสัตว์ด้วยตามมาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code เป็นต้น

³⁸ มาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code

³⁹ <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2246.18> U.S.C. 2246 - Definitions For Chapter Page 475 Title 18 Crimes And Criminal Procedure § 2246.

⁴⁰ Definitions for chapter

As used in this chapter

(1) the term “prison” means a correctional, detention, or penal facility;

(2) the term “sexual act” means

(A) contact between the penis and the vulva or the penis and the anus, and for purposes of this subparagraph contact involving the penis occurs upon penetration, however slight ;

(B) contact between the mouth and the penis, the mouth and the vulva, or the mouth and the anus ;

(C) the penetration, however slight, of the anal or genital opening of another by a hand or finger or by any object, with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person ; or

(D) the intentional touching, not through the clothing, of the genitalia of another person who has not attained the age of 16 years with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person

⁴¹ ดูคดี Fisher v. State, 197 Tenn. 594, 277 S.W. 2d 340 คดี sherill v. State, 204 Tenn. 427, 321, S.W. 2d 811 และคดี State v. Cyr, 135 Me. 513, 198 S. 743.

ในกรณีการข่มขืนกระทำชำเราโดยเบี่ยงเบนหรือผิดธรรมชาตินี้การพิสูจน์การกระทำ ความผิดในเรื่องการเข้าไปนั้นอาจขาดหายไปได้ ทั้งที่การพิสูจน์ในเรื่องการเข้าไปนั้นเป็น องค์ประกอบสำคัญของความผิดฐานนี้แต่การผ่านเข้าไปแม้เพียงบางส่วน ซึ่งเป็นการเพียงพอที่จะ ทำให้การกระทำผิดสมบูรณ์นั้นอาจไม่เกิดขึ้นก็ได้ ถ้าผู้กระทำความผิดใช้มือหรือนิ้วหรือใช้ อวัยวะอื่นใดของร่างกายกระทำการแทนซึ่งไม่อาจลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมายได้ อย่างไร ก็ตาม ในกรณีที่บุคคลใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำต่อสัตว์หรือกระทำต่อชายหรือหญิง โดยทางทวารหนักหรือกระทำทางปาก หรือยอมรับการสนองความใคร่นั้นโดยสมัครใจ บุคคลนั้น จะต้องรับผิดฐานอุกฉกรรจ์และจะถูกตัดสินให้เข้ารับการตัดสินคดีเป็นระยะเวลาไม่ต่ำกว่าหนึ่งปี และไม่เกินสามปี แต่ถ้าบุคคลนั้นเพื่อสนองความใคร่ของตนได้ใช้กำลังบังคับชายหรือหญิงเพื่อ กระทำชำเราทางทวารหนักหรือทางปาก บุคคลนั้นจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอุกฉกรรจ์ และ จะถูกตัดสินให้เข้ารับการตัดสินคดีเป็นระยะเวลาไม่ต่ำกว่าสามปีและไม่เกิน ๖ ปี

(3) การกระทำชำเราต่อผู้ยังไม่บรรลุนิติภาวะและการล่อลวงไปเพื่อให้เกิดความเสียหาย (Corruption of Minors and Seduction)

บัญญัติในมาตรา 213.3 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะไว้ โดยบัญญัติให้ชายกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนหรือ ผู้ใดมีการเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่นหรือเป็นสาเหตุให้ผู้อื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศ มีความผิด ถ้าได้กระทำกับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบหกปี และผู้กระทำมีอายุมากกว่าอย่างน้อยสี่ปี หรือได้ กระทำกับบุคคลอื่นที่มีอายุต่ำกว่ายี่สิบเอ็ดปี และผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ต้องดูแลหรือรับผิดชอบ ควบคุมสวัสดิภาพโดยทั่วไป หรือได้กระทำต่อผู้ที่อยู่ในความดูแลปกครองตามกฎหมาย หรืออยู่ใน สถานควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานอื่นใด และผู้กระทำความผิดโดยหญิงยินยอมเนื่องจาก ชายได้ให้สัญญาแก่หญิงว่าจะแต่งงานด้วย แต่ผู้กระทำผิดก็ไม่ได้ปฏิบัติตาม ผู้ที่กระทำความผิดตาม มาตรานี้จะได้รับโทษสำหรับความผิดในคดีเล็กน้อย (misdemeanor) เว้นแต่กรณีการข่มขืนกระทำชำเราหญิงอายุต่ำกว่าสิบหกปี ผู้กระทำผิดจะต้องรับโทษสำหรับคดีอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม

ความสำคัญผิดในอายุของหญิงผู้เสียหายว่ามีอายุเกินสิบปี แต่ความจริงเด็กหญิงมีอายุต่ำกว่าสิบปี ในกรณีนี้ถ้าผู้กระทำความผิดไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรจะรู้ว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบปีผู้กระทำไม่ต้องรับโทษแต่เมื่อการกระทำความผิดอาญาได้ขึ้นอยู่กับการพิจารณาของเด็กซึ่งได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อายุมากกว่าสิบปีแล้วผู้กระทำความผิดจะต้องพิสูจน์โดยการชั่ง พยานหลักฐานว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อว่าเด็กนั้นมีอายุมากกว่าที่เป็นจริง⁴² เกี่ยวกับเรื่องการ

⁴² ดูรายละเอียดในมาตรา 213.6 (1) ของ Model Penal Code Proposed Official Draft, (Philadelphia, 1962)

สำคัญผิดในอายุของผู้เสียหายนี้ตามแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทยยังเห็นว่า ความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงย่อมเป็นข้อแก้ตัวให้กับผู้กระทำความผิดที่ไม่ต้องรับโทษหนักขึ้น ถ้าผู้กระทำไม่ได้รู้ข้อเท็จจริงนั้น (ตามมาตรา 62 วรรคสอง) ดังนั้น การที่ชายได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงอายุไม่เกินสิบห้าปีโดยชายสำคัญผิดว่าหญิงนั้นอายุเกินสิบห้าปี ชายนั้นก็ควรรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงตามมาตรา 276 มิใช่ตามมาตรา 277 ของประมวลกฎหมายอาญา

1) การกระทำอนาจาร (Sexual Assault)

บัญญัติในมาตรา 213.4 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานกระทำอนาจารไว้ โดยกำหนดให้ผู้กระทำอนาจารกับบุคคลอื่นซึ่งมิใช่สามีภรรยาหรือก่อให้เกิดบุคคลอื่นมีการกระทำทางเพศด้วย มีความผิดฐานกระทำอนาจาร ต้องรับโทษสำหรับคดีซึ่งเป็นการผิดเล็กน้อย (misdemeanor) การกระทำอนาจารอาจกระทำโดยที่บุคคลนั้นรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น หรือผู้กระทำรู้ว่าบุคคลอื่นมีความทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางจิตใจ หรือเป็นผู้พิการ ทำให้ผู้นั้นไม่สามารถรู้สภาพของการกระทำนั้นๆ หรือผู้นั้นรู้ว่าผู้อื่นไม่รู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดหรือรู้ว่าบุคคลดังกล่าวมีอายุน้อยกว่าสิบปี หรือผู้กระทำได้กระทำโดยใช้กำลังบังคับผู้อื่นให้อยู่ในความควบคุมโดยการใช้อาหรือของมีคมเพื่อให้อยู่ในความควบคุม หรือได้กระทำโดยใช้อื่นใดเพื่อให้ผู้นั้นไม่สามารถต้านทานได้หรือได้กระทำต่อบุคคลอื่นที่มีอายุน้อยกว่าสิบหกปี และผู้กระทำความผิดมีอายุมากกว่าอย่างน้อยสี่ปี หรือเป็นการกระทำต่อผู้มีอายุน้อยกว่ายี่สิบเอ็ดปีและผู้กระทำต่อบุคคลอื่นที่อยู่ในความดูแลหรือมีหน้าที่ต้องดูแลสวัสดิภาพโดยทั่วไปหรือกระทำต่อบุคคลอื่นที่อยู่ในความดูแลปกครองตามกฎหมาย หรืออยู่ในความควบคุมของโรงพยาบาลหรือสถานทีอื่นใดและผู้กระทำผิดเป็นผู้ควบคุมหรือมีอำนาจเหนือผู้กระทำนั้น

การกระทำความผิดตามมาตรา 213.4 นี้คือ การสัมผัสใดๆ ในทางเพศ หรือการกระทำโดยใช้ส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกาย โดยมีจุดประสงค์เพื่อกระตุ้นให้เกิดความต้องการทางเพศ และถ้าได้กระทำกับบุคคลตามที่ได้อ้างไว้ในตอนต้นผู้กระทำความผิดจะถูกกล่าวหาว่ากระทำอนาจารตามมาตรา 213.4 นี้

2) การลงมือกระทำชำเรา (The Commencement of Sexual Intercourse)

แต่เดิมนักนิติศาสตร์อเมริกันได้เคยวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการพยายามกระทำความผิดว่าให้พิจารณาโดยใช้หลักความใกล้ชิดต่อผล (The Proximity Rule) และหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) เช่นเดียวกับนักนิติศาสตร์อังกฤษ กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำขั้นสุดท้าย (The last act) ซึ่งผู้กระทำประสงค์ที่จะกระทำเพื่อให้ความผิดเกิดขึ้น หลักดังกล่าวนี้ศาลไทยได้ใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยเรื่องการพยายามกระทำความผิดมาโดยตลอด

เช่นเดียวกัน⁴³ อย่างไรก็ตาม ต่อมานักนิติศาสตร์อเมริกัน ได้พยายามค้นคิดหลักที่จะวินิจฉัยว่า การพยายามกระทำความผิดควรมีการเริ่มต้นเมื่อใด เนื่องจากหลักที่ใช้อยู่ก่อนทำให้เกิดปัญหาในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่า ข้อเท็จจริงแค่ไหน เพียงใดจึงจะถือว่าเป็นการกระทำอันใกล้ชิดต่อผลที่จะสำเร็จ โดยในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาล ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องราวไป ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการตัดสิน ดังนั้น จึงมีการเสนอให้มีการใช้ “หลักขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step rule) ของการกระทำความผิดนั้น” ซึ่งหลักดังกล่าวได้จัดทำโดยสถาบันกฎหมายอเมริกัน (The American Law Institute) เพื่อเป็นแบบอย่างให้มลรัฐต่างๆ นำไปเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญา ซึ่งเรียกว่า “Model Penal Code”

ในมาตรา 5.01 ของ Model Penal Code ได้ให้คำจำกัดความ “การพยายามกระทำความผิด” หมายถึง การกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial Step) ของการกระทำความผิดนั้น⁴⁴ เป็นการพิจารณาว่าผู้กระทำได้กระทำให้สิ่งใดลงไปแล้วบ้าง อย่างไรก็ตาม การกระทำขั้นตอนที่สำคัญนั้น Model Penal Code ได้กำหนดแนวทางไว้ 7 ประการ⁴⁵ ดังต่อไปนี้

(1) การดักรอ การตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหายผู้ร่าง Model Penal Code ได้ให้เหตุไว้ว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่ามีภัยอันตรายอย่างเพียงพอ (Sufficient Dangerousness) ถึงระดับที่ควรจะเป็นการพยายามกระทำความผิดได้แล้ว ซึ่งหากมีการยึดถือตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” แล้ว การกระทำดังกล่าวยังไม่เป็นการกระทำความผิด เพราะอย่างน้อยที่สุดผู้เสียหายน่าจะต้องมาปรากฏตัวยังสถานที่ซึ่งผู้กระทำดักรออยู่เสียก่อน

(2) การล่อให้ผู้เสียหายไปยังสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแสดงออกถึงความมุ่งหมายอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิด และล่อให้เห็นอย่างชัดเจนถึงภัยอันตรายของตัวผู้กระทำการนั้น

(3) การตรวจตราดูแลความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสถานที่ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิดผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดเพราะเป็นการตรวจสอบว่าจะมีอุปสรรคใดๆ หรือไม่ ในการที่จะ

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1203/2491 การพยายามกระทำความผิด คือการกระทำที่ “ได้กระทำลงจนใกล้ชิดกับผลสำเร็จอันพึงเห็นได้ประจักษ์แล้ว”

⁴⁴ The American Law Institute, Model Penal Code, Proposed Official Draft (Philadelphia 1962). p. 81.

⁴⁵ จาก “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน : หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ”, โดย เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, (2539), *บทบัญญัติ*, 52. น. 23-24.

กระทำความผิดและเป็นการกำหนดวิธีการที่จะทำให้การกระทำความผิดเป็นไปได้โดยราบรื่นมากที่สุด

(4) การเข้าไปในสิ่งปลูกสร้าง ยานพาหนะ หรือ สถานที่ซึ่งมีรั้วรอบขอบชิด โดยมุ่งหวังที่จะกระทำความผิดในสถานที่นั้นๆ ผู้ร่าง Model Penal Code มีความเห็นว่า การกระทำดังกล่าวแม้ว่าจะคลุ้มคลั่งตาม “หลักความไม่คลุ้มคลั่ง” ก็ตาม แต่ก็แสดงให้เห็นแน่ชัดว่า ผู้ที่เข้าไปนั้นมีเจตนาอันแน่วแน่ที่จะกระทำความผิดแล้ว เช่น เปิดประตูเข้าไปในรถของผู้คนที่จอดอยู่ แม้ว่าจะยังมีทันได้ตะต๋องของมีค่าใดๆ ในรถคันนั้นก็ตาม

(5) การครอบครองวัตถุใดๆ ซึ่งจะใช้ในการกระทำความผิด ซึ่งเป็นวัตถุที่ออกแบบมาโดยเฉพาะสำหรับใช้ในการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือเป็นวัตถุซึ่งการครอบครองไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายตามสภาพการณ์เช่นนั้น

(6) การครอบครอง การรวบรวม หรือการปลอมแปลงสิ่งใดๆ เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ยังสถานที่หรือการปลอมแปลงสิ่งนั้นๆ ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใดๆ โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สภาพการณ์เช่นนั้น

(7) การใช้ บังคับ หรือจ้าง วาน ให้ตัวแทนผู้บริสุทธิ์ (Innocent agent) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นความผิด

การกระทำตามที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ หากนำมาพิจารณาตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” ก็ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกันเพราะผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (The last act) ในการกระทำความผิดแล้ว⁴⁶ ได้มีการยกตัวอย่างกรณีที่มีการหลอกให้เฝ้ากองฟาง โดยผู้ถูกหลอกหลงเชื่อว่ากองฟางเป็นของผู้หลอก เมื่อหลอกกันเสร็จเรียบร้อยแม้ผู้ถูกหลอกจะยังไม่ทันได้จุดไฟเฝ้ากองฟาง ผู้หลอกก็มีความผิดฐานพยายามวางเพลิง เฝ้าทรัพย์แล้ว

หลักดังกล่าวตามที่ระบุใน Model Penal Code นี้ เป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายอาญาในเรื่องการพยายามกระทำความผิด ซึ่งมลรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาได้ใช้เป็นแนวในการบัญญัติกฎหมาย เช่น มลรัฐอิลลินอยส์⁴⁷ เป็นต้น และดูเหมือนว่าหลักนี้จะเป็นที่ยอมรับเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับในศาลของสหรัฐและมลรัฐต่างๆ รวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐต่างๆ ด้วย⁴⁸ และ

⁴⁶ แหล่งเดิม.

⁴⁷ กฎหมายอาญาของมลรัฐอิลลินอยส์ มาตรา 5/8-4 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องพยายามกระทำความผิดไว้ “หากบุคคลมีเจตนากระทำความผิด เขาได้พยายามกระทำความผิดเมื่อเขาได้กระทำการใดๆ ซึ่งเป็นการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (a substantial step) ของการกระทำความผิด”

⁴⁸ From *Criminal, Gilbert Law Summaries* (p.127), George E.Dire (Harcourt brace Legal And Professional Publications, Inc., 1997).

ต่อไปนี้จะเป็แนวคำพิพากษาของศาลมลรัฐอิลลินอยส์ที่นำหลักขั้นตอนที่สำคัญมาใช้เป็นแนวพิจารณาการพยายามกระทำความผิด ดังปรากฏในคดีดังต่อไปนี้

ในคดี *People v. Paluch* (78 11. Appzd 356, 222 N. E. 2d 508) จำเลยถูกฟ้องในความผิดฐาน “พยายามกระทำการตัดผมโดยไม่มีใบอนุญาตให้เป็นช่างตัดผม” แม้ข้อเท็จจริงในการพยายามกระทำความผิดดังกล่าวจะยังไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำใกล้ชิดต่อผล แต่จากพฤติการณ์ของจำเลยที่เปิดประตูคานหน้าและเชิญเจ้าหน้าที่ให้เข้ามาในร้าน จากนั้นจำเลยได้เดินไปที่เก้าอี้ตัดผมและได้สวมใส่เสื้อกันเปื้อนของช่างตัดผมและเชิญให้เจ้าหน้าที่มานั่งที่เก้าอี้ตัดผม จำเลยมีอุปกรณ์ตัดผมของตนเองอันประกอบด้วยกรรไกรตัดผม มีด โกน และหวี ...” ซึ่งศาลได้พิจารณาให้การกระทำดังกล่าวเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานตัดผมโดยไม่มีใบอนุญาตแล้ว นอกจากการพิจารณาของศาลมลรัฐแล้ว แนวคิดเรื่องการกระทำ “ขั้นตอนที่สำคัญ” ยังเป็นที่ยอมรับกันในศาลสหรัฐด้วย โดยในคดี *United States v. Mandujano* (499 F. 2d 370) (5th Cir. 1974) ได้พิพากษาให้จำเลยมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว⁴⁹ แม้ข้อเท็จจริงในคดีนั้นปรากฏเพียงว่าการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจปราบปรามยาเสพติดปลอมตัวเป็นนักค้ายาเสพติดเข้าไปติดต่อกับจำเลยเพื่อซื้อเฮโรอีน โดยมีการพูดจาต่อรองกันและได้มีการชำระเงินแล้ว แต่ยังไม่มีการส่งมอบของ เพราะต้องรอนกว่าจะมีคนมาส่งของให้ แต่ในที่สุดผู้กระทำความผิดก็ได้คืนเงินที่สั่งซื้อเฮโรอีนให้ผู้สั่งซื้อ เนื่องจากไม่อาจหาคนใกล้ชิดที่ส่งยาได้ กรณีนี้จำเลยต่อสู้ว่าการกระทำยังไม่ถึงขั้นพยายามจำหน่ายเฮโรอีนเป็นความผิดได้อย่างมากคือพยายามให้ได้มาซึ่งเฮโรอีน เพราะเป็นไปไม่ได้ที่บุคคลใดจะมีความผิดฐานพยายามจำหน่ายเฮโรอีน ซึ่งตนยังไม่ได้ครอบครองหรือควบคุมเฮโรอีนจึงผิดเพียงเตรียมจำหน่ายเฮโรอีนเท่านั้น

ศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า จำเลยพยายามกระทำความผิดฐานจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว เพราะการที่จำเลยเรียกร้องและรับเงินจำนวน 650 เหรียญสหรัฐ⁵⁰ จากเจ้าหน้าที่โดยอ้างว่าเพื่อจะนำไปซื้อเฮโรอีนจากผู้ใกล้ชิด การกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำ “ขั้นตอนที่สำคัญ” ในการจำหน่ายเฮโรอีนแล้ว⁵¹

เมื่อพิจารณาการตัดสินคดีของศาลแล้วเห็นว่า ในคดีดังกล่าวศาลลงพิจารณาแล้วว่า น่าจะมีการกระทำอันเป็นการกระทำให้เกิดอันตรายต่อคุณธรรมทางกฎหมายแล้ว ซึ่งก็คือความ

⁴⁹ “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน: หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ.” (น. 26). เล่มเดิม.

⁵⁰ 1 เหรียญสหรัฐเท่ากับ 32.7281 บาท. สืบค้น 6 มิถุนายน 2557, จาก www.bot.or.th.

⁵¹ “แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน: หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ.” (น. 25.27). เล่มเดิม.

ปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนแล้ว ดังนั้น จึงเป็นทางเลือกของศาลที่จะพิจารณา วินิจฉัยคดีให้เลือกคุ้มครองประชาชนของรัฐต่อไป

ถ้าหากกรณีการพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้นต้องมีการพิจารณา ในเรื่องเจตนากระทำความผิด ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในการลงมือกระทำความผิด ซึ่งอาจ กระทำได้หลายวิธี เจตนาไม่ใช่องค์ประกอบธรรมดาของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา แต่จะ รวมถึงความผิดฐานพยายามกระทำชำเราซึ่งบรรลุองค์ประกอบในเรื่องเจตนา⁵² นอกจากเจตนาที่จะ กระทำความผิดแล้ว ผู้กระทำความผิดบางสิ่งบางอย่างมากไปกว่ามีเจตนาหรือการเตรียม กระทำความผิดเพื่อให้การกระทำความผิดสำเร็จ แต่มีสิ่งใดสิ่งหนึ่งมาขัดขวางทำให้การกระทำ ไม่เป็นผลสำเร็จ การเตรียมนี้หมายถึงการดำเนินการใดๆ ในทางจำเป็นเพื่อจะกระทำความผิด ส่วนการพยายามกระทำความผิดคือ การเคลื่อนไหวโดยตรงที่จะกระทำความผิดภายหลังที่ได้มีการ เตรียมแล้ว⁵³ สำหรับความผิดฐานพยายามกระทำชำเรานี้ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้จับ เด็กหญิงอายุ 7 ขวบนั่งลงบนก้อนหินและพุดชักชวนให้ร่วมกระทำชำเราและในเวลาเดียวกันนั้น ได้ ปลดกระดุมเสื้อคลุมกันหิมะของเด็กหญิงออก แต่เด็กหญิงร้องให้ปล่อยตนไว้แต่เพียงลำพัง จำเลย จึงไม่ได้กระทำการใดๆ ต่อไป และบอกเด็กหญิงว่าจะไปซื้อขนมมาให้แต่พอหลังจากที่จำเลยไป แล้วเด็กหญิงก็กลับไปอยู่ร่วมกับพี่ชายอายุ 9 ขวบ และเด็กทั้งสองก็กลับไปโรงเรียนและเมื่อกลับถึง บ้าน เด็กจึงเล่าเรื่องที่เกิดขึ้นให้บิดามารดาฟังต่อมาอีกสองถึงสามสัปดาห์ผู้ต้องหาถูกจับในข้อหา พยายามกระทำชำเรา แม้พยานหลักฐานจะไม่เพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดฐานลงมือกระทำชำเรา แต่จากข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กหญิงตัวเล็กๆ ได้อยู่ในอำนาจของผู้กระทำความผิดและไม่มีเหตุการณ์ ภายนอกใดๆ มาขัดขวางการกระทำไม่ให้เป็นผลสมบูรณ์ได้ แต่การกระทำที่ไม่เหมาะสม ดังกล่าวได้สิ้นสุดลงโดยเด็กหญิงนั้นได้ร้องขอ⁵⁴ กรณีนี้จำเลยได้กระทำความผิดฐานพยายามกระทำ ชำเราแล้วเนื่องจากการลงมือกระทำชำเรานั้นมาตรา 5.01 ของ Model Penal Code ได้ให้คำจำกัด ความของการพยายามกระทำความผิดไว้ว่าเป็น “การกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step) ของการกระทำความผิดนั้น” ได้แก่ การคัดกรอ การตามหาตัว การติดตามผู้เสียหาย เป็นต้น ดังนั้น ถ้า ปรากฏว่าในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ผู้กระทำความผิดได้คัดกรอผู้เสียหายเพื่อนำไป ข่มขืนกระทำชำเราก็คือว่าผู้นั้นได้ลงมือกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายแล้ว และ เมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำใน

⁵² คดี State v. curry, 430 Ohio St. 66, 72 Ohio Op. 37, 330 N.E 2d 720, 724-25 (1975).

⁵³ คดี State v. marting, 88 S.D. 369, 220 N.W. 2d, 530, 531 (N.D 1974) และคดี Logan v. State, 263 A. 2d 266, 271 (Me. 1970).

⁵⁴ Mullins v. commonwealth Supreme Court of Appeals of Virginia. 1939 174 Va. 477, 5 S.E. 2d 491

ขั้นตอนที่สำคัญที่ทำให้เด็กหญิงนั้นจะได้รับอันตรายแล้ว เพราะการกระทำที่จำเลยได้ปลดเสื้อคลุมของเด็กหญิงออก และแม้จำเลยจะมีได้กระทำการใดๆ ต่อไปเนื่องจากเด็กหญิงร้องไห้ปล่อยตนเองไว้ตามลำพัง กรณีนี้ถ้าหากจำเลยไม่ได้ปล่อยหญิงออกมาก็เป็นไปได้ที่เด็กหญิงนั้นจะได้รับอันตรายจากการกระทำของจำเลยแล้ว และการกระทำดังกล่าวจำเลยได้กระทำมากกว่าการเตรียมกระทำความผิดแล้วด้วย ดังนั้น จำเลยกระทำความผิดฐานพยายามกระทำชำเราจึงเป็นการสมควรแล้ว

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะนำทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีนั้นคงจะต้องพิจารณาแนวทางตามที่ Model Penal Code กำหนดไว้เป็นกรณีๆ ไป กล่าวคือ จากการที่ Model Penal Code ได้กำหนดแนวทางไว้ 7 ประการ เพื่อเป็นตัวอย่างในการพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะใดเป็นการกระทำตามขั้นตอนที่สำคัญ นั้นจะมีแนวทางบางประการที่สมควรพิจารณาให้เป็นการพยายามกระทำความผิด เช่น การฉ้อโกง การล่อไป หรือการเข้าไปโดยมุ่งจะกระทำความผิดในสถานที่นั้น เป็นต้น เพราะกรณีดังกล่าวเป็นการกระทำที่น่าจะก่อให้เกิดเป็นอันตรายแก่ผู้เสียหายแล้ว จึงสมควรที่จะมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมดูแลมิให้มีการกระทำความผิดต่อไป อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาแนวทางในประการอื่น เช่น การตรวจตราสถานที่ เพื่อจะให้มีการดำเนินการกระทำโดยสะดวกนั้น กรณีดังกล่าวยังไม่น่าจะพิจารณาไปถึงขนาดว่าเป็นการลงมือกระทำความผิดได้แล้ว เพราะขั้นตอนที่สำคัญที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของจำเลยว่าจะมีการตรวจตราสถานที่เพื่อจะให้มีการกระทำความผิดโดยสะดวกนั้น ยังมองไม่เห็นถึงความจำเป็นอันตรายที่จะกระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองและการตรวจตราสถานที่ที่มีได้เป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าจะมีการเข้าไปใช้สถานที่นั้นเพื่อกระทำความผิด

3.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ความคิดเกี่ยวกับเพศของประเทศเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 173 ถึงมาตรา 184 b ของ The Penal Code of the German Federal Republic, 1871 ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวเฉพาะการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศเท่านั้น⁵⁵

3.3.1 ลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

1) การข่มขืนกระทำชำเราและการล่วงละเมิดทางเพศ (Rape and Sexual Abuse)

การข่มขืนกระทำชำเราและการละเมิดทางเพศตามกฎหมายของประเทศเยอรมันแบ่งออกได้เป็น 6 ประเภท คือ

⁵⁵ จาก มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีข่มขืนกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท), โดย บัญชา โพธิ์ทอง, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

1.1 การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

บทบัญญัติในมาตรา 177 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราไว้โดยกำหนดให้ ผู้ใดข่มขืนใจหญิงให้มีการกระทำชำเรานอกสมรสกับบุคคลนั้นเอง หรือกับบุคคลที่สาม โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะทำให้ได้รับอันตรายถึงชีวิตหรือแก่ร่างกายและถูกลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสองปี เมื่อพิจารณาการกระทำความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า องค์ประกอบความผิดที่สำคัญตามมาตรานี้คือ ต้องมีการกระทำชำเราหญิง อาจเป็นการกระทำโดยผู้ที่ข่มขืนใจหญิงเพื่อให้มีการกระทำกับตนเอง หรือเป็นการข่มขืนใจเพื่อให้กระทำกับบุคคลอื่น การข่มขืนใจนั้นอาจกระทำโดยการใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำ โดยที่หญิงมิได้ยินยอม ในขณะที่เดียวกับผู้กระทำ จำต้องรู้ว่าหญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าว และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าได้กระทำชำเรากับหญิงที่มีใช้ภรรยาของตน

1.2 การกระทำชำเราในเครือญาติ (Incest)

บทบัญญัติในมาตรา 173 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราในเครือญาติไว้ โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งกระทำชำเรากับผู้สืบสันดานซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกขั้นสูงสามปีขึ้นไปหรือถูกปรับ หรือผู้ซึ่งกระทำชำเรากับบุพการีที่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดจะถูกลงโทษจำคุกขั้นสูงสองปีขึ้นไปหรือถูกปรับด้วยเช่นกัน และบทบัญญัตินี้ยังใช้อยู่แม้ความสัมพันธ์ดังกล่าวจะหายไป รวมทั้งกรณีที่เป็นการกระทำชำเราระหว่างพี่ชายหรือน้องชาย และพี่สาวหรือน้องสาวด้วย อย่างไรก็ตาม การกระทำของผู้สืบสันดานหรือของพี่ชายหรือน้องชายหรือพี่สาวหรือน้องสาวซึ่งอายุยังไม่ถึงสิบแปดปีไม่ต้องรับโทษตามบทบัญญัตินี้

1.3 การล่วงละเมิดทางเพศกับผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครอง (Sexual abuse on those in a dependent position)

บทบัญญัติในมาตรา 174 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองไว้โดยกำหนดให้ผู้ซึ่งทำความผิดทางเพศต่อผู้อายุไม่เกินสิบหกปี ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองดูแลหรือให้การศึกษา หรือกระทำต่อบุคคลซึ่งมีอายุไม่เกินสิบแปดปี ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองดูแลหรือให้การศึกษา หรือกระทำต่อผู้ให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนต่อผู้ทำความผิดในหน้าที่การงาน การจ้างงานโดยการใช้อำนาจหน้าที่ในทางผิดต่อการปกครองดูแลหรือการให้การศึกษา การทำงาน หรือการจ้างงานหรือเป็นการกระทำต่อเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีหรือถ้าบุคคลใดอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวกระทำการทางเพศกับตนจะถูกลงโทษด้วยการพยายามทำความผิดตามมาตราดังกล่าวถือเป็นการทำความผิดที่ต้องถูกลงโทษด้วย

1.4 การล่วงละเมิดทางเพศนักโทษที่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือผู้ป่วยที่อยู่ในความดูแลของแพทย์ (Sexual abuse of prisoners, those in authorized custody or patients in medical institutions)

บทบัญญัติในมาตรา 174 a ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศซึ่งเป็นการกระทำโดยละเมิดต่อตำแหน่งหน้าที่ โดยการกระทำความผิดทางเพศต่อนักโทษหรือต่อผู้ที่อยู่ในความควบคุมดูแล หรือกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความเลื่อมใสให้การศึกษา หรือการให้การดูแลหรือผู้ใดได้กระทำละเมิดความผิดทางเพศต่อนักโทษหรือต่อผู้ที่อยู่ในความควบคุมดูแล หรือกระทำต่อผู้ที่อยู่ในความเลื่อมใสให้การศึกษา หรือการให้การดูแลหรือผู้ใดได้กระทำละเมิดต่ออำนาจหน้าที่ของตนโดยอนุญาตให้นักโทษหรือบุคคลอื่นซึ่งอยู่ในความควบคุมกระทำการทางเพศต่อผู้นั้น หรือในการกระทำโดยละเมิดต่อหน้าที่ที่อยู่ในสถานพยาบาลเนื่องจากความจำเป็นเพราะความเจ็บป่วยโดยใช้ประโยชน์จากความเจ็บป่วยในการกระทำความผิดทางเพศหรืออนุญาตให้ผู้ช่วยกระทำการทางเพศกับผู้นั้นเป็นความผิดตามมาตรา 174 การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษ

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

บทบัญญัติในมาตรา 174 b ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเรา โดยการใช้ประโยชน์ในตำแหน่งหน้าที่การงานกระทำความผิดทางเพศ โดยบัญญัติให้ผู้รับราชการซึ่งในขณะดำรงตำแหน่งในอาชีพดังกล่าวได้จัดการหรือดำเนินการใดๆ ในทางอาญาหรือในทางคำสั่งที่เป็นมาตรฐานต่อการฟื้นฟูความปลอดภัยซึ่งเกี่ยวข้องกับการถอดถอนอิสระ หรือคำสั่งในการจับกุมซึ่งเป็นการกระทำโดยละเมิดต่อการกระบวนกร ถ้าได้กระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรง หรืออนุญาตให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดทางเพศต่อบุคคลนั้นจะถูกลงโทษจำคุกห้าปีขึ้นไปหรือถูกปรับและการพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

1.6 การล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก (Sexual abuse of children)

บทบัญญัติในมาตรา 176 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือผู้ใดอนุญาตให้เด็กกระทำเช่นเดียวกันนั้นกับบุคคลนั้น หรือเป็นการกระทำโดยการชักชวนเด็กให้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อผู้อื่นหรืออนุญาตให้ผู้อื่นกระทำเช่นเดียวกันนั้นต่อเด็ก เป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 176 การพยายามกระทำความผิดดังกล่าวต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้บัญญัติไว้ในมาตรา 177 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน โดยกำหนดให้ผู้ข่มขืนหญิงเพื่อกระทำชำเราโดยตนเอง หรือโดยบุคคลอื่น โดยใช้กำลังประทุษร้ายว่าจะให้ได้รับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้กำหนดให้ การข่มขืนกระทำชำเราถึงการบังคับให้หญิงยอมกระทำชำเรากับบุคคลอื่นด้วย โดยกฎหมายถือว่าผู้ข่มขืนใจหญิงนั้นเป็นเสมือนผู้กระทำชำเราหญิงนั่นเอง การที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดก็เนื่องจากไม่ต้องการให้ผู้กระทำผิดยกเป็นข้อแก้ตัวว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำชำเราหญิงนั้น จึงไม่จำเป็นต้องรับผิดนั่นเอง สำหรับอายุที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการให้ความยินยอมถือเอาอายุไม่ต่ำกว่าสิบสี่ปีเป็นเกณฑ์ (ตามมาตรา 176) ส่วนในเรื่องเจตนาในการกระทำความผิดนั้น ถ้าผู้กระทำรู้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการข่มขืนกระทำชำเราและผู้กระทำต้องการให้ผลนั้นเกิด⁵⁶ ผลจากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว

3.3.2 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

การลงมือกระทำชำเรา (Commencement of Sexual Intercourse) การลงมือกระทำความผิดหรือการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลใดเคลื่อนไหวโดยตรงเพื่อให้เกิดผลสำเร็จซึ่งเป็นไปตามความคิดที่จะกระทำผิดอาญาของบุคคลนั้น⁵⁷ การพยายามกระทำความผิดขั้นอุกฉกรรจ์จะถูกกำหนดให้ลงโทษเสมอขณะที่การพยายามกระทำความผิดในคดีเล็กน้อยจะถูกลงโทษเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องลงโทษ ซึ่งการพยายามกระทำความผิดอาจถูกลงโทษน้อยกว่าการกระทำความผิดที่สมบูรณ์⁵⁸

การพยายามกระทำความผิดจะถูกลงโทษก็ต่อเมื่อเจตนาในการกระทำความผิดอาญาได้กระทำลงซึ่งถือเป็นการเริ่มต้นกระทำความผิดแล้ว โดยมีการขีดเส้นแบ่งกลางระหว่างการเตรียมกระทำความผิด ซึ่งกฎหมายไม่ต้องลงโทษและการพยายามกระทำความผิดที่กฎหมายต้องลงโทษ อย่างไรก็ตาม การลงโทษการพยายามกระทำความผิดจะกระทำได้แต่เฉพาะความผิดที่ร้ายแรงและที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นความผิดเท่านั้น การพยายามกระทำความผิดในความผิด

⁵⁶ Nigel G. Foster, German Law and Legal System, (London: Blackstone Press Limited, 1993). p. 170.

⁵⁷ Sec. 22 of the Penal Code of the Federal Republic of Germany

⁵⁸ Raymond Young's , Sourcebook on German Law, (London : Cavendish Publishing Limited), 1994, pp. 611-613

เล็กน้อยกฎหมายไม่ได้กำหนดบทลงโทษไว้ แต่ในการเตรียมกระทำความผิดดังกล่าวด้วย เช่น ความผิดฐานจัดหาหรือเตรียมเครื่องมือหรือวัสดุอื่นใดเพื่อทำเงินปลอม เป็นต้น⁵⁹

3.3.3 ขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำความผิด

หลักในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดถือเป็น “การลงมือขั้นกระทำความผิด” แล้วนั้น ศาลเยอรมันถือ “หลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น” โดยดูว่ามีอันตรายเกิดขึ้นโดยตรงต่อประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองซึ่งได้แก่คุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) หรือไม่ ถ้าได้มีการกระทำที่กระทบต่อคุณธรรมทางกฎหมายดังกล่าวแล้ว กฎหมายก็ถือว่าผู้กระทำได้ลงมือกระทำความผิดแล้ว ดังนั้น ถ้าปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้กระทำความผิดได้นัดหญิงไปพบที่โรงแรม โดยมีเจตนาเพื่อข่มขืนกระทำความผิดหญิงนั้น กรณีนี้ถือได้ว่าการนัดพบที่โรงแรมก็เป็นการลงมือกระทำความผิดแล้ว เพราะเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายแก่หญิงแล้ว ซึ่งอย่างไรถือเป็นการกระทำให้เกิดอันตรายต่อหญิงนั้นต้องพิจารณาว่า การที่ผู้กระทำความผิดได้นัดหญิงไปพบที่โรงแรม โดยมีเจตนาเพื่อข่มขืนกระทำความผิดหญิง การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายโดยตรงต่อหญิงแล้ว นั่นคือความสมัครใจที่หญิงจะให้ความยินยอมในการกระทำความผิดได้ถูกละเมิดแล้ว ดังนั้น ผู้กระทำความผิดดังกล่าวจึงถือเป็นผู้ลงมือกระทำความผิดตามกฎหมาย

หลักเกณฑ์ที่จะกำหนดว่า “การลงมือ” เริ่มต้นเมื่อใดนั้น นักนิติศาสตร์มีความเห็นแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ นักนิติศาสตร์เยอรมันได้แยกการเตรียมออกจากการพยายามโดยไม่ถือหลักใกล้ชิดต่อผล แต่อธิบายการพยายามกระทำความผิดว่า จะต้องมิเจตนากระทำความผิดพร้อมด้วยการกระทำซึ่งเป็นการเริ่มต้นแห่งความผิดนั้นแล้ว ปัญหาที่ว่าเมื่อใดผู้กระทำได้เริ่มต้นกระทำความผิดก็ถือตามความเห็นธรรมดาว่า การกระทำเท่าที่ได้กระทำลงนั้นเป็นการเริ่มต้นแห่งการกระทำความผิดหรือยัง หรือดูว่าเป็นอันตรายโดยตรงต่อประโยชน์ที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองหรือยัง (“Directly dangerous” to interests protected under the law) หลักที่ใช้พิจารณาคือ “หลักความเป็นอันตรายของการกระทำ (The Criterion of Danger Rule)”⁶⁰ เช่น การที่ชายผู้กระทำความผิดนัดหญิงไปพบที่โรงแรมเพื่อจะกระทำความผิดนั้นเป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำความผิดแล้วการที่ถือเป็นความผิดแล้วก็เนื่องจากเมื่อการกระทำของบุคคลนั้นเป็นการเริ่มต้น โดยที่จะนำไปสู่ความผิดสำเร็จ ซึ่งเป็นการเริ่มต้นกระทำความผิด⁶¹ และการกระทำดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดอันตรายต่อ

⁵⁹ Manual of German Law Volume II, 1st edition, (Great Britain : Her Majesty's Stationery Office, 1952), pp. 86-88).

⁶⁰ George Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, (Boston: Little Brown, 1978). p. 141.

⁶¹ Williams. *Criminal Law: The General Part*, 2ed, 196. p. 609.

สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครอง กล่าวคือ เป็นอันตรายโดยตรงต่อนิติสมบัติหรือคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) แล้ว แม้จะยังไม่ปรากฏมีความเสียหายเกิดขึ้นตามที่ประสงค์ก็ตาม ถือได้ว่าผู้กระทำได้ออกให้เกิดการเสี่ยงภัยต่อสังคมแล้วการพยายามกระทำความผิดจึงถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง⁶²

จะเห็นได้ว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาใหม่และประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2542 (Stand: 1 Januar 1999)⁶³ ส่วนความผิดในทางเพศอยู่ในหมวดที่ 13 ว่าด้วยความผิดต่อการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง (Drcizehnter Abschnitt. Straftatengegen die sexuelle selbstbestimmung) ตั้งแต่มาตรา 174–184 โดยบทบัญญัติที่ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung) อยู่ในมาตรา 177⁶⁴

⁶² จาก *บนเส้นทางแห่งหลักนิติธรรม รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ณ นคร*, โดย คณิต ณ นคร, 2540, กรุงเทพฯ: สำนักงานอัยการสูงสุด

⁶³ <http://www.bib.uni-mannheim.de/bereiche/jura/gesetze/stgb-bt2.htm> และ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Verlag C.H. Beck München 2001. p. 1042-4043.

⁶⁴ Section 177 Sexual assault by use of force or threats; rape

(1) Whosoever coerces another person

1. by force;
2. by threat of imminent danger to life or limb; or
3. by exploiting a situation in which the victim is unprotected and at the mercy of the offender,

to suffer sexual acts by the offender or a third person on their own person or to engage actively in sexual activity with the offender or a third person, shall be liable to imprisonment of not less than one year.

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

1. the offender performs sexual intercourse with the victim or performs similar sexual acts with the victim, or allows them to be performed on himself by the victim, especially if they degrade the victim or if they entail penetration of the body (rape); or

2. the offence is committed jointly by more than one person.

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

1. carries a weapon or another dangerous instrument;
2. otherwise carries an instrument or other means for the purpose of preventing or overcoming

the resistance of another person through force or threat of force; or

3. by the offence places the victim in danger of serious injury.

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

การบังคับในทางเพศ (Sexuelle Nötigung) ; การข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung)

(1) บุคคลใดบังคับบุคคลอื่น

1) โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือ 2) โดยขู่เข็ญว่าในทันทีนั้นจะทำอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย 3) โดยอาศัยโอกาสที่ผู้เสียหายไม่อาจขัดขืนได้โดยทำให้ผู้เสียหายต้องยอมรับต่อการล่วงละเมิดทางเพศของตน หรือของบุคคลที่สามหรือให้ต้องร่วมกระทำการดังกล่าวกับตนหรือกับบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุก

ดังนั้นจะเห็นว่าจากประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (StGB) มาตรา 177 ดังกล่าวการจะเป็นการกระทำความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราได้กล่าวถึงการมีเพศสัมพันธ์ย่อมมีการล่วงล้ำโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” กฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วซึ่งต้องเป็นผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ผู้ใดซึ่งไม่จำกัดว่าบุคคลอื่นจะมีเพศใด โดยการใช้กำลังประทุษร้ายหรือเป็นเพียงการขู่เข็ญจะทำอันตรายแก่ชีวิตร่างกายรวมถึงบังคับให้กระทำทางเพศต่อบุคคลอื่น โดยผู้เสียหายไม่ยินยอมก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น นอกจากนี้บุคคลแปลงเพศก็ได้รับความคุ้มครองในทางเพศเช่นกับบุคคลทั่วไป ซึ่งกฎหมายเยอรมันก่อนหน้านี้บัญญัติเหมือนของไทยคือ ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงอื่นที่มีไขกระดูกของตน (Anybody who compels a woman to have extramarital sexual intercourse with him by force or threat of present danger to life or limb...)

3.4 ประเทศฝรั่งเศส

3.4.1 ลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศฝรั่งเศสตามกฎหมายฝรั่งเศสเดิมการกระทำชำเราต้องกระทำ โดยชายใช้ของลับตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้นแต่

1. the offender uses a weapon or another dangerous instrument during the commission of the offence; or if

2. the offender

(a) seriously physically abuses the victim during the offence; or

(b) by the offence places the victim in danger of death.

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

ปัจจุบันกฎหมายฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 222-23 แห่งประมวลกฎหมายอาญาย่อมหมายถึง การกระทำใดๆ ของการรุกรการล่วงทางเพศทุกทางตามธรรมชาติที่จะเป็นไปได้กระทำต่อบุคคลอื่น โดยที่ใช้ความรุนแรง การข่มขู่คุกคามหรือการกระทำโดยไม่รู้ตัว เป็นความผิดข่มขืน ตาม บทบัญญัตินี้⁶⁵

3.4.2 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

บทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เราถูกแก้ครั้งใหญ่โดยรัฐบัญญัติเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 1980⁶⁶ ซึ่งบทบัญญัติตามที่แก้ไขนั้นก็ยังคงถูกนำมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1992 อันเป็นฉบับปัจจุบันด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) คือการกระทำทุกอย่าง (tout acte) ที่มีการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ ไม่ว่าจะโดยวิธีธรรมชาติหรือวิธีอื่นใด (qu'il soit) ต่อบุคคลอื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย (par violence) โดยการบังคับขู่เข็ญ (Contrainte) หรือด้วยวิธีอื่นใด ประกอบกัน (Constituer) การกระทำทุกอย่างจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำเข้าไป ในอวัยวะเพศหญิงแต่รวมถึงการใช้วัสดุอื่นใดสอดใส่เข้าไปก็เป็นความผิดและการล่วงล้ำ สอดใส่ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น การล่วงล้ำหรือการสอดใส่วัสดุอื่นใดทางทวารหนักหรือทางปาก หากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอม โดยถูกบังคับขู่เข็ญก็เป็นความผิดด้วย⁶⁷

3.4.3 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ประมวลกฎหมายอาญา ประเทศฝรั่งเศส ก็แบ่งความผิดทางเพศไว้เป็น 2 ฐานใหญ่ๆ คือ ข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร และนิยามของทั้งสองความผิดก็บัญญัติไว้ให้เข้าใจง่าย ในมาตรา 222-23 และ 222-27⁶⁸ Code penal ว่า การข่มขืนกระทำชำเรา คือ กิจกรรมทางเพศที่มีการสอดใส่ ล่วงล้ำ (Any act of sexual penetration) และอนาจาร คือ กิจกรรมทางเพศอื่นๆ ที่นอกเหนือจากการ ข่มขืนกระทำชำเรา ดังนั้นโดยในกฎหมายฉบับปัจจุบันนั้นบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ไว้ดังนี้มาตรา 222-23⁶⁹ การสอดใส่ในทางเพศ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดที่กระทำต่อบุคคลอื่น โดยการใช้

⁶⁵ PENAL CODE With the participation of John Rason SPENCER QC Professor of Law, University of Cambridge Fellow of Selwyn College, p. Updated 12/10/2005 - Page 39/132

⁶⁶ Catherine Elliot, French Criminal Law, (London: William Publisher, 2001). p.174

⁶⁷ จาก การลงมือกระทำความผิด: ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต), โดย นริศรา แดงไผ่, 2541, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶⁸ Sexual aggressions other than rape are punished by five years' imprisonment and a fine of €75,000.

⁶⁹ The French Penal Code Section 222-23 Any act of sexual penetration, whatever it snature, committed against another person by violence, constraint, threat or surprise, is rape. Rape is punished by fifteen years' criminal imprisonment

ความรุนแรงซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) คือการกระทำทุกอย่าง (tout acte) ที่มีการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ (sexual penetration) ไม่ว่าจะโดยวิธีธรรมชาติหรือวิธีอื่นใด (qu'il soit) ต่อบุคคลอื่นโดยใช้กำลังประทุษร้าย (par violence) โดยการบังคับขู่เข็ญ (Contrainte) หรือด้วยวิธีอื่นใดประกอบกัน (Constituer) การกระทำทุกอย่างจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะหญิงแต่รวมถึงการใช้วัสดุอื่นใดสอดใส่เข้าไปก็เป็นความผิดและการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะหญิงเท่านั้นการล่วงล้ำหรือการสอดใส่วัสดุอื่นใดทางทวารหนัก ทางปาก ฯลฯ หากผู้ถูกระทำไม่ยินยอมโดยถูกบังคับขู่เข็ญก็เป็นความผิดด้วยจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราซึ่งจากบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำ และผู้ถูกระทำ อาจจะเป็นเพศใดก็ได้และไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายกระทำ ต่ออวัยวะหญิงเท่านั้น หากแต่เป็นการใช้สิ่งใดๆ (whatever its nature) ก็ได้ เช่น ขวดหรือนิ้วมือในการสอดใส่ ก็เป็นความผิด และอาจสอดใส่ช่องปาก⁷⁰ หรือทวารหนักก็ได้ อย่างไรก็ตามแม้จะเป็นการใช้สิ่งใดกระทำ ต่อสิ่งใดก็ได้แต่การกระทำนั้นก็ต้องเป็นการสอดใส่ (penetration) เท่านั้น⁷¹

3.5 ประเทศญี่ปุ่น

3.5.1 ลักษณะที่เกี่ยวข้องการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ

ในประเทศญี่ปุ่นเหยื่อที่ถูกข่มขืนกระทำชำเราจะต้องแสดงหลักฐานของการต่อต้าน การโหมตี มาตรฐานทางกฎหมายของระดับของการบังคับในกรณีการข่มขืนก็คือแรงที่ใช้จะต้องมีความรุนแรงเพื่อที่จะกีดกันเหยื่อของความสามารถในการต่อต้าน ความเข้าใจผิดของคนร้ายได้รับความยินยอมเป็นที่ยอมรับยังคงเป็นจำเลย ซึ่งประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายที่จะปกป้องความเป็นส่วนตัวของผู้ที่ตกเป็นเหยื่อการข่มขืน บทบัญญัติในมาตรา 176 และ 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองบุคคลที่ได้รับความเสียหายทางเพศและข่มขืน

แม้มาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายอาญา Penal Code (Act No.45 of 1907) จะบัญญัติให้ไม่มีข้อยกเว้นจากการข่มขืน ซึ่งต่อมาจะมีการสมรสแล้วก็ตาม เพราะการข่มขืนเป็นการกระทำที่เป็นความผิดทางอาญา แต่การตัดสินใจของศาลเขตโตเกียวได้ปฏิเสธคำขอของผู้หญิงคนหนึ่งสำหรับการหย่าร้างกับสามีที่มีการเรียกร้องการที่จะมีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหายบ่อยครั้ง ซึ่งไม่ผิดกฎหมายสำหรับสามีที่จะเรียกร้องการมีเพศสัมพันธ์จากภรรยา ในปี 1986 ศาลโตเกียวปฏิเสธคำขอ

⁷⁰ Crim.22fevr.1984, B.no.71; R.S.C. 1984.743, obs. Levasseur; 9juill. 1991, B.no.294 cited by Catherine Elliot, supra note no.36, p.176

⁷¹ บทความครอบคลุมรายงานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์ในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ. น. 151.

หย่าร้างของภรรยา ที่เธอถูกเรียกร้องให้มีเพศสัมพันธ์บ่อยครั้ง ศาลพิพากษาว่าสามีมีสิทธิที่จะบังคับให้มีเพศสัมพันธ์ และเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของภรรยา และจากการสำรวจโพลล์ ที่จัดทำโดยนิตยสารรายสัปดาห์พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามร้อยละ 70 ของผู้ตอบแบบสอบถาม ในแบบสอบถามถึงการบังคับให้ภรรยาของพวกเขามีเพศสัมพันธ์ ซึ่งไม่มีแบบอย่างอยู่ในกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ระบุว่าสามีมีเพศสัมพันธ์ที่ถูกบังคับให้มีการแต่งงานถือเป็นการข่มขืนเช่นกัน

3.5.2 ขอบเขตของการกระทำชำเรา

ความเข้าใจทางกฎหมายของการข่มขืนเป็นพื้นฐานในการสร้างสังคมที่มีอำนาจเหนือกว่าของเพศ การพิจารณากฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการข่มขืนในประเทศญี่ปุ่นและระบุว่ามโนคติทางเพศที่จะนำไปสู่ปัญหาเรื่องเพศตามกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น PENAL CODE (Act No.45 of 1907)⁷² ลักษณะพื้นฐานอาชญากรรมของการข่มขืนกฎหมายกำหนดให้ชายกระทำชำเรากับบุคคลที่มีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี โดยการใช้ความรุนแรงหรือการคุกคามเหยื่อเป็นหญิง และการผิดประเวณีที่เกิดขึ้นมีความหมายที่ผู้กระทำจะต้องเป็นเพศชาย ซึ่ง แสดงให้เห็นว่ากฎหมายกำหนดให้มีการกระทำชำเราช่องคลอดโดยอวัยวะเพศชายโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเหยื่อที่เกิดจากการใช้ความรุนแรงหรือภัยคุกคามโดยมีเจตนาทางอาญา เช่นคนร้ายที่ตั้งใจ ที่จะมโนสัมพันธ์กับเหยื่อผู้เคราะห์ร้าย ซึ่งความหมายของการข่มขืนในกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นจะถูกจำกัดโดยใช้อวัยวะเพศชายชำเราอวัยวะเพศหญิง จึงไม่รวมการบังคับกับช่องปากและทางทวารหนักและการกระทำโดยวัตถุอื่นๆ กฎหมายเหล่านี้ยังคงไม่เปลี่ยนแปลงโดยทั่วไปนอกเหนือจากการเปลี่ยนแปลงเล็กๆ น้อยๆ เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศใช้ในปี 1907 ทั้งนี้ประเทศไต้หวันและประเทศตะวันตกจำนวนมากมีการเปลี่ยนแปลงคำนิยามเช่นประเทศการกระทำชำเราช่องปากและทางทวารหนักซึ่งสอดคล้องกับความหมายของประเทศอังกฤษข่มขืนตั้งแต่ปี 2003⁷³ มุ่งเน้นในการกระทำโดยอวัยวะเพศชายกระทำกับอวัยวะเพศหญิงเป็นต้น

3.5.3 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเรา

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น PENAL CODE (Act No.45 of 1907)⁷⁴ ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งหมดไว้ในบทที่ 22 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการอนาจาร การข่มขืนกระทำชำเรา และการมีสามีหรือภรรยาในขณะเดียวกันสองคน (bigamy) ซึ่งผู้เขียนจะขอล่าวเฉพาะการกระทำ ความผิดฐานอนาจารและการข่มขืนกระทำชำเราเท่านั้น

⁷² Article 177 (Rape)

⁷³ พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003: บทที่ 42: ส่วนที่ 1: กระทำทางเพศ

⁷⁴ Penal Code (Act No.45 of 1907). สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557. จาก

1) การข่มขืนกระทำชำเรา (Rape)

บทบัญญัติในมาตรา 177⁷⁵ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁷⁶ไว้ว่า ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำการโดยใช้กำลังหรือข่มขู่หญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและจะต้องระวางโทษให้ทำงานหนักไม่ต่ำกว่าสามปี และบทบัญญัติเช่นเดียวกันให้ใช้กับผู้ซึ่งกระทำการดังกล่าวกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วย

ตามบทบัญญัติมาตรา 177 การกระทำชำเราจะเป็นความผิดสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้รู้ในขณะที่กระทำการข่มขืนกระทำชำเราว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ซึ่งการยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้ชายนั้นไม่เป็นผู้กระทำความผิดไปได้ นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติให้ผู้ที่หาประโยชน์จากผู้ที่ขาดสติสัมปชัญญะหรือผู้ที่ไม่สามารถขัดขวางการกระทำดังกล่าว หรือทำให้หญิงขาดสติสัมปชัญญะหรือไม่สามารถขัดขวางการข่มขืนกระทำชำเราได้ บุคคลนั้นจะต้องรับโทษ⁷⁷ และผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดด้วย⁷⁸

ดังนั้นสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น มาตรา 177 จะมีองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้วซึ่งผู้กระทำจะเป็นชายที่มีเจตนาใช้วิธีข่มขู่หรือที่เรียกว่าสอดใส่ “Sexual Intercourse with a female” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว เว้นแต่การกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์ในการให้ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้นได้กำหนดเกณฑ์อายุไว้ไม่ต่ำกว่าสิบสามปีและผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบสามปี การตีความของศาลญี่ปุ่นในเรื่องของการลงมือข่มขืนกระทำชำเรานี้ศาลตีความค่อนข้างกว้างโดยขอยกตัวอย่าง กรณีที่ผู้กระทำผิดบุกรุกเข้ามาในบ้านของผู้เสียหาย แม้จะยังมิได้มีการกระทำในลักษณะข่มขืนกระทำชำเราหญิงผู้เสียหาย ศาลอาจตีความว่าผู้บุกรุกเข้าบ้านผู้เสียหายนั้นอาจมี

⁷⁵ Article 177 (Rape) A person who, through assault or intimidation, forcibly commits sexual intercourse with a female of not less than thirteen years of age commits the crime of rape and shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 3 years. The same shall apply to a person who commits sexual intercourse with a female under thirteen years of age.

⁷⁶ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา : ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณีผู้ถูกกระทำ (สารนิพนธ์ปริญญาโท) โดย ปรีณดา เวทพิสัย, 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁷⁷ คู่มือมาตรา 178 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁷⁸ คู่มือมาตรา 179 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

เจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราได้ด้วย⁷⁹ เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลญี่ปุ่นดังกล่าว เทียบกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยจะเห็นได้ว่าศาลไทยตีความในเรื่องดังกล่าวค่อนข้างแคบทั้งที่ในทางพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างชัดเจนนั้นเห็นได้ว่าหญิงได้รับอันตรายจากการถูกล่วงเกินทางเพศจากผู้กระทำความผิดแล้ว

2) การกระทำอนาจาร (Indecent Assault)

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้กำหนดความผิดฐานกระทำอนาจาร⁸⁰ ไว้ในลักษณะที่แตกต่างกัน โดยแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ซึ่งได้แก่ การกระทำอนาจารต่อหน้าสาธารณชน⁸¹

การกระทำการจำหน่ายหรือขายงานเขียน ภาพ หรือสิ่งอื่นใดที่เป็นอนาจารหรือได้กระทำการตามที่ได้กล่าวมาแล้วในที่สาธารณะ⁸² และการใช้กำลังข่มขู่เพื่อทำอนาจารกับชายหรือหญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปีหรือกระทำการกับชายหรือหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วย⁸³

นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติให้ผู้ที่หาประโยชน์จากผู้ซึ่งขาดสติสัมปชัญญะหรือไม่สามารถขัดขวางการกระทำอนาจารได้ ต้องรับโทษสำหรับการกระทำดังกล่าวด้วย⁸⁴ และผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้ต้องรับโทษสำหรับการกระทำผิดนั้นด้วย⁸⁵

อย่างไรก็ตาม ในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหรือฐานอนาจารตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 176 ถึงมาตรา 179 ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีผลทำให้ผู้ถูกกระทำถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บ⁸⁶ ซึ่งไม่จำเป็นว่าบุคคลนั้นจะถูกฆ่าหรือได้รับอันตรายเนื่องจากความโหดไม่ตีอันเป็นเหตุนอกเหนือจากการกระทำของผู้กระทำความผิดหรือเป็นการทำร้ายหญิงในระหว่างพยายามข่มขืนหญิงโดยใช้กำลังการพยายามกระทำความผิดจึงไม่สำเร็จบุคคลที่กระทำผิดก็ต้องรับโทษตามผลของการกระทำที่เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน

⁷⁹ William J. Sebald, *The Criminal Code of Japan*, (The Japan Chronicle Press and Butterworth, 1936). p. 217.

⁸⁰ จาก *อายุความร้องทุกข์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจารอันยอมความได้* : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์), โดย หฤทยา วุฒยากร, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

⁸¹ มาตรา 174 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸² มาตรา 175 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸³ มาตรา 176 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸⁴ มาตรา 178 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸⁵ มาตรา 179 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

⁸⁶ มาตรา 181 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

3) การลงมือกระทำความผิด (The Commencement of Sexual Intercourse)

การลงมือกระทำความผิดหรือการพยายามกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้ป่วนต้องเป็นการกระทำของบุคคลซึ่งเริ่มกระทำความผิดโดยปราศจากผลสำเร็จ และถึงแม้ว่าการเตรียมกระทำความผิดอาญาดังกล่าวได้หยุดยั้งลงด้วยความสมัครใจของผู้กระทำ บุคคลนั้นอาจได้รับการลดโทษหรืออาจไม่ต้องรับโทษเลยก็ได้⁸⁷

สำหรับการพยายามกระทำความผิดตามแนวคิดของนักนิติศาสตร์ผู้ป่วน⁸⁸ เห็นว่า ในอดีตที่ผ่านมามีการที่ศาลอาญาจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการพยายามกระทำความผิดหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างกรรมของการกระทำและวิถีทางที่จะทำให้ผลของการกระทำสำเร็จในการพิจารณาข้อเท็จจริงว่ามีการเริ่มต้นกระทำความผิดแล้วหรือยังนั้น ศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป เช่น การล้วงกระเป๋าของคนอื่น ถ้าเพียงไปจับเสื้อผ้าของผู้เสียหายเพื่อจะทราบว่ามีสิ่งของมีค่าใดบ้างหรือไม่นั้นยังไม่ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ แต่ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการจับทรัพย์สินหรือเคลื่อนมือเข้าไปในกระเป๋าของผู้เสียหายแล้ว กรณีนี้ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว หรือกรณีการบุกรุกเข้าไปในบ้านผู้เสียหายเพื่อขโมยของนั้น การเข้าไปในบ้านยังไม่ได้เป็นการแสดงให้เห็นว่าได้มีการพยายามลักทรัพย์แล้ว แต่ถ้ามีการกระทำเข้ามาใกล้ลิ้นชักเพื่อดูของมีค่านั้นถือเป็นการพยายามกระทำความผิดแล้ว แต่ปัจจุบันนักนิติศาสตร์ผู้ป่วนได้นำทฤษฎีเรื่องหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (Substantial Objective Theory) ของสหรัฐอเมริกามาใช้พิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงในเรื่องการลงมือกระทำความผิด กล่าวคือการกระทำที่เป็นการลงมือกระทำความผิดจะเกิดขึ้นเมื่อผู้เสียหายรู้สึกถึงอันตรายที่กำลังจะเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งเป็นผลให้การกระทำความผิดอาญาได้เริ่มต้นขึ้นด้วย หลักในการลงโทษความผิดฐานพยายามตามทฤษฎีนี้คืออันตรายซึ่งเป็นผลลัพธ์จากการเริ่มกระทำความผิดนั่นเอง ในการวินิจฉัยการพยายามกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นั้น ศาลอาญาของผู้ป่วนใช้หลักการตีความอย่างกว้าง เช่น ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดได้บุกรุกเข้าไปในบ้านของผู้เสียหาย กรณีนี้ศาลอาจพิจารณาได้ว่าการบุกรุกนั้นเป็นไปเพื่อการข่มขืนกระทำชำเรา⁸⁹ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำตามขั้นตอนที่สำคัญอันแสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้กระทำความผิดในวันที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายแล้ว

⁸⁷ คุมมาตรา 43 ของประมวลกฎหมายอาญาผู้ป่วน

⁸⁸ จาก *กฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาญาวิทยากฎหมายอาญาฝรั่งเศส* (พิมพ์ครั้งที่ 1). (น. 18), โดย โทเมน กัททริมย์, 2546, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁸⁹ William J. Sebald, supra note 74. p. 218.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศต่างๆ แล้วหลักการที่กฎหมายแต่ละประเทศกำหนดให้เป็นองค์ประกอบของการกระทำความผิดก็คือ ต้องมี “การข่มขืน” และ “การกระทำชำเรา” จึงจะเป็นความผิด เว้นแต่เป็นการกระทำโดยหญิงยินยอมแต่หญิงนั้นอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดให้สามารถให้ความยินยอมได้ กรณีนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบความผิดในเรื่องการข่มขืน

กล่าวโดยสรุป เมื่อได้พิจารณาหลักทฤษฎีในเรื่อง “การลงมือกระทำชำเรา” ของต่างประเทศที่ใช้ในการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงในการลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นๆ พอสรุปได้ว่า การที่บุคคลได้คิด ตกใจ และกระทำการใดๆ เพื่อให้การกระทำความผิดสำเร็จ แต่การกระทำดังกล่าวไม่อาจสำเร็จได้เนื่องจากมีเหตุมาขัดขวางถือว่าผู้นั้นได้กระทำความผิดตามที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้ว กำหนดซึ่งผู้กระทำจะเป็นชายที่มีเจตนาใช้อวัยวะเพศชายด่วงล้ำหรือที่เรียกว่าสอดใส่ “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วเป็นความผิดกระทำชำเรา ซึ่งประเทศแต่ละประเทศต่างก็มีหลักทฤษฎีที่จะใช้วินิจฉัยในเรื่องการลงมือกระทำความผิดด้วยแล้ว กล่าวคือ ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสต่างยึดถือหลัก “ความใกล้ชิดต่อผล” (The Proximity Rule) และหลักความไม่คลุมเครือ (The Unequivocal Rule) ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดจนใกล้จะเกิดความผิดสำเร็จได้อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดจนใกล้จะเกิดความผิดสำเร็จได้อย่างแน่ชัด กฎหมายจึงควรลงโทษ ซึ่งหลักนี้มีการใช้กันอย่างแพร่หลายรวมทั้งศาลฎีกาของไทยก็ได้ยึดถือหลักนี้ในการวินิจฉัยคดีตั้งแต่อดีตเป็นต้นมา อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวก็อาจมีข้อโต้แย้งว่าการกระทำต้องแก่ไหน เพียงใด จึงจะถือว่าเป็นการใกล้ชิดต่อผล จึงเป็นหลักที่หาความแน่นอนไม่ได้และยังทำให้เกิดความสับสนแก่นักกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัยคดี ทำให้ข้อเท็จจริงที่มีความใกล้เคียงกันหรือคล้ายคลึงกัน ศาลอาจวินิจฉัยหรือตัดสินให้เป็นการกระทำในความผิดที่แตกต่างกันได้ อันทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควร นอกจากนี้ยังทำให้ผู้กระทำความผิดอาจไม่ได้รับโทษได้อย่างเหมาะสมตามเจตนาที่จะกระทำความผิด โดยเฉพาะในการกระทำความผิดฐานกระทำชำเรา ศาลจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าต้องเป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จซึ่งก็คือต้องมีการเข้าไปของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแล้ว หรือถ้าเป็นการลงมือกระทำความผิดก็ต้องปรากฏว่าได้มีการพิสูจน์ทางกายภาพว่ามีความพยายามที่จะนำของลับของชายด่วงล้ำเข้าไปในของลับหญิงแล้ว อย่างไรก็ตามการที่มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะชี้ให้เห็นว่าจำเลยมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเราหญิงแล้ว โดยการที่จำเลยหลุดลากหญิงแล้วถอดกางเกง

จำเลยออกเพื่อจะนำอวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงถือเป็นการลงมือกระทำชำเราแล้ว⁹⁰

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่นต่างใช้หลัก “การกระทำขั้นตอนที่สำคัญ” (The Substantial Step Rule) ในการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ซึ่งมีการวางหลักว่า เมื่อผู้กระทำได้กระทำถึงขั้นตอนที่สำคัญเพื่อให้เป็นไปตามเจตนาของตนถือว่ามีกรพยายามกระทำความผิดแล้ว ซึ่งหลักนี้จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีพยานหลักฐานอื่นๆ มาประกอบให้เห็นอย่างชัดเจนว่าผู้กระทำได้กระทำการตามขั้นตอนที่สำคัญแล้ว ซึ่งการกระทำดังกล่าวหากพิจารณาตาม “หลักความใกล้ชิดต่อผล” ก็ถือเป็นการพยายามกระทำความผิดเช่นเดียวกัน เพราะเป็นกรณีที่ผู้กระทำได้กระทำการขั้นสุดท้าย (The last act) ในการกระทำความผิดแล้ว⁹¹ กรณีที่ Model Penal Code ยกตัวอย่างว่าเป็นการกระทำใดเป็นการกระทำตามขั้นตอนที่สำคัญ ได้แก่ การคัดลอกการตามหาตัว หรือการติดตามตัวผู้เสียหาย เป็นต้นนั้นน่าจะเป็นการกระทำที่จะทำให้ผู้เสียหายได้รับภัยอันตรายอันเกิดจากการกระทำของจำเลยแล้ว จึงควรลงโทษสำหรับกรณีที่ได้มีการกระทำดังกล่าวแล้ว และหลักนี้เป็นที่นิยมแพร่หลายในมลรัฐต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา และในประเทศญี่ปุ่นก็ได้นำหลักในเรื่องดังกล่าวมาใช้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในเรื่องการลงมือกระทำความผิดด้วย เนื่องจากเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองผู้เสียหายให้ได้รับความปลอดภัยได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ขอยกหลัก “ความเป็นภัยอันตรายของการกระทำนั้น” (Dangerous Possibility Rule) ซึ่งเป็นหลักของประเทศเยอรมันที่ในการวินิจฉัยในการกระทำใดเป็นการลงมือกระทำความผิด โดยหลักนี้ถือว่าการที่จะถือเป็นการกระทำนั้นได้แสดงให้เห็นถึงการเป็นอันตรายหรือการคุกคามสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองโดยคำนึงถึงความใกล้ชิดของอันตรายหรือการที่จะก่อความเสียหายและความรู้สึกหวาดกลัวต่อภัยอันตรายในความรู้สึกของชุมชนนั้น ดังนั้น การที่ผู้กระทำความผิดได้พุดขอชำเราเด็กหญิง หรือป็นเข้าบ้านของหญิง โดยมีเจตนากระทำชำเรา หรือนัดพบเด็กหญิงที่โรงแรม โดยมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราเด็กหญิงนั้น กรณีดังกล่าวผู้กระทำได้ลงมือกระทำชำเราเด็กหญิงแล้ว เพราะการที่กระทำโดยการพุดขอชำเราเด็กหญิง หรือการป็นเข้าบ้านของหญิง โดยมีเจตนากระทำชำเรา หรือการนัดพบหญิงที่โรงแรมเพื่อกระทำชำเราเด็กหญิงนั้นเป็นการกระทำที่เป็นอันตรายหรือเป็นการ

⁹⁰ ดูคดี A-G's Reference (No 1 of 1992) [1993] 2 All Er 190. [1993] CrimLr274 และ Cf commentary, (1993) Crim LR 276.

⁹¹ ดูรายละเอียดได้จาก The American Law Institute, Model Penal Code, Comments of The Tentative Drafts No. 10. Section 5.01 (Philadelphia, 1962). p. 26-62. อ้างถึงในเกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2539, แนวความคิด เรื่องการลงมือกระทำความผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน : หลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ. บทบัญญัติ, 52. น. 24.

คุกคามต่อสิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองคือเสรีภาพในการตัดสินใจที่จะกระทำการทางเพศโดยความสมัครใจของหญิงแล้ว ดังนั้น ผู้กระทำการดังกล่าวจึงมีความผิดฐานลงมือกระทำชำเราแล้ว

ในการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลและหลักทฤษฎีของนักกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการวางบรรทัดฐานของศาลฎีกาไทยเป็นการใช้หลักความใกล้ชิดต่อผล (Proximity Rule) ซึ่งเป็นหลักที่ไม่แน่นอนว่าข้อเท็จจริงใดจึงจะถือว่าเป็นการใกล้ชิดต่อผล เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามศาลก็ยังคงใช้หลักดังกล่าวเป็นแนวในการพิจารณาเรื่อยมาและผลก็คือแนวคำพิพากษาของศาลไทยมีการวางบรรทัดฐานที่ไม่แน่นอนซึ่งจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายๆ ไป ดังนั้น เพื่อให้การวินิจฉัยและพิจารณาคดีของศาลฎีกาไทยกระทำได้โดยถูกต้องและเหมาะสมอันเป็นการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำความผิดร้ายแรงเป็นผลสำเร็จซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้เสียหายได้ กล่าวคือทำให้ผู้เสียหายได้รับอันตรายหรือเกรงว่าจะได้รับอันตรายต่อเนื้อตัวร่างกายต่อไป จึงเห็นควรนำทฤษฎี “หลักความเป็นอันตรายของการกระทำนั้น” (The Criterion of Danger Rule) ของประเทศเยอรมัน และหลักการกระทำขั้นตอนที่สำคัญ (The Substantial Step Rule) ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้พิจารณาเพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริง ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนให้ได้รับความปลอดภัยและเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมให้อยู่โดยสงบสุขได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อเป็นการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในความผิดที่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำได้อย่างเหมาะสมต่อไป⁹²

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของประเทศต่างๆ แล้วหลักการที่กฎหมายแต่ละประเทศกำหนดให้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราก็คือ ต้องมี “การล่วงล้ำ” ไม่ว่าจะเป็นการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศ หรือสิ่งอื่นใดก็ตาม แตกต่างจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง ที่ใช้คำว่า “กระทำกับ” ในการวินิจฉัยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

⁹² การลงมือกระทำความผิด : ศึกษาเฉพาะกรณีการกระทำชำเรา (น. 127). เล่มเดิม.

บทที่ 4

วิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำชำเราตามหลัก กฎหมายประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ

การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับเพศเนื่องจากสภาพสังคมมีการเปลี่ยนแปลงตลอดยุคสมัยที่มนุษย์ได้ใช้กฎหมายเกี่ยวกับเพศมานั้น ยังคงมีปัญหาในการบังคับใช้หลักการแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเพศเพื่อให้สอดคล้องเข้ากันได้กับสถานะแห่งสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงและปรับตัวจากจุดเดิมไปสู่จุดใหม่ๆ จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาและทำการวิเคราะห์โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 วิเคราะห์ลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา

ปัจจุบันความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเราปัจจุบันการข้ามขึ้นกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นกระทำกับหญิงหรือชายต่างก็มีความผิดนอกจากนี้ ได้เพิ่มลักษณะของการกระทำชำเราเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น และทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายทั้งทางร่างกายและจิตใจ

4.1.1 วิเคราะห์ขอบเขตของการกระทำชำเรา

ขอบเขตของการกระทำชำเราปรากฏตามกฎหมายตราสามดวง¹ พระราชกำหนดลักษณะข้ามขึ้นล่วงประเวณี ร.ศ. 118² กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127³ และประมวลกฎหมายอาญาก่อนมี

¹ กฎหมายตราสามดวง มาตราหนึ่ง “ชายใดข้ามขึ้นภริยาท่านถึงชำเรา ให้ไหมโดยประณมผิดเมียทวิคูณ ถ้าข้ามขึ้นมิได้ถึงชำเราให้ไหมโดยประณมผิดเมีย”

² พระราชกำหนดลักษณะข้ามขึ้นล่วงประเวณี ร.ศ. 118 ความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเราหญิง มาตรา 3 ชายใดกระทำชำเราหญิงในเหตุ 4 ประการ ดังที่จะกล่าวต่อไปข้างล่างนี้ ท่านว่าชายผู้นั้นข้ามขึ้นทำชำเราหญิง คือ

ข้อ 1 ขืนใจหญิง

ข้อ 2 หญิงมิยินยอม

ข้อ 3 หญิงยินยอมด้วยชายขู่จะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิง หญิงมีความกลัวจึงยินยอม

การแก้ไขปี พ.ศ. 2550⁴ กฎหมายกำหนดให้ “หญิงเป็นผู้ถูกระทำในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมุ่งหมายที่จะคุมครองอำนาจปกครองของชายผู้เป็นบิดาและสามี ซึ่งเป็นผลมาจากสภาพสังคมและวัฒนธรรมในสมัยนั้นทำให้การบังคับใช้พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 กฎหมายลักษณะอาญา และประมวลกฎหมายอาญา ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายดังกล่าวจึงมีลักษณะคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศโดยการปกป้องเพศหญิงมากขึ้น

กฎหมายดังกล่าวมีการกำหนดขอบเขตของการกระทำชำเรา ความผิดฐาน “ข่มขืนถึงชำเรา” หมายถึง การที่ชายใช้การบังคับใจด้วยวิธีใดๆ แก่หญิง โดยที่หญิงนั้นไม่ยินยอมและหญิงเป็นภริยาของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นทาส หญิงซึ่งเป็นหม้าย หญิงซึ่งเป็นบุตรสาวหรือหลานสาวของผู้อื่น หญิงซึ่งเป็นเด็ก และหญิงที่ชายอื่นได้ล่วงจากพ่อแม่หญิงนั้นแล้ว จนได้มีการร่วมประเวณีกันส่วน “ข่มขืนไม่ถึงชำเรา” นั้นมีความแตกต่างจาก “ข่มขืนถึงชำเรา” ตรงที่ไม่ได้มีการร่วมประเวณีกัน แม้จะได้มีการบังคับใจกันก็ตามการ “ทำชำเรา” จึงเป็นการกระทำชำเราที่เป็นธรรมชาติที่มนุษย์สมสู่กัน โดยใช้อวัยวะชายกระทำกับอวัยวะเพศหญิงซึ่งเป็นธรรมชาติ

กรณีองค์ประกอบความผิดผู้ถูกระทำต้องเป็นหญิงนั้น ต้องเป็นเพศหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่คลอดบุตรได้ ไม่ใช่ชายแปลงเพศเป็นหญิง เพราะในประเทศไทยนั้น แม้ว่า

ข้อ 4 หญิงยินยอมก็ดี ถ้าไม่ยินยอมก็ดี แต่หญิงนั้นยังมีอายุต่ำกว่า 12 ปีลงมา

มาตรา 4 ชายใดข่มขืนกระทำชำเราหญิง ดังเช่นว่าไว้ในมาตรา 3 พิจารณาเป็นสำคัญให้ลงโทษจำคุกไว้ตั้งแต่ 10 ปีลงมา กับให้ทำการหนักด้วยก็ได้ ตามีให้ทำการหนักด้วยก็ได้ แล้วจะปรับเป็นเงินทำขวัญให้แก่หญิงตั้งแต่ 1,000 บาทลงมาด้วยก็ได้

³ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127มาตรา 243 “ผู้ใดบังอาจใช้อำนาจด้วยกำลังกาย หรือด้วยวาจาขู่เข็ญกระทำชำเราขึ้นใจหญิง ซึ่งมีไชภริยาของตนเอง ท่านว่าผู้นั้นข่มขืนกระทำชำเรา ต้องวางโทษจำคุกตั้งแต่ปีหนึ่งขึ้นไปจนถึงสิบปี และให้ปรับตั้งแต่ห้าสิบบาทขึ้นไปจนถึงห้าร้อยบาทด้วยอีกโทษหนึ่ง...”

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499“ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีการแก้ไขในมาตรา 276 หลายครั้งโดยมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2514 ต่อมาอีกครั้งในปี พ.ศ. 2525 บทบัญญัติตามมาตรา 276 นี้ ตั้งแต่ พ.ศ. 2499 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขมาโดยตลอดในส่วนของอัตราโทษ ซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะได้รับ ได้ถูกเพิ่มมากขึ้นตามพฤติการณ์ที่กฎหมายบัญญัติ แต่ทั้งนี้กฎหมายก็ยังคงยึดถือมาเสมอว่าความผิดฐานข่มขืนจะต้องเป็นการที่ชายได้กระทำต่อหญิงอื่น ซึ่งมีไชภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของตน”

⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524 “ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แต่ได้รับการผ่าตัดเป็นหญิงแล้ว ขออนุญาตเปลี่ยนคำนำหน้าชื่อเป็นนาง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เพศของบุคคลนั้นกฎหมายรับรองแล้วถือเอาตามเพศที่กำเนิดมา คำว่า “หญิง” ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน หมายความว่า คนที่ออกลูกได้ ผู้ร้องถือกำเนิดเป็นชาย ถึงจะมีเสรีภาพในร่างกายผ่าตัดไปเป็นหญิง แต่ผู้ร้องก็คลอดบุตรไม่ได้ ฉะนั้น โดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรอง ผู้ร้องก็ยังเป็นเพศชายอยู่ ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องขอเปลี่ยนเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่เป็นกรณีที่จะใช้สิทธิตามมาตรา 55 (ถูกโต้แย้งสิทธิ) จึงสั่งยกคำร้อง”

การผ่าตัดแปลงเพศจะถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลอันพึงกระทำได้แต่สถานภาพของบุคคลที่ ได้รับการผ่าตัดแปลงเพศแล้วนั้น ย่อมไม่มีสถานภาพทางเพศหรือเพศตามกฎหมาย เป็นเพศที่ตน ถือกำเนิดมา ไม่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ เพราะฉะนั้นเมื่อกฎหมายไม่ยอมรับเพศใหม่ บุคคลนั้น ยังคงต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่ตนยังคงมีเพศตามกฎหมายตามเพศกำเนิดของตนอยู่ กรณีชายที่ ผ่าตัดแปลงเพศถูกข่มขืนกระทำชำเรา ความผิดที่เกิดขึ้นก็คงเป็นได้เพียงความผิดฐานะกระทำ อนาจารเท่านั้น

ทั้งนี้กฎหมายตั้งแต่ก่อนมีการแก้ไข พ.ศ. 2550 ขอบเขตองค์ประกอบของผู้ถูกระทำ โดยนอกจากต้องเป็นหญิงแล้วกรณีหากกำหนดให้หญิงนั้นต้องมีใจเป็นภริยาของชายซึ่งเป็น ผู้กระทำอีกด้วย คำว่า “ภริยา” ในที่นี้ หมายถึง ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีการกระทำชำเราโดย หญิงไม่ยินยอม⁶ หากหญิงที่เป็นภริยายินยอมไม่ผิดเพราะภรรยาและสามีย่อมมีเพศสัมพันธ์เป็น เรื่องปกติ จากแนวความคิดของการบัญญัติความผิดไว้เช่นนี้ปรากฏตั้งแต่ในสมัยของกฎหมายตรา สามดวง ซึ่งก็ไม่มีบทกฎหมายว่ามีบทกฎหมายใดเลยที่กล่าวถึงการข่มขืนภริยาเอาไว้อย่างชัดเจน

แนวความคิดเช่นนี้ในสมัยก่อนระบุว่าเมื่อเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วต่างก็มี หน้าที่ในอันที่จะต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา จำจะต้องมีการหลับนอนมีเพศสัมพันธ์กัน โดย ปกติ ถ้าชายจึงมีสิทธิที่จะร่วมประเวณีกับภริยาของตนเองได้ หากภริยาข่มขืนสามีก็มีสิทธิที่จะใช้ กำลังได้ตามสมควรแก่เหตุ ด้วยเหตุนี้หากสามีใช้กำลังบังคับร่วมประเวณีกับภริยาสามีไม่มีความผิด ตามซึ่งตนตามเจตนารมณ์ที่กฎหมายสมัยก่อนบัญญัติไว้อย่างชัดเจน

ขอบเขตของการกระทำชำเราตามกฎหมายอาญาของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน กฎหมายบัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ประกอบด้วยการกระทำอันเป็นการบังคับจิตใจโดยผู้ เชิญจะทำร้ายแก่ร่างกายและชีวิตหญิงกระทำกับชายหรือชายกระทำกับหญิงรวมไปถึงภรรยาของ ตนหรือเป็นบุคคลอื่นได้กระทำต่อบุคคลอื่นให้กระทำตามที่ผู้บังคับขืนใจ โดยรวมไปถึงการใช้ าวัยวะเช่น นิ้วมือหรืออุปกรณ์กระทำกับทวารหนักของผู้ถูกระทำที่เป็นทั้งหญิงทั้งชายให้กระทำ ตามความต้องการของฝ่ายผู้กระทำ การข่มขืนนี้จะ โดยใช้กำลังหรือไม่ก็ได้ แต่เพียงบังคับก็ถือว่า

⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 234/2466 จำเลยลอบกระทำชำเราหญิงขณะนอนหลับ พอหญิงรู้สึกตื่นขึ้นจึงถือ บังการ ตัดสินว่าการลอบทำชำเราขณะนอนหลับแสดงว่าหญิงมิได้มีใจยินยอม และคำว่า “ขืนใจ” ตามมาตรา นี้ รวมทั้งการที่หญิงไม่สมัครใจด้วยจำเลยจึงมีผิด

⁷ ศ.พญ.นงพาง ลิมสุวรรณ. *เพศสัมพันธ์ในชีวิตคู่: คณะแพทยศาสตร์ ภาควิชาจิตเวชศาสตร์* โรงพยาบาลราชวิถี. สืบค้น 15 กรกฎาคม 2557, จาก <http://www.dmh.go.th/news/view.asp?id=897>.

ข่มขืนได้แล้ว⁸ ที่ต้องกำหนดให้การข่มขืนเป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดกรณีผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงคือ หากผู้กระทำและผู้ถูกระทำยินยอมถึงว่าไม่ผิดในขอบเขตกระทำชำเราแต่อย่างไร เมื่อสมัครใจ ความเสียหายก็ไม่เกิด และไม่ควรถือผิดโดยกฎหมายกำหนดให้ขอบเขตของการกระทำชำเรา รวมไปถึงการกระทำกับทวารหนัก⁹ แต่ปัจจุบันถือว่าอยู่ในขอบเขตของการกระทำชำเราแทบทั้งสิ้น

จะเห็นได้ว่าขอบเขตกฎหมายของความผิดฐานกระทำชำเราในปัจจุบันปรากฏตาม มาตรา 276 ที่มีแก้ไข พ.ศ. 2550 และความหมายของการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายฉบับเก่าและกฎหมายฉบับปัจจุบันมีความแตกต่างอย่างชัดเจนกล่าวคือ ผู้ใดหรือผู้กระทำจะเป็นชายหญิงก็ได้ คำว่าผู้อื่น ก็คือการกระทำชำเราโดยธรรมชาติผู้ถูกระทำเป็นฝ่ายหญิงแต่ปัจจุบันผู้กระทำ คือมนุษย์ซึ่งไม่ได้จำกัดว่าเป็นใคร สามัญก็อาจจะเป็นผู้กระทำได้ด้วย กฎหมายใช้คำว่า ผู้ใด แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวกร่วมกับชายกระทำผิดฐานนี้ได้ ซึ่งได้ให้ความหมายว่าการกระทำชำเรา หมายถึง ได้กระทำชำเราผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมก็ไม่มี ความผิด¹⁰ การข่มขืนกระทำชำเรา คือการร่วมเพศโดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของหญิง หากหญิงยินยอมย่อมไม่มีความผิด

⁸ กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6) (น.309), โดย เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์, 2557, คำพิพากษาฎีกาที่ 1839/2538 “วินิจฉัยว่า ชายนอนทับหญิงแล้วใช้อวัยวะเพศของชายที่มดอวัยวะเพศของหญิงกับใช้นิ้วใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงและชายสำเร็จความใคร่ด้วยตนเอง เช่นนี้ ชายหาได้มีเจตนาดันอวัยวะเพศของชายให้เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง (เด็กอายุ 4 ปีเศษ) ซึ่งมีขนาดเล็กไม่ จึงไม่ได้ว่า ชายพยายามกระทำชำเราหญิง การกระทำจึงเป็นการอนาจารตามมาตรา 279 วรรคแรก ”ข้อสังเกตข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ ชายย่อมมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว โดยเป็นความผิดสำเร็จด้วย เพราะตรงตามความหมายของการกระทำชำเราโดยเป็นการใช้อวัยวะเพศชาย “กระทำกับ” อวัยวะเพศหญิง และเป็นการใช้ “สิ่งอื่นใด” (นิ้วมือ) “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิง โดยกระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของชาย

กฎหมายปัจจุบันนี้ทำให้การกระทำซึ่งแต่เดิมถือว่าเป็น “อนาจาร” กลายมาเป็น “กระทำชำเรา” มากมายหลายกรณี ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ การกระทำอนาจาร โดยที่ไม่เป็นการกระทำชำเรา จึงจำกัดแคบลงเหลืออยู่เฉพาะกรณีนี้

(ก) ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน “กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำนอกจากอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปาก หรือ

(ข) ผู้กระทำใช้ “สิ่งอื่นใด” (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น “มือ” “ปาก” หรือ “วัตถุอื่นใด” กระทำกับอวัยวะอื่นๆ ของผู้ถูกระทำ นอกจากอวัยวะเพศ หรือทวารหนักอันเป็นการไม่สมควรในทางเพศ

⁹ ฎีกาที่ 1048/2518 และ 953/2518 การกระทำแก่ทวารหนัก หรือช่องทางอวัยวะอื่นของหญิงไม่ใช่ความผิดตามมาตรา 276 แต่ปัจจุบันถือว่ากระทำผิดขอบเขตกระทำชำเราตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2555

¹⁰ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม) (น. 416), โดยคณิต ณ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เว้นแต่จะได้ยินยอมกรณีต่อไปนี้ไม่ถือว่าหญิงยินยอม เช่น หญิงกำลังหลับหมดสติ หรือเป็นคนวิกลจริต หรือคนที่ไม่สามารถช่วยตนเองได้ หรือโดยการทำให้หญิงเข้าใจผิดว่า ตนเองเป็นบุคคลอื่น เช่น ทำหญิงเข้าใจว่าตนเองเป็นสามีหญิงหรือคนรักของหญิง เช่น เพื่อนของคนรักหญิงมาร่วมงานเลี้ยงที่บ้านของหญิง และนอนค้างบ้านของหญิงด้วย ตกคึก เพื่อนของคนรักหญิงเห็นหญิงกำลังหลับจึงเข้าไปข่มขืนกระทำชำเราหญิง โดยทำให้หญิงเข้าใจว่าเป็นคนรักของตนเองการเปลี่ยนคำว่า “ชำเรา” ให้มีความหมายว่า เป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นกล่าวคือ ชำเราตามกฎหมายปัจจุบัน มีความหมายที่กว้างกว่ากฎหมายเดิมซึ่งหมายถึง การกระทำที่ชายกระทำต่อหญิง แต่กฎหมายปัจจุบันให้รวมการกระทำที่หญิงกระทำต่อชาย หรือชายกระทำต่อชายด้วย ทั้งนี้หมายความรวมถึงตลอดถึงเพศที่ 3 อีกด้วย¹¹

จากมาตราดังกล่าวเมื่อพิจารณาแล้วเห็นจะได้ว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้แก้ไขใหม่ พ.ศ. 2550 มีขอบเขตที่กว้างมากขึ้น โดยมีข้อแตกต่างจากบทบัญญัติเดิมดังนี้

1) ผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นชายเท่านั้นเหมือนบทบัญญัติเดิมนั้นจะเป็นชายแท้หญิงแท้หรือเปลี่ยนเพศแปลงกายอย่างไรก็เป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ทั้งสิ้น

2) ในส่วนของผู้ถูกกระทำก็เช่นเดียวกันกับผู้กระทำที่จะเป็นเพศใดก็ได้ทั้งสิ้น

3) สามีหรือภรรยาของผู้กระทำก็อาจตกเป็นผู้เสียหายในการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของภรรยาหรือสามีตนเองได้หรือกล่าวอีกอย่างก็คือการข่มขืนกระทำชำเราสามีหรือภรรยาของตนก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและต้องถูกระวางโทษเช่นเดียวกับการข่มขืนบุคคลอื่นเว้นแต่ยังประสงค์จะอยู่กินกันต่อไปศาลอาจลดโทษให้ได้

4) จากการกระทำชำเราแต่เดิมที่มีรูปแบบเดียวคือการที่ชายใช้ของลับของตนผ่านเข้าไปในช่องส้วกของหญิงแต่ตามบทบัญญัติใหม่นั้นในส่วนของวิธีการกระทำมีประเด็นที่น่าพิจารณา 2 ประเด็นคือ

4.1) รูปแบบของการกระทำได้ขยายความเป็นไปได้ของรูปแบบการกระทำความผิดจากหนึ่งรูปแบบคือการที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่ในอวัยวะเพศของหญิงซึ่งเป็นเพียงรูปแบบเดียวตายตัวนั้นได้ถูกขยายออกเป็นสิบเอ็ดรูปแบบ กล่าวคือ

¹¹ อาทิเช่น การข่มขืนแก่เด็กชายเด็กหญิงชายต่อชาย หญิงต่อหญิงหรือผู้ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงแล้วโดยใช้อวัยวะเพศด่างลำทางทวารหนัก การบังคับให้เหยื่อสำเร็จความใคร่ให้ตนด้วยปากการข่มขืนโดยใช้นิ้วมือหรืออวัยวะส่วนอื่นการใช้อวัยวะเพศเทียมหรืออุปกรณ์อื่นใดทุกชนิด.

- (1) ชายใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของหญิง
- (2) ชายใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของชายอื่น
- (3) ชายใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนักของหญิงหรือของชายอื่น
- (4) ชายใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับช่องปากของหญิงหรือของชายอื่น
- (5) หญิงใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงอื่น
- (6) หญิงใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของชาย
- (7) หญิงใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนักของหญิงหรือของชายอื่น
- (8) หญิงใช้วัยวะเพศของตนกระทำกับช่องปากของหญิงหรือของชายอื่น
- (9) ชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงอื่น
- (10) ชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของชายอื่น
- (11) ชายหรือหญิงใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับทวารหนักของหญิงหรือของชายอื่น

4.2) วิธีการกระทำจากหัวข้อที่ 4.1 จะเห็นได้รูปแบบที่เป็นไปได้มีถึงสิบเอ็ดรูปแบบ แต่สิ่งที่จะต้องมีการวิเคราะห์ก็คือคำว่า “กระทำกับ” นั้นมีความหมายว่าอย่างไรจะมีความหมายเช่นเดียวกับในอดีตที่หมายถึงการ “สอดใส่” หรือล่วงล้ำ (Penetration) หรือจะหมายความเพียงการ “จด”หรือ “จรด” ก็เพียงพอเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ฉบับปัจจุบันแล้ว

4.1.2 ขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำความผิด

จากการที่ศึกษาบทบัญญัติในมาตรา 276 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นบังคับขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

บทบัญญัติในมาตรา 276 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายอาญา ความว่า “การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการกระทำอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” ทั้งนี้สามารถแยกองค์ประกอบของความผิด เช่น มีการกระทำข่มขืน การกระทำชำเราผู้อื่น โดยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ดังต่อไปนี้

1) องค์ประกอบภายนอก

องค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ คือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจว่าตนเป็นบุคคลอื่น

คำว่า “กระทำชำเราผู้อื่น” กฎหมายเปลี่ยนแปลงความหมายใหม่ แม้ว่าจะไม่ได้ใช้อวัยวะเพศใช้ของเทียมหรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่น เช่น กระทำกับปากหรือทางทวารหนักก็เป็นการชำเราด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่าผู้อื่นนั้น หมายถึงหญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย ดังนั้นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้ เช่น หญิงใช้วัตถุใดใช้อวัยวะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว¹²

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร และสามีหญิงก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วยกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วมกับชายกระทำความผิดฐานนี้ได้¹³ “การกระทำ” คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่าได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมก็ไม่ผิด

“ผู้ถูกกระทำ” คือ ผู้อื่นซึ่งเป็นหญิงและอาจเป็นภริยาของผู้กระทำก็ได้

“หญิง” เป็นเพศของบุคคลตามธรรมชาติตามสภาพที่ถือกำเนิด ฉะนั้น ชายแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่ใช่หญิงในความหมายของความผิดฐานนี้

(1) โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ

คำว่า “ขู่เข็ญ” หมายความว่า ทำให้กลัวว่าจะได้รับภัยอันตรายในอนาคต ซึ่งอาจเป็นการกระทำต่อหญิงนั่นเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับหญิงนั้น เช่น ขู่ว่าจะฆ่าบุตรของหญิงก็ได้และอาจเป็นการขู่ที่จะกระทำต่อทรัพย์สิน เช่น ขู่ว่าจะเอาไปจุดเผาบ้านของหญิง หรือบิดาของหญิงก็ได้¹⁴

(2) โดยใช้กำลังประทุษร้าย

“ใช้กำลังประทุษร้าย” หมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายหรือจิตใจของบุคคลไม่ว่าจะทำด้วยใช้แรงกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ไม่ว่าจะโดยใช่ยาทำให้มีเมมา สะกดจิต หรือใช้วิธีอื่นใดอันคล้ายคลึงกัน¹⁵ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(6)

(3) โดยผู้อื่นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

¹² จาก คำอธิบาย กฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 197), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹³ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 416-417), โดย คณิต ฅ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁴ จาก กฎหมายอาญา ภาค 2-3 (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 272), โดย หยุต แสงอุทัย, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁵ ดู มาตรา 1 (6).

คำว่า “ภาวะที่ไม่สามารถขัดขึ้นได้” นี้หมายถึงกรณีดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้อื่นนั้นปราศจากเจตจำนงโดยสิ้นเชิง เช่น เนื่องจากช็อคหรืออ่อนเพลียจนหมดกำลัง
 - (2) ผู้อื่นนั้นไม่สามารถจะแสดงเจตจำนงออกมาได้ เช่น เนื่องจากพูดไม่ได้
 - (3) ผู้อื่นนั้นไม่สามารถที่จะยืนยันเจตจำนงได้ด้วย เช่น เนื่องจากถูกผูกมัด และ
 - (4) ผู้อื่นนั้นวิกลจริตหรือปัญญาอ่อนด้วยถ้าหญิงนั้นไม่มีความหมายของการร่วมประเวณี
- (4) โดยผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น เช่น ผู้อื่นนั้นเข้าใจว่าเป็นสามีหรือคู่รักจึงยอมให้กระทำชำเรา

การกระทำชำเราสำเร็จบริบูรณ์เมื่อของลับของชายผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในของลับของหญิงทั้งนี้ไม่ว่าจะเล็กน้อยเท่าใด ฉะนั้น การที่ผู้กระทำจะสำเร็จความใคร่หรือไม่จึงไม่เป็นข้อสาระสำคัญ ยกตัวอย่าง เช่น จำเลยได้กระทำชำเราผู้เสียหายจนของลับของจำเลยเข้าไปในของลับของผู้เสียหายราว 1 องคุลีแล้ว กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราสำเร็จตามความหมายของมาตรา 276 แล้ว

2) องค์ประกอบภายใน

องค์ประกอบภายในของความผิดฐานนี้ คือ เจตนาข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 59

จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานนี้ ตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ตั้งแต่คำว่า กฎหมายบัญญัติว่า “ผู้ใด” และ “ผู้อื่น” ซึ่งผู้กระทำและผู้ถูกกระทำจะเป็นเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันก็ได้การกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้ เช่น หญิงใช้วัตถุใด ๆ ใดด้วยระเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว¹⁶ และอาจจะเป็นคู่สมรสกันก็ได้ในส่วนขององค์ประกอบภายใน คือ เจตนา ความรับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดทางอาญาอย่างหนึ่ง ซึ่งผู้ทำต้องมีเจตนาในการกระทำ ซึ่งมาตรา 59

ขอบเขตความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา รวมไปถึงการข่มขืนใจ คือได้กระทำชำเราโดยหญิงมิได้สมัครใจ หรือหญิงมิได้ยินยอม โดยสมัครใจ ซึ่งตามความหมายในพจนานุกรม¹⁷ นั้น

¹⁶ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (น.197). เล่มเดิม..

¹⁷ คำว่าข่มขืนตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิต 2542 หมายถึงการใช้กำลังให้ทำตามใจส่วนคำว่าชำเรานั้นหมายถึงการร่วมประเวณีด้วยเหตุผลนั้นการข่มขืนกระทำชำเรานั้นหมายถึงการใช้กำลังบังคับขืนใจหญิงให้ร่วมประเวณีการร่วมประเวณีหมายถึงการเสพสังวาสหรือผสมเพศซึ่งกันและกันระหว่างชายและหญิงในลักษณะร่วมประเวณีตามธรรมชาติโดยที่อวัยวะสืบพันธุ์ของชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง

หมายถึง บังคับ ชื่นใจ ชูเชิญ หรือหมายถึงการใช้กำลังบังคับหญิงให้ทำตามใจตัวเอง โดยหญิงมิได้ยินยอมโดยสมัครใจ หรือเป็นการใช้อำนาจกระทำโดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจ คุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ เสรีภาพในทางเพศ ดังนั้นถ้ามีการฝ่าใจหรือยังบังคับหญิงด้วยเจตนาเพื่อกระทำชำเราแล้ว ย่อมเข้าองค์ประกอบส่วนหนึ่งของความผิดฐานนี้แล้ว

ปัญหาในเรื่องการตีความตามกฎหมายการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายในส่วนการตีความตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย คือ การค้นหาความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้การตีความตามวิธีนี้ “คุณธรรมทางกฎหมาย” จะเป็นเครื่องช่วยในการตีความได้เป็นอย่างดี¹⁸ เช่นการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยขอบเขตกระทำข่มขืนกระทำชำเรากฎหมายในปัจจุบันบัญญัติให้ผู้กระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้หากได้กระทำโดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือ โดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นซึ่งความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแม้จะมีการกระทำที่มีความผิดฐานอื่นรวมอยู่ด้วยในตัวมันเอง เช่น ความผิดต่อเสรีภาพประมวลกฎหมายอาญา เพราะมีการบังคับให้หญิงจำยอมให้ชายกระทำชำเรา นอกจากนี้ยังมักจะมีการทำร้ายร่างกายของหญิง หรือมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายต่อหญิง ทำให้หญิงได้รับความปวดร้าวใจยิ่งกว่าการบาดเจ็บทางกาย จึงเห็นว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราปัจจุบันให้การจำกัดความที่มากเกินไปโดยกฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำเป็นชายหรือหญิงกฎหมายกำหนดเป็นความผิดหมดไม่เพียงจำกัดเฉพาะกรณีที่ชายทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเองเท่านั้น หญิงอาจบังคับให้ชายกระทำชำเราตนเองอันเป็นการฝ่าฝืนต่อความยินยอมของชาย หรืออาจเป็นการที่หญิงกระทำต่อหญิงหรือชายทำต่อชายก็ได้ ปัญหา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่นการใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเราที่มีการ

¹⁸ จาก *กฎหมายอาญาภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5) (น. 76-78), โดย คณิต ฅ นคร, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ล้วงล้ำเข้าไป¹⁹ ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำจะมีความหมายเช่นเดียวกับในอดีตที่หมายถึงการ “สอดใส่” หรือล้วงล้ำ (Penetration) หรือจะหมายความเพียงการ “จค”หรือ “จรค” เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำก็เพียงพอเป็นความผิด หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน เช่น ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิง ก็อาจถูกชายอื่นข่มขืนกระทำชำเราได้ผู้เขียนไม่เห็นด้วยเพราะไม่เป็นไปตามธรรมชาติให้ชายเท่านั้นที่มีกำลังกระทำการข่มขืนหญิง แต่กฎหมายมาตร 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตร 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 กลับบัญญัติว่าการข่มขืนกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงเสมอไป อาจเป็นการกระทำกับทวารหนัก²⁰ หรืออาจเป็นการบังคับใช้ปากสำเร็จความใคร่ให้ผู้กระทำผิดก็ได้ซึ่งหากการสนองความใคร่เป็นองค์ประกอบหลักสำคัญ ส่วนการสอดใส่เป็นพฤติกรรม บางกรณีไม่สอดใส่ก็สมเจตนาจำเลยแล้ว กรณีการที่มีการกระทำกับบริเวณอวัยวะเพศรวมไปถึงโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น อันกฎหมายคุ้มครองมิให้ผู้ใดมากระทำ แม้ไม่ล้วงล้ำก็เป็นการกระทำชำเราได้ เพราะการชำเราเป็นเจตนาของจำเลยฝ่ายเดียว เพื่อให้บรรลุผล ดังนั้น การใช้อวัยวะ

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำ ในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมด

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสองการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

เพศคู่อื่น หรือเสียดสี กับอวัยวะเพศผู้เสียหาย จึงไม่จำเป็นต้องสอดใส่ เพราะเพียงแค่กระทำกับหรือต่ออวัยวะเพศก็ถือว่าเป็นการกระทำความผิดแล้ว เช่นกัน

จากการพิจารณาขอบเขตการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายของสหราชอาณาจักรจะเห็นว่า ชายอาจมีความผิดฐานข่มขืนภริยาของตนเองหากภริยาไม่ยอมรับร่วมเพศ หากชายผู้เป็นสามีใช้กำลังบังคับข่มขืนภริยาของตน ชายมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราภริยาของตน ความคิดที่ว่าภริยาได้ให้ความยินยอมในการยินยอมให้ร่วมเพศด้วยตลอดกาลหลังจากการสมรสไม่เป็นจริงอีกต่อไปแล้ว นอกจากนี้ภริยาไม่ได้ถือเป็นบุคคลคนเดียวกับสามีเพราะภริยาถือเป็นผู้มีตัวแยกต่างหากจากผู้เป็นสามีซึ่งหมายความว่า การกระทำผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต้องเป็นการกระทำโดยชายใช้อวัยวะเพศชายกระทำเข้าไปละเมิดยังผู้ถูกระทำจะเป็นชายหรือหญิง โดยอวัยวะเพศหรือช่องปาก ทวารหนักก็ได้กล่าวคือประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1²¹ The Sexual Offences Act 2003 และได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตรา 75 และมาตรา 76 ด้วย คือ

มาตรา 1 การข่มขืนกระทำชำเรา²²

- (1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ (a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง (B) (ด้วยอวัยวะเพศชาย)ของเขา โดยเจตนา
- (b) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรานั้น และ
- (c) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

²¹ ความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราตาม SOA-2003 มีความหมายถึงผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยการใช้อวัยวะเพศ, ล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่นหรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตนโดยผู้อื่นไม่ยินยอมส่วนความผิดข้อหาประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เป็นการใช้อวัยวะอื่นใดล่วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใดโดยบุคคลอื่นนั้นไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดทั้งสิ้น เป็นต้น

²² The Sexual Offences Act 2003, Section 1

- (1) A person (A) commits an offence if
- (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
- (b) B does not consent to the penetration, and
- (c) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.
- (4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่ทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และ มาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิดเป็นต้น

ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำชำเราของประเทศญี่ปุ่นปรากฏตามบทบัญญัติในมาตรา 177²³ ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำการโดยใช้กำลังหรือข่มขู่หญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและจะต้องระวางโทษให้ทำงานหนักไม่ต่ำกว่าสองปี และบทบัญญัติเช่นเดียวกันให้ใช้กับผู้ซึ่งกระทำการดังกล่าวกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วยทั้งนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 177 การกระทำชำเราจะเป็นความผิดสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้กระทำความผิดได้รู้ในขณะที่กระทำการข่มขืนกระทำชำเราว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ซึ่งการยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้ชายนั้นไม่เป็นผู้กระทำความผิดไปได้กฎหมายกำหนดซึ่งผู้กระทำจะเป็นชายที่มีเจตนาใช้วิธีเวชชาลวงล้าหรือที่เรียกว่าสอดใส่ “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วเป็นความผิดกระทำชำเราบุคคลนั้นจะต้องรับโทษ²⁴ และผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดด้วย²⁵

4.1.3 จุดแบ่งแยกความผิดในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากับความผิดฐานกระทำอนาจาร

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราความผิดฐานพยายามตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้วิธีเวชชาลวงล้าหรือที่เรียกว่าสอดใส่ อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้วิธีเวชชาลวงล้าหรือที่เรียกว่าสอดใส่ อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้วิธีเวชชาลวงล้าหรือที่เรียกว่าสอดใส่ อวัยวะเพศ ทวารหนักหรือ

²³ Penal Code (Act No.45 of 1907) Article 177 (Rape).A person who, through assault or intimidation, forcibly commits sexual intercourse with a female of not less than thirteen years of age commits the crime of rape and shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 3 years. The same shall apply to a person who commits sexual intercourse with a female under thirteen years of age.

²⁴ มาตรา 178 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

²⁵ มาตรา 179 ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น

ช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้วัตถุพิเศษเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ยกความหมายของคำว่ากระทำชำเราในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะพิเศษเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน จำเลยมีเจตนากระทำชำเราโจทก์ร่วม ส่วนการใช้ลิ้นเลียอวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลิ้นได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม²⁶

อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายปัจจุบันที่มีการแก้ไข พ.ศ. 2550 นี้ การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องมีการนำอวัยวะเพศ “ล้วงล้ำ” เข้าไป เพราะเพียงแค่ “กระทำกับ” ก็ได้ ดังนั้น การ “ถูไถ” ตาม

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะพิเศษของจำเลยสอดใส่อวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้างรอบปากช่องคลอด สื่อให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะพิเศษของจำเลยสอดใส่อวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะพิเศษของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หากมีเจตนาเพียงแต่กระทำอนาจารไม่ ป.อ. มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะพิเศษของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะพิเศษของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะพิเศษของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำ นอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะพิเศษของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะพิเศษ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้วัตถุพิเศษเทียมกระทำกับอวัยวะพิเศษ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้วัตถุพิเศษเทียมกระทำกับอวัยวะพิเศษ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ยกความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะพิเศษเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะพิเศษ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน จำเลยมีเจตนากระทำชำเราโจทก์ร่วม จำเลยใช้อวัยวะพิเศษของจำเลยถูไถอวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วมแต่อวัยวะพิเศษของจำเลยไม่อาจล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วมได้ เพราะอวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วมมีขนาดเล็ก ส่วนการใช้ลิ้นเลียอวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลิ้นได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะพิเศษของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม

ข้อเท็จจริงในฎีกาที่ 874/2491 ข้างต้น จึงถือได้ว่าเป็นการ “กระทำกับ” อวัยวะเพศของอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการ “กระทำชำเรา” สำเร็จเป็นความผิดแล้ว ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงไม่น่าจะใช้การ “พยายามกระทำชำเรา” อีกต่อไปแล้ว²⁷ แต่เป็นความผิดสำเร็จเลยที่เดียวคำพิพากษาฎีกาที่ 6345/2537²⁸ แต่ในกรณีให้เห็นเจตนาโดยชัดแจ้งและมีการกระทำส่วนใดส่วนหนึ่งของความผิดฐานนั้นแล้ว คือ มีการใช้กำลังบังคับหญิงเพื่อชำเราแล้วก็ต้องถือว่ามี การ “ลงมือ” กระทำความผิดอันเป็นการกระทำชำเรา ที่ต้องมีการสอดใส่ (penetration)²⁹ โดยอวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ สมควรลงโทษได้แล้ว และศาลคำพิพากษาฎีกาไทยถือว่าเป็นการทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา³⁰ ได้ ต้องถึงขนาดอวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปช่องคลอดอวัยวะเพศของผู้เสียหาย(คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2555)³⁰ แต่เมื่อพิจารณาถึงเจตนาของกฎหมายในเรื่องนี้ ซึ่งมีขึ้นเพื่อลงโทษผู้ที่เริ่มต้นทำความผิดและได้แสดงอาการแห่งอันตรายให้ปรากฏขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะการกระทำนั้น จะสำเร็จสมเจตนาแห่งตนหรือไม่ก็ตาม และเมื่อวัตถุประสงค์ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีไว้เพื่อปกป้องคุ้มครองความเสียหายในเนื้อตัวร่างกาย ชื่อเสียง เกียรติยศของหญิง ตลอดจนความเสียหายแก่สภาพจิตของหญิง (the women’s feeling) อันเนื่องมาจากการถูกบังคับเพื่อกระทำชำเรา

²⁷ กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2 (น. 308-309). เล่มเดิม.

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 6345/2537 วินิจฉัยว่าอวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายประมาณ 1 นิ้วถือว่ากระทำชำเราสำเร็จแล้วมิใช่เพียงขึ้นพยายามกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเท่านั้น

²⁹ ประมวลกฎหมายฉบับอ้างอิง (น. 426). เล่มเดิม.

³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ป.อ. มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ป.อ. มาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่เป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมดจำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลยเสียดสีถูไถกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แม้โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของจำเลย แต่เมื่อมิได้มีการสอดใส่เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยคงเป็นเพียงการทำอนาจารตาม ป.อ. มาตรา 279 วรรคแรก

การลงโทษผู้พยายามกระทำความผิดนี้ จึงมีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้หญิงนั้นถูกระทำให้เกิดสภาพแห่งความกลัวว่าจะถูกระทำชำเรา (ซึ่งหญิงเท่านั้นที่จะมีความรู้สึกถึงสภาพนี้ได้)

จะเห็นได้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 เดิม หากอวัยวะเพศของชายเพียงแต่ “ถูไถ” อยู่ที่ปากช่องคลอดของหญิงด้านนอก ยังไม่ทันได้ “ล้วงล้ำ” เข้าไป ก็เป็นเพียง “พยายาม” กระทำชำเรา (ฎีกาที่ 874/2491)³¹ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศสอดใส่ในอวัยวะเพศหญิงผู้เสียหายหรือใช้

ทั้งนี้จุดแบ่งแยกเรื่องความผิดฐานกระทำอนาจาร³² หากการกระทำดังกล่าวยังไม่ถึงขั้นสุดท้ายไม่ว่าผู้เสียหายจะกระทำเข้าไปใกล้ชิดต่อผลเพียงไร ทั้งดึงกางเกง ทั้งจับหน้าอก ทั้งกดให้นอนลงทั้งขืนคร่อม ครอบคืบที่ยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะชำเราได้ซึ่งหมายความว่า 1) ต้องไม่มีเสื้อผ้าหรือสิ่งอื่นใดมาปิดหรือกั้น “ทั้ง” ของลับชายและของลับหญิงเพราะถ้ายังมีสิ่งมากั้นขวางอยู่การชำเรายังทำไม่ได้ 2) หญิงต้องถูกกดให้ไม่คืนเพราะถ้าหญิงคืนอยู่ก็ยอม ไม่สามารถจะนำของลับชายผ่านเข้าไปได้ใช้มือกดผู้เสียหายนอนลงที่พื้นเรือนแล้วขืนคร่อมเอาหัวเข้ากอดต้นขาไว้ขณะนั้นผู้เสียหายนอนหงายนุ่งกระโจมอกอยู่จำเลยก็ลงก้นที่แก้มและถลกผ้าขึ้นขึ้นจากด้านล่างผู้เสียหายคืนอย่างแรงจนหลุดแล้ววิ่งร้องไห้ลงเรือน ไปด้วยลักษณะการกระทำของจำเลยดังกล่าวยังไม่อยู่ในวิสัยที่จำเลยจะกระทำชำเราผู้เสียหายได้การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราคงเป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจาร³³ หากเป็นกรณีไม่สามารถพร้อมที่จะกระทำได้อีกว่าเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเท่านั้น³⁴

³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 874/2491 ของลับของชายถูไถที่ปากช่องคลอดด้านนอก ยังไม่เข้าไปภายในช่องคลอด เป็นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

³² นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 464/2463 (เพียงกอดจับนม), 939/2487 (ใช้กำลังเข้ากอดปล้ำ) หรือ 193/2474 (ใช้มือดึงกางเกงและนั่งคร่อมหน้าอก) ที่ศาลพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นเพียงกระทำอนาจาร

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2049/2550 การกระทำอนาจาร คือ การกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศ เพียงแต่กอดจูบลูบคลำ และต้องเนื้อตัวร่างกายในทางไม่สมควรก็เป็นการอนาจารแล้ว ส่วนการกระทำชำเรานั้นเป็นการกระทำถึงขั้นใช้อวัยวะเพศของชายใส่ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง การกระทำชำเราจึงรวมถึงการกระทำอนาจารอยู่ในตัว เมื่อจำเลยพรากรเด็กหญิง อ. ไปเพื่อกระทำชำเราเด็กหญิง อ. การกระทำของจำเลยจึงเป็นการพรากรไปเพื่อการอนาจาร อันเป็นความผิดตาม ป.อ. มาตรา 317 วรรคสาม และเป็นความผิดคนละกรรมกับความผิดฐานกระทำชำเรา

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554 ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก (เดิม) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะจำเลยกระทำความผิด และต้องใช้บังคับแก่คดี เนื่องจากกฎหมายที่แก้ไขในภายหลังไม่เป็นคุณแก่จำเลยนั้น มิได้ให้คำนิยามของการกระทำชำเรา

อนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในวรรคสองของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ที่มีสาระสำคัญกล่าวถึงลักษณะการกระทำชำเราที่สำเร็จกรณีใดบ้างที่ให้ถือเป็นการกระทำชำเรา ส่วนการตีความว่าการกระทำใดถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ นั่นคือการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่งหมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น โดยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ³⁵

ดังนั้น ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ก็เพื่อจะแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้า หรือวิวัฒนาการของกฎหมายที่แสดงถึงความเท่าเทียมกัน ระหว่างชายและหญิง ที่ผ่านมาศาลพยายามให้เห็นหลักของ ความใกล้ชิดกับผล โดยพิจารณาขั้นตอนการกระทำความคิดที่เริ่มต้นจากการลงมือกระทำความผิด จนกระทั่งไปถึงความผิดสำเร็จ ซึ่งมักจะพิจารณาจากกรณีที่มีความใกล้ชิดกับผลมากที่สุด ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ได้มีการเรียนการสอนกันมาว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดสำเร็จ เมื่ออวัยวะเพศชายล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแม้เพียงหนึ่งองคุลี หรือประมาณ 1 นิ้ว จึงทำให้มีความพยายามในการพิจารณาให้มีการกระทำที่เป็นความผิดขั้นพยายามข่มขืนกระทำชำเรา³⁶ ต่อมา หากอยู่ในลักษณะที่จะล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงได้แล้ว แต่ยังไม่ล่วงล้ำหรือล่วงล้ำไม่ถนัดนัก ก็เป็นการที่ผู้กระทำลงมือกระทำความผิดแล้วแต่ไม่บรรลุผล ผู้กระทำก็รับผิดแค่พยายาม

ไว้แต่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ที่แก้ไขในภายหลัง ให้คำนิยามของการกระทำชำเราไว้ว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่น หรือ การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ซึ่งเป็นเพียงการขยาดความแต่ก็ยังคงเทียบเคียงการกระทำชำเราหญิงตามกฎหมายเดิม ได้ความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราหญิงนั้น ผู้กระทำจะต้องใช้อวัยวะเพศของตนกระทำในลักษณะใกล้ชิดพร้อมที่จะใช้อวัยวะเพศสอดใส่กับอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำ การกระทำของจำเลยที่ใช้แรงกายบังคับสอดสอดชากลากตัวผู้เสียหายเข้าไปในห้องน้ำ ลือคประตู่ห้องน้ำ ถอดกางเกงชั้นนอกและกางเกงในของผู้เสียหายออก แล้วจับนมและอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ซึ่งถือเป็นการกระทำการล่วงลามผู้เสียหายแล้ว แต่จำเลยยังไม่ได้ถอดกางเกงที่ตนเองสวมใส่ออก การกระทำของจำเลยจึงยังไม่ถึงขั้นที่พยายามใช้อวัยวะเพศของตนเองสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จึงถือว่าลักษณะการกระทำความผิดของจำเลยยังไม่อยู่ในวิสัยที่จะกระทำการข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายได้ การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารผู้เสียหายเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสเท่านั้น

³⁵ การกระทำชำเราสำเร็จต้องมีการสอดใส่ (Penetration) อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง (น. 426). เล่มเดิม.

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 6345/2537 วินิจฉัยว่า อวัยวะเพศของจำเลยเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายประมาณ 1 นิ้ว ถือว่ากระทำชำเราสำเร็จแล้ว มิใช่เพียงขั้นพยายามกระทำชำเราหรือกระทำอนาจารเท่านั้น

ข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งก็ใช้เป็นแนวทางการเรียนการสอน และเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดีตลอดมา

4.2 วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา

การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมให้การข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นเป็นความผิด เนื่องจากมาตรา 276 เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ และเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง โดยการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลและเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ กฎหมายฉบับนี้ได้ผ่านการพิจารณาสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2550 โดยมีสาระสำคัญที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการข่มขืนกระทำชำเรา ดังนี้

มาตรา 276 “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืน หรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความคิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการ โทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท หรือจำคุกตลอดชีวิต

ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความคิดระหว่างคู่สมรส และคู่สมรสนั้นยังประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติแทนการลงโทษก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาต่อไป และประสงค์จะหย่า ให้คู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

จะเห็นได้ว่าหากพิจารณาคำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเรา” หมายความว่า “ผู้ลงมือกระทำ” เป็นชายหญิงก็ได้เช่นเป็นการกระทำของชายต่อชาย หรือหญิงต่อหญิงก็เป็นความผิดตามมาตรานี้ทั้งนี้หากพิจารณาพฤติการณ์ คำว่า กระทำชำเรา เปลี่ยนไปการกระทำชำเราตามวรรค

หนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใด กระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น พิจารณาด้วย มิใช่ เฉพาะอวัยวะเพศ เท่านั้น สิ่งอื่น เช่น แดงกวาง กลัวยมะเขือยาว ก็เป็นกระทำชำเรา และก็มีใช้ เฉพาะกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำผิด เท่านั้น ทวารหนักหรือ ปาก ก็เข้าข่ายกระทำชำเราแล้วมิใช่ อนาจาร กล่าวคือ³⁷

การพิจารณาตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง คำว่า ช่มชู้กระทำชำเราผู้อื่น ดีความได้ว่า ช่มชู้กระทำชำเราใครก็ได้ ก็มีความผิดหมด ไม่ว่าจะป็นชายกับชาย หญิงกับหญิง หรือแม่แต่สามีหรือภรรยา หากช่มชู้ก็มีความผิดหมด ไม่มีข้อยกเว้น แต่ถ้ามิใช่ผู้อื่น เช่น เป็นสิ่งมีชีวิตจำพวกสัตว์ทั่วไปที่มีใช้คน เช่น สัตว์เลี้ยง สุนัขหรือหมู ก็ไม่มีความผิดช่มชู้กระทำชำเรา หรือ สิ่งไม่มีชีวิต เช่น ศพ หรือ สิ่งของเครื่องใช้ หรืออุปกรณ์เกี่ยวกับเพศ ก็ไม่มีความผิดช่มชู้กระทำชำเรา ดังนั้น ต้องกระทำต่อมนุษย์หรือคนเท่านั้นที่เป็นที่ความผิดช่มชู้กระทำชำเรา

ปัญหาต่อไปมีว่า แค่นั้นเพียงไร จึงจะถือว่าเป็นการลงมือกระทำชำเราแล้ว เพียงแต่ แก้วฟ้า หอมแก้ม ลูกคล้า หรือจับอวัยวะเพศ จะถือว่าเป็นการลงมือกระทำชำเรา อันเป็นความผิดฐานพยายามช่มชู้แล้วหรือไม่ หรือต้องกระทำถึงขั้นไหนที่จะถือว่าเป็นการกระทำชำเราแล้วปัญหานี้ เคยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาวางแนวบรรทัดฐานมากพอสมควร โดยศาลฎีกาคิดเห็นว่า จำเลย เพียงแต่ใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูโสสัมผัสอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ด้านนอกจนสำเร็จความใคร่ โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย จำเลยไม่ผิดฐานพยายามช่มชู้กระทำชำเรา แต่ผิดฐานกระทำอนาจาร (ฎีกาที่ 117/2534)³⁸ หรืออวัยวะเพศของจำเลย เพียงแต่จรดอยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด จำเลยผิดฐานพยายามช่มชู้เท่านั้น (ฎีกาที่ 85/2504)³⁹ หรือ ถ้าจำเลยสอดจูบและพยายามเอาอวัยวะเพศของจำเลยใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย แต่ไม่ทันเข้า มีคนมาเกาะประตูล็อกก่อน แสดงว่าอวัยวะเพศของจำเลยที่

³⁷ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด และลหุโทษ (น. 195-199). เล่มเดิม.

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 117/2534 ตามพฤติการณ์ของจำเลยน่าจะเชื่อว่าจำเลยเพียงแต่ใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูโสสัมผัสอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ด้านนอกจนสำเร็จความใคร่ โดยไม่มีเจตนาสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายจำเลยจึงไม่มีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราผู้เสียหายการกระทำของจำเลยเป็นความผิดฐานกระทำอนาจารแก่เด็กอายุไม่เกินสิบห้าปีตามป.อ.มาตรา 279 วรรคแรกและเป็นการกระทำแก่ผู้สืบสันดานมิโทษหนักขึ้นตามมาตรา 285 แม้โจทก์ขอให้ลงโทษจำเลยตาม ป.อ. มาตรา 277 และ 285 โดยไม่ได้ขอให้ลงโทษจำเลยตาม มาตรา 279 ด้วยแต่ความผิดตามที่โจทก์ฟ้องนั้นรวมการกระทำผิดฐานกระทำอนาจารตามมาตรา 279ด้วยศาลมีอำนาจลงโทษจำเลยตามความผิดที่พิจารณาได้ความได้ตาม ป.วิ.อ. มาตรา 192 วรรคท้าย

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 85/2504 จำเลยได้ลงมือกระทำชำเราผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุเพียง 4 ปีเศษ แต่อวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยเพียงแต่จรดอยู่บริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหาย มิได้ล่วงล้ำเข้าไปในช่องคลอด การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงพยายามช่มชู้กระทำชำเราเท่านั้น

แทงบบริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหายเท่านั้น การที่อวัยวะเพศของจำเลยยังไม่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยยังข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายไม่สำเร็จ จำเลยผิดเพียงฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา (ฎีกาที่ 484/2537)⁴⁰

สรุป เพียงแค่กอดจูบ ลูบคลำ ฎูโถ ผิดฐานอนาจาร แต่ถ้าเอาอวัยวะเพศที่มแทงบบริเวณปากช่องคลอด ผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเราแล้ว รับโทษ 2 ใน 3 ส่วน ของความผิดฐานข่มขืนฯ และถ้าเอาอวัยวะเพศสอดเข้าไปในปากช่องคลอดหรืออวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว แม้จะยังไม่สำเร็จความใคร่ก็ตาม ก็ผิดฐานข่มขืนสำเร็จแล้ว (ฎีกาที่ 1646/2532)⁴¹ มีปัญหาว่าอวัยวะเพศต้องล่วงล้ำเข้าไปถึงขนาดไหนจึงจะผิดสำเร็จ มีแนวคำพิพากษาที่มีการแก้ไขหลังปี พ.ศ. 2550 ผู้เขียนขอยกตัวอย่างบางคำพิพากษาศาลฎีกา 4164/2555⁴²

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะ

⁴⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 484/2537 ผู้เสียหายอายุ 13 ปีเศษ ไม่เคยเสียตัว ผลการตรวจร่างกายผู้เสียหายหลังเกิดเหตุ 6 วันไม่พบร่องรอยใดๆ ที่อวัยวะเพศของผู้เสียหาย ทั้งได้รับความจากผู้เสียหายว่าจำเลยกอดจูบและพยายามเอาอวัยวะเพศของจำเลยใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย แต่ไม่ทันเข้ามีคนมาเคาะประตูเสียก่อน แสดงว่าอวัยวะเพศของจำเลยที่มแทงบบริเวณปากช่องคลอดของผู้เสียหายเท่านั้น การที่อวัยวะเพศของจำเลยยังไม่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหาย ถือได้ว่าจำเลยยังข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายไม่สำเร็จ การกระทำของจำเลยจึงเป็นเพียงความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532 การข่มขืนกระทำชำเรา นั้น เมื่ออวัยวะเพศของจำเลยได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้ว แม้จำเลยไม่สำเร็จความใคร่ก็เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา

⁴² จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้างรอบปากช่องคลอด สืบให้เห็นว่าจำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยฎูโถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หาใช่มีเจตนาเพียงแต่กระทำอนาจารไม่

จำเลยมีเจตนากระทำชำเราโจทก์ร่วม จำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยฎูโถอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม แต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่อาจล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมได้ เพราะอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมมีขนาดเล็ก ส่วนการใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลิ้นได้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม

เพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน

ข้อพิจารณาตามมาตรา 276 วรรคสอง วรรคนี้มีการบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นใหม่ทั้งหมด มีการอธิบายให้ความหมายของคำว่า การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่นหรือ การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น

ประเด็นที่ต้องพิจารณาและทำการตีความในความเห็นทางกฎหมายการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นนั้น คำว่า กระทำ ควรต้องตีความขยายความขนาดไหน เพราะกฎหมายไม่ได้ให้ความหมายเอาไว้ แต่พอจะตีความตามความหมายทางวิชาการกฎหมายและประเด็นทางกฎหมายของดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ⁴³ ก็ไม่เห็นด้วยกับบทบัญญัติดังกล่าว

⁴³ หญิงข่มขืนชายกฎหมายสะเทือนอารมณ์.24 สิงหาคม 2550.สืบค้นเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2557, จาก <http://sakid.blogspot.com/2007/08/blog-post.html>. “จากคำจำกัดความเรื่องการข่มขืนกระทำชำเราใหม่ ที่ว่าการกระทำชำเรา... หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นอ่านดูแล้วที่ว่า “ใช้อวัยวะเพศทำกับอวัยวะเพศ” นั้น ไม่รู้ว่าทำอะไรทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จ

การใช้สิ่งอื่นใด ที่ไม่ใช่อวัยวะเพศ กระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น ก็ไม่รู้ว่าเอาอะไรมาทำอะไร ทำอย่างไร และต้องทำถึงแค่ไหนจึงจะเป็นความผิดสำเร็จเช่นกัน

- 1) แสดงว่า “เอนิ้วหรือเอาตะเกียบจิ้มกัน”
- 2) ก็ข่มขืนกระทำชำเราสำเร็จแล้ว

กระทำชำเราชนิดใหม่ ศาลไทย “จับไข่”แน่นนอน (แต่หากอ่านให้เพื่อนไป ก็จะกลายเป็นการ “กระทำชำเรา” ผู้ชาย ตามความหมายใหม่นี้ด้วยแพทย์ที่ทำการตรวจภายในหญิงอาจถูกฟองยับเยิน หากขณะตรวจเกิดมี “อารมณ์ปั่นป่วน”ขึ้นมาโดยไม่รู้ตัว (ใครจะไปรู้ความในใจหมอ)ข่าวแพทย์ “จับไข่เด็ก” เมื่อเดือนที่แล้ว ตามกฎหมายใหม่ เท่ากับแพทย์ได้ข่มขืนกระทำชำเราเด็กสำเร็จไปแล้ว

จะเห็นได้ว่าความเห็นทางวิชาการทางด้านกฎหมายการบัญญัติกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 และใช้บังคับในปัจจุบันกฎหมายให้ผู้กระทำจะเป็นเป็นชายกระทำชำเรา กับชายด้วยกัน หรือหญิงกระทำชำเรากับหญิงด้วยกัน โดยชายเอาอวัยวะเพศของตน ไปกระทำกับ อวัยวะเพศของผู้ชายด้วยกัน หรือ โดยหญิงเอาอวัยวะเพศของหญิงไปกระทำกับอวัยวะเพศของหญิงด้วยกันซึ่งเป็นการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากว้างเกินไป ซึ่งดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ก็ไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวและผู้เขียนก็เห็นพ้องด้วยกับเหตุผลในการบัญญัติ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเช่นกันเพราะแม้ไทยจะใช้การล่วงล้ำในการตีความ แต่ไทยเป็น ประเทศที่ยึดระบบกฎหมายเป็นหลัก ดังนั้นการตีความที่ไม่ตรงกับตัวบทกฎหมาย เป็นการตีความ ทางอาญาที่ถูกต้องตามการตีความของระบบกฎหมายไทยไม่ถูกต้องตามหลักการตีความ และถ้าต่อไป ศาลกลับมาตีความนิยามว่า “กระทำกับ” ว่าเป็นการสัมผัส จับต้อง ฎีกา ไม่ใช่การล่วงล้ำ ตาม บทบัญญัติจริงๆจะทำให้ไม่เป็นการคุ้มครองความยุติธรรมต่อผู้เสียหายได้

หากพิจารณาฐานความผิดดังกล่าวตั้งแต่อดีตก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าว ก็บัญญัติเป็นความผิดหากชายกระทำชำเรากับเพศหญิงซึ่งเป็นการกระทำชำเราแบบ ธรรมดา ถ้าตีความตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่4164/2555⁴⁵

กฎหมายนี้ทำให้คำว่า “ข่มขืนกระทำชำเรา” ถูกลดความสำคัญลงอย่างมาก โดยแต่ก่อนเวลามีข่าว ข่มขืนกระทำชำเราทุกคนจะนึกสงสารหญิงหรือเด็กที่ถูกกระทำ แต่หากกฎหมายมีผลใช้บังคับเมื่อได้ข่าวใครถูก ข่มขืนกระทำชำเรา ผู้คนคงคิดเพียงว่าอาจเป็นเรื่อง “เอานี้จี้มกัน” หรือ “จับไข่กันเล่น” เท่านั้นเองไม่น่าใส่ใจใด ๆการออกกฎหมายฉบับนี้ไม่มีผู้ใดได้ประโยชน์ นอกจากผู้กระทำความผิดเท่านั้นทำให้ผมเชื่อแล้วว่า ผู้ชายถูก ข่มขืนได้จริง ๆเธอข่มขืน (ใจ) ผู้ชายทั้งสภาเลยด้วยกฎหมายเช่นนี้ออกมาได้ จึงเป็นที่น่าหดหู สะทอนใจสำหรับ นักกฎหมายที่แท้จริง

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขใหม่โดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้ สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น" ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราใน ส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่อง ปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำ ชำเราไม่จำเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศ หรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัส ภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น ไม่ว่าด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการ กระทำชำเราไปเสียทั้งหมด

หรือแนวคำพิพากษาอื่นๆ ตั้งแต่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 หรือประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277⁴⁵ โดยเฉพาะในมาตรา 276 วรรคสอง แลมาตรา 277 วรรคสอง การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น....” หลังปี พ.ศ. 2550 การข่มขืนเป็นผลสำเร็จนอกจากนี้ยังได้เพิ่มเติมข้อความในวรรคสองของมาตรา 276 และ 277 ที่มีสาระสำคัญกล่าวถึงลักษณะการกระทำชำเราว่ากรณีใดบ้างที่ให้ถือเป็นการกระทำชำเรา ส่วนกรณีความว่าการกระทำใดถือเป็นการข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายหรือไม่ นั่นคือการกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น เช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1390/2555 การกระทำชำเราตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคแรก หมายถึง การร่วมประเวณีจึงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศของผู้กระทำเข้าไปในอวัยวะเพศของอีกฝ่าย แม้ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำชำเราตามวรรค

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน

⁴⁶ มาตรา 277 “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น....”

หนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น” ก็เป็นเพียงการขยายขอบเขตของการกระทำชำเราในส่วนอวัยวะที่ถูกกระทำในมาตรา 277 วรรคแรก ไม่จำเป็นต้องเป็นที่อวัยวะเพศ จะเป็นทวารหนักหรือที่ช่องปากก็ได้ และสิ่งที่ใช้ในการกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเท่านั้น จะเป็นสิ่งอื่นก็ได้ ดังนั้น การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นจึงยังคงต้องมีการสอดใส่อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดให้ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากด้วย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเพียงการสัมผัสภายนอกกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นไม่พว่ด้วยอวัยวะส่วนใดหรือด้วยวัตถุสิ่งใดก็จะเป็นการกระทำชำเราไปเสียทั้งหมดจำเลยเพียงใช้อวัยวะเพศของจำเลยเสียดสีถูไถกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แม้โดยมีเจตนาเพื่อสนองความใคร่ของจำเลย แต่เมื่อมิได้มีการสอดใส่เพื่อที่จะให้อวัยวะเพศของจำเลยล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 จึงยังเรียกไม่ได้ว่าเป็นการกระทำชำเรา การกระทำของจำเลยคงเป็นเพียงกระทำอนาจารตาม ป.อ. มาตรา 279 วรรคแรก

ดังนั้นหากพิจารณาตามมาตรา 277 วรรคสอง ว่าด้วยการกระทำชำเราเด็กยอมความไม่ได้เท่านั้น กฎหมายยังให้คำนิยามคำว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับ อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือใช้สิ่งใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น ประเด็นที่น่าสนใจคือ กรณีที่ผู้ชาย (เกย์) บังคับให้ผู้ชายกระทำต่อทวารหนัก (เกย์) เพื่อสนองความใคร่ของผู้บังคับ จะเป็นการกระทำชำเราหรือไม่ตามนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่น่าจะเป็นตีความถูกต้องเพราะบนบัญญัติมาตรา 277 วรรคสองใช้คำว่า “กระทำกับ” ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศ ผู้อื่น⁴⁷ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายปัจจุบัน

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 “จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้าง รอบปากช่องคลอด สื่อให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมโดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หากมีเจตนาเพียงแต่กระทำอนาจาร ป.อ. มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำด้วย เป็นกรณีที่

ถือว่ากระทำผิดสำเร็จแล้ว ถ้าตีความตามกฎหมายปัจจุบันที่ว่า เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็อาจตีความได้ว่า สำเร็จโดยกระทำกับอวัยวะเพศของชายด้วยกัน หรือหญิงกับหญิงด้วยกัน ก็อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำชำเราแล้วเพราะเป็นการสนองความใคร่ของผู้กระทำ มีความผิดฐานข่มขืนได้แต่แนวคำพิพากษายังคงได้มีการตีความเอาไว้ว่าการข่มขืนจะต้องมีการ “ล้วงล้ำหรือสอดใส่” (Penetration) เข้าไป ตามฎีกาต่างๆ ซึ่งไม่ถูกต้องและตีความให้สามารถบังคับใช้เป็นกฎหมายโดยยังมีการบัญญัติเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 277 วรรคสองตามกฎหมายปัจจุบัน เช่นเดิมปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2530/2554 ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายเป็นเด็กอายุเพียง 7 ปีเศษ ทั้งร่างกายและอวัยวะสืบพันธุ์ยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ หากอวัยวะเพศของจำเลยล้วงล้ำเข้าไปในช่องคลอดของผู้เสียหายจริงย่อมต้องเกิดร่องรอยนิกขาด แต่ตามผลการตรวจชันสูตรบาดแผลของแพทย์กลับไม่พบบาดแผลที่บริเวณช่องคลอดของผู้เสียหาย คำเบิกความของผู้เสียหายจึงน่าจะเกิดจากความไม่เข้าใจหรือคิดไปเองตามประสาเด็ก ส่วนฎีกาของโจทก์ที่อ้างคำแพทย์หญิง ร. แพทย์ผู้ตรวจร่างกายผู้เสียหายที่เบิกความตอนหนึ่งว่า อวัยวะเพศของผู้เสียหายมีขนาดเล็ก หากมีการร่วมเพศอาจนิกขาดได้ แต่หากสอดใส่อวัยวะเพศของผู้ชายเข้าไปเพียงเล็กน้อยก็ไม่อาจนิกขาดเพราะอวัยวะมีความยืดหยุ่น ตามคำของผู้เสียหายแสดงว่าอวัยวะเพศของจำเลยได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้เสียหายแล้วแต่ล้วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อยจึงไม่มีร่องรอยนิกขาดนั้น เป็นเพียงความเห็นหรือการคาดคะเนของโจทก์ พฤติการณ์ของจำเลยตามที่ได้รับความอาจเป็นเพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูกลักอวัยวะเพศของผู้เสียหายทางด้านนอกเพื่อสำเร็จความใคร่เท่านั้นเพราะหากจำเลยประสงค์จะกระทำชำเราผู้เสียหายจริง แม้ไม่สำเร็จความใคร่ก็ต้องเกิดร่องรอยบอบช้ำปรากฏให้เห็นอยู่บ้างที่ศาลอุทธรณ์ภาค 8 วินิจฉัยว่าพฤติการณ์ของจำเลยยังมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยมีเจตนากระทำชำเราผู้เสียหายจริงหรือไม่และพิพากษาลงโทษจำเลยฐานกระทำอนาจารแก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี โดยผู้เสียหายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้นั้นชอบแล้ว

ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็ยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล้วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็ต้องมีการล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกันจำเลยมีเจตนากระทำชำเราโจทก์ร่วม จำเลยใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูกลักอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมแต่อวัยวะเพศของจำเลยไม่อาจล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมได้ เพราะอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมมีขนาดเล็ก ส่วนการใช้ลิ้นเลียอวัยวะเพศของโจทก์ร่วมก็ไม่ปรากฏว่าลิ้นได้ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม การกระทำของจำเลยถือได้ว่าจำเลยลงมือกระทำชำเราแล้ว แต่การกระทำไม่บรรลุผล จำเลยจึงมีความผิดฐานพยายามกระทำชำเราโจทก์ร่วม ”

ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่ได้ปรับแก้ไขใหม่ปีพ.ศ. 2550 จึงเป็นการยากที่จะปรับตัวบทกฎหมาย ตั้งแต่การลงมือกระทำความคิดไปจนถึงความคิดสำเร็จ ซึ่งการลงมือกระทำอันเป็นการสนองความใคร่ของผู้กระทำย่อมเป็นความคิดสำเร็จ ไปพร้อมกันแล้ว และหลังจากนี้คดีข่มขืนกระทำชำเราจะมีปัญหาในเรื่องการตีความ การรับฟังพยาน รวมไปถึงการพิสูจน์พยานหลักฐาน และในฐานะเจ้าหน้าที่ที่ใช้กฎหมายคงลำบากในการอ้างหลักเกณฑ์ของกฎหมายอาญาในหลายๆ ด้าน เพราะการบัญญัติกฎหมายซึ่งถือว่าผิดหลักเกณฑ์ทั้งการบัญญัติกฎหมายที่ทำให้เกิดความชัดเจน ไม่คลุมเครือผิดหลักธรรมชาติ การตีความที่ไม่ตรงกัน ในถ้อยคำของบทบัญญัติเพราะกฎหมายของต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศอเมริกา⁴⁸ หรือประเทศอังกฤษความผิดข่มขืนกระทำชำเราตาม SOA-2003 มีความหมายถึงผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยการใช้อวัยวะเพศล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่นหรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตนโดยผู้อื่นไม่ยินยอมส่วนความผิดข้อหาประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เป็นการใช้อวัยวะอื่นใดล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใด โดยบุคคลอื่นนั้นไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดทั้งสิ้น⁴⁹ ยังมีการบัญญัติให้ผู้กระทำต้องเป็นชายกระทำกับหญิงโดยจำกัดเพียงผู้ถูกกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้เท่านั้น และการกระทำเป็นความผิด จึงเป็นปัญหาต่อการตีความ การรับฟังพยาน การพิสูจน์พยานหลักฐาน และเกิดความยากลำบากต่อเจ้าหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายของนานาชาติ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการบังคับใช้กฎหมาย และเป็นที่มาของปัญหาดังที่กล่าวมาในข้างต้น

⁴⁸ กฎหมาย Model Penal Code (MPC) Section 213.1. Rape and Related Offenses จะเห็นได้ว่าต้องถึงขั้นร่วมประเวณี (Sexual Intercourse) จึงจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ส่วนในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาเกือบครึ่งหนึ่งบัญญัติกฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว”

⁴⁹ The Sexual Offences Act 2003, Section 5. Rape and other offences against children under 13 Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and
(b) the other person is under 13.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำ และขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำชำเรา ตามลักษณะกฎหมายของประเทศไทยกับต่างประเทศ

ลักษณะของการกระทำ และขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำชำเราในต่างประเทศ ประเทศมีประวัติศาสตร์ในการปฏิรูปความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาเป็นระยะเวลายาวนานกว่า ประเทศไทย หน่วยงานของรัฐมีการพัฒนาและทำการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาโดยตลอดโดยกำหนดการกระทำอันมีลักษณะเป็นฐานความผิดกระทำชำเราไว้ ดังนี้

4.3.1 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบขั้นกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ

การกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายอังกฤษจะประกอบไปด้วย หลักการกระทำ ความผิดสองประการ เช่น 1) การกระทำผิดอาญา (actus reus) 2) และเจตนาร้าย (mens rea) ซึ่งหากผู้กระทำถ้าขาดองค์ประกอบดังกล่าวแล้วกฎหมายไม่ถือว่ามี การกระทำความผิดเกิดขึ้นได้

4.3.1.1 ลักษณะของการกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษ เรียกว่า การกระทำความผิดฐานกระทำชำเราเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรม อันดีและถือเป็นความผิดในตัวของมันเอง (mala in se) ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมเช่นเดียวกับหลายๆ ประเทศ อย่างไรก็ตามในคดีความผิดฐานกระทำชำเรา กฎหมายอังกฤษจะมีลักษณะขอบเขตทั้งที่เป็นองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในของความผิดแต่ละฐาน กล่าวคือการใช้กำลังโดยใช้อวัยวะเพศชายเท่านั้นล่วงล้ำไปยังอวัยวะเพศหญิงโดยไม่ยินยอม⁵⁰ รวมไปถึงการทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น เช่น นิ้ว หรืออุปกรณ์อื่นใด⁵¹

⁵⁰ Rape

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

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances,

including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

⁵¹ Assault by penetration

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

จากบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าว ทำให้การล่วงละเมิดทางเพศในรูปแบบอื่นๆ เช่นการล่วงล้ำอวัยวะเพศของหญิงหรือการล่วงล้ำทางทวารหนักโดยวัตถุสิ่งของ เช่น ขวดหรือไม้ หรือการบังคับให้มีการร่วมเพศทางปาก ถือเป็นความผิดฐานกระทำชำเราและเมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศไทยการกระทำชำเรา ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วางหลักไว้ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่นและการกระทำชำเรา หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วยซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายของประเทศอังกฤษก็ได้ให้คำอธิบายลักษณะของการกระทำชำเราไว้ดังที่กล่าวมาเช่นกัน

4.3.1.2 ขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยและประเทศอังกฤษ

กฎหมายของประเทศอังกฤษบัญญัติไว้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับเพศ พ.ศ. 2546 The Sexual Offences Act 2003 จึงกำหนดหากชายจึงมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเมื่อได้ร่วมประเวณีกับผู้อื่น ไม่ว่าจะทางอวัยวะเพศของหญิงหรือทางทวารหนักของผู้อื่น โดยปราศจากความยินยอมของผู้ถูกระทำในเวลาที่ได้ร่วมประเวณีนั้น หรือในเวลาที่ยังถือว่าผู้อื่นนั้นมิได้ให้ความยินยอมต่อการร่วมประเวณี หรือการที่มีได้รู้สึกถึงความยินยอมนั้นเกิดขึ้นจากความประมาท รวมถึงการที่ชายชักจูงให้หญิงซึ่งสมรสแล้วร่วมประเวณีกับตนด้วยการทำให้หญิงเข้าใจว่าตนเป็นสามีของหญิงนั้น การนำสืบพิสูจน์ถึงการร่วมประเวณีนั้นไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการหลั่งของน้ำอสุจิ หากแต่ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอันเป็นการล่วงล้ำ กล่าวคือในเรื่องความผิดฐาน

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person (B) with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual,

(c) B does not consent to the penetration, and

(d) A does not reasonably believe that B consents.

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

(3) Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.

(4) A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.

ข่มขืนกระทำชำเรา นั้นประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 The Sexual Offences Act 2003⁵² และได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมไว้ในมาตรา 75 และมาตรา 76 ด้วย คือ

มาตรา 1 การข่มขืนกระทำชำเรา

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง (B) (ด้วยอวัยวะเพศชาย)ของเขา โดยเจตนา

(b) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรานั้น และ

(c) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่ทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และ มาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด⁵³

มาตรา 75 ข้อสันนิษฐาน โดยพยานหลักฐานเกี่ยวกับความยินยอม

(1) หากในการพิจารณาคดีความผิดซึ่งอยู่ในบังคับของมาตรานี้พิสูจน์ได้ว่า

(a) จำเลยได้กระทำการดังกล่าว

(b) ปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ดังที่ระบุในอนุมาตรา (2) และ

(c) จำเลยรู้ว่ามีความผิดดังกล่าวอยู่⁵⁴

ถือว่าผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าวเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่ และถือว่าจำเลยไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมเว้นแต่จะมีการนำเสนอพยานหลักฐานที่พอเพียงถึงประเด็นว่าจำเลยมีเหตุอันควรเชื่อเช่นนั้นหรือไม่

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้นบุคคลนั้นได้ใช้ความรุนแรงต่อผู้เสียหายหรือทำให้ผู้เสียหายกลัวว่าจะทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงกับตน

⁵² The Sexual Offences Act 2003. สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557, จาก www.legislation.gov.uk.

⁵³ The Sexual Offences Act 2003, Section 1.

⁵⁴ The Sexual Offences Act 2003, Section 75.

(b) ณ เวลาที่เริ่มกระทำการหรือทันทีทันใดก่อนหน้าการกระทำนั้นจะเริ่มขึ้นบุคคลนั้นทำให้ผู้เสียหายกลัวว่ามีการใช้ความรุนแรงหรือในทันใดนั้นจะใช้ความรุนแรงต่อบุคคลอื่น

(c) ผู้เสียหายถูกควบคุมกักขังไว้โดยมิชอบ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว ขณะที่จำเลยไม่ได้ถูกควบคุมกักขังเช่นนั้น

(d) ผู้เสียหายกำลังหลับหรือไม่รู้สึกรู้ตัว ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว

(e) เนื่องจากผู้เสียหายมีกายพิการ ผู้เสียหายย่อมไม่สามารถจะแจ้งกับจำเลยได้ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าวว่าผู้เสียหายยินยอมหรือไม่

(f) โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย บุคคลใดให้หรือจัดให้ผู้เสียหายได้รับสารซึ่งเมื่อได้รับเข้าไปแล้ว สามารถทำให้ผู้เสียหายมึนงงหรืออ่อนแรงได้ ณ เวลาที่มีการกระทำการดังกล่าว

(3) ในอนุมาตรา(2)(a) และ (b) การอ้างอิงเวลาทันทีทันใดก่อนการกระทำดังกล่าวจะเริ่มขึ้นขึ้นในกรณีอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นส่วนหนึ่งของการกระทำต่อเนื่องของการกระทำทางเพศคือ ณ เวลาทันทีทันใดก่อนกิจกรรมทางเพศแรกสุดจะเริ่มขึ้น

มาตรา 76 ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเกี่ยวกับความยินยอม⁵⁵

(1) หากในการพิจารณาตีความผิดซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้ พิสูจน์ได้ว่าจำเลยกระทำการดังกล่าวจริงและปรากฏพฤติการณ์แวดล้อมอย่างหนึ่งอย่างใดตามอนุมาตรา (2) ถือเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่า

(a) ผู้เสียหายไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าว และ

(b) จำเลยไม่เชื่อว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าว

(2) พฤติการณ์แวดล้อมได้แก่

(a) จำเลยเจตนาหลอกลวงผู้เสียหายเกี่ยวกับลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าว

(b) จำเลยตั้งใจจะชักจูงผู้เสียหายให้ความยินยอมต่อการกระทำดังกล่าวโดยปลอมเป็นบุคคลที่ผู้เสียหายรู้จักเป็นการส่วนตัว

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 1 นั้นเป็นการกระทำชำเราบุคคลอื่นไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชายหรือหญิงโดยบุคคลนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมหรือไม่ให้ความสมัครใจในการร่วมประเวณี ผู้กระทำก็จะมีผิดฐานนี้ทั้งนี้เกี่ยวกับความยินยอมนั้นประเทศอังกฤษยังให้

⁵⁵ The Sexual Offences Act 2003, Section 76.

ความหมายไว้ในมาตรา 74 แห่ง The Sexual Offences Act 2003 อีกด้วย คือ หมายถึง บุคคลจะให้ความยินยอมได้หากบุคคลนั้นตกลงที่จะเลือก และมีอิสระและความสามารถที่จะเลือก⁵⁶

นอกจากนั้นการทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นเป็นการทำร้ายร่างกายด้วยการล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่นนี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่น โดยเจตนา โดยได้บัญญัติเรื่องไว้ใน The Sexual Offences Act 2003 มาตรา 2 คุ้มครองบุคคลทั่วไป และในมาตรา 6 คุ้มครองบุคคลอายุต่ำกว่า 13 ปี

มาตรา 2 ทำร้ายด้วยการกระทำล่วงล้ำด้วยสิ่งอื่น

(1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ

(a) บุคคลนั้นล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของอีกบุคคลหนึ่ง (B) ด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายหรือสิ่งอื่น โดยเจตนา

(b) การล่วงล้ำนั้นเป็นการกระทำเกี่ยวกับทางเพศ

(c) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการล่วงล้ำนั้น และ

(d) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม

(2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดรวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่จะทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่

(3) มาตรา 75 และมาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรา 2 นี้ด้วย

(4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา 2 นี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด⁵⁷

มาตรานี้เป็นการล่วงล้ำทางเพศต่อส่วนใดส่วนหนึ่งของร่างกายผู้อื่น โดยเจตนา โดยผู้ถูกกระทำไม่ให้ความยินยอม และประเทศอังกฤษยังได้บัญญัติให้นำหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความยินยอมในมาตรา 75 และ 76 มาใช้เหมือนกับความผิดฐานกระทำชำเราด้วย

จะเห็นได้ว่าหากพิจารณากฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยจะไม่กำหนดผู้กระทำว่าเป็นใครเป็นผู้กระทำหมายความว่า จะเป็นหญิงหรือชายกระทำก็ได้ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายของประเทศอังกฤษกฎหมายกำหนดไว้ว่าผู้กระทำต้องเป็นชายเท่านั้น⁵⁸ กล่าวคือคำว่า

⁵⁶ The Sexual Offences Act 2003, Section 74 “Consent”.

For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

⁵⁷ The Sexual Offences Act 2003, Section 2.

⁵⁸ The Sexual Offences Act 2003, Section 1.

“กระทำชำเราผู้อื่น”ตามกฎหมายของประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงความหมายใหม่ แม้ว่าจะไม่ได้ใช้คำว่าเพศใช้ของเทียมหรือใช้อวัยวะเพศแต่ได้กระทำแก่ช่องทางอื่น เช่น ทางปากหรือทางทวารหนักก็เป็นการชำเราด้วยเช่นกัน ส่วนคำว่าผู้อื่นนั้น หมายถึง หญิงตามธรรมชาติที่ถือกำเนิดมาเป็นเพศที่ออกลูกได้ และรวมถึงชายแปลงเพศเป็นหญิงด้วย⁵⁹ ดังนั้นการกระทำระหว่างหญิงต่อหญิงหรือชายต่อชายจึงเป็นความผิดฐานนี้ได้ เช่น หญิงใช้วัตถุใดอวัยวะเพศหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว⁶⁰

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร และสามีหญิงก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วยกฎหมายใช้คำว่า “ผู้ใด” แสดงว่า หญิงก็อาจเป็นตัวการร่วมกับชายกระทำความผิดฐานนี้ได้⁶¹ “การกระทำ” คือ การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งหมายความว่าได้กระทำชำเราโดยผู้อื่นมิได้สมัครใจ ฉะนั้นถ้าผู้อื่นยินยอมก็ไม่ผิด

“ผู้ถูกกระทำ” คือ ผู้อื่นซึ่งเป็นหญิงและอาจเป็นภริยาของผู้กระทำก็ได้

“หญิง” เป็นเพศของบุคคลตามธรรมชาติตามสภาพที่ถือกำเนิด ฉะนั้น ชายแปลงเพศเป็นหญิงจึงไม่ใช่หญิงในความหมายของความผิดฐานนี้⁶²

ดังนั้นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจึงควรจะต้องจำกัดเฉพาะกรณีที่ทำต่อหญิงเท่านั้น หากชายที่ผ่าตัดแปลงเพศเป็นหญิงกฎหมายควรให้ความคุ้มครองได้เพียงการกระทำผิดฐานกระทำอนาจารเท่านั้นไป ทั้งในปัจจุบันสภาวะการเปลี่ยนแปลงในเพศการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวมากขึ้น ซึ่งนั้นก็ย่อมเสี่ยงที่อาจถูกชายอื่นข่มขืนกระทำชำเราได้ การข่มขืนกระทำชำเราตามธรรมชาติที่ถูกต้องจำเป็นต้องเป็นการกระทำต่ออวัยวะเพศของหญิงหากการกระทำต่อทวารหนัก หรืออาจเป็นการบังคับใช้ปากสำเร็จความใคร่ควรมีความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารหรือความผิดต่อสิทธิเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 หรือความผิดฐานทำร้ายร่างกายแล้วแต่ละกรณีโดยยึดหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศอเมริกาที่กำหนดความผิดกรณีข่มขืนกระทำชำเรา

ดังนั้น ประเทศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ในกฎหมายของพระราชบัญญัติความผิดอันเกี่ยวกับเพศ ปี พ.ศ. 2546 (The Sexual Offences Act 2003) กฎหมายฉบับดังกล่าวต่าง

⁵⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524

⁶⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด และลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 11) (น. 197), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, 2557, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶¹ จาก กฎหมายอาญาภาคความผิด (พิมพ์ครั้งที่ 10) (น. 416-417), โดย คณิต ฌ นคร, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁶² ฎีกาที่ 157/2524.

ก็ได้บัญญัติผู้กระทำเป็นชายเท่านั้นแต่ผู้ถูกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้แต่ใน SOA-2003 กำหนดผู้กระทำเป็นว่า “ผู้ใด” เท่านั้น ผู้กระทำจึงไม่จำกัดเฉพาะชายอีกต่อไปทั้งได้ขยายคุ้มครองการใช้อวัยวะเพศชายกระทำต่อช่องปาก (Oral rape) ทวารหนักไม่จำกัดเฉพาะช่องคลอดอีกต่อไป ซึ่งในส่วนการใช้เครื่องมือหรือวัสดุอื่นใดกระทำต่ออวัยวะดังกล่าวยังคงเป็นความผิดทั้งสิ้น (sexual assault) และได้กำหนดความผิดใหม่เช่นการกระทำที่เป็นการเบี่ยงเบนทางเพศเช่นอวดอวัยวะเพศ (Exposure) แอบถ่ายภาพถ่มองหรือใช้ที่วิจัจรปิด (Voyeurism) ตลอดจนมีเพศสัมพันธ์กับสัตว์ (Intercourse with an animal) เป็นความผิดอย่างไรก็ตามใน SOA-2003 ยังคงองค์ประกอบสำคัญเดิมไว้คือต้องเป็นการกระทำโดยใช้อวัยวะเพศชายกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) และเป็นกระทำโดยผู้อื่นไม่ยินยอม (consent) นอกจากนี้การประทุษร้ายทางเพศ (sexual assault) ยังให้ความหมายเพิ่มเติมของการข่มขืนกระทำชำเราเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 2⁶³ ทั้งได้ให้ความหมายของความยินยอมไว้ในมาตรา 74⁶⁴ และความหมายของช่องคลอด (vagina) รวมถึงตัวอวัยวะเพศด้านนอก (vulva) มาตรา 79⁶⁵ จึงเห็นได้ว่าความผิดข่มขืนกระทำชำเราตาม SOA-2003 มีความหมายถึงผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยการใช้อวัยวะเพศ ล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่นหรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตน โดยผู้อื่นไม่ยินยอมส่วนความผิดข่มขืนประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เป็นการใช้อวัยวะอื่นใดล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใดโดยบุคคลอื่นนั้น ไม่ยินยอมก็จะมีความผิดทั้งสิ้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายของสองประเทศมีความแตกต่างกับกฎหมายว่าด้วยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยโดยสิ้นเชิงเป็นต้น

⁶³ S. 2 assault Assault by penetration

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

(a) he intentionally penetrates the vagina or anus of another person

(B) with a part of his body or anything else,

(b) the penetration is sexual,

(c) B does not consent to the penetration, and

(d) A does not reasonably believe that B Consents.

⁶⁴ S. 74 “Consent”

For the purposes of this part a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice

⁶⁵ S. 79 Part 1 : general interpretation

(a) Vagina includes vulva

4.3.2 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นกระทำซ้ำเราของประเทศไทยกับประเทศอเมริกา

ประเทศอเมริกามีลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นกระทำซ้ำเราที่มีความละเอียดให้ความสำคัญในเรื่องดังกล่าวโดยออกกฎหมายครอบคลุมถึงพฤติกรรมทางเพศทุกรูปแบบที่พึงจะคิดได้ และมีการปฏิบัติอยู่จริงเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราโดยให้ความคุ้มครองทางเพศเพื่อป้องกันการข่มขืนกระทำซ้ำเราที่ผิดกฎหมายทั้งหมด

4.3.2.1 ลักษณะของการกระทำซ้ำเราของประเทศไทยกับประเทศอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีข้อเสนอมากมายเกี่ยวกับการขยายขอบเขตของการกระทำซ้ำเรา ข้อเสนอของคำจำกัดความ “กระทำซ้ำเรา” ที่ดูจะละเอียด ถี่ถ้วน และพยายามที่จะครอบคลุมถึงพฤติกรรมทางเพศทุกรูปแบบที่พึงจะคิดได้ และมีการปฏิบัติอยู่จริงเกี่ยวกับความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราเห็นจะเป็นข้อเสนอของสภาสตรี เพื่อป้องกันการข่มขืนกระทำซ้ำเรา (Women’s rape council) โดยประเทศสหรัฐอเมริกาว่าความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราควร “ประกอบด้วยการสัมผัสระหว่าง ปากและทวารหนัก ปากและอวัยวะเพศชาย ปากและอวัยวะเพศหญิง หรือระหว่างอวัยวะเพศชายและหญิง หรืออวัยวะเพศชายและทวารหนัก หรือระหว่างทวารหนักหรืออวัยวะเพศหญิงกับสิ่งประดิษฐ์เทียมอื่นๆ”⁶⁶

อย่างไรก็ตามเมื่อได้มีการทำแบบสอบถามความคิดเห็นเกี่ยวกับการขยายขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเรา พนักงานอัยการจำนวนมากแสดงความกังวลที่จะติดตามคดีอันเกิด

⁶⁶ 1) การข่มขืนกระทำซ้ำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน (Sexual Intercourse with a female not his wife) ตาม (1) ของมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code ชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือโดยการใช้กำลังบังคับหรือโดยการหลอกลวง (Gross Sexual Imposition) หรือควบคุมหญิงโดยการใส่ยา ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับความทรมาณหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใช้ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีการใส่ยา หรือ โดยการใช้ของมีเมาหรือโดยวิธีการอื่นใด เพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิงมีอายุเกินสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำซ้ำเราซึ่งหมายความรวมถึง การกระทำซ้ำเราทั้งหมดหรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ

2) การข่มขืนกระทำซ้ำเราเบี่ยงเบน (Deviate Sexual Intercourse) ตามมาตรา 213.2 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำซ้ำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศโดยการใช้กำลังหรือโดยการหลอกลวง ได้แก่ การที่บุคคลใดซึ่งเป็นผู้มีความเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่นและรวมถึงหมายถึง การกระทำซ้ำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคล ซึ่งมีใช้สามมีและภรรยาและหมายถึงการร่วมเพศกับสัตว์ตามมาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code

จากการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายใหม่กำหนดขึ้น ข้อมูลจากการสัมภาษณ์แสดงให้เห็นต่อไปอีกว่าเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมจำนวนมากยังคงรู้สึกวุ่นวายของกรอบใหม่ของการข่มขืนกระทำชำเรา นั้นมีความไม่ชัดเจน ทั้งสถิติจากการกระทำผิดอาญาและข้อมูลจากการสัมภาษณ์แสดงให้เห็นว่าผู้ตอบคำถามหลายคนยังยึดติดกับความแตกต่างระหว่างการข่มขืนกระทำชำเราตามความเป็นจริงที่ยึดถือกันมา โดยตลอดกับความผิดทางเพศในรูปแบบอื่นๆ ผู้ตอบแบบสัมภาษณ์ผู้หนึ่งถึงกับกล่าวว่า การขยายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราให้รวมการกระทำผิดทางเพศในรูปแบบอื่นนั้นถือได้ว่าเป็นการทำลายวิถีประเพณีและการบัญญัติกฎหมายและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมเช่นนี้ทำให้ผู้ทำการปฏิรูปกฎหมายความผิดเกี่ยวกับเพศหันมาให้ความสำคัญกับบริบทของสังคมว่าจะได้รับผลกระทบเช่นไรหากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวด้วย⁶⁷

จากการพิจารณาตามหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญากรณีของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยมาตรา 276 ต่างก็บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการข่มขืนกระทำชำเรา (อังกฤษ Rape) เป็นรูปแบบหนึ่งของการทำร้าย ซึ่งคนหนึ่งได้ใช้กำลังบังคับอีกคนหนึ่งให้มีเพศสัมพันธ์ด้วย ซึ่งขัดกับความต้องการหรือตั้งใจของคนๆ นั้น อาจจำกัดความได้ว่า ใช้กำลังทำให้อีกฝ่ายหนึ่งยินยอมจำนนในกิจกรรมทางเพศใดๆ ก็ตาม และนับเป็นอาชญากรรมทางเพศอีกอย่างหนึ่งที่มีความร้ายแรงที่สุด ในบางครั้งก็ยากในการฟ้องร้องดำเนินคดี ความรุนแรงทางเพศอาจเป็นอาชญากรรมที่ใช้ต่อสู้กัน

โดยหลักการกระทำผิดในเรื่องดังกล่าวกฎหมายของไทยได้บัญญัติพฤติการณ์ของลักษณะของ“การกระทำชำเรา” ไว้อย่างชัดเจน ในมาตรา 276 วรรคสอง⁶⁸ ซึ่งก็เหมือนกฎหมายของประเทศอเมริกา กล่าวคือลักษณะของการกระทำผิดจะมีจุดประสงค์เพียงเพื่อมีความต้องการว่า“การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกับอวัยวะเพศ

⁶⁷ Jeanne C. Marsh, Alison Geist, Nathan Caplan Boston, Rape and the limits of law reform, (Mass : Auburn house Pub. Co., 1982)., p. 107.

⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 “จำเลยใช้ลิ้นเลียที่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม ใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โจทก์ร่วมมีอาการเจ็บ มีอาการอักเสบเป็นรอยแดงบริเวณแคมทั้งสองข้าง รอบปากช่องคลอด สืบให้เห็นว่า จำเลยประสงค์จะใช้อวัยวะเพศของจำเลยสอดใส่อวัยวะเพศของโจทก์ร่วม มิใช่เพียงการใช้อวัยวะเพศของจำเลยถูไถเฉพาะภายนอกอวัยวะเพศของโจทก์ร่วม โดยไม่ประสงค์จะสอดใส่ การกระทำของจำเลยจึงบ่งชี้ถึงเจตนาของจำเลยที่จะข่มขืนกระทำชำเราโจทก์ร่วม หากมีเจตนาเพียงแต่กระทำอนาจารไม่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย”

ทวารหนัก หรือ ช่องปากของผู้อื่นหรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น” โดยผู้กระทำไม่ยินยอมหากได้รับความยินยอมถือว่าไม่ผิดเช่นกัน

4.3.2.2 ขอบเขตความรับผิดชอบข้ามขึ้นกระทำชำเราของประเทศไทยและประเทศอเมริกา

ประมวลกฎหมายอาญา Model Penal code ฉบับ Official Draft (Philadelphia 1962) ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศไว้ในหัวข้อ 213 ซึ่งแบ่งการกระทำความผิดดังกล่าวเป็น 7 มาตรา โดยเริ่มตั้งแต่มาตรา 213.0 ถึงมาตรา 213.6 สำหรับการกระทำความผิดข้ามขึ้นกระทำชำเราและฐานกระทำอนาจารจะมีองค์ประกอบความผิดเป็นเช่นไร ผู้เขียนจะขอกกล่าว ดังต่อไปนี้

1) การข้ามขึ้นกระทำชำเรา (Rape)

การกระทำชำเราตามกฎหมาย Model Penal Code ของสหรัฐอเมริกามีรายละเอียดดังนี้⁶⁹

(1) การข้ามขึ้นกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตน (Sexual Intercourse with a female not his wife)

ตาม (1) ของมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิตหรือควบคุมหญิงโดยการใส่ยา ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใดๆ ได้รับความทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้นไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใส่ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีการใส่ยา หรือโดยการใส่ของมีนเมาหรือโดยวิธีการอื่นใดเพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิงมีอายุเกินสิบปี นอกจากนี้การข้ามขึ้นกระทำชำเราซึ่งหมายความรวมถึง การกระทำชำเราทั้งหมดหรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ⁷⁰

ตามมาตรา 213.1(1) การข้ามขึ้นกระทำชำเราจะแบ่งความผิดประเภทอุกฉกรรจ์ (felony) เป็นสามระดับ กล่าวคือ ในการกระทำความผิดฐานข้ามขึ้นกระทำชำเรา ผู้กระทำจะมีความผิด

⁶⁹ Model penal code of the American law institute.

http://wps.prenhall.com/wps/media/objects/13023/13335893/downloadables/model_penal_code_sec1_sec2.pdf.

⁷⁰ มาตรา 213.1 (2) ของ Model Penal Code.

ประเภทอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง (a felony of the second degree) เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้อื่นต้องได้รับอันตรายทางกายอย่างแสนสาหัสหรือผู้เสียหายมิได้สมัครใจที่จะมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำแต่ขึ้นอยู่กับโอกาสของการกระทำความผิด และผู้เสียหายไม่ได้อนุญาตให้ผู้กระทำความผิดกระทำการใดๆ ทางเพศต่อหญิงในกรณีนี้ผู้กระทำมีความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับแรก (a felony of the first degree)⁷¹

นอกจากการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม (1) ของมาตรา 213.1 แล้ว ใน (2) ของมาตรา 213.1 ยังได้บัญญัติการข่มขืนกระทำชำเราโดยการใช้อำลับังคับหรือโดยการหลอกลวง (Gross Sexual Imposition) ซึ่งเป็นการกระทำที่ชายได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนอันเป็นความผิดอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม (a felony of the third degree) กล่าวคือ ถ้าชายบังคับให้อินยอมจำนนโดยการข่มขู่เพื่อป้องกันอันตรายจากหญิงและเป็นการฝ่าฝืนความตั้งใจของหญิง หรือชายรู้ว่าหญิงนั้นทนทุกข์ทรมานจากความเจ็บป่วยทางจิตใจหรือหญิงนั้นมีปมด้อยซึ่งทำให้หญิงไม่สามารถรู้สภาพของการกระทำนั้น หรือชายนั้นรู้ว่าหญิงมิได้ระมัดระวังว่าจะมีการกระทำความผิดอาญาทางเพศหญิงและหญิงยอมรับการกระทำดังกล่าวเพราะหญิงสำคัญคิดว่าชายนั้นคือสามีของตน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดในมาตรา 213.0. (1)-(3)⁷² ซึ่งบัญญัติขอบเขตคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ประกอบกับมาตรา 213.1 แล้ว เห็นได้ว่า การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะ ประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการ คือ (1) ต้องมีการกระทำชำเราโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (2) โดยการใช้กำลังบังคับ และ (3) ต้องการความยินยอมของผู้เสียหาย

ในการพิจารณาสาระสำคัญตาม (1) จะต้องมีการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่ามีการผ่านหรือล่วงล้ำหรือสอดใส่ (Penetration) ของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ และองค์ประกอบในเรื่องการใช้อำลับังคับและความยินยอมของหญิงนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ ถ้าความจำเป็นในเรื่อง

⁷¹ ฎมาตรา 213.1วรรคสอง ของ Model Penal Code.

⁷² 213.0. Definitions

In this Article, unless a different meaning plainly is required:

(1) the definitions given in Section 210.0 apply;

(2) “Sexual intercourse” includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required;

(3) “Deviate sexual intercourse” means sexual intercourse per os or per anum between human beings who are not husband and wife, and any form of sexual intercourse with an animal.

การใช้กำลังหมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างที่เป็นที่แน่ใจได้ว่าการใช้กำลังบังคับนั้นมีความสำคัญมากที่จะทำให้การล่วงล้ำของอวัยวะเพศประสบความสำเร็จ และเมื่อความยินยอมถูกละเมิดแล้วศาลก็จะวินิจฉัยว่าได้มีการล่วงละเมิดโดยการใช้กำลังทำร้ายด้วยแล้ว สำหรับทางพิจารณาจะต้องปรากฏด้วยว่า “ความต้านทานของหญิง” นั้น จะต้องมีความต้านทานต่อเนื่องกันไปจนกระทั่งความผิดสำเร็จ⁷³ เพื่อเป็นการป้องกันหญิงจากการข่มขู่อันจะทำให้หญิงไม่ได้รับความปลอดภัย⁷⁴ การข่มขู่เช่นนั้นอาจเป็นกรณีที่ถูกกล่าวหาได้กระทำการขูดลากหญิงซึ่งอาจเป็นการยากสำหรับกระบวนการพิจารณาที่จะพิสูจน์ในองค์ประกอบที่สามในเรื่องความยินยอมโดยชัดเจน

(2) การข่มขืนกระทำชำเราเบี่ยงเบน (Deviate Sexual Intercourse)

ตามมาตรา 213.2 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศโดยการใช้กำลังหรือโดยการหลอกลวง ได้แก่ การที่บุคคลใดซึ่งเป็นผู้มีความเบี่ยงเบนทางเพศกับบุคคลอื่น หรือเป็นสาเหตุให้ผู้อื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศมีความผิดฐานกระทำอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง การกระทำดังกล่าวอาจเป็นการกระทำโดยการใช้กำลังบังคับผู้อื่นหรือข่มขู่ว่าจะทำร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ทำให้ได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือทำให้บุคคลอื่นได้รับบาดเจ็บ หรือเป็นการทำให้บุคคลที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบให้อยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ โดยการใช้ยาหรือโดยการใช้ของมีเมาหรือเป็นการกระทำโดยวิธีอื่นใดเพื่อหลีกเลี่ยงการทำอนาจารหรือเป็นการทำให้บุคคลนั้นหมดสติหรือเป็นการทำกับบุคคลที่อายุน้อยกว่าสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนอาจกระทำโดยการหลอกลวงบุคคลอื่นหรือเป็นสาเหตุให้บุคคลอื่นเกิดการเบี่ยงเบนทางเพศ ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะมีความผิดในชั้นอุกฉกรรจ์ในระดับที่สาม เช่น การบังคับบุคคลอื่นมีส่วนร่วมด้วยในการกระทำความผิด ซึ่งผู้กระทำได้กระทำโดยการข่มขู่เพื่อป้องกันมิให้มีการขัดขวาง หรือกระทำโดยรู้ว่าบุคคลนั้นไม่สามารถรู้ผิดชอบทางจิตใจหรือเป็นผู้มีความบกพร่องซึ่งไม่สามารถรู้ผิดชอบในการกระทำนั้น หรือผู้รู้ว่าการที่บุคคลอื่นยอมตามเพราะไม่รู้ว่าการกระทำเช่นนั้นจะทำให้เขาได้รับโทษ

การกระทำชำเราเบี่ยงเบนตามที่ได้กล่าวมานั้นหมายถึง การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคล ซึ่งมีใช้สามมีและภรรยาและหมายถึงการร่วมเพศกับสัตว์ด้วย⁷⁵ รวมทั้งความหมายตามประมวลกฎหมายสหรัฐ (US CODE COLLECTION)⁷⁶ ได้ให้ความหมายของการ

⁷³ ดูคดี Reidhead v. State, 31 Ariz 70, 72, 250 p. 366, 367 (1962)

⁷⁴ ดูคดี Hazel v. State, 221 Md. 464, 469, 157 A 2d 922, 925 (1960),

⁷⁵ ดูมาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code

⁷⁶ 18 U.S.C. 2246 – Definitions For Chapter Page 475 Title 18 CrimesAnd Criminal Procedure §

ข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 2246⁷⁷ จะเห็นได้ว่า การกระทำชำเราโดยการเบี่ยงเบนทางเพศนั้นเป็นการกระทำชำเราที่ผิดธรรมชาติ⁷⁸ (Sodomy) ได้แก่ การกระทำชำเราทางปากหรือทางทวารหนักระหว่างบุคคลซึ่งมิใช่สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งการกระทำชำเราต่อสัตว์ด้วยตามมาตรา 213.0 (3) ของ Model Penal Code เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณากฎหมายของไทยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 การกระทำชำเราที่แก้ไขใหม่ในปี พ.ศ. 2550 ได้ขยายความหมายไปจากกฎหมายเดิมอย่างกว้างขวางและมีความแตกต่างเห็นได้ชัดเจน โดยกฎหมายของไทยกำหนดผู้กระทำผิดจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้จะเอาของลับของตนสอดใส่ไปในของลับของหญิงหรือกระทำชำเราทางอวัยวะอื่นของหญิงหญิงชาย และวรรคสองวางหลักเกณฑ์กำหนดการกระทำกับ ทวารหนัก ช่องปาก ย่อมเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา จะเห็นได้ว่า อวัยวะของผู้ถูกระทำไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเสมอไป ดังนั้น หากชายนำอวัยวะเพศของตนล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของหญิง ก็เป็นการกระทำชำเราสำเร็จแล้ว ซึ่งแต่เดิมไม่ถือเช่นนั้น โดยถือว่าเป็นเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น หรือช่องปากของหญิง หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของชาย ก็เป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ทั้งนี้

⁷⁷ Definitions for chapter

As used in this chapter

(1) the term “prison” means a correctional, detention, or penal facility;

(2) the term “sexual act” means

(A) contact between the penis and the vulva or the penis and the anus, and for purposes of this subparagraph contact involving the penis occurs upon penetration, however slight ;

(B) contact between the mouth and the penis, the mouth and the vulva, or the mouth and the anus ;

(C) the penetration, however slight, of the anal or genital opening of another by a hand or finger or by any object, with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person ; or

(D) the intentional touching, not through the clothing, of the genitalia of another person who has not attained the age of 16 years with an intent to abuse, humiliate, harass, degrade, or arouse or gratify the sexual desire of any person

⁷⁸ คู่คดี Fisher v. State, 197 Tenn. 594, 277 S.W. 2d 340 คู่คดี sherill v. State, 204 Tenn. 427, 321, S.W. 2d 811 และคู่คดี State v. Cyr, 135 Me. 513, 198 S. 743.

ผู้ถูกระทำอาจะเป็นชายด้วยกันก็ได้ หรือผู้หญิงอาจจะกระทำการดังกล่าวกับหญิงด้วยกันก็ได้ หรือหญิงกระทำกับชายก็ได้

เมื่อทำการศึกษากฎหมายของประเทศอเมริกามีความแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทย กล่าวคือกฎหมายของประเทศอเมริกา กำหนดการกระทำชำเราต้องเป็นชายเท่านั้น ส่วนผู้ถูกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ ส่วนขอบเขตของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของอเมริกายังรวมไปถึงพิจารณาบทบัญญัติความผิดในมาตรา 213.0. (1) -(3)⁷⁹ ซึ่งบัญญัติคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ ประกอบกับมาตรา 213.1 แล้ว เห็นได้ว่า การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะประกอบด้วยสาระสำคัญสามประการ คือ (1) ต้องมีการกระทำชำเราโดยมีชอบด้วยกฎหมาย (2) โดยการใช้กำลังบังคับ และ (3) ต้องการความยินยอมของผู้เสียหาย

ในการพิจารณาสาระสำคัญตาม 213.1) ในกฎหมาย Model Penal Code (MPC) Section 213.1. Rape and Related Offenses จะเห็นได้ว่าต้องถึงขั้นร่วมประเวณี (Sexual Intercourse) จึงจะเข้าองค์ประกอบความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราส่วนในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา เกือบครึ่งหนึ่งบัญญัติกฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว โดยจะต้องมีการพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจว่ามีการผ่านหรือล่วงล้ำของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงโดยไม่จำเป็นต้องถึงขนาดสำเร็จความใคร่ และองค์ประกอบในเรื่องการใช้กำลังบังคับและความยินยอมของหญิงนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้ ถ้าความจำเป็นในเรื่องการใช้กำลังหมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างก็เป็นที่น่าใจได้ว่าการใช้กำลังบังคับนั้นมีความสำคัญมากที่จะทำให้การล่วงล้ำของอวัยวะเพศประสบความสำเร็จ และเมื่อความยินยอมถูกละเมิดแล้วศาลก็จะวินิจฉัยว่าได้มีการล่วงละเมิดโดยการใช้กำลังทำร้ายด้วยแล้ว สำหรับทางพิจารณาจะต้องปรากฏด้วยว่า “ความต้านทานของหญิง” นั้น จะต้องมี ความต้านทานต่อเนื่องกันไป

⁷⁹ 213.0. Definitions

In this Article, unless a different meaning plainly is required:

(1) the definitions given in Section 210.0 apply;

(2) "Sexual intercourse" includes intercourse per os or per anum, with some penetration however slight; emission is not required;

(3) "Deviate sexual intercourse" means sexual intercourse per os or per anum between human beings who are not husband and wife, and any form of sexual intercourse with an animal.

จนกระทั่งความผิดสำเร็จ⁸⁰ เพื่อเป็นการป้องกันหญิงจากการข่มขู่อันจะทำให้หญิงไม่ได้รับความปลอดภัย⁸¹ การข่มขู่เช่นนั้นอาจเป็นกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการคุกคามหญิงซึ่งอาจเป็นการยากสำหรับกระบวนการพิจารณาที่จะพิสูจน์ในองค์ประกอบที่สามในเรื่องความยินยอมโดยชัดเจน

4.3.3 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นกระทำซ้ำเราของประเทศไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาใหม่และประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2542 (Stand: 1 Januar 1999)⁸² ส่วนความผิดในทางเพศอยู่ในหมวดที่ 13 ว่าด้วยความผิดต่อการกำหนดความสัมพันธ์ทางเพศด้วยตนเอง (Drzizehnter Abschnitt. Straftaten gegen die Sexuelle Selbstbestimmung) ตั้งแต่มาตรา 174-184 โดยบทบัญญัติที่ให้ความหมายของการข่มขืนกระทำชำเรา (Vergewaltigung) ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 177

4.3.3.1 ลักษณะของการกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

บทบัญญัติในมาตรา 177 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราไว้โดยกำหนดให้ ผู้ใดข่มขืนใจหญิงให้มีการกระทำชำเรานอกสมรสกับบุคคลนั้นเองหรือกับบุคคลที่สาม โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะทำให้ได้รับอันตรายถึงชีวิตหรือแก่ร่างกายและลูกกลโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าสองปี เมื่อพิจารณาการกระทำความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบความผิดที่สำคัญตามมาตรานี้คือ ต้องมีการกระทำชำเราหญิง อาจเป็นการกระทำโดยผู้ที่ข่มขืนใจหญิงเพื่อให้มีการกระทำกับตนเอง หรือเป็นการข่มขืนใจเพื่อให้กระทำกับบุคคลอื่น การข่มขืนใจนั้นอาจกระทำโดยการใช้อำนาจประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้อำนาจประทุษร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำ โดยที่หญิงมิได้ยินยอม ในขณะที่เดียวกับผู้กระทำ จำต้องรู้ว่าหญิงนั้นไม่ได้ให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าได้กระทำชำเรากับหญิงที่มีใช้ภรรยาของตน

4.3.3.2 ขอบเขตความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้นกระทำชำเราของประเทศไทยและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมันจะเห็นว่าจากประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (StGB) มาตรา 177 ดังกล่าว จะเป็นการกระทำความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราได้กล่าวถึงกรณี

⁸⁰ คูกดี Reidhead v. State, 31 Ariz 70, 72, 250 p. 366, 367 (1962)

⁸¹ คูกดี Hazel v. State, 221 Md. 464, 469, 157 A 2d 922, 925 (1960)

⁸² Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C.H. Beck München 2001, p. 1042-

เพศสัมพันธ์ย่อมมีการล่วงล้ำโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” กฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วซึ่งต้องเป็นผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น ผู้ใดซึ่งไม่จำกัดว่าบุคคลอื่นจะมีเพศใด โดยการใส่กำลังประทุษร้ายหรือเป็นเพียงการขู่เข็ญจะทำอันตรายแก่ชีวิตร่างกาย รวมถึงบังคับให้กระทำทางเพศต่อบุคคลอื่นโดยผู้เสียหายไม่ยินยอมก็ย่อมเป็นความผิดทั้งสิ้น

ในขณะที่ประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายคำว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่นโดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น” จะเป็นหญิงหรือชายก็ได้เป็นผู้กระทำและผู้ถูกกระทำและยังมีปัญหาโดยเลือกที่จะใช้คำว่า “กระทำกับ” ปรากฏตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 วรรคสอง โดยไม่ได้ใช้ถ้อยคำเช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศอย่างที่คุณเขียนเห็นว่าควรจะเป็นเพราะการสัมผัสแต่เพียงภายนอกแม้จะสร้างความเสียหายทั้งทางอนามย์หรือเป็นการกระทำต่อศักดิ์ศรีของผู้ถูกกระทำเป็นอย่างมากแต่ก็ไม่ถึงขนาดหรือรุนแรงเท่ากับการกระทำชำเราที่แท้จริงตามธรรมชาติที่จะต้องเป็นการสอดใส่ล่วงล้ำเข้าไปในเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงที่ย่อมสร้างความรู้สึกรุกรกล้ำอีกทั้งการรุกล้ำเข้าไปในเนื้อตัวร่างกายยังเป็นการกระทำที่เสียหายต่ออนามย์อย่างรุนแรงและในบางกรณีชายกระทำต่อหญิงอาจนำไปสู่การตั้งครรภ์ยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายมากขึ้น

4.3.4 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส

ตามกฎหมายฝรั่งเศสเดิมการกระทำชำเราต้องกระทำโดยชายใช้ของลับตนสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงเท่านั้นแต่บทบัญญัติเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราถูกแก้ครั้งใหญ่โดยรัฐบัญญัติเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 1980 ซึ่งบทบัญญัติตามที่แก้ไขนั้นก็ยังคงถูกนำมาใช้ในประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 1992 อันเป็นฉบับปัจจุบันด้วยโดยในกฎหมายฉบับปัจจุบันนั้นบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้

4.3.4.1 ลักษณะของการกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส

บทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในประเทศฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 222-23 แห่งประมวลกฎหมายอาญาข่มขืนหมายถึง การกระทำใดๆ ของการรุกรการล่วงทางเพศทุกทางตามธรรมชาติที่จะเป็นไปได้กระทำต่อบุคคลอื่นโดยที่ใช้ความรุนแรง การข่มขู่คุกคามหรือการกระทำโดยไม่รู้ตัว เป็นความผิดข่มขืนแล้ว

4.3.4.2 ขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศส

Code pénal มาตรา 222-23 บัญญัติว่า การข่มขืนกระทำชำเรา คือ กิจกรรมทางเพศที่มีการสอดใส่ล่วงล้ำ (Any act of sexual penetration) และอนาจาร คือ กิจกรรมทางเพศอื่นๆ ที่นอกเหนือจากการข่มขืนกระทำชำเราการสอดใส่ในทางเพศ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดที่กระทำต่อบุคคลอื่น โดยการใช้ความรุนแรงซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) คือการกระทำทุกอย่าง (tout acte) ที่มีการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ (sexual penetration) ไม่ว่าจะโดยวิธีธรรมชาติหรือวิธีอื่นใด (qu'il soit) ต่อบุคคลอื่น โดยใช้กำลังประทุษร้าย (par violence) โดยการบังคับขู่เข็ญ (Contrainte) หรือด้วยวิธีอื่นใดประกอบกัน (Constituer) การกระทำทุกอย่างจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแต่รวมถึงการใช้วัสดุอื่นใดสอดใส่เข้าไปก็เป็นความผิดและการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้นการล่วงล้ำหรือการสอดใส่วัสดุอื่นใดทางทวารหนักทางปาก ฯลฯ ตามบทบัญญัตินี้⁸³

ในขณะที่ประเทศไทยผู้กระทำความผิดอาจเป็นชายหรือหญิงก็ได้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นชายเท่านั้นเหมือนบทบัญญัติเดิมดังนั้นจะเป็นชายแท้หญิงแท้หรือเปลี่ยนเพศแปลงกายอย่างไรก็เป็นผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ทั้งสิ้น โดยมีรูปแบบของการกระทำได้ขยายความเป็นไปได้ของรูปแบบการกระทำความผิดตามรูปแบบเดิมคือการที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนสอดใส่ในอวัยวะเพศของหญิงซึ่งเป็นเพียงรูปแบบเดียวตายตัวนั้น หรือโดยมีรูปแบบของการกระทำกับการกระทำชำเราหมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง เป็นต้น

4.3.5 เปรียบเทียบลักษณะของการกระทำและขอบเขตความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่น PENAL CODE (Act No.45 of 1907) บัญญัติเกี่ยวกับการอนาจาร การข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งลักษณะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นนั้นจะมีองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ เว้นแต่การกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์ในการให้ความยินยอมในการกระทำชำเรานั้น ได้กำหนดเกณฑ์อายุไว้ไม่ต่ำกว่าสิบสามปีและผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบสามปี

4.3.5.1 ลักษณะของการกระทำชำเราของประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่น

ลักษณะพื้นฐานอาชญากรรมของการข่มขืนของประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นกฎหมายกำหนดให้ชายกระทำชำเราต่อบุคคลที่มีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี โดยการใช้ความรุนแรงหรือการคุกคามเหยื่อ

⁸³ PENAL CODE With the participation of John Rason SPENCER QC Professor of Law, University of Cambridge Fellow of Selwyn College, p. Updated 12/10/2005 - Page 39/132

เป็นหญิง⁸⁴ และการผิดประเวณีที่เกิดขึ้นมีความหมายที่ผู้กระทำจะต้องเป็นเพศชายซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายกำหนดว่ามีการกระทำชำเราช่องคลอดโดยอวัยวะเพศชายโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเหยื่อที่เกิดจากการใช้ความรุนแรงหรือภัยคุกคาม โดยมีเจตนาทางอาญา เช่นคนร้ายที่ตั้งใจที่จะมีเพศสัมพันธ์กับเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายซึ่งความหมายของการข่มขืนในกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่นจะถูกจำกัดโดยใช้อวัยวะเพศชายชำเราอวัยวะเพศหญิงจึงไม่รวมการบังคับกับช่องปากและทางทวารหนักและการกระทำโดยวัตถุอื่นๆ กฎหมายเหล่านี้ยังคงไม่เปลี่ยนแปลงโดยทั่วไปนอกเหนือจากการเปลี่ยนแปลงเล็กๆ น้อยๆ เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศใช้ในปี 1907 หากพิจารณาลักษณะของการกระทำของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยจะเห็นได้ว่าความผิดฐานกระทำชำเราว่าด้วยลักษณะของการกระทำจะมีลักษณะที่เหมือนกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศญี่ปุ่นกล่าวคือ ลักษณะของการกระทำชำเราจะมีการใช้กำลังข่มขู่หรือใช้ความรุนแรงเพื่อสนองความต้องการทางเพศของผู้กระทำที่เป็นชายกระทำต่อเพศหญิงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำ ทั้งนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาในปัจจุบันเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถูกระทำที่เป็นเพศหญิงเสียส่วนใหญ่ซึ่งได้รับความเสียหายมากกว่าฝ่ายชาย

4.3.5.2 ขอบเขตความรับผิดชอบฐานข่มขืนกระทำชำเราของประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่น

ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศญี่ปุ่น PENAL CODE (Act No.45 of 1907)⁸⁵ ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศทั้งหมดไว้ในบทที่ 22 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการอนาจาร การข่มขืนกระทำชำเราและการมีสามีหรือภรรยาในขณะเดียวกันสองคน (bigamy) กล่าวคือ (Rape) บทบัญญัติในมาตรา 177⁸⁶ ของประมวลกฎหมายอาญาญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่าผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำการโดยใช้กำลังหรือข่มขู่หญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและจะต้องระวางโทษให้ทำงานหนักไม่ต่ำกว่าสามปี และบทบัญญัติเช่นเดียวกันให้ใช้กับผู้ซึ่งกระทำการดังกล่าวกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วย

⁸⁴ Article 177 (Rape) A person who, through assault or intimidation, forcibly commits sexual intercourse with a female of not less than thirteen years of age commits the crime of rape and shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 3 years. The same shall apply to a person who commits sexual intercourse with a female under thirteen years of age.

⁸⁵ Penal Code (Act No.45 of 1907). (สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557, จาก www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf).

⁸⁶ Article 177 (Rape) A person who, through assault or intimidation, forcibly commits sexual intercourse with a female of not less than thirteen years of age commits the crime of rape and shall be punished by imprisonment with work for a definite term of not less than 3 years. The same shall apply to a person who commits sexual intercourse with a female under thirteen years of age.

ตามบทบัญญัติมาตรา 177 การกระทำชำเราของประเทศญี่ปุ่นสำหรับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของประมวลกฎหมายอาญายุโรปนั้นจะมีองค์ประกอบความผิดเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้ว เว้นแต่การกำหนดอายุของผู้เสียหายเป็นเกณฑ์ในการให้ความยินยอมในการกระทำชำเรา นั้น ได้กำหนดเกณฑ์อายุไว้ไม่ต่ำกว่าสิบสามปีและผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าเด็กหญิงนั้นอายุต่ำกว่าสิบสามปี จึงเป็นความผิดสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้กระทำ ความผิดได้รู้ในขณะที่กระทำการข่มขืนกระทำชำเราว่าเด็กหญิงนั้นมีอายุต่ำกว่าสิบสามปี ซึ่งการยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้ชายนั้นไม่เป็นผู้กระทำความผิดไปได้ กฎหมายอาญาประเทศญี่ปุ่น มาตรา 177 จึงกำหนดซึ่งผู้กระทำจะเป็นชายที่มีเจตนาใช้วิธีข่มขืนหรือที่เรียกว่าสอดใส่ “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วเป็นความผิดกระทำชำเรา นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติให้ผู้ที่หาประโยชน์จากผู้ที่ถูกข่มขืนหรือผู้ที่ไม่สามารถขัดขวางการกระทำความผิดดังกล่าว หรือทำให้หญิงขาดสติสัมปชัญญะ หรือไม่สามารถขัดขวางการข่มขืนกระทำชำเราได้ บุคคลนั้นจะต้องรับโทษ⁸⁷ และผู้ที่ได้พยายามกระทำความผิดฐานดังกล่าว กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดด้วย⁸⁸

หากพิจารณาความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยจะเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยความผิดฐานกระทำชำเราของประเทศญี่ปุ่นจะบัญญัติความผิดให้ชายเท่านั้นเป็นผู้กระทำกับเพศหญิงจึงไม่รวมการบังคับกับช่องปากและทางทวารหนักและการกระทำโดยวัตถุอื่นๆ ซึ่งมีความแตกต่างกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทยที่ไม่จำกัดว่าผู้กระทำผิดในฐานความผิดข่มขืนกระทำชำเราโดยกฎหมายกำหนดไว้ว่าจะเป็นผู้หญิงหรือชายและผู้ถูกกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้และรวมการบังคับกับช่องปากและทางทวารหนักโดยใช้วัตถุอื่นๆ ไม่ว่าจะป็นนิ้วมืออวัยวะส่วนอื่นๆ ของร่างกายกระทำต่อหญิงหรือชายผู้ถูกกระทำความผิดด้วยก็ได้⁸⁹

4.4 เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดขอบเขตที่เหมาะสมเกี่ยวกับความรับผิดชอบข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย

การแก้ไขกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในปี พ.ศ. 2550 ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ว่าด้วยเรื่องฐานความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา นับว่าเป็นความก้าวหน้าหนึ่งในวิวัฒนาการของกฎหมายไทยที่ควรบันทึกไว้ในหน้าประวัติศาสตร์ เป็นก้าวสำคัญของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้นอีกระดับ แม้จะเป็นการคุ้มครองกรณีส่วนน้อยที่เกิดขึ้นก็ตาม แต่ส่วนน้อย

⁸⁷ มาตรา 178 ของประมวลกฎหมายอาญายุโรป

⁸⁸ มาตรา 179 ของประมวลกฎหมายอาญายุโรป

⁸⁹ คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด และลหุโทษ (น. 167). เล่มเดิม.

ที่ว่ำนั้ก็ไม่ใช่ไม่มีอยู่ ซึ่งจะปฏิเสธไม่รับรู้ไม่ได้ และเขาก็เป็นมนุษย์ที่ควรได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องการบัญญัตินิยามคำว่า “กระทำชำเรา” อย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นประเด็นที่น่าสนใจที่สุด ทั้งนักวิชาการ ทนายความ อัยการและแม้แต่ผู้พิพากษาเอง ก็ตีความความหมายในวรรคที่สองของมาตรา 276 แตกต่างกัน

เนื่องจากมาตรา 276 เดิมที่บัญญัติใช้มาตั้งแต่ปี 2499 เป็นเวลาถึง 51 ปี นั้น ไม่เคยมีนิยามของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราบัญญัติเอาไว้เลย ที่ผ่านมา การวินิจฉัยว่า ต้องกระทำไปแค่ไหนเพียงใดถึงจะเป็นความผิดฐานข่มขืน ก็จะยึดตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 ที่วางหลักไว้ว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะเป็นความผิดสำเร็จต่อเมื่อของลับของชายล้วงล้าเข้าไปในของลับของหญิง 1 องคูลี คือ ประมาณครั้งข้อแรกของนิ้วกลาง โดยชายนั้นไม่ต้องสำเร็จความใคร่หรือหญิงไม่จำต้องถึงกับเยื่อพรหมจารีหญิงนั้นก็ก็เป็นความผิดสำเร็จแล้วจากแนวคำพิพากษาดังกล่าวนี้เป็นที่ยึดถือกันมายาวนานในหมู่นักกฎหมาย ทำให้เดิม ความหมายของ การข่มขืนกระทำชำเราจำกัดอยู่เพียงแค่ว่าเมื่ออวัยวะเพศชายล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเพียงกรณีเดียวเท่านั้น หากเป็นกรณีอวัยวะเพศชายล้วงล้าทวารหนัก หรือช่องปาก หรือใช้สิ่งของอื่นล้วงล้าทางอวัยวะเพศหรือทวารหนัก แม้ว่าจะทำให้ผู้เสียหายทุกข์ทรมานเพียงใด ศาลก็จะวินิจฉัยว่าเป็นเพียงความผิดฐานอนาจาร⁹⁰ เท่านั้น ซึ่งมีโทษต่างกันมาก

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 ปัจจุบันมีการกระทำทางเพศในแบบฝืนธรรมชาติอาจก่อความเสียหายทางจิตใจหรือทางร่างกายเท่ากับหรือมากกว่าการร่วมเพศแบบธรรมชาติเสียด้วยซ้ำ ขอบเขตของคำว่าข่มขืนกระทำชำเราหมายรวมไปถึงการกระทำกับทวารหนักและช่องปากตามมาตรา 276 วรรคสองการร่วมเพศในสมัยนี้ ไม่ได้มีเพียงแบบการร่วมประเวณีแบบพื้นฐานเท่านั้น ยังมีกิจกรรมทางเพศของคนเพศเดียวกัน แบบพึงพอใจกับการใช้วัตถุสิ่งของหรือวัสดุแบบต่างๆ ที่หลากหลาย เช่นการใช้เชือกช่อก้อยในอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของชาย เป็นต้น⁹¹

⁹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับ หรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงล้าเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง แต่คดีนี้ได้ความว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของจำเลยได้ล้วงล้าเข้าไปทางทวารหนักของผู้เสียหาย จึงไม่เป็นการกระทำชำเราตามกฎหมาย (ปัจจุบันถือว่าผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 วรรคสอง)

⁹¹ หม่อมใหญ่อังกฤวิชัย 50 ปี ดับอนาค *หลังใช้ “เชือกช่อก้อยสอดเข้าช่องทวารหนักแต่เอาออกไม่ได้หลายวันจนล้าไส้ใหญ่ติดเชื้อ”* วันพุธ 13 สิงหาคม 2557. สืบค้นเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2557, จาก <http://www.dailynews.co.th/Content/foreign/259112>.

จะเห็นได้ว่ากรณีที่ผู้กระทำจับอวัยวะเพศผู้เสียหายก็ดี หรือการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ ใดกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายจนสำเร็จความใคร่ก็ดี ไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามกฎหมายเดิม เป็นเพียงความผิดฐานอนาจารเท่านั้น เพราะกรณีเห็นได้ชัดเจนว่าเจตนาของผู้กระทำ ความผิด ไม่ได้ต้องการกระทำถึงขนาดการสอดใส่ แต่หากนำมาปรับกับนิยามคำว่าข่มขืนกระทำชำเราในมาตรา 276 ปัจจุบัน ก็อาจเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ทันที

ดังนั้นด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาในปัจจุบัน กล่าวคือ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจะต้องมีการ “สอดใส่” โดยความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา 276 ก่อนมีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2550 ในบทบัญญัติไม่ได้นิยามว่าการข่มขืนเป็นเช่นไร แต่ศาลได้มีแนวทางตีความเอาไว้ว่าการข่มขืนจะต้องมีการล่วงล้ำสอดใส่เข้าไป ตามฎีกาต่างๆ ต่อมาที่มีการแก้ไขในปี พ.ศ. 2550 ม.276 วรรคสอง ได้เพิ่มเติมนิยามการข่มขืนไว้ โดยใช้คำว่า “กระทำกับ” หลังมีการแก้ไขปี พ.ศ. 2550 ที่เพิ่มเติมนิยาม 276 วรรคสองแล้ว ศาลยังก็คงตัดสินโดยตีความว่าการข่มขืนจะต้องมีการล่วงล้ำตามคำพิพากษาศาลฎีกาหลังปี พ.ศ. 2550 ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555⁹² แม้จะมีการนิยามคำว่ากระทำกับใน ม.276 วรรคสองก็ตาม ในนานาประเทศตามที่กล่าวมาแล้วนั้น การกระทำความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราได้ ย่อมต้องมีการล่วงล้ำโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” กฎหมายเรื่องความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้ว

หากพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายข่มขืนที่แก้ไขใหม่นี้ เปรียบเทียบกับกฎหมาย The Sexual Offences Act 2003 ของประเทศอังกฤษ ซึ่งแบ่งความผิดทางเพศออกเป็น 4 ประการ คือ

⁹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต้องการขยายความหมายของการกระทำชำเราว่า นอกจากหมายถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำด้วย เท่ากับเป็นการเพิ่มอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่ เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำนอกจากจะกระทำชำเราโดยใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของผู้ถูกระทำแล้ว ยังรวมถึงการใช้สิ่งอื่นใด เช่น การใช้อวัยวะเพศเทียมกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำด้วย เป็นกรณีที่ขยายความหมายของคำว่ากระทำชำเรา ในแง่เพิ่มสิ่งที่ใช้ในการกระทำและอวัยวะที่ถูกกระทำขึ้นใหม่เท่านั้น ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จนั้นก็คงยังคงมีความหมายอยู่ว่า จะเป็นการกระทำชำเราสำเร็จได้ต้องถึงขั้นอวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือล่วงล้ำเข้าไปในช่องปากของผู้ถูกระทำ หากมีการใช้สิ่งของอย่างอื่น เช่น อวัยวะเพศเทียม สิ่งของอย่างนั้นก็จะต้องมีการล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำเช่นกัน

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา⁹³ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ และความผิดฐานทำให้ผู้อื่นเข้าร่วมกิจกรรมทางเพศโดยปราศจากความยินยอม ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา คือ การร่วมประเวณีระหว่างชายและหญิง โดยสอดใส่อวัยวะเพศชายเข้าในอวัยวะเพศหญิง ทวารหนักหรือช่องปาก ซึ่งจำกัดผู้กระทำเป็นชาย และผู้ถูกกระทำเป็นหญิง ส่วนการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้อื่นด้วยรูปแบบอื่น จะเป็นความผิดฐานล่วงละเมิดทางเพศโดยการสอดใส่ ซึ่งมีโทษเท่ากับการข่มขืนกระทำชำเรา โดยกฎหมายจำกัดเพียงผู้กระทำต้องเป็นชายเท่านั้นแต่ผู้ถูกกระทำเป็นหญิงหรือชายก็ได้⁹⁴ หากเป็นอวัยวะเพศหญิงที่แปลงเพศย่อมมีความผิดข่มขืนกระทำชำเราเช่นกัน ส่วนการล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ จะเทียบได้กับความผิดฐานอนาจารในแต่ละมาตราในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยเท่านั้น

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา บางมลรัฐกำหนดผู้กระทำเป็นชายเท่านั้น เช่นรัฐจอร์เจีย รัฐโอคาโฮ รัฐอินเดียน่า บางมลรัฐกำหนดให้เป็นหญิงหรือชายก็ได้แม้การบัญญัติกฎหมายความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เช่น รัฐมิชิแกน รัฐนิวยอร์ก แต่หากมีการศึกษาตามกฎหมายอาญาใน Model Penal Code Section จะปรากฏตามมาตรา 213.0 (1)-(3) และมาตรา 213.1⁹⁵ แต่ก็มีบางมลรัฐ

⁹³ มาตรา 276 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

⁹⁴ มาตรา 1 การข่มขืนกระทำชำเรา
 (1) บุคคล (A) กระทำความผิดเมื่อ
 (a) บุคคลนั้นกระทำชำเราโดยการล่วงล้ำต่ออวัยวะเพศหญิง ทวารหนัก หรือปากของอีกบุคคลหนึ่ง (B) (ด้วยอวัยวะเพศชาย)ของเขา โดยเจตนา
 (b) B ไม่ได้ให้ความยินยอมต่อการกระทำชำเรานั้น และ
 (c) A ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า B ให้ความยินยอม
 (2) มีเหตุอันควรเชื่อได้หรือไม่จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมทั้งข้อเท็จจริงในแต่ละขั้นที่ทำให้ A เข้าใจได้ว่า B ยินยอมหรือไม่
 (3) มาตรา 75 และ มาตรา 76 ใช้บังคับกับความผิดตามมาตรานี้ด้วย
 (4) บุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรานี้ต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิต เมื่อได้มีการพิจารณาพิพากษาว่ามีความผิด

⁹⁵ ตามมาตรา 213.0 (1)-(3) และมาตรา 213.1 ของ Model Penal Code ได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ว่า ชายใดกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภรรยาของตนจะถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ถ้าชายบังคับหญิงโดยใช้กำลังหรือโดยการข่มขู่ว่าจะทำอันตรายให้ถึงแก่ชีวิต หรือควบคุมหญิงโดยการให้ยา ทำให้หญิงได้รับอันตรายสาหัส หรือทำให้เจ็บปวดอย่างรุนแรง ลักพาหญิง หรือทำให้บุคคลใด ๆ ได้รับความทรมานหรือทำให้หญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือโดยการควบคุมหญิงนั้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้ความคุ้มครองหญิงซึ่งเป็นภริยา โดยการบัญญัติเป็นกฎหมายว่าการร่วมเพศกับภริยาของตนเองโดยใช้กำลังบังคับถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา อันได้แก่ มลรัฐออเรกอน มลรัฐติลาแวร์ มลรัฐไอโอวา มลรัฐเนบราสก้า มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ฯลฯ⁹⁶

ทั้งนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศอังกฤษยังคงกำหนดให้ผู้กระทำเป็นชายเท่านั้นที่กระทำความผิดแม้ผู้ถูกกระทำจะเป็นชายหรือหญิงก็ได้ ตรงข้ามกับของประเทศไทยที่กฎหมายบัญญัติให้เปิดกว้างมากขึ้น โดยบัญญัติให้ทั้งเพศชายและเพศหญิงก็ได้ หากมีเจตนากระทำการข่มขืนกระทำชำเราแล้วถือว่าเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 276 แม้จะกระทำกับปาก ทวารหนักก็เข้าตามบทบัญญัติมาตรา 276 วรรคแรกทั้งหมดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่แปดพันบาทถึงสี่หมื่นบาท แต่ประเทศอเมริกานับบัญญัติเป็นความผิดอีกมาตราหนึ่งอย่างชัดเจนปรากฏตามมาตรา ของ Model Penal Code 213.2. เป็นกระทำผิดโดยเบี่ยงเบนทางเพศ (Deviate Sexual Intercourse by Force or Imposition) เป็นต้น

ไว้โดยการวางยาหญิง หรือโดยการใส่ยาโดยที่หญิงไม่รู้ว่ามีกาใส่ยา หรือโดยการใส่ของมีนเมาหรือโดยวิธีการอื่นใดเพื่อให้หญิงไม่สามารถปกป้องตนเองได้ หรือทำให้หญิงหมดสติ หรือกระทำกับหญิงมีอายุเกินสิบปี นอกจากนี้การข่มขืนกระทำชำเรายังหมายรวมถึง การกระทำชำเราทั้งหมดหรือบางส่วนและรวมถึงการผ่านเข้าไปเพียงเล็กน้อยโดยไม่จำเป็นต้องหลั่งน้ำอสุจิ

⁹⁶ จาก “ข่มขืนภริยาของตนเองเป็นความผิดอาญา.” โดย จวิสิทธิ์ เอื้อวิโรจน์กุล. (2524). *บทบัญญัติ* 38,4 น. 491.

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราปรากฏครั้งแรกในกฎหมายตราสามดวงโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 1 และมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง พระราชกำหนดลักษณะข่มขืนล่วงประเวณี ร.ศ. 118 บัญญัติไว้ในมาตรา 3-7 กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ปรากฏในมาตรา 243 และประมวลกฎหมายอาญาก่อนมีการแก้ไขปี พ.ศ. 2550 บัญญัติในมาตรา 276 และมาตรา 277 โดยกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศได้กำหนดสาระสำคัญให้ผู้กระทำเป็นชายและผู้ถูกกระทำเป็นหญิงหญิงเท่านั้น การบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในกฎหมายดังกล่าวจึงมีลักษณะคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศมากขึ้น โดยคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศของหญิง

ความผิดฐานกระทำชำเรา มีคุณธรรมทางกฎหมายของความผิดฐานนี้ คือ “การให้ความคุ้มครองเสรีภาพในทางเพศ” โดยกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองมิให้มีความเสียหายเกิดขึ้นทั้งต่อสังคมส่วนร่วมและคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และจิตใจของผู้ที่จะได้รับความเสียหายหรือผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นการคุ้มครองส่วนตัว การศึกษาถึงคุณธรรมทางกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อฝ่ายหญิง

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ตามมาตรา 276 ที่แก้ไขใหม่ พ.ศ. 2550 ได้ขยายความหมายไปจากกฎหมายเดิมอย่างมากการกระทำชำเรา มีความหมายกว้างขวางในหลายรูปแบบ กล่าวคือ

(1) ในแง่ของ “ผู้กระทำ” และ “ผู้ถูกกระทำ”

“ผู้กระทำ” คือ มนุษย์ซึ่งกฎหมายไม่จำกัดว่าจะเป็นใคร และสามีหญิงก็อาจเป็นผู้กระทำได้ด้วย” และ “ผู้ถูกกระทำ” คือ ผู้อื่นซึ่งเป็นหญิงและอาจเป็นภริยาของผู้กระทำก็ได้” จะเป็นเพศเดียวกัน หรือต่างเพศกันก็ได้ และอาจจะเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ดังนั้น ชายกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อชาย หญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิง ชายกระทำต่อหญิงซึ่งเป็นภริยา ก็ได้ หรือหญิงกระทำต่อชายซึ่งเป็นสามีก็ได้

(2) ในแง่ของ “การกระทำ”

การกระทำไม่จำเป็นต้องมีการ “ล่วงล้ำ” (หรือ “สอดใส่”) ก็ได้ เพราะมาตรา 276 วรรคสอง ใช้คำว่า “กระทำกับ” ดังนั้น หากชายใช้อวัยวะเพศของตน “ถูไถ” อยู่ที่ปากช่องคลอดด้านนอก ยัง

ไม่ทันได้ “สอดใส่” เข้าไป ก็เป็นการ “กระทำชำเรา” อันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการ “ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำ กระทำกับอวัยวะเพศของผู้อื่น” ซึ่งข้อเท็จจริงเช่นนี้ ตามกฎหมายเดิม ถือว่าเป็นเพียงพยายามกระทำชำเราเท่านั้น หากพิจารณาตามกฎหมายที่มีการแก้ไขใหม่ การที่ชาย ใช้อวัยวะเพศดันไปตรงอวัยวะเพศของหญิงเพียงครั้งเดียว เป็นความผิดฐานพยายามข่มขืนกระทำชำเรา อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามมาตรา 276 วรรคสองอาจถือว่าการกระทำเช่นนี้ เป็นการข่มขืนกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จแล้ว เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศชาย “กระทำกับ” อวัยวะเพศหญิงเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ

(3) อวัยวะของผู้ถูกระทำ

ไม่จำเป็นต้องเป็นอวัยวะเพศเสมอไป ดังนั้น หากชายนำอวัยวะเพศของตน “สอดใส่” เข้าไปในทวารหนักของหญิง ก็เป็นการกระทำชำเราแล้ว ซึ่งแต่เดิมไม่ถือเช่นนั้น โดยถือว่าเป็นเพียงกระทำอนาจารเท่านั้น นอกจากนั้น ตามกฎหมายปัจจุบันนี้ หากชายใช้อวัยวะเพศของตน “ถูไถ” กับ “ทวารหนัก” หรือ “ช่องปาก” ของหญิง หากเป็นการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของชาย ก็เป็นการกระทำชำเรา อันเป็นความผิดสำเร็จ เพราะเป็นการใช้อวัยวะเพศของตน “กระทำกับ” ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ ทั้งนี้ผู้ถูกระทำอาจจะเป็นชายด้วยกันก็ได้ หรือหญิงอาจจะกระทำการดังกล่าวกับหญิงด้วยกันก็ได้ หรือหญิงกระทำกับชายก็ได้ผู้กระทำอาจใช้ “สิ่งอื่นใด” (นอกจากอวัยวะเพศของตน) “กระทำกับ” อวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น

เมื่อพิจารณาการกระทำต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น ตามกฎหมายเดิมไม่ถือว่าเป็นการ “กระทำชำเรา” แต่เป็นเพียงการกระทำ “อนาจาร” เท่านั้น แต่ตามกฎหมายปัจจุบันนี้กลายเป็นการ “กระทำชำเรา” ไปหมด อันเป็นการขยายความหมายของการ “กระทำชำเรา” ออกไปอย่างกว้างขวาง หากชายใช้วัตถุใดๆ “สอดใส่” หรือเพียงแค่ “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิง หรือทวารหนักของหญิง ก็เป็นการกระทำชำเราตามมาตรา 276 นี้แล้ว ทั้งนี้ การกระทำความดังกล่าวอาจเป็นการกระทำของชายต่อหญิง ชายต่อชาย หญิงต่อหญิง หรือหญิงต่อชายก็ได้ ผู้กระทำอาจเป็นคู่สมรสกันก็ได้ ข้อสังเกต หากใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “ช่องปาก” แม้จะเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็ไม่ใช่การ “กระทำชำเรา” ตามวรรคสอง ดังนั้นหากมีการใช้อวัยวะเพศเทียมสอดใส่ใน “ช่องปาก” ของผู้ถูกระทำ แม้จะเพื่อ “สนองความใคร่ของผู้กระทำ” ก็ไม่ใช่การกระทำชำเราตามวรรคสอง เพราะวรรคสองระบุถึงการใช้ “สิ่งอื่นใด” กระทำกับ “อวัยวะเพศ” หรือ “ทวารหนัก” ของผู้ถูกระทำเท่านั้น ไม่รวมถึง “ช่องปาก” ด้วย

“สิ่งอื่นใด” อาจหมายถึง มือ หรือ ปาก ของผู้กระทำก็ได้ หรืออาจหมายถึงอวัยวะเพศเทียม ก็ได้ ดังนั้น หากชายใช้มือหรือปาก “กระทำกับ” อวัยวะเพศของหญิงหรือทวารหนักของหญิง หรือหญิงใช้วัตถุ

ฎีกาโทษประหารชีวิตหรือทวารหนักของหญิงหรือชายก็เป็นการ “กระทำชำเรา” ตามกฎหมายปัจจุบันนี้แล้ว ทั้งนี้ ผู้กระทำอาจใช้มีดหรือปากของตน “กระทำกับ” อยุ่โทษประหารชีวิตหรือทวารหนักของผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นเพศเดียวกันก็ได้

ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีพิเศษ คือความผิดตามมาตรา 276 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงหรือกระทำกับชายในลักษณะเดียวกันต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปีและปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาทหรือจำคุกตลอดชีวิต”

กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากรณีพิเศษนี้ คือ “เสรีภาพในทางเพศ” สภาพความเป็นกรณีพิเศษเพราะการใช้อาวุธร้ายแรงเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดกรณีหนึ่ง นอกจากนี้ ผู้กระทำได้กระทำความผิดเป็นการซ้ำเติมความทุกข์ยากให้แก่หญิง กล่าวคือ การกระทำโดยมีเจตนาตามมาตรา 59 ผู้กระทำผิดมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงกล่าวคือ การที่บุคคลข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใดๆ โดยใช้กำลังประทุษร้ายโดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น และโดยมีอาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด หรือโดยร่วมกระทำความผิดด้วยกันอันมีลักษณะเป็นการโทรมหญิงโดยเจตนาข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยมีหรือใช้อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิดหรือโดยโทรมหญิงโดยผู้กระทำชำเราอาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ แต่สำหรับกรณีหลังจะต้องมีผู้กระทำตั้งแต่สองคนขึ้นไปเสมอ เพราะ “การโทรมหญิง” คือ การกระทำต่อหญิงโดยชายหลายคนด้วยกัน ซึ่งการกระทำนี้แม้กระทำเพียงชั้นพยายามก็เป็นการโทรมหญิงในความหมายของกฎหมาย และเมื่อได้ข่มขืนกระทำชำเราหญิงโดยชายสองคนแล้ว คนอื่นๆ ที่ร่วมกระทำผิดที่ยังไม่ทันลงมือข่มขืนกระทำชำเราก็ต้องรับผิดฐานเป็นตัวการโทรมหญิงด้วย

ในส่วนมาตรา 276 วรรคสี่ วางหลักไว้ว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงคจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤตินั้นแทนการลงโทษก็ได้ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก และคู่สมรสฝ่ายนั้นแจ้งให้ศาลทราบ และให้ศาลแจ้งพนักงานอัยการให้ดำเนินการฟ้องหย่าให้”

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ในส่วนแรกถ้าเป็นการกระทำความผิดระหว่างคู่สมรสและคู่สมรสนั้นยังประสงคจะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้หรือจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤตินั้นแทนการลงโทษก็ได้ ซึ่งเรียกว่าเหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัว

หากนำการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามาพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดของประเทศอังกฤษและประเทศอเมริกาเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ทั้งนี้สืบเนื่องมาจาก ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จะปรากฏด้วยกฎหมาย 3 สาขาใหญ่ ๆ ได้แก่ กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เกิดจากจารีตประเพณีและบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล (Common Law) กฎหมายที่เกิดจากคำตัดสินของศาล (Equity) จะพบว่าการบัญญัติผู้กระทำความผิดต้องเป็นชายเท่านั้นส่วนผู้ถูกกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้การกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรากฎหมายทั้งสองประเทศให้รวมไปถึงการกระทำชำเราโดยกระทำกับปาก ทวารหนักโดยใช้อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดกระทำก็ได้ แสดงให้เห็นว่าการบัญญัติกฎหมายยังให้ความสำคัญกับการคุ้มครองการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแบบธรรมชาติ โดยมีความหมายถึงผู้ใดข่มขืนผู้อื่นโดยการใช้อวัยวะเพศ ล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) ของผู้อื่นหรือบังคับให้ผู้อื่นกระทำต่อตนโดยผู้อื่นไม่ยินยอมส่วนความผิดข้อหาประทุษร้ายทางเพศ (Sexual Assault) เป็นการใช้วัสดุอื่นใดล้วงล้ำหรือสอดใส่ (penetration) เข้าไปใน Vagina, anus, oral (mouth) หรืออวัยวะอื่นใดโดยบุคคลอื่นนั้นไม่ยินยอมก็จะเป็นความผิดทั้งสิ้นเป็นต้น

หากพิจารณาความแตกต่างกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 276 ของไทยกำหนดให้ผู้กระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้และผู้ถูกกระทำจะเป็นหญิงหรือชายก็ได้ และรวมไปถึงการกระทำชำเราโดยกระทำกับปาก ทวารหนัก โดยใช้อวัยวะเพศหรือสิ่งอื่นใดกระทำต่อผู้ถูกกระทำด้วย

หากพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดของประเทศที่เป็นระบบกฎหมายที่เป็นซีวิลลอว์ (Civil Law) ประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามบทบัญญัติมาตรา 177 ไว้ว่า ผู้ใดเพื่อสนองความใคร่ของตนได้กระทำการโดยใช้กำลังหรือข่มขู่หญิงอายุไม่ต่ำกว่าสิบสามปี มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและต้องระวางโทษให้ทำงานหนักไม่ต่ำกว่าสามปี และบทบัญญัติเช่นเดียวกันให้ใช้กับผู้ซึ่งกระทำการดังกล่าวกับเด็กหญิงอายุต่ำกว่าสิบสามปีด้วย โดยลักษณะพื้นฐานอาชญากรรมของการข่มขืนกฎหมายกำหนดให้ชายกระทำชำเรากับบุคคลที่มีอายุไม่น้อยกว่าสิบสามปี โดยการใช้อำนาจรุนแรงหรือการคุกคามเหยื่อเป็นหญิงโดยไม่ได้รับความยินยอมมีการกำหนดอายุเข้ามาเกี่ยวข้องกับความผิดฐานนี้ด้วย

ประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (StGB) มาตรา 177 บทบัญญัติในมาตรา 177 ของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราไว้โดยกำหนดให้ ผู้ใดข่มขืนใจหญิงให้มีการกระทำชำเรานอกสมรสกับบุคคลนั้นเองหรือกับบุคคลที่สามโดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะทำให้ได้รับอันตรายถึงชีวิตหรือแก่ร่างกายและถูกลงโทษ

จำคุกไม่ต่ำกว่าสองปี เมื่อพิจารณาการกระทำความผิดดังกล่าวจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบความผิดที่สำคัญตามมาตรานี้คือ ต้องมีการกระทำชำเราหญิง อาจเป็นการกระทำโดยผู้ที่ข่มขืนใจหญิง เพื่อให้มีการกระทำกับตนเอง หรือเป็นการข่มขืนใจเพื่อให้กระทำกับบุคคลอื่น การข่มขืนใจนั้นอาจกระทำโดยการใช้อำนาจประทุษร้ายหรือขู่ขู่ขู่ว่าจะใช้อำนาจประทุษร้ายให้ได้รับอันตรายแก่ชีวิตหรือร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำ โดยที่หญิงมิได้ยินยอม ในขณะที่อยู่กับผู้กระทำจำต้องรู้ว่าหญิงนั้นมิได้ให้ความยินยอมในการกระทำความผิดดังกล่าว และผู้กระทำต้องรู้ด้วยว่าได้กระทำชำเรากับหญิงที่มีใช้ภรรยาของตน ดังกล่าวการจะเป็นการกระทำความผิดข้อหาข่มขืนกระทำชำเราได้กล่าวถึงการมีเพศสัมพันธ์ย่อมมีการล่วงล้ำโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หมายความว่า ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราโดยใช้คำว่า “Sexual Intercourse” หรือ Sexual Penetration” ซึ่งก็ย่อมมีความหมายรวมถึงการสอดใส่อยู่ในตัวอยู่แล้วซึ่งต้องเป็นผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น

ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศส The French Penal Code Section 222-23 บัญญัติเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไว้ตามมาตรา 222-23 การสอดใส่ในทางเพศ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดที่กระทำต่อบุคคลอื่นโดยการใช้ความรุนแรงซึ่งการข่มขืนกระทำชำเรา (Viol) คือการกระทำทุกอย่าง (tout acte) ที่มี การล่วงล้ำหรือการสอดใส่ (sexual penetration) ไม่ว่าจะโดยวิธีธรรมชาติหรือวิธีอื่นใด (qu'il soit) ต่อบุคคลอื่นโดยใช้อำนาจประทุษร้าย (par violence) โดยการบังคับขู่ขู่ขู่ (Contrainte) หรือด้วยวิธีอื่นใดประกอบกัน (Constituer) การกระทำทุกอย่างจึงไม่จำกัดว่าต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศชายเท่านั้นที่ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแต่รวมถึงการใช้วัสดุอื่นใดสอดใส่เข้าไปก็เป็นความผิด และการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ก็ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเฉพาะอวัยวะเพศหญิงเท่านั้นการล่วงล้ำหรือการสอดใส่วัสดุอื่นใดทางทวารหนักทางปาก ฯลฯ หากผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมโดยถูกบังคับขู่ขู่ขู่ ก็เป็นความผิดด้วยจึงเป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำ เราซึ่งจากบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำ และผู้ถูกกระทำอาจจะ เป็นเพศใดก็ได้และไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศชายกระทำ ต่อบุคคลอื่นใดทางทวารหนัก (whatever its nature) ก็ได้ เช่น ขูดหรือนิ้วมือในการสอดใส่ก็เป็นความผิด และอาจสอดใส่ช่องปากหรือทวารหนักก็ได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นการใช้อวัยวะเพศชายกระทำ ต่อบุคคลอื่นใดทางทวารหนักก็ต้องเป็นการสอดใส่ (penetration) เท่านั้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราของไทย มาตรา 276 หากจะตีความคำว่า การกระทำในวรรคสองของมาตรา 276 เป็นความหมายแบบกว้างๆ ไม่ตรงกับจุดประสงค์ของกฎหมายทีเดียว ถ้าให้ผู้กระทำมีเจตนาเพียงจับต้อง ลูบคลำมารับผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ก็จะเป็นการลงโทษที่หนักเกินเจตนา เมื่อพิจารณาบริบทแวดล้อมโดยรวมแล้ว เจตนาของการแก้ไขกฎหมายควรมีเพียงการขยายขอบเขตเพียงเพศของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ สิ่งที่

กระทำ และอวัยวะที่ถูกกระทำ แต่คงไม่ได้ตั้งใจจะขยายขอบเขตการกระทำออกไปด้วย ดังนั้น การนำกฎหมายข่มขืนฉบับแก้ไขใหม่มาใช้ คงต้องยึดกับพฤติกรรมการล่วงล้ำหรือสอดใส่ (Penetration) หากไม่มีการกระทำดังกล่าว จะถือว่าเป็นการกระทำชำเราไม่ได้ การตีความกฎหมายอาญาต้องตีความอย่างเคร่งครัด การบัญญัติก็ควรบัญญัติให้ชัดเจน ไม่เกิดข้อสงสัยแก่การตีความด้วย เมื่อปัญหาเกิดขึ้นตั้งแต่การร่างและการบัญญัติถ้อยคำ การตีความและการปรับใช้ก็เกิดปัญหาด้วยเป็นผลตามมาเป็นเวลานานแล้วที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ ท่ามกลางเสียงวิพากษ์วิจารณ์ ทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วย รวมทั้งศาลฎีกาของไทยก็ได้มีคำพิพากษามาจนถึงปัจจุบัน

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและพิจารณาปัญหาต่างๆที่เกิดจากการบัญญัติความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ผู้เขียนเห็นว่าความผิดฐานนี้ควรได้รับการแก้ไขและบัญญัติเพิ่มเติมโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคสองและ มาตรา 277 วรรคสอง โดยกำหนดขอบเขตความหมายของคำว่า“กระทำชำเรา”หมายความว่า“การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดย การใช้วัยวะเพศของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดสอดใส่อวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่น”

2) การตีความกฎหมายอาญาและความรับผิดชอบทางอาญาอย่างชัดเจนแน่นอน เป็นไปตามหลักประกันในกฎหมายอาญา กล่าวคือ การล่วงละเมิดทางเพศโดยไม่มีการสอดใส่ เพียงแต่สัมผัสจับต้อง ถูไถ ยังไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากกฎหมายมุ่งคุ้มครองเสรีภาพทางเพศ และผลกระทบทที่จะตามมาทั้งทางร่างกายและทางจิตใจต่อผู้เสียหาย ย่อมมีผลกระทบไม่เหมือนกับการเอาสิ่งของใดหนึ่งการล่วงล้ำหรือสอดใส่ (Penetration) เข้าไปในอวัยวะเพศจะเทียบได้กับความผิดฐานอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา

ดังนั้นหากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรามีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายให้มีความถูกต้องดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นและมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมจะทำให้บทบัญญัติของความผิดดังกล่าวมีความชัดเจนแน่นอนและส่งผลทำให้การตีความ การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายรวมไปถึงก่อให้เกิดความเป็นธรรม และง่ายสำหรับการบังคับใช้กฎหมายต่อไปในอนาคต

ปริญญา

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- การข่มขืนกระทำชำเรา. สืบค้น 15 เมษายน 2557, จาก <http://th.wikipedia.org/wiki>
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2539). แนวความคิดเรื่องการลงมือกระทำผิดตามกฎหมายอาญาอเมริกัน: หลักการกระทำขั้นตอนสำคัญ. *บทบัญญัติ*, 52.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ติ้ง.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2557). *กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์ลิขซึ่ง.
- โกเมน ภัทรภิรมย์. (2546). *กฎหมายอาญาเปรียบเทียบและอาญาวิทยากฎหมายอาญาฝรั่งเศส*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- คณิต ฌ นคร. (2521). ผู้เสียหายในคดีอาญา. *วารสารอัยการ*, 1(1), 48-51.
- คณิต ฌ นคร. (2523). คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา. *วารสารอัยการ*, 33(25), 55, 60.
- คณิต ฌ นคร. (2523). คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา. *วารสารอัยการ*, 60.
- คณิต ฌ นคร. (2523). คุณธรรมทางกฎหมายกับการใช้กฎหมายอาญา. *วารสารอัยการ*, 3(1), 57-58.
- คณิต ฌ นคร. (2524). ข้อสังเกตเกี่ยวกับความผิดฐานลักทรัพย์. *วารสารอัยการ*, 82.
- คณิต ฌ นคร. (2527). การอภิปรายเรื่องการตีความกฎหมายอาญา. *วารสารนิติศาสตร์*, 4(18).
- คณิต ฌ นคร. (2548). *นิติกรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย หนังสือรวมบทความ* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ฌ นคร. (2553). *กฎหมายอาญา ภาคความผิด* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ฌ นคร. (2555). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คณิต ฌ นคร. (2556). *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- คำพิพากษาฎีกา 1048/2518
- คำพิพากษาฎีกา 1646/2532
- คำพิพากษาฎีกา 848/2548
- คำพิพากษาฎีกาที่ 1390/2555

คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524
คำพิพากษาฎีกาที่ 157/2524
คำพิพากษาฎีกาที่ 233/2463
คำพิพากษาฎีกาที่ 2382/2522
คำพิพากษาฎีกาที่ 250/2510
คำพิพากษาฎีกาที่ 3007/2532
คำพิพากษาฎีกาที่ 7144/2545
คำพิพากษาฎีกาที่ 839/2538
คำพิพากษาฎีกาที่ 1903/2520
คำพิพากษาฎีกาที่ 227/2529
คำพิพากษาฎีกาที่ 4280/2531
คำพิพากษาฎีกาที่ 5161/2533
คำพิพากษาฎีกาที่ 6336/2534
คำพิพากษาฎีกาที่ 891/2521
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518.
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1212/2514
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1212/2514
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2521
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1626/2500
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1817/2550
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1962/2544
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1997/2500
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2200/2527
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3051/2525
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3577/2551
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3577/2551
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3643/2526
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 663/2539

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2490

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501

จักรพันธ์ สอนสุภาพ. (2540). การผ่าตัดแปลงเพศกับกฎหมาย. *บทบัญญัติ*, 53(3).

จิตติ ดิงศักดิ์. (2525). *กฎหมายอาญา ภาค 1 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7). และตอน 2 (พิมพ์ครั้งที่ 6).

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์
จิตติ ดิงศักดิ์. (2543). *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 7). สำนักอบรมศึกษากฎหมาย
แห่งเนติบัณฑิตยสภา กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์.

จิน ดารา. (2511). ข่มขืนกระทำชำเรา. *บทบัญญัติ*, 25 ตอน 1, 75.

ชัยชนะ พรรัตน์พันธุ์. (2545). *การคุ้มครองเด็กและเยาวชนชายที่เป็นเหยื่อการกระทำผิดทาง
เพศศึกษาเฉพาะกรณีการลงโทษกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ชิดชนก แผ่นสุวรรณ. (2546). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัย
กฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ดวงจิตต์ กำประเสริฐ. (2530). *ประวัติศาสตร์กฎหมาย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2557). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 11).
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

นฤพนธ์ จ้อยทองมูล. (2544). *การกระทำผิดทางเพศของบุคคลในครอบครัว* (วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 เล่ม 2

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276

ประสิทธิ์ พัฒนอมร. (2524). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2546). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2) สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปรินดา เวทพิสัย. (2551). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา: ศึกษาองค์ประกอบความผิดกรณี
ผู้ถูกกระทำ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.
- พจนานุกรมพุทธศาสตร์. ฉบับประมวลธรรม พิมพ์ครั้งที่ 12 พ.ศ. 2546. สืบค้น 20 สิงหาคม 2557,
จาก http://84000.org/tipitaka/dic/d_item.php?i=238.
- พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางเพศ. ค.ศ. 2003 : บทที่ 42 : ส่วนที่ 1: กระทำทางเพศ
Penal Code (Act No.45 of 1907. สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557, จาก
www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. (2525). *อาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 1). จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์.
- พิพากษาฎีกาที่ 1133/2509
- พิพากษาศาลฎีกาที่ 6816/2554
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550
- ฤทัย หงส์ศิริ. (2521). ข้อสังเกตจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องโทรมหญิง. *วารสารอัยการ*, น. 3.
- วงศ์ศิริ ศรีรัตน์. (2536). *ความรับผิดทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล* (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิจิตร ลulitanนท์. (2507). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.
- นางพาง ลิมสุวรรณ. *เพศสัมพันธ์ในชีวิตคู่*. คณะแพทยศาสตร์ ภาควิชาจิตเวชศาสตร์ โรงพยาบาล
รามธิบดี. สืบค้น 15 กรกฎาคม 2557, จาก
<http://www.dmh.go.th/news/view.asp?id=897>.
- ศูนย์พิทักษ์สิทธิสตรี. บทบาทหญิงชายกับอำนาจเรื่องความรุนแรงต่อผู้หญิง. มูลนิธิเพื่อนหญิง
ม.ป.ป.
- สถิต ไพเราะ. (2555). *คำบรรยายกฎหมายอาญา*. สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา.
- สุชาดา เหล่าพลสุข. (2548). *ความผิดทางเพศ : กรณีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา* (วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สุนันต์ ตั้งเจริญกิจกุล. (2552). *ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษาเปรียบเทียบความผิดข่มขืนกระทำ
ชำเราทำนอกร่างกาย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.

- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2527). *ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล : การศึกษาทางกฎหมายเปรียบเทียบเฉพาะที่เกี่ยวกับประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2547). *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา รวบรวมโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ดิเรก ควรสมาคม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ* (พิมพ์ครั้งที่ 1).
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุวัฒน์ชัย ไชหาญ. (2534). *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา*. กรุงเทพฯ: มิตรสยาม.
- เสถียร วิชัยลักษณ์. (2498). *กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*. กรุงเทพฯ: นิติเวช.
- เสนีย์ ปราโมช. (2520). *กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: อักษรศาสตร์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2524). *ปัญหาเจตนาในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต).
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2546). *หลักกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2481-2483). *การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา. บทบัญญัติ, เล่ม 11 พ.ศ. 2481-2483*.
- หยุด แสงอุทัย. (2505). *ประมวลกฎหมายอาญา : ศึกษาทางคำพิพากษาฎีกา* (พิมพ์ครั้งที่ 1).
กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์.
- หยุด แสงอุทัย. (2537). *กฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2542). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ:
ประกายพริก
- หยุด แสงอุทัย. (2548). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 หมวดที่ 2* (พิมพ์ครั้งที่ 5).
กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2556). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์.
- หฤทยา วุชยากร. (2553). *อายุความร้องทุกข์ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำ
อนาจารอันยอมความได้ : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้เสียหายเป็นผู้เยาว์* (วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- หลวงประเสริฐมนูกิจ. (2495). *คำอธิบายกฎหมายประเทศเอง โกลแซกซอน*.
- อรประภา สาครวาสี. (2539). *การกระทำผิดทางเพศ : ศึกษาเฉพาะกรณีบังคับให้มีกร
ร่วมเพศทางเวจมรรคและทางปาก* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

- อัชราฟ จุฬารัตน์. (2549). *การตีความกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์กฎหมายไทย.
- อัจนรียา ชูตินันท์. (2557). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- อัชมัน แดเปาะ. (2547). *ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายอาญาอิสลามกับประมวลกฎหมายอาญาไทย A Comparative Study of the Rape in Islamic Criminal Law and Thai Criminal Law* (วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์.
- อิสริย์ รักษารัตน์. (2552). *ความผิดเกี่ยวกับเพศ : ศึกษากรณีมาตรา 277 ของประมวลกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- อุไรวรรณ อุดมวัฒน์กุล. (2531). *ความผิดฐานลักทรัพย์ : ศึกษากรณีการเอายานพาหนะของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หญิงข่มขืนชายกฎหมายสะท้อนอารมณ. 24 สิงหาคม 2550. สืบค้น 15 สิงหาคม 2557, จาก <http://sakid.blogspot.com/2007/08/blog-post.html>."
- คู่มือ A-G's Reference (No 1 of 1992) [1993] 2 All Er 190. [1993] Crim Lr 274 และ Cf commentary, (1993) Crim LR 276.
- คู่มือ Fisher v. State, 197 Tenn, 594, 277 S.W. 2d 340 คดี sherill v.State, 204 Tenn. 427, 321,S.W. 2d 811 และคดี State v. Cyr , 135 Me. 513 , 198 S. 743.
- คู่มือ State v. curry, 430 Ohio St. 66, 72 Ohio Op. 37 , 330 N.E 2d 720 , 724-25 (1975).
- คู่มือ State v. marting, 88 S.D. 369, 220 N.W. 2d, 530, 531 (N.D 1974) และคดี Logan v. State, 263 A. 2d 266, 271 (Me. 1970).
- รายละเอียดได้จาก The American Law Institute, Model Penal Code, Comments of The Tentative Drafts No. 10. Section 5.01 (Philadelphia, 1962) p. 26-62.
- Penal Code (Act No.45 of 1907. สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557, จาก www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf.
- The Sexual offences Act 2003*. สืบค้น 10 พฤษภาคม 2557, จาก www.legislation.gov.uk.
<http://www.impowr.org/content/current-legal-framework-rape-and-sexual-assault-japan>

ภาษาต่างประเทศ

- George E. Dire. (1997). *Criminal. Gilbert Law Summaries* (Harcourt brace Legal And Professional Publications, Inc.
- Jeanne C. Marsh, Alison Geist, Nathan Caplan Boston. (1982). *Rape and the limits of law reform.* (Mass : Auburn house Pub. Co).
- Jonathan Herring. (2007). *criminal law* (Basingstoke [England] : Palgrave Macmillan).
- Kadish and Paulsen. (1975). *Criminal Law and Its Processes* (Case and Materials).
- Model penal code of the American law institute.
- Mullins v. commonwealth Supreme Court of Appeals of Virginia. (1939). 174 Va. 477, 5 S.E. (2d). 491.
- Smith & Hogan. (2002). *Criminal Tenth edition.*
- The American Law Institute. *Model Penal Code. Proposed Official Draft* (Philadelphia 1962).
- The Criminal Law Amendment Act 1885. Section 4.
- The Sexual offences Act 1956. Section 5.
- The Sexual offences Act 1956. Section 6(1).
- The Sexual offences Act 2003. Section 16.
- Wayne R. LaFare, & Austin w. Scott, Jr. (1972). *Handbook on Criminal Law.*
- William J. Sebald. (1936). *The Criminal Code of Japan*, (The Japan Chronicle Press and Butterworth).

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ประวัติการศึกษา

นายกิตติพงษ์ พุกพ่วง

ปีการศึกษา 2550 นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2554 ประกาศนียบัตรว่าความ รุ่นที่ 34

ปีการศึกษา 2556 เนติบัณฑิต สมัยรุ่นที่ 66

